

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
فرع دمنهور

مجلة البحوث الفقهية والقانونية

مجلة علمية متخصصة محكمة تصدرها
كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر
فرع دمنهور

العدد الواحد والعشرين

١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧م

رئيس مجلس الإدارة

أ. د / حمدى عبد المنعم شلبى

عميد الكلية

رقم الإيداع

٦٣٥٩

دار اللوتس للطباعة

بدمنهور

٣٣٥٩٩٣٦ 

مجلس إدارة المجلة

أ.د / حمدى عبد المنعم شلبى

عميد الكلية - رئيس مجلس الإدارة

أ.د / عبد الهادى محمد زارع

وكيل الكلية - رئيس التحرير

السادة أعضاء هيئة التدريس

أصحاب البحوث المنشورة

أ. / أيمن حسن سلام

سكرتير التحرير

قواعد النشر

بمجلة كلية الشريعة والقانون بـمنهور

- ١) مجلة كلية الشريعة والقانون مجلة علمية سنوية .
- ٢) تنشر المجلة البحوث التى تتميز بالأصالة والخبرة فى مجال الدراسات الإسلامية والقانونية .
- ٣) يشترط ألا يكون العمل المقدم قد سبق نشره فى أى جهة أخرى .
- ٤) تقدم البحوث المطلوب نشرها مكتوبة على الآلة الكاتبة أو الكمبيوتر مع ثلاث نسخ .
- ٥) لا تردّ البحوث المقدمة للمجلة سواء قبلت للنشر أم لم تقبل .
- ٦) تخضع البحوث المقدمة للتحكيم السرى وفقاً للنظام المتبع فى المجلة.

الأقسام العلمية بالكلية

(١) قسم القانون الخاص

رئيس القسم أ. د / مصطفى محمد عرجاوى

(٢) قسم الفقه المقارن

رئيس القسم أ. د / محمد حسين قنديل

(٣) قسم القانون العام

رئيس القسم أ. د / زكى محمد النجار

(٤) قسم أصول الفقه

رئيس القسم أ. د / فاروق أحمد أبو دنيا

(٥) قسم الفقه العام

القائم بأعمال رئيس القسم

أ.د/ إسماعيل عبد الرحمن عشب

obeikandi.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الافتتاحية

الحمد لله تعالى ربّ العالمين ، نحمده سبحانه فى البدء والختم ونصلى ونسلم على من ختم الله برسالاته الأديان ، سيدنا محمد وعلى اله وصحبه ، ورضى الله عن تبعهم بإحسان ، وعنا معهم برحمتك إلى يوم الدين يا أرحم الراحمين .

ونسترضى الله تعالى عن آبائنا وأمهاتنا وأصحاب الحقوق علينا ، وعن مشايخنا وأساتذتنا ، ونسترحمه سبحانه لمن قبضه إليه من هؤلاء العلماء ، ففى قبضهم قبض للعلم فقد أخرج الإمام مسلم فى صحيحة عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال [إن الله لا يقبض العلم انتزاعاً ينزعه من الناس ، ولكن يقبض العلم بقبض العلماء ، حتى إذا لم يترك عالماً أتخذ الناس رؤوساً جهالاً فسئلوا فأفتوا بغير علم ، فضلوا وأضلوا] (١)

ثم أما بعد :

فسوف يظل الاشتغال بالعلم من أعظم القرب وأفضل الطاعات ، وأهم أنواع الخير وأكبر العبادات وأولى ما أنفقت فيه

(١) صحيح مسلم ، كتاب العلم ، باب رفع العلم وقبضة .

بفائس الأوقات وشمر فى إدراكه وتحصيله أولو الأنفس
الزكيات ، وبادر إلى الاهتمام به من سارع إلى الجنات وسأيق
إلى الخيرات بالتعلى بالمكرمات .

فطيب لكلية الشريعة والقانون بدمنهور أن تقدم حوليتها
السوية للبحوث الفقهية والقانونية فى عددها الحادى والعشرين .
هذا وتحتوى الحولية على عدة بحوث فقهية قيمة وقانونية
مفيدة ، وهى كالتالى :

١- الأعمال التجارية المحظورة بين الشريعة والقانون
الوضعى د . محمود أحمد فتحى ناصف .

٢- المسؤولية المدنية للفريق الطبى المعالج للمريض فى
القانون المصرى د . فريد عبد المعز فرج .

٣- حيوانات البر والبحر ما يحل منها وما يحرم فى الفقه
الإسلامى د . عبد المطلب عبد الرازق حمدان .

٤- الهدى فى شروط وآداب القاضى د . محمد عبد
المقصود داود .

٥- نظام شراء الأسهم للموظفين د . عصام خلف العنزى .

٦- الرضاة فى ضوء الشرع والطب د . جاسمية محمد
أحمد شمس الدين .

والله تعالى نسأل أن تلقى هذه البحوث قبولاً لدى
قارئها وأن يجعلها سبحانه فى موازين حسنات كاتبها .

والشكر موصول لمعالى / رئيس جامعة الأزهر الشريف
الأستاذ الدكتور / أحمد محمد الطيب .

ولسعادة الأستاذ الدكتور / عبد الدايم محمد نصير
نائب رئيس الجامعة للدراسات العليا والبحوث على الدعم
المستمر مادياً ومعنوياً لكلية الشريعة والقانون بدمهور .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه.

الأستاذ دكتور

حمدى عبد المنعم شلبى

عميد الكلية ورئيس مجلس الإدارة

تحريراً فى : ٣ ربيع أول ١٤٢٧هـ.

الموافق ١/٥/٢٠٠٦م.

obeikandi.com

فهرسج الموضوماء

الصفءة	الموضوع
	- الافتتاحية .
٧٤-٣	١- الأعمال التجارية المحظورة بين الشريعة والقانون الوضعى د . محمود أحمد فآحى ناصف .
١٠٩-٣	٢- المسؤولة المدنية للفريق الطبى المعالج للمريض فى القانون المصرى د . فريد عبد المعز فرج .
١٤٠-٣	٣- حيوانات البر والبحر ما يحل منها وما يحرم فى الفقه الإسلامى د . عبد المطلب عبد الرازق حمدان .
١٥٢-٣	٤- الهادى فى شروط وآداب القاضى د . محمد عبد المقصود داود .
٨٥-٣	٥- نظام شراء الأسهم للموظفين د . عصام خلف العنزى .
٥٩-٣	٦- الرضاة فى ضوء الشرع والطب د . جاسمية محمد أحمد شمس الدين .

obeikandi.com

**الأعمال التجارية المحظورة
بين الشريعة الإسلامية
والقانون الوضعي**

دكتور

محمود أحمد فتحى ناصف

الأستاذ الدكتور بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر

o b e i k a n d i . c o m

الأعمال التجارية المحظورة

بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى

مقدمة :

ماهية التجارة :

تعتبر التجارة ظاهرة حضارية هامة فى حياة البشرية ، فالإنسان منذ أن اقتضت المشيئة الإلهية العلية قدومه للأرض ، يحمل على كاهل عبء حياته ، ومشكلات وجوده ، وقد أدرك منذ لحظات وجوده الأولى أنه فى حاجة ماسة إلى التبادل التجارى داخلياً وعبر البحار ، منذ عصور سحيقة لا يصل التاريخ إلى تحديد أقصى مداها ، ولكن العناية الإلهية منذ قديم العصور أخذت بتنظيم التجارة بين الناس لمنع الظلم أن يعقضى بين الناس ، ويؤكد هذا قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَإِلَىٰ مَدْيَنَ أَخَاهُمْ شُعَيْبًا قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُمْ مِنْ إِلَهٍ غَيْرُهُ وَلَا تَنْقُصُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ إِنِّي أُرَاكُمْ بِخَيْرٍ وَإِنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمْ عَذَابَ يَوْمٍ مُّحِيطٍ * يَا قَوْمِ أَوْفُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْنُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ ﴾ (١) .

(١) سورة هود : آية رقم (٨٤ ، ٨٥) .

- ولما كان المعتاد من أهل مدين البخس فى المكيال وفى الميزان دعاهم إلى ترك هذه العادة فقال تعالى : ﴿ وَلَا تَنْقُصُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ ﴾ .
- فخر الدين محمد بن عمر بن حسين بن الحسن البكرى الرازى الشافعى - مفاتيح الغيب (أو التفسير الكبير) الناشر دار الغد العربى - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٢م /١٤١٢هـ المجلد الثامن ص ٥٨٩ .
- أبى جعفر محمد بن جرير الطبرى - تفسير الطبرى - المسمى جامع البيان فى تأويل القرآن - دار الغد العربى - المجلد السابع - ص ١٠٨ بند رقم ١٨٤٨٠ =

وقد كانت التجارة هي أساس اتصال حضارات الشعوب القديمة التى وجدت حول البحر الأبيض المتوسط مثل قدماء المصريين والبابليين والفينيقيين والإغريق (١) ، ويؤكد لنا التاريخ إن هذه المدن القديمة كان لها أثرها فى نشأة أصول القواعد القانونية التجارية .

وذلك لأن الله سبحانه وتعالى يعلم ان الناس جميعاً محتاجون إلى بعضهم ، فقد يملك البعض نقداً ويملك غيره طعاماً أو حيواناً أو يفتتح به بلا ظلم ، ويؤكد هذا قول الله سبحانه وتعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَسَا نَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (٢) .

= ناصر الدين أبى الخير عبد الله عمر الشيرازى البيضاوى - تفسير القاضى البيضاوى - تفسير أنواع التتزيل وأسرار التأويل - الجزء الأول - دار معادات سنة ١٣١٤هـ - ص ٥٧٣ .

• ابن كثير - تفسير القرآن العظيم - المكتبة القيمة سنة ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م - الجزء الثانى - ص ٤٤٠ .

(١) سميحة القلوبى - الموجز فى القانون التجارى طبع فى القاهرة ص ٢١ .

• سعيد يحيى - الوجيز فى النظام التجارى السعودى - النظرية العامة للنشاط التجارى - الطبعة الرابعة سنة ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م مطابع النصر ص ١٨ .

• على حسن يونس - وأبو زيد رضوان - القانون التجارى - دار الفكر العربى - سنة ١٩٧٠ ص ٣ .

(٢) سورة النساء : آية رقم ٢٩ .

• ما روى عن ابن عباس والحسن رضى الله عنهما : أن الباطل هو كل ما يؤخذ من الإنسان بغير عوض ، وبهذا التقدير لا تكون مجملة .

• فخر الدين محمد البكرى الرازى - مفاتيح الغيب - أو التفسير الكبير - المرجع والطبعة السابقة - المجلد الخامس ص ١٧٣ .

• ابن كثير - تفسير القرآن العظيم - الجزء الأول ص ٤٥٤ =

بجانب هذا نجد أن السنة النبوية تطالب التجار بالصدق والأمانة فـي قيامهم بتجارتهم ويؤكد هذا ما روى عن أبي سعيد عن النبي ﷺ قال :
" التاجر الصدق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء " (١) .

ومن خلال القرآن المجيد والسنة النبوية نجد العديد من الآيات التي تعنى اهتمام المولى سبحانه وتعالى بتوضيح - كيف يتم البيع وكيف يتعامل الناس فيما بينهم ، وذلك على أسس سليمة وقواعد تمنع طغيان الأغنياء على الفقراء ، والأقوياء على الضعفاء .

تاريخ التجارة :

لقد دلت الآثار المعروفة أن البحر الأبيض منقذاً بحرياً للتبادل التجاري بين المصريين القدماء والفينيقيين والإغريق - والأموريين ، وقد عثر على

= أبي بكر جابر الجزائري - أسس التفسير لكلام العلى الكبير - الناشر مكتبة العلوم والحكم المدينة المنورة - الطبعة الاولى سنة ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م - المجلد الأول - ص ٤٦٦ .

• القاضي البيضاوى - تفسير البيضاوى - المرجع والطبعة السابقة - ص ٢٧١ .
(١) لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة - سنن الترمذى (للكتب الستة ١٣) ٤-٣ - ص ٥١٥ .

Cagri yayinlari - linjirak meydanı sokak no s/ 1- turkie - Jstanlul 1981 - 1401 .

- والحديث أخرجه الترمذى وصححه .
- عبد العظيم بن عبد القوى المنزرى - الترغيب والترهيب من الحديث الشريف - الناشر المكتبة القيمة للطباعة والنشر - الجزء الثالث - ص ٢٨ .
- أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى - ابن ماجة - دار الحديث - القاهرة - الجزء الثانى - ص ٧٢٤ حديث رقم ٢١٣٩ .

بعض النصوص المتناثرة (١) .

وكان من أهمها فى مصر قوانين بوخوريس فى القرن الثامن قبل الميلاد وكان أهم ما وجد فى هذه النصوص تحريم الربا الفاحش ، كما عرف الفينيقيين والإغريق التجارة البحرية ، وكان من أهم ذلك الأحكام الخاصة المتعلقة بالقرض البحرى .

Qre nantique .

وأحياناً أخرى قد وجد لها ما يتعلق بقرض المخاطر الجسيمة (٢) .

Qre a lagrosse aventure .

وبجانب هذا استمرت الشريعة الموسوية معمولاً بها فى الأوساط اليهودية ، مسندة فى ذلك إلى التوراة ، والمدونة الفقهية المثلثا (التي عرفت فيما بعد بالجمار) وقد ألفها الحبر اليهودى أحكاروش (٣) ، ونجد الشريعة اليهودية تفرق بين اليهود ، وغيرهم معتمدين فى ذلك على ما ورد فى الإصحاح الثالث والعشرون من سفر التثنية : (للأجنبى تقرض بربا ، ولكن لأخيك لا تقرض بربا لكى يبارك الرب إلهك فى كل ما تمتد إليه يدك (٤) .

(١) وقد شخص الإنسانى عن عدة مجموعات من القوانين الوضعية : منها قانون أوراكون ، وقانون صولون ، وقانون الألواح الأثنى عشر ، والأوليان ، أما الثانى ففى روما ، وقانون حمورابى - وقانون مانو المعروف فى الهند ، والقانون بوخويس الصادر فى مصر عام ٧٤٠ ق . م .

• علال الفاسى - مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها - مطابع دار الكتاب - الدار البيضاء ص ٢٥ .

(٢) نظام الخسائر العمومية .

(٣) علال الفاسى - مقاصد الشرعية - المرجع والطبعة السابقة ص ٢٧ .

(٤) الكتاب المقدس - العهد القديم - سفر التثنية - طبعة بيروت الإصحاح رقم ٢٣ .

أما في بابل فقد كان قانون حمورابى الصادر (عام ١٩٥٠ قبل الميلاد)^(١) الذي قام بتنظيم بعض العقود التجارية^(٢) والتي كانت مصدراً تاريخياً لتلك العقود الحالية ، أما القانون الرومانى فإنه لم يعرف بنظم الأعمال التجارية بسبب اعتقادهم بأنها أعمال دنيا يترفع عنها الرومان .

لذا تركت للأجانب والعبيد ، وقد كان للنشاط التجارى أثر فى تغيير نظمهم القانونية ، التي تميزوا بها ، وبذلك اعترفت للأجانبى بالشخصية القانونية ، بعد أن كان القانون الرومانى لا يعترف بها فرساهم ذلك فى خلق قانون الشعوب Jus gentium .

لمرونة هذا القانون وتطوره أثر فى القانون المدنى الرومانى فيما بعد ، ومع احتقار الرومان للتجارة ومن ثم تركوها للأجانب إلا أنهم لم يستطيعوا مقاومة المكسب ، فعملوا بها فيما بعد .

(١) حيث أدرك الملك أن الضرورة تقضى بتوحيد القوانين ، وقواعد المعاملات التجارية فى البلاد ، وكان بعضها يتعارض مع البعض ، ولهذا جمعت كل القوانين والمعاملات المدونة سواء أكانت بتنظيم التجارة أو الحياة الاجتماعية ، ومنذ أيام السومريين القدماء ، وقد أدخل حمورابى على تلك القوانين التعديلات ، ولم تكتب باللغة السومرية وإنما كتبت باللغة السامية .

• مسيو جيمس هنرى برستد فى كتابه انتصار الحضارة ص ١٩٠ عن حمورابى - نقلا عن علال الفاسى - مقاصد الشريعة المرجع السابق ص ٢٥ .

• وقد نشر فى الصحف العراقية - أن الحكومة العراقية قررت نصب لوحة حمورابى مع تمثاله فى مكان هام فى بغداد .

(٢) سعيد يحيى - الوجيز فى النظام التجارى السعودى - المرجع والطبعة السابقة ص ١٨ .

• على البارودى - دروس فى القانون التجارى - مطابع مؤسسة الأهرام سنة ١٩٦٨ - الجزء الأول ص ٢٠ .

العصور الوسطى :

لقد ساد الركود النشاط التجارى (عقب سقوط الإمبراطورية الرومانية)، وذلك فى القرن الخامس ، حينما حدثت غزوات الـسـيرير ، ثم عادت الأمور للانتعاش (١) ، ثم ظهر الإسلام بتعليمه ، مما أدى إلى انتعاش الجارة بين جميع الدول ، التى عمها الفتح الإسلامى ، وكان للتعالم الإسلامية أثر فى نشر الدعوة الإسلامية .

وكان الأساس فى القانون التجارى الطابع الشخصى ، حيث كان قانون التجار أنفسهم *jus mercatorum* ، ثم تلى ذلك ازدهار التجارة فى العصور التالية .

العصور الحديثة :

لقد تبلورت العادات والأعراف التجارية ، وتبلور معها قانون التجار ، وقد ظهرت أن ذلك فى فرنسا لائحة (جاك سافارية) عام ١٦٧٣ والذى على أساسها نقلت معظم أحكام قانون التجارة ، الذى أصدره نابليون بونابرت سنة ١٨٠٧ وعنه قد تأثرت معظم التشريعات ، ومن ضمنها التشريع المصرى سنة ١٨٨٣م .

(١) أبو زيد رضوان - دروس فى القانون التجارى (نظرية الأعمال التجارية) - التاجر -

موجز فى الشركات التجارية سنة ١٩٨١ - دار الفكر العربى - القاهرة ص ٤ .

• ومع ذلك عرف الرومان بعض النظم التجارية ، فنقلوا قانون الإلقاء فى البحر ، من

رودس إلى مجموعة جستينيان وعرف باسم *Lex rhodia De jaetu* .

• محمود سمير الشرقاوى - القانون التجارى - مطابع دار التأليف بمصر سنة ١٩٧٥

ص ١٩ .

التجارة بين الأفراد :

إن الإسلام يعتبر كل واحد من أفراد البشر مكلفاً ، أى مطلوباً منه أن يقوم بواجباته الكاملة ، نحو ربه ونحو نفسه ، ونحو المجتمع الذى يعيش فيه ، والتكاليف تلك تجعل الناس كلهم متحملين مهمة أداء الواجب ، والدفع عن الحق .

ومن ضمن الحقوق التى منحها للفرد حق البيع والشراء والاقتصاد والقضاء وهى أمور تجرى بين الناس ، وهى قائمة بينهم على أساس من المشاحنة والمشادة ، ذلك أن القصد منها الوصول إلى مطمع دنيوى أو ربح مادى ، ومن أجل ذلك تجد المتبايعين يحرص كل منهما على المماحكة لى يظفر - بالتنازل عن شىء قد يحصل له .

إذا كانت توجيهات الشارع الحكيم على التسامح فى البيع والشراء ، ورجب فى حسن الاقتضاء والتسامح بين ما أعده لهؤلاء المتسامحين ، وأخبر أنهم يحبهم ويؤكد هذا ما روى عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع ، وإذا اشترى وإذا اقتضى) (١) .

(١) عبد العظيم بن عبد القوى المنذرى - الترغيب والترهيب من الحديث الشريف - المكتبة القيمة - المرجع والطبعة السابقة - ج ٣ ص ٢٨ .

• وروى عن أنس رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (التاجر الصدوق تحت ظل العرش يوم القيامة) رواه الأصبهاني وغيره المرجع والطبعة السابقة ص ٢٨ .

ويؤكد هذا ما روى عن عبد المجيد بن وهب قال : قال لى العداء بن خالد بن هودة : ألا أقرئك كتاباً كتبه لى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال قلت : بلى ، فأخرج لى كتاباً (هذا ما اشترك العداء بن خالد بن هودة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبداً أو أمة : لا داء ولا غائلة ولا خبثة : بيع المسلم للمسلم) . =

ومن خلال هذا يتضح كيف رسم الإسلام للأفراد في داخل المجتمع المسلم كيفية التعامل ببيع دون غش أو غبن فيه التسامح والصدق وهذا ما سنوضحه فيما بعد .

التجارة بين الدول :

توجد أنظمة ، ومساك معينة ، تعتبرها الدول المتحضرة ملزمة لها في علاقاتها الواحدة مع الأخرى ، بقواعد تعتبرها قابلة للتنفيذ بطرق مناسبة في حال مخالفتها (١) .

لذا تعتبر التجارة بين الدول بعضها البعض تتم عن طريق التبادل (أي المقايضة) أو المقاصة أو اتفاقات تجارية على آماذ بعيدة ، وبحكم ذلك المعاهدات .

وقد وضع الإسلام نظامه الدولي على أسس وقواعد متينة تكفل للناس حياة مستقرة يسودها المحبة والصفاء (٢) .

• أخرجه البخارى تعليقا في ٣٤ كتاب البيوع - لأبى عيسى الترمذى فى سننه ٣، ٤؛ المرجع والطبع السابقة ص ٥٢٠ حديث رقم ١٢١٦ .

(١) جيرهاردفان - القانون بين الأمم - تعزيف عباس العمر - دار الأفاق الجديدة - بيروت - الجزء الأول - ص ٧ .

• نصر فريد واصل - العلاقات الدولية فى الإسلام - بحث فى كتاب العلاقات العامة والخاصة فى الإسلام - دار الكتاب الجامعى - ص ٣٩ .

(٢) وقد أورد صابر طعيمة فى كتابه ما يؤكد هذه بقوله : أن ما أتى به الإسلام من قواعد تحكم الصلات ، وتنظيم العلاقات الإنسانية ليس محصوراً فيما بين المسلمين ومجتمعهم ، وإنما هى للإنسانية كلها أسلمت أم لا ؟

• صابر طعيمة - الشريعة الإسلامية فى عصر العلم - الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م - دار الجيل - بيروت - ص ٢٠٨ .

وقد أكد ذلك القرآن الكريم بقوله سبحانه وتعالى: ﴿ تِلْكَ الدَّارُ الْآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِي الْأَرْضِ وَلَا فَسَادًا ﴾ (١) .

أهمية البحث :

لقد كثرت المعاملات التجارية وتعددت ، وإن كان ما يزال أهمها البيع والشراء ، وقد أصبح كثير من الناس لا يعرفون المحظور من غيره ، مما دفعني إلى كتابة فيما حظره الشرع تحت مسمى :

الأعمال التجارية المحظورة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .

وسأحاول جاهداً عرض وجهات النظر ، وبيان المحظور ، ورأى

القانون الوضعي في هذه الأمور .

المحظور :

في اللغة تقول حظر الشيء ، وحظره عليه منعه ، والمحظور :

المحرم : ﴿ وَمَا كَانَ عَطَاءُ رَبِّكَ مَحْظُورًا ﴾ (٢) أى مقصور على طائفة دون

أخرى (٣) .

(١) الآية (٨٣) من سورة القصص .

• فخر الدين محمد بن عمر البكري الرازي الشافعي - مفاتيح الغيب - المرجع والطبعة السابقة - المجلد الثاني عشر - ص ٣٢٤ .

• أبى جعفر بن جرير الطبرى - تفسير الطبرى - المسمى جامع البيان فى تأويل القرآن - دار الغد العربى - المجلد العاشر - ص ١٢٥ بند رقم ٢٧٦٥٥ .

(٢) الآية (٢٠) من سورة الإسراء .

(٣) حيث بين سبحانه وتعالى أن عطاءه ليس بمحظور ، أى غير ممنوع ، يقال حظره يحظره ، وكل من حال بينك وبين شيء ، فقد حظره عليك .

• فخر الدين محمد بن عمر البكري الرازي - مفاتيح الغيب - المرجع والطبعة السابقة - المجلد العاشر - ص ٥١ .

وشراعاً : هو ما يحظر فعله ، ولا يعاقب تاركه (١) ، والحق فيه أنه قال هو ينتهى فعله سبباً للزم شرعاً بوجه ما من حيث فعل له (٢) .

إن المحظور يعد خطاب الشارع بما فعله سبباً للزم شرعاً بوجه ما (٣) .

ومن حيث هو فعله (٤) ، ومن أسمائه أنه محرم - ومعصيته وذنب ، وقد اتفق العقلاء على استحالة الجمع بين الحظر والوجوب في فعل واحد من

• =الظاهر أحمد الزاوى - مختار القاموس - الدار العربية للكتاب ليبيا تونس ص ١٤٥.

(١) سيف الدين أبى الحسن على الأمدى - الأحكام فى أصول الأحكام - الطبعة الأولى - مؤسسة النور بالرياض - الجزء الأول ص ١١٣ - حيث عرف الأمدى المحظور شرعاً فقد قيل فى الواجب شرعاً : هو ما يستحق تاركه العقاب على تركه : حيث أن الواجب الشرعى عبارة عن خطاب الشارع بما يتنهض بتركه سبباً للدم ص ٩٧-٩٨ .

• سيف الدين الأمدى - كتاب منتهى السؤل فى علم الأصول - مطبعة صبيح - ص ٢٧ .
• فالقيد الأول فاصل له عن الواجب والمندوب وسائر الأحكام ، والثانى يعد فاصلاً له عن المخير ، والثالث فاصلاً له عن المباح .

(٢) الأمدى - الأحكام - المرجع والطبعة السابقة ص ١٨٣ .

(٣) الوجوب الشرعى - عبارة عن خطاب الشارع بما ينتهى تركه سبباً للزم شرعاً فى حالة ما .

(٤) يختلف المحذور فى الفعل عن المحذور فى المعنى ، فنحن لا نعنى به إلا معرفة الدليل على حدوث العالم ، ووحداية الخالق وصفته كما جاء فى الشرع ، فمن أين تحرم معرفة الله تعالى بالدليل .

• وإن كان المحذور هو الشعب والتعصب والعداوة والبغضاء وما يفضى إليه الكلام فذلك المحرم .

• انظر أبى حامد محمد بن محمد الغزالى - إحياء علوم الدين - مطبعة الشعب سنة ١٣٨٩هـ / ١٩٦٩م الجزء الأول ص ١٦٥ .

جهة واحدة لتقابل حديها (١) لاستحالة حدوث ذلك ، حيث أن الأمر بشيء يستفاد منه النهى عن نقيض .

وقال الشيرازي : إن الأمر بالشيء ليس نهياً عن ضده من طريق اللفظ ، وإنما هو نهى من طريق المعنى (٢) ، وهذا الرأي يخالف ما قالت به المعتزلة ، وإن كان قد وافق الشيرازي على هذا القاضي عبد الجبار وأبو الحسن البصري من المعتزلة ، والرازي ، واتباعه ، وجمهور الفقهاء .

ولذا تعد المصالح والمفاسد مقياساً للأمر والنهى فى الشريعة الإسلامية ، حيث أن الأحكام الشرعية الإسلامية قد وضعت لجلب مصلحة ، أو درء مفسدة ، وذلك بما يحقق للعباد السعادة فى الدنيا والآخرة (٣) .

ومن خلال ما سبق عرضه ، يستبين أهمية البحث فى الأعمال التجارية المحظورة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .

(١) الأمدى - الأحكام - المرجع والطبعة السابقة ص ١١٥ .

• الأمدى كتاب منتهى السؤل فى علم الأصول - المرجع والطبعة السابقة ص ٢٧-٢٨ .
• لا خلاف فى امتناع الوجوب والحرمة فى فعل واحد من جهة واحدة لا على رأى من يجوز التكليف بما يطاق .

(٢) أبى إسحاق إبراهيم على يوسف الشيرازي - التبصرة فى أصول الفقه شرحه وحققه محمد حسن هيتو - دار الفكر بدمشق سنة ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م - ص ٨ مسألة ٢٠ .
• فإنه لا يجوز أن يكون مأمور بالشىء ، نفس النهى عن ضده وإنما يقضمه ويستلزمه عن طريق المعنى .

(٣) محمد أحمد الدهمة - الفقه الإسلامى نظام روحى ومدنى - مدخل الفقه الإسلامى الطبعة الأولى ص ٩٧ .

الخاتمة :

ويستبين من خلا تلك الخطة أن الشريعة الإسلامية تجمع في محتواها بين الدين والدنيا ، حيث وضع الإسلام الأسس السليمة والقواعد التي تمنع طغيان الأغنياء على الفقراء ، والأقوياء على الضعفاء ، ورسم الطريق المستقيم ، الذي من خلاله يتم إسعاد البشرية ، وبعدها عن الشر ، وذلك يتبع خطى رسول ﷺ ، ويتمثل لأمره ، ويتجنب نهيه ، ويهتدى بسنته يقول الله سبحانه وتعالى : (وَمَنْ يَعْصِمِ بِاللَّهِ فَقَدْ هُدِيَ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ) (١) .

.....

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى
الْحَقِّ

(١) الآية (١٠١) من سورة آل عمران .

الباب الأول

الحظر والإباحة بين الشريعة الإسلامية والقانون

عندما نعرض لما يحكم عليه بإباحة أو تحريم لابد أن نعرض الأمر على الأدلة الشرعية حيث أن الأصل فى المنافع الإباحة لقوله عز وجل :

(هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا) (١) .

وفى المضار أى مؤلمات للقلوب هو التحريم لقوله عليه الصلاة وأزكى السلام : (لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام) (٢) .

وبذا يكون ما صنعه الله عز وجل لخلقه الأصل فيه الإباحة طالما كانت هناك منفعة ، فإذا لم تتوافر تلك المنفعة انتقلنا إلى الحرمة (٣) وهو كطلب الشارع الكف عنه على وجه الحتم والإلزام ، فيكون تاركه مأجوراً مطيعاً ،

(١) الآية (٢٩) من سورة البقرة .

• جميع المنافع التى استتبطها العقلاء وبين الله عز وجل أن كل ذلك إنما خلقها كى ينتفع به ويؤكد هذا قوله سبحانه وتعالى : (وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ) (الجاثية : من الآية ١٣) .

• فخر الدين محمد بن عمر البكرى الرازى - مفاتيح الغيب - المرجع والأبوة المسابقة - المجلد الأول - ص ٥٦٤ .

(٢) وقد نصت المادة ١٩ من مجلة الأحكام العدلية بما يقرره حديث رسول الله ﷺ .

• الإمام مالك فى الموطأ فى الأفضية ٣١ .

(٣) جمال الدين أبى محمد عبد الرحيم الإسئوى - التمهيد فى تخريج الفروع على

الأصول - مؤسسة الرسالة بيروت - الطبعة الثانية سنة ١٤٠١هـ / ١٩٨١م

ص ٤٨٧ .

وفاعله أثمًا عاصياً (١) ، ويستفاد النهى من أمر الشارع الحكيم بقوله عز وجل : (فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ) (٢) .

وبذا تكون الآية قد ربطت بين عبادة الأوثان وقول الزور لأن هذا مسن أعظم المحرمات (٢) والمحظور أشمل من المحرمات .

(١) عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الرابعة سنة ١٤٥١ هـ / ١٩٩٤ م ص ٤١ بند رقم ٣١ .

(٢) الآية (٣٠) من سورة الحج .

(٣) فخر الدين البكرى الرازى - مفاتيح الغيب - المرجع والطبعة السابقة المجلد الحادى عشر - ص ٢٧١ .

• فاجتنبوا طاعة الشيطان فى عبادة الأوثان .

• أبى جعفر محمد بن جرير الطبرى - تفسير الطبرى - دار الغد العربى - المجلد التاسع ص ١٥٩ بند رقم ٢٥١٢٩ .

الفصل الأول

مفهوم الحظر فى الشريعة

إن كلاً من النهى والحظر يطلقان على المحرم والمكروه بخلاف لا تفعل ونحوه ، فإنه عند تجرده عن القرائن يحمل على التحريم على الصحيح ، وهذا ما أخذ به الأمدى (١) .

حيث أن الشارع عندما تتطرق إلى الحرمة بسبب ما فيها من الأضرار والمفاسد الذاتية التى لا تتفك عنه .

ولنعطى أمثلة على الحظر ، فأكل الميتة محظور على المكلف ، لا يحل له فعله ، والسرقه لا تكون سبباً شرعياً لثبوت الملك ، والزنى لا يصلح سبباً شرعياً لثبوت النسب والتوارث ، والميتة إذا كانت محلاً لعقد البيع بطل العقد ، ولم يترتب عليه ما يترتب على البيع الصحيح المشروع .

ولكن قد يباع بعض المحرمات عند الضرورة ، لأن تحريمه كان بسبب مفاسده المعارضة لحفظ الضروريات الخمس :

وهى حفظ البدن والنفس والعقل والعرض والمال ، فالميتة يحل أكلها عند خوف الهلاك ، والخمر يحل شربها دفعاً لهلاك النفس ، لأن حفظ النفس ضرورى ، فكان لابد من تحصيله بإباحة المحرم .

(١) الإسئوى - التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول - المرجع والطبعة المسابقة - ص ٢٩٠ .

• عبد الكرىم زيدان الوجيز فى أصول الفقه - المرجع والطبعة المسابقة ص ٤٢ .

ويختلف الأمر بين المحرم لذاته والمحرم لغيره ، وهو ما كان مشروعاً في الأصل : إذ لا ضرر فيه ولا فساد ، ولكنه قد اقترن بما اقتضى تحريمه .

ومثل لذلك العلماء بالصلاة في الأرض المغصوبة ، والبيع وقت نداء الجمعة ، والزواج بقصد المحلل لمن طلق الثلاث ، وبيع العينية بقصد تحقيق الربا ، وكل ذلك يعد من ما هو محرم لغيره .

الفصل الثاني

مفهوم الحظر فى القانون التجارى

من الالتزامات التى فرضها القانون التجارى مسك التاجر للدفاتر التجارية ، فيعد هذا من الالتزامات التى فرضها وهذا ما نصت عليه المادة ٢١ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ القانون التجارى الجديد بقولها :

على كل تاجر يجاوز رأس ماله المستثمر فى التجارة شرين ألف جنيه أن يمسك الدفاتر تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها وعلى وجه الخصوص دفترى اليومية والجرد بطريقة تكفل بيان مركزه المالى ، وماله من حقوق وما عليه من ديون متعلقة بالتجارة .

فإذا امتنع التاجر عن مسك الدفاتر التجارية كان هذا من ضمن المحظورات التى ورد القانون بها بل أورد القانون أنه يلزم أن يثبت التاجر كافة البيانات المتعلقة بتجارته ومشترياته ومبيعاته حقوقه والتزاماته ، وما ينفقه وما يحصل عليه ، وبالجمله تكون الدفاتر التجارية سجلاً يبين المراكز المالية للتاجر ، وظروف تجارته سواء أصابها الرواج أو الكساد ، فتعد الدفاتر التجارية هى المرايا التى توضح موقف التاجر المالية ، ويترتب عن عدم انتظام الدفاتر التجارية جزاءات مدنية وجنائية على التاجر صاحب الدفاتر غير المنتظمة قد تؤدي إلى اتهامه بالتدليس ، ومعاقبته وفقاً لما نصت عليه المادة ٣٢٨ عقوبات ، بجانب أن القانون التجارى الجديد قد أهتم بالدفاتر التجارية ، وجعل له الفصل الثالث من الباب الأول ، وبجانب هذا جعل السجل التجارى إلزاماً على التاجر ، وقد نص عليه فى الفصل الرابع من الباب الأول من التقنين التجارى الجديد ، بجانب أن البيانات المقيدة فى السجل التجارى حجة على الغير من تاريخ قيدها فى السجل ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، وينتج عن عدم الالتزام بالقيده فى السجل عقوبات يفرضها القانون على التاجر .

الفصل الثالث

مفهوم الإباحة في الشريعة

المباح هو ما خیر الشارع المكلف بين فعله وتركه ، ولا مدح ولا ذم على الفعل والترك ، ويقال له ، الحلال ويتسم المباح بأمر منها :

١- التوجه من جانب الشارع بحل الشيء بقوله عز وجل : ﴿ الْيَوْمَ أَحْلَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلٌّ لَهُمْ ﴾ (١) .

٢- النص من جانب الشارع على عدم نفي الإثم يقول الله عز وجل من قائل : ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ (٢) .

(١) الآية (٥) من سورة المائدة .

• أخبر الله سبحانه وتعالى في هذه الآية : أنه أحل الطيبات ، وكان المقصود من ذكره الإخبار عن هذا الحكم .

• فخر الدين محمد بن عمر البكري الرازي - مفاتيح الغيب - المجرع الطبعة السابقة - المجلد الخامس - ص ٥٧٤ .

• أبي جعفر محمد بن جرير الطبري - تفسير الطبري - المرجع والطبعة السابقة - المجلد الرابع - ص ٤٨٦ بند رقم ١١٢٢٢ .

• ابن كثير - تفسير القرآن العظيم - المرجع والطبعة السابقة الجزء الثاني ص ١٩ .

(٢) الآية (١٧٣) من سورة البقرة .

• وكذا رفع الجناح والحرج بقوله عز وجل : ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْتَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ﴾ (البقرة : من الآية ٢٣٥)

إن الاضطرار ليس من أفعال المكلف ، حتى يقال إنه لا (إثم عليه إن الله غفور رحيم) ... فمن اضطر فأكل فلا أثم عليه .

• فخر الدين الرازي - مفاتيح الغيب - المرجع والطبعة السابقة - المجلد الثاني -

ص ٦٤١ .

٣- صرف الأمر من الوجوب إلى الإباحة ، لقوله عز وجل : ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾ (١) .

- ابن كثير - تفسير القرآن العظيم - المرجع والطبعة السابقة - الجزء الأول - ص ١٩٥
- أبى جابر الجزائري - أيسر التفاسير لكلام العلى الكبير - المرجع والطبعة السابقة - المجلد الأول - ص ١٤٨ .
- القاضى ناصر الدين أبى الخير الشيرازى البيضاوى - تفسير البيضاوى - دار سعادت - مطبعة عثمانية سنة ١٣١٤هـ - الجزء الأول - ص ١٣٠ .
- يقول عز وجل ﴿ لَيْسَ عَلَى النَّاعِمِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى النَّاعِمِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ ﴾ (النور : من الآية ٦١) .
- (١) الآية (٢) من سورة المائدة .
- البيضاوى - تفسير القاضى البيضاوى - المعج والطبعة السابقة - الجزء الأول - ص ٣٢٢ .
- هذه الآية متعلقة بقوله تعالى : ﴿ غَيْرَ مُجْلِي الصَّيِّدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ ﴾ يعنى لما كان من حلل الاصطياد هو الإحرام ، فإذا زال الإحرام ، ويجب أن يزول المنع .
- فخر الدين محمد بن عمر البكرى الرازى الشافعى - مفاتيح الغيب - المرجع والطبعة السابقة - المجلد الخامس - ص ٥٥٤ .
- أبى بكر جابر الجزائى - أيسر التفاسير لكلام العلى الكبير - المرجع والطبعة السابقة - المجلد الأول - ص ٥٨٨ .
- والأمر للإباحة ، أى وإذا خرجتم من الإحرام ، فلا جناح عليكم فى اصطياد حيوان البرية .
- محمد نوى الجاوى - مراح ليبيد - تفسير النوى - التفسير المنير لمعالم التنزيل - المسفر عن وجوه محاسن التأويل - الباب الحلبى - الجزء الأول - ص ١٨٩ .

وقصد بهذا الآية الكريمة ، إذا انتهت مناسك الحج ، فمباح لكم القيام بالصيد ، وهذا ما كان محرماً عليكم فى أثناء مناسك الحج ... وبذا يكون المباح الذى لا ثواب عليه ولا عقاب .

حيث ذهب الجمهور إلى أن المباح حسن ، وقال بعض المعتزلة ليس بحسن ولا قبيح ، أما الأشاعرة فقد قالوا : الفعل إن نهى الشارع عنه كان قبيحاً ، محرماً كان أو مكروهاً ، وإن لم ينه عنه كان حسناً ، سواء أمر به كالواجب والمندوب ، أما لا ، كالمباح (١) .

فالمكلف أن يتخير أنواع المطاعم المباحة ، فيأخذ منها ما يشاء ويترك ما يشاء (٢) ، كما له أن يترك الأكل فى وقت من الأوقات ، ولكن أصل الأكل مطلوب فعله ، من حيث الجملة ، لأن فيه حياة الإنسان ، وحفظ الحياة مطلوب من المكلف .

.....

(١) جمال الدين أبى محمد عبد الرحيم بن الحسن الإسنى - التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول - المرجع والطبعة السابقة - ص ٦٢ .

(٢) عبد الكريم زيدان - اللوجيز فى أصول الفقه ، المرجع والطبعة السابقة - ص ٤٨ .

الفصل الرابع

مفهوم الإباحة في القانون

يفهمه القانون كالتزام - والترجمة الدقيقة " تلك الكلمة " obliation .

الواردة في النص الفرنسي ، وما ورد في المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي في المادة ١٢١ منه على النحو الآتي :

(الالتزام حالة قانونية - بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً ، أو أن يقوم بعمل ، أو يمتنع عن عمل) (١) .

ولا يختلف هذه المفهوم الوارد لدى الفقهاء للتقنين المدني عنه لدى الفقه التجارى ، حيث أن الناظر في المعاملات التجارية يجد حرية الأفراد في التعاملات ، وذلك وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، بجانب وجود الروابط المالية ، مما يعد من النظام العام (٢) وبذا يكون الأصل في الأشياء الإباحة ،

(١) للمذكرة الإيضاحية - مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ٩ في الهامش .

• وإن كان القانون المدني القديم ، قد عرف الالتزام (التعهد هو ارتباط قانونى منه حصول منفعة للشخص بالالتزام المتعهد بعمل شيء معين ، أو بامتناعه عنه) .

• عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - مطبعة الاستقلال الكبرى بالقاهرة سنة ١٩٦٩ - ص ٢٠ .

• وحيد الدين سوار - التعبير عن الإرادة - مطبعة الشعب - ص ٢ .

(٢) ويقصد بالنظام العام هنا هو عدم جواز الاتفاق على مخالفته لأن هذا يعرض الإمتسان للمعاقب .

• وهبه الزحيلي - نظرة الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعى (رسالة دكتوراه في الحقوق) مؤسسة الرسالة بيروت لبنان - الطبعة الثانية ، سنة ١٣٩٩هـ -

١٩٧٩ - ص ٣٦ /

ومن ثم لا يكون منها محرماً إلا ما حظر القانون على الأفراد التعامل فيه ، ومهما اتسعت الأمور التي يحرمها النظام العام ، والآداب ، كقيد حرية التعامل بين الناس ، إلا أن هذا القيد يعد استثناء يرد على حرية الأفراد لصالح المجتمع ، وهذا يستوجب التعرض لتعريف النظام العام ، حيث يجد الشراح صعوبة في إيراد تعريف جامع للنظام العام ، يحد منه فقال فارس سوميير (إن في محاولة تعريف النظام العام إعتاقاً ذهنياً كبيراً) مما حد بلحد القضاة الإنجليز أن يقول (إنك إذا حاولت تعريف النظام العام فإنما تركب حصاناً جامحاً لا يدرى إلى أى أرض سيلقى بك) (١) أى أن النظام العام ثوباً متسعاً لأمر غير محدد .

ويمكن أن يخصص فيما يتعلق بالانتماء العام ، وبالاقتصاد القومى ، وتحديد حد أقصى لسعر الفائدة ، وكيفية تنظيم الشركات وغير ذلك من التشريعات المتعلقة بإثبات الالتزام التجارى ، والذي يعد مستثنى من القلنون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ للإثبات ، وذلك بموجب المادة رقم ٦٠ - نص فيه صراحة على أن المواد التجارية غير داخلة فى :

= فالنظام العام لا يجيز مخالفتها لأنها تتعلق بالمصلحة العامة العليا للجماعة .

- محمد وحيد الدين سوار - شرح القانون المدنى - الحقوق العينية الأصلية - مطبعة الداودى - دمشق - سنة ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م سنة ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م - ص ٦ .
- أن النظام العام هو مجال القواعد الأمرة ، ويجب عدم الخلط بين النظام العام ، والقانون العام .
- محمد وحيد الدين سوار - القانون المدنى الزائرى - مطابع الشعب - الجزء الأول سنة ١٩٧٥م - ص ١٢١ .
- (١) محمد وحيد الدين سوار - القانون المدنى الجزائرى - المرجع والطبعة السابقة الجزء الثانى - ص ١٢٢ .

(لزوم قيود الإثبات بالبينة ، ولزوم الكتابة فيما زاد عن عشرين جنيتها) (١)

ومن خلال هذا يتضح أن المشرع الوضعي جعل من قواعد النظام العام ، هي المحظور تجاوزها ، وما عداه جائز ، وهذا ما تقرره الشريعة الإسلامية من جعل المبدأ العام ، هو الإباحة في الأشياء ، والتي لم يرد فيها نص .

- (١) وقد أورد قانون البينات السوري - المادة ٥٤ بقولها :
- (إثبات الالتزام التعاقدى فى غير المواد التجارية بشهادة الشهود ، إذا كان غير محدد القيمة ، أو كانت قيمته تزيد على ٥٠٠ ليرة)
- انظر جاك يوسف الحكيم - الحقوق التجارية - مطبعة جامعة دمشق - سنة ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م - ص ١٤٢ .
 - حكم محكمة النقض فى ١٨/٥/١٩٤٤ طعن رقم ٧٥ ورقم ٨٦ سنة ١٣ ق - مجموعة القواعد ج١ - ص ٢٤٢ رقم ٣/ .
 - حكم محكمة استئناف القاهرة - الدائرة التاسعة التجارية فى ٢٣/١/١٩٥٧ رقم ٧١٤ سنة ٧٠ ق .

obeikandi.com

الباب الثاني

الصور المحظورة بين الشريعة والقانون

يستبين مفهوم الحظر من خلال اللغة ما كثرت آفاته ، وهو ما سبق أن بينا ذلك ، واستبان ما فى اللغة من عموم وشمول للمفهوم الشرعى (١) ، وقد يستبين للناظر للأحكام الشرعية ، وما فيها من الأمر بالفعل أو الترك (٢) . لإتفاق العقلاء على استحالة الجمع بين الحظر والوجوب ، فى فعل واحد من جهة واحدة - لتقابل حديها ، ولذلك فما لا يأتى الواجب إلا به ، فهو

(١) النهى ضد الأمر - ونهاه عن ذلك - ينهاه ، وانتهى عنه وتناهى أى كف ، وتناهوا عن المنكر ، أى نهى بعضهم بعضاً ويقال أنه الأمر بالمعروف (نهو) عن المنكر .

• محمد بن أبى بكر الرازى - مختار الصحاح - الطبعة الثانية - المطبعة الأميرية سنة ١٣٢٢هـ / ١٩٠٤ ص ٦٨٣ .

• أما فى الشرع فيقرر الأمدى بأنه هو ما ينتهى فعله سبباً للزم شرعاً بوجه ما من حيث هو فعل له .

• سيف صحيح الدين أبى الحسن على الأمدى - الأحكام فى أصول الأحكام - صبيح بالأزهر القاهرة سنة ١٣٨٧هـ / ١٩٦٨ ج ٢ ص ٨٦ .

(٢) وقد أورد الأسنوى قوله : بان الأمر بالشيء الآن - هل يكون أمراً بما لا يتم ذلك بشيء لأن وهو المسمى بالمقدمة أم لا يكون أمراً به .

• الأسنوى التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الثانية سنة ١٤٠١هـ / ١٩٨١م ص ٨٣ .

• وهذا لقوله تعالى : (لِنَجْرِى فِى الْبَحْرِ بِأَمْرِهِ) وقوله (مُنْخَرَاتٍ بِأَمْرِهِ) فلا يجوز حمل الأمر فيها على الفعل لأن الجرى والتسخير إنما حصل بقدرته لا بفعله فوجب حمله على هذا الشأن .

• محمد بن على الشوكانى - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول - دار المعرفة بيروت سنة ١٣٤٧هـ ص ٨١ .

واجب ، سواء كان شرطاً أم سبباً ، وسواء أكان فعلاً أو تركاً ، ويفهم ذلك من ترك أصدقاء المأمور به .

الفصل الأول

خطر الربا بين الكتاب والسنة

الربا محرم ، ومنهى عنه شرعاً ، وقد عده العلماء من الكبائر حيث ثبتت حرمة من خلال الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب :

فيقول الله سبحانه وتعالى : ﴿ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَخْلَّ اللَّهُ النَّيِّعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ (١) .

توجيه الدليل :

أولاً : أن الله سبحانه وتعالى أخبر بأن الربا محرم وهذا الأخبار مراد به التحريم ، وهذا مفاده أبلغ في الدلالة على الحرمة من النهي الصحيح .

(١) سورة البقرة الآية رقم ٢٧٥ .

- إن حرمة الربا لا تقتضى إلا على الأكل دون غيره من التصرفات ، بل إن حرمة الربا تشمل جميع التصرفات .
- فخر الدين محمد بن عمر الرازى - مفاتيح الغيب - المرجع والطبعة السابقة - المجلد الثالث - ص ٦٤٤ .
- أبى جعفر محمد بن جرير الطبرى - تفسير الطبرى (المسمى جامع البيان فى تأويل القرآن) المجلد الثالث - مطبعة دار الغد العزى سنة ١٩٩٤م ص ١٥١ بنسب رقم ٦٢٤٦ .

ثانياً : كما أن الآية الكريمة قد احتوت على الوعيد الشديد باعتبار الربا والكبائر ، بجانب أن أكل الربا يقوم من قبره مجنوناً كالذى يتخبطه الشيطان من المس .

يقول عز وجل كدليل على الحرمة : ﴿ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ﴾ (١) .

توجيه الدليل :

مفاد الآية الكريمة أن فيها وعيد شديد لمن يتعامل بالربا ، يستدل على حرمة الربا وأنها كبيرة من الكبائر .
أما السنة :

ما روى عن هذيل عن عبد الله قال : لعن رسول الله ﷺ : (أكل الربا ومؤكله) (٢) .

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٧٩ .

(٢) عبد الله عبد الرحمن الدرامى - سنن الدرامى - دار الريان للتراث القاهرة -

الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م - المجلد الثانى ص ٣٢١ حديث رقم ٢٥٣٥

• روى الحديث عن عبد الله بن مسعود أن رسول الله ﷺ (لعن أكل الربا ومؤكله وشاهديه وكاتبه) .

• أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى - سنن أبى ماجه - دار الحديث - الجزء الثانى ص ٧٦٤ حديث رقم ٢٢٧٧ .

أبى الفتح محمد بن على بن وهب المصرى القشبرى (ابن دقيق العيد) الإمام بأحد عشر

الأحكام - دار بن القيم - الطبعة الثانية سنة ١٤٠٦هـ / ١٩٨٥م ص ٣٢٢ حديث

رقم ٨٣١ .

توجيه الدليل :

من خلال هذا الحديث الشريف يدل على شيئين فى غاية الأهمية ، هو أن المنهى عنه محرماً شرعاً ، والثانى أنه كبيرة من الكبائر المستوجب تشديد العقوبة .

ما رواه البخارى ومسلم أن رسول الله ﷺ قال : (اجتنبوا السبع الموبقات . قيل يا رسول الله وما هى ؟ قال الشرك بالله والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات) (١) الحديث رواه البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى .

توجيه الدليل :

من خلال هذا الحديث الشريف : أن النبى ﷺ أمر باجتناب الربا ، وهذا دليل على حرمة ، وجانب آخر أن الحديث أطلق عليها السبع الموبقات ، أى المهلكات واقترب الربا بالشرك بالله عز وجل ، يدل هذه دلالة قاطعة على أنه من الكبائر .

(١) عبد العظيم بن عبد القوى - الترغيب والترهيب من الحديث الشريف - المكتبة القيمة - الجزء الثالث - ص ٤٨ .

- الحديث رواه أبى هريرة - محمد زكى الدين أبو القاسم - جامع البيان لما اتفق عليه الشيخان - القسم الأول - العقائد - دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع سنة ١٩٨٩م - الجزء الأول ص ٢٢٦، ٢٢٧ - الحديث أخرجه البخارى واللفظ له .
- مسلم - بشرح النووى - صحيح مسلم - طبعة دار الغد العربى كتاب الإيمان ٢ - سنة ١٤٠٧ - المجلد الأول ج ٤ - ص ٦٧٠ .

أما الإجماع :

فقد أجمعت أمة محمد ﷺ سلفاً وخلفاً على تحريم الربا لأنها من ضمن الكبائر (١) ، وهذا الإجماع قد عدده القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة حيث ألحقت الربا بالإشراك بالله عز وجل ، ومن حيث أن الربا من الكبائر (٢) .

علة حظر الربا :

لقد اختلف العلماء فى علة الحظر الوارد على الربا فى اتجاهين :

الاتجاه الأول :

أن حكمة الحظر هى تعبدية ، حيث نهانا الله عز وجل دون أن يطلب منا البحث عن حكمة تحريمه ، أو علة النهى عنه ، وغن كانت هناك حكمة يعلمها الله عز وجل ، حيث أن العلة قد خفيت على إفهامنا ، وهذا فى رأى اتجاه ضعيف بسبب أن الله سبحانه وتعالى عظم العقل وطلب منا استعماله ، وليس استبعاده حيث أن حكمة الحظر ظاهر فى الربا وكذا أيضاً علة تحريم واضحة تتركها العقول والإفهام .

الاتجاه الثانى :

أن حكمة الحظر معروفة ، وكذا علة النهى عنه محسوسة من حيث النتائج التى تترتب على التعامل بالربا الذى يبث الحقد والحسد فى داخل المجتمع ، وهذا ما يحيط به علمنا ، ويدركها فهمنا ، ويستشف أسبابها عقلنا من حيث أنها بالكثرة من حيث أنها لا تخفى على أحد .

(١) محمد زكى الدين أبو القاسم - جامع البيان لما اتفق عليه الشىخان - والمرجع والطبعة السابقة - الجزء الأول - ص ٢٣٠ .

(٢) وقد ضبط بعض العلماء الكبائر بأنها كل ذنب علم أن مفسدته كفسدة ما قرن به للوعيد أو الحد أو اللعن أو أكثر من مفسدة فىو كبيرة - مسلم - فى صحيحه المرجع والطبعة السابقة - المجلد الأول - الجزء الرابع - ص ٦٧٧ .

الفصل الثاني

إباحة الفائدة وقدرها في القانون

يبیح القانون الفائدة بقدر معين مخالفاً بذلك أحكام الشريعة الإسلامية ، التي تحرمها بكافة أشكالها ، ونجد القانون ينظر على أن الفائدة (١) يعتبر التعويض عن الضرر الذي يلحق بالدائن من جراء تأخر المدين عن الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود ، ولا يشترط لاستحقاقها أن يقيم الدائن الدليل على تحقيق هذا الضرر وفقاً لنص المادة ٢٢٨ مدني ، وبذا يكون القانون قد اقترض غير قابل لإثبات العكس أن مجرد تأخر المدين عن الوفاء بحدث ضرراً للدائن .

والفوائد التي تستحق دون اتفاق مسبق معها في المسائل المدنية ٤% والمسائل التجارية ٥% وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٢٦ مدني ، أما الفائدة الاتفاقية التي تخضع لسلطان الإدارة ، فقد اشترط المشرع في أن تزيد عن ٧% وفقاً للمادة ١/٢٢٧ مدني في التجاري والمدني ٦% .

(١) يقول الله عز وجل : (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا) البقرة : من الآية ٢٧٥ .

• ومقتضى ذلك كل ربا حرام - (وَإِنْ تَبَيَّنْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَمْ تَظْلِمُونِ وَلَمْ تَظْلَمُونَ) سورة البقرة آية رقم ٢٧٩ .

• محمد بن البكري الرازي - مفاتيح الغيب - المجلد الثالث - المرجع والطبعة السابقة ص ٦٥٤ وما بعدها .

كما أن القاعدة العامة في القانون المدني هي أنه لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وذلك وفقاً للمادة ٢٣٢ مدنى وهى خلاف المسائل التجارية ، فيجوز فيها الفوائد المركبة (١) .

وأن يزيد مجموعها على رأس المال ، طالما أن العادات التجارية تقضى بذلك ، كما هو الشأن فى الحساب الجارى (مادة ٦٤ تجارى) .

(١) يقول المولى عز وجل : « تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً » آل عمران : من الآية ١٣٠ .

• وقصد بذلك النهى والترغيب والتحذير (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا) - محمد البكرى الرازى - مفاتيح الغيب - المجلد الرابع - المرجع والطبعة السابقة ص ٤٥٠ .

• ويقول رسول الله ﷺ : (كل قرض جر نفعا فهو ربا ، والربا حرام) .

الفصل الثالث

اليبوع المحظورة شرعا

وقد اتضح من خلال ما سبق أن الأصل العام فى الاتجار هو الإباحة ، وأن الاستثناء هو المنع (١) ، وسأعطى أمثلة على المنع ، وإذا أمر المشروع بحرمة فما علينا إلا أن نستجيب لقوله عز وجل ﴿ قُلْ أَنْتُمْ أَعْلَمُ أَمِ اللَّهُ ﴾ (٢) إذن يكون الله سبحانه وتعالى : قد أحل كل بيع ، إلا ما قام الدليل على فساده .

(١) المنع ، أو الحظر — ضد الوجوب — فقد اتفق العقلاء على استحالة الجمع بين الحظر ، والوجوب فى فعل واحد حيث أن الحظر هو الخطاب الشارع بمنع إتيان الفعل .

- الأمدى — الأحكام وأصول الحكام — المرجع والطبعة السابقة — الجزء الأول — ص ١١٣ وما بعدها .

(٢) سورة البقرة آية رقم ١٤٠ .

- علموا وجدوا فمنعناه أم منزلتكم منزلة المعترضين على ما يعلم أن الله أخبر به فلا ينفعه ذلك مع إقراره بأن الله أعلم .
- فخر الدين محمد بن عمر الرازى الشافعى — مفاتيح الغيب — المرجع والطبعة السابقة — المجلد الثانى — ص ٤٥٩ .
- ويقول الله سبحانه وتعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ﴾ الأحزاب : من الآية ٣٦ .
- ويقول عز من قائل : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ النساء : آية رقم ٦٥ .
- أستاذى — رمضان حافظ السيوطى — بحوث مقارنة فى الشريعة الإسلامية دار الهدى للطبعة — الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م ص ١٦ .

ومن البيوع المنعى عنها الغش ، والغش فى اللغة بالضم (غشاً) بالكسر ، وشئ مغشوش واستغشه ، ضد استصحه (١) أى عين له غير المصلحة بأن غشه فى البيع ، أما معناه فى الشرع ، فهو عند الجمهور (كتمان عيب ينقص الثمن الأصلى) (٢) .

وقد أكدت المادة : ٣٣٩ من مجلة الأحكام العدلية بقولها : (العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عن التجار وأرباب الخبرة) وأدلة الحرمة من خلال كتاب الله عز وجل - حيث نهى سبحانه وتعالى جل شأنه عن أكل أموال الناس بالباطل يقول سبحانه وتعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) (٣) .

(١) محمد بن أبى بكر الرازى - مختار الصحاح - المرجع والطبعة السابقة ص ٤٧٥ .
(٢) عبد الرحمن الجزيرى - كتاب الفقه على المذاهب الأربعة - دار الكتب العلمية بيروت لبنان - يطلب من دار الرياض للتراث - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٨هـ - / ١٩٨٧م القاهرة ، الجزء الثانى - ص ١٩١ .

- وأكدته المادة ١٦٤ من مجلة الأحكام العدلية بقولها (التغريب - توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية) .
- وكذا التليس - معناه الخديعة ، وهو أيضاً عند الجمهور كتمان عيب - مثله مثل الغش .

- أستاذى رمضان حافظ - بحوث مقارنة المرجع والطبعة السابقة ص ٤٢ .

(٣) سورة النساء آية رقم ٢٩ .

- أنه تعالى خص الأكل هنا بالذكر وإن كانت سائر التصرفات والواقعة على الوجه الباطل محرمة .

- فخر الدين محمد بن عمر البكرى الرازى الشافعى - مفاتيح الغيب - المرجع والطبعة السابقة - المجلد الخامس - ص ١٧٣ .

- قال المسلمون إن الله قد نهانا أن نأكل أموالنا بيننا بالباطل هو أفضل أموالنا =

ولقد جاءت السنة النبوية المطهرة مؤكدة لما ورد في كتاب الله عز وجل شأنه .

فعن عقبه بن عامر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : (المسلم أخو المسلم ، ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب ، إلا بينه له) (١) .
ويؤخذ من هذا الحديث الشريف ، تحريم كتم العيب ووجوب تبينه للمشتري حتى لا يمحق الله بركة هذا البيع ، ويجعله وبالاً على بائعه .

= أبى الفداء ابن كثير تفسير القرآن العظيم — المرجع والطبعة السابقة — الجزء الأول — ص ٤٥٤ .

• وقوله عز وجل شأنه : (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) البقرة : من الآية ١٨٨ (١) أبو عبد الله محمد بن زيد القزويني — ابن ماجه فى سننه — مطابع الوفاء — المنصورة — حقوق الطبع والنشر محفوظة للناسر — الجزء الثانى ص ٧٥٥ حديث رقم ٢٢٤٦ .

• وروى وائل عن رسول الله ﷺ قوله : (لا يحل لأحد أن يبيع شيئاً إلا بين ما فيه) .
• محمد بن على بن محمد الشوكانى — نيل الأوطار — شرح منقى الأخبار — الناسر — المكتبة التوفيقية بالقاهرة — ج ٥ ص ٢١٣ .

• وروى عن وائل بن الأشعث قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : (من باع عيب لم يبينه ، لم يزل فى غضب الله ولم تزل الملائكة تلغنه) ابن ماجه — فى سننه — المرجع والطبعة السابقة ج ٢ ص ٧٥٥ حديث رقم ٢٢٤٧ .

• فقد روى عن العداء بن خالد ، قال : كتب لى النبى ﷺ : (هذا ما اشتري محمد رسول الله ﷺ من العداء بن خالد بيع المسلم للمسلم لأداء ولا خبئة ولا غائلة) .
• البخارى فى صحيحه الجزء الثالث طبعة الشعب بمصر — ص ٧٦ .

ولذا روى عن حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، أو قال حتى يتفرقا ، فإن صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما ، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما) (١) .

إن من خلال هذه الأحاديث الشريفة يجب بيان عيوب المبيع للمشتري ، وعدم إخفاء ذلك ، حيث الغش .

وقيل أن رسول الله ﷺ مر على صبرة من طعام ، فأدخل يده فيها ، فنالت أصابعه السماء يا رسول الله ، قال : أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ، من غشنا فليس منى (٢) .

(١) عبد الله بن عبد الرحمن الدرامى - سنن الدرامى - دار الريان للطباعة سنة

١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م الطبعة الأولى - المجلد الثانى - ص ٣٢٥ حديث رقم ٢٥٤٧

• المنذرى - مختصر سنن أبى داود - ومعالم السنن لأبى سليمان الخطابى - دار المعرفة بيروت لبنان - الجزء الخامس - ص ٩٧ حديث رقم ٣٣١٤ والحديث أخرجه البخارى ومسلم والترمذى والنسائى .

• البخارى فى صحيحه - المرجع والطبعة السابقة ج ٣ ص ٧٦ .

• حرمة أخذ أموال الناس بالباطل - قد ورد فى خطاب النبى ﷺ يوم عرفه يقوله : (أيها الناس هذا حرام فى بلدكم هذا) .

• مسلم - صحيح مسلم بشرح الإمام النووى - دار الكتب العلمية - بيروت لبنان الطبعة الاولى سنة ١٤١١هـ / ١٩٩٠م ج ٨ ص ١٨٢ .

(٢) محمد بن على بن وهب المصرى (ابن دقيق العيد) الإمام بأحاديث الأحكام - دار بن القيم المملكة العربية السعودية - الطبعة الثانية سنة ١٤٠٦هـ / ١٩٨٥م حديث رقم ٨٦١ ص ٣٣٠ رواه مسلم .

• أبو زكريا النووى - رياض الصالحين - المرجع والطبعة السابقة ص ٥٩٩ وما بعدها حديث رقم ١٥٧٩ =

أى ليس ممكن اهتدى بهدى ، واقتدى بعملى وحسن طريقتى (١) .
 ويكون حكم الغش حرام ، وهذا رأى أكثر أهل العلم - منهم مالك
 والشافعى وأبو حنيفة وحكى عن أبى بكر ابن عبد العزيز أن البيع باطل -
 لأنه منهى عنه والنهى يقتضى التحريم (٢) .
 وقد أورد المالكية بأن للمشتري أن يرد المبيع ويأخذ جميع الثمن ولا
 شئ عليه (٣) .

-
- ابن ماجه - فى سننه - المرجع والطبعة السابقة - ج ٢ ص ٧٤٩ حديث رقم ٢٢٢٤
- الشوكانى - نيل الأوطار - المرجع والطبعة السابقة ج ٥ ص ٢١٣ والحديث رواه الترمذى - وقال حديث حسن .
 - المنذرى - مختصر سنن أبى داود - ومعالم السنن لأبى سليمان الخطابى - دار المعرفة بيروت ج ٥ ص ٩٢ حديث رقم ٣٣٠٨ .
 - (١) الشوكانى - نيل الأوطار - شرح منقى الأخبار - المرجع والطبعة السابقة - ص ٢١٣ .
 - منصور على ناصف - التاج - الجامع للأصول فى أحاديث الرسول ﷺ - دار السعادة للطباعة - الجزء الثانى ص ١٩٦ ، ١٩٧ والحديث رواه أبو داود ومسلم .
 - (٢) أحمد بن أحمد الشنقى - مواهب الجليل من أدلة خايل - مطبوعات إدارة إحياء التراث الإسلامى - دولة قطر سنة ١٤٠٧هـ/١٩٨٦م - الجزء الثالث - ص ٢٩٩
 - عبد الحمن الجزيرى - كتاب الفقه لى المذاهب الأربعة - المرجع والطبعة السابقة - ج ٢ ص ١٨٩ وما بعدها .
 - منصور على ناصف - التاج - المرجع والطبعة السابقة - الجزء الثانى ص ١٩٧ .
 - (٣) أحمد الدرديرى - الشرح الكبير - وعليه حاشية الدسوقى - طبعة الباب الحلبى - الجزء الثالث - ص ١١٣ - إذا كان هناك غش فى الشئ المبيع وتكليس من جانب البائع -

وهذا ما أكدته المادة ٣٥٧ من مجلة الأحكام العدلية بقولها :

(إذا أغر أحد المتبايعين الآخر ، وتحقق أن في البيع غبنا فاحشاً ، فالمبغون أن يفسخ البيع حينئذ) (١) .

وعند الحنابلة — أجازوا رد البيع إذا ما تعرض المشتري للتدليس من جانب البائع ، والغش في كامل أشكاله يجيز رد المبيع (٢) .

مثال آخر للبيوع المنهى عنها ، الإكراه في البيع : والإكراه في اللغة مشتق — يقال : قام على كرهه — أى على مشقة وإقامة فلان على كرهه — أى

= أبو الحسن على بن أبي بكر المرغيناني — الهداية — شرح بداية المبتدى في الفقه على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة الطبعة الأخيرة — الجزء الثالث — طبعة الباب حلبى — ص ٣٦ .

(١) وقد نص في المادة ٥٤٥ من مرشد الحيران على ما يلى : (لا رد بغين فاحش فى البيع إلا إذا أغر أحد المتبايعين لآخر أو غر الدلال فإن ثبت التغرير وتحقق أن فى البيع غبنا فاحشاً فللمبغون فسخه) .

(٢) عبد القادر عمر الشيبانى ، وإبراهيم بن ضويان — المعتد فى فقه الإمام أحمد — دار الخير — بيروت ودمشق — الطبعة الأولى سنة ١٤١٢هـ / ١٩٩١م — الجزء الأول ص ٤١٦ .

• إبراهيم بن ضويان — منار السبيل — مطبعة الرياض — الطبعة الثانية سنة ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م — الجزء الأول ص ٣٠١ .

• التدليس : هو كتمان العيب عن المشتري ، وتغطيته عندما يوهم عدمه ، مشتق من التدليس ، وهى الظلمة ، كأن البائع جعله فى ظلمة ، ليخفى على المشتري ، وهو حرام .

• شمس الدين ابن مفلح الحنبلى — الكنت والفوائد السنية — على مشكل المحرر مجد الدين ابن تيمية — مكتبة المعارف بالرياض — المملكة العربية السعودية — الطبعة الثانية — سنة ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م — الجزء الأول ص ٣٢٨ — الهامش .

إكراهه على القيام به وقال الكسائي : هما لغتان بمعنى واحد ، وإكراهه على كذا - حمله عليه كرهاً (١) .

أما في الاصطلاح : الإكراه يثبت حكمه ، إذا حصل من يقدر على إيقاف ما توعد به سلطنا كان أو لئناً (٢) .

-
- (١) محمد عبد القادر الرازي - مختار الصحاح المرجع والطبعة السابقة ص ٥٦٩ .
- (٢) برهان الدين أبي الحسن على الميرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى المرجع والطبعة السابقة - الجزء الثالث - ص ٥٧٢ .
- وقد نصت المادة ٩٤٨ من مجلة الأحكام العدلية على أن الإكراه : هو إجبار أحد أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه - بالإضافة ، ويقال له المكروه (بفتح الراء) ويقال ممن أجبر - مجبر - ولذلك العمل مكروه عليه ، والشمئ الموجب للخوف - مكروه به .
 - مجلة الأحكام العدلية - الطبعة الخامسة سنة ١٣٨٨هـ - / ١٩٦٨م - طبعة دار المعارف بمصر سنة ١٩٧٣م ص ١٨٥ .
 - عبد الرحمن الجزيري - كتاب الفقه على المذاهب الأربعة - الجزء الخامس المرجع والطبعة السابقة ص ٢٨٨ - حيث اعتبر المكروه بالفتح هو كالألة في يد المكروه .
 - الإكراه - شرعاً (فعل يوجب من المكروه فيحدث في المحل معنى يصير به كدفوعاً إلى الفعل الذي طلب منه) .
 - محمد علاء الدين الحسفكي - كتاب شرح الدار المختار - المرجع والطبعة السابقة - ج ٢ ص ٥٣٦ .

والإكراه أسم فعل يفعله المرء بغيره - فينتقى به رضاه ، أو يفسره به اختيار مع بقاء أهليته وهذا ما أكدته سنة النبي ﷺ (١) .

ويستدل على حرمة الإكراه ما نص عليه القرآن المجيد بقوله عز وجل : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (١) .

ووجه الاستدلال من هذه الآية الكريمة - أن كل بيع وقع بالإكراه فى غير حق شرعى - يكون أكلاً لأموال الناس بالباطل ، يستثنى من ذلك ، ما كان حاصلًا عن تجارة قائمة على مبدأ التراضى (٢) . لن مقتضى ذلك فقدان

(١) ما روى عن عبد الجبار بن وائل - عن أبيه قال : استكرهت امرأة على عهد رسول الله ﷺ فدرأ عنها الحد وأقامه على الذى أصابها ولم يذكر أنه جعل لها مهراً - ابن ماجه - فى سننه - المرجع والطبعة السابقة ص ٨٦٦ حديث رقم ٢٥٩٨ .

(٢) سورة النساء آية رقم ٢٨ .

• أنه تعالى خص الأكل هنا بالذكر ، وإن كانت سائر التصرفات الواقعة على الوجه الباطل محرمة ، لما أن المقصود الأعظم من المولى : الأكل . نظيره قوله تعالى :

﴿ إِنِ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا ﴾ النساء : من الآية ١٠ .

• فخر الدين محمد بن عمر البكرى الرازى الشافعى - مفاتيح العيب المرجع والطبعة السابقة - المجلد الخامس - ص ١٧٣ .

• لا يأكل بعضكم أموالهم بينهم بالباطل .. فالربا والقمار والنجش والظلم .

• أبى جعفر الطبرى - تفسير الطبرى - المرجع والطبعة السابقة - المجلد الرابع - ص ٣٤ بند رقم ٩١٤٢ .

(٣) أبو بكر جابر الجزائرى - أيسر التفاسير لكلام العلى الكبير - المرجع والطبعة السابقة ج ١ ص ٤٦٦ =

البيع شرطاً من شروطه ، وقد جاءت السنة مؤكدة لما ورد فى القرآن المجيد .

فقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : (أن الله تجاوز لى عن أمتى .. الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) (١) حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقى وغيرهم .

- وقد أكد صاحب مرشد الحيران فى المادة ٢٦٨ أن يكون الشخص المتصرف مميّزاً بقوله : (أن يكون كل من العاقدين مميّزاً يعقل معنى العقد ويقصده ولا يشترط بلوغهما غير أن عقودهما لا تكون نافذة أن كانا محجوراً عليهما) .

- وقد أورد الميرغينانى فى كتابه - أم من شروط صحة العقد التراضى كما نص فى هذه الآية الكريمة - سالفه الذكر - لذا يعتبر الإكراه بعدم الرضا - فيفسد البيع .
- المرغينانى - الهداية شرح البداية - المرجع والطبعة السابقة الجزء الأول - ص ٢٧٥ .

- وقد نصت المادة ١٠٠٦ من مجلة الأحكام العدلية بقولها : (لا يعتبر البيع الذى وقع بالإكراه ولا الشراء ولا الإيجار ولا الهبة ... ولكن لو أجاز المكره ما ذكر بعد زوال الإكراه يعتبر) وذلك بنا على الإجازة القولية - كما نصت على ذلك المادة ٣٠٣ من مجلة الأحكام العدلية وكذا المادة ٣٠٤ من الإجازة .

(١) قال : أخبرنا معمر ، عن قتادة فى قوله (ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا) وقال بلغنى أن النبى ﷺ قال : (إن الله عز وجل تجاوز لهذه الأمة عن نسيانها وما حدثت به أنفسها .

- أبى جعفر محمد بن جرير الطبرى - تفسير الطبرى - المرجع والطبعة السابقة - المجلد الثالث - ص ٢٢٧ بند رقم ٦٥٠٧ .
- زين الدين أبو الفرح الحنبلى - جامع العلوم والحكم - فى شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم - طبع فى القاهرة سنة ١٣٨٢هـ / ١٩٦٢م مطبعة الباب الحلبى ص ٣٢٢ الحديث رقم ٣٩ - وهذا الحديث خرجه ابن ماجه من طريق الأوزعى عن عطاء عن ابن عباس عن النبى ﷺ - وهذا إسناد صحيح -

ومن خلال هذا الحديث يفهم أن المكره لا اختيار له بالكيفية ، ولا قدرة له على الامتناع ، وخاصة إذا كان الإكراه من النوع الملجئ فإن تعاقده وتصرفه لا يعتد به .

وهذا ما أكدته الآية في قوله عز وجل : ﴿ إِنَّا مِنْ أَكْرِهِمْ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ (١) .

إن الإكراه لا يسقط الإيمان بالله عز وجل طالما كان بمجرد اللسان لأن إكراه بغير حق على قول من الأقوال لم يترتب عليه حكم من الأحكام وكان لغواً ، ولا اعتداد به في التصرفات .

= فيصل بن عبد العزيز آل مبارك - بستان الأصل مختصر نيل الأوطار - المطبعة السلفية - الجزء الثاني سنة ١٣٧٤هـ - القاهرة ص ٢٤٥ .

(١) سورة النحل آية ١٠٦ .

• فخر الدين محمد بن عمر البكري الرازي الشافعي - مفاتيح الغيب - المرجع والطبعة السابقة - ص ٦٤١ .

• فتاويل الكلام إذن : من كفر بالله من بعد الإيمان ، إلا من أكره على الكفر ، فنطق بكلمة الكفر بلسانه وقلبه مطمئن بالإيمان ، موثق بحقيقته ، صحيح عليه عزمه ، غير مفسوخ الصدر بالكفر (فلا اعتبار لما يقوله المكره) .

• أبي جعفر محمد بن جرير الطبري - تفسير الطبري - المرجع والطبعة السابقة - المجلد السابع - ص ٧١٦ بند رقم ٢١٩٤٨ .

• فهذا عمار بن ياسر - كانت قريشة تكرهه على كلمة الكفر الكفر فإن له الرسول ﷺ في قوله بلسانه .

• أبو بكر الجزائري - أسير التفاسير - المرجع والطبعة السابقة الجزء الثاني - ص ١٥٩ .

• زين الدين أبو الفرج - جامع العلوم - المرجع والطبعة السابقة ص ٣٣٠ .

الفصل الرابع

عدم مشروعية المحل والسبب

فيعتبر الشيء غير صالح للتعامل فالملك العام لا يصح بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة ، وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه ، وأن كان يجوز التصرف في الشارع العام بالإيجار كرخصة الأكواك ، وكذا من ضمن الأشياء التي يعد التعامل فيها مخالفاً للنظام العام أو الآداب وقد مثل لذلك القانون المدني في المادة ٤٨ بنصها على ما يلي :

(ما ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها)

كما أيضاً نجد الشارع المصري منع الاتجار في الحشيش والمخدرات وبذا كون محل الاتجار غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب وهذا ما نص عليه في القانون المدني بالمادة ١٣٥ حيث تضع القاعدة العامة في العبارات الآتية :

(إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً) (١) .

كما أن المشرع المصري انطلقاً من المحافظة على النظام العام والآداب ما نص عليه في المادة ٧٣٩ من التقنين المدني المصري على أنه :

١- يكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان .

(١) وقد نص القانون المدني العراقي في المادة ١٣٠ على ما يلي (يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، وإلا كان العقد باطلاً) وهذا مخالف لما نص عليه في التقنين المصري والسوري .

٢- ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك ، وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق .

وبذا نجد انطلاقاً مما أوردته يعد التعامل تجارياً غير صحيح إذا أبست طبيعة الشيء هذا العمل فمثلاً إذا كان محل العقد يرد على إيجار الأعراس أو بيع الأجنحة والاتجار فيها كان المحل غير مشروع .

وإذا كان الباعث إلى التعاقد فيها غير مشروع مثل عقد الاستخدام في محل يدار للدعارة (محكمة النقض الفرنسية ١١/١١/١٨٩٠ د اللوز ٩١-١-٤٨٤) (١) .

وبذا يلزم أن يكون السبب مشروعاً حتى يمكن أن تمثل لهذا فيبيع أسلحة محرم استيرادها والاتجار فيها في مصر يكون باطلاً لعدم مشروعية السبب متى كان البائع عالماً بهذا التحريم .

كما يمنع الاتجار - في الأشياء ، التي تم التعاقد فيها بناء على تدليس (٢) وقد عرفه الفقه الغربي - بأنه هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه

(١) عبد الرزاق أحمد السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٧ الجزء الرابع ص ٣١ نقلاً عنه .

(٢) ويلزم التفريق بين أن يكون الغلط ، هو الذي أوقع المتعاقد في غلط من شأنه يبطل العقد - شريطة أن يكون نصحوباً بالتدليس ، فإنه يصبح أمراً ليس من الميسور إثباته ، أما إذا كان الغلط مصحوباً بالتدليس ، فإن التدليس يكون سبباً في إلزام المدلس بالتعويض مع إبطال العقد .

• انظر أنور عبد الله ، حسين النوري - مقدمة القانون - نظرية الحق والالتزام - دار وهدان للطباعة بالقاهرة ص ٣٣٤ وما بعدها =

إلى التعاقد - شريطة أن يتم ذلك بطريقة احتيالية - كأعمال مادية مبنية على مظاهر من الإعلان لينخدع الناس ، أو اصطناع مستندات مزورة - أو اتخاذ صفات منتحلة ونحو ذلك - على أن يكون هذا هو الدافع إلى التعاقد .

وقد حددت المادة ١٢٥ من التقنين المدني المصري - على أنه يجوز إبطال العقد للتدليس - إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين عنه من الجسامة ، بحيث لولها لما أبرم الطرف الثاني العقد ... إلخ (١) .

وتنص المادة من نفس التقنين ، على أنه :

(إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد - ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس .

= ويمتاز التدليس عن الغش في أن التدليس يصيب الإدارة وقت التعاقد ويدفع إلى التعلق - أما الغش فهو كل تضليل أو خداع .

• عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - مطبعة الاستقلال سنة ١٩٦٩ - ص ١٩٨ وما بعدها .

• محكمة أسيوط الكلية في ١٩٢٨/٣/٢٩ - المحللة ٩٥ ص ٥٥٥ .

(١) ويقابل هذا النص في التقنين القديم - المادة ١٣٦/١٩٦ - أنظر أيضاً المادة ١٢٧/١٢٦ من التقنين المدني السوري الصادر بتاريخ ١٨ أيار سنة ١٩٤٩ ويطبق اعتباراً من ١٥ حزيران ١٩٤٩م - والمادتين ١٢٦/١٢٥ من التقنين المدني الليبي ، وهذه النصوص مطابقة لنصوص التقنين المصري - والمادتين ٢٠٩/٢٠٨ من تقنين الالتزامات اللبناني - والتقنين المدني العراقي في التدليس مادة ١١٢١ بقولها : (إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر ، وعقد أن في العقد غيباً فاحشاً كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون) .

• نقلا عن أستاذي عبد الرازق السنهوري - مصادر الحق في العقد الإسلامي - المرجع والطبعة السابقة ج ٢ - ص ١٧٤ .

ويستخلص من هذا - أن عناصر التدليس عنصران :

وهو أن يلجأ المدلس إلى حيل الإخفاء الحقيقية ، وأن تكون هذه الحيل كافية لإحداث التضليل بحسب حالة المتعاقد (١) كإلغاط العقد الذى أبرم تصرفه على غير بينة من أمره .

العنصر الثانى : عنصر مغوى :

ويلزم أن يكون استعمال المدلس للطرق الاحتيالية - بقصد التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع ، ويشترط فى هذا التدليس أن تكون نية التضليل هى الدافع إلى التعاقد (٢) . وسواء استعمال المدلس مظاهر لتخدع الناس ، أو كان الأمر سلبياً محضاً بكتمان طريق احتيالى .

وقد أعطى أستاذى السنهاورى مثلاً واضحاً لهذا النوع بما يتم فى عقد التأمين (٣) من محاولة زيادة التعويض نتيجة ترتيب هذه الحيلة المترتبة على هذا العقد ، وقد نصت المادة ١٢٥ مدنى على الكتمان المعتبر. تدليساً فقالت :

(١) إذن يعد هذا المعيار - معيار شخصياً يختلف من الشخص إلى آخر - مثل استعمال مظاهر تخدع الناس أو اصطناع مستندات مزورة أو اتخاذ صفات منتحلة .

- عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام - المرجع والطبعة السابقة ص ١٩٩ .
- وحيد الدين سوار - التعبير عن الإدارة فى الفقه الإسلامى - الطبعة الأولى - دار الكتاب العربى بمصر - سنة ١٣٧٩هـ - / ١٩٦٠م ص ٤٤١ .

(٢) هناك فرق بين التدليس الدافع Dol pinicval إلى التعاقد والتدليس غير الدافع Dol incident .

- عبد الرازق السنهاورى - مصادر الحق - المرجع والطبعة السابقة - الجزء الثانى - ص ٧٤٨ .

(٣) وقد كان المشروع - التمهيدي للتقنين المدنى يشمل على نص فى هذا المعنى - (١٥٧) ولكنه حذف ، بقرر حكماً يكتفى فيه تقرير قواعد المسئولية - مجموعة =

(ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أنه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة (١) .

وقد اشترط التشريع الفرنسي في المادة ١١٦ مدنى فى التدليس أن يكون صادراً من التعاقد ، حتى يجعل العقد قابلاً للإبطال (٢) ، وإن كان التشريع المصرى لا يكتفى بمجرد العلم من جانب المدلس ، فيجب على المدلس عليه أن يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٦ مدنى مصرى (٣) .

= الأعمال التحضيرية الجزء الثانى ص ١٧٥ فى الهامش وقد أصدر التقنين المدنى الإيطالى بهذه التفرقة المادة ١٤٤ منه .

(١) إذ يكفى مجرد الامتناع من جانب العاقد - كسكوت عمداً عند ذكر واقعة جوهريّة يجعلها العاقد الآخر - حكم محكمة مصر الكلية فى ٣ يناير سنة ١٩٣٤ - ٢٣٥ - قسم ثانى ص ٥٠٢ ، السنة الخامسة عشر - نقض مدنى فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ - مجموعة القواعد القانونية - الجزء الثانى ص ٥٩ رقم ١٥٩ .

(٢) ولقد كان المشروع التمهيديّ يشتمل على نص فى هذا المعنى (م/١٥٧) ولكنه حذف لأنه قد اكتفى بتقرير قواعد المسؤولية - أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الثانى ص ١٧٥ فى الهامش - وقد أخذ القانون الإيطالى بهذه التفرقة وذلك فى المادة ١٤٤ منه .

(٣) عبد الرزاق السنهورى - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى - المرجع والطبعة السابقة ص ١٤٨ - وعبارة تضم للمادة ١٢٦ مدنى قد ذيلت بقولها (أو كان من المفروض حكماً أن يعلم بهذا التدليس) .

• وقد أتضح هذا فى النص الوارد فى المادة ١٢٨ مدنى فى الإكراه ولن ترد هذه العبارة فى الغلط - فعمل المشرع قد سها عليه أن يثبتها .

= أنظر عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام - المرجع والطبعة السابقة ص ٢٠٣ بهامش .

ومن خلال ما تعرضت له من التدليس فى الفقه الغربى والتدليس فى الفقه الإسلامى ، حيث أن نظرية التعزيز واستعمال الطرق الاحتمالية ، وكذا أيضاً كتمان العيب يعتد به فى التدليس فى الفقه الإسلامى ، وكذا أيضاً يتعد التدليس الصادر من الغير ، حيث نجد أن الفقه الإسلامى يعطى المتعاقد المدلس عليه خيار التدليس برد الشئ المبيع ، أو فسخ التعاقد (١) أو الرجوع بالنقصان على المدلس (٢) ، وكذا أيضاً - نجد أن التدليس فى القانون الغربى - يكون سبباً فى إلزام المدعى بالتعويض (٣).

بجانب إبطال العقد ، كما أتضح ذلك سلفاً ، كما يلزم التفريق بين التدليس المدنى والتدليس الجنائى الذى يعنى أعمال النصب ، الذى يستوجب وجود أعمال مادية تؤدى أكاذيب المتهم إلى سلب مال الغير وهذا بخلاف التدليس المدنى ، الذى مقتضاه استعمال طرق احتمالية للتأثير على إرادة المتعاقدين بقصد خداعه ودفعه إلى التعاقد (٤) .

(١) وقد أكدت ذلك المادة ٣٥٧ من مجلة الأحكام العدلية بقولها : (إذا أغر أحد المتابعين الآخر ، وتحقق أحد فى البيع غبناً فاحشاً فاللمبغون أن يفسخ البيع حينئذ)

• عبد القادر الشيبانى - المتعمد - المرجع السابق ج١ ص ٤١٦ .
(٢) زكريا يحيى النووى - منهاج الطالبين وعمدة المفتين فى فقه مذهب الإمام الشافعى - مطبعة الباب الحلبى - بمصر - ص ١٤٨ .

(٣) إذا ما توفرت علاقة السببية Lien de esusalite بين الخطأ والضرر استوجب هذا التعويض ، والإمام يستوجه التعويض إذا لم يتوافر علاقة السببية - فلا بد من أساس من جانب المدلس ، أدى إلى التعاقد من جانب المدلس عليه .

• أنظر عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - المرجع والطبعة السابقة ص ٤٩٥
فقرة / ٤٥٧ وما بعدها .

(٤) ليس هناك تطابق بين التدليس المدنى والتدليس الجنائى =

الإكراه : Violence

هو العمل الذى يبعث فى نفس الشخص رهبة - تحمله على التعاقد ، ومؤداة - ضغط تتأثر به إرادة الشخص ، ولا يعدم الإكراه إرادة ولكنه يفسدها ، فيختار أهون الشرين إلا أن الإرادة هنا هى إرادة فاسدة لم تكن حرة مختارة (١) - ولذا فهو يؤثر فى صحة العقد ، ففيما يجيز إبطال العقد ، وقد نص التقنين المدنى المصرى فى المادة ١٢٧ منه على ما يلى :

- ١- يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان الرهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساسه .
- ٢- وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو المال (٢) .

- أنظر أنور عبد الله وحسين النوى - مقدمة القانون ، نظريات الحق والالتزام - المرجع والطبعة السابقة ص ٣٢٦ .

- محمود نجيب حسنى - قانون التعديتات الخاص - الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٠ - المطبعة العالمية - القاهرة - ص ٥٧٤ فقرة ٦٦٢ جريمة النصب .
- (١) عبد الرازق السنهورى - مصادر الحق - المرجع والطبعة السابقة الجزء الثانى - ص ١٧٥ .

- ولذا يعد الإكراه ، الذى يعيب الإرادة ، وتكون الإرادة فيه موجودة ولكنها ليست حرة
- عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - المرجع والطبعة السابقة - ص ٢٠٦ .
- (٢) أنظر التقنين المدنى السورى فى المادتين ١٢٨، ١٢٩ وتجمع كل من المادة ٣/١٢٨ سوري و٣/١٢٧ على أن يراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذه الإكراه وسنة وحالته الاجتماعية والصحية ، وكل ظرف آخر - المادة ٢١٠ من تقنين الالتزامات البنائى - التقنين المدنى الليبى أنظر المادتين ١٢٧، ١٢٨ من التقنين، أما =

من خلال هذا النص - سألقة الذكر - يتضح أن المشرع العربي جعل أن الإكراه سبب يؤدي إلى جواز إبطال العقد لحدوث الإكراه (١) وفقاً للائتمراطات التي نوع عنها التشريع المصري والتشريعات العربية .
ونستطيع نجلها فيما يلي :

- ١- حدوث إرهاب لشخص لدفعه للتعاقد (٢) .
 - ٢- إن الإكراه هو السبب الأساسي الباعث على التعاقد .
 - ٣- خوف الشخص المكره على نفسه ، أو ماله ، أو ولده .
 - ٤- الظروف الاجتماعية والصحية والسنية المؤدية للإكراه .
 - ٥- تحقق وقوع ضرر جسيم على المال أو النفس أو العرض .
- وقد يحدث الإكراه بين الشخص أو الغير ، ولا يتم المطالبة بالإبطال إلا إذا كانت كل الظروف تؤكد أن التعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه (٣) .

= التقنين المدني العراقي ، فقد بين هذه التقنين وأحكام الفقه الإسلامي ، وأحكام الفقه الغربي .

(١) أنظر استئناف مصر ١٢/١٩٣٦ - المحاماة ١٦ رقم ٣٣٩ ص ٧٢٤ حيث ورد في الحكم : " أن أحد المتعاقدين استغل حالة الاضطراب التي وجد فيها المتعاقد الآخر صدفه وبدون تدبير واستطاع أن يحملة على قبول تعهدات باهظة التكليف ، فالبعض لم يدخل ذلك من قبيل الإكراه وإن كان بعض الشراح أوجب تخفيض الالتزامات الباهظة إلى القدر المناسب " .

(٢) يشترط أن يكون الإرهاب غير مشروع - أنظر نقض مدني في ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٤ - مجموعة القواعد القانونية ج٤ ص ٥٩ رقم ٢٩ .

(٣) جاك يوسف الحكيم - الحقوق التجارية / ٢ طبعة جامعة دمشق سنة ١٤٠٩ - ١٩٨٩ - ص ٦١ .

وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٨ من التفتين المدنى المصرى ومن خلال هذه النصوص السالفة - يمكن أن نجد عنصرين مؤديين إلى الإكراه وهما كالآتى :

عنصر مادى وعنصر معنوى :

والعنصر المادى - استعمال وسيلة للإكراه تهدد بخطر جسيم عليه أو على غيره ، أما العنصر المعنوى - أن يكون استعمال أكان من المتعاقد الآخر ، أو صدر من أجنبى عن العقد بسبب فساد فى الإرادة ، وبذا يكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد والمرجع فى هذه الناحية النفسية للشخص الذى وقع عليه الإكراه إذن فمعيار الإكراه معيار ذاتى .

وكذا أيضاً استغلال حالة الحظر الذى يتهدد المتعاقد تعد صورة من صورة ، وبذا يمكن لهذا المتعاقد من إبطال للإكراه .

ويعد الإكراه من أهم الموضوعات التى تعيب الإرادة ، مما استوجب الاهتمام بدراستها ، سواء كان ذلك من جانب الفقه الإسلامى حيث يبرز الإكراه واضحاً فى الفقه الإسلامى ^(١) ويتميز بالوضوح عن سائر عيوب الإرادة الأخرى ، وكذا أيضاً كان مناط الاهتمام من جانب الشرع ، ومن جانب الفقه لكثرة حدوثه ، ويختلف الأمر باختلاف الأشخاص والمجتمعات .

(١) حيث تستبين علة بطلان المكره ، فهو فقدان الاختيار ، بجانب أن حكمة النهى عنه خروج ملك البائع بغير رضاه - فقد يباع بأبخس الأثمان - وبذا يعتبر ضرراً بالغاً يعود إلى المال .

• رمضان حافظ (السيوطى) بحوث مقارنة فى الشريعة الإسلامية - عن أهم البيوع التى تضر بالأموال - الطبعة الأولى - دار الهدى لطباعة بالقاهرة - سنة ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤م - ص ٢٦٥ .

obeikandi.com

الباب الثالث

البيع المحرمة شرعاً وقانوناً

لقد شرع الله سبحانه وتعالى البيع لكي يحصل الإنسان على أغراضه ، ونيل مطالبه بطريق الرضا والوافق بين البائع والمشتري ، فلا يستطيع أحد أن يأخذ مال غيره قسراً ، ولا يسلبه منه قهراً ، بلف يلزم بينهما التبادل والتقابض المبني على التراضي والتسامح بين البائع والمشتري وصدق الله عز وجل القائل : ﴿ إِبَّأ أَنْ تَكُونَ يَجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (١) .

وبذا نجد أن البيع يدور بين الصحة والفساد .

البيع الصحيح : وهو ما وافق أمر الشارع مع استيفاء أركانه وشرطه .

البيع الفاسد : وهو ما خالف أمر الشارع مع فقد أركانه وشرطه ، والبيع المحرم ما أتى مخالفاً لما شرعه الله عز وجل .

(١) سورة النساء آية رقم ٢٩ .

- يقول الله عز وجل : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ... الخ ﴾ .
- فخر الدين محمد بن عمر البكري الرازي - التفسير الكبير - المرجع والطبعة السابقة - المجلس الخامس - ص ١٧٣ .
- أبي جعفر محمد بن جرير الطبري - تفسير الطبري - المرجع والطبعة السابقة - المجلد الرابع - ص ٣٤ بند رقم ٩١٤١ .

الفصل الأول

بيع الغش والنجش

يقصد بالغش عدم النصيحة أو كتمان عيب يختلف الثمن لأجله ، كما أنه لا خلاف بين المسلمين في أن الغش والتدليس في البيع حرام (١) ، وقد أكد هذا القرآن المجيد حيث عده الله عز وجل من أكل أموال الناس بالباطل ولذا يقول الله سبحانه وتعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾ (٢)

وقد أكدت السنة النبوية المشرفة حرمة الغش فقد روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : (من حمل علينا السلاح فليس منا ومن غشنا فليس منا) (٣) رواه مسلم .

-
- (١) رمضان حافظ عبد الرحمن (السيوطي) بحوث مقارنة في الشريعة الإسلامية - المرجع والطبعة السابقة - الطبعة الأولى ص ٤٣ .
- (٢) سورة البقرة آية رقم ١٨٨ .
- فخر الدين محمد البكري الرازي - مفاتيح الغيب - المرجع والطبعة السابقة - المجلد الثالث - ص ١٢٠ ، ١٢١ .
- (٣) عبد العظيم بن عبد القوى المنذرى - الترهيب والترغيب من الحديث الشريف - المرجع والطبعة السابقة - الجزء الثالث - ص ٢٢ .
- الحديث روى عن ابن عمر بصيغة أخرى - وورد عن عبد الله الدرامى - سنن الدرامى - دار الريان للتراث القاهرة - الطبعة الأولى سنة ١٠٤٧هـ / ١٩٨٧م - المجلد الثاني ص ٣٢٣ حديث رقم ٢٥٤١ .
- أبو زكريا النووي - رياض الصالحين - المرجع والطبعة السابقة - ص ٥٩٩ حديث رقم ١٥٧٩/١ =

وبذا يكون بيع الغش صحيحاً وأن للمشتري الخير إذا كان بالسلعة عيب (١) . وكذا يحرم النجش ، حيث قصد منه الخديعة والزيادة فى قيمة الشيء المبيع بقصد وقوع المشتري فى تلك الخديعة ولذا أكدت السنة النبوية المشرفة على ذلك بما روى عن نافع ، عن ابن عمر أن النبى ﷺ : (نهى عن النجش) (٢) .

وقد تأكد هذه بحديث أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : (لا تتاجشوا) (٣) .

المقصد من ذلك ، أن الناجش يرغب أن يزيد فى الثمن ، وفيه تغريب بالراغب فيها .

عقوبة من يغش :

قد ذكر بعض الفقهاء أن عقوبة من يخدع ، ويغش المسلمين فى بيعهم تكون كما يلى :

= المنزرى - مختصر سنن أبو داود - معالم السنن لأبى سليمان الخطابى - دار المعرفة - المجلد الخامس ص ٩٢ حديث رقم ٣٣٠٨ .

• أبى عبد الله محمد القزوينى - سنن أبى ماجه - دار الحديث - المرجع والطبعة السابقة - الجزء الثانى - ص ٧٤٩ حديث رقم ٢٢٢٤ .

(١) رمضان حافظ السيوطى - بحوث مقارنة - المرجع والطبعة السابقة - ص ٥٧ .

(٢) ابن ماجه - فى سننه - المرجع والطبعة السابقة - الجزء الثانى - ص ٧٣٤ حديث رقم ٢١٧٣ .

• يقصد بالنجش : هو أن يمدح السلعة ليروجها ، أو أن يزيد فى الثمن ، ولا يرد شراءها ليضر بذلك غيره - المرجع السابق - ص ٧٣٤ .

(٣) المنزرى - مختصر سنن أبى داود - المرجع والطبعة السابقة - المجلد الخامس - ص ٨١ ، ٨٢ - حديث رقم ٣٢٩٤ .

١- قال صاحب نيل الأوطار ، والبحر الرائق (كتمان عيب السلعة حرام ، ثم قال وفي البزازية ، وفي الفتاوى وإذا باع سلعة معيبة عليه بيان ، وأن لم يبين قال بعض مشايخنا يفسق وترد شهادته (١) :

٢- قال الزرقاني (ويعاقب الغاش بسجن أو ضرب ، أو إخراج من السوق ، وإن اقتاده (٢) .

ونقل مثل ذلك من رواية أشهب قال ابن حبيب فقلت لمطرف ، وابن الماجشون ، عما وجه الصواب عندكما فيمن غش ، أو انقص الوزن ؟ قالوا يعاقب بالضرب والحبس والإخراج من السوق (٣) .

- (١) الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - المرجع والطبعة السابقة ص ٢١٢ .
- الزيلعي - البحر الرائق - الجزء السادس - ص ٣٨ .
 - وجاء بشرح ابن العربي على صحيح الترمذى أن أهل العلم هو الغش ، وقالوا الغش حرام .
 - وقال ذلك - ابن جزى المالكي - قوانين الأحكام - عالم الفكر - سنة ١٩٧٥ - ص ٢٧٧ .
 - (٢) الزرقاني - على خليل - الجزء الخامس - ص ٦٣ .
 - (٣) ابن قيم الجوزية - الطرق الحكمية - ص ٢٦٨ .

الفصل الثانی

منع القانون غش القانون

يعتبر صور الغش سالفة الذكر ، التي ورد ذكرها في الشريعة ، ما يقابله في القانون وهو التدليس والغش أيضاً ، حتى يحمله على التعاقد (١) ويقصد بالإيهام معناه إيقاعه في وهم الذي يدفعه إلى التعاقد ويعتبر أثر التدليس بالنسبة للمدلس عليه كما سبق القول أن يطالب بإبطال العقد .

وعقوبة التدليس والغش :

ورد القانون عليها بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٩ المنشور في الوقائع المصرية العدد ١١٥ في ١٩٤٩/٩/٨ - المعدل بالقانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦١ - خاص بقمع التدليس والغش .

١- يعاقب بالحبس لمدة سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات ، وألا تتجاوز مائة جنية أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خدع أو شرع في أن يخدع المتعاقد معه بأية طريقة من الطرق في إحدى الأمور الآتية :

(أ) عدد البضاعة أو مقدارها أو مقاسها أو كيلها ، أو وزنها ، أو طاقتها أو غيرها .

(ب) ذاتية البضاعة إذا كان مما سلم منها غيرها ما تم التعاقد عليه .

(ج) حقيقة البضاعة ، أو طبيعتها أو صفتها الجوهرية أما ما تحويه ، من عناصر نافعة وعلى العموم في تركيبها .

(١) أحمد سلامة - مذكرات في نظرية الالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام سنة

١٩٨١ - دار المسلم للطباعة ص ١٢٣ وما بعدها .

الفصل الثالث

بيوع منهي عنها شرعاً

نجد من الملاحظ في التشريع الإسلامي - أن المشرع يتعمد عدم إحداث أية منازعة بين الناس - بعضهم البعض - لذا مما جعله يحظر من البيوع ، التي تؤدي إلى منازعة .

مثل بيوع الغرر ، ويؤكد هذا ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم : (نهى عن بيوع الحصة ، وهو بيع الغرر) (١) .

ومن خلال هذا يتضح صحة هذا الحديث حيث رواه مسلم وبعض كتب الصحاح .

والغرر بفتحين الحظر (٢) ، وهو مثل بيع السمك في الماء والطير في الهواء .

(١) أبي الفتح محمد بن علي بن وهب المصري (ابن دقيق العيد) - الإمام بأحاديث الأحكام الطبعة الثانية سنة ١٤٠٦هـ / ١٩٨٥م - دار ابن القيم ص ٣١٧ حديث رقم ٣١٧ .

• وقد أورد بن دقيق العيد أن الحديث أوردته مسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه .
• أبو الحسين مسلم بن حجاج - صحيح مسلم - مطبعة الباب الحلي بمصر - الجزء الثالث ص ١١٥٣ حديث رقم ١٥١٣ .

• عبد الله بن عبد الرحمن الدرامي - سنن الدرامي - المرجع والطبعة السابقة - المجلد الثاني - ص ٣٢٧ حديث رقم ٢٥٥٤ .

• المنذرى - مختصر سنن أبي داود - دار المعرفة بيروت - لبنان المجلد الخامس ص ٤٥ حديث رقم ٣٢٣٧ وأخرجه مسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه .

(٢) محمد أبو بكر الرازي - مختار الصحاح - رتبة محمود خاطر المرجع والطبعة السابقة ص ٤٧١ .

وبالنسبة للنهى عن الغرر - فقد اختلف العلماء فيما وضعت له صيغة النهى - كما اختلفوا فى صيغة الأمر - حيث أن النهى مشترك بين الحظر والتحرير والكرامة فقط (١) .

إن الغرر - السبب فى النهى عنه - وجود الجهالة ، فإذا انتفت الجهالة فى غرر . وهذا ما عبر عنه المالكية للخروج من الجهالة (٢) ، وقد عبر الحنابلة بقولها - التردد بين أمرين ، ليس أحدهما أظهر (٣) .

وقد اشترط الأصناف فى المبيع - القدرة على التسليم ، فإذا امتنع انعدام المالك ، وقد دخل فى مضمون النهى سالف الذكر عن رسول الله ﷺ (٤) .

(١) زكريا البرى - أصول الفقه - الأدلة الشرعية - جزء أول - الطبعة الثالثة - دار الاتحاد العربى للطباعة سنة ١٩٧٤ ص ٢٢٣ .

• على بن محمد الأمدى - الإحكام فى أصول الأحكام المكتب الإسلامى دمشق بيروت سنة ١٤٠٢هـ - الجزء الثانى ص ٢٥٥ .

• النهى عن بيع الغرر يكون فى أمر خاص لا عموم له عند أكثر الأصوليين .

(٢) محمد عثىش - بهامش الشرح الكبير وحاشية الدسوقى طبعة الباب الحلبى - الجزء الثالث - ص ١٤ .

• للجهل بجنس الثمن أو المثلن كقوله : بعتك ما فى كمى .

• انظر بن جزى - القوانين الفقهية - دار الفكر - طبعة جديدة منقحة - ص ٢٢٠ .

(٣) إبراهيم بن محمد بن ضويان - منار السبيل فى شرح الدليل - الطبعة الثانية - سنة ١٤٠٢هـ / ١٩٨٥ ج ١ - ص ٢٨٩ .

• عبد القادر الشيبانى - إبراهيم بن ضويان - المعتمد فى فقه ائمام أحمد دار الخير للطباعة والنشر - بيروت دمشق - الجزء الول - سنة ١٤١٢هـ / ١٩٩١م - ص ٤٠٢ .

(٤) المرغينانى - الهداية شرح البداية - مطبعة الباب الحلبى - الجزء الثالث - ص ٤٣ -

وقد أكدت مجلة الأحكام العدلية فيما لا يجوز بيعه ما نصت عليه المادة ٢٠٩ بقولها : (بيع ما هو غير مقدور التسليم باطل) (١) .

إن تنتهى حالة المنازعة فى بيع الغرر — إذا زال عن المعقود عليه تلك الصفة ، وأصبح مقدور التسليم لم يكن داخلاً فى النهى الوارد سلفاً .

وبذا يعتبر النهى عن بيع الغرر — أصلاً من أصول الشرع يدخل تحت مسائل كثيراً ، ويستثنى من بيع الغرر أمران :

الأول : ما يدخل فى المبيع تبعاً .

الثانى : ما يتسامح فيه .

= جمال الدين الزيلعى — نصب الرأية لأحاديث الهداية — دار الحديث بالقاهرة — الطبعة الأولى سنة ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م — الجزء الرابع ص ٤٥٨ وما بعدها .

(١) وقد نصت المادة ٢٤٣ من مجلة الأحكام العدلية بقولها (بيع المجهول فاسد ، فلو قال البائع للمشتري بعثك جميع الأشياء التى هى ملكى ، وقال المشتري : اشتريتها وهو لا يعرف تلك الأشياء ، فالبيع فاسد) .

• أبو زكريا يحيى النووى منهاج الطالبين — وعمدة المفتين فى فقه مذهب الإمام الشافعى — مطبعة الباب الحلبى — ص ٤٥ .

الباب الرابع

معاقبة القاتون لبيوع منهي عنها

يعد من أهم ضمانات الحرية الفردية ، والاستقرار القانوني في المجتمع أن يعلم الفرد بالأفعال السجّرة ، وبالعقوبات المقررة حتى يتجنبها ، ولا يدخل في أمر يفاجأ بأن يقع تحت طائلة العقاب ، كما أنه يشترط في العقوبة أن تكون مناسبة للجرم الذي يرتكب ، حتى يحقق مصلحة للعامّة . حيث أن مبدأ الشريعة يعتبر هدفاً أسمى للمشروع ، ولو أدى ذلك في بعض الأحيان إلى إغفال حماية إحدى المصالح أن المشرع له أن يستدرك أي نقص يحدث بتحريم الأفعال التي تظهر خطورتها (١) .

ومن البيوع ، التي هي محل نهى من جانب القانون ، والشريعة الإسلامية — بيع المخدرات ، وكل منها يعاقب على هذا الفعل بنصوص قطعية ، حيث أنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص (٢) .

(١) محمد نقيب حسنى — شرح قانون العقوبات — القسم العام — المطبعة العالمية بالقاهرة — سنة ١٩٦٢ ص ٧٢-٧٤ .

• محمود مصطفى — شرح قانون العقوبات — القسم العام الطبعة الثامنة — سنة ١٩٦٩ ص ٦١ .

(٢) سمير الجنزورى — الأسس العامة لقانون العقوبات دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية — مطبعة السعادة سنة ١٣٩٢هـ / ١٩٧٢م ص ٢٢ .

• عبد افتاح ورد — أحكام المخدرات في الشريعة الإسلامية . (مجلة المحاماه) — العددان التاسع والعاشر — نوفمبر وديسمبر ١٩٩١ م . السنة الحادية والسبعون — ص ٧٤ وما بعدها .

ولم يكن بيع المخدرات جريمة على النطاق المحلى ، بل من خلال الاتفاقات الدولية المبرمة فى مجال مكافحة المخدرات والسابقة على الاتفاقية الموحدة للمخدرات لسنة ١٩٦١ (١) اتفاقية لاهاى للأفيون سنة ١٩١٢ (٢) ثم تلا ذلك - اتفاقية جنيف للحد من تصنيع المخدرات ، وتنظيم توزيعها عام ١٩٣١ (٣) .

وقد أبرمت جميع الاتفاقات وفقاً لبروتوكول تحت إشراف عصبة الأمم (٤) ثم تلى ذلك ما أصدرته الأمم المتحدة فى قرارها رقم ٤٥ فى ١٩ نوفمبر ١٩٤٦ وتعد هذه الاتفاقيات والمعاهدات أنها لا تطبق إلا بالقدر الذى تعد فيه تلك المعاهدات جزءاً من قانونها الداخلى (٥) .

(١) هذه الاتفاقية أبرمت فى نيويورك بتاريخ ٣٠ مارس ١٩٦١ وصدر القرار الجمهورى رقم ١٧٦٤ سنة ١٩٦٦ فى ٢ مايو ١٩٦٦ بالموافقة عليه ، عملاً بالفقرة الأولى من المادة ١٢٥ من دستور عام ١٩٦٤ وتم نشر الاتفاقية بالعدد رقم ٤١ من الجريدة الرسمية فى ٢٠ فبراير ١٩٦٧ .

(٢) وتم تعديل هذه الاتفاقية باتفاقية جنيف سنة ١٩٢٥ التى استهدفت إيجاد رقابة أكثر فاعلية على تجارة المخدرات .

(٣) وقد أوجدت اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣١ أساساً اعتمدت عليه تلك الاتفاقية المبرمة عام ١٩٣٦ - لردع التجارة غير المشروعة فى المخدرات .

• وقد دخلت اتفاقية عام ١٩٣٦ مرحلة النفاذ فى السادس والعشرين من أكتوبر سنة ١٩٣٩ - بالتطبيق لنص المادة ٢٢ منها - وتضم بين أطرافها حتى ١٩٨٣ أربعة وثلاثين دولة .

(٤) وفقاً للدستور المصرى فى المادة ١/١٥١ بالتأكيد على أن رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ، ويبلغها مجلس الشعب وتكون لها قوة القانون متى تم إبرامها ، والتصديق عليها ، ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة .

(٥) انظر المادة ٢٣/ج من عهد عصبة الأمم .

وقد جاء التشريع الوضعى الداخلى مشدداً على معاقبة الاتجار فى المخدرات بالقانون رقم ١٩٧٦/٦٣ بشأن حظر الخمر وما يماثلها من المعسكرات ، وكذا القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحة المخدرات ، وكذا على القرار الوزارى رقم ٢٩٥ لسنة ١٩٧٦ بتعديل الجدولين الأول والثالث من الجداول الملحقة بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ .

ومن خلال هذا يتضح ما قام به المشرع الجنائى فى مصر بمكافحة المخدرات ، وعدم تداولها ، ، وتشديد العقوبات الوارد ذكرها فى التشريع رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٦ فى المواد رقم ١ ، ٢ ، ١/٥ ، ٦ من القانون ، وقد كثرت التشريعات المعددة لأنواع المخدرات (١) .

وقد اتفق فقهاء القانون مع أصحاب الرأى الراجح فى الشريعة الإسلامية من رفع العقاب عن السكران - إذا تناول المسكر مكرها أو غير عالم بأنه مسكر ثم ارتكب الجريمة أثناء سكره ، فإذا تناوله مختاراً ، فإنه يعاقب على أية جريمة يرتكبها أثناء سكره (٢) .

(١) وكان تحديد الشريعة الإسلامية للمخدرات أكثر دقة من القانون الوضعى ، وذلك لما روى عن ابن عمر - أن النبى ﷺ قال : (كل مسر خمر ، وكل خمر حرام) أخرجه مسلم .

• ابن دقيق العيد - الإمام بأحاديث الحاكم - المرجع والطبعة السابقة ص ٤٧٧ حديث رقم ١٢٩٩ .

• وما روى عن أم سلمة قالت - (نهى رسول الله ﷺ عن كل مسكر ومفتقر) المرجع السابق حديث رقم ١٢٩٤ ص ٤٧٨ .

(٢) عبد القادر عودة - التشريع الجنائى الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى - القسم العام - الطبعة الخامسة سنة ١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م ص ٥٨٤ ج ١ .

ويعد تطبيق الشريعة الإسلامية - حد الشرب على من شرب ، وعلى من باع واتخذها تجارة له ، فإنه قد سئل عبد الله بن عباس عما يعصر من العنب ؟ فقال عبد الله بن عباس :-

(أهدى رجل لرسول الله ﷺ رواية خمر قال له النبي ﷺ : أما علمت أن الله حرمها ؟ فسار الرجل إنساناً إلى جنبه ، فقال النبي ﷺ بم ساررتك ؟ فقال : أمرت أن يبيعه فقال له رسول الله ﷺ : إن الذي حرم شربها حرم شربها بيعها فأذهب ما فيها) (١) .

وتشمل الحرمة كل ما يسكر : لما روى عن أبي سلمة عن عائشة تبلغ به النبي ﷺ قال : (كل شراب أسكر فهو حرام) (٢) .

(١) الإمام مالك بن أنس - الموطأ - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الثانية سنة

١٤١٣هـ / ١٩٩٣م الجزء الثاني ص ٤٨ ، ٤٩ حديث رقم ١٨٣٦ .

- لما نزلت سورة البقرة في الربا - خرج رسول الله ﷺ فحرم التجارة في الخمر .
- ابن ماجه في سننه - الجزء الثاني - المرجع والطبعة السابقة - ص ١٦٢٢ - حديث رقم ٣٣٨٢ .
- عبد الله الدرامي - سنن الدرامي - المرجع والطبعة السابقة المجلد الثاني - ص ٣٣٣ حديث رقم ٢٥٧١ .

(٢) ابن ماجه - المرجع والطبعة السابقة ج ٢ ص ١١٢٣ حديث رقم ٣٣٨٦ .

- ابن حجر العسقلاني - فقه الإسلام شرح بن عزام من مجمع أدلة الأحكام - عبد القادر شيبه - ج ٩ مطابع الرشيد بالمدينة المنورة - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م ص ٦٣ ، ٦٤ وما بعدها .
- عبد الله الدرامي - سنن الدرامي - المرجع والطبعة السابقة - المجلد الثاني - ص ١٥٤ حديث رقم ٢٠٩٧ .
- ما روى عن جابر عن رسول الله ﷺ (كل مسكر حرام ... الخ) =

والقليل والكثير حرام — يؤكد هذا ما روى عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (ما أسكر كثيره فقليلة حرام) (١) .

وعقبة شرب الخمر ، أو أى مسكر بيعه فهذا — أفترى ، وعلى المفترى ثمانون جلدة (٢) .

ويؤكد هذا ما روى عن عبيد الله بن عدى بن الخيار — أنه قال لعثمان : قد أكثر الناس فى الوليد ، فقال : سناخذ منه الحق إن شاء الله تعالى ، ثم دعا علياً فأمره ان يجلده ، فجلده ثمانين (٣) .

= عبد العظيم المنذرى — الترغيب والترهيب — المرجع والطبعة السابقة الجزء الثالث — ص ١٨٥ .

(١) ابن حجر — بلوغ المرام — المرجع والطبعة السابقة ص ٦٥ — الحديث أخرجه أحمد والأربعة وصححه ابن حبان — وقد حسنه الترمذى ورجاله ثقات ورواه النسائى والبزار وابن حبان .

• وعن أبى هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (أن الله حرم الخمر وثمنها وحرم الميتة وثمنها وحرم الخنزير وثمنه) رواه أبو داود وغيره .

• عبد العظيم المنذرى — الترغيب والترهيب — المرجع والطبعة السابقة — الجزء الثالث — ص ١٨١ .

(٢) يؤكد هذا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (من شرب الخمر فجلده ، فإن عاد فاجلده فإن عاد فاقتلوه) .

• جمال الدين الزيلعى — نصب الرأية تخريج أحاديث الهداية — الهداية شرح بداية المبتدى (المرجع والطبعة السابقة — ج ٦ — ص ٢٢٦ .

(٣) فيصل بن عبد العزيز آل مبارك — بستان الأخبار مختصر نيل الأوطار المرجع والطبعة السابقة — الجزء الثانى — ص ٢٥٩ .

وقد قام بعض قضاة مصر بتطبيق ما ورد النص عليه من قبل الشرع (١).

وندعو الله سبحانه وتعالى أن يلهم حكام المسلمين تطبيق شرع الله عز وجل : (أن الحكم إلا لله) .

(١) محمد عبد الحميد غراب - أحكام إسلامية - إدانة للقوانين الموضوعية (أن الحكم إلا الله) دار الاعتصام سنة ١٤١٥هـ ص ٢٥ وما بعدها .

• أحمد على الأزرق - المعسكرات والمخدرات سنة مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة سنة ١٤٠٢ هـ السنة ١٤ العدد ٥٤ ص ٢٩ وما بعدها .

الخاتمة

من خلال ما تعرضت له في هذا يتضح أن الحظر يأتي كاستثناء على أعمال التجارة لأنها في الأصل مباحة في نظر الله عز وجل وكذا أيضاً في التشريعات الوضعية التي اتفقت في الغالب مع شرع الله سبحانه وتعالى الذي جعل الحظر محافظة على الإنسان والقيم الأخلاقية التي تحافظ على البشرية وتجعلها بمنأى عن الخطر الذي يهدد وجود الإنسان وقد تعرضت في هذا البحث لبعض النقاط ، التي هي مثار اتفاق أو اختلاف ونخلص إلى ما يلي :

أولاً : وبذا يكون الحظر الدال على أن النهي إنما يدل على مرجعية المنهى عنه أى طلب الكف عن الفعل وهذا يعكس الإباحة وهو خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل . أم للإباحية في التشريعات الوضعية فهي ما يراه المجتمع صالحاً له في فترة زمنية معينة .

ثانياً : الحظر في الشرع يرد على سبيل الاستثناء من الأصل العام ، الذي يعد خطاب الشارع مما فعله سبباً للذم شرعاً بوجه ما ، حيث أن الإباحة هي الأصل العام في المعاملات ، وما عداه يعد استثناء ، والاستثناء واضح ومحدد - بخلاف ما يرد في التشريعات الوضعية التي تحتاج كل فترة إلى التعديل ، ومراجعة للأشياء المحظورة حسب الأهواء والرغبات واحتياجات المجتمع .

ثالثاً : وبعد الحظر في الشرع - ما ينهض فعله سبباً للذم شرعاً يحتكم في الشرع إلى الضمير ، وما يؤدي إليه فعله الشيء المحظور حيث الوضعية - يختلف من مجتمع لآخر ، ومن وقت لآخر .

رابعاً : يعتبر الجانب الخلقى ، والإيماني ، وما يتعلق بالضمير هذه من الأشياء المعترف بها في شرع الله عز وجل ولا يعتد بها في التشريعات الوضعية – تميل للماديات .

وبما أن الشريعة الإسلامية لها صفة الاستقرار في المجتمع والبعد عن الرغائب ، والأهواء ، بخلاف التشريعات الوضعية فلذا ندعو الله سبحانه وتعالى شأنه أن يهدي البشرية إلى الرجوع إلى كتاب الله عز وجل شأنه بقوله : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ .

صنق الله العظيم

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٣	مقدمة.
	الباب الأول :
١٧	الحظر والإباحة بين الشريعة الإسلامية والقانون
١٩	الفصل الأول : مفهوم الحظر فى الشريعة الإسلامية .
٢١	الفصل الثانى : مفهوم الحظر فى القانون التجارى .
٢٢	الفصل الثالث : مفهوم الإباحة فى الشريعة.
٢٥	الفصل الرابع : مفهوم الإباحة فى القانون .
	الباب الثانى :
٢٩	الصور المحظورة بين الشريعة والقانون
٣١	الفصل الأول : خطر الربا بين الكتاب والسنة .
٣٥	الفصل الثانى : إباحة الفائدة وقدرها فى القانون .
٣٧	الفصل الثالث : البيوع المحظورة شرعاً.
٤٧	الفصل الرابع : عدم مشروعية المحل والسبب .
	الباب الثالث :
٥٧	البيوع المحرمة شرعاً وقانوناً
٥٨	الفصل الأول : بيع الغش والنجش.

الصفحة	الموضوع
٦١	الفصل الثاني : منع القانون غش القانون .
٦٢	الفصل الثالث : بيوع منهي عنها شرعاً.
	الباب الرابع :
٦٥	معاينة القانون لبيوع منهي عنها
٧١	الخاتمة
٧٣	الفهرس

المسئولية المدنية للفريق الطبى

المعالج للمريض

فى القانون المصرى

دكتور

فريد عبد المعز فرج

أستاذ القانون المدنى المساعد

جامعة الأزهر - فرع دمنهور

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين . . . وبعد ،

فإن المسئولية المدنية هي الإطار الذى يعكس تفاعلات المجتمع ونزعاته وتطوراته ، ويظهر من خلالها المتغيرات التى تحدث فيه ، والتى تتلاحق فى واقع حياة أفراد بصفة مستمرة ومضطردة .

والنشاط الطبى بصفة عامة تحيط به مشكلات كثيرة ، ذلك لأن محل هذا النشاط هو الإنسان ذاته ، والذى يحتاج فى التعامل معه إلى الدقة والعناية الفائقة للمحافظة على جسده وصحته بصفة عامة .

وذلك فى ظل تقدم علمى متعاضم ساعة بعد أخرى فى مجال العلاج الطبى ووسائله وأدواته التى شهدت وتشهد كل يوم تقدماً سريعاً وكبيراً فى وسائل كشف وتشخيص الأمراض وإجراء الجراحات المتنوعة خاصة جراحات المناظير ، واستخدام أشعة الليزر ، واستبدال الأعضاء ، والهندسة الوراثية ، ونقل الدم والنخاع ، والتحليل المعملية المتنوعة ، وكذلك العلاج ببعض الوسائل الأخرى المستحدثة كالكهرباء وبعض الكيماويات ، والأشعة .

وعلاج المريض أما إن يكون بمعرفة طبيب واحد ، وإما أن يكون بمعرفة فريق طبي يتكون من عدة أطباء ، وفى بحثنا هذا نبحث مسئولية هذا الفريق الطبى المعالج للمريض ، حيث أن المشرع المصرى لم يتعرض لبيان أحكام تلك المسئولية بنصوص تشريعية خاصة ، وإنما ترك حكمها للقواعد العامة فى المسئولية المدنية ، الأمر الذى أوجد فراغاً تشريعياً

بخصوص أحكام تلك المسئولية ، وهذا الفراغ التشريعى قد حدا بالأطباء إلى الاجتهاد الشخصى فى مجال أحكام مسئوليتهم عن الأخطاء المهنية التى يرتكبونها فى علاجهم لمرضاهم ، الأمر الذى يؤدى إلى وجود مشكلات قانونية تتنازع مع الواقع وتؤثر على أركان البناء القانونى فى هذا المجال الحيوى والفعال لتعلقه بحرمة جسد الإنسان والحفاظ على صحته وحياته ، وهى أسمى غايات المبادئ والأهداف التى نادى بها التشريعات السماوية والوضعية لحفظ النفس وحمايتها من اعتداءات الآخرين وأخطائهم .

والفريق الطبى إذا ما مارس عمله الطبى فى علاج المريض دون خطأ فى ذلك فلا مسئولية عليه . . لكن إذا وقع من هذا الفريق الطبى خطأ مهنى أثناء علاجه للمريض ، فإنه يثور عندئذ التساؤل حول كيفية تحديد مسئولية هذا الفريق الطبى عن هذا الخطأ الذى يترتب عليه ضرراً بالمريض ، وماهية تلك المسئولية ، وما يترتب عليها من نتائج .

ومسئولية الفريق الطبى المعالج للمريض عن خطئه المهنى المترتب عليه الضرر بالمريض يتنازعها أمرين :

الأول : هو الحماية التى يجب كفالتها للمرضى مما قد يصدر عن الأطباء الفريق من أخطاء قد تسبب أضراراً جسيمة للمرضى ، الأمر الذى يتعين معه توفير العناية الطبية الدقيقة والفائقة لهم من خلال التأكيد على مسئولية الأطباء فى حالة خطئهم .

الثانى : الثقة والأمان الذى يجب توفيره لأطباء الفريق الطبى فى ممارستهم لمهنتهم بعيداً عن الخوف من المسئولية ، وما يمكن أن ينتج عنها من إحجامهم عن الإقدام على المبادرة بفحص المريض وتشخيص حالته وعلاجه .

وتبعاً لذلك فإن تقرير مسئولية الفريق الطبي عن الأخطاء المهنية فى علاجهم لمرضاهم يجب أن يوازن بين المصلحتين المتعارضتين لكل من الفريق الطبي المعالج للمريض من جانب والمريض ذاته على الجانب الآخر. فمصلحة الفريق الطبي تكون فى توفير الثقة والأمان له فى ممارسة عمله الطبي وتهيئة الظروف له للعمل والإبداع دون إرهاب من المسئولية. أما مصلحة المريض فتكون بحصوله على العلاج المناسب لحالته بعد فحصه بدقة وعناية وتشخيص حالته المرضية .

والفريق الطبي فى علاجه للمريض عليه أن يبذل العناية الواجبة عليه وهى العناية اليقظة الفائقة تبعاً لكل حالة مرضية والتي تتطلبها وتفرضها ظروف وأصول مهنة الطب فى ضوء التطور العلمى المتنامى بصفة مستمرة ، وأى خطأ من جانب هذا الفريق الطبي فى ذلك يترتب عليه ضرر للمريض ، يستلزم مسئولية الطبيب طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية عن الخطأ وذلك بتعويض المريض المضرور عما أصابه من ضرر نتيجة لخطأ الفريق الطبي المعالج له .

ومسئولية الفريق الطبي المعالج للمريض تشمل مسئولية أى طبيب بهذا الفريق عن خطئه المهنى الشخصى ، وكذلك المسئولية الجماعية لهذا الفريق ، كما يشمل كذلك المسئولية عن خطأ تابعى هذا الفريق الطبي ، وكذلك مسئولية من يحل محل هذا الفريق ، وأيضاً مسئولية هذا الفريق الطبي عن الحوادث الناشئة عن الأدوات والآلات والأجهزة التى يستخدمها فى علاج المريض .

وخطأ الفريق الطبي الذى يكون محلاً للمسئولية نتيجة له ، هو خطأ ذو طبيعة فنية وعلمية يتطلب تحديده دقة كبيرة .

وبحثنا في هذا الموضوع يتطلب منا بحث أركان المسئولية الطبية للفريق الطبي ، ثم بيان أحكام مسئولية الفريق الطبي والنظام القانوني لها ، وتكييف تلك المسئولية بتحديد طبيعتها القانونية .

خطة البحث :

تشمل خطة هذا البحث على فصول رئيسية ثم الخاتمة وأهم نتائج البحث على النحو التالي :

الفصل الأول : أركان المسئولية الطبية للفريق الطبي .

الفصل الثاني : نطاق مسئولية الفريق الطبي

الفصل الثالث : طبيعة المسئولية الطبية للفريق الطبي .

الفصل الرابع : التعويض في المسئولية الطبية .

• ثم الخاتمة وأهم نتائج البحث .

الفصل الأول

أركان المسؤولية الطبية للفريق الطبي

أثارت أركان المسؤولية المدنية في المجال الطبي بوجه عام بعض الصعوبات والمشكلات التي أفرزت المنازعات بين المرضى والأطباء وأدى ذلك إلى حدوث التغيرات والتطورات التي أعادت التوازن بين المريض والطبيب بحيث يتمكن المريض من الحصول على حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه وتسبب الطبيب فيه ، وذلك بتذليل بعض الصعوبات التي تواجه المريض لإثبات مسؤولية الطبيب .

وللوقوف على تلك المشكلات والصعوبات فإننا سنعرض لها بكل ركن من أركان المسؤولية المدنية في المجال الطبي .

وعلى ذلك نقسم موضوع استعراضنا لهذا الفصل إلى ثلاثة مباحث هي :

المبحث الأول : خطأ الفريق الطبي

المبحث الثاني : الضرر الذي يصيب المريض .

المبحث الثالث : علاقة السببية بين خطأ الفريق الطبي والضرر الذي يصيب المريض

المبحث الأول

خطأ الفريق الطبي

لكي تتحقق المسؤولية المدنية للفريق الطبي ، فلا بد من حدوث خطأ من جانب هذا الفريق ينتج عنه ضرر للمريض يلزم التعويض عنه . وليبيان خطأ الفريق الطبي فإن ذلك يستلزم أن يشمل بحثنا في هذا المبحث ثلاثة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول : ماهية الفريق الطبي .

المطلب الثاني : ماهية الخطأ الطبي .

المطلب الثالث : مدى مسؤولية الفريق الطبي عن الخطأ الطبي .

المطلب الأول

ماهية الفريق الطبى

الفريق الطبى يتكون عادة من أكثر من شخص ممارس لمهنة الطب ،
ويختلف هذا التكوين تبعاً لمراحل علاج المريض .

فى مرحلة تشخيص المرض ، فإن هذا الفريق الطبى يتكون فى
العالب من عدة أطباء يفحصون المريض ويخلصون من ذلك إلى نتيجة
محدده هى تحديد المرض الذى يعانى منه المريض ، وإن اختلفوا فى ذلك
فإن التشخيص يتحدد تبعاً لرأى أغلبيتهم تبعاً للظروف المرضية التى تتفق
وحالة المريض .

وفى مرحلة تبصير المريض : فإنه يجب على الفريق الطبى بعد
تحديد المرض الذى يعانى منه المريض ، القيام بتبصير المريض بمرضه ،
وهو التزام بتحقيق نتيجة أى أنه يجب على الفريق الطبى إخطار المريض
بمرضه وإحاطته بالمخاطر المتوقعة نتيجة لمرضه والحصول على رضائه .

والتزام الفريق الطبى بتبصير المريض يتضمن كذلك إخطار المريض
بطبيعة التدخل العلاجى المقترح ، والمخاطر المتوقعة لهذا التدخل الطبى
سواء أكان هذا التدخل علاجاً بالعقاقير الطبية أم كان تدخلاً جراحياً .

وتبصير الفريق الطبى للمريض يجب أن يكون فى عبارات مبسطة
ومفيومة للعامة ، وللفريق الطبى أن يحتفظ ببعض المعلومات التى إن علم
بها الفريق فإنها قد تؤدى إلى سوء حالته المرضية .

وهذا الالتزام بتبصير المريض يقع على كافة أفراد الفريق الطبى ،
وقد يكلفوا أحدهم للقيام بهذا الالتزام .

والرضا المتبصر للمريض هو حق له يجب أن يكون صريحاً صادراً عنه أو عن أهله - في حالة تعذر الحصول على رضائه الشخصى وهذا الرضا يتمخض عن حق المريض فى عدم المساس بجسده إلا بإذنه .

والتزام الطبيب أو الفريق الطبي بتبصير المريض ينثر العديسد من المشكلات ، أولها صعوبة فهم المريض للمصطلحات الفنية الطبية ، وثانيها هى صعوبة إثبات خطأ الطبيب فى حالة إخلاله بهذا الالتزام والذى يقع على عاتق المريض إثباته طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية المدنية .

وفى حالة علاج المريض : فإن هذا العلاج قد يكون بالعقاقير الطبية وقد يكون العلاج جراحياً أى بإجراء العمليات الجراحية .

وفى هذه المرحلة فإن الفريق الطبي قد يتكون من طبيب واحد يعاونه بعض المعاونين من الممرضين على اختلاف درجاتهم ، وخطأ ومسئولية هذا الطبيب عن خطئه تكون مسئولية شخصية ، أما المسئولية المدنية لمعاونيه فتتظمها قواعد المسئولية التقصيرية الخاصة بمسئولية المتبوع عن أخطاء تابعة .

والفريق الطبي كذلك قد يتكون من عدة أطباء يرأسهم طبيب استشارى ، وعندئذ فإنه يسأل عن خطئه الشخصى ، كما يسأل عن خطأ أى من الأطباء المعاونين له طبقاً للقواعد العامة فى مسئولية المتبوع عن عمل التابع . (١) ، وكذلك الحال بالنسبة لمسئولية المعاونين من الممرضين .

وعادة ما يشمل الفريق الطبي الجراحى على طبيب تخدير فما هى حدود المسئولية بين الطبيب الجراح وطبيب التخدير ؟

(١) المادة ١٧٤ من القانون المدنى المصرى .

وللإجابة عن هذا التساؤل ، فقد استقر القضاء الفرنسى والقانون المصرى على مسئولية الطبيب الجراح عن أخطاء طبيب التخدير على أساس التضامن فيما بينهما لوجود التزام بينهما بالمشورة داخل الفريق الطبى . (١)

المطلب الثانى

ماهية الخطأ الطبى

يخضع الخطأ الطبى للمعيار العام فى تحديد الخطأ طبقاً لأحكام المسئولية المدنية والتي قررها المشرع المصرى فى المادة ١٦٣ من القانون المدنى .

وهذا الخطأ الطبى أساس لتحقق المسئولية الطبية للطبيب أو للفريق الطبى . وهذا الخطأ الطبى حدوثه محكمة النقص المصرية بأنه : " عدم الالتزام بما يجب على الطبيب اليقظ من أوسط زملائه علماً وداريه فى الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة ، وبصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها ممارسى المهنة " . (٢)

وعلى ذلك فإنه يمكن تعريف الخطأ الطبى بأنه الخطأ الذى يحدث من الطبيب أو الفريق الطبى اليقظ بعدم التزامه وعدم مراعاته لتقاليد مهنة الطب وأصولها العلمية الثابتة أثناء ممارسته فى علاج المريض أو تشخيص

(١) Cass Ire Civ . . 28 oct 1997 , R . C . A , 1998 , no . Janv . 1998 , p . 16 .

د . محسن البيه - نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب - ص (٩٥) .

(٢) نقض مدنى فى ٢٢/٣ / ١٩٦٦ مجموعة الأحكام س ١٧ ص (٦٣٦) .

مرضه أو عدم إعمال معلوماته الطبية وفنونها سواء كنا بصدد عمل إيجابي يقوم به أو كنا بصدد امتناع عن عمل .

وهذا الالتزام هو التزام ببذل عناية ، إلا أن هناك حالات معينة يكون على الطبيب فيها تحقيق نتيجة معينة ، وهى الحالات التى يكون محلها محددًا تحديداً دقيقاً ولا تشكل أى صعوبة بالنسبة للطبيب العادى ولا تتضمن عنصر الاحتمال ، مثل عمليات نقل الدم وإجراء التحاليل ، حيث أن إجرائها يتم بأجهزة طبية حديثة ومتقدمة تكنولوجياً ويغلب عليها عدم احتمال الخطأ .

وهنا يثور التساؤل عما إذا كانت جميع أخطاء الطبيب أو الفريق الطبى تسبب المسئولية قبل المريض ، أم أن هناك درجة للخطأ لانعقاد تلك المسئولية .

وللإجابة عن هذا التساؤل ، فإنه يجب علينا أن نبين تحديد مفهوم الخطأ الطبى وإثباته وذلك فى فرعين :

الفرع الأول

تحديد مفهوم الخطأ الطبى

العناية المطلوبة من الفريق الطبى :

التزام الفريق الطبى بحسب الأصل هو التزام ببذل عناية - كما سبق ذكره - وهذه العناية المطلوبة تقتضى - كما تقرر محكمة النقض المصرية - أن يبذل الفريق الطبى لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق فى غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة فى علم الطب ، فيسأل الفريق الطبى عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لا يقع من فريق طبي يقظ

فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجيه التى أحاطت بهذا الفريق الطبي المسئول ، كما يسأل عن خطئه العادى أيا كانت درجة جسامته .^(١)

ويتضح من ذلك أن المعيار الموضوعى الذى يقاس عليه خطأ الفريق الطبي هو سلوك الشخص المعتاد ، أى أن خطأ الفريق الطبي فى علاج المريض يقاس سلوكه على سلوك فريق طبي آخر من نفس مستواه المهنى والعلمى ، كما يراعى فى الأخذ بهذا المعيار الموضوعى الظروف الخارجيه التى تحيط بهذا الفريق الطبي المخطئ ، كالسلوك الذى من هذا الفريق أو من أحد بأعضائه موضع المسئولية ، ومدى خطورة حالة المريض ، وموقف الفريق الطبي أو الطبيب لمواجهتها وعلاجها فى مكان وزمان هذا العمل الطبي القائم به تجاه الحالة المرضية . أما الظروف الداخلية للفريق الطبي أو للطبيب موضع المسئولية كالقدرات الشخصية ودرجة اليقظة وظروف سنة وتعليمه وصحته فلا تراعى فى تقدير الخطأ موضع المسئولية .

وعدم التزام الفريق الطبي أو الطبيب بذل عنايته اليقظة فى علاج المريض بشكل سلوكاً خاطئاً من جانبه ، يكون مضمون هذا السلوك الخاطئ عندئذ هو الإهمال وعدم الاحتراز .

وهنا يثور التساؤل عندئذ عن معيار إهمال الفريق الطبي أو الطبيب وعدم احترازه ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل فإن هذا المعيار يختلف بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بخطأ عمدى أو بخطأ غير عمدى . . وهذا يتطلب منا بيان أنواع الخطأ الطبي .

(١) نقض مدنى فى (١٩٧١/١٢/٢) س ٢٢ ص (١٠٦٢) .

أنواع الخطأ الطبي :

١- الخطأ العمدى والخطأ غير العمدى :

فإذا كنا خطأ عمدى للفريق الطبي أو للطبيب ، فإننا نكون بصدده إحداه الضرر بالمريض ، وهذا الخطأ العمدى من جانب الفريق الطبي عندئذ يقدر وفقاً لمعيار شخصى طبقاً للقواعد العامة فى تقدير الخطأ .

وإذا كنا بصدده خطأ غير عمدى للفريق الطبي ، فإنه عندئذ قصد الإضرار بالمريض ، ويتمثل خطأه فى الإهمال أو عدم الاحتراز ، وهنا يكون معيار الخطأ معياراً موضوعياً يقاس بسلوك الفريق الطبي العادى من درجة أقرانه وفى نفس الظروف .

٢- الخطأ العادى والخطأ الفنى أو المهنى :

قد يكون الخطأ خطأ عادياً ، وقد يكون خطأ مهنياً . والخطأ العادى هو الخطأ الذى يصدد من الفريق الطبي أو أحد أعضائه كبقية الناس وهو ما يتمثل فى الفعل المادى الذى يكون ارتكابه مخالفه لواجب الحذر والحرص الذى يجب على الناس كافة مراعاته فى معاملاتهم ، كقيام الفريق الطبي أو أحد أعضائه بإجراء عملية جراحية وهو فى حالة سكر أو إهماله فى تخدير المريض قبل القيام بإجراء العملية الجراحية أو تركه إناء به ماء ساخن بملاحق المريض فاقد الوعى مما يسبب له حروفاً ، وكذلك عدم مراعاة قواعد النظافة . (١)

(١) د . أحمد محمود إبراهيم سعد - مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه - ص(٣٧٣) .

وهذا الخطأ المادى بصوره المختلفه يقع من الفريق الطبى أو أحد أعضائه وليس له صلة بمهنة الطب حيث يقع فيه شأنه فى ذلك شأن غيره من الناس .

أما الخطأ الفنى أو المهنى فهو خطأ يتصل بالأصول الفنية لمهنة الطب ، أى يصدر من الفريق الطبى أو أحد أعضائه بالمخالفة للقواعد الفنية لمهنة الطب ، ومن أمثلته الخطأ فى تشخيص مرض معين ، أو الخطأ فى تقدير ملائمة علاج دون آخر لحالة المريض ، أو إعطاء المريض جرعة مخدر تزيد عن اللازم . (١)

مدى مسئولية الطبيب عن الخطأ المادى والخطأ المهنى :

يقرر فقهاء القانون القائلين بتقسيم الخطأ فى المجال الطبى إلى خطأ مادى وخطأ مهنى أن الفريق الطبى أو أحد أعضائه يسأل عن الأعمال المادية الخاطئة وحدها دون الأعمال المهنية الخاطئة والتي لا يسأل عنها إلا إذا كانت تشكل خطأ جسيماً .

وهذا رأى فى نظرنا : وطبقاً لما يراه بعض الفقهاء (٢) هو محاولة للتوفيق بين مصلحة الأطباء فى توفير الثقة والأمان لهم فى ممارستهم لنشاطهم الطبى وبين مصلحة المرضى بتوفير العناية والرعاية الطبية اللازمة لهم ، وذلك من خلال تقرير مسئولية الفريق الطبى أو أحد أعضائه عن أخطائه المادية مثله مثل الأشخاص العاديين ، وتوفير الحماية له فى

(١) د . محسن البيه - المرجع السابق ص(١١) .

(٢) د . سليمان مرقص - مسئولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى - مجلة القانون والاقتصاد - س٧ ، ع٢ فبراير ١٩٣٧ - ص(١٥٥) وما بعدها .

ممارسة أعماله المهنية أو الفنية بعدم مساءلته عن أخطائه فيها إلا في حالة الخطأ الجسيم . . . ورغم ذلك فقد انتقد هذا الرأي من ناحيتين :

الأولى : أن تقسيم الخطأ إلى خطأ مادي وخطأ مهني أو فني ينطوي على التحكم ، إذ ليس من الميسور دائماً التمييز بين ما يعد خطأ مادي وما يعد خطأ فنياً ، لأن معظم ما ينسب إلى الفريق الطبي أو أحد أعضائه من أخطاء تتضمن بالضرورة جانباً فنياً ولو كانت تصنف على أنها أخطاء مادية ، فهي وإن كانت كذلك لا يمكن فصلها عن تخصصه الفني أو المهني الطبي ، ذلك فهي أخطاء تتصل اتصال وثيق بمباشرة مهنة الطب .

الثانية : عدم صحة القول بفكرة الخطأ المهني الجسيم التي تنحصر مسئولية الفريق الطبي أو أحد أعضائه في نطاقها ، وليس أدل على ذلك من قضاء محكمة استئناف مصر بأن : " الطبيب خاضع منه حيث مسئوليته للقواعد العامة ، فيسأل عن كل خطأ ثابت في حقه على وجه التحقيق سواء كان ذلك الخطأ عادياً أم فنياً ، سواء كان يسيراً أو جسيماً " . (١)

ومن وجهة نظرنا : فإن قضاء محكمة استئناف مصر على النحو المتقدم قضاء صائب وعادل ويحقق الهدف من تقرير مسئولية الطبيب عن خطئه المهني ، فالخطأ سواء كان فنياً بحتاً أو مادياً يتصل اتصالاً وثيقاً بمهنة الطب يجب مساءلة الطبيب عنه إذا ما سبب ضرراً للمريض .

(١) استئناف مصر في يناير ١٩٣٦ ، مجلة المحاماة ص ١٦ ، ع ١١٣ ، ص (٢٢٤) ، السنهوري - الوسيط - ج ١ ص (٦٦٤) ، سليمان مرقص - المقال السابق ص (٢١٣) .

٣- الخطأ الجسيم والخطأ اليسير :

بداية فإنه يجب التتويه إلى أن أهمية الضرر لا يعول عليها في تقدير درجة جسامه الخطأ ، فالضرر كبير الأهمية قد يحدث نتيجة خطأ جسيم ، وقد يحدث نتيجة خطأ يسير ، وعلى ذلك فتحدد درجة جسامه الخطأ لا ترتبط بأهمية الضرر الناشئ عنه .

والخطأ الجسيم في نطاق المسئولية الطبية يعرف بأنه : " طل فعل يرى طبيب يقظ ، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول ، وفي مستواه العلمي ، أن حدوثه يحتمل جداً أن ينشأ عنه الضرر المنسوب لذلك الطبيب " . (١)

ومن أمثلة الخطأ الجسيم ، قيام الطبيب بعمل طبي لا يدخل في تخصصه أصلاً ، أو ترك الطبيب مريضة أثناء العلاج دون إتمامه ، أو إجراء عملية جراحية دون إجرائه للتحليلات الطبية الضرورية ، أو استعانتة بمعاونين له غير مؤهلين لذلك .

مدى مسئولية الطبيب عن الخطأ الجسيم والخطأ اليسير :

يرى بعض فقهاء القانون (٢) أن الطبيب لا يسأل عن الخطأ الصادر منه إلا إذا كان هذا الخطأ جسيماً ، وأدلتهم على ذلك ثلاثة هي :

(١) د . عبد الرشيد مأمون - عقد العلاج بين النظرية والتطبيق - ص (١٥٨) وما بعدها
 (٢) د . محسن البيه - المرجع السابق - ص (٤٥) ، د . عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق - ص (١٦٢) ، د . حسن عامر - المسئولية المدنية العنصرية والتقصيرية - ط١ - سنة ١٩٥٦ - ص (٢٤٠) .

١- تقسيم الأعمال الطبية إلى أعمال مادية وأعمال فنية أو مهنية ، وما يترتب على ذلك من الخطأ المادى والخطأ الفنى أو المهنى ، وأنه لا ينسب إلى الطبيب خطأ فى نطاق القسم الثانى إلا إذا كان جسيماً .

٢- الطبيعة الاحتمالية للعمل الطبى ، والتى عدم مساءلة الطبيب عن أخطائه اليسيرة ، حتى لا تتقيد حريته ويحد منها فى ممارسة نشاطه الطبى ، وحتى لا يحجم عن مساندة التطور العلمى خشية الوقوع فى أى خطأ ولو كان يسيراً .

٣- ليس من الميسور فى جميع الأحوال تحديد ما إذا كان سلوك الطبيب ينطوى على خطأ من عدمه لأن هذا السلوك من المسائل الخلافية بين المتخصصين والتي لم يستقر الرأى فيها على كونه يشكل خطأ أم لا ، وتبعاً لذلك ، فإنه يجب على القاضى ألا يقضى بمسئولية الطبيب إلا إذا كان خطأه الفنى قد بلغ درجة من الجسامه ليست محلاً للخلاف .

نقد هذا الرأى : هذا الرأى القائل بعدم مسئولية الطبيب إلا إذا كان خطأه جسيماً قد انتقد من عدة وجوه كما يلى :

١- مبالغته فى النتائج التى رتبها على تقسيمه الأعمال الطبية إلى أعمال مادية وأخرى فنية ، وقصره نطاق مسئولية الطبيب على حال كون الخطأ جسيماً ، ذلك أن مساءلة الطبيب عن الخطأ الفنى تكون مهما كانت درجته أى سواء أكان جسيماً أو كان يسيراً .

٢- أن ضرورة توفير القدر اللازم من الحرية والأمان للطبيب فى ممارسة عمله ، لا يعنى إهدار مصلحة المريض وحقه فى عدم التعرض لأخطاء

الطبيب ، ذلك أن الطبيب لا يسأل لمجرد عدم نجاح العلاج طالما قد راعى جانب الحذر والعناية الواجبين في ممارسته لمهنته الطبية .

٣- أن فكرة الخطأ الجسيم لا تجد سنداً لها في نص القانون ولا في روحه ، ذلك أن القانون لا يفرق بين نوعي الخطأ في تقرير مسؤولية الطبيب عنها أي كان نوع هذا الخطأ أي سواء أكان يسيراً أو جسيماً .

موقف القضاء المصري من فكرة الخطأ الجسيم :

في السابق كان القضاء المصري يسير على نهج القضاء الفرنسي في عدم مسؤولية الطبيب إلا إذا كان الخطأ المنسوب إليه خطأ جسيماً (١) إلا أن القضاء حديثاً قد عدل عن ذلك ، وقرر مسؤولية الطبيب عن خطئه مهما كان نوعه ودرجته ، أي سواء كان الخطأ فنياً أو مادياً ، جسيماً أو يسيراً طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية . (٢)

وفي هذا المجال أيضاً فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الطبيب يسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول ، كما يسأل عن خطئه العادي أيا كانت درجة جسامته . (٣)

(١) استئناف مختلط ١٩٣٨/٤/٢١ س ٥٠ ، ص (٢٥٠) .

(٢) المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري .

(٣) نقض مدني في ١٩٧١/١٢/٢١ س ٢٢ ، ص (١٠٦٢) .

الفرع الثانى

إثبات الخطأ الطبى

كما سبق أن بينا ، فإن التزام الطبيب تجاه المريض هو التزام ببذل عناية ، وفى هذا الالتزام وطبقاً لنص المادة ٢١١ من القانون المدنى المصرى وللأحكام القضائية السابق إيرادها ، فإنه يتعين على الطبيب أن يتوقى الحيطة والحذر فى تنفيذ التزامه ، وعندئذ يكون قد وفى بهذا الالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود .

وعلى ذلك فإنه يقع على المريض عبء إثبات أن الطبيب لم يبذل العناية التى وعد بتقديمها أو التى كان عليه أن يبذلها فى علاج هذا المريض. وبعدم بذل الطبيب لهذه العناية اللازمة ، فإنه يكون مخالفاً بالتزامه تجاه المريض ، أى أنه يكون مخطئاً خطأ طبياً يقع على عاتق المريض عندئذ عبء إثباته .

أما إذا كان التزام الطبيب التزام بتحقيق نتيجة كما هو الحال فى بعض الحالات السابق ذكرها كمنقل الدم والتحليلات المعملية ، فإذا لم يتحقق النتيجة المرجوة ، فإنه طبقاً لنص المادة ٢١٥ من القانون المدنى المصرى يكون الطبيب وهو المدين بهذا الالتزام قد أخطأ بمجرد عدم تحقيقه لتلك النتيجة ، فعدم تحقيقه تلك النتيجة عندئذ قرينة على خطئه ، وهى قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بأن يثبت الطبيب أن عدم التنفيذ مرجعه إلى سبب أجنبى لا يد له فيه .

ويتضح من ذلك أنه في الالتزام بتحقيق نتيجة ، إذا أخل الطبيب به فإنه يكون مخطئاً تبعاً لذلك ، وعليه عندئذ أن يقوم بتبرير عدم تحقيقه للنتيجة المرجوة ، لأنه هو وحده عندئذ الذي يستطيع تبرير عدم تحقيقه لتلك النتيجة ، ويقع على عاتق المريض إثبات عدم تحقق تلك النتيجة والطبيب أن يثبت أن عدم تحقق النتيجة كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، أي كان بسبب غير متوقع ولا يمكن دفعه ، وإن لم يستطع الطبيب أن يثبت ذلك ، فإنه مخطئاً وتحقق مسؤوليته بذلك عندئذ .

والخلاصة في ذلك : أن عبء إثبات الخطأ الطبي يقع على عاتق المريض بأن يثبت أن الطبيب لم يبذل في علاجه العناية اللازمة وذلك إذا كنا بصدد التزام من الطبيب ببذل تلك العناية . أما إذا كنا بصدد التزام من الطبيب بتحقيق نتيجة معينة كما هو الحال في بعض الأمور الطبية ، فإنه يقع على عاتق المريض فقط إثبات عدم تحقق تلك النتيجة فهذا يكفي لثبوت الخطأ في حق الطبيب إذا لم يثبت الأخير أن عدم تحقيق تلك النتيجة كان بسبب أجنبي لا يد له فيه .

إثبات خطأ الطبيب أو الفريق الطبي بعدم تبصره المريض :

كما سبق أن ذكرنا ، فإنه من الالتزامات التي يجب على الطبيب القيام بها تجاه المريض هو الالتزام بتبصير المريض بطبيعة علاجه المقترح ونوعيته والمخاطر المتوقعة لهذا العلاج الطبي سواء أكان هذا العلاج الطبي علاجياً أم كان جراحياً^(١) وهو التزام بتحقيق نتيجة .

(١) د . سفير منتصر - الالتزام بالتبصير - دار النهضة العربية - ١٩٩٠ ، ص (١٧١).

وإذا أخل الفريق الطبي أو الطبيب بهذا الالتزام ، أى لم يتم بتبصير المريض بمضمون هذا الالتزام ، فإنه يكون مخطئاً ، وهذا الخطأ فى جانب الفريق الطبي أو الطبيب يكون مفترضاً لا يكلف المريض بإثباته ولا ينتفى ، ما لم يثبت الفريق الطبي عكسه ، وذلك بأن يثبت أن علاج المريض لم يتم إلا بعد إعلامه بمرضه وعلاجه والمخاطر المتوقعة لحالته المرضية ، والحصول على رضائه الصريح بالعلاج أو بالجراحة المقترحة.

وتبصير الطبيب للمريض قد يكون للمريض شخصياً ، وقد يكون للشخص الموضوع المريض تحت وصايته أى للوصى على المريض أو لوليّه أو للقيم عليه أو لأهليته تبعاً لحالة هذا المريض ووفقاً للقواعد العامة فى هذا الشأن .

وتبصير الطبيب للمريض يجب أن يتم بعبارات مبسطة ومفهومة دون المصطلحات العلمية التى لا يفهمها غير المتخصصين فى العلوم الطبية (١).

ونتيجة لكون التزام الطبيب بتبصير المريض هو التزام بتحقيق نتيجة ، فإنه يقع على عاتق المريض أن يقيم الدليل على عدم قيام الفريق الطبي بهذا الالتزام أو تقصيره فيه ، أى أن عبء إثبات هذا الخطأ يقع على عاتق المريض ، وهو ينصب على إثبات واقعة سلبية تتضمن عدم قيام الفريق الطبي بتبصير المريض أو تقصيره فى ذلك .

وهذا العبء فى إثبات هذا الخطأ يشكل صعوبة بالغة على المريض لكونه الطرف الضعيف فى العلاقة بينه وبين الفريق الطبي ، ولكون محاولة

(١) د . على نجيدة - التزامات الطبيب فى العمل الطبي - دار النهضة العربية ١٩٩٢ - ص (١٣١) .

إثبات ذلك يصطدم غالباً بصمت أعضاء الفريق ومعاونيه عملاً بالتزامهم بالمحافظة على أسرار المينة وعدم إفشائهم للمعلومات المتعلقة بالمريض وعلاجه . (١)

وبإثبات المريض لخطأ الفريق الطبي بعدم تبصيره - على النحو السابق - تتحقق المسئولية عن هذا الخطأ ، إلا أن الفريق الطبي يستطيع التخلص من تلك المسئولية بإثباته أنه إنما تدخل لعلاج المريض بناء على تصريح من المريض أو من يمثله قانوناً ، أو من المشرع فى حالتى الاستعجال والضرورة . (٢)

ومن وجهة نظرنا : فإننا نرى أن للفريق الطبي أن يحجب عن المريض المعلومات المتعلقة بمرضه والتي قد تسبب له أضراراً إذا علم بها ، ومن رأينا فى ذلك أيضاً أن الفريق الطبي لا يكون مخلصاً بهذا الالتزام بتبصير المريض إن هو حجب عن المريض هذه المعلومات التى من شأنها إلحاق الضرر به أو انتكاسته فى مرضه ، فعندئذ لا يكون الفريق الطبي مخطئاً ولا تتحقق مسئوليته بحجبه عن المريض هذه المعلومات الضارة به ، تطبيقاً للقواعد القانونية العامة بعدم الإضرار . وللفريق الطبي بعد ذلك وعند زوال الخطر عن المريض وحسب رؤيته وتبعاً لظروف الحالة

(١) د . حسن الابراشى - مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ص (٣٢٤) . - د . عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق ص (٥٣) ، د . أحمد شرف الدين - الأحكام الشرعية للأعمال الطبية - ص(٤١) ، د . على نجيدة - المرجع السابق - ص(١٣٢) وما بعدها .

(٢) المادة ٢٠٩ من القانون المدنى المصرى .

المرضية أن يلتزم بالتبصير اللاحق للمريض ، إن كان فى ذلك فائدة للمريض عندئذ .

التميز بين الخطأ الطبي والغلط :

سبق أن بينا أن الخطأ الطبي يترتب على توافره قيام المسؤولية المدنية للفريق الطبي ، وذلك لما ينطوى عليه من قصور فى الأصول الفنية للطب . أما الغلط فهو لا يثير أى مسؤولية للفريق الطبي حيث أنه يتصور وقوعه فى مرحلة تشخيص المرض ، وذلك لتقدم وتنوع أساليب التشخيص . (١)

والخطأ سلوك لا يصدر عن شخص فطن حذر واع بالتزاماته . فى حين أن الغلط لا يعدو أن يكون مجرد لحظة سهو . وفى هذا المعنى قورت محكمة النقض المصرية أن " الطبيب يسأل عن كل تقصير لا يقع من طبيب يقط فى مستواه المهنى ، وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول " . (٢)

وعمل الفريق الطبي فى علاج المريض تكتنفه العديد من الاحتمالات التى لا يقدرها المريض ، إلا أن هذا الفريق يمارس عمله بجديه لتحقيق أفضل النتائج للمريض ، وهذا يحول دون وقوعه فى الغلط والذى يكون ملازماً لممارسة العمل الطبي ويتعذر مع ذلك تحقيق مسؤولية الفريق الطبي عند حدوث هذا الغلط .

(١) Odile Péré - verge finon : faute et assutance dans la responsabilite civile médicale " thèse , 1972 , p. 67 .

(٢) نقض مدنى فى ١٢/٢١/١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ١٧٩ - ١٠١٦ - ٢٢ .

والأطباء بصفة عامة لا يمكن وعرفة ما إذا كانوا فى حالة يقظة وحذر أم لا (١) خلال قيامهم بعملهم الطبى من فحص وتشخيص وعلاج ، ونتيجة لذلك فإنه لا يمكن اعتبار كل غلط خطأ تقوم به مسئوليتهم ، فهذا يؤدى إلى عدم توفير الثقة والأمان لهم حال تأدية عملهم . (٢) كما أن الأطباء ككافة الناس يختلفون من حيث الموهبة والملكة والقدرة فى مجال الفن الطبى الذى يتقدم كل ساعة ويكتفه العديد من الصعوبات .

وعلى ذلك فإنه قد يكون التمييز بين الخطأ الطبى والغلط من الصعوبة بمكان بحيث لا يستطيع المريض أو القاضى التميز بينهما . وإنما يكون لخبراء الأطباء أن يقرروا ذلك نظراً للطبيعة الفنية للعمل الطبى ، وتبعاً لظروف الحالة المرضية .

ويتضح من هذا أنه عند إثارة مشكلة ما إذا كان الضرر الذى لحق بالمريض نتيجة خطأ طبى تتحقق به المسئولية الطبية ، أو كان غلط وقع به الفريق الطبى ولا تتحقق به مسئوليته فإنه القاضى أن يستعين فى ذلك بخبراء الأطباء لتحديد ذلك ، مع ملاحظة أن كل غلط فى التشخيص مثلاً مهما كانت درجته لا يسأل عنه الفريق الطبى ، وإنما يكون ذلك مشروطاً بأن يتصرف كما يتصرف أعضاء الفريق الطبى المتمكن من أصول مهنته ، وأن يستعين فى ذلك بكل الوسائل والأجهزة التى تساعده فى عمله .

وعلى ذلك فإن مسألة التمييز بين الخطأ الطبى الموجب للمسئولية وبين الغلط - حال ممارسة العمل الطبى - المغتفر يكتنفها صعوبات كثيرة ، وإن كانت ترجع أساساً كما يقرر بعض فقهاء القانون إلى قياس درجة الخطأ وفقاً

(١) د . عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق ص (٢١١) .

(٢) Finon : op , cit , p. 69 .

لمعيار " الطبيب من أواسط أمثاله (١) وهو ما قررتَه محكمة النقض المصرية حيث ذكرت أن " واجب الطبيب في بذل العناية مناطة ما يقدمه طبيب يقظ من أواسط زملائه علماء وداريه في الظروف المحيطة به أثناء عمله " . (٢)

المطلب الثالث

مدى مسئولية الفريق الطبي الجراحى عن الخطأ الطبي

مسئولية الفريق الطبي الجراحى يختلف مداها بحسب ما إذا كان تشكيل هذا الفريق قد تم بمعرفة الجراح الذى تعاقد مع المريض دون تدخل المريض فى هذا التشكيل ، أم كان تشكيل هذا الفريق الطبي قد تم بمعرفة المريض دون تحديد للمشرف على هذا الفريق الطبي الجراحى (٣) وفيما يلى نعرض لكل حالة على حده فى فرع مستقل كما يلى :

الفرع الأول : مسئولية الجراح عن الفريق الطبي الجراحى الذى شكله .

الفرع الثانى : مسئولية الجراح عن الفريق الطبي الجراحى إذا شكله المريض دون رئيس له .

(١) د . سنير منتصر - المرجع السابق - ص(٩٤) ، د. محمد العبوجى - المرجع السابق ص(١١٩) .

(٢) نقض مدنى فى ٢ مارس ١٩٦٦ - مجموعة أحكام النقض س ١٧ ، رقم ٨٨ ، ص(٦٣٦) .

(٣) د . رأفت حماد - أحكام العمليات الجراحية - ص (٢١٣) .

الفرع الأول

مسئولية الجراح عن الفريق الطبي الجراحي الذي شكله

وهذه الحالة تنبئ عن قيام رابطة عقديّة بين المريض والجراح مضمونها عقد علاج طبي ، يلتزم بمقتضاه الجراح بإجراء العملية الجراحية للمريض ، وبناء على ذلك يقوم هذا الجراح باختيار الفريق الجراحي المعاون له من الأطباء والمرمضين وإذا أخطأ عضو من هذا الفريق الطبي وأدى ذلك إلى حدوث ضرر بالمريض ، فإن الجراح الذي شكل هذا الفريق الطبي الجراحي يكون مسؤولاً عن هذا الخطأ تجاه المريض سواء تم تحديد عضو الفريق الذي وقع منه الخطأ ، أم كان هذا الخطأ شائعاً بين أعضاء الفريق .

وهنا يثور التساؤل عن الأساس القانوني الذي يمكن الاستناد إليه لتحقيق مسؤولية الجراح عن خطأ أحد أعضاء الفريق الطبي المعاون له تجاه المريض ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل فقد فقهاء القانون في تحديد هذا الأساس القانوني لمسئولية الجراح عن خطأ أحد معاونيه (الغير) ، فالبعض يقيم تلك المسئولية على أساس المسئولية التقصيرية أخذاً بفكرة مسئولية المتبوع عن عمل التابع ، في حين يرى البعض الآخر إقامة تلك المسئولية على أساس المسئولية العقدية عن فعل الغير وذلك بالنظر إلى علاقة العقدية مع المريض المضرور ، وفيما يلي نعرض لكل من الرأيين :

الرأى الأول : ويرى أن مسؤولية الجراح تجاه المريض عن خطأ أحد معاونيه الذي أختاره ضمن الفريق الطبي ، إنما هي مسئولية تقصيرية

استناداً إلى علاقة التبعية بين الجراح ومعاونيه (١) وذلك على أساس افتراض أن الجراح قد أخطأ في الإشراف على الفريق الجراحي المعاون له ولم يراقبه الرقابة الواجبة ، وكذلك خطئه في اختيار هؤلاء المعاونين . (٢)

الرأى الثانى : ويرى فقهاء القانون القائلين بهذا الرأى أن مسئولية الجراح تجاه المريض فى حالة خطأ أحد معاونيه فى الفريق الجراحي إنما تقوم على الرابطة العقدية بين المريض والجراح وعلى ذلك فإن مسئولية الجراح طبقاً لرأيهم تكون مسئولية عقدية عن فعل الغير ، وأضافوا أيضاً بأن لجوء فقهاء الرأى الأول إلى فكرة المسئولية التقصيرية كأساس لمسئولية الجراح عن خطأ معاونيه بالفريق الطبى تجاه المريض فى ظل وجود الرابطة العقدية بين الجراح والمريض ، يتعارض مع المبادئ القانونية العامة فى تحديد نطاق كل المسئولية العقدية والتقصيرية ، فلا يمكن اللجوء إلى قواعد المسئولية التقصيرية فى ظل وجود الرابطة العقدية بين المريض والجراح حيث أنه فى حالة وجود عقد علاج بين الجراح والمريض فإن خطأ أحد أعضاء الفريق الجراحي يتعلق الخطأ بهذا العقد ، وبالتالي تقوم مسئولية الجراح طبقاً لقواعد المسئولية العقدية عن الفعل الخاطئ لأحد معاونيه (أى عن فعل الغير)

ونحن من جانبنا نرى : أن إقامة مسئولية الجراح عن خطأ أحد معاونيه من الفريق الجراحي الذى أختره بنفسه تجاه المريض يكون تبعاً لقواعد المسئولية العقدية لاتفاق ذلك مع المبادئ القانونية والتي تقر عدم جواز الجمع بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية وعدم جواز الخيرة بينهما ،

(١) د . أحمد شوقى عبد الرحمن - مسئولية المتبوع باعتباره حارساً - ص (٤٣) .

(٢) د . محسن البيه - المرجع السابق - ص (٦٩) .

كما أن القول برجوع المريض على الجراح تبعاً لأحكام المسئولية التقصيرية هنا فيه مشقة على هذا المريض حيث سيكون هذا المريض مضطراً إلى إثبات توافر رابطة التبعية بين الجراح ومعاونه المخطئ مع ما يكتنف ذلك من صعوبة للمريض ، في حين أن رجوعه على الجراح طبقاً لقواعد المسئولية العقدية يكون ميسوراً له لعدم التزامه بإثبات وجود رابطة التبعية .

وهذه المسئولية العقدية للجراح عن خطأ أحد معاونيه تجاه المريض تقوم على أساس وجود التزام مصدره القانون يلزم هذا الجراح بضمان أخطاء معاونيه .

الفرع الثاني

مسئولية الجراح عن الفريق الجراحي إذا شكله المريض

دون رئيس له

وفي هذه الحالة يشكل المريض الفريق الجراحي دون أن يختار له رئيساً يكون مسئولاً عن أخطاء بقية أعضاء الفريق ، وهنا إذا حدث خطأ سبب ضرراً للمريض من أعضاء الفريق ، فإننا عندئذ سنكون أمام مسئولية عدة جراحين عن ضرر لحق بالمريض لأن العمل الجراحي مترابط ولا يمكن الفصل بين مراحل . . وهنا يثور التساؤل عن مدى مسئولية الفريق الجراحي تجاه المريض المضرور والذي تربطه بأعضاء الفريق رابطة عقدية ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل فإننا نفرق بين فرضين .

الفرض الأول : ويكون فيه عضو الفريق الجراحى المخطئ معروفاً ومحدداً ، فعندئذ يكون هذا العضو المخطئ مسؤولاً عن خطئه الشخصى تجاه المريض وذلك طبقاً لقواعد المسئولية العقدية . (١)

الفرض الثانى : وفيه يكون الخطأ الذى سبب ضرراً بالمريض شائعاً بين أعضاء الفريق الجراحى ، ولم يستطع القاضى تحديد عضو الفريق الجراحى الذى ارتكب الخطأ وتسبب فى الضرر الذى أصاب المريض أو تحديد نصيب كل عضو من الخطأ . . . وعندئذ يثور التساؤل عن كيفية تحديد المسئولية ، فهل تقام هذه المسئولية على أساس المسئولية الفردية ، أم تقام على أساس مسئولية الفريق الجراحى على أساس مسئولية الفريق الجراحى على أساس أن هذا الفريق محدد وله كيان قانونى واحد . (٢)

وللإجابة عن هذا التساؤل فقد اتجه بعض فقهاء القانون إلى الأخذ بفكرة مسئولية الفريق الجراحى (الطبى) لأنها سوف تحسم مشكلة تحديد المسئول عن الخطأ ، كما يرى بعض هؤلاء الفقهاء أن بعض أحكام القضاء تأخذ ضمناً بمسئولية الفريق الطبى ، وخاصة عندما تعلن فى بعض أحكامها عن المسئولية المشتركة لأعضاء الفريق . (٣)

(١) د . رأفت حماد - المرجع السابق - ص (٢١٩) .

(٢) M.Francine souliran ; quelques réflexions suscitées par l'exercice de la medecine au sein d'un groupe ou d'une équipe , J . C . P 1976 , I, doctrine , 2830 No . 10 .

(٣) T.G.I seine 3 mars . 1963 J . C . P 1966 , 11 , 14582 (en matière contractuelle

وانظر فى ذلك د . رأفت حماد - المرجع السابق - ص (٢٢١) .

ونحن نرى : أنه طالما كان الخطأ الحاصل من الفريق الطبي شائعاً ولم يحدد نصيب كل عضو في هذا الخطأ ، فإنه يكون للمريض الرجوع على أموال أعضاء الفريق بكل التعويض حيث تكون المسئولية بين أعضاء الفريق مسئولية تضامنية ، كما يمكن الرجوع على أى عضو من الفريق بكل التعويض أيضاً ، وعلى العضو الذى تحمل التعويض أن يرجع على باقى أعضاء الفريق كل بقدر نصيبه فيه أو بالتساوى بينهم إذا لم يمكن تحديد نصيب كل منهم فى الخطأ . . وفى هذا السياق فقد قررت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى فى تعليقها على المادة ٢٣٦ مدنى أنه : " فى حالة وقوع الفعل الضار من أشخاص متعددين دون أن يكون فى الوسع تعيين من أحدث الضرر حقيقة من بينهم . . ففى هذه الحالة لا يكون ثمة معدى من تقرير التضامن بينهم جميعاً (١) .

وفى تبرير أساس التضامن من هنا بين أعضاء الفريق الطبى تجاد المريض فقد ذكر بعض فقهاء القانون قيام تلك المسئولية التضامنية على أساس إخفاء الشخصية الاعتبارية على الفريق الجراحى (الطبيب) على أساس أنه شركة قانونية وهى شركة تخلق من الواقع (٢) . وهذا رأى قد انتقده بعض فقهاء القانون تأسيساً على ما يلى : (٣)

١- أن القياس على شركة الواقع لإخفاء الشخصية الاعتبارية على الفريق الجراحى قياس مع الفارق لأن شركة الواقع اكتسبت الشخصية الاعتبارية منذ البداية ثم انحلت بعد ذلك فتحولت إلى شركة واقع مع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ - ص (٢٨٣) .

(٢) M . Francine soubiran : Op cit No . 18 .

(٣) د . رأفت حماد - المرجع السابق - ص (٢٢٦) .

احتفاظها بشخصيتها المعنوية خلال فترة تصفيتها ، بعكس الفريق الجراحي حيث لم تتوافر فيه الشخصية الاعتبارية منذ البداية حتى يمكن القول باكتسابه الشخصية الاعتبارية على أساس أنه شركة واقع .

وعلى ذلك فإن مسؤولية أعضاء الفريق الطبي هنا هي مسؤولية شخصية وتضامنية حيث أن كل عضو في الفريق يتصرف بالأصلحة عن نفسه وبالوكالة عن غيره من باقى أعضاء الفريق حيث أن الفريق الجراحي (الطبي) يكون شبيهاً بشركة التضامن (١) ، وبذلك يكون للمريض المضرور أن يرجع على أى من أعضاء الفريق بكل التعويض ، كما يكون له أن يرجع بهذا التعويض على كل أعضاء الفريق الطبي الجراحي على أساس التضامن فيما بينهم .

(١) د . محسن النبيه - المرجع السابق - ص (٩٨) .

١ بحث الثاني

الضرر الذى يصيب المريض من خطأ الفريق الطبي

ثبوت الخطأ الطبي من جانب الفريق الطبي لا يكفى وحده لتحقيق مسؤليته ، وإنما يلزم لتحقيق تلك المسئولية بالإضافة إلى هذا الخطأ أن يسبب ضرراً للمريض .

والضرر هو الأذى الذى يصيب الشخص فى حق من حقوقه أو فى مصلحة مشروع له ، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أم لا ، وهو نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذه معيباً ، أو التأخر فى تنفيذه . (١)

والضرر ركن أساسى لقيام مسئولية الفريق الطبي أو أحد أعضائه ، فلا يكفى مجرد وقوع الخطأ ؛ ولا يكون هناك محلاً لتعويض المريض ما لم يكن هذا الخطأ قد أحدث ضرراً بالمريض . (٢)

والضرر الذى يلحق المريض نتيجة لخطأ الفريق الطبي أو أى من أعضائه قد يكون فى عدة صور ، منها مثلاً : عدم قدرة المريض على مزاولة مهنته ، وقد يكون فى صورة فقد المريض لحرية فترة من الوقت بحجزه فى إحدى المستشفيات أو المصحات ، أو فى صورته المساس بجزء من جسده أو فى المساس بالاعتبار الأدى للمريض بإفشاء أسراره مثلاً .

(١) السهورى - الوسيط - ج١ - ص(٩٣٢) .

(٢) M.H.Seugy : " L'assurance responsabilite civile des chirurgiens " 1989 , P. 46 .

وهنا تجدر الإشارة في هذا المجال إلى أنه قد يلحق الضرر بالمريض، ومع ذلك لا تترتب مسئولية الفريق الطبي أو أحد معاونيه عنه لعدم ثبوت أي تقصير أو إهمال من جانب هذى الفريق الطبي المعالج للمريض أو المستشفى أو العيادة الطبية ، ذلك أن الالتزام العلاجي أساساً هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة إلا في بعض الحالات فقط - كما سبق أن بينا - كنقل الدم وإجراءات التحليلات الطبية والتزام الطبيب بتبصير المريض ، كما أن إلحاق الضرر بالمريض قرينة بسيطة على وجود الخطأ الطبي ، وهذه القرينة البسيطة قابلة لإثبات العكس .

أحكام الضرر (بصفة عامة)

طبقاً لأحكام القواعد العامة في المسئولية ، فإن الضرر يعد ركناً من أركان المسئولية ، وهو شرطاً لازماً لقيامها وتقرير التعويض بناء على ذلك .

صور الضرر : للضرر صورتان ، فقد يكون مادياً ، وقد يكون معنوياً والضرر المادى هو الضرر الذى يصيب الشخص فى جسده أو فى مصلحة مالية . (١) كالمصروفات التى بتكبدها المريض لعلاجه ، أو عدم قدرته على القيام بعمله الذى يتعيش منه .

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر - المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية - ص (٣٣) .

أما الضرر المعنوي فهو كل ضرر يمس مصلحة مشروعته للمريض دون أن يسبب له خسارة مالية (١) كالأضرار بسمعته أو شرفه أو ما يسببه له من ألم في جسده وألم نفسى . (٢)

والضرر الذى يكون محلاً للتعويض قد يكون ضرراً مادياً يتمثل فى المساس بمصلحة مالية ، وقد يكون (طبقاً لنص المادة ٢٢٢ من القانون المدنى المصرى) ضرراً أدبياً يصيب المضرور فى قيمة غير مالية ككرامته أو شعوره أو عاطفته أو أى من القيم المماثلة .

شروط الضرر :

١- ويشترط للتعويض عن الضرر المادى ، أن يكون هذا الضرر محققاً ، أى وقع للمريض بالفعل ، فإن كان الضرر محتمل الوقوع ، أو من الممكن إصلاحه فلا يصلح أساساً لطلب التعويض ، بل يلزم تحققه ، ويجوز للمضرور أن يطالب بالتعويض عن الضرر المستقبل متى كان هذا الضرر محقق الوقوع . (٣)

٢- وكذلك يشترط فى الضرر المعنوى عنه أن يكون مباشراً ، أى يكون ناتجاً مباشرة عن خطأ الطبيب ، وعلى ذلك لا يسأل الفريق الطبى أو أحد أعضائه إلا عن النتائج التى أدت إلى تفاقم حالة المريض ، أى عن الضرر الحادث نتيجة خطئه ، وعلى ذلك مثلاً لا يسأل الفريق

(١) سليمان مرقص - المرجع السابق - ص(٥٥٣) .

(٢) أحمد شرف الدين - التعويضات عن الأضرار الجسدية - ص(١٥) .

(٣) نقض مدنى فى ١٥/٣/١٩٧٦ - س٢٧ - ص (٦٤٦) ، نقض فى ٨/٢/١٩٧٧

س٢٨ - ص(٣٩٥) .

الطبي أو أحد أعضائه عن عدم نجاح عين شخص سبق فقدها للإبصار . (١)

أحكام التعويض عن الضرر كطبقاً لنص المادة ٢٢١ مدني يشمل التعويض عن الضرر ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، وهو ما قرره محكمة النقض .

ذلك أن القانون لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضرور من كسب فوته عليه العمل غير المشروع ، كما أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً ، فإن تفويتها أمر تحقق يجب التعويض عنه . (٢)

والتعويض عن الضرر الأدبي يقتصر على المضرور نفسه ، ولا ينتقل إلى غيره إلا إذا كان هناك اتفاق بين المضرور والمسئول بشأن التعويض على مبدأه ومقداره ، أو كان المضرور قد رفع به دعوى أمام القضاء للمطالبة بالتعويض - إلا للأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية . (٣)

الضرر الطبي المعوض عنه :

الأضرار التي تصيب "مريض أو ذويه نتيجة للخطأ الطبي قد تكون أضرار مادية ، وقد تكون أضراراً أدبية وفيما يلي نعرض لهما :

(١) الإبراشي - المرجع السابق - ص(١٨٥) .

(٢) نقض مدني في ١٩٧٧/٣/٢٢ س ٢٨ - ص (٧٣٢) .

(٣) نقض مدني في ١٩٧٥/١١/٤ س ٢٦ - ص(١٣٥٩) .

(أ) الضرر الطبي المادى

يتمثل الضرر الطبي المادى فى المساس بسلامة جسم المريض أو إصابته بإصابة يترتب عله خسارة مادية أو مالية له ، كما يتمثل أيضاً فى فقدة القدرة على الكسب أو إضعاف تلك القدرة ، ويتمثل كذلك فى تحميله نفقات للعلاج .

وهذا الضرر الطبي المادى قد يصيب ذوى المريض المضرور كذلك بشرط توافر حق لهذا الغير يعتبر الإخلال به ضرراً أصابه ، كأن يكون المريض المضرور هو العائل له كزوجته وأولاده ووالديه .

(ب) الضرر الطبي الأديبى :

وهذا الضرر الأديبى قد يتمثل فى مجرد المساس بسلامة جسم المريض أو إصابته بعجز نتيجة خطأ الفريق الطبي أو أحد أعضائه ، وقد يتمثل كذلك فى الآلام الجسمية والنفسية التى يعانى منها المريض ، كما أنه قد يتمثل أيضاً فى التشويهاات التى قد تلحقه أو بعجز فى وظائف بعض أعضاء جسده .

وقد يكون الضرر الأديبى فى حالة وفاة المريض لذويه كزوجته وأولاده ووالديه من خلال الآمهم النفسية وما يصيبهم فى مشاعرهم وعواطفهم من أحزان لفقدهم عزيز لديهم . ويكون التعويض لهم عن هذا الضرر الأديبى طبقاً للأحكام العامة فى المسئولية عن الضرر .

(ج) التعويض عن الضرر الطبي المستقبل :

طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية ، فإنه يجوز للمريض المضرور أن يطالب بالتعويض عن الضرر المستقبل متى كان محقق الوقوع . فهذا

الضرر المستقبلي متى كان محقق الوقوع في المستقبل ، فإنه يجوز للقاضي أن يعرض المريض عنه ، معتمداً في ذلك على عناصر التعويض الموجودة أمامه في الدعوى .

فإن كان لا يستطيع تقديره عند وقوعه ، فإنه يمكنه الانتظار حتى يقف على مدى الضرر حتى يستطيع تحديد التعويض عنه تحديداً كافياً .

والضرر الأدبي يختلف في التعويض عنه من شخص لآخر تبعاً لحالته السنية ونوعه ، وظروفه العلمية والاجتماعية والجسمية ، وفي ضوء الآثار التي يترتبها الخطأ الطبي للمريض .

(د) التعويض عن تفويت الفرصة كضرر طبي :

رأينا فيما سبق أن الضرر الطبي المعوض عنه هو الضرر المحقق الوقوع أي الذي وقع بالفعل أو كان وقوعه في المستقبل محققاً ، أما الضرر المحتمل فلا يكون محلاً للتعويض إلا إذا تحقق فعلاً .

بالإضافة إلى ذلك فالضرر المحتمل فلا يكون محلاً للتعويض إلا إذا تحقق فعلاً .

بالإضافة إلى ذلك فإنه يدخل في عناصر الضرر التعويض عنه تفويت الفرصة ، وهي أن كانت أمراً محتملاً إلا أن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه (١) ويتمثل تفويت الفرصة بالنسبة للمريض في تفويت فرصة للكسب أو النجاح في الحياة أو في تفويت فرصة للشفاء لو لم يوجد الخطأ الطبي - فتفويت مثل هذه الفرص يعتبر ضرراً مؤكداً يجب تعويض

(١) نقر مدني في ١٩٧٧/٣/٢٢ س٢٨ - ص(٧٣٢) .

المريض عنه ، طبعاً للأحكام العامة في المسئولية (١) وطبقاً لأحكام القضاء حيث قضت محكمة النقض له بحرية بأنه : " إذا كانت الفرصة أمراً محتماً فإن تفويتها من حق يجيز للمضروب أن يطالب بالتعويض عنسبياً ، ولا يمنع القانون من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان المضروب يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقيق هذه الفرصة ، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائماً على أسباب مقبولة " .

الخلاف الفقهي حول التعويض عن الفرصة الفائتة :

التعويض عن الفرصة الفائتة يرتبط بركن الضرر أساساً إلا أنه كذلك وثيق الصلة بركن السلبية ، فلا يعوض عن الفرصة الفائتة إلا إذا ارتبط الخطأ المنسوب للفريق أو أحد أعضائه بالضرر الذي أصاب المريض ، وعلى ذلك فإن التعويض عن الفرصة الفائتة يوسع من مفهوم ركني الضرر وعلاقة السببية في وقت واحد .

ورغم تقرير القانون والقضاء للتعويض عن الفرصة الفائتة للمريض بسبب خطأ الفريق الطبي أو أحد أعضائه ، إلا أن فقهاء القانون قد اختلفوا في تقرير هذا الحق للمريض ، وانقسموا في ذلك إلى رأيين :

الرأى الأول (٢) : ويرى الأخذ بما قرره القانون والقضاء فى هذا الشأن ، ومستخلصاً فى سبيل ذلك سببيه احتمالية من أجل تقرير حماية أكثر فعالية للمريض .

(١) تنص المادة ٢٢١ من القانون المدنى المصرى على أنه : " يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب " .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٩٠/٣/٢٩ - طعن رقم ٢٤٣٦ ، س٥٨ ق .

الرأى الثانى : ويرى عدم سلامة تقرير تعويض المريض عن الفرصة الفائقة ، وذلك على أساس أن القاضى إذ يقيم حكمة على فحص الاحتمال فهو يخرج عن القواعد القانونية السليمة كما تقريرها السببية التقليدية التى تتضمن قدراً من اليقين حين تقصر السبب فى مجموعة عوامل ضرورية (تعادل الأسباب) أو عاملة واحد ضرورى (السببية الملائمة) ، وإن كانت تلجأ إلى الفرض بعد ذلك فى افتراضها التساوى والتعادل بين هذه العوامل (تعادل الأسباب) ، أو كون مدى الضرر الذى أحدثه أحدها أبعد أثراً مما أحدثه غيره (السببية الملائمة) (١) ويضيف أصحاب هذا أيضاً ، أن هذا الاتجاه يخلط بين التعويض عن الفرصة الضائعة والتعويض عن احتمال التسبب فى إحداث ضرر وقع فعلاً ، ويقدر التعويض لا حسب درجة احتمال تحقق الفرصة ، بل بنسبة احتمال تدخل الخطأ فى إحداث الضرر . (٢)

كذلك يضيف أصحاب هذا الرأى أنه من الصعب تطبيق فكرة تقويت الفرصة فى نطاق إجراء التجارب الطبية خاصة تلك المجردة من الأغراض العلاجية ، وهو ما يعرف بالتجارب العلمية ، وذلك لأن الشخص الخاضع للتجربة لم تكن له فرصة وضاعت أصلاً ، وعلى ذلك فإن فوات الفرصة بالمعنى الذى تقصده تلك الأحكام غير وارد من الأساس ، وكذلك غير وارد الحديث عن سببية احتمالية يمكن افتراضها أو استظهارها من واقع وجود

(١)Savatier : " Une faute peut - elle engendre laresponsabilité d'un dommage sans l'avoir Causé " D.1970 , chr , P 123 ; Penneau : op.citp.538 .

ومن الفقه المصرى ، وفاء أبو جميل - الخطأ الطبى - ص(٩٣) وما بعدها .

(٢) سهير منتصر - المرجع السابق - ص(١١٧) وما بعدها .

خطأ ووجود ضرر (١) كما يضيفون أنه حتى فى مجال التجارب العلاجية وهى التى يبدو فيها ضياع الفرصة أمراً ممكناً ، فنظراً لعدم إمكانية السيطرة على آثار تلك التجارب بشكل مطلق ، فإنه يصعب على القاضى تقدير السببية الاحتمالية التى ساهم من خلالها خطأ الطبيب فى الوصول إلى الحالة التى آل إليها المريض ويترتب على هذه الصعوبة أن يلجأ القاضى إلى أعمال تقدير يتسم إلى حد ما بالتحكم فيدخل فى هذا التقدير عناصر بعيدة عن السببية الاحتمالية ، كأن يأخذ فى اعتباره درجة جسامه خطأ القائم على التجربة . (٢)

ونحن من جانبنا : نتفق مع الرأى الأول الذى قرره القانون وطبقته أحكام القضاء من تعويض المريض عن الفرصة التى فاتته بسبب الخطأ الطبى الذى الحق الضرر به ومنعه عن تحقيق هذه الفرصة الفائتة ، فمثلاً لو تسبب الخطأ الطبى فى تفويت فرصة اشتراك المضرور فى مسابقة رياضية ، فإن القاضى يعوضه فقط عن عدم اشتراكه فى هذه المسابقة دون أن يشمل هذا التعويض احتمال فوزه بجائزة أو تحقيقه مركز متقدم فى هذه المسابقة ، فهذا التعويض يكون مشروعاً ولا يتضمن أى عناصر احتمالية غير محققة أو لا يمكن تحقيقها ، وإنما يكون التعويض عن واقعة متحقق بالفعل وهى فرصة الاشتراك فى المسابقة .

(١) سهير منتصر - المرجع السابق - ص(١١٧) وما بعدها.

(٢) سهير منتصر - المرجع السابق - ص(١١٧) وما بعدها .

المبحث الثالث

علاقة السببية بين خطأ الفريق الطبي والضرر

الذى يصيب المريض

علاقة السببية لها أهمية كبرى فى نطاق المسئولية الطبية - وفى نطاق المسئولية المدنية عموماً - فبدون وجودها بين الخطأ المنسوب للفريق الطبي والضرر الذى حدث للمريض تنتفى عن الطبيب كل مسئولية .

وعلى ذلك فإن علينا أن نحدد مفهوم السببية اللازمة لوجود أركان المسئولية ، وهذا يقتضى منا أن نعرض لهذا المفهوم من خلال التعرض لنظريتى السببية التى قال بهما الفقه القانونى لحل تلك المشكلة وهما : نظرية تعادل الأسباب ، ونظرية السبب المنتج أو الفعال . . كما أنه قد تساهم عوامل أخرى بجانب خطأ الطبيب فى إحداث الضرر ، الأمر الذى قد يترتب عليه إعفاء الطبيب من المسئولية .

وعلى ذلك فإننا فى هذا المبحث مطالبين نخصص الأول لعرض نظريتى السببية ، ثم نعرض فى المطلب لأسباب الإعفاء من المسئولية .

المطلب الأول

نظريتنا السببية

أولاً : نظرية تعادل الأسباب :

وهذه النظرية تأخذ بجميع الأسباب التي أحدثت الضرر في الاعتبار مهما كان السبب بعيداً (١) ولذلك فالسبب طبقاً لهذه النظرية " هو كل عامل أسهم في حدوث الضرر متى ثبت أنه لولاه ما حدث هذا الضرر " (٢)

ويتضح من ذلك أنه طبقاً لهذه النظرية ، فإن الضرر يكون نتيجة لكلى العوامل التي شاركت في إحداثه ، وبالتالي فإن الضرر يحدث نتيجة لمجموعة من الأسباب بدونها أو بدون جزء منها لن يقع الضرر . (٣)

وبناء على ما تقدم فإن هذه النظرية لا تقبل تقسيم المسؤولية بين الأسباب المتعادلة وذلك لعدم قابلية الضرر للانقسام ، وهذا يعنى أن عدم نسبة خطأ لأحد محدثى الضرر من الفريق الطبي ينفى وجود هذا الضرر كله ، لكون هذا الخطأ هو السبب فى كل الضرر ، وكذلك فإن الخطأ من الوجه الآخر لم يحدث الضرر كله دون خطأ الآخر ، وبالتالي فإنه لا يستوعب كل السببية . (٤)

(١) السنهورى - الوسيط - ج١ - ص(٩٠٥) ، عبد الرشيد - المرجع السابق - ص(١٩٣) ، محمود جمالا الدين ذكى - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - ص(٥٦٤) .

(٢) سليمان مرقص - المرجع السابق - ص(٥٥٩) .

(٣) عبد الرشيد مأمون - علاقة السببية فى المسئولية المدنية - ص(١١) .

(٤) محسن البيه : " التضامن والتضام " مجلة الحقوق الكويتية - س١٣ ، ع٤ - ديسمبر ١٩٨٩ - ص(١٠٨) .

أى أن كل سبب أمر لا بد منه لحدوث الضرر وبدونه تكون الأسباب الأخرى عديمة الفاعلية . (١)

نقد هذه النظرية وهذه النظرية على هذا النحو المتقدم تأخذ بكافة الأسباب التى ساهمت فى إحداث الضرر ، وهذا يجعل أعضاء الفريق الطبى على قدر كبير من الحيطة واليقظة والحذر مما يؤدى إلى الحد من وقوع الأضرار ، لأن كل عضو يعلم أن أى مساهمة منه فى إحداث الضرر سيكون سبباً لمسأله . وكذلك فإن الأخذ بهذه النظرية يسبب مهمة المضروور فى إثبات الضرر ، لأن كل الأسباب التى تدخلت فى إحداث الضرر يعتد بها . (٢)

وعلى الجانب الآخر فإن هذه النظرية يؤخذ عليها توسعها فى مفهوم السببية ، الأمر الذى قد يؤدى إلى عدم إمكانية تحديد نطاق الضرر الذى يجب أن يسأل عنه مرتكب الفعل الخاطئ . (٣)

ثانياً : نظرية السبب المنتج أو الفعال :

وهذه النظرية تقوم على أساس أن مسئولية مرتكب الخطأ لا تتحقق إلا إذا كان من شأن فعله فى الظروف التى حدث فيها ووفقاً للمجرى العادى للأمر أن يحدثه (٤) .

(١) عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق - ص(١١) وما بعدها .

(٢) المرجع السابق - ص(١١) وما بعدها .

(٣) عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق ص (١١٧) ، إسماعيل غانم - النظرية العامة

للاللتزامات - أحكام اللاللتزام - ص(٥٧) .

(٤) السنهورى - الوسيط - ج١ - بند ٦٠٦ .

وإذا تعددت الأسباب فإنه يجب التفريق بين الأسباب التي أدت إلى حدوث الضرر لتحديد السبب المنتج أو الفعال الذي أحدث الضرر ، وإذا تم تحديد هذا السبب المنتج ، فإنه تستبعد بقية الأسباب الأخرى (العارضة أو الثانوية) التي لا تؤدي في العادة إلى إحداث الضرر . (١)

نقد هذه النظرية :

هذه النظرية تقوم على أساس البحث في الأسباب التي أدت إلى حدوث الضرر لتحديد السبب المنتج أو الفعال في إحدائه ، وفي سبيل تحديد هذا السبب المنتج فقد يلجأ إلى الفرص والتخمين لتحديده بعيداً عن الجزم واليقين وهذا قد يترتب عليه أن تحديد هذا السبب المنتج طبقاً لذلك يقوم على قدر كبير من الاحتمال والترجيح الموضوعي وليس الشخصي . (٢)

قيام نظريتي السببية على الافتراض :

السببية في تلك النظريتين تقوم على الافتراض ، لأنها تعتمد بواقعة إهمال مرتكب الخطأ ، ولا تقوم على استخدام مقياس فعلي لأنه يستند على القيمة السببية لإهمال الطبيب ، وهذا الإهمال واقعة سلبية . فالقاضي عند بحثه عن توافر السببية ينظر فيما إذا كان إهمال الطبيب وعدم يقظة سبباً ملائماً لوقوع الضرر أم لا ، ثم هو يفترض ثانياً أن الضرر ما كان ليقع لو أن الطبيب كان أكثر ضرراً وحيطة ويقظة .

فقدير السببية إذا هو مجرد افتراض وليس فعلياً ، لأنه لا يستند على ما حدث ، وإنما على الذي لم يحدث ، غذ يمكن للقاضي أن يعرف أنه إذا

(١) عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق - ص(٢٢) .

(٢) إبراهيم الدسوقي - المرجع السابق - ص(١٧٣) .

كان الطبيب يقظاً لم يكن الضرر ليحدث للمريض بسبب أية واقعة أخرى محتملة كالاستعداد الذاتي للمرض لدى المريض .

ووجود الغرض والاحتمال فى نظريتى السببية على النحو المتقدم لا يحول دون القول أنهما يقومان على قاعدة ثابتة وه حصر مفهوم السبب فى كافة العوامل الضرورية لأحداث الضرر (دون التمييز بينها) فى نظرية تعادل الأسباب ، أو قصر هذا المفهوم على (العامل المنتج أو الفعال) لأحداث الضرر فى نظرية السبب المنتج أو الفعال .(١)

علاقة السببية بين الخطأ الطبى والضرر :-

لتحقق مسئولية الطبيب أو الفريق الطبى الطبية ، فإنه لا يكفى ارتكابه لهذا الخطأ الطبى ، ووقوع ضرر للمريض ، بل يلزم بالإضافة لذلك توافر علاقة السببية بين خطأ الفريق الطبى أو أحد أعضائه والضرر الطبى وسواء تحددت علاقة السببية اللازمة بنظرية تعادل الأسباب أو طبقاً لنظرية السبب المنتج أو الفعال .

وقد يرتكب الطبيب لخطأ طبى دون أن يكون هو السبب فيما أصاب المريض من ضرر . مثال ذلك : إهمال الطبيب فى علاج مرض جلدى للمريض ، وإصابة هذا المريض بأزمة قلبية حادة أدت إلى وفاته دون أن يكون لخطأ الطبيب دخل فى ذلك ، فعندئذ لا تتوافر علاقة السببية بين خطأ الطبيب المتمثل فى إهماله فى علاج مرضه الجلدى والضرر الذى لحقه بوفاته .

(١) نقص مدنى فى ٢٩/١/١٩٨٠ - الطعن رقم ٤٧٤ لسنة ٤١ق - مجموعة النقص

المدنية ١٩٨٠ ، ص ٣٥٦ القاعدة ٧١ .

واستخلاص علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذى أصيب به المريض ، هو وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض المصرية من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع ، دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض ، متى كان قضاؤها فى ذلك مبنياً على أسباب سائغة .

وتقرر محكمة النقض فى هذا الشأن أيضاً أنه : " متى أثبت المضرور الخطأ والضرر ، وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة هذا الضرر ، فإن القرنية على توفر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور ، والمسئول نفى هذه القرنية بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يدلله فيه " . (١)

وطبقاً للقواعد العامة ، فإن السبب الأجنبى الذى تتنقى به علاقة السببية هو الحادث الفجائى أو القوة القاهرة أو الخطأ المضرور نفسه أو خطأ الغير أو عيباً أو مرضاً أصاب المضرور . (٢)

(١) نقض مدنى ١٩٦٨/١١/٢٨ - س ١٩ - ص ١٤٤٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - ج ٢ - ص ٣٧٨ .

المطلب الثانى

أسباب الإعفاء من المسئولية الطبية

الضرر الذى يصيب المريض قد لا يكون نتيجة لخطأ الفريق الطبى أو الطبيب وحده ، وإنما قد تساهم عوامل أخرى فى إحداث هذا الضرر ، الأمر الذى يترتب عليه انتفاء مسئولية الطبيب نتيجة تدخل هذه العوامل أى نتيجة لحدوث الضرر بفعل السبب الأجنبى وهذه العوامل هى : الحادث الفجائى أو القوة الظاهرة ، أو خطأ المضرور نفسه ، أو خطأ الغير أو عيباً أو مرضاً أصاب المضرور . وفيما يلى نعرض لكل عامل من هذه العوامل فى فرع مستقل .

الفرع الأول

انتفاء المسئولية الطبية بسبب القوة القاهرة

قد تنتفى علاقة السببية بين الخطأ من الطبيب والضرر الذى يصيب المريض ليس بسبب أى شخص ، ولكن بسبب القوة القاهرة التى يترتب على وجودها انتفاء مسئولية الفريق الطبى أو أحد أعضائه ، وذلك سواء أكانت هذه المسئولية مسئولية عقديه أو مسئولية تقصير به .

١- التعريف بالقوة القاهرة :-

الحادث الفجائى أو القوة القاهرة هى حادث خارجى لا يمكن توقعه ولا رفعه أو التحريز منه ويؤدى مباشرة إلى حدوث الضرر مباشرة . (١)

(١) نقض جنائى فى ١٩٧٩/٣/٧ س ٤٥ - طعن رقم ٧٨٤ .

وذلك كحدوث رعد مفاجئ تسبب في وفاة مريض بالقلب . وتقدير حدوث القوة القاهرة أو الحادث الفجائي هو تقدير موضوعي تقرره محكمة الموضوع ، مادامت قد أقامت هذا التقدير على أسباب سائغة .^(١)

٢- شروط القوة القاهرة التي تنتفى بها مسؤولية الطبيب :-

من تعريف القوة القاهرة ، فإنه يمكن استخلاص تلك الشروط وهي تنحصر في ثلاثة شروط هي عدم نسبة القوة القاهرة إلى المدين ، وعدم استطاعة التوقع ، واستحالة الدفع أو التحرز منها .

(أ) عدم نسبة القوة القاهرة إلى المدين (الطبيب) :

وقد ورد هذا الشرط في المادة ١٦٥ من التقنين المدني المصري والتي نصت على أنه : " سبب أجنبي لا بد له فيه " .

ويقصد بهذا الشرط أنه حادث خارجي عن تدخل المدين (الطبيب) ذلك أنه إذا اتصل الحادث الفجائي بالمدين كان سبباً داخلياً لا يمكن للطبيب الاحتجاج به لنفي مسؤولية ، مثال ذلك احتجاج الطبيب بعدم صلاحية الأدوات الطبية أو معاونيه في تنفيذ التزامه .^(٢)

(ب) عدم استطاعة التوقع :

وبجانب اشتراط عدم نسبة الحادث الفجائي إلى الطبيب ، فإنه يشترط كذلك ألا يكون من الممكن توقعه ، وذلك لأن عدم توقع الطبيب له مع

(١) نقض مدني في ١٢/٢٧/١٩٥٦ س ٧ ص ١٠٢٢ .

(٢) عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق - ص ٩٧ .

إمكانية ذلك يجعله مخطئاً لعدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي وجود هذا الحادث الفجائي. (١)

وعدم التوقع ينصب على الوقائع الاستثنائية دون المعتادة ، ذلك أن الوقائع التي تقع في العادة يجب أن يتوقعها الطبيب دائماً .

ومن أمثلة تلك الوقائع المعتادة عدم وجود بعض المعدات الطبية أو بعض الأدوية اللازمة له في تنفيذ الترامه لزيادة الطلب عليها بالسوق ، فمثل ذلك يمكن للطبيب توقعه ، ولا يعد ذلك من قبيل القوة القاهرة ، ولا تنتفى بها مسئولية الطبيب .

والوقت الذي يعتد فيه بعدم إمكان التوقع يختلف بحسب ما إذا كنا بصدد مسئولية عقدية أو كنا بصدد مسئولية تقصير به ، ففي المسئولية العقدية العبرة بوقت إبرام العقد بين المريض أو من يمثله والطبيب ، في حين تكون العبرة في مسئولية التقصير به بوقت وقوع الحادث الفجائي. (٢)

(ج) استحالة دفع الطبيب للحادث الفجائي :

يشترط ثالثاً في الحادث الفجائي الذي تنتفى به مسئولية الطبيب أن يستحيل دفعه ، سواء كانت هذه الاستحالة مادية أو معنوية. (٣)

بحيث يترتب عليها جعل تنفيذ التزام الطبيب مستحيلًا . والاستحالة المادية حدوث وباء بالمستشفى وانتشاره بها مما يجعل تنفيذ العملية الجراحية

(١) المرجع السابق - ص ١٠٦ .

(٢) السنيورى - المرجع السابق - ص ٥٨٨ ، عبد الرستيد مأمور - المرجع السابق - ص ١٠٦ .

(٣) السنيورى - الوسيط - ج ١ - ص ٥٩٩ .

للمريض مستحياً أو أصابه الطبيب بمرض يمنعه من إجراء العملية الجراحية للمريض . ومن أمثلة الاستحالة المعنوية وفاة عزيز للطبيب وعدم إمكانه إجراء الجراحة للمريض بسبب ذلك .

والاستحالة التي تنتفى بها مسئولية الطبيب هي الاستحالة المطلقة (١) التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحياً بالنسبة لكل شخص وجد في نفس ظروف الطبيب ، أما الاستحالة النسبية والتي تستحيل بالنسبة لبعض الأشخاص دون البعض الآخر فلا تنتفى بها مسئولية الطبيب ، وتقدير ذلك هو تستقل به محكمة الموضوع وفقاً لما يظهر لها من أوراق الدعوى ، وهذا ما أكدته محكمة النقض بقولها : " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه ، وهذا أن الشرطان يستمدان من واقع الدعوى الذي تستقل محكمة الموضوع بتحصيل فهمه من أوراقها " . (٢)

الفرع الثاني

خطأ المريض النافي للمسئولية الطبية

خطأ المريض يقطع علاقة السببية إذا كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر . أما إذا كان خطأ المريض قد ساهم مع خطأ الطبيب في إحداث الضرر ، فإن الأمر لا يخرج عن ثلاثة فروض : أولاً : أن يكون أحد الخطأين متعمداً . والثاني : أن يقع الضرر برضاء المضرور ، وثالثها: أن يكون أحد الخطأين نتيجة للآخر .

(١) عبد الرشيد مأمون - مرجع السابق - ص ١٠٢ .

(٢) طعن مدني رقم ٩٧٩ لسنة ٤٧ في ١٩٨٠/٣/٢٧ س ٣١ .

ففى الحالة الأولى : والتى يكون فيها أحد الخطأين متعمداً ، والمبدأ هنا أن من تعمد الخطأ ونتج عن ذلك الضرر يكون وحده هو المسئول عن هذا الضرر .

فإذا كان المريض هو الذى تعمد إلحاق الضرر بنفسه ، فعندئذ تتقضى المسئولية عن الطبيب (١) ، ذلك أن الخطأ العمدى للمريض والذى أحد الضرر ينفى رابطة السببية متى أستغرق خطأ الطبيب وكان كافياً بذاته لأحداث الضرر . ومن أمثلة خطأ المريض الناقى لعلاقة السببية انتحار المريض بمرض غير عقلى ، أو تناوله لأشياء حرمها عليه الطبيب صراحة وبصفة قاطعة مبيناً له نتائجها الضارة عليه ، أو عدم امتثاله لأوامر الطبيب مما يؤدي إلى فشل علاجه (٢) .

وفى هذا الشأن أيضاً قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " المجنى عليه يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجانى ، وكان كافياً فى ذاته لأحداث النتيجة (٣) .

أما إذا وقع الخطأ العمدى من الطبيب ، فإنه يكون وحده المسئول عن تحقق الضرر حتى ولو ساهم المريض بخطئه فى ذلك ، كأن يتعمد الطبيب عدم متابعة المريض بعد إجرائه عملية جراحية له ، وإهمال المريض فى ذات الوقت تناول العلاج ، مما يترتب عليه وفاة هذا المريض، فعندئذ يكون

(١) نقض جنائى فى ١٩٦٨/١/٢٩ س ١٩ ص ١٠٧ .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٢٢/١١/٢٨ - مجلة المحاماة س ١٣ - ص ٨١٥ .

(٣) نقض جنائى فى ١٩٦٦/٤/٢٥ - مجموعة أحكام النقض الجنائى ٤٧٥/١٧ .

الطبيب وحده مسئولاً عن الضرر رغم مساهمة المريض بخطئه في ذلك^(١) .

وفي الحالة الثانية : والتي يقع فيها الضرر برضاء المريض ، فالقاعدة أن رضاء المريض لا ينفى خطأ الطبيب^(٢) ، ومن أمثلة ذلك موافقة المريض على إجراء جراحة جديدة وخطيرة تمثل خطأ من جانبية ، لكن تلك الموافقة لا تنتفي بها صفة الخطأ عن الطبيب وتبقى مسئوليته عن الضرر الحادث كاملة^(٣) .

الفرع الثالث

خطأ الغير النافى للمسئولية الطبية

المقصود بالغير :

الغير هو كل شخص غير المريض المضرور وغير الأشخاص الذين يسأل عنهم قانوناً ، وكذلك غير الطبيب الذي ينفذ الالتزام الطبي . فإذا وقع الخطأ من طبيب آخر غير الطبيب المسئول ، فإنه يكون لهذا الطبيب المسئول أن يدفع مسئوليته بذلك . أما الضرر الذي يحدث نتيجة الفعل الخاطئ لأحد الأشخاص الذين يسأل عنهم الطبيب قانوناً كمعانية في الفريق الطبي ، فإنه يسأل عنه .

(١) د/ سعد العسيلي - نظرية دفع المسئولية المدنية - ص ٢٨٠ .

(٢) د/ محمد بن عبد الوهاب - المسئولية الطبية - ص ٣٣ .

(٣) د/ محمد بن عبد الوهاب - المرجع السابق - ص ٧٩ .

أثر فعل الغير على مسئولية الطبيب :

إذا وقع خطأ من شخص من الغير وكان هذا الخطأ وحده هو السبب الوحيد فى إحداث الضرر ، فإنه يقض علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذى يلحق بالمريض ، وفى ذلك تقر محكمة النقض بأن : " خطأ الغير يقطع رابطة السببية متى أستغرق خطأ الجانى (الطبيب) وكان كافياً بذاته لإحداث الضرر " (١) .

ومن أمثلة خطأ الغير النافى لعلاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الحادث للمريض ، الخطأ الواقع من طبيب آخر أو من أحد العاملين بالمستشفى التى يعالج بها المريض بعدم تنفيذ تعليمات الطبيب ، أو تعطل أو تلف جهاز أو آلة طبية يستعملها الطبيب فى علاج المريض دون إهمال أو خطأ منه .

الخطأ المشترك :

قد يكون الخطأ الطبى الذى ترتب عليه الضرر للمريض مشتركاً بين شخصين أو أكثر ، وعندئذ يسأل كل منهما بقدر الخطأ المنسوب إليه سواء أكان هذا الخطأ الواقع من أى منهما مباشراً أو غير مباشر فى حصول الضرر (٢) .

وإذا أخطأ المضرور وساهم بخطئه فى إحداث الضرر الذى أصابه فإنه يجب مراعاة ذلك فى تقدير التعويض المستحق له ، فلا يحكم له على الغير إلا بالقدر المناسب لخطأ هذا الغير ، ويترتب على ذلك توزيع مبلغ

(١) نقض جنائى فى ١٧/١١/١٩٦٩ - س٢٠ - ص ١٢٧٠ .

(٢) نقض جنائى فى ١٣/٥/١٩٦٨ - س١٩ - ص ٩٤ .

التعويض بينه وبين الغير ، ويحكم للمريض المضرور بالتعويض منقوصاً منه ما يجب أن يتحملة هذا المريض المضرور بسبب الخطأ الذى وقع منه (١) .

وإذا تعددت أسباب الأضرار التى لحقت بالمريض ، وكان خطأ الطبيب مستغرقاً للأخطاء الأخرى التى ساهمت مع خطئه فى إحداث الضرر ، فإن مسئولية الطبيب تكون كاملة عن الأضرار التى لحقت بالمريض عندئذ (٢) .

وفى حالة تعدد الأسباب التى أحدثت الضرر للمريض ، فلا يعتد بكل الأسباب التى أحدثت الضرر للمريض المضرور ، بل يعتد عندئذ بالسبب أو الأسباب المنتجة الفعالة فى إحداث الضرر فقط ، أى يعتد بالسبب المألوف الذى يحدث الضرر عادة ، ولا يعتد فى هذا الصدد بالسبب العارض الذى لا يحدث مثل هذا الضرر الحادث للمريض المضرور فى العادة (٣) .

وفى هذا الشأن فقد قررت محكمة النقض بأنه : " يجب عند تحديد المسئولية الوقوف عند السبب المنتج فى إحداث الضرر دون السبب العارض " (٤) .

(١) نقض جنائى فى ١١/٢/١٩٦٩ - س ٢٠ - ص ٢٤٨ .

(٢) السنيورى - الوسيط - ج ١ - ص ٩٠٤ .

(٣) السنيورى - المرجع السابق - ص ١٢٦٥ .

(٤) نقض مدنى فى ٢٦/١٠/١٩٦٧ - س ١٨ - ص ١٥٦٠ .

إثبات علاقة السببية .

لكي يتم تعويض المريض عن الضرر الذي لحقه نتيجة لخطأ الفريق الطبي أو الطبيب ، لابد أن يكون هذا الضرر قد حدث بسبب خطأ الفريق الطبي أو الطبيب . ويقع عبء إثبات رابطة السببية هذه بين الخطأ الطبي والضرر الذي أصاب المريض ، على عاتق المريض ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية والتي تقرر أن عبء إثبات رابطة السببية يقع على عاتق المضرور .

ويكون للمريض المضرور إثبات رابطة السببية هذه بكافة طرق الإثبات الممكنة ، وذلك لتعلق عملية الإثبات هنا بوقائع مادية ، وهذه الوقائع المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن .

والقضاء بالنسبة لرابطة السببية يتساهل في إثباتها ، ويقرر قرينة لصالح المريض المضرور تتمثل في كون الخطأ من شأنه في العادة إحداث مثل هذا الضرر ، ويكون للطبيب المخطئ نفى هذه القرينة (١) .

والقرينة المثبتة لرابطة السببية يجب أن تكون قرينة هامة ومتكاملة ، ذلك أن رابطة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي يلحق بالمريض لا تقوم في الحالات التي تشير فيها تقارير الخبراء إلى الصفة الاحتمالية لتأثير خطأ الطبيب على حالة المريض (٢) .

وهذه القرينة القضائية على خطأ الطبيب لمصلحة المضرور قد تمثل في إهمال الطبيب في علاج المريض ، وفي هذا الشأن تقرر محكمة النقض

(١) نقض مدني في ١٩٦٧/١١/٢٨ - س ١٩ - ص ١٤٤٨ .

(٢) د/ محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ١٢٥ .

بأنه :^(١) إن كان مقتضى اعتبار التزام يبذل عناية خاصة أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة ، فإن عبء إثبات ذلك يقع على عائق المريض ، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجع إهمال الطبيب ، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه فنقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب ويتعين عليه لكي يدرأ المسئولية عن نفسه أن ينفي عن نفسه الإهمال (١) .

(١) نقض مدني في ١٩٦٩/٧/٢٦ - س ٢٠ - ص ١٠٧٥ .

الفصل الثاني

نطاق مسئولية الفريق الطبي

مسئولية الفريق الطبي تتسع لتشمل كل نشاطه فى ممارسة لمهنته الطبية ، وذلك فهو يشمل تشخيصه للمرض ، وتحديد علاج الذي يناسب حالته سواء أكان علاجياً أم كان جراحياً ، كما تشمل ، مسئولية الفريق الطبي كذلك النشاط الطبي لمساعديه وشركائه الذين يستعين بهم فى ممارسة عمله ، ويشمل أيضاً مسئوليته عن الأجهزة الطبية والآلات التى يستعملها . والنشاط الطبي مثله مثل أى نشاط مهنى آخر قد يتضمن صوراً يغطيها عقد التأمين من المسئولية الطبية ، كما أن هناك صوراً أخرى من هذا النشاط لا تقبل شركات التأمين تغطيتها فيما ينشأ عنها من مسئولية بصورة مطلقة أو يغطى ما ينشأ عنها من مسئولية فى قابل أقساط مرتفعة (١) .

وفيما يلى نعرض لنطاق هذه المسئولية الطبية عن خطأ الفريق الطبي فى مرحلتى التشخيص والعلاج ، ثم مسئولية الفريق الطبي عن خطأ مساعدته ثم مسئولية الفريق الطبي عن الأجهزة والآلات الطبية .. وذلك فى ثلاثة مباحث كما يلى :-

المبحث الأول : مسئولية الفريق الطبي عن الخطأ الشخصى .

المبحث الثانى : مسئولية الفريق الطبي عن خطأ مساعدته .

المبحث الثالث : مسئولية الفريق الطبي عن الأجهزة والآلات الطبية

(١) د/ أشرف جابر - التأمين من المسئولية المدنية للأطباء سنة ١٩٩٩ - ص١٧٧ .

المبحث الأول

مسئولية الفريق الطبي عن الخطأ الشخصي

يرتبط المريض مع الفريق الطبي بعقد يفرض عليها التزامات متبادلة ، فيلتزم الفريق الطبي بتقديم العلاج الملائم للمريض وفقاً للأصول والقواعد العلمية ، ويلتزم المريض بدفع الأجر المتفق عليه .

وهذا العقد بين الفريق الطبي والمريض يجب أن يكون عقداً صحيحاً وقائماً بينهما ، وأن يقع الضرر الذي يصيب المريض نتيجة الإخلال بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد من جانب الفريق الطبي (١) .

والتأمين ضد المسئولية الطبية قد يكون مطلقاً أى يغطي تلك المسئولية متى تحققت أياً كانت جسامه الأخطاء التى تقع من الفريق الطبي (مع مراعاة عدم جواز التأمين ضد الخطأ العمدى) ، وقد يكون هذا التأمين ضد المسئولية مقيداً بحيث لا يلتزم المؤمن بتغطية الأضرار الناشئة عن الخطأ الجسيم للفريق الطبي (٢) .

وفى هذا الصدد فقد نصت المادة ١/٧٦٨ من التقنين المدنى المصوى على أنه : " يكون المؤمن مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن خطأ المؤمن له غير المتعمد ... " .

(١) عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق - ص ١٢١ ، سهير منتصر - المسئولية المدنية عن التجارب الطبية - ص ٦٦ .

(٢) سليمان مرقص - المسئولية المدنية ، دروس فى القانون المدنى مع التعمق - ١٩٦١ - رقم ٢٧ وفى مؤلفه " الفعل الضار " - ص ٢٤ وما بعدها .

ومسئولية الفريق الطبي ليست مسؤلية عقديه فى جميع الحالات ، حيث يمكن أن تكون تقصير به فى بعض الحالات ، كحالة عدم رضاء المريض ، عندئذ لا يوجد عقد ، حيث يتدخل الفريق الطبي من تلقاء نفسه لإنقاذ جريح مثلاً أو لإجراء عملية عاجلة ، وقد تقوم تلك المسئولية فى حالة أخرى حين يمتنع الفريق الطبي بغير مبرر مشروع عن إنقاذ المريض ، وكذلك فإن المسئولية الطبية للفريق الطبي قد تكون مسؤلية تقصير به على الرغم من وجود عقد بين الفريق الطبي والمريض وذلك فى حالة انطواء فعل الفريق الطبي على جريمة وعندئذ يكون للمريض الخيرة بين قواعد المسئولية العقدية وقواعد المسئولية التقصير به طبقاً للقواعد العامة من جواز الخيرة بين المسئوليتين إذا كان الإخلال بالالتزام جريمة جنائية أو كان راجعاً إلى سن المدين (١) .

هذا ، وقد أجازت محكمة النقض المصرية الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصير به إذا ما كان الفعل المرتكب من أحد الطرفين وترتب عليه إلحاق الضرر بالطرف الأخر يكون جريمة جنائية وهو ما تتحقق معه المسئولية التقصير به تأسيساً على أن مرتكب هذا الفعل قد أخل بالتزام قانونى (٢) .

والفريق الطبي يسأل عن خطئه المهنى خلال ممارسته لمهنته ، وممارسة هذا الفريق الطبي لمهنة الطب تتضمن مرحلتين : الأولى هى مرحلة التشخيص ، والثانية : هى مرحلة العلاج ، فالأخطاء الطبية يسأل

(١) سليمان مرقص - المسئولية المدنية ، دروس مكرر *****
(٢) نقض مدنى فى ١٩٨١/١/٢٧ - طعن رقم ٢٦٨ ، س٤٧ قضائية .

عنها الفريق الطبى إذا وقعت منه فى المرحلتين .. فيما يلى نعرض لكل مرحلة فى مطلب مستقل .

المطلب الأول

مسئولية الفريق الطبى فى مرحلة التشخيص

تشخيص المرض : يعنى تحديد طبيعة المرض ، ووضعها فى إطار المحدد له من خلال تحديد أعراضه وترتيبها ومقارنتها بغيرها من الأعراض ، وهى عملية فكرية يمارسها الفريق الطبى لكى يستخلص نوع المرض الذى يعانى منه المريض ودرجته ومراحل تطوره وتحديد عناصر خطورته ، والوقوف على درجة مقاومة المريض له ، مستعيناً فى ذلك بالعلوم الطبية والعلوم الأخرى التى تساعده فى تحديد طبيعة المرض من أجل الوصول إلى علاجه (١) .

وعملية تشخيص المرض هى الخطوة الأولى التى يلزم على الفريق الطبى أو الطبيب ممارستها قبل تقديم أى علاج .

وتشخيص المرض يتم الوقوف عليه بعد أن يقوم الفريق الطبى بالفحص الشامل الذى تستدعيه حالة المريض ، وهذا الفحص يشمل حالة المريض الكلية لإمكان تشخيص حالته المرضية .

وعلى ذلك فعملية فحص المرض وتشخيص حالته المرضية عملية صعبة نظراً لتشابه أعراض الأمراض مع بعضها ، وعدم ظهورها بدرجة واحدة ، فمنها الأساسى ومنها الثانوى ، الأمر الذى قد يودى بالفريق الطبى

(١) إنظر فى ذلك قرب هذا التعريف د/ حسن زكى الإبراشى - المرجع السابق -

إلى الخطأ ، وهذا الخطأ الطبى الذى يسأل عنه الفريق الطبى يختلف عن الغلط الطبى العلمى الذى يمكن أن يقع فيه الفريق الطبى .

الخطأ الطبى والغلط العلمى الطبى :

على الفريق الطبى فى مرحلة فحص المريض وتشخيص حالته المرضية أن يستمع إلى شكوى المريض ويقف منه على معاناته مع الاسترشاد فى ذلك بمعلومات أهليته فى هذا الشأن ، وفى ضوء ذلك عليه بعد ذلك أن يفحص المريض فحصاً دقيقاً مستخدماً فى ذلك كافة الأجهزة والآلات الطبية الحديثة من أجل الوصول إلى تحديد طبيعة المرض مع بذله الجهود الصادقة اليقظة فى هذا الشأن ، حتى يتجنب الوقوع فى الغلط بقدر الإمكان ، فإذا أهمل الفريق الطبى أو الطبيب هذه الخطوات السابقة التى تجنبه الوقوع فى الغلط ، فإنه يكون مسئولاً عن الأضرار التى تحدث للمريض نتيجة للخطأ فى التشخيص .

وعلى ذلك فإذا كان خطأ الطبيب أو الفريق الطبى فى التشخيص نتيجة لإهماله فى فحص المريض أو جمع المعلومات الكافية عن مرضه ، فإن هذا الخطأ يكون نتيجة لوقوعه فى الغلط بإهماله وتقصيره ، ويسأل عندئذ عن هذا الخطأ .

أما إذا كان الغلط فى التشخيص بسبب النقص فى مجال العلوم الطبية أو نقص الوسائل والأجهزة التى تؤدى إلى نتائج مؤكدة ، فعندئذ لا يسأل الطبيب عن ذلك لعدم وقوعه فى أى خطأ (١) .

(١) د/ حسن الإبراشى - المرجع السابق - ص ٢٥٦ .

ومن ذلك يمكننا القول : بأن خطأ الطبيب فى التشخيص يكون مغتفواً ولا يسأل عنه إذا كان قد قام بإجراء فحص المريض بعناية وبجدية وحذر مراعيأ فى ذلك إمكانية الاستعانة بالخبراء أو الأجهزة العلمية الحديثة التى تتطلبها حالة المريض طبقاً للقواعد الطبية العلمية السائدة ، أما إذا كان الفريق الطبى أو الطبيب يجهل بعض المعطيات الطبية المعروفة علمياً ، أو يجهل بعض مبادئ تخصصه ، فإنه يسأل عندئذ عن خطئه فى التشخيص (١) .

وهنا يجب أن ننوه إلى أنه قد يكون هناك صعوبة فى اكتشاف وجود خطأ فى التشخيص أرتكبه الفريق الطبى ، حيث يصعب معرفة ما إذا كان هذا الفريق خلال قيامه بفحص المريض كان حذراً ومتيقظاً أم لا ، كما يصعب أيضاً ما إذا كان طبيب آخر سيقوم بالفحص بطريقة أخرى أم لا ، كما أن الأطباء بشر يختلفون فى الموهبة والملكة والقدرة فى المجال الطبى والذى يكتنفه الصعوبة والتعقيد .

والخلاصة : فى هذا المجال أن الفريق الطبى لا يسأل عن الخطأ فى التشخيص إذا قام بفحص المريض بكل حذر وزمة مستخدماً فى ذلك كافة الوسائل والأجهزة الطبية التى تساعد فى التشخيص تبعاً لحالة المريض .

أما إذا كان الخطأ فى التشخيص ناتج عن رعونة وإهمال من جانب الفريق الطبى فإنه يسأل عن ذلك .

(١) حسن الابراشى : المرجع السابق - ص ٢٦٠ ، عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق

المطلب الثاني

مسئولية الفريق الطبي عن علاج المريض

علاج المريض سواء أكان بالعقاقير الطبية أو جراحياً هو المرحلة التالية لمرحلة فحص المريض وتشخيص حالته المرضية ، وهذا العلاج هو عملية طبية بحثية لا تخطأ فيها الفريق الطبي أو الطبيب إلا إذا مارس مهنته خلالها بإهمال وتقصير وجهل للأمور الطبية مع مراعاة أن هذا الفريق هنا يجب عليه بذل العناية اللازمة في علاج المريض ، والتزامه في ذلك هو التزام ببذل عنه (كما سبق أن بينا) .

حرية الفريق الطبي في اختيار العلاج :

يلتزم الفريق الطبي ببذل العناية اللازمة في علاج المريض على النحو المتقدم : وهنا يثور التساؤل عن حريته في اختيار طريقة العلاج دون تدخل في عمله ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل فإنه من المسلم به أنه يكون للفريق الطبي وحدة حرية اختيار طريقة العلاج ، وهو الأمر مسلم به من جانب القضاء ، ذلك أن مهنة الطب مثلها مثل بقية المهن الحرة تقوم على المبادرة الشخصية كطابع مميز لها ، كما أن عامل الذكاء والفراسة وحسن التصرف يلعب دوراً مهماً في نجاح ذلك (١) وعلى هذا فإن الفريق الطبي هو الذي يحدد طريقة العلاج التي سيبدأ بها دون تدخل في عمله من جانب المريض أو زويه ، أو من جانب القضاء ، حتى تتوفر له الثقة والأمان في عمله .

(١) حسن الابراشي - المرجع السابق - ص ٢٧٠ ، أحمد محمود سعد - مسؤولية

المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعدته ١٩٨٣ ص ٤١٠ .

وفى هذا الشأن فقد قررت محكمة النقض المصرية : " أن الطبيب يسأل عن خطئه فى العلا ، عندما يكون الخطأ الذى وقع منه ظاهراً لا يحتمل أى نقاش فنى ، وأما إذا كان الأمر متعلقاً بمسائل علمية يختلف حولها الأطباء ، ورأى الطبيب إتباع نظرية دون أخرى ، فلا لوم عليه . (١)

قيود حرية العلاج :

من العرض السابق يتبين لنا أن حرية الفريق الطبى أو الطبيب فى اختيار وسيلة علاج المريض ليست مطلقة من كل قيد ، بل هى مقيدة بعدم تجاوز الحدود المفروضة بواسطة القواعد العامة للحذر واليقظة ، والنسب يجب أن يكون عليها سلوك الفريق الطبى ، فما يختاره هذا الفريق من علاج يجب أن يكون مقبولاً فى مجال الطب كعلاج للحالة التى يباشر الفريق الطبى علاجها .

أما إذا كان الفريق الطبى قد اختار طريقة لعلاج المريض وكانت حالته تتطلب علاج آخر طبياً لما هو مقرر فى علم الطب الحديث ، فإنه يكون مسئولاً عن خطئه الطبى فى العلاج .

وعلى ذلك فإن الطريقة التى يختارها الفريق الطبى لعلاج المريض يجب أن يكون طريقة ثابتة الأصول فى علم الطب الحديث ، وليست محل تجارب .

وعلى الفريق الطبى فى اختياره لطريقة علاج المريض مراعاة التقدم الحادث فى مجال العلاج الطبى ، وإن كان يستحيل عليه الوقوف على كافة

(١) نقض مدنى فى ١٩٦٦/٣/٢٢ - طعن رقم ٣٨١ لسنة ٣١ق - مجموعة النقض المدنية س١٧ سنة ١٩٦٦ ص٦٣٦ .

التطورات التي تحدث في علم الطب والذي يتقدم يوماً عن الآخر ، فإنه يجب عليه أن يكون علماً (خاصة رئيس هذا الفريق الطبي) بالتطورات الهامة التي استحدثت وأن يراعيها في علاج المريض ، وأن هو خالف ذلك ، فإنه يكون مسئولاً عن الضرر الذي يلحق بالمريض نتيجة لذلك (١) .

كذلك على الفريق الطبي أن يتجنب الطرق الخطرة في علاج المريض طالما أن هناك طرقاً أخرى أقل خطورة وكانت صحة المريض غير مهددة بالخطر ، فعندئذ لا يكون هناك محلاً لاختيار الطرق الخطرة التي تهدد حياة المريض (٢) .

أما إذا كانت حالة المريض ميئوس منها ، فإنه يكون أمام الفريق الطبي مجالاً أوسع في اختيار وسائل العلاج ، حيث أن خطورة المرض عندئذ تكون هي الغالبة وتقبل بجانبها خطورة أي علاج .

ويتضح من ذلك أنه على الفريق الطبي مراعاة القيود التي يجب بحثها والالتزام بها في اختيار وسيلة علاج المريض ، والتي إن أهمل أو قصر بشأنها ، فإنه يكون مسئولاً عن الأضرار التي تحدث للمريض نتيجة لذلك .

(١) حمد الابراشي - المرجع السابق - ص ٢٧٠ .

(٢) عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق - ص ٢٢٣ ، حسن الابراشي - السابق -

المبحث الثاني

مسئولية الفريق الطبي عن خطأ مساعديه

الفريق الطبي - كما سبق أن بينا - قد يتم تشكيله بمعرفة طبيب ذو خبرة كبيرة يكون رئيساً له بناء على تكليف من المريض ، وقد يتشكل هذا الفريق الطبي بمعرفة المريض دون تحديد رئيس له . وهذا الفريق الطبي يساعده فى الغالب أطباء نواب وبعض الممرضين يكونون معاونين لهذا الفريق الطبي .. وهناك يثور التساؤل عن مدى مسؤولية الفريق الطبي عن خطأ هؤلاء معاونين الذى يسبب ضرراً للمريض ؟ .

وللإجابة عن هذا التساؤل ، فإن لقواعد المسؤولية المدنية ، يسأل الفريق الطبي مديناً عن أخطاء مساعديه وفقاً للأحكام العامة التى تنظم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة ، وفى هذا الخصوص فقد نصت المادة ١٧٤ من التقنين المدنى المصرى على أنه : " يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها".

ومسئولية الفريق الطبي عن أخطاء معاونيه تتحقق بشروط : أولها : وجود عقد صحيح بين المريض المضرور والفريق الطبي المسئول عن فعل معاونيه ، وهذا العقد الطبي يفترض وجوده سواء أكان الفريق الطبي قد شكل بمعرفة أحد الأطباء بناء على طلب المريض ، أو كان المريض نفسه هو الذى شكله ، أو بدون رضا المريض فى حالة الضرورة والاستعجال - كما سبق توضيحه .

وثانيها : أن يكون الضرر الذى لحق المريض ناتج عن عدم تنفيذ الفريق الطبى أو معاونه لالتزاماته الطبية . وثالثها : أن يكون المعاون قد كلف من جانب الفريق الطبى بالقيام بالعمل الطبى (١) .

ولتحديد مسئولية الفريق الطبى عن خطأ معاونيه فإنه يجب التفرقة بين ما إذا كان الفريق الطبى أو رئيسه مالكا لمستشفى أو أن المستشفى قد تعهد للمريض بتقديم الرعاية الطبية ، أو أن المريض قد اختر الطبيب أو الفريق الطبى المعالج له والذى أودعه إحدى المستشفيات لعلاج .

الحالة الأولى :

وفيها يكون الطبيب مالكا لمستشفى أو أن المستشفى قد تعهد للمريض بتقديم الرعاية الطبية ، فعندئذ إذا وقع خطأ من أحد معاونين سواء كان طبيباً أو ممرضاً ، فإن الطبيب مالك المستشفى أو المستشفى الذى يعالج فيه المريض ، يسأل عن هذا الخطأ طبقاً لأحكام مسئولية المتبوع عن العمل التابع .

الحالة الثانية :

وفيها يختار المريض الفريق الطبى أو الطبيب المعالج له والذى يودعه إحدى المستشفيات لمباشرة العلاج أو الجراحة . عندئذ نكون أمام عقدين : الأول بين المريض والفريق الطبى أو الطبيب ، والثانى بين المريض والمستشفى الذى أودع للعلاج فيه ، فإذا حدث فى هذه الحالة أثناء العلاج خطأ سبب ضرراً للمريض ، فإن المسئولية عن هذا الخطأ تتحدد كما يلى :-

(١) سليمان مرقص - نظرية دفع المسئولية المدنية - ١٩٣٦ - ص ٢٣ .

(أ) إذا كان الخطأ يرجع إلى فعل الطبيب أو الفريق الطبي المعالج ، فإن هذا الأخير هو الذى يسأل عن هذا الخطأ دون مساء له المستشفى عنه .

(ب) وإذا كان الخطأ قد وقع من جانب أحد العاملين بالمستشفى ، فإنه يفرق فى ذلك بين العمل الطبي للفريق الطبي أو الطبيب ، والرعاية المقدمة من جانب المستشفى . فإذا تعلق الخطأ بالعمل الطبي للفريق الطبي أو الطبيب ، فإنه يسأل عن هذا الخطأ ، وإذا تعلق الخطأ بالرعاية التى تقدمها المستشفى ، فإن المستشفى هو الذى يسأل عن هذا الخطأ عندئذ . كل ذلك بشرط وجود شرط صريح بالمسئولية المشتركة عن الخطأ بين الفريق الطبي والمستشفى .

وهنا يجب * * إلى أن الرعاية التى تقدمها المستشفى ليست جزءاً من الرعاية التى يقدمها الفريق الطبي ، فكلاهما منفصل عن الآخر إلا إذا اتفق المريض مع الفريق الطبي أو الطبيب على قيام الأخير بتقديم هذه الرعاية ، وأنه قد عهد إلى مستشفى بتنفيذ تلك الرعاية ، فعندئذ يكون الفريق الطبي هو المسئول عن الخطأ الحادث خلال تلك الرعاية . أما إذا كانت المستشفى هى التى تقوم بالرعاية دون اتفاق المريض مع الفريق الطبي أو الطبيب على ذلك ، فإن مسئولية المستشفى عندئذ تتحقق عن الخطأ الذى يقع من أحد معاونين خلال قيامه بتلك الرعاية .

وتجدد الإشارة أيضاً أن المستشفى تتعهد بتنفيذ العلاج الذى يقرره الفريق الطبي والمعالج ، وبالتالي فإن المستشفى تسأل عن التنفيذ المعيب لأوامر الفريق الطبي ، وتكون فى ذلك مسئولة عن أخطاء معاونين الفريق يستعان بهم فى تنفيذ أوامر الفريق الطبي فى العلاج (١) .

(١) عبد الرشيد مأمون - السابق - الفقرات من ١٦٦ حتى ١٧٢ ، أحمد سعد - السابق

- ص ١٥٦ ، الإبراشي - السابق - ص ٣٦٠ .

المبحث الثالث

مسئولية الفريق الطبي عن الأجهزة والآلات الطبية

يعتمد ممارسة مهنة الطب في العصر الحديث على الأجهزة الطبية والتي زادت الحاجة إليها للممارسة السليمة لمهنة الطب ، مما ترتب عليه التقدم التكنولوجي الهائل في مجال صناعة تلك الأجهزة التي زاد الطلب عليها بصورة كبيرة .

واستعمال هذه الأجهزة من جانب الأطباء قد يحدث أضراراً بالمرضى ، الأمر الذي يتعين معه بحث مسؤولية الفريق الطبي أو الطبيب عن استعماله لتلك الأجهزة في العلاج .

وتجدر الإشارة إلى أن مسؤولية الفريق الطبي أو الطبيب هنا لا تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية التي تنظمها المادة ١٧٨ من التقنين المدني المصري .

ولتحديد مسؤولية الفريق الطبي عن الخطأ في استعمال الأجهزة والآلات الطبية ، فقد أنقسم الفقه القانوني في ذلك إلى رأيين :

الرأى الأول :

ويرى أن مسؤولية الطبيب أو الفريق الطبي عن خطأ في الاستعمال الأجهزة والآلات الطبية لا تختلف في شيء عن مسؤولية عن الأعمال الطبية الأخرى التي يقوم بها ، وعلى ذلك فهو يلتزم بتعويض الأضرار التي تنشأ نتيجة لتقصيره وإهماله في بذل العناية الكافية .

ويستند هذا الرأي إلى ما يلي :

- ١- ضرورة التخفيف عن الأطباء حتى يتمكنوا من ممارسة أعمالهم الطبية في اطمئنان وثقة دون تهديدهم بسيف المسئولية في كل عمل يؤدونه .
- ٢- أن الضرر الذي يصيب المريض عندئذ ليس من فعل الجهاز أو الآلة الطبية التي استعان بها الفريق الطبي ، بل من فعل الطبيب أو الفريق الطبي مستخدم الجهاز أو الآلة الطبية ، ذلك أن عمل الفريق الطبي أو الطبيب يستغرق فعل الأجهزة التي يستعملها .
- ٣- أن المريض حينما يرضى بقيام الفريق الطبي أو الطبيب باستعمال الأجهزة والآلات الطبية التي يحتاجها العلاج ، فإنه يعتبر مشتركاً في استعمالها ، وبذلك يكون راضياً بالمخاطر العادية التي تنشأ عنها .
- ٤- أن العلاقة بين المريض والفريق الطبي أو الطبيب علاقة عقدية وبالتالي تستبعد مسئولية الفريق الطبي عن الأشياء القائمة على أساس الحراسة في مجال المسئولية الطبية .

وهذا الرأي :

أنتقد وأصبح مهجوراً لا يؤخذ به الآن لعدم اتفاقه مع القواعد العامة في المسئولية ، لأن العمل الطبي الذي يمارسه الطبيب أو الفريق الطبي هو التزام ببذل عناية ، في حين أن استخدام هذا الفريق الطبي للأجهزة والآلات الطبية هو التزام بتحقيق نتيجة (كما سبق أن بينا) .

الرأي الثاني :

ويرى أن عقد العلاج يلزم الفريق الطبي بأن يبذل عناية يقظة في علاج المريض ، وبالإضافة إلى ذلك يلزمه بضمان حسن استخدام الأجهزة

والآلات الطبية التى يستعملها فى العلاج ، وأن هذا الالتزام ليس التزاماً ببذل عناية ، بل هو التزام بتحقيق نتيجة .

نفذ هذا الرأى :

وهذا الرأى يفرق بين الأضرار التى تنشأ عن الأعمال الطبية وهى ذات طبيعة علمية خالصة ولو استخدمت الأجهزة الطبية للقيام بها ، وهذه الأضرار لا يسأل عنها الفريق الطبي إلا إذا ثبت تقصيره وعدم يقظته فى مباشرتها ، وهذا ما يطبق حيال مسؤولية الفريق الطبي بصفة عامة .

أما إذا كان الضرر الذى أصاب المريض قد نشأ عن الجهاز أو الآلة الطبية لعيب فيه مثلاً دون أن يكون له صلة بالأعمال الطبية ، فإن الفريق الطبي يسأل عن هذا الضرر ، لأن التزامه عندئذ هو التزام بتحقيق نتيجة ، وتتحقق مسؤوليته هذه حتى ولو كان عيب الجهاز أو الآلة الطبية من العيوب الخفية التى لا يمكن الكشف عنها ، إلا أن مسؤوليته هذه تنقضى إذا قام الدليل على أن تحقق هذه الأضرار للمريض يرجع إلى سبب أجنبى لا بد له فيه ، طبقاً للقواعد العامة فى المسؤولية المقررة بنص المادة ١٦٥ من القانون المدنى المصرى .

ومن وجهة نظرنا :

فإن هذا الرأى الثانى هو الراجح فى نظرنا ، لأنه يفرق بين الأعمال الطبية البحتة ، وهى لا يسأل الفريق الطبي أو الطبيب عن أضرارها إلا إذا ثبت تقصيره وعدم يقظته فى مباشرتها ، وهو ما يتفق مع القواعد العامة للمسئولية ، حيث أن التزامه بشأنها كما هو ثابت التزام ببذل العناية اللازمة .. والأضرار الناتجة عن استخدام الجهاز الطبي وهذه يسأل الطبيب

أو الفريق الطبي عنها ، لأن التزامه بشأن استخدامها هو التزام بتحقيق نتيجة ، ومجرد عدم تحقيق النتيجة يسبب أضراراً للمريض يسأل الفريق الطبي عنها ، إلا إذا استطاع أن يثبت حدوث هذه الأضرار بسبب أجنبي لا بد له فيه .

الفصل الثالث

طبيعة المسئولية الطبية للفريق الطبي

إذا ثبت حدوث خطأ طبي من قبل الفريق الطبي وترتبت على ذلك مسئوليته ، فإنه يثور التساؤل عندئذ عن طبيعة مسئوليته ، وهل هي مسئولية عقدية أم هي مسئولية تقصيرية ؟

وفى هذا الإطار فإنه يجب علينا أن نوضح الفرق بين نوعى المسئولية التقصيرية والعقدية ، وذلك حتى يكون للتساؤل السابق فائدة ترجى . . . وهذه الفروق تتمثل فيما يلي :-

١- التعويض طبقاً لأحكام المسئولية التقصيرية يشمل الضرر المتوقع وتميز المتوقع ، أما فى نطاق المسئولية العقدية ، فإن التعويض يشمل الضرر المتوقع فقط وقت العقد (المادة ٢٢١ / ١ مدنى) .

٢- فى المسئولية التقصيرية إذا تعدد الأشخاص محدثى الضرر ، فإنهم يكونوا متاضمين بنص القانون فى التعويض عن الضرر ، ، أما فى المسئولية العقدية إذا تعدد المسئولون عن الفعل الضار فلا تضامن بينهم فى التعويض عنه إلا إذا وجد اتفاق صريح على ذلك (المادة ١٦٩ مدنى)

٣- فى المسئولية التقصيرية لا يجوز الإعفاء منها أو حصرها فى مبلغ معين لتعلق قواعد تلك المسئولية بالنظام العام . أما المسئولية العقدية ، فإنه يجوز الاتفاق على الإعفاء منها أو حصرها فى حدود مبلغ معين ، لعدم تعلق قواعدها بالنظام العام (المادة ٢١٧ مدنى) .

• وعلاج المريض بمعرفة الفريق الطبي أو الطبيب يتمخض عنه وجود عقد علاج بين هذا الفريق والمريض ، يفرض عليهما التزامات متبادلة ، فيلتزم الفريق الطبي بتقديم العلاج الملائم للمريض وفقاً للأصول والقواعد العلمية ، ويلتزم المريض بدفع الأجر المتفق عليه ، بما يمكن معه القول بأن الأصول فى طبيعة المسئولية الطبية هو الطبيعة العقدية (١) وحتى تتحقق تلك المسئولية العقدية لابد من وجود عقد صحيح وقائم بين المريض والفريق الطبي ، وأن يقع الضرر الذى يصيب المريض نتيجة الإخلال بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد من جانب الفريق الطبي.

• ولتحديد طبيعة المسئولية الطبية للفريق الطبي تحديداً دقيقاً ، فإننا نفرق بين ما إذا كان المريض قد اختار الفريق الطبي لعلاج من عدمه كما يلى :

أولاً : إذا كان المريض أو نائبة قد اختار الفريق الطبي المعالج له ، فهنا يفترض وجود عقد علاج بين المريض وهذا الفريق ، وتكون مسئولية هذا الفريق الطبي تبعاً لذلك مسئولية عقدية وفى هذا الشأن فقد قررت محكمة النقض المصرية أن : " مسئولية الطبيب الذى اختاره المريض أو نائبة لعلاج تكون مسئولية عقدية " . (٢)

ثانياً : إذا لم يكن المريض أو نائبة قد اختار هذا الفريق الطبي المعالج ، كأن يكون هذا الفريق متطوعاً لعلاج المريض من تلقاء نفسه ، أو امتنع عن علاجه ، أو فرضته لوائح المستشفيات أو العمل بعلاجه ، فإن

(١) عبد الرشيد مأمون - السابق - ص ١٣ ، سهير منتصر - السابق - ص (٦٦) .

(٢) نقض مدنى فى ٢٦/١٠/١٩٦٩ - مجموعة أحكام النقض المدنية س ٢ ص (١٠٧٥) .

مسئولة الفريق الطبى عندئذ تكون مسؤولة تقصيرية . وهذا الحكم مستفاد من حكم محكمة النقض المصرية فى هذا الخصوص والتي تقرر فيه أنه : " لا يمكن مساءلة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية ، لأنه يمكن القول فى هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه " . (١)

وأيضاً فإن المسؤولية الطبية قد تكون تقصيرية - بالرغم من وجود عقد طبى بين المريض والطبيب أو الفريق الطبى - إذا كان فعل الطبيب ينطوى على جريمة جنائية ، ويكون للمريض فى هذه الحالة الخيرة بين قواعد المسؤولية العقدية وقواعد المسؤولية التقصيرية كما يقرر البعض من الفقه . (٢) وهذا الرأى قد أجازته محكمة النقض المصرية وقررت جواز الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية إذا ما كان الفعل المرتكب من أحد الطرفين وترتب عليه إلحاق الضرر بالطرف الآخر يكون جريمة ، وهو ما تتحقق به المسؤولية التقصيرية تأسيساً على أن مرتكب هذا الفعل قد أخل بالتزام قانونى . (٣)

وهذا الرأى من جانب آخر من الفقه . حيث لا يكون من المقبول أنه يختلف مركز المدين (الفريق الطبى) الذى انطوى فعله على جريمة جنائية عن المدين (الفريق الطبى) الذى انتفت عن فعله تلك الجريمة ، فكلاهما أخل بالتزام عقدى . ولا يمكن إسباغ طبيعتين مختلفتين عن فعل واحد ، بالإضافة

(١) نقض مدنى فى ١٠/٣/١٩٦٩ - مجموعة أحكام النقض المدنية س ٢ ص (١٠٩٤) .
(٢) سليمان مرقص - المسؤولية المدنية ، دروس فى القانون المدنى فى التعمق - ص (١٤١) .

(٣) نقض مدنى فى ١/٢٧/١٩٨١ ، طعن رقم ٢٦٨ ، س ٤٧ قضائية .

إلى أن فتح باب الخيرة أمام المريض المضروب ، من شأنه إهدار النصوص العقدية .

- وطبيعة المسئولية الطبية للفريق الطبي أو الطبيب على النحو المتقدم والمقررة بأحكام محكمة النقض المصرية ، قد أيدها الفقه القانوني الحديث . (١) مما يرسخ أحكامها ويجعلها قاعدة ثابتة صالحة للفصل في المسائل محل النزاع . . وهو ما نؤيده بدورنا لاتفاقية مع المنطق القانوني السليم ومع القواعد القانونية العامة لأحكام المسئولية المدنية .

(١) سليمان مرقص - السابق - ص(٣٦٩) ، حسن الإبراضى - السابق ص(٦٢) ، وديع فرج - مسئولية الأطباء والجراحين المدنية - مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٧ - ص(٣٨١) ، محمد حسين منصور - السابق ص(١٤٦) .

الفصل الرابع

التعويض عن مسئولية الفريق الطبي

تعريف التعويض : يمكننا أن نعرف التعويض في نطاق المسئولية الطبية بأنه عبارة عن جبر الضرر الحادث للمريض نتيجة للخطأ الطبي .

ويتضح من هذا التعريف أنه إذا وقع من الفريق الطبي أو الطبيب خطأ طبي سبب ضرراً للمريض ، فإن التعويض يكون هو الوسيلة لجبر هذا الضرر ، ورفع المعاناة عن كاهل المريض .

تقدير التعويض :

التعويض يتحدد نطاقه بالضرر الذي يلحق المريض ، ويتحدد نطاقه كذلك بوقت تقديره ، كما يتحدد أيضاً مداه أيضاً من حيث القيمة . . وفيما يلي نعرض لكل حد من حدود التعويض في مبحث مستقل :

المبحث الأول

نطاق التعويض من حيث الضرر

يكون التعويض في المسؤولية الطبية عن الأضرار الجسدية أو المادية أو المعنوية .

ويقصد بالأضرار الجسدية ، كل إصابة تمس السلامة الجسدية للمريض المضرور ، ويدخل في مفهوم هذه الأضرار ، ما يلحق المريض المضرور من أضرار اقتصادية أو أدبية ، وهي النتائج المالية التي تترتب على وقوع الأضرار الجسدية . (١)

وعلى ذلك فتعويض الأضرار الجسدية لا يقتصر فقط على جبر ما يلحق بجسد المضرور من جروح أو قطع عضو أو عاهة مستديمة ، وإنما يجب أن يغطي حق المضرور في التكامل الجسدي . فالإنسان خلقه الله جسداً وروحاً ، وأعطاه القدرات التي يخولها هذا الجسد ، كالقدرة على العمل والقدرة الذهنية ، وهي تمكنه من القيام بالأعمال الضرورية لحياته ، وكسب قوته . فسلب هذه القدرات أو الإنقاص منها يكون ضرراً جسدياً يشملها التعويض .

- وطبقاً لنص المادة ٢٢١ من التقنين المدني المصري ، فإن التعويض عن الضرر الجسدي للمريض المضرور يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب ، وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية أكدته . (٢)

(١) Lambert - Faivre : " Droit des dommages corpories " op . cit : no . 640 p . 474 .

(٢) نقض مدني في ١٩٨٢/٥/٩ ، طعن رقم ٤٢١ س ٤٩ .

- ويقصد بما لحق المريض المضرور من خسارة ما يتحملة من نفقات طبية تكون نتيجة للتدخل الطبي الضار كإجراء عمليات جراحية جديدة أو إعادة تأهيل هذا المريض المضرور في حالة إصابته بعاهة مستديمة . (١)
- وهذه النفقات لا يقتصر التعويض على ما يكون حالاً منها — بل يشمل التعويض ما يكون مستقبلاً منها ، وهى النفقات التى تستجد بعد تسوية التعويض عن الضرر ودياً أو قضائياً ، وذلك بشرط أن تكون هذه النفقات مؤكدة ومتوقعة (٢) ، كما يشمل كذلك ما يتحملة من نفقات قضائية . (٣)
- ويشمل تعويض المريض المضرور أيضاً ما فاتته من كسب . وهذا الكسب يتمثل فى حرمان المريض المضرور من استخدام ملكاته وقدراته على العمل بصورة طبيعية ، سواء كان ذلك بصورة دائمة أو مؤقتة وأيا كان نوع هذا العمل . د
- أيضاً يشمل تعويض المضرور ، ما يلحق بأمواله من فقد أو تلف أثناء تواجد هذا المريض المضرور فى مكان مزاوله الفريق الطبي أو الطبيب لنشاطه كتواجده فى العيادة الخاصة أو مراكز التحليل أو الأشعة .
- كذلك يشمل التعويض الأضرار غير المادية ، وهى الأضرار الأدبية أو المعنوية .

(١)Lamber - faivre : Op . Cit , no 102 , p . 169 .

(٢)Cass . Soc . 25 mai 1982 , D . 1982 , 11 , p. 610 , not H . Groutel .

(٣)Lamber - faivre : Op . cit , no - 113 .

- وخلاصة القول فى تلك : أن التعويض من المسئولية الطبية يشمل المسئولية المدنية عن كل أنواع الضرر التى تنتج عن النشاط الطبى للفريق الطبى أو الطبيب المعالج ، ويكون للمريض المضرور أو لورثته المطالبة بتعويض تلك الأضرار سواء كانت مادية أو غير مادية .
- وتقدير التعويض بقدر الضرر الذى لحق المريض المضرور ، هو أمر متروك لتقدير محكمة الموضوع ، لأنه من المسائل الواقعية التى يستقل قاضى الموضوع بتقديرها . أما تعيين العناصر المكونة قانوناً للضرر والنسب التى يجب أن تدخل فى حساب التعويض ، فهو من المسائل القانونية التى يجب على محكمة الموضوع أن تبينها فى حكمها ، وبعد ذلك من قبيل التكييف القانونى للواقع التى تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض . (١)

(١) نقض مدنى فى ١٧/٤/١٩٤٧ - مجموعة عمرة ص (٣٩٨) ، نقض مدنى فى ٢١/٢/١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض المدنية س ٢٨ ص (٥٠٠) .

المبحث الثانى

نطاق التعويض من حيث الزمان

• تنص المادة ١٧٠ من التقنين المدنى المصرى على أنه : " إذا لم يتيسر للقاضى وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق فى أنم يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير .

وهذا النص يحكم الصعوبات التى قد تثار فى التعويض عن الضرر الطبى خاصة فيما يتعلق بالوقت الذى يتم فيه تقدير هذا التعويض ، لأن الضرر الذى يصيب المريض قد يكون متغيراً وغير مستقر ويصعب تعيين مداه بصفة نهائية وقت النطق بالحكم ، وعندئذ يتعين على القاضى مراعاة التغيير فى الضرر ذاته ، فإن كانت قيمة هذا الضرر لم تستقر حتى يوم صدور الحكم بالتعويض ، وكانت ما تزال متطورة حتى بعد يوم صدور الحكم ، ولم يستطع القاضى تقدير قيمة هذا التعويض بصفة نهائية ، فإنه يكون لهذا القاضى أن يحكم بالتعويض وفقاً لقيمة الضرر المتحقق يوم صدور الحكم بالتعويض ، ويحتفظ للمريض المضروب بالحق فى أن يطالب بإعادة النظر فى تقدير قيمة هذا التعويض عند استقرار قيمة الضرر وفقاً لنص المادة ١٧٠ مدنى .

• ويجب على القاضى كذلك أن يراعى فى حكمه بالتعويض عن قيمة الضرر ارتفاع ثمن النقد وانخفاضه ، وزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها . (١) كما يجب عليه أيضاً مراعاة زيادة

(١) نقض مدنى فى ١٧/٤/١٩٤٧ - مجموعة عمرة ص (٣٩٨) .

الأسعار اللاحقة على صدور الحكم النهائي في تقدير التعويض عن الضرر الجسدى غير المستقر . (١) بحيث يزداد التعويض فى مقداره بقدر الزيادة فى أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر كإجراء علاج أو جراحة أخرى أو شراء أدوية فى المستقبل ، وهى أمور تختلف نفقاتها من وقت لآخر .

« وتُجدر الإشارة هنا إلى أن الضرر وبخاصة فى نطاق المسئولية الطبية قد يظل كامنا لفترة تطول أو تقصر حتى يظهر ، وهذه الفترة تمتد بين تاريخ الواقعة الضارة مثل التسمم أو التسرب الإشعاعى ، وبين ظهور الضرر كالإصابة بالشلل أو الإصابة بالسرطان أو الإيدز ، ويظل الضرر طوال هذه الفترة التى قد تمتد إلى سنوات مجهولا بالنسبة للمريض المضروب . (٢)

« وعلى ذلك ، فإن مطالبة المريض المضروب بالتعويض عند ظهور الضرر ، لا تكون له أهمية فى تحديد تاريخ قيام المسئولية ، وإنما تظهر أهميته فى قطع مدة التقادم التى يسقط حق المضروب فى التعويض . (٣)

صور التعويض : وتعويض المريض المضروب قد يكون نقديا وقد يكون تعويضا عينيا .

(١) أحمد شرف الدين - مسئولية الطبيب وإدارة المرفق الصحى العام - ص (٣٠٤) .

(٢) L'faivre : La durée de la garantie . . . " op . cit . , p. 14 .

(٣) L'faivre : op . cit . , p. 14n .

(أ) التعويض النقدي :

وهو ما يسمى بالتعويض بمقابل ، ويكون بدفع مبلغ من النقود تعويضاً عن الضرر الحادث للمريض المضرور ، وهو الصورة الغالبة في مجال المسئولية الطبية ، لأن كل ضرر سواء أكان ضرراً مادياً أو ضرراً أدبياً يمكن تقويمه بالنقود . (١)

وحكم محكمة الموضوع بالتعويض يجب أن يشمل بيان عناصر الضرر الذي قضت من أجله بالتعويض ، مع ضرورة مناقشتها لكل عنصر منها على حده ، وأن تبين في حكمها كذلك وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته ، وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور المبطل ، وهذا ما تستلزمه الدوائر المدنية بمحكمة النقض . (٢) ويؤيده الفقه القانوني (٣) لضمان قيام محكمة الموضوع بفحص كل عنصر من عناصر الضرر وتمحيصة ، مما يجعل تقديرها للتعويض أقرب إلى العدالة ، وهو ما تؤيده .

• أما الدوائر الجنائية بمحكمة النقض ، فلا تتطلب من محكمة الموضوع بيان العناصر التي يشملها الضرر الذي قدر على أساسه مبلغ التعويض المحكوم به بحجة أن الأمر في ذلك متروك لتقديرها بغير معقب ، وأن الحكم الموضوعي قد أثبت إدانة المحكوم عليه عن الفعل الذي حكم بالتعويض من أجله . (٤)

(١) السنيورى - الوسيط - ج١ ص (١٣٥٦) .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٧٧/٢/٨ - س٢٨ - ص(٣٩٥) .

(٣) السنيورى - السابق - ص (١٣٦١) .

(٤) نقض جنائى فى ١٩٧٥/١١/١٧ - س٢٦ - ص(٣٦٧) .

• وطبقاً لنص المادة ١٧٠ من القانون المدنى المصرى ، فإنه على القاضى أن يراعى فى تقدير التعويض الظروف الملايسة للمضرور ، كحالته الجسمية والصحية وظروفه العائلية والمهنية وحالته المالية .

التعويض العينى :

والتعويض قد يكون عينياً ، وذلك بإلزام المسئول عنه بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الفعل الضار ، والقاضى يحكم بالتعويض العينى إذا طلبه المريض المضرور وكان ذلك ممكناً ، مثال ذلك : حكم القاضى بعلاج المريض المضرور على نفقة الفريق الطبى أو الطبيب المسئول عن الضرر . وهذا التعويض العينى قد يكون أمراً صعباً وعسير التحقق فى مجال المسئولية الطبية .

المبحث الثالث

نطاق التعويض من حيث القيمة

تنص المادة ٧٥١ من التقنين المدنى المصرى على أنه : " لا يلتزم المؤمن فى تعويض المؤمن له إلا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه بشرط ألا يجاوز ذلك قيمة التأمين " .

ومن ذلك يتضح أن الفريق الطبى أو الطبيب يلتزم بتعويض كل الضرر الذى أصاب المريض نتيجة تحقق مسؤليته ، على أن يكون ذلك فى حدود مبلغ التأمين المؤمن به ضد تلك المسئولية ، وهذا يعنى أن هذا الالتزام بالتعويض يحده حدان هما : قيمة الضرر من ناحية ، ومبلغ التأمين من ناحية أخرى . (١)

وحصر التعويض بين هذين الحدين لا يكون إلا حيث يكون التأمين مبرماً عن خطر محدود ، أو عن خطر محدود وضع الفريق الطبى أو الطبيب لالتزامه فيه حداً أقصى ، حيث يكون مبلغ التأمين محددًا بقيمة معينة ، فلا يعوض إلا فى حدود هذه القيمة ولو تجاوزت قيمة الضرر مبلغ التأمين ، أما إذا كانت قيمة الضرر أقل من مبلغ التأمين فلا يؤدي الفريق الطبى أو الطبيب إلى المريض المضرور سوى قيمة الضرر ، وعلى ذلك فإن التعويض يكون فى حدود أقل القيمتين . (٢)

(١) جلال إبراهيم - السابق - رقم ١٨٨ ، ص (٣٠٣) ، أبو زيد عبد الباقي - الصفة

التعويضية فى تأمين الأضرار - مجلة المحاماة ، ص ٥٩ ، ع ٨/٧ ، ١٩٧٩ م .

(٢) نزيه صادق المهدي - عقد التأمين - ١٩٩٨ - ص (١٠٠) ، إبراهيم الدسوقي -

التأمين من المسئولية - ص (١٣٠) .

أما إذا كان التأمين مبرماً عن خطر غير محدود وبقيمة غير محدودة فلا يكون لالتزام الفريق أو الطبيب من حد سوى قيمة الضرر ، فيلتزم بتعويض المريض المضرور عن هذا الضرر مهما كانت قيمته ، حيث تكون هذه القيمة هي الحد الوحيد لالتزامه بالتعويض .

وقت تقدير قيمة الضرر :

اختلفت فقهاء القانون في هذا الشأن ، فالبعض يرى أن تقدير الضرر يكون بقيمة الشيء المؤمن عليه وقت تحقق الخطر المؤمن منه .^(١)

بينما يرى البعض الآخر أن تقدير الضرر يكون وقت صدور الحكم بالتعويض ، وفقاً لما تقرره قواعد المسؤولية المدنية في تقدير التعويض ، وما قررته محكمة النقض المصرية في حكمها من أن : " العبرة في تقدير قيمة الضرر هي بقيمته وقت الحكم بالتعويض ، وليس بقيمته وقت وقوعه ، غدا يلتزم المسئول عن الخطأ بجبر الضرر كاملاً ، ولا يكون التعويض كفيلاً لجبره إذا لم يراع في تقديره قيمة الضرر وقت الحكم " .^(٢)

وتبدو أهمية الاعتداد بتقدير قيمة الضرر يوم صدور الحكم بالتعويض في حالة تراض الفريق الطبي أو الطبيب في تعويض المريض المضرور ، حيث يلتزم بتعويضه ، نظراً لأن قيمة الضرر يوم النطق بالحكم تكون متجاوزة لقيمته يوم تحقق الخطر المؤمن منه .^(٣)

(١) السنيورى - الوسيط - رقم ٨١٠ ، ص(٢٠١١) .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٨٦/١١٢/٢٣ ، طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٥٦ قضائية .

(٣) محيى الدين المرسى إبراهيم - المبدأ التعويضى فى التأمين من المسئولية - ١٩٩٤

وبناء على ذلك ، فإن العبرة في تقدير الضرر فى التعويض من المسئولية الطبية تكون بقيمته يوم صدور الحكم بهذا التعويض ، حيث لا يمكن تحديد قيمة الضرر إلا فى هذا اليوم ، فيلتزم الفريق الطبي أو الطبيب بأدائه كاملاً ما لم يكن هناك حد أقصى اتفاهى لمبلغ التعويض ، فلا يتعدى التزامه بالتعويض هذا الحد .

طريقة التعويض :

وفى هذا الشأن فقد نصت المادة ١/١٧١ من التقنين المدنى المصرى على أنه : " يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً " .

وطبقاً لهذا النص ، فإن التعويض أن كان نقدياً ، فقد يكون فى صورة مبلغ من النقود المريض المضروب دفعه واحده ، وقد يكون فى صورة مبلغ نقدى يقسط على عدد معين من الأقساط ، كما أن التعويض النقدى قد يكون فى صورة إيراد مرتب مدى حياة المريض المضروب يدفع له كل شهر أو كل سنة تبعاً لظروف المضروب ومصالحته ككون الضرر قد أفقد المضروب عن العمل للعجز الدائم ، فعندئذ يقرر له القاضى التعويض فى صورة مرتب مدى حياته ليتعيش منه لعجزة عن الكسب ، كما أنه طبقاً للنص السابق ، فإنه إذا كان التعويض فى صورة أقساط أو إيراد مرتب ، فإنه يجوز للقاضى أن يلزم المسئول عن التعويض بأن يقدم تأميناً يضمن به للمضروب استمراره فى أدائه لهذا التعويض ككفالة أو رهن يضمن الوفاء للمضروب بهذه الأقساط أو هذا الإيراد . . كل هذا ما لم يوجد اتفاق بين المسئول والمريض المضروب على الإعفاء من التعويض كله أو جزء منه .

إثبات قيمة الضرر :

يقع على عاتق المريض المضروب إثبات قيمة الضرر الذي لحقه ، ويجوز له إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ، وإذا تعمد المريض المضروب الغش والتدليس في هذا التقدير ، فإن ذلك يعرضه لجزاء سقوط حقه في التعويض ، ويستطيع الفريق الطبي أو الطبيب المسئول إثبات هذا الغش بكافة طرق الإثبات . (١)

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه إذا كان تحديد مبلغ التأمين بمعرفة المريض وحده ، فإنه يمثل أقصى التزام للفريق الطبي أو الطبيب المسئول ، مع مراعاة أن هذا التحديد وإن كان حجة على المريض المضروب إلا أنه غير ملزم للمسئول في تقدير قيمة الضرر ، ولا يمثل له إلا مجرد قرينة على ذلك . (٢)

أما إذا كان تحديد مبلغ التأمين باتفاق الطرفين ، فإنه يعد قرينة غير قاطعة على قيمة الضرر ، ويجوز للفريق الطبي أو الطبيب المسئول أن يثبت أن قيمة الضرر أقل من مبلغ التأمين . (٣)

تتقدم دعوى التعويض للمسئولية الطبية :

إذا تحققت مسئولية الفريق الطبي أو الطبيب طبقاً لأحكام المسئولية العقدية على النحو السابق توضيحه في هذا البحث ، فإن دعوى التعويض عندئذ تتقدم بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت تحقق الضرر للمريض

(١) أبو زيد عبد الباقي - المرجع السابق - ص(١١٧) وما بعدها .

(٢) السنجوري - المرجع السابق - رقم ٨١٥ - ص(٢٠١٨) .

(٣) أبو زيد عبد الباقي - المرجع السابق - ص(١٢٠) .

المضرور ، أى أنه يكون للمريض المضرور عندئذ رفع دعواه لمطالبة المسئول عن الضرر بالتعويض خلال الخمس عشرة سنة التالية لحدوث الضرر له نتيجة لخطأ الفريق الطبى أو الطبيب ، وذلك طبقاً لنص المادة ٣٧٤ من القانون المدنى .

ثانياً :

وإذا تحققت مسئولية الطبيب لأحكام المسئولية التقصيرية فإنه طبقاً لنص المادة ١٧٢ من التقنين المدنى المصرى تسقط دعوى المسئولية التقصيرية للخطأ الطبى بأقصر الأجلين :

١- ثلاث سنوات من يوم علم المريض المضرور بحدوث الضرر والمسئول عنه .

٢- خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع .

• واستثناء من ذلك إذا كان الخطأ الطبى يكون فى ذات الوقت جريمة جنائية كالقتل مثلاً ، فإن دعوى التعويض لا تسقط بأقصر المدتين السابقتين ، وإنما تظل قائمة حتى يوم الفصل فى الدعوى الجنائية .

والله ولى التوفيق ،،،

تم بحمد الله ،،،،

الخاتمة وأهم نتائج البحث

انتبهنا بحمد الله وتوفيقه من بحثنا هذا ، والذي عالج المسئولية المدنية للفريق الطبي عن الخطأ المهني الطبي بصورة دقيقة وجدية وشاملة لكافة عناصر الموضوع .

ولقد قسمنا موضوع بحثنا هذا إلى مقدمة وأربعة فصول رئيسية ثم خاتمة تتضمن أهم نتائج البحث .

وفى المقدمة :

بيننا أهمية هذا الموضوع فى ظل التطورات التكنولوجية الحديثة المتلاحقة ، والتي تتطلب من هذا الفريق الطبي مراعاة الحيطة واليقظة فى ممارسته لمهنته الطبية والتي تتعامل مع أعظم الخلق وهو الإنسان فى صحته وجسده وهو أعز ما يملك ، حيث يحتاج إلى الدقة والعناية الفائقة للمحافظة على جسده وصحته بصفة عامة .

وكذلك بينا فى تلك المقدمة ضرورة تحقيق التوازن بين ممارسة الفريق الطبي لعمله ، وضرورة توفير الحماية للمريض ضد خطأ هذا الفريق ذلك أنه إذا مارس الفريق الطبي مهنته الطبية المقدمة دون خطأ فلا مسئولية عليه ، وإن أهمل أو قصر فى ممارسته لها ، فإن مسئوليته عندئذ تتحقق تجاه المريض المضرور . كما بينا أن تلك المسئولية يتنازعها أمران : هما : الحماية التى يجب توفيرها للمريض ضد الخطأ الطبي ، والثقة والأمان اللذين يجب توفيرهما للأطباء فى ممارستهم لمهنتهم الطبية ، خاصة وأن المشرع المصرى لم يتنازل هذا الموضوع الحيوى الهام بنصوص خاصة ، وإنما ترك حكم تلك المسئولية للقواعد العامة فى المسئولية المدنية ، الأمر

الذى أدى إلى وجود فراغ تشريعى فى هذا الشأن أدى إلى وجود مشكلات قانونية كان علينا أن نتناولها بالبحث لتأهيل تلك الأحكام ووضعها فى الإطار القانونى الصحيح وحتى لا تكون محلاً للاجتهادات الشخصية التى تؤدى إلى تضارب تلك الأحكام وعدم الدقة فى تناولها قانوناً .

أما عن الفصل الأول : فقد خصصناه لدراسة وبيان أركان المسئولية الطبية للفريق الطبى والى يجب توافرها لتحقيق مسئولية الفريق الطبى .

وقد قسمنا هذا الفصل إلى ثلاث مباحث : فى المبحث الأول : تعرضنا لخطأ الفريق الطبى الذى تتحقق به مسئولية هذا الفريق ، وقد قسمنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب : فى المطلب الأول بينا ماهية الفريق الطبى ورأينا أن هذا الفريق يتكون عادة من أكثر من شخص ممارس لمهنة الطب ، وأن هذا التكوين يختلف تبعاً لمراحل علاج المريض وهى مراحل تشخيص المرض ، تبصير المريض ، ومرحلة علاج المريض . وفى المطلب الثانى : تعرضنا لماهية الخطأ الطبى وانتهينا فى ذلك إلى أن الخطأ الطبى هو الخطأ الذى يحدث من الفريق الطبى أو من الطبيب اليقظ بعدم التزامه وعدم مراعاته لتقاليد مهنة الطب وأصولها العلمية الثابتة أثناء ممارسته فى علاج المريض أو تشخيص مرضه ، أو عدم إعمال معلوماته الطبية وفنونها ، سواء كنا بصدد عمل إيجابى يقوم به أو كنا بصدد امتناع عن عمل . . وهذا الالتزام هو التزام ببذل عناية ، كما أن هناك حالات يلتزم فيها الفريق الطبى بتحقيق نتيجة حيث لا تتضمن عنصر الإهمال وهى عمليات نقل الدم وإجراء التحاليل ولقد قسمنا هذا المطلب إلى نوعين ، عالجنافى الفرع الأول : تحديد مفهوم الخطأ الطبى ورأينا معيار العناية اللازمة من جانب الفريق الطبى المعالج للمريض هو معيار موضوعى يتمثل فى سلوك

الشخص المعتاد ، أى يقاس على سلوك فريق طبي آخر من نفس مستواه المهني والعلمي مع مراعاة الظروف الخارجية لهذا الفريق الطبي المخطئ وفى هذا الفرع أيضاً استعرضنا أنواع الخطأ الطبي : الخطأ العمدى وغير العمدى ، والخطأ العاجى والخطأ الفنى أو المهنى ، والخطأ الجسيم والخطأ اليسير ، ومدى مسؤولية الفريق الطبي أو الطبيب عن أنواع الخطأ المذكورة . وفى الفرع الثانى : تعرضنا لإثبات الخطأ الطبي ، ورأينا فى هذا الشأن أن عبء إثبات الخطأ الطبي يقع على عاتق المريض بأن يثبت أن الفريق الطبي لم يبذل فى علاجه العناية الواجبة ، وذلك إذا كنا بصدد التزام ببذل عناية . وإذا كنا بصدد التزام بتحقيق نتيجة ، فعلى المريض إثبات عدم تحقق تلك النتيجة . وبعد ذلك تعرضنا لإثبات خطأ الفريق الطبي بعدم تبصره المريض ، ثم للتمييز بين الخطأ الطبي والغلط الذى يتصور وقوعه فى مرحلة تشخيص المرض والذى قد يكون مفتقراً على عكس الخطأ الطبي الذى يسأل عنه الفريق الطبي .

وفى المطالب الثالث : فقد بينا مدى مسؤولية الفريق الطبي الجراحى عن الخطأ الطبي ، ورأينا أنه إذا ما قام الجراح بتكوين الفريق الجراحى الطبي بناء على الرابطة العقدية مع المريض دون تدخله ، فإن هذا الجراح يكون مسؤولاً عن خطأ الفريق الطبي الجراحى تجاه المريض ، وتقوم مسؤوليته على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير وفقاً للرأى الراجح والذى نؤيده ، لأن القول بمسؤوليته التصيرية باعتباره متبوعاً والفريق الطبي الجراحى تابعاً يتعارض مع المبادئ القانونية المستقرة ، والتي تقر عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتصيرية وعدم الجمع بينهما .

أما إذا قام المريض باختيار الفريق الجراحي بنفسه والتعاقد مع أشخاصه دون أن يسمى رئيساً لهذا الفريق ، فإن مسئولية كل جراح فى الفريق تجاه المريض تكون مسئولية عقديّة ، وذلك فى حالة تحديد الخطأ ونسبته إلى جراح معين . أما إذا الخطأ شائعاً بين جراحى الفريق ولا يمكن نسبته إلى جراح معين ، فقد رأينا أن أحكام القضاء تأخذ ضمناً بمسئولية الفريق الطبى كمسئولية مشتركة لأعضاء الفريق ، وقد رأينا نحن من جانبنا : أنه يكون للمريض الرجوع على أموال أعضاء الفريق بكل التعويض ، حيث تكون مسئولية أعضاء الفريق مسئولية تضامنية ، كما يمكنه الرجوع على أى عضو فى الفريق بكل التعويض أيضاً ولهذا العضوان يرجع على باقى أعضاء الفريق كل بقدر نصيبه فى التعويض أو بالتساوى بينهم إذا لم يمكن تحديد نصيب كل منهم فى الخطأ .

وفى السبب الثانى : وفيه تعرضنا للضرر الذى يصيب المريض من خطأ الفريق الطبى حيث أن الضرر ركن أساسى لقيام مسئولية الفريق الطبى ، وهذا الضرر يعنى الأذى الذى يصيب الشخص فى حق من حقوقه أو فى مصلحة مشروعه له ، سواء أكان هذا الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أم لا ، وأنه نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذه معيباً أو التأخر فى تنفيذه . وكذلك تعرضنا فى هذا المبحث لأحكام الضرر بصفة عامة من حيث صورة وشروطه والضرر المعوض عنه ، ثم تعرضنا بعد ذلك للضرر التى قد تصيب المريض وهى أما أن تكون أضراراً مادية ، أما أن تكون أضراراً أنبية ، ثم تعرضنا للتعويض عن الضرر الطبى المستقبل ورأينا أنه يمكن التعويض عنه متى كان محقق الوقوع . كما تعرضنا أيضاً للتعويض عن تفويت الفرصة كمر طبى والتى اختلف فقهاء القانون بشأنه

إلى رأيين ، وطبقاً للراجح فيهما والذي نؤيده فإنه يجوز تعويض المريض عن الفرصة الفائتة بسبب الخطأ الطبي الذي لحقه ، وفوت عليه هذه الفرصة.

وفى المبحث الثالث :

فقد تعرضنا فى هذا المبحث إلى علاقة السببية بين خطأ الفريق الطبي والضرر الذى يصيب المريض ورأينا أنه لابد من توافر علاقة السببية هذه بينهما ، وأنه بدونها تنتفى عن الفريق الطبي أو الطبيب كل مسئولية . وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين ، تعرضنا فى الأول لنظريتنا

وقد تعرضنا لمفهوم السببية فى ضوء نظريتنا السببية ، السببية نظرية تعادل الأسباب ، ونظرية السبب المنتج أو الفعال ، ورأينا أنه طبقاً للنظرية الأولى فإن الضرر يكون نتيجة لكل العوامل التى شاركت فى إحداثه ، وبالتالي فإن الضرر يحدث نتيجة لمجموعة من الأسباب بدونها أو بدون جزء منها لن يقع الضرر . وأنه طبقاً لنظرية السبب المنتج أو الفعال ، فإنه أن تعددت الأسباب ، فإنه يجب تحديد السبب المنتج أو الفعال الذى أحدث الضرر وإذا تم تحديده استبعدت الأسباب الأخرى التى لا تؤدى فى العادة إلى إحداث الضرر . وفى المطلب الثانى : تعرضنا لأسباب الإعفاء من المسئولية الطبية حيث أن الضرر قد لا يكون نتيجة خطأ الفريق الطبي وحده ، وإنما قد تساهم عوامل أخرى فى إحداثه كالقوة القاهرة وخطأ المريض نفسه وخطأ الغير ، وهذه العوامل قد تؤدى إلى انتفاء مسئولية الفريق الطبي .

ولذلك فقد قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فرع خصصنا كل فرع منها لدراسة عامل من هذه العوامل الثلاثة لبيان مدى تأثيرها على مسئولية الفريق الطبي عن الضرر الذى أصاب المريض .

وفى الفصل الثانى :

فقد بينا نطاق مسئولية الفريق الطبي ، ورأينا أن مسئولية هذا الفريق تتسع لتشمل كل نشاطه فى ممارسته لمنته الطبيه من تشخيص للمرض وتحديد العلاج للمريض الذى يناسب حالته سواء أكان علاجياً أم كان جراحياً ، كما تشمل كذلك النشاط الطبي لمساعديه وشركائه الذين يستعين بهم فى ممارسته لعمله ، وتشمل كذلك مسئوليته عن الأجهزة الطبية والآلات التى يستعملها .

ولذلك فقد قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث : تعرفنا فى المبحث الأول : لمسئولية الفريق الطبي عن الخطأ الشخصى ، فإذا وقع خطأ من الفريق الطبي ، فإنه يسأل عن الضرر الذى يسببه هذا الخطأ للمريض طبقاً لأحكام المسئولية العقدية أو طبقاً لأحكام المسئولية التقصيرية فى بعض الحالات ، كحالة عدم رضاء المريض وتدخل الفريق الطبي لعلاجيه من تلقاء نفسه ، وحالة امتناع الفريق الطبي بغير مبرر مشروع عن إنقاذ المريض ، وحالة انطواء فعل الفريق الطبي على جريمة أو كان راجعاً إلى نمس الفريق الطبي . وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين : بينا فى المطلب الأول : مسئولية الفريق الطبي فى مرحلة التشخيص للمرض ، ورأينا أنه على الفريق الطبي فحص المريض بدقة وعناية مستخدماً فى ذلك كافة الأجهزة الحديثة التى توصله إلى التشخيص السليم للمرض وتحديد علته المريض بدقة ، فإن هو قام بذلك فإن خطئه يكون مفترقاً ولا يسأل عنه إذا كان قد قام

بإجراء هذا الفحص بعناية وحذر مراعيًا في ذلك إمكانية الاستعانة بالخبراء والأجهزة العلمية الحديثة التي تتطلبها حالة المريض طبقاً للقواعد الطبية العلمية السائدة . أما إذا لم يقم الفريق الطبي بذلك فإنه يسأل عن خطئه في التشخيص . وفي المطلب الثاني : بينا مسؤولية الفريق الطبي في مرحلة علاج المريض ، وهي مرحلة طبية بحتة لا يخطأ فيها الفريق الطبي إلا إذا مارس منته خلالها بإهمال وتقصير وجهد للأمور الطبية وعندئذ يسأل عن ذلك . والفريق الطبي في هذه المرحلة يكون حراً في اختيار علاج المريض وهذه الحرية مقيدة بعدم تجاوز الحدود المفروضة بواسطة القواعد العامة للحذر واليقظة التي يجب أن يكون عليها سلوك الفريق الطبي . وعلى الفريق الطبي كذلك أن يتجنب الطرق الخطرة في علاج المريض طالما كانت هناك طرق أخرى أثقل خطورة وكانت صحة المريض غير مهددة بالخطر ، أما إذا كانت حالة المريض ميئوس منها ، فإنه يكون أمام الفريق الطبي مجال أوسع في اختيار وسائل علاج المريض .

أما في المبحث الثاني : فقد بينا مسؤولية الفريق الطبي عن خطأ مساعدته ، وفي هذا الشأن فقد رأينا أنه طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية ، فإن الفريق الطبي يسأل مدنياً عن أخطاء مساعديه وفقاً للأحكام العامة التي تنظم مسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعة ، إذا توافرت عدة شروط : أولاً : وجود عقد صحيح بين المريض والمضروب والفريق الطبي المسئول عن فعل معاونيه . وثانيها : أن يكون الضرر الذي لحق المريض ناتج عن عدم تنفيذ الفريق الطبي أو معاونيه لالتزاماتهم الطبية وثالثها : أن يكون المعاون قد كلف من جانب الفريق الطبي بالقيام بالعمل الطبي .

ولذلك فقد قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فرع خصصنا كل فرع منها لدراسة عامل من هذه العوامل الثلاثة لبيان مدى تأثيرها على مسئولية الفريق الطبي عن الضرر الذى أصاب المريض .

وفى الفصل الثانى :

فقد بينا نطاق مسئولية الفريق الطبي ، ورأينا أن مسئولية هذا الفريق تتسع لتشمل كل نشاطه فى ممارسته لمنته الطبية من تشخيص للمرض وتحديد العلاج للمريض الذى يناسب حالته سواء أكان علاجياً أم كان جراحياً ، كما تشمل كذلك النشاط الطبي لمساعديه وشركائه الذين يستعين بهم فى ممارسته لعمله ، وتشمل كذلك مسئوليته عن الأجهزة الطبية والآلات التى يستعملها .

ولذلك فقد قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث : تعرفنا فى المبحث الأول : لمسئولية الفريق الطبي عن الخطأ الشخصى ، فإذا وقع خطأ من الفريق الطبي ، فإنه يسأل عن الضرر الذى يسببه هذا الخطأ للمريض طبقاً لأحكام المسئولية العقدية أو طبقاً لأحكام المسئولية التقصيرية فى بعض الحالات ، كحالة عدم رضاء المريض وتدخل الفريق الطبي لعلاجيه من تلقاء نفسه ، وحالة امتناع الفريق الطبي بغير مبرر مشروع عن إنقاذ المريض ، وحالة انطواء فعل الفريق الطبي على جريمة أو كان راجعاً إلى نمس الفريق الطبي . وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين : بينا فى المطلب الأول : مسئولية الفريق الطبي فى مرحلة التشخيص للمرض ، ورأينا أنه على الفريق الطبي فحص المريض بدقة وعناية مستخدماً فى ذلك كافة الأجهزة الحديثة التى توصله إلى التشخيص السليم للمرض وتحديد عللة المريض بدقة ، فإن هو قام بذلك فإن خطئه يكون مفقراً ولا يسأل عنه إذا كان قد قام

بإجراء هذا الفحص بعناية وجدية وحذر مراعيًا في ذلك إمكانية الاستعانة بالخبراء والأجهزة العلمية الحديثة التي تتطلبها حالة المريض طبقاً للقواعد الطبية العلمية السائدة . أما إذا لم يعم الفريق الطبي بذلك فإنه يسأل عن خطئه في التشخيص . وفي المطلب الثاني : بينا مسؤولية الفريق الطبي في مرحلة علاج المريض ، وهي مرحلة طبية بحتة لا يخطأ فيها الفريق الطبي إلا إذا مارس منته خلالها بإهمال وتقصير وجهد للأمور الطبية وعندئذ يسأل عن ذلك . والفريق الطبي في هذه المرحلة يكون حراً في اختيار علاج المريض وهذه الحرية مقيدة بعدم تجاوز الحدود المفروضة بواسطة القواعد العامة للحذر واليقظة التي يجب أن يكون عليها سلوك الفريق الطبي . وعلى الفريق الطبي كذلك أن يتجنب الطرق الخطرة في علاج المريض طالما كانت هناك طرق أخرى أقل خطورة وكانت صحة المريض غير مهدده بالخطر ، أما إذا كانت حالة المريض ميئوس منها ، فإنه يكون أمام الفريق الطبي مجال أوسع في اختيار وسائل علاج المريض .

أما في المبحث الثاني : فقد بينا مسؤولية الفريق الطبي عن خطأ مساعدته ، وفي هذا الشأن فقد رأينا أنه طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية ، فإن الفريق الطبي يسأل مدنياً عن أخطاء مساعديه وفقاً للأحكام العامة التي تنظم مسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعة ، إذا توافرت عدة شروط : أولاً : وجود عقد صحيح بين المريض والمضروب والفريق الطبي المسئول عن فعل معاونيه . وثانيها : أن يكون الضرر الذي لحق المريض ناتج عن عدم تنفيذ الفريق الطبي أو معاونيه لالتزاماتهم الطبية وثالثها : أن يكون معاون قد كلف من جانب الفريق الطبي بالقيام بالعمل الطبي .

وفى المبحث الثالث : فقد بينا مسئولية الفريق الطبي عن الأجهزة والآلات الطبية ، ورأينا أن فقهاء القانون بشأن تلك المسئولية إلى فريقين : الأول لا يفرق بين تلك المسئولية والمسئولية عن الأعمال الطبية الأخرى فالفريق الطبي يلتزم بتعويض الأضرار التى تنشأ نتيجة لتقصيرة وإهمال فى بذل العناية الكافية ، فى حين يرى الفريق الآخر أن بذل العناية يحتم على الفريق الطبي حسن استخدام الأجهزة والآلات الطبية التى يستعملها فى العلاج وأن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة وهو الرأى ونؤيده .

وفى الفصل الثالث :

وفى هذا الفصل فقد بينا طبيعة المسئولية الطبية للفريق الطبي ورأينا أنه إذا كان المريض أو نائبة قد اختار الفريق الطبي المعالج فإن مسئولية الفريق الطبي تكون مسئولية عقدية . وإذا لم يكن المريض أو نائبة قد اختار هذا الفريق ، فإن مسئولية الفريق الطبي تكون تقصيرية .

وإذا انطوى فعل الفريق الطبي على جريمة جنائية أو كان راجعاً إلى غش هذا الفريق ، فإنه يكون للمريض الخيرة بين المسئوليتين وهو بالطبع سيختار المسئولية التقصيرية لتحقيقها فوائد أكبر له .

وفى الفصل الرابع : تعرضنا لأحكام التعويض عن مسئولية الفريق الطبي من حيث تعريفه وتقديره . . وقد قسمنا هذا الفعل إلى ثلاثة مباحث ، بينا فى المبحث الأول : نطاق التعويض من حيث الضرر ، ورأينا أن التعويض فى المسئولية الطبية يكون عن الأضرار الجسدية أو المادية أو المعنوية ، أى يشمل كل أنواع الضرر التى تنتج عن النشاط الطبي للفريق الطبي ، ويكون للمريض المضرور أو لورثته المطالبة بتعويض تلك الأضرار سواء كانت مادية أو غير مادية .

وفى المبحث الثانى : بينا نطاق التعويض من حيث الزمان ، فالضرر الذى يصيب المريض قد يكون متغيراً أو غير مستقر ويصعب تعيين مداه بصفة نهائية وقت النطق بالحكم ، ولذلك فإنه يتعين على القاضى مراعاة التغيير فى الضرر ذاته ، فإن كانت قيمة هذا الضرر لم تستقر حتى يوم صدور الحكم بالتعويض ، فإنه يحكم بالتعويض تبعاً لدرجة الضرر المتحقق يوم صدور الحكم بالتعويض ، ويحتفظ للمريض المضرور بالحق فى المطالب بإعادة النظر فى تقدير قيمة هذا التعويض عند استقرار قيمة الضرر . . وفى هذا الإطار فقد تعرضنا لصور التعويض من تعويض نقدى وتعويض عيى .

وفى المبحث الثالث : فقد بينا نطاق التعويض من حيث القيمة ورأينا فى ذلك أن الفريق الطبي يلتزم بتعويض كل الضرر الذى أصاب المريض نتيجة تحقق مسؤليته ، على أن يكون ذلك فى حدود مبلغ التأمين المؤمن به ضد تلك المسئولية ، أى أن هذا التعويض يحده حدان هما : قيمة الضرر ومبلغ التأمين ، ثم بينا وقت تقدير قيمة الضرر وهو طبقاً للراجح يوم صدور الحكم بالتعويض . ثم بينا بعد ذلك طريقة التعويض ، ورأينا أنه قد يكون مقسطاً أو إيراداً مرتباً مع جواز إلزام المسئول بتقديم تأمين يضمن تنفيذ لالتزامه . ثم بينا بعد ذلك إثبات قيمة الضرر ، وأنه يقع على عاتق المريض المضرور إثبات تلك القيمة بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن دون غش أو تدليس .

ثم بينا بعد ذلك وأخيراً تقادم دعوى التعويض للمسئولية الطبية والتى تقادم فى المسئولية العقد بمضى خمس عشرة سنة ، وفى المسئولية التصيرية بأقصر الأجلين : ثلاث سنوات من يوم علم المريض بالضرر

الذى لحقه ومحدثه ، أو خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع المسبب للضرر ، وأنه إذا كان العمل الطبي يكون جريمة جنائية ، فإن دعوى التعويض لا تسقط بأقصر الأجلين السابقين وتظل قائمة حتى يوم الفصل فى الدعوى الجنائية .

هذا وقد راعينا فى بحثنا هذا النقاط التالية :

- ١- تأصيل قواعد وأحكام مسئولية الفريق الطبي عن الخطأ المهنى طبقاً للقواعد والأحكام العامة فى المسئولية المدنية فى القانون المصرى .
 - ٢- التدليل على جميع نقاط البحث وأحكامه محكمة النقض المدنية والجنائية كلما أمكن ذلك ، وبأحكام المحاكم الاستئنافية أيضاً .
 - ٣- بيان موقف الفقه القانونى بالنسبة لنقاط البحث والترجيح منياً لما يتفق مع القواعد القانونية العامة لأحكام المسئولية ، مع بيان وجهة نظرنا فى ذلك مع التدليل .
 - ٤- بساطة العبارات وعدم الإطالة مع قوة البيان ودقته لجميع موضوعات البحث وجزئيات ، بحيث جاء هذا البحث شاملاً وجامعاً ومائناً . وبعد . . فهذا جهدى . . وهو جهد متواضع ، أسأل الله عنه الأجر والثواب ، وأن ينفع به المشتغلين بمهنة الطب والمرضى والباحثين ، والمشتغلين بالقانون من كافة الفئات .
- كما أننى أعتذر عما يكون فى بحثى هذا من تقصير أو قصور ،
فالكمال لله وحده .

وما توفيقى إلا بالله ، عليه توكلت ، وإليه أنيب . . .

وآخر دعواى أن الحمد لله رب العالمين . . .

تم بعون الله وحمده ، ، ،

قائمة المراجع

أولاً : المراجع العربية : وهى مرتبة أبجدياً .

(١) المراجع العامة والقانونية :

- د . أحمد شرف الدين : أحكام التأمين فى القانون والقضاء ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية .
- د . أبو زيد عبد الباقي : المبادئ العامة للتأمين ، ط١، الكويت ١٩٨٤ .
- د . أحمد شوقى عبد الرحمن : مسئولية المتبوع باعتباره حارساً - طبعة ١٩٧٦ .
- د . إبراهيم الدسوقى : التأمين من المسئولية . سنة ١٩٧٥ .
- د . إسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزامات ١٩٦٤ ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ١٩٧٨ .
- د . أشرف جابر - التأمين من المسئولية المدنية للأطباء سنة ١٩٩٩ .
- د . أحمد محمود إبراهيم سعد - مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه - ١٩٨٣ .
- د . حسن ذكى الإبراشى : مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ١٩٥١ .
- د . حسن عامر : المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية سنة ١٩٥٦ .
- د . جلال إبراهيم : التأمين : دراسة مقارنة بين القانون المصرى والقانونين الكويتى والفرنسى - ١٩٩٤ .

- د . رأفت حماد : مسئولية المتبوع عن خطأ تابعه - ١٩٩٠ ، أحكام العمليات الجراحية - سنة ١٩٩٦ .
- د . سعد سالم العسيلي : المسئولية المدنية عن النشاط الطبي فى القانون الليبي - بنغازى ١٩٩٤ .
- د . سليمان مرقص : المسئولية المدنية ، دروس فى القانون المدنى مع التعمق ١٩٦١ ، نظرية دفع المسئولية المدنية ١٩٣٦ ، مسئولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى مقال بمجلة القانون والاقتصاد .
- د . سهير منتصر : الالتزام بالتبصير ١٩٩٠ .
- د . عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج بين النظرية والتطبيق ١٩٨٦ .
- د . على حسن نجيده : التزامات الطبيب فى العمل الطبي ١٩٩٢ .
- د . عبد الرازق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - ج١ - ١٩٥٢ .
- د . محسن البيه : نظره حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية سنة ١٩٩٣ .
- د . محمد حسين منصور : المسئولية الطبية .
- د . محمود جمال الدين ذكى : مشكلات المسئولية المدنية - ١٩٧٨ .
- د . محيى الدين المرسى إبراهيم : المبدأ التعويضى فى التأمين من المسئولية سنة ١٩٩٤ .
- د . محمد عبد القادر العبودى : المسئولية المدنية لطبيب التخدير - ١٩٩٢ .

- د . وديع فرج : مسئولية الأطباء والجراحين المدنية - مجلة القانون والاقتصاد - السنة ١٧ .
- د . وفاء أبو جميل - الخطأ الطبي - ١٩٩١ .
- (٢) الدوريات ومجموعات الأحكام :
- مجموعة التقنين المدني المصرية .
- مجموعة أحكام النقض المدنية .
- مجموعة أحكام النقض الجنائية .
- مجلة المحاماه .
- مجلة القانون والاقتصاد .
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض (الدائرة المدنية) محمود عمر .

المراجع الأجنبية

- Cass Ire Civ . , 28 oct 1997 , R . c . A . , 1998 , no . , Janv . 1998 .
- Odila péré - verge Finon : faute et assurance dans la responsabilite civile medicale thèse , 1972 .
- M . Francine souliran ; quelques réflexions sucitécs par l'exiercice de la medecine au sein d'un groupe ou d'une équipe , J . C . P . 1976 .
- T . G . I seine 3 Mars 1963 J . C . P 1966 .
- Durry : obs . R . T . D . C 1972 .
- Boré : L'indemnisation por les chance perdues : une forme d'appréciation quantative de la causalite d'un faute dommageable " J . C . P . 1974 .
- Savatier ; Une faute peut - elle enendre la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé " D . 1970 .
- Lambert - Favire : " Droit des dommages corporeis "

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع	
٣		تقدير
٦		خطة البحث
٧	أركان المسئولية الطبية للفريق الطبي	الفصل الأول
٨	خطأ الفريق الطبي	المبحث الأول
٩	ماهية الفريق الطبي	المطلب الأول
١١	ماهية الخطأ الطبي	المطلب الثاني
١٢	تحديد مفهوم الخطأ الطبي	الفرع الأول
١٤	أنواع الخطأ الطبي	
٢٠	إثبات الخطأ الطبي	الفرع الثاني
٢٤	التمييز بين الخطأ الطبي والغلط	
٢٦	مدى مسئولية الفريق الطبي الجراحي عن الخطأ الطبي	المطلب الثالث
٢٧	مسئولية الجراح عن الفريق الطبي الجراحي الذي شكله	الفرع الأول
٢٩	مسئولية الجراح عن الفريق الجراحي إذا شكله المريض دون رئيس له	الفرع الثاني

٣٣	: الضرر الذي يصيب المريض من خطأ الفريق الطبي	المبحث الثاني
٣٤	: أحكام الضرر بصفة عامة	
٣٦	: الضرر الطبي المعوض عنه (الضرر المادي والمعنوي)	
٣٧	: التعويض عن الضرر الطبي المستقبلي	
٣٨	: التعويض عن تقوييت الفرصة	
٤٣	: علاقة السببية بين الخطأ والضرر	المبحث الثالث
٤٤	: نظريتا السببية	المطلب الأول
٤٤	: نظرية تعادل الأسباب	
٤٥	: نظرية السبب المنتج أو الفعال	
٤٩	: أسباب الإعفاء من المسؤولية الطبية	المطلب الثاني
٤٩	: انتقاء المسؤولية الطبية بسبب القوة القاهرة	الفرع الأول
٥٢	: خطأ المريض النافي للمسئولية الطبية	الفرع الثاني
٥٤	: خطأ الغير النافي للمسئولية الطبية	الفرع الثالث
٥٩	: نطاق مسؤولية الفريق الطبي	الفصل الثاني
٦٠	: مسؤولية الفريق الطبي عن الخطأ الشخصي	المبحث الأول

٦٢	: فى مرحلة التشخيص	المطلب الأول
٦٥	: فى مرحلة العلاج	المطلب الثانى
٦٨	: مسئولية الفريق الطبي عن خطأ مساعديه	المبحث الثانى
٧١	: مسئولية الفريق الطبي عن الأجهزة والآلات الطبية	المبحث الثالث
٧٥	: طبيعة المسئولية الطبية للفريق الطبي	الفصل الثالث
٧٩	: التعويض عن مسئولية الفريق الطبي	الفصل الرابع
٨٠	: نطاق التعويض من حيث الضرر	المبحث الأول
٨٣	: نطاق التعويض من حيث الزمان	المبحث الثانى
٨٧	: نطاق التعويض من حيث القيمة	المبحث الثالث
٨٩	: طريقة التعويض	
٩٠	: إثبات قيمة الضرر	
٩٠	: تقادم دعوى التعويض للمسئولية الطبية	
٩٣	الخاتمة وأهم نتائج البحث	
١٠٥	فهرس الموضوعات	

٣٣	: الضرر الذى يصيب المريض من خطأ الفريق الطبى	المبحث الثانى
٣٤	: أحكام الضرر بصفة عامة	
٣٦	: الضرر الطبى المعوض عنه (الضرر المادى والمعنوى)	
٣٧	: التعويض عن الضرر الطبى المستقبلى	
٣٨	: التعويض عن تقويت الفرصة	
٤٣	: علاقة السببية بين الخطأ والضرر	المبحث الثالث
٤٤	: نظريتا السببية	المطلب الأول
٤٤	: نظرية تعادل الأسباب	
٤٥	: نظرية السبب المنتج أو الفعال	
٤٩	: أسباب الإعفاء من المسئولية الطبية	المطلب الثانى
٤٩	: انتقاء المسئولية الطبية بسبب القوة القاهرة	الفرع الأول
٥٢	: خطأ المريض النافى للمسئولية الطبية	الفرع الثانى
٥٤	: خطأ الغير النافى للمسئولية الطبية	الفرع الثالث
٥٩	: نطاق مسئولية الفريق الطبى	الفصل الثانى
٦٠	: مسئولية الفريق الطبى عن الخطأ الشخصى	المبحث الأول

٦٢	المطلب الأول : فى مرحلة التشخيص
٦٥	المطلب الثانى : فى مرحلة العلاج
٦٨	المبحث الثانى : مسئولية الفريق الطبي عن خطأ مساعديه
٧١	المبحث الثالث : مسئولية الفريق الطبي عن الأجهزة والآلات الطبية
٧٥	الفصل الثالث : طبيعة المسئولية الطبية للفريق الطبي
٧٩	الفصل الرابع : التعويض عن مسئولية الفريق الطبي
٨٠	المبحث الأول : نطاق التعويض من حيث الضرر
٨٣	المبحث الثانى : نطاق التعويض من حيث الزمان
٨٧	: نطاق التعويض من حيث القيمة
٨٩	: طريقة التعويض
٩٠	: إثبات قيمة الضرر
٩٠	: تقادم دعوى التعويض للمسئولية الطبية
٩٣	الخاتمة وأهم نتائج البحث
١٠٥	فهرس الموضوعات

**حيوانات البر والبحر
ما يحل منها وما يحرم
فى الفقه الإسلامى**

دكتور

عبد المطلب عبد الرازق حمدان

الأستاذ المساعد بقسم الفقه

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

جامعة الأزهر

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلالًا طَيِّبًا ﴾

البقرة (١٦٨)

وقال تعالى :

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ ﴾

البقرة (١٧٢)

وقال جل شأنه :

﴿ وَيَحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرَّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثُ ﴾

الأعراف (١٥٧)

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، القائل في كتابه الكريم : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا
كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَاشْكُرُوا لِلَّهِ إِنْ كُنْتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ ﴾ (١) .

والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين ، والموصوف بقوله
تعالى : ﴿ الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الْأُمِّيَّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوبًا عِنْدَهُمْ فِي
التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ يَأْمُرُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ
وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ ﴾ (٢)
اللهم صل وسلم وبارك عليه وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين ، والذين
صدقوا ما عاهدوا الله عليه ، فكانوا قدوة للعالمين ، قال فيهم صلوات ربي
وسلامه عليه : " أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديهم " (٣) ، وأرض اللهم
على من جاء بعدهم ومن اهتدى بهديهم إلى يوم الدين . ،،، وبعد

فقد بين الله تعالى في كتابه العظيم أنه لا حرج على المسلم أن يتناول
ما أباحه الله ، قال تعالى : ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ
وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ ﴾ (٤) ، فلقد أباح الله تعالى للمسلم أن يتمتع بالحلال
الطيب دون إسراف أو مخيلة فقيده ذلك بقوله : ﴿ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا
إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ ﴾ (٥) .

(١) الآية (١٧٢) من سورة البقرة .

(٢) الآية (١٥٧) من سورة الأعراف .

(٣) مختصر صحيح مسلم - ص ٤٦٤ ، باب قول النبي (ﷺ) : أنا امانة لأمتي وأصحابي
أمنه

(٤) الآية (٣٢) من سورة الأعراف .

(٥) الآية (٣١) من سورة الأعراف .

وفى إباحة ذلك للمسلم مصالح منها : نماء جسمه ، وتقويته على طاعة الله تبارك وتعالى ، ولا شك أن إبابة الطعام بتحصيله من كسب طيب له أثره فى صفاء قلب المسلم وسلوكه .

ولقد أمر رسول الله (ﷺ) المسلمين أن يقابلوا هذه النعم بالشكر والحمد لله رب العالمين ، فقال (ﷺ) فى الحديث المروى عن أنس بن مالك (رضي الله عنه) قال: " إن الله ليرضى عن العبد أن يأكل الأكلة فيحمده عليها ويشرب الشربة فيحمده عليها " (١) .

وفى مقابل هذه النعم الكثيرة جاء النهى من الله تعالى عن أشياء كثيرة نتج عن تناولها أضرار كثيرة بالإنسان فجاء النهى عن الميتة والدم ، والخنزير وغير ذلك من المحرمات التى تضر بصحة الإنسان المسلم ، سواء كانت طعاماً أو اكتساباً كالربا والميسر ، وثمن ما لا يحل بيعه ، والسرقة والغصب أو نحو ذلك .

ولقد بين رسول الله (ﷺ) أن الحلال بين ، والحرام بين وبينهما أمور مشبهات لا تعلمهن كثير من الناس ، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام كالراعى يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه ، ألا وإن لكل ملك حمى ، ألا وإن حمى الله محارمه ، ألا وإن فى الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله ، وإذا فسدت الجسد كله ، ألا وهى القلب (٢) .

(١) مختصر صحيح مسلم للمنذرى - ص ٣٥٠ ، باب الحمد لله على الأكل والشرب .

(٢) اللفظ لمسلم عن النعمان بن بشير (رضي الله عنه) صحيح مسلم - ج ٥ - ص ٥١،٥٠ ، باب أخذ الحلال وترك الشبهات جاء فى المختصر للمنذرى : وأهوى النعمان بإصبعيه إلى أذنيه : أى مدهما إليهما ليأخذهما إشارة إلى استيفائه بالسماح ، ونيل الأوطار =

وإذا تأملنا في موضوعنا (ما يحل وما يحرم من الحيوانات البرية والبحرية في الفقه الإسلامي) لوجدنا أنها تأخذ النصيب الأسمى في كل أبواب الفقه الإسلامي من العبادات إلى الجنائيات ، فلقد أمرنا الله تعالى ورسوله بالنظافة قبل الطعام وبعده ، ولقد بين أئمة الفقه الإسلامي : أن أساس المعاملات يكون ابتغاء الربح الحلال ، ومحصلة هذا الربح ينفق غالباً في شراء ما يحتاجه الإنسان من المطعم أو المشرب أو الملبس .

ومن هنا كانت المطاعم سواء كانت حيوانية مصيدة أو مذبوحة ، أو ما استجد من المطاعم محفوظة ، سواء كانت مستوردة من الخارج أم لا ؟ هي أمور ذات أهمية بالغة ، الأمر الذي يدعو إلى بيان أحكامها الشرعية للعام والخاص .

لذا أثرت أن يكون اتجاهي نحو بيان أحكام هذا الموضوع مستنداً إلى كتاب الله تعالى وسنة رسوله (ﷺ) أو ما أثار عن الصحابة والتابعين ، وما أصله الفقهاء وفرعوه في هذه الموضوعات وما حدث بينهم من خلاف في المسائل مرجحاً ما يحتاج إلى ترجيح .

وقد حاولت معالجة هذا الموضوع في الفصول التالية :

الفصل الأول : الأصل في الحل والحرمة في المأكولات البرية والبحرية.

الفصل الثاني : الحلال والحرام والمكروه من المأكولات البرية والبحرية.

الفصل الثالث : الأدلة على إباحة الطيبات وتحريم الخبائث .

الفصل الرابع : المراد بالطيب والخبيث .

الفصل الخامس : ما يحل أكله من الحيوانات وما لا يحل . ويشتمل على عدة مطالب .

المطلب الأول : فى المحرمات من الأطعمة الحيوانية المنصوص عليها فى القرآن والسنة .

المطلب الثانى : فى الاختلاف الوارد بين الفقهاء فيما يحل ويحرم من الحيوانات البرية والبحرية ، وفيه عدة فروع :

الفرع الأول : حيوانات البر ، ما يحل منها ويحرم .

الفرع الثانى : ما يكره أكله من حيوانات البر .

الفرع الثالث : فى اللحوم المستوردة من الخارج ، ورأى لجنة الإفتاء المصرية فى ذلك .

الفرع الرابع : فى حيوانات البحر ما يؤكل منها وما لا يؤكل .

الفصل السادس : الأكل من المحرم عند الضرورة .

تمهيد

عناية الإسلام بالجسم والنفس :

أوجب الإسلام للعناية بالجسم والنفس تناول الحد الأدنى أو الضروري من الطعام والشراب للحفاظ على الحياة ، ودفع الهلاك عن النفس (١) .

وأوجب ذلك لتقوية الإنسان المسلم على الواجبات الدينية من صلاة وصيام ونحوهما ، وما عدا قدر الضرورة يباح تناوله ما لم يصل إلى حد الإسراف ، وذلك لأن الإسراف في تناول الأكل والشرب فوق الطاقة ضرر عظيم ، والاعتدال هو المطلوب .

واستثنى الحنفية (٢) في التحريم إذا لم يخشى الضرر حالة قصد التقوى على صوم الغد ، أو لئلا يستحى ضيفه ونحو ذلك ، قال تعالى : ﴿يَا بَنِي آدَمَ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾ (٣) .

والملبوس والمأكل الوارد في الآية الكريمة وهو الحلال الطيب . ولقد أحل الله لعباده في الأرض كل نافع ، قال تعالى : ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ (٤) .

(١) حاشية ابن عابدين - ج ٥ - ص ٢٣٨ - ط / مصطفى الحلبي بمصر .

(٢) المرجع السابق ، وفتح القدير - ج ١٠ - ص ٨٨ .

(٣) الآية (٣١) من سورة الأعراف .

(٤) الآية (٢٩) من سورة البقرة .

ولقد أَرَدَفَ اللهُ تَعَالَى الآيَةَ السَّابِقَةَ بِقَوْلِهِ : ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا خَالِصَةٌ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ﴾ (١) .

وتوالت الآيات القرآنية والأحاديث النبوية في تقرير هذا المباح ، فقلل تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا ﴾ (١) ، وقال تعالى : ﴿ وَيَحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتُ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ ﴾ (٢) ، وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ ﴾ (٣) .

وقال النبي (ﷺ) في الحديث الذي رواه عبد الله بن عمر (رضي الله عنه) قال : " كلوا واشربوا ، وتصدقوا والبسوا من غير إسراف ولا مخيلة ، فإن الله يحب أن يرى أثر نعمه على عباده (٤) .

واشترط أئمة الفقه في الطعام والشراب أن يكون من كسب طيب حلال.

قال الماوردي : اعلم أن الحاجة إلى المكاسب داعية لما فطر الله تعالى عليه الخلق من الحاجة إلى الطعام والشراب والكسوة لنفسه ، ومن يلزمه الإنفاق عليه .

(١) الآية (٣٢) من سورة الأعراف .

(٢) الآية (١٦٨) من سورة البقرة .

(٣) الآية (١٥٧) من سورة الأعراف .

(٤) الآية (١٧٢) من سورة البقرة .

(٥) هدى السارى مقدمة فتح البارى شرح صحيح البخارى - ص ٦٤ ، كتاب اللباس من

حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده - باب من جر ثوبه خيلاء - ط/ دار الريان

للتراث .

وأصول المكاسب المألوفة ثلاثة : زراعة ، وتجارة ، وصناعة ،
فينبغي للمكتسب بها أن يختار لنفسه أطيبيها ، لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ
آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ ﴾ (١) .

واختلف الناس في أطيبيها :

فقال قوم : الزراعات ، لأن الإنسان فيها متوكل على الله في عطائه ،
مستسلم لقضائه .

وقال آخرون : التجارة أطيبيها ، وهو أشبه بمذهب الشافعي : لتصريح
الله تعالى بإحلاله في كتابه بقوله : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ (٢) ، واقتداء
بالصحابه (رضي الله عنهم) في اكتسابهم بها .

وقال آخرون : الصناعة ، لاكتساب الإنسان فيها بكديده .

وقد روى عن النبي (ﷺ) أنه قال : " إن من الذنوب ما لا يكفره صوم
ولا صلاة ، ولكن يكفره عرق الجبين في طلب الرزق " (٣) .

فأما الزراعة فلا مدخل لها في تحريم ولا كراهية وهذا يدل على أنها
أطيب المكاسب .

وأما التجارة فتتقسم ثلاثة أقسام :

١- حلال : وهو البيوع الصحيحة .

(١) الآية (٢٦٧) من سورة البقرة .

(٢) الآية (٢٧٥) من سورة البقرة .

(٣) أخرجه البيهقي في المجموع - ج٤ - ص ٦٤ - ط/ مصطفى البالي الحلبي -

بمصر ، وعمدة الطالبين لمعرفة أحكام الدين - ص ٣٣١ - ط/ ثانية المكتبة المكية .

٢- وحرام : وهو البيوع الفاسدة .

٣- ومكروه : وهو الخس والتدليس .

وأما الصناعة فتنقسم ثلاثة أقسام :

١- حلال : وهو ما أبيح من الأعمال التي لا دنس فيها كالكتابة والتجارة والبناء .

٢- وحرام : وهو ما حظر من الأعمال كالتصوير والملاهي .

٣- ومكروه : وهو ما باشر فيه النجاسة وكالجزار والحجام ، وكناس الأقدار .

والعلة في الكراهية :

أنه كره التكسب به لدنائه ، وهو الظاهر عند الإمام الشافعي ، لأنه جعل من المكاسب دينياً وحسناً ، وقد روى أن ذا قرابة لعثمان بن عفان (رضي الله عنه) قدم عليه فسأله عن كسبه فقال : غلة حجام ، فقال : إن كسبكم لديي (١) .

ويلاحظ أن كسب هؤلاء ليس بحرام بل هو مكروه .

والدليل على عدم حرمة :

ما رواه علي (رضي الله عنه) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) احتجم وأمرني أن أعطي الحجام أجره (٢) ، وهو دليل على الجواز .

(١) الحاوي الكبير للماوردي - ج١٩ - ص ١٨٠ - ط/ دار الفكر للطباعة والنشر التوزيع .

(٢) أخرجه النسائي في سننه - ج٧ - ص ١٩٠ - ط/ المطبعة الميمنية بمصر ، وأحمد في مسنده - ج٣ - ص ٤٦٥ - ط/ مؤسسة الرسالة ، والبيهقي في سننه الكبرى - ج٩ - ص ٣٣٨ - ط/ دائرة المعارف بالهند .

ومما سبق يتضح أن الأطعمة فى اللغة والشرع تعنى : كل ما يؤكل أو يشرب ، مما به قوام الأبدان وصلاحها ، مما حسنه الشرع من كل ما يستطاب من المأكولات والمشروبات النافعة ، دون إسراف أو مخرلة ، ويشترط أن تكون كسب طيب ، لأن الله تعالى طيب لا يقبل إلا طيباً .

الفصل الأول

الأصل فى الحل والحرمة فى

المأكولات البرية والبحرية

اختلف أهل الفقه والأصول فى أصول الأشياء قبل ورود الشرع وبعد وروده : هل هى على الإباحة أو الحظر .
ولبيان ذلك نعقد الفرعين التاليين .

الفرع الأول

فى حكم الأشياء قبل ورود الشرع

بين أئمة الأصول أنه لا حكم للأشياء قبل ورود الشرع ، لأن تعلق الحكم بالمكلف موقوف على وجود بعثة الرسل - عليهم السلام - فمعنى (لا حكم للأشياء قبل الشرع : أى لا تعلق للأمر) (١) .

ولقد بين الماوردى فى الطيب والخبيث من الأطعمة أنه إن تساوى فريقان من العرب فى استنطابه الشيء واستخبائه فقيه وجهان بناء على اختلاف الفقهاء فى أصول الأشياء قبل ورود الشرع هل هى على الإباحة أو الخطر .

أحد الوجهين : أنها على الإباحة حتى يرد الشرع بالخطر ، فعلى هذا يكون تكافؤ اختلافهم فيه حلالاً .

(١) البحر المحيط فى أصول الفقه للزركشى - ج ١ - ص ٣٨٣ - ط/ دار الفصوة للطباعة الغردقة سنة ١٩٩٢ م .

والوجه الثاني : أنها على الخطر حتى يرد شرع بالإباحة ، فعلى هذا يكون تكافؤ اختلافهم فيه حراماً (١) .

ونقل الغزالي عن المعتزلة ثلاثة أقوال :

الأول : أن الأفعال قبل ورود الشرع على الإباحة .

الثاني : أنها على الحظر .

الثالث : أنها على الوقف .

قال الغزالي : وهذه المذاهب باطلة فمذهب الإباحة باطل ، لأننا نقول بان المباح يستدعى مباحاً ، كما يستدعى العلم والذكر ذاكراً وعالماً ، والمبيح هو الله تعالى إذا خير بين الفعل والترك بخطابه ، فإذا لم يكن خطاب لم يكن تخيير فلم تكن إباحة .

وأما مذهب الحظر فباطل أيضاً ، إذ لا يعرف حظرها بضرورة العقل ولا بدليله ، معنى الحظر : ترجيح جانب الترك على جانب الفعل لتعلق ضرر بجانب الفعل فمن أين يعلم ذلك ، ولم يرد سمع والعقل لا يقضى به بل ربما يتضرر بترك الم لذات عاجلاً فكيف يصير تركها أولى من فعلها (٢) .

ومن هنا كان رأى الأئمة باتفاق أنه لا حكم للأشياء قبل ورود الشرع بها هو الأولى ؛ لأنه لم يرد خطاب من الشارع الحكيم على لسان رسله ، فلم

(١) الحاوي الكبير - ج١٩ - ص ١٦٠ .

(٢) المستصفي للغزالي - ج١ - ص ٣٦ - ط/ المطبعة الأميرية - بولاق ، ولاحظ في

هذه المسألة : شرح الكوكب المنير - ج٣ - ص ٤٢٤ ، والأحكام للأمدى ج١ -

ص ١٧٧ ، والواضح في أصول الفقه لابن عقيل - ج٢ - ص ٤٨٨ - ط/ مؤسسة

الرسالة ، وسلم الوصول - ج٤ - ص ٣٥٢ .

يتعلق بفعل الأشياء قبل ورود الشرع شيء ، لقوله تعالى : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ (١) .

قال ابن كثير : في الآية الكريمة إخبار عن عدله تعالى ، وأنه لا يعذب أحداً إلا بعد قيام الحجة عليه بإرسال الرسول إليه (٢) .

الفرع الثاني

في

حكم الأشياء بعد ورود الشرع

اختلف أئمة الفقه والأصول في حكم الأشياء بعد ورود الشرع ، ولم يرد في الشريعة نص في حكمها هل هي على الإباحة أم الحظر ؟
وخلافهم ينحصر في ثلاثة أقوال :

القول الأول :

أن الأصل في الأشياء التي لم يرد فيها نص من الشارع في شأنها أنها على الحظر .

وهو قول لبعض الحنابلة ، وابن حزم الظاهري (٣) .

(١) الآية (١٥) من سورة الإسراء .

(٢) تفسير ابن كثير - ج ٣ - ص ٢٨ .

(٣) ولابن حزم باع طويل في الدفاع عن هذا الرأي ، قال : إن رسول الله (ﷺ) أمر في الديانة بأمر ونص فيه بلفظ ما ، لم يجز تعدى ذلك اللفظ إلى غيره وهذا قول الحسن بن حامد البغدادي الحنبلي ، وأبو يعلى بن الفراء الحنبلي ، لاحظ المحلى لابن حزم - ج ١ - ص ٢٥٩ .

القول الثانی :

أن الأصل فى الأشياء التى لم يرد فيها نص من الشارع فى شأنها ، أنها على الوقف (١) .

القول الثالث :

وهو قول جمهور الفقهاء " أن الأصل فى الأشياء الإباحة " .
ولقد اشتهرت هذه القاعدة على السنة الفقهاء حتى صارت قاعدة أصولية يبنى عليها كثير من الأحكام الشرعية (٢) .

الأدلة :

استدل أصحاب القول الأول القائلين بالحظر بما يلى :

١- قوله تعالى : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾ (٣)

وجه الدلالة :

أن ما حرمه الله تعالى علينا قد فصله لنا فى كتابه العزيز ونص على حكمه فهو محرم .

(١) روضة الناظر ج١ - ص ١١٧ ، إعلام الموقعين - ج٢ - ص ٣٤٨ ، ونقل هذه الأقوال ابن عابدين فى حاشيته - ج١ - ص ١٠٥ .

(٢) الأشياء والنظائر لابن نجيم - ص ٦٦ ، إرشاد الفحول للشوكانى - ص ٢٥١ ، والأحكام لابن حزم - ج١ - ص ٢٥٩ ، حاشية ابن عابدين - ج١ - ص ١٠٥ ، فتح القدير لابن الهمام - ج٤ - ص ٣٤٢ ، الموافقات للشاطبى - ج٤ - ص ٣١٤ ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموى - ص ٧٣ .

(٣) الآية (١١٩) من سورة الأنعام .

نوقش هذا الاستدلال :

بأنه خارج عن محل النزاع ؛ لأن كلامنا فيما لم ينص على حكمه ، أو حكم نوعه ، وأما ما قد فصله وبين حكمه فهو كما بينه بلا خلاف (١) .

٢- قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتَكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِنَقُتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ ﴾ (٢) .

وجه الدلالة :

أن الله تعالى أخبر بأن التحريم والتحليل ليس إلينا وإنما هو إليه فلا تعلن الحلال والحرام إلا بإذنه (٣) .

نوقش هذا الاستدلال :

بأن القائلين بالإباحة لم يقولوا بذلك من جهة أنفسهم بل قالوه بالدليل الذي استدلوا به من كتاب الله وسنة نبيه (ﷺ) ، فلا ترد هذه الآية عليهم ، ولا تعلق لها بمحل النزاع (٤) .

٣- قالوا : إن النصوص في الكتاب والسنة تدل على وجوب الوقوف على ما ورد في النصوص من إيجاب أو حرمة ، أو تحريم أو إباحة ، ورد ما عدا ذلك .

(١) إرشاد الفحول - ص ٢٥٢ - ط/ الطباعة المنيرية - بمصر .

(٢) الآية (١١٦) من سورة النحل .

(٣) أحكام الأطعمة د/ عبد الله الطريقي - ص ٩٨ - ط/ أولى الرياض .

(٤) إرشاد الفحول - ص ٢٥٢ .

ومن ذلك قول الله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ ، ونظائر هذه الآية كثير (١) .
من السنة المشرفة :

١- ما جاء في الحديث الصحيح من قوله (ﷺ) " ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط " .

وقوله (ﷺ) " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد (٢) " .

وجه الدلالة :

قالوا : أن المباح هو ما ورد بإباحته نص ، وإن كل عقد وعهد ووعد وشرط ليس في كتاب الله الأمر به ، أو النص على إباحته هو من قبيل العهود والعقود والوعود والشروط الباطلة (٣) .

بيان ذلك : أن الأشياء التي لم يأت النص على إباحتها لا يخلو من أحد وجوه أربعة :

إما أن يكون صاحبه قد التزم فيه إباحة ما حرم الله ورسوله ، أو تحريم ما إباحة ، أو إسقاط ما أوجبه ، أو إيجاب ما أسقطه ولا خامس لهذه الأقسام البتة .

(١) المحلى لابن حزم - ج٧ - ص ٢٧١ - م ١٤٢١ .

(٢) صحيح البخارى - ج٢ - ص ٩٣ .

(٣) المحلى لابن حزم - ج٧ - ص ٢٧١ .

قالوا : فإذا أعطينا المكلف الحق في أن يتصرف في إباحة ما حرم الله ورسوله ، أو تحريم ما أباحه ، أو إسقاط ما أوجبه ، أو إيجاب ما أسقطه ، فهذا القول قول من انسلخ عن الدين .

وإن ملكناه البعض دون البعض فهذا ترجيح بلا مرجح وتناقض واضح ، لأنه لا فرق بين ما يملكه من ذلك وما لا يملكه ، والواضح أنه لا فرق^(١) .

نوقش هذا من قبل الجمهور :

بأن القول بإبطال كل عقد أو عهد أو وعد أو شرط لم يأت النص على إباحته بناء على أن الأمر لا يخلو من أربعة وجوه . وهذا الاحتجاج غير مفيد ، ولا ينتج المدعى به ، ويجاب عنه : بأن ما ذكرتموه من تضمن الشرط لأحد الأمور الأربعة ينقصه قسم خامس وهو الحق ، وهو ما أباحه الله تعالى للمكلف الذي تتنوع أحكامه بالأسباب التي ملكه إياها فيباشر من الأسباب ما يحله له بعد أن كان حراماً عليه ، أو يحرمه عليه بعد أن كان حلالاً له ، أو يوجبه بعد أن لم يكن واجباً أو يسقطه بعد وجوبه ، وليس في ذلك تغيير لأحكامه سبحانه وتعالى ، بل كل ذلك من أحكامه فهو جل وعلا الذي أحل وحرم وأوجب وأسقط ، وإنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ، وهذا يقتضى أن كل شيء حلال إلا ما فصل الله تحريمه في القرآن الكريم أو السنة المشرفة^(٢) .

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين - ج ٢ - ص ٣٤٧ ، عقود الاستثمار أ.د. أحمد الحصري - ص ١٦ .

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية - ج ٣ - ص ٣٣٥ .

أدلة القول الثّانى : القائلون بالتوقف :

١- ما روى عن سلمان الفارسى (رضي الله عنه) قال : قال رسول الله (ﷺ) " إن الحلال بين ، وإن الحرام بين وبينهما أمور مشبهات لا يعلمهن كثير من الناس فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع الشبهات وقع في الحرام كالرّاعى يراعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ، إلا وإن لكل ملك حمى ، ألا وإن حمى الله محارمه ، ألا وإن فى الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله ، وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهى القلب (١) .

وجه الدلالة :

بين رسول الله (ﷺ) فى هذا الحديث الشريف أن الحلال بين ، وأن الحرام بين وبينهما متشابه ، وحذر من المتشابه وهذا يقتضى التوقف ، لأن الأخذ بالإباحة أخذ بالمتشابه المنهى عنه (٢) .

نوقش هذا الاستدلال :

بأن الله سبحانه وتعالى قد بين حكم ما سكت عنه بأنه حلال ، وليس المراد بقوله (ﷺ) : " وبينهما مشبهات " إلا ما لم يدل الدليل على أنه حلال طلق أو حرام واضح بل تتازعه أمران : أحدهما : يدل على إلحاقه بالحلال ، والآخر : يدل على إلحاقه بالحرام كما يقع ذلك عند تعارض الأدلة أما ما سكت الله عنه فهو مما عفا عنه .

لحديث : " الحلال ما أحله الله فى كتابه ، والحرام ما حرم الله فى

(١) صحيح البخارى - ج١ - ص١٦ ، نيل الأوطار - ج٥ - ص١٦٥ .

(٢) إرشاد الفحول - ص٢٥٢ ، نيل الأوطار للشوكانى - ج٥ - ص١٦٥ .

كتابه ، وما سكت عنه فهو مما عفا لكم (١) .

وأخرج الدار قطنى عن أبى ثعلبة أن رسول الله (ﷺ) قال : " أن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، وحد حدوداً فلا تعتدوها ، وسكت عن أشياء رحمة لكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها (٢) .

٢- قالوا : " إن تعارض الأدلة يوجب علينا القول بالوقف لتكافؤ الأدلة ، فبعضها يدل على الإباحة وبعضها يدل على التحريم (٣) .
نوقش هذا الاستدلال :

بأنه لا تعارض بين الأدلة مع وجود المرجح ؛ حيث إن أدلة من قال بالإباحة لقوتها وخلوها من المعارضة .

وبإليك أدلة القول القائل بالإباحة :

أدلة القول الثالث :

استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول ونذكر من ذلك ما يأتى :

أولاً : من الكتاب :

١- قوله تعالى : ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾ (٤) .

(١) سنن أبى داود ج٢ - ص ٣١٩ .

(٢) نيل الأوطار للشوكانى - ج٥ - ص ١٦٥ .

(٣) سلم الوصول لشرح نهاية السؤل - ج٤ - ص ٣٥٣ ، وأحكام الأطعمة د/ الطريقي - ص ١٠٢ .

(٤) الآية (٢٩) من سورة البقرة .

٢- قوله تعالى : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ (١) .

٣- قوله تعالى : ﴿ أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعْمَهُ ظَاهِرَةً وَبَاطِنَةً ﴾ (٢) .

٤- قوله تعالى : ﴿ اللَّهُ الَّذِي سَخَّرَ لَكُمْ الْبَحْرَ لِتَجْرِيَ الْفُلُكُ فِيهِ بِأَمْرِهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلِعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ، وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ (٣) .

ومن الملاحظ في الآية الأولى أن الله تعالى امتن على عباده بخلق جميع ما في الأرض لهم ، وسخر لهم ما في السماوات والأرض جميعاً منه كما تقرر في الآية الثانية والثالثة ، وهذه المنة تقتضي الإباحة وحل الانتفاع - بحسب الأصل - فإنه لو كان محرماً عليهم لم يكن مخلوقاً لهم ولا مسخراً لمصلحتهم ، ولا إنعاماً عليهم (٤) ، ومن هذه الأدلة يتضح بما لا يدع مجالاً للشك أن الأصل في الأشياء الإباحة إلا ما ورد دليل تحريمها .

جاء في تفسير المنار :

أن المارد إباحة الانتفاع بها أكلًا وشربًا ولباسًا وتدأويًا وركوبًا وزينة (٥) .

(١) الآية (١١٩) من سورة الأنعام .

(٢) الآية (٢٠) من سورة لقمان .

(٣) الآية (١٣، ١٢) من سورة الجاثية .

(٤) إرشاد الفحول للشوكاني - ص ٤٨٠ ، وتفسير المنار سورة الجاثية .

(٥) تفسير المنار - ج ١ - ص ٢٤٧ سورة البقرة .

٥- قوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ إِلَىٰ حِينٍ ﴾ (١) .

فقد أباح الله تعالى لعباده الاستمتاع ، والانتفاع بما فى الأرض إلى حين انتهاء الحياة ، وذلك دليل الإباحة الأصلية للأشياء .

٦- قوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا أُجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِثْقَالَ مَيْتَةٍ أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ﴾ (٢) .

ويلاحظ أن هذا الحصر الإلهي الذي جاء فى أسلوب الآية الكريمة يدل على أنه عند عدم وجود تحريم لأى شىء فى مصادر الأحكام الشرعية ، فإنه يدل على نفي التحريم عن هذه الأشياء التى لم ينص على تحريمها ، وذلك دليل الحل الأصلى للأشياء .

بل قال بعض العلماء : أن هذه الآية تشعر بأن إباحة الأشياء مركوزة ومستقرة فى العقل قبل الشرع ؛ لأن فيها استدلالاً على الحل بعدم وجود التحريم إلا للأشياء المذكورة فيها (٣) .

٧- قوله تعالى : ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ ﴾ (٤) .

(١) الآية (٣٦) من سورة البقرة .

(٢) الآية (١٤٥) من سورة الأنعام .

(٣) الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم - ج١ - ص ٢٥٩، ٢٦٠ ، والقواعد الفقهية

أ.د. عبد العزيز عزام - ص ١٢٦ - ط/ دار الرسالة بمصر .

(٤) الآية (٣٢) من سورة الأعراف .

فقد استكرت الآية الكريمة - بأسلوب الاستفهام الاستكاري - تحريم ما خلقه الله سبحانه وتعالى وأخرجه لعباده وزين به الحياة الدنيا لعباده ، وإذا انتفت الحرمة الشرعية ثبتت الإباحة الدينية .^(١)

٨- قوله تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أَحَلَّ لَهُمْ قُلْ أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ ﴾^(٢) .

فليس المراد بالطيب فى الآية الحلال ، لأنه يؤدى إلى التكرار وعدم الفائدة ، وإلى الدور ؛ إذ يكون معنى الآية : أحل لكم الحلال ، وإنما المراد بالطيبات : ما تستطيه النفوس والطباع فكان كل طيب حلال شرعاً بحكم هذه الآية ، ولو لم يرد فيه نص خاص به ، استناداً إلى الحكم الأصلية للأشياء ، وهى الإباحة .

ثانياً : من السنة المشرفة :

١- ما روى عن سعد بن أبى وقاص (رضي الله عنه) قال : قال رسول الله (ﷺ) : " إن أعظم المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم فحرم من أجل مسألته " ^(٣) .

(١) أحكام القرآن لابن العربي - ج٢ - ص ٧٨٢ .

(٢) الآية (٤) من سورة المائدة .

(٣) ويؤنب عمر بن عبد العزيز (رضي الله عنه) أحد عماله لمبالغته فى الأسئلة واستقصائه ، فيقول له : إذا أمرتك أن تعطى فلاناً شاة ، سألتى أضان أم ماعز ؟ فإن بينت لك ، قلت : أنكر أم أنثى ؟ فإذا أخبرتك ، قلت : أسوداء أم بيضاء ، ثم أدبه بأداب القرآن والسنة ، وقال له : أمرتك - بشيء فلا تراجعنى ، تفسير المنار سورة البقرة - آية ٦٧ ، فى قصة ذبح البقرة ، ومبالغة اليهود فى السؤال والاستقصاء فلو سارعوا إلى الإجابة وذبحوا أى بقرة لأجزأتهم وكانت امتثالاً منهم ، ولكنهم شددوا فشد الله عليهم ، لاحظ الحديث فى صحيح البخارى - ج٩ - ص ٧٧ .

دل الحديث الشريف على أن الأصل في الأشياء هو الحل ، وأن السؤال والاستقصاء المؤدى إلى التحريم والمنع من أعظم الجرائم التى يوقعها المسلم على غيره من المسلمين لما فيه من تضيق ساحة الحلال الرحبة وإعنات المسلمين وإرهاقهم بشؤم سؤاله .

٢- ما روى عن ابن عباس (رضي الله عنه) قال : كان أهل الجاهلية يأكلون أشياء ويتركون أشياء تقدرأ فبعث الله تعالى نبيه (صلى الله عليه وسلم) ، وأنزل كتابه ، وأحل حلاله وحرم حرامه ، فما أحل الله فهو حلال ، وما حرم فهو حرام ، وما سكت عنه فهو عفو ، وتلا : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً .. الآية ﴾ (١) .

أى ما سكت عنه فهو على أصل الحل ، وهو معفو عنه ، لا عقاب على فعله ، وهذا باب من أبواب الرحمة على العباد من الله تعالى .

٣- قوله (صلى الله عليه وسلم) : " يأتى على الناس زمان لا يبالى المرء ما أخذ منه : أمن الحلال أم من الحرام (٢) " .

٤- قوله (صلى الله عليه وسلم) : " ما أحل الله فهو حلال ، وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته ، فإن الله لم يكن لينسى شيئاً " وتلا : " وما كان ربك نسياً (٣) " .

(١) الآية (١٤٥) من سورة الأنعام ، ولاحظ الحديث فى جامع الأصول - ج ١ -

ص ٥٦٨ - ط/ مطبعة السنة والمحمدية - مصر .

(٢) جامع الأصول - ج ١٠ - ص ٥٦٨ .

(٣) صحيح البخارى - ج ٤ - ص ٢٥٩ .

ففي هذه الأحاديث دلالة واضحة على أن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد الشرع بخلاف ذلك (١) .

ومن المعقول :

أن الله سبحانه وتعالى إما أن يكون خلق هذه الأعيان أو الأشياء لحكمة ، أو لغير حكمة وكونه خلقها لغير حكمة باطل ، لقوله تعالى : ﴿ وَمَا خَلَقْنَا السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لَاعِبِينَ ﴾ (٢) .

وقوله تعالى : ﴿ أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا ﴾ (٣) .

والعبث لا يجوز على الله تعالى ، فثبت أنه سبحانه وتعالى خلقها لحكمة ، ولا تخلو هذه الحكمة ، إما أن تكون لعود النفع إلى الله سبحانه وتعالى ، أو إلينا ، والأول باطل ؛ لاستحالة الانتفاع عنه سبحانه وتعالى ، فثبت انه خلقها لينتفع بها المحتاجون إليها ، فعلى هذا كان نفع المحتاج مطلوب الحصول أينما كان ، فثبت أن الأصل في الأشياء الإباحة (٤) .

الرأى الراجح :

من مطالعة أقوال الفقهاء وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات يبدو لى رجحان القول القائل بأن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد دليل الحظر ؛ لعموم الأدلة من الكتاب والسنة على إباحة الانتفاع والاستمتاع بما خلقه الله تعالى لعباده من جميع الطبييات لما فيها من المنفعة للإنسان في دينه وبدنه .

(١) القواعد الفقهية ، أ.د. عبد العزيز عزام - ص ١٢٨ - ط/ مؤسسة الرسالة - مصر الموافقات للشاطبي - ج٤ - ص ٣١٣ - الناشر / المكتبة التجارية - مصر .

(٢) الآية (٣٨) من سورة الدخان .

(٣) الآية (١١٥) من سورة المؤمنون .

(٤) عمر عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي - ج١ - ص ٩٧ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم - ص ٦٦ ، وإرشاد الفحول - ص ٢٥٧ .

الفصل الثاني

الحلال والحرام والمكروه من المأكولات البرية والبحرية

الغذاء الإنسانى الذى يؤكل نوعان : نبات وحيوان .

أولاً : النباتات :

وهو كل ما يؤكل قوتاً ، أو تفكهاً ، فإن كانت هذه النباتات مما يزرعها
الآدميون فهي ملك لزارعها ، وإن كانت مما أنبتته الله تعالى فى الموات فهي
ملك لآخذها .

والنبات على أربعة أقسام :

أحدها : ما كان غذاء كالحبوب والثمار و الفواكه والبقول ، فأكلها
مباح وبيعها جائز ، قال ابن قدامة : فيحل كل طعام طاهر لا مضرة به
كالحبوب والثمار ؛ لأنها من الطيبات ؛ لأن الأصل فى الأشياء الإباحة (١)
بقوله تعالى : ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾ (٢) . إلا ما كان
نجساً فإنه حرام الأكل .

القسم الثانى :

ما كان دواء ، وهو ما يزرع للتداوى من النباتات ، فأكله للتداوى
مباح، وينظر فى أكله لغير التداوى ، فإن كان ضاراً منع من أكله ، وأن كان
غير ضار أبيع أكله ، وبيعه فى الحالين جميعاً جائز .

(١) المغنى والشرح الكبير - ج ١١ - ص ٦٤ ، العدة شرح العمدة - ص ٤٤٢ .

(٢) الآية (٢٩) من سورة البقرة .

القسم الثالث : ما كان مسكراً ، وهو على ثلاثة أضرب :

أحدها : أن يكون فيه مع السكر شدة مطربة فأكله حرام ، وعلى أكله الحد ، ولا يجوز أن يستعمل في دواء ولا غيره كالخمر ، وبيعه حرام . (١)

الضرب الثاني : أن يسكر ، ولا تكون فيه شدة مطربة كالبنج ، فأكله حرام ، ولا حد على أكله ، ويجوز أن يستعمل في الدواء عند الحاجة ، وإن أفضى إلى السكر إذا لم يوجد من إسكاره بُدٌ وينظر في بيعه : فإن كان يستعمل في الأدوية غالباً جاز بيعه ولم يكره ، وإن كان يستعمل فيها نادراً كره بيعه وإن جاز .

الضرب الثالث : ما أسكر مع غيره ولم يسكر بانفراده كالداذى (٢) ، وما شاكله ، فينظر فيه : فإن لم ينتفع به من دواء ، ولا غيره ، حرم أكله وبيعه تغليباً لغالب أحواله ، وإن انتفع بأكله في الدواء حل أكله تداوياً وجزأ بيعه ، وكان مكروهاً إن كان أغلب أحواله استعماله في المسكر ولم يكره إن كان أغلب أحواله استعماله من غير المسكر .

والقسم الرابع : ما كان ضاراً كالسموم والمخاط والمنى والستراب والحجر ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ﴾ (٣) ، وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ (٤) ، وأكل هذه الأشياء تهلكة فوجب ألا تحل ،

(١) الحاوي الكبير - ج ١٩ - ص (٢٠٨) .

(٢) الداذى : هو نبات ، وقيل هو شيء له عقود مستطيل على شكل حب الشعير يوضع منه مقدار رطل في الإناء فتعقب رائحته ويوجد أسكاره لسان العرب - ج ٣ - ص (٣٩١) - ط / دار صادر .

(٣) آية (٢٩) من سورة البقرة .

(٤) آية (١٥٩) من سورة البقرة .

لكن قال المالكية : بأن أكل الطين مكروه وقيل : حرام على الأرجح (١) ، وهو على أربعة أضرب .

أحدها : ما قتل قليله وكثيرة ، فأكله حرام ، وبيعه باطل ، سواء كان قتله موجباً أو مبطناً

والضرب الثاني : ما قتل كثيرة دون قليله ، فأكل كثيرة حرام ، فأما قليله ، فإن كان غير منتفع به حرم أكله ، وبطل بيعه تغليباً لضرره وإن كان منتفعاً للتداوى ، حل أكله تداوياً وجاز بيعه .

الضرب الثالث : ما يقتل في الأغلب ، وقد يجوز أن لا يقتل ، فحكم الأغلب له ألزم ، ويكون على ما تقدم .

والضرب الرابع : ما لا يقتل في الأغلب ، وقد يجوز أن يقتل ، والصحيح أن إباحته لأكله إذا كان منتفعاً به للتداوى ، ويحرم أكله إذا كان غير منتفع به في التداوى . (٢)

وخلاصة ما تقدم في النبات :

أن النبات كله حلال إلا النجس الضار والمسكر أما النجس أو ما خالطه نجاسة (المنتجس) (٣) فلا يوكل لقوله تعالى : ﴿ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمْ

(١) لاحظ القوانين الفقهية - ص(١٧٣) ، الشرح الصغير - ج٣ - ص(١١٥) ، المهذب ج١ - ص(٢٤٩) ، كشاف القناع - ج٦ - ص(١٩٠) .

(٢) الحاوي الكبير - ج١٩ - ص(٢٠٨ ، ٢٠٩) ، وبداية المجتهد - ج١ - ص(٤٥٠) فما بعدها ، مغنى المحتاج - ج٤ - ص(٣٠١) فما بعدها ، كشاف القناع - ج٦ - ص(١٨٨) فما بعدها .

(٣) كالذى يسقى بالماء النجس من الزروع والثمار محرم ؛ لأنه يتغذى بالنجاسات وتسرى فيه أجزاؤها ، المغنى - ج١١ - ص(٩٣) .

الْخَبَائِثَ ^(١) والنجس خبيث ، ولو تتجس طاهر كخل ، وزيت ، ودهن حرم أكله ، لقوله (ﷺ) في الفأرة تقع في السمن ، وتموت فيه : " إن كان جامداً فألقوها وما حولها ، وكلوا ، وإن كان مائعاً فأريقوه ^(٢) " ، فلو حل أكله لم يأمر بإراقته .

وأما المسكر : فحرام تناوله لقوله تعالى فيه : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ^(٣) ﴾ .

وأما الضار فلا يحل أكله كالسموم ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ^(٤) ﴾ .

أما ما لا يضر أكله كالفواكه والحبوب وغيرها مما فيه فائدة للبدن ، فحلل أكله لقوله تعالى : ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ ^(٥) ﴾ .

وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَاشْكُرُوا لِلَّهِ إِنْ كُنْتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ ^(٦) ﴾ .

(١) آية (١٥٧) من سورة الأعراف .

(٢) الحديث أخرجه أحمد والنسائي عن ميمونة سبل السلام للصنعاني - ج ٣ -

ص (٨) - ط / مصطفى البابی الحلبي - بمصر .

(٣) آية (٩٠) من سورة المائدة .

(٤) آية (٢٩) من سورة النساء .

(٥) آية (٣٢) من سورة الأعراف .

(٦) آية (١٧٢) من سورة البقرة .

وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الرُّسُلُ كُلُوا مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَاعْمَلُوا صَالِحًا إِنِّي بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ^(١) ﴾

وقوله تعالى : ﴿ كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَلَا تَطْغَوْا فِيهِ فَيَحِلَّ عَلَيْكُمْ غَضَبِي وَمَنْ يَحِلَّ عَلَيْهِ غَضَبِي فَقَدْ هَوَى ^(٢) ﴾ .

وفى هذه الآيات أمر من الله للمؤمنين بما أمر به المرسلين أن يأكلوا من الطيبات .

ولقد أمر رسول الله (ﷺ) المسلمين أن يأكلوا من الطيبات فجاء الحديث الشريف الذى رواه البخارى بسنده عن النبى (ﷺ) قال : ﴿ إن أول ما ينتن من الإنسان بطنه فمن استطاع أن لا يأكل إلا طيباً فليفعل ^(٣) ﴾

ولقد ذكر رسول الله (ﷺ) الرجل يطيل السفر أشعث أغبر يمد يديه إلى السماء يقول : يارب ، ومطعمه حرام ومشربه حرام وملبسة حرام وغذى بالحرام فأنى يستجاب لذلك ^(٤) .

وفى هذه الأحاديث الشريفة دلالة واضحة على فضيلة الكسب من الحلال الطيب ، الذى يكون سبباً لمرضاة الله تعالى ، بخلاف الكسب الخبيث الذى يكون نقمة على صاحبه فى الدنيا والآخرة .

(١) آية (٥١) من سورة المؤمنون .

(٢) آية (٨١) من سورة طه .

(٣) صحيح البخارى - ج٩ - ص (٥٣) ، كتاب الأحكام .

(٤) أخرجه الإمام أحمد فى مسنده - ج٢ - ص (٣٢٨) .

النوع الثاني : الحيوان

وأما الحيوان فنوعان : مائى وبرى .

١- المائى : فيحل منه السمك بالاتفاق إلا الطافى منه فلا يحل عند

الحنفية (١) ، ويحل عند غيرهم (٢) ، وكره مالك خنزير الماء ،

والمعتمد عند المالكية : أن خنزير الماء وكلب الماء مباح (٣) .

أى أنه يباح عند المالكية حال الاختيار أكلاً وشرباً كل طعام طاهر ،

والحيوان البحرى ولو آدميه وخنزيره ، وإن كان ميتاً ، وكذا السرطان ،

والضفدع وحية الماء ، وكلبه (٤) .

(١) تبين الحقائق - ج١ - ص(١٠) ، بدائع الصنائع - ج٥ - ص(٣٩) .

(٢) حاشية الدسوقى - ج٢ - ص(١١٥) ، مغنى المحتاج - ج٤ - ص(٢٦٨) ،

المغنى - ج٨ - ص(١٠٥) .

(٣) حاشية الدسوقى - ج٢ - ص(١٨٢) .

(٤) الشرح الصغير - ج٢ - ص(١٨٢) .

مما سبق يتضح لنا رأيان في حيوان البحر :

الرأى الأول :

يرى الحنفية : أن جميع حيوانات البحر محرمة (١) ما عدا السمك ،
إلا الطافي منه (٢).

الرأى الثانى :

لجمهور الفقهاء : أن جميع حيوانات البحر التى تعيش فيه مباحة حتى
الطافي منها (٣). إلا الضفدع ؛ لأنه مما يعيش فى البر والبحر ، ولنهى النبى
(ﷺ) عن قتل الضفدع (٤) ولو حل لم ينه عن قتله ، أباح المالكية أكل
الضفادع إذ لم يرد نص بتحريمها . (٥)

أدلة الحنفية :

استدل الحنفية بالكتاب والسنة بما يلى :

من الكتاب : قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ
الْخِنْزِيرِ (١) ﴾

(١) والمنقول فى فتح القدير وتكلمته : أن الله تعالى أحل صيد البحر وطعامه من غير
فصل بين السمك وغيره ، لأنه لا دم فى هذه الأشياء إذ الدموى لا يسكن الماء ،
والمحرم هو الدم فأشبهه السمك ، نتائج الأفكار تكلمة فتح القدير - ج ٩ -
ص (٥٠٣) .

(٢) بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٥) .

(٣) حاشية الدسوقي - ج ٢ - ص (١٣٥) ، المجموع - ج ٩ - ص (٣٢) .

(٤) الحديث أخرجه الزيلعى فى نصيب الراية لتخريج أحاديث الهداية - ج ٤ -
ص (٢٠١) .

(٥) الشرح الصغير - ج ٢ - ص (١٨٢) ، حاشية الدسوقي - ج ٢ - ص (١٣٧) .

(١) آية (٣) من سورة المائدة.

وجه الدلالة :

أن الله سبحانه وتعالى ذكر من المحرمات لحم الخنزير من غير فصلٍ بين البرى والبحرى (١) .
نوقش هذا :

بأن المراد بالخنزير خنزير البر (١) ، أما خنزير البحر فحلال لعموم الأدلة الدالة على حل ما فى البحر حياً وميتاً ، ومنها قوله (ﷺ) : (ﷻ) هو الطهور ماؤه الحل ميتته (٢) .
٢- قوله تعالى : (ﷻ) .

وجه الدلالة :

أن الضفدع والسلفاة والسرطان والحية والخنزير ونحوها من الخبائث (٣) .
نوقش هذا :

بأن التشابه فى الاسم لا يوجب التشابه فى الحكم ، ولو كان التشابه فى الاسم يحل أو يحرم لكان من شاء أن يحل الحرام أحله بأن يسميه باسم شىء حلال (٤)

(١) بدائع الصنائع - ج٥ - ص (٣٥) .

(٢) وهو حيوان له نابان يضرب بهما ، ورأسه كراس الجاموس ، وله ظلف كالبقر ، ولقد أجمع المسلمون على تحريمه فلا يحل أكل لحمه ولا شحمه ولا جلده ولا عصبه ولا مخه ولا غضروفه ولا حشوته ولا يستعمل شعره ، الذكر والأنثى فيه سواء ، المحلى - ج٧ - ص (٣٨٩) - م / ٩٨٩ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) آية (١٥٧) من سورة الأعراف .

(٥) فتح القدير - ج٩ - ص (٥٠٣) ، بدائع الصنائع - ج٥ - ص (٣٥) .

(٦) المحلى لابن حزم - ج٧ - ص (٣٩٤) ، الحاوى الكبير - ج١٩ - ص (٧٣ ، ٧٤)

ومن السنة المشرفة :

ما روى أن النبي (ﷺ) نهى عن قتل الضفدع ، وروى أنه لما سئل عن ضفدع يجعل شحمه في الدواء فنهى عليه الصلاة والسلام عن قتل الضفادع .

وفى رواية : أنه لما سئل عنه ، فقال عليه الصلاة والسلام " خبيثة من الخبائث (١) وجه الدلالة :

أن النهى عن قتله نهى عن أكله لما نقل أنه من الخبائث ، بقوله (ﷺ) ﴿ إنها خبيثة من الخبائث (٢) ﴾ فكانت الإباحة مقصورة على المنصوص عليه الوارد في قوله (ﷺ) ﴿ أحلت لنا ميتتان ودمان ، أما الميتتان (السماك والجراد) ، والدمان (الكبد والطحال) (٣) ﴾ .
نوقش هذا :

بأن ما يعيش في البحر ليس بخبيث ، والضفدع ليس مما يعيش في البحر خاصة بل قد يعيش في البر والبحر ، وعلى هذا فالدليل أعم من الدعوى . (٤)

أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على إباحة جميعه بقوله تعالى : ﴿ أَجَلٌ لَّكُمْ صَيِّدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ (٥) ﴾ .

(١) نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية - ج٤ - ص(٢٠١) - ط / مصطفى البابى الحلبي - بمصر .

(٢) بدائع الصنائع - ج٥ - ص(٣٥) .

(٣) الحديث أخرجه البيهقي في باب الصيد والذبائح - ج٩ - ص(٢٧١) .

(٤) الحاوي للماوردي - ج١٩ - ص(٧٤) .

(٥) آية (٩٦) من سورة المائدة .

وتعنى الآية الكريمة بصيد البحر صيد الماء من بحر أو نهر أو عين أو بئر ؛ لأن أصل جميع المياه من البحر .
وفى طعامه تأويلان :

أحدهما : طافية ، وهو قول : أبى بكر وعمر (رضى الله عنهما) .

والثانى : مملوحوه وهو قول : ابن عباس (رضي الله عنه) .

وفى قوله (متاعاً) تأويلان :

أحدهما : طعام .

والثانى : منفعة

وفى قوله : (وللسيارة) ثلاثة تأويلات :

أحدهما : الحلال والمحرم .

الثانى : المقيم والمسافر .

والثالث : لأهل الأمصار وأهل القرى (١)

وجه الدلالة من الآية :

والدليل فى هذه الآية من وجهين :

أحدهما : قوله تعالى : ﴿ أَجَلٌ لَّكُمْ صَيِّدُ الْبَحْرِ ﴾ يعنى : حيوان البحر ،

فكان على عمومته فى جميع حيواناته .

والثانى : قوله تعالى : ﴿ وَطَعَامُهُ مَتَاعاً لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ ﴾ يعنى

مطعمومة ، فدل على أن جميعه مطعوم (٢) .

(١) تفسير ابن كثير - ج ٢ - ص (٩٥ ، ٩٦) أحكام القرآن لابن العربي - ج ٢ -

ص (٦٨٣ ، ٦٨٤) .

(٢) الحاوى الكبير - ج ١٩ - ص (٧٣) .

من السنة المشرفة :

١- ما روى عن أبي هريرة (رضي الله عنه) عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه قال في البحر ﴿ هو الطهور ماؤه الحل ميتته ﴾ (١) .
وجه الدلالة :

أن في هذا الحديث الشريف دلالة على حل جميع حيوانات البحر ، لأن النبي (صلى الله عليه وسلم) وصف ميتة البحر بالحل من غير فصل بين السمك وغيره فعما ، ولم يخصها (٢) .

٢- ما روى عن أبي بكر (رضي الله عنه) أنه قال : ﴿ كل دابة تموت في البحر فقد ذكاه الله لكم ﴾ (٣) .

وهذا الأثر محكى عن غيره من الصحابة وليس فيه مخالف له ، فكلن إجماعاً ؛ ولأن ما لم يعيش من الحيوان إلا قى الماء حل أكله ميتاً كالحوت (٤) .

الرأى الراجع :

ورغم ما ورد من مناقشات ساقها صاحب البدائع (٥) ، إلا أن رأى الجمهور فيه توسعة على الناس ، ولعموم الأدلة التى تدل على حل صيد

(١) سبق تخريجه - ص (٢٥) .

(٢) الحاوى الكبير - ج ١٩ - ص (٧٤) ، فتح القدير - ج ٩ - ص (٥٠٣) .

(٣) الحديث أخرجه البيهقى - ج ٩ - ص (٢٥٢) .

(٤) الحاوى الكبير - ج ١٩ - ص (٧٤) ، الشرح الصغير - ج ٢ - ص (١٨٢) ،

والمغنى - ج ٨ - ص (١٠٥) ، المحلى - ج ٧ - ص (٣٩٣) - م / ٩٨٩ .

(٥) لاحظ هذه المناقشات والأدلة فى بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٥ ، ٣٦) ، تكملة

فتح القدير - ج ٩ - ص (٥٠٣) .

البحر دون تفصيل بين السمك وغيره ، ويؤيده ما روى عن سفيان بن عيينة ، عن عمرو بن دينار ، عن جابر بن عبد الله قال : ﴿ بعثنا رسول الله ﷺ في ثلاثمائة راكب وأميرنا أبو عبيدة بن الجراح ، نريد عيراً لقريش ، فأصابنا جوع شديد حتى أكلنا الخبط - ورق الشجر - فسمى ذلك الجيش جيش الخبط ، ثم ألقى لنا البحر ونحن بالساحل دابة تسمى العنبر فأكلنا منه نصف شهر ، واستمدنا منه ، وادھنا بودكه حتى بانث أجسامنا ، فأخذ أبو عبيدة ضلعاً من أضلاعه فنصبه ، ثم نظر إلى أطول رجل في الجيش ، وأعظم جمل ، فأمره أن يركب الجمل ثم يمر تحته ، ففعل فمر تحته - فذكرنا ذلك لرسول الله ﷺ عند قدومنا المدينة فقال ﷺ : هو رزق أخرجه الله لكم فهل معكم من لحمه شيء فتطعمونا ؟ قال : فأرسلنا إلى رسول الله ﷺ منه فأكله (١) .

ثانياً : الحيوان البرى :

نذكر هنا الحلال والحرام باختصار ونحيل التفصيل إلى فصل الحيوان الذبيح في الذبائح والصيد .

نقول : المأكول منه لا يحل أكله إلا بالذكاة (٢) ، سوى الجراد وحده ، فإنه يحل أكله ميتاً ، سواء مات بسبب أو غير سبب .

(١) أخرجه البخارى - ج ٥ - ص (١٣٥) ، كتاب المغازى والنسائى فى سننه - ج ٧ - ص (٢٠٧) كتاب المغازى ، والبيهقى فى سننه - ج ٩ - ص (٢٥١) كتاب المغازى ، وأحمد فى مسنده - ج ٣ - ص (٣١١) كتاب المغازى .

(٢) التذكية هى ذبح الشاة على التمام ، وهى مشتقة من التطيب ، يقال رائحة ذكية ، أى طيبة ، لقوله تعالى : ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ أى ذبحتم . وهى : قطع عروق معلومة ، الحلقوم والمرئ والودجان ، فالحلقوم مجرى النفس ، والمرئ : مجرى الطعام =

روى عن ابن عمر (رضي الله عنهما) أن النبي (ﷺ) قال : ﴿ أحلت لنا ميتتان ودمان ، الميتتان : الحوت والجراد ، والدمان : الكبد والطحال (١) ﴾ .

ويحرم منه : أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به (أى ما ذكر عند ذبحه اسم معبود غير الله) ، والمنخقة (التي ماتت خنقاً) ، والموقوذة (التي ضربت فماتت) ، والمتردية (التي سقطت من مرتفع فماتت) ، والنطحية (التي نطحها حيوان فماتت) ، وما أكل السبع (أى بقر بطنها حيوان مفترس) ، إلا إذا نبحت وفيها حياة (٢) .

ويحرم أكل الحيوانات المفترسة كالذئب والأسد والنمر. عند الجمهور ، وقال المالكية : هي مكروهة .

كما يحرم أكل الطيور الجارحة كالصقر والبازى (٣) والنسر ؛ لأنها تعدو فعدت من الجوارح ، ويحرم أيضاً ما يأكل الجيف كالغراب ، لأن رسول الله (ﷺ) عده من الفواسق الذين يقتلن فى الحل والحرم : الغراب ، والحدأة ، والفارة ، والعقرب ، والكلب العقور (٤) .

١- والودجان : مجرى الدم ، تفسير القرطبي - ج٦ - ص(٥٢) ، وحاشية النجدي - ج٧ - ص(٤٤١) .

(١) أخرجه البيهقي فى سننه - ج٩ - ص(٢٧١) .

(٢) بيان هذه المحرمات فى فصل مستقل لاحظ ص (٧٢) من هذا البحث ، العدة شرح العمدة - ص(٤٤٤) .

(٣) البازى : جنس من الصقور الصغيرة أو المتوسطة الحجم تميل أجنحتها إلى القصور ، وتميل أرجلها وأذناها إلى الطول ، ومن أنواعه : الباشق والبيدق ، المعجم الوجيز - ص(٤٩) مادة (بزي) .

(٤) العدة شرح العمدة - ص(٤٤٤) .

وقال المالكية : هي مباحة إلا الوطواط ، فيكره أكله على الراجح (١).

ويحرم أكل الكلاب والحمير الأهلية والبالغ لأن الكلب من الخبائث
بدليل قوله (ﷺ) « الكلب خبيث ، خبيث ثمنه » ولنهي النبي (ﷺ) يوم خيبر
عن الحمر والبالغ (٢) .

والمعتمد عند المالكية : أن الكلب البرى مكروه ، بخلاف كلب الماء
فإنه مباح (٣) .

ويحرم المتولد من مأكول وغير مأكول كالبعغل المتولد من الحمير
والخيل ، والحصار المتولد من حمار الوحش والحصار الأهلى ؛ لأنه مخلوق
مما يؤكل ومما لا يؤكل ، فيغلب التحريم ، عملاً بقاعدة : إذا اجتمع الحلال
والحرام غلب الحرام الحلال (٤) .

ويحرم أكل حشرات الأرض (صغار دوابها) كالعقرب والثعبان والفأرة
والنمل لسميتها واستخباث الطباع السليمة لها (٥) .

(١) الوطواط : الخفاش (ج) وطاويط - حاشية الدسوقي - ج ٢ - ص (١١٥) .

(٢) نيل الأوطار - ج ٥ - ص (١٤٣) ، نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية - ج ٤ -
ص (١٩٧) .

(٣) حاشية الدسوقي - ج ٢ - ص (١١٥) .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي - ص (٢٩٧) ، والأشباه والنظائر لابن نجيم - ص (٦٩) .

(٥) نص الفقهاء على أنه يحرم أكل ما يسخبت من الحشرات - كالديدان والخنافس والفأر
والحرباء والعقارب والحيات لقوله تعالى « ويحرم عليهم الخبائث » وهذه من
الخبائث ، ولو كانت صيداً لما أبيح قتلها للمحرم ، وكذا القنفذ ، لأنه خبيثة من
الخبائث ، العدة شرح العمدة . ص (٤٤٥) .

وقال المالكية : يباح العقرب والخنفساء والنمل والذود والسوس ،
والحية إن أمن سمها .

وبباح أكل الخيل بأنواعها الأصيلة وغير الأصيلة عند الشافعية
والحنابلة وعند أبي يوسف ومحمد (١) .

وقال أبو حنيفة (رحمة الله) بكراتها كراهة تنزيهية ، لورود حديث
ينهى عن لحوم الخيل (٢) .

والمشهور عند المالكية : تحريم الخيل (٣) .

وبباح أكل الضب ، واليربوع ، والضبع .

أما الضب : فلما روى عن ابن عباس (رضي الله عنه) قال : « دخلت أنا وخالد
ابن الوليد مع رسول الله (ﷺ) بيت ميمونة (رضي الله عنهما) فأتى بضب
محنوذ فقيل : هو ضب يا رسول الله فرفع يده ، فقلت : أحرم هو يا رسول
الله ؟ قال : لا ولكنه لم يكن بأرض قومي فأجذني أعاقه ، قال خالد :
فاجتررتة فأكلته ورسول الله (ﷺ) ينظر (٤) » .

(١) معنى المحتاج - ج٤ - ص(٢٦٨) ، المغنى - ج٨ - ص(٦٠٥) ، المطلى -

ج٧ - ص(٣٠٤) ، بدائع الصنائع - ج٥ - ص(٣٦ ، ٣٧) ، فتح القدير -

ج٩ - ص(٥٠٤) .

(٢) المصدرين السابقين ونصب الراية - ج٤ - ص(١٩٦ ، ١٩٨) .

(٣) حاشية الدسوقي - ج٢ - ص(١١٥) .

(٤) هي دابة بنت عرس رجلاها أطول من يديها ، مغنى المحتاج - ج٤ -

ص(٢٩٩) ، كشاف القناع - ج٦ - ص(١٩١) .

وأما اليربوع : فيباح لأن عمر (ﷺ) حكم فيه بجفرة ؛ لأن الأصل الإباحة ما لم يرد تحريم (١) .

أما الضبع : فمباح لما روى جابر (ﷺ) قال : « أمرنا رسول الله (ﷺ) بأكل الضبع ، قلت : صيد هو ؟ قال نعم » .

وفى لفظ : هو صيد ، ويجعل فيه كبشاً إذا صاده المحرم (٢) ، ويحرم عند الحنفية هذه الأنواع الثلاثة (٣) .

ويجوز بالإجماع أكل الأنعام ، الإبل والبقر والغنم لإباحتها بنص القرآن الكريم ، كما يجوز أكل الطيور غير الجارحة كالحمام والبط والنعامة والأوز والسمان والدجاج وغير ذلك من فصائل العصافير .

ويحل أكل الوحوش غير الضارية ، كالظباء ، وبقر الوحش ، وحمارة ، لإن النبي (ﷺ) بأكلها .

ويباح أكل الأرنب والجراد ، لثبوت الإباحة في السنة النبوية ويباح دود الطعام والفاكهة وسوس الحبوب ، ودود الخل ، إذا أكل معه ميتاً وطابت به النفس ولم تعافه (٤) .

(١) ونقل عن الحنابلة قول بأنه حرام ؛ لأنه يشبه الغار ، العدة شرح العمدة - ص(٤٤٥).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه - حديث رقم (٣٨٠) .

(٣) بدائع الصنائع - ج٥ - ص(٣٩) .

(٤) بدائع الصنائع - ج٥ - ص(٣٨ ، ٣٩) حاشية الدسوقي - ج٢ - ص(١١٧) ،

معنى المحتاج - ج٤ - ص(٢٩٨) ، المغنى - ج٨ - ص(٦٠٥) ، المحلى -

ج٧ ، ص(٤٠٣) فما بعدها - مسألة ٩٨٩ .

الفصل الثالث

في الأدلة على إباحة الطيبات وتحريم الخبائث

تضافرت الأدلة من كتاب الله - تعالى - وسنة رسوله (ﷺ) على إباحة الطيبات وتحريم الخبائث وأجمع أئمة الفقه أن الأصل فى الأطعمة الحل لقوله تعالى : ﴿ هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً (١) ﴾ ، إلا ما استثنى بنص من القرآن الكريم أو السنة المشرفة .

أولاً من الكتاب :

١- قوله تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أَحَلَّ لَهُمْ قُلْ أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ (٢) ﴾ فجعل الطيب حلالاً

قال ابن كثير :

هى صفة من صفات النبى (ﷺ) أنه يحل لهم الطيبات ، ويحرم عليهم الخبائث (٣)

وقال مقاتل : الطيبات ما أحل لهم من كل شىء أن يصيبوه ، وهو الحلال من الرزق .

وقال سعيد : هى الذبائح الحلال الطيبة لهم .

وسئل الزهري عن شرب البول للتداوى فقال : ليس هو من الطيبات (٤) .

(١) المغنى - ج ١ - ص (٦٤) ، الروض المربع - ص (٤٥٨) .

(٢) سورة المائدة - آية ٤ .

(٣) تفسير القرآن العظيم لابن كثير - ج ٢ - ص (١٥) - ط : المكتبة العصرية بيروت

(٤) المصدر السابق .

وقال ابن العربي :

فى قوله تعالى : (الطَّيِّبَاتُ) هى ضد الخبيثات ، والطيب ينطلق على

معنيين :

أحدهما : ما يلائم النفس ويلذها .

والثانى : ما أحل الله والخبيث ضده (١)

وقال الشوكانى :

هو ما يستلذه أكله ويستطيه مما أحله الله لعباده ، وقيل : هى الحلال ،

وقيل الطيبات : الذبائح لأنها طابت بالتذكية (٢) .

وفهم مما سبق أن الآية الكريمة تبيح من الأطعمة كل ما هو طيب ،

وهو ما فيه نفع من غير ضرر بالبدن أو العقل ، ويدخل فى ذلك جميع

الحبوب والثمار ، وجميع الحيوانات إلا ما استثنى كالسباع وغيرها ، ومن

أسباب نزول الآية .

ما نقل عن عدى بن حاتم وزيد بن مهلهل الكائينين سألا رسول الله (ﷺ)

فقالا : يا رسول الله قد حرم الله الميتة ، فماذا يحل لنا منها ؟ فنزلت الآية :

﴿ يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أَحَلَّ لَهُمْ قُلْ أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ ﴾ .

فالآية تدل بمفهومها على تحريم الخبائث (٣) .

(١) مختصر صحيح مسلم - ص(٣٢٦) ، وأحكام القرآن الكريم لابن العربي - ج٢ -

ص(٥٤٦) - ط/ دار المعرفة - بيروت .

(٢) فتح القدير للشوكانى - ج٢ - ص(١٢) - ط / دار المعرفة - بيروت .

(٣) تفسير القرآن العظيم لابن كثير - ج٢ - ص(١٥) .

٢- قال تعالى : ﴿ الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الْأُمِّيَّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوبًا عِنْدَهُمْ فِي التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ يَأْمُرُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ . . الآية (١) ﴾

روى البخارى عن عطاء بن يسار أنه قال : لقيت عبد الله بن عمرو ابن العاص فسألته عن صفة رسول الله (ﷺ) فى التوراة ، قال : أجل ؛ والله إنه لموصوف ببعض صفته فى القرآن : يا ايها النبى إنا أرسلناك شاهداً ومبشراً ونذيراً ، وحرزاً للأمينين ، أنت عبدى ورسولى سميتك المتوكل ، ليس بفظ ولا غليظ ، ولا صحاب فى الأسواق ، ولا يدفع بالسيئة السيئة ، ولكن يعفو ويغفر ، ولن يقبضه الله حتى يقيم به الملة العوجاء ، حتى يقولوا لا إله إلا الله ويفتح به أعيناً عمياً وآذاناً صمماً ، وقلوباً غلفاً (٢)

ومعنى الآية :

أن من صفات النبى (ﷺ) أنه يحل لهم الطيبات أى يحل لهم ما كانوا حرموه على أنفسهم من البحائر ، والسوائب ، والوصائل ، والحام (٣) ،

(١) سورة الأعراف - آية ١٥٧ .

(٢) فتح البارى شرح صحيح البخارى - ج ٦ - ص (٦٤١ ، ٦٥٢) باب ما جاء فى أسماء النبى (ﷺ) وصفاته ، وابن العربى - ج ٢ - ص (٧٩٤) ، فتح القدير للشوكانى - ج ٢ - ص (٢٥٣) .

(٣) البحيرة : هى الناقة تنجب خمسة أبطن ، وكان آخرها ذكراً ، فإذا كان كذلك شقوا أذنها وأعفوها من الركوب والذبح والحمل ، ولا تطرد عن موارد الماء أو المرعى .
والسائبة : هى التى يتركونها لآلهمتهم ، فلا يتعرض لها أحد .
والوصيلة : هى التى وصلت إلى عشرة أبطن ، فإن وصلت إلى ذلك ، فلا تذبح ، ولا تضرب ، ولا تمنع من ورود الماء والمرعى .

ونحو ذلك مما كانوا يضيقون به على أنفسهم ، ويحرم عليهم الخبائث ، أى كل ما هو ضار بالبدن والدين .

فكل ما أحل الله تعالى من المآكل فهو طيب نافع فى البدن والدين ، وكل ما حرمه فهو خبيث ضار فى البدن والدين (١) .

قال الماوردى :

فى قوله تعالى : ﴿ وَيَحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتُ وَيَحْرَمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثُ (٢) ﴾ .
قال : جعل الله تعالى الطيب حلالاً ، والخبث حراماً ، فكانت هذه الآية أعم من الأولى ، لأن الأولى مقصورة على إحلال الطيبات ، وهذه تشمل على إحلال الطيبات وتحريم الخبائث ، فجعل الطيب حلالاً ، والخبث حراماً ، وهذا خطاب من الله تعالى لرسوله (ﷺ) يدل على أن الناس سألوه

والحام : هو الفحل من الإبل يضرب الطرب المعدود قبيل عشرة أبطن ، فإذا بلغ ذلك ، قالوا هذا حام أى حمى ظهره ، فلا ينتفع فيه بشيء .

وهذه أنعام حرموها على أنفسهم مع أنها فى الأصل حلال ، هذا فى الجاهلية ، فلما جاء الإسلام أبطل ذلك فقال تعالى : ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ وَلَكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَتَّبِعُونَ عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ وَأَكْثَرُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ ﴾ المائدة (١٠٣) ، ولاحظ فى تفسير هذه الآية ومعانى الكلمات .

تفسير ابن كثير - ج ٢ - ص (١٠٠) ، وأحكام القرآن لابن العربي مستقيماً مع البيان شافياً - ج ٢ - ص (٧٠١ ، ٧٠٢ ، ٧٠٣) .

(١) تفسير ابن كثير - ج ٢ - ص (٢٣٣) .

(٢) فتح القدير للشوكانى - ج ٢ - ص (٢٥٤) .

عما يحل لهم ويحرم عليهم ، فأمره أن يخبرهم : أنه قد أحل لهم الطيبات ،
وحرّم عليهم الخبائث (١)

٣- قال تعالى : ﴿ قُلْ لَا أُجِدُ فِي مَا أُوْحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا
أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ
اللَّهِ بِهِ . . . الآية (٢) .

قال ابن العربي :

تقدير الآية : قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً مما كنتم تستخيئونهُ إلا
أن يكون ميتة . . . الآية - فأما غير ذلك من المحرمات - كالمنخنقة (٣)
واخوانها فهي داخلة تحت الميتة .

وأما غير ذلك من المحرمات كالخمر فهو داخل في الرجس (٤) ، وكذا
كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير (٥) .
والغرض من سياق الآية الكريمة :

الرد على المشركين الذين ابتدعوا ما ابتدعوه من تحريم المحرمات
على أنفسهم بأرائهم الفاسدة من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ونحو ذلك،

(١) الحاوي الكبير - ج١٩ - ص(١٥٨) .

(٢) سورة الأنعام - آية ١٤٥ .

(٣) المنخنقة ك هي التي تختنق بحبل الصائد أو غيره ، والموقوذة : المضروبة حتى
تموت ، والمتردية : هي التي وقعت من موضع مشرف فماتت ، والنطحية ما تنطاح
فمات ، وهي الشاة المنطوحة ، وما أكل السبع : أى ما أكله السبع من المشاية ، فتح
التقدير للشوكاني - ج٢ - ص(٨) فما بعدها - ط / دار المعرفة .

(٤) أحكام القرآن الكريم لابن العربي - ج٢ - ص(٧٦٦ ، ٧٦٧) - ط / دار المعرفة
- بيروت .

(٥) تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن - ج٧ - ص(١٥) - ط / دار الكتاب
العربي .

فأمر رسوله أن يخيرهم أنه لا يجد فيما أوحاه الله إليه أن ذلك محرم ، وإنما حرم ما ذكر في الآية من الميتة والدم المسفوح ولحم الخنزير ، وما أهل لغير الله به ، وما عدا ذلك فلم يحرم ، وإنما هو عفو مسكوت عنه ، فكيف تزعمون أنتم أنه حرام ومن أين حرمتوه ، ولم يحرمه الله ؟ ، وعلى هذا فلا يبقى تحريم أشياء أخرى فيما بعد هذا ، كما جاء النهي عن لحوم الحمر الأهلية ، ولحوم السباع ، وكل ذى مخلب من الطير على المشهور من مذاهب العلماء (١) .

ومن السنة المشرفة :

١- أخرج أبو داود والحاكم عن ابن عباس (رضى الله عنهما) (٢) قال : ﴿ كان أهل الجاهلية يأكلون أشياء ويتركون أشياء تقذراً ، فبعث الله نبيه وأنزل كتابه ، وأحل حلاله ، وحرم حرامه ، فما أحل فهو حلال ، وما حرم فهو حرام ، وما سكت عنه فهو عفو (٣) ﴾ .

٢- ما روى عن عاصم بن حمزة (رضي الله عنه) عن علي (رضي الله عنه) عن النبي (ﷺ) ﴿ أنه نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع ، وكل ذى مخلب من الطير (٤) ﴾ .

وفى هذا الحديث الشريف جاء التحريم أصلاً معتبراً .

(١) تفسير القرآن العظيم - ج ٢ - ص (١٧٢) .

(٢) فتح القدير للشوكاني - ج ٢ - ص (١٧٢ ، ١٧٣) .

(٣) نيل الأوطار للشوكاني - ج ٨ - ص (١٦٩) ، سنن أبي داود - ج ٢ - ص (٣١٩) ط / مصطفى الحلبي - بمصر .

(٤) ولم يخالف إلا الإمام مالك (رحمة الله) فجعل الكل حلالاً ، أحكام القرآن - ج ٢ -

ص (٧٦٧) ، لاحظ الحديث وتخريجه في مختصر صحيح مسلم كتاب الصيد والذباح

ص (١٩٣) ط / دار المعرفة .

٣- ما روى عن عائشة (رضي الله عنها) قالت : قال رسول الله (ﷺ) ﴿خمس يقتلن في الحلّ والحرمّ ، الغراب ، والحدأة ، والعقرب ، والفأرة ، والكلب العقور (١)﴾ .

وفي الحديث دليل على حرمة أكل هذه الدواب لأن المباح لا يقتل بل يذبح ، وهو مستثنى من قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا (١) ﴾

٤- وجاء في حيوان الماء الذي لا يعيش إلا فيه أنه طاهر ، حلال أكله ، لقول النبي (ﷺ) في البحر ﴿ هو الطهور ماؤه ، الحل مبيته (٢) ﴾ ، وحل الأكل يدل على طهارة ، لأن النجس لا يحل أكله (٣) .

٥- ما روى عاصم بن حمزة عن علي (رضي الله عنه) عن النبي (ﷺ) ﴿ أنه نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع ، وكل ذي مخلب من الطير (٤) ﴾ .

٦- وروى عن خالد بن الوليد (رضي الله عنه) قال : قال رسول الله (ﷺ) ﴿ حرام عليكم الحمر الأهلية ، وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير (٥) ﴾ .

وفي الحديثين دليل على حرمة الأكل من هذه الحيوانات ، لأنها تضرب بأنيابها ، وتصيد بمخالبها .

(١) صحيح البخارى - ج٣ - ص (١٣) (باب ما يقتل المحرم من الدواب) ط / مطبعة الفجالة - بمصر .

(٢) سورة المائدة - آية ٢ .

(٣) قال الترمذى حديث حسن والعمل به عند أكثر أهل العلم ، سنن الترمذى - ج٤ - ص (٧١) - ط / مصطفى الطبى - بمصر .

(٤) العدة شرح العمدة - ص (٢٤) - ط / كنوز المعرفة - جدة .

(٥) نقله صاحب الحاوى - ج١٩ - ص (٦١) ، وأخرجه الترمذى - ج٤ - ص (٧٣) باب كراهية أكل كل ذي ناب وذي مخلب من الطير أو الحيوان .

(٦) سنن الترمذى - ج٤ - ص (٧٤) .

قال ابن عبد البر : هذه أحاديث صحيحة مجمع على صحتها ، وهى نص صريح فى هذا الباب (١) .

ويعلل للحرمة : بأن طبيعة هذه الحيوانات مذمومة شرعاً ، فيخشى أن يتولد من لحمها شىء من طباعها فيحرم أكلها إكراماً لبني آدم (٢) .

قال ابن حزم : وإذا حرم أكل كلها ، فأكل بعضها حرام ، لأن بعض الحرام حرام للضرورة (٣) .

(١) المجموع - ج ٩ - ص (١٦) ، المغنى - ج ١١ - ص (٦٥) .

(٢) تبيين الحقائق - ج ٥ - ص (٢٩٥) - ط / المطبعة الأميرية - بمصر .

(٣) المحلى لابن حزم - ج ٥ - ص (٣٩٩) - مسألة (٩٢٣) ط / دار التراث -

الفصل الرابع

فى المراد بالطيب والخبيث

بعد بيان الأدلة على إباحة الطيبات وتحريم الخبائث أود أن أبين مفهوم الطيب والخبيث ولا يخلو المراد من الطيب والخبيث من ثلاثة أمور :

الأمر الأول :

أن يراد بالطيب والخبيث الحلال والحرام لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ ﴾ (١) .

يعنى من الحلال . وهذا قول مالك (٢) ، ولا يجوز أن يكون أن يكون هذا مراداً ، لأنهم سألوه عما يحل ويحرم ، فلا يصح أن يقول لهم : الحلال الحلال ، والحرام الحرام ، لأنه لا يكون فيه بيان للحلال ولا للحرام (٣) .

الأمر الثانى :

أن المراد به الطاهر والنجس ، كما فى قوله تعالى : ﴿ فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾ (٤) ، أى طاهراً .

(١) سورة البقرة - آية ٢٦٧ .

(٢) تفسير القرطبي - ج٧ - ص (٣٠٠) ، وقال ابن العربي : نقل عن جماعة أن الخبيث هو الحرام ، وهذا تفسير للغة بالشرع ، والصحيح أن الخبيث ينطلق على معنيين : أحدهما - ما لا منفعة فيه ، كقوله (ﷺ) : ﴿ كما ينفى الكبر خبث الحديد ، والثانى : ما تنكره النفس كما فى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ ﴾ أحكام القرآن - ج١ - ص (٢٣٦) .

(٣) الحاوى الكبير - ج١٩ - ص (١٥٨) .

(٤) سورة النساء - آية ٤٣ .

ولا يجوز أن يكون هذا مراداً ، لأن الطاهر والنجس معروف بشرع آخر ، فلا يكون فى هذا بيان شرعى يغنى عن غيره (١) .

الأمر الثالث :

أن يراد بالطيب والخبيث كل ما كان مستطاب الأكل فى التحليل ، وما هو مستخبث الأكل فى التحريم .

وهذا قول الحنفية (٢) ، والشافعية (٣) ، والحنابلة (٤) ، قال ابن قدامه : وما كانت العرب تسميه طيباً فهو حلال ، وما كانت تسميه خبيثاً فهو محرم لقوله تعالى : ﴿ وَيَحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتُ وَيُحْرَمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثُ ﴾ (٥) . وهذا هو المراد إذا بطل ما سواه ؛ لأنهم يتوصلون بما استطابوا إلى العلم بتحليله وبما استخبثوه إلى العلم بتحريمه .

وإذا كان هذا أصلاً وصار المستطاب حلالاً ، والمستخبث حراماً وجب أن يعتبر فيه العرف العام ، ولا يعتبر فيه عرف الواحد من الناس ؛ لأنه قد يستطيب ما يستخبثه غيره ، فيصير حلالاً له وحراماً على غيره ، والحلال والحرام ما عم الناس كلهم ، ولذلك اعتبر فيه العرف العام .

ولا يجوز أن يراد به عرف الناس فى جميع الأزمنة ؛ لأنه خاطب به بعضهم دون بعض ، فى بعض الأرض ؛ فاحتيج إلى معرفة من خوطب به الناس ، ومعرفة ما أريد به من البلاد .

(١) نقله الماوردى فى الحاوى - ج ١٩ - ص (١٥٨) .

(٢) حاشية ابن عابدين - ج ٦ - ص (٣٠٥) .

(٣) الحاوى الكبير - ج ١٩ - ص (١٥٨) ، المجموع - ج ٩ - ص (٢٥) .

(٤) العدة شرح العمدة - ص (٢٤ ، ٢٥) ، المغنى والشرح الكبير - ج ١١ - ص (٦٤)

(٥) سورة الأعراف - آية ١٥٧ .

الفصل الرابع

فى المراد بالطيب والخبيث

بعد بيان الأدلة على إباحة الطيبات وتحريم الخبائث أود أن أبين مفهوم الطيب والخبيث ولا يخلو المراد من الطيب والخبيث من ثلاثة أمور :

الأمر الأول :

أن يراد بالطيب والخبيث الحلال والحرام لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ ﴾ (١) .

يعنى من الحلال . وهذا قول مالك (٢) ، ولا يجوز أن يكون أن يكون هذا مراداً ، لأنهم سألوه عما يحل ويحرم ، فلا يصح أن يقول لهم : الحلال الحلال ، والحرام الحرام ، لأنه لا يكون فيه بيان للحلال ولا للحرام (٣) .

الأمر الثانى :

أن المراد به الطاهر والنجس ، كما فى قوله تعالى : ﴿ فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾ (٤) ، أى طاهراً .

(١) سورة البقرة - آية ٢٦٧ .

(٢) تفسير القرطبي - ج٧ - ص (٣٠٠) ، وقال ابن العربي : نقل عن جماعة أن الخبيث هو الحرام ، وهذا تفسير للغة بالشرع ، والصحيح أن الخبيث ينطلق على معنيين : أحدهما - ما لا منفعة فيه ، كقوله (ﷺ) : ﴿ كما ينقى الكبر خبث الحديد ، والثانى : ما تنكره النفس كما فى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ ﴾ أحكام القرآن - ج١ - ص (٢٣٦) .

(٣) الحاوى الكبير - ج١٩ - ص (١٥٨) .

(٤) سورة النساء - آية ٤٣ .

ولا يجوز أن يكون هذا مراداً ، لأن الطاهر والنجس معروف بشرع آخر ، فلا يكون في هذا بيان شرعى يغنى عن غيره (١) .

الأمر الثالث :

أن يراد بالطيب والخبيث كل ما كان مستطاب الأكل فى التحليل ، وما هو مستخبث الأكل فى التحريم .

وهذا قول الحنفية (١) ، والشافعية (٢) ، والحنابلة (٣) ، قال ابن قدامة: وما كانت العرب تسميه طيباً فهو حلال ، وما كانت تسميه خبيثاً فهو محرم لقوله تعالى : ﴿ وَيَحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتُ وَيُحْرَمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثُ ﴾ (٤) .

وهذا هو المراد إذا بطل ما سواه ؛ لأنهم يتوصلون بما استطابوا إلى العلم بتحليله وبما استخبثوه إلى العلم بتحريمه .

وإذا كان هذا أصلاً وصار المستطاب حلالاً ، والمستخبث حراماً ؛ وجب أن يعتبر فيه العرف العام ، ولا يعتبر فيه عرف الواحد من الناس ؛ لأنه قد يستطيب ما يستخبثه غيره ، فيصير حلالاً له وحراماً على غيره ، والحلال والحرام ما عم الناس كلهم ، ولذلك اعتبر فيه العرف العام .

ولا يجوز أن يراد به عرف الناس فى جميع الأزمنة ؛ لأنه خاطب به بعضهم دون بعض ، فى بعض الأرض ؛ فاحتيج إلى معرفة من خاطب به الناس ، ومعرفة ما أريد به من البلاد .

(١) نقله الماوردى فى الحاوى - ج ١٩ - ص (١٥٨) .

(٢) حاشية ابن عابدين - ج ٦ - ص (٣٠٥) .

(٣) الحاوى الكبير - ج ١٩ - ص (١٥٨) ، المجموع - ج ٩ - ص (٢٥) .

(٤) العدة شرح العمدة - ص (٢٤ ، ٢٥) ، المغنى والشرح الكبير - ج ١١ - ص (٦٤)

(٥) سورة الأعراف - آية ١٥٧ .

فكان أحق الناس بتوجيه الخطاب إليهم العرب ، لأنهم السائلون
المجابون (١)

واختلف في المراد بالعرب :

فيري الحنفية والحنابلة : أن المراد بالعرب الذين تعتبر استطابتهم
واستخبائهم هم أهل الحجاز من أهل الأمصار ؛ لأنهم الذين نزل عليهم
الكتاب وخوطبوا به وبالمسنة فرجع في مطلق ألفاظهما إلى عرفهم دون
غيرهم (٢)

قال ابن عابدين وابن قدامة : والذين تعتبر استطابتهم واستخبائهم هم
أهل الحجاز (٣) ، فوجب أن يعتبر فيه عرف أهل الاختيار ، دون أهل
الضرورة .

وقال الشافعية : إنه يرجع في ذلك إلى أهل القرى وذوى اليسار دون
أهل البوادي (٤)

ولهذا لم يعتبر الفقهاء عرف أهل البوادي ؛ لأنهم للضرورة والمجاعة
يأكلون ما يجدون .

والاختلاف بينهما من ثلاثة أوجه :

أحدها : بالغنى والفقر ، فيستطيب الفقير ما يستخبئه الغنى .

والثاني : بالبدو والحضر ، فيستطيب أهل البادية ما يستخبئه أهل الحضر .

(١) الحاوي - ج ١٩ - ص (١٥٩) .

(٢) حاشية ابن عابدين - ج ٦ - ص (٣٠٦) .

(٣) المغنى والشرح الكبير - ج ١١ - ص (٦٤) .

(٤) المجموع - ج ٩ - ص (٢٥) .

والثالث : بزمان الجذب وزمان الخصب ، فيستطاب في الجذب ما يستخبث في زمان الخصب (١) .

ومن هذه الأوجه يتضح أن الأوصاف المعنية فيمن يرجع إلى استطابته واستخبائه خمسة :

أحدها : أن يكون عرباً .

والثاني : أن يكونوا في بلادهم .

والثالث : أن يكونوا من أهل الأمصار والقرى دون القلوات .

والرابع : أن يكونوا أغنياء من أهل السعة .

والخامس : أن يكونوا في زمان الخصب والسعة فإذا تكاملت هذه الأوصاف في قوم استطابوا أكل شيء ، كان حلالاً ما لم يرد نص بتحريمه ، وإن استخبثوا أكل شيء كان حراماً ما لم يرد نص بتحليله (٢) .
ومن هذا العرض يتضح لنا أن الإسلام قد أباح جميع الطيبات لما فيها من المنفعة لهذا لأنه لا يتمكن من العبادة إلا بسلامة البدن ، ولا تحصل سلامة البدن إلا بالأطعمة سواء كانت نباتية أو حيوانية .

وحرمة الإسلام في مقابل هذا كل ما هو ضار خبيث كالميتة والدم المسفوح لأن أكله يوجب الطغيان ، وحرمة أكل كل ذي ناب من السباع ، لأنها باغية عادية ، واللحم إذا تولد منها صار في الإنسان خلق البغى والعدوان (٣) .

(١) الحاوي الكبير - ج ٩ - ص (١٥٨) ، المجموع - ج ٩ - ص (٢٥) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام - ج ١٩ - ص (٢٤) - ط / أولى - مكة المكرمة .

الفصل الخامس

في ما يحل أكله من الحيوانات وما لا يحل

بين أهل العلم أن المقصود من شرعية الذبح أو الصيد هو الأكل ، أو التوصل إليه ، ولقد تواترت الأدلة من القرآن سنة وإجماع الصحابة على حل الأطعمة ، وحرمة بعضها إما أصالة أو لعارض ، واختلفوا في حل بعض الأطعمة المحرمة عند الاضطرار ، ولبيان ما يحل وما يحرم من الأطعمة المباحة والمحرمة نعقد المطالب التالية :

المطلب الأول

في المحرمات من الأطعمة الحيوانية المنصوص عليها

في القرآن والسنة النبوية

ويشتمل على أربعة فروع :

- ١- المحرمات المنصوص عليها في القرآن والسنة .
- ٢- في حكم لبن الميتة وأنفحتها وبيضها .
- ٣- في أكل الأجنة .
- ٤- في حكم أكل الجراد .

تمهيد :

الأصل فى الأطفمة الإباحة للنصوص الواردة فى كتاب الله تعالى
وسنة رسوله (ﷺ) إلا ما استثنى بهما .

ودليل ذلك :

قوله تعالى : ﴿ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾ (١) وقوله
تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلالًا طَيِّبًا ﴾ (٢) ، وقوله تعالى :
﴿ قُلْ أَجَلٌ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ ﴾ (٣) والطيبات كما أشرنا فى الفصل الأول : هى ما
تستطيه النفس ، وتميل إليه ، وقال تعالى : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ
عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ (٤) فلا يحل نجس كالميتة أو الدم .

ومن محاسن الشريعة تحريم المحرمات لما فيها من خبث التغذية
وانتقال الأمراض ، أو الطباع العدوانية ، فإن اضطر الإنسان إلى تناولها
أبيحت له بقدر ما تدعو إليه الضرورة .

وجاء فى السنة المشرفة قوله (ﷺ) ﴿ الحلال ما أحله الله فى كتابه ،
والحرام ما حرم الله فى كتابه ، وما سكت عنه فهو عفو ﴾ (٥) ، وتلا قول الله
تعالى ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ
مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ﴾ (٦)

(١) سورة البقرة - آية ٢٩ .

(٢) سورة البقرة - آية ١٦٨ .

(٣) سورة المائدة - آية ٤ .

(٤) سورة الأنعام - آية ١١٩ .

(٥) سنن أبى داود - ج ٢ - ص (٣١٩) ، كتاب الأطفمة .

(٦) سورة الأنعام - آية ١٤٥ .

وفى هذا الحديث الشريف دلالة واضحة على أن كل ما لم يبين فى القرآن الكريم ، أو السنة المشرفة تحريمه من المطاعم والمشارب والملابس ، فلا يجوز تحريمها ، فإن الله تعالى قد فصل علينا ما حرم ، فلين كان شىء منها حراماً ، فلا بد أن يكون تحريمه مفصلاً ، كما لا يجوز إباحة ما حرمه الله ، كذلك لا يجوز تحريم ما عفا الله عنه ولم يحرمه (١) .

ولبيان المحرمات من الحيوانات نشرع فى بيان المهام التالية :

الفرع الأول

فى المحرمات من الحيوان وغيره المنصوص عليه

فى القرآن الكريم والسنة المشرفة

تمهيد :

بين الشارع الحكيم الضار من اللحوم ، وحذر المسلم من اقترابه ، وذلك لأن الجسم يتكون ويبنى من الأطعمة التى يتناولها ، فإذا تناول الإنسان طعاماً خبيثاً ، أدى إلى خبث النفس والعقل .

ولقد جاءت الآية الكريمة من سورة المائدة تبين وتوضح لنا هذه المحرمات فى قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبْعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَبْسُ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِي الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ

(١) المحلى لابن حزم - ج٧ - ص(٣٨٨) ، حاشية النجدي - ج٧ - ص١٥٥ .

عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (١) .

نلاحظ أن هذه الآية قد ساقَت إلينا أغاب المحرمات ، أما الحيوانات الوحشية ، أو الأهلية مما تعافه النفس ولا تقبله فمرد تحريمه إلى ما جاء من السنة المشرفة (٢) .

أولاً الميتة :

الميتة : ما قد مات ، أو الذى فارقت الروح بغير ذكاة ، وهى :
الحيوان تزول حياته دون ذبح شرعى ، قال تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ (٣) ﴾ والميتة بكسر الميم : الحال التى يقع عليها الموت (٤) .
وفى الشرع :

هى ما فارقت الروح من غير ذكاة مما يذبح (٥) .

دليل الحرمة : الميتة محرمة بنصوص القرآن الكريم منها قوله تعالى :
﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ ﴾ الآية السابقة .

ومنها قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ (٦) ﴾ الآية .

وحرمت الميتة لحكم عظيمة منها :

(١) سورة المائدة - آية ٣ .

(٢) بيانه - يأتى تبعاً فى هذا المطلب والمطلب التالى إن شاء الله تعالى .

(٣) سورة المائدة - آية ٣ .

(٤) المعجم الوجيز - ص(٥٩٤) (مات) .

(٥) حاشية النجدي - ج٧ - ص(٤٥٠) .

(٦) سورة البقرة - آية ١٧٣ .

١- لما فيها من أضرار كثيرة ، قال الفخر الرازى : وأعلم أن تحريم الميتة موافق لما فى العقول لأن الدم جوهر لطيف جداً ، فإذا مات الحيوان حنفت أنفه احتبس الدم فى عروقه وتعفن وفسد وحصل من أكله مضار عظيمة (١) .

٢- أن الدم مسرح لكثير من الميكروبات والجراثيم وبموت الحيوان يجمد الدم فى اللحم .

٣- استقذار الطبايع السليمة لها ، والنفور منها وفى حرمتها تكريم للإنسان وتفضيل له ، فلا يلجأ إلا إلى الطعام الطيب .
قال الأئمة :

إن آية الميتة عامة يخصصها آية أخرى وهى قوله تعالى : ﴿ أَجَلٌ لَّكُمْ صَيِّدُ الْبَحْرِ ﴾ وحديث : ﴿ أحلت لنا ميتتان ودمان ﴾ وكيفية تخصيص الحديث الصحيح للقرآن .

قال القاسمى : وإنما أبيحت ميتة السمك والجراد لأنه لا خبث فيه ، فالسمك أصله الماء وهو مطهر ، والجراد قد حصل من غير تولد ولا خبث فى ذاته (٢) .

ويأخذ نفس الحكم السابق فى الحرمة : أن يقطع الأدمى من حيوان قطعة ليأكلها ، فما قطع من الحيوان فهو ميتة .

(١) تفسير الفخر الرازى - ج ١١ - ص (١٣٢) .

(٢) تفسير القاسمى - ج ٣ - ص (٣٨١) ، وأحكام القرآن لابن العربي - ج ١ -

ص (٥١) ج ٢ - ص (٥٣٧)

لقوله (ﷺ) ﴿ ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة (١) ﴾ ، وقد كان أهل الجاهلية يفعلون ذلك ، كانوا يشقون سنام البعير ، ويقطعون قطعة من إليه الشاة وهي حية ، ثم يأكلونها ، فلما جاء الإسلام نهاهم عن ذلك .
الانتفاع بأجزاء الميتة :

(أ) بين أئمة الفقه : أن عظم الميتة وقرنها وظفرها وحافرها نجس لا يطهر بحال ؛ لأنه جزء من الميتة ، فدخل في عموم قول الله سبحانه وتعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ (١) ﴾ ، والدليل على أنه منها قال تعالى : ﴿ قَالَ مَنْ يُحْيِي الْعِظَامَ وَهِيَ رَمِيمٌ * قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنْشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ (٢) ﴾ .

ولأن دليل الحياة الإحساس والألم ، وما به حياة يحله الموت ، فيتجسس به كاللحم .

(ب) وينتفع بصوفها ، ووبرها ، وشعرها ، وريشها ؛ لأنه لا روح فيه ، فلا يحله الموت ، لأن الحيوان لا يألم بأخذه ، ولأنه لو كانت فيه حياة لتجسس بفصله من الحيوان في حياته (٤) .

(ج) الانتفاع بجلدة الميتة :

اختلف الفقهاء في طهارة جلد ما كان طاهراً حال الحياة على قولين :

(١) سنن أبي داود - ج ٢ - ص (١٠٠) ، باب ما قطع من البهيمة وهي حية ، وفي

سنن ابن ماجه - ج ٢ - ص (١٠٧٢) ، باب ما قطع من الحي فهو ميت .

(٢) سورة المائدة - آية ٣ .

(٣) سورة يس - الآيتان ٧٨ ، ٧٩ .

(٤) الكافي لابن قدامه - ج ١ - ص (٤٠) .

القول الأول :

أن جلود الميتة نجسه ولا تطهر بالدباغ وهذا هو المشهور من مذاهب المالكية والحنابلة (١) .

القول الثاني :

أنه يجوز الانتفاع بجلد ما كان طاهراً حال الحياة ، وهو قول الحنفية والشافعية والظاهرية ، وهو قول للمالكية والحنابلة .

أدلة من قال بعدم طهارته :

١- قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ ﴾ (٢) والجلد منها .

٢- ما روى عن يحيى بن سعيد عن عبد الله بن حكيم قال : قرئ علينا كتاب رسول الله (ﷺ) فى أرض جهينة : ﴿ أن لا تتنفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب ﴾ (٣) ، وفى الحديث دليل على عدم الانتفاع بجلد الميتة لأنه جزء منها .

٣- ولأنه جزء من الميتة نجس بالموت ، فلم يطهر كاللحم (٤) .

نوقشت هذه الأدلة :

١- بأن الآية عامة خصصتها الأدلة من السنة النبوية الشريفة ومنها : حديث ﴿ هلا انتفعتم بإهابها ﴾ .

(١) حاشية الخرشى - ج ٢ - ص (٢٧) ، المجموع - ج ١ - ص (٢٢٢) ، والحاوى الكبير - ج ١ - ص (٥٩) ، الكافى لابن قدامة - ج ٢ - ص (٤١) .
(٢) سورة المائدة - آية ٣ .

(٣) سنن أبى داود - ج ٢ - ص (٣٨٧) ، سنن ابن ماجه - ج ٢ - ص (١١٩٤) .

(٤) الكافى لابن قدامة - ج ٢ - ص (٤٠) ، المغنى - ج ١ - ص (٥٦) ، والإهاب : هو الجلد من البقرة والغنم والوحش ما لم يدبغ ، الحاوى الكبير - ج ١ - ص (٥٨) .

٢- أما الحديث فقد قال فيه الترمذى إنه مرسل ، ولقد ترك الإمام أحمد العمل به لما فيه من الاضطرابات فى إسناده ، فقد جاء النص على ذلك فى الكافى بعد سوق الحديث ، قوله : ﴿ ثم تعجب منه ﴾ .

كما أنه كتاب ، وأخبار السماع أولى (١) .

٣- وأما القياس على اللحم فإنه لا يتأتى ، لأنه قياس فى مقابلة النص ، والدباغ يطيب الجلد ويمحق اللحم .

واستدل الحنفية ومن وافقهم على طهارة جلد مأكول اللحم بعد ديبغه

بما يلى :

١- ما روى عن عبد الله بن عباس (رضي الله عنه) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال : ﴿ أيما إهاب دبغ فقد طهر (١) ﴾

٢- ما روى عن ابن عباس (رضي الله عنه) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) وجد شاة ميتة أعطيتها مولاة لميمونة من الصدقة ، فقال (صلى الله عليه وسلم) ﴿ ألا أخذوا إهابها فديغوه ، فانتفعوا به ؟ قالوا : إنما ميتة ، قال : ﴿ إنما حرم أكلها (٢) ﴾ .

ففى هذين الحديثين دلالة واضحة على طهارة الجلود بالدباغ .

(١) بدائع الصنائع - ج١ - ص (٨٥) ، المغنى - ج١ - ص (٥٦) ، الحاوى الكبير - ج١ - ص (٥٨) ، المجموع - ج١ - ص (٢٢٢) ، المحلى لابن حزم - ج١ - ص (١١٨) .

(٢) صحيح مسلم - ج١ - ص (٢٧٧) ، باب طهارة جلود الميتة بالدباغ ، ولم يخرجها البخارى . سنن أبى داود - ج٢ - ص (٣٨٦) .

(٣) صحيح البخارى - ج٢ - ص (١٥٨) من كتاب الزكاة ، وصحيح مسلم - ج١ - ص (٢٧٦) ، باب طهارة جلود الميتة بالدباغ من كتاب الحيض .

القول الأول :

أن جلود الميتة نجسه ولا تطهر بالدباغ وهذا هو المشهور من مذاهب المالكية والحنابلة (١) .

القول الثاني :

أنه يجوز الانتفاع بجلد ما كان طاهراً حال الحياة ، وهو قول الحنفية والشافعية والظاهرية ، وهو قول للمالكية والحنابلة .

أدلة من قال بعدم طهارته :

١- قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ ﴾ (٢) والجلد منها .

٢- ما روى عن يحيى بن سعيد عن عبد الله بن حكيم قال : قرئ علينا كتاب رسول الله (ﷺ) في أرض جهينة : ﴿ أن لا تتنقعوا من الميتة بإهاب ولا عصب ﴾ (٣) ، وفي الحديث دليل على عدم الانتفاع بجلد الميتة لأنه جزء منها .

٣- ولأنه جزء من الميتة نجس بالموت ، فلم يطهر كاللحم (٤) .

نوقشت هذه الأدلة :

١- بأن الآية عامة خصصتها الأدلة من السنة النبوية الشريفة ومنها : حديث ﴿ هلا انتفعتم بإهابها ﴾ .

(١) حاشية الخرشي - ج ٢ - ص (٢٧) ، المجموع - ج ١ - ص (٢٢٢) ، والحاوي الكبير - ج ١ - ص (٥٩) ، الكافي لابن قدامة - ج ٢ - ص (٤١) .
(٢) سورة المائدة - آية ٣ .

(٣) سنن أبي داود - ج ٢ - ص (٣٨٧) ، سنن ابن ماجه - ج ٢ - ص (١١٩٤) .

(٤) الكافي لابن قدامة - ج ٢ - ص (٤٠) ، المغني - ج ١ - ص (٥٦) ، والإهاب : هو الجلد من البقرة والغنم والوحش ما لم يدبغ ، الحاوي الكبير - ج ١ - ص (٥٨) .

٢- أما الحديث فقد قال فيه الترمذى إنه مرسل ، ولقد ترك الإمام أحمد العمل به لما فيه من الاضطرابات في إسناده ، فقد جاء النص على ذلك في الكافي بعد سوق الحديث ، قوله : ﴿ ثم تعجب منه ﴾ .

كما أنه كتاب ، وأخبار السماع أولى (١) .

٣- وأما القياس على اللحم فإنه لا يتأتى ، لأنه قياس في مقابلة النص ، والدباغ يطيب الجلد ويمحق اللحم .

واستدل الحنفية ومن وافقهم على طهارة جلد مأكول اللحم بعد دبغـه

بما يلي :

١- ما روى عن عبد الله بن عباس (رضي الله عنه) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال : ﴿ أيما إهاب دبغ فقد طهر ﴾ (٢) .

٢- ما روى عن ابن عباس (رضي الله عنه) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) وجد شاة ميتة أعطيتها مولاة لميمونة من الصدقة ، فقال (صلى الله عليه وسلم) ﴿ ألا أخذوا إهابها فدبغوه ، فانتفعوا به ؟ قالوا : إنما ميتة ، قال : ﴿ إنما حرم أكلها ﴾ (٣) . . .

ففي هذين الحديثين دلالة واضحة على طهارة الجلود بالدباغ .

(١) بدائع الصنائع - ج ١ - ص (٨٥) ، المغنى - ج ١ - ص (٥٦) ، الحاوى الكبير -

ج ١ - ص (٥٨) ، المجموع - ج ١ - ص (٢٢٢) ، المحلى لابن حزم - ج ١ - ص (١١٨) .

(٢) صحيح مسلم - ج ١ - ص (٢٧٧) ، باب طهارة جلود الميتة بالدباغ ، ولم يخرجـه البخارى . سنن أبى داود - ج ٢ - ص (٣٨٦) .

(٣) صحيح البخارى - ج ٢ - ص (١٥٨) من كتاب الزكاة ، وصحيح مسلم - ج ١ - ص (٢٧٦) ، باب طهارة جلود الميتة بالدباغ من كتاب الحيض .

ومن المعقول :

ولأن العادة جارية بين المسلمين لبس جلد الثعلب ، والفنك ، والسمور
(^١) ونحوها في الصلاة وغيرها من غير نكير فدل على الطهارة .

ولأن نجاسة الميتات لما فيها من الرطوبات والدماء السائلة وأنها تزول
بالدباغ ، فتطهر كالثوب النجس إذا غسل (^٢)
قال الكاساني :

ولا حجة لهم في الآية والحديث ، لأن الآية عامة خصصها الحديث ،
وليس لهم في الحديث حجة ، لأن الإهاب في اللغة اسم لجلد لم يدبغ قاله
الأصمعي (^٣) .

ومن هنا كان القول بطهارة جلود الميتة التي كانت طاهرة حيال الحياة
هو القول الأول بالقبول ، لأن جلد الميتة طاهر طراً عليه ما ينجسه وهو
الموت ، فيظهر بالدباغ .
جلد الكلب والخنزير :

وللفقهاء أقوال في طهارة الكلب والخنزير بيانها كالتالي :

القول الأول : يرى الحنفية والحنابلة في قول : أن جميع الجلود تطهر
إلا جلد الخنزير (^٤) .

(^١) السمور : حيوان يرى يشبه القط يتخذ جلده فراء ثميناً ، والفنك : من جنس الثعالب
ذات ناب ، فروتها من أطيب أنواع الفراء ، وهو محرم أكله ، وقال أحمد : لا إس
بأكله إن لم يكن له ناب ، الاختيار لتعليل المختار - ج ٥ - ص (١٤) ، حاشية
النجدى - ج ٧ ص (٤٢٠) .

(^٢) فتح القدير - ج ١ - ص (٩٢ ، ٩٣) .

(^٣) بدائع الصنائع - ج ١ - ص (٨٥) .

(^٤) المصدر السابق ، والكافي لابن قدامة - ج ١ - ص ٤١ ، قال ابن قدامة : ولا يطهر
جلد ما كان نجساً ، وأضاف جلد السباع والتمور .

القول الثاثنى : أن جميع الجلود تطهر ما عدا الكلب والخنزير ، وهو قول الشافعية (١) .

القول الثالث : طهارة جميع الجلود بالدبغ ، قال : ولو أنها جلد خنزير وهو رأى ابن حزم الظاهرى (٢) .

١- استدل ابن حزم على طهارة الجلود بما يلى :

١- قوله (؎) " أيما إهاب دبغ فقد طهر " .

٢- قوله (؎) " طهور كل إهاب دبأغه (٣) " .

وجه الدلالة :

فى الحديثين دلالة واضحة على طهارة الجلود عامة ، وقد جاء الأمر فيها عاماً دون تخصيص حيوان دون آخر .

ويناقش هذا : بأن هذه الدلالة عامة مخصوصة بغير الكلب والخنزير (٤) .

٢- واستدل الحنفية بطهارة جميع الجلود ما عدا الخنزير :

بعموم قوله (؎) " أيما إهاب دبغ فقد طهر " .

ويستثنى الخنزير : لأن نجاسته ليست لما فيه من الدم والرطوبة بل

هو نجس العين ، فكان وجود الدبأغ فى حقه والعدم بمنزله واحدة .

أما الكلب : فيجوز الانتفاع بجلده .

(١) المجموع - ج١ - ص ٢١٧ ، الحاوى الكبير - ج١ - ص ٥٩ .

(٢) المحلى لابن حزم - ج١ - ص ١١٨ - م/١٢٩ .

(٣) نصب الرأية لتخريج أحاديث الهدأية - ج١ - ص ١١٨ .

(٤) المجموع - ج١ - ص ٢٢١ ، الحاوى الكبير - ج١ - ص ٥٩ .

العلة في ذلك : أنه حيوان يجوز الانتفاع به حياً ، فجاز أن يطهر جلده بالدباغ كالبغل والحمار .

ولأنه حيوان مختلف في جواز أكله فوجب أن يطهر جلده بالدباغ قياساً على الضبع (١) .

٣- واستدل الشافعية :

بعموم قوله (ﷺ) " لا تتنعوا من الميتة بإهاب ولا عصب " .

ولأنه حيوان نجس في حياته فلم يطهر جلده بالدباغ (٢) .

ولأنه كل ما لم يطهر من الخنزير ، لم يطهر من الكلب كاللحم .

ولأن النجاسة إنما تزول بالمعالجة إذا كانت طارئة على محل طاهر كالثوب النجس ، فأما إذا كانت لازمة لوجود العين في ابتداء ظهورها فلا يطهر بالمعالجة كالعذرة والدم ، ونجاسة الكلب والخنزير لازمة لا طارئة .
ويجاب على أدلة الحنفية :

بأن عموم قوله (ﷺ) " أيما إهاب دبغ فقد طهر " مخصوص بما استدل به الشافعية .

وأما القياس على البغل والحمار والضبع ، فالمعنى فيهم طهارتهم أحياء (٢) .

(١) بدائع الصنائع - ج١ - ص ٨٥ .

(٢) الحاوي الكبير - ج١ - ص ٦٠ .

(٢) المصدر السابق ، المجموع - ج١ - ص ٢٢١ .

الرأى الراجح :

ومن هنا كان الرأى الشافعية هو الأولى من باب الاحتياط ، حتى وإن كان الكلب منتفعاً به فى الحراسة والصيد ، إلا أن إباحة الانتفاع به فى الصيد والحراسة ، ولا تؤدى إلى طهارة جلده أو لحمه ، والله أعلم .

ثانياً : من المحرمات فى الحيوان

" الدم "

والدم الذى عنته الآية ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ ﴾ (١) المراد به : الدم المسفوح لقوله تعالى : ﴿ أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا ﴾ (٢) فالدم المطلق جاء فى سورة البقرة والمائدة ، وقيدته سورة الأنعام .

وقال الجصاص :

أن الألف واللام فى الدم فى سورة المائدة للعهد أى للعهد المذكور فيما تقدم من قوله تعالى : ﴿ أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا ﴾ ، وقوله ﴿ مَسْفُوحًا ﴾ " أكلت لنا ميتتان ودمان " توكيد لمقضى قوله تعالى : ﴿ أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا ﴾ فإن الكبد والطحال ليسا بمسفوحين (٣) .

وقال القرطبي :

ولقد اتفق الفقهاء على أن الدم حرام نجس لا يؤكل ، ولا ينتفع به ، ولا يجوز استعماله ويعفى عما خالط اللحم مما تعم به البلوى .

(١) الآية (٣) من سورة المائدة .

(٢) الآية (١٤٥) من سورة الأنعام .

(٣) أحكام القرآن للجصاص - ج٣ - ص٢٩٦ .

روت السيدة عائشة (أم المؤمنين - رضى الله عنها) قالت : " كنا نطبخ البرمة على عهد رسول الله (ﷺ) تغلوا الصفرة من الدم فنأكل ولا نكره (١) .

كما اتفق الفقهاء على أن الدم كثيره نجس لا يجوز الصلاة به ويعفى عن القليل (٢) .
ونقل ابن العربي :

الإجماع على أن الدم المحرم هو الدم المسفوح ، قال : اتفق العلماء على أن الدم حرام نجس لا يؤكل ولا ينتفع به ، وقد عينه الله تعالى ها هنا مطلقاً ، وعينه فى سورة الأنعام مقيداً بالمسفوح ، وحمل العلماء ها هنا المطلق على المقيد إجماعاً .

وروى عن عائشة (رضى الله عنها) أنها قالت : لو لا أن الله تعالى قال : ﴿ أو دماً مسفوحاً ﴾ لتتبع الناس ما فى العروق.

ثم اختلف الناس فى تخصيص هذا العموم فى الكبد والطحال ؛ فمنهم من قال : إنه لا تخصيص فى شىء من ذلك ، قاله مالك ، ومنهم من قال : هو مخصوص فى الكبد والطحال ، قاله الشافعى : والصحيح أنه لم يخص ، وأن الكبد لحم يشهد بذلك العيان الذى لا يعارضه بيان ولا يقتصر إلى برهان (٣) .

(١) تفسير القرطبي - ج٢ - ص ٢٢١ .

(٢) بدائع الصنائع - ج١ - ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ، المجموع ج٢ - ص ٥٥٧ ، بداية المجتهد - ج١ - ص ٣٧٩ ، حاشية الخرشى - ج٢ - ص ٢٧ ، المحلى لابن حزم - ج٧ - ص ٣٨٩ .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي - ج١ - ص ٥٢ ، ٥٤ .

والمنفوق عن ابن حزم :

أن الدم محرم لا يحل أكله مسفوحاً أو غير مسفوح .

قال ابن حزم : وأما الدم فإن قوماً حرموا المسفوح وحده وهو الجارى لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا ﴾ قالوا : فإنما حرم المسفوح فقط .

قال : وهذا استدلال منهم موضوع فى غير موضعه ، لأن الآية التى احتجوا بها فى سورة الأنعام ، وهى مكية والآية التى تلونا من سورة المائدة ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ ﴾ مدنفة من آخر ما نزل ، فحرم فى مكة فى أول الإسلام الدم المسفوح ، ثم حرم بالمدينة الدم كله جملة واحدة ، فمن لم يحرم إلا الدم المسفوح فقد أحل ما حرمه الله تعالى فى الآية الأخرى ، ومن حرم الدم جملة فقد أخذ بالآيتين جميعاً (١) .

ثالثاً : من المحرمات من الحيوان :

لحم الخنزير

الخنزير : حيوان ضيق العين ، ضيق الجفن ، محدد النظر ، العين تكرهه ، له نابان كنابى الفيل يضرب بهما ، ورأس كراس الجاموس ، يعيش على أكل القاذورات ، وهو من الحيوانات الخبيثة ، حيث أثبت الطب أنه يحمل أمراضاً خطيرة لتناول لحمه وشحمه .

جاء فى تفسير المنار :

ولحم الخنزير قدر لأن أسهى غذائه القاذورات والنجاسات ، وهو ضار فى جميع الأقاليم ولا سيما الحارة كما ثبت بالتجربة وأكل لحمه من أسباب

(١) المحلى لابن حزم - ج٧ - ص ٣٨٩ - م/٩٨٩ .

الدودة الوحيدة " الدودة الشريطية (١) القتالة ، ويقال إن له تأثيراً سيئاً فى العفة والغيرة (٢) .

قال ابن العربي : اتفقت الأمة على أن لحم الخنزير حرام بجميع أجزائه (٣) .

وقال ابن حزم : لا يحل أكل أى شىء من الخنزير ، لا لحمه ولا شحمه ، ولا جلده ، ولا عصبه ، وغضروفه ، ولا حشوته ، ولا مخه ، ولا عظمه ، ولا رأسه ، ولا أطرافه ، ولا يجوز استعمال شعره لا فى خرز ولا غيره ، الذكر والأنثى والصغير والكبير فيه سواء (٤) .

وعلى هذا إجماع أهل العلم من الأئمة الأعلام .

قال ابن قدامة : ويحرم الخنزير لنص الله تعالى على تحريمه ، قال الله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ ﴾ (٥) ، وقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَّ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ ﴾ (٦) .

(١) طولها يختلف من (٧) أقدام إلى عشرة ، وهى مقسمة عدة أقسام تبلغ إلى (٨٥٠) وفى أقسامها الخلفية توجد أعضاء التناسل ، قالوا الأنثى الواحدة من هذه الديدان تضع نحو (١٥٠٠) جنين ، فتوزع أجننتها فى الدورة الدموية إلى جميع أجزاء الجسم ، مجلة المنار المجلد السادس - ص ٣٠٢ ، ٣٠٣ .

(٢) تفسير القرآن الحكيم المشهور بتفسير المنار للشيخ / محمد عبده تأليف محمد رشيد رضا - ج ٢ - ص ٩٨ - ط / محمد على صبيح وأولاده بمصر .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي - ج ١ - ص ٥٤ .

(٤) المحلى لابن حزم - ج ٧ - ص ٣٨٨ - م / ٩٨٩ .

(٥) الآية (٣) من سورة المائدة .

(٦) الآية (١١٥) من سورة النحل .

ثم اختلفوا فى نجاسته :

عند جمهور الفقهاء : أنه نجس بجميع أجزاءه .

وقال مالك : أنه طاهر ، وكذلك كل حيوان عنده ؛ لأن عله الطهارة عنده هى الحياة ، وعله النجاسة الموت (١) .

أما شعره : فجمهور الفقهاء على حرمة الانتفاع به .

وقال أبو حنيفة : يجوز الانتفاع به لخرز ، قال الأوزاعي : ولا بأس أن يخاط شعره .

فقد روى أن رجلاً سأل رسول الله (ﷺ) عن الخرازة بشعر الخنزير فقال : لا بأس بذلك .

قال القرطبي : وقد كانت الخرازة موجودة على عهد رسول الله (ﷺ) ، ولا يعلم أن رسول الله (ﷺ) أنكرها ولا أحداً من الأئمة بعده وما أجازه رسول الله (ﷺ) فهو كابتداء الشرع منه (٢) .

أما جلده :

فقد أشرنا إلى أنه لا يطهر عند الجمهور ، لكونه رجساً فى قوله تعالى : ﴿ فَإِنَّهُ رِجْسٌ ﴾ فقد حكم الله برجسيته كله ، والكلب مقيس عليه بجامع النجاسة فى كل ، لأن نجاستها لازمة لا طارئة (٣) .

(١) المغنى لابن قدامة - ج ١١ - ص ٧٨ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص - ج ١ - ص ١٥٣ ، تفسير القرطبي - ج ٢ - ص ٢٢٣ .

(٣) لاحظ - ص ١٩٣ من هذا البحث .

رابعاً : من المحرمات من الحيوان :

ما أهل لغير الله به :

أى ما ذبح فنكر عليه اسم غير الله ، فهو حرام ، لأن الله تعالى أوجب أن تذبح مخلوقاته على اسمه العظيم ، فمتى عدل بها عن ذلك وذكر عليها اسم غيره من صنم ، أو طاغوت ، أو وثن أو غير ذلك من سائر المخلوقات فإنها حرام بالإجماع (١) .

قال ابن عباس (رضي الله عنهما) : المراد ما ذبح للأنصاب والأوثان ، لا ما ذكر عليه اسم المسيح (٢) .

ولا خلاف بين الفقهاء أن المسلم إذا ذكر اسم غير الله على الذبيحة ، فإن ذبيحته محرمة لا تؤكل .

ولكنهم اختلفوا في الكتابي إذا ذكر اسم غير الله على الذبيحة هل تؤكل أم لا ؟

فيرى جمهور الفقهاء أنها تؤكل ، للنص على الإباحة في قوله تعالى : ﴿ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلْ لَكُمْ ﴾ (٣) ، وما روى أن الصحابة (رضوان الله عليهم) سألوا رسول الله (ﷺ) فقالوا : " إن قوماً من الأعراب يأتونا باللحم ولا ندري أسموا عليه أم لا ؟ " .
فقال (ﷺ) " سموا أنتم وكلوا (٤) " .

(١) تفسير القرآن العظيم لابن كثير - ج ٢ - ص ٨ .

(٢) تفسير القرطبي - ج ٢ - ص ٢٢٤ .

(٣) الآية (٥) من سورة المائدة .

(٤) صحيح البخارى - ج ٣ - ص ٧٣ كتاب الصيد والذبائح .

وقال بعضهم : أنها لا تؤكل ، لعموم قوله تعالى : ﴿ وَمَا أَهْلٌ لِّغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ﴾^(١) .

خامساً : المنخقة :

وهي التي تموت بالخنق ، إما قصداً ، وإما اتفاقاً بأن تتخبل في وثاقها فتموت به فهي حرام ، وحكمها حكم الميتة ، وقد كان عرب الجاهلية يبيحون أكلها فلما جاء الإسلام حرم ذلك .

وحرمت المنخقة وأخواتها :

لأن الحيوان المأكول لا يطيب إلا بخروج الدم المسفوح وذلك بالذبح والنحر ، ولهذا حرمت الميتة ؛ لأن المحرم هو الدم المسفوح ، وهو فيها قائم ، ولذا لا يطيب مع قيامه ولهذا يفسد في أدنى مدة ما يفسد في مثلها المذبوح ، وكذا الموقوذة والمتردية والنطيحة^(٢) .

سادساً : الموقوذة :

وهي التي تضرب بشيء ثقيل غير محدد حتى تموت ، قال قتادة : كلن أهل الجاهلية يضربونها بالعصى حتى إذا ماتت أكلوها .

وفي الصحيح أن عدي بن حاتم قال : قلت يا رسول الله :

إنى أرمى بالمعراض الصيد فأصيب ، قال : إذا رميت بالمعراض فخرن فكله ، وإن أصاب بعرضه فهو وفيذ فلا تأكله^(٣) .

(١) الآية (٣) من سورة المائدة .

(٢) بدائع الصنائع - ج٥ - ص٤١ ، البحر الزخار - ج٥ - ص٣٠٩ .

(٣) صحيح البخارى - ج٧ - ص١١٠ ، صحيح مسلم - ج٣ - ص١٥٣٠ ، باب

الصيد والذباح .

وقد أجمع الفقهاء على أنها إن ماتت بالضرب دون أن تذكى فهي ميتة لا يحل أكلها ، والسبب في الحرمة ما قلناه في المنخقة (١) :

سابعاً المتردية :

هى التى تقع من شاهق أو موضع عال ، فتموت بذلك ، فلا تحل .

قال ابن عباس : المتردية التى تسقط من جبل .

وقال قتادة : هى التى تتردى فى بئر .

وقال السدى : هى التى تقع من جبل أو تتردى فى بئر .

وكذا من ضربت بسهم فوقعت فى الماء ، وذلك لأننا لا ندرى أماتت من السهم أم من الماء .

ثامناً : النطيحة :

وهى التى ماتت بسبب نطح غيرها لها ، فهى حرام ، وإن جرحها القرن وخرج منها الدم ، ولو من مذبحتها ، وقد تموت الناطحة ، وحكمها حكم المنطوحة .

تاسعاً : ما أكل السبع :

أى ما عدا عليها أسد أو فهد أو نمر أو ذئب ، أو كلب ، فأكل بعضها فماتت بذلك فهى حرام ، وإن كان قد سال منها الدم ، ولو من مذبحتها ، فلا

(١) بدائع الصنائع - ج٥ - ص٤٦ ، حاشية الدسوقي - ج٢ - ص١١٣ ، المجموع -

ج٢ - ص٥٤٣ ، المغنى لابن قدامة - ج١١ - ص٦١ ، المحلى لابن حزم - ج٧ -

ص٤٥٨ .

تحل بالإجماع ، وقد كان أهل الجاهلية يأكلون ما أفضل السبع من الشاة أو البعير أو البقرة أو نحو ذلك ، فحرم الله ذلك على المؤمنين (١) .

الحكمة من تحريم الحيوانات :

أن الحيوان لا يطيب إلا بالذبح (٢) ، ولا تطيب هذه الحيوانات إلا بذبحها ولذا جاء الاستثناء في نهاية الآية ﴿ إِبَّأ مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ .

وقد اختلف العلماء في المراد بالاستثناء على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أنه مختص بقوله " ما أكل السبع " ، ويكون المعنى : حرمت عليكم هذه المذكورات إلا ما أدركتم ذكاته مما أكل السبع فيكون حلالاً وليس هذا بشيء لاتفاق السلف على خلافه (٣) .

القول الثاني : أنه استثناء من التحريم لا من المحرمات التي ذكرها الله في قوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ ﴾ الآية ، لأن الميتة لا ذكاة لها ولا الخنزير .

قال ابن العربي : وهو استثناء مقطوع عما قبله غير عائد إلى شيء من هذه المذكورات ، وذلك مشهور في لسان العرب ، يجعلون إلى بمعنى لكن - أي لكن ما ذكيتم - مما أحله لكم بالتذكية كقوله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقتَلَ مُؤْمِنًا إِبَّأ خَطَأً ﴾ (٤) معناه : لكن إن قتله خطأ (٥) .

(١) تفسير القرآن العظيم - ج٢ - ص ١٠، ١١ ، أحكام القرآن لابن العربي - ج٢ - ص ٥٣٨ .

(٢) لاحظ : الحكمة من التحريم في بدائع الصنائع - ج٥ - ص ٤١ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص - ج٣ - ص ٣٩٩ .

(٤) الآية (٩٢) من سورة النساء .

(٥) أحكام القرآن لابن العربي - ج٢ - ص ٥٣٩ .

ورد ذلك : بأن حق الاستثناء أن يكون مصروحاً إلى ما تقدم من الكلام ، ولا يجعل منقطعاً إلا بدليل يجب التسليم له ولم يوجد (١) .

القول الثالث : قاله جمهور العلماء : أنه استثناء متصل وهو ظاهر الاستثناء ، ولكنه يرجع إلى ما بعد قوله تعالى : " وما أهل لغير الله به المنخقة إلى ما أكله السبع ، وذلك إذ أمكن تداركه وفيه حياة مستقرة " .

وهذا هو الرأي الراجح ، وهو اختيار الجصاص وابن العربي ، وابن كثير ، لأن الأصل الاتصال ولا صارف عنه ، ولأن هذا القول يتفق وما قاله الفقهاء من عمل الزكاة في المرجو من هذه المذكورات .

قال ابن كثير : وهو عائد على ما يمكن عوده عليه مما انعقد سبب موته ، فأمكن تداركه بزكاة وفيه حياة مستقرة .

وقال ابن عباس (رضي الله عنه) في قوله (إلا ما ذكيتم) يقول : إلا ما ذبحت من هؤلاء وفيه روح فكلوه .

وقال علي (رضي الله عنه) : إذا أدركت زكاة الموقوذة والمتردية والنطيحة وهي تحرك يداً أو رجلاً فكلها .

وقال الحسن وقتادة والضحاك : إن الزكاة متى تحركت بحركة تدل على بقاء الحياة بعد الذبح فهي حلال وهو مذهب جمهور الفقهاء به قال حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل (٢) .

(١) تفسير القرطبي - ج ٦ - ص ٥٠ ، الأطنمة د/ عبد الله الطريقي - ص ٣٩٤ .

(٢) تفسير ابن كثير - ج ٢ - ص ١١ ، بدائع الصنائع - ج ٥ - ص ٥٠ ، المجموع -

ج ٩ - ص ٩٢ ، المغنى - ج ١١ - ص ٦١ .

وقال مالك : إذا شق السبع بطنها فلا أرى أن تؤكل ، وهو قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم ، ونقل عنه أنها تؤكل (١) .

قال الخرشي : فإن الزكاة لا تعمل في شيء مما ذكر حيث أنفذ المقاتل (٢) ، أما لو أصاب شيء من ذلك بغير إنفاذ شيء من المقاتل عملت فيها الزكاة ، ولو آيس من حياتها ، ومذهب مالك : أن الاستثناء متصل أى إلا ما كانت ذكاتكم عاملة فيه ، والذي تعمل الزكاة فيه هو الذى لم تنفذ مقاتله (٣) .

عاشراً : ما ذبح على النصب :

أى ما ذبح من الحيوانات على الحجارة التى كانت منصوبة حول الكعبة (شرفها الله) ، وقد كانت الرعب فى جاهليتها يذبحون عندها ، قال ابن جريح : وهى ثلثمائة وستون نصباً ، وقد كانوا يشرحون اللحم ويصنعونه على النصب ، فنهى الله المؤمنين عن هذا الصنيع وحرم عليهم أكل هذه

(١) المنقى شرح الموطأ - ج ٣ - ص ١١٤ .

(٢) والمقاتل خمسة : بقطع نخاع ، ونثر دماغ ، أو حشوه ، وفرى ودج ، وتقب مصران .

١- فقطع النخاع : أى المخ الأبيض فى فقار العنق أو الظهر .

٢- ونثر الدماغ : أى ما تحوزه الجمجمة .

٣- ونثر الحشوة : هى كل ما حواه البطن من الكبد والطحال والقلب .

٤- وفرى ودج : أى قطع بعضه عن بعض .

٥- وتقب مصران : أى خرقة سواء كان من أعلاه أو أسفله .

٦- حاشية الخرشي - ج ٢ - ص ٢٤ .

(٣) المصدر السابق وحاشية الدسوقي - ج ٢ - ص ١١٣ .

الذبائح التى فعلت عند النصب حتى ولو كان يذكر عليها اسم الله فى الذبح عند النصب وهو من الشرك الذى حرمه الله ورسوله (١) .

هذه هى المحرمات التى تتعلق بالحيوان مأكولاً أو غير مأكول ، والحرمة واضحة فى خنثه وضرره بالإنسان .

الفرع الثانى

فى حكم لبن الميتة وأنفحتها (٢) وبيضها

أولاً : لبن الميتة :

يرى الحنفية أن لبن الميتة طاهر وهو قول داود الظاهرى (٣) ويرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه نجس تتاوله (٤) .

استدل الجمهور :

بقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ ﴾ (٥) وهذه ميتة واللبن جزء لا يتجزأ منها .

(١) ويضاف إلى ما تقدم (وأن يستسموا بالأزلام) وهى الأقداح التى كانوا يستسمون عليها وقد كانت ثلاثة أقدام مكتوب على أحدها : أفل ، وعلى الآخر : لا تفعل ، والثالث : غفل ليس عليه شيء ، وهى محرمة لأنها تستعمل فى الامتخارة تارة وفى القمار تارة أخرى فحرم الله ذلك وأمر المؤمنين أن يردوا أمورهم إليه ، تفسير القرآن العظيم - ج ٢ - ص ١٢ .

(٢) إنفحة بكسر الهمزة : جزء من معدة صغار العجول والجداء ونحوهما ، وهى مادة خاصة تستخرج من الجزء الباطنى من معدة الرضيع من العجول ونحوها بها خميرة تجبن اللبن جمعها (أنافح) ، المعجم الوجيز - ص ٦٦٦ - مادة (نفخ) .

(٣) تكملة فتح القدير - ج ٩ - ص ٥٠٠٢ ، بدائع الصنائع - ج ٥ - ص ٤٣ .

(٤) حاشية الخرشى - ج ١ - ص ٢٤٤ ، المجموع ج ١ - ص ٢٤٤ ، المغنى - ج ١ - ص ٦١ .

(٥) الآية (٣) من سورة المائدة .

ومن المعقول : أن لبن الميئة نجس لأنه مائع فى وعاء نجس فتنجس به ، أشبه ما لو حلب فى إناء نجس (١) .
واستدل الحنفية :

بقوله تعالى : ﴿ وَإِنَّ لَكُمْ فِي الْأَنْعَامِ لَعِبْرَةً نُسْقِيكُمْ مِمَّا فِي بُطُونِهِ مِنْ بَيْنِ فَرْثٍ وَدَمٍ لَبَنًا خَالِصًا سَائِغًا لِلشَّارِبِينَ ﴾ (٢) فاقترنت الآية شيئين :
الأول : أن اللبن لا يموت ، فلا يحرمه موت الحيوان .

الثانى : أن الله تعالى أخبر بخروجه من بين فرث ودم وهما نجسان وهو طاهر ، فلو كانت المجاورة للخلة تؤثر لأثرت هنا .
وقد استنبطوا من الآية :

١- أن الآية الكريمة وصفته بأنه خالصاً ، فعلى هذا لا يشوبه شىء من النجاسة .

٢- أنه وصف بكونه سائغاً لشاربين ، والحرام لا يسوغ لمسلم (٣) .

والثالث : أنه سبحانه وتعالى منّ علينا بذلك إذ الآية خرجت مخرج المنة ، والمنة بالحلال لا بالحرام (٤) .

ويرد على الجمهور :

بأن اللبن لا يكون بمنزلة من جعل فى وعاء نجس .

(١) المغنى - ج١ - ص ٦١ .

(٢) الآية (٦٦) من سورة النحل .

(٣) بدائع الصنائع - ج٥ - ص ٤٣ .

(٤) بدائع الصنائع - ج٥ - ص ٤٣ .

والفرق بينهما :

أن موضع الخلقة لا ينجس بما جاوره ، لاتفاق العلماء على جواز أكل اللحم بما فيه من العروق المجاورة للدم من غير غسل (١) .

ويؤيد قول الحنفية : ما جاء عن ابن عباس (رضي الله عنه) قال : أتى النبي (صلى الله عليه وسلم) في غزوة الطائف بجبنة ، فجعلوا بيرعونها بالعصا فقال : أين يصنع هذا ؟ فقالوا : بأرض فارس ، فقال : ﴿ اذكروا اسم الله عليه وكلوا ﴾ (٢) ، والمعلوم أن الجبن لا يعقد إلا بأنفحة فدل على أن أنفحة الميتة طاهرة .

قال الكاساني : وأما الأنفحة فعلى هذا الخلاف إذا كانت مائعة ، وإن كانت صلبة ، فعند أبي حنيفة (رحمة الله) تؤكل وتستعمل في الأدوية كلها ، وعندها : يغسل ظاهرها وتؤكل ، وعند الشافعي لا تؤكل أصلاً (٣) .

وأما البيض : فقالوا : وإذا خرجت بيضة من دجاجة ميتة :

فعند الحنفية : تؤكل سواء اشتد قشرها أو لم يشتد (٤) .

وعند الشافعي وأحمد : إن اشتد قشرها تؤكل وإلا فلا (٥) .

وجه قولهما : أنه إذا لم يشتد قشرها فهي من أجزاء الميتة فتحرم بتحريم الميتة ، وإذا اشتد قشرها فقد صار شيئاً آخر ، وهو منفصل عن الدجاجة فيحل .

(١) الذبائح - د . عبد الله العبادي - ص (١٩٧) .

(٢) نيل الأوطار للشوكاني - ج ٨ - ص (١٧٢) .

(٣) بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٤٣) .

(٤) المصدر السابق ، المجموع - ج ١ - ص (٢٤٤) ، المغنى - ج ١ - ص (٦٣) .

(٥) المجموع ج ١ - ص (٢٤٤) ، المغنى - ج ١ - ص (٦٣) .

وللحنفية : أنه شيء ظاهر مودع في الطير منفصل عنه ليس من أجزائه ، فتحريمها لا يكون تحريماً له ، كما إذا اشتد قشرها (١) .

ومن هنا نلاحظ أن : الإمامين الشافعي وأحمد نظرا إلى أنه إذا لم يشتد قشرها يؤدي أكلها إلى الضرر لسريان ما في جسم الميتة إلى البيضة لرقّة قشرها .

أما الحنفية فرأى أن البيضة منفصلة ، وليست من أجزاء الميتة .

ورأى الإمامين الشافعي وأحمد ، الأخذ به أولى ؛ لأنه أفضل لصحة الإنسان .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ - ص (٤٣) .

الفصل الثالث

فى أكل الأجنة

الجنين : هو الولد ما دام فى الرحم ، وفى الطب : هو ثمرة الحمل فى الرحم حتى نهاية الأسبوع الثامن ، وبعده يسمى الحميل وفى علم النباتات : هو النبات الأول فى الحبة ، وجمعه : أجنه (١) .
الأصل فيه :

ما روى عن أبى سعيد الخدرى (رضي الله عنه) عن النبى (صلى الله عليه وسلم) أنه قال ﴿ فى الجنين ، ذكاته ذكاة أمة ﴾ .

وفى رواية : قلنا يا رسول الله ننحر الناقة ، ونذبح البقرة والشاة فى بطنها الجنين أتلقيه أم نأكل ؟ قال : ﴿ كلوه إن شئتم ، فإن ذكاته ذكاة أمة ﴾ (٢) .
قال الشوكاتى :

وإن كان فى سنده ضعف إلا أن أقل أحواله أن يكون حسناً لغيره لكثرة طرقه (٣) .

والجنين فى بطن أمه له أربعة أحوال :

(أ) أن يخرج من بطن أمه ميتاً قبل ذبحها ، فهو حينئذ ميتة لا يؤكل باتفاق .

(١) المعجم الوجيز - ص (١٢٢) (جن) .

(٢) سنن أبى داود - ج ٢ - ص (٩٣) ، باب ذكاة الجنين ، وسنن الدرهمى - ج ٢ -

ص (٨٤) ، وسنن ابن ماجه - ج ٢ - ص (١٠٦٧) ، باب ذكاة الجنين ، وأخرجه

أحمد فى مسنده - ج ٣ - ص (٣٩) .

(٣) نيل الأوطار للشوكاتى - ج ٨ - ص (١٤٥) .

(ب) أن يخرج من بطن أمه حياً بعد ذبحها ، فهذا لا يحل إلا بالتذكية باتفاق .

(ج) أن تلقيه حياً بعد ذبحها ، فإن ذبح حل ، وإن مات فهو ميتة وهذا باتفاق .

(د) أن تذبح قيموت في بطنها ، وهذا محل خلاف بين الفقهاء .

الرأى الأول :

يرى الإمام مالك (١) ، والأوزاعي والثوري ، وأبى يوسف ، ومحمد ، والشافعي وأحمد وإسحاق : أنه يؤكل ، وهو قول الأمامية والإباضية (٢)

قال الماوردي :

فأما أكل الأجنة ، وهو أن تذبح البهيمة فيوجد في بطنها جنين ، فإن كان حياً مقدوراً على ذكاته ، لم يحل أكله إلا بالذكاة ، وإن كان ميتاً أو حياً قصرت مدة حياته عن ذكاته ، حل أكله بذكاة أمه ، وهو إجماع الصحابة .

(١) مذهب مالك أنه يؤكل إذا نبت شعره ، وكملت خلقته وإلا فلا وهو قول ابن عمر ، وعبد الرحمن بن أبى ليلى ، والزهري ، والشعبي ، ونافع وعكرمة ، ومجاهد ، وعطاء ، ويحيى بن سعيد . واحتجوا ببعض الروايات ونصها : إذا أشعر الجنين ، فذكاته بذكاة أمه " فإن لم يتم خلقه بنبات شعره لم يؤكل ، حاشية الخرشى - ج ٢ - ص (٢٥) .

(٢) شرائع الإسلام - ج ٣ - ص (١٦٣) ، اللمعة دمشقية - ص (٢١٤) - ، واللنيل وشفاء العليل - ج ٤ - ص (٤٨٦) .

الرأى الثانى :

يرى الإمام أبو حنيفة : أنه لا يؤكل ، وأنه ميتة وهو قول ابن حزم
الظاهرى ، والزيدية (١) .

واحتجوا :

١-يقول الله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ ﴾ وهو من ترجيح العمام على
الخاص . ولأن الجنين ميتة ، لأنه لا حياة فيه والميتة ما لا حياة فيه
فيدخل تحت النص (٢)

٢-يقول النبى (ﷺ) ﴿ أحلت لنا ميتتان ودمان الميتتان : الحوت والجراد ،
والدمان : الكبد والطحال (٣) ﴾ ، وهذه ميتة ثالثة يوجب الخبر أن تكون
محرمة .

٣-ومن المعقول :

(أ) أنه من جنس ما يذكى ، فوجب أن لا يحل إلا بالذكاة كالأم .

(ب) ولأنه أراد التشبيه دون النيابة ، ويكون معناه : ذكاة الجنين كذكاة
أمه ؛ لأنه قدم الجنين على الأم ، فصار تشبيها بالأم ، ولو أراد النيابة ،
لقدم الأم على الجنين فقال : ذكاة الأم ذكاة جنينها (٤) .

(١) قال ابن حزم : وكل حيوان ذكى فوجد فى بطنه جنين ميت وقد كان نفخ فيه الروح
بعد فهو ميتة لا يحل ، فلو أدرك حياً فذكى حل أكله ، المحلى - ج٧ - ص(٤١٩)
البحر الزخار - ج٥ - ص(٣٠٠) ، قال المرتضى : إنه ميتة .

(٢) بدائع الصنائع - ج٥ - ص(٤٢) .

(٣) مختصر صحيح مسلم - ص(٣٥٥) .

(٤) البحر الرائق - ج٨ - ص(١٩٠) ، تكملة فتح القدير - ج٩ - ص(٤٩٨) .

واستدل الجمهور بما يلي :

١- قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحْلَسَتْ لَكُمْ بِهِيْمَةٌ الْأَنْعَامِ (١) ﴾ .

قال ابن عباس وابن عمر : بهيمة الأنعام هي أجنحتها ، إذا وجدت ميتة في بطون أمهاتها ، يحل أكلها بذكاة الأمهات .

قال الماوردي : وهذا من أول أحكام هذه السورة (المائدة) التي هي من أكثر الأحكام المشروعة ، والغالب من تأويلهم هذا أنهم لم يقولوه إلا نقلاً (٢) .

٢- ما روى عن أبي هريرة (رضي الله عنه) أن النبي (ﷺ) قال : ﴿ زكاة الجنين زكاة أمه (٣) ﴾ .

وفي هذا الحديث الشريف جعل النبي (ﷺ) إحدى الزكاتين نائبة عنهما ، أو قائمة مقامهما ، كما يقال : مال زيد مالي ، ومالي مال زيد ، يريد أن أحد المالين ينوب عن الآخر ، ويقوم مقامه .

(١) سورة المائدة - آية ١ .

(٢) الحاوي الكبير - ج ١٩ - ص (١٧٤) ، المحلى - ج ٧ - ص (٤١٩) .

(٣) سنن أبي داود - ج ٢ - ص (٩٣) زكاة الجنين ، نيل الأوطار - ج ٨ - ص (١٤٥) .

٣- ما روى عن أبي سعيد الخدري قال : قلت يا رسول الله : ننحر الناقة ونذبح البقرة أو الشاة في بطنها جنين ميت ، أنلقيه أم نأكله ؟ فقال : ﴿ كلوه إن شئتم ، فإن ذكاة الجنين ذكاة أمه (١) ﴾ .

وهذا الحديث الشريف لا يحتمل التأويل كسابقه فثبت أن ذكاة الجنين بذكاة أمه .

٤- الإجماع :

قالوا : ولأنه إجماع الصحابة روى ذلك عن : علي ، وابن عباس ، وابن عمر (رضي الله عنهم) ، وقال عبد الرحمن بن كعب بن مالك : كان أصحاب رسول الله (ﷺ) يقولون ﴿ ذكاة الجنين ذكاة أمه (٢) ﴾ .

٥- ومن المعقول :

أن الجنين يتغذى بغذاء أمه ، فلو كانت حياته بحياتها ، جاز أن تكون ذكاته بزكاتها ، وهذا من الاعتبار (٣) المناقشة والترحيح :

قال الحنفية : ومما يرد قول الجمهور قول النبي (ﷺ) ﴿ أحلت لنا ميتتان ودمان ﴾ فلم يذكر في الحديث سوى ميتة السمك والجراد ولم يتعرض للجنين في بطن أمه .

(١) سنن البيهقي - ج٩ - ص(٣٣٥) ، وسنن الداقطنى - ج٤ - ص(٢٧٤) .
 (٢) سنن البيهقي - ج٩ - ص(٣٣٥) ، وسنن الداقطنى - ج٤ - ص(٢٧٤) .
 (٣) حاشية الخرشى - ج٢ - ص(٢٥) ، الحاوى الكبير - ج١٩ - ص(١٧٥) ، المحلى لابن حزم - ج٧ - ص(٤٢٠،٤١٩) .

وقد يقول قائل : إن الجنين لا يسمى حنبياً إلا إذا كان في بطن أمه ،
فإذا خرج من بطن أمه فلا يسمى جنيناً .

الجواب عن ذلك عند الحنفية من وجهين :

أحدهما : أنه جائز أن يسمى بعد الانفصال جنيناً لقرب عهده من
الاجتنان في بطن أمه ، فلو خرج حياً ثم ذكى ، فإنه يسمى جنيناً ، وقد جاء
عن عمل ابن مالك قال : كنت بين جاريتين لي فضربت إحداهما الأخرى
بعمود فسطاط فألقت جنيناً ميتاً ، فقضى النبي (ﷺ) بغرة عبد أو أمه (١))
فسماه جنيناً بعد الإلقاء .

والثاني : أنه لو كان المراد بذكاة الجنين وهو في بطن أمه لجاز أن
تكون ذكاته ذكاة أمه ، وإن خرج حياً ثم مات ، وباتفاق الجميع أنه إذا خوج
حياً ثم مات أنه ميتة لا يؤكل (٢) .

فإن قيل : أنه قد روى سعيد أن النبي (ﷺ) سئل عن الجنين يخرج
ميتاً ، فقال كلوه ، فإن ذكاته ذكاة أمه .

يجاب عن ذلك :

بأنه قد روى هذا الحديث جماعة من الثقات عن يحيى بن سعيد ، ولم
يذكروا فيه خرج ميتاً .

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه - ج ٩ - ص (١٤) ، ومسلم في صحيحه -
ج ٣ - ص (١٣١١) باب دية الجنين .

(٢) بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٤٣) ، والحاوي - ج ١٩ - ص (١٧٥) .

ورواه جماعة عن مجالد ، منهم : أبو أسامة وعيسى بن يونس ، ولم يذكروا فيه أنه خرج حياً (١) .

كما أن خروج الدم منه لا يتحصل بجرح الأم ، إذ هو ليس بسبب لخروج الدم منه ، فلا يجعل تبعاً في حقه ، وإنما يدخل في البيع تحريماً لجوازه كي لا يفسد باستثنائه (٢) .

مناقشة أدلة الحنفية من الجمهور :

١- إن الآية الكريمة ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ ﴾ لا تتأوله لدخوله في قوله تعالى ﴿ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ وهو مخصوص بأخباره (ﷺ) أن ذكاته داخلة في ذكاة أمه ، أو هو جزء منها ، كما خصت في الحوت والجراد .

٢- إن الخبر خارج عن الميتة ، لأن موته بذكاة أمه ولو مات بغير ذكاتها فألقته ميتاً ، حرم لأنه ميتة .

٣- أن قولهم إنما أراد به التشبيه دون النيابة .

ففيه ثلاثة أجوبة :

أحدها : أن اسم الجنين منطلق عليه إذا كان مستجناً في بطن أمه ، فيزول عنه الاسم إذا انفصل عنها فيسمى ولداً ، قال تعالى : ﴿ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَاءٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ ﴾ (٣) وهو في بطن أمه لا يقدر على زكاته ، فبطل أن يحمل على التشبيه ووجب حمله على النيابة .

(١) أحكام القرآن للحصاص - ج ١ - ص (١٣٧) فما بعدها .

(٢) تكملة فتح القدير - ج ٩ - ص (٤٩٨) .

(٣) سورة النجم - آية ٣٢ .

والثانى : أنه لو أراد التشبيه دون النيابة ، لساوى الأم غيرها ولم يكن لتخصيص الأم فائدة فوجب أن يحمل على النيابة دون التشبيه ، ليصير لتخصيص الأم تأثير .

والثالث : لو أورد التشبيه لنصب " ذكاة أمه " لحذف كاف التشبيه ، والرواية مرفوعة : " ذكاة أمه " فيثبت أنه أراد النيابة دون التشبيه (١) .

والراجح : هو قول الجمهور لقوة أدلتهم ، ولأن الزكاة تشرع فى الحيوان بقدر الإمكان ، ولا إمكان فى مستألتنا إلا هذا الوجه ، وهو أن يجعل ذكاة الجنين ذكاة أمه ويؤيده الأحاديث الواردة ، وأقوال الصحابة رضوان الله عنهم وإجماعهم على جواز أكل الجنين إن مات فى بطن أمه بسبب ذبحها (٢) .

هذا إن تشكلت أعضاؤه وبانت صورته ، وإلا فلا ، والله أعلم .

(١) الحاوى الكبير - ج ١٩ - ص (١٧٤، ١٧٥) .

(٢) يلاحظ أنه يكره ذبح الشاة الحامل التى قربت ولادتها إلا لعنر ، لما فيه من إضاعة الولد ، هذا عند أبى حنيفة ، وعند يوسف ومحمد : لا يكره لأنه يؤكل ، وهذا قول الجمهور .

الفصل الرابع

فى حكم أكل الجراد

الجراد : حيوان من حيوانات البر له ألوان متعددة وأصناف مختلفة يهجم على الزرع فيبيده (١) ، ولقد دعا النبى (ﷺ) فى الحديث المروى عن أنس بن مالك بقوله : (اللهم أهلك كباره ، واقتل صغاره ، وأفسد بيضه ، واقطع دابره ، وخذ بأفواهاها عن معاشنا وارزقنا إنك سميع الدعاء : فقال رجل : يا رسول الله كيف تدعو على الجراد وهو جند من أجناد الله ؟ قال إن الجراد نثرة الحوت فى البحر (٢) .

وفى الحديث دلالة على أنه بحرى ، قال السرخسى : إنه بحرى الأصل برى المعاش (٣) .

حكم أكله : قال ابن قدامه :

اتفق الفقهاء على إباحة أكله بإجماع أهل العلم ، ولا فرق بين أن يموت بسبب أو بغير سبب ، لما ورد من أحاديث كثيرة تبين أنه حلال واشترط الإمام مالك تكويته (٤) .

(١) فتح البارى - ج ٩ - ص (٦٢١) أحكام الأطعمة د . عبد الله الطريقي -

(٢) قال السرخسى . حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، سنن الترمذى - ج ٤ - ص (٣٦٩) .

(٣) المبسوط للسرخسى - ج ١١ - ص (٢٢٩) .

(٤) حاشية ابن عابدين - ج ٦ - ص (٣٠٧) ، بداية المجتهد - ج ١ - ص (٣٥٩) ،

المجموع - ج ٩ - ص (٢٣) ، المغنى - ج ١١ - ص (٤١) .

ومن الأحاديث الدالة على ذلك :

١- ما روى عن عبد الله بن أبي أوفى (رضي الله عنه) قال : ﴿ غزونا مع رسول الله (صلى الله عليه وسلم) سبع غزوات نأكل الجراد (١) ﴾ .

٢- ما روى عن ابن عمر (رضي الله عنهما) قال : ﴿ أحلت لنا ميتتان ودمان فأما الميتتان فالسمك والجراد ، وأما الدمان فالكبد والطحال (٢) ﴾ .

ففي هذين الحديثين دلالة واضحة على إباحته ، وإباحة ميتته ، فلم يعتبر له سبب كالسمك ، ولأنه لو افتقر إلى سبب لافتقر إلى ذبح ، وذابح ، وآله كبهيمة الأنعام (٣) .

المطلب الثاني

في الاختلاف الوارد عن الفقهاء فيما يحل ويحرم

من الحيوانات البرية والبحيرة

الحيوان ثلاثة أنواع : برى ، وبحرى ، وما جمع بين البر والبحر ، وحول بيان هذه الأنواع نعد الفروع التالية :

الفرع الأول : في حيوانات البر ما يحل منها وما يحرم .

الفرع الثاني : في ما يكره أكله من حيوانات البر .

الفرع الثالث : في اللحوم المستوردة من الخارج .

الفرع الرابع : في حيوانات البحر ما يؤكل منها وما لا يؤكل .

وإليك البيان في ضوء ما أوردنا إليه القرآن الكريم والسنة النبوية

الشريفة ، وما أثر عن الفقهاء :

(١) صحيح البخارى - ج ٧ - ص (٧٨) .

(٢) سنن الدار قطنى - ج ٤ - ص (٢٧١) ، كتاب الأطعمة .

(٣) المغنى لابن قدامة - ج ١١ - ص (٤١) .

الفرع الأول

فى حيوانات البر ما يحل منها وما يحرم

أولاً : ما يحل من حيوانات البر :

المتفق عليه : اتفق الفقهاء على إباحة بهيمة الأنعام وهى الإبل والبقرة والغنم بجميع أنواعها أعلياً ووحشياً لقوله تعالى : ﴿ أَجَلَّتْ لَكُمْ بِهِمَةً الْأَنْعَامِ (١) ﴾ .

وقد دلت الآية الكريمة على حل بهيمة الأنعام بلا خوف .

ومن الوحشى : الإبل ، والتيتل ، والوعل ، والمها والظباء والنعامة والزرافة والوبر (٢) واليربوع (٣) ، وكذا الطاووس ، وخراب الزرع لأن ذلك مستطاب ، فيدخل فى عموم قوله تعالى : ﴿ وَيَحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ (٤) ﴾ .

(١) سورة المائدة - آية ١ .

(٢) الإبل : حيوان من ذوات الظلف ، للذكور منه قرون متشعبة لا تجوف فيها ، وأما الإناث فلا قرون لها .

والتيتل : جنس من بقر الوحش .

والوعل : تيس الجبل له قرنان منحنيان .

والمها : البقرة الوحشية ، يشبه بها من حسن العينين .

والظباء : هى الغزال للذكر والأنثى والظبية : الأنثى .

والنعامة : حيوان فيها من الطير والبعير ، وجمعها نعام .

والزرافة : دابة تشبه البعير إلا أن عنقها أطول ، وجسمها أطف .

والوبر : حيوان قصير الذنب والأنين ، ليس له ناب يأكل النبات .

تكملة فتح القدير - ج ٨ - ص (٦٣) ، بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٧) ، اللمعة

الدمشقية - ص (٢١٤) ، البحر الزخار - ج ٥ - ص (٣٠٧) .

(٣) حيوان قصير البدن طويل الرجلين مباح الأكل ، ونقل عن أحمد فى رواية : أنه

محرم لأنه يشبه الفأر ، الكافى - ج ٢ - ص (٥٥٨) .

(٤) سورة الأعراف - آية ١٥٧ .

وأباح أئمة الفقه ، الأرنب والدجاج ، لما روى أبو موسى قال :
 ﴿ رأيت رسول الله ﷺ يأكل الدجاج (١) ﴾ .

ولما روى أنس (رضي الله عنه) قال : أخذت أرنباً فذبحها أبو طلحة ، وبعث
 بوركها إلى النبي ﷺ فأكله (٢) .

وكذا الأوز والبط ، لأنها طيبات فتدخل في عموم قوله تعالى : ﴿ قُلْ
 أَجِلٌ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ (٣) ﴾ .

وبباح الضبع ، والضب ، لما روى جابر (رضي الله عنه) قال : سألت رسول الله
 ﷺ عن الضبع ، فقال : ﴿ هو صيد ، ويجعل فيه كبش إذا صاده
 المحرم (٤) ﴾ .

ونقل عن ابن عباس (رضي الله عنه) في الضب : أنه قد أتى النبي ﷺ بضب
 فرفع يده ، فقلت : أحرام هو يا رسول الله ؟ قال : ﴿ لا ، ولكنه لم يكن
 بأرض قومي فأجذني أعافه (٥) ﴾ .

(١) صحيح البخارى - ج ٧ - ص (١٢٥) ، صحيح مسلم - ج ٣ - ص (١٢٧) ، باب
 الدجاج من كتاب الصيد والذبائح .

(٢) صحيح البخارى - ج ٧ - ص (١٢٥) ، ومسلم - ج ٣ - ص (١٥٤٧) باب إباحة
 الأرانب من كتاب الصيد والذبائح .

(٣) سورة المائدة - آية ٤ .

(٤) سنن أبي داود - ج ٢ - ص (٣١٩) ، وابن ماجه - ج ٢ - ص (١٠٣١) .

(٥) صحيح البخارى - ج ٧ - ص (٩٣) ، ومسلم - ج ٣ - ص (١٥٤٣) ، الصيد
 والذبائح .

فاجتره خالد ، فأكله ورسول الله (ﷺ) ينظر (١) ، ونقل في الثعلب روايتان (٢) .

ويباح من الطير ، الحمام بجميع أنواعه والعصافير ، والقنابر ، والحجل .

وكذا ، والحبارى ، والكركى ، والكروان والزاع (٣) ، وأشباهاها مما يلتقط أنحب ، وكل طير لا يصيد بمخلبه ، ولا يأكل الجيف ولا يستخبث فهو حلال (٤) .

ومما سبق يتبين حل هذه الحيوانات للنصوص الواردة فى حلها ، لاعتبارها من الطيبات فكان لحمها حلال .

(١) وأكله حرام عند الحنفية : لما روت السيدة عائشة (رضى الله عنها) قالت : أهدى إلى النبى (ﷺ) ضب ، فامتنع من أكله ، فجاعت سائله ، فأرادت عائشة أن تطعمها ، فقلل لها (ﷺ) أنطعمين ما لا تأكلين ﴿ فلولا حرمة ما منعها من التصديق .

ويرى الشافعية : أن هذا الخبر محمول على التنزيه وهو الأولى بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٧) ، معنى المحتاج - ج ٤ - ص (٢٩٧) ، نيل الأوطار - ج ٨ - ص (١١٢) .

(٢) الكافى - ج ٢ - ص (٥٢٧) .

(٣) القطا : نوع من اليمام ، يؤثر الصحراء .

والحبارى : طائر طويل العنق يأوى إلى الماء أحياناً .

والزاع : نوع من الغربان صغير كالحمامة لا يأكل الجيفة .

(٤) بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٨) ، روضة الطالبين - ج ٣ - ص (٣٧٠) ،

حاشية النجدي - ج ٧ - ص (٤٢٩) ، الكافى - ج ٢ - ص (٥٢٨) ، المحلى

لابن حزم - ج ٧ - ص (٣٩٨) .

ثانياً : ما يحرم من الحيوانات البرية :

جاءت الأحاديث الشريفة تنهى عن أكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير منها .

ما روى عن أبي ثعلبة الخشني (رضي الله عنه) قال : « نهى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن كل ذى ناب من السباع ، وكل ذى مخلب من الطير (١) » .

واتفق جمهور الفقهاء أبو حنيفة والشافعي وأحمد على النهي عن كل ذى ناب من السباع ، وهو المفترس الذي يأكل قهراً وقسراً ، كالأسد ، والنمر والفهد ، والذئب ، والدب ، والقيل ، والسبع كل جارح قتال منتهب متعدد عادة (٢) ، ويأخذ نفس الحكم الكلب والخنزير ، وابن آوى ، وابن عرس ، والسمور (٣) .

(١) صحيح مسلم - ج ٣ - ص (٥٣٤) ، باب تحريم أكل ذى ناب من السباع من كتاب الصيد والذبائح ، وسنن أبي داود - ج ٢ - ص (٣١٩) .

(٢) واختلف العلماء فى المفترس : فقال أبو حنيفة : كل ما أكل اللحم فهو سبع حتى الفيل والضبع ، واليربوع ، والسنور ، والأسد والنمر ، والذئب وابن آوى والثعلب . وقال الشافعي وأحمد : يحرم من السباع ما يعدو على الناس كالأسد والنمر ، والذئب ، أما الضبع والثعلب فيحلان ؛ لأنهما لا يعدوان .

أما الإمام مالك فيرى : أنه لا يحرم أكل ذى الناب ، ولكن يكره واحتج بقوله تعالى : ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً ﴾ الأنعام / ١٤٥ ، لاحظ بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٧) ، حاشية الدسوقي - ج ٢٢ - ص (١٣٧) ، قلوبى وعميرة - ج ٤ - ص (٣٥٧) ، الكافي - ج ٥ - ص (٥١) ، المحلى - ج ٧ - ص (٣٩٨) .

(٣) ابن آوى : نوع من الكلاب البرية ، يشبه الكلب ، رائحته كريهة تسمية العامة :

الواوى . =

ويحرم أكل ماله مخلب من الطير ، والمخلب : هو الظفر الذى يصيد له الحيوانات ، كالبازى والصقر ، والشاهين ، والباشق ، والحدأة ، والصقر ، والشاهين ، والباشق ، والحدأة ، والبومة (١) لقول ابن عباس وأبى ثعلبة (نهى رسول الله ﷺ) عن كل ذى ناب من السباع ، وكل ذى مخلب من الطير (٢) .

والذى يتضح من أقوال الفقهاء أنه يحرم أكل هذه الحيوانات لأن طبيعتها مذمومة شرعاً فحرمت هذه الحيوانات كرامة لبنى آدم لئلا يتعدى

= وابن عرس : دوبيه تشبه الفأر أصلع الأذنين مستطيل الجسم ، ومذهب أبى حنيفة وأحمد : تحريمه لأنه من السباع كما أنه مستخثب كسابقة . والسنور : هى القط أهلياً أو برياً ، وهو محرم ، لأنه من ذوات الأنياب .

والنمس : حيوان فى حجم القط قصير اليدين والرجلين يصيد الفأر والحيات .
والفئك : جنس من الثعالب ذات ناب فروتها من أطيب أنواع الفراء ، وهو محرم .
والسنجاب : حيوان صغير يتخذ منه الفراء .
والسمور : حيوان برى يشبه السنور يتخذ جلده فراء ثمينة .

الاختيار - ج٥ - ص(١٤) ، حياة الحيوان للدميرى - ج٢ - ص(٢٣٠) فما بعدها - ط /دار الطباعة المصرية ، حاشية النجدى - ج٧ - ص(٤٢٠) .
(١) الصقر : كل طائر يصاد به وهو أنواع :

الشاهين : طائر من جنس الصقر ، طويل الجناحين .
الباشق : طائر من أصغر الجوارح .

الحدأة : بكسر الحاء ، طائر من الجوارح بدائع الصنائع - ج٥ - ص(٣٨) ،
روضة الطالبين - ج٣ - ص(٣٧٠) ، حاشية النجدى - ج٧ - ص(٤٢٩) ، الكافى - ج٢ - ص(٥٢٨) ، المحلى لابن حزم - ج٧ - ص(٣٩٨) .

(٢) سبق تخريجه فى الصفحة السابقة .

شيء من هذه الخصال الذميمة بالأكل ، ولما روى أن رسول الله (ﷺ) نهى عن كل ذى خطفة ونهبة (١) .

وقال ابن القيم : لقد تواترت الأحاديث عن النبي (ﷺ) عن كل ذى ناب من السباع ، وكل ذى مخلب من الطير ، وصحت صحة لا مطعن فيها (٢) .

ويأخذ نفس الحكم السابق فى الحرمة ، ما يأكل الجيف من الطير ، كالنسر والرخم ، والقلق ، والعقق والغراب (٣) . وكذلك ما يستخبئه العرب أهل اليسار كالقنفذ ، والفأرة ، والحية ، والحشرات كلها ، والوطواط (٤) ، لأنها تأكل الجيف ، وهى من الأمور المتفق عليها بين الفقهاء إلا أن مالكا (رحمته) كرهها ، ولم يحرمها ، لأن الأصل فى الطهارة عنده الحياة ، وفى النجاسة الموت (٥) .

(١) البحر الرائق - ج ٨ - ص (١٩٥) ، بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٩) .

(٢) حاشية النجدي على الروض المربع - ج ٧ - ص (٤٢٢) .

(٣) النسر : طائر حاد البصر من أشد الطيور وأرفعها طيراناً ، وأقواها جناحاً ، تخافه كل الجوارح .

والرخم : طائر أبقع فيه بقعة بيضاء فى رأسه - يشبه النسر فى الخلقة ، وهو من الجوارح الكبيرة .

القلق : طائر نحو الأوزة ، كويل العنق يأكل الحيات .

العقق : طائر نحو الحمامة طويل الذنب ، فيه بياض وسواد ، وهو نوع من الغربان .

الغراب : معروف يأكل الجيف ، ولا يؤكل لأنه من الفواسق التى أمر رسول الله (ﷺ) بقتلها فى الحل والحرم .

(٤) اللوطواط : ويسمى الخفاش ، / مختصر صحيح مسلم - ص (١٨١) ، وتبيين الحقائق

- ج ٥ - ص (٢٩٤) ، البحر الرائق - ج ٨ - ص (١٩٥) ، بدائع الصنائع -

ج ٥ - ص (٣٨) .

(٥) حاشية الدسوقي - ج ٢ - ص (١١٧) .

ثالثاً : ما اختلف فيه من الحيوانات البرية :

الخيول والبغال والحمير :

أولاً : الخيل : أقسم الله تعالى بها شرفاً لها فهي آلة الحرب ، وهي غاية في الجمال والزينة ، قال تعالى : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾ (١) ، وقال تعالى في حقها خاصة : ﴿ وَالْعَادِيَاتِ ضَبْحًا ﴾ (٢) .

ولقد جاء في السنة عن رسول الله ﷺ ﴿ الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة ﴾ (٣) .

حكم أكل لحومها :

اختلف الفقهاء في حكم أكل لحوم الخيل على النحو الآتي :

القول الأول :

يرى الإمام أبو حنيفة : أنه يحرم أكل لحمها .

قال ابن عابدين : ويكره أكل لحم الفرس عند أبي حنيفة .

والمراد بالكراهة : التحريم ، وقيل : المراد بها التنزيه والأول أصح

وهي الرواية التي رواها الحسن عنه .

وهذا هو المشهور من مذهب مالك ، وقال الأمامية : إنه يكره (٤) .

(١) سورة النحل - آية ٨ .

(٢) سورة العاديات - آية ١ .

(٣) صحيح البخارى - ج٤ - ص (٢٣) ، باب الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم

القيامة نيل الأوطار للشوكاني - ج٨ - ص (١١٢) .

(٤) بدائع الصنائع - ج٥ - ص (٣٨) ، حاشية ابن عابدين - ج٦ - ص (٣٠٥) ،

حاشية الدسوقي - ج٢ - ص (١٣٧) .

القول الثاني :

يرى الشافعى وأحمد جواز أكل لحم الخيل وهذا قول الصحابين من الحنفية ، وبه قال مالك فى رواية (١) ، وهو قول الظاهرية .

الدليل على إباحة الأكل :

١- ما روى عن جابر بن عبد الله (رضي الله عنه) قال : « نهى النبي (صلى الله عليه وسلم) يوم خيبر عن لحوم الحمر ورخص فى لحوم الخيل (٢) » .

٢- وفى رواية عن جابر ، قال : « نبحنا يوم خيبر الخيل والبغال والحمير فنهانا رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن البغال والحمير ولم ينهانا عن الخيل (٣) » .

وجه الدلالة :

أن هذه الأحاديث تدل دلالة واضحة على إباحة لحوم الخيل .

واستدل الإمام أبو حنيفة ومن وافقه على حرمة أكله بما يلى :

١- قوله تعالى : « وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً (٤) » .

إن هذه الأنواع خرجت فى معرض الامتتان ، فلو جاز أكلها لذكره ،

لأن نعمة الأكل أعظم من نعمة الركوب (٥) .

(١) المجموع - ج ٩ - ص (٤) ، روضة الطالبين - ج ٣ - ص (٢٧٠) ، شرائع

الإسلام - ج ٣ - ص (١٧١) ، اللعه دمشقية - ص (٢١٤) ، والمغنى - ج ١١

- ص (٧١،٧٠) المطى - ج ٨ - ص (٤٠٩) .

(٢) صحيح البخارى - ج ٧ - ص (٨٢) .

(٣) المصدر السابق .

(٤) سورة النحل - آية ٨ .

(٥) الاختيار - ج ٥ - ص (١٤) .

قال الكاساسي : وذكر سبحانه أنه خلق الخيل والبغال والحمير للركوب والزينة ، فلقد ذكر سبحانه منفعة الركوب والزينة ، ولم يذكر منفعة الأكل ، فدل أنه ليس فيها منفعة أخرى سوى ما ذكرنا (١) .

٢- قوله تعالى : ﴿ وَيَجْلُ لُهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحْرَمُ عَلَيْهِنَّ الْخَبَائِثُ ﴾ (٢) .

وجه الدلالة : أن لحم الخيل ليس بطيب بل هو خبيث ، لأن الطباع السليمة لا تستطيه بل تستخبثه ، وبه يتبين أن الشرع إنما جاء بإحلال ما هو مستطاب في الطبع لا بما هو مستخبث ، ولهذا لم يجعل المستخبث في الطبع غذاء (٣) .

ومن السنة المشرفة :

بما روى عن جابر (رضي الله عنه) قال : ﴿ لما كان يوم خيبر أصاب الناس مجاعة فأخذوا الحمر الأهلية فذبحوها ، فحرم رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لحوم الحمر الأهلية والخيل والبغال ، وكل ذي ناب من السباع ، وكل ذي مخلب من الطير ، وحرم الخلسة والنهية (٤) ﴾ .

وفى هذا الحديث دلالة واضحة على حرمة لحم الخيل والبغال والحمير الأهلية ، والنهي الوارد فيه يقتضى التحريم .

(١) بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٨) .

(٢) سورة الأعراف - آية ١٥٧ .

(٣) بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٨) ، تبين الحقائق - ج ٥ - ص (٢٩٥) .

(٤) مختصر صحيح مسلم - ص (٣٥٦) ، سنن أبي داود - ج ٢ - ص (٩٤) ، نصب

الراية لتخريج أحاديث الهداية - ج ٤ - ص (١٩٦) ، نيل الأوطار للشوكاني -

ج ٨ - ص (١١٢) .

ومن المعقول :

قال الكاساني : وأما دلالة الإجماع فهي أن البخل حرام بالإجماع ، وهو ولد القرس ، فلو كانت أمه حلالاً لكان هو حلالاً أيضاً لأن حكم الولد حكم أمه لأنه منها وهو كبعضها (١) .

والراجع : قول الإمام أبي حنيفة ومن وافقه ، وهو اختيار الكاساني وغيره ، وأما ما قيل من أكل لحومها في المغازي ، فهذا يدل على أنهم كانوا يأكلونها في حالة الضرورة .

قال الزهري (رحمه الله) : ويحمل الحديث على هذا لأننا ما علمنا الخيل أكلت إلا في حصار .

وعن الحسن (رضي الله عنه) أنه قال : كان أصحاب رسول الله (ﷺ) يأكلون لحوم الخيل في مغازيهم ، فهذا يدل على أنهم كانوا يأكلونها في حال الضرورة ، أو يحمل على هذا عملاً بالدليل صيانة لها عن التناقص ، أو يترجح الحاضر على المبيح احتياطاً .

هذا الذي ذكرناه على رواية الحسن عن أبي حنيفة (رضي الله عنه) في التحريم ، وأما على الرواية الثانية وهو القول بالكراهة ، وهو قول مالك ، وعدم إطلاق التحريم ، لاختلاف الروايات المروية في الباب ، واختلاف السلف في الحل والحرم فكان الأولى القول بالكراهة احتياطاً لباب الحرمة (٢) .

(١) بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٨) .

(٢) حاشية ابن عابدين - ج ٦ - ص (٣٠٦) ، بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٩، ٣٨)

تكملة فتح القدير - ج ٨ - ص (٦٤، ٦٣) ، نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية -

ج ٤ - ص (١٩٦) فما بعدها .

ثانياً : لحوم البغال والحمير

البغل : هو ما تولد من حمار و فرس .

اتفق الفقهاء على القول بحرمة لحم البغال ، لأنها تولدت من مأكول وغير مأكول ، وهو الفرس والأتانة فيغلب جانب التحريم .

فالبغل الذي أمه أتان يحرم ، والذي أمه فرس يجرى فيه الخلاف بين أبي حنيفة والجمهور ومن الصحابين أبي يوسف ومحمد .

وهذا قول جمهور الفقهاء في البغال والحمير (١)

إلا أن مالكا (رحمه الله) يقول بالكراهة ، وهذه الكراهة مغلظة تقترب من التحريم ، وهذا ما قال به الأمامية .

وعلته في ذلك :

أن البغل حيوان مركوب ذو حافر فلم يكن محرماً ، وإن كان مكروهاً (٢) .

وحجته من منع :

ما روى عن جابر (رضي الله عنه) قال : ﴿ نهانا رسول الله (ﷺ) عن البغال والحمير ولم ينهانا عن الخيل (٣) ﴾ .

(١) بدائع الصنائع - ج٥ - ص(٣٨) ، نهاية المحتاج - ج٨ - ص(١٨) ، والمغنى - ج١١ - ص(٧٠) .

(٢) شرح الزرقاني - ج٣ - ص(٩١) ، وشرائع الإسلام - ج٣ - ص(١٧٠) ، اللعنه الدمشقية - ص(٢١٤) .

(٣) مختصر صحيح مسلم - ص(٣٥٥) ، سنن أبي داود - ج٢ - ص(٣٠٦) ، نصب الراية - ج٤ - ص(١٩٦) ، ونيل الأوطار - ج٨ - ص(١١٣) .

ثالثاً : حمار الوحش :

قد ثبت أن الحكم في الحمر الأهلية الحرمة لما ذكرنا من الدلائل ، فكان حكم الحمر الوحشية الحل ضرورة ، وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء (١) .

دليل الحل :

ما روى أن رجلاً من فهر جاء إلى النبي (ﷺ) وهو بالروحاء ، ومع الرجل حمار وحشى عقره ، فقال : هذه رميتى يا رسول الله ، وهى لك ، فقبله النبي (ﷺ) وأمر أبو بكر الصديق أن يوزعه بين الصحابة (٢) .

ولما روى أبو قتادة أنه كان مع أصحاب له محرمين وهو لم يحرم : فأبصروا حماراً وحشياً ، قال : وأنا مشغول أخصف (٣) نعلى ، فلم يؤذنونى به ، وأحبوا لو أنى أبصرته ، فركبت ونسيت السوط والرمح فقلت لهم : ناولونى السوط والرمح ، قالوا : والله لا نعينك عليه ، وهذا يدل على اعتقادهم تحريم الإعانة عليه أثناء إحرامهم ، ولما سألوا النبى (ﷺ) قال : ﴿ هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها ، أو أشار إليه ﴾ قالوا : لا . قال : فكلوا ما بقى من لحمها (٤) .

(١) بدائع الصنائع - ج٥ - ص(٣٩) ، حاشية الدسوقى - ج٢ - ص(١٣٧) ، نهاية المحتاج - ج٧ - ص(١٩) ، المغنى - ج١ - ص(٧١) ، المحلى - ج٧ - ص(٣٩٨) ، الروض النضير - ج٣ - ص(١٧٠) .

(٢) المحلى لابن حزم ج٧ - ص(٣٩٨) .

(٣) خصف النعل خصفاً خرزها بالمخصف ، والخصاف من يحصف النعال ، المعجم الوجيز ص(١٩٩) (خصف) .

(٤) صحيح البخارى - ج٣ - ص(٢٠٢) ، كتاب الهبة ، وصحيح مسلم - ج٢ - ص(٨٥١) ، تحريم الصيد للمحرم .

رابعاً : لحم الضبع والضب

بيننا أنهما من الحيوانات المباحة عند الجمهور (١)، لأن رسول الله (ﷺ) جعل فيمن صاده وهو محرم كبشاً ، وقال فيه : ﴿ هو صيد ﴾ .

ولكن الإمام أبو حنيفة يرى أنه حرام أكله (٢) ، لقول رسول الله (ﷺ) للسيدة عائشة (رضى الله عنها) ﴿ أتطعمين ما لا تأكلين ﴾ .

فلولا أنه حرام لما منعها من التصدق على السائل ، ومن هنا كان الضبع والضب من ذوات الأنياب التي جاء الحديث بالنهاي عن أكلها ، ومن هذه الأحاديث :

ما روى عن أبي ثعلبة الخشبي (رضي الله عنه) قال ﴿ نهى رسول الله (ﷺ) عن أكل كل ذي ناب من السباع ﴾ والنهي يقتضى التحريم .
ونوقش قول الحنفية :

بأن دليل حل الضبع خاص والنهي عام ولا شك أن الخاص يقدم على العام (٣) .

ومن المعقول : أن الضبع سبع ذو ناب فيدخل تحت الحديث المشهور ، وما روى عنهم ليس بمشهور ، فالعمل بالمشهور أولى ؛ ولأن ما

(١) حاشية الدسوقي - ج ٢ - ص (١٣٧) ، حاشية الخرشى - ج ٢ - ص (٢٥) ، المجموع - ج ٩ - ص (٨) ، نهاية المحتاج - ج ٨ ، ص (٢٠، ٢١) ، المغنى - ج ١١ - ص (٧٢) مطالب أولى النهي - ج ٦ - ص (٣٠٩) ، المحلى لابن حزم - ج ٧ - ص (٤٠٢، ٤٠٣) ، الروض النضير - ج ٣ - ص (١٧١) .

(٢) بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٩) .

(٣) مطالب أولى النهي - ج ٦ - ص (٣٠٩ ، ٣١٠) .

روينا محرم ، وما رواه الشافعي ومن وافقه مبيح ، والمحرم يقدم على المبيح احتياطاً (١) ، وهو الأولى .

خامساً : حكم أكل لحم الثعلب وابن آوى وابن عرس والدب والقطط والوبر واليربوع ، والقرد والفيل .

وهذه الأنواع من الفقهاء من اختلف في تحريمها تبعاً للاختلاف فيها هل هي من السباع أم لا .

يرى الحنفية (٢) : أن هذه الحيوانات من السباع من ذوات الأنياب مستخبثة غير مستطابة فهي تشبه لحم الكلاب ، فهي داخلة في عموم النهي ، واستدلوا : بما روى أن رسول الله (ﷺ) « نهى عن كل ذي ناب من السباع » وكل هذه الحيوانات تعدو وتمكر وتروغ ، وتأكل الدم واللحم ، فكانت محرمة لخبث لحمها ، ونفور طبعها فحرمت خوفاً من انتقال أمر من هذه الأمور إلى بنى آدم (٣) .

(١) بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٩) ، تكملة فتح القدير - ج ٩ - ص (٤٤٩) .

(٢) ويوافق الحنفية المالكية في مقابل الأظهر ، والحنابلة في رواية ، والشافعية في مقابل الأصح والظاهرية ونقل عن الزيدية والأباضية ما يوافق ذلك .

لاحظ / بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٩) ، تبيين الحقائق - ج ٥ - ص (٢٩٥) ، حاشية السوقي - ج ٢ - ص (١٣٧) ، ومواهب الجليل - ج ٣ - ص (٢٣٥) ، التاج والإكليل - ج ٣ - ص (٢٢٩) ، المجموع - ج ٩ - ص (٢٠) ، روضة الطالبين = ج ٣ - ص (٢٧١) ، المغنى - ج ١١ - ص (٦٧) ، المحلى - ج ٧ - ص (٤٠٠) فما بعدها ، البحر الزخار ج ٤ - ص (٣٠١) ، النيل وشفاء العليل ج ٥ - ص (٤٨٨) .

(٣) تكملة فتح القدير - ج ٩ - ص (٥٠٠) والاختيار لتعليق المختار - ج ٥ - ص (١٧،١٦) .

ويرى جمهور الفقهاء (١) : أن هذه الأنواع تقدى فى الحرم والإحرام كما أنها لا تتقوى بنابها بالقياس على الأرانب (٢) .
ويجاب عن ذلك بما يلى :

- (أ) أنه ليس كل ما يقدى فى الحرام أو الإحرام يؤكل ؛ لأن الله تعالى أحل لنا ما هو طيب ، وهذه الحيوانات لا تعد من الطيبات .
(ب) أنها تتقوى بنابها وتنهش له ، ولقد سئل أحمد عن ذلك فقال : كل شىء ينهش بنابه فهو من السباع (٣) .

والراجح : هو قول الحنفية ومن وافهم لعموم الأدلة القاضية بتحريم كل ذى ناب من السباع ، وهذه الحيوانات من السباع ، لأنها تفرس بأنيابها ولحمها مستخبث غير مستطاب ، فتدخل فى عموم قوله تعالى : ﴿ وَيَحِلُّ لَهُمْ الطَّيِّبَاتِ وَيَحْرَمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثُ ﴾ (٤) .

(١) وللمالكية والشافعية والحنابلة قول بالإباحة ، لاحظ : التاج والإكليل شرح مختصر خليل - ج ٣ - ص (٢٢٩) ، حاشية الخرشي - ج ٢ - ص (٢٥) فما بعدها ، الحاوى الكبير - ج ١٩ - ص (٣٥) ، قليوبى وعميرة - ج ٤ - ص (٣٥٧) ، روضة الطالبين - ج ٣ - ص (٢٧٠) ، والمغنى لابن قدامة - ج ١١ - ص (٦٧) ، الكافى لابن قدامة - ج ٢ - ص (٥٣١) مطالب أولى النهى - ج ٦ - ص (٣٠٩) .
(٢) المجموع - ج ٩ - ص (١٠) ، المغنى لابن قدامة - ج ١١ - ص (٦٧) .
(٣) الأنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ج ١٠ - ص (٣٦٠) ، المغنى - ج ١١ - ص (٦٧) .

المغنى - ج ١١ - ص (٦٧) ، الكافى فى فقه أحمد - ج ٢ - ص (٥٣٢) .

قال المرغيناني :

ومعنى التحريم : كرامة بنى آدم كى لا يعدو شىء من هذه الأوصاف
الذميمة إليهم بالأكل (١) .

الفرع الثانى

فى ما يكره أكله من حيوانات البر

لحم الجلالة :

الجلالة : هى التى تأكل النجاسات ، أو تكون أكثر علفها من
النجاسات ، أو هى التى تأكل العذرة اليابسة ، سواء كانت من بهيمة الأنعام
أو الدجاج ، ونحوه ممن يلقط الحب (٢) .

قال الحنفية : ولأن الغالب من أكلها النجاسات ، وبأكملها للنجاسات
يتغير لحمها وينتن ، فيكره أكله كالطعام المنتن (٣) .

قال محمد : وإنما تكون جلالة : إذا تفتت وتغيرت ووجد منها ريح
منتنة ، فهى الجلالة حينئذ ، لا يؤكل لحمها ، ولا يشرب لبنها ، وبيعها
وهبتها جائز هذا إذا كانت لا تخلط ، فإن كانت تحاط بين النجاسة
والطاهرات فليست بجلالة (٤)

(١) الهداية شرح بداية المبتدى على هامش تكملة فتح القدير - ج ٩ - ص (٤٩٩) .

(٢) بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٤) .

(٣) المبسوط ج ١١ - ص (٢٥٥) .

(٤) بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٤٠) ، حاشية النجدي - ج ٧ - ص (٤٣٠) ، المغنى

لابن قدامة - ج ١١ - ص (٧١، ٧٢) ، قال : هى التى تأكل القذر ، فإذا كان أكثر

حكم أكل لحم الجلالة :

يرى الإمام أبو حنيفة والشافعي أنه يكره أكلها ويستحب حبسها ثلاثة أيام ، وتحبس حتى تطيب ، وتطعم الطاهر فقط (١) .
قال القدوري :

إنه لا يحل الانتفاع بها من العمل وغيره (٢) ، إلا أن تحبس أياماً وتعلف فحينئذ تحل (٣) .

فالأمر عند أبي حنيفة والشافعي في حبسها على الاستحباب فيجوز أن تؤكل بدون حبس ، والكرهية لأكلها دون حبسها ، فإن كانت تخلط جاز أكلها .

ويرى الإمام مالك : بإباحة أكلها ، دون حبس (٤) ، ويرى الإمام أحمد : حرمة أكلها إذا كان أكثر علفها النجاسة (٥) .

علفها النجاسة حرم لحمها ولبنها ، وفي بيضها روايتان ، وإن كان أكثر علفها الطاهر لم يحرم أكلها ولبنها .

(١) بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٤٠) ، المجموع - ج ٩ - ص (٢٨) .

(٢) ونقل عن أحمد القول بعدم ركوبها ، لأنها ربما عرفت فتلوث بعرقها ، المغنى - ج ١١ - ص (٧٢) .

(٣) الجوهرة النيرة ، شرح مختصر القدوري - ج ٢ - ص (١٤٧) .

(٤) حاشية الدسوقي - ج ٢ - ص (١٣٥) ، مواهب الجبل - ج ٣ - ص (٢٢٩) .

(٥) الكافي في فقه أحمد - ج ٢ - ص (٥٣٣) ، جاء فيه : ونقل عن أحمد أن أكلها غير محرم لعموم قواه تعالى : (أَجَلَّتْ لَكُمْ بِهَيْمَةَ الْأَنْعَامِ) المائدة (١) والرواية الأولى أظهر للحديث .

واستدل من قال بالإباحة :

بأن الحيوانات لا تتجس بأكل النجاسات بدليل أن شارب الخمر لا يحكم بتنجيس أعضائه ، والكافر الذى يأكل الخنزير والمحرمات لا يكون ظاهرة نجساً ، ولو نجس لما طهر بالإسلام ، ولا الاغتسال ، ولو نجست الجلالة لما طهرت بالحبس (١)

ويجاب عن ذلك :

(أ) بأنه مخالف للحديث .

(ب) وأما شارب الخمر ، فليس ذلك أكثر غذائه وإنما يتغذى بالطاهرات وكذلك الكافر فى الغالب (٢) .

واستدل من قال بالحرمة :

بما روى عن ابن عمر (رضي الله عنه) قال : « نهى رسول الله (ﷺ) عن أكل الجلالة وألبانها (٣) » .

وجه الدلالة : أن فى الحديث نهى عن اللحم واللبن ، والنهى يقتضى التحريم إلا إذا وجد ما يصرفه عن هذا المعنى .

وما يصرفه عن التحريم : إلى الكراهة عدم ذكره فى المحرمات ، والقول بكراهة لحمها ولبنها فإذا حسبت وعلفت بالطاهرات حل لبنها

(١) حاشية الدسوقي ج ٢ - ص (١٣٥) ، الكافى ج ٢ - ص (٥٣٣) .

(٢) المغنى - ج ١١ - ص (٧٢) .

(٣) سنن أبى داود - ج ٢ - ص (٣١٦) ، باب النهى عن أكل لحم الجلالة وألبانها ،

وسنن ابن ماجه - ج ٢ - ص (١٠٦٤) ، باب النهى عن لحوم الجلالة .

ولحمها ، ويقاس على ذلك الزرع إذا سقى بالماء النجس ، ولأن النجاسة تستحيل في بطنها ، فتطهر بالاستحالة كالدّم يستحيل في أعضاء الحيوان لحمًا ويصير لبنا وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية (رحمه الله) (١) .

الفرع الثالث

في اللحوم المستوردة من الخارج

إن اللحوم المستوردة من الخارج تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

الأول : أن يتحقق أنها من ذبائح أهل الكتاب ، فهذه حلال بنص الكتاب والسنة والإجماع ، ولم يقل بتحريمها أحد يعتد بخلافه (٢) قال الله تعالى : ﴿ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَالٌ لَكُمْ ﴾ (٣) ، وقال ابن عباس وغيره: ومن طعامهم ذبائحهم (٤) ، وهذا دون باقي الكفار فإن ذبائحهم لا تحل للمسلمين ، لأن أهل الكتاب يتدينون بتحريم الذبح لغير الله ، ولذلك أبيحت ذبائحهم دون غيرهم .

القسم الثاني : أن تكون هذه اللحوم من ذبائح غير أهل الكتاب ، فالمجوس والهندوس وعبدة الأوثان ونحوهم ، فهذه اللحوم حرام ، ولم يقل بإباحتها أحد يعتد به ، ولما اشتهر قول أبي ثور بإباحتها أنكره عليه العلماء ،

(١) حاشية النجدي على الروض المربع - ج ٧ - ص (٤٣٠) .

(٢) مجلة الدعوة العدد ٦٩٧ ، يوم الاثنين ٢٦ من جمادى الأولى عام ١٣٩٩ هـ ، تقديم فضيلة الشيخ / عبد العزيز الناصر الرشيد .

(٣) سورة المائدة - آية ٥ .

(٤) تفسير ابن كثير ج ٢ - ص (٢٠) ، تفسير الطبري ج ٦ - ص (١٠٣) ط / دار الفكر - بيروت أحكام القرآن - ج ٢ - ص (٥٦) .

فقال الإمام أحمد وإبراهيم الحربي : خرق أبو ثور الإجماع ، وكل قول لا يؤيده الدليل لا يعتبر .

قال الله سبحانه وتعالى : ﴿ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ ﴾ .

وجه الدلالة : تكل الآية الكريمة دلالة واضحة على أن غير أهل الكتاب لا تباح ذبائحهم ، وروى الإمام أحمد بإسناده عن قيس بن السكن الأسدي قال : قال رسول الله (ﷺ) ﴿ أنكم نزلتم بفارس من النبط فإذا اشتريتم لحمًا فإن كان من يهودى أو نصرانى فكلوا ، وإن كان من ذبيحة مجوسى فلا تأكلوا (١) ﴾ .

ولأن أهل الكتاب يذكرون اسم الله على ذبائحهم وقرابينهم لما ذكره ابن كثير وغيره بخلاف غيرهم .

القسم الثالث :

أن لا يعلم هل هى من ذبائح أهل الكتاب أو غيرهم ، فالقواعد الشرعية تقضى بالتحريم ، فإن القاعدة الشرعية : " أنه إذا اشتبه مباح بمحرم حرم أحدهما بالأصالة والآخر بالاشتباه " والقاعدة الأخرى : " إذا اجتمع مباح وحاضر قدم الحاضر (٢) " ، لأنه أحوط وأبعد من الشبهة .

والأدلة دلت على البعد عن مواضع الشبهة ، كما فى الحديث : " الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعرفهن كثيراً من الناس

(١) صحيح ابن حبان ج١٢ - ص(١٠٣) - ط/ مؤسسة الرسالة - بيروت .

(٢) المنثور فى القواعد للزركشى - ج١ - ص(١٢٥ ، ٣٢٧) .

، فمن اتقى المشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في المشبهات وقع في الحرام كالراعى يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه (١) .

وقوله (ﷺ) « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك (٢) » .

ومما استدلوا به على التحريم فى موضع الاستباه : حديث عدى بن حاتم : « وإذا أرسلت كلبك المعلم فوجدت معه كلباً آخر فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على غيرك (٣) » .

أما هذه اللحوم فإنها وإن كانت تستورد من بلاد تدعى أنها كتابية ، فإنها حرام وميتة ونجسة فلا يجوز بيعها وشراؤها ، وهذا من باب الاحتياط ، لأننا لا ندرى هل تمت تزكيتها على الطرق الشرعية أم لا .

(١) صحيح البخارى ج ١ - ص (٢٨) ط / دار ابن كثير ، اليمامة ، بيروت ، صحيح مسلم ج ٣ - ص (١٢١٩) ط / دار إحياء التراث العربى - بيروت ، تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي .

(٢) صحيح ابن حبان ج ٢ - ص (٤٩٨) .

(٣) صحيح البخارى ج ١ - ص (٧٦) صحيح مسلم - ج ٣ - ص (١٥٢٩)

فتاوى دار الإفتاء المصرية

. فى اللحوم والطيور والدواجن المستوردة

المفتى : فضيلة الشيخ / جاد الحق على جاد الحق ١٦ من ربيع الأول
عام ١٤٠١ هـ - ٢٣ من يناير عام ١٩٨١ م ، من فتاوى هيئة الإفتاء
المصرية .

الذكاة شرعاً عبارة عن إنبهار الدم وبرى الأوداج فى المذبوح والنحر
فى المنحور والعقر فى غير المقدور عليه .

فإذا ثبت أن اللحوم والدواجن والطيور المستوردة لا تنبج بالطريقة
اللى قررها الإسلام ، وإنما تضرب على رأسها بحديدة ثقيلة أو يفرغ فى
رأسها محتوى مسدس مميت ، أو تصعق بتيار الكهرباء ثم تولى فى ماء
مغلى تلفظ فيه أنفاسا ، فإنها تدخل فى نطاق المنخنة والموقودة المحرمة
بنص القرآن الكريم .

وما جاء ببعض الكتب والنشرات عن طريقة الذبح السابق بيانها لا
يكفى بذاته لرفع كل الثابت أصلاً ، بل لابد أن يثبت أن الاستيراد من هذه
البلاد التى لا تسعمل سوى هذه الطرق ، وعلى الجهات المعنية أن تثبت
بمعرفة الطب الشرعى أو البيطرى إذا كان هذا مجدياً فى الطريقة التى بها
إنهاء حياة الحيوان فى البلاد الموردة ، وهل يتم الذبح بالطرق الشرعى أو
بطريقة تخالف أحكام الإسلام أو تتحرى بواسطة مبعوث موثوق به ، إلى أن
يثبت الأمر قطعاً يكون الأعمال للقواعد الشرعية .

" الأصل فى الأشياء الإباحة (١) " " اليقين لا يزول بالشك (٢) " والفتوى يتضح منها أنه لابد أن يكون الذبح على الطريقة الشرعية وأن يكون الاستيراد من بلاد كتابية تنبج الحيوانات على الطريقة التى شرعها الإسلام ، فإن استعملت آلات أخرى تؤدى إلى القتل غير الشرعى ، فالحيوان أكله لأنه يشبه الموقودة - أى التى ماتت من الضرب على رأسها - أو المنخقة : أى التى ماتت بطريق الخنق أو ما شابهه .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ج١ - ص(٦٠) - ط / دار الكتب العلمية - بيروت
 غمز عيون البصائر ج١ - ص(٢٢٣) لأحمد بن محمد الحموى ط / دار الكتب العلمية .

(٢) غمز عيون البصائر ، شرح الأشباه والنظائر ج١ - ص(١٩٣) ،

الفرع الرابع

في حيوانات البحر ما يؤكل منها وما لا يؤكل

المراد بالبحر : هو جميع المياه ، الحلو والمالحة ، والأنهار وتتنوع أحكام حيوانات البحر إلى ثلاثة أقسام : مباح ومحظور ومختلف فيه .

أما المباح : فهو السمك على اختلاف أنواعه ، ويختص بحكمين : أحدهما : أنه مباح الأكل .

والثاني : أنه لا يفتقر إلى الذكاة ، ويحل أكله ميتاً ، لقول النبي (ﷺ) في مياه البحر وحيواناته في الحديث الذي رواه أبو هريرة (رضي الله عنه) « هو الطهور ماؤه الحل ميتته (١) » .

وأما المحظور : أي الحرام فهو الضفدع ، وحيات الماء وعقاربه ، وجميع ما فيه من الحيوانات الضارة ذات السموم ، وما يقضى إلى موت أو سقم ، فلا يحل بحال ، لما روى عن النبي (ﷺ) : « أنه نهى عن قتل الضفدع (٢) » .

واختلف فيه بعد الاتفاق على التحريم هل ينجس بعد موته على وجهين :

أحدهما : أنه طاهر لا ينجس بالموت ، لأن حيوان الماء موته وحياته سواء .

(١) سنن الترمذي - ج ١ - ص (١٠١) ، وهو حديث حسن صحيح .

(٢) سنن أبي داود - ج ٢ - ص (٣٣٤) ، باب الأدوية المكروهة من كتاب الطب ، مسند أحمد ج ٣ - ص (٤٥٣) .

والثانى : أنه نجس إذا مات ، لأنه لما شابه حيوان البر فى التحريم ، شابهه فى التجنيس ، فعلى هذا هل ينجس به الماء القليل أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما : يتنجس به ، كما ينجس بسائر الأنجاس .

والثانى : لا ينجس به ، للحوق المشتقة فى التحرز ، فصار عفواً كدم البراغيث .

وأما المختلف فيه ، فهو : ما أشبه حيوان البر من دواب الماء كخنزير البحر ، وكلابه ، والسرطان ، والعقارب ، والتمساح ، فقد قيل : إنه ليس فى البر حيوان إلا وفى البحر مثله (١) . وهذا النوع اختلف الفقهاء على مذاهب :

المذهب الأول : يرى الحنفية (٢) أن جميع حيوانات البحر محرمة ، ولا يحل منها إلا السمك خاصة بشرط أن لا يكون طافياً ، وهو قول للشافعى (٣) والأمامية (٤) .

القول الثانى : أن جميع حيوانات البحر التى تعيش فيه مباحه بهذا قال المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ، والأمامية والزيدية والأباضية (٥) .

(١) الحاوى الكبير - ج ١٩ - ص (٧١) .

(٢) بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٥) ، البحر الرائق - ج ٢ - ص (١٩٦) ، الفتاوى الهندية - ج ٢ - ص (٣٥٧) .

(٣) نقل عن الشافعى : " أنه لا يحل من صيد البحر إلا الحوت ، واختلف أصحابه فى اسم الحوت : فقيل : أنه يطلق على كل حيوانات البحر إلا الضفدع ، وما قتل أكله من ذوات السموم ، وقيل إنه خاص بالسمك دون غيره .

(٤) شرائع الإسلام - ج ٣ - ص (١٧٠) ، الحاوى الكبير - ج ١٩ - ص (٧٢) .

أدلة الحنفية ومن وافقهم :

١- بقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ (١) ﴾ فقالوا : إن مما حرمه الله تعالى لحم الخنزير ، وهو مطلق سواء خنزير بر أو بحر .

ونوقش هذا : بأن المراد بالخنزير ، خنزير البر وليس خنزير البحر ، لأنه صيد البحر كما ورد في الآية ﴿ أَجِلٌ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ (٢) ﴾ فهو حلال دون تفصيل (٤) .

٢- بما روى ابن عمر (رضي الله عنهما) أن النبي (ﷺ) قال : ﴿ أكلت لنا ميتتان ودمان : الكبد والطحال ، والسمك والجراد (٥) ﴾ .

(١) حاشية الدسوقي - ج ٢ - ص (١٣٥) ، وحاشية الخرنجى - ج ٢ - ص (٢٦) ، والشرح الصغير - ج ٢ - ص (١٨٢) ، والمجموع - ج ٩ - ص (٣٢) ، والحاوي الكبير - ج ١٩ - ص (٧١) ، المغنى - ج ١١ - ص (٨٣) ، والكافي في فقه أحمد - ج ٢ - ص (٥٣٣) ، والمطلى - ج ٧ - ص (٣٩٤) ، واللمعة دمشقية - ص (٢١٣) ، ط م دار الفكر تحقيق الشيخ على الكوارنى عام ١٤١١هـ ، والبحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار - ج ٤ - ص (٣٠٢) - ط / دار الكتاب الإسلامى ، شرح النيل وشفاء العليل - ج ٥ - ص (٤٨٩) - ط / نشر مكتبة الإرشاد ، وشرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام - ج ٣ - ص (١٧٠) .

(٢) سورة المائدة - آية ٣ .

(٣) سورة المائدة - آية ٩٦ .

(٤) الحاوي الكبير - ج ١٩ - ص (٧٣) .

(٥) سنن البيهقى ج ١٠ - ص (٧) ، مصباح الزجاجة ، قال وفى اسناده ضعيف ج ٤ - ص (٢١) - ط / دار الكتب العربية - بيروت .

وجه الدلالة : أن غير السمك من حيوانات البحر لا يسمى بهذا الاسم فكانت الإباحة مقصورة عليه .

٣- ما روى عن النبي (ﷺ) عندما سئل عن الضفدع يجعل شحمه فى الدواء فقال (ﷺ) « خبيثة من الخبائث (١) » وفيه دليل على أنه من الخبائث ، وقد جاء الأمر من رسول الله (ﷺ) بالنهى عن قتله ، والنهى عنه يقتضى تحريمه فى الأكل .

ونوقش هذا : بأنه مما يعيش فى البر والبحر ، وعلى هذا فالدليل أخص من الدعوى (٢) .
واستدل الجمهور على الإباحة :

١- بقوله تعالى : « أَجَلٌ لَّكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ (٣) » .

وجه الدلالة : أن الله تعالى أحل صيد الماء من بحر أو نهر ، أو عين أو بئر وأباح لنا جميع ما فى البحر دون تقييد .

ونوقش هذا : بأن هذه الآية لا حجة لهم فيها لأن المراد بالصيد هو فعل الصيد وهو الاصطياد - لا المصيد ، وإطلاق اسم الفعل يكون مجازاً ، ولا يجوز العدول عن حقيقة اللفظ من غير دليل (٤) .

(١) سنن الترمذى ج ٤ - ص (٧١) .

(٢) أحكام الأطعمة - د / محمد الطريقي - ص (٢٨٤) .

(٣) سورة المائدة - آية ٩٦ .

(٤) بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٦) .

ورد هذا : بأن الأمر على عمومه وليس خاصاً بالمصيد بدليل قوله تعالى : ﴿ وَطَعَامُهُمْ تَعَامًا لَكُمْ ﴾ والطعام يعني : مطعومه فدل على أن جميعه مطعوم (١) .

٢- ما روى عن أبي هريرة عن النبي (ﷺ) أنه قال في البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته فعم جميع ميتاته ، ولم يخصها (٢) .

والراجع : هو رأى الجمهور ، لأن قوله (ﷺ) ﴿ الحل ميتته ﴾ أعم فتدخل جميع حيوانات البحر في هذا العموم ، إلا ما خصه الدليل كالضفدع لنهى النبي (ﷺ) عن قتله ، وكذا التمساح : لا يجوز أكله على الصحيح عند أكثر الفقهاء ، لأنه يأكل الناس .
حكم الطافى من حيوانات البحر :

الطافى : هو ما مات حتف أنفه بغير سبب حادث منه ، سواء علا على وجه الماء أو لم يعل بعد أن مات .
ويرى البعض : بأنه هو الذى يموت فى الماء بسبب حادث ، ويعلو على وجه الماء ، فإن لم يعل يحل .
والصحيح التعريف الأول ، لأن تسميته طافياً تكون بعلوه على وجه الماء عادة .

والمنقول عن الفقهاء فى حكم الطافى ما يلى :
مذهب الحنفية : أنه إن مات بسبب حل أكله ، وإن مات بغير سبب حرم أكله ، إلا ما طفا منه (٣) .

(١) الحاوى الكبير - ج١٩ - ص (٧٢) .

(٢) المصدر السابق ، والمعنى لابن قدامة - ج١١ - ص (٨٤) .

(٣) بدائع الصنائع - ج٥ - ص (٣٦) ، البحر الرائق - ج٢ - ص (١٩٦) .

ويرى جمهور الفقهاء : إباحة جميع حيوانات البحر سواء طفا أو لم يطف .

واستدلوا بما يلي :

استدل الجمهور : بقوله تعالى : ﴿أَجَلٌ لَّكُمْ صَيِّدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ﴾ وأن طعامه : طافيه على قول أبي بكر وعمر (رضي الله عنهما) (١) .
ونوقش هذا : بأنه لا حجة لهم فى الآية ، لأن المراد من قوله تعالى ﴿ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَّكُمْ ﴾ ما قذفه البحر إلى الشط فمات ، وذلك حلال لأنه ليس بطاف ، إنما الطافى اسم لما مات فى الماء من غير آفة وسبب حادث ، وهذا مات بسبب حادث وهو قذف البحر فلا يكون طافياً (٢) .

٣- بقوله (رضي الله عنه) فى صفة البحر فقال : ﴿ هو الطهور ماؤه الحل ميتته ﴾ وهذا كالنص أضاف الميتة إلى البحر لا إلى سبب حادث .

٤- وبقوله (رضي الله عنه) ﴿ أحلت لنا ميتتان ودمان : الميتتان : السمك والجراد ﴾ فسر النبى (رضي الله عنه) الميتة بالسمك من غير فصل بين الطافى وغيره فكان على عمومه .

ونوقش هذا : بأن المراد من الحديثين غير الطافى ، لأن الطافى هو الذى يموت حتف أنفه (٣) .

(١) الحاوى الكبير - ج ١٩ - ص (٧٧) ، المجموع - ج ٩ - ص (٣٤) ، المغنى - ج ١١ - ص (٨٤)

(٢) بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٦) .

(٣) بدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٦) ، تكملة فتح القدير - ج ٩ - ص (٥٠٣) .

واستدل الحنفية :

١- بما روى عن جابر (رضي الله عنه) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) ﴿ نهى عن أكل السمك الطافي (١) ﴾ .

٢- وما روى عن جابر أيضاً قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ﴿ كلوا ما حسر عنه البحر وما ألقى ، وما وجدتم ميتاً طافياً فوق الماء فلا تأكلوه (٢) ﴾ .
وهذان الخبران نص في التحريم :

١- وفيه ما نقل عن علي (رضي الله عنه) قال : ﴿ لا تتبعوا الطافي في أسواقنا (٣) ﴾ .

٢- وما نقل عن ابن عباس (رضي الله عنه) قال : ﴿ ما دسره البحر فكله ، وما وجدته مطفواً على الماء فلا تأكله (٤) ﴾ .

ففي هذه الأحاديث والآثار دلالة واضحة على حرمة الكافي من السمك والحرمة تقتضى تحريم أكله أو بيعه .

والراجع : هو رأى الحنفية من وجهة نظري ، لأن ما يطفو يتغير طعمه ، فإذا طفا السمك ، ووجدت منه رائحة منتنة فهو ميتة محرمة ، لأنه سيؤدى إلى أضرار عند فساده .

(١) أخرجه البيهقي في سننه - ج ٩ - ص (٢٥٥) ، سنن أبى داود - ج ٢ - ص (٣٢٢) باب أكل الطافي من السمك .

(٢) أخرجه البيهقي في سننه - ج ٩ - ص (٢٥٦) .

(٣) نيل الأوطار - ج ٨ - ص (١٤٩) .

(٤) المرجع السابق ، وبدائع الصنائع - ج ٥ - ص (٣٦) .

الفرع الخامس

فى أهم المسائل المعاصرة فى الحيوانات البحرية

وفيه فرعين :

المسألة الأولى

فى المحفوظ فى المعلبات من حيوان البحر .

لما كان السمك يتسارع إليه الفساد بعد موته ، لجأ كثير من الناس إلى

حفظه بطرق متعددة :

الطريقة الأولى :

تنظيف السمك بإخراج ما فى بطنه ، ثم يملح ويوضع فى علب ، ثم

توضع عليه بعض المواد الحافظة التى لا تؤدى إلى تغيير رائحته

كالتونة (١) ، والسردين (٢) ، ونحوهما .

حكم هذه الطريقة :

أنه يجوز تناول هذه الأنواع لإباحة ميتة الحيوان البحرى ، كما دلت

على ذلك النصوص الشرعية فى الفروع السابقة ، ولأنه لم يثبت من هذه

المعلبات الضرر على صحة الإنسان إلا بعد انتهاء مدة صلاحيتها .

(١) التونة : نوع من السمك سريع وقوى ، وتسبح فى المياه الدافئة جماعات وتزبد

الواحدة من ٢٠ - ٢٠٠ رطل ، ومصائد التونة : فى البحر الأبيض المتوسط

والمحيطين الأطلنطى والهادى ، وتعلب بكميات ضخمة ، وخاصة فى الولايات

المتحدة ، الموسوعة العربية الميسرة - ج١ - ص(٥٦٣) - ط / دار النهضة لبنان.

(٢) السردين : نوع من السمك الصغير ، يملح ويحفظ ويعلب بالزيت ، أو غيره وهو

منسوب إلى جزيرة سردينية فى إيطاليا ، المعجم الوجيز - ص(٣٠٨) ، الموسوعة

العربية - ج١ - ص(٩٧٧ ، ٩٧٨).

الطريقة الثانية :

ما يترك دون تنظيف لما في جوفه ، فيبقى بما فيه من الأحشاء والدم ، ويملح يتخلله ، ويمتزج بما فيه من الرطوبة ، وأبرز مثال على ذلك الفسيخ (١) والرنجة (٢) وغيرها .

حكم هذه الطريقة : اختلف الفقهاء (رحمهم الله) في حكم هذه الحالة واختلافهم ينحصر في ثلاثة أقوال :

القول الأول : لا يحل أكل هذه الأنواع مما لا يشق بطنه وينظف ، وهو قول عند المالكية وقيد ذلك عندهم : بما إذا وضع بعضه على بعض ، وسال دمه من بعضه إلى البعض الآخر ، فلا يؤكل منه إلا الصف الأعلى (٣) وهذا القول هو مقتضى أحد الوجهين عند الشافعية ، ومن صرح بحرمة العلامة البجيرمي (٤) .

واستدلوا بما يلي :

أن هذا السمك يشتمل على دم مسفوح (٥) ، والدم المسفوح محرم

(١) الفسيخ : يتخذ من السمك المعروف بالبورى نسبة إلى بورة وهي قرية قرب دمياط بمصر ، وهو نوع يملح ويترك حتى ينفسخ المعجم الوسطي - ج٢ - ص (٦٨٨) .
(٢) الرنجة : وهي من سمك معروف في مصر وأوروبا ، الغالب فيه أنه يملح دون أن يشق بطنه ، أحكام الأطعمة د / عبد الله الطريقي - ص (٢٩٧) .
(٣) بلغة السالك لأقرب المسالك - ج١ - ص (٢١) لأحمد الصاوي ط / دار الفكر - بيروت .

(٤) المجموع - ج٩ - ص (٧٣) ، وحاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب - ج٤ - ص (٣٠٤) ط / المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٣٠ هـ .

(٥) حاشية الدسوقي - ج١ - ص (٥٧) ، حاشية الخرشى - ج٢ - ص (٣١، ٢٦) .

لقوله تعالى : ﴿ أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا ﴾ (١) ، والواضح من الآية عدم التفريق بين حيوان البر والبحر .
ونوقش وجه الاستدلال :

١- بأن الآية عامة ، وقد ورد الحديث بالتخصيص الوارد في صفة البحر وتخصيص دوابه " أكلت لنا ميتتان ودمان : الميتتان : السمك والجراد ، والدمان : الكبد والطحال (١) " ، وفي هذا الحديث دلالة واضحة على استثناء ميتة البحر لعلم النبي ﷺ بوجود الدم فيها ، وعدم نهية ﷺ دليل على إباحته .

٢- أن روث السمك نجس (٢) ، وبالتالي فإذا لم يشق وينظف فلا يحل أكله قبل ذلك .

مناقشة هذا الدليل :

يجاب على ذلك : بأنه لا دليل على نجاسة روث السمك ، بل إن عموم الأدلة على حل السمك تدل على إباحة السمك مطلقاً ، دون استثناء (٣) .

(١) سورة الأنعام - آية ١٤٥ .

(٢) سنن البيهقي - ج ١٠ - ص (٧) ، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة ، وفي مصباح الزجاجة قيل إنساده ضعيف ، وقيل : موقوف ، لاحظ : مصباح الزجاجة - ج ٤ - ص (٢١) ط / دار الكتب العربية - بيروت .

(٣) المجموع - ج ٩ - ص (٧٣) .

(٤) أحكام البحر في الفقه الإسلامي - ص (٦٤١) ، د / عبد الرحمن بن فليح - ط / دار الأندلس الخضراء .

القول الثاني :

التفريق بين صغار السمك وكباره ، فيحل الصغار (١) منه دون الكبار ، وهو المفهوم من أحد الوجهين عند الشافعية في جواز قلى صغار السمك وشبهه دون شق جوفه ، وطهارة رجيعه دون الكبار منه (٢) .

احتج لهذا القول : بأنه يعتد ببيع الصغار منه دون شق جوفه ، وقد جرى الأولون على المسامحة (٣) .

مناقشة هذا الدليل :

ويمكن أن يجاب عن هذا : بأن التفريق يحتاج إلى دليل قوى ، وما ذكرتموه لا يصح دليلاً على التفريق ، وغاية ما فيه جواز الصغير .

القول الثالث : يحل أكله ويستوى في ذلك صغاره وكباره ، وهذا مذهب الحنفية (٤) ، والقول بتساوى الصغار والكبار في ذلك هو ظاهر الرواية عندهم (٥) .

(١) المراد بالصغير : ما يصدق عليه عرفاً أنه صغير ، وإن كان قدر أصبعين ، لاحظ حاشية الشرواني على تحفة المحتاج لابن حجر - ج ٩ - ص (٣٧٧ ، ٣٧٨) دار إحياء التراث العربى - بيروت - حاشية البجيرمى على الخطيب - ج ٤ - ص (٢٧٣) - ط / مصطفى البابى الحلبي ، مصر .

(٢) المجموع - ج ٩ - ص (٧٣) ، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني - ج ٩ - ص (٣٧٨، ٣٧٧) ، حاشية البجيرمى على الخطيب - ج ٤ - ص (٢٧٣) .

(٣) المجموع - ج ٩ - ص (٧٣) .

(٤) المبسوط - ج ١ - ص (٨٧) ، البناية شرح الهداية - ج ١٠ - ص (٧٣٤) - ط / دار الفكر بيروت ، حاشية ابن عابدين - ج ١ - ص (٣٢٠، ٣١٩) - ط / دار الفكر .

(٥) حاشية ابن عابدين المرجع السابق .

وبه قال ابن العربي والدردير من المالكية (١) ، وهو مقتضى مذهب الحنابلة في حل دم السمك (٢) .

استدل لهذا القول بما يلي :

١- بالأدلة التي تفيد حل دم السمك .

٢- أن الفسيخ ونحوه طاهر ، لأنه لا يملح ولا يرضخ إلا بعد الموت ، والدم المسفوح لا يحكم بنجاسته إلا بعد خروجه ، وبعد موت السمك إن وجد فيه دم يكون كالباقى فى العروق بعد الزكاة الشرعية (٣) .

الراجع :

يظهر لى بعد عرض المذاهب والأدلة والمناقشة رجحان القول الثالث، لوجاهة أدلته وإجابته عن أدلة القولين الأول والثانى .

وبناء عليه فيكون الفسيخ ونحوه طاهراً إلا إذا حصل تفسخ وفساد فى لحمه ، وتغير فى رائحته ، فينتفع فيه شرعاً .

رأى الطب فى الضرر وعدمه ، فإن قال الأطباء النقات : إنه ضار ، فيكون أكله محظوراً شرعاً ، لضرره بالصحة ، ويكون من الخبائث فى هذه الحالة (٤) .

(١) حاشية الدسوقى - ج١ - ص(٥٧) ، بلغة السالك - ج١ - ص(٢١) .

(٢) الكافى لابن قدامه - ج١ - ص(٨٨) .

(٣) بلغة السالك - ج١ - ص(٢١) .

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية - ج٥ - ص(١٣٢) ، التابعة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت .

المسألة الثانية

فى حكم صيد السمك بشيء نجس أو فيه روح

إذا اصطاد شخص سمكة بشيء نجس ، سواء كان متفرقاً ، كالعذرة والدم ، أو غير متفرق كالجرذ ، وقطعة من المينة .

فقد ورد عن الإمام أحمد عدة روايات فى هذه المسألة : وردت عنه رواية بتحريم هذا الفعل (١)

وورد عنه كذلك : القول بالكراهة ، وهو المشهور عند الحنابلة واختاره أكثر الأصحاب .

وإنما كرهه الإمام أحمد ذلك ، لما يتضمنه هذا الاصطياد من أكل السمك للنجاسة ، فيشبهه الجلالة فى هذه الحالة (٢) .

وكرهه الإمام أحمد (رحمه الله) الصيد بكل شيء فيه روح ، لما فيه من تعذيب الحيوان ، وإن اصطاد فالصيد مباح (٣) .

ومن هذه الروايات :

يبدو لى - والله أعلم - أن الأقرب للصواب هو القول بالكراهة وذلك لقصر المدة التى يتناولها السمك لهذه النجاسة ، إذا المقصود من إلقاء النجاسة لها الاصطياد ، وذلك يتم غالباً فى مدة قصيرة بخلاف الجلالة التى تتغذى على النجاسات فترة طويلة .

(١) لاحظ : المغنى لابن قدامة ج١٣ - ص(٢٧٩) ، الشرح الكبير لابن قدامة - ج٦ - ص(١٧) ، الإنصاف - ج١٠ - ص(٤٣٩) ، والإقناع مع كشف القناع - ج٦ - ص(٢٢٦) نشر عالم الكتب . بيروت .

(٢) المغنى - ج١٣ - ص(٢٨٨ ، ٢٨٩) ، الشرح الكبير لابن قدامة - ج٦ - ص(١٧) شرح الزركشى على مختصر الخرقى - ج٦ - ص(٦٣٦) ، نشر مكتبة العبيكان - الرياض ، الإنصاف - ج١٠ - ص(٤٣٩) .

(٣) المغنى - ج١٣ - ص(٢٨٩) ، الشرح الكبير لابن قدامة - السابق .

الفصل السادس

فى الاضطرار إلى أكل المحرم عند الضرورة

بين أئمة الفقه أنه يجوز للمضطر أن يأكل من الأشياء المحرمة عند الضرورة ، بقدر ما يسد رمقه ، أى يمسك قوته ويحفظها (١) .

لقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ (١) ﴾
وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ (٢) ﴾ .

فإن ترك الأكل والشرب حتى هلك ، فقد عصى الله تعالى ، لأن فيه إلقاء النفس إلى التهلكة ، وهو منهى عنه فى حكم التزويل .

والضرورة : هى الخوف على النفس من الهلاك علماً (أى قطعاً) أو ظناً فلا يشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت (٣) ، وهى أن يبلغ الإنسان حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب الهلاك (٤) .

وحكمها : وجوب الأكل من المحرم بقدر ما يسد رمقه (أى بقية حياته) ويأمن معه الموت .

(١) بدائع الصنائع - ج٥ - ص(٣٦) ، تكملة فتح القدير - ج٩ - ص(٢٣٩) ،
حاشية الدسوقى - ج٢ - ص(١٣٦) ، المجموع - ج٩ - ص(٤٢) ، المغنى
لابن قدامة - ج١١ - ص(٧٤) ، المحلى لابن حزم - ج٧ - ص(٤٢٦) - م /
١٠٢٥ .

(١) سورة البقرة - آية ١٧٣ .

(٢) سورة البقرة - آية ١٩٥ .

(٣) الفقه الإسلامى أد. وهبة الوحىلى - ج٣ - ص(٥١٦) .

(٤) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للمموى - ج١ - ص(١١٩) .

ونقل عن أبي يوسف وأبي إسحاق الشافعي وفي وجه عند الحنابلة :
أنه لا يجب على المضطر الأكل من الميتة أو لحم الخنزير أو غيره من
المحرمات ، بل يباح له ذلك ، لأن له غرضاً في تركه ، وهو يجتنب ما
حرم عليه ، وربما لم تطلب نفسه بتناول الميتة (١) .

ضوابط الضرورة وشروطها :

- ١- أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة في المستقبل كما في الإكراه على
أكل الحرام ، فلا يشترط فيه التيقن ولا الإشراف على الموت .
- ٢- أن يتعين على المضطر ارتكاب المحظور الشرعي ، أي لم يكن أمامه
وسيلة أخرى من المباحات لدفع المحظور إلا تناول الحرام ، لأن سبب
استعمال المحرمات في حال الضرورة هو ضرورة التغذي ، فإذا لم يجد
شيئاً يتغذى به حل له تناول المحرم .
- ٣- أن يتوافر عذر يبيح الأقدام على الحرام ، كالحفاظ على النفس أو العضو
كخوف طول المرض كما صرح بذلك الشافعية والحنابلة .
- ٤- ألا يخالف المضطر مبادئ الإسلام ، فلا يحل الزنا والقتل والكفر
والغصب بأي حال ، لأنها مفسدة في ذاتها ، وأن كان يرخص في الكفو
مع اطمئنان القلب بالإسلام ، كما يرخص بأكل طعام الغير ولو قهراً ،
ولا يباح قتل آدمي وأكله ، كما لا يباح عند الجمهور غير الشافعية أكل
آدمي ميت (٢) ، ويحرم أيضاً تناول الخمر إلا لإزالة غصة .

(١) تكملة فتح القدير - ج ٩ - ص (٢٣٩) ، البحر الرائق - ج ٨ - ص (٨٢) ،
المجموع - ج ٩ - ص (٤٣) ، المغنى - ج ١٣ - ص (٧٤) .

(٢) اتفق أئمة المذاهب : على أنه لا يباح قتل إنسان مسلم ، أو كافر معصوم ، أو إتلاف
عضو منه لضرورة الأكل ، لأنه مثله ، فلا يجوز أن يبقى باتلاف غيره ، كما لا =

٥- أن يقتصر في رأى الجمهور على الحد الأدنى أو القدر اللازم لدفع الضرر لأن إباحة الحرام ضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها .

٦- أن يصف المحرم طبيب عادل ثقة فى دينه وعلمه ، وأن لا يوجد علاج آخر يقوم مقامه (١) .

وبين الحنفية أن هذه الضرورة تعم من يسافر سفر رخصة أو سفر معصية ، لأنه لم يوجد فى الشرع ما يدل على أن العاصى بسفره لا يأسأل الميتة ، ولا يقصر الصلاة ولا يفطر فى نهار رمضان ، بل نصوص الكتاب والسنة عامة مطلقة ، وهذا مذهب كثير من السلف ، وهو مذهب أبى حنيفة والمالكية فى المشهور وأهل الظاهر وهو الراجح عند الحنابلة .

سيباح من الإنسان الميت لقوله (ﷺ) « كسر عظم الميت ككسره حياً » لأن لحم الإنسان لا يباح فى الاضطرار لكرامته .

وأجاز الشافعية : للمضطر أكل آدمى ميت إذا لم يجد ميتة غيره ، لأن حرمة الحى أعظم من حرمة الميت ، إلا إذا كان الميت نبياً ، فإنه لا يجوز الأكل منه قطعاً ، أو كان الميت مسلماً والمضطر كافراً ، فإنه لا يجوز له الأكل منه لشرف الإسلام ، وقال الخطيب الشربيني : بل لنا وجه : أنه لا يجوز أكل المسلم الميت ، ولو كان المضطر مسلماً .

وأجاز الحنابلة : أكل الأدمى غير المعصوم كالحربى والمرتد والزانى المحصن .

لاحظ فى هذه المسألة : حاشية ابن عابدين - ج ١ - ص (١٣٦) ، المبسوط - ج ١ - ص (٢٤٧) ، البحر الرائق - ج ٨ - ص (٢٣٣) ، المجموع - ج ٩ - ص (٤٤،٤١) ، نهاية المحتاج - ج ٢ - ص (٣٢) ، كشاف القناع - ج ٦ - ص (١٩٩) ، المختصر النافع - ص (٣٩) ، ولاحظ كتابنا مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الأدمى - ص (١٢٨) - ط / دار الغد للطبع والنشر عام ٢٠٠٢م .

(١) مع المراجع السابقة ، الفقه الإسلامى أ . د وهبة الزحيلى ج ٣ - ص (٥٢٠)

فما بعدها .

وفرق المالكية والشافعية والحنابلة بين المعصية بالسفر ، والمعصية فى السفر أى أثباته ، فمن أنشأ سفراً لظلم الناس أو لقطع الطريق فلا يباح له استعمال الرخص الشرعية ، لأن الرخص لا تتأط بالمعاصى لقوله تعالى: ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ ، قال مجاهد : غير باغ على المسلمين ولا عاد عليهم .

ومن سافر سفراً مباحاً ، وعصى أثناء سفره ، كأن شرب الخمر ، فهو عاص فى سفره تباح له الرخص الشرعية ، لأنها منوطة بالسفر ، ونفس السفر ليس معصية (١) .

المقدار الذى يجوز للمضطر أن يأكله :

قال القرطبى : وأما المخمصة فلا يخلو أن تكون دائمة أولاً ، فإن كانت دائمة : فلا خلاف فى جواز الشبع من الميتة ، إلا أنه لا يحل له أكلها وهو يجد مال مسلم لا يخاف فيه قطعاً كالتمر المعلق ، وهذا مما لا خلاف فيه ، لحديث أبى هريرة (رضي الله عنه) قال : بينما نحن مع رسول الله (ﷺ) فى سفر إذ رأينا إبلاً مصرورة (مربوطة الضرع) بعضاة الشجر ، فثبنا إليها فنادانا رسول الله (ﷺ) ، فرجعنا إليه ، فقال : إن هذه الإبل لأهل بيت من المسلمين هى قوتهم ويمنهم (أى بركتهم) بعد الله أيسركم لو رجعتم إلى مزاكم ، فوجدتم ما فيها قد ذهب به أترون ذلك عدلاً؟ قالوا : لا فقال : " إن هذه

(١) فتح القدير جـ ٩ - ص (٢٣٩) ، بداية المجتهد جـ ١ - ص (٣٨٧) ، معنى المحتاج جـ ٤ - ص (٣٠٧) ، المعنى لابن قدامة جـ ١١ - ص (٧٣) ، المحلى جـ ٧ - ص (٤٢٧) - م / ١٠٢٦ .

كذلك " قلنا : أفرأيت أن احتجنا إلى الطعام والشراب ؟ فقال : " كل ولا تحمل وأشرب ولا تحمل (١) " .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز له أن يتناول منه إلا قدر ما يمسك رمقه ، وهو قول المزنى ، وقالوا : إنه لا يجوز له فى الابتداء أن يأكل إلا إذا أشرف على الهلاك فكذلك الحال لا يجوز له أكثر من سد الرمق ، وقال قتادة ، لا يتصلح منها (٢) .

وقال مالك والشافعى وأحمد فى رواية : أنه يجوز له أن يأكل إلى أن تجد النفس حاجتها من الطعام ، لأن الحاجة إلى الطعام قائمة ، فلا يجوز منعه بعد البدء فى الأكل كالرجل يخاف العنت على نفسه ، فلا يجد طولاً للزواج بحرة ، فإذا أبيح له نكاح الأمة ، وصار إلى أدنى حال التعفف ، لم يبطل النكاح (٣) .

قال النووى : لا خلاف أن الجوع القوى لا يكفى لتناول الحوام ، ولا خلاف أنه لا يجب الامتناع إلى أن يشرف على الموت ، فإن الأكل حينئذ لا ينفع ، ولا خلاف فى الحل إذا كان يخاف على نفسه - لو لم يأكل - من جوع أو ضعف عن المشى أو الركوب وينقطع عن رفقته ويضيع ونحو ذلك (٤) .

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج٢ - ص(٢٢٥) .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج١ - ص(١٦٠) .

(٣) حاشية الدسوقى ج٢ - ص(١١٦) ، القوانين لابن جزى ص(١٧٣) ، مغنى المحتاج

ج٤ - ص(٣١٠) ، المغنى ج١١ - ص(٧٤) ، المطلى ج٧ - ص(٤٢٨) .

(٤) المجموع ج٩ - ص(٤٣،٤٢) .

وترمى هذه الأقوال إلى جواز أن يتزود المضطر إن خاف التلف أى يجوز له أن يأكل إلى أن تجد النفس حاجتها من الطعام .

ترتيب المعلومات عند الضرورة :

إذا وجد المضطر ميتة وطعاماً لغيره وصيداً محرماً ، أو مأكولاً غير مذبوح ، فهل يقدم الميتة أو غيرها .

يرى جمهور الفقهاء : أنه يأكل الميتة ، لأن أكل الميتة ثبت بالنص ، وطعام الغير ثبت بالاجتهاد ، والأخذ بالمنصوص عليه أولى .
ولأن الميتة لا تبعه فيها لأحد من الناس فى الدنيا ولا فى الآخرة فكان أكلها أخف من أكل طعام الغير ، إذ حقوق الناس مثبتة على التشديد وحق الله تعالى أوسع (١) .

وعند الحنابلة : يجب تقديم السؤال على أكل الميتة ، فإن وجد المحرم صيداً حياً وميتة ، أكل الميتة ، لأن ذبح الصيد جنابة فى حال الإحرام (٢) .
والأولى : ذبح الصيد وأكله وتقديمه على الميتة لأن الصيد فيه الفدية ، ولا فدية فى الميتة ، بل تناولها يؤدى إلى الضرر بيقين إلا ما رحم ربه .
وقال المالكية : تقدم الميتة وجوباً على أكل لحم الخنزير ، لأنه حرم لذاته ، وحرمة الميتة عارضة .

ويقدم طعام الغير ندباً ولا وجوباً على أكل الميتة ، لأن الطعام طاهر والميتة نجسة فيقدم طعام الغير ندباً (٣) .

بل أنى أرى أن يقدم وجوباً على أكل الميتة دفعا للضرر .

(١) المراجع السابقة - هامش ١ .

(٢) المغنى ج١١ - ص (٧٤) .

(٣) حاشية الدسوقي ج٢ - ص (١١٦) .

قال ابن كثير : إذا وجد المضطر ميتة وطعام الغير بحيث لا قطع فيه ولا أذى ، فإنه لا يحل له أكل الميتة ، بل يأكل طعام الغير بغير خلاف (١) . هل يجب الأكل من المحرم عند الاضطرار ؟

بيننا فيما سبق أنه يجب وهو قول جمهور الفقهاء لأن إنقاذ النفس من التهلكة واجب لقوله تعالى : ﴿ وَلا تَقْتُلُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ (١) ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ وَلا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا (٢) ﴾ . وهذا هو الصحيح عند أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي ووجهه عند الحنابلة (١) .

والقول الثانی : أنه لا يجب بل هو مباح لما روى عن عبد الله بن حذافة السهمي (رضي الله عنه) حبسه طاغية الروم وجعل معه خمراً ، ولحم خنزير لمدة ثلاثة أيام يريد أن يجبره على أكل ذلك ، فامتنع حتى مالت رأسه وكاد أن يفقد حياته ، فلما رأوا ذلك أخرجوه من السجن ، فقال (رضي الله عنه) : ﴿ قد علمت أن الله قد أباح ذلك عند الضرورة ، ولكن لم أكن لأشمتك في دين الإسلام (٣) ﴾ والأولى استعمال الرخصة عند خوف الهلاك لقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (٤) ﴾ . وهذا والله أعلم .

(١) تفسير ابن كثير ج ١ - ص (٢٠٥) .

(٢) سورة البقرة - آية ١٩٥ .

(٣) سورة النساء - آية ٢٩ .

(٤) المبسوط ج ٢٤ - ص (٥٠) ، المجموع ج ٩ - ص (٤٢) ، المهذب ج ١ - ص (٢٥٠) ، المغنى ج ١١ - ص (٧٤) .

(٥) المراجع السابقة .

(٦) سورة المائدة - آية ٣ .

الخاتمة

وبعد :

فهذا آخر ما يصره الله تعالى لى فى هذه الموضوعات الهامة من الفقه الإسلامى ، تناولت فيها أهم الأحكام الخاصة بها ، واضعاً كل اهتمامى إبراز الفقه الإسلامى من مراجعة الأصلية ، مظهراً ما وقع من خلاف أشار إليه فقهاء المذاهب مبيناً ما ورد من أدلة أو تعليقات ، مرجحاً قدر إمكانى ما أراه راجحاً ، والحق أقول إنه ليس لى فى هذه السطور إلا اقتطافها من رياض ما سجله أئمتنا الأعلام ، أسأل الله أن يعم به النفع إنه على ما يشاء قدير .

وهذه أهم النقاط المهمة فى هذا البحث :

- ١- حاجة الإنسان الماسة إلى الطعام ، لأن الإنسان قلما أن يعيش بدونه ، فهو من مستلزمات الحياة .
- ٢- أن الله تعالى أباح لنا الطيبات من الرزق وحرم علينا الخبائث سواء كان هذا التحريم بنص من كتاب الله تعالى ، أو سنة رسوله (ﷺ) ، أو ما أجمع عليه الصحابة ومن تبعهم فى التحريم لخبث هذه اللحوم أو استنقذارها ، أو للحوق الضرر من تناولها .
- ٣- حرمة الميتة والدم ، والخنزير قولاً واحداً ، والموقوذة والمتردية والنطيحة ، وما أكل السبع ، إلا ما يمكن ذكاته (من الموقوذة إلى ما أكل السبع) بشرط أن تكون حياته مستقرة .
- ٤- أن ذكاة الجنين تكون بذكاة أمه ، فيجوز أكل الجنين ، وما تولد من الحيوان سواء كان لبناً أو بيضاً من الحيوانات التى يباح أكل لحمها .

- ٥- أنه لا يكره أكل لحم الجلالة (وهي التي تأكل العذرة) فإن حبست وأكلت الطاهرات حل أكلها .
- ٦- إباحة ذبائح أهل الكتاب مما يحل أكله عند المسلمين ، وحرمة ما يذبحونه لنصيبهم أو لأعيادهم على اختلاف بين الفقهاء فى الحل والحرمة لحديث رسول الله (ﷺ) " سموا أنتم ، ثم كلوا " .
- ٧- إباحة حيوانات البحر لعموم الأدلة القاضية بالإباحة عند جماهير الفقهاء بينما يرى الحنفية أنه لا يجوز إلا السمك مع حرمة الطافى منه .
- ٨- إباحة ما يستورد من حيوانات البحر ، أو المملب منه سواء كان صائده من أهل الكتاب أو الكفار .
- ٩- إباحة الأكل عند الاضطراب من المحرمات بقدر ما تدعو إليه الضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ، وأنه لا يجوز الأكل من الأدمى ، لأنه مكرم حياً أو ميتاً ، فلا يجوز إهانته أو ابتذاله .
- ١٠- يجوز للمسافر سفر طاعة ، أو سفر معصية أن يستفيد من هذه الرخصة عند الحنفية بينما لا يجوز عند الجمهور أن ينتفع الإنسان المسلم بالرخصة إلا إذا كان سفره للطاعات ، وهو الأولى ، إلا عند المخمصة فيجوز لهما الإبقاء على حياتهما بتناول المحرم .
- وفى الختام أسأل الله جل وعلا أن يكون التوفيق قد صاحبنى والسداد قد حالبنى ، والله أسأل أن يعم به النفع إنه على ما يشاء قدير .

مصادر البحث

أولاً : القرآن الكريم وعلومه :

- ١- أحكام القرآن - لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي (٤٦٨ - ٥٤٣هـ) . ط/دار المعرفة - بيروت .
- ٢- أحكام القرآن - للإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص (٣٧٠هـ) . ط/دار الكتاب العربي - بيروت .
- ٣- تفسير القرآن العظيم ، للإمام الجليل أبي الفداء إسماعيل ابن كثير القرشي الدمشقي (٤٧٤هـ) ط/ المكتبة العصرية - بيروت ، ط/ ثانية (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م) .
- ٤- الجامع لأحكام القرآن - لأبي عبد الله بن أحمد الأنصاري القرطبي . ط/ ثلاثة - دار الكتاب العربي عن ط/ دار الكتب المصرية (١٩٥٣م) .
- ٥- فتح القدير للإمام المجتهد العلامة / محمد بن علي بن محمد الشوكاني (١٢٥٥هـ) د/ دار المعرفة - بيروت .

ثانياً : كتب الحديث :

- ٦- سنن أبي داود - للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث ابن اسحاق الأودي السجستاني (٢٧٥هـ) ط/ مطبعة الحلبي وأولاده بمصر (١٣٧١هـ) - (١٩٥٢م) .
- ٧- سنن الترمذي لأبي عيسى محمد بن عيسى السلمي (٢٧٩هـ) ط/ مطبعة البياي الحلبي (١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م) ط/ ثانية .

- ٨- سنن النسائي ، للإمام الحافظ أبي عبد الرحمن بن شعيب النسائي (٣٠٣هـ) ط/ مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .
- ٩- السنن الكبرى للإمام أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي (٤٥٨هـ) ط/ دار إحياء الكتب العربية .
- ١٠- سنن ابن ماجة للحافظ / أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة - علق عليه / محمد فؤاد عبد الباقي . ط/ عيسى البابي الحلبي .
- ١١- سبل السلام للإمام محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني (١١٨٢هـ) شرح بلوغ المراد من جمع أدلة الأحكام للحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن حجر الكناني العسقلاني (٨٥٢هـ) ط/ مصطفى البابي الحلبي (١٣٧٩هـ) .
- ١٢- صحيح مسلم بشرح النووي للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري (٢٦١هـ) ط/ المطبعة المصرية ومكتبتها .
- ١٣- فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ) ط/ دار الريان للتراث - القاهرة (١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م) .
- ١٤- مختصر صحيح مسلم للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج المنذري الدمشقي - ط/ المكتب الإسلامي - بيروت (١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م) .
- ١٥- مسند الإمام أحمد بن حنبل (٢٤١هـ) تحقيق د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون - ط/ مؤسسة الرسالة (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م)

١٦- موطأ مالك للإمام مالك بن أنس (١٧٩هـ) وشرح الزرقاني عليه للإمام محمد الزرقاني - ط/ دار الآفاق الجديدة - بيروت (١٤٠١هـ - ١٩٨١م) .

١٧- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار للشيخ الإمام العلامة / محمد بن علي بن محمد الشوكاني (١٢٥٥هـ) ط/ دار المعرفة - بيروت .

ثالثاً : كتب اللغة :

١٨- لسان العرب للإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفریقی المصري - ط/ دار صادر للطباعة والنشر - بيروت (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م) .

١٩- المعجم الوجيز ، ط/ مجمع اللغة العربية بمصر (١٤٢١هـ - ٢٠٠١م) .

رابعاً : قواعد الفقه وأصوله :

٢٠- الأشباه والنظائر لابن نجيم - زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفى ، ط/ دار الكتب العلمية .

٢١- الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام جلال الدين بن عبد الرحمن السيوطى (٩١١هـ) ، ط/ مصطفى البابى الحلبي .

٢٢- أصل السرخسى لمحمد بن أحمد السرخسى - تحقيق أبو الوفا الافغانى، وعينت به / لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد .

٢٣- الإحكام فى أصول الأحكام للإمام سيف الدين على بن محمد الأمدى (٦٣١هـ) ط/ محمد على صبيح وأولاده (١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م) .

٢٤- دراسات فى أصول الفقه للأستاذ الدكتور / دياب سليم عمر - ط/ ثانية - ٢٠٠٤م .

٢٥- غاية الوصول إلى دقائق علم الأصول - أ.د/ جلال الدين عبد الرحمن - ط/ ثالثة - ١٩٩٦م .

٢٦- قواعد الأحكام فى مصالح الأنام لسلطان العلماء أبى محمد عز الدين ابن عبد السلام السلمى ، ط/ مطبعة مصطفى البابى الحلبي - بمصر .

٢٧- القواعد الفقهية دراسة تحليلية مقارنة - أ.د/ عبد العزيز محمد عزام - ط/ دار الرسالة - عين شمس (١٤٢١هـ - ٢٠٠١م) .

٢٨- المستصفي فى أصول الفقه لحجة الإسلام محمد بن محمد الطوسى الغزالي - ط/ مطبعة بولاق .

٢٩- الموافقات فى أصول الشريعة للإمام أبى إسحاق بن إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطى الشاطبى - ط/ دار إحياء الكتب العربية - بيروت .

خامساً : كتب الفقه :

٣٠- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام الفقيه علاء الدين أبى بكر بن

مسعود الكاسانى (٥٨٧هـ) ط/ دار الكتب العلمية - بيروت .

٣١- البحر الرائق - شرح كنز الدقائق للإمام زيد الدين الشهير بأبن نجيم الحنفي ، وبهامشه منحة الخالق للإمام محمد أمين الشهير بأبن عابدين - ط/ دار المعرفة - بيروت (١٤١٣هـ - ١٩٩٣م) .

٣٢- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، ط/ أولى - المطبعة الكبرى الأميرية - بمصر ١٣٠١هـ .

٣٣- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المشهورة بحاشية ابن عابدين ، خاتمة المحققين / محمد أمين الشهير بأبن عابدين - ط/ مصطفى البابي الحلبي (١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م) .

٣٤- فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدى للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بأبن الهمام (٦٨١هـ) على الهداية لشيخ الإسلام برهان الدين علي ابن أبي بكر المرغيناني (٥٩٣هـ) وبهامشه شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابر تي (٧٨٦هـ) ، وحاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى أفندي حلبي (٩٤٥هـ) ط/ دار الفكر ط/ ثانية (١٣٩٧هـ - ١٩٩٧م) .

٣٥- الفتاوى الهندية للعلامة الشيخ نظام وجماعة من العلماء ، وبهامشه الفتاوى الخاينة للإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندی الفرغانى ، وبهامشه الفتاوى البزازية المسماة بالوجيز للشيخ / محمد بن محمد بن شهاب المعروف بأبن البزاز ، ط/ المطبعة الأميرية ببولاق .

- ٣٦- اللباب شرح مختصر الكتاب للعلامة الشيخ عبد الغنى الغنيمى الميدانى، ط/ دار السلام للطباعة (١٣٨١هـ - ١٩٦١م). الطبعة الرابعة.
- ٣٧- المبسوط للإمام شمس الدين السرخسى ، المحتوى على كتب الرواية للإمام محمد بن الحسن الشيبانى - ط/ مطبعة السعادة ١٣٢٤هـ .
- ٣٨- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر للإمام عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان بداماد أفندى - ط/ دار الطباعة العامرة بمصر ١٣١٦هـ .
- ب- الفقه المالكي :

٣٩- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام أبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى ، ط/ مطبعة الاستقامة (١٣٧١هـ - ١٩٥٢م) .

٤٠- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير للإمام أحمد بن أحمد الدردير ، ط/ دار إحياء الكتب العربية .

٤١- التاج والإكليل شرح مختصر سيدي خليل - لأبى عبد الله محمد بن يوسف بن أبى القاسم الصدرى الشهير بالمواق ، ط/ مطبعة السعادة ١٣٢٩هـ .

٤٢- حاشية الدسوقي لعلامة / محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (١٢٣٠هـ) على الشرح الكبير للإمام أبى البركات سيدي أحمد الدردير ، مع تقديرات العلامة الشيخ محمد عليش ١٢٩٩هـ ، ط/ مطبعة الحلبي ١٣٨٨هـ .

٤٣- حاشية الخرشى على مختصر سيدى خليل للإمام محمد بن عبد الله الخرشى ، وبهامشه حاشية الشيخ على العدوى - ط/ دار صادر - بيروت .

٤٤- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للعلامة أبى البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، ط/ عيسى البابى الحلبي وشركه بمصر .

٤٥- القوانين الفقهية لأبى القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبى الغرناطى - ط/ دار القلم - بيروت .

٤٦- مواهب الجليل شرح مختصر خليل للإمام أبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب ط/ مطبعة السعادة ١٣٢٩هـ .

ج- الفقه الشافعى :

٤٧- الأم للإمام الشافعى أبى عبد الله بن إدريس الشافعى - ط/ مصورة عن طبعة بولاق ١٣٢١هـ - الدار المصرية للتأليف والترجمة .

٤٨- الحاوى الكبير للإمام أبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى - تحقيق د/ محمود سطرچى وآخرون - ط/ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م) .

٤٩- حاشية البجيرمى على الخطيب للإمام سليمان بن عمر بن محمد البجيرمى - المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب - ط/ دار الفكر .

٥٠- روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام أبى زكريا محى الدين يحيى بن شرف النووى - ط/ المكتب الإسلامى - بيروت .

٥١- قليوبى وعميرة على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنوى - مطبعة عيسى البابى الحلبي وأولاده بمصر .

٥٢- المجموع شرح المذهب للإمام أبى زكريا محى الدين بن شرف النوى، وتكملته للإمام على بن عبد الكافى السبكي - ط/ مطبعة التعاون الأخوى .

٥٣- معنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج للشيخ محمد بن أحمد الشريبي الخطيب ، ط/ مصطفى البابى الحلبي (١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م)

٥٤- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للإمام شمس الدين محمد أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى الشهير بالشافعى الصغير ، ط/ مصطفى البابى الحلبي (١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م) .

د- الفقه الحنبلى :

٥٥- الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين أبى الحسن على بن سليمان بن أحمد المرادوى ، تحقيق د/ عبد الله بن عبد المحسن التركى ، ط/ دار هجر - القاهرة (١٤١٥هـ - ١٩٩٥م) .

٥٦- الإقناع لطالب الانتفاع لشرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبو النجا الحجواى المقدسى - تحقيق د/ عبد الله التركى - ط/ دار هجر ط/ أولى (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م) .

٥٧- حاشية النجدى على الروض المربع - جمع وتعليق الشيخ / عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمى النجدى - ط/ سادسة (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م) .

- ٥٨- العدة شرح العمدة للإمام / بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسى ط/ ثانية (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م) ط/ دار المعرفة - بيروت .
- ٥٩- الكافي فى فقه الإمام أحمد - لموفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه تحقيق د/ عبد الله التركى ، ط/ دار هجر القاهرة (١٤١٧هـ - ١٩٩٧م) .
- ٦٠- كشاف القناع للفقير منصور بن يونس بن إدريس البهوتى - ط/ مطبعة السنة المحمدية (١٣٦١هـ - ١٩٤٢م) .
- ٦١- المغنى للإمام أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه (٦٢٠هـ) والشرح الكبير عليه لشمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد المقدسى (٣٨٢هـ) ط/ دار الكتاب العربى للنشر والتوزيع (١٤٠٦هـ - ١٩٨١م) .
- ٦٢- المقنع لموفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسى - ط/ ثانية (١٤١٥هـ - ١٩٩٥م) ط/ دار هجر - القاهرة .
- هـ- الفقه الظاهرى :
- ٦٣- المحلى لابن حزم - الفقيه الأصولى أبى محمد على بن محمد بن سعيد ابن حزم الأندلسى ، تحقيق الأستاذ / أحمد محمد شاكر - ط/ دار التراث - القاهرة .
- و- الفقه الشيعى :
- ٦٤- قواعد الأحكام للعلامة الحلى - ط/ مؤسسة النشر الإسلامى ، تحقيق هذه المؤسسة ط/ أولى ١٤١٣هـ .

- ٦٥- الخلاف للشيخ الطوسي تحقيق : سيد علي الخرساني وآخرون ط/
أولى ١٤١٧ هـ مؤسسة النشر الإسلامي .
- ٦٦- فقه الرضا للغمام على بن بابويه تحقيق مؤسسة آل البيت نشر المؤتمر
العالمي للإمام الرضا .
- ٦٧- جواهر الكلام في شرائع الإسلام للشيخ محمد حسن النجفي تحقيق
وتعليق / محمود القوجاني ط/ دار إحياء الكتب العربية - بيروت .
- ٦٨- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للنجفي ط/ نشر مؤسسة
مطبوعاتي إسماعيليان .
- ٦٩- اللمعة دمشقية الأول محمد جمال الدين مكى ط/ قدس - ط/ أولى
١٤١١ هـ دار الفكر تحقيق / الشيخ علي الكوراني .
- ٧٠- المختصر النافع لأبي القاسم الحلبي ط/ ثمانية وزارة الأوقاف .
- ب- الفقه الزيدي :
- ٧١- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للإمام أحمد بن يحيى
المرتضى ط/ مؤسسة الرسالة - بيروت (١٣٩٤ هـ - ١٩٧٥ م) .
- ٧٢- التاج المذهب لأحكام المذهب للقاضي أحمد بن قاسم الصنعائي - ط/
دار إحياء الكتب العربية - بيروت .
- ج- الفقه الإباضي :
- ٧٣- شرح النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف بن عيسى أطفيس نشر
مكتبة الإرشاد - جدة (١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م) .
- الكتب العامة والرسائل :
- ٧٤- أحكام الذبائح واللحوم المستوردة من الخارج ، مجموعة فتاوى لعدد
من العلماء ، مطبوعات المملكة العربية السعودية .

- ٧٥- أحكام الأطعمة في الشريعة الإسلامية ، د/ عبد الله بن محمد الطريقي
 ط/ أولى (١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م) ط/ إدارة البحوث العلمية وافتاء
 والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية .
- ٧٦- حكم اللحوم المستوردة لسماحة الشيخ / عبد الله بن محمد بن حميد -
 المطابع النموذجية بالمملكة العربية السعودية - الرياض ١٣٩٩هـ .
- ٧٧- الذبائح في الشريعة الإسلامية د/ عبد الله عبد الرحيم العبادي ط/
 منشورات المكتبة العصرية للطباعة والنشر - صيدا - بيروت وهي
 أصل رسالة ماجستير من كلية الشريعة والقانون باقاهرة ، أشرف عليها
 فضيلة الشيخ / عبد المغنى عبد الخالق (عليه رحمة الله) .
- ٧٨- نظرية الضرورة أ.د/ وهبة الزحيلي ط/ مؤسسة الرسالة (١٤٠٥هـ -
 ١٩٨٥م) .
- ٧٩- المطعومات في الفقه الإسلامي - أ.د/ رمضان على السيد الشرنباصي
 - الناشر / المكتبة التوفيقية - دار التوفيقية للطباعة بالأزهر ١٣٨٨هـ .
- ٨٠- مجلة المنار - مجلة علمية تصدر في كل شهر عربى لمنشئها السيد /
 محمد رشيد رضا .
- ٨١- الموسوعة الفقهية تصدرها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
 بالكويت .
- ٨٢- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - د/ عبد الكريم زيدان ط/ دار
 الوفاء ط/ أولى (١٤١٣هـ - ١٩٩٢م) .
- ٨٣- مجموعة الفتاوى الإسلامية ط/ المجلس الأعلى للشئون الإسلامية .
- ٨٤- مختارات من الفتاوى والبحوث للإمام الأكبر / جاد الحق على جاد
 الحق (عليه رحمة الله) ط/ مجمع البحوث الإسلامية .

صفحة	الموضوع
٤	المقدمة
٨	تمهيد :
١٣	الأصل في الحل والحرمة .
١٥	حكم الأشياء بعد ورود الشرع .
٢٧	الحلال والحرام في المأكولات البرية والبحرية .
٣٢	حيوانات البحر .
٣٨	حيوانات البر .
٤٣	الأدلة على إباحة الطيبات وتحريم الخبائث .
٥١	المراد بالطيب والخبث .
٥٥	ما يحل أكله من الحيوانات وما لا يحل .
٥٧	المحرمات من الحيوان في القرآن الكريم والسنة المشرفة .
٦٠	الانتفاع بأجزاء الميتة .
٦٠	الانتفاع بجلود الميتة .
٦٦	المحرمات من الحيوان .
٦٦	دم الحيوان وآراء الفقهاء .
٦٨	لحم الخنزير ونجاسته وآراء الفقهاء .

٧١	ما أهل لغير الله
٧٢	حكم المنخفة والموقودة .
٧٣	حكم المتردية والنطيحة .
٧٤	الحكمة من تحريم بعض الحيوانات .
٧٦	حكم ما ذبح على النصب .
٧٧	حكم لبن الميتة وأنفحتها وبيضها .
٨١	حكم أكل الأجنة .
٨٩	حكم أكل الجراد .
٩٠	الاختلاف الوارد عن الفقهاء فيما يحل ويحرم من الحيوانات البرية والبحرية .
٩١	ما يحل من حيوانات البر .
٩٤	ما يحرم من حيوانات البر .
٩٧	الاختلاف الوارد في الحيوانات البرية .
٩٧	أكل لحوم الخيل .
١٠١	لحوم البغال والحمير .
١٠٣	لحم الضبع والضب .
١٠٦	ما يكره أكله من حيوانات البر .
١٠٧	حكم أكل لحم الجلالة .

١٠٩	اللحوم المستوردة من الخارج ن وآراء الفقهاء .
١١٣	فتوى دار الإفتاء فى اللحوم والطيور المستوردة .
١١٥	حيوانات البحر ما يؤكل منها وما لا يؤكل .
١١٩	حكم الطاقى من حيوانات البحر .
١٢٢	أهم المسائل المعاصرة فى الحيوانات البحرية .
١٢٧	حكم صيد السمك بشىء نجس .
١٢٨	الاضطرار إلى أكل المحرم عند الضرورة .
١٣١	المقدار الذى يجوز للمضطر .
١٣٣	ترتيب المعلومات عند الضرورة .
١٣٥	الخاتمة .
١٣٧	مصادر البحث .
١٥١	فهرس تفصلى للموضوعات .

الهادى

الى شروط وآداب القاضى

دكتور

محمد عبد المقصود داود

مدرس الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر - فرع دمنهور

obeikandi.com

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة :

الحمد لله نعمده ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا
وسيئات أعمالنا ، من يهده الله فهو المهتد ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً
، ونصلى ونسلم على الرحمة المهداة ، والنعمة المسداة ، سيدنا محمد وعلى
آله وأصحابه ، أقمار الهدى ونجوم المعرفة ، الذين أضاءوا بمسلكهم القويم
السبيل إلى الصراط المستقيم .

وبعد

فإنه من المعلوم أن القضاء أمر من أمور الدين ، ومصالحة هامة من
مصالح المسلمين ، لأن الناس فى حاجة دائبة إليه ، فلا يستطيعون بدونه أن
تستقيم حياتهم أو تستقر أحوالهم ، دون أن يكون هناك ميزان يتأتى من
خلاله إقامة العدل بينهم ، أما إذا عاش الناس حيث لا قضاء فسيترتب على
ذلك عموم الفوضى ، وشيوع الفساد ، وبث الزعر والاعتداء على أمن
المجتمع ، فلا يستقر له حال ، ولا يهدأ له بال .

والقضاء أيضاً من أجل القربات إلى الله عز وجل ، لما يترتب عليه
من إيصال الحقوق إلى أصحابها ، وإقامة العدل بين الناس ، ومقاومة الظلم
بجميع ضروبه وأشكاله ، ومن هنا فقد روى عن ابن مسعود (رضي الله عنه) قوله :
" لأن أضى يوماً بين اثنين أحب إلى من عبادة سبعين عاماً " (١).

وقد تولى رسول الله ﷺ القضاء بين الناس بنفسه ، فلم يكن للمسلمين
قاض سواه ، فكان يصدر عنه التشريع ، فيقضى به ، ثم يتولى الإشراف

(١) راجع السنن الكبرى للبيهقى - كتاب آداب القاضى ج ١٠/٨٩ .

على تنفيذہ ، وهو بذلك يجمع بين التشريع والتنفيذ والقضاء ، وكان قضاؤه اجتهاداً لا وحياً ، يعتمد فيه على ما قرره من المبادئ العامة التى أرساها ، مثل قوله ﷺ : ((البينة على المدعى واليمين على من أنكر))^(١) وقوله : (إنما أنا بشر مثلكم ، وإنكم تختصمون إلى ، ولعل بعضكم أن يكون ألحق بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو ما أسمع فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هى قطعة من النار ، فليأخذها أو ليتركها)^(٢) .

وباتساع الدولة الإسلامية عهد رسول الله ﷺ إلى بعض الصحابة بالقضاء ، فبعث علياً - كرم الله وجهه - إلى اليمن قاضياً بين الناس ، وبعث إليها أيضاً معاذ بن جبل ؓ ، وولى عتاب بن أسيد أمر مكة وقضاءها بعد فتحها^(٣) .

وسار الخلفاء الراشدون على هذا النهج ، فتولى عمر القضاء فى عهد أبى بكر ، فظل سنتين لا يأتيه متخاصمان ، وذلك لما اشتهر به من الحزم والشدة ، وبعث أبو بكر ؓ أنساً إلى البحرين قاضياً ، وفى عهد عمر ؓ بعث أبا موسى الأشعري ؓ إلى البصرة قاضياً ، وبعث عبد الله بن مسعود إلى الكوفة قاضياً^(٤) .

(١) تلخيص الحبير - كتاب الدعاوى والبيانات ج ٤/٢٠٨ ، وسنن الترمذى - كتاب الأحكام - ج ٣/٦٥٦ بلفظ : (فقضى أن اليمين على المدعى عليه) ، وصحيح مسلم بشرح النووى - كتاب الأفضية ج ١/١٢ رواه ابن عباس بلفظ : (ولكن اليمين على المدعى عليه) .

(٢) صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى لابن حجر ج ١٣/٧١٨١ ، وصحيح مسلم بشرح النووى - كتاب الأفضية - ج ٥/١٢ ، وتلخيص الحبير - باب أدب القاضى ، ج ٤/٩٢ .

(٣) راجع المجموع شرح المذهب للإمام النووى ج ٢٢ ، ص ٧ .

(٤) راجع المجموع ج ٢٢ ، ص ٧ .

وقد تم في عهد عمر أيضاً فصل القضاء عن الولاية الإدارية ،
وعين القضاة في ربوع الدولة الإسلامية في المدينة ، ومكة ، والبصرة ،
والكوفة ، ومصر ، فكان عمر هو أول من وضع أساس السلطة القضائية
المتميزة ، كما كان أول من وضع الدواوين ، وأول من وضع دستور القضاء
في رسالته المشهورة إلى أبي موسى الأشعري (١) ، وأول من استحدث نظام
السجون ، وكان حبس المتهم يتم قبل ذلك في المسجد ، وكان قضاء القضاة
المستقلين عن الخليفة محصوراً في المنازعات المدنية المالية ، أما الجنايات
الموجبة للقصاص أو الحدود فبقيت في يد الخليفة وولاية الأقاليم ذوى الولاية
العامة ، وأما ولاية الإمارة الخاصة فلهم فقط حق استيفاء الحدود المتعلقة
بحقوق الله تعالى المحضة ، كحد الزنا جلدأ أو رجماً ، أو المتعلقة بحقوق
الأشخاص ، إن طلب منهم طالب ذلك (٢) .

هذا وقد كان القضاء في الإسلام يمثل صفحة مشرقة من صفحات
التاريخ الإسلامى اللامع ، وكان القضاء مضرب المثل ومحط الأنظار فى
المساواة بين الخصوم ، وإقامة العدالة بينهم ، مهما تفاوتت مكانتهم
الاجتماعية والدينية ، وكانت عدالتهم ونزاهتهم سبباً مباشراً لكثير من
الناس فى اعتناق الإسلام والانضواء تحت لوائه (٣) .

(١) راجع أعلام الموقعين لابن قيم ج ١ ، ص ٨٥ ، وما بعدها .

(٢) راجع الأحكام السلطانية للماوردى ، ص ٣٠ .

(٣) فقد تحاكم على بن أبى طالب ؑ، ويهودى إلى قاضى المسلمين فى الكوفة شريح على
درع سقط من على فأخذه اليهودى وأنكره ، فحكم به شريح لليهودى لما لم توجد البينة
عند على ، فأسلم اليهودى لما رأى العدل كما قيل عنه : انظر السنن الكبرى للبيهقى
، ج ١٠ ، ص ١٣٦ .

ولكن هذه المكانة العظيمة التى احتلها القضاة ، والدور الفعال الذى يقومون به لم يعد اليوم كما كان فى الماضى ، والسبب فى ذلك ، أن قطاعاً كبيراً من الشباب تسلى إلى منصب القضاء دون أن تتوافر فيه شروطه ، أو تجتمع فيه صلاحياته ، فتولاه الباذلون لأموالهم ، والساعون إليه عن طريق شفعاء أو وسطاء ، فسادت الرشوة فى كل مكان ، وانتشر شراء الوظائف فى غالب الأحيان ، وهذا ما جعل الحال غير الحال ، فطمع فى القضاء أهل الأهواء ، وتنافس عليه السوق ، ووصل إلى منصبه الجائرون والجهلة ، فأساءوا إليه ، وشوهوا أغراضه ، وكانوا وصمة عار فى جبين التاريخ .

من أجل هذا دعت الحاجة لدراسة هذا الموضوع ، وقد أمكن عرضه على النحو التالى :

الفصل التمهيدى : ماهية القضاء ومشروعيته .

المبحث الأول : تعريف القضاء وتمييزه عن غيره .

المبحث الثانى : مشروعية القضاء .

الفصل الأول : شروط القاضى .

المبحث الأول : شروط القاضى المنفق عليها .

المبحث الثانى : شروط القاضى المختلف فيها .

الفصل الثانى : تعيين القاضى وطرق اختياره .

المبحث الأول : تعيين القاضى عن طريق قبوله ولاية القضاء .

المبحث الثانى : تعيين القاضى عن طريق طلبه ولاية القضاء .

المبحث الثالث : طرق اختيار القاضى .

الفصل الثالث : آداب القاضى .

المبحث الأول : آداب القاضى فى نفسه .

المبحث الثانى : آداب القاضى مع الشهود .

المبحث الثالث : آداب القاضى مع الخصوم .

الخاتمة : وتتناول أهم ثمرات البحث .

' هذا ويقينى أنه لا يخلو عمل البشر من عيب أو نقص ، لأنه مهما بالغ الإنسان فى تحرير عمله وإتقانه فلا يخلو من هفوات وهنات ، فالكمال لله وحده ، والنقص من شيم البشر .

وحسبى أننى بشر أصيب وأخطئ ، والله يعلم أننى قد بذلت فيه ما بذلت ، فإن كنت قد أصبت فالفضل له وحده ، وإن كانت الأخرى فمنى ومن الشيطان والله منه براء .

والله أسأل أن ينفع به ، وأن يجعله فى ميزان حسناتى ، إنه على ما يشاء قدير وبالإجابة جدير .

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

دكتور

محمد عبد المقصود داود

obeikandi.com

الفصل التمهيدي

ماهية القضاء ومشروعيته

تمهيد

سنتعرض فى هذا الفصل - بمشيئة الله تعالى وتوفيقه - إلى تعريف القضاء فى اللغة وفى اصطلاح الفقهاء ، والفرق بينه وبين النظم التى قد تشبه به ، كالتحكيم ، والفتوى ، ثم نبين مشروعيته من خلال القرآن الكريم والسنة المشرفة ، وذلك من خلال مبحثين :

المبحث الأول : تعريف القضاء وتمييزه عن غيره .

المبحث الثانى : مشروعية القضاء .

المبحث الأول

تعريف القضاء وتمييزه عن غيره

فى هذا المبحث سنتناول تعريف القضاء فى اللغة والاصطلاح ، ثم نفرق بينه وبين التحكيم والفتوى باعتبارهما نظامين مشابهين له ، وذلك يتأتى من خلال مطلبين :

المطلب الأول

تعريف القضاء

تعريف القضاء فى اللغة :

القضاء لغة : مأخوذ من قضى يقضى قضاءً ، والجمع أفضية^(١) ، ويطلق القضاء فى اللغة على عدة معان ، منها : الحكم والإلزام ، نقول : قضيت بن الخصمين ، أى : حكمت بينهما ، ومن ذلك قول الحق تبارك وتعالى : ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ﴾^(٢) ، أى حكم وألزم .

ويطلق القضاء أيضاً على إحكام الشيء وإتقانه والفراغ منه^(٣) ، ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ ﴾^(٤) ، بمعنى أحكمهن وأتقنهن .

كما قد يطلق القضاء على إتمام الشيء وإنهائه ، ومن ذلك قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ ﴾^(٥) .

(١) القاموس المحيط ج ٢ ، ص ١٧٣٦ ، فصل القاف .

(٢) الآية (٢٣) من سورة الإسراء .

(٣) مختار الصحاح ص ٥٤٢ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ، ص ١٢٩ .

(٤) الآية (١٢) من سورة فصلت .

(٥) الآية (٤) من سورة الإسراء .

ويأتى القضاء بمعنى الأداء ، ومنه قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ ﴾^(١) ، أى أدبتموها .

ويأتى بمعنى الفعل والعمل ، ومنه قوله تعالى : ﴿ فَأَقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ ﴾^(٢) ، أى أعمل ما أنت عامل .

ويأتى بمعنى الهلاك ، ومنه قوله تعالى : ﴿ فَوَكَزَهُ مُوسَى فَقَضَى عَلَيْهِ ﴾^(٣) .

كما يأتى القضاء بمعنى الموت ، كما فى قول الله تعالى : ﴿ وَنَادُوا بِأَمْوَالِكُمْ لِيَقْضِيَ اللَّهُ رَبُّكُمْ ﴾^(٤) ، أى ليميتنا ربك .

وقد سمي القضاء حكماً ، لما فيه من الحكمة التى توجب وضع الشىء فى محله ونصابه ، أو لكونه يكف الظالم عن ظلمه ، ومنه حكمة اللجام ، لمنعه الدابة من ركوبها رأسها ، أو لأن القاضى يستتم الأمر ويحكمه ويمضيه ويفرغ منه^(٥) .

ومن هذا يتضح أن القضاء فى اللغة يطلق على معان كثيرة تكاد تكون متقاربة ، غير أن الذى يتصل منها بهذه الدراسة هو القضاء بمعنى الحكم والإلزام .

(١) الآية (٢٠٠) من سورة البقرة .

(٢) الآية (٧٢) من سورة طه .

(٣) الآية (١٥) من سورة القصص .

(٤) الآية (٧٧) من سورة الزخرف .

(٥) راجع : مفردات ألفاظ القرآن للراغب الأصفهاني - الطبعة الأولى ١٤١٦هـ -

١٩٩٦ م ، دار القلم دمشق ، ص ٦٧٤ ، وسبل السلام للصنعة ج ٤ ، ص ١٥٢٠ ،

وشرح فتح القدير ج ٧ ، ص ٢٥٢ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ، ص ٣٧٢ ، والمجموع

ج ٢٢ ، ص ٥ .

تعريف القضاء فى اصطلاح الفقهاء :

اختلفت عبارات الفقهاء فى تعريف القضاء على النحو التالى :

أولاً : تعريف الحنفية :

عرف الحنفية القضاء فقالوا : هو الحكم بين الناس بالحق وبما أنزل الله عز وجل (١) .

والناظر فى هذا التعريف يدرك أنه تعريف غير جامع لأنه غير ملزم، كما أنه غير مانع من دخول غيره فيه ، لشموله حكم المحكمين فى جزاء قتل الصيد فى الحرم الوارد فى قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمَّداً فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ (٢) .

كما أنه يشمل أيضاً حكم الحكمين بشأن النزاع القائم بين الزوجين الوارد فى قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾ (٣) .

ثانياً : تعريف المالكية :

عرف المالكية القضاء بأنه : حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده ليرتب عليه مقتضاه (٤) .

وبالنظر فى هذا التعريف يتبين أنه أشمل من غيره ، فهو قد جمع بين كل من القضاء والتحكيم ، علماً بأن كلاً من القضاء والتحكيم يختلف

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٧ ، ص ٢ .

(٢) الآية (٩٥) من سورة المائدة .

(٣) الآية (٣٥) من سورة النساء .

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ، ص ١٢٩ .

عن الآخر كما سيأتى ، وبالتالي فإن هذا التعريف يكون غير مانع أيضاً لدخول التحكم فيه ، كما أنه غير جامع أيضاً ، لأنه غير ملزم .

ثالثاً : تعريف الشافعية :

عرف الشافعية القضاء بأنه : رفع الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى ^(١) ، أى إظهار حكم الشرع فى الواقعة ^(٢) .

وهذا التعريف غير جامع ، لأنه غير ملزم ، كما أنه غير مانع أيضاً لأن حكم المحكم يندرج تحته ويدخل فيه .

رابعاً : تعريف الحنابلة :

عرف الحنابلة القضاء بأنه : تبيين الحكم الشرعى وفصل الخصومات ^(٣) .

وبالنظر فى تعريف الحنابلة يتضح أنه غير جامع ، لأنه غير ملزم ، كما أنه غير مانع أيضاً ، لدخول التحكيم فيه ، كما يدخل فيه الفتوى أيضاً ، باعتبارها إخبار عن الحكم الشرعى دون إلزام .

التعريف الراجح :

بعد هذا العرض لما ذكره الفقهاء حول معنى القضاء ، يتضح أن جميع التعريفات التى ساقها فقهاء المذاهب قد وجهت إليها المناقشات التى تجعلها غير كافية لبيان حقيقة الشيء المعروف .

(١) المجموع ج ٢٢ ، ص ٥ .

(٢) مغنى المحتاج ج ٤ ، ص ٣٧٢ .

(٣) المغنى لابن قدامة ج ٩ ، ص ٣٤ .

وعلى هذا فإن التعريف الذى نميل إليه ونرجحه من تعريفات الفقهاء للقضاء ، هو ما ذكره الإمام الصنعانى من علماء الشافعية ، حيث عرفه بأنه : " الإلزام بحكم الشرع ممن له سلطة الإلزام فى الوقائع الخاصة لمعين أو جهة " ، والمراد بالجهة : غير الأفراد ، كالحكم لبيت المال أو عليه (١) .
وسبب هذا الترجيح :

أنه قد ورد فى هذا التعريف عبارة " الإلزام " وهى قيد يخرج الفتوى ، لأنه لا إلزام فيها ، كما أنه يخرج أيضاً حكم المحكم لأن حكمه لا يكون ملزماً إلا برضاء الخصوم .

كذلك فإن قوله : " فى الوقائع الخاصة " قيد آخر يحترز به عما يصدر عن الإمام والأمير ، باعتبار أن الإلزام منهما لا يكون إلا بوجه عام وفى المسائل العامة .

وبهذا فإن هذا التعريف هو أفضل تعريف للقضاء ، لأنه جمع سائر أفراد الشيء المعروف ، كما أنه منع غيره من دخوله فيه ، فانطبق عليه حد التعريف الذى يعد تعريفاً جامعاً مانعاً .

المطلب الثانى

تمييز القضاء عن غيره

هناك بعض أمور قد تختلط بالقضاء وتتشابه معه كالتحكيم والفتوى ، باعتبار أن كلاهما يترتب عليه بيان الحكم فى الواقعة محل الخلاف والسؤال .

(١) سبل السلام ج ٤ ، ص ١٥٢ .

ومع هذا فإن القضاء يختلف ويتميز عن التحكيم والفتوى فى أمور كثيرة وهو ما سوف نبينه من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول

تمييز القضاء عن التحكيم

يجدر بنا قبل أن نعقد المقارنة بين قضاء القاضى وحكم المحكم أن نبين معنى التحكيم ، ثم نبين مشروعيته من خلال الأدلة الدالة عليه ، وذلك على نحو التالى :

أولاً : معنى التحكيم :

التحكيم لغة : أحكمه فاستحكم ، أى صار محكماً ، والحكم - بفتححتين - الحاكم ، وحكمه فى ماله تحكياً ، إذا جعل إليه الحكم (١) .

واصطلاحاً : تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما (٢) .

أو هو : أن يحكم المتخاصمان شخصاً آخر لفض النزاع القائم بينهما على هدى حكم الشرع (٣) .

ثانياً : مشروعية التحكيم :

وقد دل على مشروعية التحكيم وجوازه الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقولهُ سبحانه وتعالى فى شأن إرسال الحكّمين لإصلاح النزاع القائم بين الزوجين : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾ (٤) .

(١) مختار الصحاح - باب التاء - ص ٩١ .

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٧ ، ص ٢٤ .

(٣) الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي ج ٦ ، ص ٧٥٦ .

(٤) الآية (٣٥) من سورة النساء .

وقوله سبحانه وتعالى فى شأن حكم المحكمين فى جزاء قتل الصيد فى الحرم : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمَّداً فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عِلْمٍ مِنْكُمْ ﴾ (١) .

وقوله سبحانه وتعالى مخاطباً سيدنا داود - ﷺ بشأن نبأ الخصمين وأمره أن يحكم بينهما : ﴿ وَهَلْ أُنَاكَ نَبَأُ الْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ ، إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُدَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصْمَانِ بَغَى بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَاحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُسْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ ﴾ (٢) .

ومن هذه النصوص يتضح أن التحكيم مشروع ، وهذا فضلاً عن الثواب العظيم الذى يناله القائم به ، نظراً لقيامه بالفصل فى كثير من القضايا والمنازعات التى تحدث بين الناس .

وأما السنة : فقد روى عن أبى شريح قال : يا رسول الله ، إن قومى إذا اختلفوا فى شئ فأتونى فحكمت بينهم فرضى عنى الفريقان ، فقال له الرسول ﷺ : " ما أحسن هذا " (٣) .

وأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة من لدن رسول الله ﷺ إلى وقتنا هذا على جواز التحكيم ، ومما يؤيد هذا الإجماع أن سعد بن معاذ قد حكم فى يهود بنى قريظة ، وقد رضى رسول الله ﷺ بحكمه فيهم ، وكذلك ما ثبت أن عمر بن الخطاب ﷺ وأبى بن كعب قد تحكما إلى زيد بن ثابت ، وكذلك

(١) الآية (٩٥) من سورة المائدة .

(٢) الآيتان (٢٢،٢١) من سورة (ص) .

(٣) السنن الكبرى للبيهقى ج ١٠ ، ص ١٤٥ .

تحاكم عثمان بن عفان وطلحة إلى جبير بن مطعم ، ولم يكونوا قضاة ، فكان ذلك إجماعاً على جواز التحكيم دون تكبير من أحد (١) .

هذا ويشترط في المحكم أن يكون حراً ، بالغاً ، عاقلاً ، عدلاً ، مقبول الفتوى ، عالماً بأحكام الشريعة .

والضابط فيه : أن يكون على صفة يجوز للإمام أن يوليّه القضاء مطلقاً (٢) .

وبعد هذا العرض لبيان معنى التحكيم ، والدليل على مشروعيته ، يأتي بعد ذلك التفريق والتمييز بين القضاء والتحكيم ، وذلك على النحو التالي :

المقارنة بين القضاء والتحكيم :

هناك عدة أمور تفرق بين القضاء والتحكيم وتميز بينهما لعل من أهمها ما يلي :

أولاً : عنصر الرضا :

يستطيع القاضى أن يفصل فى الخصومات والمنازعات التى تعرض عليه ، ولو كان ذلك بغير رضا من بعض أطراف الخصومة ، وذلك لأن القاضى يستمد ولايته من قبل الإمام ، فهو نائبه ، وبالتالي فإنه يستطيع أن يحكم بين أطراف النزاع سواء تم ذلك برضاهم أو بغير رضاهم .

أما المحكم فإنه لا يجوز له أن يتولى الفصل فى القضايا المعروضة عليه إلا باتفاق الخصوم ورضاهم به ، ولهذا فقد نص علماء الحنابلة على

(١) راجع فى هذا المعنى المجموع شرح المذهب للإمام النووى ج٢٢ ، ص١٦ ، والمعنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج١١ ، ص٤٨٤ ، والسنن الكبرى للبيهقى ج١٠ ، ص١٤٥ ، والفتاوى الحنبلى الميسر للدكتور / وهبة الزحيلي ج٤ ، ص٢٨٩ .

(٢) المجموع ج٢٢ ، ص١٦ ، وكتاب أدب القضاء المسمى بالدرر المنظومات فى الأفضية والحكومات لان أبى الدم ، ص١٧٨ .

أن لكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه فى الحكم ، لأنه لا يثبت إلا برضاه (١) .

ثانياً : عنصر الإلزام فى الحكم :

إن حكم القاضى إذا صدر فإنه يكون ملزماً لجميع أفراد الخصومة ، ويجب تنفيذه فى مواجهتهم ولو كان ذلك بغير رضاهم ، أما حكم المحكم فإنه لا يكون ملزماً لأطراف الخصومة إلا بالتراضى عليه ، لأن حكمه لو كان ملزماً فإنه يترتب عليه عزل القضاة والافتيات على الإمام ، وهذا ما ذهب إليه علماء الشافعية (٢) .

هذا وإن كان قد ذهب إلى غير ذلك الأحناف والمالكية وبعض الشافعية ، فقالوا : إن حكم المحكم يكون ملزماً لأطراف الخصومة مثله مثل حكم القاضى سواء بسواء (٣) .

ثالثاً : المسائل التى يحكم فيها :

إن القاضى يستطيع أن يحكم فى جميع القضايا المالية ، كعقود المعاوضات ، وما يصح فيه العفو والإبراء ، كما يستطيع أيضاً أن يحكم فى غير هذه المسائل المالية ، كالنكاح ، واللعان ، والقذف ، والقصاص .

(١) المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ١١ ، ص ٤٨٤ ، والبدائع ج ٧ ، ص ٣ .

(٢) راجع أدب القضاء لابن أبى الدم ص ١٧٧ ، والمجموع ج ٢٢ ، ص ١٦ حيث جاء فيه : " لا يلزم الحكم إلا بتراضيهما بعد الحكم ، وهو قول المزنى ، لأننا لو ألزماهما حكمه كان عزلاً للقضاء ، وافتياتاً على الإمام ، ولما كان اعتبار تراضيهما فى الحكم ، كان اعتبار رضاهما فى لزوم الحكم " .

(٣) راجع فتح القدير ج ٥ ، ص ٤٩٨ ، والمبسوط ج ٢١ ، ص ٦٢ ، وحاشية الدسوقي ج ٤ ،

ص ١٤٠ ، والمجموع ج ٢٢ ، ص ١٦ .

أما المحكم فإنه لا يستطيع الفصل في كل هذه القضايا ، بل يتقيد حكمه بالأموال ، أما غير الأموال من النكاح واللعان والقذف والقصاص ونحوها ، فإنه لا يجوز فيها التحكيم ، لأنها حقوق بنيت على الاحتياط ، فلم يجز فيها التحكيم ^(١) .

رابعاً : نقض الحكم :

إن حكم القاضي لا يجوز أن ينقضه قاض آخر ، طالما أن مستنده قوى وحجته بالغة ، ولم يكن به من الشذوذ وضعف المدرك ما يجعله مشوباً بالعيب ، وهذا يعد ضماناً لوجوب استقرار الأحكام بما يحقق المصالح العامة لجميع المسلمين .

وهذا بخلاف حكم المحكم ، فإنه ينظر فيه القاضي إذا رفع إليه ، فإن وافق الحق عنده أمضاه ، وإن كان لا يوافق رأيه أبطله ^(٢) .

الفرع الثاني

تمييز القضاء عن الفتوى

القضاء هو بيان الحكم الشرعي أو الإخبار عنه بالإلزام ، والفتوى هي بيان الحكم الشرعي من غير إلزام ^(٣) .

وعلى هذا فإن كلاً من الفتوى والقضاء خبران واردان من عند الله تعالى ، ويجب على كل سامع أن يعتقد في أي منهما ، ولا سيما إذا كانا

(١) المجموع ج ٢٢ ، ص ١٦ ، والشرح الكبير ج ٤ ، ص ١٣٦ ، والمغنى ج ١١ ، ص ٤٨٤ .

(٢) المغنى ج ١١ ، ص ٤٨٤ ، وأدب القاضي لابن القاص ج ١ ، ص ١٣٩ ، وبدائع الصنائع ج ٧ ، ص ٥ .

(٣) أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج ١ ص ٣٦ ، والفتحة الحنبلي الميسر بأدلته وتطبيقاته المعاصرة للدكتور/ وهبة الزحيلي ج ٤ ص ٣٠٧ .

صادرين ممن هو على يقين بهما ، وتوافر فى كل منهما شروطه وأركانه (١) .

أما من حيث التفريق بينهما فيتلخص فى وجهين :

الوجه الأول : الإلزام :

إن القضاء يعتبر أمراً ملزماً لأطراف الخصومة ، فينفذ حكم القاضى فى مواجهة الخصوم ولو كان ذلك بغير رضاهم ، بخلاف الفتوى فإنها لا تلزم المستفتى ولا تنفذ فى حقه ، بل له الخيار فى أن يعمل بها أو لا يعمل .

الوجه الثانى : العموم والخصوص :

إن بين القضاء والفتوى عموماً وخصوصاً ، وبيان ذلك : أن القضاء أعم من الفتوى من حيث اللزوم وأخص منها من حيث الموقع ، كذلك فإن الفتوى أعم من القضاء من حيث الموقع ، وذلك لجريانها فيما لا يجرى فيه القضاء كالعبادات ، ولكنها فى الوقت نفسه أخص منه من حيث اللزوم ، لأن القضاء ينفذ ويلزم ولا ينقض أو يرد إلا إذا وجدت أسبابه المشروعة ، بخلاف الفتوى فإنها لا تلزم المستفتى ولا تنفذ فى حقه (٢) .

(١) قال العلماء : لا ينبغي للرجل أن يعرض نفسه للفتيا حتى يكون فيه خمس خصال : الأولى : أن يكون له نية خالصة لله تعالى ، دون أن يقصد رئاسة أو نحوها ، فإن لم تكن له نية لم يكن عليه نور ولا على كلامه نور ، إذ الأعمال بالنيات ، ولكل امرئ ما نوى . الثانية : أن يكون له حلم ووقار وسكينة ، وإلا لم يتمكن من فعل ما تصدى له من بيان الأحكام الشرعية . الثالثة : أن يكون قوياً على ما هو فيه وعلى معرفته ، وإلا فقد عرض نفسه لأمر عظيم . الرابعة : الكفاية المالية ، وإلا أبغضه الناس بسبب حاجته إليهم وأخذهم مما فى أيديهم ، فيتضررون منه . الخامسة : معرفة الناس وأحوالهم ، والتبصر بمكرهم وخداعهم ، ولا ينبغي أن يحسن الظن بهم ، بل يكون حذراً فظناً مما يصورونه فى سؤالاتهم ، لئلا يوقعونه فى المكروه . راجع الفقه الحنبلى الميسر ج ٤ ، ص ٣٠٧ .

(٢) أدب القاضى لابن القاص ج ١ ص ١٣٨ ، وأعلام الموقعين ج ١ ص ٣٦ .

المبحث الثانى

مشروعية القضاء

إن الإسلام حريص على تنظيم العلاقات بين الناس ودفع التظالم فيما بينهم ، فالعقول متفاوتة ، والطباع مختلفة ، والإنسان تتنازعه أهواء وغرائز تلعب بنفسه ، وهذا يدعو إلى التخاصم والتشاحن ، وربما أدى إلى الكراهية والبغضاء وأكل أموال الناس بالباطل ، وبذلك تعم الفوضى وينتشر الفساد ، وتصبح الحياة فاقدة للنظام وأسباب التعاون الإنسانى .

ومن هنا فقد شرع القضاء للفصل بين الناس ، وإقرار الحق والعدل ، حتى يعيش الناس جميعاً فى حياة يعمها العدل والرخاء والأمن والطمأنينة .

والأصل فى مشروعية القضاء الكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب :

فمنه قول الله عز وجل مخاطباً رسله - صلوات الله وسلامه عليهم - ليحكموا بين الناس : ﴿ كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ ﴾ (١) .

وقول الله عز وجل مخاطباً رسوله ﷺ أن يحكم بين الناس بالحق والقسط : ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيمًا ﴾ (٢) ، وقوله : ﴿ وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ﴾ (٣) ،

(١) الآية (٢١٣) من سورة البقرة .

(٢) الآية (١٠٥) من سورة النساء .

(٣) الآية (٤٩) من سورة المائدة .

وقوله : ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ ^(١) ، وقوله : ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ ^(٢) .

كذلك قول الحق سبحانه مخاطباً داود عليه السلام : ﴿ أَنْ يَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ، نَاهِياً لَهُ عَنِ اتِّبَاعِ هَوَاهُ حَتَّى لَا يَضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ : ﴿ يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ ^(٣) ، إلى غير ذلك من الآيات التي تدل دلالة قاطعة على مشروعية القضاء .

وجه الدلالة من هذه الآيات : أن الله سبحانه وتعالى يبين مشروعية الحكم بين الناس ، وأنه لا بد من تصيب حاكم يحكم بينهم بما أنزل الله ، حتى لا تصبح الحياة فوضى يخيم عليها الظلم والطغيان ، وينتصر فيها الظالم بظلمه على المظلوم ، ويستبد فيها القوى بالضعيف ويكفل به ، ومن هنا فإن الحاجة إلى القضاء تظهر لإقرار الحق ، حتى يعيش الناس في حياة يعمها العدل والطمأنينة والإنصاف .

أما السنة : فقد روى عن رسول الله ﷺ في شأن مشروعية القضاء أحاديث كثيرة منها :

١- ما روى عن عمرو بن العاص عن النبي ﷺ أنه قال : " إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران ، وإن أخطأ فله أجر واحد " ^(٤) .

(١) الآية (٥٨) من سورة النساء .

(٢) الآية (٤٢) من سورة المائدة .

(٣) الآية (٢٦) من سورة ص .

(٤) صحيح البخارى بحاشية السندي ج ٤ ص ١٨١ ، وصحيح مسلم بشرح النووي

ج ١٢/١٧٦ ، والترمذى ج ٣ ص ٦١٥ ، وأبو داود ج ٣ ص ٢٠٠ ، وابن ماجه ج ٢

ص ٧٧٦ .

٢- ما روى عن عبد الله بن عمرو - رضى الله عنهما - أن النبى ﷺ قال : " إن المقسطين عند الله يوم القيامة على منابر من نور عن يمين الرحمن - وكلتا يديه يمين - الذين يعدلون فى حكمهم وأهليهم وما ولوا " (١) .

٣- أبى أوفى قال : قال رسول الله ﷺ : " إن الله عز وجل مع القاضى ما لم يجر ، فإن جار وكله إلى نفسه " (٢) ، وفى رواية عن ابن عباس - رضى الله عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ : " إذا جلس القاضى فى مكان هبط عليه ملكان يسدانه ويوفقانه ويرشده ما لم يجر ، فإن جار عرجا وتركاه " (٣) .

٤- ما روى عن ابن مسعود ؓ عن النبى ﷺ أنه قال : " لا حسد إلا فى اثنتين : رجل أتاه الله مالاً فسلطه على هلكته فى الحق ، وآخر أتاه الله الحكمة فهو يقضى بها ويعلمها " (٤) .

٥- وروى عن ابن مسعود قال : لأن أجلس فأقضى بين اثنتين أحب إلى من عبادة سبعين سنة (٥) .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث : أن رسول الله ﷺ بين مشروعية القضاء ، وأنه لا بد للقاضى أن يتحرى الدقة فيما يحكم به بين الخصوم ،

(١) السنن الكبرى للبيهقى ج ١٠ ص ٨٧ ، ٨٨ .

(٢) سنن ابن ماجة ج ٢ ص ٧٧٥ ، حديث رقم ٢٣١٢ ، والبيهقى ج ١٠ ص ٨٨ .

(٣) السنن الكبرى للبيهقى ج ١٠ ص ٨٨ .

(٤) صحيح البخارى - كتاب الأحكام ج ١٣/١٤٤١ ، والسنن الكبرى للبيهقى ج ١٠

ص ٨٨ .

(٥) السنن الكبرى للبيهقى ج ١٠ ص ٨٩ .

حتى يأتى حكمه صواباً بعيداً عن الجور والظلم ، وبذلك فإن الله سبحانه وتعالى يكون معه يوفقه ويسدده ، ثم يجزيه على ذلك الجزاء الأوفى يوم القيامة .

وأما الإجماع : فقد انعقد إجماع الأمة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على شرعية القضاء ، فقد تولى رسول الله ﷺ القضاء بنفسه تحقياً وامتنالاً لأمر الله عز وجل ، كما قام عليه الصلاة والسلام بإرسال الكثير من أصحابه ليعملوا قضاة فى مختلف بقاع الإسلام ، فأرسل علياً إلى اليمن قاضياً ، فقال : رسول الله ترسلنى وأنا حديث السن ولا علم لى بالقضاء ؟ . فقال : " إن الله سيهدى قلبك ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء " قال على : فمازلت قاضياً ، أو ما شككت فى قضاء بعد (١)

وكذلك أرسل رسول الله ﷺ - معاذاً إلى اليمن قاضياً ، ثم سأله حين بعثه ، فقال : " كيف تقضى إن عرض لك قضاء ؟ " قال : أقضى بكتاب الله ، قال : " فإن لم تجد ؟ " ، قال : فبسنة رسول الله ، قال : " فإن لم تجد ؟ " ، قال : أجتهد رأى ولا آلو ، فضرب صدره وقال : " الحمد لله الذى وفق رسول الله لما يرضيه " (٢) ، واستخلف رسول الله ﷺ - أيضاً عتاب ابن أسيد على مكة والياً وقاضياً .

وكذلك تولى الخلفاء الراشدون - رضى الله تعالى عنهم - مهمة الحكم بين الناس ، وكان لهم قضاة يحكمون فى الوقائع بشرع الله ، فبعث أبو

(١) أحمد ج ١ ص ١١١ ، وأبو داود فى الأفضية ج ٣/٣٥٨٢ ، والترمذى ج ٣/١٣٣١ ، والبيهقى ج ١٠ ص ١٤٠ .

(٢) أبو داود ج ٢ ص ٢٧٢ ، والترمذى ج ٣ ص ٦١٦ ، والبيهقى ج ١٠ ص ١١٤ .

بكر - ﷺ - أبا موسى الأشعري إلى البصرة ، وعبد الله بن مسعود إلى الكوفة قاضياً (١).

نوع المشروعية :

القضاء فرض كفاية بإجماع العلماء ، فإن قام به من يصلح له سقط الفرض عن الباقيين ، وإن امتنع الجميع أتموا وأجبر الإمام أحدهم على القضاء ، ومن ثم فإنه يجب على الإمام تعيين قاض يتولى الحكم والفصل بين الناس .

أما كونه فرضاً : فلقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ ﴾ (٢) ، وقوله سبحانه : ﴿ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ ﴾ (٣) ، إلى غير ذلك من الآيات الدالة على فريضة القضاء وضرورة الفصل بين الناس .

كذلك فإن طباع البشر مجبولة على التظالم ومنع الحقوق ، وقل من ينصف من نفسه ، ولا يستطيع الإمام أن يفصل فى الخصومات بنفسه لكثرة مشاغله العامة ، فدعت الحاجة إلى تولية القضاة .

وأما كونه فرض كفاية : فلأنه أمر بمعروف أو نهى عن المنكر ، وهما فرض على الكفاية .

فالقضاء أمر من أمور الدين ، ومصلحة من مصالح المسلمين ، لأن أمر الناس لا يستقيم بدونه ، فكان واجباً عليهم كالجهاد ، كما أن فيه فضلاً

(١) المجموع للنورى ج ٢٢ ص ٧ ، وكتاب أدب القضاء لابن أبى الدم ص ٥٩ .

(٢) النساء : ١٣٥ .

(٣) المائدة ٤٨ .

عظيماً لمن قوى على القيام به وأداء الحق فيه ، ولذلك فقد جعل الله فيه أجراً على الخطأ وأسقط عنه حكمه ، ولأن فيه أمراً بالمعروف ونصرة للمظلوم وأداء الحق إلى مستحقه ، ورد الظالم عن ظلمه ، وإصلاحاً بين الناس ، وتخليصاً لبعضهم من بعض ، وذلك من أبواب القرب (١) .

(١) راجع بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٢ ، وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ١٣١ ، والمجموع للنووي ج ٢٢ ص ٦ ، والمغنى لابن قدامة ج ١١ ص ٣٧٣ ، وراجع أيضاً الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ج ٦ ص ٤٨١ ، وفقه الكتاب والسنة للدكتور أمير عبد العزيز ج ٣ ص ١٢٢٥ وما بعدها .

الفصل الأول

شروط (١) القاضي

تمهيد :

إعلم — وفقك الله وهداك القصد — أن فقهاءنا الأجلاء قد اشترطوا في القاضي شروطاً يجب أن تتوافر فيه ، حتى يكون مؤدياً للدور الذي أعد له في إقامة العدالة وتحقيق القسط بين الناس ، وحفظ النظام والأمن والأموال ، وتوفير الأمن والطمأنينة في ربوع المجتمع .

والشروط التي تتعلق بالقاضي الذي يتولى مهمة الحكم والفصل بين الناس بعضها محل اتفاق بين العلماء ، والبعض الآخر محل خلاف بينهم . وهذا يستدعي أن نعرض بالدراسة والتحليل لهذين النوعين من الشروط التي يجب أن تتوافر في شخص القاضي ، حتى يكون أهلاً لتحمل هذه المسؤولية العظيمة ، وحتى يسلم من كل خلل أو نقص من شأنه أن يؤثر من قريب أو بعيد على الحكم الصادر في المسألة محل النزاع .

وهذا لا يأتي إلا من خلال مبحثين يكونان على النحو التالي :

المبحث الأول : شروط القاضي المتفق عليها .

المبحث الثاني : شروط القاضي المختلف فيها .

(١) الشرط في اللغة : هو العلامة ، ومنه قول الله تعالى : (فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا) سورة "محمد" الآية : ١٨ — أي علامتها ، ولذلك سمي صاحب الشرطة بهذا الاسم لتمييزه بعلامته .

والشرط في اصطلاح الفقهاء له تعريفات كثيرة ، منها : هو الشيء الذي يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته . الفروق للقرافي ج ١ ص ٢٢ . وعرفه الشاطبي بقوله : ما كان وصفاً مكملاً لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط ، أو فيما اقتضاه الحكم به . الموافقات ، ج ٢ ص ٧ .

وقيل الشرط : هو الشيء الذي علق به الحكم ، لأنه علامة لوجوبه . فإذا علق الحكم بشرط ثبت الحكم بوجوده وانتفى بعدمه ، كقوله تعالى : (فَإِنْ أَحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَنْدِيِّ) البقرة : الآية ١٩٦ . راجع الحاوي الكبير للماوردي ج ٢٠ ص ١٢٤ .

المبحث الأول

شروط القاضي المتفق عليها

اتفق الفقهاء على أنه لابد من توافر شروط معينة فى القاضي حتى يكون صالحاً للقضاء وأهلاً لتحمل هذه المسئولية ، وهى : أن يكون مسلماً ، عاقلاً ، بالغاً ، حراً ، وسوف نعرض لكل شرط من هذه الشروط فى مطلب مستقل ، وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول

الإسلام

إن أول شرط من الشروط المتفق عليها بين الفقهاء فى القاضي هو كونه مسلماً ، فلا يجوز أن يتولى القضاء بين المسلمين كافر ، سواء كان يهودياً أو نصرانياً أو غيرهما ، لأن الكفر كله ملة واحدة .

وإنما منع الكافر من تولى القضاء بين المسلمين ، لأن القضاء نوع من أنواع الولاية ، ولا ولاية للكافر على المسلم ، يؤيد ذلك قول ربنا سبحانه : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ (١) ، فقد بين الله سبحانه وتعالى فى هذه الآية الكريمة أنه لا يجوز أن يكون للكافرين على المؤمنين ولاية وسيادة وهيمنة ، فدل ذلك على عدم جواز تولية القضاء لغير المسلمين ، لأن القضاء أعظم أنواع الولاية .

كذلك فإن الغرض المقصود من القضاء هو فصل الخصومات وإصدار الأحكام ، وغير المسلم جاهل بها ، فلا يجوز أن يولى القضاء وهو جاهل

(١) النساء : ١٤١ .

بأحكامه ، وإن حدث وتولى فإن أحكامه تكون باطلة ولا تنفذ ، لأن ما بنى على باطل فهو باطل .

هذا فى تولى القاضى غير المسلم القضاء بين المسلمين ، ولكن هل يجوز أن يتولى القاضى الكافر القضاء على أهل دينه وملته ؟

ذهب أكثر أهل العلم إلى أنه لا يجوز أن يقبل القاضى غير المسلم القضاء على الكفار ، وإنما يجب أن يحكم عليهم القاضى المسلم بمقتضى حكم الإسلام وإن لم يترافعوا إليه ، سواء رضوا بذلك أم لا .

وقد أجاز الأحناف تقليد القاضى غير المسلم القضاء بين أهل ملته ، قياساً على جواز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض (١).

والذى نميل إليه ونرجحه هو ما ذهب إليه الأحناف من جواز تولية القضاء من الكافر على مثله ، وذلك بشرط أن يكون فيما يعتقدونه فى دينهم ، وأن يكون ذلك بعيداً عن الأحكام العامة للمجتمع التى تجرى عليهم فيها أحكام الإسلام ، يؤيد ذلك ما روى عن عمرو بن العاص أنه نصب على الأقباط قضاة منهم ، فبلغ ذلك أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - عليه السلام - فأقره .

(١) البدائع ج ٧ ص ٣ ، والمجموع ج ٢٢ ص ١٢ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٥ ، وشرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٥٣ ، وأسئل المدارك ج ٣ ص ١٩٦ ، والأحكام السلطانية ص ٦٥ والمحلّى بالآثار لابن حزم ج ٨ ص ٤٢٧ .

المطلب الثانى

العقل

من الشروط التى اتفق عليها الفقهاء فى القاضى هو أن يكون عاقلاً ، باعتبار أن العقل هو مناط التكليف بالأحكام الشرعية ، وبطبيعة الحال فإنه لا يجوز تولية المجنون القضاء ، لأن الجنون عبارة عن اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهجه إلا نادراً ، فإذا ما أصاب الإنسان جنون ، فإنه يؤثر قطعاً على أهليته ويعتبرها كأن لم تكن .

ولا يكفى هنا توافر العقل الذى يكفى للمطالبة بالتكليف الشرعية من صلاة وصيام ونحوها ، بل إنه يشترط زيادة على ذلك أن يكون القاضى صحيح الفكر ، متمتعاً بالذكاء والفطنة وقوة الملاحظة ، بعيداً عن السهو والغفلة (١) ، بحيث لا يستطيع أحد الخصوم أن يغرّه أو يخدعه بحلو الكلام وأعدبه ، ومن ثم فإنه يجب على القاضى أن يجعل فهمه وسمعه وقلبه إلى كلام الخصمين ، ليعى وعياً تاماً ما يقولانه ، فيميز بين الصحيح والفاقد ، والحق والباطل ، والهدى والضلال ، والغى والرشاد (٢) .

وفى هذا يقول سيدنا عمر - رضي الله عنه - : فافهم إذا أدلى إليك ، ولأنه ربما كان الحق مع أحد الخصمين ، فإذا لم يفهم القاضى كلامهما وقع فى التقريط والغفلة ، وأضاع الحق (٣) .

(١) المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٥ ، وأدب القاضى لابن القاص ج ١ ص ٩٨ .

(٢) أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج ١ ص ٨٧ .

(٣) البدائع ج ٧ ص ٩ ، والأنوار ج ٢ ص ٦٠١ ، والمجموع ج ٢٢ ص ١١ .

فإذا كان القاضى يتصف بهذه الصفات ، فإنه يستطيع أن يفصل فيما يعرض عليه من منازعات ، فيصل إلى معرفة حكم الله ورسوله ، لأن من كان له تدوق لأحكام الشريعة الإسلامية ، واطلاع على كمالاتها ، وتضمنها لغاية مصالح العباد فى المعاش والمعاد ، ومجيئها بغاية العدل الذى يفصل بين الخلائق ، وأنه لا عدل فوق عدلها ، ولا مصلحة فوق ما تضمنته من المصالح ، تبين أن السياسة العادلة هى جزء من أجزاءها ، وفرع من فروعها ، وأن من له معرفة بمقاصدها ووضعها وحسن فهمه فيها ، لم يحتج معها إلى سياسة غيرها البتة (١) .

ومما لا شك فيه أن القضاء مبنى على العلم بالأحكام الشرعية والإحاطة بها ، إلا أنه مع ذلك يحتاج إلى أفق واسع ، وإدراك قوى ، وعقل مرن يزن الأمور بميزان دقيق ، ولا يكون هذا إلا فى قاض يفهم الأمور فهماً جيداً .
وسوف نذكر لك نوعين من القضاء اتصف السلف الصالح - رضوان الله عليهم - بالحكم بهما ، والقضاء على أساسهما ، مما كان له أكبر الأثر فى كشف الحقوق ورفع الظلم ، وهما : القضاء بالقرائن الظاهرة ، والقضاء بالفراسة ، وإليك توضيحاً لكل منهما :

أولاً : القضاء بالقرائن الظاهرة

لكى يصل القاضى إلى الحكم الصحيح لابد أن يكون فقيهِ النفس ، جيد الفهم فى معرفة الإشارات ودلائل الحال ، وكذلك القرائن الحالية والمقالية ، فإذا لم يكن كذلك أضاع حقوقاً كثيرة وحكم بما يعلم الناس بطلانه .

(١) الطرق الحكيمية لابن قيم الجوزية ص ٦٥ .

ومثال هذا النوع من القضاء الإسلامي الذي يعتمد على فقه النفس وحسن الفهم ، ما روى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه قال : قال رسول الله ﷺ : " بينما امرأتان معهما ابناهما ، فجاء الذئب فذهب بابن أحدهما ، فقالت هذه لصاحبتها : إنما ذهب بابنك ، وقالت الأخرى : إنما ذهب بابنك فتحاكما إلى داود عليه السلام ، ففضى به للكبرى ، فخرجتا إلى سليمان فأخبرتا ، فقال : انتونى بالسكين أشقه بينكما نصفين ، فقالت الصغرى : لا تفعل يرحمك الله هو ابنها ، ففضى به للصغرى " (١) .

ومن هذا يتضح أن سليمان عليه السلام قد بنى حكمه على قرينة من أحسن القرائن ، إذ استدل برضا الكبرى بشقه نصفين بأنها ليست أمه ، لأنها لو كانت أمه حقيقية بشقه ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فقد استدل بشفقة الصغرى على الولد ، وعدم رضاها بشقة على أنها أمه ، حين قالت : لا تفعل يرحمك الله هو ابنها أي ابن الكبرى ، لأنها أحست أنها ستفقد ولدها ، فأثرت حياته على موته وإن كان مع غيرها ، ومن ثم استشف سليمان عليه السلام أنه ابنها حقيقة فحكم لها به (٢) .

ومثال آخر أيضاً ، وهو ما وقع في قصة سيدنا يوسف عليه السلام مع امرأة العزيز ، وقد حكاها القرآن الكريم في قوله سبحانه وتعالى : ﴿ قَالَ هِيَ رَاوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ

(١) صحيح مسلم مع شرح النووي ج ١٢ ص ٣٧٧ ، ٣٧٨ ، وسبل السلام للصنعاني ج ٤ ص ١٥٧ .

(٢) في هذا المعنى : شرح النووي لصحيح مسلم ج ١٢ ص ٣٧٦ ، ٣٧٧ .

وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ * وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبْتَ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ *
فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ﴿١﴾ .

فقد توصل من حكم فى هذه القضية إلى تمييز الصادق منهما من الكاذب بقرينة قد القميص ، فلو كان قد القميص من جهة القبل (الأمم) لكانت هى الصادقة ، لأنها تحاول فى هذه الحالة الدفاع عن نفسها ، أما لو كان قد القميص من جهة الدبر (الخلف) لكان هو الصادق ، لأنه يكون فى هذه الحالة فى حالة الفرار منها ، أما وقد وجد قد القميص من الخلف ، فكان هذا قرينة وأمارة على طهارته ونزاهته وعفته ، وقد سجل القرآن الكريم هذا الحكم ، فى قوله سبحانه : ﴿ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ﴾ (٢) .

ثانياً : القضاء بالفراسة :

إن القضاء إن اتقوا الله تعالى فى أحكامهم ، فإن الله يوفقهم إلى معرفة حكم الله ، ويجرى الحق على أيديهم ، فالتقوى لها أثر كبير فى معرفة كثير من الحقائق التى لم يقم عليها دليل . وهنا توجد فراسة القاضى كأثر من آثار التقوى التى يستطيع أن يدرك بها ما لم يدركه غيره .

وخير مثال على ذلك ، ما جاء فى القصة المشهورة : أن كعب بن سور كان جالساً عند عمر - ؓ - فجاءته امرأة ، فقالت : يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجى ، والله إنه ليبيت ليله قائماً ، ويظل نهاره صائماً فى اليوم الحار ما يفطر ، فاستغفر لها وأثنى عليها فاستحيت المرأة وقامت راجعة ، فقال كعب يا أمير المؤمنين لقد أبلغت فى الشكوى ،

(١) سورة يوسف : ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ .

(٢) يوسف : ٢٨ .

قال : قال : وما شككت ؟ قال : شككت زوجها أشد الشكاية ، قال : أو ذاك أرادت ؟ قال : نعم ، قال : ردوا على المرأة ، فجاءت ، فقال لا بأس بالحق أن نقوليه ، إن هذا زعم أنك جننت تشتكين زوجك أنه يجتنب فراشك ، قالت : أجل ، إني امرأة شابة ، وإني لأبتغي ما يبتغي النساء ، فأرسل إلي زوجها ، فجاء ، فقال : لكعب اقض بينهما ، قال : أمير المؤمنين أحق أن يقضى بينهما ، قال : عزمت عليك لنقضين بينهما ، فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم ، قال كعب : إن الله تعالى يقول : ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّا مَتَّيَّ وَتَلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾ (١) ، صم ثلاثة أيام وأفطر عندها يوماً ، وقم ثلاث ليال وبت عندها ليلة ، فقال عمر : هذا أعجب إلى من الأول ، إذهب فانت قاض على البصرة (٢) .

ومن هنا يتضح أنه لا يكفي الاشتراط في القاضي أن يكون عاقلاً فقط ، بل لابد وأن توجد فيه صلاحيات أخرى ، كالفتنة ، والذكاء ، والقوة ، والورع ، وغير ذلك من الأمور المتصلة بالدين والأخلاق الفاضلة ، وما يضمن إظهار الحق والإلزام به ، وذلك لأن القضاء من أعظم الولايات شأناً وأشدّها خطراً ، فيجب فيمن يتولاه أن يكون ذا فتنة وتيقظ ، حتى لا يؤتى من غفلة ، ولا يخدع لغرة .

(١) النساء : ٣ .

(٢) انظر المغنى لابن قدامه مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، والإصابة لابن حجر ج ٥ ص ٣٢١ ، والمصنف لابن أبي شيبة ج ١ ص ٨٣ ، والطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية ص ٢٥ ، وكنز العمال ج ٧ برقم ١٢٥٧ .

المطلب الثالث

البلوغ

إن مما اشترطه الفقهاء فيمن يكون أهلاً لتولى القضاء البلوغ ، والبلوغ هو : وصول الفتى أو الفتاة إلى سن معينة بحيث يصبح أهلاً للأحكام والتكليفات الشرعية .

وبديهى أن الصبى لا يجوز له أن يتولى القضاء باتفاق الفقهاء (١) وذلك لأمرين :

الأول : إن الصبى لقصور عقله ، وضعف إدراكه ، واشتغاله باللهو واللعب يشق عليه أن يفصل بين الناس ، كما يشق عليه أن يفهم كلام الخصوم والحجج التى يتدافعونها ، وبالتالي لا يستقيم حكمه ، ولذلك فإن الشرع قد أسقط عنه العبادات والتكاليف الشرعية ، يقول الرسول ﷺ : " رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى حتى يحتلم " (٢) .

الثانى : إن الصبى عاجز عن إدراك مصالح نفسه ، فلا يستطيع الحكم على الأشياء بأنها فى صالحه فيفعلها ، أو أنها فى غير صالحه فلا يفعلها ، فإذا كان هذا فى حق نفسه ، فكيف له أن يدرك مصالح غيره ؟

ومن هنا لا يجوز للصبى أن يتقصد القضاء ، ولا تصح ولايته بحال من الأحوال ، لأنه تحت ولاية غيره ، فلا يكون من باب أولى ولياً على غيره .

(١) راجع شرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٥٣ ، والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٩ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٥ ، والمجموع ج ٢٢ ص ١١ ، وأسئل المدارك ج ٣ ص ١٩٦ .

(٢) الجامع الصغير للسيوطى ج ٢ ص ١٦ .

المطلب الرابع

الحرية

ذهب أكثر أهل العلم إلى أنه يشترط فى القاضى أن يكون حراً ، فلا يجوز تولية القضاء لجنس الرقيق ، فلا يولى العبد القن (١) القضاء ، ولا المبعوض (٢) ولا المكاتب (٣) ولا المدبر (٤) ، وإذا تولى أى منهم القضاء فإن ولايته تكون غير صحيحة ، وأحكامه باطلة لا تنفذ (٥) .
والدليل على ذلك :

أولاً : قول الله سبحانه وتعالى : ﴿ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ وَمَنْ رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا هَلْ يَسْتَوُونَ الْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ (١) .

(١) العبد القن : هو العبد الذى ليس فيه سائبة حرية ، أو هو العبد الخالص العبودية .

(٢) العبد المبعوض : هو الذى بعضه حر وبعضه رقيق .

(٣) العبد المكاتب : هو العبد الذى يتفق معه سيده كتابة على مال يؤديه منجماً عليه ، فإذا أداه كان حراً ، والأصل فى ذلك قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ سورة النور الآية ٣٣ .

(٤) العبد المدبر : هو العبد الذى يعلق عنقه على موت سيده ، ويعتبر المدبر عبداً حتى يدفع للسيد جميع المال ، فالعبد عبد ما بقى درهم كما يقول الفقهاء . انظر الأم للشافعى ج ٦ ص ١٩٨ .

(٥) راجع البدائع ج ٧ ص ٣ ، وحاشية الدسوقى ج ٤ ص ١٢٩ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٥٦٦ والمجموع ج ٢٢ ص ١٢ ، والمغنى مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٠ .

(١) النحل : ٧٥ .

وجه الدلالة من هذه الآية :

أنها تدل بظاهرها على عدم المساواة بين الحر ولعبد ، لأن العبد المملوك لا يقدر من أمره على شئ ، وإنما هو مسخر بأمر سيده وإرادته (١) ، ومتى كان لا يستطيع أن يملك أمر نفسه لكونه مملوكاً لسيده ومشغولاً بخدمته ، فإنه من باب أولى لا يملك أمر غيره ، وبالتالي لا يجوز له أن يتولى أمر القضاء ، لأنه لا ولاية له على غيره .

ثانياً : إن العبد لا تقبل شهادته " على خلاف بين العلماء " لأن الشهادة نوع من أنواع الولاية ، والعبد ليس أهلاً للولاية ، وإذا كان العبد لا تقبل شهادته فمن باب أولى لا يكون قاضياً ، لأن القضاء من أعظم الولايات شأناً وأشهداً خطراً (٢) .

هذا الذى قلناه من اشتراط الحرية فى القاضى متفق عليه بين سائر الفقهاء ، ولم يخالف فى ذلك إلا ابن حزم الظاهرى ، حيث لا يشترط الحرية فى تولى القضاء ، بل يجوز عنده أن يكون القاضى عبداً ، عملاً بقول الله تعالى : ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ (٣) وهذا يستوى فيه الحر والعبد . ولأنه مخاطب بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر (٤) .

(١) راجع تفسير القرطبي ج ٦ ص ٣٧٦٢ .

(٢) راجع فى هذا المعنى : المجموع ج ٢٢ ص ١٢ .

(٣) النساء : الآية ٥٨ .

(٤) جاء فى المحلى بالآثار ج ٨ ص ٥٢٨ ما نصه : " وجاز أن يلى العبد القضاء ، لأنه مخاطب بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر " .

وهذا الذي ذهب إليه ابن حزم يخالف جمهور الفقهاء فى اشتراط الحرية فى القاضى (١) ، ولذا فإن بعضهم قد رماه بالشذوذ فيما ذهب إليه ، لأن القضاء مهمة عظيمة ، وولاية كبيرة ، ولا ينبغي لغير الحر أن يتولاها لنقصه ، ولانشغاله بحقوق سيده .

هذا وإذا كان جمهور الفقهاء قد اتفقوا على أنه لا يجوز تولية الرقيق القضاء ، إلا أنهم اختلفوا فى حالة ما إذا أعتق العبد فصار حراً وزال المانع من توليته القضاء . فهل يجوز لهذا العتيق أن يتولى القضاء أم لا ؟

ذهب جمهور العلماء إلى أن العتيق يجوز له أن يتولى القضاء متى كان عتقه كاملاً ، أما إذا كان عتقه ناقصاً فلا يجوز له ذلك .

ولم يخالف جمهور العلماء فى ذلك إلا سحنون من فقهاء المالكية ، حيث قال يمنع تولية العتيق القضاء ، وحبته أن يخشى من استحقاق رقبته ، فيترتب على ذلك تعطيل مصالح المسلمين (٢) .

والذى أميل إليه وأرجحه هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بجواز تولية العتيق القضاء ، لأنه متى أعتق العبد وكان عتقه كاملاً ، فإنه يصير بذلك حراً ، ويكون أهلاً لتولى القضاء مثله مثل الحر سواء بسواء .

أما ما ادعاه سحنون من عدم جواز توليته القضاء خشية استحقاق رقبته ، فإنه يجاب عليه بأن ولاية العتيق للقضاء ولاية صحيحة وأحكامه نافذة ، فإذا ما استرق بعد ذلك أو استحقت رقبته ، فإن ولاية القضاء يجب نزعها منه وخلعها عنه وليس فى ذلك أى تعطيل لمصالح المسلمين .

(١) يقول ابن رشد فى بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٥٦ : " وأما اشتراط الحرية : فلا خلاف فيه " .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ١٢٩ .

المبحث الثانى

شروط القاضى المختلف فيها

تمهيد :

سبق أن بينا أنه لى يكون القاضى أهلاً لتولى القضاء ، فإنه لا بد من توافر شروط معينة ، هذه الشروط بعضها قد اتفق عليه الفقهاء ، كالإسلام ، والعقل ، والبلوغ ، والحرية ، وقد بينا ما يتصل بكل شرط من هذه الشروط المتفق عليها فى المبحث السابق . ولكنهم اختلفوا فى البعض الآخر منها ، فمنهم من اعتبرها شروطاً فى صحة ولاية القضاء ، بحيث لا يصح القضاء بدونها ، ومنهم من اعتبرها من شروط الكمال ، بحيث لا يترتب على عدم تحققها انتفاء ولاية القضاء ، وهو ما سوف نتعرض له بالتحليل والدراسة من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول

سلامة الحواس

من الشروط التى اختلف الفقهاء بشأن تحققها فى القاضى كون القاضى سليم الحواس ، بمعنى أن يكون سميعاً بصيراً متكلماً، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بكمال الخلقة ، أما كمال الأحكام فإنهم يعنون به الإسلام والعقل والحرية والبلوغ .

ومعنى هذا أن هذا الشرط وهو كون القاضى سليم الحواس لا بد من توافره فى القاضى بكامل أجزائه الثلاثة ، وهى السمع والبصر والنطق ، وإليك توضيحاً لما قاله الفقهاء فى هذا الشأن :

فالحنبالية : اشترطوا فى القاضى ضرورة أن يكون سميعاً بصيراً متكلاً ، وبناء على ذلك فلا يجوز تولية القضاء لمن كان به عمى أو صمم أو خرس ولا تقع ولا يتهم صحيحة ، لأن الأصم لا يسمع كلام الخصمين ، والأعمى لا يعرف المدعى من المدعى عليه ، والمقر من المقر له ، كذلك الأخرس فإنه لا يمكنه النطق بالحكم ، ولا يفهم جميع الناس إشارته (١) .

أما الأحناف : فقد وافقوا الحنبالية فى ذلك ، فاشترطوا فى القاضى أن يكون بصيراً ناطقاً فقط ، أما الأصم فإنه كان به صمم كامل كالذى لا يسمع البتة ، فلا يصح توليه القضاء كالأعمى والأبكم .

أما من كان به صمم ناقص كالذى يسمع بالصياح فى أذنه ، فقد اختلفت الرواية فى المذهب على قولين :

الأول : جواز تولية القضاء لمن كان به صمم ناقص ، وتكون ولايته صحيحة ، وتتخذ أحكامه ، طالما أنه يستطيع التفريق بين المدعى والمدعى عليه ، كما يمكنه التمييز بين المتخاصمين .

الثانى : عدم جواز تولية القضاء لمن كان به صمم ناقص ، لأنه لا يستطيع التمييز بين إنكار وإقرار ، وربما أقر المقر عنده أو أنكر المنكر لديه فلا يسمع ذلك ، فيترتب عليه ضياع حقوق الناس (٢) .

(١) راجع المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٠ ، ٣٨١ حيث جاء فيه : "وأما كمال الخلقة فإن يكون متكلاً سميعاً بصيراً ، لأن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس إشارته ، والأصم لا يسمع كلام الخصمين ، والأعمى لا يعرف المدعى من المدعى عليه والمقر من المقر له والشاهد من المشهود له " ، وراجع أيضاً فى هذا المعنى الفقه الحنبلى الميسر بأدلته وتطبيقاته المعاصرة للدكتور وهبة الزحيلي ج ٤ ص ٢٨٤ .

(٢) راجع فى هذا المعنى شرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٣ ، وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٥٤ .

أما الشافعية : فقد اشترطوا فى القاضى ضرورة توافر هذا الشرط بكامل أجزائه الثلاثة ، وإن كان بعض علماء الشافعية قد حكى الخلاف فى جواز تولى الأخرس القضاء (١) .

أما المالكية : فإنه جعلوا هذا الشرط بكامل أجزائه الثلاثة من قبيل الواجب ابتداء ودواماً لكنه غير مؤثر فى صحة القضاء ، ومعنى هذا أن من تولى القضاء وهو يفقد وصفاً من هذه الأوصاف ، فإن من ولاه يأثم ويجب عزله إن ولى ، لكن قضاء من تولى يكون صحيحاً وينفذ حكمه (٢) .

وبناء على ما سبق بيانه من نصوص الفقهاء السابقة ، فإنه يمكن حصر الخلاف الواقع بينهم حول هذا الشرط فى رأيين :

(١) يقول ابن النعمان الشافعى صاحب كتاب أدب القضاء ص ٧٤ : " واحترزنا بالنطق عن الأخرس الذى تفهم إشارته ، فى صحة ولايته قولان ، حكاهما الشيخ أبو على ، كالقولين فى سماع شهادته ، وقطع البغوى بعدم الصحة " . وراجع أيضاً أدب القاضى لابن القاص ج ١ ص ١٠٥ ، ويقول الإمام النووى فى المجموع ج ٢٢ ص ١١ : " أما الأخرس فلا يجوز تقليده وإن فهمت إشارته لعجزه عن تنفيذ الأحكام ، وجوز ابن سريج تقليده إذا كان مفهوم الإشارة ، كما جوز شهادته " .

(٢) يقول ابن عرفة الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٣٠ : " ويجب أن يكون الحاكم ذا بصر وكلام وسمع ، فلا يجوز تولية الأعمى أو الأبكم أو الأصم وإن وقع نفذ حكم أعمى وأبكم وأصم .

ويقول ابن رشد فى بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ٥٥٦ : " ولا خلاف فى مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشترطة فى استمرار ولايته ، وليست شرطاً فى جواز ولايته ، وذلك أن من صفات القاضى فى المذهب ما هى شرط فى الجواز فهذا إذا ولى عزل ، ونفذ ما حكم به ، إلا أن يكون جوراً ، ومن هذا الجنس عندهم هذه الصفات الثلاث " .

الرأى الأول :

ويرى ضرورة توفر هذا الشرط فى القاضى بكامل أجزائه الثلاثة ، حتى يكون توليه للقضاء جائزاً وصحيحاً ، ومعنى هذا أن القاضى لو فقد وصفاً من هذه الأوصاف الثلاثة ، وهى السمع والبصر والنطق ، ومن باب أولى لو فقدهما جميعاً ، فإنه يترتب على ذلك عدم صحة ولايته وعدم نفوذ أحكامه ، وقد ذهب إلى هذا الرأى جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة (١) .

الرأى الثانى :

ويرى أصحاب هذا الرأى أن هذا الشرط يتعلق بالجواز دون الصحة ، فمن تولى القضاء وهو فاقد لهذه الأوصاف وجب عزله وبأثم من ولاه ، ولكن أحكامه تبقى صحيحة وناظفة ، وهو رأى المالكية (٢) .

هذا وقد اشترط المالكية فى نفاذ حكم فاقد هذه الصفات أن يكون فاقداً لصفة واحدة فقط ، أما لو فقد صفتين منها ، أو فقد الثلاث جميعاً ، فإن ولايته تكون باطلة ولا تنفذ أحكامه (٣) .

(١) شرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٣ ، وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٥٤ ، والمجموع ج ٢٢ ص ١١ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٥ والمغنى مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٠ ، ٣٨١ ، والعدة شرح العمدة ص ٥٢٥ .
(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٣٠ ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ٥٥٦ ، وجواهر الإكليل ج ٢ ص ٢٢١ .
(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ١٣٠ .

الأدلة :

أولاً : استدلال أصحاب الرأى الأول :

استدل أصحاب الرأى الأول على ضرورة توافر هذا الشرط فى القاضى بكامل أجزائه الثلاثة ، وأن من فقد وصفاً من هذه الأوصاف فإن ولايته للقضاء تكون باطلة ، وأحكامه غير نافذة بالعقل والقياس :

١- المعقول :

إن ولاية القضاء من أهم الولايات شأنها وأعظمها خطراً ، ومن ثم فإنه يشترط فيمن يتولى القضاء أن تتوافر فيه هذه الأوصاف الثلاثة ، وهى السمع والبصر والنطق ، حتى يتمكن من أداء مهمته على الوجه الأكمل ، لأن من فقد هذه الصفات فإنه يصبح عاجزاً عن إقرار الحق وإبطال الباطل ، وبالتالي لا يتمكن من إقامة العدل وتحقيق العدالة والإنصاف بين الناس .

فالقاضى إذا كان أعمى فإنه لا يستطيع أن يميز بين المتخاصمين أو الشهود ، نظراً لتشابه الأصوات أمامه واختلاطها ، كما أنه لا يتمكن من التفريق بين مقر ومنكر ، ومحق ومبطل ، وطالب ومطلوب .

كذلك الأبكم ، فإنه لا يستطيع النطق بالحكم ، كما أن أغلب الناس لا تفهم إشارته ، وبالتالي فإنه يكون عاجزاً عن تنفيذ الأحكام ، التى تستلزم النطق وحسن الكلام .

أما الأصم فإنه لا يستطيع أن يسمع كلام الخصمين ولا كلام الشهود ، كما أنه لا يتمكن من التمييز بين مقر ومنكر ، ولا بين محق ومبطل (١) ، مما يؤدي فى النهاية إلى عجزه عن أداء هذه المهمة الشاقة التى يجب أن

(١) راجع فى هذا المعنى المجموع ج ٢٢ ص ١١ ، والمغنى مع الشرح الكبير ج ١١ ص

٣٨١ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٥ .

يراعى فيها جانب الاحتياط والحذر ، وذلك بضرورة توافر هذه الأوصاف جميعها فى القاضى .

٢- القياس :

استدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه بالقياس على الشهادة ، فقالوا : فكما أن الأعمى أو الأصم أو الأبكم لا تقبل شهادته ، فكذلك لا يصح أن يكون قاضياً من باب أولى ، لأن الشهادة أقل مرتبة من القضاء ، فالشاهد يشهد فى أشياء يسيرة يحتاج إليها فيها ، وربما يحيط بحقيقة علمها ، أما القاضى فإن ولايته عامة ويحكم فى قضايا الناس عامة ، ففقد الصفات إذا لم تقبل منه الشهادة فعدم قبول القضاء منه يكون أولى (١) .

وقد اعترض على هذا الدليل من قبل المخالفين ، فقالوا : لا نسلم الحكم فى المقيس عليه ، وهو عدم قبول الشهادة من الأعمى أو الأصم أو الأبكم ، بل أن الشهادة تصح من الأعمى فى الأمور المسموعة ، إذا استطاع تحديد الصوت وتعيينه ، لأن السمع هو أحد الحواس التى يحصل بها اليقين (٢) ، وكذلك تجوز شهادة الأعمى فيما يعلم بالاشتهار والاستفاضة ، كالنكاح والنسب والموت .

(١) يقول ابن قدامة فى المغنى مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨١ ما نصه : " ولنا أن هذه الحواس تؤثر فى الشهادة فيمنع فقدها ولاية القضاء كالسمع ، وهذا لأن منصب الشهادة دون منصب القضاء ، والشاهد يشهد فى أشياء يسيرة يحتاج إليه فيها ، وربما أحاط بحقيقة علمها ، والقاضى ولايته عامة ويحكم فى قضايا الناس عامة ، فإذا لم يقبل منه الشهادة فالقضاء أولى .

(٢) يقول الإمام الدردير فى الشرح الكبير ج ٤ ص ١٦٧ : " وقول المصنف فى قول " أى وإن كان أعمى فتقبل شهادته فى قول " لا خصوصية للقول ، بل تجوز شهادته فيما عدا المرنيات من المسموعات والملموسات والمذوقات والمشومات ، وإنما خص المصنف القول بالذكر لأن الملموس والمذوق يستوى فيه الأعمى وغيره ، فهى محل اتفاق ، وإنما محل الخلاف المسموعات " .

كذلك فإن الأصم تقبل شهادته فى الأمور المرئية ، والأبكم تقبل شهادته عن طريق الكتابة منه أو الإشارة ، لأن الكتابة منه أو الإشارة تقوم مقام العبارة فى الناطق (١) ، وبناء على ما سبق فلم يسلم الحكم فى المقيس عليه وهو عدم قبول شهادة الأعمى أو الأصم أو الأبكم .

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض : بأنه على فرض التسليم بما ذهبتم إليه من قبول شهادة الأعمى والأصم والأبكم ، فإن القضاء منهم لا يكون صحيحاً ، لأن القضاء من أعظم الولايات شأناً وأشدها خطراً ، ومن ثم فإنه يجب فيه مراعاة الاحتياط والحذر ، حتى لا تكون هناك أدنى شبهة فى تحقيق العدالة بين الناس .

ثانياً : استدلال أصحاب الرأى الثانى :

استدل أصحاب هذا الرأى وهم المالكية على ما ذهبوا إليه من أنه يجوز تقليد القضاء لمن فقد وصفاً من هذه الأوصاف (٢) بما يلى :

أولاً : ثبت أن رسول الله ﷺ قد ولى ابن أم مكتوم على المدينة وكان أعمى ، فدل هذا على جواز تقليد القضاء للأعمى وهو ما نقول به .

ويجاب عن ذلك : بأنه لم يثبت أن رسول ﷺ قد ولى ابن أم مكتوم على المدينة من حيث الإمارة أو القضاء ، وإنما الذى ثبت عنه ﷺ أنه استخلفه فى ولاية الصلاة فقط دون الحكم والإمارة (٣).

(١) راجع المهذب ج ٢ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، والأم ج ٧ ص ٤٦ ، وحاشية الدسوقى ج ٤ ص ١٦٧ ، وأسهل المدارك ج ٣ ص ٢١٦ .

(٢) وقد نسب ابن قدامة جواز قضاء الأعمى إلى بعض الشافعية ، فقال : " وقال بعض أصحاب الشافعى يجوز أن يكون أعمى ، لأن شعبياً كان أعمى " المغنى مع الشرح الكبير ج ١١ ، ومغنى المحتاج للشربيني ج ٤ ص ٣٧٥ .

(٣) راجع فى هذا الاستدلال والإجابة عليه : المجموع شرح المهذب للنووى ج ٢٢ ص ١١ ومغنى المحتاج للشربيني ج ٤ ص ٣٧٥ .

ثانياً : استدلوا أيضاً بما ثبت أن شعبياً ﷺ كان أعمى وقد تولى القضاء بنفسه ، فدل هذا على جواز تقليد القضاء للأعمى .

ويجاب عن ذلك : بعدم التسليم بما ذكره عن شعيب ، لأنه لم يثبت أنه كان أعمى ، لأن شعبياً ﷺ كان قد آمن معه قليل من الناس ، وربما لا يحتاجون إلى الحكم بينهم لقلنتهم وتناصفهم وتواصيهم على اتباع الحق ، فلا يكون ذلك حجة (١) .

الرأى الراجع :

من خلال ما سبق بيانه من أقوال الفقهاء فى مسألة اشتراط كون القاضى سليم الحواس ، وبعد عرض أدلتهم ، ومناقشة ما أمكن مناقشته منها ، يتبين أن الذى تطمئن النفس إلى ترجيحه هو ما ذهب إليه جمهور العلماء من ضرورة اعتبار أن يكون القاضى سليم الحواس ، بمعنى أن تتوافر فيه جميع الصفات التى تؤهله لحسن السير فى القضاء بين الناس وتحقيق العدالة بينهم .

هذا وقد دعانى إلى ترجيح هذا الرأى عدة مبررات لعل من أهمها ما يلى :

أولاً : إن أدلة الجمهور التى استدلوا بها قد سلمت من الاعتراضات التى وجهت إليها من قبل المخالفين ، وذلك بعد أن أجابوا عنها بإجابات شافية تؤكد فى النهاية سلامة هذه الأدلة وقوتها فى الدلالة على المطلوب .

ثانياً : إن الأدلة التى ساقها المخالفون ضعيفة ، حيث إنها لم تسلم من الاعتراضات التى وجهت إليها من قبل المخالفين ، كما لم يستطع أصحابها

(١) راجع فى هذا الاستدلال والإجابة عنه : المغنى مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨١ .

أن يجيبوا عنها ، مما جعلها ضعيفة واهية لا تقوم بها حجة ، ولا تهض فى الدلالة على المطلوب .

ثالثاً : إن ولاية القضاء مهمة صعبة وشاقة ، فهى من أهم الولايات شأنها وأعظمها خطراً ، والقاضى هو المكلف بإقامة العدالة بين الناس فى أحكامه ، ومن أجل ذلك أنه ينبغى أن يسلم من كل خلل أو نقص من شأنه أن يؤثر من قريب أو من بعيد على حكمه فى المسألة المعروضة عليه ، فلا بد إذن أن يتصف القاضى بالسمع والبصر والنطق حتى لا تتعسر مهمته فى القضاء بين الناس وسرعة الفصل بينهم .

المطلب الثانى

العدالة

يقصد بالعدالة فى اللغة : التوسط والاستقامة فى القول والحكم ،
والعدل هو الذى لا يميل به الهوى فيجور فى الحكم (١).

والعدالة فى اصطلاح الفقهاء لها تعريفات كثيرة لعل أوفاهها أن
العدالة : ملكة فى النفس أو هيئة راسخة فيها تمنع صاحبها من ارتكاب
كبيرة أو إصرار على صغيرة تدل على الخسة أو مباح يخل بالمروءة (٢) .

فالعدل لا يرتكب كبيرة ولا يصر على صغيرة ، لأن ارتكاب الكبائر
والإصرار على الصغائر كليهما قادح فى العدالة ، يقول سبحانه وتعالى :
﴿ الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ إِلَّا اللَّمَمَ ﴾ (٣) ، واللمم : هى
صغائر الذنوب ، وهى التى لا يمكن التحرز عنها لخفتها وكثرة التعثر بها ،
ولكن يمكن التحرز من الإصرار عليها أو المداومة عليها.

كذلك فإن العدل لا يرتكب ما يخل بالمروءة ولو كان مباحاً ، كالأكل
فى الأسواق ، والتبول فى الطريق ، وغير ذلك من الأمور التى تشير إلى
تبدل فى الحس وضعف فى الحياء والمروءة .

وبناء على ما سبق بيانه حول ضابط العدالة وبيان مفهومها ، فهل
تعتبر العدالة شرطاً فى تولية القاضى أم أنها لا تعتبر ؟

(١) القاموس المحيط ج ٢ ص ١٣٦١ - فصل العين -، ولسان العرب ج ١١ ص ٤٣٠ ،
٤٣١ .

(٢) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٢٧ ، وكتاب أدب القضاء لابن أبى الدم ص ٧٠ هامش ٦ .
(٣) النجم : ٣٢ .

اختلف الفقهاء فى اعتبار العدالة شرطاً فى تولية القضاء ، ويمكن
حصص الخلاف الواقع بينهم فى رأيين :

الرأى الأول :

وقد ذهب أصحاب هذا الرأى إلى أن العدالة شرط فى جواز تولية
القضاء ، كما أنها شرط فى صحة هذه الولاية .

ومعنى هذا فإن من قلد القضاء للفاسق فإنه يأثم ، ولا تصح ولايته ،
ولا تنفذ أحكامه وإن كانت موافقة لوجه الحق وعين الصواب . وقد قال بذلك
الشافعية (١) ، والحنابلة (٢) ، والمالكية فى الراجح من مذهبهم (٣).

(١) وقد نص الشافعية على هذا الشرط ، فقال الإمام النووى فى المجموع ج ٢٢ ص ١٢ ،
١٣ : " والشرط السادس : العدالة ، فيكون القاضى ظاهر الأمانة ، عفيفاً عن المحارم
، متوقياً للإثم ، بعيداً عن الريب ، مأموناً فى الرضا والغضب ، لا يحد عن الحق ،
ولا ينصاع إلا لأحكام الدين ، أما الفسق فمنع من قبوله فى القضاء ، لأنه تعالى جعل
العدالة شرطاً فى الشهادة ، فأولى أن تكون فى القضاء " . وبمثل هذا قال الماوردى
فى الأحكام السلطانية ص ٦٦ عن العدالة : إنها معتبرة فى كل ولاية ، والعدالة أن
يكون صادق للهجة ظاهر الأمانة ، عفيفاً عن المحارم ، متوقياً للمآثم ، بعيداً من
الريب ، مأموناً فى الرضا والغضب ، مستعملاً لمروءة مثله فى دينه ودنياه ، فإذا
تكاملت فيه فهى العدالة التى تجوز بها شهادته وتصح معها ولايته ، وإن انخرم منها
وصف منع من الشهادة والولاية فلم يسمع له قول ولم ينفذ له حكم " .

(٢) وقد نص الحنابلة على هذا الشرط ، فقال ابن قدامة فى المغنى مع الشرح الكبير ج ١١
ص ٣٨١ : " الشرط الثانى : العدالة فلا تجوز تولية فاسق ولا من فيه نقص يمنع
الشهادة " .

(٣) يقول ابن رشد فى بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ٥٥٥ فى معرفة من يجوز
قضاؤه : " فأما الصفات المشترطة فى الجواز : فأن يكون حراً ، مسلماً ، بالغاً ،
ذكراً ، عاقلاً ، عدلاً " .

الرأى الثانى :

وقد ذهب أصحاب هذا الرأى إلى أن العدالة ليست شرطاً لجواز التقليد ، ولكنها شرط كمال ، وعلى هذا فإنه يجوز تقليد الفاسق وتتفد أحكامه إذا كانت موافقة لوجه الحق وعين الصواب ، ولم يجاوز فيها حد الشرع ، هذا مع اعتبار من ولاه يكون أنماً . وقد ذهب إلى هذا الرأى الأحناف فى ظاهر مذهبهم (١) وبعض المالكية (٢) وأبو بكر الأصم (٣) .

الأدلة :

أولاً : استدلال أصحاب الرأى الأول :

استدل أصحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه من اشتراط العدالة فى جواز تولية القضاء بالكتاب والسنة والقياس :

١- الكتاب : ومنه :

(١) قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ ﴾ (٤) .

(١) يقول الكاسانى فى البدائع ج ٧ ص ٣ : " وكذا العدالة عندنا ليست بشرط لجواز التقليد ولكنها شرط كمال ، فيجوز تقليد الفاسق وتتفد قضاياها إذا لم يجاوز فيها حد الشرع " .
(٢) يقول ابن رشد فى بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٥٥ : " وقد قيل فى المذهب : إن الفسق يوجب العزل ويمضى ما حكم به " .

(٣) يقول ابن قدامة فى المعنى مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨١ : " وحكى عن الأصم أنه قال يجوز أن يكون القاضى فاسقاً لما روى أن النبى ﷺ قال : " سيكون بعدى أمراء يؤخرون الصلاة عن أوقاتها فصلوها لوقتها واجعلوا صلاتكم معهم سبحة " .

(٤) الحجرات : ٦ .

وجه الدلالة من هذه الآية الكريمة : أن الله تعالى أمر بالتبين عند قول الفاسق ، ولا يجوز أن يكون الحاكم أو القاضي ممن لا يقبل قوله ويجب التبين عند حكمه ، ولأن الفاسق لا يجوز أن يكون شاهداً ، فلئلا يكون قاضياً أولى (١) .

(ب) قول الله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ (٢) .

وجه الدلالة من هذه الآية : أن الله سبحانه وتعالى قد أمرنا بأداء جميع الأمانات على وجهها الأكمل ، كما أمر سبحانه بإقامة العدل بين الناس في الحكم لحماية أرواحهم وأموالهم وأعراضهم ، والقضاء يعد بحق من أعظم الأمانات وأهم الولايات التي توجب على القاضي أن يتجرى العدل والأمانة في كل ما يصدر عنه أحكام .

ولا يخفى أن الفاسق لا يستطيع أن يقيم العدل بين الناس ، لكونه فلقدماً للأمانة ، فدل ذلك على عدم جواز تولية الفاسق القضاء ، وإن تولاه فإن ولايته تكون باطلة ولا ينفذ حكمه .

٢-السنة :

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه من ضرورة اشتراط العدالة فيمن يتولى القضاء بالسنة ، ومن ذلك :

(١) المغنى مع الشرح الكبير لابن قدامة ج ١١ ص ٣٨٢ ، والهاوي الكبير للماوردى

ج ٢٠ ص ٢٢٣ .

(٢) سورة النساء : ٥٨ .

(أ) ما روى أن رسول الله ﷺ قال : " أد الأمانة لمن انتمك ولا تخن من خانك " (١).

وجه الدلالة : أن هذا الحديث قد نص على وجوب الالتزام بأداء الأمانات إلى أهلها ، والقضاء يعد من أهم أنواع الأمانة ، فلا بد أن يكون القاضى أميناً ، ولا يكون القاضى أميناً إلا إذا تحققت فيه صفة العدالة ، لأن الفسق مخل بالأمانة ومن ثم فإنه من الضرورى أن تراعى العدالة فى القاضى حتى يكون أهلاً لتولى القضاء .

(ب) ما روى أن رسول الله ﷺ قال : " كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته " (٢) .

وجه الدلالة : أن الراعى هو الحافظ المؤمن الملتزم صلاح ما قام عليه وما هو تحت نظره ، فكل من تولى شيئاً ، وكل من كان تحت نظره شئ فهو مطالب بإصلاحه وتحقيق العدل فيه (٣) ، والقضاء من أهم أنواع الأمانات ، ومن ثم فإنه يشترط فى القاضى توافر صفة العدالة ، حتى يكون أهلاً لتولى هذه المسئولية .

(١) أحمد ج ٣ ص ٤١٤ .

(٢) وتام الحديث : " ألا كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ، فالأمير الذى على الناس راع وهو مسئول عن رعيته ، والرجل راع على أهل بيته وهو مسئول عنهم ، والمرأة راعية على بيت بعلها وولده وهى مسئولة عنهم ، والعبد راع على مال سيده وهو مسئول عنه ، ألا كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته " صحيح مسلم بشرح النووى ج ١٢ إمارة ص ٥٢٣ .

(٣) راجع فى هذا المعنى : شرح النووى لصحيح مسلم ج ١٢ ص ٥٢٣ .

٣- القياس :

استدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه بالقياس على الشهادة ، فقالوا : إن الشارع قد اشترط العدالة فى الشهادة ، وجعلها شرطاً لقبولها وصحتها ، يؤيد ذلك قول الحق سبحانه وتعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ (١) ، وقوله سبحانه : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ (٢) وعلى ذلك فإنه إذا كان الله سبحانه وتعالى قد جعل العدالة شرطاً لقبول الشهادة وصحتها ، وهى أقل مراتب الولاية ، كان أولى أن تكون شرطاً فى القضاء (٣) ، لأنه أهم أنواع الولايات وأعظمها .

مناقشة أدلة أصحاب الرأى الأول :

نوقشت الأدلة السابقة التى استدل بها أصحاب المذهب الأول على اشتراط العدالة فى تولية القضاء من قبل أصحاب المذهب الثانى ، وذلك على النحو التالى :

أولاً : بالنسبة لأدلتهم من الكتاب والسنة ، فإن غاية ما أفادته هذه الأدلة فيما يتعلق بالولاية سواء كانوا قضاة أو غيرهم أنهم يرتكبون الإثم إذا هم قصرُوا فى مراعاة الأمانة ، وهذا مما لا خلاف فيه بل هو عين ما نقول به ، ومع ذلك فإن هذا الإثم لا يترتب عليه بطلان ولاية القضاء ،

(١) الطلاق : ٢ .

(٢) المائدة : ١٠٦ .

(٣) راجع فى هذا المعنى : الحاوى الكبير للماوردى ج ٢٠ ص ٢٢٣ ، والمجموع للنووى

ج ٢٢ ص ١٣ .

وبالتالى عدم نفوذ حكم القاضى الذى يفقد صفة العدالة والأمانة ، ولا سيما إذا كان قضاؤه موافقاً لعين الحق ووجه الصواب .

ويجاب عن هذا الاعتراض بما يلى :

إن القول الذى ذهب إليه المعترضون بلزوم الإثم فى تولية الفاسق إلى جانب اعتبار الولاية صحيحة فى نفس الوقت كلام لا معنى له ، وذلك لأن الصحة فرع الجواز ، فلا معنى إذا لكون الشيء قد صار محرماً إلا أن يكون باطلاً ومردوداً ، أما أن يكون الشيء فى أصله محرماً وما ترتب عليه يكون صحيحاً فهذا ما لم يقل به أحد ، يؤيد ذلك قول رسول الله ﷺ : " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد " (١).

ثانياً : نوقش دليلهم من القياس بأنه قياس مع الفارق ، لأن المقيس عليه وهو الشهادة لا يشترط فيها العدالة ، لما ثبت من أنه تصح الشهادة من الفاسق .

ويجاب عن هذا الاعتراض بما يلى :

إن هذا الاعتراض لا قيمة له ، وذلك لأن النصوص من الكتاب والسنة قد تضافرت على اشتراط العدالة فى الشهادة ، وأن الشهادة لا تصح ولا تقبل إلا من عدل ، ومن ذلك قول الله سبحانه : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَنَلِّ مِّنْكُمْ ﴾ (١) ، وقوله : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ

(١) صحيح البخارى المطبوع مع شرحه فتح البارى ج ١٢ ص ٣٦٦ ، وصحيح مسلم

المطبوع مع شرح النووى ج ١٢ ص ٣٧٦ .

(١) الطلاق : ٢ .

الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدَلٍ مِّنْكُمْ ﴿١﴾ ، وقوله : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾ (٢) .

كما وردت النصوص من السنة فى رد شهادة الفساق والعصاة الذين يقترفون المعاصى والموبقات ويأتون ما حرم الله من سوء الأفعال والخطايا ، ومن ذلك قول رسول الله ﷺ : " لا يجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا زان ولا زانية ، ولا ذى غمره (٣) على أخيه " (٤) .

ثانياً : استدلال أصحاب الرأى الثانى :

استدل أصحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا إليه من عدم اشتراط العدالة فى جواز تولى القضاء ، وأنها شرط كمال فقط بأدلة من السنة والمعقول والقياس .

أولاً : السنة :

استدلوا بما رى عن النبى ﷺ أنه قال : " سيكون بعدى أمراء يؤخرون الصلاة عن أوقاتها ، فصلوها لوقتها واجعلوا صلاتكم معهم سبحة " (٥) .

وجه الدلالة : أن رسول الله ﷺ قد أخبر بجواز الولاية من الفاسق ، والقضاء نوع من أنواع الولاية ، فدل هذا على جواز تولية الفاسق القضاء وعدم اشتراط العدالة فيمن يتولاه .

(١) المائدة : ١٠٦ .

(٢) الحجرات : ٦ .

(٣) الغمر بكسر الغين هو الحقد .

(٤) أخرجه أحمد (ج ١٢ ص ١٨١) ، وأبو داود (ج ٣ ، ٣٦٠٠) .

(٥) رواه الترمذى فى الصلاة برقم ١٥ .

ويجاب عن هذا الدليل من وجهين :

الأول : قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ فَبَيِّنَا فَنَبِّئُوا ﴾ (١) .

فقد أفادت هذه الآية أنه يجب التبين عند قول الفاسق ، ولا يجوز أن يكون الحاكم أو القاضى ممن لا يقبل قوله أو يجب التبين عند حكمه ، فدل ذلك على عدم جواز تولية الفاسق القضاء .

الثانى : إن هذا الخبر قد أخبر بوقوع أمره لا بمشروعته ، والنزاع فى صحة تولية الفاسق لا فى وجودها (٢) .

ثانياً : المعقول

استدل أصحاب هذا الرأى بالمعقول من وجهين :

الوجه الأول : أن الأصل أن تكون ولاية الفاسق مقبولة وصحيحة ، وذلك لأنه من أهل الولاية لكونه مسلماً ، ولا ناقل عن هذا الأصل ، فدل ذلك على جواز تولي الفاسق للقضاء .

ويجاب عن هذا الوجه بما يلى :

إن هذا الاستدلال مردود ، لأنه قد وجد ما ينقل عن هذا الأصل ، وهو ما استدل به أصحاب الرأى الأول من الكتاب والسنة والقياس على بطلان ولاية الفاسق وعدم صحة توليه لمهمة القضاء .

(١) الحجرات : ٦ .

(٢) راجع فى هذا المعنى المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨١ ، ٣٨٢ .

الوجه الثانى : إن العدالة بمعناها الحقيقى يعز وجودها فى أيامنا هذه ، فمن الصعوبة بمكان أن تتحقق العدالة بهذا المعنى بحيث تتوافر فى شخص يكون أهلاً للتصاف بها ، وإذا كانت العدالة نادرة الوقوع على هذا النحو ، فإنه يترتب على ذلك صحة ولاية الفاسق للقضاء ، حتى لا تتعطل مصالح الناس بتعطيل الأحكام ، وذلك عند اشتراط توافر العدالة فيمن يتولى القضاء .

ويجاب عن هذا الوجه بما يلى :

إن هذا الاستدلال مردود أيضاً ، لأن وجوب اشتراط العدالة عند عدم الإمكان ليس من محل النزاع ، فإذا تعذر وجود العدالة فإن القضاء من الفاسق يصح فى هذه الحالة على سبيل الضرورة حتى لا تتعطل الأحكام ، وهذا بعينه ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول .

أما أن تتوافر العدالة ويصبح أمر تحققها ممكناً ، فى هذه الحالة يشترط فيمن يتولى القضاء أن يكون متصفاً بها ، ما دام أمر تحققها ممكناً ، وهذا هو محل النزاع .

ثالثاً : القياس :

استدل أصحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا إليه من عدم اشتراط العدالة فيمن يتولى القضاء بالقياس على شهادة الفاسق ، فشهادة الفاسق تصح وتكون مقبولة إذا رضىها أطراف الخصومة ، كما يدل عليه قول الله تعالى :
(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا) (١) .

(١) الحجرات : ٦ .

وجه الدلالة من هذه الآية : أن شهادة الفاسق إن لم تكن صحيحة ومقبولة لما كان هناك فائدة للأمر بالتبين ، فدل ذلك على قبول شهادة الفاسق واعتبارها .

وبناء عليه ، فإنه إذا كانت شهادة الفاسق صحيحة ومقبولة ، فإن ولايته للقضاء تكون صحيحة أيضاً بالقياس عليها ، بجامع أن كلا منهما نوع ولاية ، وبالتالي تنفذ أحكامه إذا كانت موافقة لعين الحق ووجه الصواب (١) .
ويجب عن هذا الاستدلال الذى استدل به الأحناف ومن وافقهم بما يلى :

إن المعنى المراد من الآية ليس كما زعمتم ، بل أن المراد من الآية هو عدم قبول شهادة الفاسق حتى يقوم الدليل على صدقه ، فإن دلت القرائن على صدقه أخذنا به لا بقوله .

ويمكن الرد عليهم أيضاً بأننا لا نسلم القول بصحة شهادة الفاسق حتى يقاس عليها صحة ولايته للقضاء ، وذلك لتضافر النصوص والأدلة على اشتراط العدالة فى الشهادة .

وإن سلمنا القول بصحة شهادة الفاسق فقياس صحة ولايته للقضاء عليها قياس مع الفارق ، لأن الشهادة أدنى مراتب الولاية ، بخلاف القضاء فإنه أعظم الولايات شأناً وأشدّها خطراً .

(١) يؤكد هذا المعنى الإمام الكاسانى فى بدائع الصنائع ج٧ ص٤ فىقول : " وعندنا هو (أى الفاسق) من أهل الشهادة فيكون من أهل القضاء ، ولكن لا ينبغى أن يقلد الفاسق ، لأن القضاء أمانة عظيمة وهى أمانة الأموال والأبضاع والنفوس ، فلا يقوم بوفائها إلا من كمل ورعه وتم تقواه ، إلا أنه مع هذا لو قلد جاز التقليد فى نفسه وصار قاضياً ، لأن الفساد لمعنى فى غيره فلا يمنع جواز تقليده القضاء فى نفسه لما مر " .

الترجيح :

بعد عرض آراء الفقهاء وما ساقه كل منهم من أدلة على ما ذهب إليه من اشتراط العدالة فيمن يتولى القضاء أو عدم اشتراطها فيه ، فإنه يترجح لدى ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول وهم الشافعية والحنابلة وبعض المالكية من ضرورة اشتراط العدالة فيمن يتولى القضاء ، وبالتالي فإن ولاية الفاسق تكون باطلة وأحكامه مردودة لا تنفذ .

وقد استندت فى ترجيح هذا الرأى إلى المبررات التالية :

أولاً : 'إن الأدلة التى استدل بها جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والمالكية فى الراجح عندهم على ضرورة اشتراط العدالة فيمن يتولى القضاء هى فى حقيقتها أدلة قوية ، وقد سلمت من الاعتراضات التى وجهت إليها بعد أن أجيب عنها بإجابات كافية تفيد سلامة هذه الأدلة وقوتها فى الدلالة على المطلوب .

ثانياً : إن الأدلة التى ساقها المخالفون للجمهور وهم الأحناف فى ظاهر مذهبهم وبعض المالكية وأبو بكر الأصم للدلالة على عدم اشتراط العدالة فيمن يتولى القضاء ، وأن ولاية الفاسق جائزة وأحكامه نافذة ، هذه الأدلة التى استندوا إليها ضعيفة ، لأنها لم تخرج عن أن تكون أدلة من العقل أو القياس ، وقد خالفت ظواهر النصوص التى تشترط العدالة لتولى القضاء .

هذا بالإضافة إلى أن هذه الأدلة لم تسلم من الاعتراضات التى وجهت إليها ، كما لم يستطع أصحابها أن يجيبوا عنها ، مما جعلها ضعيفة لا تقوم بها الحجة فى الدلالة على المطلوب .

ثالثاً : إن القضاء من المهام العظيمة التى أساسها إقامة العدل والحق بين الناس ، ولا يمكن أن يتأتى ذلك عن طريق قاض فاسق لا تتوافر فيه أوصاف العدالة والأمانة ، وذلك لعدم الوثوق به فى قوله وفعله ، ولأنه ممنوع من النظر فى مال ولده مع وفور شفقتة ، فنظره فى أمر العامة أولى بالمنع .

المطلب الثالث

الاجتهاد

من الشروط التى اختلف الفقهاء فى شأن وجوب تحققها فى القاضى حتى يكون أهلاً لولاية القضاء شرط الاجتهاد ، والمجتهد هو الذى يتمتع بأهلية العلم بالأحكام الشرعية ، أو الذى يستطيع استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية كما هو معروف فى علم الأصول (١).

وهذا الشرط وهو العلم بالأحكام الشرعية أو الاجتهاد يقتضى أن يكون الشخص عالماً بخمسة أشياء : الكتاب والسنة والإجماع والقياس ولسان العرب .

أولاً : الكتاب الكريم :

يشترط فى المجتهد أن يعرف من القرآن الكريم الآيات المتعلقة بالأحكام ، وأن يعرف أسباب النزول ، والعام والخاص ، لأن هناك فرقاً بينهما ، إذ الخاص خلاف العام ، لأن الأخير يستغرق الصالح له من غير حصر ، أما الخاص فيكون محصوراً ، وكذلك عليه أن يعرف العام الذى

(١) يعرف المقلد بأنه : من حفظ مذهب إمامه لكنه غير عارف بنوامضه ، وقاصر عن

تقرير أدلته . المجموع ج ٢٠ ص ١٣ .

أريد به الخصوص والخاص الذى أريد به العموم ، وأن يعرف المطلق والمقيد ، وأن يعرف المجمل - وهو ما لم تتضح دلالاته ، والمبين - وهو ما اتضحت دلالاته ، كما أن عليه أن يعرف ناسخ القرآن من منسوخه ، فيعرف ما نسخ حكمه وبقيت تلاوته ، وكذا عكسه ، وأن يعرف كذلك محكم القرآن من مثابه ، وذلك فى الآيات المتعلقة بالأحكام ، وهى نحو خمسمائة آية (١) .

ثانياً : السنة المطهرة :

يشترط فى المجتهد أيضاً أن يعرف من السنة أحاديث الأحكام ، ومن حكمة الله تعالى أن آيات الأحكام خمسمائة ، وجاءت أحاديث الأحكام بنفس هذا العدد ، فالمجتهد هو الذى يعرف من هذه الآيات والأحاديث ما يتعلق بها من أحكام عن طريق الاجتهاد ، ولا يشترط حفظ هذه الآيات أو هذه الأحاديث عن ظهر قلب .

ولا بد أن يعلم المجتهد أيضاً من السنة ناسخها ومنسوخها ، وخاصيتها وعامها ، ومطلقها ومقيدها ، ومجملها ومفصلها ، والمتواتر منها والآحاد ، والمتصل والمرسل ، وأن يعرف كذلك حال الرواة قوة وضعفاً وجرحاً وتعديلاً (٢) ، لأنه بذلك يتمكن من الترجيح عند تعارض الأدلة ، كما يتوصل إلى تقرير الأحكام .

(١) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٥ ، والمغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٣ ، وأدب القضاء لابن أبى الدم ص ٧٥ .

(٢) راجع المجموع ج ٢٢ ص ١٣ ، ٥٠ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٥ ، ٣٧٦ ، والمغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٣ ، والأنوار ج ٢ ص ٦٠١ ، وأسهل المدارك ج ٣ ص ١٩٧ ، وبلغة السالك على شرح الدردير ج ٢ ص ٣٣٠ ، وأدب القضاء لابن أبى الدم ص ٧٥ .

ثالثاً : الإجماع :

يشترط فى المجتهد أن يعرف أقوال الصحابة — رضى الله عنهم — ومن بعدهم من التابعين والأئمة المجتهدين والعلماء إجماعاً واختلافاً ، ليعرف ما أجمعوا عليه وما اختلفوا فيه ، ليكون على بينة من أمره ، فهؤلاء هم أقرب الناس إلى رسول الله ﷺ وأعلمهم بأحواله ، وبذلك يأمن القاضى من الوقوع فى حكم أجمعوا على خلافة (١) .

رابعاً : القياس :

يشترط فى المجتهد أيضاً أن يكون عالماً بالقياس وطرقه ، وأركانه وشروطه ، وأنواعه ، وأن يميز بين القياس الجلى والخفى ، والصحيح والفاقد (٢) ، فيتمكن بذلك من استنباط الأحكام واستخراجها استخراجاً صحيحاً عن طريق القياس فيعمل به فيما لا نص فيه .

خامساً : اللغة العربية

يشترط كذلك فى المجتهد أن يعلم لغة العرب من أمر ونهى ، وخبر وإنشاء ، وإعراب وبناء ، وأقسام الكلام من أسماء وأفعال وحروف ، إلى غير ذلك من الأمور التى لا بد منها فى فهم معانى كلام الله تعالى فى الكتاب الكريم ، وفهم ما جاء به رسوله ﷺ فى السنة المطهرة (٣) .

(١) راجع فى المعنى : المجموع ج ٢٢ ص ١٢ ، والمعنى مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٢ ، وأدب القضاء لابن أبى الدم ص ٧٥ ، ٧٦ .

(٢) المجموع ج ٢٢ ص ١٣ ، والمعنى ج ١١ ص ٣٨٢ ، وأدب القضاء ص ٧٦ ، وشرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٥٩ .

(٣) المراجع السابقة نفس الموضوع .

على أنه ينبغي أن يعلم أنه ليس المراد من ذلك أن يكون المجتهد محيطاً بهذه العلوم إحاطة تجمع أقصاها ، أو أن يكون متبحراً فيها بحيث يحفظ جميع القرآن والأحاديث ، أو أن يكون فى النحو كسيبويه مثلاً ، أو فى اللغة كالخليل بن أحمد الفراهيدى ، فليس من شرط الاجتهاد أن يكون مجتهداً فى كل المسائل ، بل إن من عرف أدلة مسألة وما يتعلق بها فهو مجتهد ، وإن جهل غيرها من المسائل ، ولذلك فإن من إمام إلا وقد توقّف فى مسائل كثيرة .

فقد كان أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب خليفتهما رسول الله ﷺ ووزيرا وخير الناس بعده مع ما توفر لديهما من فقه وحكمة يسألان الناس عن الحكم فى المسائل التى تعرض عليهما إذا لم يعرفاه ، فسئل أبو بكر يوماً عن ميراث الجدة ، فقال : مالك فى كتاب الله شئ ، ولا أعلم لك فى سنة رسول الله ﷺ شيئاً ، ولكن ارجعى حتى أسأل الناس ، ثم قام فقال : أنشد الله من يعلم قضاء رسول الله ﷺ فى الجدة ، فقام المغيرة بن شعبه فقال : أشهد أن رسول الله ﷺ أعطاهما السدس .

وسئل عمر بن الخطاب ؓ عن إِمْلَاصِ الْمَرْأَةِ (١) ، فاستشار الصحابة ، فأخبره المغيرة بن شعبه أن النبى ﷺ قضى فيه بغرة (٢) .

(١) إِمْلَاصِ الْمَرْأَةِ : أى دية جنين المرأة ، لأن الإِملَاصَ معناه : أن تضرب المرأة فى بطنها فتلقى جنينها ، نيل الأوطار ج ٧ ص ٨٥ ، ٨٦ .

(٢) يؤيد هذا (ماروى عن المغيرة بن شعبه عن عمر أنه استشارهم فى إِمْلَاصِ الْمَرْأَةِ ، فقال المغيرة : قضى النبى ﷺ فيه بالغرة : عبد أو أمة ، فشهد محمد بن مسلمة أنه شهد النبى ﷺ قضى به) . رواه البخارى (ج ١٢/٦٩٠٥) ومسلم (ج ٣ - قسامة / ٣٩) وأحمد (ج ٤ ص ٢٤٤) .

زروى أيضاً أن الإمام مالك رحمه الله سئل عن أربعين مسألة فقال : فى ست وثلاثين منها لا أدرى ، ولم يخرجها ذلك عن كونه مجتهداً ، وإنما المعتبر أصول هذه الأمور ، وهو مجموع مدون فى فروع الفقه وأصوله ، فمن عرف ذلك ورزق فهمه كان مجتهداً له الفتيا وولاية الحكم إذا وليه (١).

وبعد هذا البيان التفصيلى لمعنى الاجتهاد ، والشروط التى يجب أن تتوافر فى المجتهد نرجع إلى بيت القصيد ، فنقول هل يشترط فىمن يتولى القضاء حتى يكون قضاؤه صحيحاً وحكمه نافذاً أن يكون مجتهداً ؟ أم أنه يجوز أن يكون القاضى مقلداً أو عامياً من غير أهل الاجتهاد ؟

يمكن حصر الخلاف الواقع بين العلماء فى هذه المسألة فى رأيين نبينهما على النحو التالى :

الرأى الأول :

يرى المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية أن الاجتهاد شرط فى صحة القضاء ، فلا بد أن يكون القاضى من أهل الاجتهاد حتى يكون قضاؤه صحيحاً وحكمه نافذاً (٢).

(١) راجع فى هذا المعنى : المغنى لأبن قدامه مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٣ ، ٣٨٤ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٦ ، وبلغة السالك على شرح الدردير ج ٢ ص ٣٣٠ ، والأنوار ج ٢ ص ٦٠١ .

(٢) يقول الشيخ صالح عبد السميع - من علماء المالكية - فى جواهر الإكليل ج ٢ ص ٢٢١ بصدد بيان شروط القاضى : " مجتهد " أى فيه أهلية الاجتهاد المطلق (إن وجد) فلا تصح تولية مقلد مع وجوده . ويقول الماوردى - من علماء الشافعية - فى الحاوى الكبير ج ٢٠ ص ٢٢٤ بعد أن ذكر أن الاجتهاد شرط لصحة ولاية القاضى : " فإن كان عامياً من غير أهل الاجتهاد لم يجز أن يفتى ولا يقضى ، وكانت ولايته باطلة وحكمه وإن وافق الحق مردوداً " =

الرأى الثانى :

وهو لجمهور الأحناف ، ويرون أن الاجتهاد ليس شرطاً فى صحة القضاء ، فلا يشترط فى القاضى أن يكون من أهل الاجتهاد ، بل يجوز أن يكون عامياً فيحكم بالتقليد (١).

ويقول الإمام المقدسى - من علماء الحنابلة - فى العدة شرح العمدة ص ٥٢٥ : " أن يكون عالماً مجتهداً ليحكم بالعلم ، لقوله سبحانه : (وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ) ولم يقل بالتقليد ، وقال : (فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ) وروى عن بريدة عن النبى ﷺ قال : " القضاة ثلاثة : رجل علم الحق فقاضى به فهو فى الجنة ، ورجل قضى بين الناس على جهل فهو فى النار ، ورجل جار فى الحكم فهو فى النار " رواه ابن ماجه ، ولأن الحكم أكد من الفتيا لأنه فتيا وإلزام ، ثم المفتى لا يجوز أن يكون عامياً مقلداً فالحكم أولى " . راجع أيضا المعنى مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٢ .

ويقول ابن حزم الظاهرى فى المحلى ج ٨ ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ : " ولا يحل أن يلقى القضاء والحكم فى شئ من أمور المسلمين وأهل الذمة إلا مسلم ، بالغ ، عاقل ، عالم بأحكام القرآن والسنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وناسخ كل ذلك ومنسوخه " ثم يقول : " فإذا لم يكن عالماً بما لا يجوز الحكم إلا به لم يحل له أن يحكم بجهله بالحكم ، ولا يحل له إذا كان جاهلاً بما ذكرنا أن يشاور من يرى أن عنده عالماً ثم يحكم بقوله ، لأنه لا يدري أفتاه بحق أم بباطل " .

(١) والأحناف لا يرون ضرورة اشتراط الاجتهاد فى تولية القضاء ؛ وإنما هو عندهم من شروط الكمال ، وقد علق على ذلك الإمام الكاسانى فى البدائع ج ٧ ص ٤ ، فقال : " وأما العلم بالحلال والحرام وسائر الأحكام فيل هو شرط جواز التقليد ؟ عندنا ليس بشرط الجواز بل هو شرط الندب والاستحباب ، وعند أصحاب الحديث كونه عالماً بالحلال والحرام وسائر الأحكام مع بلوغ درجة الاجتهاد فى ذلك شرط جواز التقليد " .

الأدلة :

أولاً : استدلال أصحاب الرأى الأول :

استدل جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية على ما ذهبوا إليه من أنه يجب أن يكون القاضى من أهل الاجتهاد بالكتاب والسنة والقياس والمعقول :

أ- أدلتهم من الكتاب :

استدل أصحاب هذا الرأى من الكتاب بما يلى :

١- استدلو بقول الحق عز وجل : ﴿ وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ (١) .

وقوله سبحانه : ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ﴾ (٢) ، وقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ (٣) .

٢- كما استدلو أيضاً من الكتاب بقول الله عز وجل : ﴿ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ (٤) .

والدليل فى هذه الآية من وجهين :

الأول : أن الله سبحانه وتعالى منع من المساواة بين الذين يعلمون والذين لا يعلمون ، فكان هذا على عمومته فى الحكم وغيره .

(١) المائدة : ٤٩ .

(٢) النساء : ١٠٥ .

(٣) النساء : ٥٩ .

(٤) الزمر : ٩ .

الثانى : أنه قاله زجراً فصار أمراً (١) بعدم التسوية بين من يعلم ومن لا يعلم ، وهذا يدل على ضرورة توافر شرط العلم بالأحكام الشرعية فى القاضى الذى لا يتأتى إلا عن طريق الاجتهاد .

٣- واستدلوا أيضاً بقول الله عز وجل : ﴿ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَ الَّذِينَ يُسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ ﴾ (٢) .

وجهة الدلالة من هذه الآية : أن الله سبحانه وتعالى جعل العلم مقصوراً على المجتهدين ، لأنهم هم الذين يستطيعون استنباط الأحكام من الكتاب والسنة فى القضايا والمنازعات التى تعرض عليهم ، وهذا يدل على أن المجتهدين هم الذين يتولون القضاء دون غيرهم ممن لم تتوافر لهم أهلية استنباط الأحكام .

ب- أدلتهم من السنة المطهرة :

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه من السنة بأحاديث كثيرة منها :

١- ما روى عن سليمان بن بريدة عن أبيه عن النبي ﷺ أن قال : " القضلة ثلاثة : واحد فى الجنة واثنان فى النار ، فالذى فى الجنة رجل عرف الحق فقاضى به ، ورجل عرف الحكم فجار عنه فهو فى النار ، ورجل قضى بين الناس على جهل فهو فى النار " (٣)

وجه الدلالة فى هذا الحديث : أنه قد نص على أنه من بين القضاة الذين يستحقون النار رجل قضى بين الناس على جهل ، وإنما كان هذا لما

(١) الحاوي الكبير للماوردي ج ٢٠ ص ٢٢٤ .

(٢) النساء : ٨٣ .

(٣) الحديث أخرجه ابن ماجة ج ٢/٢٣١٥ ، والبيهقى ج ١٠ ص ١١٦ .

يترتب على قضاء الجاهل من تضييع الحقوق بين الناس وعدم إقامة العدل بينهم ، فدل ذلك على ضرورة اشتراط العلم بالأحكام الشرعية فى القاضى حتى لا يدخل فى هذا الوعيد .

٢- ما روى عن ابن عباس - رضى الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال : " من استعمل عاملاً من المسلمين وهو يعلم أن فيهم أولى بذلك منه وأعلم بكتاب الله وسنة نبيه ، فقد خان الله ورسوله وجميع المسلمين " (١) .

وجه الدلالة من هذا الحديث : أنه قد أوجب على ولى الأمر أو السلطان أن يختار للقضاء من هو أهل للاجتهاد ، فإن عين لذلك أحداً وهو يعلم أن فى المسلمين من هو أعلم منه ، فقد أثم وفرط ، لأنه خان الله ورسوله وجميع المسلمين ، وهذا يدل على ضرورة اشتراط الاجتهاد فيمن يتولى القضاء بين الناس .

ج- دليلهم من القياس :

استدل الجمهور على اشتراط الاجتهاد فى القاضى بقياس القضاء على الفتوى ، فكما أنه لا يجوز فى المفتى أن يكون عامياً مقلداً ، فكذلك القاضى لا يجوز أن يكون عامياً مقلداً ، بجامع أن الجهل فى كل منهما يضر ، بل إن القضاء أولى بذلك من الفتوى ، لأن حكم القاضى ملزم بخلاف فتوى المفتى (٢) .

(١) البيهقى ج ١٠ ص ١١٨ .

(٢) راجع فى هذا المعنى : الحاوى الكبير للماوردى ج ٢٠ ص ٢٢٥ ، والمغنى لابن

قدامة مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٢ .

د- دليلهم من المعقول :

واستدلوا كذلك من المعقول : بأن القضاء مبنى على العلم بالحق ، وهذا لا يكون إلا لمن توافرت لديه الخبرة العلمية ، بأن كان من أهل الاجتهاد ، بحيث يستطيع إذا عرضت عليه منازعة أن ينزل المسائل على ما يتناسب لها من أحكام ، لأنه لو لم يعلم بهذا لضيع حقوقاً كثيرة وقضى بغير علم ، وفى هذا من البلاء ما لا يخفى .

وهذا يدل على أن من فقد صفة الاجتهاد ولم تكن له دراية بالفقه والحكم فلا تصح ولايته ولا ينفذ حكمه .
ثانياً : استدلال أصحاب الرأى الثانى :

استدل أصحاب الرأى الثانى وهم الأحناف على أن الاجتهاد ليس شرطاً فى صحة ولاية القضاء بالسنة والمعقول :
أ- أدلتهم من السنة :

استدل الأحناف على ما ذهبوا إليه من السنة بما روى عن على بن أبى طالب - ؓ - قال : بعثنى رسول الله ﷺ إلى اليمين قاضياً ، فقلت يا رسول الله ترسلنى وأنا حيث السن ولا علم لى بالقضاء ، فقال : " إن الله عز وجل سيهدى قلبك ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء " قال على : فمازلت قاضياً ، أو ما شككت فى قضاء بعد (١) .

(١) أحمد ج ١ ص ١١١ ، وأبو داود ج ٣/٣٥٨٢ ، والترمذى ج ٣/١٣٣١ ، والبيهقى ج ١٠ ص ١٤٠ ، والمستدرک للحاكم ج ٤ ص ٩٣ .

وجه الدلالة من هذا الأثر : أن رسول الله ﷺ بعث علياً - عليه السلام - إلى اليمين قاضياً ، وكان غير أهل للاجتهاد ، بدليل معارضته للنبي ﷺ بأنه حديث السن ولا علم له بأمور القضاء ، فدل ذلك على أن الاجتهاد ليس شرطاً فى تولى القضاء .

وقد أجاب أصحاب الرأى الأول عن هذا الاستدلال ، فقالوا :

لا نسلم أن علياً - عليه السلام - كان غير أهل للاجتهاد ، وأن معارضته فى تولى القضاء ليست دليلاً على عدم أهليته لذلك ، وإنما كان ذلك منه لأنه كان متخوفاً من القضاء بين الناس لصغر سنه وقلة تجربته ، فلما دعا له رسول الله ﷺ بهداية القلب وثبوت اللسان زالت عنه تلك المخاوف ، فكان أقضى المسلمين بدعوة رسول الله ﷺ له (١) ، بدليل قوله - عليه السلام - عن نفسه : " فما شككت فى قضاء بعد " .

ب- أدلتهم من المعقول :

استدل الأحناف على أن أهلية الاجتهاد ليست شرطاً لولاية القضاء بالمعقول أيضاً فقالوا :

إن الغرض المقصود من القضاء هو فصل الخصومات وقطع المنازعات بين الناس ، فمتى كان غير المجتهد قادراً على تحقيق هذا الغرض بفتوى غيره من المجتهدين ، أو بسؤالهم عن حكم ما يعرض له من

(١) راجع فى هذا المعنى : أولويات الفاروق فى الإدارة والقضاء ، رسالة دكتوراه فى السياسة الشرعية للدكتور غالب بن عبد الكافى القرشى ، ج ٢ ص ٥٧٠ ، مكتبة الجيل الجديد - صنعاء .

القضايا جاز له أن يتولى القضاء ما دام المقصود منه قد تحقق ، وهو إيصال الحق إلى مستحقه ورفع الظلم عنه (١) .

ويجاب عن هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن الغرض من القضاء ليس قاصراً على فصل الخصومة وقطع المنازعة ، بأى وجه كان ، وإنما المقصود هو أن يكون هذا الفصل متوافقاً مع ما يقتضيه العدل الإلهى من إقرار الحق ، ونصرة المظلوم ، وكف الظالم عن ظلمه ، ومما لا شك فيه أن غير المجتهد ليست لديه القدرة على تحقيق ذلك ، ولا سيما إذا كان عامياً لا يعرف شيئاً عن مقتضيات الأحكام الشرعية .

الثانى : أن غير المجتهد وإن قضى بفتوى غيره ، أو بسؤال غيره من المجتهدين الذين لديهم الخبرة الكافية فى إصدار الأحكام ، فإنه لا يستطيع أن يميز فى حكمه بين الصحيح والفاقد ، كما لا يدري أنهم أفتوه بحق أم بباطل (٢) ، وذلك لأنه يقبل قول غيره من غير معرفة بصوابه أو خطئه ، كالذى قبل قول الدليل على الطريق من غير معرفة بصوابه ، وقول من يعرف جهة القبلة من غير معرفة (٣) .

(١) راجع فى هذا المعنى : المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٢ ، وشرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٥٦ .

(٢) يقول ابن حزم الظاهرى فى المحلى بالأثار ج ٨ ص ٤٢٨ : " فإذا لم يكن عالماً بما لا يجوز الحكم إلا به لم يحل له أن يحكم بجهله بالحكم ، ولا يحل له إذا كان جاهلاً بما ذكرنا أن يشاور من يرى أن عنده علماً ثم يحكم بقوله ، لأنه لا يدى أفتاه بحق أم بباطل " .

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة المقدسى ج ١١ ص ٣٨٩ .

الترجيح :

بالنظر فما سبق من اختلاف الفقهاء حول اشتراط الاجتهاد فى جواز تولية القضاء ، وبالنظر أيضاً فيما ساقه كل رأى دليلاً وحجة على مذهبه ، يتضح أن الراجح فى ذلك هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ، الذين يرون أن الاجتهاد شرط فى صحة ولاية القاضى ، فإذا لم يكن القاضى من أهل الاجتهاد ، بأن كان مقلداً أو عامياً لم يجز أن يتولى القضاء ، وإن تولى كانت ولايته باطلة وحكمه وإن وافق الحق مردوداً .

هذا وقد رجحت هذا الرأى لعدة مبررات أو أسباب أدت إلى ذلك ، وهى على النحو التالى :

أولاً : قوة الأدلة التى استدل بها جمهور الفقهاء على ضرورة اشتراط الاجتهاد فى القاضى حتى يكون أهلاً لتولى هذه المسؤولية ، حيث إنها قد سلمت من أى اعتراضات كان من الممكن أن توجه إليها ، وهذه دلالة قاطعة على قوة هذه الأدلة فى دلالتها على المطلوب .

ثانياً : ضعف الأدلة التى استند إليها المخالفون لجمهور الفقهاء ، وهم الأحناف على ما ذهبوا إليه من عدم اشتراط الاجتهاد فيمن يتولى القضاء ، وأنه يجوز فى القاضى أن يكون عامياً أو مقلداً .

ومما يؤكد ضعف هذه الأدلة أنها لم تخل من الاعتراضات التى وجهت إليها ، كما أن أصحابها لم يستطيعوا أن يجيبوا عنها ، مما يفيد ضعفها وعدم مناهضتها لأدلة الجمهور فى الدلالة على المطلوب .

ثالثاً : ومما يؤيد هذا الرأي أيضاً فى ضرورة اشتراط الاجتهاد فى أهلية القضاء أنه يلزم فى القاضي أن يكون أهلاً للعلم التام والخبرة الكافية التى تؤهله إلى إصدار الأحكام ، حتى لا يقضى لأحد بشئ قد نسخ حكمه ، أو أجمع العلماء على خلافه ، فيصير بهذا بمنزلة العامى أو الجاهل الذى تنزل به النازلة أو تعرض له القضية ، فيسأل من يوصف له بعلم القرآن والسنة ، فيأخذ بقوله بعد أن يخبره أنه حكم الله تعالى أو أمر رسوله ﷺ ، فيقضى به دون بحث ولا دراية ، ثم يتبين له بعد ذلك أن من أفناه جاهلاً ، أو كان حكمه خاطئاً ، فيوقع الناس فى ضائقات العنت ، وظلمات الجهل ، ويضيع عليهم حقوقاً كثيرة .

هذا ومما تجب ملاحظته أن محل هذا الخلاف السابق يكون فى حالة وجود المجتهد العالم بالأحكام الشرعية ، الذى تجتمع فيه شروط الاجتهاد ، والنسب سبقت الإشارة إليها .

أما إذا كانت هناك ضرورة ملجئة تدعو إلى تقليد القضاء لغير المجتهد ، كانعدام المجتهدين ، وخصوصاً فى زماننا هذا الذى يتعذر فيه اجتماع هذه الشروط فى شخص ما ، فإنه فى هذه الحالة يجب أن يطلب من أهل كل زمان أكملهم وأفضلهم ، فيقلد القضاء أفضل المقلدين ، وتصح ولايته ، وينفذ حكمه للضرورة ، حتى لا تتعطل مصالح الناس بتأخير صدور الأحكام .

المطلب الرابع

الذكرة

إن من بين الشروط التى يجب أن تتحقق فى شخص القاضى كونه ذكراً ، وبناء على هذا الشرط فإن الأنوثة تعد مانعاً من موانع القضاء ، لأن القضاء كما هو معروف ولاية ، والمرأة ليست من أهل الولايات ، ولا يحل لقوم توليتها للقيام بهذه المهمة الشاقة .

والواقع أن فقهاءنا الأجلاء لم يتفقوا على ضرورة الأخذ بهذا الشرط ، وهو كون القاضى ذكراً ، ومن ثم فإنهم اختلفوا فى جواز تولية المرأة لمنصب القضاء على أقوال كثيرة ، ولكل وجهة هو موليها ، وهذا ما سوف نبينه على النحو التالى :

الخلافاً الفقهي فى جواز تولية المرأة القضاء :

اختلف علماؤنا - رضى الله عنهم - فى هذه المسألة على أقوال أربعة :

القول الأول : ويرى عدم جواز تولية المرأة القضاء مطلقاً ، فإن تولت فوليتها باطلة وأحكامها لا تنفذ .

وهو قول أكثر أهل العلم من المالكية والشافعية والحنابلة (١).

(١) وقد نص المالكية على ذلك ، فقالوا : " أهل القضاء عدل ذكر محقق لا أنثى ولا خنثى ، فلا يصح توليتهما القضاء ولا ينفذ حكمهما " . راجع حاشية الدسوقي لابن عرفة مع الشرح الكبير ج ٤ ص ١٢٩ . وقال صاحب جواهر الإكليل ج ٢ ص ٢٢١ : " أهل القضاء عدل ذكر ، ، فلا تصح تولية امرأة لحديث البخارى " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " = .

القول الثانى : ويرى أنه يجوز للمرأة أن تتولى القضاء فيما تقبل فيه شهادتها ما عدا الحدود والدماء .

ومعنى هذا أنه لا يجوز للمرأة أن تقضى فى كل شئ إلا فى الحدود والدماء ، فلا يجوز لها أن تتولى القضاء فيها اعتباراً بالشهادة . وهذا القول لأبى حنيفة وأصحابه (١) .

القول الثالث : ويرى جواز تولية المرأة القضاء وسائر الولايات ما عدا الإمامة العامة والخلافة العظمى . وهذا القول للظاهرية ومن وافقهم (٢) .

= ونص الشافعية على ذلك ، فقال الإمام النووى فى المجموع ج ٢٢ ص ١٢ :
" فصل : الشرط الثالث : أن يكون ذكراً فلا تولى امرأة ولاية ولا قضاء لحديث أبى بكر مرفوعاً : " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " .

وقال الإمام الماوردى فى الحاوى الكبير ج ٢٠ ص ٢٢٠ : " فصل : والشرط الثانى : الذكورية ، فيكون رجلاً ، فأما المرأة فلا يجوز تقليدها " .

ونص الحنابلة على ذلك أيضاً ، فقال صاحب العدة شرح العمدة ص ٢٥٢ : " الأول : كونه رجلاً ، فتجتمع الذكورية والبلوغ ، لأن الصبى لا قول له ، والمرأة ناقصة العقل قليلة الرأى ليست أهلاً لحضور الرجال ومحافل الخصوم " . وانظر فى هذا المعنى أيضاً : المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٠ .

(١) يقول الإمام الكاسانى فى البدائع ج ٧ ص ٤ : " وأما الذكورية فليست من شرط جواز التقليد فى الجملة ، لأن المرأة من أهل الشهادات فى الجملة ، إلا أنها لا تقضى بالحدود والقصاص ، لأنها لا شهادة لها فى ذلك ، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة .

(٢) يقول ابن حزم الظاهرى فى المحلى ج ٨ ص ٥٢٧ وما بعدها ، مسألة (١٨٠٤) : " وجائز أن تولى المرأة القضاء - وهو قول أبى حنيفة - وقد روى عن عمر بن الخطاب : أنه ولى الشفاء امرأة من قومه السوق .

فإن قيل : قال رسول الله ﷺ : " لن يفلح قوم اسندوا أمرهم إلى امرأة " . قلنا : إنما قال ذلك رسول الله ﷺ فى الأمر العام الذى هو الخلافة " .

القول الرابع : ويرى جواز تولية المرأة القضاء مطلقاً ، وقد نسب هذا الرأي لابن جرير الطبري وبعض الخوارج (١).

الأدلة :

أولاً : استدلال أصحاب القول الأول :

استدل جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة على عدم جواز تولية المرأة القضاء مطلقاً بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

أولاً : الكتاب

استدلوا بقول الله تبارك وتعالى : ﴿ الرَّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ ﴾ (٢) .

وجه الدلالة من هذه الآية الكريمة : أن الله سبحانه وتعالى قد جعل القوامة للرجال على النساء ، والحكمة من ذلك هي أن الرجال لهم فضيلة في زيادة العقل والتدبير ، كما أن لهم زيادة في النفس والطبع ليست للنساء ، لأن طبع الرجال يغلب عليه الحرارة واليبوسة ، فيكون فيه قوة وشدة ، وطبع النساء يغلب عليه الرطوبة والبرودة ، فيكون فيه معنى اللين والضعف ، وبهذا جعل الله لهم حق القوامة عليهن (٣) .

(١) راجع نيل الأوطار للشوكاني ج ٨ ص ٣٠٤ ، والحاوي الكبير للماوردى ج ٢٠ ص ٢٢٠ وأدب القضاء لابن أبي الدم ص ٧٠ متناً وهامشاً ، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٥٥٥ ، ٥٥٦ .

(٢) النساء : ٣٤ .

(٣) راجع في هذا المعنى : تفسير القرطبي ج ٣ ص ١٧٣٨ ، ١٧٣٩ ، والحاوي الكبير للماوردى ج ٢٠ ص ٢٢٠ .

وبناء على ذلك ، فإنه إذا كان حق القوامة ثابتاً للرجال على النساء ، فإنه لا يجوز للمرأة أن تتولى القضاء ، لأنه لو جاز لها أن تتولى القضاء لكان أمر القوامة بيدها ، وحيث لم تثبت لها القوامة فلا يصح لها أن تتولى القضاء .

وقد نوقش هذا الاستدلال من قبل المخالفين ، فقالوا :

إن الآية ليست واردة في محل النزاع ، لأنها لا تقيد سوى الدلالة على قوامة الرجل على المرأة في داخل الأسرة فقط ، وهى أن يقوم الرجل بتأديبها وإساکها في بيتها ومنعها من البروز والظهور ، وإن عليها طاعته وقبول أمره ما لم يكن معصية (١) .

ومما يؤكد هذا المعنى ما ورد في سبب نزول الآية عن الحسن قال : أن امرأة أتت النبي ﷺ ، فقالت : إن زوجى لطم وجهى ، فقال : " بينكما القصاص " ، فأنزل الله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَى إِلَيْكَ وَحْيُهُ ﴾ ، فأمسك النبي ﷺ حتى نزل قول الحق تبارك وتعالى : ﴿ الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ ﴾ (٢) .

ومما يؤيد ذلك قول رسول الله ﷺ : " والرجل راع على أهل بيته وهو مسئول عن رعيته " (٣) .

(١) تفسير القرطبي ج ٣ ص ١٧٣٩ .

(٢) المرجع السابق ج ٣ ص ١٧٣٨ .

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٢ - إمارة ص ٥٢٣ .

ويجاب عن هذا الاعتراض من قبل الجمهور : فيقال إن الآية وإن كانت قد وردت فى حالة خاصة ، لكن الحكم فيها عام ، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

ثانياً : السنة :

استدل جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه من عدم جواز تولية المرأة القضاء من السنة المطهرة بما يلى :

١- ما رواه البخارى عن أبى بكره - ؓ - قال : " لما بلغ رسول الله ﷺ أن أهل فارس قد ملكوا عليهم بنت كسرى (١) قال : " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " (٢) .

(١) بنت كسرى هى : بوران بنت شيرويه بن كسرى بن برويز ، وسبب تأمير هذه المرأة أن رسول الله ﷺ بعث بكتابه إلى كسرى مع عبد الله بن حذافة السهمى ، فأمره أن يدفعه إلى عظيم البحرين ، فدفعه عظيم البحرين إلى كسرى ، فلما قرأه مزقه ، فدعا عليه رسول الله ﷺ بتمزيق ملكه ، فاستجاب الله دعاء نبيه ، فقتل شرويه أباه كسرى ، وكان أبوه لما عرف أن ابنه قد عمل على قتله احتال على قتل ابنه بعد موته ، فعمل فى بعض خزائنه المختصه به حقاً مسموماً وكتب عليه : حق الجماع ، من تناول منه كذا جامع كذا ، قرأه شرويه بعد قتله لأبيه ، فتناول منه فكان فيه هلاكه ، فلم يعيش بعد أبيه سوى ستة أشهر ، فلما مات لم يخلف أياً لأنه كان قد قتل إخوته حرصاً على الملك ولم يخلف ذكراً ، ففكروا خروج الملك عن ذلك البيت ، فملكوا هذه المرأة عليهم . راجع فتح البارى لابن حجر ج ٨ ص ١٤٤ .

(٢) هذا الحديث هو عمدة أدلة الجمهور على عدم جواز تولية المرأة للقضاء ، وقد أخرجه الإمام البخارى فى المغازى ج ٨ برقم ٤٤٢٥ ، ٧٠٩٩ ، وأخرجه الترمذى فى الفتن برقم ٢٢٦٢ ، وأخرجه النسائى ج ٨ برقم ٢٢٧ ، والبيهقى ج ١٠ ص ١١٧ ، ١١٨ ، وأحمد ج ٥ ص ٤٣ ، ٤٧ ، والحاكم ج ٣ ص ١١٨ ، ١١٩ .

وجه الدلالة من هذا الحديث : أن رسول الله ﷺ قد أخبر إخباراً قاطعاً بما يفيد أن أى قوم يجعلون ولاية الأمر فيهم إلى المرأة ، أو يسندون إليها أى عمل من أعمال الإمارة أو القضاء ، فإن ذلك كفيل بعدم تحقيق الفلاح والنجاح لهم ، وذلك لما فى قيام المرأة بهذه الأعمال من الضرر والفساد اللذين يجب اجتنابهما ، فدل هذا على عدم جواز تولية المرأة للقضاء ، لأن تجنب الأمر الموجب لعدم الفلاح واجب (١).

وقد نوقش هذا الاستدلال من قبل المخالفين ، فقالوا :

إن هذا الحديث ليس وارداً فى محل النزاع ، لأنه قد ورد فى تنصيب المرأة للولاية العامة ، وليس لولاية القضاء (٢) ، ويدل على هذا ما ذكره الراوى فى مقدمة الحديث فى قوله : " لما بلغ رسول الله ﷺ أن أهل فارس ملكوا عليهم بنت كسرى " .

وأجيب عن هذا الاعتراض : بأن الحديث وإن كان وارداً فى الولاية العامة لكنه عام فى سائر أنواع الولايات ، إلا ما ورد من الأجداد فى بعض أنواع الولايات التى تختص بها المرأة على سبيل الاستثناء ، كولاية المرأة فى إدارتها لشئون بيتها وأولادها ، لقول رسول الله ﷺ : " والمرأة راعية فى بيت زوجها وهى مسئولة عن رعيتها " (٣).

وعلى ذلك فإن الحديث وإن ورد ولاية الحاكم الأعلى إلا أنه يسرى على ولاية القضاء أيضاً ، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

(١) راجع نيل الأوطار للشوكانى ج ٨ ص ٣٠٤ .

(٢) المحلى بالآثار لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٥٢٨ .

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٢ - إمارة / ٢٠ .

٢- ما روى عن بريدة عن النبي ﷺ قال : " القضاة ثلاثة : واحد فى الجنة ، واثنان فى النار ، فأما الذى فى الجنة فرجل عرف الحق ففضى به ، ورجل عرف الحق فجار فى الحكم فهو فى النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو فى النار " (١) .

وجه الدلالة من هذا الحديث : أنه يدل على اشتراط كون القاضى رجلاً ، لأن رسول الله ﷺ قد عبر فى الحديث عن القضاة الثلاثة بلفظ "رجل .. ، ورجل ... ، ورجل .." ، وهذا يدل بمفهومه على خروج المرأة (٢) من ولاية القضاء وعدم جواز توليتها ، لأنه لو جاز لما عبر بلفظ الرجل .

٣- قول رسول الله ﷺ : " أخرهن من حيث أخرهن الله سبحانه " (٣)

وجه الدلالة من هذا الحديث : أنه قد دل على عدم جواز إمامة الموأة فى الصلاة ، وإذا كانت المرأة قد منعت من إمامة الصلاة بسبب أنوثتها مع جواز إمامة الفاسق ، كان المنع من القضاء الذى لا يصح من الفاسق أولى (٤) ، فدل هذا على عدم جواز ولاية المرأة للقضاء ، كما لا تجوز ولايتها فى إمامة الصلاة ، وعقد النكاح ، والإمامة العظمى .

(١) أبو داود ج ٣/٣٥٧٣ ، وابن ماجه ج ٢/٢٣١٥ .

(٢) نيل الأوطار ج ٨ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ .

(٣) الحديث أخرجه الزيلعى فى نصب الراية ج ٢ ص ٣٦ ، والعجلونى فى كشف الخفا ج ٣ ص ٦٩ .

(٤) راجع فى هذا المعنى : الحاوى الكبير للماوردى ج ٢٠ ص ٢٢١ ، والمجموع ج ٢٢ ص ١٢ .

ثالثاً : الإجماع :

استدل الجمهور على عدم جواز تولية المرأة للقضاء بالإجماع ، فقالوا: لم يثبت عن رسول الله ﷺ ولا عن أحد من خلفائه وأصحابه ، ولا عن أحد من التابعين أنه ولى امرأة القضاء أو ولاية بلد من البلدان فيما بلغنا ، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالباً (١) ، فدل هذا على أن الإجماع قائم على عدم جواز تولية المرأة للقضاء دون نكير من أحد .

وقد نوقش استدلال الجمهور بالإجماع :

بأن دعوى الإجماع هذه قد وجد ما يعارضها ، وهو ما روى عن عمر ابن الخطاب - ؓ - أنه ولى امرأة من قومه تدعى الشفاء إمارة السوق (٢) ، وهذا يدل على خرق الإجماع وعدم نهوضه للدلالة على المطلوب .

وأجيب عن هذا الاعتراض :

بأن هذا القول لم يثبت بيقين ولم يتصور حدوثه عن واحد كعمر بن الخطاب - ؓ - الذى كان معروفاً بشدة غيرته على النساء .

وعلى افتراض ثبوته ، فإنه لا يعتد به ، لأنه لا عبرة بقول خالف الإجماع (٣) .

(١) المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٠ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٥٢٧ .

(٣) يقول الإمام الماوردى فى الأحكام السلطانية ص ٦١ : " ولا اعتبار بقول يرده الإجماع مع قول الله تعالى : (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ) يعنى فى العقل والرأى ، فلم يجوز أن يقمن على الرجال " وراجع أيضاً الحاوى الكبير ج ٢٠ ص ٢٢٠ .

رابعاً : المعقول :

استدل الجمهور كذلك على ما ذهبوا إليه بالمعقول ، فقالوا :

إن القضاء يحتاج إلى كمال فى الرأى ورجاحة فى العقل والفتنة ، والمرأة ليست كذلك لما ثبت من نقصان عقلها ودينها ، وقد أخبر بذلك الصادق المصدوق - صلوات الله وسلامه عليه - فقال : " يا معشر النساء تصدقن فإنى رأيتكن أكثر أهل النار " ، فقلن : وبم يا رسول الله ؟ قال : " تكثرن اللعن وتكفرن العشير ، ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل العاقل منكن " ، قلن : وما نقصان ديننا وعقلنا يا رسول الله ؟ قال : " أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل ؟ قلن : بلى ، قال : " فذلك من نقصان عقلها ، أليس إذا حاضت لم تصل ولم تصم قلن بلى ، قال : " فذلك من نقصان دينها " (١).

كذلك فإن المرأة ليست أهلاً للحضور فى محافل الخصوم والرجال لما أمرت به من التستر والحجاب ، كما لا تقبل شهادتها ولو كان معها ألف امرأة مثلها ، ما لم يكن معها رجل (٢) ، وقد نبه الله تعالى على ضلالتهم ونسيانهم بقوله تعالى : ﴿ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾ (٣) .

والمرأة أيضاً بطبيعتها ضعيفة الخلقة لا تستطيع أن تتحمل مشاق القضاء ، كما أن عاطفتها الجياشة تحول دون قيامها بهذه المهمة على أكمل وجه أو السير بها سيراً عادلاً .

(١) أخرجه البخارى فى الحيض ج ١/ ٣٠٤ .

(٢) المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٠ .

(٣) البقرة : ٢٨٢ .

لهذا وغيره فإنه يجب أن تمتنع المرأة من ولاية القضاء .

ثانياً : استدلال أصحاب القول الثاى :

استدل الأحناف على ما ذهبوا إليه من جواز تولية المرأة للقضاء فيما يقبل فيه شهادتها ما عدا الحدود والقصاص بالقياس :

وبيان ذلك : أنه يقبل قضاء المرأة فى كل شىء إلا فى الحدود والقصاص ، قياساً على قبول شهادتها فى كل شىء ما عدا الحدود والقصاص ، فالمرأة من أهل الشهادة فى الجملة ، وقد اعتبر الله شهادتها لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ (١) .

وعلى هذا : فما تصح فيه شهادة المرأة وتقبل يكون قضاؤها فيه صحيحاً وناقذاً كالأموال ، لأنها من أهل الشهادة فى ذلك ، وما لا تصح فيه شهادتها فإنه لا يقبل فيه قضاؤها ، كالحدود والقصاص ، لأنها ليست من أهل الشهادة فى ذلك . فأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة وجوداً وعدمياً (٢) .

وقد نوقش استدلال الأحناف بالقياس من وجهين :

الأول : إن قياس القضاء على الشهادة كما ذهب الأحناف هو فى حقيقته قياس فاسد ، لأنه قياس فى مقابلة النص ، وهو ما ورد فى أدلة الجمهور من قول رسول الله ﷺ : " لن يفلح قوم ولو أمرهم امرأة " (٣) .

(١) البقرة : ٢٨٢ .

(٢) راجع : شرح فتح القدير ج ٢ ص ١٥٣ ، وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٤ ، والمجموع ج ٢٢ ص ١٢ ، والحاوى الكبير ج ٢٠ ص ٢٢٠ ، والمغنى مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٠ .

(٣) الحديث سبق تخريجه .

الثانى : وعلى فرض صحة هذا القياس فإنه قياس مع الفارق ، وذلك لأن الشهادة من قبيل الولاية الخاصة ، أما القضاء فإنه ولاية عامة .
ثالثاً : استدلال أصحاب القول الثالث :

استدل الظاهرية على جواز تولية المرأة للقضاء ما عدا الإمامة العظمى بما يلى :

الدليل الأول : استدلوا بقاعدة أصولية مؤداها أن الأصل فى الأشياء الإباحة ما لم يرد دليل على الحظر ، وبمقتضى هذا الأصل فإنه يجوز للمرأة أن تتولى القضاء وغيره من سائر أنواع الولايات الأخرى ما عدا الولاية العامة أو الإمامة العظمى ، وذلك لأن المرأة ممنوعة من الولاية العامة بإجماع العلماء ، ولقول رسول الله ﷺ : " لئن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " (١) ، فيبقى ما عداه على الأصل فيجوز لها أن تتولى القضاء .
وقد نوقش دليل الظاهرية من قبل المخالفين ، فقالوا :

إن هذا الأصل الذى اعتمدتم عليه فى الاستدلال على مذهبكم ، وهو أن الأصل فى الأشياء الإباحة ليس محل اتفاق بين العلماء ، بل هو محل خلاف بينهم ، فقد ذهب كثير من العلماء إلى أن الأصل فى الأشياء الحظر ما لم يرد دليل على الإباحة .

وعلى فرض التسليم بهذا ، وهو أن الأصل فى الأشياء الإباحة فقد قام الدليل على منع المرأة من توليتها القضاء شأنها فى ذلك شأن الولاية العظمى ، وهو ما سبق من أدلة الجمهور على عدم جواز تولية المرأة للقضاء .

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٥٢٧ ، ٥٢٨ .

الدليل الثانی : استدلوا بقياس المرأة على الرجل في ولاية القضاء ،
بجامع أن كلاً منهما أهل لفصل الخصومات وقطع المنازعات ، فكل من
كانت لديه القدرة على فصل الخصومة وقطع المنازعات جاز له أن يتولى
القضاء ويكون قضاؤه صحيحاً وناظراً ، لا فرق في ذلك بين رجل وامرأة .

وعلى هذا فإن الأنوثة لا تعد مانعاً من الموانع التي تحول دون تولية
المرأة للقضاء وغيره من سائر الولايات ، وقد أجاز المالكية أن تكون
المرأة وصية ووكيلة ، ولم يأت نص يمنعها من أن تولى بعض الأمور (١) .

وقد نوقش هذا الاستدلال من قبل المخالفين ، فقالوا :

إن قياس المرأة على الرجل في ولاية القضاء قياس فاسد ، لأنه ورد
في مقابلة النص ، وهو النص السابق من قوله ﷺ : " لن يفلح قوم ولوا
أمرهم امرأة " .

وعلى فرض التسليم بصحة هذا القياس فإنه قياس مع الفارق ، وذلك
لأن المرأة تختلف عن الرجل من عدة وجوه :

الأول : أن الله سبحانه وتعالى فضل الرجال على النساء وجعل لهم
حق القوامة عليهن ، وهو الثابت من قول الله تعالى : ﴿ الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى
النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾ (٢) .

الثاني : أن الله تعالى جعل شهادة المرأة على النصف من شهادة
الرجل ، وهو ما ثبت بدلالة قول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ

(١) المرجع السابق نفس المرجع .

(٢) النساء : ٣٤ .

وَأَمْرَاتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ ﴿١﴾ ، وكذلك قوله ﷺ : " أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل ؟ " (٢).

الثالث : ما ثبت من نقصان عقل المرأة ودينها ، كما أخبر بذلك ﷺ فى قوله : " ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل العاقل منكن " (٣) .

فكل هذه الأوجه تؤكد الاختلاف الواضح بين الرجل والمرأة وبالتالي تضعف من قياس المرأة على الرجل ، وتجعله قياساً مع الفارق .
الدليل الثالث : كذلك استدلت الظاهرية على جواز ولاية المرأة للقضاء بالقياس على جواز صدور الفتوى منها ، والحسبة ، وولايتها فى بيت الزوجية .

وهذا القياس مركب من ثلاثة أقيسة ، وبيانها كالتالى :

القياس الأول : وهو قياس ولاية المرأة للقضاء على جواز صدور الفتوى منها .

فكما يجوز للمرأة أن تكون مفتية فإنه يجوز أن تكون قاضية ، بجامع أن كلا من الفتوى والقضاء إخبار عن الحكم الشرعى .

القياس الثانى : وهو قياس ولاية المرأة للقضاء على ولايتها فى الحسبة .

(١) البقرة : ٢٨٢ .

(٢) البخارى فى الحيض ج ١/٣٠٤ .

(٣) البخارى فى الحيض ج ١/٣٠٤ .

وقد دل على جواز تولية المرأة الحسبة ، ما روى عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه ولي امرأة من قومه تدعى الشفاء ولاية السوق (١).

وبناء على ذلك فإنه كما جاز للمرأة أن تتولى أمر الحسبة ، فإنه يجوز لها أن تتولى القضاء ، بجامع أن كلا منهما ولاية .

القياس الثالث : وهو قياس ولاية المرأة للقضاء على ولايتها فى بيت زوجها .

فإذا كانت المرأة قد جاز لها أن تكون راعية فى بيت زوجها بنص حديث رسول الله ﷺ " المرأة راعية على مال زوجها وهى مسئولة عن رعيتهما " (٢)، فإنه يجوز لها أن تتولى القضاء أيضاً بالقياس على ولايتها فى بيت زوجها بجامع أن كلا منهما ولاية (٣).

وقد نوقشت هذه الأقيسة التى استدل بها الظاهرية على جواز تولية المرأة القضاء بما يأتى :

أولاً : بالنسبة للقياس الأول : وهو قياس قضاء المرأة على فتواها ، فإنه قياس مع الفارق ، لأن القضاء إخبار عن الحكم الشرعى بطريق الإلزام أما الفتوى فإنها وإن كانت إخباراً عن الحكم الشرعى إلا أنه لا إلزام فيها (٤)، فالخصوم يلزمهم حكم القاضى وينفذ فى مواجهتهم ، بخلاف

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٥٢٧ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووى ج ١٢ - إمارة / ٢٠ .

(٣) فى هذا المعنى : المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٥٢٨ .

(٤) فى هذا المعنى : أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج ١ ص ٣٦ ، والفقاه الحنبلى

الميسر بأدلته وتطبيقاته المعاصرة للدكتور ودبة الزحيلي ج ٤ ص ٣٠٧ .

المستفتى فإنه لا تلزمه الفتوى ولا تنفذ فى حقه ، بل يكون بالخيار بين أن يعمل بها أو لا يعمل .

ثانياً : بالنسبة للقياس الثانى : وهو قياس قضاء المرأة على توليها أمر الحسبة ، فإنه قياس فاسد ، لما سبق أن بيناه من عدم ثبوت دليل حكم الأصل المقيس عليه ، وهو ما نسب إلى سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ، وهذا ما يجعل القياس فاسداً .

ثالثاً : بالنسبة للقياس الثالث : وهو قياس قضاء المرأة على ولايتها فى بيت زوجها ، فإنه قياس مع الفارق أيضاً ، لأن ولاية المرأة فى بيت زوجها تعد من قبيل الولاية الخاصة التى تتلاءم مع طبيعة المرأة وما خلقت له ، أما القضاء فإنه ولاية عامة .

رابعاً : استدلال أصحاب القول الرابع :

استدل الإمام ابن جرير الطبرى وبعض الخوارج على دعواهم جواز تولية المرأة للقضاء فى كل شئ بالقياس ، فقالوا :

فكما يجوز للمرأة أن تكون مفتية ، فإنه يجوز لها أن تتولى القضاء قياساً على الفتوى (١).

(١) راجع : نيل الأوطار ج ٨ ص ٣٠٤ ، والحاوى الكبير ج ٢٠ ص ٢٢٠ ، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٥٥٦ ، والمغنى مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٠ ، وأدب القضاء لابن أبى الدم ص ٧٠ متناً وهامشاً .

وهذا الاستدلال يرده أمران :

الأول : أن القضاء والفتوى يختلف كل منهما عن الآخر ، لأن الفتوى لا ولاية فيها بخلاف القضاء (١) ، كذلك فإن الفتوى لا إلزام فيها بخلاف القضاء ، كما سبق البيان .

الثانى : أن هذا الاستدلال يرده ما قاله الماوردى (٢) : " ولا اعتبار بقول يرده الإجماع مع قول الله تعالى : ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ ﴾ يعنى فى العقل والرأى ، فلم يجوز أن يقمن على الرجال ، وكذلك قول رسول الله ﷺ : " لن يفلح قوم ولو أمرهم امرأة " (٣) .

الترجيح :

بعد هذا العرض لأقوال الفقهاء فى مسألة ولاية المرأة للقضاء من حيث الجواز وعدمه ، وبعد استعراض الأدلة التى ساقها كل منهم لتأييد وجهة نظره ، وبعد توجيه المناقشات والطعون من قبل المخالفين إليها ، وما أمكن الإجابة عليه منها وما لم يكن ، يتضح بما لا يدع مجالاً للشك رجحان ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ، وهم جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة من القول بضرورة اشتراط الذكورة فى القاضى ، وبالتالي عدم جواز تولية المرأة للقضاء مطلقاً ، وإن تولت فلا تصح ولايتها ولا ينفذ حكمها .

(١) الحاوى الكبير ج ٢٠ ص ٢٢١ .

(٢) الأحكام السلطانية ص ٦١ ، والحاوى الكبير ج ٢٠ ص ٢٢٠ .

(٣) الحديث سبق تخريجه ص ٧٨ .

هذا وقد دعا إلى ترجيح هذا الرأى عدة مبررات نسوق بعضاً منها على النحو التالى :

أولاً : إن الأدلة التى ساقها الجمهور قد سلمت من الاعتراضات والمناقشات التى وجهت إلى بعضها من قبل المخالفين ، وذلك بعد أن أجابوا عنها بما يفيد قوة هذه الأدلة فى الدلالة على المطلوب .

ثانياً : إن الأدلة التى ساقها المخالفون لجمهور الفقهاء أدلة ضعيفة ، حيث أنه قد وجه إليها اعتراضات ومناقشات لم يستطع أصحابها أن يجيبوا عنها ، مما أفاد فى النهاية ضعفها وعدم مناهضتها لأدلة الجمهور ، وبالتالى عدم قدرتها على إقامة الحجة فى الدلالة على ما يزعمون .

ثالثاً : إن مما يرجح مذهب جمهور الفقهاء فى عدم جواز تولية المرأة للقضاء ومنعها من ذلك أن مهمة القضاء مهمة عظيمة وشاقة ، والمرأة بطبيعتها التى خلقت عليها لا تستطيع القيام بتحمل هذه المسئولية ، نظراً لضعفها ، وقلة رأبها ، وانعدام خبرتها ، وسرعة تأثرها وانخداعها ، مما يجعلها عاجزة عن أن تزن الأمور بميزان دقيق بعيداً عن السهو والغفلة والخداع .

كذلك فإن المرأة ليست من أهل القوامة ، كما أخبر الله تعالى ، وأنها ناقصة عقل ودين ، كما أخبر رسول الله ﷺ ، كما أنها ليست أهلاً لأن تختلط بالرجال ، لأن شأنها التستر والاحتجاب ، كما أن دورها الطبيعى ينحصر فى رعايتها لبيتها وعنايتها بزوجها وأولادها ، وهذا كله لا يؤهلها لتحمل مسؤولية الفصل بين الناس ، كما أنه لا يمكنها من السير بالقضاء سيراً عادلاً .

لكل هذه الأسباب وغيرها نرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم تولية المرأة للقضاء .

كانت هذه عجالة لبيان الشروط التى اشتراطها فقهاؤنا الأجلاء فى القاضى ، شاملة الشروط المتفق عليها وهى الإسلام ، والعقل ، والبلوغ ، والحرية ، والشروط المختلف فيها ، وهى سلامة الحواس ، والعدالة ، والاجتهاد ، والذكورة وغيرها من الشروط التى يجب توافرها فى القاضى عند الإمكان ، فإذا لم تجتمع هذه الشروط فى شخص واحد ، فإنه يجب فى هذه الحالة اختيار أفضل الناس وأكملهم ، على اعتبار أنه ليس فى الإمكان أفضل مما كان (١).

(١) يقول ابن تيمية : هذه الشروط تعتبر حسب الإمكان ، ويجب تولية الأمتل فالأمتل ، ثم يقول : فىولى لعدم توافر شروط العدالة أنفع الفاسقين وأقلهما شراً ، وأعدل المقلدين وأعرفهما بالتقليد . راجع الفقه الحنبلى الميسر بأدلته وتطبيقاته المعاصرة للدكتور وهبة الزحيلي ج٤ ص ٢٨٥ .

obeikandi.com

الفصل الثانى

تعيين القاضى وطرق اختياره

تمهيد :

لقد علمنا — من خلال ما سبق — أن القضاء من فروض الكفايات التى إذا قام بها بعض أفراد الأمة سقط الطلب عن الباقيين ، وإذا لم يقم بها أحد لحق الإثم بالجميع ، ومن ثم فإنه يتعين على الأمة الإسلامية أن تعين من يتولى القضاء ومهمة الفصل بين الناس ، حتى لا يترتب على عدم القيام به إلحاق الإثم بجميع أفراد الأمة .

أما فيما يتعلق بتعيين القاضى ، فقد يكون هذا التعيين عن طريق قبول القضاء ، ومعنى هذا أن الإمام أو السلطان هو الذى يطلب من الشخص أن يتولى أداء هذه المهمة . وقد يكون هذا التعيين عن طريق طلب الشخص نفسه تولى مهمة القضاء والفصل بين الناس . فهل للشخص فى الحالة الأولى أن يرفض تولى هذه المهمة تورعاً منه ، أمر أن للحاكم أن يجبره على ذلك لتحقيق مصالح المسلمين العليا ؟ وهل للشخص فى الحالة الثانية أن يطلب توليه مهمة القضاء ، أم أن ذلك يكون مكروهاً فى حقه ؟ وهل لطالب القضاء أن يبذل المال فى سبيل تحقيق هذا المنصب ، أم أن ذلك أمر غير جائز شرعاً ؟

كذلك هل يشترط فى انعقاد ولاية القضاء تحقق شروط معينة ، حتى تصح هذه الولاية ؟ وما هى الطرق الممكنة لاختيار القاضى ، حتى يكون أهلاً لتحمل هذه المسئولية العظيمة ؟

تلك هى أهم التساؤلات والاستفسارات التى سوف نجيب عليها -
 بعون الله وتوفيقه - لكى نبين الحكم الشرعى لكل حالة من هذه الحالات ،
 وذلك بحسب حال الشخص المنوط به تحقيق هذه المهمة العظيمة ، ومدى
 توافر الصلاحيات والشروط التى اشترطها الفقهاء فىمن يتولى مهمة الحكم
 بين الناس وسلطة الفصل فى خصوماتهم ، وذلك لا يتأتى لنا إلا من خلال
 ثلاثة مباحث نسوقها على النحو التالى :

المبحث الأول

تعيين القاضى عن طريق قبوله ولاية القضاء

إذا عرض الإمام أو نائبه على شخص تتوافر فيه صلاحيات القضاء وشروطه أن يتولى مهمة الحكم بين الناس والفصل بينهم ، فلا يخلوا الأمر من أنه إما أن يكون هذا الشخص منفرداً بذلك وحده ، وهو المتعين للقضاء ، فيكون قبول القضاء واجباً عليه ، وإما أن يوجد معه غيره ممن تتوافر فيه صلاحيات القضاء ، وفى هذه الحالة لا يخلو الأمر من أنه إما أن يكون غيره مساوياً له فى أهليته للقضاء ، وهنا يكون قبول القضاء مباحاً ، وإما أن يكون هو أصلح من غيره ، فيكون قبوله للقضاء مندوباً ، وإما أن يكون غيره أصلح منه ، فيكون قبول القضاء مكروهاً فى حقه ، وهناك حالة أخيرة يكون فيها قبول القضاء محرماً على الشخص ، وهى حالة ما إذا قصد الشخص من توليه القضاء فعل المحرم ، كقبول الرشوة ، أو التكيل بأعدائه والبطش بهم ، أو أنه يعلم أنه عاجز عن القيام بهذه المهمة لجهله ، أو لعدم تحريه العدل ووجه الحق فى أحكامه .

ومن هنا يتضح أن قبول القضاء تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة ، ويكون للشخص الذى تعرض عليه ولاية القضاء حالات خمس نبينها كما يلى :

الحالة الأولى : أن يكون قبول القضاء واجباً :

يكون قبول القضاء واجباً إذا انفرد الشخص بأهلية القضاء ولم يوجد معه غيره ، وحينئذ يتعين عليه قبول ولاية القضاء ، فإذا امتنع عن قبوله

كان أنماً ، وللحاكم إجباره عليه ، لأن الناس مضطرون إلى علمه ونظره ، فأشبهه من عنده طعام منعه عن المضطر (١) .

الحالة الثانية : أن يكون قبول القضاء مباحاً :

يكون قبول القضاء مباحاً إذا كان الشخص مستوفياً لشروط القضاء وصلاحياته ، ولكن لم ينفرد بذلك ، بل وجد معه غيره ، وكان مساوياً له في هذه الشروط ، فهنا يجوز لهذا الشخص أن يتولى القضاء بحكم حاله وصلاحيته ، ولكن لا يجب عليه ، لأنه لم يتعين له .

الحالة الثالثة : أن يكون قبول القضاء مندوباً :

يكون قبول القضاء مندوباً إذا وجد مع الشخص غيره ممن استوفى شروط القضاء ، ولكنه أصلح من هذا الغير في أهلية القضاء ، فهنا يكون قبول القضاء مندوباً في حق هذا الشخص ، لكونه أصلح من غيره .

الحالة الرابعة : أن يكون قبول القضاء مكروهاً :

وهي عكس الحالة السابقة ، كأن يوجد مع الشخص غيره ممن استوفى شروط القضاء وأهليته ، ولكن هذا الغير أصلح منه ، وفي هذه الحالة يكون قبول القضاء مكروهاً في حق هذا الشخص ، لكونه أصلح منه .

الحالة الخامسة : أن يكون قبول القضاء محرماً :

ويكون ذلك في حالة ما إذا كان الشخص لا تتوافر فيه شروط القضاء وصلاحياته ، أو كان ممن لا يحسنه ، أو لا يأمن من نفسه الجور في أحكامه

(١) قيل للإمام مالك - رحمه الله - أيجبر بالسجن والضرب قال : نعم . راجع جواهر الإكليل

شرح مختصر خليل ج ٢ ص ٢٢١ .

، أو يقبل الرشوة ، أو يقدم على ظلم الآخرين والنيل منهم والتكيل بهم ، إلى غير ذلك من الأمور المحرمة (١) .

ومما أود أن ألفت النظر إليه أن الفقهاء قد اتفقوا على أربع من هذه الحالات ، وهى حالة الوجوب ، وحالة النذب ، وحالة الحرمة ، وحالة الكراهة ، ولكنهم اختلفوا فى حالة منها ، وهى حالة ما إذا كان قبول القضاء فى حق الشخص مباحاً ، ويكون ذلك إذا لم ينفرد متولى القضاء ، بل وجد معه غيره وكان مساوياً له فى شروط القضاء وصلاحياته . فلهذا الشخص إذا عرض عليه القضاء أن يقبله أو يرفضه ، ولكن هل الأولى والأفضل بالنسبة لهذا الشخص أن يقبل ولاية القضاء إذا عرضت عليه ، عملاً بالأحاديث المرغبة فيه ، أم أن الأفضل له أن يمتنع عن تولى هذه المسؤولية الجسيمة ويرفضها ، عملاً بالأحاديث الواردة فى كراهته ؟

اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على رأيين نبينهما على النحو التالى :

الرأى الأول : وقد ذهب أصحاب هذا الرأى إلى أنه إذا كان القضاء مباحاً ، فإنه من الأفضل أن يتولى المرء القضاء ويقبله إذا عرض عليه أو طلب منه . وممن قال بذلك بعض علماء الأحناف والمالكية والحنابلة فى إحدى الروايتين (٢) .

(١) راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣ وما بعدها ، وجواهر الإكليل ج ٢ ص ٢٢١ ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٣٠ ، والمجموع شرح المهذب ج ٢٢ ص ٦ ، والمغنى مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٧٥ ، وكتاب أدب القضاء لابن أبى الدم ص ٨٢ وما بعدها .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤ ، وحاشية الدسوقى فى ج ٤ ص ١٣١ وما بعدها ، والمغنى مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٧٥ .

وقد استدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه بالسنة وفعل السلف
والمعقول :

أولاً : السنة :

استدلوا بالأحاديث الكثيرة والآثار المتعددة الدالة على الترغيب فى
القضاء ، والتي تفيد ما ينتظر المشتغلين به من الثواب العظيم والأجر العميم
إذا هم أصابوا وجه الحق ، وتحروا العدل والإنصاف فيما يقضون به بين
الناس ، ومن ذلك :

١- ما روى عن عبد الله بن عمرو - رضى الله تعالى عنهما - قال :
قال : رسول الله ﷺ : " إن المقسطين عند الله على منابر من نور عن
يمين الرحمن - وكلتا يديه يمين - الذين يعدلون فى حكمهم وأهليهم
وما ولوا " (١) .

٢- ما روى عن أبى هريرة - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : " سبعة يظلمهم
الله فى ظله يوم لا ظل إلا ظله " ، ومنهم : إمام عادل (٢) .

(١) صحيح مسلم ج ٣ إمارة / ١٨ ، وأحمد ج ٢ ص ١٥٩ ، والسنن الكبرى للبيهقى ج ١٠
ص ٨٧ ، ٨٨ .

(٢) وبقية الحديث كما فى صحيح البخارى ومسلم " إمام عادل ، وشاب نشأ فى عبادة الله
، ورجل قلبه معلق بالمساجد ، ورجلان تحابا فى الله اجتمعا عليه وتفرقا عليه ،
ورجل دعتة امرأة ذات منصب وجمال فقال : إني أخاف الله ، ورجل تصدق فأخفى
حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه ، ورجل ذكر الله خالياً ففاضت عيناه " . راجع
صحيح البخارى بحاشية السندى ج ١ ص ١٧٠ ، وصحيح مسلم بشرح النووى ج ٧
ص ١٢٠ ، والسنن الكبرى للبيهقى ج ١٠ ص ٨٧ .

٣- ما روى عن عمرو بن العاص - ؓ - أن النبي ﷺ قال : " إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران ، وإن أخطأ فله أجر واحد " (١).

٤- ما روى عن بريدة أن النبي ﷺ قال : " القضاة ثلاثة : قاضيان فى النار ، وقاض فى الجنة ، قاض عرف الحق فلقى به فهو فى الجنة ، وقاض عرف الحق فلم يقض به فهو فى النار ، وقاض لم يعرف الحق فلقى للناس على جهل فهو فى النار " (٢) .

٥- ما روى أن رسول الله ﷺ قال : ليوم واحد من إمام عادل أفضل أو خير من عبادة ستين سنة ، وحد يقام فى أرض بحقه أزكى من مطر أربعين خريفاً " (٣) .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث : أنها تفيد فى صراحة ووضوح مدى الترغيب والإقبال على قبول ولاية القضاء ، لأن الله تعالى أعد للقائمين عليه أجراً عظيماً وثواباً عميماً إذا هم تحروا العدل فى أحكامهم ، وعرفوا الحق فققضوا به ، وأنصفوا المظلوم من عنت الظالم ، وساووا بين الخصوم ، وأقاموا العدل بينهم ، مهما تفاوتت مكانتهم الاجتماعية والدينية والبيئية .

(١) صحيح البخارى بحاشية السندي ج٤ ص ١٨١ ، وصحيح مسلم بشرح النووي ج١٢/١٧١٦ ، والترمذى ج٣ ص ٦١٥ ، وأبو داود ج٣ ص ٣٠٠ ، وابن ماجه ج٣ ص ٧٧٦ .

(٢) أبو داود ج٣/٣٥٧٣ ، وابن ماجه ج٢/٢٣١٥ ، والترمذى ج٣ ص ٦١٣ ، والبيهقى ج١٠ ص ١١٦ .

(٣) نصب الراية ج٤ ص ٦٧ .

ثانياً : فعل السلف :

كذلك استدل أصحاب هذا رأى بما فعله الأنبياء والمرسلون ، وكذلك الخلفاء الراشدون الذين مارسوا القضاء ، وتولوا الحكم بين الناس على هدى وبصيرة ، فينبغى التأسى بهم فى تولى القضاء لأن لنا فيهم أسوة وقدوة .

كذلك فإن القضاء بالحق إذا أريد به وجه الله تعالى فإنه يكون عبادة خالصة ، بل هو من أفضل العبادات (١) ، فقد روى عن عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال : " هل تدرون من السابقون إلى ظل الله يوم القيامة ؟ " قالوا : الله ورسوله أعلم ، قال : " الذين إذا أعطوا الحق قبلوه ، وإذا سئلوه بذلوه ، وإذا حكموا للمسلمين حكموا كحكمهم لأنفسهم " (٢) .

ثالثاً : المعقول :

استدل أصحاب هذا رأى على ما ذهبوا إليه بالمعقول ، فقالوا : إن فى نـم القضاء وعدم توليه ذريعة إلى تعطيل الأحكام ، وفى تعطيلها فساد للعباد والبلاد ، والله لا يحب الفساد (٣) .

فأمر الناس لا يستقيم بدون القضاء ، فلا بد من حاكم ، أتذهب حقوق الناس ؟ وإذا قلنا بعدم استحباب تولى القضاء فلم يقم به أحد ، فمن يقوم على نصرة المظلوم وأداء الحق إلى مستحقه ؟ ومن يتولى رد الظالم عن ظلمه ؟ ومن يعمل على إصلاح ما بين الناس وتخليص بعضهم من بعض ؟ (٤)

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤ .

(٢) تلخيص الحبير - كتاب القضاء - ج ٤ ص ١٨١ .

(٣) أدب القاضى لابن القاص ج ١ ص ٩٣ .

(٤) فى هذا المعنى المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٧٣ .

فإذا كان الأمر كما يدعيه دعاة التشديد والترغيب عن القضاء ، فإن ذلك سيحيل المجتمع إلى فوضى ، ويؤدى إلى نشر الظلم والفساد فى الأرض ، لأن طباع البشر مجبولة على التظالم ومنع الحقوق ، وقل من ينصف من نفسه ، ومن ثم فقد دعت الحاجة إلى تولية القضاء .

الرأى الثانى : وقد ذهب أصحاب هذا الرأى إلى كراهة تولي القضاء ، وأن الأولى للمرء أن يمتنع عن قبوله لما فيه من الخطر وفى تركه من السلامة . وممن ذهب إلى هذا الشافعية (١) والحنابلة فى الرواية الثانية عنهم (٢) .

وقد استدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه بالسنة وامتناع السلف :
أولاً : السنة :

هناك آثار كثيرة تدل فى جملتها على استحباب عدم الدخول فى القضاء وكراهة توليه ، ومن ذلك ما يلى :

١- ما روى عن أبى هريرة - رضي الله عنه - قال : قال : رسول الله ﷺ : " من جعل قاضياً بين الناس فقد ذبح بغير سكين " (٣) .

وجه الدلالة من هذا الحديث : أنه يفيد عظم الخطر على من يتولى القضاء بين الناس ، لأن مصيره بين أمرين : فهو إما معرض لعذاب الدنيا

(١) المجموع ج ٢٢ ص ٨ وما بعدها ، ومعنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٣ .

(٢) المعنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٧٥ .

(٣) أحمد ج ٢ ص ٢٣٩ ، وأبو داود ج ٣/٣٥٧٢ ، والترمذى ج ٣/١٣٢٥ ، ابن ماجة ج ٢/٢٣٠٨ ، والبيهقى ج ١٠ ص ٩٦ .

أو لعذاب الآخرة ، فيصيبه عذاب الدنيا إن رشد وعذاب الآخرة إن فسد^(١) ، لأنه إن أصاب الحق فقد أتعب نفسه فى الدنيا لإرادته الوقوف على الحق وطلبه ، واستنصاء ما تجب عليه رعايته فى النظر فى الحكم ، والموقف مع الخصمين والتسوية بينهما بالعدل والقسط ، وإن أخطأ فى ذلك لزمه عذاب الآخرة^(٢) ، فدل هذا على التحذير من تولى القضاء والدخول فيه .

٢- ما روى عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أن النبى ﷺ قال : " ما من حاكم يحكم بين الناس إلا حبس يوم القيامة وملك أخذ بقفاه حتى يقفه على جهنم ، ثم يرفع رأسه إلى الله عز وجل ، فإن قال : ألقه ، ألقاه فى مهوى فهوى أربعين خريفاً " ^(٣) .

وجه الدلالة من هذا الحديث : أن فيه تحذيراً شديداً من قبول ولاية القضاء ، لأن كل عاقل يعلم أن من تسلق للقضاء وهو جاهل بأحكام الشريعة المطهرة جهلاً بسيطاً أو جهلاً مركباً ، أو كان قاصراً عن رتبة الاجتهاد ، فلا حامل له على ذلك إلا حب المال والشرف أو أحدهما ، إذ لا يصح أن يكون الحامل من قبيل الدين ، لأن الله لم يوجب على من لم يتمكن من الحكم بما أنزل الله من الحق أن يتحمل هذا العبء الثقيل قبل تحصيل شرطه الذى يحرم قبوله قبل حصوله .

ومن هذا يتبين أن الحامل للمقصرين على التهافت على القضاء والتوثب على أحكام الله بدون ما شرطه ليس إلا الدنيا لا الدين .

(١) نيل الأوطار للشوكانى ج ٨ ص ٣٠٠ .

(٢) سبل السلام للصنعانى ج ٤ ص ١٥٣ .

(٣) أحمد ج ١ ص ٤٣٠ ، وابن ماجه ج ٢/٢٣١١ .

فاياك والاعتزاز بأقوال قوم يقولون بألسنتهم ما ليس فى قلوبهم ، فإذا لبسوا لك أثواب الرياء والتصنع ، وأظهروا شعار التغرير والتدليس والتليبس ، وقالوا : ما لهم بغير الحق حاجة ولا أرادوا إلا تحصيل الثواب الأخرى ، فقل لهم : دعوا الكذب على أنفسكم يا قضاة النار بنص المختار ، فلو كنتم تخشون الله وتتقونه حق تقاته ، لما أقدمتم على المخاطرة بادئ ذى بدء بدون إيجاب من الله ، ولا إكراه من سلطان ، ولا حاجة من المسلمين (١).

٣- ما روى عن عائشة - رضى الله عنها - قالت : سمعت رسول الله ﷺ يقول : " لتأتين على القاضى العدل يوم القيامة ساعة يتمنى أنه لم يقض بين اثنين فى ثمرة قط " (٢) .

وجه الدلالة : أنه يدل على التحذير الشديد من تولى القضاء ، لما يلاقيه القضاة من الأهوال وشدة الحساب يوم القيامة ، حتى أن الواحد منهم يتمنى من شدة الحساب فى يوم الفزع الأكبر أنه لم يقض بين اثنين ، ولو كان هذا القضاء بشأن ثمرة ، وهذا يدل على أن المرء يجب أن ينأى بنفسه عن تولى هذه المهمة الشاقة ، خوفاً من أن يظلم ، فيأتى إلى الله عز وجل يحمل أوزاره كاملة وحقوق الناس المعلقة برقبته .

(١) راجع فى هذا : نيل الأوطار ج ١١ ص ٣٠٢ .

(٢) أحمد ج ٦ ص ٧٥ ، وانظر : تلخيص الحبير - كتاب القضاء - ج ٤ ص ١٨٤ ،

ونصب الرأية - كتاب القاضى - ج ٤ ص ٦٥ ، ومشكاة المصابيح - باب العمل

بالقضاء والخوف منه - ج ٢/١١٠٤ ، ومجمع الزوائد - كتاب الأحكام - ج ٤

ص ١٩٢ .

ثانياً : امتناع السلف عن قبول ولاية القضاء :

استدل أيضاً أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه بامتناع السلف الصالح - رضوان الله عليهم - عن قبول ولاية القضاء ، مما جعلهم يتعرضون للعذاب الأليم والتكيل بهم ، ومن هؤلاء : ابن عمر ، والشافعى ، وأبو حنيفة ، وشريك أو غيرهم كثير .

ومما يؤيد ذلك امتناع ابن عمر لما سأله عثمان القضاء ، فقال لابن عمر : إذهب فاقض بين الناس ، قال ابن عمر : أو تعافيني يا أمير المؤمنين ! قال : فما تكره من ذلك وقد كان أبوك يقضى ؟ قال : إني سمعت رسول الله ﷺ يقول : " من كان قاضياً فقصى بالعدل فبالحرى أن ينقلب منه كفافاً " (١) .

كذلك امتنع منه الشافعى حين دعاه المأمون ليوليه القضاء فى الشوق والغرب فأبى ، ودعا بالمزنى فى مرض موته ونهاه عن تولي القضاء ، وأظهر له كتاب المأمون وقال : إني لم أظهره لأحد غيرك .

وامتنع عنه كذلك الإمام أبو حنيفة ، فقد طلب منه الخليفة المنصور أن يتولى القضاء فأبى ، فحلف المنصور ليفعلن ، وحلف أبو حنيفة أنه لا يفعل ، فقال له الربيع (حاجب المنصور ووزيره) يحلف أمير المؤمنين وتحلف أنت ؟ ! فقال : أمير المؤمنين أقدر على كفارة يمينه منى ، فحبسه المنصور أياماً ، ثم أحضره ، فقال له أبو حنيفة ، يا أمير المؤمنين : أنا لا

(١) أخرجه الترمذى فى الأحكام ج ٣/ ١٣٢٢ .

أصلح للقضاء ، فإن كنت صادقاً فلا أصلح ، وإن كنت كاذباً فلا أصلح للكذب ، فرده إلى الحبس وضربه بالسياط فلم يل ، فأطلقه (١).

وهذا يدل على أن ولاية القضاء لو كانت من الأمور المحمودة لما امتنع عنها السلف الصالح .

تفنيد حجج الماتعين :

يناقش ما استدل به أصحاب الرأى الثانى الذين قالوا بوجوب الامتناع عن تولى القضاء بما يأتى :

أولاً : إن الحديث الذى رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - وهو قوله ﷺ : " من جعل قاضياً بين الناس فقد ذبح بغير سكين " قد ثبت أنه معل ، فقد أعله ابن الجوزى ، فقال : هذا حديث لا يصح ، وما ورد فى تقوية الحافظ ابن حجر : له بقوله : وكفاه قوة تخريج النسائى له مردود بما ذكره المنذرى ، حيث قال : وفى إسناده عثمان بن محمد الأخنس ، وقال النسائى فيه : ليس بثقة . وعليه فلا تتم التقوية بتخريج النسائى للحديث كما زعم الحافظ (٢).

وعلى فرض التسليم بصحة سند هذا الحديث ، فإنه لا يدل على أن ترك ولاية القضاء هو الأفضل ، فقد روى عن أبى العباس أحمد بن القاص أنه قال : ليس فى الحديث عندى كراهة القضاء وذمه ، إذ الذبح بغير سكين معناه : مجاهدة النفس وترك الهوى ، والله تعالى يقول : ﴿ وَالَّذِينَ جَاهَلُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا ﴾ (٣) .

(١) راجع المجموع ج ٢٢ ص ٩٠٨ ، وكتاب أدب القضاء لابن أبى الدم ص ٦٢ وما بعده .

(٢) راجع نيل الأوطار ج ٨ ص ٢٩٩ .

(٣) العنكبوت : ٦٩ .

ومما يدل على هذا المعنى ما روى عن أبى هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : يا أبا هريرة عليك بطريق قوم إذا فزع الناس أمنوا ، قلت : من هم يا رسول الله ؟ قال : " هم قوم تركوا الدنيا فلم يكن فى قلوبهم ما يشغلهم عن الله ، قد أجهدوا أبدانهم وذبحوا أنفسهم فى طلب رضا الله " (١) .

وعلى فرض أننا لا نسلم بهذا المعنى الوارد فى الحديث ، فإنه يمكن حمل الحديث على القاضى الجائر فى حكمه ، أو القاضى الذى قضى للناس على جهل ، وبهذا يمكن الجمع بين هذا الحديث وغيره من الأحاديث التى استدل بها أصحاب المذهب الأول المرغبة فى تولى القضاء .

ثانياً : الحديث الذى رواه ابن مسعود - رضي الله عنه - وهو " ما من حاكم يحكم بين الناس إلا حبس يوم القيامة وملك أخذه ببقاه حتى يقفه على جهنم ، ثم يرفع رأسه إلى الله عز وجل ، فإن قال : ألقه ، ألقاه فى مهوى فهوى أربعين خريفاً " هذا الحديث قد ورد فى إسناده مجاهد بن سعيد ، وقد ضعفه جماعة من علماء الحديث (٢) .

وعلى فرض التسليم بصحة سنده ، فإنه يمكن حمله على القاضى الجائر فى حكمه ، أو الذى يحكم بين الناس على جهل ، وبهذا يمكن أيضاً الجمع بين هذا الحديث وغيره من الأحاديث المرغبة فى تولى القضاء .

ثالثاً : الحديث الذى روته السيدة عائشة - رضى الله عنها - وهو قوله ﷺ : " لتأتين على القاضى العدل يوم القيامة ساعة يتمنى أنه لم يقض

(١) راجع أدب القاضى لأبى العباس أحمد المعروف بابن القاص ج ١ ص ٧٩ وما بعدها ، ونيل الأوطار للشوكانى ج ٨ ص ٣٠٠ ، ٣٠١ .

(٢) أدب القاضى لابن القاص ج ١ ص ٧٨ هامش (١) ، ونيل الأوطار ج ٨ ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ .

بين اثنين فى تمرّة " يناقش بأن سنده منقطع ، فقد قال البيهقى : عمران بن حطان الراوى عن عائشة لا يتابع عليه ولم يثبت سماعه منها (١).

وعلى فرض صحة سند هذا الحديث فإن منته لا يصح ، لأنه يدل على أن القاضى العدل يلقى أهوالاً وشدائد يوم القيامة ، فإذا كان هذا فى القاضى العدل فكيف بقضاة الجور والجهالة ؟

وهل القاضى الذى تولى الفصل فى الخصومات ، وقضى بين الناس بالقسط ، وأعطى كل ذى حق حقه يستحق ذلك العقاب ؟ وهل هو إلا منفذ لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ ﴾ (١) ، ولقوله : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ (٢) ؟ اللهم إن هذا الحديث لو صح سنده فإن منته لا يصح لذلك (٤).

رابعاً : أما استدلالهم بامتناع السلف الصالح عن قبول ولاية القضاء ، فإنه يجاب عليه بأنه محمول على مبالغتهم فى حفظ أنفسهم ، وسلوكهم لطريق السلامة ، لأنهم خافوا من الاشتغال به أن تقل أورادهم ووظائفهم من العبادات وتحصيل العلوم .

وقد يكون امتناعهم هذا بسبب العلم بالعجز عن القيام به ، لأنهم رأوا من أنفسهم ضعفاً أو فتوراً (٥).

(١) نيل الأوطار ج ٨ ص ٣٠٠ .

(٢) النساء : ١٣٥ .

(٣) النساء : ٥٨ .

(٤) راجع فى هذا المعنى : سبل السلام للصنعانى ج؛ ص ١٦١ هامش (١) .

(٥) راجع فى هذا المعنى : أدب القاضى لابن أبى الدم ص ٦٢ ، ٦٣ .

الرأى الراجح :

بعد هذا العرض لأراء العلماء فى هذه المسألة يتضح لنا أن الرأى الذى نميل إليه هو الرأى الأول ، القائل بأفضلية قبول ولاية القضاء فى حالة الإباحة ، ولا سيما ذا كان الذى عرض عليه القضاء لديه من الصلاحيات ما يؤهله لقبول هذه الولاية .

ولعله من المفيد أن نذكر سبب ترجيحنا لهذا الرأى ، وهذا يتلخص فى الآتى :

أولاً : قوة أدلة أصحاب الرأى الأول ، وذلك لسلامتها من أى اعتراض يتوجه إليها ، ولخلوها من جميع وجوه الضعف ، ويكفى هذا الرأى دليلاً أن رسول الله ﷺ تقلد القضاء ، وتلقده من بعده الخلفاء الراشدون ، سادات الإسلام ، ووليه من بعدهم أئمة المسلمين من أكابر التابعين وتابعيهم ، فدخولهم فيه أكبر دليل على علو قدره ، ووفور أجره ، فإن من بعدهم تبع لهم .

ثانياً : ضعف أدلة المانعين التى وردت فى كراهية قبول ولاية القضاء حيث أورد أصحاب الرأى الأول كثيراً من الوجوه التى تبطلها ، أو على الأقل تضعفها ، فلا تجعلها صالحة للاستدلال ، وفى هذا يقول ابن القاص (١) : وقد كره القضاء قوم وهجروا القضاء متشبثين بأخبار توهموا لضعف رويتهم أنها مأثورة فى كراهية القضاء ، فلو أنهم جعلوها فى

(١) أدب القاضى ج ١ ص ٧٥ ، ٧٦ .

القاسطين (١) دون المقسطين (٢) لعذرناهم ، ولكنهم غلوا فيها فعموا بها
قضاة الدين ، وهى عندنا إلى الترغيب فى القضاء أقرب منه إلى الرغبة
عنه .

ثالثاً : إنه بالأخذ بالرأى الأول يمكن الجمع بين الأحاديث المرغبة فى
القضاء ، والأحاديث المرهبة منه ، فأحاديث الترغيب تحمل على القاضى
العادل الذى لم يسأل القضاء ، ولا استعان عليه بالشفاء ، وكان لديه من العلم
بكتاب الله وسنة رسوله ﷺ ما يعرف به الحق من الباطل . وأما أحاديث
الترهيب ، فتحمل على من كان بعكس هذه الأوصاف ، وهو القاضى الجائر
أو الجاهل ، فهذا قد أوقع نفسه فى مضيق وباع آخرته بنفياه (٣) ، وهذا لا
خلاف فى حرمة قبوله لهذه الولاية .

(١) القاسطين : جمع قاسط ، وهو الجائر ، قال تعالى : (وَأَمَّا الْقَاسِطُونَ فَكَانُوا لِجَهَنَّمَ
حَطْبًا) سورة الجن : آية ١٥ . انظر شرح السنة للبغوى ج ١٠ ص ٦٣ ، والصحاح
— باب الطاء ، فصل القاف — ج ٣/١١٥٣ .

(٢) المقسطين : جمع مقسط ، وهو العادل ، قال تعالى : (إِنَّ اللَّهَ يُجِيبُ الْمُقْسِطِينَ)
سورة المائدة : آية ٤٢ . انظر شرح السنة للبغوى ج ١٠ ص ٦٣ ، والصحاح —
باب الطاء ، فصل القاف — ج ٣/١١٥٢ .

(٣) راجع فى هذا المعنى : نيل الأوطار ج ٨ ص ٣٠٢ .

المبحث الثانى

تعيين القاضى عن طريق طلب ولاية القضاء

تمهيد :

إذا كنا قد تحدثنا فى المبحث السابق عن حكم قبول ولاية القضاء إذا عرضها الإمام أو نائبه على شخص تتوافر فيه أهلية القضاء وشروطه ، فإننا فى هذا المبحث سوف نتناول - بمشيئة الله تعالى - الحكم الشرعى لطلب هذه الولاية ، فإذا كان الشخص الذى توافرت فيه شروط القضاء وكان أهلاً لتوليها ، ولم يطلب منه السلطان أو الحاكم أن يتولى هذه المهمة ، فهل يجوز شرعاً لهذا الشخص أن يطلب ولاية القضاء ، أو أن يسعى فى طلبها بكل الوسائل والطرق ؟

للإجابة عن هذا السؤال ، فإنه يجب أن نفرق بين حالتين :

الأولى : أن يكون طلب القضاء مجرداً عن بذل المال أو السعى إليه عن طريق شفاء أو وسطاء .

الثانية : أن يكون طلب القضاء عن طريق بذل المال أو السعى إليه عن طريق شفاء أو وسطاء ، ولكل حالة من هاتين الحالتين حكمها الشرعى ، وهو ما سوف نتناوله بالبحث والدراسة فى مطلبين ، وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول : طلب القضاء مجرداً عن بذل المال والوسطاء .

المطلب الثانى : طلب القضاء عن طريق بذل المال أو الوسطاء .

المطلب الأول

· طلب القضاء مجرداً عن بذل المال والوسطاء

إذا كان طلب القضاء مجرداً عن بذل المال أو السعى إليه عن طريق شفاعة أو وسطاء ، فإن حكمه يكون كحكم القبول الذى سبق الكلام عنه فى المبحث السابق .

وعلى هذا فيكون طلب القضاء واجباً :

إذا تعين الشخص للقضاء وانفرد به ولم يصلح له غيره ، وهنا فى هذه الحالة يجب عليه أن يطلبه إن لم يعرض عليه الإمام ، وذلك للحاجة إلى القضاء ، فإن امتنع عن توليه عصى ، ولالإمام إجباره ، لأن الناس فى حاجة إلى علمه ، فأشبهه صاحب الطعام إذا منعه المضطر (١).

وقد يكون طلب القضاء مندوباً : إذا وجد مع الشخص غيره ممن استوفى شروط القضاء ، ولكنه أصلح من غيره .

وقد يكون طلب القضاء مكروهاً : إذا وجد مع الشخص غيره ممن استوفى شروط القضاء ، ولكن غيره أصلح منه ، فيكون الطلب مكروهاً .

وقد يكون طلب القضاء محرماً : إذا كان طالبه لا تتوافر فيه شروط القضاء ولم يكن أهلاً له ، أو كان الغرض من توليه ظلم الآخرين ، أو التكيل بأعدائه والنيل منهم ، أو لأخذ الرشوة ، وغير ذلك من الأمور المحرمة .

(١) معنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٢ ، ٣٧٣ ، والبدائع ج ٧ ص ٢-٥ ، وأسهل المدارك ج ٣

ص ١٨٤ ، ١٩٥ ، والمجموع ج ٢٢ ص ٨ .

وقد يكون طلب القضاء مباحاً : إذا كان طالبه مستوفياً لشروط القضاء وأهليته ، ولكنه لم يفرد بذلك بل وجد معه غيره ، وكان مساوياً له فى هذه الشروط والصلاحيات .

وقد اتفق الفقهاء على أربع من هذه الحالات ، وهى : الوجوب والندب، والكراهة ، والتحریم ، ولكنهم اختلفوا فى حالة الإباحة ، فهل يجوز فى حالة ما إذا كان القضاء مباحاً فى حق الشخص أن يطلبه ، أو أن الأولى له ألا يطلبه ؟

اختلف الفقهاء فى هذه الحالة كاختلافهم فى حالة قبول القضاء ، وما حجناه هناك رجحناه هنا ، وهو أن الأولى له أن يطلب القضاء ، طالما أن طلبه مباح فى حقه ، ولا سيما إذا كان يقصد بطلبه حفظ الحقوق ورفع الظلم ، وإقامة الحق والعدل بين الناس (١).

غير أن هناك من الفقهاء (٢) من يذهب إلى كراهة طلب القضاء والسعى فى تحصيله والحرص عليه ، وقد استدلوا على ذلك بما روى عن أنس - ؓ - قال : قال رسول الله ﷺ : " من سأل القضاء وكل إلى نفسه ، ومن أجبر عليه نزل إليه ملك يسدده " (٣) ، وبما روى عن عبد الحمين بن سمرة قال : قال رسول الله ﷺ : " يا عبد الرحمن بن سمرة لا

(١) راجع فى هذا المعنى : بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣ ، ٤ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٣٠ ، ١٣١ ، والمجموع ج ٢٢ ص ٨ ، والمغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٧٥ ، ٣٧٦ .

(٢) المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٧٥ ، ٣٧٦ .

(٣) أحمد ج ٣ ص ٢٢٠ ، وأبو داود ج ٣/٣٥٧٨ ، والترمذى ج ٣/١٣٢٢ ، وابن ماجه ج ١/٢٣٠٩ ، البيهقى ج ١٠ ص ١٠٠ .

تسأل الإمارة ، فإنك إن أعطيتها عن غير مسألة أعنت عليها ، وإن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها " (١) .

وجه الدلالة : أن هاتين الروايتين تدلان على النهى عن طلب ولاية القضاء ، وبهذا فإن طلبها يكون غير مباح .

ويجاب عن هذين الحديثين : بأنه يمكن حملهما على غير المتعين للقضاء ، أو الذى يطلب الإمارة أو القضاء لهدف أو غرض غير مشروع ، وقد سأل يوسف عليه السلام الإمارة فيما حكاه عنه القرآن فى قوله تعالى : ﴿ قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَقِيقٌ عَلَيْهِمْ ﴾ (٢) ، وقال سليمان عليه السلام فيما حكاه القرآن : ﴿ رَبِّ اغْفِرْ لِي وَهَبْ لِي مَلَكًا لَا يُنْبِغِي لِأَخِي مِنْ بَعْدِي ﴾ (٣) .

وبهذا يترجح القول بنفى الكراهة لمن طلب القضاء ، وكان مستوفياً للشروط وأمن على نفسه ، وذلك لأن إقامة العدل ومنع الظلم والفصل بين الناس من الواجبات الشرعية التى قام بها الأنبياء والمرسلون ، وهى من المناصب الجليلة التى يحبها الله سبحانه وتعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ (٤) .

فالقيام بالواجب الشرعى فيه ثواب وأجر ، وليس فيه كراهة وإثم ، كما يدعيه البعض (٥) .

(١) البخارى ج ١٣/٧١٤٧ ، ومسلم ج ١٢ - إمارة/١٣ ، وأحمد ج ٥ ص ٦٢ ، والبيهقى ج ١٠ ص ١٠٠ .

(٢) يوسف : ٥٥ .

(٣) سورة ص : ٣٥ .

(٤) المائدة : ٤٢ .

(٥) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٣٧ ، وأدب القضاء للماوردى ج ١ ص ١٥٠ ، وتبصرة الحكام ج ١ ص ١٥٠ .

المطلب الثانى

طلب القضاء عن طريق بذل المال أو الوسطاء

تمهيد :

كان القضاء فى الإسلام يمثل صفحة مشرقة من صفحات التاريخ الإسلامى اللامع ، وكان القضاء مضرب المثل ومحط الأنظار فى المساواة بين الخصوم ، وإقامة العدل بينهم ، مهما تفاوتت مكانتهم الاجتماعيه والدينيه ، وكانت عدالتهم ونزاهتهم سبباً مباشراً لكثير من الناس فى اعتناق الإسلام والانضواء تحت لوائه (١).

ولكن هذه المكانة العظيمة التى احتلها القضاء ، والدور الفعال الذى يقومون به ، لم يعد اليوم كما كان فى الماضى ، والسبب فى ذلك ، أن قطاعاً كبيراً من الشباب تسلق إلى منصب القضاء دون أن تتوافر فيه شروطه ، أو تجتمع فيه صلاحياته ، فتولاه الباذلون لأموالهم ، والساعون إليه عن طريق شفعاء أو وسطاء ، فسادت الرشوة فى كل مكان ، وانتشر شراء الوظائف فى غالب الأحوال ، وهذا ما جعل الحال غير الحال ، فطمع فى القضاء أهل الأهواء ، وتنافس عليه السوق ، ووصل إلى منصبه الجائرون والجهلة .. فأساءوا إليه ، وشوهوا أغراضه ، وكانوا وصمة عار فى جبين التاريخ .

(١) فقد تحاكم على بن أبى طالب - ﷺ - ويهودى إلى قاضى المسلمين فى الكوفة شريح على ردة سقط من على فأخذه اليهودى وأكره ، فحكم به شريح لليهودى لما لم توجد البينة عند على ، فأسلم اليهودى لما رأى العدل كما قيل عنه : انظر السنن الكبرى للبيهقى ج ١٠ ص ١٣٦ .

وفى هذا المطلب سنتناول حكم طلب القضاء لمن توافرت فيه شروطه وصلاحياته التى تؤهله لذلك ، فهل يحق لمن توافرت فيه شروط القضاء أن يطلبه عن طريق بذل المال ، أو أن يحصل عليه عن طريق اتخاذ الوسيط أو الشفعاء ؟

اختلف الفقهاء فى هذا على رأيين :

الرأى الأول : ويرى أصحاب هذا الرأى أنه يحرم مطلقاً بذل المال أو اتخاذ الشفعاء لتولى القضاء وممن ذهب إلى ذلك الأحناف (١) والحنابلة (٢).

الرأى الثانى : ويذهب أصحاب هذا الرأى إلى التفصيل . فقالوا : إذا كان طالب القضاء متعيناً له ، أو كان يخشى ضاع حق أو وقوع فتنة ، فإنه يجوز له بذل المال أو اتخاذ الشفعاء لتولى القضاء . أما إذا كان طالب القضاء غير متعين له ، كان وجد غيره ممن يصلح لأداء هذه المهمة ، فإنه يحرم عليه بذل المال ، أو اتخاذ الشفعاء لتولى القضاء . وهو رأى المالكية (٣) وجمهور الشافعية (٤) .

(١) فقد جاء فى شرح فتح القدير ج٧ ص ٢٦٠ : " الرشوة على تقليد القضاء والإمارة حرام على الأخذ والمعطى ؛ والذى قلد بواسطة الشفعاء كالذى قلد احتساباً فى أنه ينفذ قضاؤه وإن كان لا يحل له طلب الولاية بالشفعاء " .

(٢) المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٧٥ .

(٣) وقد نص المالكية على ذلك فقد جاء فى الشرح الكبير ج ٤ ص ١٣٠ ، ١٣١ : " ولزم المتعين المنفرد بشروط القضاء أو الخائف فتنة أو ضياع حق إن لم يتول القبول والطلب ، ولا يضره بذل المال فى طلبه حينئذ ، لأنه لأمر متعين عليه " .

(٤) وقد نص جمهور الشافعية على ذلك . فقالوا فى طلب القضاء : " يستحب له طلبه حتى يجوز له أن يبذل فى مقابلته عوضاً " راجع نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٣٦ ، والأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٤ ، وأدب القضاء لابن أبى الدم ٨٥ .

الأدلة :

أولاً : أدلة أصحاب المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه من حرمة بذل المال أو اتخاذ شفعاء لتولى القضاء بالسنة ، ومن ذلك :

١- ما روى عن عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله ﷺ : " لعنة الله على الراشى والمرتشى " (١) وفى رواية أخرى عن أبى هريرة - رضى الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : " لعنة الله على الراشى والمرتشى فى الحكم " (٢).

وجه الدلالة : أن هذا الحديث يدل بعمومه على تحريم الرشوة ، وهى الوسيلة الأساسية فى دفع المال بغية الحصول على تولى القضاء أو غيره ، كما يدل الحديث على أن التحريم عام بالنسبة لمن أعطى أو أخذ ، فدل هذا على حرمة بذل المال لتولى القضاء دون تفرقة بين من كان متعينا للقضاء أو غيره .

٢- ما روى عن أنس أن رسول الله ﷺ قال : " من طلب القضاء واستعان عليه بالشفعاء وكل إليه ، ومن لم يطلبه ولم يستعين عليه أنزل الله ملكاً يسدده " (٣) .

(١) أحمد ج ٢ ص ١٦٤ ، والترمذى ج ٣/١٣٣٧ ، وأبو داود ج ٣/٣٥٨٠ ، وابن ماجه ج ٢/٢٣١٢ ، والسنن الكبرى ج ١٠ ص ١٣٩ .

(٢) أحمد ج ٢ ص ٣٨٨ ، والترمذى ج ٣/١٣٣٦ .

(٣) أحمد ج ٣ ص ٢٢٠ ، وأبو داود ج ٣/٣٥٧٨ ، والترمذى ج ٣/١٣٢٣ .

وجه الدلالة : أن هذا الحديث يدل على النهى عن طلب القضاء ، لأن ولاية القضاء تقيد قوة بعد ضعف وقدرة بعد عجز تتخذها النفس المجبولة على الشر وسيلة للانتقام من العدو ، والنظر للصديق ، وتتبع الأغراض الفاسدة (١) ، فدل هذا على حرمة طلب القضاء عن طريق الشفعاء دون تفرقة بين من تعين للقضاء أو غيره .

ثانياً : أدلة أصحاب المذهب الثانى :

استدل أصحاب المذهب الثانى القائلون بالتفصيل : بأنه يستثنى من عموم هذه الأحاديث الواردة فى تحريم بذل المال لتولى القضاء ، أو السعى فى تحصيله عن طريق الشفعاء حالتان : الأولى : حالة المتعين للقضاء . الثانية : حالة من خاف ضياع حق أو وقوع فتنة إن لم يتولى القضاء .

فلكل من المتعين للقضاء ، أو الذى يخاف ضياع حق أو وقوع فتنة إن لم يتولى القضاء أن يطلب القضاء وأن يتولاه ، وإن كانت توليته لا تحصل إلا ببذل المال أو اتخاذ الشفعاء ، وهذا يعد من باب الضرورة الملجئة والرافعة لحكم التحريم ، كما يدل عليه قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ (١) .

المناقشة والترجيح :

يناقش أصحاب الرأى الثانى : أن هذا الدليل لا يمكن أن يتحقق بالنسبة للمتعين للقضاء ، لأن القضاء يعتبر واجباً فى حقه ، فكيف يسوغ له أن يبذل المال أو أن يتخذ شفعاء فى أمر يجب عليه أن يتولاه .

(١) سبل السلام للصنعانى ج٤ ص ١٥٤ ، ١٥٤ .

(٢) الأنعام : ١١٩ .

كما أنه لو جاز بذل المال واتخاذ الشفعاء لتولى القضاء ، ولو كان ذلك فى حق المتعين له المستوفى لشروطه وصلاحيته ، أو الذى يخشى ضياع حق أو وقوع فتنة ، فإن ذلك سيكون ذريعة لأن يتولى القضاء غير أهله من الذين لا تتوافر فيهم شروط القضاء وأهليته ، ما داموا يستطيعون بذل المال فى الحصول عليه ، أو اتخاذ الوسطاء فى التسلق إليه — وما أكثرهم فى هذه الأيام — وبذلك نكون قد فتحنا الباب فى هذا المنصب العظيم أمام الجهلة والجانرين الذين يشترونه بالمال ، ولا يدخرون وسعاً فى اعتلائه عن طريق الوسطاء والشفعاء ، فتعم البلوى ، وينتشر الفساد ، ويكثر الظلم ، وفى ذلك من الخطر والضرر ما لا يخفى .

ومن أجل ذلك : فإنى أرى ترجيح ما ذهب إليه الأحناف والحنابلة من حرمة تولى القضاء وطلبه عن طريق الوسطاء الممقوتة أو الرشوة المحرمة ، وذلك دون تفريق بين من توافرت فيه شروط القضاء ، وكان متعيناً له أو كان غير متعين .

المبحث الثالث

طرق اختيار القاضى

تمهيد :

من المعلوم أن تعيين القاضى لا يملكه إلا الحاكم الأعلى فى الدولة أو من ينوب عنه ممن فوضهم الإمام فى إدارة شئون البلاد ، وهذا التعيين يجب أن يتم على أساس واضح مبنى على العلم بما يجب توافره فى القاضى من شروط وصلاحيات تؤهله للفصل بين الناس وتجعله أهلاً لهذه المسؤولية .

والحاكم الأعلى فى الدولة أو من ينوب عنه يجب أن يستند فى تعيينه للقاضى إلى علمه المسبق بشخص القاضى ، ومدى توافر الشروط والصلاحيات التى تؤهله لذلك ، فإن لم يتوافر له هذا العلم فإنه يستطيع أن يجرى له الاختبار الذى يتحقق من خلاله على مدى قدرة هذا الشخص على تولى هذه المهمة والسير بها سيراً عادلاً .

وعلى هذا فإن تعيين القاضى وكيفية اختياره يتم بأحد أمرين نبيئهما على النحو التالى :

المطلب الأول

العلم المسبق بمن يولى القضاء

إن الحاكم الأعلى فى الدولة الإسلامية أو من يقوم مقامه فى تعيين القاضى يجب أن يكون على علم تام بمن يوليه مهمة القضاء ، بحيث يكون لديه معرفة كاملة بالصفات والشروط التى ينبغى توافرها فى القاضى ، وبحيث يعلم أن الشخص الذى يتولى هذا المنصب يتمتع بالتقوى والورع وحسن السمعة ، والأخلاق الفاضلة ، وأن يكون على قدر كبير من راحة العقل وبعد النظر وسلامة الفكر وقوة الملاحظة (١) حتى يستطيع أن يفصل فيما يعرض عليه من منازعات ، فيصل إلى حكم الله ورسوله فيما يعرض عليه .

والأصل فى ذلك ما فعله النبى ﷺ حين بعث علياً إلى اليمين قاضياً ، يروى لنا ذلك على بن أبى طالب ؓ فيقول : بعثنى رسول الله ﷺ إلى اليمين قاضياً ، فقلت يا رسول الله ترسلنى وأنا حديث السن ولا علم لى بالقضاء ، فقال : " إن الله عز وجل سيهدى قلبك ويثبت لسانك " (٢) .

وهذا كان من رسول الله ﷺ لأنه يعلم حال على كرم الله وجهه ، وأنه أهل للتقوى والزهد والورع ، كما أنه أهل للعلم بالأحكام الشرعية وأهل للاجتهاد ، ولا يقلل من ذلك اعتراضه على رسول الله ﷺ حين بعثه ، لأن ذلك كان من على على سبيل التواضع ، ولأنه كان متخوفاً من القضاء لصغر

(١) فى هذا المعنى راجع : المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٥ ، وأدب القاضى لابن القاص ج ١ ص ٩٨ .

(٢) أحمد ج ١ ص ١١١ ، وأبو داود ج ٣/٣٥٨٢ ، والترمذى ج ٣/١٣٣١ ، البيهقى ج ١٠ ص ١٤٠ ، والمستدرک للحاكم ج ٤ ص ٩٣ .

سنه وقلة تجربته ، ولذلك دعا له رسول الله ﷺ بهداية القلب وتثبيت اللسان ، واكتفى رسول الله ﷺ بتوجيه بعض الإرشادات التي أسداها إليه على سبيل التوجيه في قيامه بمهمته حين قال له ﷺ : " فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين لأحدهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء " ، قال على : فمازلت قاضياً ، أو ما شككت في قضاء بعد (١) .

وبمثل هذا فعل عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - مع كعب بن سور الذي ولاه عمر القضاء على البصرة ، فقد روى الشعبي أن كعب بن سور كان جالساً عند عمر - رضي الله عنه - فجاءته امرأة ، فقالت : يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجي ، والله إنه ليبيت ليلة قائماً ، ويظل نهاره صائماً في اليوم الحار ما يفطر ، فاستغفر لها وأثنى عليها ، فاستحيت المرأة وقامت راجعة ، فقال كعب : يا أمير المؤمنين لقد أبلغت في الشكوى ، قال : وما شككت ؟ قال شككت زوجها أشد الشكاية ، قال : أو ذلك أرادت ؟ قال : نعم ، قال : ردوا على المرأة ، فجاءت ، فقالت : لا بأس بالحق أن تقوليه ، إن هذا زعم أنك جئت تشككين زوجك أنه يجتنب فراشك ، قالت : أجل ، إني امرأة شابة ، وإني لأبتغي ما يبتغي النساء ، فأرسل إلى زوجها ، فجاء ، فقال لكعب : اقض بينهما ، قال : أمير المؤمنين أحمق أن يقضى بينهما ، قال عزمتم عليك لتقضين بينهما ، فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم ، قال كعب : إن الله تعالى يقول : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنِّي وَتِلْكَاتُ وَرَبَاعٌ ﴾ (٢) صم ثلاثة أيام وأفطر عندها يوماً ، وقم ثلاث ليال وبت عندها

(١) نكلمة الحديث السابق ونفس التخريج .

(٢) النساء : ٣ .

ليلة ، قال عمر : هذا أعجب إلى من الأول ، إذهب فأنت قاض على البصرة (١).

المطلب الثاني

ضرورة الاختبار

إذا لم يعلم الحاكم العام أو نائبه مدى توافر الشروط والصلاحيات الخاصة بمن يتولى القضاء بين الناس ، فلا مناص إذن من اختبار هذا الشخص بحيث يتوافر لدى من يوليه هذه المسؤولية العلم التام بمدى صلاحيته لهذه المهمة أم لا ، فإن اجتاز هذا الامتحان الذي يتطلب منه كفاءة معينة وشروطاً خاصة تجعله أهلاً للفصل بين الناس ولاه هذه المهمة ، وإلا فلا .

والأصل في ذلك ما فعله النبي ﷺ مع سيدنا معاذ بن جبل حين أرسله إلى اليمين قاضياً ، وقد سأله قبل أن يبعثه ، فقال له : " كيف تقضى إن عرض لك قضاء ؟ " قال : أقضى بكتاب الله ، قال : " فإن لم تجد ؟ " قال : فبسنة رسول الله ﷺ قال : " فإن لم تجد ؟ " قال : أجتهد رأياً ولا آلو ، فضرب صدره وقال : " الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضيه " (٢)

عندئذ اطمأن رسول الله ﷺ إلى سيدنا معاذ بن جبل ، لأنه اجتاز الامتحان بنجاح ، والذي كانت نتيجته أن رسول الله ﷺ علم منه صحة

(١) راجع في هذا المعنى : المغنى لابن قدامة السابق ج ١١ ص ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، والمصنف لابن أبي شيبة ج ١ ص ٨٣ ، والطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية ص ٢٥ ، وكنز العمال ج ٧ برقم ١٢٥٧ .

(٢) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٢٧٢ برقم ٣٥٩٢ ، والبيهقي ج ١٠ ص ١١٤ ، وأحمد ج ٥ ص ٢٤٢ ، وأخرجه الترمذي في الأحكام برقم (١٣٢٧) و (١٣٢٨) وقال : هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناده عندي بمتصل .

المنهج، وسلامة الفكر ، وبعد النظر فى الفصل بين الناس ، ومن أجل ذلك حمد رسول الله ﷺ ربه وضربه على صدره مبتهجاً بما رآه منه من جودة الفكر وحسن الفهم .

لذلك فإن ما نراه اليوم فى التشريعات الوضعية والأنظمة المعاصرة من الأخذ بهذا النظام فى تعيين القضاة ومن على شاكلتهم عن طريق الاختبار والامتحان ، ما هو إلا إجراء قد سبقها فيه التشريع الإسلامى الخالد ، الذى أرسى قواعده بعيداً عن الرشوة المحرمة أو الوساطات الممقوتة ، حتى لا تعم البلوى ولا ينتشر الفساد .

الفصل الثالث

آداب (١) القاضى

تمهيد :

إعلم — وفقك الله وهداك القصد — أن القضاة زعماء الله فى الأرض ،
 وخلفاؤه فى إقامة الحق والعدل بين الناس ، ندبوا لأن يتتاصف الناس بهم ،
 فكان من الأولى أن يكونوا أنصف الناس وأعدلهم . قال الله تعالى : ﴿يَا دَاوُدُ
 إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ
 عَن سَبِيلِ اللَّهِ﴾ (١) .

وروى عن أم سلمة — رضى الله عنها — أن النبى ﷺ قال : " من
 ابغى بالقضاء بين الناس فليعدل بينهم فى لحظه ، وإشارته ، ومقعدته ، ولا
 يرفع صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر " (٢) .

وآداب القضاء كثيرة ومتنوعة ، وهى مستوفاة على نحو مجمل وشامل
 فى كتاب سيدنا عمر بن الخطاب — ؓ — إلى أبى موسى الأشعري ، وذلك
 حين ولاه قضاء البصرة ، وهذا نص الكتاب :

" أما بعد : فإن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ، فافهم إذا أدلى
 إليك ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، وآس بين الناس فى وجهك وعدلك
 ومجلسك ، حتى لا يطمع شريف فى حيفك ، ولا ييأس ضعيف فى عدلك ،

(١) آداب : جمع ، ومفرده: أدب ، وهو ما استحسن شرعاً— سواء كان واجباً أو مندوباً —
 أو هو المطلوب من القاضى شرعاً وجوباً أو ندباً . حاشية الشرقاوى ج ٢ ص ٤٩١ .

(٢) سورة ص : ٢٦ .

(٣) أخرجه البيهقى عن عطاء بن يسار ج ١٠ ص ١٣٥ .

البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، ولا يمنعك قضاء قضيتيه أمس فراجعست فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق ، فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل .

الفهم فيما تلجج فى صدرك ، مما ليس فى كتاب الله تعالى ولا فى سنة نبيه ، ثم اعرف الأمثال والأشباه وقس الأمور بنظائرها ، واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أو بينة أمدأ ينتهى إليه ، فمن أحضر بينة أخذت له بحقه وإلا استحللت القضية عليه ، فإن ذلك أنفى للشك وأجلى للعمى .

والمسلمون عدول بعضهم على بعض ، إلا مجلوداً فى حد ، أو مجرباً عليه شهادة زور ، أو ظنينا فى ولاء أو نسب ، فإن الله عفا عن الإيمان ودرأ بالبيئات .

وإياك والقلق والضجر والتأفف بالخصوم ، فإن الحق فى مواطن الحق يعظم الله به الأجر ويحسن به الذكر ، وإن من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه فى الحق ، يكفه الله تعالى فيما بينه وبين الناس ، ومن يتزين للناس بما يعلم الله منه خلافه شاناه الله عز وجل ، فإنه سبحانه وتعالى لا يقبل من العبادة إلا ما كان خالصاً ، فما ظنك بثواب عند الله عز وجل فى عاجل رزقه وخزائن رحمته ، والسلام عليك ورحمة الله " (١) .

(١) راجع فى نص هذا الخطاب أعلام الموقعين لابن قيم الحوزية ج ١ ص ٨٥ ، ٨٦ ، والأحكام السلطانية للماوردى ص ٧١ ، ٧٢ ، والدار قطنى ج ٤ ص ٢٠٦ .

ومن هذه الوصية الجامعة الشاملة يستفاد جملة آداب يجب أن يتحلى بها القاضى ، حتى تزيد هيئته وتقوى رهيئته ، فيأتى حكمه بين المتخلصمين سليماً من الزلل والتهمة .

وهذه الآداب التى يجب أن يتحلى بها القضاة ، منها ما يرجع إلى القاضى نفسه ، ومنها ما يكون مع الشهود ، وأخيراً ما يكون مع الخصوم . وعلى هذا فسوف نعرض لهذه الآداب من خلال ثلاثة مباحث نقسمها على النحو التالى :

- المبحث الأول : آداب القاضى فى نفسه .
- المبحث الثانى : آداب القاضى مع الشهود .
- المبحث الثالث : آداب القاضى مع الخصوم .

المبحث الأول

آداب القاضى فى نفسه

ينبغى أن تتحقق فى القاضى نفسه عدة آداب وخصال تميزه عن غيره من حيث لباسه ومظهره ، وفهمه ، وطريقة قضائه ، وكيفية جلوسه للحكم بين الناس ، وهذه الآداب نعرض لها بشئ من التفصيل :

أولاً : لباس القاضى :

ينبغى أن يلبس القاضى أفخر ثيابه ، وأن يختص بأنظفها ملبساً ومظهراً ، وأن يستكمل ما جرت العادة بلبسه من العمائم ، والطيايسة ، والقلائس (١) ، فقد اعتم رسول الله ﷺ يوم دخول مكة عام الفتح بعمامة سوداء تميز بها عن غيره .

كما يجب أن يكون القاضى نظيف الجسد ، وأن يصفف شعره ، ويقلم أطرافه ، وأن يزيل الرائحة الكريهة من بدنه ، ويستعمل من الطيب ما يخفى لونه وتظهر رائحته ، إلا أن يكون فى يوم ينظر فيه بين الناس فلا يستعمل الطيب (٢).

ثانياً : أن يكون القاضى فى مجلس الحكم غاض الطرف ، كثير الصمت ، قليل الكلام ، يقتصر من كلامه على سؤال أو جواب ، ولا يرفع بكلامه صوتاً إلا لزجر أو تأديب ، وليقلل الحركة والإشارة ، وليوقف من

(١) الطيايسة : جمع طيلسان ، وهو الثوب الأسود ، والقلائس : جمع قلنسوة ، وهو ما يلبس فى الرأس . راجع القاموس المحيط للفيروز أباى ج ١ ص ٧٦٠ ، ٧٧٦ .

(٢) الحاوى الكبير ج ٢٠ ص ٣٤٣ .

أعوانه بين يديه من استدعى له الخصوم ، ويرتب مقاعد الناس فى مجلسه ، لينصان مجلسه وتكمل هيئته .

وينبغى أن يفتتح مجلسه بركعتين ، يدعو فيهما بالتوفيق والسداد (١).

ثالثاً : أن يكون القاضى عند نظر الخصومة مفهماً

بكسر الهاء — أى يجعل فهمه وسمعه وبصره وقلبه إلى كلام الخصمين ، ليفهم فهما تاماً ما يقولانه ، لأنه ربما يكون الحق مع أحد الخصمين ، فإذا لم يفهم القاضى كلامهما وقع فى التفريط والغفلة وأضاع الحق على صاحبه .

وفى هذا يقول سيدنا عمر — ؓ — : " فافهم إذا أدلى إليك " (٢) .

رابعاً : ألا يكون القاضى قلقاً وقت القضاء :

بل يندب له أن يكون ساكن القلب ، مطمئن النفس ، ليس مشغولاً بشئ غير الذى بين يديه ، وذلك حتى يأتى حكمه سليماً ، غير مضطرب ولا مجانباً للصواب .

وفى هذا يقول سيدنا عمر — ؓ — : " وإياك والقلق " (٣) .

(١) الحاوى الكبير ج ٢٠ ص ٣٤٣ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣ .

(٣) البدائع ج ٧ ص ١٣ ، وحاشية الشرقاوى ج ٢ ص ٤٩٢ ، وأسهل المدارك ج ٣

خامساً : التثبت والتروى فى الحكم :

ينبغى للقاضى ألا يتعجل فى قضائه ، بل يتثبت ويتروى فى حكمه ، وليكن منهجه فى ذلك الحلم والضبط والأناة ، حتى لا يضل أو يزل ، قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ ﴾ (١) .

ويؤيد ذلك أيضاً من السنة ما أخرجه البيهقى عن أنس بن مالك — أن النبى ﷺ قال : " التانى من الله ، والعجلة من الشيطان " (٢) .

وروى كذلك عن ابن عباس — رضى الله عنهما — قال : قال النبى ﷺ : " إذا تأنيت — وفى رواية إذا تبينت — أصبت أو كدت تصيب ، وإذا استعجلت أخطأت أو كدت تخطئ " (٣) .

وروى أيضاً عن أبى سعيد الخدرى — رضى الله عنه — أن وفد بن عبد القيس لما قدموا على رسول الله ﷺ ، قال : لأشج عبد القيس : إن فيك خصلتين يحبهما الله ورسوله : الحلم والأناة (٤) .

سادساً : ألا يكون القاضى ضجراً عند القضاء :

وذلك بأن تجتمع عليه الأمور والقضايا ، فيضيق صدره وينفذ صبره ، وهو فى مثل هذه الحالات يوشك ألا يقضى بالحق .

وفى هذا يقول سيدنا عمر — رضى الله عنه — : " إياك والضجر " (٥) .

(١) الحجرات : ٦ .

(٢) السنن الكبرى للبيهقى ج ١٠ ص ١٠٤ .

(٣) السنن الكبرى للبيهقى ج ١٠ ص ١٠٤ .

(٤) السنن الكبرى للبيهقى ج ١٠ ص ١٠٤ .

(٥) البدائع ج ٧ ص ١٣ ، وأسهل المدارك ج ٣ ص ٢٠١ .

سابعاً : ألا يقضى القاضى وهو غضبان :

ينبغي للقاضى ألا يتعرض للفصل بين الناس والحكم وهو غضبان ، سواء كان غضبه من أجل نفسه أو كان لله ، لأن الغضب ثورة فى النفس وتآزم وانفعال به يختل إدراك الإنسان وفكره ، ويضطرب فيه ميزانه وعقله ، فيوشك ألا يقضى بالحق .

وفى هذا أخرج الترمذى عن عبد الرحمن بن أبى بكرة ، قال : كتب أبى إلى عبيد الله بن أبى بكرة (أخيه) وهو قاض : ألا تحكم بين اثنين وأنت غضبان ، فإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : " لا يحكم الحاكم بين اثنين وهو غضبان " (١) .

وروى عن أبى هريرة - ع - قال : جاء رجل إلى النبى ﷺ فقال : أوصنى ، قال : " لا تغضب " ، فتردد إليه مراراً لا يزيد على أن يقول : " لا تغضب " (٢) .

على أن القاضى لو قضى أثناء غضبه نفذ قضاؤه إن صادف الحق مع الكراهة ، ويستثنى من ذلك قضاء رسول الله ﷺ حال غضبه ، فإن من خصائصه ﷺ أى يكره له القضاء حال غضبه ، لأنه ﷺ لا يقول فى الغضب إلا كما يقول فى الرضا لكونه معصوماً (٣) .

ومما يؤيد ذلك ما روى عن عبد الله بن الزبير عن أبيه : أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير عند رسول الله ﷺ فى شراج الحرة التى يسقون بسها

(١) الترمذى ج ٣ ص ٦٢٠ ، والبيهقى ج ١٠ ص ١٠٤ ، ١٠٥ .

(٢) البيهقى ج ١٠ ص ١٠٦ .

(٣) نيل الأوطار ج ٨ ص ٣١٤ ، وحاشية الشرقاوى ج ٢ ص ٤٩٢ .

النجل ، فقال الأنصارى : سرح الماء يمر ، فأبى عليه ، فاختمهما عند رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ للزبير : " اسق يا زبير ثم أرسل إلى جارك " ، فغضب الأنصارى ثم قال : يا رسول الله أن كان ابن عمك ؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ، ثم قال للزبير : " اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر ، فقال الزبير : والله إنى لا أحسب أن هذه الآية نزلت إلا فى ذلك : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾ (١) .

ثامناً : ألا يقضى القاضى وهو جائع أو عطشان أو ممتلى :

ينبغى للقاضى إذا جلس بين الناس للحكم ألا يكون جائعاً أو عطشاناً أو ممتلئاً ، لأن مثل هذه العوارض تشغل القلب والذهن عن الحق ، كما أنها تؤدى فى غالب الأحيان إلى الإحساس بالضيق وعدم الراحة ، وهذا لا يؤتمن معه على النفس أن تجنح بصاحبها إلى الباطل ومجانبة الحق فى حكمه (٢) .

ومما يؤيد ذلك ما روى عن أبى سعيد الخدرى - رضى الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : " لا يقضى القاضى إلا وهو شعبان ريان " (٣) .

(١) الآية : ٦٥ من سورة النساء ، والحديث رواه البخارى ج٥ / ٢٣٥٩ ، ومسلم ج٤ فضائل / ١٢٩ ، ومعنى سراج الحرة : مساليل النخل والشجر فى هذا المكان ، ومعنى سرح الماء : أى أرسله ، ومعنى أن كان ابن عمك : أى حكمت لذلك لكونه (الزبير) ابن عمك ، ومعنى حتى يرجع الماء إلى الجدر : أى حتى يصل الماء إلى أصول الشجر فيبلغ تمام الشرب ، نيل الأوطار ج٨ ص ٣١٥ .

(٢) البدائع ج٧ ص ١٣ ، وأسهل المدارك ج٣ ص ٢٠٠ ، وحاشية الشرقاوى ج٢ ص ٤٩٢ .

(٣) البيهقى ج١٠ ص ١٠٦ .

وأخرج البيهقى عن شريح : أنه كان إذا غضب أو جاع قام فلم يقض بين أحد (١) .

تاسعاً : ألا يدافع الأخبثين :

وهما البول والغائط ، لأن من كان فى حاجة إلى التبول أو التفوط وأصبح فى حالة مدافعة أو محاكمة ، فإنه ينبغى له ألا يحكم بين الناس وهو فى هذه الحالة ، لأن من كان فى مثل هذه الحالة ، فإنه لا يستطيع أن يقضى بالحق ، لما يجده من مضايقة واضطراب .

^١ ويأخذ مثل هذا الحكم حالة النعاس والحزن والفرح الشديد ، لأن مثل هذه العوارض تؤثر على الإنسان ومزاجه ، فلا يقضى حينئذ عن تثبت أو اتزان ، وفى هذا ما لا يخفى من مجانية الحق (٢) .

عاشراً : ألا يقضى إلا وهو جالس :

ينبغى للقاضى ألا يقضى وهو يمشى على الأرض ، أو يسير على الدابة ، لأن المشى والسير فيهما استخفاف بالقضاء ، فضلاً عن أنهما يشغلانه عن النظر والتأمل فى كلام الخصمين ، ولا بأس أن يقضى وهو متكئ ، لأن الاتكاء لا يؤثر فى التأمل والنظر (٣) .

حادى عشر : عدم قبول هدية أحد الخصوم :

للعلماء تفصيل فى قبول القاضى هدية أحد الخصوم ، وذلك لأن من أهدى إلى القاضى لا يخلو أمره من حالتين :

(١) البيهقى ج ١٠ ص ١٠٦ .

(٢) أسهل المدارك ج ٣ ص ٢٠٠ ، ونيل الأوطار ج ٨ ص ٣١٤ .

(٣) راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣ ، وشرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٧١ .

الأولى : أن يكون للمهدى عند القاضى خصومة :

وفى هذه الحالة يحرم على القاضى قبول الهدية ، سواء كان المهدى قريباً أو أجنبياً ، وسواء كان القاضى ممن يهدى إليه قبل الولاية أم لا ، وذلك لأن قبول الهدية فى هذه الحالة يلحق التهمة بالقاضى ويجعله فى موطن الشبهة (١).

ودليل ذلك ما روى عن معاذ بن جبل قال : بعثنى رسول الله ﷺ إلى اليمن ، فلما سرت أرسل فى أثرى فرددت ، فقال : " أتدرى لم بعثت إليك ؟ لا تصيبين شيئاً بغير إذننى فإنه غلول ، ومن يغلل يأت بما غل يوم القيامة ، لهذا دعوتك فامض لعملك " (٢).

وروى عن أبى حميد الأنصارى أن رسول الله ﷺ استعمل عاملاً على الصدقة ، فجاءه العامل حين فرغ من عمله ، فقال يا رسول الله هذا الذى لكم وهذا الذى أهدى إلى ، فقال رسول الله ﷺ : " فهلا قعدت فى بيت أبىك وأمك ننظرت أيهدى لك أم لا ؟ " ثم قام النبى ﷺ عشية على المنبر بعد الصلاة ، فتشهد وأثنى على الله بما هو أهله ، ثم قال : " أما بعد فما بال العامل نستعمله فيأتينا ، فيقول : هذا من علمكم وهذا الذى أهدى لى ، فهلا قعد فى بيت أبىه وأمه فينظر هل يهدى له أم لا ؟ والذى نفس محمد بيده لا يقبل أحد منكم شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على عنقه ، إن كان بعيراً جاء به له رغاء ، وإن كانت بقرة جاء بها ولها خوار ، وإن كانت شاة جاء بها تيعو ، فقد بلغت " .

(١) راجع شرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٧١ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٩٢ ، وبدائع

الصنائع ج ٧ ص ١٤ .

(٢) رواه الترمذى ج ٣ ص ٦٢١ .

قال أبو حميد : ثم رفع النبي ﷺ يديه حتى أننا لنتنظر إلى عفرة إبطيه ، قال أبو حميد : قد سمع ذلك معى من رسول الله ﷺ زيد بن ثابت فسلوه (١) .
وهذه النصوص وغيرها تدل بعمومها على تحريم قبول الهدايا للقضلة والحكام ، ولا سيما إذا كان من أهدى إلى القاضى له عنده خصومة ، لأنها فى معنى الرشوة .

الثانية : ألا يكون للمهدى عند القاضى خصومة :

وفى هذه الحالة إما أن يكون للمهدى عادة بالإهداء قبل ولاية القضاء أم لا ، فإن لم يكن للمهدى عادة بذلك قبل القضاء ، فلا تقبل هديته ، وعلى القاضى ردّها ، وإن كان للمهدى عادة بذلك بسبب قرابة أو صداقة جاز قبول هديته بشرط ألا تزيد عن المقدار المعتاد قبل ولاية القضاء (٢) .

وعلى كل حال ، فليحذر الحاكم المتحفظ لدينه المستعد للوقوف بين يدي ربه من قبول هدايا من أهدى إليه بعد توليه للقضاء ، فإن للإحسان تأثيراً فى طبع الإنسان ، والقلوب مجبولة على حب من أحسن إليها ، فربما مالت نفسه إلى المهدى إليه ميلاً يؤثر الميل عن الحق عند عروض المخاصمة بين المهدى وبين غيره ، والقاضى لا يشعر بذلك ويظن أنه لم يخرج عن الصواب بسبب ما قد زرعه الإحسان فى قلبه ، والرشوة لا تفعل زيادة على هذا (٣) .

(١) البيهقى ج ١٠ ص ١٢٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٧١ ، وبدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤ .

(٣) نيل الأوطار ج ٨ ص ٣٠٩ .

ثانى عشر : عدم إجابة الدعوة الخاصة :

فلا يحضر القاضى دعوة إلا أن تكون عامة ، أما الدعوة الخاصة فلا يحضرها لمظنة التهمة ، وهو قول الحنفية (١).

أما الشافعية فقد قالوا : يجوز للقاضى أن يحضر الولائم ، والإجابة إلى وليمة غير العرس مستحبة (٢) ، والأصل فى ذلك قول الرسول ﷺ : " إذا دعى أحدكم إلى طعام فليجب ، فإن شاء طعم ، وإن شاء لم يطعم " (٣) . أما وليمة العرس ففى حضورها وجهان : أحدهما : أنها فرض يمين ، وثانيهما : أنها فرض كفاية ، والأصل فى ذلك قوله ﷺ : " إذا دعى أحدكم إلى وليمة عرس فليجب " (٤) .

ثالث عشر : عدم البيع والشراء مباشرة :

ينبغى للقاضى ألا يباشر البيع والشراء بنفسه ، بل يفوض غيره فى ذلك ، لأنه لو تولى البيع والشراء بنفسه ، فلا يؤمن أن يحابى ، فيميل إلى من حاباه .

(١) وقد اختلفوا فى معنى الخاصة والعامة ، فقيل : الخاصة ما دون العشرة ، والعامة العشرة فما فوقها ، وقيل : الخاصة : هى التى لو علم المضيف أن القاضى لا يحضرها ما أقامها ، والعامة : هى التى يقيمها المضيف سواء حضرها القاضى أم لم يحضرها ، وقيل : العامة كدعوة العرس والختان ، أما سواهما فهى خاصة ، راجع البدائع ج ٧ ص ١٤ ، وشرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٧٣ .

(٢) المجموع للنووى ج ٢٢ ص ٢٥ ، ٢٦ .

(٣) صحيح مسلم ج ٢ برقم ١٤٣٠ ، وأبو داود ج ٢ برقم ٢٤٦٠ .

(٤) صحيح مسلم ج ٢ برقم ١٤٢٩ ، وابن ماجه ج ١ برقم ١٩١٤ ، وانظر الجامع الصغير للسيوطى ج ١ ص ٩٤ .

ويستدل لذلك بما أخرجه البيهقى عن ابن مطر قال : خرجت من المسجد فإذا رجل ينادى من خلفى : ارفع إزارك فإنه أنقى لثوبك ، وأتقى لك ، وخذ من رأسك إن كنت مسلماً ، قمشيت خلفه فقلت : من هذا ؟ فقال لى رجل : هذا على أمير المؤمنين ، قال : ثم أتى دارفرات - وهو سوق الكرابيس - فقال : يا شيخ أحسن بيعى فى قميص بثلاثة دراهم ، فلما عرفه لم يشتر منه شيئاً ، ثم أتى آخر ، فلما عرفه لم يشتر منه شيئاً ، فأتى غلاماً حدثاً ، فاشترى منه قميصاً بثلاثة دراهم ، ولبسه ما بين الرسغين إلى الكعبين ، فجاء أبو الغلام صاحب الثوب ، فقيل يا فلان قد باع ابنك اليوم من أمير المؤمنين قميصاً بثلاثة دراهم ، فقال : أفلا أخذت درهمين ، فأخذ أبوه درهماً وجاء به إلى أمير المؤمنين ، فقال : أمسك هذا الدرهم يا أمير المؤمنين ، قال : ما شأن هذا الدرهم ؟ قال : كان قميصاً ثمن درهمين ، قال : باعنى برضاى وأخذ برضاه (١).

رابع عشر : يستحب للقاضى أن يجلس فى مكان بارز ليسهل عليه النظر إلى جميع الناس ، وأن يكون مجلسه فسيحاً كيلاً يتأذى الخصوم بضيقه ، ويختص فيه بمقعد ووسادة لا يشاركه غيره فيهما ، وإن كان مشهوراً بالزهد والتواضع ليعرفه الناس وليكون أهيب للخصوم (٢).

هذا ولا يحتجب القاضى عن الناس فى وقت القضاء بغير عذر ، لما روى أن النبى ﷺ قال : " من ولى من أمر الناس شيئاً فاحتجب دون حاجتهم وفاقتهم احتجب الله دون فاقته وفقره " (٣).

(١) البيهقى ج ١٠ ص ١٠٧ ، ١٠٨ .

(٢) الحاوى الكبير ج ٢٠ ص ٣٤٣ ، وشرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٦٩ .

(٣) البيهقى ج ١٠ ص ١٠١ ، ١٠٢ ، وأبو داود برقم ٢٩٤٨ ، والترمذى برقم ١٣٣٢ ، والحاكم ج ٤ ص ٩٣ ، ٩٤ .

وقد روى أن رسول الله ﷺ " كان لا يخلق دونه الأبواب " (١) .

أما فى غير وقت القضاء فإنه يرخص للقاضى فى الاحتجاب عن الناس ليجد راحته ، فإن استأذن سئل عليه أحد فهو بالخيار إن شاء أذن له وإن شاء لم يأذن ، يؤيد هذا ما روى عن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - فى قصة المرأتين اللتين تظاهرتا قال : فجننت المشربة التى فيها رسول الله ﷺ فقلت لسلامة بن عبد الله : استأذن لعمر ، فدخلت الغلام فسلمت لرسول الله ﷺ ثم رجعت إلى فقال : كلمت رسول الله ﷺ وذكرت له فصمت ، فرجعت فجلست مع الرهط الذين عند المنبر ، ثم غلبنى ما أجد فجننت الغلام فقلت له : استأذن لعمر بن الخطاب ، فدخلت ثم رجعت إلى فقال : قد ذكرت لك له فصمت ، قال : فلما وليت متصرفاً إذا الغلام يدعونى فقال : قد أذن لك رسول الله ﷺ ، فدخلت على رسول الله ﷺ فإذا هو مضطجع على رمال حصير ليس بينه وبينها فراش قد أثر الرمال بجنبه ، متكئ على وسادة من أدم حشوها الليف " (٢) .

(١) البيهقى ج ١٠ ص ١٠١ .

(٢) البيهقى ج ١٠ ص ١٠٢ .

المبحث الثانى

آداب القاضى مع الشهود

إعلم - وفقك الله وهداك القصد - أن للقاضى مع الشهود آداب يستحب أن يفعلها ، حتى يكون قضاؤه صحيحاً وسليماً من كل عيب ، ومنها :

أولاً : أن يعظ القاضى الشهود ويخوفهم عند الريبة بما فى شهادة الزور من كبير الإثم وعظيم الوزر ، فقد روى أن رسول الله ﷺ قال : " ألا أخبركم بأكبر الكبائر " (ثلاثاً) قالوا : بلى يا رسول الله ، قال : " الإشراك بالله ، وعقوق الوالدين ، قال : وجلس وكان متكئاً ألا وقول الزور " فمزال رسول الله ﷺ يكررها حتى قلنا ليته سكت (١).

وروى عن عمر - ؓ - قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : " إن الطير لتخفق أجنحتها وترمى بما فى حواصلها من هول يوم القيامة ، وإن شاهد الزور لا تزول قدماء حتى يتبوا مقعده من النار " (٢) .

ثانياً : يستحب للقاضى أيضاً إذا ارتاب فى الشهود أو خفيت عليه عدالتهم أن يختبرهم ، وسبيل ذلك : أن يفرقهم ويسأل كل واحد منهم على انفراد عن تحمل الشهادة ، وسببها ، وزمانها ، ومكانها ، حتى يتبين له الحق من الباطل ، فإن اختلفوا اختلافاً يوجب رد الشهادة ردها ، وإلا قبلها .

(١) البيهقى ج ١٠ ص ١٢١ .

(٢) البيهقى ج ١٠ ص ١٢٢ .

فقد روى أن أول من فرق الشهود القاضى دانيال ، الذى شهد عنده أربعة على امرأة بالزنا ، ففرقهم وسألهم ، فاختلفوا ، فدعا عليهم ، فنزلت عليهم نار من السماء فأحرقتهم (١) .

وقد روى أن علياً - عليه السلام - فرق الشهود (٢) .

ثالثاً : عدم تلقين الشاهد بما يشهد به ، بل على القاضى أن يترك الشاهد ليؤدى شهادته بما عنده ، فإن أوجب الشرع قبول شهادته قبلها وإلا ردّها ، وهو قول الحنفية فى المشهور من مذهبهم ، حيث قالوا : يكره تلقين الشاهد - وهو أن يقول القاضى للشاهد كلاماً يستفيد منه (الشاهد) ، كأن يقول له : أتشهد بكذا وكذا ؟ - لأن هذا إعانة لأحد الخصمين ، فيكره كتلقين الخصوم (٣) .

وذهب الشافعية أيضاً إلى أن الشاهد لا يلقن ما يشهد به لأمرين :

الأول : أنه يصير بتلقينه مائلاً مع المشهود له .

الثانى : أنه ربما لقنه ما ليس عنده (٤) .

(١) المجموع للنووى ج ٢٢ ص ٤٦ ، والبدائع ج ٧ ص ١٥ .

(٢) البيهقى ج ١٠ ص ١٢٢ .

(٣) البدائع ج ٧ ص ١٤ .

(٤) الحاوى الكبير ج ٢٠ ص ٣٤٨ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٠٣ .

المبحث الثالث

آداب القاضى مع الخصوم

هناك بعض الآداب التى يلتزم بها القاضى فى مواجهة الخصوم حتى لا تلحقه التهمة أو يحيط بقضائه الشك أو الريبة ، ومنها :

أولاً : التسوية بين الخصمين :

يجب على القاضى أن يسوى بين الخصمين فى وجوه الإكرام ، كالقيام لهما والنظر إليهما ، وكذا الدخول عليه منهما ، فلا يأذن لأحدهما دون الآخر ، وكذا الاستماع لكل منهما ، وطلاقة الوجه لهما ، وجواب سلام منهما إن سلما معا ، فلو سلم أحدهما فلا بأس أن يقول للآخر : سلم أو يصبر حتى يسلم فيجيبهما جميعاً .

كذلك يسوى القاضى بينهما فى الجلوس ، فيجلسهما بين يديه لا على يمينه ولا عن يساره ، لأنه لو فعل ذلك فقد قرب أحدهما فى مجلسه ، وكذلك لا يجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره ، لأن لليمين فضلاً عن اليسار ، يؤيد ذلك ما روى عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال : " من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم فى لحظه وإشارته ومقعده " (١) .

وقد روى عن يزيد بن أيهم قال : كتب عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - إلى الناس : إجعلوا الناس عندكم فى الحق سواء قريبهم كبعيدهم ، وبعيدهم كقريبهم ، وإياكم والرشا والحكم بالهوى ، وأن تأخذوا الناس عند الغضب ، فقوموا بالحق ولو ساعة من نهار " (٢) .

(١) البيهقى ج ١٠ ص ١٣٥ ، ١٣٦ .

(٢) البيهقى ج ١٠ ص ١٣٥ ، ١٣٦ .

كذلك فقد قال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فى خطابه إلى أبى موسى الأشعري : أس بين الناس فى وجهك وعدلك ومجاسك ، حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف فى عدلك (١).

كذلك فإن من وجوه التسوية بين الخصمين ألا يرفع صوته على أحدهما ، ولا يخلو بأحدهما فى منزله ، ولا يضيف أحدهما ، لما فى ذلك من إظهار للميل والتحيز (٢) ، فقد روى عن أم سلمة - رضي الله عنها - قالت : قال رسول الله ﷺ : " من ابتلى بالقضاء بين الناس فلا يرفعن صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر " (٣).

وقد روى عن على بن أبى طالب - رضي الله عنه - قال : " كان النبى ﷺ لا يضيف الخصم إلا وخصمه معه " (٤) .

على أنه يجب أن يعلم أن هذه التسوية التى سبق الحديث عنها إنما تكون إذا كان الخصمان مسلمين أو كانا كافرين .

أما إذا كان أحد الخصمين مسلماً والآخر كافراً أو ذمياً، فما الحكم ؟

اختلف الفقهاء فى التسوية بين المسلم والكافر على قولين :

(١) أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج ١ ص ٨٥ ، والأحكام السلطانية للملوردى ص ٧١ ، والدار قطنى ج ٤ ص ٢٠٦ .

(٢) البدائع ج ٧ ص ١٤ ، وحاشية الشرقاوى ج ٢ ص ٤٩٣ ، وشرح فتح القدير ج ٧ ص ٤٧٤ وأسئل المدارك ج ٣ ص ٢٠١ .

(٣) الدار قطنى ج ٤ ص ٢٠٥ .

(٤) البيهقى ج ١٠ ص ١٣٧ .

الأول : وجوب التسوية بين المسلم والكافر فى مجلس الحكم ، مثلما يسوى بينهما فى الدخول والإقبال عليهما والاستماع منهما ، وذلك لأن التسوية بين الخصوم من العدل ، وهو واجب ، وقد ذهب إلى هذا الحنفية ، والمالكية والشافعية فى أحد قوليهما (١).

الثانى : عدم التسوية بينهما ، وهو القول الثانى للشافعية ، فقد ذهبوا إلى عدم التسوية بينهما ، فيرفع المسلم على الذمى أو الكافر فى المجلس (٢) ، واستدلوا على ذلك بما رواه البيهقى عن الشعبي قال : خرج على بن أبى طالب - ﷺ - إلى السوق فإذا هو بنصرانى يبيع درعاً ، فعرف على - ﷺ - الدرع ، فقال : هذه درعى ، بينى وبينك قاضى المسلمين ، وكان قاضى المسلمين شريح كان على - ﷺ - استقضاه ، فلما رأى شريح أمير المؤمنين قام من مجلس القضاء وأجلس علياً - ﷺ - فى مجلسه ، وجلس شريح قدامه إلى جنب النصرانى ، فقال له على - ﷺ - : أما يا شريح لو كان خصمى مسلماً لعدت معه مجلس الخصم ، ولكنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : " لا تصافحوهم ولا تبدؤوهم بالسلام ولا تعودوا مرضاهم ولا تصلوا عليهم ولجوهم إلى مضايق الطرق وصغروهم كما صغروهم الله " اقض بينى وبينه يا شريح ، فقال شريح : ما تقول يا أمير المؤمنين ؟ ، قال على - ﷺ - : هذه درعى ذهبت منى منذ زمان ، فقال شريح : ما تقول يا نصرانى ؟ ، فقال النصرانى : ما أكذب أمير المؤمنين ، الدرع هى درعى ، فقال شريح : ما أرى من تخرج من يده فهل من بينة ؟ فقال - ﷺ - :

(١) البدائع ج ٧ ص ٩ ، والمجموع ج ٢٢ ص ٦٢ ، وبلغة السالك على شرح الدرديدو ج ٢ ص ٣٢٦ .

(٢) المجموع ج ٢٢ ص ٦٢ .

صدق شريح ، فقال النصرانى : أما أنا أشهد أن هذه أحكام الأنبياء ، أمير المؤمنين بجئ إلى قاضيه وقاضيه يقضى عليه ، هى والله يا أمير المؤمنين درعك اتبعتك من الجيش وقد زالت عن جملك الأورق فأخذتها فإنى أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، فقال على : أما إذا أسلمت فهى لك ، وحمله على فرس عتيق ، فقال الشعبى : لقد رأيتَه يقاتل المشركين " (١) .

ثانياً : عدم تلقين أحد الخصمين :

يجب على القاضى إذا مثل أمامه الخصمان للفصل بينهما ألا يلقن أحدهما حجته ، لما فى ذلك من انكسار قلب الآخر ، ولما فيه من إعانة أحد الخصمين فيوجب ذلك التهمة ، وهو قول الحنفية (٢) ، وكذا الشافعية فى الجملة ، إذا قالوا : لا يسار القاضى أحد الخصمين ولا يلقنه حجة لما فى ذلك من إظهار الميل ، وكذلك لا يأمر أحدهما بإقرار أو إنكار لأن فيه إضراراً بخصمه .

أما إذا ادعى أحدهما دعوى غير صحيحة ففى تلقينه وجهان :

الأول : يجوز تلقينه ، لأنه لا ضرر على الآخر فى تصحيح دعوى خصمه ، وهو قول الاضطخري .

والثانى : لا يجوز تلقينه كيف يدعى ، لئلا ينكسر قلب الآخر ولا يتمكن استيفاء حجته (٣) .

والله تعالى أعلم

(١) البيهقى ج ١٠ ص ١٣٦ .

(٢) البدائع ج ٧ ص ١٠ ، وشرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٧٥ .

(٣) الحاوى الكبير ج ٢٠ ص ٣٤٨ .

حصاد البحث

يمكن استخلاص أهم نتائج هذه الدراسة واستعراض أهم ثمراتها من خلال النقاط التالية :

أولاً : القضاء مرفق هام فى حياة البشر جميعاً ، لأنه لا غنى لأحد عنه ، فهو أمر لازم لكل دولة ، وحاجة ماسة لكل أمة ، فيه يتحقق العدل والإنصاف بين الناس ، وبه يأمن الناس على أرواحهم وأموالهم وأعراضهم .

ثانياً : القضاء ميزان تقاس به حضارات الأمم والشعوب ، فيمقدار ما يتحقق به من إقامة العدل بين الناس ، وتحقيق المساواة بينهم ، وبمقدار ما يكون عليه القضاة من نزاهة وعفة وشرف وبعد عن الشبهات ، تكون نهضة كل أمة ، ورقى كل دولة .

ثالثاً : هذا وإن كانت الدراسة قد أثبتت أن القضاء يختلف عن التحكيم والفتوى من وجوه كثيرة ، لعل من أهمها عنصرى الإلزام والرضا ، إلا أنه مع ذلك ينبغى أن يتحقق فى المحكم والمفتى ما يشترط فى القاضى من شروط ، حتى يمكن لكل منهما أن يؤدي مهمته على الوجه الأكمل .

رابعاً : القاضى هو المنوط به تحقيق العدالة بين الناس ، وتوفير الأمن والطمأنينة فى ربوع المجتمع ، ومن أجل ذلك فإنه يجب لكى يكون القاضى معداً على هذا النحو ، ومؤدياً للدور الذى أعد له ، أن تتحقق فيه صفات معينة ، وشروط محددة ، وضوابط هامة ، من شأنها أن تجعله أهلاً لتحمل هذه المسئولية العظيمة ، بحيث يسلم من كل خلل أو

نقص من شأنه أن يؤثر من قريب أو بعيد على الحكم الصادر فى المسألة المعروضة عليه .

خامساً : يحذر التشريع الإسلامى تحذيراً شديداً كل من تسول له نفسه أن يتسلق إلى منصب القضاء ، دون أن تتوافر فيه شروطه ، أو تجتمع فيه صلاحياته ، كما ينكر على أولئك الذين يبذلون الأموال لتولى القضاء ، أو يسعون إليه عن طريق الشفاء أو الوسطاء ، كما توعد ولى الأمر أو من ينوب عنه إذا اختار لهذه الولاية أحداً ، وهو يعلم أن فى المسلمين من هو أعلم وأولى وأحق بها منه بالخيانة العظمى ، التى تستوجب عقاب الله عز وجل ، عملاً بقوله ﷺ فى الحديث الذى رواه بن عباس - رضى الله عنهما : " من استعمل عاملاً من المسلمين وهو يعلم أن فيهم أولى بذلك منه ، وأعلم بكتاب الله وسنة نبيه ، فقد خان الله ورسوله وجميع المسلمين " (١) .

سادساً : ينبغى أن تتحقق فى القاضى عدة آداب وصفات وخصال تميزه عن غيره من الناس ، من حيث لباسه ، ومظهره ، وفهمه ، وطريقة قضائه ، وكيفية جلوسه ، حتى تزيد هيئته ، وتقوى الناس . كما أنه يلتزم القاضى بعدة آداب فى مواجهة الخصوم . نسب . حتى لا تلحقه التهمة ، أو يحيط بقضائه الشك أو الريبة ، ويحذر من قضاؤه صحيحاً ، وحكمه سليماً بعيداً عن كل عيب أو خلل .

هذا والحمد لله فى الأولى والآخرة

(١) سنن البيهقى ج ١٠ ، ص ١١٨ .

المحتويات

الصفحة	الموضوع
٣	مقدمة
٩	الفصل التمهيدي : ماهية القضاء ومشروعيته
٩	تمهيد
١٠	المبحث الأول : تعريف القضاء وتمييزه عن غيره
١٠	المطلب الأول : تعريف القضاء
١٠	تعريف القضاء فى اللغة
١٢	تعريف القضاء فى اصطلاح الفقهاء
١٢	أولاً : تعريف الحنفية
١٢	ثانياً : تعريف المالكية
١٣	ثالثاً : تعريف الشافعية
١٣	رابعاً : تعريف الحنابلة
١٣	التعريف الراجع
١٤	المطلب الثانى : تمييز القضاء عن غيره
١٥	الفرع الأول : تمييز القضاء عن التحكيم
١٥	أولاً : معنى التحكيم
١٧	المقارنة بين القضاء والتحكيم
١٧	أولاً : عنصر الرضا
١٨	ثانياً : عنصر الإلزام فى الحكم
١٥	ثانياً : مشروعية التحكيم
١٨	ثالثاً : المسائل التى يحكم فيها

١٩	رابعاً : نقض الحكم
١٩	الفرع الثانى : تمييز القضاء عن الفتوى
٢٠	الوجه الأول : الإلزام
٢٠	الوجه الثانى : العموم والخصوص
٢١	المبحث الثانى : مشروعية القضاء
٢٥	نوع المشروعية
٢٧	الفصل الأول : شروط القاضى
٢٧	تمهيد
٢٨	المبحث الأول : شروط القاضى المتفق عليها
٢٨	المطلب الأول : الإسلام
٣٠	المطلب الثانى : العقل
٣١	أولاً : القضاء بالقرائن الظاهرة
٣٣	ثانياً : القضاء بالفراسة
٣٥	المطلب الثالث : البلوغ
٣٦	المطلب الرابع : الحرية
٣٩	المبحث الثانى : شروط القاضى المختلف فيها
٣٩	تمهيد
٣٩	المطلب الأول : سلامة الحواس
٤٢	الرأى الأول
٤٢	الرأى الثانى
٤٣	الأدلة
٤٣	أولاً : استدلال أصحاب الرأى الأول

٤٥	ثانياً : استدلال أصحاب الرأي الثاني
٤٦	الرأى الراجح
٤٨	المطلب الثاني : العدالة
٤٨	معنى العدالة
٤٩	الرأى الأول
٥٠	الرأى الثاني
٥٠	الأدلة
٥٠	أولاً : استدلال أصحاب الرأي الأول
٥٥	ثانياً : استدلال أصحاب الرأي الثاني
٥٩	الترجيح
٦٠	المطلب الثالث : الاجتهاد
٦٠	معنى الاجتهاد
٦٤	الرأى الأول
٦٥	الرأى الثاني
٦٦	الأدلة
٦٦	أولاً : استدلال أصحاب الرأي الأول
٦٩	ثانياً : استدلال أصحاب الرأي الثاني
٧٢	الترجيح
٧٤	المطلب الرابع : الذكورة
٧٤	الخلاف الفقهي فى جواز تولية المرأة القضاء
٧٤	القول الأول
٧٥	القول الثاني

٧٥	القول الثالث
٧٦	القول الرابع
٧٦	الأدلة
٧٦	أولاً : استدلال أصحاب القول الأول
٨٣	ثانياً : استدلال أصحاب القول الثانى
٨٤	ثالثاً : استدلال أصحاب القول الثالث
٨٨	رابعاً : استدلال أصحاب القول الرابع
٨٩	الترجيح
٩٣	الفصل الثانى : تعيين القاضى وطرق اختياره
٩٣	تمهيد
٩٥	المبحث الأول : تعيين القاضى عن طريق قبوله ولاية القضاء ..
٩٥	الحالة الأولى : أن يكون قبول القضاء واجباً
٩٦	الحالة الثانية : أن يكون قبول القضاء مباحاً
٩٦	الحالة الثالثة : أن يكون قبول القضاء مندوباً
٩٦	الحالة الرابعة : أن يكون قبول القضاء مكروهاً
٩٦	الحالة الخامسة : أن يكون قبول القضاء محرماً
٩٧	الرأى الأول
١٠١	الرأى الثانى
٠٥	تفنيذ حجج المانعين
١٠٨	الرأى الراجع
١١٠	المبحث الثانى : تعيين القاضى عن طريق طلب ولاية القضاء ..
١١٠	تمهيد

١١١	المطلب الأول : طلب القضاء مجرداً عن بذل المال والوسطاء ..
١١٤	المطلب الثانى : طلب القضاء عن طريق بذل المال أو الوسطاء
١١٤	تمهيد
١١٥	الرأى الأول
١١٥	الرأى الثانى
١١٦	الأدلة
١١٦	أولاً : أدلة أصحاب المذهب الأول
١١٧	ثانياً : أدلة أصحاب المذهب الثانى
١١٧	المناقشة والترجيح
١١٩	المبحث الثالث : طرق اختيار القاضى
١١٩	تمهيد
١٢٠	المطلب الأول : العلم المسبق بمن يولى القضاء
١٢٢	المطلب الثانى : ضرورة الاختبار
١٢٥	الفصل الثالث : آداب القاضى
١٢٥	تمهيد
١٢٨	المبحث الأول : آداب القاضى فى نفسه
١٢٨	أولاً : لباس القاضى
١٢٨	ثانياً : أن يكون فى مجلس الحكم غاض الطرف
١٢٩	ثالثاً : أن يكون عند نظر الخصومة فهما
١٢٩	رابعاً : ألا يكون القاضى قلقاً عند القضاء
١٣٠	خامساً : التثبت والتروى فى الحكم
١٣٠	سادساً : ألا يكون القاضى ضجراً عند القضاء

١٣١	سابعاً : ألا يقضى القاضى وهو غضبان
١٣٢	ثامناً : ألا يقضى القاضى وهو جائع أو عطشان أو ممتلىء
١٣٣	تاسعاً : ألا يدافع الأخبثين
١٣٣	عاشراً : ألا يقضى وهو جالس
١٣٣	حادى عشر : عدم قبول هدية أحد الخصوم
١٣٦	ثانى عشر : عدم إجابة الدعوة الخاصة
١٣٦	ثالث عشر : عدم البيع والشراء مباشرة
١٣٧	رابع عشر : أن يجلس القاضى فى مكان بارز
١٣٩	المبحث الثانى : آداب القاضى مع الشهود
١٣٩	أولاً : أن يعظ القاضى الشهود
١٣٩	ثانياً : أن يختبر القاضى الشهود
١٤٠	ثالثاً : عدم تلقين الشاهد بما يشهد به
١٤١	المبحث الثالث : آداب القاضى مع الخصوم
١٤١	أولاً : التسوية بين الخصمين
١٤٤	ثانياً : عدم تلقين أحد الخصمين
١٤٥	حصاد البحث
١٤٧	المحتويات

نظام شراء الأسهم للموظفين

دكتور

عصام خلف العنزي

مدرس بقسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

جامعة الكويت

obeikandi.com

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ،،

لقد بدأت المؤسسات المالية الإسلامية مرحلة أعمالها بعد أن ثبتت قدمها على الخريطة الاقتصادية ، وهذا الأمر يلقي على عاتق تلك المؤسسات مسئولية حسن اختيار الموظفين الذين سيقومون بعملية التطوير ، لأنه لا تطوير من دون كوادر بشرية لها طاقات وإمكانيات تستطيع من خلالها القيام بمثل هذا الدور .

والشركات على اختلاف أنواعها الإسلامية منها والتقليدية بدأت بإدراك أهمية العنصر البشري الذى تتاط به عملية التطوير مما جعلها تبذل الشئ الكثير من أجل الحفاظ وضمان بقاء الموظف معها ، كما عمدت إلى إجراء طاقات وكوادر موجودة فى شركات أخرى لكى تعمل لديها ، مما أنشأ صراعاً بين الشركات على مثل تلك الكوادر ، ومن هذه الطرق والوسائل التى ترغب الشركات من خلالها المحافظة على موظفيها أو استقطاب طاقات أخرى للعمل لديها " نظام خيار شراء الأسهم للموظفين " .

فلم يعد أسلوب ترغيب الموظف عن طريق منحه تذاكر للسفر ، أو إعطائه تأميناً صحيحاً ، أو دفع الرسوم الدراسية لأبنائها أو حتى زيادة الرواتب والأجور كافياً لإغراء الموظف للبقاء فى الشركة أو لجلب موظفين أكفاء للعمل لديها .

والشركات تهدف من خلالها منح الموظف هذه الأسهم أن يكون الموظف شريكاً في الشركة التي يعمل بها من خلال تملك أسهمها فيبذل طاقته في تحسين أداء عمل الشركة مما ينعكس على أرباحها التي سوف يحصل الموظف على جزء منها .

وهيئات الفتوى والرقابة الشرعية كما ساهمت في تثبيت أقدم المؤسسات المالية ووضعها على المنهج لكي تسلكه ، ها هي أيضاً تساهم في تطوير أعمال تلك المؤسسات من خلال مشاركة الشركة التفكير في المسائل التي تعرض عليها ومن ثم فهمها لكي تتمكن بعد ذلك من إصدار الأحكام الشرعية مما عرض عليها ، وقد قامت هيئات الفتوى في المؤسسات المالية الإسلامية بالنظر في " نظام خيار شراء الأسهم للموظفين " وأصدرت الأحكام الفقهية التي تناسبه ، إلا أنني بعد أن رأيت انتشار هذا النظام بين المؤسسات المالية والإسلامية معتمدة في ذلك على فتاوى شرعية متفرقة هنا وهناك رأيت أنه من الضروري الكتابة في هذا الموضوع القانوني ، لأنه نظام مستحدث ومهم في حياتنا المعاصرة وأن أقوم بمحاولة تأصيله تأصيلاً شرعياً ، ومعالجة ما يكتنفه من مشكلات وملاحظات ، إذ أن الفتاوى الصادرة عن الهيئات الشرعية لم تتضمن علاجاً لمثل تلك الأمور وإن كانت قد مهدت لنا الطريق فيما نحن بصدد بحثه .

وقد قسمت البحث إلى ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول : التعريف بنظام خيار شراء الأسهم وأهدافه وعناصره ، وقد قسمته إلى ثلاث مطالب :
- المطلب الأول : فكرة وتعريف نظام خيار شراء الأسهم .

- المطلب الثاني : أهداف نظام خيار شراء الأسهم .
 - المطلب الثالث : العناصر الحاكمة لنظام شراء خيار شراء الأسهم .
 - المبحث الثاني : آراء الفقهاء فى نظام خيار شراء الأسهم وتكليفه الشرعى، وقد قسمته إلى مطلبين :
 - المطلب الأول : آراء الفقهاء فى نظام خيار شراء الأسهم .
 - المطلب الثاني : التكليف الشرعى لنظام خيار شراء الأسهم .
 - المبحث الثالث : أهم المسائل المتعلقة بنظام خيار شراء الأسهم ، وقد قسمته إلى مطلبين :
 - المطلب الأول : استرداد رأس المال فى حال فصل الموظف أو تقديم استقالته .
 - المطلب الثاني : زكاة أسهم نظام خيار شراء الأسهم .
- ولا أدعى كاملاً لما كتبتّه ، وحسبى أنه من صنع البشر الذى يكتفاه ويلازمه التقصير ، فأسأل الله العظيم رب العرش الكريم أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم ، وان يتقبل به ميزانى يوم القيامة لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم .

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين

والحمد لله رب العالمين

الباحث

د. عصام خلف العزى

قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية

جامعة الكويت

obeikandi.com

المبحث الأول

التعريف بنظام خيار شراء الأسهم للموظفين وأهدافه وعناصره

نرغب فى هذا البحث إعطاء صورة واضحة لنظام خيار شراء الأسهم للموظفين ، لذلك فقد تناولته فى ثلاثة مطالب للتعريف بفحواه وأهدافه وعناصره ، لأن الحكم على الشئ فرع عن تصوره .

المطلب الأول

فكرة وتعريف بنظام خيار شراء الأسهم

فكرة النظام :

إن نظام خيار شراء الأسهم لموظفى الشركات المساهمة هو أحد الأنظمة المحفزة لاستبقاء عناصر جيدة من الموظفين للعمل فى الشركة ، والمحافظة على هؤلاء الموظفين من التسرب لشركات أخرى منافسة ، وبالتالي قامت الشركات بإنشاء هذا النظام ووضعت له لوائح تنظم العمل به .

ثم تطور النظام لاستقطاب كفاءات جديدة للعمل فى الشركة من خلال ترغيبهم بمنحهم أسهماً للشركة بسعر تفضيلى وفق شروط محددة .

تعريف النظام :

يمكننا تعريف نظام خيار شراء الأسهم بأنه : منح الموظف حق شواء عدد معين من أسهم الشركة بسعر تفضيلى عن سعر السهم فى سوق الأوراق المالية وفق لوائح وشروط يتم تحديدها مسبقاً .

مثال ذلك : إذا كان سعر سهم الشركة التي يعمل فيها الموظف فى سوق الأوراق المالية - البورصة - يعادل (٥٠٠) فلس ، فإن الشركة تمنح الموظف حق شراء أسهمها بسعر (٢٠٠) فلس وفق شروط يتم الاتفاق عليها بين الطرفين .

ومن خلال عنوان هذا النظام يتبين أن الموظف له الخيار بقبول هذا النظام أو رفضه ، كما أن الشركة لها الحق فى منح هذه الميزة لبعض الموظفين دون بعض ، فلا يلزم الموظف بقبول هذا النظام ، كما أنه لا إلزام على الشركة بمنح هذا النظام لجميع الموظفين .

ويجب التمييز هنا بين هذا النظام وعدة أمور :

(أ) خيار الشراء والبيع :

لما كان عنوان هذا النظام يتضمن كلمة " خيار " وهى كلمة لها مدلولها الشرعى ويقصد به : حق العاقد فى فسخ العقد أو إمضائه ، لظهور مسوغ شرعى أو بمقتضى اتفاق عقدى (١).

فإنه ينبغى التأكيد على أنه ليس المقصود من الكلمة المدلول الشرعى لها ، لأن الخيار بالمدلول الشرعى إنما يأتى بعد وجود العقد ، بينما نقصد بالخيار هنا ما يكون قبل إنشاء العقد ، بمعنى آخر نقصد من هذه الكلمة حرية القبول أو الرفض ابتداء ، فالموظف له الحق فى الاشتراك فى هذا النظام من عدمه .

(١) الموسوعة الفقهية ٤١/٢٠ طبعة وزارة الأوقاف الكويتية .

(ب) الاختيارات (Options) :

وهو عقد يتم بموجبه منح الحق - وليس الالتزام - لشراء أو بيع شيء معين (كالأسهم أو السلع أو العملات أو المؤشرات أو الديون) بثمن محدد لمدة محددة (١) ، فالمقصود بعقود الاختيارات الاعتياض عن الالتزام ببيع شيء محدد موصوف ، أو شرائه بسعر محدد خلال فترة زمنية معينة ، أو في وقت معين إما مباشرة أو من خلال هيئة ضامنة لحقوق الطرفين (٢) . وهذه الاختيارات غير جائزة شرعاً ، لأن المعقود عليه ليس مالاً ولا منفعة ولا حقاً مالياً يجوز الاعتياض عنه (٣) .

وهذه الاختيارات تختلف عن نظام خيار شراء الأسهم ، لأن الموظف يشتري أسهم هذه الشركة ويقوم بدفع ثمنها نقداً ، أى أنه يشتري شيئاً يجوز أن يرد عليه العقد بخلاف الاختيارات . كما أن الاختيارات لا يجوز التعاقد عليها ابتداء فإنه يجوز تداولها ، بخلاف أسهم الموظف فإنه يجوز له تداولها ولكن بعد فترة محددة .

(ج) الأسهم الممتازة :

منع الفقهاء المعاصرون من إصدار أسهم ممتازة لها خصائص مالية تؤدي إلى ضمان رأس المال ، أو ضمان قدر من الربح أو تقديم أصحابها عند التصفية أو توزيع الأرباح (٤) ، لأن هذا كله يؤدي إلى قُطع الاشتراك

(١) المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ٢٠٠٤-٢٠٠٥ ص ٣٧١ .

(٢) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي طبعة وزارة الأوقاف القطرية ٢١٦ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المعايير الشرعية ٢١٦ ، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ٢١٣ .

فى الربح ، ووقوع الظلم على الشركاء الآخرين . ونظام خيار شراء الأسهم وإن كان فيه تمييز للموظف عن الآخرين إلا أن هذا الامتياز ليس فيه تمييز للموظف بخصائص مالية تميزه عن سائر الشركاء ، فهو يربح معهم ، ويتحمل الخسارة مثلهم ، وإنما تم تمييز الموظف بسعر الشراء فقط وهذا أمر اتفاقى خاضع لرضى الطرفين ، وغاية هذا الامتياز أنه نوع من التخصيص بالصفة كما لو اشترطت الشركة أن من شرط المساهم أن يكون من جنسية معينة ، فالموظف استحق هذه الأسهم لانطباق الصفة عليه .

وعادة ما تقوم هذه الشركات بتطبيق النظام عن طريق زيادة رأس المال للشركة ، بحيث يتم الاتفاق فى الجمعية العمومية على تخصيص هذه الزيادة للموظفين الأكفاء الذين تحرص الشركة لى بقائهم للعمل لديها ، أو من أجل استقطاب بعض الموظفين من خارج الشركة عن طريق بيع هذه الأسهم لهم بسعر تفضيلى عن قيمتها فى سوق الأوراق المالية .

المطلب الثانى

أهداف نظام خيار شراء الأسهم للموظفين

تهدف الشركات من وراء هذا النظام عدة أمور من أهمها :

- ١- إيجاد حافز لاستقطاب الكفاءات للعمل لدى المؤسسة .
- ٢- المحافظة على النوعية المتميزة من الموظفين الأكفاء وتحفيزهم على البقاء والاستمرار فى العمل بالمؤسسة إذ أن هذا النظام لا يطبق على جميع الموظفين بل على فئة مختارة منهم .
- ٣- تنمية روح الولاء والانتماء للشركة من خلال مشاركة الموظفين فى ملكية الشركة .
- ٤- العطاء والمثابرة من قبل الموظف لتحقيق أهداف الشركة وزيادة عوائدها .
- ٥- ربط مصلحة المساهمين بارتفاع قيمة وربحية السهم مع مصلحة الموظفين بامتلاكهم أسهم الشركة ، لأن الموظف بامتلاكه لجزء من أسهم الشركة يحصل كبقاى المساهمين فى نهاية السنة على جزء من أرباح الشركة ، فكلما ارتفعت ربحية السهم ارتفعت معها أرباحه التى يأخذها فى نهاية السنة . كما أن ارتفاع قيمة السهم من مصلحة الموظف أيضاً إذ يستطيع بيع هذه الأسهم بقيمة مرتفعة عما اشترأها به .
- ٦- لما كانت الأسهم التى يمتلكها المواطن من خلال هذا النظام تحتاج إلى زيادة رأس مال الشركة وتخصيص هذه الزيادة للموظفين فإن الشركة تستفيد من هذه الزيادة لرأس مالها بالإضافة إلى علاوة الإصدار التى

تؤخذ من الموظف وتوضع فى احتياطات الشركة مما يساهم فى توسيع نشاط الشركة .

كان هذا أهم الأهداف التى يسعى هذا النظام إلى تحقيقها ، ومن خلال هذه الأهداف يتبين أن نظام خيار شراء الأسهم يحقق مصلحة الموظف والشركة معاً ، فالموظف يحصل على هذه الأسهم بسعر تفضيلى يتمكن من بيعها بعد مدة محددة فيستفيد من الفرق بين سعر الشراء وسعر البيع ، أو يحتفظ بهذه الأسهم ويجنى أرباحها السنوية . كما أن الشركة أيضاً تستفيد من خلال المحافظة على النوعية الجيدة من الموظفين واستقطاب الكفاءات للعمل لديها .

وقد ذهبت بعض الهيئات الشرعية فى المؤسسات المالية الإسلامية إلى جواز هذا النظام بشروطه التى سنينها لاحقاً بسبب نظرها إلى هذا الأمر ألا وهو تحقيق المصلحة للطرفين ، إلا أننا لا بد وأن نبين أنه ليس كل أمر يحقق المصلحة للطرفين يكون جائزاً شرعاً ، بل لا بد أن تكون هذه المصلحة معتبرة شرعاً بمعنى أن هذه المصلحة قد قام الشارع باعتبارها وأنها صالحة لارتباط الحكم بها .

فمثلاً : المتعامل مع البنوك الربوية يحقق مصلحة له من خلال الاستفادة بالقرض الربوى ، كما أن البنك الربوى أيضاً يستفيد من هذا التعامل من خلال أخذه الفائدة الربوية ، ومع هذا نقول إن هذا التعامل غير جائز شرعاً ، وأن هذه المصلحة قد قام الشارع بإلغائها لمخالفتها لنصوص الشارع . فهى مصلحة ملغاة .

ولذلك كان لزاماً النظر إلى نظام خيار شراء الأسهم للموظفين ليس فقط من باب المصلحة التى يحققها النظام ، بل لا بد أيضاً من النظر إلى

شروط هذا النظام وعرضها على الشرع لمعرفة مدى اتساقها مع أحكام الفقه الإسلامي من عدمه ، إذ أن بعض هذه الشروط قد يؤثر في الحكم الشرعي . لذلك نجد من الضروري بعد ذكر أهداف هذا النظام أن نذكر شروط نظام خيار شراء الأسهم ، أو كما يطلق عليها البعض العناصر الحاكمة لهذا النظام .

المطلب الثالث

العناصر الحاكمة لنظام خيار شراء الأسهم

قلنا سابقاً إن هناك شروطاً وقيوداً لتنظيم العمل بنظام خيار شراء الأسهم للموظفين ومن أهم هذه الشروط ما يلي :

١- يتم بداية تحديد الموظفين الذين سيتم منحهم الخيار فى شراء أسهم الشركة ، وعادة ما يكون هؤلاء الموظفين متميزين فى عملهم من ذوى الوظائف القيادية والإشرافية والتخصصية ، أى يتم تحديد الموظف حسب الدرجة الوظيفية والأداء المطلوب .

٢- أن يكون الموظف قد أمضى فترة زمنية معينة فى خدمة الشركة ، ويحق لمجلس إدارة الشركة أن يستثنى بعض الموظفين من هذا الشوط كما لو أرادت الشركة أن تستقطب بعض الموظفين من خارج الشركة .

٣- تقوم الشركة بزيادة رأس مالها بموافقة الجمعية العمومية ، ويتم تخصيص هذه الأسهم للموظفين ، كما يقوم مجلس إدارة الشركة بتحديد علاوة الإصدار ، وبمعنى آخر السعر الذى سوف تباع به الأسهم للموظف .

٤- بعد اختيار الموظفين وتوفير الأسهم لهذا النظام تقوم الشركة بعرض المشاركة على الموظف من خلال خطاب موجه للموظف بأنه قد تم تحديد عدد محدد من أسهم الشركة إن كان يرغب فى المساهمة فيها ، كما تقوم الشركة أيضاً فى هذا الخطاب بتحديد فترة للموظف عليه ألا يتجاوزها للإكتتاب فى هذه الأسهم .

٥- إذا قبل الموظف المشاركة في هذا النظام ، فإن عليه أن يقوم بسداد ثمن هذه السهم نقداً وهو ما يمثل القيمة الاسمية للسهم مضافاً إليها علاوة إصدار ، ولا يسمح للموظف بتقسيم الثمن ، كما أن عليه سداد ثمن هذه الأسهم خلال فترة الاكتتاب وإلا سقط حقه في شراء هذه الأسهم .

قد يرغب الموظف بالمشاركة بجزء من هذه الأسهم التي تم تخصيصها له ، ففي هذه الحالة يحق له المشاركة بهذا الجزء من الأسهم ودفع ثمنه كاملاً . أى يحق للموظف المشاركة بكل ما عرض عليه أو بجزء منه خلال فترة الاكتتاب .

٦- يستحق الموظف جميع الحقوق الناشئة عن تملكه لهذه الأسهم بما فيها الأرباح السنوية الموزعة ، ويستثنى من ذلك تصرفه بأصل الأسهم بيعاً أو رهناً أو هبة لمدة محددة . كما أنه يتحمل خسارتها ، وهذا يعنى أن الموظف يتمتع بجميع ما يتمتع به المساهمون من أرباح وحق التصويت ومحاسبة مجلس الإدارة في الجمعية العمومية ومناقشة الحاسب الختامي أو التقرير السنوى وغيرها ، كما أنه في حالة خسارة الشركة يتحمل الموظف جزءاً من هذه الخسارة كسائر المساهمين كل حسب حصته في هذه الشركة . إلا أن الموظف يفترق عن باقى المساهمين بمدى إمكانية التصرف في هذا السهم ، لأن المقصد من نظام خيار شراء الأسهم هو ضمان بقاء الموظف في الشركة لمدة محددة ، فإذا تم السماح له بالترف في هذه الأسهم عن طريق بيعها مثلاً فإن الموظف قد يترك وظيفته بعد مدة وجيزة ، فإذا منع من التصرف في هذه الأسهم لمدة محددة فإن الشركة تضمن بقاء الموظف خلال هذه الفترة .

٧- بعد مضي فترة زمنية محددة ولتكن ثلاث سنوات فإنه يحق للموظف التصرف بأصل السهم من بيعه أو رهنه أو هبته ، وبعض الشركات تقوم بتوزيع حق التصرف على فترات زمنية ، فمثلاً تقول للموظف إن بعد مضي سنة واحدة يحق له التصرف بـ ٢٠% من هذه الأسهم ، وبعد مضي سنة أخرى أو سنتين يحق للموظف أن يتصرف بـ ٤٠% من الأسهم وهكذا إلى أن تنتهي الفترة الزمنية المحددة ، ويكون الموظف في نهاية الفترة له الحق بالتصرف بجميع الأسهم التي خصصت له .

٨- في حالة تدنى سعر سهم الشركة عن السعر الذي قام الموظف بشراؤه فإنه يحق للموظف التصرف بهذه الأسهم فوراً من غير قيد أو شرط ، وذلك حفاظاً على مصلحة الموظف وعدم الإضرار به إذ بتدنى الأسعار وعدم السماح للموظف بالتصرف بهذه الأسهم خسارة كبيرة إذ لن يسلم له في هذه الحالة رأس ماله الذي اشترى به هذه الأسهم .

٩- تقوم الشركة بإدارة محفظة أسهم الموظفين تبرعاً من غير احتساب أتعاب على إدارتها أو تخويل من تراه مناسباً لإدارة هذه المحفظة لصالح الموظفين من غير مقابل ، ونقصد بالإدارة هنا حفظ الأسهم ، وبيعها إذا رغب الموظف بذلك - عند تحقق الشرط المتفق عليه - أو التصويت عنه وحضور الجمعية العمومية إذا رغب الموظف بذلك وغيرها مما يختص بإدارة محفظة الأسهم .

١٠- في حالة انتهاء علاقة الموظف مع الشركة بأحد الأسباب التالية (الانتقال للعمل في شركة تابعة ، سفر اضطراري ، بلوغ سن التقاعد ، عجز كلي ، وفاة) فإنه يعاد للموظف قيمة حصته بسعرها السوقي ، لأن

هذه الأمور عادة ما تكون خارجة عن إرادة الموظف ، فمن الظلم إبقاء شروط نظام خيار شراء الأسهم لسبب ليس له يد فيه .

١١- إذا أخل الموظف بشرط الاتفاقية التي بينه وبين الشركة كأن قدم استقالته من العمل أو تم فصله بموجب أحكام قانون العمل كأن ارتكب عملاً مخالفاً بالشرف أو الأمانة أو عدم الامتثال لأوامر الإدارة أو غيرها التي حددها قانون العمل ، فإنه يعتبر قد ألغى مساهمته في المحفظة من بداية تاريخ استقالته أو فصله ، ويعوض عن رأس ماله بنفس القيمة التي تمت المساهمة بها ، وله كامل حقوقه في الأرباح السابقة وكذلك عليه تحمل الخسارة ، وهذا الأمر يختلف عن الذي قبله بأن هذه الأمور هي من عمل الموظف أي أنه قام بهذه الأمور بإرادته فعلياً تحمّل تبعات هذا الفعل .

١٢- في حالة وفاة الموظف ، لورثته الحق في الاستفادة من نظام خيار شراء الأسهم خلال سنة واحدة من تاريخ إخطار ورثته بالحق ، على أن يكون الإخطار خطياً ، وإلاجاز للشركة التصرف بهذه الأسهم لصالح الموظف أو ورثته . لأننا قلنا سابقاً إنه في حالة الوفاة يعاد للموظف قيمة حصته من هذه الأسهم بسعرها السوقي .

١٣- لمجلس إدارة الشركة الحق في الاستثناء من قواعد هذا النظام وفق ما تقتضيه مصلحة جميع الأطراف ، وذلك كأن يستثنى أحد الموظفين من بيع حصته قبل انتهاء الفترة الزمنية لمصلحة معينة ، أو أن يستثنى فترة معينة للعمل في الشركة حتى يحصل الموظف على حق الاشتراك في نظام خيار شراء الأسهم لكي يستقطب كفاءات من خارج الشركة . وهذا كله من باب الاستثناء .

١٤- يتم تصفية الأسهم الناتجة عن هذا النظام بأحد الأسباب الآتية :

(أ) انقضاء فترة يتم تحديدها بين الطرفين ما لم يتفقا على تجديدها .

(ب) صدور حكم قضائي ينهى هذا التعاقد ويأمر بتصفية هذه المحفظة .

١٥- يلتزم كلا من الطرفين الموظف والشركة بتطبيق أحكام الشريعة

الإسلامية فيما يخص فهم أو تفسير بنود هذا الاتفاق .

كان هذا أهم البنود الحاكمة للعلاقة بين الموظف والشركة والتي تنظم

كيفية حصول الموظف على أسهم الشركة من خلال نظام خيار شراء

السهم (١).

(١) يراجع فيما سبق اللائحة التي تنظم خيار شراء الأسهم للموظفين لشركة دار الاستثمار

(الكويت) ، شركة أعيان للإجارة والاستثمار (الكويت) .

المبحث الثاني

آراء الفقهاء فى نظام خيار شراء الأسهم وتكييفه الشرعى

إن التعرض بالتناول والتفصيل لآراء الفقهاء والمجامع الفقهية فى نظام خيار شراء الأسهم وتكييفه الشرعى ، يستلزم أن يتناوله فى مطلبين نعرض فى أحدهما لآراء الفقهاء والمجامع ، وفى الآخر نبين ما ورد بصدده من أحكام ، والتكليف الشرعى لهذا الخيار المستحدث فى نظم المعاملات المالية المعاصرة المتعلقة بهذا النوع من الأسهم .

المطلب الأول

آراء الفقهاء فى نظام خيار شراء الأسهم

لما كان نظام خيار شراء الأسهم عبارة عن قيام الموظف بشراء جزء من أسهم الشركة التى يعمل فيها ، فإن حكم هذا النظام يتبع شراء أسهم هذه الشركة والذى هو بطبيعة الحال تبع لنشاطها ، لأن الموظف سوف يملك تلك الأسهم عن طريق شرائها بسعر تفضيلى . وبالتالي فإنه لا خلاف بين الفقهاء المعاصرين فى حرمة المساهمة فى شركات غرضها الأساسى محرم كالتعامل بالربا أو إنتاج المحرمات (١) أو المتاجرة بها بمعنى أن يكون الغرض الأساسى من إنشاء هذه الشركة هو ممارسة الحرام .

كما أنه لا خلاف أيضاً بين الفقهاء المعاصرين فى جواز المساهمة فى شركة التزمت فى معاملاتها بأحكام الشريعة الإسلامية ، بمعنى أن الشركة قد نصت فى نظامها الأساسى على التزام أحكام الشريعة الإسلامية ومن ذلك

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامى رقم ٦٣ (٧/١) ، ٢١١-٢١٢ ، مطبوعات وزارة الأوقاف القطرية .

البنوك والشركات والمؤسسات المالية الإسلامية فإنه بلا لا خلاف في جواز تداول أسهمها بيعاً وشراء .

وعلى هذا نستطيع أن نقول إن الموظف يحرم عليه الاشتراك في نظام خيار شراء الأسهم والحصول على هذه الأسهم بسعر تفضيلي إذا كانت الشركة التي يعمل بها غرضها الأساسي محرم ، كما نستطيع أن نقول على سبيل الإجمال إن الموظف يجوز له الاشتراك في هذا النظام وتملك هذه الأسهم إذا كانت الشركة قد التزمت في معاملاتها بأحكام الشريعة الإسلامية .

وهناك نوع ثالث من الشركات وهو ما حصل فيه خلاف بين الفقهاء المعاصرين ألا وهو الشركات التي أصل إنشائها حلال ولكن تُقرض أو تُقترض بالفائدة ، وبمعنى آخر أن الأنشطة الأساسية التي قامت عليها الشركة أنشطة مشروعة إلا أنها تتعامل أحياناً بالمحرمات كالربا وغيره ، فمثلاً : شركات الكهرباء والأسمنت والمواصلات وغيرها غرضها الأساسي مشروع وهو بيع المنافع وتقديم الخدمات والسلع الجائزة شرعاً إلا أن هذه الشركات عندما تحتاج إلى سيولة فإنها تتجه إلى البنوك التقليدية وتقترض منها بفائدة تدفعها لتلك البنوك ، كما أن هذه الشركات إذا حصل عندها فائض في السيولة فإنها تتجه أيضاً لتلك البنوك وتقوم بإيداع تلك الأموال بفائدة محددة .

وهذه الصور أو النوع من الأسهم مما اختلف فيه الفقهاء المعاصرون بين مُحَرَّم وبين مَبِيح بشروط وقيود ، ورغم أن مجمع الفقه الإسلامي قد نص في قراره رقم ٦٣ (٧/١) على حرمة المساهمة في هذا النوع من الشركات إلا أنه أعاد النظر في هذا الموضوع وطلب استكتاب المزيد من

البحوث ليتمكن المجمع من اتخاذ القرار المناسب في دورة قادمة (١) . كما أجل المجمع أيضاً النظر في هذا الموضوع لمزيد من الدراسة والبحوث مرة أخرى كما في قراره رقم ٨٧ (٩/٤) .

كما لم تتعرض هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى حكم المساهمة في هذا النوع من الشركات في معيارها الذي يتعلق بالمشاركة والشركات الحديثة (٢) . على الرغم من أن المعيار قد فصل أحكام الشركات المساهمة ، ولعل هناك معياراً خاصاً بالأسهم سوف يصدر عنهم .

وتردد مجمع الفقه الإسلامي في هذا الموضوع إن دل إنما يدل على صعوبة البت في هذا الموضوع مما اضطر المجمع إلى تأجيله إلى أكثر من دورتين مع طلب استكتاب المزيد من الأبحاث والدراسات ، وهذا أدى إلى عقد ندوات فقهية لمناقشة هذا الموضوع ، كما أدى إلى مناقشته في هيئات الفتوى والرقابة الشرعية لاتخاذ قرار بخصوصه .

ونحن سوف نستعرض بإيجاز أقوال الفقهاء المعاصرين في هذا الموضوع ، ثم في نهاية المطاف نذكر الحكم الذي توصل إليه الباحث فيما يخص حكم المتاجرة بالأسهم التي أصل إنشائها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام أحياناً .

لابد أن نؤكد في بداية الأمر أن هذه المسألة من المسائل الخلافية بين الفقهاء المعاصرين إذ أن كل صاحب رأى قد استند على أدلة شرعية

(١) المرجع السابق قرار رقم ٧٧ (٨/٨) ، ٢٦٧-٢٦٨ .

(٢) المعايير الشرعية ، ٢٠٦-٢٢١ ، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية .

معتبرة ، وكما هو معروف إن المسائل الخلافية من هذا النوع لا بد وان تتأى عن التشدد فى إصدار الأحكام ووصف كل فريق للآخر بما لا يليق .

اختلف الفقهاء المعاصرون فى حكم هذه الأسهم إلى فريقين :

الفريق الأول : وقد ذهب إلى جواز المساهمة فى هذه الشركات بشروط وضوابط ، ومن أبرز القائلين بذلك من علماء العصر الشيخ/ محمد العثيمين ، الشيخ/ مصطفى الزرقا ، الدكتور/ يوسف القرضاوى ، الشيخ / عبد الله بن سليمان المنيع ، الشيخ/ تقى الدين العثماني ، الدكتور/ عبد الستار أبو غدة ، الدكتور/ على محيى الدين القره داغى ، الدكتور/ نزيه حماد ، الدكتور/ على القرى (١) .

كما اتجهت مجموعة من هيئات الفتوى والرقابة الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية إلى الفتوى بجواز المساهمة فى هذه الشركات ومن أبرز هذه المؤسسات مجموعة دلة البركة ، شركة الراجحى المصرفية ، مصرف فيصل الإسلامى (الشامل حالياً) .

ولإتمام الفائدة فإنى أنقل نص فتوى شركة الراجحى المصرفية بهذا الخصوص كما فى القرار (٤٨٥) فى الدورة الثالثة للسنة الثانية والصادر بتاريخ ٢٣/٨/١٤٢٢هـ .

" ... النوع الثالث : الشركات المساهمة التى أغراضها وأنشطتها مباحة ، ولكن قد يطرأ فى بعض تعاملاتها أمور محرمة ، مثل تعاملها بالربا اقتراضاً أو إيداعاً .

(١) حكم المتاجرة بأسهم فى الشركات المساهمة وما لذلك من قيود وضوابط تقتضيها قواعد الإسلام ، الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع ٤٠-٤١ بحث مقدم للندوة الفقهيّة الخامسة لبيت التمويل الكويتى .

وهذا النوع من الشركات قد أقرت الهيئة جواز الاستثمار والمتاجرة بأسهمها بضوابط معينة بينها في قراراتها ذوات الأرقام (٥٣) والتاريخ ١٤١١/٤/٢ هـ، و(١٨٢) والتاريخ ١٤١٤/١٠/٧ هـ، و(٣١٠) والتاريخ ١٤١٩/٤/٦ هـ، واستندت في جواز ذلك إلى عموم البلوى ورفع الحرج، والحاجة العامة.

وبعد الدراسة والمناقشة والنظر والتأمل، واستكمالاً لما ورد في القرارات المذكورة آنفاً، فقد قررت الهيئة بشأن هذا النوع (النوع الثالث) من الشركات المساهمة ما يأتي:

أولاً: يجب أن يراعى في الاستثمار والمتاجرة في أسهم هذا النوع من أنواع الشركات المساهمة الضوابط الآتية:

١- أن جواز التعامل بأسهم تلك الشركات مقيدة بالحاجة فإذا وجدت شركات مساهمة تلتزم اجتناب التعامل بالربا وتسد الحاجة فيجب الاكتفاء بها عن غيرها ممن لا يلتزم بذلك.

٢- ألا يتجاوز إجمالي المبلغ المقترض بالربا - سواء أكان قرصاً طويلاً الأجل أم قرصاً قصيراً الأجل - (٢٥%) من إجمالي موجودات الشركة علماً أن الاقتراض بالربا حرام مهما كان مبلغه.

وبعد هذا معدلاً للنسبة المذكورة في القرار ذي الرقم (٣١٠) من تحديد المحرم بأن يكون أقل من ثلث مالية الشركة.

٣- ألا يتجاوز مقدار الإيراد الناتج من عنصر محرم (٥%) من إجمالي إيراد الشركة سواء أكان هذا الإيراد ناتجاً عن الاستثمار بفائدة ربوية أم عن ممارسة نشاط محرم أم عن تملك لمحرم أم عن تملك لمحرم أم عن

غير ذلك . وإذا لم يتم الإفصاح عن بعض الإيراد فيجتهد في معرفتها ، ويراعى في ذلك جانب الاحتياط .

٤- ألا يتجاوز إجمالي حجم العنصر المحرم - استثماراً كان أو تملكاً لمحرم - نسبة (١٥%) من إجمالي موجودات الشركة .

والهيئة توضح أن ما ورد من تحديد للنسب في هذا القرار مبني على الاجتهاد ، وهو قابل لإعادة النظر حسب الاقتضاء .

ثانياً : إذا تغيرت أوضاع الشركات بحيث لا تنطبق عليها الضوابط السابقة وجبت المبادرة إلى التخلص منها ببيع أسهمها حسب الإمكان على ألا تتجاوز مدة الانتظار تسعين يوماً من تاريخ العلم بتغيرها .

ثالثاً : يرجع في معرفة أنشطة الشركة والنسب المقررة لجواز الدخول في الاستثمار والمتاجرة فيها إلى أقرب قوائم مالية صادرة موضحة للغرض ، سنوية كانت أو ربع سنوية أو شهرية ، سواء أكانت مدققة أم غير مدققة .

رابعاً : لا يجوز الاشتراك في تأسيس الشركات التي ينص نظامها على تعامل محرم في أنشطتها أو أغراضها .

خامساً : تطبيق الشركة الضوابط المذكورة في الاستثمار وفي المتاجرة في السهم - ويعنى الاستثمار : اقتناء السهم بقدر ربحه ، أى ربحه السنوى ، وتعنى المتاجرة : البيع والشراء بقصد الربح من الفرق بين السعرين - سواء قامت الشركة نفسها بذلك أم بواسطة غيرها ، وسواء أكان تعامل الشركة لنفسها ، أم كان لغيرها على سبيل التوسط (السمسرة) كما في حالة الوساطة في التداول ، أو على سبيل الإدارة

لأموال الغير كما فى الصناديق الاستثمارية إجارة كانت أم مضاربية ،
أو على سبيل الوكالة عن الغير والتوكيل للغير كما فى إدارة المحافظة
الاستثمارية .

سادساً : يجب التخلص من العنصر المحرم الذى خالط تلك الشركات ،
وذلك وفقاً لما يأتى :

١- الذى يجب عليه التخلص هو من كان مالكا للأسهم - فرداً كان أو
شركة أو صندوقاً أو غير ذلك - حين صدور القوائم المالية النهائية ،
سواء كانت ربعية أو سنوية ، وذلك فى حالتى الاستثمار والمتاجرة .

وعليه : فلا يلزم من باع الأسهم قبل صدور تلك القوائم التخلص ،
لأنه لا يتبين العنصر المحرم إلا بعد صدورهما ، والبائع قد باعها بغيرها
وغنمها .

كما لا يلزم الوسيط والوكيل والمدير التخلص فى عمولته أو أجرته ،
لأن ذلك حق لهم نظير ما قاموا به من عمل ، والتخلص إنما يكون فيما عدا
على التعامل بالأسهم من إيراد ونفع محرم .

٢- يرد التخلص على شيئين :

أولهما : منفعة القرض الربوى فى حالة اقتراض الشركة المساهمة
بفائدة .

ثانيهما : الإيراد المحرم أياً كان مصدره .

٣- يكون التخلص على النحو الآتى :

(أ) فى حالة الاقتراض الربوى : فإنه يتم تجنب منفعة المال المقترض
بالربا بالنظر إلى صافى الربح ، ويكون احتساب تلك المنفعة وفقاً للقرار
ذى الرقم (٣١٠) ، الذى جاء فيه : " وبما أن الربح ينتج من عنصرين

هما : رأس المال والعمل ، وأن الخبث في ربح السهم إنما جاء من الجزء المأخوذ بالربا " أ.هـ .

ويستأنس لذلك بما روى مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم عن أبيه أنه قال : خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب - رضى الله عنهم - في جيش إلى العراق ، فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري ، فرحب بهما وسهل وهو أمير البصرة ، فقال : لو أقدر على أمر أنفعكما به لفعلت ، ثم قال بلى . ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين ، فأسلفكماء ، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ، فتبيعانه بالمدينة ، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ، ويكون لكما الربح ، فقالا : ودنا ، ففعلنا . فكتب إلى عمر - رضي الله عنه - يأخذ منهما مال ، فلما قدما المدينة باعا وربحا ، فلما رفع ذلك إلى عمر - رضي الله عنه - قال أكل الجيش أسفله كما أسلفكما ؟ قالوا : لا ، قال عمر - رضي الله عنه - : ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما ، أديا المال وربحه ، فأما عبد الله فسلم ، وأما عبيد الله فقال : لا ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا . لو هلك أو نقص لضمناه ، قال : أدياه ، فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله ، فقال رجل من جلساء عمر بن الخطاب : يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً ، فقال قد جعلته قراضاً ، فأخذ عمر - رضي الله عنه - المال ونصفه ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال . أ . هـ .

وعليه فلو كانت نسبة القرض الربوي إلى الموجودات (٢٠%) مثلاً ، فإنه يتم التخلص من (١٠%) من صافي الربح سواء وزع الربح أم لم يوزع ، فإن لم يوجد ربح فلا يجب التخلص .

ويكون التخلص من منفعة القروض قصيرة الأجل بقدر مدة بقائها في الفترة المالية محل التخلص .

(ب) فى حالة وجود إيراد محرم : فإنه يتم تجنيب مبلغ الإيراد المحرم كله ، أيا كان مصدره ، سواء أحصل ربح أم لا ، وسواء وزعت الأرباح أم لم توزع ، وإذا لم يعرف الإيراد على وجه الدقة احتسب على وجه التقريب بما يبرئ الذمة .

ويتم التوصل إلى ما يجب على المتعامل التخلص منه : بقسمة مجموع الإيراد المحرم للشركة المتعامل فى أسهمها على عدد أسهم تلك الشركة ، فيخرج ما يخص كل سهم ، ثم يضرب الناتج بعدد الأسهم المملوكة لذلك المتعامل - فرداً كان أو شركة أو صندوقاً أو غير ذلك - وما نتج فهو مقدار ما يجب التخلص منه .

٤- لا يجوز الانتفاع بالعنصر المحرم بأى وجه من وجوه الانتفاع ولا التحايل على ذلك بأى طريق كان ، فلا يحتسبه من زكاته ، ولا من صدقاته ، ولا يدفع منه ضريبة ، ولا يستخدمه فى دعاية أو إعلان ، ولا غير ذلك .

٥- تقع مسئولية التخلص من العنصر المحرم على شركة الزاجحى فى حالة تعاملها لنفسها ، أو فى حالة إدارتها للصناديق أو المحافظ الاستثمارية ، أما فى حالة الوساطة (السمسة) فيجب على الشركة أن تخبر المتعامل بألية التخلص من العنصر المحرم حتى يقوم بها بنفسه ، وللشركة أن تقوم بتقديم هذه الخدمة لمن يرغب من المتعاملين " (١) .

(١) قام بتوقيع نص الفتوى كل من : الشيخ / عبد الله بن عبد العزيز بن عقييل ، الشيخ / عبد الله بن سليمان بن منيع ، الشيخ / عبد الله بن عبد الرحمن البسام ، الشيخ / عبد الله بن عبد الله الزايد . وتوقف فى الموضوع كل من الشيخ / عبد الرحمن بن صالح الأطرم ، الشيخ / أحمد بن على سيد المباركى .

وإنما ذكرت نص الفتوى كاملاً لما تضمنته هذه الفتوى من أحكام شملت كل ما يتعلق بالموضوع من ضوابط وشروط .

الفريق الثاني : وقد ذهب إلى عدم جواز المساهمة في هذه الشركات مطلقاً ، ومن أبرز القائلين بذلك من علماء العصر الشيخ / بدر المتولى ، عبد الباسط ، الشيخ / عبد الله بن بيّه ، الدكتور / على أحمد السالوس ، الدكتور / عجيل جاسم النشمي ، الدكتور / أحمد الحجى الكردى (١) .

ثالثاً : المتاجرة في أسهم شركات أصل عملها مباح لكنها تقرض وتقترض بفائدة من البنوك بصفة مستمرة :

إن توافر المهن ومتطلباتها ، ومنها صيغ الاستثمار المشروعية النقية من الشوائب ، يعتبر من فروض الكفاية ، لأنها تسد حاجة الناس العامة إلى المكاسب على وجه مشروع . ولهذا ينبغي التوسع في إنشاء المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية والشركات الملتزمة فى جميع تصرفاتها وأنشطتها بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية .

ومع هذا كان لابد من دراسة المتسجدات فى مجالات الاستثمارات المختلفة وبيان ما يجوز منها وما لا يجوز ، وبيان الأولويات ومقتضيات الضرورة والحاجة فى ظل الظروف الراهنة التى يعيشها المسلمون داخل البلاد الإسلامية وخارجها .

(١) التعامل والمشاركة فى شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام د . عجيل جاسم النشمي ١٥٨ بحث مقدم للندوة الفقهية الخامسة بيت التمويل الكويتي ، الإسهام فى شركات تتعامل أحياناً بالربا ، الشيخ / عبد الله بن بيّه ١٢٨ بحث مقدم للندوة الفقهية الخامسة بيت التمويل الكويتي .

وقد انتهت الندوة ببحوثها ومناقشاتها فى حكم شراء وبيع وتداول أسهم شركات المساهمة التى أصل عملها مباح ولكنها تقرض بالفائدة إلى ثلاثة آراء :

الرأى الأول : إن استثمار المال بشراء وبيع وتداول أسهم شركات أصل عملها مباح ويدخل الربا فيها إقراضاً أو اقتراضاً أحياناً حرام سواء كان ذلك فى مرحلة التأسيس أو بعدها ، قليلة كانت نسبة الإقراض والاقتراض إلى مجموعة الأموال المستثمرة أو كثيرة .

وذلك لحرمة الربا ، ولأن كل مساهم موكل للإرادة بموجب عقد شركة، وتصرفات الوكيل هى تصرفات الموكل ، وعليه فإن تصرفات القائمين على إدارة الشركة مضافة إلى المساهمين بحكم الشرع .

وقد نص الفقهاء على حرمة الدخول فى عقد يتضمن محرماً أو يترتب عليه محرم ... " (١) .

ويرى الباحث أنه لا بد من التفرقة بين الشركات فهى ليست سواء ، فالشركات التى تقوم بتقديم خدمة ومصلحة عامة للناس ولا يوجد بمبادئ الشريعة شركات تقدم مثل خدمتها يجوز المساهمة فيها ، مثال ذلك : لو أن شركة كهرباء تقوم بتوصيل هذه الخدمة للمسلمين فى أحد البلاد الإسلامية وكانت هذه الشركة تتعامل أحياناً بالربا كما هو مقرر فى أصل المسألة ، وطلبت هذه الشركة من البنك الإسلامى للتنمية أو من بيت التمويل الكويتى

(١) أعمال الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتى المنعقد ١٣-١٥ رجب ١٤١٩هـ

المساهمة من أجل إيصال هذه الخدمة الضرورية للمسلمين فهل يمتنع عن ذلك ؟

فإن امتنع عن ذلك فإن في ذلك إحقاق مشقة بالمسلمين وكذا شركات الاتصالات والخدمات والبنية التحتية ممن تقدم خدمات عامة للمسلمين يحتاج إليها عموم الناس ، والمساهمة في هذه الشركات تتضبط بضوابط الفريق الأول وقد سبق ذكرها .

أما الشركات التي لا تتصف بهذا الوصف من تقديم خدمات عامة للناس فإننا نرى أنه لا يجوز المساهمة فيها إذ لا يوجد حاجة ماسة للمساهمة فيها .

ونحن إذ نقول بذلك فإننا نؤكد على أن هذه الفتوى إنما هي فتوى مؤقتة تتناسب مع الواقع الذي يمر به المسلمون من قلة الشركات التي تنص في نظامها الأساسي على عدم التعامل بالربا أخذاً أو إعطاءً ، وفي منع المسلمين من المساهمة في هذه الشركات حرج كبير على الناس وعلى اقتصاد البلد ، فإذا تغير هذا الواقع فلا مانع من تغير هذه الفتوى بعد انتشار المؤسسات المالية الإسلامية على اختلاف أنواعها .

وهذا ما نصت عليه الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل في رأيها الثالث حول الموضوع إذ قالت : " الرأي الثالث : يجوز الإسهام في الشركات التي أصل عملها مباح ولكنها تتعامل أحياناً بالربا ، إذا كان موضوع نشاطها الصالح العامة التي يحتاج إليها كل الناس أو أكثرهم " (١) .

(١) المرجع السابق ، ٥٩٣ .

ومما سبق ذكره يتضح حكم أسهم نظام خيار شراء الأسهم للموظفين ، فإذا كان الموظف يعمل في مثل هذه الشركات ، فإن عليه أن يتقيد بهذه الضوابط ، كما عليه أن يتأكد من أن الشركة التي يعمل بها تنطبق عليها مثل هذه الضوابط حتى يجوز له أن يشترك في نظام خيار شراء الأسهم .

كان هذا حكم مشاركة الموظف في هذا النظام من حيث الإجمال ، أما من حيث التفصيل والتكييف الشرعي لمثل هذا النظام فلا بد من معرفة ودراسة شروط وقيود هذا النظام ، إذ أن حكم هذا النظام قد يتغير بسبب تلك القيود أو الشروط المفروضة على الموظف .

المطلب الثاتى

التكليف الشرعى لنظام خيار شراء الأسهم للموظفين

لقد عرضنا فى المطلب السالف لحكم نظام خيار شراء الأسهم ، وبيننا أنه عند الفقهاء يتبع نشاط الشركة ، فإذا كانت الشركة تقوم بنشاط مباح شرعاً والتزمت بأحكام الشريعة الإسلامية ، فكيف يتم التكليف الشرعى لها ، وعلى أى عقد نقيسها أو نقارنها ؟ ، لقد تعدد الآراء فى هذا الشأن ، ومن أهم صور التكليف الشرعى لهذا النظام ما يلى :

(أ) تكليف النظام على أنه عقد بيع :

ذهبت بعض هيئات الفتوى والرقابة الشرعية فى المؤسسات المالية الإسلامية إلى أن تكليف نظام خيار شراء الأسهم للموظفين بأنه عقد بيع ، وذلك لأن الشركة تقوم ببيع الموظف أسهما بسعر تفضيلى يختلف عن سعر السوق ، كما أن الموظف يقوم بشراء هذه الأسهم ودفع ثمنها نقداً .

إلا انه يرد على هذا التكليف أن من مقتضيات عقد البيع أن المشتري له حرية التصرف بالمبيع بيعاً ورهنأ وهبة ، إذ أن من آثار عقد البيع نقل الملكية ، فالبائع يمتلك الثمن والمشتري يمتلك المبيع . وفى هذا النظام يشترط على الموظف أن لا يتصرف بالأسهم بيعاً أو رهنأ أو هبة لمدة محددة ، وهذا فيه حجر على تصرف الموظف بأن ينتفع بالمبيع ، وإنما بررت بعض الهيئات الشرعية إجازة ذلك بهذا التكييف بناء على أمرين :

١- حتى لا يتسرع الموظف ببيع أسهمه فى السوق قبل المدة المتفق عليها مع الشركة فيحدث بذلك نزولاً لسعر أسهمها مما يلحق الضرر بباقى المساهمين .

٢- لكي يستمر الموظف في وظيفته المدة المتفق عليها مع الشركة ، إذ ينتفى القصد من إبقاء الموظف في الشركة عندما يسمح له بالتصرف بأسهمه فوراً ، فيتسرع بالبيع وربما يترك الشركة ، بينما تكون الشركة قد تكلفت مبالغ وجهوداً كبيرة على إعداده وتدريبه وتأهيله وظيفياً . ولذلك فإن في هذا البيع ما يحقق مصلحة كل من الشركة ومساهميها وموظفيها .

وفي اعتقادي أن هذه المبررات غير كافية لاعتبار هذا النظام عقد بيع ، لأننا كما قلنا سابقاً إن من شروط هذه المصلحة أن تكون متوافقة مع أحكام الشرع وإلا كانت مصلحة ملغاة لا اعتبار لها ، فصورة هذا النظام آلت وفق تكييف العقد على أنه عقد بيع إلى قول الشركة للموظف " أبيعك هذه الأسهم بشرط ألا تباع" ، وهذه من الصور التي تخالف مقتضى عقد البيع عند المذاهب الأربعة ، وسوف أورد بعضاً من هذه النصوص التي توضح ذلك :

١- الحنفية : قسم الحنفية شرائط البيع إلى ثلاثة أقسام : جائز ، ولغو ، ومفسد . وقاموا بتقسيم المفسد إلى أربعة أنواع : الأول : ما لم يكن من مقتضيات عقد البيع ، أو المتعارف ، أو المشروع ، أو المؤيد لمقتضى العقد ، أو ما فيه نفع أو فائدة لأحد العاقدين ، فالبيع على مثل هذه الشروط فاسد ، لأن المقصود من البيع إنما هو التملك والتملك خاصة ، أى أن يكون المشتري مالكا للمبيع ، والبائع مالكا للثمن بلا موانع ولا مزاحم . فإذا وقع في البيع شرط نافع لأحد العاقدين كان أحد العاقدين طالباً لهذا الشرط والآخر هارياً منه وأدى ذلك إلى النزاع بينهما فلا يكون العقد تاماً .

فإن قيل : إن هذا النظام ليس فيه مصلحة لأحد العاقدين بل لكلا العاقدين ، وأن المنازعة في مثل هذا النظام مستبعدة ، قلنا إذا سلم العقد من الفساد فلا تسلم الشروط من اللغو إذ جاء عند الحنفية : لو باعه بشروط أن لا يبيعه لآخر صح العقد ولغا الشرط، إما إذا عين فقال : لا تبيعه لفلان فالبيع فاسد عند الصحابين .

وأيضاً جاء عندهم : إذا اشترى المشتري المبيع على أن لا يبيعه لآخر أو يهبه أو ألا يركبه أو الأثواب أن لا يلبسها أو الطعام على أن لا يأكله ، فالبيع صحيح والشرط لغو ، لأن هذه الشروط لا فائدة منها لأحد العاقدين ، وليس للبائع الحق في فسخ البيع لهذه الأسباب (١) .

٢- المالكية : عرف المالكية الشرط الذي ينافي مقصد عقد البيع بأنه : هو الذي لا يتم معه المقصود من البيع ، وضربوا لذلك مثلاً كشروط أن لا يبيع المشتري المبيع لأحد من الناس ، أو أن لا يبيع المبيع إلا من نفوس قليل . فإن عين له شخصاً أو نفراً قليلاً وشرط عليه أن لا يبيعه له أو لهم جاز ، فكانهم اعتبروا ذلك ليس تقييداً للمشتري بخلاف أن لا يبيعه لأحد .

واستثنى المالكية من الشرط المناقض لمقصود عقد البيع الشرط الذي يكون ملتبساً بنتجيز العتق فهو جائز وإن كان مناقضاً للعقد لتشوف الشارع للحرية .

ولصحة العقد بشرط المالكية حذف الشرط المناقض لمقتضى العقد (٢) .

(١) دور الحكام شرح مجلة الأحكام . على حيدر ١٣٥/١-١٤١ دار الكتب العلمية .

(٢) جواهر الإكليل . لأبي ٥٢/٢ دار الفكر .

٣- الشافعية : يقسم الشافعية الشرط إلى ضربين :

(أ) ما يقتضيه مطلق العقد : كالإقباض والانتفاع والرد بالعيب ونحوها ، فلا يضر التعرض لها ولا ينفع .

(ب) ما لا يقتضيه مطلق العقد وهو قسمان :

١- ما لا يتعلق به غرض يورث تنازاً : كشرط أن لا يأكل إلا الهريسة ، ولا يلبس إلا الخرز ، فهذا يفسد العقد بل يلغوه .

٢- ما يتعلق به غرض يورث تنازاً : بشرط أن لا يقبض ما اشتراه ، أو لا يتصرف فيه بالبيع والوطء ونحوهما ، وكشرط بيع آخر أو قرض ، وكشرط أن لا خسارة عليه في ثمنه إن باعه فنقص . فهذه الشروط وأشباهاها فاسدة تفسد البيع إلا الإعتاق (١).

ويقول الإمام الزركشى : " الشروط فى البيع أربعة أقسام : قسم يبطل البيع والشرط : كما فى الشروط المنافية لمقتضى العقد كشرط أن لا يتسلمه ، أو لا ينتفع به (٢) .

٤- الحنابلة : تنقسم الشروط عن الحنابلة إلى أربعة أقسام : الرابع من هذه الأقسام : اشتراط ما يناقى مقتضى البيع وهو على ضربين :

(أ) اشتراط ما بنى على التغلب والسراية : كأن يشترط البائع على المشتري عتق العبد ، وفيها روايتان فى المذهب بالصحة وعدمها .

(١) روضة الطالبين للنووى ٣/٧١-٧٢ دار الكتب العلمية .

(٢) المنثور فى القواعد للزركشى ٢/٤٣٩-٤٤٠ من مطبوعات وزارة الأوقاف الكويتية .

فدليل الصحة : أن عائشة - رضى الله عنها - اشترت بريرة وشوط أهلها عليها عقها وولاءها فأنكر النبي - ﷺ - شرط الولاء دون العتق .

ودليل عدم الصحة : أنه شرط ينافي مقتضى العقد فأشبهه ما لو شرط أن لا يبيعه ، لأنه شرط عليه إزالة ملكه عنه .

وأما حديث عائشة - رضى الله عنها - ليس فيه أنها شرطت لهم العتق وإنما أخبرتهم بإرادتها ذلك من غير شرط .

(ب) اشتراط غير العتق : مثل أن يشترط أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يطا ، أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه ، فهذه كلها شروط فاسدة .

وهل يفسد البيع أم يبطل الشرط فقط ؟

١- المذهب أن البيع صحيح والشرط باطل استدلالاً بحديث بريرة ، وفيه أنه ﷺ أبطل الشرط ولم يبطل العقد .

٢- الرواية الأخرى أن البيع فاسد (١) .

وزهد الإمام ابن تيمية - رحمه الله - إلى جواز اشتراط شرط أن لا يبيعه ولا يهبه ونحو ذلك في عقد البيع مما فيه تعيين لصرف واحد ، فقد روى عمر بن شبة في أخبار عثمان - ﷺ - " أنه اشترى من صهيب داراً وشرط أن يقفها على صهيب وذريته من بعده " . فالملك يستفاد به تصرفات متنوعة ، فكما جاز بالإجماع استثناء بعض المبيع واستثناء بعض منافعه كما عند أحمد وغيره جاز أيضاً استثناء بعض التصرفات ، وعلى هذا من قال : هذا الشرط ينافي مقتضى العقد ، قيل له : أينافي مقتضى العقد المطلق ؟ أو

(١) المغنى مع الشرح الكبير لابن قدامة ٤/٣٠٩-٣١٠ دار الفكر .

مقتضى العقد مطلقاً؟ فإن أراد الأول فكل شرط كذلك . وإن أراد الثانى : لم يسلم له . المخدور أن ينافى الشرط مقصود العقد ، كاشتراط الطلاق فى النكاح ، أو اشتراط الفسخ فى العقد ، فأما إذا شرط ما يقصد بالعقد لم يكن هذا الشرط مناف لمقصوده . وقال - رحمه الله - هذا هو القول الصحيح بدلالة الكتاب والسنة والاعتبار مع الاستصحاب وعدم الدليل المنافى (١) . ثم اخذ - رحمه الله - يذكر هذه الأدلة .

ونحن لا نريد أن نناقش ما توصل إليه الإمام ابن تيميه ، لأننا نرى أنه لا خلاف فى القواعد والأصول التى يذكرها العلماء فكلهم متفقون على أن الشرط الذى يخالف مقصود العقد غير مقبول ، وإنما الخلاف فى تحقيق المناط ، هل خلاف مقصود العقد متحقق فى شرط أبيعك على أن تبيع أم لا ؟ فالفقهاء يقولون إن ذلك متحقق ، وعليه قالوا بإبطال هذا الشرط ، وابن تيميه يرى أن هذا الشرط لا ينافى مقصود العقد .

يقول - رحمه الله - : فإن العقد إذا كان له مقصود يراد فى جميع صوره ، وشرط فيه ينافى ذلك المقصود : فقد جمع بين المتناقضين بين إثبات المقصود ونفيه ، فلا يحصل شيء ، ومثل هذا الشرط : باطل بالاتفاق . بل هو مبطل للعقد عندنا (٢) .

ونظام خيار شراء الأسهم للموظفين فيه نقص لملكية الموظف حيث لا يستطيع أن يبيع أسهمه أو يرهنها أو يهبها ، فابن تيميه - رحمه الله - وإن كانته يجيز مثل هذه الشروط ، لأن الشارع لا يحرم الشرط الذى فيه مصلحة للمتعاقدين إلا أن يكون هذا الشرط فيه فساد راجح أو محض ، فإذا لم يكن

(١) القواعد النورانية الفقهية ، لابن تيميه ٣٨٢-٣٨٤ مكتبة التوبة .

(٢) المرجع السابق ، ٤٠٧ .

فيه فساد أو كان فساده مغموراً بالمصلحة لم يحظره أبداً (١) . إلا أننا نقول إن هذا الشرط فيه فساد راجح حيث إن ملكية الموظف ناقصة ، وهي مما ينافي مقصود عقد البيع والذي من مقصوده نقل الملكية وحرية التصرف . فقد عرف الفقهاء " الملك " بأنه : اتصال شرعى بين الإنسان وبين شىء يكون مطلقاً لتصرفه فيه ، وحاجزاً عن تصرف غيره فيه (٢) .

وجاء أيضاً فى تعريف الملك بأنه : قدرة يثبتها الشرع ابتداء على التصرف (٣) . فمن مقتضيات الملكية حرية التصرف ، بل مطلق التصرف ، فهناك فرق بين أن يملك الإنسان الشىء ثم يتنازل عن بعض حقوقه بعد أن كان له حرية التصرف فى الشىء وبين أن لا يملك الشىء وليس له حرية التصرف ابتداء ، ومما يدعم هذا الأمر حديث بريرة حيث أن النبى - ﷺ - أبطل حق البائع فى اشتراط الولاء له ، من مقتضيات عقد البيع أن يكون الولاء للمشتري .

وعلى العموم فإن هذا الأمر وهو شرط " أبيعك على أن لا تبيع " ممكن أن يفصل فيه القضاء ومدى اعتبار ذلك الشرط من مقتضيات أو مما ينافي عقد البيع ، مما يترب عليه أن هذا الشرط وهو منع الموظف من البيع أو الهبة أو الرهن هل يعود على الملكية بالنقض أم لا .
(ب) تكييف النظام على أنه عقد شركة :

قلنا فى التكييف السابق لنظام خيار شراء الأسهم إن من كلام الفقهاء يتبين أن عقد البيع لا يصلح أن يكون تكييفاً شرعياً لهذا النظام ، لأنه يخالف مقتضى عقد البيع وهو نقل الملكية وحرية التصرف . إلا أننا يمكننا أن

(١) المرجع السابق ، ٤٤١ .

(٢) التعريفات للجرجاني ، ٢٩٥ ، دار الكتاب العربى .

(٣) فتح القدير ٤٥٦/٥ ، المدخل الفقهي العام للدكتور مصطفى الزرقا ٣٢٣/١ - ٣٢٤ دار القلم .

نكيف نظام خيار شراء الأسهم للموظفين بأنه عقد شركة ، بمعنى أن الموظفين عندما يمتلكون أسهم الشركة عن طريق هذا النظام إنما يصبحون شركاء مع آخرين في هذه الشركة .

فالحديث عن نظام خيار شراء الأسهم على انه عقد شركة يستدعى الحديث عن حكم تصرف الشريك بمال الشركة ومنع الشريك الآخر من أن يتصرف مثله ، فالشركة التي تريد منح الموظف أسهماً تخصه بها تعنى أن الموظف سوف يكون شريكاً في هذه الشركة بمقدار الأسهم التي يملكها ، بمعنى آخر : الموظف بمجرد دفع قيمة هذه الأسهم سوف يكون شريكاً في رأس مال الشركة ، كما يكون أيضاً شريكاً بمقدار الربح والخسارة فيها .

والشركة عندما تمنح الموظف هذه الأسهم فإنها تمنعه من بعض التصرفات في حصته ، فهي تشترط عدم قيام الموظف بأى تصرفات في حصته المشارك بها كبيعها أو رهناً أو هبتها ، مما يعتبر تقييداً للشريك بالتصرف في حصته .

ومن المعلوم أن الشركات المساهمة قامت على مبدأ المشاركة ، فقد جاء في نص معيار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية : " شركة المساهمة هي التي يكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم متساوية قابلة للتداول ، ولا يكون كل شريك فيها مسؤولاً إلا بمقدار حصته في رأس المال ، وهي من شركات الأموال ولها أحكام شركة العنان إلا ما يتعلق بتحديد مسؤولية الشركاء وامتناع الفسخ من أحد الشركاء (١) .

(١) المعايير الشرعية ، ٢١٤ .

وسوف أورد أقوال الفقهاء في حكم منع الشريك من بعض التصرفات ومدى انطباق هذه القول على نظام خيار شراء الأسهم للموظفين .
 أولاً : المذهب الحنفي :

ذهب الحنفية إلى أن الربح يستحق بالمال ، وتارة بالعمل ، وتارة بالضمان سواء عمل الشريكان جميعاً أو عمل أحدهم دون الآخر ، فالربح بينهم يكون على الشرط ، لأن الربح يستحق في الشركة بشرط العمل لا بوجود العمل ، فإذا شرط الشريكان العمل على أحدهما جاز بشرط أن يأخذ الذي شرط عليه العمل أكثر من الآخر ، فيستحق ربح رأس المال بماله والفضل بعمله . أما إن شرط العمل على أقلهما ربحاً لم يجز ، لأن الذي شرط له الزيادة ليس له في الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان ، والربح لا يستحق إلا بأحدهما (١).

ثانياً : المذهب الحنبلي

ذهب الحنابلة أيضاً إلى جواز الشركة على أن يعمل فيها أحد الشركاء بشرط أن يكون للذي يعمل أكثر من ربح رأس ماله ليكون الجزء الزائد في نظير عمله ، فإن شرط له صاحبه ربحاً على قدر رأس ماله فهو إضاع لا يصح ، لأنه عمل في مال الغير بغير عوض ، وإن شرط له صاحبه أقل من ربح ماله لم يصح أيضاً لأخذه جزءاً من ربح مال صاحبه بلا عمل منه لكن التصرف صحيح لعموم الإذن وله ربح ماله (٢).

(١) بدائع الصنائع ٨٣/٥ مؤسسة التاريخ العربي .

(٢) كشاف القناع ٤٩٧/٣ دار الفكر .

ومن ذلك يتبين أن الحنفية والحنابلة يجيزون أن يقوم أحد الشركاء بعمل الشركة دون أن يكون للأخر تصرف في عمل الشركة ، فإذا جاز أن يشترط على أحد الشركاء العمل فما المانع من شرط عدم تصرف الآخر بمال الشركة ، وكأنه شرط على شريكه أن يعمل وحده .

وخالف المالكية الشافعية في ذلك ، فذهب المالكية إلى أن قول الشريك لشريكه تصرف في هذا المال وحدك على أن الربح لى ولك بشرط أن لا أتصرف معك ، يحول عقد الشركة إلى عقد مضاربة ، لأنهم يعرفون الشركة بأنها : إذن في التصرف لهما مع أنفسهما ، فلو قال كل واحد لصاحبه تصرف في هذه المائة أنت وحدك على أن الربح لى ولك بشرط أن لا يتصرف كل واحد في مال نفسه فليس ذلك بشركة (١) .

وأيضاً ذهب الشافعية إلى ضرورة وجود إذن التصرف في المال ، فلو شرط أحد الشركاء عدم التصرف في نصيبه لم تصح الشركة للشرط الفاسد ، وأنه منع شريكه من التصرف في ماله ، ومع ذلك فإن تصرف الأذن في نصيبه صحيح ، وتصرف المأذون له في الكل صحيح أيضاً بعموم الإذن وإن بطل خصوص الشركة (٢) . إلا أن الشافعية أجازوا أن يستقل أحد الشريكين بالتصرف إذا كان في ذلك مصلحة للطرفين بشرط أن يأذن كل منهما لصاحبه ، ونصوا على أن الشريكين لو شرطوا زيادة في الربح للأكثر منهما عملاً بطل الشرط كما لو شرطوا التفاوت في الخسران (٣) .

(١) مواهب الجليل ٦٥/٧ دار الكتب العلمية ، حاشية الخرشى ٢٣٦/٦ دار الكتب العلمية .

(٢) نهاية المحتاج ٦/٥ ، دار الكتب العلمية .

(٣) المرجع السابق ٩/٥ ، مغنى المحتاج ٢٢٧/٣-٢٨٨ دار الكتب العلمية .

ومن كلام الفقهاء السابق يتضح أنه لا يجوز للشريك أن ينفرد بالعمل دون شريكه ، وهذا هو الذى يحصل ما بين الشركة والموظف فى نظام خيار شراء الأسهم حيث إن الشركة تتفرد بالعمل دون باقى الشركاء . والشافعية الذين منعوا أن ينفرد أحد الشركاء بالتصرف ينصون على أن للشريك الحق فى منع شريكه من البيع نسيئة أو أن يبيع بغير نقد البلد ، كما أن له أن ينهى شريكه عن السفر بمال الشركة (١) وغيرها من التصرفات التى تؤدى وتحقق مصلحة الشركة أو تحمى الشركة من أى ضرر يلحق بها كالإبضاع والتبرع وغيرها من التصرفات . وهذا كله يدل على أن للشريك أن يقيد تصرفات شريكه ، وهذا يكاد يتفق عليه الفقهاء أى أن الفقهاء متفقون فيما بينهم على أصل المسألة وهو تقييد تصرف الشريك .

كما فى حالة التبرع من أموال الشركة ، إلا أنهم اختلفوا فى بعض الشروط كما فى مسألتنا . فهذا الخلاف الذى ينشأ بين الفقهاء بسببه الخشية من أن تفضى هذه الشروط إلى منع الوكالة التى هى أصل الشركة ، يقول الدكتور/ عبد العزيز الخياط : " وعلى هذا فلا يجوز أن يشترط فيها منع أحدهما من العمل فى المال لأن ذلك مناف لمافى عقد الشركة من الوكالة " (٢) .

وإلى ما ذهبنا إليه من صحة منع الشريك لشريكه من بعض التصرفات ذهب أيضاً معيار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية حيث نص على الآتى :

(١) نهاية المحتاج ٩/٥ - ١٠ .

(٢) الشركات ٤٩ .

"الأصل أن لكل شريك حق التصرف بالشراء والبيع بالثمن الحال أو المؤجل ، والقبض والدفع ، والإيداع والرهن والارتهان ، والرد بالعيب ، والاستئجار ، والحوالة ، والاستقراض وكل ما هو من مصلحة التجارة والمتعارف عليه . وليس للشرك التصرف بما لا تعود منفعته على الشركة أو بما فيه ضرر مثل الهبة أو الإقراض غلا بإذن الشركاء ، أو بالمبالغ اليسيرة لمدد القصيرة حسب العرف .

كما يجوز اتفاق الشركاء على حصر إدارة الشركة ببعضهم - واحداً أو أكثر - وعلى بقية الشركاء الالتزام بما أزموا به أنفسهم من الامتناع عن التصرف" (١) .

ونظام خيار شراء الأسهم ينطبق عليه هذا الوصف ، إذ أن الشركة تتفق مع الشريك الجديد وهو الموظف أن لا يقوم ببعض التصرفات لمصلحة هذه الشركة ومن ضمن هذه التصرفات عدم قيام الموظف ببيع حصته أو رهنها أو هبتها لمدة محددة .

عدم لزوم عقد الشركة وعلاقته بنظام خيار شراء الأسهم :

قد يعترض على تكييف نظام خيار شراء الأسهم بأن عقد الشركة عقد جائز بين الطرفين ، ويمكن لأى طرف فسخ العقد ، وهو ما يتعارض مع نظام خيار شراء الأسهم ، لأن الشركة تقصد من إعطاء الموظف هذه الأسهم ضمان استمرارية الموظف بالعمل لديها مما يعنى لزوم الشركة خلال فترة نظام خيار شراء الأسهم . ذلك لأن جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة ذهبوا إلى أن عقد الشركة من العقود الجائزة التى ينفرد فيها كل من

(١) المعايير الشرعية ٢٠٨ .

الشريكين بالفسخ ، لأن مبنى الشركة على الوكالة ، والوكالة يجوز فسخها من أحد الطرفين دون إذن ورضى الطرف الآخر (١) . إلا أن الحنفية وإن كانوا يقولون بجواز فسخ عقد الشركة فهم يقولون إن من شرط جواز الفسخ أن يكون بحضرة صاحبه أى بعلمه ولو كان غائباً بشرط أن يعلم بالفسخ ، لأن الفسخ من غير علم صاحبه إضرار بصاحبه (٢) .

* هذا الاعتراض يمكن أن يجاب عليه بعدة أمور :

١- إن المالكية ذهبوا إلى أن عقد الشركة جائز ابتداء ، فإذا انعقدت أصبحت لازمة فلا يمكن لأحد الشركاء بعد ذلك فسخ العقد إلا برضى صاحبه وهذا على المشهور من المذهب (٣) . ويؤيد هذا السراى ما ذكرناه من رأى الحنفية سابقاً من أن شرط الفسخ فى عقد الشركة علم الشريك بهذا الفسخ وذلك لى لا يضر بصاحبه .

وهذا أيضاً مما ينطبق على نظام خيار شراء الأسهم ، فعلى قول المالكية لا إشكال فى ذلك لأنهم يقولون بلزوم عقد الشركة بعد انعقادها فلا يستطيع الموظف فسخ هذا العقد إلا برضى الشركة . وأيضاً على قول الحنفية يمكن تخريج ذلك ، لأن الحنفية علوا عدم الفسخ لى لا يضر بصاحبه ، وفى فسخ الموظف لعقد الشركة الذى بينه وبين الشركة إضرار بهذه الشركة التى يعمل لديها . فجاز منعه من هذا التصرف لهذا السبب .

(١) بدائع الصنائع ١٠٥/٥ ، نهاية المحتاج ١٠/٥ ، مغنى المحتاج ٢٢٨/٣ ، شرح

منتهى الإيرادات ٢١٠/٢ .

(٢) بدائع الصنائع ١٠٥/٥ .

(٣) حاشية الخراسانى ٣٣٧/٦ ، مواهب الجليل ١٧/٧ .

٢- صرح الحنفية بجزاز توقيت الشركة أى جعل وقت للشركة تتفسخ بانقضائه ، لأن الشركة مبنية على الوكالة ، فكما يجوز توقيت الوكالة يجوز توقيت الشركة ، وبانقضاء الوقت الذى عين للشركة تتفسخ الشركة ، وكل مال يشتريه أحد الشريكين بعد ذلك لا يكون مشتركاً بلى يكون له خاصة ، فإن قيل لم بطلت الشركة ببطلان الوكالة مع أن الوكالة تابعة للشركة والمتبوع لا يبطل ببطلان التابع ، أوجب بأن الوكالة شرط من الشركة فى الشركة ولا يتحقق المشروط بدون شرط (١) .

أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى صحة توقيت الوكالة ، كما ذهبوا أيضاً إلى صحة توقيت المضاربة فى أصح الأقوال عندهم ، كأن يقول ضاربك على هذه الدراهم سنة فإذا انقضت فلا تبع ولا تشتتر ، والحنابلة عندما أجازوا ذلك إنما أجازوه لأنه تصرف يجوز تقييده بنوع من المتاع فجاز توقيتته فى الزمان والمكان (٢) . وإنما ذكرت حكم توقيت المضاربة ولم أذكر حكم توقيت الشركة ، لأنهم يعطون الشركة حكم المضاربة ، والمضاربة حكم الشركة ، فكل ما جاز للشريك عمله جاز للمضارب عمله ، وما منع منه الشريك منع منه المضارب ، وما اختلف فيه فكذلك هنا ، حتى أنهم قالوا ما جاز أن يكون رأس مال للشركة جاز أن يكون رأس مال للمضاربة ، وما لا

(١) حاشية ابن عابدين ٦/٤٨٣-٤٨٤ دار الكتب العلمية ، درر الحكام ٣/٣٨٧ ، ٣٩٠ دار الكتب العلمية .

(٢) مغنى مع الشرح ٥/١٨٥-١٨٦ .

يجوز فكذلك هنا (١) . ومن الأمور التي تجوز في المضاربة التأقيت فكذلك في الشركة .

يقول الشيخ على الخفيف: "ويرى الحنابلة جواز توقيتها - الشركة - ، لأنها تقوم على الوكالة وهي مما يجوز توقيتها ، ومقتضى ذلك جواز تعليقها وإضافتها عندهم لقبول الوكالة التعليق والإضافة (٢) .

وما تم التوصل إليه من رأى الحنابلة إنما هو بناء على قياس الشركة على الوكالة والمضاربة من خلال ما ذكروه فى أحكامها ، وإنما قلت بناء على القياس لأنى وجدت الحنابلة يقسمون الشروط فى الشركة إلى نوعين :
النوع الأول : الشرط الصحيح .

النوع الثانى : الشرط الفاسد ، وهذا الأخير قسّموه إلى قسمين :

(أ) قسم مفسد لها وهو ما يعود بجهالة الربح كشرط دراهم محددة لأحد الشريكين .

(ب) قسم غير مفسد لها كضمان رأس المال ، أو أن لا يفسخ الشركة مدة كذا أو أبداً ، فهذه شروط فاسدة لتفويتها المقصود من عقد الشركة (٣) . وقال بعضهم إنما فسدت هذه الشروط لأنها ليست من مصلحة العقد ولا من مقتضاه (٤) .

(١) المرجع السابق ١٣٦/٥ .

(٢) الشركات فى الفقه الإسلامى للشيخ على الخفيف ٥٢ دار النهضة العربية .

(٣) شرح منتهى الإيرادات ٢١٢/٢ عالم الكتب .

(٤) كشف القناع ٥٠٤/٣ دار الفكر .

ومن هنا نرى أن توقيت الشركة بأن يقول الشريك لشريكه لا تفسخ الشركة لمدة كذا يعتبر عند الحنابلة من الشروط الفاسدة ، أى يكون الشرط فاسداً وعقد الشركة صحيحاً ، كما نرى أن هذا القول علل فساد هذه الشروط بأنها تفوت مقصود العقد ، أو أن ذلك ليس من مصلحة العقد . مما يعنى أن هذا الشرط لو كان فيه مصلحة للطرفين ، ولم يكن فيه تفويت لمقصود العقد فإنه يكون من الشروط الجائزة ، ويؤيد هذا الأمر ما ذكرناه أولاً من قياس الشركة على الوكالة والمضاربة .

أما المالكية والشافعية فلم أجد فى كتبهم - فيما بحثت - نصاً فى جواز أو منع توقيت الشركة ، إلا أن الإمام ابن قدامة نقل عنهم عدم جواز توقيت المضاربة ، لأن عقد المضاربة عقد يقع مطلقاً ، فإذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح ، كما أن فى توقيت المضاربة ضرر على المضارب إذ قد يحتاج لوقت أكثر لبيع المتاع (١) . أما بخصوص توقيت الشركة فلم أجد عندهم نصاً فى ذلك والله اعلم .

ما سبق ذكره من تفصيل فى جواز توقيت عقد الشركة قصدت منه الرد على من قال إن عقد الشركة لا يصلح ان يكون تكييفاً لنظام خيار شراء الأسهم لأن الشركة من العقود الجائزة ، فالقول بجواز توقيت الشركة يستلزم منه لزوم الشركة خلال مدة توقيتها ، فلا يحق لأحد الشريكين فسخ العقد خلال هذه المدة إلا برضى صاحبه ، وإلا لم يكن هناك فائدة من تقييد الشركة بهذه المدة ، أى أن الشريك إذا جاز له فسخ عقد الشركة خلال المدة التى اتفق عليها مع شريكه فما الفائدة من توقيتها ، وإنما فائدة توقيت الشركة لمدة محددة هو لزومها خلال تلك الفترة .

(١) المغنى مع الشرح ١٨٥/٥ - ١٨٦ .

ونستطيع أن نقول إن هذا هو قول الحنفية والحنابلة ، أما أن هذا هو قول الحنفية فظاهر من تصريحهم بجواز توقيت الشركة ، وأما الحنابلة فلما ذكرناه من قياس الشركة على الوكالة والمضاربة ، كما أن التوقيت فيه مصلحة للطرفين ، فكما جاز تقييد الشريك ببعض القيود لما فيها من مصلحة فكذلك هذا الشرط فمن مصلحة الموظف أن يبقى عاملاً في الشركة لمدة محددة حتى يحصل على أسهم الشركة وفق هذا النظام بسعر تفضيلي ، كما أن ذلك أيضاً من مصلحة الشركة إذ تضمن الشركة بقاء الموظف للعمل لديها خلال هذه الفترة وعدم ذهابه للعمل لدى شركات أخرى مقابل حصول الموظف على تلك الميزة .

وبهذا اللزوم في عقد الشركة أخذت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية حيث نصت في معاييرها على الآتي :

" يحق لأي من الشركاء الفسخ - الانسحاب من الشركة - بعلم بقية الشركاء وإعطائه نصيبه من الشركة ، ولا يستلزم ذلك فسخ الشركة فيما بين الباقين . كما يجوز أن يتعهد الشركاء تعهداً ملزماً لهم ببقاء الشركة مدة معينة ، ويجوز في هذه الحالة الاتفاق على إنهاؤها قبل انتهاء مدتها (١) ."

٣- جاء في قرارات مجمع الفقه الإسلامي بخصوص المضاربة المشتركة ويقصد بها : تلك المضاربة التي يعهد فيها مستثمرون عديدون - معاً أو بالتعاقب - إلى شخص طبيعي أو معنوي ، باستثمار أموالهم .

ويطلق له غالباً الاستثمار بما يراه محققاً للمصلحة ، وقد يقيد بنوع خاص من الاستثمار ، مع الإذن له صراحة أو ضمناً بخلط أموالهم بعضاً

(١) المعايير الشرعية ٢١٢ .

ببعض ، أو بماله ، وموافقته أحياناً على سحب أموالهم كلياً أو جزئياً عند الحاجة بشروط معينة (١). أقول جاء في قرارات مجمع الفقه الإسلامى بخصوص المضاربة المشتركة عدة أمور منها ما يخص لزوم المضاربة إلى مدة معينة وتوقيت المضاربة ما يلى : " الأصل أن المضاربة عقد غير لازم ، ويحق لأى من الطرفين فسخه . وهناك حالتان لا يثبت فيهما حق الفسخ ، وهما :

١- إذا شرع المضارب فى العمل حيث تصبح المضاربة لازمة إلى حين التضيض الحقيقى أو الحكى .

٢- إذا تعهد رب المال أو المضارب بعدم الفسخ خلال مدة معينة فينبغى الوفاء ، لما فى الإخلال من عرقلة مسيرة الاستثمار خلال تلك المدة . كما لا مانع شرعاً من توقيت المضاربة باتفاق الطرفين ، بحيث تنتهى بانتهاء مدتها دون اللجوء إلى طلب الفسخ من أحدهما ، ويقتصر أثر التوقيت على المنع من الدخول فى عمليات جديدة بعد التوقيت المحدد ولا يحول ذلك دون تصفية العمليات القائمة (٢).

وقياس نظام خيار شراء الأسهم على المضاربة المشتركة قريب جداً ، لأن على تكييف نظام شراء الأسهم بأنه عقد شركة يصبح كلاً العقدين من العقود الجائزة ، وبالتالي يمكننا القول إنه يمكن للشركة أن تكون عقداً لازماً فى بعض الصور كما فى نظام خيار الأسهم ، وذلك حتى لا يتم عرقلة مسيرة الاستثمار ، وخصوصاً بوجود تعهد من الموظف والشركة بعدم الفسخ خلال مدة معينة .

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامى قرار رقم ١٢٣ (١٣/٥) ص ٤١٢ .

(٢) المرجع السابق ٤١٤ .

فالشركة لها حق فسخ العقد من غير رضا الموظف ، كما أن الموظف يستطيع أن ينتقل إلى شركة أخرى ويفسخ العقد من غير رضا الشركة .

(ج) وأما شبهه بعقد الرهن لأنه لا يحق للمشتري بيع المبيع لآخر ، لأنه لا يحق له أن يرهنه ، وكذا في هذا النظام فإن الموظف لا يحق له التصوف بهذه الأسهم بالبيع أو الرهن كما تم بيانه في الشروط الحاكمة لهذا النظام . كما أن هذا الشبه يتضح جلياً من معرفة الآثار المترتبة على بيع الوفاء ومن هذه الآثار ما يلي :

أولاً : عدم نقل الملكية : فإن بيع الوفاء لا يسوغ للمشتري التصرف الناقل للملك كالبيع والهبة عند من يجيزه ، لأنه كرهن ، والرهن لا يجوز بيعه .
ثانياً : حق البائع في استرداد المبيع : ففي بيع الوفاء يحق للبائع أن يسترد مبيعه إذا دفع الثمن للمشتري في حالتى التوقيت وعدمه .

ثالثاً : اثر موت أحد المتعاقدين في بيع الوفاء : فإذا مات المشتري أو البائع بيع وفاء فإن وراثته يقومون مقامه في أحكام الوفاء نظراً لجانب الرهن (١). وهذا من الأمور التي تم نكرها في الشروط الحاكمة لنظام خيار شراء الأسهم .

ومن هذه الآثار فإن نظام خيار شراء الأسهم يشابه إلى حد كبير بيع الوفاء ، وقد قرر مجمع الفقه الإسلامى في شأن بيع الوفاء بأنه عقد غير جائز ،

(١) الموسوعة الفقهية ٢٦٢/٩-٢٦٣ ، وزارة الأوقاف الكويتية

لأن حقيقة هذا البيع (قرض جر نفعاً) فهو تحايل على الربا ، وبعدم صحته قال جمهور العلماء (١).

إلا أننا نريد أن نبين أن نظام خيار شراء الأسهم يختلف عن بيع الوفاء بأمر رئيسي ألا وهو أن نشوء بيع الوفاء ناتج عن دين بين المشتري والبائع ، وعليه فإن المشتري يأخذ من البائع المبيع لينتفع به إلى أن يقوم البائع بسداد الثمن ، ويؤكد هذا تعريف الجرحاني لبيع الوفاء بأنه : " قول البائع للمشتري : بعست منك هذا العين ممالك على من الدين ، على أنى متى قضيت الدين فهو لى " (٢) . كما أن بيع الوفاء وجه الشبه فيه بالرهن أبين وأرجح (٣) . وهذا الدين ما لا وجود له فى نظام خيار شراء الأسهم بين الموظف والشركة . فالشركة إنما أوجدت هذا النظام لحاجتها إلى الموظف وإيقائه لكى يعمل لديها ، فهى تريد أن تحافظ على وجود الموظف معها ، أو أن تستقطب الكفاءات للعمل لديها .

وقد يقول قائل إن بعض الموظفين الذين لا يملكون السيولة الكافية لشراء هذه الأسهم يضطرون إلى توفير هذه السيولة عن طريق إنشاء دين بينه وبين الشركة ، أو مع شركة أخرى غير التى يعمل فيها ، وذلك عن طريق إجراء عملية تورق ، أو عن طريق شراء شركة أخرى لهذه الأسهم وبيعها للموظف بالتقسيط ، ففى قيام شركة أخرى بإجراء هذه المعاملة وبيعها للموظف بالتقسيط

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامى ، قرار رقم ٦٦ (٧/٤) . ص (٢٢٥) ، وزارة الأوقاف القطرية .

(٢) التعريفات ٩٦ دار الكتاب العربى .

(٣) ددر الحكام ٩٧/١ .

لا إشكال في ذلك إذ أن ذمة الشركة التي قامت بهذه المعاملة منفصلة عن ذمة الشركة التي يعمل لديها الموظف ، وبالتالي لا اثر لهذا الدين في نظام خيار شراء الأسهم ، لأن بيع الوفاء عبارة عن علاقة ثنائية ، فالدين في بيع الوفاء يكون بين البائع والمشتري .

كذلك إذا قامت الشركة التي يعمل فيها الموظف بتوفير هذه السيوولة للموظف لكي تشارك في هذا النظام فإنه أيضاً لا إشكال في ذلك والله أعلم ، لأن من أهم شروط بيع الوفاء أن ينص في العقد على أنه متى رد البائع الثمن رد المشتري المبيع^(١) . وهذا ما لا وجود له في نظام خيار شراء الأسهم ، فمثلاً لو أجرت الشركة للموظف عملية توريق مقدارها عشرة آلاف دينار ، وثبت ذلك في ذمة الموظف ، وأخذ الموظف هذه العشرة واشترك بها في نظام خيار شراء الأسهم ، ثم قام بسداد ما عليه من دين وهو عشرة آلاف دينار ، فإنه لا يرد المبيع (الأسهم) للشركة بل يمتلك هذه الأسهم ، مما يؤكد أن الدين كان منفصلاً عن نظام خيار شراء الأسهم ، وبالتالي انتفى شبهه ببيع الوفاء .

ويمكن أن يقال في إقرار هذا الشرط وهو استرداد الموظف لرأس ماله في حالة فصله أو تقديم استقالته أن الطرفين اتفقا على أن يستمر الموظف بالعمل لدى الشركة خلال هذه الفترة ، فإذا قام الموظف بتقديم استقالته أن الطرفين اتفقا على أن يستمر الموظف بالعمل لدى الشركة خلال هذه الفترة ، فإذا قام الموظف بتقديم استقالته للعمل لدى شركة أخرى ، أو تم فصله فإنه يكون في هذه الحالة قد خالف شروط العقد التي بينه وبين الشركة ، وبالتالي أصبح من حق الشركة

(١) الموسوعة الفقهية ٢٦٢/٩ .

أن تفسخ العقد الذى بينها وبين الموظف لعدم التزامه ببند العقد ، فالفسخ فى اللغة : النقص والإزالة والدفع ، يقال فسخ الشيء نقضه ، وفسخ العقد أو البيع دفعه^(١).

أما فى اصطلاح الفقهاء فهو : قلب كل واحد من العضوين لصاحبه^(٢) . أى حل ارتباط العقد وجعل العقد كأن لم يكن^(٣) . والفسخ له أسباب عدة منها : الاتفاق أو التراضى ، ومنه الإقالة ، أو الخيار أو عدم اللزوم ، أو استحالة تنفيذ أحد التزامات العقد أو الفساد^(٤) .

قال الإمام النووى : إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه فسخ إلا بأحد سبعة أسباب : خيار المجلس ، والشرط ، والعيب ، وخلف المشروط ، والإقالة ، والتخالف ، وهلاك المبيع قبل القبض^(٥) . وأصلها الإمام السيوطى إلى نحو ثلاثين سبباً^(٦) وما يهمنا هنا أن من الأمور التى تتسوخ فسخ العقد عدم تنفيذ ما اتفق عليه الطرفان عند بداية العقد ، فتنفيذ العقد الصحيح معناه : تحقيق ما قد تم التراضى عليه سابقاً بصورة سليمة فى ذلك العقد^(٧) .

(١) المصباح المنير ، المعجم الوسيط مادة (فسخ) .

(٢) تهذيب الفروق ٢/٢٧٧ دار المعرفة .

(٣) بدائع الصنائع ٥/١٨٢ دار الكتاب العربى ، الأشباه والنظائر للسيوطى ٤٨١ دار الكتاب

العربى ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٨ دار مكتبة الهلال .

(٤) الموسوعة الفقهية ٣٢/١٣٣ .

(٥) روضة الطالبين ٣/١٥٠ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ٤٨١ .

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطى ٤٨١ .

(٧) المدخل الفقهي العام ١/٤٨٩ .

فإذا قام أحد الطرفين بالإخلال بهذا التنفيذ كان من حق الطرف الذى يتمسك بتنفيذ هذا الشرط أن يفسخ العقد ، لأنه لم يرض إنشاء هذا العقد إلا فى ضوء ما تم الاتفاق عليه مسبقاً ، وتنفيذ العقد على غير ما تم الاتفاق عليه يسلب الرضا الذى تم العقد بموجبه ، وكان العقد أصبح به عيب يجعل لأحد الطرفين حق الفسخ ، فالفسخ كما يكون بسبب الشرع أو القضاء يكون أيضاً بالرضا .

ويرد هنا إشكال : إذا قلنا إن هذا الشرط وهو أن يستمر الموظف بالعمل طوال الفترة المتفق عليها وإلا كان للشركة أن تفسخ العقد ، فيأخذ الموظف قيمة الأسهم التى قام بدفعها ، وتأخذ الشركة تلك الأسهم ، وهو ما عبرنا عنه فى تعريف الفسخ : قلب كل واحد من العوضين لصاحبه ، نقول يرد إشكال فى حكم الأرباح التى تمتع بها الموظف أثناء التزامه بالعقد أى قبل أن يستقيل أو يفصل من عمله ، هل عليه أن يرد هذه الأرباح أم أنه يستحقها بسبب شرائه وتملكه لتلك الأسهم ؟

وفى هذه المسألة اختلف الفقهاء فى حكم فسخ البيع بخيار المجلس أو الشرط هل يرفع العقد من أصله أو من حينه ؟

(أ) ذهب الحنفية وهو الصحيح من مذهب الشافعية إلى أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله ، أى أن الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن فى المستقبل لا فيما مضى حيث يفوز الراد بالزوائد ، والمراد بارتفاع العقد من حينه ارتفاع الملك فى المبيع فقط دون زوائده (١) .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٨ - ٣٣٩ دار الكتب العلمية ، روضة الطالبين ١٥٠/٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ٤٨٧ ، المنثور فى القواعد ٤٩/٣ .

(ب) فرق الحنابلة في الفسخ بين النماء الحاصل من الكسب كالأجرة ، والنماء الحاصل من العين كالثمرة ، فالأول لا خلاف بين الحنابلة من أن الفسخ يكون من حينه فلا يتبع فيها النماء ، والنوع الثاني فيه روايتان الأصح عندهم انه كالنوع الأول^(١). وعلى هذا يصبح مذهب الحنابلة كمذهب الحنفية والشافعية .

(ج) أما المالكية فلم أجد فيما بحثت والله أعلم على نص لهم في هذه القاعدة ، إلا أنه يفهم من كلامهم أنهم كالجمهور ، ومن ذلك أن من باع نصيبه من عقار ثم أقال المشتري منه فالشفعة ثابتة للشريك بما وقعت به الإقالة ، أى أنهم لم يرجعوا إلى اصل العقد وإنما رجعوا إلى ما وصل إليه العقد فى حينه ، مع العلم بأن المالكية يرون أن الإقالة بيع ثان إلا أنهم لم يطبقوا هذه القاعدة فى الشفعة وجعلوها استثناء من تلك القاعدة^(٢).

ومن هذا يتبين أن أكثر الفقهاء على القول بأن الفسخ يرفع العقد من حينه ، وبالتالي فإن المشتري يفوز بزوائد المبيع قبل الفسخ ، ومن ذلك الموظف فى نظام خيار شراء الأسهم فإنه يفوز بالأرباح التى أخذها قبل الفسخ بسبب فصله أو استقالته ، وكذلك يفوز الموظف أيضاً بأسهم المنحة التى توزعها الشركة كأرباح على المساهمين .

(١) القواعد لابن رجب ١٦٨ دار المعرفة .

(٢) الشرح الصغير ٢١٠/٣ ، دار المعارف .

كان الكلام فيما سبق بناء على تكييف نظام خيار شراء الأسهم على أنه عقد بيع ، فإذا كان تخريج هذا النظام على أنه عقد شركة فإنه لا إشكال في فسخ العقد بين الموظف والشركة بناء على هذا الشرط - أنه في حالة فصل أو استقالة الموظف يسترد الموظف رأس ماله - ولا إشكال أيضاً في أن الموظف يستحق الربح الذي قامت الشركة بتوزيعه نظير مشاركته أو مساهمته في الشركة . ولذلك جاء بخصوص هذا الأمر في نظام خيار شراء الأسهم ما يلي : " إن الموظف إذا أخل بشروط الاتفاقية التي بينه وبين الشركة كان قد استقالته من العمل أو تم فصله بموجب أحكام قانون العمل فإنه يعتبر قد ألغى مساهمته في المحفظة من بداية تاريخ استقالته أو فصله ، ويعوض عن رأس ماله بنفس القيمة التي تمت المساهمة بها ، وله كامل حقوقه في الأرباح السابقة وعليه تحمل الخسارة " .

فهذا النص يوضح أن الموظف له حق في الأرباح الناتجة عن مساهمته في هذا النظام مما يؤكد أنه شريك في تلك الأرباح ، وأن على الموظف أيضاً تحمل الخسارة وهذا لا يكون إلا إذا وجدت شركة أو ما في معناها ، أي أن تحمل الموظف للخسارة وحصوله على الربح لا يكون إذا تم تكييف العقد بأنه عقد بيع وإنما يكون في عقد الشركة أو المضاربة أو ما في معناها .

- الفرق بين الفسخ في عقد البيع وعقد الشركة :

بقى بيان أمر فيما يتعلق بهذه المسألة وهو هل الفسخ في البيع كالفسخ في الشركة ؟ مما لا شك فيه أن الفسخ كنظرية في الفقه الإسلامي تسرى على جميع العقود سواء المعاوضات أو التبرعات أو الأحوال الشخصية أو غيرها من العقود

. إلا أنه يمكن النظر إلى أنه يوجد فرق في الفسخ بين الشركة والبيع ، حيث إن الشركة عقد جائز والبيع عقد لازم ، وهو ما أفضنا القول فيه سابقاً ولنا إن الشركة في بعض الحالات تكون لازمة ومن هذه الحالات نظام خيار شراء الأسهم للموظفين ، وعلى إثر ذلك لا نرى اختلافاً في الفسخ ما بين البيع وعقد الشركة ، وعليه إذا خالف الشريك شروط شريكه التي نص عليها في العقد فإن للشريك الحق في فسخ العقد وإرجاعه كما كان .

- عمل الموظف في الشركة وأثر ذلك :

ولنا أن يقول إذا كان التكليف الشرعي لنظام خيار شراء السهم بأنه عقد شركة فكيف يحق للموظف أي الشريك العمل أجبراً في هذه الشركة . بمعنى أن الموظف بعمله أجبراً في الشركة فإنه سوف يتقاضى راتباً منها ، مما يؤدي إلى اختصاصه بشيء من الربح عن باقي الشركاء ، فالشركة قد لا ترباح إلا ما أخذه الموظفون من أجر ، مما يؤدي إلى انفرادهم بالربح دون باقي الشركاء ، لذلك يقول ابن المنذر : وأجمعوا على إبطال القراض الذي يشترط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة^(١) . والشركة والمضاربة في هذا سواء .

إلا أن هذا الإشكال يبطل إذا علمنا أن للشركة شخصية اعتبارية تختلف عن شخصية الشركاء ، أي أن الموظف وإن كان شريكاً في هذه الشركة إلا أن ذمته تختلف عن ذمة الشركة . وبالتالي فإن الموظف يعتبر شخصاً غريباً أو أجنبياً عنها ، فجاز له أن يتعامل معها ، وما يحصل عليه هو أجر مستحق في نظير قيامه بالعمل المكلف به .

(١) الإجماع لابن المنذر ٩٨ .

المطلب الثاني

زكاة أسهم نظام خيار شراء الأسهم

من الأمور المهمة التي يجب الكلام عنها زكاة أسهم هذا النظام ، إذ أن أسهم هذا النظام يعترها أمران : الأول أن الموظف لما قام بدفع ثمن هذه السهم يعتبر مالكا لها فوجب عليه الزكاة ، والثاني أن الموظف لما كان غير قادر على التصرف في هذه الأسهم إلا بعد مدة معينة كان ملكه ناقصاً غير تام مما يؤثر في إخراج الزكاة . ونحن في هذا المطلب نريد أن نوضح معنى الملك التام عند الفقهاء ، وهل الملك التام شرط لوجوب الزكاة ؟

فقد عرف بعض الفقهاء الملك التام بأنه : المملوك رقبة ويداً^(١) وبتعبير آخر : هو ما اجتمع فيه الملك واليد^(٢)

فأصحاب هذا التعريف يشترطون في الملك التام الملكية والتصرف ، فإذا وجد الملك دون اليد كالصداق قبل القبض فإنه يعتبر ملكاً ناقصاً ، وإذا وجدت اليد دون الملك فإن الملك أيضاً يعتبر ناقصاً ، ولذلك كملك المكاتب والمديون فإن ملكه يعتبر ناقصاً^(٣).

وذهب بعض العلماء من المعاصرين إلى أن الملك التام : هو أن يملك الشخص رقبة الشيء ومنفعته معاً^(٤) .

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢/٢١٨ دار المعرفة .

(٢) الفتاوى الهندية ١/١٧٢ دار إحياء التراث العربي .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المدخل الفقهي العام ، مصطفى أحمد الزرقا ١/٣٤٩-٢٥٠ دار القلم .

ولذلك ذهب إلى أن الملك الناقص له شكلان :

(أ) أن يملك الشخص منافع الشيء دون رقبته (وهذا الشكل أكثر الحالات الواقعية للملكية الناقصة) ومنها الإجارة ، الإعارة ، الوقف ، الوصية لأحد بالمنفعة .

(ب) أن يملك الشخص رقبة الشيء دون منفعته (وهذا قليل وخلاف الأصل في ملكية الرقبة التي من خصائصها استتباع المنفعة ، إذ لا فائدة من إيجاب ملكية جردت من حق الانتفاع) (١)

ولنا تعليق على هذا الكلام يتمثل بالآتي :

١- ما ذكره الشيخ في تعريف الملك التام بأنه ملك رقبة الشيء ومنفعته معاً ، فإن الشيخ إن كان يقصد من منفعته الشيء التصرف فإن التعريف يكون منسجماً مع ما ذكره فقهاء الحنفية في التعاريف السابقة التي تم ذكرها ، أما إن كان يقصد بالمنفعة العرض (٢) المستفاد من العين (٣) وهو ما تبين من خلال الأمثلة التي ساقها لبيان الملك الناقص ، فإنه يرد إشكال على هذا التعريف ، إذا أن الإنسان في بعض الأحيان يملك رقبة الشيء ويملك أيضاً منفعته ولا يملك التصرف فيه ، ومثال ذلك المحجور عليه ، فإنه يملك

(١) المرجع السابق .

(٢) العرض : الموجود الذي يحتاج في وجوده إلى موضع أى محل ، يقوم به كاللون يحتاج في وجوده إلى جسم يحل ويقوم به . أنظر التعريفات للجرجاني ١٩٢ .

(٣) المنفعة في القرض / عبد الله العمراني ٦٢ دار ابن الجوزي .

الرقبة والمنفعة ولا يملك التصرف ، فلا يستطيع البيع ولا الهبة ولا الرهن ولا غير ذلك إلا بإذن الغرماء . مما يعنى أن ذكر التصرف فى تعريف الملك التام أمر مهم وضرورى .

٢- إن الأمثلة التى ذكرها الشيخ للدلالة على الملكية الناقصة وخصوصاً فيما يتعلق بملك منافع الشيء دون رقبته كعقد الإجارة والإعارة والوقف وغيرها لا تدل على الملكية الناقصة ، وإنما بنى الشيخ ذلك بناء على ربط الملكية بالمنفعة ، وقلنا إن ربط الملكية بالتصرف أولى ، وبالتالي فإن الأمثلة السابقة لا تصلح للملكية الناقصة ، فمثلاً الإجارة الملكية فيها تامة سواء للمستأجر أو المؤجر ، أما المستأجر فإنه يستطيع بيع هذه المنفعة لشخص آخر وذلك بإعادة تأجيرها له ، كما له أن يهبها بأن يمكن شخصاً آخر من الانتفاع بلا مقابل ، كما يستطيع الإحالة عليها لكونها مالا ، وإنما قلنا إن ملكه تام مع أن المستأجر يملك المنفعة دون العين ، لأن ملك المستأجر إنما يقع على المنفعة ، فملكه للمنفعة يعتبر ملكاً تاماً ، ما لم يشترط المالك (المؤجر) خلاف ذلك مثل أن يجعل الرابطة الإيجارية شخصية إما بمقتضى الاتفاق أو القانون أو العرف عندئذ ، تكون ملكية المنفعة ملكية شخصية أى تراعى فيها شخصية المستأجر .

وأما بالنسبة للمؤجر فإنه يستطيع بيع العين محملة بعقد التأجير ، كما يستطيع هبة العين وغيرها من التصرفات ، وهذا كله يدل على أنه يملك العين ملكاً تاماً ، وإنما لم يملك المنفعة لأنه اعتاض عنها بالأجرة فهو يملك الأجرة ملكاً تاماً .

٣- إن من الأمثلة التي تصلح للملكية الناقصة ما ذكره الفقهاء من المال المغصوب ، والمفقود ، والرهن ، والدين ، واللقطة ، والمجود ، والساقط فى البحر والمدفون وغيرها والذي تعرض له الفقهاء عند الكلام عن وجوب الزكاة فى هذه الأموال ، وهذه المسائل كثيرة وليست قليلة كما ذكر ذلك الشيخ .

وقد جاء فى هذا الشأن تعريف للملك التام بأنه : قدرة المالك على التصرف بما يملك تصرف تاماً دون استحقاق للغير^(١).

ومن التعاريف الجيدة للملك التام بأنه : عبارة عما كان بيده ، ولم يتعلق به حق غيره ، ويتصرف فيه على حسب اختياره ، وفوائده حاصلة^(٢) .

ومما سبق ذكره فى توضيح معنى الملك يتبين أن الملك التام لا بد وأن يستوفى ثلاثة أمور :

(أ) أن يكون مالاً للرقبة ، فإذا كانت عيناً كان مالاً لها ، وإذا كانت منفعة كان مالاً لها ، وإنما فصلنا القول فى الرقبة فى أنها قد تكون عيناً أو منفعة لخلاف الحنفية مع الجمهور هل تعد المنافع أموالاً متقومة أم لا ؟ فالجمهور ذهب إلى أن المنافع أموال متقومة إلا إذا ورد عليها العقد^(٣)

(١) راجع دليل الإرشادات لاحتساب زكاة الشركات ط٧ ١٩٩٣ . من مطبوعات بيت الزكاة الكويتى .

(٢) مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى للرحيبانى ٤٥٨/٢ ط٣ ٢٠٠٠ م على نفقة الشيخ على آل ثانى .

(ب) أن يكون ملكه مستقراً فلا يكون محتملاً للذهاب بعد ثبوته ، أو يكون متردداً بين الثبوت وعدمه (٢). فالملك المستقر ما لا يحتمل السقوط بتلفه أو تلف مقابله كئمن المبيع بعد القبض ، وغير المستقر بخلافه كالأجرة قبل استيفاء المنفعة لتعرض ملكها للسقوط بانهدام الدار (٣) .

(ج) أن يكون متمكناً بنفسه أو بنائيه من التصرف بالمال بوجوه التصرف التي يستطيع بها تميمته واستثماره (٤).

وهذه الأمور سوف تتضح جلياً عند الكلام عن رأى الفقهاء فى حكم اشتراط الملك التام فى المال الذى تجب فيه الزكاة حيث اختلف الفقهاء فى ذلك على حسب التفصيل الآتى :

أولاً : مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية إلى أن من شرائط المال الذى تجب فيه الزكاة أن يكون صاحب المال مالكاً للمال ملكاً مطلقاً ، أى أن يكون مملوكاً له رقبته ويبدأ (٥).

(١) الموسوعة الفقهية ٣٩ / ١٠٣ .

(٢) زكاة نهاية الخدمة ، د. محمد نعيم ياسين ٦٢ بحث مقدم للندوة الخامسة لقضايا الزكاة المعاصرة .

(٣) الموسوعة الفقهية ٣٩ / ١٠٣ .

(٤) زكاة نهاية الخدمة ٦٢ .

(٥) بدائع الصنائع ٢ / ٨٦-٨٧ .

وعلى هذا لا تجب الزكاة فى المال الضمار وهو : كل مال غير مقدور الانتفاع به مع قيام أصل الملك (١). وذكروا لذلك صوراً عديدة منها :

(أ) العبد الأبق والضال .

(ب) المال المفقود .

(ج) المال الساقط فى البحر .

(د) المال الذى أخذه السلطان مصادرة .

(هـ) المال الموجود إذا لم يكن للمالك بينة .

(و) المال المدفون فى الصحراء إذا خفى على المالك مكانه ، فإن كان مدفوناً فى البيت فإن الزكاة تجب فيه .

(ز) الرهن إذا كان فى يد المرتهن لعدم ملك اليد (٢).

ونحن إذا تأملنا هذه الأمثلة فإنه يتبين لنا أن أصل الملك موجود ، إلا أن هذا الشخص لا يستطيع التصرف بهذا المال ، كما أن ملكه غير مستقر ، لأنه على خطر الوجود والعدم .

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق البحر الرائق ٨٦/٢-٨٧ .

ثانياً : مذهب المالكية :

ذهب المالكية أيضاً إلى أن من شرائط المال الذي تجب فيه الزكاة أن يكون صاحب المال مالكا للمال ملكاً تاماً ، وعبروا عن ذلك بقولهم : إن الزكاة تجب في العين بأن يتمكن من تمييزه ولا تكون في يد غيره (١).

بل إن ابن شاس نص على أن من أسباب ضعف الملك ثلاثة أمور :

١- امتناع التصرف بأن يكون المال متهيئاً في نفسه للتصرف ، لكن تعذر على مالكة التصرف فيه بالتمتية وغيرها .

٢- تسلط الغير على ملكه ، فالرفيق لا تجب الزكاة عليه في شيء من أمواله ، لأن السيد متمسك على هذا الملك .

٣- عدم قرار الملك فلا زكاة في الغنيمة قبل القسم على المشهور ، لأنها على خطر الثبوت وعدمه (٢) . لذلك عرف المالكية مال الضمار على نحو مما عرفه الحنفية ، فمال الضمار عندهم : ما كان غائباً عن ربه لا يقدر على أخذه أو لا يعرف موضعه ولا يرجوه (٣) . فهو يطلق عندهم على المال الذي لا يقدر صاحبه على تمييزه . لذلك ذهب المالكية إلى أن زكاة هذا المال تكون بعد قبضه عن سنة واحدة . ومن أمثلة ذلك عندهم :

(١) المنتقى شرح الموطأ للإمام الباجي ٢/ ١١٣ دار الكتاب العربي .

(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ١/ ٢٠٧-٢١٢ دار الغرب الإسلامي ، حاشية ، الخراشي ٤٤٢/٢ دار الكتب العلمية . .

(٣) شرح الزرقاني على الموطأ ٢/ ١٠٦ دار الفكر

- (أ) العين المغصوبة لا زكاة على ربها لعجزه عن تتميتها ، فإذا أخذها من الغاصب ، فالمشهور أنه يزكيها لعام واحد .
- (ب) العين المدفونة إذا نسي صاحبها مكانها ومر عليها أعوام ثم وجدها ، فالأصح أنه يزكيها لعام واحد .
- (ج) العين الضائعة إذا وجدها ربها فإنه يزكيها لعام واحد لا لما مضى من الأعوام ، وهذا هو المشهور من المذهب .
- (د) المدين لا زكاة عليه في ماله العيني الحولي ، لأن الدين يسقط زكاتها ، وسواء كان الدين عيناً أو عرضاً ، حالاً أو مؤجلاً لعدم تمام الملك .
- (هـ) الرقيق ومن فيه شائبة رق لا زكاة في ماله سواء كان عيناً أو ماشية أو حرثاً ، ولا في المال الذي يريده للتجارة لعدم تمام تصرفه .
- ومن خلال هذا العرض نرى أن مذهب المالكية قريب جداً من ذهب الحنفية حتى في الأمثلة التي تم ذكرها ، إلا أن الفرق الرئيسي بين المذهبين أن الحنفية لا يرون الزكاة في مال الضمار مطلقاً فإذا قبضه صاحبه فإنه يستأنف به حولا جديداً ، أما المالكية فذهبوا إلى أن مال الضمار إذا قبضه صاحبه فإنه يزكيه عن سنة واحدة .

استدل الحنفية على ما ذهبوا إليه بالآتي :

- ١- ما روى عن علي بن أبي طالب - موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى الرسول الله - أنه قال : " لا زكاة في مال الضمار " (١) . وهو المال الذي لا ينتفع به مع قيام أصل الملك " (٢) .

(١) نصب الراية ٢/٣٣٤ ، السنن الكبرى للبيهقي ٤/١٥٠ .

(٢) بدائع الصنائع ٢/٩٦ .

٢- عن عطاء قال : أما نحن أهل مكة . فنرى الدين ضمارة . قال ابن كثير :
يعنى أنه لا زكاة فيه (١).

٣- أنها أموال غير منتفع بها فى حق المالك لعدم وصوله إليها فكانت
ضمارة (٢).

٤- إن المال إذا لم يكن مقهوراً الانتفاع به فى حق المالك لا يكون المالك به
غنياً ولا زكاة على غير الغنى (٣).

- أما المالكية فاستدلوا بما روى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب فى
المال قبضه بعض الولاة ظلماً يأمره برده إلى أهله ، وتؤخذ زكاته لما مضى من
السنين ثم عقب بذلك بكتاب أن لا يؤخذ منه إلا زكاة واحدة فإنه كان ضمارة (٤).
وإنما أمره أولاً أن تأخذ من الزكاة لما مضى من السنين ، لأنه مازال فى
ملكه ولم يزل ذلك الملك عنه ، فكان ذلك شبيهة عنده فى أخذ الزكاة منه لسائر
الأعوام ، ثم نظر بعد ذلك فرأى أن الزكاة تجب فى العين إذا تمكن صاحبها من
تتميتها ، وأن لا تكون فى يد غيره . فهذا المال قد زال عن يده إلى يد غيره
ومنع من تتميتها ، فلم تجب عليه غير زكاة واحدة (٥).

(١) الأموال لأبى عبيد ٥٣٤ دار الشروق .

(٢) بدائع الصنائع ٢ / ٨٦-٨٧ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) الموطأ للإمام مالك ٢٥٣/١ كتاب الزكاة باب الزكاة فى الدين دار إحياء الكتب العلمية

(٥) المنتقى ١١٣/٢ ، الأموال لأبى عبيد ٥٣٣ .

أما الشافعية فقد اختلفوا كما قال الإمام النووي في شرط كمال الملك لوجوب الزكاة^(١). ويظهر هذا الخلاف من خلال المسائل التي ذكرها الشافعية ، وسوف أورد بعضاً من هذه المسائل التي توضح رأى الشافعية :

(أ) إذا ضل المال أو غصب أو سرق وتعدر انتزاعه ، أو أودعه فجحد ، أو وقع في البحر فالصحيح عند الشافعية وهو الجديد من المذهب أنه تجب فيه الزكاة لملك النصاب وتام الحول ، أما في القول القديم من المذهب فإنه لا تجب فيه الزكاة لامتناع النماء والتصرف ، فأشبهه مال المكاتب لأنه لا تجب فيه الزكاة على السيد^(٢).

وهذا الخلاف إنما هو وارد في حالة عدم القدرة على نزع المغصوب أو لم يكن له بينة بالمجود ، فإن كان له قدرة على نزع المغصوب أو له بينة على المجود فإنه يجب عليه إخراج الزكاة عن هذا المال قطعاً من غير خلاف عند الشافعية^(٣).

(ب) لو دفن ماله في موضع ثم نسيه ثم تذكره بعد أحوال أو حول ، فهو على الخلاف السابق ، فعلى الجديد من المذهب وهو الأصح أنه يجب عليه

(١) روضة الطالبين ٤٩/٢ .

(٢) المجموع شرح المذهب ٣٤١/٥ ، روضة الطالبين ٤٩/٢ ، مغنى المحتاج

١٢٣/٢ - ١٢٤ .

(٣) مغنى المحتاج ١٢٤/٢ .

الزكاة لما مضى ، ولا فرق عند الشافعية إذا دفنه في داره وحرزه وغير ذلك^(١) .

(ج) لو اشترى مالاً زكويًا فلم يقبضه حتى مضى حول في يد البائع ، فالمذهب وجوب الزكاة على المشتري لتمام الملك . وقيل لا تجب قطعاً لضعف الملك^(٢) .

(د) لو رهن ماشية أو غيرها من أموال الزكاة وحال الحول ، فطريقان : المذهب وجوب الزكاة لتمام الملك ، وقيل فيه الخلاف في المغصوب لامتناع التصرف^(٣) .

(هـ) لو أسر المالك وحيل بينه وبين ماله وجبت الزكاة على المذهب لنفوذ تصرفه^(٤) .

ومن خلال هذه المسائل يتبين أن الشافعية لا يشترطون كمال أو تمام الملك في المال الذي تجب فيه الزكاة ، إلا أنني أعتقد أن الشافعية لا ينازعون في هذا الشرط ، وإنما ينازعون في مدى انطباق هذا الشرط على المسائل التي تم ذكرها ، فهم يعتقدون أن الملك في تلك المسائل كان تاماً وهذا الأمر يتضح من خلال تعليقاتهم لتلك المسائل بأن الملك كان فيها تاماً فوجبت الزكاة في هذا

(١) المجموع شرح المذهب ٣٤٢/٥ ، روضة الطالبين ٥٠/٢ .

(٢) المجموع شرح المذهب ٣٤٣/٥ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق ٣٤٢/٥ ، روضة الطالبين ٥١/٢ .

المال ، لذلك وجدت بعض الصور عندهم لم يوجبوا فيها الزكاة بسبب ضعف الملك أو عدم استقرار الملك ومن ذلك :

(أ) إن الإمام الشيرازي نص على ذلك فهو يقول : " ولا تجب فيما لا يملكه ملكاً تاماً كالماشية التي في يد مكاتبه ، لأنه لا يملك التصرف فيه فهو كمال الأجنبي (١) " .

(ب) مع أن الشافعية يقولون بأن الدين لا يمنع وجوب الزكاة إلا أن الإمام النووي يقول " إذا قلنا إن الدين يمنع الزكاة ففي علته وجهان : أحدها وأشهرها وبه قطع الأكترون ضعف الملك لتسلط المستحق (٢) . فلو كان ضعف الملك غير معتبر عندهم لما عللوا به الحكم .

(ج) قالوا إن الأجرة لا تملك ملكاً مستقراً إلا إذا مضت المدة ، فلو أجر داراً أربع سنين بمائة دينار معجلة وقبضها ، ففي كيفية إخراج الزكاة قولان : أحدهما : يلزمه عند تمام السنة الأولى زكاة جميع المائة ، لأن ملكه تام ، وهذا هو الراجح عند صاحبى " المهذب " و " الشامل " والثانى وهو الراجح عند الجمهور : لا يلزمه عند تمام السنة إلا زكاة القدر الذى استقر ملكه عليه ، فيخرج عند تمام السنة الأولى زكاة ربع المائة (٣) ؛ لأن ما لا يستقر معرض للسقوط بانهدام الدار فملكه ضعيف (٤) .

(١)المجمع شرح المهذب ٣٣٩/٥ .

(٢)المرجع السابق ٣٤٦/٥ ، روضة الطالبين ٥٤/٢ .

(٣)روضة الطالبين ٥٩/٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ٥٤٠ .

(٤)مغنى المحتاج ١٢٨/٢ .

ومن هذا المثال يتبين أن من شروط وجوب الزكاة الاستقرار ، وهو كما قدمنا أحد أسباب الملك التام .

(د) لو أسلم في عرض بنية التجارة لم تجب فيه الزكاة ، لأنه لا يملكه ملكاً مستقراً^(١) .

(هـ) لو اشترى مالا زكويًا فلم يقبضه حتى مضى حول في يد البائع ، فالمذهب وجوب الزكاة على المشتري ، وبه قطع الجمهور ، وقيل : لا تجب قطعاً لضعف الملك^(٢) . والزكاة إنما وجبت على المشتري لقوة ملكه وتمامه .

(و) فرع الشافعية على القول بأن الدين يمنع وجوب الزكاة ما إذا أحاطت بالرجل ديون ، وحجر عليه القاضى فله ثلاثة أحوال : أحدهما أن يجبر عليه ويفرق ماله بين الغرماء ، فيزول ملكه ولا زكاة ، والثانى أن يعين لكل غريم من ملكه ويمكنهم من أخذه ، فحال عليه الحول قبل أخذهم ، فالمذهب الذى قطع به الجمهور ، لا زكاة عليه أيضاً ، لضعف ملكه^(٣) .

فهنا يتضح أن الشافعية يشترطون الملك التام فى المال الذى تجب فيه الزكاة فنزاعهم السابق إنما هو فى مدى تحقق الملك التام فى تلك المسائل فكان الخلاف فى ذلك أنهم يقولون بعدم اشتراط الملك التام فى المال الذى تجب فيه

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ٥٤٠ .

(٢) روضة الطالبين ٥١/٢ .

(٣) المجرع السابق ٥٤/٢ ، المجموع شرح المهذب ٣٤٤/٥ .

هذا ولم نعرض للحالة الثالثة لعدم تعلقها بموضوع بحثنا.

الزكاة ، وهذا يتضح من خلال تعليلاتهم للمسائل السابقة بضعف الملك أو عدم التصرف أو عدم الاستقرار وكلها على ملك الناقص وهو مقابل الملك التام .

- أما الحنابلة فقد نصوا على اشتراط تمام الملك فى المال الذى يجب فيه الزكاة فى الجملة ، لأن الملك الناقص ليس بنعمة كاملة ، والزكاة إنما تجب فى مقابل تلك النعمة الكاملة ، فالملك التام عندهم عبارة عما كان بيده ، ولم يتعلق به حق غيره ، ويتصرف فيه على حسب اختياره ، وفوائده حاصلة^(١) . لذلك ذهب الحنابلة إلى عدم وجوب الزكاة على السيد فى دين كتابة لنقص ملكه لأن ملكه غير مستقر لذلك لا تصح الحوالة عليه كما لا يصح ضمان هذا الدين ، فما قبض منه السيد يستقبل به الحول إن بلغ نصيباً^(٢) .

كما لا زكاة فى حصة مضارب من الربح قبل قسمته ، حتى لو ملك حصته بالظهور ، لأن ملكه غير مستقر ، لأن الربح وقاية لرأس المال فملكه ناقص^(٣) .

ولا تجب الزكاة فى مال معين نذر أن يتصدق به ، إما لزوال ملكه عنه أو لنقص الملك وكلاهما مسقط للزكاة^(٤) .

(١) مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى للرحيبيانى ٤٥٨/٢ ، الفروع لابن مفلح ٢٥١/٢ دار الكتب العلمية .

(٢) مطالب أولى النهى ٤٥٩/٢ ، الفروع ٢٥١/٢ ، الإتيصاف للمداوى ١٤/٣ دار إحياء التراث العربى .

(٣) مطالب أولى النهى ٤٥٩/٢ - ٤٦٠ ، الفروع ٢٦١/٢ ، الإتيصاف ١٦/٣ .

(٤) مطالب أولى النهى ٤٦٠/٢ ، الفروع ٢٦٠/٢ ، الإتيصاف ٢٨/٣ .

وإنما ذكرنا في بداية الكلام أن هذا الاشتراط عند الحنابلة في الجملة لوجود خلاف في المذهب في مدى انطباق هذا الشرط على بعض الصور مثل : المغصوب ، والمسروق ، وما دفته ونسيه ، والدين على جاحد وغيرها ، فهذه الصور كلها فيها روايتان :

الأولى : تجب فيها الزكاة إذا قبض المال ، وهو الصحيح من المذهب ، وهو ما اختاره الأكثرون ، وذكر أبو الخطاب والمجد بأنه ظاهر الرواية . وصححه ابن عقيل ، وأبو الخطاب ، وابن الجوزي ، والمجد في شرحه ، وصاحب الخلاصة ، وتصحيح المحرر ، ونصرها أبو المعالي ، وقال : اختارها الخرفي ، وأبو بكر وجزم به في الإيضاح والوجيز^(١).

يقول ابن قدامة في تعليل هذه الرواية : لأن ملكه عليه تام ، فلزمته زكاته ، كما لو نسي عند من أودعه ، أو كما لو أسر أو حبس وحيل بينه وبين ماله^(٢).

الثانية : لا تجب الزكاة فيها ، وهذه الرواية صححها صاحب التلخيص وغيره ، ورجحها بعضهم ، واختارها ابن شهاب والشيخ تقي الدين ، وقدمها ابن تميم والفائق . وهو ما رجحه صاحب الفروع^(٣).

(١) الإنصاف ٢١/٣ ، الفروع ٢٥١/٢ ، المغنى مع الشرح ٦٣٩/٢ .

(٢) المغنى مع الشرح ٦٣٩/٢ .

(٣) الإنصاف ٢٢/٣ ، الفروع ٢٥١/٢ ، المغنى مع الشرح ٦٣٩/٢ .

قال ابن قدامة في تعليل هذه الرواية : لأنه مال خرج عن يده وتصرفه ، وصار ممنوعاً منه ، فلم يلزمه زكاته كمال المكاتب^(١).

ومن هذا يتبين أن الحنابلة لا ينازعون في وجوب اشتراط تمام الملك الذي تجب فيه الزكاة ، وإنما نزاعهم في مدى انطباق هذا الشرط على بعض الصور ، لذلك نجد الإمام الرحيباني وهو من نص على وجوب اشتراط هذا الشرط نجده عند الكلام عن الدين والمال الغائب والضال والمغصوب ونحوه يوجب الزكاة فيها لانطباق شرط تمام الملك عليها^(٢).

وبهذا يتبين أن الحنابلة يوافقون الحنفية في رأيهم وإن كانوا يخالفونهم في بعض الصور بسبب نظرتهم لانطباق شرط تمام الملك عليها أم لا .

حكم زكاة الأسهم الممنوحة وفق نظام خيار شراء الأسهم :

مما سبق ذكره من كلام الفقهاء يتبين أن المالك إذا كان قادراً من الناحية الواقعية على ممارسة التصرفات التي يأذن بها الشارع للمالك على مثل المال المملوك ، ولا يحول دون ذلك حائل يمنعه منها كان الملك تاماً ووجبت فيه الزكاة إذا توفرت الشروط الأخرى ، وإلا بأن كان المالك عاجزاً من الناحية الواقعية عن التصرف بما له كان ملكه ناقصاً ولم تجب فيه الزكاة وإن توفر أصل الملك وغيره من الشروط^(٣).

(١) المغنى مع الشرح ٦٣٩/٢ .

(٢) مطالب أولى النهى ٤٧٠/٢ .

(٣) زكاة نهاية الخدمة لشيخنا الدكتور / محمد نعيم ياسين ٦٢ بحث مقدم للندوة الخامسة لقضايا الزكاة المعاصرة المنعقدة فى ١٨ - ٢٠ من ذى القعدة ١٤١٥هـ الموافق ١٨-٢٠/٤/١٩٩٥م من مطبوعات بيت الزكاة الكويتى .

فإضافة الأموال إلى أربابها في القرآن والسنة في مثل قوله تعالى : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً ﴾ (١) وقوله : ﴿ وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ ﴾ (٢) ، وقول الرسول [إن الله فرض عليهم في أموالهم] (٣) ، فهذه الإضافة تقتضى الملكية ، إذ معنى " أموالهم " أى الأموال التى لهم ، ولا تكون لهم إلا إذا كانوا يملكونها بحيث تختص بهم ، وتضاف إليهم ، ويمتازون على غيرهم بحق الانتفاع بها والتصرف بها (٤) . كما أن المال إذا لم يكن مقدوراً على الانتفاع به فى حق المالك لا يكون المالك به غنياً ولا زكاة على غير الغنى ، والزكاة إنما أوجبها الشارع فى أنواع الأموال التى يتحقق فيها معنى النماء ، والمال الذى لا يتمكن صاحبه من التصرف فيه قد انسدت عليه طرق تميمته ، فهو فى حقه غير نام ، فلا تجب فيه الزكاة (٥) .

فالمالك التام : هو قدرة المالك على التصرف بما يملك تصرفاً تاماً دون استحقاق للغير ، فلا زكاة فى مؤخر الصداق لأنه لا يمكن للمرأة التصرف فيه (٦) .

(١) سورة التوبة آية ١٠٣ .

(٢) سورة الذاريات آية ١٩ .

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ١/١٩٦ - ٢٠٠ دار إحياء التراث العربى ، سنن النسائى بشرح السيوطى ٥/٤-٢ المكتبة العلمية .

(٤) فقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوى ١/١٣١ مؤسسة الرسالة .

(٥) زكاة نهاية الخدمة للدكتور محمد نعيم ياسين ٦٢ .

(٦) دليل الإرشادات لاحتساب زكاة الشركات مجموعة من العلماء ٧ من مطبوعات بيت الزكاة الكويتى .

وقد جاء في توصيات الندوة الخامسة لقضايا الزكاة المعاصرة المنعقدة في بيروت بشأن زكاة مكافأة نهاية الخدمة والراتب التقاعدي ما يلي :

لا تجب الزكاة على العامل أو الموظف في هذه الاستحقاقات طيلة مدة الخدمة لعدم تحقق الملك الذي يشترط لوجوب الزكاة .

هذه الاستحقاقات إذا صدر القرار بتحديدتها وتسليمها للموظف أو العامل دفعة واحدة أو على فترات دورية أصبح ملكه لها تاماً ، ويزكى ما قبضه منها زكاة المال المستفاد ، وقد سبق في مؤتمر الزكاة الأول أن المال المستفاد يزكى بضمه إلى ما عند المزكى من الأموال من حيث النصاب والحوال^(١).

ونظام خيار شراء الأسهم قريب من مكافأة نهاية الخدمة والراتب التقاعدي ، إذا أن صاحبه ممنوع من التصرف فيه كما ، في نهاية الخدمة والراتب التقاعدي لمدة محددة .

وعلى ذلك فإن الموظف الذي يملك أسهماً وفق هذا النظام إنما يزكى هذه الأسهم إذا قبضها عن سنة واحدة كما قال المالكية . وهذا بخلاف ما ذهب إليه الحنفية من عدم وجوب الزكاة على هذه الأسهم وأنه إذا قبضها صاحبها فإنه يستقبل بها حوالاً جديداً ، فرأى المالكية وسط بين من يقول بعدم وجوب الزكاة مطلقاً وبين من يقول بوجوبها مطلقاً ، فالقول بالوجوب مطلقاً لا يناسب ضعف الملك ، وعدم قدرة المالك على التصرف بملكه ، كما أن القول بعدم الوجوب

(١) فتاوى وتوصيات ندوات قضايا الزكاة المعاصرة ٨١ - ٨٢ من مطبوعات بيت الزكاة الكويتي .

مطلقاً لا يناسب أن المالك مازال مالكاً لهذا المال إلا أن ملكه غير تام ، فكان قول المالكية وسط بين القولين ، حيث أوجبوا الزكاة على المالك لوجود الملك ولكن لما كان هذا الملك غير تام أوجبوا الزكاة عليه لسنة واحدة .

كان هذا حكم هذه الأسهم بالإجمال ، أما زكاة أسهم الموظفين الممنوحة لهم بسبب هذا النظام بالتفصيل فإنها ترجع على نية الموظف وإلى التفصيل الآتى :

(أ) من يقوم بإخراج الزكاة :

الأصل فى زكاة السهم أن يقوم أصحابها بإخراج الزكاة عنها ، وإدارة الشركة تخرج الزكاة نيابة عن المساهمين إذا نص نظامها الأساسى على ذلك ، أو صدر به قرار من الجمعية العمومية ، أو كان قانون الدولة يلزم الشركات بإخراج الزكاة ، أو حصل تفويض من صاحب الأسهم لإدارة الشركة بإخراج زكاة أسهمه^(١) .

(ب) كيفية إخراج الزكاة :

١- لا زكاة فى قيمة الأصول الثابتة (المواد غير المعدة للبيع) كالمباني التى تمارس الشركة فيها أعمالها ، والأثاث والرفوف والمكاتب المعدة للعمل لا للبيع ، وكذلك السيارات المعدة للعمل .

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامى ١١٤ ، دليل الإرشادات لاحتساب زكاة الشركات

٢-تزكى الأصول المتداولة الموجودة يوم انتهاء الميزانية السنوية ، وهى ثلاثة أصناف :

- النقود الورقية وسائر العملات والذهب والفضة .
- الديون المستحقة للشركة قبل الآخرين أيا كانوا ، إن كانت مرجوة السداد ، أما غير المرجوة السداد فيجب تزكيته عند قبضها وحولان الحول ، وتزكى حينئذ لسنة واحدة ولو أقامت عند المدين سنين ، والديون غير المرجوة السداد هى ما كانت على معسر ، أو على ملئ منكر ولا بيئة بها .
- البضائع التى اشترتها الشركة بغرض المتاجرة بها ، أى لبيعها واكتساب فرق الثمن من مواد غذائية أو مواد صناعية أو أدوية أو أراضى أو عقارات أو أسهم أو أى مواد أخرى ، وتقدر البضائع المذكورة بسعرها التجارى (أى السعر المتعارف عليه بين التجار) فى مكانها يوم حولان الحول ، سواء أكان أثقل من سعر التكلفة أم أكثر .

٣-يخصم من مجموع الموجودات الزكوية المذكورة ما فى ذمة الشركة من الحقوق كأثمان بضائع لم يتم دفعها وحقوق للموظفين أو أرباح للمساهمين لم تسلم أو أى ذمم دائنة أخرى .

٤-تستحق الزكاة فى الصافى من ذلك بنسبة ٢,٥% إن كانت الشركة تخرج الزكاة بحسب السنة القمرية ، أما إذا كانت الشركة تمسك حساباتها على أساس السنة الشمسية فإن النسبة ستكون ٢,٥٧٥% بدلاً من ٢,٥%^(١).

(١)فتاوى هيئة الفتوى فى وزارة الأوقاف الكويتية رقم الفتوى ٣٦/٥ ع/٨٦ .

(ج) زكاة أسهم الموظف :

إذا قامت الشركة بإخراج زكاتها وفق التصور الذي ذكرناه آنفاً فإن الموظف لا تجب عليه الزكاة لا في أصل السهم ولا في ريعها السنوي الذي يقبضه ، لأن الشركة قد قامت بإخراج الزكاة نيابة عنه . كما أن الموظف لا يزكى هذه الأسهم عند قبضها لسنة واحدة مضت إذا كانت الشركة تخرج الزكاة كل سنة نيابة عنه .

- أما إذا لم تقم الشركة بإخراج الزكاة عن مساهمها فإنه يجب على المساهمين إخراج الزكاة ولهم حالتان :

(أ) أن يقتنوا هذه الأسهم بقصد التجارة ففي هذه الحالة يقوم المساهم بتزكية أسهمه زكاة عروض تجارة ، فإذا كانت هذه الأسهم مدرجة في سوق الأوراق المالية (البورصة) فإنه يزكيها وفق سعرها السوقي المعلن في البورصة ، وإذا لم تكن هذه الأسهم مدرجة في البورصة فإنه يزكيها وفق تقييم أهل الخبرة (١).

والموظف كسائر المساهمين يجب عليه إخراج الزكاة وتزكية أسهمه زكاة عروض تجارة إذا كان قد اتخذها للمتجارة إلا أنه لا يخرج الزكاة إلا بعد قبض هذه الأسهم عن سنة واحدة . إلا أن على الموظف أن يضم الربح السنوي الذي يأخذه إلى سائر أمواله الزكوية ويزكيه معها ، ولا ينتظر حتى يقبض الأسهم .

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ١١٤ - ١١٥ .

(ب) أن يقتتوا هذه الأسهم بقصد الاستفادفة من ريعها وليس بقصد التجارة ، وكانت الشركة لديها أموال تجب فيها الزكاة كنفقود وعروض تجارة وديون وغيرها ، فإنه يزكيها وفق التصور الذي ذكرناه سابقاً .

فإن لم يستطع المساهم أن يعرف من حسابات الشركة ما يخص أسهمه من الموجودات الزكوية فإنه يجب عليه أن يتحرى ما أمكنه ، ويزكى ما يقابل أصل أسهمه من الموجودات الزكوية ، وهذا ما لم تكن الشركة فى حالة عجز كبير بحيث تستغرق ديونها موجوداتها^(١).

فالموظف عند قبضه لأسهمه إن كان قد أقتى هذه الأسهم لأجل الاستفادفة من ريعها وليس لأجل التجارة فإن عليه عند قبضها تزكيها لسنة واحدة وفق التفصيل الذى تم ذكره . أما الربيع السنوى الذى يقبضه الموظف فإنه يزكيه وذلك بضمه إلى باقى أمواله الزكوية .

(١) المرجع السابق ٤١٠ .

obeikandi.com

الخاتمة

من خلال هذه البحث يتضح لنا مدى حرص الشركات على العنصر البشرى ، إذا أنه العنصر الرئيسى لأى تطور فى أى شركة ، كما أن هذا النظام أصبح حافظاً للموظفين على التميز وبذل الجهد ، لأن الموظف يشعر أنه أصبح شريكاً فى هذه الشركة بحصوله على أسهمها ، إلا أن هذه الميزة لا تعفى الشركة أو الموظف من ضرورة معرفة الأحكام الشرعية . وهذا الأمر يلقى على عاتق هيئة الفتوى والرقابة الشرعية مسئولية كبيرة لمعرفة الحكم الشرعى لهذا النظام .

كما أن مثل هذه المسائل المستحدثة تحتاج من الباحثين أن ينهضوا ويشمروا عن ساعد الجد لكى يكشفوا أسرارها ويدخلوا لججها للوصول للحكم الشرعى فيها .

وهذه محاولة منى للتأصيل الشرعى لنظام خيار شراء الأسهم للموظفين ، يتتبع آراء الفقهاء ولم اقتصر فى عرضى للموضوع على فتاوى الهيئات الشرعية فحسب التى لا شك أن لها أهمية فى مثل هذه الأمور ، فهى النبراس الذى يهتدى به الباحث لكى يسلك الطريق وإنما دعمتها بالعديد من الآراء الفقهية القديمة والمعاصرة ، وهذا لايعنى موافقتى بإطلاق على ما جاء فيها أو معظم ما جاء فيها ، لأن المسألة تحتاج إلى نظر وتدقيق وبحث متعمق فى كل ما يثيره هذا النظام من قضايا ومسائل شرعية .

هذا جهدى وهو جهد المقل ، فإن أصبت فمن الله وحده لا شريك له ، وإن أخطأت فمن نفسى ومن الشيطان ، سائلاً المولى عز وجل أن يتقبله منى وأن يجعله فى ميزان أعمالى .

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

والحمد لله رب العالمين ، ،

فهرس المراجع

الناشر	المؤلف	اسم الكتاب
بيت التمويل الكويتي		١- أعمال الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي
مطبوعات رئاسة المحاكم الشرعية في قطر	لابن المنذر	٢- الإجماع
بحث مقدم للندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي	الشيخ / عبد الله بن بيته	٣- الإسهام في شركات تتعامل أحياناً بالربا
دار إحياء التراث العربي	للسيوطي	٤- الأشباه والنظائر
دار مكتبة الهلال	لابن نجيم	٥- الأشباه والنظائر
دار الشروق	لأبي عبيد	٦- الأموال
دار إحياء التراث العربي	للمرداوي	٧- الإصناف
دار المعرفة	ابن نجيم	٨- البحر الرائق شرح كنز الدقائق
بحث مقدم للندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي	د . عجيل جاسم التشمي	٩- التعامل والمشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام
دار الكتاب العربي	للجرحاني	١٠- التعريفات
دار المعرفة	للبيهقي	١١- السنن الكبرى
دار المعارف	للدردير	١٢- الشرح الصغير
دار النهضة العربية	للشيخ علي الخفيف	١٣- الشركات في الفقه الإسلامي
دار إحياء التراث العربي	مجموعة من العلماء	١٤- الفتاوى الهندية
دار الكتب العلمية	ابن مفلح	١٥- الفروع
دار المعرفة	لابن رجب	١٦- القواعد
مكتبة التوبة	لابن تيمية	١٧- القواعد النورانية الفقهية
دار الفكر	للنووي	١٨- المجموع شرح المذهب
دار القلم	مصطفى أحمد الزرقا	١٩- المدخل الفقهي العام
دار الفكر	القيومي	٢٠- المصباح المنير
هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية	صادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية	٢١- المعايير الشرعية

تابع / فهرس المراجع

اسم الكتاب	المؤلف	الناشر
٢٢- المعجم الوسيط	مجموعة من المؤلفين	دار الفكر
٢٣- المقفى مع الشرح الكبير	لاين قدامة	دار الفكر
٢٤- المنقى شرح الموطأ	للإمام البخارى	دار الكتاب العربى
٢٥- المنثور فى القواعد	للزركشى	من مطبوعات وزارة الأوقاف الكويتية
٢٦- المنفعة فى القرض	عبد الله العمرانى	دار بن الجوزى
٢٧- الموسوعة الفقهية	وزارة الأوقاف الكويتية	وزارة الأوقاف الكويتية
٢٨- الموطأ	للإمام مالك	دار إحياء الكتب العربية
٢٩- بدائع الصنائع	للكاسانى	مؤسسة التاريخ العربى
٣٠- بدائع الصنائع	للكاسانى	دار الكتاب العربى
٣١- تهذيب الفروع	ابن الشاطب	دار المعرفة
٣٢- جواهر الإكليل	للأبى	دار الفكر .
٣٣- حاشية ابن عابدين	ابن عابدين	دار الكتب العلمية
٣٤- حاشية الخرشى	للخرشى	دار الكتب العلمية
٣٥- حكم المتاجرة بأسهم فى الشركات المساهمة وما لذلك من قيود وضوابط تقتضيها قواعد الإسلام	الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع	بحث مقدم للندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتى
٣٦- درر الحكام شرح مجلة الأحكام	على حيدر	دار الكتب العلمية
٣٧- دليل الإرشادات لاحتساب زكاة الشركات	مجموعة من العلماء	من مطبوعات بيت الزكاة الكويتى
٣٨- روضة الطالبين	للتوى	دار الكتب العلمية
٣٩- زكاة نهاية الخدمة	د . محمد نعيم ياسين	بحث مقدم للندوة الخامسة لقضايا الزكاة المعاصرة
٤٠- سنن النسائى بشرح السيوطى	للسيوطى	المكتبة العلمية
٤١- شرح الزرقائى على الموطأ	للزرقائى	دار الفكر
٤٢- شرح منتهى الإرادات	للبهوتى	عالم الكتب

تابع / فهرس المراجع

اسم الكتاب	المؤلف	الناشر
٤٣- صحيح مسلم بشرح النووي	للنوي	دار إحياء التراث العربي
٤٤- عقد الجواهر الثمينة	لابن شاس	دار الغرب الإسلامي
٤٥- فتاوى هيئة الفتوى في وزارة الأوقاف الكويتية		وزارة الأوقاف الكويتية
٤٦- فتاوى وتوصيات ندوات قضايا الزكاة المعاصرة		من مطبوعات بيت الزكاة الكويتي
٤٧- فتح القدير	لابن الهمام	دار الفكر
٤٨- فقه الزكاة	الدكتور يوسف القرضاوي	مؤسسة الرسالة
٤٩- قرارات هيئة الفتوى لشركة الراجحي المصرفية		شركة الراجحي المصرفية
٥٠- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي		طبعة وزارة الأوقاف القطرية
٥١- كشاف القناع	للدهوتي	دار الفكر
٥٢- مطالب أولى النهي فسي شرح غايه المنتهى	للرحباني	على نفقة الشيخ على آل ثاني
٥٣- مغنى المحتاج شرح المنهاج	الشربيني	دار الكتب العلمية
٥٤- مواهب الجليل		دار الكتب العلمية
٥٥- نصب الرأية	للزيعلی	دار الحديث
٥٦- نهاية المحتاج	للرملي	دار الكتب العلمية

فهرس محتويات البحث

الصفحة	الموضوع
٣	المقدمة
٧	المبحث الأول : تعريف وأهداف وحكم نظام خيار شراء السهم للموظفين وتكييفه الشرعى
٧	• المطلب الأول : فكرة وتعريف نظام خيار شراء الأسهم
٧	- فكرة النظام
٧	- تعريف النظام
١١	• المطلب الثانى : أهداف النظام
١٤	• المطلب الثالث : العناصر الحاكمة للنظام
١٩	المبحث الثانى: آراء الفقهاء فى نظام خيار شراء الأسهم وتكييفه الشرعى.
١٩	المطلب الأول : آراء الفقهاء فى نظام خيار الشراء الأسهم .
٣٢	المطلب الثانى : التكييف الشرعى لنظام خيار شراء الأسهم للموظفين .
٥٨	المطلب الثانى : زكاة أسهم نظام خيار شراء الأسهم
٨١	الخاتمة
٨٢	فهرس المراجع
٨٥	فهرس محتويات البحث

obeikandi.com

الرضاعة

فى ضوء الشرع والطب

دكتور

جاسميه محمد أحمد شمس الدين

مدرس بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية

جامعة الكويت

obeikandi.com

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

اللهم زين قلوبنا بالإيمان ، وأجعلنا عامراً بطاعتك ، وطاعة نبيك محمد ﷺ . واجعلنا ممن يستحقون أن يكونوا خلفاء في الأرض قال تعالى : ﴿ وَيَجْعَلُكُمْ خُلَفَاءَ الْأَرْضِ ﴾ (١) .

ونكون هداه مهديين مبلغين دعوتك ، واللهم اجعلنا عند حسن ظنك بتحمل المسؤولية الملقاة على عاتقنا ، لقول المصطفى ﷺ : " كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته " (٢) .

والله عز وجل خلق الذكر والأنثى ، قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ﴾ (٣) .

وبث منهما الذرية ، جيلاً بعد جيل ، وسخر لهم الكون ليعمروها وتسود فيها الحياة والاستقرار .

والإنسان الذي خلقه الله عز وجل على الأرض ، وميزه على المخلوقات الأخرى ، وحباه الله سبحانه وتعالى برعاية واهتمام ، لقيوم عبادة الله الواحد الأحد ، ولعمارة الكون .

(١) سورة النحل : آية (٦٢) .

(٢) أخرجه البخارى : كتاب الجمعة ، ح ٨٩٣ ، ومسلم فى الصحيح ، كتاب الإمارة ، ح ١٨٢٩ .

(٣) سورة الحجرات : آية (١٣) .

ومن جل اهتمامه عز وجل بالإنسان ، هيا السبل التى تحفظ للجنين حياته منذ أن كان نطفة فى رحم أمه إلى حين ولادته . قال تعالى : (ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ) (١) .

وتعتبر الشريعة الإسلامية من أهم التشريعات التى اعتنت بالطفل وشرعت له حقوقاً تصونه من الجور وتؤمن له تربية صالحة .

فأهتم الإسلام بالطفل وجعل له حقوق على والديه ، ومن ضمن هذه الحقوق حق الطفل أن يرضع الحليب من ثدى أمه ، لأنه الغذاء المناسب له ، والذى أودعه الله فى ثدى الأم من أجل هذا. الطفل لحديث الرسول ﷺ عندما جاءت أمرة وقالت للنبي ﷺ : " وئدى له سقاء " (٢) .

والإسلام حرم إيذاء الجنين وإلحاق الضرر به وعدم إرضاعه يعتبر ضرر له .

فتمو الطفل فى بيئة صحية نظيفة وبيئة سليمة هى غاية الإسلام . لذا أهتم الإسلام بالرضاعة الطبيعية اهتماماً شديداً فجعل الرضاعة حق للطفل ، وفى نفس الوقت واجب على الأم متى كانت قادرة على الرضاع .

واهتمام الإسلام بالرضاعة شىء طبيعى ، لأن الله عز وجل لم يترك شيئاً يفيد الإنسان وصحته إلا أوصى به وحيث عليه . والآيات

(١) سورة المؤمنون : آية (١٣) .

(٢) أخرجه أبو داود فى السنن : كتاب الطلاق ، باب من أحق الولد ، ح ٢٢٧٦ ، وقال

الألبانى فى صحيح أبى داود ٣٢/٢ : حسن .

القرآنية بينت أن الرضاعة هي رحمة للصغير ، فهي الطريقة الطبيعية لتغذية المولود .

والذى يحزن القلب إهمال كثير من الأمهات مسألة الرضاعة الطبيعية واللجوء إلى الرضاعة البديلة (الصناعية) من غير مرض أو عذر ، ويغلب على تفكيرهن الاهتمام بمظهرهن فقط ، والخوف على صدورهن من الترهل متناسين أهمية هذا اللبن لهذا الطفل ، وأنه لا يوجد لبن يضاهى لبن الأم مهما كانت جودته وصفاءه .

لذلك رأيت لزاماً على أن أتكلم عن موضوع الرضاعة ، وبيان أهميته للطفل ، وحث الإسلام على الرضاعة مؤيدة كلامى بالآيات والأحاديث التى تحثُ إلى الرضاعة ، وأن الله عز وجل لا يودع شيئاً فى نفس الإنسان إلا للفائدة والرضاعة شئ فطرى ، والأم تتمنى أن تمارسه لتشعر بأمومتها .

ولقد أكد العلم الحديث أهمية الرضاعة ، ولذلك سابين مميزات الرضاعة الطبيعية على الطفل والأم وأثره صحياً ونفسياً واقتصادياً .

ومن ثم تطرقت إلى مساوى الرضاعة البديلة (الصناعية) وأثرها السيئ على الطفل والأم من الناحية الصحية والنفسية .

لنصل فى النهاية على أن اللبن من الرضاعة الطبيعية هو الأصح والأفضل والأنسب للطفل والأم .

سبب اختياري لهذا الموضوع :

١- إهمال كثير من الأمهات الرضاعة الطبيعية واللجوء إلى الرضاعة الصناعية .

٢- تأكيد الطب على خطورة الرضاعة الصناعية على الطفل والأم.

٣- انتشار بعض الأمراض التي تصيب الطفل والأم نتيجة عدم الاهتمام بالرضاعة الطبيعية .

٤- الإسلام اهتم بالإنسان منذ أن كان نطفة إلى حين وفاته .

٥- الإسلام أشد حرصاً على الإنسان وصحته من نفسه ، لذلك أودع في المرأة حب رضاعة وليدها .

ولقد قسمت الموضوع إلى مقدمة وسبعة أبواب وخاتمة ثم الفهارس .

أما في المقدمة فقد تكلمت عن أهمية الرضاعة وسبب اختياري لهذا الموضوع .

والأبواب الأربعة تنقسم إلى :

(أ) تعريف الرضاعة لغة واصطلاحاً .

(ب) أهمية الرضاعة ، واهتمام الإسلام بها مستشهادة بآيات من القرآن الكريم وبأحاديث من السنة النبوية .

(ج) حليب الأم ومميزاته .

- (د) الحليب الصناعي ومساوئه .
 (هـ) مقارنة بين حليب الأم والحليب الصناعي .
 (و) أثر الرضاعة الطبيعية على الطفل والأم .
 (ز) أثر الرضاعة الصناعية على الطفل والأم .
 -الخاتمة وذكرت فيها أهم النتائج .

- الفهارس وتنقسم إلى :

- (أ) فهرس الآيات .
 (ب) فهرس الأحاديث .
 (ج) فهرس المصادر والمراجع .
 (د) فهرس الموضوعات .

obeikandi.com

الباب الأول

الرضاع في الإسلام

الفصل الأول

تعريف الرضاع

الرضاعة لغة : رضع يرضع ، من باب ضرب يضرب ، والرضاعة بفتح الراء وكسرهما الاسم من الإرضاع .

والرضاع : هو شرب من الثدي (١) . يعنى الإرضاع الذى يحرم النكاح إنما هو فى الصغر عن جوع الطفل (٢) .

وقال : رضع الصبى رضعاً من باب تعب لغة لأهل نجد ، ومرضع من باب ضرب لغة لأهل تهامة . (٣)

الرضاع شرعاً : هو حصول لبن المرأة ، أو ما حصل منه فى معدة طفل ، أو دماغه (٤) .

تعريف الشافعية : اسم لحصول لبن امرأة أو ما منه فى معدة طفل ، أو دماغه .

وتعريف الحنفية : مص لبن آدمية فى وقت مخصوص .

(١) لسان العرب : ١٢٥/٨ . تاج العروس : ٣٥٦/٥ .

(٢) النهاية : ٢٢٩/٢ .

(٣) المصباح المنير : ٣١٢/١ .

(٤) تبين الحقائق ١٨١/٢ ، معنى المحتاج ٣١٤/٣ ، الشرح الصغير ٣٢٧ ، كشاف

القناع ٤٤٢/٥ .

وتعريف الحنابلة : مص لبن من له دون حولين لبناً ، أو شربه كالسقوط ثاب من حمل ثدى امرأة .

وتعريف المالكية : وصول لبن امرأة وإن كانت ميتة أو صغيرة لم تطق لجوف رضيع وإن بسقوط أو حقنه تغذى ، أو خلط بغيره ، غلا أن يغلب عليه فى الحولين ، أو بزيادة شهرين ، إلا أن يستغنى ولو فيهما .

الفصل الثاني

مشروعية الرضاع في الإسلام

أولاً : من القرآن الكريم :

قال تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (١).

قال ابن كثير : هذا إرشاد من الله تعالى للوالدات أن يرضعن أولادهن كمال الرضاعة ، وهي سنتان فلا اعتبار بالرضاعة بعد ذلك (٢).

قال الشافعي : في قول الله عز وجل : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ، وقوله عز وجل : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ ، ثم قال رسول الله ﷺ : " خذى ما يكفيك ، وولدك بالمعروف " بيان أن على الأب أن يقوم بالمؤنة التي في صلاح صغله وولده من رضاع ونفقة وكسوة وخدمة (٣) .

وقال الله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ

(١) سورة البقرة - آية : ٢٣٣ .

(٢) تفسير القرآن الكريم : ٣٨٠/١ .

(٣) الأم - الشافعي : ص ٩٤٠ .

مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ
وَخَالَئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ
سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا ﴿١﴾ .

جاء في تفسير الجلالين : قبل استكمال الحولين خمس رضعات
كما ينبه الحديث (٢) .

كما قال عليه الصلاة والسلام : " خمس رضعات " (٣) .

وقال ﷺ " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب " (٤) .

وقال الله تعالى : ﴿ وَأَوْحَيْنَا إِلَىٰ أُمِّ مُوسَىٰ أَنْ أَرْضِعِيهِ فإِذَا خِفَتْ
عَلَيْهِ فَأَلْقِيهِ فِي الْيَمِّ وَلَا تَخَافِي وَلَا تَحْزَنِي إِنَّا رَادُّوهُ إِلَيْكِ وَجَاعِلُوهُ مِنْ
الْمُرْسَلِينَ ﴾ (٥) .

إحياء الله إلى أم موسى أن ترضع وليدها وإذا خافت عليه تقدفه
في اليم ، قاله ابن عباس وقتادة (٦) .

(١) سورة النساء - آية : ٢٣ .

(٢) تفسير الجلالين : ص ٩٩ .

(٣) مسلم في الصحيح - كتاب الرضاع - حديث ١٤٥٢ .

(٤) البخارى في الصحيح - كتاب الشهادات - ٢٦٤٥ ، مسلم فسى الصحيح - كتاب

الرضاع - ح ١٤٤٧ .

(٥) سورة القصص - آية : ٧ .

(٦) تفسير البحر المحيط : ٧ / ١٠٠ .

وجاء عند الطبرى : أن موسى عليه السلام لا يرضع ثدى أى امرأة حتى يرجع إلى أمه (١) .

وقال الله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمَلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَنْتُمْ يُنْذَرُونَ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَسْتَرضِعْ لَهُ أُخْرَى ﴾ (٢) .

قال بن كثير : إن كانت حاملاً أنفق عليها حتى تضع حملها ، ولها حينئذ أن ترضع الولد ، ولها أن تمتنع منه ، ولكن بعد أن تغذيه باللبأ (٣) .

وقال ابن حجر : فلما وجب على الأب الإنفاق على من يرضع ولده ليغذى ويربى ، فكذلك يجب عليه إذا فطم فيغذيه بالطعام كما كان يغذيه بالرضاع ما دام صغيراً (٤) .

وقال السعدى : " فإذا وضعن حملهن ، فإما أن يرضعن أولادهن أو لا " (٥) .

(١) تفسير الطبرى : ٤٠/٢٠ .

(٢) سورة الطلاق - آية : ٦ .

(٣) تفسير القرآن الكريم : ٤٩٢/٤ .

(٤) فتح البارى : ٥١٥/٩ .

(٥) تفسير الكريم الرحمن : ص ٨٧١ .

من الحديث الشريف :

وفى الحديث الطويل من حديث ابن عباس رضى الله عنهما فى قصة ماء زمزم ، قال : " وجعلت أم إسماعيل ترضع إسماعيل وتشرب من ذلك الماء .^(١)

- واسترضع النبى ﷺ فى بنى سعد ^(٢) وكانت مرضعته حليلة السعدية وأقام عندها نحواً من أربع سنين ^(٣) .

- وعن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال : لم يتكلم فى المهدي إلا ثلاثة. عيسى وكان فى بنى إسرائيل رجل يقال له جريج... (حديث طويل) وكانت امرأة ترضع ابنها من بنى إسرائيل ، فمر بها رجل راكب ذو شارة ، فقالت : اللهم اجعل ابنى مثله ، فترك ثديها وأقبل على الراكب ، فقال : اللهم لا تجعلنى مثله ، ثم أقبل على ثديها يمصه - قال أبو هريرة : كأنى انظر إلى النبى ﷺ يمص إصبعه - ثم مر بأمه ، فقالت : اللهم لا تجعل ابنى مثل هذه ، فترك ثديها فقال : اللهم اجعلنى مثلها ، فقالت ذاك ؟ فقال : الراكب جبار من الجبابرة ، وهذه الأمة يقولون : سرقت زنييت ، ولم تفعل ^(٤) .

(١) البخارى فى الصحيح - كتاب أحاديث الأنبياء - حديث ٣٣٦٤

(٢) احمد فى المسند - مسند عتبة بن عبد - حديث ١٧٥٨ .

(٣) الفصول فى سيرة الرسول : ص ٤٥ .

(٤) أخرجه البخارى - كتاب أحاديث الأنبياء - حديث ٣٤٣٦ ، ومسلم - كتاب البر والصلة - حديث ٢٥٥٠ .

- وعن صهيب رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ كان ملك فيمن كان قبلكم وكان له ساحر فلما كبر قال الملك : إني قد كبرت فابعث إليّ غلاماً أعلمه السحر ... (حديث طويل) حتى جاءت امرأة ومعها صبي لها فتقاعست أن تقع لها الغلام يا أمه : اصبرى ، فإنك على الحق (١).

- وعن عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما أن امرأة قالت : يا رسول الله ! إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني (٢) .

- وقال عبد الله ﷺ : إنما يحرم الرضاع ما انبت اللحم وأنشز العظم (٣) .

- وعن ابن عباس ﷺ قال : لا رضاع إلا ما كان فى الصغر (٤) .

- وعن ابن عمر ﷺ قال : لا رضاع إلا لمن أرضع فى الصغر ، ولا رضاعة لكبير (٥) .

- وسألت أم سلمة رضى الله عنها عن الرضاع فقالت : لا رضاع إلا ما كان فى المهد قبل الفطام (٦) .

- وحديث الغامدية التى زنت وجاءت حتى يطهرها النبى ﷺ من نبيها ، وكانت حاملاً ، فقال إما لا ، فذهبي حتى تلدى ، فلما ولدت أتته

(١) أخرجه مسلم - كتاب الزهد والرقائق - حديث ٣٠٠٥ .

(٢) أخرجه أبو داود فى السند - ح ٢٢٧٦. وقال الألبانى فى صحيح سنن أبى داود: حسن

(٣) مصنف ابن أبى شيبة - ٥٤٢/٣ - ح ١٧٠٢٣ .

(٤) مصنف ابن أبى شيبة - ٥٤٤/٣ - ح ١٧٠٤٧ .

(٥) مصنف عبد الرزاق - ٤٦٥/٧ - ح ١٣٩٠٥ .

(٦) مصنف بن أبى شيبة - ٥٤٤/٣ - ح ١٧٠٥٠ .

بالصبي في خرقه وقالت : هذا وقد ولدته ، قال : اذهبي ، فأرضعيه حتى تقطميهِ (١)

ففي هذا الحديث الشريف حرص الرسول ﷺ على أن ترضع الغامدية طفلها ، لعلمه لحاجة الطفل إلى لبن أمه .

- وجاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال : من أحق بحسن صحابتي ؟ قال أمك ، قال : ثم من ؟ قال : أمك : ثم من ؟ قال : أمك . قال : ثم من ؟ قال : أبوك (٢) .

الأحاديث النبوية الشريفة تؤكد على أهمية الرضاع ، وأن هذه المرحلة تكون عندما يكون الطفل في المهد لأنه بحاجة إلى لبن أمه الموجود في ثديها . وكانت العرب حريصة على إرضاع أولادهن ، أو يأتوا لبن بالمرضع ، حتى يكون الطفل سليماً صحيحاً لا توجد به أمراض ، وليقينهن أن الطفل لا يستغنى عن هذا اللبن الطبيعي . وقد جاءت روايات تبين أن الرضاع مفيد لأنه يقوى عظم الطفل وينبت لحمه .

حتى المرأة التي جاءت تشتكى زوجها بينت أن بطنها هو الذي احتوى هذا الجنين إلى أن استكمل عمره وثديها كان مصدر غذائه وأن حضنها هو الذي احتواه بالحب والحنان . وهذا دليل على أن الأم لم تستحق المكانة التي ميزها الله بها عن الأب إلا بتعبها وحملها ورضاعتها وسهرها على راحة وليدها .

(١) أخرجه مسلم في الصحيح - كتاب الحدود - ح ١٦٩٥ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيح - ٤٠١/١٠ ، ومسلم في صحيح - ح ٢٥٤٨ .

الفصل الثالث

حكم الرضاع :

اتفق الفقهاء فى وجوب إرضاع الطفل مادام الطفل فى حاجة إلى اللبن خاصة وأنه فى سن الرضاع ، ولكن الفقهاء اختلفوا على من يجب الرضاع إلى أقوال :

١- قال الحنفية : يجب على الأم أن ترضع طفلها .

٢- قال الشافعية والحنابلة : يجب على الأب استرضاع ولده ، والأم غير مجبرة على الرضاع ، ولا يحق للزوج أن يجبر زوجته على الرضاعة ، إلا إذا لم يقبل الطفل ثدى غيرها .

٣- وقال المالكية : يجب الرضاع على الأم بلا أجره إن كانت ممن يرضع مثلها ، وكانت هى عصمة الأب لقوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ ﴾ (١) . وإن كانت ممن لا يرضع مثلها ، فلا يجب عليها أن ترضع (٢)

الأحكام المترتبة على الرضاعة :

الرضاعة يترتب عليها أحكام فى الإسلام ، وهى :

١- تحريم النكاح بالرضاع .

(١) سورة البقرة - آية : ٢٣٣ .

(٢) المغنى ٦/٦٢٧ ونهاية المحتاج ٧/٢٢١ .

اتفق الفقهاء على تحريم النساء على الرضيع كحرمتهن بالنسب ، كما جاء في قوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا ﴾ (١)

فهذه الآية الكريمة تبين أن الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت يحرمون على الشخص بالنسب .
يعنى يحرم على الشخص الزواج من محارمه بالنسبة .

ويثبت تحريم الأم والأخت بالرضاعة من قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ ﴾

بمعنى أن المرضعة تنزل منزلة الأم فتحرم على المرضع هي ، وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب . وإذا كانت الأم من الرضاع محرمة كان كذلك الأب ، لأن اللبن منهما جميعاً . فعن عائشة أم المؤمنين ، أنها قالت : جاء عمي من الرضاعة يستأذن علي . فأبيت أن أذن له إلى ، حتى أسأل رسول الله ﷺ عن ذلك . فجاء رسول الله ﷺ فقال : " أنه عمك فأذني له " . قالت : فقلت يارسول الله . إنما

(١) سورة النساء - آية : ٢٣ .

أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل . فقال : " أنه عمك فليلج عليك " قالت عائشة : وذلك بعد ما ضرب علينا الحجاب . (١)

وان ابن عباس سئل عن رجل كانت له امرأتان فأرضعت إحداهما غلاما وأرضعت الأخرى جارية فقيل له : هل يتزوج الغلام الجارية ؟ فقال : لا اللقاح واحد . (٢)

فهذا تصريح واضح بأن يحرم من النكاح ما يحرم من الرضاعة .
٢- جواز الخلوة والسفر :

ويقصد به جواز خلوة من أرضع مع التي أرضعته ، وقال الشافعي : أنه يؤثر في عدم نقض الوضوء ، ولا يؤثر فيما عدا ذلك كالميراث والنفقة والعتق وسقوط القصاص ورد الشهادة . (٣)

والدليل على ذلك ما رواه عائشة رضي الله عنها : أنه استأذن عليها أفلح بن قعيس ، فأبيت أن آذن له . فأرسل : إني عمك أرضعتك امرأة أختي . فأبيت أن آذن له . فجاء رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له . فقال : ليدخل عليك . فإنه عمك (٤)

(١) أخرجه مسلم في الصحيحين - كتاب الرضاع - ح ١٤٤٥ .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ - ح ٦٠٢ وعبد الرزاق في المصنف ٤٧٣/٧ .

(٣) النجم الوهاج - الدميري - ص ١٩٩ .

(٤) أخرجه مسلم في الصحيح - كتاب الرضاع - ح ١٤٤٥ .

٣- التوارث والنفقة والعنق وغيرهما من أحكام النسب ، لا يتعلق شيء منها بالرضاع . (١)

عدد الرضعات المحرمة :

اختلف العلماء في الرضاع المحرم على ثلاثة أقوال : الإمام أحمد له ثلاث روايات وهي :

١- يحرم كثيرة وقليلة . وهو مذهب الإمام مالك وأبي حنيفة ، لإطلاق القرآن . واحتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ (٢) وقالوا إن الله سبحانه وتعالى علق التحريم بإسم الرضاع ، فحيث وجد ، وجد حكمه (٣) . ولحديث (كيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما) (٤) ولم يسأل عن عدد الرضعات (٥)

٢- لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان ، ويحرم ما فوق ذلك . وهو مذهب طائفة . واحتجوا بحديث النبي ﷺ : لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان . (٦) وإنما يحرم من الضراع ما يحرم من الولادة ، ولهذا لم يحرم رضاع الكبير ، لأنه بمنزلة الطعام والشراب ، والرضعة والرضعتان ليس لها تأثير ، وحصول اللبن في الفم لا

(١) التهذيب في فقه الإمام الشافعي - الحسين البغوي - ٢٨٥/٦.

(٢) فتاوى ابن تيمية - ٤٤/٣٤.

(٣) فتاوى ابن تيمية - ٣٥/٣٤ وبدائع الصنائع ٨/٤.

(٤) أخرجه البخارى في كتاب العلم - ح ٨٨.

(٥) بداية المجتهد ٣١/٢.

(٦) أخرجه الدار قطنى في السنن - كتاب الرضاع - ح ٤٣١٣.

ينشر الحرمة بإتفاق المسلمين . (١) وفي رواية (المصه والمصتان) وفي رواية (الإملاجة والإملاجتان) (٢)، ففي التحريم عنهما وبقي الباقي على العموم والمفهوم (٣) بمعنى المصه والمصتان لا تحرم ولكن الثلاثة تحرم (٤)

٣- أنه لا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات ، وهذا مذهب الشافعي أيضا. واحتجوا بحديث عائشة أنها قالت : كان فيما أنزل ، القرآن : عشر رضعات معلومات يحرم من ، ثم نسخن بخمس معلومات فتوفى رسول الله ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن (٥) وقال الشافعي : وعن عائشة أن الله أنزل كتابا أن يحرم من الرضاع بعشر رضعات ، ثم نسخن بخمس رضعات وروى عن النبي ﷺ أنه أمر بأن يرضع سالم خمس رضعات يحرم بهن (٦)

ويقول الإمام ابن تيمية : أن التقيد بالخمس له أصول كثيرة في الشريعة ، فإن الإسلام بنى على خمس والصلوات المفروضات خمس ، وليس فيما دون خمس صدقة ، والأوقاص بين النصب خمس أو عشر ، أو خمسة عشر ، وأنواع البر ، كما قال تعالى : ﴿ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ

(١) أخرجه الدار قطنى فى سننه - كتاب الرضاع - ح ٤٣١٥ .

(٢) مسلم فى الصحيح - كتاب الرضاع ح ١٤٥٠ .

(٣) فتاوى ابن تيمية - ٣٥/٣٤ .

(٤) فتاوى ابن تيمية : ٤٢/٣٤ .

(٥) أخرجه مسلم فى الصحيح - كتاب الرضاع - ح ١٤٥٢ .

(٦) الأم للشافعي - ص ١٥٢٥ .

بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ ﴿١﴾، وأولوا العزم ،
وأمثال ذلك بقدر الرضاع المحرم ليس بغريب في أصول الشريعة .

والرضاع إذا حرم لكونه ينبت اللحم وينشز العظم فيصير نباته به
كنباته من الأبوين ، وقال الرسول ﷺ : لا رضاع إلا ما شد العظم
وأنبت اللحم.

رضاع الكبير :

* اختلف العلماء في رضاع الكبير :

١- ذهب أكثر الفقهاء إلى أن رضاع الكبير لا يحرم وأن الذي يحرم ما
كان في الصغر وهو مذهب جمهور الصحابة والتابعين وعلماء
الأمصار .

وإنما اختلفوا في تحديد الصغر:

(أ) الجمهور قالوا ما كان في الحولين ، ولا يحرم ما كان بعدهما
مستدلين بقوله تعالى : ﴿ حَوَّلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ
الرِّضَاعَةَ ﴾ (١)

(ب) وقالت جماعة : الرضاع المحرم ما كان قبل الفطام ولم يقدره
بزمان .

(١) سورة البقرة - آية ١٧٧ .

(٢) سورة البقرة - آية ٢٣٣ .

(ج) وقال الأوزاعي : إن فطم وله عام واحد واستمر فطامه ثم رضع الحولين لم يحرم هذا الرضاع شيئاً ، وغن تمادى فى الرضاع ولم يفطم ، فما رضع فى الحولين حرم ، وما كان بعدهما لم يحرم (١)

٢- أما مذهب عائشة على تحريم رضا الكبير كرضاع الصغير وحملت عائشة حديث سالم على العموم فكانت تأمر أختها احم كلثوم ، وبنات أخيها أن يرضعن من أحببت أن يدخل عليها . (٢)
ويروى هذا عن عطاء والليث وداود وابن حزم (٣)

وعن عائشة أنها قالت : جاءت سهلة بنت سهيل إلى النبى ﷺ فقالت : يا رسول الله ! إنى فى وجه أبى حذيفة من دخول سالم (وهو حليفة) فقال النبى ﷺ : أرضعية ، قالت : وكيف أرضعة ؟ وهو رجل كبير . فتبسم رسول الله ﷺ وقال : قد علمت أنه رجل كبير . (٤)

وقال ابن حزم : نحن نوقن ونبت بأن رضاع الكبير يقع به التحريم وليس فى امتناع سائرهن من أن يدخل عليهن بهذه الرضاعة شىء ينكر ، لأنه مباحا لهن أن لا يدخل عليهن من يحل له الدخول (٥)

(١) سبل السلام - ص ٥٣٣ .

(٢) الاستذكار - ابن عبد البر - ٢٧٢/١٨ .

(٣) الموطأ - كتاب الرضاع - ص ٤٣٥ وسبل السلام - الصناعى - ص ٥٣١ .

(٤) مسلم فى الصحيح - كتاب الرضاع - ح ١٤٥٣ .

(٥) المحلى - ٢١٢/١٠ .

الباب الثاني

لبن الأم واللبن الصناعي

الفصل الأول

لبن الأم

موصفاته الطبيعية :

لبن الثدي مائياً ومائلاً للزرقة ، ومع ذلك فإن القشدة تطفو على سطحه ، ولو وضع قليلاً منه في وعاء لفترة من الوقت .

ويكون اللبن في البداية غنياً بالبروتين بصفة خاصة ، والفيتامينات القابلة للذوبان في الماء ، أما في النهاية فيصبح غنياً بالفيتامينات الدهنية القابلة للذوبان (١) .

محتوياته وعناصره :

١- غذاء مركز للوليد تصل نسبة البروتين إلى ١٠% بينما تصل في الحليب إلى ١% فقط .

٢- يحتوي على كمية كبيرة من مادتي الأيمونو جلوبيين (أ) ومركب اللاكتوفرين ، كذلك عدد أكبر من خلايا الدم البيضاء ، وتلك المركبات تساهم في تكوين الأجسام المضادة ، والتي تقى الوليد من العدوى ، وتزيد من قوة المناعة في الجسم .

(١) الرضاعة لطفلك - وفاء منذر : ص ٢٧ .

٣- يحتوى الكولسترول على مستويات أعلى من فيتامين (أ) كذلك من عنصرى الصوديوم والزنك وجميع تلك العناصر مهمة فى تلك المرحلة من حياة الوليد (١) .

٤- لبن الأم يحتوى على مضادات حيوية ، تكافح الفيروسات والجراثيم العضوية ، وعلى أنزيمات وحوامض شحمية ، يمكنها أن تذيب الفطريات المسببة للأمراض ، وعلى بروتينات تبعد الجراثيم عن الالتصاق بخلايا الرنتين أو الأمعاء الهضمية ، وتساعد بذلك على منع العدوى .

٥- ووقاية الأطفال من أمراض الإسهال ، والجفاف ، والتهابات الجهاز التنفسى الحادة ، وهى من الأسباب الرئيسية فى وفيات أكثر من مليون رضيع فى العالم كل عام (٢) . وقليل جداً ما يكون لبن الأم هو السبب المباشر لحالة الإسهال ، ومثال ذلك:

(أ) فى إحدى المستشفيات الفرنسية قسم الطوارئ وجد أنه بين ٩٢ حالة إسهال عند الأطفال هناك حالتان ناتجتان عن إعطاء لبن الأم.
(ب) من جهة ثانية عائلة فرنسية أنجبت ٦ أطفال :

- الثلاثة الأول فارقوا الحياة بعد عدة أيام ، نتيجة إسهال مستمر واضطرابات هضمية . بينما لما سن الثلاثة الآخرون بعد إرضاعهم لبن الأم لمدة طويلة.

(١) الأمومة والطفولة الرعاية الغذائية والتربوية : ص ١٧٤ .

(٢) الفروق بين الرضاعة الطبيعية والصناعية - محمد العويد : ص ٣٥ .

- ونستنتج من ذلك أهمية لبن الأم وخاصة عند الطفل المريض .
- ٦- يحتوى لبن الأم على العناصر الغذائية المختلفة بنسب وكميات متوازنة ومتناسبة مع عمر المولود ، فتركيب لبن الطفل المولود قبل أوانه يختلف عن تركيب لبن الطفل المولود فى أوانه ، ونوعية اللبن فى بداية عملية الإرضاع غيرها فى ختامها .
- ٧- يحتوى لبن الأم على العديد من الهرمونات والعوامل المحفزة للنوم . كالأنسولين والكالسيومين بمقادير مكثفة ، إذ إن الطفل يحتاج إلى هذه العناصر كى ينمو بشكل طبيعى .
- ٨- يمتاز لبن الأم بالمحافظة على المحيط الأسيدي داخل المعدة والأمعاء ، فيمنع من نمو الجراثيم المضرة ، ويساعد على تكاثر الميكروبات المفيدة للجسم كاللاكتوباسيل .
- ٩- يحتوى لبن الأم فى الأيام الأولى بعد الولادة على اللبأ ، وهو لبن مبكر صافى اصفر اللون موجود فى الثدي عندما يولد الطفل ، والذي يحتوى على أجسام مناعية لحماية جسم الطفل الوليد ، ويحتوى على كمية أكبر من البروتين اللازم لجسم الطفل .
- ١٠- النوعية تختلف فى فترة الرضاعة ، ففي بداية الرضعة يكون اللبن سائلاً إلى أن يصبح دسماً فى نهاية الرضعة ، كما أن كميات الدهون تصبح أربعة أضعاف ما كانت عليه فى البداية (١) .
- ١١- يحتوى على الأملاح المعدنية ، والبروتينات ، وتقنيات ، سكريات ، تتناسب مع قدرات جسم الطفل على الهضم فهو غذاء متكامل ومتوازن .

(١) التاج - د. خليل على : ص ٨٥ .

- ١٢- يخفض خطر الحساسية ، ويضمن عدم حدوث سوء التغذية عند الأطفال وعدم تكرار الإصابة بالأمراض المعدية .
- ١٣- لا يحتاج إلى تحضير أو تعقيم وتكوين درجة حرارته ملائمة لجسم الطفل .
- ١٤- قليل التكلفة ومتوفر بصورة دائمة (١).
- ١٥- نظافة ونقاوة لبن الأم تميزه عن جميع أنواع اللبن ، بحيث يقولون : لبن خصص للطفل من المنتج إلى المستهلك (٢).
- ١٦- لبن الأم يحتوى على مضادات حيوية تساعد على زيادة المناعة لدى الطفل ، وتزيد مقاومته للعدوى ويحتوى على العناصر الغذائية المناسبة لصحة الطفل ونموه ، وبخاصة فيتامين ج ، د .
- ١- لبن الأم فيه نسب متساوية مع جسم الطفل من الزلال والدهون والأملاح (٣).
- التفاعلات الناتجة عن الرضاعة الطبيعية :
- تحصل تفاعلات بين الأم والطفل من خلال ممارسة الرضاعة الطبيعية ، وهذه التفاعلات هي :
- ١- التفاعل اللمسى : يتم اتصال بين الطفل والأم بشكل كبير وموسع إذ أن الطفل ينام ويطمئن بين يدي أمه ، يرضع من ثديها ، وله حرية التمتع بثدى الأم .

(١) Http:// WWW : aibanoon.com/ childhood rest feeding . htm .

(٢) التاج - ص : (٨٣) .

(٣) الطفولة ومسئولية بناء المستقبل : ص : (٧٣) .

وعندما يفرغ لحدث غير متوقع من حوله يلصق جسده الصغير بأمه كأنه يطلب الحماية والأمن . ويتلامس الطفل ثدى أمه بيده الصغيرة فيشعر بالحب والحنان.

٢- التفاعل الصوتى : يكون التفاعل الصوتى بين الأم والرضيع ، بمبادرة من الأم . فقد أوضحت الدراسات أن الطفل يتفاعل مع الصوت الكلامى بعد عشرين دقيقة من الولادة ، مما يؤدى إلى تطور الطفل .

٣- التفاعل البصرى : التفاعل البصرى يتضمن توجيه الطفل بصره نحو الأم ، ومبادلة الأم النشاط البصرى . وهذا التفاعل البصرى بين الأم والطفل لا يقتصر على تبادل النظرات ، بل يتضمن قيام كلا الطرفين بنشاط بصرى متبادل . وغالباً ما يتزامن النشاط البصرى مع النشاط الصوتى .

٤- رائحة الأم : لها تأثير فى التفاعل مع رضيعها ، وقد برهنت الدراسات على أن الطفل يميز رائحة الأم منذ اليوم السادس بعد الولادة .

ويصبح تفضيل الطفل لرائحة الأم أكثر وضوحاً فى اليوم الثامن عشر . كما أوضحت الدراسات أن رائحة الأم تلعب دوراً مهدئاً للطفل عندما يكون فى حالة توتر أو بكاء .

٥- وأوضحت الدراسات تأثير الأم فى النمو المعرفى للطفل والنمو الانفعالى والاجتماعى واللغوى .

ويستمر التفاعل بين الطفل والأم مع تقدم الطفل فى العمر (١) .

(١) د. أحمد السيد إسماعيل : مشكلات الطفل السلوكية ، ص : (٢٩-٣٠) .

الفصل الثانی

الرضاعة البديلة (الصناعية)

المقصود بالرضاعة البديلة الصناعية : هي تغذية الرضيع عن طريق استخدام اللبن الصناعي المصنع من لبن الحيوانات (خاصة لبن الأبقار) واستخدام الزجاجات (القناني) الخاصة بالإرضاع مع الاستعانة بحلمات مصنوعة من المطاط تشبه في شكلها حلمة ثدى الأم . وتلجأ الأم لتغذية طفلها بهذه الطريقة نظراً للموانع والأسباب ، واللبن الشائع استعماله في الرضاعة الصناعية هو لبن البقر الذي له عدة صور وأشكال مختلفة . وما يهمنا هنا هو اللبن الذي يتغذى عليه الرضيع والذي يكون على هيئة :

١ - اللبن المجفف (المسحوق) :

وقد انتشرت صناعته انتشاراً واسعاً على المستوى العالمي ويباع تحت أسماء تجارية مختلفة ، وهو من اللبن البقري العادي الذي يجفف بطرق خاصة ، ثم يحفظ في علب مفرغة الهواء دون أن تلمسه الأيدي بعد إجراء بعض التعديلات عليه .

وهذا اللبن أضيف إليه الماء المغلى بالكمية المطلوبة (حسب الجدول المطبوع على كل علبه تبعاً لنوعها المحدد طبقاً لعمر الطفل ووزنه) سوف نحصل على لبن معقم ، وهذا أفضل أنواع اللبن الذي

يناسب الرضاعة الصناعية ومعظم الأمهات يفضلن استخدامه في تغذية أطفالهن لما به من مزايا منها أنه :

- ١- أسهل في الحفظ ، والتخزين والنقل .
- ٢- أكثر أمناً وملاءمة عند الحاجة له .
- ٣- إن عملية تجفيفه وتبخره تجعل خثرة اللبن التي يسببها الكازيين صغيرة لينة ناعمة فلا تتعب معدة الرضيع عند الهضم .
- ٤- يمكن للشركات المصنعة أن تضيف إليه الفيتامينات مثل فيتامين (A-D) وكذلك عنصر الحديد وبعض المعادن الأخرى بنسب متفاوتة .
- ٥- تعدد أنواعه واختلاف نسب العناصر به يعطى فرصة لاختيار الأنسب للطفل من حيث عمره ووزنه وتقبله .

٢- أنواع اللبن المجفف (المسحوق) :

- ١- اللبن المشابه لبين الأم : وهذا النوع من اللبن يحضر صناعياً بعد أن تجرى عليه بعض عمليات التحوير والتبديل في محتوياته حتى يصبح تركيبته مشابهاً لتركيب لبن الأم من حيث العناصر .
- ٢- اللبن المنزوع منه الدهن (خالى الدسم) : وهذا يحتوى على كمية ضئيلة من الدهن لا تتجاوز ٥% وهذا يستعمل في حالات خاصة مثل الرضيع في فترة النقاهة من الإسهال أو الرضيع الذى لا يتحمل نسبة من الدهن فى اللبن .

٣-اللبن نصف الدسم : وهذا يحتوى على نسبة منخفضة من الدهن للرضيع أقل من ٦ شهور .

٤-اللبن كامل الدسم : وهو لبن البقر بجميع مكوناته يجفف ويحفظ كما هو دون نزع أو إضافة مواد أخرى ، وهذا يناسب عمر الرضيع فيما فوق ٦ شهور .

٥-الحليب المحمض : وهذا الحليب يحضر بطريقتين :

(أ) إضافة حامض إلى الحليب .

(ب) تخثير الحليب الاعتيادى ببكتيريا التخثر ، وهذا الحليب يفضل استعماله فى كثير من الحالات مثل :

- حالة الرضيع المصاب باضطرابات الهضم خاصة حالات الإسهال .
- حالات الإصابة بأكزيما الطفل (نوع من أنواع الحساسية).
- يناسب الأطفال الذين يعانون من كثرة القيء.
- يناسب استخدامه فى الجو الحار .

وعموما لا يستعمل فى اللبن لتغذية الرضيع بصورة دائمة .

٦-الحليب اللاحليب(الحليب النباتى) : وهذا النوع يستخلص من بعض المواد النباتية (مثل فول الصويا) وله كفاءة تغذية حسنة ، ويستعمل فى تغذية الرضيع الذى له حساسية من الحليب البقرى العادى أو بعض حالات الأكزيما أو بعض الشفاء من الإسهال .

٧-أنواع أخرى من الحليب :

- حليب الماعز : يستعمل في بعض البلدان إذا كان الحصول على غيره من أنواع الحليب صعباً أو متعزراً ، وتركيبه يشبه حليب البقر ويكاد يكون مطابقاً له ولكن طعمه أقوى ورائحته أشد .
محتويات اللبن الصناعي :

سوف أبين لكم محتويات الحليب الصناعي وهي :

١- اللبن الصناعي يحتوى على (٥٠-٧٠) ميكروجرام من الحديد فى كل ١٠٠ ملليمتر ، ولا يمتص الطفل سوى ٤% - ١٠% .

٢- اللبن الصناعي يحتوى على بعض أنواعه على الإشعاعات النووية ، وكذلك على بودرة الزجاج (١) .

٣- اللبن الصناعي يحتوى على كميات كبيرة من المعادن كالفسفور والصوديوم والكلور والكالسيوم والبيوتاسيوم .

مساوى الحليب الصناعي :

من الملاحظ أن اللبن الصناعي لا توجد فيه مميزات تذكر اللهم أنه بديل عن حليب الأم فى حالة عدم قدرتها على الإرضاع .

مما يجعلنا نؤكد مساوى اللبن الصناعي . وسأبين مساوى اللبن

الصناعى وهى :

١- اللبن الصناعي يحتاج إلى الغلى ، لتعقيمه وقتل ما به من الميكروبات .

(١) محمد رشيد العويد : الفروق ، ص : (٣٧) .

٢- اللبن الصناعي يحتاج إلى تخفيف بالماء قبل أن يعطى للطفل ،
وكمية الماء يجب أن تكون دقيقة وإلا سبب عصر الهضم للطفل ،
وإذا زيد الماء قلل من قيمة اللبن الغذائية .

٣- الماء الذي يضاف إلى اللبن الصناعي ، يحتاج إلى غلى لضمان
خلوه من الميكروبات ، ومن ثم يجب تبريده لدرجة مناسبة حتى لا
يؤدى إلى التهاب فمه .

٤- اللبن الصناعي يحتاج إلى سكر لتحليته ، ولأن السكر يمثل قيمة
غذائية يحتاجها الطفل .

٥- اللبن الصناعي يحتاج إلى إعداده قبل الرضعة مباشرة ، وإلا
تعرض للتلوث ، وخوفاً على الطفل من إرباك معدته وأمعانه .

٦- اللبن الصناعي يناسب الطفل ، وقد لا يناسب طفل آخر ، وهناك
أنواع من اللبن يلائم طفل ولا يلائم طفل آخر ، فيضطر إلى
استخدام نوع آخر من اللبن الصناعي .

٧- اللبن الصناعي فيه بعض المعادن كالكالسيوم ، والفوسفور ،
والصوديوم ، والكلور ، والماغنسيوم والبوتاسيوم بكميات مضاعفة
عن الكميات الموجودة في لبن الأم ، وهذا يسبب أمراض وأضرار
لجسم الطفل الرضيع (١).

(١) الطفولة ومسئولية بناء المستقبل : ص : (٧٢) .

ونصل إلى نتيجة وهى :

مع قمة التقدم العلمى والتكنولوجى المذهل الذى حدا بالإنسان أن يصل إلى الكواكب الأخرى ، لكنه فشل فى تصنيع أو توفير أى نوع من أنواع الألبان الصناعية تضاهى أو تقارب لبن الأم من حيث امتيازه وتركيبه المثالى الذى يوفر الغذاء الكامل ، وفى نفس الوقت يتضمن المناعة التى تقية من الأمراض المعدية .

تقول الأستاذة الدكتورة روث لورنس : على الرغم من أن العلوم الطبية قد خطت خطوات عظيمة فى مجال التغذية ، إلا أنها لم تستطيع أن تقلد إلا جزءاً بسيطاً من لبن الأم ، ولم تتمكن من إنتاج لبن مشابه بحال من الأحوال فهناك أكثر من مائة أنزيم فى لبن الأم كلها غير موجودة فى اللبن الصناعى (١) .

(١) الرضاعة الطبيعية : ص : (٨٩) .

الفصل الثالث

الرضاعة الطبيعية وأثرها على طفل والأم

أولاً : أثر الرضاعة الطبيعية على الطفل

(أ) أثر الرضاعة الطبيعية على الطفل صحياً:

- الرضاعة الطبيعية لها أثر حسن على صحة الطفل ، من حيث :
- ١- الرضاعة الطبيعية تقي من الأمراض التنفسية والمعدية وأمراض القلب والشرابين .
 - ٢- الرضاعة الطبيعية تقي الأطفال من السمنة وأمراض السكري والسرطان (١) .
 - ٣- الرضاعة الطبيعية تجعل الأطفال بعدين عن خطر الإصابة بقصور النظر . ويقول الباحثون إن حامض DHA وهى مادة موجودة فى لبن الأم ، فهو عنصر رئيسى فى تحسين وتطوير النظام المبكر عند الأطفال الرضع مما يؤدي إلى نمو مقلة العين وحامض Docosaehaenoi يطور خلايا البصر فى شبكية العين (٢) .
 - ٤- الرضاعة الطبيعية تؤدي إلى تقوية عضلات فم الطفل ، وتؤدي إلى نمو الأسنان بشكل طبيعى كما صرحت بذلك أكاديمية الأسنان فى بريطانيا (٣) .

(١) [http:// www . ebaanet / sehha-hivat / 108 / 10 / htm](http://www.ebaanet/sehha-hivat/108/10/htm) .

(٢) جريدة الأولى ، الأثنين ٥ جمادى الآخر ١٤٢٦هـ ، الموافق ١١ يوليو ٢٠٠٥ .

(٣) موقع طبيب على الإنترنت .

٥- الرضاعة الطبيعية تحمي الأطفال من مرض التهاب القولون الحاد (١) .

٦- الرضاعة الطبيعية تشجع على تعادل حركة الأهداب في أمعاء الطفل فينتج عنه براز قليل الحمضية ويمنع الالتهابات الجلدية (٢) .

٧- عملية مص اللبن من ثدى الأم تحتاج إلى بذل جهد يساهم تحرير طاقات الطفل (يمكن ملاحظة ذلك من خلال قطرات العرق التي تتجمع على جبين الطفل أثناء الرضاعة) ، وتجعل الطفل يشعر بالراحة بعد الرضاعة وينام لفترة طويلة (٣) .

(ب) أثر الرضاعة الطبيعية على الطفل نفسياً :

١- ثبت علمياً أن نسبة الذكاء في الأطفال الذين يرضعون لبن الأم أعلى من نسبة ذكاء الأطفال الذين يرضعون من أنواع اللبن الأخرى .

٢- يشبع الطفل عاطفياً ، إذا إنه يسند خده إلى صدر أمه ، ويرضع من ثديها مباشرة ، ويشم رائحتها ، ويلتصق بها ، ويحس بنفسها ، ويسمع نبضها (٤) .

(١) مجلة الأسرة ، عدد (١٠٣) .

(٢) Committee on Nuri (657) .

(٣) WWW . schod oral health kw . com .

(٤) الفروق : ص (٣٦) .

٣- التفاعل الصوتى بين الأم ورضيعها ، وكذلك التفاعل اللمسى والتفاعل البصرى بين الأم ورضيعها ، والتفاعل الشمى ، كل ذلك يثير مشاعر الحنان والعطف والحب (١) .

٤- الرضاعة الطبيعية تثير السرور والبهجة وتقوى الرابطة بين الطفل وأمه (٢) .

٥- أثبت الأخصائيون النفسانيون بأن من المهم أن يبدأ الأطفال فى عملية الرضاعة بعد الولادة مباشرة ، لأن الطفل يحيا حياة نفسية وعاطفية هادئة ومستقرة (٣) .

٦- تؤكد النتائج والدراسات على المزايا النفسية للرضاعة الطبيعية ، التى يرمز فيها الثدي للطفل بمثابة الحبل السرى والمشيمة قبل الولادة . وهذا الثدي فى حقيقة الأمر هو ينبوع من الحنان والحب والاطمئنان ، بجانب ما يحتويه من نهر اللبن السائغ ، فيمتزج الحب باللبن أثناء الرضاعة ، فتتشكل نفسية الطفل على دعائم ثابتة قوية ، قوامها الثقة بالنفس والهدوء والاستقرار (٤) .

٧- يؤكد كتننجر ولوزوف على أن ملامسة جسد الطفل لأمه أثناء الرضاعة واحتضانه الأم لطفلها واستقراره على صدرها أمر

(١) د. فايز قنطار : الأمومة نمو العلاقات بين الطفل والأم ، ص (١٣٠) بتصرف .

(٢) سيسيليا وورث : أسس الرضاعة الطبيعية ، ص (٦٤) .

(٣) مجلة الأسرة ، عدد (١٠٣) .

(٤) السيد عبد الحكيم : أهمية الرضاعة دينياً وصحياً ، ص (٦-٧) .

ضروري جداً لصحة الوليد حيث تبدأ علاقة نفسية مبكرة على درجة عالية من الحب والتفاهم المتبادل بين الأم وطفلها ، وإن هذه العلاقة تغذي الطفل بالحنان والثقة بالنفس (١) .

٨- لاحظ العلماء أن الطفل عند الرضاعة من الأم يسمع دقات قلبها ، مما يحدث له نوعاً من الاطمئنان والراحة النفسية ، كما أن هزوات القلب المنتظمة تؤدي إلى نمو خلايا معينة في مخ الطفل (٢) .

٩- الرضيع عندما يرضع من أمه ويحرك يديه باتجاه وجه أمه يشعره ذلك بالأمن والاطمئنان وتتيح لهذا الطفل أن يكون كائنًا اجتماعياً (٣) .

١٠- الطفل الذي يرضع يشعر بالحب والتعاطف والأمن وبالتالي تتكون علاقة عاطفية بينه وبين أمه مما يجعل نفسيته عندما يكبر هادئة ويكون علاقات إيجابية مع الآخرين (٤) .

١١- عملية الإرضاع تجعل العلاقة بين الطفل والأم تكون قوية ، وبالتالي فهي دافئة ، وإن مشاعر الصداقة اتجاهها تزداد ، فإن

(١) lozoggetal – kitzinger 45. (1-12) .

(٢) wieserfeld et al , (79-86)

(٣) سنبة النقاش عثمان : طفاك حتى الخامسة ، دار العلم للملايين – بيروت ، الطبعة التاسعة ، ١٩٨٥ ، ص (١٥٩) .

(٤) د. ستينلي غرنيسبان : بناء العقول السليمة ، ص (٧٩) .

الطفل سوف يبدأ على الطريق نحو مستقبل للتوافق الاجتماعي والانفعالي (١) .

١٢- منذ وقت الرضاعة تنشأ هذه الأحاسيس الطبيعية الأولى ، وتمتزج في نفس الوقت بالأحاسيس النفسية . وأن تتابع الرضعات المنتظمة هو الذي يؤدي إلى اكتشاف الطفل لوجود الثدي ودلائله كمستودع للغذاء من شأنه أن يهدئ إحساس الجوع . والحركات الأمومية من شأنها إحاطة الرضعة وإثراؤها بسلسلة من الأحاسيس التي يسجلها ويرتبها مخ الصغير (٢) .

ثانياً : أثر الرضاعة الطبيعية على الأم :

الرضاعة الطبيعية لا تفيد الطفل فقط ، ولكن تمتد فائدتها إلى الأم نفسها وبينت الدراسات أهمية الرضاعة الطبيعية على الأم من حيث :

(أ) أثر الرضاعة الطبيعية على صحة الأم :

١- الرضاعة الطبيعية تحافظ على صحة الأم ، لأنها تساعد على إعادة وضع الرحم إلى حالته الطبيعية ، نتيجة أن الرضاعة تؤدي إلى إفراز هرمونات أنثوية تساعد على ذلك (٣) .

(١) الطفل نموه وشخصيته من سلسلة علم نفس الطفولة : ص (٢٦٣) .

(٢) برنار فوازو ، ترجمة د. منير العصرة : نمو الذكاء عند الأطفال ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٧٦ م .

(٣) نبيل سليم : الطفولة ومسئولية بناء المستقبل ، ص (٨٠) .

٢- الرضاعة الطبيعية تحمى جسم الأم من الإصابة ببعض الأمراض السرطانية ، مثل سرطان الثدي ، وسرطان المبيض ، وأمراض الرحم الأخرى .

٣- الرضاعة الطبيعية تعمل على تحليل الدهون التى ترسبت أثناء الحمل وتعيد للأم رشاقته وحيوتها (١) .
(ب) أثر الرضاعة الطبيعية على نفسية الأم :

١- حاجة الأم إلى إرضاع طفلها تجعلها تقوم بدور إيجابى وفعال فى استقرار الأم نفسياً ، فيؤثر سلباً على المجتمع وتتشئة الأطفال (٢) .

٢- الرضاعة الطبيعية تشبع الأم خلالها غريزة الأمومة ، التى أودعها الله عز وجل فطرة فيها ، وتحب كل أنثى أن تشبع هذه الفطرة من خلال الزواج ورضاعة ابنها عندما تنجبه .

٣- الرضاعة الطبيعية تؤثر على نفسية الأم وعلاقتها بأمها ، إذ أن الأم لا تقدر تضحيات ومعاناة وآلام أمها إلا عندما تعيش فى نفس الموقف ، وتمارس نفس المهام التى كانت تمارسها أمها ، وأول هذه المهام رضاعة وليدها ، وحرصها على رضاعته من لبنها الطبيعى .

٤- الرضاعة الطبيعية لها تأثير على نفسية الأم من حيث ارتباطها بزوجها ، إذ تتوثق العلاقة بين الأم والأب وخوفهم على رضيعهم ،

(١) جريدة الجزيرة ، ٢٦ أبريل ١٩٩٩ .

(٢) مجلة الأسرة ، عدد (١٠٣) .

مما يجعلها تلتصق بابنها إرضاءً لشعورها ، وفي نفس الوقت إرضاءً لزوجها ومحبته .

٥- الرضاعة الطبيعية لها تأثير على الأم وشعورها بالحب والعاطفة والحنان تجاه الأطفال سواء كانوا أولادها أو أولاد الغير .

شهدت الأبحاث المتعلقة في مسألة تغذية الطفل تزايداً كبيراً . وإن إرضاع الصغير يعنى قبل شىء مسألة علاقة بين الأم والطفل . ويعنى تجسيد المحبة التى تكنها الأم لطفلها ووضع هذه المحبة موضع التطبيق وكل ما يشاع من إرضاع الطفل قد يضعف الأم جسدياً ويشوه صدرها ، لا يستند إلى أساس من الصحة ، بل على العكس ، فالإرضاع يزيد لها نضارة وإشراقاً .

فإعطاء الثدي للوليد يعزز شعور الأم بالنجاح والتحقق ويكمل دورها كأم ويبعث فى نفسها السعادة والحبور ، ويشعرها براحة الضمير ، وهذا ينعكس على وضعها الجسدى وتوازنها النفسى .

فالأم المرضع يجب أن تدرك أن إعطاء الثدي فى الأشهر الأولى يعتبر على قدر كبير من الفائدة بالنسبة للطفل وبالنسبة لها أيضاً ، إذ يلعب دوراً هاماً فى تدعيم العلاقات العاطفية بين الاثنين ، ويساهم فى انطلاقة جيدة بالنسبة لهما . فالموضع المتمثل بأخذ الطفل بحنو ، وإعطائه الثدي يعتبر مصدر رضى وسرور جسدى وروحى بالنسبة للأم والطفل معاً .

ويعتبر اللبن رابطة فيزيولوجية محسوسة بين الطفل والام وامتداد لحبل الولادة . فعلاقة الطفل بالندى تحل محل علاقته بحبل الولادة .

فالرضاعة تمثل المعانى الرمزية ، وتتشكل حولها جملة من الطقوس والمعتقدات ومنها ما يشير إلى أن الخصائص الوراثية غير مكتملة عند الطفل بعد الولادة ، ومع اللبن يمكن أن ينتقل إلى الطفل شىء ما من خصائص الأم (١) .

الأسباب التى تجعل بعض الأمهات تتجه للرضاعة الصناعية :

مع الأسف الشديد تلجأ بعض الأمهات إلى الرضاعة الصناعية ، وتهمل الرضاعة الطبيعية ، إما جهلاً ، أو تكاسلاً ، أو خوفاً على نفسها كما تدعى .

وسبب إهمال الأمهات الرضاعة الطبيعية تعود إلى :

١- تقليد الغرب المتقدم تقنياً :

بعض الأمهات يحاولن تقليد الغرب اعتقاداً منهم بما أنها متقدمة فى العلوم والتكنولوجيا والمعرفة ، فهى متقدمة فى جميع العادات الاجتماعية والسلوكية . وللأسف لو كان تقليد الغرب فى الجوانب الحسنة فقط لفادنا ذلك . وما علمن هؤلاء الأمهات أن الدول العربية الآن تدعو إلى خطورة الرضاعة الصناعية ، والدعوة إلى الرجوع إلى الرضاعة الطبيعية ، بعدما تبين لهم فوائده الصحية والنفسية على كل

(١) د. فايز قنطار : الأمومة نمو العلاقة بين الطفل والام ، ص (٨٣-٨٤) .

من الأم والطفل . ولم نقلد الغرب بالعادات والسلوكيات ، ولدينا كتاب الله عز وجل وسنة نبينا محمد ﷺ الشامل لكل العادات والسلوكيات والأفعال الطيبة والحسنة .

وفى الوقت الحاضر كثير من الدول الغربية تدعو الأمهات إلى الرجوع إلى الرضاعة الطبيعية ، بعدما تبين لهم حسناته الكثيرة مقارنة بالرضاعة الصناعية ، بل يشجعون النساء على الرضاعة الطبيعية ويغرونهم بذلك .

٢- عمل المرأة :

الإسلام أعز المرأة وأكرمها بإعطائها حقوقها كاملة ، وحافظ عليها بحيث جعل مكانها الطبيعي البيت لقوله تعالى ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾^(١).

فالأية تدعو المرأة إلى الإقرار والسكينة بالبيت ، وهذا يتطلب من المرأة عدم الخروج من المنزل إلا للضرورة ، وكون المرأة لا تخرج إلا للضرورة معنى ذلك فهي ملازمة للبيت ، وبالتالي تستطيع أن تعتني بطفلها وبرضاعته .

وقد تحتاج المرأة أحياناً إلى العمل لحاجتها لذلك فلم يمنعها الإسلام من ذلك ، ولكن يجب أن توفق بين عملها وبين الاهتمام برضاعة وليدها ، حتى لا يطغى العمل على صحة الطفل .

(١) سورة الأحزاب : آية (٣٣) .

والطامة الكبرى عندما تعمل المرأة وتخرج من بيتها وتضحى بصحته طفلها ، ورضاعته ، وراحته من أجل مكسب مادي إضافي تكون في غنى عنه وليست في حاجة إليه .

٣- الخوف على رشاقتها وصحتها يعتقد البعض أن الرضاعة الطبيعية تضر صحة الأم ورشاقتها .

واتضح طبيياً أن الرضاعة الطبيعية تحافظ على رشاقة الأم . لأن الأم تريد أن تتخلص من مخزون الطاقة والشحم المتراكم أثناء الحمل ، ففي إفرازها لبن الثدي بانتظام بإرضاعها أبناءها تستطيع أن تتخلص من الطاقة المتركمة في الجسم .

٤- وجود بديل للبن الأم ، وهو اللبن الصناعي مما يجعل بعض الأمهات يعزفون عن رضاعة أولادهم ، خاصة وأن الشركات المنتجة للبن الصناعي تستخدم أساليب مغرية في ترويج بضاعتها ، وتصور للأمهات أن اللبن الصناعي بنفس جودة اللبن الطبيعي ، ويمتاز بمميزات تشبه مميزات اللبن الطبيعي . ولا يهتمون بصحة الطفل ، المهم الكسب المادي .

٥- انعدام الثقافة الكافية ووجود الاتجاهات السلبية لدى الأمهات في المجتمعات نحو الرضاعة من الثدي حيث غياب القدوة الحسنة وقد تربط الرضاعة الطبيعية بالتخلف أو أن من يمارسها يعتبر من شرائح المجتمع الدنيا مما يدفع النساء خاصة المتعلمات لا شعورياً برفض الإرضاع من الثدي (١) .

(١) الأمومة والطفولة : ص(١٨٨) .

أثر الرضاعة الصناعية على الطفل

بعدما ذكرنا أثر الرضاعة الطبيعية على الطفل سنذكر أثر الرضاعة الصناعية على كل من الأم والطفل الرضيع من الناحية الصحية والنفسية .

أما الأضرار الصحية على الطفل من الرضاعة الصناعية يتمثل في الآتي :

١- الرضاعة الصناعية تؤدي إلى تسوس الأسنان ، ويؤدي إلى تدمير أسنان الرضيع وهو على أغلب الأحيان يصيب الأسنان الأمامية^(١).

٢- الرضاعة الصناعية تعطي الطفل الرضيع كميات كبيرة من المعادن لا يحتاج إليها جسمه في هذا العمر الصغير .

٣- الرضاعة الصناعية تصيب الرضيع بأمراض الحساسية وغيرها ، وغيرها ، وتكون مناعته قليلة نتيجة عدم استرضاعه من لبن الأم.

٤- الرضاعة الصناعية تضاعف معدلات وفيات الأطفال نتيجة الإصابات بالنزلات المعوية والتهاب الأذن الوسطى^(٢) .

(١) الجمعية الأمريكية لطب الأسنان ، جريدة ٢٦ أبريل ١٩٩٩م .

(٢) لجنة تشجيع الرضاعة الطبيعية ، الكويت ، الرضاعة الطبيعية الأفضل لك ولطفلك :

ص (٢) .

٥- اللبن الصناعي يتسبب في تكوين أجسام مضادة للبروتينات البقرية، وهذه الحساسية لها علاقة مباشرة بإصابة الأطفال بحساسية الجهاز التنفسي وحساسية الجلد ومرضى السكري ، بل أن أمراضاً قد تصيب هؤلاء الأطفال في المستقبل مثل ارتفاع ضغط الدم ، الذبحة الصدرية تصلب الشرايين وأمراض القلب (١) .

٦- الرضاعة الصناعية تسبب الشرقة الناتجة عن اتساع حلقة الرضاعة الصناعية ولأن " الشرقة " مرض النوفيا " التهاب الرئة " (٢) .

الأضرار النفسية على الطفل :

الحرمان من الرضاعة الطبيعية تعنى عدم حصول الرضيع على ثدى أمه لأى سبب ما ، واعتماده فى رضاعته على التغذية الصناعية . مما له الأثر السيئ على الطفل ونموه فى الجوانب الآتية :

١- يؤكد العالم بلوم أن ٥٠% من النمو العقلى يتم بين الميلاد والعام الرابع من عمره وبما أن الطفل حرم الرضاعة الطبيعية يعنى أن نموه العقلى يتأثر ، وبالتالي قدرة الطفل العقلية قد لا تكون فى أعلى مستوياتها من الذكاء والمعرفة (٣) .

(١) الرضاعة الطبيعية هبة الخالق لمولودك ، وزارة الصحة ، لجنة تشجيع الرضاعة الطبيعية ، الصندوق الوقفى للتنمية الصحية .

(٢) محمد رشيد العويد : الفروق ، ص : (٣٧) .

(٣) سعيد بهادر : علم نفس النمو ، ص : (١٧-١٨) .

٢- الرضاعة الصناعية تقلل من ارتباط الطفل بأمه ، إذ أنه يرضع من ثدى صناعي ، لا يلامس إلفمه ، ولا يحد التصاق بشرته ببشوة أمه ، وكان هذه الزجاجاة تفصله عن أمه وتبعدها عنه وتبعده عنها^(١) .

٣- وقد أكدت دراسة روجيرز على أن الأطفال الذين يحصلون على رضاعة صناعية ، تكون درجاتهم منخفضة فيما بعد على اختبارات الذكاء ، وذلك عند مقارنتهم بالأطفال الذين حصلوا على رضاعة طبيعية .

٤- وفي جانب التحصيل الدراسي : فقد بينت الدراسات على أن الرضاعة الطبيعية تساهم في تدعيم قدرات الطفل على الإنجاز الذهني والتحصيل الدراسي ، حيث ثبت أن الأطفال الذين حصلوا على رضاعة صناعية كانوا أقل في الاستعداد الذهني والتحصيل الدراسي عند مقارنتهم بالأطفال الذين حصلوا على رضاعة طبيعية^(٢) .

٥- التبول اللاإرادي تقول دراسة روجيرسون : أن أطفال الرضاعة الصناعية عند مقارنتهم بأطفال الرضاعة الطبيعية ، كانوا أكثر

(١) محمد رشيد العويد : الفروق ، ص : (٣٦) .

(٢) نبيل حسن : تأثير نوع التغذية على الاستعداد الذهني ، ص : (٧٦) .

تبولاً لا إرادياً نهائياً وليلاً ، ويتميزون بالعصبية ، كما كانت لديهم مخاوف وهم في سن المدرسة (١) .

٦- الصفات الجسمية : دلت الدراسات التي تربط بين النمو الجسمي والنمو العقلي ، على أن النقص الجسماني يعطل الذكاء ، حيث أنه توجد ارتباطات موجبة بين الذكاء والصفات الجسمية مثل الطول والوزن وحجم الجمجمة وأن التغذية السليمة للطفل والرعاية الصحية خلال مراحل نموه ، هي أهم العوامل الضرورية لضمان تقدم النمو الجسمي والعقلي على السواء وبلوغه أقصى درجاته (٢) .

٧- قام فريق من علماء النفس بدراسة مفصلة عن حاجة الرضيع إلى رعاية الأم ، وتبين من هذه الدراسة المظاهر السيئة على الأطفال لفراق أمهاتهم ، سواء على مستوى نفسي أو عقلي (٣) .

٨- الرضاعة الطبيعية للطفل لها أهمية كبيرة فقد تبين أن معظم الأطفال الذين يحولون إلى العلاج النفسي بأعراض صعوبات التغذية أو الاضطراب السلوكي أو الانحراف كانوا يعانون في السنوات الأولى من عمرهم من اضطراب التغذية . ففي إحدى الإحصائيات تبين أن حوالي ٦٩ طفلاً حولوا للعلاج النفسي لظروف بعض أعراض القلق النفسي ، حوالي ٢٠-٢٩% كانوا

(١) تأثير التغذية : ص : (١١٦) .

(٢) محمد السروجي : الأم والطفل ، ص : (١٢٩) .

(٣) د. مجدى أحمد عبد الله : الإضرابات النفسية للأطفال ، ص : (١٦٠) .

يعانون من صعوبات التغذية في سنواتهم الأولى وحوالي ١٣ منهم كانت فترة رضاعتهم الطبيعية قصيرة ثم بدأت الصعوبات تظهر عند انتقالهم إلى الرضاعة الصناعية (١) .

٩- أن عملية التغذية عملية حيوية هامة بالنسبة للطفل إذ تكاد تكون الشيء الوحيد الذي يشغله في الأشهر الأولى ، يرجع أثرها إلى تكرارها مرات عدة كل يوم ، وإلى ارتباطها في ذهن الطفل بالأم ، هي أول شخص تتكون حوله عواطف الطفل ، وتكون هذه العواطف مرتبطة بعملية التغذية والانفعالات المصاحبة لها : كانفعالات الارتياح والضيق والتألم وعواطف الحب وعواطف الكراهية .

ومن المواقف الهامة التي تؤثر على الصحة النفسية للطفل ، والتي يمتد أثرها فيما بعد ، مواقف تأخر الأم عن ميعاد الرضعة التي تؤدي إلى شعور الطفل بألم الجوع .

فالحاجات الغريزة للطفل تتطلب الإشباع العاجل ، وبمجرد إشباعه تراه يفيض شعوراً بالارتياح واللذة (٢) .

الأضرار المالية من الرضاعة الصناعية :

استخدام الألبان الخارجية إسراف من الناحية المالية ، خاصة إذا لم تكن هناك ضرورة تدعو لاستخدامه ، وتستطيع الأم أن ترضع

(١) المرجع السابق : ص : (٣٧) .

(٢) د. كلير : الإضرابات النفسية للطفل ، ص : (٣٧-٣٨) .

طفلها ، ولا يوجد سبب يمنعها من ذلك . فيدخل الإنسان فى دائرة الجحود بنعمة الله عز وجل قال تعالى: ﴿ أَقْبِنِعْمَةَ اللَّهِ يَجْحَدُونَ ﴾ (١) .

ولا يعترف بفضله وكرمه عليه ، إذ جعل غذاء الطفل فى ثدى أمه دون مقابل أو أجر . وكذلك فى إسراف وتبذير للمال ، الذى يرهق كاهل كثير من الأسر ، والإسلام نهى عن الإسراف والتبذير ، لأن المسرفين أخوان الشياطين والله لا يحبهم لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ ﴾ (٢) .

(١) سورة النحل : آية (٧١) .

(٢) سورة الأنعام : آية (١٤١) .

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، والصلاة والسلام على النبي المصطفى محمد ﷺ ففي هذا البحث طرقت إلى بيان مفهوم الرضاعة الطبيعية ، ومميزات اللبن الطبيعي ، وأهميته على حياة الطفل والأم ، وأثره الصحي النفسي على الطفل والأم .

ووضحت المقصود باللبن الصناعي وصفاته وأثره على الأم والطفل ثم عملت مقارنة بين اللبن الطبيعي واللبن الصناعي ووصلت إلى أن :

- ١- الإسلام الشريعة الوحيدة التي اهتمت بالطفل من قبل أن يولد .
 - ٢- الله عز وجل أودع في نفس الأم غريزة الإنجاب والأمومة ، حرصاً على طفلها والخوف عليه .
 - ٣- تأكيد العلماء والباحثين على أهمية الرضاعة الطبيعية ، وترك الرضاعة الصناعية .
 - ٤- عدم الانصياع وراء الحملات والدعايات التي تغزى الأم الأخذ بالرضاعة الصناعية ، وإنها تضاهي اللبن الطبيعي .
- وأتمنى من الباحثين بيان أهمية الرضاعة على الأم والطفل ، خاصة من الناحية النفسية والصحية .

فهرس الآيات

رقم الصفحة	السورة ورقمها	الآية
١١	البقرة : آية (٢٣٣)	١- ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾
١٢	النساء : آية (٢٣) .	٢- ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾
٥٠	الأنتام : آية (١٤١)	٣- ﴿ وَلَا تُصْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ ﴾
٣	النمل : آية (٦٢) .	٤- ﴿ وَيَجْعَلْكُمْ خَلَائِفَ الْأَرْضِ ﴾
٥٠	النحل : آية (٧١) .	٥- ﴿ أَقْبِعْ مِعْمَةَ اللَّهِ يَجْحَدُونَ ﴾
٤	المؤمنون : آية (١٣)	٦- ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ﴾
٤	القصص : آية (٧) .	٧- ﴿ وَأَوْحَيْنَا إِلَىٰ أُمِّ مُوسَىٰ أَنْ أَرْضِعِيهِ ﴾
٤٣	الأحزاب : آية (١٣)	٨- ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾
٣	الحجرات: آية (١٣) .	٩- ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ ﴾
١٣	الطلاق : آية (٦) .	١٠- ﴿ أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾

فهرس الأحاديث والآثار

م	الحديث	رقم الصفحة
١	استرضع النبي ﷺ في بنى سعد .	١٤
٢	إنما يحرم من الرضاع .	١٢
٣	خمس رضعات .	١٢
٤	كان ملك فيمين كان قبلكم .	١٥
٥	كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته .	٣
٦	لا رضاع إلا من كان في الصغر .	١٥
٧	لا رضاعة لكبير .	١٥
٨	لم يتكلم في المهد إلا ثلاثة .	١٤
٩	من أحق بحسن صحابتي .	١٦
١٠	وثدى له سقاء .	٤
١١	وجعلت أم إسماعيل ترضع .	١٤
١٢	يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .	١٢

المراجع

- ١- الاختبارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيميه - الشيخ علاء الدين الدمشقي - دار الفكر .
- ٢- الاستنكارات - ابن البر - تحقيق د. عبد المعطي قلعجي - مؤسسة الرسالة .
- ٣- الاضطرابات النفسية للأطفال - د. كلير فهميم - مكتبة الأنجلو المصرية - القاهرة .
- ٤- الاضطرابات النفسية للأطفال - د. مجدى احمد محمد عبد الله - دار المعرفة الجامعية - القاهرة - ٢٠٠٣م.
- ٥- الأم - الإمام الشافعي - بيت الأفكار الدولية .
- ٦- الأم والطفل - موسوعة شاملة للأم والطفل ما قبل الولادة وحتى البلوغ - محمد السروجي وآخرون - عالم الكتب - القاهرة - الطبعة الثانية - ١٩٨٩ .
- ٧- الأمومة نمو العلاقة بين الطفل والأم - د. فايز قنطار - مطابع السياسة - الكويت .
- ٨- الأمومة والطفولة الرعاية الغذائية والتربوية - فريال عبد العزيز إسماعيل - مكتبة الفلاح - الكويت .
- ٩- أهمية الرضاعة الطبيعية دينياً وصحياً - السيد عبد الحكيم - القاهرة - روز اليوسف - ١٩٨٦ .
- ١٠- بناء العقول السليمة - د. ستينلى غريسنسيان - تعريف د. ياسر العيني - مكتبة العبيكان - السعودية - ١٤٢٤-٢٠٠٤ .

١١- تأثير نوع التغذية على الاستعداد الذهني والتحصيل الدراسي لدى الأطفال - نبيل السيد حسن - بحوث المؤتمر السنوي الرابع للطفل المصري - ١٩٩١.

١٢- التاج جامع للأصول في تربية وتغذية النشء - د. خليل علي محسن - دار الكنوز الدبية - لبنان - الطبعة الأولى - ١٩٨٦.

١٣- تبين الحقائق شرح الدقائق - عثمان الزيلعي - دار الكتاب الإسلامي القاهرة .

١٤- تفسير البحر المحيط ، محمد يوسف الأندلي - تحقيق : عادل أحمد عيد عبد الموجود - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى - ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

١٥- تفسير الجلالين - جلال الدين محمد بن أحمد وعبد الرحمن السيوطي - دار إيلاف - الكويت - الطبعة الأولى - ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

١٦- تفسير القرآن الكريم - الحافظ ابن كثير - مكتبة دار الفحاء - دمشق - الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

١٧- تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان - عبد الرحمن بن ناصر السعدي - المكتبة الإسلامية - القاهرة - ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

١٨- التهذيب في فقه الإمام الشافعي - الحسين بن الفراء البغوي - تحقيق عادل بن عبد الموجود وعلي معوض - دار الكتب العلمية - بيروت .

١٩- جامع البيان في تأويل القرآن محمد بن جرير الطبري - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٩٩٢م.

٢٠- سبل السلام - محمد الصنعاني - تحقيق طارق عوض الله - دار العاصمة - القاهرة .

- ٢١- سنن الدارقطني - المكتبة العصرية - الطبعة الأولى - بيروت - ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٦م.
- ٢٢- الشرح الصغير - أحمد الدرير - مطبعة البابي الحلبي - القاهرة .
- ٢٣- صحيح مسلم - مسلم بن الحجاج - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - دار إحياء التراث العربي - بيروت .
- ٢٤- الطفل نموه وشخصيته - تعريف دحام الكيال - مطبعة العاني - بغداد - الطبعة الأولى - ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.
- ٢٥- طفلك حتى الخامسة - سنيه النقاش عثمان - دار العلم للملايين - بيروت - الطبعة التاسعة - ١٩٨٥ .
- ٢٦- علم نفس النمو - سعدية بهادر - دار البحوث العلمية - الكويت - الطبعة الرابعة - ١٩٨٦ .
- ٢٧- فتح الباري بشرح صحيح البخاري - الحافظ أحمد بن علي العسقلاني - بيت الأفكار الدولية - الرياض .
- ٢٨- الفروق - محمد رشيد العويد - دار ابن حزم - بيروت .
- ٢٩- كشاف القناع عن متن الامتاع - منصور البهوتي الحنبلي - دار الفكر - بيروت .
- ٣٠- مجموع الفتاوى - شيخ الإسلام ابن تيميه - دار عالم الكتب - الرياض .
- ٣١- المحلى بالآثار - ابن حزم الاندلسي - تحقيق د. عبد الغفار البنداري - دار الكتب العلمية - بيروت .

- ٣٢- مغنى المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج على متن المنهاج - محمد الشربيني الخطيب - مكتبة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة .
- ٣٣- مشكلات الطفل السلوكية وأساليب معاملة الوالدين - د. أحمد السيد محمد إسماعيل - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية .
- ٣٤- المصنف - للحافظ أبي بكر عبد الرزاق - تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي - المكتب الإسلامي - بيروت - الطبعة الثانية - ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .
- ٣٥- المصنف في الأحاديث والآثار - لابن أبي شيبة - دار الكتب العلمية - لبنان - الطبعة الأولى - ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م .
- ٣٦- الموطأ - الإمام مالك - تحقيق محمد عبد الباقي - دار الحديث - القاهرة - ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م .
- ٣٧- نمو الذكاء عند الأطفال - برنار فواز - ترجمة د. منير العصرة - مكتبة النهضة المصرية - القاهرة - ١٩٧٦م .
- 38- Committee on Nutrition, Encouraging Breast, Feeding Pediatrics , 65, 1980 .
- 39- Lozoff B.etal : The mother-newborn relationship of adptability , 1977 .
- 40- Kitzinger,s : The psychology of Berast feeding , 1984 .
- 41- Wiesenfeld, A. et al. Psychophysiological Response of breast and Bohle feeding mothers to their infants signals . Psychophysiology . vol. 1985 .
- 42- WWW.school oral health kw. Com .

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٣	١- المقدمة
٩	٢- تعريف الرضاع
١١	٣- مشروعية الرضاع فى الإسلام
٢٤	٤- لبن الأم
٢٤	(أ) محتويات لبن الأم
٢٧	(ب) التفاعلات الناتجة عن الرضاعة الطبيعية
٢٠	٥- الرضعات المحرمة
٢٢	٦- رضاع الكبير
	٧- لبن الأم
	٨ الرضاعة البديلة (الصناعية)
٣٥	٩ الرضاعة الطبيعية وأثرها على الطفل والأم .
٤٥	١٠ أثر الرضاعة الصناعية على الطفل .
٥١	١١- الخاتمة
٥١	١٢- فهرس الآيات
٥٣	١٣- فهرس الأحاديث والآثار
٥٤	١٤- فهرس المراجع
٥٨	١٥- فهرس الموضوعات