



مَجْلَدُ مَجْمُوعِ الْفُقَهَاءِ الْإِسْلَامِيِّينَ

الدَّوْرَةُ الْخَامِسَةُ حَشْرَةٌ

الْحَدُّ الْخَامِسُ حَشْرٌ

الْجُزْءُ الرَّابِعُ

١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م

مَجَلَّةُ مَجْمُوعِ الْفُقَهَاءِ الْإِسْلَامِيِّينَ

الْعَدَدُ الْخَامِسُ عَشَرَ

حُقُوقُ الطَّبِيعِ مَحْفُوظَةٌ

لمجمع الفقه الإسلامي

جدة



مجلة مجمع الفقهاء الإسلاميين

الدَّورَةُ الْخَامِسَةُ عَشْرَةَ

لمؤتمر مجمع الفقهاء الإسلاميين

العدد الخامس عشر

الجزء الرابع

١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م





قَالَ تَعَالَى: يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَكُمْ بُرْهَانٌ مِنْ
رَبِّكُمْ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكُمْ نُورًا مُبِينًا ﴿١٧٤﴾ فَأَمَّا الَّذِينَ
ءَامَنُوا بِاللَّهِ وَاعْتَصَمُوا بِهِ فَسَيُدْخِلُهُمْ فِي رَحْمَةٍ
مِّنْهُ وَفَضْلٍ وَيَهْدِيهِمْ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمًا

النِّسَاء: ١٧٤ - ١٧٥

قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ:

«لَا حَسَدَ إِلَّا فِي اثْنَتَيْنِ: رَجُلٌ آتَاهُ اللَّهُ مَا لَأَفْسَطَ عَلَيْهِ
هَلَكَتِهِ فِي الْحَقِّ، وَآخَرُ آتَاهُ اللَّهُ حِكْمَةً فَهُوَ يَمْضِي بِهَا وَيُعَامِلُهَا»

رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ

سابعاً
المصالح المرسله وتطبيقها المعاصرة

البحوث

١- بحث الدكتور محمد بن يحيى بن حسن النجيمي

٢- بحث الدكتور مصطفى صالح باجو

٣- بحث الأستاذ الدكتور قطب مصطفى سانو

٤- بحث الأستاذ الدكتور عبد السلام العبادي

٥- بحث الشيخ عبد الله بن محفوظ ولد بيه

٦- بحث الشيخ محمد علي التسخيري

٧- بحث الدكتور حمداتي شبيها ماء العينين

● العرض - والمناقشة

● القرار

المصالح المرسله وتطبيقها المعاصرة

إعداد
الدكتور محمد بن يحيى بن حسن النجيمي
الأستاذ المشارك بكلية الملك فهد الأمنية
والمعهد العالي للقضاء بالرياض

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده، لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ﷺ، وعلى آله وصحبه، والتابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين .

ويعد: فالاستصلاح كالأستحسان طريق مختلف فيه بين أئمة الاجتهاد؛ فمنهم من يقره، ومنهم من يرفضه كما سنرى في ثنايا هذا البحث .

وهو من المصادر التبعية للأحكام في الشريعة الإسلامية، والمصالح المرسلة تبرز أهميتها الكبرى في وفاء الحاجات التشريعية المستجدة من الفقه الإسلامي، وفي تأصيل ما يستجد من تقنين مستمد من الشريعة وفقها مما تدعو إليه حاجة العصر، ولا توجد فيه نصوص من فقهائنا السابقين، ويحتاج إلى نظر تأصيلي اجتهادي جديد؛ مثل: استحداث الوسائل الجماعية لتنمية الأموال واشتراط توثيق عقود الزواج والفحص الطبي قبله، ومثل: قواعد المرور، وسائر الأنظمة والقوانين التي لا تتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية، واستنباط الأحكام الشرعية للنوازل والتدابير الجديدة من لوازم العقيدة الإسلامية؛ لأنها هي الشريعة الأخيرة الخالدة التي استكملت حاجة البشر من التنظيم الإلهي الحكيم، فكان لا بد من تأسيس الأحكام والقواعد الصالحة لكل زمان ومكان في الحالات والحاجات الأصلية والطارئة .

هذا وإن الكلام في المصالح المرسلة ينقسم إلى ستة مباحث وهي :

المبحث الأول: في تعريف المصلحة وابتناء الشريعة عليها .

المبحث الثاني: حجية المصالح المرسلة .

المبحث الثالث : تطبيقات المصالح المرسلة في المجال الاقتصادي .

المبحث الرابع : تطبيقات المصالح المرسلة في المجال الاجتماعي .

المبحث الخامس : تطبيقات المصالح المرسلة في المجال المهني .

المبحث السادس : تطبيقات المصالح المرسلة في مجال التنظيم والإدارة
ومجال التعليم والتربية .

وفي ختام هذه المقدمة : أرجو أن أكون قد وفقت فيما كتبت، وأن يرزقنا
السداد في القول والعمل، ويجنبنا شطط الفكر والقلم، وأن يهَيِّئَ لنا من أمرنا
رَشْداً، إنه سميع مجيب الدعاء .
وبالله التوفيق والسداد .

* * *

المبحث الأول

في تعريف المصلحة وابتناء الشريعة عليها

المصلحة في اللغة - لغة العرب - : الخير والصواب، وهي خلاف الشر والفساد^(١).

ويقول الطوفي في تعريفها: المصلحة مفعلة من الصلاح، وهو كون الشيء على هيئة كاملة، بحسب ما يرد ذلك الشيء له، كالقلم يكون على هيئة كاملة للكتابة به، والسيف على هيئته الصالحة للضرب به، أما حدها بحسب العرف: فهي السبب المؤدي إلى الصلاح والنفع؛ كالتجارة المؤدية إلى الربح، وبحسب الشرع: هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة^(٢).

وعرفها ابن عاشور في مقاصد الشريعة بقوله: المصلحة كاسمها شيء فيه صلاح قوي، ولذا اشتق لها صيغة المفعلة الدالة على اسم المكان الذي يكثر فيه ما منه اشتقاقه، وهو هنا مجازي.

ويظهر لي أن نعرّفها بأنها: وصف للفعل يحصل به الصلاح، أي: النفع منه دائماً أو غالباً للجمهور أو للأحاد^(٣).

ابتناء الشريعة على المصالح:

نظر علماء الشريعة الإسلامية نظرة فاحصة واسعة، فهداهم نظرهم إلى أن الشريعة تهدف إلى تحقيق مصالح العباد، وذلك استنباطاً من مصادرها الأصلية والتبعية.

(١) راجع: المصباح المنير، للفيومي، ص ٥٤٣، د. م.، د. ن.، د. ت.

(٢) رسالة الطوفي في رعاية المصالح، أوردتها الشيخ عبد الوهاب خلاف بنصها في كتابه: مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ص ١١٢، الكويت، دار القلم، ط ٤، ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م.

(٣) مقاصد الشريعة، لابن عاشور، ص ٥٦.

يقول الشاطبي في الموافقات: استقرينا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد استقراءً لا يناع فيه الرازي ولا غيره^(١).

وقد استدللّ بأدلة كثيرة على ذلك، كقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ [الأنبياء: ١٠٧]، وبقوله: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُسَمِّعَ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ [المائدة: ٦]، وقال في الصيام: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٨٣]، وقال في القصاص: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيٰوةٌ يَاۤأُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٧٩].

وقد عقب على الاستدلال بهذه النصوص بقوله: وإذا دلّ الاستقراء على هذا وكان في مثل هذه القضية مفيداً للعلم، فنحن نقطع بأن الأمر مستمر في جميع تفاصيل الشريعة^(٢).

وقال شيخ الإسلام ابن القيم في إعلام الموقعين: «إن الشريعة الباهرة مبناها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها، ومصالح كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فهي ليست من الشريعة وإن أدخلت بالتأويل؛ فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله، أتم دلالة وأصدقها... إلخ»^(٣).

* * *

(١) الموافقات: ٣/٢، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، القاهرة، مطبعة صبيح، د.ت.

(٢) الموافقات، للشاطبي: ٤/٢.

(٣) إعلام الموقعين، لابن القيم: ٥/٣، تحقيق عبد الرحمن الوكيل، القاهرة، دار الكتب الحديثة، د.ت.

المبحث الثاني

حجية المصالح المرسلة

لا نزاع في أن الشريعة الإسلامية شريعة دينية ودينية، وفي مجال الدين أحكامها تعبدية كأوضاع الصلاة والصيام؛ لم تتمكن عقولنا من إدراك معنى معين قاطع لها، فهذه الأحكام لا مجال للقياس عليها فضلاً عن القول بالمصلحة المرسلة فيها؛ لأنها مقصورة على الوحي السماوي الذي يسن لنا طريقة العبادة المرضية لله عزَّ وجلَّ، بحيث تكون ذات صفة دائمة موحدة بالنسبة لجميع الأجيال، وتعد من الصفات اللصيقة بشخص المسلم الملازمة له على مرَّ الدهور والأعوام، فلا حاجة إلى القياس فيها، ولا منفذ للابتداع والتجديد والابتكار في شأنها، وإلا أدى بنا الأمر إلى الضلال والانحراف.

وأما الأصول المدنية أو المعاملات فهي الميدان المقبول للاجتهاد فيها، عن طريق القياس والمصالح المرسلة ونحوها^(١).

والمصالح منها ما شهد له الشارع بالاعتبار، وهي المصالح المعتبرة؛ كحفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال، ومنها ما شهد له الشارع بالإلغاء وسموه المصالح الملغاة؛ وهي متوهمة غير حقيقية، أو مرجوحة أهدرها الشارع ولم يعتد بها؛ مثل: مصلحة المرابي في زيادة ماله عن طريق الربا، فقد ألغاه الشارع بقوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ومنها ما سكت عنه؛ وهي المصالح المرسلة؛ فهي مصلحة لأنها تجلب نفعاً وتدفع ضرراً، وهي مرسلة لأنها مطلقة عن اعتبار الشارع أو إلغائه، فهي إذن تكون في الوقائع المسكوت عنها، وليس لها نظير منصوص على حكمه حتى نقيسها عليه، وفيها

(١) أصول الفقه الإسلامي، للدكتور وهبة الزحيلي: ٧٥٧/٢، ٧٥٨، بيروت، دار الفكر،

١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

وصف مناسب لتشريع حكم معين من شأنه أن يحقق منفعة، أو يدفع مفسدة؛ مثل: تدوين الدواوين، وتضمين الصناع، وجمع القرآن، ونحوها.

وقد اختلف الأصوليون في حجية المصالح المرسلة وجعلها دليلاً من أدلة الأحكام على نحو واسع في كتب الأصول، ولكننا لا نجد إثارة بهذه السعة والكثرة في كتب الفقه؛ فالفقهاء المنسوب إليهم عدم الأخذ بالمصالح المرسلة ووجدت لهم اجتهادات قامت على أساس المصلحة المرسلة، كما نجده في فقه الشافعية والحنابلة، من أجل هذا كان لزاماً عليّ أن أستعرض موقف المذهب بإيجاز على سبيل التذكير؛ إلا المذهب الشافعي فأبسط الكلام فيه بعض الشيء تجلية لموقفه الحقيقي وواقع حاله.

أولاً: مذهب الحنفية والمالكية:

أبو حنيفة ومالك وأتباعهما أكثر الفقهاء اعتماداً على الاستحسان والاستصلاح وعملاً بهما، وموقفهما جد متشابه.

فالحنفية يأخذون بالمصالح المرسلة، لكن من طريق الاستحسان الذي برع فيه أبو حنيفة، ذلك أن أبا حنيفة فتح الاجتهاد، عن طريق الاستحسان، معالجة لغلو القياس ومشكلاته، بنظرٍ مستمد من أساليب الشريعة نفسها في علاج المساوئ والطوارئ، ومن مقاصدها العامة في العدل والإصلاح.

ومن المعلوم أن الاستحسان نوعان أساسيان عند الحنفية، هما: الاستحسان القياسي، واستحسان الضرورة.

فالاستحسان القياسي ليس مقصوداً هنا؛ لأنه ضرب من القياس، وإنما المقصود هنا هو استحسان الضرورة؛ لأنه شقيق الاستصلاح، وفقهاء الحنفية لم يبحثوا في المصالح المرسلة بحثاً موضوعياً يبنون فيه منهجهم وشرايطهم في اعتبارها كما فعل فقهاء المذهب المالكي، ولكن الحنفية فرعوا كثيراً وأفتوا كثيراً فتاوى استحسانية من نوع استحسان الضرورة؛ الذي يقوم عندهم على أساس رعاية المصالح الحقة، ودفع الحرج، والسياسة الشرعية، وهو النوع الذي تندمج فيه المصالح المرسلة في تعبير غيرهم.

فقد أفتوا بعدم بينونة المرأة التي تترد بقصد البينونة من زوجها . كما أفتوا بميراث الزوجة التي يطلقها زوجها بائناً في مرض موته؛ للفرار من إرثها إذا مات وهي في العدة، وأفتوا بتمديد إجارة الأرض المستأجرة للزرع إذا انقضت مدة الإجارة قبل استحصاده منعاً للضرر عن المستأجر بقلع الزرع، وغيرها من الأمثلة الكثيرة^(١).

أما المذهب المالكي فقد أبرز نظرية المصالح المرسلة في صورة أعم، بحيث جعل الاستحسان فرعاً منها مخصوصاً بحال في لغة القواعد الأساسية، عندما تقتضي المصلحة بمخالفتها، اجتناباً لمشكلة يؤدي إليها القياس، بينما كانت فكرة المصالح في الاجتهاد الحنفي تعد فرعاً من الاستحسان عندما قسّموا الاستحسان إلى أنواع، واعتبروا استحسان الضرورة نوعاً منه يخالف مقتضى القواعد الأساسية، رعاية للمصلحة ودفعاً للحرج، وهذا النوع من الاستحسان نقطة انطلاق تؤدي حتماً بطريقة الأولوية إلى اعتماد المصالح المرسلة التي لا مخالفة فيها لشيء من القواعد.

والمعروف عن المالكية أنهم يعتبرون المصالح المرسلة مصدرراً مستقلاً دلّت على اعتباره نصوص الشريعة، كما دلّت على القياس، فينبني على أساسها الأحكام الشرعية عند فقدان النص التشريعي في الحادثة أو فيما شابهها، فتكون هي الدليل عندما لا يكون دليل سواها، كما يخالف بها القياس المستند إلى نص في الحوادث المتشابهة عندما يؤدي أطراد القياس إلى خلاف المصلحة.

وقد اشترط المالكية ثلاثة شروط للمصلحة التي يعمل بها، وهي:

١ - التلاؤم بين المصلحة الملحوظة ومقاصد الشرع؛ بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله، ولا دليلاً من دلائله؛ بل تكون من جنس المصالح التي قصد الشارع تحصيلها، أو قريبة منها ليست غريبة عنها.

(١) راجع فيما سبق: الاستصلاح والمصالح المرسلة في الشريعة الإسلامية وأصول فقهاها، لمصطفى أحمد الزرقا، ص ٦٠، ٦١، دار القلم، دمشق، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م؛ وأصول الفقه الإسلامي: ٢/ ٧٦٠.

٢- أن يكون تقدير المصلحة في الأمور ذات المناسبات المعقولة المؤسسة شرعاً على رعاية المصالح، فلا مدخل فيها للتعبدات وما جرى مجراها من الأمور الشرعية.

٣- أن يكون حاصل المصلحة المرسلة إنما يرجع إلى حفظ أمر ضروري شرعاً، أو رفع حرج في الدين، فتكون من باب: ما لا يتم الواجب إلا به^(١) . . .
وقد أضاف بعضهم شرطين هما:

أ- أن تكون المصلحة التي تترتب على تشريع الحكم حقيقية لا وهمية.

ب- أن تكون المصلحة عامة لا خاصة، أي: أن يوضع الحكم لمصلحة عموم الناس لا لمصلحة فرد معين أو فئة معينة^(٢).

ومن هنا يتضح لنا الاتفاق بين المذهب الحنفي والمالكي في نظرية الاستصلاح، فالفكرة فيهما واحدة، ولكن المذهب المالكي لتأخره عن الحنفي في التاريخ، تركزت فيه الصياغة الفنية الفقهية لقاعدة المصالح المرسلة وشرائطها، فبرزت فيه واشتهر بها^(٣).

فالفرق بين الحنفية والمالكية في هذا الموضوع إنما هو مجرد اختلاف في الاصطلاح، وقد قال ابن قدامة المقدسي في روضة الناظر: وإذا عرف المعنى فلا مشاحة في الاصطلاح، فالمذهب الحنفي دخل من باب الاستحسان إلى الاستصلاح، والمالكي بالعكس، وكل منهما اشتهر بالباب الذي دخل منه.

ثانياً: مذهب الشافعية:

اشتهر المذهب الشافعي بإنكار نظريتي الاستحسان والاستصلاح، بحجة

(١) راجع: الاعتصام، للشاطبي: ١٢٩/٢ - ١٣٥، بيروت، دار المعرفة، ١٤٠٢هـ؛
والموافقات، للشاطبي: ٨/٢ - ١٠.

(٢) راجع: الاعتصام، للشاطبي: ١٢٩/٢ - ١٣٥؛ والمستصفي، للغزالي: ٢٩٥/١ - ٢٩٦، القاهرة، المطبعة الأميرية، ١٣٢٢هـ؛ والوجيز في أصول الفقه، للدكتور عبد الكريم زيدان، ص ٢٤٢، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٧م.

(٣) راجع: الاستصلاح، لمصطفى الزرقا، ص ٦٢ - ٦٣.

أنَّ الشريعة قد تكفلت ببيان كل ما يحتاج الإنسان إلى معرفته، إما بالنص الصريح في الكتاب والسنة أو بالإشارة بطريق القياس المشروع، وأن الاستحسان لا ضابط له ولا مقيس يقاس به الحق من الباطل، فلو جاز لكل مفتي أو حاكم أو مجتهد أن يستحسن لأصبح الأمر فرطاً.

وقد عقد الإمام الشافعي في كتابه (الأم) بحثاً خاصاً سماه كتاب إبطال الاستحسان^(١) - يلاحظ أن الاستحسان في تعبير الشافعي يشمل ما يسمى في العرف الفقهي بالمصالح المرسلة والاستحسان عند الحنفية والمالكية^(٢).

يقول الشافعي - رحمه الله - في كتابه (الأم) في إبطال الاستحسان: «وكل ما وصفت، مع ما أنا ذاكر وساكت عنه اكتفاء بما ذكرت منه عما لم أذكر، من حكم الله، ثم حكم رسول الله ﷺ، ثم حكم المسلمين، دليل على أنه لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكماً أو مفتياً أن يحكم ولا يفتي إلا من جهة خبر لازم، وذلك الكتاب ثم السنة، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه، أو قياس على بعض هذا، ولا يجوز له أن يحكم ولا يفتي بالاستحسان، فإذا لم يكن الاستحسان واجباً، ولا في واحد من هذه المعاني؛ فإن قال قائل: فما يدل على أن لا يجوز أن يستحسن، إذا لم يدخل استحسان في هذه المعاني مع ما ذكرت في كتابك هذا. قيل: قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى﴾ [القيامة: ٣٦] فلم يختلف أهل العلم بالقرآن فيما علمت أن السدى الذي لا يؤمر ولا ينهى، ومن أفتى وحكم بما لم يؤمر به فقد أجاز لنفسه أن يكون في معاني السدى، وقد أعلمه الله أنه لم يتركه سدى»^(٣).

ويقول الشافعي: «فليس تنزل بالإنسان نازلة إلا وكتاب يدل عليها نصاً أو جملة»^(٤).

(١) الأم، للشافعي: ٢٩٤/٧، وما بعدها، بيروت، دار المعرفة، د. ت.

(٢) انظر: مالك، لأبي زهرة، حاشية (٣٦٨).

(٣) الأم، للشافعي: ٢٩٨/٧.

(٤) المصدر السابق نفسه.

فكلامه هذا يفيد أن مقصوده بالاستحسان الذي ينكره إنما هو المنظور فيه إلى مصلحة ليس لها شاهد من الشرع ولو جملة، وهي التي وصفها الغزالي في المستصفى (وهو يحددها ويعدها من الأصول الموهومة) بأنها: كل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود مفهوم من الكتاب أو السنّة أو الإجماع، وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع^(١).

وواضح أن كل ما كان من هذا القبيل فهو من الهوى والتشهي المنافي لمقاصد الشرع، وليس من المصالح المرسلّة بالمعنى الذي يقصده الاستصلاحيون والاستحسانيون والذي ضبطه بشروط وضوابط تجعله خاضعاً لقواعد الشرع.

والشافعي - رحمه الله - كان يذهب في اعتماده المصالح المرسلّة إلى مدى بعيد، ولم يكن ينكرها، ولكنه كان يسمي كل ذلك قياساً، إذ القياس في مفهومه هو: مطلق الاجتهاد وفق أدلة الشريعة ومقاصدها.

يقول في كتابه (الرسالة): «وقد يمتنع بعض أهل العلم من أن يسمي هذا قياساً، يقول: هذا معنى ما أحل الله وحرّم، وحمد وذم؛ لأنه داخل في جملته، فهو بعينه لا قياس على غيره، ويقول مثل هذا القول في غير هذا، فما كان فيه الحلال فأحل؛ والحرام فحرّم، ويمتنع أن يسمي القياس إلا ما كان يحتمل أن يشبه بما احتتمل أن يكون شبيهاً من معنيين مختلفين، فصرفه على أن يقبسه على أحدهما دون الآخر.

ويقول غيرهم من أهل العلم: ما عدا النص من الكتاب أو السنّة، فكان في معناه؛ فهو قياس والله أعلم^(٢).

ويقول في موضع آخر من الرسالة: «الاجتهاد أبداً لا يكون إلا على طلب شيء، وطلب الشيء لا يكون إلا بدلائل، والدلائل هي القياس^(٣)».

(١) راجع: المستصفى، للغزالي: ٢/ ٢٨٤، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د. ت.

(٢) الرسالة، للشافعي، ص ٥١٦، ٥١٧، تحقيق أحمد شاکر، ١٣٥٨ هـ.

(٣) المصدر السابق، ص ٥٠٥.

وقال إمام الحرمين في كتابه القيم (البرهان): وذهب الشافعي ومعظم أصحاب أبي حنيفة - رضي الله عنه - إلى اعتماد الاستدلال وإن لم يستند إلى حكم متفق عليه في أصل . . . ثم يقول: والمذهب الثالث - وهو المعروف من مذهب الشافعي - التمسك بالمعنى، وإن لم يستند إلى أصل على شرط قربه من معاني الأصول الثابتة. ويقول أيضاً: ومن تتبع كلام الشافعي لم يره متعلقاً بأصل، ولكنه ينوط الأحكام بالمعاني المرسلة، فإن عدمها التفت إلى أقرب الأصول شبيهاً بها كدأبه؛ إذ قال: في اشتراط النية في الوضوء قياساً على التيمم: طهارتان؛ فكيف يفترقا؟!^(١).

وقال الزنجاني في تخريج الفروع على الأصول: «ذهب الشافعي - رضي الله عنه - إلى أن التمسك بالمصالح المستندة إلى طلب الشرع - وإن لم تكن مستندة إلى الجزئيات الخاصة - جائز».

وذكر أمثلة على هذا، ثم قال: واحتج في ذلك بأن الوقائع الجزئية لا نهاية لها، وكذلك أحكام الوقائع لا حصر لها، والأصول الجزئية التي تقتبس منها المعاني، والعلل محصورة متناهية، والمتناهي لا يفي بغير المتناهي، فلا بد إذن من طريق آخر يتوسل بها إلى إثبات الأحكام الجزئية؛ وهي التمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلي وإن لم يستند إلى أصل جزئي^(٢).

ويلاحظ هنا: أن مقصود إمام الحرمين بـ(الاستدلال) في اصطلاح الشافعي (الاستصلاح)، وقد يقولون (الاستدلال المرسل) كما أن المعاني المرسلة يراد بها (المصالح المرسلة) وقد يقولون: (المناسب المرسل)^(٣).

وتوضيحاً لذلك يقول القرافي:

-
- (١) ص ١١١٤، ١١١٨، تحقيق عبد العظيم الديب، قطر، جامعة قطر، ١٤٠٠هـ.
(٢) تخريج الفروع على الأصول، ص ٣٢٠ - ٣٢٢، تحقيق د. محمد أديب صالح، ط. مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
(٣) راجع: الاستصلاح، لمصطفى الزرقا، ص ٦٨.

«المصلحة المرسلة غيرنا يصرح بإنكارها، ولكنهم عند التفرع نجدهم يعللون بمطلق المصلحة، ولا يظالبون أنفسهم عند الفروق والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار، بل يعتمدون على مجرد المناسبة وهذا هو المصلحة المرسلة»^(١).

فتبين من هذا كله أن الشافعية - بل الإمام نفسه - يحتجون بالمصالح المرسلة كحال غيرهم من الأصوليين والفقهاء، ولكنهم كغيرهم من العلماء يمنعون الاحتجاج بالمصالح الموهومة المبنية على الهوى والتشهي.

ثالثاً: مذهب الحنابلة:

على الرغم من أن أتباع الإمام أحمد لم ينصوا على اسم المصالح المرسلة في جملة ما نصوا عليه من أصوله التي اعتمد عليها في الاجتهاد، بل إنهم صرّحوا بإنكاره. يقول ابن قدامة المقدسي في كتابه (روضة الناظر) بعد ذكر المصالح المرسلة: فذهب مالك وبعض الشافعية إلى أن هذه المصلحة حجة؛ لأننا قد علمنا أن ذلك من مقاصد الشرع، وكون هذه المعاني مقصوده عرف بأدلة كثيرة لا حصر لها من الكتاب والسنة، وقرائن الأحوال وتفاريق الأمارات، فيسمى ذلك مصلحة مرسلة ولا نسميه قياساً؛ لأن القياس يرجع إلى أصل معين، والصحيح أن ذلك ليس بحجة^(٢).

فإن المذهب الحنبلي لم يكن بمنجاة عن الأخذ بها، وسبب عدم ذكرها في أصول اجتهاده أنه لم يكن بعد الاستصلاح أصلاً خاصاً، بل كان يعتبره معنى من معاني القياس.

وما يدل على أخذ أحمد وأصحابه بالاستصلاح ما نقله ابن القيم في كتابه (إعلام الموقعين)، حيث قال: «فإذا ظهرت أمارات الحق وقامت أدلة العقل،

(١) تنقيح الفصول، للقرافي: ٢/١٩٩-٢٠٠.

(٢) روضة الناظر: ٢/١٧٠، تحقيق د. عبد العزيز السيد، جامعة الإمام محمد، الرياض،

١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.

وأسفر وجهه بأي طريق كان، ثم شرع الله ودينه ورضاه وأمره»^(١).

وقوله في كتابه (الطرق الحكمية في السياسة الشرعية) نقلاً عن ابن عقيل: «فقال ابن عقيل: السياسة ما كانت فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ﷺ ولا نزل به وحى»^(٢).

ويقول في موضع آخر: «فبأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليس مخالف للدين»^(٣).

وقال في موضع آخر من كتابه (إعلام الموقعين): «وهذه نبذة يسيرة من كلام الإمام أحمد - رحمه الله - في السياسة الشرعية: قال في رواية المروزي وابن منصور: والمخنث يُنفى؛ لأنه لا يقع منه إلا الفساد والتعرض له، وللإمام نفيه إلى أي بلد يأمن فساد أهله، وإن خاف به عليهم حبسه.

وقال في رواية حنبل فيمن شرب خمراً في نهار رمضان، أو أتى شيئاً نحو هذا؛ أقيم الحد عليه؛ مثل الذي يقتل في الحرم: دية وثلاث.

وقال في رواية حرب: إذا أتت المرأة المرأة تعاقبان وتؤدبان. ونص الإمام أحمد - رضي الله عنه - فيمن طعن على الصحابة: أنه قد وجب على السلطان عقوبته، وليس للسلطان أن يعفو عنه بل يعاقبه ويستتيبه، فإن تاب وإلا أعاد العقوبة»^(٤).

وغير ذلك من النقول من كتاب (إعلام الموقعين) وغيره التي تبين لنا اعتماده على الاستصلاح على وجه الإجمال.

رابعاً: مذهب الظاهرية:

الظاهرية يرفضون القياس، فكان من اللوازم الطبيعية أن يرفضوا

(١) إعلام الموقعين: ٤/ ٣٧٢، دار السعادة، القاهرة، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.

(٢) ص ١٤، القاهرة، مطبعة المدني، ١٣٨١هـ - ١٩٦١م.

(٣) الطرق الحكمية، ص ١٥.

(٤) إعلام الموقعين: ٤/ ٣٧٧ - ٣٧٨.

الاستحسان والاستصلاح، ذلك أن أساس الفقه عندهم هو عدم تعليل نصوص الشارع^(١).

وخلاصة القول: أن جميع المذاهب الأربعة ومذهب الزيدية والإباضية يقولون بالاستصلاح، وأن الذين رفضوا الاستصلاح فإنما يقصدون به المصلحة الموهومة التي هي من قبيل الهوى والتشهي، وليست مستندة إلى مقاييس المصالح التي دلت عليها دلائل الشريعة، فالخلاف إذن في المصالح المرسله يعتبر خلافاً لفظياً في التسمية والاصطلاح.

ويمكن أن نخرج بثلاث نتائج بعد إمعان النظر في مذاهب العلماء في الاستصلاح:

أولها: أن الحكم الشرعي في معاملات الناس إذا ثبت بنص قطعي أو إجماع صريح لا يعدل عنه إلى حكم غيره، إلا إذا اقتضت لهذا العدول ضرورة؛ لأن مواضع الضرورة مستثناة بالنص، فالعدول يكون عن حكم نص إلى حكم نص.

ثانيها: أن الواقعة من وقائع معاملات الناس التي لم يثبت فيها حكم بنص قطعي ولا إجماع صريح، إذا أمكن الحكم فيها بالقياس على واقعة حكم فيها النص أو الإجماع يحكم فيها بمقتضى القياس، وإذا لم يكن الحكم فيها بمقتضى القياس يحكم فيها بما يحقق مصلحة الناس، أي: بما يدفع عنهم ضرراً أو يجلب لهم نفعاً.

ثالثها: أن تقدير الضرورة التي يعزل بها عن حكم النص في الحالة الأولى، وتقدير المصلحة التي يبنى عليها الحكم فيما لا نص فيه في الحالة الثانية؛ يجب أن يكونا من اختصاص العلماء العدول ذوي البصيرة النافذة لأحكام الشريعة ومصالح الدنيا، ولا يوكل أمر واحد منهما إلى فرد أو أفراد، فإن الهوى قد يغلب على العقل فيقدر الكمالي ضرورياً، ويقدر المتوهم قطعياً، ويقدر المفسدة

(١) راجع: الاستصلاح، للزرقا، ص ٨٧.

مصلحة، وهذا الخلاف هو الذي حمل بعض العلماء على إنكار المصالح بهذا المعنى؛ لأنها تكون حينئذ بالهوى والتشهي، فإذا أمانا من هذا الخوف ووكلنا الأمر إلى أهل العلم والفضل؛ فهو طريق الحق والسداد والصلاح في الدنيا والآخرة^(١).

* * *

(١) مصادر التشريع فيما لا نص فيه، لعبد الوهاب خلاف، مع تصرف يسير، ص ١٠٢ - ١٠٣.

المبحث الثالث

تطبيقات المصالح المرسلة في المجال الاقتصادي

لقد استحدثت وسائل جماعية كثيرة لتنمية الأموال في هذا العصر؛ من أهمها:

أولاً: الشركات الحديثة:

الإسلام دين حياة كما هو معروف للجميع، فما من كسب مشروع حلال إلا أفرته الشريعة، وما من كسب مشبوّه يقع في النزاع والجدال، ويحطم علاقات الود والتعاون بين الناس إلا حظرته، فالشريعة مع الناس يسراً وسماحة إذا تحققت مصالحهم دون تصادم بينهم، وهي لا تفرهم إذا هم أوقعوا أنفسهم في مآهات الجهالة والمنازعات والظلم والاستغلال، وعليه نظمت الشركات في الإسلام على أساس التراضي المشترك والعدل، ومراعاة المصالح والأعراف الصحيحة المشروعة، وأن الأصل في العقود هو الإباحة والحل^(١).

ومن هنا حكم كثير من الفقهاء المعاصرين بإباحة الشركات الحديثة؛ لأن المصلحة الشرعية تقتضي ذلك؛ فهي لا تخالف نصاً من كتاب أو سنة ولا إجماعاً، ولا مقصداً من مقاصد الشريعة الإسلامية، وهي في أمر ذي مناسبة معقولة، والقول بها يؤدي إلى رفع الحرج عن الناس، فتكون من باب: (ما لا يتم الواجب إلا به)، وفي إباحتها مصلحة حقيقية لا وهمية، وإباحتها مصلحة عامة لا خاصة، وبهذا توفرت شروط المصلحة الشرعية ولا يجوز بحال أن نمنع هذا النوع من الشركات إذا توفرت فيه شروط المصلحة، ولا ينبغي أن نكون أسارى للماضي فنحاول أن نقيس الشركات الحديثة على الشركات القديمة المعروفة، فالشركات

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي: ٤/ ٨٧٥، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

التي تناولها الفقهاء الأقدمون في كتبهم لا تعدو أن تكون عبارة عن الشركات التي كانت سائدة في تلك الأيام، ومعروفة لديهم آنذاك، وإذا كان الأمر كذلك فإنه ينبغي إعادة النظر في المنهج القائم عند بعض الباحثين الذي يوقف الاعتداد بمشروعية الشركات الحديثة على مدى انطباق قواعد الشركات الواردة في كتب الفقه عليها، بل يجب العودة إلى دائرة الأدلة التبعية، مثل: الاستحسان والاستصلاح والاستقراء وسد الذرائع والعرف وغيرها.

وإني على قناعة تامة لو أن هذه الشركات نشأت أيام تدوين الفقهاء تلك الشركات التي دونوها؛ لعدوها أقساماً إضافية من أقسام العقود أسوة بشركة العنان والمفاوضة والوجوه والأعمال والمضاربة^(١).

لذلك نلاحظ أن الشركات القديمة لم تثبت بإحتمالها بأدلة نصية، وإنما ثبتت إما بإجماع أو اتفاق أو أدلة عامة، فشركة العنان مثلاً سندُ جوازها الإجماع كما ذكر ابن المنذر، وشركة المفاوضة سندُ إحتمالها عند من أباحها من الفقهاء أن الناس يتعاملون بها في سائر الأمصار من غير تكبر من أحد، وهكذا شركة الوجوه وشركة الأبدان (الأعمال) وحتى شركة المضاربة سندُها الإجماع، وأما الأدلة القرآنية والنبوية فهي عامة، أقصد الأدلة القرآنية، أما الأدلة من السنّة ففيها ضعف، والإجماع قصد به الإجماع السكوتي وليس القطعي، وهذا كله يدل على أن أساس إباحة الشركات عند الفقهاء المتقدمين هو الأدلة التبعية من مصالح واستصحاب وغيرها، أو قواعد عامة أخرى.

ثانياً: استثمار الوقف والصناديق الاستثمارية ومؤسسات الزكاة وصناديق الوقف ونحوها، وتوثيق تملك العقارات والسيارات:

الوقف معقول المعنى مصلحي الغرض؛ فهو يجمع بين الهبة والصدقة، إنه قد يكون هبة وصله رحم بحسب نية الواقف والعلاقة بالموقوف عليهم، وقد يكون صدقة لوجه الله تعالى مجردة عن كل غرض، وهو في حالته يخدم

(١) راجع: الشركات الحديثة والشركات القابضة وأحكامها الشرعية، للدكتور قطب مصطفى سانو، بحث مقدّم للدورة (١٤)، المجمع الفقهي الإسلامي الدولي، بالدوحة، ٢٠٠٣ م.

المستقبل، ويدخر للأجيال المقبلة، ويحقق مصالح للأفراد الذين قد تسطو عليهم صروف الدهر فيعجزون عن العمل، أو تنضب عليهم الموارد فيجدون في الوقف عيناً مدراراً، ويحقق أيضاً مصلحة بالنسبة للأمة التي تجد في الوقف مرفقاً اجتماعياً واقتصادياً لمساعدة الفقراء والمعوزين، ومعالجة المرضى في المستشفيات الخيرية، وحفر الآبار، وغيرها من المصالح كبناء الجامعات والمدارس ونحوها^(١).

إن أصل جواز التصرف في الوقف للمصلحة حديث حسان بن ثابت - رضي الله عنه -، وهو في صحيح البخاري وغيره في شأن صدقة أبي طلحة لما نزل قول الله تعالى: ﴿لَنْ نَأْتِيَ الْقَرْحَ حَتَّىٰ تَنْفِقُوا مِمَّا حُبَبْتُمْ﴾ [آل عمران: ٩٢]، وفي الحديث: «فتصدق به أبو طلحة على ذوي رحمه، قال: وكان منهم أبي وحسان، قال: وباع حسان حصته منه من معاوية، فقليل له: تبع صدقة أبي طلحة؟! فقال: ألا أبيع صاعاً من تمر بصاع من دراهم؟!..»^(٢).

فهذا الحديث وإن كان الحافظ ابن حجر تأوله على أن الحديقة ما كانت وقفاً، أو أن الواقف أذن في بيعها عند الحاجة؛ فهي تأويلات غير ظاهرة، وابن حجر فزع مواضع من كتابه على أن حديقة أبي طلحة كانت وقفاً، والبخاري كرر ذلك في باب الوقف^(٣).

مما يدل على أنها كانت وقفاً، وكذلك استشهد العلماء بهذا الحديث في مسائل الوقف. وجواب حسان حين قيل له: أتبيع صدقة أبي طلحة؟! قال: ألا أبيع صاعاً من تمر بصاع من دراهم؟! ظاهر في أنه وقف، وأن يبيعه كان من قبيل الاجتهاد للمصلحة.

واستشهاد الحنفية لمذهب أبي حنيفة بحديث حسان - كالطحاوي وغيره - دليل على ذلك^(٤).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (١٢): ٢١٨/١، أبو ظبي.

(٢) رواه البخاري في كتاب الوصايا، باب من تصدق إلى وكيله ثم رد الوكيل إليه.

(٣) راجع: فتح الباري: ٥/٣٨٧-٣٩٦ وما بعدها.

(٤) راجع: مجلة مجمع فقه الإسلامي، عدد (١٢): ٢٢١/١.

كما أن هناك أدلة أخرى؛ مثل: حديث أهل الغار^(١) في التصرف في مال الغير بالأصلح، وما رواه أشهب في صرف غلة وقف عمر تارة تمرأ وتارة تباع بدراهم^(٢).

فالذي يظهر من النصوص الشرعية ومقاصدها العامة: أن استثمار الوقف مباح، وذلك لأن النصوص الشرعية متضاربة في أهمية المال في حياة الفرد والأمة، وتقديم المال على النفس في كثير من الآيات التي ذكر فيها الجهاد والأموال والأنفس، وذلك يدل بوضوح على وجوب العناية بالمال وثمره وتقويته حتى تكون الأمة قادرة على الجهاد والبناء والمعرفة والتقدم والتطور، حيث إن ذلك لا يتحقق إلا بالمال، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا﴾ [النساء: ٥]، فقد سمى الله تعالى المال بأنه قيام للمجتمع الإسلامي، وهذا يعني أن المجتمع لا يقوم إلا به، ولا يتحرك ولا ينهض إلا به، كما في قوله تعالى: ﴿وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا﴾، ولم يقل: منها، يدل بوضوح على وجوب الاستثمار حتى تكون نفقة المحجور عليهم من الأطفال والمجانين في الأرباح المتحققة من الاستثمار وليست من رأس المال نفسه^(٣).

ثم إن من مقاصد الشريعة الإسلامية الحفاظ على الأموال، وذلك لا يتحقق إلا عن طريق استثمارها وتنميتها، كما أن من مقاصدها تعمير الكون على ضوء منهج الله تعالى: ﴿هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكَ فِيهَا﴾ [هود: ٦١]، قد قال المفسرون في معناه: «أمركم بعمارة ما تحتاجون إليه فيها من بناء مساكن وغرس أشجار»^(٤)، وكذلك من مقاصدها الاستخلاف الذي يقتضي القيام بشؤون الأرض وتديرها والإفادة منها وتعميرها، وكل ذلك لا يتحقق على الوجه الأكمل إلا عن طريق الاستثمار^(٥).

(١) فتح الباري: ١٦/٥.

(٢) البيان والتحصيل، لابن رشد الجد: ٢٤٧/١٢.

(٣) راجع: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد (١٣): ١/٤٦٦.

(٤) تفسير الماوردي المسمى النكت والعيون: ٢/٢١٨، طبع أوقاف الكويت.

(٥) راجع: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (١٣): ١/٤٦٨، ٤٦٩.

ومن المعلوم أن عالمنا الإسلامي المعاصر يواجه مشكلات حادة في توفير متطلبات الحياة الكريمة لفئات عديدة من السكان، والأمر في حاجة إلى تحفيز الأفراد والمؤسسات للقيام بتمويل هذه المرافق الضرورية اقتصادياً واجتماعياً، وليس هناك أقوى من الحافز الديني للقيام بهذا البذل المادي دون مقابل، وقد وفر الإسلام هذا الحافز من خلال تشريعاته للصدقات والتفقات الخيرية وللوقف، والمطلوب تقديم توعية جديدة تخاطب الجميع الخطاب الملائم لكل مخاطب، توضح كل جوانب وأبعاد العملية الوقفية، بدءاً من أهميتها الدينية ثم أهميتها الاقتصادية والاجتماعية، ومن المهم قيام المؤسسات الأهلية والجهات الحكومية بإنشاء وتكوين صناديق وقفية تخدم المجتمع، وتعمل على حل مشكلاته، مثل: مشكلة العلاج، ومشكلة التعليم، ومشكلة الإسكان، ومشكلة البطالة... إلخ، وتدعو الأفراد والمؤسسات إلى الوقف فيها، وبذلك ترتشد أغراض الواقفين وتوجه ناحية الوجوه الخيرية الحقيقية، بدلاً من التوجه ناحية أغراض ومقاصد رديئة تافهة لا أثر لها في الدين والدنيا^(١).

كذلك يجوز استثمار أموال الزكاة إذا دعت الضرورة أو الحاجة إلى ذلك، كتأمين موارد مالية ثابتة للمستحقين، وتوفير فرص عمل للعاطلين عن العمل من المستحقين، فيجوز استثمارها في مشاريع إنتاجية، ويؤيد ذلك أدلة كثيرة؛ من أهمها: وقف الأراضي المفتوحة عنوة لمصلحة جميع المسلمين للحاجة، فإذا جاز ذلك جاز استثمار أموال الزكاة في مشاريع إنتاجية ووقفها على المستحقين للحاجة، فقد رأى عمر - رضي الله عنه - عدم تقسيم أراضي العراق ومصر والشام بين الفاتحين، وتركها في أيدي أهلها من أهل الذمة يزرعونها بخراج معلوم^(٢).

فالمصلحة الشرعية بضوابطها هي التي اعتمد عليها عمر - رضي الله عنه - فيما فعل، وقد قال في أهلها: «يكونون عمار الأرض، فهم أعلم بها وأقوى عليها»^(٣)، ثم قال أيضاً: «فكيف بمن يأتي من المسلمين فيجد من الأرض

(١) راجع مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (١٣): ١/ ٥٢٠، ٥٢١.

(٢) الخراج، لأبي يوسف، ص ١٤١.

(٣) المصدر السابق، ص ٢٤.

بعلو جها قد اقتسمت وورثت عن الآباء، وحيرت ما هذا برأي؟»^(١).

وهذا الفعل جائز من الإمام أو من نبيه بضوابط؛ من أهمها:

١- ألا يوجد وجوه صرف عاجلة لتلك الأموال.

٢- أن يتحقق من استثمار أموال الزكاة مصلحة حقيقية.

٣- أن تكون مجالات الاستثمار مشروعة.

٤- أن تتخذ جميع الإجراءات اللازمة بحيث لا يصرف ريعها إلا للمستحقين.

٥- أن يسبق قرار الاستثمار دراسة دقيقة من أهل الخبرة بالجدوى

الاقتصادية للمشروع الاستثماري.

٦- أن يسند الإشراف والإدارة إلى ذوي الكفاءة والخبرة.

٧- أن يعتمد قرار الاستثمار ممن له ولاية عامة.

فإذا أمعنت في هذه الشروط وجدتها ضوابط للمصلحة الشرعية في استثمار

أموال الزكاة^(٢).

ألزم ولي الأمر الناس عند تملك العقارات والسيارات بتوثيقها، وهذا الفعل من باب السياسة الشرعية قصد به حفظ صدقة الناس، ولتوثيق العقود عموماً منافع كبيرة، وقد شرعه الله لمصلحة عباده حفظاً لحقوقهم؛ فقال جل شأنه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُعِيبَ لَهُ فَاكْتُبْ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مَعَنَ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ أَن تَصِلَ إِحْدَهُمَا فَتُكْفَرَ إِحْدَهُمَا

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) راجع: أبحاث فقهية في قضايا الزكاة المعاصرة، للدكتور محمد الأشقر وآخرين:

٥٣١/٢، ٥٣٣، ٥٣٤، الأردن، دار النفائس، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

الْأَخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكْفُرُوا صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجْلِهِ ذَلِكُمْ
 أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشُّهَدَةِ وَأَذَقَ الْأَلَّ تَرَائِبُهَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا
 بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْفُرُوا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا
 شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَأَتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ
 شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿البقرة: ٢٨٢﴾ .

وقد وثق رسول الله ﷺ الكثير من معاملاته ومراسلاته، وأمر بالكتابة في
 الصلح مع المشركين، وتوالى التوثيق بالإشهاد، والكتابة منذ عهده وعهد من
 بعده ﷺ استشعاراً منهم لأهميته .

وهذه الترتيب الإدارية التي ألزم بها ولي الأمر سماها بعض الفقهاء
 المعاصرين: الشروط القانونية، وهي شروط يضعها المشرع النظامي لجلب
 مصلحة أو دفع مضرة^(١) . وهي ليست شرط صحة ولا نفاذ ولا لزوم؛ لأن هذا
 التنظيم لا ينشئ حكماً شرعياً يحل حراماً أو يحرم حلالاً، بل هو شرط يترتب عليه
 أثر قانوني، فمن خالف فإنه يعزر تعزيراً يردعه؛ لأن ولي الأمر إذا أصدر أمراً أو
 قانوناً بواجب التوثيق تصبح طاعته لازمة شرعاً؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿يَأْتِيهَا
 الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٥٩] .

والرسول ﷺ يقول في الحديث: «السمع والطاعة حق على المرء المسلم
 فيما أحب وكره، ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة»^(٢) .
 فمادام الإنسان يؤمر بمعروف فيجب أن يطيع، فالطاعة هنا لازمة وواجبة
 وتقتضيها المصلحة الشرعية بضوابطها المعروفة .

* * *

(١) راجع: الزواج في الشريعة الإسلامية، لعلي حسب الله، ص ٧٨، القاهرة، دار الفكر
 العربي، ١٩٧١ م .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه . انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر
 العسقلاني: ٧٧/١٢، مطبعة الكليات الأزهرية بالقاهرة، ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م .

المبحث الرابع

تطبيقات المصالح المرسلة في المجال الاجتماعي

من أهم تطبيقات المصالح المرسلة في الجانب الاجتماعي: اشتراط توثيق عقود الزواج والفحص الطبي قبله .

أولاً: اشتراط توثيق عقود الزواج:

اكتفى المسلمون في سابق عصورهم بعقد الزواج بألفاظ مخصوصة، وتوثيقه بالشهادة، ولم يروا آنذاك حاجة لتوثيقه بالكتابة، ومع تطور الحياة وتغير الأحوال، وما يحتمل أن يطرأ على الشهود من عوارض الغفلة والنسيان والموت، وما يقتضيه واقع الحال في تدوين كافة العقود المتعلقة بأحوال الناس وتوثيقها أصبحت هناك حاجة لتوثيق عقود الزواج بالكتابة مما اقتضى النص في العديد من القوانين على الإلزام بالتوثيق وفق تنظيم معين^(١).

وتوثيق عقد الزواج دلت السنة على وجوب توثيقه بالشهادة؛ لقول الرسول ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»^(٢).

وقد استدل جمهور الفقهاء بهذا الحديث على أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين، والعلة في وجوب الإشهاد على الزواج واضحة في كونها تدل على إظهاره وإعلانه عن طريق النقل والتسامع بين الناس، مما ينفي التهمة ويحفظ حقوق الزوجة والأولاد.

ومما سبق يظهر بجلاء أهمية التوثيق في الشريعة الإسلامية؛ سواء منه ما كان بالشهود أو بالكتابة، ولا مرأى في أن هذا التوثيق أدرى في هذا العصر الذي

(١) مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص ١٣٣ .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه: ٣/ ٢٢٦، ٢٢٧، بيروت، دار المعرفة .

تعقدت فيه المشكلات وتعددت فيه أسباب النزاع والخلاف^(١).

فالإلزام بتسجيل عقد الزواج هو من السياسة الشرعية التي يمكن لولي الأمر إلزام رعيته بها لما يراه في ذلك من مصالح^(٢).

وهذه الترتيبات الإدارية التي ألزمت بها قوانين الأحوال الشخصية ليست شرط صحة ولا نفاذ ولا لزوم؛ فهي لا تحل حراماً أو تحرم حلالاً، بل هي شروط يترتب عليها أثر قانوني لا يؤثر على صحة عقد الزواج، لكن ولي الأمر وضعها لجلب مصلحة، وهي حفظ الحقوق، ودفع مضرة، وهي الجحود والنكران.

ولولي الأمر أن يعاقب الذين لا يوثقون عقود الزواج؛ لأنهم خالفوا أمراً أوجب الله طاعته؛ لأن طاعة ولي الأمر واجبة إذا كانت في طاعة، والرسول ﷺ يقول: «إنما الطاعة في المعروف»^(٣).

إذن المصلحة الشرعية تقتضي توثيق عقود الزواج؛ لأن ذلك لا يعارض نصاً ولا مقصداً من مقاصد الشريعة الإسلامية، وهي في أمر معقول وفي حفظ ضرورة من الضروريات وهي حفظ النسل، كما أن المصلحة حقيقية وليست وهمية، وعامة لا خاصة.

ثانياً: الفحص الطبي قبل الزواج:

طراً في حياة الناس في هذا العصر نوع من الانحدار في مستوى الأمانة والصدق، ونتيجة للتقدم العلمي في حياة البشر، واتخاذ الاحتياطات الطبية اللازمة للتأكد من سلامة الزوجين من الأمراض التي كثر في هذا العصر نتيجة لتلوث البيئة، وكثرة استخدام المواد المحفوظة كيميائياً، فقد دعا هذا العديد من البلدان إلى سنّ قوانين لإجراء الفحص الطبي قبل الزواج، والإلزام به، فما موقف

(١) راجع: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص ١٣٤.

(٢) راجع: السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، لعبد الفتاح عمرو، ص ٤٣، عمان، دار النفائس، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، راجع فتح الباري، لابن حجر: ١٤٤/٢٧.

الشريعة الإسلامية من ذلك؟ .

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي أن نقسّم الأمراض التي يتم الفحص منها إلى أقسام هي :

١ - الأمراض المعدية والجنسية : مثل : الإيدز والزهري والسيلان وفيروس الكبد الوبائي المعدي والسل، ويلحق بها الأمراض الممكن اكتشافها بسهولة، مثل : اختلاف زمر الدم، فهذا النوع من وجهة نظري أنه ينبغي الإلزام بالفحص فيه، وذلك لسهولة الفحص منها؛ فالطبيب يفحص بالأشعة العادية فيعرف أن لدى المريض سل أم لا، وتحليل بسيط للدم يكشف مرض الزهري والسيلان والإيدز والملاريا والكبد الوبائي، وغيرها من الأمراض المعدية وبتكلفة معقولة جداً، ألا ترى أن الناس إذا استقدموا عمالة يقومون بإجراء الفحص الطبي من الأمراض السالفة الذكر، أفلا يكون ذلك الفحص أهم بالنسبة للزواج وخاصة أنا قد سمعنا في هذه الأيام قصصاً مروعة لفتيات بريئات تزوجن من شباب يحملون مرض الإيدز وهو أخطرهما، وحتى الأمراض الجنسية الأخرى والمعدية يخشى أن تنتقل إلى الزوجين، فيعد الإقدام على الزواج دون معرفة سابقة بهذه الأمراض ضرر، والقاعدة الشرعية تقول: (لا ضرر ولا ضرار)^(١)، والقاعدة الأخرى تقول: (الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة)^(٢).

والشريعة الإسلامية قد جاءت بحفظ الضروريات والحاجيات، ولا شك أن المصلحة الشرعية متوفرة هنا.

يقول الشاطبي في الموافقات: «والشريعة ما وضعت إلا لتحقيق مصالح العباد في العاجل والأجل، ودرء المفاسد عنهم»^(٣).

٢ - العيوب الجنسية : ويقصد بها العيوب المشتركة بين الزوجين، مثل :

(١) راجع: الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص ٨٥، بيروت، دار الهلال؛ والأشباه والنظائر، للسيوطي، ص ٨٣، بيروت، دار الكتب العلمية.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص ٨٨.

(٣) الموافقات، للشاطبي: ٦/٢، ٣٧.

الجنون الجذام والبرص . . . إلخ، أو الخاصة بالرجل؛ مثل: الجب والخصاء والعنة . . . إلخ، أو الخاصة بالمرأة؛ مثل: الرتق والقرن والعضل.

وهذه العيوب وإن كان بعض الفقهاء قد حصرها في عيوب معينة، ولكن المستقربى لكتب الفقه الإسلامي والممعن النظر في تعليقات الفقهاء لهذه الأمراض يجد أنه يمكن أن تقاس عليها عيوب أخرى لم يذكرها، علماً أن هناك من الفقهاء من صرح بعدم حصر العيوب، مثل: ابن تيمية في الاختيارات الفقهية (ص ١٣١)؛ وابن القيم في زاد المعاد (٣٣/٤)؛ ومحمد بن الحسن من الحنفية، كما ذكر ذلك صاحب بدائع الصنائع (٣٢٧/٢)؛ والسرخسي في المبسوط (٩٧/٤).

وقد ذكر ابن حزم في المحلى: أن القول بعدم حصر العيوب هو مذهب الزهري وأبي ثور ومعمر^(١).

لذا أرى أنه يجوز لولي الأمر أن يلزم المقدمين على الزواج على الفحص من هذه العيوب، أو على الأقل الإلزام بالفحص من أهمها.

فإذا كان الفقهاء قد جعلوا عقد الزواج من العقود المدنية التي يدخلها خيار العيب، وإن اختلفوا في تحديد هذه العيوب التي يفسخ بها العقد، وإذا علمنا أن كل عيب يؤدي إلى النفرة أو يمنع كمال الاستمتاع أو يمنع من الاتصال الجنسي عيب؛ فإني أرى أن هذه عيوب يفسخ بها النكاح تلافياً لهذه المشكلات المادية، والنفسية، والإنسانية، التي تصاحب هذه العيوب، فإن الفحص الطبي قبل الزواج يحافظ على كيان الأسرة من هذا الفسخ الجائر عند الغرر، سيما وأن الكشف من هذه العيوب سهل وغير مكلف مادياً، فلماذا نتنظر حتى تقع المشكلات والخلافات؟! والمصلحة الشرعية تقتضي ذلك، فإن الشريعة جاءت لجلب المصالح ودفع المفاسد، يقول العز بن عبد السلام: «الشريعة كلها مصالح: إما درء مفاسد، أو جلب مصالح»^(٢).

(١) ١١٢/١٠.

(٢) قواعد الأحكام: ٩/١.

٣ - الأمراض التي تنتشر في المجتمعات وتسمى بالأمراض السارية : مثل : مرض الثلاثيميا والأنيما المنجلية ، وهذان المرضان ينتشران بكثرة في اليونان وقبرص ومعظم البلدان العربية ، ومنها المملكة العربية السعودية ، وقد بلغ عدد المصابين بهذا المرض في المملكة العربية السعودية مليوناً ونصف مليون مصاب^(١) ؛ لذا أرى وجوب الفحص الطبي قبل الزواج من هذه الأمراض السارية وذلك لما يلي :

أ - أن إجراء الفحص الطبي يمكن أن يكشف حامل المرض بواسطة تحليل الدم والرحلان الكهربائي (Electrophoresis) وتكلفتها محدودة .

ب - أن عدد حاملي هذه الصفة الوراثية السارية كثيرون في المجتمع ، أقصد حاملي الثلاثيميا والأنيما المنجلية ، وخاصة في بلداننا العربية ، ويزداد خطر الإصابة بها عند حدوث زواج الأقارب .

ج - أن العلاج مرهق جداً وباهظ التكاليف للأسرة والمجتمع ؛ ففي سن الطفولة الباكرة (من سنة إلى ٥ سنوات) تكون التكلفة (٢٦٠٠) دولار كل عام ، وذلك بسعر عام ١٩٩٣م ، ويزداد السعر بسبب زيادة كمية العقار المعطى ، فالشخص البالغ المصاب بهذا المرض يحتاج إلى كمية أكبر يبلغ ثمنها (١٠٥٠٠) دولار سنوياً ، هذا بدون حساب تكلفة نقل الدم والمستشفيات من الأطباء والفحوصات وخلافه .

د - أن الدول التي طبقت فحص الأمراض السارية قبل الزواج ، مثل : اليونان وقبرص وكثير من الدول الأوروبية ؛ انخفضت نسبة المصابين بالثلاثيميا فيها انخفاضاً كبيراً^(٢) .

ويمكن أن يكون هذا الفحص مفيداً ومثمراً إذا ما توفرت فيه الشروط

التالية :

-
- (١) جريدة الجزيرة السعودية ، العدد (١١٢٨٥) ، بتاريخ ٢٤/٦/١٤٢٤هـ ، ص ٤ .
 - (٢) بحوث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون : ٤/١٥٤١ - ١٥٤٢ ، ١٥٦٨ ، الإمارات العربية المتحدة ، جامعة الإمارات ، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م .

١ - أن تكون نتائج الفحص سرية، ولا يطلع عليها إلا صاحبها أو من يهيمه الأمر من الجهات الصحية .

٢ - أن تكون عيادات الفحص تحت إشراف مباشر ودقيق من الدولة .

٣ - توفير العلاج اللازم لمن هو مصاب بهذه الأمراض .

فإذا كانت هذه الأمراض السارية بهذه الخطورة من حيث عدد المصابين بها وتكاليفها العلاجية الباهظة؛ فإن المصلحة الشرعية بضوابطها المعروفة تقتضي وجوب الفحص قبل الزواج من هذه الأمراض السارية، وجهة المصلحة والمنفعة غالبية جهة المفاصد والمضار في هذا الفحص .

٤ - الأمراض الوراثية التي تنتقل عبر جين واحد: وهي كثيرة، وتقدر بأكثر من ثمانية آلاف مرض حتى عام ١٩٩٨م، إلا أنها نادرة الحدوث ولا يقتصر دور الجينات على الأمراض الوراثية التي تنتقل عبر جين واحد، ولكن دور الجينات مهم جداً في أمراض كثيرة الشيع، مثل: أمراض القلب والذبحة الصدرية وضغط الدم وأنواع من السرطانات، بل لا يكاد يوجد مرض لا تلعب الجينات فيه دوراً قل أو أكثر .

أرى أنه لا يجب الفحص الطبي قبل الزواج في هذه الحالة، وذلك لما يلي :

أ - أن كثيراً من مفاهيم الجينوم البشري وحقائقه غير واضحة المعالم، وما زال الغموض يكتنف كثيراً من ماهيتها .

ب - أن نتائج الفحوصات الجينية ليست قطعية في كثير من الحالات .

ج - أن الفحوصات المخبرية لا يمكن أن تحدد وتثبت مدى الإصابة بهذه الأمراض، وإذا حدث المرض لا تدل على قوته من ضعفه .

د - أن الكثير من الأمراض الوراثية المعروفة لا تنتج بسبب الوراثة من الوالدين وإنما بسبب عوامل أخرى؛ مثل: الطفرات الجينية .

لهذا كله فإنني لا أرى الوجوب في هذه الحالة؛ لأن المشقة تجلب

التيسير^(١)، ولأن الأصل براءة الذمة^(٢).

ولأن الشريعة ما وضعت إلا لتحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم، ولأن شروط المصلحة الشرعية التي سبق ذكرها غير متوفرة في الأمراض التي تنتقل عبر جين واحد؛ لأن من المسلم به أن كل أمر من الأمور فيه جهة نفع وجهة ضرر متعادلان أو متفاوتان، فإذا كانت جهة النفع في الشيء هي غالبية فهو مصلحة، وإن اشتمل على ضرر مغلوب، وإن كانت جهة الضرر هي الغالبة فهي مفسدة، وإن اشتملت على نفع مغلوب، ولذا كان الفعل ذو الوجهين منسوباً إلى الجهة الراجحة فيه من مصلحة ومفسدة، وبهذا يتبين أن الفحص الطبي قبل الزواج في الأمراض المنتقلة عبر جين واحد غير ملائم لمقاصد الشرع، وليس لحفظ ضروري أو لرفع حرج والمصلحة وهمية لا حقيقية، وقد تفيد جماعة من الناس ولا تفيد عموم الناس.

* * *

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص ٧٦؛ والأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص ٧٤.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص ٥٢؛ والأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص ٥٩.

المبحث الخامس

تطبيقات المصالح المرسلة في المجال المهني

يشترط ولاية الأمور في جميع الدول الترخيص لمزاولة بعض المهن الخطيرة، مثل: الطب والهندسة ونظام التأمين الطبي، وولي الأمر هو الحاكم الذي يدير شؤون البلاد ويرعى مصالحها، ويمثل ولي الأمر في منح الإذن بمزاولة مهنة الطب ووزارة الصحة العامة، بحيث يتقدم الطبيب إلى وزارة الصحة، بطلب الحصول على إذن لممارسة مهنته كطبيب، فإذا رأت الإدارة المختصة بهذا الأمر في وزارة الصحة أن المتقدم مؤهل لممارسة مهنة الطب، وأن السماح له لا يعرض حياة المرضى للخطر، فإنها تمنحه إذناً لمعالجة المرضى استناداً إليه.

وإذا كان الأصل في الطبيب العارف بفنه أن يعالج المرضى ولو لم يحصل على إذن ولي الأمر، فإن اشتراط ولي الأمر لهذا الإذن تمييز العارف من الدّعي يجعل الطبيب ملزماً بتحقيقه، وحيث أصبح الإذن واجباً على الطبيب فإنه يعتبر مسؤولاً عن عدم التزامه بالحصول عليه من وزارة الصحة، ذلك أن ولي الأمر واجبه القيام بشؤون المسلمين وترتيب أحوالهم، ولا شك أنه حينما يأمر بشيء فالأصل أنه يأمر به لما فيه من مصلحة لجماعة المسلمين، فمخالفة أمره يحصل منه محظوران:

الأول: هو مخالفة لأمر من تكفل برعاية مصالح المسلمين.

الثاني: أنه تسبب في ضرر المسلمين؛ لأنه أقدم على أمر منهي عنه لإضراره بالمسلمين، وعمل ولي الأمر هذا تقتضيه المصلحة الشرعية بضوابطها المعروفة؛ وهو من باب السياسة الشرعية في إصلاح أمر الرعية، وبذلك فإن

المخالف لولي الأمر يعتبر عاصياً لله ؛ لأن طاعة ولي الأمر واجبة إذا كانت في طاعة الله^(١) .

وحصول الطبيب على إذن من ولي الأمر بممارسة مهنته أمر تقتضيه حاجة الحكومات إلى ترتيب شؤون الناس وتنظيمها، وحماية الأرواح من التعرض لما يضرها، يقول الإمام مالك: «وأرى للإمام أن ينهى هؤلاء الأطباء عن الدواء إلا طبيباً معروفاً»^(٢) .

وقد جاء في المادة الأولى من نظام مزاوله الطب البشري وطب الأسنان السعودي الصادر في ٢٦/٦/١٤١٠هـ: حظر ممارسة مهنة الطب البشري أو طب الأسنان إلا بعد الحصول على إذن من وزارة الصحة، واعتبر في حكم الإذن تعيين الأطباء من الجهات الحكومية في الوظائف الطبية، شريطة أن تقوم هذه الجهات بالإبلاغ عن البيانات اللازمة عن المعينين، واعتبر أيضاً في حكم الترخيص المؤقت موافقة الجهات المختصة على دعوة الأطباء الزائرين (م/١٣).

كما أن ولي الأمر ينظم المجال الهندسي فيما يتعلق بشروط ممارسة المهنة، وفتح المكاتب الهندسية حسبما تقتضيه المصلحة الشرعية بضوابطها المعروفة، وكذلك يقال نفس الكلام في نظام التأمين الطبي ؛ لأن الأمر لو ترك للناس لأدى إلى فساد عريض ؛ فالإهمال في المجال الهندسي بالذات جعل انهيار الأبنية والعمارات أمر معتاد في كثير من البلدان الإسلامية .

* * *

(١) راجع: التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، لقيس بن محمد آل الشيخ مبارك، ص ٢١٢، ٣١٥، طبعة سنة ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م .

(٢) الجامع في السنن والآداب والتاريخ والمغازي، لابن أبي زيد، ص ٢٣٦، تحقيق محمد أبو الأجنان وعثمان بطيخ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٣، د. ت .

المبحث السادس

تطبيقات المصالح المرسلة في مجال التنظيم والإدارة

إن كل أمر رائده العدل والمصلحة فإنه لا يعد مخالفاً للدين، بل يعد جزءاً من الشريعة ولو لم تأت به نصوصها، قال ابن القيم في الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية نقلاً عن ابن عقيل: «فقال ابن عقيل: السياسة ما كانت فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ﷺ ولا نزل به وحي»^(١).

وقال أيضاً في إعلام الموقعين: «إذا ظهرت أمارات الحق، وقامت أدلة العقل، وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثمَّ شرع الله ودينه ورضاه وأمره»^(٢)، ويقول في الطرق الحكيمة: «فبأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة»^(٣).

فهذه الأنظمة التي يسنها ولاة الأمور هي من باب السياسة الشرعية العادلة، طالما أنها لا تخالف الشريعة الإسلامية، يقول ابن القيم - رحمه الله -: «فلا يقال إن السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع، بل هي موافقة لما جاء به، بل هي جزء من أجزائه، ونحن نسميها سياسة تبعاً لمصطلحهم، وإنما هي عدل الله ورسوله»^(٤).

ونقل ابن القيم المناظرة التي جرت بين أبي الوفاء ابن عقيل وبين بعض الفقهاء... وقال الآخر: لا سياسة إلا ما وافق الشرع، فقال ابن عقيل: السياسة ما كان من الأفعال بحيث يكون الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يشرعه الرسول ﷺ ولا نزل به وحي، فإن أردت بقولك: لا سياسة إلا ما وافق

(١) ص ١٤، القاهرة، مطبعة المدني، ١٣٨١هـ - ١٩٦١م.

(٢) ٣٧٢/٤.

(٣) ص ١٥.

(٤) الطرق الحكيمة، ص ١٥.

الشرع، أي: لم يخالف ما نطق به الشرع؛ فصحيح، وإن أردت ما نطق به الشرع فغلط وتغليط للصحابة، فقد جرى من الخلفاء الراشدين من القتل والمثل ما لا يجحده عالم بالسير، ولو لم يكن إلا تحريق علي - رضي الله عنه - الزنادقة في الأخاديد، ونفي عمر نصر بن حجاج، ثم علق على هذه المناقشة فقال: «قلت: هذا موضع مزلّة أقدام، ومضلة أفهام، ومقام ضنك، ومعترك صعب، فرط فيه طائفة فغلطوا الحدود، وضيقوا الحقوق، وجرؤوا أهل الفجور على الفساد، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد، وسدوا على أنفسهم طرقاً صحيحة من الطرق التي يعرف بها المحق من المبطل، وعطلوها مع علمهم بها وعلم الناس بها أنها أدلة حق، ظناً منهم منافاتها لقواعد الشرع، والذي أوجب لهم ذلك نوع تقصير في معرفة حقيقة الشريعة والتطبيق بين الواقع وبينها»^(١).

وبهذا يتضح لنا أن تنظيم مراحل التعليم والحصول على الشهادات، والاستفادة من المناهج والأدوات الحديثة في التربية والتعليم، وسن النظم والسياسات التي تفيد الناس، ولا تتعارض مع الشرع الحنيف، مثل: قواعد المرور وسائل إثبات الشخصية وغيرها أنها من السياسة العادلة، وأنها دين ندين الله به، وأنها عدل الله ورسوله ﷺ.

ولعلّ من أهم ما نحتاج إليه في عصرنا: تقنين العقوبات التعزيرية، مثل: عقوبة أكل الربا، وأخذ الرشوة، وأكل مال اليتيم، والاعتداء على النساء والأطفال بالضرب والإهانة، ومنع الزكاة، وترك الصلاة، والاتجار في الأغذية الفاسدة والملوثة، إلى غير ذلك من الآفات والرذائل التي تنتشر في المجتمع، ولا تجد الردع الكافي، ويكتفى فيها بالوعظ والإرشاد مع علم: أن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن^(٢).

* * *

(١) إعلام الموقعين، ص ٣٧٢.

(٢) راجع: السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، للدكتور يوسف القرضاوي، ص ١٠٤، ١٠٥، القاهرة، مطبعة المدني، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

ملخص البحث ونتائجه

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده ، وبعد :
فهذه أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث ، وهي على النحو التالي :

١ - أن الشريعة الإسلامية إنما وضعت لمصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ؛ فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ؛ فهي ليست من الشريعة .

٢ - لا نزاع أن الشريعة الإسلامية شريعة دينية ودينية ، وفي مجال الدين أحكامها تعبدية كأوضاع الصلاة والصيام وغيرها من العبادات ؛ لأن عقولنا لم تتمكن من إدراك معنى معين قاطع لها ؛ فهذه الأحكام لا مجال للقياس عليها ، فضلاً عن القول بالمصلحة المرسلة فيها ، وأما الأحوال المدنية والمعاملات فهي الميدان المقبول للاجتهاد فيها عن طريق القياس والمصالح المرسلة ونحوها .

٣ - تبين أن جميع المذاهب الأربعة تقول بالاستصلاح ، وأن الذين رفضوا الاستصلاح وهم الشافعية ومن وافقهم ، فإنما يقصدون بها المصالح الموهومة التي هي من قبيل الهوى والتشهي ، وليست مستندة إلى مقاييس المصالح التي دلت عليها دلائل الشريعة ، فالخلاف إذن في المصالح المرسلة خلاف لفظي في التسمية والاصطلاح .

٤ - اشترط الفقهاء والأصوليون شروطاً للمصلحة التي يعمل بها ؛ وهي :

أ - التلاؤم بين المصلحة ومقاصد الشرع بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله ، ولا دليلاً من دلائله .

ب - أن يكون تقدير المصلحة في الأمور ذات المناسبات المعقولة ، فلا مدخل فيها للتعبادات وما جرى مجراها .

ج- أن يكون حاصل المصلحة إنما يرجع إلى حفظ أمر ضروري شرعاً، أو رفع حرج في الدين .

د- أن تكون المصلحة حقيقية لا وهمية .

هـ- أن تكون المصلحة عامة لا خاصة .

٥ - تبين من خلال تطبيقات المصالح المرسله في المجال الاقتصادي أن الشركات الحديثة إذا لم يكن فيها ما يتعارض مع مقاصد الشريعة الإسلامية، وتوفرت فيها شروط المصلحة الشرعية فهي جائزة، ولا يجوز بحال أن نمنع هذا النوع من الشركات بحجة أنها لم تكن معروفة في العصور السابقة، أو أنها لا تتطابق مع الشركات الموجودة في كتب الفقه، والفقهاء المتقدمون إنما تحدثوا وأصلوا للشركات التي كانت موجودة في عصرهم . وفي مجال استثمار الوقف والصناديق الاستثمارية تبين أن الوقف مبني على المصلحة الشرعية، وأن الصحابة والسلف فهموا هذا النهج وطبقوه تطبيقاً فعلياً .

٦ - وفي المجال الاجتماعي : تبين أن اشتراط توثيق عقود الزواج تقتضيه المصلحة الشرعية، وأنه من باب السياسة الشرعية، ولولي الأمر أن يعاقب الذين لا يوثقون عقود الزواج؛ لأنهم خالفوا أمراً أوجب الله طاعته؛ لأن طاعة ولي الأمر واجبة إذا كانت في طاعة .

وفي مجال الفحص الطبي قبل الزواج ظهر أن الأمراض المعدية؛ مثل: الإيدز والزهري ونحوهما من الأمراض المعدية ضارة، والقاعدة الشرعية تقول: (لا ضرر ولا ضرار)، ولا شك أن المصلحة تقتضي وجوب الفحص من الأمراض المعدية إذا توفرت شروط المصلحة .

وكذلك العيوب الجنسية التي توجب التفريق بين الزوجين توجب الفحص أيضاً؛ لأن الزواج من العقود المدنية التي يدخلها خيار العيب، وبالتالي فإن الفحص الطبي قبل الزواج يحافظ على كيان الأسرة من هذا الفسخ الجائر، سيما وأن الكشف من هذه العيوب سهل وغير مكلف مادياً فليمنعنا من توقع المشكلات والخلافات؟! .

هناك أمراض سارية منتشرة بكثرة؛ مثل: مرض التلاسيميا والأنيميا المنجلية؛ فالأول ينتشر بكثرة في الأعراق الإفريقية والعربية، والأنيميا المنجلية تنتشر بكثرة في دول حوض البحر الأبيض المتوسط ومنها الدول العربية، فيجب الفحص منه؛ لأنه يمكن أن يتكشف حامل المرض بواسطة تحليل الدم والرحلان الكهربائي، كما أن العلاج مرهق، والدول التي طقت الأمراض السارية قبل الزواج قد انخفضت نسبة المصابين فيها انخفاضاً كبيراً.

أما الأمراض الوراثية التي تنتقل عبر جين واحد؛ فإني لا أرى وجوب الفحص منها؛ لأنها تقدر بأكثر من ثمانية آلاف مرض حتى عام ١٩٩٨م، كما أن كثيراً من مفاهيم الجينوم البشري غير واضحة المعالم، وكذلك فإن نتائج الفحوصات الجينية ليست قطعية، وكثير من الأمراض الوراثية المعروفة لا تنتج بسبب الوراثة من الوالدين، وإنما بسبب عوامل أخرى؛ مثل: الطفرات الجينية. ومن المعلوم أن الشريعة إنما وضعت لتحقيق المصالح ودرء المفساد؛ لأن المفساد المترتبة على الفحص أكثر من المصالح فلم يجب الفحص.

٧ - وفي المجال المهني: يشترط ولاية الأمر في جميع الدول التراخيص لمزاولة بعض المهن الخطيرة؛ مثل: الطب والهندسة، وهذا الأمر فيه مصلحة لعموم الناس، وفي مخالفته محظوران، هما:

الأول: مخالفة لأمر من تكفل برعاية مصالح المسلمين.

الثاني: أنه تسبب في ضرر المسلمين بإقدامه على أمر منهي عنه لإضراره بالمسلمين.

٨ - وفي مجال التنظيم والإدارة والتعليم والتربية؛ فإن ما سن فيها من الأنظمة واللوائح تعتبر عملاً مشروعاً؛ لأن العدل والقسط من الدين، وليس مخالفة للدين، وهي موافقة للشرع طالما أنها لا تتعارض مع نصوص الكتاب والسنة ومقاصد الشرع فالسياسة الشرعية ما كانت فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يصنعه الرسول ﷺ ولا نزل به وحي.

والله أعلم، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

* * *

فهرس المصادر والمراجع

- ١ - أبحاث فقهية في قضايا الزكاة المعاصرة، د. محمد الأشقر وآخرون، الأردن، دار النفائس، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.
- ٢ - الاستصلاح والمصالح المرسله في الشريعة الإسلامية وأصول فقهها، مصطفى أحمد الزرقا، دمشق، دار القلم، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
- ٣ - الأشباه والنظائر، جلال الدين السيوطي، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت.
- ٤ - الأشباه والنظائر، ابن نجيم، بيروت، دار الهلال، د.ت.
- ٥ - أصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي، بيروت، دار الفكر، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
- ٦ - الاعتصام، الشاطبي، بيروت، دار المعرفة، ١٤٠٢هـ.
- ٧ - إعلام الموقعين، محمد بن أبي بكر بن القيم، تحقيق عبد الرحمن الوكيل، القاهرة، دار الكتب الحديثة، د.ت، القاهرة، دار السعادة، ١٣٧٤هـ-١٩٥٥م.
- ٨ - الأم، محمد بن إدريس الشافعي، بيروت، دار المعرفة، د.ت.
- ٩ - بحوث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.
- ١٠ - البرهان، إمام الحرمين، تحقيق: عبد العظيم الديب، قطر، جامعة قطر، ١٤٠٠هـ.
- ١١ - تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: د. محمد أديب صالح، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.

- ١٢ - التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، د. م.، د. ت.، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ١٣ - تفسير الماوردي المسمى النكت والعيون، الكويت، وزارة الأوقاف.
- ١٤ - الجامع في السنن والآداب والتاريخ والمغازي، ابن أبي زيد، تحقيق: محمد أبو الأجدان، وعثمان بطيخ، ط ٣، بيروت، مؤسسة الرسالة، د. ت.
- ١٥ - الرسالة، محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، د. م.، د. ت.، ١٣٥٨هـ.
- ١٦ - روضة الناظر، تحقيق: عبد العزيز السيد، الرياض، جامعة الإمام، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.
- ١٧ - الزواج في الشريعة الإسلامية، علي حسب الله، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧١م.
- ١٨ - سنن الدارقطني، بيروت، دار المعرفة، د. ت.
- ١٩ - السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، يوسف القرضاوي، القاهرة، مطبعة المدني، ١٤١٩هـ - ١٩٨٨م.
- ٢٠ - السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، عبد الفتاح عمرو، عمان، دار النفائس، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.
- ٢١ - فتح الباري، شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، القاهرة، مطبعة الكليات الأزهرية، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
- ٢٢ - الشركات الحديثة والشركات القابضة وأحكامها الشرعية، قطب مصطفى سانو، بحث مقدّم للدورة (١٤)، المجمع الفقهي الإسلامي، الدوحة، ٢٠٠٣م.
- ٢٣ - الطرق الحكمية، محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية، القاهرة، مطبعة المدني، ١٣٨١هـ - ١٩٦١م.

٢٤- الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، ط٣، بيروت، دار الفكر، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

٢٥- المستصفي، الغزالي، القاهرة، المطبعة الأميرية، ١٣٢٢هـ، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ت.

٢٦- المصباح المنير، الفيومي، د.م، د.ن، د.ت.

٢٧- مصادر التشريع فيما لانص فيه، عبد الوهاب خلاف، ط٤، الكويت، دار القلم، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

٢٨- الموافقات، الشاطبي، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، القاهرة، محمد علي صبيح، د.ت.

٢٩- النكت والعيون. انظر: تفسير الماوردي.

٣٠- الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، بيروت، مؤسسة الرسالة.

المجلات والصحف:

٣١- جريدة الجزيرة السعودية، العدد (١١٢٨٥) بتاريخ ٢٤/٦/١٤٢٤هـ.

٣٢- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، أبو ظبي، العدد ١٢، ١٣.

* * *

المصالح المرسله وتطبيقها المعاصرة

إعداد
الدكتور مصطفى صالح باجو
أستاذ الفقه والأصول بكلية الشريعة جامعة مسقط
سلطنة عمان

أهمية الاستدلال خارج النص

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وآله وصحبه ومن والاه،
وبعد :

جاءت شريعة الإسلام نظاماً شاملاً للحياة، يمتد عبر الزمان والمكان، لتظلل رايته الإنسان مهما تباينت به الحضارات، وتلونت به العادات والثقافات .

بيد أن نصوص الوحي محدودة، وحوادث الناس متجددة لا تكاد تنقضي . فاقضى الأمر ضرورة الاجتهاد لضمان تنزيل أحكام الشرع على كل الوقائع، حتى لا تند حادثه عن حكم الله، وكان الاجتهاد ميزة هذه الأمة اختصها الله به دون سائر الأمم، بما منحها من حق النظر في النصوص، تشريعاً لعقولها وتكريماً لعلمائها، وغدا الاجتهاد في متنها تجسيدا لأبرز خصائص الإسلام؛ الشمول والخلود .

وتُمثل نصوص الوحي - قرآناً وسنة - منطلق عملية الاجتهاد فهماً وتأويلاً، ثم تطبيقاً وتنزيلاً، وبما أن هذه المصادر الأساسية للأحكام لا تفي نصوصها المحدودة بحاجات الناس وتطور الزمان . فقد قرر الأصوليون أن عمل المجتهد لا يقتصر على تدبر النص وتعقل معناه في دلالاته اللفظية أو لوازمه العقلية؛ بل عليه مهمة لا تقل خطورة وأهمية عن هذه، ألا وهي تلئس الحكم الشرعي خارج إطار النص، والاستدلال عليه بما يتفق ومعالم الشرع في روحه العامة ومقاصده الكلية .

وقد اصطلح الأصوليون على تسمية الاجتهاد خارج هذه المصادر النصية بالاستدلال، أو المصادر التبعية، أو الأدلة الاجتهادية^(١) .

(١) لئن كان الاستدلال لغة: يعني طلب الدليل، أو إقامة الدليل، فقد غدا مصطلحاً خاصاً بنوع خاص من الأدلة، مما ليس بنص ولا إجماع ولا قياس .
ينظر: الأمدي، الإحكام: ١٦١/٤؛ الشماخي، مختصر العدل، ص ١٤٠؛ ابن بركة، =

ومن طرق الاستدلال المعتمدة لدى الأصوليين (المصلحة المرسلة) .

فما حقيقة المصلحة المرسلة؟ وما منزلتها ضمن مناهج المجتهدين؟ وما صلتها بنصوص الكتاب والسنة وغيرهما من أدلة الأحكام؟ وما هي ضوابطها المعتمدة لصحة الاستدلال بها؟ وما هي آثارها التطبيقية في الفقه الإسلامي؟ وما موقعها من الاجتهاد الفقهي المعاصر؟ .

هذه أسئلة يثيرها موضوع المصالح المرسلة، تحاول هذه الورقة الإجابة عن بعضها حسب المستطاع، وعلى الله قصد السبيل .

* * *

= محمد، الجامع: ١١٥/١؛ خلفان السيابي، فصول الأصول، ص ٣٥٠؛ الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ٢٠٧؛ د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي: ٧٣٣/٢ .

المبحث الأول

المصلحة المرسلّة

حقيقتها، منزلتها، حجيتها، شروطها

أولاً: مفهوم المصلحة المرسلّة:

المفهوم اللغوي: تذكر قواميس اللغة أن المصلحة كالمنفعة؛ وزناً ومعنى، ونقيضها المفسدة. يُقال: صلّح الشيء: إذا كان نافعاً ومناسباً. واستصلح الشيء: إذا تهياًً للصلاح^(١).

أما المرسل في اللغة: فهو السهل السير. يقال: ناقة مرسال، أي: سهلة السير. وأرسل الشيء: أطلقه وأهمله. وأرسلت الطائر من يدي، وأرسل الكلام، أي: أطلقه من غير تقييد^(٢).

أما اصطلاحاً: فلم يعرف مصطلح (المصالح المرسلّة) في الفقه الإسلامي أول عهده، وإنما وردت إشارات إلى المصلحة في المدونات الأولى للفقه واجتهادات الصحابة والأئمة^(٣).

ومع تنامي البحث الأصولي وتفريع المسائل في مباحث القياس، وتحديداً

(١) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب: ٥١٦/٢ - ٥١٧؛ الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط: ٢٤٣/١. مادة (صَلَحَ).

(٢) ابن منظور، لسان العرب: ٢٨٥/١١؛ الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط: ٣٩٥-٣٩٦ مادة (رَسَلَ).

(٣) من ذلك ما روي عن جابر في جواز بيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، وصدر من خلافة عمر، حتى نهاهم عمر لما سمع بكاء صبي بيعت أمه. وعقب ابن بركة على ذلك، أن عمر جمع الصحابة وشاورهم عن طريق المصلحة للرعية وأطفالها، بأن يمنع عن بيعهن، فمنع ذلك من طريق مصلحة النظر للرعية، ثم أجازها علي بعده. ابن بركة، الجامع: ٢٤٦/٢.

في مسالك العلة، عرّف الأصوليون هذا المصطلح وتحدثوا عنه في مسلك المناسب.

والمناسب أو المناسبة، هو الموافقة والملاءمة بين الوصف والحكم، أي: كون الوصف صالحاً لعلّة الحكم بظهور المناسبة؛ دون أن يردّ بها نص أو إجماع أو تنبيه^(١).

وللأصوليين تقسيمات عدة للمناسب حسب الاعتبارات^(٢)، وأهمها اعتبار الشارع، إذ ينقسم بناء على هذا الاعتبار إلى معتبر وملغى ومرسل^(٣).

١ - المناسب المعتبر: «كل وصف شهد الشرع باعتباره بأحد فروع الأحكام، بأن يورد الفروع على وفقه ومقتضاه»^(٤)؛ كتحریم المسكرات، وإقامة الحد على شاربها؛ صيانة للعقل الذي هو مناط التكليف.

ولا خلاف في جواز التعليل بالمناسب المعتبر لملاءمته قصد الشارع.

وقد فصل بعضهم أنواعه: إلى مناسب مؤثر، وملائم، وغريب. وذلك بحسب تأثير الوصف في الحكم عموماً وخصوصاً، أو عيناً وجنساً^(٥).

٢ - المناسب الملغى: وهو ما شهد الشرع بإلغائه وعدم الاعتداد به في وضع الأحكام، كإيجاب صوم شهرين في كفارة الجماع في نهار رمضان على

(١) الشماخي، أبو العباس أحمد، شرح مختصر العدل والإنصاف، دراسة وتحقيق: التيواجني، مهني بن عمر، بحث مرقون، ص ٥٦٨.

(٢) ينظر حول هذه التقسيمات: الغزالي، أبو حامد، المستصفى من علم الأصول: ٢٨٤/١، ٣١٤؛ الشماخي، شرح مختصر العدل والإنصاف، ص ٥٧٠، ٥٧٢؛ السالمي، عبد الله بن حميد، شرح طلعة الشمس على الألفية: ١٢٢/٢، ١٢٣.

(٣) ينظر: الغزالي، المستصفى: ١/١٤٤، فما بعد؛ الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم، الاعتصام: ١١٣/٢، فما بعد؛ الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ص ٣٦٧، فما بعد؛ السالمي، شرح طلعة الشمس: ١٣٨/٢.

(٤) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص ٧٤.

(٥) الشماخي، شرح مختصر العدل، تحقيق مهني بن عمر التيواجني، ص ٥٧٥؛ د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي: ٧٥٢/٢.

الغني؛ فهو مصادم للحكم الشرعي بترتيب الكفارة بدءاً بالعتق، ثم الصوم ثم الإطعام. وكالتسوية بين الذكور والإناث من الأولاد في الميراث، لمصلحة العدل، إذ هو مصادم لآية المواريث: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ [النساء: ١١]. وهذا متفق على عدم جواز التعليل به لمناقضته للنصوص^(١).

٣ - المناسب المرسل: هو وصف مناسب ترتبت عليه مصلحة العباد، واندفعت به عنهم مفسدة. ولكن لم يُعلم من الشارع اعتبار ذلك الوصف بعينه ولا بجنسه في شيء من الأحكام، ولم يُعلم منه إلغاؤه كذلك؛ فكان مرسلًا، أي: غير مقيد باعتبار ولا إلغاء^(٢).

وقد اختلف في جواز التعليل به، وعُرف بالمناسب المرسل لدى المتكلمين، كما سماه المالكية المصالح المرسلة، وخصوه بمزيد اهتمام ضمن المصادر التبعية^(٣).

وسماه الغزالي بالاستصلاح، واعتبره من الأصول الموهومة^(٤).

ثانياً: تعريف المصلحة المرسلة:

ورد في تعريف المصلحة المرسلة عدة تعاريف؛ نختار منها:

(١) الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي: ٧٥٣/٢.

(٢) السالمي، عبد الله بن حميد، شرح طلعة الشمس: ١٨٥/٢.

(٣) ينظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ٢١٢؛ الزحيلي، أصول الفقه: ٧٥٤/٢؛ علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٣م، ص ١٤٦؛ أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ص ٦٥ فما بعد.

(٤) الغزالي، المستصفى: ٢٨٤/١.

هذا بينما انفرد الشماخي على خلاف المشهور، فقصد بالمناسب المرسل المناسب الملغى، وعرفه بأنه: «ما لم يثبت اعتباره لا بالنص ولا بترتيب الحكم، ومثل له بفتوى صيام شهرين لمتتهك حرمة رمضان بالجماع؛ فهو مناسب لقصد زجر المترفين، ولكن عُلم من الشارع عدم اعتباره». فهو يقصد بعدم الاعتبار معنى الإلغاء.

ينظر: الشماخي، شرح مختصر العدل والإنصاف، تحقيق مهني التيواجني، ص ٥٧٧.

تعريف الغزالي أنها: «كل معنى مناسب للحكم، مطرد في أحكام الشرع، لا يرده أصل مقطوع به مقدّم عليه من كتاب أو سنة أو إجماع، فهو مقول به، وإن لم يشهد له أصل معيّن»^(١).

تعريف الشاطبي: «المصالح المرسلّة يرجع معناها إلى اعتبار المناسب الذي لا يشهد له أصل معيّن، فليس له على هذا شاهد شرعي على الخصوص، ولا كونه قياساً بحيث إذا عُرض على العقول تلقّته بالقبول»^(٢).

تعريف السالمي: «هي عبارة عن وصف مناسب، ترتبت عليه مصلحة العباد، واندفعت به عنهم مفسدة، لكن الشارع لم يعتبر ذلك الوصف بعينه، ولا بجنسه، في شيء من الأحكام، ولم يُعلم منه إلغاء له»^(٣).

ثالثاً: وجه الإرسال في المصلحة:

المصلحة المرسلّة في حقيقة الأمر مصلحة معتبرة شرعاً، ولكن لم يرد بخصوصها نصٌّ بعينه، فهي مرسلّة من حيث عدم التنصيص عليها بالدليل الخاص، أما من حيث كونها منفعة مقصودة للشارع، فهي مندرجة ضمن عموم الآيات الآمرة بالخير والصلاح، نحو قوله تعالى: ﴿وَأَكَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تَفْلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧]. وقوله: ﴿وَتَمَآوَأُوا عَلَى الْأَنْبَرِ وَالْفُقُورِ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدُونِ﴾ [المائدة: ٢].

وعليه فإن الإرسال في المصلحة منضبط بثلاثة قيود:

أولها: أن لا يكون لها شاهد بالاعتبار في عينها، ولا في جنسها القريب.

والثاني: أن يشهد لها الجنس البعيد، المتمثل في كليات المقاصد الشرعية.

(١) الغزالي، أبو حامد، المنخول من تعليقات الأصول، ص ٤٦٥.

(٢) الشاطبي، الاعتصام: ١١١/٢.

(٣) السالمي، شرح طلعة الشمس: ١٨٥/٢.

والثالث : أن لا يكون لها بالمقابل شاهد بالإلغاء .

- فعدم وجود شاهد بالاعتبار للمصلحة المرسله بعينها قيدٌ خرج به كل مصلحة منصوص عليها، أو مجمع عليها، إذ تغدو حينئذ مصالح معتبرة بالنص أو الإجماع .

- وعدم اعتبار الشارع لجنسها القريب، قيدٌ يخرجها عن دائرة القياس ودلالة المفهوم .

- واندراجها تحت جنس المصالح البعيدة، وهي المقاصد الكبرى للشريعة الإسلامية، يجعلها متسقة مع نسق النظام التشريعي لا تشذ عنه^(١) .

- أما عدم ورود شاهد لها بالإلغاء : فهو قيد خرجت به المصالح الملغاة، وهي كل مصلحة عارضت نصاً صريحاً أو عارضت قياساً صحيحاً؛ فهذا التعارض دليل على بطلانها؛ لأن صحة دليل المصلحة المرسله فرع عن عدم مصادمته لأي دليل شرعي أقوى منه .

يقول الفخر الرازي : «أما المناسب الذي لا يُعلم أن الشرع ألغاه أو اعتبره، فذلك يكون بحسب أوصاف أخص من كونه وصفاً مصلحياً، وإلا فعموم كونه وصفاً مصلحياً مشهود له بالاعتبار . وهذا القسم هو المسمى بـ(المصالح المرسله)»^(٢) .

رابعاً: صلة المصلحة المرسله بالحكم الشرعي:

الصلاح والفساد في الأفعال ثمرة للأحكام؛ لأن التحسين والتقيح شرعيان لا عقليان، فالمصلحة فرع عن الشرع، منه تأخذ حقيقتها ومشروعيتها، وليس العكس . وبهذا يمكن اعتبار المصلحة وجهاً آخر للحكم الشرعي، فبينهما تلازم واتصال، فحيثما وجد الحكم كانت المصلحة، وحيثما تحققت المصلحة فثم شرع الله .

(١) الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي: ٦٩١/١ .

(٢) الفخر الرازي، المحصول: ٣٢٤/٢ .

فإذا اتفقت خبرات الناس وتجاربهم مع نصوص الشارع أخذ بها، وكان النص هو المحكّم والمرجع، وإن تعارضت أهملناها لا إنكاراً لمصلحتها، بل لقصور الناس عن إدراك المصلحة الحقيقية فيها، وذلك مثل الدعوة إلى المساواة بين الذكور والإناث في الميراث مصادمة لنصوص الشارع الصريحة في قسمة الموارث، وكالدعوة إلى الاختلاط السافر بين الرجال والنساء بلا ضوابط ولا حدود. والدعوة إلى إباحة الربا لمصلحة اقتصادية يتوهمها أصحاب هذه الدعوات.

وتبقى دائرة العفو مما لم يرد فيه نص مجالاً فسيحاً لنظر أولي الرأي والاجتهاد في التعرف على المصلحة، فيؤخذ بها عندما تقتضيها العقول السليمة والأنظار الصحيحة والخبرات العادلة.

خامساً: حجية المصلحة المرسلة:

إن مما تقرر في علم الأصول مشروعية الاجتهاد المصلحي، استناداً إلى الواقع التشريعي في العهد النبوي، وعمل الصحابة، ثم بدلالة الاقتضاء العقلي لضمأن عموم الشريعة وشمولها للزمان والمكان.

وقد كان عماد النبي ﷺ في التشريع هو الوحي، متلوّاً كان أم غير متلوّ، وإذا أعوزه الأمر عمد إلى الاجتهاد، فإن كان صواباً أقرّه الله سبحانه وتعالى، وإن أخطأ صوبه القرآن.

ومن شواهد ذلك: حادثة أسرى بدر، وأخذ الفداء منهم؛ إذ عاتبه الله سبحانه وتعالى على ذلك، كما عاتبه على إعراضه عن ابن أم مكتوم رغبة في مصلحة أخرى هي إسلام كبراء قريش.

وتم تدريب الصحابة على الاجتهاد بين يدي النبي ﷺ في حوادث عديدة، وواصلوا المسيرة بعد وفاة رسول الله ﷺ، وحمل لواء الاجتهاد أجلاء الصحابة كعمر وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم، واشتهرت أقوالهم في كتب الفقه والتفسير والآثار.

ومن ذلك منع عمر سهم المؤلفه قلوبهم، لإدراكه أن علة منحهم سهماً من الزكاة هي حاجة الإسلام إليهم، لكسبهم واتقاء شرهم حين كان الدين غريباً وأهله مستضعفين؛ ولما جاء هؤلاء يطلبون سهامهم من عمر رضي الله عنه أجابهم: «ذلك إذ كان الإسلام حقيقاً، أما الآن فقد بزل»^(١).

ومن اجتهادات عمر رضي الله عنه العديدة: عدم قطع يد السارق عام الرمادة، ومنع قسمة أرض الخراج، وإنشائه الدواوين، وغيرها. ورائده في ذلك المصلحة المرسله، واستلهاً مقاصد التشريع. وقد أقره الصحابة والأمة على ذلك فكان إجماعاً.

ورغم نصاعة هذه الشواهد على اعتبار المصلحة في اجتهاد النبي ﷺ والصحابة الكرام، فإن ثمة خلافاً بين الأئمة في القضية، إذ نص جلّ الأصوليين على أن العمل بالمصلحة المرسله أمر مختلف فيه بين المذاهب، وأن الإمام مالكا انفرد بالاعتداد بها، بينما يراها الباقلاني مسلماً باطلاً^(٢)، ووقف آخرون منها مسلماً متردداً أو غامضاً^(٣). كما وضع الغزالي شروطاً مثالية لاعتمادها، حين اشترط أن تكون ضرورية؛ قطعية؛ كلية^(٤).

ولكن استقراء كتب المذاهب يظهر اعتماد الفقهاء على المصلحة في الفروع الاجتهادية، بين مقلّ ومكثر.

وقد قرر الإمام القرافي ذلك بقوله: «المصلحة المرسله غيرنا يصريح بإنكارها، ولكنهم عند التفريع تجددهم يعللون بمطلق المصلحة، لا يطالبون

(١) وجاء مشرك يلتبس من عمر مالا فلم يعطه وقال: ﴿فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ﴾.

وقال لأخرين: «إن رسول الله كان يتألفكما، والإسلام يومئذ ذليل. وإن الله قد أعز الإسلام». ينظر: د. محمد رواس قلعجي، موسوعة فقه عمر بن الخطاب، ص ٤٧١؛ وانظر أيضاً: الوارجلاني أبو يعقوب، الدليل والبرهان: ٢/٢٩٨، ٣/٢٢٧.

(٢) د. البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ص ٣٣٦.

(٣) الريسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الشاطبي، ص ٦٥.

(٤) الغزالي، المستصفى: ١/٣١١.

أنفسهم عند الفروق والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار، بل يعتمدون على مجرد المناسبة - أي: كون الشيء أنسب وأوفق - وهذا هو المصلحة المرسلة»^(١).

وقال أيضاً: «هي عند التحقيق في جميع المذاهب؛ لأنهم يقيسون ويفرقون بالمناسبات، ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار. ولا نعني بالمصلحة المرسلة إلا ذلك»^(٢).

ويوضح الإمام السالمي موقف الإباضية من المصلحة المرسلة بقوله: «وأنت إذا تأملت مذهب الأصحاب رحمهم الله تعالى، وجدتهم يقبلون هذا النوع من المناسب، ويعللون به لما دل عليه مجملاً، وإن لم يدل دليل على اعتباره بعينه أو جنسه؛ فإن الأدلة الشرعية دالة على اعتبار المصالح مطلقاً»^(٣).

وذكر السالمي من أمثلة ذلك: قضية رمي البغاة بالمنجنيق، وتهديم معاقلمهم، وإضاعة أموالهم التي تكون لهم قوة على بغيتهم. فإن القائل بهذا لا مستند له إلا القياس المرسل. وهو النظر فيما يعود نفعه للإسلام وظهور العدل. ولم يكن شيء من ذلك بعينه ولا بجنسه معتبراً بنص الشارع أو الإجماع^(٤).

ومنها ما قاله الشيخ أبو المؤثر في حرق بيوت القرامطة، وغير ذلك كثير في كتب الفقه^(٥).

فالخلاف في المصلحة المرسلة لا يعدو أن يكون خلافاً لفظياً، إذ الكل لا ينكر العمل بها متى كانت ملائمة لقصد الشارع، إلا من شذ منهم كالظاهرية والباقلاني، ولا ضمير بعد ذلك أن يلحقها بعض الفقهاء بالمصادر الاجتهادية التبعية، أو يعدها آخرون دليلاً مستقلاً ضمن مصادر التشريع^(٦).

(١) القرافي، تنقيح الفصول، ص ٢٠٠.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) السالمي، شرح طلعة الشمس: ١٤٣/٢.

(٤) المصدر السابق نفسه.

(٥) المصدر السابق: ١٤٤/٢ - ١٤٥.

(٦) د. البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٣٥٤؛ د. الزحيلي، محمد مصطفى، أصول الفقه

ونقل الغزالي هذا الاتفاق أيضاً فقال: «وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع، فلا وجه للخلاف في أتباعها، بل يجب القطع بكونها حجة»^(١).

سادساً: أدلة حجية المصلحة المرسلة:

تشهد لصحة الاحتجاج بالمصلحة المرسلة جملة من الأدلة والشواهد، نوجزها في: دليل الاستقراء، والإجماع، والعقل.

١- دليل الاستقراء:

ثبت بالاستقراء أن الشارع الحكيم قد أناط الأحكام الشرعية بعلم مناسبة لتلك الأحكام، وتلك المناسبة تتمثل في رعاية مصالح العباد؛ جلباً لنفعهم ودفعاً للضرر عنهم في المعاش والمعاد^(٢).

وقد تضافرت على ذلك نصوص الكتاب والسنة:

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾ [الأنبياء: ١٠٧]. ومقتضى الرحمة أن تجلب للمكلفين ما يحقق منافعهم، وتدرأ عنهم أنواع الشرور والمفاسد.

ومنها قوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ [البقرة: ١٨٥]. وقوله تعالى: ﴿ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحْرِمُهُمُ الْحَبَائِثَ ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

ومن السنة: قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣).

(١) الغزالي، المستصفى: ٣١١/١.

(٢) الشاطبي، الموافقات: ٢/٢.

(٣) ورد الحديث في الموطأ، كتاب الأضحية، ولفظه: «حَدَّثَنِي يَحْيَى، عَنْ مَالِكٍ، عَنْ عَمْرِو ابْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ». باب القضاء في المرفق، حديث رقم (١٤٦١)؛ سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر جاره، رقم (٢٤٤٠، ٢٤٤١): ٧٨٤/٢؛ أحمد، المسند: ٣٢٦/٥.

فما ثبت من الأحكام بالنصوص أو الإجماع وجب اتباعه لتضمنه المصلحة قطعاً، وما لم يرد فيه نص ولا إجماع اجتهدنا في توخي المصلحة وبناء الحكم عليها، إذا كانت على سنن الأحكام الشرعية المعتبرة. فإن اعتبار جنس المصالح في جملة الأحكام يوجب ظن اعتبار المصلحة في الفروع الحادثة؛ لأن العمل بالظن واجب في الشريعة^(١).

٢- إجماع الصحابة:

كان معتمد الصحابة في الحكم في الحوادث الطارئة بعد وفاة الرسول ﷺ رعاية المصلحة الراجحة، بما أدركته عقولهم، ووافق روح التشريع، دون الحاجة إلى دليل خاص على تلك المصلحة الجزئية. وحصل منهم ذلك في قضايا عديدة من غير تكبر من أحد، فكان ذلك إجماعاً منهم على اعتبار حجيتها^(٢).

ومن قبيل ذلك:

أ - جمع القرآن في عهد أبي بكر الصديق رضي الله عنه من المصاحف المتفرقة في مصحف واحد، دون سبق نظير له، وكان ذلك بإشارة من عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما استحرّ القتل بالقراء يوم اليمامة؛ خشية ذهاب القرآن بموت أهله، وتعليل عمر ذلك بقوله: «هو والله خير»^(٣).

- عهد أبي بكر بالخلافة إلى عمر بن الخطاب، مع أن النبي ﷺ لم يعهد بالخلافة لأحد من بعده، ولم يرد عنه نهى عن ذلك. فتوختى أبو بكر المصلحة وخشي على وحدة المسلمين، ونجوم فتنة أخطر مما حدث عند وفاة النبي ﷺ.

ب - مفاضلة عمر بين الناس في العطايا، خلافاً لأبي بكر الذي سوى

(١) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين: ١٤/٣؛ العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ١٢/١؛ الشاطبي، الموافقات: ١٦/٢.

(٢) عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص ٩١؛ د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي: ٧٦٣/٢.

(٣) أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت: ٦٠٧/٢.

بينهم، وأوكل أجور جهادهم إلى الله. وكان اجتهاد عمر قائماً على قوله: «لا أجعل من قاتل رسول الله ﷺ كمن قاتل معه»^(١).

ج- تدوين عمر الدواوين: لضبط الجهاز الإداري للدولة الناشئة.

د- اتفاق الصحابة على تضمين الصنّاع، مع أنهم في الأصل أمناء لا يضمنون ما تلف في أيديهم إلا بوجه تعدّد، أو تقصير في الحفظ. ووجه المصلحة حاجة الناس إلى الصنّاع، وهم في الغالب مجهولو الصنعة والأمانة، فلو لم يلزم تضمينهم لأضاعوا أموال الناس، أو لترك هؤلاء الصناعة وضاعت الحياة بالناس. فاقترنت المصلحة تضمينهم لأنه «لا يصلح الناس إلا ذاك»، كما قال الإمام علي بن أبي طالب^(٢). وبذلك تتأتى صيانة المال بما يكفل تداوله على وجه الحق، وسلطان العدل.

٣- دليل العقل:

سيل الحوادث في دنيا الناس نهر دافق، والوقائع في تجدد لا ينقطع، تبعاً لتطور الحياة وتباين المجتمعات والبلدان، ولو سُدَّ باب الاستصلاح لتعطّلت كثير من مصالح الناس، وفي ذلك إضرار بالخلق وإعنات لهم، فكان لا بد من إضفاء أحكام شرعية على النوازل المستحدثة تتلاءم ومقاصد الشريعة، لتحقيق خلودها وصلاحها لكل زمان ومكان^(٣).

سابعاً: شروط العمل بالمصلحة المرسلة:

المصلحة المعتمدة في الشرع لها ضوابط محكمة، تصونها أن تحرفها الأنظار القاصرة، أو تطوح بها الأهواء الجامحة. لذلك اشترط لها شروط دقيقة،

(١) الطحاوي، أحمد بن محمد، شرح معاني الآثار: ٣/٣٠٥، وفيه تصنيف الناس حسب سابقتهم في الإسلام، وبيان نصيب كل صنف من بيت المال؛ وانظر أيضاً: الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ٢٥١.

(٢) الإمام الشافعي، كتاب الأم: ٧/١٠٢.

(٣) الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي: ٢/٧٦٣؛ عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، ص ٩٠؛ د. زيدان، عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، ص ٢٤١.

حتى تكون على نسق المصالح الشرعية المعتمدة. وقد أسهب الأصوليون في بيان هذه الشروط تفصيلاً وتأصيلاً^(١). ولا ضير أن نوجزها فيما يأتي:

١ - ملاءمتها قصد الشارع:

ملاءمة المصلحة المرسله لقصد الشارع؛ يعني: اندراجها ضمن المقاصد الكلية التي دعت الشريعة إلى حفظها، وهي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال^(٢).

وقد خص بعضهم حفظ العرض وجعله مقصداً سادساً، بينما اعتبره الجمهور ضمن كلية حفظ النسل^(٣).

فكل ما تضمن حفظ هذه الأصول الخمسة يعد مصلحة مقصودة للشارع، وكل ما فوّتها مفسدة مردودة، ودفعها مصلحة^(٤).

وقد شرع الله لتحقيق هذه المقاصد الخمسة وسائل، تتدرج تبعاً لقوتها وأهميتها، فأعلاها الضروريات، ثم الحاجيات، ثم التحسينيات^(٥).

وقد عرّفها شيخ المقاصد الإمام الشاطبي، تعريفاً دقيقاً استفادته اللاحقون بما لا مزيد عليه:

«فأما الضرورية فمعناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجرِ مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهاجر وفوت حياة، وفي الأخرى قوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين»^(٦).

(١) حول تفصيل هذه الشروط، ينظر: د. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، وهي رسالة دكتوراه خصصت لهذا الموضوع الهام.

(٢) السالمي، شرح طلعة الشمس: ١١٩/٢ - ١٢٠؛ السيابي، خلفان بن جميل، فصول الأصول، ص ٣١٢؛ الشماخي، مختصر العدل والإنصاف، ص ٥٣.

(٣) السالمي، شرح طلعة الشمس: ١٢٠/٢.

(٤) الغزالي، المستصفى: ٤١٧/١.

(٥) الشاطبي، الموافقات: ١٠/٢؛ السالمي، شرح طلعة الشمس: ١١٨/٢ فما بعد؛ ينظر أيضاً: الزحيلي، أصول الفقه: ١٠١/٢ فما بعد.

(٦) الشاطبي، الموافقات: ١٠/٢.

«وأما الحاجيات فمعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم ترأخ دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة»^(١).

«وأما التحسينيات فمعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات؛ ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق»^(٢).

هذه الأقسام الثلاثة تشملها المصالح المرسلة؛ لأنها تنطوي على مراعاة قصد الشارع. ولا معنى لحصرها في المصالح الضرورية دون الحاجة كما اشترط الغزالي^(٣).

٢- عدم تفويتها مصلحة أهم منها:

من موازين القرآن، ضابط الترجيح عند تعارض المنافع والمفاسد، فينظر إلى الجهة الغالبة، وعند تعارض المصالح تكون الموازنة حسب المعايير الآتية:

أ- النظر في ذات المصلحة وأهميتها، فتقدم أوقاها وأعلاها رتبة. وقد أثبت الاستقراء أن الكليات الخمس متدرجة في الأهمية على هذا الترتيب: حفظ الدين، فحفظ النفس، فحفظ العقل، فحفظ النسل، وأخيراً حفظ المال^(٤). وقد شرع الجهاد رغم مضرة إتلاف النفس والمال فيه، لأن حفظ الدين مقدم على حفظ النفس^(٥).

ب- ثم يكون النظر حسب درجتها، فتقدم الضروريات على الحاجيات، والحاجيات على التحسينيات؛ لأن المصالح الضرورية هي الأصل، وما سواها

(١) المصدر السابق: ١٠/٢-١١.

(٢) المصدر السابق: ١١/٢.

(٣) الغزالي، المستصطفى: ١/٣١٠-٣١١.

(٤) الشاطبي، الموافقات: ٧/٢.

(٥) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص ٢٠٦.

فرع عنها، وإذا اختل الأصل لحقه الفرع بالتبع^(١)، لذلك أبيع كشف العورة وهو تحسيني لضرورة العلاج للحفاظ على النفس، وهو مصلحة ضرورية^(٢).

ج - إذا تساوت المصلحتان في الدرجة، كان الترجيح بينهما تبعاً لمقدار شمولهما، فتقدم أعظمهما على أخصهما؛ لأن «المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة عند التعارض»^(٣).

د - فإذا تساوت المصلحتان في جهة التعلق ومقدار الشمول كان الترجيح بالنظر إلى مآل كل منهما وثمرتها على صعيد الواقع^(٤).

فالمصالح المقطوعة الحصول، أو التي يغلب على الظن حصولها مقدّمة على المصالح الموهومة؛ لأن الشارع قد نزل الظن الغالب منزلة اليقين في فروع الأحكام. وذلك مثل: إسقاط الجنين عند تحقق وفاة الأم ببقائه في رحمها.

٣- عدم معارضتها حكماً شرعياً ثابتاً بالنص أو الإجماع:

عرّف الأصوليون النص بأنه: «اللفظ الذي لا يحتمل غير معناه أصلاً»^(٥).

فلا يجوز أن تتقدم المصلحة على نصّ قطعي الثبوت والدلالة؛ لأن ذلك دليل بطلانها، «ولا اجتهاد مع النص». وهذا معنى اشتراط أن تكون المصلحة المرسلة حقيقية لا وهمية، أي أن يتحقق مع تشريع الحكم عليها جلب مصلحة مقصودة للشارع وألا تعارض نصاً قطعياً.

أما الظاهر وهو ما احتتمل أكثر من معنى، هو في بعضها راجح، ويحتمل

(١) الشاطبي، الموافقات: ٦/٢.

(٢) المصدر السابق: ٢٣/٢؛ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص ٢٠٦.

(٣) د. البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٢١٨.

(٤) المصدر السابق، ص ٢١٧ فما بعد.

(٥) «وحكمة القطع: بأن المتكلم أراد منه مدلوله الذي دل عليه لفظه، فيبني على ذلك وجوب اعتقاده، وتفسيق من خالفه؛ لأنه رافع لمادة الاحتمال، قاطع لمحل الاجتهاد، فلا يقع معه قول بقياس، ولا تشبث بظني». ينظر: السالمي، عبد الله بن حميد، شرح طلعة الشمس: ١٦٨/١.

غيره احتمالاً مرجوحاً^(١)، فيجوز تفسيره تفسيراً مصلحياً، لتحديد أحد مدلولاته بناء على تلك المصلحة، وليس ذلك معارضة للنص بالمصلحة، بل هو اجتهاد في إطار دائرة النص ودلالة ظاهره، وكذلك كان دأب عمر رضي الله عنه في إلغاء سهم المؤلفة من الزكاة لما قوي الإسلام. وثمة مسائل عديدة في اجتهادات عمر يحسب البعض أن عمر خالف فيها النص، وهو لم يخرج عن حدوده وتفسيره تفسيراً مصلحياً^(٢).

٤- أن تكون معقولة في ذاتها:

تتجلى معقولية المصلحة حين عرضها على العقول فتتلقاها بالقبول، وذلك سائغ فيما عُقل معناه على التفصيل من قضايا العادات والمعاملات. أما العبادات المحضة فلا مجال للرأي فيها^(٣).

٥- أن تكون عامة لاجزئية:

ويتحقق ذلك بأن تجلب النفع لأكثر عدد من الناس، ولا تنحصر فائدتها في شخص أو فئة محدودة، وإلا كانت مصلحة مردودة^(٤).

ومجمل هذه الشروط يشكل المفهوم الواضح والدقيق للمصلحة، وهي أن تكون ملائمة لمقصد الشارع، ولا يتم لها ذلك إلا إن سلمت من معارضة النص والإجماع، ولم تفت مصلحة أهم منها، وكانت مما جرى على المناسبات المعقولة من العادات والمعاملات، وحققت النفع لعامة الناس.

ثامناً: تعارض المصلحة المرسلة مع النص:

رغم اشتراط عدم معارضة المصلحة لنص شرعي كي يتم اعتمادها في

(١) السالمي، شرح طلعة الشمس: ١٦٨/١؛ أطفيش، محمد بن يوسف، الذهب الخالص المنوه بالعلم القالص، ص ٨٦.

(٢) ينظر: د. البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٢٢١. وقد أفرد لها مطلباً خاصاً أسماه (الرد على من زعم أن في فقه عمر ما يخالف الكتاب)، ص ١٢٧-١٤٣.

(٣) د. الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي: ٧٩٩/٢.

(٤) عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، ص ٩٩-١٠٠.

الاجتهاد، فإن مواقف الأصوليين تباينت إزاء هذا التعارض . وإن اتفقوا على أن النصوص القطعية الدلالة لا يجوز الخروج عنها مهما ادّعي من تحقق المصلحة خارجها، - إلا قولاً شاذاً للطوفي سنعرض له قريباً - ثم كان الخلاف في النصوص ظنية الدلالة .

موقف الأصوليين من تعارض المصلحة مع النص :

أ- الفريق الأول : ينتظم هذا الفريق مذهب الشافعية والحنابلة :

وهم لا يعتدون بالمصلحة في مقابلة النص، سواء كانت دلالة قطعية أم ظنية . ومستندهم القاعدة العامة: لا اجتهاد مع ورود النص، ولا حظ للنظر عند وجود الأثر^(١) .

وتمسك المعترضون على الشافعية والحنابلة بعمل الصحابة، إذ أفتوا بناء على مراعاة المصلحة خلافاً للنصوص الظنية، واتخذوا من اجتهادات عمر معتمد هذا الاعتراض .

والحقيقة أن اجتهاد عمر تفسير مصلي للنص، وتطبيق عملي له، وفهم لروحه وجوهره . وليس تغييراً لحكم أقره الشارع، ولا نسخاً له - كما فهمه البعض -؛ لأن النسخ لا يكون إلا من قبل الشارع الحكيم نفسه؛ أما التخصيص فهو قصر النص على بعض ما يشمله لفظه على سبيل التفسير والبيان، لا على سبيل التغيير والبطلان^(٢) .

ب- الفريق الثاني : ويضم المالكية والحنفية والإباضية :

وهم يجيزون تقديم المصلحة على النص الظني :

١- المالكية :

يخصصون النص الظني بالمصلحة بشرطين :

(١) الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام: ١/ ١٣٠ .

(٢) المصدر السابق نفسه .

الأول: رجوع المصلحة الجزئية في الفرع إلى الأصل الكلي الذي شهدت له النصوص .

الثاني: عدم مصادمة المصلحة للنص القطعي، وإلا كانت مصلحة ملغاة^(١).

ونُسب للإمام مالك فتاوى غريبة فيها تقديم المصلحة على النص عند التعارض بإطلاق، حتى ادعى عليه الجويني الإفراط فيها إلى حد استحلال القتل وأخذ المال لمصالح يقتضيها في غالب الظن، وإن لم يجد لها مستنداً^(٢).

ولكن المالكية أنكروا هذه النسبة؛ فقد اعتبر القرطبي قول الجويني اجترأ ومجازفة لا سند لها في كتب المالكية. كما بين ابن دقيق العيد أنه لا شك في ترجيح مالك للمصالح على غيره من الفقهاء، ويليه أحمد بن حنبل. وهو ما زكاه القرافي والشوكاني وعمما الحكم: بأن جل الأئمة على العمل بها؛ إذ يعتبرون المناسبة، ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار^(٣).

ويقول الشاطبي: «أما قسم العادات الذي هو جارٍ على المعنى المناسب الظاهر للقول، فإنه (مالك) استرسل فيه استرسال المُدِلِّ العريق في فهم المعاني المصلحية، نعم مع مراعاة مقصود الشارع. لا يخرج منه ولا يناقض أصلاً من أصوله، حتى لقد استشنع العلماء كثيراً من وجوه استرساله، زاعمين: أنه خلع الربقة، وفتح باب التشريع، وهيهات.. ما أبعد من ذلك (رحمه الله). بل هو الذي رضي لنفسه في فقهه بالاتباع، بحيث يخيّل لبعض أنه مقلّد لمن قبله»^(٤).

وبيّن الدكتور البوطي أن ما ينسب للإمام مالك من فتاوى فيها تقديم المصلحة على النص لا يعدو أحد احتمالات ثلاثة:

-
- (١) د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي: ٢/ ٨١١-٨١٢.
 - (٢) الزركشي، بدر الدين، البحر المحيط: ٨/ ٨٣-٨٤.
 - (٣) للتوسع في بيان موقف المالكية من المصالح المرسلّة ينظر: الزركشي، بدر الدين، البحر المحيط: ٨/ ٨٣-٨٤؛ د. البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٣٣٦ فما بعد.
 - (٤) الشاطبي، الاعتصام: ٢/ ٣١١.

أ - إما أنها أحكام لم يُدقق نقلها عنه محررةً تحريراً كاملاً، فهي غير صحيحة على ظاهرها؛ وذلك كقوله بضرب المتهم بالسرقة لمصلحة الإقرار. بل هو رأي خاص بسحنون وليس رأياً لمالك^(١).

ب - وإما أنها مصالح مستندة إلى أصل شرعي متفق عليه من كتاب وسنة، أو أصل قيست عليه؛ وذلك كفتواه بعدم تحليف المدعى عليه إلا إذا كانت بينه وبين المدعى مخالطة؛ كي لا يتجرأ السفهاء على الفضلاء فيهنوهم أو يبتزوا أموالهم. وأساس هذه الفتوى عمل أهل المدينة - وهو نقل متواتر للخبر - فيقدم على خبر الواحد، وهو قول رسول الله ﷺ: «البيّنة على المدعى، واليمين على من أنكر»^(٢) (٣).

ج - وإما أنها مصالح مرسلّة غير معارضة لعموم أي نص ولا إطلاقه؛ كفتوى مالك بقتل الزنديق ولو تلفظ بالشهادة، إذ نجم قرن الزنادقة في العصر العباسي وتسترها بالشهادة للاستمرار في نشر عقائدهم الزائغة، فقتلهم لا يعارض حديث: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام، وحسابهم على الله»^(٤)؛ الذي يشمل الكافر والمنافق دون الزنديق.

(١) د. البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٣٣٧؛ ينظر أيضاً: ابن فرحون، تبصرة الحكام، ص ١٥٩.

(٢) الحديث أخرجه الترمذي، في سننه، كتاب الأحكام عن رسول الله، باب ما جاء في أن البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه، حديث رقم (١٣٤١) بسنده إلى «عمر بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه: أن النبي ﷺ قال في خطبته: البيّنة على المدعى واليمين على المدعى عليه»، وقال: هذا حديث في إسناده مقال. وفي رواية أخرى: حديث رقم (١٣٤٢): «عن ابن عباس: أن رسول الله ﷺ قضى أن اليمين على المدعى عليه»، قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم: أن البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

(٣) الزرقاني، شرح الموطأ: ١٨٥/٣؛ الباجي، أبو الوليد، المنتقى شرح الموطأ: ٢٢٤/٥.

(٤) الحديث صحيح مروى في كتب الصحاح والسنن في عشرات المواضع. منها: رواية البخاري، كتاب الإيمان، باب ﴿فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ﴾، حديث رقم (٢٥). (ترقيم البغا).

٢- الحنفية :

الحنفية - عند التحقيق - كالمالكية، يخصصون بالمصلحة نصوص الكتاب والسنة الظنية الدلالة، إذا كانت المصلحة قطعية وملائمة لقصد الشارع^(١).

ومن فروع الفقه الحنفي: قبول شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه إلا النساء، فخصصوا بذلك آية الشهادة: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ رَضَوْنَ مِنْ أَلْشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].
وبتخصيص النص بهذه المصلحة حفظت الحقوق من الضياع^(٢).

٣- الإباضية :

يتفق الإباضية مع الجمهور في سلوك منهج وسط في تفسير النصوص المحتملة تفسيرها تفسيراً مصلحياً، على ضوء المقاصد الشرعية، والضوابط اللغوية، والقرائن الحالية.

وينص الوارجلاني على أن الرأي قد يقضي على الكتاب والسنة، مع أنهما أصل له، لكنه لا يعني بذلك إلغاء مدلول النص وإبطاله؛ إذ لا اجتهاد مع النص، بل يعني بيان معناه وتحقيق مناطه أثناء التطبيق.

ومن فروعهم الفقهية في تفسير النص وفق المصلحة :

- جواز التسعير إذا دعت الضرورة والمصلحة إلى ذلك: فقد ذكر ابن بركة أن ليس للإمام أن يسعر على الناس أموالهم، ولا أن يجبرهم على بيعها بغير طيب نفس منهم؛ لا تمتاع النبي ﷺ عن التسعير - حين غلت الأسعار وطلب منه الصحابة وضع حد لها بالتسعير - فقال: «إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ، الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّزَّاقُ، وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى رَبِّي وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يَطْلُبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ»^(٣).

(١) د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي: ٢/٨٠٢-٨٠٣.

(٢) الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام: ١/١٣٤-١٣٥.

(٣) الترمذي، السنن، كتاب البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في التسعير، حديث رقم (١٣١٤).

ولتحريم الله أكل المال بالباطل: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَحْرَةً عَنْ تَرَاحٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. ولكن إذا بلغت حاجة الناس إلى الطعام حد الضرورة، جاز للإمام أن يسعر لهم بالثمن الذي يكون عدلاً، ويجبرهم على ذلك^(١).

يقول الوارجلاني بعد أن ساق نماذج من اجتهادات عمر رضي الله عنه في تطبيق النصوص وتفسيرها تفسيراً مصلحياً: «فإذا ساغ هذا كله لعمر بن الخطاب رضي الله عنه وقد صادم القرآن والسنة، فلم لا يسوغ لأهل آخر الزمان من المسلمين؟!»^(٢).

- وفي نكاح المعتدة: حكم عمر رضي الله عنه أن من نكح معتدة ودخل بها فُرِّقَ بينهما فراقاً مؤبداً، وإن لم يدخل بها فُسِّخَ النكاح واعتدت بقية عدتها، ثم صار واحداً من الخطأب^(٣).

وتحريم المنكوحه في عدتها قول الإباضية، وهو قول عدد من الصحابة تأييداً لفعل عمر؛ إذ رآه صلاحاً للرعية فلم ينكروا عليه. «فإذا ترك المسلمون النكير على الإمام، فإن حكمه في حادثة كان أثراً يُعمل به، ويُعتمد عليه»^(٤).

- كما حكم الإباضية على من هَوِيَ امرأة فقتل زوجها: أن المرأة تحرم عليه، قياساً على قاتل وارثه ليرثه، أنه يُحرم من الميراث، وسدّاً لذريعة الفساد. وزاد آخرون فيمن خيَّب امرأة على زوجها: أنها تحرم عليه. ورائدهم في ذلك أيضاً تحقيق المصلحة^(٥).

(١) ابن بركة، أبو محمد، الجامع: ٦٠٤/١.

(٢) الوارجلاني، أبو يعقوب يوسف بن إبراهيم، الدليل والبرهان، طبعة حجرية: ٩٩/٣.

(٣) المدونة الكبرى: ٢٣/٢.

(٤) ابن بركة، الجامع: ١٣٩/٢؛ ابن خلفون، أبو يعقوب يوسف، أجوبة ابن خلفون،

ص ٤١.

(٥) الوارجلاني، العدل والإنصاف: ٣٤٦/٣.

ج - الفريق الثالث : موقف نجم الدين الطوفي من تعارض المصلحة مع النص :

لا تخلو كتب الأصول والدراسات الحديثة^(١) من تفصيل القول في نظرية الطوفي في المصلحة عند الحديث عن حكم تعارض المصلحة مع النص، وجواز تخصيصه بها؛ لطرافة ما نسب إليه مما يعد نشازاً عن موقف الجمهور^(٢).

ويتلخص رأي الطوفي بخصوص المصلحة في ترتيبه أدلة الشرع إلى مراتب، أقواها: النص والإجماع، ثم هما إما أن يوافقا رعاية المصلحة أو يخالفها، فإن وافقا فيها ونعمت، ولا نزاع. وإن خالفها وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما، بطريق التخصيص والبيان لهما، لا بطريق الافتتاح عليهما والتعطيل لهما^(٣). كما صرح الطوفي أن المصلحة أقوى دليلاً من النص والإجماع^(٤).

يقول الطوفي: «واعلم أن هذه الطريقة التي ذكرناها مستفيدين لها من الحديث المذكور: «لا ضرر ولا ضرار»^(٥)، ليست هي القول بالمصالح المرسلة على ما ذهب إليه مالك، بل هي أبلغ من ذلك، وهي التعويل على النص والإجماع في العبادات والمقدّرات، وعلى اعتبار المصالح في المعاملات وباقى الأحكام»^(٦).

وقد انتقد بعض الباحثين نسبة القول بتقديم المصلحة على النص إلى

-
- (١) ينظر مثلاً: د. مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي؛ د. البوطي، ضوابط المصلحة، ص ١٧٨-١٨٨؛ د. حسان، حسين حامد، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي؛ عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، ص ٩٧.
 - (٢) بيّن الطوفي نظريته في كتاب له، شرح فيه الأربعين النووية، عند شرحه لحديث (لا ضرر ولا ضرار)، وقد حققها الدكتور السايح، أحمد عبد الرحيم، في كتاب: رسالة في رعاية المصلحة.
 - (٣) د. مصطفى زيد، المصلحة في الشريعة، ص ١٧.
 - (٤) المصدر السابق، ص ١٨.
 - (٥) سبق تخريجه.
 - (٦) الطوفي، نجم الدين سليمان بن عبد القوي، رسالة في رعاية المصلحة.

الطوفي، وشكك فيها، ولكن شرح الطوفي لمختصر الروضة ينفي هذا الشك؛ حيث يقول فيه: «أما تعيين الصوم في كفارة رمضان على الموسر فليس يبعد إذا أدّى إليه اجتهاد مجتهد، وليس ذلك من باب وضع الشرع بالرأي، بل هو من باب الاجتهاد بحسب المصلحة، أو من باب تخصيص العام المستفاد من ترك الاستفصال في حديث الأعراب، وهو عامٌ ضعيف فيُخص بهذا الاجتهاد المصلحي المناسب. وتخصيص العموم طريق [متَّبِع]، وقد فرَّق الشرع بين الغني والفقير في غير موضع، فليكن هذا من تلك المواضع»^(١).

ورأي الطوفي هذا خروج على إجماع العلماء^(٢)، وهو رأي واضح البطلان، لا يحتاج إلى رد واحتجاج بعد أن قدم آراء الرجال على كلام الله والرسول، وصادم صريح الآية الكريمة: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُمِئِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا﴾ [الأحزاب: ٣٦].

* * *

(١) الطوفي، نجم الدين سليمان بن عبد القوي، شرح مختصر الروضة: ٣/٢١٦.

(٢) د. البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٢٠٢.

المبحث الثاني

تطبيقات المصلحة المرسلة

تمهيد: تحديد مجالات المصلحة:

لا تعدو المصلحة في تطبيقاتها أحد قسمين:

أولهما: أمور متعلقة بالدين من عبادات ومعاملات لم ينص الكتاب أو السنة عليهما، لارتباطهما بمصالح غير ثابتة مع الزمن؛ فمثل ذلك مما ترك المجال فيه على أساس الاجتهاد بما له من شروط وضوابط معروفة.

ودليله إقرار رسول الله ﷺ لمعاذ بن جبل حين أرسله إلى اليمن.

ثانيهما: قضايا دنيوية محضة لا صلة لها بشؤون التعبد، كشؤون الصناعة والفلاحة والزراعة؛ لأنها قائمة على التجارب والخبرات البشرية، وقد أوكل الله شأنها إلى أنظار الناس وعقولهم، وما تقودهم إليه التجربة والاختبار، والنظر والاستبصار. وهذه ينتظمها حديث رسول الله ﷺ: «أنتم أعلم بأمر دنياكم»^(١) (٢).

وسنبسط القول في تطبيق المصالح المرسلة في قضايا متقاة، بعضها ينتظمها قسم العبادات، وأخر في قسم المعاملات.

أولاً: تطبيق المصالح المرسلة في العبادات:

١ - البدعة والمصالح المرسلة:

مما ثار حوله جدل قديم بين المسلمين ولا يزال، قضية البدعة والمصلحة

(١) لفظ الحديث في صحيح مسلم: «عَنْ أَنَسٍ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَرَّ بِقَوْمٍ يُلْقَهُونَ، فَقَالَ: لَوْ لَمْ تَفْعَلُوا لَصَلَحَ، قَالَ: فَخَرَجَ شَيْصاً فَمَرَّ بِهِمْ، فَقَالَ: مَا لِنَخْلِكُمْ؟ أَمْ قَالُوا: قُلْتَ كَذَا وَكَذَا، قَالَ: أَنْتُمْ أَعْلَمُ بِأَمْرِ دُنْيَاكُمْ»، كتاب الفضائل، باب وجوب امتثال ما قاله شرعاً، حديث رقم (٢٣٦٣).

(٢) ينظر: د. البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٦٨، ٦٩.

المرسلة، وما العلاقة بينهما؟ وهل يمكن أن يوصف الشيء بأنه بدعة وأنه مصلحة في وقت واحد؟ أم أن الأمرين متباينان، بينهما برزخ لا يبغيان.

من الثابت في السنة نهي النبي ﷺ عن الابتداع في الدين، في الحديث المشهور: «ألا وإن كل محدثة بدعة، وكل بدعة ضلالة»^(١).

ويعرف الشاطبي البدعة بأنها: «طريقة في الدين مخترعة، تضاهي الشرعية، يقصد بالسلوك عليها المبالغة في التعبد»^(٢). ويقول: «إن الشارع توسع في بيان العلل المتعلقة بباب العادات بحيث إذا عُرِضت على العقول تلقَّتها بالقبول. ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد فيها اتباع المعاني، لا الوقوف على النصوص، بخلاف باب العبادات»^(٣).

ومن ثمَّ عمد جمهور الفقهاء إلى إغلاق باب الاجتهاد المصلحي في العبادات، وحصروا مجال العمل بالمصلحة المرسلة في العادات والمعاملات وما جرى مجراها من مصالح الخلق ومعايشهم. أما العبادات فإنها غير معقولة المعنى، والاستصلاح فيها تقدم على الله ورسوله، وابتداع في الدين، وانحراف عن هدي النبي الأمين ﷺ.

لأجل هذا حمل الشاطبي بشدة في كتابه (الاعتصام) على من توسع في باب العبادات، حرصاً منه على تنقية الشريعة مما لحق بها من إضافات متراكمة عبر القرون بدافع المبالغة في التعبد، ويدعوى اغتنام الفضل والقربة إلى الله. وهو ما تجلت آثاره في سلوك بعض المتصوفة حين نأوا عن الهدى النبوي، ورفعوا أروادهم الرتبة فوق السنن، واشتط بعضهم فضلها على الفرائض.

ولا يتسع مقام هذه الورقات لتفصيل الموضوع ومناقشته، وإنما يعيننا من تحليل الشاطبي للموضوع الإشارة إلى تقسيمه البدعة إلى حقيقية وإضافية.

(١) صحيح مسلم، كتاب الجمعة، باب تخفيف الصلاة والخطبة، حديث رقم (٨١٧).

(٢) الشاطبي، الاعتصام: ٣٧/١.

(٣) المصدر السابق: ٢/٢٣٣.

فالبدعة الحقيقية هي التي لم يدل عليها دليل شرعي من كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا استدلال معتبر عند أهل العلم، لا في الجملة ولا في التفصيل. فهذه ترد على صاحبها ولا كرامة، وهي التي يتحقق فيها النهي النبوي بصورة لا ريب فيها ولا غموض.

أما البدعة الإضافية فلها دليل قائم من جهة الأصل، ولكن لم يقم دليل عليها من جهة الكيفيات أو الأحوال أو التفاصيل^(١).

وقد أقر الشاطبي هذا النوع متى توفرت فيه ضوابط محددة تجعله مندرجاً في عموم المنتدوبات والنوافل، دون أن يضاهي السنن والواجبات. وضرب لذلك أمثلة، منها: جمع عمر رضي الله عنه الناس في المسجد على صلاة التراويح^(٢). فمن أباح هذه المستحدثات في شؤون العبادات استند فيها إلى هذا الاعتبار، وقال: هي مصلحة مرسله أو بدعة حسنة.

هذا من حيث الزيادة على العبادات الشرعية المرسومة، ثم إن ثمة اعتباراً آخر في العبادات كان محل خلاف، وهو أخذ الأجرة عليها، إذ اعتبره فريق من العلماء باطلاً وأمرأ مبتدعاً في الدين، يخالف النصوص المحذرة من ابتغاء عرض الدنيا بآيات الله؛ لأن القصد من العبادات الأجر الأخروي لا المتاع الدنيوي.

كما أن أخذ الأجرة على العبادات مخالف لما كان عليه الصدر الأول زمن الرسالة والصحابة، لورود النهي عن أخذ الأجرة عن القربات الواجبة.

ولكن عدم تخصيص أجرة للقائمين على هذه الوظائف، اكتفاء بالأجر الأخروي، يحصرها في دائرة التطوع، وهذا مدعاة لأن يرغب الناس عنها مما يفضي إلى تضييع معالم الدين، لذلك جنح فريق من الفقهاء إلى جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، وعلى إقامة شعائر الإسلام من تعليم علومه ومن الأذان والإقامة والإمامة، إذا كان انصراف المكلف لذلك يحبس عنه طلب قوت عياله؛

(١) المصدر السابق: ٢٨٦/١.

(٢) المصدر السابق: ٣٢٢/١.

وإضاعة حقوقهم^(١)، وقد ورد في الأثر: «كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يعول»^(٢).

فتخصيص أجره للقائمين على تلك المهام عمل بالمصالح المرسله وحفاظ على معالم الدين وتعاليمه من الضياع، ولا يخفى أن غلبة الجهل موت للدين، وعود إلى الضلال، وخروج من النور إلى الظلمات.

٢- إخراج العين أو القيمة في بعض الواجبات:

اختلفت آراء الفقهاء في كيفية أداء بعض الواجبات، من مثل صدقة الفطر، وكفارات الإطعام، وإخراج الزكاة من جنس المزكى.

فمن غلب النص تمسك به، وألزم المكلف الإطعام من أوسط ما يطعم أهله، والزكاة من جنس المال المزكى من الثمار والحبوب. ومن غلب المصلحة أجاز إخراج القيمة في الكفارات والزكاة.

ومن منع القيمة اعتبر ذمة المكلف غير بريئة، بل تظل مشغولة حتى يخرج ما وجب بالنص.

ويوضح الشيخ أحمد الخليلي القضية بأن: «من ترجح عنده جانب التعبد على جانب المصلحة شدد في المسألة، وألزم أن يكون المدفوع من جنس المال الواجب زكاته. كما يتقيد في أداء الصلاة بمواقيتها وعدد ركعاتها وسائر ما فرض فيها من قول وعمل. وكما يتقيد في الصيام بزمنه المحدود وأحكامه المشروعة. وكما يتقيد في الحج بمشاعره المعلومة وسائر أحكامه المرسومة...»

ومن ترجح عنده جانب المصلحة التي من أجلها شرعت الزكاة، ورأى أنها تتحقق بدفع البديل عن الجنس، كما تتحقق بدفعها من الجنس نفسه، تسامح في إعطاء البديل عن الجنس، لأن الغاية التي شرعت من أجلها تتحقق بهذا العطاء، سواء روعي في ذلك جانب المعطي وهو تطهير نفسه من رجس الشح، وتخليصها

(١) ابن بركة، أبو محمد، الجامع: ٣٩٢/٢.

(٢) رواه البيهقي في السنن الكبرى، برقم (٩١٧٦): ٥/٣٧٤.

من آثار حب المال، وغرس الفضائل والقيم فيها بالتعويد على البر والإحسان، أو روعي جانب المعطي وهو ذو الخصاصة، والمصلحة في جانبه هي دفع الخصاصة عنه، وإذهاب آثار الحقد والحسد والكراهية عنه.

وممن قال بعدم جواز إخراج القيمة: الشافعي وأحمد والمالكية وبعض الإباضية، بينما ذهب الحنفية وفريق من الإباضية إلى جواز ذلك^(١).

قال الإمام نور الدين السالمي: «ثم اختلف هؤلاء؛ فقال بعضهم: لا يعطى فيها غير الذهب والفضة، وقال الأكثر منهم: يعطى باعتبار القيمة والعروض وغيرها، كالتمر والزبيب عن الحب»^(٢).

ويرى الإمام السالمي: أن أساس المسألة اختلافهم في ترجيح أحد الأصلين المتقدم ذكرهما، «فمن قال: إنها عبادة، قال: إن أخرج من غير تلك الأعيان لم تجز، لأنه أتى بالعبادة على غير الجهة المأمور بها، فهي فاسدة. ومن قال: هي حق للمساكين، لا فرق عنده بين القيمة والعين»^(٣).

ثم ذكر إثر هذا مناقشة للمانعين؛ ملخصها: أنه بثبوت مشروعية الزكاة لأجل الأصلين المذكورين لا ينبغي أن ينسى أدقهما من أجل أجلاهما، فلعل الأذى هو الأهم، فإن سد خلة المحتاج أسبق الاعتبارين إلى الأفهام، وجانب التعبد في اتباع التفاصيل مقصد شرعي، وباعتباره صارت الزكاة قرينة للصلاة والحج في كونها من مباني الإسلام. وما من شك أن على المكلف جهداً في تمييز أجناس ماله، وإخراج حصة كل مال من نوعه وجنسه وصفته.

ويدل على أن التعبد مقصود بتعيين الأنواع أن الشرع أوجب في خمس من الإبل شاة، فعدل عن الإبل إلى الشاة لا إلى النقيدين أو التقييم. وإن قُدِّرَ أن ذلك لقلة النقود في أيدي العرب؛ فهو مدفوع بذكره عشرين درهماً في الجبران مع

(١) السالمي، عبد الله بن حميد، معارج الآمال على مدارج الكمال: ٢٠٨/١٦؛ ينظر أيضاً: الجصاص، أبو بكر، أحكام القرآن: ٦٤٥/٢؛ الباجي، المنتقى: ١٢٧/٢.

(٢) السالمي، معارج الآمال: ٢٠٨/١٦.

(٣) المصدر السابق: ٢٠٩/١٦.

الشاتين، فلمَ لم يذكر في الجبران قدر النقصان من القيمة؟ وما الداعي لتغييره بعشرين درهماً والشاتين إن كانت الشياب والأمتعة في معناها؟ .

وأجاب الإمام السالمي عن هذا كله بأن تخصيص الزكاة بأعيان الأموال إنما هو تسهيل على أرباب الأموال، لأن كل ذي مال يسهل عليه الإخراج من النوع الذي في يده، ثم إن الأمر بالأداء إلى الفقير إيجاب للرزق الموعود بخلاف الهدايا والضحايا، فإن المستحق فيه إراقة الدم، وهي لا تعقل. ووجه القربة في المتنازع فيه سدخلة المحتاج، وهو معقول.

على أن ذكر الدراهم في الجبران يدل على جواز إعطاء القيمة عن الغير، إذ لولا ذلك لكان الجبران من جنس المال، كما وجب في الخمس من الإبل شاة^(١)»^(٢).

هذا ما يدعوننا إلى ترجيح قول من رأى جواز إخراج القيمة نظراً للمصلحة، ولأن كثيراً من الفقراء يحتاجون إلى المال لسد بعض حاجاتهم وديونهم، وإعطاؤهم القوت قد يفوت هذه المصلحة، فضلاً عن اختلاف حاجات الناس للأقوات، ولربما اجتمع في بيت فقير صدقات متعددة كلها من طعام واحد، فيضطر إما إلى تخزينها، أو بيعها بأبخس الأثمان، حتى يقضي حاجاته الضرورية، وفي ذلك إضاعة للمال، وتفويت لبعض فوائد تلك الصدقات، ولو أُعطيها مالا لاستفاد منها على أحسن الوجوه. ولتحقق المقصد الشرعي من إيجاب هذه الكفارات والزكوات.

٣- حدود التأسي برسول الله ﷺ في المظهر :

ورد عن النبي ﷺ أحاديث تأمر باتباعه في هيئته من توفير اللحي وقص الشوارب، كما قال: «أحفوا الشارب واعفوا عن اللحي»^(٣). وعلل النهي بكراهة

(١) المصدر السابق: ١٦/٢١٠-٢١١.

(٢) أحمد بن حمد الخليلي، بحث حول توظيف الزكاة في المصالح العامة، مقدم لندوة الزكاة، مؤسسة آل البيت، أعمال الندوة، ص ٣٤٤-٣٤٦.

(٣) ورد الحديث بروايات عديدة، وألفاظ مختلفة، ولفظه في البخاري: «عَنِ ابْنِ عُمرَ عَنِ =

التشبه بالمشركين والمجوس^(١). وقال أيضاً: «من تشبه بقوم فهو منهم»^(٢).
وأمثال ذلك.

فما حدود التأسي بالنبي ﷺ؟ أفي كل شيء أم في إعفاء اللحية فقط؟.

وما حدود المخالفة لأهل الكتاب؟ أفي كل شيء أم في مجال محدد؟ وما حكم الألبسة الحديثة المستوردة أو المنسوجة على النمط الغربي؟ هل تخضع للنص أم للقواعد الشرعية، أم للعرف أم للأذواق الخاصة؟.

وقبل تفصيل القضية نذكر بإجماع العلماء على أن اتباع النبي ﷺ في ذلك قربة مأجور عليها، كما أن الجمهور على أن إعفاء اللحية من سنن الفطرة الواجبة^(٣)، لصدور الأمر الصريح بذلك، وهو أمر لم تصرفه قرينة عن الوجوب، وقد أطبق على الأخذ به الصحابة والأئمة عبر العصور فكان إجماعاً.

= النَّبِيُّ ﷺ قَالَ: خَالِفُوا الْمُشْرِكِينَ؛ وَفَرُّوا اللَّحَى، وَأَخْفُوا الشَّوَارِبَ. وَكَانَ ابْنُ عُمَرَ إِذَا حَجَّ أَوْ اعْتَمَرَ قَبِضَ عَلَى لِحْيَتِهِ فَمَا فَضَلَ أَخَذَهُ، كِتَابَ اللَّبَاسِ، بَابِ تَقْلِيمِ الْأُظْفَارِ، حَدِيثٌ رَقْمٌ (٥٥٥٣)؛ وَرَوَايَةٌ مُسْلِمٌ: «عَنِ ابْنِ عُمَرَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: خَالِفُوا الْمُشْرِكِينَ، أَخْفُوا الشَّوَارِبَ وَأَوْفُوا اللَّحَى»، كِتَابِ الطَّهَارَةِ، بَابِ خِصَالِ الْفِطْرَةِ، حَدِيثٌ رَقْمٌ (٢٥٩).

(١) منها رواية مسلم: «جُرِّوا الشَّوَارِبَ، وَأَزْحُوا اللَّحَى، خَالِفُوا الْمُجُوسَ»، كِتَابِ الطَّهَارَةِ، بَابِ خِصَالِ الْفِطْرَةِ، حَدِيثٌ (٢٦٠).

(٢) سنن أبي داود، كتاب اللباس، باب في لبس الشهرة، حديث (٤٠٣١).

(٣) «في الصحيحين من حديث ابن عمر: الأمر بذلك (اعفوا اللحى)، وفي رواية (أوفوا) وفي رواية (وفروا)... واستدل به الجمهور على أن الأولى ترك اللحية على حالها، وأن لا يقطع منها شيء، وهو قول الشافعي وأصحابه، وقال القاضي عياض: يكره حلقها وقصها وتحريقها. وقال القرطبي في المفهم: لا يجوز حلقها ولا نتفها ولا قص الكثير منها، قال القاضي عياض: وأما الأخذ من طولها فحسن. قال: وتكره الشهرة في تعظيمها، كما يكره في قصها وجزها. قال: وقد اختلف السلف: هل لذلك حد؟ فمنهم من لم يحدد شيئاً في ذلك، إلا أنه لا يتركها لحد الشهرة ويأخذ منها. وكره مالك طولها جداً. ومنهم من حدد بما زاد على القبضة فيزال، ومنهم من كره الأخذ منها إلا في حج أو عمرة» ينظر: عبد الرحيم بن حسين العراقي، طرح الثريب، طبعة دار إحياء الكتب العربية: ٧٣/٢.

ويؤكد هذا ما ورد من نهى النبي ﷺ عن التشبه باليهود والنصارى، والأمر بمخالفتهم، ابتغاء تميز المسلمين في هيئاتهم ومظهرهم، كما تميزوا في دينهم ومعتقدهم عن أهل الكتاب.

ثم ظهر اليوم من يدعو إلى اعتبار هذه التعاليم مجرد إرشادات خاضعة للعرف الاجتماعي، وأنه لا ضير من مخالفتها، لأن الأعراف تتبدل وتتغير؛ فكان من المصلحة اتباع الوضع السائد وعدم إظهار المخالفة والشذوذ عن مألوف الناس، وعمدة هؤلاء المصلحة المرسلة، ورعاية الأعراف السائدة.

وهذا كلام لا يسلم به على عمومه؛ لأن العرف المخالف للنص مردود، وذلك كالأمر بإعفاء اللحي الثابت بنصوص عديدة، فلا يؤبه بالأعراف المناقضة لهذه النصوص، أما نوع اللباس وهيئاته وضوابط الصلوات والمعاملات والعلاقات الاجتماعية فأمرها موكول لتغير الأعراف والأزمان، شريطة أن تنضوي تحت مبادئ الإسلام القائمة على ستر العورات ورعاية المحارم ومنع الاختلاط.

ومن هنا كان كثير مما أحدثه المسلمون في أنماط اللباس والزينة، وأساليب المعاملات والتقاليد الاجتماعية مخالفاً لتعاليم الإسلام. ولا يجدي في ذلك الاحتجاج بالمصلحة وتغير الأحوال؛ لأنها تصرفات صادمت نصوصاً صريحة ثابتة، ولم تقم على مصالح آنية متغيرة.

فاللباس المزين بصور الحيوانات والأشخاص والصور العارية، واللباس الضيق الذي يشخص العورات، أو الشفاف الكاشف لما تحته، وأنواع الحجاب المجسد لمفاتيح الجسد، والذي شاعت (موضته) بين نساء المسلمين، لا يقال فيه: إنه مسابير للعرف، وإنه مصلحة اقتضاها تطور العصر، بل هو مخالف لقواعد الشرع، مصادم لنصوصه الآمرة بالستر، وعدم كشف العورات.

ثانياً: تطبيق المصالح المرسلة في المعاملات:

١ - خصائص وضوابط فقه المعاملات:

أ - من مميزات فقه المعاملات قيامه على أساس العدل والتراضي بين

المتعاقدين، ومنع الظلم وأكل أموال الناس بالباطل: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. وفي الفقه الإسلامي تفصيل وافٍ لصور المعاملات الباطلة لما فيها من ظلم، كالاتجار والغبن، وسائر بيوع الضرر، وبيوع الغرر.

ب - الأصل في عقود المعاملات وشروطها الإباحة حتى يرد دليل الحظر، خلافاً للعبادات؛ لحديث: «المؤمنون عند شروطهم»^(١).

ج - ثبت باستقراء أحكام الشريعة أن فقه المعاملات مبني على مراعاة العلل والمصالح، وأنها تدور مع المصلحة وجوداً وعدمياً.

د - أصول المعاملات ترجع إلى حفظ المال وحمايته من العدوان والاستباحة، أو أن يؤخذ بغير حق، والسعي لتنميته وتوظيفه لقضاء مصالح الناس، وعدم كثره حتى لا تضيق المعاش بالخلق.

هـ - لا مانع من تغيير الأحكام المتعلقة بالوسائل أو القائمة على الأعراف، عند تغيير الوسيلة أو العرف؛ لأن تغيير الظروف معتبر في الفقه، وله أثره عند الحكم على أفعال المكلفين.

وعلى هذا الأساس وجدنا الصحابة رضي الله عنهم يتوحدون المصلحة في تعاملهم مع القضايا المستجدة في باب المعاملات، ويميزون بين الثابت والمتغير في اجتهاداتهم.

فهذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه ينهى عن بيع أمهات الولاد حين سمع بكاء صبي يبعث أمه؛ ولم يكن فعله تحريماً لمباح، ولا مصادمة لنص صراح، بل راعي المصلحة للرعية وأطفالها^(٢).

كما يروى أنه أجاز دفع العوض من المال للشاهد، إذا كان تفرغهُ لأداء الشهادة يحول دون تحصيل قوته؛ ترغيباً في إقامة الشهادة لإثبات الحقوق^(٣).

(١) صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسة.

(٢) ابن بركة، أبو محمد، الجامع: ١٤٦/٢.

(٣) المصدر السابق: ٣١١/٢.

٢- بناء المعاملات على أساس المصلحة:

حين نستعرض أساس الحكم في بعض القضايا التي أفتى فيها النبي ﷺ والصحابة من بعده، يتجلى لنا كيف كانوا يعتمدون تحقيق المصلحة، وإن خالفت بعض صور المعاملات الأشكال المتعارف عليها والشروط المعهودة لصحتها؛ وذلك مثل: جواز بيع العرايا، وبيع السلم، وعقد الاستصناع.

فبيع العرايا: بيع للتمر على رؤوس النخيل^(١)؛ وقد أجازته النبي ﷺ؛ «فَعَنْ ابْنِ عُمَرَ، عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَخَّصَ فِي الْعَرَايَا أَنْ تُبَاعَ بِخَرْصِهَا كَيْلًا»^(٢).

ورغم أن التمر على رؤوس النخيل لا يمكن تحديد كيله أو وزنه بدقة، فقد رخص فيه النبي ﷺ رغم ما احتف به من الجهالة التي تمنع صحة البيع وفق قواعد البيوع المتقررة في الفقه الإسلامي.

وبيع السلم^(٣): بيع معدوم غير موجود حين إنشاء العقد. وغير متحقق الوجود إلا ظناً غالباً حسب العادة.

(١) جاء في الموسوعة الفقهية: «العرايا: جمع عريّة، وهي: النخلة يُعربها صاحبها رجلاً محتاجاً، فيجعل له ثمرها عامها، فيعروها، أي: يأتيها... والجمع: العرايا، قال في الفتح: هي في الأصل عطية ثمر النخل دون الرقبة: كانت العرب في الجذب تطوع بذلك على من لا ثمر له. وعرفها الشافعية اصطلاحاً: بأنها بيع الرطب على النخل بتغر في الأرض، أو العنب في الشجر بزبيب، فيما دون خمسة أوسق. وعرفها الحنابلة بأنها: بيع الرطب في رؤوس النخل خرصاً، بماله يابساً، بمثله من التمر، كيلاً مغلوماً لا جزافاً: ٩١/٩.

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب تفسير العرايا، حديث رقم (٢٠٨١).

(٣) جاء تعريف السلم في المغني، لابن قدامة: «هو أن يسلم عوضاً حاضراً، في عوض موصوف في الذمة إلى أجل، ويسمى سلفاً، وسلفاً... وهو نوع من البيع، يعتقد بما يعتقد به البيع، ويلفظ السلم والسلف، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع، وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع» ابن قدامة، المغني: ٤/١٨٥؛ وانظر: ابن بركة، أبو محمد، الجامع: ٣١١/٢.

ورغم كونه معدوماً؛ فقد أجازته النبي ﷺ^(١) أيضاً لمسيس الحاجة إليه، وبناء مصالح الناس عليه، ولو منعه لضايق الأمر على كثير من الناس، سواء كانوا منتجين أم مستهلكين.

وعقد الاستصناع^(٢): عقد على معدوم، ولكنه ألحق بالموجود لمسيس الحاجة إليه، فهو كالمسلم فيه؛ فاجتمع فيه السلم والإجارة، وهما عقدان جائزان، فاجتماعهما يكون جائزاً كذلك^(٣).

وأساس الحاجة التي تدعو إلى عقد الاستصناع، أن الناس قلما يجدون في السوق ما يلي حاجاتهم الخاصة من الألبسة والأدوات، فيحتاجون إلى من يصنعها لهم؛ فلو لم يُجَز الاستصناع؛ لوقع الناس في الحرج.

يقول الكاساني عن الاستصناع: (وأما جوازه، فالقياس أنه لا يجوز، لأنه بيع ما ليس عند الإنسان، إلا على وجه السلم. وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم، ويجوز استحساناً، لإجماع الناس على ذلك؛ لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نُكْرٍ، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»، وقال عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح»^(٤).

وقد أبيحت هذه المعاملات لحاجة الناس إليها، وتعلق قضاء مصالحهم بإباحتها، وهي في أصلها منافية لقواعد البيوع في الفقه الإسلامي.

(١) وردت إجازة بيع السلم في السنّة بطرق عديدة، منها: رواية البخاري: «عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ بِالثَّمَرِ السَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثَ، فَقَالَ: مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَمِنْ كَيْلِ مَعْلُومٍ وَوَزْنِ مَعْلُومٍ إِلَى أَجْلِ مَعْلُومٍ»، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم، حديث رقم (٢١٢٦).

(٢) ابن بركة، الجامع: ٣١١/٢.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت: ٣/٥.

(٤) المصدر السابق نفسه.

والسؤال الوارد بعد هذا: أين نضع هذه المعاملات في الميزان؟ هل تصبح استثناء وحالات قاصرة؟ أم تتخذ نماذج يقاس عليها صور أخرى تدعو مصلحة الناس إلى التعامل بها فنجيزها بناء على إباحة الشرع بنصوصه بعض هذه المعاملات المستثناة من قواعده العامة؟.

وهل المحكّم حينها هو المصلحة التي تترأى للناظر أم النصوص التي نعتقد أنها تتضمن المصلحة وإن خفيت عن الناظر؟

وقد أفرزت حضارة عصرنا معاملات كثيرة غير مستوفية الشروط؛ تعارف الناس التعامل بها رغم تضمّنها نصيباً من الجهالة أو المخاطرة، ولكن نتائجها ومنفعتاتها متحققة في غالب الأحوال، ويتغابن الناس في هذه المعاملات في المقدار المجهول من المبيع أو الثمن.

كما توجد عقود يتحمل فيها البائع ضمان السلعة بشروطها ومواصفاتها في حال عدم قبض المشتري لها أو تلفها أو فسادها، وذلك بناء على شروط مسبقة متفق عليها بين الطرفين.

والحكم على هذه المعاملات أساساً ينطلق من أحكام المعاملات العامة؛ وهي اجتناب ما حرّم الله اقتناءه من الأموال أولاً، ثم يأتي بعد ذلك اشتراط الرضا، والعلم التام بالعوضين، تفادياً للضرر والغرر.

فالضابط المعتمد النصّ أولاً، ثم مع مراعاة المصلحة، ذلك أنه تقرر لدينا أن من ضوابط المصلحة عدم معارضتها لنص من الكتاب أو السنّة. وإذا كان هذا النص قائماً على مصلحة معتبرة، ثم وجدنا هذه المصلحة غير متحققة في محل النص، وأن مصلحة أخرى قائمة بدلاً عنها، كان المعتبر المصلحة الحادثة، وليس ذلك خروجاً عن حدود النص الشرعي، بل هو عمل به ولكن مع الالتفات إلى هذه المصلحة.

ولنأخذ مثلاً لذلك: حديث «لا تبع ما ليس عندك». فهل يعلل هذا النهي بكون سوق المدينة محدودة؟ مما يفضي هذا إلى النزاع والخصام بين المتبايعين وأكل المال بالباطل؟ وبناء على هذا الاعتبار أمكننا القول: إن الحال مختلف في

عصرنا لاتساع الأسواق، وسهولة الاتصالات، وضمان الحصول على السلعة في موعدها وبكميات وفيرة، مما يجعل هذا النهي غير معتبر لزوال علته، وهو ارتفاع موجب النزاع^(١).

أم نقول: إن النهي غير معلل، ويجب التقيد بدلالة النص، ولا عبرة باختلاف الظروف والزمان؟.

نحسب أن الرأي الأول أقرب إلى مصلحة الناس، والمسألة تظل مجالاً للتأمل والاجتهاد.

ومن النماذج الواقعية اليوم: سداد الديون عند تغير قيمة العملة، وهل يكون ذلك بالمثل أم بالقيمة الجديدة؟ فقد ثبتت حرمة الربا بنصوص قطعية لا غبار عليها، وغدا حكمه من المعلوم من الدين بالضرورة، وعلى هذا الأساس حرمت الزيادة على أصل الديون، ولكن إذا تغيرت قيمة العملة تغيراً جذرياً، وأصبح قضاء الدين بمثابة غنماً فاحشاً للدائن، حينها يجوز العدول إلى قيمة الدين حسب السعر الجديد. إقراراً للعدل، وليس إباحة للربا، لأنها زيادة لم تكن مشروطة مسبقاً، بل فرضها تغير السعر الكبير والمفاجئ، وبين الحالين فرق شاسع لا يخفى على لبيب، وهذا الرأي قال به كثير من الفقهاء المعاصرين^(٢). وهو متفق مع مقاصد الإسلام من تحريم الربا لحفظ أموال المسلمين ومنع أكلها بالباطل.

٣- من المعاملات المعاصرة: بيع المواد المشتملة على نجاسة:

ورد نهي النبي ﷺ صريحاً عن بيع النجاسات، في أحاديث صحيحة، منها

(١) د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ص ٢٥.

(٢) قدمت بحوث عديدة لندوات علمية حول التضخم، وتغير قيمة العملة، وكيفية سداد الديون، منها (١٣) بحثاً قدم للدورة الخامسة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقدة بالكويت سنة ١٩٨٨م، وسبعة بحوث قدمت للدورة الثانية عشرة للمجمع المنعقدة بالرياض، سنة ٢٠٠٠م.

ما أخرجه البخاري: «عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ عَامَ الْفَتْحِ وَهُوَ بِمَكَّةَ: إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ. فَقِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَرَأَيْتَ شُحُومَ الْمَيْتَةِ فَإِنَّهَا يُطْلَى بِهَا السُّفْنُ، وَيُدْهَنُ بِهَا الْجُلُودُ، وَيَسْتَصْبِحُ بِهَا النَّاسُ؟ فَقَالَ: لَا؛ هُوَ حَرَامٌ. ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عِنْدَ ذَلِكَ: قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ، إِنَّ اللَّهَ لَمَّا حَرَّمَ شُحُومَهَا جَمَلُوهَا ثُمَّ بَاعُوهَا فَأَكَلُوهَا ثُمَّ مَنَّهُ»^(١).

ونجم عن الحديث تساؤل العلماء عن استعمال النجاسات وبيعها؟ وهل التحريم الوارد في الحديث تعبدى، أم هو معلل؟ وهل للتحايل أثر على الحكم؟ فإذا انتفى التحايل جاز الانتفاع بها مراعاة للمصلحة؟.

تناول ابن حجر هذا الحديث بالشرح، وأورد تأويل بعض العلماء نهي النبي ﷺ فيه بحرمة البيع دون الانتفاع، بينما ذهب الأكثرون إلى أن الحرمة الانتفاع من الميتة مطلقاً، فلا ينتفع منها أصلاً، إلا ما خص بالدليل وهو الجلد المدبوغ.

ثم ذكر الاختلاف فيما يتنجس من الأشياء الطاهرة؛ فالجمهور على الجواز، ومنع من ذلك أحمد وابن الماجشون.

وحجة من قال بجواز الانتفاع إجماعهم على أن من مات له دابة ساغ له إطعامها لكلاب الصيد، وكذلك يسوغ دهن السفينة بشحم الميتة ولا فرق.

ورجح ابن حجر قول الجمهور: أن الحرمة محصورة في البيع لا في الانتفاع، لأن سياق الحديث مشعر بقوة هذا الرأي.

وذكر روايات أخرى للحديث؛ منها قوله ﷺ: «إن الله حرم بيع الخنازير وبيع الميتة وبيع الخمر وبيع الأصنام» قال رجل: يا رسول الله؛ فما ترى في بيع شحوم الميتة؟ فإنها تدهن بها السفن والجلود ويستصبح بها. فقال: «قاتل الله اليهود...» الحديث.

وفي رواية أخرى عن ابن عباس: أنه ﷺ قال وهو عند الركن: «قاتل الله

(١) البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام، حديث رقم ٢٠٨٢.

اليهود، إن الله حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها، وإن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه» .

وذكر أن علة منع بيع الميتة والخمر والخنزير النجاسة، فيتعدى ذلك إلى كل نجاسة، وأن علة منع بيع الأصنام عدم المنفعة المباحة، فإذا أمكن الانتفاع بها بعد كسرها جاز بيعها عند بعض العلماء من الشافعية وغيرهم، والأكثر على المنع حملاً للنهي على ظاهره^(١).

والسؤال الوارد هنا: كيف أجمع العلماء على حرمة بيع الخمر والميتة والخنزير، وأجازوا بيع النجاسات والانتفاع بها، رغم وضوح نهى النبي ﷺ عن ذلك، وبيانه سبب لعن الله اليهود، وهو بيع ما حرم عليهم تناوله؟ .

ثم كيف يحتاج بإجماعهم جواز إطعام الميتة للدواب، واتخاذة دليلاً لجواز استعمال شحمها لدهن السفن، وهو مخالف لنص الحديث الصريح؟ .

وقد يرفع هذا الإشكال قولهم: إن النهي عن ذلك كان للمبالغة في اجتناب النجاسات والتنفير عنها، فإذا اقتضت المصلحة استعمالها جاز في حدود الضرورة المعتبرة شرعاً.

وهذه المسألة تفتح نقاشاً حول بعض المركبات الحديثة من الأسمدة والأدوية والمنتجات الضرورية لبعض الصناعات، التي تدخل في صناعتها مواد نجسة، أصلها من خنزير أو ميتة؛ فهل يحظر بيعها عملاً بظاهر الحديث؟ أم يباح ذلك؟ .

لعل الجواب الأعدل: أن الضرورة تقدر بقدرها، فيباح استعمال هذه المواد وبيعها حين لا يكون للمرء خيار، ولا يجد بديلاً طاهراً لتحقيق غرضه الطبي أو الصناعي أو غير ذلك .

وأما إن وُجد بديلاً طاهراً فلا مناص من التزام النص والتقييد به؛ لأن المصلحة متحققة في ذلك ولا ريب .

(١) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري: ٤/٤٢٥ .

٤ - إثبات حقوق الملكية الفكرية:

تناولت الندوات الفقهية السابقة لمجمع الفقه الإسلامي، ومؤسسات مالية إسلامية موضوعات اقتصادية معاصرة، وقُدمت فيها بحوث قيّمة خلصت بعدها مؤتمرات المجمع إلى قرارات مناسبة تسعى لتحقيق المصلحة في المعاملات المالية والاقتصادية المعاصرة بما يتفق وقواعد الشريعة، ويحفظ للناس أموالهم، ويفتح أمامهم آفاق الكسب الحلال.

ومن تلك الموضوعات ذات الأثر الكبير على الحياة الاقتصادية: حقوق الملكية الفكرية.

وهي حقوق صاحب الإنتاج الفكري، سواء كان تأليف كتاب أو وضع برنامج علمي، أو تحقيق ابتكار فني أو اختراع تقني أو صناعي، وتمثل هذه الحقوق في ضمان نسبة هذا الإنتاج إلى صاحبه، وحمايته من الانتحال، ومنحه تعويضاً مالياً عن استعمال غيره هذا الإنتاج بصورة مؤقتة أو دائمة.

وهذه الحقوق لم يعرفها الفقه الإسلامي قديماً، لأنها من نتاج التطور الحضاري المعاصر، في مختلف جوانب الحياة العلمية والتقنية والقانونية.

وقد ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين إلى اعتبارها حقوقاً مالية محفوظة لأصحابها لأنها من المنافع التي جرى عرف الناس على تقويمها بالمال، فضلاً عن تحريم الإسلام انتحال قول رجل أو نسبته لغيره، لأن كل فرد مسؤول عن قوله وفعله، ولا يحتمل أحد تبعه فعل أو قول لغيره، كما لا يجني ثمرة منفعة قول أو فعل قام به غيره.

ويؤيد ضمان هذه الحقوق الفكرية، من تأليف واختراع وابتكار، رعاية المصلحة المرسله، إذ في إثبات هذه الحقوق ضمان مصلحة المؤلف والمبتكر والمخترع من جهة، وتشجيع الناس على الإسهام في النتاج الفكري بمختلف صوره وأشكاله، لما يجدون من حماية لجهودهم من الانتحال أو الإهدار.

ولا ريب أنّ عائد ذلك عظيم النفع على البشرية قاطبة، فلو لم تحفظ هذه

الحقوق لتضرر أصحابها في ذواتهم أولاً، ولخسرت البشرية في النهاية لانصراف الناس عن التأليف والابتكار والاختراع^(١).

وقد خلص مجمع الفقه الإسلامي من دراسته لموضوع (الحقوق المعنوية)، أو (حقوق الابتكار) في دروته الخامسة المنعقدة في الكويت بتاريخ ١ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ/ الموافق لـ ١٠/١٢/١٩٨٨م إلى اتخاذ القرار الآتي:

أولاً: الاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية، وحق التأليف والاختراع والابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس بها. وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء بها.

ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية، ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً^(٢).

ثالثاً: من تطبيقات المصلحة في المجال الاجتماعي:

١ - تحديد المهور:

الزواج من سنن المرسلين، ومن هدي رسولنا الأمين، رغب فيه المصطفى ﷺ واعتبر العزوف عنه انحرافاً عن سننه، حين أنكر على الشباب الذين بالغوا في العبادة وعزفوا عن الزواج، فقال: «أما والله إنني لأخشاكم لله وأتقاكم له، لكنني أصوم وأفطر، وأصلّي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني»^(٣).

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، حيث قدمت في هذه الدورة عشرة بحوث حول الحقوق المعنوية المتعلقة بالاسم التجاري وحقوق التأليف والابتكار والاختراع، ينظر أيضاً: د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص ٦٠ وما بعد.

(٢) ينظر: توصيات الدورة في العدد الخامس من مجلة المجمع. وفيها البحوث المقدمة للدورة في موضوع الحقوق الفكرية.

(٣) البخاري، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، حديث رقم (٤٧٧٦).

ومن أركان الزواج في الإسلام: الصداق. وقد أفاض الفقهاء في تجلية أحكامه وحكمته.

وأجمعوا أن الزواج بلا مهر محظور، ومن صورته نكاح الشغار، فلا بد من وجود الصداق وتمكينه للزوجة نحلة تملكه بنفسها، ولا حق للولي فيه، إلا أن تهبه له عن طيب نفس، كما لا يحق للزوج أكل شيء منه إلا بطيب نفس الزوجة أيضاً، ولا يسترجعه إلا في حال الخلع، لتفويتها عليه مصلحة الزواج، وتحمله تبعاً للبحث عن زوجة أخرى.

وليس المهر عوضاً عن البضع كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء، إذ الزواج ليس بيعاً أو معاوضة، لأن الاستمتاع حق متبادل بين الزوجين؛ بل هو في معناه دليل على استعداد الزوج للقيام بتكاليف الأعباء الزوجية من نفقة وسكن ورعاية صحية، وما إلى ذلك.

وهذا المهر لا حد لأقله ولا لأكثره، عند جماهير الفقهاء^(١). ودليلهم في حده الأدنى حديث النبي ﷺ للصحابي: «التمس ولو خاتماً من حديد»، ثم قوله للرجل: «زوجتكها بما معك من القرآن»^(٢).

(١) جعل الله المهر إظهاراً لشرف العقد، وإبانة لخطر محله وهو المرأة، ولذا حد الفقهاء قدرًا لا ينزل عنه، وحدّ المالكية والحنفية أقله قياساً على الحد الذي يقطع فيه السارق. إذ جعله المالكية ربع دينار، وجعله الحنفية عشرة دراهم. بينما لم يجعل الإباضية والشافعية والحنابلة والجعفرية حدًا لأقله، فيصح بكل متمول شرعاً.

ينظر: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته: ٢٥٦/٧ - ٢٥٧؛ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص ٣٦٥-٣٦٦.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الوكالة، باب وكالة المرأة الإمام في النكاح، حديث رقم (٢١٨٧).

وإن اختلف الشراح في تأويل الحديث؛ هل كان حكماً خاصاً لهذا الصحابي، ومكافأة له لحفظه نصيباً من كتاب الله؟ أم ليقوم بتحفيظها ما معه من القرآن، فيكون بذلك عملاً بأجرة، وتلك الأجرة هي الصداق. وقد أورد ابن حجر في فتح الباري روايات تنص على أن النبي ﷺ زوجه شريطة أن يعلم المرأة ما حفظه من القرآن. فيكون صداقها تعليمها القرآن.

أما دليل الفقهاء في حد الصداق الأعلى، فأية النساء: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تُبَدِّلُوا زَوْجَ مَكَاتِ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهَيْبَتِنَا وَإِنَّمَا كُنِينَا﴾ [النساء: ٢٠]. وذهب الفقهاء في تحديد القنطار مذاهب شتى، كلها تجمع على أنه قدر كبير من المال^(١).

بيد أن الثابت عن النبي ﷺ الدعوة إلى تيسير المهور، ودعائه بالبركة لمن كان مهرها يسيراً، فقد جاء «عَنْ عَائِشَةَ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: إِنَّ أَعْظَمَ النِّكَاحِ بَرَكَةً أَيْسَرُهُ مُؤَنَّةً»^(٢).

وقد جسد النبي ﷺ مبدأ تيسير المهور بنفسه، «مَا أَصْدَقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ امْرَأَةً مِنْ نِسَائِهِ وَلَا أَصْدَقَتِ امْرَأَةٌ مِنْ بَنَاتِهِ أَكْثَرَ مِنْ ثِنْتِي عَشْرَةَ أُوقِيَةً»^(٣).

ولئن كانت سنّة المصطفى عليه الصلاة والسلام التيسير في الصداق، فإنه بالمقابل لم يرد عنه نص يحظر اشتراط مبلغ كبير في الصداق، ولا أمر بالتزام حد معين في ذلك.

ولهذا يروى أن عمر همّ بتحديد المهور، فاعترضت عليه امرأة بأية النساء، فأذعن للقرآن، وقال: أصابت امرأة وأخطأ عمر^(٤).

= وقال: وقال عياض: يحتمل قوله: «بما معك من القرآن» وجهين؛ أظهرهما: أن يعلمها ما معه من القرآن أو مقداراً معيناً منه ويكون ذلك صداقها، وقد جاء هذا التفسير عن مالك، ويؤيده قوله في بعض طرقه الصحيحة: «فعلّمها من القرآن». ابن حجر، فتح الباري، شرح الحديث المتقدم؛ وانظر: الشماخي، عامر بن علي، الإيضاح: ٥٢١/٣.

(١) ينظر: ابن قدامة، المغني: ١٦١/٧.

(٢) مسند أحمد، كتاب باقي مسند الأنصار، باب حديث السيدة عائشة، رقم (٢٤٠٠٨).

(٣) سنن النسائي، كتاب النكاح، باب القسط في الأصدقة، حديث رقم (٣٣٤٩).

(٤) قال القرطبي: «قوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا﴾، الآية دليل على جواز المغالاة في المهور، لأن الله تعالى لا يمثل إلا بمباح. وخطب عمر رضي الله عنه فقال: «ألا تغالوا في صدقات النساء، فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله ﷺ». ما أصدق قط امرأة من نسائه ولا بناته فوق اثنتي عشرة =

ولكن النظر إلى مقاصد الشريعة ومراعاة مصلحة المسلمين من حفظ أعراضهم وصيانة شبابهم من الفتنة، ونسائهم من البوار، مع شيوع عادات المغالاة في المهور في معظم بلاد المسلمين، وتيسير سبل الفاحشة وتمهيد طريقها بالورود، حتى غدا المتمسك بعفافه قابضاً على الجمر، ومعرضاً لخطر عظيم.

كل هذه الاعتبارات تجعل النظر في تحديد المهور أمراً ضرورياً لتحقيق مصلحة عامة وحقيقية ويقينية لا يماري فيها عاقل منصف، لأنها تندرج تحت كليات الشريعة، وتحقق أكثر من مقصد شرعي.

وفي العالم الإسلامي بعض التجارب الناجحة في هذا المجال، يمكن اتخاذها لإصدار فتاوى أو قرارات مجامع فقهية ملزمة، أو محددة على الأقل لسقف من المهور يراعى فيه حالة كل بلد ومستوى أهله المعيشي، بحيث يكون مبلغه وسطاً لا زهيداً يزي بقيمة الفتاة، ويجعل الفتى يفكر في استبدالها بأيسر التكاليف. كما لا يكون باهظاً يرهق كاهل الشاب، وقد يجعله رهين أفساط الصداق، فتطول به المعاناة، وقد يغدو في بعض الحالات عبداً لمولاته (زوجته) طول الحياة.

والواقع الاجتماعي في كثير من البلاد التي اشتهر فيها الاعتماد على الصداق المؤجل - بسبب غلائه - أكبر شاهد على ذلك، وبهذا صارت الفتاة سلعة يتنافس عليها الزبائن، ويحظى بها أوفرهم مالاً، ولو كان فقير العرض والدين، مما يخالف سنة المصطفى الأمين، فقد روى أبو هريرة قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا خَطَبَ إِلَيْكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَرَّوْجُوهُ، إِلَّا تَفَعَّلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ

أوقية». فقامت إليه امرأة فقالت: يا عمر يعطينا الله وتحرمنا؟ أليس الله سبحانه وتعالى يقول: ﴿وَمَا آتَيْتُمُوهنَّ مِن نِّسَاءٍ فَلَا تَأْخُذُوا بِهِنَّ شَيْئاً﴾ فقال عمر: أصابت امرأة وأخطأ عمر. وفي رواية: فأطرق عمر ثم قال: كل الناس أفتة منك يا عمر. وفي أخرى: امرأة أصابت ورجل أخطأ. وترك الإنكار». ابن العربي، أحكام القرآن: ١/ ٤٧٠؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن: ٥/ ٩٩.

٢- نموذج تطبيقي لتحديد المهور:

في منطقة وادي ميزاب جنوب الجزائر، فكر أولو الأمر من هيئة العزابة^(٢) في قضية الزواج، فأصدروا قراراً بتحديد المهور، يسري العمل به في تلك البلاد إلزاماً، لا فرق في ذلك بين غني وفقير، ولا شريف ولا وضيع، يتقيدون به جميعاً ولا يجوز لأحد مخالفته، وقد التزم الناس به طاعة لأولي الأمر أولاً، ثم رغبة في تحصيل منفعته العاجلة والآجلة. فنجوا من ويلات كثيرة يئن تحت وطأتها كثير من شباب المسلمين.

فتحديد الصداق لم يقم عليه دليل شرعي خاص، ولم ينفه أيضاً. ولكنه يندرج تحت كلي عام هو حفظ النسل والعرض، ومعه حفظ الدين والمجتمع من الفساد. ويحقق دعوة الإسلام إلى تحصين الشباب، ويتسق واعتبار الصداق رمزاً للتراضي بين الزوجين، وإعلاناً لاستعداد الزوج للقيام بأعباء الأسرة، كما أن هذا التحديد يستجيب لدعوة النبي ﷺ إلى تيسير المهور، ويتفق وقواعد الإسلام القائمة على مبدأ التيسير ورفع الحرج.

فتحديد الصداق بعد هذا يعتبر مصلحة مرسلة. بل يغدو واجباً متعيناً،

(١) سنن الترمذي، كتاب النكاح عن رسول الله، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، حديث رقم (١٠٠٤).

(٢) العزابة: هيئة دينية تتكون من خيرة أهل البلد علماء وصلاحاً لرعاية شؤون المسلمين ابتغاء وجه الله، وتسمى الحلقة، أو حلقة العزابة، أنشأها الإمام محمد بن بكر الفرستائي سنة ٤٠٩هـ. وكانت مهمتها تعليمية في البداية، ثم تطورت مهامها وتعددت عبر التاريخ. ولها سلطة روحية على المجتمع، بها حافظت على تعاليم الإسلام وتقيد الناس بأحكامها التي تصدرها رعاية لمصالح المسلمين. وقد كتبت دراسات جامعية عديدة حول العزابة بالعربية والأجنبية. ينظر: دائرة المعارف الإسلامية، مادة: حلقة؛ فرحات الجعيري، نظام العزابة عند الإباضية في جربة؛ صالح سماوي، حلقة العزابة ودورها الاجتماعي؛ د. محمد ناصر، حلقة العزابة ودورها في بناء المجتمع المسجدي... وغيرها.

لأنها وسيلة إلى واجب آخر هو الإحصان واجتناب الفاحشة وأسبابها، ودواعيها وهي العنوسة والعزوبة. وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

٣- اشتراط توثيق عقود الزواج:

اشتراط توثيق عقود الزواج اجتهاد للمصلحة من قبل أولي الأمر حين خربت الذمم، فأصبح لا يصلح الناس إلا ذلك، ضماناً لحفظ أعراض المسلمين ونسلهم، وحقوقهم المالية كذلك.

وفي عصرنا الحالي تقع غرائب ومظالم في هذا المجال، فكم من زواج عرفي نجم عنه مأس اجتماعية لانعدام وثيقة تثبت هذا العقد، وتُحمّل الطرفين مسؤوليتهما في هذا الزواج بكل شجاعة ووضوح.

والضحية في هذا الزواج العرفي هو المرأة غالباً، إذ يتخلى عنها زوجها بعد مدة من الزمن، حين يقضي وطره منها، وترمى المسكينة مهينة تتجرع مرارة الطلاق، وتحمل تبعه جنين مظلوم، يولد يتيماً بلا جرم أتاها.

هذا الانحراف في واقع المجتمع يزكي القول بوجوب توثيق عقود الزواج، لأنه يحقق مصلحة يقينية للحفاظ على حقوق الزوجة والأولاد من التنكر والتهرب من الحقوق الأبوية، أو الإهمال، والواجبات المالية من نفقة وحضانة ورعاية.

٤- اشتراط الفحص الطبي قبل الزواج:

أسهم التطور العلمي في توفير أسباب الراحة للإنسان، وتوصل الطب إلى كشف كثير من العلل المستعصية، فنعم الناس بالصحة وامتدت معدلات الأعمار.

ومن فوائد الطب الحديث الكشف عن العلل وأسبابها، والتعرف عليها من مقدماتها وقبل ظهور آثارها. ولهذا أخذ بعض الناس يلجؤون إلى الكشف عن حالتهم الصحية قبل مرحلة الخطر، وتوسعوا فصاروا يطلبون ذلك ممن يريدون الارتباط به بعقد الزواج.

هذا الاشتراط يعد من مستحدثات الحياة المعاصرة، خشية الوقوع في برائن بعض الأمراض المعدية أو المتقلة وراثياً، أو المستعصية على العلاج، مما

يكلف الزوج - وهو المحتمل للتبعات المالية في الأصل والمتضرر في الغالب - تكاليف باهظة ينوء عنها كاهله . وقد ينسحب الضرر على الجيل الصاعد فيكلفه عنقاً في معيشتة وعلاقاته الاجتماعية، وربما مستقبله المهني والحياتي بصورة عامة .

والحديث عن هذه القضية ليس أمراً مبتدعاً، بل يندرج تحت المبادئ والقواعد التي رسمها الشارع الحكيم لبناء الأسرة وتحديد مسؤولية أفرادها، وتوفير الظروف المناسبة لتحقيق الانسجام وربط المودة والرحمة بين الزوجين .

فبمراجعة نصوص الشارع نجد النبي ﷺ يأمر أحد الصحابة أن يتعرف على خطيبته بواسطة النظر إليها، معللاً ذلك بقوله: «انظر إليها: فإنه أذى أن يؤدم بينكما»^(١) . وفي حديث آخر يقول: «انظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئاً»^(٢) .

ولأجل هذا المقصد شرع النظر إلى المخطوبة تمهيداً للتعرف عليها وطمأننة النفس إلى تمام خلقتها وحسن صفاتها، مما يجعلها أنساً وسكناً لزوجها . وتفادياً للمخاطر الكامنة في العيوب الخلقية، بل وفي غياب المواصفات الجمالية في عين الخطيب على الأقل .

فتتحقق السلامة من هذه النقائص عامل مهم لدوام العشرة بين الزوجين، وقيام مؤسسة الأسرة على أساس متين .

ولكن، هل النظر إلى المخطوبة حكم قاصر على الأمور المظهرية البادية للعيان، أم يجوز تعديته إلى الأمور الخفية التي لا يكشف عنها إلا التحليل الطبي والمخبري؟ وهو المصطلح على تسميته اليوم بالفحص الطبي قبل الزواج .

(١) سنن الترمذي، كتاب النكاح عن رسول الله، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة، حديث رقم (١٠٨٧)، وقال: حديث حسن .

(٢) فقد أخرج مسلم: «عن أبي هريرة قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إنني تزوجت امرأة من الأنصار فقال له النبي ﷺ: هل نظرت إليها؟ فإن في عيون الأنصار شيئاً». صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب ندب النظر إلى وجه المرأة وكفها لمن يريد تزوجها، حديث رقم (١٤٢٤) .

إن الناظر إلى هذا الشرط ومدى ما يحققه من طمأنينة للطرفين عند الإقدام على عقد الزواج يجده شرطاً مناسباً محققاً لمصلحة معتبرة شرعاً، وإن لم يرد بخصوصها نص بذاته، كما أن الضوابط الشرعية لبناء الأسرة المستقرة لا تأباها، بل تستدعيها وترتضيها.

ولكن الأمر لا يتوقف عند النظرة السطحية العجلى، بل يتطلب مزيد تمحيص وتقليب للقضية من وجوها للتأكد من توفر خصائص المصلحة المرسلة في هذا الاشتراط؛ من كونها مصلحة معتبرة شرعاً، وأنها متحققة وعامة، والتأكد من عدم ترتب مضرة عنها، أو تفويتها مصلحة أولى منها.

وقبل النظر إلى المسألة يجدر التنبيه إلى أن الأصل في المسلمين الحكم بالظاهر، وأن السلامة هي الأصل في الناس في أديانهم وأعراضهم، وأبدانهم أيضاً.

فمن تقدم للزواج رجلاً كان أو امرأة كان الأصل فيه السلامة من العاهات والأمراض، وإذا ما ابتلاه الله بعيب أو مرض غير مقبول في عرف الناس كان عليه إخبار الطرف الآخر، حتى يُقدم على ربط العلاقة الزوجية على أساس من المعرفة، دون تغيير أو خداع.

ونظراً لهذا الاعتبار فصل الفقهاء الحديث عن العيوب التي يردّ بها النكاح، ومنها بعض الأمراض المزمنة كالبرص والجذام، والأمراض التناسلية المانعة من تحقق الإحصان كالجب والعنة والفتق^(١).

وقد كشف الطب الحديث أمراضاً خفية باطنية، لها أكبر الأثر في حياة الإنسان واستقراره الصحي، كالسكري والإيدز والنوبات القلبية والعصبية.

(١) أورد ابن قدامة العيوب التي يفسخ بها النكاح، وجعلها ثمانية: «ثَلَاثَةٌ يَشْتَرِكُ فِيهَا الرَّؤُوجَانِ، وَهِيَ: الْجُنُونُ، وَالْجُذَامُ، وَالْبَرَصُ. وَاثْنَانِ يَخْتَصِمَانِ بِالرَّجُلِ، وَهُمَا: الْجَبُّ، وَالْعُنْتُ. وَثَلَاثَةٌ تَخْتَصِمُ بِالْمَرْأَةِ؛ وَهِيَ: الْفَتَقُ، وَالْقَرْنُ، وَالْعَقْلُ». ابن قدامة، المغني: ١٤١/٧.

ومن الملائم إلحاقها بالأمراض والعيوب التي ذكرها فقهاؤنا القدامى ،
لاجتماعها معها في نفس العلة ، وتفويتها نفس المصلحة .

والسؤال المعروف هنا : إذا لم يكن المرء عالماً بهذه العلل ولم يظهر عليه
أي أثر لها ، فهل يطالب بالكشف الطبي حتى يتأكد الطرف الثاني من سلامته ،
ويقدم على ربط الصلة الزوجية به وهو مطمئن من سلامته من هذه العلل أو
أسبابها؟ .

أحسب أن الجواب بالإيجاب على الإطلاق فيه حرج ، وتفويت لمصلحة
مهمة ، وهي تفويت فرصة الزواج على الشباب ، وتعريض كثير من الفتيات لشبح
العنوسة ، حتى يدوي عودها وينصرم شبابها ، بلا ذنب كسبته سوى أن تقرير
الطبيب كشف عن علة خفية فيها ، يحتمل أن تكون سبباً لمرض قد يظهر عليها أو
على أولادها مستقبلاً ، فحطّم هذا التقرير بيت مستقبلها قبل أن يفتح أبوابه لها .

كم من أناس يحملون فيروسات المرض ، ولا يظهر أثره عليهم ، ولا على
ذريتهم ، بل يظل الأمر في طي الكتمان . وقد يظهر بعد جيلين أو ثلاثة أجيال .
فهل من المصلحة تضييع مستقبل الجيل الحاضر لمجرد الخوف من أمر غيبي
مظنون أو موهوم؟! .

وثمة أمراض تظهر على أفراد لا يبدو عليهم أنهم حاملون لفيروسه ،
وعلته ، لأنه كان مستكناً في أجيال سبقت ، ثم شاء الله أن يظهر أثره على الجيل
الأخير .

وقد أكد النبي ﷺ هذه الحقيقة قبل (مندل) بأربعة عشر قرناً؛ حين قال
للأعرابي الذي شك في نسبة ولده إليه ، فسأله عن إبله ، وقرر أن بعض الصفات
تخفي في بعض الأجيال وتظهر في أجيال أخرى . فقال : لعله نزعه عرق .

ففي البخاري : «عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ جَاءَهُ
أَعْرَابِيٌّ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ امْرَأَتِي وَلَدَتْ غُلَامًا أَسْوَدًا. فَقَالَ: هَلْ لَكَ مِنْ
إِبِلٍ؟ قَالَ: نَعَمْ. قَالَ: مَا أَلْوَانُهَا؟ قَالَ: حُمْرٌ. قَالَ: هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقٍ؟ قَالَ:

نَعَمْ. قَالَ: فَأَنْتَى كَانَ ذَلِكَ؟ قَالَ: أَرَاهُ عَزَقُ نَزَعَهُ. قَالَ: فَلَعَلَّ ابْنَتَكَ هَذَا نَزَعَهُ عَزَقُ^(١).

فالأصل في الناس السلامة؛ إلا إن تبينت أمارات مرض ظاهر، أو علم الرجل أو المرأة أن في أسرة الطرف الآخر مرضاً وراثياً أو مزمناً فله أن يستوثق بطلب الكشف الطبي.

ويترك الأمر لقناعة كل طرف دون أن يكون إجراء إلزامياً من قبل ولي الأمر، حتى لا يحرج الناس ولا يفوت مصالح كثيرة.

كما لا يكون الكشف عن كل دقيق وجليل من صحة الإنسان، وإلا تمكن هاجس الخوف وأحجم الناس عن الزواج، وربما كان هذا الكشف الطبي وسيلة للتشهير بصاحب العلة، فتوصد أمامه فرص الزواج، وبخاصة الفتاة.

ثم إن هذا الكشف الطبي لا يعني ضماناً من الإصابة بالمرض مستقبلاً، فالمرء معرض في كل حين لفقدان النعم، وما أكثر نعم الصحة التي يرفل فيها الإنسان وهو لا يدري.

فالنظر إلى أبعاد القضية ومآلاتها يقتضي التريث فيها، بل إن اشتراط السلامة من كل العيوب أمر كمالي، لا يرغب فيه العاقل، إذ النقص سمة الإنسان على الإجمال، ذكرأ كان أم أنثى، ومن طلب شريكاً كامل الأوصاف لحياته الزوجية، فليبدأ بتحقيق الشرط في نفسه، يجد الجواب أنه معدن النقائص والمعائب.

ولو اشتربنا تمام السلامة ما تزوج كثير من الشباب، ولأضعنا على الأمة خيراً كثيراً، وفتحنا للشر باباً كبيراً، وأضعنا مصالح ضرورية من حفظ الدين والعرض والنسل.

وجماع الأمر جواز الفحص الطبي عند توفر دواعيه، أو قيام شكوك عند أحد الأطراف، دون أن يكون ذلك قاعدة عامة ملزمة لجميع الناس. فيجب أخذ المسألة بحذر ويقدر، وأن تحاط بسياج من الإيمان بالقضاء والقدر.

(١) البخاري، كتاب الحدود، باب ما جاء في التعريض، حديث رقم (٦٣٤١).

رابعاً: من تطبيقات المصلحة في المجال التعليمي والتنظيمي:

١ - في المجال التعليمي والتربوي:

يعتبر تنظيم مراحل التعليم والحصول على الشهادات، والاستفادة من المناهج الحديثة في التربية والتعليم، قضايا مندرجة تحت النوع الثاني من المصلحة، وهي التي قال فيها رسول الله ﷺ: «أنتم أعلم بأمر دنياكم»^(١).

فهذه مسائل تنظيم دنيوية، يجوز فيها العمل بالنظر إلى المصلحة المتوخاة من تحديد مستويات التعليم، وشرائط منح الدرجات والشهادات، لتحقيق الغرض وهو تحسين الأداء التربوي وتجويد المستوى العلمي للأجيال المتعلمة.

ويجوز الاستفادة في ذلك بالخبرات البشرية الموثوقة، لأن معايير تحديد الكفاءات، والمستويات العلمية تتقارب فيها الاجتهادات البشرية، فيمكن الاستئناس بجهود خبراء الميدان في مختلف البلدان، شريطة أن تكون هذه المعايير والوسائل منسجمة مع القيم الإسلامية، ومتفقة مع مبادئه وعقائده؛ فإذا عارضته رُفضت؛ وذلك مثل: اختلاط الجنسين في التعليم بصورة تنافي أخلاق ومبادئ الإسلام، وتدریس علوم تتنافى مع الإسلام في عقائده وأخلاقه.

والمصلحة تقتضي من القائمين على وضع المناهج التربوية في البلدان الإسلامية أن لا يكونوا ببغائيين ينسخون ما عند الآخرين بلا ضوابط ولا قيود، بل عليهم واجب السعي لأسلمة العلوم جميعاً، التطبيقية منها والتجريبية والإنسانية بجميع فروعها، ولا يجوز إغفال تميز الإسلام في تصوره لهذه العلوم، سواء في مجملها أم في تفاصيل مضامينها.

أما مقولة (العلم لا وطن له) فتصلح في توضيح الحقائق الكونية التي جعلها الله ناموساً يتنظم أحداث الكون، ولكن الاختلاف بين المذاهب والفلسفات والرؤى يتجلى في تفسير الأحداث، لا في ذات الأحداث والظواهر المدروسة.

(١) سبق تخريجه.

والإسلام يتميز بتصوره الشامل والسليم للإنسان والكون والحياة، واعتبار الله خالق كل شيء ومدبره، وأن الكل خاضع لربوبيته، ويسبح بحمده، وأن الكون مسخر للإنسان لاستعمارهِ وتحقيق عبودية الشكر لله الخالق المسخر، وبذلك تتحقق خلافة الإنسان على الأرض.

من هذا المنظور يتم تفسير الظواهر والأحداث في الإسلام تفسيراً يغيّر المناهج الوضعية والإيديولوجية القاصرة.

٢- اشتراط الترخيص لمزاولة بعض المهن الخطيرة، كالطب والهندسة :

تولّت الدول الحديثة مهام تنظيم الأنشطة المختلفة لرعائها، وضبطها بمنظومة تشريعية شاملة لكل مجالات النشاط الإداري والمهني والتجاري وغيرها. كما أنشأت مراكز لتكوين الإطارات المختلفة، ووضعت سلماً متدرجاً للحصول على الشهادات العليا في مختلف التخصصات العلمية. وتعتبر هذه الشهادات مفتاح الإذن القانوني لتولي المهام والوظائف التي يخولها المشرع لحملة تلك الشهادات.

فالمهندس حين يكون تكوينه غير سليم، ولم يكن حصل على مؤهل يفيد إحاطته خُبراً بتخصصه، واجتيازه معايير التكوين والتقييم في ذلك الاختصاص، ثم يتولى بناء عمارات وإقامة جسور وأنفاق اعتماداً على معارف عامة أو سطحية. هذا المهندس يكون بذلك قد وضع أسباباً للفساد والضرر الكبير، وقد ينهار يوماً ما شيده من المباني والجسور، فتقع الكوارث، وتضيع النفوس والأموال.

كما أن الممارس لمهنة التطبيب بلا تكوين ولا شهادة مؤهلة يعرض حياة الناس للموت، ويتحمل مسؤولية كاملة عما يحصل للناس من أضرار وتفويت للصحة أو للحياة.

فالمصلحة المرسله متحققة بصورة يقينية وكلية في اشتراط الحصول على الشهادات العلمية المؤهلة لتولي تلك المهام وأمثالها، مما له صلة بحفظ مقاصد الشريعة في المجتمع، من حفظ الأنفس والأبدان والأموال.

فمن تطبب بلا ترخيص وتسبب في هلاك المرضى كان ضامناً للضرر الحاصل، ولا يشفع له حسن القصد والاجتهاد في تحصيل الشفاء والاحتياط في استعمال الدواء، لأنه دخل البيت من غير بابه، وتسّم درجة ليس أهلاً لها، فهو كالعامي يريد الاجتهاد، فاجتهاده باطل مردود، وهو آثم عند الله، لاعتدائه على الدين، وإفساده بين المسلمين.

٣- وسائل إثبات الشخصية:

تعتمد الإدارة الحديثة في التعامل مع الناس على بطاقات تعريف تثبت شخصية أصحابها، وتبين وضعهم القانوني مما يمكنهم من الاستفادة من الخدمات وإجراء المعاملات المختلفة، إدارية كانت أو مالية أو غيرها.

فمن المصلحة اعتماد هذه الوسائل لإثبات الشخصية، والتعامل معها أخذاً وعطاء، إثباتاً للحقوق، وإبراء للذمة، ومكافأة وعقوبة، بما تقتضيه الذمة من حقوق وواجبات.

ومن الوسائل الحديثة الصور والبصمات التي كشف العلم أنها لا تشابه بين شخصين على وجه الأرض ولو كانا توأمين. فاستعمال هذه الوسائل جائز ومشروع، ولا غبار عليه^(١).

فبهذه الصور والبطاقات التي تثبت شخصية صاحبها يتم قضاء الحقوق وتسهيل التعامل في مختلف ميادين الحياة العلمية والإدارية والمهنية وغير ذلك. وهي مصلحة ضرورية معتبرة لا يجادل فيها إنسان.

(١) وهنا نتطرق إلى نقطة لا يزال يتشبث بها البعض؛ وهي: تحريم التصوير، مهما كانت مبرراته، استناداً إلى أحاديث نبوية في إنكاره، وتوعد أصحابه بأليم العذاب يوم القيامة، والحال أن العلة المقصودة من تلك الأحاديث التنفير من مضاهاة الله في خلقه، لأنه المصور ولا أحد سواه. أما ما تأخذه الآلات من ظل الإنسان ليحفظ في أوراق تستظهر عند الحاجة للبطاقات الشخصية وجوازات السفر، وغيرها من حاجات التعليم والكشف عن آيات الله في الكون؛ فلا مسوغ للقول بتحريمها، وإلا كان منافياً للآيات الآمرة بالعلم وبالنظر في ملكوت الله، والاطلاع على آياته في هذا الكون العجيب. =

بيد أن إباحة التصوير لغرض إثبات الشخصية ليس على إطلاقه، بل يجب أن يتقيد بحدود الشرع من عدم كشف العورات، فلا يكون التصوير مبرراً لكشف المرأة رأسها حاسرة، سواء كان ذلك بإرادتها أم بطلب من الإدارة، وهو أمر يحدث في بعض البلدان الإسلامية، وهو مصادم للنصوص الآمرة للنساء بالحجاب، ومخالف للإجماع، وليس مجالاً للاجتهاد، أو مراعاة المصلحة كما يدعيه أنصار التحرر من ربة أحكام الشريعة.

ولكن يجب التنبيه إلى أن الصور والبصمات لا يمكن اعتمادها حجة شرعية في إثبات الحدود والعقوبات، بل تتخذ قرائن تضاف إلى ما يحتف بها لتأييد الحكم الشرعي؛ لأن الشارع بنى هذه الحدود على الشبهات.

كما ثبت أن التطور التكنولوجي كان لصالح شهادات الزور في هذه الوسائل، فأصبح ميسوراً تزوير الصور والتوقيعات والوثائق بالأجهزة الإلكترونية إلى درجة أذهلت حتى المختصين في مكافحة جرائم التزوير، وبلغت درجة من التحايل أنعتت أجهزة الرقابة والأمن للحد من مخاطر هذه الجرائم على الحياة الاجتماعية والاقتصادية والأمنية على حد سواء.

٤ - أنظمة وقوانين المرور:

لا يستريب عاقل منصف أن قواعد المرور التي تنظم سير المركبات والعربات في الشوارع العامة، وما تفرضه من ضوابط على السائقين والراجلين على حد سواء، تحقق عدداً معتبراً من المصالح؛ فباتباعها يتم حفظ أنفس الناس وأبدانهم وأموالهم، وبالتهاون بها تتعرض هذه المقاصد الضرورية للخطر، وقد تفوت جميعاً في حادث مروري واحد.

فهذه القوانين تنص بنودها على وجوب حمل سائق المركبة رخصة موافقة للمركبة التي يقودها، وأن يمثل للقواعد الخاصة بحركة المرور، حتى لا يشكل أي خطر عليه أو على غيره من مستعملي الطريق، وأن يستعمل حزام الأمن إجبارياً، ويتخذ كل الاحتياطات لئلا تسبب المركبة في إلحاق ضرر بالغير أو تشكل خطراً عليهم.

وتمنع السائق من الاستعمال اليدوي للهاتف المحمول أو خوذة التصنت الإذاعي والسمعي عندما تكون المركبة في حالة السير، وأن سائق المركبة يتحمل المسؤولية الجزائية والمدنية عن المخالفات التي يرتكبها، بناء على حديث: «أنتم أعلم بأمر دنياكم»^(١). فإن الأصل إباحة ما يستحدثه الإنسان من أمور لتنظيم شؤون حياته، ما لم تصادم نصاً ولا قاعدة شرعية. ومع ذلك فإن مشروعية هذه القوانين تستند إلى جملة من القواعد والنصوص والمقاصد العامة للشريعة، يمكن اختصارها في الفقرات الآتية:

● حرص الإسلام على حفظ الحياة، وصون الأجساد والدماء من الأذى والعدوان، مهما كانت درجته ونوعه، لقوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه»^(٢). وعدم اتباع أنظمة المرور تفوت كثيراً من المقاصد، وتتسبب في إتلاف الأجساد وإزهاق الأرواح، والإحصائيات القاتمة تكشف حقيقة مرة لما تحصدته حوادث المرور من ملايين الأرواح في العالم كل عام.

● لحوادث المرور خطر كبير على أموال الناس، والشريعة جاءت لحفظ أموال الناس من التلف وصيانتها، وهذا مقصد ضروري من مقاصد الشريعة الإسلامية.

● من القواعد الكلية قاعدة (جلب المصالح ودفع المضار)، وقاعدة (درء المفاسد أولى من جلب المصالح)^(٣)، وقاعدة (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام) و(الضرر يزال)، و(يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام)^(٤).

-
- (١) سبق تخريجه.
- (٢) الحديث أخرجه مسلم في كتاب البر، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، برقم (٦٤٨٨).
- (٣) انظر في شرح هذه القاعدة: الأشباه والنظائر، لابن نجيم الحنفي، ص ٩٠ - ٩١؛ شرح القواعد الفقهية، الشيخ أحمد الزرقا، القاعدة ٢٩، ص ٢٠٥؛ شرح مجلة الأحكام العدلية، أ. سليم رستم اللبناني، المادة ٣٠، ص ٣٢.
- (٤) ينظر في شرح هذه القواعد: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٨٥ وما بعدها؛ أحمد =

وبما أن مخالفات المرور تتسبب كل حين في حوادث ضارة ومأساوية، يموت الآلاف من الناس وخسارة الملايين من أموالهم، فإن هذا الضرر يزال قدر الإمكان، ودفعه يتم عن طريق سن تشريعات تنظم عملية السير، بما يقلل من هذه المخاطر إلى أبعد الحدود.

● وبناء على قاعدة (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)^(١) يكون سن هذه القوانين ثم الالتزام بها واجبا شرعاً، إذ لا يتم تحقيق واجب الحفاظ على النفوس والأموال في الطرق إلا باحترام أنظمة السير والمرور.

وقد ثبت في الفقه منع الإنسان من استعمال حقه فيما يملك إذا ترتب عنه إضرار بالغير، فكيف إذا كان ذلك في الطريق وهو ملك لعموم الناس^(٢).

● ولقوانين المرور سند في السنة النبوية، فعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: «إِيَّاكُمْ وَالْجُلُوسَ عَلَى الطَّرِيقَاتِ. فَقَالُوا: مَا لَنَا بِذَلِكَ، إِنَّمَا هِيَ مَجَالِسُنَا نَتَحَدَّثُ فِيهَا. قَالَ: فَإِذَا أَبَيْتُمْ إِلَّا الْمَجَالِسَ فَأَعْطُوا الطَّرِيقَ حَقَّهَا. قَالُوا: وَمَا حَقُّ الطَّرِيقِ؟ قَالَ: غَضُّ الْبَصَرِ، وَكَفُّ الْأَذَى، وَرَدُّ السَّلَامِ، وَأَمْرٌ بِالْمَعْرُوفِ، وَنَهْيٌ عَنِ الْمُنْكَرِ»^(٣).

ولم يرخص الرسول ﷺ للصحابة إلا فيما فيه ضرورة قضاء مصالحهم، بما لا يترتب عنه أذى بالمارة ومستعملي الطريق. فإذا كان النهي عن الأذى يشمل جلوس الأفراد، وإلقاء بعض النفايات المحدودة الأذى، فكيف بحال من يسير عربات قاتلة، ترهق الأرواح، وتعطب الأجساد، وتتلغ الأموال؟.

وفي نهْي النبي ﷺ الصحابة عن الجلوس في الطرقات إشارة إلى بعض اللوائح التنظيمية الموجودة حالياً في قوانين المرور، والتي تُحمّل المسؤولية كل

= الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص ١٦٥-١٧٧، وص ١٧٩-١٨٣.

(١) ينظر: الغزالي، المستصفى: ١/٥٧؛ الفخر الرازي، المحصول: ٢/٣٢٢-٣٢٣.

(٢) د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص ٣٥٢.

(٣) صحيح البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب أفنية الدور والجلوس عليها، حديث رقم (٢٣٣٣).

من أعاق المرور في الطريق كالوقوف التعسفي ونحو ذلك^(١).

وورد الوعيد الشديد على أذى المسلمين في طرقاتهم: فقد روى جابر بن زيد، عن النبي ﷺ قال: «ملعون من آذى المسلمين في طريقهم»^(٢).

كما جعل النبي ﷺ إمطة الأذى عن الطريق صدقة^(٣). وجاء من طرق متعددة: «الإيمان بضعٌ وسبعون، أو بضعٌ وستون شعبة؛ فأفضلها: قولُ لا إلهَ إلا اللهُ، وأدناها إمطةُ الأذى عن الطريق»^(٤).

وقد أدرك الصحابة روح الشريعة فأحدثوا أنظمة لتيسير شؤونهم الدنيوية، وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه رائدهم في ذلك؛ إذ أنشأ الدواوين، ونظم الجند، وفصل القضاء عن دار الخلافة، كما أحدث نظام العسس والسجون؛ رعاية لمصلحة المسلمين، وردعاً للمفسدين، وقمعاً للمجرمين^(٥).

● وعليه فإن المصالح المرسله هي الوعاء الذي يحتوي هذه القوانين، ويصنع عليها المشروعية بما تحقق من مصالح معتبرة، وتدرؤه من مضار خطيرة على الأنفس والأبدان والأموال.

إذا تقرر مشروعية قوانين المرور، فهل يَأثم من يخالفها ديانة، أم تلتزمه العقوبة الدنيوية التي يقرها الحاكم؟.

لقد أصدرت هيئة كبار العلماء في السعودية فتوى بحظر مخالفة أنظمة المرور، وبينت أن ولي الأمر إذا رأى «باجتهاده في أمور الناس ومعاملاتهم

(١) انظر: المادة (٧٢)، فقرة (٨)، المادة (٧٢)، فقرة (٥)، من قانون المرور المؤرخ في: ٢٠٠١/٨/١٩م.

(٢) رواه الربيع بن حبيب، في المسند، حديث رقم (٩٨١).

(٣) صحيح البخاري، كتاب المظالم والنصب، باب إمطة الأذى.

(٤) صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان عدد شعب الإيمان، حديث رقم (٣٥).

(٥) وجاء في مصنف ابن أبي شيبة: «أن نافع بن عبد الحارث اشترى داراً للسجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم، فإن رضي عمر فالبيع له، وإن لم يرض عمر فلصفوان أربعمائة»: ٧/٥، الحديث رقم (٢٣٢٠١).

المباحة، وشؤون حياتهم - التي ليس فيها نص شرعي بأمر أو نهى، إنما وكلت إلى اختيارهم - أن يُلزمهم بأحد طرفي المباح، تحقيقاً لمصلحة ودفعاً لمضرة الفوضى عنهم؛ وجب عليهم أن يطيعوه واعتبر من عصاه في ذلك من المعتدين .
ومن ذلك .

● تنظيم العمل في الوزارات والدوائر والمؤسسات والمدارس . . . ومنه تنظيم خط السير في الطرق براً وبحراً وجواً، وإلزام قادة السيارات والبواخر والطائرات ونحوها خطوطاً محددة وسرعة مقدرة ومواعيد مؤقتة، وأن يحملوا بطاقات تثبت الإذن لهم في القيادة وتدل على صلاحيتهم لها، فيجب على قادة وسائل النقل والمواصلات أن يلتزموا بما وضع لهم محافظة على الأمن والدماء وسائر المصالح، ودفعاً للفوضى والاضطراب وما ينجم عنهما من الحوادث والأخطار وفوات الكثير من المصالح، ومن خالف في ذلك كان من المعتدين، وحقّ لولي الأمر أو نائبه أن يعزّره بما يردعه ويحفظ الأمن والمصلحة؛ من حبس وسحب بطاقة القيادة وغرامة مالية في قول بعض العلماء، وحرمانه من القيادة ونحو ذلك، ومن جنى على غيره وهو مخالف للنظام ضمن ما أصاب من نفس ومال . . .»^(١) .

كما قرر مجمع الفقه الإسلامي: «أن الالتزام بتلك الأنظمة التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية واجب شرعاً، لأنه من طاعة ولي الأمر فيما ينظمه من إجراءات بناء على دليل المصالح المرسله، وينبغي أن تشمل تلك الأنظمة على الأحكام الشرعية التي لم تطبق في هذا المجال»^(٢) .

ولكن ينبغي التفصيل في الأمر، إذ إن المخالفات المرورية ليست كلها بمرتبة واحدة في الخطر أو الضرر؛ فالتجاوز في منطقة عمرانية، لا يعدل التجاوز في طريق خال من الناس، وإهمال عداد السرعة المعطوب لا يرقى إلى خطر تخطي الإشارات الحمراء .

(١) مجلة البحوث الإسلامية، عدد (٢٦)، ص ٦٥-٦٦، سنة ١٤٠٩-١٤١٠هـ .

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٨)، جزء (٢)، عام ١٤١٥هـ، قرار رقم (٧٥/٢/٨٥)، صادر في ٢٧/٦/١٩٩٣م، بدار السلام-بروناي .

وكان من العدل التمييز بين هذه المخالفات، فما كان منها مفضياً إلى ضرر متحقق أو غالب، كان ارتكابه إثماً ومعصية، وهو وإن لم يترتب عنه ضرر، فغالباً ما يكون فيه أذى معنوي من ترويع للمارين، و«من رَوَعَ مؤمناً كمن قتله»^(١).

وثمة مخالفات لا يتعدى خطرهما إلى الغير، كالسرعة المفرطة في طريق خالٍ، أو شحن المركبة بحمولة زائدة، فالإثم حاصل هنا، ولكنه أقل درجة لتفريط السائق في حق نفسه دون حق غيره.

كما أن ثمة أنظمة فيها كمال الحفظ والصيانة، مثل: وجود عداد السرعة، وتحديد أماكن الوقوف المرخصة، بما لا يترتب عن مخالفتها ضرر بالنفس ولا بالغير. فهذه يلزم امتثالها طاعة لولي الأمر، ولكن الإثم فيها غير حاصل، لزوال موجبه وهو الأذى والعدوان.

هذا من حيث الإثم الأخروي، أما من حيث درجة الجزاء العاجل والعقوبات المقررة، فلا ينكر أنها في غالبها عقوبات رادعة، لأنها تسعى إلى كف المتهورين عن تهاونهم واستهتارهم بالأنفس والأموال. وعدم توخيهم الحيطة في استعمال هذه المركبات.

بل إن بعض قوانين المرور تعد رحيمة بالنظر إلى المخاطر الكبيرة المترتبة على تصرفات بعض السائقين الرعناء.

ولكن لا يمكن التغاضي عن بعض العقوبات بما فيها من شطط في فرض غرامات مالية كبيرة على مخالفات يسيرة، مما يعد مجاوزة لولي الأمر في استعمال سلطة التعزير.

فلو أخذنا قانون المرور الجزائري^(٢) نموذجاً، لوجدنا المادة (٦٥) تنص

(١) أخرج الربيع بن حبيب في مسنده عن أبي عبيدة، عن جابر بن زيد قال: بلغني عن رسول الله ﷺ قال: «من رَوَعَ مسلماً رَوَّعه الله يوم القيامة، ومن أفشى سر أخيه أفشى الله سره يوم القيامة على رؤوس الخلائق». حديث رقم (٧١١).

(٢) صدر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد=

على أنه: يُعاقب طبقاً لأحكام المادتين (٢٨٨ و ٢٨٩) من قانون العقوبات، كل سائق ارتكب جريمة الجرح أو القتل الخطأ، نتيجة خطأ منه أو تهاونه أو تغافله وعدم امتثاله لقواعد حركة المرور في الطريق^(١).

= (٤٦)، في جمادى الأولى، عام ١٤٢٢هـ، الموافق لـ ١٩ أوت ٢٠٠١م.
(١) ينص قانون العقوبات الجزائري على ما يأتي:

(المادة ٢٨٨): كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونه أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من (١٠٠٠) إلى (٢٠٠٠٠) د.ج.

(المادة ٢٨٩): إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر، فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين، وبغرامة من (٥٠٠) إلى (١٥٠٠٠) د.ج أو بإحدى هاتين العقوبتين.
ومن نصوص قانون المرور ما يأتي:

(المادة ٧٢): يُعاقب بغرامة من (١٥٠٠) د.ج إلى (٥٠٠٠) د.ج كل سائق يخالف الأحكام المتعلقة بما يلي:

- ١- اتجاهات المرور الإلزامية.
- ٢- تقاطع الطرق وأسقية المرور.
- ٣- استعمال أجهزة الإنارة والإشارة.
- ٤ - حركة السياقة الممنوعة في الطرق السريعة للسيارات، والمكوث على الشريط الأرضي الوسطي الفاصل بين أوساط الطرق المكونة للطريق السريع للسيارات والطريق السريع، والسير إلى الورا والتراجع أو استعمال الشريط الوسيط الفاصل.
- ٥ - السير على الخط المتواصل أو اجتيازه، عندما يكون هذا الخط منفرداً أو مزدوجاً مع الخط المتقاطع، عندما تكون هذه الحركة ممنوعة.
- ٦ - التغيير الخطير للاتجاه دون تأكد السائق من عدم خطورة هذه الحركة على المستعملين الآخرين، وبدون تنبيههم عن رغبته في تغيير الاتجاه.
- ٧ - زيادة السرعة من طرف سائق المركبة أثناء محاولة تجاوزه من طرف سائق آخر... إلخ، المادة.

(المادة ٨٤): يُعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من (٥٠٠٠٠) إلى (١٥٠٠٠٠) د.ج، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل شخص يضع للسير مركبة ذات محرك أو مقطورة مزودة بلوحة تسجيل أو علامة لا تتطابق مع نوع هذه المركبة، أو الصفة الخاصة بالمنتفع بها.

وفي حالة العود تضاعف العقوبة، كما أن هناك عقوبات إضافية على من يتملص من دفع الغرامات في آجالها، ومنها سحب المركبات إلى الحجز وغير ذلك من الأحكام.

فالغالب على هذه القوانين الميل إلى العقوبات المالية، بالغرامات المختلفة، دون مراعاة حال صاحبها غنى وفقراً، بما يكون مرهقاً لكاهل المعسرين في أكثر الأحيان. وربما زادت على ذلك عقوبة السجن أو خيرت بينهما، سواء كانت المخالفة جسيمة أو بسيطة ولا ترى الإعفاء من ذلك في أغلب الأحوال، بل ربما تزيد على ذلك بالمصادرة أحياناً، ولا شك أن التعزير عقوبة مشروعة لولي الأمر فرضها عند الاقتضاء بما يردع المخالفين، ولكن هذه السلطة ليست مطلقة، بل مقيدة بتحقيق هذه المصلحة المتوخاة، ومعيار تحققها يرجع لنظر الخبراء العدول، والمسألة دقيقة من الناحية العملية لتحقيق المناط في التشريعات والقوانين المرسومة في مجال نظام المرور وتحديد العقوبات المتنوعة على المخالفات المرورية.

ولذا كان من المصلحة إعادة مراجعة هذه العقوبات، حتى يكون ثمة تناسب مقبول، بين حجم وخطر المخالفة وبين مقدار العقوبة المقررة.

٥ - تطبيق الحدود الشرعية اليوم:

تردد اليوم دعوات مخلصه لإحياء أحكام الشريعة بتطبيق الحدود، حتى تستقيم حياة الناس وفق منهج الإسلام، وهذه الدعوات مؤشر صحي ليقظة الأمة ورغبتها الملحة للعودة إلى ظلال النظام الإسلامي، بعد أن اكتوت بجحيم الأنظمة الوضعية الجائرة والقاصرة.

بيد أن المصلحة تقتضي التريث في الاستجابة العفوية لهذه الدعوات، واسترداد الواقع التاريخي لدولة الإسلام أول يوم، لأن المسلمين اليوم يعيشون الغربة الثانية. ومحاولة إسقاط كل الأحكام عليهم جملة وتفصيلاً قد يفضي إلى عكس المقصود، ويفوت مصلحة تطبيق هذا النظام، وهذا ما يتجلى في تطبيق الحدود.

ولنا في اجتهاد عمر رضي الله عنه سلف صالح، إذ منع قطع يد السارق في عام الرمادة، والحال أن كثيراً من المسلمين اليوم يعيشون تحت سقف الفقر، فضلاً عن ضعف أو انعدام الوازع الديني والخلقي، وفساد البيئة في كثير من المجتمعات الإسلامية.

فكان من المصلحة تهيئة البيئة المناسبة، وتوفير أسباب الحياة الكريمة لقطع الأعدار عن كل الناس؛ حتى يكون لقطع يد السارق أثره المرجو. أما أن ندعو إلى قطع أيدي السراق، والمجتمع يعج بالبطلان، وننادي برجم الزناة وجلدهم، وأبواق الفجور تدعو إلى سبل الشيطان كل حين، وأبواب الزواج العفيف قد سدّت أمام الراغبين، فهذا ما يدعو إلى تأمل ومراجعة.

وللإباضية تجربة في تعطيل أحكام الحدود في ظروف أهون من ظروفنا، وهي حال فقدان الدولة الإسلامية التي اصطلحوا عليها بالإمامة الكبرى، أو إمامة الظهور. وقد جعلوا مراحل إقامة الإمامة أربعة، أعلاها: الظهور، ثم الدفاع، ثم الشراء، ثم الكتمان^(١)؛ وعرفت هذه المراحل في كتبهم باسم مسالك الدين:

الظهور: هو الوضع الطبيعي للدولة المسلمين؛ حيث يكون لها كامل السلطة، ويتولى أمورها إمام يختار بالشورى ويقيم أحكام الله ويطبق حدوده.

والدفاع: يكون زمن الحروب ومجابهة عدو يهدد كيان الدولة، فيلزم استنفار الأمة للدفاع عن وجودها، وفي هذه الحال قد تعطل بعض الأحكام بما يتناسب وخصوصيات هذه المرحلة.

أما الشراء: فيكون عند غلبة الجور وانحراف السلطان وعدم إمكانية إقامة الإمامة العادلة، حينها تنتدب فئة من الناس للتذكير بوجوب العودة إلى الحكم العادل، ويسبّلون حياتهم للوقوف في وجه الظلم والانحراف، والسير في الأرض لتغيير المنكر، ولا يجوز لهم العدوان أو التعرض بأي سوء للرعية الآمنين، بل تنحصر مهمتهم في إنكار جور الحكام الباغين، ولا يرجعون عن سبيلهم إلا إذا

(١) الوارجلاني، العدل والإنصاف: ٣/٤٨٠.

بقي منهم عدد ضئيل أيقن أنه لا جدوى من محاولة التغيير .

ولم يأت في هذا أثر في كتاب الله عزَّ وجلَّ، ولا في سَنَةِ رسوله ﷺ، إنما هو رأي واجتهاد^(١).

الكتمان: وإذا لم يحقق الشراء غايته أعقبته مرحلة الكتمان؛ وهي سعي المسلمين لإقامة شعائر الدين بينهم في حال غياب الإمام العادل، فيسندون أمورهم إلى واحد منهم، ويطبّقون في هذه المرحلة الحد الأدنى من أحكام الإمامة، وتتعلّق فريضة الجهاد وإقامة الحدود واللعان، لأنها من الأحكام المنوطة بالإمام، والنبى ﷺ لم يطبق هذه الأحكام حتى ظهر أمره بالمدينة، وكان له دولة وسلطان^(٢).

وتتركز الجهود في هذه المرحلة على تربية الفرد ورعاية المجتمع وصيانتها من تداعيات انعدام السلطة العادلة، لأن دور السلطة خطير في حياة الأفراد والمجتمعات، وكما ورد في الأثر: «يزع الله بالسلطان ما لا يزع بالقرآن»^(٣).

ويقرر الوارجلاني أن أصل أحكام الكتمان كان اجتهاداً وقياساً على كتمان رسول الله ﷺ الذي جرى عليه قبل الهجرة، فجعله المسلمون من مسالك الدين؛ فمن حرّمه أخطأ، ومن حكم فيه بأحكام الظهور أخطأ^(٤).

(١) الوارجلاني، الدليل والبرهان: ١٥١/٣.

(٢) للتفصيل ينظر: الوارجلاني، العدل والإنصاف: ٣٥٨-٣٥٩.

(٣) Amr khalifa al nmni. Studies in Ibadhism, p: 101-102.

(٤) حول مسالك الدين عند الإباضية، ينظر: علي يحيى معمر، الإباضية في موكب التاريخ، الحلقة الأولى، نشأة المذهب الإباضي، ص ٩٣.

(٤) الوارجلاني، العدل والإنصاف: ٣٠٥/٢. وتعرف هذه المصطلحات في أدبيات الفكر الإسلامي المعاصر بأحكام الفترة المكية، التي يعلّق عليها البوطي بأنها فترة اقتضتها السياسة الشرعية. اتخذها النبي ﷺ باعتباره إماماً لا بوصفه نبياً. وبناء عليه فإنه يجوز لأصحاب الدعوة الإسلامية في كل عصر أن يستعملوا المرونة في كيفية الدعوة، من حيث التكتّم والجهر بالدين والقوة، حسبما يقتضيه الظرف وحال العصر. ينظر: البوطي، فقه السيرة النبوية، ص ٧٦، ٧٧؛ أحمد فريد، وقفات تربوية مع السيرة النبوية، ص ٦٥ فما بعدها.

قال الوارجلاني: «ومن الرأي الكون مع أئمة الجور، تحت أحكامهم ما أقاموا حكم الله فيك، ولم يحكمك على معصية، وتأدية حقوق الله عليه إليهم، وأخذ العطايا من بيوت أموالهم، والجهاد معهم»^(١).

ولا يبيح الإباضية الخروج على الحاكم إلا عند تحقق نجاح التغيير، فإن غلب على الظن عدمه حرم الخروج إذ لا يدفع ضرر بمثله أو بأكبر منه.

فهناك إذن هامش للحركة بين الركون والتغيير، والمهم رعاية مصلحة الدين، والسعي لتغيير المنكر قدر المستطاع، لأن السكوت عن الظلم أكبر عون له، وأهم عامل يمنحه صبغة المشروعية، ويضمن له الرسوخ والبقاء؛ وهذا مناقض لغاية الإسلام، ومصادم للعدل الذي جاء لإقراره بين الناس، وبه صلاح الحياة، وعليه قام أمر الدنيا والآخرة.

* * *

(١) الوارجلاني، الدليل والبرهان: ٦٣/٢.

خاتمة البحث

تبين من العرض السابق مفهوم المصلحة المرسلة، وأساس اعتبارها ضمن مصادر الاجتهاد، ومدى اعتماد الصحابة عليها، وبروزها في اجتهادات الأئمة منذ الصدر الأول، رغم ما نقل من اختلافهم في الاحتجاج بها، وبعد توضيح شروط اعتبارها تجلّى لنا أنها محل اتفاق بينهم، بين مقلّ ومكثر.

واتضح أنّ المصلحة التي تعارض نصاً قطعياً لا اعتبار لها، وأنها مصلحة وهمية وملغاة، وخلصنا إلى خطأ رأي الطوفي الذي يقدم المصلحة على النص بإطلاق. أما النص الظني الدلالة فيمكن إزالة تعارض المصلحة معه بتفسير النص تفسيراً يتفق ومقاصد الشريعة، ويحقق غاية معتبرة شرعاً.

وفي واقع التشريع في عصر الوحي نماذج تركي هذا التوجه، من مثل: إجازة بيع العرايا والسلم والاستصناع.

وكشف البحث كيف قام الفقه الإسلامي على اعتماد المصلحة، وكيف أمكن توظيفها في الاجتهاد الفقهي على امتداد الزمان والمكان، سواء في مجال العبادات أم في المعاملات، وإن رأى بعض الفقهاء حصر الاجتهاد المصلحي في المعاملات دون العبادات.

وعرض الجانب التطبيقي للبحث إلى قضايا عديدة كانت ولا تزال محل جدل بين الأصوليين والفقهاء، منها: العلاقة بين البدعة والمصلحة المرسلة، والخلاف حول إخراج القيمة بدل العين في الكفارات والزكاة. ثم عرضنا للتأسي بالنبي ﷺ وحدوده، وبخاصة ما يتعلق بالمظهر كالألْبسة والزينة.

وفي مجال المعاملات ألمحنا إلى أسس فقه المعاملات وضوابطه التي تدور حول فلك المصلحة؛ وهي حفظ أموال الناس وعدم أكلها بالباطل.

وكان الحديث حول قضايا مختارة؛ منها:

- بيع المواد النجسة والمركبات الصناعية الحديثة المشتملة على مية أو خنزير؛ أغذية كانت أم أدوية أم مواد استهلاكية أخرى.

- استحداث وسائل حديثة لتنمية الأموال؛ من مثل: إثبات مالية الحقوق الفكرية، وجواز التعامل بها على هذا الأساس.

- وفي المجال الاجتماعي بيّنا جواز تحديد المهور بحد معقول ييسر الزواج أمام الراغبين بما يحقق مصلحة الإحصان وحفظ العرض والنسل والدين، وأن يكون قراراً ملزماً من قبل أولياء أمور المسلمين.

- رأينا أن توثيق عقود الزواج يحقق مصلحة هامة في حفظ الأنساب والحقوق، ولولي الأمر اشتراط توثيق هذه العقود حتى يعتد بها شرعاً وقضاء.

- أما اشتراط الفحص الطبي قبل الزواج، فرغم منافعه المرجوة فإنه يشتمل على محاذير من حرمان أحد الأطراف من فرصة الزواج والإحصان، ولذا كان الأخذ بهذا الاشتراط متروكاً لحرية الخاطبين، وأن يكون محصوراً في الأمراض الخطيرة أو المعدية، ولا يكون مستقصباً لكل ما يحتمل وقوعه من علل وأسقام، فالإنسان معدن النقص، والكمال لله وحده.

- وفي المجال التنظيمي تحدثنا عن تطوير نظم التعليم وتحديد مستوياته وإجراء الامتحانات للتمييز بين درجات الطلاب، والمصلحة متحققة في هذا التنظيم، فتجوز الاستفادة فيه من كل التجارب البشرية ما لم تصادم نصوص ومبادئ الشريعة الإسلامية.

- ومثل ذلك جواز اشتراط الحصول على مؤهل علمي محدد لممارسة بعض المهن الخطيرة الأثر كالهندسة والطب.

- وعرض البحث للوسائل الحديثة لإثبات الشخصية وحدودها وقيودها. وجواز التصوير لأغراض علمية وإدارية عديدة، شريطة الالتزام التام بحجاب المرأة الساتر، وآداب الخروج حتى لا تكون عرضة لمرضى القلوب، أو تغدو صيداً سهلاً المنال للمتربصين.

- ثم طرقتنا قانون المرور وتأصيله الشرعي، فوجدناه محققاً لمقاصد الشريعة من حفظ الأُنفس والأموال، كما أشرنا إلى سلطة الحاكم في رعاية المصلحة في هذه القوانين، ووجوب مراجعة بعض العقوبات المقدرة في هذه القوانين بما يحقق الغاية من تشريعها وهي ردع المتهورين، وزجر المستخفين بأرواح وأموال الآخرين من الركاب والراجلين، وعدم الشطط في فرض عقوبات لا تتناسب وحجم الخطر الحاصل أو المتوقع.

- وختمنا البحث بقضية تطبيق الحدود في المجتمع الإسلامي المعاصر، وأوردنا تجربة الإباضية الميدانية حول القضية، انطلاقاً من حرصهم على إحياء أحكام الإسلام مهما بلغ الضعف بالمسلمين.

ولئن حدث خلاف بين الفقهاء في هذه القضايا المعروضة فليس ذلك وليد شهوة آتية، أو مصلحة شخصية؛ بل كان وفق منهج دقيق، مؤصل على رعاية مقاصد الشارع والالتزام بضوابط الاجتهاد المصلحي، مما عصم شريعة الإسلام أن تتلاعب بها الأهواء الجامحة، أو تُطوّح بها الأنظار البشرية القاصرة.

أملنا أن تتواصل جهود الباحثين وتظافر على تجلية هذا الموضوع الحيوي، وما هذا البحث إلا جهد فردي وإسهام محدود، يظل بحاجة إلى إضافة وتوسيع، فإن كثيراً من القضايا التي تناولها تستدعي وقفة متأنية وتحليلاً ضافياً، وكان حظها النظرة العجلى التزاماً بحدود البحث، وخشية أن يخرج عن حجمه المقبول.

ومن الضروري أن تتضافر جهود العلماء والمفكرين للتدبر في فقه المصالح، وتوظيفها لمعالجة قضايا العصر وفق المنظور الإسلامي الصحيح. وتلك مهمة العلماء الأولى لربط واقعنا بهدي الكتاب وسنة المصطفى عليه السلام، وسيلهم الأُوحد لإعادة الشهود الحضاري لأمة الإسلام.

* * *

أهم مصادر البحث

- ١- ابن العربي، أبو بكر، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٢- الإمام الشافعي، كتاب الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- ٣- الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام.
- ٤- ابن بركة، أبو محمد، الجامع، دار الفتح، بيروت، لبنان، ١٩٧٤م.
- ٥- ابن قدامة المقدسي، المغني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- ٦- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- ٧- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، ط ٣، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، ١٩٩٣م.
- ٨- ابن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر.
- ٩- الباجي، أبو الوليد، المتقى شرح الموطأ، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- ١٠- البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري.
- ١١- الجصاص، أبو بكر، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- ١٢- خلفان السيابي، فصول الأصول، مطابع سجل العرب، وزارة التراث القومي والثقافة، عمان، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.
- ١٣- د. الزحيلي، محمد مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، مطابع جامعة دمشق.

- ١٤ - د. الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
- ١٥ - د. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط٢، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.
- ١٦ - د. حسان، حسين حامد، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي.
- ١٧ - د. زيدان، عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٧م.
- ١٨ - د. فتحي الدريني، نظرية التمسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة.
- ١٩ - د. البوطي، محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط٣، مؤسسة الرسالة، بيروت، الدار المتحدة، سوريا، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.
- ٢٠ - د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن.
- ٢١ - الربيع بن حبيب، مسند الربيع بن حبيب، مكتبة الاستقامة، مسقط.
- ٢٢ - الريسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي.
- ٢٣ - الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ط١، دار القلم، دمشق، سوريا، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.
- ٢٤ - السالمي، عبد الله بن حميد، حاشية مسند الربيع بن حبيب، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان.
- ٢٥ - السالمي، عبد الله بن حميد، شرح طلعة الشمس، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان.

٢٦ - السالمي، معارج الآمال على مدارج الكمال، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان.

٢٧ - السيابي، خلفان بن جميل، فصول الأصول، مطابع سجل العرب، وزارة التراث القومي والثقافة، عمان، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

٢٨ - الشاطبي، أبو إسحاق، الموافقات، شرحه وخرّج أحاديثه: الشيخ عبد الله دراز؛ دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت.

٢٩ - الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم، الاعتصام.

٣٠ - الشماخي، أبو العباس، شرح مختصر العدل والإنصاف، تحقيق مهني التيواجني، نسخة مرقونة لدى الباحث.

٣١ - الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول.

٣٢ - الطوفي، نجم الدين سليمان بن عبد القوي، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.

٣٣ - عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ط٣، دار القلم، الكويت، د.ت.

٣٤ - العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام.

٣٥ - علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.

٣٦ - الغزالي، أبو حامد، المستصفى من علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٣٧ - الغزالي، أبو حامد، المنخول من تعليقات الأصول، تحقيق د. محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

- ٣٨- الفخر الرازي، المحصول، تحقيق د. طه جابر فياض العلواني .
- ٣٩- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن .
- ٤٠ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت .
- ٤١ - مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم .
- ٤٢ - مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي، ط٢، دار الفكر الإسلامي، د.ت .
- ٤٣ - الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، نشر دار السلاسل، ط٢، ١٤٠٤هـ/١٩٨٣م .
- ٤٤ - الوارجلاني، أبو يعقوب، الدليل والبرهان، طبعة حجرية، المطبعة البارونية، القاهرة .
- ٤٥ - الوارجلاني، أبو يعقوب، العدل والإنصاف، مخطوطة مرقونة بحوزة الباحث .
- ٤٦ - Amr khalifa al nmani. **Studies in Ibadhism** .

* * *

المصالح المرسله وتطبيقها المعاصرة

إعداد

الأستاذ الدكتور قطب مصطفى سنانو

عضو منتدب بمجمع الفقه الإسلامي الدولي
المدير المؤسس للمعهد العالي لوحدية المسلمين بماليزيا
أستاذ الفقه وأصوله بالجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا

«أما مصالح الدنيا وأسبابها ومفاسدها،
فمعروفة بالضرورات والتجارب والعادات
والظنون المعتربات، فإن خفي منها شيء من
ذلك طلب من أدلته، ومن أراد أن يعرف
المتناسبات والمصالح والمفاسد راجحها
ومرجوحها، فليعرض ذلك على عقله بتقدير أن
الشرع لم يرد به، ثم يبني عليه الأحكام، فلا
يكاد حكم منها يخرج عن ذلك إلا ما تعبد الله به
عباده، ولم يقفهم على مصلحته أو مفسدته،
وبذلك تعرف حسن الأعمال وقبحها».

الإمام العزيز

العز بن عبد السلام

«إن الشريعة الباهرة مبناها على الحكم
ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي
عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، فكل
مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن
الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى
المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فهي
ليست من الشريعة وإن أدخلت بالتأويل».

الإمام القيم

ابن القيم الجوزي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم الدراسة

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

لا تزال الساحة الفكرية الأصولية المعاصرة تنزو إلى العديد من الدراسات العلمية الجادة الهادفة إلى تفعيل جملة من المباحث والمسائل الأصولية، وذلك بغية الاستعانة بها في توجيه مستجدات الحياة توجيهاً أميناً، وتسديد الواقع المعاش بتعاليم الدين الحنيف تسديداً.

ومن المباحث الأصولية التي تلح الساحة العلمية الراهنة على إيلائها مزيداً من التحقيق والتأصيل، مبحث المصالح المرسله بحسبانها أهم دليل تبعي يلاذ به في العصر الحاضر لبيان حكم الشرع في المستجدات التي تعم بها البلوى، وتؤثر - بطريقة مباشرة وغير مباشرة - في حياة المجتمعات. فلئن تنازع أهل العلم بالأصول - ذات يوم - في حجية هذا الدليل ومدى صلاحيته لأن يكون مصدراً للأحكام الشرعية، فإن النظر المتمعّن في حقيقة هذا الدليل وما يتسم به من مرونة وواقعية وموضوعية، يملي على الباحثين الجادين ترجيح القول بحججته وضرورة توظيفه عند الهم ببيان حكم الشرع في المستجدات والنوازل ذات الطابع العام.

فلئن عاب العالمون بالأصول - ذات يوم - على منكري القياس لتجاهلهم الأهمية العلمية الآتية التي كانت للقياس في ذلك الزمان، فإنه من حق الباحثين أن يعيخوا على منكري المصالح الموسومة بالمصالح المرسله؛ لمسيس الحاجة إليها في هذا العصر بوصفها الدليل الشرعي القائم على مراعاة مقاصد الشرع واعتبار مآلات الأفعال، ولا يخفى ما لهذين البعدين من أهمية في ضمان الوصول إلى

حكم الشرع في المستجدات العامة .

وعلى العموم، حاولت هذه الدراسة في مبحثها الأول أن تلقي بظلال من الضوء على مفهوم المصالح المرسلة وعلاقتها بالمصالح المعتبرة والملغاة .

كما حاولت في المبحث الثاني تحقيق القول في الأهمية العلمية والمنهجية لهذا الدليل ومكانته بين الأدلة التبعية .

وتعرضت في مبحثها الثالث لجملة حسنة من الضوابط العلمية التي يجب مراعاتها عند الهم بتوظيف هذا الدليل لبيان حكم الشرع في مستجدات الحياة العامة، وأكدت على مشروعية توظيف هذا الدليل في المسائل الموسومة بالمسائل التعبدية إذا كانت معقولة المعنى، كما هو الحال في كثير من مسائل الزكاة وسواها .

وركنت الدراسة في مبحثها الأخير إلى تطبيقات هذا الدليل .

وأما الخاتمة، فقد احتضنت أهم نتائج الدراسة واقتراحاتها، وكان من أهمها: الدعوة إلى تجاوز التعريفات التقليدية للمصالح المرسلة؛ وخاصة منها تلك التعريفات التي تزعم بأنها هي المصالح التي لم يشهد لها أصل باعتبار أو إلغاء، والحال أنه قد شهد لها أصل بالاعتبار، غير أنه أصل عام غير معين .

وفضلاً عن هذا، اقترحت الدراسة الاستغناء عن التقسيم الثلاثي التقليدي للمصالح، والاكتفاء بتقسيمها إلى مصالح أصلية (مصالح منصوص عليها، مصالح معتبرة، ومصالح ملغاة)، ومصالح فرعية (مصالح غير منصوص عليها، مصالح مرسلة)، ومغزى التقسيم المقترح القضاء المبرم على ذلك الخلاف الأصولي الموروث حول حجية هذا الدليل، وإبراز العلاقة المنطقية الضرورية بين هذه المصالح، وهذه العلاقة مشابهة لعلاقة الأصل بالفرع في القياس .

ولم تفت الدراسة الدعوة إلى ضرورة توظيف هذا الدليل لتوجيه العديد من مستجدات مسائل الحج التي تمس الحاجة اليوم إلى ضرورة توجيهها في ضوء مقاصد الشرع واعتبار مآلات الأفعال .

وختاماً، يحدوني أمل في أن تنال الأفكار والآراء الواردة في هذه الدراسة مزيداً من النقد والمناقشة من لدن أصحاب السماحة والفضيلة والسعادة أعضاء المجمع الموقرين، ذلك قصد الارتقاء بها، وتقويم ما اعوجَّ منها، والله نسأل التوفيق والسداد في القول والعمل.

* * *

المبحث الأول

في مفهوم المصالح المرسلة

وعلاقتها بالمصالح المعتبرة والمصالح الملغاة

أولاً: في المراد بالمصالح المرسلة في المدونات الأصولية، تحليل
ونقد:

يلجأ معظم أهل العلم بالأصول إلى تعريف المصالح المرسلة من خلال تقسيمهم المصالح إلى ثلاثة أقسام؛ من حيث اعتبار الشارع لها وعدم اعتباره إياها، ومن الأصوليين الذين انتهجوا هذا المنهج في تعريف المصالح المرسلة الإمام الغزالي في مستصفاه، حيث قال ما نصه:

«وقد اختلف العلماء في جواز اتباع المصلحة المرسلة، ولا بد من كشف معنى المصلحة وأقسامها، فنقول: المصلحة بالإضافة إلى شهادة الشرع ثلاثة أقسام: قسم شهد الشرع لاعتبارها، وقسم شهد لبطانها، وقسم لم يشهد الشرع لا لبطانها ولا لاعتبارها. أما ما شهد الشرع لاعتبارها، فهي حجة، ويرجع حاصلها إلى القياس، وهو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع. . القسم الثاني: ما شهد الشرع لبطانها. . القسم الثالث: ما لم يشهد له من الشرع بالبطان ولا بالاعتبار نص معين؛ وهذا في محل النظر. .»^(١)

واقضى الإمام الزركشي - في بحره المحيط - منهج الغزالي في تعريف المصالح المرسلة من خلال تقسيمها إلى الأقسام الثلاثة السالف ذكرها، حيث إنه عرفها بقوله:

(١) انظر: المستصفى في أصول الفقه، الإمام الغزالي، بيروت، دار الكتب العلمية، بدون تاريخ طبع: ١/ ٢٨٤ وما بعدها.

« . . المصالح المرسلة . . قد مر الكلام في القياس في المناسب الذي اعتبره الشارع، أو ألغاه، والكلام مما جهل حاله، أي سكت الشرع عن اعتباره وإهداره، وهو المعبر عنه بـ(المصالح المرسلة)، ويلقب بـ(الاستدلال المرسل). ولهذا سميت مرسلة، أي: لم تعتبر ولم تلغ . . »^(١).

وانتهى الإمام الشاطبي في موافقاته إلى تحديد المراد بها؛ فقال ما نصه:

« . . المصالح المرسلة يرجع معناها إلى اعتبار المناسب الذي لا يشهد له أصل معين، فليس له على هذا شاهد شرعي على الخصوص، ولا كونه قياساً، بحيث إذا عرض على العقول تلقته الأمة بالقبول . . »^(٢).

وتذهب طائفة من أهل العلم بالأصول إلى تعريفها من خلال تسميتها بالمناسب المرسل، وفي ذلك يقول الإمام الآمدي ما نصه: « . . المناسب هو الذي لم يشهد له أصل من أصول الشريعة بالاعتبار بطريق من الطرق المذكورة، ولا ظهر إلغاؤه في صورة، ويعبر عنه بالمناسب المرسل . . »^(٣).

وأما الإمام الإسنوي، فيعرفها بقوله: « . . المناسب المرسل هو ما لم يشهد له أصل اعتبار ولا إلغاء . . »^(٤)، ويتعبّر آخر عند الإمام البدخشي: « . . المناسب المرسل هو الذي لا يعلم هل اعتبره الشارع أو ألغاه »^(٥).

وقد انفرد الإمام الجويني بتسميتها بالاستدلال، فعرفها بقوله: « . . النظر الشرعي مجامعه إلحاق الشيء المسكوت عنه بالمنصوص عليه، والمختلف فيه بالمتفق عليه لكونه في معناه، أو تعليق حكم بمعنى مخيل به مناسب له في وضع

(١) انظر: البحر المحيط في أصول الفقه، الزركشي، تحرير أبو غدة، ومراجعة العاني، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، طبعة ثانية لعام ١٩٩٢م: ٦٧/٢ باختصار.

(٢) انظر: الاعتصام، الشاطبي، بيروت، دار المعرفة: ١١١/٢.

(٣) انظر: الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي: ٢٦٢/٣.

(٤) انظر: شرح البدخشي مع نهاية السؤل، للإسنوي: ٥٨/٣.

(٥) المصدر السابق: ١٣٥/٣.

الشرع، مع رده إلى أصل ثبت الحكم فيه على وفق النظر، وربط حكم من غير أن يجد الناظر أصلاً متفق الحكم يستشهد عليه، وهذا هو المسمى الاستدلال. (١)

وثمة تعريفات عديدة ومتقاربة في المدونات الأصولية، ولا يتسع المقام لسردها، وبإمعان النظر في هذه التعريفات المكررة ما عدا تعريف الإمام الشاطبي، يجد المرء أنها تتفق من حيث الجملة في اعتبارها المصالح المرسلة ذلك المناسب الذي سكت الشارع عن اعتباره أو إلغائه، وبتعبير آخر يراد بها المناسب الذي لا يعلم هل اعتبره الشارع أو ألغاه؟ ومقتضى هذا أن هذا المناسب المرسل لا يمكن اندراجه ضمن المناسب الذي اعتبره الشارع، أو المناسب الذي ألغاه الشارع، ذلك لأن الشارع تجاوز - قصداً - عن بيان موقفه منه صراحة، مما يجعل اعتباره من جنس المناسب المعتبر أو المناسب الملغى تقوُّلاً على الشارع، ولا يخفى ما في ذلك من محذور!

ثانياً: ملحوظات نقدية ومنهجية على التعريفات والتقسيم:

إننا نرى أن هذه التعريفات التقليدية الشائعة في المدونات الأصولية لا تخلو من نظر ونقد، وترد عليها برمتها الملحوظات المنهجية التالية:

أولاً: يفتقر معظمها إلى الدقة والموضوعية، ذلك لأن معظمها تجاوز - قصداً - بيان مآل هذا المناسب إن اعتباراً أو إلغاءً، ويعد هذا الأمر طعنة في صحة الاستدلال بالمصالح المرسلة، والصدور عنها بحسبانها دليلاً شرعياً ومصدراً للتشريع، لأنه يفترض في الدليل المصدر أن يكون واضحاً وجلياً، فإذا لم يكن واضحاً بل غامضاً، فكيف يصلح أن يكون مصدراً للتشريع، وبناء الأحكام الشرعية عليه!

ثانياً: إن تعريف هذا المناسب المرسل بأنه المناسب الذي لم يشهد له أصل

(١) انظر: البرهان في أصول الفقه، الإمام الجويني، تحقيق عبد العظيم الديب، قطر، جامعة قطر، طبعة عام ١٤٠٠هـ: ٧٨٢/٢.

من أصول الشريعة بالاعتبار، ولا ظهر إلغاؤه في صورة من الصور! يعد هذا الإطلاق في نفي وجود أصل لهذا المناسب محل نقد ونظر، ذلك لأنه لا يصح العمل بهذا المناسب إذا لم يكن ثمة أصل من أصول الشريعة يشهد له إن بالاعتبار أو بالإلغاء، إذ أنى يصح الاعتماد على دليل لا يستمد مشروعيته من أصل من الأصول الشرعية المعتمدة! والشأن في هذا كالأشأن فيما قاله نفاة الاستحسان بأنه تلذذ وتشه ما دام المجتهد عاجزاً عن التعبير عنه على الرغم من انتقاده في ذهنه!.

وعليه، فليس من المقبول نفي وجود أصل من أصول الشريعة المعتمدة لهذا المناسب، بل ينبغي تقييد هذا النفي بقيد (أصل معين)، فيقال: إن هذا المناسب لم يشهد له أصل معين من أصول الشريعة بالاعتبار أو بالإلغاء. . فهذا القيد يؤكد وجود أصل ما لهذا المناسب، غير أنه أصل غير معين ولا مباشر، أي: ليس أصلاً منصوباً عليه نصاً صريحاً!.

وبطبيعة الحال: عدم وجود أصل معين لهذا المناسب لا يعد ذلك أمراً غريباً، بل هو معهود في الشرع، إذ إنه من المعلوم في عملية القياس عدم وجود أصل معين (نص معين مباشر) للفرع الذي يلحق بالأصل، غير أن النص الوارد للأصل يتضمن بطريقة من الطرق الفرع المسكوت عنه. وهكذا الشأن في المناسب المرسل، فإن الأصل الوارد (النص المعين) للمناسب المعتمد يتضمن - بطريقة غير مباشرة - المناسب الموسوم بالمناسب المرسل، ويشمله ضمناً.

وبناءً على هذا، فلا نرى سداداً ولا وجهة في رأي من نفي وجود أصل أي أصل لهذا المناسب، ولقد تنبه الإمام الشاطبي - رحمه الله - لهذا الأمر، فتجاوز في تعريفه إطلاق نفي وجود أصل للمناسب المرسل، ونص على وجود أصل (معين) لهذا المناسب، كما بين أن سكوت الشارع الحكيم عن اعتبار هذا المناسب أو إلغاؤه، لا يعني بأي حال من الأحوال عدم قبوله إياه، بل شأنه في هذا الأمر كشأن الفرع المسكوت عنه في القياس، فمن المعلوم أن الفرع الذي يلحق بالأصل مسكوت عنه في الشرع، ولكنه يتقاسم مع الأصل العلة الجامعة بينهما، مما يجعل إلحاقه به أمراً مشروعاً وضرورياً، وكذلك الحال في هذا المناسب

الذي وصفه: بأنه إذا عرض على العقول تلقته الأمة بالقبول، أي يعد من جنس المناسب الذي اعتبره الشارع، وخصه بالتنقيص والذكر؛ فلنصغ إلى ما جادت به قريحة شيخ المقاصدين المحققين بهذا الصدد، حيث قال مانصه:

« . . الثالث - أي: من أقسام المعنى المناسب - ما سكتت عنه الشواهد الخاصة، فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه، فهذا على وجهين: أحدهما: أن يرد نص على وفق ذلك المعنى كتعليل منع القتل للميراث، فإن المعاملة بنقيض المقصود تقدير إن لم يرد نص على وفق مناسب غريب، فإن هذه العلة لا تشهد بها تصرفات الشارع بالفرض ولا بملائمها بحيث يوجد لها جنس معتبر، فلا يصح التعليل بها، ولا بناء الحكم عليها باتفاق . . الثاني: أن يلائم تصرفات الشارع، وهو أن يوجد بذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين، وهو الاستدلال . . »^(١).

إن مآل المصالح المرسلة وفق هذا المنظور المقاصدي الرائع الشامل إلى الاعتبار، ولا محالة، إذ إن الفرق الأساس بينها وبين المصالح المعتبرة يتمثل في كون المصالح المعتبرة مصالح ورد في شأنها نص معين خاص بها، وأما المصالح المرسلة، فإنه لم يرد في شأنها نص معين وخاص، ولكن النص الوارد في المعتبرة يشمله بطريقة من الطرق.

ثالثاً: إن اعتبار المصالح الملغاة قسيماً للمصالح المعتبرة محل نظر ونقد، ذلك لأن مفهوم المصلحة عند عامة الأصوليين يراد به جلب كل ما فيه منفعة، ودرء كل ما فيه مفسدة . . وبتعبير أدق عند الإمام الغزالي يراد بالمصلحة في الأصل: « . . جلب منفعة أو دفع مضرة . . »^(٢)؛ فالمصالح الموسومة بالمصالح الملغاة تعد مفاسد، مما أوجب إلغائها ودرأها في الشرع، وأما المصالح الموسومة بالمصالح المعتبرة، فتعد منافع مما أوجب جلبها وتحصيلها في الشرع. فالاعتبار والإلغاء في حقيقته يمثلان هذا البعد في المصالح: جلب

(١) انظر: الاعتصام، للشاطبي: ١١٣/٢.

(٢) انظر: المستصفي، للإمام الغزالي: ٢٨٧/١.

المنافع (مصالح معتبرة)، ودرء المفسد (مصالح ملغاة)، وبالتالي فإننا لا نرى ثمة حاجة إلى إبرازهما في شكل مصطلحين متقابلين أو متناقضين، والحال أنهما داخلان في مصطلح واحد، وهو المصلحة بمفهومها العام.

وإذ الأمر كذلك، فإن الأولى ضرورة تجاوز هذه التجزئة الاعتبارية لمصطلح المصالح ما دام أن كلا نوعيها يشتركان في ورود نص معين في شأنها (جلب المنفعة+ درء المفسدة)، وبدلاً من ذلك، نرى ضرورة الاعتداد بمدى ورود نص معين في شأن المصلحة، وعدم ورود نص معين في شأنها، فإذا ورد نص معين في شأنها، اصطالحنا عليها بالمصلحة الأصلية، أو المصلحة الأصل، أو المصلحة المنصوص عليها، وإذا لم يرد نص صريح معين في شأنها، اصطالحنا عليها بالمصلحة الفرعية، أو المصلحة الفرع، أو المصلحة غير المنصوص عليها، أو المصلحة المسكوت عنها. وكلا هذين القسمين للمصلحة يتضمنان جلب المنافع ودرء المفسد.

إن هذا التقسيم المقترح من شأنه التخفيف من غلواء الخلاف والتزاع حول مصدرية ودليلية المصالح غير المنصوص عليها، إذ إنه يجعل الخلاف فيه كالخلاف في دليوية القياس ومصدريته، وقد أبان المحققون من أهل العلم بالأصول وهن وضعف جميع الأدلة التي اعتصم بها النافون للقياس في القرون الغابرة، واستغنوا عن صرف جهودهم الفكرية والعلمية في الرد على أولئك الثقات والمنكرين، ولا ضير اليوم في أن نسير على سنن هؤلاء المحققين من أهل العلم بالأصول عند التعامل مع منكري المصالح الأصلية أو المصالح الفرعية!.

أخيراً: صفوة القول: لا بد من إعادة تعريف هذه المصالح بأنها هي المصالح التي لم يرد في شأنها نص معين مباشر بالاعتبار أو الإلغاء، ولكنها تندرج ضمن المصالح التي ورد في شأنها نص معين مباشر. ومقتضى هذا التعريف ضرورة إعادة تسمية هذه المصالح بالمصالح الفرع، أو المصالح الفرعية، أو المصالح المسكوت عنها، أو المصالح غير المنصوص عليها. فهذه التسمية نخالها أكثر تعبيراً ودقة من التسميات التي ورثناها عن أئمتنا الأصوليين السابقين - رحمهم الله -.

وبطبيعة الحال: إننا لعلى دراية تامة بتلك المقولة الشائعة على الألسن، وهي أنه لا مشاحة في المصطلحات! والحقيقة التي لا يجهلها من له أدنى اطلاع في الأصول أن هذه المقولة لا أصل لها منطقياً ولا علمياً، بل إنها خلاف الحقيقة كل الحقيقة، ولذلك ينبغي أن يقال: كم من مشاحة في المصطلحات!! فلولاً المشاحة في المصطلحات لما كان ثم علم يعرف بعلم الأصول الذي يتمحور جُلّ جهود العالمين به حول ضبط المصطلحات، فضبط معانيها، إذ إن ضبط المصطلح ضبطاً محكماً يمثل مقدمة أساسية وضرورية لبيان معانيها ومراميتها، كما يعين على صياغة المعاني المعبرة عن ذلك المصطلح. فإذا استغنيا اليوم عن مصطلح (المصالح المرسله)، واعتمدنا مصطلح المصالح الفرعية، أو المصالح غير المنصوص عليها، أو المصالح المسكوت عنها، كان في ذلك عون على تسهيل إدراك العامة العلاقة المنطقية الثابته بين المصالح الأصلية (المصالح الأصل)، والمصالح الفرعية (المصالح الفرع)، وبتعبير آخر: سيتتج عن ذلك إقناع عامة المعارضين والنافين لحجية هذا الدليل ومصدرته، وإزالة تهمة الموهومية الغزالية عن هذا الدليل الشرعي العظيم!

على أنه من الحري بالتقرير أننا لسنا بدعاً في نقد هذا التقسيم الأصولي الموروث، فلقد سبقنا إلى نقده العلامة الأصولي المحقق - محمد مصطفى شلبي - في كتابه، وهذا نص ما أورده من نقد: «... وهذا التقسيم في ذاته حاضر، لا شي فيه... ولكن الذي يؤخذ عليه تسميتهم النوع الثاني: الملغاة، لأن مجرد مخالفة المصلحة لمقتضى نص خاص لا يلغياها بالاتفاق، بل الخلاف ماض فيه، فمن العلماء من يعتبرها في أبواب المعاملات إذا كانت راجحة، ومنهم من يلغياها مطلقاً... فإذا أردنا أن نقسمها تقسيماً يتفق وجميع الآراء، نقول:

المصلحة: إما أن تكون منصوصاً، أو مجمعاً عليها بخصوصها، أو لا، والثانية: إما أن تكون معارضة لمصلحة أو إجماع، أو لا، والأولى تسمى مصلحة معتبرة، والثالثة تسمى مرسله، والثانية لا تسمى بهذا ولا ذاك، بل تسمى معارضة لدليل شرعي آخر؛ وأما إلغاؤها أو عدم إلغائها، فشيء آخر، يختلف باختلاف المذاهب، أو باختلاف نوع الدليل المقابل لها؛ واختلاف الأسماء لا

يعني ما دام المعنى صحيحاً .

وأنت إذا عرفت أن ذلك التقسيم إلى المعتبرة والملغاة والمرسلة لطائفة من العلماء الذين قالوا بإهدارها عند معارضتها لأي دليل آخر، لما ثار النزاع حول المصالح واعتبارها؛ وأن تقسيمنا الآن لا لطائفة خاصة، بل لجميع الطوائف الذين قالوا بحجيتها في الجملة على اختلافهم في أنواع المعتر من هنا - لم تستبعد هذا التقسيم الذي قلناه، بل وجدته أقرب إلى الصواب من سابقه، لأن المصلحة إذا ثبت كونها دليلاً شرعياً في الجملة . . كانت كباقي الأدلة الأخرى، في أن مجرد المعارضة لا يسوغ تسمية الدليل بالملغى، وإلا لؤسِم كل من الدليلين المتعارضين بالإلغاء . والمعبر هنا لم يجوز ذلك، ولم يفعله في الأدلة الأخرى . فالمعارضة شيء، والإلغاء شيء آخر يكون بعد الموازنة والترجيح . . «^(١) .

وبطبيعة الحال : ثمة أوجه اتفاق بين النقد الذي انتهينا إليه وهذا النقد الذي سبقنا إليه، وكل ما في الأمر أن التقسيم التقليدي محل نقد ونظر، فليتأمل ! .

* * *

(١) انظر : تعليل الأحكام، محمد مصطفى شلبي، بيروت، دار النهضة العربية، بدون تاريخ طبعة، ص ٢٨١ - ٢٨٢ باختصار وتصرف .

المبحث الثاني

في الأهمية المنهجية والواقعية لدليل المصلحة في توجيه مستجدات الحياة

في غمرة تكاثر المستجدات، وتلاحق الأحداث، وتشابك القضايا والمسائل، وفي خضم البحث عن حكم شرعي رصين متزن لما تداهم الساحة الفكرية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية من أحداث جسام وقضايا كبرى، في هذه الأثناء، تتجه الذهنية الإسلامية الرشيدة إلى مقاصد الشرع عليها تجد جواباً شافياً لحكم الشرع في كل مستجد، وعساها أن تظفر برؤية منهجية واقعية تستنير وتعتم بصكليات نصوص الكتاب والسنة وأصولها الثابتة، ولتصدر عن وعي مكين بالواقع الذي يعيش فيه الناس، وإدراك غير مغشوش بمآلات الوقوع الفعلي للأحكام الشرعية في ذلك الواقع، بعيداً عن النظرة الجزئية المفضية إلى الغلو والإفراط والتفريط والانسحابية.

ولقد نذر كثير من أهل العلم بالأصول حياتهم قديماً وحديثاً في تأصيل القول في مقاصد الشرع وسبل الحفاظ عليها، وكيفية الاحتماء بها عند تضارب الأقوال وتنافر الآراء حول مختلف المسائل الفقهية، وذلك بحسبانها الملاذ الآمن الذي يلاذ به دوماً وأبداً لبيان السديد من الآراء، والمحكم من الأفكار، وقد دفع هذا الأمر الإمام الطاهر ابن عاشور إلى دعوته المخلصة إلى تأسيس علم يعرف بعلم المقاصد، وفي هذا يقول ما نصه:

« . . إذا أردنا أن ندون أصولاً قطعية للتفقه في الدين حَقَّ علينا أن نعلم إلى مسائل أصول الفقه المتعارفة، وأن نعيد ذوبها في بوتقة التدوين، ونعيرها بمعيار النظر والنقد، فننفي عنها الأجزاء الغريبة التي غلثت بها، ونضع فيها أشرف معادن مدارك الفقه والنظر، ثم نعيد صوغ ذلك العلم، ونسميه علم مقاصد الشريعة،

ونترك علم أصول الفقه على حالة تستمد منه طرق تركيب الأدلة الفقهية، ونعتمد إلى ما هو من مسائل أصول الفقه غير منزو تحت سرادق مقصدنا هذا من تدوين مقاصد الشريعة، فنجعل منه مبادئ لهذا العلم الجليل علم مقاصد الشريعة . . «^(١) .

بل لم يكن من عجب أن يعد شيخ المقاصديين الإمام الشاطبي - رحمه الله - المعرفة المقاصدية أهم صفة يجب أن يتصف بها من يروم التصدي للاجتهد والإفتاء والتوقيع عن رب العالمين، وقال في هذا قولته الشهيرة في موافقاته الغراء:

«إذا بلغ الإنسان مبلغاً فهم عن الشارع فيه قصده في كل مسألة من مسائل الشريعة، وفي كل باب من أبوابها، فقد حصل له وصف هو السبب في تنزله منزلة الخليفة للنبي ﷺ في التعليم والفتيا والحكم بما أراه الله . . .»^(٢) . بل أرجع الإمام الشاطبي كثيراً من الأخطاء التي يقع فيها كثير من العلماء إلى غفلتهم عن المقاصد عند الاجتهاد: «فزلة العالم أكثر ما تكون عند الغفلة عن اعتبار مقاصد الشرع في ذلك المعنى الذي اجتهد فيه . . .»^(٣) .

وبناء على هذا، فمن كان زاده في هذه المعرفة مغشوشاً وضحلاً، فلا يحق له - بأي حال من الأحوال - أن يتكلم في الدين، بل عليه أن يتبع العالمين، ويحفظ على نفسه وعلى غيره دينه ومكانته .

ولئن آمن عامة أهل العلم بالأصول بأن مقاصد الشرع في الخلق تتمثل في تلکم المعاني والغايات السامية التي وضعت الأحكام الشرعية من أجل تحقيقها لمصلحة العباد، ولئن أكدوا في طروحاتهم بأن تلك المعاني والغايات تروم - من خلال الأحكام الشرعية الجزئية - حفظ الكليات الخمس أو الست التي تواترت الرسائل والنبوات على الدعوة إلى حفظها، وصيانتها، لذلك فإنه لا يخالجن

(١) انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ٨ باختصار .

(٢) انظر: الموافقات: ٤/١٠٦ - ١٠٧ .

(٣) المصدر السابق: ٤/١٧٠ باختصار .

أحد أشك في أن ثمة تداخلاً وترابطاً وتلازماً بين مقاصد الخالق ومصالح الخلق، ولا يمكن الفصل بينها إلا بتكلف، كما لا يمكن الاعتداد بواحدة منهما دون الأخرى؛ فمقاصد الخالق أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم وعرضهم ومالهم، ومصالح الخلق أن يمثلوا بالأوامر التي وضعها الخالق في ثنايا كتابه الكريم وعلى لسان نبيه العظيم، وأن ينتهوا عن النواهي التي نهاهم عنها عالم الغيب والشهادة في كتابه وفي سنة نبيه - صلى الله عليه وآله وسلم -؛ فلا سعادة ولا صلاح، بل لا فلاح لهم في الدنيا وفي الآخرة إذا ركبوا متن الشطط وخالفوا أوامر الخالق سبحانه، وارتكبوا نواهيه ظلماً وجوراً.

إنه ليس من ريب في أن الخالق الحكيم تجاوز - قصداً - التنصيص على أحكام مفصلة وواضحة لكل حادثة أو نازلة تنزل بالخلق، تمكيناً لهم من حسن استخدام منحة الغالية التي منحها إياهم تفضلاً وتكرماً، وتمثل تلك المنحة الإلهية الكبرى في نعمة العقل؛ الذي يعده أهل العلم بالفقه والأصول مناط التكليف الأعظم، ويعبرون عنه في مدوناتهم بالاجتهاد بحسبانه أهم تفاعل يقوم به العقل في تعامله مع نصوص الشرع المختلفة، وقد أكد هذا الأمر لفييف من أهل التحقيق من علماء الأصول، وعلى رأسهم الإمام الجويني الذي قال:

«.. لو انحصرت مأخذ الأحكام في المنصوصات والمعاني المستشارة منها، لما اتسع باب الاجتهاد، فإن المنصوصات ومعانيها المعزوة إليها لا تقع من متسع الشريعة غرفة من بحر، ولو لم يتمسك الماضون في وقائع لم يعهدوا أمثالها، لكان وقوفهم عن الحكم يزيد على جريانهم..»^(١).

وعلى العموم، إذا كان من المتواتر لدى العالمين بالأصول بأن النصوص الشرعية تنهاى في ألفاظها، والوقائع لا تنهاى بأي حال من الأحوال، مما يلزم اللجوء إلى استلهاهم مصادر أخرى طورتها العقلية الإسلامية عبر تاريخ تفاعلها مع نصوص الكتاب والسنة، واصطلحت عليها بالأدلة التبعية أو المصادر الثانوية، لذلك، فإنه لا مجال لتجاوز هذه الأدلة والاستغناء عنها عند التعامل مع الوقائع

(١) انظر: البرهان في أصول الفقه: ١١١٦/٢.

التي لم تشملها نصوص الكتاب والسنة بالبيان الصريح والتفصيل العميق، بل إذا كانت الوقائع غير المتناهية متشعبة ومتشابكة ومتلاحقة، وعمامة وخاصة، وشاملة جميع شعاب الحياة الإنسانية، لذلك، فإن الحاجة تمس إلى ضرورة الوعي على حقائق الأدلة التبعية، قصد التفريق بين مجالات توظيفها، فثمة مستجدات يمكن توظيف دليل القياس لتوجيهها وبيان حكم الشرع فيها، وهناك مستجدات لا يطبقها الفكر القياسي، ولا يصح إقحامه فيها، وهنالك مستجدات لا يصلح للتعامل معها سوى دليل المصلحة أو الاستصحاب، وهكذا دواليكم.

إن الوعي على هذا البعد في توظيف الأدلة الشرعية يعصم الذهنية الإسلامية المعاصرة من الجمود كل الجمود على دليل بعينه، والاكتفاء به دون سواه، واستجراره لبيان حكم الشرع في كل كبيرة وصغيرة، فعلى سبيل المثال: ليس من سديد الرأي في شيء الإفراط في استخدام دليل القياس واتخاذ الدليل التبعي الأهم والأوحد لبيان حكم الشرع في العديد من المعاملات والعقود المستجدة في حياة الناس، بل ليس من حصيف النظر الانكفاء والالتفاف حوله عند بيان حكم الشرع في مستجدات عالم الاقتصاد والاجتماع والسياسة والتربية... إلخ، بل لا بد من النفاذ إلى غيره، وإجالة النظر في الأدلة التبعية الأخرى المتمثلة في الاستحسان، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع، والاستقراء، والاستصحاب... فقد ابتكر العقل المسلم - الذي كان - ذات يوم - وثأباً - هذه الأدلة وسواها - كما يقول ابن رشد - من أجل التخفيف من غلواء القياس ومغالاة القائسين.

على أنه إضافة إلى ضرورة الحد من الإفراط في توظيف دليل تبعي بعينه دون سواه عند التعامل مع الوقائع غير المتناهية، نرى أنه ينبغي الوعي على مجالات توظيف كل دليل من الأدلة التبعية، انطلاقاً من أن الوقائع غير المتناهية تتفاوت فيما بينها بين وقائع عامة تعم بها البلوى وتتصل بحياة عموم المجتمع أو السواد الأعظم من المجتمع، ووقائع خاصة لا تتصل بحياة عموم الأمة أو حياة السواد الأعظم منها، وإنما تكاد تنحصر - غالباً - في الأفراد. ومقتضى هذا الوعي تحديد الدليل التبعي المناسب للتعامل مع كل واقعة من الوقائع بصورة علمية

رصينة، والابتعاد عن الخلط بينها.

وإذ الأمر كذلك، وهو كذلك، فإننا نفزع إلى القول: بأن القضايا والمسائل العامة التي تعم بها البلوى وتتصل بحياة عموم المجتمع أو السواد الأعظم منه، ينبغي ترك بيان حكم الشرع فيها لأدلة تبعية ناصعة سوى القياس، أعني دليل الاستحسان (بالمفهوم الحنفي الأول الأصل)، ودليل المصالح المرسلة ودليل الاستصحاب، فهذه الأدلة الثلاثة تنتظم في أصولها، وأسسها، مقومات وركائز تجعلها أصلح وأقدر وأولى لبيان حكم الشرع في تلك الوقائع العامة التي لم تَغشها نصوص الكتاب والسنة بتفصيل، ذلك لأن كل واحد منها يقوم - بصورة جلية - على استحضار المقاصد العامة للشريعة، والاعتصام الواضح بكليات الشرع، والنفاذ من خلال هذين البعدين إلى بيان حكم المراد لله في الوقائع العامة، وفضلاً عن هذا، فإن كل واحد من هذه الأدلة يتضمن في أصولها التفاتاً أميناً إلى اعتبار مآلات الأفعال عند بيان حكم الشرع في مختلف المسائل والوقائع العامة غير المنصوص على أحكامها.

وبطبيعة الحال: لا يضير في هذا المقام أن تكون هذه الأدلة أو بعضها محل نظر عند بعض أهل العلم بالأصول كما هو الحال من موقف الإمام الشافعي من الاستحسان بالمفهوم الحنفي الأصل المظلوم، وموقفه من الاستصلاح وسد الذرائع وسوى ذلك، وكذلك موقف الإمام الغزالي إزاء معظم هذه الأصول التي عدها في (مستصفاه) أصولاً موهومة.. فهذه المواقف تعد اجتهادات من أصحابها، ولا تتوقف مصائر هذه الأدلة على هذه المواقف الاجتهادية التي نخالها مبالغاً فيها ومفتقرة إلى الحجج العلمية المقنعة، فرفض دليل الاستحسان وقبول دليل القياس، أو قبول دليل القياس ورفض دليل الاستصلاح، يعد اضطراباً في الموقف، ولا سداد فيه البتة، ذلك أن ذات الأدلة التي يعتمد عليها في رفض دليل تبعي كالاستحسان أو المصالح المرسلة يمكن توظيفها في رفض القياس أو الاستصحاب أو سوى ذلك من الأدلة التي يقبلها أولئك العالمون.

وعليه، فلا نرى حاجة إلى الاستطراد في الترجيح بين رأيي القائلين بحجية دليل المصالح المرسلة وعدم حجيته، فالشأن فيه كالشأن في القياس، ولا فرق

بين رفضه، ورفض القياس ورفض الاستصلاح أو الاستحسان، كما لا فرق بين قبوله، وقبول القياس وقبول الاستصلاح أو الاستحسان. فهذه الأدلة التبعية برمتها تستمد مشروعيتها من ذات النصوص الشرعية العامة الواردة في ثنايا الكتاب والسنة الحاتة على إمعان النظر والبحث عن أحكام الشرع في المسائل والوقائع غير المنصوص عليها نصاً صريحاً عبر مختلف وسائل البحث والتحقيق والدراسة.

وتأسيساً على هذه المنهجية التي نخالها المنهجية الأسدّ والأسلم في النظر إلى مكانة الأدلة التبعية، وضبط مجالات توظيف كل دليل منها حسب الوقائع المختلفة، إننا نرى أن دليل المصلحة ينبغي اللياذ به وتقديمه على غيره عند الهم ببيان حكم الشرع في الوقائع المستجدة العامة الملحة التي تعم بها البلوى، وتتصل اتصالاً مباشراً ولصيقاً بحياة السواد الأعظم من الناس في المجتمع، وإننا نحسب هذا الدليل التبعية الهام أولى بالتقديم على غيره لما يتسم به من واقعية في الطرح، ومرونة في المضمون، واتصال مباشر بمقاصد الشرع ومآلات الوقوع الفعلي للأحكام في واقع الناس. فربط مشروعية تصرف أو فعل ما بمدى ما يترتب عليه من مصلحة عامة وكلية حالاً ومآلاً، من شأن ذلك الابتعاد عن المثالية وسوء التقدير عند بيان حكم الشرع في ذلك التصرف أو الفعل، كما أن الالتفات إلى مدى كون المصلحة المتحققة من التصرف أو الفعل مصلحة عامة متصلة بحياة عموم المجتمع أو السواد الأعظم منه، من شأنه ضمان حسن تنزيل الناس وامثالهم بذلك التصرف أو الفعل. فضلاً عن أن الاعتداد بكون المصلحة المتحققة من الفعل أو التصرف مصلحة حقيقية، من شأنه عصمة المجتمع من الانجراف وراء الأوهام والمصالح الوهمية الجالبة المفسدة والدارنة المنفعة، ولا يخفى ما في هذا من أهمية وضرورة!

وعليه، لا مناص من توظيف هذا الدليل العلمي المتوازن لحسن بيان حكم الشرع فيما استجد في عالم المسائل سواء منها تلك المسائل المتصلة بالعبادات غير المحضة (العبادات المعقولة المعنى)، ومسائل المعاملات، والأسرة، والجنايات، والسياسة.

إن نظرة متمعنة في سيرة الرعيل الأول من الخلفاء الراشدين المهديين، تفضي إلى تقرير القول: بأن هذا الدليل الحيوي الهام قد كان أساساً وحاضراً في سائر السياسات والتدابير التي اتخذوها عند تعاملهم مع الوقائع المستجدة العامة في ساحتهم؛ إن توجيهاً أو تخطيطاً أو تسديداً، فجلُّ تصرفات الخليفة الأول أبي بكر الصديق - رضي الله عنه وأرضاه - في الوقائع العامة التي لم ترد فيها نصوص من الكتاب والسنة، كجمع القرآن الكريم في مصحف واحد^(١)، وإلزام جميع أهل المدينة من النساء والولدان والمرضى بالصلاة في المسجد عشية لحاق المصطفى ﷺ بالرفيق الأعلى، وغير هذه من الاجتهادات الصديقية في القضايا العامة، اعتصم فيه - رضي الله عنه - بهذا الدليل.

وأما اجتهادات الفاروق رضي الله عنه المتكاثرة في عدد من المسائل العامة؛ كاجتهاده في عدم تقسيم سواد العراق، وتدوين الدواوين، وجمع الناس على الصلاة وراء إمام واحد في التراويح، وسوى ذلك، فقد كان هذا الدليل المحرك الأعظم والأعمق في تدابيره الفاروقية، ولا يحتاج إثبات ذلك إلى دليل لجلاته ووضوحه.

(١) ورد في صحيح البخاري: أن أبا بكر الصديق كلف زيد بن ثابت حين استحر القتل بقرآء القرآن يوم اليمامة بجمع القرآن، وذلك بناء على اقتراح تقدم به عمر بن الخطاب، وقال له أبو بكر في بداية الأمر: كيف تفعل فعلاً لم يفعله رسول الله ﷺ؟! فقال: والله إنه خير ومصصلحة الإسلام، فلما ائتم أبو بكر بخيرته أمر زيد بن ثابت بالجمع. . فليس من شك أن هذه المسألة تعبدية، وقد أقدم عليها أبو بكر الصديق عندما وجد فيها مصلحة، ووجه هذه المصلحة هو أن القرآن كان مكتوباً كله، ولكنه مفرق، وكان المعتمد عليه حينئذ ما في صدور الرجال، فلما قتل عدد كبير منهم في وقعة اليمامة، رأوا أنهم لو تركوه ضاع بموت القرءاء. . ولئن قال قائل: إنهم لم يفعلوا شيئاً لم يفعله رسول الله ﷺ لأنه كان يأمر الكتّاب بالكتابة، وتوفي والقرآن كله مكتوب، فإن جوابه أن الصحابة جمعوه في مكان واحد مرتباً بعد أن كان مفرقاً غير مرتب، ولأنه لو كان مكتوباً على الوجه الذي جمعوه، لما نازع أبو بكر أولاً محتجاً بأنه شيء لم يفعله الرسول ﷺ، ولما لجأ عمر رضي الله عنه إلى القول بأنه خير. . خلاصة القول: لقد دفعت المصلحة خليفة رسول الله ﷺ إلى هذا التصرف العظيم الذي حفظ الله به كتابه جل جلاله. ولمزيد من التوضيح لهذه المسألة، يراجع: تعليل الأحكام، ص ٦٤ وسابغها.

وفي إطار من هذا الدليل ، يجد المرء تفسيراً معقولياً لسائر اجتهادات أمير المؤمنين عثمان بن عفان رضي الله عنه ، فإضافته أذاناً ثانياً إلى الأذان الأول يوم الجمعة ، وجمعه الناس على مصحف إمام واحد دون سواه ، اعتمد في ذلك كله على هذا الدليل الحي الذي لم يغيب يوماً عن اجتهاداته .

وأما اجتهادات أمير المؤمنين علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - في القضايا والنوازل العامة أثناء خلافته الرشيدة ، فهي الأخرى انبثقت عن اعتداد واضح وجلي بهذا الدليل العظيم .

ويعد الخليفة الخامس عمر بن عبد العزيز من أكثر الخلفاء الراشدين استخداماً لهذا الدليل بعد المائة الأولى من الهجرة ، فعلى هدي من هذا الدليل ، أمر بتدوين الحديث النبوي الشريف عندما رأى مفسدة عدم التدوين راجحة على مصلحة التدوين .

أجل ، إن المقام لا يتسع - بأي حال من الأحوال - لمزيد من اجتهادات الراشدين في القضايا العامة التي استلهمت واستندت - بصورة واضحة وجلية - إلى هذا الدليل ، ولعل ما أوردناه فيه الغنية والكفاية لإثبات ما نروم إثباته في هذا المجال^(١) .

لئن كان ما أصّلناه تأكيداً وتثبيتاً لضرورة وأهمية توظيف هذا الدليل لبيان حكم الشرع في المسائل المستجدة ، فإنه ينضاف إلى ذلك أهمية توظيفه للترجيح بين الآراء الفقهية المتعارضة في المسائل القديمة ، بحيث يرجح الرأي الفقهي الذي يحقق مصلحة حقيقية للعباد في الحال والمآل على غيره من الآراء ؛ ويعني هذا ضرورة الاحتكام إلى بُعد المصلحة عند الهم بالترجيح بين الآراء الفقهية . ويمكن اليوم توظيف هذا الدليل في مختلف مسائل الحج التي ورد فيها خلافات فقهية كما هو الحال في أوقات الرمي ، وأوقات النفر ، وأوقات الذبح ، وسوى ذلك ، فهذه المسائل عامة تمس حياة عدد أكبر من المسلمين ، وتقضي المصلحة

(١) ولمعرفة مزيد من هذه الاجتهادات وأدلتها ، يراجع : تعليل الأحكام ، ص ٣٥ وما بعدها .

الزمنية ترجيح الآراء الفقهية التي تتضمن جلب مصالح ودرء مفسد عن الخلق حفاظاً على مقاصد الشرع وخاصة مقصد حفظ النفس .

وتأسيساً على هذا، فيمكن الخلوص اليوم إلى ترجيح الرأي الفقهي الذي يبيح الرمي من فجر يوم النحر إلى فجر أول أيام التشريق، كما يرجح الرأي الفقهي الذي يبيح الرمي ليلاً، وكذلك الحال ينبغي ترجيح الرأي الفقهي الذي يبيح الرمي صباحاً قبل الزوال لمن أراد التعجل في اليوم الثاني عشر من ذي الحجة، بل ينبغي ترجيح الرأي الذي يبيح مغادرة منى لمن أراد التعجل بعد غروب الشمس في اليوم الثاني عشر اعتباراً بأن المبيت في ليلة الثالث عشر يعد سنة وليس بواجب، والشروع في المندوب لا يحوله إلى واجب .

وثمة مسائل عديدة ينبغي الاحتكام فيها إلى دليل المصلحة للترجيح بين الآراء الفقهية . وأساس ترجيح تلك الآراء اشتماله على جلب مصلحة زمنية حقيقية عامة، وفي ذلك حماية لمقصد حفظ النفس الذي أثبتت الأيام بأن التشبث بكثير من الآراء الفقهية الواردة في مسائل الحج جلبت مآسي وويلات لا تزال الأمة تعاني منها، الأمر الذي يملئ على الغيارى تجاوز تلك الآراء والاستغناء عنها جملة وتفصيلاً ما دامت النصوص الواردة ظنية تحتل أكثر من معنى، فليكن ترجيح معنى على آخر مبنياً على مدى ما يتحقق منه من مصلحة زمنية حقيقية لعامة الناس أو للسواد الأعظم منهم ! .

وإذ الأمر كذلك، فلننصرف إلى تأصيل القول في جملة من الضوابط العلمية التي ينبغي الوعي عليها عند توظيف هذا الدليل واستحضاره لبيان حكم الشرع الكريم في العديد من القضايا المستحدثة في المجتمع، وخاصة في مجالات السياسة، والاقتصاد، والاجتماع، والتربية والتعليم، وسوى ذلك .

* * *

المبحث الثالث

في ضوابط علمية رصينة واجبة التوافق في المصالح المرسلة

لئن تبدّت لنا الأهمية العلمية والموضوعية والمنهجية والواقعية لتوظيف هذا الدليل في هذا العصر، فإننا نبادر إلى تقرير القول بأن ثمة حاجة إلى ربط توظيفه واستخدامه بمدى توافق جملة من الضوابط والمبادئ فيه، ليغدو دليلاً شرعياً محققاً لمقاصد الشرع الكبرى، وغاياته السامية، وتمثل هذه الضوابط العلمية مجموع الشروط التي اشترط أهل العلم بالأصول توافرها في المصالح المرسلة. وبالنظر إلى المدونات الأصولية، يجد المرء اختلافاً إزاء تلك الشروط، كما يجد تنوعاً في طرحها وضبطها، ولكنهم في نهاية المطاف يتفقون في الشروط الأساسية التي يجب توافرها فيها.

وتأسيساً على هذا، فإننا نرى الاكتفاء باستعراض أهم الشروط والضوابط المتفق عليها بين العالمين بالأصول، وهي كالتالي:

الضابط الأول: عدم وجود نص شرعي قطعي صريح من كتاب أو سنة

في المسألة:

اعتباراً بأن المصلحة المرسلة دليل تبعي يُلاذ به عند انعدام الأدلة الأصلية من نص كتاب أو سنة، لذلك، فإنه لا ينبغي إقحامها فيما ورد في شأنه نص كتاب وسنة، فما ثبت بالكتاب أو السنة الصحيحة، لا يحتاج إلى دليل مصلحة البتة. ويعد هذا الشرط شرطاً عاماً لجميع الأدلة التبعية من قياس واستحسان واستصحاب وسد ذرائع وسواه، فهذه الأدلة يلجأ إليها برمتها عند انعدام النصوص الصريحة من الكتاب أو السنة الصحيحة. ومرد هذا أن: « . . . معرفة مقاصد الشارع إنما تتم استناداً إلى الأحكام الشرعية المنبثقة من أدلتها التفصيلية، والأدلة عائدة كلها إلى دليل الكتاب (والسنة)، فلو عارضت

المصلحة المعتمدة شرعاً كتاب الله تعالى لاستلزام ذلك أن يعارض المدلول دليله، وهو باطل. . وثبت بصريح القرآن وجوب التمسك بأحكامه وتطبيق أوامره ونواهيه، كقوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَأَحْذَرَهُمْ أُنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾ [المائدة: ٤٩]، وقوله: ﴿فَإِنْ نَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩] (١).

وبناء على هذا، لا اعتبار شرعاً وعقلاً بمذهب أولئك القوم الذين حاولوا - ذات يوم - تقديم المصلحة على النص، أو جعل المصلحة في مصافّ نصوص الكتاب والسنة، والحال أن الكتاب والسنة الصحيحة مقدمان على جميع الأدلة التبعية بما فيه الإجماع والقياس الجلي وسواهما. وبطبيعة الحال، إنه لا سداد ولا وجهة في ذلك الرأي المشكوك في نسبه الذي يقدم الإجماع على الكتاب والسنة الصحيحة، وقد تبرأ الإمام أحمد - رحمه الله - من هذا الرأي وعدّه رأياً مشبوهاً! وعليه، لا يجوز الالتفات إلى دليل المصلحة ما دام ثمة نص كتاب أو سنة بحسبانهاما الدليلين الأصليين الأساسيين الملزمين للتشريع.

الضابط الثاني: عدم مصادمة المصلحة الأمر الثابت بالكتاب أو السنة الصحيحة:

لئن تمركز الضابط الآنف ذكره حول الجانب الإجرائي المتمثل في ضرورة التأكد من عدم ورود نص كتاب أو سنة صحيحة في المسألة المراد بيان حكم الشرع فيها، فإن هذا الضابط يعد تنمة له، ويروم تأكيد القول بأنه إذا كان في المسألة نص، وكان إعمال دليل المصلحة فيها من شأنه مصادمة النص بتغيير معناه، وجب - حينئذ - الابتعاد عن إعمال المصلحة في هذه الحالة، ذلك لأن المصلحة إذا تضمنت مصادمة نص كتاب أو سنة صحيحة، لم يعتد بها، وإنما يجب إلغاؤها؛ وإنما يجب إلغاؤها لأن المصلحة تعد - والحال كذلك - مصلحة ملغاة لا يجوز العمل بها. وقد أشار الإمام الغزالي - رحمه الله - في (شفاثه) إلى هذا الضابط، فقال ما نصه:

(١) انظر: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، محمد سعيد رمضان البوطي، بيروت، مؤسسة الرسالة، طبعة سادسة لعام ٢٠٠١م، ص ١٢٠ باختصار وتصرف.

« . . فإن قيل : قد شرطتم في المصلحة المرسلة أن لا تتضمن تغيير النص ، ولقد كان حد الشرب في الشرع أربعين ، فزادوا عليه بالمصلحة ، فكان ذلك تغييراً للنص ؟ قلنا : ليس الأمر كذلك ، فلم يكن حد الشرب مقدراً في الشرع ، بل أتى النبي - عليه الصلاة والسلام - بشارب الخمر ، فأمر حتى ضرب بالنعال وأطراف الثياب ، حتي عليه التراب ، ولما آل الأمر إلى أبي بكر - رضي الله عنه - قدر ذلك بأربعين ، ورآه قريباً مما كان يأمر به النبي ﷺ ، وحكم بذلك عمر - رضي الله عنه - مدة ، ثم توالى عليه الكتب من أطراف البلاد ، تتابع الناس في الفساد ، وشرب الخمر ، واستحقر هذا القدر من الزجر ، فجرى ما جرى في معرض الاستصلاح تحقيقاً لزجر الفساق . . » (١) .

إن الإمام الغزالي يهدف إلى تقرير القول بأن إعمال المصلحة إذا أدى إلى تغيير معنى النص ، عد ذلك مصادرة ، وأما إذا لم يؤدِّ إلى تغيير ، وإنما إلى توسيع أو تقييد ، لم يكن في ذلك بأس ولا حرج . وبناء على هذا البعد ، قرر أهل العلم بالفقه والأصول بأن للحاكم تقييد المباحات وتأجيل العمل بالمندوبات إذا رأى في ذلك مصلحة معتبرة ، وجل اجتهادات الفاروق - رضي الله عنه - ترد إلى هذا المبدأ الإسلامي الناصح في حراسة الدين وسياسة الدنيا .

وعلى العموم ، لا يعتد بالمصلحة المرسلة إذا تضمنت مصادمة لأمر ثابت بالكتاب والسنة ، والمراد بالمصادمة أن يؤدي إعمالها إلى إلغاء المعنى المراد من ذلك النص ، أو تغييره تغييراً جذرياً .

الضابط الثالث: ملاءمة المصلحة مقاصد الشرع:

لقد سبق أن أصلنا القول في العلاقة المنطقية بين المصالح والمقاصد ، وتأكيداً على ذلك ، فإن المصلحة التي يعتد بها مصدراً للتشريع ، يجب أن تكون ملائمة لمقاصد الشرع غير منافية لها ، وتعني ملاءمة مقاصد الشرع : مناسبتها

(١) انظر: شفاء الغليل، الغزالي، ص ٢١٦ نقلاً من كتاب: المصالح المرسلة واختلاف العلماء، وجنات عبد الرحيم، المدينة المنورة، دار المجتمع، طبعة ٢٠٠٠م، ص ١٦٠ .

وكونها مما يؤدي إلى تحصيلها وتحقيقها في الواقع، فإذا لم تفضِ المصلحة إلى تحقيق مقصود من مقاصد الشرع، لم يصح الاعتداد بها، ولا اتخاذها دليلاً شرعياً معتبراً، وفي هذا يقول الإمام الغزالي:

« . . فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع، وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع، فهي باطلة مطرحة، ومن صار إليها، فقد شرع، كما أن من استحسّن فقد شرع، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع، فليس خارجاً من هذه الأصول، عرفت بلا دليل واحد، بل بأدلة كثيرة لا حصر لها من الكتاب والسنة وقرائن الأحوال، وتقاريق الإمارات، تسمى لذلك مصالح مرسلّة، وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع، فلا وجه للخلاف في اتباعها، بل يجب القطع بكونها حجة . . »^(١).

وقد أكد الإمام الشاطبي هو الآخر هذا الأمر، فقال ما نصه: « . . فهذه أمثلة عشرة توضح لك الوجه العملي في المصالح المرسلّة، وتبين لك اعتبار أمور، أحدها: الملاءمة لمقاصد الشرع بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله، ولا دليلاً من دلائله . . »^(٢).

بناء على هذا، فإن الاعتداد بالمصلحة الفرعية (المصلحة المرسلّة) يتوقف على مدى ملاءمتها ومناسبتها لمقصود من مقاصد الشرع الخمس؛ المتمثلة في حفظ النفس والدين والعقل والعرض والمال؛ فإذا تضمنت المصلحة منافاة لأي من هذه المقاصد، أو اشتملت على تصرف يفضي إلى الإضرار بأي من هذه المقاصد، لم يعتد بها، ولم يصح اتخاذها مصدراً للتشريع والأحكام.

الضابط الرابع: العموم والكلية:

تثبيتاً لما سبق أن قرناه بأن الحاجة تمس إلى توظيف هذا الدليل في

(١) انظر: المستصفي، الغزالي: ٢٨٨/١ وما بعدها.

(٢) انظر: الاعتصام، الشاطبي: ١٢٩/٢ وما بعدها.

المسائل العامة التي تعم بها البلوى، وتمس حياة عموم المجتمع أو أسواد الأعظم منه، لذلك فإن عامة أهل العلم بالأصول يشترطون أن تكون المصلحة المتحققة من توظيف هذا الدليل مصلحة عامة وكلية، بحيث لا تكون متعلقة أو خاصة بفرد من الأفراد في المجتمع، وإنما تتعلق بعموم المجتمع أو بالسواد الأعظم منه. وقد أطال الإمام الغزالي النفس في بيان هذا الضابط، والدفاع عنه، وتقريره؛ وذلك عند حديثه عن مسألة التترس، وهذا نص ما قاله بهذا الصدد:

« . . أما الواقع في رتبة الضرورات، فلا بد في أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد وإن لم يشهد له أصل معين، ومثاله: إن الكفار إذا تترسوا بجماعة من أسارى المسلمين، فلو كففنا عنهم لصدموننا، وغلبوا على دار الإسلام، وقتلوا كافة المسلمين، ولو رمينا التترس لقتلنا مسلماً معصوماً لم يذنب ذنباً، وهذا لا عهد به في الشرع، ولو كففنا لسلطانا الكفار على جميع المسلمين، فيقتلونهم، ثم يقتلون الأسارى أيضاً، فيجوز أن يقول قائل: هذا الأسير مقتول بكل حال، فحفظ المسلمين أقرب إلى مقصود الشرع، لأننا نعلم قطعاً أن مقصود الشرع تقليل القتل، كما يقصد حسم سبيله عند الإمكان، فإن لم نقدر على الحسم، قدرنا على التقليل، وكان هذا التفاتاً إلى مصلحة علم بالضرورة كونها مقصود الشرع، لا بدليل واحد، وأصل معين، بل بأدلة خارجة عن الحصر، لكن تحصيل هذا المقصود بهذا الطريق، وهو قتل من لم يذنب غريب، لم يشهد له أصل معين. وانقدح اعتبارها باعتبار ثلاثة أوصاف أنها ضرورية قطعية كلية . . »^(١).

وأشار الإمام الشاطبي هو الآخر إلى هذا الأمر من خلال تأكيده أن « . . حاصل المصالح المرسله يرجع إلى حفظ أمر ضروري، ورفع حرج لازم في الدين، وأيضاً مرجعها إلى حفظ الضروري من باب (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)، فهي إذًا، من الوسائل لا من المقاصد، ورجوعها إلى رفع الحرج راجع إلى باب التخفيف لا إلى التشديد . . »^(٢).

(١) انظر: المستصفي، الغزالي: ٢٨٩/١ وما بعدها.

(٢) انظر: الاعتصام، الشاطبي: ١٣٥/٢ باختصار.

على أنه من الجدير ذكره أن الإمام الغزالي لم يكتفِ بضابط الكلية والعموم، وإنما كان يرى وجوب كون المصلحة ضرورية، وقطعية، وهذان القيذان محل نظر ونقد، ذلك لأن دليلية المصلحة لا ينبغي لها أن تتوقف على كونها ضرورية، بل إنها كما تغطي المسائل الضرورية، كذلك تغطي المسائل الحاجية والتحسينية، ولا وجه لحصر دائرتها في الضروريات دون سواها. وبطبيعة الحال، ليس من مرية في أن العمل بهذه المصلحة يغدو أكد إذا كانت المصلحة ضرورية؛ أي ذات صلة وعلاقة مباشرة بإحدى الضروريات الخمس، التي تواترت الرسائل والنبوات على الدعوة إلى حفظها وعدم الإضرار بها، كما لا خلاف في أن الاعتداد بحجيتها يتجلى أكثر إذا كانت المصلحة قطعية، ولكن ذلك كله لا يمنع من الاعتداد بها إذا كانت المصلحة شبه قطعية.

وعليه، فإن العبرة في المصلحة أن تكون عامة كلية سواء أكانت ضرورية أم حاجية أم تحسينية، وأن تكون أيضاً قطعية أو شبه قطعية.

وصفوة القول: لا بد من أن يكون الحكم الذي يتوصل إليه من خلال المصلحة جالباً نفعاً لعموم المجتمع، أو لأكثر عدد منه، أو دارئاً المفسدة عنهم جميعاً، أو عن أكبر عدد منهم، كما لا بد فيها من أن تكون قطعية أو شبه قطعية، وفضلاً عن ذلك أن تكون في دائرة الضروريات في الغالب الأعم.

هذه هي أهم الضوابط التي يجب التأكد من توافرها عند توظيف المصلحة الفرعية لبيان حكم الشرع في مستجدات الحياة وقضاياها الحديثة. وتوافرها لا يبقى ثمة اعتراض على الاستعانة بالمصلحة لتحقيق قيمية الدين الحنيف على الواقع المعاش بمستجداته الاقتصادية والمالية والتربوية والتعليمية والسياسية والاجتماعية.

نظرة في مجالات توظيف دليل المصلحة: المسائل التعبديّة وغير

التعبديّة:

إنه من الحري بالتقرير والتأكيد أننا نعمدنا تجاوز ما تنتهي إليه كثير من المدونات الأصولية القديمة والحديثة؛ من حصر دائرة توظيف دليل المصلحة في

المسائل الموسومة بمسائل المعاملات والعادات والمناكحات والجنايات، وعدم جواز توظيفها في المسائل الموسومة بالعبادات أو التبعّدات؛ استناداً منهم إلى ما رده كثير من الأصوليين، وأكده الإمام الشاطبي - رحمه الله - وغيره من أن: «.. عامة النظر فيها إنما هو فيما عقل منها، وجرى على دون المناسبات المعقولة التي إذا عرضت على العقول، تلقتهما بالقبول، فلا مدخل لها في التبعّدات، ولا ما جرى مجراها من الأمور الشرعية، لأن عامة التبعّدات لا يعقل لها معنى على التفصيل.. ودورانه في ذلك كله على الوقوف مع ما حده الشارع دون ما يقتضيه معنى مناسب - إن تصور - لقلة ذلك في التبعّدات وندوره، بخلاف قسم العادات الذي هو جارٍ على المعنى المناسب الظاهر للعقول.. وعلى الجملة.. أصل العبادات عدم معقولية المعنى..»^(١).

بناء على هذا البيان وأمثاله عند غير الإمام الشاطبي من الأصوليين، يجد المرء ترديداً لعدم الحاجة إلى دليل المصلحة في مجال العبادات، غير أن هذه القناعة المتوارثة والمكرورة لا تسلم من نظر ونقد، ذلك لأن ثمة جملة حسنة من مسائل العبادات في تاريخنا الإسلامي، وظف دليل المصلحة في بيان حكم الشرع فيها، وعلى رأس تلك المسائل الموسومة بالمسائل التبعّدية، مسألة جمع القرآن الكريم في مصحف واحد في عهد أبي بكر الصديق رضي الله عنه، واعتماد مصحف إمام واحد في عهد أمير المؤمنين عثمان بن عفان رضي الله عنه، ومسألة تدوين الحديث النبوي بعد المائة الأولى^(٢)، ومسألة جمع الناس في الصلاة في التراويح وراء إمام واحد، ومسألة الزيادة في الأذان يوم الجمعة لإعلام الناس

(١) انظر: الاعتصام، الشاطبي: ١٢٩/٢ وما بعدها باختصار وتصرف.

(٢) يقول الإمام ابن عساكر مبيناً وجه المصلحة في تدوين الحديث في عهد الخليفة الخامس عمر بن عبد العزيز؛ ما نصه: «لما رأى العقلاء عاث الفساد يدب ديبه في علوم المعاد.. خافوا أن يتدرج من العبث بالأعراض إلى العبث بالجواهر، فلم يروا بدأ من التدوين والتقييد والدلالة على مواضع الضعف والسخف، ليظهر السليم الذي لا شائبة فيه، فكان ابتداء التدوين في أواخر عصر التابعين..». انظر: تاريخ ابن عساكر: ٧/٢.

بقرب دخول الإمام، وغيرها من المسائل التي تتصل اتصالاً مباشراً بالعبادات . .

فهذه المسائل ومثيلاتها المتضاربة تعد مسائل تعبدية، ولا يمكن لأحد أن يزعم بأنها ليست تعبدية إلا بتكلف، بل هي تعبدية وليست اقتصادية ولا مالية ولا علاقة لها بالعبادات وسوى ذلك. ومن المعلوم عند المحققين أن المصلحة المرسلة تعد الدليل الشرعي الذي استند إليه أهل العلم في أحكام هذه المسائل وإن لم يصرحوا بذلك تصريحاً^(١).

وإذ الأمر كذلك، وهو كذلك، فإننا نرى أن ثمة حاجة إلى إعادة النظر في المحاولات المكرورة الهادفة إلى عدم الاعتداد بدليل المصلحة وغيره من الأدلة التبعية أدلة للتشريع في مجال الموضوعات الموسومة بالعبادات أو التعبدات، فالأدلة التبعية تعد أدلة متفرعة عن الأدلة الأصلية، وبالتالي، فلا يجوز محاصرتها في دائرة دون أخرى ما دام ثمة وجه للاستفادة منها، أو توظيفها لبيان حكم الشرع في مسألة من المسائل المعقولة المعنى والمبنى. ويعني هذا أن توظيف هذا الدليل وغيره من الأدلة متوقف على مدى كون المسألة معقولة المعنى وغير معقولة المعنى، فإن كانت معقولة المعنى سواء أكانت مسألة تعبدية أم غير تعبدية، فإن للأدلة التبعية أن تغشاها وتشملها بالبيان والتوضيح والتحقيق. وأما إذا كانت المسألة غير معقولة المعنى، سواء أكانت مسألة تعبدية أم غير تعبدية، فإنه لا يكون ثمة وجه لإقحام هذه الأدلة التبعية فيها، إذ إنها تستمد قوتها ووجودها من الجانب المعقولي القابل للمقايسة والتفريع، وإذ لا معقولية، فلا مجال للتكلف.

على أن تقسيم المسائل إلى: مسائل تعبدية، وأخرى غير تعبدية؛ لا يخلو من مغمز لما ينطوي عليه من تضييق مقصود لدائرة التعبد، والعبادات، والحال أن العبادة اسم جامع لكل ما يحبه الله ويرضاه، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ لا شريك له ﴿وَبِذَلِكَ أُمِرْتُ وَأَنَا أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ﴾ [الأنعام: ١٦٢ - ١٦٣]. إن بعد التعبد أو التعبدية وارد وحاضر في

(١) لمزيد من التوضيح حول هذه الاجتهادات، يراجع: تعليل الأحكام، ص ٣٥ وما بعدها.

جميع المسائل والتصرفات التي يقدم عليها المكلف، سواء منها تلك المسائل والتصرفات التي تتعلق بأركان الإسلام، أو تلك التي تتصل بالجانب السياسي والمالي والاقتصادي والاجتماعي للإنسان. مما يجعل التفريق بين المسائل استناداً إلى هذا البعد محل نظر، وبدلاً منه، ينبغي تقسيم المسائل - كما أسلفنا - استناداً إلى بعد المعقولية وغير المعقولية فيها! .

أجل، لقد ترتب على إبعاد الاجتهاد والنظر في كثير من المسائل الموسومة بالمسائل التعبدية من دائرة الاجتهاد الرصين، أضرار وخيمة، وخلل في تدين العامة والتمسك بهذه المسائل، ومن الموضوعات والمسائل التعبدية التي لا تزال تحتاج إلى اجتهادات مصلحية مقاصدية واقعية، مسائل الحج المختلفة في ضوء الواقع الذي يعيش فيه العالم؛ إذ لا يزال لفيف من أهل العلم يحظرون الاجتهاد في كافة المسائل المتعلقة بهذه الشعيرة بدعوى كونها من المسائل التعبدية التي لا يصح الاجتهاد فيها! .

غير أن الحقيقة التي لا ينبغي أن يمارى فيها أن ثمة جملة حسنة من مسائل هذه الشعيرة يتحتم الاجتهاد فيها في هذا العصر حفاظاً على مقاصد الشرع الخمسة، أعني: حفظ النفس والعرض والمال على وجه الخصوص. فالأمة اليوم بحاجة إلى البحث الجاد عن المعاني الثاوية وراء العديد من مسائل هذه الشعيرة قصد الصدور عن اجتهادات واقعية تعصم الضروريات الخمس، وترفع عن المسلم المعاصر الحرج والهرج والمرج؛ فعلى سبيل المثال، لا محذور اليوم في صحة رمي الجمرات من الفجر إلى الفجر، كما لا محذور في مغادرة منى لمن أراد التعجل في أي وقت أراد، ولا وجه لإلزامه بالمغادرة قبل غروب الشمس، وهكذا دواليكم. فالمصلحة الزمنية تملي على الغيارى تعهد هذه المسائل برمتها بالاجتهاد، وتجديد النظر في ضوء مقاصد الشرع الخالدة وأصوله العامة الثابتة .

وأيما ما كان الأمر، فإننا نخلص إلى القول: بأنه لا بد من إعادة النظر في هذا الأمر؛ لا على مستوى المصلحة المرسله فحسب، وإنما على مستوى بقية الأدلة التبعية من: قياس، واستحسان، وسد ذرائع، واستصحاب، وسواه .

وبهذا نصل إلى نهاية عرضنا أهم الضوابط التي ينبغي الالتزام بها عند
توظيف دليل المصلحة المرسلة، لبيان حكم الشرع في المسائل العامة المستجدة
في حياة الناس، ولنفرع الآن إلى بيان حكم الشرع في عدد من المسائل المستجدة
من خلال توظيف دليل المصلحة المرسلة مستصحين الضوابط السالف ذكرها.

* * *

المبحث الرابع

في تطبيقات المصلحة المرسلة بضوابطها المذكورة في مستجدات العصر

التزاماً بما حددته الأمانة العامة في خطاب الاستكتاب من موضوعات، فإننا سنكتفي ببيان طريقة توظيف المصلحة المرسلة في تلك الموضوعات الواردة في الخطاب المذكور، مع قناعتنا بأن هذا الدليل بضوابطه المذكورة يسع لبيان حكم الشرع في سائر الموضوعات والقضايا التي تستجد في حياة الناس؛ سواء أكانت تلك القضايا سياسية، أم فكرية، أم اجتماعية، أم اقتصادية، أم تربوية، أم ثقافية. . . وعليه، فهلم بنا إلى حديث مفصل عن توظيفه في الموضوعات التالية:

أولاً: المصالح المرسلة ومستجدات المعاملات المالية:

أ- استحداث وسائل جماعية لتنمية الأموال:

لقد سبق أن أصلنا القول: بأن دليل المصالح المرسلة بالضوابط الآنف ذكرها يعد أهم دليل تبعي ينبغي اللياذ به لبيان حكم الشرع في القضايا والمسائل العامة التي تعم بها البلوى في جميع المجالات، ما دام لم يرد في شأنها نص كتاب أو سنة، وذلك لما يتوافر في هذا الدليل من مرونة وواقعية وموضوعية، ومن المجالات العامة التي تشهد اليوم ازدياداً في كثرة المستجدات وتتابعها، المجال الاقتصادي المالي.

ومن المعلوم: أنّ حفظ المال يعد من المقاصد الكلية الضرورية التي أوصى الشرع بالعناية به كسباً، وتحصيلاً وإنفاقاً، وقد وردت في الكتاب والسنة نصوص عامة تأمر باتباع السبل المشروعة لتحصيله وتنميته، وتنتهي في الوقت نفسه عن تحصيله من خلال الطرق المحرمة تحريماً قاطعاً؛ كالربا والغش والنجش وسوى ذلك من الأساليب التحصيلية والاستثمارية المنصوص على تحريمها شرعاً.

إنه ليس بخاف على أن الشارع الكريم اكتفى في قضايا المال والأعمال برسم الأصول العامة والخطوط الرئيسية التي تحدد طرق تحصيل المال ونمائه، دون دخول في بيان الطرق المثلى والأولى بالاتباع عند تحصيل المال أو نمائه، كما أنه تجاوز - قصداً - عن حصر طرق استثمار المال المشروعة في طرق بعينها، وتجاوز أيضاً عن بسط القول في مجال بعينه يجب تنمية المال من خلاله دون سواه؛ وبناء على هذا، فإنه يمكن القول بأن الشارع الكريم أراد - بسكوته - أن يفتح الباب واسعاً أمام الخلق ليجتهدوا ويبحثوا عن مختلف الطرق والوسائل والسبل الممكنة التي تعينهم على كسب المال، وعلى نمائه وتنميته بعد كسبه، كما أنه أراد بهذا الأمر عدم محاصرته استثمار المال في مجال بعينه دون سواه.

وإذ الأمر كذلك، فإن للمرء أن يدرك السر الإلهي الكامن في تجاوز نصوص الكتاب والسنة عن التنصيص على العديد من العقود والمعاملات التي استجدت في حياة الناس، أعني أن كتاب الله العظيم خلا من ذكر أسماء الشركات والعقود التي دونها فقهاؤنا العظام في كتبهم، فلا يجد المرء في القرآن الكريم اسم المراجعة، أو المضاربة، أو الاستصناع، أو شركة العنان، وشركة المفاوضة، وشركة الوجوه، وغيرها من العقود التقليدية الواردة في كتب الفقه، وقلما يجد المرء في سنة المصطفى ﷺ ذكراً مفصلاً لهذه العقود، فما ورد ذكره من سلم، ومضاربة، فإن ذلك لم يتجاوز دائرة بيان حكم الشرع في هذه العقود، ولا يتعلق بكون الطرق المثلى الأوحى التي ينبغي على الناس أن ينموا أموالهم عبرها.

وبناءً على هذا، فما يجده المرء من مدونات الفقهاء الأقدمين - رحمهم الله - من تفصيل وضبط للأحكام المتصلة بالشركات التي كانت حاضرة عند تدوينهم، لا يعدو أن يكون تقريراً ووقوفاً عند الشركات المعروفة لديهم، وما راموا بتدوين هذه الشركات حصر المشاركة فيها، ولا إرجاع كل الشركات التي ستجد إلى ما ذكره من شروط وقيود لتلك الشركات. مما يعني أنه لا يجوز الجمود على ما أورده من اجتهاد مأجور - إن شاء الله - إزاء العقود والشركات والمعاملات التي تحدثوا عنها، وأوسعوها جانب التحقيق والتفصيل، ولا يصح في ملة ولا في دين إلزام الناس في كل العصور والدهور بكافة الاجتهادات التي

صاغوها إزاء تلك العقود والشركات، ذلك لأن جملة من تلك الاجتهادات لم تخلُ - وما كان لها لتخلو - من مراعاة المصلحة الزمنية التي كانت قائمة، والاعتداد بالأعراف السائدة آنذاك. فضلاً عن ذلك، فإنهم لم يقولوا لأحد بأن تلك الاجتهادات مقدسة ومعصومة تسمو على المراجعة والتقويم والتعديل والتطوير!.

وعليه، فلا بد من استلهاً منهجية هؤلاء الفقهاء في التعامل مع الشركات والعقود التي استجدت في حياتهم، تلك المنهجية التي نجزم بأنها قامت على النظر الحصيف المكين إلى هذه العقود والشركات والمعلومات من خلال مدى تحقيقها مقاصد الشرع في المآل، وما يؤول إليه القول بالحل والحرمة من منافع ومفاسد. وما أخرى بنا الوعي على هذه المنهجية واستردادها والاعتصام بها عند الهم ببيان حكم الشرع في الوسائل والسبل الاستثمارية المستجدة في واقع حياة الناس، وما أجدر بمجتمعنا الموقر اعتماد هذه المنهجية في تعاملنا مع قضايا العصر ومستجداته، فلا سدود في أي اجتهاد معاصر لا يستحضر مقاصد الشرع في المال، ولا يلتفت إلى المآلات المتوقعة للقول بالحلية أو التحريم!.

إن ما نراه اليوم من استحداث لوسائل جماعية لتنمية المال متمثلة في المؤسسات المالية التي تجمع المدخرات من جميع طبقات المجتمع، وتدفع بها لاستثمارها وتنميتها عبر الطرق والوسائل الممكنة والمتاحة، فهذا الأمر من حيث الأساس يعد مشروعاً لا محذور فيه البتة، ولا ينبغي النظر إليه من خلال الممارسات التاريخية القديمة التي لم تسعد بظهور مثل هذه الوسائل لاستثمار الأموال وتنميتها.

وأما بيان حكم الشرع في الطرق المعتمدة للاستثمار والتنمية، وحكم الشرع في المجالات التي تستثمر فيها الأموال، فإن ذلك متوقف على مدى اجتناب الجهات المستثمرة الوسائل الاستثمارية المنصوص على تحريمها في ثنايا الكتاب والسنة؛ كالربا، والغش، والرشوة، والنجش، وسوى ذلك من البياعات المحرمة بنصوص الكتاب والسنة. وما عدا هذه الوسائل المذكورة في الكتاب والسنة، فإن الأصل فيها هو الإباحة والمشروعية، مما يعني أن للأمة أن

تبتكر من الوسائل الاستثمارية ما يروق لها ما دامت تلك الوسيلة غير منصوص على تحريمها، وما دامت تلك الوسيلة تحقق مقاصد الشرع في الاستثمار، وتجلب للفرد والمجتمع منفعة معتبرة، وتدرأ عنهم مفسدة الاكتناز والتقتير والإسراف والتبذير.

فالشركات الحديثة التي نراها اليوم من تضامن، ومساهمة، وذات مسؤولية محدودة، وسواها، تعد كلها شركات جائزة ومشروعة، وقد صدر في شأنها قرارات مجتمعية تقرر مشروعيتها وجواز تأسيسها وتنمية الأموال من خلالها. وأما الصكوك المتمثلة في صكوك الإجارة، وصكوك المقارضة، وغيرها، فإنها هي الأخرى تعد اليوم وسائل استثمارية جديدة جادت بها الأيام، وأثبتت نجاعتها وقدرتها على تجميع المدخرات وتنميتها؛ بعيداً عن كثير من المخاطر والمشاكل التي تتعرض لها الطرق الاستثمارية المباشرة كالمضاربة وبعض الشركات من عنان وسواها، ويعد إصدار هذه الصكوك وتداولها والاستثمار فيها أمراً مشروعاً من حيث الأصل، ذلك لأنه لم يرد نص كتاب ولا سنة في تحريم ذلك، ولأن ذلك يتوافق مع مقاصد الشرع في المال لما ينتج عنه من جلب للمنفعة ودرء لمفسدة تضييع المال، وبطبيعة الحال، لا يضير هذه الصكوك ألا يعملها الأقدمون، أو ألا يتحدثوا عنها في مدوناتهم، فمشروعيتها لا تتوقف بأي حال من الأحوال على تجويز أحد، وإنما تتوقف على مدى توافر الأركان والشروط اللازمة فيها، فضلاً عن تحقيق مقاصد الشرع في المال، وبعدها عن جلب المفسدات على المجتمعات.

ب- تأسيس مؤسسات التأمين التعاوني، ومؤسسات الزكاة:

لم يعد مقبولاً عقلاً ولا شرعاً حصر طرق تنمية المال وحمايته في الوسائل التقليدية الفردية القديمة، فالمصلحة الشرعية تقتضي اليوم ضرورة الانتقال من هذه الوسائل الفردية التي يتم من خلالها تنمية المال إلى الوسائل الجماعية المؤسسية التي تتوافر على قدر عالٍ من الحماية والصيانة للمال، فلقد أثبتت الأيام أن الوسائل الفردية التقليدية محفوفة بكثير من المخاطر والمغامرات، وخاصة أن الواقع المعاش يشهد تصاعداً في كلل الذمم، وضعف الوازع الديني،

وغلبة الرغبة الجامحة في الاستيلاء على أموال الناس، مما يجعل الانكفاء على الوسائل التقليدية التي لا يتوافر فيها الأمان مخالفة لمقصد الشرع المتمثل في وجوب حفظ المال بتنميته وصيانتة من الضياع والتخريب والاعتداء.

ومن ثم، فإن الاعتصام بالعمل المؤسسي لتنمية المال، وتنظيم طرق تداوله في المجتمع يعدُّ أمراً ضرورياً ينبغي على الشعوب الإسلامية القيام به استناداً إلى دليل المصلحة الزمنية التي تؤكد يوماً بعد يوم أن المآل إلى العمل المؤسسي بحسابه الوسيلة المثلى لتحقيق مقصد الشرع في المآل. ولئن كان التأمين التعاوني وسيلة من الوسائل الجماعية المستحدثة لتنمية المال ومكافحة الأضرار المستقبلية التي يمكن أن تقع على الأفراد والمؤسسات من خلال التعاون المتكافئ والمثمر على تحمل تبعات تلك الأضرار، فإن تنظيم هذه الوسيلة الاستثمارية في شكل مؤسسات تعنى بضبط قضاياها ومسائلها، يعد ذلك أمراً ضرورياً في هذا العصر صيانة للحقوق، وحماية للأموال من التلاعب والضياع والاعتداء.

وليس من ريب في أن المصلحة تقتضي تأسيس هذه المؤسسات ما دامت قادرة على تحقيق مقاصد الشرع في المال المتمثلة في رواجه، وثباته، ووضوحه والعدل فيه، وحفظه. وعلى الرعية الدفع بأموالهم إلى هذه المؤسسات في حالة تأسيسها دعماً لها، وصيانة للأموال.

على أن تأسيس مؤسسات تعنى بتنظيم تنمية المال وحفظه في المجتمع لا ينبغي أن ينحصر في هذا الجانب، وإنما ينبغي على الدول تأسيس مؤسسات تعنى بتنظيم شؤون الزكاة جباية وتوزيعاً، خروجاً بهذه الشعيرة من دائرة الإهمال والتلاعب وعدم التنظيم الذي جعل منها شعيرة غير قادرة على تحقيق المقاصد السنوية والأهداف العلية وراء فرضيتها وجعلها أحد أركان الإسلام الخمسة. فالمصلحة تقتضي اليوم حسن تنظيم هذه الشعيرة وتأسيس مؤسسات خاصة بها، وإيلاءها مزيداً من الاهتمام والرعاية؛ حتى يتحقق منها الغايات والمعاني التي من أجلها شرعها الله جلّ جلاله. وليس من ريب في أن ترك ممارسة هذه الشعيرة لرغبات الأفراد وإرادتهم من شأنها إفقادها دورها التنموي الذي ينتظر منها،

ولهذا، فلا مناص من تنظيم شؤون هذه الزكاة جباية وتوزيعاً، وهذا ما تقتضيه اليوم المصلحة الزمنية الآنية، ويتوقف على هذا التنظيم تحقيق مقاصد الشرع في فرضية هذه الشعيرة.

وأخيراً: تقتضي المصلحة الزمنية اليوم أيضاً ضرورة توثيق الممتلكات حفظاً لها من الضياع والنزاع، وصيانة للحقوق من الاعتداء عليها في مستقبل الأيام، وإنما وجبت هذه التوثيقات لما آل إليه أمر الذمم في المجتمعات من ضعف ووهن، مما يلزم معه سن القوانين الواضحة والصارمة التي من شأنها حماية الحقوق، وصيانة الأعراس، عملاً بقول الخليفة الخامس الأثير: يحدث للناس من الأفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور!

ثانياً: المصلحة المرسلة ومستجدات الزواج:

أ- حكم اشتراط توثيق عقود الزواج:

لا مرية في أن عقد الزواج من العقود الشرعية المقدسة التي أمر الشرع بالحفاظ عليه، وصيانتها من كل شائبة ونائبة، فالزواج أس نظام الأسرة وأساسه والأصل الذي ينبثق عنه، ويقوم عليه، وأي خلل فيه إن تنظيمياً أو تطبيقياً، فإنه سيعقبه خلل عظيم في نظام الأسرة برمته، وقد تضافرت نصوص الكتاب والسنة الداعية إلى الحفاظ على الحياة الزوجية وحسن العشرة بين الزوجين، والابتعاد عن كل ما من شأنه تكدير صفو العلاقة والرابطة بين الزوجين.

ولقد كان عقد الزواج في سالف الأزمان ينعقد بأركانه وشروطه المعروفة في كتب الفقه، وقد فصل أهل العلم بالفقه القول في سائر الأحكام المرتبطة به، كما أوضح حكم الشرع في الشروط التي تقترن بهذا العقد، والشروط التي تسبق انعقاده، وقسموا تلك الشروط في عقد الزواج إلى شروط صحيحة وشروط فاسدة غير مفسدة، وشروط غير صحيحة، وتفاوتت أقوالهم وآراؤهم في تفاصيل هذه الشروط ومضامينها، وعدوا الشروط الصحيحة في عقد الزواج في الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد، ولا تناقض مع المقصود منه، ولا تخالف نص كتاب أو سنّة، أو قياساً صحيحاً أو عرفاً معتبراً، وأما الشروط غير الصحيحة، فإنها

عبارة عن الشروط التي تنافي مقتضى العقد، أو تناقض مقصوده، أو تخالف نص كتاب أو سنة أو قياساً صحيحاً أو عرفاً معتبراً، وذهب عامة الفقهاء إلى تقرير القول: بأن بعض هذه الشروط قد تفضي إلى إلغاء العقد وبطلانه كما لو كان منافياً لمقتضى العقد، أو مناقضاً للمقصود منه، وأن بعضاً آخر لا تبطل العقد ولا تلغيه، كما لو كان الشرط مخالفاً لكتاب الله، وسنة رسوله ﷺ ولكنه لا ينافي مقتضى العقد، ولا يناقض مقصوده. وبطبيعة الحال، ثمة تفاصيل وتحقيقات رائعة لهذه الشروط بتقسيماتها في المدونات الفقهية، يمكن الرجوع إليها لمزيد من التوضيح.

وبإمعان النظر في المدونات الفقهية وما أوردوها من نماذج وأمثلة للشروط الصحيحة والشروط غير الصحيحة، لا يجد المرء فيها أدنى حديث عن اشتراط توثيق عقد الزواج وأثره على صحة الزواج وعدم صحته، بل إن هذه المسألة لا نخالها خطرت - ذات يوم - ببال أئمة الفقه العظام - رحمهم الله - . ولذلك، فإن مدوناتهم خللت من أدنى إشارة إلى هذا الشرط إن بالصحة أو الفساد أو البطلان. مما يعني أن هذا الشرط من الشروط المستجدة في عقد الزواج، ويحتاج بيان حكمه إلى الاستنارة والاستناد إلى الضوابط التي وضعها الفقهاء لمعرفة الصحيح من الشروط والفاسد منها، فإذا وجدنا تلك الضوابط منطبقة عليه، حكمنا باعتباره شرطاً صحيحاً لازماً واجب الالتزام والوفاء به، وأما إذا ألقيناه مخالفاً لتلك الضوابط، حكمنا بعدم صحته وفساده وبطلانه مستنديين في ذلك كله إلى مقاصد الشرع وكلياته ونصوصه العامة الواردة في باب الشروط في العقود، وآخذين بعين الاعتبار المآل الذي يترتب على القول بصحة هذا الشرط بإلزامه ووجوب الالتزام به، أو القول بعدم صحته، فعدم وجوب الإلزام والالتزام به.

لقد صاغ أئمة أهل العلم بالفقه ثلاثة ضوابط أساسية؛ أوجبوا توافرها في الشروط العقدية المقترنة بالعقود لتغدو شروطاً صحيحة، وهذه الضوابط الأساسية الثلاثة هي:

١- ألا يتضمن الشرط مخالفة لكتاب الله تعالى أو لسنة رسوله ﷺ.

٢- وألا يكون منافياً لمقتضى العقد، أو مناقضاً مقصود العقد .

٣- وأضاف آخرون ألا يخالف قياساً صحيحاً أو عرفاً معتبراً؛ فإذا تضمن الشرط مخالفة لأي من هذه الضوابط عد شرطاً غير صحيح عند العالمين بالفقه، وتفاوت درجات عدم صحته بين أن يكون شرطاً فاسداً ومفسداً للعقد .

في ضوء هذه الضوابط يمكن تحديد حكم الشرع الناصع في الشروط المستجدة في العقود، وإذ الأمر كذلك، فهلم بنا للتعرف على حكم الشرع في هذا الشرط المستحدث في عقد الزواج في ضوء هذه الضوابط .

بإمعان النظر في هذا الشرط، يجده المرء شرطاً صحيحاً؛ لأنه لا يتضمن مخالفة لكتاب الله ولا لسنة رسول الله ﷺ، ذلك لأنه لم يرد نص في الكتاب ولا في السنة ينهى عن اشتراط هذا الشرط في عقد الزواج، كما أنه يعد شرطاً صحيحاً أيضاً؛ لأنه لا ينافي مقتضى العقد، ولا يتعارض مع مقصوده، بل إنه يلائم مقصود العقد المتمثل في حفظ النسل، إذ لا يعدو التوثيق أن يكون تأكيداً وتقريراً لعقد الزواج وصيانة له من التلاعب والتنازع والتضارب .

وفضلاً عن هذا، فإن توثيق عقد الزواج يحقق اليوم مصلحة زمنية متمثلة في صيانة حقوق المرأة في حالات الوفاة والطلاق، فيما لو شكك الورثة في كون العلاقة القائمة بين الزوجين علاقة شرعية أو غير شرعية، فالوثيقة اليوم تعد أكد دليل وأعز برهان يستند إليه في فض أمثال هذه الخلافات بين الورثة من جهة، وبين المتزوجين من جهة أخرى، بل إنه يحقق مصلحة عليا في حالة رغبة أحد الطرفين من التنصل من مسؤولياته الزوجية تجاه الطرف الآخر، وإضافة إلى هذا، فإن هذا التوثيق يحقق مصلحة حقيقية واضحة في حفظ الأعراض من الاتهامات في حالات الخصومة والشقاق؛ فالتوثيق يقضي على دابر كل الخلافات والتراعات حول نسبة المولود إلى والده، إذ إن تضمنه وقوع عقد الزواج بين الزوجين يعد بيّنة دالة على كون المولود بعد ذلك التوثيق منسوباً إلى أبيه .

إذا كان من المقطوع به لدى العالمين في أن ذم الكثرة الكاثرة اليوم كليلية، وأن الوازع الديني والتدين الصحيح في نفوس العامة آخذ في الأفول

والاضمحلال والضمور في هذا العصر، فلا ضمان اليوم لحفظ الحقوق والأعراض إذا لم يتم توثيقها بالإرادات السلطانية القاضية اللازمة الموجبة، فانه ينزع بالسلطان اليوم ما لا ينزع بالقرآن!

وبناءً على هذا، فإننا نميل إلى تقرير القول بأن هذا الشرط من الشروط الصحيحة التي يصح اشتراطها في عقد الزواج، ويجب الالتزام به شرطاً عند اشتراطه؛ هذا فيما لو اشترطه أحد العاقدين. وأما إذا اشترطه ولي الأمر، وعد أمراً سلطانياً، فإنه يجب الوفاء والالتزام به، ولا يجوز مخالفته بدعوى عدم ورود نص من الكتاب والسنة ملزم بهذا الشرط؛ إذ قد ورد الأمر في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ بطاعة ولي الأمر، والصدور عن حكمه إذا لم يكن حكمه مخالفاً لحكم الله أو حكم رسوله.

وبالنظر في هذا الشرط، فإننا نجد أنه لا يخالف - كما أسلفنا - حكماً الله ولا حكماً لرسوله ﷺ، بل إنه يساند ويؤيد العديد من الأحكام الثابتة بالكتاب والسنة، والمتمثلة في الدعوة إلى وجوب حفظ الأعراض وصيانة الحقوق، وانتظام أمر الأمة؛ ولهذا، فإنه يحرم على كل مسلم ومسلمة يؤمن بالله ورسوله مخالفة هذا الأمر إذا صدرت به إرادة سلطانية من ولي الأمر؛ ومن حق ولي الأمر تعزير من يخالف أمره بما يراه مناسباً لمخالفته وجرمه، فإذا أفلت المرء من معاقبة ولي الأمر في مخالفته أمره، فإنه لن يفلت يوم القيامة من معاقبة الله إياه، والشأن في ذلك كالشأن فيمن خالف أمراً لله أو أمراً لرسوله ﷺ، وسلم من معاقبة الله ورسوله في هذه الحياة، فإنه سيجد - ولا محالة - العقوبة اللاتقة يوم القيامة. ومستند هذا القول، هو المصلحة المرسله التي تُعد مصدراً من مصادر التشريع المعتمدة في شريعتنا الغراء.

ب - حكم اشتراط الفحص الطبي قبل عقد الزواج :

وأما حكم الشرع في اشتراط الفحص الطبي قبل عقد الزواج، فإننا نرى أن ما أسلفنا من قول إزاء اشتراط توثيق عقد الزواج ينطبق على هذا الاشتراط، مما يعني أن اشتراطه جائز ومشروع، ومن حق العاقدين أو أحدهما اشتراطه، ولا محذور في ذلك. وإذا كان اشتراطه صادراً من إرادة سلطانية، فإنه يجب الالتزام

به، ولا يجوز مخالفته، ويأثم المخالف عند الله يوم القيامة، كما يستحق في هذه الدنيا تعزيز ولي الأمر إذا رأى ذلك. ومستند مشروعية اشتراط هذا الشرط ووجوب الالتزام به هو دليل المصلحة الذي سبق تأصيل القول فيه من قبل.

وصفوة القول: إن لولي الأمر في كل زمان ومكان أن يستحدث شروطاً جديدة في العقود جميعها بما فيها عقد الزواج، وذلك في ضوء ما يتراءى له من مصلحة زمنية يتحقق من خلالها مقاصد الخالق في الخلق المتمثلة في حفظ النفس والدين والعقل والعرض والمال، ويجب طاعته في هذه الشروط التي يستحدثها، وتعد مخالفته بعدم الالتزام بها مخالفة لأمر الله المتمثل في وجوب طاعة ولي الأمر في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٥٩]. فمن حق ولي الأمر على الرعية طاعته فيما أمر به ما لم يكن في ذلك إثم ومعصية لله أو لرسوله ﷺ.

ثالثاً: المصلحة المرسلة ومستجدات المهن والتعليم والتربية:

أ- اشتراط التراخيص لمزاولة بعض المهن والمصلحة المرسلة:

ليس من ريب في أن النظام والتنظيم والانتظام يعد مقاصد شرعية معتبرة، ويعد الدين الإسلامي أكثر الأديان دعوة إلى الالتزام بالنظام، والتنظيم والانتظام، ويجد المرء هذا الاهتمام مبثوثاً في ثنايا الكثير من الأوامر الإلهية الواردة في الكتاب والسنة، حيث إن الشرع اعتاد في خطابه المتعلق بالأوامر ببيان أوقاتها وكيفياتها وحدودها وأشخاصها، وقد فرّع أهل العلم بالأصول على هذه الأبعاد في الخطاب الإلهي مسائل تعرف عندهم بتقسيمات الواجب إلى أقسام متعددة باعتبارات متعددة، وتقسيم الحرام هو الآخر بأقسام متعددة باعتبارات متعددة، والقصد من هذا التنوع والتعدد في تقسيمات الواجب والحرام هو وضع نظام مكين وراسخ للواجبات والمحرمات، وتنظيم طرق وكيفيات وأوقات أدائها.

فعلى سبيل المثال، يقسم أهل العلم بالأصول الواجب باعتبار وقت أدائه إلى واجب مضيق وواجب موسع، وواجب ذي الشبهين، فللواجب المضيق وقت يجب أدائه فيه، ولا يجوز أدائه قبل أو بعد ذلك الوقت تأكيداً على ضرورة

الالتزام بالنظام الذي وضعه خالق الكون في هذا المجال، كما أن للواجب الموسع هو الآخر وقتاً يجب أدائه خلاله، ويأثم المرء إذا لم يؤدَّ خلال ذلك الوقت المحدد، كما قسم الواجب باعتبار المكلف به إلى واجب عيني، وواجب كفائي، والقصد من هذا كله تنظيم طرق وكيفيات الالتزام والعمل بالأوامر الإلهية المختلفة.

على أن تحديد الشرع أوقاتاً معينة للصلوات الخمس، والصيام الواجب أداؤه، والزكوات المفروضة بأنصبتها، ومقاديرها، ومصارفها، وأموالها، والحج بأشهره وأيامه وكيفياته وطرقه، يعد كل ذلك تقريراً وتأكيداً على التفاته إلى بعد النظام والانتظام والتنظيم، إذ لو لم يكن هذا البعد ملاحظاً ومقصوداً للشرع لما كان ثمة غرض في ربطه تلك التكاليف بتلك الكيفيات والطرق والأزمنة والأمكنة.

وعليه، يمكن للمرء الانتهاء إلى القول: بأنه إذا كان هذا البعد ملاحظاً وحاضراً وواضحاً في كافة الأوامر والنواهي الإلهية المختلفة، فإن ذلك تأكيد على كون النظام والانتظام والتنظيم مقاصد شرعية معتبرة، يجب الالتزام به والصدور عنه، فواجب على جميع أفراد الأمة أن يحترموا النظام، وأن يلتزموا بما تضمنه النظام من أحكام وتكاليف، كما أن عليهم أن يتخذوا التنظيم والتخطيط مناهج لا يتخلون عنها في سائر تصرفاتهم وأعمالهم، فالأمة التي ترنو إلى قيادة العالم والشهادة على الأمم، يجب أن تكون أمة منظمة في تفكيرها، ومناهجها، وطرق تعاملها، وتفاعلها مع العالم الخارجي.

وإذا كان ديننا يكن للنظام والتنظيم والانتظام هذه المكانة، ويحثنا على الصدور عنه في سائر تصرفاتنا، فإن التأمل في واقع الأمة الإسلامية اليوم شرقاً وغرباً، وجنوباً وشمالاً، يؤكد أنها أبعد الشعوب والأمم عن النظام والتنظيم على كافة الأصعدة، ويعد الاحترام الذاتي للنظام والتنظيم شبه مفقود في حياة السواد الأعظم من أبناء الأمة، مما جعل دولهم ومجتمعاتهم تعاني صنوف الأمراض والتخلف والتأخر والانحطاط، بل إن تأملاً هادئاً في الواقع المرير والمزري الذي يعيش فيه عالمنا الإسلامي المعاصر، نجد أن ثمة فوضى تشريعية متصاعدة،

ورغبة شهوانية عارمة جامحة ترنو إلى الخروج على كل ما هو نظام وانتظام وتنظيم، وتصبو إلى كسب المزيد من الأموال والمكاسب والمناصب بشتى الطرق والوسائل والأساليب المشروعة وغير المشروعة، مما هدد - بصورة جلية - مقاصد الشرع الضرورية (مقصد حفظ النفس، ومقصد حفظ الدين، وحفظ العقل، وحفظ العرض، وحفظ المال).

وانطلاقاً من إيماننا الراسخ بكون النظام والانتظام والتنظيم مقاصد شرعية معتبرة، لا بد من الاعتداد بكل منها، لذلك، فإنّ على ولي الأمر التصدي لإصلاح الواقع الإسلامي المارد عن الانضباط والنظام والتنظيم في سائر قضاياها، وذلك بوضع سياسات وإرادات سلطانية حازمة وواضحة، تحول دون أي تصرف أو فعل يقود إلى الإضرار بكلية من الكليات الخمس، وعلى رأسه كلية النفس.

إن من حق أولياء الأمور في الأقطار الإسلامية اشتراط حصول الأفراد والمؤسسات على التراخيص لمزاولة بعض المهن الخطيرة من طب، وتعليم، وعمارة، وهندسة وسوى ذلك من المهن التي تتعلق بكلية من الكليات الخمس، نعني أنه ليس بخافٍ أن حياة عموم المجتمع أو السواد الأعظم منه تتعلق بطريقة مباشرة بمهنة الطب في المجتمع، فمن الممكن الإضرار بكلية النفس من خلال هذه المهنة بقتلها، وكذلك الحال بمهنة التعليم والتدريس، فإنها ذات صلة قوية بكلية الدين والعقل، إذ من الممكن أن تؤثر وتضر بطريقة مباشرة وغير مباشرة بهاتين الكليتين، وينطبق هذا الأمر أيضاً على مهنة الهندسة والعمارة وغيرها.

إن هذه المهن لا تخلو - بأي حال من الأحوال - من أن تسهم بطريقة مباشرة وغير مباشرة في حفظ الكليات الخمس، أو في الإضرار بها، وبالتالي فإن المصلحة الزمنية تقتضي اليوم ضرورة سن السياسات والقوانين ووضع القيود والشروط الواجبة التوافر، فيمن يرغب في مزاولة هذه المهن، ولا يجوز تركها للأهواء الطامعة والرغبات الجامحة لما في ذلك من تهاون في حفظ الضروريات وصيانتها.

وصفوة القول: إذا ارتأى ولي الأمر في أي وقت من الأوقات أن يربط

مزاولة هذه المهنة وممارستها بتوافر شروط معينة في الأفراد الراغبين فيه، وحب الامتثال به، وحرم مخالفته، وله الحق في معاقبة وتعزير من يخرج على أمره، فإن نجا من معاقبة ولي الأمر في هذه الحياة، فإنه لن ينجو يوم القيامة من معاقبة من أمر بطاعة ولي الأمر في المنشط والمكروه.

إن وجوب الالتزام بأمر ولي الأمر في هذا الشأن يستند إلى ذات الأدلة التي سبق الإشارة إليها، ولا يجوز اعتبار هذه التدابير السلطانية من أمور الدنيا، بل تُعد كلها من أمور الدين ما دامت طاعة ولي الأمر ثابتة بنصوص الكتاب والسنة!

ب- تنظيم مراحل التعليم وطرق الحصول على الشهادات:

لئن تبدى لنا حق ولي الأمر في استحداث شروط جديدة في العقود القديمة؛ سواء أكانت تلك العقود مالية أو غير مالية، ولئن فصلنا القول في حق ولي الأمر في وضع قيود وشروط لمن يرغب في مزاولة بعض المهن المتصلة بكلية من الكليات الخمس، لئن قررنا - مراراً وتكراراً - بأن مستند مشروعية إقدام ولي الأمر على هذه المسائل هو دليل المصلحة، فإننا نختم هذه الدراسة بإلقاء الضوء على حق ولي الأمر في تنظيم مراحل التعليم، وقواعد المرور، ووسائل إثبات الشخصية، وسوى ذلك من المسائل المتصلة بالاجتماع الإنساني، والمرتبطة بحياة الأفراد والمجتمعات.

ليس من مرية في أن الشرع ينص على وجوب التعليم والتعلم، ويعد التعلم والتعليم فريضة وعبادة يؤجر عليها المتعلم والمعلم معاً، وقد تضافرت نصوص من الكتاب والسنة تدعو إلى طلب العلم وتعد فريضة على كل مسلم؛ بل إن أول آية نزلت في القرآن الكريم كانت أمراً جازماً بالقراءة؛ وهي التعلم: ﴿أَقْرَأْ بِأَسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ ۝١ خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ ۝٢ اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ ۝٣ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ ۝٤ عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ﴾ [العلق: ١ - ٥]. وقد اعتبر الإسلام العلم - تعلماً وتعليماً - منذ أول يوم أكد الفرائض وأجلها، وأسماها، وأفضل القربات وأعلاها شأناً عند الباري جلّ جلاله، كما عده أقرب العبادات التي يتقرب بها العبد إلى الله جلّ جلاله.

وبطبيعة الحال: لا تعني القراءة المأمور بها في سورة العلق قصراً للعلم في

دائرة ما يعرف اليوم بالعلوم الشرعية أو العلوم الدينية، بل إن سياق الآيات تؤكد أن القراءة عامة وشاملة تنتظم قراءة في الكون والأنفس البشرية والكائنات والمخلوقات والآفاق، كما تنتظم قراءة في السنن والتاريخ والطبيعة وسواها، ولم تنحصر هذه القراءة في يوم من الأيام في علم بعينه، ولا في فن خاص، بل كانت ولا تزال تنتظم كل العلوم والمعارف التي تقود صاحبها إلى معرفة خالق الكون ومدبره والمتصرف فيه كيفما يشاء.

ومن ثم، فإن على ولي الأمر الامتثال بهذا الأمر الإلهي، والصدور عنه صدوراً حسناً، بحيث يغدو التعليم إلزامياً وواجباً على الرعية، لا يعفى ولا يحرم منه أحد ما دام الشرع أمر الجميع بالامتثال لهذا الأمر الجليل. إن تأصيل هذا الأمر الإلهي وتجليه مراميه ومقاصده لا يحتاج إلى مزيد بيان وتحقيق، ذلك لأن علماءنا الأكارم أفاضوا في ذلك، وصنفوا فيه مصنفات عظيمة مما لا يدع مجالاً لخلاف مخالف، أو تكلف متكلف في هذا الموضوع.

وإذ الأمر كذلك، وهو كذلك، فإن لنا أن نتساءل عن حكم تنظيم ولي الأمر مراحل التعليم في هذا العصر، وتخصيص شهادات معينة لكل مرحلة من تلك المراحل، وحكم الالتزام بما يضعه ولي الأمر من قانون ونظام في هذا المجال.

إنه لا يماري أحد ممن له أدنى معرفة بالشرع ومقاصده في أن على ولي الأمر في كل عصر ومصر تسهيل طرق تعليم جميع الرعية، وتوفير الوسائل التي تجعل التعليم ميسراً، بحيث لا يبقى في المجتمع الإسلامي فرد لا يجد الحد الأدنى من التعليم، ومقتضى هذا ضرورة تنظيم مراحل التعليم، وتقسيمها إلى مراحل أساسية تمثل الحد الأدنى الذي يجب على كل مسلم ومسلمة الحصول عليه، وإلى مراحل متقدمة، يجب وجوباً كفاثياً الوصول إلى عموم المجتمع، وذلك في كل فرع من فروع العلم والمعرفة الحديثة من طب وهندسة وعمارة، واقتصاد، وسياسة، واجتماع وسوى ذلك.

بناءً على هذا، فإننا نخلص إلى القول: بأن من حق ولي الأمر بل من واجبه الآكد في هذا الزمان ضرورة تنظيم مراحل التعليم ومجالاته وشروطه، كما أن من

حقه إعطاء الوثائق والشهادات على كل مرحلة من المراحل، وعلى الرعية طاعة ولي الأمر في هذه التدابير والإجراءات التنظيمية الهادفة إلى تمكين أفراد الأمة من مختلف أنواع العلوم والمعارف، وضمان حصولهم على القدر المطلوب في كل علم من العلوم التي يحتاج إليها المجتمع الإسلامي. فإذا وضع ولي الأمر نظاماً معيناً لمراحل التعليم، فإنه يجب على الرعية اتباع ذلك النظام، والالتزام به حفاظاً على انتظام أمر الأمة، واستقرارها، وضمان صلاحها ونجاحها، وليس من سديد الرأي ولا حصيف النظر الخروج على هذا النظام بدعوى كونه نظاماً مستورداً، محققاً مقصد الشرع المتمثل في حفظ العقل بتنظيم مجالات إعماله.

إن الخروج على النظام التعليمي الذي يضعه ولي الأمر يعد افتتاتاً عليه، ومن حقه تعزيز الخارج على نظامه بما يتلاءم مع مخالفته، كما أن الأزدراء بالشهادات التي يعتمدها ولي الأمر لكل مرحلة من مراحل التعليم، يعد كذلك خروجاً على طاعة ولي الأمر، وطاعته - كما أسلفنا القول - واجبة بنصوص الكتاب الكريم والسنة المباركة.

وعليه، فإن المصلحة الزمنية تقتضي اليوم ضرورة تنظيم مراحل التعليم، وضرورة تعهد المناهج التعليمية محتوى ووسائل بالمراجعة الدائبة والتقويم المستمر والتعديل والتطوير؛ لتغدو معبرة عن هموم الأمة وغاياتها وآمالها وأحلامها في كل مرحلة من مراحل حياتها. فضلاً عن هذا، فإن إعطاء الشهادات والوثائق على كل مرحلة من المراحل التعليمية يعدُّ أمراً مشروعاً، يجب على كل مكلف طاعة ولي الأمر فيه، ولا يجوز الخروج عليه في ذلك.

* * *

الخاتمة

توصلت الدراسة إلى جملة من النتائج التي يجدر بنا تلخيصها في النقاط التالية:

أولاً: ثمة حاجة إلى إعادة النظر في التعريفات التقليدية للمصلحة المرسلة في المدونات الأصولية، وخاصة منها تلك التعريفات التي تعرّفها بأنها هي المصلحة التي لم يشهد لها أصل بالاعتبار أو بالإلغاء، فنفي وجود أصل مطلقاً لهذه المصلحة يقتضي عدم الاعتداد بها دليلاً شرعياً ومصدراً للأحكام الشرعية، ذلك لأن ما ليس له أصل في الشرع لا يمكن الاستناد إليه لإثبات حكم شرعي، وبناء على هذا، فإن الواجب على العالمين تجاوز هذه التعريفات، والاستغناء عنها ما دام مغزاها ومفادها إخراج هذا الدليل من دائرة الحجية والاستدلال. وقد أكدت الدراسة ضرورة إعادة صياغة هذه التعريفات لتغدو متضمنة قيد (أصل معين)، مما يجعل تعريفها بأنها هي المصلحة التي لم يشهد لها أصل معين بالاعتبار أو بالإلغاء.

ثانياً: توصلت الدراسة إلى تقرير القول بأن الأولى الاستغناء عن التقسيم التقليدي للمصلحة إلى: مصلحة معتبرة، وأخرى ملغاة، وثالثة مرسلة، واعتماد تقسيم ثنائي يلتفت إلى مدى وجود أصل معين للمصلحة، وعدم وجود أصل معين لها، فالمصلحة التي يرد في شأنها أصل معين، تسمى المصلحة الأصل، أو المصلحة الأصلية، أو المصلحة المنصوص عليها إن اعتباراً أو إلغاء، وأما المصلحة التي لا يرد في شأنها أصل معين مباشر، ولكنها تندرج ضمن الأصل الوارد للمصلحة الأصلية، فتسمى المصلحة الفرعية، أو المصلحة الفرع، أو المصلحة المسكوت عنها، أو المصلحة غير المنصوص عليها. لقد أوضحت الدراسة أن الغاية من هذا التقسيم المقترح الانتقال من الخلافات التقليدية حول حجية المصلحة المرسلة، وذلك نتيجة عدم وضوح علاقتها بالمصلحة المعتبرة،

فهذا التقسيم يجلي العلاقة المنطقية بينها وبين المصلحة التي يرد في شأنها أصل معين. وبالتالي، تغدو العلاقة بين نوعي المصلحة كالعلاقة بين الأصل والفرع في القياس. وقد تلت الأمة القياس بالقبول، ولا يعدت بخلاف نفاته.

ثالثاً: أوضحت الدراسة أنه لا فرق بين رفض القياس ورفض المصلحة المرسله، ولا فرق أيضاً بين قبول المصلحة وقبول القياس، فالأدلة التي يستند إليها لنفي حجية المصلحة تنطبق على حجية القياس، وكذلك الحال في الأدلة التي يُلاد بها لإثبات حجية القياس، فهي كذلك تصلح لإثبات حجية المصلحة، وبالتالي، لا سداد في موقف من يقول بحجية القياس ويرفض حجية المصلحة، أو يقول بحجية المصلحة ويرفض حجية القياس، أو يرفض حجية القياس وحجية المصلحة معاً. وانطلاقاً من هذا المبدأ، تجاوزت الدراسة مناقشة أدلة نفاة حجية المصلحة لما تتسم به من ضعف وهن وعدم تماسك، ولأنهم بإنكارهم حجية هذه المصلحة لا يختلفون في شيء عن نفاة القياس ومنكره، ونفاة غيرها من الأدلة التبعية التي ابتكرتها العقلية الإسلامية في رحلة تعاملها الطويلة مع نصوص الكتاب والسنة، وصولاً إلى ضبط محكم لمراد الله الثاوي في ثنايا الكتاب والسنة الصحيحة.

رابعاً: أبرزت الدراسة الأهمية العلمية والمنهجية والموضوعية للدليل المصلحة في ضوء ما يموج في العالم اليوم من مستجدات عامة لا سبيل إلى توجيهها توجيهاً إسلامياً، ما لم يتم الاستعانة بهذا الدليل العلمي الرصين المتوازن المحكم. فمكوناته وعناصره تؤهله لأن يكون أهم دليل تبغي ينبغي للياد به لبيان حكم الشرع في مستجدات الحياة، وخاصة تلك التي تتصل بحياة عموم الناس أو السواد الأعظم منهم. وإنما حق للدليل المصلحة أن يحتل هذه المكانة دون غيره من الأدلة التبعية؛ لأنه دليل يقوم على استحضار مقاصد الشرع، ويسعى إلى تحقيقها والحفاظ عليها، كما يقوم على الاعتداد بمبدأ مآلات الأفعال قبل بيان حكم الشرع في مستجدات الحياة. وهذان الأمران يمثلان اليوم أهم بُعدين ينبغي للذهنية الإسلامية المعاصرة النفاذ من خلالهما عند تعاملها مع مستجدات الحياة، وعند الهم بتفعيل واقع الحياة بتعاليم الدين الحنيف، وعليه،

فلا التفات ولا اعتبار لأي رأي أو اجتهاد يقلل من شأن دليل المصلحة ومكانته السامية بين الأدلة التبعية في هذا العصر .

خامساً: توصلت الدراسة إلى تقرير القول: بأن الموضوعية والمنهجية تقتضيان الابتعاد عن توظيف دليل تبعي واحد في كافة مستجدات الحياة، بل لا بد من إمعان النظر في سائر الأدلة والتأكد من مدى قدرة كل دليل بعناصره ومقوماته على بيان حكم الشرع فيما يستجد ويحدث في حياة الناس . ومقتضى هذا المنطلق أن يتم تجاوز الترتيب التقليدي لمراتب الأدلة التبعية، فليس القياس مقدماً على المصلحة، ولا الاستصحاب مقدم على الاستحسان، وهكذا دواليك، وإنما يتم تقديم دليل على آخر من خلال المجال الذي يتم توظيفه فيه . فعلى سبيل المثال، إذا كانت الحادثة عامة، فإننا لا نرى وجهة في الياض بالقياس لبيان حكم الشرع فيها، ينبغي تقديم دليل المصلحة على القياس في هذا الأمر، ذلك لأن طبيعة الحادثة توجب عدم إمكانية توظيف القياس توظيفاً موضوعياً دقيقاً، مما يجعل إقحامه في هذا الأمر تعسفاً واعتسافاً . وبناء على هذا، فقد اقترحت الدراسة ضرورة الاستعانة بثلاثة من الأدلة التبعية لبيان حكم الشرع في مستجدات الحياة العامة التي تتصل بحياة المجتمع أو السواد الأعظم منه، وتلك الأدلة الثلاثة هي: دليل المصلحة، ودليل الاستحسان، ودليل الاستصحاب، وأما بقية الأدلة، فإن طبائعها تنبئ عن صلاحيتها لبيان حكم الشرع في المسائل الخاصة الجزئية .

سادساً: سلطت الدراسة الضوء على أهم الضوابط التي ينبغي مراعاتها عند الهم بتوظيف دليل المصلحة لبيان حكم الشرع في النوازل والمستجدات العامة، وأكدت الدراسة أن حسن توظيف دليل المصلحة يتوقف على مراعاة هذه الضوابط منهجياً وموضوعياً وعلمياً، وأي تجاوز لأي من هذه الضوابط، فإنه ينتج عن ذلك سوء استخدام هذا الدليل، ولقد بيّنت الدراسة أن أهم هذه الضوابط تتمثل في:

١ - ضابط انعدام نص كتاب أو سنة خاص للحادثة المراد بيان حكم الشرع فيها، اعتباراً بأنه يلاذ بدليل المصلحة في حالة عدم وجود نص معين من الكتاب

أو السنة الصحيحة، فإذا وجد فيهما نص، لم يكن ثمة حاجة إلى أي دليل تبعي آخر.

٢- ويتمثل الضابط الثاني في التأكد من عدم مصادمة المصلحة لما دل عليه النص، وذلك في حالة وجود نص عام غير معين للحادثة التي يسعى إلى بيان حكم الشرع فيها، فإذا تضمنت المصلحة مصادمة وتغييراً لما دل عليه النص لم يعتد بها، ولم يلتفت إليها. فنصُّ الكتاب والسنة مقدم على المصلحة وسواها من الأدلة التبعية، وليس صحيحاً ما زعمه بعض أهل العلم قديماً وحديثاً بأن المصلحة مقدمة على النص، أو أن الإجماع مقدم على النص، فالنص مقدم على كليهما، ويعد كل واحد منهما تبعاً وتابعا للنص.

٣- وأما الضابط الثالث، فيتمثل في ضرورة ملاءمة المصلحة ومناسبتها لمقاصد الشرع، مما يعني أنه يجب أن يترتب على مراعاة المصلحة حفظ مقصود من مقاصد الشرع، فإذا لم تكن المصلحة ملائمة للمقاصد لم يعتد بها بتاتاً، كما إذا تجاوزت المصلحة الاعتداد بمآلات الأفعال لم يلتفت إليها أيضاً.

٤- ويتمثل الضابط الرابع في ضرورة كون المصلحة عامة غير خاصة بفرد من الأفراد، وإنما يجب أن تكون جالبة النفع لعامة الناس أو لأكثر عدد منهم، أو دائرة المفسدة عن عامتهم أو أكبر عدد منهم.

فإذا توافرت هذه الضوابط في المصلحة لم يصح العدول عنها إلى سواها من الأدلة التبعية ما دامت المسألة عامة تعم بها البلوى.

سابعاً: أوضحت الدراسة أن ثمة حاجة إلى إعادة النظر في محاصرة بعض أهل العلم مجالات توظيف المصلحة المرسلة فيما عدا العبادات؛ انطلاقاً منهم بأن العبادات غير معقولة المعنى، وبالتالي فلا يصلح دليل المصلحة لبيان حكم الشرع في مستجداتها. إن هذا الرأي محل نقد ونظر، وينطوي على مقدمة مشكوك فيها، حيث إنه يؤكد أن دليل المصلحة يغشى المسائل المعقولة المعنى، والعبادات غير معقولة المعنى، وبالتالي فلا مجال للاستصلاح فيها؛ إن هذا التخريج غير سوي ولا قويم، ذلك لأنه ليس صحيحاً بأن العبادات ليست معقولة

المعنى، بل منها ما هي معقولة المعنى كما هو الحال في كثير من مسائل الزكاة والصلاة والصيام والحج، ومنها ما ليست معقولة المعنى، وبناء على هذا، فإنه يجب التفريق بين هذين النوعين من مسائل العبادات، فما كان منها معقول المعنى، صح للدليل المصلحة وسواه أن يغشاه، وأما ما كان منها غير معقول المعنى، فلا مجال لتوظيف دليل المصلحة وسواه فيه .

وفضلاً عن هذا، فقد أثبتت الدراسة أن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وظّفوا دليل المصلحة - بطريقة ضمنية - في العديد من مسائل العبادات، كاجتهادهم في جمع المصحف، والزيادة على الأذان يوم الجمعة، وجمع الناس للصلاة خلف إمام واحد في التراويح، وغير ذلك كثير . فهذا كله يدل على عدم سداد ذلك الرأي التقليدي الذي يبعد المصلحة من دائرة التوجيه والترشيد في المسائل الموسومة بالعبادات .

ثامناً: اقترحت الدراسة ضرورة الاحتكام إلى دليل المصلحة للترجيح بين الآراء الفقهية المتعارضة في مختلف المسائل والقضايا العامة؛ سواء منها تلك المسائل المتعلقة بالعبادات، أو المعاملات أو المناكحات أو السياسات أو الجنائيات . فلئن اعتدّ أهل العلم بالأصول بالعديد من المرجحات بين الآراء والأدلة، فإنه ينبغي اليوم الاعتداد بالمصلحة بوصفها إحدى المرجحات بين الآراء الفقهية المتعارضة، بحيث يرجح الرأي الفقهي الذي يترتب على العمل به جلب مصلحة أو درء مفسدة، ذلك لأن العمل بما رجحت المصلحة من شأنه الحفاظ على مقصد من مقاصد الشريعة، والحفاظ على مقاصد الشرع أمر متفق عليه بين العالمين . وتأسيساً على هذا الأمر، بيّنت الدراسة أهمية توظيف المصلحة للترجيح بين الآراء الفقهية الواردة في مسائل الحج بشكل خاص؛ ورأت ضرورة ترجيح كافة الآراء التي تحافظ على مقصد حفظ النفس، كما هو الحال في رأي المجيزين رمي الجمرات ليلاً، ومغادرة منى بعد غروب الشمس في اليوم الثاني عشر من ذي الحجة، وجواز الرمي بعد الفجر لمن أراد التعجل أو التأخر في منى .

وأخيراً: بذلت الدراسة ما وسعها من جهد في بيان حكم الشرع في العديد

من مستجدات الحياة العامة، مستنداً إلى دليل المصلحة بضوابطه السابقة، وخلصت الدراسة إلى تقرير القول: بأن هذه المستجدات برمتها ينبغي توجيهها من خلال دليل المصلحة الذي يستنير بمقاصد الشرع، ويسعى جاهداً إلى الحفاظ عليها، ويأخذ بعين الاعتبار مآلات الوقوع الفعلي للأحكام الشرعية في الواقع المعاش؛ تحقيقاً لقيومية تعاليم الدين الحنيف على واقع الناس وسلوكهم.

وبهذا نصل إلى نهاية هذه الدراسة المتواضعة، سائلين المولى القدير أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه، ويفقهنا في دينه، ويعلمنا التأويل، ويعصمنا من الزلل والخطل، إنه نعم المولى ونعم النصير.

* * *

المصالحُ المرسلةُ
تأصيلها وتطبيقاتها
في ميادين الحياة الإنسانية

إعداد
الأستاذ الدكتور عبد السلام العبادي
عضوالمجمع
رئيسُ مجلسِ أمناءِ جامعة آل البيت
أمينُ عمادة الهيئة التحريية الأردنيّة الهاشميّة
وزيرا الأوقاف السابق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله القائل: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [الحديد: ٢٥]، وأصلي وأسلم على رسوله الكريم القائل: «ولكنني بعثت بالحنفية السمحة»^(١)، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وصحبه أجمعين، ومن اقتدى به إلى يوم الدين.

وبعد فهذا بحث حول المصالح المرسلة أقدمه للدورة الخامسة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، التي ستعقد في مسقط (سلطنة عمان) في الفترة من ١٤-١٩ محرم عام ١٤٢٥ هجرية، الموافق ٦-١١/٣/٢٠٠٤ ميلادية.

أعرض فيها بناء على ما تم تكليفي به من أمانة المجمع لموضوع المصالح المرسلة من ناحيتين:

الأولى: تأصيل موجز لهذا الموضوع من وجهة نظر علماء الشريعة، وذلك بعرض قواعده الأساسية وأسس الكبرى، مما يوضح حقيقته وآلياته في العمل في مجال الاجتهاد، باعتباره مصدراً من مصادره، دون الإطالة، لأن هدف هذا البحث ليس الجانب النظري للمصالح المرسلة، وإنما تقديم نبذة عنه كافية لتأصيل الناحية الثانية القائمة على الممارسة والتطبيق.

وفي الناحية الثانية: أعرض للعديد من تطبيقات هذا الاستخدام للمصالح المرسلة في بناء الأحكام في ميادين الحياة المتعددة، مركزاً على ذلك وفق طلب أمانة المجمع؛ ليظهر الدور المتميز الذي تلعبه هذه الآلية في تقديم الأحكام الشرعية الملبية لحاجات المجتمع المعاصر.

(١) أخرجه أحمد وغيره.

وهذا يؤدي إلى تقسيم البحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول : التعريف بالمصالح المرسلة .

المطلب الثاني : مدى الاعتماد على المصالح المرسلة في بناء الأحكام الاجتهادية .

المطلب الثالث : تطبيقات في ميادين الحياة المتعددة ، وأقسم هذا المطلب لعدة فروع بحسب المجالات التي سأعرض فيها تطبيقات لاعتماد مصدر المصالح المرسلة لبناء الأحكام الشرعية عليها ؛ تشمل المجالات الإدارية والاقتصادية والاجتماعية والمهنية والتعليمية والتربوية والقضائية .

* * *

المطلب الأول

تعريف المصالح المرسلة

يقتضي التعريف بالمصالح المرسلة التعريف أولاً بمقاصد الشريعة بصفة عامة؛ لأنها هي الأساس في عمل هذا المصدر من مصادر الأحكام الشرعية كما سنرى . . .

والمقاصد في اللغة^(١): جمع مقصد، والمقصد: الهدف والغاية، قصد الشيء إذا توجه إليه ونهض نحوه، ومقاصد الشريعة: أهدافها وغاياتها .

وقد تأكد بالكتاب الكريم والسنة النبوية الشريفة أن مقاصد الشريعة هي تحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة، فقد جاءت الشريعة لتنظيم علاقات الناس بخالقهم، وعلاقاتهم بعضهم ببعض، على أسس وقواعد تحقق لهم الخير في الدنيا والآخرة، فالأحكام الشرعية ما شرعت عبثاً أو تحكماً، إنما شرعت لمصالح وحكم عائدة على الناس في دنياهم وأخراهم^(٢)، حتى فيما يعرف بالأحكام التعبدية، وإن كانت لا تعلق من الناحية التفصيلية لعدم استقلال العقل بإدراك عللها .

قال العز بن عبد السلام: «وقد علمنا من موارد الشرع ومصادره أن مطلوب الشرع إنما هو مصالح العباد في دينهم ودنياهم»^(٣) .

(١) قال ابن جنّي: أصل قصد ومواقعها في كلام العرب: الاعتزام والتوجه والنهوض نحو الشيء على اعتدال كان ذلك أو جور. هذا أصله في الحقيقة وإن كان قد يخص في بعض المواضع بقصد الاستقامة دون ميل. انظر: لسان العرب: ٣/ ٣٥٥.

(٢) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية، د. عبد السلام العبادي: ٣٠٦/٢؛ وانظر: الموافقات، للشاطبي: ٦/٢ - ٧؛ الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده، د. الدريني، ص ٢١٩-٢٢٤.

(٣) قواعد الأحكام: ٣٧/١.

وقال ابن القيم الجوزية: «فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي: عدل كلها، ورحمة كلها، وحكمة كلها؛ فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه، وعلى صدق رسول الله ﷺ أتم دلالة وأصدقها»^(١).

أما ما ينقل في كتب الأصول عن كثير من المتكلمين أن الأحكام غير معللة بالمصالح، فالمقصود به المصالح التي تعود إليه سبحانه وتعالى، وإلا كان محتاجاً إلى هذه الأحكام. قال الأمدى: «المقصود من شرع الحكم إما جلب مصلحة، أو دفع مضرة، أو مجموع الأمرين بالنسبة إلى العبد، لتعالي الرب تعالى عن الضرر والانتفاع»^(٢).

والأدلة على أن هدف الشريعة من أحكامها رفع الحرج، ومنع الضرر، وتحقيق العدل، وتقرير المساواة، كثيرة ومتعددة، منها الآيات الكريمة التالية:

يقول سبحانه وتعالى: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾ [الأنبياء: ١٠٧]، ويقول سبحانه: ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴾ [الحديد: ٢٥].

ويقول جلّ من قائل: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ [البقرة: ١٨٥]، ويقول سبحانه وتعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمُ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [الحج: ٧٨].

وعلى هذه الحقائق الثابتة المستقرة في الشريعة أصّل علماء أصول الفقه مصدراً من مصادر الأحكام الفقهية أسموه المصالح المرسلة أو الاستصلاح، وقد بينوا أن المصالح المرسلة هي المصالح التي لم يرد في الشرع نص على اعتبارها

(١) إعلام الموقعين: ٣/١٤-١٥.

(٢) إحكام الأحكام: ٣/٦٩.

بعينها أو بنوعها^(١)، إنما هي تتفق مع مقاصد الشريعة في تحقيق خير الناس وسعادتهم في الدنيا والآخرة، جلباً للنفع لهم ودفعاً للضرر عنهم.

وقد اهتم الفقهاء وبخاصة المعاصرين بهذا المصدر من مصادر الأحكام الفقهية، وبينوا دوره في إثراء الفقه الإسلامي بالأحكام التي تحقق مصالح الناس.

وحتى لا يُترك أمر تقدير المصالح لأهواء الحكام والمجتهدين فقد اهتم علماء الأصول بتعريفها وبيان الشروط التي يجب أن تتوافر في المصلحة المرسلة حتى يصح أن تتخذ أساساً في استنباط الحكم الشرعي، كما بينوا أهميتها ومدى الحاجة للجوء إليها في استنباط الأحكام، وعرضوا للكثير من تطبيقات اعتمادها في استنباط الأحكام الشرعية.

أما بخصوص تعريفها فقد أوضحوا أن المصلحة في اللغة: تعني المنفعة والخير والصلاح، وقالوا: إنها كالمنفعة وزناً ومعنى، وهي نقيض المفسدة وخلاف الشر والفساد^(٢). وأن المرسلة: من أرسل الشيء أي أطلقه ولم يقيده^(٣).

وفي الاصطلاح: تعددت التعريفات المنقولة لها؛ فقد عرفوا المصلحة بعامة ثم بينوا المراد بها عندما توصف بالمرسلة.

والمصلحة تطلق في كتب الأصول وقد يعبر عنها بالمناسب، والمراد بها المنفعة التي تعود على الخلق من تشريع الحكم، وأساس الاعتبار للمنفعة هو الشرع. وقد أوضح الإمام الغزالي هذا بقوله: «أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك؛ فإن جلب المنفعة أو دفع المضرة من مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكن نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع»^(٤)، فالمصلحة ما بها قوام الحياة من

(١) المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا: ٩٣/١.

(٢) القاموس المحيط: ٢٣٥/١.

(٣) لسان العرب، ابن منظور: ٢٨٥/١١.

(٤) المستصفي: ٢٨٧/١.

المنافع ورفع المضار وفق نظر الشارع الحكيم^(١).

ذلك أننا نعلم أن الشرع قد ألغى بعض المصالح ولم يعتبرها، وبعضها شهد لها بالاعتبار، وبعضها لم يشهد له باعتبار ولا بإلغاء، فإذا شهد الشرع باعتبار وصف معين فيما قرر من أحكام فنحن أمام مصلحة معتبرة شرعاً، وإذا شهد بعدم اعتبار وصف معين وإن كان فيه مصلحة ظاهرة كنا أمام مصلحة ملغاة، فهي في الحقيقة مفسدة وإن بدت مصلحة؛ لأن الأساس هو نظر الشارع الحكيم واعتباره، وإذا لم يكن هنالك اعتبار ولا إلغاء للمصلحة، وإنما هي داخلية في عموم مقاصد الشريعة كنا أمام مصلحة مرسلّة، أما إذا لم تتفق هذه المصلحة مع مقاصد الشريعة فهي مصلحة ملغاة أيضاً^(٢).

لذا بيّن العلماء أن اعتبار الصلاح والفساد أساسه الشرع، وذلك بملاحظة اتفاقهما مع مقاصد الشريعة، أو مخالفتها لهذه المقاصد دون النظر للمعنى الذاتي الظاهر لكل من المصلحة والمفسدة^(٣).

فالإمام الغزالي يعرف المصلحة بأنها: «المحافظة على مقصود الشرع، ثم يحدد هذا المقصود بقوله: ومقصود الشرع من الخلق خمسة؛ وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوتها فهو مفسدة، ودفعه مصلحة»^(٤).

ثم قال الغزالي بعد ذلك: «ومقاصد الشرع تُعرف بالكتاب والسنة والإجماع، فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع كانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع، فهي باطلة مُطَرَحَةٌ ومن صار

(١) مقاصد الشريعة، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢٢١.

(٢) انظر: أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها، د. عبد الرحمن الربيع، ص ١٧٩ وما بعدها؛ وانظر: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، د. يوسف العالم، ص ١٣٣ وما بعدها.

(٣) انظر بالتفصيل: المدخل الفقهي، الزرقا، ص ١٠٠-١٠٢.

(٤) المستصفي، الغزالي: ١/ ٢٨٧-٢٩٦.

إليها فقد شرع»^(١).

وبذا يظهر أنه إذا جاء نص على المصلحة بعينها، مثل: كتابة القرآن الكريم حفظاً له من الضياع، أو كانت مما يشهد لها نص عام بالاعتبار بنوعها، مثل: وجوب التعلم بوجه عام فلا نكون أمام مصلحة مرسله؛ لأن المقصود بمرسله؛ أي: غير مرتبطة بدليل خاص أو عام، وعندها تكون هذه المصلحة مطلوبة في الشرع بالنص عليها عيناً أو نوعاً، ويعتبر الحكم ثابتاً بالنص لا بالاجتهاد.

وهذا العمل الاجتهادي في بناء الأحكام على مقتضى المصالح المرسله سماه الغزالي بالاستصلاح في كتابه المستصفي.

وأما أهم الشروط التي قرروا ضرورة توافرها في المصلحة المرسله^(٢)؛ فهي:

١- أن تكون مصلحة قطعية لا تعارضها مصلحة أهم منها أو مثلها.

٢- أن تكون مصلحة عامة لا مصلحة نادرة تتعلق بأحد الناس.

٣- أن تكون مصلحة ضرورية بهار رفع حرج لازم.

٤- أن تكون مصلحة ملائمة لمقاصد الشرع، فلا تصادم دليلاً من أدلته، ولا نصاً من نصوصه، بل تكون من جنس المصالح التي جاءت الشريعة لتحقيقها، وإن لم يشهد لها دليل خاص بالاعتبار بعينها أو نوعها.

فالأهواء ليس لها أي وزن أو اعتبار في الشريعة، يقول سبحانه وتعالى:

﴿وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ بَلْ أَيْتَنَّهُمْ يَدْرِكُهُمْ فِتْنَةٌ عَنْ ذِكْرِهِمْ مَعْرِضُونَ﴾ [المؤمنون: ٧١].

فلا يصح بحال من الأحوال أن تهدم الشريعة وتترك نصوصها بدعوى

(١) المصدر السابق: ٣١٠/١.

(٢) المصدر السابق: ٢٩٦/١-٢٩٧؛ شفاء العليل، الغزالي، ص ٢٠٧ وما بعدها؛ فواتح الرحموت: ٢/٢٦٦؛ مباحث التعليل، الكبيسي، ص ١٤٠-١٤٤؛ تخريج الفروع على الأصول، الزنجاني، ص ١٦٩-١٧٣.

المصلحة. إن المصلحة التي اعتبرتها الشريعة وبنيت عليها أحكامها، هي المصلحة التي تشهد لها نصوص الشريعة وقواعدها العامة، فليس كل ما يزعم أنه مصلحة هو مصلحة.

وما زعم الطوفي من أن رعاية المصلحة مقدمة على النص والإجماع عند التعارض؛ مردود عليه، لأنه في الواقع لا تعارض بين نصوص الشريعة والمصلحة، إلا إذا قال بعضهم بغيء أو خبث: إن الله سبحانه وتعالى لا يعرف مصلحة عبادة فيما شرع، حتى جاء من يزعم أنه باجتهاده قد عرف المصلحة، وأنه لا بد من تقديم رأيه على كلام الله تعالى ووجيه في الكتاب والسنة^(١).

وقد انشغل الأصوليون في وضع معايير دقيقة للتمييز بين أنواع المصالح والترجيح بينها على أساس بيان متعلق هذه المصالح، فقسموها من حيث تعلقها بحياة الناس إلى ثلاثة أقسام، ورتبها حسب درجة اعتبارها، والأخذ بها، فللكل قسم درجته المقدمة في الاعتبار على القسم الذي يليه، وهذه الأقسام هي: الضروريات، والحاجيات، والتحسينيات^(٢)، والمقصود بالضروريات: ما به حفظ الدين أو النفس أو العقل أو النسل أو المال باعتبار أن هذه الأمور الخمسة بها قيام الحياة الإنسانية؛ فلا بد لهذه الحياة من توافر هذه الأمور، فإذا فقد بعضها انهارت الحياة الإنسانية أو فسدت واحتل واقعها.

وقد اتفقت الشرائع على صيانة هذه الأمور وحمايتها، والذي يؤكد هذا في النظر الإسلامي أن كل ما يؤدي إلى حفظها جاءت به الشريعة بأمر جازم، وأن كل ما يفوتها جاءت بالنهي الجازم عنه، فقد جاء الأمر بالشعائر التي بها حفظ الدين،

(١) انظر في الرد على رأي الطوفي، وبيان خبثه، ومدى خطورته: مقالات الكوثري، ص ١١٨ - ١٢١، ٣٣١ - ٣٣٦؛ وانظر ما كتبه الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي تحت عنوان: المصالح المرسله لا أثر لها في النصوص تخصيصاً ولا تقييداً، في مجلة حضارة الإسلام، العدد السابع من السنة السابعة، ص ٣٩ - ٤٦، وكذلك في كتابه: ضوابط المصلحة، الذي نال به درجة الدكتوراه من كلية الشريعة والقانون في الأزهر.

(٢) انظر: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، د. العالم، ص ١٥٥ - ١٧٢؛ المدخل الفقهي، الزرقا: ١/ ١٠٣.

وجاء الأمر بالأكل والشرب والنهي عن إلقاء النفس إلى التهلكة لحفظ النفس، وبمنع المسكرات لحفظ العقل، وبحد الزنا لحفظ النسل، وبحد السرقة لحفظ المال.

والمقصود بالحاجيات ما به رفع الحرج عن الناس والتوسعة عليهم في حياتهم وعلاقاتهم، فلا يستطيعون الاستغناء عنها إلا بحرج ومشقة ووقوع في المعاناة والحرج والضيق، مثل: تشريع أنواع العقود وإباحة الطيبات.

والمقصود بالتحسينيات ما به الارتقاء بالحياة الإنسانية والارتقاء بها إلى ما يليق، والتنزه مما لا يليق؛ كأداب الطعام والشراب، والاعتدال في المظاهر وفي الانتفاع بالطعام والشراب دون إسراف أو تقييد؛ فهي من باب مكارم الأخلاق ومحاسن العادات.

والواقع أن هذا المعيار معيار مضطرد صالح للتطبيق في ميادين الحياة الإنسانية كلها وفق البيان السابق، وهذا المعيار أيضاً معيار مرن؛ بمعنى أن تطبيقه سهل يقوم على إدراك حقائق التصرفات وآثارها ونتائجها في الواقع الإنساني، وهذا يبرز له صفة أخرى، وهي أنه معيار متقدم يواكب حركة المجتمعات الإنسانية وحقائق الأشياء وتطورها وفق ما يتحقق من تقدم في المجتمعات الإنسانية، أو من تخلف ما دام أن البحث العميق فيها لإبراز حقائقها وآثارها هو الأساس الذي يحدد علاقتها بأي من مكونات هذا المعيار الفاعل المؤثر.

فإذا تعلق الأمر بالضروريات تحقيقاً كان الأمر واجباً في أعلى درجات الوجوب، وإذا كان تعلقه بها إضراراً أو تعطيلاً كان الأمر في أعلى درجات التحريم. وإذا كان تعلقها بالحاجيات تحقيقاً أو إضراراً كان الحكم طلباً أو نهياً أقل حسب الحال، وإذا كان تعلقها بالتحسينيات تحقيقاً أو تعطيلاً كان الحكم ندباً أو كراهة حسب الحال، ووفق ما يبين الفقهاء في تحليلهم للأمر المراد معرفة حكمه الشرعي. ومن هنا يأتي دور الخبراء في حقول المعرفة وميادين الحياة المتعددة، فعلى ما بينوا من مصالح أو مفاسد للأمور المراد بيان حكمها الشرعي يتقرر الحكم وفق هذا المعيار، حتى إن هذا المعيار هناك ترتيب بين ضرورياته

وحاجياته وتحسينياته وفق هذا التحليل المشار إليها في إطار كل درجة من هذه الدرجات وفق تفصيل بيّنه الأصوليون والفقهاء .

ومن هذا المنطلق فإن هذا المعيار قد استخدم أساساً لاستنباط الأحكام الشرعية في مجالات الحياة الإنسانية المتعددة، وكان هو الأساس في تقرير الأحكام الشرعية التكليفية، من الوجوب والتحريم والندب والكراهة والإباحة لكثير من التصرفات والممارسات الإنسانية .

* * *

المطلب الثاني

مدى الاعتماد على المصالح المرسلة في بناء الأحكام الاجتهادية

أنزل الله سبحانه وتعالى رسالة الإسلام على رسوله محمد ﷺ لتكون رسالته الخاتمة للناس كافة، وقد شاءت إرادة الله أن تحوي هذه الرسالة ما ينظم الواقع الإنساني بكل أبعاده، ويحقق هداية الناس وصلاح أحوالهم، إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها. قال تعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ﴾ [النحل: ٨٩]، وقال سبحانه: ﴿مَا قَرَأْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنعام: ٣٨]، وقال سبحانه: ﴿كَتَبْنَا أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ لِتُخْرِجَ النَّاسَ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ بِإِذْنِ رَبِّهِمْ إِلَى صِرَاطٍ الْعَزِيزِ الْحَمِيدِ﴾ [إبراهيم: ١]. وقد اتصفت تلك الأحكام المنظمة للواقع الإنساني بصفات الكمال، قال تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ [المائدة: ٣] وكان الوحي الإلهي الذي نزل على محمد ﷺ هو المصدر لهذه الأحكام؛ سواء ما جاء منه في القرآن الكريم وآياته من عند الله سبحانه لفظاً ومعنى، أو ما جاء منه في الحديث النبوي الشريف، الذي لفظه من الرسول الكريم، ومعناه وحي الله تعالى إلى رسوله عليه السلام.

وواضح أن هذا الشمول والتصدي لكل أبعاد الوجود الإنساني من ناحية، وأن الشريعة شريعة دائمة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، فهي خاتمة الشرائع الإلهية من ناحية أخرى، وهو ما عبّر عنه العلماء بقولهم: «إن كل أمر من أمور العباد لله فيه حكم» مهما تقدم المجتمع الإنساني وتنوع قضاياها، قال الشافعي في كتابه (الرسالة): «فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي كتاب الله

الدليل على سبيل الهدى فيها»^(١). هذا مع أن النصوص محدودة محصورة، والحوادث والقضايا في المجتمع الإنساني نامية ومتعددة وغير محصورة، ومع ذلك فإن النصوص المحصورة تستوعب غير المحصور.

والواقع أن قول العلماء هذا لا يعني أن كل أمر من أمور الحياة فيه نص مباشر يبين حكمه، إنما يعني أن الشريعة قد صيغت نصوصها، ونظمت أصولها وقواعدها بطريقة تمكنها من ذلك، فنصوصها الواردة في مصادرها؛ وهما الكتاب والسنة، يستوعبان كل أمور العباد، فنحن أمام نوعين من النصوص:

الأول: نصوص شرعية خاصة: تقرر أحكاماً محددة، تبين حكم الله سبحانه في أمور معينة، بطريقة ثابتة لا تتبدل ولا تتغير، وهذه الأمور التي تمت معالجتها بنصوص وأحكام مباشرة تعود إما لأن طبيعتها لا تتأثر بتغير الأزمان واختلاف المجتمعات، فالقتل مثلاً طبيعته واحدة وإن اختلفت أدوات ارتكابه والظروف المحيطة به، لذا جاءت شؤونه معالجة بشكل محدد في أحكام القصاص، وكذلك جرائم الحدود، فنصت الشريعة على أحكامها بشكل محدد، وإما لأن الشارع الحكيم أراد جلّ وعلا بيان حكم هذا الأمر أو ذاك بكيفية محددة فيها صلاح المجتمع الإنساني، وتحقيق خير الإنسان وسعادته في الدنيا والآخرة، بالإضافة إلى انسجام ذلك مع طبيعة الأمر وظروفه وملابساته؛ مثل النصوص المعالجة لقضايا العقائد والعبادات، وكثير من شؤون الأسرة في الزواج والطلاق والميراث وغيرها.

الثاني: نصوص شرعية عامة: تقرر مبادئ شاملة وقواعد أساسية وأصولاً كلية، ذات طبيعة ثابتة لا تتغير ولا تتبدل، ولكنها تعطي مجالاً لاختلاف التطبيق في التفاصيل والجزئيات، من عصر إلى عصر، ومن بيئة إلى بيئة، ويظل كل ذلك في دائرة الشريعة، وفي نطاق أصولها وقواعدها ومبادئها، فلقد صيغت هذه المبادئ والقواعد والأصول بكيفية تلبية حاجات كل زمان ومكان، وتعطي المرونة اللازمة للنصوص الشرعية، مما يؤدي إلى استيعاب هذه النصوص

(١) انظر: الشافعي، كتاب الرسالة، تحقيق الأستاذ أحمد شاكر، ص ٣٨.

لجميع الحاجات المستجدة، ويبرز صفة ديمومة الشريعة وقدرتها على التعامل مع البيئات والمجتمعات المتعددة، لتختار هذه المجتمعات الصيغ والممارسات المناسبة لظروفها وأحوالها في إطار مبادئها وقواعدها الكلية.

والأمثلة على هذا النوع من النصوص تغطي جانباً واسعاً من الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والدولية للمجتمعات البشرية، كمبادئ العدل، والمساواة، والشورى، والتكافل الاجتماعي، وضمان الحاجات الأساسية للناس، والوفاء بالعهد، واحترام المعاهدات، ورعاية المصالح المعترية في الشريعة، وغيرها من المبادئ التي تتم معرفتها بالدراسة التفصيلية لمختلف النظم الإسلامية الضابطة لجوانب الحياة الإنسانية المتعددة.

وقد حددت الشريعة القواعد والأسس التي تنظم عملية استيعاب هذه النصوص الخاصة والعامة للواقع الإنساني المتطور والنامي والمتغير باستمرار. ذلك أن هذه النصوص - كما أوضحت الآيات الكريمة - تستوعب الواقع الإنساني بكل أبعاده، فما من أمر من أمور الحياة إلا والله فيه حكم ومعالجة، لكن هذا الحكم وهذه المعالجة إما أن يكون منصوفاً عليها بشكل مباشر لا يحتاج إلى جهد لمعرفة واستنباطه من نصوص الشريعة غير الفهم اللغوي السليم، وإما أن يكون منصوفاً عليها بشكل غير مباشر بحيث تحتاج معرفته إلى جهد في استنباطه من نصوص الشريعة وأدلتها التفصيلية، وهذا العمل هو الذي يقوم به الاجتهاد.

وإذا كانت هذه الآلية في بناء الشريعة هي آلية الاجتهاد، فإنها لم تترك دون تحديد ووضع للضوابط والقواعد المنظمة لعملها، وقيامها بهذه المواكبة للوقائع والحوادث المستجدة.

وكان على رأس ذلك بيان الشروط التي يجب أن تتوافر في المجتهد من ناحية، وتحديد طرق ومسالك الاستنباط للأحكام من أدلة الشريعة.

والفقه هو ثمرة ونتاج تحكيم شريعة الله في أفعال العباد ومستجدات الحياة، فقد عرّف العلماء الفقه بأنه: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة والمستمد من أدلتها التفصيلية. فإذا وقعت الحادثة أو الأمر المستجد فيقوم الفقيه

بمواجهته فيعرف حقيقته وأبعاده؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وبعد أن يتصوره ويفهمه حق الفهم يتوجه به نحو نصوص الشريعة لمعرفة حكمه، فإن كان منصوباً عليه بشكل مباشر عرف حكمه فوراً، وإلا قام باستنباط حكمه واستخراجه مستعيناً في ذلك بالقواعد التي بيّنها علم أصول الفقه، وما يخرج به من أحكام يعلمه عند ذلك هو الفقه. لذا فعملية الفقه تقوم على الاستمداد المباشر من الأدلة التفصيلية، لذا فهي العملية الاجتهادية التي تصبغ ملكةً عند الفقيه، وقدرة تُمكنه من الاستمداد والاستنباط، لذلك إذا كانت المعرفة بالأحكام الشرعية تقوم على الحفظ، وليس على الاستمداد المباشر من الكتاب والسنة؛ لا يسمى الذي حصلها فقيهاً.

لذا فإن الاجتهاد يغطي حاجة ملحة من حاجات الأمة، وهي معرفة حكم الله في الحوادث والقضايا المستجدة، ولذا يعتبر القيام به وتعلمه في النظر الإسلامي من فروض الكفاية التي لا بد من أن تتوافر بالقدر الذي يفي بحاجة الأمة، وإلا أثمت الأمة بتركها له، وكان على رأسهم القادرون عليه والمسؤولون عن مسيرة الأمة وقيادتها إلى شاطئ السلامة والأمان في الدنيا، قال تعالى: ﴿ وَمَا كَانَتِ الْمُؤْمِنُونَ لِيَسْفِرُوا كَأْفَةً فَتَلَوًا نَفَرًا مِنْ كُلِّ قَرْعَةٍ مَتَّعْتَهُمْ طَائِفَةٌ لَيْسَفَقَهُوا فِي الْيَمِينِ وَيَلْسَدُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴾ [التوبة: ١٢٢].

فلاجهاد والجهاد بنفس المنزلة؛ وهما لغة من مادة واحدة، جهد ومعناه بذل الطاقة والتوسع، ولا يستعمل هذا اللفظ في التعبير عما يبذل إلا إذا كان هناك مشقة وكلفة؛ فلا يقال: اجتهد في حمل حبة رز مثلاً، وحكم الاجتهاد بالنسبة للقادر يعتبر فرض عين؛ لأنه قد تعين لأداء هذا الواجب المهم.

وكذلك إذا وجه إليه سؤال أو كان محتاجاً لمعرفة الحكم لنفسه أو لغيره، فيكون الاجتهاد بالنسبة له فرض عين أيضاً.

وأما إذا كان المقصد منه التصدي للمشكلات التي قد تقع، وبيان ما يجب على أساس من النظر الشامل والتوسع في البحث؛ فهو مندوب حثت الشريعة عليه ودعت له، إلا إذا كانت الأمة محتاجة لذلك، فيصبح الأمر من فروض الكفاية لا بد أن يقام بالقدر الذي يفي بحاجة الأمة، وإلا أثمت الأمة جميعها

بذلك وعلى رأسها المسؤولون فيها .

ومن المعلوم أن العلماء عندما استعرضوا مصادر الأحكام الشرعية ذكروا أربعة مصادر، هي: القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع، والاجتهاد، والواقع أن هذه المصادر تعود إلى مصدري الكتاب والسنة، بل إلى مصدر واحد هو كتاب الله جل وعلا، هذا إذا لاحظنا أن اعتبار السنة النبوية والحديث النبوي الشريف مصدراً للأحكام الشرعية جاء باعتبار الكتاب الكريم وطلبه، قال تعالى: ﴿ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا ﴾ [الحشر: ٧]. وعلى أساس أن الرسول الكريم ﷺ قدم في حياته التطبيق الأمثل لما حمل من رسالة وبلغ من دعوة، قال تعالى: ﴿ لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِّمَن كَانَ يَرْجُوا اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا ﴾ [الأحزاب: ٢١].

وأما الإجماع فهو يعود في اعتباره إلى الكتاب والسنة من منطلق أن اتفاق المجتهدين من المسلمين في عصر من العصور على حكم شرعي معين لا يتصور اتباعاً للهوى، بل لا بد أن يكون هنالك دليل من الكتاب أو السنة، لكن ما دام أن الإجماع قد انعقد، فيصبح النظر عندئذ لانعقاد الإجماع، وليس للدليل الذي أدى إلى قيامه، قال تعالى: ﴿ وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِن بَعْدِ مَا بَيَّنَّ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ ۖ جَهَنَّمَ سَاءَتْ مَصِيرًا ﴾ [النساء: ١١٥].

أما الاجتهاد فهو: بذل الجهد واستفراغ الوسع في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية في الكتاب والسنة .

وقد حددت الشريعة القواعد التي تنظم عملية استنباط الأحكام الشرعية للحوادث والقضايا المستجدة من النصوص الشرعية الخاصة والعامّة، وقد فصلت هذه القواعد علم أصول الفقه؛ فبيّن هذا العلم مصادر الأحكام الشرعية، وقواعد الاستنباط، وشروط الاجتهاد، وكل ما يتعلق بمعرفة القواعد التي تعين المجتهد على استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية .

وقد بيّن هذا العلم أن للاجتهاد طرقه ووسائله ومصادره، فهو يكون عن طريق القياس والاستحسان والاستصلاح والعرف، وغير ذلك مما بيّنه العلماء على اختلاف بينهم في بعض هذه المصادر .

ومن المعلوم أن المقصود بالقياس إلحاق أمر بآخر في الحكم الشرعي لاشتراكهما في علة هذا الحكم .

فقد دأبت كثير من النصوص الشرعية على بيان علة ما نصت عليه من أحكام، مما يبرز مدار الحكم، ويشير إلى أنه حيثما وجدت هذه العلة فالحكم مضطرد وقائم، بل جاءت بعض النصوص تدعو إلى اضطراد الحكم حيثما وجدت العلة، فالقياس إعمال للنصوص في المدى الأوسع لدلالاتها^(١).

والمقصود بالاستحسان: العدول بالمسألة عن حكم نظائرها لوجه أقوى يقتضي هذا العدول. وقد ذكر أئمة الحنفية له عدة أقسام، لست هنا بصدد استعراضها وبيان ما يوجه إليها من نقد، إنما يكفي أن أشير إلى أحدها، وهو استحسان الضرورة. وهو: ما يخالف فيه حكم القياس نظراً إلى ضرورة موجبة أو مصلحة مقتضية؛ سداً للحاجة أو دفعاً للحرَج، مما يؤكد أن في الاستحسان لجوءاً لتبني المصالح المقتضية، ولو كان في ذلك عدول عن حكم القياس، وهذا يؤكد أن أئمة الحنفية يأخذون بمبدأ المصالح المرسله مع غيرهم من الفقهاء، مما يؤكد أهمية هذا المصدر في بناء الأحكام الاجتهادية، ولو أدى ذلك إلى عدول عن مقتضى القواعد القياسية.

وسوف يبين المطلب الثالث المجالات الرحبة والواسعة التي يعمل فيها هذا المصدر من مصادر الاجتهاد وفق ما أوضحت من طبيعته وشروطه ومعايير عمله وضوابطه.

* * *

(١) انظر بالتفصيل: أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ص ٢٢١ وما بعدها؛ مصادر التشريع الإسلامي فيما لائنص فيه، ص ١٩ وما بعدها.

المطلب الثالث

تطبيقات في ميادين الحياة المتعددة

على اعتماد مبدأ المصالح المرسلة

وأستعرض فيما يلي وفي العديد من مجالات الحياة الإنسانية لنماذج الاجتهاد الفقهي القائم على هذا المصدر من مصادر الأحكام الشرعية الاجتهادية، مصدر المصالح المرسلة أو الاستصلاح وفق المعيار الثلاثي المضطرد المرن: الضروريات والحاجيات والتحسينيات.

والمدقق في عمل هذا المصدر وتطبيقاته في مختلف مجالات الحياة يلاحظ أنه لا يعمل وحده؛ إذ تردفه عموميات نصوص الشرعية في المجالات المتعددة، كما أن قواعد شرعية عديدة تساعد في الوصول إلى الحكم المناسب، وهذا يعود إلى تكامل الشرعية في نصوصها وأحكامها، وأنها تشكل وحدة واحدة في إيجاد الإنسان الصالح والمجتمع الصالح.

وهذا الاعتماد على المصالح المرسلة جرى عليه الفقهاء من عهد الصحابة - رضي الله عنهم -، وتعددت الأمثلة التي اعتمدوا فيها على هذا المصدر من مصادر الاجتهاد، نذكر منها بعض الأمثلة^(١):

١ - تضمين الصُّناع: من المقرر فقهاً أن مال الإنسان في يد غيره دون اعتداء منه، وبتسليط من صاحبه، أمانة لا يضمن إذا هلك بدون تعدُّ ولا تقصير في حفظه، فمال الشركة في يد الشريك، والمأجور في يد المستأجر أمانة، لا يضمنان إذا هلك دون تعدُّ وتقصير.

وهذا الحال هو نفسه بخصوص مال الإنسان في يد الشخص الخاص الذي

(١) انظر: المدخل الفقهي، الزرقا: ٩٠/١ وما بعدها.

يستأجره ليعمل في ماله متفرغاً له، وكان مقتضى الحال أن يكون الحكم نفسه بخصوص الأموال التي يقبضها الأجير العام، كالصباغ والخباز والنجار؛ فتكون أموال الناس في أيديهم أمانة لا يضمنونها إلا إذا اعتدوا أو قصرُوا، لكن الخلفاء الراشدين رأوا أن يد الأجير العام على أموال الناس يد ضمان؛ بمعنى أنهم يضمنونها إذا هلكت ولو بدون تعدُّ أو تقصير، وذلك حتى لا يأخذوا من أموال الناس ما لا يستطيعون، وحتى لا يتهاونوا في المحافظة عليها، وبخاصة أن الناس محتاجون إليهم، فيؤدي ذلك إلى هلاك أموالهم إذا لم يضمن الأجير العام، فقال الخلفاء الراشدون وغيرهم من فقهاء الصحابة بتضمين الصانع، مع أن الأصل أن أيديهم على أموال الناس أيدي أمانة، تحقيقاً للمصلحة ورعاية لها، وقد نقل عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أنه ضَمَّنَ الغسال والصباغ، وقال: «لا يصلح الناس إلا بذلك»^(١).

ويذكر المالكية مسألة تضمين الصانع في عهد الصحابة مثلاً على الأخذ بمبدأ المصالح المرسله، ويذكره الحنفية مثلاً على استحسان الضرورة، أي: العدول عن حكم القياس لحكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول، وهو المصلحة الموجبة والضرورة المقتضية.

٢- ومن ذلك إنشاء الدواوين، وعدم قسمة أرض السواد بين الفاتحين زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ومسحها، وفرض الخراج عليها، وما قدمه من حجج لذلك يؤكد الحرص على مصلحة المسلمين وخيرهم في العاجل والآجل^(٢).

٣- ومن الأحكام الفقهية الحكم بانحلال زواج المفقود بعد مضي أربع

(١) هذا ما يذكره كثير من الباحثين، وينقلون هذا القول عن (الأم) للإمام الشافعي. ولكن الشافعي يذكره في معرض التضعيف؛ حيث يقول: «وقد يروى من وجه لا يثبت أهل الحديث مثله: أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ضمن الغسال والصباغ، وقال: لا يصلح الناس إلا بذلك». الأم: ٣/٢٦٤.

(٢) انظر بالتفصيل: الملكية في الشريعة الإسلامية، الدكتور عبد السلام العبادي: ١/٣٤٨-٣٥١.

سنوات على فقده في السلم، وسنة واحدة في الحرب؛ إذا طلبت زوجته، ولو لم يثبت موته حقيقة، وبعد أن تمضي عدتها بعد الحكم يسوغ لها الزواج من غيره دفعاً للضرر عن الزوجة؛ حتى لا تظل معلقة طول العمر، ولو ترك لها الزوج مالاً للنفقة. بهذا قضى عمر بن الخطاب، وأخذ به الاجتهاد المالكي، وتبنت هذا الاجتهاد العديد من قوانين الأحوال الشخصية في بلاد الإسلام على خلاف في التفاصيل.

٤ - الحكم بعدم نفاذ التصرفات المالية الصادرة من المدين بدين مستغرق لأمواله، ولم يكن محجوراً عليه؛ كيلا يلجأ بهذه التصرفات إلى تهريب أمواله من وجه الدائنين؛ فإذا تصرف كان تصرفه موقوفاً على إجازة غرمائه الدائنين.

٥ - اشتراط تسجيل العقود العقارية في دائرة السجل العقاري لانعقادها أو نفاذها بحق الآخرين، منعاً للتلاعب والاحتيال في بيع العقارات من عدة أشخاص، أو رهن لها للحصول على المال نقداً أو ديناً.

وكذلك الحال بالنسبة لاشتراط التسجيل في بيع السيارات ورهنها؛ لانتقال ملكيتها وتحقق رهنها، منعاً للاحتيال والتلاعب.

وأما تطبيقات اعتماد المصالح المرسله في ميادين الحياة المتعددة وبخاصة في العصر الحديث فأبينها في الفروع التالية:

الفرع الأول - في المجال الإداري:

يقدم هذا المصدر اجتهادات عديدة تعود بالخير والمصلحة على المجتمع الإسلامي، ويعمل معه في هذا الإطار مبادئ السياسة الشرعية وقواعدها كما يظهر مما يلي.

فقد حملت الشريعة الإسلامية الحاكم المسلم مسؤولية كبيرة في تنظيم المجتمع وإدارته، مستخدماً هذا المصدر في التعامل مع قضايا المجتمع وأحواله المتعددة.

وقد بحث العلماء في صلاحيات الحاكم المسلم هذه تحت عنوان السياسة

الشرعية، وكتبوا فيها الكتب المتخصصة والمباحث الواسعة، والتي بينت بالتفصيل كيف يمارس الحاكم المسلم إدارة شؤون الدولة والإشراف على كل مرافقها. وبيّنوا هناك السلطات الواسعة الممنوحة له في مجالات التنظيم والإدارة، بما يحقق المصالح العامة، ويوفر الخير والتقدم والازدهار للمجتمع الإسلامي.

وقد قررت الشريعة مبدأ مسؤولية الحاكم عن أحوال رعيته في عدد كبير من النصوص؛ منها:

قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ [النساء: ٥٨].

وقال سبحانه: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [المائدة: ٤٢].

وقد أخرج البخاري ومسلم وغيرهما بألفاظ متقاربة عن عبد الله بن عمر: أن رسول الله ﷺ قال: «كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته؛ فالأمير الذي على الناس راع وهو مسؤول عنهم، والرجل راع على أهل بيته وهو مسؤول عنهم، ألا فكلكم راع، وكلكم مسؤول عن رعيته»^(١).

وقد طبق هذا المبدأ أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب - رضي الله عنهما - خير تطبيق؛ فحرصا على تفقد أحوال الرعية، وتلبية طلباتهم، والعناية بهم. والنماذج على ذلك كثيرة في سيرتهما؛ ومن أقوال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -: «إن الراعي مسؤول عن رعيته؛ فلا بد من أن يتعهد رعيته بكل ما ينفعهم الله به ويقربهم إليه، فإن من ابتلي بالرعية فقد ابتلي بأمر عظيم»^(٢).

ومن أهم مسؤوليات الحاكم: منع الظلم والتعدي، وتحقيق العدل بين الرعية؛ قال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في خطبة له: «ولست أدع أحداً

(١) اللؤلؤ والمرجان: ٢/٢٤٢؛ الفتح الكبير: ٢/٣٣٠-٣٣١.

(٢) الخراج، لأبي يوسف، ص ١١٩.

يظلم أحداً، ولا يعتدي عليه، حتى أضع خده على الأرض، وأضع قدمي على الخد الآخر، حتى يذعن للحق»^(١).

وإن باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من السعة في الشريعة بحيث يعطي الحاكم سلطات واسعة في نشر المعروف، وتغيير المنكر: أن يسعى جهده لمنع كل صور الظلم والانحراف عن تعاليم الشريعة؛ يقول الرسول الكريم ﷺ: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان»^(٢).

ويقول أبو يوسف مخاطباً هارون الرشيد: «واعمل بما ترى أنه أصلح للمسلمين، وأعم نفعاً لخاصتهم وعامتهم، وأسلم لك في دينك»^(٣).

والحاكم المسلم مطالب بأن يكون تصرفه لمصلحة الرعية، فلا يتبع الهوى والتشهي، إنما يتقيد بنصوص الشريعة وهدى السماء؛ يقول تعالى: ﴿فَأَحْكُمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ هُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ﴾ [المائدة: ٤٨]. ويقول سبحانه: ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ يَوْمَ الْحِسَابِ﴾ [ص: ٢٦].

ومن هنا جاءت القاعدة الفقهية التي تقول: «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة»، قال الزركشي في القواعد: «وولي الأمر مأمور بمراعاة المصلحة، ولا مصلحة في حمل الناس على فعل المكروه، وحيث تخير الإمام في الأسير بين القتل والاسترقاق والمنّ والفداء لم يكن ذلك بالتشهي، بل يرجع للمصلحة؛ حتى إذا لم يظهر وجه المصلحة حبسهم إلى أن يظهر»^(٤). وفي

(١) المصدر السابق، ص ١١٧.

(٢) أخرجه أحمد ومسلم وأصحاب السنن. انظر: صحيح مسلم بشرح النووي: ٢٢/٢ -

٢٦؛ الفتح الكبير: ٣/١٩٢.

(٣) الخراج، لأبي يوسف، ص ٦٠.

(٤) قواعد الزركشي، و٦٦ب؛ وانظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص ١٢٣.

الأشباه والنظائر للسيوطي، قال الشافعي: «ومنزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم»^(١).

قال ابن نجيم: «إذا كان فعل الإمام مبنياً على المصلحة فيما يتعلق بالأمر العامة؛ لم ينفذ أمره شرعاً إلا إذا وافقها، فإن خالفها لم ينفذ، ولهذا قال الإمام أبو يوسف - رحمه الله - في كتاب الخراج من باب إحياء الموات: وليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف»^(٢).

وقد بيّن الفقهاء في كلامهم عن السياسة الشرعية مدى السلطات الممنوحة للحاكم في الشريعة لتحقيق المصالح، وتقرير العدالة:

قال ابن نجيم: «السياسة هي: فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها، وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي»^(٣)، وفي كشاف اصطلاحات الفنون: «إنها استصلاح الخلق بإرشادهم إلى الطريق المنجي في الدنيا والآخرة، فهي من الأنبياء على الخاصة والعامة، في ظاهرهم وباطنهم، ومن السلاطين والملوك على كل منهم في ظاهرهم.. كذا في جامع الرموز، وفي البحر الرائق في آخر كتاب الحدود: ورسمت السياسة القانون الموضوع لرعاية الآداب والمصالح وانتظام الأموال».

ثم نقل تعريفات أخرى منها: «إصلاح معاملة عامة الناس فيما بينهم، ونظمهم في أمور معاشهم، وتسمى سياسة مدنية»، ومنها: «تدبير المعاش بإصلاح أحوال جماعة مخصوصة على سنن العدل والاستقامة»^(٤).

قال ابن القيم في كتابه (الطرق الحكيمة): «ومن له ذوق في الشريعة،

(١) الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ١٢١؛ وانظر: الفروق: ١٦/٣ - ٢٠؛ وتهذيب الفروق: ٣٠/٣ - ٣٣.

(٢) الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص ١٢٤.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: ١٥/٤.

(٤) كشاف اصطلاحات الفنون: ١/٦٦٤؛ وانظر: الكليات، لأبي البقاء الكفوي، ص ٢٠٨.

واطلاع على كمالاتها وتضمنها لغاية مصالح العباد، في المعاش والمعاد، ومجيئها بغاية العدل الذي يفصل بين الخلائق، وأنه لا عدل فوق عدلها، ولا مصلحة فوق ما تضمنته من المصالح، تبين له أن السياسة العادلة جزء من أجزائها، وفرع من فروعها، وأن من له معرفة بمقاصدها ووضعها، وحسن فهمه فيها؛ لم يحتج معها إلى سياسة غيرها البتة».

«فإن السياسة نوعان: سياسة ظالمة فالشريعة تحرمها، وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم الفاجر؛ فهي من الشريعة؛ علمها من علمها، وجهلها من جهلها».

وقد نقل ابن القيم في كتابه هذا تعريف ابن عقيل للسياسة الشرعية بأنها: «ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول، ولا نزل به وحياً». وذكر ابن القيم بعد ذلك بيان ابن عقيل أنه يشترط في الفعل السياسي ألا يخالف ما نطق به الشرع، وإن كان لا يشترط أن يكون قد نطق به، لأن اشتراط نطق الشرع به تغليباً للصحابة الذين قاموا بأعمال لم يكن معتمدتهم فيها إلا مصلحة الأمة.

وعقّب ابن القيم على ذلك بقوله: «وهذا موضع مزلة أقدام، ومضلة أفهام، وهو مقام ضنك، ومعتك صعب، فرطت فيه طائفة، فعطلوا الحدود، وضيعوا الحقوق، وجرّؤوا أهل الفجور على الفساد، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد، محتاجة إلى غيرها، وسدوا على نفوسهم طرقاً صحيحة من طرق معرفة الحق والتنفيذ له، وعطلوا مع علمهم وعلم غيرهم قطعاً أنها حق مطابق للواقع، ظناً منهم منافاتها لقواعد الشرع. ولعمر الله إنها لم تناف ما جاء به الرسول، وإن نفت ما فهموه من شريعته باجتهادهم، والذي أوجب لهم ذلك نوع تقصير في معرفة الشريعة، وتقصير في معرفة الواقع، وتنزيل أحدهما على الآخر».

«فلما رأى ولادة الأمور ذلك، وأن الناس لا يستقيم لهم أمر إلا بأمر وراء ما فهمه هؤلاء من الشريعة، أحدثوا من أوضاع سياستهم شراً طويلاً، وفساداً

عريضاً، فتفاقم الأمر، وتعذر استدراكه، وعز على العالمين بحقائق الشرع تخليص النفوس من ذلك، واستنقاذها من تلك المهالك».

«وأفرطت طائفة أخرى قابلت هذه الطائفة؛ فسوغت من ذلك ما ينافي حكم الله ورسوله».

«وكلتا الطائفتين أُتيت من تقصيرها في معرفة ما بعث الله به رسوله، وأنزل به كتابه، فإن الله سبحانه وتعالى أرسل رسوله، وأنزل كتبه، ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان؛ فثم شرع الله ودينه. والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخصص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها، وأقوى دلالة، وأبين أمارة، فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بيّن سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له».

«فلا يقال: إن السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع، بل هي موافقة لما جاء به، بل هي جزء من أجزائه، ونحن نسميها سياسة تبعاً لمصطلحكم، وإنما هي عدل الله ورسوله»^(١).

وهذا الكلام النفيس من ابن القيم كأنه يتحدث عما نعاني في هذه الأيام من نماذج الإفراط والتفريط في التعامل مع الأحكام الشرعية التي أرادها الله لخير الناس وسعادتهم في الدنيا والآخرة، وفي تطبيقها والالتزام بها في واقع الناس في حياتهم.

ونستطيع القول في هذا المجال: إن معظم ما تصدره الدولة المدنية من أنظمة وتعليمات لتنظيم شؤون الدولة الاقتصادية والإدارية والتعليمية والثقافية؛

(١) الطرق الحكمية، ص ١٦ - ١٧؛ وانظر بالتفصيل: إعلام الموقعين: ٤/ ٣٧٢ - ٣٧٩؛ وانظر بالفاظ مقاربة: تبصرة الحكام: ٢/ ١٣٢؛ وبالفاظ التبصرة نفسها: معين الحكام، ص ١٦٤.

قائمة على قواعد هذا المصدر، ويأخذ اعتباره منها، وهذا يجعل من أحكام هذه الأنظمة أحكاماً شرعية عندما يكون تقريرها معتمداً على هذا المصدر من مصادر الأحكام الشرعية، فنظام التصدير والاستيراد، ونظام السير على الطرق، وأنظمة التنظيم الإداري للوزارات والمؤسسات، بل إنشاء هذه الوزارات والمؤسسات . . . كل ذلك قائم من وجهة نظر إسلامية على قواعد هذه المصادر في إطار مبادئ السياسة الشرعية المقررة، وإن بناء هذه الأحكام على مصادر الفقه الإسلامي يجعل عملية الالتزام بها قائمة باعتبارها مطلوبة شرعاً؛ يأثم الشخص لعدم الالتزام بها، ويحاسبه الله سبحانه على تقصيره في ذلك. وهذا يجعل من الالتزام بهذه الأحكام في المجتمع الإسلامي التزاماً يكون قائماً على أساس أيضاً من الجزاء الأخروي، بالإضافة إلى الجزاء الدنيوي.

الفرع الثاني - في المجال الاقتصادي:

قدّم هذا المصدر من مصادر الاجتهاد صوراً عديدة من الصيغ والعقود والآليات التي جاء تبنيها من منطلق بناء الأحكام على مقتضى المصالح المرسلة، وفي إطار تصدي الاجتهاد المعاصر لتلبية حاجات المجتمع؛ بما يحقق مصالحه المشروعة، وعلى أساس من الأصل أن هذه المجالات مفتوحة للاجتهاد ما دام أنه ليس هنالك تحليل للحرام أو تحريم للحلال، ومن ذلك ما يلي:

١ - الشركات الحديثة في صورها المتعددة ما دامت ملتزمة بالشروط العامة المقررة للشركات في الشريعة الإسلامية، مثل: احترام التراضي في العقود، وعدم تضمن العقد ما يخالف الشريعة من حيث الشكل والموضوع.

ومن ذلك: الشركات المساهمة العامة، وشركات التضامن وغيرها، على خلاف وتفصيل بين الفقهاء المعاصرين^(١).

٢ - إقامة المؤسسات والدوائر والهيئات المتخصصة للمحافظة على الأوقاف وأموال الزكاة، وللقيام بصرفها أو صرف حصيلتها لمستحقيها،

(١) انظر بالتفصيل: الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. عبد العزيز الخياط: ٧/٢ وما بعدها.

وتنميتها، شريطة الالتزام بالقواعد الشرعية الضابطة لشؤونها .

الفرع الثالث - في المجال الاجتماعي:

١ - الترتيبات التي تبناها الفقهاء في المجال الاجتماعي بهدف تحقيق المصالح، والمحافظة على مقصود الشرع في الخلق في صيانة دينهم ونسلهم وأعراضهم: الإلزام بتوثيق عقد الزواج كتابة وضمن وثائق معينة؛ لإثبات الحقوق بين الزوجين وأمام الناس، بعد تعدد المشكلات وكثرة النزاع والخلاف . والإلزام بالتوثيق ليس شرط انعقاد ولا صحة ولا نفاذ للعقد، وإنما هو إجراء إداري تنظيمي لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، إنما يترتب على مخالفته عقوبات تحقيقاً للمصالح المقصودة منه في إطار حماية الأفراد والمجتمعات، وتنظيم شؤونهم .

٢ - ومن ذلك الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، لتحقيق مصالح المجتمع والأفراد في حمايتهم من الأمراض، دون أن يكون ذلك شرطاً في انعقاد الزواج أو صحته، إنما لفائدة الخاطبين؛ ليكون إقدامهما على الزواج عن وعي وبيّنة ضمن شروط تحفظ السرية، وتصور المجتمعات من الوقوع في النزاع والخلافات، إنما بهدف الحماية من أخطار حقيقية في مجال انتشار الأمراض وتأثر الأولاد، مما يحمي المجتمع من نفقات باهظة، ويوفر لأفراده العافية والصحة .

الفرع الرابع - في المجال المهني:

تحتاج المجتمعات الإنسانية إلى الأعمال والمهن أيما حاجة، فلا بد من تنظيم التخصص فيها وفي شروط تقديم الخدمات للجمهور، تحقيقاً لمصالحهم، ودرءاً للمفاسد عنهم . وهذا يتطلب الإلزام بالتأهيل والتخصص لتأمين الكوادر القادرة على العمل والأمانة عليه، كما يتطلب وضع الشروط لترخيص المهن ومزاوتها من جهات مسؤولة وضمن شروط محددة .

وكثير مما يعمل في هذا المجال أساسه مبدأ المصالح المرسلة؛ حماية للناس من الغش والتلاعب، وتمكيناً لهم من التعامل مع المؤهلين القادرين، لما

في ذلك من تحقيق لمصالحهم الحقيقية، وحماية لهم من الضرر والفساد. وبذا يظهر أن ما تصدره الدول من قوانين وأنظمة لتنظيم قطاع الحرف والمهن داخل في مجالات هذا المصدر، وكذلك ما تقوم به من تنظيمات نقابية ومهنية، وما تضع لذلك من قواعد وأحكام يدخل في هذا المجال أيضاً.

الفرع الخامس - في المجال التربوي والتعليمي:

لقد قدّم البحث التربوي والتعليمي المعاصر العديد من الصيغ والإجراءات والترتيبات لتنظيم قطاع التربية والتعليم، مما يدخل في إطار المصالح المرسلة، وذلك يشمل أنظمة التعليم الأساسي والثانوي، وتقسيمه إلى صفوف عديدة بخطط دراسية، ومناهج وكتب مدرسية، ووسائل إيضاح وتقويم، ومبانٍ مدرسية بمواصفات معينة، وكذلك أنظمة التعليم الجامعي، وأسس إنشاء الجامعات، واعتماد التخصصات، ومنح الدرجات العلمية والشهادات اللازمة، وما يتعلق بكل ذلك من شروط ومواصفات وإجراءات، مما يعتبر المجال فيه مفتوحاً لمزيد من التحسين والإبداع، بما يحقق خير المجتمع الإنساني وتقدمه وازدهاره.

الفرع السادس - في المجال القضائي:

يقوم القضاء بحل الخلافات والمنازعات على أساس الالتزام بالقواعد والأحكام المقررة في الشريعة؛ لتنظيم علاقات الناس وتعاملهم بعضهم مع بعض على أسس من العدالة، وحماية الحقوق، ومنع العدوان، وضمان استقرار التعامل. وقد كان القضاء يقوم بذلك بالاعتماد على قاض واحد؛ لينظر في كل القضايا على اختلاف أنواعها، وبحيث يكون حكمه في حل الخلاف باتاً لا مراجعة له، ومهما مر من وقت على الحقوق التي يطالب بها المدعي.

ولما تعقدت القضايا وتنوعت، وفسدت الذمم، وصعب إثبات الحقوق، ومن أجل تحقيق العدالة وضمان سلامة التقاضي؛ فقد اجتهد العلماء بتبني جملة من الإجراءات تهدف إلى تحقيق العدالة وفق أسلم الضمانات، وباتت هذه الإجراءات اجتهادات شرعية وفق مصدر الاستصلاح، يهدف تحقيق مقاصد الشريعة في حل منازعات الناس وخلافاتهم على أساس من العدل والأمانة.

ومن هذه الإجراءات :

١ - تقسيم المحاكم إلى أنواع؛ بحيث يختص كل نوع منها بنوع من القضايا؛ مثل: المحاكم الجنائية، والمحاكم الجمركية... وغيرها، فتخصيص لكل نوع من أنواع القضايا محاكم مختصة يضمن سلامة الحكم فيها، نظراً لتعدد القضايا بحيث يحتاج إلى قضاة مختصين، مما يزيد من ضمانات تحقيق العدالة بتطبيق القواعد والأحكام الخاصة بها بدقة وأمانة.

٢ - وكذلك تعدد القضاة في المحكمة الواحدة، ووضع شروط لاتخاذ القرار لسلامة اتخاذ الحكم بعيداً عن أي هوى أو ضعف أو قصور.

٣ - وكذلك جعل القضاء على درجات؛ بحيث يمكن للخصوم الطعن بالقرار في الدرجة الأولى أمام الدرجة الأعلى، وقد استقر التطبيق على جعل القضاء درجتين أو ثلاث، فهناك محاكم البداية، ومن ثم محاكم الاستئناف، ثم محاكم التمييز ضمن ضوابط وشروط، بهدف الوصول إلى الحكم العادل في حل الخلافات والمنازعات.

٤ - وكذلك منع سماع الدعاوى بالحقوق القديمة، لأن السكوت عن المطالبة سنوات طويلة يشكك في أصل الحق، كما أنه يربك القضاء ويؤدي إلى نبش الوقائع القديمة، وهذا ما يعرف بالتقادم أو مرور الزمان.

٥ - وكذلك وضع القواعد لأصول المحاكمات، وتنظيم المحاكم مما يعتمد على مبدأ المصالح المرسلة؛ حيث تبين قوانين أصول المحاكمات كيفية رفع الدعوى ورسومها، وكيفية تقديم البيئات وسماعها، مما يعود بعضه لما هو منصوص عليه، ويعود بعضه الآخر لصلاحية ولي الأمر في تنظيم هذا القطاع الحيوي المهم على أساس من تحقيق مصالح الناس، ولرفع المفاسد والمضار عنهم.

وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين.

* * *

لمصالح المرسله

إعداد

الشيخ عبد الله بن الشيخ محفوظ ولد بيه

الأستاذ بكلية الآداب - قسم الدراسات الإسلامية
جامعة الملك عبد العزيز - جدة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وآله وصحبه .

بحث حول: المصلحة المرسلة. مقدم إلى دورة مجمع الفقه الإسلامي في دورته المنعقدة بسلطنة عمان. في هذا البحث الذي يحاول توضيح مفهوم المصلحة المرسلة بين الاعتبار والإلغاء، مستعرضاً مختلف الاتجاهات والآراء. حيث مقتضى المقال في هذه البحوث أن يكون البحث مختصراً دون إخلال بالأهم في موازنة بين الكلّي والجزئي، وبين الأخص والأعم، انصبّ فيه الاهتمام على إيضاح العلاقات بين أقوال علماء الأصول في مختلف المدارس والمذاهب، ولهذا سيكون البحث مفصلاً في التالي:

١ - مقدمة حول استنباط الأحكام وأصول أدلة الشريعة وبخاصة حول الاستدلال.

٢ - تعريف الاستصلاح والمصلحة المرسلة والمناسبة.

٣ - دليل العمل بالمصلحة المرسلة وأمثلة لها من مذهب مالك، وابتناؤها على المقاصد وشرح للمقاصد.

٤ - عرض أقوال العلماء من الزركشي والقرافي في شرح المحصول، والغزالي في المستصفي، والسبكي في شرح المنهاج، مع تعليقات مختصرة للباحث.

٥ - مناقشة مذهب الغزالي في اعتبار الكلية، القطعية، الضرورية، والترجيح بين المصالح.

٦ - مناقشة المصلحة بين النقل والعقل لدى الشاطبي والطوفي والعز بن عبد السلام والتبريزي .

٧ - فروق بين المصلحة المرسلة ، وبعض المصطلحات المشابهة .

٨ - خلاصة البحث .

* * *

المبحث الأول

كيف تستنبط الأحكام؟

للإجابة على هذا السؤال الحاكم، الذي يحكم تصرفات الفقيه؛ وهو المجتهد، ويسمونه (متصرفاً) لأنه يقلب النظر في الأدلة - التصرف هو التقلب، والتصريف التقلب - قال تعالى: ﴿وَتَصْرِيفِ الرِّيحِ﴾ [البقرة: ١٦٤]؛ ينبغي أن نعرف ما هو الاستنباط؟

أولاً: ما هو الاستنباط؟

هو في اللغة: الاستخراج، مأخوذ عن النبط محركة، وهو أول ماء يخرج من البئر عندما تحفر.

قال في القاموس المحيط: واستنبط الفقيه: استخرج الفقه الباطن بفهمه واجتهاده.

قال الزجاج في قوله تعالى: ﴿لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾: معنى يستنبطونه في اللغة: يستخرجونه، مأخوذ من النبط وهو الماء الذي يخرج من البئر أول ما تحفر.

والنباط بالكسر: استنباط الحديث واستخراجه، قال المنخل مالك بن عمير الهذلي:

فإِذَا تُعْرِضَنَّ أَمِيمَ عَنِّي وَتَنْزِعَكَ الْوُشَاءُ أَوْلُو النَّبَاطِ

ولأن (استفعل) تدل على الطلب غالباً، كما قال تعالى: ﴿وَإِذْ أَسْتَسْقَىٰ مُوسَىٰ لِقَوْمِهِ﴾ [البقرة: ٦٠]: طلب السقيا. ﴿أَسْتَظَمَّ أَهْلَهَا﴾ [الكهف: ٧٧]: طلبا منهم الطعام، فيكون الاستنباط طلب النبط. وقد تكون استفعل للمبالغة كما في قوله تعالى: ﴿فَأَسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ﴾ [آل عمران: ١٩٥]، فيكون الاستنباط إخراجاً.

فلاستنباط إذن هو: استخراج الأحكام من مصدرها الكتاب والسنة.
﴿الرَّكْبَتَبْ أَنْزَلْنَهُ إِلَيْكَ لِتُخْرِجَ النَّاسَ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ بِإِذْنِ رَبِّهِمْ إِلَى صِرَاطِ
الْعَزِيزِ الْحَمِيدِ﴾ [إبراهيم: ١].

ثانياً: أصول أدلة الشريعة، والاستدلال:

فالكتاب والسنة هما الأصولان اللذان أخذ علينا العهد والميثاق بالتمسك
بهما، وهما المِحْجَّةُ البيضاء؛ «تركتكم على المِحْجَّةِ البيضاء؛ ليلها كنهارها، لا
يزيغ عنها إلا هالك». فما هي المِحْجَّةُ؟.

الحديث الآخر يفسر لنا ذلك: «تركت فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا:
كتاب الله وسنتي».

فكيف نتمسك بهما؟:

يجب أن نتعرف عليهما لنعرف كيفية التعامل معهما حتى نتمسك بهما.

القرآن: هو اللفظ المنزل على النبي الخاتم محمد بن عبد الله، عليه
صلوات الله وسلامه، للإعجاز والتعبد.

أما السنة: فهي في هذا الموطن: أقوال النبي ﷺ وأفعاله وتقريراته فهي
منحصرة في ذلك حسب عبارة الطوفي^(١).

وعرّفها بعضهم بأنه: ما يضاف إلى الرسول من خبر، كالصفات الخلقية
والخُلُقِيَّة؛ كما قال في مراقي السعود:

وهي ما انضاف إلى الرسول من خبر كليس بالطويل
والقول والفعل وفي الفعل انحصر تقريره.....^(٢)

وباختصار: رجع الأمر إلى ثلاث دلالات، وهي: دلالة اللفظ سواء كان
قرآناً أو من كلام النبي ﷺ، ودلالة الفعل، ودلالة السكوت، وهو التقرير، وقد
عبّر ابن رشد الحفيد في بداية المجتهد عن ذلك؛ حيث قال: «الشريعة تُتلقى عن

(١) الطوفي، شرح مختصر الروضة: ٦٢/٢.

(٢) نشر البنود: ١١٧/٤. ط. الحجرية.

ثلاث طرق: اللفظ والفعل والإقرار»^(١):

اللفظ: ﴿وَأَقِمُوا الصَّلَاةَ﴾ خمس صلوات فرضهن الله على العباد.

والفعل: قضى النبي ﷺ بالشاهد واليمين، وسها النبي ﷺ في الصلاة فسجد، هذه حكاية أفعال.

الإقرار: كقول ابن عمر: «كنا نُخَيِّرُ على عهد رسول الله ﷺ، فنخير أبا بكر ثم عمر ثم عثمان رضي الله عنهم». رواه البخاري وأبو داود. وفي رواية الطبراني: «ويسمع ذلك رسول الله ﷺ ولا ينكره». وحديث ابن عمر: «كنا نُخَابِرُ ولا نرى بذلك بأساً». أي: نكُفِّرُ الأرض بجزء من محصولها. رواه أحمد والنسائي وابن ماجه^(٢).

أما الفعل فمهما يكن الخلاف في دلالة؛ حيث إنه تارة يكون بياناً للأقوال فيُنزَلُ منزلتها، فإذا كان بياناً لواجب، فهو واجب؛ بدليل: «صلوا كما رأيتموني أصلي»، «خذوا عني مناسككم».

وإذا كان بياناً لمندوب، كان مندوباً، وإذا كان بياناً لجائز كان جائزاً على خلاف بين الأصوليين. وإذا لم يكن بياناً لقول، فيختلف في دلالة بين قائل بالوقف، لأنه لا صيغة له، وبين قائل بالإباحة فيما ليس من جنس القُرب، وعلى النذب فيما هو من جنسها^(٣)، وقد يختلفون في دلالة حكاية الفعل، كحديث ابن عباس عند مسلم^(٤): «حكم النبي ﷺ بالشاهد واليمين. فقيل: يعم، وقيل: لا يعم. ومهما يكن من خلاف في تعيين نوع الدلالة للفعل؛ فإن الفعل والإقرار يرجعان إلى قول؛ إذا لم يكن قول الشارع فهو قول الراوي.

بناءً على ذلك: فإن الشريعة ترجع إلى قول ألفاظ القرآن والسنة، أو ألفاظ

(١) ابن رشد، بداية المجتهد: ٢/١.

(٢) المصدر السابق: ٣/١.

(٣) الطوفي، شرح مختصر الروضة: ١٩٧/٢.

(٤) مسلم: ١٢٨/٥؛ ورواه أبو داود والنسائي.

الرواة الذين حكوا الأفعال والإقرارات؛ فهي راجعة إلى كلام ليستنبط منه .

أما ما يرجع إلى دلالة اللفظ في محل النطق فهو منطوق بأقسامه الخمسة عند الجمهور: النص، والظاهر، ودلالة الاقتضاء، ودلالة الإشارة، ودلالة الإيماء. وإن لم يكن في محل النطق فهو مفهوم بقسميه: مفهوم الموافقة، ومفهوم المخالفة، خلافاً للحنفية في التقسيمات وفي بعض الألقاب.

وهناك دلالات كثيرة تعتمد على تطور الدلالة من حقيقة وضعية، إلى حقيقة عرفية أو شرعية أو مجاز، إلى غيرها من دلالات تصل إلى أربعين دلالة .

ولكن الشريعة، وإن كانت تُلقِيَتْ من جهة دلالة اللفظ، واستنبطت منها، فإنها تُستنبطُ من معقول النصوص ومعانيها الكلية التي لا تدخل تحت مظلة الدلالة اللفظية، بل ترد إلى المقاصد الشرعية في اعتبار المصالح والمفاسد التي دل عليها استقراء الجزئيات .

وقد نبّه الشاطبي على ذلك؛ حيث يقول: «الاجتهاد إن تعلق بالاستنباط من النصوص فلا بد من اشتراط علم اللغة - أي: علم دلالات الألفاظ - وإن تعلق بالمعاني من المصالح والمفاسد مجردة عن اقتضاء النصوص لها، أو مسلمة من صاحب الاجتهاد في النصوص؛ فلا يلزم في ذلك العلم بالعربية - أي: بدلالة اللفظ - وإنما يلزم العلم بمقاصد الشارع جملة وتفصيلاً»^(١).

ولأبي حامد الغزالي كلام جميل في الاستنباط فيما سماه بكيفية استثمار الأحكام من مثمرات الأصول؛ حيث قال (من كتاب المستصفي):

«القطب الثالث في كيفية استثمار الأحكام من مثمرات الأصول: ويشتمل هذا القطب على صدر ومقدمة وثلاثة فنون. صدر القطب الثالث: اعلم أن هذا القطب هو عمدة علم الأصول؛ لأنه ميدان سعي المجتهدين في اقتباس الأحكام من أصولها، واجتنائها من أغصانها؛ إذ نفس الأحكام ليست ترتبط باختيار المجتهدين ورفعها ووضعها، والأصول الأربعة من الكتاب والسنة والإجماع

(١) الشاطبي: الموافقات: ٤/ ١٦٢ .

والعقل لا مدخل لاختيار العباد في تأسيسها وتأصيلها، وإنما مجال اضطراب المجتهد واكتسابه استعمال الفكر في استنباط الأحكام واقتباسها من مداركها، والمدارك هي الأدلة السمعية، ومرجعها إلى الرسول ﷺ؛ إذ منه يُسَمَع الكتاب أيضاً، وبه يعرف الإجماع، والصادر منه من مدارك الأحكام ثلاثة: إما لفظ، وإما فعل، وإما سكوت وتقرير. ونرى أن نؤخر الكلام في الفعل والسكوت؛ لأن الكلام فيهما أوجز، واللفظ إما أن يدل على الحكم بصيغته ومنظومته، أو بفحواه ومفهومه، أو بمعناه ومعقوله؛ وهو الاقتباس الذي يسمى قياساً؛ فهذه ثلاثة فنون: المنظوم والمفهوم والمعقول».

من ذلك نفهم أن الشريعة تستنبط من نصوص تفصيلية، وتارة ضمن مقاصد عامة تجلب المصالح وتحميها، وتدرأ المفاسد وتنفيها.

وقد ادعى الشاطبي قطعية المقاصد بتواتر شواهد الشرع لها، وتوافر دلائل الاعتداد بها.

وقد نتج عن هذه المقاصد أدلة كبرى تنتمي إلى معقول النصوص دون ألفاظها. وتتفاوت هذه الأدلة قريباً وبعداً في لصوقها بالنص الخاص، وتجافيها عنه.

فالقياص أقربها إلى النص الخاص، لأنه يعتمد على الأصل المعين؛ فمثلاً: تحريم الربا في الدرّة يرجع إلى حديث: البرُّ بالبرِّ.

لهذا اختلفت المدارس الفقهية بين متمسك بظاهر النصوص مع دليل واحد هو الاستصحاب، وهؤلاء أهل الظاهر. بينما قال الشافعية مع الظاهرية بظاهرها، وزادوا بالقياس على خلاف سنراه. وهؤلاء أقرب إلى حرفية النص.

وزادت المدارس المالكية والحنبلية والحنفية على الظاهر والقياس؛ فقالت بالاستدلال، وهو لغة طلب الدليل؛ قال الشوكاني: «وهو في اصطلاحهم: ما ليس بنص ولا إجماع ولا قياس».

وعرّفه في (نشر البنود على مراقي السعود) بقوله:

«الاستدلال لغة: طلب الدليل، ويطلق في العرف على إقامة الدليل مطلقاً من نص أو إجماع أو غيرهما، وعلى نوع خاص من الدليل؛ وهو المراد هنا، ويطلق أيضاً على ذكر الدليل:

ما ليس بالنص من الدليل وليس بالإجماع والتمثيل

يعني: أن الاستدلال المعقود له هذا الكتاب، وهو دليل ليس بنص من كتاب أو سنة، وليس بإجماع جميع مجتهدي الأمة، وليس بقياس التمثيل، ويسمى القياس الشرعي وهو المتقدم، وهو حمل معلوم على معلوم لمساواته في علة حكمه عند الحامل، وهو المتعارف من إطلاق لفظ القياس عند الأصوليين، وغير تلك الأدلة الأربعة من الأدلة الشرعية هو الاستدلال، وذلك: كإجماع أهل المدينة، وإجماع أهل الكوفة عند بعضهم، والقياس المنطقي بنوعيه الاقتراني والاستثنائي، وقول الصحابي، والمصالح المرسلة، والاستصحاب، والبراءة الأصلية، والعوائد، والاستقراء، وسد الذرائع، والاستحسان، والأخذ بالأخف، والعصمة وإجماع العشرة، وإجماع الخلفاء الأربعة، ذكر جميع تلك الأنواع في التنقيح، وهذه الأدلة مختلف في الأكثر منها، ومنها ما هو متفق عليه كالقياس المنطقي، فلا خلاف في صحة الاستدلال به، وكالاستقراء التام لأنه قطعي عند الأكثر»^(١).

ويقول إمام الحرمين في تعريف الاستدلال: «هو معنى مُشعرٌ بالحكم، مناسب له فيما يقتضيه الفكر العقلي، من غير وجدان أصل متفق عليه، والتعليل المنصوب جَارٍ عليه.

فذهب القاضي وطوائف من متكلمي الأصحاب إلى رد الاستدلال وحصر المعنى فيما يستند إلى أصل.

وأفرط الإمام، إمام دار الهجرة، مالك بن أنس، في القول بالاستدلال؛ فزني يثبت مصالح بعيدة عن المصالح المألوفة، والمعاني المعروفة في الشريعة.

(١) نشر البنود: ٢٠٥/٢.

وجزءه ذلك إلى استحداث القتل وأخذ المال بمصالح يقتضيها في غالب الظن، وإن لم يجد لتلك المصالح مستنداً إلى أصول»^(١).

وأطال النَّس في الرد على المالكية، وتبرير مذهب الشافعي الذي قال: إنه يقول بالاستدلال فيما يقرب من الأصول لا فيما يبعد.

وتعرض المالكية كالأبياري والقرافي لرد كلام إمام الحرمين؛ فقال الإبيري عنه: إنه متناقض وعادم للتحقيق فيما نَسب إلى المالكية.

وقال القرافي في شرحه للمحصول: ثم إن الشافعية يدَّعون أنهم أبعد الناس عنها - المصالح المرسله - وهم قد أخذوا منها بأوفر نصيب حتى تجاوزوا فيها.

هذا إمام الحرمين - قِيمَ مذهبهم - وضع كتابه (الغياثي)؛ ضمنه أموراً من المصالح التي لم يوجد لها في الشرع أصل يشهد بخصوصها، وكذا فعل الماوردي في كتابه (الأحكام السلطانية)، فإنه توسع في ذلك توسعاً كثيراً لم يوجد للمالكية منه إلا اليسير. وذكر بعض الأمثلة مما ذكره، ثم قال: «فلو قيل: إن الشافعية هم أهل المصالح المرسله دون غيرهم؛ لكان ذلك هو الصواب»^(٢).

وسياتي باقي كلام القرافي.

ومن الاستدلال: الاستحسان: الذي يفسر بأنه العدول بالمسألة عن نظائرها لدليل قوي. والاستصلاح: الذي يسمى المصالح المرسله، وسد الذرائع، والاستصحاب.

وهي أدلة لا ترجع إلى أصل خاص معين كالقياس الذي يشاركها في كونه من معقول النص، ولا يرجع إلى لفظه. إلا أنه ينفرد عنها في كونه يرجع إلى أصل خاص كما قدمنا.

(١) إمام الحرمين، البرهان: ١١١٣/٢.

(٢) ابن حنبل، الضياء اللامع: ٤٥/٣، المطبعة الحجرية.

وسنرى أن الاستدلال يرجع إلى لفيق من النصوص ، ولا يمكن قياسه على مسألة من المسائل المنصوصة لفقدان شروط القياس ، وأهمها : المساواة في العلة الجامعة .

لكن المعنى الذي تشهد له مختلف النصوص ، ويقوم منها هو الدليل الذي يرجع إليه الاستدلال . فصار ذلك المعنى كالعلة ، ولكن الغزالي ركز على الاستدلال المرسل (المصالح المرسله) .

* * *

المبحث الثاني

الاستصلاح والمصلحة المرسلة والمناسبة

قبل الحديث عن المصلحة، ينبغي تصدير القول في المصلحة بالإشارة إلى ثلاث مدارس في الفقه:

مدرسة تقول بظاهر النص فقط، ولا تقول بالقياس، وهؤلاء هم الظاهرية، ومدرسة تقول بالظاهر من النصوص والقياس، وهم الشافعية على خلاف سنراه في محله، ومدرسة أخذت بظواهر النصوص والقياس، وأخذت بأدلة أخرى هي الأدلة المختلف فيها؛ كالاستحسان والمصالح المرسلة وسد الذرائع، وهذه المدرسة تمثلها المذاهب الثلاثة الأخرى، مع تفاوت بين هذه المذاهب؛ فالحنفية أغرقوا في الاستحسان، والمالكية أغرقوا في المصالح المرسلة، والإمام أحمد أخذ بهذا وذاك، وأخذ بسد الذرائع مع الإمام مالك.

أولاً: تعريف الاستصلاح أو المصالح المرسلة:

الاستصلاح: استفعال طلب المصلحة، فتقول: (استصلحت) إذا طلبت الصالح.

المصلحة: هي مفعلة، وهي مصدر ميمي ويعبر عنه باسم المصدر، من صَلَحَ الأمر صلاحاً ومصالحةً، وصلَحَ ضد فسُدَ، وقالوا: فسُدَ وفسَدَ، وصلَحَ وصلَحَ، ويقال في المضارع: يَصْلُحُ ويَصْلُحُ.

قال في اللامية:

وإن تكن بهما عين المضي شكلت يصلح مضارعه لما به شكلا

وهو اسم مصدر مقيس، قال ابن زين في الزيادات على لامية الأفعال لابن

مالك:

سماة مبناه ما زيدت بمبدئه ميم بكلمتها التشريك ما قبلا
إلى قوله :

والميمي قِسُهُ ولا تقس سواه ولكن نقله قبلا
والمصلحة هي : المنفعة، أو اللذات وأسبابها، ويقول العز بن عبد السلام
رحمه الله : المصلحة هي : ما يحقق لذة نافعة وأسبابها التي توصل إليها .

المرسلة : فهي اسم مفعول : من أرسل بعيره : إذا لم يقيده، والمصالح
المرسلة : أي المطلقة عن القيد : ﴿ فَأَرْسِلْ مَعِيَ بَنِي إِسْرَائِيلَ ﴾ أي : أطلقهم من
الأسر، فهي مصلحة لا قيد لها، وهي القسم الثالث من أقسام المناسب،
فالمناسب إما أن يكون مؤثراً أو ملائماً أو مرسلأً، وهناك نوع آخر من المناسب؛
وهو : المناسب الملغى، وتفصيل المناسب في باب القياس لأنه أحد مسالك
العلة .

ثانياً: تعريف المناسب:

ويستحسن أن نعرف المناسب بين يدي المصلحة المرسلة :

فأما المناسب فهو الذي تنشأ عنه عقب ترتيب الحكم على الوصف مصلحة
من نوع المصالح التي يهتم الشارع بجلبها، أو تدرأ مفسدة من نوع المفاسد التي
يهتم الشارع بدرئها، إن نشوء المصلحة من دون أن يكون هذا الأمر منصوباً عليه
مناسب لم يشهد له الشرع باعتبار ولا بإلغاء .

قال في شرح مختصر الروضة :

«قلت : قد اختلف في تعريف المناسب واستقصاء القول فيه من المهمات ؛
لأن عليه مدار الوجود؛ إذ لا وجود إلا وهو على وفق المناسبة العقلية، لكن أنواع
المناسبة تتفاوت في العموم والخصوص، والخفاء والظهور؛ فما خفيت عنا
مناسبتها سمي تعبدأً، وما ظهرت مناسبتها سمي معللاً .

فقولنا : المناسب ما تتوقع المصلحة عقبيه ؛ أي : ما إذا وجد أو سمع أدرك

العقل السليم كون ذلك الوصف سبباً مفضياً إلى مصلحة من المصالح لرباط من الروابط العقلية بين تلك المصلحة وذلك الوصف وهو معنى قلبي: «الرباط ما عقلي».

ومثاله: أنه إذا قيل: المسكر حرام؛ أدرك العقل أن تحريم المسكر مفضٍ إلى مصلحة؛ وهي حفظ العقول من الاضطراب، وإذا قيل: القصاص مشروع؛ أدرك العقل أن شرعية القصاص سبب مفضٍ إلى مصلحة وهي حفظ النفوس، وأمثله كثيرة ظاهرة، وإنما قلت: ما تتوقع المصلحة عقيبه لرباط عقلي أخذاً من النسب الذي هو القرابة؛ فإن المناسب هاهنا مستعار ومشتق من ذلك، ولا شك أن المناسب في باب النسب كالأخوين وابني العم ونحو ذلك، إنما كانا متناسبين لمعنى رباط بينهما وهو القرابة، فكذلك الوصف المناسب هاهنا لا بد وأن يكون بينه وبين ما يناسبه من المصلحة رباط عقلي؛ وهو كون الوصف صالحاً للإفضاء إلى تلك المصلحة عقلاً.

قال الآمدي: وقد فسر أبو زيد المناسب بما لو عُرِضَ على العقول تلقته بالقبول. وبنى على ذلك امتناع الاحتجاج على العلة به في مقام المناظرة دون النظر، لاحتمال أن يقول الخصم: هذا لا يتلقاه عقلي بالقبول، وتلقي غيري له بالقبول ليس حجة علي.

قلت: وهنا لا يلزم؛ لأننا إذا نظرنا في أدنى مراتب المناسب وجدنا العقول تبادر إلى تلقيه بالقبول.

قال الآمدي: أما نحن فنقول: المناسب عبارة عن وصف ظاهر منضبط، يلزم من ترتيب الحكم عليه حصول ما يصلح أن يكون مقصوداً للشارع من تحصيل مصلحة أو تكميلها، أو دفع مفسدة أو تقلييلها، دنيا وأخرى، على وجه يمكن إثباته بما لو أصر الخصم على منعه بعده يكون معانداً.

قلت: هذا غاية ما يقال في ضبط رسم المناسب، وتحصيل أصل المصلحة؛ كشرع القصاص وتحريم الخمر، وتكميلها كاشتراط المكافأة والمساواة في القصاص، وتحريم يسير الخمر لإفضائه إلى كثيره. ودفع المفسدة كإيجاب القود

لدفع مفسدة إتلاف النفوس، وتقليلها كإيجابه في القتل بالمُثَقَّل؛ لأن فيه تقليلاً للقتل لثلاثا يتخذ ذريعة إلى إزهاق النفوس، وكإيجابه على الجماعة المشتركين في قتل أو قطع أو نحو ذلك.

وقال القرافي: المناسب ما تضمن تحصيل مصلحة أو درء مفسدة، فالأول: - يعني المصلحة - كالغنى هو علة وجوب الزكاة لتضمنه مصلحة الفقراء ورب المال. والثاني: - يعني درء المفسدة - كتحريم الخمر.

قال النيلى: المناسب ما كان إثبات الحكم عقيبه مفضياً إلى ما يوافق نظر العقلاء في المعاش أو في المعاد؛ أما في المعاش فكبقاء الأنفس والزيادة في المال، وأما في المعاد فكتحصيل الثواب أو رفع العقاب.

ثم الحكم تارة يكون تحصيلاً للمصلحة، وتارة تكميلاً لها، وتارة مديماً لها، وذكر أمثلة من ذلك، وهي ظاهرة لمن له نظر في الأحكام.

ثم المناسب ينقسم: إلى ما هو محل الضرورات، وإلى ما هو في محل الحاجات، وإلى ما هو في محل التتمات والتكميلات؛ وهي في مراتبها على هذا الترتيب في التقديم، عند التعارض يقدم الأول ثم الثاني ثم الثالث.

وقد سبق بيان أقسامه عند ذكر المصالح المرسلة، والبابان واحد لأن المصلحة مضمون المناسب، والمناسب متضمن للمصلحة.

ومثال اجتماع أقسامه الثلاثة في وصف واحد: أن نفقة النفس ضرورية، ونفقة الزوجات حاجية، ونفقة الأقارب تنمة وتكملة، ولهذا قدم بعضها على بعض على الترتيب المذكور، وتأكدت نفقة الزوجة على نفقة القريب حتى سقطت نفقته بمضي الزمان دون نفقتها.

وقد سبق التنبيه على أن مراتب المناسب متفاوتة في الجلاء والخفاء، والقوة والضعف، وسرعة القبول وعدمه، وذلك ظاهر لمن نظر في مناسبات الأحكام لعلها. والله سبحانه وتعالى أعلم^(١).

(١) شرح مختصر الروضة: ٣/٣٨٢-٣٨٥.

فإذا كانت المناسبة هي : أن يكون الحكم مقترناً بوصف مناسب ، وهو ما تتوقع المصلحة عقبه ؛ فالمصلحة المرسله هي نوع خاص من المناسبة .

فلنعرف المصلحة المرسله :

فقد عرّفها الزركشي بأنها : (ما جُهل) أي : سكت الشرع عن اعتباره وإهداره ، وهو المعبر عنه بالمصالح المرسله ، ويلقب بالاستدلال المرسل ، ولهذا سميت مرسله ؛ أي : لم تعتبر ولم تلغ ، وأطلق عليها إمام الحرمين وابن السمعاني اسم الاستدلال ، وعبر عنها الخوارزمي في الكافي بالاستصلاح ؛ قال : والمراد بالمصلحة : المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفسد عن الخلق .

وعبر عنها الغزالي بأن يوجد معنى يشعر بالحكم ، مناسب له عقلاً ، ولا يوجد أصل متفق عليه ، وقال ابن برهان : بأنه ما لا يستند إلى أصل كلي ولا جزئي . (الزركشي) .

ويرى الشاطبي : أنها إحداث حكم في أمر مسكوت عنه لم يتقدم فيه عهد قائلاً : «لكن مثل هذا النظر من باب الاجتهاد الملائم لقواعد الشريعة ، وإن لم يشهد له أصل معين ، وهو ما يسمى المصالح المرسله ، وكل ما أحدثه السلف الصالح من هذا القبيل لا يتخلف عنه بوجه ، وليس من المخالف لمقصد أصلاً . . . فثبت أن هذا المجمع عليه موافق لقصد الشارع»^(١) .

وأشار في مكان آخر إلى أنها أمر مسكوت عنه لم يكن له مقتض في زمن الشارع قائلاً : «والثاني : أن لا توجد مظنة العمل به ثم توجد ، فيشرع له أمر زائد يلائم تصرفات الشرع في مثله ، وهي المصالح المرسله ؛ وهي من أصول الشريعة المبني عليها إذ هي راجعة إلى أدلة الشرع حسبما تبين في علم الأصول فلا يصح إدخال ذلك تحت جنس البدع .

وأيضاً فالمصالح المرسله - عند القائل بها - لا تدخل في التعبدات البتة ، وإنما هي راجعة إلى حفظ أهل الملة وحياطة أهلها في تصرفاتهم العادية ، ولذلك

(١) الموافقات : ٤١ / ٣ .

تجد مالكا وهو المسترسل في القول بالمصالح المرسله مشدداً في العبادات أن لا تقع إلا على ما كانت عليه في الأولين، فلذلك نهى عن أشياء وكره أشياء، وإن كان إطلاق الأدلة لا ينفىها، بناءً منه على أنها تقيدت مطلقاتها بالعمل، فلا مزيد عليه، وقد تمهد أيضاً في الأصول أن المطلق إذا وقع العمل به على وجه لم يكن حجة في غيره.

فالحاصل: أن الأمر أو الإذن إذا وقع على أمر له دليل مطلق؛ فرأيت الأولين قد عنوا به على وجه واستمر عليه عملهم فلا حجة فيه على العمل على وجه آخر، بل مفتقر إلى دليل يتبعه في أعمال ذلك الوجه، وذلك كله مبين في باب الأوامر والنواهي من هذا الكتاب، لكن على وجه آخر؛ فإذا ليس ما انتحل هذا المخالف العمل به من قبيل المسكوت عنه، ولا من قبيل ما أصله المصالح المرسله؛ فلم يبق إذاً أن يكون إلا من قبيل المعارض لما مضى عليه عمل الأقدمين، وكفى بذلك مزلة قدم، وبالله التوفيق»^(١).

فتبين من ذلك أن المصالح المرسله هي: إثبات حكم زائد في مسألة مسكوت عنها لم يقم مقتضى الحكم في زمن الشارع، ولم يسبق لها مماثل معين لتعتبر به، وليست في التعدييات كما أشار إليه الشاطبي بعد النص المتقدم.

* * *

(١) المصدر السابق: ٢٨٥/٣.

المبحث الثالث

ما هو الدليل على العمل بالمصالح المرسلة؟

وجدنا فيما سبق أن الشريعة الإسلامية المطهرة تحث على المصالح، وتحذر من المفساد، قال تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ﴾ [الأنفال: ١]، ﴿وَالَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِالْكِتَابِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ إِنَّا لَا نَضِيعُ أَجْرَ الْمُصْلِحِينَ﴾ [الأعراف: ٧]، ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾ [الأعراف: ٥٦]، ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، ويقول موسى عليه السلام لأخيه هارون عليه السلام: ﴿اخْلُفْنِي فِي قَوْمِي وَأَصْلِحْ﴾ [الأعراف: ١٤٢].

وقد يقال: إن هذه أدلة عامة، والعام لا إشعار له بأخص معين إلا أن من يقول بالمصلحة المرسلة، يقول: إن هذا الكلي أقوى من النصوص الجزئية، فيكون دليل المصلحة أقوى من أي دليل آخر؛ لأنها لا يشهد لها نص واحد، ولكن كل النصوص تدل على أن الشرع مهتم بمصالح العباد، وبدء المفساد عنهم وهذا ما سماه الغزالي...

من الأدلة الخاصة بالمصلحة المرسلة:

أما الأدلة الخاصة بالمصلحة المرسلة؛ فعمل الصحابة رضوان الله عليهم؛ ومن أمثلة ذلك ما يلي:

- جمع المصحف: فلم يأمر به النبي ﷺ حتى يكون تطبيقاً لأمره، ولم يُجمع في زمنه بين دفتين، بل إنه كان يُكتب في اللخاف والرقاق وفي الجريد وغيره، فكان جمعه من باب المصلحة المرسلة لأنه لم يسبقه مماثل فيقاس عليه.

أما قصة جمع القرآن: ففي حروب الردة وبخاصة في معركة اليمامة سقط الكثير من الشهداء، وجلهم من القراء، فقال عمر رضي الله عنه لأبي بكر رضي الله

عنه: قد استحرَّ القتل بين حملة القرآن، فأرى أن تجمع القرآن، فقال أبو بكر: كيف أفعل شيئاً لم يفعله رسول الله ﷺ، فقال عمر: هو خير، فلم يزل به حتى شرح الله صدر أبي بكر لذلك، فدعيا زيد بن ثابت وكان شاباً قد حفظ القرآن على عهد رسول الله ﷺ، فكلماه في ذلك، فقال: كيف أفعل شيئاً لم يفعله رسول الله ﷺ، وقال: لو كُلفت بحمل جبل لكان أسهل علي، فقالا له: هو خير، فهذه الخيرية هي المصلحة.

- وكذلك استدل المالكية بتشكيل المصحف؛ فلم يكن مشكلاً على عهد الصحابة، بل كان مكتوباً بدون شكل ولا نقط، ولهذا كان الصحابة يحتاجون إلى وضع بعض الزوائد كالآلف في (مائة)، والواو في (أولئك) للتمييز، وفي عهد التابعين شكّل المصحف وذلك بهدف المحافظة على القرآن الكريم.

- وكذلك تولية الخليفة لمن بعده؛ كتولية أبي بكر لعمر؛ فمن المعروف أن النبي ﷺ لم يستخلف أبا بكر على الإمامة الكبرى، وإنما أمره أن يصلي بالناس، فتولية أبي بكر لعمر عندما حضره الموت إنما هو من باب المصالح المرسلة.

- كذلك وجدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد هدم البيوت الملاصقة للمسجد للتوسعة للمصلحة المرسلة.

- وكذلك مسألة تضمين الصناعات؛ وهي مسألة استدل بها الحنفية على الاستحسان، واستدل بها المالكية على المصالح المرسلة؛ وهي مسألة تضمين الصناعات؛ فيد الصانع في الأصل يد أمانة لا يضمن، ويصدق في قوله، لكن علياً رضي الله عنه رأى تضمين الصناعات، وقال: إنه لا يصلح الناس إلا ذلك.

- وكذلك وضع سكة يتعامل بها المسلمون؛ لتسهيل على الناس المعاملة كما فعله عمر رضي الله عنه.

- وكذلك إحداث الأذان يوم الجمعة قبل دخول وقت الظهر؛ فعله عثمان رضي الله عنه لكثرة الناس حتى يتهيؤوا للصلاة.

- وكذلك اتخاذ السجن للعقوبة؛ فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه؛ فقد اشترى من صفوان بن أمية داراً في مكة واتخذها سجناً.

- وكذلك تدوين الدواوين : أي كتابة أسماء الجند في ديوان .

وأشار في مراقبي السعود إلى تعريفها مع الأدلة بقوله :

والوصف حيث الاعتبار يُجهلُ فهو الاستصلاح قل والمرسلُ
نقبله لعمل الصحابة كالنقط للمصحف والكتابة
تولية الصديق للفاروق وهدم جار مسجد للضيّق
وعمل السكة تجديد النداء والسجن تدوينُ الدواوين بدا

فقد قال المالكية : إن هذه الأعمال من الصحابة من باب المصالح المرسله ؛ فهي دليل عُرف به مالك رحمه الله ، وإن كان شهاب الدين القرافي رحمه الله يقول : إنه شاع عنا معشر المالكية أننا نعمل بالاستصلاح ولا يعمل به غيرنا ، والحقيقة أن غيرنا يعمل بالاستصلاح أيضاً ؛ لأن المصالح على ثلاثة أضرب : مصلحة ثبت اعتبارها : وهذه لا يختلف الناس فيها ، ومصلحة ثبت إلغاؤها : فهذه لا يختلف الناس في عدم اعتبارها ، ومصلحة لم يثبت اعتبارها ولا إهدارها : وهذه يختلف الناس في العمل بها ، فإن العلماء يرجحون دون أن يذكروا مناسباً معيناً ، وهذا هو الاستصلاح .

ما هي المصلحة المهذرة أو الملغاة؟:

مثال المصلحة المهذرة : منع زرع العنب ؛ لأنه إذا زُرِع أدى إلى صناعة الخمر ؛ فهذه مصلحة مناسبة ألغاهها الشارع ؛ فزرع العنب جائز رغم المفسدة التي قد يترتب عليها ، وكذلك تجاور البيوت قد يؤدي إلى الفاحشة ، فلو أن كل واحد نزل بمفازة لكان هذا أسلم ، ولكن هذه المناسبة ملغاة ومهذرة ؛ فالشارع لم يطلب منا أن نوزع البيوت وأن نجعلها في القيافي ، بل حض على التجمع وعلى صلاة الجُمع والأعياد ؛ فهذه المصلحة من تباعد البيوت ، وهذه المفسدة من زراعة العنب مما ألغاه الشارع وبالتالي لا يمكن للمجتهد أن يتصرف .

وكذلك التشديد في العقوبات في بعض الحالات ؛ كما فعل يحيى بن يحيى الليثي وهو من كبار علماء المالكية في الأندلس ، وكان أمير الأندلس عبد الرحمن

وطئ جارية في نهار رمضان، فسأل العلماء قائلًا: هل لي من توبة؟ فقال له يحيى: نعم، تصوم شهرين متتابعين، فسكت العلماء هيبة لشيخهم يحيى، فلما خرجوا قالوا له: لِمَ أفتيته بهذا؟ فقال لهم: حتى يرتدع، لأنه من السهل عليه أن يطعم أو يعتق الرقاب في سبيل شهوة فرجه؛ فهو ملك مترف فيمكن أن يطعم أو يعتق ولا يبالي، ومن أجل ذلك أفتاه يحيى بهذه الفتوى، فهذه مصلحة ملغاة أهدرها الشارع فكان الأولى أن يفتيه إما بالإطعام فهو الأفضل عند مالك الذي يقول بالتحخير في الأنواع الثلاثة، أو بالعتق.

أما غير مالك فيرى أن كفارة الوطء في نهار رمضان عتق رقبة، فإن لم يجد أو لم يستطع فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا، ويحیی الليثي أفتى الملك بالصيام، وكان عليه أن يفتيه بسواه لأن هذه المصلحة أهدرها الشارع لأنه يتشوف للحرية، أو لإطعام الفقراء مما يلغي مصلحة الردع، وإن كان القرافي بحث في ذلك قائلًا: إن الإفتاء بالصوم من النظر والمصلحة التي لا تأباها القواعد.

ويرد عليه بأن مصلحة العتق أرجح من الردع فتقدم عليه، أو باعتبار عدم مفسدة فتخرم المناسبة لها، كما أشار إليه في مراقي السعود بقوله:

أخرم مناسباً بمفسد لزم للحكم وهو غير مرجوح علم
وأشار إليه في سد الذرائع بقوله:

وبالكراهة وندب وردا وألغ إن يك الفساد أبعدا
أو رجح الإصلاح كالأسارى تفدى بما ينفع للنصارى
وانظر تدلي دوالي العنب في كل مشرق وكل مغرب

واعلم أن اعتبار المصلحة أو إلغائها لمعارض، والموازنة بينها وبين المعارض؛ سواء كان مصلحة أخرى مساوية أو راجحة أو مفسدة كذلك؛ أمر في غاية الأهمية بالنسبة للفتية، وأحياناً كثيرة يكون دقيقاً تكلفاً عنه الأفهام، وتزكُّ فيه الأقدام إلا من رحم ربي، وبخاصة في الشؤون العامة وقضايا المجتمعات

السياسية والاقتصادية، فأصبح الحديث عن فقه الموازنات شائعاً، وأمسى الاجتهاد فيه مشاعاً.

أمثلة من مذهب الإمام مالك:

سنعلق في مناقشتنا لأقوال بعض الأئمة؛ والأمر يرجع إلى الترجيح بين مصلحتين، وبين مصلحة ومفسدة. وبين جزئيتين يرجع في الترجيح . . .

- توسع متأخرو المالكية في المصالح المرسلة إلى حد قبول إقرار المتهم تحت ضغط السجن إذا كان معروفاً بالعداء.

قال ابن عاصم الغرناطي:

وحكموا بصحة الإقرار من داعر يجبس لاختبار
- ومن المصالح المرسلة عند المالكية أيضاً: التأجيل ثلاثة أيام لإحضار البيّنة، والزيادة في التأجيل خمسة عشر يوماً لمن بيّنته غائبة.

- وكذلك المرأة تؤجل شهراً إذا ادّعت على زوجها الغائب أنه لا يُنفق عليها بعد إحضار البيّنة التي تشهد لها؛ فإن القاضي يؤجلها شهراً حتى تراجع نفسها، فإذا انتهى الشهر تحلف يميناً أنها لم تسقط عنه النفقة، ولم يرسل لها نفقة، وفي ذلك يقول ابن عاصم الغرناطي:

وزوجة الغائب مهما أمّلت طلاق زوجها بشهر أُجّلت
وبانقضاء الأجل الطلاق مع يمينها وباختيارها يقع

- وكذلك يمين القضاء عند المالكية إذا ادعى شخص على ميت أو على غائب ديناً؛ فإن القاضي يأمره بإحضار بيّنة، فإذا أحضرها فإن القاضي يطلب منه أن يحلف يميناً أنه لم يسقط عنه الدين ولم يسدده له؛ وهذه اليمين هي يمين القضاء، والأصل أن البيّنة تكفي، ولكن المالكية يرون أن يحلف يمين القضاء من باب المصالح المرسلة. وعمل بها الشافعي تحت مسمى يمين الاحتياط.

ما هي شروط العمل بالمصلحة المرسلة؟:

أولاً: أن تكون هذه المصلحة في خدمة مقصد من مقاصد الشريعة.

ثانياً: أن لا تكون ملغاة، فإذا ثبت إلغاؤها فلا يُعتبر بها.

ثالثاً: أن لا تخالف نصاً من الكتاب أو السنّة أو إجماعاً أو قياساً.

فإذا خرجت المصلحة عن هذه الضوابط فإنه لا يجوز العمل بها.

فإذا لم تكن المصلحة في خدمة المقاصد فإننا لن نميز بين المصلحة التي يعتبرها الشرع، والمصلحة التي لا يعتبرها الشرع؛ فالمصلحة لا بد أن تخدم مقصداً وبخاصة المقصد الضروري.

ما هي مقاصد الشريعة؟:

قد حصرها العلماء في ثلاثة: مقصد ضروري، ومقصد حاجي، ومقصد تحسيني؛ فهذه ثلاثة مقاصد.

ويتتبع الشريعة واستقراءها وجدناها لا تخرج عن هذه المقاصد الثلاثة، وقد كان إمام الحرمين الجويني رائداً في هذا الباب، ثم تبعه تلاميذه وبخاصة أبا حامد الغزالي في كتبه، ثم تتابع العلماء على ذلك حتى جاء الشاطبي وفجر ينابيع أصول الفقه، وفتح فتحاً جديداً في المقاصد لم يفتحه أحد قبله ولا بعده؛ فقال:

«المسألة الأولى: لما انبنت الشريعة على قصد المحافظة على المراتب

الثلاث؛ من الضروريات والحاجيات والتحسينيات، وكانت هذه الوجوه مبثوثة في أبواب الشريعة، وأدلتها غير مختصة بمحل دون محل، ولا بباب دون باب، ولا بقاعدة دون قاعدة؛ كان النظر الشرعي فيها أيضاً عاماً لا يختص بجزئية دون أخرى؛ لأنها كليات تقضي على كل جزئي تحتها، وسواء علينا أكان جزئياً إضافياً أم حقيقياً، إذ ليس فوق هذه الكليات كلي تنتهي إليه، بل هي أصول الشريعة، وقد تمّت فلا يصح أن يفقد بعضها حتى يفقر إلى إثباتها بقياس أو غيره؛ فهي الكافية في مصالح الخلق عموماً وخصوصاً؛ لأن الله تعالى قال: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ [المائدة: 3]، وقال: ﴿مَا قَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنعام: 38]، وفي الحديث: «تركتكم على الجادة». وقوله: «لا يهلك على الله إلا هالك». ونحو ذلك من الأدلة الدالة على تمام الأمر وإيضاح السبيل.

وإذا كان كذلك وكانت الجزئيات وهي أصول الشريعة فما تحتها مستمدة من تلك الأصول الكلية، شأن الجزئيات مع كلياتها في كل نوع من أنواع الموجودات؛ فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات عند إجراء الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، إذ محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها؛ فمن أخذ بنص مثلاً في جزئي معرضاً عن كليته فقد أخطأ.

وكما أن من أخذ بالجزئي معرضاً عن كليته فهو مخطئ؛ كذلك من أخذ بالكلي معرضاً عن جزئيه.

وبيان ذلك: أن تلقي العلم الكلي إنما هو من عرض الجزئيات واستقراءها، وإلا فالكلي من حيث هو كلي غير معلوم لنا قبل العلم بالجزئيات، ولأنه ليس بموجود في الخارج، وإنما هو مضمن في الجزئيات حسبما تقرر في المعقولات، فإذا الوقوف مع الكلي مع الإعراض عن الجزئي وقوف مع شيء لم يتقرر العلم به بعد دون العلم بالجزئي، والجزئي هو مظهر العلم به.

وأيضاً فإن الجزئي لم يوضع جزئياً إلا لكون الكلي فيه على التمام، وبه قوامه، فالإعراض عن الجزئي من حيث هو جزئي إعراض عن الكلي نفسه في الحقيقة، وذلك تناقض؛ ولأن الإعراض عن الجزئي جملة يؤدي إلى الشك في الكلي من جهة أن الإعراض عنه إنما يكون عند مخالفته للكلي، أو توهم المخالفة له، وإذا خالف الكلي الجزئي، مع أننا إنما نأخذه من الجزئي؛ دل على أن ذلك الكلي لم يتحقق العلم به؛ لإمكان أن يتضمن ذلك الجزئي جزءاً من الكلي لم يأخذه المعبر جزءاً منه، وإذا أمكن هذا لم يكن بدّ من الرجوع إلى الجزئي في معرفة الكلي، ودل ذلك على أن الكلي لا يعتبر بإطلاقه دون اعتبار الجزئي، وهذا كله يؤكد لك أن المطلوب المحافظة على قصد الشارع؛ لأن ذلك إنما ترجع حقيقته إلى ذلك الجزئي، كذلك أيضاً فلا بد من اعتبارهما معاً في كل مسألة.

فإذا ثبت بالاستقراء قاعدة كلية، ثم أتى النص على جزئي يخالف القاعدة بوجه من وجوه المخالفة، فلا بد من الجمع في النظر بينهما؛ لأن الشارع لم ينص على ذلك الجزئي إلا مع الحفاظ على تلك القواعد، إذ كلية هذا معلومة ضرورة

بعد الإحاطة بمقاصد الشريعة ، فلا يمكن والحالة هذه أن تخرم القواعد ببالغاء ما اعتبره الشارع ، وإذا ثبت هذا لا يمكن أن يعتبر الكلبي ويلغى الجزئي^(١) .

وأول هذه المقاصد هو المقصد الضروري ، فما هو المقصد الضروري ؟ :

بمراجعتنا للشريعة وجدناها تشتمل على كليات ، وهذه الكليات تسمى ضرورية وهي ضرورة ؛ ليست من باب الضرورة الفقهية ؛ وهي : الأمر الذي إذا لم يفعله المضطر هلك أو قارب الهلاك ، ولكنها ضرورة ؛ لأنها تشتمل على ضرورات للحياة بدونها لا يُتصور انتظام المجتمع ، وهذا معناها عند أكثر العلماء كإمام الحرمين ، لكن يرى الشوكاني أنها ضرورة بمعنى أنها معلومة من الدين بالضرورة .

المقصد الضروري عبارة عن الكليات الخمس التي جاءت الشريعة بحفظها ؛ وهي : (الدين ، النفس ، المال ، العقل ، النسل) وبعضهم يضيف العِرْض ، قال في مراقبي السعود :

دِينٌ وَنَفْسٌ ثُمَّ مَالٌ نَسَبٌ عَقْلٌ إِلَى ضَرُورَةٍ تَنْتَسِبُ
وَرَبِّبْنِ وَتَلْعَطَفْنِ مُسَاوِيَا عِرْضاً عَلَى الْمَالِ تَكُنْ مُسَاوِيَا

والمقصد الضروري له علامتان :

الأولى : أنه نظام للمجتمع ؛ فهذه الكليات الخمس لا يمكن لأي مجتمع أن ينتظم بدونها ؛ فهي ضرورة للحياة ولقيام مجتمع منظم .

الثانية : أن الشريعة الغراء تهتم بهذه الكليات الخمس ، وتحافظ عليها محافظة شديدة ، وتصونها وتحميها ، وقد رتبت عليها حدوداً ، فشرعت القصاص لحماية النفس ، وشرعت القتل حفاظاً على الدين ؛ قال ﷺ : «من بدل دينه فاقتلوه» . وأباححت الجهاد حماية للدين ، وشرعت قطع اليد حفاظاً على المال ، وشرعت القتل والجلد حفاظاً على النسل ، وشرعت حد الخمر حفاظاً للعقل ، وحد القذف حفاظاً للأعراض ، وكل الشرائع التي أنزلها الله على الرسل قامت على صون هذه الكليات وإن كانت تختلف في الفروع .

(١) الموافقات: ٣/ ١٧١-١٧٦ .

فهذا هو المقصد الضروري، وسُمِّي ضرورياً لضرورته لانتظام المجتمعات ولقيام الحياة المنتظمة .

وقد أحاط المالكية هذه الكليات بسياج من الإجراءات التي قد لا تكون منصوصة في الشرع، إلا أنها ليست مصادمة ولا منافية له . بينما رأى غيرهم أن في الحدود كفاية، ونعوا على المالكية ما قيل عنهم من قتل الثلث لإصلاح الثلثين .

وإن كان الطوفي وهو حنبلي عندما تكلم عن هذه المسألة قال : إن ذلك لا يبعد أن يكون مصلحة معتبرة .

لكن من المعروف عنه إغراقه في المصلحة؛ حتى إنه زعم أنه متى لاحت لوائح المصلحة فذلك هو الشرع .

ومن أمثلة مراعاة المصالح عند المالكية: أنهم أجازوا التعزير بالقتل في غير المسائل المنصوص فيها على القتل شرعاً حداً أو قصاصاً، وفي ذلك يقول خليل المالكي: «وعزَّر الإمام لمعصية الله أو لحقِّ آدمياً حبساً ولوماً، وبالإقامة، ونزع العمامة، وضرب بسوط أو غيره، وإن زاد على الحد ولو أتى على النفس» ويحتجون بتعزير عمر لمزور خاتم الخلافة .

وهذا التعزير قد يأتي على النفس؛ إلا أن غير المالكية والحنابلة مثلاً لا يزيد التعزير عندهم عن الحد الأدنى للحد؛ وهو ثمانون، وبعضهم يقول: لا يزيد عن عشرين، للحديث الوارد في ذلك .

وفي هذه المسألة تفاصيل تراجع في كتب الفروع .

وكان أكثر الصحابة اجتهاداً بالمصلحة وأكثرهم تعلقاً بالإفتاء بها؛ بعد تقرير إكثارهم من الاعتماد على هذا الأصل في الجملة: سيدنا عمر بن الخطاب، وفتاواه التي نزع فيها نحو هذا الأصل كثيرة مشهورة؛ ومن ذلك:

١ - ما أثر عنه رضي الله عنه: أنه كان يشاطر الولاة في أموالهم فيجعلها شطرين بينهم وبين المسلمين، وذلك لأن أموالهم الخاصة تختلط بالأموال التي يكتسبونها بجاه الولاية وسلطانها، وفي حكم سيدنا عمر هذا صلاحٌ للولاة وكَفٌّ

لهم عن استخدام سلطة الولاية لجمع المال، مع ما فيه من المحافظة على المصالح العامة للأمة^(١).

٢ - ما أثر عنه رضي الله عنه من أنه أراق اللبن المغشوش تأديباً للغاش، وهذا ما لا نص يشهد له؛ لأنه من باب الحكم على الخاصة لأجل العامة^(٢).

٣ - ما ورد عنه رضي الله عنه من أنه وجد رجلاً يبيع ويرخص في السعر عما عليه أهل السوق، فنهاء عن هذا الصنيع دفعاً للضرر الذي يلحق غيره من التجار نتيجة فعله هذا، ورعاية لمصلحتهم؛ روى الإمام مالك في الموطأ: عن يونس ابن يوسف، عن سعيد بن المسيب: أن عمر بن الخطاب مرَّ بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زيبياً بالسوق، فقال له عمر بن الخطاب: إما أن تزيد في السعر وإما أن ترفع من سوقنا.

وفي هذا يقول الزرقاني: فقد نهاء عن زيادة السعر؛ لأنه كان يبيع بأرخص مما يبيع أهل السوق؛ دفعاً للضرر ورعاية للمصلحة.

وقد ثبت أن عمر رضي الله عنه رجع عن ذلك وذهب إلى حاطب في بيته وقال: يا حاطب الحق بالسوق إنها لم تكن عزيمة.

وقد اشتهر أهل المدينة بالقول بالمصالح؛ ومن فتاويهم: ما أفتى به ابن شهاب الزهري من عدم جواز نكاح المريض استناداً إلى المصلحة؛ لأن الورثة يتضررون بإدخال وارث جديد عليهم؛ جاء في المدونة: روى ابن وهب، عن يونس، عن ابن شهاب: أنه قال: لا نرى لنكاحه جوازاً، من أجل أنه قد أدخل الصداق في حق الورثة، وليس له إلا الثلث يوصي به، ولا يدخل ميراث المرأة التي تزوجها في ميراث ورثته.

وفي بيان أن مستند هذا الحكم المصلحة؛ يقول ابن رشد في (بداية المجتهد) بعد أن أسند هذا القول إلى الإمام مالك، والحق في ذلك أن الإمام

(١) الطرق الحكمية، ابن القيم، ص ١٦.

(٢) الاعتصام، للشاطبي: ١٢٤/٢.

مالكاً أخذه من شيخه ابن شهاب: «ورد جواز النكاح بإدخال وارث قياس مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء، وكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع إلا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه إثبات الحكم بالمصلحة، حتى رأوا أن القول بهذا القول شرع زائد، وإعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف، وأنه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان والتوقف أيضاً للناس عن اعتبار المصالح تطرق للناس أن يتسرعوا - لعدم السنن التي في ذلك الجنس - إلى الظلم؛ فلنفوض أمثال هذه المصالح إلى العلماء بحكمة الشرائع، الفضلاء الذين لا يهتمون بالحكم بها، وبخاصة إذا فهم من أهل ذلك الزمان أن في الاشتغال بظواهر الشرائع تطرقاً إلى الظلم، ووجه عمل الفاضل العالم أن ينظر إلى شواهد الحال؛ فإن دلت الدلائل على أنه قصد بالنكاح خيراً لا يمنع النكاح، وإن دلت على أنه قصد الإضرار بورثته منع من ذلك، كما في أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع الشيء وضده مما اكتسبوا من قوة مهنتهم؛ إذ لا يمكن أن يحد في ذلك وقت صناعي، وهذا كثير ما يعرض في صناعة الطب وغيرها من الصناعات المختلفة».

ويرى الشاطبي: أن المقاصد الشرعية متداخلة ومتشابكة، والمقصد الحاجي يعتبر مكملاً للمقصد الضروري؛ كالبيع والإجازات، وهي مقصد حاجي لكنه مكمل لحفظ المال الذي هو مقصد ضروري، والتحسيني مكمل للحاجي.

ولهذا فإن المصالح المرسله كما تدخل في المقصد الضروري؛ فإنها تدخل في المقصد الحاجي والتحسيني لإحداث حكم في محل لا حكم فيه.

* * *

المبحث الرابع

عرض اختلاف العلماء في الأخذ بالمصالح المرسلة

واختلف العلماء في الأخذ بالمصلحة المرسلة بين مانع بالكلية، وبين مجيز مطلقاً، وبين متوسط مشروط .

وهذه هي المذاهب :

أولاً: مَنْع التمسك بالمصالح المرسلة: يُعزى للشافعي والقاضي أبي بكر وأتباعه والأكثرين، وعن إمام الحرمين هو قول طوائف من المتكلمين .

الثاني: الجواز مطلقاً: وهو المَخكي عن مالك، وحُكي قولاً للشافعي في القديم، وبالغ إمام الحرمين في الإنكار على مالك كما قدمنا، وكال له أصحابه كالقرطبي والقرافي والأبياري الصاع بالصاعين رحمهم الله جميعاً .

وقال البغدادي في (جنة الناظر): لا تظهر مخالفة الشافعي لمالك في المصالح؛ فإن مالكا يقول: إن المجتهد إذا استقرأ موارد الشرع ومصادره أفضى نظره إلى العلم برعاية المصالح؛ في جزئياتها وکلياتها، وأن لا مصلحة إلا وهي معتبرة في جنسها، لكنه استثنى من هذه القاعدة كل مصلحة صادمها أصل من أصول الشريعة . قال: وما حكاها أصحاب الشافعي عنه لا يعدو هذه المقالة؛ إذ لا أخص منها إلا الأخذ بالمصلحة المُعتبرة بأصل معين، وذلك مغاير للاسترسال الذي اعتقدوه مذهباً، فبان أن مَنْ أخذ بالمصلحة غير المُعتبرة قد أخذ بالمرسلة التي قال بها مالك، إذ لا واسطة بين المذهبين .

القول الثالث: ويمكن اعتباره (صياغة محسنة) للقول الأول نسبة إمام الحرمين للشافعي ومعظم أصحاب أبي حنيفة، قائلًا: إنهم يعتمدون المصالح المرسلة بشرط ملاءمتها للمصالح المُعتبرة المشهود لها بالأصول .

وهذا القيد يخرجها عن كونها مرسلة إذا فسر التقريب من الأصول بالملاءمة؛ لأنه حينئذ من باب القياس كما نبه عليه الزركشي .

القول الرابع: اختيار الغزالي والبيضاوي ومن تبعهما: الاعتداد بالمصالح إذا كانت: ضرورية، قطعية، كلية؛ فإن فات أحد هذه الثلاثة لم تعتبر. على حد تعبير الزركشي. وهو يرجع إلى مذهب إمام الحرمين وكأنه تفسير له.

ذكر كل هذا الخلاف الزركشي في البحر المحيط^(١)، مع مناقشة للأقوال ليس هذا محلها.

ونلاحظ على هذا الاختلاف ما يبدو أنها صعوبة يجدها علماء الشافعية في التحقق من مذهب الإمام الشافعي؛ فقد نُسب له القول الأول والثاني والثالث، والقول الرابع وإن كان لم ينسب له فالقائلون به هم أئمة الشافعية.

وقد لاحظ في البحر أن هذا التفصيل يؤول إلى ما نقل عن الشافعي.

وقد قال أبو زهرة: والحق أن أكثر كتب الأصول تحكي عن الشافعي الأخذ بالمصالح المرسلة.

وذكر كلام الإسنوي الذي ذكر فيه ثلاثة مذاهب في المصلحة المرسلة:

١- عدم الاعتبار؛ قائلاً: إنه اختيار ابن الحاجب وهو الحق عند الأمدي.

٢- والاعتبار مطلقاً: عزاه ابن الحاجب وإمام الحرمين لمالك والشافعي، مع اشتراط إمام الحرمين الملاءمة.

٣- والقول الثالث: وهو قول الغزالي والبيضاوي باعتبار الكلية، القطعية، الضرورية. ونقل عن التحرير لابن الهمام وشرحه أنه عزاه للشافعي ومالك. وذكر الأبهري أنه لم يثبت عنهما^(٢).

ومثل الغزالي لاستجماعه الشرائط بمسألة الترس؛ وهي ما إذا ترس

(١) البحر المحيط: ٣٧٧/٤-٣٧٩.

(٢) أبو زهرة، الشافعي، ص ٢٧٤-٢٧٥.

الكفار بجماعة المسلمين، ولو رمينا الترس لقتلنا مسلماً من دون جريمة صدرت منه .

قال الغزالي : فلا يبعد أن يقول المجتهد هذا الأسير مقتول بكل حال لأنَّ لو كففنا عن الترس لسלטنا الكفار على جميع المسلمين فيقتلونهم، ثم يقتلون الأسارى أيضاً، فحفظ المسلمين أقرب إلى مقصود الشرع لأنَّ نقطع أن الشارع يقصد تقليل القتل، كما يقصد حسمه عند الإمكان؛ فحيث لم يقدر على الحسم فقدرنا على التقليل، وكان هذا التفاتاً على مصلحة علم بالضرورة كونها مقصودة بالشرع لا بدليل واحد بل بأدلة خارجة عن الحصر، ولكن تحصيل هذا المقصود بهذا الطريق؛ وهو قتل من لم يذنب، لم يشهد له أصل معين، فينقدح اعتبار هذه المصلحة بالأوصاف الثلاثة وهو كونها ضرورية كلية قطعية .

فخرج بكلية ما إذا أشرف جماعة في سفينة على الغرق، ولو غرق بعضهم لنجوا، فلا يجوز تغريق البعض .

وخرَّج بالكلية الجزئية وبالقطعية .

وبالقطعية ما إذا شككنا في أن الكفار يتسلطون عند عدم رمي الترس .

وبالضرورة ما إذا ترسوا في قلعة بمسلم، فلا يحلُّ رمي الترس إذ لا ضرورة بنا إلى أخذ القلعة .

وهذا من الغزالي تصريح باعتبار القطع بحصول المصلحة، لكن الأصحاب حكوا في مسألة الترس وجهين ولم يصرحوا باشتراط القطع .

وقد يقال : إن هذا التفصيل يؤول إلى ما نقل عن الشافعي، ولهذا قال إمام الحرمين : هو لا يستجيز التناهي والإفراط في البعد، وإنما يسوِّغ تعليق الأحكام لمصالح رآها شبيهة بالمصالح المعتبرة، وفاء بالمصالح المستندة إلى أحكام ثابتة الأصول . واختاره إمام الحرمين أو نحواً منه .

وقال القرطبي : هي بهذه القيود لا ينبغي أن يختلف في اعتبارها .

وأما ابن المُنيَّر فقال : هو احتكام من قائله، ثم هو تصوير بما لا يمكن عادة

ولا شرعاً: أما عادة: فلأن القطع في الحوادث المستقبلية لا سبيل إليه، إذ هو غيب عنها. وأما شرعاً: فلأن الصادق المعصوم أخبرنا بأن الأمة لا يتسلط عدو عليها ليستأصل شأفتها، قال: وحاصل كلام الغزالي ردُّ الاستدلال لتضييقه في قبوله باشتراط ما لا يتصور وجوده.

وهذا تحامل منه؛ فإن الفقيه يفرض المسائل النادرة لاحتمال وقوعها، بل المستحيلة للرياضة، ولا حجة له في الحديث؛ لأن المراد كافة الخلق، وصورة الغزالي إنما هي في أهل محله بخصوصهم استولى عليهم الكفار، لا جميع العالم وهذا واضح.

قال ابن دقيق العيد: لست أنكر على من اعتبر أصل المصالح، لكن الاسترسال فيها وتحقيقها يحتاج إلى نظر سديد ربما خرج عن الحد المعبر^(١).

قلت: من هذه النقول المختلفة نستنتج أن مسائل الشافعي فيها العمل بمصالح لا ترجع إلى أصل معين كما سنرى. وهذه هي المصالح المرسلة.

ومرد هذا الاضطراب: إلى أن الشافعي لم ينتف من المصالح المرسلة كما انتفى من الاستحسان.

مذهب الحنيفة: تقدم العزو لأصحاب أبي حنيفة قولهم بالمصالح الملازمة. ويطلق الحنيفة عليه الملازم المرسل، وذلك جنس الوصف في جنس الحكم. فيقول الكمال ابن الهمام: وما علم اعتبار أحدها - أي: الجنس - في الجنس، وهو الملازم المرسل، وهو المسمى بالمصالح المرسلة، وسنرى أنه يجب من الحنيفة قبول القسم الأخير^(٢).

وإذا كان هذا الإمام سماه بالمصلحة المرسلة، فهذا غير المصلحة المرسلة في تعريف المالكية؛ فهو عند المالكية من نوع المناسب الملازم. أما عند بعض

(١) البحر المحيط، للزركشي: ٤/ ٣٨٠-٣٨١.

(٢) التقرير والتحجير: ٣/ ١٥٠. يراجع: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، د. حسين حامد حسان.

الشافعية فهو المناسب الغريب. وبالتالي فإن العبرة بمضمون اللقب وليس باللقب نفسه.

ولكن الحنفية في غنى عن المصالح المرسله بدليل الاستحسان؛ فهم يستحسنون بالمصالح الضرورية وكذا بالحاجة. قال الشاطبي: إنهم يستحسنون بناء على المصالح الحاجة، وفروعهم لا تأباه، فالحاجة عندهم تنزل منزلة الضرورة.

أما الحنابلة: فقد ذكر ابن دقيق العيد عملهم به؛ حيث يقول عن المصالح المرسله: «الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع، ويليهِ أحمد بن حنبل، ولا يكاد يخلو غيرهما عن اعتباره في الجملة، ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال لها على غيرهما»^(١).

وإن كان ابن قدامة يرى أن: «الصحيح أن ذلك ليس بحجة» أي: أن المصلحة المرسله ليست بحجة.

وعبّر الطوفي في شرح مختصر الروضة بعبارة: وقال بعض أصحابنا: ليست حجة، يشير إلى الشيخ أبي محمد في الروضة.

وفسر ذلك بقوله: ولم أقل: أصحابنا؛ لأنني رأيت مَنْ وقفت على كلامه منهم حتى الشيخ أبا محمد في كتبه إذا استغرقوا في توجيه الأحكام، يتمسكون بمناسبات مصلحة يكاد المرء يجزم أنها ليست مرادة للشارع، والتمسك بها يشبه التمسك بحبال القمر^(٢).

ومسائل المذهب الحنبلي تدل على العمل بالمصالح المرسله:

ومن الفتاوى التي اعتمد فيها أحمد بن حنبل على المصلحة المرسله: ما رواه المروزي من أن المخنث ينفي؛ لأنه لا يقع منه إلا الفساد والتعرض له، وأن للإمام نفيه إلى بلد يأمن فساد أهله وإن خاف عليهم حبسه^(٣).

(١) ذكره الزركشي في البحر المحيط؛ والشوكاني في إرشاد الفحول، ص ٢٤٢.

(٢) شرح مختصر الروضة: ٢١٠/٣.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين: ٥٤٦-٥٤٧/٣.

وقوله فيمن شرب خمرأ في نهار رمضان، أو أتى شيئاً نحو هذا: أن يقام عليه الحدُّ، ويغلَّظ عليه فيه .

وفتواه فيمن طعن على الصحابة أنه يجب على الإمام عقوبته، وليس للسلطان العفو عنه، بل يعاقبه ويستتيه؛ فإن تاب وإلا أعاد عليه العقوبة^(١) .
وفتواه بتأديب المرأة إذا أتت المرأة^(٢) .

وَمِنْ أَخَذِ أَصْحَابِهِ بِالْمُصْلِحَةِ: ما روه ابن القيم عنهم من تحريمهم الخلوة بين النساء إذا خيف عليهن المساحقة . وفتواه بضرب من أسلم وتحتة أختان، فأجبر على اختيار إحداهما فلم يفعل^(٣) .

وفتوى ابن القيم بإجازة التسعير إذا كان متضمناً للعدل بين الناس؛ مثل: إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمان المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة^(٤) .

ويلخص القرافي في شرحه المسمى نفائس الأصول على المحصول:

«ونص الرازي: المسألة التاسعة في المصالح المرسله:

اعلم أن المصالح بالإضافة إلى شهادة الشرع ثلاثة أقسام:

أحدها: ما شهد الشرع باعتباره؛ وهو: القياس الذي تقدم شرحه .

وثانيها: ما شهد الشرع ببطلانه؛ مثاله: قول بعض العلماء لبعض الملوك

لمَّا جامع في نهار رمضان: عليك صوم شهرين متتابعين؛ فلما أنكر عليه حيث لم يأمره بإعتاق رقبة، قال: لو أمرته بذلك لسهل عليه، ولاستحقر إعتاق رقبة في قضاء شهوته .

(١) المصدر السابق نفسه .

(٢) المصدر السابق نفسه .

(٣) المصدر السابق نفسه .

(٤) ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص ٢٢٤ .

واعلم أن هذا باطل؛ لأنه حكم على خلاف حكم الله تعالى لمصلحة تخيلها الإنسان بحسب رأيه، ثم إذا عُرف ذلك من جميع العلماء لم تحصل الثقة للملوك بفتواهم، وظنوا أن كل ما يقتون به فهو تحريف من جهتهم بالرأي.

القسم الثالث: ما لم يشهد له بالاعتبار ولا بالإبطال نص معين، فنقول: قد ذكرنا في كتاب القياس: أن المناسبة إما أن تكون في محل الضرورة أو الحاجة أو التهمة؛ فقال الغزالي رحمه الله: أما الواقع في محل الحاجة أو التهمة فلا يجوز الحكم فيها بمجرد المصلحة؛ لأنه يجري مجرى وضع الشرع بالرأي، وأما الواقع في رتبة الضرورة فلا يبعد أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد.

ومثاله: أن الكفار إذا تترسوا بجماعة من أسارى المسلمين؛ فلو كفنا عنهم لاصطلمونا واستولوا على دار الإسلام وقتلوا كافة المسلمين، ولو رمينا الترس لقتلنا مسلماً لم يذنب، وهذا لا عهد به في الشرع. ولو كفنا لسلطان الكفار على جميع المسلمين فيقتلونهم ثم يقتلون الأسارى. فيجوز أن يقول القائل: هذا الأسير مقتول بكل حال، فحفظ كل المسلمين أقرب إلى مقصود الشرع من حفظ المسلم الواحد.

قال: وإنما اعتبرنا هذه المصلحة لاشتمالها على ثلاثة أوصاف؛ وهي: أنها ضرورية قطعية كلية.

واحترزنا بقولنا: (ضرورية) عن المناسبات التي تكون في مرتبة الحاجة أو التهمة.

وبقولنا: (قطعية) عما إذا لم نقطع بتسلط الكفار علينا إذا لم نقصد الترس؛ فإن هاهنا: لا يجوز القصد إلى الترس، وكذلك: قطع المضطر قطعة من فخذ لا يجوز؛ لأننا نقطع بأنه يصير ذلك سبباً للنجاة.

وبقولنا: (كلية) عما لو تترس الكافر في قلعة بمسلم؛ فإنه لا يحل رمي الترس، إذ لا يلزم من عدم استيلائنا على تلك القلعة فساد يعم كل المسلمين.

وكذا: إذا كان جماعة في سفينة، ولو طرحوا واحداً لنجوا، وإلا غرقوا

بجملتهم، فها هنا لا يجوز؛ لأن ذلك ليس أمراً كلياً، فهذا محصل ما قاله الغزالي رحمه الله .

ومذهب مالك رحمه الله : أن التمسك بالمصلحة المرسلة جائز .

واحتج عليه بأن قال : كل حكم يُفرض : فإما أن يستلزم مصلحة خالية عن المفسدة، أو مفسدة خالية عن المصلحة، أو يكون خالياً عن المصلحة والمفسدة بالكلية، أو يكون مشتتماً عليهما معاً .

وهذا على ثلاثة أقسام : لأنهما إما أن يكونا متعادلين، وإما أن تكون المصلحة راجحة، وإما أن تكون المفسدة راجحة؛ فهذه أقسام ستة :

أحدها : أن يستلزم مصلحة خالية عن المفسدة، وهذا لا بد وأن يكون مشروعاً؛ لأن المقصود من الشرائع رعاية المصالح .

وثانيها : أن يستلزم مصلحة راجحة، وهذا أيضاً لا بد وأن يكون مشروعاً؛ لأن ترك الخير الكثير لأجل الشر القليل شر كثير .

وثالثها : أن يستوي الأمران؛ فهذا يكون عبثاً، فوجب ألا يشرع .

ورابعها : أن يخلو عن الأمرين، وهذا أيضاً يكون عبثاً، فوجب ألا يكون مشروعاً .

وخامسها : أن تكون مفسدة خالصة، ولا شك أنها لا تكون مشروعة .

وسادسها : أن يكون ما فيه من المفسدة راجحاً على ما فيه من المصلحة، وهو أيضاً غير مشروع؛ لأن المفسدة الراجحة واجبة الدفع بالضرورة .

وهذه الأحكام المذكورة في هذه الأقسام الستة : كالمعلوم من الدين بالضرورة : أنها دين الأنبياء، وهي المقصود من وضع الشرائع، والكتاب والسنة دالان على أن الأمر كذلك؛ تارة بحسب التصريح، وأخرى بحسب الأحكام المشروعة على وفق هذا الذي ذكرناه .

غاية ما في الباب : أننا نجد واقعة داخلية تحت قسم من هذه الأقسام، ولا يوجد لها في الشرع ما يشهد لها بحسب جنسها القريب، لكن لا بد وأن يشهد

الشرع بحسب جنسها البعيد على كونه خالص المصلحة أو المفسدة، أو غالب المصلحة أو المفسدة، فظهر أنه لا توجد مناسبة إلا ويوجد في الشرع ما يشهد لها بالاعتبار: إما بحسب جنسه القريب أو بحسب جنسه البعيد.

وإذا ثبت هذا وجب القطع بكونه حجة للمعقول والمنقول:

أما المعقول: فلأننا إذا قطعنا بأن المصلحة الغالبة على المفسدة - معبرة قطعاً عند الشرع، ثم غلب على ظننا أن هذا الحكم مصلحته غالبية على مفسدته - تولد من هاتين المقدمتين ظن أن هذه المصلحة معبرة شرعاً، والعمل بالظن واجب لقوله عليه الصلاة والسلام: «أقضي بالظاهر». ولما ذكرنا أن ترجيح الراجح على المرجوح من مقتضيات العقول وهذا يقتضي القطع بكونه حجة.

أما النص: فقوله تعالى: ﴿فاعتبروا﴾ أمر بالمجازاة والاستدلال بكونه مصلحة على كونه مشروعاً ومجازوة، فوجب دخوله تحت النص.

وأما الإجماع: فهو أن من تتبع أحوال مباحثات الصحابة علم قطعاً أن هذه الشرائط التي يعتبرها فقهاء الزمان في تحرير الأقيسة والشرائط المعتمدة في العلة والأصل والفرع، ما كانوا يلتفتون إليها، بل كانوا يراعون المصالح لعلمهم بأن المقصد من الشرائط رعاية المصالح فدل مجموع ما ذكرنا على جواز التمسك بالمصالح المرسلة.

قال القرافي: قوله: «ومن المصالح ما شهد الشرع ببطلانه؛ مثاله: إفتاء الملك في إفساد صوم رمضان بشهرين متتابعين، إذ لو أفتي بعثق رقبة لسهل عليه ذلك».

قلنا: هذا المثال قد يتخيل فيه أنه ليس مما أبطله الشرع؛ لقيام الفارق بين الملوك وغيرهم، وأن الكفارة إنما شرعت زجراً، والملوك لا تنزجر بالإعتاق، فتعين ما هو زجر في حقهم. فهذا النوع من النظر المصلحي الذي لا تأباه القواعد.

وأظهر منه انعقاد الإجماع على عدم منع زراعة الكرم وإن أدى المنع لعدم الخمر، وعدم منع الاشتراك في المساكن وإن أدى المنع لعدم الزنى المتوقع من قرب الدار، فسد ذريعة الخمر والزنى مصلحتان وقد ألغيتا هاهنا إجماعاً.

قوله: «لا نحكم بالمصلحة المرسلة في محل الحاجة والتتمة؛ لأنه إثبات شرع بالرأي».

قلنا: عليه سؤالان:

أحدهما: المنع، بل ما ثبت ذلك إلا باجتهاد صحيح، وأن الاستقراء دل على أن الشرائع مصالح، وأن الرسل عليهم السلام إنما بعثوا بالمصالح ودرء المفاسد، فمن أثبت ضرورة أو حاجة أو تتمة بالمصالح؛ فقد اعتمد على قاعدة الشرائع، فلا يكون إثباتاً للشرع بالهوى.

وثانيهما: أنه إن كان إثباتاً بالهوى، فينبغي أن يمنع ذلك في الضرورة بطريق الأولى؛ لأن الضروريات أهم الديانات فإذا منعنا اتباع الهوى فيما خف أمره، أولى أن نمنعه فيما عظم أمره.

قوله: «إن كان مفسدة خالصة أو راجحة فهو غير مشروع».

قلنا: هذه العبارة عليها مناقشة؛ لأن المشروع أعم من المأمورات والمباحات؛ لأن المحرمات والمكروهات مشروعة، بل ينبغي أن نقول: لا يكون مأذوناً في فعلها، بل مطلوبه العدم، فتكون مشروعة بالنهي لا بالأمر والإذن.

قوله: «استقراء أحوال الصحابة يقتضي أنهم كانوا يعتبرون المصالح ولا يعرجون على الأصل والفرع، وهذه الشرائط».

تقريره: أنهم رضي الله عنهم حددوا أموراً بالمصالح المرسلة، وأجمعوا عليها:

ومنها: تحديد ولاية العهد من الصديق لعمر رضي الله عنهما.

ومنها: جمع القرآن، وتعيين الوقت الذي أخرجت فيه اليهود من جزيرة العرب، فإن النص إنما دل على أنه لا يبقى دينان في جزيرة العرب مطلقاً، أما تعين هذا الوقت لإخراجهم فللمصلحة الموجبة لإبقائهم أولاً وإخراجهم فيه.

ومنها: تدوين القرآن في زمان عمر رضي الله عنه.

ومنها: جعل أذانين للجمعة في زمن عثمان رضي الله عنه .

ومنها: توسيع مسجد رسول الله ﷺ وأخذ الأوقاف المجاورة له وضمها إليه، وإبطال الوقفية فيها، فعله عثمان رضي الله عنه، وجمع عمر رضي الله عنه الناس على أبي في قيام رمضان .

ومنها: الشورى في أمور الإمامة، جعلها عمر رضي الله عنه في ستة؛ فمن اتفقوا عليه كان الخليفة، وهي غير البيعة والعقد .

ومنها: قضاء عمر رضي الله عنه بأن من اتجر من أهل الذمة بالزيت والطعام إلى المدينة يخفف عنه، بخلاف ما يتجر فيه من غيرهما، توسعة على أهل المدينة في الطعام، وترغيباً لأهل الذمة في حمله .

ومنها: تقدير الجزية بأربعة دنانير، وأنواع من الطعام والضيافة وغيرهما، قدره عمر رضي الله عنه .

ومنها: أن عمر كان يأكل الشعير ويفرض لعامله نصف شاة .

وأمر كثيرة لا تعد ولا تحصى لم يكن في زمن الرسول ﷺ شيء منها، بل اعتمد الصحابة فيها على المصالح مطلقاً، سواء تقدم نظير لها أم لا .

وهذا يفيد القطع باعتبار المصالح المرسلة مطلقاً كانت في مواطن الضرورات أو الحاجات أو التمتات .

تنبيه: قال التبريزي: عند إمعان النظر ينكشف الصواب في هذا؛ فإن كل مصلحة ليست مطلوبة بكل طريق ولا بواسطة كل حكم؛ فالمال المحفوظ يحفظ عن السارق بقطع يده، بجلد ظهره، بحبسه، بتخريمه .

لا سبيل لتعيين شيء من ذلك بالرأي، ثم مقصود الحفظ لا يختلف بأن يكون الأخذ سرقة أو مكابرة من غير إبطال الحرز؛ سواء له، أو بانفراد، أو أتلفه في الحرز، أو أخرجه، والحكم مختلف .

فإذن الحكم الذي يثبت المجتهد لم يكن ورد الشرع به أصلاً، فلا سبيل إلى اختراعه وإن ورد به الشرع .

فليبحث عن محل وروده ومناطه الذي نيط به، فإن وجدنا مناطه في موضع آخر؛ فإثباته فيه قياس وطرده لحكم العلة، وإن لم نجد فهو اختراع وتشريع، فهو ابتداء. ويدل على صحة ما ذكرناه: أن الشارع لو أخبر: «أني إنما بعثت لأتخير مصالحكم وأرعى مقاصد عقلائكم، فأوجب المصالح وأحرم المفاسد وأندب إلى مكارم الأخلاق».

لم يلزم منه تسليط أهل النظر على إثبات ما استحسنوه، ونفي ما استقبحوه ما لم يفصل هذه الجملة بتعيين المناسب والأحكام. ولهذا اتفق جمهور أهل الحق على أنه لولا الإذن في القياس لما جاز القياس.

والسر أن المصالح ليست واجبة الرعاية، ولا أنها مرعية لصفة ذاتها عند أهل الحق، بل إنما استحقت الرعاية لموجب الخطاب ومقتضى الوضع وال نصب. والله تعالى أن يلغي ما اعتبره في حالة أخرى من غير تأثير عقل لتلك الحادثة. فيوجب القصاص بالمحدد ولا يوجب بالثُمَّل. ويقطع السارق من الحرز ولا يقطعه من غير الحرز، ويقطع الشركاء في سرقة نصاب. ويبيح للذمي قتل المسلم دفعا عن ماله، ولا يوجب عليه القصاص في قتله، ويحرم الثعلب، ويبيح ابن آوى والأرنب.

فإن لم يقترن به الاعتبار فلا سبيل إلى عدوى اعتباره، ولا يكفي في عدم ذلك عموم اعتبار جنس المصالح في جنس الأحكام؛ لأنه يعارضه إلغاء جنس المصالح في جنس الأحكام، بل لا بد فيه من تفصيل أخص على ما سبق من أنواع شهادة الحكم باعتبار المعنى.

وأما صورة التترس فحفظ الإسلام وقهر الكفار مقصود مطلقاً بأدلة قاطعة لا تحتاج إلى استشهاد بأصل، لكن عارض تحصيل هذا المقصود الإفضاء إلى سفك دم امرئ مسلم لم يذنب، وهذا أيضاً مقصود الاجتناب بأدلة لا شك فيها.

وعند تعارض الأدلة: يجب العمل بالراجح المتعين بأدلة؛ منها: سيرة الصحابة رضي الله عنهم، ثم له شواهد كقطع اليد المتآكلة حفظاً للجملة، بل جواز الفصد والحجامة، فإنه إفساد للبعض لإصلاح الكل.

قال إمام الحرمين في (البرهان): الاستدلال بهذه الطريقة أمر عسير، وهو

معنى معتبر في الحكم، مناسب له في مقتضى العقل، من غير أصل متفق عليه مسند إليه هذا المناسب. وقد منعه القاضي وطوائف من المتكلمين والأصحاب، وبالغ مالك في إعمال المصالح حتى أفرط وخرج عن المصالح المألوفة في الشرع، وأفضى به ذلك إلى استحلال القتل وأخذ المال، وأخذ بمصالح يقتضيها غالب الظن من غير مستند إلى أصل.

وجوّز الشافعي ومعظم الحنفية اعتبار المصالح وإن لم تستند إلى أصل متفق عليه، لكن بشرط عدم البعد والإفراط، بل ما يشبه المصالح وفاقاً.

فتصير المذاهب ثلاثة: المنع مطلقاً: بالاقتصار على المصالح التي لها أصول. والجواز مطلقاً: وإن بُعدت المصالح، ما لم يعارضها كتاب أو سنة أو إجماع. ومذهب الشافعي: التوسط المتقدم: وهو اعتبار ما قرب من معاني الأصول.

احتج القاضي أبو بكر للمنع بأن فتح هذا الباب ليس له أصل، ويفضي إلى أن يبقى أهل النظر بمنزلة الأنبياء عليهم السلام، ولم ينسب ما يروونه إلى أحد، وهو ذريعة إلى إبطال أئمة الشريعة، وإلى أن يفعل كل واحد ما يرى.

ثم يختلف ذلك باختلاف الزمان والمكان وأصناف الخلق، فيبطل ما درج عليه الأولون، ولأنه لو جاز ذلك لكان العاقل ذي الرأي، العالم بوجوه السياسات، إذا راجع المفتين في حادثة وأعلموه أنها ليست منصوصة ولا أصل لها يضاهيها؛ يجوز له حينئذ العمل بالأصوب عنده واللائق بطريق الاستصلاح، وهذا صعب لا يستجري عليه متين، ولو ساغ ما قاله مالك لاتخذ الناس أيام كسرى أنوشروان في العدل والسياسة معتبرهم، وهذا ممنوع وتجرؤ على الانحلال عن الدين بالكلية.

وقد اعتمد ذلك في أفضية الصحابة، مع أنه لا يشق غبار فيها على أمور كان ينبغي له أن يتناولها:

فبلغه أن رجلاً مد يده إلى لحية عمر رضي الله عنه ليزيل شيئاً منها، فخشي عمر رضي الله عنه أن ذلك قصد به الاستهانة للأئمة. فقال: إن لم تُرني ما أحدثت، وإلا أبتُ يدك.

فجعل مالك هذا أصلاً في إباحة الدماء بالنظر المصلحي، وبلغه عن عمر رضي الله عنه أنه شاطر عماله، فجعل ذلك أصلاً في استباحة الأموال بالنظر المصلحي.

وكان ينبغي له أن يؤول الأول بأن مقصود عمر التعزير بالقول دون تحقق الفعل، ويؤول الثاني بأنه اطلع من عماله على أنهم تناولوا من بيت المال ما لا يستحقونه، وعمر رضي الله عنه أجلُّ من أن يخفى عليه ذلك، وهم لم يكونوا معصومين.

قلت: أما قوله: «بصير العقلاء أنبياء» إن أراد أنهم ورثتهم فهو حق، وإن أراد أنهم يحكمون بالهوى والعقل المحض فلا نسلم أن الأنبياء كذلك، فلا معنى لهذا الكلام.

وأما قوله: «العالم بالسياسة إذا أخبره المفتون بعدم الأصول، فيكون له الأخذ برأيه.

قلنا: لا يلزم ذلك؛ فإن مالكا يشترط في المصلحة أهلية الاجتهاد ليكون الناظر متكيفاً بأخلاق الشريعة، فينبو عقله وطبعه عما يخالفها، بخلاف العالم بالسياسات إذا كان جاهلاً بالأصول، فيكون بعيد الطبع عن أخلاق الشريعة، فيهجم على مخالفة أخلاق الشريعة من غير شعور.

وأما ما نقله من إباحة الدماء والأموال بما قاله؛ فالمالكية لا يساعده على صحة هذا النقل عن مالك. وكذلك ما نقله عن الإمام في (البرهان) من أن مالكا يجيز قتل ثلث الأمة لصالح الثلثين. المالكية ينكرون ذلك إنكاراً شديداً، ولم يوجد ذلك في كتبهم، إنما هو في كتب المخالف لهم ينقله عنهم، وهم لم يجدوه أصلاً.

وأما أخذ الأموال ومصادرة العمال؛ فقد ذكر هذه المسألة أبو الوليد الطرطوشي في كتابه (سراج الملوك)، وقال: «إنما شطر عمر عماله لأنهم كانوا يتجرون بجاه العمل والجاه للمسلمين» فصار أصل المال لمالكيه وجاه المسلمين، كالعامل في القراض فأشبهه متجرهم القراض، فجعل قراضاً فكان النصف

للمسلمين والنصف لرب المال، وهذا مدركٌ حسن ليس فيه اتهام الصحابة رضي الله عنهم بأخذهم مالاً لا يستحقونه من بيت المال، ولم يخونوا، ولم يخرج مالك عن هذا. ولا يوجد لمالك مصادرة أحد؛ لأنه متهم أصلاً.

وكذلك جعل الطرطوشي قول عمر لابنيه عبد الله وعبيد الله لما دفع لهما أبو موسى الأشعري من بيت مال العراق مالاً؛ قال: اتجرا فيه وأديا رأس المال لعمر وخذوا فائدته، فقال عمر: أكلَّ الجيش فعل معه ذلك؟ فقال: لا، فقال: ابنا أمير المؤمنين أديا المال وربحه، فقال عبيد الله: يا أمير المؤمنين لو هلك المال ضمناه، فقال: أديا المال وربحه. وكثرت المراجعة بينهما، فقال له عبد الرحمن بن عوف: اجعله قراضاً يا أمير المؤمنين، فجعله قراضاً.

فكانت هذه الواقعة أصلاً للقراض عند العلماء حتى إنه لا يعلم في القراض كتاب ولا سنة تدل على مشروعية القراض غير هذا الموضوع. غير أن الإجماع انعقد على جوازه بناء على هذه الواقعة أو غيرها، الله أعلم بذلك. حكاها ابن حزم في كتاب (الإجماع).

وكيف يجعل عمر أو جميع الصحابة الذين كانوا عنده ما كان قراضاً مضموناً قراضاً غير مضمون؟ وكيف يحل أخذ نصف ربح مال القراض؟

قال الطرطوشي: جعلوه قراضاً لأن ولدي أمير المؤمنين إنما تمكنا من ذلك بجاه أبيهما الذي هو جاه المسلمين، فكان للمسلمين النصف كما تقدم في العمال حرفاً بحرف، وليس في هذا خروج عن القواعد، ولم يبيع مالك دماً ولا مالاً بغير دليل شرعي.

وأما قوله: «لو صح قول مالك؛ اتبع الناس أيام كسرى أنوشروان».

فالجواب عنه كالجواب عن العامل العالم بالسياسات الذي تقدم؛ أن سياسات الفرس وإن كانوا أهل عدل وفطنة ويقظة وأخلاق كريمة، غير أنهم لم يتكيفوا بقواعد صاحب الشرع الذي هو العالم بالأسرار والخفيات، وما لا يهتدي إليه العقل، فلم يكونوا يتصرفون إلا بالعقل الصّرف، سواء أصابوا قوانين الشريعة أو أخطأوها.

ومالك إنما يعتبر النظر من المتكيف بقواعد الشرع، حتى يكون ظنه ونظره ينفر عن مخالفتها، ويميل لموافقته. فهذا فرق عظيم وجوابٌ سادٌّ لا مُدافع له، بل هو دافع للتشنيع بالكلية.

سؤال: قال بعض علماء العصر: إذا قلتُم بالمصلحة المرسله فكيف تصنعون في العمومات والأدلة؟ فإنها متعارضة نفيًا وإثباتًا؛ فإنه ما من مصلحة في إقدام أو إحجام إلا ويجد عامًا يردّها؛ مثل قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، ﴿خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]، ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

ونظائره كثيرة؛ فأبي عموم تنفون مخالفته؟ وما ضابط ذلك؟ وإذا لاحظتم الظواهر المانعة من الإقدام والإحجام لم تبق مصلحة مرسله إلا ولها معارض من النصوص، وأنتم تشترطون في المصلحة السلامة عن معارضة الأدلة؟.

جوابه: أنا نعتبر من النصوص والأصول ما هو خاص بذلك الباب في نوعه دون ما هو أعم منه، فإذا كانت المصلحة في الإجراءات اعتبرنا نصوص الإجراءات، أو في الجنائيات اعتبرنا نصوص الجنائيات.

أما نص يشمل ذلك الباب وغيره، فلا عبرة به؛ لأن هذه المصلحة أخص منها، والأخص مقدم على الأعم لا سيما إذا كان النص يشمل جميع الشريعة، فقد كثر تخصيصه، فضعف التمسك به.

سؤال: ما الفرق بين المصلحة المرسله والاستحسان، فقد جعلتموهما مُدْرَكَيْنِ، مع أنه لا معنى للاستحسان إلا مصلحة خالصة أو راجحة تقع في نفس الناظر؟.

جوابه: الاستحسان أخص؛ لأننا نشترط فيه أن يكون له معارض مرجوح ويرجح الاستحسان عليه، وكذلك قلنا فيه: هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد لوجه أقوى منه.

والمصلحة المرسله لا يشترط فيها معارض، بل قد يقع تسليمه عن المعارض؛ لأن المعارض ها هنا يريد به الخاص بذلك الباب، وهو متعين في

تنبيه : يحكى أن المصلحة المرسلة من خصائص مذهب مالك .

وليس كذلك ، بل المذاهب كلها مشتركة فيها ، فإنهم يلحقون ويفرقون في صور النقوض وغيرها ، ولا يطالبون أنفسهم بأصل يشهد لذلك الفارق بالاعتبار ، بل يعتمدون على مجرد المناسبة ، وهذا هو عين المصلحة المرسلة .

ثم إن الشافعية يدعون أنهم أبعد الناس عنها ، وأقربهم إلى مراعاة الأصول والنصوص ، وقد أخذوا من المصلحة المرسلة أوفى نصيب وحظ حتى لم يجاوز فيها .

هذا إمام الحرمين : قيم مذهبهم وصاحب نهاية مطلبهم واضع كتاب (الغياثي) ؛ ضمَّنه أموراً من المصالح المرسلة التي لم نجد لها في الشرع أصلاً يشهد بخصوصها ، بل بجنسها ، وهذا هو المصلحة المرسلة .

فمن ذلك أنه قال : إذا ضاق بيت المال يجوز أن يجعل على الزرع والثمار مالاً داراً مستقر يجبي على الدوام ، يستعين به الإمام على حماية الإسلام ، من غير أن يتوسع فيه ببنائه القصور والزخارف والشهوات .

وهذا ليس له أصل في الشرع ، بل النصوص دالة على نفيه ؛ كقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه » ، « ولا ضرر ولا ضرار » وغير ذلك . وقال عليه الصلاة والسلام : « ليس في المال حق سوى الزكاة » .

وقد ترك هذه الأصول كلها لأجل هذه المناسبة التي لم يتقدم في الإسلام اعتبارها .

وقال : قد يستعين الإمام بمال أهل الفسوق والعدوان في بعض الأحوال ليكون ذلك نفعاً للمسلمين وردعاً للفاسقين إذا دعت الحاجة إليه .

وقال : يجوز إقامة إمام ليس بقرشي عند تعذر القرشي ، وليس في هذا نص ، بل هو على خلاف قوله عليه الصلاة والسلام : « الأئمة من قريش » .

وقال: وإذا ولينا غير القرشي ثم وجدنا قرشياً، أو نشأ قرشي صالح؛ فإن أمكن عزل الأول عزلناه ليعطى الأمر أهله، وإن تعذر لامتناعه تركناه إماماً وأعرضنا عن القرشي، وينفذ من أحكامه ما ينفذ من أحكام القرشي.

وقال: وكذلك إذا تعذر المجتهد أقيم من ليس بمجتهد، وينفذ من أحكامه ما ينفذه من أحكام المجتهدين.

قال: وإذا لم نجد إلا فاسقاً متبعاً للشهوات وأنواع الفسوق واللذات، فإن أمناً غائلته على الإسلام وليناه الإمامة الكبرى، وإلا فلا، وإذا وليناه مكناً من شهوته؛ لأن مفسدة بقاء المسلمين بغير راع أعظم من مفسدة شهوته.

وإذا تعارض قرشي غير كاف وغير قرشي كاف قدم الكافي، ثم فرّع في (الغياثي) على هذا الباب أشياء كثيرة جداً لم توجد للمالكية، ولو سئلوا عنها ما جسروا على كثير منها.

وكذلك فعل الماوردي في (الأحكام السلطانية)، وكف ولاية المظالم وجعل ولايتها مخالفة لولاية القضاء والإمامة والوزارة والحسبة، ونوع ولاية الوزارة إلى أنواع: وزارة التفويض ووزارة التنفيذ، وجعل لكل ولاية شروطاً تخالف الأخرى، وأباح في ولاية المظالم ما لم يباح للقضاة والأئمة من أخذ بالتهم، والتعزير بالعقوبات عند نظر الأمارات وتوسّع في هذا الباب وسعات كبيرة لم يوجد للمالكية منها إلا اليسير جداً.

وكل هذه التفاريع غير أنها مصلحة شهد الشرع باعتبار جنسها فقط، ولا نعني بالمصلحة المرسلة إلا ذلك.

فلو قيل: إن الشافعية هم أهل المصالح المرسلة دون غيرهم، لكان ذلك هو الصواب والإنصاف^(١).

تعليقنا: إن القرافي رحمه الله تعالى قد أوضح مذهب مالك بالأدلة الدامغة

(١) القرافي، نفائس الأصول في شرح المحصول: ٤/٦٩٥-٧٠٦.

من تصرفات الصحابة رضوان الله عليهم . وقال : إن أعمال الصحابة تفيد اعتبار المصلحة مطلقاً في مواطن الضرورات أو الحاجات أو التتمات .

وذاك محل النزاع بين المالكية وبين الغزالي والبيضاوي وغيرهم ممن سار على دربهم في تقييد المصلحة المرسلة بالضرورة .

كما رد ما نُسب إلى المالكية من مسألة قتل الثلث لإصلاح الثلثين .

نقل حجج الشافعية بأمانة لأمثلتها . لكنه نقل أمثلة من عملهم بالمصالح المرسلة لا مرد لها .

وأما الغزالي في المستصفى فإنه رحمه الله أطنب في موضوع المصلحة ، فبعد أن ذكر أن الاستصلاح من الأصول الموهمة ؛ تطرّق إلى التقسيم الذي ذكره الرازي وغيره ، إلا أنه أضاف أمثلة فيما يتعلق بتفاوت قوة المصلحة بحسب مرتبة المقصد الذي تنتمي إليه عندما تكون في مرتبة الضرورات وإلى ما هي في رتبة الحاجات ، وإلى ما يتعلق بالتحسينيات والتزيينيات ، وتتقاعد أيضاً عن رتبة الحاجات .

ويتعلق بأذيال كل قسم ما يجري منها مجرى التكملة والتتمة لها .

ولنفهم أولاً معنى المصلحة ثم أمثلة مراتبها :

أما المصلحة : فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ، ولسنا نعني به ذلك ؛ فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم ، لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع .

بعد ذلك يصرح بأن الاستصلاح الواقع في رتبة الحاجي والاستحسان لا يجوز العمل به قائلًا : فإذا عرفت هذه الأقسام ؛ فنقول : الواقع في الرتبين الأخيرتين لا يجوز الحكم بمجردة وإن لم يعتضد بشهادة أصل ؛ لأنه يجري مجرى وضع الشرع بالرأي ، فهو كالأستحسان ، وإن اعتضد بأصل فذاك قياس وسيأتي .

أما الواقع في رتبة الضرورات ، فلا بُد في أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد وإن لم يشهد له أصل معين .

ثم ضرب أمثلة؛ كضرب المتهم في السرقة، وقتل الساعي في الأرض بالفساد سياسة والزنديق المستتر. وناقش قضايا تعارضت فيها المصالح والمفاسد، وانتهى إلى تقديم الكلي على الجزئي.

ونحن نعلم أن الشرع يؤثر الكلي على الجزئي؛ فإن حفظ أهل الإسلام عن اصطلام الكفار أهم في مقصود الشرع من حفظ دم مسلم واحد؛ فهذا مقطوع به من مقصود الشرع، والمقطوع به لا يحتاج إلى شهادة أصل.

- مسألة: توظيف الخراج على الأغنياء سياسة:

فإن قيل: فتوظيف الخراج من المصالح؛ فهل إليه سبيل أم لا؟.

قلنا: لا سبيل إليه مع كثرة الأموال في أيدي الجنود، أما إذا خلت الأيدي من الأموال، ولم يكن من مال المصالح ما يفي بخراجات العسكر، ولو تفرق العسكر واشتغلوا بالكسب لخيف دخول الكفار بلاد الإسلام، أو خيف ثوران الفتنة من أهل العرامة في بلاد الإسلام، فيجوز للإمام أن يوظف على الأغنياء مقدار كفاية الجند. ثم إن رأى في طريق التوزيع التخصيص بالأراضي فلا حرج؛ لأننا نعلم أنه إذا تعارض شران أو ضرران قصد الشرع دفع أشد الضررين وأعظم الشرين. وما يؤديه كل واحد منهم قليل بالإضافة إلى ما يخاطر به من نفسه وماله لو خلت خطة الإسلام عن ذي شوكة، يحفظ نظام الأمور، ويقطع مادة الشرور.

وانتهى الغزالي إلى القول: وتبين أن الاستصلاح ليس أصلاً خامساً برأسه، بل من استصلح فقد شرع، كما أن من استحسن فقد شرع، وتبين به أن الاستصلاح على ما ذكرنا^(١).

قلت: هذا الكلام هو المشهور عن الغزالي، والذي نقله عنه أكثر العلماء، إلا أن الغزالي في (شفاء الغليل) يقول بالمصالح المرسلة في المقصد الحاجي، وهذا جانب ليس معروفاً كثيراً عن الغزالي، وهو بذلك لا يبتعد كثيراً عن شيخه إمام الحرمين الجويني الذي ذكر أيضاً ما يدل على ذلك؛ حيث قال: إن الحاجيات

(١) الغزالي، المستصفى: ٤١٤/٢ - ٤٣٢، تحقيق د. محمد سليمان الأشقر، مؤسسة دار الرسالة.

تنزل منزلة الضرورات، وإن كان انتقد المالكية انتقاداً شديداً في قولهم بالمصالح المرسلة.

قال الغزالي: وقول القائل: إن هذا غير ملائم للشرع، فليس الأمر كذلك، فإن الشرع سلط على أكل لحم الخنزير - وهو أخبث المحرمات - عند الضرورة، ولكن اختلاف العلماء في أنه: هل يقتصر على سد الرمق أو يتناول قدر الاستقلال وتلافي القوة؟ والحاجة العامة في حق كافة الخلق تنزل منزلة الضرورة، والخاصة في حق الشخص الواحد، والحاجة عامة إلى الزيادة على سد الرمق؛ إذ في الاقتصار عليه وجوه من الضرر تنقاد إلى بتر النظام، وانصراف الخلق عن إقامة شعائر الشرع ومصالح النفس، ومنتهى ذلك يقود إلى أن يثبت المرض والسقام، وتتوالى الآلام، ويتداعى ذلك إلى الهلاك، فهذه مصلحة ظاهرة بعمومها وملاءمتها لنظر الشرع لا مرية فيه^(١).

ومحل الشاهد منه: هو عموم الحاجة تنزل تنزيلها منزلة الضرورة، ويمكن أن يفهم منه إلحاق الحاجيات بالضرورات عند عمومها، وهذا ما يراه الشاطبي لا بقيد العموم.

وأما السبكي في شرحه (الإبهاج على المنهاج) للبيضاوي بعد نقل كلام الأصل الذي يتفق مع الغزالي في اعتبار المصلحة القطعية، الكلية، الضرورية؛ فإنه شرح كلام الغزالي بإسهاب، وانتقل إلى مذهب إمام الحرمين باستيعاب؛ حيث قال: «واختار إمام الحرمين ذلك أو نحواً منه، وإذا حقق التفصيل الذي ذكرناه عن الغزالي لم يكن بعيداً من هذا.

إذا عرفت هذا فنقول: قال إمام الحرمين: الذي ننكره من مذهب مالك ترك رعاية ذلك، وجريانه على استرساله في الاستصواب من غير اقتصاد، ونحن نعرض على مالك واقعة وقعت نادرة لا يعهد مثلها، ونقول له: لو رأى ذو نظر فيها جدع أنف، أو اصطلام شفة، وأبدى رأياً لا تنكره العقول صائراً إلى أن العقوبات مشروعة لحسم الفواحش، وهذه العقوبة لاثقة بهذه النازلة؛ للزمك

(١) ص ٢٤٦.

التزام هذا لأنك تجوز لأصحاب الإيالات القتل في التهم العظيمة، حتى نقل عنك الثقات أنك قلت: أقتل ثلث الأمة في استيفاء ثلثيها.

ثم إنا نقول ثانياً: أيجوز التعلق بكل رأي؛ فإن أبا ذلك لم نجد مرجعاً يفر عنه إلا ما ارتضاه الشافعي من اعتبار المصالح المشبهة بما علم اعتباره وإن لم يذكر ضابطاً، وصرح بأن ما لانص فيه ولا أصل له فهو مردود إلى الرأي واستصواب ذوي العقول، فهذا الآن اقتحام عظيم وخروج عن الضبط كما ذكر القاضي أبو بكر؛ حيث قال: المعاني إذا حضرته الأصول وضبطتها المنصوصات كانت منحصرة في ضبط الشرع، فإذا لم يشترط استنادها إلى الأصول لم تنضبط، ويتسع الأمر ويرجع إلى اتباع وجوه الرأي، واقتفاء حكمة الحكماء، ويصير ذوو الأحلام بمثابة الأنبياء - حاشا لله -، ثم لا ينسب ما يرونه إلى ربة الشريعة وهذه ذريعة في الحقيقة إلى إبطال أبهة الشريعة، ومصير إلى أن كلاً يفعل ما يرى، ثم يختلف ذلك باختلاف الزمان والمكان وأصناف الخلق، وهو في الحقيقة خروج عما درج عليه الأولون.

وألزم إمام الحرمين مالكا رضي الله عنه أنه قال بالتمسك بكل رأي من غير فرق، ومدانة بأن العاقل ذا الرأي، العالم بوجوه الإيالات إذا أرجع المفتين في واقعة فأعلموه أنها ليست بمنصوصة ولا أصل يضاهاها، بأن يسوغ له والحالة هذه أن يعمل بالصواب عنده والأليق بطرق الاستصلاح، قال: وهذا مركب صعب مساقه، رد الأمر إلى عقول العقلاء واحتكام الحكماء، ونحن على قطع نعلم أن الأمر بخلاف ذلك، ثم وجوه الرأي تختلف بالباق والأصقاع والأوقات، وعقول العقلاء تتباين، فيلزم اختلاف الأحكام باختلاف كل ذلك.

وهذا لا يلزم فيما له أصل وتقريب، قال: ولو شاع هذا لآخذ العقلاء أيام كسرى أنوشروان في العدل والإيالات معتبرهم، وهذا يخرجنا الاستقلال به.

وهذه الجملة التي أوردناها مجموعة من كلام إمام الحرمين في (البرهان).

انتهى كلامه، وعلق عليه بقوله: وهذا الإلزام الذي ذكره أخيراً لا يلزم مالكا؛ لأنه يشترط في اتباع المصلحة أن لا يناقض أمراً مفهوماً من الشريعة. والعامي من أين يعلم هذا؟.

وما المانع من مناقضة ما يراه من الرأي لقواعد الشريعة؟ .

وقد احتجَّ مالك بوجهين أشار إليهما في الكتاب :

أحدهما : أن الشارع اعتبر جنس المصالح في جنس الأحكام، واعتبار جنس المصالح يوجب ظن اعتبار هذه المصلحة لكونها من جملة أفرادها، والعمل بالظن واجب .

والثاني : أن المتتبع لأحوال الصحابة رضي الله عنهم يقطع بأنهم كانوا يقنعون بمجرد معرفة المصالح في الواقع، ولا يبحثون عن وجود أمر آخر وراءها، فكان ذلك منهم إجماعاً على وجوب اعتبار المصالح كيف كانت .

ولم يتعرَّض المصنف للجواب عن هاتين الشبهتين .

ونحن نقول في الجواب :

عن الأولى : ليس اعتبار المصالح المرسلة بمجرد مشاركتها للمصالح التي اعتبرها الشارع في كونها مصالح بأولى من إلغائها لمشاركتها للمصالح التي ألقاها الشارع في ذلك، فيلزم اعتبارها وإلغاؤها .

وعن الثانية : لا نسلم أن الصحابة رضي الله عنهم قنعوا بمجرد معرفة المصالح، وسند المنع : أنه لو كان كذلك لم ينعقد الإجماع بعدهم على إلغاء بعض المصالح، فدل على أنهم لم يعتبروا من المصالح إلا ما اطلعوا على اعتبار الشرع نوعه أو جنسه القريب، فإن الشارع لم يعتبر المصالح مطلقاً، بل بقيود وشرائط لا تهتدي العقول إليها؛ إذ غاية العقل أن يحكم بأن جلب المصلحة مطلوب، لكن لا ينتقل بإدراك الطريق الخاص لكيفيته، فلا بد من الاطلاع على ذلك الطريق بدليل شرعي مرشد إلى المقصد، فقبله لا يمكن اعتبار المصالح^(١) .

قلت : إن رده على ما سماه بالشبهتين ليس قوياً؛ فدوران المصلحة بين

(١) ابن السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج : ٢/ ٢٩٤ من أطروحة نور الدين صغيري جامعة أم القرى .

الاعتبار وبين الإلغاء ليس سواء في الرجحان، إذ لا يشك أحد أن جانب الاعتبار أرجح وأغلب في المصالح من جانب الإلغاء، والعبرة بالغالب وليس بالنادر.

قال في المنهج:

وغالباً قدم على ما ندرا وهو شأن شرعنا فكثرا

أما الجواب عن الثاني فهو مردود بعدم تصريح الصحابة رضوان الله عليهم بوجه الاعتبار، ودلالة ذلك على اعتبارهم للمصلحة أولى من حمله على غير المذكور، فرجع إلى مرتبة الميزان المالكي.

* * *

المبحث الخامس

مناقشة مذهب الغزالي في اعتبار الضرورية والقطعية والكلية والترجيح بين المصالح

مما تقدم من نصوص تمثل عينات لمختلف مذاهب الأصوليين في مسألة المصلحة المرسله، وبخاصة في مذهب الشافعي .

حيث إن الشافعية تردوا كثيراً في قضية العمل بالمصالح المرسله، وفي عزو ذلك إلى الشافعي .

وقد أرسى إمام الحرمين - وهو الذي نعى على المالكية استرسالهم في المصالح المرسله - توجهاً حاول من خلاله أن يجد طريقاً وسطاً بين من يقول بأن الشافعي يقول كمالك بالمصلحة المرسله، وبين من ينفي ذلك عنه، وتمثل ذلك بأن الشافعي يقول بالمصالح المرسله فيما قارب دون تناء ولا إفراط .

ولعل النتيجة التي وصل إليها في بعض فروع الشافعي رحمه الله تعالى، والتي لا يمكن أن تنسب إلى القياس؛ لأنها لا تستكمل شرائطه، ولا تعتمد على مناسب معتبر، ولا على أصل معين، فلم يبق إلا أن تكون من المناسب المرسل، وهذا عين مذهب مالك كما أشار إليه بحق القرافي .

لكن تلاميذ أبي المعالي، وهم يجردون حرجاً في فصل مذهب الشافعي عن مذهب مالك بفواصل واضحة المعالم ليست مبهمه من قبيل المناسب المقارب الذي لا يتناهى عن الأصول . فما هو حد القرب وما هو حد التأي؟ .

أوجدوا طريقاً جديداً افترعه أبو حامد الغزالي رحمه الله تعالى في تلك الضوابط التي وضعها لضبط المصلحة المرسله المعتره؛ وهي: الكلية، القطعية، الضرورية . وبذلك يتخلصون من الاسترسال المالكي في المصلحة .

وتتابع كثير من علماء الشافعية وغيرهم على ذلك؛ وبخاصة البيضاوي؛ حيث أكدوا أن المصلحة المرسله يجب لاعتبارها توفر ثلاثة شروط: أن تكون قطعية، وكلية، وضرورية.

لكن الغزالي أضاف بعداً آخر: وهو تعارض المصالح والمفاسد، والكلبي مع الجزئي، وستكون مناقشتنا في هذه النقاط بالتحديد.

أولاً: كونها ضرورية:

وقد تقدم كلام القرافي في اعتبار الحاجي والتحسيني، ونضيف إليه فقط مسألة التكامل والتشابك بين المقاصد الثلاثة الذي أشار إليها الشاطبي؛ حيث يقول:

«إذا ثبت أن التحسيني يخدم الحاجي، وأن الحاجي يخدم الضروري، فإن الضروري هو المطلوب. فهذه مطالب خمسة لا بد من بيانها:

أحدها: أن الضروري أصل لما سواه من الحاجي والتكميلي.

والثاني: أن اختلال الضروري يلزم منه اختلال الباقيين بإطلاق.

والثالث: أنه لا يلزم من اختلال الباقيين بإطلاق اختلال الضروري بإطلاق.

والرابع: أنه قد يلزم من اختلال التحسيني بإطلاق أو الحاجي بإطلاق اختلال الضروري بوجه ما.

والخامس: أنه ينبغي المحافظة على الحاجي وعلى التحسيني للضروري.

بيان الأول: أن مصالح الدين مبنية على المحافظة على الأمور الخمسة المذكورة فيما تقدم، فإذا اعتبر قيام هذا الوجود الدنيوي مبنياً عليها، حتى إذا انخرمت لم يبق للدنيا وجود - أعني: ما هو خاص بالمكلفين والتكليف - وكذلك الأمور الأخروية لا قيام لها إلا بذلك. فلو عدم الدين عدم ترتب الجزاء المرتجى، ولو عدم المكلف لعدم من يتدين، ولو عدم العقل لارتفع التدين، ولو عدم النسل

لم يكن في العادة بقاء، ولو عدم المال لم يبق عيش؛ وأعني بالمال ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه، ويستوي في ذلك المطعم والشراب واللباس على اختلافها، وما يؤدي إليها من جميع المتمولات، فلو ارتفع ذلك لم يكن بقاء، وهذا كله معلوم لا يرتاب فيه من عرف ترتيب أحوال الدنيا وأنها زاد للأخرة^(١).

ثانياً: القطعية الكلية:

هو أمر لا يلتفت إليه غالباً في الاجتهاديات، بل ولا تحققها في كل فرد من أفرادها، بل يكتفى بغالب الظن أو المظنة كذلك؛ فإن الاعتبار بأن تكون أكثرية فقط دون أن تكون عامة، وهي التي يريد الغزالي، وفي هذا المعنى يقول الشاطبي:

«المسألة الثانية: ولما كان قصد الشارع ضبط الخلق إلى القواعد العامة، وكانت العوائد قد جرت بها سنة الله أكثرية لا عامة، وكانت الشريعة موضوعة على مقتضى ذلك الوضع، كان من الأمر المتلفت إليه إجراء القواعد على العموم العادي، لا العموم الكلي التام الذي يختلف عنه جزئي ما.

أما كون الشريعة على ذلك الوضع فظاهر، ألا ترى أن وضع التكاليف عام؟ وجعل على ذلك علامة البلوغ، وهو مظنة لوجود العقل الذي هو مناط التكليف؛ لأن العقل يكون عنده في الغالب لا على العموم، إذ لا يطرد ولا ينعكس كلياً على التمام لوجود من يتم عقله قبل البلوغ، ومن ينقص وإن كان بالغاً، إلا أن الغالب الاقتران.

وكذلك ناط الشارع الفطر والقصر بالسفر لعله المشقة، وإن كانت المشقة قد توجد بدونها، وقد تفقد معها، ومع ذلك فلم يعتبر الشارع تلك النواذر، بل أجرى القاعدة مجراها، ومثله حد الغني بالنصاب، وتوجيه الأحكام بالبينات، وإعمال أخبار الآحاد والقياسات الظنية... إلى غير ذلك من الأمور التي قد تتخلف مقتضياتها في نفس الأمر، ولكنه قليل بالنسبة إلى عدم التخلف فاعتبرت هذه القواعد كلية عادية لا حقيقية. وعلى هذا الترتيب تجد سائر القواعد

(١) الموافقات: ٣١/٢.

التكليفية»^(١).

فبين مما تقدم أن القطع والعموم الكلي الذي لا يتخرم أمر متعذر، وقد سبق كلام ابن المنير الذي قال: إن كلام أبي حامد باعتبار المصلحة قطعية: من باب الاحتكام (التحكّم)؛ لأنه تصوير بما لا يمكن عادة ولا شرعاً؛ لأن القطع في المستقبلات لا سبيل إليه (يراجع في البحث).

ثالثاً: مسألة التعارض والترجيح بين المصالح:

هي مسألة من حيث الأصل لا شك فيها، فتقديم الأقوى على الأضعف (فما بقي فلاقرب ذكر) أي من العصبية.

والأكثر والأكبر مقدم على الأقل والأصغر، قال تعالى: ﴿يَسْتَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا آكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩].

والكثير مقدم على القليل، وهذا ما نفيده مسألة التترس التي افترضها أبو حامد الغزالي رحمه الله تعالى. وبنى عليها المالكية كما في قواعد المقرئ وغيره جبر صاحب القليل لفائدة صاحب الكبير في مسألة الخاتم والدجاجة والثور وغصن الزيتون والبعير والجدار.

والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة؛ كمسألة هدم الديار ولو كانت وفقاً لتوسعة المسجد أو لطريق.

قال الناظم:

وهدم دار حبس لتوسعة طريق أو لمسجد للجمعة
والضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف، وأشد الحرامين يدفع بارتكاب
الأخف وأهون الشرين.

قال الزقاق:

(١) المصدر السابق: ١٤/٤.

لأكبر الضارين ينفى الأصغر
 وصاحب الماء أو الفدان
 وحكمان وسفينة أسير
 كثور أو دجاجة أو دينار
 وشبهها وأصل شرع القضا
 أخف مكروهين أو حظرين
 قدم كبقر وعرة وكذا
 من ذلك الجار ومن يحتكر
 وفرس والشبه للسلطان
 يجبر صاحب القليل للكثير
 كذاك سنور جدار أزيار
 بما يعم كعدى وما مضى
 إن لم يكن بد كفى ضررين
 مضطر أو ما النكاح أنفذا

قال الونشريسي في إيضاح المسالك: ومن تغليب أحد الضارين: ثور وقع
 بين غصنين، أو دينار وقع في محبرة رجل، أو دجاجة لقطت فصاً، فيجبر صاحب
 القليل منهم على البيع لصاحب الكثير.

وانظر مسألة الخوابي والأزيار والجملين والسنور والجدار.

قال المقري: «قاعدة: العمل بالراجح واجب بالإجماع، فتسقط المفسدة
 المرجوحة للمصلحة الراجحة إذا تعذر الجمع، بخلاف ما اختلف فيه المالكية
 وغيرهم من مخالطة يسير الحرام لكثير الحلال لإمكان الجمع بالإبراء والقسمة
 وغيرهما»^(١).

درء المفسد يقدم على جلب المصالح، قال الزقاق في المنهج:

درء المفسد مقدم على جلب المصالح فخذ ما نقلنا

وهي آخر قاعدة من المنهج.

وقال المقري: «قاعدة: عناية الشرع بدرء المفسد أشد من عنايته بجلب
 المصالح، فإن لم يظهر رجحان الجلب قدم الدرء»^(٢).

قال الشاطبي: «وأيضاً فإذا كانت المنافع لا تخلو من مضار وبالعكس؛

(١) يراجع: المنجور على المنهج، ص ٥٠١-٥٠٨.

(٢) المصدر السابق، ص ٧٢٦ وما بعدها.

فكيف يحتاج الإذن والنهي على الشيء الواحد، وكيف يقال: إن الأصل في الخمر مثلاً الإذن من حيث منفعة الانتشاء والتشجيع وطرده الهموم، والأصل فيها أيضاً المنع من حيث مضرة سلب العقل والصد عن ذكر الله وعن الصلاة، وهما لا ينفكان، أو يقال: الأصل في شرب الدواء المنع لمضرة شربه لكراهته وفضاعته ومرارته، والأصل فيه الإذن لأجل الانتفاع به، وهما غير منفيين.

فيكون الأصل في ذلك كله الإذن وعدم الإذن معاً، وذلك محال.

فإن قيل: المعتبر عند التعارض الراجح، فهو الذي ينسب إليه الحكم وما سواه في حكم المغفل المطروح.

فالجواب: أن هذا مما يشد ما تقدم؛ إذ هو دليل على أن المنافع ليس أصلها الإباحة بإطلاق، وأن المضار ليس أصلها المنع بإطلاق؛ بل الأمر في ذلك راجع إلى ما تقدم، وهو ما تقوم به الدنيا للآخرة، وإن كان في الطريق ضرر ما متوقع أو نفع ما مندفع^(١).

وقال الشاطبي: «وإن أمكن انجبار الإضرار ورفع جملة، فاعتبار الضرر العام أولى، فيمنع الجالب أو الدافع ما عم به؛ لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة؛ بدليل النهي عن تلقي السلع، وعن بيع الحاضر للبادي، واتفاق السلف على تضمين الصنّاع مع أن الأصل فيهم الأمانة وقد زادوا في مسجد رسول الله ﷺ من غيره مما رضي أهله وما لا، وذلك يقضي بتقديم مصلحة العموم على مصلحة الخصوص، لكن بحيث لا يلحق الخصوص مضرة»^(٢).

قال الشاطبي: «والصورة الثالثة: أن يقع التعارض في جهتين جزئيتين لا تدخل إحدهما تحت الأخرى، ولا ترجعان إلى كلية واحدة؛ كالمكلف لا يجد ماء ولا تيمماً، فهو بين أن يترك مقتضى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾، لمقتضى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا...﴾ إلى آخرها، أو يعكس؛ فإن الصلاة راجعة إلى

(١) الموافقات: ٦٧/٢.

(٢) المصدر السابق: ٥٣/٣.

كلية من الضروريات ، والطهارة راجعة إلى كلية من التحسينيات على قول من قال بذلك ، أو معارضة : ﴿ وَأَتَمِّمُوا الصَّلَاةَ ﴾ ، لقوله : ﴿ وَحَيْثُ مَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ ﴾ بالنسبة إلى من التبست عليه القبلة ؛ فالأصل أن الجزئي راجع في الترجيح إلى أصله الكلي ؛ فإن رجح الكلي فكذلك جزئيه ، أو لم يرجح فجزئيه مثله ؛ لأن الجزئي معتبر بكليه ، وقد ثبت ترجيحه فكذلك يترجح جزئيه .

وأيضاً فقد تقدم أن الجزئي خادم لكليته ، وليس الكلي بموجود في الخارج إلا في الجزئي ، فهو الحامل له ، حتى إذا انخرم فقد ينخرم الكلي ، فهذا إذا متضمن له ، فلو رجح غيره من الجزئيات غير الداخلة معه في كليه ، للزم ترجيح ذلك الغير على الكلي ، وقد فرضنا أن الكلي المفروض هو المقدم على الآخر ، فلا بد من تقديم جزئيه كذلك ، وقد انجر في هذه الصورة حكم الكليات الشاملة لهذه الجزئيات ، فلا حاجة إلى الكلام فيها ، مع أن أحكامها مقتبسة من كتاب المقاصد من هذا الكتاب . والحمد لله^(١) .

قال ابن القيم : « ومن أصول الشريعة : أنه إذا تعارضت المصلحة والمفسدة قُدِّمَ أرجحهما ، والغرر إنما نهى عنه لما فيه من الضرر بهما أو بأحدهما ، وفي المنع مما يحتاجون إليه من البيع ضرر أعظم من ضرر المخاطرة ، فلا يُزال أدنى الضررين بأعلاهما ، بل قاعدة الشريعة ضد ذلك ، وهو دفع أعلى الضررين باحتمال أدناهما ، ولهذا لما نهاهم عن المزابنة لما فيها من ربا أو مخاطرة ، أباحها لهم في العرايا للحاجة ؛ لأن ضرر المنع من ذلك أشد من ضرر المزابنة ، ولما حرم عليهم الميتة لما فيها من خبث التغذية ، أباحها لهم للضرورة ، ولما حرم عليهم النظر إلى الأجنبية ، أباح منه ما تدعو إليه الحاجة للخاطب والمعامل والشاهد والطبيب^(٢) . »

من هذه النصوص الجامعة جمعنا أطراف التعارض بين المصالح والمفاسد المتوقعة ، وأظهرنا أن الترجيح متعين .

(١) المصدر السابق : ٣٥١/٥ .

(٢) إعلام الموقعين .

فالعمل الراجح أمر مقطوع به، لكن الترجيح بين المصالح في أنفسها،
وبينها وبين المفاسد، وبين هذه في أنفسها؛ هو المرتقى الصعب والعقبة الكأداء.

فكم من خصمين يزعم كل منهما أنه على الحق القائم على الصالح العام!
وكم من فئتين اشتبكتا بالسلاح وَكَلَّمَاهُمَا تَزَعَمُ أَنَّهَا إِنَّمَا تَدَافِعُ عَنِ الْمَصْلَحَةِ
وتناضل ضد المفسدة!

فالذين ارتكبوا جريمة قتل أمير المؤمنين عثمان رضي الله عنه كانت تلك
مزاعمهم.

كما أن الذين اغتالوا أمير المؤمنين علياً رضي الله عنه كانت تلك دعواهم
الباطلة.

فإن الإشكال هو في الميزان، وهو ميزان أنزله الله سبحانه وتعالى: ﴿لَقَدْ
أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا يَا بَنِي إِدْرِيسَ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾
[الحديد: ٢٥]. لكنه ميزان الشرع والعقل.

* * *

المبحث السادس

مناقشة المصلحة بين النقل والعقل

لدى الشاطبي والطوفي والعز بن عبد السلام والتبريزي

وتبقى المشكلة هي مشكلة تحقيق المناط، أي: تقويم الواقع تقويماً سليماً لتحرّي المصالح المستجلبة وتقدير المفسدات المستدفة.

فالاختلاف في الوزن ليس اختلافاً في الأصل، كما أن العلاقة بين استجلاء المصلحة بالنقل أو بالعقل تمثل وجهاً آخر للمشكلة، فهل يُكتفى في المصلحة بعدم منافاة الشرع، أو لا بد من شاهد من الشرع لذلك؟

فالشرعية في مجال (العادات) كما يسميها الشاطبي إنما شرعت باعتبار المصالح جلباً والمفسدات درءاً، وهي المعاني المقصودة بخلاف العبادات.

يقول الشاطبي: «فإن قيل: هل يستتب هذان الوجهان في جميع الأحكام العادية والعبادية أم لا؟ فإن الذي يظهر لبدي الرأي أن قصد المسببات لازم في العادات لظهور وجوه المصالح فيها، بخلاف العبادات؛ فإنها مبنية على عدم معقولية المعنى، فهناك يستتب عدم الالتفات إلى المسببات؛ لأن المعاني المعلل بها راجعة إلى جنس المصالح فيها أو المفسدات، وهي ظاهرة في العادات وغير ظاهرة في العبادات، وإذا كان كذلك فالالتفات إلى المسببات والقصد إليها معتبر في العادات ولا سيما في المجتهد؛ فإن المجتهد إنما يتسع مجال اجتهاده بإجراء العلل والالتفات إليها، ولولا ذلك لم يستقم له إجراء الأحكام على وفق المصالح إلا بنص أو إجماع، فيبطل القياس، وذلك غير صحيح، فلا بد من الالتفات إلى المعاني التي شرعت لها الأحكام، والمعاني هي مسببات الأحكام.

أما العبادات فلما كان الغالب عليها فقد ظهر المعاني الخاصة بها، والرجوع إلى مقتضى النصوص فيها كان ترك الالتفات أجرى على مقصود الشارع فيها، والأمران بالنسبة إلى المقلد سواء في حقه أن لا يلتفت إلى المسببات إلا

فيما كان من مدركاته ومعلوماته العادية في التصرفات الشرعية»^(١).

وقال الشاطبي: «فإن قيل: قصد الشارع إلى المسببات والتفاته إليها دليل على مطلوبه القصد من المكلف، وإلا فليس المراد بالتكليف إلا مطابقة قصد المكلف لقصد الشارع؛ إذ لو خالفه لم يصح التكليف كما تبين في موضعه من هذا الكتاب، فإذا طابقه صح، فإذا فرضنا هذا المكلف غير قاصد للمسببات وقد فرضناها مقصودة للشارع، كان بذلك مخالفاً له، وكل تكليف قد خالف القصد فيه قصد الشارع، فباطل كما تبين، فهذا كذلك»^(٢).

قال الشاطبي: «والقاعدة المستمرة في أمثال هذه التفرقة بين العبادات والمعاملات؛ فما كان من العبادات لا يُكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة؛ لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن، إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات، فكذلك ما يتعلق بها من الشروط، وما كان من العبادات يُكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه. والله أعلم»^(٣).

إلا أن العلاقة بين العقل والمصلحة كانت تمثل حجر الزاوية في بعض آراء العز بن عبد السلام والطوفي. وفي هذا تندرج مقولة العز: «معظم مصالح الدنيا ومفاسدها معروفة بالعقل، وذلك معظم الشرائع»^(٤).

ويقول العز: «ومن أراد المتناسب والمصالح والمفاسد فليعرض ذلك على عقله بتقدير أن الشرع لم يرد، ثم يبني عليه الأحكام، فلا يكاد حكم منها يخرج عن ذلك إلا ما تعبد الله به عباده، ولم يقفهم على مصلحته ومفسدته»^(٥).

ولكنه في موضع آخر يربط العقل بالشرع؛ حيث يقول: «ومن تتبع مقاصد

(١) الموافقات: ٣١٩/١.

(٢) المصدر السابق: ٣١٦/١.

(٣) المصدر السابق: ٤٤٠/١.

(٤) الأحكام: ٦/١.

(٥) المصدر السابق: ٩/١.

الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد؛ حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك».

ويتجه حينئذ ما ذكره الطوفي في شرحه لمختصر الروضة؛ ونصه:

«قلت: اعلم أن هؤلاء الذين قسموا المصلحة إلى معتبرة وملغاة ومرسلة، ضرورية وغير ضرورية؛ تعسفوا وتكلفوا، والطريق إلى معرفة حكم المصالح أعم من هذا وأقرب، وذلك بأن نقول: قد ثبت مراعاة الشرع للمصلحة والمفسدة بالجملة إجماعاً، وحينئذ يقول: الفعل إن تضمن مصلحة مجردة حصلناها، وإن تضمن مفسدة مجردة نفيناها، وإن تضمن مصلحة من وجه ومفسدة من وجه؛ فإن استوى في نظرنا تحصيل المصلحة ودفع المفسدة توقفنا على المرجح، أو خيرنا بينهما، كما قيل في مَنْ لم يجد من السترة إلا ما يكفي أحد فرجيه فقط، هل يستر الدبر لأنه مكشوف أفحش، أو القبل لاستقباله القبلة؟ أو يتخير لتعارض المصلحتين والمفسدتين؟ وإن لم يستو ذلك بل ترجح أحد الأمرين تحصيل المصلحة أو دفع المفسدة فعلناه؛ لأن العمل بالراجح متعين شرعاً، وعلى هذه القاعدة يتخرج كل ما ذكره في تفصيلهم المصلحة».

أما المعتبرة شرعاً كالقياس؛ فمصلحته ظاهرة مجردة أو راجحة، وأما الملغاة كمنع زراعة العنب والشركة في سكنى الدور؛ فلأن المصلحة والمفسدة تعارضتا فيهما، لكن مصلحتهما ضعيفة ومفسدتهما عظيمة، فكان نفيهما أرجح لما يلزم من منع النفع المتحقق من زراعة العنب والشركة في السكنى، لأجل مفسدة موهومة وهي اعتصار الخمر وحصول الزنى، ولو سلم أن هذه المفسدة مظنونة لكنها غير قاطعة، والمصلحة التي تقابلها قاطعة فكان تحصيلها بالتزام المفسدة المظنونة أولى من العكس، وأيضاً فإن المفسدة المذكورة خاصة والمصلحة التي تقابلها عامة، والتزام مفسدة خاصة - أي: قليلة - لتحصيل مصلحة عامة كثيرة أولى من العكس.

وبيانه: أن منافع العنب كثيرة؛ فإنه يؤكل حصراً على حاله وطبيخاً وعباً وعصراً وزبيياً؛ فهذه خمس منافع، ولعل فيه غيرها، والممنوع من منافعه واحدة

وهي الخمر . ولهذا قال بعض أهل المعاني على لسان الشرع : ابن آدم لك ثمرة الكرم حصرماً وعنباً وعصيراً وزبيباً؛ فهن أربع لك، فاترك لي الخامسة: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ حُمُسُهُ﴾ [الأنفال: ٤١].

فتحصيل هذه المنافع المباحة بزراعة العنب أولى من تركها لمفسدة خصلة واحدة محرمة .

أما تعيين الصوم في كفارة رمضان على الموسر فليس يبعد إذا أدى إليه اجتهاد مجتهد، وليس ذلك من باب وضع الشرع بالرأي، بل هو من باب الاجتهاد بحسب المصلحة، أو من باب تخصيص العام المستفاد من ترك الاستفصال في حديث الأعرابي؛ وهو عام ضعيف، فيخص بهذا الاجتهاد المصلحة المناسب وتخصيص العموم طريق مهيع .

وقد فرق الشرع بين الغني والفقير في غير موضع، فليكن هذا من تلك المواضع .

وأما المصلحة الواقعة موقع التحسين أو الحاجة؛ كمباشرة الولي عقد النكاح وتسلطه على تزويج الصغيرة ونحو ذلك؛ فهي مصلحة محضة لا يعارضها مفسدة، فكان تحصيلها متعيناً .

وأما المصلحة الضرورية كحفظ الدين والعقل والنسب والعرض والمال؛ فهي وإن عارضتها المفسدة وهي: إتلاف المرتد والقاتل بالقتل، ويد السارق بالقطع، وإيلام الشارب والزاني والقاذف بالضرب، لكن نفي هذه المفسدة مرجوح بالنسبة إلى تحصيل تلك المصلحة، فكان تحصيلها متعيناً، وكذلك بيع المسجد والفرس الحبيس إذا تعطلت منفعة المقصودة منه تضمن مصلحة، وهي استخلاف منفعة الوقف المقصودة ببيعه، ومفسدة وهي إسقاط حق الله سبحانه وتعالى من عينه بعد ثبوته فيها، فنحن رجحنا تحصيل المصلحة وغيرنا رجح نفي المفسدة .

وعلى هذا تتخرج الأحكام عند تعارض المصالح والمفاسد فيها، أو عند تجردها، ولا حاجة بنا إلى التصرف فيها بتقسيم وتنويع لا يتحقق ويوجب الخلاف والتفرق، فإن هذه الطريقة التي ذكرناها إذا تحققها العاقل لم يستطع

إنكارها؛ لاضطرار عقله له إلى قبولها، ويصير الخلاف وفاقاً إن شاء الله تعالى»^(١).

وقد كان الطوفي أكثر صراحة في شرحه الأربعين النووية؛ حيث يقول: «أما المعاملات ونحوها فالمتبع فيها مصلحة الناس كما تقرر؛ فالمصلحة وباقي أدلة الشرع إما أن يتفقا أو يختلفا؛ فإن اتفقا فيها ونعمت، وإن اختلفا فإن أمكن الجمع فاجمع بينهما، وإن تعذر الجمع بينهما قدمت المصلحة على غيرها لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»؛ وهو خاص في نفي الضرر المستلزم لرعاية المصالح؛ فيجب تقديمه، ولأن المصلحة هي المقصودة من سياسة المكلفين بإثبات الأحكام، وباقي الأدلة كالوسائل، والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل»^(٢).

وعلى العكس من موقف الطوفي والعز بن عبد السلام فقد شدد بعض العلماء على أن المصالح مرجعها شرعي فقط، ويمثل أصرح أهل هذا الاتجاه التبريزي في كلامه الذي تقدم بنقل القرافي، وفيه أن المصلحة ليست مطلوبة بكل سبيل ولا بوساطة كل حكم، وانتهى إلى القول: «والسر أن المصالح ليست واجبة الرعاية، ولا أنها مرعية لصفة ذاتها عند أهل الحق، بل إنما استحقت الرعاية لموجب الخطاب ومقتضى الوضع والنصب. وله تعالى أن يلغي ما اعتبره في حالة أخرى من غير تأثير لتلك الحادثة.

ويقول: إن اعتبار جنس المصالح في جنس المصالح يعارضه إلغاء المصالح في جنس الأحكام»^(٣).

فبالنسبة لمدرسة التبريزي وهي مدرسة الجمهور بنسب متفاوتة، يكون النص نقطة الارتكاز للتعرف على المصلحة، ثم تتسع الدائرة لتشمل ما شهد له الشرع بالاعتبار شهادة لصيقة بالنص؛ كالمناسب المؤثر، ثم المناسب الملائم، لتقف في الحد الأعلى مع المناسب الملائم في الدرجة الثالثة، وهو الجنس في

(١) نجم الدين الطوفي، شرح مختصر الروضة: ٢١٤/٣.

(٢) نقلًا د. أحمد الريسوني، الاجتهاد، ص ٣٧، نقلًا عن مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، لعبد الوهاب خلاف.

(٣) المصدر السابق نفسه.

الجنس، والذي يسميه بعضهم بالغريب، وقد نفاه التبريزي، وتتوقف إذا لم تظهر شهادة معينة.

بينما تتسع الدائرة لتشمل المصالح المرسله؛ حيث لم تظهر شهادة معينة، وتكفي شهادة جنس تصرفات الشارع دون أن تكون هناك منافاة للشرع، وهذا ما تشير إليه أقوال بعض المالكية.

أما الطوفي فإن نقطة الدائرة عنده هي المصلحة التي تتدرج في الاتساع حسب معيار المصلحة العقلية النفعية التي قد توقف النص بدلاً من أن تتوقف أمامه، فتصبح الملغاة معتبرة، خلافاً لجمهور أهل العلم، وإن كانت أقوال بعضهم قد توهم شيئاً من هذا القبيل ككلام العز بن عبد السلام الذي أشرنا إليه، والذي يرى أن تعرض القضايا على العقل كما لو أن الشرع لم يرد. ولعله يريد به أن التوافق بين العقل والنقل أمر مسلم به.

وهذه القضية يمكن أن تضبط بالمقاصد الشرعية التي تمثل سقفاً لمطالب العقل ومقتضيات النقل، مع نظر المآلات التي تربط مصالح الدنيا بعواقب الآخرة.

* * *

المبحث السابع

فروق بين المصلحة المرسلة وبين بعض المصطلحات المشابهة

وقبل أن نختم هذا البحث نوجز فروقاً بين المصالح المرسلة وما يتداخل معها من مصطلحات شرعية . وهذه فروق موجزة :

وأخيراً: فإن المصالح المرسلة قد تلتبس بالمناسب الملائم من حيث وجود المناسبة في كل منهما، وعسر وضع حدود الاعتبار، وقد تلتبس بالبدعة من حيث إن كلاً منهما إحداث حكم زائد على منصوص الشارع، وبخاصة إذا كان الأمر مسكوتاً عنه .

وتلتبس المصلحة المرسلة بالرخصة؛ حيث إن كلاً منهما قد ترفع حكماً . وقد تلتبس بالاستحسان في أن كلاً منهما قد يبيح أمراً قد تشمله قاعدة تحريم .

فنقول: إنه يجب أن نفرق بين المصلحة المرسلة وبين المناسب الملائم؛ بأن هذا الأخير هو قياس عند القائل بالجنس في الجنس لوجود أصل ما للاعتبار . وقد قدمنا الحديث عن المناسب والمناسبة .

والمصلحة المرسلة دليلها هي المقاصد، وهي معانٍ قال عنها الغزالي: «وكون هذه المعاني مقصودة عرف لا بدليل واحد، بل بأدلة كثيرة لا حصر لها من الكتاب والسنة، وقرائن الأحوال تفاريق الأمارات، فسمي لذلك مصلحة مرسلة»^(١) .

هذا ما يقوله أبو حامد الغزالي رحمه الله تعالى، وهذا ما يقوله المالكية

(١) المستصفي: ٤١٤/٢ .

كالشاطبي؛ فكيف ينكر المصلحة المرسله الواقعة في رتبتي الحاجي والتحسيني إذا كانت بهذه المثابة .

ونفرق بين المصلحة المرسله وبين البدعة فباعتبار هذه الأخيرة في التعدييات، وقد قام مقتضاها في عهده عليه الصلاة والسلام ولم يفعلها .

قال الشاطبي: «وأما الضربان الأولان - وهما في الحقيقة فعل أو ترك لما سكت الشارع عن فعله أو تركه - فمن أين يعلم مخالفتها لقصد الشارع، أو أنها مما يخالف المشروع؟ وهما لم يتواردا مع المشروع على محل واحد، بل هما في المعنى كالمصالح المرسله، والبدع إنما أحدثت لمصالح يدعيها أهلها ويزعمون أنها غير مخالفة لقصد الشارع ولا لوضع الأعمال، أما القصد فمسلم بالفرض، وأما الفعل فلم يشرع الشارع فعلاً نوقض بهذا العمل المحدث، ولا تركاً لشيء فعله هذا المحدث؛ كترك الصلاة وشرب الخمر بل حقيقته أنه أمر مسكوت عنه عند الشارع، والمسكوت من الشارع لا يقتضي مخالفة ولا موافقة، ولا يفهم للشارع قصد معين دون ضده وخلافه؛ فإذا كان كذلك رجعنا إلى النظر في وجوه المصالح، فما وجدنا فيه مصلحة قبلناه إعمالاً للمصالح المرسله، وما وجدنا فيه مفسدة تركناه إعمالاً للمصالح أيضاً، وما لم نجد فيه هذا ولا هذا فهو كسائر المباحات إعمالاً للمصالح المرسله أيضاً؛ فالحاصل أن كل محدثة يفرض ذمها تساوي المحدثه في المعنى؛ فما وجه ذم هذه ومدح هذه؟ ولا نص يدل على المدح ولا ذم على الخصوص .

وتقرير الجواب ما ذكره مالك، وأن السكوت عن حكم الفعل أو الترك هنا - إذا وجد المعنى المقتضي للفعل أو الترك - إجماع من كل ساكت على أن لا زائد على ما كان، وهو غاية في تحصيل هذا المعنى . . .

وأطال فيها النفس حيث ختم كلامه بقوله: وعلى هذا النحو جرى بعضهم في تحريم نكاح المحلل أنها بدعة منكورة من حيث وجد في زمانه عليه الصلاة والسلام المعنى المقتضي للتخفيف والترخيص للزوجين بإجازة التحليل ليراجعا كما كانا أول مرة، وأنه لما لم يشرع ذلك مع حرص امرأة رفاة على رجوعها إليه؛ دلّ على أن التحليل ليس بمشروع لها ولا لغيرها، وهو أصل صحيح إذا اعتبر وضح به الفرق بين ما هو من البدع وما ليس منها، ودل على أن وجود

المعنى المقتضي مع عدم التشريع دليل على قصد الشارع إلى عدم الزيادة على ما كان موجوداً قبل، فإذا زاد الزائد ظهر أنه مخالف لقصد الشارع فبطل»^(١).

ويجب التفريق بين المصلحة المرسلّة وبين الاستحسان؛ بأن الاستحسان استثناء من كليّ لدليل قد يكون مصلحة أو عرفاً أو نصّاً عند من يسميه استحساناً، فيشترط فيه أن يكون له معارض مرجوح كما يقول القرافي، فهو أخص من المصالح المرسلّة.

وإن كان الاستثناء قد يكون بالمصلحة أو مستندها كما يقول الشاطبي؛ فإن مجال المصلحة أوسع.

«وبين المصلحة المرسلّة وبين الرخصة: أن كون الشيء مقتصرأ به على موضع الحاجة خاصة من خواص الرخص أيضاً لا بد منه، وهو الفاصل بين ما شرع من الحاجيات الكلية، وما شرع من الرخص، فإن شرعية الرخص جزئية»^(٢).

وبه نختّم البحث في دليل المصلحة المرسلّة، وتبين مما سقناه أنه دليل عمل به الأئمة بمقادير متفاوتة، وإن كان حامل لوائه ومتصدر أئدائه إمام أهل المدينة وورث فقه عمر ومن بعده من فقهاء المدينة: مالك بن أنس رحمه الله تعالى.

* * *

(١) الموافقات: ٣/١٦٠.

(٢) المصدر السابق: ١/٤٦٧.

خلاصة القول

إن عبارات العلماء من مختلف المدارس ليست متباينة عن بعضها البعض، فعندما يشترط إمام الحرمين أن يكون مقارباً للأصول التي يشهد بها الشرع، وأن ذلك مذهب الشافعي وأصحاب أبي حنيفة والغزالي من جنس ما شهد له الشرع بالاعتبار.

ويرد القرافي بأننا لا نقول إلا بما شهد الشرع لجنسه.

ويتفق المالكية مع الشافعية في تحكيم المقاصد الشرعية والإشارة إليها على أساس أنها ضابطة للمصالح الشرعية.

كما يتفقون في اعتبار الموازنة بين المصالح فيما بينهما، وبين المصالح والمفاسد كمعيار آخر؛ وهو المعيار الذي ذكره الغزالي وفصله القرافي.

فهذه ثلاثة معايير ليس مختلفاً فيها.

فما هو محل الاختلاف؟

أولاً: إن محل الاختلاف عند التحقيق يتمثل في اعتبار الغزالي للمصالح التي تقع في مرتبة الضرورات، بينما اعتبر المالكية تلك الواقعة في مرتبة الحاجة والتحسين، ولم يؤكدوا على القطعية ولا الكلية كتأكيد الغزالي.

ثانياً: في مفهوم المناسبة أو شهادة الجنس؛ فمن المعلوم أن اعتبار جنس الوصف في جنس الحكم قد اختلف العلماء في الاعتداد به في القياس، وفي اللقب الذي يطلق عليه؛ فهو من نوع المناسب الملائم عند بعضهم، وهو عند البعض الآخر نوع من المناسب الغريب؛ فعلى الأولى يعتد به، وعلى الثاني لا يعتد به. وفي الحالتين لا ينطبق عليه تعريف المناسب المرسل، وإن كان ابن الهمام أطلق على اعتبار جنس الوصف في جنس الحكم اسم المصلحة المرسلة. واختلف الحنفية في اعتباره مسلماً للعلة أو دليلاً غير قياس، فتعين أن شهادة

الجنس عند من يقول به من المالكية ليست من باب الملائم بالمعنى الأخص . بل قد صرحوا بأن المرسل لم يشهد له الشرع باعتبار ولا بإلغاء، إلا أن بعضهم يضيف أن هذه الشهادة المقصودة تعني أنه لم يشهد له أصل معين، وإلا فإن أدلة كثيرة وقرائن شتى وتفاريق الأدلة حسب عبارة الغزالي رحمه الله تعالى تشهد له . وهذا يعني أن المرسل يشهد له جنس الأدلة الشرعية ولكن ليس له شاهد معين من جنسه احترازاً من القياس .

ثالثاً: نرى اختلافاً على بعض الفروع كأمثلة التي ساقها الشافعية للتشنيع على المالكية، وهي أمثلة انتفى المالكية عن بعضها فلم تثبت . ولو ثبت بعضها كان ذلك اختلافاً في تحقيق المصلحة وتقديرها، وليس اختلافاً في المبادئ .

ومع كل ما تقدم فإن تتبع فروع المذاهب المختلفة كما يقول - بحق - القرافي يؤكد أنها تقول بالمصالح المرسلة .

ولعل الإشكال هو بين من يعتبر الربط الواصب بين الاعتبار الشرعي للمصلحة والاستدلال بها؛ أي: أن الشرع دليل للمصلحة، وعلى هذا أكثر العلماء، وبين من يعتبر أن المصلحة دليل على المشروعية .

ويمكن أن يكون الطوفي رائد هذه المدرسة، كما أنه مذهب المعتزلة، وفي كلام العز بن عبد السلام ما يستروح منه ذلك وخاصة في العاديات دون التعدييات .

ولعل أفضل جمع بين الفريقين ووصل بين القبيلتين وربط بين الحقلين حقل المصلحة وحقل النصوص الشرعية تحكيم المقاصد وشهادتها؛ فهي من جهة ضابط لمقاصد الشارع، ومن جهة جامعة لمصالح الإنسان الأساسية .

وبذلك نتجنب تحكيم العقل المجرد المصاب بالعمه لتشريع أحكام لمصالح ألقى الشارع اعتبارها، وذلك في قضايا تخالف الكتاب والسنة والإجماع؛ كتحریم تعدد الزوجات، ومساواة الرجل والمرأة في الإرث، وجعل الطلاق حقاً لكل من الجنسين متذرعين بالمصلحة والحكمة: ﴿ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، ﴿ أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴾ [الملك: ١٤]، ﴿ أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَلَمُ تَبَارَكَ اللَّهُ رَبُّ الْعَالَمِينَ ﴾ [الأعراف: ٥٤] .

مع أن تلك القضايا ظهر ببرهان العقل والتجربة عوارها .
والمصلحة؛ ولو سلم أنها تنهض دليلاً، فإنما ذلك حيث لم يوقفها النص،
وحينئذ فإنها تصبح ملغاة بسطان الشرع .

ومن قبيل المصالح المرسلة في القضايا المعاصرة: قضايا التعامل مع
وسائل النقل الحديثة؛ كإيجاب الحصول على رخصة للسماح بقيادة المركبات
البرية والجوية والبحرية .

واحترام إشارات المرور والعبور وأنظمة السير، وما يترتب على المخالف،
وكذلك ما يتعلق بإيجاب وثائق التعريف وجوازات السفر وبطاقات التطعيم عن
بعض الأمراض، ووضع الضرائب على الأثرياء أو على بعض السلع عندما لا يكون
في مصادر الدخل الأخرى سداد لضرورات شؤون الدولة، وبخاصة فيما يتعلق
بالأمن والصحة والقضاء .

وهي مسألة اختلف فيها أبو إسحاق الشاطبي مع شيخه سعيد بن لب اختلافاً
شديداً؛ حيث رأى الشاطبي جواز ترتيب الضرائب في الظروف الخاصة بضوابط
معينة وجعله من قبيل المصالح المرسلة، وأنكر ذلك ابن لب .

وكذلك فإن العلاقات الدولية والمنظمات الدولية يمكن اعتبارها
بالمصلحة؛ وهي من نوع المصالح المرسلة التي توزن فيها المصالح والمفاسد .
فمثلاً العلاقة مع الأمم المتحدة وبين دول العالم الضعيفة التي لها مصلحة في
حماية نفسها بغطاء القانون الدولي حسب المستطاع، والتي تمثل منبراً لإسراع
صوتها حتى ولو كان في حالات كثيرة خافتاً .

كما أن العلاقة مع صندوق النقد الدولي تحمل أوجهاً من المصالح
والمفاسد؛ فهي من جهة توفر قروضاً لهذه الدول ولو بنسب بسيطة، ولكنها من
جهة أخرى تجعل الحكومات في هذه الدول تستمرئ هذه القروض التي تنفق
لتجد نفسها رهينة الديون والفوائد المتركمة، ولتصبح عليها وصاية كاملة قد لا
تسمح لها بتنفيذ بعض المشاريع الاجتماعية وتوظيف العاطلين ودعم بعض السلع
الاستهلاكية الضرورية . وهنا فإن ميزان المصالح والمفاسد يجب أن يراعى .

وفي منظمة اتفاقية التجارة العالمية (الغات) فإن مراعاة هذا الميزان

ضرورية؛ حيث تضطر لفتح أسواقها ورفع الحماية عن منتجاتها التي لا تستطيع منافسة المنتج الأجنبي . وبالتالي فإن المنتجات الزراعية والسلع المصنوعة محلياً قد يعترها من الكساد ما يعطل عجلة الإنتاج في الدول الناشئة، وتصبح فئات من المجتمع مدعوة إلى هجر ميادين العمل لتزيد أعداد العاطلين .

وإلى جانب هذا الانفتاح المفروض تفرض قيود على ما يسمى بالملكية الفكرية والتكنولوجيا المتطورة التي لا يمكن لهذه الدول أن تستفيد منها إلا مقابل ثمن باهظ؛ فهي اتفاقية بامتياز لصالح طرف واحد يختل فيها ميزان المصلحة، وإنما يسوغ الدخول فيها بسبب الإكراه الذي يمارس على دول العالم الثالث . فقضية المصلحة المرسله يمكن أن تعتبر في هذا المجال أيضاً .

ومما يمكن أن يعتبر من قبيل المصالح المرسله: تبني بعض النظم المعاصرة؛ كنظام انتخاب مجلس الشورى، وتحديد المدة الزمنية لأعضاء البرلمان وصلاحياتها - التي يجب أن لا تصل إلى صلاحية تشريع يبيح المحرمات أو يهدر الواجبات الشرعية -، وإنما تكون قراراتها في بعض الجوانب التي تخدم قصد الشارع في إقامة العدل وتحصيل المصالح والتنظيم الإداري والمحافظة على السلم الاجتماعي .

ولها شواهد؛ وهي أمثلة مثل بها المالكية للمصالح المرسله ترشيح عمر من طرف أبي بكر ليكون خليفة، وكتعيينه لسته من الصحابة لاختيار الخليفة .

وكما رتبها الماوردي من أنواع الوزارات والترتيبات الإدارية التي لا سابق لها ولا سند لها إلا المصلحة .

وكذلك آليات التعامل الدولي والانخراط في مختلف المنظمات ذات الأهداف الإنسانية، ولذلك شواهد من جنسه في المعاهدات الإسلامية، وفي حديث حلف الفضول وغيره .

والله سبحانه وتعالى ولي التوفيق .

* * *

مراجع البحث

- ١- ابن حنبل، حاشية على جمع الجوامع، الطبعة الحجرية.
- ٢- ابن عاصم أبوبكر، العاصمية.
- ٣- ابن عبد السلام، العز، قواعد الأحكام.
- ٤- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين.
- ٥- الطرق الحكمية.
- ٦ - أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، دار السلام للنشر والتوزيع.
- ٧- ابن رشد، أبو الوليد، بداية المجتهد - مع الهداية، للغماري، عالم الكتب.
- ٨- أبوزهرة، محمد، الشافعي، دار الفكر العربي.
- ٩ - البوطي، محمد سعيد، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة.
- ١٠ - حسان، حسين حامد، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبي.
- ١١ - الدريني، محمد فتحي، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، مؤسسة الرسالة
- ١٢ - الريسوني، أحمد، الاجتهاد، دار الفكر.
- ١٣ - الزرقاني، عبد الباقي، شرح على مختصر خليل، دار الفكر.
- ١٤ - الزركشي، نجم الدين، البحر المحيط، تحقيق: د. محمد محمد تامر، مكتبة الباز.

- ١٥ - الطوفي، نجم الدين، شرح مختصر الروضة، تحقيق: د. التركي، مؤسسة الرسالة.
- ١٦ - العلوي، سيدي عبد الله، نشر البنود على مراقي السعود.
- ١٧ - الغزالي، أبو حامد، المستصفى، تحقيق: د. محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة.
- ١٨ - . . . ، المنخول، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، دار الفكر.
- ١٩ - . . . ، شفاء الغليل، تحقيق: د. أحمد الكبيسي، دار الإرشاد.
- ٢٠ - الفيلاي، العمل المطلق، مخطوط.
- ٢١ - القرافي، شهاب الدين، نفائس الأصول في شرح المحصول، دار الكتب العلمية.
- ٢٢ - السبكي، تاج الدين، الإبهاج على المنهاج، أطروحة نور الدين صغيري جامعة أم القرى.
- ٢٣ - الشاطبي، أبو إسحاق، الاعتصام.
- ٢٤ - . . . ، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور آل سليمان، دار عفان.
- ٢٥ - مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، دار السلام للنشر والتوزيع.
- ٢٦ - المنجور، أحمد بن علي، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، دار عبد الله الشنقيطي.
- ٢٧ - الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، تحقيق: أحمد الخطابي.

* * *

لمصالح المرسله ومجال حجيتها

اعداد

آية الله محمد سعيد علي لتسخيري

الأمين العام للجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية
الجمهورية الإسلامية الإيرانية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تمهيد:

الحمد لله، والصلاة والسلام على خير النبيين محمد، وآله الطيبين وصحبه
المتتبعين، وبعد:

فإن الاختلاف معروف في حجية المصالح المرسله؛ حيث ذهب الإمامان
مالك وأحمد إلى الحجية، وغالى فيها الطوفي - وهو من علماء الحنابلة -،
وعارضها الشافعي؛ فرأى أن من استصلح - كمن استحسن - فقد شرع^(١)، أما
الغزالي فيرى - إجمالاً - أنه إن كانت المصلحة ضرورية وقطعية وكلية كشفت عن
وجود الحكم^(٢)، واختلفت النسبة إلى الحنفية، أما الشيعة فيرفضون العمل بها
إلا إذا كانت قطعية، فإن كانت ظنية اختصت حجيتها بمعنى ضرورة الطاعة بقيام
الحاكم الشرعي بالأمر بها في خصوص الموضوعات الخارجية - وذلك عند من
يقول منهم بولاية الفقيه، وسنستعرض الأمر بإيجاز.

تعريف المصلحة:

والمقصود بالمصلحة هي: المحافظة على مقصود الشارع (الحفاظ على
الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال) كما يعرفها الغزالي^(٣)، أو السبب
المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة (وهو ما يقصده لحقه)، أو عادة (وهو ما يقصده
لنفع العباد)^(٤).

(١) مصادر التشريع الإسلامي فيما لانص فيه لعبد الوهاب خلاف، ص ٧٣ - ٨١.

(٢) المستصفي: ١/١٤١.

(٣) المصدر السابق نفسه.

(٤) مصادر التشريع، ص ٩٣.

أما الإرسال فقد يراد به ما يكتشفه العقل، أو يراد به ما يدخل تحت^(١) النصوص العامة دون الاعتماد على نص خاص، وأردف بعضهم بينها وبين الاستصلاح وعرفها الشيخ الزحيلي بأنها: «الأوصاف التي تلائم تصرفات الشارع ومقاصده، ولكن لم يشهد لها دليل من الشرع بالاعتبار أو الإلغاء، ويحصل من ربط الحكم بها جلب مصلحة أو دفع مفسدة عن الناس»^(٢).

أما السيد محمد تقي الحكيم فلم يركز على تعريف معين، وإنما رأى أن تعرض الأحكام وتحاكم على أساس ما ينتظمها من الأدلة نفيًا أو إثباتًا على أساس من تعدد المفاهيم^(٣).

خلاصة أدلة المنبئين ومناقشتها:

١ - إن الأحكام الشرعية جاءت لتحقيق مصالح العباد، وهي أمور يدرك العقل حسننها، وهي تختص بباب المعاملات.

وواضح أن هذا يبتنى على القول بالتحسين والتقييح العقليين أولاً، والقول بإمكان إدراك العقل لوجود الحسن الذاتي في هذا الفعل قطعاً، ولا يكفي مجرد إدراك وجود مقتضى الحسن دون إدراك وجود الشرائط وانتفاء الموانع.

٢ - إن حدوث الوقائع وتجدد الحوادث مستمر، فيجب فتح باب التشريع بالاستصلاح، وإلا لضاعت الشريعة ولم تعد مرنة ولا خالدة، وهو ما استُدلَّ به للقياس والاستحسان أيضاً.

فما ذكره الشيخ الزحيلي (حفظه الله) عند تقرير هذا الدليل أن اعتبار جنس المصالح في جملة الأحكام؛ يوجب اعتبار ظن هذه المصلحة في تحليل هذه الأحكام، لأن العمل بالظن واجب، لا أراه يستقيم إلا إذا قام على اعتبار الظن دليل قطعي، ولا قطع في البين.

(١) الأصول العامة للفقهاء المقارن، ص ٣٨٣.

(٢) بحثه المقدم إلى ندوة الفقه الإسلامي بمسقط، شهر شعبان، عام ١٤٠٨ هـ.

(٣) الأصول العامة، ص ٣٨٣.

والحقيقة أن مرونة الشريعة لا تتوقف على ذلك بعد ورود الأحكام الكلية التي تتطور مصاديقها، وبعد وجود مراتب من الأحكام فيها كما بالنسبة للعناوين الثانوية والولائية. كما سيأتي.

٣- الاستدلال بفعل الأصحاب مما يشكل سيرة تكشف عن رضا الشرع بها.

والحقيقة نحن لا نعلم الوجهة التي انطلقوا فيها في تصرفاتهم؛ أهو القياس أم الاستحسان أم المصالح المرسلة، أو أنهم عملوا بالنصوص العامة؟

٤- الاستدلال بحديث: «لا ضرر ولا ضرار»^(١) الثابت عنه عليه السلام، وقد ركز عليه الطوفي واعتبره مخصصاً لكل الأدلة الأولية.

وقد ناقشه السيد الحكيم بأمرين:

الأول: أن المخصص إنما يخصص لو كانت نسبته أخص مطلقاً (أكرم العلماء، لا تكرم زيداً)، ولكن نسبة حديث (لا ضرر) إلى أدلة الأحكام هي العموم والخصوص من وجه، ولكن حديث (لا ضرر) مع ذلك يقدم على أدلة الأحكام الأولية من باب أنه ناظر ومفسر لها، والقرينة تقدم على ذي القرينة.

الثاني: أن النسبة بين الضرر والمصلحة ليست التناقض، وإنما هما ضدان لهما ثالث، فانتفاء الضرر لا يستلزم ثبوت المصلحة.

ويضيف: «إن حديث لا ضرر رافع للتكليف لا مشرع، فهو لا يتعرض إلى أكثر من ارتفاع الأحكام الضرورية عن موضوعاتها، أما إثبات أحكام آخر فلا يتعرض لها، وإنما المرجع فيه إلى أدلتها الأخرى»، ثم يناقش غلو الطوفي في المصالح المرسلة مقدماً إياها حتى على النصوص والإجماع، ناقلاً نصاً طويلاً عنه يتحدث فيه عما حدث من التشاجر بسبب النصوص، وعلق عليه بقوله: «ومع الغض عن ما في نصه من خطائية وتطويل، فإن الاختلاف ضرورة لا يمكن دفعها عن البشر، وهو لا يستدعي الصراع والخصام المذهبي ما دام أصحابه يسرون

(١) رواه مسلم والنسائي، وجاء في المصادر الإمامية.

ضمن نطاق الاجتهاد بموضوعية تامة»^(١).

ويعلق الشيخ الزحيلي على الشيخ الطوفي^(٢) بأنه «لا يُتصور تصادم بين النصوص والمصالح، وأن المصلحة هي محل الخلاف والتنازع».

والذي أراه: أن الطوفي جانبَ الحقيقة في غلوه، وأن إشكال السيد الحكيم وارد عليه، والغلو ينحرف بالإنسان - حتى العالم منه - عن جادة الصواب، وإلا فما معنى أن يترك المسلم نصّاً أو نصوصاً ثابتة واضحة لمجرد أنه يرى المصلحة الظنية تخالفها؟! .

خلاصة أدلة النفاة:

١ - إن الأخذ بها اتباع للهوى بحجة المصلحة، والحقيقة أنه من باب التلذذ والتشهي؛ وهذا أمر صحيح حتى ولو تصورنا ظناً أن هذه المصلحة تنسجم مع مقاصد الشرع، وأن القائل بها من أهل الاجتهاد، لأن الظن لا يغني عن الحق شيئاً، ولأن الظن لا يملك بنفسه الحجية - بخلاف القطع فإن حجيته ذاتية لا يمكن سلبها - نعم إذا قام على اعتبار الظن دليل قطعي أخذنا به، والمفروض أنه لم يقم، فالعمل به كالعمل بالاستحسان - بمعنى ما ينقدح في ذهن المجتهد - هو اتباع للهوى.

٢ - إن الشريعة كاملة ومستوفية لحوائج الناس، وهو سبحانه قال مستكراً: ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى﴾ [القيامة: ٣٦].

ولكن يستطيع أنصار الاستصلاح أن يقولوا بأن العقول التي تكشف عن المصالح هي أيضاً من لطف الله تعالى، ويمكن أن تعتمد عليها الشريعة.

(١) الأصول العامة، ص ٣٩٨.

(٢) ويعتبره من غلاة الشيعة تبعاً لابن رجب، مع أنه من علماء الحنابلة في القرن الثامن (راجع: مصادر التشريع، ص ٨٠)، والرسالة جاءت تتحدث عن أصول المالكية، ولم يذكره الشيعة في فهارسهم (راجع: موسوعة طبقات الشيعة للشيخ السبحاني، المقدمة، القسم الثاني) ثم إن نفس إيمانه بالمصالح المرسلة يكشف عن عدم تشيعه.

٣ - ما قاله الإمام الغزالي من أن المصلحة المرسلّة تعرف من خلال الكتاب والسنة والإجماع، فلا تشكل أصلاً مستقلاً.

وجوابه: أن القائلين يفترضون أنها قد تستكشف بالعقل، فتشكل أصلاً مستقلاً، أو فلنقل: تدخل في إطار حجّية مدرّكات العقل. ويوجد هنا بحث مستقل يأتي في مدى حجّية مدرّكات العقل.

٤ - ما ذكره الأمّدي من أن «المصالح المرسلّة مردودة بين ما عهد من الشارع اعتباره، وما عهد منه إلغاؤه، وليس إلحاقه بأحدها أولى من الآخر».

ويجب الشيخ الزحيلي بأن: «اشتمال الوصف على مصلحة راجحة ومفسدة مرجوحة يجعل اعتباره أرجح من إلغائه؛ لأن الشارع رأى مبدأ المصالح في تشريع الأحكام مما يغلب على الظن اعتبار المناسب المرسل، فيجب العمل به؛ لأن العمل بالظن واجب، وأيضاً فإن المصالح التي ألغاه الشارع قليلة بالنسبة للمصالح التي اعتبرها، فيلحق الحكم بالأعم الأغلب». والجواب غير تام، فإن الظن كما قلنا لا يملك إلا كشفاً ناقصاً عن الحقيقة على الأقل في ذهن الظان، فيجب أن يقوم دليل شرعي قطعي يعتبره ويتمم كشفه اعتباراً، فلا معنى للقول بأن العمل بالظن واجب (إلا على مبنى القائلين بانسداد باب العلم تماماً، وهو مبنى مرفوض لانفتاح الطرق العلمية).

ثم إن القول بقلة المصالح الملغاة نفسه يحتاج إلى دليل، وحتى مع فرض قلتها فإن مجرد احتمال أن تكون هذه المصلحة منها يلغي الحجّية؛ لأن الشك في الحجّية كافٍ للقطع بعدمها.

نعم ما ذكره السيد الحكيم من أن القائلين بالاستصلاح يدعون أن المصلحة معتبرة شرعاً عند اكتشافها بطريق العقل، فليست مرددة بين الاعتبار والإلغاء، يصلح جواباً على هذا الدليل، ولكن الكلام كله في دليل الاعتبار.

٥ - ما ذكره الشيخ الزحيلي من أن الأخذ بالمصالح المرسلّة يؤدي إلى النيل من وحدة التشريع وعمومه، فتختلف الأحكام باختلاف الأزمان والأحوال والأشخاص.

وأجاب عنه بأن مجال العمل بالمصلحة المرسله هو حيث لا نص على اعتبار المصلحة أو إلغائها، فلا يتنافى مع وحدة التشريع وعمومه، بل هو ينسجم مع خلود الشريعة والمصلحة العامة، ولكن الخوف كله من الغالين المفرطين أو المتبعين للأهواء .

تعليقات توضح الموقف النهائي:

أولاً: إن ما نركز عليه في بحوث أصول الفقه هي (الحجية) بلوازمها، وهي:

١ - المعذرية: ويراد بها حكم العقل بلزوم قبول اعتذار الإنسان إذا عمل على وفق الحجة الملزمة وأخطأ الواقع .

٢ - المنجزية: ويراد بها اعتبار ما تقوم به الحجة من الأمور الموصلة إلى الواقع؛ بحيث يسوغ للمشرع أن يعاقب إذا قدر لها إصابة الواقع مع تخلف المكلف .

٣ - صحة الأخبار عن مؤدى ما قامت عليه الحجة، ونسبته لمن صدرت عنه، وهو هنا المشرع الحقيقي: الله تعالى .

فيجب أن يقوم على اعتبار الأصل دليلاً قطعياً من الشارع، والقطع - كما مر - حجيته ذاتية لا تتخلف، أما الظن فليس بحجة إلا أن يقوم عليه دليل قطعي، فالقول بأن اتباع الظن واجب على إطلاقه لا يصح .

ومن هنا فإن استفدنا المصلحة من النصوص والقواعد العامة المعتمدة؛ فهو أمر مقبول، لكن لا يشكل أصلاً مستقلاً، بل هو اتباع للسنة الشريفة .

وإن استفدناها من العقل، فيجب أن يكون إدراكها كاملاً بجميع ما يتعلق بها في عوالم تأثيرها بتوفر شروطها، وانتفاء موانعها .

أما الإدراك الناقص والظني كاحتمال وجود مزاحم لها، أو إلحاقها بالأعم الأغلب، فذلك لا يوفر الحجية .

ثانياً: تحدثنا في بحث سابق^(١)، عن الفروق بين الأحكام الشرعية الفتوائية، والأوامر الولائية التي يصدرها ولي الأمر الشرعي، ولخصناها فيما يلي:

١- إن الأحكام الأولية الشرعية هي أحكام الشارع المقدس، يتم كشفها من قبل الفقيه، أما الأوامر الولائية فهي تصدر من الولي بمقتضى صلاحياته.

٢- إن الأحكام الشرعية كلها غير مطبقة على موضوعاتها الخارجية، في حين أن الأوامر الولائية تعبر عن تطبيق حكم كلي على مصاديقه.

٣- إن الأحكام الشرعية تقوم على أساس مصالح ومفاسد في ذوات الأشياء، يلحظها الشارع (جل جلاله) ويصدر حكمه فيها، أما الأوامر الولائية فهي تتبع المصالح التي يدركها الحاكم الشرعي.

٤- الأوامر الولائية تعبر عن مقتضيات المصلحة التي يراها ولي الأمر؛ فهي أوامر مؤقتة، أما الأحكام الشرعية الأولية فهي حكم الأشياء الدائم في رأي الإسلام.

ونضيف هنا فنقول: إن الحاكم الشرعي الذي يراد له إدارة الأمور، وملء منطقة المباحات بالشكل المناسب، لا يشترط له إصدار أوامره بعد القطع بالمصلحة، وإنما يكفي الظن العرفي. وحينئذ فإذا رأى الحاكم المصلحة في قانون معين مستمداً ذلك من انسجامها مع مقاصد الشرع الاجتماعية، والمؤشرات التطبيقية التي أعطاها إياها الإسلام من قبيل قوله تعالى: ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾ [الحشر: ٧]، وهي كثيرة ذكرنا بعضاً منها فيما أشرنا إليه من بحث، وقد يختار الحاكم فتوى شرعية، ويقدمها على غيرها ظناً منه بأنها الأكثر تحقيقاً للمصلحة الاجتماعية، حتى لو يكن هو شخصياً قد توصل بالبحث العلمي إليها، فإنها تكون واجبة الاتباع استناداً لأمره تعالى بإطاعة ولي الأمر الشرعي.

(١) قدمناه إلى الدورة العاشرة من مجمع الفقه الإسلامي، تحت عنوان (العمل الحكومي).

وبناءً على هذا؛ فإننا لم نخرج عما رسمناه من لزوم تحصيل الحجة، ولكننا على صعيد الفتوى نلتزم بلزوم تحصيل القطع لإصدار الحكم الشرعي؛ لأن ما يصل إليه الفقيه حكم شرعي دائم، أما ما يصدره ولي الأمر فهو أمر ولائي يأتي بمقتضى صلاحياته الشرعية، فهو مؤقت ما دامت المصلحة في نظره قائمة.

ومن هنا نقول بضرورة التوقف في مجال الفتيا عن إصدار الفتاوى القائمة على أساس المصالح المرسله، اللهم إلا إذا أدرك الفقيه المصلحة القطعية، وأدرك تحقق شروطها وانتفاء ما يزاهاها؛ وهو أمر بعيد المنال، ثم يوكل أمر العمل بالمصالح المرسله للحاكم الشرعي ليقوم بإصدار أوامره على أساس منها، وذلك لأمرين:

أولاً: لأنه لا يلزم في المجال الاجتماعي الإداري تحقق القطع، بل يكفي الظن العرفي المقبول كأساس لإصدار الأوامر الولائية.

ثانياً: لأن ولي الأمر يملك المعلومات الأوسع والخبراء الأكثر لكي يصل إلى المصلحة ويعرف جوانبها.

ثالثاً: لأن ما يصدره يبقى أمراً مؤقتاً ما دامت المصلحة، وهذا الأمر لا ينسب إلى الإسلام مباشرة، بل هو أمر ينسجم مع التعاليم الإسلامية في رأي الحاكم الشرعي.

ومن هنا أيضاً وجدنا الدستور الإسلامي الإيراني - رغم أنه يقوم أساساً على الفقه الإمامي ويلتزم به - يطرح في مادته رقم (١١٢) تشكيل مجلس يسميه (مجلس تشخيص مصلحة النظام)، ويقرر الموقف في مجال اختلاف (مجلس الشورى الإسلامي) مع (مجلس صيانة الدستور) حول موضوع ما، كما يشير على القائد مقترحاً السياسات العامة للبلاد حسب تصوره للمقاصد الإسلامية الاجتماعية.

وبهذا نفسه نستطيع أن نتحدث عن الجوانب التطبيقية للمصالح المرسله في شتى المجالات من القضايا المستحدثة، سواء في المجال الاقتصادي

كاستحداث الوسائل الجماعية لتنمية الأموال، أو في المجال الاجتماعي كاستحداث أنظمة الانتخابات، وباقي المجالات الأخرى فإن ملاك الأمر فيها واحد.

رابعاً: ولما كان الأمر خطيراً على مستوى الفتوى الفردية؛ فإنه يجب تأكيد الفقيه من وجود المصلحة المرسلة، وتحقيق شروطها التأثيرية، وعدم وجود موانع لها أو مصالح مزاحمة تتقدم عليها، وهو أمر صعب مستصعب. وحتى المجامع الفقهية رغم أنها أقل تعرضاً لأخطار الغفلة، يجب أن تتأكد يقيناً من تلك الأمور، وأن لا تسارع في إصدار فتواها. وإن كنا نعتقد أن فتواها تستطيع أن تسد فراغاً في المناطق التي لا تملك حاكماً شرعياً مؤهلاً لسد الفراغ.

ويكالم هذه الوظيفة في تلك المناطق لهذه المجامع أمر يضطر إليه، ولكنه على أي حال أفضل وأشد احتياطاً من إيكالها إلى الفرد حتى لو كان فقيهاً ورعاً.

خامساً: وهناك أمر خطير آخر وهو لزوم مراعاة مصلحة الأمة جمعاء، وتقديمها على المصلحة الفردية أو القطرية أو الإقليمية، وهو أمر بديهي تحكمه قوانين التزاحم المقبولة شرعاً؛ حيث إن المعيار فيها هو تقديم الأهم على المهم. وقد تحدثنا عنها في مقال قدمناه إلى مجمع الفقه الإسلامي تحت عنوان (الاستحسان)، بعد أن قبلنا الاستحسان بمعنى هذا التقديم.

وننبه هنا إلى أن الأمر قد يشبهه فلا تلحظ هذه المصلحة العليا، مع أن النصوص الإسلامية تركز على المجموع الإسلامي العام ومصالحه وحدوده وتوازنه وتكافله، والاستفادة من كل موارد الأمة وطاقاتها لصالح المجموع.

سادساً: تكثر الموارد التي تذكر للاستصلاح، ولكننا بعد التأمل فيها نجدها أحياناً تطبيقاً للقواعد الفقهية الكلية، أو المفاهيم العامة التي جاء الأمر بها، أو إجراءً لقياس، أو تطبيقاً لأحكام ثانوية كالضرر والحرج والتزاحم وسد الذرائع، وأمثال ذلك؛ بحيث يمكن القول بأن قسطاً كبيراً مما يضرب من أمثلة لا يعد من باب الاستصلاح، والله تعالى هو العالم.

* * *

المصلحة المرندة

إعداد
الدكتور محمد داتي شبيخون ماما لعينين
رئيس المجلس العلمي الإقليمي
لولاية جهة الغرب الشارقة بني أحسن
عضو الجمع المنتدب عمه المملكة المغربية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على حبيبنا ونبينا محمد أفضل الأنبياء والمرسلين، وعلى آل كلِّ وصحب كلِّ أجمعين، وبعد:

المصلحة المرسلة مصطلح دخل إلى ساحة المعارف الفقهية ابتداء من عهد الإمام مالك - رضي الله عنه -، وهو كما يفهم من لفظه: تعبير يحدد معنى حكم أصدر على واقعة لم يحفظ لها حكم ولا لأخرى تشابهها في علة الحكم، ويراد من إعطائه لتلك الواقعة تحقيق مصلحة ظاهرة لا يتعارض تحقيقها مع أي نص شرعي ثابت بالنص أو القياس أو الاجتهاد، فيستنبط لها المجتهد حكماً مستنداً في إصداره على تحقيق تلك المصلحة، بشرط أن لا يمس تحقيقها بغيرها لها دليل منصوص، أو أخرى يحقق تنفيذها مصلحة أكثر منها فائدة، ولا يمكن الجمع بينها من حيث التنفيذ.

وقبل الدخول في الأحكام التي بنيت عليها المصالح المرسلة، والحالات التي تم تطبيقها فيها، والنتائج التي سنخرج بها من دراستنا لها، ولكي يتم جمع كل أحكام ذلك، بما أمكن من الاختصار والوضوح، فسأقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث هي:

- ١- تعريف المصالح المرسلة وتاريخ نشوئها.
- ٢- أهم التطبيقات التي تم اعتماد المصلحة المرسلة فيها.
- ٣- أهم المستجدات التي يمكن تطبيقها عليها في العصر الحالي.

* * *

المبحث الأول

تعريف المصلحة المرسلة وتاريخ نشوئها

هذا الأصل أطلق عليه إمام الحرمين، وابن السمعاني - كل واحد منهما حسب ما أطلق عليه - لفظه: (الاستدلال)، وأطلق عليه الخوارزمي: الاستصلاح، وذلك لما تكلم عليه في كتابه (الكافي): أما المالكية؛ فقد احتفظوا له بتسمية المصلحة المرسلة، مع استعمال التعاريف الثلاثة.

قال صاحب (مراقي السعود) من متأخري المالكية:

والوصف حيث الاعتبار يجهل هو الاستصلاح وقيل المرسل^(١)

وفسّر الغزالي وإمام الحرمين المصلحة المرسلة بما مضمونه عند كل واحد منهما:

«بأن يوجد معنى يشعر بالحكم مناسب له عقلاً، ولا يوجد أصل متفق عليه، والتعليل المصور جارٍ فيه، وفسره ابن برهان في الأوسط: بأن لا يستند إلى أصل كلي ولا جزئي، وأضاف: وفيه مذاهب:

أحدها: منع التمسك به مطلقاً، وهو قول الأكثرين، ومنهم القاضي وأتباعه، وحكاه ابن برهان عن الشافعي، قال الإمام: وبه قال طوائف من متكلمي الأصحاب، ونظر إليه الخوارزمي من حيث جلب المصالح للخلق ودفع المفاسد عنهم.

الثاني: الجواز مطلقاً، وهو المحكي عن مالك - رحمه الله -، قال إمام الحرمين في البرهان: وأفرط في القول فيه حتى جرّه إلى استحلال القتل، وأخذ

(١) نظم في أصول الفقه، للسيد عبد الله بن الحاج إبراهيم العلوي الشنيطي، له عدة مؤلفات؛ منها: نشر البنود على مراقي السعود، وقد اعتمد في نظمه على عدة مراجع أصولية، وأساساً على: الآيات البيّنات، لحللولو؛ وجمع الجوامع، لابن السبكي.

المال لمصالح تقتضيها في غالب الظن، وإن لم يجد لها مستنداً، وحكاه غيره
قولاً قديماً عن الشافعي، وسيرد نفي هذا القول عن مالك لإمام الحرمين أيضاً.

والثالث: إن كانت المصلحة ملائمة لأصل كلي من أصول الشرع، أو
لأصل جزئي جاز بناء الأحكام عليها، وإلا فلا، ونسبه ابن برهان في (الوجيز)
لشافعي، وقال: إنه الحق المختار.

فإذا تناولنا هذا المصطلح من خلال تعريفي: الاستدلال والاستصلاح،
جرنا ذلك إلى وضع أسئلة لينجلي لنا المقصود من كل من التعبيرين:

أولاً: الاستدلال؛ هل يراد به حكم معلوم على واقعة مجهولة أم العكس؟
ومهما تناولنا هذا اللفظ بحسب أي التعبيرين، فإن القصد عند واضعيه يبقى تبرير
السبل التي يريدون استنباط الدليل بواسطتها غير واضح الدليل بالنسبة للجل،
ذلك أن لفظة (الاستدلال) إذا أريد بها علم الدليل فتكون أعم من مدلول الكلمة
هنا، ويتبادر إلى الذهن أنك تعتمد على نص معلوم لإعطاء حكم لتازلة معروضة،
وعلى هذا؛ فلا بد من واقعة حادثة، يطبق عليها نص معلوم، وهذان العنصران غير
متوفرين من المتبادر إلى الذهن من هذا التعريف بالنسبة للمراد من المصلحة
المرسلة.

ثم ننظر في لقب الاستصلاح، فهي أيضاً تشعر بتوفر خلل في معلوم،
واتخاذ أداة لإصلاحه، لينسجم المقصود مع المنطوق، يتضح لنا من خلال هذا
التعليق أن أفضل التعاريف وأكثرها إحاطة بأحدية المدلول الذي يستعمل في هذا
الصدد؛ هي: المصلحة المرسلة، وهي التعريف الذي أطلقه عليه المالكية عند
نشوء هذه النظرية.

وقد تبع اختلافهم على تسمية المصطلح، اختلافهم في الموقف الشرعي
منه حسب الفئات التي أشرت إليها أعلاه، وقد نسب إلى الإمام مالك من خلال
تلك التقسيمات القول بأنه أخذ بالمصلحة المرسلة إلى درجة القتل، دون أن
يكون قصاصاً، أو بسبب خروج على الجماعة، أو جزاء للشيب الزاني، وإنني
أشك في أن مالكا قال بهذا الحكم؛ لأن إزهاق نفس البريء لا تبيحه أية شريعة من
الشرائع إلا في العيش والكرامة، فإله قال مخاطباً بني إسرائيل: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا

أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأَذُنَ بِالْأَذُنِ وَالْيَسْنَ
بِالْيَسَنِ وَالْجُرُوحَ فِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ، فَهُوَ كَقَارَةٍ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا
أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿المائدة: ٤٥﴾.

إذا تتبعنا الآيات والأحاديث في مكان غير هذا؛ لتبين أن قتل النفس لا
يبيحه أي عالم إلا في مسائل الحدود المنصوصة، والإمام مالك أكثر ورعاً من أن
يجعل التحقيق من أجل البحث عن فعل قد يكون المقتول ليس هو الذي ارتكبه،
أقول: إن مالكا لا يمكن أن يستخدم المصلحة في هذا الاعتبار الذي إذا وصل إلى
قتل البريء، سيحولها من مصلحة إلى مفسدة، ومالك - أيضاً - لا شك أنه اطلع
على الحديث الذي رواه أبو داود والترمذي والنسائي عن علي - رضي الله عنه -
وقد سئل: هل خصه رسول الله ﷺ بشيء؟ قال: لا، إلا ما في هذا، وأخرج كتاباً
من قراب سيفه وإذا فيه: «المؤمنون تنكافأ دماؤهم، وهم يد على من سواهم، ألا
لا يقتل مسلم بكافر، ولا ذو عهد في عهده».

هذه النصوص الصريحة الواضحة الدلالة، تجعلنا نشك في أن مالكا أباح
قتل النفس أثناء التحقيق لانتزاع الاعتراف استخداماً لمصلحة مرسلة، هي البحث
عن معرفة الجاني، فالجويني - رحمه الله - قال: «وأفرط مالك في الأخذ بها
(المصلحة المرسلة)، حتى جره ذلك إلى استحلال القتل»، وهذا يصعب قبول
نسبته للإمام مالك، وقد أنكر غير واحد من الفقهاء نسبة هذا القول إلى مالك،
ومنهم أبو العز في حواشيه على كتاب البرهان، وأنكره ابن شاس أيضاً في
التحرير، واستنكره القرطبي فقال: «ذهب الشافعي ومعظم أصحاب أبي حنيفة
إلى الاعتماد عليه، قال: وقد اجترأ إمام الحرمين، وجازف فيما نسب إلى مالك
من الإفراط في هذا الأصل، وهذا لا يوجد في كتاب مالك ولا في شيء من كتب
أصحابه»^(١).

يجعلني هذا أبدي ملاحظة أساسية؛ وهي: ضرورة التمييز بين أقوال
الأئمة، وبين بعض الروايات التي نسبها إليهم أتباعهم في فترات بعيدة عن زمن

(١) كتاب البحر المحيط، للزرکشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي:

حياتهم، وما يجر ذلك من عدم التطابق بين تلك الأقوال وبين أقوال الأئمة، ولا سبيل إلى تمحيص ذلك اليوم إلا عن طريق المجامع المتخصصة.

أما أن يكون الإمام جواز التعرّيم والحبس وأخذ الأموال لمصلحة، اقتضت ذلك فيمكن قبوله، لإمكانية إدخاله في التدابير الموكولة لولي الأمر، ولم يقل بها وحده؛ إذ أورد في (بداية المجتهد) قولاً في ذلك عن الشافعي أيضاً^(١).

وأوقف فريق من العلماء العمل بالمصلحة المرسلة على شروط نجمها فيما يلي:

١ - أن تكون تخدم إحدى الضروريات الخمس: وهي التي تنبني على حفظها مقاصد الشرع، وهي: حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وقد قال ابن عاصم في مرتقى الأصول مبيناً لها:

مقاصد الشرع ثلاث تعتبر وأصلها ما بالضرورة اشتهر
واتفقت في شأنها الشرائع إن كان أصلاً وسواه تابع
وهو الذي برعيه استقرا صلاح دنيا وصلاح أخرى
وذاك حفظ الدين ثم العقل والنفس والمال معاً والنسل

فإذا حصلت المنفعة، وخدمت إحدى هذه الكليات، اعتبرت المصلحة المرسلة أصلاً يتمسك به المالكية، ويوافقهم بعض فقهاء المذاهب الأخرى، واشترط الشافعي حسبما نسبه إليه الشاطبي في الاعتصام: التمسك بالمعنى الذي لم يستند إلى أصل صحيح، لكن بشرط قربه من معاني الأصول الثابتة، وادعى أن معظم الحنابلة أيده في هذا.

أما القرافي، فإنه ذهب إلى أبعد من ذلك، فقال فيما نسبه له ابن رشد في البداية: «هي عند التحقيق في جميع المذاهب؛ لأنهم يعقدون ويقومون بالمناسبة، ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار، ولا يعني الأخذ بالمصلحة المرسلة إلا ذلك».

ثم عزا ابن رشد للبغدادي عدم وجود خلاف كبير بين مالك والشافعي في

(١) بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد: ٢٧٩/١.

أصل المسألة، إذ قال مالك: إن المجتهد إذا استقرأ موارد الشرع ومصادره، أفضى نظره إلى رعاية المصالح، ما لم يصادمها أصل من أصول الشريعة، وقد حكى عن الشافعي الأخذ بالمصلحة المعتبرة بأصل معين، لأن من أخذ بالمصلحة غير المعتبرة، فقد أخذ بالمرسلة.

قال في (مراقي السعود):

والوصف حيث الاعتبار يجهل هو الاستصلاح وقيل المرسل

٢- أن تكون هذه المصلحة قطعية.

٣- أن تكون كلية.

* * *

المبحث الثاني

أهم التطبيقات التي تم اعتماد المصلحة المرسلّة فيها

قال الزركشي: إذا كانت المصلحة ملائمة لأصل كلي من أصول الشرع، أو لأصل جزئي؛ جاز بناء الأحكام عليها، وإلا فلا، ونسب ابن برهان في (الوجيز) للشافعي، وقال: إنه الحق المختار، ومثّل لذلك بالمطلقة الرجعية، بأنه لا يحل وطؤها؛ لأن العدة شرعت لبراءة الرحم، وعضد إمام الحرمين أخذ الشافعي بها، وكذلك بعض من الحنفية، إذ بنوا بعض الأحكام على المصالح المرسلّة.

ونسب الزركشي إلى الخوارزمي بأن ظاهر كلام الشافعي يقتضي اعتبارها وتعليق أحكام الشرع بها، لكن إذا قيدناه بهذا انسلخت المسألة من المصالح المرسلّة، فإنه إذا شرط التقريب من الأصول الممهدة، وفسره بالملاءمة كان من باب القياس في الأسباب، فيكون من قسم المعتمد، وبه يخرج من الإرسال^(١).

قال ابن برهان في الأوسط: «لا يظن بمالك على جلالته أن يرسل النفس على سجيته وطبيعتها، فيتبع المصالح الجامدة التي لا تستند إلى أصول الشرع بحال، لا على كلي ولا على جزئي، إلا أن أصحابه سمعوا أنه بنى الأحكام على المصالح المطلقة، فأطلقوا النقل عنه في ذلك، وإليه ذهب إمام الحرمين في باب ترجيح الأقيسة فقال: ولا نرى التعليق عندنا بكل مصلحة، ولم ير ذلك أحد من العلماء، ومن ظن ذلك بمالك فقد أخطأ».

ويعضد تبرئة الإمام مالك من هذا الغلو في الأخذ بالمصلحة المرسلّة إلى مناقضة أهم الكليات الخمس، وهي أولها في الترتيب (حفظ النفس)، هذه الشهادات التي قال بها علماء من خارج المذهب انتصاراً منهم للحق، كل ذلك يجعلنا نجزم بأن الأخذ بالمصلحة إلى درجة قتل النفس، أمر قبيح على مالك ولم يقل به بتاتاً كما قدمنا.

(١) كتاب البحر المحيط: ٧٦/٦-٧٧.

أما مستند المالكية في المصلحة المرسلة، فقد حدده ناظم (مراقي السعود) بقوله:

والوصف حيث الاعتبار يجهل هو الاستصلاح وقيل المرسل
نقبله لعمل الصحابة كالنقط للمصحف والكتابة
تولية الصديق للفاروق وهدم جار مسجد للضيقة
وعمل السكة تجديد النُدا والسجن تدوين الدواوين بدا

قال في شرحه المسمى (نشر البنود): يعني أن الوصف المناسب، إذا جهل اعتبار الشارع له بأن لم يدل دليل على اعتباره ولا على إلغائه، فإنه يسمى بالاستصلاح وبالمرسل وبالمصالح المرسلة، سمي بالاستصلاح لما فيه من مطلق المصلحة للناس، وبالمرسل لإرساله، أي: بإهماله عما يدل على اعتباره أو إلغائه.

«نقبله لعمل الصحابة»، قال سيدي عبد الله: نقبله نحن معشر المالكية، فنجوز العمل به رعاية للمصلحة، حتى جاوز مالك ضرب المتهم بالسرقة ليقر، فجواز ضرب المتهم بالسرقة، جواز الضرب هو الحكم، وتوقع الإقرار هو المصلحة المرسلة، والمراد بالمتهم بالسرقة المعروف بها.

ومستند المالكية في اعتماد هذا الحكم هو عمل الصحابة؛ لأنهم كانوا يتعلقون بالمصالح في وجوه الرأي ما لم يدل الدليل على إلغاء تلك المصلحة، وقال الأكثرون: لا يجوز ضرب المتهم بالسرقة لإمكانية براءته؛ لأن ترك ضرب المذنب أهون من ضرب بريء.

يتضح من هذا أن المالكية استنبطوا حكم المصلحة المرسلة من عمل الصحابة، مثل: تولية أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - أمر الخلافة من بعده لأمر المؤمنين عمر بن الخطاب، وكذلك تنقيط المصحف، وكتابته، وضرب السكة، وتجديد النداء للصلاة، كما يستنبط حكم الضرب من السجن، ومن تلك المصالح أيضاً تأسيس الدواوين.

إذن فهذه المصالح ابتدأت مبكراً في صدر الدولة الإسلامية، لكن الذي تأخر هو تسميتها، وليست وحدها في ذلك، فكثير من ألقاب أصول وأحكام

المسائل لم تحمل الألقاب التي هي عليها إلا عندما بدأ علم المصطلح يأخذ مكانته في ساحة التداول العلمي الإسلامي، لأن علم المصطلح من مبتكرات الإسلام.

كما يتبين أن الذي وقع هو نوع من التوسع في مجالات تطبيقها، لأن وضعها يمكن أن ينبني عليه حكم وقائع تحدث، فتأتي المصالح المرسله لتُسَدَّ غياب النص الشرعي فيها، يتجلى لنا هذا في الأمثلة التي ضربها مراقبي السعود وهي: تولية ولي العهد، وضرب السكة، وحسب السارق، وتدوين الدواوين، ومثل هذه الحالات أخذة اليوم في الانتشار مع تنوع مستجدات الحياة، مما نتج عنه كثير من المعاملات لا يحفظ أي نص ولا اجتهاد تطبق أحكامه عليها، ولا سبيل إلى معرفة حكم الإسلام منها إلا إذا أعملت في شأنها المصالح المرسله.

وإن تطبيقها اليوم - إذا استخدمت كل الشروط التي استعرضنا بعضاً منها في المبحث الأول من هذه الدراسة، واتخذ في سبيله علماء الإسلام عن طريق هذا المجمع فتوى موحدة - سيجعل منها مبدأ عاماً تضافرت فيه كل المذاهب، ولم يبق خاصاً بمذهب دون مذهب.

وهي أيضاً من المبادئ المرنة التي يمكن بوساطتها استحواذ الحكم الإسلامي على جميع الطوائر التي لم تتعمد انتهاك المحرمات، ومن خلال إعمالها نبعد الحيرة عن كثير من المستثمرين والمستهلكين في العالم الإسلامي، الذين أصبح يؤرقهم تنامي الصناعات والبضائع التي لم يحفظ في حكمها نص بالاعتبار ولا بالإلغاء.

إن اعتماد صياغة أسلوب موحد يعتمد نفس الشروط بعد تمحيصها، وإدخال آراء الفقهاء القدماء إليها خصوصاً، أولئك الذين لم ينكروها، ولهم ملاحظات على بعض تطبيقاتها إذا ما نقّحت من طرف علماء المسلمين داخل المجامع الفقهية التي جعلت الاجتهاد ينتقل من اجتهاد فردي إلى الاجتهاد الجماعي، الذي في ظله يمكن تهذيب وتوسيع هذا الأصل، فسيزيد من سعة صدر التشريع الإسلامي لقبول كل المستجدات التي لا تُعدُّ من المحرمات، وهو الواقع الذي يفسر صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان.

* * *

المبحث الثالث

المجالات التي يمكن أن تكون ميداناً فسيحاً لتطبيق المصالح المرسلة

هذا المبدأ كما رأينا سابقاً، شكّل عمل الصحابة مصدراً، استأنس به القائلون بهذا الأصل، فكلما وجدنا ظاهرة علمية، أو واقعة اجتماعية، أو صفقة اقتصادية، أو برنامجاً تثقيفياً، أو بصفة عامة أي مكسب يمكن أن يحقق نفعاً، ويخدم مصلحة عامة، ومحققة، ولا يناقض أية قاعدة أمرة من قواعد التشريع الإسلامي، وأعوذنا إيجاد دليل نطبقه عليه من الأدلة المعروفة بطريقة النص أو القياس أو الاجتهاد بشروطه، فإذا أعوزنا ذلك عند حلول الواقعة أو ميلاد المستجد، عندها يتعين علينا استخدام المصلحة، قال ابن عاصم في (مرتقى الأصول):

وأصله تحصيل قصد الشارع في دفع فاسد وجلب نافع

ولقد فصل الغزالي كيفية التعامل معها في كتابه (المستصفي) فقال ما مضمونه: إن هذه المصالح المرسلة تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

١ - قسم شهد الشرع باعتباره .

٢ - قسم شهد ببطلانه .

٣ - قسم لم يشهد ببطلانه ولا باعتباره، فإننا نستعمل فيه الأدلة من إجماع أو اجتهاد أو قياس، ومثاله: تحريمنا لكل مسكر قياساً على الخمر، بسبب إزالة العقل الذي هو مناط التكليف^(١).

(١) القصة ذكرها ابن خلكان في الوفيات: ١٤٥/٦؛ وذكرها الشيخ أحمد بن محمد المقرئ التلمساني في نفح الطيب: ١١/٢.

والذي لم يشهد الشرع لا لاعتباره ولا لبطلانه، ومثله فتوى يحيى بن يحيى الليثي، فقد قال ابن الفياض: «جمع الأمير عبد الرحمن بن الحكم الفقهاء في قصره، وكان وقع على جارية يحبها في رمضان، ثم ندم غاية الندم، فسألهم عن التوبة والكفارة، فقال يحيى: تكفّر بصوم شهرين متتابعين، فلما بادر يحيى بهذه الفتيا، سكت الفقهاء حتى خرجوا، فقال بعضهم له: لِمَ لَمْ تُفْتِ بمذهب مالك بالتخيير؟ فقال: لو فتحنا له هذا الباب، سهل عليه أن يظأ كل يوم ويعتق رقبة، ولكن حملته على أصعب الأمور لثلا يعود»^(١).

فالمالكية عندهم أن هذه الكفارة ليست على الترتيب، وإنما الإنسان مخير بين العتق أو الصوم أو الإطعام، وإلى ذلك أشار (مرتقى الأصول) بقوله:

ومنه ما الترتيب فيه جَارٍ مثاله كفارة الظهار
ومنه بالعكس كالصوم في ما قد أتى كفارة للحلف
فالفرض منهما على التخيير وذلك المراد عند الجمهور

هذه هي السبل التي ينبغي على العالم أو جهة التشريع الإفتاء باتباعها، عند دراسة الوقائع المستجدة، حتى يُستخرج لها حكم شرعي، وفق المقاييس المتقدمة، لا ينافض حكم الشارع.

وهذه المسألة الثالثة التي تكلم عنها المستصفي، فهي تلك التي لم يبطلها الشرع، ولم يعتبرها من خلال نص معين، وهي الأساس أثناء دراسة المصالح المرسله، والتي تدعو إليها حاجة الأمة اليوم، أكثر من أي وقت مضى، فالاكتشافات العلمية، والمستجدات الكونية، والتراكمات الاجتماعية، أصبحت تُعجُّ بها الساحة الإنسانية، إضافة إلى ماردِ العولمة الآخذة في الانتشار، عبر إكراهات اقتصادية، وقانونية، واجتماعية، تريد اجتثاث أي ضعيف من الحيِّر الذي يشغله، فهي ترغم الوحدات البشرية دولاً كانت أو أمماً للانصهار في بوتقة

(١) واعتبرها محمد فال بن باب العلوي من المسائل التي اتخذ فيها علماء المالكية المصلحة المرسله، وذلك في شرح مخطوط أعده على مرتقى الأصول، حققه طالبان من جامعة نواكشوط، ولازال مخطوطاً، توجد صورة منه بمكتبة كاتب هذا البحث.

إملاءاتها، لتكيفها مع التشريعات التي تريدها أن تكون مكرسة لغلبة القوي في عالم استخف فيه الإنسان بتعاليم الخالق .

أمام هذا التدافع بين الحق، مجسداً في نصوص الشريعة الإسلامية، وبين الباطل الذي أخذ يتقمص أفعنة متنوعة، يجب على علماء الإسلام الرجوع إلى مصادر الشريعة؛ ليتم استخراج قوانين إسلامية، تضبط تعاملهم، وكيفية تلقيهم لمنتوج غيرهم، ممن لا يهمه إلا امتلاك الثروة دون التقيد بأي قيد ديني أو حتى أخلاقي، فالاستفادة من الثورة التكنولوجية واجب وفرض كفاية، لأنها داخلية في تعلم العلم الذي هو ركيزة أساسية من ركائز المنهج الإسلامي، ولكن تجنب صنع الحرام، وتناوله واستهلاكه والاتجار به، والابتعاد عن ذلك هو أيضاً مبدأ من مبادئ الإسلام، والمقاربة التي تقتضيها محاولة العمل ضمن حد فاصل بين هذين المتناقضين، أمر يتطلب سنَّ الأحكام بتفهم عميق للنصوص، واستخدام كل آليات البحث العلمي، لإدراك مقصد الشارع، دون إرغام الشريعة الإسلامية على الانجرار وراء مناهج تحرم كثيراً من استعمالاتها، وتختلف مع جل مصادرها .

أما ما أشارت إليه رسالة المجمع من حيث الحالات التي يمكن أن تستعمل فيها المصالح المرسلة، فيمكن إعطاء أجوبة عنه فيما يلي :

فمن المسائل التي أصبح الواقع يلح على إصدار الحكم الشرعي في كثير من نتائجها؛ هي : علم الجينات الذي يغطي الساحة الإنسانية باختراعات قد تكون أدهشت حتى الباحثين أنفسهم، وعطاؤها أخذ يكتسح المختبرات والمستشفيات، مما إذا لم تستحدث له ضوابط فعالة، فسيجعل مصير كرامة الكائن البشري في متناول العابثين بالقيم، المتحللين من تعاليم الله، والمدعمين سفههم بأسلحة العلم، إضافة إلى أولئك الذين لا تقيدهم الضوابط الدينية، إذ تدفعهم علمانيتهم إلى البحث عن المكسب مهما كان مصدره، فهذا الجانب من استخدام هذا العلم لا بد للمسلمين من الوقوف أمامه، ولن يتأتى لهم ذلك إلا باستخراج القواعد التي تطبق عليه بإعمال المصالح المرسلة بأسلوب يجعلها مفيدة حتى لغير المسلمين .

والذي يمكن تجنبه بإصدار التوجيه الإسلامي، لضوابط اقتصاد استبعد عند إعداد خططه، كل ما يخالف أحكامه، فيتم سن الحكم الشرعي إذا توفرت شروط المصلحة المرسلة، وهو أمر تستدعيه كثير من المستجدات، حتى في

العبادات، فمثلاً سفر السواح اليوم من أجل الترفيه على النفس، مع ما يحقُّه عند الكثيرين من وسائل النزهة التي تختفي معها قطعاً علة المشقة في كثير من الأسفار اليوم عبر وسائل النقل الحديثة، سواء كانت مملوكة أو مأجورة، وما يوفر للمسافر خلالها من مختلف رغباته، وما يجده أمامه من وسائل الراحة، تسوق إلى التساؤل عن حكم الإفطار، وإذا لم يعمم على مختلف الأسفار، فإن أسفار السياحة والترفيه تتطلب إخراج حكم بناء على الإرسال يحد من نقشي الإقدام على ذلك، قال في مرتقى الأصول:

ومتصرف في حالة الأسفار يمنع من قصر ومن إفطار هذا عن تطبيقات المصلحة بصفة عامة، ويمكن أن نخصص هذا العموم بإفراد فقرة مستقلة لبعض المبادئ الأساسية في الحياة العملية اليوم، ولنبدأ بالفضاء الاقتصادي:

إذا نحن أخذنا بنموذج أو نموذجين من أهم التعاريف التي أطلقها العلماء على هذا المجال، لتبين لنا أنه مكان فسيح لاستعمال المصلحة المرسله في شتى نظرياته التي لم تنطلق أساساً من العمليات الربوية، أو الصنائع المحرمة. وقبل سرد بعض التعريفات، نورد حديثاً يبين سعة الفضاء الاقتصادي في الإسلام.

روى الترمذي عن ابن عباس قال: «كان أهل الجاهلية يأكلون أشياء، ويتركون أشياء تقدرأ، فبعث الله نبيه ﷺ وأنزل كتابه، وأحل حلاله، وحرم حرامه، فما أحل فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو»، إن دائرة العفو هاته هي التي تتطلب إعمال المصلحة المرسله لاستخراج الأحكام الشرعية للمستجدات وفق الشروط السابقة داخل دائرة ما هو مباح.

إن غياب ابتكارنا وجشع استهلاكنا نحن المسلمين، وسكوت تشريعاتنا لا يؤدي إلا إلى ما قاله الأستاذ إبراهيم الغويل في مقدمة كتابه (معالجة الإسلام لمشكلات الاقتصاد)، وذلك عندما قال: «وهكذا فإنه على العربي والمسلم (بالمعنى الجغرافي الواسع) والمتخلف إذا أراد أن يتخلص من عقد هلع الافتقار إلى المنتجات المتمثل في جشع فقرائنا، وعدم توفر الكفاية لهم، ويظهر في منع

أغنيائنا وبخلهم وسرفهم»، نضيف إلى ذلك ضمنهم باستثمار أموالهم في البلاد الإسلامية.

فإذا تم استدلالنا بحديث فاطمة بنت قيس الذي رواه الترمذي: «في المال حق سوى الزكاة»، ثم أخذنا ببعض التعاريف الاقتصادية المعاصرة؛ مثل تعريف (جاك كلود) بقوله: امتلاك رأس مال قصد الحصول على دخل، ويرادفه في المدلول توظيف قيمة المنقول.

إن مما يدفعنا إلى التفكير في سن منهج متطور للاقتصاد الإسلامي حسب متطلبات العصر، تعمل المصالح المرسلة في كل ما خرج عن أحكام أمهات النظريات المعمول بها لإيجاد الحكم الشرعي له، هو أن تعاريف كتب الاقتصاد الوضعي العالمي اليوم لا تنطلق في مجمل تعاريفها إلا من تدابير داخلية في منطقة المباح، لتتخذ كل الوسائل التي ستحقق هدفه، ويتضح جلياً عدم التنافر بين تعاريف جل علماء هذا الاقتصاد، وبين التدابير التي يمكن أن تنطلق من تسديد موارد ومصادر الثروة بطريقة تضمن وفرة الإنتاج، فإذا استشهدنا ولو بقليل من تعاريف هذا الاقتصاد المتناثر على ساحة الدول العلمانية بالتركيز على المعطيات الربوية، لجرّنا ذلك إلى توجيه نداء مُلحٍّ للدول الإسلامية، للعمل على تدارك الأمر بإصدار المنهج الاقتصادي الإسلامي عن طريق هذا المجمع، تحت مظلة منظمة المؤتمر الإسلامي.

فما هو تعريف علم الاقتصاد؟

عرّفه آدم سميث: «بأنه علم الثروة، أو هو العلم الذي يختص بدراسة وسائل اغتناء الأمم».

أما المارشال فقال: «الاقتصاد هو العلم الذي يتعلق بدراسة تصرفات الإنسان المالية في حياته اليومية، وعلى الأخص بكيفية حيازة الثروة وكيفية إنفاقها».

التعريف الثالث وإليه ذهب (روينز) قال: «هو ذلك العلم الذي يبحث في

سلوك الفرد تجاه حاجاته المتعددة، ووسائله المحدودة ذات الاستعمالات المتنوعة»^(١).

لا نطيل بالتعاريف التي ليست من خصائص هذا البحث، ولكن نريد أن نؤكد بأن هذه التصورات للبحث عن خلق الثروات، واستفادة العامة منها لا تتناقض ومبادئ شريعتنا الغراء التي ابتكرت أيام عزاها مجالات عدة، لتنمية الثروات من خلال منظور إسلامي يمكن من الربح، ويتجنب الربا وغيره من المحرمات، كما نقول بأن المصالح المرسله قادرة على استخراج أحكام تنصهر في وعاء حكمها الإسلامي جميع المستجدات الاقتصادية إن أعوزنا تطبيق دليل من الأدلة المنصوص عليها؛ لأن انطلاقها أساساً من المنهج الإسلامي يجعلها استبعدت عند نشوئها، ما يناقض جوازها.

فابتكار الحكم الإسلامي للمستجد الحالي، تجسده قضية عبد الله وعبيد الله ابني أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضي الله عنهم - عندما قدما على أبي موسى الأشعري واليأعلى العراق، وهما آيين من فارس من فلول جيش رجع مهزوماً، فشق على أبي موسى أنه لم يجد شيئاً يعطيه لابني أمير المؤمنين، فقال لهما: يؤسفني أنني لم أجد ما أملك لأعطيكما منه شيئاً، ولكن عندي أموال تحصلت من الصدقات، فأرسلها معكما إلى عمر، فاشترى بها سلعاً من العراق ثم بيعها لما تصلا إلى المدينة، فانتفعا بربحها وأعطيا رأس المال لعمر، ففعلا، ولكن لما وصلا إلى المدينة انتظرا أياماً حتى باعا، فقدما الأمانة إلى عمر فقال: ما هذا؟ قالوا: مبالغ بعثها معنا والي العراق لنسلمها إليك، وقد تحصلت عنده من الزكاة، فأجابهما عمر: وما الذي أحركما إلى اليوم؟ قالوا: اشترينا بها سلعاً من العراق ثم انتظرنا بيعها، فلما بعناها أخذنا ربحها وأتينك برأس المال، فرد عليهما عمر - رضي الله عنه - قائلاً: وهل فعل هذا مع الجيش كله؟ قالوا: لا، قال: اثنياني بكل المال، فهذه أثره بأموال المسلمين لابني أمير المؤمنين، فقدما

(١) أخذتها بالحرف من كتاب (مفهوم الاقتصاد في الإسلام) للدكتور الخالدي، أستاذ التربية الإسلامية في جامعة اليرموك، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

بالمال دون تردد، لكن قال له عبيد الله: يا أمير المؤمنين هب أن هذا المال ضاع أكنت غارمه من؟ قال: نعم، قال عبيد الله: إذن لنا منه شيء مقابل ذلك، فتدخل عبد الرحمن بن عوف، وقال: يا أمير المؤمنين: اجعله قراضاً؛ فخذ نصف الربح وأعطهما النصف. فإذا تعاملنا مع المشاريع والصفقات الإنتاجية بهذه التلقائية الإسلامية المطبقة لمصلحة مرسله، فستغلب على إيجاد المندوحة الشرعية لكل ما لم ينص على حرمة.

وإذا ما انتقينا تعريف الدكتور الخالدي الذي قال بعد استعراضه لمجموعة من تعاريف رجال الاقتصاد في العالم المتقدم، واستعرض الانتقادات التي وجهت إليها: «علم الاقتصاد: علم اجتماعي موضوعه الإنسان، يهدف إلى دراسة العلاقة بين الحاجات المتعددة، والموارد المحدودة، وبغرض تحقيق أكبر قدر ممكن من إشباع الحاجات عن طريق الاستخدام الكفء للموارد المتاحة، مع العمل على إنمائها بأقصى طاقة ممكنة».

وهنا ينبغي أن تتدخل الجهات المهمة بإيجاد مخرج شرعي لبعض التدابير الاقتصادية، لتكون الصلة بين المنتج والسوق هي: عدم خروج أية معاملة عن دائرة المباح التي تعتبر ميداناً فسيحاً للمنافسة، إذا سَلِمَتْ أصول الأشياء من الحرام، وإننا نرى أنه من الأفضل أن يتم استعراض كل أنواع الإنتاج المعروفة اليوم، والتي أصبح الخيال العلمي يبشر بميلادها في القريب، وتعمل المصلحة المرسله في كل ما لم نجد له نصاً أو قياساً أو اجتهاداً، ولم يتعارض مع الأهداف العامة للشريعة التي أتت في مقاصدها من أجل الحفاظ على الكليات الخمس، لتركن نفس المسلم إلى الاطمئنان، وهو يتعامل مع زخم من المبتكرات الاقتصادية، ولم يتضح له حكم الشرع فيها، أفلا يكون من خدمة الإسلام التي تشكل مطلباً ملتحاً، وهو أن يعمد علماء الإسلام فيضعون ضابطاً للمصلحة المرسله على نمط يتفوقون عليه، ثم يعممون فتواهم بذلك إلى جهات الاقتصاد الإسلامي؟ أذلك خير أم أن تترك الأمور تسير بهذا السكوت الذي تسربت في ظله بضائع وآلات، وأجزاء محرمة، تهم كثيراً من المستعملات المستهلكة داخل سوق الدول الإسلامية وجلهم يعلم حرمة مكوناتها، ولا يستنكرونها؟! .

إن كثيراً من الصناعات اليوم لا يجادل أربابها في أنهم يضطرون لإدخال إما آلات، وإما أطراف، وإما أسلاك محرمة، وإما شحوم، وإن سحبها من الساحة يتطلب بديلاً لها، والبقاء عليها يتطلب إصدار حكم شرعي في شأنها، فصناعة الأحذية في كثير من أنواعها، تلصق بكل حذاء غشاء داخلياً من جلود الخنزير، والصابون فيه أشياء من شحومه، والعطور تمتزج بالكحول الذي مزج بقسط من (الانكول)، والعمليات الجراحية تستعمل في كثير منها أسلاك من جلد الخنزير أيضاً، وكل هذا لا بد من سن منهج يغني عنه، تستنبط له أدلة مرسله، استجابة لمصلحة الأمة، ولا بد من القول في هذه الدراسة بأن الواجب يفرض تضافر جهود الحكام والأغنياء لمساعدة العلماء على إصدار المنهج الإسلامي في الاقتصاد بطريقة تضمن التطور والابتكار والريادة الاقتصادية من خلال منظور إسلامي، استبعد المحرم أساساً عند أولويات التدبير الاقتصادي، ليتم اختراع وسائل إنتاج عن طريق المصالح المرسله من حيث الحكم، ليضع الخبراء عليها اختراعهم متجنبين الحرام.

فعلى الجهات المهتمة بالتشريع التوفيق بين المسار الاقتصادي في الدول الإسلامية، وبين عدم انتهاك المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية، حتى يصل الإنتاج إلى المستهلك مجرداً من مزجه بالمحرمات، وليأخذ المنتج ربحه طاهراً من شوائب الحرمة، ويتأتى في نظري هذا من أن تستحدث من طرف هذا المجمع ضوابط تستخدم النصوص والقياس والاجتهاد في الذي يمكن أن ينضوي حكمه تحت تلك المبادئ، وما يمكن قبوله مما لم يمكن إدراجه ضمن تلك الأحكام، تستخرج له ضوابط حسب المصلحة المرسله، فمثلاً تكون خلايا لاستخراج الأدلة تابعة لهذا المجمع، كل خلية تهتم بمجال من مجالات الاقتصاد المعاصر بكل أساليبه التجارية والصناعية والبنكية والفلاحية، وحتى الخدمات، وكل خلية تتكون من خبراء تقنيين في نفس ذلك المجال، ومعهم علماء من نفس الاختصاص، ومطلعون قانونيون، فيتم إخراج منهج لكل مجال من تلك المجالات، ومن ثم تصاغ بصياغة موحدة، يوضع في الساحة من خلالها المنهج الاقتصادي الإسلامي، ليكون رائداً في مجال البحث العلمي، واستحداث سبل

مستفيدة من كل التجارب المعقلنة تساعد على شرعية محاولة امتلاك تنمية الثروات للوصول إلى وفرة الإنتاج واختفاء الفقر، ورفاهية الإنسان، رفاهية لا تدخله في تعاطي الرذائل، ولا تُرْجُ به في الأزمات النفسية التي تقتم بهاء حرمة وجهه عند الله وعند الناس، وبهذا نجب المسلم تعاطي الحرام أو الإنسان بصفة عامة، عن طريق تشريع تنوعت فيه استخدامات المصلحة المرسلة، ليتمكن المسلم اليوم من ولوج عالم الاقتصاد، دون أن ينتهك المحرمات، فينتجها ويبيعها ويتناولها المسلمون.

إن إهمال المسلمين لإصدار أحكام لهذه الأشياء، سرّب تعاطي المحرمات حتى تلك التي لم تعرف أية رخصة لاستعمالها، ومنها كل ما يتعلق بالخنزير، قال الترمذي: باب ما جاء في جلد الميتة إذا دبغت: «عن عطاء: سمعت ابن عباس يقول: ماتت شاة، فقال رسول الله ﷺ لأهلها: ألا نزعتم جلدها ثم دبغتموه فاستمتعتم به»^(١).

فأخذ منه العلماء أن أيما إهاب دبغ فقد طهر، ثم قال الترمذي عن الشافعي قال: «أيما إهاب دبغ فقد طهر، إلا الكلب والخنزير».

فإذا صح ما روي عن الشافعي، فلا بد من اتخاذ كثير من الإجراءات والاحتياطات التي تخرج المسلمين من هذا الواقع الداهم الذي لا يرحم، فهل تُسَنُّ فتاوى تبين مواطن الإباحة وغيرها؟ أم تستعمل المصالح المرسلة كمبدأ يجيز أنواع يمكن تجويزها من هذه المستوردات، وينص على حرمة ما لا يمكن أن يوجد له نص ولا قياس ولا مصلحة مرسلة، ككل ما يتعلق بالخنزير، وبالمعاملات الربوية.

إن منهج الاقتصاد الإسلامي هو الذي أنجب الدولة الإسلامية العظيمة، والرفاهية المستديمة أيام ازدهار الإسلام، وإن تخلف المسلمين أتى من حكم الاستعمار وفرضه لمناهجه الاقتصادية عليهم، فأصبحت التدابير الاقتصادية لا

(١) والحديث بسنده في الترمذي هو: «حدثنا قتيبة، حدثنا الليث، عن يزيد بن أبي حبيب، عن عطاء بن أبي رباح، قال: سمعت ابن عباس يقول... الحديث».

يمكن أن تطبق بحرفيتها، لمناقضة كثير من متطلبات تطبيق نصوصها للنظام الإسلامي، فتخلف نجاح كل برنامج للاقتصاد الغربي الربوي، أريد تطبيقه في البلاد الإسلامية، أتى بسبب وقوف النظام العام الذي هو الإسلام في وجهه حتى ولو تم التغاضي عنه، فإن عدم انسياق الشعوب وراء كل نظرياته، تتسبب في العجز تلو العجز، والفشل تلو الفشل لتلك البرامج، فانتقل بسبب ذلك العالم الإسلامي كله من منتج إلى مستهلك، ليس له من دور في مجرى الاقتصاد الدولي، إلا تلقي منتج الغير والتبعية المطلقة لتصاميم غيره، ولذا فلا بد قبل البحث عن إيجاد المندوحة لعمليات ستكرس تبعيتنا من أن نسئ منهجنا الإسلامي المالي، ومن ثم نصدر الأحكام التي تطبق عليه، وسيكون حينئذ دور المصلحة المرسله أكثر من غيرها.

إن الإكراهات التي تواجهها الساحة الإسلامية والمتمثلة في أحد اختياريين :

١ - إما أن نتوقع في المجالات المحدودة التي عرفها أسلافنا، وهي التجارة والفلاحة، فنبقى نرسف في قيد اقتصاد بدائي لا مجال له اليوم في تنامي وسائل الاستثمار وتنوعها، بتبرير أن النصوص التي بين أيدينا لا تسعفنا بأحكام تمكنا من غير ذلك.

٢ - وإما أن نستخدم الوسائل المعرفية التي استخدمها أسلافنا، فأوجدوا بوساطتها أحكاماً شرعية مورست في ظلها كل المستجدات، ومن ثم أصبح علينا البحث من خلال أصول التشريع حتى نستخرج منها أحكاماً لكل ما لم يخالف نصاً صريحاً في الكتاب أو السنّة من المستجدات الكونية، علماً بأن محتويات مناهج الاقتصاد المعاصرة، لا يمكن حصرها، ولا حصر إمكانية النجاح في استخدامها على اختيار دون اختيار، ما دامت المنطلقات مستندة على التجارب والنظريات العلمية، ودراسة التصاميم دراسة تكيف الموجودات المالية مع المناهج الاقتصادية التي يمكن أن تصل بها إلى أقصى درجات النجاح؛ لأن استخدام المكونات الأساسية لكل استثمار تزخر بها البلاد الإسلامية، وكفاءات أبناء هذه الأمة استحوذت عليها مؤسسات الاقتصاد الناجح في الدول المتقدمة، إذاً: ما دام المنطلق هو مصادر الثروة، والأفكار القادرة، فإن بلاد المسلمين تعد في طليعة المنتجين لهذين المصدرين.

ومما يكرس هذا الواقع، هو ما لخصه الدكتور محمد فاروق النبهان في كتابه (منهج الاستثمار في ضوء الفقه الإسلامي): «إن المعرفة التقنية هي مورد علم مكتسب، ولكنها في مجال الاقتصاد ليست على شاکلة العلوم البحتة التي يمكن المسار فيها، وفق شروط المراقبة التجريبية التي تطبع المخابر العلمية، ذلك أن قضايا الاقتصاد ومشكلاته الأساسية، تشکلان عالماً في غاية التعقيد، لأنه عالم مركب من الأفكار والأشخاص والأشياء»^(١).

هذه المقولة الواقعية تبين لنا أن العمليات الاقتصادية الاستثمارية التي يمكن أن تطبق عليها أحكام المصلحة المرسله، لا يمكن حصرها، ولكن فلتتخذ ضابطاً هو أن كل مستجد لم نستطع إيجاد نص له ولا اجتهاد، ولا إمكانية قياس له على غيره، منصوص الحكم وتشابهه معه في العلة، ولم يصطدم استعماله بنص ولم يعطل واقعة عامة أكثر منه نفعاً، فإنه يكون مدرجاً ضمناً في أحكام المصلحة المرسله، حسب شروطها المتقدمة.

ويمكن أن نضرب أمثلة بإيجاد صناديق لاستثمار أموال الزكوات، وإحداث صناديق لاستثمار أموال الوقف لتنميتها، وأوجه البر التي يمكن أن تصرف فيها، حسب حاجيات أهل البلد وغاية المحبس، وأيضاً مسلمي العالم المتقدم تتطلب أوضاعهم سن مناهج يستنبط حكمها من فحوى منطوق، وغاية مبدأ المصلحة أو الاستصلاح، أو الاستدلال، تطبق المصلحة بتوسع على أولئك المسلمين في أوجه صرف زكواتهم وأوقافهم، وخلق نوع من الحياة المشتركة خاص بهم، وجمع الصلوات بالنسبة للعاملين منهم، وما هي المقاييس المتبعة عندهم لإثبات الرؤية، كيف يتعاملون مع الاقتصاد الربوي المحيط بهم.

كما ينبغي استنباط أحكام تمكنهم من أقصى التسهيلات التي لا تهدم نصاً شرعياً، حتى يكون تعاملهم الإسلامي داخلاً في تيسير الشريعة، وما أمكن من الرخص التي لا تعطل أحكام العبادات، ولا تحل الربا، ولا تبيح الحرام، وما عدا

(١) محمد فاروق النبهان: سوري الأصل، مغربي الجنسية، تولى إدارة دار الحديث الحسنية لمدة (١٨) سنة.

هذه الثوابت يكون من واجب علماء الإسلام استحداث السبل التي تجنبهم الحرج أثناء استثمارهم لأموالهم، وممارستهم لعباداتهم، ومعاملاتهم ضمن مراعاة ما يحيط بهم من تشريعات، وما يعوق طريقهم الديني من إكراهات، مستندين على مبدأ المصلحة المرسلة، ومستظلين بنص الحديث الشريف: «يسراً ولا تعسراً، وبشراً ولا تنفراً»^(١).

وفي هذا المجال الاجتماعي استخدم التشريع المغربي المصلحة المرسلة، رعيًا لاعتبارات استعصى تجاوزها، فقد نصت المادة (١٤) من مدونة الأسرة الجديدة على ما يلي:

يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج أن يرموا عقد زواجهم وفقاً للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، إذا توفر الإيجاب والقبول، والأهلية، والولي عند الاقتضاء، وانتفت الموانع، ولم ينص على إسقاط الصداق، وحضره شاهدان مسلمان مع مراعاة أحكام المادة (٢١) بعده.

قالت المادة (٢١): زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي.

تم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد.

إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة، بت القاضي في الموضوع.

هذه المبادئ كلها شرعت بناء على المصلحة المرسلة، فتوثيق العقد لدى المصالح المختصة، يضمن حقوق الزوجين، وإذا تمت أركان وشروط صحة العقد، لا تضر الطريقة التي يوثق بها احتياطاً لضمان حقوق طرفيه وأطفالهما.

ومن تلك المسائل الاجتماعية: الفحوص الطبية، فقد أصبحت مرغباً فيها، وهي من أكثر الوسائل لاطمئنان كل من الزوجين ليقدّم على الحياة مع قرينه دون شك، والاحتياط الذي تفرضه الأوضاع الجنسية اليوم، نرى أنه أصبح يحتم إجراء فحص يؤكد سلامة كل من الزوجين من الأمراض الفتاكة والمعدية؛ مثل: الإيدز (السيدا).

(١) رواه البخاري في كتاب الأدب.

أما التعليم والتربية، فإن ما قلته من عدم إمكانية الإحاطة بمجالات ما يمكن استخدام مبدأ المصلحة في كثير من برامجها، ولذا أكرر القول أيضاً أنه يمكن إعمال المصلحة المرسلية في كثير من ضوابط مناهج التربية والتعليم وفق المقياس الذي تم النص عليه من قبل .

إن عمليات التوثيق من جل أشكالها هي تطبيق للمصالح المرسلية، فإذا كانت الكتابة، والإشهاد، ورد النص على اتباع أي منهما لرفع الخلاف، وتثبيت الحق، بحكم الآية الكريمة: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِيَدِي إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاصْكُتُوا وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْمَكْدَلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا بَيَّحْسَ مِنْهُ شَيْئاً فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُعِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيْنُهُ بِالْمَكْدَلِ . . . ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

إذا كان المبدأ بالإشهاد والكتابة مقررأ بنص قطعي، فإن هيئة التلقي، وشكل الوثيقة، وحصر المتلقي، وحفظ الوثائق، هو مجال فسيح استخدمت فيه المصالح المرسلية، ويتسع فضاء تطبيقها يوماً بعد يوم، فحفظ المعلومات داخل أجهزة الحاسوب، والتدابير الإدارية لحفظ القرارات، واستحداث أنماط الطرق العلمية، وتوزيع السُلْط، وقوانين الانتخابات، ل يتم تنظيم الشورى وإصدار الدساتير مختصرة ومنظمة لطبيعة تسيير الدولة، وفق روح حكم الإسلام، وطريقة إعدادها والمعاهدات الدولية، إذا فرض المسلمون حضورهم عند أوقات إعدادها ل يتم استبعاد ما يخالف أحكام الإسلام منها، أو تم تشكيلهم لفريق واحد يستبعد ما لا يوافق الإسلام من تلك المعاهدات، وشرح عواقبها الوخيمة، لا على المسلمين وحدهم، ولكن على الإنسانية بصفة عامة، وعدم خدمة كثير منها لأية مصلحة اجتماعية، كل ذلك يستدعي إخراج نظرية إسلامية، توضح للعالم الثالث الرزح تحت وطأة استسلام الروح للذاتل، وما أصبح ينتج عن ذلك من أوبئة أخذت تهدد مصيره، وستصل به إلى الكارثة.

* * *

خاتمة

خلاصة البحث

المصالح المرسلة بدأ العمل بأحكامها في عهد الصحابة، وتجلى ذلك في تنقيط المصحف وكتابه وتدوين الدواوين .

لكن هذا الاسم لم يبدأ إطلاقه على هذا المصدر إلا من عهد مالك، وقد عرفها العلماء بالاستدلال والاستصلاح، وبالمصالح المرسلة .

إذن، فالمبدأ قديم، والتعريف لم يُطلق عليه إلا من عهد الإمام مالك، وقد اختلف العلماء بالنسبة للأخذ بها أو رفضها إلى ثلاث فئات :

١ - فئة منعت الأخذ بها، وفي مقدمتهم إمام الحرمين الجويني .

٢ - فئة قالت بها ولكن بشروط .

٣ - فئة قالت بجواز الأخذ بها مطلقاً، وهو مبدأ نقل عن مالك، حتى إن إمام الحرمين قال بأن الإمام مالك - رحمه الله - أباح حبس الضنين حتى الموت لانتراع الاعتراف، إذا كان متهماً بارتكاب جناية كبرى .

لكن هذا الادعاء، تُبَيِّن المصادر عدم صحة قول مالك به، وقد ورد قول عن الجويني نفسه يكذب نسبة هذا القول لمالك، والذي رُجِّح أن مالكاً أجاز حبس المتهم وتغريمه من أجل اعترافه إذا كان من ذوي السوابق، وكانت الاستمالات تسوق إلى أنه هو الذي ارتكب ذلك الجرم .

ومستند المالكية في الاجتهاد الذي دفعهم إلى ابتكار هذا المصطلح هو عمل الصحابة الذي يَبَيِّنُه في صدر هذا البحث، علماً بأن المالكية ومن وافقهم من مختلف علماء المذاهب لا يلتجئون إلى إعمال المصالح المرسلة إلا لاستنباط حكم لنانزلة، أعوز العثور لها على وجود حكم يطبق عليها في الكتاب والسنة أو القياس أو الاجتهاد، إذا لم يرد نص باعتبارها ولا يبالغها، وتبين أن الحكم الذي

سَيُعْطَى لَهَا لَنْ يُعْطَلَ فَحَوَى حَكْمَ سَابِقٍ ، وَسِيحَقُّ إِعْمَالَهُ مَصْلِحَةً مُؤَكَّدَةً وَعَامَةً ، فَتَأْتِي الْمَصْلِحَةُ الْمُرْسَلَةُ لِتُسَدَّ ثَغْرَةَ غِيَابِ النَّصِّ عِنْدَ حُلُولِ وَاقِعَةٍ مِنْ وَقَائِعِ الْحَيَاةِ الْمُسْتَجِدَّةِ ، فَتُعْلَنَ حَكْمَ اللَّهِ فِيهَا .

وَأَهْمُ مَا نَدْرِكُهُ مِنْ تَتَبُعِنَا لِتَارِيخِ نَشْوءِ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ ، هُوَ أَنَّهَا عَرَفَتْ تَطْبِيقَاتٍ لَهَا فِي عَهْدِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، وَالْأَمْثَلُ عَلَى ذَلِكَ كَثِيرَةٌ ، نَضِيفُ إِلَى مَا سَبَقَ مِنْهَا اجْتِهَادَ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَمْرٍو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي إِعْطَاءِ الرَّاحَةِ الْإِدَارِيَّةِ لِلجُنُودِ الْمُرَابِطِينَ فِي حُدُودِ الدَّوْلَةِ ، لِيَمْكُثُوا أَيَّامًا مَعَ أَهْلِهِمْ .

إِذَا ، كُلُّ مَا يُمْكِنُ أَنْ يَحْقُقَ إِجْرَاءَهُ مَصْلِحَةً عَامَةً وَمُحَقَّقَةً ، وَلَا يَعْارِضُهُ نَصٌّ فِي الشَّرِيعَةِ أَوْ حَكْمٌ مِنْ أَحْكَامِهَا ، وَلَمْ نَجِدْ نَصًّا نَطْبِقُهُ عَلَيْهِ وَلَوْ عَنْ طَرِيقِ الْقِيَاسِ ، سِوَاءَ بِالْإِعْتِبَارِ أَوْ بِالْإِلْغَاءِ ، إِذَا تَوَفَّرَتْ هَذِهِ الْإِعْتِبَارَاتُ ، يُمْكِنُنَا اسْتِعْمَالُ ضَابِطِ الْمَصْلِحَةِ الْمُرْسَلَةِ فِيهِ ، لِيَعْلَمَ الْمُسْلِمُ الْمُتَعَاظِي لِذَلِكَ حَكْمَ اللَّهِ فِيهِ .

وَإِنْ هَذِهِ الْمَصْلِحَةُ سَتَسَاعِدُ عَلَى تَبْيِينِ الْعَالَمِ سَعَةَ صَدْرِ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ لِقَبُولِ كَثِيرٍ مِنَ الْمُسْتَجِدَّاتِ الَّتِي يُؤَدِّي تَطْبِيقُهَا إِلَى مَنْفَعَةِ الْإِنْسَانِ فِي دِينِهِ أَوْ دُنْيَاهُ .

إِنْ تَقْدِيمَ نَظَرِيَّاتِ الْإِسْلَامِ مِنْ طَرَفِ أَعْدَائِهِ لِعَالَمِ الْيَوْمِ ، جَعَلْنَا نَحْنُ الْمُسْلِمِينَ يَحْكُمُ عَلَيْنَا بِأَشْيَاءٍ خَارِجَةٍ عَنِ وَاقِعِنَا ، نَسَبَتْ إِلَيْنَا وَهِيَ مُحْرَمَةٌ فِي دِينِنَا ، مِمَّا يَسْتَلْزِمُ أَنْ نَسَارِعَ بِطَرَحِ مَا عِنْدَنَا عَلَى السَّاحَةِ ، لِيَتَعَرَفَ عَلَيْهِ الْجَمِيعُ ، وَفِي مَجَالِ الْمَصَالِحِ الْمُرْسَلَةِ ، يَجْدُرُ بِعُلَمَاءِ الْمُسْلِمِينَ عَنْ طَرِيقِ هَذَا الْمَنْهَجِ ، إِصْدَارَ دَرَاةٍ فِقْهِيَّةٍ مُوَحَّدَةٍ ، تَضُمُّ بَيَانَاتٍ لِمَوْقِفِ الْإِسْلَامِ وَأَحْكَامِهِ عَلَى الْحَيَاةِ الْاجْتِمَاعِيَّةِ ، بِمَا فِيهَا مِنْ حَقُوقِ الْإِنْسَانِ ، وَتَحْرِيمِ الْجَرَائِمِ ، وَضَمَانِ الْخِدْمَاتِ ، وَإِفْسَاحِ الْمَجَالِ لِلابْتِكَارِ وَتَحْرِيمِ الطُّغْيَانِ ، وَالْإِسْتِبْدَادِ وَالظُّلْمِ وَالْإِحْتِكَارِ ، وَكُلِّ أَنْوَاعِ الْإِسْتِغْلَالِ .

إِنَّا لَا يُمْكِنُ أَنْ نَكُونَ أُمَّةً مُمْتِزَةً بِقِيمِهَا الدِّينِيَّةِ ، أَثْبَتَ أَسْلَافُهَا مِنْهَجَهُمُ الْمُتَمَيِّزِ الَّذِي أَصْبَحَ مُؤَثَّرًا فِي مَجْرَى الْحَضَارَةِ الْكُونِيَّةِ ، ثُمَّ نَحَاوُلُ نَحْنُ الْيَوْمَ الْحِفَاظَ عَلَى تِلْكَ الْمَكْتَسَبَاتِ ، وَنَحْنُ نَتَلَقَّفُ كُلَّ مَا يَصْدُرُ عَنْ غَيْرِنَا .

لَقَدْ أَصْبَحَتْ تَبْعِيَّتُنَا لِأَعْدَاءِ الْإِسْلَامِ التَّقْلِيدِيِّينَ مَائِلَةً فِي كُلِّ شَيْءٍ ، فَنَحْنُ

مستهلكون للمواد الغذائية باستيرادها من عند مَنْ ليس لهم حرج في استعمال جميع أصنافها التي يدخل المحرم علينا في أصناف منها. مستهلكون للعلوم، وللثقافات المستوردة رغم ما تحمله من نظريات تنسف المعتقد الديني، وتحتم إحلال العلمانية محلها، ومن ثم فليس لنا رأي في المناهج التي تقرر لتلقي التعليم الذي نتعامل جميعاً مع عطائه، في غياب اعتبار الدين أثناء تلقينه، وأيضاً فإن القوانين المسيطرة في ساحة المعاملات تشترب نفوس أصحابها إلى تلك التي لا تعترف بالشريعة الإسلامية مصدرراً من مصادرها، والحال أنها كانت ينبوع كثير منها، فتم نكران ذلك، حتى لا يشد اهتمام ناشئة المسلمين إلى ما عندهم.

إن العمل على تطور مختلف وسائل الإنتاج، وتنوع المشاكل الاجتماعية يستدعي المسلمين إلى سن المناهج والنظم التي تكفل التعامل وفق قواعد قانونية مستخرجة من الشريعة الإسلامية عبر تنامي البحث العلمي لمواجهة المستقبل بكل مفاجآته، وكذا محاولة سن البرامج الكفيلة بتخطي المعوقات المعاشة، كلها آفاق يسلك فجاجها غير المسلمين، مسلحين بسلاح العلم، وينتظر المسلمون عطاءها ليستهلكوه بنهم وشراسة، وعندما يزدردون مركباتها، ويحسون ببعدها عن تعاليم الإسلام، فإنهم يندمون ولات حين مندم، ثم يشرعون في البحث عن الحكم عليها، دون أن يفكروا في أن الحذر يجب أن يصاحب صنعها، وأن تحريمها يتطلب صنع بديل لها وفق المنهج الإسلامي.

ولن يستطيعوا الخروج من ساحة أكل الحرام، واستعماله في غالب الضروريات، إلا إذا سئوا منهجاً أطلقوا عليه أي لقب: المصالح المرسله، الاستصلاح، الاستدلال، ثم بادروا إلى تكوين هيئة إسلامية عليا للبحث العلمي، جمعوا لها زمرة من علماء الأمة الذين أصبحوا فاعلين في جميع جهات البحث العلمي في العالم، ثم فرضت نسبة مئوية عالية على ميزانية كل دولة، حتى يتم تحصيل الرصيد المالي الكافي، وتم سنّ المناهج العلمية في شتى المجالات، من هندسة وطب واختراعات أخرى وتعليم، وتكييف كل وسائل الإنتاج العلمية، مع وعاء البحث العلمي الإسلامي الذي يعيش فيه عالم الذرة، والجينات، والهندسة الوراثية، ومختلف الصناعات، مهما كان تخصصها مع عالم العلوم الإسلامية، ليتيج فريق علماء الإسلام الاقتصاد الإسلامي،

والاستثمار الإسلامي، والاختراعات الإسلامية، ليصبح اسم الإسلام غير مسحوب على أنه أمام عطاء الآخرين .

إن كل علماء الأمة مهما كان تخصصهم، وكل أغنيائها وكل حكامها، وكل مفكرها، مطالبون بتجاوز النقد واستهلاك المستورد لدخول الساحة بنفس الإرادة الخلاقة التي دخل بها أسلافنا ساحة بناء الكون، وتشيد الحضارات .

وختاماً لا ينبغي أن نتظر من غير المسلم أن يشفق علينا ويغير منهجه، ليلي رغباتنا، ولكن فلنتج مثله حتى نصبح نده باختراع متطور، وعقيدة راسخة وشرعية مطبقة .

فإذا تضافرت جهود أبناء هذه الأمة، وتم خلق صناعة إسلامية متكاملة عن طريق وحدات اقتصادية، تستهدف تلبية حاجات السوق الإسلامية .

أولاً من خلال أسواق جهوية تتحد خطط دراستها الاقتصادية من طرف خبراء كل مجموعة من دول الإسلام، متجاوزة ومتكاملة في تصوراتها وتطلعاتها، وتُركت المنافسة في هياكلها الكبرى، لتكون مع غير المسلمين، حتى يصبح المجتمع الإسلامي مهيناً قبل كل شيء لاستهلاك المنتج الإسلامي .

وأصبحت الحماية الاقتصادية مفروضة على الواردات من غير المنتجات الإسلامية، واتخذت إجراءات مرنة وسهلة وموحدة جهوياً بالنسبة للدول المتقاربة داخل المجموعة الإسلامية، إضافة إلى تسهيل تبادل العملات الإسلامية .

وبالجملة، اعتمدت منظمة المؤتمر الإسلامي على أخذ سياسة تُفعل الرواج الاقتصادي داخل فضاء الدول الإسلامية، يكون كفيلاً بتحريك عجلة الاستثمار بما يؤدي لازدهار اقتصاد إسلامي، يمكن من تصنيع المخزون الاقتصادي للدول الإسلامية، وتستقطب خبرات الأمة التي امتصتها الصناعات الغير الإسلامية .

فإذا تكونت الهياكل الضخمة للصناعة والاستثمار والتبادل، وأصبحت موجهة توجيهاً إسلامياً، فسيجد المسلم نفسه يستفيد من عصر التكنولوجيا دون أن ينغمس فيها، منسلخاً من قيمه، مستخفاً بتعاليم دينه، وإن تدارك الأمر ليس

ببعيد على أمة أتى دينها لينقذ الإنسانية من كل أوبئة الرذائل الاجتماعية
والسخافات العقدية ، ووصفت في القرآن الكريم بأنها خير أمة أخرجت للناس .
والله ولي التوفيق .

* * *

المصالح المرسله وتطبيقها المعاصرة

اعرض - والمناقشه

أولاً: العرض

الشيخ أحمد بن حمد الخليلي (نائب الرئيس):

بسم الله الرحمن الرحيم ، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

بعون الله وتوفيقه نفتتح هذه الجلسة المباركة التي موضوعها : (المصالح المرسله)، والبحوث المطروحة فيها سبعة: بحث فضيلة الشيخ آية الله محمد علي التسخيري ، بحث فضيلة الدكتور عبد السلام العبادي ، بحث فضيلة الدكتور قطب مصطفى سانو ، بحث فضيلة الدكتور حمداتي شبيها ماء العينين ، بحث فضيلة الدكتور محمد بن يحيى بن حسن النجيمي ، بحث فضيلة الدكتور مصطفى باجو ، بحث الشيخ عبد الله بن محفوظ ولديته .

والعارض هو سماحة الشيخ محمد علي التسخيري ، والمقرر هو فضيلة الدكتور مصطفى باجو ، فليتفضل العارض ، ونسأل الله تعالى لهما التوفيق .

* * *

الشيخ محمد علي التسخيري (العارض):

بسم الله الرحمن الرحيم ، والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين محمد ، وآله الطاهرين ، وصحبه أجمعين .

تفضل سيادة الرئيس ببيان قائمة الذين كتبوا في هذا الموضوع ، وفي الواقع اعتمدت في مقالي على مقال كتبه السيد الكريم الأستاذ وهبة الزحيلي في ندوة عقدت هنا في مسقط قبل عشر سنين أو أكثر ، كان المقال عن المصالح المرسله ، وقد استفدت منه كثيراً ، ففي الواقع سوف تكون البحوث ثمانية أو تسعة .

والمعروف بين الفقهاء على مر الزمان الخوض في الحديث عن المصلحة ودورها في معرفة الأحكام .

ولسنا نقصد في حديثنا التطرق إلى المصالح والمفاسد باعتبار قيام

الأحكام الشرعية على أساسها؛ كالمسألة التي طرحت قديماً، وهي: أن الأحكام تقوم على أساس المصالح والمفاسد، وهذا أمر مفروغ منه - كما ذكر الدكتور العبادي والدكتور النجيمي - ويرتبط بمواضيع عقدية وكلامية تدور حول مسألة العدل الإلهي والتحسين والتقيح العقليين؛ هذه مسألة كلامية وقد دار حولها خلاف بين الأشاعرة والمعتزلة، إلا أن استقراء الأمر حسم الخلاف، وأجمع المسلمون على ابتناء الأحكام الشرعية على المصالح والمفاسد، والطريق إلى هذه النتيجة كان مختلفاً، هذه المسألة لا نطرحها ولا نحتاجها أصلاً، والدكتور باجو قد أشار إلى هذا الخلاف، ونرى أن لا ندخل فيه.

كما لا نقصد هنا الحديث عن المصلحة التي تعد قيداً لمتعلق الأحكام الشرعية؛ حيث تقيّد بعض المتعلقات - يعني: الأمور التي يتعلق بها الحكم - بوجود المصلحة؛ كأن يقال: إن عقد الأمان جائز مع وجود المصلحة وإلا وجب تركه، أو أن للقيّم أن يرهن مال الصغير إذا رأى مصلحة في ذلك - وقد نقلت مصادر هذه الأقوال - أو أن للولي على المجنون الأدوار أن يطلق زوجته إذا رأى المصلحة في ذلك، أو أن يبيع الوقف عند المصلحة جائز، وما إلى ذلك، هذا أيضاً ليس مقصودنا. هناك مصالح مقيّد بها متعلقات الأحكام يقوم بها ولي الأمر على أساس ما يراه من المصلحة، أيضاً ليس هذا هو المقصود، وإنما نركز على المصلحة باعتبارها دليلاً لاستنباط الحكم الشرعي في الموارد التي لا نص فيها ولا قياس، وإنما هناك ظن بوجود مصلحة لم يقم دليل على ردها ولا على اعتبارها كما صرح بذلك كثير من العلماء.

والاختلاف معروف في حجية المصالح المرسلة، حيث ذهب الإمامان مالك وأحمد إلى الحجية، وغالى فيها الطوفي - وهو من علماء الحنابلة، خلافاً لما تفضل به أستاذنا وهبة الزحيلي تبعاً لابن رجب أنه يعتبره من الشيعة، وأنا استقصيت وما رأيت حضوره في مجال الإمامية، ونفس قبوله المصالح المرسلة يخرجها عن هؤلاء مخالفاً لإجماع العلماء كما يقول الدكتور باجو - وعارضه الشافعي فرأى أن من استصلح كمن استحسن فقد شرع، وقد حاولت بعض البحوث كبحث الأستاذ ماء العينين التأكيد على أنه يقول بها أيضاً، كما رفضها الظاهرية؛ لأن أساس الفقه عندهم أن نصوص الشارع لا تعلل - كما ذكر الدكتور

النجيمي - وإن حاول الإمام السالمي إيجاد نوع من القبول الإباضي لها - كما ذكر الأستاذ باجو -، أما الغزالي الذي أشارت إليه البحوث جميعاً فيرى أنه إن كانت المصلحة ضرورية وقطعية وكلية كشف عن وجود الحكم، واختلفت النسبة إلى الحنفية.

أما الشيعة فيرفضون العمل بها إلا إذا كانت قطعية، يعني قطع المفتي بوجود المصلحة، وقطع بعدم مصلحة تعارضها وقطع بسيطرتها على الواقع بشكل تام، فإن كانت ظنية اختصت حجيتها بمعنى آخر: ضرورة الطاعة للحاكم الشرعي عندما يأمر بها في خصوص الموضوعات الخارجية، وذلك عند من يقول منهم بولاية الفقيه، وقد لا أوافق الأخ الدكتور باجو على كون الخلاف هنا لفظياً، بل هو خلاف حقيقي، وسنستعرض الأمر بإيجاز:

المقصود بالمصلحة: هو المحافظة على مقصود الشارع، الحفاظ على الدين والنفس والعقل والنسل والمال، كما يعرفها الغزالي، أو ما يؤدي إلى تحقيق مقصود الشارع عبادة، وهو ما يقصده لحقه، أو عادة وهو ما يقصده لنفع العباد.

أما الإرسال فقد يراد به ما يكتشفه العقل، أو يراد به ما يدخل تحت النصوص العامة دون الاعتماد على نص خاص، وهو ما اختاره الدكتور العبادي. وأردف بعضهم بين الاستصلاح والاستحسان، وأشار الدكتور العبادي إلى استحسان الضرورة؛ مما يؤكد أن الحنفية يؤمنون بمبدأ المصالح المرسلة، وهو ما أشار إليه الدكتور النجيمي. وعرفها الشيخ الزحيلي بأنها: الأوصاف التي تلائم تصرفات الشارع ومقاصده، ولكن لم يشهد لها دليل من الشرع بالاعتبار أو الإلغاء، ويحصل من ربط الحكم بها جلب مصلحة أو دفع مفسدة عن الناس.

أما السيد محمد تقي الحكيم - وهو من علماء الإمامية - فلم يركز على تعريف معين، وإنما رأى أن تعرض الأحكام وتحاكم على أساس ما ينتظمها من الأدلة نفيًا أو إثباتًا على أساس تعدد المفاهيم.

خلاصة أدلة المثبتين ومناقشتها:

الدليل الأول: إن الأحكام الشرعية جاءت لتحقيق مصالح العباد، وهي أمور يدرك العقل حسنهما، وهي تختص بباب المعاملات، وربما أشار إليه

الدكتور باجو ، كما عمم الدكتور قطب سانو هذا الدليل على باب العبادات أيضاً كما فهمت .

وواضح أن هذا يُبنى على القول بالتحسين والتقيح العقليين أولاً ، والقول بإمكان إدراك العقل لوجود الحسن الذاتي في هذا الفعل قطعاً ، ولا يكفي مجرد إدراك وجود مقتضى الحسن دون إدراك وجود الشرائط وانتفاء الموانع . نعم لو ربط الشارع حكماً بعلّة عملنا بذلك ، ولكنه ليس من باب المصلحة المرسلّة ، بل هو عمل بالعام في مصاديقه .

الدليل الثاني: إن حدوث الوقائع وتجدد الحوادث مستمر ، فيجب فتح باب التشريع بالاستصلاح ، وإلا لضاعت الشريعة ولم تعد مرنة ولا خالدة ، وهو ما استدل به للقياس والاستحسان أيضاً .

فما ذكره الشيخ الزحيلي - حفظه الله - عند تقرير هذا الدليل من أن اعتبار جنس المصالح في جملة الأحكام يوجب اعتبار ظن هذه المصلحة في تعليل هذه الأحكام ؛ لأن العمل بالظن واجب ، لا أراه يستقيم إلا إذا قام على اعتبار الظن دليلاً قطعياً ، ولا قطع في البين . والحقيقة : أن مرونة الشريعة لا تتوقف على ذلك بعد ورود الأحكام الكلية التي تتطور مصاديقها - وهو ما أشار إليه الدكتور العبادي - وبعد وجود مراتب من الأحكام فيها كما بالنسبة للعناوين الثانوية والولائية ، كما سيأتي .

الدليل الثالث: الاستدلال بفعل الأصحاب رضي الله عنهم ، مما يشكل سيرة تكشف عن رضا الشرع بها - وقد أشارت البحوث إلى هذا الدليل كبحت الدكتور باجو مثلاً - والحقيقة هي أننا لا نعلم الوجه الذي انطلقوا منه في تصرفاتهم ، أهو القياس أم الاستحسان ، أو المصالح المرسلّة ، أو أنهم علموا بالنصوص العامة؟ وهو الصحيح وأتصور أن الدكتور العبادي أشار إلى هذا الموضوع .

الدليل الرابع: الاستدلال بحديث : « لا ضرر ولا ضرار » الثابت عن النبي ﷺ ، وقد ركز عليه الطوفي واعتبره مخصصاً لكل الأدلة الأولية - كما ذكره الدكتور باجو دليلاً - وقد ناقشه السيد الحكيم بأمرين :

الأول: إن المخصص إنما يخص لو كانت نسبتة أخص مطلقاً (أكرم

العلماء، لا تكرم زيدا)، ولكن نسبة حديث (لا ضرر) إلى أدلة الأحكام هي العموم والخصوص من وجه، ولكن حديث (لا ضرر) مع ذلك يقدم على أدلة الأحكام الأولية من باب أنه قرينة عليها، ناظر إليها، والناظر يقدم على الدليل المنظور إليه .

الثاني: إن النسبة بين الضرر والمصلحة ليست التناقض بحيث إذا انتفى طرف يحدث الطرف الآخر، وإنما هما ضدان لهما ثالث، فانتفاء الضرر لا يستلزم ثبوت المصلحة .

ويضيف: إن حديث (لا ضرر) رافع للتكليف لا مشرّع، فهو لا يتعرض إلى أكثر من ارتفاع الأحكام الضرورية عن موضوعاتها، أما إثبات أحكام آخر فلا يتعرض لها، وإنما المرجع فيه إلى أدلتها الأخرى، ثم يناقش غلو الطوفي في المصالح المرسله مقدماً إياها حتى على النصوص والإجماع، ناقلاً نصاً طويلاً عنه، يتحدث فيه عما حدث من التشاجر بسبب النصوص وعلق بكلام طويل .

ويلق الشيخ الزحيلي على الشيخ الطوفي بأنه: لا يتصور تصادم بين النصوص والمصالح، وأن المصلحة هي محل الخلاف والتنازع .

والذي أراه أن الطوفي جانب الحقيقة في غلوه ومخالفته للإجماع - كما يقول الدكتور باجو -، وأن إشكال السيد الحكيم وارد عليه، والغلو ينحرف بالإنسان - حتى العالم - عن جادة الصواب، وإلا فما معنى أن يترك المسلم نصاً أو نصوصاً ثابتة واضحة لمجرد أنه يرى المصلحة الظنية تخالفها؟! .

خلاصة أدلة الفقهاء:

١ - إن الأخذ بها اتباع للهوى بحجة المصلحة، والحقيقة: أنه من باب التلذذ والتشهي، وهذا أمر صحيح حتى ولو تصورنا ظناً أن هذه المصلحة تنسجم مع مقاصد الشرع، وأن القائل بها من أهل الاجتهاد؛ لأن الظن لا يغني من الحق شيئاً، ولأن الظن لا يملك بنفسه الحجية، بخلاف القطع والعلم، فإن حجيته ذاتية لا يمكن سلبها، نعم إذا قام على اعتبار الظن دليل قطعي أخذنا به، والمفروض أنه لم يقم؛ فالعمل به كالعامل بالاستحسان - بمعنى ما يتقدح في ذهن المجتهد - وهو اتباع للهوى .

٢- إن الشريعة كاملة ومستوفية لحوائج الناس، وهو سبحانه قال مستنكراً:
﴿يَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى﴾ [القيامة: ٣٦].

ولكن يستطيع أنصار الاستصلاح أن يقولوا بأن العقول التي تكشف عن المصالح هي أيضاً من لطف الله تعالى، ويمكن أن تعتمد عليها الشريعة.

٣- ما قاله الإمام الغزالي من أن المصلحة المرسله تعرف من خلال الكتاب والسنة والإجماع، فلا تشكل أصلاً مستقلاً من أصول الفقه.

وجوابه: أن القائلين يفترضون أنها قد تُستكشف بالعقل فتشكل أصلاً مستقلاً، أو فلنقل: تدخل في إطار حجية مدركات العقل. ويوجد هنا بحث مستقل يأتي في مدى حجية مدركات العقل.

٤- ما ذكره الأمدي من أن «المصالح المرسله مترددة بين ما عهد من الشارع اعتباره، وما عهد منه إلغاؤه، وليس إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر».

ويجيب الشيخ الزحيلي بأن: اشتمال الوصف على مصلحة راجحة ومفسدة مرجوحة يجعل اعتباره أرجح من إلغاؤه؛ لأن الشارع رأى مبدأ المصالح في تشريع الأحكام مما يغلب على الظن اعتبار المناسب المرسل، فيجب العمل به؛ لأن العمل بالظن واجب، وأيضاً فإن المصالح التي ألغاه الشارع قليلة بالنسبة للمصالح التي اعتبرها، فيلحق الحكم بالأعم الأغلب. والجواب قد لا يتم، فإن الظن كما قلنا لا يملك إلا كشفاً ناقصاً عن الحقيقة على الأقل في ذهن الظان، فيجب أن يقوم دليل شرعي قطعي يعتبره ويتمم كشفه اعتباراً، فلا معنى للقول بأن العمل بالظن واجب إلا على مبنى القائلين بانسداد العلم تماماً بالشرعية، وهو مبنى مرفوض لانفتاح الطرق العلمية.

ثم إن القول بقلة المصالح الملغاة نفسها يحتاج إلى دليل، وحتى مع فرض قلتها؛ فإن مجرد احتمال أن تكون هذه المصلحة منها يلغي الحجية؛ لأن الشك في الحجية كافٍ للقطع بعدمها - كما يقال -.

نعم ما ذكره السيد الحكيم من أن القائلين بالاستصلاح يدعون أن المصلحة معتبرة شرعاً عند اكتشافها بطريق العقل، فليست مترددة بين الاعتبار والإلغاء يصلح جواباً على هذا الدليل، ولكن الكلام كله في دليل الاعتبار.

٥ - ما نقله الشيخ الزحيلي من أن الأخذ بالمصالح المرسله يؤدي إلى النيل من وحدة التشريع وعمومه، فتختلف الأحكام باختلاف الأزمان والأحوال والأشخاص.

وأجاب عنه بأن مجال العمل بالمصلحة المرسله هو حيث لا نص على اعتبار المصلحة أو إلغائها، فلا يتنافى مع وحدة التشريع وعمومه، بل هو ينسجم مع خلود الشريعة والمصلحة العامة. ولكن الخوف كله من الغالين المفرطين أو المتبعين للأهواء.

تعليقات توضح الموقف النهائي:

أولاً: إن ما نركز عليه في بحوث أصول الفقه هو (الحجية، أي: حجية الدليل) بلوازها؛ وهي:

١ - المعذرية: ويراد بها حكم العقل بلزوم قبول اعتذار الإنسان إذا عمل إلى وفق الحجة الملزمة وخالفت الواقع.

٢ - المنجزية: ويراد بها اعتبار ما تقوم به الحجة من الأمور الموصلة إلى الواقع؛ بحيث يسوغ للمشرع أن يعاقب إذا قدر لها إصابة الواقع مع تخلف المكلف.

٣ - صحة الإخبار عن مؤدى ما قامت عليه الحجة ونسبته لمن صدرت عنه، والمشرع الحقيقي هنا هو الله تعالى.

فيجب أن يقوم على اعتبار الأصل دليل قطعي من الشارع، والقطع - كما مر - حجيته ذاتية لا تتخلف، أما الظن فليس بنفسه حجة إلا أن يقوم عليه دليل قطعي، فالقول بأن اتباع الظن واجب على إطلاقه لا يصح.

ومن هنا فإن استفدنا المصلحة من النصوص والقواعد العامة المعبرة فهو أمر مقبول، لكن تأثيرها بتوفر شروطها وانتفاء موانعها، وهو ما أكدته سماحة الدكتور ماء العينين ونسبه لكل الإمامية؛ لأن المصلحة يجب أن تدرك قطعاً حتى يمكن العمل بها.

أما الإدراك الناقص والظني كاحتمال وجود مزاحم لها، أو إلحاقها بالأعم

الأغلب؛ فذلك لا يوفر الحجية. ومن هنا جاء منع الشافعية عن الاحتجاج بما أسموه بالمصالح الموهومة كما ينقل الشيخ النجيمي.

ثانياً: تحدثت في بحث سابق عن الفروق بين الأحكام الشرعية الفتوائية، والأوامر التي يصدرها ولي الأمر في مجال المباحات لتنظيم مسيرة المجتمع، وفرقت بين هذه الأحكام والأحكام الشرعية بفروق مذكورة في ذلك البحث.

ونضيف هذا فنقول: إن الحاكم الشرعي الذي يُراد له إدارة الأمور وملء منطقة المباحات بالشكل المناسب؛ لا يشترط له إصدار أوامره بعد القطع بالمصلحة، وإنما يكفي الظن العرفي، وحينئذ فإذا رأى الحاكم المصلحة في قانون معين مستمداً ذلك من انسجامه مع مقاصد الشرع الاجتماعية، والمؤشرات التطبيقية التي أعطاه إياها الإسلام من قبيل قوله تعالى: ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾ [الحشر: 7]؛ هناك مؤشرات كثيرة أعطيت للحاكم الشرعي ليستضيء بها لملء هذه المنطقة، وهي كثيرة ذكرنا بعضاً منها فيما أشرنا إليه من بحث، وقد يختار الحاكم فتوى شرعية ويقدمها على غيرها من الفتاوى؛ ظناً منه بأنها للمصلحة الاجتماعية حتى لو لم يكن هو شخصياً قد توصل بالبحث العلمي إليها، فإنها تكون واجبة الاتباع استناداً لأمره تعالى بإطاعة ولي الأمر الشرعي.

وبناء على هذا فإننا لم نخرج عما رسمناه من لزوم تحصيل الحجية، ولكننا على صعيد الفتوى - لا على صعيد الأوامر التي يصدرها الحاكم الشرعي - نلتزم بلزوم تحصيل القطع لإصدار الحكم الشرعي؛ لأن ما يصل إليه الفقيه هو حكم شرعي دائم، أما ما يصدره ولي الأمر فهو أمر ولائي يأتي بمقتضى صلاحياته الشرعية، فهو مؤقت ما دامت المصلحة في نظره قائمة.

ومن هنا نقول بضرورة التوقف في مجال الفتيا عن إصدار الفتاوى القائمة على أساس المصالح الظنية - كما احتاطت لذلك كل البحوث - إلا إذا أدرك الفقيه المصلحة القطعية، وأدرك تحقق شروطها وانتفاء ما يزاحمها. وأشار الدكتور باجو إلى ضرورة عدم وجود المصلحة المزاحمة، وهو أمر بعيد المنال - وقد احتاط الشيخ النجيمي بالتركيز على الفقهاء العدول ذوي البصيرة، والحقيقة أن الكل يفترضون في أنفسهم ذلك - ثم يوكل أمر العمل بالمصالح المرسله - وبالخصوص في المسائل العامة - للحاكم الشرعي ليقوم بإصدار أوامره على

أساس منه، وذلك لأمر ثلاثة:

١ - لأنه لا يلزم في المجال الاجتماعي الإداري تحقق القطع، بل يكفي الظن العرفي المقبول كأساس لإصدار الأوامر الولائية.

٢ - لأن ولي الأمر يملك المعلومات الأوسع والخبراء الأكثر لكي يصل إلى المصلحة، ويعرف جوانبها.

٣ - لأن ما يصدره يبقى أمراً مؤقتاً ما دامت المصلحة، وهذا الأمر لا ينسب إلى الإسلام مباشرة، بل هو أمر ينسجم مع التعاليم الإسلامية في رأي الحاكم الشرعي.

ثالثاً: وبهذا نفسه نستطيع أن نتحدث عن الجوانب التطبيقية للمصالح المرسله في شتى المجالات من القضايا المستحدثة، سواء في المجال الاقتصادي كاستحداث الوسائل الجماعية لتنمية الأموال، أو في المجال الاجتماعي كاستحداث أنظمة الانتخابات وباقي المجالات الأخرى؛ فإن ملاك الأمر فيها واحد؛ وهو ما فصلت فيه كل البحوث بناءً على توجيهات الأمانة العامة.

رابعاً: ولما كان الأمر خطيراً على مستوى الفتوى الفردية؛ فإنه يجب تأكد الفقيه من وجود المصلحة المرسله، وتحقيق شروطها التأثيرية، وعدم وجود موانع لها أو مصالح مزاحمة تتقدم عليها، وهو أمر صعب، وحتى المجامع الفقهية - رغم أنها أقل تعرضاً لأخطار الغفلة - يجب أن تتأكد يقيناً من تلك الأمور، وأن لا تسارع في إصدار فتاواها. وإن كنا نعتقد أن فتاوى المجامع تستطيع أن تسد فراغاً، خصوصاً في المناطق التي لا تملك حاكماً شرعياً مؤهلاً لسد الفراغ، وإيكال هذه الوظيفة في تلك المناطق لهذه المجامع أمر يضطر إليه، ولكنه على أية حال أفضل وأشد احتياطاً من إيكالها إلى الفرد حتى لو كان فقيهاً ورعاً.

خامساً - وهناك أمر خطير آخر، وهو: لزوم مراعاة مصلحة الأمة جمعاء، وتقديمها على المصلحة الفردية أو القطرية أو الإقليمية؛ وهو أمر بدهي تحكمه قوانين التزاحم المقبولة شرعاً؛ حيث إن المعيار فيها هو تقديم الأهم على المهم. وقد تحدثنا عنه في مقال قدمناه إلى مجمع الفقه الإسلامي تحت عنوان

(الاستحسان) بعد أن قبلنا بهذا المعنى، بل هو أمر لا يتردد في قبوله كل العقلاء .

وننبه هنا إلى أن الأمر قد يشبهه فلا تلاحظ هذه المصالح العليا، مع أن النصوص الإسلامية تركز على المجموع الإسلامي العام ومصالحه وحدوده وتوازنه وتكافله، والاستفادة من كل موارد الأمة وطاقتها لصالح المجموع . وقد أشار بعض الباحثين - مثل الشيخ النجيمي - إلى اشتراط المالكية ذلك، وهذا ما أكد عليه المرحوم الشيخ عبد الوهاف خلّاف في كتابه (أصول الفقه الإسلامي)، وكذلك الأستاذ سانو .

سادساً: تكثر الموارد التي تذكر الاستصلاح، ولكننا بعد التأمل فيها نجد أنها أحياناً تطبيقاً للقواعد الفقهية الكلية، أو المفاهيم العامة التي جاء الأمر بها، أو إجراء لقياس، أو تطبيقاً لأحكام ثانوية كالضرر والحرج والتراحم وسد الذرائع، وأمثال ذلك؛ بحيث يمكن القول بأن قسطاً كبيراً مما تضرب من أمثلة لا يعد من باب الاستصلاح، بل هو جمع بين قواعد كلية وأوامر حكومية، وذلك من قبيل ما جاء في هذه البحوث من ضرب السكة، والخليفة عبد الملك بن مروان بعد أن رأى أن الروم قد ضيقوا على الاقتصاد الإسلامي شاور العلماء وأمر بضرب السكة، وهذا أمر حكومي صادر في ذلك الوقت، وبيع النجاسات كالسماد والدم، وتضمين الصنّاع، وعدم قسمة أرض السواد، واشتراط تسجيل العقود في السجل، وهذه أوامر حكومية .

وقد ذكر كل الباحثين - حفظهم الله - وقد استفدت منهم كثيراً، وإذا قصرت في نقل بعض آرائهم فأعتذر، ذكروا فروعاً حول مسؤولية الحاكم في منع المنكر والأمر بالمعروف، وأخرى في المجال الاقتصادي، كما في الشركات الحديثة، وكذا المجال الاجتماعي والمهني والتربوي والقضائي، وكلها تدخل تحت باب الأوامر الحكومية، أو هي تطبيق لكليات شرعية تم الفراغ منها، وهو باب واسع نافع خصوصاً في العصر الحاضر، ولكن لا علاقة له ببحث المصالح المرسلّة باعتبارها أصلاً مستقلاً من أصول الفقه؛ فمثلاً ينقل الدكتور النجيمي: أن المالكية يشترطون أن يكون حاصل المصلحة المرسلّة إنما يرجع إلى حفظ أمر ضروري شرعاً، هذا أمر واضح وتطبيق لقاعدة واضحة، أو رفع حرج في الدين، وقاعدة الحرج قاعدة شرعية ثابتة تطبق في مواضيعها، وهذا الأمر هو الذي أشكل

عليه، فلا يمكن الربط بين تطبيق قاعدة أو الرجوع إلى دليل عقلي، فيكون من باب: ما لا يتم الواجب إلا به. باب: مقدمة الواجب، وهو لا يتم إلا بدليل عقلي، إن الوجوب الشرعي للمقدمة يستلزم الوجود الشرعي لها، وهذا دليل عقلي، ولا يرتبط بتطبيق النصوص الشرعية، وهذا يعني أننا استندنا إلى أدلة رفع الحرج وهي لفظية، أو أدلة وجوب المقدمة لوجودها وهي عقلية، والإمام الشافعي كان يعتبرها من القياس؛ بمعنى أنه مطلق الاجتهاد وفق أدلة الشريعة ومقاصدها - كما ينقل الدكتور النجيمي -، والحقيقة أن كل من قال بالأخذ بها إذا كانت ملائمة، والمصلحة لا يؤخذ بها إلا إذا كانت ملائمة لأصل كلي أو جزئي، بل لا يمكن أن تكون غير ذلك، كما يقول الأستاذ سانو، ينبغي أن لا يعتبروها أصلاً من أصول الفقه مستقلاً، بل هي تطبيق لأصول أخرى. وقد أكد الأستاذ ماء العينين على نفي نسبة غلو الإمام مالك فيها إلى حد القتل.

كما أن بحثه هو البحث الوحيد الذي أوضح تاريخ البدء بالعمل بالمصلحة المرسله من قبل الصحابة - رضوان الله عليهم - وإن لم يطرح هذا المصطلح آنذاك، وقد أفرد الشيخ ولد بيه بحثاً جيداً وضع فيه التداخل بين المصالح المرسله وغيرها.

أرجو ألا أكون قد أطلت عليكم، وأسأل الله التوفيق لكل الباحثين، وشكراً لكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

* * *

ثانياً: المناقشة

الدكتور عبد السلام داود العبادي:

بسم الله الرحمن الرحيم .

أشكر أخي الشيخ التسخيري - حفظه الله - على هذا العرض المتميز والاستقصاء لما ورد في البحوث، والتحليل العلمي الدقيق لهذا المصدر من مصادر الأحكام الشرعية .

حقيقة هذا الأمر من أهم قضاياها: هو إبراز أنه مصدر قائم على قواعد الشريعة وأسسها، ولا تحكمه الأهواء الضيقة وتطلعات الأشخاص وفق ما يقعون تحته من ضغوط في تعاملهم مع الحياة .

ولذلك فلا بد من الإشارة في البداية - وهذا ما حرصت عليه في البحث - أننا لا يجوز أن نركز في التعريف على أنها مصلحة لم يشهد لها الشرع بالاعتبار لا بعينها ولا بنوعها ونقف؛ لأن العلماء أوضحوا ضرورة اتفاق هذه المصلحة مع مقاصد الشريعة، وركزوا على ذلك، وبينوا المعايير والأسس والقواعد والشروط التي تجعلها دائماً في ظلال الشريعة . ونحن بحاجة ماسة للجوء إليها خاصة في إدارة شؤون المجتمع والتعامل مع كل قطاعاته، وخاصة في مجال الأنظمة المنظمة للواقع الإنساني .

شروط المصلحة:

- أن تكون الشروط أساسها مصلحة قطعية لا تعارضها مصلحة مثلها .
 - وأن تكون مصلحة عامة لا مصلحة نادرة تتعلق بأحد الناس .
 - وأن تكون مصلحة ضرورية بها رفع حرج لازم .
 - وأن تكون مصلحة ملائمة لمقاصد الشرع .
- وقد أطلوا في تحديد مقاصد الشرع، ونعلم هنا المعيار الذي انشغل

الأصوليون بتحريره للتمييز بين أنواع المصالح والترجيح بينها على أساس بيان متعلق هذه المصالح، فقسموها إلى: ضروريات وحاجيات وتحسينيات، وأطالوا في التمثيل وفي التعريف، وبينوا كيف أن هذه معايير دقيقة تعالج كل ما يمكن أن يرد في ذهن في مجال المصالح.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن هذا المعيار معيار مطّرد صالح للتطبيق في ميادين الحياة الإنسانية كلها، وأنه يقوم على المعرفة الإنسانية ومعرفة حقائق التصرفات وآثارها في المجتمع الإنساني، وبالتالي ليست القضية قضية ارتجال وفيها أخذ بالأهواء، أو محاولة فرض الآراء الخاصة في هذه المجالات التشريعية المهمة.

وفي ظني أن التركيز على هذا المعيار وتحليله وتقديمه للمجتمع هو الذي يبين كيف أن للاجتهاد في هذا المصدر من مصادر الأحكام الشرعية وقواعده المنضبطة وأساسه وأصوله الدقيقة.

وأيضاً يجب أن ننتبه ونحن نتحدث عن هذا المصدر من مصادر الأحكام الشرعية للصفة الأساسية لخلود الشريعة: تصديها للواقع الإنساني بكل أبعاده، من منطلق: أنه ما من أمر من أمور العباد إلا والله فيه حكم، وهذا إما أن يكون منصوصاً عليه بشكل مباشر، أو منصوصاً عليه بشكل غير مباشر، بمعنى أنه يحتاج إلى اجتهاد واستنباط، والاجتهاد والاستنباط هنا يقومان على جملة من المصادر - بالإضافة للكتاب والسنة والإجماع - والذي هو الاجتهاد بصورة المتعددة التي يقع في طليعتها القياس والاستحسان والاستصلاح، ضمن منظومة متكاملة تواكب المجتمع الإنساني بحركته؛ بحيث توفر تنظيماً لهذا المجتمع ضمن معايير قائمة على هذا البيان الذي أوضحت كثيراً من تفصيلاته.

وفي التطبيق وقّف البحث عند موضوع سلطات الحاكم، وموضوع السياسة الشرعية، وكيف أن البيان الفقهي في هذا المجال أن الحاكم المسلم يتصدى لتنظيم الواقع لهذا المجتمع الإسلامي بهدف تحقيق مصالح، وكيف أن تحقيق المصالح ضمن المعايير المشار إليها في إطار الضروريات والحاجيات

والتحسينيات هو الذي يجعل من الأنظمة المنظمة للواقع الإنساني بكل أبعاده أحكاماً شرعية، كالأنظمة التي أشار إليها الشيخ التسخيري في مجالات الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والتنظيمية المختلفة وشؤون الحكم المتعددة، ومن أوضح ما يأتي من أمثلة أنظمة الحاكم المختلفة: أنظمة الدولة المختلفة في مجال السير على الطرق، وفي مجال التصدير والاستيراد والتسعير، وفي مجال الصيغ الضابطة لشؤون الحياة المختلفة، وفي الأوضاع الاقتصادية في الشركات وصيغها المختلفة، وكل ما يتعلق بذلك، فإنك تجد أن التعليل يقوم على المصلحة ضمن هذه المنظومة القائمة على الضروريات والحاجيات والتحسينيات.

وفي هذا المجال لا بد في الواقع أن ننبه إلى أنه قد يقع بعض الخلط في التفصيل، وذلك مثل أن يعتبر ستر العورة من الكماليات عند كثير من الباحثين في هذا الموضوع، بينما في الواقع لا يمكن أن يكون أمر حثت عليه الشريعة ودعت إليه وألزمت به من قبيل الكماليات؛ لأن ستر العورة يتعلق به حفظ الدين وحفظ النسل، وبالتالي فهو يدخل في الضروريات، لكن عدداً كبيراً من الباحثين يذكرون أموراً واجبة والشريعة ألزمت بها كأمثلة على الكماليات من منطلق الفهم بأن هذا مما يليق، أو أنه من محاسن العادات أو غير ذلك. لا يوجد إلزام في الشريعة إلا ويواكبه أن المصلحة ضرورية وقطعية، ولا يجوز في الواقع أن توصف أنها كمالية أو أنها حاجية. ولذلك فهناك عملية تقابل بين معايير الإلزام والطلب الجازم، وبين هذا المعيار في أطره الثلاثة: الضروريات والحاجيات والتحسينيات. وهذا يجعل عملية الترجيح بين المصالح - حتى في إطار الدرجة نفسها، سواء كانت درجة الضروريات أو الحاجيات أو التحسينيات أيضاً - مطردة ولها قواعدها وأصولها.

على أية حال لا أريد أن أطيل، وإنما أحببت أن أقول: إنه مما يجب أن نركز عليه في طرح هذا المصدر هو انضباطه، وأنه يلي حاجات المجتمع الإنساني في إطار خلود الشريعة، واستمرار معالجتها للمجتمع الإنساني مهما تقدم ومهما نمت أوضاعه.

وشكراً. والسلام عليكم.

الدكتور قطب مصطفى سانو :

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد، وعلى آله وأصحابه وسلم تسليماً كثيراً.

شكراً سماحة الرئيس، وشكراً لسماحة الشيخ آية الله محمد علي التسخيري على حُسن عرضه وتحليلاته لمواقف البحوث من هذه الموضوعات .

لا شك أن ما تطرق إليه سماحته - حفظه الله - من حديث حول حجية هذا الدليل يمثل بالنسبة لبقية الأبحاث منهجاً، أو ربما انتصاراً لفريق من العلماء الذين يذهبون إلى القول بعدم حجية هذه المصلحة، ولكنني في بحثي حاولت أن أتجاوز قدر الإمكان ذلك الحديث، أو ذلك الخلاف الأصولي حول حجية هذا الدليل، معتبراً الخلاف فيه كالخلاف في حجية القياس والاستحسان وسد الذرائع، وغيره من الأدلة التبعية التي لا يمكن أبداً أن يتم حسم الخلاف فيها، وإذ الأمر كذلك، وهو كذلك حتماً، فإن ما تفضل به سماحته من أدلة لنفي حجية هذه المصلحة أعتقد أنها كلها ربما تصب في صالح حجية المصلحة، فيمكن الاستئناس بتلك الأدلة التي ذكرها سماحته لإثبات حجية هذا الدليل عندما لا تكون هنالك نصوص صريحة واضحة في الكتاب والسنة حول هذه المسائل، خاصة في مستجدات الأيام .

فعلى سبيل المثال هذه المصطلحات والقول بأن المصلحة المرسلة هي المصلحة التي لم يرد لها أصل بالاعتبار أو الإلغاء، حاولت في بحثي أن أثبت أن هذا التعريف ينطوي في داخله على بعض القضايا التي تهدم التعريف نفسه؛ فليس صحيحاً أن هذه المصلحة ليس لها أصل، لكن الصحيح أن المصلحة ليس لها أصل معين مباشر، ولكنه يندرج في النهاية ضمن إحدى المصالح المعتبرة أو المصالح التي لها دليل معتبر. والشأن في ذلك كالشأن في القياس عندما لا يكون للفرع أصل، ولكن لا أحد يقول: إنه لا يمكن أن يلحق بالأصل؛ لأن الفرع لم يرد له دليل، لكن لم يرد له دليل معين مباشر صريح يخصه، كذلك الشأن في المصالح المرسلة.

وقد أثبتت في دراستي أن جملة من اجتهادات الصحابة رضي الله عنهم بدءاً باجتهادهم في جمع الناس وراء إمام واحد في صلاة التراويح، وجمع القرآن، وزيادة أذان ثانٍ أو ثالث في الزوراء الذي قام به عثمان بن عفان أو غيره، هذه الاجتهادات من الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم كلها انبنت على مراعاة المصلحة التي تردت في نهايتها إلى مراعاة مقاصد الشريعة، وهي الكليات الخمس المعروفة. لذلك قلت: إنه ربما هذا التقسيم الذي نراه في أصول الفقه أن هنالك مصالح معتبرة وملغاة وثالثة مرسله، هذا التقسيم قد أسهم في جزء كبير منه إلى وجود هذا الخلاف حول الحجية، فلو تم تقسيمه تقسيماً ثنائياً، بحيث يقال: هنالك مصالح وردت لها نصوص صريحة في القرآن الكريم؛ وهي: إما معتبرة أو ملغاة، ومصالح أخرى لم يرد لها نصوص صريحة واضحة مباشرة، لكنها تندرج في النهاية ضمن المصالح المعتبرة، عندئذ سينعدم الخلاف الأصولي حول حجية هذه المصلحة. وهذا الدليل من أهم الأدلة التي نحتاج إليها اليوم في تقديم بدائل إسلامية لجملة من مستجدات الحياة العامة.

وقد حاولت في هذه الدراسة أن أبين أن هنالك مجالات مهمة حيوية جداً نحتاج إلى توظيف هذا الدليل فيها؛ لأن مراعاة المصلحة في النهاية مقدمة على مراعاة المقاصد. ونحتاج إلى هذا الدليل في المستجدات العامة في الأمور التي تعرف بأنها تم بها البلوى، وهي الأمور التي تصدر بها إرادات سلطانية ويلزم بها المجتمع لاتباعها هذه الأوامر.

وأنا قد أعجبت كثيراً بالمصطلح الجديد الذي ذكره سماحة الشيخ التسخيري، وهو المصلحة الاجتماعية. والمصلحة الاجتماعية هي التي يعبر عنها أهل العلم في الأصول بالمصلحة المرسله في نهاية المطاف، وحكم الحاكم في شرعنا منوطٌ بمراعاة المصلحة، وهي قاعدة معروفة وثابتة عند الجميع أن الحاكم يجب أن يراعي في جميع تصرفاته وفي جميع أوامره السلطانية مصلحة المجتمع ومصلحة الأمة، وهذه المصلحة تتعدد هنا.

إذن تجاوزاً لهذا الخلاف الأصولي العتيق القديم يمكن القول بأن التقسيم الأولي للمصالح إلى: مصالح منصوص عليها، ومصالح أخرى غير منصوص

عليها، لكنها هي في النهاية ترجع إلى المصالح المنصوص عليها، كما ذكر عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما جمع الناس وراء إمام واحد في صلاة التراويح، قد يقول البعض: إن هناك نصاً، وهو أن الرسول ﷺ فعل هذا، لكن لم يثبت أن الرسول ﷺ صلى التراويح لمدة شهر كامل وراء إمام واحد، وحتى في الحديث الصحيح: «خشيت أن تفرض عليكم». وكذلك اجتهادات أبي بكر الصديق رضي الله عنه في جمع القرآن الكريم عندما استحرَّ القتل في القرءاء، وعلل ذلك بأنه فيه خير، والخيرية تعني المصلحة.

القضية الأخرى: هي أن المصلحة اليوم بالنسبة لمجالات استخدامها كثيراً ما نجد في الكتب أن هذه لا تدخل في المسائل التي تعرف بالتعدييات، أو المسائل التي تدخل فقط في المعاملات، هنا توجد مشكلة أساسية تتمثل في أنه ليس كل مسائل العبادات غير معقولة المعنى، إذا كانت العبادة معقولة المعنى إذن يكون للمصلحة مجال في استخدامها فيها، لذلك فعندما سنَّ عثمان بن عفان رضي الله عنه زيادة في الأذان في يوم الجمعة، والأذان في عهد رسول الله ﷺ لم يكن فيه هذا الأذان الثاني، فذكر أن المصالح قد تغيرت، وأصبح من الأمر العسير لكثير من الناس أن يأتوا إلى المساجد، فاقترضت المصلحة أن يزداد في الأذان حتى يتهيأ الناس للقدوم إليها. والأذان مسألة تعبدية لكنها معقولة المعنى؛ لأن القصد منه هو إعلام الناس بدخول وقت الصلاة، وقد أدرك هذا عثمان بن عفان رضي الله عنه؛ فكان ذلك. وكذلك جمعه للمصحف في مصحف واحد عندما رأى الناس يختلفون في هذا المصحف، فخشي أن تختلط به تفاسير الناس للقرآن الكريم.

إذن القول بعدم حجية المصلحة ربما قد يترتب عليه مصادرة جملة من هذه الأحكام الراشدية، والتي توصل إليها هؤلاء الأئمة في هذا المجال، ولكن بعض الناس ربما يقبلونها تحت مسميات أخرى؛ فعند رجال أصول الفقه يسمونه بالاستدلال المرسل، المناسب المرسل، الاستدراك وغيره من هذه القضايا.

نقطة أخيرة: وددت أن أقول: إن محاصرة استخدام مجال توظيف هذا الدليل في المسائل التي تعرف في العبادات والمعاملات والمناكحات وغيرها، هذا فيه تضيق لهذه الدائرة، أنا لا أقول بما يقول به الإمام الطوفي - رحمه الله -،

لكنني أعتقد أن توظيف هذه المصلحة والاستعانة بها في حل كثير من المشاكل التي تمر بها الأمة اليوم فيها مراعاة ما الذي يتحقق من هذا العمل من مصلحة، وما الذي يترتب عليه من مفسدة، فيتم من خلال ذلك تحديد الحكم الشرعي، بل يمكن توظيف هذه المصالح في الترجيح بين الآراء الفقهية المتعارضة والمتناقضة في مسائل الحج اليوم، وهناك مسائل كثيرة أو آراء كثيرة في بعض القضايا التي تتعلق بالحج مثلاً، والحج مسألة تعبدية إذا صح التعبير، وهو ركن من أركان الإسلام، لكن ما يحدث اليوم من قضايا ومن آثار وخيمة تترتب على تمسك الناس ببعض الآراء الفقهية، وهذه الآراء الفقهية التي لم تعد تخدم في هذه المرحلة ولو كان هؤلاء الفقهاء يعيشون معنا اليوم ربما غيروا هذه الآراء، فعلى سبيل المثال قضية رمي الجمرات، فغير الحنفية يرون مثلاً أنه لا يصح الرمي إلا بعد الزوال، ولا يصح مغادرة منى في اليوم الثاني عشر بعد غروب الشمس، بل يجب البقاء، من الواضح أن هناك آراء أخرى لبعض الأئمة والفقهاء على أنه يصح الرمي بعد الزوال، ويصح حتى ليلاً عند المالكية وغيرهم.

فالعمل اليوم برأي من هذه الآراء التي يذهب إليها بعض الفقهاء تنظر إلى المصلحة التي تتحقق منها، نفوس تزهق وتذهب من أجل الثبوت والتمسك بمذهب وبرأي من الآراء، هنا الحاجة ماسة إلى إعادة النظر في مجالات توظيف هذا الدليل، وهو دليل حيوي ودليل يستخدمه ليس المسلم فقط، بل تستخدمه كل الشرائع وكل القوانين الأخرى التي نعرفها على وجه الأرض، وتستند إلى المصلحة لتحديد مصالح أو تحديد بعض الأحكام التي ينتهي إليها الناس.

إذن يكون من أهم ما سنحتاج إليه في هذا المجمع الموقر والأحداث التي تتلاحق اليوم خاصة في قضايا الحج، وأذكر هذه المعاناة التي يمر بها المسلمون اليوم نتيجة بعض هذه الآراء الفقهية التي لم تعد تحقق مصالح في حقيقتها، لكن لو كان هؤلاء الفقهاء موجودون اليوم لكان لهم رأي آخر، والموقف هنا كموقف إمام المالكية في الأندلس؛ الإمام أسد بن الفرات الذي انتهت إليه رئاسة المالكية، والمالكية كانوا يرون أنه لا يجوز اتخاذ الكلب للحراسة، ولا يجوز هذا أبداً، ويحرم حراماً باتاً، فلما رآه الناس وهو إمام الأئمة أن عنده كلب

للحراسة، قالوا له: كيف وأنت إمام الأئمة وانتهت إليك رئاسة المالكية في الأندلس، والإمام مالك يقول كذا، وأنه لا يجوز اتخاذ الكلاب للحراسة؟ قال لهم: لو كان مالك حياً لاتخذ أسداً ضرراً. تغيرت المصالح وأصبحت الحياة تختلف، وأعتقد أننا هنا نحتاج إلى الاستعانة بهذه المصلحة، وهو دليل حيوي، ولنسميه - ربما - المصلحة الفرع، أو المصلحة غير المنصوص عليها، أو المصلحة الفرعية التي تنفرع عن المصلحة الحقيقية.

والخلاف في الإمام الطوفي كونه حنبلياً أو شيعياً فيه كتابات كثيرة، ولكن أعتقد القول: لقد أفضوا إلى ما قدموا، فغفر الله لنا ولجميع المسلمين. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور يعقوب عبد الوهاب الباحثين:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم.

وبعد: فقد اطلعت على طائفة مما كُتِب في المصالح المرسلة، ولكن هناك بعض الأبحاث لم أطلع عليها أو لم تصلني إلا صباح هذا اليوم، ولذلك فإنني لا أستطيع أن أتكلم عنها أو أحكم عليها، ولكن بوجه عام أود أن أذكر أن المصالح بحسب ما عرّفوها هي: المنافع. والمصالح المرسلة هي المنافع التي لم يرد نص عن الشارع بخصوصها، وأود أن أذكر أنه لا توجد مصلحة مرسلة في الشرع، بل إن الشرع قد اعتبر المصالح أو ألغاهها، وأن المصالح المسكوت عليها ليست خارجة عن هذين الأمرين، والله تعالى لم يترك الناس سدى، وإنما بيّن الأحكام جميعها.

وحديث الناس أو العلماء حينما يتكلمون عن المصالح المرسلة إنما يقصدون الجزئيات المحددة المعينة التي لم يرد بشأنها نص، وعلى سبيل المثال: لو تكلمنا عن نظام المرور؛ فإنه مصلحة مرسلة؛ لأنه لم يرد عن الشارع نص بشأن اتخاذ نظام للمرور أو بعدم اتخاذ نظام للمرور، ولكن لو نظرنا إليه فإنه يدخل في مصالح الشارع؛ لأن نظام المرور يؤدي إلى المحافظة على أرواح الناس أو على

أموالهم، ونحن نعلم أن المقاصد أو ما سموه بالضروريات أو الكليات الخمس التي هي المحافظة على النفس وعلى العقل وعلى المال وعلى الدين . . . إلى آخره، هذه كلها قامت الأدلة الكثيرة على اعتبارها، وأما استقراء النصوص الشرعية أثبت أن هذه مراعاة في الشريعة، وقامت عليها أدلة قطعية .

فإذن حينما تُنظر مسألة مخصوصة في جزئية واردة فيما بعد هي لا تخرج عن أنها إما أن تكون ملغاة، وإما أن تكون معتبرة، ولكن الاعتبار بالمعنى الأوسع وبمعنى الجنس . والأمثلة التي تُذكر حتى مما فعله الصحابة؛ فإنها تدخل أيضاً في هذا الإطار . جمع المصحف مثلاً وكتابه: هذا أمر يدخل في المصلحة العامة الكلية؛ وهي المحافظة على الدين . فالشارع لم يترك هذا الأمر، ولكن هذه الجزئية ربما لم يكن في وقتها هناك حاجة إلى مثل هذا الأمر .

هناك مسألة تتعلق باختلاف العلماء في هذا الموضوع؛ الحقيقة حينما ننظر إلى الإمام الآمدي فإنه لما جاء إلى تقسيم الوصف المناسب ذكر خمسة أنواع: المؤثر والملائم والغريب والمرسل والملغى، لكن ابن الحاجب - وهو الذي أحدث الإشكالات الكثيرة - ذكر أربعة أنواع: المؤثر والملائم والغريب والمرسل، وحينما جاء إلى المرسل جعله: ملائم المرسل، وغريب المرسل، وملغى المرسل . ومن هنا تجد أن العلماء حينما أخذوا يحكمون بأن هذا مردود أو غير مردود . . . إلى آخره، إنما كانوا ينظرون إلى مثل هذا التقسيم الذي ذكره ابن الحاجب وأوقع في كثير من الالتباسات .

البحوث التي اطلعت عليها فيها نوع من المؤاخذات، وعلى كل حال يشكر هؤلاء العلماء الأفاضل الذي تكلموا عنها، لكن هناك مسألة أثارها بحث آية الله التسخيري، وهي مسألة الاحتجاج بالظن، وقال بأن الاحتجاج ينبغي أن يكون بالأمر القطعية، ونحن نعلم أننا متعبدون بالظن وليس بالقطعيات، ولهذا فإنهم حينما تكلموا عن الاجتهاد قالوا: هو بذل الفقيه الوسع لتحصيل الظن بحكم شرعي، وما قالوا: بعلم لحكم شرعي . ولهذا فمسألة القول بأنه لا يعمل بالظن وأنه لا بد أن يكون هناك قطع، هذه مسألة أتصور أنها فيها تأمل، ولست مقتنعاً بمثل هذا الأمر .

الحقيقة الأدلة التي ذُكرت ليس هذا موضوعها، أعتقد أن هذه المسألة قُتلت بحثاً، وأن العلماء تكلموا عن المصالح المرسله ما بين رسائل دكتوراه ورسائل ماجستير وبين بحوث تكميلية وبين بحوث خاصة لا تتعلق بهذه الأمور الأكاديمية، فالمسألة قُتلت بحثاً وأنا أتصور أن مناقشة المصالح المرسله وحجيتها أنها مسألة زائدة، وما ينبغي أن يُشغل المجمع بشأنها كثيراً، لكن ينبغي أن يُلاحظ في تطبيق هذه المصلحة المرسله على الوقائع والأمور، هذا الذي أتصوره، ولكن بما أن فضيلة الشيخ رئيس المجمع أراد مني أن أتكلم فكان بودي أن أعلق على هذه الأبحاث، وأن أبين ما فيها أو وجهة نظري فيما ذكر فيها؛ لأن بعض هذه الأبحاث من الناحية التاريخية أتصور أنها لم تكن موفقة، وبعضهم ينسب أن القول بالمصلحة المرسله ورد في عهد الإمام مالك، وهذا الكلام غير ثابت، وكان ينبغي أن يُسند إلى مصادر حقيقية، وأن توثق الآراء التي وجدت أو ذُكرت في مثل هذه الأبحاث.

على أن بعض هذه الأبحاث استند إلى مصادر معاصرة، ومع تقديري واحترامي للإخوة المعاصرين الذين كتبوا في ذلك، ولكن ينبغي على من يكتب بحثاً يُقدم إلى المجمع أن يراجع ويتأكد من هذا الموضوع؛ بأن يعود إلى كتب التراث وأن ينظر، كل هؤلاء الناس الذين تُنسب لهم هذه الأقوال لهم مؤلفات محققة ومطبوعة وموجودة، فلا يصح أن نعتمد على بعض الكتب المعاصرة، وإن كان مؤلفوها أجلة كالشيخ عبد الوهاب خلّاف، ومع تقديري واحترامي للأخ الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي أو غيره من العلماء، أو غيرهم كالشيخ تقي الحكيم هو أيضاً من المعاصرين، وينبغي أننا حينما نريد أن ننسب الآراء أن نعود إلى المصادر الأصلية وليس إلى المعاصرين، علماً بأن السيد الحكيم أيضاً نفسه فيما اطلعت على ما كتب في هذا الموضوع كان يعود إلى مصادر معاصرة أيضاً، كان يعتمد على كتب الشيخ عبد الوهاب خلّاف في علم أصول الفقه، أو إلى الأدلة المختلف فيها، وأظن أنه عاد إلى كتاب المستصفي للغزالي في بعض المواضع.

هذه البحوث التي بين يدي فيها من عاد أو رجع إلى المصادر الأصلية،

ولكن الأغلب الذي رأته فيها هو العودة إلى المصادر المعاصرة .

هناك مسألة أود أن أذكرها، وهي أن فضيلة الشيخ التسخيري فيما يتعلق بالدليل الذي ورد عن الصحابة؛ وهو: أنهم قالوا بالمصلحة، أثار تساؤلاً، وهذا التساؤل أورده السيد محمد تقي الحكيم في كتاب (الأصول العامة للفقهاء المقارن)، هو: هل ينبغي أن ننظر إلى أن الصحابة حينما اتفقوا وأجمعوا كان الدافع لهم هو المصلحة، أو كان الدافع لهم أمراً آخر؟ فهذه الاحتمالات والتشكيكات هي التي جعلته يرفض مثل هذا الاستدلال .

الحقيقة المصلحة أمرها واضح، والإمام الغزالي حينما عرفها قال: «المصلحة هي المحافظة على مقصود الشارع»، ويتبين أن مقصود الشارع هو المحافظة على الأمور الخمسة، وهي: أن يحفظ الناس الدين والنفس والمال والعقل والنسب، هذه هي الأمور؛ وهي التي تدور حولها المصالح، فكل ما يؤدي إلى المحافظة على مثل هذه الأمور؛ فإنه يدخل في المصلحة، فإن ورد بشأنه نص من الشارع فهي مصلحة معتبرة، أو بالإلغاء فإنها مصلحة ملغاة، وإن كان لم يرد عن الشارع أمر بشأنها فإنها مصلحة مرسله . الإرسال هو عدم ورود دليل خاص في المسألة التي نحن بصددنا، والداخلية في ضمن الاعتبارات الشرعية، لا توجد مصلحة غير داخلية في الاعتبارات الشرعية، يعني الشارع لم يترك الناس سدى، كل المصالح لا بد أن تكون إما ملغاة أو معتبرة .

هذا الذي تبين لي، والله أعلم .

الدكتور حمداتي شبيهناء ماء العينين:

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد، وعلى آله وأصحابه وسلم .

أشكر فضيلة الأستاذ الشيخ التسخيري على عرضه القيم الشامل الذي استعرض فيه مختلف الآراء التي اعتمدها في موضوع المصالح المرسله، وأوما إيماءات طيبة على بقية البحوث، مما يتطلب منا إلقاء بعض الأضواء في وقت وجيز على ما كتبناه عن الموضوع .

نرجع للتعريف؛ وهي التي تفضل بها الشيخ عبد السلام العبادي، فلن أضيف إليه جديداً فيها، إلا ما كان من تعريف الغزالي وإمام الحرمين وابن السمعاني كل واحد منهم قال: هي الاستدلال، وأطلق عليه الخوارزمي: الاستصلاح، وذلك لما تكلم عليه في كتابه (الكافي)، أما المالكية فقد احتفظوا بتسمية المصلحة المرسلة مع استعمال التعاريف الثلاثة أثناء استعراضهم لتفسيرها ومستندهم - المالكية - فيها هو عمل الصحابة، حيث قال في مراقبي السعود - وإن كنت استشهدت كما أشار إلى ذلك أخونا جواباً على الشيخ التسخيري: لم أعتمد إلا المراجع القديمة إلا فيما يرجع للأنظار التي تقرب البعيد - قال:

والوصف حيث الاعتبار يجهل هو الاستصلاح وقيل المرسل
نقبله لعمل الصحابة كالخط للمصحف والكتابة
تولية الصديق للفاروق وهدم جدار مسجد للضيقة

هذه الحالات لم ترد فيها نصوص، وهي داخلة في الشروط التي تفضل بها الأستاذ عبد السلام العبادي، ولا أطيل فيها، فإذا نحن رأينا أن الصحابة ابتكروها استجابة للمصلحة المتجددة في المجتمع الإسلامي، وتبين لنا أن مالكا كان يأخذ بالحكم استجابة للمصلحة التي لم تتعارض مع مصلحة أخرى أكثر فائدة منها، ولا تخدم مصلحة فردية دون أن تكون محققة شيئاً لجماعة المسلمين، ولم نجد نصاً عليها ولا علة فيها، يمكن أن تكون متشابهة مع علة حكم آخر نقيسه عليه، عندها نقبلها للمصلحة ونرسل دليلها؛ ولأن مقاصد الشريعة اقتضت ذلك.

مقاصد الشرع ثلاث تعتبر وأصلها ما بالضرورة اشتهر
واتفقت في شأنها الشرائع إن كان أصلاً وسواه تابع
وهو الذي برعيه استقرا صلاح دنيا وصلاح أخرى
وذاك حفظ الدين ثم العقل والنفس والمال معاً والنسل

هذا نظم ابن عاصم الغرناطي في مرتقى الأصول.

إذن كل ما يخدم أحد هذه الكليات الخمس، ودخل المقصد الضروري أو الحاجي في خدمته للضروري، أو التحسيني في خدمته للحاجي؛ نقبل به إذا لم

نجد له دليلاً، ونطلق عليه المصلحة المرسله، وغايتها منها في هذا العصر هو كون العولمة التي أصبحت إكراهاً مارداً يترتب بنا الدوائر، ويريد أن يجتثنا ويجتث عقيدتنا، ويريد أن يستهوي شبابنا ويغيره بأن الدين الإسلامي والتشريع الإسلامي قاصر عن الاستجابة لمصالح العصر، هذا يتطلب منا أن نرتقي بالبحث العلمي إلى الساحة التي استخرج بها أسلافنا أحكام المستجدات التي عرفوها. فإذا نحن أخذنا هذه المصالح وجعلناها وعاء حسب الشروط التي ذكرناها جميعاً في البحوث، والتي شرحها الأستاذ العبادي، إذا نحن أخذنا بهذه الشروط وغلبنا هذه المصلحة وعرقنا أن البعض كان في ساحة الخلاف نسب فيها أقوالاً لمالك لم ترد عنه، وكون مالك قال بها حتى قتل النفس أو ضرب السارق، فلم يقل مالك بهذا، ولم نجده مفصلاً ولا مكتوباً في كتاب من قول مالك، وإنما هو نسب إليه، وأكثر ما نسب إليه في كتاب (البرهان) عندما تكلم عنها الجويني، ولكن في نفس الكتب أيضاً أتى الجويني وقال: «لم يقل مالك بهذا وحاشا أن يقول به».

ولذلك قلت في بحثي: إنه ينبغي عندما نتقصى أقوال الأئمة ألا نحملهم أقوال تابعيهم من الغلاة الذين يتمذهبون بمذهبهم؛ فهذا يقع أحياناً من بعض الفقهاء عندما يكون هناك احتدام نزاع بينهم، فيُسجل أنه نسبة للأئمة فنحملهم ما لم يحملوه، وهذا في نظري حرام؛ فمالك كان أشد الناس حرصاً على تطبيق ما طبقه الرسول ﷺ، وهو قال بالمصلحة عند غياب النص وعدم تصادمها مع نص آخر، أو مصلحة أكثر منها جدوى، فكيف يقول بأن تقتل النفس وهو يعلم: ﴿وَكُنْتُمْ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْفُسًا بِلِقَائِكُمْ بِاللَّعِينِ وَاللَّعِينُ وَاللَّعِينُ وَاللَّعِينُ﴾ [المائدة: 45]، ويعلم أن هذا أشد حراماً عند الله؟ فهذا حذرت منه وقلت: إننا ينبغي أن نتخذ المصلحة المرسله ولكن بشرط، واقترحت على المجمع أن يهذبها ويزيل منها الأقوال التي ربما قال بها متطرفو المالكية، ويصد عنها الأقوال التي وجهت إليها من المتطرفين في مشاحناتهم، فنخرجها مبدأ أساسياً في اجتهاد جماعي يقول به المجمع في مواجهة الأوضاع المترامية من المستجدات من الصناعات، من السلع لأصحاب المصانع الذين يجدون أنفسهم في ورطة وحيرة أمام أشياء يطرحونها لم يحفظ لهم قول فيها، ولم يحفظ قول في حرمتها، ولم يعرف

دليلها، فإذا استخدمنا المصلحة المرسلّة على هذا الشكل لشروطها وتحريتنا مما يخالف الشرع منها، وهذبناها مما كان فيها من أقوال المتشددّين والمتعصبين لها، ثم رددنا عنها الشبه التي قال بها المتعصبون ضدها؛ لاستخرجنا وعاءً صالحاً لأن نفرغ فيه كثيراً من المعاملات التي أصبحت بين أيدينا لا دليل لنا بها.

والله الموفق للصواب، وشكراً، والسلام عليكم.

الدكتور محمد بن يحيى بن حسن النجيمي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد رسول الله، وعلى آله وصحابه أجمعين.

أما بعد: فالشكر لفضيلة الشيخ محمد علي السخيري على عرضه وبيانه للأبحاث، وإن كان الخلاف في المصالح المرسلّة لا يزال وسيبقى في المستقبل محل خلاف، ولكن الجمهور يقولون بها ويعتمدونها.

والشكر لفضيلة الدكتور يعقوب الباسين - وهو أستاذنا وشيخنا جزاه الله خيراً - على ما وجهنا به من توجيهات، والقول بأنه لا جدوى من بحث المصالح المرسلّة ليس دقيقاً؛ لأنه كما ذكر لنا المجمع عندما استكتبنا: ليس المقصود هو أن نتكلم عن حجيتها وعن شروطها، وإنما المقصود الأساس من ذلك هو التطبيقات المعاصرة لها، وهذا ما ركزنا عليه في أبحاثنا، وتجنبنا التوسع في الجانب التنظيري، وسوف أنطلق من هذا إلى المجالات التطبيقية، وأركز على نقطتين:

النقطة الأولى: الفحص الطبي قبل الزواج، فإن فضيلة العارض ونظراً لضيق الوقت لم يتكلم عن بعض التطبيقات، وأنا أعرض باختصار لهذا؛ حيث إن الفحص الطبي قبل الزواج قد أصبح معتمداً في أكثر البلدان العربية، وهو ضمن المصالح المرسلّة التي ينبغي تطبيقها؛ خاصة مع انتشار أمراض سارية ومعديّة كثيرة فتكت بالناس كثيراً، فقد توصلت في التطبيقات إلى أن الفحص الطبي عن الأمراض المعديّة والجنسية يجب - من باب السياسة الشرعية - أن يجبر بها ولي

الأمر؛ لأنه قد حصل من جراء انتشار هذه الأمراض المعدية - كالإيدز وغيره - مشاكل وكوارث كبيرة، وقد أمرنا الشرع الحكيم كما في الحديث الذي أخرجه الحاكم وصححه، ووافقه الإمام الذهبي عليه، قال ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، وقد أخذ الفقهاء من ذلك القاعدة الشرعية المعلومة؛ وهي: أن «الضرر يُرأى»، وأن «الحاجة تُنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة».

النقطة الثانية: العيوب الجنسية؛ سواء أكانت مشتركة بين الزوجين أم خاصة بكل منهما، هذه أيضاً تحتاج إلى الإلزام بفحصها؛ خاصة الشائعة منها والمتشرة بكثرة؛ لأنه من المعلوم بأن الزواج من العقود المدنية التي يحق لكل من الزوجين إذا وجد في صاحبه عيباً أن يفسخ النكاح؛ فإذا كان الأمر كذلك فإننا إذا بدأنا بالفحص الطبي قبل الزواج نتجنب مثل هذه النتائج، وألا نلجأ إلى الطلاق، والأمراض السارية التي فتكت كثيراً في وطننا العربي؛ وهي مثل: الثلاثيسميا والأنيميا المنجلية، وهي منتشرة بكثرة في دول حوض البحر المتوسط ومعظم البلدان العربية منها المملكة العربية السعودية، وقد بلغت نسبة المصابين بهذا المرض في المملكة العربية السعودية مليوناً ونصف المليون مصاباً، وهذا عدد كبير، وقد وصلت النسبة إلى (٣٠٪) بالنسبة إلى هذين المرضين المنتشرين.

أما الأمراض الوراثية التي تنتقل عبر جين واحد؛ فإنني رأيت بأنه لا يلزم بالفحص منها، وذلك كما ذكر أستاذنا الدكتور البار أنها أكثر من ثمانية آلاف مرض، وقلت: لا يجب الفحص منها؛ لأسباب كثيرة، من أهمها:

١ - إن كثيراً من مفاهيم الجينوم البشري وحقائقه غير واضحة المعالم إلى الآن، ويكتنفها الغموض.

٢ - إن نتائج الفحوصات الجينية ليست قطعية في كثير من الأحيان.

٣ - إن الفحوصات المخبرية لا يمكن أن تحدد وتثبت في مدى الإصابة بهذه الأمراض، وإذا حدث المرض لا تدل على قوته من ضعفه.

٤ - إن الكثير من الأمراض الوراثية المعروفة لا تنتج بسبب الوراثة، بل بسبب عوامل أخرى كالطفرات الجينية.

لهذا كله فإنني لا أرى وجوب الفحص الطبي في هذه الحالة ؛ لأن من المعلوم أن «المشقة تجلب التيسير»، وأن «الأصل براءة الذمة»، ولو أجبرنا الناس على الفحص من هذه الأمراض الكثيرة لكان ذلك تكليفاً بما لا يطاق، ومن المعلوم أن «الشريعة الإسلامية لا تكلف بما لا يطاق» .

الموضوع الأخير الذي أود أن أتناوله باختصار؛ هي : مسائل الحج . فإن الدورة إذا ما عَقِدَتْ - إن شاء الله - في المملكة العربية السعودية ؛ فإن حكومة المملكة - إن شاء الله - سوف تطلب البحث في بعض المسائل؛ كالرمي قبل الزوال، والانصراف قبل الغروب من عرفة، ولي أنا في ذلك بحث، وقد كلفت به من إحدى الجهات الرسمية، وكما قال فضيلة الزميل العزيز الدكتور قطب سانو بأن المصلحة أيضاً في هذا تجري في العبادات في بعض جوانبها التي ليست عبادات محضة، وذلك أمرٌ معروف، وعندما أجاز الفقهاء الرمي في الليل قالوا: إن المصلحة تقتضي ذلك .

هذا ما أردت عرضه، وشكر الله لكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الدكتور مصطفى باجو:

بسم الله، له الحمد على النعم السابغة والآلاء، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين والأنبياء .

سادتي العلماء الأجلاء، سلام الله عليكم جميعاً دون تخصيص ولا استثناء . هذه أول فرصة تتاح لي للمساهمة في إثراء فعاليات هذه الدورة المباركة، وأعدكم مسبقاً أنني سأكون خفيف الظل عليكم، وألجُ رأساً إلى المقصود، شاكرًا لفضيلة الشيخ التسخيري عرضه الوافي لبحوث المصلحة المرسلة في وصف كاشف شامل، ولسان مبين، ولي بعض الاستدراكات :

أولاً: ورقة الاستكتاب التي كلفتنا بها أمانة المجمع مشكورة بهذه البحوث ورد فيها التنبيه إلى ضرورة التركيز على الجوانب التطبيقية، انطلاقاً من كون الجانب النظري للمصالح المرسلة قد قُتِلَ بحثاً، فلا حاجة فيه إلى مزيد ذي بال، ويغني في التنظير موجز وافٍ يُعَدُّ تمهيداً للتطبيق، وهو ما التزمناه جهد المستطاع،

بالنسبة لبحثي كان التنظير أخذ الثلث والثلث كثير، بيد أن العرض المقدم ركز على حجية المصالح المرسلة، وألح عليها باعتبارها جوهر الموضوع.

ثانياً: قول العارض: إننا لا نفهم مبنى اجتهاد الصحابة في تصرفاتهم أهو القياس أم الاستحسان أم المصلحة؟ يعبر عنهما قول عمر لأبي بكر رضي الله عنهما في جمع المصحف: هو والله خير. ولقد كفيت هذه النقطة ممن سبقوني.

ثالثاً: النماذج التطبيقية الواردة في البحوث اعتبرها فضيلة الشيخ الكريم خارج دائرة المصالح، وأنها تدرج تحت أدلة أخرى أو عمومات نصوص أو قواعد أخرى. والواقع أن جُلَّ المسائل الاجتهادية مترددة بين عدة أدلة، إذ تتصافر عليها هذه الأدلة لتفضي إلى وحدة وتكامل المنظومة التشريعية، وهو أيضاً ما أشار إليه فضيلة الدكتور العبادي.

رابعاً: عرضت في بحثي إلى تقسيم المصالح حسب ميادينها، قسم يخضع للتجارب والعادات ويتنظمه حديث: «أنتم أعلم بأمر دنياكم»، وقسم يدخل في صميم التشريع والاجتهاد مما يشمله حديث إرسال معاذ لليمن، وقوله فيما لم يرد فيه كتاب ولا سُنَّة: «أجتهد رأيي ولا ألو». كما أوضحت شمول المصالح لقسم العبادات فضلاً عن المعاملات، وهو ما أتفق فيه مع الدكتور قطب سانو، وذكره الآن الدكتور النجيمي.

من عناوين المسائل التطبيقية الواردة في البحث، ولا أدخل في تفاصيلها، في جانب العبادات موضوع المصالح المرسلة والبدعة:

● حدود التآسي برسول الله ﷺ.

● إخراج العين أو القيمة في بعض الواجبات.

● ضوابط فقه المعاملات.

● وجه المصلحة في بعض المعاملات المستثناة؛ كالعرايا والسلم والاستصناع، أتعد استثناء أم انطلاقاً لمسائل في معاملات أخرى تأخذ نفس الطابع برعاية المصلحة؟.

● إثبات حقوق الملكية الفكرية .

● قضية تحديد المهور، وهو موضوع خطير ذو أثر في الواقع الاجتماعي .

● اشتراط الفحص الطبي قبل الزواج وأثار ذلك بين التجويز أو الإيجاب من قبل الحاكم .

● المصلحة في القضايا التنظيمية والإدارية العديدة، وفيها موضوعات متعددة .

● قوانين المرور، وقد أوسعته بشيء من التفصيل، والملاحظ على بعض النصوص القانونية فيه لمخالفتها المصلحة، أو عدم مراعاتها للمصلحة في هذه المسائل .

وأخيراً: كان المرتقب أن تُعرض القضايا التطبيقية على المجمع، أو ربما أعطيكم نموذجاً من هذه المسائل لنفس الموضوع، وهو الفحص الطبي قبل الزواج بعد تأصيل الموضوع من حيث اختلاف الفقهاء في تحديد عيوب الزواج، فأقول: السؤال المعروض في هذه النقطة: إذا لم يكن المرء عالماً بهذه العلل، ولم يظهر عليه أثر؛ هل يُطالب بالكشف الطبي حتى يتأكد الطرف الثاني من سلامته، ويُقدم على ربط الصلة الزوجية وهو مطمئن من سلامة صاحبه من هذه العلل أو أسبابها؟ أحسب أن الإجابة بالإيجاب على الإطلاق فيها حرج وتفويت لمصلحة مهمة غالب الضرر يقع فيها على الفتاة؛ إذ عرضها للعنوسة لمجرد كشف عن علة خفية قد لا يكون لها أثر في حياتها أو على أولادها مستقبلاً، فكان لا بد من التريث، وتحديد بعض الآثار أو بعض الحالات؛ إذا عُرف في أهل الفتاة أو في البيئة التي توجد فيها انتشار بعض الأمراض يكون ذلك مُلزماً أو مشروعاً، أما أن يكون الكشف هكذا مطلوباً من كل إنسان فيه - كما قال الأستاذ النجيمي - تكليف بما لا يطاق، وفيه إجحاج، وفيه أحياناً تهديد لمستقبل بعض الفتيات .

أخيراً: كان المرتقب أن تعرض القضايا التطبيقية على المجمع الموقر لمزيد بسط الضوء عليها، بيد أن الاتجاه أو الوضع السائد كان الاستعجال، وربما التعلل بضيق الوقت؛ فلا تستوفى كثير من المسائل أو تعلق في مشجب التأجيل

إلى أمد غير معلوم، والله علمنا في توثيق الديون تحديد الآجال مع التسجيل، فقال: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

أرجو أن تسنح فرصة أخرى لعرض وافٍ لهذه الموضوعات حتى تأخذ حقها، وأشكركم. والسلام عليكم.

الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي (المقرر العام):

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أولاً: لي ملاحظة عامة؛ وهي: ما وجه إلى كثير من الشرعيين، وهي أن بحوث علم الأصول دائماً يغلب عليهم فيها التقليد ولا يتحررون من الأمثلة القديمة، وقلّ أن يتعرضوا للتطبيقات والأمثلة الحديثة، إلا أن الشيخ مصطفى باجو - حفظه الله - أفادنا ببعض التطبيقات، وكذلك الشيخ النجيمي، فيشكران على هذا التوجه؛ لأننا دائماً في أشد الحرص على التطبيق الحديث، هذا شيء.

الشيء الثاني: وهو ما تفضل به سماحة الشيخ التسخيري؛ أشكره شكراً وافياً على تذكيري بالندوة الفقهية العظيمة سنة ١٩٨٨م في مسقط، وشاركت فيها، وبحثي موجود في هذه البحوث، واعتمدت في هذا البحث على مراجع قديمة وأصولية، وليس فيها إلا ما ندر للمراجع الحديثة، ولا مانع من الجمع بين القديم والحديث، لكن لا تكون المراجع كلها حديثة أو معاصرة.

الشيء الآخر: وهو أن فضيلة الشيخ التسخيري ناقش قضية العمل بالظن، والمبدأ المقرر عند علماء الشيعة الإمامية أن مصادر التشريع ثلاثة، وهي: القرآن والسنة والعقل. وناقشت فضيلته مرة في طهران فأكد لي بأن المراد بالعقل هو العقل القطعي وليس العقل الظني. انطلاقاً من هذا التوجه فإن الشيعة يلتقون في قضية المصالح المرسلة مع ما قرره الإمام الغزالي في أن المصالح المرسلة معتبرة إذا كانت ضرورية قطعية كلية؛ فإذا يحسن العمل بالمصالح المرسلة بأن تكون قطعية، ولكن جمهور علماء السنة يقررون أن العمل بالظن واجب، وهو ما قرره الأصوليون، وقالوا: «وهذا ما عليه سائر العلماء». والدليل القاطع - كما يريد

فضيلة الشيخ التسخيري - أن أغلب ما ثبت في السنة النبوية هو أحاديث آحاد، وهي لا تفيد إلا الظن، فالعمل بها واجب، وإلا ألغيناها إذا لم نقرر لهذه السنة مكانتها أو العمل بحجيتها، والقطعي من الأحاديث المتواتر محدودة لا تتجاوز ثلاثمائة وثلاثة عشر حديثاً، وفي بعضها أيضاً خلاف .

وكذلك العمل بالقياس، والسادة الإمامية لا يقولون بالقياس، ولا يقولون بالاستحسان، إلا أنني الآن أرى توجهاً من فضيلة الشيخ أنه يعمل بالاستحسان، وهل الاستحسان مقطوع به مع أنه أحد القياسين؟ ليس مقطوعاً بالقياس . وكذلك أمور كثيرة تدل على أن العمل بالظن القريب الراجح، وليس الظن بمعنى استواء الاحتمالين، وإنما الظن الراجح في اعتقاد المجتهد، وهو ما يكون قريباً من اليقين .

أما الطوفي فأنا أوافقه على أنه ليس حنبلياً ولم يرد في طبقات الحنابلة - بعد البحث - أن الطوفي من الحنابلة ، وكذلك نفاه الشيعة ونبذوه من وراء ظهورهم، وقالوا: هو أيضاً ليس شيعياً وإن كانت بعض كتبنا تذكر ذلك، وتأثرت بما ذكر فيها، ولكن منذ القديم بعد أن كتبت هذا البحث رجعت عن رأيي في أن الطوفي غير معروف الهوية .

أغلب مسائل الاستصلاح أو المصالح المرسلة تدخل تحت جنس الأعم في الشريعة في مراعاتها، وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه المصالح المرسلة، لا يشترط فيها وجود دليل معين في إلغائها أو اعتبارها، وإنما يكفي دخولها تحت جنس أعم، وهذا الجنس الأعم هو أساس العمل بالمصلحة، و(٩٥٪) من العمل بالمصالح المرسلة تؤكد لكم أن العمل بها ظني، وليس قطعياً .

وقد وافق الدكتور العبادي الشيخ التسخيري هذا التوجه نحو العمل بقطعية المصالح المرسلة مع أنه سني، يعني كيف تقتصر المصالح المرسلة على أن تكون قطعية فقط؟ وكذلك الدكتور العبادي قال بتصنيف مقاصد الشريعة إلى ضروريات وحاجيات وكماليات، وهو يعلم تماماً أن الاصطلاح في معنى الكماليات في الوقت الحاضر يختلف عن اصطلاح الفقهاء والأصوليين، فالكماليات هي ما

قررت مبادئ محاسن الأخلاق، وكل ما ورد فيها فرض علينا أن نعمل به وتركه حرام، فليست الكماليات بالمعنى الترفيهي في الوقت الحاضر، فكل الطهارات وردت فيها نصوص قطعية بوجوبها ولا تصح العبادة بدونها، ومنها: ستر العورة، وكشفها حرام. فإذاً المعنى الكمالي هو بحسب تدرج المصالح؛ فالأولى التي تمس وجود الإنسان وتعرضه للخطر المحقق؛ فهذه هي الضرورة، تليها ما يتعرض به الإنسان للمشقة والحرَج فهذه هي الحاجة، ثم قالوا: المرتبة الثانية في اصطلاحهم: أنها الكماليات، ولا تعني الكماليات بالمعنى الدارج، وبالتالي تكون الكماليات من أصول الشريعة وليس هي معنى زائداً عن الشريعة أو مضافة إليها، وذلك بدليل وجود النصوص الكثيرة على افتراضها، وأن تركها وإهمالها يُعد حراماً.

وشكراً ولا تؤاخذوني.

الدكتور إبراهيم بشير الغويل:

بسم الله الرحمن الرحيم.

الحقيقة أن هذا الموضوع عايشته منذ نصف قرن، في أواخر ١٩٥٤م، ١٩٥٥م كنت قد انتهيت لتوي من دراستي لتاريخ الفقه وتقعيد العقود، تحت إشراف الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى، وكنت أباشر في نفس الوقت دراسة أصول الفقه تحت يدي أستاذي الدكتور الشيخ عبد الوهاب خلّاف، وكنت بصدد استكمال دراستي الأصولية والفقه المقارن على يد أستاذي العلامة الشيخ محمد أبو زهرة. وفي هذه الأثناء قُدر لي أن أناقش الأستاذ الشيخ خالد محمد خالد - أحد علماء الأزهر - حول كتاب (من هنا نبدأ)، فوجدت الرجل يذهب إلى المصالح المرسلة، ويصل بها إلى ما ذهب إليه الإمام نجم الدين الطوفي من أن المصالح المرسلة قد توقف النص، فهمني أن أتابع هذا الأمر، وأن أدرسه، فبدأت أرى كيف يُحدث عملاق مثل الشاطبي أثره على المقاصد الشرعية، فوجدت أن المقاصد الشرعية قبل الشاطبي - كما كان يمثلها الأصهباني مثلاً الذي كان الإمام الغزالي يقول: اصطحب المصحف وسد الذريعة في مقاصد الشريعة

ومكارمها - كانت غير ما ذهب إليه الشاطبي، فهي كانت تتعلق بالعبودية والاستخلاف والتسخير، وكل المعاني الواضحة في كتاب الله.

ولا شك أن عملاقاً كالشاطبي قد مد ظله فيما بعده من قرون على هذا المفهوم في المقاصد الشرعية، ووصل هذا الامتداد - لو ذهبنا به فكرياً - إلى ما وصل إليه على يد الإمام نجم الدين الطوفي، ولكنني أثناء دراستي وتبعي للأمر، ليس مجرد متابعة في الفقه والشريعة، لكن خلال دراسات في علم النفس والفلسفة؛ وجدت أن الأمر يتصل كما أشار بإشارة واضحة حجة الإسلام التسخيري: أنه يتصل بالتحسين والتقييح. وقد ساد في عالمنا المعاصر من يتصورون أن الرأي الذي يقول: إن المعتزلة هم أصحاب الرأي العقلاني، ولكن الدراسات النفسية والدراسات العلمية المعاصرة تثبت أن التحسين والتقييح لا يمكن أن يكونا إنشاءً من الإنسان، لكن الحسن والتقييح إذا عُرِضا على العقل الإنساني عرف أنه الحسن وعرف أنه القبيح. ومن هنا صحت كلمة الإمام الشافعي: إن العقل مضطر لقبول الحق، أما الإنشاء فهو يتأثر بنسبة ظروفه، وهذا واضح حتى في النظريات العلمية، غالباً بعد فترة نكتشف أنه قد تأثر بظروفه الزمنية أو المكانية أو على أوقاته الإنسانية. هذا هو الأساس على إنزال الرسائل والكتب للبشر؛ لأنهم لا يستطيعون أن يعرفوا طريقهم لوحدهم متأثرًا بظروفهم المكانية والزمانية والنفسية والاجتماعية.

وحيثما اتضح لي هذا، اتضح لي أن شرع الله، وما شرع الله من الدين إنما هو تحديد للمنطلقات، والمسارات الكبرى، واتضح لي أن الشريعة ما شرع من الدين إنما يكون الإطار الفكري الذي يحدد للإنسان التعامل فيما بعد النصوص مع الأمور وفقاً لهذا الإطار، ووفقاً لما هو مؤسس لهذه النصوص ووفقاً لما هو مقصود حقيقة من هذه النصوص.

وفي هذا الأمر لا زلت أذكر تجربة أجراها أستاذ علم النفس أماننا، وذلك بأن رسم لنا معينين ومربعاً، ثم قال: أيهما أقرب إلى بعض؟ طبعاً كان من الواضح أن المعينين والمعينين أقرب إلى بعض، قال: إذن دعوني أعمل لهذا إطاراً يذهب بهذه الصورة يتعارض مع ملتقيات المختلفة، وأعمل للمربع أيضاً نفس هذا

الإطار، ولكنني أعمل للمعين الآخر إطاراً يتساير مع أضلعه، أيهما سيكون أقرب إلى بعض؟ بدا المعين والمربع وكأنهما يتشابهان أكثر مما يتشابه المعين والمعين. بهذه التجربة أوضح لنا أن الإطار الفكري هو الأهم في هذه القضايا.

ولهذا لا بد أن نتأكد من أن ما شرع من الدين إنما هو ما يكون الإطار الفكري، وما بعد ذلك إنما نتعامل معه وفقاً لهذا الإطار الفكري، فيكون حلالاً أو حراماً، أو على أصل الإباحة، ولكنه لا يتعارض مع نص يحرمه ويحقق المصلحة العامة، لكن المصلحة المرسله لهذا المعنى، بمعنى أن هناك مصالح على الناس أن يدركوها، أنا أؤكد لكم أنه لا مصلحة إلا حيث شرع الله وليس العكس، وليست المصلحة هي شرع الله، شرع الله هو الذي يحدد المصلحة. ولذلك يجب أن يهتم المسلمون لتكوين هذا الإطار الفكري الذي يحدد المنطلقات، ويحدد المسارات الكبرى، ويحدد الوجهة، وإلا فإنهم سيضيعون ويستباحون كل شيء باسم المصلحة، وقد يصلون إلى ما وصل إليه الإمام الطوفي في أن المصلحة توقف النص. والسلام عليكم.

الدكتور خليفة بابكر الحسن:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد: فأشكر لزملائي الأفاضل جهودهم في أبحاثهم، كما أحمد للمجمع أن جعل هذا الموضوع من بين الموضوعات المقرر بحثها في هذه الدورة، وذلك لأن في بحث هذا الموضوع بالطريقة التي بُحث بها ضرب من الإسراع لأصول الفقه، وذلك عن طريق التطبيقات المعاصرة والتوسع صوب هذه التطبيقات انطلاقاً من الفكرة النظرية للمصالح المرسله؛ فالعمل في أساسه جيد ومفيد ومثري، وينطلق صوب مصدر من المصادر المهمة في الشريعة الإسلامية؛ وهو مصدر نحتاجه كثيراً في زماننا هذا، وبخاصة في المسائل العامة.

وكثير من الذين كتبوا عن التجديد في أصول الفقه في الفترة الأخيرة كان حديثهم منصباً على ضرورة تحريك هذا المصدر وتنشيطه؛ لكي يواجه القضايا

والمستجدات وما إلى ذلك، لكنني وددت مع ذلك أن يتناول الباحثون الذين بحثوا الموضوع أمرين مهمين - وبحث موضوع المصالح هو الآخر ضروري ومهم - :

الموضوع الأول: تخصيص النصوص بالمصالح، فإن هنالك من الكاتبين في علم الأصول من ينسبون إلى الإمام مالك القول بأنه يخصص النصوص بالمصالح؛ وهذا الموضوع لم يُشر إليه كل الكاتبين، بل أشار إليه بعضهم، وهذا الموضوع المهم يحتاج إلى تحقيق القول فيه والبحث فيه، فقد ينتهي بنا إلى أن الإمام مالكاً لا يخصص النصوص الظنية بالمصالح، وأن كثيراً مما نُسب إليه في ذلك غير حقيقي؛ حقيقة أنه خصص تلك النصوص بعمل أهل المدينة، وكان عمل أهل المدينة معتمداً على المصالح المرسلة.

الموضوع الثاني: الذي قد يرتبط بموضوع المصالح المرسلة؛ وهو موضوع مهم كان لا بد من بحثه؛ هو موضوع: الموازنة بين المصالح، فإن الموازنة بين المصالح أمر ضروري وهام وبخاصة في زمننا هذا. الأولويات بين الأشياء، هذه القضية أيضاً كان ينبغي بعد ابتداء وضع الأساس النظري للمصالح المرسلة، وبيان حجيتها والأدلة على تلك الحجية، وكان ينبغي أيضاً بحث موضوع الموازنة؛ لأن هذا الموضوع من الموضوعات الضرورية إلى حد كبير في هذا الزمن الذي تشابهت فيه المسائل، ويحتاج الناس فيه كثيراً إلى ضبط الموازنة وطرقها، وينتج عن ذلك ما يسمى بفقهاء الأولويات.

بعد ذلك أشير إلى بعض المسائل:

ذكر بعض المتحدثين أن هنالك قضايا كثيرة أصلها ليس المصالح المرسلة، وإنما ترجع إلى أدلة أخرى، ومع ذلك تنسب إلى المصالح المرسلة. حقيقة هذه المسائل إذا كانت راجعة إلى سد الذرائع؛ فإن سد الذرائع أمر من المصالح المرسلة، وكذلك الاستحسان يعتبر في غالبه عمل بالمصالح المرسلة، فتحن المالكية عندنا الاستحسان بالمصلحة، وهو باب واسع عريض، ولذلك يحدث تداخل بين الأمثلة في هذه الجوانب. فالمصلحة أصل من الأصول الكبيرة، ولهذا قد تلتقي مع بعض المصادر الأخرى، وتلتقي بعض المصادر الأخرى مع

سد الذرائع، كقاعدة من القواعد، وكأصل من الأصول، والاستحسان أيضاً كقاعدة وأصل من الأصول، فهذا ليس أمراً مستغرباً.

في بعض البحوث هنالك بعض الأشياء لا بد من الإشارة إليها؛ ففضيلة الشيخ التسخيري مثلاً يقول: أما الإرسال فقد يُراد به ما يكتشفه العقل، أو يُراد به ما يدخل تحت النصوص العامة. والصواب: فقد يُراد به ما يكتشفه العقل وما يدخل تحت النصوص العامة؛ لأن ما يكتشفه العقل بشكل مجرد، وبعض البحوث غير آخذة بمبدأ التحسين والتقيح العقليين، ولهذا فإن الإرسال يعني ما يكتشفه العقل ويدخل تحت النصوص العامة دون الاعتماد على نص خاص، لكي لا يكون هنالك حمل لكلامهم على أنهم يقولون بنظرية التحسين والتقيح العقليين، وذلك لأن رفضهم المصالح المرسله ليس فيه عمل بالتحسين والتقيح العقليين، وإنما هو عمل بما جاءت به النصوص؛ فهو تحسين وتقيح من الشارع، وليس استناداً على العقل المجرد لكي يكون ضرباً من التحسين والتقيح.

وهذا أيضاً تكرر في بحثه؛ حيث قال: وواضح أن هذا يبتنى على القول بالتحسين والتقيح العقليين أولاً، والقول بإمكان إدراك العقل لوجود الحسن الذاتي.. إلى آخره. كل هذا أمر غير متفق عليه؛ فإن بعض البحوث ذكرت ذلك صراحة، وعدم أخذهم بالتحسين والتقيح العقليين. وشكراً.

الشيخ الطيب سلامة:

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم.

أنا أريد أن ألاحظ ملاحظات خفيفة مختصرة جداً إرضاءً للسيد الرئيس على الأقل.

الملاحظة الأولى: أن المطلوب في هذا الموضوع من الأمانة العامة بنص تقرير الموضوع الموزع والمخاطب به السادة العلماء الأجلاء هو الناحية التطبيقية؛ لأن الناحية العلمية معتبرة كالمتهية، والعود للخوض فيها هو عوداً على بدء لا يجدي ولا ينفع، نحن في جميع المذاهب الآن السنية وغير السنية

تعمل بالمصالح، وبعضها يسمي المصالح المرسله أمراً آخرأ، وكل مذهب من المذاهب احتاط لنفسه وخاف أن يتناقض مع القاعدة العامة التي تقول: إن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان. فإذا عطّلنا المصالح والعمل بالمصالح المرسله؛ فمعنى ذلك أننا نقول كلاماً متناقضاً من جهة أن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان؛ صلاحية لا أفهمها في غير هذا الميدان وفي غير تطبيق المصالح التي تختلف وتستجدُّ من وقت لآخر ومن جيل لآخر. ولذلك الرجوع إلى هذا الموضوع أعتقد أنه من باب المذاكرة كالتالي يذكر وليحتاط للامتحان.

أما المواضيع التطبيقية فهي كثيرة، وما عرضته الأمانة العامة مشكورة هو نموذج للموضوعات التطبيقية المنبثقة في كل ناحية من نواحي حياتنا اليوم، والتي ينتظر العامة منّا أن نقول لهم فيها كلمة، وخاصة الجانب المصليحي فيما يجري، هل هذا مصلحة أو ليس بمصلحة؟ ذاك المعيار والميزان؛ لأن من الإلحادين ومن العلمانيين من يريد أن يفسد على الشباب دينهم، ويقولون لهم: أنتم تزعمون أن الشريعة وشرع الله حيث توجد المصلحة، فهذه مصالح لماذا تحرمونها؟ هذا الجانب جدير بالعناية لنبين أن المصلحة هي ليست المصلحة التي تمشي مع الأهواء، وإن نص الفقهاء على ذلك، حيثنذ الموضوع يحتاج إلى تطبيقات يعمل بها الناس ويستفيدون منها، وهذا ما ينتظرونه بعد نهاية هذه الدورة.

من ناحية أخرى كثر التحامل على الإمام الطوفي، والقول بأن الإمام الطوفي ليس شيعياً أو سنياً هذا يفيد أنه مستقل، وأنه إمام مجتهد، هذا مدح له. وأنا أعتقد أن الإمام الطوفي حينما قال بأن النص تُقدم عليه المصلحة إذا تعارض معها، أنه أراد أن يتحدى الملحدين الذين يتهمون الشريعة الإسلامية بأنها لا تتماشى دائماً مع المصالح. أنا أفهم من كلام الطوفي أنه يقول لهم: نحن نعتقد أن المصلحة حينما توجد لا يوجد نص يعارضها، وإذا ما وُجد فرضٌ كما يفرض المحال؛ فالنص يُنظر إليه وينظر فيه ويبحث في صحته. أنا لست مع من فهم الطوفي بأنه يستخف بنصوص الشريعة، أبداً بل هو يؤكد أن نصوص الشريعة نصوص عملية، ثم إن الشريعة موجودة من قبل أن يوجد الطوفي، فمن استطاع

أن يقدم لنا نصاً من نصوص الكتاب والسنة يتعارض مع المصلحة؟! هذا غير موجود، ولذلك لم يقل الطوفي بإبطال النصوص، وإنما يقول: لا سبيل إلى إبطال النصوص الإسلامية؛ لأنها نصوص تتماشى مع المصلحة.

هذا ما أردت أن ألاحظه، وشكراً لكم.

الدكتور محمد رأفت عثمان:

بسم الله الرحمن الرحيم.

أشكر الإخوة الذين تقدموا بالبحوث التي استفدت منها شخصياً، ولي بعض الملاحظات الخفيفة التي أراها من باب الحاجيات، وليست من باب الضروريات.

في بحث الدكتور حمداتي أرى في المبحث الأول بعنوان: المصلحة وتاريخ نشأتها؛ ولا أدري ما هو المقصود بتاريخ نشأتها أو نشوئها؟ هل ليس لها دليل من الكتاب أو السنة قبل أن يتكلم عنها العلماء؟ هذا المعنى أراه لا يصح؛ لأننا لو قلنا بالنسبة للمصلحة: إنها نشأت عندما تكلم عنها العلماء؛ فكذلك نقول عن بقية الأدلة، نقول: القياس مثلاً لم يوجد إلا حينما تكلم عنه العلماء الذين أسسوا علم أصول الفقه، وخاصة إمامنا الشافعي رضي الله عنه، فلا يصح أن نسمي أو أن نعنون بتاريخ نشوئها، وإنما يمكن أن نقول بتاريخ تسميتها أو الكلام عنها.

أيضاً في بحثه وردت عبارات قد توهم معنى، أنا أظن أن الكاتب الكريم لم يُرِدْهُ، العبارات توهم أن عجز المسلمين المعاصرين في مجال الاقتصاد الإسلامي أو في مجال الاقتصاد عامة راجع إلى وقوف الإسلام - وهذا نص تعبير الباحث - في وجه البرنامج الغربي للاقتصاد. هذا المعنى الذي يتبادر إلى ذهني أن المبادئ الإسلامية هي التي أدت إلى عجزنا، ولا أظن أن الباحث يقصد هذا المعنى.

فأرجو من الدكتور حمداتي أن يصوغ المعنى الذي يريده بعبارة لا توهم هذا المعنى. فنص العبارة يقول: فتخلف نجاح كل برنامج للاقتصاد الغربي

الربوي أريد تطبيقه في البلاد الإسلامية أتى بسبب وقوف النظام العام الذي هو الإسلام في وجهه، حتى ولو تم التغاضي عنه. أرى أن تصاغ هذه العبارة بعبارة أخرى حتى لا يفهم هذا المعنى الذي أشرت إليه.

بالنسبة للبحث الذي تقدم به الدكتور محمد النجيمي في مجال كلامه عن تطبيقات المصالح المرسله في المجال الاجتماعي؛ دعا فضيلته إلى وجوب أن تلزم الدولة راغبي الزواج على إجراء الاختبارات الوراثية؛ لأنه من المعروف أن هناك أمراضاً وراثية تنشأ عندما يكون كل من الوالدين يحملان جيناً معيناً من الجينات التي تؤدي إلى الإصابة بأمراض معينة؛ كمرض أنيميا حوض البحر الأبيض المتوسط، وهو منتشر في اليونان وقبرص والبلاد العربية وإيران، وقد قرأت مرة أنه تصل نسبته في هذه البيئات إلى (١٦٪)، وإذا كان كل من الأب والأم يحمل الجين الذي يؤدي إلى هذه الإصابة؛ فنسبة الإصابة في الأولاد تصل إلى (٢٥٪).

فهذه الأمراض التي يمكن أن تؤدي إليها جينات معينة أدت إلى أن يدعو البعض بما يفهم الباحث الكريم إلى وجوب إلزام راغبي الزواج على إجراء الاختبارات الوراثية قبل السماح لهم بالزواج؛ هذا الأمر مع كون الداعي إليه داعياً إصلاحياً ومحترماً ونقده، إلا أن إلزام راغبي الزواج بإجراء الاختبارات الوراثية تترتب عليه عدة أمور لا نوافق عليها، أول هذه الأمور أن شخصية المسلم عامة والعربي على وجه الخصوص تأنف من أن تخضعه عند رغبته في الزواج لاختبار وراثي، حتى يمكن أن نقول: إنه لا يرضى بتشبيهه بحيوان التجارب، فهذا يؤدي إلى أن يتحاييل الكثيرون على هذا الأمر، والتحايل كما نعلم - ولا بد أن نقول بصراحة - أن العالم الثالث كله - والعالم الإسلامي معدود من العالم الثالث - تشيع فيه الرشوة، وتشيع فيه الوساطات؛ فلا يعجز كل منا على أن يجد الشهادة التي تعطيه هذا الحق، وكذلك أيضاً تكاليف الاختبارات الوراثية تؤدي إلى عجز الكثيرين من الشباب على إجرائها، وإلا فإن الدولة إذا أجزتها فستكلفها كثيراً جداً.

إذن ما الحل؟.

الحل في التوعية الإعلامية والدينية في خطورة أن يُقدم الذين يمكن أن يكون عندهم هذا العجين على الزواج .

البحث الثالث الذي أريد أن أبدي عليه بعض الملاحظات ؛ هو بحث المصالح المرسله للدكتور قطب مصطفى سانو : في مجال الكلام عن تطبيق المصالح المرسله في حكم اشتراط توثيق الزواج ، انتهى الدكتور قطب إلى أن اشتراط التوثيق إذا صدر من الدولة أصبح العقد لا يصح إلا بهذا التوثيق ، وكذلك إذا اشترطه أحد الزوجين ؛ طبعاً هذا كلام خطير ؛ لأنه إذا انعقد العقد وتمّ بالإيجاب والقبول كما هو إجماع علماء الأمة ؛ فلو كانت الدولة تشترط توثيق هذا العقد ، وقلنا : إن هذا العقد لا يصح ، هل يمنع المتعاقدين من تناول حقوقهما الزوجية؟ وهل نعتبر هذا العقد باطلاً شرعاً؟ لا يصح أن نقول بهذا .

شرحت الدراسة ضرورة الاحتكام إلى دليل المصلحة للترجيح بين الآراء الفقهية المتعارضة ، المصلحة كما نعلم تتفاوت بتفاوت الأشخاص ، وتتفاوت باختلاف العصور ، أي أنواع المصلحة هو الذي يجب أن يحكم في مثل هذه القضايا المختلف فيها؟ أينا يحكم بأن رأيه هو المصلحة؟ . المصلحة كما أشار بعض الإخوة هي ما بيننا الشرع ، الشرع هو المصلحة ، فإذا تعارض أمر نظنه مصلحة مع ما أقره الشرع من مصالح ؛ فهو ليس في الواقع مصلحة . وشكراً .

الدكتور مسفر القحطاني:

بسم الله الرحمن الرحيم .

إن النظرة في موضوع المصالح المرسله والحكمة منه ، وما يترتب على هذا من مصلحة خاصة أو مفسدة ، ومقصد عام ؛ وهو ما يرجع إليه هذا الحكم من المحافظة على الكليات أو الضروريات الخمس المعروفة ، لذلك يجب أن تكون واقعية . ولذلك ينبغي لفقهاء النوازل الذي ينظر في أحكام المستجدات أن يتصور هذه القضايا الثلاث عند الاستدلال لإثبات حكم ما أو نفيه ؛ فمثلاً : عند بحثنا عن المخارج الشرعية كبدائل عن الربا في العمل المصرفي ، وأخص مثلاً موضوع التورق المصرفي الذي تحدثنا عنه ، الذي فيه مخرج عن الربا ، لكن لا ينبغي أن

يُغفل عن مقصد الشرع من تحريم الربا أيضاً، فنحن أسلمنا له الحصول على المال بطريقة مشروعة، ولكننا أوقعناه في جشع أو طمع بعض المصارف، واستغللنا حاجته بتراكم الديون عليه والمعاملات الشرعية تختلف مقاصدها عن ذلك .

إن النظر في مآلات الأفعال وما تُفضي إليه بعض الأقوال من ترتب المصالح أو المفساد يعتبر طريقاً محموداً ومأمون العاقبة، وهذا الطريق يُبصر الفقيه ويدعوه للتأمل والتأني في اجتهاده؛ إذ هناك مقاصد سلوكية وخلقية واجتماعية لا ينبغي إغفالها عند بحث الأحكام، لذلك عند الاستدلال بالمصلحة المرسلة أو ردّ الحكم إلى مقاصد الشريعة؛ ينبغي أن يكون ذلك من خلال اجتهاد جماعي ينظر إلى الحكم من جميع جوانبه ويترك كل أبوابه، وليس المقصود بالاجتهاد الجماعي كثير العدد المتفق على رؤية واحدة. هذا أولاً.

النقطة الثانية: عندما نتحدث عن الاستدلال بالمصلحة المرسلة؛ وهو ما يهم مجتمعنا الموقر؛ كنت أتمنى - وهذا لم أره في تصفحي للبحوث - أن يوضح الطريق الذي ينبغي أن يسلكه المجتهد عند العمل بالمصلحة، إما عن طريق القياس من خلال المناسب المرسل أو الملائم أو المؤثر، أو مدى تحقق المصلحة المعبرة بشروطها التي ذكرها الإمام الغزالي؛ حيث أكد على أن تكون ضرورية كلية قطعية، وأنا أقصد حينئذ المنهجية في الاستدلال .

نحن تكلمنا عن قضية الحجية، وتكلمنا عن التطبيقات، لكن المرحلة المهمة في المسائل المستجدة المعاصرة وهي ضوابط الاستدلال ومنهجيته بالمصلحة المرسلة، هذا لم يتحدث عنه بشكل واضح الباحثون الفضلاء .

وأرى أن ما ذكره الإمام الشاطبي - رحمه الله - من شروط هي مهمة في عملية الاستدلال بالمصلحة، وهي كلام منثور ذكره في الاعتصام والموافقات؛ مثل: ضبط معقولية المعنى، ومدى الملاءمة لنصوص الشرع وغيرها، يعتبر مرحلة مهمة في قضية الاستدلال ومنهجيته في اعتبار المصلحة. وحتى أيضاً أجد العمل بالمصلحة تعدّى إلى ما سبق ذكره؛ حتى إن العمل بها قد يكون أيضاً عند تغيير الأحكام بتغير ظروفها المصلحية، وكذلك عند التنزيل على الوقائع،

وكذلك عند الترجيح، كل تلك مجالات مهمة في العلم بالمصلحة، ولم أر أحداً تطرق لها بشكل واضح.

ولذلك فإن عملية ضبط الاستدلال خصوصاً في المستجدات المعاصرة أمر ضروري لحماية الاجتهاد. وما خرج في هذه الآونة المعاصرة بما يسمى باليسار الإسلامي الذي بدأ يتحدث عن كثير من القضايا؛ ليست فكرية ثقافية عامة، بل حتى في الحكم والبحث في المسائل الفقهية، وكل ذلك يعتبر - يعني كما قرأنا لبعضهم - نسفاً لعملية التقعيد والضوابط التي راعاها الفقهاء في العمل بالمصلحة.

وأرى أن من المهم أن أوضح - ختاماً - أن هناك مراحل أيضاً في الاجتهاد؛ وبالأخص في الاجتهاد المعاصر، نتكلم عنها ونكثر الحديث عنها، لكننا نمررها من غير تأمل ولا ضبط ولا تأصيل لها، مثل: التكيف الفقهي، أو مثل: التخريج على أقوال الفقهاء السابقين.

أما بالنسبة للكلام عن الإمام الطوفي - رحمه الله - فهو حنبلي، وكتبه وتراجمه معروفة وكثيرة ومشهورة في هذا المجال، والذي يمكن أن يكون فيه الخلاف هو مدى نسبة قوله باعتبار أن المصلحة تقيد النص أو أنها تخصصه أو أنها قد تلغيه، فهذا الكلام هو الذي يحتاج إلى نظر، وما ألفه مصطفى أبو زيد في هذا الموضوع هو الذي سار عليه أغلب الباحثين، مع أن القضية تحتاج إلى تثبيت؛ لأن كتابه (البلبل) و(شرح مختصر الروضة) لم يذكر أي كلام في ذلك الذي نسب إليه.

وجزاكم الله خيراً، وأشكركم على إتاحة الفرصة، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ حسن الجواهري:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد، وآله الطيبين الطاهرين وصحبه الميامين.

بالنسبة إلى حجية الظن أو عدم حجيته أريد أن أوضح شيئاً لعله يكون

ملتقى المختلفين في حجية الظن؛ هناك القول القائل بحجية ظن خاص قام عليه دليل قطعي، وهذا الذي بنى عليه علماء الإمامية أن الظن حجة بشرط أن يقوم على حجته دليل قطعي، كما قام الدليل القطعي على حجية ظواهر القرآن وظواهر الكلام الذي نتكلم به، أو حجية الظن الناشئ من أخبار الثقات. هذه نماذج الظن الذي هو حجة؛ حيث قامت أدلة لفظية على حجية أخبار الثقات، أو قام هناك السيرة الشرعية أو السيرة العقلانية على حجية ظواهر الكتاب والألفاظ مطلقاً، حيث كانت هذه السيرة العقلانية بمرأى ومسمع من النبي الأكرم، ولم يردع عنها بل أمضاها. فهذا الظن الذي قام عليه دليل شرعي قطعي هو حجة، وأما الظن الذي لم يدل عليه دليل قطعي كهذه الأدلة التي ذكرتها من الأدلة اللفظية أو السيرة العقلانية بمرأى النبي ﷺ وإمضائه، إما لشيء من السكوت أو عدم الردع، هذا هو الحجة، أما الظن الذي لم يقم عليه دليل فهو المرفوض إلا في صورة واحدة، وهذه الصورة الواحدة ليست عملية، وهي صورة ما إذا انسد باب العلم بالأحكام الشرعية، وانسد باب العلم بها؛ فهذا لم يثبت؛ حيث إن الأحكام الشرعية والأدلة الثابتة الظنية كحجية الظواهر وحجية الأخبار قام عليها الدليل القطعي، فلم ينسد باب العلم.

إذن الظن، توجد آيات قرآنية توحى بعدم حجته على الإطلاق؛ حيث يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً﴾ [يونس: ٣٦]، أو ﴿إِنْ يَكْفُرُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنْ هُمْ إِلَّا يَخْرُصُونَ﴾ [الأنعام: ١١٦]. نعم، هذا الظن المنهي عنه، وأُريد بما إذا قام دليل على حجية هذا الظن، والأدلة على حجية الظنون الخاصة كثيرة، فمن يقول بعدم حجته يشير إلى الظن الذي لم يقم عليه دليل، ومن يقول بحجته يدعي أن هذا الظن قام عليه دليل شرعي قطعي فهو حجة.

بالنسبة للشيخ التسخيري ذكر أن المصالح المرسله لم تكن دليلاً برأسها، بل هي راجعة إلى أدلة أخرى وقواعد أخرى كـ(لا ضرر) و(لا حرج) و(مقدمة الواجب) و(ما لا يتم الواجب إلا به)، فهي إما أدلة عقلية وإما أدلة لفظية. فالمصالح المرسله التي يراها الشيخ التسخيري راجعة إلى هذه الأدلة التي هي ثابتة بالنص.

بالنسبة للفحص الطبي - الذي ذكره بعض الإخوة - قبل الزواج، وأمثاله من التطبيقات والأمثلة المفيدة للناس، نعم هذا أمر مفيد فهو أمر جائز؛ لأن الشيء الذي هو مفيد لا بأس بأن يعمله الإنسان، ولكن وجوبه هو الذي يحتاج إلى دليل، ولا دليل، والأصل إذا شككنا في وجوب شيء أو عدم وجوبه؛ الأصل عدم الوجوب، أي: البراءة والإباحة إلا أن يأمر بهذا الشيء ولي الأمر، فإذا أمر بهذا الشيء ولي الأمر لوجود مصلحة اجتماعية، نعم هذا يتبع، فإذا كان المراد من المصلحة المرسلة هذا، فلا مشاحة في الاصطلاح والقبول؛ لأنه حكم حكومي وليس حكماً شرعياً أولاً.

بالنسبة للخروج من عرفة قبل الغروب للمصلحة المرسلة، هذا أمر غريب؛ لأن النصوص تنص على عدم جواز الخروج، وفي خروج الحاج عامداً يَدَنَةٌ، فهل المصلحة المرسلة يجوز إجراؤها لمخالفة نص؟ هذا الذي نخشى من إجراء المصالح المرسلة في مخالفة النصوص، وهو أمر غير صحيح.

والحمد لله رب العالمين.

الدكتور محمد أحمد عبد الهادي سراج:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين.

أنا أتفق تماماً مع فضيلة الشيخ التسخيري في أن المصلحة المرسلة دليل يرجع إلى العديد من الأدلة الأخرى، وأريد أن أؤكد ذلك بأن كتب أصول الفقه لن نجد فيها كتاباً واحداً يُفرد المصلحة المرسلة باعتبارها دليلاً مستقلاً بذاته. وفي الواقع في الكثير من المؤلفات الفقهية مصطلح المصلحة المرسلة يتبادل مع المناسب، ومع الاستدلال، ومع الاستدلال المرسل. ففي الواقع الفكرة التي أريد أن أؤكد أنها لا بد أن نفرق بين المصلحة كدليل مستقل وكأصل من الأصول الأساسية حتى للكثير من الأحكام الشرعية التي وردت بها النصوص، وبين فكرة المصلحة المرسلة.

دليل المصلحة يتفرع عنه أدلة أخرى، ربما أكثر أهمية من دليل المصلحة المرسلة كالعرف مثلاً، الذي أعتقد أنه دليل وأنه أصل من الأصول الفاعلة جداً والمؤثرة جداً، والعرف: ما هو إلا نوع من مراجعة المصالح وتأكيد المصالح، يعني الأولى من المصلحة المرسلة هو الركون أو الاعتداد بالعرف، طبعاً بالشروط التي حررها علماء أصول الفقه.

في الواقع: إن هذه البحوث التي تناولت المصالح المرسلة بعضها يستخدم المصلحة المرسلة بنفس المعنى الذي يُستخدم به بالمصلحة؛ يعني بعد قليل ينسى الكاتب أنه يتحدث عن المصلحة المرسلة، ثم يتحدث عن المصلحة بشكل عام. العرف ما هو إلا متفرع، والاستحسان متفرع أيضاً عن المصلحة المرسلة.

وردت هناك إشارة في بعض الأبحاث إلى فكرة تعطيل الحدود باعتبار أنها مثال من الأمثلة الواردة على المصلحة المرسلة، وأنا أود أن ألفت النظر فقط إلى هذه المسألة التي وردت في أحد البحوث، وشكراً.

الدكتور خالد مذکور عبد الله المذكور:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله.

أقول: إن هذا الموضوع في الحقيقة أقرب إلى التنظير منه إلى التطبيق، ولذلك كانت البحوث التي قدمت مع شكري لجهود الباحثين الفضلاء، ومع المناقشات والمداخلات التي أثّرت غلب عليها التنظير وليس التطبيق. والمسألة هنا أقول كاقترح أقدمه إلى أمانة المجمع: أن مثل هذه المواضيع تكون لإدارات البحوث والدراسات، أو لتشكيل لجنة علمية من العلماء المتخصصين في الفقه لوضع مثل هذه الأمور والتنظير، أمانحن في المجمع فالناس ينتظرون منا القضايا المعاصرة التي يريدونها، والمصلحة المرسلة عندما بُعثت إلى الكُتّاب والباحثين طُلب منهم أن يركزوا على التطبيقات المعاصرة، هذه التطبيقات المعاصرة في الحقيقة تحتاج كل منها إلى نظرها في دورات مجمع الفقه الإسلامي، وبالتالي الكُتّاب الذين يكتبون سوف يتناولون هذه القضايا المعاصرة من خلال الأدلة القطعية أو الأدلة الظنية.

فأنا أقول: إن مثل هذا الموضوع - وأخشى أن يتكرر في الدورات القادمة: أن نتكلم عن المصادر الظنية والمصادر القطعية، ونتوه في التنظير أكثر - أقول: مثل هذه المواضيع تكون مقتصرة على إدارات البحوث والدراسات، ونحن نتكلم عن التطبيقات المعاصرة التي ينتظرها الناس منا.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور عمر بن عبد العزيز الشيلخاني:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد: فأحببت أن أتبه إلى بعض الاستدلالات لحجية المصلحة المرسلة، باعتبار المصلحة المرسلة محتاجة إليها، ثم بعد ذلك لجعل الحاجة بمنزلة الضرورة؛ فأريد أن أقول: إن المنزلية هذه (الحاجة تنزل منزلة الضرورة) تتحقق في جنسها، أي: في التنفير، والمقصود بالجنس الذي يعم الضرورة والحاجة.

فبالنسبة للضرورة يتحقق التغيير في تبديل الحكم، وأما بالنسبة للحاجة فإن هذا التغيير يتحقق بالتخفيف، وجعل الحاجة بمنزلة الضرورة إذا كان المراد من ذلك الحاجة الخاصة، وهي الحاجة الشديدة فهي تتساوى مع الضرورة؛ لأن الضرورة تفسر بالحاجة الشديدة، وإذا كان المراد بالحاجة الحاجة التي هي أخف من الحاجة الشديدة (الحاجة الخفيفة) التي يلحق الضيق والحرَج في اختلالها؛ فإنها لا تتساوى مع الضرورة، ولا تكون بمنزلة الضرورة إلا من حيث التغيير فقط، وعندئذ الحاجة أعم من الضرورة. ومن المعروف منطقياً: أن الأعم لا يستلزم الأخص.

ومن هنا فإنه ينبغي عندما تُطلق هذه القاعدة (الحاجة تنزل منزلة الضرورة) أن تنص على أن الحاجة الشديدة هي التي تُنزل منزلة الضرورة، أما الحاجة الخفيفة التي يُلحق فقدانها الضيق والحرَج؛ فإنها لا تكون ضرورة أبداً، وإنما المنزلية تتحقق - كما قلت - في الجنس وهو التغيير، وإلا فإننا لو أردنا من المنزلية

هذه التساوي؛ فإن ذلك يؤدي إلى إلغاء التقسيم للعلماء، أو لإلغاء المراتب التي وضعوها للكليات الخمس، مرحلة الضروريات ومرحلة الحاجيات، وكل مرحلة عُرِّفت بتعريف يختلف عن تعريف المرحلة الأخرى، فالضروريات كما عرّفها الشاطبي - رحمه الله تعالى - هي ما تختل باختلالها الحياة، وتؤدي إلى أن تكون الحياة تقوم على تهارج وفساد وفوضى، أما الحاجيات فقد عرّفها بأن اختلالها يُلحق الضرر الضيق، ولا تختل باختلالها الحياة، والمراد من الحياة مختلف الحياة دنيوية كانت أو دنيوية أو ما إلى ذلك. وبالإضافة إلى أن جعل الحاجة برمتها بمنزلة الضرورة، أي: مساوية للضرورة، بالإضافة إلى أن ذلك يتنافى مع تقسيم العلماء للكليات الخمس، وإلى مراحل ثلاث؛ فإنه يتنافى أيضاً مع قاعدة من قواعد علماء البلاغة؛ وهي: أن (المشبه لا يكون متساوياً مع المشبه به في جميع صفاته)، وإلا لألغى ذلك التشبيه، بل يكون المشبه هو نفس المشبه به، وعندئذ يكون التشبيه عبثاً.

وأحببت أن أنبه إلى هذا؛ لأن كثيراً من الفضلاء والعلماء عندما يحتاجون للاستدلال لحجية المصلحة المرسله، يجعلون المصلحة محتاجة إليها، والمحتاج إليه بمنزلة الضروري، وبذلك تخرج المصلحة المرسله من أن تكون مرسله إلى أن تكون معتبرة، وعندئذ لا يبقى هناك مجال للخلاف.

والله سبحانه وتعالى أعلم، وأشكركم على إتاحة الفرصة لي.

وصلى الله على نبيينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

الدكتور يعقوب عبد الوهاب الباحثين:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلّى الله وسلم على

نبيينا محمد.

وبعد: فإن ما مضى من الكلام لم يتناول وجهة النظر لبعض البحوث التي قدمت، وسبق لي أن قلت: إنني لم أطلع على كثير من هذه البحوث إلا ظهر هذا اليوم، ولم يتسن لي حتى التصفح.

أولاً: أردت أن أؤكد أنه بالنسبة للكلام الذي أثير حول الطوفي أن الطوفي: هو

حنبلي كما أشار الأخ الدكتور مسفر القحطاني، وأنه موجود في كتب التراجم ومعلوم. أما فيما يتعلق بكلام الطوفي في معارضة النص، الطوفي يرى أن المعارضة ليست افتتاتاً على النص، وإنما وجهة نظره أنه يخصص النص بالمصلحة، هذا هو كلامه.

ثانياً: أعود إلى الأبحاث: بحث الدكتور حمداتي شبيها ماء العينين ذكر عدة أقوال، وأنا سبق وأن قلت: إنه ينبغي أن نتحرى الحقائق، وأن نرجع إلى الكتب الأساسية في هذا الموضوع، فقد ذكر بأن إطلاق الاستصلاح جاء من إمام الحرمين، ثم ذكر ابن السمعاني؛ ابن السمعاني متأخر عن إمام الحرمين، علماً بأن مصطلح الاستصلاح ورد عند القاضي عبد الجبار، وهو متوفى سنة ٤٠٣هـ، كما هو معلوم.

الأمر الآخر: تساءل في بداية بحثه عن الاستدلال، وما ذكره من الاحتمال مع أن الاستدلال عند الأصوليين معروف بأنه ما ليس بنص ولا إجماع ولا قياس؛ فالمسألة واضحة، فالاستدلال في عموم عدا ما ذكره. ثم ذكر أن مصطلح المصالح المرسله ظهر منذ عهد مالك - رحمه الله -، وكرر ذلك حتى في خاتمته، وليس له دليل على ذلك.

الدكتور النجيمي ذكر أن الحنفية يأخذون بالمصالح المرسله، ولكن عن طريق الاستحسان، وجمع بينهم وبين المالكية في ذلك، مع أن هناك فرقاً بينهم. الاستحسان هو المصلحة المرسله عند المالكية بينهما العموم والخصوص الوجهي، وأما الحنفية فإن الاستحسان عندهم ليس من أنواعه الأخذ بالمصلحة. كذلك ذكر في بحثه أن الاستحسان عند الحنفية نوعان؛ هما: الاستحسان القياسي، واستحسان الضرورة، وهذا الكلام غير دقيق، فالاستحسان عندهم نوعان: النوع الأول: القياس الخفي في مقابلة القياس الجلي - وهذا طبعاً من باب ترجيح أحد القياسين على الآخر - والنوع الثاني: استثناء جزئية من حكم نظائرها لوجه أو دليل يسمونه وجه الاستحسان، والضرورة هي واحدة من وجوه الاستحسان الكثيرة.

الدكتور مصطفى باجو ذكر أن الحنفية يخصصون نصوص الكتاب والسنة بالمصلحة، ولم أجد له دليلاً على ذلك. كذلك ذكر في بداية بحثه ورود المصلحة عن الصحابة؛ وهذا أمر يحتاج إلى نظر، يعني: ورود ذكر المصلحة عن الصحابة، والقول بأن الخلاف في المصلحة لا يعدو أن يكون خلافاً لفظياً، لا أظن أن هذا صحيح؛ لأن بعضهم يرى الاحتجاج بها، وبعضهم لا يرى الاحتجاج بها، ثم ذكر من شروط الأخذ بالمصلحة عدم معارضة النص؛ وهذا ذكره كثيرون ممن كتبوا في المصلحة، ولا أدري كيف تكون المصلحة مرسلة وهي تعارض النص؟! المصلحة إذا عارضت النص؛ فهي مصلحة ملغاة لا تسمى مصلحة مرسلة.

في بحث فضيلة الشيخ آية الله التسخيري ذكر نسبة القول بها إلى الحنابلة، وأظن نسبة القول إلى الحنابلة بالمصلحة المرسلة فيه نظر، فإن الحنابلة لا يرون القول بالمصلحة المرسلة، وهم يقولون بأنها مردودة، ويمكن أن نطلع على كثير من كتب الحنابلة التي تقول بذلك، ربما أفتى بعض الحنابلة بجواز ذلك. وفي حديث: «لا ضرر ولا ضرار» أشار فضيلة الشيخ إلى أن هذا الحديث لا يأتي للتخصيص، وذكر أن التخصيص لا بد أن يكون بين المخصص، والمخصص العموم، والخصوص المطلق، وأظن أن هذا الأمر فيه نظر. يعني مثلاً: ﴿فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾، وورد بعد ذلك: لا تقتلوا النساء، أو لا تقتلوا الأطفال، فهذا تخصيص، هل بين هذا وبين ما تقدم العموم والخصوص المطلق؟ أنا أتصور أن بينهما العموم والخصوص الوجهي.

أنا أسأل: انتفاء الضرر ألا يحقق مصلحة؟ الإنسان أمام أمرين: إما أن يقع عليه ضرر، أو ينتفي عنه الضرر، لو نفينا عنه الضرر حققنا فيه المصلحة. فضيلة الدكتور قال: إنه لا تلازم بينهما، وأتصور أن فيه من التلازم. وأنا أشرت سابقاً إلى مسألة الظن، وفضيلة الشيخ بيّن وجهة نظره في الظن، وقال: إن الظن هل له سبب أو ليس له سبب؟ الحقيقة أن الظن لا يتحقق إلا بوجود السبب، فالظن هو أن تدرك الطرف الراجح، وأن ترجحه، ولا بد أن يكون لك سبب ترجيحي، فهذا الذي نفهمه من الظن، وليس هو قول بدون دليل.

وأرجو أن تكون ملاحظاتي غير مثيرة للإخوان، وأشكر الجميع، وأرجو منهم العذر وقبول مثل هذا الكلام، فليس غرضي منه شيئاً آخر، وأشكرهم جميعاً.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد .

الشيخ محمد علي التسخيري:

أنا أرجو أن أكون واضحاً: الحقيقة أريد أن أحسم هذا النزاع في قضية العلم والظن؛ هناك قضية نجتمع عليها؛ وهي أن العلم من أي سبب حصل حجة، لماذا؟ لأن العلم انكشاف، لا يمكنك أن تقول لمن ينكشف له أن الشارع أمره، تقول له: أنت لا تعمل بهذا الانكشاف، العلم كما يقول العلماء حجيته ذاتية، ولا يمكن فصل الذات عن الذات. أنا أسأل سؤالاً: هل الظن حجيته ذاتية من أي سبب جاء؟ كلا لأن الظن ليس انكشافاً، وعلى الأقل ليس انكشافاً تاماً. إذن هناك بعد ذلك، والسؤال: هل نفى كل ظن؟ لا، أنا أقول: كل ظن جاء من سبب تام عليه دليل قطعي، مثلاً الظن الناتج من الاستصحاب حجة؛ لأن دليل الاستصحاب قطعي، والظن الناتج من أدلة بالخبر الواحد، الخبر الواحد لا يخلق لي علماً بل يخلق لي ظناً، هذا الظن حجة كما قال الشيخ الجواهري، الظن الناتج من أصالات الطهارة والإباحة، والأصالات تنتج لي موقفاً عملياً فهو إذن حجة. أنا لم أنفِ كل ظن، أقول: الظن الناتج من سبب قام عليه دليل قطعي، كل سبب قام عليه هذا الدليل أنا وكل المسلمين معه. أنا لم أغلق باب الظن حتى يقال لي: ما أكثر الأدلة الظنية! أنا أقول لهم: ما أكثر الأدلة الظنية، وأنا معه. سؤالي هو: أن الظن يجب أن يأتي من دليل قام على اعتباره دليل قطعي، هذا هو المهم، وعندما يستدل الأصوليون على حجية المصالح المرسلة، الاستحسان، والقياس؛ يريد كل منهم أن يقول: قام دليل قطعي على حجية هذا السبب للظن. الخلاف إذن خلاف المصداق، يعني: هناك من يقول: إن المصلحة المرسلة حجيتها قطعية قام عليها دليل قطعي، وهناك من يقول: لم يثبت لي دليل قطعي على حجية الظن الناتج من المصلحة المرسلة. هذه النقطة أود أن نحسمها.

الشيخ أحمد بن حمد الخليلي (نائب الرئيس):

هناك تساؤل: ما معنى القطعي؟ .

الشيخ محمد علي التسخيري:

القطعي يعني العلمي؛ هناك عندنا علم وعلمي، العلم هو أن يعلم الإنسان من أي طريق كان بهذه الحقيقة، أما العلمي فهو يعني الدليل الذي قام على حججته دليل قطعي؛ فهو يصبح علمياً، يعني الذي أسنده العلم.

ثم بعد هذا أنا فرقت بين الفتوى والأوامر السلطانية؛ في مقام الفتوى الذي يصدر حكماً منسوباً للإسلام، ويجب أن يكون مطلقاً عاماً على كل الأرض، المفتي يقول: هذا حكم الله. فرقت بين هذا وبين أمر الحاكم الشرعي. الحاكم الشرعي لا يقول هذا حكم الله، يقول: هذا ما أدركته من المصالح الاجتماعية الظنية لملء منطقة الفراغ، يعني: ملء منطقة المباحات. المباحات حكمها شرعي، أنا لو كنت حاكماً أرى أن المصلحة التي ظننت أنها بهذا الاتجاه تفرض عليّ قانون المرور، تفرض عليّ قانون تسجيل الزواج، تفرض عليّ ضرب السكة، حكم الحاكم إذن وقع على أساس الظن هنا، والظن هنا مسموح به، والشارع سمح له أن يصدر أوامره لتسيير الأمور، يعني قام دليل قطعي على حججته عمله بالظن، هذه نقطة.

أيضاً يجب أن نفرق بين الفتوى وهي تصدر حكماً عاماً وبين الأوامر السلطانية وهي تصدر أوامر مؤقتة وفق مصالح ظنية يتصورها الحاكم طبق علمه وخبرته وشهرته.

نقطة أخرى: وهي التطبيقات الحديثة التي ذكرت، أكثرها أوامر سلطانية قامت على أساس ظنون من الولي الشرعي (الحاكم)؛ لتسيير أمور الحالة الاجتماعية أو المصالح الاجتماعية التي أشار إليها الدكتور قطب سانو.

نقطة أخرى: الطوفي من يقرأ نصوصه يجد أنه أصلاً يذكر في نص طويل جداً أن النصوص خلقت النزاعات، ويذكر مثلاً: أن الشيعة والسنة هكذا

تعاركوا، ويقول: إن أهالي جيلان من الحنابلة كان إذا دخل عليهم حنفي قتلوه وسلبوا ماله، ويقول: في بلاد ما وراء النهر كان هناك حنفي إذا مر على مسجد الشافعية كان يقول: أما آن لهذا الكنيس أن يهدم. هو يذكر هذا المعنى. الطوفي كان يقول: النصوص لا توجد الوحده، أما المصلحة فتوجد وحده هذه الأمة، فهي مقدّمة حتى على النصوص، وحتى على بعض الإجماعات يقدمها. يجب أن ندرس قولة الطوفي، وواقعاً الطوفي غالى، وأنا أؤكد لكم ولاء دينه من الدين القويم، لكن رأيه ليس من الرأي القويم. نحن لا ننقد دينه، شيعياً كان ننقده أو سنياً كان ننقده. المهم أن رأيه لم يكن رأياً سديداً منسجماً؛ لأنه خالف إجماع العلماء.

الشيء الآخر: أنا أقول للدكتور سراج رغم أنه الوحيد الذي أيدني بأن دليل المصلحة ليس دليلاً يقف إلى مقابل الأدلة الأخرى؛ عندما نقول: أصل من أصول الفقه، يعني نقول: الأصول هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس والمصالح، يعني يجب أن نعطيه حصانة لوحده حتى يكون أصلاً من أصول الفقه، أما إذا كان تطبيقاً لأصول أخرى لا نستطيع أن نعطيه هذه الأصالة رغم أن الدكتور أيدني أنا أعارضه في قوله بأن العرف من الأصول؛ العرف ما هي وظيفته؟ العرف إما أن يشخص لي المصداق، يعني الأمر كأن يقول: ينهى عن الإسراف، العرف يقول: في هذا المجتمع يوجد إسراف، الذهن العرفي في المجتمع يقول: لا إسراف، يعني: العرف يحقق لي المصداق. ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾؛ ما هو الصعيد الطيب؟ أسأل العرف، العرف يشخص لي المصداق. العرف أيضاً يشكل دليلاً مقدّمياً للدليل تقرير. العرف إذا كان يمتد رجعيّاً إلى عصر الرسول، والرسول العظيم لم يردع عن هذا المعنى؛ فهو يشكل دليلاً تقريرياً لهذا العرف الممتد. العرف لا يمكنه مطلقاً أن يكون مشرعاً، لا يمكن أن يكون دليلاً وأصلاً مستقلاً، وهذا هو الخطأ الكبير. ﴿وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ أمر بما يراه العرف جيداً على ضوء ذهنية من الفهم الشرعي.

كذلك مسألة (الحاجة تنزل منزلة الضرورة) والتي أشار إليها الشيخ عمر. هذه المسألة ألغاهها الدكتور، واستند إليها بعض العلمانيين، وإلى نقض النصوص

في مؤتمر دولي باسم العلماء، حضره سماحة الشيخ، واعترضنا نحن وإياه على هذه القاعدة. يقول: الحاجة تقتضي أن نقسم الإرث بالتساوي، هو يقول بصراحة في محاضرة علمية أحد الزعماء بأن الحاجة تقتضي اليوم أن نجعل الحضانة للرجل والمرأة معاً، والفقهاء قالوا: الحاجة تنزل منزلة الضرورة. ما وضحه سماحة الشيخ في محله، وأنا أؤيده تماماً.

النقطة الأخيرة: هي حديث: «لا ضرر»، أنا نبهت أن هناك خطأ مطبعياً. العلاقة بين الضرر والمصلحة هما ضدان لهما ثالث، يعني: هناك شيء لا ضرر فيه ولا مصلحة فيه، فلناستطيع أن نقول إذا انتفى الضرر فالموجود هو المصلحة، هذا المعنى إنما يقال: إذا حدث لدينا ضدان لا ثالث لهما، أو نقيضان إذا انتفى أحدهما يحضر الآخر تماماً. هذا الكلام ليس لي، هذا كلام نقلته عن السيد محمد تقي الحكيم، ثم قلت: «لا ضرر» يقدم على باقي الأحكام حتى لو كانت العلاقة هي العموم والخصوص من وجه؛ لأن التقديم في التخصيص يتم على أساس العلاقة بين العام والخاص، أما من وجه لو قال الطير والأسود، هناك منطق التقاء ومنطق افتراق بينهما، الذي يقدم هو الخاص، لكن «لا ضرر» يقدم أيضاً رغم أن علاقته مع دليل الوضوء هو علاقة العموم من وجه، يقدم لأنه ناظر ولأنه مفسر، والدليل الناظر يقدم على الدليل المنظور له حسب ما تعلمون للقاعدة.

أنا أشكر جميع من نقدوني، وأرجو أن أستفيد من كل هذه الانتقادات، واطمئنوا أن الكثير من الخلافات خلافات مصطلحية، وإلا أنا سألت، يعني: نُقل عن الإمام مالك أن الاستحسان تسعة أعشار العلم، ونُقل عن الإمام الشافعي: أن من استحسّن فقد شرع. إمامان بهذه الضخامة يختلفان بهذا المقدار، عندما ترجع للتعريف تجد أن الاستحسان الذي يشير إليه الإمام الشافعي هو ما ينقح في الذهن دون أن يعلم مصدره، في حين أن الاستحسان الذي يشير إليه الإمام مالك يشير إلى تقديم أهم الدليلين، وليس هناك من عاقل لا يؤمن بأنه إذا ورد دليلان متراحمان يُقدم الأهم فيهما على المهم. أمامي غريقان أحدهما نبي والآخر شخص عادي، وأنا لا أستطيع أن أنقذ إلا واحداً، كل عاقل يقول: يجب أن تنقذ هذا النبي، وتترك الآخر لأنك لا تستطيع أن تنقذ الاثنين.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الدكتور قطب مصطفى سانو:

بسم الله الرحمن الرحيم .

أشكر الأساتذة وأصحاب الفضيلة على تعليقاتهم، لكن يبدو لي مثل ما تفضل به سماحة الشيخ التسخيري من قضية الظن، وأن قبول الظن يجب أن يكون له دليل قطعي يقوم عليه، عند الأصوليين يسمونه القلب. اشتراط هذا الشرط نفسه يحتاج إلى دليل قطعي يقوم عليه على اشتراطه لكلي يُعمل به في هذا المجال .

القضية الجوهرية بالنسبة للمصلحة: المصلحة التي يتحدث عنها الأصوليون هي المصلحة التي تتوافر فيها بعض الشروط العلمية (الضوابط)، ونحن ذكرنا هذه الضوابط في الأبحاث، ليست المصالح الموهومة أو المصالح التي هي تعتبر من الرغائب أو الشهوات التي يتحدث عنها، حتى الشروط الثلاثة التي ذكرها الإمام الغزالي ولم يوافقها بقية الأصوليون:

أولاً: أن تكون المصلحة قطعية. إذا كانت قطعية تحتاج إلى النص أصلاً ولا تحتاج إلى هذه المصلحة.

ثانياً: أن تكون كلية ضرورية، وليست كل المصالح ضرورية، وهناك مصالح حاجية وهناك مصالح تحسينية التي تحدت عنها العلماء .

فالمعركة المفتعلة بين المصلحة والنص هي أن المعركة تكون بين نص غير صحيح ومصلحة صحيحة (مصلحة حقيقية)، أو بين مصلحة وهمية ونص صحيح .

أما أن تكون المصلحة حقيقية والنص صحيح لا تعارض بين العقل والنقل - وهناك التداخل، وهذه في كتب ألفت في هذا المجال، درء التعارض بين العقل والنقل - لا يمكن أن يتعارض النص الصحيح الثابت مع المصلحة الحقيقية، وليست المصالح الموهومة أو المصالح الوهمية .

كذلك وددت أن أتحدث عن البُعد الأخرى للالتزام بالأحكام الثابتة عن

طريق المصلحة؛ يعني: قضية الفحص الطبي واشتراط توثيق عقد النكاح، أنا لم أقل أبداً في بحثي: إن هذا الشرط إذا لم يلتزم به يؤدي إلى بطلان العقد، هذا لا يقوله أحد؛ لأن الشروط التي تُبطل العقد ليس هذا من جنسها، لكن الشخص الذي لا يلتزم بهذا الشرط قلنا: إنه يأثم عند الله، لا لأنه خالف هذا الشرط؛ لكن لأنه عصى أمر ولي الأمر الذي أمرنا بطاعته، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأَطِيعُوا أَوْلِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾، فطاعة ولي الأمر واجبة، ووجوب طاعته ليس لأنه ولي الأمر لكن لأن القرآن الكريم أمرنا بذلك، والذي يهمنا هنا أن ولي الأمر المسلم إذا أمر بأمر ليس فيه معصية للخالق، وليس فيه خروج عن نص صحيح تجب طاعته فيه، والخروج عليه يعتبر خروجاً على هذا الأمر الإلهي الذي أعطاه إياه لهذه المنزلة التي هو فيها.

فإذا أمر بالفحص الطبي أو بتوثيق العقد يجب طاعته، كذلك الأحكام الثابتة في المرور؛ فمثلاً أحدهم لم يلتزم بالأحكام المرورية، فعندما يرى الضوء الأحمر ولا يرى شرطياً يذهب، لا، المسلم يلتزم بهذا حتى ولو لم يكن هناك شرطي. وهنا يكون التزام ذاتي يأتي من عنده البعد الأخروي، وهذا الذي حاولت أن أثبتة.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور حمداتي شبيهناء ماء العينين:

بسم الله الرحمن الرحيم.

أشكر شكراً جزيلاً الأساتذة المحترمين الذين قرؤوا بحثي وعلقوا عليه، وأفادوني وسجلوا عليه بعض الملاحظات؛ فإذا كانت فيه أخطاء فمئتي، وإذا كان فيها صواب فمن الله، وأشكرهم على توضيح الخطأ لي إن كان موجوداً.

لكن الشيء الذي أردت أن أقوله: أبدأ من حيث القول بأنني جمعت بين إمام الحرمين والسمعاني، أنا لم أعط تاريخاً موحداً لهما، أنا قلت بأن المصلحة سُميت بالاستصلاح والاستدلال وبالمصلحة المرسلة، وعلى أن إمام الحرمين وابن السمعاني كلاهما أطلق عليها الاستصلاح، والخوارزمي أطلق عليها

الاستدلال، والمالكية قالوا بالتعاريف الثلاثة، وهذا قلته في بداية بحثي في صفحة جعلتها تحت عنوان (المبحث الأول، تعريف المصلحة المرسله وتاريخ نشوئها). إذن لما أتيت بهذه التعاريف كلها قلت: وفسر الغزالي وإمام الحرمين المصلحة المرسله بما مضمونه عند كل واحد منهما، بأن يوجد معنى يُشعر بالحكم المناسب له عقلاً، ولا يوجد أصل متفق عليه، والتعليل مصور جار فيه، وفسره ابن برهان في (الأوسط) بأن لا يستند إلى أصل كلي ولا جزئي، وأضاف: وفيه مذاهب.

إذن نحن لم نأتِ بالمصلحة المرسله كاجتهاد، ولكن أردنا أن نُقحمه في مجال التعامل اليوم ليكون مُرغماً على الناس أن يتبعوه، ولكن قلنا بها بحسب التعاريف التي توارد عليها جميع علماء الشافعية والمالكية، وحتى كثير من أئمة المذاهب الأخرى. كذلك عندما قال الأستاذ رأفت عثمان: إنني قلت: إنها بدأت من عهد الصحابة، هذا قول ربما يحتاج إلى قراءة الفقرة التي وردت فيها، فلقد قلت: إذن فهذه المصالح ابتدأت مبكراً في صدر الدولة الإسلامية، لكن الذي تأخر هو تسميتها، وليست وحدها في ذلك، فكثير من الألقاب وأصول وأحكام المسائل لم تحمل الألقاب التي هي عليها إلا عندما بدأ علم المصطلح يأخذ مكانته في ساحة التداول العلمي الإسلامي. أظن أن هذا كافٍ لتوضيح موقعي في هذا الشأن.

أيضاً المالكية كانوا يأخذون بها بعيداً عن النصوص طبعاً، هي إذا وجدنا لها نصّاً خرجت من الإرسال، سواء كان قياساً أو دليلاً ولو كان ظنياً؛ لأنه عندما يكون ظنياً ندخل في باب ترجيح الأحكام، هذا دليل ظني رجحته قرينة أخرى، ورجحنا على هذا الظني أو هذا الذي لا يوجد له دليل. إذن عندما نجد لها دليلاً أخرجناها من الإرسال بذلك الدليل.

كذلك بعض الملاحظات التي وردت حول لفظة النظام العام؛ لم أقصد بها الحكم، لفظة النظام العام هذا مصطلح قانوني، وهو على أن الدولة في حد ذاتها، الدولة الدستورية؛ سواء كانت رئاسية أم جمهورية أم ملكية، هناك ضوابط سميت في مدرسة الشرح على المتون التي نشأت في القرن السابع في أوروبا؛

سميت بالعقد الاجتماعي، وهو على أن الإنسان لمّا تكوّن على ظهر هذه الأرض كانت هناك مصالح يمكن أن تتصادم حتى يقتتلوا، فتنازل كل واحد من الأفراد عن جزء من حقوقه التي لا تضر بقوة مصالحه ليتعايش مع الإنسان الآخر، وسمي هذا عقداً اجتماعياً، ثم طوره فأصبحوا يطلقون عليه النظام العام؛ حيث إذا مُسّ كان الشعب هو الذي يراه. فقلت: إن نظامنا نحن الأمة الإسلامية هو الشريعة الإسلامية، كل حاكم أو ملك أو رئيس لا بد وأن يُراعي أن نظام أمته هو الشريعة الإسلامية، وإذا مسها فسيكون الشعب هو الذي يقوم ليرد الأمور إلى نصابها. فإذا قلت: إن هذه الطفرة التي أغرقنا فيها العولمة لا نخشى على الإسلام منها؛ لأن النظام العام الإسلامي سيقف أمامه.

بقيت لي كلمة واحدة هي حول المصلحة التي تُقدم على النص: إذا كانت من الإمام حسب تعبير الشيخ التسخيري، هب أن نظام البنوك اليوم يحقق مصلحة مادية منتشرة، واستثماراً جيداً للعالم الذي يتبعه، هل نُقدمه على النص لأنه مصلحة إذا قيل به؟ لا يمكن أن نقدمه. إذن المصلحة تبقى في حدودها عند ضوابط ما لم نجد نصاً قطعياً أو نصاً ظنياً مرجحاً بقرينة تثبت لنا صلاحيته.

شكراً لكم، والسلام عليكم.

الدكتور شوقي أحمد دنيا:

في الإلزام بالكشف الطبي، أرجو من الفقهاء التبصر بالواقع، فهو مثقل بمشكلات كبيرة في العالمين العربي والإسلامي، مشكلات اجتماعية ومالية، عزوف مطلق عن الزواج، عنوسة متفشية، فكيف نلزم بالكشف الطبي؟ لأن هذا يفتح باب شرٍّ كبيرٍ جداً للعنوسة وانهيار الأخلاق. أرجو التريث في اتخاذ مثل هذا القرار، والطب يتقدم يوماً بعد يوم، وما كان علاجه عسيراً بالأمس صار ممكناً اليوم، وما هو مرض عضال اليوم قد يمكن علاجه غداً، وعند الإلزام بالكشف الطبي نفس الخطوبات ونباعد بين الشباب ونحرضهم على الرذيلة، ونفتح لهم باب فساد طويل، أرجو أن يكون المجمع متبصراً بهذه الجوانب البيئية والاجتماعية والأخلاقية والاقتصادية عند صياغة مثل هذا القرار، وشكراً.

الشيخ أحمد بن حمد الخليلي (نائب الرئيس):

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

على كل حال هناك من يتطلع إلى أن يقول ويرغب في القول، ولكن الوقت الذي حُصص لنا قد انتهى، وقد استفرغنا جميع الوقت المخصص، وربما زدنا عليه. وعلى أي حال نحن دائماً نريد توضيح شقة الخلاف، إن أمكن أن يُحمل الخلاف على أنه خلاف لفظي فذلك أولى، ولا أجد ما يمنع من جعل هذا الخلاف هنا خلافاً لفظياً؛ لأن كل من قال بالأخذ بالمصالح المرسلة لا يعني إلا المصالح التي تعود إلى المقاصد الشرعية. فإذا كانت هذه المصالح تعود إلى المقاصد الشرعية؛ فليس هناك ما يدعو إلى القول بأنها لم يبق عليها دليل شرعي، ومن قال أيضاً بعدم الأخذ بالمصالح المرسلة إنما عنى بالمصالح المرسلة التي لم يبق عليها دليل شرعي. بهذا نستطيع أن نُضيق شقة الخلاف.

كما أنه بجانب هذا أيضاً نحن نرى هذا الوقت - كما قلت في الكلمة التي ألقيتها في الافتتاح - وقتاً متميزاً بالطفرة الحضارية التي تذهل الإنسان؛ كانت التطورات التي تمر بالبشر في العصور السابقة بحسب ظروفهم وبحسب ما كان، أما الآن فالطفرة الحضارية في خلال نصف قرن من الزمن جاءت بالشيء العُجاب الذي لم يكن يدور بخلد أحد، الآن الإنسان وهو داخل غرفة نومه يستطيع أن يتصل بأي جزء من الأرض، وأن يتحدث إلى أي أحد في الأرض ممن عنده جهاز مثل الذي معه، في وقت من الأوقات الناس لم يكونوا يستوعبون هذه الأشياء حتى قال أحد العلماء عندما جيء بالسلك والهاتف والبرقية قال: لا يُعقل أن يتحدث أحد في المشرق فيسمعه من المغرب، اللهم إلا أن تكون هذه معجزة نبي أو كرامة ولي. والآن أصبح غير الأولياء بل الكفار هم الذين اخترعوا هذه الأجهزة، وأصبح الاتصال بهذا القدر. ويقدر هذا الاتصال تشابكت المصالح وتداخلت منافع الناس، وأصبح العالم كله كأنما هو بيت واحد وليس قرية واحدة، والأقطار كأنما هي غرف في هذا البيت لتقارب العالم بعضه مع بعض، فضلاً عما حصل من الاكتشافات الغريبة والتقدم في الطب وغيره.

هذا كله مما يستدعي الأخذ بالنافع واتقاء الضار . فلذلك نرى من الضرورة أن تراعى هذه المصالح التي تعود إلى مقاصد الشرع ، ونحن نرى أن من مقاصد الشرع دفع الضرر ، ومن مقاصد الشرع التيسير : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ ﴾ ، على ألا يكون شيء من ذلك متصادماً مع القيم والأخلاق التي جاء بها الإسلام . فالثواب تبقى ثواب ، أما المتغيرات فهي متغيرات ولا يمكن أن يُقرن بين الثواب والمتغيرات .

بالنسبة لقضية الربا التي ذكرها أستاذنا الشيخ حمداتي ، وإن كانت تلك مصلحة في الظاهر ولكنها مضرّة في الباطن ، بل بجانب ذلك أيضاً الضرر ظاهر ، فإن نظام الربا جعل رؤوس الأموال تنحصر عند معدودين من الناس بينما الأكثرية والغالبية الساحقة من الناس يعيشون على فتات موائد أولئك ، وهم مضطرون إلى أن يعيشوا تحت قسوتهم ، لا أقول : تحت رحمتهم ، فلا يُقال بأن هذه مصلحة .

على أي حال هناك اقتراحات عدة قُدمت وبعض البيانات قُدمت ، ونأخذها في الاعتبار ، ونحوّلها جميعاً إلى لجنة الصياغة التي تتكون من : سماحة الشيخ محمد علي التسخيري ، فضيلة الدكتور مصطفى باجو ، فضيلة الدكتور يعقوب الباحسين ، فضيلة الدكتور عبد السلام العبادي ، فضيلة الدكتور قطب سانو .

وبهذا ترفع الجلسة ، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد ، وعلى آله وصحبه وسلم .

* * *

القرار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين،
وعلى آله وصحبه أجمعين.

قرار رقم ١٤١ (١٥/٧)

بشأن

المصالح المرسلة وتطبيقاتها المعاصرة

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنبثق عن منظمة المؤتمر
الإسلامي، المنعقد في دورته الخامسة عشرة بمسقط (سلطنة عُمان) من ١٤ إلى
١٩ المحرم ١٤٢٥هـ، الموافق ٦-١١ آذار (مارس) ٢٠٠٤م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع المصالح
المرسلة، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، وإجماع المسلمين
على أن الأحكام الشرعية مبنية على أساس جلب المصالح ودرء المفاسد.

قرر ما يلي:

١ - المراد بالمصلحة المحافظة على مقصود الشارع، وهو الحفاظ على:
الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال.

والمصلحة المرسلة: هي التي لم ينص الشارع عليها بعينها أو نوعها
بالاعتبار أو الإلغاء، وهي داخلة تحت المقاصد الكلية.

٢ - يجب أن يتأكد الفقيه وجود ضوابط المصلحة؛ وهي:

● أن تكون حقيقية، لا وهمية.

● كلية، لا جزئية.

● عامة، لا خاصة.

● لا تعارضها مصلحة أخرى أولى منها، أو مساوية لها .

● ملائمة لمقاصد الشريعة .

وقد وضع العلماء معايير دقيقة للتمييز بين أنواع المصالح، والترجيح بينها على أساس بيان متعلق هذه المصالح؛ فقسّموها من حيث تعلّقها بحياة الناس إلى ثلاثة أقسام، ورتبها حسب درجة اعتبارها، وهذه الأقسام هي:

● الضروريات .

● الحاجيات .

● التحسينيات .

٣ - من المقرر فقهاً أن تصرف ولي الأمر الحاكم على الرعية منوط بالمصلحة . فعليه مراعاة ذلك في قيامه بإدارة شؤونها . وعلى الأمة طاعته في ذلك .

٤ - للمصلحة المرسلّة تطبيقات واسعة في شؤون المجتمع، وفي المجالات الاقتصادية والاجتماعية والتربوية والإدارية والقضائية وغيرها .

وبهذا يظهر خلود الشريعة ومواكبتها لحاجات المجتمعات الإنسانية، مما تناولته البحوث المقدمة في هذه الدورة .

والله أعلم .

* * *

شَامِنًا
ضَمَانِ الطَّيِّبِ

البحوث

- ١- بحث الدكتور محمد علي البار
 - ٢- بحث الدكتور حسان شمسي باشا
 - ٣- بحث الشيخ محمد المختار السلامي
 - ٤- بحث الشيخ حسن الجواهري
 - ٥- بحث الأستاذ الدكتور محمد أحمد عبد الهادي سراج
- العرض- والمناقشة
 - القرار

ضمان الطبيب ومسؤولية الطبيبة

إعداد
الدكتور محمد علي البار
عضو وزميل الكليات الملكية للأطباء
بالمملكة المتحدة (لندن)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وآله وصحبه ومن
والاه، أما بعد:

فإن الإسلام في شموليته لم يترك صغيرة ولا كبيرة مما يهم الإنسان في
معاشه ومعاده إلا أوضحه وبيّنه، وأرشد إلى ما تتقدم به الحياة الإنسانية لتسعد في
الدنيا والآخرة.

وقد شدد القرآن الكريم على المسؤولية الفردية والجماعية. قال تعالى:
﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَإِن تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ جِهْلِهَا لِإِيجْلٍ مِّنْهُم مَّنْ ءَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ۗ ﴾
[فاطر: ١٨]. وقال تعالى: ﴿ وَأَتَقُوا بِرَبَّهُمْ لَا يُجْرَىٰ نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيْئًا وَلَا يُقْبَلُ مِنْهَا شَفَعَةٌ
وَلَا يُؤْخَذُ مِنْهَا عَدْلٌ وَلَا هُمْ يُنصَرُونَ ﴾ [البقرة: ٤٨]، وقال تعالى: ﴿ وَمَنْ يَكْسِبْ إِثْمًا
فَإِنَّمَا يَكْسِبُهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ ۗ ﴾ [النساء: ١١١]، وقال تعالى عن فرعون وقومه: ﴿ يَقْدُمُ
قَوْمَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فَأَوْرَدَهُمُ النَّارَ وَبِئْسَ الْوَرْدُ الْمَوْرُودُ ﴾ [هود: ٩٨].

وقال ﷺ في حديثه الفذ الجامع: «ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن
رعيته؛ فالأمير الذي على الناس راع وهو مسؤول عن رعيته، والرجل راع على
أهل بيته وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية على بيت بعلها وولده وهي
مسؤولة عن رعيتهما، والعبد راع على مال سيده، وهو مسؤول عنه، ألا فكلكم
راع وكلكم مسؤول عن رعيته»^(١)، فعمَّ رسول الله ﷺ وخصَّ، وجعل كل فرد

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، وكتاب الجمعة، وكتاب الاستقراض،
وكتاب الوصايا، والعق والنكاح والأحكام؛ وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب
الإمارة، واللفظ له؛ وأخرجه الترمذي في سننه، كتاب الجهاد؛ ومسند أحمد: ٥٤/٢،

من أفراد الأمة مسؤولاً إلا من كان قاصراً غير بالغ، أو فاقداً للعقل بمرض أو جنون، وجعل لكل واحد منهم حظه من المسؤولية صَغُرَ ذلك أم كبر .

وعن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ قال : « لا تزول قدما ابن آدم يوم القيامة حتى يسأل عن خمس : عن عمره فيمَ أفناه؟ وعن شبابه فيمَ أبلاه؟ وعن ماله من أين اكتسبه؟ وفيمَ أنفقه؟ وماذا عمل فيما علم؟ »^(١) . ومثله عن أبي سعيد الخدري^(٢) ، وعن أبي برزة الأسلمي^(٣) ، وعن أبي الدرداء^(٤) رضي الله عنهم جميعاً .

ورغم تكرار لفظ المسؤولية في القرآن الكريم والسنة الشريفة، إلا أن الفقهاء لم يستخدموا لفظ المسؤولية، لأن السؤال قد يكون فيما لا تبعة فيه . وقد تكون المسؤولية أخروية، أي : ديناً لا قضاء؛ ولذا استخدم الإمام الشافعي رحمه الله لفظ المأخوذية؛ حيث قال عن الطبيب الحاذق الذي لم تخطئ يده : ولئن مات العليل فلا عقل (أي : دية)، ولا مأخوذية إن حسنت نيته لله تعالى^(٥) .

وقد أبان المصطفى ﷺ مسؤولية الطبيب الجاهل عما اقترفت يده؛ حيث قال : « من تطبَّ ولم يعلم منه طب فهو ضامن »^(٦) ، وقوله ﷺ : « أيما طبيب تطب على قوم فأعنت فهو ضامن »^(٧) .

* * *

-
- (١) أخرجه الترمذي في سننه .
 - (٢) أخرجه الترمذي وحسنه .
 - (٣) أخرجه الترمذي .
 - (٤) أخرجه الطبراني .
 - (٥) الأم، للإمام الشافعي : ١٦٨/٦ .
 - (٦) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الديات، باب من تطب بغير علم : ١٩٥/٤ ، عن عمرو ابن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص (عن أبيه، عن جده)؛ وأخرجه أيضاً النسائي، وابن ماجه، والحاكم، والدارقطني، والبيهقي، كلهم عن عمرو بن شعيب .
 - (٧) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الديات : ١٩٥/٤ ، وهو حديث مرسل عن عبد العزيز ابن عمر بن عبد العزيز .

المبحث الأول المسؤولية الطبية عند القدماء

قدماء المصريين:

وقد عرفت الأمم السابقة المسؤولية الطبية وضمّان الطبيب، وقد كان قدماء المصريين يهتمون بالطب اهتماماً بالغاً؛ حتى إنهم ألّهُوا الطبيب أمحوتب، وكان الكهنة هم الأطباء في أغلب الأحوال. وقد وضع أمحوتب (٢٦٠٠ قبل الميلاد) كتاباً مقدساً في الطب لديهم، فإن خالفه الطبيب ومات المريض عوقب الطبيب بالإعدام.

شريعة حمورابي:

وكانت شريعة حمورابي (الملك الكلداني) الذي عاش قبل أربعة آلاف عام تحتوي على عشر مواد (من بين ٢٨٢ مادة تنظم شؤون الحياة) تتعلق بالطب والصيدلة؛ منها: (المادة ٢١٨) والتي تنص على قطع يد الطبيب الجراح إذا أجرى عملية لإنسان حر، وأدت العملية إلى وفاة المريض. أما إذا أدت العملية إلى وفاة عبد أو أمة فإن على الطبيب أن يعرض المالك بعبد مثله (المادة ٢١٩). أما إذا شق الطبيب الورم بمبضع برونزي وعطل عين المريض؛ فإن عليه أن يدفع نصف قيمة الدية المقررة لديهم (المادة ٢٢٠)^(١).

ومن الواضح أن العقوبات كانت تقع على الطبيب الجراح، يليه المجبر، أما الطبيب الباطني (الطبايعي Physician) فمن النادر جداً أن يعاقب لغموض العلة، وعدم معرفة سبب الموت؛ هل هو من المرض ذاته أم من دواء الطبيب؟.

(١) د. كمال السامرائي، مختصر تاريخ الطب العربي: ١/٥٩، ٦٠؛ والدكتور راجي عباس التكريتي، في كتابه: السلوك المهني للأطباء، ص ١٥؛ والدكتور محمد نزار خوام وزملاؤه، تاريخ العلاج والدواء في المصور القديمة، ص ٢٣.

وكان الآشوريون يعاقبون من يسقط حمل امرأة بجلده خمسين جلدة ودفع غرامة مالية، أما المرأة التي تجهض نفسها فقد كانت تعاقب عقوبة في منتهى القسوة؛ حيث تقتل بخازوق ينفذ في جسمها وترك في العراء لتنهش لحمها الوحوش والطيور الجارحة .

قسم أبقرات (اليونان):

وفي قسم أبقرات الطبي المشهور: «وأما الأشياء التي تضر بهم (أي: المرضى) فأمنع منها بحسب رأيي، ولا أعطي - إذا طلب مني - دواء قتالاً، ولا أشير بمثل هذه المشورة، ولا أعطي النسوة فرزجة(تحميلة) أو دواء يسقط الجنين، وأحفظ نفسي في تدبيرتي وصناعتي على الزكاة والطهارة . ولا أشق عمن في مئانته حجارة، ولكن أترك ذلك إلى من كانت حرفته هذا العمل» .

«وكل المنازل التي أدخلها إنما أدخل إليها لمنفعة المرضى، وأنا بحال خارجة عن كل جور وظلم وفساد إرادي مقصود إليه في سائر الأشياء . . . وأما الأشياء التي أعانيها في وقت العلاج للمرضى أو في غير أوقات علاجهم من الأشياء التي لا يُنطق لها خارجاً، فأمسك عنها، وأرى أن أمثالها لا ينطق به»^(١) .

وذكر أرسطو طاليس في كتابه السياسة: أن الطبيب يسمح له بتغيير الدواء إذا لم يلاحظ تحسناً على حالة مريضه خلال أربعة أيام، أما إذا تُوفِّي المريض بسبب ذلك الدواء فإن الطبيب يقتل . ولكن أفلاطون (أستاذ أرسطو) أخلى الطبيب من المسؤولية إذا بذل الطبيب ما يجب عليه من جهد وعناية بالمريض حسب الأصول المقررة في الطب، ثم مات العليل .

الرومان:

وكان الطبيب عند الرومان مسؤولاً إذا أَدَّى الدواء الذي سقاه المريض إلى وفاة العليل أو زيادة علته، وتختلف لديهم العقوبة بناء على طبقة المريض، وهل هو روماني الجنسية أم لا؟ وهل هو حر أم عبد؟ فإذا كان الطبيب من طبقة راقية وأدت معالجته إلى وفاة مريض روماني حرّ؛ فإن الطبيب ينفى من البلاد إلى

(١) ابن أبي أصيبعة، عيون الأنباء في طبقات الأطباء، ص ٤٥ .

جزيرة نائية، أما إذا كان الطبيب من طبقة وضیعة فإنه یعدم، وأما إذا كان المريض من الرقیق فإن علی الطبيب أن یعوض مالکة بدفع ثمنه.

وكان القانون الروماني ينص أيضاً علی عدم عقوبة الطبيب إذا كانت الوفاة بسبب قصور المعارف البشرية، أما إذا كان الطبيب قد أهمل أو غش فی العلاج فإنه لا یفلت من العقوبة.

اليهود:

وكان اليهود یعاقبون الطبيب إذا خالف أصول المهنة، أو قام بالتطیب دون إذن مجلس القضاء المحلي، أو أدت مداواته إلى موت العلیل أو زمانة مرضه، أو أجهض امرأة بدواء، وقد تصل العقوبة إلى الموت إذا ثبت التعمد أو الإهمال، وأدى ذلك إلى وفاة المريض.

أوروبا فی القرون الوسطی:

أما فی أوروبا فی القرون الوسطی وإلى القرن التاسع عشر المیلادي؛ فكانوا یعاقبون من تسبب بالإجهاض بعقوبة الإعدام. وكانت الكنيسة تفرق بین الخطأ الیسیر والخطأ الجسیم، فإذا مات العلیل بسبب الطبيب (إجراء عملية جراحية أو خطأ أو إهمال) فإن الطبيب یعدم، أما إذا ثبت أن الطبيب لم یخطئ ولم یقتصر، فإنه لا یسأل عن وفاة المريض.

دور المحتسب فی العصور الإسلامية:

وفی العصور الإسلامية الزاهرة ظهر نظام الحسبة، وكان من واجبات المحتسب أن ینظر فی أعمال الأطباء والصیادلة والكحالین والحجامین والقصادين... إلخ. وقد أوكل المقتدر العباسی إلى طیبیه سنان بن ثابت بن قرة امتحان الأطباء، قبل أن یسمح لهم بممارسة المهنة، فامتحن خلقاً كثيراً غیر المشهورین بالطب الحاذقین فیهِ، وأصدر التصريح بمزاولة المهنة لمن رآه متقناً لصنعتة منهم^(١)، ومنع كل متطفل علی هذه المهنة من مزاولتها. ولم یکن المحتسب أو من یقوم مقامه یسمح للطبيب أو الصیدلانی بالممارسة إلا بعد أن

(١) ابن أبی أصیبة، عیون الأبناء فی طبقات الأطباء، ص ٣٠١.

يمتحنه كبار الأطباء والصيدالة، ويصدرون له إجازة رسمية بذلك.

وكان المحتسب يقوم بمراقبة أعمال الأطباء والصيدالة والعشابين وأضرابهم، حتى لا يحدث خلل أو خطأ يؤدي إلى الإضرار بالمرضى، أو من يترددون على هؤلاء الأطباء والصيدالة والعشابين.

يقول عبد الرحمن بن نصر الشيرازي في كتابه (نهاية الرتبة في طلب الحسبة)^(١): «ولا يتصدى لفصد إلا من اشتهرت معرفته تشريح الأعضاء والعروق والعصل والشرابين، وأحاط بمعرفة تركيبها وكيفيةها؛ لئلا يقع المبضع في عرق غير مقصود أو في عضلة أو شريان، فيؤدي إلى زمانة العضو وهلاك المفصود، فكثير هلك من ذلك».

«وبالجملة ينبغي للمحتسب أن يأخذ عليهم العهد والميثاق إلا يفصدوا في عشرة أمزجة، وليحذروا فيها حذراً إلا بعد مشاوراة الأطباء، وهي في السن القاصر عن الرابع عشر، وفي سن الشيخوخة، وفي الأبدان الشديدة القضاة (النحافة)، وفي الأبدان الشديدة السمن، وفي الأبدان المتخلخلة، وفي الأبدان البيض المترهلة، وفي الأبدان الصفرة العديمة الدم، وفي الأبدان التي طالت بها الأمراض، وفي المزاج الشديد البرد، وعند الوجع الشديد». ثم ذكر تفاصيل العروق التي تفصد وتلك التي يتم تجنبها.

وتحدث بعد ذلك عن الحجامة، وأنها أقل خطراً من الفصادة، وينبغي أن يكون الحجام خفيفاً رشيقاً خبيراً بالصناعة، فيخفف يده في الشروط (أي: شرط وقطع الجلد) ويستعجل... وينبغي للمحتسب أن يمتحن الحجام بورقة يلصقها على آجرة، ثم يأمره بشرطها، فإن نفذ الشرط (إلى الآجرة) كان ثقیل اليد سئئ الصناعة. وعلامة حذق الحجام خفة يده، وألا يوجع المحجوم.

وذكر الحسبة على الأطباء والكحالين (أطباء العيون) والجراحين، وذكر أهمية الطب، وما ينبغي لطالب الطب أن يعلمه من الجزء النظري والجزء

(١) عبد الرحمن بن نصر الشيرازي (القرن السادس الهجري)، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، تحقيق د. السيد الباز العربي، دار الثقافة، الطبعة الثانية، ١٩٨١م، ص ٨٩-٩٨.

العملي، ونص على وجوب امتحان الأطباء قبل ممارستهم المهنة والسماح لهم بالعمل. . «وينبغي للطبيب أن يسأل المريض عن سبب مرضه وعما يجده من الألم، ويعرف السبب والعلامة والنفض والقارورة (التي يجمع فيها البول؛ حيث يتم فحصه)، ثم يرتب له قانوناً (أي: وصفة طبية مكتوبة) من الأشربة وغيرها. ثم يكتب نسخة بما ذكره له المريض وبما رتب له في مقابلة المرض، ويسلم نسخة لأولياء المريض بشهادة من حضر معه عند المريض، فإذا كان من الغد حضر ونظر إلى دائه وسأل المريض، ورتب له قانوناً على حسب مقتضى الحال، وكتب له نسخة وسلمها إليهم. . وفي اليوم الثالث كذلك. وهكذا إلى أن يبرأ المريض أو يموت، فإن برأ من مرضه أخذ الطبيب أجرته وكرامته، وإن مات حضر أولياؤه عند الحكيم المشهور وعرضوا عليه النسخ التي كتبها لهم الطبيب، فإن رآها على مقتضى الحكمة وصناعة الطب من غير تفريط ولا تقصير من الطبيب أعلمهم، وإن كان الأمر بخلاف ذلك قال لهم: خذوا دية صاحبكم من الطبيب، فإنه هو الذي قتله بسوء صناعته وتفريطه»^(١).

ثم يقول: «وينبغي للمحتسب أن يأخذ عليهم عهد أبقرات الذي أخذه على سائر الأطباء، ويحلفهم ألا يعطوا دواء مضرًا، ولا يركبوا سُمًّا، ولا يصفوا التمام عند أحد من العامة، ولا يذكروا للنساء الدواء الذي يسقط الأجنة، ولا للرجال الدواء الذي يقطع النسل، وليغضوا أبصارهم عن المحرمات عند دخولهم على المرضى، ولا يفشوا الأسرار ولا يهتكوا الأستار».

ثم أوضح بعد ذلك كيفية امتحان الأطباء بمختلف أنواعهم وتخصصاتهم في زمنه، ويمتحن الأطباء الطبائعيين (physicians) بكتاب محنة الطبيب لحنين بن إسحاق، وأما الكحالون فيمتحنهم بكتاب (العشر مقالات في العين) أيضاً لحنين بن إسحاق، ويسألهم عن تشريح العين وطبقاتها ورطوباتها، وأمراضها وأنواع أدويتها.

«وأما المجبرون فلا يحل لأحد أن يتصدى للجبر إلا بعد أن يحكم معرفة المقالة السادسة من كناش بولص الأجنبي في الجبر، ويعلم عدد عظام آدمي

(١) المصدر السابق، ص ٩٧، ٩٨.

وهي مائتا عظم وثمانية وأربعون عظماً، وصورة كل عظم وشكله وقدره، حتى إذا انكسر منها شيء أو انخلع رده إلى موضعه، على هيئته التي كان عليها فيمتحنهم المحتسب بجميع ذلك»^(١).

«وأما الجراحيون فيجب عليهم معرفة كتاب جالينوس المعروف باسم بقاطا جانس^(٢) في الجراحات والمراهم، وأيضاً كتاب الزهراوي في الجراح^(٣)، وأن يعرفوا التشريح وأعضاء الإنسان، وما فيه من العضل والعروق والشرابين لتجنب الجراح، ذلك في وقت فتح المواد(الخراريج) وقطع البواسير. ويكون معه أدوات الجراحة؛ مثل: المباحض والحربات والمرويات، ومنشار القطع، ومجرفة الأذن...»^(٤).

ثم تحدث عن الحسبة على الصيادلة وتدليسهم وغشهم للمواد: «فعلى من يرسله المحتسب للرقابة عليهم أن يكون خبيراً بالعقاقير؛ تركيبها وكيفية غشها، بحيث يستطيع أن يكشف المغشوش منها، وأن يكون أميناً ثقة؛ لأن غش العقاقير أو الخطأ فيها يؤدي إلى زيادة المرض أو الهلكة، وهي بذلك شديدة الخطورة»^(٥).

* * *

-
- (١) المصدر السابق، ص ١٠١.
- (٢) كتاب بقاطا جانس، لجالينوس، نقله إلى العربية: حبيش الأصم ابن أخت حنين بن إسحاق وتلميذه، وجعله بعنوان: المقالات السبع.
- (٣) كتاب الزهراوي في الجراحة، هو الفصل الثلاثون من كتابه العظيم (التصريف لمن عجز عن التأليف)، الذي اعتمد كمرجع للجراحة في أوروبا إلى القرن الثامن عشر الميلادي.
- (٤) كتاب نهاية الرتبة في طلب الحسبة، ص ١٠٢.
- (٥) المصدر السابق، ص ٤٢ - ٤٧.

المبحث الثاني

ضمان الطبيب في الأحاديث النبوية والفقه الإسلامي

دراسة الأحاديث الواردة في ضمان الطبيب:

أخرج أبو داود في سننه، كتاب الديات، باب الطب، حديث عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص، عن أبيه، عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: «من تطبّب ولم يعلم منه طب فهو ضامن». قال أبو داود: هذا لم يروه إلا الوليد؛ لا ندري هو صحيح أم لا؟.

وقال الشيخ أحمد بن محمد زبيلة، في رسالته للماجستير بجامعة أم القرى (تخريج ودراسة أحاديث الطب النبوي في الأمهات الست)^(١): «ودرجة الإسناد: ضعيف من أجل تدليس الوليد بن مسلم وابن جريج، وقد عنعنا الحديث، وللحديث شاهد يرتقي به إلى درجة الحسن لغيره كما سيأتي».

وأخرجه النسائي في سننه، كتاب القسامة، صفة شبه العمد، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطب، باب من تطبّب ولم يعلم منه طب، وكلاهما ضعيف الإسناد.

وأخرج أبو داود في سننه^(٢) حديث عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز، قال: حدثني بعض الوفود الذين قدموا على أبي: أن رسول الله ﷺ قال: «أيما طبيب تطبّب على قوم لا يُعرف له تطبّب قبل ذلك، فأعنت؛ فهو ضامن» والحديث مرسل. ولكن يشهد كل واحد من هذين الحديثين للآخر.

وفي الحديث الشريف تحذير من التطبيب بغير علم حتى لا يضرّ الناس،

(١) أحمد بن محمد زبيلة: تخريج ودراسة أحاديث الطب النبوي في الأمهات الست، رسالة ماجستير، قسم الكتاب والسنة، جامعة أم القرى، بإشراف الأستاذ الدكتور محمود نادي عبيدات: ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، ص ١٢٧-١٣٥.

(٢) سنن أبي داود، كتاب الديات، باب (فيمن تطبب بغير علم فأعنت): ١٩٥/٤.

ولذا يضمن الطبيب الجاهل، قال الخطابي: لا أعلم خلافاً في المعالج إذا تعدّى فتلف المريض كان ضامناً. والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرف متعدّ، فإذا تولّد من فعله التلف ضمن الدّية، وسقط عنه القود؛ لأنه لا يستبد بذلك دون إذن المريض، وجناية المتطبّب (أي: الطبيب) في قول عامة الفقهاء على عاقلته.

ضمان الطبيب في الفقه الإسلامي:

وقال ابن القيم في الطب النبوي^(١): «الأقسام خمسة: (أحدها) طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها، ولم تجن يده، فتولّد من فعله المأذون من جهة الشارع، ومن جهة من يطبّه، تلف العضو أو النفس، أو ذهاب صفة، فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً، فإنها سراية مأذون فيه. وقاعدة الباب أن سراية الجناية مضمونة بالاتفاق، وسراية الواجب مهدرة بالاتفاق، وما بينهما فيه النزاع».

ولهذا فإذا كان الطبيب قد حصل على إذن الشارع أو ولي الأمر أو من يمثله (المحتسب، وزارة الصحة، نقابة الأطباء، المجلس الطبي... إلخ). في ممارسة مهنة الطب، أو فرع منها، بعد أن حصل على شهادة معتبرة في الطب، وبعد تدريبه على أيدي الأساتذة في الطب، وحصل أيضاً على إذن المريض العاقل البالغ، أو وليه إذا كان قاصراً أو ناقص الأهلية، وإذا كان العمل مأذوناً فيه، ولم تجن يد الطبيب، وعمل حسب الأصول الطبية المعروفة في بلده وزمنه، ولم يخطئ خطأ لا يقع فيه مثله، فليس على هذا الطبيب ضمان ولا لوم ولا تريب؛ لأنه بذل الجهد والرعاية، ولم يهمل ولم يقصّر، ولم يخالف أصول المهنة، وحصل على الإذن من جهة الشارع ومن جهة المريض.

فإذا كان الطبيب جاهلاً بالطب أو بهذا الفرع من الطب وغرّ العليل؛ فإنه يضمن ولو حصل على الإذن فيه، لأنه متعدّد.

قال ابن القيم: «والقسم الثاني: متطبّب جاهل باشرت يده من يطبّه فتلف بهذا، فهذا إن علم المجني عليه أنه جاهل لا علم له وأذن له في طبه لم يضمن. ولا يخالف هذه الصورة ظاهر الحديث، فإن السياق وقوة الكلام يدلّ على أنه غرّ

(١) ابن القيم: الطب النبوي (وهو من كتابه زاد المعاد في هدي خير العباد)، تحقيق د. عبد المعطي قلنجي، دار التراث، القاهرة، ١٩٧٨م، ص ٢٠٥-٢١٠.

العليل، وأوهمه أنه طيب وليس كذلك. وإن ظنَّ المريض أنه طيب وأذن له في طبّه لأجل معرفته؛ ضمن الطيب ما جنت يده، وكذلك إن وصف له دواء يستعمله، والعليل يظن أنه وصفه لمعرفته وحذقه فتلف به، ضمنه. والحديث ظاهر فيه أو صريح.

ويعاقب الطيب الجاهل الذي مارس الطب بدون إذن الشارع (ولي الأمر أو الجهة الرسمية التي ترخص بممارسة المهنة) عقوبة له على مخالفته وممارسته للطب دون إذن، فإذا أصاب العليل وضرّه بجعله؛ فإنَّ إذن المريض لا يعفيه من الضمان؛ لأنه قد غرَّ المريض وظنه عارفاً بالطب. . وعليه عقوبتان: عقوبة ممارسة الطب بدون إذن، وعقوبة ضمان ما أصاب العليل من الضرر.

يقول ابن القيم: «والقسم الثالث: طيب حاذق أذن له، وأعطى الصنعة حقها، لكنه أخطأت يده، وتعدّت إلى عضو صحيح فأتلفه، مثل: إن سبقت يد الخاتن إلى الكمره؛ فهذا يضمن لأنها جناية خطأ. ثم إن كان الثلث فما زاد فهو على عاقلته، فإن لم يكن له عاقلة: فهل تكون الدية في ماله؟ أو في بيت المال؟ على قولين هما روايتان لأحمد. وقيل: إن كان الطيب ذمياً ففي ماله، وإن كان مسلماً ففيه الروايتان، فإن لم يكن بيت المال، أو تعدّر تحميله؛ فهل تسقط الدية؟ أو تجب في مال الجاني؟ فيه وجهان؛ أشهرهما السقوط.

والقسم الرابع: الطيب الحاذق الماهر بصناعته، اجتهد فوصف للمريض دواء، فأخطأ في اجتهاده فقتله، فهذا يخرج على روايتين؛ أحدهما: أن دية المريض في بيت المال، والثانية: أنها على عاقلة الطيب.

والقسم الخامس: طيب حاذق أعطى الصنعة حقها فقطع سلعةً من رجل أو صبي أو مجنون بغير إذنه أو إذن وليه، أو ختن صبياً بغير إذن وليه فتلف. قال بعض أصحابنا: يضمن؛ لأنه تولد من فعل غير مأذون فيه. وإن أذن البالغ أو ولي الصبي والمجنون لم يضمن. ويحتمل أن لا يضمن مطلقاً؛ لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل».

والواقع أن القسم الخامس يضمن لأنه قام بفعل غير مأذون فيه من جهة العليل أو إذن ولي العليل.

يقول الدكتور أحمد شرف الدين في كتابه (الأحكام الشرعية للأعمال الطبية)^(١): «يذهب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي إلى أن أساس عدم مسؤولية الطبيب أو الجراح هو إذن الشرع وإذن المريض، وينبغي أن يكون عمله حسبما تقرره أصول المهنة، وأن لا يكون قد أخطأ خطأً فاحشاً. وإذا تولد عن عمل الطبيب الحاذق تلف نفس أو عضو بعد اجتماع هذه الشروط، لا ضمان على الطبيب لا في النفس ولا في العضو، لأن القاعدة الكلية تقول بأن الجواز الشرعي ينافي الضمان، فإذا فعل الشخص ما يجوز شرعاً فلا يسأل عن الضرر الحادث وإن كان سبباً له، ومثاله: أن يقطع الشخص يد سارق بناء على أمر الحاكم، فحصلت سرابة، فلا يضمنها القاطع».

وقد قال ثلثة من العلماء الأفاضل بمثل هذا القول؛ منهم: فضيلة الشيخ محمد حسنين مخلوف^(٢)، وفضيلة الشيخ الدكتور وهبة الزحيلي^(٣)، والشيخ علي الجفال^(٤).

ومن القواعد الفقهية المقررة: أن المتولد من فعل مأذون فيه لا يكون مضموناً (ولا ضمان على حجام وبزّاع - الذي يفصد الحيوانات - لم يجاوز الموضع المعتاد) بشرط الإذن^(٥).

من الذي يقرر التداوي من عدمه؟

لا شك أن الذي يقرر قبول التداوي من عدمه هو المريض ذاته، أو وليه إذا كان ناقص الأهلية أو معدومها. ولا يجوز الاعتداء على هذا الحق بأي شكل من

(١) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ١٩٨٣م، ص ٤١، ٤٢.

(٢) مخلوف، فتاوى شرعية، ص ١٠٨.

(٣) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ٢١٢.

(٤) أخلاقيات الطبيب: مسؤولية وضمّانه، بحث مقدّم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، ١٤١٤هـ، ص ٨٣، ٨٤، ٩٠، ٩١.

(٥) رد المحتار على الدر المختار: ٤٤/٥؛ وتبيين الحقائق، للزيلعي: ١٣٧/٥؛ والأشباه والنظائر، للسيوطي، ص ١١؛ والأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص ١١٦؛ وبدائع الصنائع، للكاساني: ٣٠٥/٧.

الأشكال إلا في حالات الخطر الذي يهدد حياة المصاب، أو تلف عضو من أعضائه. وقد جاء في نظام مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان بالمملكة العربية السعودية، وزارة الصحة، ما يلي:

«المادة ٢١: يجب أن يتم أي عمل طبي لإنسان برضاه، أو بموافقة وليه إذا لم يُعتدَّ بإرادة المريض. واستثناء من ذلك يجب على الطبيب في حالات الحوادث أو الطوارئ التي تستدعي تدخلاً طبياً بصفة فورية لإنقاذ حياة المصاب أو إنقاذ عضو من أعضائه، وتعدُّر الحصول على موافقة المريض أو من يمثله في الوقت المناسب، إجراء العمل الطبي دون انتظار الحصول على موافقة المريض، أو من يمثله. ولا يجوز بأي حال من الأحوال إنهاء (حياة) مريض ميؤوس من شفائه طبياً، ولو كان ذلك بناء على طلبه أو طلب ذويه.

المادة ٢١ - ١ - ل: تؤخذ موافقة المريض البالغ العاقل سواء كان رجلاً أو امرأة، أو من يمثله إذا كان لا يعتدُّ بإرادته قبل القيام بالعمل الطبي أو الجراحي، وذلك تمثيلاً مع مضمون خطاب المقام السامي رقم (٤/٢٤٢٨/م)، وتاريخ ٣٠/٧/١٤٠٤هـ، المبني على قرار هيئة كبار العلماء رقم (١١٩)، وتاريخ ٢٦/٥/١٤٠٤هـ.

المادة ٢١ - ٢ - ل: يتعين على الطبيب أن يقدم الشرح الكافي للمريض أو ولي أمره عن طبيعة العمل الطبي أو الجراحي الذي ينوي القيام به.

وتنص الأنظمة الطبية في معظم أرجاء العالم على إذن المريض أو ولي أمره؛ الإذن المتبصر الواعي (Informed Consent) قبل الشروع في أي عمل طبي أو جراحي أو بحثي متعلق بالمريض، والمقصود بالإذن المتبصر الواعي: أن يشرح الطبيب المعالج أو من يقوم مقامه شرحاً وافياً للإجراء الطبي وفوائده المرجوة (دون مبالغة)، واحتمالات أضراره (دون تهوين)، وكافة المعلومات المتعلقة بهذا الإجراء التي تهم المريض، أو من يقوم مقامه إذا كان ناقص الأهلية أو معدومها، ولا يُكتفى بالإذن الشفهي إلا في حالات الفحص السريري، أو الإجراءات التي لا تستدعي تدخلاً باضعاً (Invasive)، مثل: إدخال المناظير أو أخذ خزعة (عينات) من الأعضاء أو من نخاع العظام (نقي العظام)، وكل إجراء يستدعي تدخلاً باضعاً أو إجراء عملية جراحية تستوجب الحصول على الإذن الكتابي مع وجود شاهدين.

ما هي الحالات التي لا تستدعي الإذن من المريض أو وليه؟:

١ - حالات الإسعاف والحوادث التي تهدد حياة المريض، أو إنقاذ عضو من أعضائه، إذا تعذر الحصول على إذن المريض بسبب فقدانه الوعي، أو وليه بسبب عدم وجوده في تلك الواقعة.

٢ - حالات الأمراض المعدية السارية التي يشتد خطرهما على المجتمع، فإن من حق الدولة أن تفرض التدابير قسراً على المريض حتى لا يضر المجتمع، كما أن من حقها أن تعزله في مستشفيات خاصة لذلك. ويجب توفير الخدمات الطبية في هذه الحالات جميعاً مجاناً، وأن تبذل العناية الكاملة بالمريض مع احتفاظه بكرامته الإنسانية، وأي إهمال من جانب الفريق الطبي يعاقب بحسب الضرر الذي أدى إليه الإهمال، أو عدم بذل العناية الكافية التي تقررها الأصول الطبية. كما أن أي اعتداء على كرامة المريض أو بدنه؛ يتم عقابها بحسب درجة خطورتها كما تقررها لجنة قضائية مكونة من قضاة وأطباء مختصين في هذا المجال.

٣ - التطعيم والتحصين ضد مجموعة من الأمراض المعدية، والتي تفرضها الدول على المواليد والأطفال، وفي حالات الأوبئة على الكبار أيضاً، وعند السفر إلى مناطق موبوءة بأمراض معينة تفرض الدول بعض أنواع التطعيمات.

وهذه الحالات جميعاً تفرضها الدولة، وبما أن التطعيم والتحصين يتم بأمر الدولة؛ فإن حدوث أي مضاعفات أو أضرار لهذا التطعيم يجب أن تتحملة الدولة. ومن المعروف أن تطعيمات الأمراض السارية والمعدية تسبب بعض الأمراض الخطيرة؛ مثل: التهاب الدماغ (Encephalitis) أو التهاب الدماغ والنخاع (Encephalomyelitis)، وإن كانت نادرة الحدوث (واحد من كل مائة ألف أو نحوها). وبما أن الطبيب أو الممرضة قد قاما بأمر تفرضه عليهم الدولة، وكذلك الجمهور، فإن الضمان يقع دون ريب على الدولة، إذا أصيب أحد الأفراد بعاهة مستديمة. وبما أن الطبيب أو الممرضة لم يخالفا الأنظمة، ولم يكن هناك تقصير ولا خطأ؛ فإن على بيت مال المسلمين أن يدفع الدية أو الأرش أو التعويض المناسب للضرر الذي حدث. وللأسف لم يحدث في البلاد الإسلامية عرباً

وعجماً أن تم تعويض المصابين في مثل هذه الحالات، وهو أمر شائع في كل دول العالم الثالث التي لا تعطي المواطن حقوقه إلا فيما ندر.

من هو الذي لا يعتقد برضاه؟:

١- المكروه: لا يعتقد برضا المجبر والمكروه. قال تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦].

٢- القاصر: ويختلف تعريف سن القاصر من بلد إلى آخر، والإذن بالعمل الطبي أو التبرع بعضو من الأعضاء يقتضي الإذن المتبصر الواعي من بالغ عاقل أو وليه. وتجعل معظم البلدان في قوانينها سن الثامنة عشرة هو السن الذي يحق للمرء فيه أن يتصرف تصرفاً بإرادته، وأن يأذن بالعمل الطبي أو الجراحي على جسده.

ويعتبر البالغ محلاً لتحمل المسؤولية، ويتم البلوغ بالاحتلام ورؤية الماء وظهور شعر العانة والشارب واللحية للذكر، والحيض والاحتلام ورؤية الماء وظهور شعر العانة ونمو الثديين عند الفتاة.

ويختلف سن البلوغ من بلد لآخر، ومن مجموعة بشرية لأخرى؛ يقول الإمام الشافعي في الأم: أعجل ما سمعت من النساء تحيض نساء تهامة. يحضن لتسع. وهو مذهب الإمام الشافعي ومالك وأحمد. وعند الحنفية: أقل سن للحيض سبع سنوات. فهل إذا حاضت الفتاة في سن التاسعة تعتبر بالغاً ويحق لها أن تأذن بالعمل الطبي، وأن تبرع مثلاً بكلية، أو تسمح بإجراء عملية أو غير ذلك من الإجراءات دون إذن وليها؟.

وتأخذ بعض الدول الإسلامية بسن الخامسة عشرة للبلوغ ولتحمل المسؤوليات، وهذه النقطة تحتاج لمزيد من البحث من أصحاب الفضيلة العلماء.

٣- المغمى عليه أو فاقد الوعي: سواء كان ذلك فقداناً مؤقتاً بسبب مرض أو دواء أو حادثة أو سُكْر أو مخدرات، أو فقداناً دائماً بسبب مرض من الأمراض والعاهاث؛ ويدخل في ذلك تشوش الذهن واضطرابه وعدم القدرة على التمييز.

٤ - المجنون: وسواء كان ذلك الجنون مطبقاً أو غير مطبق، مؤقتاً أو

دائماً؛ فإذا ارتفع الجنون وبلغ الإدراك والتمييز يصح منه التصرف والإذن والبيع والشراء... إلخ. وقد قال ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: الصبي حتى يحتلم، والنائم حتى يستيقظ، والمجنون حتى يفيق»^(١).

إذن ولي القاصر والمجنون وفاقد الوعي:

لا بد من إذن الولي لناقص الأهلية أو فاقدها فيما عدا حالات الإسعاف التي تقتضي تدخلاً سريعاً لإنقاذ حياة أو عضو من التلف.

وفي الغرب هناك مجموعة دينية تعرف باسم (شهود يهوه) تعتبر الدم مكان الروح، ولا تسمح بنقل الدم أبداً. ولكن القوانين والأعراف الطبية هناك تسمح بنقل الدم لأطفال هذه المجموعة إذا استدعى الأمر ذلك، ولا تعتد برفض ولي الأمر لذلك؛ لأن في ذلك خطراً على حياة هؤلاء الأطفال.

كما أن القوانين والأعراف الطبية تقتضي نزع الولاية من الأب أو الولي إذا كان تصرفه يؤدي إلى الإضرار بمن هو تحت ولايته؛ فإذا قرر الأطباء مثلاً إجراء غسيل دموي لمعالجة فشل كلوي ورفض الأب ذلك، فإن القاضي ينزع ولاية الأب ويعين ولياً آخر (كما تقرره الشريعة في البلاد الإسلامية)، ويقوم الولي الجديد بالسماح بهذا الإجراء. أما إذا كان لا يحتمل التأخير والذهاب إلى القضاء؛ مثل: إجراء عملية زائدة دودية أو شكت على الانفجار؛ فإن على الطبيب الجراح أن يقوم بهذا الإجراء، ويدعم رأيه ذلك بشهادة اثنين من الأطباء يقرران وجوب اتخاذ مثل ذلك الإجراء دون إبطاء.

ومن الناحية العملية الواقعية فإن الطبيب والمستشفى يكتفي عادة بأخذ توقيع الأب (الولي) وإقراره برفض العملية لابنه، ويشهد على ذلك شاهدين.

والمشكلة تتكرر عندما تكون امرأة في المخاض، ويسقط الحبل السري

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق والحدود. وأخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود؛ والترمذي كذلك؛ وأخرجه النسائي وابن ماجه كلاهما في كتاب الطلاق؛ والدارمي في كتاب الحدود؛ وأحمد في المسند ١/١١٦، ١١٩، ١٥٥، ١٥٨، ١٠٠/٦-١٠١، ١٤٤.

ويتدلى مما يهدد حياة الجنين في حياته، أو إصابته بعاهاات مستديمة ويقرر الأطباء وجوب إجراء عملية جراحية قيصرية، وترفض الأم (كما يرفض زوجها)، ويقتضي إنقاذ الجنين إجراء العملية القيصرية ولو بدون إذن . . ولكن الأطباء في غالب الأحوال يكتفون بتوقيع المرأة الحامل وزوجها، وإقرارهما برفض العملية رغم معرفتهما بالمخاطر التي تحيق بالجنين، وذلك خوفاً من المشاكل العديدة التي سيواجهونها إذا أقدموا على إجراء العملية القيصرية دون إذن .

فهل يكون حق الجنين (الذي أوشك على الولادة) في الحياة مقدماً على حق أمه في التحكم في بدنها، ورفضها الاعتداء عليه بإجراء عملية جراحية دون إذنها؟

وفي بعض الأحيان يرفض بعض الرجال أن يتولّى طبيب ذكر فحص محارمه، أو أن يُجري لهم عملية قد تكون مستعجلة ولا تحتمل التأخير، وقد لا يكون في المنطقة طبيبة في هذا الفرع من الطب، كما أن بعض المناطق قد لا توجد بها طبيبة أصلاً؛ فهل من حق الزوج أو ولي أمر المرأة أن يمنع ذلك؟ وإذا كانت المرأة بالغة راشدة فإن أمر قبول التداوي أو رفضه يعود لها، وليس للزوج أو الأب . . . إلخ أية سلطة شرعية لمنعها من قبول التداوي، ولكن خوف المرأة من سلطة الزوج أو الأب يجعلها تدعن لقراره رغم تعرضها للمخاطر من الداء الذي تعاني منه، والذي يقتضي التداوي، وما هي الوسائل التي تمنع مثل هذا الزوج أو الأب من التدخل والمنع فيما لا يحق له؟

وقد يتبرع ولي أمر الطفل أو فاقد الأهلية بكلية أحد أطفاله لزرعها في أخ له يعاني من فشل كلوي؛ فهل هذا التبرع مقبول؟ وهل هذا الإذن يعتبر كافياً؟ ولو فرض أن الطفل مميز (قد جاوز السابعة من العمر) وأبدى استعداداً بهذا التبرع؛ فهل يعتبر ذلك كافياً مع إقرار وليه بالتبرع؟ وما هو الموقف إذا وافق ولي أمر الطفل، أو فاقد الأهلية على التبرع، بينما نرى الطفل المميز (في العاشرة مثلاً) يرفض هذا الإجراء، أو لا يبدي رغبة حقيقية في التبرع، ويبدو عليه التخوف والتردد؟! .

تتجه الآراء إلى أن أي إجراء ليس في صالح الطفل أو ناقص الأهلية،

لا ينبغي أن يتم حتى لووافق على ذلك ولي أمره؛ إذ إن موافقة ولي أمره ينبغي أن تكون في صالح من هو تحت ولايته.

وهناك فتيات يعانين من تخلف عقلي ويتعرضن للحمل دون إرادتهن (يسهل إغراؤهن وإيقاعهن في حبال المعتمدين)؛ فهل يجوز تعميمهن بناء على إذن أولياء أمورهن؟ وإذا لم يكن لهن أولياء (مثل فتيات الملاجئ)؛ هل تعين المحكمة ولياً ليتخذ مثل هذا التصرف، ويعطي الإذن بذلك؟

ولا شك أن رضا المسجونين أو الأسرى معيب، وما لم يكن الإجراء الطبي واضحاً جداً في مصلحة صحة المسجون أو الأسير فإن أي إجراء غير معتبر من ناحية الإذن، فإجراء البحوث الطبية على السجناء أو التبرع بأعضائهم لا يصح حتى لو أذنوا بذلك؛ لأن إذنتهم معيب من أساسه.

أنواع الإذن بالعمل الطبي:

يكتفى بالإذن الشفوي لإجراء الفحص السريري والتحليل المخبرية العادية، مثل: تحليل البول والبراز والدم والبصاق والأشعة العادية التي ليس فيها أي تدخل باضع في جسم المريض، والموجات فوق الصوتية... إلخ.

وينبغي الحصول على إذن كتابي من المريض البالغ العاقل رجلاً كان أم امرأة، وفي حالات ناقص الأهلية أو معدومها كالطفل أو المغمى عليه أو المعتوه أو المجنون من ولي أمره الشرعي، وذلك لإجراء الأمور التالية:

١ - إجراء الفحوصات الباضعة (Invasive): التي فيها تدخل في جسم المريض؛ مثل: المناظير للجهاز الهضمي أو البولي أو التناسلي، ومثل: أخذ خزعات (عينات) من الكبد أو الكلى أو الأمعاء أو الرئة... إلخ، ومثل: قسطرة شرايين القلب وغيرها من الأوعية الدموية، ومثل: الأشعة التي فيها تدخل في جسم المريض.

٢ - في حالة إعطاء أي مخدر موضعي أو نصفي، ومن باب أولى التخدير الكامل.

٣ - أية عملية جراحية: ما عدا خلع الأسنان ومعالجة الفم التي تتم في

العادة في العيادة، ودون الحاجة إلى إعطاء مخدر أو دخول للمستشفى والبقاء فيه ولو ليوم واحد.

٤ - إجراء أي علاج كيميائي أو بالأشعة لمعالجة السرطان.

٥ - تصوير المريض بآلات التصوير أو الفيديو: وخاصة إذا كان التصوير يشمل الوجه، أما إذا كان التصوير لا يوضح الوجه ولا ما يستدل به على الشخص، فلا يحتاج إلى إذن خاص من المريض.

٦ - إذن المريض في الاستفادة من الأجزاء والأنسجة التي تم إزالتها في أثناء عملية جراحية، أو بعد الولادة؛ مثل: استخدام المشيمة والحبل السري أو من السقط الذي نزل ميتاً، وفي هذه الحالات وخاصة في العمليات الجراحية ينبغي أن يكون الإذن متبصراً واعياً (Informed Consent) بحيث يحاط المريض أو وليه في حالة كونه ناقص الأهلية، علماً بالآثار الجانبية والأضرار المحتملة بدون تهوين، ومعرفة الفوائد المرجوة دون تضخيم، وينبغي الإشهاد على ذلك بشاهدين ولو كانا من ضمن الهيئة الطبية والفريق العلاجي.

إذن المريض باستئطاع عضو منه:

أباح الفقهاء منذ أزمان متطاولة قطع يد أو قدم أو ساق متأكلة مصابة بالغرغرينا، وسيسري منها الداء إلى بقية الجسم، كما أباحوا قطع ورم أو سلعة إذا أمكن إزالة الورم أو السلعة بدون تقحم خطر على حياة المريض، بشرط أن يأذن المريض العاقل البالغ، أو يأذن ولي أمر ناقص الأهلية أو عديمها، ولا يستثنى من ذلك إلا حالات الإسعاف التي يكون فيها الخطر على حياة المريض أو تلف عضو من أعضائه كبيراً، فيتم العلاج المطلوب دون انتظار الإذن.

إذن السليم باستئطاع عضو منه (التبرع بالأعضاء):

إن إذن المريض للطبيب بأن يستقطع منه عضواً مريضاً، أو ورماً، أو سلعة مفهوم؛ لأن إزالة العضو المريض الذي يهدد الجسم كله بالخطر أمر واجب، وفي أقل درجاته مندوب. ولكن كيف يسمح للطبيب باستئطاع عضو سليم من شخص سليم والمصلحة كل المصلحة لهذا الشخص في بقاء أعضائه لا في بترها

والتبرع بها؟ وهل يعتبر عمل الطبيب باستقطاع ذلك العضو من الشخص السليم عملاً عدوانياً، وإن كان قد تمَّ برضاء المجني عليه؟ .

ثم إن أجرة الطبيب التي يستحقها إنما تتم بناء على مداواته للمريض ولو باستقطاع عضو فاسد يضر بقاؤه بالمريض، فكيف يستحق الطبيب أجراً على استقطاعه عضواً سليماً من شخص سليم؟! .

لقد بحثت المجامع الفقهية الموقرة ودور الفتوى هذه المعضلة، وقد أباح أصحاب الفضيلة في فتاواهم المجمعية والفردية للشخص البالغ العاقل أن يتبرع بأحد أعضائه المزدوجة، وبحيث لا يحصل من ذلك ضرر أكبر من النفع المتوقع، ولا ضرر مثله، فالضرر لا يزال بضرر مثله، وأن يكون إعطاء العضو طوعاً دون إكراه أو شبهة إكراه، وأن يكون نجاح عمليتي النزح والزرع متحققاً في العادة أو غالباً. وقد جاء في فتوى مجمع الفقه الإسلامي (التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي) في مؤتمره الرابع، المنعقد بمدينة جدة (١٨-٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨هـ/ ٦-١١ فبراير ١٩٨٨م)، القرار رقم (١) د-٤/٨/٨٨ :

«ثانياً: يجوز نقل العضو من جسم إنسان (حي) إلى جسم إنسان آخر، إن كان هذا العضو يتجدد تلقائياً كالدم والجلد، ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية وتحقق الشروط المعتمدة .

ثالثاً: تجوز الاستفادة من جزء من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلة مرضية لشخص آخر؛ كأخذ قرنية العين لإنسان ما عند استئصال العين لعلة مرضية .

رابعاً: يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة؛ كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر .

خامساً: يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته، وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها كنقل قرنية العينين كليهما، أما إن كان النقل يعطل جزءاً من وظيفة أساسية فهو محل بحث ونظر كما يأتي في الفقرة الثامنة .

سادساً: (النقل من الميت).

سابعاً: ينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها؛ مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو، إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما، أما بذل المال من المستفيد (المتلقي) ابتغاء الحصول على المطلوب عند الضرورة أو مكافأة أو تكريماً؛ فمحل اجتهاد ونظر».

وقد جاء في قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، القرار رقم (١)، الدورة الثامنة بمكة المكرمة: (٤/٢٨) إلى ٧/٥/١٤٠٥هـ/١٩-٢٨ يناير ١٩٨٥م) ما يلي:

«أولاً: إن أخذ عضو من جسم إنسان حي وزرعه في جسم آخر مضطر إليه لإنقاذ حياته، أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية؛ هو عمل جائز لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية بالنسبة للمأخوذ منه، كما أن فيه مصلحة كبيرة وإعانة خيرة للمزروع فيه، وهو عمل مشروع وحميد إذا توفرت فيه الشروط التالية:

- ١ - أن لا يضر أخذ العضو من المتبرع به ضرراً يخل بحياته العادية، لأن القاعدة الشرعية: أن الضرر لا يزال بضرر مثله، ولا بأشد منه، ولأن التبرع حينئذ يكون من قبيل الإلقاء بالنفس إلى التهلكة، وهو أمر غير جائز شرعاً.
- ٢ - أن يكون إعطاء العضو طوعاً من المتبرع دون إكراه.
- ٣ - أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الطبية الوحيدة الممكنة لمعالجة المضطر.

٤ - أن يكون نجاح كل من عمليتي النزع والزرع محققاً في العادة أو غالباً».

وقد صدرت عشرات الفتاوى المماثلة؛ ومنها فتوى هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، القرار رقم (٩٩) بتاريخ: ٦/١١/١٤٠٢هـ، وفتوى مفتي الديار المصرية، الشيخ جاد الحق، الفتوى رقم (١٣٢٣) بتاريخ: ١٥/١٠/١٤٠٠هـ، وفتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية بتاريخ:

٢٠/٥/١٣٩٧هـ، وفتوى لجنة الإفتاء الجزائرية بتاريخ: ٦/٣/١٣٩٢هـ،
وغيرها كثير.

ولا بد من توضيح نقطة هامة بشأن القاصر والمجنون (ناقص أو عديم الأهلية)؛ حيث إن إذنه لا قيمة له، وإذن وليه الشرعي لا يعتبر في مصلحة هذا القاصر أو عديم الأهلية، ولذا فإن تبرع الولي بعضو من أعضاء من هو تحت ولايته؛ لا قيمة له ولا يعتد به. وقد حاول القانون الفرنسي أن يخرج من هذه المعضلة باعتبار رضا الولي ولجنة من الخبراء (ثلاثة من القانونيين واثنين من الأطباء) بعد دراسة كاملة، كافيًا في رضا القاصر، بشرط أن لا يبدي القاصر اعتراضه وعدم رضاه، وكذلك يفعل القانون السعودي^(١). وقد نصت هذه القوانين على أن تنازل القاصر عن جزء من جسمه لا يكون إلا لعلاج أخ أو أخت فقط.

ويقول الأستاذ الدكتور الفقيه حسن علي الشاذلي عن حكم الأجرة في استقطاع جزء سليم^(٢): «إن الفقهاء قد اتفقوا على بطلان عقد الإجارة إذا كان محل هذا العقد قطع عضو صحيح من الإنسان دون علة أو مرض، صيانة لنفس الإنسان وحفاظاً عليه، ومنعاً للأيدي أن تمتد إليه، بل أوجب الشارع عقوبة لمن ينال من هذه النفس كلاً أو بعضاً»، ولكن الأمر هنا مختلف؛ فعملية النزاع للعضو من السليم إنما تتم من أجل إنقاذ مريض آخر، وبموافقة وإذن الشخص السليم العاقل البالغ دون إكراه أو شبهة إكراه.

ولذا فإن ما فعله المتبرع والطبيب يعتبر عملاً نبيلاً، وتقع أجرة الطبيب على الشخص المستفيد أو على الدولة، ولا يغرّم المتبرع، بل له أن يأخذ عوض فقدان العمل ومكوته في المستشفى، وفي المنزل للنقاهاة حتى يستكمل سابق نشاطه وصحته.

* * *

(١) د. أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية لمشروعية زرع الأعضاء، ص ٧٨-٨٢.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، ١٤٠٨هـ: ٢١٦/١-٣٩٢.

المبحث الثالث المسؤولية المهنية

تقع المسؤولية على الطبيب والفريق الطبي والمستشفى . . . إلخ على بذل العناية والجهد في محاولة شفاء المريض من علته، باستخدام الوسائل المتاحة في زمنه وبيئته، ويشمل ذلك قطعاً الوصول إلى تشخيص العلة وسببها، ثم مداواتها بما تقتضيه من إجراءات دوائية وحمية (امتناع عن السكريات مثلاً لمريض السكر، أو الغذاء الغني بالكوليسترول لمن يعاني من ارتفاع الكوليسترول . . . وهكذا) وعلاج طبيعي، وعلاج كيماوي وجراحة حسبما تقتضيه الحالة ويقره الأطباء .

ولا يمكن أن تكون هناك مسؤولية مباشرة للفريق الطبي لتحقيق نتيجة الشفاء؛ إذ إن ذلك لا يملكه الطبيب ولا غيره . وهو من عند الله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينُ﴾ [الشعراء: ٨٠] . وعلى الطبيب أو الفريق الطبي بذل الجهد الكامل والعناية الفائقة بالمريض ومداواته حسبما تقتضيه أصول مهنة الطب المتعارف عليها في الزمن والمكان، وحسب الإمكانيات المتاحة .

وعلى الطبيب المشرف على معالجة مريضه أن يوجهه إلى المختصين من الأطباء عند الحاجة لذلك، ولا يقدم على مداواة مرض معرفته فيه محدودة جداً، وهناك من هو أعلم منه وأكثر خبرة موجود في البلد . وإذا كان الطبيب المعالج طبائعيًا (physician) مثلاً، فلا يحق له أن يقدم على إجراء عملية جراحية أو عملية في العين أو أمراض النساء . . . إلخ، وخاصة مع وجود هؤلاء المختصين .

أما إذا كان الطبيب في مكان ليس فيه طبيب غيره، ولا يمكن الوصول إلى مركز طبي فيه المختصون، فعليه أن يبذل الجهد، وأن يقوم بعملية قيصرية، ولو لم يكن اختصاصه أمراض النساء والتوليد، إذا دعت الحاجة لذلك، ولم تكن هناك وسيلة أخرى غير إجراء هذه العملية . والطبيب عند تخرجه لديه شهادة في

الطب والجراحة وقد تدرّب على مثل هذه المواقف . وقل مثل ذلك عند حدوث التهاب في الزائدة الدودية، أو ما شابه ذلك .

ويسأل الطبيب والفريق الطبي عن الأضرار الناتجة عن الجهل أو الخطأ الذي فيه مخالفة لأصول المهنة، كما يسأل الطبيب ومن يعمل في الفريق الطبي عن الخطأ الذي لا تقبله أصول المهنة، وعن الجهل بالطب لمن ادعى الطب وهو لا يعلمه، أو الجاهل بفرع من الطب لم يتخصص فيه، وفي البلد عدد من هؤلاء المختصين بهذا الفرع من الطب، فأقدم على إجراء عملية في العين وهو مختص في أمراض الكلى أو النساء أو الأمراض الباطنية (الداخلية)، ففقد المريض بصره؛ فإنه يعتبر متعدياً ويضمن ذلك دون ريب، وتقع عليه عقوبة تعزيرية لمجاوزته حده وتعديّه، حسبما يرى القاضي (ويساعده في ذلك خبراء في الطب والشريعة والقانون).

تضمين الطبيب الجاهل:

وقد أجمع أهل العلم على تضمين الطبيب الجاهل؛ قال الإمام الخطابي^(١) كما ينقله عنه ابن القيم في الطب النبوي: «لا أعلم خلافاً أن المعالج إذا تعدّى فتلف المريض كان ضامناً»^(٢)، وقال ابن رشد الحفيد (الفقيه المالكي، القاضي والطبيب والفيلسوف) في بداية المجتهد ونهاية المقتصد: «لا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن لأنه متعدّد»^(٣).

وقال ابن نجيم في الأشباه والنظائر: «قطع الحجام لحماً من عينه، وكان غير حاذق، فعميت، فعليه نصف الدية»^(٤).

-
- (١) الخطابي: هو أبو سليمان أحمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي، ينتهي نسبه إلى زيد بن الخطاب أخي عمر بن الخطاب رضي الله عنهما. ولد ببست في أفغانستان، سنة ٣١٩هـ، وتوفي سنة ٣٨٨هـ، ونبغ في الحديث والفقه واللغة، وله مصنفات؛ منها: معالم السنن (شرح سنن أبي داود)، وغريب الحديث، وأعلام الحديث.
- (٢) الطب النبوي، لابن القيم، تحقيق دكتور عبد المعطي قلعجي، ص ٢٠٥-٢١٠.
- (٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد: ٤١٨/٢.
- (٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم الحنفي، ص ٢٩٠.

وقال ابن غنيم النفراوي المالكي: «إن عالج بالطب المريض، ومات من مرضه لا شيء عليه، بخلاف الجاهل أو المقصر؛ فإنه يضمن ما نشأ من فعله»^(١).

ومثله في تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي^(٢)، والعقد المنظم لابن سلمون المالكي^(٣)، وفي الدر المختار للحصكفي الحنفي مثله^(٤)، وقال الشهاب القليوبي الشافعي: «شرط الطبيب أن يكون ماهراً، بمعنى أن يكون خطؤه نادراً، وإن لم يكن كذلك لم يصح العقد ويضمن»^(٥)، ومثله في حاشية الرملي^(٦)، وقال ابن قدامة المقدسي الحنبلي في (المغني) عن الأطباء: «أن يكونوا ذوي خبرة في صناعتهم، ولهم بصارة ومعرفة، لأنه إذا لم يكن (أي: الطبيب) كذلك لم يحل له مباشرة القطع، وإذا أقدم مع هذا كان فعلاً محرماً، فيضمن سرايته كالقطع ابتداء»^(٧) ومثله في منتهى الإرادات للبهوتي الحنبلي^(٨).

وقال الدكتور محمد مختار الشنقيطي في كتابه (أحكام الجراحة الطبية): «وهذا الحكم في شريعتنا يعتبر غاية في العدل، وفيه صيانة لأرواح الناس وأجسادهم من عبث الأيدي الأثمة التي لا تخاف الله ولا تتقيه، فتقدم على معالجة الناس غشاً وزوراً، بادعائهم للمعرفة والعلم بالطب»^(٩).

من هو الطبيب؟:

يشترط في الطبيب أن يكون عارفاً بالطب، وقد درس الطب على أيدي

-
- (١) ابن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني: ٢/٤٤٠.
 - (٢) تبصرة الحكام، لابن فرحون المالكي: ٢/٢٤٣.
 - (٣) العقد المنظم، لابن سلمون المالكي على هامش تبصرة الحكام، لابن فرحون: ٨/٢.
 - (٤) الدر المختار، للحصكفي: ٢/٢٩٠.
 - (٥) الشهاب القليوبي، حاشية القليوبي وعميرة: ٣/٧٨.
 - (٦) حاشية الرملي على شرح التجريد بهامش أسنى المطالب: ٢/٤٢٧.
 - (٧) ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير: ٦/١٢٠.
 - (٨) منتهى الإرادات، للبهوتي: ٢/٣٧٧.
 - (٩) محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها (رسالة دكتوراه في الفقه)، مكتبة الصديق، الطائف، ١٩٩٣م، ص ٤٩٤.

أساتذة، وتدرّب تحت توجيههم، وأعطوه شهادة بذلك. وهي الآن كليات الطب من الجامعات المعترف بها، يقول الطبيب الكحال الأديب علي بن عبد الكريم بن طرخان الحموي في كتابه الأحكام النبوية في الصناعة الطبية^(١): «الطبيب هو العالم بالطب الحاذق فيه.. ومن تعاطى فعل الطب، ولم يتقدم له به اشتغال ومزاولة ومعالجة وتدرّب مع الفضلاء فيه؛ فقتل، فهو ضامن، لأن غالب مَنْ هذه حاله أن يكون قد تهجّم على إتلاف الأنفس وأقدم بالتهور على ما لم يعلمه، فيكون قد غرر بالمهج فيلزمه الضمان».

والحديث يشمل كل من تطب بفروع الطب المختلفة؛ قال المناوي^(٢): «وشمل الخبر من طبّ بوصفه أو قوله، وهو ما يخص اسم الطبائعي (Physician)، وبمروده وهو الكحال، وهو طبيب العيون (Ophthalmogogist)، وبمراهمه (ومبضعه) وهو الجرائحي (Surgoen)، وبموساه وهو الخاتن، وبريشه وهو الفاصد، وبمحاجمه وهو الحجام، وبخلعه ووصله ورباطه وهو المجبّر (طبيب العظام (Ortopedic Surgoek)، وبمكواه وناره وهو الكواء (أي: الذي يعالج بالكي (Cautry)، وبقربته وهو الحاقن (الذي يحقن المثانة، وهو اليوم أخصائي المسالك البولية (Urologist)، فاسم الطبيب يشمل الكل، وتخصيصه ببعض الأنواع عُرف حادث».

ولا شك أن طبيب الأسنان بل والطبيب البيطري يدخل في ذلك التعريف.

ولا بد للطبيب قبل أن يمارس المهنة أن يحصل على إذن بممارسة المهنة من الجهة المختصة بإصدار التصاريح بممارسة المهنة (كانت سابقاً عند المحتسب، وهي الآن وزارة الصحة، أو المجلس الطبي أو نقابة الأطباء... إلخ)، ولا بد له قبل ذلك من شهادة من إحدى كليات الطب من إحدى الجامعات المعتمدة، والمعترف بها.

(١) ابن طرخان الكحال المتوفى سنة ٧٢٠هـ، الأحكام النبوية في الصناعة الطبية، تحقيق عبد السلام هاشم حافظ، البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٥٥م: ١٠/١-١٢.

(٢) المناوي، فيض القدير: ١٠٦/٦؛ وتخرّيج ودراسة أحاديث الطب النبوي، لزبيلة: ١٣٥/١.

وعلى الطبيب أيضاً أن يحصل على إذن المريض أو وليه إذا كان المريض ناقص الأهلية أو معدومها، كما أن عليه أن يكون قد شرح للمريض أو وليه تفاصيل العلاج وفوائده المرجوة وأضراره المحتملة، وكما سبق أن شرحنا تحتاج الفحوصات الباضعة والعمليات الجراحية والتخدير إلى إذن كتابي من المريض، أو وليه، ما عدا في الحالات الإسعافية المستعجلة، وكذلك النشر الذي يتضمن معلومات تدل على المريض.

ما هو الخطأ الفاحش؟:

الخطأ الفاحش هو: الخطأ الذي يجاوز فيه الطبيب الحدّ المعترف عند أهل الاختصاص، بحيث يعتبر مخالفاً لأصول مهنة الطب المعتمدة حسب الزمان والمكان الذي تجري فيه هذه العملية أو الإجراء الطبي، ويؤدي ذلك الخطأ إلى ضرر بالعليل أو فقدان حياته.

ويعاقب الطبيب رغم حصوله على إذن الشارع وإذن المريض؛ إذا جاوز الطبيب حدود ومعايير المهنة عند أهل الاختصاص، كذلك يعاقب الطبيب على الإهمال أو عدم بذل العناية الكافية حسبما تقرره أصول المهنة.

وقد نصّ الفقهاء الأقدمون من المسلمين على ذلك وتنبهوا له، قال الشيخ محمد بن الحسين الطوري الحنفي: «ويستفاد من مجمع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم الضمان، حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان»^(١). وقال الشيخ إبراهيم بن فرحون المالكي: «أما إذا كان (الطبيب) جاهلاً، أو فعل غير ما أذن له فيه خطأ، أو تجاوز الحدّ فيما أذن له فيه، أو قصر عن المقدار المطلوب؛ ضمن، وينفرد الجاهل بالأدب (أي التعزير)، ولا يؤدّب المخطئ»^(٢).

وقال ابن قدامة الحنبلي في المغني والشرح الكبير^(٣): «وأما إذا كان حاذقاً

(١) تكملة البحر الرائق، للطوري: ٣٣/٨.

(٢) تبصرة الحكام، لابن فرحون: ٢٤٣/٢.

(٣) المغني والشرح الكبير، لابن قدامة المقدسي: ١٢١/٦؛ ومثله في المبدع لابن مفلح:

١١٠-١١١/٥.

وجنت يده؛ مثل: أن يتجاوز قطع الختان إلى الحشفة، أو يقطع السَّلعة من إنسان فيتجاوزها، أو يقطع بآلة يكثر ألمها، أو في وقت لا يصلح القطع فيه، وأشباه هذا، ضمن فيه كله».

وجاء في حاشية ابن عابدين على الدر المختار^(١): «(ولا ضمان على حجام وبزّاع) أي: بيطار (وفصّاد لم يجاوز الموضع المعتاد، فإن جاوز) المعتاد (ضمن الزيادة كلها إذا لم يهلك) المجني عليه. (وإن هلك ضمن نصف دية النفس) لتلفها بمأذون فيه، وغير مأذون فيه».

وقد سبق أن نقلنا كلام ابن القيم في الطب النبوي عن الطبيب الحاذق الذي أخطأت يده فأدى إلى تلف العضو (الحشفة في الختان) ضمن الطبيب؛ لأنها جنائية خطأ. ثم إن كان الثلث فما زاد فهو على عاقلته؛ فإن لم يكن له عاقلة فهل تكون الدية في ماله؟ أو في بيت المال؟ على قولين، هما روايتان لأحمد^(٢)، وأما ما دون الثلث فهي في مال الطبيب الذي أخطأ.

ويقول عبد الملك بن حبيب الأندلسي المالكي^(٣): «فأما إذا أخطأ الطبيب في كتبه، أو بطئه، أو شقّه، فيكوي حيث لا يُكوى، أو يقطع عرقاً حيث لا يُقطع، أو يبيطُ حيث لا يُبيطُ، أو يسقي ما لا يؤمن شربه، أو يجاوز قدره (أي: مقدار الجرعة الدوائية) فيموت (العليل) من ذلك؛ فهو ضامن، وإن كان طبيباً معروفاً بالطب والبصر به، لأنه جنائية يده بخطأ، وذلك على عاقلته إذا جاوز ما أصاب ثلث الدية. ولا عقوبة عليه لأنه يعذر بجهل، ولم يتعمد بيد ولا قلب حتى زلّت يده أو حديدته في سرعتها. وكذلك قال مالك: «إذا كان الطبيب معروفاً بالطب فلا ضمان عليه؛ إلا أن يتعدّى أو يخطئ فيكون ذلك على العاقلة إن بلغت ثلث الدية، وإن كان أقل من ذلك ففي ماله». وانتهى إلى وجوب الدية عن الخطأ المجاوز لأصول المهنة ولو كان الطبيب حاذقاً مأذوناً له من قبل الشارع ومن قبل

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار: ٦٨/٦، ٦٩.

(٢) الطب النبوي، لابن القيم، تحقيق: قلنجي، ص ٢٠٥-٢١٠.

(٣) الطب النبوي، لعبد الملك بن حبيب، المتوفي سنة ٢٣٨هـ، شرح وتعليق د. محمد علي البار، ص ١٦٦، ١٦٧.

المريض . أما الطبيب الجاهل (مدعي الطب) فيضمن ويعاقب عقوبة رادعة ؛ لأنه ادعى الطب وغرَّ العليل وقام بعمل غير مأذون فيه من قبل الشارع (الجهة التي تمنح التصريح بالممارسة الطبية مثل وزارة الصحة أو المجلس الطبي أو نقابة الأطباء) .

وثبَّه عبد الملك بن حبيب إلى نقطة كانت رائجة في زمنه ؛ وهي كثرة الأطباء من أهل الذمة ومداواتهم للمسلمين، وقد يغشون المسلمين بسبب العداوة بين المسلمين واليهود والمسلمين والنصارى (وخاصة في الأندلس) فقال : « وإن كان الطبيب نصرانياً فسقى المسلم (دواء) فمات (العليل)، فعلى السلطان أن يكشفه عما سقاه، وإن كان طبيباً معروفاً بالطب والبصر به، للمظنة التي تواقعه لعداوة النصارى للمسلمين» .

والخلاصة في هذا الباب : أن فقهاء الأمة قالوا : إن الطبيب إذا أخطأ وكان خطؤه خارجاً عن أصول المهنة الطبية ؛ فإنه يضمن ما أتلفت يده، فإن كان المقدار دون ثلث الدية فهو في ماله، فإن زاد على ذلك فهو على العاقلة (أو النقابة أو التأمين . . . إلخ).

أما الطبيب الجاهل (المتطبِّب) الذي غرَّ العليل ؛ فإن عليه الضمان في ماله ولو جاوز ذلك ثلث الدية، كما أن عليه عقوبة تعزيرية يقررها القاضي أو الحاكم أو من يقوم مكانه، لأنه يعرِّض المهج والآنفس للخطر بإقدامه على ممارسة الطب دون علم .

ما هي مسؤولية المرفق الصحي؟:

بما أن الطبيب يعمل في كثير من الأحيان في مرفق صحي حكومي، أو خاص، فإن على هذا المرفق أن يدقق في اختيار موظفيه ومراقبتهم، فإذا قصر المرفق في ذلك فهو مسؤول عما يقع من أخطاء وممارسات خاطئة داخل هذا المرفق، دون أن يقلل ذلك من المسؤولية الفردية لكل عامل في هذا المرفق .

وإذا كان المرفق يعاني من نقص من المواد الطبية أو الأدوات أو عدم التعقيم الكافي، مما يؤدي إلى ضرر بالمرضى المترددين على هذا المرفق، فإن المسؤولية تكون مشتركة بين المرفق وإدارته والمشرفين عليه، وبين المسؤولين

مسؤولية مباشرة عن الخطأ الذي حدث .

والشيء ذاته يذكر عن المختبرات الطبية ونقل الدم، فإن أي خطأ في هذا يؤدي إلى عواقب وخيمة، ويتحمل المرفق الصحي وإدارته المسؤولية دون أن يُعفي ذلك المسؤول المباشر عن الخطأ المهني الذي قد يؤدي إلى وفاة العليل إذا أصابته بمرض خطير. فعلى سبيل المثال يجب قبل نقل الدم إلى المريض المحتاج إليه، أن يتم فحص هذا الدم، والتأكيد على خلوه من الأمراض المعدية؛ مثل: فيروس الإيدز، وفيروس التهاب الكبد الفيروسي من نوع B ونوع C. وإذا كانت المنطقة مثلاً موبوءة بالمalaria فينبغي فحص الدم بلبلازموديوم (طفيلي) المalaria. . . وهكذا.

وقد حدثت في ألمانيا مشكلة في مختبرات نقل الدم؛ حيث اكتفى بعض المسؤولين بفحص عينات عشوائية من الدم المخزون في بنوك الدم للتأكد من خلوها من فيروس الإيدز، وأدى ذلك إلى عدم فحص كل كيس من الدم، وبالتالي كانت بعض أكياس الدم التي لم تفحص حاملة لفيروس الإيدز مما أدى إلى إصابة الذين تلقوا ذلك الدم، وقد تم محاكمة المسؤولين وسجنهم، وامتدت المسؤولية إلى المرفق الصحي بأكمله ووزارة الصحة. كما تم تعويض المصابين تعويضاً عادلاً.

وفي فرنسا التي كانت تتنافس مع الولايات المتحدة في معرفة فيروس الإيدز في بداية الثمانينات، لم يكن الفحص متوفراً حتى عام ١٩٨٦م، بينما استطاعت الولايات المتحدة أن تسبق فرنسا بعدة أشهر في توفير الفحص (Eliza) ورفضت وزارة الصحة استيراد الفحص على اعتبار أنهم على وشك الوصول إليه في فرنسا. وأدى هذا التأخير إلى إصابة العشرات بل والمئات من الذين تلقوا الدم (الذي لم يتم فحصه لفيروس الإيدز) في تلك الآونة، بفيروس الإيدز. وعندما شاع الخبر أدى ذلك إلى تحميل وزارة الصحة المسؤولية، فسقطت رؤوس من مناصبها، وعوقب آخرون بالسجن، وتحملت الدولة تعويض المصابين.

وفي دول الخليج والمملكة العربية السعودية كان معظم الدم يشتري من بريطانيا والولايات المتحدة. وأغلب المتبرعين بالدم هناك كانوا من مدمني المخدرات، وهم في الواقع يبيعون دمهم لبنوك الدم، وكانت كثير من المستشفيات

الخاصة في دول الخليج والسعودية تشتري هذا الدم . واشتهر مستشفى خاص في جدة بأنه كان يستورد كمية كبيرة من الدم بالطائرة مرتين في الأسبوع، ثم يقوم ببيع هذا الدم على المستشفيات الأخرى ولاستخدامه لمرضاه، وذلك كله حتى عام ١٩٨٧م عندما منعت دول الخليج استيراد الدم من الخارج بعد أن أصيب العشرات بل المئات ممن تلقوا هذه الدماء الملوثة بفيروس الإيدز .

للأسف لم يتحمل أي مرفق صحي المسؤولية، وكان المفروض أن تتحمل هذه المستشفيات المسؤولية، وبالذات المستشفى الذي كان يستورد الدم، ويستطيع هذا المستشفى أن يرفع قضايا تعويض للذين أصيبوا بفيروس الإيدز بهذا السبب. وكما هو معتاد في العالم الثالث المتخلف؛ فإن المرضى والضعفاء والمساكين لا ينالون أيًا من حقوقهم .

وأصيب عدد كبير من مرضى الناعور (الهييموفيليا)؛ وهو مرض وراثي فيه نقص لأحد المواد الهامة لتجلط الدم، فينزف المصاب دون أن يرفأ دمه، وتصاب المفاصل عادة لأن الأطفال يلعبون وتتجمع فيها الدماء . وقد استطاع الأطباء أن يجمعوا من بنوك الدم العامل ثمانية (وفي حالات أخرى العامل تسعة لمنع النزف)، ويجعلوه على هيئة حقن تُعطى لهؤلاء الأطفال فيعيشون حياة طبيعية، أو قريبة من الطبيعية دون حوادث نزف .

وكما هو متوقع فقد أصيب العديد من هؤلاء الأطفال بفيروس الإيدز . وكان المفروض محاسبة الجهة التي صدّرت هذه المواد الملوثة، وبالتالي كان يجب عليها أن تعوّض المصابين من الأطفال تعويضاً عادلاً . ولكن ذلك كله لم يحدث؛ لأن المصابين في العالم الثالث لا قيمة لهم، بل البشر كلهم عندهم لا قيمة لهم إلا إذا كانوا من الدول المتقدمة، ولم تطالب حكوماتنا بأي تعويض لهؤلاء الأطفال، وتُركوا يعانون من مرضهم الخطير بالإضافة إلى فيروس الإيدز الذي قضى عليهم .

وقد أدى التقدم في هندسة الجينات أن تقوم الشركات المتخصصة في الغرب بإنتاج هذه المواد (العامل ثمانية والعامل تسعة) بواسطة البكتريا، وبالتالي انتفى خطر الإصابة بالأمراض المعدية؛ مثل: الإيدز أو الكبد الفيروسي التي

كانت موجودة سابقاً.

وقد أحسنت بعض دولنا باستيراد هذه المواد المنتجة بواسطة هندسة الجينات، ومنعت استيراد المواد المجمعة من بنوك الدم.

ولا شك أن المرفق الصحي ووزارة الصحة تكون مسؤولة عن مثل هذه الحوادث، ويجب على كل هؤلاء المسؤولين كمؤسسات ووزارات أن يقوموا بتعويض المصابين نتيجة هذه الآفات، وأن يعاقب كل من كان له دور مباشر في هذه الحوادث المؤسسة.

كذلك في حالات التطعيم للأطفال أو للجمهور ضد الأمراض السارية، فإن على الدولة أن تقوم بتعويض كل من يصاب بالتهاب الدماغ والنخاع (Encephalomyelitis) بسبب اللقاحات، وبما أن الإصابات نادرة والفائدة للأمة كبيرة؛ فإن سياسة فرض اللقاحات والتطعيم يجب أن تستمر، ولكن على الدولة أن تعوض كل من أصيب بأي أضرار جانبية قد تحدث نتيجة التطعيم، وإن كانت هذه الأضرار نادرة الحدوث. وإذا كان الملايين يتلقون هذه اللقاحات، فإن واحداً من كل مائة ألف سيصاب بهذه الأضرار النادرة. وسيكون العدد عشرات الأشخاص المصابين، وبالتالي يجب أن لا يحرموا من التعويض.

وبما أن المنفذين (ممرضين وممرضات وأطباء) كانوا يقومون بواجبهم على أكمل وجه، ولا تقصير منهم، فإن الذي يتحمل التعويض في هذه الحالات ينبغي أن يكون بيت مال المسلمين. والله أعلم.

* * *

المبحث الرابع

المسؤولية في إجراء الأبحاث الطبية والصيدلانية

إن إجراء الأبحاث الطبية والصيدلانية هام جداً لتقدم الطب، ولا بد أن تمرّ هذه الأبحاث بمراحل عدة، وعندما يريد الباحث أو مجموعة الباحثين دراسة مشكلة معيّنة، فإنهم يتقدمون بهيكل الدراسة وبرنامجها إلى اللجان المختصة التي تنظر في جوانب البحث من الناحية العلمية، وفوائده المرتجاة، كما تنظر في الجوانب الأخلاقية، وما يكتنف هذا البحث من آثار على الأشخاص الذين سيُجرى عليهم البحث من النواحي الجسدية والنفسية والعقلية، وتقدر ما يمكن أن يحدث من ضرر على الفرد وأسرته وعلى المجتمع بكامله. كما تدرس المشاكل الأخلاقية أو الدينية التي سيثيرها هذا البحث (أبحاث الاستنساخ والجينوم البشري وهندسة الجينات . . . إلخ)، أو استخدام وسيلة جديدة للعلاج لم تجرّب من قبل، أو استخدام عقار جديد في معالجة مرض معين.

الأبحاث الصيدلانية ومراحلها:

تقتضي الأبحاث الصيدلانية عن أي دواء جديد أن يمرّ بمراحل متعدّدة من معرفة تركيب هذا العقار، وخصائصه، وفوائده المرجوة، وأضراره، ونسبة حدوث هذه الأضرار ومدى خطورتها، ومقدار الجرعة الدوائية، ومقدار الجرعة السُميّة.

ولهذا فإن هذا العقار يمرّ بمراحل متعددة من البحث الكيميائي والصيدلاني وإجراء التجارب على مستوى الخلايا، ثم بعد ذلك على الحيوانات. وأهم حيوانات التجارب دون ريب هي الفئران؛ وهذه الفئران متعددة الأنواع والفصائل، وكل مجموعة منها لها صفات وراثية معينة يستفاد منها في الأبحاث. فمثلاً: هناك مجموعة من الفئران تصاب بسهولة بضغط الدم (زيادة التوتر الشرياني)، ومن ثم تُعطى عقاراً جديداً لخفض ضغط الدم، ويدرس هذا العقار في خصائصه

تلك، ومنافعه وأضراره، ومقدار الجرعة الدوائية، ومقدار الجرعة السمية، وبعد أن تنتهي جميع هذه المراحل، ويتبين أن العقار فعال، وأن أضراره المشاهدة على الحيوانات محدودة، وفوائده أكثر بكثير من احتمالات الأضرار والآثار الجانبية للعقار؛ تبدأ التجارب على البشر.

وتبدأ المرحلة بمجموعة صغيرة من المتطوعين الذين وافقوا بمحض إرادتهم على إجراء هذه التجربة، وتناول هذا العقار الجديد، بعد أن توضح لهم كل المعلومات المتوفرة عنه بما في ذلك الآثار الجانبية (الضارة) المتوقع حدوثها في نسبة ممن يتعاطون هذا العقار، وفوائده وأضراره، تقوم لجنة علمية أخلاقية بإعادة تقييم هذه التجربة، ويتم السماح أو عدم السماح بإجراء البحث على مجموعات أكبر من البشر.

وفي هذه الحالات يقتضي البحث إعطاء مجموعة من المصابين بضغط الدم عقاراً معروفاً متداولاً، وإعطاء مجموعة أخرى العقار الجديد. ولا يعرف الطبيب المشترك في هذه الأبحاث أيهما العقار الجديد، وأيهما العقار القديم، لأنهما يُقدَّمان بشكل واحد متماثل، كما أن المرضى لا يعرفون ذلك؛ وهذا ما يعرف في الحقل الطبي باسم (Double Blind Trial) أي: التجربة التي يكون طرفاها (الطبيب والمريض) لا يعرفان نوعية العقار المُتَعاطى.

ويتم الرصد للفوائد والأعراض الجانبية لفترة محددة حسب بروتوكول التجربة الذي قد تمتد إلى عدة شهور أو سنة كاملة أو أكثر من ذلك.

وعند انتهاء التجربة يتم معرفة العقار (ألف) والعقار (ب) ومقارنتهما من ناحية الفعالية والفوائد والأضرار الجانبية. . . إلخ.

وفي كثير من الأحيان يتم تجربة العقار (ألف) بدواء غُفَل ليس فيه مادة دوائية على الإطلاق، ويكونان متماثلين في اللون والشكل؛ بحيث لا يعرف الطبيب ولا المريض أيهما العقار الحقيقي، وأيهما العقار الغُفَل. وهذه التجربة تدرس التأثير النفسي لتعاطي ما يوهَم بأنه دواء وهو ليس بدواء، وهو ما يعرف في الطب باسم (Placebo Effect). ويقارن العقار الحقيقي بالعقار الغُفَل عندما تنتهي التجربة، حيث يُقسَّم المرضى إلى فريق يتعاطى العقار الحقيقي، وفريق

آخر يتعاطى العقار الغُفل، دون أن يعلم المريض أو الطبيب أيهما العقار الحقيقي . وبالتالي يمكن مقارنة النتائج، وهل التحسن الذي طرأ نتيجة الأثر النفسي لتعاطي الدواء، وكذلك الأضرار الجانبية التي قد تحدث في العقار الغُفل والتي قد يشعر بها المريض نتيجة التأثير النفسي لتوهمه تناول عقار معين .

المشاكل الأخلاقية التي ترافق الأبحاث الطبية:

والمشاكل الأخلاقية التي تعتور الأبحاث الطبية عديدة؛ نجلها فيما يلي :

أولاً: الإذن المتبصر الواعي من الشخص الذي تُجرى عليه التجربة :

ولا بد أن يكون هذا الشخص بالغاً عاقلاً مدركاً لهذا التجربة وفوائدها وأضرارها، حيث يجب على من يقومون بالتجربة أن يشرحوا له كافة الفوائد المحتملة والأضرار والآثار الجانبية والفوائد المرجاة من هذه التجربة (سواء كانت عقاراً جديداً، أو عملية جراحية، أو وسيلة مبتكرة لنوع معين من التداوي).

وتقسم التجارب الطبية في هذا المجال إلى نوعين :

١ - تجارب على المتطوعين :

وغالباً ما يكونون من الأصحاء، لتجربة عقار معين أو إجراء معين، وينبغي أن تكون التجارب السابقة على الحيوانات قد أوضحت أن الفوائد المرجوة أكثر بكثير من الأضرار الجانبية المتوقعة .

وفي هذه الحالات يتم شرح كافة جوانب التجربة، وإذا وافق المتطوع على إجراء التجربة والاشتراط فيها يوقع على ذلك بوجود شاهدين، على أنه قد أدرك كافة جوانب التجربة ومخاطرها. ويوضح له كتابة أن من حقه أن ينسحب من التجربة وإتمامها في أي وقت يريد، ودون أن يكون عليه أي لوم أو عُرم، أو تأثير على الخدمات الصحية التي ستقدم له ولعائلته، ولهذا لا يجوز أن تُجرى هذه التجارب بأي حال من الأحوال على الأطفال أو على ناقصي الأهلية، أو على المرأة الحامل؛ لأن ذلك العقار أو الإجراء قد يضرُ بجنينها، وموافقها المتبصرة لا تكفي، وفي حالات الأطفال وناقصي الأهلية بفقدان العقل أو تشوشه، لا يستطيع الولي أن يأذن نيابة عنهم لاحتمال الضرر، ولعدم وجود فائدة مباشرة لهؤلاء الأطفال أو فاقد الأهلية .

وأي تجاوز لذلك يجعل الطبيب أو المجموعة التي أجرت التجربة والمؤسسة التي تدعم هذا البحث مسؤولة عن هذه الإجراءات، وعن وقوع أي ضرر بالأشخاص الذين تمت عليهم التجربة.

٢- تجارب على المرضى :

الغرض من هذه التجربة مداواة المرضى بدواء جديد، أو وسيلة جديدة يعتقد أنها أفضل من الوسائل أو العقاقير المتاحة في ذلك الوقت، وأن هذا الإجراء الجديد ربما يساهم في القضاء أو التخفيف من مرض أو مشكلة صحية معينة.

وفي بعض الأحيان لا يكون هناك دواء أو إجراء معين لمداواة مرض خطير لاعلاج له حتى ذلك الوقت، أو أن العلاج المتوفر به مخاطر جمة وأضرار كثيرة، وأن التجارب على الحيوانات قد دلت على أن العلاج الجديد أقل خطورة، أو أكثر فائدة من العلاج السابق.

وفي هذه الحالات يجب الحصول على الإذن المتبصر الواعي (Informed Consent) بعد أن يشرح الطبيب أو من يقوم مقامه كافة الاحتمالات الموجودة والفوائد المرجوة والأضرار الجانبية المتوقعة لهذا النوع الجديد من العلاج، وأن الباحثين يأملون أن يكون أكثر فائدة من العلاج السابق، ومع ذلك كي تتم التجربة لا بد أن تتم بالطريقة التي سبق توضيحها، وهي أن لا يعرف الطبيب ولا المريض أي العقارين هو الدواء الجديد، وأيها الدواء القديم أو العقار الغُفل من الدواء؟.

ومن حق المريض أن يقبل أو يرفض هذا الإجراء، كما أن من حقه أن ينسحب من هذه التجربة في أي وقت يريد، دون أن يؤثر ذلك على الرعاية الصحية المقدمة له، ولا على بذل المجهود في معالجته بالطرق المتاحة.

● التجارب على ناقصي الأهلية والقصر: في هذه الحالات يمكن إجراء مثل هذه التجارب التي تهدف إلى مداواة المريض وتحسين حالته على ناقصي الأهلية أو الأطفال، بشرط موافقة ولي أمر الطفل، أو ناقص الأهلية، كما يحق لهم الانسحاب من التجربة في أي وقت دون أن يؤثر ذلك على العلاج وتقديم الخدمات الصحية لهم.

● التجارب على الأسرى والمسجونين: ولا يجوز إجراء التجارب الطبية على المسجونين أو أسرى الحرب حسب اتفاقية وإعلان جنيف ١٩٤٨م، ١٩٦٨م، ١٩٨٣م، وقرارات اتحاد الأطباء العالمي لسنة ١٩٨٣م، وإعلان هلسنكي ١٩٦٤م، ١٩٧٥م، وإعلان أوسلو ١٩٧٠م، وإعلان سيدني ١٩٦٨م، وإعلان طوكيو ١٩٧٥م، وغيرها كثير.

● مخازي النازية: وقد أوضحت محاكمات نورمبرج ١٩٤٤م، ١٩٤٥م، التي أجريت للنازيين بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية فظاعة ويشاعة التجارب التي أجريت بواسطة الأطباء النازيين - (٢٣) طبيياً، تمت محاكمتهم وإدانتهم - على الأسرى والمعتقلين من اليهود والبولنديين والغجر والروس، ولم تؤدّ هذه التجارب إلى اكتشافات علمية أو أي تقدم في مجال الطب.

● مخازي العنصرية في الولايات المتحدة الأمريكية: وقد تمت في الولايات المتحدة تجربة على (٤٠٠) مصاب بمرض الزهري من السود في منطقة ريفية تدعى توسكاجي في ألاباما، لدراسة تطور هذا المرض بين السود، وقد وافق مجلس الخدمة الصحية العامة على إجراء هذه التجربة التي بدأت سنة ١٩٣٢م. وتم اختيار المرضى من السود الأميين الفقراء الجهلة، وتم إيهامهم بأنهم سيعطون علاجاً لمرضهم، ونشر أول تقرير سنة ١٩٣٦م عن حالتهم، واستمرت عملية خداع هؤلاء المساكين، وكانوا يغرونهم بوجبات ساخنة عند دخولهم للمستشفى وإجراء جميع الفحوصات عليهم وأخذ عينات من الدم والسائل النخاعي الشوكي (Cerebro spinal Fluid)، وأخذ خزعات (عينات) من أعضائهم المختلفة، وإعطائهم مادة غُفلاً ليس فيها أي دواء.

ورغم ظهور عقار البنسلين واستخدامه على نطاق واسع لمعالجة الزهري منذ عام ١٩٥٢م، إلا أن الإدارات الطبية المتعاقبة رفضت رفضاً باتاً أن تعطيهم هذا العلاج الذي أثبت جدواه ونجاعته، بزعم الحاجة لمعرفة تطور المرض، رغم أن المعلومات عن تطور مرض الزهري كانت متوفرة من دراسة الحالات المختلفة. ولم تكن للتجربة أية فوائد علمية على الإطلاق، كما قررت ذلك الإدارة الصحية الأمريكية واللجان الأخلاقية بعد مرور أكثر من أربعين عاماً على هذه التجربة البشعة والحقيرة.

وكان هؤلاء الأطباء المتعاقبون على هذه الدراسة يطلبون من هؤلاء المرضى تكرار زيارتهم للمستشفيات المعدة لهذه الدراسة، وكانوا يغرونهم بوجبات ساخنة وبعض الملابس في الشتاء، وعند وفاة أحد هؤلاء المرضى يغرون أهله بأنهم سيتكفون بدفع أجرة جنازته ودفنه، ولكن بعد أن يجروا التشريح الباثولوجي على جثته واستقطاع الأعضاء المطلوبة لدراستها ووضعها في المتاحف الطبية، وكان المبلغ المدفوع للدفن خمسين دولاراً فقط .

واستمرت هذه الجريمة البشعة العنصرية البغيضة رغم معارضة بعض الأطباء لها باعتبارها جريمة عنصرية بغيضة، ولا تحقق أية فائدة، مما أدى إلى أن يقوم أحد الأطباء المعارضين لهذه التجربة البشعة بنشرها في الصحافة عام ١٩٧٢م، مما أثار الرأي العام ضدها، وتم إيقاف هذه التجربة في العام التالي؛ أي عام ١٩٧٣م .

وقد مات غالبية من أجريت عليهم هذه التجربة البشعة بويلات الزهري رغم توفر علاجه، واضطر الرئيس كلينتون إلى الاعتذار رسمياً للسود في أثناء ولايته الثانية، واعتذر لبضعة أفراد كانوا لا يزالون على قيد الحياة، ونشرت ذلك جميع أجهزة الإعلام، وظهر العجز الأسود والرئيس كلينتون يحتضنه، ويعتذر له باسم الأمة الأمريكية على ما فعلوه به وبزملائه الأربعمائة الذين ماتوا نتيجة مرض الزهري الذي كان علاجه متوفراً . وقال كلينتون: «إنها عنصرية وعنصرية بغيضة، وتجربة بشعة في حق الإنسانية وفي حق المواطنين السود . ومن هذا المنبر باسم الولايات المتحدة أقدم اعتذاري لهؤلاء الضحايا ولأسرهم» .

ولكن الولايات المتحدة الغنية لم تدفع لأسر هؤلاء المساكين من السود أية تعويضات مالية، مع أن ضحايا لوكربي تم تعويض أسرة كل واحد منهم بعشرة ملايين دولار؛ دفعها الرئيس الليبي معمر القذافي حتى يُنهي هذه القضية .

لهذا كله فإن الموائيق والإعلانات الطبية الأخلاقية تمنع منعاً باتاً إجراء مثل هذه التجارب، بل صارت تمنع أية تجربة تقتضي إيقاف أو عدم استخدام علاج معروف ثابت نجاحه ونجاعته بعلاج آخر جديد لم تتبين بعد مدى نجاعته وفائدته . ولا بد من إجراء التجارب على الحيوانات لإثبات أنه أكثر فائدة من العقار أو العلاج الموجود والمتوفر، أو أنه مساوٍ له ولكنه أقل ضرراً، أو أرخص ثمناً مع

مماثلته للدواء الموجود .

ثانياً : مسؤولية الباحثين والجهة الداعمة للبحث :

إن حصول الباحثين على موافقة اللجان العلمية والأخلاقية لإجراء البحث لا يُعفي هؤلاء الباحثين من المسؤولية الكاملة تجاه الأشخاص الذين تُجرى عليهم التجربة، وذلك رغم الحصول على الإذن الواعي المتبصر ممن تجرى عليهم التجارب . فإذا تبين أثناء البحث أن إجراءً معيناً أو عقاراً خاصاً يُستخدم في تلك التجربة قد أدى إلى أضرار واضحة، فإن على هؤلاء الأطباء التوقف فوراً عن إجراء هذه التجربة، ووضع تقرير يرفع إلى اللجان المشرفة . كما أن حدوث ضرر بالغ بالأشخاص الذين تجرى عليهم التجربة يعطيهم الحق في الحصول على التعويض الكافي والمناسب، والذي تقدره هيئة قضائية بوجود مختصين من الأطباء ورجال القانون المدركين لمدى هذا الضرر وتقديره .

وكذلك فإن الإذن المتبصر الواعي من الشخص الذي تجرى عليه التجربة، لا يعفي من يقومون بالتجربة من أي خطأ مهني أو إهمال، ومن باب أولى خطأ متعمد . وتم العقوبة والتعويض بناء على حكم هيئة قضائية مكونة من المختصين من رجال الطب والقانون، وبوجود شخصيات اعتبارية من المجتمع .

ويدخل في الأخطاء المتعمدة أي خداع أو إعطاء معلومات كاذبة أو ناقصة أو متبورة؛ تخفي الأضرار الجانبية المتوقعة لهذا العقار أو الإجراء الطبي، أو تبلغ في فوائده . فإذا ثبتت مثل هذه التهمة؛ فإن العقوبة تكون شديدة، وتشمل الشطب من سجل المهنة والسجن والغرامات المالية؛ ويقدر ذلك كله الهيئة القضائية المختصة .

ويدخل في هذه الأخطاء التي يُعاقب عليها: إفشاء أية معلومات عن الأشخاص الذين أجريت عليهم التجربة، وخاصة إذا أدى كشف هذه المعلومات إلى ضرر أدبي أو مادي بالشخص الذي كشف سره، أو إلى ضرر يتعدى إلى أسرته .

وفي حالة الأمراض السارية المعدية التي توجب الدولة التبليغ عنها؛ فإن على الطبيب الذي يقوم بالتجربة التبليغ إلى الجهة المختصة حصراً دون سواها،

فإذا جاوزها فإن ذلك يعتبر كشفاً لسر المهنة .

وفي حالات نشر الأبحاث فإن المعلومات المنشورة يجب أن تكون خالية من أية معلومة أو صورة توضح الشخص أو الأشخاص المجرى عليهم البحث ، إلا إذا وافق ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص على النشر ، أو إجراء لقاء صحفي أو تليفزيوني معهم . وكل وسائل التصوير بالفيديو أو التلفزيون أو الصور الفوتوغرافية يجب أن لا تظهر الشخص أو التعرف عليه ، إلا إذا وافق ذلك الشخص كتابياً ، بعد أن يعرف ما سيتم ، واحتمالات أضراره عليه وعلى أسرته أو قبيلته . . . إلخ . وإذا كان الضرر الأدبي من النشر سيصل إلى أفراد آخرين (أسرة الشخص أو قبيلته) فإن هذا النشر الموضح لشخصية المرء الذي أجريت عليه التجارب يجب أن يمنع حتى يتم إذن هذه المجموعة .

الأبحاث والتجارب في الدول النامية (العالم الثالث):

نتيجة للقيود الشديدة التي تفرضها الدول المتقدمة لإجراء الأبحاث والتجارب ؛ فإن بعض شركات الأدوية وبعض الباحثين يلجؤون إلى دول العالم الثالث ليجروا تجاربهم دون قيود ، أو بقيود مخففة ، وإذا حدثت مضاعفات أو أضرار ؛ فإما أن تزوغ الشركة الدوائية من التعويضات برشوة بعض المسؤولين ، أو تقوم بإعطاء المتضررين مبالغ زهيدة جداً بالمقارنة مع ما كانت ستدفعه لو أن التجربة تمت في بلاد متقدمة .

ومن المعلوم ما حدث في الهند في مدينة بهوبال ؛ حيث قامت الشركة الأمريكية يونان كاربايد ببناء مصنع ضخم لإنتاج مادة (السايانايد) السامة ، والتي تدخل في بعض الصناعات ، وانفجر المصنع وقتل الآلاف من الهنود ، وأصاب سكان المدينة بأمراض عديدة وهم يبلغون مئات الآلاف ! وذلك سنة ١٩٨٤ م . ومع ذلك استطاعت الشركة العملاقة أن تفلت من التعويضات برشوة مجموعات من المسؤولين في الولايات وفي الدولة ! ولو حدث ذلك في الولايات المتحدة الأمريكية لأفلست الشركة بسبب التعويضات ، ولدخل كثير من مسؤوليها السجون ؛ حيث كان الإهمال والتقصير من المسؤولين السبب المباشر في هذه الحادثة المروعة .

وفي مجال الأبحاث الطبية ثبت أن إعطاء المرأة المصابة بفيروس الإيدز أثناء حملها عقار (Azido Thymidine) يؤدي إلى سلامة ثلثي المواليد على الأقل، ولكن ينبغي أن تعطى الجرعات من بداية الحمل وبكمية مقررة، وبما أن هذا العقار غالي الثمن بالنسبة للمرضى من العالم الثالث وخاصة في إفريقيا، فإن بعض الباحثين الغربيين قاموا بتجربة إعطاء جرعة صغيرة من العقار (AZT) وفي آخر الحمل فقط، وقارنوا ذلك بمجموعة من النساء اللاتي أعطوهن عقاراً غُفلاً للمقارنة، وقد تمت هذه التجربة في تايلند وفي إفريقيا عام ١٩٩٧م.

وإجراء مثل هذه التجربة في البلاد المتقدمة يعتبر مخالفة خطيرة؛ لأن الدواء (AZT) قد ثبتت جدواه ونفعه في إنقاذ معظم الأجنة من الإصابة بفيروس الإيدز، ولا يوجد مبرر أخلاقي لإجراء مثل هذه التجربة، ولا يمكن أن تتم قطعياً في البلاد المتقدمة. ولكن المبرر الذي تقدم به الباحثون: أن هذه البلاد النامية فقيرة ولا تستطيع توفير عقار (AZT) بالجرعات المطلوبة طوال فترة الحمل، ولذا فقد قاموا بتجريب إعطاء جرعات صغيرة (رخصصة الثمن نسبياً) ولمدة محدودة في آخر الحمل، ورغم أن هذه التجربة معيبة من الناحية الأخلاقية، إلا أنها أثبتت أن الجرعات الصغيرة من العقار (AZT) كانت ذات نفع وأفضل من إعطاء الدواء الغفل.

وتنتقد هذه التجربة بأنها كانت ينبغي أن تتم بمقارنة الجرعات الصغيرة والمحدودة بزمن قصير بالجرعات المقررة وطوال فترة الحمل، وأن ترك الحوامل بدون أي علاج وإعطائهن دواءً غُفلاً هو عمل غير أخلاقي ومعيب.

وقد وضعت كثير من الدول المتقدمة ومن بينها الولايات المتحدة شروطاً متعددة للمساهمة المالية في إجراء التجارب الطبية في الدول النامية، وأصدرت اللجنة الوطنية للأخلاقيات البيولوجية والطبية في الولايات المتحدة (باتسيدا، ولاية ماريلاند) مجلدين كاملين في أبريل ٢٠٠١م لبحث هذه القضية؛ وهو بعنوان: سياسة وأخلاقيات إجراء الأبحاث الطبية في الدول النامية: (Ethical and policy Issues in International Research: Clinical Trials in Developing Countries).

وقد وضعت هذه اللجنة شروطاً عديدة وتوصيات كثيرة؛ بحيث لا يتم

السماح بإجراء التجارب الطبية في البلاد النامية بدعم من الحكومة لخطة البحث، والتأكد من عدم وجود أي خطر حقيقي على الأشخاص الذين ستجرى عليهم التجربة، ووجوب أخذ الموافقة والإذن الواعي المتبصر (Informed Consent) من جميع أفراد المجموعة التي سيتم البحث عليها، ولا يُكتفى بموافقة شيخ القبيلة أو زعيم المنطقة إذ يمكن بكل سهولة رشوته، وبما أن له سلطاناً وتأثيراً على أفراد قبيلته فإن موافقته لا تعتبر كافية إلا إذا تمت موافقة كل فرد فيهم ذكوراً وإناً.

ويجب في حالات حدوث ضرر التعويض الكامل لكل مصاب بنفس المبلغ المقرر، والذي ينبغي أن يكون عادلاً، وأن يعامل جميع من يجرى عليهم الفحص أو البحث بدون تمييز أو تفرقة بين غني وفقير ومسؤول وغير مسؤول.

ويجب على إدارة الغذاء والدواء في الولايات المتحدة التي تمنح التصريح باستعمال الأدوية والعقاقير والإجراءات الطبية: أن لا تسمح بأي عقار أو إجراء طبي لم يلتزم بجميع القواعد الأخلاقية والعلمية المثبت في ذلك التقرير الطويل الضافي، وأن تمتنع عن تسجيل ذلك العقار، وبالتالي تخسر الشركة ما دفعته من أموال لقاء إجراء البحوث على هذا العقار أو الوسيلة الطبية وتأثر سمعتها.

ويجب أن تكون الأبحاث التي تجرى في البلاد النامية ذات علاقة مباشرة بصحة الأفراد والمجموعات في تلك المنطقة التي يجرى فيها البحث، وأن يتوقع أن يكون لهذه التجربة مردوداً صحياً مفيداً لسكان تلك المنطقة.

وإذا ثبتت جدوى ذلك العقار الجديد أو الوسيلة الطبية الحديثة؛ فإن على الشركة أن توفر هذا العقار مجاناً، أو بثمان رمزي للمجموعات التي أجري عليها البحث، بل يجب أن تستفيد الأمة الفقيرة من جراء ذلك البحث بالحصول على العقار المطلوب بثمان زهيد تستطيع الدول النامية الفقيرة أن تدفعه وتوفره لرعاياها.

ويجب على القائمين على هذه التجربة أن يوضحوا الإجراءات التي ستتم والبروتوكول الذي ستسير عليه، وأن تدرس ذلك لجان أخلاقية وعلمية، وأن تعلن موافقتها على هذه الخطط والإجراءات مسبقاً قبل بدء التجربة، وأن يكون

العقار الجديد قد مرّ بالتجارب المخبرية والحيوانية بصورة مُرضية، وتمت معرفة الجرعة الدوائية والجرعة السميّة، ومعرفة الفوائد المبتغاة والأضرار المتوقعة .

كما يجب إشراك الباحثين من الدول النامية وتشجيعهم على إجراء هذه الأبحاث، وتدريبهم عليها بحيث يمتلكون الدربة الكافية في فترة معقولة، وبحيث يتم التعاون بين الفريق الأجنبي (من الدول المتقدمة)، والفريق المحلي (من الدول النامية) وتبنى جسور الثقة .

ومهما وجدت من صعوبات في الحصول على الموافقة والإذن المتبصر الواعي؛ فإن على الباحثين أن يلتزموا بذلك التزاماً تاماً وحقيقياً، وينبغي أن يتم الشرح للسكان البسطاء بلغة يفهمونها، ويفهموا الفوائد المرجوة من إجراء البحث دون مبالغة، كما يعرفوا الأضرار المتوقعة دون تهوين، وإذا وجدت اللجان المختصة بالتقييم والمتابعة أي انحراف أو زيغ عن هذا المستوى المطلوب؛ فإن الدعم لهذه التجربة يجب أن يتوقف فوراً؛ حتى تعاد الأمور إلى نصابها، ويتم إثبات ذلك واقعياً، كما يجب على الباحثين أن يوضحوا للجان المختصة بالتقويم والمتابعة كيفية إيصال النتائج للبحوث إلى الأفراد الذين تم إجراء البحث عليهم . وإذا كانوا مصابين بمرض معين (مثلاً: فيروس الإيدز) ولم يكن البحث في أساسه عن العلاج، بل عن انتشار المرض ونوعية الفيروس . . . إلخ، فيجب على الباحثين أن يوضحوا ذلك من أول لحظة للأشخاص الذين تم البحث عليهم، وأن لا يخدعوهم بأنهم سيوفرون لهم العلاج والدواء، حتى يكون الأشخاص على بصيرة من أمرهم . . . وإذا ثبت أن إيهاماً لهم بالعلاج قد تم، فيجب على الباحثين توفير العلاج مجاناً .

وفي الحالات التي تم إيضاح الحقائق كاملة للبسطاء من الناس، ووافقوا على ذلك؛ فإن هناك واجباً أخلاقياً يقتضي أن يقوم الباحثون بمحاولة توفير العلاج لهذا المرض قدر استطاعتهم .

وعندما يُجرى البحث على إنسان فيجب التأكد من حصول الإذن والموافقة المتبصرة، ولا يكتفى بموافقة الزوج أو الأب أو شيخ القبيلة، كما أن المرأة

الحامل يجب أن تستثنى من إجراء التجارب الطبية عليها، إلا إذا تم التأكد من خلو العقار المدروس من أية آثار ضارة على الأجنة .

ويجب على الهيئات العلمية الطبية في الغرب والتي تشرف على البحوث أن تسهم في نشر الوعي في الدول النامية بأهمية الحصول على الموافقة والإذن المتبصر الواعي قبل أي إجراء بحثي أو طبي، وذلك يقتضي توعية الأطباء والعاملين في الحقل الصحي في تلك البلاد، وتوعية قادة المجتمع بصورة خاصة .

ويجب على الباحثين أن يوفرُوا عند انتهاء تجربة عقار معين لمداواة أحد الأمراض المنتشرة في بلد معين من بلدان العالم الثالث، الدواء مجاناً أو بثمان رمزي لسكان تلك البلد، وأن يعطى المشاركون في التجربة هذا العقار مجاناً . وإذا كان ذلك خارجاً عن اختصاصهم فإن عليهم منذ البداية التفاوض مع الممولين للبحث حول هذه النقطة، وكيفية توفير هذا العقار لمن أجريت عليهم التجربة مجاناً، ولسكان بلدتهم بثمان رمزي، وينبغي عليهم توفير ذلك في بروتوكول البحث، وتوضيح الحقائق دون لبس لمن ستجرى عليهم التجارب .

ويجب على اللجان الأخلاقية واللجان المشرفة على البحث متابعة ما يحدث من حين لآخر، ومعرفة مدى الأضرار التي تصيب الأشخاص الذين تم إجراء التجارب عليهم، وإذا حدث ضرر جسيم يجب إيقاف التجربة فوراً، وتعويض كل من أصابهم الضرر تعويضاً عادلاً، وعلى الدولة أو الشركة التي تدعم البحث أن توفر الأموال اللازمة للجان المتابعة وللتعويضات عن الأضرار عند حدوثها .

المراحل المتبعة في البلاد المتقدمة للحصول على عقار أو جهاز معين للتداوي:

تبدأ الشركة الدوائية بدراسة العقار الجديد (ويشمل الأدوية الكيماوية والفاكسينات والجينات التي تستخدم في هندسة الجينات والبروتينات المستخرجة منها)، أو الجهاز المعين للتداوي . وتبدأ الشركة عادة بدراسة ما بين

خمسـة آلاف إلى عشرة آلاف مادة كـيماوية لمعرفة خصائصها البيولوجية، وتنتهي هذه المرحلة بالوصول إلى حوالي (٢٥٠) مادة تصلح للمرحلة التالية من البحث. وهي التي تُدعى ما قبل المرحلة السريرية (Preclinical Trials). وهذه تشمل إجراء التجارب على الحيوانات ومعرفة الفوائد المرجوة من هذه المواد، وأضرارها المتوقعة، ونسبة حدوث كل ضرر، وما هي الجرعة الدوائية والجرعة السمية لهذه المادة. وتستغرق هذه المرحلة ما بين ثلاث إلى ست سنوات من الدراسة المخبرية، وفي نهاية هذه المدة يتم التوصل إلى أن (٢٪) تقريباً من هذه المواد تصلح لأن تجرب على الإنسان.

ويتم التصريح ببداية الدراسة على الإنسان بعد وصول كافة المعلومات المطلوبة عن هذه المادة وفوائدها المرجوة في علاج مرض معين، وأضرارها الجانبية والجرعة السمية التي ينبغي أن تكون أضعاف أضعاف الجرعة الدوائية.

وتقسم المرحلة الإكلينيكية إلى أربع مستويات: الأولى: وتبدأ بعدد لا يزيد عن خمسين شخصاً من المتطوعين (Volunteers)، أو من المرضى الذين وصل مرضهم إلى مرحلة خطيرة ولم يعد يُجدي معهم أي علاج معروف، وبدون شك يتم أخذ الإذن المتبصر الواعي من هؤلاء المتطوعين وبكافة الشروط التي سبق ذكرها. فإذا تمت هذه المرحلة بنجاح يتم الانتقال إلى المرحلة الثانية: حيث يتم تقديم المادة إلى أكثر من مائة شخص (عادة ما بين مائة إلى ثلاثمائة شخص) بالشروط المذكورة، وملاحظة الفوائد والجرعة الدوائية، وأية تأثيرات جانبية ضارة، فإذا نجحت الدراسة في إثبات الفوائد وندرة الأعراض الجانبية والأضرار فإنها تنتقل إلى المرحلة الثالثة؛ وفيها يتم دراسة العقار على آلاف الأشخاص في عدد من المراكز البحثية في بلد واحد أو عدة بلدان في وقت واحد.

وعادة لا يتم تجاوز هذه المرحلة بنجاح إلا لربع المواد المجربة والتي وصلت إلى هذه المرحلة العامة؛ فإذا ثبتت جدوى هذه المادة في علاج مرض معين وأن الأضرار الجانبية نادرة، وأن الفوائد تفوق بكثير الأضرار المتوقعة فإن إدارة الغذاء والدواء تسمح بتسويق هذا العقار؛ ويدخل العقار إلى المرحلة الرابعة: وهي ملاحظة آثار العقار السلبية والضارة بالاستعمال الواسع في العديد

من البلدان ويطلب من الأطباء والصيدالدة التحري عن هذه الأضرار والإبلاغ عنها فوراً.

وقد تم بالفعل إلغاء العديد من العقاقير بعد أن وصلت إلى هذه المرحلة المتقدمة، وبعد أن تم الترخيص باستعمالها ثم سحبت من الأسواق. وفي كثير من الحالات اضطرت الشركة المنتجة إلى دفع تعويضات عن الأضرار التي حدثت، وأشهرها عقار الثاليدوميد الذي سُوِّق على أنه دواء مهدئ وبدون أضرار، ولكن تبين بعد استعماله بضع سنوات على نطاق واسع على الحوامل أن آلافاً من الأطفال ولدوا بأطراف مبتورة أو بدون أطراف؛ وثبت أن العقار هو السبب في ذلك، فاضطرت الشركة المنتجة إلى سحب العقار، ودفع مئات الملايين من الدولارات تعويضاً، حتى أفلست تلك الشركة.

ومن حسن الحظ أن العقار لم يسوق في ذلك الوقت على نطاق واسع في العالم الثالث، وبالتالي لم تحدث تلك التشوهات للأجنة هناك، وإذا حدثت فإن الأعداد ضئيلة.

ولو كان الأمر عكس ما حدث؛ أي: أن التسويق كان في العالم الثالث أولاً، لما اهتمت الشركة بدفع التعويضات، ولاكتفت بعد ثبوت الضرر بسحب العقار من الأسواق، ولكن بما أن المتضررين هم من أوروبا والولايات المتحدة وكندا... إلخ، فإن الشركة وقعت في المحذور ودفعت التعويضات حتى أعلنت إفلاسها.

نظام مزاولة البحث على الإنسان والحيوانات:

بما أن معظم دول العالم الثالث لم تكن تجري إلا القليل من الأبحاث العلمية، فإن معظم هذه البلدان تفتقر إلى نظام رسمي يوضح كيفية إجراء الأبحاث العلمية والطبية على الإنسان والحيوان، وفي الآونة الأخيرة بدأت بعض هذه الدول في وضع أنظمة وقوانين تنظم عملية إجراء الأبحاث.

وقد أصدرت اللجنة الوطنية للأخلاقيات الحيوية والطبية بمدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية بالرياض نظاماً يجب أن يلتزم به الباحثون في المملكة،

وهو في طور اعتماده من الجهات الرسمية . ويسير النظام على ما هو متفق عليه دولياً من الإجراءات، إضافة إلى ملاحظته واهتمامه بالجانب الشرعي الإسلامي .
وينص النظام على الآتي :

«المادة الرابعة : يجب الالتزام بالقواعد والمبادئ الشرعية والأخلاقية التي تحكم الممارسات الطبية والعملية أثناء القيام بالأبحاث أو التجارب العملية على المخلوق الحي، وعلى الباحث أن يستلهم في أبحاثه وتجاربه مجموعة المبادئ والقواعد والأعراف وأخلاقيات البحث العلمي .

المادة الخامسة : لا يجوز إجراء البحوث الطبية والتجريبية على المخلوق الحي إلا بعد الحصول على الموافقات اللازمة، وفقاً لهذا النظام ولائحته التنفيذية على أن تخضع الأبحاث والتجارب العلمية لرقابة مستمرة من الجهات المسؤولة في المملكة .

المادة السابعة : لا يجوز استغلال ظروف المحرومين مادياً أو صحياً، والذين قد يشبهه في أنهم قد يعطون موافقتهم على الشروع في البحث تحت أي نوع من الإكراه أو الإغراء، وخاصة إذا كانت مشاركتهم في البحث لا تجلب لهم نفعاً شخصياً أثناء تلقيهم الرعاية الصحية» .

ويرتكز النظام على وجوب أخذ الموافقة المتبصرة الواعية دون ضغط أو إكراه أو إغراء من جميع الأفراد الذين سيجري عليهم البحث، وفي حالات القُصَّر وعديمي الأهلية فإن موافقة الولي مشروطة بأن يكون البحث الذي سيجرى يستهدف صالح هذه المجموعة .

ويمكن للباحثين بعد أخذ الموافقة الرسمية الاطلاع على الملفات الطبية والسجلات، ودراسة العينات الباثولوجية والمختبرية (دم، أنسجة . . . إلخ) دون إذن خاص من أصحاب هذه العينات أو السجلات إذا كان من المستحيل ربطها بالشخص الذي كان مصدرها .

ويركز النظام على عدم جواز إجراء أي بحث قبل موافقة اللجان الأخلاقية

والعلمية المختصة ؛ وهي على مستوى اللجنة المحلية ، واللجان الفرعية في كل منطقة والتي تشرف عليها اللجنة العليا ، وهي اللجنة الوطنية للأخلاقيات الحيوية والطبية والمشكلة بالأمر السامي رقم ٧/ب/٩٥١٢ تاريخ ١٨/٥/١٤٢٤هـ .

ويؤكد النظام على وجوب أن يكون هناك مشروع لإجراء الأبحاث العلمية والتجارب الطبية على الإنسان ، وأن تكون مسبوقة بتجارب معملية ومخبرية على الحيوان كافية إذا كانت طبيعة البحث تقتضي ذلك .

كما يؤكد النظام على مراعاة حق الإنسان الذي سيجري عليه البحث في سلامة جسده ونفسه من جميع الأذى المادي والمعنوي ، وعدم المساس بكرامته . وتشمل هذه الحرمة سائر أعضاء جسمه والعناصر المكونة له من الأنسجة والخلايا الحية ؛ سواء كانت متصلة أو منفصلة ، ولا يتم البحث فيها إلا بإذنه . ولا تُجرى أية عملية جراحية جديدة إلا بعد دراستها على الحيوانات أولاً وإثبات نجاحها ، وأنها أفضل من العمليات السابقة ، أو أقل ضرراً منها ، وأن توافق على ذلك اللجان المختصة (الأخلاقية والعلمية) ، وأن تؤخذ موافقة المريض المتبصرة الواعية ، وأن يعرف جميع الاحتمالات الضارة للعملية . وإذا حدث ضرر من ذلك الإجراء أو تلك العملية ؛ فإن من حق الشخص الذي تم عليه البحث المطالبة بالتعويض العادل الذي تقرر له لجنة طبية قضائية .

ويؤكد النظام على تجريم المتاجرة في الأعضاء والأنسجة البشرية والخلايا وبيعها لغرض الأبحاث ، أو لأي غرض آخر مخالف للقواعد الشرعية . ولكن عند استئصال عضو لغرض طبي صحيح يجوز إجراء التجارب والأبحاث على العضو المستأصل بعد أخذ الموافقة من الشخص الذي أجريت له العملية (أو وليه الشرعي إذا كان ناقص الأهلية) ، كما يجوز استخدام الحبل السُّرِّي والمشيمة لاستخلاص خلايا جذعية أو عقاقير جديدة لإجراء الأبحاث عليها ، ويحظر القيام بإجراء الأبحاث العلمية من أجل الاستئصال (الاستنساخ) البشري .

كما منع النظام إجراء الأبحاث على المسجونين ما عدا التي تدرس السلوك الإجرامي ، ودراسة أحوال السجون كمؤسسات ، وإجراء دراسات لتحسين صحة

السجناء وظروف حياتهم. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يتعرض السجين في أي بحث لأكثر من الخطر الأدنى، وهو الضرر اليسير الذي لا يتجاوز الخطر المتوقع في النشاطات العادية اليومية، والذي لا يمكن تلافيه خلال فحص سريري روتيني أو نفسي، ويشمل الانزعاج وعدم الارتياح فقط.

ويؤكد النظام على عدم جواز إجراء التجارب والأبحاث العلمية على الجنين إذا كانت تعرض حياته أو صحته أو كرامته كمخلوق بشري للخطر. ولا بد أن تكون المعلومات متوفرة عن مدى احتمالية إصابة الجنين بأضرار عندما تُعطى أمه الحامل عقاراً معيناً.

ويجب أن تكون الأبحاث على الأجنة في صالح الجنين واحتمال إنقاذه، أو التقليل من المخاطر التي قد يتعرض لها حال بقائه في الرحم، وبشرط أن لا توجد وسيلة أخرى أكثر أمناً لتحقيق ذلك، كما لا يجوز إجهاض المرأة الحامل ولو بموافقتها من أجل الحصول على أعضاء أو أنسجة أو خلايا من الجنين المذكور. ويعتبر ذلك جريمة يعاقب عليها الفاعل، ولكن يجوز الانتفاع بأعضاء وأنسجة الأجنة المجهضة تلقائياً، أو بسبب علاجي مشروع، وبعد التأكد من وفاة ذلك الجنين وموافقة أمه وأبيه، فإن كان الأب غير موجود ولا يمكن الوصول إليه فيكتفى بموافقة الأم.

ولا يجرى أي بحث على الجنين داخل الرحم إلا إذا وافق الأبوان (الأم والأب)، وأذاً بذلك بعد الشرح الكامل لكافة الاحتمالات وهو ما يسمى الإذن المتبصر (المتنور) الواعي، ولا بد أن يكون إجراء البحث في صالح الحفاظ على الجنين ولا يعرضه لأية مخاطر.

كما لا يجرى البحث على المرأة الحامل إلا بعد التأكد من عدم الإضرار بها أو بجنينها، كما يجب الحصول على الموافقة المتبصرة من الحامل وبعلمها. أما إذا تعذر الوصول إلى الزوج فيكتفى بموافقة المرأة البالغة الرشيدة.

ولا تجرى الأبحاث على الأطفال إلا إذا كان البحث في صالح صحة الطفل، وبموافقة ولي أمره، وبحيث لا يكون هناك ضرر على الطفل من جراء

البحث أكثر من الانزعاج وعدم الارتياح . ولا تكفي موافقة ولي أمر الطفل إذا كان البحث لا يعود على الطفل بأي نفع في صحته، وخاصة إذا كان يعرضه لأي نوع من الضرر . وينبغي أيضاً الحصول على موافقة الطفل المدرك المميز .

الأبحاث في مجال الوراثة والجينات (المورثات):

لقد اتفقت الهيئات الدولية ومنها منظمة الصحة العالمية ومنظمة اليونسكو وغيرها من الهيئات الدولية على الإعلان العالمي للجين البشري وحقوق الإنسان .

والمادة الأولى فيه تنص على أن الجين البشري هو قوام الوحدة الأساسية لجميع أعضاء الأسرة البشرية، وقوام الاعتراف بكرامتهم وتنوعهم، وهو بالمعنى الرمزي تراث الإنسانية .

وتنص المادة الثانية أن لكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه أياً كانت سماته الوراثية .

وتنص المادة الرابعة على عدم جواز استخدام الجين البشري في حالته الطبيعية للحصول على مكاسب مالية .

وتنص المادة الخامسة على أنه لا يجوز إجراء أي بحث أو القيام بمعالجة أو تشخيص يتعلق بجين (مورثات) شخص ما إلا بعد إجراء تقييم صارم، وسبق للأخطار والفوائد المحتملة المرتبطة بهذه الأنشطة، مع الالتزام بأحكام التشريعات الوطنية في هذا الشأن، كما ينبغي الحصول على إذن وليه الشرعي والقانوني .

وينبغي احترام حق كل شخص في أن يحاط علماً بنتائج أي فحص وراثي وعواقبه، أو رغبته في عدم المعرفة . ويجب أن تخضع بروتوكولات البحوث إلى تقييم صارم وفقاً للمعايير الدولية والوطنية .

ولا يجوز إجراء أي بحث لا تُرجى منه فائدة مباشرة لمن يجرى عليه البحث وخاصة إذا كان قاصراً أو ناقص الأهلية . وينبغي حماية حقوق كافة الأفراد

الذين يجرى عليهم البحث، وإذا حدث لهم ضرر جسدي أو معنوي فإن من حقهم الحصول على التعويض العادل كما تقرره هيئة علمية قانونية أو القضاء في تلك المنطقة من العالم.

ولا بد من الحفاظ على سرية البيانات الوراثية الخاصة بشخص يمكن تحديد هويته، وإذا حدث إفساء لهذا السر خارج المجال البحثي المحدد؛ فإن الشخص المسؤول عن ذلك يعاقب، كما أن من حق الشخص المتضرر المطالبة بالتعويض العادل.

ولا يجوز لأي بحث مهما كانت أهميته العلمية أن يعلو على احترام حقوق الإنسان والكرامة الإنسانية، كما لا يجوز إجراء أبحاث متعلقة بالاستنسال (الاستنساخ) البشري التي تؤدي إلى استنساخ البشر وتكاثرهم بهذه الطرق العلمية.

وعلى الباحثين في مجالات الجين البشري (المورثات) أن يدركوا مدى التبعات الأخلاقية والاجتماعية الملقاة على عاتقهم والمتربة على أبحاثهم، كما أن أصحاب القرار في المجالات العلمية والبحثية في هذا المجال يتحملون المسؤولية عن الأضرار التي يمكن أن تصيب الأفراد أو المجتمع من جراء هذه البحوث. ولا بد لهذه الأبحاث قبل أن تجرى أن يتم تقييمها من قبل لجان علمية وأخلاقية بعد تحديد أهدافها ومنافعها المرجوة، وطرق البحث، وكيفية الحصول على المعلومات، والمجموعة التي سيتم البحث عليها، واحتمالات الضرر، وأن يكون ذلك واضحاً منذ البداية. وأن يعرف الذين سيقع عليهم البحث هذه الاحتمالات كافة، وأن تكون موافقتهم متبصرة وواعية.

وينبغي للدول أن تقر بأهمية العمل على إنشاء لجان للأخلاقيات المتعلقة بهذه البحوث، وأن تكون مستقلة ومتعددة التخصصات، ولها حق قبول أو رفض أي بحث لا يلتزم بالمعايير الدولية والوطنية والمحلية، كما أن من واجبها مراقبة سير تلك الأبحاث، وعدم حصول أي ضرر منها، أو أي خلل في تنظيمها وسير عملها.

وينبغي للدول أن تحترم وتشجع قيام تضامن إيجابي تجاه الأفراد والأسر وفئات السكان المعرضين بوجه خاص للأمراض والعاهات الوراثية أو المصابين بها. ويتعين عليها تشجيع البحوث الرامية إلى اكتشاف الأمراض الوراثية أو الأمراض التي تؤثر فيها الوراثة؛ من أجل إيجاد وسائل ناجعة للوقاية منها وعلاجها عند حدوثها أو التخفيف من آثارها الضارة. وعلى الدول كافة أن تتعاون في مجال البحوث الوراثية وتشجيع التبادل الحر للمعلومات والمعارف العلمية وعدم احتكارها في مجالات البيولوجيا والجين البشري (الوراثة) والطب. كما ينبغي لكل دولة أن تعمق المعلومات عن المورثات (الجينات) في المدارس والجامعات وأجهزة الإعلام دون تهويل، والعمل على نشر الروح العلمية في هذه الأبحاث، وإحاطة الجمهور بالمزايا العلمية في هذه المجالات مع تعريفه بالمخاطر والمزلق والسماح بإجراء حوار على مستويات متعددة حول هذه القضايا الشائكة.

وقد أقيمت ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج: رؤية إسلامية، في دول الكويت في الفترة من (٢٣ - ٢٥) جمادى الآخرة ١٤١٩هـ، الموافق (١٣ - ١٥) أكتوبر ١٩٩٨م، بمشاركة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية (الكويت)، والمكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية (الإسكندرية)، ومجمع الفقه الإسلامي (جدة)، والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة. وسارت في توصياتها على سنن الإعلان العالمي للجين البشري وحقوق الإنسان.

وفي مجال الهندسة الوراثية منعت استخدام الخلايا الجنسية (البيضات والحيوانات المنوية) أو اللقائح؛ لأن أي تغيير في تركيبها الوراثي (الجينومي) سيتقل عبر الأجيال. وبما أن الأبحاث في هذا المجال لا تزال في بدايتها؛ فإن بحث الخلايا الجنسية (Germ Cells) وتغييرها بواسطة الهندسة الوراثية قد تؤدي إلى أضرار بالغة الخطورة، ولذا ينبغي أن تنحصر هندسة الجينات البشرية على الخلايا الجسدية العامة. ونادت بمنع استعمال الهندسة الوراثية في الإنسان لغير هدف التداوي من الأمراض الوراثية الخطيرة، كما نادت بمنع استخدام الهندسة الوراثية فيما يسمى تحسين السلالة البشرية، أو محاولة العبث الجيني بشخصية

الإنسان وأهليته وطباعه وميوله . وأدانت بشدة أي استعمال لهندسة الجينات في الأغراض الشريرة أو تخطي الحاجز الجيني بين أجناس مختلفة من المخلوقات ، وخاصة تلك التي تؤثر على الجينوم البشري .

وأصدر مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة قرارات مشابهة في دورته الخامسة عشرة (١١ - ١٥ رجب ١٤١٩هـ) ، الموافق (٣١ أكتوبر - ٤ نوفمبر ١٩٩٨م) .

وقد جاء القرار الأول مؤكداً ومدعماً القرار الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بشأن الاستنساخ البشري ، وعلى منع الأبحاث فيه .

وأكد المجمع على الاستفادة من علم الهندسة الوراثية في الوقاية من المرض ، أو علاجه ، أو تخفيض ضرره ، بشرط ألا يترتب على ذلك ضرر أكبر ، وتشجيع كافة الأبحاث المتعلقة بهذا الخصوص (بالشروط السابقة) .

كما أكد المجمع على عدم جواز استخدام علوم الهندسة الوراثية في الأغراض الشريرة والعدوانية في كل ما يحرم شرعاً . ومنع منعاً باتاً أي بحث أو إجراء يؤدي إلى العبث بشخصية الإنسان ومسؤوليته الفردية ، أو أي تدخل في بُنية المورثات بدعوى تحسين السلالة البشرية .

وقرر بأنه لا يجوز إجراء أي بحث أو القيام بأية معالجة أو تشخيص يتعلق بمورثات إنسان ما إلا بعد إجراء تقييم دقيق وسابق للأخطار والفوائد المحتملة المرتبطة بهذه الأنشطة ، وبعد الحصول على الموافقة المقبولة شرعاً ، مع الحفاظ على السرية الكاملة للنتائج ، ورعاية أحكام الشريعة الإسلامية الغراء القاضية باحترام حقوق الإنسان وكرامته .

ونبه المجمع إلى الحذر ومراقبة المنتجات المهندسة وراثياً في حقل الزراعة وتربية الحيوان ، لمنع حدوث أي ضرر من استعمالها ولو على المدى البعيد بالإنسان أو الحيوان أو البيئة .

* * *

أهم مراجع فصل المسؤولية في الأبحاث الطبية والصيدلانية

1 - Report and Recommendations of the National Bioethics Advisory Commission: Ethical and Policy Issues in International Research: Clinical Trials in Developing Countries, Bethesda, Maryland, U.S.A, April 2001.

2 - WHO, the Advisory Committee on Health Research: Genomics and world Health, WHO, Geneva 2002.

3 - Arras J., Steinbock B: Ethical Issues in Modern Medicine May Field Publishig Co, California, London, Toronto, 5th Edition 1999.

4 - Phillips M, Dawson J: Doctors Dilemmas, the Harvester Press, Brighton, Sussex (U.K), 1985.

٥ - محمد علي البار: المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب: ضمان الطبيب وإذن المريض، دار المنارة، جدة، ١٩٩٥ م.

٦ - نظام مزاولة البحث على المخلوقات الحية، اللجنة الوطنية للأخلاقيات الحيوية والطبية، مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، الرياض، المملكة العربية السعودية .

● بالإضافة إلى العديد من المراجع المذكورة في الهوامش .

* * *

ضمان الطبيب

إعداد

الدكتور حسان شمسى باشا

استشاري أمراض القلب بمستشفى الملك فهد للقوات المسلحة

زميل الكليات الملكية للأطباء في لندن وغلانسجو وأيرلندا

زميل الكلية الأمريكية لأطباء القلب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم. وبعد:

شهد علم الطب في العقدين السابقين تقدماً مذهلاً بحيث يمكن القول: إن الطب تقدم اليوم في عشرين سنة أكثر مما تقدم في عشرين قرناً؛ فقد قهر كثيراً من الأمراض المستعصية، وقام الجراحون بفتح القلوب، وإجراء عمليات جراحية دقيقة على دماغ الإنسان، وقاموا باستبدال الكلى والقلب وغيرها من الأعضاء البشرية، ودخلوا مجال الهندسة الوراثية، واستعملوا أدوية قد يكون لها آثار جانبية على قدر من الخطورة.

فالطب، كغيره من العلوم، في تقدم مستمر، حتى إن الطبيب قد يعجز أحياناً عن ملاحقة الجديد في هذا الميدان واستيعابه. وقد تأتي الدراسات العلمية اليوم بنتائج وتوصيات تخالفها بعد أشهر معدودات نتائج دراسة أخرى، مما جعل المنظمات الطبية العالمية تُصدر من حين لآخر أحدث توصياتها في علاج عدد من أشهر الأمراض؛ مثل: ارتفاع ضغط الدم، واحتشاء عضلة القلب، وغيرها.

فلا يمكن لطبيب أن يلاحق الكم الهائل من الدراسات العلمية التي تنشر كل يوم على مستوى العالم حتى في اختصاصه بالذات، وكان من شأن هذا التقدم أن تغيرت وسائل العلاج التقليدية، وظهرت وسائل فنية حديثة أكثر فاعلية في اكتشاف الحالات المرضية، أو في علاجها أو في الوقاية منها. وقد حققت هذه الوسائل فوائد عديدة، إذ أمكن التغلب على كثير من الأمراض.

فقد زاد استخدام توسيع الشريان التاجي بالبالون، واستخدام الدعامات

مثلاً زيادة مطردة، وهي وإن كانت تنقذ - بإذن الله - حياة الكثير من المرضى؛ إلا أنها قد تترافق بمضاعفات خطيرة عند نسبة قليلة من المرضى.

كما أصبح استخدام دواء يذيب جلطة القلب (احتشاء القلب)، أمراً عادياً عند المريض المصاب باحتشاء القلب ضمن شروط طبية خاصة، مما ينقذ - بإذن الله - العديد من مرضى الاحتشاء القلبي، إلا أنه في الوقت نفسه يمكن أن يؤدي إلى حدوث نزف في الدماغ عند واحد بالألف من المرضى.

وتغيرت طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، وأصبح من شروط إباحة العمل الجراحي الحصول على إذن خطي من المريض، بعد أن تعمق مبدأ الرضا المتبصر، وأصبح الطبيب ملزماً بتبصير المريض بما هو مقدم عليه، شارحاً له المخاطر التي يمكن أن ينطوي عليه العمل الجراحي أو العلاج التدخلي (interventional) وفي خضم هذه التطورات، وتلك الانتصارات التي تحققت للأطباء كان من الممكن تصور نقص معدل الدعاوى الموجهة ضدهم، إلا أن الواقع أثبت عكس ذلك، فمن الملاحظ ازدياد عدد القضايا الموجهة ضد الأطباء بمعدل مضطرد خلال العقدین الأخيرین.

وازدادت المشاكل القانونية المتعلقة بمهنة الطب زيادة كبيرة، لدرجة تكاد أن تكون معها مادة يومية في أروقة المحاكم، ووسائل الإعلام، والمؤتمرات والندوات الطبية. وقد صاحب ذلك اهتمام كبير بالحوادث الطبية، وبما يقع من وفيات أو إصابات خطيرة عند بعض المرضى، نجمت عن أخطاء بعض الأطباء في العلاج أو في إجراء العمليات الجراحية، فانعكست آثاره السلبية على علاقة الأطباء بالمرضى.

وأصبح الطب في الولايات المتحدة مثلاً في كثير من الأحيان (طباً دفاعياً) (Defensive medicine)، حيث أصبح همّ الأطباء حماية أنفسهم من دعاوى المرضى الموجهة ضدهم، وارتفعت نفقات المبالغ التي يطالب به المرضى إلى ملايين الدولارات.

ومن ثم ارتفعت رسوم شركات التأمين ارتفاعاً باهظاً؛ بحيث أصبحت

تقتطع جزءاً لا بأس به من رواتب الأطباء . ولم يقتصر هذا الأمر على الولايات المتحدة، بل امتدت هذه الظاهرة إلى بريطانيا وأوروبا ومن ثم إلى بعض البلاد العربية والإسلامية .

ويمكن تفسير زيادة عدد الحالات التي تستوجب مسؤولية الأطباء في عوامل ثلاثة :

١ - تعقد الأجهزة الطبية، وخطورة الوسائل العلاجية والدوائية المستخدمة .

٢ - روح الإقدام التي يتحلى بها أطباء اليوم .

٣ - التحولات الاجتماعية التي طرأت على المجتمع .

١- تعقد الأجهزة الطبية وخطورة الوسائل العلاجية:

فلا شك أن كل غزو طبي حديث، تترتب عليه مخاطر جديدة، وبالتالي ظهور حالات مستحدثة من المسؤولية الطبية .

فمن وسائل العلاج التداخلي، إلى العمليات الجراحية المعقدة، إلى الأدوية والعلاجات الحديثة، كل ذلك زاد من تشابك القضايا الطبية وربما صعب معها تقرير مسؤولية الطبيب .

٢- الجراحة التي يتحلى بها أطباء اليوم:

فأطباء اليوم في كثير من المجالات أكثر شجاعة من أقرانهم في الماضي، فهم يجابهون كثيراً من المخاطر نتيجة لاستخدام أساليب فنية معقدة، وكثير من الأمراض التي كان شفاؤها ميؤوساً منه في الماضي، أصبحت قابلة للعلاج اليوم .

والرسول عليه الصلاة والسلام يقول: «ما أنزل الله - عز وجل - داء إلا أنزل له دواء، علمه من علمه وجهله من جهله»^(١) .

(١) رواه أحمد والطبراني، ورجاله ثقات .

ويستعين الأطباء وهم بصدد علاجهم لهذه الأمراض ، بكثير من الأساليب التي هي على جانب من الخطورة ، وبالتالي يزداد احتمال تعرضهم للمساءلة .

وينبغي علينا تشجيع هذه الجراًءة ، طالما ظلت في الحدود العلمية ، ولم تتخطَ قواعد شرف المهنة ، وعلى القاضي أن يراعي غايتهم النبيلة ، وذلك بالقدر الذي تكون فيه هذه المخاطر ضرورية ، وهدفها هو مصلحة المريض نفسه .

٣- التحولات الاجتماعية:

ونظراً للتقدم الطبي الهائل ، فقد يصاب المرضى بصدمة شديدة إذا عَزَّ الشفاء ، أو تدهورت حالتهم المرضية . وقد يرفض البعض فكرة فشل الطبيب في علاج مريضه ، ناسياً أن الشفاء بيد الله وحده ، وأن الطبيب ما هو إلا واسطة لمساعدة المريض في درب الشفاء بإذن الله .

وقد شجع المرضى على مقاضاة أطبائهم ، وجود التأمين المهني الخاص بهم في كثير من البلدان ، فالقاضي يجد نفسه أمام بديل صعب ، فإما براءة الطبيب وحرمان المريض من التعويض ، وإما إدانة الطبيب بغرض السماح للمريض بالحصول على تعويض ، وغالباً ما يفضل الحل الثاني^(١) .

إباحة التطيب والعمل به:

تتفق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية في اعتبار التطيب عملاً مباحاً ؛ لأنه كان من هديه ﷺ فعل التداوي في نفسه ، والأمر به لمن أصابه مرض من أهله وأصحابه . قال عليه الصلاة والسلام : «إن الله أنزل الداء والدواء ، وجعل لكل داء دواء ، فتداووا ولا تتداووا بحرام»^(٢) . فالتداوي ، والأمر به ، والحث عليه وممارسته ، موجود في الإسلام منذ أن جاء رسول الله ﷺ برسالة السماء .

كذلك يتفق القانون الوضعي مع الشريعة الإسلامية في الشروط الواجبة

وهي :

(١) محمد سامي الشوا ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، ص ٥٤ ، ٦٠ .

(٢) رواه أبو داود .

١ - أن يكون الطبيب مؤهلاً علمياً وعملياً، ومأذوناً له من الحاكم بممارسة المهنة .

٢ - أن يكون قصده شفاء المريض وليس الإضرار به .

٣ - ألا يقع الطبيب في خطأ يتنافى مع أصول المهنة .

٤ - أن يكون مأذوناً له بالعلاج من المريض ، أو من وليه إذا كان المريض قاصراً أو مجنوناً .

ولكن الفرق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، يتمثل في أن القانون يعتبر التطبب حقاً، بينما تعتبره الشريعة الإسلامية واجباً، ولا شك أن نظرية الشريعة الإسلامية أفضل، لأنها تلزم الطبيب بأن يضع مواهبه في خدمة جماعة المسلمين، كما أنها أكثر انسجاماً مع حياتنا الاجتماعية القائمة على التعاون والتكاتف، وتسخير كل القوى لخدمة الجماعة^(١).

* * *

(١) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي: ٥٢٤/١.

نظرة عامة في المسؤولية الطبية

ليس البحث في أمر مسؤولية الطبيب بالأمر السهل، فقد جند الطبيب نفسه من أجل القيام بعمل إنساني ينقذ فيه - بإذن الله - حياة مريض، أو يخفف من آلامه وأمراضه، ومن ثم لا يتصور - أمام هذه المهمة الإنسانية الجسيمة - أن يجد نفسه أمام القضاء، مسؤولاً عن ضرر نجم عن خطأ ارتكبه بحسن نية؛ فالقضاء في هذه الحالة أمام هدفين كلاهما مطلوب تحقيقه:

الأول: حماية المرضى مما قد يصدر من الأطباء من أخطاء تكون لها آثار سيئة على صحتهم أو حياتهم.

والثاني: توفير الحرية اللازمة للأطباء في معالجة مرضاهم، فالطبيب الذي يخشى إرهاب المسؤولية، سيُخجَم عن الإقدام على تبني الطرق العلاجية الحديثة التي تستدعيها حالته، فعمل الأطباء يجب أن يتم في جو كافٍ من الثقة والاطمئنان^(١).

ولا شك أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، باستثناء بعض الحالات التي قد يكون الالتزام فيها بتحقيق نتيجة، نظراً للتقدم العلمي الذي أحرزه الطب في هذا المجال، ومن ذلك عمليات نقل الدم وإجراء التحاليل المخبرية^(٢)، ومع ذلك فقد تحدث بعض التفاعلات في إجراء نقل الدم رغم اتخاذ كل الاحتياطات، وليس للطبيب في ذلك ذنب، كما قد يكون فحص الإيدز سلبياً خلال الأشهر الثلاثة الأولى بعد العدوى. ومن ثم فتحقيق النتيجة لا يدخل في مجال الطب قطعاً.

(١) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية.

(٢) محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٤م، ص ٢.

وينبغي أن يكون التدخل الطبي أو الجراحي بقصد العلاج، فالغاية من مزاوله العمل الطبي والجراحي هو علاج المريض، وتحسين حالته الصحية. فإن انتفى قَصْدُ العلاج لدى الطبيب، بأن كان تدخله منصرفاً إلى غرض آخر، خرج من دائرة الإباحة، ودخل دائرة التجريم، كأن يقوم طبيب بعملية بتر عضو من أعضاء جسم شخص، بقصد تخليصه من الخدمة العسكرية، حتى ولو تم ذلك برضا الشخص أو بناء على طلبه. أو أن يقوم الطبيب بوصف المخدرات للمدمنين عليها، أو أن يجري إجهاضاً لإحدى السيدات بقصد تخليصها من الحمل، أو استئصال مبيضها بناء على طلبها^(١).

ولم يستخدم الفقهاء لفظ (المسؤولية) رغم ورود أدلتها في القرآن الكريم والسنة، واستخدم الإمام الشافعي في كتابه (الأم) لفظ (المأخوذية) فقال عن الطبيب الحاذق الذي لم تخطئ يده ولكن مات المريض: «فلا عَقْلُ (أي: دية) ولا مأخوذية إن حسنت نيته لله تعالى»^(٢). والمقصود هنا بالمأخوذية ما يؤاخذ به المرء.

وعرّف الفقهاء (الضمان) بتعريفات كثيرة، فعرفه الإمام الغزالي بقوله: «الضمان هو وجوب ردّ الشيء أو أداء بدله بالمثل أو بالقيمة»^(٣). وعرفه الإمام الشوكاني بقوله: «الضمان عبارة عن غرامة التالف»^(٤).

وربما كان تعريف المسؤولية بأنها (الحكم على الشخص بالتعويض) هو أقرب التعريفات دلالة على معنى المسؤولية المدنية، لأنه يعطي الحرية للقاضي أن يحكم بالتعويض في أي صورة كانت.

ويقترح البعض تعريفاً لمسؤولية الطبيب المدنية بأنها (إلزام الطبيب بالتعويض عن الأضرار التي أصابت الغير من جهته أثناء ممارسته العمل الطبي).

(١) المرجع السابق نفسه.

(٢) الإمام الشافعي، الأم: ١٦٨/٦.

(٣) أبو حامد الغزالي، الوجيز: ٢٠٨/١.

(٤) الشوكاني، نيل الأوطار: ٢٩٩/٥.

وليس الهدف من هذه الدراسة إثبات تقدم الشريعة على القوانين الوضعية ، فهذا أمر لا يحتاج إلى مناقشة ، فالشريعة السماوية المنزلّة من خالق الكون - جل في علاه - لا شك أنها الأكمل والأسمى والأشمل ، ولا تقارن بعمل أي مخلوق . ولكن الهدف هو تبيان جوانب من هذا التقدم ، فالذي انتهى إليه رجال القانون الوضعي اليوم في كثير من الأحوال هو نفسه الذي بدأت به الشريعة الإسلامية قبل أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمن ؛ فأركان مسؤولية الطبيب الجنائية في القوانين الوضعية هي نفس أركانها في الشريعة الإسلامية .

* * *

الفصل الثاني

موجبات المسؤولية الطبية

١ - العمد:

وهو قيام الطبيب بأمر محظور يُفضي إلى هلاك المريض، أو إتلاف أحد أعضائه، ويكون قصده من هذا العمل إيذاء المريض، كأن يضيف الطبيب دواء ساماً للمريض بقصد إهلاكه.

وهذا من أشنع الجرائم . ولقد شدد الله تعالى على عقوبة العاقد فقال عز من قائل: ﴿ وَلكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَتَأَوَّلِي الْأَلْبَابِ لِمَلِكِكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ [البقرة: ١٧٩]. والأصل أن يمارس الطبيب عمله الطبي بغية معالجة المريض وتخفيف آلامه، ومن غير المتوقع أن تكون إرادته الإضرار بصحة المريض أو إيذائه؛ فإن ثبت ذلك، فإن عمله هذا يخرج عن كونه طبيياً، وينال عقوبته المحددة في الشرع. وينطبق على الطبيب ما ينطبق على الشخص العادي من عقاب^(١).

٢ - الخطأ الطبي:

وقد خصصنا الفصل الرابع للبحث في موضوع الخطأ الطبي.

٣ - مخالفة أصول المهنة:

لا شك أن شرط إباحة العمل الطبي هو أن يقصد علاج المريض وشفاءه مما يعانيه، ولا يكون العمل الطبي مستوفياً هذا الشرط إلا إذا كان موافقاً للأصول العلمية المعتمدة عند أصحاب هذا الفن؛ وتعرف هذه الأصول المعتمدة بأنها: «الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعملياً بين الأطباء، والتي يجب

(١) عبد الله سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، ص ١١٦.

أن يلم بها كل طبيب وقت قيامه بالعمل الطبي»^(١).

وتعتبر العلوم الطبية أصولاً علمية متى تحقق فيها الشرطان التاليان :

الشرط الأول: أن تكون صادرة عن جهة معتمدة، مثل: الهيئات الطبية المختصة بالأبحاث والدراسات الطبية، والتي تُصدر من حين لآخر إرشادات وتوجيهات حول طرق العلاج لأمراض محددة.

الشرط الثاني: أن يشهد أهل الخبرة بكفاءتها وصلاحيتها للتطبيق. ومن ثم يجب أن يتمتع الأطباء ومساعدوهم عن اتباع أية نظرية لم تعترف بها الجهات العلمية المتخصصة لأسباب فنية توجب ردها، وإذا ما قاموا بتطبيق مثل هذه النظريات والدراسات المردودة، وحدث الضرر المتوقع منها، فإنهم يعتبرون مسؤولين عما فعلوه^(٢). ولا حرج على الأطباء ومساعدتهم في أخذهم بالجديد المفيد شريطة أن يثبت اعتباره عند أهل الاختصاص، بل يجب عليهم ذلك خاصة في الحالات التي يكون فيها ذلك الجديد أكثر أماناً وأخف ضرراً من سابقه، لأن ذلك يتفق مع مقاصد الشريعة لحفظ الأنفس ومنع الضرر. ولهذا نجد القوانين المنظمة للعمل تنص على وجوب اطلاع الأطباء على أحدث الوسائل المعتمدة للتشخيص والعلاج^(٣).

٤ - الجهل بالطب:

فهناك ثلاث حالات من الجهل بالطب:

الأولى: ألا يكون للمتطبب أية معرفة بهذا العلم.

الثانية: أن تكون لديه معرفة بسيطة بعلم الطب كطلبة كلية الطب الذين لم يكملوا دراستهم.

(١) د. أسامة قائد، المسؤولية الجنائية للأطباء، ص ١٦٠.

(٢) د. محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، ص ٤٧٥.

(٣) قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، ص ١٧١.

والثالثة: أن يكون متخصصاً في فرع من فروع الطب، ثم يتصدى لممارسة تخصص مختلف آخر.

ويعتبر الطبيب الجاهل مرتكباً لمحظورين:

الأول: أنه أقدم على نفوس المرضى وأرواحهم مرتكباً أمراً محرماً شرعاً.

والثاني: أنه لم يحصل على إذن من المريض بعلاجه، فإذا ن المريض لا يعد إذناً معتبراً شرعاً لأنه غرر به.

واتفق الفقهاء على تضمين الطبيب الجاهل ما تسبب عمله من إتلاف بجهالة، وتغريره للمريض.

٥- الجهل بالأحكام الشرعية المتعلقة بممارسة العمل الطبي:

لا يجوز للطبيب مثلاً أن يقدم على جراحة فيها ضرر على جسم المريض، وليس لإجرائها مبرر كاستئصال اللوزتين، وهما في حالة سليمة. ولا يجوز للطبيب أن يصف للمريض دواء فيه مادة محرمة، كدهن الخنزير، أو مادة مُسكرة أو غير ذلك، مع وجود البديل من الأدوية المباحة؛ فالجهل بالأحكام الشرعية ليس عذراً صالحاً لإسقاط المسؤولية عن الجاهل، ويستثنى من ذلك الحالات التي لا يمكن التحرز منها، ويتعذر العلم بها عادة.

٦- عدم الحصول على إذن المريض:

فالواجب على الطبيب ألا يقوم على علاج المريض أو إجراء عملية جراحية في جسمه، إلا بعد الحصول على إذن معتبر من المريض، أو من وليه إن لم يكن أهلاً للإذن.

والإذن الطبي نوعان:

إذن مقيد: بأن يأذن المريض للطبيب بمعالجته أو بإجراء عملية جراحية معينة.

والإذن المطلق: وهو أن يأذن المريض للطبيب بمطلق المداواة.

واتفق الأئمة الأربعة على إيجاب الضمان على من طبب بغير إذن .

وقد جاء في كتاب (أخلاقيات مهنة الطب) الذي أصدرته الهيئة السعودية للتخصصات الصحية الآتي : «فبدن الإنسان ونفسه من خصوصياته التي لا يجوز لأحد أن يتصرف فيها بغير رضاه، وحتى يكون إذن المريض مشروعاً فلا بد أن تتحقق فيه الشروط التالية :

١ - أن يكون المريض على معرفة تامة بما يراد القيام به من إجراء طبي، ولذا على الطبيب أن يقدم للمريض معلومات وافية عما سيقوم به، وما هو مطلوب من المريض فعله، وما سترتب عليه من مضاعفات ومخاطر .

٢ - أن يكون المريض قادراً على استيعاب، وفهم المعلومات التي قدمت له حتى يعطي الإذن عن وعي وإدراك واقتناع تام، دون استغفال له أو إكراه .

٣ - أن يكون الإذن مكتوباً عند عزم الطبيب القيام بإجراء تدخلي، كإجراء العمليات الجراحية، أو الإجراءات التداخلية كأخذ الخزعة من الكبد مثلاً .

٤ - أن يراعى عند أخذ الإذن من المريض الأمور التالية :

- تؤخذ موافقة المريض البالغ العاقل (ذكراً كان أم أنثى) أو من يمثله - إذا كان لا يعتد بإرادته - قبل القيام بالعمل الطبي أو الجراحي وفقاً لما ينص عليه نظام مزاوله مهنة الطب وطب الأسنان .

- إذن المرأة : للمرأة البالغة العاقلة الإذن بالعمل الطبي المتعلق بها، بما في ذلك العمليات الجراحية، إلا ما يتعلق بالإنجاب؛ مثل : استخدام موانع الحمل أو استئصال الرحم أو غيرها من الإجراءات خاصة المؤدية إلى العقم، فلا بد من موافقة الزوج أيضاً، إلا في الحالات الطارئة والضرورية فيكتفى بإذن المرأة .

- إذن قاصر الأهلية : المريض الذي لا يستطيع أن يأذن بالعمل الطبي؛ كفاقد الوعي، أو الذي لا يُعتدُّ بإذنه كالطفل، أو غير العاقل؛ ينبو عنه وليه الشرعي في الإذن بإجراء العمليات الجراحية وما في حكمها من الإجراءات التداخلية، وإذا تعذر الحصول على الموافقة وخيف من الضرر البالغ أو الموت،

فيمكن للطبيب أن يقوم بالإجراء الطبي دون انتظار الإذن، أما ما دون ذلك من الإجراءات فيكتفى بالإذن العام للعلاج من أحد والدبه أو المرافق معه ممن يعتد بإذنه .

- الإذن في الحالات الإسعافية : في حالة تعرض المريض للهلاك أو الخطر الحاصل أو المتوقع حدوثة بدرجة كبيرة، يجوز للطبيب أن يقوم بالعمل الطبي دون انتظار الإذن إذا ترجَّح لديه أن ذلك سينقذ حياة المريض أو يجنبه الضرر البالغ^(١) .

٧- عدم الحصول على إذن ولي الأمر:

ويمثل ولي الأمر في منح الإذن بمزاولة مهنة الطب وزارة الصحة، وحيث أصبح الإذن واجباً على الطبيب، فإنه يعتبر مسؤولاً عن عدم التزامه بالحصول عليه من وزارة الصحة .

٨- رفض الطبيب معالجة المريض في حالات الضرورة:

يعتبر إسعاف المريض أمراً واجباً عند جمهور الفقهاء، ولم يخالف هذا سوى قول الحنابلة . ومن حق المريض أن يجبر الطبيب على إسعافه بالدواء والعلاج إذا كان في مقدور الطبيب أن يسعفه، وكان المريض مضطراً إلى ذلك^(٢) . ولا شك في أن رفض الطبيب للعلاج وامتناعه عن أداء المهمة التي بذل في سبيل تعلمها جهداً كبيراً لأمر يتنافى مع ما تملية الفطرة .

٩- امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة:

على الطبيب واجب مهني وأدبي وإنساني تجاه المرضى والمجتمع الذي يعيش فيه، تفرضه عليه أصول ومقتضيات مهنته . فلا يجوز للطبيب الذي يعمل في مستشفى حكومي أو خاص أن يرفض أو يمتنع عن علاج أحد المرضى الذين ينبغي علاجهم، أي ممن يدخلون في نطاق اختصاصه .

(١) الهيئة السعودية للتخصصات الصحية، أخلاقيات مهنة الطب، ص ٩ - ١٠ .

(٢) قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، ص ٢٢٩، ٢٣١ .

ولكن ، هل يحق للطبيب أن ينقطع عن علاج مريض في وقت ما؟
هناك حالات يجد الطبيب لنفسه مبرراً لترك المريض ، وهي :

١ - إهمال المريض في اتباع تعليمات الطبيب أو تعمد عدم اتباعها .

٢ - استعانة المريض بطبيب آخر خفية عن الطبيب الذي يعالجه .

٣ - امتناع المريض عن دفع الأجرة للطبيب .

ففي هذه الحالات يمكن للطبيب ترك علاج المريض ، شريطة ألا يكون هذا في ظروف صحية حرجة للمريض^(١) .

١٠ - استخدام العلاجات المحرمة:

ليس للمريض الحق في أن يبيح للطبيب مباشرة جسمه وإتلاف منفعة من منافعه أو طرف من أطرافه ، ومن هذه الصور:

● قتل الشفقة ؛ وهو تعجيل موت المريض إن عظم ألمه ، فهو محرم شرعاً .

● الإجهاض غير العلاجي لغير ضرورة سوى تلبية رغبة الأم في التخلص من الحمل .

● إصابة المريض بعاهة قصد الإغفاء من الجندية أو لغير ذلك .

ويعتبر الطبيب مسؤولاً عن كل ما يترتب على عمله من أضرار .

١١ - إفشاء سر المريض:

أكد الإسلام على حفظ السر والستر على المسلم ، خاصة إذا كان هذا الستر لا يجرؤ إلى مفسدة راجحة في المجتمع . فإذا علم الطبيب مثلاً أن طياراً مصاباً بنوع من الصرع ، مما يمنعه من قيادة الطائرة ، كي لا يعرض الناس للخطر فينبغي الإبلاغ عنه .

وإطلاع الطبيب على أسرار المريض لا يبيح له كشف هذه الأسرار ،

(١) محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، ص ٧٤ .

والتحدث عنها بما يؤدي إلى إفشائها إلا في الحالات الاستثنائية التالية - كما ورد في كتاب (أخلاقيات مهنة الطبيب) الذي أصدرته الهيئة السعودية للتخصصات الصحية :

● إذا كان الإفشاء لذوي المريض أو لغيرهم مفيداً لعلاجهم، أو فيه حماية للمخالطين له من الإصابة بالمرض (مثل الأمراض المعدية أو إدمان المخدرات)، وفي هذه الحالة يقتصر الإخبار على من يمكن أن يضر.

● الإفشاء لغرض التعليم :

- يمكن للطبيب إفشاء بعض أسرار المريض إذا دعت الحاجة إلى ذلك من أجل تعليم الأطباء، أو أعضاء الفريق الصحي الآخرين .

- يمكن للطبيب تصوير بعض أجزاء جسم المريض لغرض طبي أو تعليمي بعد استئذان منه في ذلك، شريطة ألا يكون في هذا التصوير ما يدل على شخصية المريض، وكشف هويته. وإذا دعت الحاجة إلى تصوير الوجه لأغراض التعليم فيجب أخذ موافقة خطية، وأن تغطي العينان إلا للضرورة العلمية.

● إذا ترتب على الإفشاء مصلحة راجحة للمجتمع، أو دفع مفسدة عنه، ويكون التبليغ للجهات الرسمية المختصة، وأمثلة ذلك ما يلي :

- الإبلاغ عن وفاة ناجمة عن حادث جنائي، أو للحيلولة دون ارتكاب جريمة.

- التبليغ عن الأمراض السارية أو المعدية .

- إذا طُلب منه ذلك من جهة قضائية.

- دفع تهمة موجهة إلى الطبيب من المريض أو ذويه تتعلق بكفاءته، أو كيفية ممارسته لمهنته، على أن يكون الإفشاء أمام الجهاب الرسمية^(١).

* * *

(١) الهيئة السعودية الصحية، أخلاقيات مهنة الطب، ص ١٢ .

الفصل الثالث

أركان المسؤولية الطبية

تشهد قواعد الشريعة الإسلامية التي تحكم مزاوله أعمال الطب والجراحة على رعاية الإسلام لهذه الأعمال، فتعلم وممارسة الطب من فروض الكفاية التي يتعين على فريق من الأمة القيام بها وإلا أثمت جميعاً.

ومع ذلك فلا بد لمزاوله هذه المهنة من شروط وقيود حتى لا يخرج هذا العمل النبيل عن هدفه الأسمى، وهو معالجة الأبدان ورعايتها، وليس الإضرار بها ومفسدتها.

وسنبحث أركان مسؤولية الطبيب وما يتعلق بها من أحكام في فروع ثلاثة:

الأول: وهو (التعدي)، أي: فعل الخطأ.

الثاني: سنبحث فيه عنصر (الضرر) الذي أصاب المريض.

الثالث: نتناول فيه علاقة السببية بين الفعل والضرر، ويطلق عليها (الإفشاء)، وباستقراء ما قاله فقهاء الإسلام فإن مسؤولية الطبيب لا تقوم ولا تتحقق إلا بوجود ركنين أساسيين هما: (التعدي) و (الضرر)، وإثبات أن هذا الضرر هو نتيجة لذلك الخطأ الطبي.

أولاً: التعدي:

التعدي لغة: هو الظلم، وفي اصطلاح الفقهاء: هو الاعتداء على حق الغير أو الاعتداء على الغير. والتعدي المقصود هنا: هو إتيان الطبيب فعلاً محظوراً، سواء كان ذلك إيجاباً أو سلباً، عمداً أو خطأ، مباشرة أو تسبياً.

ويعبر عنه القانونيون بالخطأ، ولا شك أن التعبير الشرعي أولى وأفضل، فالتعدي يشمل العمد والخطأ، ويشمل التقصير والإهمال ونحوهما، ولا شك

أن اصطلاح فقهاء الإسلام أدق وأسلم. فالتعدي الإيجابي، كأن يقوم الطبيب بقتل المريض، أو يتر أحد أعضائه، أو إتلاف أحد منفعه. أما التعدي السلبي، فيتمثل بالترك، كرفض الطبيب معالجة المريض أو إسعافه، ويترتب على ذلك إزهاق روحه، أو ازدياد سوء حالته.

والأصل في الشريعة الإسلامية أن المسؤولية الجنائية لا تكون إلا عن فعل عمد حرّمه الشارع الحكيم، ولا تكون عن الخطأ لقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ [الأحزاب: ٥]. وقول المصطفى ﷺ: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنَّسْيَانُ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ»^(١). ولكن الشريعة أجازت العقاب على الخطأ استثناء من هذا الأصل مراعاة للصالح العام.

يقول ابن رشد في (بداية المجتهد): «وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله، وكان من أهل المعرفة؛ فلا شيء عليه في النفس، والدية على العاقلة فيما فوق الثلث، وفي ماله فيما دون الثلث. وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية، قيل: في ماله، وقيل: على العاقلة»^(٢).

فلقد تعرض الفقهاء للتعدي في المجال الطبي ومجاوزة الطبيب الحد المعتاد. قال الإمام الخطابي: «لا أعلم خلافاً في المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعد»^(٣).

وقد بحث فقهاء المسلمين مسألة تضمين الطبيب إذا أخطأ أو تجاوز في عمله، وانتهوا إلى أنه إذا حصل التلف بمأذون فيه دون تعدد أو تقصير فلا ضمان، لأنه لو ضمن لامتنع الناس عن فعله، أما إذا حصل بغير مأذون فيه أو بمأذون فيه مع التعدي أو التقصير وجب عليه الضمان^(٤).

(١) رواه ابن ماجه .

(٢) بداية المجتهد: ١٩٤/٢ .

(٣) معالم السنن: ٣٧٨/٦ .

(٤) د. السيد رضوان محمد جمعة، العلاقة بين الطبيب والمريض، ص ٢٩٨.

ورود في المنتقى شرح الموطأ: «إذا أخطأ الطبيب في فعله والحال أنه من أهل المعرفة؛ فالدية على عاقلته، فإن لم يكن من أهل المعرفة عوقب»^(١).

فالتبيب الحاذق لا يُسأل إلا عن الخطأ الجسيم (الفاحش) فلا يغتفر له الإهمال المفرط، كاستعماله أدوات غير معقمة، أو امتناعه عن معالجة مريض دون مسوغ مقبول، أو إجراء عملية جراحية وهو سكران، كل هذا يعتبر تقصيراً وتعديلاً يحاسب عليه جنائياً، ويندرج تحت المخالفة لأصول مهنة الطبيب^(٢).

والخطأ الفاحش هو ما لاتقره أصول فن الطب، ولا يقره أهل العلم بفن الطب. ويعرّف الخطأ الفاحش أيضاً بأنه: «الخطأ الذي لا يمكن أن يقع فيه طبيب آخر»^(٣).

ولكن الإشكال يقع في ضبط مدى التحول الواجب على الطبيب اتباعه أثناء تأدية عمله، وقد أحال الفقهاء ضبط هذا الأمر من التحول والتبصر إلى أعراف الناس وعاداتهم في السلوك، قياساً على مَنْ هو في مثل وضعه.

يقول السيوطي في (الأشباه والنظائر): «فكل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف»^(٤). ويقول الإمام الشافعي في (الأم): «وإذا أمر الرجل أن يحجمه، أو يختن غلامه، أو يبطر دابته، فتلفوا من فعله، فإن كان فَعَلَ مثل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول له به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه»^(٥).

ولا بد من النظر في درجة الطبيب، ومساءلته بما يفعله أقرانه من الأطباء في مستواه ودرجته. فإن كان طبيباً ممارساً عاماً، تمت مساءلته بما يفعله طبيب ممارس عام في درجته ومستواه، وإن كان طبيباً أخصائياً، تمت مساءلته مقارنة

(١) المنتقى شرح الموطأ: ٧٦/٧.

(٢) د. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، ص ٣٥٥.

(٣) د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ص ٥٤.

(٤) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٩٨.

(٥) الأم، للشافعي: ١٦٦/٦.

بطبيب أخصائي في مستواه^(١).

ثانياً: الضرر:

واصطلاحاً: هو إلحاق مفسدة بالآخرين، وعرفه ابن حجر الهيتمي بقول: «هو إلحاق مفسدة بالغير»^(٢).

ويقسم الضرر إلى قسمين:

١ - ضرر حسي (مادي): وهو إلحاق مفسدة مادية حسية بالغير، وقد يكون ذلك بإتيان فعل ينتج عنه أذى للشخص، وهو ما يسمى بـ (الضرر الإيجابي). أو قد يكون الضرر ناتجاً عن امتناع الطبيب عن إسعاف مريض كان بإمكانه إسعافه وهو ما يعرف بـ (الضرر السلبي). والضرر الحسي يمكن أن يكون بدنياً يصيب المريض في جسمه، أو مالياً بسبب ما تكبده من مصاريف علاجية نتيجة تعدي الطبيب وتقصيره.

٢ - ضرر معنوي (أدبي): وهو ما يقع عند المساس بسلامة جسم المريض أو عجزه، نتيجة خطأ الطبيب أو المستشفى. ونشاهد ذلك في الآلام الجسمانية والنفسية التي يمكن أن يتعرض لها نتيجة لذلك. وقد يكون ذلك الضرر في كرامته، أو شعوره، أو ما يחדش شرفه أو يتهمه في دينه، أو يسيء إلى سمعته. وقد يصاب المريض، نتيجة تقصير الطبيب بالآلام، أو تفويت الجمال وغير ذلك. وإذا مات المريض فإن الضرر الأدبي قد يلحق بأقاربه الأقربين، كالوالدين وأولاده وزوجته بسبب ما يصيبهم في عواطفهم وشعورهم من جراء الوفاة^(٣).

ثالثاً: الإفضاء:

ويعبر عنه الفقهاء المعاصرون برابطة السببية. والإفضاء في اصطلاح الفقه

(١) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ص ١٧٧؛ عبد الله الغامدي، ومسؤولية الطبيب المهنية، ص ٨٩.

(٢) الفتح المبين لشرح الأربعين، ص ٢١١.

(٣) عبد الله سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، ص ٩٣.

الإسلامي: هو أن يكون الفعل موصلاً إلى نتيجة لا تتخلف عنه إذا انتفت الموانع.

فإن مجرد وقوع الضرر للمريض وثبوت خطأ الطبيب لا يكفي لقيام المسؤولية، بل يجب لتوافرها توافر علاقة السببية بين هذا الخطأ وذلك الضرر، فإذا لم تتوافر هذه العلاقة انتفت المسؤولية الطبية^(١). ويجب إثبات أن ما لحق بالمريض من ضرر كان بسبب ما أتاه الطبيب من خطأ، وأن الخطأ والضرر يرتبطان ببعضهما ارتباط العلة بالمعلول والسبب بالمسبب، بحيث لا يمكن أن يتصور حصول النتيجة الضارة لو لم يقع الخطأ، فإذا انعدمت رابطة السببية بين خطأ الطبيب والنتيجة الضارة تنتفي مسؤولية الطبيب.

ونظراً لتعقد الجسم الإنساني وتشعب ظروفه وحالاته، وعدم وضوح أسباب المضاعفات الظاهرة، فإن إثبات علاقة السببية في المجال الطبي هو أمر من الصعوبة بمكان لا يقرره إلا ذوو الخبرة الوفيرة في هذا المجال.

وقد يقع الخطأ بطريق التسبب كما يقع بطريق المباشرة.

فالطبيب الذي يخطئ فيقوم ببتتر الساق السليمة، أو خلع السن السليمة بدلاً من الساق والسن المريختين، يكون قد قام بفعل مباشر في إيذاء المريض. أما لو رفض الطبيب إسعاف مريض مصاب، وكان بإمكانه إسعافه، فمات، فإنه يسأل عن جريمة امتناع، وهو ما نعبر عنه (بالتعدي السلبي)، وتكون جريمته بطريق (التسبب).

ووفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، فإنه لا فرق في المسؤولية الجنائية بين المباشر والمتسبب، فكلاهما مسؤول جنائياً عن فعله^(٢).

والطبيب إما أن يكون مباشراً أو متسبباً، فإذا باشر العلاج بيده، أو أجرى عملية جراحية لمريض فلا إشكال في كون الفعل منسوباً إليه وكونه مسؤولاً عنه.

(١) أ. د. د. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، ص ٢٥٥.

(٢) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي: ٤٥٥/١.

أما إذا لم يباشر المعالجة بيده، كأن يكتفي بوصف دواء للمريض، ويقوم المريض بشراء الدواء وتناول العلاج، فإن الطبيب في هذه الحالة متسبب، إلا أن الطبيب مسؤول أيضاً عن نتائج هذا العمل وإن لم يباشره بيده.

ولذلك يقول ابن القيم: «الطبيب الحاذق الماهر بصناعته اجتهد فوصف للمريض دواء فأخطأ في اجتهاده فقتله، فهذا يخرج على روايتين: إحداهما: أن دية المريض في بيت المال، والثانية: أنها على عاقلة الطبيب، وقد نص عليها الإمام أحمد في خطأ الإمام والحاكم»^(١)، فقوله: «فوصف للمريض دواء» يدل على أن الطبيب لم يباشر المعالجة بنفسه ومع ذلك فهو ضامن.

وكتابة الطبيب للوصفة الطبية بخط غير واضح مثال على مسؤولية الطبيب عن طريق التسبب. فإن حرر الطبيب وصفة لمريض وكان خط الطبيب غير واضح، فركب الصيدلي الدواء على ما فهمه من خط الطبيب مما ترتب عليه وفاة المريض، فالطبيب مسؤول هنا عن طريق التسبب. ولا شك أن الصيدلي أيضاً مسؤول، إذ يجب عليه أن يتصل بالطبيب ويستفسر منه عما غمض عليه، أو إن رأى أن الطبيب قد وقع في خطأ في وصفة ما فينبهه على ذلك.

أما إذا تعددت أسباب الضرر، فهل يشترك جميع الجناة في المسؤولية أم ينفرد بها أحد من دون الآخرين؟ فإذا كان الجناة جميعاً مباشرين أو كانوا متسببين، فهم مسؤولون على حدٍّ سواء. أما إذا اجتمعت مباشرة وتسبب، فالأمر لا يخرج عن إحدى ثلاث حالات:

الأولى: أن يغلب السبب المباشرة، فالمسؤولية على المتسبب دون المباشر.

الثانية: أن تغلب المباشرة السبب، فالمسؤولية على المباشر، وعليه القصاص، ويعزر المتسبب، كما لو قام مساعدو الطبيب بإمسك المريض ليقوم الطبيب بإجراء عملية جراحية على ذلك المريض دون رضاه، فأصيب المريض

(١) الطب النبوي، لابن قيم الجوزية، ص ١٣٧.

بتزيف حاد بسبب عدم أخذ الطبيب للاحتياطات اللازمة، وعدم اتباعه الأساليب الفنية المتعارف عليها في العلاج، فالمساعدون متسبون، والطبيب مباشر. وقد غلبت المباشرة هنا التسبب، فعلى المباشر الجزاء والضمان، ويعزز المساعدون^(١).

الثالثة: أن يتساوى السبب والمباشرة، وفي هذه الحالة يكون المباشر والمتسبب مسؤولين معاً عن نتيجة الفعل. ومثال ذلك لو قام الطبيب بأمر أحد معاونيه مكرهاً إياه على إعطاء المريض حقنة بنسلين لأول مرة دون إجراء اختبار التحسس للبنسلين، ودون مراعاة أحوال مهنة الطبيب المتعارف عليها، فقام المساعد بهذا العمل مكرهاً، فنتج عن ذلك وفاة المريض فوراً، فالأمر وهو الطبيب متسبب، (والمساعد الممرض) مباشر وهو مكره، فالأمر والمكره مسؤولان^(٢).

انتفاء السببية:

فلا يضمن الطبيب تلف النفس بعد إجراء عملية جراحية لمريضه إذا قام بواجبه على الوجه المعتاد، ولا يسأل كذلك عن ضرر أصاب المريض نتيجة خطأ مباشر من المريض، كما لو أدلى بمعلومات غير صحيحة عن مرضه، أو لم يتبع تعليمات الطبيب فيما يتعلق بجراحات الدواء، أو أنه توقف عن تناول الدواء من تلقاء نفسه، مما أدى إلى تدهور حالة المريض الصحية، فالطبيب غير مسؤول عن هذه الأضرار^(٣).

* * *

(١) التشريع الجنائي الإسلامي: ٤٥٦/١؛ عبد الله سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، ص ١٠٧.

(٢) عبد الله سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، ص ١٠٨.

(٣) د. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ص ١٠٥؛ السيد رضوان محمد جمعة، العلاقة بين الطبيب والمريض، ص ٣٧٩-٣٨٠؛ عبد الله سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، ص ١١٢.

الفصل الرابع

الخطأ الطبي

يعرّف الخطأ الطبي بأنه: «عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته»^(١)، أو هو: «تقصير لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول»^(٢).

والأصل أن التزام الطبيب في ممارسته لمهنته هو التزام يبذل عناية خاصة به، وليس بتحقيق نتيجة. وبناء على ذلك فإن الخطأ الطبي يعتبر تقصيراً أو إخلالاً بواجب بذل العناية واليقظة التي تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها.

تقسيم الخطأ الطبي:

حرص فقهاء القانون على التفريق بين (الخطأ المادي) و (الخطأ المهني).

١ - الخطأ المادي (العادي):

ويعرّف بأنه الخطأ الخارج عن مهنة الطب، أي: الذي يقع فيه الطبيب وهو يزاول مهنته دون أن يتعلق بهذه المهنة، أو بعبارة أخرى: «إنه الخطأ الذي لا يتعلق بمهنة الطب، بالرغم من وقوعه من الطبيب أثناء مزاولتها»^(٣)، ويقصد به الإخلال بالقواعد العامة التي تحكم سلوك جميع الأفراد، والتي تتطلب الحيطة والحذر في كل سلوك يمارسه الشخص، ومن ثم فالخطأ المادي الذي يقع فيه الطبيب هو الخطأ الخارج عن مهنة الطبيب، أي: الذي لا يخضع للخلافات

(١) حسن الأبراشي، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيداء، ص ١٢١.

(٢) د. وفاء حاكمي أبوجميل، الخطأ الطبي، ص ٣٨.

(٣) د. محسن عبد الحميد البنية، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية،

الفنية ولا يتصل بسبب بالأصول العلاجية المعترف بها^(١).

ومن أمثلة الخطأ المادي الذي يسأل عنه الطبيب ما يلي :

- أن يجري الطبيب جراحة وهو في حالة سكر .
- أن يجري جراحة وهو مصاب بعجز في يده .
- أن يترك بعض الأدوات في جسم المريض ، كأن ينسى في جوف المريض ضماداً أو مشرطاً أو ما شابه .

● أن يمتنع طبيب مستشفى حكومي عن مباشرة مريض دون مبرر .

● أن يأمر الطبيب بإخراج المريض من المستشفى رغم أن حالته تستوجب العلاج بالمستشفى ، أو قبل أن يستوفي المدة المطلوبة لعلاجيه دون سبب مشروع^(٢).

● أن يترك حافظة ماء ساخن بالقرب من قدمي مريض فاقد للوعي تحت تأثير المخدر ، فتحدث له حروقاً .

● أن يجري العملية الجراحية على الفخذ الأيمن بدلاً من الأيسر المصاب .

● ألا يثبت المريض كما ينبغي على منضدة العمليات أو الفحص ، فيسقط المريض ويصاب بضرر .

● ألا يحضر الطبيب رغم استدعائه من قبل إدارة المستشفى بصدد حالة صعبة ، أو يهمل في تخدير المريض قبل العملية .

● إخلال الطبيب بواجبه في إنقاذ مريض ، أو عدم تبصيره بمرضه ، أو عدم الحصول على موافقته ، أو انتهاك السر المهني دون إذن من المريض .

● تحرير وصفة الدواء (روشتة) بطريقة غير مقروءة ، مما أدى إلى وقوع

(١) د. وجيه محمد خيال ، المسؤولية الجنائية للطبيب في النظام السعودي ، ص ٨٠ .

(٢) د. أسامة عبد الله قائد ، المسؤولية الجنائية للأطباء ، ص ٤١ ؛ محسن عبد الحميد البنية ، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية ، ص ٢٤ - ٢٥ .

الصيدلي في خطأ تسبب بوقوع حادثة للمريض^(١). ويتبني على الصيدلي في تلك الحالة الاتصال بالطبيب وإلا اشترك في المسؤولية.

٢- الخطأ المهني (الفني):

ويقصد به انحراف شخص ينتمي إلى مهنة معينة عن الأصول التي تحكم هذه المهنة. فهو يتعلق بمخالفة أصول المهنة وقواعدها.

ومن أمثلة ذلك:

- عدم قيام الطبيب بفحص مسبق للمريض قبل اختيار وتقرير خطة العلاج.
- إذا خالف العادات الطبية المستقرة في العلاج.
- أن يصف دواء غير مناسب لحالة المريض.
- أن يغفل استدعاء طبيب اختصاصي لعدم تقديره خطورة حالة المريض.
- عدم إجراء التعقيمات اللازمة داخلياً وخارجياً في العمليات الجراحية.
- عدم إجراء التحاليل الطبية اللازمة قبل إجراء العملية.
- عدم تزويد المريض بالتعليمات اللازمة بعد إجراء العملية الجراحية وقبل مغادرة المستشفى.

● أن يطبق وسيلة علاج جديدة لم يسبق له تجريبها من قبل^(٢).

وقد استأثر الخطأ المهني في مجال العمل الطبي باهتمام كثير من علماء الفقه والقضاء. وانقسم رجال القانون بشأن الإجابة على مدى المسؤولية الجنائية للطبيب إلى اتجاهين:

الأول: يرى أنه لا يكفي لتقرير مسؤولية الطبيب مطلق الخطأ، بل يجب أن

(١) د. محسن عبد الحميد البنية، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، ص ١٥.

(٢) د. عبد الفتاح خضر، الجريمة وأحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي، ص ٢١٦؛ د. أسامة القائد؛ المسؤولية الجنائية للأطباء، ص ٧٩.

يكون خطؤه فاحشاً أو جسيماً .

الثاني : يرى تقرير مسؤولية الطبيب عن كل خطأ يثبت الوقوع فيه مهما كان نوعه جسيماً أو يسيراً^(١) .

وذهب البعض من فقهاء القانون إلى وضع ضابط لتقرير المسؤولية الجنائية عن الخطأ الطبي، ينحصر في الاعتداد بجسامة النتائج لا بجسامة الخطأ . وهذا الضابط يحقق هدفين :

الأول : وهو مصلحة الطبيب في العمل بقدر من الحرية دون الخوف من المسؤولية الجنائية عن أي خطأ يرتكبه .

الثاني : حماية مصالح الأفراد والصالح العام بتحقيق الردع الخاص على الطبيب المهمل أو الجاهل بأصول وقواعد المهنة الذي يترتب على خطئه هذه النتائج الجسيمة^(٢) .

أهمية هذا التقسيم:

وتظهر أهمية هذا التقسيم لدى أنصار الرأي القائل بعدم مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية، فلا يسأل جنائياً إلا عن خطئه المادي (العادي) فقط^(٣) .

ويرى أنصار هذا التقسيم أن ما يحوزه الطبيب من علم وخبرة يجعله محل ثقة في مباشرة مهنته على النحو الصحيح، وأنه قد تؤدي مساءلته عن خطئه المهني إلى إحجام الناس عن ممارسة مهنة الطب، كما قد تحول دون تقدم هذا العلم، لأن التهديد الدائم بالعقاب يثني الطبيب عن الاجتهاد والابتكار، وفي ذلك ضرر اجتماعي كبير .

لذلك نادى بعض فقهاء القانون بوجوب أن تكون مساءلة الطبيب قاصرة

(١) د. محمود القبلاوي، المسؤولية للطبيب، ص ٨٠ .

(٢) المرجع السابق، ص ٨٠ .

(٣) د. عبد الفتاح خضر، الجريمة وأحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقهاء الإسلامي، ص ٣١٦ .

على الخطأ المهني دون الخطأ المهني اليسير، وذلك لكي يتاح للطبيب قدرٌ من الحرية في مجال عمله للبحث والتقير، وكذلك لكي يتاح قدر من الحماية المقررة لمصالح الناس وحقوقهم التي قد تمس أو تضيع إذا ما أعفي الطبيب تماماً من المسؤولية عن خطئه المهني عموماً^(١).

الخطأ المهني في النظام السعودي لمزاولة مهنة الطب:

ولنأخذ النظام السعودي لمزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان مثلاً؛ فقد قضت المادة الثامنة والعشرون بمسؤولية الطبيب المدنية عن الأخطاء المهنية التي تصدر عنه على ما يلي:

«كل خطأ مهني صدر من الطبيب أو من أحد مساعديه وترتب عليه ضرر للمريض؛ يلتزم من ارتكبه بالتعويض، وتحدد اللجنة الطبية الشرعية المنصوص عليها في هذا النظام مقدار التعويض. ويعد من قبيل الخطأ المهني:

- ١ - الخطأ في العلاج أو نقص المتابعة.
- ٢ - الجهل بأمر فنية يفترض فيمن كان في مثل تخصصه الإلمام بها.
- ٣ - إجراء التجارب أو البحوث العلمية غير المعتمدة على المريض.
- ٤ - إعطاء دواء للمريض على سبيل الاختبار.
- ٥ - استعمال آلات أو أجهزة طبية دون أن يكون على علم كاف بطريقة استعمالها أو دون أن يتخذ الاحتياطات الكفيلة بمنع حدوث ضرر من جراء هذا الاستعمال.
- ٦ - التقصير في الرقابة والإشراف على من يخضعون لإشرافه وتوجيهه من المساعدين.

٧ - عدم استشارة من تستدعي حالة المريض الاستعانة به، ويقع باطلاً كل شرط يتضمن تحديد أو إعفاء الطبيب أو مساعديه من المسؤولية^(٢).

(١) عبد الله سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، ص ١٢٥.
(٢) د. عبد الفتاح خضر، الجريمة وأحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقهاء =

يقول المستشار القانوني عبد الله سالم الغامدي: «والملاحظ أن النظام السعودي قد أخذ اتجاهاً فريداً في محاسبته على كل خطأ مهني، سواء كان يسيراً أم جسيماً، إلا أن هذه المسؤولية مسؤولية مدنية فقط، ولو أنه عفا عن الأخطاء اليسيرة واكتفى بالمحاسبة على الخطأ الفاحش مدنياً وجنائياً لكان ذلك أكثر توفيقاً، خصوصاً وأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي الوحيد للتشريع بالمملكة، وأنها تأخذ بالمسؤولية عن الخطأ الفاحش وتعفي وتسامح عن الأخطاء اليسيرة والبسيطة.

وعلى الرغم من أن اتجاه القضاء في مصر وفرنسا مؤخراً إلى الأخذ بالرأي القائل بمسألة الطبيب عن أي خطأ يرتكبه سواء كان مادياً أم مهنيّاً، جسيماً أم يسيراً، إلا أنني أرى إعفاء الطبيب من المسؤولية عن خطئه الفني (المهني) اليسير تماماً، ويعفى من المسؤولية الجنائية والمدنية معاً^(١).

وعلى ذلك، فلا يسأل الطبيب إلا إذا كان الخطأ جسيماً ظاهراً لا يحتمل نقاشاً، وهذا الخطأ الجسيم هو الذي لا تُقرُّه أصول مهنة الطب، ولا يقرُّه أهل هذه المهنة، ولا يتسامحون فيه مع مقترفه^(٢). وهذا الاتجاه يلتقي مع الرأي السائد في الفقه الإسلامي عن أركان مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية.

وفقهاء المسلمين يؤيدون عدم مسؤولية الطبيب إلا إذا نسب إليه خطأ جسيم، أو وفقاً لتعبير الفقهاء (خطأ فاحش) - وهو الخطأ الذي لا يمكن أن يقع فيه طبيب آخر، والذي يتجاوز الحدود المتعارف عليها عند أهل الصنعة الطبية^(٣) - وبالعكس من ذلك، إذا كان ما قام به الطبيب هو ما يفعله طبيب مثله من أهل العلم بالطب، فلا ضمان عليه رغم أنه يطلق على فعله هذا مصطلح (الخطأ

= الإسلامي، ص ٣١٨.

(١) عبد الله سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، ص ١٢٧.

(٢) المرجع السابق، ص ١٢٩.

(٣) أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب وإدارة المرفق الصحي العام.

اليسير)، وهو الذي يمكن أن يقع فيه طبيب مثله. ومن أمثلة ذلك: ما ورد في حاشية الدسوقي من أنه «إذا ختن الخاتن صبياً، أو سقى الطبيب مريضاً دواءً، أو قطع له شيئاً فمات من ذلك، فلا ضمان على واحد منهم، لا في ماله ولا على عاقلته، لأنه مما فيه تغرير (أي: احتمال مما لا يمكن الإضرار منه).

فكان صاحبه هو الذي عرضه إلى ما أصابه، وهذا إذا كان الخاتن أو الطبيب من أهل المعرفة ولم يخطئ في عمله»^(١).

ومما لا شك فيه أن مقارنة المفاهيم الفقهية السابقة بالمصطلحات القانونية المعاصرة سوف تبين أنه لا يوجد اختلاف بين موقف هذا الفريق، وبين ما استقر عليه القضاء الحديث.

فعندما يكون ما فعله الطبيب مماثلاً لما يفعله طبيب مثله من نفس مستواه، وفي ظروفه، فلا يجوز وصف سلوكه بالخطأ، ولو كان سبباً، لأنه إنما تم وفق الرسم المعتاد، أي: أنه موافق للقواعد الفنية بحسب ما توصل إليه أصحاب هذه المهنة أنفسهم، وما قد يقع للمريض من ضرر لا يرجع إلى انحراف في سلوك الطبيب، وإنما إلى الصفة الاحتمالية للعمل الطبي، وبذلك عندما يتجاوز الطبيب الحدود المتعارف عليها عند أهل المهنة الطبية فهذا هو الخطأ، دون أن تضاف عليه صفة الجسامة^(٢).

ما هو المعيار الملائم لقياس الخطأ:

هناك ثلاثة اتجاهات في معايير قياس الخطأ:

الأول: المعيار الشخصي (الواقعي): ويرى أصحابه أن يقاس سلوك الإنسان على ضوء تصرفاته العادية، من حيث قدرته على تجنب الفعل الضار إذا وجد في نفس الظروف التي أحاطت به، فإن ثبت أنه كان بإمكانه تجنب ذلك الضرر ولم يفعل؛ وصف سلوكه بالخطأ أو الإهمال لعدم اتخاذه الحيطة والحذر.

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢٧، ٢٥ / ٤.

(٢) أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب وإدارة المرفق الصحي العام.

الثاني: المعيار الموضوعي (المادي): وفيه يقاس خطأ الطبيب بمقياس مسلك الطبيب العادي اليقظ حين يوجد في نفس الظروف التي أحاطت بالطبيب المتهم.

الثالث: المعيار المختلط: حيث يوجب أصحاب هذا الاتجاه على القاضي اتباع المعيار الموضوعي مع مراعاة الظروف المحيطة بالطبيب والتي قد تؤثر حتماً في سلوكه، ومن ذلك كفاءة الطبيب والوسائل المتاحة تحت يده وقت تنفيذه للعمل، وظروف الخدمة التي يقدمها للمريض^(١). وهذا هو المعيار الأنسب لقياس خطأ المريض.

صور الخطأ:

ويمكن تقسيم صور الخطأ إلى أربع صور:

١- الرعونة والطيش: ويقصد بها الخفة والطيش ونقص الخبرة، والإقدام على التصرفات دون التفكير المسبق في عواقبها. ومثال ذلك: الطبيب الذي يقدم على عملية جراحية دون الاستعانة بطبيب التخدير.

٢- عدم الاحتياط والتحرز: وهو خطأ ينطوي على نشاط إيجابي من الفاعل يدل على عدم التبصر بالعواقب. ومثاله: أن يجري الطبيب علاجاً بالأشعة بواسطة أجهزة يعرف أنها معيبة، أو أن يجري الطبيب عملية للمريض وهو يدري أن بيده عجزاً يحول دون تأديتها على الوجه المطلوب.

٣- الإهمال وعدم الانتباه: وفيه لا يتخذ الطبيب الاحتياط والحذر والعناية التي توجبها مهنته، ومثال ذلك: أن يترك الجراح في اللحم بعض فتات من العظم، أو أن يترك في جوف المريض قطعة من الشاش، أو يهمل في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لإجراء التخدير.

(١) د. عبد الفتاح خضر، الجريمة وأحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي، ص ١٤-١٥؛ عبد الله سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، ص ١٣٠.

٤ - عدم اتباع اللوائح : التي تصدرها جهات الإدارة^(١).

التقدير الواقعي للخطأ الطبي:

لا شك أن علم الطب متطور غير ثابت يعتمد فيه التشخيص على الحدس والاستنتاج، الأمر الذي يمكن معه وقوع الطبيب في الخطأ. فينبغي على القاضي، وهو بصدد تقدير خطأ الطبيب أن يضع في اعتباره الكفاءة الشخصية للطبيب، وكافة الظروف المحيطة بالعمل الطبي ذاته.

١ - الكفاءة الشخصية للطبيب:

يقتضي النشاط الطبي دقة متناهية من أجل الوصول إلى تشخيص، ومن ثم معالجة المرض والتغلب عليه، ومن ثم فليس من المعقول أن يطلب من جميع الأطباء أن يكونوا على مستوى واحد من الكفاءة؛ فهذه الصفة تحكمها عوامل عديدة، منها: الموهبة الطبيعية، والدراسات والخبرة، والحالة الصحية للطبيب وغير ذلك.

● الموهبة الطبيعية: فهناك عمليات معقدة تحتاج قدراً عالياً من الاستعداد الطبيعي في ممارسة الفن الجراحي، وقضت محكمة (تولوز) أنه صار من المبادئ المسلمة التي لا تقبل النقاش أن حدوث أي خطأ يقتضي تفاديه قدراً عالياً من الدقة والمهارة لا يمكن أن ينهض كقرينة ضد مرتكبه، ومن ثم فلا يستوجب بذاته مؤاخذة الجراح عن ترده أو جرأته إذا ما فشل العمل الجراحي^(٢).

● الدراسات: فلا يمكن توجيه اللوم إلى طبيب ممارس عام، لعدم تقديمه الرعاية المناسبة والتي يمكن أن يوجد بها طبيب أخصائي، ومن ثم فإن مسؤولية الطبيب الأخصائي أثقل وطأة من مسؤولية الطبيب العام. والقاعدة أنه ينظر في الحالة إلى طبيب بمستوى الطبيب المتهم.

(١) د. فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدي، ص ١٠٥؛ عبد الله سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، ص ١٣٦، ١٣٩ بتصرف.

● **الخبرة:** وتلعب الخبرة دوراً هاماً في مجال التشخيص، ومن ثم فالخطأ في التشخيص في حد ذاته لا عقاب عليه، طالما أدى الطبيب واجبه على قدر اجتهاده^(١). وقررت محكمة (روان) في هذا الشأن أن الخطأ في التشخيص ولو أدى إلى إجراء عملية جراحية أودت بحياة المريض لا يوجب بذاته مسؤولية الطبيب أو الجراح، لأنه من المتيقن، بالنظر إلى صعوبة التشخيص، وعدم إمكان الوصول إلى الحقيقة بصورة جازمة، فإن أمهر الأطباء وأكثرهم خبرة وأوسعهم علماً وأعظمهم تدقيقاً وعناية معرض للخطأ. وأضافت: «بأن القانون وإن لم يفرض على الطبيب العصمة، فإنه لا يذهب إلى حد السماح له بتشخيص داء المريض برعونة وطيش دون أن يحيط نفسه بالمعلومات الضرورية التي تساعده على تكوين رأيه، ودون أن يستعمل الوسائل التي يوصي بها العلم في البحث والرقابة»^(٢).

● **الحالة الصحية والعجز البدني:** يجب أن يوضع في الاعتبار عند تقدير مسلك الطبيب المستوى الصحي الذي يتمتع به. ولكن يسأل الطبيب الذي يجري عملية ويده مصابة بما يعجزه عن إجرائها.

٢- الظروف المحيطة بالعمل الطبي:

يراعى أيضاً عند تقدير خطأ الطبيب ظروف الزمان والمكان الذي يجري فيه العلاج، ومدى خطورة الحالة المرضية، وما تستلزمه من إسعافات أولية في ظروف قد تكون غير مواتية للطبيب.

● **ممارسة الطب في الريف والمدن:** فالمريض الذي يلجأ إلى طبيب مسن في الريف وبمناى عن التطورات العلمية الحديثة، لا يمكن كما قررت محكمة (ليون) أن يلام على استعماله الوسائل القديمة التي يعرفها. وعلى العكس فإن الطبيب الذي يعمل بإحدى المدن الكبرى عليه أن يقتفي أثر التطور العلمي، ولا يغتفر له جهله بالحقائق الجديدة التي أسفر عنها التقدم في فنون الطب.

(١) د. محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص ٦٣.

(٢) المرجع السابق، ص ٦٣.

● ممارسة الطب في حالة الاستعجال: تلعب حالة الاستعجال دوراً هاماً في مجال تقدير خطأ الطبيب، وبالتالي تقرير مسؤوليته، فهي تعفي الطبيب أحياناً من التزامه بضرورة تبصير المريض عن كافة المخاطر المحتملة والمترتبة على ممارسة العملية الجراحية أو الحصول على رضاه أيضاً^(١).

والطبيب الجراح شأنه شأن الطبيب العادي، عليه التزامٌ ببذل عناية دون تحقيق نتيجة، بمعنى أنه لا يكون مسؤولاً عن ضمان في شفاء المريض أو نجاح العملية الجراحية طالما أنه بذل جهوداً صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب. ويعفى الجراح من المسؤولية في حالة توافر شروط القوة القاهرة، أو حالة الضرورة التي توجب ضرورة السرعة في إجراء العملية. وقد يفاجأ الجراح بظروف شاذة لم يكن يتوقعها، ولا في مقدوره أن يعمل على تلافيها^(٢).

ويستعين الطبيب الجراح في أغلب الأحيان داخل غرفة العمليات بعدد من الممرضين والممرضات والمساعدين أثناء إجراءاته العملية، ويعتبر الطبيب رئيساً للفريق الذي يعمل تحت إمرته، فهو يدير وينسق كل أنشطة مساعديه، إذ في أغلب الأحوال لا يعرف المريض سواه، ومن ثم فإذا وقع أي خطأ من أحد هؤلاء، فإن الطبيب الجراح يسأل تعاقدياً في مواجهة المريض عن هذا الخطأ^(٣).

والفرق بين نظرة الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية هنا أن الطبيب وفقاً للشريعة الإسلامية لا يسأل عن عمل غيره إلا إذا صدر منه تقصير أو خطأ، وذلك على أساس قاعدة التسبب والمباشرة في الأعمال. أما في النظرة القانونية، فإنه يسأل عن أعمال تابعيه وإن لم يكن له يد في إحداث ذلك الضرر، فالمسؤولية هنا مفترضة، لا يجوز للمتبوع التخلص منها باعتبارها كفيلاً للتابع^(٤).

وقد تحتاج العمليات الجراحية الكبرى إلى فريق من الجراحين، إضافة إلى

(١) د. محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص ٦٢، ٦٧.

(٢) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص ٧٣.

(٣) محسن البنية، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، ص ٨٨.

(٤) عبد الله سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، ص ٢٣٤.

أخصائيين في فروع طبية أخرى . فإذا وقع خطأ من أحد هؤلاء، فهل تقوم المسؤولية على هذا الطبيب أم عليهم تضامنياً؟ فقد اتجه القضاء في هذه الحالة إلى قيام المسؤولية المدنية بين الأطباء بصفة تضامنية .

الخطأ في التشخيص:

والسؤال المطروح : هل يسأل الطبيب إذا أخطأ في تشخيص المريض؟

القاعدة أنه لا يعتبر خطأ مجرد الغلط في التشخيص، أي: تفسير الأعراض المختلفة، حتى ولو كان في استطاعة الطبيب الحاذق المجرب أن يقف فوراً على حقيقة الحالة؛ فالطبيب لا يسأل عن الأخطاء التي تقع في التشخيص إلا إذا كانت جسيمة، أو تنطوي على جهل مطبق بالعلوم الطبية، أو غلط غير مغتفر .

ويُسأل الطبيب إذا كان خطؤه في التشخيص راجعاً إلى عدم استعمال الوسائل العلمية الحديثة التي اتفق على استخدامها في مثل هذه الأحوال؛ مثل: الفحص الشعاعي أو المخبري وغيرهما . كما يقوّم الخطأ في حق الطبيب إذا استعمل وسائل مهجورة أو طرقاً طبية قديمة وكان من شأن هذه الطرق الإضرار بالمريض^(١) .

الخطأ في وصف العلاج:

لا يسأل الطبيب عن نتيجة معينة كشفاء المريض، ولكن يلتزم الطبيب بمراعاة الحد اللازم من الحيطة في وصفه العلاج، ويُسأل الطبيب إذا أعطى جرعة من الدواء أزيد من اللازم .

ومجمل القول: إن مسؤولية الطبيب تقوم إذا ما استشف القاضي من القضية أن الطبيب قد باشر العلاج بطريقة تنمُّ عن إهمال أو لا مبالاة، ودون اتباع الأصول الطبية السليمة المتعارف عليها بين جمهرة الأطباء .

* * *

(١) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص ٣٤٦؛ وعبد الله سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، ص ٢٤٧ .

إثبات مسؤولية الطبيب وأثارها في الشريعة الإسلامية

وسائل إثبات خطأ الطبيب:

لا يمكن قبول دعوى المريض ضد الطبيب متهماً إياه بالتعدي أو التقصير من دون أدلة وبراهين جلية تدل على أن الطبيب قد ارتكب ما يوجب مساءلته . قال الله تعالى: ﴿ قُلْ هَاتُوا بُرْهَانَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ ﴾ [النمل: ٦٤] . فالبينة في الدعاوى عموماً على المدعي واليمين على المدعى عليه ، وعلى ذلك أجمع أهل العلم^(١) . وهي مسألة يتفق فيها القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي ، حيث يتعين على المدعي المتضرر إثبات خطأ المعتدي ووقوع الضرر^(٢) . ووسائل الإثبات التي قد يلجأ إليها المريض في إثبات خطأ الطبيب وتعديه هي : الإقرار والشهادة وآراء أهل الخبرة والاختصاص والكتابة .

١ - الإقرار : وهو سيد الأدلة كما يقال ، لأنه اعتراف من الجاني على نفسه . فإذا أقر الطبيب عند القاضي ثبوت الخطأ من جانبه - مع توافر شروط أهلية المقر - فلا يفيد إنكاره بعد ذلك لهذا الإقرار .

٢ - الشهادة : وتلعب الدور الرئيس في الإثبات في الفقه الإسلامي ؛ قال تعالى: ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا جَاهِلِينَ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتُكَ إِنْ مَنَّ رَضُونَ مِنَ الشَّهَادَةِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾ [البقرة: ٢٨٢] . وفيما يخص فعل الطبيب ، لا تقبل الشهادة على الطبيب من أشخاص عاديين غير عالمين بطبيعة العمل ، إلا في حالة التدليل على عدم سابقة الإذن من المريض أو الولي ، وإنما يُعَوَّل في الشهادة على أهل الخبرة والاختصاص .

(١) الإجماع لابن المنذر، ص ٢٩ .

(٢) د . وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ، ص ٢٧٠ .

ولما كان كثير من مزاولي هذه المهنة من غير المسلمين ، فقد يحتاج الأمر إلى شهادة غير المسلمين ، واختلف الفقهاء في شهادة غير المسلمين على المسلمين ؛ فشيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - يرى أن في كل موضع ضرورة روايتان ، إحداهما : جواز قبول شهادتهم^(١) . وأرى - والله أعلم - أن القول بجواز شهادة غير المسلمين إذا لم يكن سواهم من باب الضرورة قول صائب يحقق العدل ، ويدفع الحرج ، خصوصاً إذا عرفنا أن كثيراً من العاملين في القطاعات الصحية من غير المسلمين ، وأنه في بعض الحالات لا يتوافر من الشهود سواهم^(٢) .

٣ - الخبرة : فأقوال الخبراء الفنيين لها دور هام في الإثبات ، يعوّل عليها القاضي عند النظر في مسألة خطأ الطبيب . ورأي الخبير الفني عبارة عن إخبار عن حقيقة علمية يمكن أن تنطبق على أي إنسان وقعت له نفس الظروف والأحداث التي وقعت لذلك الطبيب والمريض . ويشترط في الشهادة أن تكون من اثنين على الأقل ، أما الخبرة فإنه يكفي فيها خبير واحد . ويجوز قبول شهادة الخبير ، حتى لو كان غير عدل ، أو غير مسلم عند الحاجة ؛ يقول القاضي عياض - رحمه الله - : « ويجوز قبول شهادة الطبيب فيما يسأله القاضي عنه مما يختص بمعرفته الأطباء ، وإن كان غير عدل ، أو نصرانياً إذا لم يوجد سواه »^(٣) .

٤ - الكتابة : وتشمل ما يتم كتابته في ملف المريض ، وتوقعات المريض أو وليه على العلاج أو العمل الجراحي ، والوصفات الطبية وغيرها . ويمكن التعويل على الملف الطبي والرجوع إليه لتحديد ما إذا كان هناك تقصير أو إهمال أو أي خطأ طبي .

آثار المسؤولية الطبية :

فالتبيب مسؤول عن الخطأ في تشخيص المرض ، إذا أقدم على تشخيص المرض عن طريق الحدس والتخمين ، مع توفر الوسائل والفحوصات التي يمكن

(١) الطرق الحكمية ، ص ٢٥٧ .

(٢) عبد الله سالم الغامدي ، مسؤولية الطبيب المهنية ، ص ٢٧٧ .

(٣) المعيار المعرب : ٩٧ / ١٠ ؛ ومسؤولية الطبيب المهنية ، مرجع سابق .

بواسطتها التأكد من وجود المرض أو عدمه . وطبيب المختبر مسؤول عن أي خطأ يقع في تحليله ، وأخصائي الأشعة مسؤول عن التقارير التي يكتبها للطبيب . والطبيب الجراح يتحمل المسؤولية عن أهلية الشخص المخدر ، لأنه لا يجوز له أن يعهد بمهمة التخدير إلى أي شخص لا تتوفر فيه الأهلية المعتبرة للقيام بمهمة التخدير على ما جرت عليه الأعراف الطبية ، والمخدر يتحمل المسؤولية عن إهماله وتقصيره إن هو قصر في أداء عمله . ويتحمل الجراح العبء الأكبر من المسؤولية ، كما يتحمل مساعده المسؤولية ، كل حسب المهمة المطلوبة منه ومجال عمله . وإن قصر الممرض في إحضار الآلات المطلوبة في الوقت المحدد لها ، أو قصر في تعقيمها قبل الجراحة أو أثناءها ، وترتب على ذلك حصول تلوث في الجرح ، فإنه يتحمل المسؤولية عن تقصيره . وكذلك لو أذن للطبيب الجراح بقفل موضع الجراحة دون التأكد من اكتمال الآلات المستعملة في العملية بعدها ، ثم تبين أن الطبيب الجراح قد قفل الجرح على شيء منها ، فإن الممرض يتحمل المسؤولية عن تقصيره في عد تلك الآلات ، ولا تسقط مسؤولية الجراح عنهم^(١) .

فإذا ارتكب طبيب خطأ في عملية جراحية ومات المريض ، ولكن تبين من تشريح الجثة أن موت المريض كان أمراً محتوماً سواء أجريت العملية أم لا فإن الطبيب لا يسأل عن الوفاة .

وقد استقر القضاء الحديث أخيراً على أن الجراح لم يعد مسؤولاً عن الخطأ الذي يصدر من طبيب التخدير طالما أن المريض لم يعترض على تواجده ، إذ يفترض وجود رضا ضمني بهذا الوجود . ومن ثم فإن كلاً من الطبيبين يسأل عن الأخطاء التي تصدر منه سواء قبل العملية أو أثناءها أو بعد انتهائها ، وإذا حصل خطأ مشترك بين الطبيبين أصبحا مسؤولين أمام المريض^(٢) .

وقد قسم الإمام ابن قيم الجوزية الجنائيات إلى خمسة أقسام :

-
- (١) د . محمد المختار الشقيطي ، أحكام الجراحة ، ص ٤٩٦ ، ٥١١ .
 - (٢) د . بسام محتسب بالله ، المسؤولية الطبية والمدنية والجزائية ، ١٨١ ؛ وعبد الله سالم الغامدي ، مسؤولية الطبيب المهنية ، ص ٢٥٠ .

الأول: الطبيب الحاذق الذي أعطى الصنعة حقها ولم تجن يده، فتولد عن فعله المأذون فيه من جهة الشرع، ومن جهة من يطلبه تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة، فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً.

الثاني: متطبب جاهل باشرت يده من يطببه فتلف به، هذا إن علم المجني عليه أنه جاهل لا علم له، وأذن له في طلبه لم يضمن، وإن ظن المريض أنه طبيب وأذن له في طبه لأجل مؤقت ضمن ما جنت يده.

الثالث: طبيب حاذق أذن له وأعطى الصنعة حقها، ولكن أخطأت يده وتعدت إلى عضو صحيح فأتلفه فهذا يضمن، لأنها جناية خطأ.

الرابع: الطبيب الحاذق الماهر لصناعته إذا اجتهد فوصف للمريض دواء فأخطأ في اجتهاده فقتله، فهذا يجري على روايتين: إحداهما: أن دية المريض في بيت المال، والثانية: أنها على عاقلة الطبيب، وقد نص عليها الإمام أحمد في خطأ الإمام والحاكم.

الخامس: طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها فقطع سلعة من رجل أو صبي أو مجنون بغير إذنه أو إذن وليه، أو ختن صبياً بغير إذن وليه فتلف، فقال أصحابنا: يضمن، لأنه تولد من فعل غير مأذون فيه، وإن أذن له البالغ أو ولي الصبي والمجنون لم يضمن، ويحتمل أنه لا يضمن مطلقاً لأنه محسن، وما على المحسنين من سبيل^(١).

وما أورده الإمام ابن القيم في هذا الصدد برهان ساطع على سبق علماء الإسلام في بحث هذه الأمور التي حاول فقهاء القانون بحثها لتحديد نطاق مسؤولية الطبيب^(٢).

من صور ضمان الطبيب:

يجب على كل من الأطباء ومساعدتهم ضمان التلف الناشئ عن فعلهم أثناء

(١) ابن القيم، الطب النبوي، ص ٢٦٦.

(٢) السيد رضوان محمد جمعة، العلاقة بين الطبيب والمريض، ص ٤٧٩.

قيامهم بأعمالهم الطيبة، وذلك في الصور التالية:

الصورة الأولى: أن يكونوا جاهلين بالمهمة، ويتنفي فيهم قصد الضرر، ولا يعلم المريض بجهلهم:

اتفق الفقهاء على تضمين الطبيب الجاهل؛ قال ابن رشد في (بداية المجتهد): «ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن، لأنه متعدّد»^(١)، وذلك لأن المصطفى ﷺ يقول: «من تطيب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن»^(٢). والمتطيب الجاهل يستحق العقوبة والجزاء. قال الإمام برهان الدين ابن فرحون: «وإن كان الخاتن غير معروف بالختن والإصابة فيه، وعرض نفسه فهو ضامن لجميع ما وصف في ماله، ولا تحمل العاقلة من ذلك شيئاً. وعليه من الإمام العدل العقوبة بضرب ظهره وإطالة سجنه، والطبيب والحجام والبيطار فيما أتى على أيديهم بسبيل ما وضعنا في الختان»^(٣).

وقال الشيخ أحمد بن غنيم النفراوي المالكي رحمه الله: «إن عالج بالطب المريض ومات من مرضه لا شيء عليه، بخلاف الجاهل أو المقصر فإنه يضمن ما نشأ عن فعله»^(٤).

وعبارات العلماء رحمهم الله تعالى، وإن كانت في ظاهرها مختصة بالأطباء إلا أنها تعتبر أصلاً نلحق به كل من كان في حكمهم كالمساعدين والمرضيين ونحوهم، فكل هؤلاء يُتَزَلون منزلة الأطباء في إيجاب الضمان عليهم إذا أقدموا على فعل أية مهمة وهم جاهلون بها علمياً أو نظرياً. ورحم الله ابن القيم؛ حيث قال: «إذا تعاطى علم الطب وعمله، ولم يتقدم له به معرفة، فقد هجم على إتلاف الأنفس، وأقدم بالتهور على ما لم يعلمه، فيكون قد غرر بالعليل، فيلزمه الضمان لذلك، وهذا إجماع من أهل العلم»^(٥).

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٣١٣/٢.

(٢) رواه ابن ماجه والدارقطني، وصححه الحاكم.

(٣) تبصرة الحكام: ٢٣١/٢.

(٤) الفواكه الدواني، للنفراوي: ٤٤٠/٢.

(٥) الطب النبوي، لابن القيم، ص ٢٦٤.

الصورة الثانية: أن يكونوا عالمين بالمهمة، ولم يتقيدوا بأصولها المعتمدة عند أدلتها:

وتشمل هذه الصورة نوعين من الإخلال بالأصول المعتمدة للمهنة:

١ - مجاوزة الحد المعتمد عند أهل الاختصاص .

٢ - التقصير في أداء الواجب .

فأما النوع الأول: فمن أمثلته عند الجراح: مجاوزته في قطع الختان أو غيره فيزيد في قطع الجزء المقطوع .

ومن أمثلة النوع الثاني: اقتصار الجراح على استئصال بعض الداء، وترك جزء آخر، مع قدرته على استئصاله، ودون وجود موانع معتبرة طبياً .

قال الإمام إبراهيم بن فرحون المالكي: «أما إذا كان جاهلاً، أو فعل غير ما أذن له فيه خطأ، أو تجاوز الحد فيما أذن له فيه، أو قصر عن المقدار المطلوب؛ ضمن»^(١).

وقال الإمام ابن قدامة المقدسي رحمه الله: «وأما إذا كان صادقاً وجنت يده؛ مثل: أن يتجاوز قطع الختان إلى الحشفة، أو إلى بعضها، أو قطع في غير محل القطع، أو يقطع السلعة من إنسان فيتجاوزها، أو يقطع بألة يكثر ألمها، أو في وقت لا يصلح القطع فيه، وأشبه هذا؛ ضمن فيه كله...»^(٢).

الصورة الثالثة: أن يكونوا عالمين بالمهمة، ويتقيدوا بأصولها، ولكن تزل أيديهم خطأ أثناء العمل:

ومثاله: أن تتحرك يد الجراح بلا شعور منه فيقطع شرياناً أو يجرح موضعاً فيتضرر المريض بذلك. وقد حكى الإمام ابن المنذر - رحمه الله - الإجماع على وجوب تضمين الطبيب الذي أخطأ فأدى خطؤه إلى التلف، فقال رحمه الله:

(١) تبصرة الحكام، لابن فرحون: ٢/٢٤٣.

(٢) المغني والشرح الكبير، لابن قدامة: ٦/١٢.

«وأجمعوا على أن قطع الخاتن إذا أخطأ فقطع الذكر والحشفة أو بعضها فعليه ما أخطأ به يعقله عنه العاقلة»^(١).

قال ابن القيم في الطب النبوي: «والقسم الثالث: طيب حاذق أذن له، وأعطى الصنعة حقها، لكنَّ يده أخطأت، وتعدت إلى عضو صحيح فأتلفه، مثل: إن سبقت يد الخاتن إلى الكمرة، فهذا يضمن لأنه جنابة خطأ، ثم إن كان الثلث فيما زاد فهو على عاقلته، فإن لم تكن عاقلة: فهل تكون الدية في ماله؟ أو في بيت المال؟ على قولين، هما روايتان لأحمد...»^(٢)

فإذا أخطأ الطبيب المعروف بالطب، المأذون له في عمله من ولي الأمر، ومن المريض، وكان الخطأ واضحاً مخالفاً لأصول المهنة، فإن الطبيب يضمن ما أخطأت يده، فإن كان التلف يقدر بأقل من ثلث الدية (والدية تقدر بقيمة مائة من إبل)، فعليه أن يدفع ذلك من ماله للمتضرر، وإن كان التعويض يقدر بثلث الدية أو ما فوقها فإنها تقع على العاقلة.

والعاقلة هي من يحمل العقل وهي الدية، وسميت كذلك لأنهم يمنعون عن القاتل، أو لأنهم يعقلون لسان ولي المقتول. وعاقلة الإنسان هم العصبة وهم أولياء الدم... ويدخل العصبة لأنهم يرثون الإنسان إذا مات. وقد جعل عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - العاقلة في أهل الديوان، وهم أهل العطاء من ديوان واحد. ومنه استنبط بعض العلماء جعل العاقلة في أهل الحرفة الواحدة متى كان يجمعهم رابطة أو نقابة أو جمعية.

ويوضح نظام العاقلة مدى الترابط بين أفراد المجتمع، فإذا تعذر وجود العاقلة في العصبة، فإن جعل العاقلة في أهل الديوان أو أهل المهنة الواحدة؛

(١) الإجماع، لابن المنذر، ص ٧٤؛ وممن نصَّ على تضمين الطبيب في حال جنابته على وجه الخطأ الإمام ابن القيم، والشيخ عبد الله بن سلمون المالكي؛ انظر: تحفة المودود لابن القيم، ص ١٥٢؛ والعقد المنظم للحكام: ٨٠ / ٢ بهامش تبصرة الحكام؛ وانظر: أحكام الجراحة الطبية، للدكتور محمد المختار الشنقيطي.

(٢) ابن القيم، الطب النبوي، ص ٢٦٦.

مثل: نقابة الأطباء أو النقابات المهنية الأخرى ما ييسر إيجاد صندوق لمثل هذه الحالات، بحيث يؤخذ من كل عضو في النقابة مبلغ من المال إسهاماً في هذا الصندوق كل عام، فإذا ما حدث خطأ ولزمت الدية، أمكن دفعها من هذا الصندوق^(١).

الصورة الرابعة: أن يكونوا عالمين بالمهمة، ويتقيدوا بأصولها، ولكن لم يأذن لهم المريض ولا وليه ولا السلطان بفعلها:

وفيه يقوم الجراح باتباع الأصول المتبعة عند أهل الاختصاص، ولكن بدون إذن المريض. ويشاء الله تعالى أن تسبب في حدوث ضرر بجسم المريض، والراجح عند الفقهاء تضمين الجراح إذا أقدم على فعل الجراحة بغير إذن المريض.

التعويض بدون خطأ:

إذا كان القضاء المدني الفرنسي المتشدد في مجال المسؤولية الطبية قد سعى سعياً حثيثاً نحو التوسع المستمر في فرض التزام نتيجة على عاتق الأطباء، وبالتالي تقرير مسؤوليتهم بناء على قرينة الخطأ في كل مرض يخفق فيه العمل الطبي عن تحقيق النتيجة المرجوة. فقد وجد الطبيب نفسه في النهاية مضطراً إلى دفع التعويض المقضي به حتى ولو لم تكن رابطة السببية قد ثبتت على نحو أكيد.

ومن جهة أخرى وعلى الرغم من تعقد النشاط الطبي وما يقع على كاهل الأطباء من مواجهات العديد من المخاطر من أجل قهر الأمراض؛ فإن المرضى لم يكفوا بدورهم عن ملاحقة أطبائهم أمام ساحات القضاء عند فشلهم في تحقيق أي نتيجة مرضية بالنسبة لهم.

وغالبا ما يبالغون في تقدير التعويضات المستحقة، وقد حدا ذلك بالقانون في كل من فرنسا وبلجيكا وهولندا إلى التفكير وإعادة النظر في المسؤولية الطبية

(١) سعيد حوا، الإسلام: ٢٠٧/٣؛ ود. محمد علي البار، المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب، ص ١٥٣، ١٥٥.

بفرض حل المشاكل الناجمة عنها بين الأطباء ومرضاهم، لذا فقد انتهى القول بضرورة تعويض ضحايا العمل الطبي دون أن يستتبع ذلك إدانة الطبيب من الوجهة المدنية، ومن ثم فصل فكرة الخطأ في ذاته عن مبدأ التعويض.

أولاً: مضمون فكرة التعويض بدون خطأ:

فقد ثبت فشل المسؤولية الطبية القائمة على فكرة (الخطأ المدني) سواء بالنسبة للطبيب باعتبارها أداة تهدد نشاطه وتصيبه بالجمود، وبالنسبة للمرضى، فهي وسيلة غير فعالة لما تتطلبه من تكاليف باهظة، وفي النهاية فهي تؤدي إلى تشويه العلاقة بين الطبيب والمريض.

فمن جهة الطبيب، فقد صار لديه اعتقاد أن رجل القانون - وهو يصدد حل المشاكل الطبية الجسمية التي تتور أمامه - يقوم بوضع مصلحة المريض في المقام الأول. ولا شك أن المسؤولية الطبية عبء ثقيل لا يمكن تحمله ما لم يكن هنالك تأمين مهني خاص بالأطباء.

وحتى لو وجد التأمين المهني للأطباء، فإن الطبيب لا يكون بمنأى عن قلق الخصومة القضائية، وما تنطوي عليه أحياناً من مساس طفيف بكرامته.

أما من جهة المريض، فالمسؤولية القائمة على فكرة الخطأ لم تعد مقنعة بالنسبة له، فقد يشعر بخطأ الطبيب ولا يلجأ إلى القضاء لاعتبارات عديدة، منها: المصاريف الباهظة للدعوى، وبطء إجراءات التقاضي، بل قد يسيطر عليه أحياناً شبح رفض دعواه أو خسارتها.

ثانياً: اقتراح رجال القانون:

يتمثل هذا الحل بداية في التخلي عن المسؤولية المدنية للطبيب القائمة على فكرة الخطأ، ونقل المشكلة إلى نظام مختلف.

ويقترح بعض رجال القانون أن يلتزم الأطباء بإبرام عقد تأمين شامل لمصلحة المريض يغطي جميع النتائج السيئة المترتبة على العمل الطبي أو الجراحي، ويرى جانب آخر من القانونيين إنشاء صندوق مشترك للتعويضات.

ويهدف ذلك إلى فصل التعويض المترتب على العمل الطبي عن فكرة الخطأ المدني، سواء من أجل حماية الأطباء ضد الإجراءات القضائية التعسفية في بعض الأحيان، أو من أجل مصلحة المرضى أنفسهم في الحصول على التعويض المناسب^(١).

مسؤولية المستشفيات:

تتحمل المستشفيات الحكومية والأهلية المسؤولية عن الأشخاص العاملين بها من أطباء وممرضين ومخدرين وغيرهم. والأصل في ذلك حديث رسول الله ﷺ: «كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته..»^(٢). فقد دل هذا الحديث الشريف على أن المسؤولية في الشريعة الإسلامية مسؤولية عامة شاملة. قال الإمام النووي رحمه الله: «قوله ﷺ: «كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته» قال العلماء: الراعي هو الحافظ المؤمن الملتزم صلاح ما قام عليه، وما هو تحت نظره، ففيه أن كل من كان تحت نظره شيء فهو مطالب بالعدل فيه، والقيام بمصالحه في دينه ودنياه ومتعلقاته»^(٣).

* * *

(١) محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء، ص ٧٣-٧٦.

(٢) رواه البخاري ومسلم.

(٣) شرح صحيح مسلم، للنووي: ٢١٣/١٢.

مسؤولية الطبيب في الأمراض المُعدية

تتميز الأمراض المُعدية بكونها ذات علاقة متبادلة قد تشمل المريض والطبيب على حدٍ سواء. فقد يكون المريض مصدراً لعدوى ينقلها إلى طبيبه المعالج، وهو الأكثر شيوعاً، وقد يكون الطبيب مصاباً بمرض معد، يمكن أن ينتقل إلى المريض. وقد وردت في كتاب (أخلاقيات المهنة الطبية) الذي أصدرته الهيئة السعودية للتخصصات الصحية توصيات محددة بهذا الموضوع، نوردتها هنا على الشكل التالي:

١ - على الطبيب أن يلتزم بمعاونة الجهات المختصة في أداء واجباتها نحو حفظ الصحة بما في ذلك التبليغ عن الأمراض السارية والأوبئة حسبما يمليه النظام، وتعليمات تلك الجهات.

٢ - على الطبيب إبلاغ الجهات المختصة بالمرضى المصابين بأمراض مُعدية الذين يرفضون المعالجة؛ ممن قد يؤدي رفضهم للعلاج إلى تعريض مخالطهم أو المجتمع لخطر تفشي المرض.

٣ - على الطبيب أن يتخذ كافة الإجراءات اللازمة لوقاية نفسه من الأمراض المُعدية، ويشمل ذلك تحصين نفسه باللقاحات المعتمدة، والالتزام بتدابير الوقاية المعتمدة، وأن يسعى إلى المعالجة عند إصابته بما قد يؤثر على سلامة المريض أو المجتمع.

٤ - على الطبيب أن يخضع نفسه للفحوصات اللازمة لتشخيص الأمراض المُعدية لديه إذا علم من نفسه احتمال الإصابة بمرض معين، أو حين تعرضه إلى وضع قد يؤدي إلى انتقال العدوى إليه، ويتأكد ذلك إذا كانت إصابته قد تعرّض مرضاه للخطر.

٥ - على الطبيب المصاب بمرض مُعدٍ يمكن أن ينتقل إلى المرضى أن يمتنع عن الممارسة الطبية التي قد تؤدي إلى ذلك حتى تزول احتمالية الخطر، وإذا اضطر إلى الاستمرار في الممارسة الطبية فعليه اتخاذ كافة الاحتياطات الممكنة لحماية مرضاه من العدوى، مع تبليغ مرجعه بذلك.

٦ - يتحتم على الطبيب الذي يعلم إصابة زميل له أو أحد أعضاء الفريق الصحي بمرض معدٍ قد ينتقل للمرضى من خلال ممارسته المهنية أن يبلغ الجهات المختصة بذلك، إذا علم استمرار المصاب في الممارسة الطبية، أو علم عدم تقيده باتخاذ الإجراءات الاحترازية اللازمة لمنع إصابة المرضى الذين يعالجهم، ولا يشترط إذن الطبيب المصاب بذلك.

٧ - لا يجوز للطبيب أن يمتنع عن علاج مريض من أجل إصابته بمرض معدٍ، وأن يبذل وسعه في الاحتياط من انتقال المرض إليه^(١).

* * *

(١) الهيئة السعودية للتخصصات الصحية، أخلاقيات مهنة الطب، ص ٣١.

الفصل السابع

مسؤولية الطبيب في جراحة التجميل

ويقصد بها من الناحية الفنية مجموعة من الوسائل والأساليب الطبية؛ التي تهدف إلى إصلاح العيوب الخلقية أو الطارئة المؤثرة في شكل الإنسان، والتي تلحق ضرراً بقيمته الشخصية والاجتماعية.

وقد اتسع مجال هذه الجراحة بحيث أصبح يشمل علاج الجروح والتشوهات الناتجة عنها، وخاصة الوجه واليدين وعلاج الحروق، والعيوب الخلقية كالشفاه الأرنبية والأذن ناقصة النمو، والأصابع الملتصقة وغيرها، وتجميل جراحة أورام الجلد الحميدة والخبيثة خاصة في مناطق الوجه والعنق، وعمليات وصل الأوتار والشرابين والأعصاب الممزقة وغيرها.

ومن عوامل تطور هذه الجراحة أيضاً استخدام الميكروسكوب الجراحي الذي يسهل عملية توصيل الشرايين والأوتار والأعصاب الممزقة، وتطور الأعضاء الصناعية المصنوعة من السيلكون.

أنواع جراحة التجميل:

وتنقسم عمليات جراحة التجميل إلى نوعين:

الأول: العمليات الجراحية التكميلية:

وهي تهدف إلى:

- علاج تشوهات خلقية؛ كأن يولد الإنسان مصاباً بعيب في جزء من الوجه أو اليدين؛ مثل: الشفة المشقوقة والأصابع الملتصقة وغيرها.

أوتشوهات مكتسبة كما في حوادث العمل والحروب وما ينتج عنها من جروح في الوجه واليدين، أو تهتك في الشرايين والأوتار والأعصاب.

والثاني: عمليات جراحة التجميل العادية:

وهي ما لاتدعو إليه الحاجة، ولكن يقصد بها الغلو في الجمال، وتهدف إلى علاج بعض التشوهات البسيطة كترقيق الأنف، أو انتفاخ أسفل العين، أو تكبير الثديين، أو شد الوجه وغير ذلك.

ولا تخلو التفرقة بين هذين النوعين من العمليات من أية آثار قانونية، فالجراحة التكميلية تخضع لنفس قواعد المسؤولية الطبية العادية؛ حيث تهدف إلى قصد الشفاء حقيقة. في حين أن جراحة التجميل العادية تهدف إلى تحسين شكل عضو معافى من الناحية الصحية، أو بالأحرى تحقيق غرض جمالي بحت. وتعتبر جراحة التجميل إحدى الوسائل الناجحة للتخفيف من الآلام النفسية التي قد تعترض الإنسان نتيجة لتشوهات بسيطة تصيب مناطق ظاهرة من جسده.

الفقه الإسلامي وجراحة التجميل:

إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعرفوا جراحة التجميل بالمعنى المتطور الذي بلغته في هذا العصر، إلا أنهم عرفوا بعض تطبيقاتها ورتبوا أحكامها من حيث الجواز أو المنع.

ومن ذلك ما توصل إليه الصحابة في عهد رسول الله ﷺ من تجميل الأنف المقطوع عن طريق استبداله بعضو صناعي مصنوع من معدن خاص.

فقد روى الترمذي: أن عجرقة بن أسعد قال: «أصيب أنفي يوم الكلاب في الجاهلية، فاتخذت أنفاً من فضة، فأتنت، فأمرني رسول الله ﷺ أن أتخذ أنفاً من ذهب»^(١).

ويستدل كذلك على معرفة المسلمين الأوائل لعمليات جراحة التجميل بما نص عليه الفقهاء في باب الإمامة؛ من أن جدع الأنف وسمل إحدى العينين ونحو

(١) رواه الترمذي.

ذلك يمنع من انعقاد الإمامة، مما قد يوحي بأن إزالتها ربما تكون واجبة .

وقد قرأنا في كتب السيرة النبوية عن إحدى معجزات المصطفى ﷺ وهي :
«رد عين قتادة؛ وتتلخص في أنه كان هناك صحابي جليل يدعى (قتادة) وفي إحدى الغزوات أصيب الصحابي الجليل في عينه فسالت، فتلقاها الصحابي في يده وذهب بها إلى الرسول ﷺ. فقال الرسول ﷺ: دعها وأسأل الله لك الجنة، فقال الصحابي: يا رسول الله إنني رجل مبتلى بحب النساء، وأخاف أن يقلن: إني أعور. فردّها إليّ وسلّ الله لي الجنة، فردّها المصطفى ﷺ إليه، فكانت أجمل من الأخرى. وكانت لا ترمد إذ ارمدت الثانية»^(١).

فناخذ من هذه المعجزة أن أي شيء تشوه في البدن وخاصة الظاهر منه يؤدي إلى أمراض نفسية تؤذي صاحبها وتجعله في قلق دائم، وذهاب ذلك لا يكون إلا بإجراء مثل تلك الجراحات التجميلية متى دعت إلى ذلك ضرورة، ويكون ذلك - كما قال ابن القيم - بإعادة الصحة المفقودة أو إزالة العلة أو تقليلها بقدر الإمكان^(٢).

ولما كان الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة والعافية، ولدرء المفاسد والأسقام، ولدرء ما أمكن درؤه من ذلك، ولجلب ما أمكن جلبه^(٣)، وحيث إنه تدعو الضرورة إلى النوع الأول من الجراحة التجميلية، كما في الحالات الناجمة عن الحوادث التي نتج عنها بتر عضو، أو أحدثت منظراً غير مألوف، أو الحروق التي سببت تشوهات في البدن، أو عمليات التثام الشفتين المفتوحتين أو إحداهما، أو علاج السمنة المفرطة، ونحو ذلك، مما تدعو إليه حاجة الناس وتدفع عنهم الألم النفسي وتذهب عنهم الهم والغم، فإنه يمكن القول بأن هذا النوع يدخل في إطار مشروعية التداوي المنصوص عليه قرآناً أو سنة، وذلك بخلاف النوع الثاني الذي لا تدعو الحاجة إليه .

(١) الروض الأنف في تفسير السيرة النبوية، لابن القاسم عبد الرحمن السهلي: ١٧٦/٣ .

(٢) د. محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص ٩٠ .

(٣) قواعد الأحكام، للعزبن عبد السلام: ٩٨/١ .

ومن المقرر شرعاً: أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة بشرط ألا تتعدى القدر الذي يدفع تلك الضرورة أو الحاجة^(١).

والرأي الراجح هو جواز التداوي بالجراحات التجميلية في النوع الأول الذي ذكرناه، وسواء كان عن طريق النقل الذاتي من البدن نفسه، ليعود إليه مرة ثانية، أو كان من الميت حديث الوفاة متى دعت إلى ذلك ضرورة، وتحققت الشروط المطلوبة والتي ذكرت آنفاً.

هذا وقد أجاز المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته المنعقدة في جدة سنة ١٤٠٨ هـ نقل الأعضاء وزراعتها، بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً. وكانت الصورة الأولى رقم (أ) بخصوص نقل العضو من مكان من الجسد إلى مكان آخر من الجسد نفسه، كنقل الجلد والغضاريف والعظام والأوردة ونحوها وكان الحكم الشرعي لهذه الصورة: بجواز نقل العضو من مكان من جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه، مع مراعاة التأكد من أن النفع المتوقع من هذه العملية أرجح من الضرر المترتب عليها، وبشرط أن يكون ذلك لإيجاد عضو مفقود أو لإعادة شكله أو وظيفته المعهودة له، أو لإصلاح عيب أو إزالة دمامة تسبب للشخص أذى نفسياً أو عضوياً^(٢).

شروط ممارسة جراحة التجميل:

١ - كفاءة الطبيب:

فجراحة التجميل من فروع الجراحة المتخصصة التي تقتضي من الطبيب القائم بممارستها أن يكون على جانب كبير من الدقة، فضلاً عن إلمامه بالأبحاث والدراسات الخاصة بها.

٢ - رضا المريض المستنير:

ويكتسب رضا المريض، في مجال التجميل أهمية خاصة، فبعض أنواع

(١) محمود محمد عبد العزيز الزيني، مرجع سابق.

(٢) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي؛ دار القلم بدمشق، ص ٥٧-٥٩.

جراحة التجميل تخلو من مظاهر الضرورة الماسة أو الاستعجال، كما في حالة إصلاح بعض العيوب الخلقية.

لذا فمن واجب الطبيب تبصير المريض وإمداده بكافة البيانات المتعلقة بالعملية، وأن يكون ذلك بعبارات يسهل إدراكها وفهمها، وبحيث تسمح للمريض بأن يتخذ قراره وهو على بينة من أمره.

وإذا كان الطبيب لا يلتزم بإخبار المريض عن كل الأخطار المتوقع حدوثها عادة، فإن الأمر مختلف بالنسبة لعمليات جراحة التجميل، والتي تحتم على الطبيب أن يُفصح للمريض عن أدنى خطر قد تنطوي عليه مثل هذه العمليات حتى يأتي قبوله لها عن وعي كامل وإدراك مستنير.

٣- التزام الطبيب ببذل عناية صادقة :

الأصل أن التزام الطبيب في العقد المُبرَم بينه وبين المريض هو التزام ببذل عناية، ولكن هل ينطبق هذا الأصل العام على التزام طبيب التجميل أم يسأل عن التزامه بتحقيق نتيجة؟

فقد ذهب جانب من فقهاء القانون الوضعي إلى اعتبار التزام الطبيب في مجال جراحة التجميل التزاماً بتحقيق نتيجة.

بينما يميل غالبية فقهاء القانون الأوروبيين إلى القول بأن طبيعة التزام جراح التجميل هي من قبيل الالتزام ببذل عناية، فجراحة التجميل لها نفس خصائص الأعمال الجراحية العادية، وليس هناك ما يستدعي إخراجها من حكم القواعد العامة.

فجوهر العمل الطبي قائم على أساس الموازنة بين الخطر والأمل، أي أنه يتسم بقدر من الاحتمال.

وما دنا قد انتهينا إلى اعتبار جراحة التجميل من الأعمال الطبية المعتادة، فليس ثمة ما يرر إخراجها من إطار القواعد العامة التي تحكم هذه الأعمال.

٤- مراعاة التناسب بين مخاطر جراحة التجميل وفوائدها :

يكتسب شرط (مراعاة التناسب) في مجال جراحة التجميل أهمية خاصة،

فبعض هذه العمليات لا يتوفر لها حالة الضرورة أو الاستعجال، كما أنها لا ترمي إلى الشفاء من علة مرضية معينة، بل إلى مجرد تحسين العيوب البدنية.

لذا ينبغي على جراح التجميل أن يظهر حرصاً زائداً، ودقة بالغة وهو بصدد تقدير المخاطر المتوقعة، والفوائد المرجوة، وأن يضع في اعتباره المخاطر المحتملة والاستثنائية أيضاً.

وترتيباً على ما تقدم، ينبغي على جراح التجميل أن يعدل عن مباشرة أية عملية لا تتناسب المخاطر المتوقعة فيها والمزايا المرجوة، بل وعليه أيضاً أن يرفض صراحة إجراء هذه العملية حتى ولو كانت بناء على رغبة المريض الملحة^(١).

* * *

(١) محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص ١٤٥، ١٧٥.

التلقيح الصناعي ومسؤولية الطبيب

لا شك أن العقم من مشيئة الله سبحانه لحكمة لا يعلمها إلا هو، قال تعالى: ﴿وَجَعَلَ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا﴾ [الشورى: ٥٠]. ومثل العقم مثل الأمراض الأخرى يجوز التداوي منه، ومما يوجب العمل على علاج العقم والتداوي منه أمران:

الأول: هو أن الشريعة الإسلامية لا تجيز التنيي.

والثاني: هو أن العقم يقلل من عدد المسلمين، ورسولنا ﷺ يحثنا على التكاثر بقوله: «تزوجوا الولود الودود فإنني مكاثركم بالأنبياء يوم القيامة»^(١).

وقد قيل: إن التلقيح الصناعي يعتبر خرقاً لقوانين الطبيعة، ويتعارض مع نصوص القرآن وقدره الله ومشيئته، استناداً إلى قول الحق سبحانه وتعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِئِنَّهَا وَهَبٌ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكُورَ ﴿١٩﴾ أَوْ يُرْوِجُهُمْ ذَكَرًا وَإِنثًا وَجَعَلَ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾ [الشورى: ٤٩ - ٥٠].

والحقيقة أن هذه الآية لا تدل على هذا المعنى، وإنما تدل على حكمة الله سبحانه وتعالى في قدرته وعطائه، وفي اختلاف الناس ما بين عقيم وولود وما بين إناث وذكور.

فقد جاء في تفسير القرطبي: «أن هذه الآية نزلت في الأنبياء وإن عم حكمها؛ فقد وهب للوط الإناث ليس معهن ذكر، ووهب لإبراهيم الذكور ليس معهم إناث، ولإسماعيل وإسحاق الذكور والإناث»^(٢).

(١) رواه أحمد والطبراني.

(٢) تفسير القرطبي.

ويتم التلقيح الصناعي بطريقتين :

١- التلقيح داخل الجسم .

٢- التلقيح خارج الجسم .

وتستخدم في عملية التلقيح هنا نطفة الزوج نفسه، وذلك لتلقيح بيضة الزوجة، وتستخدم هذه الوسيلة في حالة عجز الزوج عن إقامة علاقة جنسية طبيعية مع زوجته، أي: إذا كان في الزوج قصور لسبب ما عن إيصال مائه في المواقعة إلى الوضع المناسب في مهبل زوجته لحدوث الحمل الطبيعي لكونه عنيماً، أو لكون السائل المنوي ليس بالكم أو النوعية الكافية لإتمام عملية الإخصاب، وفي هذا الغرض يعمل الأطباء على جمع هذه الحيوانات المنوية الصالحة على فترات وتجميدها فترات زمنية إلى أن يتم تجميع الأعداد الكافية للتلقيح، وحينئذ تحقق في مهبل الزوجة ومتى تم إدخال الحيوانات المنوية في الرحم بنجاح فإن الأمور تسير بعد ذلك كما لو كان التلقيح طبيعياً؛ حيث تلتقي نطفة الزوج التي تم حقنها التقاء طبيعياً ببيضة الزوجة ويتم التلقيح بينهما .

والتلقيح الصناعي الداخلي بين الزوجين جائز من الناحية الشرعية ويثبت به النسب، وجاءت الفتاوى الشرعية والقرارات الصادرة من المجامع الفقهية لتؤكد على شرعية هذه الوسيلة؛ فقد صدرت عن دار الإفتاء المصرية عام ١٩٨٠م فتوى صريحة^(١) جاء فيها: «إذا كان تلقيح الزوجة بذات مني زوجها دون شك في استبداله أو اختلاطه بمنّي غيره من إنسان مطلق أو حيوان؛ جاز شرعاً إجراء هذا التلقيح، فإذا نبت؛ ثبت النسب تخريجاً على ما قرره الفقهاء من وجوب العدة وثبوت النسب على من استدخلت مني زوجها في محل التناسل منها» .

وكذلك قرر مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة في دورته الثامنة (يناير ١٩٨٥م) ما يلي :

(١) مجموعة الفتاوى الإسلامية الصادرة عن دار الإفتاء، المجلد التاسع، رقم (١٢٢٥)، ص ١١٥ .

«إن حاجة المرأة المتزوجة والتي تحمل وحاجة زوجها إلى الولد تعتبر غرضاً مشروعاً يبيح معالجتها بالأساليب المباحة من أساليب التلقيح الصناعي، وإن الأسلوب الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها في طريقة التلقيح الصناعي الداخلي هو أسلوب جائز شرعاً، بعد أن ثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل».

وأجاز مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة بعمان بالأردن ١٩٨٦م التلقيح الداخلي، وذلك «بأن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضوع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحاً داخلياً»^(١).

ولكن الفتاوى السابقة لم تجعل الإباحة طليقة من كل قيد، بل تطلب لمشروعية اللجوء إلى هذه الوسيلة ضرورة توافر عدة شروط؛ أهمها ما يلي:

أ- أن يتم التلقيح من مني الزوج.

ب- أن يتم ذلك في حياة الزوج وليس بعد مماته، على أساس أن الزوج حين يموت يصبح غريباً عن زوجته، ولذلك يعتبر التلقيح حراماً.

ج- أن يكون الطبيب الذي يقوم بالعمل أو الفريق المساعد له من الممرضين وعمال المختبرات مسلمين مؤمنين على أساس أن الطبيب غير المسلم قد يجيز لنفسه استخدام حيوانات منوية لشخص غريب.

د- أن تتم العملية بغرض مكافحة العقم والتغلب على آثاره الضارة، وليس بقصد التحكم في جنس الجنين أو تغيير صفاته الوراثية.

هـ- وأخيراً أن يتم ذلك بموافقة الزوجين^(٢).

مسؤولية الطبيب في مجال التلقيح الصناعي داخل الجسم:

يلتزم الطبيب عند إجراء عملية التلقيح الصناعي بمراعاة ما تقضي به

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ص ٣٥.

(٢) راجع: فتوى دار الإفتاء، رقم (٦٣)، وقد سبقت الإشارة إليها.

واجبات الحيطة والحذر، قبل تطبيق الوسيلة محل البحث، وإجراء الفحوصات اللازمة، وتشخيص الحالة بدقة متناهية، ولا ينتهي واجبه عند هذا الحد بل يمتد إلى مرحلة التنفيذ.

فإذا أهمل أو أخطأ وكان هذا الخطأ مما لا يقع فيه الطبيب الذي يتمتع بالقدر المتوسط من الرعاية والحيطة؛ فإنه يسأل جنائياً أو مدنياً حسب الأحوال، إذا توافرت العناصر الأخرى اللازمة للمسؤولية، وأهمها رابطة السببية والنتيجة، وهي المساس بسلامة الجسم أو الضرر أيّاً كانت صورته.

وإذا كان المبدأ المستقر عليه في الفقه الفرنسي هو الإعفاء المطلق للأطباء من كل مسؤولية عن الغلط في التشخيص؛ فإنه لا يعد قاعدة مطلقة، فإذا أظهر غلط التشخيص جهلاً واضحاً أو إهمالاً جسيماً أو خطأ لا يعتذر أو مخالفة صريحة للأصول العلمية؛ فإنه يشكل خطأ يسأل عنه الطبيب مسؤولية جنائية أو مدنية. وتعتبر مرحلة تنفيذ عملية التلقيح من المراحل الدقيقة؛ ففيها يقوم الطبيب بنقل الحيوانات المنوية للزوج لرحم الزوجة. ولذا يجب عليه مراعاة الحيطة والحذر والدقة في إجراءاتها، ويسأل الطبيب عن خطئه في إجراء العملية إذا كان هذا الخطأ ظاهراً لا يحتمل نقاشاً فنياً تختلف فيه الآراء.

ولكنه لا يسأل إذا فشلت عملية التلقيح طالما أنه اتبع كافة وسائل الحيطة والحذر في إجراءاتها؛ فالالتزام الطبيب في هذه العملية مثل غيرها من الأعمال الطبية هو الالتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة معينة^(١).

التلقيح الصناعي خارج الجسم:

إذا كانت طريقة التلقيح الصناعي بالمعنى السابق - والتي تتم عن طريق نقل السائل المنوي للزوج إلى رحم الزوجة - لها فوائد علمية في علاج بعض صور العقم، إلا أنها لم تستطع التغلب على كافة أنواع العقم، كما هي الحال مثلاً عندما

(١) محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستورثة في الطب والجراحة، ص ٧٥-٧٨.

تكون الزوجة عقيماً بسبب انسداد القناة التي تصل بين المبيض والرحم والتي تسمى (قناة فالوب).

وقد نجحت فكرة التلقيح الصناعي خارج الجسم في عام ١٩٧٨م، فتمت عملية التلقيح أو الإخصاب خارج الرحم في الأنابيب، ثم إعادة البيضة الملقحة (المخصبة) إلى داخل الرحم، فالتقاء البيضة مع الحيوان المنوي هنا يتم خارج الرحم وليس داخله كما في الطريقة السابقة.

وقد أطلقت الصحافة العالمية على هذه الوسيلة اسم (أطفال الأنابيب)، أما التسمية العلمية الصحيحة فهي (التلقيح خارج الجسم).

وقد حققت هذه الوسيلة فوائد عديدة للأزواج الذين يعانون من مشكلة العقم، إلا أنها أفرزت العديد من التساؤلات حول مشروعيتها الدينية والقانونية، ومسؤولية الطبيب في حالة تطبيقها.

ويلجأ الطبيب إلى إجراء عملية التلقيح الخارجي من نطفة الزوج وبيضة الزوجة عندما تكون الزوجة عقيماً بسبب انسداد قناة (فالوب) كما ذكرنا، أو عندما تكون الحيوانات المنوية عند الزوج قليلة أو ضعيفة.

وفي هذه الحالات يقوم الطبيب بعد الحصول على موافقة الزوجين بإعطاء الزوجة عقاقير منشطة للمبيض، وذلك للحصول على عدد كبير من البويضات، وعندما تصل البويضات إلى الحجم المطلوب وترتفع الهرمونات إلى النسبة المطلوبة؛ يقوم الطبيب باستخراج البويضات عن طريق استخدام منظار البطن بواسطة إبرة يتم إدخالها في البطن تحت التخدير الموضعي، وملاحظتها بواسطة جهاز الموجات فوق الصوتية.

وبعد استخراج هذه البويضات يتم وضعها مع الحيوانات المنوية في أنابيب اختبار خاصة، وتوضع هذه الأنابيب في جهاز حضانة خاص يحافظ على درجة الحرارة والرطوبة والحموضة والضغط الإسموزي المساوية لسائل (قناة فالوب)، وذلك لمدة تتراوح بين (٢٤ - ٤٨) ساعة.

وبعد نجاح عملية الإخصاب يتم استدعاء الزوجة؛ حيث يتم إعادة اللقيحة

أو اللقيحات^(١) إلى رحمها بواسطة قسطرة خاصة رقيقة يتم إدخالها عن طريق المهبل وعنق الرحم، ثم يتم متابعتها لمعرفة حدوث الحمل من عدمه.

التلقيح خارج الجسم في الشريعة الإسلامية:

لقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي في دورته المنعقدة بعمان بالأردن عام ١٩٨٦م التلقيح الصناعي الخارجي في صورة واحدة، وذلك بأن تؤخذ نطفة من زوج وبيضة من زوجته، ويتم التلقيح خارجياً، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة^(٢). فالإخصاب في الأنابيب الذي يتم بين بيضة الزوجة ومني الزوج جائز شرعاً وقانوناً، إلا أنه يجب حتى تتم هذه العملية بغير شبهة، وأن يحاط إجراؤها بكثير من الضمانات المؤكدة، والضوابط المحكمة؛ ومنها:

- ١- أن تكون ثمة ضرورة تقتضي هذا الإجراء؛ من ظروف مرضية أو خلقية لا تسمح بإتمام الحمل بالطرق الطبيعية في أي من الزوجين، أو فيهما معاً.
- ٢- ألا تجرى هذه العملية إلا بين زوجين فحسب، وبشرط موافقتهما معاً، وقد تكون الكتابة شرطاً لإثبات هذه الموافقة.
- ٣- ألا تجري هذه العملية إلا بواسطة طبيب مختص على مستوى عالٍ من العلم والخبرة في وحدات أو مراكز للإخصاب متخصصة في المستشفيات، ويتم الإعلان عنها وعن المتولين شؤونها فضلاً عن إخضاعها لنوع من الإشراف الجاد أو الرقابة المستمرة من جانب أجهزة الدولة.
- ٤- أن تقيّد هذه العمليات في سجلات خاصة يثبت فيها شخصية كلٍّ من

(١) أثبتت الأبحاث العلمية أن نسبة نجاح البيضات الملقحة السليمة في العلق بجدار الرحم تتناسب طردياً مع عدد البيضات التي تم زرعها، فإذا أعيدت لقيحة واحدة؛ فإنها تنزرع بنسبة حوالي (١٠٪)، وإذا أعيدت لقيحتان تصل إلى (٢٠٪)، وإذا أعيدت ثلاث لقيحات أو أربعة تصل النسبة إلى (٣٠٪)، ولا تزيد نسبة العلق عن ذلك مهما زاد عدد البيضات، ولكن تزداد فرصة إنجاب التوائم، ولكن نسبة منها تجهض، فلا يتم ولادة طفل بأكثر من (١٥٪) من الحالات.

(٢) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ص ٣٥.

الزوجين، وكافة البيانات الخاصة بهما مع وثيقة تثبت موافقتهما ورضائهما بإجرائها، مع بيان وجهة الضرورة الملجئة إليها، تحفظ في السجلات لفترة زمنية كافية قد تكون عشر سنوات حماية لأطرافها وإثباتاً لجديتها، ولا سيما عند الخلاف حول أي شرط من شروطها، ومنعاً للدخلاء عليها والأدعياء.

٥- على عاتق الطبيب واجبات يتعين أن يحرص عليها؛ وأهمها:

أ- التزام الأمانة التامة والتحقق من توافر حالة الضرورة التي تقتضيها العملية.

ب- اتباع الدقة الكاملة في كل مراحل العملية والتأكد من عدم اختلاط البيضة أو السائل المنوي بغيرهما، وأن يتم إعادة البيضة المخصبة في حضور الزوج نفسه.

ج- التأكد من رضا كل من الزوجين قبل إجراء العملية.

٦- أن يكون الهدف من وراء إجراء عملية التلقيح مساعدة الزوجين على تحقيق رغبتهما المشروعة في الإنجاب، وألا يتجاوز التلقيح هذه الرغبة إلى تحقيق أمور أخرى كالتحكم في جنس الجنين.

٧- أن تكون الضوابط بنصوص تشريعية ملزمة تتضمن تنظيمياً لهذه العملية في كافة مراحلها بما يكفل سلامتها وشرعيتها، على أن يحظر إجراؤها في غير النطاق الجائز شرعاً^(١).

حماية أجنة الأنابيب:

اختلف الفقهاء بشأن طبيعة البيضات الملقحة في الأنابيب، فذهب البعض إلى القول بأنها أجنة يجب حمايتها، بينما عارض البعض الآخر هذا التفسير.

وقد ترتب على إجراء عمليات التلقيح أو الإخصاب خارج الرحم (أطفال

(١) محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، ص ٩٠-٩١.

الأنابيب) بقاء عدد كبير من الأجنة زائدة عن الحاجة، وهذه الأجنة يتم تجميدها والاحتفاظ بها انتظاراً للتصرف فيها، إما بإعادة استخدامها في عمليات زرع أخرى لنفس الزوجة صاحبة هذه الأجنة، أو للتبرع بها لإجراء التجارب الطبية عليها، أو لإعدامها والتخلص منها، وقد ثار التساؤل عن مدى شرعية هذه التصرفات (التجميد، إجراء التجارب، إعدام الأجنة) المحتملة لهذه الأجنة .

ويبدو أن التصرف الأمثل في هذه الأجنة الفائضة هو إتلافها والتخلص منها، وهو ما انتهى إليه مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورته السادسة بجدة في شهر مارس ١٩٩٠م؛ حيث جاء في توصياتها الآتي:

في ضوء ما تحقق علمياً من إمكان حفظ البويضات غير الملقحة للسحب منها؛ يجب عند تلقيح البويضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة تفادياً لوجود فائض منها، فإذا حصل فائض في البويضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي، وقد أكدت أحدث التوصيات الطبية على ضرورة عدم زرع أكثر من لقيحتين أو ثلاث في الرحم .

مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة ضوابط التلقيح الخارجي:

أوضحنا فيما سبق مسؤولية الطبيب المعالج في حالة مخالفة هذه القيود عند إجرائه التلقيح داخل الجسم، وما ذكرناه ينطبق هنا؛ أي: في مجال التلقيح خارج الجسم، وسنقصر حديثنا على بيان مسؤولية الطبيب عند مخالفة الضوابط التي تتميز بها عملية التلقيح الخارجي عن سابقتها:

١- تبصير الزوجين بالمعلومات الكافية عن التلقيح الخارجي:

فعلى الطبيب واجب تبصير الزوجين بالمخاطر المرتبطة بالتلقيح الصناعي خارج الجسم، ونسبة النجاح المتوقعة، وصحة الطفل، وما يمكن أن يهددهما من مخاطر، واحتمال تعدد الأجنة وغير ذلك .

٢- إجراء الاختبارات اللازمة على اللقيحة:

لا بد للطبيب من أن يجري على اللقيحة والنطفة بعد الحصول عليهما من

الزوجين كافة الاختبارات اللازمة؛ لقياس مدى صلاحيتها وقدرتها على تحقيق الغرض المنشود.

٣ - حماية البيضات الملقحة :

يلتزم الطبيب في عمليات التلقيح الصناعي الخارجي بأن يحافظ على البيضات الملقحة ، وأن يحمي الأنابيب من الاختلاط أو الاستبدال بغيرها .

فإذا تعمد أو أهمل في تخزينها والحفاظ عليها مما أدى إلى ذلك الخلط ، فيعتبر الطبيب مسؤولاً عنها؛ فهو ما تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية لما يمكن أن يحقق من أضرار صحية واجتماعية واختلاط في النسب .

٤ - الاستيلاء على البيضة الملقحة :

قد يستولي الطبيب على البيضة المخصبة من الزوجين لأغراض معينة ، والتساؤل الذي يثار في هذا الشأن : ما مدى مسؤولية الطبيب عن ذلك؟ هل يسأل عن جريمة سرقة؟ أم خيانة أمانة؟ .

٥ - فشل عملية زرع البيضة المخصبة :

فقد تفشل عملية زرع البيضة ويحدث الإجهاض ، أو قد يترتب على العملية تعدد الأجنة ، وفي هذه الحالة لا مسؤولية على الطبيب إذا اتضح أنه قد اتبع وسائل الحيلة والحذر ، فالتزام الطبيب كما ذكرنا بوسيلة وليس بتحقيق غاية معينة .

٦ - مسؤولية الطبيب عند إجراء عمليات التلقيح الخارجي في أماكن غير

مرخص لها :

أشرنا فيما سبق إلى أن أغلب الدول اتجهت إلى تحديد مستشفيات أو مراكز طبية أو عيادات متخصصة بأنابيب الأطفال ، وذلك حتى يمكن مراقبة التنفيذ في كافة مراحله ، كما أوجب البعض الآخر منها الحصول على ترخيص بالنسبة للطبيب الذي يقوم بالتنفيذ لضمان الخبرة والدراسة ، لذلك يسأل الطبيب ما إذا قام بتنفيذ عمليات الإخصاب في الأماكن التي لم تحصل على ترخيص بذلك من الجهة المختصة .

والخلاصة:

نخلص مما تقدم إلى أنه يجب صدور قانون في الدول التي تجري فيها عمليات أطفال الأنابيب ينظم إجراءات التلقيح الصناعي (داخل الجسم وخارجه)؛ من حيث الجهات والأشخاص المسؤولين عن التنفيذ، والشروط الواجب توافرها، وضوابط المتابعة والمراقبة، والجزاءات الجنائية والمدنية والإدارية، حسب الأحوال في حالة مخالفة الضوابط، أو تنفيذ الوسيلة على وجه يخالف أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين والقيم والعادات السائدة في المجتمع، وأن ينص في التشريع على إنشاء مركز للدراسات والبحوث والمعلومات لنشر الجديد والتدريب على كيفية تنفيذ الوسائل الجديدة وإبراز المخاطر للعمل على تجنبها^(١).

* * *

(١) د. محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة.

الفصل التاسع

المسؤولية الطبية في زرع الأعضاء

حققت عمليات زرع الأعضاء نجاحاً ملموساً، واستمرت حياة نسبة كبيرة من المرضى لفترة طويلة بعد عملية زرع العضو، رغم اختلاف تلك المدة تبعاً للعضو الذي تمت زراعته. وقد تكون عملية زرع العضو هي الوسيلة الوحيدة أو الأكثر ملاءمة لظروف المريض الصحية. أما بالنسبة للمتبرع فلا يتوافر في العملية غرض العلاج، حيث لا يحقق المتبرع أية مصلحة علاجية.

وقد اتجه الرأي الغالب في الفقه الإسلامي المعاصر إلى القول بجواز التبرع بأجزاء من جسم الإنسان الحي لإنقاذ حياة إنسان آخر؛ وقد صدر عن هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية قرار عام ١٤٠٢هـ يجيز عمليات نقل الأعضاء، وجاء في القرار: «قرر المجلس بالإجماع جواز نقل عضو أو جزئه من إنسان حي مسلم أو ذمي إلى مسلم، إذا دعت الحاجة إليه وأمن الخطر في نزع، وغلب على الظن نجاح زرعه، كما قرر بالأكثرية ما يلي:

- جواز تبرع الإنسان الحي بنقل عضو منه أو جزئه إلى مسلم مضطر إلى ذلك»^(١).

وأصدر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمبنى رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة عام ١٩٨٥م قراراً جاء به التالي:

«إن أخذ عضو من جسم إنسان حي وزرعه في جسم إنسان آخر مضطر إليه لإنقاذ حياته، أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية؛ هو عمل جائز

(١) راجع: القرار رقم (٩٩) تاريخ ١٦/١١/١٤٠٢هـ عن الأمانة العامة، إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية.

وحميد لا يتناقض مع الكرامة الإنسانية بالنسبة للمأخوذ منه، كما أن فيه مصلحة وإعانة خيرة للمزروع فيه، ولكنه تطلب لمشروعية ذلك ضرورة توافر الشروط التالية:

- ١- ألا يضر أخذ العضو من المتبرع به ضرراً يخل بحياته العادية.
 - ٢- أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الطبية الوحيدة الممكنة لمعالجة المريض المضطر.
 - ٣- أن يكون نجاح كل من عمليتي النقل والزرع محققاً في العادة أو غالباً.
 - ٤- أن يكون إعطاء العضو طوعاً من المتبرع دون إكراه^(١).
- وأصدر مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة بجدة في فبراير ١٩٨٨م القرار التالي:

- ١- يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر، إذا كان هذا العضو يتجدد تلقائياً؛ كالدم والجلد، ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية، وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة.
- ٢- تجوز الاستفادة من جزء من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلّة مرضية لشخص آخر، كأخذ قرنية العين لإنسان ما عند استئصال العين لعلّة مرضية.
- ٣- يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة، كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر.
- ٤- يحرم نقل عضو في إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته، وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها بنقل قرنية العينين كليهما، أما إن كان النقل يعطل جزءاً من وظيفة أساسية فهو محل بحث ونظر.
- ٥- يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو،

(١) مجلة البحوث المعاصرة، العدد التاسع، أبريل-مايو-يونيو ١٩٩١م.

أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك، بشرط أن يأذن الميت قبل موته، أو ورثته بعد موته أو بشرط موافقة ولي الأمر إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له^(١).

مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة شرط مشروعية نقل الأعضاء:

تنحصر مسؤولية الطبيب في القوانين الوضعية في حالة مخالفة شروط مشروعية نقل الأعضاء فيما يلي:

١ - مسؤولية الطبيب في حالة تخلف شرط الرضا:

يسأل الطبيب جنائياً ومدنياً وتاديباً إذا قام باستئصال العضو من المعطي بدون موافقته، أو كانت هذه الموافقة غير سليمة لعدم توافر التبصير، أو لصدورها نتيجة إكراه أو غش أو غير ذلك من الأسباب التي تحول دون توافر الإرادة الحقيقية الجادة. ولعله يكون من غير الملائم أيضاً استناداً إلى أغلب فقهاء القانون الوضعي - عدم الاعتداد بالرضا الصادر من المتبرع القاصر، إلا إذا كان الأمر يتعلق بعلاج شقيقه أو شقيقته، لأن استئصال الأعضاء منه لا ينطوي على أية منفعة علاجية له، بل يعد على العكس من ذلك مصدر خطر كبير يهدد حياته^(٢).

٢ - مسؤولية الطبيب عن إهماله في إجراء الفحوص:

يسأل الطبيب إذا أهمل أو أخطأ في إجراء الفحوص الطبية على المريض والمتبرع، وكان هذا الخطأ مما لا يقع فيه الطبيب اليقظ الذي ينتمي إلى نفس التخصص^(٣). فأيما كانت طبيعة عمليات نقل الأعضاء، فيجب أن يسبقها فحوصات شاملة على المتبرع للتأكد من سلامته صحياً، وعدم إصابته بمرض الإيدز أو التهاب الكبد الوبائي، أو الأمراض الوبائية الأخرى. والتأكد من توافق الأنسجة

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، دار القلم - دمشق، ص ٥٩.

(٢) د. أحمد شوقي عمر أبوخطوة، القانون الجنائي والطبي الحديث، ص ٨٠.

(٣) د. محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستخدمة في الطب والجراحة، ص ٣٠٥ - ٣٠٦.

وصلاحية العضو المطلوب نقله، وأن نقل العضو لن يعرض المتبرع لأخطار أو أضرار جسيمة.

وتزداد أهمية هذه الفحوص في حالات الأعضاء غير المتجددة؛ مثل: الكلية، ففي حالة نقل الكلية، يجب التأكد من أن الأخرى سليمة تماماً، وتؤدي وظيفتها على الوجه المطلوب.

وعلى ذلك يسأل الطبيب من الواجهة القانونية ما دامت الكلية المتبقية سليمة تماماً، وتمت إجراء عملية نقل الكلية الأخرى، ولو تعرض المتبرع لأخطار في المستقبل تؤثر على أداء هذه الكلية لوظائفها، إذا لم تكن تلك الأخطار متوقعة وقت إجراء العملية. ويجب أن تكون احتمالات نجاح العملية قوية، رغم أنه لا يمكن الوصول في ذلك إلى درجة اليقين في مجال الأعمال الطبية، فالتزام الطبيب هو أساساً بوسيلة وليس بغاية كقاعدة عامة. ولا يكون عمل الطبيب مباحاً لو كان احتمال نجاح العملية محدوداً^(١).

٣- مسؤولية الطبيب عن خطئه في تنفيذ عمليتي النقل والزرع:

تمتد مسؤولية الطبيب إلى مرحلة التنفيذ، حيث يقتضي الأمر المزيد من المهارة والرعاية والحيطه، وتمتد المسؤولية إلى مرحلة النقاهة فتشمل المتابعة الدقيقة لتجنب المضاعفات.

٤- مسؤولية الطبيب في حالة تخلف الغرض للعلاج:

يسأل الطبيب عن جريمة عمدية من جرائم المساس بسلامة الجسم إذا قام بإجراء عملية الزرع بدون توافر الغرض العلاجي^(٢).

٥ - مسؤولية الطبيب في حالة إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء في المنشآت غير المرخص لها:

إن الرأي الغالب عند فقهاء القانون الوضعي يتطلب ضرورة إجراء عمليات

(١) د. إيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجزائية للطبيب، ص ٤٨٥.

(٢) د. محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، ص ٣٠٥-٣٠٦.

نقل الأعضاء في المستشفيات، أو المراكز المتخصصة، بعد الحصول على تصريح بذلك من الجهة المختصة؛ ولذلك تتوافر مسؤولية الطبيب إذا قام باستئصال أو نقل أو زرع عضو من الأعضاء البشرية في غير هذه المنشآت. كما يجب مساءلة مدير المنشأة إذا تم الاستئصال أو النقل أو الزرع بموافقة أو بعلمه^(١).

* * *

(١) المرجع السابق، ص ٢٢٠.

الفصل العاشر

التجارب الطبية

لكي يستمر الطب في تقدمه وتطوره لا بد من إجراء التجارب العلمية التي تهدف إلى الوصول إلى أفضل أنواع العلاجات وأقلها إضراراً بالمريض .

ولكن التجارب الطبية على الإنسان تثير مشكلة تتأرجح بين اعتبارين مختلفين: فلا بد من إطلاق حرية الطبيب في إجراء التجارب العلمية والعلاجية على الإنسان .

ولكن لا بد - من جهة أخرى - من الحفاظ على الحرية الفردية والسلامة البدنية للإنسان، وعدم المساس بها إلا تحقيقاً لمصلحة عليها يقرها القانون .

فكيف يتسنى لنا التوفيق بين هذين الاعتبارين؟ وبمعنى آخر: كيف يمكن أن نصل إلى نظام قانوني يمكن في إطاره التوفيق بين حرية الفرد وتحقيق التقدم الإنساني؟

فلا بد في البداية من التفريق بين نمطين من التجارب التي تتخذ من جسم الإنسان محلاً لها .

فهناك (التجربة العلاجية) التي تستهدف بصفة مباشرة وأساسية مصلحة المريض بغية تحسين صحته .

وهناك - من جهة أخرى - التجربة العلمية، والتي تبغي اكتساب معرفة جديدة متحررة من أي غرض علاجي للشخص ذاته .

أولاً: التجربة العلاجية:

ليس هناك صعوبة في إيجاد مبرر قانوني للتجربة العلاجية، فقصده الشفاء

هو أساس مشروعيتها^(١). ومن ثم فلا يباح لأي طبيب أن يختبر أسلوباً جديداً للعلاج على أي شخص لمجرد التجربة ذاتها، أو بالأحرى لإشباع شهوة علمية سيطرت عليه. فالإنسان ليس حقلاً للتجارب العلمية أو الطبية. ومتى خالف الطبيب ذلك وجب مساءلته.

ولكن من حق الطبيب في إزالة حالة مرضية ميؤوس من شفائها بالأساليب التقليدية أن يجرب أسلوباً علاجياً جديداً يمكن أن يكون فعالاً.

ومن حق الطبيب أن يترك له قدر من الاستقلال في تقدير العمل وممارسة المهنة وفقاً لما يمليه عليه ضميره وفنه؛ فحرية اختيار الطبيب لوسيلة علاجية معينة، هي إحدى المبادئ الأساسية التي تركز عليها ممارسة مهنة الطب.

غير أن انصراف قصد الطبيب إلى العلاج لا يكفي في حد ذاته، بل لا بد من اتخاذ الاحتياطات اللازمة لعدم إيذاء المريض.

وتحتم الأصول العلمية ضرورة إجراء التجربة على دواء جديد، مثلاً على الحيوانات قبل ممارستها على الإنسان.

الشروط اللازمة لمباشرة التجربة العلاجية:

حاول القانون صياغة عدة ضوابط لوضع التجربة العلاجية في نصابها الشرعي، تحقيقاً لاعتبارات البحث العلمي وتشجيعه من جهة، والمحافظة على سلامة جسم المريض من جهة أخرى:

١ - التزام الطبيب بوجوب إجراء تجربة العلاج الجديد على حيوانات التجارب أولاً.

٢ - يتعين ألا تُجرى التجارب إلا في المستشفيات الجامعية ومراكز الأبحاث المعترف بها، وتحت إشراف طبي على مستوى عالٍ من التخصص.

٣ - أن يكون القائم عليها متخصصاً ومؤهلاً.

(١) د. حسن زكي الأبراشي، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالة.

٤ - يلزم أن يسبق التجربة إبلاغ واضح وصادق للمريض يسمح له بإبداء الرضا المستنير .

٥ - ينبغي على القائم بالتجربة أن يراعي قدرأ من التوازن بين الخطر الذي قد يتعرض له المريض ، والمزايا التي يمكن أن تعود عليه .

٦ - يجب أن تكون التجربة ضرورية ويتعذر إجراؤها بوسيلة أخرى .

ثانياً: التجربة العلمية:

إذا كانت مشروعية التجربة العلاجية ليست محلاً للشك طالما روعيت فيها الضوابط التي نوّنها عنها، فإن الأمر أصعب بالنسبة للتجربة العلمية، والتي لا تبتغي شفاء الشخص الخاضع لها، بل تهدف إلى تحقيق تقدم العلم والبشرية .

وتستهدف التجربة العلمية التي تجرى على شخص ما مصلحة الغير ، كأن تكون غايتها اكتشاف علاج جديد، وليس فيها مصلحة مباشرة للشخص نفسه .

وقد نظمت اللائحة الفيدرالية الصادرة عن الإدارة الصحية الأمريكية عام ١٩٨١م الشروط والضمانات التي وفقاً لها يمكن إجراء مثل هذه التجارب ؛ منها:

١ - ضرورة العمل على تقليل المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها الشخص إلى أدنى حد ممكن .

٢ - مراعاة تناسب الأخطار التي قد تصيب الشخص، والفوائد المرجوة بالنظر إلى أهمية المعرفة التي يأمل الحصول عليها .

٣ - الحصول على رضا الشخص المستنير ، أو رضا ممثله الشرعي .

٤ - اختبار الأشخاص الملائمين للتجربة .

٥ - حماية الحياة الخاصة للشخص الخاضع للتجربة والحفاظ على طابع السرية فيها .

وأوضحت اللائحة الشروط الواجب توفرها في الرضا المستنير وذلك على النحو التالي :

١- إعطاء شرح واضح ومفصل عن فحوى الدراسة محل التجربة .

٢- بيان طبيعة المخاطر أو الأضرار المتوقعة .

٣- إيضاح المزايا المترتبة على التجربة .

٤ - شرح العمليات الجراحية أو أساليب العلاج المحتمل اللجوء إليها إذا ما اقتضت الحاجة .

٥ - بيان كيفية الحصول على تعويض مناسب في حالة تجاوز التجربة للأخطاء المحددة لها .

٦ - التأكيد على عنصر الطوعية والاختيار من جانب الشخص الخاضع لها، وأن رفضه لا يقترن بأية عقوبات أو حرمان من منفعة محددة، وأن من حقه إيقاف التجربة في أية لحظة دون أن يتبع ذلك توقيع أي جزاء عليه^(١) .

ومن الدول المتقدمة ما أقرت بمشروعية مثل هذه التجارب العلمية، ومنها ما لم تقره، ونؤكد على أنه إذا أقرت مشروعية مثل هذه التجارب فلا بد من إجرائها في المستشفيات الجامعية ومراكز الأبحاث العلمية التابعة للدولة، والمزودة بأجهزة حديثة وعدد من الأطباء على قدر عال من التخصص العلمي الدقيق؛ بحيث يقلل إلى أدنى حد ممكن من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها الشخص الخاضع للتجربة .

وقد وضعت الهيئة السعودية للتخصصات الصحية في كتابها (أخلاقيات مهنة الطب) الصادر عام ١٤٢٣هـ ضوابط لإجراء البحوث الحيوية الطبية على الإنسان :

فلا بد للطبيب الذي يقوم بتلك البحوث من الالتزام بالضوابط التالية :

«أن يلتزم بالأمانة، ويحفظ للمساهمين في البحوث حقهم الأدبي عند نشر

(١) د. محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص ١٣٥-

البحوث، أو حقهم المادي عند الاتفاق على مقابل مادي لمساهماتهم. كما عليه أن لا يغمط حق الجهات الداعمة للبحث في تقديم الشكر لهم وإبراز دعمهم». ولإجراء البحوث الحيوية الطبية على الإنسان عليه أن يراعى ما يلي:

١ - أن يتفق البحث العلمي في أهدافه وطريقته مع أحكام الشريعة الإسلامية.

٢ - أن تكون أهداف البحث العلمي ذات أهمية كبيرة تسهم في إثراء المعرفة الطبية بوضوح.

٣ - أن يتبع الباحث الأسس العلمية للبحث العلمي وأن يكون البحث العلمي، متفقاً مع المبادئ العلمية والأخلاقية المقبولة؛ مثل: إعلان هلنسيكي وغيره، ومنها أن يكون الباحث قد تأكد من إمكانية إجراء البحث على الإنسان.

٤ - أن تفوق الفوائد المرجوة أو المتوقعة من البحث العلمي الأضرار المتوقع حدوثها للمريض، وأن يكون البحث مبنياً على مبررات علمية مقنعة لإجرائه.

٥ - أن يكون الباحث مؤهلاً للقيام بالبحث الطبي وعلى معرفة تامة بالمادة العلمية في موضوع البحث المراد إجراؤه.

٦ - أن يحترم الباحث حقوق المرضى الذين يُجرى عليهم البحث، وأن يتم التعامل معهم بطريقة إنسانية دون انتقاص من قدرهم أو حقوقهم.

٧ - أن يجري البحث الطبي على الإنسان بكامل رضاه، وأن يراعى في ذلك ما يلي:

- أن يقوم الطبيب الباحث بإيضاح كافة التفاصيل المتعلقة بالبحث العلمي، وما يمكن أن يحدث من أضرار محتملة حتى يكون المريض على بينة كاملة حين يأذن بإجراء البحث العلمي عليه.

- أن يكون الشخص الذي يوافق على إجراء البحوث الطبية عليه بكامل الأهلية، أي: بالغاً عاقلاً راشداً. ويشترط في إجراء البحوث على قاصر الأهلية إذن وليه.

- أن يكون الإذن كتابياً في البحوث التي تحتوي إجراءات تدخلية .

- لا يجوز مطلقاً أن يكون سبيل الحصول على الإذن بإجراء الدراسة الضغظ أو الإكراه، أو استغلال الحاجة إلى المال، أو التداوي .

٨ - عند تطلب إجراء البحث الطبي على الإنسان للمرة الأولى - كما هو الحال في العمليات الجراحية أو الإجراءات التدخلية^(١) - على الطبيب أن يتدرب على إجرائها على حيوانات التجارب قبل إجرائها على الإنسان، حتى يتقن المهارات التي يحتاجونها لإجرائها على الإنسان .

٩ - الالتزام بالأنظمة الصادرة أو التي تصدر لتنظيم إجراء البحوث الطبية .

١٠ - الحصول على إذن من الجهات المختصة بالأبحاث الطبية، أو من القطاع الصحي الذي يعمل به، أو الذي يُجرى به البحث؛ مثل: لجان الأخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية والإدارات الطبية المعنية .

إجراءات البحوث والتجارب على الحيوان:

لقد أمر الإسلام بالرفق بالحيوان، وصحَّ عن النبي ﷺ أنه قال: «دخلت امرأة النار في هرة حبستها، لا هي أطعمتها ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض»^(٢)، كما أمر الرسول ﷺ بالإحسان في كل شيء، فقال ﷺ: «إن الله قد كتب الإحسان في كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتل، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحدِّ أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته»^(٣) .

وعليه؛ فإن إجراء التجارب على الحيوان ينبغي أن يتحقق فيها الآتي:

١ - أن تكون لغرض مهم يبني عليه تقدم الطب .

٢ - أن لا يعذب الحيوان، وأن يجنب الألم قدر الإمكان .

(١) الإجراءات التدخلية: هي أي إجراء استقصائي بغرض التغيير في حالة المريض، أو من يجري عليه البحث، ومن ثم ملاحظة آثار هذا التغيير .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم .

(٣) أخرجه مسلم .

٣- أن لا يكون قصد التجربة مجرد العبث .

٤- الحصول على إذن بإجراء التجارب على الحيوان من الجهات المختصة أو المسؤولة في القطاع الذي يعمل فيه^(١) .

ضوابط قبول دعم البحث العلمي:

للطبيب أن يقبل الدعم المادي للبحوث الطبية التي يجريها، وذلك ضمن الضوابط التالية :

١- أن لا يكون قبول الدعم مشروطاً بما يتنافى مع ضوابط البحث العلمي المذكورة آنفاً .

٢- أن يجري البحث بطريقة علمية صحيحة، وأن لا يكون للجهة الداعمة أيّاً كانت أي تدخل في نتائج البحث أو طريقته .

ضوابط العمليات التدخلية غير المسبوقة:

في حالة إجراء عمليات تدخلية تجريبية غير مسبقة على الإنسان؛ فعلى الطبيب أن يلتزم بمعايير البحث العلمي المذكورة آنفاً، كما عليه أن يراعي الضوابط الآتية :

- أن يكون متأكداً من قدرته والفريق الذي معه على إجراء العملية من الناحية التقنية، عالماً بما يمكن أن يحدث عنها من مضاعفات، وقادراً على التعامل معها .

- أن يتأكد أولاً من نجاح العملية التدخلية على حيوانات التجارب قبل إجرائها على الإنسان إلا في حالات خاصة يرجع فيها إلى أهل الخبرة والتخصص، ويتم إقرارها من لجان أخلاقيات البحوث الطبية في المؤسسات الصحية .

أن تُجرى هذه الإجراءات في مستشفيات تتوافر فيها التخصصات الطبية

(١) الهيئة السعودية للتخصصات الصحية، أخلاقيات مهنة الطب، ص ٢٨، ٣٠ .

المطلوبة، والخبرات والقدرات الكافية لإجراء عمليات مماثلة^(١).

ولا بد من التأكيد على عدم استغلال المرضى الذين تدفعهم الحاجة المادية إلى وضع أنفسهم تحت تصرف الأطباء ليجروا عليهم التجارب الطبية المختلفة، ولا يكون لمثل هذا المريض من اهتمام سوى الحصول على العائد المادي الذي هو في ميسر الحاجة إليه. وقد سمعنا عن مرضى (أزمنوا) البقاء في المستشفيات الجامعية لحساب طلاب الطب في سنوات امتحاناتهم النهائية.

كما أن حدوث ذلك وارد بالنسبة لشركات صناعة الدواء التي قد تجري بعض التجارب الطبية بعيداً عن أعين رقابة طبية أو إدارية^(٢)، وخاصة في بلدان العالم الثالث، فتجعل هذه الشركات شعوب هذه البلدان حقلاً لتجاربيها في منأى عن أعين المراقبين، في الوقت الذي لا تستطيع فيه إجراء مثل تلك التجارب في الدول الغربية. وهي مسألة في غاية الخطورة، وقد يتعرض صغار العاملين في بعض الشركات المنتجة للدواء لضغط رؤسائهم بهدف قبول إجراء التجارب عليهم، كما قد تصل تلك المحاولات إلى الطلاب الذين يؤدون فترة تدريب مهني.

تم بحمد الله.

* * *

(١) د. سهر منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية، ص ٣٥.

(٢) المرجع السابق نفسه.

المراجع

- ١ - د. القبلاوي، محمود: المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
- ٢ - الطباخ، شريف: جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
- ٣ - د. قائد، أسامة عبد الله: المسؤولية الجنائية للأطباء (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية-القاهرة، ٢٠٠٣م.
- ٤ - د. الشوّا، محمد سامي: مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات (التجارب الطبية، جراحة التجميل، عمليات تحول الجنس، استئطاع الأعضاء ونقلها)، دار النهضة العربية-القاهرة، ٢٠٠٣م.
- ٥ - د. أبو جميل، وفاء حلمي: الخطأ الطبي، دار النهضة العربية-القاهرة، ١٩٨٧م.
- ٦ - د. خيال، وجيه محمد: المسؤولية الجنائية للطبيب في النظام السعودي، مكتبة هوازن-السعودية، ١٩٩٦م.
- ٧ - د. منصور، محمد حسين: المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر-الإسكندرية، ١٩٩٩م.
- ٨ - محتسب بالله، بسام: المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الإيمان-دمشق، بيروت، ١٤٠٤هـ.
- ٩ - شرف الدين، أحمد: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مطبوعات المجلس الوطني للثقافة-الكويت، ١٤٠٣هـ.
- ١٠ - الغامدي، عبد الله سالم: مسؤولية الطبيب المهنية، دار الأندلس

الخضراء - جدة، ١٩٩٧ م.

١١ - الأبراشي، حسن زكي: المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالة، دار المطبوعات الجامعية - مصر، ١٩٨٩ م.

١٢ - د. الشواربي، عبد الحميد: مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف - الإسكندرية، ٢٠٠٠ م.

١٣ - د. سرور طارق: نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠١ م.

١٤ - د. علي، جابر محجوب علي: الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دار النهضة العربية - القاهرة.

١٥ - د. عبد المجيد، رضا عبد الحليم: المسؤولية القانونية عن النفايات الطبية، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٩٩ م.

١٦ - د. منتصر، سهير: المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية - القاهرة.

١٧ - د. الزيني، محمود محمد عبد العزيز: مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

١٨ - عبيد، موفق علي: المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني.

١٩ - أبو خطوة، أحمد شوقي عمر: القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٩٥ م.

٢٠ - د. الديات، سميرة عايد: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، ١٩٩٩ م.

- ٢١ - د. النقيب عاطف : المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب - بيروت، ١٩٨٧ م.
- ٢٢ - د. منصور، محمد خالد: الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس - عمان، ١٩٩٩ م.
- ٢٣ - د. الفضل، منذر: المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية: دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، ١٩٩٢ م.
- ٢٤ - د. عمران، محمد السيد: التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، مؤسسة الثقافة الجامعية - الإسكندرية، ١٩٩٢ م.
- ٢٥ - د. الخولي، محمد عبد الوهاب: المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة: دراسة مقارنة - القاهرة، ١٩٩٧ م.
- ٢٦ - د. نجيدة، علي حسين: التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٩٧ م.
- ٢٧ - شرف الدين، أحمد: مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، دار السلاسل للطباعة والنشر - الكويت، ١٩٨٦ م.
- ٢٨ - د. القيسي، عامر أحمد: مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي: دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع - عمان، ٢٠٠١ م.
- ٢٩ - الأطرقيجي، هدى سالم محمد: مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائية، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، ٢٠٠١ م.
- ٣٠ - د. إدريس، عبد الفتاح: قضايا طبية من منظور إسلامي، بحث فقهي مقارن - القاهرة، ١٩٩٢ م.
- ٣١ - د. خضر، عبد الفتاح: الجريمة وأحكامها العامة في الاتجاهات

- المعاصرة والفقہ الإسلامي، مطبوعات معهد الإدارة العامة بالرياض، ١٤٠٥هـ.
- ٣٢ - ألتونجي، عبد السلام: مسؤولية الطبيب المدنية، دراسة مقارنة، مطبعة دار المعارف - لبنان، ١٩٦٧م.
- ٣٣ - د. الزحيلي، وهبة: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر - دمشق، ١٤٠٢هـ.
- ٣٤ - فيض الله، محمد فوزي: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، مكتبة دار التراث - الكويت، ١٤٠٣هـ.
- ٣٥ - شنب، محمد لبيب: خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مكتبة الجراء الحديثة - المنصورة، ١٩٩٠م.
- ٣٦ - عبد الستار، فوزية: النظرية العامة للخطأ غير العمدي، دار النهضة - القاهرة، ١٩٧٧م.
- ٣٧ - د. جمعة، السيد رضوان محمد: العلاقة بين الطبيب والمريض وأثارها، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة الأزهر، ١٩٧٧م.
- ٣٨ - د. سراج، محمد أحمد: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي - القاهرة.

* * *

ضمان الطيب

إعداد
الشيخ محمد المختار السلامي
عضو معين بمجمع الفقه الإسلامي الدولي
مفتي الجمهورية التونسية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، اللهم صلّ على نبينا وإمامنا وشفيعنا وقدوتنا سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه كما يرضيك ويرضيه وترضى به عنا يا رب العالمين.

عرض عليّ مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة أن أحرّر ما يفتح الله به عليّ في موضوع ضمان الطبيب، وقد حدّد مراكز الاهتمام في ثلاث وحدات:

١ - وظيفة الطبيب بين الوظيفة التقليدية وتطور الأبحاث والتكنولوجيا.

٢ - المسؤولية المدنية للطبيب؛ وتشمل عنصرين:

أ - مجالات المسؤولية القائمة على بذل عناية.

ب - مجالات المسؤولية القائمة على تحقيق نتيجة.

٣ - المسؤولية الجزائية للطبيب، وتشمل عنصرين:

أ - الخطأ المتعمد.

ب - الخطأ الجسيم.

* * *

المبحث الأول

وظيفة الطبيب بين الوظيفة التقليدية

وتطور الأبحاث والتكنولوجيا

إن التطور العظيم الذي شمل كل فرع من فروع المعرفة في النصف الثاني من القرن العشرين بلغ حداً من السرعة فاق ما حققته الإنسانية في تاريخها الطويل، كانت الدوافع التي ساعدت على ذلك كثيرة ومتنوعة:

١ - كان للحرب العالمية الثانية تأثيرها البالغ لَمَّا تكتلت كل الجهود وحشدت كل الطاقات في جميع الميادين؛ ومنها: جهود العلماء في المختبرات للظفر بمخترعات جديدة تحقق النصر. فتقدمت البحوث الفيزيائية، وتم التمكن من معرفة أسرار الذرة، وأسرار أشعة ليزر، وطوَّعها الإنسان لأغراضه، يحققها بواسطة بدقة وفاعلية، ثم تجاوزا محضتهما الحربي المدمر، ودخلا في ميادين الحياة المدنية، وانتفع الطب منهما للتغلب في الكشف والعلاج، ولم يقتصر الأمر على ذلك، بل أصبحت البحوث الفيزيائية تقدم ما وصلت إليه لينتفع به العلماء والباحثون في جميع الميادين، ومنها الميدان الطبي.

٢ - فرض التطور الصناعي على المؤسسات الكبرى أن تنشئ مراكز بحث تنفق عليها بسخاء لتصل إلى نتائج تتفرد بها في السوق بواسطة براءة الاختراع، وتحقق بذلك الأرباح التي تفيض عما بذلته من نفقات بدرجات كبرى، وفي هذا الميدان نشطت الشركات العملاقة للأدوية، وكان مردودها إيجابياً تقدم به الطب أشواطاً، ولكن دوافعها مادية لا يهتمها إلا التحصيل على أوفر المكاسب والأرباح الواسعة، وبالنسبة لهذه الشركات يقول الدكتور (جان شارل سورينا): شاركت الصناعات الدوائية في تقدم الطب بالفعل، وتبعاً لحساب الربح نجد أنها تهتم بأمراض البلاد الغنية التي توفر لها زبائن أثرياء، أكثر من اهتمامها بالأمراض

الطفيلية التي تعاني منها البلاد الفقيرة المثقلة بالديون، كما تتردّد هذه الشركات في توفير الأدوية التي تستخدم في علاج الأمراض النادرة التي لا توفر دخلاً مجزياً، وعرفت هذه الأدوية (بالأدوية اليتيمة)، وما يزال التقدم المطّرد في صناعة الأدوية يصطدم بالعقبة الكؤود المتمثلة في صعوبة التوفيق بين المصلحة الاقتصادية الخاصة، والمصلحة الصحية للمجموع^(١).

٣ - الرفاهية الاقتصادية: ساعدت الرفاهية الاقتصادية في امتداد العمر المتوسط للإنسان، وذلك بما توفر في التجمعات البشرية من وسائل حفظ الصحة كقنوات الصرف، والمبيدات للحشرات الضارة، ووفرة المستشفيات والرعاية الصحية بوجه عام، والقدرة على الاحتفاظ بالأغذية دون أن يلحقها التعفن، فانخفض سعر الثلاجات ودخلت البيوت الفقيرة. يضاف إلى ذلك جودة الغذاء وتنوعه وتوفره، ولعلماء البيولوجيا والمخابر الزراعية فضل على ارتفاع نسبة المحاصيل الزراعية، وكذلك المنظمات الدولية التي تعمل على إسعاف الدول التي تحل بها نكبات الجفاف ويهددها الجوع.

وللتطعيم دور كبير أيضاً في طول العمر، إذ اختفت بعض الأمراض البوائية؛ كالجدري، والحصبة الحمراء... ونحوها من الأمراض التي كانت تفتك بكثير من البشر بشكل وبائي.

إن هذا التحوّل في الحياة الاقتصادية والذي أسهم فيه كثير من العلماء في مختلف الاختصاصات، والذي تبعه طول العمر البشري، فرض واقعاً جديداً على الطب، إذ ارتفعت نسبة علل متقدمي السن، فانكبّ الأطباء على تطوير علاج أمراضهم بما يتناسب مع هرم خلايا أجسامهم، ووهن عظامهم، وحققت العلوم الطبية تقدماً كبيراً في هذا الميدان. يقول الدكتور سورنيا: «لكن ومع الزيادة الإحصائية لهذه الفئة من السكان في الغرب ارتفعت نسبة الإصابة ببعض الأمراض ارتفاعاً ملحوظاً مثل: الألزهايمر - الناتج عن ضيق الأوعية الدموية للمخ -، والشلل الرعاش المعروف بمرض (باركنسون)، وبعض أنواع

(١) تاريخ الطب، تعريب: د. إبراهيم الجلاتي، ص ٣٥٠ بتصرف.

الروماتيزم، وأنواع عديدة من السرطان . . . إلخ^(١).

وينبغي أن لا نخلط بين الواقع كما هو مشاهد، وبين تأويلات شخصية غير صحيحة، واعتراض بعضهم على هذا التعبير بأنه مخالف لمقتضيات الإيمان بالقدر السابق، ذلك أن طول العمر أو قصره هو بتقدير الله حسبما تقرر في سابق علمه لا يزيد أي فرد لحظة ليؤخر أجله. وقد ربط الله ما يحدث في العالم بسنن، أعطاه سببانه التأثير فيما يتبعها من مسببات؛ قدر سبحانه مثلاً: أن الإنسان إذا غُذي غذاءً صالحاً، ورُبِّي في وسط نظيف، أن طول عمره مثلاً إلى ثمانين سنة، وأن من هو في وضعه في التركيب البدني والقوة والخلايا لا يعمر إلا ستين سنة إذا لم يتوفر له ما توفر للشخص الآخر، فالكل بقدر الله لا يعزب عنه مثقال ذرة في السماوات ولا في الأرض.

٤ - الإعلامية: هذه الثورة في خزن المعلومات وفي ترويجها وفي الإحصاء وفي التقريب بين العلماء، وضعت بين أيدي الأطباء إمكانات جديدة في الكشف ثم في العلاج وفي تبادل الخبرات ما كان يحلم بها الأطباء في النصف الأول من القرن العشرين، وهي لم تفصح بعد عن كل إمكاناتها، بل إنها ما تزال في أول الطريق، ويكاد لا تضي سنة دون أن يفتح بواسطتها للعالم آفاق جديدة، فالإعلامية تكشف واقع المريض، وتصحبه في مدة العلاج ووقت إجراء العملية الجراحية، وتتابعه فيما بعد ذلك. ويعود التقدم الذي حققه الطب وما يزال يحققه في كثير من النواحي إلى الثورة المعلوماتية، والاستفادة من إمكاناتها العريضة.

٥ - التغير الذي دخل ميدان البحث العلمي: فقد أخذ العلماء أنفسهم بالعمل على دراسة الجزيئات الصغيرة التي تتكون منها الحياة والكون بصفة عامة، وتجاوزوا الاقتناع بالكل كوحدة أساسية، يقول الدكتور (سونيا): ومنذ منتصف القرن العشرين اقتحمت عتبة جديدة، نحو المتناهي في الصغر، واتجهت الدراسات الآن نحو التركيب الكيميائي والهندسي لكل مادة تبني أو تهدم داخل الجسم، وأصبح الطبيب أكثر انتبهاً للوصول إلى بداية جوهر جديد يتموضع في

(١) المصدر السابق، ص ٣٥٨.

سلسلة طويلة من (متعدد الأمين)^(١) (Polypeptides).

فإذا كان لاكتشاف الكريات الدموية واكتشاف الميكروب بأنواعه والنسج الإنساني في تفاصيله انفجار في المعرفة، وتقدم عظيم في الكشف عن الأمراض ثم الدواء، فإنه حسب المنهج العلمي الجديد لم يعد الباحث يقنع بمعرفة الكريات الحمر وحملها للأكسجين وتغذيتها لكل جزء من أجزاء الجسم، ولا بالميكروب وخصائصه وكيفية تكاثره، وطريقة التغلب عليه، ولا بالبيضة واللقاح، ونحو ذلك، بل رمى العلماء بأبصارهم إلى معرفة الجزيئات الصغيرة التي تتكون منها الخلية، فكما وصل علماء الفيزياء إلى معرفة مركبات الذرة من النواة والإلكترون، وأنه هو السر في اختلاف المواد والمعادن، فكذلك عمل الأطباء على معرفة مكونات كلٍّ جزئي مما يدخل في ميدان نشاطهم العلمي والعلاجي، ودخلوا مستعنيين بالنتائج التي حصلوا عليها من التقدّم الإلكتروني والبحوث الفيزيائية والكيميائية، ودخلوا في أغوار بناء الخلية (المنظفة) التي خلق الله منها الإنسان، وأمكن للعلماء أن يقرؤوا (الجينوم البشري) الذي أودع الله فيه خصائص كل إنسان بصفة يتميز بها كل فرد منهم عن بقية أفراد النوع، وأن ما يصيب الإنسان في مستقبل حياته هو تابع لاختلال في الكروموزوم المحمول على قاعدة من قواعد الشكل اللولبي، وأنه يمكن معرفة التشوهات باكراً في الأجنة حتى في الأشهر الأولى من الحمل؛ وبذلك تبين للعلماء الطب أن كثيراً من الأمراض هي ناشئة عن اختلال في جين من الجينات التي وجدت في الخلية الأولى عندما خصبت البيضة بالحيوان المنوي، وامتزجا وتكونت منهما الخلية.

لقد تم في صانفة (٢٠٠٣م) الإعلان عن استكمال قراءة الجينوم البشري، بفضل المجهودات التي تقاسم فيها علماء الدول الأكثر تقدماً الاشتغال بإنجاز هذا الكشف العظيم، والذي أنفق عليه أكثر من ستة مليارات دولار. وهذه القراءة عرف أولها فقط، وأما ما سيرتب عليها فهو مما يفوق الخيال، ولا شك أن ما سينشر من معلومات عن كل جين وما يمكن أن يصيبه من اختلال هو مهياً لها

(١) المصدر السابق، ص ٣٢٠.

مقدماً، وطريقة إصلاح العطب، سيكون من نتائجه ثورة في التشخيص والعلاج، كما أنه سيعطي الأطباء إمكانات أعظم في التغلب على كثير من الأمراض التي كانت تستعصي على العلاج، وهو من ناحية أخرى يحملهم مسؤوليات لعل من أهمها مطالبة الطبيب بمواصلة التعليم ومسايرة الاكتشافات العلمية في هذا الميدان، وأن يجمع إلى ذلك التدرّب على طريقة الاستفادة من المعارف الجديدة، وإذا كان الأطباء قديماً تكاد تنحصر مهامهم في حسن التطبيق لما درسوه، فإنه بعد قراءة الجينوم البشري تغير الوضع إلى مطالبة الطبيب بالمتابعة المستمرة ما دام يباشر المرضى ويعالجهم.

٦ - تقاسم المسؤوليات في العلاج: إنه إلى الربع الأول من القرن العشرين تكاد تكون العلاقة قاصرة لا تتجاوز الطبيب والمريض، لكن بتقدم العلوم البيولوجية، أصبح للتحليل البيولوجي دور أساس في تحديد أسباب الاختلال الصحي للمريض، تضافرت الأدلة التي كشفت للعلماء أن ربّ العالمين بنى الخلق كله كبيره وصغيره، وخاصة الإنسان على ميزان دقيق، وأنه إذا ما اختلّ هذا التوازن فزادت كميات المكونات البشرية في ناحية أو أكثر اختلّ الميزان ويتبعه حتماً اختلال البناء الإنساني كله.

وكذلك الأمر بالنسبة للتقدم العلمي الذي مكّن الطبيب من الصورة التي عليها الأجهزة الباطنية بمختلف الوسائل التي اعتمدت في الحاضر التقنيات الذرية، والإعلامية، والتي ما تزال تدقق أكثر فأكثر مقدمة بين يدي المعالجين من الأطباء صوراً أكثر وضوحاً لما يشتمل عليه جسم المريض من اختلال أو سلامة، كما أن الجراح لا يمكنه حسب أصول الفن الطبي اليوم أن يقوم بمفرده بجراحة المريض، بل هو مرتبط بالطبيب الذي يتولّى تخدير المريض ومتابعته وقت العملية الجراحية، ثم العمل على إرجاع وعيه له بعد ذلك. وهذه العلاقة بين الطبيب المعالج وبين زملائه من الأطباء الذين يرتبط بهم نجاحه في الكشف والعلاج، فرض واقعاً جديداً في تحديد المسؤولية. يقول الدكتور (جان شارل سورنيا): ولم يعد تشخيص الطبيب يعتمد على فحص المريض وتسمع صدره، وجس بطنه، بل أصبح الطبيب بحاجة إلى مزيد من المعلومات الكيميائية الحيوية

حول وظائف الكلى والكبد والجهاز الهضمي وفي أقصر وقت^(١).

٧ - التطور العالمي في تقرير حقوق الإنسان: أوجب على الطبيب أن لا يخفي على المريض وصف حالته الصحية، وأن يكشفه بنوع العلاج الذي يراه صالحاً ومناسباً له، وأن يحصل على موافقته، وقد أخذت كثير من الدول تعدل قوانينها بما يلزم الطبيب المعالج بذلك، واعتبرته مسؤولاً إن هو أخفى على المريض ما تبين له بعد الكشف، واطمأن إليه.

* * *

(١) المصدر السابق، ص ٣٢٢.

المبحث الثاني مسؤولية الطبيب

تتنوع المسؤولية الطبية إلى ثلاثة أنواع :

١ - مسؤولية الطبيب .

٢ - مسؤولية الأطباء .

٣ - مسؤولية المؤسسة الصحية .

هذه الثلاثة أنواع لها علاقة بعلاج المرضى .

النوع الأول : قد يبدو للمريض أن مرضه من النوع الذي يجعله يقصد طبيب العائلة أو طبيباً في الطب العام كحالات الزكام، أو الشعور بالوهن والضعف، أو يقصد طبيباً أخصائياً، كمن رمدت عينه، أو ثقل سمعه، أو بَحَّ صوته، أو أنه يريد من الطبيب أن يوجهه لمن يُعنى به من الأخصائيين، هل يقصد الأخصائي في المعدة أو القلب أو العروق أو الصدر . . . ؟ .

إن الطبيب بعد فحص المريض وسماع أقواله؛ إما أن يطمئن إلى أن العلة واضحة وطريقة علاجها كذلك، وإما أن يتبين له أن المظاهر تحتمل أكثر من وجه، وأن على المريض أن يقدم له صوراً باطنية بواسطة نوع من أنواع التصوير بالأشعة مثلاً، أو تحليلاً يكشف عن التوازن في دمه .

الحالة الأولى العلاقة فيها بين الطبيب والمريض، والمسؤولية محدودة .

النوع الثاني : هو ما جاء في الاحتمال الثاني، وكذلك في حالة العمليات الجراحية، فإن الجراحة لا تتم إلا بالجراح والطبيب الذي يتولى التخدير ثم إعادة الوعي، والمساعدين له .

ففي هذه الحالة - العلاقة بين المريض والأطباء الذين يتولون علاجه - تكون

المسؤولية غير متعلقة بشخص الطبيب المباشر فقط .

النوع الثالث: عندما تقبل المؤسسة الاستشفائية المريض، قد تكون مؤسسة دولية، وقد تكون مؤسسة خاصة، فالعلاقة هنا بين المريض وبين المؤسسة فيمن يمثلها .

النوع الأول والثاني يتطلب الحكم فيهما معرفة نوع العلاقة بين الطبيب والمريض، أو العلاقة بين المعالج المتعدد وبين المريض .

العلاقة بين الطبيب والمريض يضبطها أولاً ما جاء في القسم الطبي، هذا القسم الذي يقسم به كل طبيب عندما يُتمُّ دراسته ويتأهل لمباشرة المرضى والتعامل معهم، ولعلّ أقدم نص هو قسم أبقراط اليوناني، وقد اقتبست المدارس الطبية من قسمه وحورّته بما يتلاءم ونظرتها ومرجعها الفكري والديني .

قسم أبقراط اليوناني:

ذكر ابن أبي أصيبعة نص القسم الذي كان يحلف به الأطباء في عهده: أقسم بالله رب الحياة والموت، واهب الصحة وخالق الشفاء وكل علاج، وأشهد أولياء الله من الرجال والنساء جميعاً على أنني أفي هذه اليمين وهذا الشرط، وأرى أن المعلم لي هذه الصنعة بمنزلة آبائي، وأواسيه في معاشي، وإذا احتاج إلى مال واسيته ووصلته من مالي، وأما الجنس المتناسل منه، فأرى أنه مساوٍ لإخوتي، وأعلمهم هذه الصنعة إن احتاجوا إلى تعلّمها بغير أجره ولا شرط، وأشرك أولاد المعلم لي والتلاميذ لي الذين كتب عليهم الشرط، وأحلف بالناموس الطبي في الوصايا والعلوم وسائر ما كتبه في الصناعة . . ولا أعطي إذا طلب مني دواءً فتلاً، ولا أشير بمثل هذه المشورة، وكذلك أيضاً لا أرى أن أدني من النسوة فرجة تسقط الجنين، وأحفظ نفسي في تدبيري وصنعتي على الزكاة والطهارة، ولا أشق أيضاً عمّن في مثانته حجارة، لكن أترك هذا لمن كانت حرفته هذا العمل، وكل المنازل التي أدخلها إنما أدخلها لمنفعة المرضى، وأنا بحال خارجة عن كل جور وظلم وفساد إرادي مقصود إليه في سائر الأشياء، وأما الأشياء التي أعينها في وقت علاج المرضى أو أسمعها في غير أوقات علاجهم في تصرف الناس من

الأشياء التي ينطق بها خارجاً فأمسك عنها وأرى أن مثلها لا ينطق به^(١).

قسم الأطباء بالكليات التونسية:

أمام أساتذة هذه الكلية المحترمين الكرام، وبمحضر زملائي الأعضاء،
وتبعاً للقيم العالية التي سطرها لنا حسب التقاليد الأبقراطية أسلافنا الأطباء
الأمجاد. إني أقسم بالله:

١ - أن أكون في عملي مرتبطاً بالصدق والأمانة، متمسكاً بالنزاهة
والإخلاص، متشبعاً بمكارم الأخلاق لقوانين آداب الطب.

٢ - أن أعالج الناس بدون تمييز، وأن لا أنسى نصيب الفقراء وذوي
الحاجة، بل أقدم لهم العلاج اللازم مجاناً، وألاً أتقاضى أجراً غير مناسب مع ما
أقدمه من عمل.

٣ - أن أحافظ على السر الطبي، فأدخل البيوت لصالح المرضى متجنباً كل
ما يسيء إليهم، ولا أفشي ما يجب أن يبقى مكتوماً بالنسبة لما أرى وأسمع من
الناس سواء ذلك ما يتصل بمهنتي أو يخرج عنها.

٤ - أن أكون معترفاً بجميل أساتذتي، فأضعهم في منزلة آبائي، وأسير على
خطاهم، فأفضي بهذه الصناعة إلى تلامذتي وأبناء من علموني كما تعلمت منهم.

٥ - أن أقصد في جميع التدابير قدر طاقتي منفعة المرضى، فأخفف دائماً
من آلامهم، وأواسي قلوبهم، وأتجنب كل الأشياء التي تضرّ بهم.

فمن أكمل هذا اليمين فليحمده جميع الناس، ومن خالف ذلك فليكن
نصيبه اللعنة والنار.

القسم الطبي في الدستور الإسلامي:

وهو القسم الذي ارتضته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت.

أقسم بالله العظيم:

(١) الموسوعة الطبية الفقهية، ص ٧٨٤، ٧٨٥.

● أن أراقب الله في مهنتي .

● وأن أصون حياة الإنسان في كافة أدوارها، في كل الظروف والأحوال
بإذلاً وسعي في استنقاذها من الهلاك والمرض والألم والقلق .

● وأن أحفظ للناس كرامتهم، وأستر عوراتهم، وأكنم سرهم .

● وأن أكون على الدوام من وسائل رحمة الله، بإذلاً رعائتي الطبية للقريب
والبعيد، والصالح والخاطئ، والصديق والعدو .

● وأن أثابر على طلب العلم، أسخّره لنفع الإنسان لا لأذاه .

● وأن أوقّر من علمني، وأعلّم من يصغُرُنِي، وأكون أحياناً لكل زميل لي في
المهنة الطبية متعاونين على البر والتقوى .

● وأن تكون حياتي مصداق إيماني في سرّي وعلانيتي، نقية مما يُشِينُهَا
تجاه الله ورسوله والمؤمنين .

هذه ثلاثة نماذج من القسم الطبي الذي يلتزم به الطبيب عند تخرّجه قبل
مباشرته لمهنته . وهي تدلنا على الالتزام الذي التزم به كل واحد منهم في اتصاله
بالمرضى الذين يقصدونه ويعرضون عليه أبدانهم، ويمكنونه مما هو مصون من
أجسامهم وأسرارهم .

والمريض ملتزم عرفاً بأن يدفع للطبيب الأجر الذي يستحقه مقابل ما يقوم
به من خدمات، وبما أن عقد الإجارة يتحتم فيه أن يكون الأجر معلوماً للطرفين؛
فإنه إذا كانت السلطات المعنية إن حددت ما يستحقه الطبيب لقاء ما يقدمه من
خدمات للمريض فالأمر واضح، وإلا فإنه يجب عليه أن يُعلِمَ المريض مقدماً
بأجره .

وبهذا يكون العقد بين الطبيب والمريض عقد إجارة . وظاهر كلام مالك بن
أنس: أنه عقد جُعالة، وصرّح سُخْنُونُ بأنه عقد جُعالة . ففي (المدونة): رأيت
إن استأجرت كحّالاً يكحّل عينيّ من وجع بهما بدرهم؟ قال: قال مالك: في
الأطباء إذا استؤجروا على العلاج فإنما هو البرء . فإن برأ فله حقه، وإلا فلا شيء

له، قال مالك: إلا أن يكون شرطاً حلالاً فينفذ بينهما. قال ابن القاسم: وأنا أرى إن اشترط أن يكحله كل يوم أو كل شهر بدرهم، أن ذلك جائز إذا لم ينقده، قال: فإن برأ قبل ذلك كان للطبيب من الأجر بحساب ذلك. قال: إلا أن يكون صحيح العينين، فاشترط عليه أن يكحله شهراً بدرهم، ويكحله كل يوم؛ فهذا لا بأس به؛ لأن هذا قد لزم كل واحد منهما ما اشترط^(١).

جاء جواب مالك مجملاً؛ إذ حمل عمل الطبيب أولاً على ما ظاهره أنه عقد جعالة لا يستحق الطبيب شيئاً إلا إذا تحقق البرء، ثم استثنى أنه إذا شرط شرطاً فالشرط نافذ، وأما إن بين بشرط ما يصرفه عن الجعالة طُبِّقَتْ عليه قواعد الإجارة، ومن موجبات ذلك أنه لا يقدم للطبيب أجرته، لأنه لو قدمها وبرئ المريض قبل الأجل وجب عليه أن يرد الزائد فيكون المقدار الواجب استرجاعه جارياً مجرى السلف، ولا يجوز أن يجمع في عقد واحد بين احتمال الثمنية (الأجرة) والسلف الذي هو المقدار الزائد، ووضَّح أبو الحسن الصغير في اختصاره للمدونة ما إذا شارطه على أن يكحله وهو صحيح بأجرة معلومة، فذكر أنه يصح ذلك مع تقديم الأجرة وتأخيرها، لأنه إذا ما قدم له الأجرة في مثل هذا العقد لا يرد له شيئاً مما قدمه ويلزمان بالتمام^(٢).

ويفهم من التأمل في قول مالك أن هذا العقد عقد جعالة، وأنه إذا أطلق العقد كان اللازم فيه للطرفين أنه عقد على البرء لا يستحق الطبيب شيئاً إذا مات المريض، أو لازمته علته وعجز الطبيب ولم يبلغ بمريضه الشفاء. ويقول مالك قال ابن أبي موسى من الحنابلة: لا بأس بمشاركة الطبيب على البرء، لأن أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء، عَقَّب عليه ابن قدامة بقوله: والصحيح إن شاء الله أن هذا يجوز^(٣).

ويفهم من كلام ابن القاسم أنه عقد إجارة. وصرح بهذا الاختلاف في النظر

(١) المدونة: ٣/٣٩٨.

(٢) تهذيب المدونة: ٢/٣٥٨.

(٣) المغني: ٨/١٢٠.

ابن شاس فقال: فروع مترددة بين الجعل والإجارة: الأول: مشاركة الطبيب على براء العليل، وأتبعه بنظائر، ثم قال: وكل هذه الفروع مختلف فيها، وسبب الخلاف تردها بين عقد الإجارة وعقد الجعالة^(١).

وأثبت هذا التردد ابن الحاجب دون أن ينسبه، ولم يزد التوضيح إلا أن قال: نقله عن ابن شاس. وحقق ابن عبد السلام في شرحه على مختصر ابن الحاجب: أن كل هذه الفروع المذكورة هي من الإجارة إلا مسألة الحافر للبئر؛ فإنها من الجعالة، ووضح ذلك بأنه لا يلزم من عدم استحقاق الطبيب الأجرة إلا إذا تحقق البرء أن يكون العقد عقد جعالة، وذلك أن الفرق الأساس بين الجعالة وبين الإجارة هو لزوم العقد وعدم لزومه، والعقد بين المريض والطبيب عقد لازم، فمنشأ التردد أنه لما لم يكن للعامل شيء إلا بالتمام شابته الجعالة، ولما كان العامل إذا ترك العمل وأكملة غيره يستحق من الأجر بحساب عمله شابته الإجارة^(٢).

وضبط القاضي عبد الوهاب ميادين الجعالة في بابين: في الشيء الخفيف الذي لا خطر له، وفيما لا ينحصر بأجرة، وجعل مشاركة الطبيب على البرء من الثاني الذي أجزى؛ لأنه تدعو إليه الضرورة، ثم ذكر أن ما يمكن أن يعتقد عليه إجارة فالإجارة فيه أولى، لأنه أبعد عن الغرر، ولأن العقد ينحصر من الطرفين فكان أولى^(٣).

وذكر ابن رشد صورة أخرى وهي: أنه سئل ابن القاسم وابن وهب عن الطبيب يشارط المريض يقول: أعالجك، فإن برئت فلي من الأجر كذا وكذا، وإن لم تبرأ غرمت لي ثمن الأدوية التي أعالجك بها إذا أخبره بالثمن قبل أن يعالجه، فقالا: الناس ينهون عن كل بيع وأجرة يكون فيها شرطان؛ لأن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة، وقد أجاز لنا مالك علاج الطبيب إذا شارطه على شيء

(١) عقد الجواهر الثمينة: ٩/٣.

(٢) شرح الخرشبي: ٦١/٧؛ حاشية البناني على الزرقاني: ٦٠/٧؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٦١/٤.

(٣) المعونة: ١١٦/١١٥.

معلوم؛ فإن صحَّ أعطاه ما سمَّى له، وإن لم يصح من علاجه لم يكن له شيء. قال ابن القاسم: لا خير فيه.

قال محمد ابن رشد هذا بين على ما قال: إن ذلك لا يجوز من أجل أنه دخل تحت نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة، والذي يدخله من المكروه الجهل بالإجارة والغرر فيها؛ لأن الطبيب لا يدري ما يحصل له إن كان الجعل الذي سمي له أو ثمن أدويته، فإن وقع ذلك فسخ متى ما عثر عليه، وكان له ثمن أدويته التي عالجه بها، وقيمة عمله هو في علاجه. والله الموفق^(١).

واشترط في المذهب الشافعي أن تكون المنفعة متقومة، وبنى على هذا أن الأجير لا يستحق الأجرة إذا كانت المنفعة تحصل بدون بذل مجهود، فقال: لا يصح استئجار ببيع على كلمة لا تُتَعَبُ قائلها، وإن كانت إيجاباً وقبولاً وروجت السلعة. وفي الإحياء: لا يجوز أخذ عوض عن كلمة يقولها طبيب عن دواء ينفرد بمعرفته، إذ لا مشقة عليه في التلفظ به. وذكر في (المجموع) أن علة ذلك: أن ما لا كلفة فيه لا يقابل بعوض^(٢).

يتلخص مما قدمناه:

١ - أن الاتفاق بين الطبيب والمريض على العناية به دون تفصيل يحمل على أنه على البرء، ولا يستحق الطبيب شيئاً إلا إذا تحقق الشفاء، كما نقلناه عن مالك وابن أبي موسى من الحنابلة. والذي يترجح عندي أن مالكاً يفتي بالعرف الشائع في المدينة وقت إصداره لفتواه، ويبدو أن العرف بالمدينة في عهد مالك أنه على البرء، وبناءً على هذا العرف أفتى بما أفتى به، وذلك لأن العقود إذا لم تضبط ولم تفصل فإنها تحمل على العرف في العوضين كليهما.

٢ - أن الاتفاق بين الطبيب والمريض على أن يعالجه ويقدم له ما هو في حاجة إليه من أدوية، وأنه إذا تحقق الشفاء استحق قبض ما اتفقا عليه، وإن لم يحصل الشفاء؛ دفع المريض للطبيب ثمن الأدوية فقط؛ أن هذا العقد محرّم،

(١) البيان والتحصيل: ٤٧٢/١٠ - ٤٧٣.

(٢) مغني المحتاج: ٣/٣٣٥؛ المجموع: ١١٦/١٥ - ١٢٠.

ومتى عثر عليه فسخ واستحق الطبيب أجرته بحسب ما عمل، ويستحق ثمن الأدوية التي مكن منها المريض .

٣ - أنه حسب ما تقرر في المذهب الشافعي، أن الطبيب إذا بذل مجهوداً استحق الأجرة، وأنه إن لم يبذل مجهوداً فلا أجر له .

٤ - إن ما كان عليه العمل في عهد مالك لم يبق له اليوم عليه عمل، وإن الطبيب لا يعقد عقداً على البرء، ولكنه يقوم بفحص المريض مقابل أجر ينبغي أن يكون معلوماً، فهذا هو العرف وما ينبغي أن يحمل عليه الأمر في زماننا. وأما ما نقل من مذهب الشافعي أنه لا يستحق الأجر إلا إذا بذل مجهوداً؛ فإن الحديث الصحيح الذي أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما يفيد خلاف ذلك .

ولفظ البخاري بسنده إلى أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، قال: انطلق نفر من أصحاب رسول الله ﷺ في سفرة سافروها حتى نزلوا على حي من أحياء العرب، فاستضافوهم، فأبوا أن يضيفوهم، فلدغ سيد ذلك الحي، فسعوا له بكل شيء، فقال بعضهم: لو أتيتم هؤلاء الرهط لعله يكون عند بعضهم شيء، فأتوهم فقالوا: يا أيها الرهط إن سيدنا لدغ وقد سعينا له بكل شيء لا ينفعه، فهل عند أحد منكم من شيء؟ فقال بعضهم: نعم والله إني لأرقي، ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا، فما أنا براقٍ لكم حتى تجعلوا لنا جعلاً؛ فصالحوهم على قطع من الغنم، فانطلق يتفل عليه ويقرأ: ﴿ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴾، فكانما نشط من عقال، فانطلق يمشي وما به قلبه (أي: علة)، فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه. فقال بعضهم: اقسوا، فقال الذي رقى: لا تفعلوا حتى تأتي النبي ﷺ فنذكر الذي كان فننظر ما يأمرنا، فقدموا على رسول الله ﷺ فذكروا له، فقال: وما يدريك أنها رقية؟ ثم قال: قد أصبتم، اقسوا واضربوا لي معكم سهماً (فضحك النبي ﷺ).

وذكر ابن حجر أنه قد اختلف هل قرأ عليه ثلاثاً أو سبعاً؟^(١)، فقراءة سورة الفاتحة ثلاثاً ليس فيه كبير جهد، خاصة والقارئ يؤجر على قراءته للفاتحة ولو

(١) الفتح: ٣٦١/٥.

كان للرقية؛ لعموم دليل الثواب على قراءة القرآن، ومن ناحية أخرى فإن النصيحة التي يقدمها الطبيب، وإن كانت لا تقتضي منه مجهوداً عند الحديث بها، ولكنها لم تحصل له إلا بعد مجهودات متواصلة واختبارات متعددة متتابعة. ولا تقاس قيمة الأشياء بالكثرة، ولكن تقاس بما فيها من نفع: ﴿صَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا كَلِمَةً طَيِّبَةً كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي السَّمَاءِ﴾ (٢٤) ﴿تُؤْتِي أُكْلَهَا كُلَّ حِينٍ بِإِذْنِ رَبِّهَا﴾ [إبراهيم: ٢٤ - ٢٥]، فالطبيب يستحق الأجر المتفق عليه سواء أكان عمله قليلاً أم كثيراً، لأن المريض لا يرغب إلا في أن يتم شفاؤه في أقرب وقت، ويكون أشد رضا إذا ما تم برؤيه بكلمة تصف له الدواء الناجع.

مسؤولية الطبيب أمام الله:

اعتنيت ببيان الحلال والحرام؛ لأن ذلك أول خطوة في معرفة مسؤولية الطبيب أمام الله؛ لأن إقدامه على المحرم يعرضه للحساب على ما قدم متجاوزاً به شرع الله، ولا تقف مسؤولية الطبيب الدينية عند هذا الحد. وتجنباً للتكرار سوف أدمج بقية ما يتعلق بالمسؤولية الدينية في مبحث المسؤولية المدنية والعزائية إن شاء الله.

* * *

المبحث الثالث المسؤولية المدنية للطبيب

المسؤولية:

الذي أفهمه من المسؤولية هو ما يترتب على الطبيب وهو يباشر عمله في جسم المريض من تعويض عن الضرر الحاصل عن خطئه، أو العقاب لتجاوزه للقانون الذي يضبط حدود ما هو ممنوع عليه فعله.

فالمسؤولية نوعان: مسؤولية مدنية تستدعي تعويضاً عن الضرر الحاصل، ومسؤولية جزائية تتبعها عقوبة إذا طالب بها المتضرر أو الوكالة العامة للدولة.

والمسؤولية تقتضي:

أولاً: تحقق وقوع ضرر يستدعي إصلاحاً.

وثانياً: معرفة سبب الضرر.

وثالثاً: من هو فاعل الضرر، وعندما يتم الجواب عن هذا السؤال يظهر الشخص المسؤول، فالمهم ظهور علاقة السببية بين الضرر والفاعل له.

فعندما تجتمع هذه الأركان الثلاثة يمكن النظر في إعادة التوازن المفقود تبعاً للفعل الضار^(١).

المسؤولية المدنية التي يتبعها مطالبة المريض، أو ورثته في بعض الأحوال، بالتعويض عن الضرر تتنوع حسب موجبها إلى ثلاثة أنواع:

١ - الخطأ الطبي الذي يقع فيه الطبيب تبعاً للمستوى المعرفي الذي وصلت إليه المعرفة في الكشف والعلاج، والذي ترتب عنه ضرر للمريض.

(١) نشرة الأكاديمية الوطنية الطبية بفرنسا، الأيام الدراسية لتطور المسؤولية الطبية، ١٩٩٨م، ص ٤٩٤.

٢- إذاعة السر المهني الذي أطلع عليه الطبيب تبعاً لمهمته .

٣- إخفاء الحقيقة عن المريض ، أو مغالطته .

أولاً: الخطأ في الكشف أو العلاج :

ينبغي التأكيد على أن التطبيب ليس من العلوم الصحيحة، ولكنه فن، نعم إن الطبيب يقترب أكثر فأكثر من العلوم الصحيحة التي يعتمدها، ولكنه لم يخرج عن كونه فناً، ولذلك قد تجد أن الطبيب يخلص الإخلاص كله في العناية بمريضه، ويطبق ما وصل إليه العلم من تقنيات ومع ذلك تكون النتيجة سلبية . وما ذلك إلا لأن الميدان الذي تجري فيه التطبيقات هو بدن الإنسان، هذا البدن المعقد، الذي لم يحط العلم بالأوجاع التي يمكن أن تحصل منه عند مداخلة الدواء، وهو بذلك مجمع عوامل من طبيعتها أنها قد تحبط حتى التوقعات الدقيقة، فالعلم يمكنه أن يظهر بمظهر الجزم واليقين، أما الطب فلا^(١)، وبناءً على ذلك فإن الطبيب غير مسؤول إذا قام في الكشف عن مريضه وعلاجه حسبما تقتضيه الأصول الفنية، ولم يقصر، أما إذا قصر في الكشف، فلم يطبق ما وصلت إليه العلوم الطبية، ويتبع ذلك غالباً أن الدواء لا يكون فاعلاً في المرض، فإن المريض له الحق في مساءلة الطبيب مدنياً ليلزمه بالتعويضات عن الأضرار التي حصلت له .

وفي الفقه المالكي : إن الطبيب إذا قصر كأن سقى عليلاً دواءً لا يناسب مرضه معتقداً أنه يناسبه، وقد أخطأ في اعتقاده، يضمن ما ترتب عن خطئه؛ إذا كان لم يبلغ ثلث الدية فمن ماله، وإن بلغ الثلث فصاعداً فعلى عاقلته، وأما إن لم يقصر، بل فعل ما يناسب المرض في الطب فنشأ عنه عيب أو تلف فلا ضمان عليه . والطبيب في الحالتين لا إثم عليه ولا مسؤولية؛ لأنه اجتهد .

وأما لو كان الطبيب جاهلاً بالطب وغمراً المريض موهماً أنه حاذق؛ فهو آثم مسؤول عند الله عن كل ما تسبب فيه من ضرر، ويغرم من ماله عند مالك، ويؤدب لتغيره، وهذه الأحكام إذا لم يقصد الضرر .

(١) المصدر السابق، ص ٤٩٦، ٤٩٧ .

أما إذا قصد الطبيب الضرر؛ فسواء أكان عالماً أو جاهلاً فهو آثم، ويقتصر منه حسب الضرر الذي أحدثه، كما يضمن الطبيب الضرر الذي أحدثه إذا عالج المريض بدون إذن معتبر. وغير المعتبر كإذن الصبي وغير المكلف^(١).

وفي الفقه الحنبلي جاء في (المغني) ما يلي: أن الطبيب لا يضمن بشرطين:

أحدهما: أن يكون ذا حذق في صناعته، له بها بصارة ومعرفة؛ لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له المباشرة، وإن فعل مع هذا كان فعلاً محرماً؛ فيضمن سرايته.

والثاني: أن لا يتجاوز ما ينبغي أن يقطع.

فإن وجد هذان الشرطان لم يضمن، لأنه قطع قطعاً مآذوناً فيه فلا يضمن سرايته؛ كقطع الإمام يد السارق، أما إذا كان حاذقاً وجنت يده فقطع في غير محل القطع، أو تجاوز محل القطع، كما إذا قطع سلعة (غدة) من إنسان فتجاوزها، أو قطع بألة يكثر ألمها، أو في وقت لا يصلح القطع فيه وأشباه هذا، ضمن فيه كله، لأنه إتلاف لا يختلف فيه ضمانه بالعمد والخطأ فأشبهه إتلاف المال. ثم قال: وهذا مذهب الشافعي، وأصحاب الرأي، ولا نعلم فيه خلافاً^(٢).

ملاحظة: بما أن الطبيب قد أقسم على أنه يداوي مرضاه بعناية وضمير باذلاً كل جهده في التخفيف من آلامهم، فإن هذا يقتضي أن يكون متابِعاً للتطور الطبي، ولَمَّا تصل إليه البحوث في ميداني الكشف والمعالجة، والطبيب إذا لم يواصل متابعته هذه، يعتبر جاهلاً إذا ما تجاوز العلم مستوى معارفه يوم تخرجه، ولذا فإنه ينطبق عليه مسؤولية الجاهل بالطب الذي يباشر علاج المرضى من الإثم والضمنان.

● الحكم إذا كان القائم بالكشف والمعالجة فريق طبي؛ فمن الذي يتحمل المسؤولية منهم؟

ميدان الجراحة هو من أبرز الميادين التي يقوم فيها الطبيب الجراح بقيادة

(١) حاشية البناني على شرح الزرقاني: ١١٦/٨ - ١١٧؛ التاج والإكليل: ٣٢١/٦.

(٢) المغني: ١١٧/٨.

فريق يشترك معه في مباشرة جسم المريض ، هذا الجسم الذي هو مصون ، الأصل أنه لا يحل جرحه ، ومع هذا جاز للطبيب أن يُعمل فيه مبضعه ، وأن يعمل على تعطيل قوى الوعي والإحساس فيه ، لمنفعة المريض صاحب الجسم ، ويتكون الفريق من مساعدين أطباء ومن ممرضين ، ومن هم أعضاء الفريق الطبيب الذي يقوم بالتخدير ثم بإعادة الوعي عقب الانتهاء من العملية ، كما يقوم عند إجرائها بمتابعة المريض في ميدان اختصاصه كمتابعة النفس والنبض . . . كما يتطلب المريض عناية خاصة بعد الانتهاء من العملية الجراحية ، الشأن أن يقوم بها الممرضون ، والقائد لهؤلاء جميعاً هو الطبيب الجراح كما أن الأصول الفنية تقتضي من الجراح : أن يتأكد من تدقيق للحالة الصحية والتوازن البيولوجي للمريض أو اختلاله ، وفصيلته الدموية ، والاستعداد للطوارئ وغير ذلك ؛ إنه إذا قام الجراح بكل ما يلزم مستحضراً في نفسه مراقبة الله والنصح لمريضه ؛ فإنه مثاب على عمله مجزي به خيراً عند الله ، سواء انتهت العملية بنجاح ، أو فشلت بعامل ليس من صنعته ، ويشاركه في ذلك كل أفراد الفريق .

أما إذا حصل خطأ غير مقصود نتج عنه ضرر للمريض ، فإن كان من الطبيب المخدر فإنه هو الذي يتحمل نتائج خطئه حسبما تقرر قبل ، ما لم يكن هذا الخطأ مما شأنه أن يطالب الجراح بمراقبته مع عمله ، فإن المسؤولية يتقاسمها معه ، لأن الطبيب الجراح هو الذي يختار أعضاء فريقه ويقودهم ، ويعطي التعليمات التي يجب أن تطبق . وهذا ما وصل إليه التشريع الفرنسي في ضبط المسؤوليات ، فالأستاذ (سادر) في بحثه عن المسؤولية الجماعية بين أن فقه القضاء انتهى في المرحلة الثالثة الأخيرة من تطوره ، إلى أن الخطأ الذي ترتب عليه ضرر للمريض تسبب عن إهمال الطبيب (المخدر والمنعش) ، إعداد المادة التي لا بد منها في عملية إنعاش المريض يتحملها أولاً الطبيب (المخدر المنعش) ويشاركه فيها الجراح^(١) .

(١) فرانسوا سادرا المحامي بباريس ، نشرة :

ولما كان التقدم العلمي في الكشف وضع بين يدي الطبيب المباشر وسائل تساعده كثيراً على التعرف على حالة المريض كالتحليل البيولوجي ومختلف أنواع الكشف بالأشعة، وأن اتخاذ القرار العلاجي مرتبط بنتائج ما يصله من أهل الاختصاص، وأن أهل الاختصاص هؤلاء لا يجتمعون مع الطبيب عند مباشرته للعلاج، وبناءً على تحتم التفرقة بين الفريق الطبي المترابط، وبين الفريق من المشاركين في الكشف إذا كانوا منفصلين؛ فإن من المعقول أن لا يشارك الطبيب المباشر البيولوجي في المسؤولية، إلا إذا كان الخطأ فادحاً لافتاً للنظر؛ فإنه مسؤول إذا لم يطلب إعادة التحليل مثلاً، وكذلك في ميدان الأشعة؛ فالطبيب المباشر لا يتحمل أخطاء الطبيب الاختصاصي فيها، ولكن عليه أن لا يقتصر على قراءة التقرير دون تأمل في الصورة الملتقطة للمريض، وأريد أن أتبه على أمر يسأل عنه الطبيب هو: أن التحاليل البيولوجية والكشف بمختلف أنواع الأشعة لا يطلبه الطبيب المباشر إلا إذا توقف الكشف الدقيق على ذلك، وأنه للمريض الحق في محاسبة الطبيب ومطالبته قضائياً إذا ألجأ المريض لنفقات غير لازمة للكشف.

وعلى كلِّ فإن العقد الذي بين الطبيب والمريض يقتضي أن يباشر الطبيب بضمير وإخلاص وتطبيق لما قبل علمياً في وسائل الكشف والعلاج، وأنه يعتبر مقصراً إذا أخلَّ بما تفرضه أصول المهنة الطبية الشريفة.

ويبرز في ميدان الكشف عن جسم المريض جانب آخر لم يعره المشرِّعون الغربيون اهتمامهم، والطبيب المسلم مسؤول عنه، وهو ما يحل للطبيب أن يكشف عنه أو يلمسه أو يجسه من جسم المريض، فالطبيب المسلم مسؤول عن ذلك مسؤولية تقتضي أنه كلما تجاوز ما هو ضروري لمعرفة المرض فنظر أو مسَّ أو جسَّ البدن المصون المحترم بعامل الفضول أو لأي سبب آخر؛ فإنه يكون مسؤولاً أمام الله، لأنه خان الأمانة التي عهد إليه بها، التي هي مساعدة المريض على الشفاء وتخفيف الآلام، وليست إشباعه لنزواته ولغريزة حب الاطلاع حتى على ما حرّمه الله عليه، وقارن نظرة الإسلام في صون عورات المرضى مع ما

أخبرني به ثقة أن المرضى في فرنسا يجردون من جميع ثيابهم قبل إجراء العملية الجراحية عليهم.

ثانياً: إذاعة السر المهني:

للطبيب جانبان؛ هو أولاً عضو من الأمة الإسلامية مثاب على كل عمل يقوم به فيه فائدة للأمة، وهو من ناحية ثانية رجل قد سما لشرف هذه المهنة، هو رحمة للمصابين يخفف آلامهم، ويلسم للمرضى والمكروبين يعيد لهم بعون الله ما فقدوه من السلامة، وما ذهب عنهم من الصحة بهجة الحياة، وهو عند مباشرته للمرضى يطلع على ما لا يطلع عليه غيره؛ فيفضي له المرضى بأسرارهم التي دفنوها في صدورهم، ولا يعلم أحد بها إلا الله. يطلع على ما في أجسامهم من قبح خفي، أو من وسامة صارخة.

الأصل والقاعدة العامة أن الطبيب مؤتمن على هذه الأسرار لا يحل له أن يوح بها، ولا أن يحدث بها قريباً أو بعيداً، ولا صديقاً ولا عدواً. وكما هو مسؤول عند الله فكذلك هو مسؤول لدى المحاكم لجبر الضرر الذي يترتب عن إذاعته للسر والبوح به. ولكن لكل قاعدة استثناء، وكما يقول الأصوليون: ما من عام إلا وقد دخله التخصيص، والسر الطبي خاضع لهذه القاعدة، فهو بوصفه عضو من الأمة وفرد من أفراد المجتمع الواجب عليه أن يحمي المجتمع من كل خطر يمكن أن يلحق به، وهنا يكون من واجب الطبيب أن يوقع الأمر ويذيع السر بمقدار ما تدعو إليه الحاجة غير متجاوز لها، ولنضرب أمثلة لذلك:

- يتقدم أعضاء قيادة الطيران بصفة دورية للفحص الطبي الذي يضمن سلامة قدراتهم على القيام بمهامهم، فإذا وجد الطبيب ما يعرض سلامة الركاب للخطر، سواء من اختلال في القدرات الجسمية، أو ابتلاء أحدهم بالمخدرات مثلاً، فيتحتّم عليه وجوباً أن يبلغ الشركة بما اكتشفه، ويأثم إن طوى السر في نفسه، ومن ناحية أخرى فإنه يكون مسؤولاً أمام الله إذا تجاوز في إذاعته الجهة المسؤولة التي يهملها الأمر.

- قد يتقدم طالب تجديد رخصة السياقة لطبيب العيون ليتمكن من شهادة

تثبت قوة نظره، بما يجعل مستعملي الطريق معه في أمن من ضعف بصره واختلاطه، فإذا وجد أن بصره قد ضعف ضعفاً لا يمكنه من السياقة في أمن، وبقي من صلاحية الرخصة الأولى مدة فالواجب عليه أن يعلم الجهة المسؤولة لتسحب منه الرخصة .

- إذا قدم عليه الزوجان يرغبان في إجراء فحص عليهما ليقرر كل واحد منهما إما المضي في العلاقة إلى الزواج، وإما إلى الانفصال، فإذا وجد أن أحدهما مثلاً مصاب بفقد المناعة في المراحل الأولى التي لا تظهر فيها الأعراض لتشاهد، فإن الواجب عليه أن يخبر القرين بما انكشف له .

ثالثاً: إعلام المريض بمرضه :

معرفة المريض بوضعه الصحي حقٌّ له، وإخفاء الطبيب الحقيقة، أو مغالطته موجبة لمساءلته . لقد أخذت القوانين الأوروبية بعد تطوّر رعاية حقوق الإنسان بالزام الأطباء بتقنين هذا الحق وإلزام الأطباء في أحوال معينة بأن يوقع المريض على وثيقة تثبت أن الطبيب قد أعلمه بمرضه والمستوى الذي هو عليه، ودعوا إلى تضمين المناهج الدراسية الطرق التي يتدرّب فيه الأطباء على إعلام مرضاهم بطريقة لا ينهار بها ضعاف الشخصية .

والإسلام كرمّ الإنسان؛ فالطبيب المسلم أحق بأن لا يغالط المريض الذي ائتمنه على نفسه، وبحمد الله فإن المؤمنين يجدون من قوة إيمانهم ما يقوِّهم على مواجهة أوضاعهم الصحية، نعم قد يكون بعض المرضى يخشون من تطور أسقامهم وما يمكن أن تؤدّي إليه، فعلى الطبيب بحكمته أن يجتهد ليعرف المريض بمرضه دون أن يهول الأمر، وعليه أن يبعث في مريضه الرجاء في الشفاء، فإن الشفاء بيد الله، ويقوي ثقته بالله، ويضرب له من الوقائع التي باشرها من زالت علته ورجعت له سلامته .

* * *

المبحث الرابع المسؤولية الجزائية للطبيب

كلما كان الضرر الذي أوقعه الطبيب بالمرضى الذي ائتمنه على علاجه متعمداً فإن الطبيب ينال من العقوبة ما يتناسب مع الضرر الذي أوقعه، ولا يشدد على الطبيب ولا يخفف عنه، إذ لا تعتبر المهنة الطبية ظرفاً من ظروف التخفيف ولا التشديد في نظري.

ولما كانت القوانين في العالم الإسلامي لا توقع عقوبة إلا إذا نص القانون على المخالفة ونص على العقوبة بناء على قاعدة متفق عليها (أن لا عقوبة إلا بنص) فإنه يتحتم تبعاً لذلك أن تعنى الدول الإسلامية بإصدار القوانين التي تبين بدقة المخالفات التي توجب عقوبة، وأن تراعي الأحكام الإسلامية فيما تصدره من قوانين، ولناخذ لذلك بعض الأمثلة.

تنص بعض القوانين على أن اقتطاع عضو من إنسان يعتبر موجباً للعقوبة إذا لم يكن ذلك بإذن من صاحب العضو في حياته أو من أوليائه بعد موته. وتنص قوانين بعض البلدان أن الميت إذا لم ينص على المنع من أخذ عضو منه، فللطبيب أن يأخذ العضو منه قصد زرعه؛ على معنى أن عدم التنصيص على المنع يعتبر إذناً اعتماداً على تقديم مصلحة الحي على مصلحة الميت.

مثال أول: فإذا أقدم طبيب في الحاليتين على أخذ عضو من حي بدون إذن من صاحبه فالاتفاق على مؤاخذته وتسليط العقوبة عليه. أما إذا اقتطع العضو من ميت لم يمنع من الاستفادة من أعضائه بعد موته بالضوابط التي بينها قرار مجمع الفقه الإسلامي ٢٦ (٤ / ١) الفقرتين ٧ / ٦، فالطبيب مسؤول في الدول الآخذة باشتراط الإذن؛ وهو غير مؤاخذ عند من لا يشترطه، ولكن هو مسؤول على فعله عند الله، مرتكب لإثم، لأن اعتبار عدم الإذن إذناً مما لا تقره الشريعة الإسلامية.

مثال ثان: إقدام الطبيب على اقتلاع الجنين قبل أربعة أشهر، أجازت بعض الدول ذلك، ومنعته دول أخرى، فالطبيب لا يعاقب عند من أجازته ويعاقب عند من منعه، وهو آثم عند الله ولو كان علقه، قال الزرقاني: وفي إلقاء الجنين بضرب أو شتم ریح أو تخويف أو شتم مؤلم على ما يراه البرموني وإن كان علقه وهي الدم الذي إذا صب عليه الماء الحار لا يتحلل (يعني النسيج)، الواجب عشر دية أمه يدفعه من ماله^(١).

مثال ثالث: إخصاب البيضة ثم القيام عليها لتتقسم وتتكاثر الخلايا بقصد إجراء التجارب، نصت بعض القوانين الغربية على منعه وحددت العقوبة، وكثير من الدول الإسلامية لم تُصدر في تشريعاتها ما يمنع من ذلك، فيكون هذا الفراغ القانوني يعني الطبيب القائم بالتجربة من العقوبة، مع أنه منافع لكرامة الإنسان؛ لأن البيضة إذا ما خصبت فإن الخلية المتكونة من الاندماج هي الأصل الأول للإنسان، وتحمل حقيقته الجينية كاملة، وبهذا فإنه في هذا العمل تعدُّ على الكرامة الإنسانية.

علاقة المريض بالمصلحة أو المستشفى:

إن العقد الذي يربط المريض بالمستشفى الدولي أو بالمصلحة؛ سواء أكان موثقاً أو غير موثق بكتاب، يُحمّل المؤسسة ما يحدث للمريض من أضرار في فترة إقامته، وتحمل المؤسسة جبر ضرر الأخطاء غير المقصودة التي يرتكبها أحد موظفيها.

بل إن الأمر قد تطور إلى مساءلة المؤسسة إذا فوتت على المريض حظاً أفضل؛ فقد جاء في نشرة الأكاديمية المذكورة أعلاه أنه في سنة ١٩٧٦م أخطأ الطبيب الداخلي للمصلحة في تشخيص مرض شخص فقد وعيه، ظن أنه نتيجة السكر، ولكنه في الواقع كان نتيجة صدمة، فحكمت المحكمة على المؤسسة بأنها فوتت على المريض فرصة لمواصلة حياته، ومن سنة ١٩٨٠م أصبحت

(١) الزرقاني: ٣١/٨؛ الخرشي: ٣٢/٨.

المحاكم تدين المؤسسات الصحية إذا ما ثبت أنها فوتت على المريض فرصة حظ .

ثم إنه بعد ذلك يكون بين المؤسسة وبين الطبيب الذي أخطأ الفصل بالرجوع إلى المجلس التأديبي الذي يقرر مقدار المسؤولية التي يتحملها الطبيب، والعقوبة التي يمكن أن تسلط عليه^(١).

ملاحظة: بقي أمران لم يتناولهما البحث باعتبارهما خارجين عن العناصر التي ضبطت الموضوع؛ وأعتقد أنهما هامين ومكملان له، وهما:

أولاً: طريقة إثبات الخطأ الموجب للتعويض، وأثر التقادم على قيام المريض أو ورثته بالمطالبة.

ثانياً: الطب الشرعي وضوابطه، متى يجوز تشريح جثة الميت؟ وإخراج الميت بعد دفنه لتشريحه. وما يتصل بذلك.

أدعو إلى تخصيص هذه المواضيع بالعناية والدراسة والقرارات في اجتماع قادم للمجمع. والله أعلم وأحكم، وهو حسبي ونعم الوكيل، نِعْمَ المولى ونِعْمَ النصير، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا، واغفر لنا إنك أنت الغفور الرحيم.
اللهم صلِّ وسلِّم وبارك على إمامنا وشفيعنا وقائدنا ونبيِّنا سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه كما يرضيك ويرضيه وترضى به عنا يا رب العالمين.

* * *

(١) ص ٥٢٠-٥٢١ نشرة الأكاديمية المذكورة أعلاه.

ملخص البحث

بلغ التقدم العلمي في القرن العشرين وخاصة في النصف الثاني منه ، درجة تكاد تفوق كل ما حققته البشرية في تاريخها الطويل . ومنه العلوم الطبية ، يتمثل ذلك فيما يلي :

١ - نتائج الكشوف الفيزيائية والبيولوجية للانتصار في الحرب العالمية الثانية طوع لفائدة الإنسان .

٢ - ما فرضه التطور الصناعي من إنشاء مراكز للبحوث أسهمت في سرعة التطور .

٣ - الرفاهية الاقتصادية وأثرها في طول متوسط الأعمار إلى الشيخوخة ، وما يتبع ذلك من علل .

٤ - الإعلامية .

٥ - عناية العلماء في جميع فروع المعرفة بمعرفة الجزء الصغير ومكوناته ، حتى وصلوا إلى قراءة الجينوم البشري .

٦ - تنوع الاختصاصات الطبية والبيولوجية والترابط بينها في الكشف وفي العلاج .

٧ - التطور العالمي في رعاية حقوق الإنسان وأثره على علاقة الطبيب بالمريض .

نتج عن ذلك تنوع المسؤولية إلى ثلاثة أنواع : مسؤولية فردية ، مسؤولية جماعية ، مسؤولية المؤسسة الصحية .

العلاقة بين الطبيب والمريض : بما أن الطبيب قبل أن يياشر مهنته يقسم على الوفاء لأصول المهنة الطبية الشريفة ، فإن من يتقدّم له مستحضر وفاء لما

أقسم عليه، والعلاقة بينهما عقد إجارة يتحتم فيه معرفة الطرفين بالأجر الواجب دفعه .

وقد يكون العقد على أن كل عيادة للمريض يستحق عليها الطبيب أجراً، وقد يقع التعاقد على البرء، وفي هذه الحال لا يستحق الطبيب شيئاً إلا إذا نجح في شفاء المريض .

والطبيب مسؤول أمام الله فإقدامه على التطبيب إن كان حاذقاً بالمهنة هو مأجور على عمله بمقدار ما يخلص فيه . ويكون معرضاً لعقابه إن كان غير حاذق، وتتبعه المسؤولية في كل عمل يقوم به .

لا يجوز أن يعقد المريض عقداً على أن يقوم الطبيب بتقديم الدواء له ويعتني به إلى أن يبلغ مرحلة الشفاء، وعندها يستحق أجره وثمان الدواء، وأنه إن مات أو لازمه المرض فلا شيء للطبيب، ومسؤولية الطبيب تتحقق إذا ترتب على قيامه بالتطبيب ضرر هو نتيجة خطأ، وهو موجب للتعويض عن الضرر الحاصل وهي المسؤولية المدنية، أو العقوبة إذا طالب بها المتضرر أو الوكالة العامة للدولة .

والأخطاء الموجبة للتعويض (المسؤولية المدنية): الضرر الذي ترتب عن خطأ الطبيب لعدم تطبيقه لما وصل إليه المستوى العلمي وقت التطبيب، إذاعة السر المهني، إخفاء الحقيقة أو مغالطة المريض، ونؤكد أن الطب ليس من العلوم الصحيحة التي تكون نتائجها يقينية، ولكنه فن؛ لأن ميدانه جسم الإنسان الذي لا يعلم أرجاعه وقبوله أو رفضه إلا الله تعالى؛ فالطبيب غير مسؤول عن البرء إذا جرى في الكشف والعلاج على الأصول الفنية المقبولة يوم قيامه بمهمته .

أما المسؤولية الجزائية فهي نتيجة مخالفة الطبيب للقانون العام المانع لبعض الممارسات، وكذلك إذا قصد الإضرار بالمريض، وكذلك إذا باشر ما لا يحسنه من الاختصاصات .

ومن تطورات الطب في العصر الحديث أن الكشف والعلاج قد يكون بواسطة طبيب واحد، وقد يكون بواسطة عدد من الأطباء أو من الطبيب والخبراء،

وتنقسم هذه الفرق إلى قسمين : فريق مترابط يشترك في القيام بالكشف والعلاج ، وفريق غير مترابط ، أما القسم الأول فالطبيب الرئيس الذي يعين بقية الأعضاء هو المسؤول عادة عن الخطأ ، إلا إذا تحددت مسؤولية أحد أعضاء الفريق في وقوع الخطأ وما ترتب عليه من ضرر ، وأما إذا كان الفريق غير مترابط فلا يسأل الطبيب المباشر إلا إذا كان الخطأ ظاهراً ولم يدقق .

والطبيب مسؤول إذا تجاوز ما أذن له فيه من المباشرة للفحص والعلاج ؛ فالجسم الإنساني مصون بصيانة الله له ، فيحرم عليه أن يشبع نظره فيما هو خارج عن الموقع الذي لا بد من كشفه ، ولا أن يجرح أكثر مما يلزم للعلاج . وإن تجاوز ذلك إرادياً فهو مسؤول أمام الله ، وإن كان لا يسأل عنه لا مدنياً ولا جزائياً حسب القانون .

والطبيب مسؤول عن السر المهني سواء ما أخبره به المريض أو ما وصل إليه بعد الفحص ، هذه هي القاعدة ، ولا يستثنى منها إلا الحالات القليلة التي يكون في كشفها ما يحقق صون الحقوق العامة أو الحقوق الخاصة حسبما هو مبين في البحث .

والطبيب ملزم بإعلام المريض بوضعه الصحي ولا يخفي عليه الحقيقة ، إلا أنه ينبغي للطبيب إذا ظن أن المريض ضعيف الشخصية ، ربما ينهار إذا علم خطر مرضه فعليه أن يحاول بحكمة تعريف المريض ، ويختار الأسلوب الموافق للتركيب النفسي لمريضه ، كما يختار الأدوية المناسبة لتركيبه الجسمي .

وعلى كليات الطب أن تُعنى بتدريب طلبة الطب على الطرق المناسبة في مثل هذه المقامات ، وللطبيب المسلم عندما يكون مريضه مؤمناً بالهداية الإسلامية يجد في ذلك عوناً على التوفيق في طريقة تعريف مريضه ، وتقوية ثقته بالله .

كلما كان الضرر الذي حصل للمريض نتيجة تعمد أو جهل الطبيب ؛ فالطبيب مسؤول عن ذلك جزائياً حسب ما تقتضيه الشريعة الإسلامية أو القانون ، ويقوم بمقاضاة الطبيب إما المتضرر ، وإما ورثته ، وإما نائب الحق العام ، وكذلك يسأل الطبيب جزائياً إن هو أقدم على القيام بما منع منه القانون كالإجهاض خارج

حدود القانون، أو تنمية الخلايا الإنسانية لإجراء الاختبارات عليها.

ولما كانت العقوبة تفتقر إلى نص يضبط أحكامها ومقاديرها فإنه يجب على الأمة الإسلامية أن تبادر بوضع مدونة قوانين للحالات التي يكون الطبيب مسؤولاً فيها جزائياً، وعليهم أن يستلهموا الأحكام الشرعية.

علاقة المريض إذا كانت العناية به لمؤسسة خاصة (المصحات)، أو لمؤسسة عامة (المستشفيات) توجب على المؤسسة تحمّل تبعات الضرر الذي حصل للمريض، وهي تقوم بدورها بتأديب المريض إذا كان الخطأ الذي ترتب عنه الضرر من فعله.

* * *

التوصيات

بما أن عقد التطبيب عقد إجارة بين المريض والطبيب، فالواجب أن لا يباشر الطبيب المريض إلا بعد معرفة أجر الطبيب من الطرفين .

للطرفين أن يتعاقدا على أجر يتجدد كلما قام الطبيب بمعالجة المريض .
كما يجوز أن يتعاقدا على استحقاق الطبيب لأجره عند الشفاء، ولا يستحق شيئاً إن لم يحصل البرء .

التطبيب فن ولا يسأل الطبيب عن الشفاء، وإنما يسأل عن القيام بواجبه بإخلاص حسب الأصول الفنية والعلمية في وقت قيامه بالتطبيب .

مسؤولية الطبيب مع الله : الطبيب مسؤول كلما قصّر في أداء واجبه أو تجاوز ما هو مأذون له فيه، عُرف ذلك أو لم يُعرف .

الطبيب مسؤول جزائياً عن كل ضرر قصد إلحاقه بالمريض، أو أقدم على العلاج فيما هو جاهل به، وتسلب عليه العقوبة المناسبة، ويطالب بها المريض أو ورثته أو نائب الحق العام .

يسأل الطبيب جزائياً كلما قصد إلى مخالفة ما هو ممنوع فعله حسب التنظيم العام للدولة .

يسأل الطبيب مدنياً عن أخطائه التي ترتب عنها ضرر مالي للمريض، ويطالب بالتعويض المالي بقدر الضرر اللاحق .

الفريق الطبي المترابط يسأل فيه كل فرد ترتب عن خطئه الضرر، كما يسأل الطبيب رئيس الفريق، أما الفريق غير المترابط فكل فرد مسؤول عن عمله إلا في حالات الخطأ الواضح الذي لا يعذر فيه حسب فن التطبيب الطبيب المباشر عن عدم الثبوت .

تسأل المصححة مدنياً عن الأضرار التي حصلت للمريض بسبب خطأ من الفريق المعالج .

على الحكومات الإسلامية أن تعمل على إصدار التشريع الذي يتابع الحالات التي يكون فيها الطبيب مسؤولاً جزائياً.

تدعو منظمة المؤتمر الإسلامي للاضطلاع بذلك التشريع الموحد بين أقطار العالم الإسلامي مستلهمة فيه من الشريعة الإسلامية ومن أصول المهنة الطبية، وأن تعمّم نشره بين جميع أعضائها.

* * *

ضمان الطيب في الفقه الجعفري

إعداد
الشيخ حسن الجواهري
الأستاذ في الحوزة العلمية
قمة الجمهورية الإسلامية الإيرانية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد، وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه الميامين.

مقدمة: حرمة الحياة الإنسانية:

إن الحياة الإنسانية محترمة لا يجوز الاعتداء عليها إلا في المواطن التي حددتها الشريعة الإسلامية؛ «وهي موارد خارجة عن نطاق الطب».

أما في غير تلك المواطن، فلا يجوز التعدي على حياة أي إنسان حتى إذا كان بداعي الشفقة، لأنه خارج عما نص عليه الشارع من إهدار الحياة، ومخالف لتعاليم الشريعة التي منعت منه وجعلت عليه عقوبة، فقد ورد عن رسول الله ﷺ: «كان فيمن قبلكم رجل به جرح فجزع، فأخذ سكيناً فحزَّ بها يده، فما رقا الدم حتى مات، فقال تعالى: بادرنبي عبدي بنفسه... حرمت عليه الجنة»^(١).

ولهذا المبدأ (احترام الإنسانية) قال تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنْهَ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢].

وقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ إِنَّ إِمْلَاقِي لَخُنٌّ نَزْدُكُمْ وَإِن يَأْتِهِمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [الأنعام: ١٥١].

وقال تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ﴾ [الإسراء: ٣٣].

وقال تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٩٢].

(١) صحيح البخاري ومسلم.

وعلى هذا فلا يجوز الاعتداء على أي نفس حتى حياة الفرد نفسه بالانتحار بدعوى أن ألم الحياة أشد من الموت والانتحار، فإنَّ هذا هو منطق الملحدِين الذين لا يؤمنون إلا بالحياة الدنيا وفي غفلة عن الحياة الآخرة، على أن الآلام مهما قست يمكن التغلب عليها بالدواء أو الجراحة العصبية كما يقول الطب. ومن أجل هذا ورد النص القرآني القائل: ﴿ وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ [البقرة: ١٩٥]، وورد النص القائل: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام».

وظيفة الطبيب:

إنَّ أي إنسان لا يصح له أن يتصدى للطب والطبابة ما لم يكن ملتماً بعلوم الطب المعتمدة التي تقرها المؤسسات الطبية المعتمدة، وذلك لعدم انطباق أهل الخبرة عليه حتى يسوغ له أن ينظر في أمر المريض، ويكون من قبيل رجوع الجاهل إلى العالم الذي هو أمر بديهي وطبيعي في استقرار الحياة الإنسانية، بل يكون من قبيل رجوع الجاهل إلى الجاهل الذي لا يقره العقلاء ولم يكن ممضياً من قبل المعصوم فلا يكون صحيحاً ولا مبرئاً لذمة من لم يكن له طب إذا تضرر المريض بذلك التدخل الباطل.

ويؤيده ما روي من قول رسول الله ﷺ: «من تطبَّ ولم يُعلم منه طبَّ فهو ضامن»^(١).

وحيث تقدم الطب وتطورت الأبحاث والتكنولوجيا في العمليات الطبية، فوجدت لعلم الطب اختصاصات متعددة، فلا يحل لمن كان ملتماً بطب القلب ولم يكن ملتماً بطب العيون؛ أن يتصدى لطب العيون حيث يصدق عليه أنه تطبَّ ولم يُعلم منه طبَّ، فيكون ضامناً.

وبما أن الطبيب يكون وكيلاً أو أجييراً للمريض في الإشراف على جسمه والتصرف فيه عند مراجعة المريض له، فيعني هذا أن الطبيب مسؤول بمعالجة

(١) راجع أبي داود والنسائي والحاكم، والظاهر أن المراد من كلمة الضمان هنا: هي المسؤولية التي هي أعم من الضمان الاصطلاحي والعقاب الدنيوي والأخروي.

مريضه بقصد الشفاء، ويعمل كل ما فيه مصلحة من أجل شفاء المريض، ولا يجوز له أن يهمل فيقصر أو يتعدى على المريض وجسمه بما ليس فيه مصلحة للمريض.

وهكذا نعرف: أن الطبيب إذا عمل بوظيفته الطبية ورضي المريض بكونه أجيراً له معالجاً لبرئته، وقصد الطبيب بعمله هذا شفاء المريض، ولم يقع هذا الطبيب في إهمال المريض أو التعدي عليه، بأن عمل على حسب القواعد الفنية لعلم الطب ولم يقع منه خطأ أو إهمال لا تقرّه الأبحاث الطبية العلمية فهو قد عمل بوظيفته وخرج عن المسؤولية تجاه المريض، سواء كانت النتيجة مرضية للمريض أم غير مرضية^(١).

إذا ما يُطلب من الطبيب هو أن يقدم لمريضه العناية اللازمة حسب ما يقتضيه الوجدان والفن، ولا يُسأل إلا إذا أهمل أو تعدى في ذلك.

ولكن مع هذا فقد يتعرض الطبيب إلى انتقادات، فقد يتهم بالتقصير لأنه لم يلجأ إلى الأساليب الحديثة التي ذكرها فن المعالجة، كما أنه قد يتهم بالتهور والتعدي فيما إذا لجأ إلى الأساليب الحديثة بحجة أنه لم يثبت بعد رواجها وفائدتها بلا ضرر بصورة أكيدة، وهكذا نرى أن الطبيب المحافظ كالطبيب المتجدد كلاهما عرضة للنقد والانتقاد من الناحية الفنية.

ضمان الطبيب:

إن ضمان الطبيب في الفقه الوضعي يعني المسؤولية القانونية التي تتوجه إلى الطبيب ويترتب عليها جزاء قانوني.

والمسؤولية القانونية: هي مسؤولية شخص أمام آخر إذا وجد ضرر لغير المسؤول، نتيجة إخلال بالتزام سابق (سواء كان عقداً أو عدم الضرر).

(١) وقد يستدل لهذا: بأن تطبيق المريض صار سائغاً، وإذا صار سائغاً لا يستتبع ضماناً، على أننا إذا شككنا في الضمان فالأصل عدمه.
أقول: سيأتي معنا أنّ الطبيب ضامن حتى في هذه الصورة إذا لم يأخذ البراءة من الطبيب.

والمسؤولية القانونية تنقسم إلى قسمين :

١ - مسؤولية مدنية : وهي تقوم إذا كان هناك ضرراً أصاب الفرد نتيجة عمل غير مشروع ، فيكون جزاء المسؤولية المدنية التعويض إذا طالب به المتضرر لأنه حقه ، ويجوز له أن يتنازل أو يتصالح عن حقه ، لأن الحق خاص به .

٢ - مسؤولية جنائية : وهي تقوم على وجود ضرر أصاب المجتمع نتيجة جريمة منصوص عليها ، فيكون جزاء المسؤولية الجنائية عقوبة يطالب بها النائب العام باعتباره ممثلاً للمجتمع ، ولا يجوز التنازل عنها ، لأن الحق عام للمجتمع ، ولا بد من وجود نية على اقرار الجريمة ، فإن وجود النية ضروري في أكثر الجرائم^(١) .

وأما في الفقه الإسلامي : فإن ضمان الطبيب متفرع على التفريط (التقصير) بحيث يحل الأذى والضرر على الفرد مرتبطاً بتقصير الآخر الناشئ من إهماله فيكون الآخر الذي عمل التفريط ضامناً لتعويض الضرر إذا طالب به المتضرر ، وأما إذا كان مع هذا التقصير تجاوز (تعدى) على الحكم الشرعي بترك واجب أو فعل حرام ، فيكون هناك بالإضافة إلى تعويض الضرر عقاب يتوجه إلى المتجاوز للحكم الشرعي في الدنيا وعذاب في الآخرة ، والفقه الإسلامي لا يفرق في العقاب الذي يتوجه لمخالف الحكم الشرعي بين أن يكون حدوث الضرر متوجهاً إلى المجتمع أو الفرد .

المسؤولية المدنية للطبيب (بذل العناية):

إن المسؤولية المدنية للطبيب تأتي من تعامله مع المرضى طبق القواعد العامة للإجارة على الأعمال ، وهي على نوعين :

١ - قد يلتزم الطبيب أداء منفعة للمريض بإنجاز معين محدود مع تمكنه أن يتلقى المهام الأخرى ، فيكون الطبيب أجيراً عاماً للمريض .

(١) راجع الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام : ٧٤٤ / ١ - ٧٤٥ مع تصرف واختصار واضحين .

٢- قد يلتزم الطبيب للمريض بإجارة خاصة فیرتبط الطبيب بالمريض خلال مدة معينة بتطبیبه بنحو لا یعمل لغير المريض الذي تعاقده معه فیکون الطبيب أجبراً خاصاً للمريض . وهذا یسمى بالاصطلاح الثانوي (بذل العناية) .

وحینئذ یكون الطبيب مستحقاً للأجر إذا أنجز ما علیه ، فإن حصل البرء في المدة فهو ، وإن امتنع المريض من مواصلة العلاج فهو مسؤول عن أداء الأجر للطبيب ، ولكن إذا مات المريض في المدة أو في وقت جریان العمل الذي یقدمه الطبيب للمريض أو تلف العضو الذي عالجه الطبيب ؛ فهل یكون الطبيب ضامناً؟ .

هنا یوجد خلاف فادعي الإجماع على عدم ضمان الطبيب إذا أدى ما علیه من مسؤولیات فنية ، ولكن هناك رأي آخر سیأتي لجمع من العلماء الإمامية ادعوا ضمان الطبيب إلا أن یأخذ البراءة من المريض أو من ولیه من أول الأمر .

أما إذا لم یقدم الطبيب المنفعة الخاصة للمريض في الإجارة العامة بأن أخلّ بها لأي سبب كان ، وقد تضرر المريض نتيجة ذلك أو لم یقم الطبيب بقوانين الإجارة الخاصة بنحو قد أصاب المريض ضرر من عدم العمل بقوانين عقدي الإجارة ، فیکون الطبيب مسؤولاً مسؤولية مدنية بلزوم تعویض المريض عن الأضرار التي لحقت به .

وبعبارة أخرى : إن المسؤولية المدنية للطبيب متفرعة على التفريط ، فيحلّ الأذى والضرر على الغير مرتبباً بذلك التفريط ، وحينئذ تكون المسؤولية المدنية مترتبة على الخطأ والإهمال لا عن عمد (تفريط) .

ولكن قد یكون العمل غير المشروع قد وقع عمداً (تعدياً وتجاوزاً) .

وعلى كل حال ، فالضرر الذي أحدثه الخطأ (كسوء علاج المريض) یجب أن یعوّض كاملاً من دون تفريق بین الحاليتين ، وإن كانت الحالة الثانية فيها مسؤولية جنائية أيضاً .

وحینئذ إذا حدث ضرر من إنسان على آخر نتيجة نسيانه أو إهماله ؛ فالضمان للتعویض عن الضرر موجود ، لأنّ الإهمال الموجب لضرر من یجب

عليه عدم الإهمال والاعتناء لا يُسقط حقوق الآخرين المالية وإن كان يسقط الإثم أو التكليف .

وترتفع مسؤولية الطبيب المدنية إذا كان طَبَّه عن معرفة ودراية، وأذن له المريض أو وليه، فعمل بوظيفته حسب القواعد الفنية، ولم يقع منه خطأ أو إهمال لا يقرّه الطَّبّ، وكان عمله بقصد العلاج، وإن لم يحصل المريض على غايته المنشودة من الشفاء .

وقد ادّعى البعض أن العلماء أجمعوا على عدم ضمان الطبيب في الصورة المتقدمة .

ولكن علل عدم المسؤولية هذه فقال: «إنَّ الفقهاء حين أجمعوا على رفع المسؤولية عن نتائج فعل الطَّبّ حين توافر الشروط المشار إليها اختلفت وجهات نظرهم في تعليل نفي المسؤولية على نحو يدلّ على التقدير لشأن هذه المهنة وخطورتها في آن واحد، فبعضهم يرى أنّ العلة هي الحاجة إلى ممارسة المهنة في جو يشجّع على أدائها . . . لا سيما حين يقترن ذلك بالإذن . . . وبعضهم يرى أن العلة بالإضافة للإذن أن الغرض من الفعل قصد العلاج لا الضرر، والقرينة على هذا القصد وقوعه موافقاً للأصول الفنية . . . ويرى البعض أنّ العلة هي الإذن في صورته المزدوجة المركبة من إذن الحاكم بممارسة المهنة وإذن المريض بأداء ما تقضي به من أعمال»^(١) .

أقول: هناك قول قوي لضمان الطبيب حتى في الصورة المتقدمة، ذهب إليه جمع كثير من علماء الإمامية، وإليك هذا الرأي مع دليله:

ضمان الطبيب في حالة عدم التقصير والتعدي:

هناك جمع من علماء الإمامية: قالوا بضمان الطبيب إذا عمل على وفق قواعد الطب وفنونه ولم يقصّر ولم يتعدّ، ولكن لم يحصل على النتيجة التي

(١) راجع بحث الدكتور عبد الستار أبو غدة المقدم للدورة الثامنة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي في بروناي، دار السلام، ص ٤٤، ٤٥ .

أرادها المريض من العمل الجراحي وتلف المريض أو تلف عضو منه، وذلك : لقاعدة الضمان على المتلف، وأما الإذن في العلاج فهو ليس إذناً في الإلتلاف، والإذن في العلاج قد جاء بالجواز الشرعي، وهذا الجواز الشرعي لا ينافي الضمان كما في ضرب الطفل للتأديب؛ فإنه جائز، ولكن إذا حدث تلف؛ فالضمان موجود على الضارب.

وقد يقال: إن الطبيب لم يتلف عضواً عمداً، وهذا صحيح، إلا أنه إذا ثبت ذلك فيرتفع عنه العقاب الذي هو القصاص في الدنيا وعذاب الله في الآخرة الذي هو مرتب على الحرمة، وأما الضمان فهو مرتب على الإلتلاف الذي حصل وإن لم يكن عمدياً لقاعدة: من أتلّف . . .

هذا وقد وردت الروايات عن أهل البيت تدلّ على الضمان في هذه الحالة، فمن الروايات: ما رواه السكوني (في الموثق) عن الإمام الصادق عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من تطبّب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه، وإلا فهو ضامن»^(١). بتقريب: أن المراد من الولي هو من له الولاية، وهو يشمل نفس المريض أيضاً. ومنها: ما ورد في تضمين الختان القاطع لحشفة الغلام؛ فقد روى السكوني أيضاً عن الإمام الصادق عن أبيه (الإمام الباقر) أن علياً عليه السلام: «ضمّن ختّاناً قطع حشفة غلام»^(٢).

أقول: الرواية الثانية لعلها ظاهرة في الطبيب الذي لم يُعلم منه طب، حيث إن قطع الحشفة في الختان لا يصدر من الطبيب المطبق لقواعد الطب وفنونه، أو إن هذا الطبيب يكون قد أهمل إهمالاً لا يعذر فيه، وأخطأ خطأ لا يعذر فيه أهل الفن؛ فيكون ضامناً من هذه الجهة لا من جهة تضمينه مع عدم خطئه وتجاهله وتعديه كما هو مفروض البحث.

تبقى عندنا الرواية الأولى: وهي دالة على تضمين الطبيب، حتى إذا لم يهمل وعمل بما توجه قواعد الطب وفنونه إلا أنه حصل التلف، فيكون ضامناً إلا

(١) وسائل الشيعة، ج ١٩، باب ٢٤ من موجبات الضمان، ح ١.

(٢) المصدر السابق، ح ٢.

في صورة أخذ البراءة من المريض لدفع الدية .

وقد يقال : إنّ هذه الرواية تُسقط ضمان الدية قبل حدوث الدية ، فتكون دالة على إسقاط ما لم يجب ولم يحدث ، وهو غير صحيح لأنّ الإسقاط إنّما يتوجّه للموجود لا للذي سيوجد فيما بعد .

والجواب : إنّ هذه الرواية تقول بأن البراءة من الضمان معناها سقوط الفعل عن اقتضاء الدية عند أخذ البراءة ، وحينئذٍ تتخصّص الدية عند عدم البراءة فيكون الفعل مقتضياً للدية .

ولنا أن نقول أيضاً : إنّ إسقاط ما لم يجب وما لم يوجد هو ممتنع في الأمور الطبيعية ، وأما في الأبحاث الفقهية التي هي اعتبارات الشارع حيث اعتبر الدية عند إتلاف عضو ما ، فيمكن أن يعتبر البراءة من الدية في صورة إتلاف عضو غير متعمد في المستقبل ، وهي صورة أخذ البراءة للطبيب من المريض ، فلا تقاس الأبحاث الفقهية بالأبحاث الفلسفية والطبيعية .

أقول : إنّ هذا الرأي لم يثبت من معالجة الأطباء للمرضى حيث يمكنهم أن لا يُقدِّموا على عمل إلا بعد أخذ البراءة من الضمان عند التلف ، وهو أمر يقوم به الأطباء عادة عند إجراء العمليات الجراحية ، تخلصاً من الضمان .

مجالات المسؤولية القائمة على تحقق نتيجة:

قد يحتوي عقد الإجارة بين المريض والطبيب ، بالإضافة إلى بذل العناية على بذل غاية ؛ وهي الشفاء من المرض (البرء) ، فهل هذا العقد الذي احتوى على هذه الغاية يكون صحيحاً أم لا ؟ .

ذهب بعض إلى بطلانه لما فيه من الجهالة ؛ لأنّ البراءة غير معلومة الحصول حتى لو أحاط الطبيب علماً بأحوال مريضه ومرضه ، لأنّ البرء ليس مقدوراً للطبيب ، لأنه بيد الله تعالى ، فهو غير مقدور للطبيب .

أقول : إنّ احتواء عقد الإجارة بين المريض والطبيب على تحقق نتيجة البرء يتصور على صورتين :

١ - أن يكون البرء قيداً في عقد الإجارة، فمتعلق بالإجارة العلاج الذي ينتهي إلى البرء .

٢ - أن يكون البرء شرطاً في عقد الإجارة^(١) .

ويمكن أن نصل إلى صحة هذا العقد بتوضيح أمور:

١ - قد ذهب السيد الطباطبائي صاحب (العروة الوثقى) إلى تصحيح العقد في صورتين معاً فقال: «يجوز المقاطعة عليها (الطباة) بقيد البرء أو بشرطه إذا كان مظنوناً بل مطلقاً» .

وقد أشكل عليه: بأن البرء خارج عن القدرة؛ لأنه بيد الله تعالى، فليس اختيارياً للطبيب .

وقد أجاب عن هذا الإشكال فقال: «يكفي كون مقدماته (البرء) العادية اختيارية، ولا يضر التخلف في بعض الأوقات». كما هو ملتزم به إذا كان العمل المستأجر عليه حفظ المتاع، مع أن الذي تحت القدرة هو محاولة الحفظ، ولكن بما أن الحفظ مقدور عليه بالقدرة على مقدماته صح العقد على حفظ المتاع .

٢ - أقول: هناك إشكال آخر على عقد الإجارة المحتوي على البرء قيداً؛ وهو صيرورة العقد غريباً، لأن الطبيب يجهل حصوله على الأجر إذا دخل هذا الأمر في العقد قيداً، فيتحول العقد إلى عقد غربي، والغرر يبطل العقد كما هو واضح .

ولذا فقد ذهب جمع من الفقهاء؛ منهم السيد الإمام الخميني، والسيد الإمام الخوئي، والسيد الإمام الكلبيكاني إلى صحة هذا العقد مع الوثوق أو الاطمئنان للطبيب كالقدرة على حصول البرء بالواسطة، أي: حسب ما عنده من علم موصول إلى البرء عادة، فيتمكن من الوصول إلى البرء فعلاً، إذ في هذه

(١) وهنا يكون متعلق الإجارة هو العلاج، ولكن يشترط المريض على الطبيب أنه لو لم يبرأ يكون له حق الفسخ، ولكن ظاهر الشرط في الكلبي والعمل في الذمة هو كونه قيداً، فهذا الفرض خلاف الظاهر .

الحالة يرتفع الغرر من المعاملة وإن كانت كل الأمور راجعة إلى قدرة الله تعالى ومشيئته .

وأما مع عدم الوثوق والاطمئنان بالبرء فيكون العقد غررياً باطلاً .

ثم إن متعلق الإجارة في كون البرء شرطاً هو العلاج، ولكن إذا اشترط المريض على الطبيب البرء؛ فمعنى ذلك: أن المريض يحتفظ بحق الفسخ إن لم يحصل على البرء، وأثر هذا لو حصل الفسخ هو أن يدفع المريض إلى الطبيب أجره المثل ولا يدفع إليه الأجرة المسماة .

٣ - ثم لو لم يقبل إنسان جواب إشكال عدم القدرة على البرء، ولم يقبل بارتفاع الضرر بالوثوق على القدرة بتحصيل البرء، أو كان الطبيب غير واثق وغير مطمئن بحصول البرء، فيمكن الوصول إلى صحة العقد بجعل جعالة للطبيب معلقة على حصول البرء كأن يقول: من عالجنني معالجة برء فله كذا، أو من عالجنني بشرط البرء؛ فله كذا، فحينئذ إن لم يحصل البرء لا يستحق الطبيب الجعالة .

وعلى هذا فإن ترك الطبيب المعالجة قبل البرء فلا شيء له وإن تمم غيره العمل حتى برأ يستحق الطبيب الجعالة بالنسبة .

وهذا القول ذهب إليه من قال: إن البرء بيد الله وليس اختيارياً للطبيب، ولم يقبل كون مقدمات البرء العادية اختيارياً فلا تصح الإجارة، ولكن الجعالة تصح في هذه الصورة وإن كان البرء عملاً مجهولاً، فيكفي في الجعالة تحديد مقدار الجعل وبيان الغاية المطلوب تحقيقها، بقطع النظر عن مقدار العمل .

٤ - كما يمكن لتصحيح العقد شرعاً أن يجعل الطبيب المريض وكيلاً عنه في إبراء ذمته من الأجر للطبيب إن لم يحصل البرء من عمل الطبيب .

أو يشترط المريض على الطبيب الوكالة عنه في إبراء ذمته من الأجرة إذا لم يبرأ من مرضه، وهذه الوكالة صحيحة ولا تقبل العزل .

٥ - أن يشترط المريض على الطبيب أن يبرئ ذمته من الأجرة على تقدير عدم البرء، وهذا شرط فعل على الطبيب يجب عليه الوفاء به .

٦ - أن يشترط المريض براءة ذمته من الأجرة على تقدير عدم البرء من المرض، وهذا كشرط النتيجة لا يصح عند من يقول بأن شرط النتيجة غير صحيح إذا كان الشارع قد جعل للإبراء طرقاً محصورة كإبراء الدائن أو الوفاء.

هذا وقد ذكر وجه آخر لتصحيح هذا العقد القائم على تحقيق نتيجة لدليل تعبدية، ألا وهو ما ورد أن أبا سعيد الخدري عالج رجلاً وشارطه على البرء، وعلم بذلك رسول الله ﷺ فأقرّ تصرفه^(١). وهذا يؤيد القول بالصحة الذي ذكرنا وجوهاً متعددة له.

مجالات المسؤولية القائمة على اشتراط السلامة:

لو تعاقد الطبيب مع مريضه واشترط المريض أن يكون عمل الطبيب مقترناً بالسلامة من السراية إلى المضاعفات التي لا تُحمد عقباها، فهل هذا الشرط صحيح؟

نقول:

١ - ذكر البعض: بطلان هذا الشرط، لأن الطبيب غير قادر على الالتزام بهذا الشرط، على أن ضمان الأدمي يجب بالجناية لا بالعقد^(٢).

أقول: أما عدم القدرة على ذلك فقد تقدم أن مقدمات السلامة العادية اختيارية ولا يضرّ التخلف في بعض الأوقات.

وحيثُذِ نقول: إذا كان الطبيب واثقاً ومطمئناً من عدم سراية ما يعالجه إلى مواطن أخرى من الجسم فيصح أن يقبل هذا الطبيب ذلك الشرط عليه مع كون العقد واقعاً على المعالجة، ومعنى ذلك أن يحتفظ المريض بحق الفسخ إن لم يحصل على البرء، وأثره أن لا يدفع إلى الطبيب الأجرة المسماة بل أجرة المثل.

(١) يراجع المغني، لابن قدامة: ٤٠٠/٥.

(٢) راجع ما كتبه الدكتور عبد الستار أبو غدة في بحثه المقدم للدورة الثامنة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي، تحت عنوان: (مسؤولية الطبيب وضمانه)، ص ٤٢ عن الهداية: ١٩٤/٣ و ١٧٩/٣، وعن مجمع الضمانات، ص ٤٧-٤٨.

وأما ضمان الطبيب فقد تقدم أن الطبيب ضامن إذا لم يأخذ البراءة من المريض حسب موثقة عبد الله بن سنان المتقدمة، فلا نعيد، فلاحظ .

٢ - وقد ذكر البعض بطلان هذا الشرط بكون الطبيب يعمل بواجبه عند اشتراط السلامة عليه، الأصل أن الواجب لا يتقيد بوصف السلامة^(١)، بخلاف الحقوق المباحة كحق الولي في التأديب، وحق الزوج في التعزير فيما يحتاج له ونحوهما، فهذه الحقوق تتقيد بوصف السلامة لمن يؤدب ويعزّر.

أقول: وهذا باطل أيضاً، لأن الأصل لو كان صحيحاً، إلا أن المريض اشترط ذلك فقد دخل على الأصل شرط، فهل هذا الشرط باطل أو صحيح؟ فلا بد أن يتكلم في هذه الناحية .

٣ - وقد ذكر البعض عدم صحة الشرط لأنه راجع إلى تضمين الأمين، وشرط ضمان الأمين باطل^(٢).

أقول: وهذا أيضاً غير صحيح؛ لأن الأمين لا يضمن أولاً وبالذات، أما إذا شرط ضمانه فهل لا يكون صحيحاً أو يكون صحيحاً؟ .

وعلى كل حال: فإن شرط السلامة كشرط البرء إذا وثق الطبيب من قدرته ولو بواسطة عمله ووسائله الفنية المتطورة: أنه قادر على أن لا يجعل المضاعفات تسري إلى المريض، فهو يتمكن أن يقبل هذا الشرط على نفسه، ولا يكون العقد غررياً، وتكون فائدة الشرط هو إن لم تحصل السلامة وبدت المضاعفات تؤثر على بدن المريض؛ فللمريض حق الفسخ، وحينئذ إذا فسخ فليس يستحق الطبيب الأجرة المسماة، بل يستحق أجرة المثل، ولكن مع هذا تكون الأضرار اللاحقة بالمريض مضمونة حسب النص المتقدم من ضمان الطبيب إن لم يأخذ البراءة .

المسؤولية الجنائية للطبيب:

الجنائية (كما في مجمع البحرين) هي الذنب والجرم مما يوجب العقاب

(١) بداية المجتهد: ٢/١٩٤؛ الطب النبوي، لابن القيم، ص ٣٥.

(٢) المصدران السابقان نفسيهما.

والقصاص، وهي في اللغة: عبارة عن إيصال المكروه إلى غير مستحق.

وفي الشرع: عبارة عن إيصال الألم إلى بدن الإنسان كله أو بعضه، فالأول جناية النفس، والثاني جناية الطرف، وغلبت الجناية في ألسنة الفقهاء على الجرح والقطع، والجمع جنايات، وجنايا (مثل عطايا) قليل^(١).

والمسؤولية الجنائية في موضوعنا هنا: هي عبارة عن المسؤولية التي تكون ناشئة من تجاوز حق الطبيب في المعالجة (عند ممارسة مهنته) بشرط اختيار الطبيب وإدراكه.

وتوضيح ذلك:

١ - إن حقَّ الطبيب في المعالجة إذا قلنا: إنها حقَّ للطبيب تستوجب مسألته في حال تجاوز حقه الذي نشأ منه ضرر على المريض.

٢ - وإذا قلنا: إن طبابة الطبيب للمريض واجب شرعي يقوم به تجاه المريض، وحيث إن طريقة أداء هذا الواجب متروكة لاختيار الطبيب لما له من سلطان واسع في طريقة وكيفية الأداء، كان هذا أيضاً داعياً لمسألته عن نتائج عمله إذا أدى إلى نتائج ضارة بالمريض نتيجة خطئه الجسيم غير المغفور له طيباً.

وحيثُ إذا تبيّن أن الطبيب قد نهج في عمله أكثر مما يجوز له، فضرر المريض، أو تبيّن أنه قد أخطأ خطأً جسيماً غير مغفور له طيباً، فهو مسؤول جنائياً عن عمله هذا، لأنه يعدّ تعدياً عمداً يوجب مسؤولية جنائية.

٣ - كما أن الطبيب إذا أجرى عملية جراحية لمريض بدون إذنه (وكان بالإمكان أخذ الإذن منه أو من وليّه) وضرره؛ كان مسؤولاً مسؤولية جنائية عن عمله الذي يعدّ تعدياً على جسم المريض بدون إذنه^(٢).

(١) مجمع البحرين، مادة (جنى).

(٢) أما إذا كان المريض بحاجة إلى عملية فورية، ولم يكن بالإمكان أخذ إجازته وإجازة وليّه؛ لأنه في حالة إغماء، ووليّه غير موجود أو غير معروف، فهنا لا حاجة إلى إذن المريض أو وليّه، لأن الحالة هذه تسمى حالة الإسعاف العاجل التي لا يمكن فيها الانتظار لحصول الرضا، حيث يكون الانتظار لحصول الرضا هلاكاً مؤكداً للمريض، =

٤ - كما أن الطبيب إذا أقدم على تطبيب مريضه أو أجرى له عملية جراحية يباعث يخالف مبادئ الشرع، يعتبر مسؤولاً جنائياً، فالطبيب الذي يتأصل مبيض امرأة بناءً على طلبها، أو يتأصل رحمها، وكان الاستئصال مضرّاً بها، أو قتل مريضاً لا علاج له ليربحه من المعاناة، يقع تحت طائلة المسؤولية الجنائية والمدنية معاً.

٥ - لا يحق للطبيب إجهاض الجنين حتى لو طلب منه الوالدان ذلك؛ لأن حياة الإنسان محترمة في كافة أدوارها حتى في مراحل حياته الجنينية في رحم الأم، وإن كان في أدواره الأولى (المضغة وما قبلها مما يطلق عليه اسم اللقحة). وقد وجدت الأدلة الدالة على حرمة ذلك بوجود النهي عنه الدالّ على الحرمة، ووجوب الدية على المجهض التي تكون أمانة على حرمة العمل، فمن الروايات الدالة على حرمة الإجهاض للجنين ولو في مراحل حياته الأولى موثقة إسحاق بن عمار: «قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام (الإمام الكاظم عليه السلام): المرأة تخاف الحبل، فتشرب الدواء فتلقي ما في بطنها؟ قال: لا. فقلت: إنما هو نطفة؟ فقال عليه السلام: إن أول ما يُخلق نطفة»^(١).

ومن الروايات الدالة على وجود غرامة مالية على من أسقط الجنين، صحيحة محمد بن مسلم: «قال: سألت الإمام الباقر عليه السلام عن الرجل يضرب المرأة فتطرح النطفة؟ فقال عليه السلام: عليه عشرون ديناراً، فقلت: يضربها فتطرح العلقة؟ فقال: عليه أربعون ديناراً، فقلت: يضربها فتطرح المضغة؟ فقال: عليه ستون ديناراً، فقلت: فيضربها فتطرحه وقد صار له عظم؟ فقال: عليه الدية

= فهنا لو أقدم الطبيب على العلاج والحالة هذه؛ فهو يدفع خطراً محققاً عن هذا المريض العاجز عن التعرف على مصلحته، فيجب على الطبيب العلاج وجوباً كفاً إذا كان هناك غيره، ووجوباً عينياً إن لم يكن غيره.

وقد استثنت كثير من اللوائح الطبية الحديثة من ضرورة الحصول على إذن المريض أو وليه حالات الإسعاف العاجل التي لا يمكن فيها الانتظار لحصول الرضا بدون هلاك المريض.

(١) وسائل الشريعة، ج ١٩، باب ٧، قصاص النفس، ح ١.

كما أن الأدلة دلّت على وجود حقوق للجنين في تركة أبيه أو أحد مورثيه، وهو إقرار بحقّ الجنين في الحياة، كما أن الحامل لو حكم عليها بالقتل أُجِّل التنفيذ حتى تضع الحمل ولو كان جنين سفاح، وما هذا إلا للتأكيد على حقّ الجنين في الحياة، ومع حقّ الجنين في الحياة كيف يجوز للطبيب إسقاطه؟!.

وعلى هذا فكل دعوة للإجهاض سواء كانت قبل بث الروح في الجنين أو بعده؛ فهي باطلة وخلاف الأدلة الشرعية وحق الجنين في الحياة.

الخطأ المتعمد:

إنّ الجناية سواء كانت قتلاً أو جناية على الطرف، فإنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام (ولنطبق الجناية على القتل وهي بنفسها تنطبق على الجناية على الأطراف):

١- القتل العمدي:

وضابطه أن يكون البالغ العاقل عامداً في فعله وقصده، فيقصد الفعل والقتل معاً، أو يقصد الفعل الذي يقتل مثله غالباً عالمياً به، وإن لم يقصد القتل، لأنّ القصد إلى الفعل الذي يقتل مثله غالباً عالمياً به هو كالقصد إلى القتل.

وذهب بعض إلى صدق العمد بالقصد إلى القتل بما يقتل نادراً، فاتفق القتل^(٢).

٢- القتل شبه العمد:

ولعلّه هو المقصود بالخطأ المتعمد، مثل: أن يضرب للتأديب فيموت، والضابط فيه: أن يكون عامداً في فعله وهو الضرب للتأديب والمزح أو نحوهما مما لم يرد به القتل، ومنه علاج الطبيب، فيتفق الموت به، بل ومن الضرب بما لا يقتل غالباً بقصد العدوان، فيتفق الموت به، فالمراد بشبه العمد أن يكون

(١) وسائل الشريعة، ج ١٩، باب ١٩ من ديات الأعضاء، ح ٤، وغيرها.

(٢) جواهر الكلام، للمحقق النجفي: ١٣/٤٢ و ٣/٤٤.

عامداً في فعله مخطئاً في قصده الذي هو القتل بمعنى عدم قصده القتل^(١).

فما لم يقصد القتل أو قصد عدم القتل، فحصل القتل، فيصدق القتل لأن صدق القتل عرفاً لا يرتبط بقصد القتل أو عدمه، بل يكفي استناد القتل إلى الفاعل، ولكن لا يصدق العمد.

ولكن لو تنزلنا وقلنا: إن هذا يصدق عليه العمد، لأن الفاعل قصد فعله، والفعل أدى إلى القتل، فيصدق القتل العمدي، إلا أننا نقول: إن الأدلة الشرعية أجرت على هذا حكم الخطأ شبه العمد وستأتي أدلته.

ويُلحق بشبه العمد: قصد الفعل والقتل لمن ظنّه مستحقاً لذلك بكفر أو قصاص، فبان خلافه، بل ومن ظنّه صيداً مباحاً فبان إنساناً، وربما يتكأف لإدراجهما بأنه قصد الفعل وأخطأ في قصد القتل المخصوص^(٢).

٣- القتل الخطأ المحض:

ومثاله: أن يرمي طائراً فيصيب إنساناً، أو لم يقصد الفعل أصلاً، كمن تزلق رجله فيقع على غيره فيقتله أو ينقلب في النوم على غيره كذلك^(٣).

وضابط الخطأ المحض؛ المعبر عنه بالخطأ الذي لا شبهة فيه: هو أن يكون مخطئاً في الفعل والقصد، ففي مثال رمي الطائر وإصابة الإنسان لم يكن قاصداً بالرمي الإنسان ولا قتله، سواء كان بما يقتل غالباً أم لا.

ويُلحق بالخطأ المحض: تعمد الطفل والمجنون شرعاً.

وهكذا الجناية على الأطراف تنقسم إلى ثلاثة أقسام: (جنائية عمدية، وجنائية شبه عمدية، وجنائية خطئية).

الأدلة على هذا التقسيم:

وقد وردت الأدلة الوافرة على صحة هذا التقسيم، فمن تلك الأدلة:

(١) جواهر الكلام للمحقق النجفي: ٤٣/٣، ٤.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) المصدر السابق نفسه.

١ - صحيحة الفضل بن عبد الملك - على رواية الصدوق - عن الإمام الصادق عليه السلام أنه قال: «إذا ضرب الرجل بالحديدة فذلك العمد، قال: سألته عن الذي فيه الدية والكفارة أهو أن يتعمد ضرب رجل ولا يتعمد قتله؟ فقال: نعم. قلت: رمى شاة فأصاب إنساناً؟ قال: ذاك الخطأ الذي لا شك فيه، عليه الدية والكفارة»^(١).

٢ - صحيحة أبي العباس ووزارة عن الإمام الصادق عليه السلام قال: «إن العمد: أن يتعمده فيقتله بما يقتل مثله، والخطأ: أن يتعمده ولا يريد قتله، يقتله بما لا يقتل مثله، والخطأ الذي لا شك فيه: أن يتعمد شيئاً آخر فيصيبه»^(٢).

٣ - صحيحة أخرى لأبي العباس عن الإمام الصادق عليه السلام قال: «قلت له: أرمي الرجل بالشيء الذي لا يقتل مثله؟ قال: هذا خطأ (ثم أخذ حصاة صغيرة فرمى بها) قلت: أرمي الشاة فأصيب رجلاً؟ قال: هذا الخطأ الذي لا شك فيه، والعمد: الذي يضرب بالشيء الذي يقتل بمثله»^(٣).

وغيرها من الروايات الكثيرة الدالة على هذا التقسيم.

أمثلة شرعية للتعدي العمدي من قبل الطبيب:

١ - يتحقق العمد من قبل الطبيب العاقل البالغ بقصده للعمل الذي يعدّ جنائية على المريض فيما إذا ترتبت الجنائية عليه، كما في قلع السن الصحيحة عمداً بدلاً عن السقيمة.

٢ - يتحقق العمد من قبل الطبيب إذا قصد عملاً لم يكن جنائية غالباً، ولكن ترتبت الجنائية عليه، كما إذا عمل عملاً جراحياً لمريض لم يرقأ جرحه، فالعمل الجراحي لم يكن جنائية غالباً، إلا أنه في مورد يعلم الطبيب أن الجرح لم يرقأ عند هذا المريض الخاص وحصل ضرر من عدم رقا الجرح، فهو عمل عمدي،

(١) وسائل الشريعة، ج ١٩، باب ١١ من أبواب القصاص في النفس، ح ٩.

(٢) المصدر السابق، ح ١٣.

(٣) وسائل الشريعة، ج ١٩، باب ١٠ من أبواب القصاص، ح ٧.

لحصول قصد الضرر عند الطبيب؛ حيث إنَّ القصد إلى الفعل مع الالتفات إلى ترتب الجناية عليه لا ينفك عن قصد الجناية تبعاً.

٣- لو تعهّد الطبيب بتمريض المريض وأجرى له عملية جراحية، ومنع أي طبيب آخر من الإشراف عليه، وطرأت مضاعفات لهذا المريض وأبلغ الطبيب بذلك ولم يحضر في الوقت المناسب حتى مات المريض، فهو من التعمّد الذي يحاسب عليه الطبيب.

الخطأ الجسيم من الطبيب يوجب مسؤولية جزائية عليه:

١ - يمكن أن نعدّ الخطأ الجسيم الذي يوجب القتل من العمد، وإن لم يقصد الطبيب القتل بخطئه الجسيم، فمثلاً إذا أطعم الطبيب مريضه عمداً دواءً ساماً يقتل عادة ولم يكن المريض عارفاً بالحال، أو كان غير مميز، فمات المريض، فهنا يعدّ الطبيب متعمداً للقتل، وإن لم يقصد قتل المريض بهذا الدواء السام؛ وذلك: لأن القتل العمدي صادق في هذه الصورة عرفاً، وإن لم يقصد الطبيب القتل^(١)، حيث تقدم أن ميزان العمد هو القصد إلى الفعل الذي يقتل غالباً وإن لم يقصد القتل.

٢ - وكذا لو أُجريت عملية للمريض وكانت العملية دقيقة وصعبة بحيث يضرّ المريض أي تصدع لهذه العملية الدقيقة، ولكن لم يُجعل لهذا المريض مرافق من أهله، ولم يكن له مرافق من المضمدين، فوقع من سريره وهو في حالة الإغماء فتصدعت عملياته، فيعتبر هذا من العمد (وإن لم يقصده الطبيب)، فيوجب مسؤولية جزائية^(٢).

(١) راجع: مباني تكملة المنهاج: ٧/٢، مسألة ٨.

(٢) وشبهه هذه الحالة ذكرها السيد الخوئي في مباني تكملة المنهاج: ٨/٢، مسألة ٩، فقال: «لو حفر بئراً عميقة في معرض مرور الناس متعمداً، وكان الموت يترتب على السقوط فيها غالباً، فسقط فيها المارّ ومات، فعلى الحافر القود (القصاص) بلا فرق بين قصده القتل وعدمه».

أقول: إن على الحافر القود إذا توفرت شروط القصاص، وهذا واضح لأنّ كلامنا هنا هو في صدق العمد، وأما القصاص فله شروطه التي منها صدق العمد في الجناية.

٣ - إذا نقل مريض إلى مستشفى الطبيب وهو بحالة إسعاف شديدة يحتاج إلى إجراء عملية جراحية سريعة، ولكن الطبيب لم يقبله بحجة أنه مرهق، فمات المريض، أو لم يقبل الطبيب إجراء العملية له حتى يؤتى له بأجره مُسبقاً ولم يكن الأجر حاضراً، فهنا يصدق على هذه الحالة القتل عمداً عند العرف حقيقة وهذا كافٍ في توجيه المسؤولية الجنائية إلى الطبيب .

٤ - لو قال المريض للطبيب: اقتلني، فقتله، فقد ارتكب الطبيب محرماً، حيث إن حرمة القتل لا ترتفع بإذن المقتول، ولكن هل يكون الطبيب عامداً في قتله فعليه القصاص؟! اختلف فقهاء الإمامية في ذلك :

فذهب الشيخ الطوسي في محكي مبسوطه (والفاضل في التلخيص والإرشاد، واختاره المحقق في الشرائع، وفي المسالك: إنّه الأشهر) إلى عدم القصاص من الطبيب .

وقد استدلّ على ذلك: بأن الأمر قد أسقط حقّه بالإذن فلا يتسلط عليه الوارث .

ولكن السيد الخوئي رحمه الله ذهب إلى ثبوت القصاص على الطبيب إذا مات القاتل مختاراً (كما في صورة الفرض)، وذلك لأن الإنسان غير متسلطٍ على إتلاف نفسه ليكون إذنه بالإتلاف مسقطاً للضمان كما هو الحال في الأموال، فعموم أدلة القصاص محكمة^(١) .

٥ - إذا جيء بإنسان يُراد قتله إلى الطبيب، ليقته قتل رحمة بإبرة مثلاً، وكان بإمكان الطبيب أن يخلّصه من القتل ولو بضربه أبرة مخدّر يظن المرید للقتل حصوله، ولكن الطبيب قبل العرض فضربه أبرة القتل مع التفاته إلى صورة إمكان تخليصه بضرب أبرة المخدّر، أو لم يقبل العرض أصلاً مع علمه بأن الفرد سيقتل قتلاً غير رحيم إذا امتنع، وحصل القتل غير الرحيم بامتناعه لأصل العرض، ففي الصورة الأولى يعتبر الطبيب قاتلاً عمداً، وفي الصورة الثانية يكون الطبيب مسؤولاً ومسؤولية جنائية لرفضه تخليص هذا الإنسان من القتل ولم يفعل .

(١) راجع: مباني تكملة المنهاج: ١٦/٢ .

٦ - قال السيد الخوئي رحمه الله في المسألة الخامسة: «إذا جنى ولم تكن الجناية مما تقتل غالباً، ولم يكن الجاني قد قصد بها القتل، ولكن اتفق موت المجني عليه بالسراية، فالمشهور بين الأصحاب (الإمامية) ثبوت القود، ولكنه لا يخلو من إشكال، بل لا يبعد عدمه، فيجري عليه حكم القتل الشبيه بالعمد»^(١).

وقد ذكر في وجه قول المشهور وردّه: «أنهم ذهبوا إلى أن السراية في الجناية العمدية مضمونة وإن لم تكن مقصودة، فيثبت القصاص إذا سرت الجناية وترتب عليها الموت، ولكنه يندفع بأن ضمان الجناية، إنما هو بمقدارها المقصود، وأما الزائد المترتب عليها اتفاقاً فهو إذا لم يكن مقصوداً ولا مما يترتب عليها غالباً لا يكون عمداً، بل هو شبيه بالعمد على ما يأتي من أنه متقوم بقصد الفعل المترتب عليه القتل اتفاقاً من دون قصده...»^(٢).

هذا، ولكن ذهب الحنفية إلى أن القاعدة هي أن الطبيب لا يُسأل متى لم يتجاوز الموضوع المعتاد، ويعلّلون ذلك: بأن الهلاك ليس بمقارن للعمل، وإنما هو بالسراية، بعد تسلّم العمد، والتحرز عنها غير ممكن، لأن السراية تبنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم، وما هو كذلك مجهول، والاحتراز من المجهول غير متصوّر، فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمد لثلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة^(٣).

أقول: إن هذا الدليل إذا أُريد به رفع الحرمة (الحكم التكليفي) فهو أمر صحيح، أما إذا أراد رفع استناد المضاعفات إلى الطبيب الذي عمل العمل فهو غير صحيح؛ لأنّ صدق استناد المضاعفات إلى مَنْ أوجد علّتها واضحة عرفاً، إلا أنه لا يصدق عليه العمد، وعلى هذا فالطبيب يكون مسؤولاً عن الضرر الذي لحق

(١) المصدر السابق، ص ٦، مسألة ٥.

(٢) مباني تكملة المنهاج: ٦/٢، ص ٧.

(٣) مقالة الدكتور محمد عطا السيد سيد أحمد، المقدمة للدورة الثامنة لمجمع الفقه الإسلامي في بروناي، دار السلام، مسؤولية الطبيب، ص ٣، عن الهداية والعناية:

بالمريض وتعويضه ، فيكون مسؤولاً مسؤولية مدنية ، لاستناد السراية إليه وإن لم يكن قد فعل محرماً ولم يكن يصدق عليه العمد أيضاً .

أقول : ويؤيد ما ذهب إليه السيد الخوئي من كون سراية الجرح إلى القتل تعتبر شبه عمد؛ ما ورد عن ذريح قال : سألت الإمام الصادق عليه السلام عن رجل شجَّ رجلاً موضحةً وشجّه آخر دامية في مقام واحد؛ فمات الرجل؟ .
قال عليه السلام : عليهما الدية في أموالهما نصفين^(١) .

صور من المسؤولية الطبية:

١ - هل للطبيب أن يعمل عملاً جراحياً لخدمة مريضه حتى وإن لم يوافق عليه؟ :

يرى بعض الأطباء أنّ لهم الحقّ بإجراء عملية تخدم المريض وتقوده إلى الشفاء رغم ممانعة المريض من ذلك ، كأن يتفق المريض مع الطبيب على إجراء عملية الزائدة الدودية فقط دون المساس بالفتق الذي يحتاج إلى إجراء عملية أيضاً ، ولكن الطبيب يرى أنّ له الحقّ عند تخدير مريضه من إجراء كلا العمليتين معاً بدون إذن مريضه إذا وجده قادراً على تحمّلها ، وكان ذلك يقود المريض إلى الشفاء .

وقد ذكر ابن حزم في كتاب (المحلى) ما نصّه : «مَنْ قَطَعَ يَدًا فِيهَا آكَلَةٌ بغير إذن صاحبها ، قال أبو محمد : قال الله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالتَّمَدُّونَ ﴾ [المائدة : ٢] ، وقال تعالى : ﴿ فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة : ١٩٤] ، فالواجب استعمال هذين النصين من كلام الله تعالى ، فينظر فإن قامت بيّنة أو علم الحاكم أنّ تلك اليد لا يُرجى لها براء ولا توقف وأنها مهلكة ولا بدّ ، ولا دواء لها إلاّ القطع فلا شيء على القاطع وقد أحسن ؛ لأنه دواء ، وقد أمر رسول الله ﷺ بالمداواة . . . »^(٢) .

(١) وسائل الشيعة ، ج ١٩ ، باب ٤٢ من أبواب موجبات الضمان ، ح ١ .

(٢) المحلى ، لابن حزم : ٤٤٤ / ١٠ .

أقول: على هذا الاستدلال إذا يجوز أن نأخذ أموال الناس بلا إذن منهم ونصرفها في البرِّ والتقوى استناداً إلى قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعَدَّكَ عَلَيْهِمْ فَأَعَدُّوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّكَ عَلَيْهِمْ﴾، وهذا الصرف في وجوه البرِّ ليس إلاً معاونة على البرِّ وليس اعتداءً على صاحب المال؛ لأنَّ الصَّرف في البرِّ كان في صالحه.

ولكن هذا الكلام غير صحيح، لأنَّ الطيب، وإن كان قد عمل عملاً للمريض وينفعه، إلا أنه غير مجاز بهذا العمل حسب الفرض، وكل عمل غير مجاز يُعدُّ تعدياً، وإن كان فيه نفع للغير، فإنَّ الإحسان إنما يكون إحساناً بشرط أن يوافق عليه مَنْ يُحسن إليه، فإذا أراد إنسان أن يعمر بيتي ولا أوافق على ذلك، ولكنه بدون إذن أقدم على هذا العمل، فهو عمل غير مشروع؛ لأنه تعدُّ على حق الغير بدون إذنه، فيجب على المعمر أن يزيل ما عمَّره إذا أحدث التعمير بدون إذن صاحب البيت، ويجبر ضرر صاحب البيت لو حصل من ذلك ضرر عليه.

فالصحيح هنا عدم جواز إقدام الطيب على عمل فيه نفع بحسب علم الطيب مع منع المريض من ذلك، وذلك لعدم جواز أن يتدخل الطيب في جسم المريض بما زاد على الاتفاق معه، فإن فعل ذلك فيكون مسؤولاً مسؤولاً مدنية لو حصل ضرر على المريض، ومسؤولية جزائية لعمله عملاً غير مشروع بدون الإذن.

نعم هنا استثناء من عدم الجواز:

وهو: إذا دخل الطيب في عملية مريضه بعد تخديره، وتبيَّن أثناء العملية الجراحية أنَّ الواجب على الطيب يحتم إجراء عملية أُخرى ذات شأن بالمعالجة، ولا يمكن أخذ إذن المريض أو وكيله في تلك الحالة، فهنا يجوز للطيب إجراء العملية الأخرى استناداً إلى وجوب ذلك عليه؛ كالإسعافات الأولية التي يجب أن يقوم بها الطيب، ولو بدون إذن مريضه أو وليه، إذا كان المريض فاقد الوعي ويتضرر من عدم إجراء العمل له فوراً.

٢- هل للطيب أن يرفض العناية والمعالجة؟:

إذا تعوقد مع الطيب لمعالجة مريض معين لمدة معينة، أو قبل مريضاً بعد

مراجعتة الطبيب للمعالجة من دون تعاقد صريح ، وكان هذا التعاقد أو هذا القبول يستدعي زيارة المريض في كل أسبوع مرتين في بيته ، فهل يجوز للطبيب أن يتقاعس عن الاستمرار بزيارة المريض؟ وكذا إذا وعد الطبيب امرأة بتوليدها ، واعتمدت المرأة على هذا الوعد ، بأن قطعت علاقتها مع أي طبيب آخر استناداً إلى هذا الوعد الذي صدر من الطبيب ، ولكن الطبيب في الساعات الأخيرة التي لا تتمكن المرأة من الحصول على من يولدها بالصورة التي تريدها ، اعتذر الطبيب من ذلك ، ونتج من اعتذاره ضرر بالمرأة الحامل ، فهل يكون الطبيب مسؤولاً مسؤولية مدنية أو جنائية على عمله هذا؟ .

والجواب على ذلك : إنَّ الطبيب في صورة تعاقد مع مريضه بالمعالجة سواء كان التعاقد مكتوباً أو عملياً ، فلا يجوز له أن يتقاعس عن عمله وما يستوجبه ذلك العمل من الزيارات المتكررة التي يكون العلاج متوقفاً عليها ، إلا أن يثبت انشغاله بعمل أهم ، أو كان غير قادر على الزيارات والمعالجات مطلقاً ، أو أثبت أن مريضه كان مهماً للتعاليم التي يقدمها له الطبيب ، بحيث يكون العلاج غير نافع في هذه الحالة ، وأما في غير هذه الحالات فيكون الطبيب مقصراً ، وعليه مسؤولية مدنية إذا ترتب ضرر من جراء تقاعسه هذا ، وعليه مسؤولية جنائية أيضاً لعدم التزامه بمضمون العقد الواجب الإجراء .

وأما بالنسبة للتوليد : فإذا كان الوعد قد وصل إلى مرحلة العهد ، بحيث رتبت المرأة على هذا الوعد كل ما من شأنه أن يقويه ويضعف أو يُعَدِّم علاقاتها بكل المولدين اعتماداً على هذا الوعد ؛ فحينئذٍ سيكون الطبيب مسؤولاً عن نكوله بهذا العهد الذي اعتمدت عليه الحامل ، بشرط أن لا يكون نكول الطبيب واعتذاره ناشئاً من عدم قدرته على التوليد لعارض ألمّ به ، أو كان نتيجة انشغاله بأمر أهم ، أو كان نتيجة عدم التزام المرأة الحامل بالإرشادات التي قدمها الطبيب لها التي لها دخل في عملية التوليد .

* * *

خلاصة البحث

ويمكن أن يلخص البحث بعدة نقاط :

الأولى: للحياة الإنسانية حرمة لا يجوز الاعتداء عليها إلا في حدود الشريعة، وهي خارج نطاق الطب، وتمثل هذه الحرمة في بعض الآيات القرآنية، مثل قوله تعالى: ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُمْ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا يَعْتَرِفُ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ [المائدة: ٣٢].

وعلى هذا فلا يجوز الانتحار في الإسلام؛ لأنه قتل للنفس بلا موجب.

الثانية: إن وظيفة الطبيب إذا كان طبيباً يعمل حسب مقررات فن الطب وعلمه أن لا يتدخل في غير اختصاصه، وإذا كان طبيباً عاماً أن يحيل كل حالة إلى أهل الاختصاص، ولا يتدخل فيما ليس له فيه تخصص وعلم؛ لأنه في حالة تدخله هنا يصدق عليه أنه قد تطب ولم يُعلم منه طب، فيكون ضامناً (أي: مسؤولاً مسؤولية مدنية وجزائية). على أن الطبيب المتخصص لا يجوز له إلا العمل لصالح المريض الذي جعله وكيلاً أو أجييراً في العمل لصالح المريض، ويحاسب الطبيب في حالة تفریطه وتعديبه.

الثالثة: إن الطبيب يكون ضامناً في الفقه الوضعي ضامناً قانونياً، مدنياً أو جزائياً في حالة إيصال ضرر إلى مريضه أو إلى المجتمع بانتهاجه جريمة منصوص على تحريمها.

وأما في الفقه الإسلامي فقد قلنا: إن مسؤولية الطبيب في الضمان في حالة تعديبه وتقصيره، وهذا موضع إجماع من قبل المسلمين، إلا أن هناك قولاً عند علماء الإمامية يعتبر الطبيب ضامناً حتى في صورة عدم تعديبه وعدم تفریطه إذا أتلّف نفساً أو عضواً إلا أن يأخذ البراءة من المريض، وذلك حيث يسند إتلاف

النفس أو العضو إليه ، وحيث لم يكن متعمداً في ذلك ؛ فيسقط الحكم التكليفي (الحرمة) إلا أنّ الضمان يبقى على حاله ، نعم ؛ إذا أخذ الطبيب من المريض البراءة ؛ فمعنى ذلك أن المريض قد أسقط ما في ذمة الطبيب من الضمان عند تلف العضو أو النفس ، وهذا أمر ممكن في الاعتبارات إذا دلّ عليه الدليل كـ ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ، أو «المؤمنون عند شروطهم» .

ودليل الضمان في هذه الحالة بالإضافة إلى القاعدة رواية السكوني عن الإمام الصادق عليه السلام ، حيث قال : «قال أمير المؤمنين عليه السلام : مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّرَ ؛ فَلْيَأْخُذِ الْبِرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ ، وَإِلَّا فَهُوَ ضَامِنٌ»^(١) .

الرابعة : قد يكون الاتفاق بين الطبيب والمريض قائماً على تحقق نتيجة الشفاء (البراء) ، وقد اختلف في صحة هذا الاتفاق على قولين ؛ الصحيح منهما صحّة هذا الاتفاق ؛ لأنه مقدور بالقدرة على مقدماته ، فيصح عقده من قبل الطبيب إذا كان واثقاً ومطمئناً من قدرته على البرء ، فيرتفع الغرر ، كما يمكن أن يكون الاتفاق على جعل جعالة للطبيب إذا حصل البرء للمريض بواسطة عمل الطبيب .

الخامسة : ونفس الكلام يُقال في الاتفاق بين المريض والطبيب على شرط السلامة من السراية إلى مضاعفات لا تحمد عقباها ، فهو أمرٌ مقدور للطبيب بقدرته على مقدماته ، فإن كان واثقاً من قدرته على ذلك لا يحصل الغرر من هذا الاتفاق والعقد . كما هو ملتزم به إذا كان العمل المستأجر عليه هو حفظ المتاع ، فإن العمل المستأجر عليه في الحقيقة هو محاولة الحفاظ الذي هو تحت القدرة ، ولكن يقال هناك : إنّ الحفاظ مقدور عليه بالقدرة على مقدماته ، فإذا كان واثقاً من نفسه بقدرته على الحفاظ ولو بقدرته على مقدماته ؛ كان العقد بعيداً عن الغرر . على أن محاولات كثيرة ذكرت لتصحيح شرط البرء وشرط السلامة ؛ منها : أن يكون المريض وكيلاً (في ضمن العقد) في إبراء ذمته من الأجر إذا لم يحصل البرء والسلامة .

السادسة : إن الطبيب مسؤول مسؤولية جنائية إذا تعدّى حقه أو واجبه

(١) وسائل الشيعة ، ج ١٩ ، باب ٢٤ من موجبات الضمان ، ح ١ .

فارتكب إثماً قد حرّمه الشارع المقدّس عن علم وعمد؛ كقيامه بإجهاض حمل محرّم ولو كان في بداياته، لأنّ له حرمة، ودلّ الدليل على عدم جواز إسقاطه.

السابعة: ذكرنا ضابطاً للخطأ المتعمد، وهو ما يسمّى بالشرع شبه العمد، وهو أن يكون قاصداً للفعل، مخطئاً في قصده.

كما ذكرنا العمد وضابطه: قصد العمل وغايته الذي يعدّ جنائية إذا ترتبت الجنائية عليه، وكذا إذا قصد العمل ولم يكن جنائية، ولكن ترتب الجنائية عليه غالباً مع علمه بهذا الترتب.

الثامنة: الخطأ الجسيم من الطبيب يعدّ عمداً وإن لم يقصد الخطأ الجسيم كمن سقى مريضه السمّ بقصد العلاج فحصل الموت، فهو من العمد وإن لم يقصد القتل؛ لأن القتل العمدي صادق هنا عرفاً، وإن لم يقصده الطبيب.

التاسعة: ذكرنا أنّ الطبيب لا يحلّ له أن يعمل عملاً جراحياً لخدمة مريضه إن لم يوافق على ذلك المريض، أو نهى الطبيب عن إعماله؛ لأن المريض مسلّط على جسمه لا يحلّ لإنسان أن يتعدّى على جسم غيره إلّا برضا صاحبه وإذن الشارع في ذلك، خلافاً لمن أجاز ذلك بعنوان الإحسان إلى المريض.

العاشر: لا يجوز للطبيب إذا قبل مريضه أو اتفق معه على المعالجة أن يتعاسف عن ذلك ويترك المعالجة، إلّا أن يكون مشتغلاً بالأهم، أو انتفت قدرة الطبيب على المعالجة، أو أن يثبت الطبيب أن مريضه لم يكن ملتزماً بالتعليمات الصادرة له، وإلا فيكون الطبيب مسؤولاً عن تعاسفه إذا أدى إلى ضرر المريض.

هذا ما أردنا بيانه في ضمان الطبيب ومسؤوليته.

والحمد لله ربّ العالمين.

* * *

ضمان الطيب في الفقه الإسلامي

إعداد

أ.د. محمد أحمد عبد الهادي سراج

أستاذ الدراسات الإسلامية بالجامعة الأمريكية بالقاهرة
المستشار الأكاديمي لمركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

تقديم:

١ - تطور نظام ضمان العدوان أو المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي بالاستناد إلى نصوص الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم والسنة النبوية تطوراً يستثير الإعجاب في سعيه إلى تحقيق المصالح الاجتماعية المتضاربة، أو في القواعد والأساليب التي اعتمدها لتحقيق هذه المصالح، والقاعدة الذهبية التي تحكم هذا النظام هي قاعدة رفع الضرر المستندة إلى قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار».

وأكد أذهب إلى أن نظام ضمان العدوان أو المسؤولية التقصيرية في الصياغة الفقهية كان من أهم وسائل ضبط النشاط الاجتماعي والمهني في البلاد الإسلامية في تاريخها الطويل.

وقد طبقت القواعد العامة لهذا النظام على عمل الطبيب، وتحدّدت مسؤوليته وفقاً لهذه القواعد.

ولم يفرد ضمان الطبيب في الفقه الإسلامي بباب مستقل أو قواعد خاصة اكتفاءً بقواعد الضمان العامة. وتمسّ المسؤولية الطبية رغم ذلك مصالح شخصية واجتماعية على قدر كبير من الأهمية والخطورة، وخاصة في عصرنا الحاضر الذي يشهد ازدياد الحاجة إلى العمل الطبي، وتعقد هذا العمل، وتأثيره على كثير من أوجه الحياة الاجتماعية. وسأعمد فيما يلي إلى بيان قواعد نظام الضمان الفقهي مع تطبيق هذه القواعد على المسؤولية الطبية.

٢ - يهدف إيجاب الضمان عند التعدي على حقوق الغير في الفقه الإسلامي إلى «الجبر لا إلى الزجر» بتعبير الكاساني^(١) الموجز، وهو ما فصله كل من

(١) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٦٣/٧، طبعة أولى، ١٣٢٨هـ-١٩١٠م.

العزّ بن عبد السلام^(١) والقرافي^(٢) في تفريقيهما بين كل من الجوابر والزواجر .

وينبغي هذا التفريق على إدراك أن الهدف من العقوبة هو تحقيق كل من زجر المتعدي وغيره عن ارتكاب مثل الجرم الذي وقع بفرض العقوبات أو الزواجر، على حين أن الهدف من إثبات الضمان على المخطئ هو جبر الضرر وتخفيف آثاره على من وقع عليه بتعويضه، وتحميل هذه الآثار على المخطئ الذي تسبب بتصرفه في إلحاق الضرر بالغير .

وقد استقرّ الفقه الإسلامي على أنه لا فرق بين قصد الإضرار بالغير أو التسبب فيه بتقصير أو إهمال، وأنه لا فرق بين كون المتسبب مميّزاً أو غير مميّز، لأن إيجاب الضمان من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف، وإنما النظر إلى الضرر الذي تسبب فيه المخطئ بتعمده أو تقصيره أو إهماله، وهو الأولى بحمل الضرر عليه بدلاً من تركه يقع على المضرور كيفما وقع، وهو مفهوم كل من قاعدة رفع الضرر أو الضرر يزال، وقاعدة مسؤولية كل إنسان عما تسبب فيه بعمله، وقاعدة حق الفرد في سلامة نفسه وبدنه وعرضه وشرفه وماله، على النحو الذي تدلّ عليه النصوص الشرعية دلالة لا لبس فيها ولا خفاء .

٣ - وقد تمكن الفقهاء المسلمون في تفسيرهم هذه النصوص وإدارة النوازل والوقائع والأحوال عليها من التوصل إلى نظام أطلقوا عليه اصطلاح: (ضمان العدوان) الذي يقابل (ضمان العقد) في التقسيم الفقهي، وإذا كان الهدف من ضمان العقد في الاصطلاح الفقهي تأكيد الوفاء بالالتزامات التعاقدية، فإن الهدف من ضمان العدوان (Torts) هو تأكيد حق الفرد في سلامة نفسه وبدنه وماله تجاه الكافة ممن لم يدخل معهم في علاقة تعاقدية، مما يستلزم توخّي الحرص في السلوك مسلكاً لا يترتب عليه الإضرار بالغير، وهكذا فإن ضمان العقد

(١) عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (ت ٦٦٠هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ١/١٧٨، طبعة دار الجيل، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

(٢) شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي (ت ٦٨٤هـ)، أنوار البروق في أنوار الفروق: ٢/٢١٣، طبعة دار المعرفة، مصورة عن طبعة عيسى البابي الحلبي، ١٩٤٦م .

(Contractual Liability) خاص بأطراف التعاقد، على حين أن ضمان العدوان متجه إلى كل من يتحمل أداء فعله إلى الإضرار بغيره، سواء كان ذلك على نحو مباشر أو غير مباشر، ومع ذلك فإنهما يشتركان في إقامتهما على ركن الخطأ، بحكم أن الظالم أو المخطئ بعدم تنفيذ التزاماته العقدية أو القانونية هو الأولى بحمل الضرر عليه.

وتدلّ القراءة المتأنية لكتاب (مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان) الذي ألفه محمد بن غانم البغدادي على أنّ هذين الضمانين: العقد والعدوان قد أثرا في ضبط الأداء الاقتصادي والاجتماعي بتحميل تكلفة الضرر على المتسبب فيه، وهو ما يستلزم توخي الحذر، والعمل على منع الضرر أو تقليله، مما لا غنى عنه لأي مجتمع وفي أي نشاط مهني أو غير مهني.

٤ - وقد تناول الفقهاء المسلمون موضوع ضمان الطبيب في إطار القواعد العامة الحاكمة للضمان بقسميه، بمناسبة إيجابتهم عما يعرض لهم من وقائع وفتاوى يتعين تحليلها للوقوف على الضوابط التي راعوها في إقامة مسؤولية الأطباء ومن في حكمهم كالبيطار والحجام والفضاد والبزاق والخاتن والمجبر؛ ممن كانوا يقومون بأعمال علاجية في المجتمعات الإسلامية، وتجدر الإشارة قبل إيراد النصوص الفقهية الكاشفة عن هذه الضوابط وتحليلها إلى أن الفقهاء المسلمين قد أقاموا مسؤولية الطبيب على أساس التعدي أو الخطأ المهني الذي يخالف الأصول الفنية لعمل الطبيب، لا على أساس من الضرر الذي يلحق المريض، وهو ما أدى إلى إيجاد نوع من التوازن بين كل من رعاية مصلحة المريض في الحفاظ على سلامته بعلاجه وفق الأصول الفنية المعهودة، ومصلحة المجتمع في الإقبال على مزاوله مهنة الطب، فإن التشدد في إلقاء المسؤولية على الطبيب عن كل ضرر يلحق بالمريض من شأنه أن يؤدي إلى العزوف عن ممارسة المهنة، والبعد عن التدخل عند وجود أدنى إحساس بالخطر على صحة المريض أو سلامته، ويتضح ذلك بالإشارة إلى موقف التشريعات السابقة على الفقه الإسلامي؛ ففي المادة (٢١٨) من تشريع حمورابي أنه: «إذا عالج الطبيب جرحاً بالغا أُصيب به رجل بمبضع معدني وسبب موته، أو إذا شق ورماً بمبضع معدني

وعطلَّ يمين الرجل؛ تقطع يده»، وكذا تضمَّنت موسوعة جوستنيان النص على أنه: «إذا نجم عن دواء أُعطي لإنقاذ الحياة أو للشفاء من مرض؛ أن توفي الذي أُعطي إليه هذا الدواء؛ فينفي المعطي في جزيرة إذا كان من طبقة راقية، ويعدم إذا كان من طبقة وضيعة».

وكان يقضى على الطبيب بمثل هذه العقوبات القاسية في أوروبا في القرن الثالث عشر لكثير من الأضرار التي تحدث للمرضى، فانصرف الناس عن هذه المهنة الخطرة^(١)، وكانت مسؤولية الطبيب بهذا يجري تحديدها بالنظر إلى الاحتمالات التي تحدث للمريض، لا بالنظر إلى فعل الطبيب وموافقته للأصول المهنية في عمله أو مخالفتها.

ولعلَّ النصوص التالية أن تكشف عن موقف الفقهاء المسلمين في إقامة مسؤولية الطبيب وأصحاب المهن المساعدة على ركن الخطأ.

٥ - مفهوم الخطأ:

مجرّد تصدي الطبيب الجاهل لعلاج الناس يُعدّ خطأً يوجب ضمان أي ضرر يحدث للمريض؛ ففي سنن أبي داود وابن ماجه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ تَطَبَّبَ ولم يعلم منه الطب قبل ذلك فهو ضامن»^(٢).

وقد ذهب البعض من ذلك إلى أن مسؤولية مثل هذا الطبيب الذي لم يتلقَّ التعليم الطبي المناسب المعهود في العرف الاجتماعي مسؤولية مطلقة، فلا حاجة لإثبات خطئه، ويكفي إثبات الضرر لإيجاب الضمان عليه.

ويرى بعض آخر، ومنهم ابن القيم، إلى أن مسؤولية هذا الطبيب الجاهل مسؤولية مقيدة بشروط، منها: ألا يعلم المريض جهل هذا الطبيب، وأن يستر

(١) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، ص ٣٨ وما بعدها.

(٢) رواه أبو داود، باب فيمن تطبب بغير علم؛ والنسائي في القسامة، باب صفة شبه العمدة؛ وابن ماجه في كتاب الطب، باب: من تطبب ولم يعلم منه طب.

على المريض جهله بهذه المهنة . وفي هذا يقول ابن القيم : «المتطبب الجاهل إذا باشرت يده من يطبه فتلغ به ، فهذا إن علم المجني عليه أنه جاهل لا علم له ، وأذن له في طبه لم يضمن .

ولا تخالف هذه الصورة ظاهر الحديث ؛ فإن السياق وقوة الكلام يدل على أنه غرّ العليل وأوهمه أنه طيب ، وليس كذلك . وإن ظن المريض أنه طيب وأذن له في طبه لأجل معرفته ؛ ضمن الطبيب ما جنت يدها .

وكذلك إن وصف له دواء يستعمله ، والعليل يظن أنه وصفه لمعرفة وحذقه فتلف به ضمنه ، والحديث ظاهر فيه أو صريح^(١) .

والأرجح أن مسؤولية الطبيب الجاهل مطلقة (Stricter Liability) ، حتى لا يلزم إثبات تعديبه أو خطئه ، ويكفي تصديبه للعلاج بجراحة أو وصف دواء سواء علم المريض جهله أو لم يعلم ، على رأي ، وباشتراط اغتزار العليل به وعدم معرفته بحال هذا الطبيب على رأيٍ آخر . والأولى فيما يظهر لي عدم اشتراط اغتزار العليل ، إعمالاً لإطلاق الحديث ، ولأن ظاهر الحال يدل على هذا الاغتزار ؛ لأن أحداً لا يرضى بإضرار نفسه . فإقدامه على الإذن للطبيب بالجراحة أو بوصف الدواء دليل على ثقته في خبرته ، فإذا ظهر نقص هذه الخبرة دلّ هذا على الاغتزار . ويدل عموم الحديث المذكور على أن مسؤولية هذا المتطبب مسؤولية مطلقة لا تندفع بأي عذر من الأعذار .

٦ - ويتفق تغليظ مسؤولية هذا المتطبب باعتبارها مسؤولية مطلقة مع القاعدة الفقهية القاضية بوجوب منعه من ممارسة المهنة للمصلحة العامة ؛ إذ القاعدة أن يحجر على الطبيب الجاهل والمكاري المفلس والمفتي الماجن .

أما ضابط التمييز بين الطبيب الحاذق والجاهل ؛ فمرجه إلى الأعراف والعوائد ، طبقاً للقاعدة الفقهية القاضية بأن العادة محكمة . وتصلح الشهادات

(١) ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد : ٤ / ١٤٠ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الرابعة عشرة ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م .

الدراسية والخبرات التدريبية أن تكون الأساس المعتمد في الحكم بجواز ممارسة مهنة الطب أو المنع من ذلك ، مثلما هو الحال في العصر الحديث .

٧ - أما الطبيب الحاذق الذي أعطى الصنعة حقها - بتعبير ابن القيم - فإنه مأذون له بمزاولة مهنة الطب باعتبارها من فروض الكفايات التي يلزم توافر من يجيد أصولها في المجتمع الإسلامي لتوقف كثير من المصالح الاجتماعية عليها .

ولا يعني ذلك إباحة التطبيب في الأحوال كلها ، فقد يصير إلى الوجوب إذا تعين الطبيب ولم يوجد غيره ، وتعذر نقل المريض إلى حيث يوجد هذا الغير^(١) ، ويضمن الطبيب إذا ترك هذا الواجب ما يترتب على هذا الترك من نتائج ؛ إذ القاعدة الفقهية أن : «من ترك واجباً في الصون ضمن»^(٢) . ولا يضمن في مثل هذه الحالة إذا لم يتمكن من العمل أو لم يؤذن له فيه ؛ لأن التطبيب لا يصير واجباً عليه حينئذ .

٨ - ويتحدد الواجب على الطبيب في عمله المأذون له فيه ممن له حق الإذن بالمعتاد وأصول المهنة ، وإنما يضمن بمخالفة ذلك ، ومن الطبيعي أن يختلف الواجب عليه باختلاف خبرته ودرجة التطور في فنون الطب ، طبقاً لقاعدة : العادة محكمة ، ومؤيدات الرجوع إلى العرف في تقدير ما يُعدُّ إهمالاً أو تقصيراً وما لا يُعدُّ كذلك كثيرة ، من بينها القواعد الفقهية التالية :

- (الأحكام الشرعية غير مبنية على الحقائق العقلية ، بل على الاعتقادات العرفية)^(٣) .

(١) الأظهر أن يكون الحكم التكليفي للتطبيب من الخير به هو الندب ، لدخوله في مثل قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ [المائدة : ٣٢] ، وقوله ﷺ : «من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل» أخرجه مسلم من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما . ويدل قول الشافعي : «العلم علمان : علم دين ، وعلم الأبدان» على الندب إلى تعلم الطب ومزاولته عند كثير من العلماء .

(٢) كشاف القناع : ١٥ / ٦ .

(٣) تخريج الفروع على الأصول ، للزنجاني ، ص ٢٢٦ .

- (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان).

- (الثابت بالعرف كالثابت بالنص) و(المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً).

٩- ويدل كذلك على اختلاف العناية الواجبة على الطبيب باختلاف المريض والجرح والتقدم العلمي ومستوى خبرة الطبيب نفسه فتوى الإمام الحلواني، وواقعة الفتوى أن صببية سقطت من سطح، فانتفخ رأسها، فقال كثير من الجراحين: إن شققتم رأسها تموت، وقال واحد منهم: إن لم تشقوه اليوم تموت، وأنا أشقه وأبرئها، فشقه، ثم ماتت بعد يوم أو يومين، وقد سئل الحلواني عن ذلك؛ فتأمل ملياً ثم قال: لا يضمن إن كان الشق بإذن. وكان معتاداً، ولم يكن فاحشاً خارج الرسم، فقليل له: إنما أذنوا بناءً على أنه عالج مثلها، فقال: ذلك لا يوقف عليه، فاعتبر نفس الإذن، قيل له: فلو كان الجراح قال: إن ماتت من هذا الجرح فأنا ضامن، هل يضمن؟ قال: لا^(١).

١٠- ويتفق الفقهاء على أن الواجب على الطبيب ومن في حكمه هو بذل العناية الواجبة عليه في حدود رسوم المهنة، وما تقضي به أصولها المعتادة والمألوفة طبقاً لتعبير الحلواني في إشارته إلى المعتاد والرسم، وأن الواجب عليه ليس تحقيق غاية أو نتيجة معينة، مما عبرت عنه فتوى الحلواني كذلك في الشق الأخير من السؤال المتضمن افتراض اشتراط الطبيب الشفاء وعدم حصوله.

ولا شك في أن تحديد الواجب على الطبيب على هذا النحو هو نقلة كبيرة في التطور التشريعي لمسؤولية الطبيب؛ فقد درجت كثير من التشريعات السابقة على النظر إلى الضرر الذي يلحق بالمريض، واعتبار الطبيب مسؤولاً عنه، مهما بذل من جهد وعناية، وهكذا كان أساس مسؤولية الطبيب هو الضرر لا الخطأ، فتغير ذلك في الفقه الإسلامي إلى إقامة هذه المسؤولية على الخطأ لا الضرر^(٢). وهو ما تدلّ عليه فتوى الحلواني المذكورة.

(١) مجمع الضمانات، للبغدادي، ص ٧٥؛ وتبصرة الحكام، لابن فرحون: ٣٥٢/٢، ٣٥٥.

(٢) ضمان العدوان، محمد سراج، طبعة دار الثقافة، ١٩٩٠م، ص ٥٧٥.

١١ - ولا يكفي بذل العناية الواجبة في حدود المألوف وما تقضي به رسوم المهنة لدفع الضمان ، وإنما يشترط إذن من له حق الإذن لقيام الطبيب بعمله ، وإلا تحوّلت مسؤولية الطبيب إلى مسؤولية مطلقة عند كثير من الفقهاء .

ويعبر ابن القيم عن هذا الرأي في نصه على أنه لو قطع «غدة من رجل أو صبي أو مجنون بغير إذنه أو إذن وليّه ، أو ختن صبيّاً بغير إذن وليه فتلف ، فقال أصحابنا: يضمن ؛ لأنه تولد من فعل غير مأذون فيه . وإن أذن له البالغ أو ولي الصبي والمجنون ؛ لم يضمن»^(١) . وفي مختصر الطحاوي : أنه لو «استأجر على عبد يحجمه أو على دابة يزعها ، ففعل ذلك ، فعطبا بفعله ؛ فلا ضمان عليه ؛ لأن أصل العمل كان مأذوناً فيه ، فما تولد منه لا يكون مضموناً عليه إلا إذا تعدّى ، فحينئذ يضمن»^(٢) .

وفي مجمع الضمانات أنه : «لو أذن لطبيب في إجراء جراحة له ، فأجراها الطبيب على الوجه المعتاد وفق ما توجه رسوم المهنة وأصولها ، لم يجب عليه الضمان»^(٣) .

وقد ثار جدل فقهي حول أثر الإذن في إسقاط الضمان أو إيجابه ، بناء على أن أساس الضمان هو التعدي ؛ فرأى البعض أنه لا أثر للإذن في إسقاط الضمان إن كان الطبيب متعدياً ، كما أنه لا أثر له في إيجابه إن لم يكن متعدياً ، ويرد الذين اشترطوا الإذن لدفع الضمان عند عدم التعدي بأن الطبيب لا حق له في القطع دون إذن من له حق الإذن ، فكان متعدياً عند عدم الإذن ، غير متعدّد عند الإذن^(٤) .

١٢ - ويتقيد الطبيب في عمله بالمأذون فيه ؛ إذ الإذن لا يكون في العادة مطلقاً ، ولذا لو أخطأت يده في الجراحة وتعدّت إلى عضو صحيح فأتلفته ، أو إلى شريان أو عصب غير مقصود له ، «فهذا يضمن ؛ لأنها جناية خطأ»^(٥) .

(١) زاد المعاد ، لابن القيم : ٤ / ١٤١ .

(٢) مختصر الطحاوي ، ص ١٢٩ .

(٣) مجمع الضمانات ، للبغدادي ، ص ٤٨ .

(٤) زاد المعاد : ٤ / ٥٨٠ .

(٥) المصدر السابق : ٤ / ١٤٠ .

ويرجع إلى المريض في معرفة حدود الإذن؛ فقد نصَّ الفقهاء على أنه «إذا استأجر حجّاماً ليقلع له سنّاً فقلع، فقال صاحب السن: ما أمرتُ بقلع هذا، كان القول قوله ويضمن»^(١) الطبيب.

١٣ - ويضمن الطبيب الحاذق إن تعدّى في عمله بتقصير أو إهمال. ويتنفي عنه الضمان إن لم يقصر في عمله ولم يتجاوز المأذون فيه. جاء في مجمع الضمانات: «الفصّاد والبرّاغ والحجّام والختّان لا يضمنون بسراية فعلهم إلى الهلاك إذا لم يجاوز الموضع المعتاد المعهود والمأذون فيه»، ولو شرط عليهم العمل السليم عن السراية بطل الشرط؛ إذ ليس في وسعهم ذلك، قال في الفصولين: هذا إذا فعلوا فعلاً معتاداً ولم يقصروا في ذلك العمل^(٢).

١٤ - ولا حاجة إلى إثبات التعدي بالإهمال أو التقصير إن كان الخطأ جسيماً واضحاً. من ذلك: أنه «إذا أخطأ الختّان فقطع الذكر في الختّان؛ ضمن»^(٣)، وكذا لو قصد شخصاً نائماً وتركه حتى مات بسيلانه (أي: بتزف دمه) فإنه يُقَاد^(٤).

١٥ - ويستعان بالخبراء في تحديد المسؤولية عن الخطأ، وقد يجري الترجيح عند اختلافهم بالنظر إلى عدد كل من مثبتي الخطأ أو النافين له؛ ففي مجمع الضمانات: أن «الكحال إذا صبّ الدواء في عين رجل، فذهب ضوءها؛ لا يضمن إلا إذا غلط. فإن قال رجلان: إنه ليس بأهل، وهذا من خرق فعله، وقال رجلان: هو أهل، لا يضمن، وإن كان في جانب الكحال واحد، وفي جانب الآخر اثنان ضمن الكحال»^(٥).

١٦ - ويتنفي الضمان إذا لم يخطئ الطبيب بإهمال أو تقصير. وقد نصّ ابن القيم على حكم ما يتولّد عن فعل الطبيب الحاذق المأذون له بممارسة العلاج من

(١) المغني، لابن قدامة: ٥٤٣/٥؛ ومجمع الضمانات، ص ٤٨.

(٢) مجمع الضمانات، ص ٤٧.

(٣) المصدر السابق، ص ٤٨.

(٤) المصدر السابق نفسه.

(٥) المصدر السابق نفسه.

تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفته بأنه: «لا ضمان عليه اتفاقاً؛ فإنها سراية مأذون فيها.

وهذا كما إذا ختن الصبي في وقت، وسنه قابل للختن، وأعطى الصنعة حقها، فتلف العضو أو الصبي؛ لم يضمن»^(١).

١٧ - الملحقون بالأطباء:

يلتحق بالأطباء في المسؤولية من في حكمهم ممن يتعهدون البدن الإنساني بالعلاج والتداوي، مما يشمل - كما يقول ابن القيم -: «من يطب بوصفه وقوله، وهو الذي يخص باسم الطبائعي، ويمروده وهو الكحال، وبمبضعة ومراهمه وهو الجراحي، وبموساه وهو الخاتن، وبريشته وهو الفاصد، وبمحاجمه ومشرطه وهو الحجام، وبخلعه ووصله ورباطه وهو المجبر، وبمكواته وناره وهو الكواء، وبقربته وهو الحاقن، وسواء كان طبه لحيوان بهيم أو إنسان. فاسم الطبيب يطلق لغةً على هؤلاء كلهم، وتخصيص الناس له ببعض الأطباء عرف حادث»^(٢).

وقد اختفت بعض هذه المهن الطبية وجدّ غيرها في العصر الحديث، كطبيب التحليل والأشعة والتخدير، فتسري على هؤلاء قواعد المسؤولية ذاتها.

١٨ - وقد ناقش البغدادي في مجمع الضمانات ضمان الفصّاد والبرّاق والحجّام والختّان ضمن حديثه عن ضمان الأجراء من الملاحين والصائغين والحدّادين والنقاشين والصباغين، مما يدلّ على شيوع النظرة إلى عقد العلاج على أنه من عقود الإجازات المتفرد عن غيره بخصائص تميّزه، وكذا ناقش الفقهاء حكم استتجار الطبيب للعلاج، واتفقوا على جواز ذلك^(٣)، لإباحته ونفعه وحاجة الناس إليه، فجاز الاستتجار عليه، وهو ما يؤكد النظر إلى عقد العلاج باعتباره عقداً من عقود الإجازات الخاصة.

(١) زاد المعاد: ١٤١/٤.

(٢) المصدر السابق: ١٤٢/٤.

(٣) ضمان العدوان، محمد سراج، ص ٥٨٢.

وقد اتجه التفكير القانوني الوضعي إلى اعتبار عقد العلاج عقداً قائماً بذاته بعد استمرار الجدل حول طبيعة هذا العقد من الوجهة القانونية، ولم يحظَ بالقبول إلحاق هذا العقد بالوكالة أو اعتباره من عقود إيجار الأشخاص، فلزم التسليم بطبيعته الخاصة .

١٩ - والمضمون في خطأ الطبيب هو الآدمي، بدناً وأعضاءً ونفساً وصفاتٍ، وهذا لا يجب بالعقد، وإنما يجب بالجناية، طبقاً للقاعدة بأن «ضمان الآدمي لا يجب بالعقد، وإنما يجب بالجناية»^(١)، ويمكن فهم هذه القاعدة على ضوء التفكير القانوني الحديث فيما يتعلق بنوع خطأ الطبيب وكونه خطأً عقدياً أو تقصيرياً .

والاتجاه السائد في الفقه القانوني هو إلحاق خطأ الطبيب بالمسؤولية التقصيرية، وخاصة في تلك الأحوال التي لا يكون خطؤه فيها ذا صلة مباشرة بتلك العلاقات التعاقدية التي بين الطبيب والمريض . وهذا هو الاتجاه الراجح في مصر فقهاً وقضاءً منذ أصدرت المحكمة العليا عام ١٩٣٦م حكماً أكدت فيه أن «مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية بعيدة كل البعد عن المسؤولية التعاقدية»^(٢) . ومنه يتضح مفهوم القاعدة الفقهية المذكورة .

٢٠ - الواجب في خطأ الطبيب :

تنوع الأجزاء المترتبة على خطأ الطبيب في الفقه الإسلامي تنوعاً كبيراً يصعب حصره في هذا الحيز . ويظهر اتجاه الفقه الإسلامي بوضوح إلى تغليب إيجاب الضمان والتعويضات المالية على فرض العقوبات، ولا يتحدث الفقهاء عن العقوبة على أخطاء الأطباء ومن في حكمهم إلا في حالات تكاد تقترب من القصد إلى إحداث الضرر . وقد سبقت الإشارة إلى ما جاء في مجمع الضمانات من عقاب الفصّاد الذي فسد شخصاً نائماً وتركه يتزف حتى مات؛ بالقصاص منه . أما الجزاء المترتب على خطأ الطبيب في الأعم الأغلب؛ فهو الضمان المالي

(١) مجمع الضمانات، ص ٢٨ .

(٢) المسؤولية المدنية، للأستاذ حسين عامر، ص ٩٨؛ والوسيط، للسهوري: ١/ ٨٢١؛

وضمان العدوان، ص ٥٧٧ .

الذي يقصد به جبر الضرر والتعويض عنه .

ويتفق هذا مع ما تقدّم من نص الفقهاء على أن القصد من الضمان هو الجبر لا الزجر الذي تتمخّص له العقوبة بأنواعها من حدود وقصاص وتعازير .

٢١ - وتتنوّع الجوابر المترتبة على خطأ الطبيب بالنظر إلى أنواع الضرر المترتب على هذا الخطأ . وتندرج الأضرار الناشئة عن خطأ الطبيب في معظمها تحت عنوان: الأضرار أو الإصابات البدنية التي انقسمت الجوابر فيها إلى قسمين :

الأول: الجوابر المقدرّة شرعاً: وذلك في الأضرار المتماثلة التي لم يعتبر الشرع الاختلافات الشخصية فيها، وذلك كقطع الأذن أو اليد أو الرجل، وكذهاب منفعة عضو من الأعضاء مع بقاء صورته، في الإصابة بالشلل، وكالواجب في إزهاق النفس، مما يناقشه الفقهاء تحت عنوان: الديات والأروش المقدرّة .

والثاني: الجوابر المتروك تقديرها إلى القضاة: وذلك في الأضرار التي لا يمكن درجها في إطار منتظم متكرر؛ كالإصابات والجروح التي يصعب إدراك التماثل فيها، وهو ما يطلق عليه الأرش غير المقدرّ .

٢٢ - ويجدر الالتفات إلى هذه المزوجة بين معياري التقدير في الأضرار المتماثلة والإطلاق في الأضرار والإصابات غير المتماثلة، لإدراك الفوائد العملية الناشئة عن الأخذ بهذين المعيارين، سواء في خفض تكلفة التقاضي أو سرعة حصول المتضرر على حقه، ولا يمتنع الجمع بينهما فيما قد يبدو للنظر عند حساب الواجب في الضمان لو تعدّدت أسباب الوجوب، فلو أصيبت يد أحد بالشلل بخطأ الطبيب، وأنفق المصاب في علاجها الكثير، وعانى آلاماً مبرحة، أفلا يجوز للتقاضي جبر هذه الأضرار بالإضافة إلى الواجب في شلل اليد، وهو نصف الدية؟ أجد أن التعويض عن النفقات العلاجية المعقولة مما تسوغه قواعد المسؤولية في الشريعة، مما يدخل في باب إتلاف مال الغير بالتسبب .

أما أرش الألم فقد ذهب بعض الفقهاء إلى مشروعيته طبقاً لما سترد الإشارة إليه، ولم يشر هؤلاء الفقهاء إلى اشتراط تفرد هذا الأرش بالوجوب، مما يدلّ

على جواز الجمع بينه وبين غيره من الأرواح الواجبة بسبب آخر، مقدرة أو غير مقدرة، وفيما يلي بيان بالتعويضات المذكورة في الفقه الإسلامي:

٢٣- الدية:

الدية: مصدر (ودى) القاتل من الأداء، وهو إعطاء الولي المال بدل النفس، وإنما اشتقت من الأداء فيما يذكر السرخسي؛ لأنها مال مؤدى في مقابلة متلف ليس بمال، وهو النفس. والأرش الواجب في الجناية على ما دون النفس مؤدى أيضاً، وكذلك القيمة الواجبة في سائر المتلفات، إلا أن الدية اسم خاص في بدل النفس^(١). ويفرق بعض الفقهاء بين الدية والأرش، حيث تصرف الدية عند هؤلاء إلى الواجب في بدل النفس، على حين يختص الأرش بالواجب فيما دونها، وتتضمن الدية معنى التعويض، لأنها مال خاص بالمجني عليه، فيجوز له العفو عنها أو عن بعضها، ولا تؤول إلى بيت المال إن كان له وارث، ولا يتحملها الجاني وحده، وهي بهذا تختلف عن الغرامات، ومن جهة أخرى فإن في الدية معنى العقوبة لجواز إيجابها في مال الجاني أحياناً، ولأنها وجبت جزاء على جناية.

٢٤- ولا حاجة إلى استعادة الخلاف الفقهي في أصناف الدية وتغليظها في العمد وشبهه في هذا الحيز، وإنما تجدر الإشارة إلى نتيجة البحث فيما أثاره الفقهاء بشأن تعدد الواجب من الديات والزيادة على الدية، عندما تعدد المعاني التي تفوت بالعدوان، ومؤدى هذه النتيجة أن الدية تمثل الحد الأدنى للغرامة التي قدرها الشرع في إتلاف النفس أو المعاني القائمة بها، مما يستوي فيه الناس جميعاً، لا فرق بين كبيرهم وصغيرهم، أو شريفهم ووضيعهم فيه.

أما الزيادة على هذا الحد لوجوب سبب يبيح هذه الزيادة وفق القواعد الشرعية للمسؤولية، فهو الذي يحقق مبدأ العدالة بالتناسب بين الضرر وجبره، وأستحسن ترك أسباب التغليظ وتقدير الواجب بكل سبب للقضاة لتمكينهم من مراعاة الظروف المتنوعة للمتقاضين وأنواع الأضرار وقوة العدوان. ولذا فإن

(١) المبسوط، للسرخسي: ٥٩/٢٦.

الطبيب الذي يترك مريضه ينزف حتى الموت غير الطبيب الذي أخطأ خطأً مماثلاً وبذل أقصى جهده لوقف هذا النزف دون جدوى، والإهمال الناشئ عن الاشتغال بمشاهدة مباراة في كرة القدم، غير الانشغال بمعالجة مريض في حالة حرجة ليس له من يعالجه.

ويمكن للقاضي بهذا أن يدخل قوة الضرر وتنوعه وزيادته عن الحدود المألوفة، كما لو تسبب في قطع إصبع، فأنفق المريض نفقات كثيرة لعلاجها في الأدوية وأجر الطبيب والانتقال إلى المستشفى، وامتنع عليه في الوقت نفسه مزاوله عمله فترة طويلة، كما عانى آلاماً قاسية، فهل يقف الواجب عند عشر الدية لا يتعداه؟ يجب عند تقدير الواجب أن يفرض له حقه في عشر الدية، ثم يضاف إليه ما يجبر أضراره المالية الأخرى، كما يجب اعتبار الأضرار النفسية في التغليظ، مما يشهد له قول بعض الفقهاء بالتغليظ في قتل القريب قريبه، لأنه لا فرق في القتل وإزهاق الروح بين كون القاتل قريباً أو أجنبياً، وإنما الفرق في زيادة ألم أقرباء المقتول، فمست الحاجة إلى رعاية المعنى بتغليظ الواجب شفاء لما في نفوسهم، ويسوغ هذا الحكم تغليظ الواجب بزيادة الألم.

وبهذا يعمل إعطاء الحق للقاضي في تغليظ الدية وزيادتها على مراعاة معنى العدالة في التناسب بين الضرر وجبره، على حين يعمل تقدير الشارع الدية وعدم الزيادة عليها عندما لا يوجد مسوغ لهذه الزيادة على تأكيد معنى المساواة، وهو ما ينصرف إليه قوله ﷺ: «دية الخطأ مائة بعير، فما زاد بعير فهو من أمر الجاهلية»^(١).

٢٥ - ويتأيد جواز الزيادة على الدية وتغليظها عند قوة العدوان أو تنوع الضرر بقاعدة رفع الضرر، وعموم هذه القاعدة بما يشمل الأضرار المالية والبدنية والنفسية، وباتجاه فقهاء الحنفية إلى اعتبار الألم وتكلفة العلاج من الأضرار التي يجوز للقاضي تعويضها، فقد روي عن محمد: «في الجراحات التي تندمل على وجه لا يبقى لها أثر: تجب حكومة بقدر ما لحقه من ألم. وعن أبي يوسف رحمه الله: يرجع على الجاني بقدر ما احتاج إليه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء حتى

(١) المصنف، لابن أبي شيبة: ١٢٨/٩.

اندملت»^(١)، وينسب صاحب تكملة البحر الرائق القول في وجوب أرش الألم إلى أبي يوسف، كما ينسب إلى محمد القول بوجوب أجره الطيب^(٢).

وفيه اتجاه القائلين بجواز التعزير بأخذ المال وصرفه إلى المجني عليه أو المتضرر في إعطاء القاضي الحق في الزيادة على الواجب المقدر في النفس وما دونها لمعنى من المعنيين المشار إليهما^(٣).

٢٦- الأروش المقدرة:

وهي التي حدد الشارع مقدار الواجب منها في الإصابات البدنية، سواء بوجوب الدية كلها أو بعضها، وتجب الدية كلها بإبانة عضو لا نظير له في الجسم، أو بإذهاب منفعة هذا العضو، وتجب نصف الدية في إذهاب منفعة عضو من الأعضاء المثناة أو بإبانتة كاليدين والرجلين، كما يجب ربعها في قطع أحد الأعضاء الرباعية في الجسم، وماله نظائر عشرة، كإصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية، والتقدير كذلك في خمسة جراح (الموضحة، الهاشمة، المنقلة، الآمة، الجائفة). ويجوز التغليب بالزيادة على التقدير بالنظر إلى قوة العدوان أو قوة الضرر على النحو الذي جرى التعرض له في الزيادة على الدية.

٢٧- الأروش غير المقدرة:

لم يقدر الشارع الواجب في الإصابات المتفاوتة، وترك أمر تقدير الواجب فيها إلى القاضي أو من ينيبه، وهذا هو معنى تفويض التقدير إلى حكومة عدل فيما يجري على ألسنة الفقهاء.

ويرشد ذلك إلى وجود قاعدة عامة في الفقه الإسلامي، مفادها أن التعدي على البدن الإنساني يوجب التعويض المفوض تقديره للقاضي إذا لم يحدد الشارع مقداره، ويدخل فيه إبانة جزء عضو أو نقص منفعته أو إبانة عضو غير صحيح،

(١) المبسوط، للسرخسي: ٨١/٢٦.

(٢) تكملة البحر الرائق، محمد بن حسين بن علي الطوري: ٣٨٨/٨.

(٣) ضمان العدوان، محمد سراج، ص ٤٥٢ وما بعدها.

أو في الجروح والشَّجَاج التي لم يوجب الشارع فيها شيئاً مقدَّراً، وفي الألم وغرّة الجنين بالتفصيلات المدونة في المطولات الفقهية في ذلك .

٢٨ - ويدلّ هذا التقسيم على تنوع الإصابات البدنية المعوّض عنها، حتى لا يند شيء منها، كما يدلّ على إعطاء القاضي ومن ينيبه من الخبراء قدرأ من الحرية للتعويض عما لا يمكن التقدير الشرعي فيه من الإصابات غير المتماثلة، ويجمع الفقهاء المسلمون بهذا بين أسلوبَي التقدير الشرعي والتقدير القضائي في التعويض عن الإصابات البدنية، إعمالاً لقاعدة رفع الضرر^(١).

٢٩ - الأضرار المالية الناشئة عن الإصابة:

كثيراً ما يضطر المصاب إلى الإنفاق في التمريض والتطبيب وشراء الأدوية وإجراء الجراحات ونفقات النقل والمواصلات والإقامة في المستشفيات، وغير ذلك مما قد ينشأ عن الإصابة التي يحدثها الطبيب، فهل يكون مسؤولاً عن هذه النفقات في ماله؟ يظهر لي أن نفقات العلاج والتطبيب وأجرة الطبيب والممرض والأدوية مضمونة على الطبيب المتسبب في هذه الإصابة .

ويدل النص المنقول عن أبي يوسف ومحمد بشأن أرش الألم ونفقة الطبيب وثمان الدواء على دخول التكاليف المذكورة في الأضرار المعوّض عنها . غير أن من الواجب البحث عن ضابط يحكم ما يدخل من نفقات التطبيب وما لا يدخل، حتى لا يقع الظلم على الطبيب المقصّر إذا حمّله كل ما يطلبه المتضرر، أو يقع على المتضرر إذا منعه كل ما تحمله، خاصة مع ارتفاع تكاليف العلاج ارتفاعاً كبيراً .

٣٠ - ويظهر لي أن الضابط الذي يجب الاستناد إليه للحكم في النفقات التي يستحقها المتضرر هو المعتاد المألوف بين الناس، طبقاً لقاعدة: العادة محكمة، وللمصاب لهذا أن يترك العلاج في المستشفيات الحكومية ويطلب العلاج في المستشفيات الخاصة، ولا يعد مجاوزاً للمعتاد بذلك، ولو اضطرّ أحد أقاربه إلى

(١) المصدر السابق، ص ٤٥٨ وما بعدها .

ترك عمله طبقاً للمعتاد المؤلف في مثل أحوال المصاب فإن الطبيب المقصر يتحمل إثابة مثل هذا القريب .

٣١ - أما ما فات من منافع المصاب أثناء علاجه ففيه الخلاف الفقهي المشهور في ضمان المنافع . ويترجح الاتجاه إلى ضمان المنافع مطلقاً، سواء كانت منفعة عمل إنساني أو منفعة شيء من الأشياء، ويظهر لي أن منفعة الإنسان أولى بالاعتبار من منفعة الأشياء . ويجب تأكيد عدم التداخل في حساب الواجب من الديات والأروش مع الواجب في حساب المنافع وأعواض المنافع الفاتئة، لوجوب كل منها بسبب مستقل؛ إذ تجب الديات والأروش في مقابل إتلاف البدن جزئياً أو كلياً، على حين تجب النفقات الأخرى في مقابلة ما تلف من الأموال، وهو ما يتحمّله المتسبب في ماله الخاص؛ إذ لا تعقل العاقلة عوض مال تلف .

٣٢ - نقل الضرر وتوزيعه:

اتّجه الفقهاء المسلمون إلى التسليم في الإصابات البدنية الجسيمة بوجوب التفريق بين المسؤولية عن الإهمال والتقصير، وبين ما توجه هذه المسؤولية من تعويض؛ ولذا اتفقوا على تحميل التعويض عن الضرر على عاقلة المتسبب فيه بعد إثبات مسؤوليته عنه، قصداً إلى حصول المتضرر على حقه، لأن المقصر لا يستطيع تحمّل التعويض عن الإصابات البدنية في معظم الأحوال لضخامة التعويض، فمست الحاجة إلى تحميل هذا الواجب على من يستطيع تحمّله، ولذا نشأ نظام العاقلة، مع العمل على تطويره (كما في المذهب الحنفي، حيث تحمّلت الدواوين والمؤسسات الحكومية المسؤولية عن نقل الضرر وتوزيعه) وإلقاء المسؤولية عن التعويض عن هذه الإصابات على بيت مال المسلمين، مما يدل دلالة قاطعة على أن نقل الضرر عن المتضرر وتوزيعه على من يستطيع تحمّله (من أفراد العاقلة وأعضاء الديوان والمجتمع كله) أحد أهداف نظام الضمان الإسلامي . والأقرب إلى الذهن أن تضطلع نقابات الأطباء في العصر الحديث بالدور الذي قامت به العوائل والدواوين في الماضي، بدلاً من ترك الضرر يقع حيث وقع على المتضرر، أو تحميله على المتسبب فيه، مما يعد إجحافاً به

واستئصالاً له، طبقاً لتعبير السرخسي^(١)، وإعمالاً لمقصد الشارع في ألا يظل دم في الإسلام، ويمكن للأطباء المتتبعين بتحميل النقابة التعويضات التي يتعرضون لدفعها الإسهام في تحمل هذه الأعباء بدفع أقساط دورية تتيح للنقابة الاضطلاع بالدور الذي كانت تقوم به العاقلة في الماضي.

٣٣- مشكلات أخرى:

اتضح أن واجب الطبيب العناية بمريضه والتحوط والتبصر في علاجه ووصف الدواء المناسب لحاله، فيضمن إذا كان العلاج الذي أمر به على غير مقتضى الحكمة وصناعة الطب، ولا يضمن ما يترتب على فعله من غير تفريط ولا تقصير، وقد اتضح كذلك عموم مسؤوليته عن الأضرار التي تترتب على إهماله وتقصيره، وأنه يتحمل واجب التعويض في ماله في الإصابات اليسيرة التي لا يبلغ التعويض فيها ثلث الدية . . . كما تتحمله العاقلة في القدر الزائد عن ذلك لتيسير حصول المتضرر على حقه، ولئلا يؤدي تكليف المتسبب في الضرر باستئصاله والإجحاف به، مما يؤدي إلى انصراف الناس عن مزاوله هذه المهنة الضرورية للمجتمع.

وقد اتضحت إقامة الفقه الإسلامي التوازن بين مصلحة المتضرر في الحصول على حقه وبين المصلحة الاجتماعية في توفير الأمن والحرية اللازمين للطبيب في مزاوله مهنته بتحديد واجبه في إجادته عمله واتخاذ الحيطة والتبصر وعدم الإهمال، فلا يضمن إلا إذا أخلّ بذلك، وترتب الضرر على فعله. وعلى الرغم من وضوح هذه المبادئ العامة الحاكمة للضمان الناشئ عن التعدي، فإن تطبيق هذه المبادئ في المسؤولية الطبية خاصةً يثير الكثير من المشكلات العملية التفصيلية التي يتعين البحث عن حكمها الشرعي في الظروف المعاصرة. وأسوق في إيجازٍ بالغ بعض هذه المشكلات وما أراه فيها:

٣٤- التعويض عن العجز الجزئي:

ينقص التعويض الواجب في إذهاب منفعة عضو من الأعضاء إذا بقي بعض

(١) المبسوط: ١٢٥/٢٧.

هذه المنفعة، وذلك كما إذا تسبب الطيب في إصابة المتضرر إصابة تمنعه عن المشيء المتتابع، ولا تمنعه عن الحركة، أو تؤثر على نطقه أو بصره أو حاسة الذوق عنده .

وقد روي عن سعيد بن المسيب: «أن رجلاً أصاب عين رجل، فذهب بعض بصره وبقي بعض، فرفع ذلك إلى عليّ فأمر بعينه الصحيحة، فعصبت، وأمر رجلاً ببيضة، فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره، ثم خطّ عند ذلك علماً، قال: ثم نظر في ذلك فوجده سواء، فقال: أعطوه بقدر ما نقص من بصره من مال الآخر»^(١). وعلى الرغم من عدم التسليم بدقة المعيار المأخوذه في هذه القضية، فإن النتيجة منطقية وعادلة، وتتفق مع مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء عليه^(٢).

٣٥ - تشديد المسؤولية في جراحات التجميل:

تعرض الفقهاء المسلمون لبعض أنواع جراحات التجميل، وتوسّعوا في إباحتها؛ ففي الفتاوى الظهيرية: «أنه إذا أراد الرجل أن يقطع إصبعاً زائدة أو شيئاً آخر، قال نصير رحمه الله: إن كان الغالب على من قطع منه مثل ذلك الهلاك فلا يفعل، وإن كان الغالب هو النجاة، فهو في سعة من ذلك». ويستلزم ذلك أنه لا يكفي لدفع مسؤولية الطيب في جراحات التجميل أن يقوم بعمله على الوجه الأكمل من التبصير والحيلة، وإنما عليه أن ينظر إلى احتمالات تدخله وما يترتب عليه من نتائج، وليس له الحق في هذا التدخل إن كان يفضي إلى الهلاك؛ لأنه في سعة من هذا التدخل، ولا توجه ضرورة علاجية^(٣).

٣٦ - أخطاء مساعدي الطيب:

الأصل في الشريعة هو شخصية المسؤولية، حتى لا يُسأل الإنسان عن فعل غيره؛ فكل نفس بما كسبت رهينة، ولا تزر وازرة وزر أخرى، وإنما يؤاخذ

(١) المصنف، لابن أبي شيبة: ١٧٨/٩ .

(٢) ضمان العدوان، محمد سراج، ص ٤٦٣ .

(٣) مقال الشيخ أحمد محمد إبراهيم في مجلة الأزهر، عدد (١٩)، ص ٩٠٦ .

الإنسان بفعله هو لا بفعل غيره، ولا يتوسع الفقه الإسلامي في المسؤولية عن فعل الغير، ويكاد يحصرها في مسؤولية الأستاذ عن تلميذه وصبي مهنته، ومسؤولية الموكل والمرسل عن وكيله ورسوله، مسؤولية صاحب العمل عن أجيره الخاص^(١). ويجب اعتبار الطبيب غير مسؤول عن فعل معاونيه إلا إذا أخطأ في توجيههم أو قصر في الرقابة عليهم^(٢).

٣٧- مدى مسؤولية إدارة المستشفى عن أخطاء الطبيب:

الطبيب مسؤول عن الأضرار الناشئة بإهماله وتقصيره، طبقاً للقاعدة الشرعية القاضية بمسؤولية كل إنسان عن فعله فيما أشير إليه قبل قليل. ولكن إذا قصرت إدارة المستشفى في اختيار الأطباء ومراقبتهم وتوجيههم؛ فإنها قد تكون مسؤولة عن الأضرار التي تحدث للمرضى نتيجة ذلك.

والاستناد في هذا إلى الأعراف القضائية السائدة في كثير من البلاد العربية والإسلامية، بناء على قاعدة: العادة محكمة، ولأن إدارة المستشفى ومالكيها يستفيدون بعمل الأطباء فتحمل عليهم تبعة عملهم استناداً لقاعدة: الغنم بالغرم، والغرم بالغرم.

٣٨- الخطأ العلمي والخطأ في التشخيص:

لم تصل العلوم الطبية إلى الكمال، ولا يزال الطبيب مضطراً إلى أعمال تقديراته الخاصة في النظر إلى الأعراض المرضية، مستعيناً بخبرته بالأراء العلمية المختلفة، مما قد يؤدي إلى الوقوع في الخطأ أحياناً، فهل يجب عليه الضمان إذا اجتهد في التشخيص والعلاج، فأبان عضواً لم يكن بالمرضى حاجة لإبانتته، أو وصف له دواء لا يحتاجه، فهل يجب الضمان بهذا الإضرار؟ لا شك في أن الطبيب غير ملوم من الناحية الخلقية لمثل هذه الأخطاء التي لا يسع أكبر العلماء التحرز عنها، ما دام قد أعطى الصنعة حقها وتحزى الدقة في عمله واجتهد في

(١) ضمان العدوان، ص ٥٦٣.

(٢) المسؤولية المدنية للطبيب، التونجي، ص ٤١٣.

تطبيق النظريات العلمية المعتمدة . غير أن العدل يقتضي النظر إلى مصلحة المتضرر وتعويضه عما ألمّ به؛ إعمالاً للقاعدة الشرعية: (لا يطل دم في الإسلام). وقد تردّد الفقهاء لهذا في إلقاء واجب التعويض على بيت المال أو على عاقلة الطبيب؛ لأن ما وقع منه لا يعدّ خطأ بالمعنى الحقيقي؛ لأنه اجتهد وهو مؤهّل للاجتهاد، وقد أخطأ في اجتهاده لتشابه العلامات والأمارات. ويعني إلقاء التعويض على عاقلة الطبيب في هذه الحالة عند من يقول به مؤاخذته واعتباره متعدياً، وإنما القصد إلى البحث عن مصدر لتعويض المتضرر عما لحق به^(١).

٣٩- دفع المسؤولية عن الطبيب:

تندفع المسؤولية الطبية بإسقاط المريض حقه قبل الوفاة وبعد ثبوت الحق؛ لأن الحقوق المالية مما يقبل الإسقاط والإبراء^(٢). وتندفع هذه المسؤولية إذا استند الضرر إلى سبب لا يمكن التحرز عنه، وهو ما يسمّى في الاصطلاح القانوني بالقوة القاهرة، إذ القاعدة الفقهية: أن ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه. وتندفع كذلك بالتقادم المستند إلى حق الإمام في المنع من سماع الدعوى لبعض القضايا، وتقييد القضاة بالزمان والمكان والشروط.

أما الاتفاق على عدم المسؤولية أو تخفيفها فلا يدفع المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي، لأن مرجع هذه المسؤولية هو التعدي والخطأ وليس الاتفاق والتراضي.

٤٠- التعويض:

قصد الشارع من الضمان هو جبر الضرر وحمله على المخطئ ما أمكن ذلك. ويصعب تحقيق هذا القصد في التطبيق العملي في الإصابات البدنية والآلام النفسية؛ إذ كيف يمكن جبر الضرر في يد شلت أو نفس أزهقت؟ ويجب الاعتراف لهذا بأن رفع الضرر بالكامل والعودة إلى الحالة السابقة على وقوعه أمر

(١) ضمان العدوان، محمد سراج، ص ٥٨٣.

(٢) بدائع الصنائع: ٧/٢٢٣؛ والمثور في القواعد، للزرکشي: ٦٧/٢.

بعيد المنال، ولذا فإن القصد إلى الجبر التقريبي هو الهدف الذي قصد إليه الشارع، وهو مواساة المتضرر والتخفيف عنه، ولا يجري التعويض لهذا إلا عن الأضرار المباشرة، كنفقات العلاج، وثمان الأدوية، وأنواع الجراح والشجاج، والإصابات البدنية، والآلام التي أشير إليها من قبل.

وينصرف حق استيفاء الديات والأروش مقدرة وغير مقدرة إلى ورثة المتضرر وإلى المتضرر نفسه. ولكن هل يحق للمؤسسات التي يعمل فيها المتضرر والتي عانت من إصابته وانقطاعه عن العمل فيها المطالبة بشيء من التعويض؟

يبدو أن قواعد الفقه الإسلامي في تحديد الضرر المعوض عنه لا تعطي الحق في المطالبة بالتعويض للإدارات والمؤسسات والهيئات المتضررة من الإصابة التي أوقعها الطبيب بمريضه، ويجري إرث التعويض بعد استقرار الحق فيه فيما يبدو، لكونه حقاً مالياً، والحقوق المالية مما يجري فيه الإرث في الفقه الإسلامي.

٤١ - ولا يبدو اللجوء إلى المطالبة بالتنفيذ العيني أو الإكراه المالي على الطبيب مفيداً من الوجهة العملية، على الرغم من أن قواعد الفقه الإسلامي لا تمنع الاعتماد عليه في سياقات مماثلة، وذلك كما في التزام الأجير القيام بفعل معين، وكما في الالتزام بتسليم العين، فإن الأجير والملتزم يجبران على تنفيذ العمل المتلزم به، ويحمل عليهما بما يراه الحاكم من تعزير جزاء ظلمهما^(١).

وإنما يصعب جبر الطبيب الملتمزم بإجراء عملية جراحية مع تراخيه أو رفضه إجرائها، وذلك لعدم الاطمئنان إلى نتائج عمله إذا هو أُجبر عليه^(٢).

٤٢ - بعض قواعد الضمان:

هذه بعض المشكلات التي يثيرها النظر في ضمان الطبيب، آثرت إيرادها

(١) الضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ علي الخفيف: ١٧/١ - ١٨؛ وضمان العدوان، ص ٧٦.

(٢) المسؤولية المدنية للطبيب، ألتونجي، ص ١٠٨.

على هذا النحو الموجز للنظر فيها على ضوء قواعد الضمان الفقهية .

وفيما يلي بعض هذه القواعد :

- الضرر يزال^(١) .

- الضرر يدفع بقدر الإمكان^(٢) .

- الضرر لا يزال بضرر مثله .

- ينتفي الضمان للشك في وجوبه^(٣) .

- لا يجب ضمان الآدمي بالعقد، وإنما يجب بالجناية^(٤) .

- الفساد والبراغ والختان لا يضمنون بسراية فعلهم إلى الهلاك إذا لم يجاوزوا الموضع المعتاد المعهود المأذون فيه^(٥) .

- لو شرط العمل السليم عن السراية بطل الشرط^(٦) .

- المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا إلا إذا تعدى^(٧) .

- الرضا لا يثبت بالشك^(٨) .

- ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه^(٩) .

- الواجب لا يتقيد بوصف السلامة، والمباح يتقيد به^(١٠) .

(١) ٢٠م من مجلة الأحكام .

(٢) ٢١٠م من المجلة .

(٣) مجمع الضمانات، ص ١٧، ١٣٧ .

(٤) المصدر السابق، ص ٢٤ .

(٥) المصدر السابق، ص ١٤٥ .

(٦) المصدر السابق نفسه .

(٧) المصدر السابق، ص ٣٤٥ .

(٨) المصدر السابق، ص ١٧٦ .

(٩) المصدر السابق، ص ٣٧٧ .

(١٠) المصدر السابق، ص ٣٨٤ .

- الضمان ينتفي بانتفاء الضرر^(١) .

- الأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً في الآدمي أن تجب الدية كلها^(٢) .

- إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر^(٣) .

- من ترك واجباً في الصون ضمن .

- الظالم أولى بالحمل عليه .

* * *

(١) المصدر السابق، ص ٣٨٧ .

(٢) المصدر السابق، ص ٣٩١ .

(٣) المصدر السابق، ص ٥٠٤ .

ضمّان الطيب

اعرض - لتعقيب المناقشة

أولاً: العرض

الشيخ أحمد بن حمد الخليلي (نائب الرئيس):

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى الله وسلم على سيدنا ونبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

نفتتح بعون الله وتوفيقه هذه الجلسة التي موضوعها: (ضمان الطيب). والبحوث المقدّمة فيها سبعة بحوث؛ هي:

١- بحث سماحة الشيخ محمد المختار السلامي.

٢- بحث سعادة الدكتور محمد علي البار.

٣- بحث سعادة الدكتور حسان شمسي باشا.

٤- بحث فضيلة الدكتور محمد جبر الألفي.

٥- بحث سعادة الدكتور محمد أحمد سراج.

٦- بحث فضيلة الشيخ حسن الجواهري.

٧- بحث فضيلة الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور.

والعارض هو سعادة الدكتور حسان شمسي باشا، والمقرّر هو فضيلة الشيخ حسن الجواهري، فليتفضل العارض بعرض هذه البحوث.

* * *

الدكتور حسان شمسي باشا (العارض):

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

سماحة الشيخ الدكتور بكر أبو زيد، رئيس مجلس مجمع الفقه الإسلامي.

سماحة الشيخ الدكتور محمد الحبيب ابن الخوجة، الأمين العام لمجمع
الفقه الإسلامي .

سماحة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي، نائب رئيس مجلس مجمع الفقه
الإسلامي .

أصحاب السماحة والمعالي العلماء الأجلاء .

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

وبعد: فإني أتوجه بخالص الشكر للأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي
على تكليفي بكتابة بحث حول موضوع (ضمان الطبيب)، ثم بتشريفني بالقيام
بعرض الأبحاث القيمة والمستفيضة التي تقدّم بها علماء أجلاء وأطباء فاضلون،
وقد استفدتُ من كل الأبحاث التي قدّمت إليّ، وهي على النحو التالي:

- بحث سماحة الشيخ محمد المختار السلامي .

- بحث فضيلة الشيخ الدكتور محمد عبد اللطيف الفرفور .

- بحث سعادة الدكتور محمد علي البار .

- بحث فضيلة الدكتور محمد جبر الألفي .

- بحث سعادة الدكتور محمد أحمد سراج .

- بحث فضيلة الشيخ حسن الجواهري .

وهذا العرض الموجز هو في الحقيقة ملخص لتلك الأبحاث، إضافة إلى
البحث الذي تقدّمتُ به .

وقد شهد علم الطب في العقدين السابقين تقدّماً مذهلاً، بحيث يمكن
القول: إن الطب قد تقدّم اليوم في عشرين سنة أكثر مما تقدّم في عشرين قرن،
والطب ليس من العلوم التي تكون نتائجها يقينية، ولكنه فنٌّ؛ لأن ميدانه جسم
الإنسان الذي لا يعلم قبوله أو رفضه إلا الله تعالى؛ فالطبيب غير مسؤول عن البرء
إذا جرى في الكشف والعلاج على الأصول الفنية المقبولة يوم قيامه بمهنته،

والطبيب مسؤول أمام الله تعالى، وهو مأجور على عمله إن كان حاذقاً بالمهنة بمقدار ما يخلص فيه، ويكون معرّضاً لعقابه إن كان غير حاذق. وقد تغيرت طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، وأصبح من شروط إباحة العمل الجراحي أو التداخلي الحصول على إذن خطي من المريض، وأصبح الطبيب ملزماً بتبصير المريض بما هو مُقدّم عليه، فيخبر المريض حتى بنسبة خطورة العملية الجراحية. وازداد عدد القضايا الموجهة ضد الأطباء بمعدل مضطرد خلال العقدین الأخيرین، انعكست تلك الآثار السلبية على علاقة الأطباء بالمرضى، وتُعزى زيادة عدد الحالات التي تستوجب مسؤولية الأطباء للأمر التالية:

١ - تعقد الأجهزة الطبية، وخطورة الوسائل العلاجية والدوائية المستخدمة.

٢ - روح الإقدام التي يتحلّى بها أطباء اليوم.

٣ - التحولات الاجتماعية التي طرأت على المجتمع.

ولا شك أن التزام الطبيب هو التزام يبذل عناية باستثناء بعض الحالات التي قد يكون الالتزام فيها بتحقيق نتيجة نظراً للتقدم العلمي الذي أحرزه الطب في هذا المجال، ومن ذلك: عمليات نقل الدم، وإجراء التحاليل المخبرية. ومع ذلك فقد تحدث بعض التفاعلات في إجراء نقل الدم رغم اتخاذ كافة الاحتياطات، وليس للطبيب في ذلك ذنب، كما قد يكون فحص الإيدز سلبياً خلال الثلاثة أشهر الأولى بعد العدوى، ومن ثم فتحقيق النتيجة لا يدخل في مجال الطب قطعاً.

وللمسؤولية الطبية ثلاثة أركان:

الأول: وهو التعدي، أي: فعل الخطأ.

الثاني: وهو الضرر الذي أصاب المريض.

الثالث: علاقة السببية بين الفعل والضرر، ويطلق عليها الإفضاء.

العنصر الأول: نبدأ بالتعدي، التعدي المقصود هنا: هو إتيان الطبيب فعلاً محظوراً، سواء كان ذلك إيجاباً أو سلباً، عمداً أو خطأ، مباشرة أو تسبياً. ويُعتبر

عنه القانونيون بالخطأ، ولا شك أن التعبير الشرعي أولى وأفضل؛ فالتعدي يشمل العمد والخطأ، ويشمل التقصير والإهمال ونحوهما.

وما هو الخطأ الطبي؟ يُعرّف الخطأ الطبي بأنه عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضاها عليه مهنته، أو هو تقصير لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، والحقيقة ليس الخطأ على الطبيب، وإنما الخطأ يمكن أن يكون من الممرضة أو الفني، وهكذا.

والأصل في الشريعة الإسلامية أنّ المسؤولية الجنائية لا تكون إلا عن فعل عمد حرّمه الشارع الحكيم، ولا تكون عن الخطأ لقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ [الأحزاب: ٥]، وقول المصطفى ﷺ: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي: الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ».

وأجازت الشريعة التعويض عن الضرر الناجم عن الخطأ استثناءً من هذا الأصل مراعاةً للمصالح العام. يقول ابن رشد في بداية المجتهد: «وأما الطبيب وما أشبه إذا أخطأ في فعله وكان من أهل المعرفة؛ فلا شيء عليه في النفس، والدية على العاقلة فيما فوق الثلث، وفي ماله فيما دون الثلث، وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية، قيل: في ماله، وقيل: على العاقلة».

والطبيب الحاذق لا يُسأل إلا عن الخطأ الجسيم (الفاحش)، فلا يُغتفر له الإهمال المفرط؛ كاستعماله أدوات غير معقّمة، أو امتناعه عن معالجة مريض دون مسوغ مقبول، كل هذا يعتبر تقصيراً وتعدياً يحاسب عليه جنائياً، ويندرج تحت المخالفة لأصول مهنة الطب. والخطأ الفاحش - كما ذكرت - هو ما لا تقرّه أصول فن الطب ولا يقرّه أهل العلم بفن الطب، ويستعين القاضي عادةً بالخبراء في تحديد جسامة الحق والمسؤولية عنه.

وفي الفقه الحنبلي جاء في المغني لابن قدامة: «أنّ الطبيب لا يضمن بشرطين: أحدهما: أن يكون ذا حذق في صناعته، له بها بصارة ومعرفة؛ لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحلّ له المباشرة، وإن فعل مع هذا كان فعلاً محرماً فيضمن

سرايته، والثاني: أن لا يتجاوز ما ينبغي أن يُقطع. فإن وجد هذا الشرطان لم يضمن؛ لأنه قطع قطعاً ماذوناً فيه، فلا يضمن سرايته؛ كقطع الإمام يد السارق، أما إذا كان حاذقاً وجنت يده فقطع في غير محل القطع، أو تجاوز محل القطع، كما إذا قطع سلعة من إنسان فتجاوزها، أو قطع بألة يكثر ألمها، أو في وقت لا يصلح القطع فيه، وأشبه هذا؛ ضمن فيه كله؛ لأنه إتلاف لا يختلف فيه ضمانه بالعمد والخطأ، فأشبه إتلاف المال»، وبعد ذلك قال: «وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي».

العنصر الثاني: هو الضرر، واصطلاحاً هو: إلحاق مفسدة بالآخرين، وعرفه ابن حجر الهيتمي بقوله: «هو إلحاق مفسدة بالغير». ويقسم الضرر إلى قسمين:

الأول: ضرر حسي مادي، وهو إلحاق مفسدة مادية حسية بالغير.

والثاني: ضرر معنوي أدبي، وهو ما يقع عند المساس بسلاسة جسم المريض، أو عجزه نتيجة خطأ الطبيب أو المستشفى، ونشاهد ذلك في الآلام الجسمانية والنفسية التي يمكن أن يتعرض لها المريض نتيجة ذلك.

العنصر الثالث: الإفضاء، ويعبر عنه الفقهاء المعاصرون برابطة السببية. والإفضاء في اصطلاح الفقه الإسلامي هو: أن يكون الفعل موصلاً إلى نتيجة لا تتخلف عنه إذا انتفت الموانع، ويجب إثبات أن ما لحق بالمريض من ضرر كان بسبب ما أتاه الطبيب من خطأ، وأن الخطأ والضرر يرتبطان ببعضهما ارتباطاً العلة بالمعلول والسبب بالمسبب، بحيث لا يمكن أن يتصور حصول النتيجة الضارة لو لم يقع الخطأ، فإذا انعدمت رابطة السببية بين خطأ الطبيب والنتيجة الضارة تنتفي مسؤولية الطبيب.

ويشترط لعدم المسؤولية عن التطبيق الشروط الآتية:

- ١- أن يكون الفاعل طبيباً عن معرفة ودراية.
- ٢- أن يأتي الفعل بقصد العلاج ويحسن نية.

٣ - أن يعمل طبقاً للأصول الفنية التي يُقرّها فن الطب وأهل العلم به، فما لم يكن كذلك فهو خطأ جسيم يستوجب المسؤولية.

٤ - أن يأذن له المريض أو وليّه.

٥ - أن تأذن له الجهات المختصة بمزاولة المهنة؛ لحديث المصطفى ﷺ:

«مَنْ تَطَبَّبَ وَلَمْ يُعَلِّمْ مِنْهُ طَبَّ قَبْلَ ذَلِكَ فَهُوَ ضَامِنٌ»، وقال ابن رشد في بداية المجتهد: «لا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن؛ لأنه متعدّد».

فلا ضمان على الطبيب في الفقه الإسلامي - كما يقول الأستاذ الدكتور محمد عبد اللطيف الفرפור - إذا كان العلاج أو الجراحة بإذن من المريض أو وليّه، وكان الطبيب مأذوناً له إذناً عاماً وبذل أقصى الجهد في العلاج، فإن تخلّف جزء من هذه الأمور، فإن عليه التبعة وخصوصاً بالنسبة للجزء الأخير. وقد قسّم الإمام ابن قيم الجوزية الأخطاء الطبية إلى خمسة أقسام:

«الأول: الطبيب الحاذق الذي أعطى الصنعة حقّها ولم تجنّ يده، فتولّد عن فعله المأذون فيه من جهة الشرع ومن جهة من يطلبه: تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة؛ فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً».

الثاني: متطبب جاهل باشرت يده من يُطّبه فتلف به، هذا إن علم المجني عليه أنه جاهل لا علم له، وأذن له في طبه لم يضمن، وإن ظن المريض أنه طبيب، وأذن له في طبه لأجل مؤقت؛ ضمن ما جنت يده.

الثالث: طبيب حاذق أذن له وأعطى الصنعة حقّها، ولكن أخطأت يده وتعدّت إلى عضو صحيح فأتلفه فهذا يضمن؛ لأنها جناية خطأ.

الرابع: الطبيب الحاذق الماهر لصناعته إذا اجتهد، فوصف للمريض دواءً، فأخطأ في اجتهاده فقتله، فهذا يجري على روايتين: إحداهما: أن دية المريض في بيت المال، والثانية: أنها على عاقلة الطبيب، وقد نص عليها الإمام أحمد في خطأ الإمام والحاكم.

الخامس: طبيب حاذق أعطى الصنعة حقّها فقطع سلعةً من رجل أو صبي

أو مجنون بغير إذن أو إذن وليه، أو ختن صبياً بغير إذن وليه فتلف، فقال أصحابنا: يضمن؛ لأنه تولد من فعل غير مأذون فيه، وإن أذن له البالغ أو ولي الصبي والمجنون لم يضمن، ويحتمل أنه لا يضمن مطلقاً؛ لأنه مُحسِن، وما على المحسنين من سبيل». انتهى كلام ابن القيم. وفي هذا بعض الآراء.

ما هو الواجب في خطأ الطبيب؟:

الحقيقة أنَّ الجزاءات المترتبة على خطأ الطبيب في الفقه الإسلامي متنوع، ويظهر اتجاه الفقه الإسلامي بوضوح إلى تغليب إيجاد الضمان والتعويضات المالية على فرض العقوبات، وهذا ما يدفع العالمين في المجال الطبي إلى عدم التستر على الأخطاء الحاصلة في كل يوم. ولا يتحدث الفقهاء عن العقوبة على أخطاء الأطباء ومن في حكمهم إلا في حالات القصد بإحداث الضرر.

ويهدف إيجاد الضمان عند التعدي على حقوق الغير في الفقه الإسلامي إلى الجبر لا إلى الزجر، كما عبّر عن ذلك الكاساني، وهو ما أدى إلى إيجاد نوع من التوازن بين كل من رعاية مصلحة المريض ومصلحة المجتمع في الإقبال على مزاوله مهنة الطب؛ فالتشدد على إلقاء المسؤولية على الطبيب عن كل ضرر يلحق بالمريض من شأنه أن يؤدي إلى العزوف عن ممارسة المهنة أو البُعد عن التدخل الجراحي الذي قد يترافق بمضاعفات أو إلى إجراء المزيد من الفحوص الطبية المكلفة وغير الضرورية للمريض، وهذا ما يسمّى بالطب الدفاعي الذي للأسف أصاب الكثيرين من الدول الغربية.

ما هي أنواع المسؤولية؟:

أولاً: مسؤولية مدنية تستدعي تعويضاً عن الضرر الحاصل.
ثانياً: مسؤولية جزائية، وهي التي تتبعها عقوبة إذا طالب بها المتضرر أو الوكالة العامة للدولة.

وسنفضّل القول في هذين النوعين:

أولاً: المسؤولية التقصيرية:

تتعقد المسؤولية التقصيرية للطبيب:

١ - نتيجة مخالفة الأنظمة واللوائح الواجب مراعاتها، كما لو أجرى عملية جراحية لا يُسمح لمثله بإجرائها .

٢ - إذا كان العقد الذي بينه وبين المريض يفترق إلى أحد الأركان والشروط التي تؤثر في كيانه .

٣ - إذا لم يقم الطبيب بتبصير المريض بخطورة الجراحة التي سوف يجريها له .

٤ - إذا شاب التنفيذ سوء نية؛ كما لو أجرى للحامل عملية قيصرية ابتغاء رفع الأجر، وكان من الممكن توليدها بطريقة عادية .

ثانياً: ما هي موجبات المسؤولية الجزائية؟ :

نصّت القوانين والتّظّم على عدد من الأفعال التي تعتبر جرائم، أو التي يلزم مراعاتها ويحظر مخالفتها، ويُسأل الطبيب الذي يقترفها جزائياً، وتوقع عليه عقوبة منصوص عليها، من ذلك على سبيل المثال :

- جريمة مزاوله المهنة بدون ترخيص .
- تقديم بيانات غير صحيحة للحصول على الترخيص .
- عدم الحصول على إذن المريض أو من يمثله قبل إجراء أي عمل طبي .
- الامتناع عن علاج مريض دون مبرر مقبول .
- مجاوزة الطبيب - في غير حالة الضرورة - اختصاصه وإمكاناته .
- إنهاء حياة مريض ميؤوس من شفائه طبيّاً .
- إجهاض امرأة حامل إلا في الحدود التي بيّنها القانون، وأقرتها الشريعة الإسلامية .

● إفشاء سر المهنة الطبية إلا في حالات مخصصة .

وأضرب هنا مثالين؛ الأول: ما إذا نقل مريض إلى مستشفى الطبيب، وهو

بحالة إسعاف شديدة يحتاج إلى إجراء عملية سريعة، ولكن الطبيب لم يقبله بحجة أنه مرهق؛ فمات المريض، أو لم يقبل الطبيب إجراء العملية له حتى يؤتى له بأجره مسبقاً، أو بأجر المستشفى - وهذا للأسف يحدث في المشافي الخاصة - ولم يكن الأجر حاضراً؛ فالطبيب مسؤول جنائياً، والثاني: لو تعهد الطبيب بتمريض المريض، وأجرى له عملية جراحية، ومنع أي طبيب آخر من الإشراف عليه، وطرأت مضاعفات لهذا المرض، وأبلغ الطبيب بذلك ولم يحضر في الوقت المناسب حتى مات المريض؛ فالطبيب أيضاً مسؤول جزائياً.

ولما كانت القوانين في العالم الإسلامي لا توقع عقوبة إلا إذا نصّ القانون على المخالفة، ونصّ على العقوبة بناءً على قاعدة متفق عليها: أنه لا عقوبة إلا بنص، فإنه يتحتم تبعاً لذلك أن تُعنى الدول الإسلامية بإصدار القوانين التي تبيّن بدقة المخالفات التي توجب عقوبة، وأن تراعي الأحكام الإسلامية فيما تصدره من قوانين.

فإذا أخطأ الطبيب المعروف بالطب المأذون له في عمله من ولي الأمر ومن المريض، وكان الخطأ واضحاً مخالفاً لأصول المهنة، فإن الطبيب يضمن ما أخطأت يده، فإن كان التلف يُقدَّر بأقل من ثلث الدية والدية تُقدَّر بمائة من الإبل؛ فعليه أن يدفع ذلك من ماله للمتضرر، وإن كان التعويض يُقدَّر بثلث الدية أو ما فوقها فإنها تقع على العاقلة، والعاقلة هي: من يحمل العقل، وهي الدية، وعاقلة الإنسان هم العصابة وهم أولياء الدم، وقد جعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه العاقلة في أهل الديوان، وهم أهل العطاء من ديوان واحد، ومنه استنبط بعض العلماء جعل العاقلة في أهل الحرفة الواحدة، حتى كان يجمعهم رابطة أو نقابة أو جمعية. ويوضح نظام العاقلة مدى الترابط بين أفراد المجتمع، فإذا تعدّر وجود العاقلة في العصابة؛ فإن جعل العاقلة في أهل الديوان أو أهل المهنة الواحدة مثل نقابة الأطباء أو النقابات المهنية الأخرى، أو إيجاد تأمين بشروط إسلامية مما يُيسر إيجاد صندوق لمثل هذه الحالات.

نتقل إلى الفريق الطبي، الحقيقة الآن أنّ الطب تطوّر في العصر الحديث، بحيث إن الكشف والعلاج قد يكون بواسطة طبيب واحد، وقد يكون بواسطة عدد

من الأطباء، أو من الطبيب والخبراء، فتنقسم هذه الفرق إلى قسمين: فريق مترابط يشترك في القيام بالكشف والعلاج، ويكون فيه الطبيب الجراح مثلاً رئيس الفريق الذي يُعيّن بقية الأعضاء، وهو المسؤول بصورة عامة عن الخطأ، إلا إذا تحدّدت مسؤولية أحد أعضاء الفريق في وقوع الخطأ وما يترتب عليه من الضرر، وينطبق ذلك على المخدّر وغيره من أعضاء الفريق. الفريق الآخر فريق غير مترابط، فيُسأل كل طبيب عن خطئه.

مسؤوليات المستشفيات:

تتحمل المستشفيات الحكومية والأهلية المسؤولية عن الأشخاص العاملين بها من أطباء وممرضين ومخدّرين وغيرهم. والأصل في ذلك حديث رسول الله ﷺ: «كلّكم راع وكلّكم مسؤول عن رعيته»، فإذا قصّرت إدارة المستشفى في اختيار الأطباء ومراقبتهم وتوجيههم؛ فإنها قد تكون مسؤولة عن الأضرار التي تحدث للمريض نتيجة لذلك، كما تكون إدارة المستشفى مسؤولة إذا لم تقم بتوفير الأجهزة والأدوات الضرورية للطبيب كي يقوم بعمله على أكمل وجه.

هناك نقطتان حول التجارب العلمية؛ فالطب حتى يستمر في تقدّمه وتطوّره لا بد من إجراء التجارب العلمية التي تهدف إلى الوصول إلى أفضل أنواع العلاجات وأقلّها إضراراً بالمريض؛ فعلى الطبيب أن يراعي ما يلي عند إجراء البحوث الطبية على الإنسان:

- ١ - أن يتفق البحث العلمي في أهدافه وطريقته مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- ٢ - أن تكون أهداف البحث العلمي ذات أهمية كبيرة تسهم في إثراء المعرفة الطبية.
- ٣ - أن يتبع الباحث الأسس العلمية للبحث العلمي، وأن يكون البحث العلمي متفقاً مع المبادئ العلمية والأخلاقية المقبولة.
- ٤ - أن تفوق الفوائد المرجوة أو المتوقعة من البحث العلمي الأضرار المتوقع حدوثها للمريض.

- ٥ - أن يكون الباحث مؤهلاً للقيام بالبحث الطبي .
- ٦ - أن يحترم الباحث حقوق المرضى الذين يُجرى عليهم البحث، وأن يتم التعامل معهم بطريقة إنسانية دون انتقاص من قدرهم أو حقوقهم .
- والخلاصة: أن التطبيب فن، ولا يُسأل الطبيب عن الشفاء، وإنما يُسأل عن القيام بواجبه بإخلاص حسب الأصول الفنية والعلمية في وقت قيامه بالتطبيب .
- الطبيب مسؤول أمام الله كلما قصّر في أداء واجبه أو تجاوز ما هو مأذون له فيه، عُرف ذلك أو لم يُعرف .
 - تمتد وظيفة الطبيب لتشمل إلى جانب الوظيفة التقليدية البحوث والتجارب التي كشف عنها التطور العلمي .
 - بما أن عقد التطبيب في المستشفيات الخاصة والعيادات الخاصة عقد إجارة بين المريض والطبيب؛ فالواجب ألا يباشر الطبيب المريض إلا بعد معرفة أجر الطبيب من الطرفين .
 - لا يجوز للطبيب إذا قبل مريضه أو اتفق معه على المعالجة أن يتقاعس عن ذلك ويترك المعالجة، إلا أن يكون مشغولاً بالأهم، أو انتفت قدرة الطبيب على المعالجة، أو أن يثبت الطبيب أن مريضه لم يكن ملتزماً بالتعليمات الصادرة له، وإلا فيسكون الطبيب مسؤولاً عن تقاعسه إذا أدى إلى ضرر المريض .
 - الأصل في المسؤولية الطبية أن التزام الطبيب ينحصر في بذل العناية المطابقة للأسس العلمية في المجال الطبي ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة، فالشفاء بيد الله وحده .
 - لا تتعدّد مسؤولية الطبيب التقصيرية إلا إذا وجد منه إخلال بواجب ترتّب عليه الإضرار بالغير .
 - يُسأل الطبيب مدنياً عن الخطأ الفاحش الذي ترتّب عنه ضرر مالي للمريض، ويُطالب بالتعويض المالي بقدر الضرر اللاحق .

● القصد من ضمان الطبيب : الجبر لا الزجر ، ويظهر اتجاه الفقه الإسلامي إلى تغليب إيجاب التعويضات المالية على فرض العقوبات .

● الطبيب مسؤول جزائياً عن كل ضرر قصد إلحاقه بالمرضى أو أقدم على العلاج فيما هو جاهل به ، وتتعقد مسؤولية الطبيب جزائياً إذا أخلّ متعمداً بواجب أو التزام قانوني أو مهني .

● لا تسقط المسؤولية الجزائية عن مراكز الأبحاث التي تتمتع بالشخصية المعنوية ، مراكز الأبحاث التي تقوم بالأبحاث وتخطط لها ، وندعو الحكومات إلى تنظيم هذه المسؤولية وتحديد العقوبات التي تناسبها .

● الفريق الطبي المترابط يُسأل كل فرد فيه ترتّب عن خطئه الضرر ، كما يُسأل الطبيب رئيس الفريق ، أما الفريق غير المترابط فكل فرد مسؤول عن عمله .

● تُسأل المؤسسة الصحية مدنياً عن الأضرار التي حصلت للمريض بسبب خطأ من الفريق المعالج ، أو بسبب عدم توفير الأجهزة الأساسية للطبيب .

● ينبغي تشجيع الأطباء على مناقشة المضاعفات التي تحدث عند المرضى مناقشة موضوعية وبشفافية مطلقة للاستفادة من تلك الدروس ومحاولة تجنبها في المستقبل .

● تشجيع الأطباء على متابعة أحدث المستجدات العلمية كلٌّ في مجاله ، حتى لا يكون مقصراً في أداء واجبه أمام المريض .

● ضرورة إيجاد بديل شرعي لنظام العاقلة يتلاءم مع واقع الحياة .

● ضرورة وضع ضوابط للذين يزاولون التطبيب بدون ترخيص في مجال الطب الشعبي : كالحجامة والإبر الصينية وطب الأعشاب وغيرها .

● على الحكومات الإسلامية أن تعمل على إصدار التشريع الذي يتابع الحالات التي يكون فيها الطبيب مسؤولاً جزائياً .

أقول قولي هذا وأستغفر الله العظيم ، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

* * *

ثانياً: التعقيب والمناقشة

الشيخ محمد المختار السلامي:

بسم الله الرحمن الرحيم، اللهم صلِّ وسلِّم وبارك على سيدنا وإمامنا
وشفيعنا ونبينا سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه .

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، وبعد:

فإنني أعتبر أولاً عن إعجابي وثنائي للتلخيص الذي لخص به الدكتور حسان
شمسي باشا البحوث التي قُدمت، فقد جاء تلخيصه وافياً معبراً عن كل ما جاء في
هذه البحوث؛ فله الشكر والتقدير، كما أقدره لوضوحه وضبطه، ومع هذا إذا
أخذت الكلمة فلست في الحقيقة إلا لأشرح أو أفصل بعض ما جاء في تلخيصه
الجيد:

أولاً: إنني أرجعت التطور الطبي وبيّنت الأسباب التي تطور بها الطب في
النصف الثاني من القرن العشرين، فجعلت منها أولاً الحرب العالمية الثانية، ذلك
أنه قد خصصت كل الطاقات للفوز في الحرب، وانتفع الطب بالاكتشافات
الفيزيائية المتسارعة، ومنها الذرة، وما إليها.

ثانياً: توجه الاهتمام إلى مراكز البحث والإنفاق عليها بسخاء، والاستفادة
من الكشوف الاقتصادية، ومنها نشأت الشركات العملاقة للأدوية وساعدت الطب
كثيراً.

ثالثاً: الرفاهية الاقتصادية مع الاكتشافات العلمية، فتسبب عنه طول عمر
البشر، وتبع ذلك ظهور وانتشار أمراض مرتبطة بهذا في خلايا الجسم .

رابعاً: الإعلامية وسرعة الاتصال .

خامساً: التحول في البحث العلمي إلى الاهتمام بالجزء الصغير من محل

الدراسة، ووصلت دراسته إلى قراءة الجينوم البشري، وبالتحكم في تطبيقاته سيحدث انقلاب لا تُحَدَّ أبعاده في الكشف والعلاج .

سادساً: تبين للعلماء أن الخلق البشري كغيره قائم على ميزان دقيق، مما هدى الأطباء إلى البحث عن نوع الاختلال في الميزان الذي عليه المريض .

سابعاً: التطور في الحفاظ على حقوق الإنسان وكرامته، فأضيف إلى ذلك مسؤوليات الطبيب، ومنها وجوب مصارحة المريض بمرضه .

وما أريد أن أضيفه أن مسؤولية الطبيب مرتبطة أولاً بالقَسَم الذي يعلنه كل من سيباشر الطب بعد نجاحه في المرحلة الأخيرة من دراسته، فهذا القَسَم يشمل الأصول التي تبين مسؤوليته في مباشرته لمهنته، ومن أبدع الأقسام الطبية هو قَسَم جامعة الطب الإسلامي في الكويت .

ما أريد أن أقوله تأكيداً لما جاء في التلخيص هو أن الطب ليس من العلوم الصحيحة؛ ذلك أن ميدان الطبيب هو جسم الإنسان، وردود فعل هذا الجسم وتَعَدُّه هو يُبْعَد التجربة التي يقوم بها الطبيب على المريض عن قواعد التجربة في غير ذلك من أنواع التجربة التي يتحكم فيها الطبيب المجرب في جميع الظروف .

وبناء على ذلك فإذا قام الطبيب بعمله حسب الأصول الفنية فهو غير مسؤول، لكن المسؤولية مع التقصير والخطأ ومع قصد الضرر، والخطأ لا إثم فيه، وقصد الضرر صاحبه آثم .

أريد أن أؤكد أن القانون وإن أباح بعض الأعمال التي يتدخل بها الطبيب، فإنه لا يعني الطبيب من المسؤولية أمام الله، ولذلك فإذا كانت بعض القوانين تسمح بالإجهاض، والإجهاض محرّم؛ فإن ذلك لا يعني الطبيب، وإذا كانت بعض القوانين تعطي للطبيب الحق أو أن تمكّنه من أن يجري أو ينتزع بعض الأعضاء من الميت بدون إذن منه قبل موته أو من ورثته؛ فهذا لا يعني الطبيب من المسؤولية .

فأريد أن أقول: إن القانون يُعفي الطبيب من المسؤولية في الدنيا، ولكنه لا يعفيه من المسؤولية أمام الله . فعلى الطبيب أن يعلم مقدّمًا حكم ما سيقدم عليه من أعمال حتى تبرأ ذمته أمام الله .

هناك أمران لم يقع التعرّض لهما في بحثي، وما سمعت شيئاً عنهما، وهما:
أولاً: طريقة إثبات الخطأ الموجب للتعويض، وأثر التقادم على قيام
المريض أو ورثته بالمطالبة.

ثانياً: الطب الشرعي وضوابطه، ومتى يجوز تشريح جثة الميت، وإخراج
الميت بعد دفنه لتشريحه، وما يتصل بذلك، فهما أمران خطيران.

والموضوعان لم يردا في المخطط الذي جاءنا من الأمانة العامة، وقد
يكون من الأفضل أو من الخير أن يتناول اجتماع قادم هذين العنصرين بالتحليل
والبيان.

ولقد انتهيتُ في بحثي إلى توصيات، فقلت:

١ - بما أن عقد التطيب عقد إجارة بين المريض والطبيب؛ فالواجب ألا
يياشر الطبيب المريض إلا بعد معرفة أجر الطبيب من الطرفين.

٢ - للطرفين أن يتعاقدا على أجر يتجدّد كلما قام الطبيب بمعالجة
المريض، كما يجوز أن يتعاقدا على استحقاق الطبيب لأجره عند الشفاء، ولا
يستحق شيئاً إن لم يتحقق البرء.

٣ - التطيب فنٌّ ولا يُسأل الطبيب عن الشفاء، وإنما عن القيام بواجبه
بإخلاص حسب الأصول الفنية والعلمية في وقت قيامه بتطيبه.

٤ - مسؤولية الطبيب مع الله، الطبيب مسؤول كلما قصر في أداء واجبه أو
تجاوز ما هو مأذون له فيه، عُرف ذلك أو لم يُعرف.

٥ - الطبيب مسؤول جزائياً عن كل ضرر قصد إلحاقه بالمريض، أو أقدم
على العلاج فيما هو جاهل به، وتسلبت عليه العقوبة المناسبة، ويطلب بها
المريض أو ورثته أو نائب الحق العام.

٦ - يُسأل الطبيب جزائياً كلما قصد إلى مخالفة ما هو ممنوع من فعله حسب
التنظيم العام للدولة.

٧ - يُسأل الطبيب مدنياً عن أخطائه التي ترتب عنها ضرر مالي للمريض،
ويطالب بالتعويض المالي بقدر الضرر اللاحق.

٨ - الفريق الطبي المترابط يُسأل فيه كل فرد ترتب عن خطئه ضرر، كما
يُسأل الطبيب رئيس الفريق، أما الفريق غير المترابط، فكل فرد مسؤول عن عمله
إلا في حالات الخطأ الواضح الذي لا يُعذر فيه حسب التطبيق الطبي المباشر
عن عدم التثبت.

٩ - تُسأل المصححة مدنياً عن الأضرار التي حصلت للمريض بسبب خطأ من
الفريق المعالج.

١٠ - على الحكومات الإسلامية أن تعمل على إصدار التشريع الذي يتابع
الحالات التي يكون فيها الطبيب مسؤولاً جزائياً.

١١ - تدعو منظمة المؤتمر الإسلامي للاضطلاع بذلك التشريع الموحد بين
أقطار العالم الإسلامي مستلهمة فيه من الشريعة الإسلامية ومن أصول المهنة
الطبية، وأن تعمم نشره بين جميع أعضائها.
وشكر ألكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور محمد جبر الألفي:

بسم الله الرحمن الرحيم . الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على
أشرف المرسلين سيدنا محمد، وعلى آله وأصحابه، ومن اهتدى بهديهم إلى يوم
الدين .

أؤكد ما قاله سماحة الشيخ السلامي من الشكر للعارض على هذا العرض
الذكي الأمين الشامل، وكذلك الشكر للباحثين على ما قدّموا في هذه البحوث من
معلومات أفادت كثيراً. وحسناً فعل المجمع حينما أدرج هذا الموضوع ضمن
أعمال الدورة الخامسة عشرة؛ ذلك لازدياد أهميته في الوقت الراهن، فقد وقفت
على إحصائية حديثة - بعدما أنهيت هذا البحث - تدلّ على أنّ الوفيات الناجمة عن
أخطاء الأطباء في أمريكا تساوي عشرة أمثال وفيات حوادث السير هناك، وأن

إمكانية الوفاة عند دخول مستشفى أمريكي تعادل (١ على ٢٠٠)، وأن ثلثي أخطاء الأطباء التي أدت إلى الوفاة كان من الممكن تلافيها ببذل عناية أكبر عند التشخيص أو طريقة المعالجة أو وصف الدواء أو إجراء العمليات. وقد أدى كل ذلك إلى أن تقضي أكثر المحاكم هناك على الطبيب المخطئ بعقوبة القتل غير المتعمد.

وبعد، فقد قمت بعمل هذا البحث بناءً على العناصر التي حدّتها أمانة المجمع، وقد لا يكون هذا العمل متوافراً في كل البحوث التي قدّمت، فلو كنت أنا العارض لعرضت الأبحاث على العناصر التي حدّتها الأمانة ومدى استيفاء البحث لكل عنصر منها حتى يتحقق الغرض الذي من أجله تم اختيار الموضوع.

فإنّ أول شيء في هذا - وهو الشيء الذي أثارته هذه العناصر - هو موضوع كنت قد تقدّمت به في بحث سابق عن التأمين الصحي، وهو أنه إذا كان الأصل في مسؤولية الطبيب أنها مسؤولية قائمة على بذل عناية، وهذا هو الاتجاه السائد في كتب الفقه، وهو السائد عند شُرّاح القانون، وهو المطبّق في أكثر المحاكم الموجودة، إلا أنني رأيت أن تطوّر الأبحاث والتكنولوجيا في المجال الطبي أدى إلى الحصول على نتائج دقيقة سواء في مجال تشخيص الحالة، أو تحديد العلاج الذي يؤدي إلى شفائها، أو إجراء بعض العمليات الجراحية التي صارت مألوفة بحيث لا تتخلف عنها نتيجتها المقصودة، يُضاف إلى ذلك معظم الحالات التي يستخدم فيها العلاج الجيني بالهندسة الوراثية، وحالات فحص نوعية فصائل الدم، وتقرير ملاءمة نقلها للشخص المحتاج إليها. كل هذه الأمور ونحوها أصبح في العرف الطبي ممكناً ومقدوراً للطبيب، ولا تتخلف نتيجة غالباً إلا إذا أخطأ الطبيب.

وبناء على ذلك، ففي هذه المجالات وما يلحقها نرى أن التزام الطبيب لم يعد مجرد التزام ببذل عناية، وإنما نكون بصدد التزام بتحقيق نتيجة، وهو ما ذهب إليه عدد من شُرّاح القانون، واستقرّت عليه أحكام القضاء في كثير من الدول العربية والأجنبية.

الأمر الآخر هو مسألة تقسيم المسؤولية، هل هي مسؤولية عقدية؟

المسؤولية المدنية ألا تشمل على موضوعين : المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية، وإذا كان الأمر كذلك؛ فهناك فرق كبير بين النوعين .

الناحية الأخرى: المسؤولية العقدية قائمة على عقد، أما المسؤولية التقصيرية فيستبعد منها مجال العقد، فلا يكون هناك عقد، ولذلك فإنها تقترب أكثر من المسؤولية الجزائية. هناك فرق دقيق بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية الجزائية، المسؤولية التقصيرية تنجم عن عمل مدني، أما المسؤولية الجزائية فهي تنجم عن مخالفة لنظام أو قانون يعرض المخالف للعقوبة.

في نهاية بحثي التزمتُ بما طلبه المجمع من صياغة مشروع قرار بشأن ضمان الطبيب، فقلت حسب العناصر التي قدمتها للأمانة:

١ - تمتد وظيفة الطبيب لتشمل - إلى جانب الوظيفة التقليدية - البحوث والتجارب التي كشف عنها التطور البيولوجي ومنجزات الهندسة الوراثية .

٢ - الأصل في المسؤولية العقدية أن التزام الطبيب ينحصر في بذل العناية المطابقة للأسس العلمية في المجال الطبي، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة، ومع ذلك يلتزم الطبيب بتحقيق هذه النتيجة إذا استقرّ العرف الطبي على أن ذلك في مقدور الطبيب .

٣ - لا تتعقد مسؤولية الطبيب التقصيرية إلا إذا وجد منه إخلال بواجب قانوني ترتب عليه الإضرار بالغير .

٤ - يُسأل الطبيب عن الخطأ الصادر من مساعديه الذين يعملون تحت إشرافه وتوجيهه إذا نتج عنه ضرر .

٥ - تتعقد مسؤولية الطبيب الجزائية عن الأشخاص المعنوية، وندعو الحكومات إلى تنظيم هذه المسؤولية وتحديد العقوبات التي تناسبها .

والله ولي التوفيق، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الدكتور محمد علي البار:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على

أفضل المرسلين وخاتم النبيين سيدنا وشفيعنا محمد بن عبد الله، الرحمة المهداة، وآله ومن والاه.

أصحاب السماحة والفضيلة والسعادة .

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

أبدأ أولاً بتقديم الشكر الجزيل لسماحة الشيخ الجليل أحمد بن حمد الخليلي، وحكومة صاحب الجلالة السلطان قابوس، على كرم الضيافة وحُسن الوفادة، كما أشكر مجمع الفقه الإسلامي ممثلاً في رئيسه سماحة الشيخ بكر أبو زيد، وأمينه العام سماحة الشيخ محمد الحبيب ابن الخوجة، على تفضّلهم الدائم والمتكرر بدعوتي للمشاركة في دورات المجمع الفقهي الموقر في المواضيع الطبية. وأشكر أخي وصديقي وزميلي الأستاذ الدكتور حسان شمسي باشا على هذا العرض المتميّز لأهم ما جاء في الأوراق المقدّمة من السادة العلماء والباحثين الأجلّاء .

هناك بعض النقاط والأسئلة التي تستحقّ إلقاء مزيد من الضوء عليها، وهي :

في المستشفيات والمستوصفات الحكومية لا يوجد هناك عقد إجارة أو جعالة بين المريض وبين الطبيب، وهي خدمة مجانية من الدولة تقدّمها لرعاياها ضمن الخدمات الأساسية التي تلتزم بها الدول. ولهذا فإن المريض في معظم الحالات قد لا يعرف حتى اسم الطبيب الذي يعالجه، حيث يتغيّر هؤلاء حسب تقسيم العمل أو انتقالهم من مكان لآخر، والذي يبقى ثابتاً هو ملف المريض فقط .

لهذا تبدو بصورة واضحة أهمية دخول المؤسسة العلاجية في موضوع الضمان؛ فهي المسؤولة أولاً عن اختيار الفريق الطبي والتمريضي، وعن توفير الإمكانيات التشخيصية والعلاجية، وفي كثير من الأحيان في بلدان العالم الثالث لا توجد هذه الإمكانيات المطلوبة للوصول إلى التشخيص الصحيح، كما أن الأدوية والعلاجات المقررة تكون مفقودة في كثير من الأحيان .

وليست المسؤولية منحصرة في الطبيب المعالج فقط، ولكن المؤسسة بكاملها مسؤولة. وأما درجة مسؤولية كل فرد من هؤلاء فتعتمد على الوقائع،

ومن أمثلة ذلك: أن الحكومة الفرنسية لم تشترِ الفحوصات اللازمة لمعرفة فيروس الإيدز؛ لأنها كانت بصدد إنتاجها، وتخلّفت عن الولايات المتحدة بحوالي ستة أشهر، وأدى ذلك إلى إصابة المئات بفيروس الإيدز من الدم المتلوث الذي لم يُفحص، واضطرَّ وزير الصحة وعدد من المسؤولين للاستقالة، كما قامت الدولة بتعويض المصابين جميعاً. والشيء ذاته حدث في ألمانيا بصورة مختلفة، حيث كانت بعض بنوك الدم تقوم بفحص عينات عشوائية من الدم توفيراً للأموال مما أدى ذلك إلى إصابة مئات من الأشخاص بالدم الملوث الذي لم يُفحص، وتحملت تلك الجهات الرسمية المسؤولية كاملة، وللأسف فإن المئات وربما الآلاف قد أصيبوا بفيروس الإيدز في البلاد الإسلامية عرباً وعجماً - وأعرف العشرات منهم - نتيجة الدماء الملوثة التي لم تُفحص، ونتيجة إعطاء الأطفال المصابين بمرض الناعور (الهيمنوفيليا)، وهو مرض يؤدي إلى النزف المتكرر ويعالج بعامل (8) وهو مادة تستخرج من الدم، وهؤلاء جميعاً لم يتلقوا أي تعويض من أية جهة كانت، رسمية أو غير رسمية. هذا أولاً.

ثانياً: تفرض الحكومات التطعيمات للأطفال، وهي ليست علاجاً، بل وقاية من أمراض متوقعة في المستقبل، وقد أثبتت فوائدها وجدواها، ولكن واحداً من كل مائة ألف طفل على الأقل سيصاب بعاهاث خطيرة مستديمة بسبب التهاب الدماغ والنخاع الشوكي الذي يُفقد وظائف أعضاء كثيرة متعددة توازي عدة ديات في الفقه الإسلامي، فمن يتحمل هذه الديات والتعويضات؟ أيقع العبء على الطبيب أو الممرضة أو المساعد الصحي الذي أعطى هذه التطعيمات حسب قوانين وزارة الصحة؟ أم أن الأمر يجب أن يقع على وزارة الصحة التي أمرت بذلك؟.

ثالثاً: انتشر في هذه الأيام انتشاراً كبيراً أدعياء الطب الذين يظهرون في أجهزة الإعلام ويقدمون نصائح كثيرة للجمهور، فيها الكثير من الضرر، مثل أن تقول إحداهن: لا تعطوا الحليب للأطفال، هذه مواد ضارة سامة، أعطوهم ماء القمح أو الشوفان، ولا تشربوا من المياه النظيفة؛ لأنه يوجد فيها سم الكلور، اشربوا مباشرة من النبع أو النهر، مع أن النبع أو النهر في معظم - إن لم نقل: كل -

دول العالم ملوثة، وتحتاج إلى معالجة قبل أن تصلح للشرب، وتؤدي إلى مئات الوفيات .

هناك أيضاً الحجاجون الذين يقومون بالحجامة دون تعقيم لأدواتهم، وبالتالي ينشرون أمراضاً خطيرة، مثل: التهاب الكبد الفيروسي من نوع B و C وفيروس الإيدز، وغيرها من الأمراض . والواقع أنه حتى لو تم التعقيم بصورة مختصرة فإن انتشار هذه الأمراض وخاصة فيروس التهاب الكبد من نوع C كبير جداً، ولا بد من استخدام الأدوات لمرة واحدة فقط، وقد رأيت الأسبوع المنصرم شخصاً أصيب بمرض الإيدز نتيجة تكرار الحجامة في الشوارع، فمن يتحمل المسؤولية والضمان؟ .

هناك مئات من الأشخاص يصابون بأمراض خطيرة جداً، والشيء ذاته يقال عن الإبر الصينية وطب الأعشاب، إذ لا بد من رقابة ووجود تصريح من جهة ما للسماح لهؤلاء بالعمل بعد اختبارهم أو تثقيفهم وتوعيتهم بالمخاطر .

مشاكل الأبحاث الطبية التي تجرى بدون إذن واعٍ متبصر كثيرة، وخاصة في العالم الثالث، وتتجه الشركات العملاقة الدوائية وغيرها الموجودة في أوروبا والولايات المتحدة لإجراء كثير من تجاربها في العالم الثالث الآن، بعد أن زادت تكاليف البحث وتعويضاته وشروطه في الدول المتقدمة، فمن يحمي جماهيرنا من هذه الشركات المتغوّلة الضخمة؟ والشيء ذاته يقال عن البحوث الطبية عن الأطفال والفقراء والمساجين .

وفي مستشفياتنا يقوم كثير من الأطباء بإجراء أبحاث أو تجارب جديدة، مثل عمليات للقلب أو غيرها، وأنا وزميلي الدكتور حسان نعرف عدداً من هذه الحالات أدت إلى عشرات الوفيات دون أن يعلم عنها أحد، ودون أن يبلغ عنها أحد .

وفي الولايات المتحدة حدثت في مجال التجارب جريمة كبرى، ذلك أن الإدارات الصحية قررت أن تجري أبحاثاً لمعرفة تطور مرض الزهري، واختارت لذلك أربعمائة من السود في منطقة توسكودي في ولاية ألاباما، وبدأ البحث منذ

عام ١٩٣٢م واستمر حتى عام ١٩٧٣م، أجيال متعاقبة من الإدارات الصحية التي استمرت في هذا البحث، وفي تلك الفترة كان الأطباء يوهمون المرضى بأنهم يداونونهم وهم لا يفعلون، ويأخذونهم للفحص لأخذ عينات من دمائهم وأعضائهم، وإذا مات أحدهم أخذوا عيّنات كاملة من أعضاء جسمه لقاء دفع أجرة دفنه، ومات أغلب هؤلاء وعدد كبير من أسرهم بسبب مرض الزهري رغم توفر العلاج والدواء الناجع، اضطرت الإدارة الصحية في الولايات المتحدة إلى إيقاف هذه التجربة البشعة بعد أن فضحها أحد الأطباء في أجهزة الإعلام عام ١٩٧٢م، ثم اضطرت للتوقف عام ١٩٧٣م، وأخيراً قام الرئيس كلنتون في ولايته الثانية - أعتقد في عام ١٩٩٨م - بالاعتذار لهؤلاء السود، واعتبر ذلك عملاً عنصرياً حقيراً بغيضاً، ولكنه لم يدفع أي تعويض لضحايا هذه المجزرة، بينما تلقت أسر ضحايا لوكربي: ألفان وأربعمائة مليون دولار تعويضاً لضحايا الطائرة المنكوبة.

كذلك من المشاكل أنه قد لا تظهر الآثار الضارة لعقار معين إلا بعد سنين طويلة، فمثلاً عند إعطاء الحامل هرمون ستل برستولول؛ فإن الجنين إذا كان أنثى ستصاب عندما تبلغ سن العشرين أو ما حولها بسرطان المهبل أو الفرج، وهذا أمرٌ يعسر على الناس فهمه وتتبعه، فمن يتحمّل الضمان في مثل هذه الحالات؟.

في الحقيقة النقطة الهامة أن مما يمنع الأطباء والفريق الصحي الطبي كاملاً من الشفافية والإفشاء بهذه المعلومات أن كثيراً منهم يخاف من العقوبات التي قد تأتي والانتهاكات، وقد يكون تقصيراً، ولكنه خطأ ينبغي أن يكون وسيلته الجبر لا الزجر، فإذا لم تتوفر العاقلة؛ فالأمر يتحول إلى ضمان موجود للأطباء سواء كان من نقابة أو من حكومة أو من تأمين صحي. فمعظم الدول الآن تتجه إلى أن الطبيب أو الكادر الصحي لا يمارس أي عمل صحي أو طبي إلا بعد أن يدفع أجرة التأمين سنوياً، بحيث إنه إذا حدث خطأ من هذا فإنه لا يُلام على الخطأ الذي ليس فيه تقصير، وإنما تقوم هذه الفئة بدفع ذلك التعويض الذي يستحقه المريض أو أهل المريض.

كما ذكر الدكتور الألفي، فإن الأرقام عندي مشابهة لما قاله، وقد وثقتها

المجلات الطبية ونُشرت مرات عديدة وحضرنا في ذلك مؤتمرات متعددة، على الأقل مائة ألف شخص يتوفون في الولايات المتحدة نتيجة أخطاء طبية، طبعاً هذه الأخطاء الطبية تعتمد على مدى التقدم الطبي، عدد كبير جداً كان يمكن إنقاذهم بهذا التقدم الطبي الذي حدث. في المملكة المتحدة ثلاثون ألفاً، طبعاً لا توجد أية أرقام في العالم الثالث أصلاً، ولكن الأطباء الذين يعملون في هذا المجال يعرفون أن هناك أعداد كبيرة، وأن هناك نوع من التعتيم وعدم إيضاح المسائل؛ لأنه يوجد هناك تشهير وتنديد واتهامات شديدة لهذا الفريق الطبي.

السياسة المتجهة الآن في جميع أرجاء العالم الواعي بأنه لا ينبغي أن يكون التشديد على عقوبة الطبيب أو التشهير به، أو العقوبات التأديبية مهما كانت وأينما تكون هي تعويض أو جبر المريض أو أهله على ما حدث من خلل غير مقصود بطبيعة الحال، إذا حدثت الأشياء التي يمكن أن تكون مقصودة أو تجاوزت أصول المهنة.

نحن نتحدث عن الأشياء التي لم تتجاوز أصول المهنة وحدث فيها خطأ من يد الطبيب، وهو يجري عملية في القلب تجاوزت يده - كما قال ابن القيم - فقطع جزءاً أكبر مما ينبغي أن يقطع فأدى ذلك إلى وفاة. هذه الأشياء طبعاً يستر عليها الفريق الطبي بطبيعة الحال؛ لأنها ستكون تهمة كبيرة على هذا الطبيب، ويُفصل من العمل، وستأتي مشاكل كبيرة جداً مع أنه لم يتجاوز أصول المهنة، هذا خطأ من يده، بدون شك حصل خطأ بسبب عمله الذي تجاوز به، ولكنه خطأ بشري، وهذا متوقَّع سواء في الأدوية أو الصيدلة أو الممرضات، نحن لا نتكلم عن الإهمال أو العمد أو غيره، أو التقصير الفاضح الواضح، نحن نتكلم عن عمل يؤديه كل يوم فرد من الأطباء أو الفريق الطبي بكامله، هذا العمل في حد ذاته يُعرض بعض المرضى أحياناً لبعض المخاطر، هذه المخاطر من يعرضها؟ فإذا كان هناك نظام لهذا التعويض؛ الجبر لا الزجر بشفافية واضحة يُساعد على نظام الشفافية، وعلى تلافي الأخطار وعلى انتباه الأطباء، بعضهم لبعض، وحتى ينتبهوا لما وقع من خطأ وهم يعلمون أن زميلهم لم يذهب إلى المحكمة، ولن يقع في مشاكل الديات المتعددة، ولن يُطرد من الوظيفة... إلى آخر ذلك. طبعاً

إذا عمل ذلك سيتعرض في يوم ما لنفس المشكلة، وبالتالي يحمون بعضهم بعضاً. فهذه المشكلة العويصة ينبغي أن يكون النظر فيها، وهناك عبارة فقهية جميلة يقولونها: «الجبر لا الزجر»، كذلك الجبر قد يكون ليس من الطيب، إنما من المستشفى أو من الهيئة الصحية بكاملها، كما تحدّثنا عن التطعيمات أو الدماء الملوثة، فهذه أخطاء من وزارة الصحة. هذه المسؤولية ينبغي أن تكون كاملة وواسعة سواء كانت في الطب العلاجي أو الطب الوقائي أو الطب الخاص، أو في الطب العام، هذه النقطة مهمة جداً للنظر فيها؛ لأن المسألة ليست متعلقة بطبيب أو مريض كما كان سابقاً.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الدكتور محمد أحمد عبد الهادي سراج:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين .

وبعد: فأشكر الإخوة الذين سبقوني إلى الحديث عن هذا الموضوع الذي تعلق عليه مجتمعاتنا العربية والإسلامية أهمية كبيرة .

ومن المعروف أن مسؤولية الطبيب فرع من أصل عامّ هو ضمان العدوان، وهذا النوع من الضمان صاغه الفقهاء المسلمون منذ فترة باكرة جداً، وأعتقد أنه من أهم الميادين التي برزت فيها إسهامات الفقهاء المسلمين، وأريد أن أؤكد على هذه النقطة، وقد كان تركيز الفقهاء المسلمين على هذا النظام لأهداف اجتماعية ولأهداف علمية تشبه أهدافنا نحن الآن. أما الأهداف الاجتماعية التي أصرّ عليها فقهاء المسلمين؛ فهي أن الضرر لا ينبغي أن يستقر على من أصيب به، وإنما هناك جهة أو شخص آخر إما المتسبب في الضرر، وإما العاقلة حتى ينقسم الضرر ويتحملة أكبر عدد من الناس، بحيث لا يقع فقط على المتضرر، أريد أن أعقب في نقاط يسيرة جداً.

بالنسبة لخطأ الطبيب، أخاف أن نخلط الأمرين معاً، خطأ الطبيب لا يمكن أن يُفسّر على أنه عدم موافقة الحقيقة، يمكن أن يكون الاحتمال الآخر وهو الذي

أصر عليه فقهاء المسلمين وهو عدم القيام بالواجب في التحوط والتبصر والعناية الواجبة، وهناك طبعاً واجبات محددة على الطبيب هي مجرد بذل العناية الواجبة التي يتحملها الطبيب.

هناك أمور كثيرة أثيرت، فإذا كان هناك خطأ في التشخيص، ولكن في الواقع أن الطبيب الذي يعمل في القرية والذي له مؤهلات معينة وتدريب محدود لا يمكن أن يُعامل بنفس الطريقة في إثبات الخطأ عليه من الطبيب الكبير الذي تلقى تعليماً أكبر وفرصة أكبر في الحصول على التعليم المناسب. هذا الخطأ النسبي أعتقد أنه هو الفكرة الموجودة في الفقه الإسلامي.

الفقه الإسلامي لا يتوسع في إثبات المسؤولية التقصيرية على الغير، الطبيب من وجهة نظر الفقه الإسلامي قد لا يكون مسؤولاً عن أعمال مساعديه إلا إن كان واجباً عليه أن يراقبهم وأن يراجع أعمالهم، لكن مثلاً إذا كان الخطأ من طبيب التخدير في الفريق الطبي، كيف سيكون الجراح مسؤولاً عن عمله؟

أريد أن أشير إلى نقطة، وهي العلاقة بين الأعراف التي تكوّنت بالتطبيقات القانونية المعاصرة في البلاد العربية وبين التكليف الفقهي، فهناك نوع من التوافق الكامل بين الآراء الفقهية والنظريات الفقهية، وبين هذه الأعراف الموجودة في العالم الإسلامي الآن بشأن مسؤولية الطبيب. أنا أعتقد - حتى من التلخيص ومن أطلاعي على هذه الأبحاث - أن الفروق ليست كبيرة، وأنها على الأقل لم تلاحظ في الأوراق المقدّمة؛ مما جعلني أقفز إلى نتيجة؛ وهي أننا يمكن أن نعتمد على هذه الأعراف في التنظير لهذه المسألة.

الفكرة العامة في الفقه الإسلامي: أنه لا يقف يتربص بالآخرين، مهنة الطب مهنة مهمة بالنسبة للمجتمع، ولذلك ينبغي ألا ننتظر حتى يقع الأطباء في الخطأ ثم نحاسبهم عليه. الواقع أننا ينبغي أن نأخذ بأيديهم وأن يكون هناك اهتمام بالأطباء الصغار الذين ما يزالون في بداية حياتهم والذين يعملون. طبعاً نحن نعرف أن العالم الإسلامي في بلاد كثيرة ظروفها معقّدة إلى حد كبير، من المفروض أننا نعنى بالتعليم الطبي المستمر، وأن نعطي للأطباء أو نحفّزهم على استمرار

التعليم، وعلى تلقّي التدريب باستثمار الإمكانيات المحدودة المتاحة في كثير من البلاد الإسلامية.

هناك فرق في الفقه الإسلامي - وهذه نقطة أعتقد أنها مهمة - بين إثبات المسؤولية وبين تحميل التكلفة المالية بالنسبة للتعويضات، وهذا واضح جداً في موضوع العاقلة. العاقلة تتحمل التكلفة لا باعتبار أنها مسؤولة، ولكن باعتبار أنها تواسي، وهذا الأسلوب والنظام هو الذي يضمن وصول الحق إلى مستحقّيه حتى لا يتكفّل المتضرر وحده ما قد حدث له. ولهذا فإن من الضروري جداً أن تنشأ مؤسسات مالية تتكفّل بتعويض المتضررين، سواء كانت هذه المؤسسة حكومية أو نقابية تتعلق بنقابة الطب، ثم ينبغي في الوقت نفسه أن نوازن ذلك بزيادة أقساط التأمين على الطبيب الذي يثبت من سجلّه أنه كثير الأخطاء أو أنه لا يتبسّر ولا يتحوّط بالقدر الكافي، حتى يكون هناك آلية مالية لحفز الطبيب على أن يستمر في العمل الطبي.

هذا ما أردتُ أن أبيّنه أو أن أعلّق به على الأفكار التي طرّحت في هذه المناسبة، وشكراً لكم.

الشيخ حسن الجواهري:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد، وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه الميامين.

في بحثي ذكرت في ضمان الطبيب مسألة تضمينه حتى إذا عمل بوظيفة في معالجة البرء وقصد شفاء المريض، ولم يقع من الطبيب إهمال أو تعدّد على المريض، ولكن تلف العنصر المعالج، أو تلفت نفس المريض، وهذا ما يتميز به عن بقية البحوث التي تُضمّن الطبيب في هذه الصورة، هذا قول ذهب إليه بعض علماء الإمامية، وإن لم يكن مشهوراً، ولكن الدليل الذي سأذكره على هذا التضمين أرجو أن يُناقش.

فالدليل على تضمين الطبيب في هذه الصورة إذا عمل بوظيفته في معالجة البرء وقصد شفاء المريض ولم يقع من الطبيب إهمال أو تعدّد على المريض،

ولكن تلف العضو المعالج أو تلفت نفس المريض ، واستند التلف إلى عملية أو إلى الطبيب من دون أن يقع منه إهمال ، هذا الدليل الذي سأذكره هو عبارة عن دليلين :

الأول: أنَّ المريض وإن كان قد أذن للطبيب في علاجه، فجاء الجواز الشرعي لإجراء العملية، ولكن لم يأذن المريض للطبيب في إتلاف عضو منه أو في إتلاف نفس المريض .

الثاني: الطبيب أسند إليه إتلاف العضو أو إتلاف نفس المريض - حسب الفرض - فتأتي القاعدة الشرعية التي تقول: «الضمان على المُتلف»، نعم الطبيب غير معاقب على عمله هذا؛ لأنه عمل جائز بإجازة المريض ولم يتعدَّ ولم يهمل، إلا أن الضمان مترتب على الإتلاف الذي حصل، وإن لم يكن عمداً لقاعدة الإتلاف. هذا هو الدليل الأول.

وهناك رواية عندنا موثقة يرويها السكوني عن الإمام الصادق عليه السلام؛ حيث قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من تطبَّب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه، وإلا فهو ضامن»، إذا لم يأخذ البراءة من الولي فهو ضامن، والمراد من الولي هنا: من له الولاية، فيشمل نفس المريض أيضاً، والبراءة هنا معناها: سقوط الفعل عن اقتضاء الدية، فتخصص الدية عند عدم البراءة، فيكون الفعل مقتضياً للدية، وقد سمعت في هذا الحفل أن الطبيب محسن وهذا يكون دليلاً على عدم تضمينه ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١]. أنا أقول: إن الطبيب في هذه الحالة مستأجر بعقد إجارة، فلا تنطبق هذه القاعدة في عدم تضمينه .

هذان الدليلان: إسناد التلف إلى الطبيب يوجب تضمينه حتى وإن لم يكن مقصراً أو متعدياً، نعم أنا أقبل أن يأتي هناك دليل يقول باستخراج الطبيب من الضمان في هذه الحالة، أنا أقبل ذلك، ولكن ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ لا تشمل إخراجهم من هذه القاعدة، قاعدة أنه متلف ويجب عليه الضمان؛ لأنه ليس محسناً بل مستأجراً.

الشيء الثاني هو الشيء المطروح في الأبحاث، وهو عقد الإجارة بين الطبيب والمريض إذا كان على العمل بقيد أو بشرط البرء، فهل العقد صحيح؟ هذا العقد قد يقال بصحته، لماذا؟ لأن مقدمات البرء العادية هي اختيارية للطبيب، لا يمكن أن يقال بأن هذا شيء ليس بيد الطبيب، فإن مقدمات البرء العادية هي اختيارية للطبيب، كالإجارة على حفظ المتاع التي يذكرها الفقهاء بأنها جائزة، فإن الذي تحت القدرة هو محاولة الحفاظ في حفظ المتاع، فيكون الحفاظ مقدوراً عليه بالقدرة على مقدماته، وهنا أيضاً الإجارة على البرء مقدور عليها للقدرة على مقدمات البرء التي هي مقدمات عادية اختيارية، فإذا وثق الطبيب أو اطمأن بقدرته على برء المريض بواسطة ما يحمله من علم في تحقيق هدفه وبرء مريضه؛ فالعقد يكون اختيارياً وليس غريباً أيضاً. وكذا يقال في اشتراط السلامة من السراية والمضاعفات، اشتراط السراية من المضاعفات أو اشتراط البرء كلاهما مقدوران للطبيب حسب قدرته على مقدمات البرء، ومقدمات عدم السراية، ولا غرر في ذلك، ومن يقول: إن البرء ليس اختيارياً أو إن البرء مجهول؛ فيمكنه أيضاً أن يصحح هذا العقد بجعل المريض جعالة لمن يعالجه ويبرئه من مرضه، فإن حصل البرء فله الجعالة، وإلا فلا؛ لأن الجعالة لا يشترط فيها تقدير العمل مع بيان الغاية المرادة.

بالنسبة للمسؤولية الجنائية للطبيب التي طرحت أيضاً تكون في حالات تجاوز حقه، وقد نشأ من التجاوز ضرر على المريض، أو في صورة خطئه الذي أدى إلى ضرر على المريض، أو إجراء عملية لإنسان بدون رضاه وبدون رضاه وليه مع إمكان أخذ الرضا، ولم تكن حالة المريض بحاجة إلى إجراء عملية فورية، وكذلك تكون المسؤولية في إجراء العمليات المخالفة للشرع، وإن رضي الإنسان بها كالاتصال للمبيض أو رفع الرحم إن كان فيهما ضرر على هذا الإنسان، وكذا في صورة قتل الرحمة للمريض، ولو كان بإذنه، وكذلك في صورة الإجهاض، ولو كان مضغاً أو لقيحة؛ لأن أول ما يُخلَق الإنسان نطفة كما في الروايات، ويوجد نهي عن إسقاط النطفة.

هناك مسألة أخرى، وهي أنه هل يحق للطبيب أن يعمل عملاً جراحياً

لمريضه وإن لم يوافق عليه؟ هنا ذكر البعض جواز ذلك من الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، أو ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وهذا لم يعتد، وإنما هو يريد أن يقدم خدمة. أقول: هذا ليس بصحيح؛ لأن الطبيب وإن كان قد عمل عملاً لنفع المريض إلا أنه ليس مجازاً من قبله، وكل عمل غير مجاز يُعدّ تعدياً وإن كان فيه نفع للغير، فالذي يقدم لي نفعاً ولم أوافق، وكان على خلاف إرادتي ورغبتني فيكون تعدياً، فإنّ الإحسان إنما يكون إحساناً بشرط أن يوافق عليه من يُحسن إليه. نعم يستثنى من هذه الصورة الضرورات كعدم إمكان أخذ إذن المريض مع حاجة المريض القصوى للعملية وإلا فإنه سيموت، هنا لا حاجة لأخذ إذنه، وفي الحالات الأخرى لا بد من أخذ إذنه، والعمل بدون أخذ الإذن يكون تعدياً.

والحمد لله رب العالمين.

الدكتور محمد عبد اللطيف صالح القرפור:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

لا شك أن هنالك فيما يظهر مدرستين في الفقه الإسلامي: مدرسة تضمّن، ومدرسة لا تضمّن، الجمهور أنهم لا يضمّنون، وغير الجمهور في بعض المذاهب يضمّنون بشروط. وفيما يظهر لي - والله أعلم - وأنا لا أرجح مدرسة على مدرسة، وليس لي ذلك، وإنما يتضح لي بالدليل الذي يظهر لي فقط من خلال دراسة هذه المسألة في بحثي المتواضع الذي قدّمته كورقة عمل: أننا لو اشترطنا الضمان على المسلمين في قضية خطأ الطبيب، والزمناهم به إلزاماً علمياً وعقلياً وقانونياً؛ لحدّثت وقلّت فرص كثيرة بالنسبة للأطباء، وقيدهم ذلك عن إتمام عملهم الإنساني. فعدم التضمين مطلقاً فيه نظر، والتضمين مطلقاً فيه نظر، لكن التضمين يمكن أن يكون في مصلحة المرضى والأطباء معاً، فلو أخذنا بعدم الضمان - وهو الأصل - وجعلناه أصلاً، وقلنا بالضمان في بعض الحالات لساعدنا في استمرار حركة الطب والمشافي وإسعاف المرضى، وأن لا تتوقف هذه القضية عند بعض

العقبات الشكلية ؛ لأن قضية الضمان مال ، والمال له قيمة عند الناس وله أثر ، وربما كان في ذلك ضرر حتى على المرضى أنفسهم ؛ لأنه إذا عرف الطبيب أنه سيضمن فإنه قد يقصّر أو يهرب أو يتهرّب من مسؤوليته ، أو أنه قد يغلق داره أو عيادته ، أو ربما أساء إلى مريضه ، نقول ربما ، فهناك احتمالات كثيرة تظهر في قضية تضمين الطبيب في هذه المسائل التي أخذ بها غير الجمهور من الفقهاء .

جزى الله أئمتنا وفقهائنا خير الجزاء عن المسلمين وعن هذا الدين ، سواء قالوا بهذه المدرسة أم قالوا بهذه المدرسة ، سواء أتبعوا هذا أم هذا ، فالقصد كلّهُ إنما هو لوجه الله سبحانه وتعالى ، وإرساء قواعد الإسلام ونفع الخلق فيما يرضي الله سبحانه وتعالى .

وشكراً ، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي (المقرر العام):

بسم الله الرحمن الرحيم .

أما بعد : فلي تدخل في قضايا ثلاث :

القضية الأولى : ما تفضّل به سماحة الشيخ الجواهري من أن مسؤولية الطبيب مسؤولية ، ولو لم يصدر منه خطأ في ممارسة عمله ، وكأنه يميل إلى كون هذه المسؤولية تعاقدية ، فلو فرضنا هذا لرفض جميع الناس ممارسة الطب حينما يجدون هذا الكابوس المسلّط على رؤوسهم ، وهم جماعة إنسانيون وحرصون على سمعتهم ، فإذا كانوا مشغولين فلن نجد أحداً إلا ما ندر ، يتورّط في ممارسة المهنة الطبية ، هذا شيء .

والشيء الثاني : ما تفضل به من رواية الحديث عن الإمام سيدنا علي رضي الله عنه : « من تطبّب » ، هذا حديث عن النبوة ، عن النبي ﷺ ولكن بغير الصيغة التي ذكرها ، والتي جنح فيها إلى تأييد ما رآه من مسؤولية الطبيب المطلقة ، فالحديث موجّه على هذا النحو : عن النبي ﷺ : « من تطبّب وهو جاهل بالطب فهو ضامن » ، فالحديث موجّه لحالة عدم العلم بممارسة الطب ، فيكون مسؤولاً ، فهذا الحديث مصور في هذا الجانب ، وهذا حق وعدل ، كيف يمارس شيئاً وهو

أمين على أرواح الناس وأجسادهم ثم لا يكون مسؤولاً؟ .

الموضوع الثالث: لم نجد فيه خلافاً بين الأستاذين الدكتور سراج والدكتور الألفي في مسؤولية الطبيب عن أعمال الذين يساعدونه في إجراء العمليات الجراحية، ووجه رأي الدكتور الألفي أن الطبيب مسؤول عن أعمال هؤلاء المساعدين، بمعنى الأخذ بمبدأ مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، وهذه المسؤولية إلى الآن لا نجد لها سنداً في الفقه الإسلامي إلا ما ندر في حالات محدودة جداً، فالصحيح هو ما توجه إليه الدكتور سراج، وإنه من المستغرب والمستبعد أن توجه المسؤولية للطبيب إذا أخطأ المساعد، علماً بأن الطبيب وجه له القيام بمهام معينة، منهم المخدر، ومنهم الذي يدخل معه أثناء العملية الجراحية، فليس من السهل أن نحمل الطبيب كل هذه المهام، وكل هذه المسؤوليات، وشكراً، وبارك الله فيكم .

الشيخ خليل محيي الدين الميس:

بسم الله الرحمن الرحيم .

الحقيقة عندي مقدمة بسيطة وثلاثة أسئلة :

أما المقدمة: فهي تجاوز مفهوم الوظيفة إلى مستوى الرسالة في الطب، الطب رسالة أكثر مما هو وظيفة، لذلك في عالمنا العربي والإسلامي يغلب على الطبيب اسم الحكيم، يقولون: فلان حكيم، أكثر مما يقولون: هو طبيب، لوجه التلازم ما بين الطب والحكمة، هذا أمر .

وأمر آخر، سؤال: ما حكم إجراء العمليات الجراحية بدون سبب إلا تحصيلاً للمنفعة؟ وللأسف هذا يحصل كثيراً، يعني في بلادنا عمليات القلب المفتوح، يقولون: أعلى نسبة هي التي تحصل في لبنان، والسبب أن الدولة تضمن هذه العمليات، فتجرى العملية لمن يستوجب ولمن لا يستوجب، والدولة أخيراً حاولت ضبط هذا .

ثم سؤال آخر: ما شأن الأطباء الذين يباشرون انتزاع الأعضاء من الأسرى أو المسجونين لصالح دولهم؟ وما حكم مثل هذا الطبيب الذي يمارس مثل هذا العمل؟ .

السؤال الثالث : من هو الطبيب الذي نأخذ بفتواه إذا قال بإمكانية أو ضرورة إسقاط الجنين؟ هل هنالك شروط معينة ينبغي أن تتوفر في الطبيب؟ أم كل من قال بالإسقاط نأخذ بكلامه؟ علماً بأننا في الفقه نبي أحكامنا على قول الأطباء .

إذن هذه ثلاثة أسئلة نضعها موضع عناية إخواننا الأطباء والرئاسة ، وشكراً لكم ، والسلام عليكم .

الدكتور حمداتي شبيهنا ماء العينين:

بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله وسلم وبارك على نبيه الكريم .

الحقيقة هذا الموضوع من أهم المواضيع التي تشغل بال المسلمين اليوم أو الإنسانية بصفة عامة ، والبحوث التي قرأناها كانت محيطة بكثير من جوانب الموضوع ، والقرار الذي يمكن للمجمع أن يتخذه لا بد أن يراعي الضوابط القانونية؛ لأنها أحاطت بكثير من مشمولات هذا الموضوع بما ينير سبيل المجمع حتى يتخذ قراراً يجمع بين التنظير والتطبيق ، ومن المعلوم أن هذه الحالة تقوم على عنصرين أساسيين : مسؤولية عقدية ، ومسؤولية تقصيرية ، وكلا الأمرين لا بد أن ننظر فيه إلى الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، وهنا أطرح الأسئلة التي أردت أن أضعها .

أولاً: كيف نثبت الضرر؟ هناك أنواع من الخطأ تقوم على قرينة قاطعة لا تقبل البيّنة المعاكسة ، فمن صدر منه هذا الخطأ لا بد له أن يثبت - أي : يقع عبء الإثبات عليه - ولا يكون المتضرر هو المدعي ، فهذا الشخص المدعى عليه تكون قرينة ثابتة تلزمه المسؤولية وتحمله الخطأ ما لم يثبت أن هناك قوة قاهرة أو حادث فجائي خارج عن إرادته هو الذي نشأ عنه هذا الخطأ ، فمثلاً هذا الطبيب الذي دخل في غرفة الجراحة وأخذ يشرح مريضه فوقعت هناك أخطاء نتج عنها الموت؛ هو الذي عليه أن يثبت في حالة ما إذا كانت الأمور وقع فيها خلل واضح ، أو كانت العملية من العملية التي (٩٠٪) منها لا يصاب أهلها بأذى ، هنا لا بد للطبيب أن يثبت على أن خللاً ما ، انقطاع الكهرباء ، الأدوات التي أمدته بها المؤسسة التي عمل فيها يوجد فيها غش ، وما إلى ذلك . المهم هو أن أتكلّم في الجانب القانوني

الذي ينعكس على الجانب الفقهي، ولا أتفق مع شيخي الأستاذ وهبة فيما قال على أننا لا نجد لمسؤولية التابع شيئاً، ونحن نعرف مسؤولية حارس الحيوان في الشريعة الإسلامية على أنه يؤدي ما أفسده إذا كان في الوقت الذي هو تحت حراسته، ولم يكن مغضوباً منه ولا ضالاً عليه.

فإثبات الضرر لم تتعرض له البحوث، لأن هذا الإثبات ضروري لتحديد المسؤولية أو الإعفاء منها، تقدير الضرر أيضاً تركته على العاقلة، وتركت هذه التطورات التي أصبحنا ملزمين بها، علاقة الطبيب بالمؤسسة، ثم المسؤولية التقصيرية لم تحدد قواعدها العامة، وما هي المؤسسات التي يمكن أن نحملها المسؤولية أثناء وجوده بها؟ مثلاً كالطبيب الذي يوجد في مستشفى، وستفاجؤون أن أحد القضاة اللامعين في المغرب مؤخراً جاء في حالة مستعجلة إلى مستشفى، فرفض الطبيب معالجته حتى تودى المبالغ الطائلة التي يريدتها، فمات القاضي بسبب ذلك، فلا بد من أن نراعي هذه المواضيع وندخلها في حسابنا عند إصدار هذه القرارات.

أولاً: على من تقع المسؤولية التقصيرية، وكيف نحدد قواعدها؟ هل هي تقع على المستشفى؟ وهو المسؤول كما تفضل أحد الإخوة الذي قال: بأن المريض لا يعرف إلا المستشفى، وهنا تدخل مسؤولية التابع التي قال شيخنا: إنها لا يمكن أن تحدد، أم المسؤولية التقصيرية، وهي التي لا بد أن تضرب على كل المستشفيات الخصوصية التي أصبحت اليوم تنجر بالإنسان، فعملية الكلى اليوم، كثير من الحالات تجرى لأصحاء لتتزع منهم الكلية وتعطى لآخرين بيعت لهم منذ زمن. إذن الجانب الأخلاقي، تحديد المسؤولية، العلاقة السببية بين الضرر والمسؤولية. المسؤولية هل هي مسؤولية لا تقبل البيّنة المعاكسة؟ أم هي مسؤولية مقارنة بالقرينة القاطعة يقع عبئها على صاحب الخطأ؟ من يجب عليه الإثبات؟ وهو محل سؤال، من له الحق في أن يدفع عنه المسؤولية أو لا يدفعها من الأطباء؟ تدافع المسؤوليات والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، والجانب الأخلاقي في هذا الموضوع يتطلب منا أن نستنير بالقواعد القانونية في هذا الموضوع حتى يكون قرارنا استند على الفقه واستجاب للتطلعات والتطورات المعاصرة. وشكراً.

الدكتور عبد الناصر أبو البصل:

بسم الله الرحمن الرحيم .

لو قارناً بين الضمان في الولايات المتحدة الأمريكية والضمان في البلاد الإسلامية ودول العالم الثالث ؛ لوجدنا فرقاً كبيراً جداً، فنحن بين طرفي إفراط وتفريط .

الأمر الأول الذي أذكره أنه من خلال قراءتي للبحوث هناك استخدام مختلط للمصطلحات بين الشريعة والقانون، ولذلك أقترح على السادة أعضاء اللجنة توحيد المصطلحات في القرار، فهناك حديث عن الخطأ والمسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية والتزام ببذل العناية، المجمع لا مانع أن يستفيد من الدراسات القانونية، ولكن لا بد من صياغة القرار صياغة محكمة في هذا الجانب .

موضوع الإذن من المريض الذي تُحدث عنه، هناك معلومات غير كافية والمريض أحياناً يوقع على ورقة بها مصطلحات طبية لا يعرفها، ولذلك المريض لا يدري أحياناً مدى الخطورة التي يوقع عليها، المسائل الطبية الجديدة والتجارب لا توجد الآن أعمال خاصة بمجالات الاختصاص ومستشفيات التدريب إلا وفيها تجارب، وتدخل هذه ضمن الذي وقّع عليها المريض، وهناك أعمال طبية خاصة بالجراحات، والعمليات الجراحية لا بد لها من مضاعفات لا يمكن ضبطها، العملية في الرقبة مثلاً ستؤدي حتماً إلى أضرار، وكذلك يمكن أن تحدث أضرار أخرى خلال إجراء العملية، والأطباء في التدريب - الذي يتحدث عنه مسؤولية المتبوع - في مجال الاختصاص لا يمكن أن يتدرب الطبيب ويصبح صاحب اختصاص في الطب إلا في مستشفى تعليمي، وهذا المستشفى يُلزمه أن يقوم بإجراء عمليات لأول مرة وتحت إشراف طبيب آخر، هنا لا بد من حدوث أخطاء، وإذا منعنا هذا منعنا التقدم الطبي، فأطباء الامتياز الذين يدخلون برنامج الاختصاص تحدث منهم أضرار، فكيف تحدد النسبة المئوية لحدوث الأضرار؟ (٥٪)، (٢٠٪) وهكذا، وهذا يؤدي إلى أضرار كبيرة وحالات وفيات لا يعلمها إلا الله .

مسألة التعويض من قبل شركة التأمين، الدكتور البار والدكتور حسان شمسي ذكرا النقابة . . . إلخ، الآن يحدث ضرر وشركة التأمين تدفع، ما ضوابط هذه المسألة؟ ما زالت الطريقة الإنسانية التي تكلم عنها ضمن الضوابط، هناك طبيب في الولايات المتحدة الأمريكية استعمل يده بضرب وجه المريض ضرباً خفيفاً، فأفاق المريض دون ألم شديد، فرُفعت دعوى ضد هذا الطبيب، فدفع للمريض خمسون ألف دولار أمريكي، وهناك مرضى في البلاد الفقيرة في البلاد الإسلامية والعربية يترك الواحد منهم حتى يموت ولا يُدفع له شيء في هذه المسألة.

وكذلك مسألة طلب التحاليل والاختبارات المكلفة جداً قد تكون لا داعي لها ولا مسوغ، فهذا ضرر مالي ومادي؛ من يضمنه؟ هنا لا بد من إيجاد مناهج ومحاضرات في مسؤولية الطبيب تدرّس في كليات الطب حتى يكون الطبيب على بيّنة من عمله.

خلال البحوث لم نستطع أن نجتمع أركان الضمان، خاصة فيما يتعلّق بعلاقة السببية، الحقيقة أنني ألقيت عدة محاضرات على مائة طبيب اختصاص سيختصون في مجال العمليات الجراحية ومجال الطب في مختلف التخصصات، كانت أسئلتهم في علاقة السببية في دخول عدد كبير من الأطباء وهناك عمال وممرضون في المستشفى، والمسألة تتشابك حتى يختار الإنسان أحياناً على من تقع المسؤولية، فلا بد من التخصيص في موضوع علاقة السببية، متى يكون الطبيب مخطئاً؟ ذكر الباحثون مسألة مخالفة الأسس العلمية، هناك اختلاف بين الأطباء أنفسهم في بعض المسائل، فما يعدّ خطأً عند فريق، لا يُعدّ خطأً عند آخرين، ولذلك فلا بد من حسم هذه المسألة، التوثيق وتسجيل كل إجراء يقوم به الطبيب، السجلات الطبية أمر ضروري، واعتماد السجلات دليلاً، وكذلك تقادم المسؤولية، منع سماع الدعوى، أحياناً لا يكشف الأمر إلا بعد مدة، وقد ذكر الأستاذ الدكتور البار هذه الحالات، هنا القواعد القانونية في الدول العربية والإسلامية، هناك قواعد حاكمة قد لا يلاحق الطبيب بسببها، وقد يكون خرج من المستشفى، وما هي مسؤولية المستشفى أيضاً؟ الخلط بين المسؤولية العقدية

والتقصيرية، موضوع العقد، الشيخ علي الخفيف يقول: لا يوجد مسؤولية عقدية في الفقه الإسلامي، قضية هاتين المسؤوليتين لا بد من التنصيص عليهما وبيانهما، وشكراً.

الدكتور محمد بن يحيى بن حسن النجيمي:

بسم الله الرحمن الرحيم .

أولاً أبدأ مع فضيلة الشيخ حسن الجواهري، فأتساءل عن أمرين:

أولاً: هو ذكر أن هذه الرواية عن جمع من الإمامية، والذي أعرفه ولعلّه يصحّح لي: أن هذه الرواية ليست هي الرواية الراجحة أو المشهورة في الفقه الإمامي، وهي رواية ضمان الطبيب في حالة التقصير وعدم التعدي، هذا أولاً.

ثانياً: هناك ملحوظة على الأحاديث في بعض الأبحاث بأنها لم تخرّج، يقال مثلاً: أخرجه أبو داود، ولم يبيّن في أي جزء أو صفحة ورقم الحديث ولا الحكم على الحديث، هناك حديث آخر أيضاً ورد في بعض الأبحاث وهو: «رفع القلم عن ثلاثة»، هذا الحديث قال المخرّج له: إنه أخرجه الإمام البخاري، وقد أخرجه نعم، ولكن أخرجه تعليقاً بصيغة الجزم.

هناك مسألة أخرى: أرى أن يقترح المجمع الكريم أن يعطى الطلاب في كليات الطب مادة تتعلّق بممارسة العمل الطبي، وقد اقترحنا هذا في جامعاتنا في المملكة من المواد الإلزامية أو المتطلبات الجامعية حتى يأخذ فكرة عن الأحكام الشرعية المتعلقة بعمله الطبي.

هناك مسائل جديدة ذكرها الباحثون الأكارم في أبحاثهم أتمنى أن تدرج في الدورات القادمة للمجمع، وهي مشكلة جداً، وهي أن يجري الطبيب عملية جراحية وهو في حالة سكر أو هو عاجز عن ذلك، أو أن يرتكب أخطاء جسيمة؛ كأن يترك الأدوات في جسم المريض، وذكر أيضاً الدكتور البار حالات أخرى في بحثه غاية في الأهمية تحتاج إلى أن يهتم بها في الدورات القادمة، وذكر ذلك في بحثه (٤/٢٧ وما بعدها)، ولا داعي لقراءتها، وكذلك ما يسمى بالقتل بدافع الشفقة أو قتل الرحمة، الآن أصبحت هناك تساؤلات عنه في بعض جوانبه، وفيه

مسائل كثيرة مشكلة أتمنى أن يُنظر إليها، وكذلك نظام العاقلة فإنه لم يعد معمولاً بنظام العصبات، وإنما انتقل الوضع إلى أهل الحرف كما هو المذهب الحنفي، وأيضاً أتمنى أن يُنظر إلى هذه النقطة.

موضوع آخر: هو جرأة الأطباء اليوم على ممارسة الأعمال الطبية، وذلك سببه - كما قال الدكتور حسان - هو التقدم الطبي المقرون في دول العالم الثالث بضعف الأنظمة وقتلتها في هذا المجال، وهناك تجربة لحكومة المملكة العربية السعودية، وأنا والدكتور البار خبراء في هذه اللجنة الخاصة بوضع بعض الأنظمة التي تتعلّق بالممارسات الطبية الحيوية، وقد أشار إلى ذلك الدكتور البار في بحثه في صفحة (٤/٤٤٧)، وهذا النظام سيصدر قريباً - إن شاء الله - وشكراً لكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور محمد رأفت عثمان:

بسم الله الرحمن الرحيم.

بعد شكري للسادة الذين قدّموا هذه الأبحاث القيّمة، لي ملاحظات ثلاث:

إحداها: أن كل البحوث عندما أوجبت الضمان على الطبيب في حالة التقصير لم تبيّن مقدار الدية بالنقود التي نتعامل بها الآن، بل ولم نجد فيها حتى مقدارها بالإبل أو بالدنانير أو بالدراهم، كما حدّدها فقهاؤنا القدامى بناءً على أحاديث وردت في هذا المجال، والدية مقدّرة في بعض الأحاديث: مائة جمل، وفي البعض الآخر: ألف دينار، وفي البعض الثالث: باثني عشر ألف درهم، والثابت أن التعامل أيام الرسول ﷺ كان الدراهم الفارسية والدنانير الرومية، ولم تسكّ عملة إسلامية في عهد رسول الله ﷺ، بل الراجح أن أول من سكّ العملة الإسلامية هو عبد الملك بن مروان، خامس خلفاء الدولة الأموية، ومن حُسن الحظ أن هذه الدراهم التي سُكّت في عهده أجمع علماء عصره على أنها بالأوزان التي كانت عليها أيام رسول الله ﷺ، ومن حُسن الحظ أيضاً أن بعضاً من هذه الدراهم والدنانير التي سُكّت في عهد عبد الملك بن مروان موجودة في بعض

متاحف العالم، ومنها متحف الفن الإسلامي بالقاهرة - وقد رأيت بعضها - ومتحف لندن، ومتحف بغداد، وأظن بعض المتاحف الأخرى، ومن حُسن الحظ أيضاً قُدِّرَتْ تقديرأ راجحاً بأن وزن الدينار حوالي (٤, ٢٥) غرام، وإذا قُدِّرَتْ الدية بألف دينار فإذن يمكن أن نقدر الدية بالنقود الحالية على أساس سعر (٤٢٥٠) غرام من الذهب، كنت أرجو أن تُبين هذه المقادير في البحوث، وكذلك نظام العاقلة، وقد أشار إليها أخي الدكتور النجيمي.

والعاقلة الآن هل يمكن أن تقوم نقابات الأطباء مثلاً بالدور الذي هو موكول إلى العاقلة بتحمّل الدية، أو تقوم أية تجمّعات أو المستشفى التابع له الطبيب؟ أرى أنه لا مانع في هذا؛ لأن الدية تبرّع بها الأجنبي فيجوز شرعاً، الدية ليست مطلوبة على وجه التحتم من العاقلة، ولو تبرّع بها إنسان من غير العاقلة وأخذها أولياء الدم أو الذي اعتدي عليه إذا وجدت جراح، فلا مخالفة فيها شرعاً.

الملاحظة الثانية: فهي على بحث الشيخ الجواهري الفاضل، وهو رأي الفقه الشيعي أن الطبيب يضمن ولو قصد الشفاء وعمل ما يجب أن يعمل، ولكن تَلَفَتْ نفس المريض أو تلف عضو من أعضائها ولم يحدث منه إهمال. وجه هذا الرأي كما بيّن الشيخ الجواهري أن المريض أذن بالعلاج، ولم يحدث إذن بإتلاف نفسه أو عضو من أعضائه، وهذا الرأي - في رأيي - مرشّح للصحة إذا راعينا أمرين:

الأمر الأول: أنّ القاعدة الشرعية: لا يضيع دم في الإسلام، وهو معنى حديث ورد عن رسول الله ﷺ.

الأمر الثاني: أن المتلفات يضمنها ويتحمّلها المتلف حتى لو لم يكن المتلف مكلفاً تكليفاً شرعياً، فالأطفال والمجانين مع أنهم غير مكلفين، إلا أن إتلافاتهم مضمونة في أموالهم إذا كانت لهم أموال، أو من أموال أوليائهم إن لم تكن عندهم المتلفات، مع أن الأطفال لا قصد معتبر شرعاً لهم والمجانين كذلك بل أولى.

الملاحظة الثالثة: في بحث الشيخ الجواهري أن الخطأ الجسيم من الطبيب يُعدّ عمداً، وإن لم يقصد الخطأ الجسيم؛ كمن سقى مريضه السم بقصد العلاج فمات المريض، وهنا الخطأ جسيم، والسؤال هنا للشيخ: كيف يمكن اعتباره قتل عمد مع أنه لم يتعمّد قتله؟ ولو قلنا: إنه قتل عمد، فهل نطبّق عليه عقوبة القصاص التي هي عقوبة القتل العمد، مع أنه لم يقصد قتل المريض، لكنه أخطأ خطأً جسيماً، أرى أنه قتل خطأ، أو على احتمال آخر قتل عمد، كلاهما قابل للاحتمال. وشكراً سيادة الرئيس.

الدكتور ناجي بن محمد شفيق عجم:

بسم الله الرحمن الرحيم.

شكراً لكم، أرى أنه لا بد من وضع ضوابط في ضمان أو مسؤولية الطبيب، وأن يكون منها ما يلي:

أولاً: يكون تحديد المسؤولية التقصيرية من أهل الصنعة، أو العرف الطبي، أو ما يسمّى الآن باللجنة الطبية المختصة، وهذا يدخل في عموم قوله تعالى: ﴿فَسْتَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ﴾ [النحل: ٤٣]، فليست أهل الذكر خاصة بالعلماء، وإنما في المختصين في كل ما يحتاجه الإنسان، فتكون هناك مثلاً لجنة لأخطاء الجراحة، ولجنة لأخطاء التشخيص أو صرف الأدوية، ثم في حالة حصول الضرر بسبب الخطأ الذي لم يتجاوز فيه الطبيب أصول المهنة، أي: ما يسمى خطأ جرت به العادة، ففي مثل هذه الحالة لا ضمان على الطبيب؛ لأنه إذا حُمِلَ هذه المسؤولية لأحجم الكثير من الأطباء عن معالجة المرضى، والضحية يكونون هم المرضى، أما الأخطاء بسبب الغفلة أو النسيان أو ضعف الكفاءة وحصل ضرر للمريض فهذه فيها الضمان، ولكن كما قال الفقهاء: على العاقلة، ويقوم مقام العاقلة الآن - كما تفضّل به الإخوة الزملاء - نقابة الأطباء أو التأمين الصحي، وهذه مسؤولية مدنية، مسؤولية جبر فقط، كما تفضّل الدكتور البار، وليس فيها جزاء، أما في حالة الإهمال أو خطأ لم تجر به العادة بسبب جهل، أو طبيب غير مرخص له، أو تُعدّد مثل شخص قام بالختان فقطع ذكر المختون، فمثل

هذه الحالات يضمن الطبيب الضرر الذي لحق المريض من ماله وليس على العاقلة؛ لأنه تعدّ، وهذه يكون فيها مسؤولية مزدوجة، مسؤولية جبر ومسؤولية جزاء ردعاً له وزجراً لأمثاله.

وصلى الله على سيدنا محمد.

الدكتور علي محيي الدين القره داغي:

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه.

الشكر موصول للإخوة الكرام الباحثين الفضلاء على بحوثهم القيمة، والشكر مضاعف للأخ العارض على عرضه الطيب، وجزى الله الجميع الخير والمثوبة.

توجد عندي ملحوظة عامة من باب النصح وهو جائز من الصغير والكبير، وهو أننا تعودنا في السابق في دورات المؤتمر على أن لا تكون ملاحظتنا ملاحظات منسبة على تتبع الأخطاء، وكأننا نناقش بحثاً - ماجستير أو دكتوراه، صفحة كذا خطأ، أو فلان خطأ، أو تخريج غير صحيح، أو ما أشبه ذلك - إنما نحن نناقش القضايا والمعلومات والأسس، هذا صحيح وهذا غير صحيح، هذا جائز، هذا ضابط... إلخ. فأرجو أن نسير على هذا المنهج، لأنه في الحقيقة ما رأيته من الأمس إلى اليوم أرى أنه لا ينبغي، خاصة بحث فضيلة الدكتور حمداتي كان قيماً، ووجدنا عليه تعليقات شكلية، وهي تشغلنا عن القضايا الأساسية، وهذه الملحوظة أقولها من باب النصيحة، والله يشهد على ذلك.

بعد هذا أعود إلى الموضوع، هذه القضية حقيقة لا بد من تأصيلها، وأهم ما فيها العناية بالتكليف الفقهي للعلاقة بين الطبيب والمريض، هل هذه العلاقة قائمة على عقد الإجارة؟ أم عقد جعالة؟ أم نوع آخر؟ وقد أشار فضيلة الشيخ المختار السلامي إلى هذه المسألة، ولكن لم يفصل، وأشغل نفسه بمسألة اشتراط البرء، وإذا قلنا بأنه عقد إجارة، فهل نمضي على قواعد الإجارة؟ الأجير الخاص، الطبيب الخاص لا يضمن إلا في حالة التعدي والتقصير، والأجير المشترك عند

الجمهور أو الراجح أنه ضامن في كل الحالات . إن هذه المسألة مهمة جداً، وهي بداية الطريق، أرجو أن لا تغفل عنها لجنة الصياغة، وهذا ليس نقداً ولا تنقيصاً من البحوث، هذا أولاً.

ثانياً: إذا كانت المسألة تعاقدية، وحددنا نوع العقد، حينئذٍ ننظر إلى الإخلال، هل هو في أصل العقد الذي لا ينفيه أحد، وحتى شيخنا علي الخفيف لا ينفى الإخلال بأصل العقد، سواء سمّيناها بالمسؤولية التعاقدية أم لا، وهذا ما بيّنه الدكتور الألفي بياناً شافياً، يُشكر عليه، وفي رأبي أن يدرج ما ذكره في صياغة القرار، ولكن الإشكال في رأبي في الإخلال بشروط العقد، قد يدخل العاقدون - المريض خصوصاً - في شروط تفصيلية، فالإخلال بها لا بد أن يبحث، وهل هذه الشروط شروط مقبولة أم غير مقبولة؟ وإذا كانت هذه الشروط مقبولة، فهل يجب الوفاء بها أم لا؟ وإنما الإخوة الباحثون معظمهم لم يذكرُوا إلا مسألة البرء، وهي مسألة عامة .

ثم تنتقل إلى المسؤولية التقصيرية، وقد ذكرها أصحاب البحوث، فإذا كان الطبيب فرداً تكون المسؤولية عليه، وإذا كان ضمن فريق طبي كمستشفى، فأنا أرجح ما ذهب إليه الحنفية من أن المسؤولية تقع على الديوان أو النقابة أو المستشفى - وهو ما ذكره الدكتور رأفت عثمان - بدلاً من العشيرة والعاقل، وإذا كان الطبيب لجهة حكومية فإن الدولة تضمن؛ لأنه لا يضيع دم في الإسلام .

ثالثاً: أعمال الطبيب، وقد أولت معظم البحوث العناية بهذا الجانب وبالأنص بحث الدكتور حسان شمسي باشا .

المسألة قبل الأخيرة: الإذن، هل له تأثير في رفع المسؤولية أو تخفيفها . . . إلخ . ومعروف أنه لا يكون للإذن أي دور كما في حالة ما سمّي بقتل الرحمة، وكذلك الأعضاء بيعاً أو هبة؛ لأننا في الفقه الإسلامي نختلف عما هو الحال في أوروبا وأمريكا، حيث إن الإنسان لا يملك نفسه، وإنما هو ملك لله تعالى، فتأصيل هذه المسألة مهم جداً .

المسألة الأخيرة: الأضرار المعنوية - وقد كتبت فيها بحثاً منذ سنوات عدة -

وهي هنا كثيرة جداً، وقد ذكر الفقهاء ما يتعلق بالجمال، فإذا كان الرجل سليماً، لكن جلده لم يعد يبدو ناضراً كما كان في السابق، فما يسمّى بالألم النفسي مما يخص شخصيته أو اعتباره، فهل هذا يكون له ضمان؟ .

هذه المسائل الخمس أعتقد أنها مهمة جداً للجنة الصياغة، وشكراً لإتاحة الفرصة لي، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الدكتور محمد عبد المنعم أبو زيد:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله .

أطلق في عرض مداخلتني من ملاحظة فضيلة الأستاذ الدكتور القره داغي، فأقول: إنه حينما اطلعتُ على الأبحاث المتعلقة بالموضوع وجدتُ أن هناك عناصر تشابه عديدة بين طبيعة عمل كل من الطبيب والمضارب فيما يخص القضية محل البحث، فقلت: ألا يدعوننا هذا للنظر إلى هذه المسألة على غرار ما نظره علماء الفقه إلى مسألة ضمان المضارب؟ وقد يبدو للبعض لأول وهلة غرابة هذا الربط وأنه من الأولى اعتماد الإجارة أو الجعالة هنا، ولكن ائذنوا لي أن أسرد سريعاً عناصر التشابه التي ظهرت لي:

أولاً: أن كلاً منهما خبير في مجال عمل معين، الطبيب خبير في الطب، والمضارب خبير في الاستثمار .

ثانياً: أن كلاً منهما يقوم ببيع خدمة خبرته هذه في مجال تخصصه .

ثالثاً: أن كلاً منهما لا يضمن - ولا أقصد هنا الضمان بالمفهوم الفقهي - تحقق نتيجة خدمته مهما كانت مهارته، ومهما كانت التحوّطات التي يأخذ بها، فالطبيب لا يضمن تحقيق الشفاء؛ لأن الشفاء من عند الله نهاية وبداية، وكذلك المضارب لا يضمن تحقيق الربح؛ لأن نشاطه معرض بطبيعته للريح والخسارة .

رابعاً: يقيد المريض عمل الطبيب بمجال معيّن كما يقيد رب المال المضارب ببعض القيود التي تحصر عمله في مجال معين، شريطة أن لا تؤدي هذه القيود إلى تقييد حريته أو كفاءته في تحقيق الغرض المقصود، الربح في المضاربة، والشفاء في التطبيب .

خامساً: ضرورة التزام كل منهما بأصول المهنة وأعرافها السائدة عند مزاولته لعمله، وهو شرط عرفي متفق عليه

وبناءً على ذلك فهل يمكن لنا النظر إلى مسألة ضمان الطبيب على غرار ما نظر به علماء الفقه مسألة ضمان المضارب، فنقول: إن الطبيب لا يضمن إلا في حالات التقصير أو التعدي أو مخالفة الشروط، وما عداها فهو لا يضمن تحقيق نتيجة تطبيقه؛ لأن الشفاء من عند الله مع التأكيد نهائيةً على أنني لا أقصد هنا القياس بالمفهوم الفقهي، وإن كانت هناك علاقة بين ما ذكرته وبينه؛ لأن هذا القياس له شروط صحة وأركان أربعة كما حددها ابن قدامة في (المغني)، وهي تتعلق بالمقيس عليه، وهو الأصل وهو المضارب هنا، والمقيس وهو الفرع ويمثله هنا: الطبيب، والعلة الجامعة بينهما وهي الإهمال والتفريط، والحكم الشرعي المراد تعديته وهو هنا عدم ضمان المضارب إلا في حالات التعدي والتقصير ومخالفة الشروط، وأترك هذا الأمر للفقهاء، وشكراً.

الدكتور محمد علي عبد الله:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

الشكر والتقدير لكل من عرض وناقش بصورة كافية وشاملة، وكذلك الشكر لمن أعدَّ عملاً للقضاة، وما قرأته في البحوث أرجو أن أستفيد منه لكوني قاضياً.

ألقيت مسائل كثيرة من خلال هذه الجلسة، سواء كانت مسؤولية الطبيب تعاقدية أو مسؤولية تقصيرية، والواقع أن ما يقوم به القاضي في هذا المجال أكثره في تقصير الطبيب من الناحية المدنية؛ لأن الطبيب مسؤول عن خطئه سواء كان من عدم انتباهه للمرض أو عدم القيام بما يستحقه المريض، والطبيب عليه التأكد من وجود أدوات الجراحة، وهناك مسؤولية بسيطة ومسؤولية فاحشة، مثل: إجراء عملية في العين السليمة بدلاً من العليلة.

الشيخ أحمد بن حمد الخليلي (نائب الرئيس):

عفواً الاقتراحات المماثلة قد تقدّم في دورات قادمة، وينبغي أن تكتبوا الاقتراحات وتقدّموها للأمانة العامة.

الدكتور حسين كامل فهمي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله.

الدورة الحالية أعتقد أنها على درجة من الأهمية، فقد وردت في عدد من الأبحاث المقدّمة إشارة إلى التأمين الصحي الذي يشترك فيه الطبيب، وتحمل بموجبه شركة من الشركات أو مؤسسة من المؤسسات دفع التعويض نيابة عنه، وأقول: إن هذا الاقتراح قد يقود إلى مضرة أكبر من المصلحة المرجوة منه؛ لأن التأمين على المسؤولية التقصيرية مثل سائر أنواع التأمين الأخرى، قد يشجع على عدم توقي الحرص من بعض الأطباء؛ لأن الطبيب في هذه الحالة يعلم يقيناً أن هناك من سيتولّى دفع قيمة الضمان نيابةً عنه في حال التقصير، وبطبيعة الحال؛ فإن القضية هنا تتعلق بأجساد المرضى التي كرمها الله سبحانه حتى بعد الموت، والمرضى أنفسهم في هذه الحالة لا حول لهم إلا بالله العلي العظيم، لذلك أوصي بأن تكون دراسة مثل هذا الاقتراح بشيء من التفصيل والتدقيق. وشكراً.

الدكتور عكرمة سعيد صبري:

بسم الله الرحمن الرحيم.

شكر العارض وأصحاب البحوث القيّمة على المعلومات المفيدة لهذا الموضوع الحساس، وأقدّم ملاحظتين:

الأولى: ركزت الأبحاث على مسؤولية الطبيب، لا بد من توحيد المسؤولية في المستشفيات الخاصة مع المستشفيات الحكومية.

الملاحظة الثانية: يوجد تضارب في مواقفنا كمفتين وبين قوانين الوضعية المعمول بها في وزارات الصحة في بعضها أو في بعض المستشفيات بشأن الإجهاض، فإن بعض الدول تجيز الإجهاض مطلقاً إذا وافقت الأسرة - أي: الحامل مع زوجها - في حين نحن نقول: بأن الإجهاض بهذه الطريقة غير مشروع، فلو حصل خطأ فهل يحق لولي الأمر أو للأسرة أن تقيم دعوى على الطبيب في هذه الحالة أم لا؟ لا بد من توحيد أو توفيق أو التزام بالنسبة إلى

وزارات الصحة في العالم الإسلامي والمستشفيات الخاصة والحكومية بما يعمل به لدى المجامع الفقهية؛ لأنه حصل تضارب ومشاكل بشأن موضوع الإجهاض، وبالنسبة لفلسطين بالذات؛ فإن الأطباء اليهود يحاولون أن يوهموا النساء الحوامل المسلمات أن الأجنة مشوّهة ولا بدّ من إجهاضها، ومنهم من يستجيب ويخاف ويجهض فعلاً، ومن النساء من لا يجهضن ويتبيّن فيما بعد بأن الجنين كان سليماً ولا يوجد فيه أي تشوه، فنحن حريصون على موضوع سلامة الأجنة، وأيضاً حريصون على عدم الإجهاض؛ لأن كثيراً من الحالات تكون تقاريرها الطبية غير دقيقة، فنحن نطالب بأن يكون هناك نوع من الانسجام بين الفتاوى الجمعية الفقهية بشأن الإجهاض وبين القوانين المعمول بها في المستشفيات. وشكراً لكم.

الشيخ محمد عبده عمر:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

لي ثلاث ملاحظات:

الأولى: تتعلق بما جاء في حديث فضيلة الشيخ الجواهري - حفظه الله - الذي جاء فيه ما يوهم الالتباس، وأنا أعلم أنه لا يقصد ذلك، حيث جاء فيه: إذا لم يكن هناك إهمال أو تعدّد من الطبيب فأتلف نفس المريض أو عضواً منه بدون إذن منه، يتبادر إلى ذهن السامع أنه إذا كان بإذنه فليس عليه أية مسؤولية - وهذه العبارة ستنتقل إلى مجلة المجمع - فأرجو من فضيلة الشيخ توضيح هذا الالتباس، وأنا أعلم أنه لا يقصد.

الملاحظة الثانية: بالأمس ذكر الشيخ علي التسخيري - حفظه الله - القطع وعنى به العلم من حيث هو علم، وهذا فهم جديد أن العلم يطلق عليه قطعي، وأنه سوف يرجح الظن حتى يؤخذ به، ومعلوم أن كتاب الله - عزّ وجلّ - قطعي الثبوت، ولكن ليس كله قطعي الدلالة، كما أن السنّة منها قطعية الثبوت كالمتمواتر، ومنها غير قطعية الثبوت، وقد تكون قطعية الدلالة، وقد لا تكون قطعية الدلالة.

الملاحظة الثالثة: الذي ذهب إليه الدكتور محمد عبد المنعم أبو زيد من قياس الطبيب على المضارب في الضمان فهو قياس فاسد؛ لأن الكليات الخمس من حفظ الدين والنفس . . . ، فلا يصح أن نقيس المال على النفس .

الدكتور إبراهيم الغويل:

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، بسم الله الرحمن الرحيم .

هذا الموضوع من عملي اليومي، وكنت أتمنى أن تكون هناك دراسة مسحية للتشريعات الإسلامية في البلاد الإسلامية ومقارنتها بما وصلت إليه .

على كل حال وبعد أن استمعت إلى الشيخ خليل الميس الذي طرح سؤالاً حول إسقاط الجنين أو الإجهاض ثم تكرر من الشيخ عكرمة، ومتى يؤخذ بالخبرة الطبية في هذا الشأن، تذكرت أنني سألت يوماً في أحد الاجتماعات الأولى لمجمعنا في دوراته الأولى، وتوجهت بسؤال ضمن أسئلة أخرى إلى الأخ الأستاذ الدكتور البار عما يحدث للجنين في الأسبوع الثامن عشر، لما خطر في بالي من تحديد القرآن الكريم لعدة المتوفى عنها زوجها بأربعة أشهر وعشراً، والتقاء هذا مع حديث صحيح من رسول الله ﷺ من أن الجنين يكون نطفة اثنين وأربعين يوماً، وعلقة اثنين وأربعين يوماً، ثم مضغة، ثم أنشأناً خلقاً آخر، فيلاحظ أن الأربعة أشهر وعشراً هي مائة وستة وعشرون يوماً، ويلاحظ أن اثنين وأربعين واثنتين وأربعين واثنتين وأربعين هي مائة وستة وعشرون يوماً، وهي الأسبوع الثامن عشر، وسألت الأستاذ الفاضل الدكتور البار حول ذلك ضمن أسئلة أخرى متعلقة بالمجال الطبي، ولكن الآن تذكرت وأرجو أن يتذكر الأستاذ الفاضل البار حول هذا الموضوع ما يحدث للجنين في الأسبوع الثامن عشر، وشكراً.

الدكتور شوقي أحمد دنيا:

بسم الله الرحمن الرحيم .

واضح من كثرة المداخلات والمناقشات الطبية أن الموضوع متشعب الجوانب، وطرحته حوله تساؤلات عديدة، ولذلك أرى أن يكون قرار المجمع إرجاء اتخاذ قرار في هذا الموضوع لمزيد من البحث والدراسة، ومشغوفاً بعقد

ندوة متخصصة من الأطباء والفقهاء، تدرس هذا الموضوع من جوانبه المختلفة حتى لا نكون متسرعين في قرارنا، وقد أمضينا في بعض المواضيع التي هي أقل أهمية: سنوات طويلة، فلم يراد البتّ في هذا الموضوع فوراً، وله هذه الأبعاد المتناقضة والمتعكسة والمتشعبة؟.

الشيخ أحمد بن حمد الخليلي (نائب الرئيس):

أريد أن أسأل الشيخ السلامي عن قوله: أنه يجب على الطبيب ألا يباشر علاج المريض حتى يتفق معه على الأجر إن كان هذا الطبيب طبيياً خاصاً، ففي هذه الحالة لو جاء مريض وهو في شدة المرض، بحيث لو كان الاتفاق على الأجر يؤدي به الموت أو زيادة المرض، ألا يقال في مثل هذه الأحوال: يرجع إلى أجر المثل إذا اختلف الجانبان؟.

الشيخ محمد المختار السلامي:

بسم الله الرحمن الرحيم. اللهم صلِّ وسلِّم وبارك على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه.

شكراً للسادة المعقبين، وقد أثار أخي فضيلة العلامة الشيخ القره داغي أسئلة، السؤال الأول هو التكييف الفقهي، أي: هذه العلاقة بين الطبيب والمريض ما هي؟. وأظن أنني في بحثي بيّنت أنها إما أن تكون على البرء، وإذا كانت على البرء فهي واضحة أنها علاقة إجارة إن تحقق البرء استحق الطبيب أجره، وإن لم يتحقق فلا أجر له. وذكرت أنه إذا اختلط الاتفاق بين تقديم الأدلة وبين العلل، وبيّنت أحكامها مرتبطة على أصلها وبيّنت أنه إذا لم يقع الاتفاق على البرء فكان في القديم أنه محمول على الجعالة، وقلت: هذا عرف سابق تجاوزه الزمن وإن كان الإمام مالك قد قال به لكن اليوم هي إجارة، وإذا قلت: إجارة، فأنا مخاطب علماء في المجمع، لا أتحدث عن الإجارة، أجبر خاص أو أجبر مشترك، معروف أنه أجبر مشترك، لديه عيادة يرد إليه المرضى، ولا أتحدث عن الإجارة؛ لأنني لا أرى أن أدخل في بحث خاص أحكاماً أخرى تتعلّق به معلومة عند السادة الفقهاء، وقد تكون من الضروريات.

الإذن وتأصيل هذه المسألة، أظن أنني بيّنت أن جسم الإنسان مصون، ولا يصح من الطبيب الدخول إلى جسمه إلا بإذن.

بقيت مسألة أنه إذا كانت هناك حالات اضطرارية لا يستطيع فيها المريض أن يأذن، فهذه الحالات تدخل في القواعد والأصول الخاصة بحفظ الضروريات الخمس، وحفظ النفس مقدّم على هذا الأمر الذي هو تحسيني وليس ضرورياً.

تحدّث أيضاً عن الضرر المعنوي، والضرر المعنوي بيّنت في بحثي أنه إذا أفسى السر فإنه يترتب عليه ضرر معنوي ولا يترتب عليه ضرر بدني، قد يكون بينه وبين زوجته، قد يكون بينه وبين المجتمع، قد يكون بإفشاء هذا السر يهدم، وهذا الضرر يعاقب عليه الطبيب ثم يجبر ضرره.

طلب بعض المتداخلين تأجيل القرار، وليس من سنة هذا المجمع أن يقوم عضو فيطلب تأجيل القرار، التأجيل يكون في حالة اجتماع اللجنة وتقديمها نتيجة الاجتماعات وتلخص ذلك في مشروع، فإما أن يقبل المشروع بتمامه، وإما أن يرفض بتمامه، وإما أن يعدل ويقبل بعضه ولا ينظر في بعضه.

ما تفضّل به فضيلة العلامة الرئيس - جزاه الله خيراً - من أن الإنسان إذا جاء في حالة لا يمكنه فيها أن يتحدّث مع الطبيب في مقدار أجره، هذه كلها من الحالات الاضطرارية القليلة التي لا نتحدّث فيها عن الأجر؛ لأن الأجر إنما هو بعد سلامة النفس، وسلامة النفس مقدّمة، فهي بعد حفظ الدين حسب ترتيب الأصول الخمسة.

وشكراً لكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ أحمد بن حمد الخليلي (نائب الرئيس):

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

نشكر جميع الباحثين، ونشكر شكراً خاصاً العارض والمقرر، ونشكر جميع أصحاب الفضيلة الذين أسهموا بمدخلاتهم، وعلى أية حال لاحظت بأن

هناك اتجاهين في تضمين الطيب، اتجاه ربما وصل إلى حد الإفراط، وأرجو أن يسامحني من كان معنياً بهذا، واتجاه آخر على عكس ذلك لعله يصل إلى حد التفریط، فالقول بأن الطيب يضمن على كل حال، هذا فيه شيء من الخطورة وقد يؤدي ذلك إلى الإحجام عن الطب، وتترتب عليه مفسدة، وفي المقابل سمعنا من أستاذنا الكبير الشيخ الفرور يقول: بأن المال له قيمة، لذلك فالطيب عندما يلزم الضمان فقد يؤدي به الحال إلى التقتير، وقد يؤدي إلى أن يأتي بشيء يضر بالمرضى، هذا على أية حال أمر عجبت منه؛ لأن المال إنما هو من جملة ما خلق للإنسان، والله تبارك وتعالى يقول: ﴿ خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾ [البقرة: ٢٩]، فكل ما هو متمول وكل ما هو ممتلك إنما خلق للإنسان، والإنسان قد كرم كرامة كبيرة ﴿ وَالْقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْوَيْبِ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾ [الإسراء: ٧٠]، فجسد الإنسان له تكريم مسلماً كان أو كافراً؛ لأجل الحرمة الإنسانية.

فلذلك لا أرى أن يعفى الطيب من الضمان، ولو كان يرى أن الراجح إسقاط الضمان عليه، ومع هذا قد اختلف معه شيئاً قليلاً لأن الإنسان إذا عرف أنه يتحمل المسؤولية ويكلف ما يثقل عليه يحرص على أن يؤدي عمله بأمانة، وليس كل أحد يحاسبه ضميره، هناك من يحاسبه الضمير، وهناك من يخشى من العقوبة، ولولا ذلك ما فرضت العقوبات، ولم تكن العقوبات إلا رادعة، فلذلك أرى التوسط ما بين الاتجاهين، وهذا مما يرجع إلى لجنة الصياغة التي تتكون من أصحاب الفضيلة: الدكتور حسان شمسي باشا، والشيخ حسن الجواهري، والدكتور محمد علي البار، والدكتور محمد جبر الألفي، والدكتور حمداتي شيهنا ماء العينين.

وبهذا ترفع الجلسة، وصلى الله وسلم على سيدنا ونبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

* * *

القرار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين ،
وعلى آله وصحبه أجمعين .

قرار رقم ١٤٢ (١٥/٨)

بشأن

ضمان الطبيب

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، المنبثق عن منظمة المؤتمر
الإسلامي ، المنعقد في دورته الخامسة عشرة بمسقط (سلطنة عُمان) من ١٤ إلى
١٩ المحرم هـ ، الموافق ٦ - ١١ آذار (مارس) ٢٠٠٤ م .

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع ضمان
الطبيب ، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله .

قرر ما يلي:

أولاً: ضمان الطبيب:

١ - الطب علم وفن متطور لنفع البشرية ، وعلى الطبيب أن يستشعر مراقبة
الله تعالى في أداء عمله ، وأن يؤدي واجبه بإخلاص حسب الأصول الفنية
والعلمية .

٢ - يكون الطبيب ضامناً إذا ترتب ضرر بالمريض في الحالات الآتية :

أ - إذا تعمد إحداث الضرر .

ب - إذا كان جاهلاً بالطب ، أو بالفرع الذي أقدم على العمل الطبي فيه .

ج - إذا كان غير مأذون له من قبل الجهة الرسمية المختصة .

د - إذا أقدم على العمل دون إذن المريض أو من يقوم مقامه «كما ورد في قرار المجمع رقم ٦٧ (٥/٧)».

هـ - إذا غرر بالمريض .

و - إذا ارتكب خطأ لا يقع فيه أمثاله ولا تقرّه أصول المهنة، أو وقع منه إهمال أو تقصير .

ز - إذا أفشى سر المريض بدون مقتضى معتبر «حسب قرار المجمع رقم ٧٩ (٨/١٠)».

ح - إذا امتنع عن أداء الواجب الطبي في الحالات الإسعافية (حالات الضرورة).

٣ - يكون الطبيب - ومن في حكمه - مسؤولاً جزائياً في الحالات السابق ذكرها إذا توافرت شروط المسؤولية الجزائية، فيما عدا حالة الخطأ (فقرة و) فلا يُسأل جزائياً إلا إذا كان الخطأ جسيماً .

٤ - إذا قام بالعمل الطبي الواحد فريق متكامل، فيُسأل كل واحد منهم عن خطئه؛ تطبيقاً للقاعدة: «إذا اجتمعت مباشرة الضرر مع التسبب فيه؛ فالمسؤول هو المباشر، ما لم يكن المتسبب أولى بالمسؤولية منه»، ويكون رئيس الفريق مسؤولاً مسؤولية تضامنية عن فعل معاونيه إذا أخطأ في توجيههم أو قصر في الرقابة عليهم .

٥ - تكون المؤسسة الصحية (عامة أو خاصة) مسؤولة عن الأضرار إذا قصرت في التزاماتها، أو صدرت عنها تعليمات ترتب عليها ضرر بالمرضى دون مسوغ .

ويوصي بما يأتي:

١ - إجراء دراسة خاصة بمشكلات التطبيق المعاصر لنظام العاقلة واقتراح البدائل المقبولة شرعاً .

٢ - إجراء دراسة خاصة بمسائل الضرر المعنوي والتعويض عنه في قضايا الضمان بوجه عام .

٣ - الطلب من الحكومات الإسلامية توحيد التشريعات الخاصة بتنظيم الأعمال الطبية؛ مثل : قضايا الإجهاض ، وموت الدماغ ، والتشريح . . .

٤ - الطلب من الجامعات في الدول الإسلامية إيجاد مقرر خاص بأخلاقيات وفقه الطبيب لطلبة الكليات الطبية والتمريض .

٥ - الطلب من الحكومات في الدول الإسلامية تنظيم ممارسات الطب البديل والطب الشعبي والإشراف عليها ، ووضع الضوابط التي تحمي المجتمع من الأضرار .

٦ - حثّ وسائل الإعلام على ضبط الرسالة الإعلامية في المجال الصحي والطبي .

٧ - تشجيع الأطباء المسلمين على إجراء البحوث والتجارب العلمية والشرعية .

والله الموفق .

* * *

ملحق

البيانات الصادرة عن الدورة

١ - بيان بشأن القضية الفلسطينية

٢ - بيان بشأن العراق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين،
وعلى آله وصحبه أجمعين .

بيان

بشأن القضية الفلسطينية

إن مجمع الفقه الإسلامي وهو يتابع ما يحدث في أرض فلسطين المحتلة على أيدي الصهاينة الغاصبين؛ ليدعو العالم أجمع إلى وقف الإرهاب الذي تقوم به السلطات المحتلة؛ المتمثل بقتل الأبرياء من الأطفال والنساء والرجال بشكل يومي، وارتكاب مجازر جماعية متكررة، بالإضافة إلى هدم البيوت وتشريد أهلها، واغتصاب الأراضي، وإتلاف المزروعات، وقلع الأشجار المثمرة التي تسبّح الله الواحد القهار، بل لم تكتفِ بذلك بل أقامت جداراً فاصلاً يقطع الأراضي الفلسطينية، ويلتهم (٢٥٪) من مساحتها بعد أن تهدم بيوت الأهالي لتقيم هذا الجدار العنصري؛ مخالفة بذلك أحكام الديانات السماوية والأعراف الإنسانية والقوانين الدولية .

وتضيف السلطات المحتلة إلى ذلك كله استخدام العصابات وقطاع الطرق؛ فسطو بالسلاح على المصارف (البنوك) لتسرق المدخرات المالية للأهالي .

إن هذه الجرائم مجتمعة لم يسبق لها مثل في تاريخ الإنسانية، حتى ولا في أحلك ظروفها وأشدّها ظلماً وظلاماً، كل ذلك تفعله السلطات الإسرائيلية المحتلة تحت ستار الدفاع عن النفس، وبحجة أن المنظمات الفلسطينية هي إرهابية!! وكيف تكون إرهابية وهي تدافع عن أرضها وعرضها وأموالها أمام محتل غاصب لا يقيم للإنسانية وزناً؟! ولو كان هذا الزعم صحيحاً لكانت

حركات التحرر في العالم إرهابية! .

إن علماء مجمع الفقه الإسلامي ليبدون أشد استغرابهم من موقف العالم المتفرد أمام هذا الإرهاب الذي يشاهدونه يومياً، في الوقت نفسه فإنه يدعو المؤسسات الدولية إلى تحمّل مسؤوليتها في رفع الظلم وتحقيق مبادئ الحرية والعدل والمساواة التي ينادي بها .

كما يدعو مجمع الفقه الإسلامي الدول العربية بمناسبة انعقاد مؤتمر القمة العربية بتونس في أواخر الشهر الجاري إلى بحث مسألة الحفريات الإسرائيلية أسفل المسجد الأقصى وفي محيطه، ويدعو الدول الإسلامية عامة إلى تحمّل مسؤولياتها أمام الله عزّ وجلّ وأمام شعوبها وأمام التاريخ، فلا يكفي الاستنكار والشجب، بل لا بد من عمل كل ما تستطيع هذه الدول عمله، وهي تستطيع عمل الكثير من أجل فلسطين المباركة وأهلها المرابطين بما في ذلك الدعم المادي والمساعدات الإنسانية، والعمل الجاد لإنهاء الاحتلال الإسرائيلي وتحرير الأقصى والمقدّسات .

وعلى العالم الإسلامي حكومات وشعوباً تحمّل مسؤولياته التاريخية لوقف هذه الانتهاكات الصارخة، وموازرة الشعب الفلسطيني في صموده ومقاومته في هذه المأساة الخطيرة .

وليس ذلك على الله بعزيز، والله غالبٌ على أمره ولكن أكثر الناس لا يعلمون .
والله الموفق .

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين،
وعلى آله وصحبه أجمعين.

بيان

بشأن العراق

إن مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الخامسة عشرة؛ إذ يتابع ما يجري في العراق من أحداث جسام، وما يخطط له من مؤامرات خطيرة تمس وحدته، وما يراد أن يثار فيه من فتن طائفية وعرقية طائفية تقضي على كيان شعبه وتماسكه، وما يترتب عليها من مفاسد وفتن تأكل الأخضر واليابس، وتشعل المنطقة بنيران الفرقة والتدمير، وتفتح الأبواب للأعداء المتربصين بهذه الأمة.

ومجمع الفقه الإسلامي الدولي انطلاقةً من موقعه الإسلامي وإحساسه بواجب العلماء الناصحين؛ يُدين بقوة كل هذه المؤامرات التي تُحاك ضد العراق.

ويُعلن وقوفه مع الشعب العراقي وشدّ أزر كل قواه التي لازالت - ولا تزال - تبذل كل جهودها لمنع الفتن، والعمل على توحيد الشعب العراقي، والخروج به من آثار الاحتلال الغاشم، وإعادة سيادته الكاملة بأقرب فرصة مع الحفاظ على حقوق الجميع على أساس العدل والأخوة.

وإن المجمع ليناشد العراق: عربيه وأكراده وتركمانه، سُنّته وشيعته، وجميع طوائفه وقواه السياسية والعشائرية للوقوف صفاً واحداً لدرء المخاطر المحيطة به، وعودته إلى أحضان أمته الإسلامية، وأداء دوره المنوط به على كافة المستويات الإقليمية والدولية.

والله الموفق.

* * *

القِسْمُ الثَّلَاثُ

الجلسة الخامسة
والبيان الختامي

كَلِمَةٌ

مَعَالِي الشَّيْخِ الدُّكْتُورِ كَبْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ابْنِ بُوَزَيْدٍ

رئيس مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده .

أما بعد، فبفضل من الله تعالى أتينا على إتمام أعمال الدورة الخامسة عشرة في مسقط، عاصمة سلطنة عُمان، والتي تولّى إدارة أعمالها سماحة مفتي السلطنة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي، فجزاه الله خيراً .

وقد نجمت عن هذه الدورة عدة قرارات؛ من أهمها: قرار الشركة المتناقصة، وقرار ضمان الطبيب، وقرار إسلامية المناهج والتربية، فجزى الله الأعضاء كل خير على عملهم الدؤوب، وجزى الله السلطنة كل خير .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

* * *

كلمة
سماحة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي

مفتي سلطنة عُمان
ونائب رئيس مجمع الفقه الإسلامي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات، وبفضله تنزل البركات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ﷺ، وعلى آله وصحبه أجمعين، وعلى تابعيهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد، فبتحية الإسلام الطيبة المباركة أحييكم جميعاً أيها المشايخ الأجلاء، السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

هذا وإننا لنأسف كثيراً، بعد الاجتماع الذي جلله الأنس واكتنفته المودة وساده حُسن التفاهم والوئام، أن نصل إلى ساعة الافتراق، وكلنا أمل في أن يبقى أثر هذا الاجتماع محفوراً في نفوسنا جميعاً، وأن يُبارك الله تبارك وتعالى فيه فيما أثمر من قرارات وتوصيات، نرجو بفضل الله تعالى وبعونه أن تلقى طريقها إلى التنفيذ، والأترُك في أماكنها من غير أن تخرج إلى عالم التطبيق والعمل.

ونسأل الله تبارك وتعالى لمجمعكم هذا مزيداً من الخير والعون والتوفيق والتسديد، وأن يبارك الله تعالى في جهود القائمين عليه، ونخص بالشكر والتقدير معالي الشيخ الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد، رئيس المجمع، ومعالي الشيخ الدكتور محمد الحبيب ابن الخوجة، الأمين العام للمجمع، سائلين الله تبارك وتعالى لهما التوفيق لما فيه مصلحة الدين والدنيا، وأن يسدد مساعيهما الخيرة بالنجاح والتوفيق، وأن يعافي الله شيخنا بكر بن عبد الله أبو زيد مما ألم به.

هذا وقد خرج المجمع بقرارات وتوصيات وهي بين أيديكم، وكذلك البيان الختامي الذي سيلقيه معالي الأمين العام للمجمع.

وأخيراً نشكر لكم حضوركم أعمال هذه الدورة المباركة، وتجشمكم عناء السفر، وصلى الله وسلم على سيدنا ونبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

* * *

البيكان الختايئي
لعلالي الامين العام لجمع الفقهاء الاسلامي
فضيلته شيخ الدكتور محمد مجيد بن الخوجه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي بفضلته تتم الصالحات، وتطلب بإعانتة وتوفيقه أسمى الغايات، وتدرك بجميل رعايته وحُسن عنايته أوفى البركات. وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد الداعي إلى الحق والطرق البينات، والهادي إلى ما فيه مقاصد التشريع وأسرار الحياة، صلاة وسلاماً دائماً متواصلين، ما قامت على ذلك الدلائل المطردة في جميع الأحوال والملايسات، والمفضية بالخلق إلى اتباع سُبُل الحق وتحصيل الخيرات والمكرمات.

وبعد، فعلى مدى أسبوع كامل من يوم الخميس الرابع عشر من محرم الحرام سنة ١٤٢٥هـ إلى التاسع عشر منه، ومن السادس من آذار (مارس) إلى الحادي عشر منه سنة ٢٠٠٤م، امتدّت تحضيرات وأشغال الدورة الخامسة عشرة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدة بمدينة مسقط عاصمة سلطنة عُمان. وذلك بدعوة كريمة من جلالة السلطان قابوس بن سعيد المعظم، حفظه الله وجزاه عنا خير الجزاء. فعقدت في الأول: ندوة صحفية أشرف عليها عضو المجمع سماحة العلامة أحمد بن حمد الخليلي، المفتي العام لسلطنة عُمان، دام حفظه، وقام بها الأمين العام للمجمع معرّفاً بمؤسستنا الدولية هذه، ومبيناً لنشاطاتها ومفضلاً جدول أعمالها في هذه الدورة.

وقد وصلت إلى مسقط الزاهرة وفود كثيرة من العلماء والمفكرين وأعضاء وخبراء المجمع من مختلف الآفاق.

وبدأ حفل الافتتاح بحضور رجال الدولة العُمانية يتقدّمهم صاحب السمو السيد شهاب بن طارق بن تيمور آل سعيد، راعي حفل الافتتاح نيابة عن صاحب الجلالة، وكان في استقبالهم معالي الدكتور عبد الواحد بلقرين الأمين العام لمنظمة المؤتمر الإسلامي، وصاحب السماحة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي، المفتي العام لسلطنة عُمان، وسماحة الدكتور الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد،

رئيس المجمع، وسماحة الدكتور الشيخ محمد الحبيب ابن الخوجة، الأمين العام للمجمع .

وبدأت فعالية الحفل الافتتاحي في الساعة العاشرة من صباح يوم السبت الرابع عشر من محرم ١٤٢٥هـ، بالقاعة الكبرى في فندق البستان. فتليت آيات مباركات من الذكر الحكيم، وألقى بإثرها صاحب السمو السيد شهاب بن طارق بن تيمور آل سعيد مستشار السلطان ونيابة عنه خطابه الافتتاحي، مرحباً بأصحاب الفضيلة العلماء والضيوف المشاركين، وأكد سموه على أهمية الفقه الإسلامي وقدرته على أن يكشف للمسلمين مزايا دينهم، ويضع الحلول المناسبة للقضايا المتنوعة التي أفرزتها الحياة المعاصرة.

ثم أخذ الكلمة من بعده كل من معالي الدكتور عبد الواحد بلقزيز، الأمين العام لمنظمة المؤتمر الإسلامي، فأشاد بالجهد القيم الكبير الذي قام به المجمع في مجالات عمله المختلفة، والتي أدى فيها خدمة جليلة للإسلام والمسلمين في كل ما له مساس مباشر بحياة الفرد المسلم ومعيشته وعلاقته مع الأسرة والمجتمع، وتلاه صاحب السماحة العلامة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي فأكد أن المؤتمر يأتي في وقت حساس تحتاج الأمة فيه إلى التجمع والتشاور من أجل إيجاد الحلول المناسبة لكافة القضايا التي تواجهها، وتعاقب من بعده على الكلمة معالي الدكتور الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد، رئيس المجمع، ومعالي الدكتور الشيخ محمد الحبيب ابن الخوجة الأمين العام للمجمع، وصاحب المعالي الشيخ عبد الله بن محمد السالمي، وزير الأوقاف والشؤون الدينية بسلطنة عُمان، وأكد جميعهم على أهمية هذا الاجتماع العلمي المبارك بما يحتوي عليه من موضوعات مطروحة للبحث والنقاش.

وبإثر هذه الكلمات الضافية، وفي بداية الجلسة العلمية الأولى تم تعيين سماحة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي نائباً للرئيس، واختير الدكتور وهبة الزحيلي مقررًا عامًا للدورة.

واستمرت جلسات العمل وعدتها ثمان، وكانت الموضوعات المدرجة للدراسة على أربعة أنواع:

● الأول منها : تناول قضايا عامة هامة هي :

- الخطاب الإسلامي ومميزاته والتحديات التي تواجهه . وقدمت فيه خمسة بحوث .

- وإسلامية مناهج التعليم . وقُدمت فيه ستة بحوث .

● الثاني : موضوعات فقهية وقانونية واقتصادية ؛ هي :

- المشاركة المتناقضة وضوابطها الشرعية . وقدمت فيها ستة بحوث .

- وبطاقات الائتمان . وعرضت فيها ستة بحوث .

- وصكوك الإجارة . واشتملت على خمسة بحوث .

- والاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعه . وفيه تسعة بحوث .

● النوع الثالث : تناول قضية هامة أصولية هي : المصالح المرسلة . وقدمت فيها سبعة بحوث .

● والنوع الرابع : موضوعه : ضمان الطيب . قُدمت فيه سبعة بحوث .

ويبلغ عدد الدراسات العلمية والفقهية المقدمة من طرف المستكئين السادة العلماء والفقهاء واحداً وخمسين بحثاً .

وفي ضوء هذه الدراسات وما تبعها من مناقشات ومداومات شملت جميع المواضيع المدرجة في جدول أعمال هذه الدورة ، تم تكوين لجان لإعداد القرارات والتوصيات المناسبة لكل موضوع على حدة وصياغتها ، ثم عرضت جميعها على أعضاء مجلس المجمع الذين انتهوا إلى إقرارها بالصيغة التي قدمت لحضراتكم .

وعلى هامش هذه الدورة انعقد اجتماع مكتب المجمع بإشراف نائب رئيس المكتب سماحة الشيخ آية الله محمد علي التسخيري ؛ وحضره كل من :

١- سعادة الدكتور محمد رشيد إبراهيم ، ممثل جمهورية المالديف .

٢- سعادة الدكتور عمر جاه ، ممثل جمهورية غامبيا .

٣- سعادة الدكتور أبو بكر الدكوري، ممثل جمهورية بوركينا فاسو .

٤ - وشارك الشيخ الدكتور محمد الحبيب ابن الخوجة، الأمين العام للمجمع، بتكليف من الأمين العام لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الإشراف على هذه الجلسة.

وتولى الأمين العام للمجمع تقديم مقترحات لإعادة هيكلة المجمع استجابةً لمبادرة سمو ولي عهد المملكة العربية السعودية الأمير عبد الله بن عبد العزيز؛ التي تبناها مؤتمر القمة العاشر المنعقد خلال شهر أكتوبر ٢٠٠٣م. واتفق أعضاء المكتب على عقد جلسة استثنائية لعرض المقترحات على أعضاء المجمع لدراستها واعتمادها قصد النهوض والتطور بنشاطات المجمع العامة والخاصة .

وعقب ذلك اجتمع أعضاء المجمع الحاضرون فقدّموا تصوّراتهم في تجديد هيكلة المجمع وتوسيع نشاطه، واجتمعت كذلك لجنة الصياغة لإعداد القرارات والتوصيات الصادرة عن هذه الدورة.

وأعلم سعادة الدكتور حماد بن الشيخ الشيباني، مدير عام دائرة الأوقاف بإمارة دبي المجمع عن دعوة دولة الإمارات العربية المتحدة وحكومة دبي لإقامة الدورة السادسة عشرة القادمة في دبي. وتلقّى أعضاء المجمع وخبرائه هذه الدعوة بحُسن الثناء والتقدير .

وفي ختام أعمال الدورة رفع أعضاء المؤتمر برقية شكر وثناء واعتزاز وتقدير لجلالة السلطان المعظم، حفظه الله ونصره .

وإنه ليسعدنا أن نتقدم بفائق الشكر وبالغ الامتنان لصاحب السمو السيد شهاب بن طارق بن تيمور آل سعيد الموقر، ولمعالي وزير الأوقاف والشؤون الدينية، الشيخ عبد الله بن محمد السالمي، على استضافة هذه الدورة، وعلى كرم الوفاة، وعلى الجهود الكبيرة التي بذلها أعضاؤه ومساعدوه دعماً لنشاطنا، وتوفيراً للأسباب نجاح دورتنا هذه .

وإنه ليسرني أن أتقدم بجزيل الشكر للعلامة الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد حفظه الله، كما أثنى على دوره في تيسير أعمال هذا المؤتمر برئاسته، وأثني على

سماحة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي نائبه، وأتقدّم أيضاً بجزيل الشكر وأعمقه إلى أصحاب الفضيلة أعضاء اللجان والمقرّرين كافة على جميل اضطلاعهم بما أعدّوه من صياغة دقيقة للقرارات والتوصيات، ونسأل الله لهم جزيل المثوبة ودوام العطاء العلمي والفكري .

وأشكر أولاً وآخرأ حضراتكم جميعاً (السادة العلماء والخبراء والباحثين والمفكرين عامة) على عملكم المتواصل طيلة هذا الأسبوع، وأسأل الله أن يسيغ عليكم نعمه وينفع المسلمين بأرائكم الصائبة وعلمكم الواسع، وأذكر بغاية الإشادة والتنويه كل من أسهم في إنجاح هذه الدورة من أجهزة الإعلام المسموعة والمرئية والمكتوبة، وإدارة الفندق والفنيين والعاملين فيه كافة، راجياً من الله الكريم المجيد أن يجزل الأجر والمثوبة للجميع .

وإني وإن أنسى، فلا أنسى موظفي الأمانة العامة للمجمع لما قاموا به من أعمال ثقيلة قبل الدورة وأثناءها، وأدعو لهم بالتوفيق وحُسن الجزاء في أعمالهم المتواصلة البناءة، فهم المعتمدون في السير قُدماً بمجمعنا والقائمون على ذلك .

ندعو الله أن يصلح لنا ديننا، ويجمع شمل أمتنا، ويوحّد كلمتنا، ويمدّنا بعون منه للقيام بواجباتنا، وإعزاز ملّتنا، إنه سميع مجيب . وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم .

* * *

محتوى الجزء الرابع
من العدد الخامس عشر

الموضوع الصفحة

سابعاً

المصالح المرسله وتطبيقاتها المعاصرة

- البحوث ٩
- ١ - بحث الدكتور محمد بن يحيى بن حسن النجمي ١١
- ٢ - بحث الدكتور مصطفى صالح باجو ٥٣
- ٣ - بحث الدكتور قطب مصطفى سانو ١٢٧
- ٤ - بحث الدكتور عبد السلام العبادي ١٨١
- ٥ - بحث الشيخ عبد الله بن محفوظ ولد بيته ٢١١
- ٦ - بحث الشيخ محمد علي التسخيري ٢٨٧
- ٧ - بحث الدكتور حمداتي شبيها ماء العينين ٢٩٩
- العرض - والمناقشة ٣٢٩
- القرار ٣٩١

ثامناً

ضمان الطبيب

- البحوث ٣٩٧
- ١ - بحث الدكتور محمد علي البار ٣٩٩

- ٤٥٥ ٢- بحث الدكتور حسان شمسي باشا
- ٥٣٧ ٣- بحث الشيخ محمد المختار السلامي
- ٥٧١ ٤- بحث الشيخ حسن الجواهري
- ٥٩٩ ٥- بحث الدكتور محمد أحمد عبد الهادي سراج
- ٦٢٥ ● العرض - التعقيب والمناقشة
- ٦٧٧ ● القرار
- ٦٨٣ ملحق: البيانات الصادرة عن الدورة
- ٦٨٥ ١- بيان بشأن القضية الفلسطينية
- ٦٨٧ ٢- بيان بشأن العراق

القسم الثالث

الجلسة الختامية والبيان الختامي

- ١ - كلمة معالي رئيس مجلس مجمع الفقه الإسلامي
- ٦٩١ فضيلة الشيخ الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد
- ٢ - كلمة مفتي سلطنة عُمان ونائب رئيس المجمع
- ٦٩٥ سماحة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي
- ٣- البيان الختامي الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي
- كلمة معالي الأمين العام لمجمع الفقه الإسلامي
- ٦٩٩ فضيلة الشيخ الدكتور محمد الحبيب ابن الخوجة
- ٧٠٧ محتوى الجزء الرابع من العدد الخامس عشر

* * *

صَدْرٌ صَدِيدٌ

شَيْخُ الْإِسْلَامِ الْإِمَامِ الْأَكْبَرِ
مُحَمَّدُ الطَّاهِرُ بْنُ عَاشُورٍ
رَكَابُهُ
مَقَاصِدُ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ

الجزء الأول

شَيْخُ الْإِسْلَامِ الْإِمَامِ الْأَكْبَرِ

مُحَمَّدُ الطَّاهِرُ بْنُ عَاشُورٍ

تأليف

الشيخ محمد مجيب ابن الخوجة

طُبِعَ عَلَى نَفَقَةِ
حَضْرَةِ صَاحِبِ السُّمُو
الشيخ محمد بن خليفة آل ناني

أمير دولة قطر وحفظه الله
بإشراف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

صَدْرٌ حَدِيثًا

شَيْخُ الْإِسْلَامِ الْإِمَامِ الْأَكْبَرِ

مَجْدِ الطَّاهِرِ الزَّيْنِ بْنِ أَبِي شَيْبَةَ

رِكَابَهُ

مَقَاصِدِ الشَّرْعِيَّةِ الْإِسْلَامِيَّةِ

الجزء الثاني

بين عيني

أصول الفقهاء

ومقاصد الشريعة الإسلامية

تأليف

الشيخ محمد جميل بن النخوجة

طبع على نفقة

حضرة صاحب السمو

الشيخ محمد بن خليفة آل ثاني

أمير دولة قطر «حفظه الله»

بإشراف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

صَدْرٌ حَرِيدًا

شَيْخُ الْإِسْلَامِ الْإِمَامِ الْأَكْبَرِ

مُحَمَّدِ الطَّائِعِ الْمُرْتَضَى

رِكَابُهُ

مَقَاصِدُ الشَّرْعِيَّةِ الْإِسْلَامِيَّةِ

الجزء الثالث

مَقَاصِدُ الشَّرْعِيَّةِ الْإِسْلَامِيَّةِ

لشَيْخِ الْإِسْلَامِ الْإِمَامِ الْأَكْبَرِ

مُحَمَّدِ الطَّائِعِ الْمُرْتَضَى

تَحْقِيقٌ وَمُرَاقَبَةٌ

الشيخ محمد الجيب ابن الخوجة

طَبَعَ عَلَى نَفَقَةٍ

حَضْرَةِ صَاحِبِ السُّمُوِّ

الشيخ محمد بن خليفته الثاني

أمير دولة قطر حفظه الله

بإشراف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

