



مَجْلَدُ تَجْمَعِ الْفِقْهِ الْأَسْبَلَاغِيِّ

بحوث هذه الدورة لم تطبع بشكل رسمي، وقد اجتهدنا في إخراجها بصورة مشابهة للدورات السابقة



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

إعداد
الدكتور علي أحمد الندوي
معهد الاقتصاد الإسلامي
جامعة الملك عبد العزيز بجدة

بسم الله الرحمن الرحيم

أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين، وبعد،

فقد روعي في هذا البحث أن يكون مؤسسا وفق العناصر التي نسج عليها مخطط البحث من قبل إدارة مجمع الفقه الإسلامي، مع التعديل في بعض النقاط، على الوجه الذي رأيته مناسبا من باب استكمال المطلوب. وقد جاء البحث حول المحاور الثلاثة المذكورة في المخطط حسب الترتيب الآتي:

المحور الأول: أحكام الاستدانة في الشريعة الإسلامية:

- (١) أحكام إشهار إفلاس المدين:
- (أ) إشهار إفلاس المدين الموسر المماطل، وإشهار إفلاس المدين المعسر.
- (ب) صيغ الإشهار وطرقه
- (ج) الأحكام المترتبة على إشهار إفلاس المدين
- (٢) حبس المدين الموسر المماطل وتغريمه

المحور الثاني: بيع الدين:

- (١) استكمال بحث صور الدين، من غير الصور الوارد ذكرها في قرار المجمع، وبيان حكم الشرع فيها.
- (٢) البدائل المشروعة لبيع الدين.

المحور الثالث: الوسائل التي تحمي المؤسسات المالية المقرضة من إعسار المدينين أو التخفيف منه:

- ويتضمن هذا المحور بحث العنصرين الآتيين:
- (أ) التدقيق في دراسات الجدوى للمشروعات التي تقدمها الشركات والمؤسسات المقرضة.
 - (ب) الحصول على الضمانات الكافية عند الإقراض.
- فإليكم بيان المحاور الثلاثة مع عناصرها المبينة آنفا:

المحور الأول أحكام الاستدانة في الشريعة الإسلامية

(١) أحكام إشهار إفلاس المدين:

- (أ) إشهار إفلاس المدين الموسر المماطل، وإشهار إفلاس المدين المعسر.
(ب) صيغ الإشهار وطرقه
(ج) الأحكام المترتبة على إشهار إفلاس المدين .

(٢) حبس المدين الموسر المماطل وتغريمه

تمهيد :

تجدر الإشارة في مطلع البحث إلى أن "الإعسار" وما يرتبط به من قضايا، قد تمخض كل ذلك عن المتاجرة عبر الديون، بل هو من عواقب نظام المداينات. وعلى الرغم من تناول الفقهاء قضية الإعسار والإفلاس قديما وحديثا لا تزال الحاجة قائمة لمزيد من البحث والدراسة حول هذا الموضوع بالنظر إلى واقع الحياة الاقتصادية والاجتماعية اليوم. فكلما اتسعت دائرة التعامل بالديون واستفحل أمرها، تبدت ظاهرة الإعسار المتمثل في تعثر المديونيات في المجتمع، ونجمت أزمات اقتصادية عالمية.

وهذا لا يعني منع الاستدانة بصورة مطلقة، لأننا إذا أجلنا النظر في نصوص الشريعة، تبين لنا جواز الاستدانة، قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾^(١) ، وقال تعالى: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾^(٢) فدل ذلك من قوله على جواز التداين، وذلك إذا تداين في غير سرف ولا فساد، وهو يرى أن ذمته تقي بما تداين به^(٣) .

وعن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة أن ميمونة زوج النبي ﷺ استدانت، فقيل لها: يا أم المؤمنين تستدين وليس عندك وفاء؟! قالت: إني سمعت رسول الله صلى عليه وسلم يقول: "من أخذ ديناً وهو يريد أن يؤديه، أعانه الله عز وجل"^(٤) .

"ففي ذلك ما قد دل على إباحة الاستدانة مع النية لقضاء ما يستدان"^(٥) .

١ الآية: ٢٨٢ - سورة البقرة

٢ ١١ - ١٢ من سورة النساء

٣ المقدمات الممهدة، لأبي الوليد ابن رشد ٣٠٢/٢، كتاب المديان

٤ شرح مشكل الآثار للطحاوي وإسناده صحيح. رجاله ثقات رجال الشيخين، ٦٩/١١، تحقيق: شعيب الأرنؤوط

٥ المصدر نفسه ٧٣/١١

ولكن بما أن الدين في كثير من الحالات يؤدي إلى النزاع والخصومة بين العباد، فالأصل أن لا يستحسن اللجوء إلى الدين بدون حاجة أو مصلحة. ومما يؤكد ذلك أنه "قد رويت عن النبي ﷺ آثار كثيرة في التشديد في الدين... "(١).

ومقتضى ذلك أن لا يتخذ نظام المداينة أداة للتعامل بصورة واسعة بدون تعين الحاجة إلى ذلك. ولا بد من بذل جهود علمية في إيجاد بدائل عملية مناسبة مقبولة يتم بها تخفيف ظاهرة المتاجرة بالديون، ففي الظروف الراهنة توافرت وسائل سريعة قد سهلت عملية التداول بالقروض والديون، و وسعت شبكة المعاملات المبنية على الديون، وفتحت بابها على مصراعيها، ومن ثم أقبل الناس على التعامل بها، واكتسبت المداينة أهمية بالغة في التنمية الاقتصادية وأصبحت رافدا من أهم روافد عملية التبادل. ولأنها "تسمح بتحسين كفاءة استخدام الموارد النقدية في المجتمع. ذلك أن كل وحدة اقتصادية (منتج، مستهلك) تحتاج إلى الاحتفاظ بقدر من النقود "المخزون النقدي"، تحسبا للطوارئ ولأسباب أخرى مشهورة. فإذا أصبحت الاستدانة سهلة وشائعة اجتماعيا، فإن الوحدات الاقتصادية ستجد أن بوسعها تخفيض أرصدها النقدية الاحتياطية عما كانت عليه..."(٢).

هذا التعليل في حد ذاته صحيح، ولكن لم يسلم توسيع شبكة المداينة من بروز نتائج غير مرضية تعكس سلبيات ربما تطفئ على الإيجابيات. ولذا جاء التعرّيج في هذا المحور على قضايا تتصل بإعسار المدين وإفلاسه، وهي معروضة للبحث فيما يأتي:

(١) أحكام إشهار إفلاس المدين:

يمكن أن يستشكل البدء بأحكام الإفلاس بدون تمهيد حول الإعسار الذي تصدّر به عنوان البحث، ولكن يزول الإشكال إذا عرفنا الصلة القائمة بين الإعسار والإفلاس. وهذا ما يظهر من التقسيم الذي تناوله النص الآتي من كلام الإمام رشدي "المقدمات":

• "المطالبة بالدين إنما تجب مع القدرة على الأداء، فإذا ثبت الإعسار، فلا سبيل إلى المطالبة، ولا إلى الحبس بالدين، لأن الخطاب مرتفع عنه إلى أن يوسر.

وهذا في المعسر المعدم- أي الفقير-، إذ ليس كل معسر معدما، وكل معدم معسر، فالإعسار أعم من الإعدام، فالغرماء على هذا ينقسمون على ثلاثة أقسام: غريم غني، وغني معسر غير معدم، وغريم معسر معدم..."(٣).

وعلى هذا ترى كلمة الإعسار في هذا المقام تنسحب على جميع المدينين، الذين يظهر منهم العسر في الوفاء بالالتزامات تجاه الدائنين.

^١ مقدمات ابن رشد ٢/٣٠٢، كتاب المديان

^٢ التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، محمد أنس الزرقا، محمد علي القري، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، ٣، ١٤١١هـ/١٩٩١م، ٢٦-٢٧، الديون والبنوك، عبد الله بن سيف الأزدي ص ١١١

^٣ مقدمات ابن رشد ٢/٣٠٦-٣٠٧، كتاب المديان، وانظر: مناهج التحصيل، لأبي الحسن الرجرجاني ١٦١/٨

وفي بداية الحديث حول القضية المطروحة ينبغي إمعان النظر في بعض المصطلحات المتعلقة بها:

- "الفلس عدم المال، والتفليس خلع الرجل من ماله لغرمائه، والمفلس: المحكوم عليه بحكم الفلس..."^(١).

قال الإمام ابن قدامة: "المفلس هو الذي لا مال له، ولا ما يدفع به حاجته...، وإنما سمي هذا مفلسا، لأنه لا مال له إلا الفلوس، وهي أدنى أنواع المال. والمفلس في عرف الفقهاء: من دينه أكثر من ماله، وخرجه أكثر من دخله. وسَمَّوه مفلسا وإن كان ذا مال، لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه، فكأنه معدوم...، ويجوز أن يكون سمي بذلك لما يؤول إليه من عدم ماله بعد وفاء دينه. ويجوز أن يكون سمي بذلك، لأنه يمنع من التصرف في ماله، إلا الشيء التافه الذي لا يعيش إلا به، كالفلوس ونحوها"^(٢).

وقال الإمام عبد الملك الجويني: "التفليس والإفلاس في أصل اللسان، يعبر بهما عن الانتهاء إلى غاية الضر في المسكنة. وقول القائل: أفلس فلان، معناه وصل إلى الفلوس، ولم يبق له مال يرمى...، والتفليس اكتساب المفلس نعت إفلاسه."^(٣).

وقال الإمام الغزالي: "التفليس: أن يجعل من عليه الدين مفلسا ببيع ماله، ومهما التمس الغرماء الحجر عليه بديونهم الحالة الزائدة على قدر ماله: فللقاضي الحجر عليه وبيع ماله في حقهم"^(٤).

"والحجر هو المنع، وكل تحريم حجر في الشرع. والحجر في اصطلاح الفقهاء ما يتضمن المنع من التصرف"^(٥).

هذا، وأما إشهار المدين، فيتضح مما يأتي:

(أ) إشهار إفلاس المدين الموسر المماطل، وإشهار إفلاس المدين المعسر:

لا خلاف في جواز إشهار إفلاس الموسر المدين المماطل، بإصدار مرسوم قضائي، ويترتب على ذلك الحجر على تصرفه في أمواله، لكي يستوفى منها حقوق الغرماء.

قال الإمام الجويني: "الحجر مقصوده منع المحجور عليه من التصرف"^(٦).

وجاء في معرض كلامه عن التفليس: "وإن امتنع من عليه الحق من أداء ما عليه مع القدرة، فهو ظالم مندرج تحت قوله ﷺ: "مطل الغني ظلم"، "لي الواجد ظلم"، ثم القاضي

١ مقدمات ابن رشد ٣١٥/٢، كتاب التفليس
٢ المغني ٥٣٦/٦ - ٥٣٧، كتاب المفلس
٣ نهاية المطلب في دراية المذهب ٣٠٣/٦
٤ الوسيط في المذهب ٥/٤
٥ نهاية المطلب ٤٣١/٦، كتاب الحجر
٦ نهاية المطلب ٤٠٠/٦

إن وجد له مالا، وقد تحقق امتناعه، فإنه يملك بيعه وصرفه إلى دينه، ولا حاجة إلى ضرب الحجر عليه، بل يبتدر البيع، فإن منصب الولاية يقتضي استيلاء الحقوق، وإيفاءها على مستحقيها، على ما يساعد الإمكان فيه" (١).

هذا ما يتعلق بشأن المدين الموسر المماطل، وأما المعسر المعدم فلا سبيل إلى فرض التفليس على المعسر، امتثالا لقول الله تعالى ﴿فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾.

ومن كلام الجويني في باب حبس المفلس: "وإذا ثبت الحق، وتعذر استيفاؤه، لم يخل إما أن يكون التعذر بسبب الإعسار والفلس، وإما أن يكون بسبب امتناع من عليه الحق من تأديته. فإن كان بسبب الفلس، فحكم الله تعالى إنظار المفلس، وإزالة التعرض عنه إلى ميسرة، قال الله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾" (٢).

وأرى من المناسب أن أسجل هنا نص الضابط الذي ذكره قرار مجمع الفقه الإسلامي حول الإعسار، وهو كما يلي:

• " ضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار: ألا يكون للمدين مال زائد عن حوائجه الأصلية في يديه نقدا أو عينا" (٣).

والمستفاد من نصوص الشرع أن وجوب الإنظار يختص بالمعسر المعدم. أما إذا كان المعسر غير معدم، وسنحت له ظروف تحول دون الوفاء في الوقت المحدد، فحينئذ ينبغي للدائن أن يقدر وضعه بما أمكن.

وجاء في كلام ابن رشد حول هذا الصنف من المدينين: "وأما المعسر الذي ليس بمعدم، وهو الذي يحرجه تعجيل القضاء ويضر به، فتأخيره إلى أن يوسر ويمكنه القضاء من غير مضرة تلحقه، مرغّب فيه مندوب إليه" (٤).

قال النبي ﷺ: "من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسر أو يضع عنه" (٥).

قال العلامة ولي الله الدهلوي: "هذا ندب إلى السماح التي هي من أصول ما ينفع في المعاد والمعاش" (٦).

ومن عظيم محاسن الشريعة الإسلامية أنها تراعي ظروف المدين في استيفاء الدين، فلا ترى من الحكمة: المبادرة إلى اتخاذ إجراء قانوني ضده بدون التثبت من وضعه الحقيقي. فإذا ثبت المطل مع اليسار، فحينئذ يتقرر الأصل وهو أن المدين الموسر المماطل مؤاخذ

١ نهاية المطلب ٤١٨/٦

٢ الآية ٢٨٠، سورة البقرة، ونهاية المطلب ٤١٨/٦

٣ قرار المجمع ٦٤ (٧/٢)

٤ مقدمات ابن رشد ٣٠٦/٢ - ٣٠٧، كتاب المديان، وانظر: مناهج التحصيل، لأبي الحسن الرجراجي ١٦١/٨

٥ أخرجه مسلم في المساقاة، باب فضل إنظار المعسر ١١٩٦/٣

٦ حجة الله البالغة ٩٣٧/٢

ومطالب يستحق التأديب القضائي. وذلك لأن حقوق العباد مصنونة شرعا وعرفا لا يجوز التعدي عليها. ولكن في حال انتفاء الماطلة إذا تأخر في السداد عند حلول أجل الدين لظروف مسوغة، فمن سماحة الشريعة، المبنية على القيم الخلقية أن يمهل إلى مدة تتناسب مع حاله، إذا لم يكن الدائن مضطرا إلى التقاضي.

وقد ورد في الأحاديث الصحيحة فضل كبير في هذا الشأن. منها الحديث الذي أورده الإمام مسلم في صحيحه، ونصه:

"قال رسول الله ﷺ: "تلقت الملائكة روح رجل ممن كان قبلكم. فقالوا: أعملت من الخير شيئا؟ قال: لا. قالوا تذكرك. قال: كنت أداين الناس، فأمر فتياي أن ينظروا المعسر ويتجاوزوا عن الموسر. قال: قال الله عز وجل: تجاوزوا عنه" (١).

وفي رواية: "...إني كنت رجلا ذا مال، فكنت أطالب به الناس. فكنت أقبل الميسور وأتجاوز عن المعسر" (٢).

وفي رواية ثالثة أخرى: "...فكنت أبايع الناس. وكان من خلقي الجواز. فكنت أتيسر على الموسر وأنظر المعسر" (٣).

جاء في شرح الإمام النووي: "وفي هذه الأحاديث فضل إنظار المعسر، والوضع عنه إما كل الدين وإما بعضه من كثير أو قليل، وفضل المسامحة في الاقتضاء وفي الاستيفاء، سواء استوفى من موسر أو معسر، وفضل الوضع من الدين، وأنه لا يحتقر شيء من أفعال الخير فلعله سبب السعادة والرحمة" (٤).

وهذا ما قرره الإمام سراج الدين البلقيني في ضوء تلك النصوص، إذ يرى أن المدين الموسر ينبغي إمهاله، بحيث لا يستعجل في بيع عروضه، لكي لا تباع بثمن بخس أقل من القيمة السوقية، وهذا استنادا إلى ما ورد في الأثر من الندب إلى إنظار الموسر والتجاوز عن المعسر. وإليك ما جاء في تعليقه في "الفوائد الجسماء" على ما ورد من النص المشار إليه في "قواعد الأحكام":

"معنى إنظار الموسر أن لا يكون عنده نقد، وعنده عروض، فيسغفه -أي الدائن- بالنظرة إلى بيعها، ولا يعسفه ببيعها بحيث ينقص قيمتها ونحو ذلك" - أي لا يتعسف عليه بحمله على بيع العروض بثمن أقل من قيمتها السوقية ليسدد الدين عاجلا - "قال البلقيني: وعلى هذا حمل قوله في الحديث: "كنت أنظر الموسر وأتجاوز عن المعسر" (٥).

١ صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/٣٢٠، باب فضل إنظار المعسر

٢ المصدر نفسه ١٠/٣٢١

٣ المصدر نفسه ١٠/٣٢٢

٤ شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/٣٢١

٥ الفوائد الجسماء على قواعد ابن عبد السلام، "مخطوط" - المكتبة السلمانية، استنبول - لوحة ٢٢

وهذا خلاف ما جرى العمل به قديماً في القوانين الوضعية التي لم تقم وزناً لمعايير خلقية. وبهذا يتبين أنه قد سلك التشريع الإسلامي مسلك السماح مع المدين الذي ثبت كونه معسراً فقيراً ، خلافاً للقوانين الوضعية التي لم ترحم الفقير المعسر وخرقت قواعد العدل وسنت أنظمة تقرر التعامل معه بالقسوة والعنف ، وبهذا حادت عن جادة الاعتدال وحكمت لصالح الدائن فحسب ، وربما منحت صلاحية مطلقة بالتصرف في أمواله ، بل حولت له حرية الاستبداد بشخصه واستعباده ، فكان إشهار المدين في كثير من القوانين الوضعية بدون مراعاة ضوابط وقيم خلقية. أما الشريعة الإسلامية فجاء نظامها في التقليل نظاماً مرناً مبنياً على الأخلاق^(١) .

وفي معرض الحديث عن الإعسار والإنظار ، يقول سيد قطب: "إنها السماح الندية التي يحملها الإسلام للبشرية ، إنه الظل الظليل الذي تأوي إليه البشرية المتعبة في هجير الأثرة والشح والطمع والتكالب والسعار ، إنها الرحمة للدائن والمدين وللمجتمع الذي يظل الجميع ، أن المعسر في الإسلام لا يطارد من صاحب الدين ، أو من القانون والمحاكم. إنما ينظر حتى يوسر"^(٢) .

وهنا تحسن الإشارة إلى أن التشريعات الوضعية منذ نشأتها كانت تنظر إلى الإفلاس على أنه جريمة ارتكبتها المفلس بحق دائئيه ، ولكن حدة هذه النظرة للإفلاس في القانون أخذت تخف تدريجياً ، فقد لوحظ في القانون الوضعي مع مرور الزمن أن المدين قد يفلس بسبب لا يد له فيه. ولهذا ميزت القوانين بين هذا النوع من الإفلاس ، وبين الإفلاس الذي يصاحبه تقصير أو تدليس من المفلس ، فالأول لا يعتبر جريمة ، وأما الثاني فيعد جريمة تستحق عقوبة.

وفي ضوء هذا التطور المشار إليه جرى تقسيم الإفلاس إلى ثلاثة أقسام:

(١) الإفلاس البسيط

(٢) الإفلاس التقصيري

(٣) الإفلاس الاحتيالي أو الإفلاس بالتدليس^(٣) .

وفي هذا المقام مما ينبغي التنبيه له أن الأخذ بمبدأ السماح في التشريع الإسلامي لا يعني قبول دعوى الإعسار بدون بينة ، إذ قد ضعف الوازع الديني لدى كثير من الناس. فليس من المعقول أن يعتبر المدين معسراً بدون قرائن مفصحة عن حالته إذ "الغريم محمول على الملأ حتى يتبين عدمه ،... فلا يقبل منه دعوى العدم حتى يبينه"^(٤) .

^١ انظر: الإفلاس في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - ، للدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح ، ص ٢٨ - ٣٥
^٢ في ظلال القرآن ١/٢٣٢ - ٣٣٣ ، وانظر: الديون والبنوك - رؤية اجتماعية اقتصادية في ضوء الكتاب والسنة - ، د. عبد الله بن سيف الأزدي ، ٣٦٠ - ٣٦١ ، مركز النشر العلمي ، جامعة الملك عبد العزيز
^٣ انظر: إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون - دراسة مقارنة - ، للدكتور زياد صبحي ذياب ، ص ٩٣ ، ١٠١

^٤ مقدمات ابن رشد ٢/٣٠٧ ، كتاب المديان

والأصل في هذا الباب أن دعوى الإعسار بدون قرائن مؤيدة تشوبها التهمة. هذا ما نبه إليه الإمام أبو جعفر الطحاوي بقوله: "وإذا ادعى الغريم إعسارا، لم يصدق، وحبس".

وعلق ذلك الجصاص بقوله: "وذلك لأن دخوله في السبب الملزم له الدين اعتراف منه بلزوم أدائه، فلا يصدق على سقوطه بما يدعيه من الإعسار"^(١).

وهذا ما تعضده قواعد أخرى منها:

• "كل ملتزم مطالب"^(٢).

فالاستدانة تتضمن الالتزام، وتتقضي أداء الدين عند حلوله.

• "إن حكم الممتنع في الشرع أن يستوفى منه الحق طوعا أو كرها"^(٣).

• "من اختص بحق لا يلزمه أن يعطيه لغيره وإن لم يضره"^(٤).

• "كل مالك أحق بملكه، وكل ذي حق لا يحال بينه وبين حقه في مسائل الشريعة كلها"^(٥).

(ب) **صيغ الإشهار وطرقه:**

إنه من المقرر كما سلف أن التفليس يعبر عن صدور مرسوم قضائي بعد التثبت من توافر المسوغات له. وقديما في الوقت الذي لم تكن وسائل الإعلان والدعاية متسعة المجال، سلك القضاة مسالك متيسرة لهم في الإشهار، منها ما هو مشار إليه في النصوص الآتية من كلام الفقهاء:

جاء في كلام ابن شاس من المالكية: "قال أصبغ: "وإذا فلس الغريم ... فليأمر القاضي من ينادي على باب المسجد في مجتمع الناس: إن فلان بن فلان...فلس، فمن كان له عليه دين أو عنده قراض أو وديعة أو بضاعة فليرفع ذلك إلى القاضي. وكذلك فعل عمر رضي الله عنه في الأسيفيع"^(٦).

وقال الجويني: "إذا حجر على المفلس الحاكم، فالأولى أن يشهد على الحجر وليس ذلك بواجب، ولكن الأولى ما ذكرناه. والغرض منه شهر الحجر، ونشر الأمر، والتأكيد بالإشهاد، حتى إذا ظهر ذلك، لم يعامل المحجور اغترارا بما عهد له من مال"^(٧).

ولا مانع من تسجيل اسم المدين الموسر المماطل في القائمة السوداء، والإعلان عنه عبر الوسائل المتاحة، بحيث يمكن إقصاؤه من ساحة السوق، لكي ينال ما يستحقه من

^١ شرح مختصر الطحاوي للجصاص الرازي ١٧٨/٣، كتاب المداينات

^٢ نهاية المطلب ١٧/٦

^٣ المصدر نفسه ٢١٠/٦

^٤ المسالك لابن العربي ٤١٥/٦، كتاب الأفضية

^٥ المصدر نفسه ٢١٣/٦، كتاب الرهون

^٦ عقد الجواهر الثمينة ٧٨٦/٢ - ٧٨٧

^٧ نهاية المطلب ٣٩٤/٦

التأديب بما استهضمه من حقوق الناس، لكي لا يغتر به الناس مستقبلاً، وربما ما يصيبه من أذى النفس قد يكون أشد وقعا وأكثر تأثيراً، فيؤوب إلى رشده. وفي الظروف الراهنة يمكن الإشهار بدون كلفة مالية ذات بال عبر الانترنت.

وهذا يؤدي حتماً إلى ضرر واضح في حق المدين المماطل، سواء أكان فرداً أم شركة، فربما تهبط قيمة أسهم الشركة في السوق، وبهذا سوف تبادر إلى سد مديونياتها فيما إذا حرصت على البقاء والاستمرار في الأسواق.

ونظير ذلك ما روي عن الإمام مالك: "وأرى في الذين يتفالسون في السوق، ولا يعرف ما يأتون به أن يخرجوا من السوق.

وقال عنه مطرف: فإنه لا يزال يفعل ذلك الرجل منهم ثم يظهر له مال ومتاع، فلينف هؤلاء من السوق" (١).

(ج) الأحكام المترتبة على إشهار إفلاس المدين:

إنه مما لا خلاف فيه أن اللجوء إلى القضاء ضد المدين المماطل من حق الدائن. وفيما يظهر في ضوء القواعد بأنه يجوز رفع الدعوى ضد المدين المماطل مهما طال مدتة، بحيث لو أمهله الدائن لمدة سنين ثم أراد مطالبته، فله ذلك ولا ضير فيه، ولا يحول دون ذلك قانون التقادم، "لأن الضرر لا يستحق بالقدم" (٢).

وإذا صدر الحكم ضد المدين، فهناك أحكام وجزاءات تترتب على ذلك. وعلى رأسها: الحجر على التصرفات في أمواله، من الهبة والصدقة والبيع والشراء ونحوها. قال ابن رشد "الجد": "ومن أحاط الدين بماله فلا تجوز له هبة ولا صدقة ولا عتق ولا إقرار بدين لمن يتهم عليه، ويجوز بيعه وابتياعه ما لم يحجر عليه..." (٣).

وجاء في "نهاية المطلب": "من قل ماله، وكثرت ديونه، فللقاضي أن يحجر عليه، لأجل غرمائه إذا استدعوا ذلك منه، ويستفيدون باستدعاء الحجر قصر يده عن التصرفات في ماله، حتى تصرف أمواله إلى جهات ديونه... ثم إذا زادت ديون المرء على ماله، واستدعى الغرماء الحجر عليه أسعفهم، وضرب عليه حجراً" (٤).

"ثم فائدة الحجر صرف استقلاله في التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبة والإقرار بالدين..." (٥).

١ عقد الجواهر الثمينة ٧٨٩/٢
٢ المسالك ٤١٠/٦، كتاب الأفضية
٣ مقدمات ابن رشد ٣١٢/٢ كتاب المديان
٤ نهاية المطلب ٣٠٣/٦ - ٣٠٤
٥ عقد الجواهر ٧٩٩/٢

وقال ابن قدامة: "ومتى لزم الإنسان ديون حالة، لا يفي ماله بها، فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه، لزمته إجابتهم. ويستحب أن يظهر الحجر عليه لتحتب معاملته. فإذا حجر عليه ثبت بذلك أربعة أحكام:

أحدها: تعلق حقوق الغرماء بعين ماله.

والثاني: منع تصرفه في عين ماله.

والثالث: أن من وجد عين ماله عنده فهو أحق بها من سائر الغرماء إذا وجدت الشروط.

الرابع: أن للحاكم بيع ماله وإيفاء الغرماء" (١).

يستفاد مما ذكر آنفاً أن التفليس يتيح مجالاً لاسترداد الحق من المدين المماطل، لأن مقتضى التفليس الحجر على تصرفات المحجور عليه في أمواله، إلى أن يستوفى حق الغرماء منها بدون وكس ولا شطط. إذا البديل المشروع هو بيع ماله وقسمته. وعلى القاضي أن يخطط تخطيطاً ملائماً لبيع أمواله، وفق معايير وضوابط وضعها الفقهاء، لكي لا يتضرر كلا الطرفين من المدين والدائن.

وهنا قضية مهمة خلافية لا بد من وقفة حيالها، وهي ما حكم الزيادة الحاصلة في المبيع الذي وجد بعينه ... ، ففي صورة الزيادة المتصلة به هل يستحق البائع الرجوع فيه أو لا يستحق ، وإنما يصير أسوة للغرماء ؟

اختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين:

(أ) ذهب فريق إلى أن الرجوع ممنوع. قال ابن قدامة بصدده ذكره شروط الرجوع: "الشرط الثاني: أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة، كالسمن والكبر...، واختلف المذهب في هذا، فذهب الخرقى إلى أنها تمنع الرجوع.

وذلك لأنه فسخ بسبب حادث، فلم يملك به في عين المال الزائدة زيادة متصلة، ...، ولأنها زيادة في ملك المفلس، فلم يستحق البائع أخذها، كالمفصلة والحاصلة بفعله، ولأن النماء لم يصل إليه من البائع، فلم يستحق أخذه منه، كغيره من أمواله (٢).

(ب) ويرى فريق آخر أنه لا يمنع الرجوع. وهذا ما رواه الميموني عن أحمد. وهو مذهب مالك، والشافعي، إلا أن مالكا يخير الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذي باعها به. لأنه فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة، فلا تمنعه المتصلة. كالرد بالعيب (٣).

وقال الجويني بصدده الحديث عن حالات التغيير الطارئة على العين: "و حاصل القول في ذلك أن التغيرات التي لا تنتهي إلى قلب الجنس، وتغيير الاسم لا حكم لها، ويبقى ما

١ المغني ٥٣٧/٦

٢ انظر: المغني ٥٤٩/٦

٣ انظر: المصدر نفسه ٥٤٩/٦

كان مبيعا على حكمه، حتى يثبت للبائع الرجوع. ثم إن كان التغيير إلى زيادة متصلة، فهي للبائع إذا أراد الرجوع. وما تغير إلى نقصان فلا حكم له عند قصد الرجوع، والبائع على خيرته إن شاء ضارب بالثمن، وإن شاء قنع بالمبيع الناقص" (١).

ويتبين مما ذكر أنه حينما تتاح للدائن فرصة الرجوع إلى سلعته فيما إذا كانت قائمة بعينها، فربما يستفيد من الزيادة الحاصلة في سعرها في السوق، لأن الزيادة "إن كانت متصلة، رجع البائع فيها مع الزيادة، ولا مبالاة بالزيادة المتصلة في قواعد الشريعة" (٢).

هذا، وأما الزيادة المنفصلة فهي من حق المشتري، لأنها ناشئة عن الضمان، إذ المبيع في ملكه، ومن قواعد الفقهاء أن "زوائد الأصول إذا انفصلت، وإن حصلت من أصولها، فهي منقطعة عنها، فإن الأصول قائمة على صفاتها، وقد تجدد منها ما تجدد" (٣).

والظاهر أن الزيادة المتصلة أيضا حصلت والعين في ملك المشتري، ولكنها اكتسبت حكم التبعية، فلم تأخذ قسطا من الثمن. وهذا ما يفصح عنه قول الجويني: "إنا لا ننكر أن الزيادة المتصلة حصلت للمشتري في ملكه، ولكن إذا كانت العين قائمة، ومست الحاجة إلى ردها، تبعت الزيادة الأصل ضرورة" (٤).

ومن نظائر المسألة: "أن الحمل لا ينفرد باعتبار، وليس له قسط من الثمن، وسبيله التبعية" (٥).

هذا في البيع، أما في الإجارة فيمكن أيضا فسخ العقد في حال التفليس. وقد جاء تصوير هذه القضية عند الإمام الجويني على النحو الآتي:

"إذا أكره أرضا مدة، ولم يقبض الأجرة، وسلم الأرض، ثم أفلس المكثري، فالمكثري في بقية المدة بمثابة البائع الواجد لبعض المبيع بعينه، والمنافع في المدة الماضية مستوفاة فائتة، فلا يتوقع الرجوع فيها، والمنفعة الباقية بمثابة بعض المبيع، فللمكثري أن يفسخ الإجارة في بقية المدة، ويرجع إلى قسط من الأجرة، في مقابلة المنافع المستوفاة" (٦).

و"إذا أراد الرجوع إلى المنفعة في بقية المدة، فالوجه تقويمها فيما يبقى من الزمان...، ومبالغ الأحر تتفاوت بكثرة الراغبين وقتهم، فيعتبر ذلك، لا الزمان نفسه، وقد تقع المنافع في الزمان الماضي وفي المستقبل في مواسم الرغبات، فالمسكن في موسم الحج

١ نهاية المطلب ٦/٣١٨

٢ نهاية المطلب ٦/٣١٤

٣ المصدر نفسه ٦/٣١٨

٤ المصدر ٦/٣٢٠

٥ المصدر نفسه ٦/٣٣٢

٦ المصدر نفسه ٦/٣٤٩ - ٣٥٠

قد يكثرى بالمائة، وأيام الموسم شهر أو أقل، وذلك المسكن يكثرى في طول السنة بعشرة، فلا بد من اعتبار هذا"^(١).

يكاد يكون واضحاً من هذا النص الفقهي أن التفليس يعطي مرونة كافية في استيفاء الحق على وجه يتجلى فيه العدل، ففي حال الرجوع في بقية مدة الإجارة، لا يهضم حق الأجر، فله أن يطالب بالأجرة المتزايدة وفق العرف المتبع في المواسم التي ترتفع فيها عادة.

(٢) حبس المدين الموسر المماطل وتفريجه :

قد اتجه الفقهاء قديماً إلى حبس المدين المماطل الموسر، لأنه ظالم عاص لا خلاف في ذلك. ومن المفيد عرض قبسات من كلام العلماء حول هذا الموضوع، وهي عبارة عن تعليق أو توضيح لبعض النصوص التشريعية الواردة في شأن المدين المماطل:

ومنها قوله ﷺ: "لي الواجد يحل عرضه وعقوبته"^(٢).

علق الشاه ولي الله على هذا الحديث بقوله: "أقول: هو أن يغلظ له في القول، ويحبس، ويجبر على البيع إذا لم يكن له مال غيره"^(٣).

وجاء في كلام الإمام ابن تيمية: "قد قال النبي ﷺ في الحديث المتفق عليه في الصحيحين: "مطل الغني ظلم". والظالم مستوجب للعقوبة. وفي السنن عن النبي ﷺ: "لي الواجد يحل عرضه وعقوبته" اللي: المطل، والواجد: القادر. فقد أباح النبي ﷺ من القادر المماطل عرضه. وقد اتفق العلماء على أن التعزير مشروع في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة"^(٤).

وقال القاضي أبو بكر ابن العربي في باب الدين والحوالة: "الأصل في هذا الباب قوله عليه السلام: "مطل الغني ظلم". فإنه متفق عليه، لأنه لا عذر في التأخير لمن كان قادراً على الأداء، ومهما اختلف العلماء في الأمر بحقوق الله تعالى، هل هو على الفور أو مسترسل على الأزمان، فإنهم قد اتفقوا على أن الأمر لحق الآدمي على الفور، وذلك لفقر الآدمي وحاجته، وأن الله هو الغني، له ما في السماوات وما في الأرض.

فإذا ثبت هذا، واشتغل الغني عن أداء الحق، فإن ذلك معصية"^(٥).

وقال الزركشي في "المنتور": "المديون إذا عرف له مال قطعوا بحبسه، بناء على أن الأصل بقاؤه ..."^(٦).

^١ المصدر نفسه ٣٥٠/٦

^٢ أخرجه البخاري تعليقا في الاستقراض، باب لصاحب الحق مقال ٦٢/٥، وأبو داود في الأقضية، باب في الحبس في الدين: ٢٣٦/٥

^٣ حجة الله البالغة ٩٣٨/٢

^٤ مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٣/٣٠

^٥ المسالك ١٥٥/٦ - ١٥٦

وقال ابن العربي: "وأما من ثبت فلسه، فروى ابن وهب عن مالك في الواضحة" أنه لا يحبس إن كان معسرا لا شيء له.

... أما إذا علم غناه، وكان ذلك ظاهر أمره، ففي "الموازية" و"العتبية": أنه يحبس حتى يوفّي، أو يتبين أنه لا شيء له فيطلق.

قال مالك: فإن شهد له ناس أنه لا شيء له، فلا يعجل إخراجه حتى يستبرأ أمره، قال: هذا مثل التجار يأخذون أموال الناس ثم يدعون ذهابها، ولا يعلم ذلك إلا بقولهم، والفرع في هذا الباب أكثر من أن تحصى، أو يأتي عليها الاستقصاء".^٢

ومما يدل على تحكيم العدالة في هذا الصدد أنه "يحبس المسلم للكافر في الدين، ... ويحبس السيد لمكاتبه في الدين. ووجه ذلك: أن الحقوق لا تعتبر فيها الحرمة والمنزلة، إلا للوالد على ولده فيما له عليه من الدين من حق الأبوة الموجبة للنفقة، ...".^٣

هذا، وأما تغريم المدين باعتباره مماطلا، فمقتضى استقراء النصوص في موضوع الدين أنه لا سبيل إلى تغريم المدين بالمال. لأن التغريم مؤداه في الغالب إلى زيادة على الدين، وهي عبارة عن الربا.

وهذا ما نص عليه في قرار المجمع، الصادر بشأن البيع بالتقسيط، في البندين الآتيين:

- "يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعا اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء".
- "إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم".^٤

وبهذا يتنافى القول بالجواز مع مبدأ شرعي مستقر. ولا سبيل إلى التغريم بحجة وقوع النقصان في مالية الدين مع مرور الزمن. ومما يؤكد ذلك أن البائع له حق الرجوع في المبيع إذا وجده بعينه، فهو أحق به، ولا يؤثر في ذلك نقصان مالية المبيع، لأن ذلك مماثل لنقص الأسعار، وبهذا ليس له حق المطالبة من المدين بالتعويض عن النقص. وإليك ما ذكره ابن قدامة في هذا الصدد:

"وإن نقصت مالية المبيع، لذهاب صفة مع بقاء عينه، كعبد هزل، أو نسي صناعة أو كتابة، أو كبر، أو مرض، أو تغير عقله، أو كان ثوبا فخلق، لم يمنع الرجوع، لأن فقد الصفة لا يخرج عن كونه عين ماله، لكنه يتخير بين أخذه ناقصا بجميع حقه، وبين أن

^١ المنشور في القواعد ١٢١/١

^٢ المسالك ١٦٣/٦ - ١٦٤، وانظر: عقد الجواهر الثمينة ٧٨٩/٢

^٣ المسالك ١٦٣/٦، و المقدمات لابن رشد ٣١٠/٢

^٤ قرار المجمع: ٥١ (٦/٢) بشأن البيع بالتقسيط.

يضرِب مع الغرماء بكَمالِ ثمنه، لأن الثمن لا يتوسط على صفة السلعة من سمن، أو هزال، أو علم، أو نحوه، فبصير كَنقِصه لتغير الأسعار"^(١).

ومن كلام الجويني في معرض الحديث عن رجوع البائع إلى العين بعد صدور قرار التفليس: "إذا طرأ نقصان على المبيع بالسوق، ثم زاد، وعاد إلى ما كان عليه، فلا حكم لذلك النقصان المتخلل، فإننا مع تشديد الشرع على الغاصب، لا نؤاخذه بما طرأ من نقصان السوق، فما الظن بالبائع"^(٢).

وبهذا يتبين أن نظام الرجوع إلى العين مبني على العدل، فالبائع من حقه الاستفادة من الزيادة الطبيعية الحاصلة في نفس العين، ولكن في نفس الوقت ليس من حقه الرجوع على المشتري بالتعويض عن النقصان الحاصل في سعر العين، فلا يؤخذ المدين المفلس بما يطرأ من "نقصان السوق".

ولا سبيل إلى سلوك مسلك الاحتيال في الاستيفاء لغرض الاستزادة والاستفادة من المدين تحت منظومة عقدية تحقق مثل هذا الغرض. وقد وقع التنبيه في كلام الفقهاء في هذا الخصوص.

سئل الإمام ابن تيمية عن رجل مديون، وله ملك في مكان معين، وباع منه نصفه بيع أمانة...، فأجاب بما يأتي:

"أما بيع الأمانة الذي مضمونه اتفاقهما على أن البائع إذا جاءه بالثمن أعاد عليه ملكه ذلك، ينتفع به المشتري بالإجارة والسكن، ونحو ذلك: هو بيع باطل، باتفاق العلماء إذا كان الشرط مقترنا بالعقد.

وإذا تنازعا في الشرط المقدم على العقد: فالصحيح أنه باطل بكل حال، ومقصودهما إنما هو الربا بإعطاء دراهم إلى أجل، ومنفعة الدراهم هي الربح. والواجب هو رد المبيع إلى صاحبه البائع، وأن يرد البائع على المشتري ما قبضه منه، لكن يحسب له منه ما قبضه المشتري من المال الذي سموه أجرة"^(٣).

ولكن منع التفریم بسبب الوقوع في فخ الربا، لا يمنع أن تتخذ إجراءات صارمة ضد المماطلين، ومنها:

(١) تشهير المدين المماطل الجاحد عبر الوسائل المتاحة، كما تقدم توضيح ذلك في ضوء كلام الفقهاء لدى الكلام حول الإشهار. وذلك المماطلة في سداد الدين من الموسرين بدون عذر مقبول جريمة أخلاقية لا يستهان بها.

^١ المغني ٥٤٤/٦، كتاب المفلس

^٢ المصدر نفسه ٣٢٥/٦

^٣ مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٠/٣٥ - ٣٦

(٢) وللقاضي أن يضع حواجز قضائية أمام المدين المماطل القادر على الوفاء، من التصرف في ماله، حتى ولو في معيشته أكثر مما يحتاج إليه. لأن هذا من باب التعزير، وهو لا يختص بنوع معين، وإنما يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم في نوعه وقدره^(١).

(٣) ولملاءة المدين المماطل تأثير في منعه من السفر، إذ يتبين من كلام الفقهاء أن المدين إذا أراد السفر، فإن كان الدين حالاً وكان المدين مليئاً، كان من حق الغريم منعه من السفر حتى يؤدي إليه دينه^(٢).

(٤) وما غرمه الدائن صاحب المال في مرافعته القضائية من أتعاب المحاماة أو غيرها فهو على المدين المماطل الظالم^(٣).

ومن ثم تتطلب هذه الجريمة إيجاد وجود نظام قضائي سريع يعالج به هذا المشكل الذي قد تفاقم واستعصى في الظروف الراهنة. وعسى أن توجد بدائل مقبولة شرعاً تسعف الدائنين، لاستيفاء حقوقهم بدون اللجوء إلى محاماة أو مرافعة قضائية ونحو ذلك من الوسائل التي يكاد يتعذر استرداد الحق عن طريقها بسهولة في ظل قانون المحاكمات اليوم.

^١ انظر: الاختيارات الفقهية لابن تيمية ص ١٣٧

^٢ انظر: الموسوعة الكويتية ٢٠/٢٩ - ٢١

^٣ انظر: الاختيارات الفقهية لابن تيمية ص ١٣٦، وكشاف القناع ٤١٩/٣

المبحث الثاني بيع الدين والبدائل المشروعة لبيع الدين

عقب التمهيد المذكور آنفاً أنتقل إلى بيان المقصود من عنوان المبحث الذي يتضمن التعرض لأمرين:

أولهما: استكمال صور بيع الدين - غير الصور الوارد ذكرها في قرار المجمع سابقاً - :

يكاد يكون واضحاً من قرار المجمع الصادر في الدورة السابعة عشرة حول بيع الدين: أن بيع الدين ضمن خلطة أغلبها أعيان ومنافع هي المقصودة من البيع مندرج تحت الصور الجائزة، ولذا المطلوب في هذا البحث استكمال بقية المسائل المتعلقة بهذا الموضوع وتطبيقاته المعاصرة^(١).

والثاني: البدائل المشروعة لبيع الدين:

وإليك عرض ما يرتبط بكل منهما على النحو الآتي:

(١) دراسة صورة "بيع الدين الغالب" تتطلب بيان موقف الفقهاء حولها:

وفيما هو واضح من قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السابعة عشرة عن الديون أن المطلوب استكمال البحث حول صورة التعاملات التي يغلب فيها الديون.

لأننا إذا نظرنا إلى واقع الشركات المساهمة وجدنا أصولها مشتملة على نسبة من النقود والديون لها أو عليها. ومن المعلوم في فقه الشريعة أن الأصل في بيع الدين لغير من هو عليه: عدم الجواز. كما أن المتاجرة في النقود بالتفاضل مع اتحاد الجنس لا تجوز، فإذا اعترض أمران محظوران في سبيل التعامل بالأسهم فما هو موقف الفقهاء منه؟ هذا الموضوع من الموضوعات التي شغلت بال كثير من الباحثين في قضية الأسهم ووحدات الصناديق الاستثمارية، وأثير هذا الإشكال مراراً في ندوات ومؤتمرات فقهية وهيئات شرعية مشرفة على شركات ومصارف إسلامية. فمنهم من عالج هذه النازلة بوضع ضابط شرعي وهو أنه إذا كانت النقود والديون في الشركة أقل نسبة من الأعيان والخدمات فحينئذ لا مانع شرعاً من التعامل في الأسهم بالزيادة والأجل. واتجه فريق آخر إلى اعتبار القصد فقط في البيع والشراء بقطع النظر عن محتويات السهم حين تداوله.

ومن قال باعتبار نسبة الديون والنقود وعدم جواز إغفالها حين التعامل استند في تخريج المسألة إلى قاعدة "التبعية" أو احتج بقاعدة "مُدَّ عَجْوَةٌ" - وهي أن يباع مال ربوي بجنسه ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسه - وفق رأي المجيزين فيها. أما من اكتفى بالنظر في

^١ انظر: قرار المجمع ١٥٨ (١٧/٧) بشأن بيع الدين

المقصود والغرض من التعامل استدلالاً بمسألة "بيع العبد ذي المال"، وهي وثيقة الصلة بقاعدة التبعية أيضاً. وهنا ينبغي أن نتطرق إلى ما يتعلق بهذه الأمور الثلاثة بقدر الحاجة مع بيان الارتباط فيما بينها:

(١) قاعدة "التبعية":

إن التبعية تعني كون الشيء مرتبطاً بغيره بحيث لا ينفك عنه. والتبعية يتعلق بها جملة من الأحكام، ترجع كلها إلى قاعدة واحدة، وهي "التابع تابع". ومعناها: أن ما كان تبعاً لغيره في الوجود لا ينفرد بالحكم، بل يدخل في الحكم مع متبوعه، فإذا بيع حيوان في بطنه جنين دخل الجنين في البيع تبعاً لأمه، ولا يجوز إفراده بالبيع. كذلك بيع الدار مثلاً يدخل فيه المطبخ، وفي بيع حديقة زيتون تدخل أشجار الزيتون^(١).

وتتبع من تلك القاعدة الأساسية قاعدة أخرى وهي: "يغتفر في التبعية ما لا يغتفر في الاستقلال"^(٢).

والذي يهمنا هنا هو إدراك مدى تأثير التبعية في بيع وشراء الأسهم ونحوها، بحيث إن المحل المتعاقد عليه في تجارة الأسهم هو الحصة الشائعة من أصول الشركة، ولا خلاف بين الفقهاء في جواز بيع جزء مشاع كبيع عشرة أسهم من مئة سهم^(٣).

لكنه من المعلوم أن أصول الأسهم في الغالب تتكون من أعيان أو منافع، ومن نقود ومن ديون مستحقة لها في ذمم الآخرين، ومعنى ذلك أن الحصة الشائعة تتجاذبها أحكام تلك الأصول التي تتضمنها الشركة، فهل يجب أن ينظر إلى السهم في حالة البيع والشراء إلى حكم كل أصل على حدة، أو يعتبر وحدة مستقلة لا يتصور الانفكاك بين أجزائها، وبمقتضى ذلك يعطى له حكم ما يغلب عليه من الأعيان والمنافع أو الديون والنقود، ويغض النظر عن اليسير أو المغلوب فيه بالنظر إلى قاعدة الفقهاء: "لأكثر حكم الكل".^(٤) أو "الحكم للغالب"؟ وحينئذ يكون غير الغالب تابعاً فلا يستقل بحكم، فإن غلبت النقود والديون صارت هي الأصل وما عداها تابع، وإن غلبت الأعيان والمنافع صارت هي الأصل وما عداها تابع.

وهنا ينبغي أن يشار إلى معيار "اليسير"، فهو ما لا يتجاوز مقدار الثلث كما صرح بذلك المالكية، وحسب وجهة نظر غيرهم "الثلث في حد الكثرة وما دونه حد القلة"^(٥).

(٢) قاعدة "مدعجوة":

يظهر بإجالة النظر في قضية الديون الغالبة في تداول الأسهم وكذا في التعامل بالصناديق الاستثمارية ارتباطهما الوثيق بمسألة مدة عجوة، لما تتضمن كلتا المسألتين

^١ انظر: الموسوعة الفقهية ٩٤/١٠

^٢ طرح التشريب في شرح التقریب لزين الدين العراقي ١٢٢/٦ وكشاف القناع ١٦٦/٣

^٣ انظر: الموسوعة ٢٩٠/٢٦

^٤ انظر: "المفهم" للقرطبي، و"المغني" ١٧٩/٦ - ١٨٠، و"المبدع" ٧٦/٥

الجمع بين ربوي مع غير ربوي، ومن ثم ما يترتب على ذلك من أثر التبعية في اعتبار غير المقصود منغمرًا في المقصود وفق بعض رأي طائفة من الفقهاء، ولذا أتطرق إلى استعراض هذا الموضوع فيما يأتي:

معنى قاعدة "مد عجوة": أن يبيع شيئًا فيه الربا، بعضه ببعض، ومعهما، أو مع أحدهما من غير جنسه. مثال ذلك بيع مد ودرهم بمد ودرهم، أو بمدين، أو بدرهمين، أو أن يبيع شيئًا محلي بجنس حليته. وقد جرى فيه الخلاف على ثلاثة أقوال:

أ - المذهب عند الحنابلة أنه لا يجوز ذلك. وبه قال الشافعي وإسحاق وأبو ثور وطائفة من الفقهاء^(١).

وذلك بدليل ما روى فضالة بن عبيد، قال أتى النبي ﷺ بقلادة فيها ذهب وخرز، ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير، فقال النبي ﷺ: "لا، حتى تميز بينهما". قال: فرده حتى ميز بينهما. - رواه أبو داود - .

وفي لفظ رواه مسلم: قال: فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة، فنزع وحده، ثم قال لهم رسول الله ﷺ: "الذهب بالذهب وزنا بوزن"^(٢).

ب - عن أحمد رواية أخرى تدل على أنه يجوز، بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره، أو أن يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه. وهذا هو رأي الحنفية بالشرط المذكور آنفاً. واحتج من أجاز ذلك بأن العقد إذا أمكن حمله على الصحة، لم يحمل على الفساد^(٣).

ج - يرى المالكية في بيع المحلي: المنع، لكن قد رخصوا فيه للضرورة بشروط ثلاثة وهي:

- أن تكون تحليته مباحا، كسيف ومصحف.
- وأن تكون الحلية قد سمرت على المحلي بأن يكون في نزعها فساد أو غرم دراهم.
- وأن تكون الحلية قدر الثلث فأقل لأنه تبع^(٤).

وقد سلفت الإشارة إلى أن المالكية ضبطوا اليسير في غالب الأحوال بالثلث على أقصى حده، وأيضا التبعية عندهم لا تتجاوز هذا الحد. ويحسن أن أنقل في هذا المقام ما ذكره الإمام مالك رحمه الله في كتاب المساقاة من "الموطأ"، لما فيه من توضيح لجواز الشيء

^١ انظر: المغني ٩٢/٦

^٢ سنن أبي داود، كتاب البيوع ٢/٢٢٣، وصحيح مسلم، كتاب المساقاة ٣/١٢١٣

^٣ انظر: المغني ٩٢/٦ - ٩٣، وحاشية ابن عابدين ٥/٣٦٢

^٤ انظر: حاشية الدسوقي ٣/٤٠، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٢، نقلا عن الموسوعة ٢٦/٣٦١ - ٣٦٢

اليسير من باب التبعية بناء على عمل الناس - أي عمل أهل المدينة - وتسامحهم في هذا القدر في مسألة القلادة وأمثالها، ونصه كما يأتي:

"قال مالك: إذا كان البياض تبعاً للأصل، وكان الأصل أعظم ذلك أو أكثره، فلا بأس بمساقاته، وذلك أن يكون النخل الثلثين أو أكثر، ويكون البياض الثلث أو أقل من ذلك، وذلك أن البياض حينئذ تبع للأصل.

وإذا كانت الأرض البيضاء فيها نخل وكرم أو ما يشبه ذلك من الأصول، فكان الأصل الثلث أو أقل والبياض الثلثين أو أكثر، جاز في ذلك الكراء، وحرمت فيه المساقاة. وذلك أن من أمر الناس أن يساقوا الأصل وفيه البياض، وتكرى الأرض وفيها الشيء اليسير من الأصل.

أو يباع المصحف أو السيف وفيهما الحلية من الورق بالورق، أو القلادة أو الخاتم وفيهما الفصوص والذهب بالدنانير.

ولم تزل هذه البيوع جائزة يتبايعها الناس ويتعاونها، ولم يأت في ذلك شيء موصوف موقوف عليه إذا هو بلغه كان حراماً أو قصر عنه كان حلالاً.

والأمر في ذلك عندنا الذي عمل به الناس وأجازوه بينهم: أنه إذا كان الشيء من ذلك الورق أو الذهب تبعاً لما هو فيه جاز بيعه. وذلك أن يكون النصل أو المصحف أو الفصوص قيمته الثلثان أو أكثر والحلية قيمتها الثلث أو أقل^(١).

وقد أشبع الإمام ابن تيمية هذا الموضوع ببحث جامع مع استعراض الآراء وترجيح القول بالجواز إذا لم تكن هناك حيلة من وراء التعامل في صورة "مد عجوة"، وأورد هنا نصاً من كلامه بالقدر الذي يتم به الغرض المقصود في هذا الموضوع؛ وهو كما يلي:

• "فإذا كان المقصود بيع الربوي بجنسه متفاضلاً، وقد أدخل الغير حيلة، كمن يبيع ألفي درهم بألف درهم في منديل، أو قفيزي حنطة بقفيز في زنبيل: فهذا لا ريب في تحريمه. كما هو مذهب مالك والشافعي وأحمد.

وإن كان المقصود هو البيع الجائز، وما فيه من مقابلة ربوي بربوي آخر هو داخل على وجه التبع، كبيع الغنم بالغنم، وفي كل منهما لبن وصوف، أو بيع غنم ذات لبن بلبن، وبيع دار مموهة بذهب، وبيع الحلية الفضية بذهب، وعليهما ذهب يسير موهت به، ونحو ذلك. فهذا: الصواب فيه أنه جائز، كما هو المشهور من مذهب أحمد وغيره، كما جاز دخول الثمرة قبل بدو صلاحها في البيع تبعاً، وقد جاء مع ذلك الحديث الذي رواه مسلم مرفوعاً، كما رواه سالم عن أبيه، ورواه نافع عن ابن عمر مرفوعاً: "من باع عبداً له، وله مال فما له للبائع إلا أن يشترط المبتاع".

^١ الموطأ مع شرح الزرقاني ٤٦٨/٣ - ٤٦٩

وأما إن كان كلا الصنفين مقصودا، ففيهما النزاع المشهور. ومنهم من منعه، إما لكونه ذريعة إلى الربا، وإما لكون الصفقة المشتمة على عوضين مختلفين ينقسم الثمن عليهما بالقيمة، وهو مذهب مالك والشافعي وأحمد في إحدى روايته.

ومنهم من جوزه كمذهب أبي حنيفة وغيره، والرواية الأخرى عن أحمد: إذا كان المفرد أكثر من الذي معه غيره.

... والأشبه: الجواز في ذلك وفي سائر هذا الباب، إذا لم يشتمل على الربا المحرم. والأصل حمل العقود على الصحة، والحاجة داعية إلى ذلك. وحديث الخرز المعلقة بالذهب، لم يعلم كون الذهب المفرد أكثر من الذي معه غيره^(١).

يظهر بالنظر في الفتاوى المعاصرة التي اعتمدت مبدأ التبعية أنها أخذت بقول المجيزين بقاعدة "مد عجوة"، ويستلزم تطبيقها في مجال التعامل بالأسهم أن تكون نسبة الديون والنقود في السهم أقل من ثمن العين أو المنفعة التي يتضمنها السهم، بحيث يجعل الجزء المساوي من ثمن السهم بمقابل تلك الديون والنقود، وحينئذ سيعتبر المتبقي ثمنا للعين أو المنفعة. ويكاد يكون واضحا أن التبعية في هذا التخريج انغمرت في الأغلبية، إذ المبدأ عند القائلين بهذا الرأي أن التابع دائما يكون يسيرا بحيث يلحق بمتبوعه في الحكم.

(٣) مسألة بيع العبد ذي المال:

إذا تأملنا حقيقة أصول السهم وعناصره وجدناها مشتمة على متبوع وتابع، فالمتبوع هو الذي يتجه إليه قصد العاقدين، ففي الشركة التجارية والصناعية يكون المقصود هو العين من السلعة والمصنوع، وفي الشركة التي تقوم بتقديم خدمات يكون المقصود هو المنفعة، وحينئذ فإن النقود الموجودة في وعائها والديون التي تستحقها الشركة في ذمة الغير تأخذ حكم التابع. وفي هذه الحالة لا يلزم أن يكون التابع أقل دائما بل يحتمل أن يكون أكثر من المتبوع. ويشهد لذلك ما ورد في بيع العبد ذي المال وهو كما ورد في الصحيحين: "من باع عبدا وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع"^(٢).

وهذا النص فيما يتعلق بمال العبد مجمل، ومن ثم لا يستبعد أن يكون ماله نقودا أو ديونا في ذم الآخرين، ولم ندر شيئا عن مبلغ أو مقدار ذلك المال هل كان أقل من قيمة العبد أو أزيد، فإذا اشترطه المبتاع هل تجري عليه أحكام ربا الفضل وبيع الدين؟ وهل يجب أن يضبط ما ورد في مسألة العبد بمسألة "مد عجوة" من حيث تحديد مقدار التابع أم يقال إنه لا داعي لذلك لأن "المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقد دليل التقييد نصا أو دلالة"؟

^١ مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩/٤٦٥ - ٤٦٦

^٢ صحيح البخاري - مع فتح الباري، كتاب المساقاة، باب ١٧، رقم الحديث ٢٣٧٩، ج ٥ ص ٦٢ طبعة دار السلام، وصحيح مسلم - مع شرح النووي -، باب من باع نخلا عليها تمر، ج ١٠ ص ١٩١

قد ذهب معظم الفقهاء إلى أنه إذا كان قصد المشتري العبد لا المال في هذه الصورة فشرطه مقبول بناء على النص الصريح.

وهذا الحديث رواه الإمام مالك أيضا ثم قال: "الأمر المجتمع عليه عندنا: أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له، نقدا كان أو دينا أو عرضا يعلم أو لا يعلم، وإن كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به، كان ثمنه نقدا أو دينا أو عرضا" (١)، وذلك "عملا بإطلاق الحديث، لأن ماله تبع فهو غير منظور عليه، وكأنه لم يجعل له حصة من الثمن" (٢).

وقال ابن عبد البر: "ويجوز عند مالك شراء العبد، وإن كان ماله دراهم بدراهم إلى أجل، وكذلك لو كان ماله ذهباً أو دينا" (٣).

ويرى الإمام أبو بكر بن العربي أن الجواز في هذه المسألة مبني على اعتبار قاعدة المصالح- وهي إحدى القواعد الأساسية التي وضعها في بداية كتاب البيوع في شرحه "القبس شرح موطأ مالك بن أنس" - ، إذ يقول إن ما جاء في مال المملوك: "ينبغي على القاعدة العاشرة: وهي المقاصد والمصالح، لأن الرجل إذا اشترى عبداً، له ذهب بذهب، فالقاعدة الثالثة- وهي الصفقة إذا جمعت مالي ربا من الجهتين ومعهما أو مع أحدهما ما يخالفه في القيمة، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه، فإن ذلك لا يجوز- تمنع منه من جهة الربا، والقاعدة العاشرة في المصالح والمقاصد تقتضي جوازه، لأنه إنما المقصود منه ذاته لا ماله والمال وقع تبعا" (٤).

ويؤيد هذا المعنى الذي نلمسه في النص المذكور آنفا ما قرره الإمام الشاطبي في المسألة الثامنة من الفصل الثالث في الأوامر والنواهي، إذ يقول: "الأمر والنهي إذا تواردا على متلازمين، فكان أحدهما مأمورا به والآخر منهيًا عنه عند فرض الانفراد، وكان أحدهما في حكم التبع للآخر وجودا وعدما، فإن المعتبر من الاقتضائين: ما انصرف إلى جهة المتبوع، وأما ما انصرف إلى جهة التابع فملغى وساقط الاعتبار شرعا".

ثم أقام شواهد على تقرير هذا الأصل وناقش ما يمكن أن يثار حوله، وأثناء البحث تعرض لمسألة العبد، فقال: "وكذلك مال العبد يجوز اشتراطه وإن لم يجز شراؤه وحده، لأنه ملك العبد وما في حوزته، لا يملكه السيد إلا بحكم الانتزاع، كالثمرة التي لم تطب. فالحاصل أن التبعية للأصل ثابتة على الإطلاق، غير أن مسألة ظهور الثمرة ومال العبد تعارض فيها جهتان للتبعية: جهة البائع وجهة المشتري، فكان البائع أولى لأنه المستحق الأول، فإن اشترطه المبتاع: انتقلت التبعية. وهذا واضح جدا" (٥).

١ موطأ مالك مع شرح الزرقاني ٣/٢٢٦ - ٢٢٧، كتاب البيوع، ما جاء في المملوك)

٢ شرح الزرقاني على الموطأ ٣/٣٢٧

٣ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص ٣٣٦

٤ كتاب القبس ٢/٨٠٥، ٧٨٧، ط: دار الغرب الإسلامي

٥ الموافقات ٣/١٦٣ و١٧٤، تحقيق: محمد عبد الله دراز

وقال ابن قدامة: "وإن اشترطه المبتاع كان له للخبر. وروى ذلك نافع عن ابن عمر عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، وقضى به شريح، وبه قال عطاء، وطاوس، ومالك، والشافعي، وإسحاق.

قال الخرقى: إذا كان قصده للعبد لا للمال. هذا منصوص أحمد، وهو قول الشافعي، وأبي ثور، وعثمان البتي. ومعناه: أنه لا يقصد بالبيع شراء مال العبد، إنما يقصد بقاء المال لعبد، وإقراره في يده، فمتى كان كذلك: صح اشتراطه، ودخل في البيع به، سواء كان المال معلوماً أو مجهولاً، من جنس الثمن أو غيره، عينا كان أو ديناً، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر... (١).

هنا ينبغي أن يشار إلى أن الإمام الشافعي قد لحظ قاعدة "مد عجوة" في هذه المسألة، وطبق رأيه بالمنع في حالة كون مال العبد دراهم. إذ جاء في شرح النووي لصحيح مسلم: "ويشترط الاحتراز من الربا. قال الشافعي: فإن كان المال دراهم: لم يجز بيع العبد وتلك الدراهم بدراهم، فكذا إن كان دنائير لم يجز بيعها بذهب، وإن كان حنطة لم يجز بيعها بحنطة" (٢).

وهذا بخلاف موقف الإمام مالك في هذه المسألة، فإنه مع شدة ورعه واحتياطه في باب الصرف جعل لقضية العبد اعتباراً خاصاً واستثنائها من ضوابط الصرف وقاعدة "مد عجوة" المنوعة في نظره، تمسكاً بصريح النص وإعمالاً لقاعدة المقاصد والمصالح.

وليس يخاف أن التبعية لا تخضع لمبدأ اعتبار القلة أو الكثرة وفق هذا الرأي، فلا حرج إذا أن يكون التابع أكثر في قيمته أو كميته من المتبوع الأصل.

وفي ضوء الخلاف المذكور في تلك القضايا الثلاث، يتسع المجال لمزيد من النظر والبحث في القضايا المعاصرة التي تغلب فيها الديون، وفيما يبدو لي أن أية عملية تجارية واستثمارية لا بد في النظر في محتوياتها الغالبة، وهي التي تعد مقصودة. ولذا يحكم بما هو الغالب عليها، ففي حال غلبة الديون: الأصل أنها تخضع لضوابط الدين في التعامل. والله أعلم.

(٤) البدائل المشروعة لبيع الدين:

في الواقع لم يتسع الوقت للتصدي لهذه النقطة على الرغم من أهميتها، ولكن لا مانع أن يشار إلى أن أي بديل مقترح يكون مقبولاً إذا لم يتعارض مع الضوابط المحررة التي وضعت بشأن التعامل بالديون في القرارات الجمعية الصادرة سلفاً. وعلى هذا أرى من المفيد أن أسوق هنا أهم البنود منها، لكي لا نعيد البحث فيها جذعاً ولا نتعرض لبدائل تنكث

١ المغني ٦/٢٥٧ - ٢٥٨

٢ شرح النووي ١٠/١٩٢

ما تم غزله بإحكام، إذ لم يصدر قرار مجمعي إلا بإشباع البحث والنقاش، مع الأخذ في الاعتبار ترجيح رأي الأغلبية في مواطن الخلاف. فالإيكم النصوص المشار إليها:

(١) " لا يجوز بيع الدين المؤجل من غير المدين بنقد معجل من جنسه أو من غير جنسه لإفضائه إلى الربا، كما لا يجوز بيعه بنقد مؤجل من جنسه أو غير جنسه لأنه من بيع الكالء بالكالء المنهي عنه شرعا. ولا فرق في ذلك بين كون الدين ناشئا عن قرض أو بيع آجل"^(١).

(٢) " يعد من فسخ الدين بالدين الممنوع شرعا كل ما يفضي إلى زيادة الدين على المدين مقابل الزيادة في الأجل أو يكون ذريعة إليه. ومن ذلك فسخ الدين بالدين عن طريق معاملة بين الدائن والمدين تنشأ بموجبها مديونية جديدة على المدين من أجل سداد المديونية الأولى كلها أو بعضها، سواء أكان المدين موسرا أم معسرا، وذلك كشراء المدين سلعة من الدائن بثمن مؤجل ثم بيعها بثمن حال من أجل سداد الدين الأول كله أو بعضه"^(٢).

(٣) " العبرة في وفاء الديون الثابتة بعملة ما، هي بالمثل وليس بالقيمة، لأن الديون تقضى بأمثالها، فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة، أيا كان مصدرها، بمستوى الأسعار"^(٣).

وعلى هذا: إذا تراكمت الأجرة وصارت دينا يطبق عليها الحكم المذكور في القرار السابق^(٤).

وهذا ما نص عليه بالعبارة الآتية أيضا:

• "الدين الحاصل بعملة معينة لا يجوز الاتفاق على تسجيله في ذمة المدين بما يعادل قيمة تلك العملة من الذهب أو العملة الأخرى المتفق على الأداء بها"^(٥).

(٤) لا يجوز الشرط الجزائي في العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينا، فإن هذا من الربا الصريح. وبناء على هذا لا يجوز الشرط الجزائي - مثلا - في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء كان بسبب الإعسار، أو المماطلة^(٦).

^١ قرار المجمع ١٠١ (١١/٤) بشأن بيع الدين وسندات القرض وبدائلها الشرعية

^٢ قرار المجمع ١٥٨ (١٧/٧) بشأن بيع الدين.

^٣ قرار المجمع: ٤٢ (٥/٤) بشأن تغيير العملة-

^٤ انظر: قرار المجمع: ٧٥ (٨/٦) بشأن قضايا العملة

^٥ قرار المجمع: ٧٥ (٨/٦) بشأن قضايا العملة-

^٦ انظر: قرار المجمع ١٣٣ (١٤/٧) بشأن مشكلة المتأخرات في المؤسسات المالية الإسلامية.-

المبحث الثالث

الوسائل التي تحمي المؤسسات المالية المقرضة من إفسار المدينين أو التخفيف منه:

(١) التدقيق في دراسات الجدوى للمشروعات التي تقدمها الشركات والمؤسسات المقرضة.

ليس بخاف أن هذا الموضوع له أهمية قصوى في إطار معالجة مشكلة الديون. فمن المعروف أن الوقاية خير من العلاج. فالأصل أن تقلص المتاجرة عبر المداينات. وقد يبدو هذا الاقتراح صعباً غير عملي في الظروف الراهنة، لكن لا بد من التفكير فيه من جديد، إذ ترجع الأزمات المالية العالمية إلى عوامل، وعلى رأسها: فشو المداينات، إذ الاستدانة تعني في أول وهلة عدم توافر السيولة لدى المدين، وهذا يستدعي أن لا يقبل على التعاقد بالمداينة إلا بعد دراسة فاحصة للمشروع الاستثماري الذي هو بصدده.

وهذا ما ينسحب على الجهة الدائنة أيضاً، فلا يعني تجميع السيولة الوافية الضخمة عبر الودائع أو الأرصدة الأخرى أن تفتح نوافذ باب المتاجرة عن طريق العمليات المبنية على المداينة، لعامة المستهلكين، بحيث يتعثر السداد لكثير منهم، فتتجم مشكلات فيشتد النزاع بين أطراف العقد. ويتطلب كل ذلك أن تؤخذ في الاعتبار دراسة جدوى الاستثمار ومعرفة شخصية الجهة المدينة.

(٢) الحصول على الضمانات الكافية عند الإقراض:

إن الحصول على الضمانات الكافية عند الإقراض أو إنشاء عقد مداينة، أمر لا محيص عنه، ولم تشرع عقود التوثيق إلا لهذا الغرض.

وبما أن حقوق العباد مبنية على المشاحة، كان وفاء الحق المالي أكد وأولى بالرعاية. ومن تلك الحقوق: الالتزامات المترتبة في ذمم المدينين. ولذا قد ندب الإشهاد على الديون في كتاب الله الكريم.

قال الشاه ولي الله الدهلوي عقب ذكر آية المداينة: "أعلم أن الدين أعظم المعاملات مناقشة وأكثرها جدلاً، ولا بد منه للحاجة، فلذلك أكد الله تعالى في الكتابة والاستشهاد، وشرع الرهن والكفالة..."^(١).

ومما يؤكد التوثيق أن الدين إنما يشغل الذمة الشخصية للمدين ويبقى مال المدين حراً بطبيعة الحال، لا علاقة للدين به، فتكون يده فيه مطلقة في الأصل إلا أن يطرأ ما يوجب تعلقاً للدين بعين المال فيتقيد عندئذ تصرف المدين بماله فيكون تصرفه موقوفاً، كما في حالة الرهن، وحجز المال قضاء للدائن... فيتوقف تصرف المدين من أمواله بما يضر حقوق الدائنين^(٢).

^١ حجة الله البالغة ٢/٩٣٥، أحكام البيع

^٢ المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، مصطفى أحمد الزرقا ص ٢١٢

وفي كثير من الحالات تدرج العقود التوثيقية في زمرة العقود العينية التبعية في نظر القانون. فيثبت لصاحب الحق العيني التبعية حق الأولوية والامتياز.

وحق الامتياز هو حق ممنوح لأنواع معينة من الديون أن تستوفى قبل غيرها، إما من جميع أموال المدين، أو من جزء معين من أمواله. ولا يتحقق هذا الحق إلا عند تراحم عدة حقوق على الاستيفاء من مال معين ولأحدها حق التقدم، فيكون لهذا الدين المتقدم حق الأولوية أو حق الامتياز^(١).

و يأتي في طليعة العقود التوثيقية عقد الرهن. إذ قد نص عليه في كتاب الله تعالى.

جاء في "المسالك" لابن العربي تحت عنوان "الأصول": "الرهن مصلحة من مصالح الخلائق، شرعها الله تعالى لمن لم يرض بذمة صاحبه الذي عامله، وفائدته: التوثيق للخلق، مخافة ما يطرأ عليهم من التعذر. قال الله تعالى: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾^(٢).

وقد اتفق العلماء على أن منافع الرهن للراهن ليس للمرتهن فيها حق، وإنما له حق الحبس والتوثق، فأما منافعه فلا^(٣).

ويمثل حق الرهن حقا عينيا توثيقيا يثبت ويقرر لشخص دائن على مال معين لشخص آخر مديون له، ليتمكن الدائن أن يستوفي دينه منه عند عدم وفاء المدين، فهو حق عيني غير مستقل في مفهومه ووجوده، بل هو تابع للمدين لأنه توثيق لاستيفائه^(٤).

ومن باب توسيع دائرة الرهن في توثيق العقود لا بأس بأن يكون المبيع نفسه مرهونا. وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ونصه كالآتي:

"لا يحق للبائع الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة"^(٥).

- وكذا نص على جواز رهن الأسهم، ورهن الحصة المشاعة من الشركة^(٦).

وبجانب الرهن يمكن أن يجري التوثيق بالكفالة أو الضمان ونحوهما. ومن المناسب أن أورد هنا ما جاء في المعيار الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية حول الضمانات، فمن أبرز نصوص "المعيار" ما يأتي:

(١) اشتراط الضمانات مشروع في عقود المعاوضات... لأن التوثيق ملائم للعقود المضمونة.

١ انظر: المصدر نفسه ص ٣٤

٢ الآية ٢٨٣، سورة البقرة

٣ المسالك - شرح الموطأ - ٣١١/٦ - ٣١٢، كتاب الرهن

٤ انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، مصطفى أحمد الزرقا ص ٣٠

٥ قرار المجمع: ٥١ (٦/٢) بشأن البيع بالتقسيط.

٦ انظر: قرار المجمع: ٦٣ (٧/١) بشأن الأسواق المالية.

- (٢) لا مانع من الحصول على أكثر من ضمان، كالجمع بين الكفالة والرهن.
- (٣) تصح كفالة ما ليس معلوما من الديون، كما يصح ضمان ما لم يجب بعد في الذمة مع جواز الرجوع عنه قبل نشوء المديونية... .
- (٤) للدائن حق مطالبة المدين أو الكفيل وهو مخير في مطالبة أيهما شاء.
- (٥) يجوز للمؤسسة أن تشترط على عميلها في عقد المداينة أو قبله تقديم رهن لضمان المديونية... .
- (٦) الأصل أن يكون الرهن مقبوضا لدى الدائن (الرهن الحيازي). ويجوز أن يدعه لدى المدين (الرهن التأميني أو الرسمي) وتثبت له جميع أحكام الرهن. ويجوز أن يرهن المدين مال غيره بإذنه (الرهن المستعار). وتعد حيازة مستندات البضائع أو المعدات لدى المخازن أو في الموانئ قبضا حكما لما تمثله.
- (٧) جميع المصروفات الفعلية المتعلقة بالرهنونات العينية تكون على الراهن، وإذا قام المرتهن بدفعها بإذن الراهن فله حق الرجوع عليه أو الانتفاع بالرهون بقدر المصروفات.
- (٨) مقتضى الرهن أن يحق للدائن عند عدم وفاء المدين بالدين في موعده طلب بيع المرهون لاستيفاء مقدار الدين من ثمنه، ورد الزائد إلى المدين، وإذا نقص الثمن عن الدين فللباقي منه حكم الدين العادي.
- (٩) إذا أفلس المدين فإن للدائن المرتهن أولوية على بقية الدائنين للاستيفاء من الرهن، ويكون أسوة للغيراء في بقية دينه إذا لم يكف الرهن.
- (١٠) للدائن أن يشترط على المدين تقويضه ببيع الرهن عند حلول أجل الدين للاستيفاء من ثمنه دون الرجوع إلى القضاء.
- (١١) يجوز للراهن أن ينتفع بالرهون بإذن المرتهن، ولا يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن مطلقا ولو بإذن الراهن.
- (١٢) يحق للبائع أن يشترط على المشتري بالأجل أنه إذا لم يسدد الثمن خلال مدة معلومة بعد حلول الأجل فله فسخ العقد دون الرجوع إلى القضاء.
- (١٣) لا مانع من الحصول من المدين على شيكات أو سندات إذنية (سندات لأمر) بصفتها وسيلة لحمل المدين على أداء الأقساط نقدا في مواعيدها، بحيث تعاد إليه إذا أدى، أو ترسل للتحصيل إذا تخلف عن الأداء.
- (١٤) يجوز للمؤسسة أن تشترط على العميل لتوثيق المديونية التي سيدفعها على أقساط أو في موعد لاحق أن يكون لها الحق في تجميد حسابه الاستثماري أو إيقاف حقه في السحب منه مطلقا، أو بمقدار الدين، وهو الأولى^(١).

^١ المعايير الشرعية - ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م - ، ص ٤٨ - ٥٢

وهنا من الجدير بالذكر أنه على الرغم من أخذ الضمانات الكافية التي تسعف الدائن في استيفاء دينه من المدين المماطل، إذا اعترضت عوائق أخرى، كما لو أدى رفع القضية إلى المحكمة إلى مشكلات في ظل المحاكمات القانونية اليوم، وصادف وجود رصيد آخر لدى الدائن في حساب استثماري آخر لذلك المدين، فلا بأس بأن يستوفي حقه منه بناء على قاعدة الظفر بالحق. ومعنى الظفر بالحق: أن يفوز الإنسان بمال مدين مماطل له، فيأخذ نصيبه المستحق منه، بدون إذنه. وهي في الواقع تمثل قاعدة لما يرتبط بها من أحكام متعددة تدور حول استيفاء الحقوق، لاسيما في مجال الحقوق المالية. وقد صاغ الإمام البغوي موضوع الظفر بالحق في صورة قاعدة، فقال: "من له حق على غيره يمنعه إياه، فظفر من ماله بشيء: جاز له أن يقتضي منه حقه، سواء كان من جنس حقه أو لم يكن منه" (١).

وهذه الصيغة قد برز فيها اتجاه الفقهاء الذين أجازوا استيفاء الحق المالي عند الظفر بمال صاحبه المدين المماطل وإن لم يكن من جنسه.

و قد اختلف الفقهاء في استيفاء الحق مما ظفر به الإنسان من مال لغيره حسب اختلاف الأحوال والأحكام. ولا يتسع المقام هنا للتعريج على الخلاف.

^١ شرح السنة للبغوي ٨/ ٢٠٥

ملخص البحث

تلخص هذا البحث في عرض عناصره في صورة ثلاثة محاور، على النحو الذي يأتي بيانه:

جاء في مستهل البحث تمهيد يتناول حكم الاستدانة، ثم تضمن المحور الأول البحث عن الإفلاس والتفليس، إذ قد يتعذر أداء الدين عند حلوله من قبل المدين بسبب إفلاسه، فربما يضطر الدائن إلى مرافعة قضية ضده، فيحجر على المدين بإصدار حكم التفليس فيما إذا ثبت المطل منه، لكي يمكن استيفاء الدين منه قضائياً. ثم أشير في البحث إلى تدابير وقائية، إذا أخذت في الحسبان من طرف الدائن أصبح في غنى عن مرافعة قضائية، إذ أمكنه في الغالب استيفاء الدين بدون اللجوء إلى القضاء، وقد استعرض البحث بعض الأحكام المترتبة على إشهار إفلاس المدين، و تناول أيضاً قضية تغريم المدين الموسر المماطل، التي احتدم فيها الخلاف، كما هو واضح من الاجتهادات المعاصرة.

هذا، وأما المحور الثاني: فالمقصود منه استكمال بعض صور الدين، التي لا تزال مثار النزاع وتنتظر صدور قرار مجمعي في شأنها، وعلى رأسها صورة الدين الذي يغلب على بقية عناصر المعقود عليه في أنواع من الاستثمارات المعاصرة، المتمثلة في الشركات الحديثة و المضاربة الجماعية، وما يتفرع عنها من وحدات الصناديق الاستثمارية وأسهم الشركات المساهمة ونحوها. فقد صدرت قرارات بجواز التعامل فيما إذا كان الدين أو النقد مغلوباً بمقابل السلع في مكونات هذا النوع من التعامل، وبقي البحث والنظر فيما إذا كانت الديون والنقود غالبية، وقد ارتكز البحث في المحور الثاني على هذه القضية الجوهرية.

ثم تطرق البحث في نفس المحور الثاني إلى إيراد أهم قرارات المجمع، الصادرة بخصوص الدين، لكي تؤخذ في الاعتبار لدى التصدي للبدايل المشروعة لبيع الدين، المقترحة من قبل الباحثين. ثم ختم البحث في المحور الثالث بذكر ما يتعلق بحصول الضمانات عند الإقراض والتعامل بالمدائيات في ضوء كلام العلماء والقرارات الجمعية ولا سيما المعايير الشرعية الصادرة في هذا الشأن. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

إعداد

علي أحمد الندوي

١٥/١٠/١٤٣٣هـ

فهرس المراجع

- (١) الأشباه والنظائر، لتاج الدين عبد الوهاب السبكي، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١هـ.
- (٢) إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون -دراسة مقارنة- ، للدكتور زياد صبحي ذياب، دار النفائس، الأردن، ١٤٣٢هـ- ٢٠١١م
- (٣) الإفلاس في الشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة- ، للدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح.
- (٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، للمرداوي، علاء الدين أبي الحسن بن سليمان، الطبعة الأولى، تصحيح وتحقيق: محمد حامد الفقي، مصر، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٧٤هـ- ١٩٥٥م للمرداوي
- (٥) التعويض عن ضرر المماثلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، لمحمد أنس الزرقا، ومحمد علي القري، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، م٣، ١٤١١هـ/١٩٩١م
- (٦) الجامع الصحيح، للإمام محمد بن إسماعيل البخاري- مع فتح الباري لابن حجر العسقلاني- .
- (٧) الحاوي الكبير- شرح مختصر المزني- لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل عبد الموجود، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٤هـ- ١٩٩٤
- (٨) حجة الله البالغة، لشاه ولي الله أحمد بن عبد الرحيم الدهلوي، تحقيق: عثمان جمعة ضميرية، مكتبة الكوثر، الرياض، ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م
- (٩) الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: د. محمد حجي، ط١، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٩٩٤م
- (١٠) الديون والبنوك- رؤية اجتماعية اقتصادية في ضوء الكتاب والسنة- ، د.عبد الله بن سيف الأزدي، ٣٦٠- ٣٦١، مركز النشر العلمي جامعة الملك عبد العزيز، جدة.
- (١١) رد المحتار على الدر المختار = حاشية ابن عابدين، محمد أمين، بيروت ، دار الفكر.
- (١٢) شرح السنة ، للحسين بن مسعود بن محمد البغوي ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش، الطبعة الأولى، بيروت، المكتب الإسلامي، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م.
- (١٣) شرح مختصر الطحاوي لأبي بكر الجصاص الرازي، دراسة وتحقيق: د. سائد بكداش وعدد من الباحثين.، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ١٤٣١هـ- ٢٠١٠م
- (١٤) شرح مشكل الآثار، لأبي جعفر الطحاوي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت.

- (١٥) شرح النووي لصحيح مسلم. للإمام مسلم بن الحجاج القشيري، مؤسسة قرطبة، القاهرة ١٤١٢هـ - ١٩٩١م
- (١٦) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لعبد الله بن نجم بن شاس المالكي، تحقيق: حميد محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
- (١٧) الفروق لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ١٣٤٤هـ
- (١٨) الفوائد الجسام على قواعد ابن عبد السلام، "مخطوط" - المكتبة السليمانية، استنبول.
- (١٩) القبس شرح موطأ مالك بن أنس، لأبي بكر محمد بن العربي المعافري، تحقيق: د. محمد ولد كريم ط ١، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٢م
- (٢٠) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر..
- (٢١) كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، مطبعة أنصار السنة المحمدية، القاهرة
- (٢٢) المبدع في شرح المقنع، للبرهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي، ط ١، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٠م
- (٢٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم الحراني، الطبعة الأولى، جمع و ترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي والحنبلي وابنه محمد، الرياض، مطابع الرياض، ١٣٨١هـ
- (٢٤) المدخل إلى نظرية الالتزامات العامة، لمصطفى أحمد الزرقا، ط: دار القلم، دمشق.
- (٢٥) المعايير الشرعية ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، بالبحرين
- (٢٦) المغني لابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن محمد المقدسي، ط: الأولى، القاهرة، هجر للطباعة والنشر.
- (٢٧) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، لأبي العباس أحمد بن عمر القرطبي، تحقيق: محي الدين مستو، يوسف علي بديوي وآخران، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، بيروت ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م
- (٢٨) المقدمات الممهدة لابن رشد "الجد"، أبي الوليد محمد بن أحمد، الطبعة الأولى، تحقيق: د. محمد حجي، وسعيد أحمد أعراب، بيروت، دار الغرب الإسلامي ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م
- (٢٩) المسالك - في شرح موطأ مالك - لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري، تحقيق: محمد بن الحسن السليمانى، عائشة بنت الحسن السليمانى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

- (٣٠) مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، لأبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، بيروت، دار ابن حزم، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م
- (٣١) المنثور في القواعد للزرركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، الكويت، مؤسسة الخليج للطباعة والنشر ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م
- (٣٢) الموسوعة الفقهية - وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الكويت - .
- (٣٣) الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، تحقيق: د. عبد الله دراز، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١هـ - ١٩٩١م
- (٣٤) نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور عبد المنعم فرج الصده، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٠هـ.
- (٣٥) نهاية المطلب في دراية المذهب، لعبد الملك عبد الله بن يوسف الجويني، تحقيق: د. عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، جدة، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م
- (٣٦) الوسيط في المذهب، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، القاهرة، دار السلام ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي ووسائل حماية المؤسسات المالية المقرضة من إعسار المدينين

إعداد

د. محمد عبد المنعم أبوزيد

كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

الرياض - المملكة العربية السعودية

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

لقد انتشر التعامل بالديون في الوقت الحاضر انتشاراً كبيراً، وأصبح يمثل النسبة الغالبة في مجال المعاملات المالية الحديثة فكثير، من الحاجات الاستهلاكية والاستثمارية لا يتم إشباعها الآن إلا من خلال أسلوب الدين.

وقد اهتم الإسلام منذ أربعة عشر قرناً بمسألة الدين، فأجاز التعامل به، وحث أصحاب الأموال على إقراض أصحاب الحاجة ورغبهم في ذلك وبين فضل هذا العمل وجزاؤه العظيم، كما حض المدينين على حسن القضاء والحرص على الوفاء بالديون لأصحابها في مواعيدها المحددة، وحذر من التأخر والمماطلة في أداء الدين، كما شرع الإسلام بعض صور المعاملات القائمة على الدين كالبيع الآجل والإجارة..... وغيرها. كما نظم وبين الإسلام الأحكام المختلفة للتعامل بالدين وأجاز بعض الأساليب والوسائل التي تكفل رد الديون لأصحابها كالكتابة والإشهاد والرهن والكفالة وغيرها.

وعلى الرغم من انتشار وتزايد التعامل بالديون في الوقت الحاضر، إلا أنه لوحظ من خلال الواقع العملي لهذه المعاملات وبعض الدراسات الميدانية المتعلقة بها أن نسبة التوقف عن السداد أو التأخر والمماطلة في أداء الدين في تزايد مستمر، الأمر الذي ترتب عليه العديد من الآثار السلبية، ليس فقط على مستوى المؤسسات المقرضة، ولكن أيضاً على مستوى المدينين أنفسهم، بل وعلى مستوى المعاملات المالية بصفة عامة في الوقت الحاضر، حتى أصبحت هذه المشكلة محل اهتمام الكثير من المعنيين بالمعاملات المالية عامة والمصرفية على وجه الخصوص.

ولا يرجع تزايد الاهتمام بهذه المشكلة مؤخراً إلى كثرة التعامل بالدين في الوقت فقط، ولا إلى زيادة حالات الإعسار والتعثر وعدم السداد التي يتعرض لها كثير من المؤسسات المقرضة فحسب، ولكن أيضاً بسبب انتشار وزيادة عدد المؤسسات المالية الإسلامية وكذلك التزايد المستمر في الاعتماد على الأساليب الإسلامية، والتي تعتمد في جانب أساسي منها على التعامل بأسلوب الدين.

وزاد من هذا الاهتمام أيضاً أن هذه المشكلة قد دفعت بكثير من المؤسسات المقرضة والمدينين إلى اللجوء لوسائل مختلفة للخروج منها بصرف النظر عن كونها وسائل مشروعة أو غير مشروعة، ومن هنا تبرز أهمية دراسة وبحث هذا الموضوع.

وقد اهتم الفكر التمويلي والمصرفي بمسألة حماية الديون والأموال المقرضة من خطر عدم السداد بسبب تعرض المدينين - أو المقترضين - للتعسر أو الإعسار أو المماطلة، وقدمت في هذا الإطار العديد من الوسائل التي يمكن للمؤسسات المقرضة الاعتماد عليها

لتجنب حالات التعثر أو إعسار المدينين وعدم تعرضها لها منذ البداية ، ولتدنية الآثار السلبية والأضرار الناتجة عنها عند وقوعها .

ونحن الآن - وفي ظل الواقع الذي سبق عرضه - في حاجة للتعرف على هذه الوسائل والأساليب ، تمهيداً لبحث مدى إمكانية الاعتماد عليها من الناحية الشرعية لمواجهة حالات إعسار وتعثر المدينين في مجال المعاملات الإسلامية عامة ومجال المؤسسات المالية الإسلامية خاصة ، وهذا ما يستهدف البحث المساهمة في تحقيقه ، وذلك من خلال هذه الخطوة المتواضعة لدراسة بعض جوانب هذا الموضوع .

وسوف يتم التعرض بداية لمسألة الإعسار في الفقه الإسلامي ، من حيث بيان تعريفه وأهم الفروق التي تميزه عن المعاملات ذات الشبه به ، ثم بيان موقف الشريعة الإسلامية من مسألة التعامل بالمدين عامة وبعض الأحكام المتعلقة بهذا التعامل مع التركيز على مسألتها مماثلة وإعسار المدين لعلاقتها الأساسية بهذا الموضوع وبعد ذلك يتم الانتقال للتعرف على بعض الوسائل التي يتم الاعتماد عليها في مجال عمل المؤسسات المالية المقرضة - التقليدية - لحمايتها من حالات الإعسار والتعثر التي يمكن أن يتعرض لها العملاء المدينون وتؤدي إلى عدم قدرتهم على سداد الدين المستحق عليهم .

وبناء على ذلك ستم دراسة هذا الموضوع من خلال المباحث الثلاثة التالية :

المبحث الأول : الإعسار وأحكامه في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : وسائل حماية المؤسسات المقرضة من إعسار المدينين في

مرحلة ما قبل منح القرض .

المبحث الثالث : وسائل حماية المؤسسات المقرضة من إعسار المدينين في

مرحلة ما بعد منح القرض .

المبحث الأول الإعسار وأحكامه في الفقه الإسلامي

يستهدف هذا المبحث التعرف على ماهية وطبيعة الإعسار في الفقه الإسلامي مع بيان أهم أحكامه الشرعية ، وذلك لتحديد كيفية التعامل مع هذه الحالة للإعسار ، سواء بالوصول إلى الأساليب الوضعية والشرعية لتجنبها وحماية أموال الدائنين من التعرض لإعسار المدينين ، أو بتحديد الوسائل العلاجية الوضعية والشرعية أيضاً الملائمة للتعامل معها وتدنية آثارها عند وقوعها .

ولأن الإعسار مرتبط بالدين - في موضوعنا هذا - ارتباط عضوي ، فسوف يتم التعرض لمسألة الدين وأحكامه في الفقه الإسلامي ، وبيان رؤية الشريعة الإسلامية لموضوع الدين وموقفها منه ، وأحكام التعامل مع المدينين عامة والمدين المعسر والمدين المماطل خاصة .

وللتعرف على هذه المسائل سيتم تقسيم المبحث إلى المطالب الثلاثة التالية :

المطلب الأول : تعريف الإعسار والتمييز بينه وبين المعاملات المشابهة له .

المطلب الثاني : الدين وأحكامه في الفقه الإسلامي .

المطلب الثالث : أحكام التعامل مع المدين المماطل والمدين المعسر .

المطلب الأول

تعريف الإعسار والتمييز بينه وبين المعاملات المشابهة له

أولاً: تعريف الإعسار:

الإعسار في اللغة : مصدر الفعل أعسر ويقصد به الضيق والشدة، ومنه أيضاً قلة ذات اليد^(١) يقول سبحانه وتعالى : ﴿ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾^(٢) ومنه قوله تعالى : ﴿ فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا * إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ﴾^(٣) ، وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾^(٤) . فالمعنى العام للإعسار هو الضيق والشدة في أي شيء ، ومنه الإعسار المالي أي قلة ذات المال وعدم القدرة على الإنفاق أو أداء الالتزامات المستحقة .

أما تعريف الإعسار في الاصطلاح الشرعي : فقد استخدم الفقهاء لفظ "الإعسار" بمعانٍ وعبارات اختلفت باختلاف ورودها في أبواب المعاملات المختلفة، كالإعسار بالنفقة

(١) انظر لسان العرب لابن منظور ، مادة عسر : والمصباح المنير : ص ١٥٥ .

(٢) الطلاق : ٧ .

(٣) الشرح : ٥ ، ٦ .

(٤) البقرة : ٢٨٠ .

والإعسار بالمهر والإعسار بالدين، ومن ثم فهناك تعريفات للإعسار ترتبط بالمجالات أو الموضوعات التي استخدم فيها لفظ الإعسار، وقد عرفت الموسوعة الفقهية الكويتية الإعسار بأنه : "عدم القدرة على النفقة أو أداء ما عليه بمال ولا كسب" (١) .

ويتبين من هذا التعريف أن المقصود بالإعسار هو عدم القدرة على أداء الحقوق والالتزامات المالية عامة - أيا كان نوعها - بسبب عدم توافر المال وعدم القدرة على الكسب، فالإعسار في الاصطلاح يدور معناه حول العجز المالي للشخص عما لزم في ذمته من التزام مالي (٢) .

أما الإعسار بالدين فيمكن استنباط معناه مما سبق حيث يقصد به: عدم توافر الأموال التي تمكن المدين من سداد دينه. وهذا يقترب من تعريف الإمام الرازي للإعسار والذي ذكر بأنه أي المعسر : "لا يجد في ملكه ما يؤديه بعينه ولا يكون له ما لو باعه لأمكنه أداء الدين من ثمنه" (٣) .

والخلاصة أن الإعسار في الاصطلاح الفقهي يطلق في المعنى العام ويراد به عدم قدرة المكلف على أداء ما عليه من الحقوق المالية، سواء أكانت من حقوق الله كالزكاة والنذر ، أم من حقوق العباد كالنفقة والدين . وسواء كان عنده مال يفي ببعض الحقوق، أم لم يكن عنده مال أصلاً؛ ويطلق لفظ الإعسار بالمعنى ويراد به : ألا يكون عند المدين مال يفي بالدين الذي عليه (٤) .

تعريف الإعسار في النظام: يعرف كثير من القانونيين الإعسار بتعريفات تقترب إلى حد كبير من تعريفه في الاصطلاح الفقهي ، فقد عرفه السنهوري بأنه : حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على حقوقه (٥) . وعرف البارودي الإعسار بأنه : عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء (٦) .

ويعرف المعجم القانوني المعسر بأنه : المتوقف عن الأداء أو العاجز عن أداء ديونه في مواعيدها ، أو من كانت أمواله لا تكفي لأداء ما يطلب منه (٧) . ويعرف البعض الإعسار القانوني بأنه : وضع يكون فيه المدين غير قادر على تسديد المبلغ الذي اقترضه عندما يجب موعد السداد (٨) .

(١) الموسوعة الفقهية . وزارة الأوقاف الكويتية : ٢٤٦/٥ .

(٢) فضل الرحيم بن محمد عثمان . أحكام الإعسار المالي في الفقه الإسلامي ، دار كنوز أشبيلية ، الرياض ، ٢٠٠٩م : ص٢٦ .

(٣) التفسير الكبير للرازي : ١١/٧ .

(٤) يوسف الشبيلي . إفلاس الشركات وإعسارها في الفقه والنظام ، المؤتمر الفقهي الثاني للمؤسسات المالية الإسلامية ، شورى للاستثمارات الشرعية وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، الكويت ، ٣ و ٤ نوفمبر ٢٠٠٩م .

(٥) عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : ١٢٠٩/٢ .

(٦) علي البارودي . القانون التجاري ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٧م : ص٢٧٢ .

(٧) المعجم القانوني ، مكتبة لبنان ، بيروت ، ١٤١٠ : ص٣٧٢ .

(٨) يوسف الشبيلي . إفلاس الشركات وإعسارها في الفقه والنظام ، مرجع سابق : ص٩ .

ثانياً: التمييز بين الإعسار والإفلاس :

الإفلاس لغة : مصدر أفلس أي صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم .وقالوا أفلس الرجل كأنه صار إلى حال ليس له فلوس^(١) . فالمعنى هنا أنه أصبح بلا مال ، أو بقي معه قليل من بعد أن كان صاحب مال كثير .

أما في الاصطلاح الفقهي : فالمفلس هو: من أحاطت الديون بماله . كما عرف المفلس بأنه من عليه ديون لا تفي بها أمواله . وعرفه بعض الفقهاء بأنه : "من عليه ديون حالة زائدة عن ماله " . فالمفلس هو من عجز عن وضع ما عليه من ديون ، وقد يكون من لا مال له وقد يكون عنده مال كثير ولكنه لا يفي بديونه اللازمة .

أما المعسر- فكما سبق- هو من لا مال له وعسرت أموره عليه وشقت ، فهو أسوأ حالا من المفلس .

فالإعسار والإفلاس يجمعهما عدم القدرة المالية على الوفاء بالالتزامات والحقوق ، ولكن بينهما فروق أساسية أيضاً منها^(٢) :

- (١) المفلس له مفهوم وتعريف محدد لدى الفقهاء ، بينما الإعسار ليس له تعريف يشمل جميع أبوابه ، ويختلف تعريفه من باب لآخر .
- (٢) الإعسار في اللغة يأتي بمعنى الشدة والصعوبة عامة ومنها قلة ذات اليد ، بينما الإفلاس في اللغة لا يستعمل إلا في قلة المال وانعدامه .
- (٣) يغلب استعمال لفظ الإعسار لدى الفقهاء في العجز عن أداء الحقوق المالية التي أوجبها الله عامة ، بينما الإفلاس يستعمل في العجز عن أداء الدين من جهة العباد ، فالإفلاس مرتبط دائماً بالدين أما الإعسار فقد يكون عن دين أو غيره .
- (٤) إذا ثبت إعسار المدين فإنه ينظر إلى حين ميسرة ، أما في حالة إفلاس المدين فإنه يباع ما يملك ويقسم ثمنه على غرمائه .
- (٥) في حالة الإفلاس يمنع المدين من التصرف في ماله ويتم الحجر عليه ، وأما الإعسار فهو بخلاف ذلك .

ثالثاً: التمييز بين الإعسار والمطل:

يقسم الفقهاء المدينين من حيث القدرة على السداد إلى ثلاثة أقسام: -

- (١) المدين المعسر: وهو من ليس عنده مال يفي بشيء من ديونه ، وحكمه إذا ثبت إعساره إنظاره لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾^(٣) ، ولا يجوز حبسه ولا الحجر عليه .

^(١) انظر مختار الصحاح : ص ٥١٠ : والمصباح المنير : ص ٥٧٨ .

^(٢) للتفصيل أكثر انظر عبد الرحيم بن إبراهيم المحيذيف . دعوى الإعسار في الفقه الإسلامي والنظام السعودي ، بحث تكميل لدرجة الماجستير ، المعهد العالي للقضاء ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الرياض : ص ٢٥ ، ٢٦ : وفضل الرحيم بن محمد عثمان . أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق : ص ٣٢ - ٣٥ : والموسوعة الفقهية الكويتية : ٢٤٦/٥ . .

^(٣) البقرة : ٢٨٠ .

(٢) المدين المفلس: وهو من لا تكفي أمواله لسداد دينه ، أي لديه أموال ولكن تزيد ديونه على أمواله . وحكمه حسب الراجح من رأي الفقهاء أن يحجر عليه ويمنع من التصرف في أمواله ، وتقسم هذه الأموال على دائئيه .

(٣) المدين المماطل : وهو المدين الذي لديه أموال تزيد عن ديونه التي عليه ، ولكن يمتنع عن سداد ما استحق عليه حالا من الديون ، وحكمه قول النبي ﷺ : "مطل الغني ظلم"^(١) ، وقوله ﷺ " لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته"^(٢) ، ويجوز حبسه وتعزيزه حتى يقضى دينه، وإذا أصر على عدم القضاء، باع ولي الأمر ماله وقضى دينه.ومن ثم فالمدين المماطل ما امتنع عن سداد دينه مع توافر القدرة على السداد .

وإذا كان المدين المعسر والمدين المماطل يشتركان في أن كليهما لم يوف بدينه، إلا أن بينهما فروق أهمها^(٣) :-

(١) المدين المعسر لا يكون له مال زائد عن حوائجه الأصلية بما يفي بدينه نقداً أم عيناً، بينما المدين المماطل يكون له هذا المال الزائد عن حاجاته الأصلية والذي يكفي لسداد دينه ولكنه يمتنع عن الوفاء.

(٢) المدين المعسر لا يستحق العقوبة إذا تأخر في السداد، ويمهل حتى يتمكن من ذلك، أما المدين المماطل فيستحق العقوبة بأي شكل من أشكال العقوبة التعزيرية التي يراها ولي الأمر .

(٣) في المدين المماطل يجوز لولي الأمر أن يقوم ببيع أمواله رغماً عنه وأداء دينه لمستحقيه، بينما لا يحدث ذلك في حالة المدين المعسر حيث لا مال له.

رابعا : التمييز بين الإعسار وعدم الملاءة المالية :

الملاءة في اللغة مصدر لفعل ملئ والرجل المليء : كثير المال^(٤) ، وفي الاصطلاح الفقهي: الملاءة المالية : هي الغنى واليسار^(٥) .

والإعسار عند الفقهاء ضد الملاءة ، فعادة ما يستخدم المدين المعسر في مواجهة المدين المليء .

والملاءة المالية اصطلاح مصري يقترب في معناه إلى حد كبير من المعنى اللغوي والفقهي لكلمة الملاءة . حيث يتطلب العرف المصري والائتماني توافر الملاءة المالية في العميل المقترض ، وذلك بأن يكون على درجة من الغنى واليسار المالي التي تمكنه من تقديم الضمانات المطلوبة للحصول على القرض ، والتي من خلالها يضمن البنك استرداد

^(١) متفق عليه من حديث أبي هريرة .

^(٢) أخرجه أحمد وأبو داود .

^(٣) انظر عبد الرحيم بن إبراهيم المحينيف . دعوى الإعسار في الفقه الإسلامي والنظام السعودي ، مرجع سابق : ص ٣١ ، ٣٢ .

^(٤) انظر مختار الصحاح : ٢٩٩/١ .

^(٥) المغني لابن قدامة : ٦٢/٧ .

قيمة القرض عند عجز هذا العميل عن السداد . وفي حالة عدم توافر الملاءة المالية في الشخص طالب القرض لا يستطيع الحصول على القرض المطلوب .

وإذا كان الإعسار وعدم الملاءة يشتركان في عدم توافر القدرة المالية ، إلا أن هناك اختلافات أساسية بينهما ، منها : -

- (١) من حيث المعنى والمضمون المعسر يمر بحالة من الشدة والضييق وقلة ذات اليد وعدم القدرة على الإنفاق ، وهذا غير متحقق في حالة الشخص غير المملوء في غالبية الأحيان.
- (٢) المعسر لا يمتلك ما يزيد على حاجاته الأصلية ، بينما عدم الملاءة تعني عدم توافر القدر الكافي من الأموال لدى هذا الشخص والتي تضعه في مصاف الأغنياء والموسرين ، فقد يكون لديه قدر قليل أو كثير من الأموال ولكن لا يسمح له بالوصول إلى هذه المرتبة من الغنى واليسار "مرتبة الملاءة المالية" .
- (٣) الشخص عديم الملاءة المالية المدين قد تكون لديه القدرة على سداد دينه ، بينما المعسر المدين لا تتوافر لديه هذه القدرة .

خامسا: التمييز بين الإعسار والتعثر المالي :

يقصد بالتعثر المالي عدم قدرة المشروع على الوفاء بالتزاماته تجاه الغير ، أو هو عجز المدين عن سداد ديونه .

وعادة ما يقسم التعثر المالي إلى نوعين^(١) :

(١) التعثر المالي الفني : ويعني عدم قدرة المشروع - أو الفرد - على الوفاء بالتزاماته قصيرة الأجل ، وهي حالة عدم كفاية السيولة ، وقد تحدث حتى لو كانت الأصول تزيد عن قيمة الخصوم .

(٢) التعثر المالي القانوني : وهي تعني عدم قدرة المشروع على الوفاء بكافة التزاماته ، وهذا يحدث حينما تكون قيمة الأصول الخاصة بالمشروع أقل من التزاماته .

ومن ذلك يتبين أن :

١) التعثر المالي الفني يختلف في معناه وحقيقته عن الإعسار ، فالتعثر هنا يكون حالة من عدم توافر السيولة الكافية لسداد الديون والالتزامات بينما تكون هناك أموال وأصول مملوكة تكفي للسداد ، وهي تختلف عن حالة الإعسار حيث لا يمتلك المعسر من الأموال النقدية أو العينية ما يكفي لسداد دينه .

(١) محمد محمود مكاوي . التعثر المصرفي الإسلامي ، المكتبة العصرية ، المنصورة ، مصر ، ٢٠٠٩م : ص ٢٦ .

٢ أما التعثر القانوني فهو الذي يقترب في معناه ومضمونه من حالة الإعسار ، ويتفق مع حالة الإفلاس خاصة ، حيث تكون هناك أموال - نقدية أو عينية - مملوكة للشخص ولكنها لا تكفي لسداد كامل الديون المستحقة عند بيعها وتسييلها .

المطلب الثاني

الدين وأحكامه في الشريعة الإسلامية

تعريف الدين :

الدين في اللغة : واحد الديون ، وهو من الفعل دين ودان ، وكل شيء غير حاضر دين ، ودنت الرجل أعطيته الدين على أجل^(١) ، ورجل مديون كثر عليه الدين ، ومديان أي : عادته أن يأخذ الدين ، والديان صفة لله تعالى ، والمدين العبد^(٢) .

والدين في اصطلاح الفقهاء : اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلاً عن شيء آخر^(٣) ، وبصفة عامة الدين : كل ما يثبت في ذمة المرء ويطالب بالوفاء به ، سواء كان حقاً لله أم حقاً للعباد ، وسواء كان مالاً أو غير مال^(٤) .

والمعنى الأول هو المقصود هنا "الديون المالية" ويقصد بها ما يثبت من الأموال في الذمة بسبب من الأسباب الموجبة لذلك .

مشروعية التعامل بالدين :

الدين مشروع واستدل الفقهاء على مشروعيته من القرآن بالآية الكريمة : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾^(٥) ، ومن السنة النبوية بحديث عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل ورهنه درعاً من حديد^(٦) .

ونقل ابن حجر العسقلاني : أن الشراء بالنسيئة (أي بالأجل أو الدين) جائز بالإجماع^(٧) ، وقد حث الرسول ﷺ الموسرين على إقراض أصحاب الحاجة وبين فضله فقال ﷺ : " من كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ، ومن فرج عن مسلم كربة ، فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة "^(٨) .

^(١) لسان العرب لابن منظور : ١٦٦/١٣ ، حرف النون ، فصل الدال .

^(٢) مختار الصحاح ، مادة : دين .

^(٣) فتح القدير للكمال ابن الهمام : ٤٣١/٥ .

^(٤) انظر خالد محمد حسين إبراهيم . التصرف في الديون وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي : ص ٥٣ .

^(٥) البقرة : ٢٨٢ .

^(٦) متفق عليه واللفظ للبخاري : ٦١٦/٢ .

^(٧) فتح الباري شرح صحيح البخاري ، لابن حجر العسقلاني : ٣٤٥/٤ .

^(٨) صحيح البخاري : ٨٤١/٢ .

كما أوصى الرسول ﷺ المدين بحُسن القضاء فقال ﷺ : " خياركم أحاسنكم قضاء" (١) ، وقال ﷺ : " من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه ، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله" (٢) .

أنواع الديون :

(١) الدين الحال والدين المؤجل :

يقسم حسب الدين وقت سداده إلى دين حال ، ودين مؤجل . والأول هو ما حل وقت أدائه ويجوز المطالبة به فوراً ، ويحمل المدين على الوفاء به عن طريق الحاكم والقضاء إذا امتلك القدرة على الأداء وامتنع عن ذلك حيث تنطبق عليه أحكام المدين المماطل ، وإذا فقد المدين القدرة على الأداء فحكمه الإنظار لإعساره .

أما الدين المؤجل : فهو الدين الذي لم يحن وقت أدائه ، ولا تصح المطالبة به إلا عند حلول أجل السداد ، ولكن لو أدى قبله يصح ويسقط عن ذمة المدين ، إلا إذا كان في ذلك ضرر على الدائن .

ولا يدخل في باب الإعسار ، ولا الإفلاس عند كثير من الفقهاء ، الدين المؤجل ، حتى لو كان المدين غير قادر على الوفاء الآن وقبل حلول أجل الدين . ولكن يحل الدين المؤجل بموت المدين ، وبإفلاسه عند بعض الفقهاء .

(٢) ديون لله تعالى وديون للعباد :

والأول هو حق الله الذي يثبت في الذمة ، وليس لها مطالب من جهة العباد كالنذر والكفارات ، أو لها مطالب من جهة العباد ولكن ليس حقاً لنفسه كالزكاة ، فالإمام له حق المطالبة بها ليس ، لأنها حقاً له ، وإنما لأنه مكلف عن المجتمع في المطالبة بحق الفقراء (٣) .

أما ديون العباد فهي الديون التي يكون لها مطالب من جهة العباد على أنه حق له في ذمة المدين ، مثل: ثمن البيع وبدل القرض ، والتعويض عن المتلف ، والديات ونحوه . وهذا النوع هو محل الدراسة في موضوعنا هنا .

وتختلف ديون العباد عن ديون الله سبحانه وتعالى في كثير من الأحكام ، منها :

(أ) ديون العباد تخول لصاحبها مطالبة المدين بها ، وإجباره على أدائها بالحبس وبيع أمواله وغيرها . بخلاف الديون التي لله تعالى ، فلا يجوز لأحد من العباد المطالبة بها ولا إجبار المدين على أدائها بالحبس وبيع الأملاك وغيره عدا الزكاة .

(١) صحيح مسلم : ٤٥/٥ .

(٢) صحيح البخاري : ٤٨١/٢ .

(٣) خالد محمد حسين إبراهيم . التصرف في الديون وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعات الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦م : ص ٦٣ .

(ب) في ديون العباد عند موت المدين لا يجوز نقل التركة إلى الورثة بعد موته إلا بعد الوفاء بالديون المستحقة عليه منها . أما ديون الله فلا تمنع انتقال التركة إلى الورثة بعد موت المدين ، ولا يجب على الوارث إخراجها من التركة إلا إذا كان المورث قد أوصى بها ، وإن كان من يرون أن ديون الله تعالى تسقط بموت من وجبت عليه ، إلا أنهم يرون أنه أتم ومؤاخذ على ذلك^(١) .

(ج) ديون العباد يجوز توثيقها بالكتابة والإشهاد والرهن والكفالة ونحوه من قبل المدين تجاه الدائن ، بينما ديون الله عز وجل هي التزام تعبدي من العبد تجاه خالقه، يعد توافر الوازع الديني هو الضمانة الأساسية لأدائها ، والعبد محاسب عنها أمام الله سبحانه وتعالى .

مصادر وأسباب الديون :

تحدث الفقهاء عن الأسباب التي تؤدي إلى وجود الدين وثبوته في حق المدين والمصادر التي ينشأ عنها هذا الدين ، فذكروا منها^(٢) :

(١) العقود :

والعقد هو اتفاق بين إرادتين متوافقتين على فعل مشروع من خلال الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين وقبول الآخر له .

وتعد العقود من المصادر والأسباب الرئيسية المؤدية لنشأة وجود الديون في الفقه الإسلامي ومنها : البيع ، والقرض، والسلم ، والإجارة ، والكفالة .

ففي عقد البيع يلتزم المشتري بدفع الثمن للبائع في وقت محدد ومن ثم يصبح ديناً في ذمة المشتري . وفي عقد القرض يلتزم المقرض بسداد قيمة القرض في وقت لاحق ومن ثم تصبح هذه القيمة ديناً في ذمته واجبة الأداء عن حلول الأجل المحدد بالعقد .

وفي عقد الإجارة يلتزم المستأجر بدفع الأجرة إلى المؤجر، فهي أيضاً دين في ذمته . ويلاحظ أن لكل عقد من هذه العقود ضوابطه وأحكامه الشرعية التي تحكم علاقة الدين بين الطرفين وما يترتب عليها من نتائج وآثار .

(٢) التصرف الانفرادي :

وهو تصرف قولي صادر من شخص ، يتم بإرادته المنفردة فقط ، ولا يتوقف على قبول الطرف الآخر ، ومن أمثلة هذه التصرفات الهبة والوصية والنذر .

فالشخص هنا تعهد وألزم نفسه بإرادة مستقلة بدفع قيمة مالية لآخر، وثم أصبحت هذه القيمة ديناً في ذمته . ولذلك فالتصرف الانفرادي يعد أيضاً سبباً ومصدراً مؤدياً إلى نشأة الديون في الفقه الإسلامي .

^(١) انظر المرجع السابق : ص ٦٥ .

^(٢) انظر نفس المرجع السابق : ص ٨٥ وما بعدها .

(٣) التكاليف الشرعية :

فقد أوجبت كثير من النصوص الشرعية التزامات مالية على الإنسان المسلم تجاه الغير ، مما يعد سبباً لنشأة الديون مثل نفقة الزوجة ونفقة الأولاد والأقارب كالأب والأم . فإذا ما تحقق هذا السبب بشروطه الشرعية وجب الدين في ذمة من ألزمه الشارع بذلك .

(٤) العمل غير المشروع :

فهناك بعض الأعمال غير المشروعة التي تكون سبباً لنشأة الديون مثل : القتل ما يترتب عليه من دية فهي دين في ذمة القاتل لأولياء الدم . وكذلك إتلاف شخص مال الغير ، فإنه يثبت في ذمته مثل هذا المال إن كان مثلياً وقيمه إن كان قيمياً . وأيضاً في حالة المضاربة إذا تعدى المضارب أو قصر أو خالف الشروط يضمن مال المضاربة ويصبح ديناً في ذمته .

كتابة الدين والإشهاد عليها :

فرضت الشريعة الإسلامية كتابة الدين المؤجل ، واستدل الفقهاء على ذلك بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾^(١) ، سواء كان هذا الدين صغيراً أو كبيراً . ويقول سبحانه وتعالى : ﴿ وَلَا تَسَامُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ﴾^(٢) .

واستثنت الشريعة الإسلامية كتابة الدين في حالة عدم القدرة على ذلك ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ﴾^(٣) .

وجاء أيضاً في آية الدين - وهي أطول آية في القرآن الكريم - قوله تعالى : ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾^(٤) .

وذهب بعض العلماء إلى أن كتابة الدين والإشهاد عليه واجب للأمر بهما في الآية الكريمة ، لأن الأصل في الأمر أن يكون للوجوب^(٥) . وذلك لضمان وحماية وتوثيق الحقوق وضبط المعاملات . بينما ذهب آخرون إلى أن كتابة الدين والإشهاد عليه مندوب وأن الأمر في الآية للإرشاد ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾^(٦) ، فدل ذلك على إباحة ترك الكتابة والإشهاد عند اطمئنان الدائن ووثوقه بالمدين^(٧) .

^(١) البقرة : ٢٨٢ .

^(٢) البقرة : ٢٨٢ .

^(٣) البقرة : ٢٨٣ .

^(٤) البقرة : ٢٨٢ .

^(٥) انظر المغني لابن قدامة : ٣٦٢/٤ ؛ ونيل الأوطار للشوكاني : ٢٧١/٥ ؛ المحلى لابن حزم : ٨٠/٨ .

^(٦) البقرة : ٢٨٣ .

^(٧) بدائع الصنائع للكاساني : ١٧١/٥ .

المطلب الثالث

أحكام التعامل مع المدين المماطل والمدين المعسر

أولاً : التعامل مع المدين المماطل
مفهوم المطل في أداء الدين :

المطل في اللغة: يدل على مد الشيء وإطالته^(١) .

والمطل في اصطلاح الفقهاء منع أداء ما استحق أداءه، مع التمكن من ذلك وطلب صاحب الحق حقه . فالمطل تأخير ما استحق أداءه بغير عذر^(٢) .

وحكم المطل أنه ظلم لقوله ﷺ : "مطل الغني ظلم"^(٣) ، والظلم كما يقول القرطبي: " وضع الشيء في غير محله، والمماطل وضع المنع موضع القضاء " . ويقول ابن حجر: " والمعنى أنه من الظلم وأطلق ذلك للمبالغة في التفسير من المطل"^(٤) .

ويقول ﷺ : " لي الواجد يحل عرضه وعقوبته"^(٥) ، والمقصود " يحل عرضه" أي إباحة ملامته وأن يغلظ له القول ، أو أن يذكر بين الناس بالمطل ، أما العقوبة فهي تعزيرية يقدرها ولي الأمر.

ولذلك فإن المدين المماطل هو من تتوافر فيه الأمور التالية:

(أ) القدرة على أداء دينه: والقدرة تعني أن يكون مالكا للمال الذي يمكنه من سداد الدين وقادراً على الوصول إليه والتصرف فيه، فإن كان غير مالك لهذا القدر من المال أو لا يستطيع الوصول إليه فإنه لا يعد مماطلاً ، ويمهل حتى يتمكن من الأداء ويزول العذر الذي منعه من الوفاء . فالمطل المنهي عنه هو تأخير ما استحق أداءه بغير عذر، ولا يعد فقر المدين ولا غني الدائن عذراً هنا ، فالدين واجب السداد حتى ولو كان المدين فقيراً أو الدائن غنياً .

(ب) حلول أجل الدين: فالمطل يكون على ما استحق أداءه من الدين، أما الدين الذي لم يحل أجله فهو ليس بواجب السداد على المدين، ومن ثم فتأخره في سداده لا يعد مماطلة، فالمماطلة تتعلق بعدم قضاء الدين الحال وليس المؤجل.

إجبار المدين المماطل على أداء دينه :

لم تقف الشريعة عند بيان حكم المدين المماطل وأن المماطلة مع القدرة على الأداء نوع من الظلم ، بل أو جبت على الحاكم أن يأمر المدين بالوفاء وإذا أبى جاز حبسه

^(١) انظر المصباح المنير : ٧٠٠/٢ .

^(٢) فتح الباري : ٤٦٥/٤ .

^(٣) متفق عليه من حديث أبي هريرة .

^(٤) فتح الباري لابن حجر العسقلاني : ٤٦٥/٤ .

^(٥) المغني لابن قدامة : ٤٩٩/٤ .

وتعزيره، وإذا أصر على عدم الوفاء قام الحاكم بقضاء دينه من ماله جبراً إذا كان له مال من جنس الحق الذي عليه، أو إجباره على بيع ماله للوفاء بدينه إذا لم يكن له مال من جنس الدين .

وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن المدين المماطل يعاقب بالحبس حتى يؤدي دينه . قال ابن المنذر: " أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين"^(١) . وقد اختلف الفقهاء في تحديد مدة الحبس ولكنهم رأوا أن تقدير ذلك يعود للقاضي كما هو الحال في العقوبات التعزيرية بحسب ما يرى من حال المدين ومدة الحبس التي تكفي لدفعه إلى الوفاء بالدين.

وإذا لم يفلح حبه في حمله على الوفاء بدينه جاز للحاكم قضاء هذا الدين من ماله جبراً عنه للدائن . كما أجاز الفقهاء للحاكم أن يجبر المدين المماطل على بيع ما لديه من أمواله لقضاء دينه ، كما سلف. غير أنهم رأوا بأن هذا البيع يجب ألا يترتب عليه ضرر أو ظلم للمدين ، كأن تباع هذه الأموال بأقل من ثمن المثل.

ضرر المماطلة وجواز التعويض عنه:

أجاز الفقهاء للحاكم توقيع العقوبة على المدين المماطل لحمله على أداء دينه ، ولكن إذا ترتب على هذه المماطلة إلحاق الضرر بالدائن فهل يجوز إلزام المدين بتعويضه عن هذا الضرر؟ وما هي طبيعة هذا التعويض وكيف يتم تقديره؟ وهل يجوز اشتراط هذا التعويض في عقد الدين؟

لقد شغلت هذه المسألة اهتمام الفقهاء المعاصرون بسبب تعرض المؤسسات المالية الإسلامية لمماطلة بعض العملاء وما يترتب على ذلك من ارتفاع في تكلفة التمويل الممنوح وتعرض هذه المؤسسات لخسائر مالية كبيرة بسبب هذه المماطلة.

ولا تستطيع المؤسسات المالية الإسلامية أن تفرض غرامات تأخير بصورة مباشرة وفي كل الأحوال على حالات المماطلة كما تفعل البنوك والمؤسسات التقليدية. وربما هذا ما شجع بعض العملاء على التماذي في المماطلة في أداء حقوق هذه المؤسسات.

وقد ذهب الكثير من هؤلاء الفقهاء إلى جواز حصول الدائن على تعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب مماطلة المدين إذا كانت هذه المماطلة بلا عذر ، وأن يتم اشتراط ذلك في العقد بداية^(٢) . كما صدرت العديد من الفتاوى الفقهية عن هيئات الرقابة الشرعية بالمؤسسات المالية الإسلامية تفيد جواز ذلك أيضاً.

^(١) انظر المبسوط للسرخسي : ١٨٨/٥ ؛ وحاشية ابن عابدين : ٣٢٢/٤ .

^(٢) ومن هؤلاء الفقهاء : الشيخ مصطفى الزرقاء . هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض ، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي ، جامعة الملك عبد العزيز ، العدد ٢ ، ١٩٨٥ م : ص ١٠٣ ؛ والشيخ عبد الله بن المنيع . مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته ، مجلة المجمع الفقه الإسلامي ، السنة الثانية ، عدد ٥٤ ، ١٤٠٨ هـ : ص ٩٦ .

ولسنا هنا بصدد مناقشة هذه الآراء وتلك الفتاوى وأدلتها ، فقد حظيت هذه المسألة بكثير من البحث والأخذ والرد منذ فترة طويلة ومازالت ، ولكن ما يجب التأكيد عليه هنا أن هذه الوسيلة - التعويض عن ضرر المماطلة - يمكن أن تكون أداة وقائية زاجرة وأيضاً علاجية نافعة في نفس الوقت لمواجهة مشكلة مماطلة بعض المدينين ، ولحماية المؤسسات المالية الإسلامية وتوفير الظروف الملائمة لنجاحها ، وأيضاً لضمان ضبط المعاملات المالية في ظل ظروف حالية يسودها عدم الالتزام بالتعهدات من قبل العديد من المتعاملين .

ولكن ينبغي مراعاة ما يلي عند استخدام هذه الوسيلة حتى تكون قادرة على تحقيق الأهداف المطلوبة من استخدامها :-

(١) عدم تطبيق هذا التعويض إلا في الحالات التي ينطبق فيها على المدين الشروط الشرعية للمماطلة.

(٢) أن يتم تحديد مقدار التعويض الذي تحصل عليه المؤسسة المالية في حدود الضرر الفعلي الذي لحق بالدائن نتيجة لهذه المماطلة . وقد قدمت عدة اقتراحات لتحديد كيفية تقدير قيمة ومقدار الضرر الذي لحق بهذه المؤسسة أو الدائن.

(٣) يجب ألا يكون هذه التعويض وسيلة علاجية فقط لمسألة المماطلة فيما يتعلق بالضرر الذي لحق بالدائن ، وإنما يجب أن يكون أيضاً وسيلة وقائية زاجرة لمنع هؤلاء من سلوك هذا الطريق ، فقد تكون الخسارة التي لحقت بالدائن خلال هذه الفترة نتيجة للمماطلة متدنية جداً ، ومن ثم تكون قيمة هذا التعويض منخفضة أيضاً ، مما يشجع هؤلاء على اللجوء للمماطلة والتمادي فيها .

ولذلك فمن الممكن أن تكون هناك غرامة أخرى توجه للإفناق في المصالح العامة لتحقيق هدف الزجر .

ثانياً : التعامل مع المدين المعسر

إنظار المدين المعسري ميسرة :

إذا ثبت إفسار المدين بشروطه فحكمه هو إنظاره إلى ميسرة لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾^(١) . والإنظار هو التأخير ، ويرى بعض العلماء أن إنظار المدين المعسر يكون واجباً في حق الدائن يقول الطبري في تفسير الآية : " وإن كان من غرمائكم ذو عسرة فعليكم أن تنظروه حتى يوسر"^(٢) .

(١) البقرة : ٢٨٠ .

(٢) تفسير الطبري : ١١٢/٣ .

ويقول ابن كثير: "يأمر تعالى بالصبر على المعسر الذي لا يجد وفاء"^(١). ويقول محمد رشيد رضا في تفسير المنار: "وقد استدل بعضهم بالآية على وجوب إنظار المعسر مطلقاً"^(٢).

ويقول الرسول ﷺ " من أنظر معسراً ووضع عنه أظله الله في ظله"^(٣). وفي الصحيحين عن النبي ﷺ قال: "كان رجل يداين الناس فكان يقول لفتاه: إذا أتيت معسراً فتجاوز عنه لعل الله يتجاوز عنا، قال: "فلقي الله فتجاوز عنه"^(٤). وهذه الأحاديث تبين فضل إنظار المدين المعسر إلى ميسرة.

ومما سبق يتبين أن الإسلام أوجب على الدائن إنظار المدين المعسر حتى يتمكن من الخروج من هذه الحالة، ويعود ثانية لممارسة دوره الطبيعي وانتظام معاملاته مع العباد.

إسقاط دين المدين المعسر:

أجاز بعض الفقهاء إسقاط بعض أو كل دين المدين المعسر، وذلك لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾^(٥)، أي تصدقوا على المعسر بالإبراء خير فافعلوه^(٦).

محمد رشيد رضا في تفسير هذه الآية: "تصدقكم على المعسر ووضع الدين عنه وإبرائه منه، خير لكم من إنظاره، فهو ندب إلى الصدقة"^(٧).

وقد سبق ذكر بعض الأحاديث التي تحض على إسقاط دين المدين المعسر وتبين فضل هذا العمل وجزاء فاعله عند الله سبحانه وتعالى فيقول ﷺ: "من أنظر معسراً أو وضع عنه أظله الله في ظله" ووضع عنه أي أسقط بعض دينه أو كله.

وروى أبو هريرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "كان تاجراً يداين الناس فإذا رأى معسراً قال لفتيانه: تجاوزوا عنه لعل الله يتجاوز عنا، فتجاوز الله عنه". والتجاوز عن المدين: قبول ما فيه نقص يسير، وتجاوز الله عنه: أي عفا عنه^(٨).

حق المدين المعسر في فريضة الزكاة:

أجاز بعض الفقهاء دفع الزكاة للمدين المعسر، وذلك من سهم الغارمين لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾^(٩).

^(١) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم: ٣٣١/١.

^(٢) محمد رشيد رضا. تفسير المنار: ١٠٣/٣.

^(٣) رواه الترمذي، وقال حديث صحيح.

^(٤) أخرجه مسلم.

^(٥) سورة البقرة: ٢٨٠.

^(٦) تفسير ابن كثير: ٤٤١/١.

^(٧) محمد رشيد رضا. تفسير المنار: ١٠٣/٣.

^(٨) صحيح مسلم بشرح النووي: ٢٢٤/١٠.

^(٩) التوبة: ٦٠.

وذهب بعض الفقهاء إلى أن دفع الزكاة للمدين المعسر أولى من دفعها إلى فقير آخر ، لأن المدين المعسر يجمع بين الفقر والإعسار . على أن يكون المعسر قد استدان في غير معصية .

وإذا كان الإسلام قد حرص على تخصيص سهم ضمن مصارف الزكاة لسداد دين المعسر ، فإن ذلك لا يعود لأسباب اجتماعية فحسب بل أيضاً لأسباب اقتصادية ، حيث تعد الزكاة في هذه الحالة بمثابة ضمان للدائنين أنفسهم تدفعهم وتشجعهم على إقراض الآخرين وتوسيع دائرة التعامل بمختلف أشكالها الاقتصادية والاجتماعية - بين أفراد المجتمع دون خوف أو تردد، وهو ما يساهم في زيادة مستوى التكافل الاجتماعي من ناحية، وزيادة حركة النشاط الاقتصادي من ناحية أخرى .

قضاء دين الميت المعسر على إمام المسلمين^(١) :

ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يجب على إمام المسلمين قضاء دين الميت إذا مات معسراً . واستدلوا على ذلك بالحديث النبوي الشريف الذي رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال " أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفيت من المؤمنين فترك ديناً فعلي قضاؤه ومن ترك مالا فلورثته"^(٢) .

والدليل على وجوب أداء دين الميت المعسر على إمام المسلمين قوله في الحديث (فعلي) الذي يفيد الإلزام والوجوب . وقد قال الرسول ﷺ ذلك من موقع ولي أمر المسلمين ، ومن ثم وجب على من بعده من أو لياء أمور المسلمين قضاء دين الميت المعسر ، لأن الأصل في أحكام الرسول ﷺ العموم وليس التخصيص^(٣) ، كما ذهب هؤلاء إلى أن بيت مال المسلمين يرث من لا وارث له من المسلمين فكذا يلزم أن يؤدي دين من لا مال له .

غير أن أصحاب هذا الرأي اشترطوا أن يكون قضاء الإمام لدين الميت المعسر من أموال بيت المال إذا كان فيه فضل عن المصلحة العامة، وإلا فلا يلزم أداء دين الميت المعسر من بيت المال لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة ، وبيت المال وضع أساساً للمصالح العامة^(٤) .

^(١) انظر فضل الرحيم محمد عثمان . أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق : ص ٦١٢ .

^(٢) متفق عليه . صحيح البخاري .

^(٣) فتح الباري لابن حجر العسقلاني : ٥٥٨/٤ .

^(٤) أحكام المفلس لعبد الرحمن اللهبيني : ص ٣٢ ، نقلاً عن أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق : ص ٦١٣ .

المبحث الثاني

وسائل حماية المؤسسات المالية المقرضة

من إعسار المدينين في مرحلة ما قبل منح القرض

يستهدف هذا المبحث التعرف على الوسائل التي تعتمد عليها المؤسسات المالية المقرضة لحماية أموالها والحفاظ عليها من تعرض المقرضين - المدينين - للتعثر والإعسار ، وذلك في مرحلة ما قبل منح القرض ، ومن ثم فهي بمثابة وسائل وقائية تجنب هذه المؤسسات وصول العملاء المدينين إلى مرحلة عدم القدرة على سداد قيمة القرض ، بسبب تعرضهم للتعثر والإعسار المالي .

ويعد التعرف على هذه الوسائل خطوة هامة في سبيل البحث عن مدى إمكانية الاستفادة منها كوسائل إسلامية خالية من المخالفات الشرعية يمكن استخدامها لمواجهة إعسار المدينين في مجال المعاملات الإسلامية المختلفة .

وسوف يتم التعرف في هذا المبحث على ثلاثة من هذه الوسائل ، والتي تعتمد عليها المؤسسات المالية المقرضة ، عند دراسة عملية الإقراض وقبل الموافقة على منح القرض ، لتضمن من خلالها عودة هذه الأموال وعدم تعرض المقرضين للتعثر والإعسار ، والذي يؤدي إلى عدم قدرتهم على الوفاء بقيمة هذه القروض إلى المؤسسة المقرضة .

وسيتم تناول هذه الوسائل من خلال المطالب الثلاثة التالية :

المطلب الأول : الاستعلام الجيد عن العملاء .

المطلب الثاني : الشروط والمواثيق المقيدة في عقد القرض .

المطلب الثالث : الضمانات العينية والمالية والشخصية .

المطلب الأول

الاستعلام الجيد عن العملاء

أولاً : مفهوم وأهمية الاستعلام الائتماني:

يقصد بالاستعلام الائتماني ذلك النظام الفرعي بالبنك المسؤول عن عملية تحديد وتجميع وتصنيف البيانات والمعلومات التي تكون إدارة البنك - أو إدارة الائتمان - في حاجة إليها وتوفيرها في الوقت المناسب وبالكم المناسب والكيف الملائم لاحتياجاتها ، والذي يمكنها من اتخاذ القرار الائتماني الصحيح^(١) .

(١) محمد محمد مكاوي . التمويل المصرفي التقليدي والإسلامية ، المكتبة العصرية ، المنصورة ، جمهورية مصر العربية ، ٢٠١٠م : ص ٣٤٤ .

فلاستعلامات الائتمانية تلعب دوراً هاماً في صناعة القرار الائتماني ، ذلك أن صحة وسلامة هذا القرار تعتمد في الأساس على مدى دقة وسلامة الدراسة الائتمانية ، ويمثل توافر المعلومات الائتمانية بالخصائص والصفات المطلوبة نقطة الارتكاز الأساسية لإعداد هذه الدراسة بالصورة الصحيحة والدقيقة ، وهو ما يمكن البنك والمؤسسات المقرضة في حال تحققه من تجنب العديد من مخاطر الائتمان ومن تعرضه لإعسار المقترضين وعدم قدرتهم على سداد قيمة القروض التي حصلوا عليها.

ومن ثم يتبين إن هناك علاقة وطيدة بين الاستعلام الائتماني بداية وإعسار العملاء المقترضين بعد ذلك.

إن محور القرار الائتماني يدور حول الموافقة على منح الائتمان للعميل أو عدم منحه ، ويتساوى الخطأ في قرار المنع مع الخطأ في قرار المنح ، لأن الأول يترتب عليه تعرض البنك لمخاطر عديدة ينتج عنها تعرض أمواله للخسارة ، والثاني يترتب عليه فوات فرصة الكسب على البنك وهي من الناحية المالية بمثابة خسارة أيضاً يتعرض لها البنك^(١) .

والمعروف ائتمانياً ومصرفياً أن قرار الرفض أو المنح يتم من خلال دراسة وتحليل مجموعة كبيرة من المعلومات والبيانات التي يتم تجميعها عن العميل ، وبقدر ما تكون دقة وسلامة وشمولية هذه المعلومات وهذا التحليل بقدر ما تكون دقة وسلامة هذا القرار .

ثانياً : مصادر الحصول على المعلومات الائتمانية :

تستطيع المؤسسة المالية المقرضة الحصول على المعلومات المطلوبة عن العميل المقترض من مصادر عدة من أهمها : العميل طالب القرض ذاته ، وبعض المصادر الأخرى من داخل البنك ، وكذلك مصادر خارجية أي خارج البنك^(٢) .

(١) المعلومات التي يتم الحصول عليها من العميل طالب القرض :

ويتم ذلك من خلال المقابلة الشخصية مع العميل وهي من أهم المصادر الأولية التي يمكن من خلالها الحصول على معلومات أساسية عن شخصية العميل وخبراته العملية، والتعرف على سبب الحصول على القرض وكيفية استخدامه ، وبرنامج السداد الذي يقترحه ، وحجم ممتلكاته ومقدار ديونه، والوضع التنافسي له في السوق حالياً وتوقعاته لاتجاهات هذا السوق مستقبلاً، ونوعية ومقدار الضمانات التي يستطيع تقديمها ، وغيرها من البيانات الأخرى.

وللمقابلة الشخصية ضوابطها وأساليبها العلمية والفنية التي يجب إتباعها للحصول على المعلومات الحقيقية والدقيقة المطلوبة، والتي تتيح للمؤسسة إمكانية اتخاذ القرار السليم على أساسها ، لذلك يجب أن تكون هناك مجموعة من الأسئلة المعدة مسبقاً

(١) حمزة محمود الزبيدي . إدارة الائتمان المصرفي ومخاطره ، الوراق للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٢م : ص ١٢١ .
(٢) عبد المجيد عبد الحميد . الائتمان المصرفي ومخاطره ، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات ، القاهرة ، ٢٠١٠م : ص ٢٤٢ .

بطريقة جيدة وملائمة وبأسلوب علمي بحيث تؤدي توفير المعلومات المطلوبة وفق المستوى الملائم من الكفاءة .

(٢) المعلومات الداخلية من المصرف ذاته:

وذلك إذا كان طالب القرض أحد العملاء السابقين للبنك ، حيث تعد السجلات مصدراً هاماً للمعلومات عن هذا العميل ، وذلك من خلال أقسام البنك المختلفة : الودائع ، والكمبيالات ، والتسهيلات الائتمانية . وذلك للتعرف على وضع حساباته لدى البنك واما إذا كانت دائنة أم مدينة ، ووضع الشيكات المرتجعة ، والتزام العميل بالسداد في الأوقات المحددة ، وغيرها .

(٣) المعلومات التي يتم الحصول عليها من المصادر الخارجية ، ومن أهم هذه المصادر :

(أ) البنوك الأخرى : حيث يستطيع البنك الاستعلام عن العميل من خلال البنوك الأخرى التي سبق له التعامل معها ، والتعرف على مدى التزامه بسداد مستحقاته ، وغيرها من المعلومات الائتمانية المتاحة بأقسام الاستعلام بهذه البنوك ، بالإضافة إلى المعلومات المتوفرة لدى الإدارة المركزية لتجميع مخاطر الائتمان بالبنك المركزي .

(ب) المتعاملون مع العميل : مثل عملائه للاستفسار عن جودة منتجاته ، وموردوه للاستفسار عن مدى انتظامه في الوفاء بالتزاماته ، هذا بالإضافة إلى الجمعيات والنقابات والاتحادات التي يكون العميل عضواً بها ، وغيرها من الجهات والمصالح الحكومية والخاصة التي يكون للعميل معاملات معها ، وذلك للوقوف على طبيعة السلوك الشخصي والمهني له من خلال هذه التعاملات .

(ج) الزيارة الميدانية : وذلك عن طريق قيام الباحث بزيارة مكان عمل العميل على الطبيعة للحصول على المعلومات المطلوبة عنه من واقع بيئة عمله ومحيط تعاملاته ، حيث تتيح هذه الزيارة التعرف على أسلوب وطبيعة العمل وتحديد مستوى تنظيمه وأسلوب إدارته وحجم الطاقة الإنتاجية ، وكمية المخزون ، وحجم القوى العاملة وتوزيعها المهني ، ودرجة استخدام الطاقة الإنتاجية للمنشأة ، وحالة وأنواع الآلات ومدى كفايتها ، وحجم المواد الأولية ونصف المصنعة ، وحالة المخازن ونظام التخزين ، وغيرها من المعلومات .

ثالثاً : خصائص المعلومات المطلوبة:

حتى تكون هذه المعلومات مفيدة وجيدة وصالحة للاعتماد عليها في اتخاذ القرار الائتماني الصحيح يجب أن تتوافر فيها الخصائص التالية^(١) :

^(١) لتفصيل أكثر : زياد رمضان ، محفوظ جودة . إدارة مخاطر الائتمان ، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات ، القاهرة ، ٢٠١٠م : ص ٢٤٩ .

١. **الوضوح:** ويعني أن المعلومة يجب أن تكون محددة وواضحة وغير مبهمة أو غامضة ، ولا يختلف بشأن المعنى الذي تحتمله.
٢. **الصحة والدقة:** بمعنى ألا تكون هذه المعلومات غير حقيقية (أو تكون كاذبة) وألا يشوبها شيء من المبالغة .
٣. **التوثيق:** فلا بد أن تكون هذه المعلومات مكتوبة ومعروف مصدرها ، فالمعلومات الشفوية لا يعتد بها ، والمعلومات مجهولة المصدر لا يمكن الاطمئنان لها .
٤. **التوقيت:** يجب أن تصل المعلومات إلى المستفيدين في الوقت المناسب ، لأن وصولها بعد هذا الوقت يحول دون إمكانية الاستفادة منها ، وانصراف العملاء عن البنك بسبب طول الوقت .
٥. **الشمول:** يجب أن تشتمل هذه المعلومات على كافة البيانات المطلوبة عن العميل ومعاملاته ، وهيكله المالي ، وإيراداته ، وكفاءته وخبراته ، وألا تقتصر على جانب واحد من الجوانب الخاصة به أو بنشاطه أو بوضعه المالي أو طبيعة السوق الذي يتعامل فيه.
٦. **الكم المناسب:** يجب أن تتوافر المعلومات المطلوبة عن كل هذه الجوانب بالقدر المطلوب ، فزيادة حجم المعلومات الواردة أكثر من اللازم يؤدي إلى ضياع الوقت والجهد ، وأما إذا كانت أقل من اللازم فيؤدي ذلك إلى عدم وضوح أو اكتمال الصورة ومن ثم عدم صحة أو دقة القرار المتخذ.
٧. **التكلفة والعائد:** يجب أن يكون العائد المتوقع من هذه المعلومات ومن استخدامها أكبر من التكلفة التي أنفقت في سبيل الحصول عليها .
٨. **تنوع المصادر والأساليب:** وذلك حتى يدعم بعضها بعضاً ويتم التأكد من صحتها ومن دقتها من مصادر مختلفة.

رابعاً : نوعية وطبيعة المعلومات الائتمانية المطلوبة :

يقوم التحليل الائتماني بدراسة المعلومات المتوفرة عن العميل بهدف تحديد مدى توافر عناصر الثقة في هذا العميل طالب الائتمان ، حيث يتوقف منح الائتمان له على درجة الثقة المتوفرة فيه من قبل البنك ، ومعنى ذلك أن المعلومات الائتمانية المطلوب الحصول عليها يجب أن يتم تحديدها بناء على طبيعة هذه العناصر، وأن تكون هذه المعلومات قادرة على تحديد مدى توافر كل عنصر منها بالنسبة للعميل المقترض .

وتنصب الدراسة الائتمانية على عناصر الثقة الخمسة التالية للتعرف على مدى توافرها في طالب القرض^(١) :

(١) انظر : عبد المطلب عبد الحميد . الائتمان المصرفي ومخاطره ، مرجع سابق : ص ١٨٣ - ١٩٠ .

(١) شخصية المقترض وسمعته : ويقصد بها خصائص الفرد الأخلاقية والقيمة التي تؤثر على مدى التزامه بتعهداته أمام البنوك ، كالأمانة والثقة وبعض الخصائص الشخصية الأخرى التي تشير إلى حجم الشعور بالمسؤولية وبالتالي مستوى التزامه بتسديد أموال الغير . وتسمى المخاطر الخاصة بهذا العنصر بالمخاطر المعنوية أو الأدبية، والتي يتعرض البنك بسببها لتحاييل العميل ، وادعاء الإفلاس والتعرض للخسارة ، الخ .

وتتطلب دراسة هذا العنصر الحصول على العديد من المعلومات المتعلقة بسوابق تعاملات هذا العميل مع البنوك والجهات الأخرى ، وسمعته وسلوكه في مجال تعاملاته المختلفة ومدى دقته وأمانته والتزامه بتعهداته ، الخ .

(٢) القدرة على الاستدانة (أو الاقتراض) : وهناك عدة آراء حول تحديد ماهية هذه القدرة منها : القدرة على السداد التي تعتمد على مقدار التدفقات النقدية المتوقع تحقيقها ، ومنها ما ينصرف إلى تحديد هذه القدرة بالقابلية الإدارية أي يكون قادراً على مباشرة أعماله بصورة سليمة تضمن سلامة أموال المصرف .

وفي كل الأحوال فإن التحقق من مدى توافر هذا العنصر يتطلب أيضاً الحصول على مجموعة من المعلومات المتعلقة بأنواع ومستوى الدخل المتحقق لدى العميل في المستقبل من المصادر المختلفة أو المعلومات التي تفيد في تحديد مستوى خبرته العملية والإدارية في تنفيذ وإدارة المشروعات المختلفة سابقاً .

(٣) رأس المال : يقصد به مقدار ما يملكه العميل من ثروة أو من أصول منقولة وغير منقولة مطروحا منها المطلوبات التي بذمته.

فكلما كان رأس المال كبيراً كلما انخفضت المخاطر الائتمانية والعكس صحيح، حيث تؤثر نوعية وقيمة رأس المال في قدرته على سداد الائتمان ، فهو بمثابة الضمان الإضافي للمؤسسة المقرضة في حالة فشل العميل وتوقفه عن السداد .

وتتطلب دراسة هذا العنصر من عناصر الثقة والتعرف على مدى توافره بالنسبة للعميل المقترض الحصول على بعض المعلومات المتعلقة بممتلكاته الخاصة بمختلف أنواعها وصورها ، وكذلك كافة ديونه والتزاماته المالية بأشكالها وصورها المختلفة .

(٤) الضمانات : ويقصد بها مقدار ما يملكه العميل من موجودات منقولة والتي يرهنها لصالح البنك في سبيل الحصول على القرض . وقد يكون الضمان شخص ذو ملاءة مالية وسمعة جيدة تمكنه من كفالة دين هذا العميل . والضمانات بمثابة خط الدفاع الثاني في حالة عجز العميل عن السداد ، ودراسة هذا العنصر يتطلب من العميل تقديم المعلومات المتعلقة بنوعيه الضمانات المتوفرة لديه التي تكفل للبنك حقه وتمكنه من الحصول على قيمة القرض عند عجز العميل عن السداد.

(٥) المناخ العام : ويقصد بهذا العنصر الظروف الاقتصادية المحيطة بهذا العميل في شكل المنافسة والطلب على السلع وظروف البيع والتوزيع ، وكل ما يؤثر على المشروع محل التمويل وقدرته على تصريف منتجاته وحجم إيراداته.

ويتطلب التعرف على مدى توافر هذا العنصر من عناصر الثقة في العميل المقترض أيضاً الحصول على مجموعة من المعلومات المتعلقة بظروف هذه الصناعة عامة وظروف السوق الخاصة بها من حيث توافر متطلبات الإنتاج وحجم الطلب الحالي والمستقبلي والظروف الاقتصادية عامة.

هذه أمثلة محدودة من قوائم عديدة من المعلومات المطلوب الحصول عليها لدراسة مدى توافر كل عنصر من عناصر الثقة الخمسة السابقة في العميل طالب القرض ، وذلك لاتخاذ القرار الائتماني الصحيح بالمنح أو المنع والذي يجنب البنك تعرضه لمخاطر عدم السداد مستقبلاً بسبب تعرض العميل لحالة من حالات الإعسار والتعثر .

المطلب الثاني

الشروط المقيدة في عقود القروض

أولاً : مفهوم وأنواع الشروط المقيدة :

يستطيع البنك إلزام العميل بمجموعة من الشروط في عقد القرض بموجبها يقوم بإتيان أفعال معينة أو الامتناع عن أفعال أخرى خلال فترة العقد ، بحيث يؤدي الالتزام بهذه الشروط في النهاية إلى تجنب البنك لحالات التعثر والإعسار التي يمكن أن يتعرض لها العميل .

ويمكن تقسيم هذه الشروط بحسب طبيعتها إلى قسمين^(١) :

الشروط الآمرة : والتي بموجبها يلتزم العميل بتنفيذ أفعال معينة ومن أمثلة هذه الشروط:

(١) إلزام العميل بتقديم قوائم مالية كل فترة معينة ، يستطيع البنك من خلالها التعرف على حقيقة أرباحه ومركزه المالي ، ومن ثم التعرف على أية أخطار أو انحرافات أو سلبيات يمكن أن يتعرض لها أو يقع فيها العميل وتداركها أو العمل على علاجها قبل فوات الأوان وحماية العميل من الوصول إلى حالات الإعسار والتعثر .

(٢) أن يكون من حق البنك استرداد أمواله قبل تاريخ الاستحقاق في حالة مخالفة العميل لشروط العقد ، وهو ما يمكن البنك من الحفاظ على أمواله قبل وصول العميل بسبب ذلك إلى حالة الإعسار.

(١) نفس المرجع السابق : ص ٣٧٠ .

(٣) أن يكون هناك برنامج محدد للسداد يستطيع البنك من خلاله التعرف على مدى توافر القدرة لدي العميل على السداد التدريجي، والتعرف مبكراً على تعرض إمكانية العميل للإعسار والتعامل مع هذه الحالة قبل استفحالها وتعرض أموال البنك والمؤسسة المقرضة للضياع.

الشروط النهائية: وبموجبها يلتزم العميل بعدم إتيان أفعال معينة ، ومن أمثلة هذه الشروط:

(١) عدم بيع أو رهن الأصول الرئيسية للشركة حيث يؤدي بيع أو رهن هذه الأصول إلى زيادة احتمالات تعرض العميل للإعسار وعدم قدرة البنك على استرداد أمواله في هذه الحالة، حيث تعتبر هذه الأصول أحد الوسائل التي يعتمد عليها البنك لاسترداد قيمة القرض عند عجز العميل عن السداد.

(٢) عدم زيادة المديونية عن نسبة معينة من صافي الثروة لأن زيادة هذه المديونية يزيد من أعباء والتزامات العميل ويحد بالتالي من إمكانياته لسداد التزاماته كاملة ، وهو ما يقوده إلى حالة من حالات الإعسار والتوقف عن السداد .

(٣) عدم الدخول في استثمارات خطيرة أو غير التي تمت دراستها والموافقة على تمويلها، وذلك تفادياً لتعرض هذه الاستثمارات لمخاطر تؤدي إلى خسارتها ومن ثم عدم قدرة العميل على سداد قيمة القروض المستخدمة لإقامة هذه المشروعات.

ثانياً : مجالات تطبيق الشروط المقيدة:

يستطيع البنك استخدام الشروط المقيدة في العديد من مجالات القرض ،ومن خلال الجوانب المختلفة التي ينظمها العقد الموقع بين البنك والعميل المقترض ،ومن بين هذه المجالات^(١) :

(١) **التأمين :** حيث يستطيع البنك الاشتراط على العميل في هذا المجال بعض الشروط مثل:

(أ) على العميل أن يؤمن لدى إحدى شركات التأمين على كامل قيمة أصول المشروع الممولة والأصول محل الرهن من كافة الأخطار الناشئة عن الحريق والسرقه والتلف.

(ب) أن تكون بوالص التأمين باسم البنك ولصالحه .

(ج) إذا لم يتم العميل بالتأمين فإن البنك يقوم بسداد أقساط التأمين ويحملها وكافة المصروفات على العميل المقترض .

^(١) محمد محمد مكاوي .أسس التمويل المصرفي الإسلامي ، المكتبة العصرية ، المنصورة ، مصر ، ٢٠٠٩م :ص٢٠٨ - ٢١٤ .

(٢) **المتابعة:** وهناك كثير من الشروط المتعلقة بعملية المتابعة يمكن للبنك أو المؤسسة المقرضة إدراجها بعقد القرض مثل :

(أ) من حق البنك والمؤسسة المقرضة الاتصال المباشر بمراقب الحسابات والحصول منه على أية بيانات أو مستندات بخصوص حسابات الشركة وعملياتها .

(ب) من حق البنك زيارة مواقع العميل والتفتيش عليها.

(ج) على العميل تقديم تقرير دوري في شكل ومضمون يحدده البنك.

(٣) **الضمانات :** وهناك أيضاً العديد من الشروط المتعلقة بالضمانات والتي يستطيع البنك إضافتها للعقد منها :

(أ) يحق للبنك التصرف في الضمانات وبيعها عند توقف العميل أو تأخره في السداد دون الرجوع له .

(ب) عند انخفاض قيمة الضمانات إلى مستوى معين يلتزم العميل بتقديم ضمانات إضافية.

(ج) يلتزم العميل بالتأمين على أنواع معينة من الضمانات أو التأمين ضد حالات الإعسار .

ثالثاً : ضوابط يجب مراعاتها عند استخدام الشروط المقيدة :

يجب مراعاة الضوابط التالية عند استخدام الشروط المقيدة^(١) :-

(١) تنوع الشروط التي تضمن عدم إخلال العميل بتعهداته وعدم وصوله إلى حالة الإعسار.

(٢) إيضاح المفاهيم المستخدمة في العقود حتى لا يختلف تأويلها إذا حدث نزاع بين البنك والعميل .

(٣) عدم الإفراط والتفريط في الشروط فكلاهما مضر ، فالإفراط يجعل من الصعب الالتزام بها والتفريط يؤدي إلى تلاعب العميل مما يؤثر عكسياً على عملية السداد .

(٤) يجب التعاون بين أخصائي الائتمان والأخصائيين القانونيين بالبنك لإعداد هذه الشروط بصورة قانونية ومصرفية صحيحة تمكن من تحقيق الغرض من استخدامها .

المطلب الثالث

الضمانات العينية والمالية والشخصية

أولاً : مفهوم وأهمية الضمانات:

يقصد بالضمانات هنا كل أصل مادي أو مالي يمكن تسييله وتحويله إلى نقدية حاضرة بسهولة ويسر ، وتكفي قيمته بعد التسييل لسداد أصل القرض وفوائده ، بالإضافة إلى الكفالة الشخصية .

(١) عبد المطلب عبد الحميد . الائتمان المصرفي ومخاطره ، مرجع سابق : ص ٢٧٨ .

والضمانات وفق هذه المفهوم تعتبر وسيلة أساسية لمواجهة مخاطر إفسار العميل وعدم قيامه بسداد قيمة القرض وفوائده للبنك ، حيث يستطيع البنك الحصول على حقه من خلال التصرف في هذا الضمان بالبيع والحصول على قيمته لسداد قيمة الائتمان الممنوح للعميل .

ومن ثم فالضمانات تساعد في السيطرة على مخاطر الإقراض عامة من ثلاثة زوايا^(١)

:

(١) إذا لم يسدد العميل في تاريخ الاستحقاق فإن البنك يستطيع التصرف في الضمان لاستيفاء حقه .

(٢) وجود حق قانوني للبنك على جزء من الذمة المالية للعميل يحمي البنك من الانسياق نحو قسمة الغرماء عند تصفية الوضع المالي للعميل ، حيث لا يستطيع أحد الدائنين الآخرين مشاركة البنك في هذا الضمان .

(٣) وجود حق قانوني للبنك على جزء من ممتلكات العميل سوف يجعل الأخير يتصرف بحذر ووفق الالتزامات المتفق عليها، لأنه يعلم أن أي إخلال بشروط العقد قد يدفع البنك إلى التصرف في الضمان وبيعه.

ولكن مع هذه الأهمية للضمانات كعنصر أساسي ومطلب رئيسي عند منح القروض، هناك أمور أخرى يهتم بها البنك قبل الحصول على الضمانات مثل شخصية العميل وسمعته ، وقدرته على السداد وكفاءته في إدارة وتسيير أعماله ، ومستوي الفرص المتاحة لنجاح مشروعاته ، الخ . فالضمانات لا تجعل من القرض الرديء قرصاً جيداً ولكنها تجعل من القرض الجيد قرصاً أفضل ، ولا يقصد من ذلك عدم الاهتمام بمسألة الضمانات عند منح القروض ، ولكن المقصود هنا أن الضمانات الجيدة لا تبرر موافقة البنك على تمويل مشروع فاشل بحجة أن البنك يستحوذ على ضمانات من الدرجة الأولى ، والمبدأ المصرفي هو أن البنك لا يقرض أموالاً لمجرد وجود ضمانات لدى المقترض ولكن إذا اتخذ قراراً بمنح القرض فلا بد من أخذ الضمانات . فالضمانات هي الوسيلة الأخيرة التي يستطيع البنك اللجوء إليها عند تعثر العميل في السداد ، وعدم تمكن البنك من استرداد قيمة القرض بالوسائل الأخرى المتاحة^(٢) .

ثانياً : أنواع الضمانات :

يستطيع البنك والمؤسسة المقرضة الاعتماد على العديد من الضمانات عند منح القروض ، ولكل نوع من هذه الأنواع ضوابطه وشروطه التي يجب أن تراعى عند الإقراض بموجبها ، ومن أهم هذه الأنواع :

(١) انظر المرجع السابق : ص ٣٦٧ .

(٢) عبد المعطي رضا أرشيد ، محفوظ أحمد جودة . إدارة الائتمان ، دار وائل للنشر ، عمان ، الأردن ، ١٩٩٩م : ص ٦٤ .

(١) الضمانات المادية أو العينية :

والتي تمثل أصولاً مادية حقيقية يتم رهنها لدى البنك إلى حين اكتمال عملية سداد القرض ، ومنها: العقارات والمباني ، العدد والآلات ، السلع والبضائع .

(٢) ضمانات الأوراق المالية والأوراق التجارية :

والأوراق المالية - الأسهم والسندات - من أهم أنواع الضمانات لسهولة إجراءات نقل ملكيتها ولسرعة تسيلها عند الحاجة ، ويتبين توافر مجموعة من الشروط في الأوراق المالية من أهمها : أن تكون هذه الأوراق صادرة من شركة ذات مركز مالي جيد ، وأن يتم تداولها بالسوق المالية ، وأن يتم رهنها لصالح البنك ، الخ.

أما الأوراق التجارية وأهمها الكمبيالات : حيث يتم إيداعها لدى البنك ويقوم العميل بالاقتراض بضمانها ويقوم البنك بدراسة الكمبيالات المقدمة لمعرفة مركز المسحوب عليهم وقدرتهم على الوفاء ، وتحديد نسبة تسليفية مناسبة لقيمة الكمبيالة ، ويجب أن تكون الكمبيالات المقدمة كضمان للقرض مرهونة حيازياً لصالح البنك ، الخ.

(٣) الضمانات الشخصية (الكفالة) :

وهي ضم ذمة الضامن (الكفيل) إلى ذمة المضمون عنه (الأصيل) في الالتزام بالحق ، فهي التزام الكفيل بحق ثابت في ذمة الغير. ويمكن أن يكون الكفيل شخص معنوي أو شخص طبيعي . ويلتزم الكفيل بالوفاء بالالتزامات الواجبة على المدين في حالة إعساره وعجزه عن السداد . ويجب مراعاة توافر مجموعة من الشروط في هذا الكفيل من أهمها : تمتعه بسمعة حسنة ، وبالخبرة الجيدة في إدارة نشاطه ، وسلامة مركزه المالي ، وقدرتهم على سداد القرض في حالة عجز العميل ، وأن يكون مؤهلاً من الناحية القانونية لممارسة حق الكفالة حيث لا تقبل كفالات القصر .

ثالثاً : الشروط والضوابط التي يجب توافرها في الضمانات :

بالإضافة للشروط السابقة الخاصة بكل نوع من أنواع الضمانات هناك مجموعة من الشروط العامة التي يجب توافرها في كل أنواع الضمانات حتى تكون قادرة على حفظ حق البنك ورد قيمة القرض عند تعرض العميل للإعسار والتوقف عن السداد ومن أهم هذه الشروط ما يلي^(١) :

(١) استقرار القيمة : وذلك بالألا تكون قيمة الضمان عرضة للتقلب الشديد ، خوفاً من انخفاض قيمتها بصورة كبيرة خلال فترة سريان التسهيل الائتماني .

(٢) أمكانية البيع (أو التسييل) : وذلك من خلال تصريفه وبيعه بسهولة ويسر وبأقل خسارة لتحويله إلى سيولة نقدية عند الحاجة إذا توقف العميل عن السداد أو تعرض للإعسار .

(١) المرجع السابق : ص ٢٥٩ .

- (٣) التقدير (أو التثمين): بحيث يسهل تحديد قيمته في السوق بصورة موضوعية ومحددة وذلك يتحقق بأن يكون من الأعيان التي يتم تداولها في الأسواق بقيم وأثمان معروفة.
- (٤) إمكانية نقل الملكية بسهولة: وبشكل قانوني إلى أي شخص آخر عند الحاجة ، دون أن يعترض ذلك إجراءات معقدة تمنع عملية النقل أو تتطلب وقتاً طويلاً .
- (٥) القيمة التسليفية المناسبة : ضرورة مراعاة زيادة القيمة التقديرية للضمان عن مقدار القرض بفارق معين بحسب الحالة ، وهو ما يعرف بالقيمة التسليفية للأصل ، تحسباً لاحتمال انخفاض قيمة هذا الأصل مستقبلاً .
- (٦) التأمين : ضرورة التأمين على بعض أنواع الضمانات التي قد تتعرض لبعض الأخطار مثل السيارات والبضائع والعقارات .
- (٧) عدم ازدواجية الضمانات: عدم دخول البنك مع أطراف أخرى تتعلق بهذا الضمان ، وذلك بالتأكد من عدم وجود حق قانوني لدائنين آخرين على هذا الأصل

رابعاً : أخطاء تقدير الضمانات :

قد تقع بعض الأخطاء من قبل البنك عند قبول الضمانات ، حيث لا تراعى الشروط والمتطلبات اللازمة توافرها في هذه الضمانات ، مما يحد من قدرتها على تحقيق الغرض من استخدامها وتعجز في هذه الحالة عن رد قيمة القرض عند تعرض العميل للإعسار، ومن هذه الأخطاء :

- (١) المغالاة في تقييم قيمة الضمانات المقدمة من العميل ، مقارنة بقيمتها السوقية الحقيقية ، مما يؤدي إلى عجزها عن رد قيمة القرض عند الحاجة لتسييلها بسبب انخفاض قيمتها في هذه الحالة على القيمة المقدرة .
- (٢) عدم مراعاة الشروط الواجب توافرها في الضمانات من حيث : ملكيتها ورهنها وتخزينها أو حيازتها والقوانين المنظمة لتداولها .
- (٣) عدم القيام باستعلامات دقيقة ودورية ومتجددة عن هذه الضمانات وخاصة التي تتسم أسعارها بالتغير.
- (٤) عدم تغطية البضائع المرتهنة ببوالص التأمين ضد الأخطار التي يمكن أن تتعرض لها .
- (٥) الموافقة على قيام العميل بسحب جزء من الضمانات المقدمة أو التصرف فيها دون سداد القيمة التسليفية التي يغطيها هذا الضمان .
- (٦) حدوث ازدواج في التمويل بضمان واحد .
- (٧) عدم تقدير حدود المخاطر الخاصة بالضمان المقدم ودراسة النسب التسليفية المناسبة للإقراض .

(٨) عدم قيام البنك بتتويج الضمانات وتوزيعها على أكبر عدد ممكن من العملاء أو المناطق الجغرافية أو الأصول المختلفة ، ومن ثم يصبح البنك عرضة للآثار التي تنجم عن التركيز في الضمانات .

(٩) تبادل الضمانات فيما بين العملاء ، سواء في شكل كمبيالات لحامله ، أو قيام كل منهم بضمان الآخر لدى بنك معين ، مما يؤدي إلى عدم تغطية الضمان الإجمالي لمبالغ التسهيلات الائتمانية الممنوحة لهؤلاء العملاء ، حيث تتعدد القروض بينما الضمان واحد .

المبحث الثالث

وسائل حماية المؤسسات المالية المقرضة

من إعسار المدينين في مرحلة ما بعد منح القرض

يستهدف هذا المبحث التعرف على بعض الوسائل التي تعتمد عليها المؤسسات المالية المقرضة لمواجهة حالات تعثر وإعسار المدينين في مرحلة ما بعد منح القرض، سواء لتجنب الوصول إلى هذه الحالة من التعثر والإعسار، (فهي بمثابة وسائل وقائية)، أو لمعالجة هذه الحالات ومحاولة التخفيف من آثارها السلبية على المؤسسة المالية المقرضة(فهي بمثابة وسائل علاجية).

ويعتبر التعرف على هذه الوسائل المستخدمة في مجال عمل المؤسسات التقليدية نقطة بداية أساسية لدراسة وتحديد مدى إمكانية الاستفادة منها لمواجهة حالات إعسار المدينين في الشريعة الإسلامية، وتطويرها بما يتلاءم مع المبادئ والأحكام الشرعية.

وسوف يتم التعرف في هذا المبحث على ثلاثة من هذه الوسائل، والتي تعتمد عليها المؤسسات المالية المقرضة في مرحلة ما بعد منح القرض، وبعض هذه الوسائل - كما سلفت الإشارة - يمكن اعتباره بمثابة وسائل وقائية والبعض الآخر يمكن اعتباره بمثابة وسائل علاجية.

وسوف تتم دراسة هذه الوسائل من خلال المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول : المتابعة الفعالة للعملاء المدينين.

المطلب الثاني : معالجة حالات التعثر.

المطلب الثالث : صندوق مواجهة خسائر إعسار المدينين .

المطلب الأول

المتابعة الفعالة للعملاء المدينين

أولاً : مفهوم وأهمية المتابعة :

لا ينتهي دور البنك أو المؤسسة المقرضة عند منح التمويل أو القرض، بل يمتد هذا الدور ليشمل متابعة القروض والتأكد من تسديدها في الأوقات المحددة. فالبنك بعد منح الائتمان يبقى على اتصال بالعميل ويستفسر دائماً على أحواله ومستجداته وعن تأخره في السداد، ويبادر بدراسة أسباب ذلك ليتخذ ما يتطلبه هذا التأخير من إجراءات في الوقت المناسب وقبل استفحال الأمر.

إن البنك يقوم باتخاذ قرار الائتمان بعد دراسة مجموعة من العوامل للتأكد من توافر مجموعة من الشروط في العميل المقترض، ومن مسؤولية إدارة الائتمان متابعة أي تغييرات تطرأ على ظروف العميل وتؤثر على هذه الشروط التي تم على أساسها منحه الائتمان وبالتالي تؤثر على قدرته على السداد وتؤدي إلى تعرضه للإعسار .

وللمتابعة أهمية كبيرة في العمل المصرفي عامة ولعملية الائتمان خاصة ، فهي بمثابة جرس الإنذار الذي يحذر البنك عند وقوع أي أخطاء أو أخطار قد تتعرض لها أموال البنك والتسهيلات الائتمانية، بحيث يبادر البنك أو المؤسسة المقرضة مبكراً لمواجهة هذه الأخطار ومعالجة هذه الأخطاء لحماية تلك الأموال وضمان ردها وتجنب العميل الأسباب المؤدية للإعسار.

ويجب أن تتصف المتابعة بالدقة والشمول والاستمرارية حتى تؤدي نتائجها المرجوة في الحفاظ على أموال البنك ، وذلك بأن يتم التأكد من أن استخدام الائتمان يتم في الغرض المخصص من أجله وفق الدراسة المسبقة ، وأن الشروط الائتمانية التي وضعها البنك لاستخدام هذا الائتمان ما زالت قائمة ومعمول بها ، وأن حركة الإيداع والسحب من وإلى حساب العميل طرف البنك وبقية معاملاته تسير بصورة منتظمة ، الخ ، وإذا ما حدث أي تغيير في هذه الأمور فمن الضروري إعادة النظر في شروط منح الائتمان وتعديلها لتتنفق مع الأوضاع الائتمانية التي طرأت على العميل ، والتي تم اكتشافها من خلال المتابعة الدقيقة والواعية للعميل .

كما أن للمتابعة دورا هاما في كشف الانحرافات الداخلية التي يقوم بها بعض العاملين بالبنك في مجال الائتمان من ناحية الالتزام بشروط منح الائتمان وتوافر الضمانات القوية ، وأن الدراسات الائتمانية مبنية على بيانات حقيقية ودقيقة ، الخ.

ثانياً : أغراض وأهداف المتابعة :

يمكن تحديد أغراض وأهداف المتابعة بالنسبة لنشاط البنك عامة ونشاط الائتمان خاصة فيما يلي^(١) :

(١) التحقق من مدى تنفيذ السياسة الائتمانية التي يضعها البنك للإقراض ومدى الالتزام بالضوابط والإجراءات الموضوعية لمنح الائتمان ، والعمل على تعديلها وتطوير آليات الأداء الخاصة بهذه السياسة كلما اقتضى الأمر ذلك .

(٢) التعرف على دراسة المشكلات والعقبات التي تعترض النشاط الائتماني للبنك والعمل على معرفة أسبابها وإزالة المشكلات والعقبات التي تعترض سبيل هذا النشاط.

(٣) اكتشاف الأخطاء فور وقوعها والعمل على تداركها وتجنب آثارها ومخاطرها .

^(١) عبد المطلب عبد الحميد . الائتمان المصرفي ومخاطره ، مرجع سابق : ص ٤٠٢ .

(٤) الاطمئنان إلى مدى تنفيذ العملاء للشروط الموضوعه للتسهيلات الائتمانية ، وعدم وجود أي مخالفات تؤدي إلى تعثر العميل وتعرضه للإعسار ، والعمل على اتخاذ الإجراءات المناسبة تجاه هذه المخالفات.

(٥) التعرف على العقوبات التي تعترض - أو قد تعترض - المقترضين في الوقت المناسب ، مما يسمح باتخاذ الإجراءات الكفيلة لمواجهتها ومساعدة العملاء على تخطيها، تفاديا لأية خسائر قد يتعرض لها العميل وتؤدي إلى تعثره أو إعساره وعدم قدرته على الوفاء بالتزاماته .

ثالثا : مقومات أو متطلبات المتابعة الجيدة (الفعالة) :

يتوقف نجاح المتابعة ومدى فاعليتها وقدرتها على تحقيق أهدافها على مجموعة من المقومات أو المتطلبات الأساسية من أهمها^(١) :-

(١) توافر نظام كفاء للمتابعة : يسمح بمتابعة العميل والتسهيلات الائتمانية والتعرف بصورة دقيقة وسريعة على أية أخطاء أو مخالفات أو مشكلات أو مستجدات خاصة بالجوانب والعناصر المختلفة المتعلقة بعملية منح الائتمان واستخدام الأسلوب المناسب لمواجهتها ، مما يجنب البنك إمكانية تعرض العميل للإعسار وعدم القدرة على السداد.

(٢) الاحتفاظ بملف ائتماني شامل ودقيق لكل مقترض يضم البيانات والمعلومات المختلفة عن العميل وما يرتبط به من دراسات ائتمانية ، وكذلك التقارير التي يعدها ممثلو البنك عن الزيارات والمناقشات التي تتم دورياً مع العميل والنتائج التي تسفر عنها .

(٣) توافر الموارد البشرية بالكفاءة والخبرة الملائمة والتي تستطيع القيام بهذا العمل وتنفيذ هذا النظام بالصورة التي تعمل على تحقيق أهداف المتابعة وتؤدي إلى حماية أموال البنك وضمان ردها في الوقت المحدد .

(٤) ضرورة مراعاة التناسب بين وسيلة المتابعة والغرض من استخدامها والمناخ المحيط بها حتى تتحقق فاعلية المتابعة .

وترتبط هذه الفعالية بعدد من المتغيرات ، منها : نوع وطبيعة العملية الائتمانية ، النطاق الجغرافي لتنفيذ العملية الائتمانية للعميل ومدى قربها أو بعدها من مكان عمل البنك ، درجة انتشار فروع البنك ، درجة تفويض سلطات البنك العليا للفروع للقيام بعمليات المتابعة.

رابعاً : مجالات أو جوانب المتابعة :

تتنوع وتتعدد مجالات المتابعة ، ومن أهمها^(١) :

(١) محمد محمود مكاوي . التمويل المصرفي ، مرجع سابق : ص ٣٠٢ .

(١) **متابعة الضمانات** : التي يقدمها العميل مقابل حصوله على القرض ، مثل العقارات ، الأوراق المالية والكمبيالات ، والبضائع والآلات ، والكفالة الشخصية . فقد روعي توافر مجموعة من الشروط والمتطلبات في هذه الضمانات عند قبولها مثل :

قابليتها للتسييل ، استقرار سعرها ، وتوافر النسبة التسليفية الملائمة لها ، وتستهدف المتابعة هنا التأكد من استمرار وجود نفس الشروط والمتطلبات قائمة حتى يستطيع البنك الاعتماد عليها في رد قيمة القرض عند تعرض العميل للإعسار وعدم القدرة على السداد .

(٢) **متابعة مصدر السداد** : من الأمور المتعارف عليها في مجالات الائتمان أن القرض الجيد هو القرض الذي تتوافر لصاحبه القدرة على السداد قبل توافر القدرة على تقديم الضمانات الملائمة ، ولذلك يراعى عند منح القرض توافر مصدر للسداد لدى العميل يمكنه من الوفاء بالتزاماته المالية تجاه البنك ، سواء من خلال استخدام القرض في المجال المحدد له أو من أي مصدر آخر متاح للعميل ، ومن الجوانب الأساسية لعملية المتابعة متابعة هذا المصدر للسداد والتأكد من مدى تحقق هذا الدخل المتولد منه والذي يكفل للعميل الاستمرار في سداد أقساط القرض دون توقف .

(٣) **متابعة الجوانب السلوكية للعميل** : والمتمثلة في سمعته الأدبية والمالية في السوق التجاري ، ولدى متعامليه ، من حيث صدقه وأمانته واحترامه لتعهداته ووفائه بالتزاماته في موعدها ، كما تعني الجدية والمثابرة على أداء أعماله بكفاءة عالية ، والابتعاد عن روح المغامرة والمظهرية الاجتماعية عند ممارسة هذه الأعمال .

(٤) **متابعة الجوانب المالية للعميل** : وذلك من حيث مستوى السيولة المتوفرة لديه وحجم الإيرادات والأرباح المحققة ، وتطور الهيكل المالي وحجم رأس المال الخاص به ، ومقدار التدفقات النقدية ومدى كفايتها ، الخ .

وتتم متابعة هذه الجوانب من واقع المراكز والقوائم المالية للعميل والبيانات والمعلومات المتاحة عنها ، ومن متابعة حركة حساباته لدى البنك من حيث الإيداعات والمسحوبات الخاصة به والشيكات المرفوضة وغيرها .

خامساً : طرق وأساليب المتابعة :

يستطيع البنك الاعتماد على بعض الأساليب لمتابعة العميل المقترض، ومنها :

(١) **المتابعة المكتبية** :وتقوم على الاتصال غير المباشر بين البنك والعميل من خلال الاطلاع على بعض البيانات الدورية وغير الدورية المتعلقة بنشاط العميل ،فهي متابعة من خلال الأوراق والمستندات التي ترد إلى البنك كل فترة . حيث يتم متابعة المراكز المالية دورياً دون انتظار للميزانية في نهاية السنة ، ومتابعة حركة حسابات العميل وما يتعلق

(١) لتفصيل أكثر حول هذه المسألة انظر عبد المطلب عبد الحميد ، الائتمان المصرفي ومخاطره ، مرجع سابق :ص٤٠٤ آلة انظر عبد المطلب

بها من حركة سحب وإيداع ، ومتابعة حركة الكمبيالات والبضائع الخاصة به ، والبيانات المتعلقة بالمصروفات والإيرادات ، وغيرها .

ويستطيع البنك التعرف على وضع العميل ومسار نشاطه من خلال دراسة وتحليل هذه البيانات ، وفي ضوء ذلك يمكنه ملاحظة أية سلبيات أو مخالفات في بدايتها واتخاذ الأساليب الملائمة لمواجهتها في الوقت المناسب .

(٢) **المتابعة الميدانية:** وذلك عن طريق قيام الباحث الائتماني بزيارة مكان نشاط العميل على الطبيعة للتعرف والحصول على البيانات المطلوبة عن العميل من واقع بيئة عمله ومحيط تعاملاته . حيث تتيح هذه الزيارة التعرف على أسلوب وطبيعة العمل الذي يقوم به وتحديد مستوى تنظيمه وأسلوب إدارته ، وحجم الطاقة الإنتاجية وكمية الإنتاج ودورة التشغيل وتدفق الخامات ، والتعرف على المشاكل والمعوقات التي تعترضه.

ويجب أن تتم هذه المتابعة بشكل دوري وفقاً لبرنامج زيارات سبق وضعه وتحديده ، وأن تتم أيضاً بشكل فجائي . ويجب أن يتولى المتابعة الميدانية أشخاص على دراية بطبيعة النشاط ومتغيراته الأساسية حتى يسهل عليهم تقييم الأداء ومعرفة السلبيات والتعرف على المخالفات.

المطلب الثاني

معالجة حالات التعثر

أولاً : مفهوم التعثر وأنواعه :

القروض المتعثرة هي القروض التي لا يقوم المقترض بتسديدها حسب جدول السداد المتفق عليه^(١) .

ويمكن تقسيم القروض في هذا المجال إلى الفئات التالية :

(١) قروض ممتازة : وهي القروض التي لا يشوبها أية مخاطر تتعلق بعملية السداد ، حيث يوجد ودائع نقدية مقيدة في البنك مقابلها .

(٢) قروض جيدة : وهي التي يصابها حد أدنى من المخاطر حيث يحقق العميل دخلاً جيداً كافياً للوفاء بالتزاماته ، بالإضافة إلى أن قيمة الضمانات تكون أكبر من قيمة القرض .

(٣) قروض متوسطة : وهي التي يكون فيها دخل العميل أقل مما هو متوقع ، وهناك مخاطر أكبر في تحصيلها .

(٤) قروض متعثرة : حيث يكون المركز المالي للعميل غير جيد ولا يمكنه سداد أقساط القرض وفوائده ويمكن تقسيم القروض المتعثرة إلى :

(١) زياد رمضان ، محفوظ جودة . إدارة مخاطر الائتمان ، مرجع سابق : ص ٣٣٣ .

(أ) ديون تأخر العميل في سدادها لمدة أكبر من شهر وتستدعي متابعتها واتخاذ الإجراءات الوقائية المناسبة .

(ب) ديون تقترب من دائرة الخطر بسبب ضعف سيولة المقترض وتتطلب رعاية أكبر.

(ج) ديون تأخر العميل في سدادها أكثر من ستة أشهر ، وهناك شكوك في إمكانية سدادها كاملة .

(٥) قروض هالكة : وهي التي استنفذت كافة الوسائل الممكنة لتحصيلها وأصبح تحصيلها أو تحصيل جزء منها أمراً مستحيلاً .

ثانياً : مظاهر أو مؤشرات التعثر :

هناك مؤشرات تنبئ عن إمكانية تعرض المقترض - أو تعرضه فعلاً - للتعثر ، من أهمها^(١) :

١. تباطؤ نمو الشركة قياساً بفترات مماثلة لسنوات سابقة .
٢. يكون التشغيل كمياً أقل من طاقة المصنع في حالة الشركات الصناعية .
٣. تغيرات في الأسلوب المعتاد فيما يتعلق بسداد ما يستحق للدائنين .
٤. طلب العميل زيادة سقف التسهيلات الائتمانية الممنوحة .
٥. وجود شيكات مرتجعة للعميل بسبب عدم كفاية الرصيد .
٦. إنهاء خدمات بعض العاملين لدى العميل المقترض أو تخفيض رواتبهم بداعي تقليص التكاليف .
٧. كثرة شكاوى عملاء الشركة المقترضة وتقليص خدمات ما بعد البيع .
٨. تأخر العميل في السداد حسب الجداول المحددة .
٩. انخفاض حجم المبيعات ، وانخفاض في مجمل وصافي الأرباح .
١٠. عدم التوازن بين التدفقات النقدية الداخلية والخارجية نتيجة عدم قدرة العميل على التحصيل خلال الفترة المحددة .
١١. عدم الالتزام في دفع الضرائب واستخدام الأموال التي تخص الضرائب في سداد ديون أخرى .
١٢. عدم الرغبة في تقديم الميزانيات والبيانات المطلوبة .
١٣. إحجام الموردين عن منح التسهيلات للشركة .

^(١) محسن أحمد الخضري . الديون المتعثرة ، ايتراك للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٦م : ص ٥١ ؛ وكذلك حمزة محمود الزبيدي . إدارة الائتمان المصرفي والتحليل الائتماني ، مرجع سابق : ص ٢٤٤ .

١٤ . عدم قدرة العميل على سداد القروض القائمة أو تجديدها .

ثالثاً : أسباب التعثر :

هناك العديد من الأسباب التي تؤدي إلى تعثر العملاء المقترضين بعضها يعود للعميل ذاته ، وبعضها يعود للبنك ، والبعض الآخر يعود للظروف العامة المحيطة ، ومن أهم هذه الأسباب ما يلي^(١) :

(١) الأسباب التي تعود للعميل المقترض :

- (أ) حداثة خبرة العميل في النشاط محل التمويل .
- (ب) استخدام القروض في غير الغرض المخصص له .
- (ج) سوء إدارة الأموال المقترضة .
- (د) توسع العميل في البيع الآجل .
- (هـ) عدم التزام العميل بشروط وتوجيهات البنك.
- (و) فقدان العميل لبعض أسواقه .

(٢) الأسباب التي تعود للبنك :

- (أ) صورية الدراسات الائتمانية التي يقوم بها البنك .
- (ب) منح العميل تسهيلات ائتمانية أكثر من الحاجة .
- (ج) عدم المتابعة الميدانية الجيدة للعملاء .
- (د) عدم أخذ الضمانات الكافية من العملاء .
- (هـ) عدم معالجة التجاوزات التي تحصل من طرف المقترض في الوقت المناسب.
- (و) تقصير موظفي المصرف في متابعة أخبار السوق واستقصاء المعلومات من مصادرها الصحيحة فيما يتعلق بأوضاع المقترض المالية .

(٣) الأسباب التي تعود للبيئة المحيطة :

- (أ) الظروف السياسية غير المستقرة التي تؤثر على الأوضاع الاقتصادية وعلي نتائج أعمال المقترض .
- (ب) دخول الاقتصاد في دورة كساد .
- (ج) تغير التشريعات والأنظمة في الدولة.

^(١) عبد المعطي رضا أرشيد ، محفوظ أحمد جودة . إدارة الائتمان ، مرجع سابق : ص ٢٨٢ ؛ وكذلك زياد رمضان . إدارة الائتمان ، مرجع سابق : ص ٣٣٨ .

(د) وجود أزمات طارئة كإضرابات العاملين أو شح المواد الخام أو انقطاع مصادر الطاقة .

(هـ) تغير ظروف المنافسة كدخول منافس قوي إلى السوق مما يؤثر على الحصة السوقية للمقترض .

(و) ارتفاع معدلات الفائدة ، أو التدخل الحكومي في سياسات التسعير .

وعلى البنك التعرف على هذه الأسباب عند ظهورها ودراسة تأثيراتها المحتملة على العميل المقترض، واتخاذ الوسائل والأساليب الملائمة لمواجهة هذه الآثار مبكراً، لتجنب وقوع حالة الإعسار للعميل وعدم قدرته على السداد ، عند ظهور بعض مؤشرات ومظاهر التعثر .

رابعاً : معالجة التعثر:

قبل البدء باتخاذ القرار الملائم لعلاج حالة التعثر على البنك أن يقوم بجمع البيانات والمعلومات المختلفة عن الحالة تمهيداً لدراستها والتعرف على كافة الجوانب المتعلقة بها وتحديد الإجراءات التي يجب على البنك مراعاتها والقيام بها قبل اتخاذ القرار الملائم لمعالجة حالة التعثر ومن أهم هذه الجوانب والإجراءات^(١) :

(١) فحص محتويات ملف الائتمان الخاص بالعميل، حيث يجب الحصول على البيانات الحديثة وآخر القوائم المالية وتحليلها للتعرف على حقيقة الموقف المالي الأخير للعميل.

(٢) إجراء الاتصالات الشخصية مع العميل والقيام بزيارات ميدانية لمواقع المنشأة المقترضة للاطلاع على أوضاعها عن قرب ، ومعرفة خططها المستهدفة وتقييم أداء الإدارة .

(٣) متابعه حركة حسابات العميل والتأكد من استخدام القرض في الغرض المحدد ، ومدى انتظامه في دفع التزاماته .

(٤) ضرورة مراقبة الضمانات المقدمة للبنك أو المؤسسة المقرضة من العميل والتعرف على قيمتها الحالية وإمكانات تسيلها .

(٥) ضرورة جمع المعلومات عن ممتلكات العميل استعداداً لإجراء المناقشات المختلفة معه وتحديد كيفية الخروج من هذا الموقف.

وفي ضوء هذه المعلومات وتلك الإجراءات تقوم إدارة البنك أو المؤسسة المقرضة بتقييم أو ضاع المقترض، وعليها في هذه الحالة معرفة أسباب وحقيقة التعثر، وما إذا كان راجعاً لأسباب لا دخل للعميل بها وأن لديه النية الصادقة والاستعداد الكافي لسداد التزاماته للبنك ، أو أن هذا العميل ليس لديه الرغبة في السداد ويسعى للتهرب من الوفاء بالتزاماته

^(١) زياد رمضان ، محفوف جودة . إدارة مخاطر الائتمان ، مرجع سابق : ص ٣٦١ ؛ ومحسن أحمد الخضيرى . الديون المتعثرة ، مرجع سابق : ص ٣٢٥ .

تجاه البنك . فالأسلوب الذي سوف يتبعه البنك في التعامل مع الحالتين سيكون مختلفا . كذلك على إدارة البنك التعرف على ما إذا كان هذا التعثر حالة مؤقتة يمكن الخروج منها بمساعدة العميل أم أنها حالة مزمنة لا يرجى علاجها ، ومن ثم لا تجدي وسائل المساعدة المختلفة للعميل في هذه الحالة .

وبناء على ذلك تستطيع إدارة البنك اتخاذ القرار الملائم لمعالجة حالة التعثر ، والذي يتمثل في واحد من بديلين :

البديل الأول : مساعدة المقترض للخروج من حالة التعثر :

وقبل اتخاذ هذه القرار على إدارة المصرف أن تتأكد من توافر الأمور التالية:

- (١) إن عدم قدرة المقترض على السداد تعود إلى أسباب مؤقتة وليست دائمة .
- (٢) وجود نية صادقة واستعداد حقيقي لدى المقترض لسداد التزاماته بعد تحسن أوضاعه المالية .
- (٣) إمكانية زيادة التدفقات النقدية الداخلة للمقترض في المستقبل بحيث يتمكن من السداد.
- (٤) اقتناع إدارة المصرف باستمرار ازدهار النشاط الذي يعمل فيه العميل ، وقدرته على إدارة المشروع بكفاءة عالية .
- (٥) قدرة المقترض على الحصول على مزايا إضافية من الموردين والتعاون مع الوكلاء والموزعين لتجاوز الأزمة الحالية.

وفي هذه الحالة يتم عمل تسوية مع العميل من خلال اجتماعات ومناقشات متعددة ويقدم له البنك بعض سبل المساعدة التي تضمن له الخروج من هذه الأزمة مثل : تأجيل السداد أو إعادة جدولة السداد أو تخفيض نسبة الفائدة على القرض ، أو منحه تسهيلات إضافية لحل مشكلة السيولة الطارئة لديه . وقد يقتضي الأمر في هذه الحالة تقديم البنك بعض وسائل النصح ومقترحات مختلفة لتصويب الأوضاع ، وقد يتم الاتفاق على مشاركة البنك للعميل في إدارة المنشأة المقترضة ، أو حتى إدارتها من قبل البنك بشكل كامل حتى يتم سداد القرض .

البديل الثاني : السير في الإجراءات القانونية وتصفية القرض:

ويتم اللجوء لهذا البديل إذا تبين أن التعثر مزمن وليس مؤقتاً ، أو أنه تعثر وهمي من افتعال وتلاعب العميل للهروب من سداد التزاماته للبنك ، أو أن مساعدة العميل لن تؤدي إلى خروجه من هذه الأزمة ولن يستطيع بعدها استعادة القدرة على السداد.

وفي هذه الحالة لابد من اللجوء مباشرة إلى السير في الإجراءات الرسمية التي تضمن تحصيل أموال البنك في الوقت المناسب قبل أن تتأزم الأمور ، كما سيؤدي ذلك إلى إشعار

المقترضين الآخرين بجدية ملاحقة البنك لأمواله ومدينيه وبالتالي يعتبر ذلك أسلوباً زاجراً لكل من تسول له نفسه التلاعب بحقوق البنك المالية .

ولا يجب أن يلجأ البنك لهذا الأسلوب إلا بعد أن يكون قد جرب البديل الأول بكل الطرق الممكنة وفشل في تحقيق النتائج المرجوة ، لأن هذا الأسلوب له مشاكله ومثالبه العديدة ، فهي عملية لها آثارها القاسية على صاحب القرض والعاملين معه وعلى بقية الأطراف التي تتعامل معه ، كما أنها تؤدي إلى فقدان أحد عملاء البنك ، وقد تؤدي إلى اهتزاز صورة البنك لدى العملاء الآخرين .

وإذا قرر البنك السير في الإجراءات القانونية وتصفية القرض فإنه سوف يلجأ إلى :

(١) تجميد حساب المقترض وإبلاغه بذلك ، وعدم صرف أية شيكات ترد عليه من المقترض .

(٢) تحويل ملفه بالكامل إلى دائرة الشؤون القانونية لمتابعة القضية .

(٣) طلب الحجز على أمواله المنقولة وغير المنقولة لمنعه من التصرف فيها بأمر قضائي لحين استرداد البنك لأمواله .

(٤) استصدار حكم قضائي بالتصفية لعدم قدرة العميل على الوفاء بالتزاماته .

(٥) البدء في إجراءات التصفية والتي تتضمن : بيع أصول الشركة وتحصيل ما لها من ديون على الآخرين ، وتسديد ما على الشركة من ديون للغير حسب ترتيب الدرجات والامتيازات والأوليات التي يحددها القانون ، وتوزيع ما ينبغي من الأموال على ملاك الشركة وفقاً لنسب التوزيع المتفق عليها ، ثم إغلاق حسابات الشركة .

وبعد ذلك يقوم البنك بإقفال ملف المقترض مع الاحتفاظ بكافة البيانات والمستندات المتعلقة به لتقويم ومعرفة أسباب ونتائج هذه الحالة للتعثر والاستفادة منها لاحقاً .

المطلب الثالث

صندوق مواجهة خسائر إعسار المدينين

عادة ما تقوم المؤسسات المصرفية بتكوين مخصصات لمواجهة أخطار أو خسائر محتملة مستقبلاً ، ويتم تحديد مصادر الأموال المكونة لهذا المخصص ، وكيفية استخدام رصيده لمواجهة هذه الأخطار أو تلك الخسائر عند وقوعها .

والمخصصات عادة مبالغ تخصم أو تحتجز من الإيرادات لغرض محدد وهو هنا تعسر العملاء المدينين وعدم استطاعتهم رد قيمة الديون في الأجل المحدد ، وبعد اللجوء إلى كافة الوسائل والطرق الممكنة لاستعادة هذه الديون ، وبعد استنفاد كافة السبل المتاحة يتم

التعامل مع هذه الديون على أنها ديون مئووس من تحصيلها ، ومن ثم تحويلها إلى بند ديون معدومة وسداد قيمتها من رصيد هذا المخصص .

ولذلك فهذا المخصص ليس وسيلة وقائية لمواجهة حالات الإعسار ومنع حدوثها ، ولكنه وسيلة علاجية تستهدف التخفيف من الآثار المترتبة على حالات الإعسار وتعويض هذا الجزء الذي فقد من أموال المؤسسة بسبب عدم سداد بعض المدينين للأموال المستحقة عليهم .

ويتم مراعاة الأمور التالية عند تكوين هذا المخصص :

(١) مستوى المخاطر التي تتعرض لها ديون المؤسسة من هذا الجانب ، أي احتمالات إعسار المدينين فكلما زاد مستوى هذه المخاطر زاد مقدار الأموال المقتطعة لتكوين هذا المخصص .

(٢) يتم اقتطاع المبالغ المكونة لهذا المخصص من إجمالي إيرادات المؤسسة ، أي قبل تحديد صافي الربح القابل للتوزيع .

(٣) رصيد هذا المخصص يكون حق خالص لأصحاب المؤسسة من حملة الأسهم عند تكوين هذا المخصص ، أو من يحل محلهم في هذه الأسهم .

ويمكن الاستفادة من هذه الوسيلة في المؤسسات المالية الإسلامية لمواجهة الخسائر المحتملة للعمليات التمويلية والاستثمارية المختلفة ، غير أن هذا يقتضي مراعاة الالتزام بالضوابط والأحكام الشرعية عند دراسة وإعداد النظام الخاص بتكوين هذا المخصص ، والذي يختلف باختلاف طبيعة كل أسلوب تمويلي مستخدم والشروط الشرعية التي تحكم تطبيقه .

وقد قدمت في هذا الإطار مجموعة من المحاولات والاجتهادات لبناء وتنظيم هذه المخصصات وفق طبيعة ونظام عمل المؤسسات المالية الإسلامية^(١) .

^(١) راجع محمد عبد المنعم أبو زيد . نحو تطوير نظام المضاربة ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، مكتب القاهرة ، ٢٠٠٠م : ص٢٤٤ : عادل عبد الفضيل عيد . الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ : ص٥٩٦ .

قائمة المراجع

- (١) ابن كثير: الإمام الحافظ عماد الدين أبو الفدا إسماعيل بن كثير "تفسير القرآن العظيم" ، القاهرة، مطبعة عيسى البابي الحلبي، بدون تاريخ.
- (٢) الرازي: فخر الدين محمد بن ضياء الدين عمر الرازي "التفسير الكبير" طبع بالمطبعة البهية المصرية، ١٣٥٧هـ .
- (٣) رشيد: محمد رشيد رضا، "تفسير القرآن الحكيم" (تفسير المنار) ، (الطبعة الثانية) دار المعرفة، بيروت.
- (٤) العسقلاني: أحمد بن حجر العسقلاني: "فتح الباري شرح صحيح البخاري" ، الطبعة الثانية ، دار الريان للتراث بالقاهرة ، ١٤٠٩هـ .
- (٥) الشوكاني: محمد بن علي الشوكاني، "نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار" (القاهرة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٩٧١م) .
- (٦) الكاساني: علاء الدين منصور الكاساني: "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" (القاهرة، مطبعة زكريا على يوسف ، بدون تاريخ).
- (٧) ابن حزم : أبو حمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم، "المحلى" (مصر، مكتبة الجمهورية العربية، ١٩٦٩م) .
- (٨) ابن قدامة: أبو محمد بن عبد الله بن أحمد بن قدامة ، "المغني" (الرياض، مكتبة الرياض الحديثة، بدون تاريخ).
- (٩) ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، "لسان العرب" ، (طبعة إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤١٨هـ) .
- (١٠) الفيومي: أحمد بن محمد الفيومي، "المصباح المنير" (طبعة المكتبة العلمية، بيروت، بدون تاريخ)
- a. الزيبيدي : حمزة محمود الزيبيدي: "إدارة الائتمان المصرفي والتحليل الائتماني": (الوراق للنشر والتوزيع، عمان - الأردن ، ٢٠٠٢م).
- (١١) عبد الحميد: عبد المطلب عبد الحميد : الائتمان المصرفي ومخاطره ، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات ، القاهرة، ٢٠١٠م .
- (١٢) ١٣ - مكاوي: محمد محمود مكاوي: "التمويل المصرفي التقليدي والإسلامي" ، (المكتبة العصرية المنصورة، جمهورية مصر العربية ، ٢٠١٠م)..

- (١٣) رمضان وجودة: زياد رمضان، محفوظ جودة: "إدارة مخاطر الائتمان"، (الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، القاهرة، ٢٠١٠م).
- (١٤) مكاوي: محمد محمود مكاوي، "أسس التمويل المصرفي الإسلامي"، (المكتبة العصرية، المنصورة - مصر، ٢٠٠٩م).
- (١٥) أرشيد وجودة: عبد المعطي رضا أرشيد، محفوظ أحمد جودة: إدارة الائتمان، (دار وائل للنشر، عمان - الأردن، ١٩٩٩م).
- (١٦) الخضيرى: محسن أحمد الخضيرى: "الديون المتعثرة"، (ايتراك للنشر والتوزيع القاهرة، ١٩٩٦)
- (١٧) أبو زيد: محمد عبد المنعم أبو زيد: "نحو تطوير نظام المضاربة"، (المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ٢٠٠٠م).
- (١٨) عبد الفضيل: عادل عبد الفضيل عيد، "الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية"، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠م)



الدورة العشرون

لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

أحكام الإفلاس في الفقه الإسلامي والأنظمة المعاصرة

إعداد

الأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي

كلية الشريعة - جامعة دمشق

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن العلاقات المالية والعقود المنظمة لها من صميم الحياة الاقتصادية، حيث يكون فيها المتعاملون في أحوال متقلبة من اليسر والعسر، والشدة والرخاء، في ممارساتهم التجارية والزراعية والصناعية ونحوها، فبدأ نشاطهم بحماس، ويقدمون على تمويل مشاريعهم المختلفة، كل بحسب مقدرته المادية، فتكون البداية سعيدة، ثم يتعرضون لمفاجآت تتطلب الإنفاق الأكثر سعة أو الإقراض، على أمل الوفاء أو السداد من ناتج العمل، ولكنهم يصطدمون بواقع التعامل من إنجاز وتسويق وبطء نسبي في البيع، فيعجزون عن سداد الديون أو القروض.

فبعضهم يقتحم حاجز الحلال، ويتورطون في الحرام، بقروض ربوية، وبعضهم وهم الذين يخشون الله تعالى يتوقفون عن ارتكاب الحرام، ويحتاجون إلى سيولة نقدية، من طريق الاستدانة، ثم العجز عن الوفاء بالتزاماتهم وقضاء ديونهم. وهذا يؤدي إلى الوقوع في الحرج والإعسار أولاً، ثم الإفلاس أحياناً، علماً بأن بين الإعسار والإفلاس عمومياً وخصوصاً مطلقاً، فكل مفلس معسر، ولا عكس، فالإفلاس يكون بسبب الدين، أما الإعسار فقد ينشأ عن دين أو غيره من ألوان العجز المادي، لذا فإني أتحدث على تسمية عنوان الموضوع: ((أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي والأنظمة المعاصرة))، بسبب كون البحث إنما هو في إفلاس المدين، وليس في أحكام الإعسار من الناحية الفقهية، إلا أن يقصد بذلك الإعسار في اللغة لا في الفقه، أي بمعنى الضيق وقلة ذات اليد والعجز في الوفاء.

وكذلك الشأن في القوانين الوضعية حيث تبحث أحكام الإعسار في القانون المدني، فهو إعسار مدني، والإفلاس تبحث أحكامه في القانوني التجاري، فهو إفلاس تجاري.

وتشمل خطة البحث المرسله إلينا من أمانة المجمع في عنوان: أحكام الإعسار موضوعات ثلاثة: هي إفلاس المدين، وبيع الدين، ووسائل الحماية من إعسار المدينين، والمراد إفلاسهم.

ومضمون البحث شامل لما يأتي على وفق الخطة المرسله من أمانة المجمع:

أولاً: أحكام الاستدانة في الشريعة الإسلامية:

١- أحكام إشهار إفلاس المدين (والصواب لغة شهر الإفلاس لا إشهار الإفلاس).

- ٢- استعراض إشهار إفلاس المدين المقررة في القوانين، وبيان حكم الشريعة الإسلامية فيها، والأدق أن يقال: حكم الفقه الإسلامي.
- إشهار إفلاس المدين الموسر المماطل، وإشهار إفلاس المدين المعسر.
- تغريم المدين المعسر المماطل.

ثانياً: بيع الدين

- ١- استكمال بحث صور بيع الدين، من غير الصور الوارد ذكرها في قرار المجمع، وبيان حكم الشرع فيها.
- ٢- البدائل المشروعة لبيع الدين.

ثالثاً: الوسائل التي تحمي المؤسسات المالية المقرضة من إفسار المدينين أو التخفيف منه

- ١- التدقيق في دراسات الجدوى للمشروعات التي تقدمها الشركات والمؤسسات المقرضة.
- ٢- الحصول على الضمانات الكافية عند الإقراض.
- والله الموفق إلى سواء السبيل

أولاً

أحكام الاستدانة في الشريعة الإسلامية

من المعلوم أن الاستدانة أو القرض أمر مشروع في شريعة الإسلام بالكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب: فدلالة قوله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ﴾ [البقرة: ٢/٢٤٥]، فهذا وإن كان المراد به هو الصدقة، فإنه يدل ضمناً على مشروعية القرض بين الناس أو الاستدانة، لاشتراكهما في العمل لمرضاة الله تعالى، ففي الصدقة إحسان، وفي القرض إرفاق وتعاون مندوب إليه ويثاب عليه فاعله.

وأما السنة: فأحاديث كثيرة، منها أن النبي ﷺ قال: ((ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين، إلا كان كصدقة مرة)).^١

وأما الإجماع: فأجمع علماء الأمة الإسلامية على جواز القرض.^٢

١- أحكام إشهار الإفلاس:

شهر الإفلاس في القوانين الوضعية والفقهاء الإسلامي: هو إعلان إفلاس المدين، والإفلاس قانوناً: طريق للتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي توقف عن سداد ديونه في ميعاد استحقاقها، ويقصد منه تصفية هذه الأموال وبيعها تمهيداً لتوزيع ثمنها على الدائنين قسمة غرماء. والإفلاس نظام ورد النص عليه في مجموعة القانون التجاري، ولا مقابل له في القانون المدني، ولذلك تسري أحكامه على التجار دون غيرهم من المدنيين. لكن هذا الاتجاه التشريعي المصري والفرنسي والسوري لم تأخذ به بعض التشريعات الأجنبية، وإنما عممت تطبيق نظامه على الجميع دون تفرقة، وهو موقف الفقهاء الإسلامي، وهذا مجرد تنظيم في بعض القوانين، دون البعض الآخر.

ويشمل الإفلاس كل تصرفات المدين من تاريخ التوقف عن الدفع وشهر الإفلاس، وتسمى هذه الفترة فترة الريبة. أما الإعسار فنظمه القانون المدني تنظيمًا خاصاً، ويختلف الإعسار عن الإفلاس في أن الأول ينظر إلى حقوق المدين وديونه وموازنة كل منهما بالآخر، وأما مناط الثاني فهو ثبوت توقف المدين التاجر عن دفع ديونه بصرف النظر عما إذا كانت حقوقه تقل أو تزيد على مجموع ديونه الحالية. وموقف المحكمة من الأول جوازي، أما الثاني فموقفها واجب متعين متى تحقق لديها وقوف المدين عن الدفع.^٣

^١ رواه ابن ماجه وابن حبان في صحيحه مرفوعاً وموقوفاً عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، لكن في رواية ابن ماجه سليمان بن بشير، وهو متروك، لكن له مؤيدات وشواهد كثيرة.

^٢ المغني لابن قدامة: ٣١٣/٤، مغني المحتاج: ١٧/٢.

^٣ الإفلاس في القانون التجاري المصري لأستاذنا الدكتور علي يونس: ص ٣، ٧، ١٣ - ١٤، ١٦، ط ١٩٥٧م.

ويعبر الفقه الإسلامي عن شهر الإفلاس بعبارة الحجر على المدين المفلس، أيًا كان مديناً أو تجارياً. والحجر في فقهاء: هو منع الإنسان عن التصرف في ماله، والتفليس أو شهره شرعاً: هو جعل الحاكم أو القاضي المديون مفلساً بمنعه من التصرف في ماله، أو خلع الرجل عن ماله للغرماء (الدائنين) وهو مشروع لدى جمهور الفقهاء حفاظاً على حقوق الدائنين وأموالهم من الضياع^١، والمفلس في العرف: من لا مال له. وفي الشرع: من لا يفي ماله بدينه^٢.

ومشروعية الإفلاس لأن النبي ﷺ حجر على معاذ بن جبل، وباع ماله في دين كان عليه، وقسمه بين غرمائه، فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم، فقال لهم النبي ﷺ: ((ليس لكم إلا ذلك))^٣.

لكن اشترط المالكية للتفليس القضائي ألا يمكن للدائنين الوصول إلى حقهم إلا به. وقال أبو حنيفة: لا أحجر على مفلس في الدين، لأن مال الله غاد ورائح، ولأن في الحجر إهداراً لحريته وكرامته وأهليته وإنسانيته، فذلك أخطر من ضرر خاص يلحق الدائن، فتبقى تصرفاته نافذة، ولا يباع ماله جبراً عنه، وإنما يؤمر بسداد ديونه، فإن امتثل فلا يتعرض له بشيء، وإن امتنع عن الأداء حبس حتى يسدد دينه، أو يبيع ماله بنفسه، وشرع حبسه دفعاً لظلمه، لأن قضاء الدين واجب عليه، والمماطلة ظلم، وليس للقاضي أن يبيع ماله جبراً عنه، لأنه نوع حجر عليه^٤، لكن المفتى به عند الحنفية هو قول صاحبين بجواز الحجر على المفلس.

وأحكام الإفلاس هي ما يأتي:

أولاً - الحكم القضائي:

لا بد في القوانين كما تقدم من إصدار حكم قضائي بشهر الإفلاس، وهذا يتفق مع رأي جمهور الفقهاء (غير المالكية) الذين ذهبوا إلى أنه لا يحجر على المدين إلا بقضاء القاضي، فتكون تصرفاته قبل القضاء نافذة، وإذا حجر عليه قضاء، فإنه يمنع من جميع التصرفات الضارة بالدائنين، وهي التبرعات والمعاضات المالية، والإقرار بالدين بعد الحجر، وبيع القاضي ماله، وقسمه ثمنه على الغرماء^٥.

^١ الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: ٢٦١/٣، مغني المحتاج: ١٤٦/٢، كشاف القناع: ٤٠٥/٣.
^٢ شرح المنهاج بحاشية قليوبي.
^٣ رواه الدارقطني والخلال، وصحح الحاكم النيسابوري إسناده.
^٤ تبين الحقائق للزليعي ١٩٩/٥، اللباب شرح الكتاب: ٦٩/٢.
^٥ مغني المحتاج ١٤٧/٢ - ١٤٩، كشاف القناع ٤٠٧/٣ - ٤١١، الفتاوى الهندية ٥٨/٥.

واقترصر المالكية في حكم الحاكم بتفليس المدين على حالة عجزه عن قضاء ما لزمه من الديون، أما قبل ذلك فللدائنين منع المدين من التصرفات الضارة بهم وهي التبرعات والكفالات والإقرار بالدين لشخص، أما المعاوزات المالية كالبيع والشراء فتتفد منه^١.

ثانياً - سفر المدين المفلس:

منع المالكية والحنابلة المدين من السفر، سواء حل وقت أداء الدين في الحال أو في أثناء غيبته، ولم يجز الحنفية والشافعية للدائنين منع المدين من السفر قبل حلول أجل الديون^٢. واقترصرت القوانين على الحكم بغلّ يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها بحيث تشمل جميع الأعمال القانونية في صورة عقد أو إرادة منفردة، وجواز حبس المفلس أو التحفظ عليه إلا في حال حصول الإفلاس بناء على طلبه^٣.

ثالثاً - أحكام الحجر أو آثاره:

يترتب على حجر المفلس في الفقه الإسلامي الأحكام الآتية:

١- تعلق حق الدائنين الغرماء بعين مال المدين ومنعه من التصرف في ماله:

أي إذا حجر على المدين تعلقت ديون الغرماء بماله كالرهن، فلا ينفذ تصرفه فيه بما يضرهم، لأنه لا ضرر على الغرماء، فتبطل تبرعاته كالهبة والصدقة، ولا يقبل إقراره أصلاً بمال لغيره في ذمته بعد التفليس باتفاق الفقهاء. وتبطل تصرفاته من بيع وشراء في رأي الشافعية والحنابلة، وأجاز الحنفية بيعه بثمن المثل، ولم يبطل المالكية تصرفه المالي، بل يوقف على نظر القاضي والغرماء^٤. ولا يجوز لأحد بعد الحكم بالإفلاس على المدين المطالبة بدين جديد.

ويتفق القانون المصري وغيره مع رأي الشافعية والحنابلة ومن وافقهم، فتتضمن آثار الإفلاس غلّ اليد، أي منع المفلس من التصرف في أموال التفليسة أو من الإخلال بالمساواة بين الدائنين، ويجوز للمحكمة أن تقرر حبس المفلس أو التحفظ عليه إذا كان الإفلاس بطلب الدائنين، لا بطلبه هو، كما تقدم، وكذلك تسقط بعض الحقوق السياسية والمهنية عن المفلس، كحق الانتخاب والترشيح للمجالس النيابية والمحلية، وحق العضوية في الغرف

^١ الشرح الكبير مع الدسوقي، المكان السابق.

^٢ البدائع للكاساني: ٢٧٣/٧، المهذب للشيرازي ٣١٩/١، المغني لابن قدامة ٤/٤٥٥، الشرح الكبير للدردير ٢٦٢/٣.

^٣ علي يونس، المرجع السابق: ١١٢ - ١١٣، ٣٩٢ وما بعدها.

^٤ الفتاوى الهندية ٦٨/٥، رد المحتار حاشية ابن عابدين ١٠٥/٥، الشرح الصغير للدردير ٣/٣٥٢ وما بعدها، مغني المحتاج ١٤٨/٢، المغني ٤/٤٤٠.

التجارية، ومباشرة العمل في الحكومة، أو التعهدات أو الالتزامات، والشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال^١.

٢- سقوط آجال الديون المؤجلة:

تسقط آجال الديون في القوانين، كما نصت على ذلك المادة (٢٢١) من القانون التجاري المصري والقوانين المأخوذة عنه، لأن الإفلاس مضيّع للثقة بالمدين، ولأن الإفلاس يقتضي تصفية أموال المدين تصفية جماعية بين دائئيه، ومن المرغوب فيه سرعة إنجاز هذه التصفية^٢.

ويتفق مذهب المالكية مع القانون في هذا، كحلول الأجل بالموت خلافاً للشافعية والحنابلة والحنفية الذين قالوا: لا يحل الدين المؤجل بفلس من هو عليه، لأن الأجل حق مقصود للمفلس، فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه^٣، لكن قال المالكية: ما لم يكن المدين قد اشترط عدم حلول الدين بالتفليس.

٣- الحبس الاحتياطي للمدين:

أجاز القانون الوضعي في مصر وغيرها للمحكمة حبس المفلس أو التحفظ عليه في حكم الإفلاس أو في أي حكم آخر إذا حصل الإفلاس بطلب الدائنين لا بطلب المدين، كما نصت عليه المادة (٢٣٩) من القانون التجاري المصري.

أما في الفقه الإسلامي فاتفق الفقهاء على جواز حبس المفلس بحكم القاضي بشروط معينة.

فالواجب على المدين إيفاء ديونه إذا كان موسراً، فإن كان معسراً فيمهل إلى وقت اليسار عملاً بنظر الميسرة في قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢/٢٨٠].

وإن كان مماطلاً في الوفاء، وهو مليء (ذو غنى) أي له مال يفي بدينه في الحال، حبسه الحاكم، لقوله ﷺ: ((لِيُالْوَاجِدُ ظَلَمَ، يَحِلُّ عَرْضُهُ وَعَقُوبَتُهُ))^٤، واللي: المطل، والواجد: الغني، من الوجد بمعنى القدرة، وعرضه: شكايته، وعقوبته: حبسه، فيجوز الحبس للمماطل بشروط ثلاثة ذكرها الحنفية^٥ وهي:

^١ أ.د: علي يونس، المرجع السابق: ص ١٤٦ وما بعدها.

^٢ المرجع السابق: ص ١٦٤ وما بعدها.

^٣ الفتاوى الهندية ٦٨/٥، القوانين الفقهية لابن جزي ٣١٨ وما بعدها، الشرح الصغير، المكان السابق، الشرح الكبير: ٢٦٥/٣، مغني المحتاج ١٤٧/٢، المغني ٤٣٥/٤، ط دار المنار الثالثة.

^٤ رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة (الخمسة) إلا الترمذي، وكذا البيهقي والحاكم، وابن حبان وصححه عن عمرو بن الشريد عن أبيه.

^٥ البدائع: ١٧٣/٧، تبيين الحقائق: ١٩٩/٥.

الأول: أن يكون الدين حالاً، فلا يحبس في الدين المؤجل، لأن الحبس لدفع الظلم المتحقق بتأخير قضاء الدين، ولم يوجد ممن دينه مؤجل.

الثاني: أن تتوافر في المدين شروط ثلاثة: هي القدرة على وفاء الدين، فلو كان معسراً لا يحبس، للآية المتقدمة: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ﴾ **والمطل:** وهو تأخير قضاء الدين، للحديث السابق: ((مطل الغني ظلم)) أو ((لئى الواجد)) والحبس عقوبة، وما لم يظهر منه المطل، لا يحبس، لانعدام المطل، وكون المدين غير الوالدين، فلا يحبس الوالدون وإن علوا، بدين المولودين، وإن نزلوا (أو سفلوا) لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ للقمان: ١٥/٣١، وليس من المصاحبة بالمعروف والإحسان حبسهما بالدين، لكن يحبس الوالد تعزيراً بالامتناع عن نفقة ولده الذي عليه نفقته.

الثالث: أن يطلب الدائن من القاضي حبس المدين، فما لم يطلب لا يحبس، لأن الدين حقه، والحبس وسيلة إلى حقه، وممارسة الحق بطلبه. ويجوز للقاضي الحجر على المفلس.

وذكر فقهاء المذاهب الأخرى شروطاً مقاربة لهذه الشروط، وتفاصيل مقبولة.

٤- استحقاق بيع مال المدين المحجور عليه وقسمة ثمنه بين الغرماء:

اتفق الفقهاء^١ على أنه يباع مال المدين المحجور عليه بسبب الفلوس، ويقسم ثمنه بين الدائنين الغرماء بالمحاصة، أي بنسبة ديونهم، ويندب أن يكون البيع فوراً بعد الحجر (شهر الإفلاس) لئلا يطول زمن الحجر عليه، ومبادرة لبراءة ذمته، وإيصال الحق إلى ذويه، ولأنه ﷺ لما حجر على معاذ، باع ماله في دينه، وقسم ثمنه بين غرماءه.

فإن كانت الديون من جنس مال المدين، قضاها القاضي بغير أمر المدين، وإن كانت من غير جنس مال المدين، وجب على القاضي بيع المال، وقسمة الثمن بين الدائنين. وتباع أمواله المنقولة والعقارية.

ويقدم في البيع ما يحتمل فساد كالبقول والفاكهة، ثم المرهون، ثم الحيوان لحاجته إلى النفقة، لأنه يخشى ضياعه بسرقة ونحوها، ويقدم الملبوس على النحاس ونحوه، ثم العقار، ويقدم البناء على الأرض. لكن أبا حنيفة رحمه الله خلافاً لصاحبيه لم يجز للحاكم بيع عروض المدين التجارية وعقاره.

ولا يباع مسكن المدين وخادمه، وأجاز الشافعية بيع مسكنه ومركوبه.

^١ تبين الحقائق، المكان السابق، الشرح الصغير للدردير ٢٥٧/٣ وما بعدها، المهذب ١/٣٢٤، بداية المجتهد ٢/٢٨٧.

والذي يترك للمفلس من ماله ما يأتي^١:

- أ- يترك له ولعياله ملابسه المعتادة لا الرفيعة أو الفاخرة بالاتفاق.
- ب- تترك للعالم كتبه التي يحتاج إليها في العلوم الشرعية وآلتها في مذهب الشافعية.
- ج- تترك له دار السكنى المعتادة لا النفيسة في رأي الحنابلة والحنفية.
- د- تترك للمفلس آلات صناعية في مذهب الحنابلة، لا في رأي غيرهم. وقال الحنفية: تترك له عروضه التجارية كعقاره.
- هـ- يترك للمفلس رأس مال يتجر فيه إذا كان لا يحسن الكسب إلا به في رأي الحنابلة.
- و- أجاز المالكية والحنابلة أنه يترك للمفلس قدر ما يكفيه وعياله من القوت الضروري المعتاد، دون المترف أو المرفه. وفي رأي الشافعية: قوت يوم القسمة وقبل قسمة ماله على الغرماء.

٥- استرداد الدائن أعيان الأموال الموجودة في مال المفلس:

أجاز الجمهور خلافاً للحنفية استرداد الدائن عين ماله، ويحق له فسخ البيع إن باع المدين السلعة، وأخذ سلعته، بسبب عجز المشتري عن إيفاء الثمن، فيحق للدائن الفسخ، كعجز البائع عن تسليم المبيع، لقول النبي ﷺ: ((من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان، فهو أحق به من غيره))^٢.

ولم يجز الحنفية استرداد الدائن متاعه بعينه الذي وجده لدى المدين، ويكون صاحب المتاع أسوة الغرماء، إلا إن أفلس المدين قبل قبض المتاع أو بعد قبضه بغير إذن بئعه، فللدائن حينئذ فقط استرداد متاعه، وحبس المدين بالثمن في حالة ما قبل القبض. ودليلهم ما روى الخصاف والرازي: إن النبي ﷺ قال: ((أيما رجل أفلس، فوجد رجل عنده متاعه، فهو أسوة غرمائه))^٣، وأول الجمهور الحديث بأن المشتري كان قد قبض المبيع بشرط الخيار للبائع.

آثار شهر الإفلاس في القوانين الوضعية:

تتفق آثار الإفلاس في القوانين مع الفقه الإسلامي فيما يقره الشرع، وأضاف القانونيون ما يجيزونه من الربا وهو وقف سريان الفوائد، وسقوط بعض حقوقه المهنية والسياسية، وهذه الآثار، القانونية بالنسبة إلى المدين أربعة، أذكرها باختصار^٤.

^١ حاشية ابن عابدين: ١٠٥/٥، ط البياي الحلبي، الشرح الكبير والدسوقي ٢/٢٧٧، نهاية المحتاج للرملي: ٣/٣٢١ - ٣٢٢، مطالب أولي النهى ٣/٢٩١، كشاف القناع: ٣/٤٢٢، ط مكة.

^٢ رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

^٣ قال عنه الدارقطني: لا يثبت هذا الحديث عن الزهري رحمه الله مسنداً، وإنما هو مرسل.

^٤ أ.د: علي يونس: الإفلاس في القانون التجاري المصري: ص ١٠٥ - ١٤٩.

الأثر الأول – غلّ اليد: هذا أثر جوهري يترتب على حكم الإفلاس، فلا يعفى المفلس منه، وغلّ اليد له معنيان:

الأول: منع المدين من التصرف بأمواله كلها وإدارتها، سواء الأموال المنقولة والأموال العقارية، إضراراً بالدائنين، منذ شهر الإفلاس، ليتمكنوا من الوفاء بحقوقهم.

والثاني: منع الدائنين من التسابق لرفع دعاوى فردية للتنفيذ على أموال المفلس، فيحصل بعضهم على نسبة من ديونهم أكثر مما تضمنه لهم قسمة الغرماء، وذلك ليتمكن سنيديك التفليسة (وكيل المفلس) من القيام بمهمته وتنفيذ التصفية الجماعية، تحقيقاً للمساواة بين الدائنين. وقد نصت المادة (٢١٦) من القانون التجاري المصري على مبدأ غلّ اليد الذي لا يقع إلا نتيجة لصدور حكم الإفلاس.. وهذا هو المقرر في الفقه الإسلامي وهو منع المدين من التصرف بأمواله.

ويشمل غلّ اليد: منع المفلس من جميع الأعمال والتصرفات القانونية الضارة بالدائنين، وحرمان المفلس من رفع الدعاوى القضائية.

الأثر الثاني – حبس المفلس والتحفظ عليه: نصت المادة (٢٣٩) من القانون التجاري المصري على أنه يجوز للمحكمة أن تقرر حبس المفلس عند الاقتضاء أو التحفظ عليه في حكم الإفلاس أو في حكم آخر، ولكن لا تأمر المحكمة بحبس المفلس إذا حصل الإفلاس بناء على طلبه. والمحافظة عليه يعني وضعه تحت المراقبة، وليس هذا عقوبة عليه، بل هو إجراء تحفظي فحسب. وهذا حكم موافق للمقرر في الفقه الإسلامي.

الأثر الثالث – سقوط بعض الحقوق السياسية والمهنية، كحق الانتخاب والترشيح للمجالس النيابية والمحلية، أو حق العضوية في العُرف التجارية، وانتخاب أعضاء مجالس إدارتها والاشتغال بعمليات البورصة، والعمل في خدمة الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد، والتخلي برتب أو نياشين، والشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال. وهذا الأثر ليس مقررًا في القانون التجاري، ولكن ورد النص عليه في بعض القوانين الخاصة التي تنظم بعض الحقوق السياسية أو المهنية.

وليس هذا الأثر مقررًا في الفقه الإسلامي، وإنما المقرر منع المحبوس من الخروج إلى أشغاله ومهامه الدينية والدينية، كحضور صلوات الجمعة والجماعة والأعياد وتشجيع الجنائز وعبادة المرضى والزيارة والضيافة، ليكون المنع باعثاً له على قضاء الدين.

الأثر الرابع – تقرير نفقة للمفلس ولعائلته: وهذا ما نصت عليه المادة (٢٦٥) من القانون التجاري. وأفراد عائلته: هم الذين يجب عليه الإنفاق عليهم، كزوجته وأولاده وغيرهم. ويحدد مأمور التفليسة مقدار النفقة التي تمنح للمفلس وطريقة دفعها، والغالب أن يكون ذلك في صورة راتب شهري. وهذا حكم إنساني ضروري، وصرح فقهاؤنا به، لاسيما الشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية، وهو مقتضى مذهب المالكية، قال ابن قدامة

الحنبلي^١: وينفق على المفلس وعلى من تلزمه مؤنته بالمعروف من ماله إلى أن يفرغ من قسمه بين غرمائه.

وللإفلاس آثار أربعة قانونية أيضاً بالنسبة إلى الدائنين وهي ما يأتي^٢:

الأثر الأول – وقف الدعاوى والإجراءات الانفرادية: لحماية جماعة الدائنين العاديين، وتحقق مبدأ المساواة بينهم وإخضاعهم لقسمة الغرماء.

وهذا لم ينص عليه القانون التجاري المصري، خلافاً لما ذهب إليه كثير من التشريعات الأجنبية. ويقرر الفقه الإسلامي هذا الأثر عملاً بمبدأ المصالح المرسله أو الاستحسان.

الأثر الثاني – سقوط الآجال: أي تسقط الآجال بقوة القانون بمجرد صدور حكم الإفلاس. وقد نصت المادة (٢٢١) من القانون التجاري المصري على أنه:

((يترتب على الحكم بإشهار الإفلاس أن يصير ما على المفلس من الديون التي لم يحل أجل دفعها مستحق الطلب حالاً...))، وهذا هو الحكم المقرر في المادة (٢٧٣) من القانون المدني المصري، والمادة (٢٧٣) من القانون المدني السوري، ونصها: ((يسقط حق المدين في الأجل إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون)).

وذلك يشمل الآجال الاتفاقية والقانونية والقضائية (وهي نظرة الميسرة).

والحكمة من ذلك أن الأجل الممنوح للمدين من الدائن أو غيره، مبني على الثقة فيه، والإفلاس مضيع لهذه الثقة. ولأن مبدأ تصفية أموال المدين تصفيه جماعية بين دائنيه، بمقتضى الإفلاس، يتطلب سرعة إنجاز هذه التصفية في حين أنه يترتب على مراعاة الآجال الممنوحة للمدين تأخير التصفية وعرقلة أعمالها.

وهذا الأثر مقرر في الفقه الإسلامي لدى الحنفية والمالكية، كما تقدم.

الأثر الثالث – وقف سريان الفوائد: وهو حكم قرره المادة (٢٢٦) من القانون التجاري المصري، وذلك لتحديد خصوم التفليسة، وإضافة ديون جديدة يعرقل إجراء التصفية. أما الفقه الإسلامي فيمنع تقرير فوائد تأخيرية على الديون منذ نشأتها، فلا يطبق هذا الأثر في الشريعة.

الأثر الرابع – رهن جماعة الدائنين على أموال المفلس: وهذا مقرر في المادة (٢٨٧) من القانون التجاري المصري، حيث يجب بمقتضاها على وكلاء الدائنين إجراء قيد ملخص الحكم الصادر بالإفلاس في قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائنة في دائرتها عقارات

^١ المغني: ٤/٤٤١، ط دار المنار، ط ثالثة.

^٢ المرجع السابق، علي يونس: ١٥٠ - ١٧٨.

المفلس، وذلك في ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ توظيفهم. ولا يفيد الرهن إلا الدائنين الذين تقدموا بديونهم في التفليسة في المواعيد القانونية.

وهذا الإجراء يفيد تقرير رهن لصالح الدائنين المتصالحين، ولم ينص الفقه الإسلامي على هذا الإجراء، ولا مانع منه في تقديري رعاية للمصالح.

ولا مانع في القانون من أن يتنازل الدائنون عن الرهن المقرر لهم على عقارات المفلس أو بعضها إذا حصل النص على ذلك في عقد الصلح مع المفلس.

والصلح في الإفلاس يهدف إلى التيسير على المدين المفلس حتى يتاح له الوفاء للدائنين دون حاجة لبيع أمواله. وهو يختلف عن الصلح المدني: وهو عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً.

شروط الحجر على المفلس:

ذكرت الموسوعة الفقهية الكويتية^١ خمسة شروط للحجر على المفلس ملخصها فيما يأتي:

الأول: مطالبة الغرماء أو وكلائهم أو من يخلفهم الحجر على المدين المفلس. ويصح الطلب من واحد منهم، ويكون للباقي حق المحاسبة، واشترط الشافعية في الأصح حينئذ أن يكون دين الطالب أكثر من مال المدين، وإلا فلا حجر، ولم يجز المالكية والحنابلة الحجر بطلب المدين نفسه.

ويصح أن يطلب المدين نفسه الحجر عليه وإعلان إفلاسه، ليصرف ماله إلى ديونه في مذهب الشافعية في الأصح.

الثاني: أن يكون الدين حالاً، مؤجلاً.

الثالث: أن تكون الديون على المفلس أكثر من أمواله.

الرابع: أن يكون الدين الذي يحجر به الناس، أما دين الله تعالى كالتذرة أو الزكاة فلا يحجر به.

الخامس: أن يكون الدين المحجور به لازماً، فلا حجر بالثمن في مدة الخيار، كما ذكر الشافعية.

ويصح عند الحنفية في المفتى به أن يكون الحجر على المدين الغائب، بشرط علم المحجور عليه بعد الحجر^٢.

^١ ينظر ٣٠٢/٥ - ٣٠٤.

^٢ الفتاوى الهندية: ٦٥/٥.

أحكام رجوع الدائن على المدين المفلس فيما قبضه منه وشروطه:

خيار رجوع صاحب المتاع أو المال على المفلس يكون لدى الشافعية في الأصح على الفور، كخيار العيب بجامع دفع الضرر، منعاً من إلحاق الضرر بالغرماء، لإفضائه إلى تأخير حقوقهم^١. ومذهب الحنابلة: أن له الرجوع على التراخي، كرجوع الأب في هبته لابنه.

وأجاز الشافعية والحنابلة الرجوع في جميع المعاولات المالية المحضة، كالبيع والإجارة والسلم والقرض، لعموم حديث أبي هريرة المتقدم: ((من أدرك ماله بعينه..))، بخلاف غيرها كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمدة، فلا يجوز الرجوع فيها. وأجاز المالكية الرجوع للوارث، وصاحب الثمن أو المحال به والمتصدق عليه به^٢.

وشروط الرجوع في مذهب الشافعية تسعة^٣ هي:

- ١- كونه في المعاوضة المحضة كالبيع ونحوه.
- ٢- أن يرجع عقب العلم بالحجر.
- ٣- أن يكون رجوعه بنحو قوله: فسخت البيع، دون حكم من الحاكم.
- ٤- أن يكون عوضه غير مقبوض، فإن قبض بعض حقه رجع في الباقي.
- ٥- أن يكون عدم استيفاء العوض لأجل الإفلاس.
- ٦- كون العوض ديناً، فإن كان عيناً قدم بها على الغرماء.
- ٧- حلول الدين.
- ٨- كون المال المبيع باقياً في ملك المفلس.
- ٩- ألا يتعلق بالمال حق لازم، كرهن صادر من المشتري للشيء.

وذكر الحنابلة^٤ سبع شرائط وهي:

- ١- أن تكن السلعة باقية بعينها، لم يتلف بعضها، فإن تلف جزء منها، كتلف ثمرة الشجرة المثمرة، لم يكن للبائع الرجوع، وكان أسوة الغرماء. وأجاز الشافعية والمالكية بتلف البعض الرجوع في الباقي، ويساهم مع الغرماء بحصة التالف.
- ٢- ألا يكون المبيع زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر. وذهب المالكية والشافعية إلى أنها لا تمنع الرجوع.

^١ مغني المحتاج: ١٥٨/٢، المغني: ٤١٠/٤.

^٢ الشرح الكبير ٢٨٣/٣.

^٣ مغني المحتاج: ١٦٠/٢.

^٤ كشف القناع: ٤١٤/٣ - ٤١٧.

٣- ألا يكون البائع قبض شيئاً من ثمن السلعة، فإن قبض بعض الثمن، سقط الرجوع. وأجاز الشافعية الرجوع بما يقابل الباقي من دينه. وللبائع عند الملكية رد ما أخذه ورجع في جميع العين.

٤- ألا يتعلق بها حق الغير: فإن رهنها المشتري أو وهبها، لم يملك البائع الرجوع كما لو باعها. وهذا موافق لقول الشافعية. وأجاز المالكية فك الرهن بدفع ما رهننت به العين.

٥- أن يكون المفلس حياً: فإن مات فالبايع أسوة الغرماء. وهو رأي المالكية، لحديث: ((فإن مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء)).

وأجاز الشافعية للدائن الفسخ واسترجاع العين ولو مات المفلس، لحديث أبي هريرة المتقدم: ((أيما رجل مات أو أفلس، فصاحب المتاع أحق بمتاعه، إذا وجده بعينه)).

٦- كون السلعة لم يزل ملك المشتري عنها ببيع أو هبة أو وقف ونحوه. وهو شرط متفق عليه.

٧- أن يكون البائع حياً إلى وقت الرجوع.

واشترط المالكية^١ ثلاثة شروط هي:

١- ألا يفديه غرماً بثمنه الذي على المفلس: فإن فدوه بمالهم أو بمال المفلس، أو ضمنوا له الثمن وهم ثقات، أو أعطوه كفيلاً ثقة، لم يأخذ المال الذي له. وقال الشافعية والحنابلة: لا يسقط حقه في الفسخ، حتى لو قال الغرماء له: لا تفسخ، ونحن نفديك بالثمن.

٢- أن يمكن أخذه واستيفاؤه: فإن لم يمكن أخذه كبضع الزوجة والاستمتاع بها، فلا يرجع، فالزوجة إذا أفلس زوجها وطلبت صداقها، ساهمت مع الغرماء، إذ لا يمكن رجوعها في البضع، ولها الفسخ قبل الدخول إذا أفلس حينئذ.

٣- أن يبقى عين المال على حاله، دون أن يتغير، فإن تغير، ساهم صاحب المال مع الغرماء، فلا يرجع إن طحنت الحنطة أو بذرت أو خبزت، أو خلط الشيء بغير مثله، ولم يتيسر تمييزه، كخلط عسل بسمن أو زيت، أو صبغ الثوب، أو نسخ الغزل، أو تعيب الشيء بأي عيب، وهذا مذهب الحنابلة أيضاً.

وقال الشافعية: إن زادت السلعة، فالأظهر أنه يباع، وللمفلس الزيادة.

^١ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢٨٣/٣.

طريقة شهر الحجر بالإفلاس لدى الفقهاء:

ذكر الشافعية والحنابلة: أنه يستحب الإشهاد على شهر الحجر على المدين المفلس تفادياً للضرر الذي يلحق بالدائنين الغرماء، لضمان أموالهم، وعدم ضياعها، ونشراً للخبر بين الناس^١. وهذا في الواقع مناسب لأحوال الماضي، وأما في عصرنا حيث وجدت الصحف اليومية والإعلانات الكافية في دور القضاء، فلا حاجة إلى الإشهاد.

حكم أنواع تصرفات المفلس:

التصرفات المعتادة ثلاثة أنواع^٢:

الأول: التصرفات النافعة نفعاً محضاً: كقبوله الهبات والصدقات، فهذه تصح منه ولا يمنع منها.

الثاني: التصرفات الضارة ضرراً محضاً: كهبة المال، ووقفه له، وتصدقته به، والإبراء منه، وغيرها من التبرعات، والإقرار بدين، فهذه يحجر فيها، باتفاق المذاهب الأربعة، رعاية لمصلحة الدائنين الغرماء، لأن حقوقهم تعلقت بأعيان ماله، فلم يصح تصرفه فيها كالمرهونة.

الثالث: التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع: كالبيع والإجارة، لا تصح في رأي الجمهور (غير المالكية) أي باطلة. وقال المالكية: إن وقع التصرف المالي من المفلس، لم يبطل، بل يكون موقوفاً على نظر الحاكم عند عدم اتفاق الغرماء، أو اختلافهم في رده وإمضائه، أو على نظر الغرماء عند اتفاقهم، لكن قال المالكية: إن التزم المفلس شيئاً في ذمته لغير رب الدين فلا يمنع منه، كخلعه زوجته لما فيه من أخذ مال، وطلاقه، ولو أدى إلى حلول مؤخر الصداق، وتحاصص المرأة به، وقصاصه من جان عليه أو على وليه، إذ ليس فيه مال بالأصالة، وعفوه عن قصاص أو حدٍّ مما لا مال فيه، بخلاف القتل الخطأ والعمد الذي فيه مال.

وعبارة الحنفية في الفتاوى الهندية: كل تصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق والنكاح لا يجوز الحجر فيه إجماعاً.

رفع الحجر عن المفلس:

للفقهاء اتجاهان في رفع الحجر عن المفلس بحكم القاضي أو انفكاكه عنه:

^١ نهاية المحتاج للرملي ٣/٣١٢، شرح المنهاج مع حاشية قليوبي وعميرة: ٢/٢٨٦، المغني: ٤/٤٤٠، ط ٣ في دار المنار.

^٢ الفتاوى الهندية ٥/٥٨، الشرح الكبير للدردير: ٣/٢٦٤ وما بعدها، شرح المنهاج، المرجع السابق: ٢/٢٨٧، المغني: ٤/٤٣٩.

الأول: للشافعية^١: لا ينفك الحجر على المفلس باتفاق الغرماء على فكه، ولا بإبراءهم للمفلس، بل إنما ينفك بفك القاضي، لأن الحجر لا يثبت إلا بإثبات القاضي، فلا ينفك إلا بفكه، ولأنه يحتاج إلى نظر واجتهاد.

الثاني: للمالكية والحنابلة^٢: ينفك الحجر عن المفلس بمجرد قسمة ماله الموجود بين الغرماء، ولا يحتاج إلى حكم القاضي.

وأما الحنفية^٣ فقال أبو يوسف رحمه الله في السفية (المبذر): لا يكون زوال الحجر إلا بضده وهو الإطلاق من القاضي، فكما لا ينحجر إلا بحجره لا ينطلق إلا بإطلاقه.

المبادرة بقسمة مال المفلس بين غرمائه:

اتفق الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة)^٤ على أنه تتدب المبادرة بعد الحجر لبيع مال المفلس، وقسم ثمنه بين الغرماء، لبراءة ذمة المدين، ولئلا يطول زمن الحجر عليه، ولئلا يتأخر إيصال الحق لمستحقه، وفي ذلك مصلحة للغرماء والمفلس. ولكن لا يفرض في الاستعجال لئلا يطمع فيه الناس بثمن بخس.

تنظيم التفليسة في القانون:

يتم التنفيذ على أموال المدين بإجراءات جماعية لا انفرادية، لأن الإفلاس يهدف إلى تصفية أموال المفلس تصفية جماعية على قدم المساواة، تمهيداً لتوزيع الناتج منها على الدائنين قسمة غرماء. فمتى صدر حكم الإفلاس لا يكون لأي واحد من الدائنين التنفيذ على أموال المدين، أي كان نوع هذا التنفيذ، أي سواء كان بطريق الحجز على المنقولات أو الحجز العقاري أو الحجز على ما للمدين لدى الغير^٥.

والتنفيذ يكون بطريقة تنظيم التفليسة وتعيين من يسمى ((سنديك التفليسة)) أو مأمور التفليسة وهو وكيل عن المفلس وعن جماعة الدائنين، ووكالته مأجورة، وهو أحد قضاة محكمة الإفلاس، ليقوم بالنيابة عن المحكمة التي أصدرت حكم الإفلاس بملاحظات إجراءات التفليس وشؤونه، حيث يترتب على صدور حكم الإفلاس - كما تقدم - غلُّ يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها، وتدخل هذه الأموال في التفليسة، وتكون الجانب الإيجابي منها، وتسلم الأموال من المفلس إلى السنديك، ليتخذ الإجراءات اللازمة التي يكون الغرض منها حصر الأموال الموجودة لدى المفلس، والتحفظ عليها لحين تسليمها إلى

^١ نهاية المحتاج للرملي: ٣/٣٢٢، ط البهية المصرية، شرح المنهاج مع حاشية القليوبي وعميرة ٢/٢٩١.

^٢ حاشية الدسوقي ٣/٢٦٨ وما بعدها، ط البابي الحلبي، المغني: ٤/٤٤٩، البدائع: ٧/١٧٢ وما بعدها.

^٣ البدائع: ٧/١٧٢ - ١٧٣.

^٤ حاشية الدسوقي ٣/٢٧٢: المهذب ١/٣٢١، ط عيسى البابي الحلبي، مغني المحتاج: ٢/١٥٠، كشاف القناع: ٣/٤٢٠، ط مكة.

^٥ الإفلاس في القانون التجاري المصري، علي يونس: ١٥٨.

السنديك الذي يتولى إدارتها والمحافظة عليها. وتتمثل هذه الإجراءات في وضع الأختام على أموال المفلس وقفل دفاتره، ثم رفع الأختام وجرد الأموال وتسليمها للسنديك.

وعلى وكلاء الدائنين أن يسلموا إلى مأمور التفليسة في ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ الحكم بشهر الإفلاس حساباً إجمالياً أو ملخصاً، وعلى مأمور التفليسة أن يرسل فوراً تلك الملخصات مع ملحوظاته إلى النيابة العمومية.

وللنيابة العمومية في كل وقت أن تطلب إيضاحات عن حالة التفليس وكيفية إدارة وكلاء الدائنين، كما يكون لها أن تطلب الاطلاع على جميع الأوراق والدفاتر والسندات المتعلقة بالتفليس، لما للإفلاس من صلة وثيقة بالنظام العام.

وتهدف إدارة التفليسة إلى غرضين أساسيين:

الأول: هو المحافظة على أموال المفلس وصيانتها.

والثاني: هو حشد هذه الأموال وتجهيزها انتظاراً للقرار الذي تتخذه جماعة الدائنين بصدد الحل الذي تنتهي به التفليسة، وهو إما بالصلح مع المفلس، أو بالاتحاد، ويقتضي الاتحاد بيع أموال المفلس وتوزيع ثمنها على الدائنين قسمة غرماء، ولذلك يحرص المفلس عادة على ملافاة ذلك والتصالح مع دائنيه.

وبه يتبين أنه قد تنتهي التفليسة بالصلح مع المفلس، إذا قدر الدائنون أن هذا الصلح أجدى عليهم، فيتنازلون له عن جزء من حقوقهم أو يمنحونه أجلاً للوفاء، أو يقررون له الأمرين معاً. ويعود المفلس بالصلح سيداً على أمواله من جديد، ويسترد حريته في إدارتها والتصرف فيها.

وقد تنتهي التفليسة بالاتحاد إذا لم يتفق الدائنون على شروط الصلح التي قدمها المفلس، وقد يكون انتهاء التفليسة بطريقة ثالثة هي حل وسط بين الصلح أو الاتحاد.

وقد تنتهي التفليسة بالتسوية الودية بين المفلس ودائنيه قبل إجراءات التفليس التي تطول لزمن طويل أو بعد صدور حكم الإفلاس إذا فضل الدائنون عدم المضي في إجراءاته، وآثروا التيسير على المفلس وإعطائه فرصة لوفاء ما عليه من التزامات¹.

وهذه الإجراءات التنظيمية تدل تحت مفهوم الصلح أو الحلول الودية في الفقه الإسلامي، قال تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ٤/٢٨].

وإذا لم يحصل الصلح بين المفلس والدائنين، يكون أرباب الديون بمجرد ذلك في حالة اتحاد، عملاً (بالمادة ٣٣٩ من القانون التجاري المصري) والمقصود من ذلك أن هذه الحالة الجديدة التي طرأت على الدائنين ليست من صنعهم أو وليدة اتفاقهم، ولكنهم يسيرون

¹ د. علي يونس، المرجع السابق: ص ٢٧٦، ٣٠٩، ٣١٥، ٣٧٢، ٣٧٤ وما بعدها، ٣٨٤ وما بعدها.

إليها بالرغم منهم، وبقوة القانون، دون أن يكون لهم اختيار في ذلك، فالدائنون يحشدون في جماعة واحدة لها نظام قانوني خاص يعبر عنه بالاتحاد، وذلك لأن وجود جماعة الدائنين في مرحلة تصفية أموال التفليسة وتوزيع ثمنها، يكون أكثر ظهوراً منه في المراحل السابقة. ويقتضي الاتحاد توزيع المبالغ الناتجة من تصفية أموال التفليسة على الدائنين قسمة غرماء. وتظل المبالغ التي لم يحصل عليها الدائنون في حالة الاتحاد عالقة بذمة المفلس باعتبارها ديناً مدنياً، لا ديناً طبيعياً، كما هو الحال في الصلح. وهذا الوصف مراعى ضمناً في الفقه الإسلامي، لأن جماعة الدائنين على قدم المساواة في الحقوق.

- شهر إفلاس المدين الموسر المماطل، وشهر إفلاس المدين المعسر:

إن شهر إفلاس المدين الموسر المماطل حق وعدل، وهو الأصل في مشروعية الحجر على المفلس، عملاً بحديث معاذ بن جبل: ((أن النبي ﷺ حَجَرَ عليه، وباع ماله في دين كان عليه، وقسمه بين غرمائه)).

وهو أيضاً أثر أسيفع في عهد عمر رضي الله عنه: أنه كان يشتري الرواحل، فيغالي بها، ثم يسرع في السير، فيسبق الحاج، فأفلس، فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب فقال: ((أما بعد: أيها الناس، فإن الأسيفع أسفع جهينة، رضي من دينه وأمانته أن يقال: سبق الحاج، إلا أنه قد أدان معرضاً، فأصبح وقد رين به^١، فمن كان له دين فليأتنا بالغداة، نقسم ماله بين غرمائه، وإياكم والدين))^٢.

وأما المدين المعسر: فيحبس في رأي الجمهور غير الحنابلة للتحقق من إعساره، فإن ظهر له مال، أمره الحاكم بالقضاء، وإن لم يجد له مالا ظاهراً، وثبت إعساره بتصديق غريمه في رأي الحنابلة، أو بشهادة شاهدين عدلين عند المالكية، وجب إنظاره (إمهاله) ولا يحبس عند الحنفية، والمالكية، والحنابلة، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢/٢٨٠]، وقال الشافعية: إن لم يظهر له مال حبس وبيع ما قدر عليه من ماله، فإن ذكر عسره قبلت منه البينة، للآية الكريمة: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ﴾^٣.

^١ أي استقرض، وصار عليه دين، فكلمة ((دان)) مشترك بين الإقراض والاستقرض، وكذا كلمة ((الدائن)) مشترك بين من عليه دين، أي مدين، ومن له دين. ورجل مديون: أي عليه دين، و ((مديان)) أي عادته أن يأخذ بالدين ويستقرض. و ((رين به)) غلب عليه الدين.

^٢ رواه مالك والبيهقي عن عمر رضي الله عنه.

^٣ الاختيار شرح المختار ١/٢٦٠، ط مصطفى الحلبي، ١٩٣٦، الفروق للقراي في ١٠/٢ - ١١، المسألة الرابعة، المهذب في الفقه الشافعي ١/٣٢٠، ط عيسى البابي الحلبي، المغني: ٤/٤٥٠ وما بعدها، ط دار المنار الثالثة.

وواضح من هذا أن الفقهاء متفقون على أنه لا تجوز ملازمته، ويطلق سراحه إن حبس، ولا يشهر إفلاسه، لعدم الفائدة من ذلك، ولقوله ﷺ لغرماء الذي كثر دينه: ((خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك))^١.

- تغريم المدين الموسر المماطل:

المبدأ المقرر في الشريعة تحريم الربا (أو الفوائد أو الغرامات) على وفاء الديون ويقتصر الحق على قضاء الحقوق دون زيادة جنساً ونوعاً ومقداراً وصفة، وإنما يحل فقط الحبس والملازمة من الدائن للمدين، للحديث ذي الإسناد الحسن وهو ما تقدم: ((لِيَّ الْوَاجِدِ ظَلَمَ يُحَلُّ عَرْضَهُ وَعَقُوبَتُهُ))^٢، أي مطلق الغني القادر على الأداء يجوز وصفه بكونه ظالماً، ويحبس من عليه الدين حتى يقضيه إذا كان قادراً على القضاء تأديباً له وتشديداً عليه، لا إذا لم يكن قادراً، لنص الحديث: ((الواجد)) فإنه يدل على أن المعسر لا يحل عرضه (شكايته) وعقوبته (حبسه) كما قال الإمام أحمد رحمه الله^٣.

فلا يجوز تغريم المدين الموسر المماطل، لكن يجوز التزام المدين عند المماطلة بالتصدق، وهذا نص المعيار الشرعي رقم (٣) وفيه ما يلي: بند (ح) يجوز أن ينص في عقود المدائنة مثل المرابحة، على التزام المدين المماطل بالتصدق بمبلغ أو نسبة، بشرط أن يصرف ذلك في وجوه البر، بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة (بنك أو شركة).

وجاء في مستند الأحكام الشرعية رقم (٢): لا يجوز اشتراط التعويض على المدين إذا تأخر عن الأداء، ولا المطالبة القضائية في بدء المدائنة أم عند حلول أجلها، لأنه ربا، واشتراطه باطل، لقوله ﷺ: ((المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً))^٤.

ولا يطبق في تأخير الديون حكم الشرط الجزائي، لأن الزيادة في الديون ربا، بخلاف تطبيقه في غير الديون، مثل المقاولات وعقود الاستصناع، وبما أن القضاء فيه إلزام، فلا يجوز الإلزام به مباشرة، ولا يجوز الاستعانة عليه بالقضاء.

وإن جواز الاشتراط على المدين المماطل بالتزام التصديق بمبلغ زائد على الدين لتصرفه المؤسسة في وجوه البر، هو من قبيل الالتزام بالتبرع عند الملكية، وهو قول أبي عبد الله بن نافع، ومحمد بن إبراهيم بن دينار، من فقهاء المالكية.

^١ رواه أحمد ومسلم والترمذي وبقية أصحاب الكتب الستة إلا البخاري (الجماعة) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

^٢ رواه أصحاب السنن الخمسة (أحمد والأربعة) إلا الترمذي والبيهقي والحاكم، وابن حبان وصححه، عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي ﷺ.

^٣ منتقى الأخبار ونيل الأوطار: ٢٤٠/٥ وما بعدها.

^٤ رواه أحمد وابن ماجه بإسناد حسن والحاكم والبيهقي..

٣- صيغ إشهار التفليس:

تتعدد صيغ أو عبارات شهر الإفلاس بحسب أحوال المدينين المفلسين، وتتفق كلها على ما يأتي:

تعلن المحكمة (بلد كذا) واختصاص كذا [المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية أو التجارية: في بلد كذا] وبتاريخ (كذا) شهر إفلاس المدين (فلان: اسمه وجنسيته وبلده ورقم بطاقته الشخصية) وتوضع أمواله المنقولة والعقارية تحت حجز (الجهة الفلانية) وتصفى ديونه من أثمان بيع موجوداته، وتقسم بين الدائنين قسمة غرماء، بإشراف وكيل التفليسة القاضي فلان (سنديك التفليسة) وتطبق على المفلس الأحكام المقررة شرعاً أو قانوناً.

٤- طرق الإشهار:

يعلن قرار شهر الإفلاس بطرق الإعلان المقررة في لوائح إعلانات المحاكم وفي الصحف اليومية، ويعمم الحكم على المؤسسات (البنوك والشركات) وجميع المواطنين في الدولة، ويسجل الإعلان في سجلات المحاكم وقراراتها القضائية، وفي صحيفة نقابة المحامين ونحوها.

ولا داعي كما تقدم في عصرنا للإشهاد على الحكم القضائي الذي قرره على سبيل الندب أو الاستحباب فقهاء الشافعية والحنابلة لانتشار الخبر، لأن الصحف الحديثة تحقق المقصود وزيادة.

ثانياً بيع الدين

عرض على مجمع الفقه الإسلامي الدولي - جدة، والمجمع الفقهي الإسلامي حكم بيع الدين مرتين، وكان قرار مجمع الفقه رقم ١٠١ (١١/٤) الذي صدر عنه في دورة انعقاده بالمنامة في مملكة البحرين سنة ١٤١٩هـ والذي يوافق سنة ١٩٩٨م مقتصراً على ما يلي:

أولاً: أنه لا يجوز بيع الدين المؤجل من غير المدين بنقد معجل من جنسه أو من غير جنسه، لإفضائه إلى الربا، كما لا يجوز بيعه بنقد مؤجل من جنسه أو غير جنسه، لأنه من بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه شرعاً، ولا فرق في ذلك بين كون الدين ناشئاً عن قرض أو بيع آجل.

أي إن هذا القرار يشتمل فقط على صورتين من بيع الدين المؤجل من غير المدين: الصورة الأولى: إذا كان بنقد معجل، والصورة الثانية بنقد مؤجل.

١- بقية صور بيع الدين:

هناك صور أخرى غير ذلك لا بد من معرفة حكمها وهي كما ذكر المالكية نوعان: بيع الدين بالدين، أي بمثله، وبيع الدين بالنقد^١:

والنوع الأول وهو بيع الدين بالدين: ثلاثة أقسام وهي: فسخ الدين في الدين، وبيع الدين بالدين، وابتداء الدين بالدين.

الأول - فسخ الدين في الدين: الفسخ بمعنى إسقاط الدين الذي استقر في ذمة المدين في مقابل شيء مؤخر قبضه عن وقت الفسخ، سواء حل الدين أم لا، إن كان المؤخر من غير جنس الدين، كما لو كان الدين عيناً (أي شيئاً معيناً) ففسخه في طعام (بُرّ) يتأخر قبضه، أو بالعكس، أو كان الدين دراهم ففسخها في دنانير يتأخر قبضها، أو من جنس الدين بأكثر منه. وفي مثال آخر: لو كان لشخص على آخر دين قدره عشرون ديناراً، فاتفقا على أن يتنازل الدائن عنها لياخذ في نظيرها من المدين عشرة أرادب من القمح بعد شهر أو نحوه^٢.

وبعبارة أخرى: إن فسخ الدين بالدين: الصريح كأن تطالبه بدين عليه كعين مثلاً (شيء معين) فيعطيك في نظيره ثوباً، وبالعكس.

^١ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٦١/٣ - ٦٣، الشرح الصغير ٢١٤/٣.
^٢ أصول البيوع الممنوعة للشيخ عبد السمیع أحمد إمام (رسالة دكتوراه)، ط أولى: ص ١١٥. وسمي ذلك فسخ الدين بالدين، لأن ما في ذمة المدين من الدين الأول قد فسخ وزال بالتزامه ديناً آخر بدله، وقد قالوا بمنعه لأنه من بيع الكالئ بالكالئ الذي قد وقع النهي عنه، ووقع الإجماع عليه.

وهاتان الصورتان تقعان في مصر كثيراً - كما قال الدسوقي - للتحويل على التأخير بزيادة، فلا يجوز على ما هو المعتمد، لكن فقهاء المالكية أجازوا في هذه الصورة أن يكون الثمن مؤجلاً يوماً أو يومين إذا كان غير معين بذاته كخمس قناطر قطن مضمونة في الذمة، فإن كان الثمن معيناً كدار أو دابة معينة، جاز تأخير قبضه أكثر من ذلك، كما أجازوا استبدال الدين بمنافع شيء معين مثل كراء دار.

الثاني - بيع الدين ولو حالاً بدين لغير من هو عليه الدين: كمن له دين على زيد، ولآخر دين على عمرو، فيبيع كل منهما دينه بدين صاحبه، لأجل، وهو ممنوع لتضمنه قصد الزيادة. وهذا هو ما تضمنه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي السابق.

الثالث - ابتداء الدين بالدين: مثل تأخير قبض رأس مال السلم أكثر من ثلاثة أيام، وكان رأس المال عيناً، فلا يجوز للنهي عن تأخير رأس مال السلم، ولأن كل عاقد أشغل ذمة صاحبه بدين له عليه.

أما لو كان رأس مال السلم غير عين (أي ديناً في الذمة) فيجوز تأخيره أكثر من ثلاثة أيام، إن لم يكن بشرط. فإن كان بشرط فلا يجوز.

والنوع الثاني: وهو بيع الدين بالنقد (أي في الحال): يجوز في رأي المالكية لغير المدين بثمانية شروط هي كما في الشرح الكبير ٦٣/٣:

- ١- أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه، لا طعام معاوضة، للنهي عن بيع الطعام قبل قبضه.
- ٢- أن يباع بثمن مقبوض، لئلا يكون ديناً بدين.
- ٣- أن يكون الثمن من غير جنس الدين، أو من جنسه مع التساوي حذراً من الوقوع في الربا. وليس ذهباً بفضة أو عكسه، لأنه رباً.
- ٤- ألا يكون الثمن ذهباً، حيث يكون الدين فضة، لئلا يؤدي إلى بيع النقد بالنقد من غير مناجزة.
- ٥- أن يكون المدين حاضراً في بلد العقد، ليعلم حاله من عسر أو يسر، ليمكن تقدير قيمة الدين، لأنها تختلف تبعاً لذلك.
- ٦- أن يكون المدين مقراً بالدين حتى لا يستطيع إنكاره بعد.
- ٧- أن يكون ممن تناله الأحكام ليكون الدين مقدور التسليم.
- ٨- ألا يكون بين المشتري وبين المدين عداوة، لئلا يتوصل بذلك إلى ضرره والتسلط عليه^١.

^١ أصول البيوع الممنوعة في الشريعة الإسلامية وموقف القوانين منها: د. عبد السميع إمام: ص ١٠٩.

ويمكن اختصار هذه الشروط بشرطين هما :

الأول - ألا يؤدي البيع إلى محذور شرعاً كالربا والغرر (المخاطرة) ونحوهما ، وذلك بأن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه في رأي المالكية ، بأن يكون غير طعام ، وأن يباع بثمن مقبوض ، أي معجل ، لئلا يكون ديناً بدين ، وأن يكون الثمن من غير جنس الدين أو مع جنسه إذا تحقق التساوي بينهما حذراً من الوقوع في الربا ، وألا يكون الثمن ذهباً إذا كان فضة ، وبالعكس ، حتى لا يؤدي إلى بيع النقد بالنقد نسيئة من غير مناجزة ، فهذه هي الشروط الأربعة الأولى ، اختصرت في شرط واحد .

الثاني - أن يغلب على الظن الحصول على الدين : بأن يكون المدين حاضراً في بلد العقد ، ليعلم حاله من عسر أو يسر ، لتقدير قيمة الدين ، وأن يكون المدين مقراً بالدين ، حتى لا ينكره بعدئذ ، فلا يجوز بيع حق متنازع فيه ، وأن يكون أهلاً للالتزام بالدين بأن لا يكون قاصراً ولا محجوراً عليه مثلاً ، ليكون الدين مقدور التسليم ، وألا يكون بين المشتري وبين المدين عداوة حتى لا يتضرر المشتري ، أو حتى لا يكون في البيع إعنات للمدين ، بتمكين خصمه منه ، فهذه أربعة شروط أخرى .

والحاصل : أن بيع الدين يكون لأحد شخصين : إما للمدين أو لغير المدين .

أولاً - بيع الدين للمدين بالنقد :

وذلك كغرامة المتلف ، وبدل القرض ، وثمن المبيع ، والمهر بعد الدخول ، والأجرة بعد استيفاء المنفعة .

يرى جمهور العلماء ومنهم فقهاء المذاهب الأربعة^١ : أنه يجوز بيع الدين لمن عليه الدين ، أو هبته له ، أي بعوض أو بغير عوض ، كأن يبيع الدائن للمدين ديناً له في ذمته ، بدين آخر من غير جنسه ، فيسقط الدين المبيع ، ويجب عوضه .

وأدلّتهم ثلاثة هي :

١ - حديث ابن عمر قال : ((أتيت النبي ﷺ ، فقلت : إني أبيع الإبل بالبقيع ، فأبيع بالدنانير ، وأخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير ، فقال : لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا ، وبينكما شيء))^٢ .

^١ البدائع : ١٤٨/٥ ، ط الجمالية بمصر ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٦١/٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٧١/٢ ، المغني ٤/١٢٠ ، ط الثالثة بدار المنار ، غاية المنتهى ٥٨/٢ .

^٢ رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن الأربعة) وقال النووي في المجموع ٢٩٨/٩ : حديث ابن عمر صحيح .

دلّ هذا الحديث على جواز بيع ما في الذمة من أحد النقيدين بالآخر مقبوضاً، إذا كان مشتريه هو المدين، لأن أخذ الدينير مكان الدراهم: هو بيع لأحدهما بالآخر، وقد أقره النبي ﷺ.

٢- إن المدين قابض لما في ذمته، فإذا دفع ثمنه للدائن، كان هذا بيع مقبوض بمقبوض، وهو جائز.

٣- المانع من صحة بيع الدين بالدين: هو العجز عن التسليم، ولا حاجة إلى التسليم ههنا، فما في ذمة المدين مقبوض له.

ثانياً - بيع الدين لغير المدين:

أجمع الفقهاء على تحريم بيع الدين بالدين إذا كان الدينان من الأموال الربوية المعروفة (البُر والشعير والذهب والفضة والتمر والملح ونحوها) لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغائب منها بالناجز^١، وحرّم بيع بعضها ببعض إلا بالتقايض (يداً بيد) والحلول (في الوقت الحاضر دون تأجيل) فهذا بيع الغائب بالناجز أو بالغائب وهو بيع الدين بالدين الذي أجمع على منعه العلماء.

وغير ذلك يرى أكثر الفقهاء^٢ منع أو حظر بيع الدين لغير المدين أو تمليك الدين، سواء أكان بعوض أم بغير عوض، ومنهم الحنفية والشافعية في الأظهر (القول المعتمد في المذهب من قولي الإمام الشافعي) وإسحاق بن راهويه وسفيان الثوري والظاهرية.

وصورته: أن يقوم البائع الذي أجل الثمن عن المشتري - وهو بصفته هنا دائن - ببيع الدين المستحق عن المشتري، أو يقوم الذي سلّم الثمن ولم يتسلم المبيع - وهو هنا الدائن - بالتصرف في دينه لآخر.

وأدلتهم على المنع بإيجاز النهي الوارد في السنة النبوية عن بيع الغائب بالناجز، كما تقدم، وعن بيع الكالئ بالكالئ (الدين بالدين)^٣، وعن بيع الغرر (الشيء المحتمل) وعن بيع الدين (القائم في الذمة) بالعين (أي المال الحاضر)، وبيع الكالئ بالكالئ هو كجدولة الديون اليوم، من غير تقايض، وهو ربا جاهلية.

وبما أنه لا يجوز بيع معجوز التسليم، فلا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين، لأن الدين غير مقدور التسليم إلا للمدين نفسه في حق البائع، بسبب أن الدين عبارة عن مال

^١ في حديث متفق عليه بين أحمد والبخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه، مطلعته: ((لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل)) ثم قال في آخره: ((ولا تبيعوا منها غائباً بناجزاً)) وما بعدها.

^٢ الفتاوى الهندية ٤/٣٦٥، تبين الحقائق ٤/٨٣، المجموع للندوي: ٩/٣٩٧ وما بعدها، غاية المنتهى ٢/٨٠ وما بعدها.

^٣ قال ابن الأثير في النهاية: هو أن يشتري الرجل شيئاً إلى أجل، فإذا حل الأجل، لم يجد ما يقضي به، فيقول: بعينه إلى أجل آخر بزيادة شيء، فيبيعه ولا يجري بينهما تقايض.

حكمي في الذمة، أو عبارة عن تمليك المال وتسليمه، وكل ذلك غير مقدور التسليم من البائع. ولو شرط التسليم على المدين لا يصح البيع أيضاً، لأن البائع شرط التسليم على غيره، فيكون شرطاً فاسداً، فيفسد البيع.

واستثنى الحنفية من قاعدة ((منع بيع الدين لغير المدين)) ثلاث حالات:

الأولى: الوكالة بقبض الدين، فإذا وكل الدائن من مملكه الدين في قبض الدين من مدينه، فيصح ذلك، ويصبح الوكيل بمجرد القبض قابضاً لنفسه، ومملاكاً الدين.

الثانية: حوالة الدين، إذا أحال الدائن من مملكه الدين على مدينه، فيصح ذلك، ويصير المحال بقبضه الدين مالكاً له.

الثالثة: الوصية، تصح الوصية بالدين لغير المدين، لأنها تمليك مضاف لما بعد الموت، فينتقل ملك الدين للموصى له، كانتقال الإرث.

وهذه الاستثناءات مقبولة، لأن الشريعة أقرت هذه العقود الثلاثة، فلا إشكال في مشروعيتها.

وقال بعض الشافعية (وهم الشيرازي، والسبكي، وزكريا الأنصاري، ووالد الرملي وابن الصباغ، والخطيب الشربيني، والنووي في الروضة): يجوز بيع سائر الديون - عدا دين السلم - لغير من عليه الدين. وقالوا: هذا هو المذهب الجديد للشافعي، لاعتباره كالحوالة.

ثم صحح الرافعي في الشرح الصغير والمحزر عدم الجواز، وتبعه النووي في المنهاج والمجموع، وقال في المنهاج: وبيع الدين (أي غير المسلم فيه) بعين، لغير من هو عليه الدين باطل في الأظهر، كمن كان له على رجل مائة درهم، فاشترى من آخر عبداً بتلك، لأنه لا يقدر على تسليمه.

وهذا هو المعتمد في المذهب الشافعي، لأن الحجة بين المفتين فيما هو آخر كلام النووي، سواء في المنهاج أو المجموع. وقد تورط بعض علماء ماليزيا بالرأي السابق لهذا لدى بعض الشافعية، وهو خطأ، فأجازوا بيع الدين لغير المدين.

وصرح الحنابلة: بأنه لا يصح بيع الدين لغير المدين، ولا هبة الدين لغير من هو في ذمته، لأن الهبة تقتضي وجود معين، وهو منتفٍ هنا¹.

¹ أخذ ابن القيم في كتابه ((أعلام الموقعين)) ١/٣٨٨ وما بعدها بقول الجواز في بيع الدين لغير المدين، قائلًا بأن حديث ((النهي عن بيع الكالئ بالكالئ)) ضعيف، وليس هناك إجماع في هذه الصورة، لأن الأمر في ذلك مجرد حوالة، والحوالة تقتضي نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وفي ذلك معاوضة المدين الدين للدائن عن دينه بدين آخر في ذمة ثالث، وإذا جازت معاوضة الدين بالدين في ذمة غير المتعاقدين، فأولى بالجواز ما لو كان الدين في ذمة أحدهما. والرد عليه: أن الحوالة شرعها الشارع فيقتصر على ما شرع، ولا يقاس عليها بيع الدين لغير المدين، فهي مشروعة استثناء، والحديث معمول به اتفاقاً.

والخلاصة: أن بيع الدين للمدين جائز عملاً بالمذاهب الأربعة، وبيع الدين لغير المدين بصوره المختلفة غير جائز، وهو الرأي المعتمد لدى أكثر الفقهاء، وهو المتفق مع النهي عن ذلك في السنة النبوية.

أما القوانين الوضعية: فتجيز بيع الدين للمدين وغيره، لأن هذه القوانين تبيح الفوائد الربوية، سواء أكانت مصرحاً بها، أم متوافرة بمعناها في البيع وغيره، لأن العقد المتضمن وجود الربا مشروع في نظر القانونيين إلا إذا وصل حداً معيناً، وكذلك الشأن في جواز بيع الدين إلى المدين وغيره^١.

٢- البدائل المشروعة لبيع الدين:

هناك بدائل كثيرة مشروعة تحل محل بيع الدين دون تورط بالربا أو مصادمة الأحاديث، وهي كثيرة وأهمها:

- الصلح بأنواعه، سواء أكان صلحاً عن إقرار أم عن إنكار، وسواء أكان مع المدعي أم غير المدعي، والشرع يجيز الصلح، لأنه قائم على التراضي، وفيه تجاوز عن بعض الحق.
- بيع التقسيط: مشروع لدى أكثر الآراء في المذاهب المختلفة، ولو كان هذا البيع بأقساطه أكثر من السعر النقدي.
- بيع المرابحة: البيع بمثل الثمن الأول، أو رأس المال، وإضافة ربح مقطوع أو بالنسبة المتأوية على الثمن الأصلي.
- الحوالة: وهي في المعنى تشبه بيع الدين بالدين، لكنها في الواقع غيره عملاً بالأحاديث المجيزة لها، ومنها: ((مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع))^٢، أي فليحتل وجوازها لتسهيل الوفاء بالحقوق أو الديون من غير مراباة، فهي مقررة بنص الشرع، على سبيل الاستثناء.

^١ أصول البيوع الممنوعة، المرجع السابق: ١١٨.

^٢ رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

ثالثاً

الوسائل التي تحمي المؤسسات المالية من إفسار المدينين أو التخفيف منه

العلاقة بين المؤسسات المالية الإسلامية من بنوك وشركات وبين بعض العملاء أو الزبائن علاقة صعبة في وقتنا الحاضر، بسبب فساد الذمم واستباحة أموال هذه المؤسسات، وكأن العملاء يظنون أن هذه الأموال رصيد صناديق إعانات أو صدقات، وربما يؤدي هذا الظن إلى إفلاس هذه المؤسسات وضياع الأموال على المساهمين المنشئين للمؤسسة والمودعين المستثمرين، مما يوجب الحذر الشديد من التعامل مع الناس في عصرنا، وحينئذ يجب أمران:

١- التدقيق في دراسات الجدوى للمشروعات التي تقدمها الشركات والمؤسسات المقترضة:

وهذا أساس مهم للثقة بالعميل، مما يلزم التأكد من ملاءته وسمعته في الوسط الصناعي أو التجاري أو الاستثماري، والثقة مفتاح الموافقة على الإقراض من طريق ما يعرف بالمراوحة للآمر بالشراء حيث تشتري المؤسسة السلعة وتتملكها وتقبضها ثم تبيعها للعميل بسعر يشتمل على الربح المقطوع أو بالنسبة المئوية المترددة بين ٥ - ٧٪، أو البيع بالتقسيط.

وهذا هو مفتاح الطمأنينة والسلامة والثقة بأن التعامل مشروع في الإسلام، وليس فيه ربا (فوائد مصرفية) ولا شبهة الربا.

والتدقيق يتطلب الدراسة المتأنية الميدانية للمشروع واحتمالات الربح والخسارة أو التعثر، لتوفير الثقة الكافية بمن يأخذ الأموال نقداً، ويوفيهها تباهاً أو تقسيطاً.

لذا يخصص أناس خبراء حاذقون يعرفون أحوال الناس في المجتمع، تختارهم لدراسة المشروع بدقة، مع السؤال عن سمعة العميل وسلوكه، وتعامله مع مؤسسات أخرى، ولا بد من عرض الأمر في النهاية على مدير المؤسسات وخبرائها الاقتصاديين والقانونيين.

٢- الحصول على الضمانات الكافية للتمويل أو عند الإقراض:

الذي يلاحظ مبدئياً أن المؤسسة المالية الإسلامية لا تقدم قروضاً، وإنما تقدم تمويلاً بشروط:

أولها: تقديم مال من العميل بنسبة الثلث أو الربع من قيمة التمويل.

ثانيها: لا بد من ضمانات مالية يقدمها العميل، وهي وسائل التوثيق الشرعي، وهي الشهادة، والتوثيق الرسمي من الكاتب العدل، والرهن، والكفالة، والحجر (أو الحجز) والحوالة، والاحتباس (حبس الوثائق) حتى يؤدي المال المقدم من المؤسسة. وهذه كلها تأمينات تقررها أيضاً القوانين الوضعية.

والمؤسسة الإسلامية تلجأ اليوم إلى الاحتفاظ بوثيقة الرهن الرسمي (وهي سند السجل العقاري، أو ما يسمى بالطابو في سورية) مع وضع إشارة الرهن على صحيفة العقار، ولا ترفع هذه الإشارة إلا بعد أداء الحق كاملاً. أو أنها تلجأ لوضع إشارة الحجز على مرتب الموظف، لاقتطاع نسبة معينة من مرتبه الشهري.

ثالثها: الادعاء أمام القضاء ضد المهملين والمقصرين في الأداء أو القيام بالنصب والاحتيال، وهناك دعاوى متفاوتة العدد في المؤسسات المالية من هذا القبيل، بحسب التشدد أو التساهل بين إدارة المصرف والعميل، لإصدار حكم على العميل وتطبيق الجزاء عليه، لذا يوجد محام متخصص في كل مؤسسة، لحماية مصالحها.

رابعها: الإعلان في الصحف اليومية عن العميل المقصر أو المهمل أو المخادع، لتشويه سمعته، وذلك يدخل فيما يعرف فقهاً بالتعزير.

خامسها: التزام العميل أو المدين الموسر المماطل بالتبرع بمبلغ مالي يصرف في وجوه الخير، كما تقدم. هذا وينبغي التشدد في الموافقة على التمويل، أو الإقراض مجازاً، عملاً بقول عمر رضي الله عنه: ((إياكم والدَّيْن)). والحمد لله رب العالمين.

مشروع القرار في الإفلاس وبيع الدين

أولاً : الحجر على المدين المفلس بشهر إفلاسه

من مقاصد الإسلام الكبرى في الحياة الاقتصادية: اجتناب الربا بمختلف أنواعه، وحفظ حقوق الدائنين، وإقامة العدل والمساواة بينهم في التعامل، ومنع الضرر بالمتعاملين، وإشاعة معاني الإرفاق والتعاون والإحسان، لكون الإسلام دين الرحمة العامة بالعالمين.

ومن أجل هذا شرع إفلاس المدين المتوقف عن وفاء ديونه بسبب عُسْره، وعجزه عن وفاء حقوق الدائنين، وهو الحجر على المفلس بشرائط معينة، ومنع بيع الدين لغير المدين ونحو ذلك.

- وشهر الإفلاس يتطلب صدور حكم قضائي على المفلس، ويترتب على ذلك تعلق حقوق الدائنين والغرماء بعين مال المدين، ومنعه من التصرف في أمواله مما يضر الدائنين، حماية لمصلحتهم، وسقوط آجال الديون المؤجلة فقهاً وقانوناً، وإمكان الحكم بحبس المفلس إذا لم يكن معسراً، وطالب الدائنون بذلك.

ومن آثار شهر الإفلاس: استحقاق بيع أموال المدين وقسمة ثمنه بين الدائنين قسمة غرماء، على أن يترك للمدين وأهله مسكنه وحوادثه الضرورية، وما يمكنه العمل به.

وللدائن الذي وجد عين ماله في أموال المفلس أخذه، بشرائط محددة فقهاً.

- ولا مانع من الأخذ ببعض الأنظمة الإدارية الحديثة في تنظيم التفليسة، وتعيين وكيل عن المفلس والدائنين وفاء بمقتضيات المصلحة. وتكون طريقة شهر الإفلاس بوسائل الإعلان المعروفة كالصحف وغيرها، وتستحسن المبادرة بعدئذ لبيع مال المفلس، لئلا يطول زمن الحجر عليه، ووفاءً لحقوق الدائنين.

- والتصرفات الممنوعة على المفلس: هي التصرفات الضارة بالدائنين كالتبرعات، وكذا التصرفات المترددة بين الضرر والنفع كالبيع والإجازات.

وينفك الحجر عن المفلس من دون حاجة لحكم قضائي، لعدم الحاجة، وتحقيق المقصود من قسمة ماله بين الغرماء.

- ويشهر إفلاس المدين الموسر المماطل، لتمكين الدائنين من تحصيل حقوقهم، ولا يحجر على المدين المعسر، لعدم الجدوى.

- ولا يجوز شرعاً تغريم المدين الموسر بسبب مماطلته، لأن التعويض عن التأخر رباً، وإنما يجوز التزام المدين المماطل بالتصدق بمبلغ مالي، يصرف في وجوه الخير. ولا يطبق عليه حكم الشرط الجزائي بالتغريم، لقصر ذلك شرعاً على غير الديون كالمقاولات وعقود الاستصناع.

- وصيغ شهر الإفلاس معروفة في ميدان القضاء، لتحقيق الغاية المنشودة، وشهر الإفلاس بطرق الإعلان في الصحف اليومية ونحوها.

ثانياً - بيع الدين:

- يؤكد المجمع قراره السابق رقم ١٠١ (١١/٤) بمنع بيع الدين المؤجل لغير المدين، بنقد مؤجل أو معجل. ويضاف إليه عدم جواز بيع الدين لغير المدين بصورة الثلاث (فسخ الدين بالدين أي إسقاطه، وبيع الدين لغير المدين، وابتداء الدين بالدين، كتأخير قبض رأس مال السلم أكثر من ثلاثة أيام، وكان رأس المال عيناً) فإن كان ديناً في الذمة، جاز تأخيره أكثر من ثلاثة أيام إن لم يكن بشرط، فإن كان بشرط لم يجز.

وأجاز المالكية بيع الدين لغير المدين بالنقد بشرطين:

١- ألا يؤدي إلى محذور شرعي، كالربا.

٢- وأن يغلب على الظن الحصول على الدين.

ويجوز بيع الدين للمدين بالنقد (أي المقبوض) لكونه بيع شيء مقبوض بمقبوض.

- ويحرم اتفاقاً بيع الدين بالدين لغير المدين مطلقاً إذا كان الدينان من الأموال الربوية، كما يحرم لدى الأكثرين بيع الدين لغير المدين أو تمليكه بعوض أو بغير عوض كبيع الدائن الدين المستحق على المشتري (الثلث) لآخر، لكونه بيع الغائب بالناجز المنهي عنه شرعاً، وكذا بيع الكالئ بالكالئ، أي بيع الدين بالدين، كجدولة الديون من غير تقابض، وبيع الدين بالعين الحاضرة، وبيع الفرر (الشيء الاحتمالي) إلا في ثلاث حالات هي: الوكالة بقبض الدين، وحوالة الدين، والوصية.

- والبدائل المشروعة لبيع الدين كثيرة، منها الصلح، وبيع التقسيط، وبيع المرابحة، والحوالة.

- ووسائل حماية المؤسسات المالية من إفسار المدين: ضرورة التدقيق بدراسة جدوى المشروعات الممولة، والاعتماد على ضمانات كافية للتمويل، ومنها: مطالبة العميل بدفع ثلث قيمة الشيء الممول سلفاً، ووسائل التوثيق المشروعة، وفي القمة: الرهن العقاري، ورهن مرتب العميل الموظف، والادعاء القضائي أمام المحاكم، والتشهير بالمدين المماطل في الصحف، والتزام المدين المماطل بالتبرع بمال يصرف في وجوه الخير.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الإعسار والإفلاس

إعداد

الدكتور عبد الستار أبو غدة

رئيس الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة دلة البركة المصرفية

عضو المجمع

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه

تمهيد

إن الإفلاس والإعسار والإفلاس من المواضيع التي عني بها الفقهاء ونظمتها القوانين التجارية أيضاً، وهناك إجراءات وقواعد عملية للإفلاس وما يتعلق بالتقليسة والجهة القائمة بالحكم بالإفلاس أو القيام بإجراءاته.

وهناك ملحوظة جديرة بالإشارة وأخذها بالاعتبار عند دراسة الموضوع، وهي أن المذاهب الفقهية متفاوتة في تعرضها لأحكام الإفلاس، فقد جاءت موجزة جداً في المذهب الحنفي بسبب منع أبي حنيفة الحجر على المفلس وقد خالفه صاحبه أبو يوسف ومحمد واقتضى ذلك التفريع على قولهما بالنزول اليسير.. في حين توسع المذهب المالكي في بيان أحكام الإفلاس، وما سبقه من أحوال المدين (إحاطة الديون عليه - الإحاطة مع رفع الدائنين الأمر للقضاء لتقليسه) وهذا التوزيع للمراحل يمكن من مواكبة ما جاءت - أو تجيء به - النظم في هذا المجال.

وأما المذهب الشافعي والحنبلي فقد توافقا في معظم الأحكام دون التوسع الذي اختص به المالكية ولوحظ الاهتمام البالغ بمسألة رجوع الدائن بعين المبيع لدى المفلس (حق الاسترداد) بحيث شغلت هذه المسألة ما يقارب نصف الحجم في موضوع الإفلاس، وهذا الحق أخذت به القوانين، وأصله مقرر في حديث معروف رغم تأول الحنفية له.

وهذا التمهيد المعجل جيء به سنداً لما يلحظ من تفاوت في الاستمداد من المذاهب والاستيعاب في المذهب المالكي مما يتصور في المؤسسات المالية أولاً وعملائها ثانياً حيث تحتاج لتحصيل مديونياتها ممن أفلس منهم .

والله الموفق، ، ، ،

نبذة عن الإفلاس قانوناً

(١) (الإفلاس) أهم موضوعات الحقوق التجارية التي تدرس في كليات الحقوق، وهو أيضاً محل اهتمام من الفقهاء حيث عقدوا له باباً خاصاً به .

أما الإعسار فيتكلمون عنه في نفقة الزوجة ، وإنظار المدين المعسر إلى ميسرة . (وقد درسته في كلية الحقوق بدمشق) ومن خلال أحد أساطين الحقوق الدكتور رزق الله أنطاكي، كتابه ٩٠٠ صفحة استغرق الإفلاس والصلح الواقي^(١) ٢٨٠ صفحة. ومع أنه ليس من شأن المعايير الشرعية اعتبار النظرة القانونية لكن يستفاد من تشقيق الموضوع وجوانبه العملية، وما اختارت القوانين في المسائل الخلافية الفقهية تبعاً للمذاهب بحيث يكون ذلك من دواعي الترجيح لأن قضايا الإفلاس هي من صلاحيات القضاء. حتى إن هناك ما يسمى (قاضي التفليسة) بالإضافة لمدير التفليسة وأطراف أخرى ذات علاقة بالموضوع

(٢) هناك مراحل سابقة للإفلاس ولاحقة له ، وهو ما له نظير في الفقه المالكي.

(٣) الإفلاس يختلف عن الإعسار في المفهوم وهو غير المفهوم الفقهي أيضاً فالإفلاس: التوقف عن الدفع حتى لو كانت الموجودات أكثر من الديون وفي الفقه: الإفلاس هو الاستغراق بالدين أو إحاطة الديون بمال المدين وقد أوردوا المماثلة في شروط الحكم بالإفلاس وليست هي ماهية الإفلاس.

(٤) بالرغم من أن قسماً كبيراً من التنظيم القانوني للإفلاس هو إجراءات وجوانب إدارية لكن هناك مبادئ ذات أهمية في مراحل الإفلاس قبل وبعد فمثلاً هناك:

- (الصلح القضائي)، واجب البدء به حتى لو لم يتم – وذلك قبل تفليس المدين، لمنح أجل، أو الإبراء من جزء من الدين. أو لتخلي المدين عن أمواله لبيعها وسداد الديون.
- (اتحاد الدائنين)، وله صلاحية بيع الموجودات. والتوزيع بالمحاصة تحت إشراف الجهة المعنية، وهذا إذا رفض الصلح أو لم يتم، وهذه المرحلة تشبه التفليس الأعم لدى المالكية بقيام المدينين على المدين. وكل ذلك قبل إشهار الإفلاس.
- (الصلح الواقي من الإفلاس) وذلك عند اضطراب حال المدين. ويتم بطلبه أو طلب ورثته وهو لنفس أغراض الصلح القضائي لكنه جوازي.

(١) استغرق الإفلاس والصلح الواقي في قانون التجارة الكويتي المستمد من المصري وغيره ٢٤٥ مادة من أصل ٨٠٠ وللأسف لم يشمل تطوير القوانين شرعياً وإلا كان مرجعاً.

تعريف الإعسار وأهم أحكامه

الإعسار لغة : الضيق والشدة والصعوبة، وفي الاصطلاح الفقهي : عدم القدرة على النفقة، أو أداء ما عليه بمال ولا كسب وقيل : هو زيادة خرج الإنسان (مصروفاته) عند دخله^(١) ،

ويختلف^(٢) من الإفلاس بأن الإفلاس لا ينقل عن دين، أما الإعسار فقد يكون عن دين، أو عن قلة ذات اليد .

وللإعسار آثار في مجال العبادات لا داعي لبيانها هنا أما في حقوق العباد فله أمثلة عديدة منها :

- الإعسار بأجرة الأجير أو العين المؤجرة، حيث تفسخ الإجارة .
- إعسار المحال عليه فيجوز أن تشتط المحال الرجوع بإفلاس المحال عليه .
- الإعسار في النفقة على الأقارب .
- إعسار الكفيل .

ويكاد اهتمام الفقهاء ينصبّ على الإفلاس أما الإعسار الأصل فيه الإنظار ن أو استحقاق الفسخ.

(١) الموسوعة الفقهية ٢٤٦/٥ ومن مراجعها (لسان العرب ، والصحاح، وفتح القدير ٤٤٦/٦ وشرح الزرقاني لمختصر خليل ٥٧/٣ وشرح المحلي للمنهاج وحاشيتي القليوبي ٧٠/٤ والمغني لابن قدامة ١٥٠/٤) ومعجم المصطلحات الاقتصادية ٦٩ و٧٢ ومعجم لغة الفقهاء ٧٧ و ٨١ ومن تعريف الإعسار قانوناً عجز المدين غير التاجر عن الوفاء بديونه (معجم مصطلحات الشريعة القانون ٥١ .

(٢) المرجع السابق .

تعريف الإفلاس وتمييزه عن غيره وحكمه الشرعي

تعريف الإفلاس

الإفلاس - والفلس - لغة: عدم المال أو إذا صار مال الشخص فلوساً، بعد أن كان له دنائير (ذهب) ودراهم (فضة) لأنه بذلك كمن لامال له^(١).

والتفليس: حكم القاضي على المدين المحاط بالديون بأنه مفلس والغالب استعمال الإفلاس لأنه أثر التفليس وعرف المالكية الإفلاس: بأنه إحاطة الدين على المدين. وعرفه الحنابلة بأن يلزم الشخص ديون أكثر من ماله الموجود، أو من غلب دينه ماله. وعرفه الحنفية والشافعية بأن يجعل القاضي المدين مفلساً بمنعه من التصرف في ماله^(٢).

والتفليس حكم القاضي على المدين المحاط بدينه بأنه مفلس لكن الغالب استعمال الإفلاس مع أنه أثر له.

وفصل المالكية التفليس بأن له معنى أعم وهو أن يقوم الغرماء على المدين قبل الحجر عليه، ومعنى أخص وهو بعد الحجر عليه. ولم يستخدم غيرهم التفرقة بهذا الاصطلاح لكنه متوافق مع ما عليه النظم التجارية بالتفريق بين مطالبة الدائنين المدين بقسمة أمواله بينهم بالتراضي، ويسمى (الصلح الواقي من الإفلاس) وبين طلبهم الحكم بإفلاس المدين وبيع أمواله وقسمتها بينهم^(٣).

تمييز الإفلاس عن المصطلحات الأخرى

يختلف الإفلاس عن الإعسار الذي هو عدم القدرة على النفقة بمال ولا كسب، فكل مفلس معسر ولا عكس. كما يختلف عن (الحجر) الذي هو منع نفاذ التصرفات، وهو أثر التفليس، ويستعمل الحجر في غيره مثل منع التصرف في المال بالنسبة للصبي أو السفية أو المجنون ومن في حكمهم.

الحكم التكليفي للإفلاس (والتفليس)

- الإفلاس وصف للشخص المحاط (المستغرق) بالدين المحجور عليه بمنعه من التصرفات وهي حاله تحدث بالاستدانة أكثر من ماله، ولا يوصف بحل ولا حرمة، وإنما يحكم على أسباب الإفلاس. أما التفليس فهو الحجر على المدين بمنعه من

(١) القاموس المحيط، والمصباح المنير، مادة (فلس) والمغني لابن قدامة ٤٠٨/٤

(٢) ابن عابدين ٩٦/٥ والشرح الصغير للدودير ٣/٣٤٥.

(٣) الشرح الصغير للدودير ٣/٣٤٥ - ٣٤٦ وقد جعل لمن أحاط الدين عليه ثلاثة أحوال: (الفلس أو الافتلاس): إحاطة الدين بماله. التفليس الأعم قيام الدائنين دون طلب اللجوء للتفليس (التفليس الأخص) طلب خلع (نزع) على المدين.

التصرف وهو شرعاً واجب على الحاكم (القاضي أو الجهة المختصة) بطلب الغرماء (الدائنين) وذلك بشروط ستأتي.

• ويحرم ديانةً على المدين المستغرق بالدين كل تصرف يضر بالدائنين، كما يحرم على الآخرين التعامل معه بما يضر بدائنيه إذا علموا بحاله.

وهذا الوجوب هو مذهب الجمهور (المالكية والشافعية و الحنابلة وأبي يوسف ومحمد صاحبى أبي حنيفة) وهو المفتى به عند الحنفية.

وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يحجر على المدين أصلاً وإنما يحبس - بطلب الدائنين - حتى يبيع ما عنده ويوفي الدين. واستدل بحديث حبان بن منقذ حين طلب أولياءه الحجر عليه لكونه يغبن في البيوعات. فلم يحجر عليه النبي(صلى الله عليه وسلم) ولأنه مخاطب فلا يحجر عليه للسفه المالي ولأنه لامعنى للحجر عليه. لأنه لا يندفع الضرر لكونه يقدر على إتلاف ماله بأن يتزوج ويطلق قبل الدخول في كل يوم ويغرم نصف الصداق ولأن الحجر إهدار لآدميته وإلحاق له بالبهايم وضرر ذلك أعظم من ضرر عدم الحجر فلا يتحمل الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى. ثم فصل فقهاء الحنفية ما يتعلق بحبس المدين وبيع القاضي ماله وكيفية ذلك بما يعرف في مراجعه دون بيانه بسبب الترجيح لمذهب الجمهور.

واستدل الجمهور من السنة بحجره صلى الله عليه وسلم على معاذ رضي الله عنه وبيع ماله في دين كان عليه وقسمه بين غرمائه، وأثر حجر عمر رضي الله عنه على أسيفع^(١). واستدلوا من المعقول بالحاجة لقضاء دينه ورفع الضرر عن الدائنين لانه ربما ألجأ ماله (سجله صورياً بغيره) فيفوت حقهم.

(١) بداية المجتهد ٢٨٤/٢ وشرح المنتهى ٢٧٧/٢ وكشاف القناع ٤٢٢/٣ والدسوقي ٢٦٣/٣ والقلوبي ٢٨٢/٢ والاختيار للموصلي ٢٦٩/١.

الفترتان (المرحلتان) السابقتان للتفليس، عند المالكية

اختص المالكية بالكلام عن حالتين أو مرحلتين قبل الحكم بالإفلاس (التفليس) على المدين المحاط بديونه، وهما :

المرحلة الأولى

إحاطة الدين بالمدين قبل قيام الدائنين عليه (الفس) كما عبّر المالكية وفي هذه المرحلة يتمتع على المدين شرعاً فيما بينه وبين الله تعالى - دون الحاجة للقضاء:

- جميع التصرفات بغير عوض (التبرعات) باستثناء ما يلزمه بحكم الشرع أو بالعرف كالصدقة والهبة اليسيرتين. وفي هذا قال ابن رشد (الحفيد)^(١): له أن يفعل ما يلزم بالشرع وإن لم يكن بعوض "وقال البهوتي: "يحرم على المدين التصرف في ماله بما يضر غريمه".
- المحاباة في البيع أو الشراء، بأقل - أو أكثر - من ثمن المثل وليس منعه منهما بغير محاباة - لأن المحاباة بمثابة التبرع بالفرق.
- الإقراض، لأنه في حكم التبرع بالنسبة لمنفعة المال.

المرحلة الثانية

- بالإضافة لإحاطة الدين بماله قيام الدائنين عليه (التفليس الأعم) كما عبر المالكية. وهي قبل أن يطلبوا من القاضي تفليسه، ويمتدح عليه بالإضافة لما سبق أعلاه:
- البيع والشراء والأخذ والعطاء، أي جميع التصرفات ولو بعوض.
- إعطاء بعض ما بيده لبعض الدائنين.
- تعجيل أداء دين لم يحل أجله.
- الإقرار لمن يتهم عليه، من ولد ونحوه وزوجة ويميل إليها وصديق ملاطف^(٢).
- ويرد إقراره بذلك، بخلاف غير المتهم عليه فإنه جائز، وأطلق الحنابلة جواز الإقرار قبل الحكم بإفلاسه فهو كسائر تصرفاته فلا يمنع منها^(٣).
- السفر لتجارة أو غيرها إذا كان عليه ديون حالة محيطة بماله أو ديون مؤجلة تحل في غيبته، إذا لم يوكل بقضائه، وكان يوسر بما يريد المتاجرة به^(٤). وقيد الحنابلة المنع من السفر بما إذا لم يكن بدينه رهن وافٍ أو كفيل مليء، سواء

(١) بداية المجتهد ٢/٢٨٥ والشرح الصغير ٣/٣٤٦ - ٣٤٩.

(٢) ذكر الصاوي في حاشيته ٢/٢٨٥ على الشرح الصغير أن المدين في هاتين الحالتين قد يسمى (مفلساً) باعتبار التهيؤ والصلاحية، لا بالفعل (٣/٣٤٦).

(٣) الشرح الصغير ٣/٣٤٧ وشرح المنتهى ٢/١٧٨ وكشاف القناع ٣/٢٢٣.

(٤) الشرح الصغير ٣/٢٩٨ وحاشية الصاوي عليه.

كان الدين حالاً أو مؤجلاً، وجعلوا المنع شاملاً للمدين وضامنه وأوجبوا أن يعين قبل السفر كفيلاً بالنفس يتعهد بإحضار المدين عند الحاجة^(١).

- إعطاء كل ما بيده من المال لبعض الغرماء دون بعض، أي بدون قسمة غرماء فلو فعل ذلك كان للبعض الآخر رد الجميع. أو إعطاء دين مؤجل قبل حلول الأجل، وكذا بعده إن كان الباقي لا يصلح للمعاملة^(٢).

ما لا يمنع منه

- لا يمنع من تمكين الدائنين كلهم من ماله لقسمة ما بيده بين الدائنين قسمة غرماء تفادياً لتفليسه ثم إذا دأب غيرهم لا يدخل الأولون مع الآخرين إلا إذا تجدد له مال بلا أصل معاملة، مثل الإرث فيدخلون^(٣).
- لا يمنع من تقديم رهن في دين استحدثه من بيع أو قرض، وهو صحيح (ليس في مرض الموت) وجواز ذلك مطلق خلافاً لما أورده الزرقاني من ستة شروط لذلك استغربها البناني ولم يعرج عليها الدردير والساوي^(٤).

(١) شرح المنتهى ٢٩٨/٢٠ وكشاف القناع ٤٥٧/٣ و ٤١٨.

(٢) الشرح الصغير ٣٤٧/٣.

(٣) الشرح الصغير ٣٦٢/٣.

(٤) الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٣٤٨/٣.

الحكم بالإفلاس

لا يحكم بالإفلاس إلا القاضي، لأنه يحتاج إلى نظير واجتهاد. كما أنه لا حجر إلا إذا ثبت الدين لدى القاضي بطريق من طرق الإثبات وقد أورد المالكية أربع شرائط للحجر على المدين (تفليسه) وهي بالإجمال قبل تفصيلها:

- (١) طلب الدائن تفليس المدين.
- (٢) كون الديون المطلوب تفليسه لأجلها حالة ثابتة.
- (٣) أن تزيد الديون الحالة على ماله الذي بيده التي حلّ أجلها^(١).
- (٤) أن يماطل في دفع الديون وقد أوردت الموسوعة الفقهية خمس شرائط، هي الثلاث المذكورة أعلاه، والشريطة الرابعة: أن يكون الدين الذي يحجر به دين الأديين (وهي تتعلق بالشريطة الأولى) والخامسة أن يكون الدين لازماً، وهي تتعلق بالشريطة الثانية.

هذا وقد صرح الزيدية بأنه يندب للحاكم الإشهاد على الحجر وأن يأمر منادياً في البلد بأن فلانا قد حجر عليه، لئلا يغتر به الناس، وليمضيه الحاكم الذي يخلفه دون الحاجة لتجديد الحجر^(٢).

طلب الدائنين (الغرماء) الحجر على المفلس

يحق للغرماء (الدائنين) طلب الحجر على المفلس إذا كان ما معه أقل من الديون التي عليه، أما لو كان أكثر فليس لهم ذلك إلا أن يتبرع قبيل الحجر عليه بما ينقص ماله عن الدين.

ويكتفى بطلب بعض الدائنين من ذوي الديون الحالة، ولو أبى البعض الآخر ولهم إن حجر عليه المحاصة ولا يحجر على المدين بطلب أصحاب الديون المؤجلة. وإن كانت بالحجر فيما بعد تحلّ عند المالكية ويشتركون في قسمة الغرماء أما عند غيرهم فلا تحل بالحجر الديون المؤجلة.

وذهب المالكية والحنابلة والزيدية وهو مقابل الأصح للشافعية إلى أنه لا يحق للمدين نفسه طلب الحجر على تصرفاته، وذهب الشافعية في الأصح إلى صحة الحجر بطلب المفلس نفسه أو وكيله، لأن له غرضاً صحيحاً بصرف ماله إلى ديونه.

واستدل المانعون بأن الأصل عدم الحجر وجاز للضرورة، والمدين متمكن من الوفاء بدون الحجر عليه.

(١) الشرح الصغير ٣/٣٥٠ - ٣٥١.

(٢) البحر الزخار ٩٠/٥، ونحوه للإباضية (شرح النيل، لأطفيش ١٣/٦١٥).

واشترط الشافعية فيما اذا طلب الحجر بعض الدائنين أن يكون دين طالبيه وحده أكثر من مال المدين، وفي قول لا يشترط^(١).

وذهب الإباضية إلى أن التفليس يثبت بالأمناء من الشهود، لا بقول الغرماء^(٢).

كون الديون المحجور بسببها حالة ثابتة

سواء كانت حالة بأصلها، أو حلت بانتهاء أجلها. لأن المدين لا يطالب بالديون المؤجلة قبل انتهاء أجلها ولو طوّل لا يلزمه الأداء ويجب أن تكون ثابتة ولازمة فلا يحجر بدين فيه خيار.

كون الديون أكثر من مال المدين

وكذلك المساوي لماله لا يفلس به. وقال المالكية: لو بقي من مال المدين = بعد أداء الديون الحالة_ ما لا يفي بالمؤجل يفلس أيضاً وقيد المالكية ذلك بكون الباقي لا يرجى بتحريكه وفاء الديون المؤجلة ولا يعامله الناس عليه، وبعدم تقديم كفيل وذهب الشافعية إلى التفرقة بين أن يكون المدين كسوباً وكون نفقته من ماله والمال مساوٍ للدين فلا يفلس إن كان ينفق من كسبه فقط.

الماطلة في أداء ما عليه

إن لم يماطل المدين، ودفع كل ما بيده إلى الدائنين ولم يتهم بإخفاء شيء لم يفلس^(٣).

مالا يشترط للحجر

لا يشترط حضور المدين، ويصح الحجر على المدين الغائب وعند المالكية إن كانت غيبته طويلة (شهوراً أو متوسطة ١٠ أيام) واشترط أبو يوسف ومحمد إعلامه بالحجر عليه فلو باشر تصرفاً قبل إعلامه كان صحيحاً عندهما.

وإذا ثبت الدين بإقراره أو بالبينة وغاب قبل الحكم نصب القاضي عنه وكيلاً عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد.

(١) الشرح الصغير ٣/٣٥٠، وشرح المنتهى ٢/٢٧٧، وكشاف القناع ٣/٤٢٢ والقلوبي ٢/٢٨٥ والبحر الزخار ٥/٨٩ وشرح النيل ١٣/٦١٢.

(٢) شرح النيل ١٣/٦١٣ - ٦١٤ وقال: "والشهادة بالإفلاس واجبة على الناس".

(٣) المراجع السابقة والشرح الصغير ٣/٣٥١.

آثار الحكم بالإفلاس (التفليس)

عني المالكية باستقصاء آثار الحكم بإفلاس المدين (تفليسه) وذكرتها بقية المذاهب على تفاوت في النص عليها^(١). وهذه الآثار هي :

- (أ) تعلق الديون بمال المدين، بدلاً من تعلقها بذمته في الأصل.
- (ب) المنع من التصرف أو الإقرار بشيء من المال المحجور فيه.
- (ج) انقطاع الطلب عن المدين بدين جديد غير ما ثبت قبل الحجر عليه.
- (د) حلول الديون المؤجلة التي في ذمة المدين، ومشاركة أصحابها في القسمة.
- (هـ) طلب حبس المفلس إن لم يثبت أنه معسر.
- (و) حق الرجوع لمن وجد عين ماله عند المدين (حق الاسترداد).
- (ز) بيع مال المفلس من قبل القاضي.
- (ح) قسمة القاضي مال المفلس بين الغرماء بالمحاصة (قسمة غرماء).

وفيما يلي توضيح هذه الآثار المترتبة على التفليس:

(أ) تعلق الديون بمال المفلس ، لا بذمته

إذا حكم بإفلاس المدين فإن جميع الديون الثابتة قبل الحكم تتعلق بماله المحجور فيه، ولا تتعلق بعدئذ بذمته كما كانت قبل ، وهذا بالنسبة لماله الموجود عندئذ والمال الحادث له يغير معاملة ، مثل الإرث أو الهبة أو الوقف ونحوها. وعليه فإن ذمته تبقى صالحة للوجوب عليه أو له فيما لو تصرف في ذمته بشراء أو ضمان أو أقر لأحد بمال مطلقاً أو منسوباً لما قبل الحجر أو بعده وخالف الشافعية في الشراء في ذمته فيشمله الحجر عندهم ويتبع بما لزمه بذلك بعد فك الحجر عنه وليس لأصحاب هذه الحقوق مشاركة الغرماء^(٢).

(ب) المنع من التصرف (الحجر على تصرفاته)

يمنع المفلس من أي تصرف مالي، بعبوض أو بغير عبوض، كالبيع والاستئجار، أو الهبة أو القرض - باعتباره تبرعاً بمنفعة النقود^(٣) - إلا أن يتصرف بشيء في ذمته لغير الدائنين المحجور ماله فيهم، على أن يوفيه من مال يطرأ له، لا مما بيده، كأن يشتري أو يتسلف في ذمته . ولا يمنع من التصرف غير المستأنف مثل الفسخ أو الإمضاء لخيار العيب فينصح دون أن يشترط كون تصرفه أحظ للدائنين^(٤).

(١) الشرح الصغير ١ / ٣٥٢ _ ٣٧٣ حددها بخمسة آثار وقد أوردتها الموسوعة الفقهية أيضاً وهي في الواقع أكثر من خمسة، كما سيأتي ، بالرجوع للمذاهب الأخرى.

(٢) الشرح الصغير ٣ / ٣٥٢ نهاية المحتاج ٤ / ٣٠٩ وشرح المنتهى ٢ / ٢٧٨ وكشاف القناع ٣ / ٤٢٣ - ٤٢٤ والبحر الزخار ٩١ / ٥.

(٣) مما عرف به عقد القرض أنه " عقد تبرع ابتداءً، ومفاوضة انتهاءً".

(٤) الشرح الصغير ٣ / ٣٥٢.

لكن لو استهلك مالاً لزمه دفع قيمته في الحال لأنه مشاهد لا راد^(١) له وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن المفلس لا يمنع بعد الحجر من البيع بمثل الثمن ، لأنه لا يبطل حق الغرماء وإن باع بالغبن لم يصح ويخير المشتري بين إزالة الغبن وبين الفسخ^(٢) .

هذا ، وإن تصرفات المفلس ثلاثة أنواع: نافعة للغرماء ، كقبول الهبة فهذه لا يمنع منها بالاتفاق ، وتصرفات ضارة كهبته لماله ونحوها وهذه يمنع منها عند الحنفية والمالكية والحنابلة والأظهر للشافعية وكذلك الإمامية. ولهم قول بأن التصرف يقع موقوفاً فإن فضل ذلك عن الدين نفذ ، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر كالبيع وهذه التصرفات باطلة إلا عند المالكية حيث تقع موقوفة على نظر الحاكم إن اختلف الغرماء وعلى نظرهم إذا اتفقوا^(٣) .

ولو باع ماله لغريمه بدين لم يصح عند الحنابلة ، وصححه الشافعية بإذن القاضي ، وسبق اشتراط الحنفية مثل الثمن^(٤) .

(ج) المنع من الإقرار بمال مطلقاً

إذا حكم بالإفلاس على المدين امتنع إقراره بمال مما تم تفليسه فيه مطلقاً سواء كان الإقرار لقريب أم بعيد^(٥) .

حتى لو أقر بمجلس التفليس أو قربه بالعرف فلا يقبل لكن يثبت الدين بالإقرار أو البيينة في ذمته يحاصص به في مال يطرأ له غير ما فلس فيه ولو أقر بعد الحجر بمال لزمه بعد قضاء الديون لأن هذا المال تعلق به حق الغرماء ولأنه لو صحَّ الإقرار في الحال لما كان في الحجر معنى حتى لو استفاد مالا بعد فك الحجر نفذ إقراره.

ويستثنى من ذلك تعيينه مال القراض (حسابات الاستثمار) التي تحت يده أو الوديعة إذا كان الإقرار بمجلس التفليس أو قربه أما إذا لم يعين مال القراض كأن قال: لفلان قراض في ذمتي لا يقبل إقراره ، لكن لو ثبت القراض بالبيينة فيقبل وكذلك يقبل الإقرار مع التعيين من صانع لما بيده لأربابه مطلقاً أي بيينة أو غيرها بالمجلس أو غيره^(٦) وذكروا ابن ابن رشد الحفيد استثناء الإقرار لمن له بيينة أو لمن يعلم إليه تقاض.

- (١) الاختيار ٢٦٩/١ والبحر الزخار ٩٠/٥ وقال : "وللمحجور أن يشتري إلى ذمته ، إذ لم يتناول للحجر إلا التقويت ، ولا يدخل في المال المحجور دين لزم بعد الحجر ، لتعلق حق الأوليين به كالرهن.
- (٢) المرجع السابق.
- (٣) المراجع السابقة والروضة البهية للشهيد الثاني ٢٤٥/١ .
- (٤) الفتاوى الهندية ٦٢/٥ و القليوبي ٢٨٦/٢ وشرح المنتهى ٢ / ٢٧٨ .
- (٥) الشرح الصغير ٣/٢٢٥ - ٣٥٧ وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا الحكم جاء في الموسوعة الفقهية ٣٠٦/٥ مطلقاً عن التقييد بثبوت هذا الإقرار في الذمة لافي المال المحجور فيه كما في مراجع المالكية.
- (٦) الاختيار للموصلي ١ / ٢٦٩ (٥) شرح المنتهى ٢٨٨/٢ كشاف القناع ٤٤٢/٣ والروضة البهية ٢٤٥/١ وقال: "ويصح إقراره بدين ، ويتعلق بدمته".

(د) انقطاع المطالبة للمفلس

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد إلى أن المفلس بإيقاع الحجر عليه تنقطع المطالبة له ممن باعه شيئاً أو أقرضه حتى ينفك الحجر عنه، لتعلق حق الغرماء بالمال المحجور فيه.

(هـ) حلول الديون المؤجلة

ذهب المالكية والزيدية، وهو قول للشافعي خلاف الأظهر ورواية عن أحمد إلى أن الحكم بالتفليس تحل به جميع الديون المؤجلة التي عليه وبذلك يشارك أصحابها في القسمة إلا أن يشترط عدم الحلول بها، فيعمل بالشرط، أما الدين الذي له فلا يحل بتفليسه، واستظهر الخرشي أنه لو كان هناك شرط بحلول الدين الذي له فإنه يعمل بشرطه ويشمل الحلول دين الإجارة التي لم يستوف المستأجر منفعتها^(١).

وذهب الحنفية والشافعية في الأظهر والإمامية إلى أنه لا يحل الدين المؤجل وكذلك الحنابلة صرحوا بأنه لا يحل الدين المؤجل بتفليس المدين ولا يشارك صاحبه الغرماء بدينه الذي لم يحل إلى حين القسمة ولا يوقف له من مال المفلس شيء، ولا يرجع عليهم بشيء إذا حل. لكن إذا حل الدين قبل القسمة شاركهم في الكل وإذا حل بعد قسمة بعض المال شاركهم فيما لم يقسم بكل دينه (٢) وعلل القائلون بعدم الحلول بأن الأجل حق للمفلس، ولأن الإفلاس لا يوجب حلول ما له فلا يجب حلول ما عليه.

(و) حبس المدين، وتعزيره إن لم يثبت إعساره وتحليفه

إذا جهل حال المدين أو ظهر ملاؤه وادعى التفالس يحبس للتأكد من عسره فإن ثبت عسره لا يحبس، ولا يحبس إن أتى بكفيل بالمال، و بالوجه (بالنفس) لإحضاره ويغرم الكفيل إلا أن يثبت عسره. وظهور الملاء بلبس الفاخر من الثياب وركوب الجيد من الدواب (السيارات) وكثرة الخدم، فإن علم ملاؤه يسجن ويضرب حتى يؤدي ما عليه ما لم يأت بكفيل غارم.

وللدائنين تحليف المفلس على عدم الناض (السيولة) من ذهب أو فضة، فإن علم بالناض أجبر على الدفع ولو بالضرب مرة بعد أخرى وسجن حتى يدفع ما عليه.

(ز) حق الرجوع (الاسترداد)

اختلف الفقهاء في حق الدائن في الرجوع بعين ماله لدى المفلس:

وأثبت هذا الحق الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية والإباضية وغيرهم) وذهب الحنفية وفقهاء الكوفة إلى أن الدائن بثمن العين أسوة الغرماء واحتج

(١) الشرح الصغير للدردير ٣/٣٥٢ والمغني ٤/٢٥٥ ونهاية المحتاج ٤/٣٠٥ وشرح المنتهى ٢/٢٨٥ وكشاف القناع ٣/٤٣٧ والفتاوى الهندية ٥/٦٤ والبحر الزخار ٥/٩١ وقال: "ويدخل فيه المؤجل تبعاً للحال" والروضة البهية ١/٣٤٣.

القائلون بالرجوع بحديث أبي هريرة المروي في الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم قال: " من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره".

وأن هذا عقد يلحقه الفسخ بالإقالة فجاز الفسخ لتعذر العوض.

واحتج الحنفية لاعتباره أسوة الغرماء بأنه هو مقتضى الأصول اليقينية المقطوع بها، والخبر المذكور خبر واحد خالف الأصول فيرد، والأدلة الطويلة تنظر في مراجعها.

وتفصيل حق الرجوع للدائن بعين ماله لدى المفلس (حق الاسترداد) كما يلي:

يأخذ الدائن عين ماله الموجود عند المفلس إذا ثبت ذلك ببينة أو إقرار من المفلس قبل فلسه. ولم يفده الغرماء بمال للغريم أو بمالهم، وإذا لم ينتقل عن أصله بناقل، مثل تغييره كتحويل الخشب بابا أو خلطه بمغاير له، لا بمثله. ولا أثر لتغييره بسبب سماوي أو بفعل المفلس ولا أرش (تعويض) له.

وإذا كان الدائن قد قبض بعض الثمن فله رده أو ترك السلعة ومحاصة الغرماء فيما بقي من سلعته وقال الشافعي: بل يأخذ ما بقي من سلعته بما بقي من الثمن، وقالت جماعة من أهل العلم داود وإسحاق وأحمد إن قبض من الثمن شيئاً فهو أسوة الغرماء، وإن فوت المشتري بعض السلعة فالبائع أحق بالمقدار الذي أدرك من سلعته وكذلك إن زاد في السلعة^(١).

واشترط الحنابلة للرجوع:

- (١) حياة المفلس فلو مات قبل الأخذ فهو أسوة الغرماء.
 - (٢) بقاء جميع العوض في ذمة المشتري المفلس.
 - (٣) بقاء جميع العين في ملك المفلس.
 - (٤) عدم تعلق حق الغير بالعين مثل رهنها.
 - (٥) عدم اختلاط العين بما لا تتميز منه وعدم تغيير صفاتها بما يزيل اسمها أو ينقص قيمتها.
 - (٦) عدم الزيادة المتصلة (وهذا الشرط لم يعتبره الشافعية كما لم يعتبروا الزيادة المنفصلة) كما سيأتي وقد توسعت بعض الكتب في الشروط حتى أبلغتها الموسوعة (١٢) شرطاً بسبب استيعاب ما في المذاهب وهو نهج غريب فالعبرة في كل مذهب بما اشترط لا بما اشترطته مذاهب أخرى والشروط المنقولة عن الحنابلة فيها الكفاية^(٢).
- وهذا بعد قبض المشتري السلعة، أما قبل قبضها فهناك اتفاق على أن صاحب السلعة أحق بها لأنها في ضمانه وكذلك الصانع أحق بما في يده حتى يستوفي الأجرة.

(١) الشرح الصغير ٣٧٣/٢ وشرح المنتهي ٢٨٨/٢ وكشاف القناع ٤٥٦ /٣ والقلوبي ٢٩٣/٢ والمغني وبدايه المجتهد

٢٩٣/٢ والروضة البهية ٣٤٤/١ والخلاف للطوسي ٦١٩/١ وشرح النيل ٦٣٣/١٣.

(٢) بداية المجتهد ٨٧١/٢ و٢٨٩ والموسوعة الفقهية ٣١٤/٥ واقتصر على الحنابلة نقلاً عن كشاف القناع ٤٣٧/٣.

حق الرجوع (الاسترداد) في الأراضي

إذا كانت العين التي ثبت للبائع فيها حق الرجوع أرضاً قد بنى فيها المشتري (المفلس) بناءً أو غرسها فإن حق الرجوع يبقى للبائع.

ثم إذا اتفق الدائن والمفلس على تفريغ الأرض فإنه يأخذها أما إن امتنع المفلس فإنه لا يجبر ويكون للبائع حق الرجوع مع الخيار في أن يملك الغراس والبناء بقيمته وله أن يقلعه ويغرم أرش (تعويض) النقص.

والأظهر عند الشافعية أنه ليس له أن يرجع في الأرض ويبقى الغراس والبناء للمفلس، وإن رفض الأمرين سقط حقه في الرجوع أما إذا كان المشتري قد زرع الأرض فيصح الرجوع ويبقى الزرع إلى حصاده بلا أجر.

ما لا يمنع من الرجوع بالعين

لا يمنع من رجوع البائع بالعين المبيعة للمشتري إذا أفلس زيادة العين زيادة متصلة مثل السمن في المواشي كما عند الشافعية خلافاً للحنابلة وتكون الزيادة للبائع دون مقابل كما لا يمنع من الرجوع بالزيادة المنفصلة، مثل الثمار والأولاد والمواشي والزيادة للمشتري دون مقابل. ولا يمنع منه أيضاً نقص العين ولا نقص قيمتها وصفاتها مثل تغير السعر أو قدم الثياب ولا يعوض البائع عن ذلك عند الاسترداد.

تكييف حق الرجوع في العين المبيعة للمفلس (حق الاسترداد)

الرجوع في العين فسخ للعقد السابق بحكم الشرع ولا يحتاج إلى القضاء ولا إلى معرفة المرجوع فيه ولا إلى قدرة المفلس على تسليمه.

ويصح على التراخي عند الحنابلة خلافاً للشافعية في الأصح عندهم حيث جعله على الفور.

ويتم بقول البائع: رجعت في متاعي أو أخذته أو فسخت البيع ونحوه.

بيع مال المفلس

ذهب الجمهور خلافاً لأبي حنيفة إلى أن القاضي أو نائبه يبيع مال المفلس إن كان من غير جنس الدين كالمثليات والعروض والعقار والكتب وذلك بحضرة المفلس والغرماء استحباباً مع الاستقصاء في الثمن وإلى حين عدم احتمال الزيادة في البيع بالمزاد. ولا يؤخر بيع ما يفسده التأخير ويعجل ببيع المواشي ويستأنى ببيع العقار ولا يبيع آلة صنعة المدين التي لا بد منها^(١).

(١) المفتى لابن قدامة ٤٤٣/٤ والفتاوى الهندية ٦٣/٥ والشرح الصغير ٣٥٩/٣ ونهاية المحتاج ٣١٤/٤ وكشاف القناع ٤٣٦/٣.

وقد وضع ابن قدامة ما يصلح جدولاً مفصلاً مرتباً لما يباع من مال المفلس قبل غيره^(١) وهو محل استحباب فيطبق عليه العرف التجاري والمصلحة للمفلس والغرماء بحسب ظروف الزمان والمكان. وهناك بعض القيود للمذاهب :

- فالمالكية يرون أنه لا يباع إلا بعد الإعذار في البيعة للمفلس والغرماء لاحتمال الطعن من كل في بيعة الآخر ويحلف الدائنون أنهم لم يقبضوا من ديونهم شيئاً أو يحالوا بها أو يبرئوا منها مع اشتراط الخيار ثلاثه أيام.
- والشافعية والحنابلة اشترطوا البيع بثمن المثل، وبعض الشافعية اكتفوا بما تنتهي إليه الرغبات ولا يبيع إلا بنقد ولا يبيع بثمن مؤجل ولا يسلم المبيع حتى يقب الثمن^(٢).

إلزام المفلس بالتكسب ونحوه

ذهب الحنفية والمالكية إلى عدم إلزام المفلس بالتكسب للوفاء بما بقي عليه من الدين بعد بيع موجوداته ولو كان قادراً على التكسب لأن الدين تعلق بذمته فلا يطلب منه إلا عند اليسار. واختلفت أقوال الإمامية في ذلك^(٣)

وذهب الحنابلة إلى أن القاضي يجبر المفلس ذا الحرفة على التكسب وإيجار نفسه لإيفاء بقية الدين مع بقاء الحجر عليه، واحتجوا بأن المنافع كالأعيان فكما تباع أعيانه يجبر على بيع منافعه الشخصية للغير لسداد ديونه.

وفصل الشافعية بين سبب الديون فإن كانت بمعصية فإنه يلزم بالتكسب بخلاف الديون التي لم يعص بها.

واتفقوا على أنه لا يجبر على قبول التبرعات ولا التسلف (الاقتراض) ولا انتزاع ما وهبه لمن يصح رجوعه فيه^(٤).

ما يترك للمفلس من ماله

قال ابن رشد (الحفيد): (يترك له ما يعيش به هو وأهله وولده الصغار الأيام والشهر ونحوه ويترك له كسوة مثله)^(٥).

وعند المالكية تباع الكتب كلها واستثنى الشافعية الكتب التي يحتاج إليها وآلتها إن كان عالماً. ولا تباع دار سكنه وعلل ذلك الحنفية بأنها من الحوائج الأصلية وأنها مقدمة على حقوق الغرماء لكن إن كانت نفيسة بيعت _ وهو قول المالكية _ واشتري

(١) المغني ٤/٤٤٣.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) الروضة البهية ١/٢٤٦ والخلاف للطوسي ١/٦٢١ وهو لا يرى وجوب التكسب.

(٤) الشرح الصغير ٣/٣٥٩ ونهاية المحتاج ٤/٣١٤ وشرح المنتهى ٢/٢٨٦ وكشاف القناع ٣/٤٣٩ والاختيار ١/٢٦٩.

(٥) بداية المجتهد ٢/٢٩١ والشرح الصغير ٣/٣٥٨ - ٣٦٠ وشرح المنتهى ٢/٢٨٤ وكشاف القناع ٣/٤٣٣ و٤٥٢ والاختيار ١/٢٦٩.

ببعض ثمنها مسكن مناسب ويترك له آلة حرفته إن كان صانعا خلافا للشافعية وبعض المالكية فتباع ويترك له رأس مال يتجر به إن كان تاجرا وكان لا يحسن الكسب إلا به.

الحيلولة بينه وبين غرمائه

قال ابن رشد (الحفيد): كلهم مجمعون على أن المدين إذا ادعى الفلاس ولم يعلم صدقه أنه يحبس حتى يتبين صدقه أو يقر له صاحب الدين فإذا كان ذلك خلي سبيله وحكي عن أبي حنيفة أن لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار. وبيان مذهب الحنفية أن أبا حنيفة ذهب إلى أن للدائنين ملازمة المفلس بعد فك الحجر عنه لأن الإفلاس لا يتحقق، فإن المال غادر ورائح، ولأن الشهادة شهادة على العدم فلا تقبل ولأن الشهود لا يتحققون باطن أحوال الناس وأمورهم فربما أضجروه فأعطاهم والملازمة أن يدور معه حيث دار ويجلس على بابه إذا دخل بيته وتلازم المرأة امرأة أمينة. وبيّنة اليسار مقدمة على بينة الإعسار لأنها مثبتة، إذ الأصل الإعسار وأما صاحباها فهما مع الجمهور^(١).

(١) الاختيار ٢٦٩/١.

قسمة مال المفلس بين غرمائه

يندب للقاضي المبادرة بالقسم لإبراء ذمة المدين وتقصير مدة الحجر عليه ولعدم تأخير إيصال الحق لمستحقه دون الإفراط في الاستعجال بما يبخرس موجودات المفلس ولا يلزم تأخير القسم إلى تمام البيع بل يندب القسم بالتدريج لكل ما يقبض، فإن طلب الغرماء ذلك وجب إلا أن تعسر لفضالة ما تحصل.

- (أ) ويبدأ من مال المفلس بإعطائه أجرة المقدمين خدمات في عملية البيع والقسم.
- (ب) ثم بمن لهم رهون يختص كل برهنه بعد رد دينهم وما زاد رد في المال وما نقص شارك فيه الغرماء الآخرين، والصانع أحق بما في يده من موجودات للمفلس حتى يستوفي أجرته منها. والمؤجر لوسائل النقل للحمل عليها أحق بما يحمل عليه في حدود أجرته بخلاف مؤجر الحوانيت ونحوها فلا يختص بما فيها، والفرق أن حيازة وسائل النقل لما فيها من الحمل والنقل أقوى من حيازة الحانوت والدار. وما يستأجر للركوب وتعمل أجرته فإن للمشتري الحق حتى يستوفي من منافعها ما نقده من الأجر.
- (ج) ثم من وجد عين ماله أخذها بشروطها .
- (د) ثم تقسم الأموال بين الغرماء بالمحاصة فيما تحصل بنسبة دين كل منهم إلى مجموع الديون (قسمة الغرماء) ويبدأ القاضي بقسمة ما كان من جنس الدين كالنقود والمثلثات ثم بما تحصل من بيع مال المفلس.
- هذا وإذا ظهر دين بعد القسمة أو استحق بعض ما أعطي لدائن لا تنقض القسمة، وإنما يرجع صاحب الدين أو من استحق منه ما أخذه على كل دائن بقسطه^(١) ^(٢).

مثال للمحاصة في القسمة (قسمة الغرماء)

لو كان الدائنون ثلاثة للأول ستون وللثاني أربعون وللثالث عشرون، وكان مجموع الدين مائة ولم يتحصل من بيع مال المفلس إلا خمسون فيكون للأول ثلاثة أخماس (٣٠) وللثاني خمسان (٢٠) وللثالث خمس (١٠).

(١) الشرح الصغير ٣/٣٦٠ و شرح المنتهى ٢/٢٨٤ - ٢٨٥ وكشاف القناع ٣/٤٣٥ و ٤٣٨ ونهاية المحتاج ٤/٣١٧ والدسوقي ٣/٢٨٨ والاختيار ١/٢٦٩.

(٢) المرجع السابق .

فك الحجر عن المفلس

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يفك الحجر عن المفلس بوفاء دينه كله ولا يحتاج للحكم من القاضي لأن السبب قد زال ولا ينفك بقسمة ماله طالما عليه شيء من الدين، وأضاف الشافعية أنه لا ينفك باتفاق الغرماء على فكه ولا بإبرائهم للمفلس بل بفك القاضي كما أنه لا يثبت إلا بإثباته، لأنه يحتاج لنظر واجتهاد، ولا يحتاج فك الحجر إلى البراءة من كل الديون بل يكفي إعساره بالباقي. وذهب المالكية إلى أنه إذا انفك حجره ثم ثبت له مال فإنه يحجر عليه أيضاً وأما الحنفية فلم ينصوا على فك الحجر عن المدين لكنه يقاس على فك الحجر عن السفية بأنه بحكم القاضي عند أبي يوسف^(١)

وإذا فك الحجر عن المفلس وتجدد له مال يحجر عليه بطلب الغرماء وعند الحنابلة يشارك المحجور لهم أولاً ببقية ديونهم أصحاب الحجر الثاني، وقصر المالكية المشاركة على ما تجدد بسبب مستقل كالإرث لا بما حصل عليه بمعاملة. أما الشافعية فيرون أنه بعد الحجر لو حدث له مال فلا تعلق لأحد به ويتصرف به كيف شاء إلا إذا ظهر له مال كان قبل فك الحجر إذ تبين بقاء الحجر والأولوية في ذلك المال للأولين إن حجر عليه ثانياً بل إن الأولين يشاركون الجدد إن لزم ولا عكس^(٢).

(١) نهاية المحتاج ٣٢٠/٤ والقلوبي ٢٩١/٢ وذكر القليوبي ان المعتمد بقاؤه مجوراً إلى تمام الأداء والدسوقي ٢٧٠/٣ والموسوعة الفقهية ٣٢٣/٥ ومرجعها البدائع ١٧٢/٧.

(٢) الموسوعة الفقهية ٣٢٣/٥ ومراجعها كشاف القناع ٤٤١/٣ والدسوقي ٢٦٨/٣ والمغني ٤٥٠/٤ والقلوبي ٢٨٣/٢.



الدورة العشرون

لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الإفلاس في الفقه والنظام

إعداد

الشيخ خالد بن سعود الرشود

القاضي بديوان المظالم بالرياض

بسم الله الرحمن الرحيم

الإفلاس في الفقه والنظام

الحمد لله ذي الفضل والمن والكرم ، خلق الإنسان من عدم ، وعلمه بالقلم ، علمه ما لم يعلم ، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له ، شهادة تنفع قائلها يوم لا ينفع الندم ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، ﷺ وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً ، أما بعد :

فإن الشريعة الإسلامية لا تزال مورداً عذباً ومنهلاً خصباً لكل ما يستجد في حياة الناس من نوازل وحوادث ، فهي شاملة في أحكامها ، عادلة في جميع شؤونها ، ولا غرو فقد أسس دعائمها رب العالمين وخالق الناس أجمعين .

فلا تجد في حياة المسلم ، ولله الحمد ، مشكلاً سواء في أمور دينه أو دنياه إلا وفي الشرع حل له ، وفك لعقده ، إما أن يكون في كتاب الله أو في سنة رسول الله ﷺ ، فإن لم تجد فإن المجتهد يجتهد على ضوء الكتاب والسنة لاستخراج ذلك الحل .

وكان لعصرنا الحاضر أوفر الحظ والنصيب من هذه الأمور المستجدة ، نتيجة للتطور التقني والمدني الذي يعيشه الناس ، ولا تزال تتعاقب هذه النوازل على الناس والتي يبحثون عن حل شرعي لها ، سواء تطرق العلماء المتقدمون لحكمها أم لا ، وبخاصة تلك المشكلات التي تحدث بين الناس في أمورهم الحياتية العامة أو الخاصة متطرفة لجميع أبواب الفقه ، وكان باب المعاملات من أشد ما يعتري الناس فيه من حاجة لاستظهار الحكم الشرعي فيه وبخاصة في أمور المتاجرات والمداينات المختلفة ، ولما كانت تعرض لبعض الناس الحاجة إلى الاستدانة من الآخرين ، ولكن بعض الناس قد يزيد في الاستدانة حتى لا يبقى عنده وفاء ، فما الحل الشرعي والنظامي لهذه الحالة والتي تسمى بالإفلاس وخاصة إذا كان المستدين مؤسسة فردية أو شركة كبيرة ذات رأس مال ضخمة وكيفية التعامل مع هذه الحالة في الفقه والنظام ؟ .

من هذا الباب أحببت التطرق لهذا الموضوع في هذا البحث مراعيًا الاختصار ليسهل الانتفاع به ، وأسأل الله ﷻ أن يعفو عن الزلل ويبارك في الصواب ، وأن ينفع بهذا البحث كل من قرأه أو اطلع عليه . وقد قسمته كالاتي :

• تمهيد ، ويشتمل على :

- (١) تعريف الإفلاس لغة .
- (٢) تعريف الإفلاس في الفقه .
- (٣) تعريف الإفلاس في النظام .

(٤) الفرق بين الإفلاس والتفليس .

(٥) الأصل الشرعي في أحكام حقوق المفلس .

• **المبحث الأول : حقوق المفلس في الفقه في النظام .**

أولاً : حقوق المفلس في الفقه ، ويشتمل على :

(١) النفقة .

(٢) بيع ما له بما هو أصلح له .

(٣) حق المفلس في داره .

ثانياً : حقوق المفلس في النظام

ثالثاً : أقسام الإفلاس في النظام ، ويتنوع إلى ضربين :

(أ) أقسام الإفلاس :

(١) إفلاس حقيقي .

(٢) إفلاس تقصيري .

(٣) إفلاس احتيالي .

(ب) أقسام الإفلاس :

(١) تاجر فرد .

(٢) شركة .

• **المبحث الثالث : أحكام المفلس في الفقه والنظام ، ويشتمل على :**

أولاً أحكام المفلس في الفقه ، ويشتمل على :

(١) أحكام المفلس إذا كان تاجراً فرداً .

(٢) أحكام المفلس إذا كان شركة .

ثانياً : أحكام المفلس في النظام ، ويشتمل على :

(١) أحكام المفلس إذا كان تاجراً فرداً .

(٢) أحكام المفلس إذا كان شركة .

ويبقى هذا البحث جهداً بشرياً عرضة للصواب والخطأ ، فما كان فيه من صواب فمن الله ، وما كان فيه من خطأ فمن نفسي والشيطان ، هذا وأسأله تعالى التوفيق والسداد وإخلاص النية ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

أحكام الإفلاس في الفقه والنظام

تمهيد :

أولاً : تعريف الإفلاس لغة :

الإفلاس مصدر أفلس وهو لازم ، يقال : أفلس الرجل إذا صار ذا فلوس بعد أن كان ذا ذهب وفضه ، أو صار إلى حال ليس له فلوس ، والفلس اسم المصدر بمعنى الإفلاس^(١) .

ثانياً : تعريف الإفلاس في الفقه :

الإفلاس هو : أن يكون الدين الذي على الرجل أكثر من ماله ، وسواء أكان غير ذي مال أصلاً أم كان له مال إلا أنه أقل من دينه^(٢) ، قال ابن قدامة : وإنما سمي من غلب دينه ماله مفلساً وإن كان له مال ، لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه ، فكأنه معدوم^(٣) .

ثالثاً : تعريف الإفلاس في النظام التجاري السعودي :

مادة (١٠٣) : المفلس من استغرقت الديون جميع أمواله فعجز عن تأديتها^(٤) .

رابعاً : الفرق بين الإفلاس والتفليس :

التفليس هو : مصدر فليس الرجل إذا نسبته إلى الإفلاس .

واصطلاحاً : جعل الحاكم المدين مفلساً بمنعه من التصرف في ماله^(٥) . هذا ما صرح به الحنفية والشافعية عندما عرفوا التفليس بالمعنى الأخص ، والعلاقة بين التفليس والإفلاس : أن الإفلاس أثر التفليس في الجملة .

وجرى المالكية على أن التفليس يطلق على ما قبل الحجر بعد قيام الغرماء على المدين ، قالوا : ويقال حينئذ : إنه تفليس بالمعنى الأعم ، ويطلق على ما بعد الحجر عليه بحكم الحاكم ، ويكون حينئذ تفليساً بالمعنى الأخص^(٦) .

خامساً : الأصل الشرعي في أحكام المفلس :

(١) عن أبي سعيد رضي الله عنه قال : " أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها ، فكثر دينه فقال : تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال رسول الله ﷺ لغرمائه : خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"^(٧) .

(١) لسان العرب : ٤٠٨/٤ .

(٢) بداية المجتهد : ٢٨٤/٢ .

(٣) المغني : ٤٠٨/٤ .

(٤) مجموعة الأنظمة التجارية : ٢٥١ .

(٥) حاشية الجمل : ٣٠٩/٣ ؛ ونهاية المحتاج : ٣٠٠٠/٤ ؛ ورد المختار : ٩٦/٥ .

(٦) حاشية الدسوقي على اشرح الكبير : ٢٦٣/٣ ؛ المغني : ٤٥٣/٤ .

(٧) رواه مسلم : ١١٩٣/٣ .

(٢) عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال : « من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به »^(١) .

(٣) وعن أبي هريرة ؓ عن النبي ﷺ قال : « من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس ، أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره » ، وفي لفظ قال في الرجل الذي يعدم : « إذا وجد عنده المتاع ولم يفرقه إنه لصاحبه الذي باعه » ، وفي لفظ : « أيماً رجل أفلس فوجد رجل عنده ماله ولم يكن اقتضى من ماله شيئاً فهو له »^(٢) .

(٤) عن الحارث بن هشام أن النبي ﷺ قال : « أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً ، فوجد متاعه بعينه فهو أحق به ، وإن مات المشتري لصاحب المتاع أسوة الغرماء »^(٣) .

(١) رواه أحمد : ١٠/٥ ، رقم ٢٠٢١٢١ ؛ أبو داود : ٢٨٩/٣ ، رقم ٣٥٣١ ؛ النسائي : ٣١٣/٧ ، رقم ٤٦٨١ .

(٢) البخاري : ٨٤٦/٢ ؛ مسلم : ١١٩٣/٣ - ١١٩٥ .

(٣) موطأ مالك : ٦٧٨/٢ ؛ أبو داود : ٢٨٦/٣ ، ٢٨٧ .

المبحث الأول حقوق المفلس في الفقه والنظام

أولاً : حقوق المفلس :

(١) النفقة :

أوسع المذاهب في ذلك مذهب الحنفية وكأنهم ردوا الإنفاق على المفلس من ماله إلى العرف ، فينفق عليه من ماله بما لا يضر الغرماء ، قال في العناية : ينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه ممن تجب نفقتهم عليه لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ، ولأنه حق ثابت لغيره فلا يطاله الحجر ، ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء^(١) ، وأما المالكية فوافقوا الأحناف على النفقة عليه ومن يعول ولكن صرحوا بأن النفقة لا يدخل فيها كسوة الرجل ، ثم إنهم اجتهدوا في تحديد المدة التي ينفق عليه من ماله ، ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك : يترك له ما فيه نفقة له ولأهله ولعيااله وكسوة له ولأهله وفي كسوة زوجته شك ، وقال سحنون في العتبية : يترك له قدر نفقته وكسوته ، ولا يترك له كسوة زوجته ، قال ابن القاسم : يترك له لبسه إلا أن يكون فيه فضل عن لباس مثله ، وقال ابن القاسم - أيضاً - في العتبية : يترك له ما يكفيه هو وزوجته وولده الصغير الأيام ، وروى ابن المواز ، وابن حبيب عن مالك : قدر الشهر ، وروى ابن المواز عن أصبغ : إن كان الذي يوجد له قدر نفقته شهراً ونحوه فليترك له يعيش به ، ووجه ذلك أن يختص به من لباسه لا يمكن أن يعرى منه لما في ذلك من هتك ستره وكشف عورته فيترك له منه ما يكفيه مما جرت عادته بمثله لأن هذا القدر لا يعاوض عليه ، وكذلك نفقه الأيام لنفسه ولبنيه الصغار إلى أن يتسبب في وجه نفقته لأن إسلامه للهلاك دون قوت غير جائز ، وكذلك إخراجة عن عادة مثله ، وأما كسوة الزوجة فتوقف فيها مالك ، وصرح سحنون بأنها لا تترك لأنها إنما تصير إليها على سبيل المعاوضة ، ولها كسوة سواها مما يملكها ، وهي مما يطول بقاؤه ، ويدوم الانتفاع به كالنفقة التي تزيد على مدة الأيام المتقدم ذكرها^(٢) .

وعند المالكية - أيضاً - أن والد المفلس لا يحاص الغرماء فلا تجب له نفقة ، قال ابن القاسم : لا يضرب بنفقتهم في موت ولا فلس ، وقال أشهب : الوالد كالزوجة ، ووجه قول ابن القاسم : أنها نفقة لا تجب إلا مع اليسار فلا يحاص بها الغرماء كالمستقبل من نفقة الزوجة ، ووجه قول أشهب : أن نفقة الأبوين تلزم ابتداء من غير حكم حاكم فإذا كانت لأمر ماض في وقت يلزم الأب النفقة وجب أن يحاص بها كنفقة الزوجة فإذا قلنا بقول أشهب فقد قال أصبغ : من أنفق عليهم من أم أو أجنبي بأمر سلطان أو بغير أمره ، والأب

(١) العناية شرح الهداية : ٢٧٦/٩ ، ٢٧٧ .

(٢) المنتقى شرح الموطأ : ٨٤/٥ ، ٨٥ .

يومئذ مليء فإنه يضرب بهما في الموت والفلس ، فإذا كان الأب يوم الإنفاق معسراً فلا شيء للمنفق^(١) .

وأما الشافعية فقالوا : لا بد أن ينفق عليه أقل ما يكفيه ومن يمونه ويقدر ذلك القاضي المختص بنظر القضية ، جاء في الغرر البهية : وينفق على المفلس وعلى ممونه - من تلزمه مؤنته - من ماله ما لم يتعلق به حق آخر كالرهن والجناية ، أقل ما يكفيهم ، ويسلم إليه ذلك يوماً بيوم كما نقله في الروضة عن البيان ، وهم : (١) زوجته المتقدمة على الحجر دون المتجددة بعده ، (٢) والفرع له وإن سفل وتجدد وفارق تجدد الزوجة بأنه لا اختيار له فيه بخلافها ، (٣) والأصل له وإن علا وكذا مماليكه الذين يلزمه مؤنتهم كأم ولده^(٢) .

(٢) بيع ماله بما هو أصلح له :

ونص المالكية على أن من حقوق المفلس عدم بيع ماله بما ينقص من قيمته ، بل يتحرى فيه الزيادة في القيمة ليتمكن بذلك من الإنفاق عليه ، فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك : يستأنى في بيع ريعه بالسوق الشهر والشهرين ، وأما الحيوان فالمدة اليسيرة ، وكذلك العروض والحيوان أسرع بيعاً ، ومعنى ذلك - والله أعلم - لما يلزم من الإنفاق عليه من تسارع التغير إليه ، وصفة بيعه بالخيار ثلاثاً طلباً للزيادة رواه مطرف عن مالك ، وقاله ابن القاسم وسحنون ، وإنما معنى ذلك أنه ربما توقف الناس عن الزيادة إلا عند توقع إمضاء البيع ، وإذا أمضى البيع لم ينتفع بالزيادة فكان الأفضل أن يبيع بالخيار ثلاثاً ليكون كل من أراد الزيادة يعلم وقت فواتها فلا يؤخرها^(٣) .

(٣) حق المفلس في داره ، وفي المسألة قولان :

القول الأول : لا تباع داره التي لا غنى له عن سكنائها ، وبهذا قال أبو حنيفة وإسحاق والراجح عن الحنابلة .

القول الثاني : تباع ويكتري له بدلها ، وقال به شريح ومالك والشافعي واختاره ابن المنذر .

أدلة القول الأول : أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه ، فلم يصرف في دينه ، كثيابه وقوته .

أدلة القول الثاني : (١) لأن النبي ﷺ قال في الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثرت دينه ، فقال لغرمائه " خذوا ما وجدتم "^(٤) ، وهذا مما وجدوه .

(١) المنتقى شرح الموطأ : ٨٩/٥ .

(٢) الغرر البهية : ١٠٩/٣ .

(٣) المنتقى شرح الموطأ : ٨٤/٤ ، ٨٥ .

(٤) سبق تخريجه .

(٢) ولأنه عين مال المفلس فوجب صرفه في دينه ، كسائر ماله وقوته ، فنقيس عليه محل النزاع .

الجواب عن الدليل الأول : الحديث قضية في عين ، ويحتمل أنه لم يكن له عقار ، ولا خادم ، ويحتمل أن النبي ﷺ قال : " خذوا ما وجدتم " ، مما تصدق به عليه ، فإن المذكور قبل ذلك ، كذلك روى أن النبي ﷺ قال : " تصدقوا عليه " ، فتصدقوا عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال النبي ﷺ : " خذوا ما وجدتم " ، أي ما تصدق به عليه ، والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار وهو محتاج إلى سكنائها ، ولا خادم هو محتاج إلى خدمته ، ولأن الحديث مخصوص بثياب المفلس .

الجواب عن القياس : قياسهم منتقض بذلك أيضاً ، وبأجرة المسكن وسائر ماله يستغنى عنه ، بخلاف مسألتنا^(١) .

مسألة مرتبطة بهذه المسألة : وهي إن كان له داران يستغني بسكنى إحداهما بيعت الأخرى ، لأن به غنى عن سكنائها ، وإن كان مسكنه واسعاً لا يسكن مثله في مثله يبيع واشتري له مسكن مثله ، ورد الفضل على الغرماء كالثياب التي له إذا كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلها ، ولو كان المسكن والخادم اللذين لا يستغني عنهما عين مال بعض الغرماء أو كان جميع ماله أعيان أموال أفلس بأثمانها ، ووجدتها أصحابها فلم أخذها بالشرائط التي ذكرناها ، لقول النبي ﷺ : " من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به "^(٢) ، ولأن حقه تعلق بالعين فكان أقوى سبباً من المفلس ، ولأن الإعسار بالثمن يستحق به الفسخ فلم يمنعه منه تعلق حاجة المشتري كما قبل القبض وكالعيب والخيار ، ولأن منعهم من أخذ أعيان أموالهم يفتح باب الحيل بأن يجيء من لا مال له فيشتري في ذمته ثياباً يلبسها ، وداراً يسكنها ، وخادماً يخدمه وفرساً يركبها ، وطعاماً له ولعائلته ، ويمتتع على أربابها أخذها لتعلق حاجته بها فتضيع أموالهم ويستغني هو بها . فعلى هذا يؤخذ ذلك ، ولا يترك له شيء منه ، لأنه أعيان أموال الناس ، فكانوا أحق بها منه ، كما لو كانت في أيديهم أو أخذها منهم غصباً^(٣) .

ثانياً : حقوق المفلس في النظام :

بالنظر إلى النظام التجاري (نظام المحكمة التجارية) نجد أنه أعطى للمفلس حقين : الحق الأول مباشر بمعنى أنه يصل له نفعه مباشرة ، وحق آخر غير مباشر ، أما الحق المباشر فنصت عليه المادة (١١٨) أنه : ينفق على المفلس وعلى من تلزمه نفقته من موجوداته التي تحت أيد أمين المجلس وأمناء الديانة إذا كان المفلس حقيقياً أو مقصراً إلى أن يفرغ

(١) المغني : ٢٨٧/٤ ؛ وانظر الفتاوى الهندية : ٦٢/٥ ؛ نهاية المحتاج : ٣١٩/٤ ، ٣١٩ ؛ حاشية الصاوي : ٣٥٨/٣ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) المغني : ٢٨٨/٤ .

من قسمته^(١). اهـ ، والحق غير المباشر نصت عليه المادة (١١٩) : إن إيجارات المسكن ومحلات التجارة وأجر الخدم والكتابة ومهر الزوجة ، كل ذلك من الديون الممتازة على سائر الغرماء. اهـ ، والملاحظ على هذه المادة أنها جعلت أجرة السكن وأجر الخدم من الديون الممتازة ، أي أنها مقدمة السداد على سائر الديون ، فمعنى ذلك أنها لا تدخل في نفقات المفلس التي تصرف عليه وإنما تبقى ديناً (ممتازاً) على سائر الغرماء في السداد وذلك عند توزيع حصيلة التفليسة .

(١) يقصد بـ الموجودات : سائر أموال المفلس العينية أو النقدية ؛ أمين المجلس : هو ما مأمور تعيينه المحكمة للإشراف على أعمال التفليسة كما يقوم الديانة بانتخاب ذاتين منهم أو من وكلاء الدعاوى معروفين بالدراية والاستقامة وهم المعبر عنهم بأمناء الديانة (المادة ١١٢) ؛ المفلس الحقيقي والتقسيري : سيأتي في أقسام المفلس . .

المبحث الثاني أقسام الإفلاس في الفقه والنظام

أولاً : أقسام الإفلاس في الفقه :

في الواقع أن أقسام الإفلاس في الفقه هي نفسها أقسام المفلس ، لذلك سنبحث هذا الموضوع من هذه الناحية وهي :

أقسام المفلس في الفقه :

عند الأحناف أن المفلس إن لم يعرف له مال وطلب غرماًؤه حبسه وهو يقول : لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد ، كالمهر والكفالة ، وإن أقام البينة أنه لا مال له خلى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة بالنص^(١) ، وعند المالكية قالوا : لا يخلو أن يكون من ادعى ذلك مجهولاً فلسه أو معلوماً فلسه أو معلوماً غناه ، فإن كان مجهول المفلس يحبس الحر والعبد حتى يستبين أمره لعله غيب ماله ، وقال مطرف : ويحبس النساء ومن فيه بقية رق في الدين في اللدد والتهمة ، ووجه ذلك أن ما يدعيه من الإعسار ينافيه إقراره بما عليه من الدين لأنه قد أخذ عوضه ، وذلك يقتضي أنه موسر به فالظاهر من حاله خلاف ما يدعيه ، فلذلك ألزمه السجن لتحقيق حاله^(٢) .

وقال الشافعي رحمه الله تعالى : وإذا كان للرجل مال يرى في يديه ويظهر منه شيء ثم قام أهل الدين عليه فأثبتوا حقوقهم فإن أخرج مالا أو وجد له ظاهر يبلغ حقوقهم أعطوا حقوقهم ولم يحبس ، وإن لم يظهر له مال أو لم يوجد له ما يبلغ حقوقهم حبس وبيع في ماله ما قدر عليه من شيء ، فإن ذكر حاجة دعا بالبينة عليها وأقبل منه البينة على الحاجة وأن لا شيء له إذا كانوا عدولاً خابرين به قبل الحبس^(٣) .

وعند الحنابلة أن من وجب عليه دين حال فطولب به ولم يؤده نظر الحاكم ، فإن كان في يده مال ظاهر أمره بالقضاء ، فإن ذكر أنه لغيره لم يقبل منه ، وإن لم يجد له مالا ظاهراً فادعى الإعسار فصدقه غريمه لم يحبس ووجب إنظاره ولم تجز ملازمته ، لقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] ، ولقول النبي ﷺ لغرماء الذي كثر دينه : " خذوا ما وجدتم ، وليس لكم إلا ذلك "^(٤) ، ولأن الحبس إما أن يكون لإثبات عسرته أو لقضاء دينه ، وعسرته ثابتة والقضاء متعذر فلا فائدة في الحبس ، وإن كذبه غريمه فلا يخلو ، أما أن يكون عرف له مال أو لم يعرف ، فإن عرف له مال

(١) الفتاوى الهندية : ٦٣/٥ ، والمقصود بالنص قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] .

(٢) المنتقى شرح الموطأ : ٨٢/٥ .

(٣) الأم للإمام الشافعي : ٢٧٣/٣ .

(٤) سبق تخريجه .

لكون الدين ثبت عن معاوضة ، كالتقراض والبيع ، أو عرف له أصل مال سوى هذا ، فالقول قول غريمه مع يمينه ، فإذا حلف أنه ذو مال حبس حتى تشهد البيينة بإعساره^(١) .

أقسام الإفلاس في النظام :

وهو ينقسم في النظام إلى ضربين : (١) أقسام الإفلاس ، (٢) أقسام المفلس :

أولاً : أقسام الإفلاس :

نصت المواد (١٠٤ - ١٠٧) من النظام التجاري على أن الإفلاس ثلاثة أنواع :

الأول : الإفلاس الحقيقي :

ويكون ممن اشتغل في صنعة التجارة على رأس مال معلوم يعتبره العرف كافياً للعمل التجاري الذي اشتغل فيه ووجدت له دفاتر منتظمة ، ولم يبذر في مصرفه ووقع على أمواله حرق أو غرق أو خسارات ظاهرة ، فإذا توافرت فيه هذه الشروط يكون مفلساً حقيقياً .

الثاني : الإفلاس التقصيري :

ويكون من التاجر الذي يكون مبدراً في مصاريفه ولم يبين عجزه في وقته ، بل كتبه على غرمائه واستمر يشتغل في التجارة حتى نفذ رأس ماله ، وإن وجدت له دفاتر منتظمة .

الثالث : الإفلاس الاحتيالي :

لا يعبر عنه (من وقع منه هذا الإفلاس) بمفلس إلا لتوزيع موجوداته على غرمائه ، بل هو محتال ، والمحتال من استعمل ضروب الحيل والذرائع في رأس ماله ، أو قيد بدفاته ديوناً عليه باسم أحد آخر بصورة كاذبة ، أو حرر بها سندات ، أو إفراغ أمواله وعقاره إلى غيره بطريقة نقل الملك ، أو أخفى شيئاً من أمواله واشتغل في التجارة بطريق التمويه والاحتياي ، أو تفضيل التجار على أي صورة كانت ، وسواء كان مبدراً أو لم يكن مبدراً ، أو لم توجد له دفاتر أو وجدت وكانت غير منتظمة ، وأضاع حقوق العباد بتلك الصور ، فيكون محتالاً .

نصت المادتين (١٣٦ - ١٣٨) على أن يعاقب المفلس الاحتيالي وكل من يثبت أنه شريك له في إخفاء أمواله وترتيب حيله يعاقب بالحبس من ثلاث إلى خمس سنوات ، وأما المفلس التقصيري فيعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين .

ثانياً : أقسام المفلس :

ينقسم إلى قسمين : (١) تاجر فرد ، (٢) شركة^(٢) .

(١) المغني : ٢٩٢/٤ .

(٢) انظر الإفلاس لإلياس ناصيف : ص ١٠٩ .

المبحث الثالث أحكام المفلس في الفقه والنظام

أولاً : أحكام المفلس في الفقه :

وتنقسم إلى قسمين :

(١) أحكام المفلس إذا كان تاجراً فرداً (ويدخل فيه المؤسسات التجارية) :

إذا أحاط الدين بمال المدين وطلب الغرماء الحجر عليه ، وجب على الحاكم تفليسه عند المالكية والشافعية والحنابلة ، وصاحبي أبي حنيفة ، وهو المفتي به عند الحنفية^(١) ، واشترط المالكية لوجوب ذلك ألا يمكن للغرماء الوصول إلى حقهم إلا به^(٢) ، أما إذا أمكن الوصول إلى حقهم بغير ذلك كبيع بعض ماله ، فإنه لا يصار إلى التفليس ، وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يفلس ، لأنه كامل الأهلية وفي الحجر عليه إهدار لآدميته^(٣) .

واستدل القائلون بتفليسه : بأن الكل مجمع على الحجر على الصغير لحظ نفسه وعلى المريض مرض الموت فيما زاد على الثلث لحق الورثة فلأن الحجر عليه ويمنع من التصرف في أمواله لحق الغرماء أولى .

ومما يتصل بهذا الموضوع أنه هل يجوز للحاكم أن يبيع ماله جبراً عليه أو لا ؟ ذهب الجمهور إلى جواز ذلك مستدلين بحديث معاذ رضي الله عنه : " أن النبي ﷺ حجر عليه ، وباع ماله في دين كان عليه ، وقسمه بين غرمائه ... " ، وكذلك أثر أسيف : أنه كان يشتري الرواحل ، فيغالي بها ثم يسرع في السير فيسبق الحاج فأفلس فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب ﷺ فقال : " أما بعد ، أيها الناس فإن الأسيف أسيف جهينة رضي منه دينه وأمانته أن يقال : سبق الحاج إلا أنه قد أدان مغرضاً فأصبح وقد رين به فمن كان له دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بين غرمائه وإياكم والدين"^(٤) ، ولأنه محجور عليه محتاج إلى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغير رضاه كالصغير والمجنون ، قال أبو حنيفة : لا يباع جبراً عنه لأنه لا ولاية عليه في ماله ، إلا أن الحاكم يجبره على البيع إذا لم يمكن الإيفاء بدون أجبار ، لقوله تعالى : ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ [النساء : ٢٩] ، واستثنى أبو حنيفة من ذلك أنه إذا كان دينه دراهم ، وفي المال دراهم دفعت للغريم جبراً ، وكذلك إن كان دينه دنانير وفي المال دنانير دفعت للدائنين جبراً ، وكذلك إذا كان عليه أحد النقدين وفي ماله النقد الآخر ، لأنهما كجنس واحد .

(١) المبسوط : ٢٦٥/٢٤ ، نصب الرأية : ٣٨٣/٥ ، شرح الزرقاني لمختصر خليل وحاشية البناني عليه : ٢٦١/٥ - ٢٦٥ :

بداية المجتهد : ٢٨٤/٢ ، ٢٨٥ ، شرح المنهاج بحاشية القليوبي : ٢٨٥/٢ : المغني : ٢٦٥/٤ .

(٢) بداية المجتهد : ٢٨٤/٢ ، ٢٨٥ .

(٣) نصب الرأية : ٣٨٣/٥ .

(٤) أخرجه مالك والبيهقي : ٤٩/٦ ؛ الموطأ للإمام مالك : ٧٧٠/٢ ؛ وفيه جهالة كما في التاريخ الكبير للبخاري : ٣٢٨/٥ .

واستدل لذلك بأن الغريم إذا ظفر بمثل دينه أخذه جبراً ، فالحاكم أولى ، وهذا الاستثناء عنده من قبيل الاستحسان . ومما يتصل بهذا أن المدين المستغرق بالدين ، يحرم عليه ديانة كل تصرف يضر بالدائنين ، كما يحرم على الآخرين أن يتعاملوا معه بما يضر بدائنيه متى علموا^(١) .

ويستحب إظهار الحجر عليه وإشهاره لتجنب معاملته كي لا يستضر الناس بضياع أموالهم ، ولأنه ربما عزل الحاكم أو مات ، فيثبت الحجر عند الآخر فيمضيه ، ولا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان . ولأن الحجر تتعلق به أحكام ، وربما يقع التجاحد فيحتاج إلى إثباته^(٢) .

والإشهار والإعلان في زماننا هذا أوكد ، لئلا يقع التغيرير بمن يتعامل معه المفلس ، لاسيما مع انتشار التجارة وفشوها بين الناس ، وتتنوع أصنافها وأجناسها ، وتباعد أقطار أهلها .

آثار الحجر على المفلس :

إذا حجر القاضي على المفلس ، تعلق بذلك من الآثار ما يلي :

- أ. تتعلق حقوق الغرماء بماله ، ويمنع من الإقرار على ذلك المال والتصرف فيه .
- ب. انقطاع الطلب عنه بدين جديد بعد الحكم بالإفلاس ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] ، ولحديث معاذ السابق وفيه " خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك "^(٣) .
- ج. حلول الدين المؤجل في ذمة المدين ، وهو المشهور عند المالكية وقول للشافعي ورواية عن أحمد^(٤) .
- د. استحقاق من وجد عين ماله عند المدين استرجاعه ، وهو قول مالك والشافعي وأحمد ، وهو الراجح لقوله ﷺ : " من وجد ماله بعينه عند مفلس فهو أحق به "^(٥) .
- هـ. استحقاق بيع المال المفلس وقسمه بين الغرماء^(٦) .

(١) المبسوط : ٢٦٥/٢٤ ؛ نصب الراية : ٢٨٣/٥ ؛ شرح الزرقاني لمختصر خليل وحاشية البناني عليه : ٢٦١/٥ - ٢٦٥ ؛ بداية المجتهد : ٢٨٤/٢ ، ٢٨٥ ؛ شرح المنهاج بحاشية القليوبي : ٢٨٥/٢ ؛ المغني : ٢٦٥ .

(٢) المغني : ٢٦٥/٥ ؛ الفتاوى الهندية : ٦٢/٥ ؛ نهاية المحتاج : ٣٠٥/٤ .

(٣) مطالب أولى النهى : ٣٧٦/٣ ، ٤٤٢ ؛ حاشية القليوبي : ٢٨٦/٢ ؛ حاشية الدسوقي : ١٠١/٣ ؛ الفتاوى الهندية : ٦٢/٤ ، والحديث سبق تخريجه .

(٤) شرح الزرقاني على مختصر خليل : ٢٧٦/٥ ؛ نهاية المحتاج للرملي : ٣٠٥/٤ ؛ المغني : ٤٣٥/٤ .

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٨٢/٣ ؛ شرح المنهاج : ٢٩٣/٢ ؛ المغني : ٤٥٣/٤ ، والحديث سبق تخريجه .

(٦) أنظر المراجع السابقة .

ثانيا : أحكام المفلس في الفقه إذا كان شركة:

(١) **شركة الأموال** : وهي الشركة التي يتراضى فيها اثنان فأكثر على أن يشترك كل منهم بمبلغ معين في رأس المال للتجارة على أن يكون الربح أو الخسارة بينهما ويعتمد هذا النوع من الشركات على مشاركة رأس المال ، وشركة الأموال يجوز أن تكون مفاوضة أو عنان^(١) .

- شروط صحة شركة المفاوضة عند من رأى جوازها :

(١) أهلية الكفالة لكل واحد من الشريكين وذلك لأن كل واحد من

الشريكين يضمن الآخر في التجارة.

(٢) المساواة في رأس المال.

(٣) ألا يكون لأحد الشركاء مال خارج عن الشركة.

(٤) أن يتحد الشركاء في التصرف.

(٥) تساوي الشركاء في الدين فلا تصح بين المسلم والكافر.

(٦) أن تكون بلفظ المفاوضة^(٢) .

وعلى هذا فإن الشريك مفاوضة إذا استدان لصالح الشركة فإن الشريك الآخر يضمن وبالتالي إن لم يكن لهما وفاء فإنهما يفلسان كليهما ويعاملان معاملة المفلس الواحد في الحجر وباقي الأحكام ، وذلك لأن من شروط المفاوضة ألا يكون لأحد الشركاء مال خارج الشركة ، ويقاس عليها شركات التضامن .

(٢) **شركة العنان**: وهي عقد يلتزم فيه الشركاء بدفع حصة معينة من رأس المال ويكون الربح والخسارة على ما يتفقون عليه^(٣).

ففي هذه الشركة يتحمل كل شريك من ديون الشركة على قدر حصته في الشركة وبحسب ما اتفق عليه الشركاء - لأنهم قد يتفقون على أن يكون أحدهم مسؤولاً عن الدين والتصرف في الشركة - وبالتالي يكون دين الشركة عليه كأي دين آخر ويعامل كل من الشركاء إذا لم يكن له وفاء لدينه كالمفلس الفرد. ويمكن أن يقاس عليه الشركات ذات المسؤولية المحدودة ، كما سيأتي تفصيله.

(٣) **شركة الأعمال**: وهي الشركة فيما يتقبلان بأبدانها في ذمتها من العمل^(٤).

^(١) بدائع الصنائع للكاساني : ٥٦/٦ - ٥٧ .

^(٢) فقه المعاملات لمحمد الفقي : ص ٢٩٣ - ٢٩٥ .

^(٣) الشركات في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف ص ٣١ .

^(٤) شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون للموسى ص ١٧٠ - ١٧٨ .

(٤) **شركة الوجوه** : وهي أن يشترك اثنان بوجهتهما في الشراء بالنسبة والبيع بالنقد والربح والخسارة بحسب ما اتفقنا عليه ، وهذه قد تكون شركة مفاوضة أو عنان^(١) ، وبالتالي يكون إفلاسها كإفلاس المفاوضة والعنان.

(٥) **شركة المضاربة**: وهي أن يكون المال من أحدهما والعمل من الآخر ويكون وكيلًا عن الآخر في ماله ، والربح بحسب ما اتفقنا عليه^٢. وتصرف المضارب لا يخلو من ثلاثة أحوال :

١. تصرف بمقتضى العقد : فهنا تكون مسؤولية الدين على رب المال ، لان المضارب وكيل وقد تصرف بما يقتضيه العقد من غير تقصير.

٢. تصرف لا بد له من إذن رب المال - ولو بصورة عامة كما لو قال في العقد : اعمل في هذا المال برأيك - كخلط مال المضاربة بمال ونحوه فهنا لا بد من إذن المضارب وإلا يضمن ذلك لأنه تصرف فيما لم يؤذن له فيه فيضمن ويعود الدين في ذمة المضارب..

٣. تصرف لا بد فيه في حالتين : ١- إن لم يكن هناك إذن من رب المال. ٢- إن كان هناك إذن ولكنه عام وتصرف في المال بما يحتاج معه إلى إذن خاص كالتبرع. (قال الشافعي) : الشريكين يفس أحدهما الآخر من الدين شيء إلا أن يقر أنه له بإذنه أو هما معا فيكون كدين أدانه له بإذنه بلا شركة كانت^٣.

ويقاس عليه المدير في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، ومجلس الإدارة في الشركات المساهمة .

ثانياً : أحكام المفلس في النظام: وتنقسم إلى قسمين:

أولاً: أحكام المفلس إذا كان تاجراً فرداً:

نصت المواد (١٠٨ - ١٣٣) من نظام المحكمة التجارية (السعودي) على ما يلي:

١. إعلان الإفلاس إما أن يكون بطلب من المفلس مباشرة أو بطلب من أحد غرمائه م
١٠٨.

٢. يقدم المفلس دفاتره مع سندات الديون المطلوبة إلى المحكمة ثم على المحكمة بعد التدقيق في الدفاتر أن تدقق المفلس وتضعه تحت مراقبة الشرطة ، تقرر المحكمة الحجز عليه وإعلان إفلاسه وتعتبر تصرفاته القولية والفعالية غير نافذة من تاريخ قرار الإفلاس م ١٠٩ - ١١٠.

(١) المرجع السابق.

(٢) انظر هذه الحالات في (شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون) للموسى ص ١٣٠ - ١٣٦.

(٣) الأم ٢٠٦/٣.

٣. يقوم أمين المجلس وأمناء الديانة (سبق التعريف بهم) بحجز أموال المفلس المنقولة وغير المنقولة وبييعونها بالمزاد العلني م ١١٢ - ١١٤.
٤. كل من يوجد بيده رهن سواء كان عقاراً أو منقولاً فيبيع الرهن المذكور ويعطى للمرتهن كامل دينه من ثمن الرهن فإذا زاد شيء بعد مطلوب المرتهن يضم إلى موجودات المفلس، وإن نقص يرجع المرتهن بما ينقص على موجودات المفلس مع بقية الديانة بقدر ما ينقص م ١٢١.
- وبعد ذلك تجمع أثمان المبيعات والنقود والديون المتحصلة ويخصم منها جميع المصاريف والرسوم وما يبقى يجري توزيعه على الديانة (مع مراعاة ما أوردناه في حقوق المفلس) م ١٢٢.
٥. لكل فرد من الديانة الحق بمطالبة ما يتبقى له بعد توزيع موجودات المفلس على الديانة في أي وقت من الأوقات عند ظهور مال في يده مخالف لما يوجد في صك المصالحة أو جدول توزيع الديون وقوع إبراء عام أو خاص فإذا وجد فلا تسمع دعواه بعدئذ م ١٣٠.
٦. يمكن للمفلس الحقيقي إذا سدد ديونه الأصلية مع المصاريف أن يعيد اعتباره التجاري، ولا يعاد إلى المفلس الاحتياطي اعتباره، أما المفلس المقصر فيجوز إعادة اعتباره بعد أداء كافة ديونه وإجراء العقوبات اللازمة عليه م ١٣٢ - ١٣٣.

ثانياً: إفلاس الشركات:

وقبل الدخول في موضوع إفلاس الشركات في النظام لا بد من التعرف على أنواع الشركات في النظام وتعريف مبسطة لها.

أنواع الشركات في النظام:

- (١) شركة التضامن: هي الشركة التي تتكون من شريكين أو أكثر مسؤولين بالتضامن في جميع أموالهم عن ديون الشركة .
- (٢) شركة التوصية البسيطة: هي الشركة التي تتكون من فريقين من الشركاء: فريق يضم على الأقل شريكا متضامنا مسؤولاً في جميع أمواله عن ديون الشركة، وفريق آخر يضم على الأقل شريكا موصياً مسؤولاً عن ديون الشركة بقدر حصته في رأس المال.
- (٣) شركة المساهمة: وهي الشركة التي ينقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية وقابلة للتداول، ولا يسأل الشركاء فيها إلا بقدر قيمة أسهمهم، ولا يجوز أن يقل عدد الشركاء فيها عن خمسة.

(٤) الشركات ذات المسؤولية المحدودة: هي الشركة التي تتكون من شريكين أو أكثر مسؤولين عن ديون الشركة بقدر حصصهم في رأس المال ولا يزيد عدد الشركاء فيها عن خمسين^١.

إفلاس الشركات في النظام:

تنشأ عن إفلاس الشركات المفاعيل التالية بالنسبة لأي شخص له صفة الشريك:

(١) نص النظام التجاري السعودي على أن الإفلاس إذا وقع على الشركة المعبر عنها بشركة المفاوضة- فكما تحجز كافة أموال الشركة تحجز أيضاً أموال الشركاء المتضامنين لكونهم مسؤولين من جهة التضامن م ١١٠، ويكون ذلك - بالطبع- بعد إعلان الإفلاس المنصوص عليه في المادة ١٠٨، من نظام المحكمة التجارية (ويكون إعلان الإفلاس للشريك والشركة في الشركات المذكورة).

(٢) يحق لأمين التفليسة (أمين المجلس) في جميع الشركات- سواء كانت تضامنية أو مفاوضة أو مساهمة أو ذات مسؤولية محدودة- أن يجبر الشركاء على إكمال دفع رأس المال حتى قبل موعد الاستحقاق المحدد في نظام الشركة ودون أن يلزم بإثبات حاجته لتكملة الموجودات هذه لتسديد دين الشركة.

(٣) يحق لأمين التفليسة استرداد أنصبة الأرباح الصورية وذلك باعتبار أن هذه الأرباح مقتطعة من رأس المال أو من الاحتياطي الإلزامي المعادل لرأس المال وذلك لما يمثله من ضمان عام الدائن .

(٤) إبطال تخفيض رأس المال إذا أدى للإضرار بحقوق الغير، أو لم يتم إعلانه ونشره حسبما هو مقرر في الإجراءات النظامية في تخفيض رأس المال .

(٥) إذا أقدم أعضاء المجلس الإدارة في الشركات المغفلة، أو المدير في شركات التوصية المساهمة أو الشركة المحدودة المسؤولية في أثناء قيامهم بإدارة الشركة على ارتكاب أعمال غش أو المخالفات لنظام الشركات المحدودة المسؤولية في أثناء قيامهم بإدارة الشركة على ارتكاب أعمال غش أو مخالفات لنظام الشركات أو نظام الشركة أو على ارتكاب أخطاء في الإدارة فإنه يحق للمحكمة التجارية - بناء على طلب أمين التفليسة أو المدعي العام- أن تقرر من تلقاء نفسها أن ديون الشركة يتحملها أعضاء مجلس الإدارة أو كل شخص سواهم موكل بإدارة أعمال الشركة أو مراقبتها وتعين المحكمة المبالغ التي يكونون مسؤولين عنها ولإسقاط

(^١) الوجيز في النظام التجاري السعودي ص ١٥١، ١٧٨، ١٩٠، ٢٢٦

هذه التبعية عنهم يجب عليهم إقامة البينة^(١) على أنهم اعتنوا بإدارة الشركة اعتناء الوكيل المأجور (بذل العناية اللازمة).

(٦) شروط تحقق هذه المسؤولية (باختصار):

أ- صدور الحكم بإعلان إفلاس الشركة.

ب- ظهور عجز في موجودات الشركة.

ج- وجود الأخطاء في الإدارة.

(٧) المسؤولية الجزائية الناشئة عن إفلاس الشركة:

أ. عقوبة الإفلاس الاحتيالي على الأشخاص المذكورين أدناه وهم:

الشركاء المفوضون في شركة التوصية، والشركاء في شركة التضامن ومديرو شركة التوصية والشركة محدودة المسؤولية سواء كانوا من الشركاء أو من غيرهم، والمديرون وأعضاء مجلس الإدارة والوكلاء المفوضون وأعضاء مجالس المراقبة ومفوضو المحاسبة والموظفون في الشركات المتقدم ذكرها وفي الشركات المساهمة، أما الأعمال التي تقع المسؤولية الجزائية بسببها فهي كل الأعمال المنصوص عليها في المادة ١٠٧ من نظام المحكمة التجارية (سبق التطرق له في هذا البحث).

ب. الحكم بالإفلاس التقصيري: ويطبق على الأشخاص السابق ذكرهم في كل الأعمال المنصوص عليها في المادة ١٠٦ من نظام المحكمة التجارية سبق التطرق لها في هذا البحث .

(١) وهذا لا يسلم شرعاً لأنهم في هذه الحالة وكلاء بأجر وهو آمناء فلا يضمنون إلا بالتعدي ولا التفريط ولا يلزمهم إثبات عدم التعدي والتفريط، بل الأصل عدمه إلا أن يثبت العكس (الموسوعة الفقهية ٣٢٤/١١)

خاتمة

ومن خلال هذا البحث المختصر توصلت للنتائج التالية:

(١) **اتفق تعريف النظام والفقہ للمفلس ، على أنه :**

من استغرقت الديون جميع أمواله فعجز عن تأديتها.

(٢) **حقوق المفلس في الفقہ ، كالتالي:**

١. النفقة.

٢. بيع ماله بما هو أصلح له.

٣. حق المفلس في داره وفيه خلاف والراجح أنها لاتباع دار التي لا غنى له عن سكتها.

(٣) **حقوق المفلس في النظام :**

وله حقان :

١. مباشر وهو النفقة

٢. غير المباشر: تقديم إيجارات مسكنة وأجرة خادمة على بقية الديون.

(٤) **أقسام المفلس في الفقہ :**

لا يخلو :

١. إن عرف حاله وعدم قدرته على السداد أشهر إفلاسه وبيع ما لديه وتحاص الغرماء .

٢. أن جهل حاله حبس حتى يستبين أمره ، على خلاف بين المذاهب في التقسيم.

(٥) **أقسام الإفلاس في النظام:**

هو على ضربين:

أ- أقسام الإفلاس :

١- إفلاس حقيقي ٢- إفلاس تقصيري ٣- إفلاس احتيالي.

ب- أقسام المفلس:

١- تاجر فرد

٢- شركة

(٦) أحكام المفلس في الفقه

١. أحكام المفلس (إذا كان فردا) في الفقه: إذا ثبت الدين ولم يفر مال به بدينه فإن القاضي يجبر عليه وهو الراجح من أقوال العلماء ويترتب على هذا الحجر آثار:
 - أ. تعلق حقوق الغرماء بماله، ويمنع من الإقرار على ذلك المال والتصرف فيه.
 - ب. انقطاع المطالبة عنه بدين جديد بعد الحكم بالإفلاس، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ، ولحديث معاذ السابق وفيه " خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك".
 - ج. حلول الدين المؤجل في ذمة المدين وهو المشهور عند المالكية وقول الشافعي ورواية عن أحمد.
 - د. استحقاق من وجد عين ماله عند المدين استرجاعه وهو قول مالك والشافعي وأحمد وهو الراجح لقوله صلى الله عليه وسلم: " من وجد ماله بعينه عند مفلس فهو أحق به".
 - هـ. استحقاق بيع مال المفلس وقسمه بين الغرماء.
٢. أحكام المفلس إذا كان شركة : إفلاس كل شركة حسب نوعها.

(٧) أحكام المفلس في النظام

١. أحكام المفلس في النظام إذا كان تاجرا فرداً:
أبرز هذه الأحكام كما وردت في البحث:
إعلان الإفلاس وحجز الأموال المدين ببيع ممتلكاته في المزاد العلني .
٢. أحكام المفلس في النظام إذا كان شركة:
أبرز هذه الأحكام كما وردت بالبحث :
يحق لأمين التفليسة إجبار الشركاء على إكمال دفع رأس المال، ويحق لأمين التفليسة أيضا استرداد أنصبة الأرباح الصورية وإبطال تخفيض رأس المال، كما يحق للمحكمة تحميل كل من له صلة بالخسارة التي لحقت الشركة من الموظفين التابعين لها إذا ثبت تورطهم في أخطاء إدارية نتج عنها الإفلاس.

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

مشروع قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي

يمكن أن نستخلص من النتيجة رقم 6 ، 7 السابق الإشارة إليهما مشروع قرار كالاتي :

إن مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته المنعقدة في ... بتاريخ قرر ما يلي : إن للمفلس أحكاما أبرزها :

أولا) إذا ثبت الدين ولم يف ماله بدينه فإن القاضي يحجر عليه ويترتب على هذا الحجر آثار:

أ) تعلق حقوق الغرماء بماله، ويمنع من الإقرار على ذلك المال أو التصرف فيه.

ب) انقطاع المطالبة عنه بدين جديد بعد الحكم بالإفلاس، وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ، ولحديث معاذ رضي الله عنه وفيه " خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك".

ج) حلول الدين المؤجل في ذمة المدين.

د) استحقاق من وجد عين ماله عند المدين استرجاعه وهو قول مالك والشافعي وأحمد وهو الراجح لقوله صلى الله عليه وسلم: " من وجد ماله بعينه عند مفلس فهو أحق به " .

هـ) إعلان الإفلاس وحجز أموال المدين السائلة والمنقولة والثابتة، وبيع ممتلكاته في المزاد العلني بكل طريق أحظ للغرماء ، وقسمة الحصيلة بين الغرماء محاصة على قدر ديونهم.

ثانيا) إذا كان المفلس شركة فيحق لأمين التفليسة إجبار الشركاء على إكمال دفع رأس المال، ويحق له أيضا استرداد أنصبة الأرباح الصورية وإبطال تخفيض رأس المال، كما يحق للمحكمة تحميل كل من له صلة بالخسارة التي لحقت الشركة من الشركاء أو الموظفين التابعين لها إذا ثبت تورطهم في أخطاء إدارية نتج عنها الإفلاس.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الإعسار في الفقه الإسلامي مقارنة مع الأنظمة الحقوقية

إعداد

الشيخ أحمد المبلغي

رئيس مركز الدراسات والبحوث

المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية

الجمهورية الإسلامية الإيرانية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله الطيبين وصحبه
الميامين

تدور هذه الورقة حول المحاور التالية:

- تعريف الإعسار.
- مقارنة الإعسار في الفقه مع الإعسار في القانون الوضعي.
- فرق الإعسار مع الإفلاس في إطار كل من الفقه والقانون الوضعي.
- أحكام المدين الموسر الممتنع عن أداء الدين.
- أحكام المدين الثابت إعساره.
- أحكام المدين المدعي للإعسار.
- اشترط أو عدم اشتراط الشهادة على الإعسار بالخبرة الباطنة.
- معاقبة المدين المعسر بعقوبة التبديد.

المحور الأول تعريف الإعسار في كل من الفقه والقانون الوضعي

أولاً: تعريف الإعسار في الفقه:

بما أن الوارد في الكتب الفقهية تعريف المعسر، فنحاول فهم معنى الإعسار عبر ما ورد من تعريفات للمعسر، فنقول: هناك تعريفات له يمكن تقسيمها إلى اتجاهات كالآتي:

الأول: ما ركز على عنصر "عدم وجود أي شيء من المال له": ويندرج تحت هذا الاتجاه تعريفان: أحدهما: تعريف الحنفية بأنه "من عدم المال أصلاً" وتعريف بعض الشافعية بأنه "من لا يملك شيئاً من المال"^١.

الثاني: ما ركز على عنصر "عدم المال" و"عدم الكسب": وهذا الاتجاه يتمثل في التعاريف التالية:

- ما ورد في الإنصاف للمرداوي بأنه "من لا شيء له ولا يقدر على شيء" من لا شيء له^٢
- تعريف الماوردي بأنه "من لا يقدر على النفقة من ملك ولا كسب"^٣
- تعريف بعض الإمامية بأنه "هو الذي لا يملك مالاً ولا يتمكن من التكسب"^٤.

وكان أصحاب هذا الاتجاه يقولون: لما كانت العسرة في قبال اليسار، فلا بد أن نطلق في تعريفه من المعنى الذي للييسار، وبما أن اليسار كما يتحقق بالقدرة على المال، يتحقق بالقدرة على تحصيله، (ولهذا منع القادر على التكسب من أخذ الزكاة، إلحاقاً له بالغني القادر على المال) فالعسرة ليس من الصحيح أن نتصور أنها تتحقق بمجرد عدم المال، بل لا بد من عدم القدرة على التكسب أيضاً.

الثالث: ما ركز على عنصر كون الخرج أكثر من الدخل: وقد تمثل ذلك في تعريف بعض الشافعية بأنه "هو من يزيد خرجه عن دخله"^٥

الرابع: ما ركز على عنصر عدم القدرة على أداء الدين: وهذا متمثل في التعاريف التالية:

^١ - رد المحتار ٤: ٣١٨.
^٢ - إعانة الطالبين ٤: ٦٣.
^٣ - الإنصاف، ٩: ٣٥٥.
^٤ - الحاوي الكبير، ١١: ١٠٤٠.
^٥ - راجع: مسالك الأفهام، ١٣: ٤٤٥.
^٦ - شرح المحلى على منهاج الطالبين، ٤: ٧٠.

- "من لا يقدر على أداء ما عليه من مال" ^١
- "من عليه الديون بحيث لا يفي بها ماله" ^٢
- تعريف الرازي له بأنه الذي "لا يجد في ملكه ما يؤديه بعينه، ولا يكون له ما لو باعه لأمكنه أداء الدين من ثمته" ^٣

وقال في توضيح ما تبناه في تعريفه هذا: "من وجد داراً وثياباً لا يعد في ذوي العسرة، إذا ما أمكنه بيعها وأداء ثمنها، ولا يجوز أن يحبس إلا قوت يوم لنفسه وعياله، وما لا بد لهم من كسوة لصلاتهم ودفع البرد والحر عنهم" ^٤

وقد يذكر لتوجيه هذا الاتجاه بأن المعسر ظاهر في الواقع في العسر، وإذا كان الإنسان لا يتمكن من وفاء دينه، فهو في عسر، ويشير إلى ذلك قوله تعالى: (فإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة)

الخامس: ما ركز على عنصر عدم امتلاك ما به الكفاية للعيش مع تحديد زمني في ذلك: وهذا متمثل في تعريفه بأنه "لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه" ^٥

الرأي المختار:

الذي ينبغي اختياره، هو الاتجاه الرابع، وذلك لأنه وإن كان الإعسار في الفقه يكون بمعنى أعم مما هو ملحوظ في باب الدين، كما هو معلوم، ولكننا إذا أردنا التركيز على المدين المعسر - كما يكون ذلك هو المطلوب والمقصود للبحث - وأن نقوم في إطار "مبحث الدين" بتعريف له، فلا بد من ذكر تعريف لوحظ فيه النظر إلى نسبه مع الدين.

هذا الاتجاه وإن كنا نقبله غير أن التعاريف المدرجة تحته، يمكن مناقشتها بأنها ربما تشمل المفلس - والذي يصدق على من له مال أحياناً ولكنه غير واثق لديونه - ومن هنا لا بد علينا من شيء من التصرف في هذه التعاريف، وفي هذا الإطار يمكننا أن نغير التعريف الأول مثلاً ونجعله بالصورة التالية: "المعسر من لا يقدر على أداء أي جزء مما عليه من مال". وبهذا القيد يبرز ما هو الفرق بين المعسر والمفلس.

ثانياً: تعريف الإعسار في القانون:

إن تعريف الإعسار في القانون يتوقف على بيان الاختلاف الأساسي في مقولة الإعسار بين الأنظمة القانونية، فنقول: إن مقولة الإعسار لم يتم النظر إليها بصورة واحدة، بل تختلف الأنظمة القانونية في ذلك ^٦، مما أمكن تقسيمها إلى اتجاهات ثلاثة:

^١ - مستمسك العروة، الحكيم، ١٣: ٣٩٦
^٢ - العزيز شرح الوجيز ٥: ٣، روضة الطالبين ٣: ٣٦٢. تذكرة الفقهاء، العلامة الحلي، ١٤: ٥.
^٣ - تفسير الرازي، ٧: ١١٠ - ١١١.
^٤ - تفسير الرازي، ٧: ١١٠ - ١١١.
^٥ - الحدائق الناضرة، ٢٨: ٤٣٠، رياض المسائل، الطباطبائي، ٢: ٢١٥، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢: ١٨٧.
^٦ - أنظر: الوسيط، ٢: ١٢٠٤، الإعسار المدني والإفلاس التجاري: ٩.

الاتجاه الأول: اتجاه التطبيق لأحكام الإفلاس على التجار وعلى غير التجار: وهذا لبعض التشريعات مثل: النظام التشريعي لألمان، والانجلترا، وهولندا، والسويد، والنرويج، والدنمارك؛ حيث إن هذه التشريعات لا ترى إلا نظاماً واحداً، ألا وهو نظام الإفلاس التجاري، وهذا النظام يخضع له المدين المعسراً أياً كان، أي: سواء كان تاجراً أو غير تاجر.

وببيان آخر فان الإفلاس يقصد به في هذه الأنظمة ما يتناول كلاً من الإفلاس التجاري والإعسار المدني.

الاتجاه الثاني: اتجاه التركيز على تنظيم الإفلاس التجاري: وهذا الاتجاه التزمته سويسرا، حيث قام نظامها القانوني بأمور ثلاثة:

أولاً: تنظيم الإفلاس التجاري.

ثانياً: عدم تنظيم الإعسار المدني وإيكاله إلى إجراءات الحجز المعتادة.

ثالثاً: إخضاع بعض الطوائف من المدينين المعسرین لنظام الإفلاس التجاري على سبيل الإلزام، وهذا قد تم على الرغم مما كان لهذا الاتجاه من إيكاله للإعسار المدني إلى الإجراءات الحجزية المعتادة.

وهذان الاتجاهان قد انتقدهما السنهوري، فقال منتقداً للاتجاه الأول: "وعيب هذا النظام أنه يأخذ المدين المعسر بما يأخذ به التاجر المفلس من إجراءات لها ما يبررها في التعامل التجاري، ولكنها في المعاملات المدنية تعتبر قاسية في غير ضرورة"^١

أما انتقاده للاتجاه الثاني، فقال: "وعيب هذا النظام أنه لا يزال يترك الإعسار المدني دون تنظيم، ويقتصر على نقل بعض المدينين المعسرین إلى نظام الإفلاس التجاري ولا يتلائم هذا النظام في بعض إجراءاته مع ملابسات الإعسار المدني"^٢.

الاتجاه الثالث: اتجاه التفكيك بين الإعسار المدني والإفلاس التجاري: وهذا للنظام الإسباني، وقد أخذت هذا الاتجاه أيضاً الأنظمة التقنية التالية:

- التقنين المصري؛ حيث قام تقنينه المدني الجديد بتنظيم الإعسار المدني في المواد ٢٦٤ - ٢٤٩، بصورة منفصلة عن الإفلاس التجاري.
- التقنين الإيراني، حيث تبنى الفصل بين هذين، وقد برز هذا الفصل في مادة ١٠ من قانون الإعسار، والمواد ٤١٢ إلى ٥٧٥ من قانون التجارة.
- التقنين العراقي؛ حيث قام تقنينه المدني بتنظيم الإعسار المدني في المواد ٢٧٠ - ٢٧٩.

^١ - الوسيط، ٢: ١٢٠٥.

^٢ - المصدر نفسه.

نعود الآن إلى تعريف الإعسار في القانون، فنقول: إن البحث عنه يأتي في إطار اتجاه التفكيك والفصل بين نظامي الإعسار المدني والإفلاس التجاري.

وقد عرف الإعسار في الحقوق بما يلي:

• الإعسار خلل يطرأ على الذمة المالية وتصير به مقوماتها السلبية أكثر من مقوماتها الإيجابية.

والذمة المالية هي التي تتضمن للشخص من حقوق وما عليه من واجبات، كما أن المقصود من المقومات السلبية ديونها ومن المقصود من المقومات الإيجابية هي حقوقها.

- إن الإعسار هي حالة صيرورة أموال المدين غير كافية لسداد حقوق دائنيه.
- هو إفلاس غير التاجر، وعجزه عن الوفاء بديونه.

والذي يمهّد الطريق للحصول على مفهوم الإعسار المدني بشكل دقيق، هو الانطلاق من تقسيمه إلى الإعسار الفعلي والإعسار القانوني.

وإليك تعريف كل من القسمين:

(١) الإعسار الفعلي:

جاء في تعريفه: "هي حالة واقعية تنشأ عن زيادة ديون المدين - سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة ما دامت محققة الوجود - على حقوقه".^١

ولعل الأفضل أن يعرف هكذا: هي حالة تتسم بكونها موجودة فعلاً (وإن لم تكن هذه قانونية)، تحصل للمدين بسبب زيادة ديونه على حقوقه، حتى لو كانت هذه الديون غير مستحقة الأداء.

(٢) الإعسار القانوني:

هي حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على حقوقه، ولا بد من شهرها بموجب حكم قضائي يجعل المدين في حالة الإعسار.^٢

تحليل حول الفرق بين القسمين:

والحقيقة أن الإعسارين يشتركان في نقطة ويفترقان في نقطتين، أما النقطة التي يشتركان فيها، هي أن تحقق كل منهما منوط بتوفر عنصر "زيادة الديون على الحقوق" بمعنى أنه ما دام لم تحقق هذه الزيادة، لا تحصل حالة الإعسار، وأما النقطتان اللتان تفترقان فيهما فأوليتهما هي أن الديون التي تتصف بوصف الزيادة في الإعسار الفعلي ليس من اللازم أن تكون ديوناً مستحقة الأداء، بل لو كانت غير مستحقة الأداء تحصل بها

^١ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد للسنهوري ١٢٠٩/٢.

^٢ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد للسنهوري ١٢٠٩/٢.

أيضاً حالة الإعسار بخلاف الإعسار القانوني فإنه من اللازم في تحققه أن تزيد الديون المستحقة الأداء الحقوق، وثانيتها هي أن يصدر حكم من القاضي بشهر إعسار المدين، وهذه هي التي تعطي إليه وصف كونه قانونية.

ومن منطلق هاتين النقطتين - اللتين تفترقان فيهما - حصلت فروق أخرى بينهما لعل من أهمها الفرقين التاليين:

• فرقهما من حيث انتهاء الإعسار، وهذا الفرق هو أن الإعسار القانوني قد ينتهي من دون أن ينتهي الإعسار الفعلي؛ وذلك في موردين:

أولاً: بموجب حكم في صورة ما إذا وفي المدين المعسر ديونه الحالة، والتي هي الأساس في تكون حالة الإعسار القانوني.

وثانياً: بقوة القانون فيما إذا انقضت خمس سنوات على شهر الإعسار.

ووجه بقاء الإعسار الفعلي رغم انتهاء الإعسار القانوني، هو بقاء ما هو عامل هذا الإعسار، وهذا العامل ليس إلا كون ديون المدين أكثر من حقوقه.

ومن هنا صح أن يقال: إن الإعسار القانوني قد يقع بحيث يكون قبله وبعده إعسار فعلي، أي: يقع وهو محضوف بالإعسار الفعلي.

• فرقهما من حيث منع المعسر من التصرف، بمعنى أنه في الإعسار الفعلي لا يمنع المعسر عن التصرف في أمواله، بينما في الإعسار القانوني يتم مثل هذا المنع. وهناك فرق مهم آخر وهو فرقهما من حيث المعاقبة بعقوبة التبديد سوف يأتي بحثه.

المحور الثاني

مقارنة الإعسار في الفقه مع الإعسار في القانون الوضعي

هناك نقطتان أمكنت فيهما هذه المقارنة:

(١) إن الإعسار الفقهي يختلف عن الإعسار في القانون الوضعي من جانبين:

أولاً: الجانب المفهومي:

ذلك أنه يقصد بالإعسار الفقهي عدم قدرة المدين على أداء أي جزء من ديونه، لا من طريق المال ولا الكسب، بينما الإعسار في القانون الوضعي يقصد به صيرورة أموال المدين غير كافية لسداد حقوق دائنيه.

ثانياً: الجانب التنظيمي:

ذلك أن للإعسار في القانون الوضعي قسمين: إعسار فعلي وإعسار قانوني، والإعسار في الفقه ليس له مثل هذا التنظيم والتقسيم.

وفي إطار النظر إلى هذا التقسيم، صح القول: إن الإعسار القانوني (والذي هو أحد قسمي الإعسار في القانون) قريب من "الإفلاس الفقهي الذي تم بعد تحققه الحكم بالحجر على المفلس"، حيث إن تعريف الإعسار القانوني هو أنه "حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على حقوقه، مع صدور شهر من جانب القاضي" واقتراب هذا المضمون من المضمون الذي يتضمنه تعريف الإفلاس الفقهي مما لا يخفى، فإن الإفلاس الفقهي قد عرف بزيادة الديون الحالة للمدين على أمواله.

(٢) إنه في الفقه الإسلامي يكون "الحكم بالحجر" مختصاً بالمفلس دون المعسر، بينما لا يوجد هذا الاختصاص به في القانون الوضعي، بل كما يوجد فيه الحكم بشهر الإفلاس، يوجد فيه الحكم بشهر الإعسار أيضاً.

هذا ولكن يمكن القول: إن الإعسار في القانون الوضعي (الذي يصدر الحكم بشهره) لا يعادل الإعسار الفقهي، بل - كما قلنا سابقاً - يقترب من الإفلاس الفقهي؛ حيث إن الإعسار القانوني "حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على حقوقه، مع حكم بالشهر" وهذا قريب من الإفلاس الفقهي (فيما لو ترتب عليه الحكم بالحجر)، والذي تعريفه "زيادة الديون الحالة للمدين على أمواله".

المحور الثالث

فرق الإعسار مع الإفلاس في إطار كل من الفقه والقانون الوضعي

وفيما يلي نبحث عن أمور أربعة:

أولاً: تعريف مصطلح الإفلاس في الفقه:

قد برزت وجهات النظر للفقهاء حول تعريف الإفلاس في قالب ما قاموا به من ذكر تعريفات للمفلس، فنقول: هناك تعريفات حول المفلس ذكرها الفقهاء، وهي كالآتي:

التعريف الأول: ما ذكره فقهاء الحنبلية^١، وهو "من لزمه أكثر مما له".

التعريف الثاني: ما ذكره فقهاء من الشافعية^٢ والأمامية^٣ وهو "من عليه ديون لا يفي بها ماله".

التعريف الثالث: ما ذكره بعض الفقهاء من الشافعية^٤، وهو: "من عليه ديون حالة زائدة على ماله"

التعريف الرابع: ما ذكره بعض الفقهاء من الإمامية^٥، وهو: "من عليه ديون حالة وماله لا يفي بها".

ويكون للتعريف الثالث والرابع مضمون واحد، ويرجحان على التعريفين الأولين بلحاظ أنهما يتضمنان قيد "حالة".

ثانياً: تعريف مصطلح الإفلاس في القانون:

هناك تعريفات ذكرت للإفلاس:

الأول: هو "حالة التاجر الذي توقف عن دفع ديونه التجارية"^٦

الثاني: هو "توقف المدين التاجر عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها، بغض النظر عما إذا كان المدين موسراً أو معسراً، كثرت أمواله أو قلت"^٧.

الثالث: هو "طريق للتنفيذ على مال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية"^٨

^١ - الفروع في الفقه الحنبلي، ١: ٤٨.

^٢ - فتح العزيز، الرافي، ١٠: ١٩٦، روضة الطالبين، النووي، ٣: ٣٦٢.

^٣ - قواعد الأحكام، ٢: ١٤٢، إيضاح الفوائد، فخر المحققين، ٢: ٦٤.

^٤ - مغني المحتاج، الشربيني، ٢: ١٤٦.

^٥ - الجامع للشرائع، يحيى بن سعيد: ٣٦١.

^٦ - الوسيط في الحقوق البرية، أنطاكي، ٢: ٦٢٩.

^٧ - الأوراق التجارية والإفلاس، طه: ٣٣٦.

^٨ - أحكام الإفلاس والصلح الواقعي، العكيلي: ٩.

ثالثاً: الفرق بين مصطلحي الإعسار والإفلاس من منظور فقهي:
هنا نواجه فروقاً، وهي ما يلي:

أولاً: الفرق بينهما من حيث السعة والضيق المفهومين:

إن الإعسار تكون دائرة مفهومه أوسع من دائرة مفهوم الإفلاس، بحيث كانت النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق، فكل معسر مفلس، وليس كل مفلس معسر، حيث إن المدين المعسر هو الذي إما لم يبق لديه مال أصلاً، أو أنه لو بقي لديه شيء، فإنما هو مال قليل جداً لا يكفيه إلا ليوم واحد فقط، وأياً كان من هذين، فهو لا يقدر أن يؤدي أي شيء من ديونه، بخلاف المفلس، فإنه ربما يملك مالاً غير أن مشكلته تكمن في أن ديونه تزيد على هذا المال الذي لديه، وعليه فكل مدين كان معسراً فهو حتماً مفلس، ولكن العكس غير صحيح فإنه يمكن أن يكون المدين مفلساً ومع ذلك ليس هو معسراً.

ثانياً: الفرق بينهما من حيث المسبوقية باليسار أو عدمها:

إن الإعسار تكون دائرة تحققه أوسع من دائرة تحقق الإفلاس، بحيث إن الإعسار يتحقق سواء كان مسبقاً بحالة اليسار أم لم يكن مسبقاً بها، بخلاف الإفلاس فإنه لا يتحقق إلا وأن كان مسبقاً بحالة اليسار.

ثالثاً: فرقهما من حيث الحكم:

(أ) اختصاص حكم الحجر بالمفلس دون المعسر: وليس ذلك إلا لأن الحجر تكون فلسفته عبارة عن منع المدين من التصرف في ماله حتى لا يتضرر الدائنون، وكما هو معلوم فإن المعسر ليس لديه مال ولا كسب حتى يحاول الحفاظ على هذا المال أو ما يكتسبه عبر الحجر عليه.

(ب) اختلافهما من حيث ماهية الحبس الذي يشتركان فيه كحكم شرعي: حيث إنه في الإعسار لا يأتي الحكم بالحبس إلا لمن كان مدعياً للإعسار، فيحبس بهدف كشف الواقع، بينما الإفلاس يتم الحكم بالحبس فيه بهدف الضغط على المفلس لكي يؤدي ديونه.

رابعاً: الفرق بين مصطلحي الإعسار والإفلاس من منظور قانوني:

إن النقاط التالية تعكس النسبة أو الفرق بين المصطلحين:

الأولى: أن الإفلاس يكون التركيز فيه على "التصفية الجماعية" لأموال المدين، بينما الإعسار يكون التركيز فيه على "الملاحقة الفردية".

الثانية: يختص كل من نظامي الإعسار والإفلاس بغير ما كان الآخر يختص به، فالإفلاس نظام خاص بالتجار بينما الإعسار نظام خاص بغير التجار.

الثالثة: أنه يختلف العنصر البارز الذي يقوم كل منهما على أساسه، فعنصر "توقف التاجر عن دفع ديونه" هو العنصر البارز الذي يقوم على أساسه الإفلاس، بينما العنصر البارز الذي يقوم على أساسه الإعسار هو "زيادة الديون على الحقوق".

الرابعة: أن التركيز على "الديون" وإن كان يشترك فيه الإفلاس والإعسار، غير أنه تختلفان في نوعية الديون، فالديون التي يركز عليها في الإفلاس هي ديون تجارية، بينهما الديون في الإعسار هي ديون مدنية. وانطلاقاً من ذلك، لو أن الديون المدنية أحاطت بأموال التاجر، فإن الذي يطبق عليه هو نظام الإعسار، لا نظام الإفلاس.

الخامسة: أن دائرة تطبيق الإعسار أعم من دائرة تطبيق الإفلاس؛ ذلك أن من يطبق عليه نظام الإعسار ليس هو فقط غير التاجر، بل حتى يطبق أيضاً على التاجر فيما إذا أحاطته الديون المدنية، لا التجارية، كما ذكر سابقاً.

السادسة: أن دائرة تطبيق الإعسار وإن كانت أعم من دائرة تطبيق الإفلاس، (كما ذكرنا سابقاً)؛ غير أن دائرة ما يترتب على شهر الإفلاس أعم من دائرة ما يترتب على شهر الإعسار، وهذه الأعمية تبرز في موارد، منها ما يلي:

- أن الحقوق التي تسقط بشهر الإفلاس أعم من دائرة الحقوق التي تسقط بشهر الإعسار، ذلك أن الحقوق السياسية داخلية في دائرة الحقوق التي تسقط بشهر الإفلاس، وليست داخلية في دائرة ما يسقط من الحقوق بسبب شهر الإعسار، فإن المدين المعسر بالإعسار القانوني، تبقى حقوقه السياسية على حالها.
- أن الإعسار والإفلاس وإن كانا مشتركين في تضمينهما لصدور الحكم بالمنع، غير أن المنع في الإفلاس هو منع مطلق يشمل حتى إدارة المفلس لأمواله والتصرف بها، بينما المنع في الإعسار لا يتوجه إلى إدارة المعسر لأمواله والتصرف بها، بل الذي هو متعلق بالمنع في الإعسار لا يعدو عن الأموال المحجوزة التي يمتنع على المعسر إنقاصها أو تبديدها.
- أن حكم الإفلاس يترتب على صدوره وقف سريان فوائد الديون العادية بالنسبة إلى الدائنين.
- أنه يترتب على شهر الإفلاس سقوط آجال جميع ديون المفلس النقدية، سواء كانت عادية أو مضمونة بامتياز عام أو خاص.
- أنه في نظام الإفلاس تتشكل وتتكون "جماعة الدائنين" تتمتع بالشخصية الاعتبارية، ولا يتم ذلك في نظام الإعسار.

السابعة: أن الإفلاس والإعسار القانوني (والذي هو أحد نوعي الإعسار) وإن كانا مشتركين في ابتنائهما على الحكم بالشهر (حيث إن حكم بشهر الإفلاس أو بشهر

الإعسار من مقومات تحقق الإفلاس أو هذا النوع من الإعسار)، غير أن صدور هذا الحكم في الإفلاس (أي: شهر إفلاس التاجر) يتم إذا حصل عنصر "التوقف"، أي: توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية، من دون ابتداء ذلك على أن تكون ديونه أكثر من أمواله، بينما صدوره في الإفلاس (أي: شهر إعسار المدين) يتم إذا حصلت حالة زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على أمواله.

ذلك أن نظام الإعسار ليس من يطبق عليه هو غير التاجر فقط، بل يطبق أيضاً على التاجر، فيما إذا أحاطته الديون المدنية، لا التجارية، كما ذكر سابقاً.

الثامنة: أن الإفلاس والإعسار وإن كانا مشتركين في كون الحكم بالشهر فيهما حاصلًا من جانب المحكمة، غير أنهما يختلفان في ذلك من جهتين:

أولاً: أن الحكم بالإفلاس غير منوط بطلب الدائنين، بل للمحكمة المبادرة بذلك، بينما الحكم بالإعسار لا يتم إلا على أساس طلبهم.

ثانياً: أنه في حالة الإفلاس لا تتمتع المحكمة بسلطة تقديرية في الحكم بالإفلاس، بل عليها إصدار هذا الحكم إذا توفرت شروط الإفلاس، بينما المحكمة تتمتع في حالة الإعسار مثل هذه السلطة، فلها أن ترفض الحكم بالإعسار فيما إذا توفرت الظروف المبررة له.

المحور الرابع أحكام المدين الموسر الممتنع عن أداء الدين

ولا اعتبار كون المدين من هذا القسم، لا فرق بين أن كان المدين ممن قد أحرز عدم كونه معسراً من جهة إقراره بعدم الإعسار، أو أن كان ممن تبدو عليه حالة عدم الإعسار واضحة من دون حاجة إلى إقراره.

وتتصور في حكمه فروض:

(أ) **لزوم أن يقوم الحاكم بما يجعله يرجع عن الامتناع:** ويرى أصحاب هذا القول أن

مثل ذلك لا يلزم حبسه رأساً، بل تسبق هذه العملية مرحلتان تأتي الواحدة بعد الأخرى، وهي: إجباره على الأداء، فإن ماطل وأصر على الامتناع، فتأتي المرحلة التالية، وهي: عقوبته بمثل التغليظ عليه في القول كرفع الصوت عليه ونحوه، فإن ماطل فتأتي مرحلة حبسه حتى يرجع عن امتناعه عن الأداء^١.

(ب) **لزوم حبسه:** وهذا الحكم - سواء أكان الحبس رأساً أو أنه كمرحلة ثالثة

تسبقها مرحلتا الإجمار والتغليظ - هو في الحقيقة حكم يترتب على تحقق "عنصر الامتناع عن أداء الدين". وبتعبير آخر هو حكم، موضوعه "الامتناع عن أداء الدين"، وعليه فلا يترتب هذا الحكم مع عدم تحقق هذا العنصر في الخارج، وإن كان كارهاً للوفاء في الباطن^٢.

(ج) **لزوم المنع عن التصرف:** حيث يرى أصحاب هذا الرأي أن ما ورد من الأخبار عن

حبسه ليس بمعنى حبس شخصه، بل بمعنى منعه عن التصرف. وقد احتمل ذلك صاحب الجواهر، حيث قال عن الرواية التي وردت في أن الإمام علياً كان يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه، قال: "لعل المراد من قوله: يحبس، المنع من التصرف"^٣

الرأي المختار:

يبدو أن الصحيح هو الرأي الأول الذي يركز على الحبس إذا لم تؤثر فيه الطرق الأخرى في حمله على أداء دينه. ويمكن أن يستدل على صحة هذا الرأي بدليل يتكوّن من نقطتين:

الأولى: أن المراد من الحبس هنا، هو ما يسمى في القانون بالحبس التنفيذي، والحبس التنفيذي يمكن تعريفه بأنه "هو الحبس الذي لا يكون عقوبة رغم تضمينه لمفهوم

^١ - راجع: العروة الوثقى، السيد اليزدي، ٦: ٤٨٥.

^٢ - راجع: بلغة الفقيه، بحر العلوم، ٣: ٢٥٨.

^٣ - جواهر الكلام، الشيخ الجواهري، ٢٥: ٢٨١.

حجز الحرية، بل هو في واقعه عبارة عن عملية حرمان المدين من حريته بصورة مؤقتة، كوسيلة للضغط عليه بهدف حمله على تنفيذ ما عليه من الالتزام بالوفاء بالدين".

والثانية: أن الحبس التنفيذي هو حق استثنائي شرع للدائن لكي يتمكن عبه من الضغط على مدينه وإجباره على الوفاء، وهذا الحق بما أنه يتضمن المساس بكرامة المدين، فهو إنما يثبت فيما إذا لم يكن هناك وسيلة أخرى أمامه للضغط عليه.

المحور الخامس أحكام المدين الثابت إعساره

وهو الذي يعبر عنه بالمعسر. نتناول هنا حكم موضوعات ثلاثة تتعلق بالمدين المعسر، وهي:

- (أ) حبسه
 - (ب) مطالبته
 - (ج) ج. ملازمته
- (أ) حبس المعسر:

إذا ثبت إعسار المدين، فهل يجوز للحاكم حبسه؟ اتفق فقهاء المذاهب الإسلامية على عدم جواز حبسه.^١

وهذا الحكم الفقهي المتفق عليه ينطلق من أن الحبس عندهم إما للعقوبة، إذ أن حبس العقوبة متفرع على ارتكاب الجريمة، فلا يصح أن يحكم به المعسر؛ فإن عدم أدائه للمدين لا يعد جريمة، أو لاستظهار حال المدين من حيث الإعسار وعدمه، وبما أن المعسر هو الذي ثبت إعساره، وليس الذي جهل حاله من حيث الإعسار وعدمه، فلا يصح أن يحكم عليه بالحبس الاستظهارى، ومن هنا قال بعض الفقهاء: "حبس المفلس لثبوت عسره - إن جهل حاله - لا إن علم عسره".^٢

بل الأمر بالنسبة إلى المعسر، أكثر من ذلك، حيث إن "حبس المعسر لا فائدة فيه؛ لأنه لا يتوقع منه وفاء ما دام محبوساً، ويظنُّ منه الوفاء إذا لم يحبس؛ لِأَنَّهُ قد يكتسب ما يستعين به على وفاء الدين".^٣

ولعله لذلك كله، قال بعض الفقهاء: "إن حبس المعسر ظلم".^٤

وعلى أية حال فإن الذي ذكر (من عدم معقولية لحاظ كل من نوعي الحبس بالنسبة إلى المعسر) يشكل بنفسه وجهاً يثبت به القول بعدم جواز حبس المفلس، غير أن هذا الوجه ليس هو الدليل الوحيد على هذا القول، بل هناك وجوه أخرى ذكرت لإثبات هذا القول، تجدر الإشارة إليها، وهي كالآتي:

^١ - راجع: بلغة السالك ٣: ٢٣٢، حاشية الدسوقي ٣: ٢٧٨، نهاية المحتاج في شرح المنهاج ١٥: ٩٦. شرائع الإسلام، المحقق الحلي، ٢: ٣٤٩، كفاية الأحكام، المحقق السبزواري، ١: ٥٧٧، جواهر الكلام، الشيخ الجواهري، ٣٥٢: ٢٥.

^٢ - الشرح الكبير للدردير، ٣: ٢٧٨، بلغة السالك ٣: ٢٣٢، حاشية الدسوقي ٣: ٢٧٨.

^٣ - نهاية المحتاج في شرح المنهاج ١٥: ٩٦.

^٤ - الشرح الكبير، عبدالرحمن بن قدامة، ٢: ٨٣، كشاف القناع، البهوتي، ١: ٦٠٥.

أولاً: قوله تعالى: (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة)، حيث تدل على وجوب الإنظار.^١

ثانياً: ما روي من (أن الإمام علياً كان يحبس في الدين، فإذا تبين له إفلاس وحاجة خلى سبيله حتى يستفيد مالا).^٢

ثالثاً: ما روي من (أن امرأة استعدت علياً على زوجها أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه، وقال: إن مع العسر يسراً)^٣

رابعاً: ما روي من (أن الإمام علياً كان لا يحبس في السجن إلا ثلاثة: الغاصب ومن أكل مال اليتيم ومن أوتمن على أمانة فذهب بها، وإن وجد له شيئاً باعه غائباً أو شاهداً)^٤

وقد استشكل على الاستدلال بهذه الرواية الثالثة:

أولاً: بمعلومية بطلان الحصر فيها بالاجماع وغيره.

وثانياً: بمنافاتها مع ما يدل من النصوص على الحبس في الدين.^٥

(ب) مطالبة المعسر بأن يؤجر نفسه:

لو قلنا بعدم جواز الحبس فهل للغرماء مطالبته بأن يؤجر نفسه بما يفي ما استحق عليه؟ هناك أقوال ثلاثة:

الأول: ليس للغرماء هذه المطالبة:

وهذا قول فقهاء جميع المذاهب الأربعة^٦ والأكثرية الغالبة من فقهاء الإمامية. قالوا: إنه ليس للغرماء بأن يطالبوه بأن يؤجر نفسه، ويكتسب لإيوائهم. وقد استدلوا لذلك بأدلة:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾، بأن يقال: إن جملة "فنظرة إلى ميسرة" جواب الشرط، والخبر محذوف، والتقدير: فنظرة له وهذه جملة خبرية خرجت مخرج الأمر^٧، أي فإن كان معسراً، فانظروه إلى وقت الميسرة، وهو أبلغ من صريح الأمر، لأن المتكلم لشدة طلبه نزل المطلوب بمنزلة الواقع لا محالة^٨ فكانت فكانت مطالبة المعسر مع إثبات عسره مخالفة للأمر، ومخالفة المأمور محظور.

^١ فتح العزيز، عبدالكريم الرافعي، ١٠: ٢٢٨، مغني المحتاج، الشرييني، ٢: ١٥٦، جواهر العقود، ١: ١٣٠، غنية

النزوع، ابن زهرة: ٢٤٩.

^٢ وسائل الشيعة، ١٨: ٤١٨.

^٣ الكافي في الفقه: ٣٣١.

^٤ وسائل الشيعة، ٢٧: ٢٩٥.

^٥ جواهر الكلام، ٤٠: ١٦٥.

^٦ المغني، لابن قدامة: ٤/٤٩٩؛ وكشاف القناع: ٣/٤١٨؛ والمبسوط: ٢٤/١٦٤؛ ونهاية المحتاج: ٤/٣١٩؛ وشرح

السنة، للبيهقي: ٨/١٩٥؛ والنووي على مسلم: ١٠/٢١٨؛ والمنتقى، للبايجي: ٥/٦٦ وأنظر: مجلة مجمع الفقه

الإسلامي، ٧: ٥٩٤.

^٧ أنظر: شرح الكوكب المنير، ٣: ٣٢.

^٨ أنظر: شرح الكوكب المنير، ٣: ٣٢.

الدليل الثاني: كون هذه المطالبة ظلماً:

قال ابن العربي المالكي: " إذا لم يكن المديان غنياً ، فمطله عدل ، وينقلب الحال على الغريم ، فتكون مطالبته ظلماً.^١

الدليل الثالث: كون الخطاب مرتفعاً عنه حتى يوسر . قال القاضي أبو الوليد بن رشد: " لأن المطالبة بالدين إنما تجب مع القدرة على الأداء ، فإذا ثبت الإعسار ، فلا سبيل إلى المطالبة ، ولا إلى الحبس بالدين ، لأن الخطاب مرتفع عنه إلى أن يوسر"^٢

الدليل الرابع: الأصل . والمقصود أنه مع الشك في وجوب أن يكون أجيراً أو تسليم نفسه ليؤجره حتى يؤدي دينه ، فالأصل عدم الوجوب.^٣

القول الثاني: للغرماء مثل هذه المطالبة. وهذا قول الشيخ الطوسي من الإمامية في أحد كتبه ، وقد استدل برواية تحكي عن أن الإمام علي " كان يحبس في الدين ، ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء ، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم ، إن شئتم وأجره وإن شئتم استعملوه "

وقد رد أصحاب القول الأول من الإمامية الاستدلال بهذه الرواية ، بأن هناك روايتين أخريين تدلان على أن الذي فعله الإمام هو غير ذلك ، وهما:

• الرواية الحاكية أنه " كان يحبس في الدين ، فإذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا "^٤

• الرواية القائلة " إن امرأة استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى - أي: الإمام - أن يحبسه وقال: إن مع العسر يسراً^٥

وقد أفاد صاحب الجواهر في إثبات ضرورة الأخذ بهذه الطائفة من الروايات (التي تدل على أنه كان الإمام لا يحبس) بأنها: "أشهرهما عملاً ، وأصحهما سنداً ، وأكثرهما عدداً ، وأوفقهما بالأصل والكتاب"^٦.

ومقصوده بالموافقة مع الكتاب موافقتها مع آية الإنظار.

وذهب البعض من الفقهاء إلى أن الرواية الأولى غير مخالفة للكتاب ، حيث إن المتمكن من العمل ليس معسراً ، ولذا لا يستحق المتمكن من العمل الزكاة؛ لأنه واجد للمال بالقوة. بينما البعض الآخر ربط مسألة موافقة الرواية الأولى مع الآية وعدمها بالمعنى

^١ - أنظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، ٧ : ٥٩٤ .

^٢ - المقدمات الممهدة ، ٢ : ٣٠٦ ، وأنظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، ٧ : ٥٩٤ .

^٣ - كتاب القضاء ، الگالپايگاني ، ١ : ٢٩٤ .

^٤ - وسائل الشريعة : ١٣ : ١٤٨ .

^٥ - وسائل الشريعة : ١٣ : ١٤٨ .

^٦ - جواهر الكلام ، ٤٠ : ١٦٥ .

الذي للفظ "المعسر"، بأن نقول: إن ذهبنا إلى أنه ظاهر فيمن ليس واجداً للمال فعلاً، سواء تمكن من تحصيله بسهولة أو لا؟ فتوافق هذه الرواية - أي: الأولى - لظاهر الكتاب، وإن ذهبنا إلى أنه ظاهر فيمن ليس واجداً للمال، ولو بالقوة لم توافقه، وبما أن الحق هو أن "المعسر" هو الذي ليس عنده مال ولا يمكنه تحصيله، (انطلاقاً من أن أكثر الناس يحصلون مؤونتهم عن طريق العمل وإجارة أنفسهم في مختلف الصناعات والحرف والأشغال) فليست الرواية مخالفة له، غير أنها تخالف الكتاب من جهة أخرى، وذلك أنها تدل على تسليمه إلى الغرماء وليس في الكتاب دلالة على ذلك.^١

القول الثالث: التفصيل بين ما إذا كان يتمكن من العمل فيستعمل، وما إذا كان عاجزاً عن العمل فينظر حتى حصول الميسرة. وهذا رأي ابن حمزة من الإمامية. ودليل هذا الرأي حمل الرواية الدالة على تسليمه إلى الغرماء على ما إذا كان الشخص متمكناً من جهة، وتعريف المعسر بمن ليس له المال ولا يتمكن من تحصيله من جهة أخرى.

(ج) ملازمة الغرماء للمعسر

وفيها قولان:

القول الأول: لا يجوز للغرماء ذلك: وهذا قول الحنابلة والمالكية والإمامية، قالوا: يحرم ملازمته. وقد استدل عليه بالوجوه التالية:

أولاً: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^٢، حيث إنه تعالى أوجب في هذه الآية إنظار المعسر إلى الميسرة، وملازمته تمنع من إنظاره^٣، بل وجب على الحاكم المنع من ذلك إلى أن يستفيد مالاً.

ثانياً: الرواية النبوية (لغرماء الرجل الذي أصيب بما ابتاعه من الثمار: خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك)^٤، من جهة أنه لم يذكر الملازمة. بل روي "لا سبيل لكم عليه"^٥

ثالثاً: أن كل من لم تكن له المطالبة بدينه لم يكن له الملازمة به كالدين المؤجل.

القول الثاني: يجوز الملازمة:

وهذا قول الحنفية، لكنها ليست ملازمة مطلقة، بل هي مقيدة بالقيود التالية:

أولاً: أن يلازمه في مكان معين، بل له أن يدور معه حيث دار.

ثانياً: أن لا يلازمه في المسجد، لأنه بني للذكر.

^١ - كتاب القضاء، الگل پای گانی، ١: ٢٩٤.

^٢ - البقرة ٢٨٠.

^٣ - الحاوي في فقه الشافعي، ٦: ٣٣٥.

^٤ - مسند أحمد بن حنبل: ٣ / ٣٦ و ٥٨، كنز العمال: ٤ / ٢٧٨ برقم ١٠٤٨٠.

^٥ - الحاوي في فقه الشافعي، ٦: ٣٣٥.

ثالثاً: أن لا يمنعه من دخول داره.

رابعاً: أن لا يقيمه في الشمس، أو على الثلج، أو في موضع يضر به.

خامساً: أن لا يمنعه من عمل يكتسب منه رزقه، بل يلازمه وهو يعمل، وقال الإمام أبو حنيفة: "لهم أن يلازموه لا على جهة التعطيل عن مكاسبه، ولكن لحفظه ومنعه من الهرب."

سادساً: أن لا تكون الملازمة بحيث تخشى الفتنة، وخوف الفتنة إنما يحصل في مثل ما إذا كان المدين امرأةً والطالب رجلاً، فإنه حينئذ - وإن كانت له أن يلازمها في مثل السوق ونحوه - إلا أن ملازمتها في غير مثله ربما توجب أن تخشى الفتنة، فيوكل في هذه الصورة امرأةً بأن تلازمها^١.

وقد استدلوا على جواز الملازمة بقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم "إن لصاحب الحق يداً ومقالاً".

وقد رد القائلون بعدم جواز الملازمة، هذا الاستدلال بأن هذا الخبر محمول على الموسر، لأنه جمع فيه بين اليد في الملازمة والمقال في المطالبة، فلما استحقت المطالبة على الموسر دون المعسر كذلك الملازمة^٢.

^١ - راجع: تكملة حاشية رد المحتار ٢: ٦٢، الموسوعة الكويتية.

^٢ - الحاوي في فقه الشافعي: ٣٤.

المحور السادس المدين المدعي للإعسار

ثمة اتجاهان للدخول في هذا البحث، وكيفية دراسته:

- (١) اتجاه التركيز على تقسيمه من زاوية النظر إلى الحال السابق للمدين.
- (٢) اتجاه التركيز على تقسيمه من زاوية النظر إلى حاله فعلاً.

أما الاتجاه الأول فقد ذهب إلى التقسيم التالي:

- ما إذا كان مسبقاً بالإعسار.
- ما إذا كان مسبقاً بالإيسار.
- ما إذا كان له أحد هذين الوضعين: إما مجهول حاله السابق، أو متوارد عليه الحالان ولم يعلم أن أيّاً منهما حاله فعلاً؟

وأما الاتجاه الثاني فقد ذهب إلى التقسيم التالي:

- من يكون معلوم الملاء.
- من يكون ظاهر الملاء.
- من يكون مجهول الحال.

وهذان رغم كونهما اتجاهين حقيقةً، غير أن الاختلاف بينهما يقترب في مواضع من أن يكون اختلافاً في الأدبيات، فمثلاً يبدو أن القسم الثاني من الأقسام التي يستوعبها الاتجاه الأول، يملك مضموناً يشكل إلى حد ما نفس المضمون الذي للقسم الثاني من الأقسام في الاتجاه الثاني، فإن كون المدين ذا مال سابقاً، مما لوحظ في كلا الاتجاهين، ولكن هذا المقدار لا يعدو عن كونه اقتراباً من بعض الجهات، ومثله لا يضر بكونهما - كما قلنا - اتجاهين، فانهما يشكلان زاويتين للنظر حقيقة.

ونحن في هذا البحث نطرح كلاً من التقسيمين بصورة مستقلة عن الآخر.

وقد يلتقي الاتجاهان في موارد، كما يلي:

الاتجاه الأول: اتجاه التركيز على تقسيمه من زاوية النظر إلى الحال السابق للمدين
وهذا الاتجاه لبعض الإمامية وهو - كما قلنا - يقسم المدين المدعي للإعسار إلى حالات ثلاثة:

الحالة الأولى: أن كان مسبقاً حاله بالإعسار:

أي: كان المدين المدعي للإعسار مسبقاً حاله بالإعسار، ففي هذه الحالة لا يخلو الأمر عن فرضين:

- أن كان يصدقه الدائن في دعواه .

• أن كان لا يصدقه الدائن في دعواه؛

ففي الفرض الأول يكون هذا المدين - نتيجة لهذا التصديق - داخلاً في القسم الثاني (الذي تم البحث عنه سابقاً، وهو المدين الذي ثبت إعساره، أو يحكم بإعساره) فيجري عليه حكمه، من وجوب إنظاره المستفاد من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةً فَنَظْرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^١

وعليه فإن حبسه ليس جائزاً، ويدل على عدم جوازه أيضاً قول النبي (ص) لغرماء الرجل الذي أصيب بما ابتاعه من الثمار، فكثرت دينه: "خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك"^٢

كما يمكن أن يستدل لذلك بأن الحبس إما حبس استظهار يتم بهدف إثبات إعساره أو حبس تنفيذ يتم بهدف أن يقضي دينه، وكل منهما لا مجال له هنا، أما الأول فلأن الإعسار قد ثبت بتصديق الدائن، وأما الثاني فلأن المفروض أنه يمتنع عن قضائه مدعياً أنه معسر.

وأما الفرض الثاني: ما إذا كذبه الدائن ففيه:

- تارة يقيم الدائن بينة على كونه موسراً: فحينئذ يلحق المدين بالقسم الأول (أي: المدين الموسر الممتنع عن أداء الدين) فيجري عليه حكمه من الإيجاب والتغليظ والحبس.
 - وتارة لا يقيم بينة: الفقهاء بالنسبة إلى ذلك انقسموا إلى قسمين: قسم منهم ذهبوا إلى أن الحكم هو أن يحلف المدين، وآخر إلى أحد الأمرين: إما أن يحلف أو يقيم بينة.
- وقد استشكل صاحب الجواهر على رأي الفريق الثاني (أي: الرأي القائل بكفاية إقامة البينة على الإعسار عن الحلف) مستدلاً بأن البينة لا تقبل من المنكر.
- وعلى أي حال، إن فعل ذلك (أي: حلف حسب الرأي الأول أو قام بأحد الأمرين حسب الرأي الثاني) أنظر، وإن لم يفعل ذلك حبس حتى يثبت إعساره، وإن رد اليمين على المحكوم له فحلف جرى حكم الإيسار، وإن نكل، فإن قلنا بالحكم بالنكول سقط حقه، وإن قلنا بعدم الحكم به فالظاهر جريان حكم الإيسار.

وقد جرى البحث في أن الحكم بحبس المدين - فيما إذا لم يحلف أو لم يقيم بينة - هل هو بلحاظ الحكم بالنكول، أو بلحاظ أن الإنظار معلق على الإعسار (الذي لم يثبت بعد في مفروض المسألة)، فصرح الكثير بالثاني.

^١ - البقرة: ٢٨٠.

^٢ - سنن ابن ماجه: ٢: ٧٨٩ حديث ٢٣٥٦، ومسنند أحمد: ٣: ٣٦ و٥٨، وسنن الترمذي: ٣: ٤٤ حديث ٦٥٥، والسنة الكبرى: ٦: ٥٠ باختلاف يسير في بعض ألفاظها.

الحالة الثانية: أن كان مسبقاً حاله بالإيسار:

والمقصود من مسبقية حاله بالإيسار، هو أن كان له مال معهود سابقاً أو كان أصل الدعوى مالاً كالقرض ونحوه، فهو في هذه الحالة إما يدعي تلف ذلك المال المعهود، أو يدعي الإعسار، فلو كان الثاني فهو يرجع إلى الأول (أي: الذي هو دعوى تلف المال)، وهذا الرجوع إنما بسبب مسبقية حاله بامتلاكه للمال.

وعلى كل حال، فحكم ذلك قد اختلف فيه، مما برز أقوال ثلاثة:
القول الأول: إنظاره في صورة البينة، والحبس في صورة عدمها: وهذا قول مجموعة كبيرة من الفقهاء: قالوا: إن أقام بينة على ذلك، أنظر، وإن لم يقم عليه بينة، يحبس حتى يثبت إعساره.

القول الثاني: الإنظار في صورة البينة، وحلف المنكر في صورة عدمها، وحبسه في صورة النكول: وهذا قول العلامة في التذكرة^١ والبعض الآخر من الأمامية^٢: قالوا: إنه يحلف الدائن على بقاء ماله، فلو حلف يحبس المدين، وذلك لعموم ما دل على وجوب الحلف على المنكر، ولازمه ترتب سائر أحكامه: من جواز رده، ومن الحكم بالنكول أو عدمه.

وقد ناقش أصحاب القول الأول هذا الدليل، بما حاصله: أن الأخبار الظاهرة في الحبس حتى يتبين إعساره، وأنه يكفي في جوازه عدم تحقق الإعسار، تخصص عمومات الحلف على المنكر.

القول الثالث: الإنظار في صورة البينة، والتخيير بين الحبس والحلف في صورة عدم إقامته للبينة: وهذا رأي البعض من الفقهاء واستدلوا لذلك بأن معالجة الطائفتين من الروايات الواردة في المقام تنتهي بنا إلى هذا الرأي.

وحاصل الوجه هو أن النسبة بينهما، ليست نسبة العموم المطلق، بل هي العموم من وجه، لأن لكل منهما جنبه اختصاص وجنبه عموم، أما تلك الأخبار الواردة في الحبس فجنبه اختصاصها حصلت بالنسبة إلى الدين، وجنبه عمومها حصلت بالنسبة إلى حالتي ما إذا أنكر المدعى عليه عدم التلف بصورة جازمة وما إذا كان موقفه أن يقول: لا أدري (أي: ما إذا لم يكن ينكره بصورة جازمة)، بينما الأخبار الواردة في الإنكار، كانت جنبه اختصاصها متوجهة إلى الإنكار، وجنبه عمومها متوجهة إلى الدين وغير الدين، فيتعارضان في مورد الاجتماع، وهو الدين مع الإنكار، ومقتضى القاعدة التخيير بين العمل بهذه الطائفة أو بتلك الطائفة، وإن كان الأحوط الإحلاف ثم الحبس.

^١ - التذكرة: ١٤: ٦٦.

^٢ - كشف اللثام ٢: ٣٣٧ س ٦.

وقد أجب عن هذه المحاولة بعض أنصار القول الأول، بأننا نمنع جريان حكم العموم من وجه بينهما، بل الظاهر كون هذه الأخبار أخص من تلك العمومات، إذ لا يمكن تخصيص هذه بما عدا صورة الإنكار ولا تخصيص تلك العمومات بما عدا الدين فلا وجه للتخيير المذكور.^١

الحالة الثالثة : أن يكون حاله السابق مجهولاً؛ أو يكون توارد عليه الحالان ولم يعلم حاله فعلاً أنه أيهما؟

والحكم هنا هو جواز الحبس حتى يتبين الحال، وذلك بدليل:

أولاً: الأخبار الواردة في الحبس^٢

ثانياً: أن العجز مانع عن وجوب الأداء وجواز المطالبة لا أن تكون القدرة شرطاً فيهما، وعلى فرض كون القدرة شرطاً ليست شرطيتها على حد سائر الشرائط بحيث لو شك في تحققها بنى على عدم وجوب الأداء وعدم جواز المطالبة، فمع شك المدين في أنه قادر على الأداء أو لا، يجب عليه السعي حتى يتبين عجزه كما في سائر التكاليف، وإذا شك الديان في أن المدين قادر على الأداء أو لا، جاز له المطالبة والإجبار حتى يعلم عجزه.

وقد يتصور أن الإيسار شرط في جواز الإجبار والحبس، وعليه فإن الحكم بجواز حبسه في غير محله، ولكن يرد ذلك بأننا نسأل: هذه الشرطية ثبتت على أساس أي آية أو رواية أو قاعدة؟ الحقيقة أنه ليست مشكلة هذا التصور عدم وجود دليل عليه فقط، بل هي أكثر من ذلك، حيث إن آية الإنظار، يستفاد منها أن الإعسار شرط في وجوب الإنظار، لا أن الإيسار شرط في جواز الحبس.

الاتجاه الثاني: اتجاه التركيز على تقسيمه من زاوية النظر إلى حاله فعلاً:

وهذا الاتجاه لا يختص بفقهاء مذهب ما، وإن كان اهتمام بعض الفقهاء تجاهه كان أكثر من غيره، وهو - كما قلنا - يقسم المدين المدعي للإعسار إلى أقسام ثلاثة:

القسم الأول: من يكون معلوم الملاء:

وبما أن هذا القسم، من مصاديق المدين غير المعسر أو ملحق به، فهو في الحقيقة ليس داخلاً في بحثنا هذا، أي: من يدعي الإعسار وليس إعساره ثابتاً، ومع ذلك نذكر أمرين حوله، لم تكن هناك فرصة لذكرهما، وهما:

(١) لا تعريف معلوم الملاء: إن معلوم الملاء هو من يبدو عليه واضحاً كونه ذا مال، وهذا يتفق فيما إذا كانت له أموال ظاهرة ومعروفة، وقد اعتبر أبو البركات أن "منه من

^١ - العروة الوثقى، ٦: ٤٩٠.

^٢ - والتي منها: (رواية غياث: « إن علياً (ع) كان يحبس في الدين، فإذا تبين له حاجة وإفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا »).

يأخذ أموال الناس للتجارة ثم يدعي ذهابها ولم يظهر ما يصدقه من احتراق منزله أو سرقة أو نحوهما" ^١

(٢) **حكم ما إذا ادعى على طالب الدين أنه يعلم بعدمه:** لا شك أن المدين غير المعسر يحبس حتى يؤدي دينه، هذا الحكم واضح، غير أن السؤال هو أنه لو ادعى على طالب الدين أنه يعلم بعدم الإعسار فما هو الحكم؟ قال بعض الفقهاء: إنه لو كذبه رب الدين، حلف أنه لا يعلم بعدمه، فإنه حينئذ يحبس المدين حتى يؤدي ما عليه، أما لو نكل رب الدين ردت اليمين على المدين، فإن حلف لم يسجن لأن حبسه حينئذ ظلم، وإن نكل حبس. ^٢

القسم الثاني: من يكون ظاهر الملاء:

تعريفه: هو من لم تكن ملاءته معلومة، إلا أنه يعلم وجود مال له من قبل، مما يجعله ظاهر الملاء، حيث إن الغالب بقاء المال.

وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه "من يظن به ذلك بسبب لبسه الفاخر من الثياب وركوبه لجيد الدواب وكثرة الخدم من غير أن يعلم حقيقة حاله" ^٣
والظاهر أن ذلك من باب التوسعة في دائرة مصاديقه.

حكمه:

هناك أقوال ثلاثة:

الأول: التفكيك بين حالتين:

وهذا لفقهاء الشافعية، والحالتان هما:

الأولى: ما إذا لم يعرف له قبل ذلك مال، فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم المال. ^٤

الثانية: ما إذا عرف له المال، فإنه حينئذ لم يقبل قوله، لأنه معسر لا ببينة، لأن الأصل بقاء المال. ^٥ وعليه فهو يحبس إلى أن يقيم البينة على إعساره. ^٦

القول الثاني: التفكيك بين حالتين بصورة أخرى:

الأولى: أن يدعي الفلس (أي: يدعي: أنه لا قدرة له على وفاء ما عليه) ولا يطلب التأخير ولا يعد غريمه بالقضاء، فالحكم حينئذ هو أن يحبس حتى يؤدي أو يثبت عسره.

^١ - الشرح الكبير، أبو البركات، ٣: ٢٧٩.

^٢ - حاشية الدسوقي، ٣: ٢٨٠.

^٣ - حاشية الصاوي على شرح الصغير ٧: ٣٢٠.

^٤ - المجموع، محيي الدين النووي، ١٣: ٢٦٩.

^٥ - المجموع، محيي الدين النووي، ١٣: ٢٦٩.

^٦ - مغني المحتاج، الشرييني، ٢: ١٥٥ - ١٥٦.

الثانية: أن يدعي الفلس ويطلب التأخير (نحو يومين بل وإلى خمسة أيام)، في إطار وعده لغريمه بالقضاء، فالحكم هو عدم حبسه، بشرط أن يعطى حميلاً بالمال، لأنه لما وعدت ظهرت قدرته على المال، فلو لم يعط حميلاً يسجن. وقال ابن القاسم: ويكفي أن يعطى حميلاً بالوجه. وهذا القول قد طرح في أوساط الفقه المالكي.

القول الثالث: التفكيك بين حالات ثلاث:

وهذا للإمامية، والحالات ما يلي:

الأولى: حالة ما إذا كان له مال سابقاً، فانه حينئذ يكلف المدين بإقامة البينة على تلف المال، فإن لم يقمها حبس إلى أن يتبين الاعسار.^١

الثانية: حالة ما إذا لم تكن دعوى الإعسار مسبقة بمال عرف للمدعي، ولكنه كانت دعوى المدعي على هذا المدين المقر بالدين (والذي يدعي الإعسار) مالاً، مثل دعوى الدين ونحوها، فالحكم حينئذ هو حكم الحالة الأولى.^٢

الثالثة: ما إذا لم يكن لا من قبيل ما إذا عرف له أصل مال، ولا من قبيل ما إذا كان أصل الدعوى مالاً، بل كانت جنائية أو صداقاً أو نفقة زوجة أو قريب، وقالوا إن حكم هذا المورد هو أنه يقبل قوله فيه بيمينه.^٣

وهذا الحكم مشهور بين فقهاء الإمامية، غير أنه قد جرى البحث بينهم في الوجه الذي يثبت به الحكم بالاكتفاء باليمين، من جهة أن هذا الوجه هل هو كون مدعي الإعسار ممن ينطبق عليه عنوان المنكر الذي حكمه اليمين، بحجة أن قوله يوافق مع الأصل، أم وجهه هو كونه من مصاديق المدعي الذي يكتفى منه باليمين؟

وقد ناقش بعض الفقهاء في كون وجهه هو الأول، بأن المراد من الأصل ما هو؟ فإن كان المقصود منه "أصالة كونه الشخص معسراً" فالإشكال هو أن الاعتراف بمثل هذا الأصل متوقف على قبول كون العسر أمراً عديمياً حتى يكون موافقاً للأصل، وهو غير ثابت، بل الثابت كونه أمراً وجودياً كاليسر، فإن العسر واليسر ضدان، وليسا نقيضين، وأما إن كان المراد منه "أصالة عدم المال أو اليسار" الأمر الذي يثبت به كونه معسراً، فالإشكال عليه عدم صحة هذه الإصالة (أي: أصالة عدم المال) وذلك للعلم بانقطاعها، حيث إن حالة عدم المال التي كانت للشخص قبل الولادة أو حينها ارتفعت قطعاً للعلم عادة بثبوت المال له بعد ذلك، فعدم المال ثانياً أمر جديد يحتاج إلى الإثبات.^٤

^١ - الحميل: الكفيل لكونه حاملاً للحق مع من عليه الحق، ومنه الحديث "الحميل غارم" (تاج العروس، الزبيدي، ١٤: ١٧٠).

^٢ - رياض المسائل، السيد علي الطباطبائي، ١٣: ٨٦.

^٣ - راجع: المصدر نفسه.

^٤ - راجع: المصدر نفسه.

^٥ - راجع: كتاب القضاء، الأشتياني: ٩٩ - ١٠٠.

ولو قبلنا هذا الإشكال فالنتيجة هي أنه لا يبقى أمامنا لإثبات الحكم بالاكتفاء باليمين، إلا سلوك أحد الطريقتين:

الأول: إثبات كون هذا المدعي للإعسار من مصاديق المدعي الذي يكتفى منه باليمين، وهذا الإثبات لا سبيل إليه.

الثاني: التمسك بالإجماع - كما ادعي - ودونه خرط القتاط.

وقد حاول البعض دفع هذا الإشكال بأنه يمكن القول إنه أمر وجودي، ولكنه ليس هو الوجودي بقول مطلق، بل هو أمر وجودي باعتبار أمر عدمي، وهو فقدانه لمرتبة اليسر، بحيث يكون هذا الاعتبار مأخوذاً في مفهومه بحسب اللغة والعرف، كما أن اليسر أمر وجودي باعتبار وجدانه لما هو معدوم من المرتبة في العسر، فالعسر واليسر فردان من القدرة العقلية، وليس العسر نقيضاً لليسر كالعجز بالنسبة إلى القدرة؛ بل هما ضدان، لكن الموضوع له في طرف العسر ليس هو الأمر الوجودي بقول مطلق بل هو الموضوع له باعتبار أمر عدمي بحيث يكون هو المناط حقيقة في تسميته عسراً، وبيان آخر أن الموضوع له العسر هو المرتبة من القدرة العقلية وهي الأمر الوجودي الخاص الملحوظ فيه أمر عدمي لا أن يكون هو الوجودي بقول مطلق ولا العدمي بقول مطلق.

وعليه فالعسر واليسر أمران إضافيان^١ لكن إضافة العسر بالنسبة إلى فقدانه لما هو موجود في اليسر وإضافة اليسر بالنسبة إلى وجدانه لما هو مفقود في العسر لا بالنسبة إلى فقدانه لما ليس في العسر.^٢

^١ - نظير ما هو جارٍ في كثير من الألفاظ بالنسبة إلى مفاهيمها مثل لفظ الضيق والحر والآخر...
^٢ - كتاب القضاء، الأشتياني: ٩٩ - ١٠٠.

المحور السابع

اشتراط أو عدم اشتراط الشهادة على الإعسار بالخبرة الباطنة

إذا وقعت الشهادة على الإعسار فهل تشتراط بكونها حاصلة من الخبرة الباطنة أم لا تشتراط؟ هناك صورتان لهذه المسألة:

الصورة الأولى: ما إذا وقعت الشهادة على الإعسار نفسه: والظاهر أن جميع الفقهاء القائلين بسماع البينة على الإعسار، اتفقوا على اشتراط الشهادة بالخبرة الباطنة، أما مثل الإمام مالك الذي لم يقل بسماع البينة على الإعسار، فهو خارج عن دائرة هؤلاء المتفقين على هذا الاشتراط، حيث إن القول بالاشتراط فرع القول بسماع البينة عليه.

قال ابن قدامة: "وان لم تشهد بالتلف وإنما شهدت بالإعسار لم تقبل الشهادة الا من ذي خبرة باطنة،... وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن مالك أنه قال: لا تسمع البينة على الإعسار..."^١

وقال النووي في روضة الطالبين: "وان شهدوا بإعساره، قبلت بشرط الخبرة الباطنة."^٢
وقال العلامة في التذكرة: "إذا أقام مدعي الإعسار البينة، شرط فيها أن يكونوا من أهل الخبرة الباطنة والعشرة المتقدمة وكثرة الملابس سرا وجها وكثرة المجالسة وطول الجوار."^٣

وجه الحاجة إلى الخبرة الباطنة:

إن الفقهاء إنما اشتراطوا الخبرة الباطنة في الشهادة على الإعسار، بلحاظ أن متعلق الشهادة، - أي: الإعسار - ليس مما يحصل بالذي قد يظهر في الظاهر من عدم وجود المال للشخص، بل هو يحصل بعدم المال له ظاهراً وباطناً، وعليه فتشترط هذه الشهادة بكونها حاصلة من ذي خبرة باطنة.

قال ابن قدامة في ذلك: "... لأن هذا في الامور الباطنة لا يطلع عليه في الغالب إلا أهل الخبرة والمخالطة."^٤

وقال العلامة في التذكرة: "... لأن الإعسار أمر خفي، فافتقرت الشهادة به إلى العشرة الطويلة والاختبار في أكثر الأوقات... فإن الأموال قد تخفى ولا يعرف تفصيلها إلا بأمثال ذلك."^٥

^١ - المغني: ٤: ٥٠٣، الشرح الكبير، عبد الرحمن بن قدامة، ٤: ٤٦٠.

^٢ - روضة الطالبين - محيي الدين النووي - ج ٣ - ص ٣٧٢ - ٣٧٤.

^٣ - تذكرة الفقهاء (ط.ج) - العلامة الحلي - ج ١٤ - ص ٧٢.

^٤ - المغني: ٤: ٥٠٣، الشرح الكبير، عبد الرحمن بن قدامة، ٤: ٤٦٠.

^٥ - تذكرة الفقهاء، ١٤: ٧٠ و٧٢.

الصورة الثانية: ما إذا كانت الشهادة واقعة على تلف المال: قد برز قولان في حكم هذه الصورة، وهما:

القول الأول: عدم اشتراط الخبرة الباطنة في هذه الشهادة: وقد قال بذلك جملة من الفقهاء، - لا يبعد القول بأنهم الأكثرية - منهم الشرييني من الشافعية، وابن قدامة من الحنبلية والطوسي من الإمامية.

قال الشرييني: "أما الشاهد بالتلف فلا يشترط فيه الخبرة الباطنة."^١

وقال ابن قدامة: "إن شهدت البينة بتلف ماله قبلت شهادتهم، سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة أو لم تكن."^٢

وقال الطوسي: "إذا ثبت هذا فإن شهدت البينة على تلف ماله وضياعه قبل ذلك ويثبت إفساره سواء كان الشهود من أهل المعرفة الباطنة والخبرة المتقدمة أو لم يكونوا."^٣

وجه عدم الاحتياج إلى الخبرة الباطنة:

أن هنالك استدلالان لإثبات ذلك، وهما:

الأول: ما ذكره بعض الفقهاء من أن "التلف يطلع عليه أهل الخبرة وغيرهم"^٤، وعلى حد تعبير الشيخ الطوسي: "إن تلف المال أمر مشاهد مرئي فلا يفتقر إلى معرفة الشهود به"^٥

والثاني ما ذكره بعض آخر من الفقهاء، خلاصته: هو أن نقول بمقدمتين، وهما:

الأولى: أن الشهادة بتلف المال، شهادة على الإثبات المحض، بخلاف ما إذا شهدت البينة بإفساره من غير تعرض لتلف أمواله، فإن مرجع هذه الشهادة إلى الشهادة على النفي، أي: أنه ترجع "الشهادة على أنه معسر" إلى "الشهادة على أنه لا مال له".

الثانية: أنه تقبل الشهادة على الإثبات، ولكن الشهادة على النفي لا تقبل، إلا فيما إذا تم ضبطها على وجه يلحقها بالاثبات؛ بأن يتم تحويلها نحو الإثبات، لئلا يتمحض للنفي.

هاتان المقدمتان تنتهيان بنا إلى الفرق بين الشهادة على تلف ماله والشهادة على إفساره، من حيث الاحتياج إلى الخبرة الباطنة، فإن الأولى غير مشروطة بها، من جهة كونها شهادة على الإثبات المحض، بخلاف الثانية فإنها بدليل كونها شهادة على النفي، لا تقبل إلا بتحول يتم فيها فيجعلها ترجع إلى الشهادة على الإثبات، وهذا التحول هو أن

^١ - مغني المحتاج - محمد بن أحمد الشرييني - ج ٢ - ص ١٥٦.

^٢ - الشرح الكبير، عبد الرحمن بن قدامة، ٤: ٤٥٩ - ٤٦٠.

^٣ - المبسوط - الشيخ الطوسي - ج ٢ - ص ٢٧٨.

^٤ - الشرح الكبير، عبد الرحمن بن قدامة، ٤: ٤٥٩ - ٤٦٠.

^٥ - المبسوط، الشيخ الطوسي، ٢: ٢٧٨.

كانت للشاهدين، صحبة مؤكدة مع المشهود له، بحيث جعلتهما مطلعين على أنه لا مال له واقعاً (وحتى في الخفاء)، فالشهادة حينئذ لا تكون شهادة على النفي الصرف، بل هي شهادة إثباتية تتضمن النفي، وبتعبير آخر فإن مثل هذه الشهادة الحاصلة بالنسبة إلى كونه معسراً راجعة إلى الشهادة على أنه معسر لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه.^١

القول الثاني: اشتراط الخبرة الباطنة فيها: وقد ذهب إلى ذلك جملة من الفقهاء، ومنهم ابن حمزة من الإمامية، قال: "وإن ادعى ذهاب ماله لم يقبل منه إلا ببينة من أهل الخبرة الباطنة"^٢

ووجه هذا القول هو أنه لا يصح التفرقة بين الشهادة على ذهاب المال والشهادة على الإعسار من جهة أن الشهادة على التلف إن كان واقعها، عبارة عن الشهادة على تلف المال الظاهر، مع عدم وجود معرفة لهم بحال باطن أمره، بحيث احتملنا أن يكون له مال آخر لم يتلف، فإن هذه الشهادة تكون كالشهادة على الإعسار، من جهة أن حال المال باطناً مجهول في كلتا الشهادتين، أما مجهوليته في الشهادة على الإعسار فمعلومة، وأما مجهوليته في الشهادة على التلف، فلأنه حتى لو فرضنا عدم وجود هذا المال الظاهر حقيقة - فضلاً على أساس الشهادة - لم يناف ذلك ثبوت مال له باطناً نجعله نحن.

وهناك كلام في المسالك يتضمن مناقشة لهذا الوجه، نذكر حاصله فيما يلي مع تغيير منا فيه: "إن هذا المديون لما كان يعرف له أصل مال ولو بكون الدعوى كذلك، فلا بد لهذا المال الثابت ظاهراً من أمر يدفعه، فإذا شهدوا بتلف أمواله التي يطلعون عليها، يحكم بعدم بقاء ذلك الأصل، وإن أمكن بقاء بعضه، إلا أنه غير معلوم، والتكليف إنما هو بالظاهر، بخلاف ما إذا شهدوا بإعساره، فإن المراد أنهم لم يطلعوا على ماله، وهذا لا يدفع ذلك الأصل الذي هو بقاء المال السابق بوجه، فلا بد مع ذلك من الخبرة الباطنة والعشرة المتأكدة ليحصل الظن بتلف ذلك المال، فظهر الفرق بين الحالين."^٣

^١ - أنظر: مسالك الأفهام، ٤: ١٢٩ - ١٣٠.

^٢ - الوسيلة، ابن حمزة الطوسي: ٢١٢.

^٣ - جواهر الكلام، الشيخ الجواهري، ٢٥: ٣٥٧ - ٣٥٨.

المحور الثامن معاقة المدين المعسر بعقوبة التبديد

ومسألة المعاقبة نتناولها على مستويين:

(أ) مستوى الأنظمة الحقوقية:

لوحظت للمدين الذي يرتكب أعمالاً تضر بدائتيه حالتان:

الحالة الأولى: ما إذا رفع دائن عليه دعوى بالدين، فحكم عليه بالدين، فتعمد قبل أن يشهر إعساره، أن يعسر بقصد الإضرار بدائتيه، بأن يبدد ماله أو يخفيه أو يصطنع ديوناً صورية أو نحو ذلك من التصرفات المؤدية به إلى أن يعسر، تهرباً من تنفيذ الحكم الذي صدر أو سيصدر.

ومثل هذه الأعمال يعد جريمة يكون لها ركنان، وهما:

- (١) الركن المادي: وهو حكرمان: الحكم بمديونيته الذي تم قبل ارتكابه لتلك الأعمال، والحكم بشهر الإعسار الذي يتم أحياناً بعد ارتكابه لها.
- (٢) الركن المعنوي: وهو تعمد الإعسار إضراراً بالدائنين وتهرباً من تنفيذ الحكم بالمديونية.

ومحاولة المدين لإعساره على هذا النحو يشبه الإفلاس مع التديس، فله عقوبة جنائية مثله.

الحالة الثانية: ما إذا حكم على المدين المعسر بشهر الإفلاس، فعمد إلى الإضرار بدائتيه عن طريق أحد الأعمال الآتية:

إخفاء بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، ويكون ذلك على الأخص في المنقولات فإنه يسهل إخفائها. ولا يعتبر إخفاء للمال مجرد التصرف فيه، فقد رأينا أن التصرف لا يضر الدائنين؛ إذ هو غير نافذ في حقهم.

اصطناع ديون صورية حتى يزيد مقدار ديونه، فيضر دائتيه بانقاص النصيب الذي يحصل عليه كل منهم عند التنفيذ. وتكون هذه الديون الصورية سابقة على الإعسار، وإلا لم تكن نافذة في حق الدائنين فلا تضر بهم.

اصطناع ديون مبالغ فيها، وهنا الديون تكون جدية لا صورية ولكن يبالغ في مقدارها. مثل ذلك أن يعتمد المدين إلى تغيير سندات بالدين عليه سابقة على الإعسار، فيضاعف قيمتها حتى ينقص من نصيب الدائنين الآخرين.

وظاهر أن هذه الأعمال الثلاثة هي الأعمال التي يخشى أن تصدر من المدين المعسر، وهي أشد الأعمال إضراراً بدائنيه.

وهذه الجريمة كالجريمة في الحالة الأولى، لها ركنان:

الركن المادي: وهو صدور الحكم بشهر الإعسار يتلوه عمل من هذه الأعمال التي سبق ذكرها.

الركن المعنوي: وهو قصد الإضرار بالدائنين، وهذا القصد يفترض وجوده، وما صدر من عمل من المدين المعسر يقوم قرينة على ذلك. وهنا أيضاً يكون المدين كالتاجر المفلس بالتدليس، ويعاقب مثله عقوبة جنائية¹.

(ب) مستوى الفقه الإسلامي:

يمكن افتراض صورتين للمسألة:

الأولى: ما إذا تم عمل الإضرار بالدائنين، عبر الإقدام على عمل هو في نفسه غير جائز:

وهذه الصورة تحصل عن طريقين:

(١) اصطناع ديون صورية بهدف أن يزيد مقدار ديونه، فتعكس هذه الزيادة على نصيب كل من الدائنين سلباً بأن تنقصه عند التنفيذ

(٢) تغيير سندات الدين عليه سابقة على الإعسار، بأن يضاعف قيمتها حتى ينقص من نصيب الدائنين الآخرين.

وهذه الصورة في الواقع عبارة عن ارتكاب عمليين لا أخلاقيين، وهما:

أولاً: أنه يعمد الإضرار بالدائنين، والإضرار بهم - بحد ذاته - غير أخلاقي كما هو معلوم.

والآخر: أنه يحقق هذا الإضرار لا عبر عمل عادي، بل عبر عمل لا أخلاقي آخر، وهو إقدامه على الكذب واصطناع شيء على خلاف الواقع.

ولا فرق في هذه الصورة بين حالة ارتكابه لهذا العمل المضر بالدائنين قبل أن يشهر إعساره، أي: فيما إذا رفع الدائن عليه الدعوى بالدين فقام المدين بذلك قبل أن يشهر، وبين حالة ارتكابه له بعد أن حكم عليه بشهر الإفلاس، فإنه في كلتا الحالتين يستبطن ارتكاب عمليين لا أخلاقيين.

ويمكن أن ندرج تحت هذه الصورة مورداً آخر، وهو ما إذا قام بإخفاء ماله في حالة ما تم شهر الإفلاس، حيث إن إخفاء المال بما هو ليس عملاً لا أخلاقياً، غير أنه يكون

¹ - راجع: الوسيط، للسهنوري، ٢: ١٢٣٤. (بتصرف وتغيير منا في بعض العبارات)

عملاً كذلك فيما إذا تم شهر الإفلاس بدليل أن تصرفه في المال حينئذ يكون ممنوعاً عنه، فهو في الحقيقة يتصرف في المال الذي هو متعلق حق الدائنين، ومثله لا يجوز إلا بإذن منهم، وعليه فهو في الواقع يقوم بعمل يضر بالدائنين عبر عمل غير جائز وهو التصرف في المال.

لبيان حكم هذه الصورة الفقهي نقول: إنه يعد مثل هذا من مصاديق "ارتكاب الفعل الحرام"، وعليه فتطبق عليه القاعدة القائلة بأن "من فعل محرماً أو ترك واجباً إلهياً عالماً عامداً عزره الحاكم حسب ما يراه من المصلحة"¹ وهذا التعزير - كما هو معلوم - يمكن أن يتمثل في العقوبات القانونية؛ ومن هنا أمكن القول: إن هناك فكرة فقهية تبلورت في بعض الآراء الفقهية يمكن التعبير عنها بمبدأ "مشروعية إقدام الحاكم على تعزير مرتكبي الأعمال ذات النتائج السلبية على العلاقات الاجتماعية"، ولعل من هذه الآراء ما قاله ابن قدامة في باب الرهن من أنه "إذا حل الحق لزم الراهن الايفاء لأنه دين حال فلزم ايفاءه كالذي لا رهن به فإن لم يوف وكان قد أذن للمرتهن أو للعدل في بيع الرهن باعه ووفى الحق من ثمنه وما فضل من ثمنه فلمالكه وإن فضل من الدين شئ فعلى الراهن، وإن لم يكن أذن لهما في بيعه أو كان قد أذن لهما ثم عزلها طولب بالوفاء وبيع الرهن فإن فعل والا فعل الحاكم ما يرى من حبسه وتعزيره ليبيعه أو يبيعه بنفسه أو أمينه."²

ومعلوم أن هذا التعزير يتأكد فيما إذا ارتكب الشخص عملاً أثناء ما إذا كانت الدعوى قائمة في المحكمة؛ حيث إن للمحكمة حساسية وأهمية ومكانة من جهة المهمة التي تحمل عملية تحقيقها على عاتقها والتي هي استيفاء حقوق الأفراد والمجتمع، فلو وقعت أثناء المحكمة أفعال تنعكس سلباً على المسار القضائي، فلا بد من مواجهة ذلك مواجهة حاسمة، ولو من طريق وضع العقوبات؛ ومن هذا المنطلق نجد أن هناك رأياً فقهياً في باب الشهادة يقول: "ينبغي للإمام أن يعزر شهود الزور ويشهرهم في أهل محلهم، لكي يرتدع غيرهم عن مثله في مستقبل الأوقات".

الثانية: ما إذا تم عمل الإضرار بالدائنين، عبر الإقدام على عمل هو جائز في نفسه:

وهذه الصورة تتصور للمدين الذي رفع دعوى بالدين عليه ولم يشهر إعساره بعد، فقام بعمل من الأعمال التالية بقصد الإضرار بدائنيه: (١) التصرف المضي للمال (٢) إخفاء ماله (٣) نقل ماله إلى الغير.

ويمكن القول: إن عقوبة مثل هذا المدين (المعبر عنها في الفقه بالتعزير) مشروعة فيما لو توفرت العناصر الثلاثة التالية: (أ) أن صدر الحكم عليه بالمديونية. (ب) أن كان على

¹ - مباني تكملة المنهاج، الخوئي: ١: ٢٣٧.

² - المغني، ابن قدامة ٤: ٤٥١.

وشك أن يحكم عليه بشهر الإعسار. ج) أن ظهرت قرائن دالة على كونه متعمداً في الإضرار بدائتيه، مثل قرينة كون حدوث إعساره أثناء نظر دعوى المديونية أو عقب صدور الحكم بالمديونية.

بل أمكن القول: يكفي لمشروعية تعزيره توفر عنصري الأول والثالث، ولا حاجة إلى العنصر الثاني.

وعلى أي حال، فإنه يمكن الاستناد لإثبات ذلك بوجهين:

الأول: المنطق الذي يحمله الفقه إزاء المحكمة، فإن المكانة التي أعطاها إليها الفقه تبلغ حداً كانت عليها أن تحسم القضايا، وسيما التي رفعت الدعوى حولها إليها، ومن هذا المنطلق نجد ذهاب بعض الفقهاء إلى أن للحاكم تعزير من يمتنع من الحضور للشهادة لا لعذر¹ مع أن مثل هذا الامتناع في حد نفسه ربما لا إشكال فيه، فإن كان هذا هو منطق الفقه الذي يلوح ويظهر من أحكامه، فهل من الصحيح القول بعدم مشروعية التعزير بحجة أنه لم يتم شهر الإعسار، وأنه قام بعمل جائز في نفسه، مع أنه تم من قبله الإضرار بالدائنين الذين رفعوا الدعوى عليه إلى المحكمة، وقد حكمت المحكمة بمديونيته وهي أثناء أعمالها الأخرى الهادفة إلى تحقيق مهمة الحفاظ على حقوقهم.

الثاني: أنه في ضوء الالتفات إلى نقاط ثلاثة، يتبين أن يجوز تعزير المرتكب لهذه الأعمال:

الأولى: من المسلم به فقهيًا أنه يحرم على المدين الامتناع والمماطلة عن أداء حق الناس، هناك رواية نبوية تشير إلى هذه الحرمة، وهي الرواية المنقولة عن الإمام الصادق، "قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ألف درهم أقرضها مرتين أحب الي من أن أتصدق بها مرة، وكما لا يحل لغريمك أن يمطلك وهو مؤسر فكذلك لا يحل ان تعسره اذا علمت أنه معسر."²

الثانية: أنه على الحاكم إقدامه على التقسيم فيما إذا كانت للمدين مماطلة عن أداء حق الدائنين. وردت في ذلك رواية عن أن الإمام علي كان "يحبس الرجل اذا التوى - يعني تأبى - على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص، فان أبى باعه فيقسمه بينهم - يعني ماله - ."³

الثالثة: أن المدين لو ماطل عن أداء الحق من جهة، وقام بأفعال تسد على الحاكم باب تقسيم المال بين الغرماء من جهة أخرى، فإنه يعزر حينئذ .

¹ - كشف اللثام، الفاضل الهندي، ٢: ٣٣٤.

² - وسائل الشيعة، ١٨: ٣٣٤.

³ - وسائل الشيعة، ١٨: ٦١٦.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

أحكام الإعسار في الشريعة الإسلامية والأنظمة المعاصرة

إعداد

الشيخ بدر الحسن القاسمي
نائب رئيس مجمع الفقه الإسلامي بالهند
وعضو المجلس التنفيذي للملتقى العالمي
للعلماء والمفكرين المسلمين برابطة العالم الإسلامي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أحكام الإعسار في الشريعة الإسلامية والأنظمة المعاصرة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وآله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد: فقد قيل: "إن الدين همّ بالليل، ومذلة بالنهار" لما فيه من شغل القلب والهمّ اللازم في قضائه والتدلل للغريم عند لقائه، وتحمل منته بالتأخير إلى أوانه، فلا ينبغي للإنسان أن يستدين إلا لحاجة ملحة وضرورة قصوى.

إن "العسر" ضد "اليسر" وهو: الضيق والشدة والصعوبة، قال الله تعالى ﴿سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ ، وقال: ﴿فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا، إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾^(١) وأعسر، فهو معسر: صار ذا عسرة وقلة ذات يد وقيل: افتقر.

والإعسار مصدر والعسرة اسم، وفي التنزيل: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(٢).

وقد ذكر الفقهاء مصطلح الإعسار في أبواب عديدة كالإعسار في النفقة، وأثر الإعسار في وجوب الحج، والإعسار في المهر، والإعسار في الدية، والإعسار في دفع الجزية، وإعسار المدين، وقد تعددت عبارات الفقهاء في تعريف المعسر.

فقد عرف الحنفية: المعسر من عدم المال أصلاً.

ويقول المالكية: هو الذي ليس عنده ما يباع.

ويقول الشافعية: من لا يملك شيئاً من المال.

وقيل: الذي لا يملك زيادة على كفاية يوم وليلة.

وقيل: من ليس عنده فاضل عما يترك للمفلس.

ويقول الحنابلة: من لا شيء له ولا يقدر على النفقة، لا بماله ولا بكسبه^(٣).

لكن معظم هذه التعريفات بمثابة وصف عام وليست تعريفات دقيقة جامعة ومانعة في مقياس أهل الاصطلاح.

وقد أقام الإمام البخاري رحمه الله في صحيحه بابين مختلفين، الأول بعنوان: "باب من أنظر موسراً"

(١) لسان العرب ٤/٥٦٣ - ٥٦٤، المصباح المنير ١٠٠؛ البقرة: ٢٨٠.

(٢) رد المحتار ٤/٣١٨، حاشية الدسوقي ٤/٦٣، إعانة الطالبين ٤/٢٠٦٣/١١٤، الإنصاف ٢٤/٢٩٩.

والثاني بعنوان: "باب من أنظر معسرا"

ونقل في الباب الأول حديث حذيفة رضي الله عنه بلفظ قال النبي صلى الله عليه وسلم: "تلقت الملائكة روح رجل ممن كان قبلكم، قالوا: أعملت من الخير شيئا؟ قال: كنت أمر فتياي أن ينظروا ويتجاوزوا عن الموسر قال: فتجاوز عنه".

ثم نقل وقال أبو مالك عن ربي: كنت أيسر على الموسر، وانظر المعسر، وتابعه شعبة عن عبد الملك عن ربي: كنت أيسر على الموسر، وانظر المعسر" وتابعه شعبة عن عبد الملك، عن ربي، وقال أبو عوانة: عن عبد الملك، عن ربي: أنظر الموسر وأتجاوز عن المعسر، وقال نعيم بن أبي هند، عن ربي: فأقبل من الموسر وأتجاوز عن المعسر"^(١).

يقول الإمام الكشميري رحمه الله: "ثم ترجم المصنف بعده: باب من أنظر معسرا وذلك لاختلاف لفظ الحديث عنده ففي لفظ "ويتجاوزوا عن الموسر" وفي لفظ "إذا رأى معسرا قال لفتيانه: تجاوزوا عنه" ففيه التجاوز عن المعسر، وهذا دأب المؤلف أن الحديث إذا اختلف ألفاظه، ولم يترجح عنده واحد منهما يترجم باللفظين.

والفصل عندي في نحو هذه المواضع: أن يؤخذ بما كان اقرب إلى الوجدان ولا يعبأ بما سواه كما أن الظاهر مع التجاوز لفظ "المعسر" فيحمل ذكر الموسر على تصرف من أحد الرواة لأن المعسر هو الذي يحتاج إلى التجاوز عنه، دون الموسر.

لذا ترى لفظ نعيم بن أبي هند عن ربي عنده: فأقبل من الموسر وأتجاوز عن المعسر" فلا ينبغي في مثل هذه المواضع تراجم مختلفة"^(٢).

أما الباب الثاني فقد نقل الإمام البخاري رحمه الله عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (كان تاجرا يداين الناس فإذا رأى معسرا قال لفتيانه، تجاوزوا عنه لعل الله أن يتجاوز عنا فتجاوز الله عنه)^(٣).

وهذا هو حكم الشارع والذي تكرر في أكثر من حديث حيث أن التجاوز متصور في المعسر، أما إذا كان الموسر مما طلا فيكون ظالما بنص الحديث، يجب إيقافه عند حد.

من أحكام الإعسار والإفلاس:

و"الإعسار" و"الإفلاس" لفظان قريبان معنى وحكما.

يقول الفقهاء: إذا كان الدين على الشخص أكثر من ماله، سواء كان غير ذي مال أصلا، أم كان له مال أقل من دينه فهو مفلس^(٤).

(١) صحيح البخاري حديث رقم ٢٠٧٧.

(٢) فيض الباري ٤/٤١٠.

(٣) صحيح البخاري رقم ٢٠٧٨.

(٤) بداية المجتهد ٢/٣٠٦، فتح القدير للشوكاني ١/٢٩٩، معجم المصطلحات الاقتصادية ٦٤/٦٤.

وإنما سمّي من غلب دينه ماله مفلسا، وإن كان له مال، لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم.

فالإفلاس أن يكون الإنسان في حالة دينه أكثر من ماله، وخرجه أكثر من دخله^(١).

والإفلاس والإعسار قد يجتمعان حيث أن يكون المعسر لا يفي ماله بدينه فهو حينئذ مفلس معسر، ويفترق المفلس عن المعسر بأن يكون المفلس ماله أكثر من ما استثنى له، ولكن لا يفي ماله بدينه فهو يسمى مفلسا، فبين المفلس والمعسر عموم وخصوص مطلق، فكل مفلس معسر وليس كل معسر مفلسا.

فالإعسار عدم القدرة في الحال على أداء ما هو الواجب في الذمة من حقوق مالية.

والمدين المعسر هو الذي نفذ كل ماله ولم يبق لدينه ما ينفقه على نفسه وعياله في حوائجه الأصلية فضلا عن وفاء دينه.

فيجب على الدائن إنظاره لأنه في حالة عجز مطلق عن أداء ما عليه من دين، ولا سبيل إلى تكليفه شرعا ما لا يطيق^(٢).

فإذا أصبح المدين معسرا، أو لم يبق قادرا على أداء ما وجب عليه من الدين اختلف فيه آراء الفقهاء.

فيقول الحنفية أنه إذا ثبت الحق للمدعي فطلب من القاضي حبس المدين، أمره القاضي بدفع ما عليه، فإن امتنع حبسه لأنه ظهر ظلمه للحديث: لي الواجد ظلم، يحلّ عرضه وعقوبته^(٣).

فإن أقر المدعي أن غريمه معسر خلّى سبيله لأنه استحق الإنظار بالنص القرآني.

أما المدين المعسر الذي عنده بعض المال لكنه لا يفي للإنفاق على نفسه وعياله وقضاء دينه إلا بمشقة وضيق فتأخيره إلى أن يوسر، ويتمكن من القضاء أمر مرغوب فيه، ومندوب إليه.

وقد حدد مجمع الفقه الإسلامي ضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار، أن لا يكون للمدين مال زائد عن حاجته الأصلية يفي بدينه نقدا أو عينا^(٤).

المدين المعسر لا يحبس لأنه يجب تأخيره إلى أن يوسر^(٥) لقول الله عز وجل ﴿ وَإِنْ كَانَ دُونُ عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ .

(١) المغني ٤ / ٤٠٦، تحفة المحتاج ١١٩/٥.

(٢) المقدمات الممهدة ٣٠٧/٢، القوانين الفقهية ٣٤٥.

(٣) أخرج أبو داود وحسنه ابن حجر.

(٤) الديون المتعثرة ٥٤/.

(٥) أحكام القرآن ٥٩٨/٢.

فلا يحل عرضه ولا عقوبته ولا ملازمته أو مطالبته حتى يوسر^(١).

ولأن الحبس إما يكون لإثبات عسرته أو لقضاء دينه وعسرتة ثابتة، والقضاء متعذر فلا فائدة في الحبس.

وإما إذا لم تعرف عسرتة من يسرتة فيحبس لاختبار حاله بقدر ما يشهر أمره ويكشف عن حاله، فحبسه في هذه الحالة ليس حبس عقوبة وإنما حبس احتياطي، وإذا ظهر حاله حكم القاضي بموجبه عسرا أو يسرا^(٢).

يقول الإمام ولي الله بن عبد الرحيم الدهلوي رحمه الله: اعلم أن الدين أعظم المعاملات مناقشة وأكثرها جدلا، ولا بد منه للحاجة فلذلك أكد الله تعالى في الكتابة والاستشهاد، وشرع الرهن والكفالة، وبين إثم كتمان الشهادة وأوجب بالكفاية القيام بالكتابة والشهادة، وهو من العقود الضرورية.

وقدم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يسلفون في الثمار سنة وسنتين والثلاث فقال: "من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم" أقول: ذلك لترتفع المناقشة بقدر الإمكان، وقاسوا عليها الأوصاف التي يبين بها الشيء من غير تضيق.

ومبني القرض على التبرع من أول الأمر، وفيه معنى الإعارة فلذلك جازت النسيئة، وحرم الفضل، ومبني الرهن على الاستيثاق وهو بالقبض فلذلك اشترط فيه.

وقد ورد: أيما رجل أفلس فأدرك رجل ماله بعينه فهو أحق به، أقول: وذلك لأنه كان في الأصل ماله من غير مزاحمة ثم باعه ولم يرض في بيعه بخروجه من يده إلا بالثمن فكان البيع إنما هو بشرط إيفاء الثمن، فلما لم يؤد كان له نقضه مادام المبيع قائما بعينه فإذا فات المبيع لم يمكن أن يرد المبيع فيصير دينه كسائر الديون.

وقال النبي صلى الله عليه وسلم: (من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسر، أو يضع عنه) أقول: هذا ندب إلى السماحة التي هي من أصول ما ينفع في المعاد والمعاش وقد ذكرناه.

وقال صلى الله عليه وسلم: (ليّ الواجد يحلّ عرضه وعقوبته)

أقول: هو أن يغلظ في القول ويحبس ويجبر على البيع إن لم يكن له مال غيره.

وقال صلى الله عليه وسلم: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما" فمنه وضع جزء من الدين كقصة ابن أبي حدرود وهذا الحديث أحد الأصول في باب المعاملات^(٣).

(١) سبل السلام ٥٥/٣.

(٢) الفروق للقراي في ١٣٤/٤.

(٣) حجة الله البالغة ١١٤/٢ طبعه هندية.

والقصة معروفة أن كعب بن مالك رضي الله عنه تقاضاه ديناً له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم لكعب: ضع عنه نصف الدين، قال: قد فعلت^(١).

إن أطول آية نزلت في القرآن الكريم هي آية المداينة ، وهي قول الله عز وجل : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ﴾^(٢).

لقد ذكر القرآن الكريم بهذا الإيضاح والتفصيل لأن الديون لها تأثير على مصير الشعوب والأمم ، حيث إن آثار الديون السلبية لا تقتصر على الجانب الاقتصادي للبلاد فقط بل تتعداه إلى الجوانب السياسية والاجتماعية وكافة مظاهر الحياة.

وقد علم النبي صلى الله عليه وسلم الدعاء: اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنَ الْهَمِّ وَالْحُزْنِ، وَالْعَجْزِ وَالْكَسَلِ، وَالْجُبْنِ وَالْبُخْلِ، وَضَلَعِ الدِّينِ وَغَلْبَةِ الرَّجَالِ^(٣).

وهناك ترابط واضح بين ضلع الدين وغلبة الرجال، وقد شدد صلى الله عليه وسلم في أمر الدين فقال: القتل في سبيل الله يكفر كل شيء إلا الدين^(٤).

وكان يستعيذ بالله قائلاً: اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنَ الْمَأْثَمِ وَالْمَغْرَمِ.

وكان يقول: إن الرجل إذا غرم، حدث فكذب، ووعد فاخلف^(٥).

وكان لا يستجيب صلى الله عليه وسلم للصلاة على جنازة رجل مدين ما لم يكفل أحد الأداء عنه^(٦).

المداينة سواء كانت للأغراض الإنتاجية أو الاستهلاكية من العقود المباحة شرعاً والشارع يحث على أداء الدين والالتزام بالوفاء.

كما يحث على توثيق الدين بالكتابة والإشهاد ، وإن الكفالة والحوالة وكذلك الرهن من الضمانات القوية التي دل عليها الشارع ووضع لها ضوابط وبين لها القواعد.

ونظراً إلى أن واقع الحياة الإنسانية لا تخلو من المداينات، وانقسام الناس إلى صنائع وحرف، وأعمال ومهن مختلفة، واحتياج بعضهم إلى بعض، ولوجود الفوارق في المعيشة، ووجود الأغنياء والفقراء فمنهم دائن ومنهم غارم، قد وضع الله سبحانه "الغارمين" مصرفاً مستقلاً من مصارف الزكاة.

(١) رواه البخاري برقم ٤٥٧.

(٢) البقرة: ٢٨٢

(٣) صحيح البخاري ١٥٥/٧.

(٤) صحيح مسلم ١٥٠٢/٣.

(٥) صحيح البخاري، السنن الكبرى للبيهقي ٣٥٦/٥.

(٦) صحيح البخاري الحديث رقم ٢٢٩٥.

وإن غلبة الشح في بعض الناس كانت تتطلب فرض بعض العقوبات على من لا يفي بالوعد ، ولا يقوم بسداد الديون أو يماطل ففتح الشارع باب حبس المماطلين والتشهير بإفلاس من يعجز عن أداء الديون والتعزير أحيانا ، وفرض الغرامة المالية في بعض الحالات.

وما زالت الديون المتراكمة على الدول الفقيرة أكبر أداة لممارسة الضغوط عليها ، وإن شركة الهند الشرقية هي التي مهدت الطريق لسيطرة الاستعمار البريطاني على الهند لما يزيد عن مائة عام ، وأن الديون المتراكمة هي التي سهلت سقوط الخلافة العثمانية في تركيا كما تظهر من الوثائق^(١).

الإعسار والإفلاس في القانون المدني والفقهاء الإسلامي:

أما رجال القانون فيقسمون الإعسار إلى نوعين:

إعسار فعلي وهو: عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه الحالة والمؤجلة.

وإعسار قانوني وهو: عدم كفاية أموال المدين بديونه المستحقة الأداء^(٢).

أما الفرق بين المفلس والمعسر ، فالمفلس: هو من عليه ديون حائلة زائدة على ماله^(٣).

والقوانين التجارية الحديثة تعتبر التاجر مفلسا متى توقف عن الوفاء بدين عليه في الميعاد المحدد فلا اعتبار لكون التاجر المدين معسرا بالفعل حال كونه ديونه أكثر من موجوداته أم لا ، كأن يكون لديه موجودات تزيد على ديونه ولكن لا تتوفر لديه السيولة مثلا^(٤).

لم يفرق بعض الفقهاء بين الإعسار والإفلاس لأن المعسر من يتعسر عليه قضاء دينه والمفلس من أفلس من قضاء دينه فهما متحذان لأن معناهما يرجع إلى شيء واحد^(٥)

لكن جمهور الفقهاء يفرقون بينهما في الاصطلاح ، فالمفلس عندهم من كان يملك مالا لكنه لا يكفي لسداد كافة ديونه والمعسر من لا مال له فضلا عن حاجته الضرورية ، ولكن أحيانا يؤول حال المفلس إلى الإعسار.

إذا صرف ماله في سداد دينه ولهذا يتجاوز بعض الفقهاء فيطلق لفظ المفلس على المعسر يقول ابن رشد: الإفلاس يطلق على معنيين:

أحدهما: أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه.

والثاني: أن لا يكون له مال معلوم أصلا^(٦).

(١) مذكرات السلطان عبد الحميد ٣٣/٣.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد للسنهوري ١٢١٣/٢ ، مقومات الإفلاس في الفقه الإسلامي والقانون المقارن ٢٢/٢.

(٣) حاشية الدسوقي ٢٠٦٣/٣ ، الشرح الكبير لابن قدامة ٢٢٧/١٣.

(٤) الوسيط ١٢١٤/٢ ، مقومات الإفلاس ٢٨/٢٨.

(٥) السيل الجرار للشوكاني ٢٤٤/١.

(٦) بداية المجتهد ٢٥٥/٢.

والتفليس هو النداء على المفلس وتشهيره بصفة الإفلاس فيحجر عليه ويمنع من التصرف.

أما الإعسار فلا يحول دون الاكتساب فلا يمنع المعسر من التصرفات المالية حتى يحصل ما يسدد به دينه.

الذي يتم تفليسه تباع أمواله ويتم تصفية موجوداته وتوزيعها على الغرماء ورجوع الإنسان في عين ماله.

أما المعسر فلا يملك ما يباع، وأن دعوى إثبات الإعسار تكون بطلب المدين غالباً، أما دعوى التفليس فلا تكون إلا بطلب الغرماء عند جماهير العلماء خلافاً للشافعية^(١).

إن إثبات إعسار المدين لا أثر له في حلول الديون المؤجلة التي لم يحل موعد سدادها باتفاق الفقهاء^(٢).

أما في القانون المدني فقد اعتبر الإعسار فيه أيضاً وسيلة لإجبار المدين على السداد ويهدف إلى تصفية أموال المدين لتوزيعها على الدائنين لكن يختلف الأمر فيما يلي:

نظام الإعسار خاص بالمدينين غير التجار، ومحل القانون المدني، أما الإفلاس فيختص بالتجار ومحل القانون التجاري.

وقد جاء في الوسيط: إن بعض البلاد لا تفرق في قوانينها بين التاجر وغير التاجر في المدينين.

ففي ألمانيا وإنجلترا والسويد قانون واحد للمدين المعسر، تاجر كان أو غير تاجر، أما سويسرا فقد نظمت الإفلاس التجاري وتركت الإعسار المدني بينما توجد قوانين خاصة لكل من الإفلاس التجاري، والإعسار المدني، وعليه العمل في القانون العراقي والسوري والمصري الجديد^(٣).

وفي الإعسار المدني لا توجد تصفية جماعية يقوم بها ممثل الدائنين كما يكون في الإفلاس التجاري بل يبقى أمر التنفيذ على أموال المدين موكلاً إلى إجراءات فردية يقوم بها كل دائن باسمه الخاص.

ومن بين الفروق أيضاً أنه يجوز إشهار الإفلاس للمدين مهما بلغ من اليسار إذا توقف عن دفع دين مستحق الأداء، أما الإعسار فلا يشهر إلا إذا لم تف أموال المدين بسداد ديونه.

ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري بعد نقل أحكام التفليس وفرض الحجر على التصرفات للمديون الذي دينه يغطي جميع أمواله وممتلكاته في ضوء المذاهب الفقهية:

(١) حاشية المحلي على المنهاج ٢٨٦/٢.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/٢٦٥، مغني المحتاج ٢/١٤٧.

(٣) الوسيط ١٢٠١/٢ - ١٢٠٦.

خلص مما قدمناه أن الفقه الإسلامي ينظم إعسار المدين تنظيماً جماعياً يحمي به حقوق الدائنين، ويحقق المساواة الفعلية فيما بينهم، ويستجيب فيه لدواعي الشفقة بالمدين، فيكفل له نفقته هو ومن يعوله.

وقد جاري الفقه الإسلامي في ذلك أحدث النظم الغربية (بل هو الرائد في هذا المجال). وقد رأينا مثلاً لهذه النظم الأخيرة في نظام الإعسار في التقنين المدني المصري الجديد^(١).

ويقول: ويقوم نظام الإعسار في التقنين المصري على الأسس الآتية:

إذا زاد ديون المدين الحالة على ماله جاز لدائنه أن يطلبوا من المحكمة شهر إعساره، وللمحكمة أن تقضى بشهر إعسار المدين بحكم، وتسجل صحيفة دعوى الإعسار في قلم المحكمة، ويؤشر بالحكم على هامش هذا التسجيل، ويجوز للمدين نفسه أن يتقدم إلى المحكمة طالباً شهر إعساره فتجيبه المحكمة إلى طلبه، وهذا هو عين ما رأيناه في الفقه الإسلامي أن المدين يحجر عليه بحكم الحاكم.

إذا شهر إعسار المدين بحكم غلّت يد المدين عن التصرف في المال، وكل تصرف يصدر منه بعد تسجيل صحيفة دعوى يكون غير سار في حق الدائنين الخ، كما هو في الفقه الإسلامي إذا حجر على المدين بحكم الحاكم لم تسر تصرفاته القولية وإقراراته في المال المحجور عليه في حق غرمائه.

يحقق نظام الإعسار في التقنين المدني المصري المساواة ما بين الدائنين فيتحصون في أموال المدين الخ^(٢).

وقد صدر في المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في رجب ١٤٠٩/٢/٣ هـ الموافق ٢٦/٤/١٩٨٩ م.

القرار التالي:

إن الدائن إذا شرط على المدين، أو فرض عليه أن يدفع له مبلغاً من المال، غرامة مالية جزائية محددة أو نسبة معينة، إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما، فهو شرط أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل، سواء كان الشرط هو المصرف أو غيره؛ لأن هذا هو بعينه ربا الجاهلية الذي نزل القرآن الكريم بتحريمه.

ثم صدر قرار رقم ٥٣ (٦/٢) من مجمع الفقه الدولي بدورة مؤتمره السادس بجدة في الفترة ١٧ - ٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ الموافق ١٤ - ٢٠ مارس ١٩٩٠) جاء فيه:

(١) مصادر الحق ١٤٠/٢.

(٢) مصادر الحق باختصار ١٤٢/٢.

"إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم"

كذلك صدرت فتوى من ندوة البركة السادسة رقم (١١/٦) تنص بأنه: لا يجوز تطبيق غرامة التأخير على القرض الحسن.

أحكام الاستدانة:

"الاستدانة" لا مناص منها في تعامل الناس فقد جرت العادة بأخذ الدين، وأقر الشرع جواز المداينة وحددها بضوابط وأرشد إلى الكتابة والإشهاد وأخذ الرهن لحماية الديون من الضياع، يطمئن بها الدائن والمدين وذلك في قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ (١).

وكان النبي صلى الله عليه وسلم يستدين من أجل قضاء حوائجه الأصلية ويختلف الحكم التكليفي باختلاف حالة المدين.

فإذا كان الإنسان في حالة الاضطرار فالاستدانة واجبة عليه، وإذا كانت نيته أكل أموال الناس بالباطل، وأخذ الدين ثم الجحود، أو المماطلة في أدائه فيحرم عليه أن يستدين، وإذا كان غير قادر على الأداء، وغير مضطر إلى الاستدانة، وليست في نيته المماطلة فيكره له أن يستدين، أما إذا كان في حالة العسر والاحتياج فيستحب له أن يستدين (٢).

انتفاع الدائن من عملية الاستدانة إذا كان ذلك بشرط في العقد فهو حرام بلا خلاف بين الفقهاء، أما إذا اشترط الدائن الزيادة فهو ربا، وقد روي عن علي رضي الله عنه: "كل قرض جر نفعاً فهو ربا"، وهذا الأثر إن كان ضعيف السند لكنه صحيح معنى، وقد روي عن عبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس، وأبي بن كعب، رضي الله عنهم أنهم كانوا ينهون عن كل قرض جر منفعة للمقرض.

إن عقد الاستدانة عقد قرينة وتبرع، وفي اشتراط المنفعة فيه للدائن يخرج العقد من موضوعه، كما أنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه.

وقد ذكر الفقهاء صوراً عديدة تطبيقية للقرض الذي يجر نفعاً للدائن ومنها:

أن يطلب الدائن أن يرد له المدين أكثر مما أخذ، أو أجود مما أخذ وهذا هو الربا المحرم.

أما طلب الدائن أن يعطيه رهناً بالدين، أو كفيلاً ضماناً لدينه فهو جائز لأن هذا أمر مطلوب لا يناه في مقتضى العقد.

(١) البقرة: ١٨٢ .

(٢) حاشية الشرواني على التحفة ٣٧/٥، حاشية الدسوقي ٢٢٣/٣.

وقد روى الإمام مسلم في صحيحه حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه جاء فيه: أقبلنا من مكة إلى المدينة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعتل جملي ويقول بعد بيان القصة:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: بعني جملك هذا، قال: فقلت: لا بل هو لك يا رسول الله، قال: لا، بل بعينه. قال: قلت: فإن لرجل على أوقية ذهب فهو لك بها، قال: قد أخذته، فتبلغ عليه إلى المدينة، ثم قال لبلال: أعطيه أوقية من ذهب وزيادة، قال: فأعطاني أوقية من ذهب وزادني قيراطاً^(١) وهذه زيادة في القدر.

أما الزيادة في الصفة فعن أبي رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره (هو من الإبل ما بلغ سبع سنين) فرجع أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا خيارا بغيرا رباعيا، فقال: أعطيه إياه، إن خير الناس أحسنهم قضاء^(٢) ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضا عن القرض، ولا وسيلة إليه، ولا إلى استيفاء دينه فلا مانع منها.

فيرى جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والمالكية، والحنابلة، وهو منقول عن العديد من الصحابة والتابعين، أنه لا حرج في ذلك وهو جائز شرعا^(٣).

بينما يرى بعض المالكية وهي رواية عند الحنابلة كما هو المروي عن بعض الصحابة والتابعين أنه لا يجوز للمقرض قبول الهدية من المقرض، ولا الحصول على ما به الانتفاع كركوب دابته، أو شرب شيء من بيته إن لم يكن ذلك معروفا قبل القرض أو لم تكن هناك مناسبة مثل الزواج أو الولادة أو ما شابه ذلك^(٤).

ويقول الدسوقي: المعتمد (من مذهب مالك) جواز الشرب والتظلل، وكذلك الأكل إن كان لأجل الإكرام لا لأجل الدين.

وقد روي الأثر أن رجلا كان له على سمّك عشرون درهما، فجعل يهدي إليه السمك ويقومه، حتى بلغ ثلاثة عشر درهما، فسأل ابن عباس رضي الله عنهما فقال له: أعطه سبعة دراهم.

وعن ابن سيرين إن عمر أسلف أبي بن كعب عشرة دراهم، فأهدى إليه أبي بن كعب ثمرة أرضه، فردها عليه ولم يقبلها، فأتاه أبي فقال: لقد علم أهل المدينة أنني من أطيبهم ثمرة، وأنه لا حاجة لنا، فبم منعت هديتنا؟ ثم أهدى إليه بعد ذلك فقبل.

وهذا يدل على ردها عند الشبهة وقبولها عند الانتفاء.

(١) صحيح الإمام مسلم ١٢٢٢/٣.

(٢) صحيح مسلم ١٢٢٤/٣.

(٣) المغني ٢٢١/٤، رد المحتار ٢٩٥/٤، تحفة المحتاج ١٤٧/٥، أسهل المدارك ٢١٨/٢.

(٤) المحلي ٨٦/٨، كتاب الآثار محمد بن الحسن ١٣٢/٤، المغني ٣٢٢/٤، حاشية الدسوقي ٢٢٤/٣.

وعن زر بن حبيش رضي الله عنه قال: قلت لأبي بن كعب إنني أريد أن أسير إلى أرض الجهاد إلى العراق فقال: إنك تأتي أرضاً، فاش فيه الربا، فإن أقرضت رجلاً قرضاً فأتاك بقرضه ومعه هدية، فاقبض قرضك، أو اردد عليه هديته^(١).

ويشترط لصحة الاستدانة ألا ينضم إليها عقد آخر سواء كان بالاشتراط في العقد أو التوافق خارج العقد، كأن يؤجر المستقرض داره للمقرض أو يستأجر المستقرض دار المقرض لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف^(٢).

أقسام الدين:

الدين عند جماهير الفقهاء ما ثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته.

وإن أسباب ثبوت الدين كثيرة منها:

الالتزام بالمال بإرادة منفردة.

هلاك المال في يد الحائز إذا كان يد ضمان.

تحقق ما جعله الشارع مناطاً لثبوت حق مالي كحولان الحول على النصاب في الزكاة وغيرها.

والدين ينقسم باعتبار وقت أدائه إلى:

الدين الحال وهو الدين المعجل، تجوز المطالبة بأدائه على الفور، إذا أراد الدائن ذلك.

الدين المؤجل وهو ما لا يجب أدائه في الفور، أو قبل حلول الأجل ولكن إذا أدى المدين فيصح أدائه، وتبرأ ذمته.

أما باعتبار إمكان تحصيله فينقسم إلى ثلاثة أقسام:

الدين المضمون، أو الدين القوي وهو دين مرجو الأداء.

الدين المعدوم وهو الدين الذي لا أمل في تحصيله وهو شبه مفقود.

الدين المشكوك في تحصيله وهو الدين الضعيف.

فالدين إذا كان على المدين المليء المقرية، والباذل له سواء كان نقداً أو عوضاً ثابتاً في الذمة، فهو الدين المضمون المرجو الأداء.

أما إذا كان الدين على معسر أو على جاحد للدين، أو على مماتل بالأداء فهو الدين الضعيف المشكوك في أدائه.

(١) المغني ٤/٣٢٠.

(٢) المغني ٤/٣٢٠، حاشية ابن عابدين ٣٥/٥.

أما إذا تعذر تحصيل الدين في المستقبل لكون المدين مفلسا أو هاربا مختفيا فهو الدين المعدوم^(١).

ثم إن ذمة المدين لا تبرأ إلا بالأداء أو الإبراء من صاحب الحق ويجب على المدين أداءه ولا يسقط الدين بالموت مع الإعسار.

وإذا كان المدين معسرا يجب إنظاره إلى ميسرة كما قال الله عز وجل: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(٢)، ولا يحبس المدين المعسر، ولا يطرأ عليه حكم الرق كما كان في بعض المجتمعات الغربية قديما.

وإذا كان الدين ضعيفا، أو مشكوكا في أدائه، لكنه باق في الذمة فلا مانع من أن يتبرع بأدائه طرف ثالث تقربا إلى الله سبحانه والتصدق عليه باعتباره من الغارمين.

كذلك الإبراء من الدائن وإسقاط حقه عن كاهل المدين المعسر من باب البر والصلة وأمر مرغوب فيه ومندوب إليه من قبل الشارع.

يقول الخطيب الشربيني: الإبراء مطلوب فوسع فيه بخلاف الضمان^(٣).

وفي ذلك حديث جابر رضي الله عنه حين قام بأداء دين أبيه وكذلك خبر معاذ بن جبل وكعب بن مالك رضي الله عنهما حين أعسرا فحث النبي صلى الله عليه وسلم الدائنين على إسقاط كل الدين أو بعضه عنهم^(٤). وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد حجر على مال معاذ بن جبل رضي الله عنه، وباعه في دين كان عليه^(٥).

وقد صرح بعض الشافعية بأن الإبراء عن المعسر أفضل من القرض، وإن الإبراء يسقط الدين من الذمة، والساقط لا يعود كما تقول القاعدة الفقهية المعروفة.

يقول الإمام أبو بكر الجصاص الرازي: وقوله تعالى: { إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى } ينتظم سائر عقود المداينات التي تصح فيها الآجال، ولا دلالة فيه على جواز التأجيل في سائر الديون، لأن الآية ليس فيها بيان جواز التأجيل في سائر الديون، وإنما فيها الأمر بالإشهاد إذا كان دينا مؤجلا.

ألا ترى أنها لم تقتض جواز دخول الأجل على الدين بالدين حتى يكون جميعا مؤجلين.

(١) راجع المصطلحات الفقهية ١٤٨/.

(٢) البقرة: ٢٨٠.

(٣) مغني المحتاج ٢٠٣/٢.

(٤) راجع صحيح البخاري مع شرح العيني ١٦٠/١٣.

(٥) راجع نيل الأوطار ٢٤٤/٥، الموسوعة الفقهية ١٤٧/١، رد المحتار ١٤٦/٤ - ١٥١.

وهو بمنزلة قوله: من أسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم، ولا دلالة فيه على جواز السلم في سائر المكيلات والموزونات بالأجال المعلومة فالمستدل به على جواز تأجيل القرض مغفل في استدلاله.

وأيضاً قوله تعالى: {إذا تداينتم بدين} قد اقتضى عقد المداينة وليس القرض بعقد المداينة، إذ لا يصير ديناً بالعقد دون القبض فوجب أن يكون القرض خارجاً منه^(١).

يختلف الحكم الشرعي في التعامل مع المدينين وذلك حسب ظروفهم المالية ومع مراعاة درجات الاضطراب في أوضاعهم وقدرتهم على الوفاء بالتزاماتهم، فالمدينون أنواع منهم:

المدين الملى: هو الذي عنده مال زائد عن الديون، فهذا يجب عليه الوفاء بما عليه من الديون عند حلول أجلها بطلب الدائن لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "مطل الغنى ظلم"^(٢) ويحق للدائن مطالبته وملازمته ورفع أمره إلى القضاء إذا استمرت مما طلبته. وإذا لم ينفذ أمر الحاكم جاز حبسه وتعزيره لقول النبي صلى الله عليه وسلم "لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته"^(٣).

وفي حالة إصراره على عدم القضاء باع الحاكم ماله وقضى ما عليه من الديون^(٤).
المدين المعسر: وهو من ليس له مال يفي بشيء من الديون التي عليه فإذا ثبت إعساره يجب إنظاره لقوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةً فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٥). ولا يجوز حبسه ولا الحجر عليه، وهذا لا يتصور في المؤسسات والشركات لأنها نادراً ما تكون خالية من أصول أو موجودات عينية.

المدين المفلس: وهو المدين الذي أحاط الدين بماله فاختلف الفقهاء في حكمه.

فيرى المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من أصحاب أبي حنيفة أن الغرماء إذا طالبوا بالحجر عليه فيجب على الحاكم إعلان تفليسه وإقامة الحجر على تصرفاته، وهذا القول هو المفتى به عند الحنفية.

ويشترط المالكية أن لا يكون أمام الغرماء طريق آخر للوصول إلى حقوقهم إلا به، أما إذا كان ممكناً أن يباع بعض ما يملكه لأداء ديونه فلا يحجر عليه.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه لا يحجر عليه لأنه كامل الأهلية، وفي الحجر عليه إهدار لأدميته وأهليته^(٦).

(١) أحكام القرآن ٤٨٣/١.

(٢) متفق عليه.

(٣) رواه أحمد وأبو داود.

(٤) فتح القدير ٢٧٢/٢، حاشية الدسوقي ٣٦٢/٣، مغني المحتاج ٩٠١/٣، شرح المنتهى ٨٥١/٢.

(٥) البقرة: ٢٨٠.

(٦) الهداية مع فتح القدير ٢٧٢/٩.

يصير الإنسان مدينا لغيره وتلزمه الحقوق المالية لأسباب عديدة وتصرفات يمارسها فيما يملكه، منها عملية البيع والشراء.

فإذا اشترى إنسان مثلاً سلعة وأعسر قبل أن يستلم السلعة فالبايع يكون بالخيار أن يفسخ العقد أو يمضيه، فإذا أمضاه فيكون شريكا مع الدائنين الآخرين أسوة للغرماء.

أما إذا اشترى السلعة وقبضها، ثم خرجت عن ملكه بالبيع أو الاستهلاك فأيضاً يكون البائع شريكاً للغرماء.

أما إذا كانت السلعة باقية في يده، فبعد إعسار المشتري يرى الشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية أن صاحب السلعة أحق بها، ويختار المحاصة مع الغرماء.

وذهب المالكية إلى أنه ينظر إلى قيمة السلعة يوم الحكم بالتقليس، فإن كانت أقل من الثمن، خير صاحب السلعة بين أن يأخذها أو يشارك الغرماء، وإن كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها.

ويرى الحنفية أن البائع يكون شريكاً وأسوة للغرماء على أية حالة كانت السلعة وهو مذهب الحسن، وإبراهيم النخعي، وابن شبرمة، وابن سيرين، والإمام زيد^(١).

ولكل فريق منهم أدلتهم ومناقشاتهم وخلافاتهم في التفاصيل الجزئية والخلاصة:

إن صاحب السلعة أحق بسلعته إذا وجدها عند المشتري وقد عجز عن دفع قيمتها وأعسر ولم يبق قادراً على دفع ثمنها.

كذلك الدائن إذا وجد دينه في قبضة المدين فهو أحق باسترداده.

وللمستأجر حق فسخ عقد الإجارة عند إعساره شريطة أن لا يلحق ذلك المؤجر ضرراً، فإذا ألحق به ضرر فعلى المستأجر تحمل هذا الضرر.

للحاكم حق الحجر على المدين المعسر وبيع ماله لوفاء ديونه حفاظاً على حقوق وأموال الناس.

الملبس والمأكل والمسكن من ضروريات الإنسان الأساسية فيجب الإبقاء ما يحتاج إليه.

إذا كان المدين موسراً ومماطلا فللحاكم حبسه وإجباره على أداء دينه.

وقد اختلف الفقهاء في أن الإجارة من العقود اللازمة كعقد البيع، وهذا هو رأي جماهير الفقهاء، وقيل بأنها من العقود الجائزة كعقد الشركة وإليه ذهب بعض الفقهاء.

(١) بداية المجتهد ٢/٢٨٣، فتح القدير ٧/٣٣٠، المغني ٤/٤٩٣، البناية ٨/٢٧٦، المجموع ١٣/٢٩٧، وسائل الشريعة ٩٠/٢، الحاوي ٧/٣٨٧، حاشية الدسوقي ٣/٢٨١.

والعقد اللازم هو العقد الذي لا يملك أحد المتعاقدين أن يفسخه بمفرده إلا في حالة ظهور العيب، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة.

والعقد الجائز هو العقد الذي يكون فيه بإمكان أحد المتعاقدين أن يفسخه بمفرده^(١).

وقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وهو مروى عن سفيان الثوري وأبي ثور وإسحاق إلى أن عقد الإجارة يفسخ بأعذار طارئة.

ويرى الحنفية والظاهرية أن عقد الإجارة يفسخ بالأعذار الطارئة^(٢).

الماطلة في أداء الدين

عدم الوفاء بالوعود والعقود ليس من شأن المؤمن فقد أمر الله سبحانه المسلمين {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} ^(٣).

ولما كانت المدائنة عقدا من العقود فالتقيد بمواعيد الوفاء، وسداد الديون يكون واجبا على من يكون مليئا قادرا على الوفاء.

كذلك أمر الله سبحانه بأداء الأمانة {وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ} ^(٤).

وهي لا تختص بالودائع فقط بل يعم كافة الحقوق والواجبات المالية تجاه الغير.

ثم حث النبي صلى الله عليه وسلم قائلًا: (من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه) ^(٥) ، وقائلًا: (ما من مسلم يدان دينا يعلم الله أنه يريد أداءه إلا أداه الله عنه في الدنيا والآخرة) ^(٦) .

ويقول: أعظم الذنوب عند الله أن يلقاه بها عبد بعد الكبائر التي نهى الله عنها أن يموت الرجل وعليه دين لا يدع له قضاء ، ويقول: والذي نفسي بيده لو قتل رجل في سبيل الله، ثم عاش، ثم قتل وعليه دين ما دخل الجنة حتى يقضي دينه.

ومن شدة حرصه صلى الله عليه وسلم أن لا يبقى أحد مدينا، كان إذا جئ بجنابة أحد يسأل "هل ترك لدينه فضلا" فإذا لم يترك سدادا لدينه كان يقول: صلوا على صاحبكم، وما كان لا يصلي عليه حتى يكفل أحد عنه بأنه سيقوم بأداء الدين عنه.

ويدل على خطورة الماطلة قول النبي صلى الله عليه وسلم: (مطل الغنى ظلم) ^(٧) ، والظلم عاقبته وخيمة {وَقَدْ خَابَ مَنْ حَمَلَ ظُلْمًا} ^(٨) .

(١) بداية المجتهد ٢/٢٧٧، المجموع ١٥/٢٤٢، المغني ٦/٢٠، شرائع الإسلام ٢/١٧٩.

(٢) القوانين الفقهية ٢٨٣/، مغني المحتاج ٢/٣٥٥، الهداية ٣/٢٥٠، بدائع الصنائع ٤/١٩٧، المحلى ٨/١٨٧.

(٣) المائدة: ١

(٤) المؤمنون: ٨ .

(٥) رواه البخاري

(٦) رواه ابن ماجه

وروى أبو داود والنسائي من قوله صلى الله عليه وسلم: (لِيّ الْوَاجِدُ يَحِلُّ عَرْضُهُ، وَعَقُوبَتُهُ)

كما أن المماطلة في أداء الدين تدخل في أكل أموال الناس بالباطل، وقد نهى الله سبحانه وتعالى عن ذلك قائلاً: {وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ} (٢).

إن مشكلة المماطلة في تسديد الديون مشكلة عامة، وظاهرة عالية تعاني منها البنوك التقليدية كما تعاني منها المؤسسات المالية الإسلامية، وقد كانت الديون المتأخرة أيضاً من أسباب انهيار بعض البنوك التقليدية في الدول الغربية، مع أن البنوك التقليدية تفرض الفوائد الإضافية لتعويض الخسائر الناجمة عن التأخير في سداد الديون.

أما المؤسسات المالية الإسلامية فلا تملك هذه الوسيلة لأن الفوائد محرمة شرعاً، أما جر العملاء أو المدينين إلى المحاكم فهي غير مجدية في تقليل المخاطر للإجراءات الطويلة، فالمؤسسات المالية الإسلامية تكون أكثر عرضة لمخاطر الديون المتأخرة أو ظاهرة مماطلة المدينين.

ثم إن المؤسسات المالية الإسلامية تعتمد عموماً على صيغ التمويل التي يترتب عليها الديون كالمرابحة، والبيع بالتقسيط، والسلم، والتأجير، والاستصناع، فالديون تشكل نسبة عالية من أصولها بلغت في بعضها أكثر من ٩٠٪.

ولا يمكن أن تلزم تلك المؤسسات، المدين المماطل بتعويض الدائن مقابل ضرره عن تأخير الوفاء، لكونه ربا محرماً، مع أن ربح البنوك الإسلامية لا يتحقق فعلاً إلا إذا التزم العميل بالسداد في الأجل المحدد لأنه إذا ما طل فلا يتحقق الربح المنشود حتى لو قام بأداء أصل الدين لاحقاً.

إن الله سبحانه قد أحل البيع وحرّم الربا، وفي البيع أو التجارة مقابلة المال بالمال أو مبادلة المال بالمال بالتراضي.

وفي الربا زيادة لا يقابلها عوض، فإن الزيادة ليست محرمة ومعنى الآية {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا} هو البيع المطلق الذي يقع فيه العوض على صحة القصد والعمل والبيع أنواع.

يقول الإمام المحقق ابن الهمام: فإن البيع يكون سلماً وهو بيع الدين بالعين، وقلبه وهو البيع المطلق، وصرفاً وهو بيع الثمن بالثمن، ومقايضة وهو بيع العين بالعين، وبخيار ومنجز، أو مؤجل الثمن، ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك (٣).

(٥) أخرجه البخاري ومسلم

(٦) طه: ١١١

(٧) البقرة: ١٨٨

(٨) فتح القدير ٤٥٥/٥.

ومن الربا أيضا أن يشتري الإنسان ما باعه بأقل من ثمنه قبل نقد الثمن، وذلك لحديث يونس بن إسحاق عن أبيه، عن امرأته العالية قالت: كنت عند عائشة رضي الله عنها فقالت لها امرأة: إني بعثت زيد بن أرقم جارية لي إلى عطائه بثمانمائة درهم، وأنه أراد أن يبيعها فاشتريتها منه بستمائة. فقالت: بئسما شريت وبئسما اشتريت، أبلغني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب، فقالت: يا أم المؤمنين، أرايت إن لم آخذ إلا رأسمالي؟ فقالت: فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف، وأمره إلى الله^(١).

ومن أبواب الربا أيضا بيع الدين بالدين فقد روي موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم: أنه نهى الكالئ بالكالئ^(٢) وفي بعض الألفاظ: عن الدين بالدين وهما سواء.

كذلك وضع شيء من الدين بشرط التعجيل وقد أجاز البعض ذلك شريطة أن يكون من باب العفو والكرم ولا يكون شرطا.

إن قول الله سبحانه: {وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ} يقتضي ثبوت المطالبة لصاحب الدين على المدين وجواز أخذ رأس مال نفسه منه بغير رضاه لأنه تعالى جعل اقتضاءه ومطالبته من غير شرط رضا المطلوب.

وهذا يوجب أن من له على غيره دين فطالبه به فله أخذه منه شاء أم أبى.

فقد ورد في الحديث الصحيح أن هنداً لما قالت للنبي صلى الله عليه وسلم: "إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي، فقال: خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف"^(٣).

فأباح لها أخذ ما تستحقه على أبي سفيان من النفقة من غير رضي أبي سفيان، كما أن الآية تدل على أن الغريم متى امتنع من أداء الدين مع الإمكان كان ظلما لأن قوله تعالى: {وَإِنْ تَبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ} قد جعل له المطالبة برأس المال وقد تضمن ذلك أمر الذي عليه الدين بقضائه، وترك الامتناع من أدائه فإنه متى امتنع منه، كان له ظلما وإذا كان كذلك استحق العقوبة وهي الحبس.

ولأن نسق التلاوة {لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ} يعني - والله أعلم - لا تظلمون بأخذ الربا، ولا تظلمون بالنقصان في رأس المال، فدل ذلك على أنه متى امتنع من أداء جميع رأس المال إليه كان ظلما له مستحقا للعقوبة وهو الحبس.

وقد روي أبو داود بسنده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته^(٤) قال ابن المبارك: يحل عرضه: يغلظ له، وعقوبته: يحبس^(٥).

(٢) أحكام القرآن للرازي ٤٦٦/١، وقال ابن كثير: هذا أثر مشهور وهو دليل لمن حرم مسألة العينة ٣٢٧/١.

(١) صحيح الإمام البخاري.

وروي ابن عمر وجابر وأبو هريرة رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: مظل الغنى ظلم، وإذا أحيل أحدكم فليحتل: فجعل مظل الغنى ظلما والظالم لا محالة يستحق العقوبة، وهي الحبس لإتفاقهم انه لم يرد غيره.

كذلك روي أبو داود بسنده عن النضر بن شميل قال: أخبرنا هرماس بن حبيب رجل من أهل البادية عن أبيه عن جده قال: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم بغريم لي فقال لي: إلزمه" ثم قال: يا أبا بني تميم، ما تريد أن تفعل بأسيرك؟ وهذا يدل على أن له حبس الغريم لأن الأسير يحبس فلما سماه أسيرا دل على ان له حبسه.

وروي في حديث آخر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: لصاحب الحق اليد واللسان، رواه محمد بن الحسن وقال في اليد: اللزوم" وفي اللسان: الاقتضاء^(١).

الحجر على المفلس في رأي الفقهاء

يشترط للحجر على المفلس في رأي الفقهاء الذين أجازوا ذلك:

- (١) أن يطلب الغرماء الحجر عليه فلو طالبوا بديونهم، ولم يطلبوا الحجر عليه لم يحجر عليه^(٢).
 - (٢) أن يكون الدين الذي طلب صاحبه الحجر على المدين ديناً حالاً فلا حجر بالدين المؤجل لأنه لا يطالب به في الحال، ولو طُلب به لم يلزمه الأداء فوراً^(٣).
 - (٣) أن تكون الديون على المدين أكثر من ماله^(٤).
 - (٤) أن يكون الدين الذي يحجر به دين الإنسان، أما دين الله فلا يحجر به مثل الزكاة أو النذر وغيرهما^(٥).
 - (٥) أن يكون الدين لازماً فلا حجر بالثمن في مدة الخيار ويصح عند الحنفية الحجر على المدين الغائب على قول الصحابين شريطة علم المحجور عليه به.
- والذين قالوا بمشروعية الحجر على المفلس قالوا: يستحب إظهار الحجر عليه وإشهاره لتجنب معاملته كيلاً تضيع أموال الناس.
- أما طريقه الإشهار فوسائل الإعلام والإشهار مثل الصحف والإذاعة أو الجريدة الرسمية يكفي استخدامها في إعلان الإفلاس لدفع الضرر عن الناس، والامتناع عن التعامل مع المحجور عليه.

(١) راجع أحكام القرآن ١/٤٤٤.

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣/١٦٤.

(٣) نهاية المحتاج ٤/٣٠٣.

(٤) نهاية المحتاج ٤/٣٣٨.

(٥) نهاية المحتاج ٤/٣٠١.

الآثار التي تترتب على فرض الحجر على المفلس يمكن ذكرها فيما يلي:

- (١) تتعلق حقوق الغرماء بماله، ويمنع من التصرف فيه.
- (٢) انقطاع الطلب عنه بدين جديد بعد الحكم بالإفلاس.
- (٣) حلول الدين المؤجل في ذمة المدين.
- (٤) استحقاق من وجد عين ماله عند المدين استرجاعه.
- (٥) استحقاق بيع مال المفلس وتقسيمه بين الغرماء.

إذا أحاط الدين بمال المدين، وطلب الغرماء الحجر عليه وجب على الحاكم إعلان إفلاسه عند المالكية والشافعية والحنابلة وكذلك عند صاحبي أبي حنيفة أبي يوسف ومحمد رحمهم الله جميعاً، وهو القول المفتى به في المذهب الحنفي.

وقد اشترط المالكية لتفليس المدين أن لا يكون للغريم سبيل آخر للوصول إلى حقه. ويرى الإمام أبو حنيفة رحمه الله أنه لا يحجر عليه بسبب الدين لأن في الحجر إهدار لأدميته، نعم إذا طلب الغرماء حبسه فيحبس حتى يضطر إلى بيع ماله وقضاء دينه.

وفي نظر الصحابين أبي يوسف ومحمد يجوز الحجر على المدين شريطة أن يركب المدين دين مستغرق لماله فيكون مجموع ديونه الحالة والمؤجلة أكثر من ماله. وأن يطلب الغرماء الحجر على المدين فلا يجوز الحجر من غير طلب الغرماء.

يقول صاحب البحر الرائق: لا يحجر عليه بسبب ولو طلب غرماءه الحجر عليه وهذا عند الإمام لأن في الحجر إهدار أهليته وإلحاقه بالبهايم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز، وعندهما يجوز الحجر عليه بسبب الدين وعلى قولهما الفتوى^(١).

ويترتب على الحجر على المدين منعه من التصرف في ماله، وبيع المال وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة.

ولا يعمل الحجر فيما يحدث من المال، بخلاف الحجر بسبب السفه حيث يعم الموجود والحادث^(٢) من المال.

متع السفر: إذا كان المدين معسراً فهل يصح أن يمنع من السفر بطلب من الغرماء؟ يرى الفقهاء عموماً أن المدين المعسر لا يمنع من السفر لأنه في فترة الإنظار بناء على قوله تعالى: {فنزطه إلى ميسرة} فإذا كانت مطالبة الدين غير قائمة في تلك الفترة فلا مانع من سفره، وليس للغرماء أن يمنعوه من ذلك.

(١) البحر الرائق ٨/٨٣.

(٢) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/١٩٩.

إلا أن الحنابلة اشترطوا أنه يجب عليه أن يقدم كفيلاً بدينه إذا أراد أن يسافر، لأن المدين قد يوسر في البلد الذي سافر إليه، فلا يتمكن الغريم من طلبه فإذا كان هناك كفيل طالبه بإحضاره^(١).

وكما هو المعلوم أن القوانين السائدة في الدول تمنع المدين من السفر، ولعل الأنسب هو جعل تقدير القاضي هو الأساس في منع السفر من عدمه حسب مقدار الدين وظروف كل من الدائن والمدين.

إجبار القاضي للمعسر على الاكتساب:

وهل يجبر القاضي المدين المعسر على الاكتساب من أجل الوفاء بدينه؟

فقد ذهب الحنفية والمالكية والشافعية وأحمد في رواية إلى أنه لا يجبر على الاكتساب، ولا على مؤاجرة نفسه، فإذا اكتسب واجتمع عنده مال ينفق على نفقته ونفقة عياله فما فضل منه يقضي به الدين.

وذهب الإمام أحمد في رواية إلى أنه إذا كان يحسن صنعة فإنه يجب إجباره على الاكتساب وإلا لا^(٢).

أما الظاهرية، وعمر بن عبد العزيز، والعنبري، وسوار وإسحاق في قول فيرون جواز الإجبار على الاكتساب مطلقاً، واستدلوا على ذلك بما روي عن زيد بن أسلم يقول: رأيت شيخاً بالإسكندرية يقال له سرّوق وفيه: فأتوا بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لي: أنت سرّوق، وباعني بأربعة أبعرة فقال الغرماء للذي اشترايني: ماذا تصنع به؟ قال: أعتقه، قالوا: فلسنا بأزهد منك في الأجر، فاعتقوني بينهم^(٣).

وكذلك أثر أسيفع أنه كان يشتري الرواحل فيغالي بها، ثم يسرع السير فيسبق الحاج، فأفلس فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: أما بعد: يا أيها الناس فإن الأسيفع أسفح جهينة، رضي من دينه وأمانته أن يقال: سبق الحاج، ألا إنه قد أدان معرضاً، فأصبح وقدرين به، فمن كان له دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بين غرمائه، وإياكم والدين^(٤).

ولما كان محجوراً عليه في حاجة إلى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغير رضاه كالصغير والمجنون.

(٣) كشاف القناع ٤٠٦/٣، الاختيار ٩٠/٢، المجموع ٢٥٣/٨، نهاية المحتاج ١٢٦/٢.

(١) المغني ٣٣٦/٤، المجموع ٢٧٢/١٣، تبيين الحقائق ١٩٩/٥، الإنصاف ٢٧٤/٥.

(٢) سنن الدار قطني ٩١/٣ - ٩٢.

(٣) سنن البيهقي ٤٩/٦، موطأ الإمام مالك ٧٧٠/٢.

وقال الإمام أبو حنيفة رحمه الله: لا يباع ماله جبراً لأنه لا ولاية عليه في ماله لأحد، إلا أن الحاكم يجبره على البيع إذا لم يمكن الإيفاء بدون إجبار لقوله تعالى: {لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم} (١).

أما إذا كان دينه دراهم وفي المال دراهم دفعت للغريم جبراً، وكذلك إذا كان دينه دنائير دفعت للدائنين جبراً.

كذلك إذا كان عليه أحد النقدين وفي ماله النقد الآخر لأنهما كجنس واحد واستدل لذلك بأن الغريم إذا ظفر بمثل دين أخذ جبراً فالحاكم أولى وهذا من باب الاستحسان عند أبي حنيفة.

الإعسار والإفلاس في المؤسسات المالية

أما الإعسار في المؤسسات المالية الإسلامية فهو عبارة عن نقص السيولة النقدية يحول دون الوفاء بالتزاماتها وأداء ديونها الحالية والمتراكمة عليها وإن كانت لديها أصول وأملاك تمكنها من أداء ديونها مستقبلاً.

أما إفلاس المؤسسات والشركات فإنه عبارة عن اضطراب في أوضاعها المالية وعجزها عن تسديد ما عليها لأن قيمة الديون تزيد عن الأصول.

كما إن مفهوم الإفلاس في القانون التجاري أوسع من مفهومه في الفقه، وإن القوانين التجارية العربية هي مقتبسة أو مدونة على غرار القوانين الأوروبية والأمريكية.

ففي القانون التجاري المصري: يعد كل تاجر توقف عن دفع ديونه التجارية إثر اضطرابات أوضاعه المالية مفلساً (٢).

وينص القانون التجاري الكويتي على أن: "كل تاجر اضطرت أعماله المالية فوقف عن دفع ديونه التجارية يجدر شهر إفلاسه" (٣).

إن الإفلاس في القانون التجاري لا يكون مرتبطاً دائماً بزيادة ديون الشركة عن أصولها الموجودة فقد يكون لديها من الأصول ما يزيد عن ديونها لكن عجزها بسبب نقص السيولة حيث لا تكون الأصول كافية لتسييلها حتى تؤدي ديونها المستحقة.

وهناك فرق بين إفلاس الفرد وإفلاس المؤسسة أو الشركة، فالفرد بعد إشهار إفلاسه يمنع من التصرف في أمواله والمحكمة هي التي تقوم بتصفية الأمور.

لكن إفلاس الشركات والمؤسسات المالية لا تمنعها دائماً من ممارسة نشاطها.

(٤) النساء: ٢٩

(١) قانون التجارة المصري المادة (١/٥٥٠)

(٢) قانون التجارة الكويتي المادة ٥٥٥.

بل إن القانون الإنجلو سكسوني يعطي الشركة المفلسة حماية أكثر من دائئتها ويكون للشركة الحق في اختيار التصفية أو إقفال النشاط.

وإذا كان عجز الشركة المالي مؤقتا بسبب ظروف استثنائية طارئة ويتوقع أن تستعيد عافيتها، ففي هذه الحالة تختار الشركة الاستمرار في مزاوله نشاطها، فإذا أذنت لها المحكمة فتبقي أموال الشركة ملكا لها، وهي تزاوّل أنشطتها التجارية تحت مراقبة المحكمة حتى تسدد جميع ديونها خلال الفترة الزمنية المحددة.

إشهار الإفلاس

إن الدائنين لهم حق المطالبة من المحكمة بإشهار إفلاس الشخص المدين أو الشركة المدينة في حالة الامتناع عن سداد الدين شريطة أن يثبتوا، أن امتناعه من غير مبرر قانوني أو للمدين تصرفات تضر الدائنين.

فإذا طلب الدائن شهر إفلاس مدينه بصحيفة تودع قلم المحكمة المختصة مصحوبة بما يفيد إيداع الرسوم المطلوبة الخاص بنشر الحكم الصادر بشهر الإفلاس، والمحكمة هي التي تحدد تاريخا لإشهار الإفلاس وتعين أمنيا للتقليسة وتختار قاضيا من قضاة المحكمة ليكون قاضيا للتقليسة ويأمر بوضع الأختام على محلات وممتلكات المدين.

ويرسل قلم كتاب المحكمة إلى النيابة العامة للحض من حكم شهر الإفلاس فور صدوره.

فإذا تم إشهار إفلاس عن شخص مدين أو شركة مدينة فيترتب عليه ما يلي:

يؤضع أموال المدين تحت المراقبة، فلا يجوز له التصرف إلا بإذن المحكمة.

يقرر له القاضي الإنفاق على عائلته.

تتسقط حقوقه السياسية فلا يبقى له حق الترشيح أو الترشح للمجالس السياسية.

يمنع من السفر ومغادرة البلاد.

هذا ما يتعلق بالمدين، أما أموال المدين المشهر إفلاسه:

لا يجوز له التصرف في أمواله بعد إشهار إفلاسه فلا يستطيع إدارة أمواله أو تسديد ديونه أو التبرع من ماله أو فك الرهن عن ممتلكاته.

أما الدائنون فيلزمهم:

تكوين هيئة (جماعة) الدائنين يمثلهم شخص.

وقف الدعاوي والإجراءات الفردية.

لا تحتسب فوائد على الأموال المترتبة على المفلس.

تصبح جميع الديون واجبة السداد وتلغي جميع لوائح السداد الآجلة.
تجز جميع ممتلكات المفلس بما فيه الممتلكات العقارية لحين التسوية والسداد.
أما وسائل الإشهار فقديمًا كان يأمر القاضي بالمناداة في الأسواق، أما الآن ففي أجهزة الإعلام من الإذاعة والتلفاز والصحافة غني عن الأساليب البدائية القديمة.
ثم إن الجريدة الرسمية هي الوسيلة المعهودة لمثل هذه الإعلانات.
أما إشهار الإفلاس عند الفقهاء فلا يؤدي إلى سقوط الحقوق السياسية كما يراه القانون المدني التجاري، بل يقتصر أثر إفلاسه على التصرفات المالية والتجارية فقط^(١) كما أنه يصح تصرف الشركة المفلسة في ذمتها بشراء أو بيع ونحو ذلك لأن الحجر يتعلق بمالها لا بذمتها، ولأنه لا ضرر فيه على الغرماء^(٢).
ويرى الحنفية والشافعية والحنابلة في الرواية المعتمدة إلى أن الديون المؤجلة لا تحل بالتفليس، لأن الأجل حق للمفلس فلا يسقط بإفلاسه كسائر حقوقه.
وعلى هذا القول لا يشارك أصحاب الديون المؤجلة أصحاب الديون الحالية إلا إذا كان المؤجل قبل قسمة المال فيشاركونهم^(٣).

صور بيع الدين بالدين

إن بيع الدين بالدين أو "الكالئ بالكالئ" محرم أصلاً لكن الفقهاء المعاصرون - أو المشتغلون بالقضايا الاقتصادية الإسلامية بالأحرى قد اضطروا من أجل إنقاذ المؤسسات المالية الإسلامية - التي تأثرت بالأزمة الاقتصادية العالمية وتراكمت عليها الديون، ونقصت لديها السيولة - من الانهيار إلى البحث عن صور لبيع الدين بالدين تكون جائزة، ولو على رأي مذهب فقهي واحد، بل ولو على قول شاذ في بعض المذاهب، ولم يتجنبوا تمرير وتبرير بعض أساليب التحايل المكشوف والمرفوض.

وقد ناقشت المجمع الفقهي المعروفة بعض جوانب المسألة فقد أصدر المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي قراراً بهذا الخصوص.

حيث جاء في القرار الثالث بشأن فسخ الدين في الدين في دورته الثامنة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة ١٠ - ١٤ / ٣ / ١٤٢٧ هـ الموافق ٨ - ١٢ / ٤ / ٢٠٠٦ م ما يلي:

بعد الاطلاع على قرار المجمع بشأن موضوع بيع الدين في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في المدة ٢١ - ٢٦ / ١٠ / ١٤٢٢ هـ الموافق ٥ - ١٠ / ١ / ٢٠٠٢ م والذي جاء فيه ما نصه:

(١) ينظر المواد المتعلقة بالإفلاس في القانون التجاري المصري والقانون التجاري الكويتي وغيرهما.

(٢) رد المحتار ١٥٠/٦.

(٣) فتح القدير ٢٧١/٩.

ثانياً: من صور بيع الدين غير الجائزة:

بيع الدين للمدين بثمن مؤجل أكثر من مقدار الدين، لأنه صورة من صور الربا، وهو ممنوع شرعاً وهو ما يطلق عليه (جدولة الدين).

وبعد الاستماع إلى البحوث المقدمة والمناقشات المستفيضة، والنظر في الصور التي ذكرت في البحوث في موضوع فسخ الدين في الدين أو ما يسميه بعض أهل العلم (قلب الدين) قرر المجمع في دورته الثامنة عشرة:

يعد من فسخ الدين في الدين الممنوع شرعاً كل ما يفضي إلى زيادة الدين على المدين مقابل الزيادة في الأجل أو يكون ذريعة إليه ويدخل في الصور الآتية:

١ - فسخ الدين في الدين عن طريق معاملة بين الدائن والمدين تنشأ بموجبها مديونية جديدة على المدين من أجل سداد المديونية الأولى كلها أو بعضها من أمثلتها:

شراء المدين سلعة من الدائن بثمن مؤجل ثم بيعها بثمن حال من أجل سداد الدين الأول كله أو بعضه.

فلا يجوز ذلك ما دامت المديونية الجديدة من أجل وفاء المديونية بشرط أو عرف أو مواطأة أو إجراء منظم؛ وسواء في ذلك أكان المدين موسراً أم معسراً، وسواء أكان الدين الأول حالاً أم مؤجلاً يراد تعجيل سداده من المديونية الجديدة، وسواء اتفق الدائن والمدين على ذلك في عقد المديونية الأول أم كان اتفاقاً بعد ذلك، وسواء أكان ذلك بطلب من الدائن أم بطلب من المدين.

ويدخل في المنع ما لو كان إجراء تلك المعاملة بين المدين وطرف آخر غير الدائن إذا كان بترتيب من الدائن نفسه أو ضمان منه للمدين من أجل وفاء مديونته.

٢ - بيع المدين للدائن سلعة موصوفة في الذمة من غير جنس الدين إلى أجل مقابل الدين الذي عليه، فإن كانت السلعة من جنس الدين فالمنع من باب أولى.

٣ - بيع الدائن دينه الحال أو المؤجل بمنافع عين موصوفة في الذمة، أما إن كانت بمنافع عين معينة فيجوز.

٤ - بيع الدائن دين السلم عند حلول الأجل أو قبله للمدين بدين مؤجل سواء أكان نقداً أم عرضاً، فإن قبض البديل في المجلس جائز، ويدخل في المنع جعل دين السلم رأس مال سلم جديد.

٥ - أن يبيع الدائن في عقد السلم سلعة للمدين - المسلم إليه - مثل سلعته المسلم فيها مرابحة إلى أجل بثمن أكثر من ثمن السلعة المسلم فيها، مع شرط يعطيه السلعة التي باعها له سداد لدين السلم^(١).

(١) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة / ٤٥٧ - ٤٥٩.

كذلك ناقش مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دوراتها السابقة بعض صور المسألة واتخذت قرارات بخصوصها وقد سبقت الإشارة إليها.

لكن الموضوع مازال في حاجة إلى دراسات دقيقة ومستوعبة، وإصدار قرارات واضحة وحاسمة، لأنه موضوع مهم وشائك، وإن المؤسسات المالية الإسلامية تواجه أخطارا حقيقية حيث إن انهيارها كمنظمة أخف وقعا من تراجعها عن المبادئ وأهدافها التي أنشئت من أجلها من تجنيب الناس من الربا وتقديم البديل للمؤسسات التقليدية الربوية.

إن صور بيع الدين بالدين عديدة ويوجد لدى المالكية ما يسمى بفسخ الدين في الدين، أو بفسخ الدين بالدين، أو قلب الدين، ولها صور عديدة يمكن تلخيصها فيما يلي:

متن أوضح صور فسخ الدين بالدين مباشرة، تأخير الدين سواء كان ناتجا عن قرض أو عن بيع على أن يزيد المدين في مقدار القرض مقابل الأجل مثل أن يكون لشخص على آخر مائة دينار، فلما حل الأجل قال المدين أنا لا أملك الآن ما يكفي لقضاء دينك، فأجلني لمدة شهر وسوف أرد عليك مائة وعشرة دنانير.

وهذه الصورة سائدة الآن في المعاملات الربوية وهي نفسها كانت أيام الجاهلية الأولى حيث كان يقال: "تقضي أو تربي" أو "أخرني وأزيدك".

وهذه الصورة ممنوعة شرعا لما فيه من ربا محرم، وزيادة في الأجل مقابل زيادة في المبلغ^(١).

أما إمهال الدائن وإعطاءه أجلا ثانيا من غير زيادة، أو إعفائه عن بعض ديونه فلا حرج في ذلك بل هو المطلوب والمندوب إليه شرعا.

وهناك صورة أخرى لفسخ الدين بالدين وهي: أن يقرض رجل شخصا آخر مائة دينار فيشتري المقترض من المقرض سلعة بتلك الدنانير فإذا كان القرض إلى أجل، واشترى المقترض أيضا السلعة إلى أجل، فهذا أيضا لا يجوز شرعا لأن مبلغ القرض قد عاد إلى المقرض بالشراء منه، وبقي في ذمة المقترض مائة دينار اشترى بها السلعة فصار فسخ دين بدين لأن ما خرج من اليد عاد إليها ثانيا.

وهنالك: فسخ الدين بالدين عن طريق سلعة يملكها الدائن مثل أن يقرض رجل شخصا آخر مائة دينار إلى شهر، فيشتري بها المقترض من المقرض سلعة إلى شهرين، فمبلغ القرض يعود إلى المقرض بالشراء منه، ويبقى في ذمة المقترض أصل القرض الذي اشترى به السلعة فصار فسخ دين في دين، ومنها أيضا: فسخ الدين بالدين عن طريق سلعة يملكها المدين وفي هذه الصورة قد تكون المفسوخ فيها هو السلعة نفسها وقد تكون منافع السلعة.

(١) الشرح الكبير ١٣٧/٣، مختصر خليل ٣٦٤/، الذخيرة للقراي ٣٠٣/٥.

وإذا أقرض رجل مائة دينار، ثم اشترى بها سلعة غير موجودة فهذا العقد لا يصح، سواء حل الأجل أو لم يحل، لأن هذا فسخ الدين في الدين يعني فسخ دين السلعة في دين الدنانير، مثال الحالة الثانية التي يكون المفسوخ فيها هو منافع العين أن يفسخ الدين في سكنى دار، كأمين يكون لشخص على آخر ألف دينار فإذا حل الأجل قال المدين للدائن: أعطيك داري هذه تسكنها سنة قضاء لدينك، ويقبل الدائن ذلك، وقد نقل عن هذه الصورة قولان لمالك رحمه الله، قول بالجواز، وقول بالمنع.

ومنها فسخ الدين بالدين في عقد السلم، كأن يشتري رجل الذرة سلماً وقبل أن يحل الأجل أو بعد ما حل يعرض المسلم إليه - أي البائع - على المسلم - أي المشتري - قمحا بدل الذرة.

هذه الصورة أيضاً لا تجوز إذا كانت قبل حلول الأجل، وكذلك لا تجوز بعد حلول الأجل إذا كان البديل مؤجلاً.

ومن صورته أيضاً أن يبيع المسلم - أي المشتري - المسلم فيه غير الطعام إلى المسلم إليه - البائع - قبل أن يحل الأجل أو بعد ما يحل بنقد أو بعرض، وهذا أيضاً لا يجوز إذا كان النقد أو العرض مؤجلاً، أما إن كان معجلاً فيجوز بشرط القبض في المجلس.

ومن تطبيقات فسخ الدين بالدين في الوقت الحاضر جعل الدين رأس مال السلم وصورته أن يكون لشخص على آخر مبلغاً من المال (دنانير) فإذا حل الأجل اتفقا على أن يبيع المدين للدائن طناً من القمح سلماً.

ومن الصور التي ابتدعتها بعض البنوك والمؤسسات المالية أنه إذا حل الأجل في عقد السلم ولم يكن عند العميل سلعة السلم باع له البنك سلعة مثلها مرابحة إلى أجل بثمن أكثر من ثمن السلعة المسلم فيها، ويشترط عليه أن يعطيه السلعة التي باعها سداداً لدين السلم.

بدائل أخرى مقترحة

ومن البدائل المقترحة ما يسمى "بالفكترة" (الوسيط) وذلك بتحويل الديون التجارية من مالكها إلى "الفكتور" (الوسيط) أن يتحمل القيام بإجراءات استيفاء تضمن خلاص الدائن.

ويمكن أن يدفع "الفكتور" مقدماً للدائن كامل دينه الذي تحول إليه أو جزء منه، فحينما يتم العقد بين البائع و"الفكتور" يقوم الفكتور بمتابعة الدين الناشئ بين البائع والمشتري ويحل محل المشتري في ضبط المطالبات وتذكير المدين بما عليه من ديون وتاريخ حلول الأجل.

وهو بذلك أجير مستحق أجره حينما تم الاتفاق عليه ولا يضمن إلا بالتقصير أو بالتعدي.

وبإمكان للمؤسسات الإسلامية أن تنشئ شركات "فكترة" متخصصة في هذا الجانب من النشاط، ومن هذه الناحية لا غبار على هذا التعامل.

لكن الفكتور هو يكون ضامنا للدين بإقرار أن المشتري إذا فسدت ذمته بإفلاس أو مماثلة فإن البائع يتسلم عند حلول الأجل من الفكتور كامل الدين، فكأن البائع قد باع دينه للفكتور بثمن يقبضه عند حلول الأجل، وبيع الدين النقد بنقد من جنسه يتأخر قبضه إلى الأجل ممنوع بإجماع الفقهاء لما فيه من ربا النساء، كما أن بيع دين النقود بأقل منها ممنوع أيضا لما فيه من ربا الفضل.

ثم إن الفكتور قد يقدم للبائع نسبة من دينه، أو كل الدين إثر اتصاله بالفاتورة وذلك ليستعين بالسيولة المالية على تصريف أموره، والفكتور يتقاضى على ذلك فائضا يتبع سعر السوق النقدي في كراء المال ويصير ما يستحق طردا وعكسا مع الزمن الذي بين قبض البائع النقد من الفكتور وبين وقت حلول أجل الدين وهذا عقد مبني على الربا^(١).

التأمين على الديون

التأمين على الديون يتكون من العناصر التالية:

المؤمن هو شركة التأمين الإسلامي وهي مجموع المساهمين المتبرعين.

المؤمن له وهو طالب التأمين وهو صاحب الدين المشكوك في تحصيله، أو الدائن وهو المستفيد من عملية التأمين وهو أحد المتبرعين المساهمين في شركة التأمين التعاون الإسلامي.

المؤمن منه وهو الخطر أو الخسارة التي يتعلق بها الدين وهو خطر محتمل الوقوع وليس محققا فالدين المشكوك فيه على خطر السقوط والزوال وينتج عنه خسارة المال الذي في الذمة.

محل التأمين وهو المقدار من المال الذي يلتزم به المؤمن عند اليأس من تحصيل الدين، وذلك بدفعه للمؤمن له خلال الفترة التي يحددها العقد وهو مبلغ محدد ليكون تعويضا عن الدين.

مدة التأمين التي تكون محددة بأجل الدين، وقد تكون غير محددة بأجل الدين، وقد تكون غير محددة في عقد التأمين.

(١) يراجع بحث الشيخ محمد مختار السلامي المقدم إلى ندوة دله البركة.

قسط التأمين، ولما كان تحديد قسط محدد أو أقساط في التأمين لتدفع تجعل التأمين تجارياً ربوياً لكونه مبادلة نقد بنقد فلا يوجد في التأمين التعاوني أقساط لأنه تأمين تكافلي ويقوم على التبرع.

الحلول المطروحة وأحكامها:

تأخير الدين الذي حلّ أجله عن المدين مقابل زيادة في قدره أو صفته محرم شرعاً، سواء كان دين سلم أو ثمن مبيع أو بدل قرض أو عوض إتلاف لأنه يعتبر بإجماع أهل العلم من ربا الجاهلية وهو "أنظرني ازدك"، أو "تقضي أو تربى"؟

تأخير الدين الذي حلّ أجله عن المدين مقابل زيادة في قدره أو وصفه عن طريق حيلة ظاهرة تتمثل في إبرام عقد أو عقود غير مقصودة لذاتها أيضاً محرم شرعاً سواء كان المدين موسراً أو معسراً.

بيع الدائن دينه الذي حلّ أجله للمدين نفسه بثمن مؤجل من غير جنسه -مما يجوز أن يباع به نسيئة - جائز شرعاً.

اعتياض الدائن عن دينه الذي حلّ أجله بجعله رأسمال سلم لدى المدين نفسه في مقابل مسلم فيه، موصوف في ذمته إلى أجل معلوم جائز شرعاً.

اعتياض الدائن عن دينه الذي حلّ أجله بمنافع عين مملوكة للمدين -كدار أو بستان أو عمارة أو طائرة - إلى أجل محدد كسنة أو خمس سنين أو غير ذلك صحيح وجائز شرعاً.

حصول المدين على تمويل نقدي مقابل يد مؤخر عن طريق التورق، أو بيع السلم، أو الاستصناع، أو غير ذلك من العقود الشرعية من أجل وفاء دينه غير المتوفر لديه عند محلّ أجله جائز شرعاً وكلفه ذلك زيادة على المبلغ الذي حصل عليه لأداء دينه.

ولا حرج شرعاً في قيام المؤسسات المالية الإسلامية بإجراء ترتيبات للعملاء لتحقيق هذا الغرض بشرط أن لا تعود تلك الزيادة بوجه من الوجوه إلى المؤسسة المالية الإسلامية نفسها، وأن تمتع من استخدام الأساليب الملتوية للتحايل على الربا.

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادس المنعقدة بجدة كان قد اتخذ القرارات التالية:

أولاً: - تجوز الزيادة في الثمن المؤجل عن الثمن الحال، كما يجوز ذكر ثمن المبيع نقداً، وثنمه بالأقساط لمدد معلومة، ولا يصح البيع إلا إذا جزم العاقدان بالنقد والتأجيل.

فإن وقع البيع مع التردد بين النقد والتأجيل بأن لم يحصل الاتفاق الجازم على ثمن واحد محدد فهو غير جائز شرعاً.

ثانيا: - لا يجوز شرعا في بيع الأجل التخصيص في العقد على فوائد التخصيط مفصولة عن الثمن الحال بحيث ترتبط بالأجل، سواء اتفق العاقدان على نسبة الفائدة أم ربطها بالفائدة السائدة.

ثالثا: - إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط لأن ذلك ربا محرم.

رابعا: - يحرم على المدين الملى أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط ومع ذلك لا يجوز شرعا اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء.

خامسا: - يجوز شرعا أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها مادام المدين قد رضي بهذا الشرط عن التعاقد.

سادسا: - لا حق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط الموجلة.

هذه ستة قرارات اتخذت حول البيع بالتخصيط وصدرت توصية لحل بعض المسائل الأخرى المتصلة ببيع التخصيط للبت فيها مستقبلا بعد إعداد دراسات وأبحاث وافية حولها.

وهذه المسائل هي:

أولاً: - خصم الكمبيالات عن الأقساط الموجلة لدى البنوك.

ثانيا: - تعجيل الدين مقابل إسقاط بعضه وهي مسألة "ضع وتعجل".

ثالثا: - أثر الموت في حلول الأقساط الموجلة.

وبعد استكمال البحوث حول تلك المسائل أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي القرارات التالية:

قرار رقم ٧ / ٢ / ٦٤

بشأن بيع التخصيط

البيع بالتخصيط جائز شرعا، ولو زاد فيه الثمن المؤجل على المعجل.

الأوراق التجارية (الشيكات، السندات لأمر، سندات السحب) من أنواع التوثيق المشروع للدين بالكتابة.

إن حسم (خصم) الأوراق التجارية غير جائز شرعا لأنه يؤول إلى ربا النسيئة المحرم.

الحطيطة من الدين المؤجل، لأجل تعجيله، سواء أكانت بطلب الدائن أو المدين، (ضع وتعجل) جائزة شرعا، لا تدخل في الربا المحرم إذا لم تكن بناء على اتفاق مسبق،

ومادامت العلاقة بين الدائن والمدين ثنائية، فإذا دخل بينهما طرف ثالث لم تجز، لأنها تأخذ عندئذ حكم حسم الأوراق التجارية.

يجوز اتفاق المتدائنين على حلول سائر الأقساط عند امتناع المدين عن وفاء أي قسط من الأقساط المستحقة عليه ما لم يكن معسرا.

إذا اعتبر الدين حالاً لموت المدين أو إفلاسه أو مماطلته فيجوز في جميع هذه الحالات الحط منه للتعجيل بالتراضي.

ضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار: ألا يكون للمدين مال زائد عن حوائجه الأصلية يفي بدينه نقداً أو عيناً^(١).

هذه القرارات وما ذكرت سابقاً من قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي تبين بوضوح المسموح والممنوع من صور بيع الدين وتقطع سبيل التحايل على الربا من خلال العقود الوهمية أو المعاملات المعقدة والملتوية. واللّه يهدي إلى سواء الصراط.

وعلى المؤسسات المالية أخذ الحيطة والحذر، ودراسة جدوى المشاريع المقدمة لتمويلها قبل اعتمادها، كذلك توثيق الدين بالكفالة حتى لا تقع في ما لا تحمد عقباه، وهناك مقترحات مثل إنشاء صندوق تقاص الديون، أو إنشاء صندوق تأمين تعاوني، واقتراح بشراء البنوك الإسلامية الديون مقابل الودائع الجارية، واقتراح بإنشاء صندوق من قبل الدول المصدرة للنفط لسداد ديون المؤسسات المالية ومعظم هذه المقترحات صعبة التنفيذ. واللّه من وراء القصد.

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي / ٢٢١ - ٢٢٢.

مشروع قرار

- يراد بالإعسار أن لا يكون لدى المدين مال يفي بدينه الحال أو ببعضه أو لديه أموال يتعذر استيفاء الدين منها ، كما يراد بالإفلاس أن يكون الدين الحال الذي على المدين أكثر من ممتلكاته.
- إذا ثبت إعسار المدين وجب على الدائن إنظاره ويجوز للدائن اتخاذ إجراءات قضائية تحميه من لحوق الضرر به في فترة الإنظار.
- في حالة إفلاس المؤسسات المالية يجوز أن يتفق الدائن والمدين عند عدم توفر السيولة لدى المؤسسة المدينة على إجراء تسوية بين الدائن والمدين وذلك.
- إما بتملك الدائن بعض الأصول المالية بالقيمة التي يتم الاتفاق عليها بينهما أو تحويل الدين إلى أسهم يزداد بها رأس مال الشركة.
- كافة صور بيع الدين التي فيها تحايل واضح على الربا ممنوعة شرعا.
- تجديد المرابحات أو وكالات الاستثمارات بالطريقة التي تمارسه بعض المؤسسات المالية عن طريق البيع والشراء الشكليين في سوق السلع الدولية لا يخلو من أساليب التحايل على الربا ، لذا يجب الابتعاد عنه تماما. والله أعلم بالصواب

مراجع البحث

- (١) أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الجصاص الرازي المتوفى ٣٧٠هـ.
- (٢) أحكام القرآن لابن العربي المالكي.
- (٣) أحكام القرآن لظفر أحمد العثماني التهانوي.
- (٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي.
- (٥) جامع البيان للطبري المتوفى ٣١٠هـ.
- (٦) صحيح الإمام البخاري مع فتح الباري.
- (٧) صحيح الإمام مسلم.
- (٨) سنن أبي داود.
- (٩) سبل السلام شرح بلوغ المرام.
- (١٠) سنن الدار قطني.
- (١١) مسند الإمام أحمد بن حنبل.
- (١٢) نيل الأوطار للشوكاني.
- (١٣) موطأ الإمام مالك.
- (١٤) الاختيار لتعليق المختار للموصللي ٦٨٣.
- (١٥) البحر الرائق لابن نجيم.
- (١٦) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥٨٧.
- (١٧) البناية في شرح الهداية للعيني.
- (١٨) تبين الحقائق للزيلعي ٧٤٣.
- (١٩) رد المحتار إلى الدر المختار لابن عابدين الشامي.
- (٢٠) فتح القدير للشوكاني.
- (٢١) الفتاوى الهندية لمجموع من العلماء.
- (٢٢) المبسوط للإمام السرخسي.
- (٢٣) الهداية للمرغيناني ٥٩٣.

٢٤)	بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٥٠٩٥.
٢٥)	حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.
٢٦)	جواهر الإكليل.
٢٧)	الشرح الكبير على الدردير.
٢٨)	القوانين الفقهية لابن جزي.
٢٩)	المقدمات الممهيات.
٣٠)	المصباح المنير.
٣١)	إعانة الطالبين.
٣٢)	الإنصاف.
٣٣)	معجم المصطلحات الاقتصادية.
٣٤)	المغني لابن قدامه.
٣٥)	تحفة المحتاج.
٣٦)	الفروق للقرايف.
٣٧)	حجة الله البالغة للدهلوي.
٣٨)	السنن الكبرى للبيهقي.
٣٩)	الوسيط في القانون المدني.
٤٠)	السييل الجرار للشوكانى.
٤١)	مقدمات الإفلاس والقانون المقارن.
٤٢)	حاشية المحلي على المنهاج.
٤٣)	مصادر الحق للسنهوري.
٤٤)	حاشية الشروانى على التحفة.
٤٥)	أسهل المدارك.
٤٦)	المحلى لابن حزم.
٤٧)	كتاب الآثار للشيبانى.
٤٨)	شرح المنهاج.
٤٩)	الحاوي.

- (٥٠) وسائل الشيعة.
- (٥١) المجموع شرح المذهب.
- (٥٢) شرائع الإسلام.
- (٥٣) قانون التجارة المصري.
- (٥٤) قانون التجارة الكويتي.
- (٥٥) التلخيص الحبير.
- (٥٦) نهاية المحتاج.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار رقم ١٨٦ (٢٠/١)

بشأن

أحكام الإعسار والإفلاس في الشريعة الإسلامية

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهران (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من ٢٦ شوال إلى ٢ من ذي القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١٣ - ١٨ سبتمبر (أيلول) ٢٠١٢م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى أمانة المجمع في موضوع: أحكام الإعسار والإفلاس في الشريعة الإسلامية والأنظمة المعاصرة، واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،

قرر ما يأتي:

أولاً: تعريف الإعسار والمدين المعسر:

(١) مع مراعاة ما ورد في الفقرة (سابعاً) من قرار المجمع ذي الرقم: ٦٤ (٧/٢) بشأن ضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار، فإن الإعسار هو: وصف عارض يلحق بالشخص يكون معه عاجزاً عن القيام بنفقاته الواجبة وسداد ديونه. والمعسر هو من لحق به هذا الوصف.

(٢) ضابط الإفلاس: هو عدم كفاية أموال المدين لسداد ما عليه من ديون. والمفلس هو من اتصف بهذا الوصف.

ثانياً: أبرز الفروق بين الإعسار والإفلاس عند الفقهاء:

(١) الإعسار قد يكون مسبوقاً بحالة اليسار وقد لا يكون مسبوقاً بها، بخلاف الإفلاس فإنه لا يتحقق إلا إذا كان مسبوقاً بحالة اليسار.

(٢) يُحجر على المفلس بعد الحكم بإفلاسه، أما المعسر فإنه يُنظر إلى حين ميسرة، إذا أثبت إعساره بطرق معتبرة شرعاً، لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

(٣) لا يحكم القاضي بحبس المعسر عندما يثبت إعساره، أما المفلس فإنه يُحبس تعزيراً في حالة الاحتيال أو التدليس أو الإهمال والتقصير.

(٤) الإعسار قد يكون يديّناً أو حق شرعي كالنفقة، بخلاف الإفلاس فلا يكون إلا يديّناً.

ثالثاً: أحكام الإفلاس في الفقه الإسلامي:

(١) منع المفلس من التصرف في أمواله بما يضر الدائنين، بأي نوع من أنواع التصرفات الضارة بهم. ويكون منع المفلس من التصرف وإنهاؤه بحكم القاضي.

(٢) جواز منع المفلس من السفر، إذا كان السفر يؤدي إلى ضرر ظاهر بحقوق الدائنين.

(٣) سقوط آجال الديون المؤجلة التي على المفلس.

(٤) قيام القاضي المختص ببيع أموال المفلس، بما هو أصلح وأنفع للدائنين والمدّين وقسمة ثمنها، وإذا ظهر للمفلس مال جديد جاز للدائنين مطالبته بالوفاء بما هو باق من ديونهم.

(٥) حق الدائن في استرداد عين ماله الذي يجده ضمن أموال المفلس، إذا كان باقياً على حاله، ولم يستوف ثمنه.

رابعاً: تخريم المدّين الموسر المماطل:

يؤكد المجمع على ما ورد في قراره السابق ذي الرقم ٥١ (٦/٢) البندين: ثالثاً ورابعاً، بشأن البيع بالتقسيط من تخريم فرض غرامة أو اشتراط التعويض على المدّين الموسر المماطل، مع جواز تحميله المصروفات القضائية.

خامساً:

يرى المجمع تأجيل النظر في القضايا التالية، في موضوع الإعسار والإفلاس لدورة قادمة:

(١) المسائل الفقهية المتعلقة بحماية المؤسسات المالية الإسلامية، ومنها مسألة التأمين على الديون، والالتزام بالتبرع.

- (٢) أحكام تصرفات المفلس والمعسر في فترة الريبة.
- (٣) أحكام إفلاس الشركات والمؤسسات المالية في ضوء الأنظمة المعاصرة.
- (٤) موضوع الإعسار (المدني) حيث يلحظ أن مصطلح الإعسار قد يرد في بعض القوانين الوضعية شاملاً لمصطلحي الإفلاس والإعسار في الفقه الإسلامي.

والله أعلم



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الاستثمار في صناعة التكافل أبعاده وأحكامه ومشاكله

إعداد

الأستاذ المشارك الدكتور محمد أكرم لال الدين
د. نورديانوتي إرواني عبد الله. د. شهيدة عبد الله. محمد محبوبى علي
مزرول شهير محمد ذكي. محمد علي جناح أحمد
الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في المالية الإسلامية (إسرا)
كوالالمبور، ماليزيا

(١) مقدمة

يشير مصطلح التكافل إلى التأمين الإسلامي أو التأمين التعاوني، القائم على مبدأ التعاونية والمسؤولية، والحماية والمساعدة بين المشاركين، ومن ثم فهو يساعد على بناء علاقة قوية بين المشاركين الذين يتفقون فيما بينهم على تحمل الخطر أو الخسارة في ضوء تعليمات الشريعة الإسلامية. مما يشيع روح الوحدة والدعم المتبادل.

فمصطلح التكافل مشتق معناه من "كفالة" الذي يعني المسؤولية والضمان^١، والتكافل لغة مشتق من الجذر "كفل" والذي يعني تضمن الشيء للشيء^٢ وضمه إليه والالتزام نحوه بشيء^٣، ومنه الكفالة التي هي ضم المكفول فيه إلى ذمة الكفيل. ومما يجسد هذا المعنى واقعا صور الضمان المشترك، والمسؤولية المشتركة، والتأمين الجماعي، والعمل المشترك، فكل هذه الصور تعكس طبيعة العلاقة والاتفاق التبادلي القائم على المساعدة المشتركة بين الأعضاء بناءً على مفهومي التعاون^٤ والتبرع.

تقوم مؤسسة التكافل بإدارة صندوق التكافل بناءً على طلب المشاركين، وتسعى من خلال إدارتها للصندوق إلى تسهيل الأنشطة التكافلية والمبادرات الاستثمارية. لذا ستركز هذه الورقة البحثية على الدور المهم الذي يمكن أن تمارسه شركة التكافل في الأنشطة الاستثمارية التي تتطلب مهارات معينة لإدارة أموال صندوق المشاركين.

ازدهرت صناعة التكافل بشكل كبير على مدى السنوات الماضية حيث تشير آخر الإحصاءات إلى تحقيق المساهمات المدفوعة نمواً بلغ نسبة ٣١٪ في عام ٢٠٠٩م^٥، مما يعكس الطلب المتزايد على المنتجات التكافلية باختلاف أنواعها بدءاً من التكافل العام قصير الأجل مثل تكافل المركبات إلى منتجات التكافل العائلي طويل الأجل لأغراض التقاعد، وتعليم الأطفال، والنفقات الطبية غير المتوقعة، والحماية المالية في حالة وفاة المشارك. لذا وجب على شركة التكافل أن تؤدي عملها على أفضل وجه خصوصاً فيما يتعلق بإدارة أموال صندوق التكافل وأصوله من خلال الاعتماد على المهارات والمثابرة اللازمة لضمان ملاءة صندوق التكافل وقدرته على تلبية الاحتياجات غير المتوقعة

^١ وردت مادة "كفل" في العديد من الآيات القرآنية الكريمة ومنها قوله تعالى: (فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا) سورة آل عمران: آية ٣٧.

^٢ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٥، ص ١٨٧.

^٣ القانوني، أنيس الفقهاء، ص ٨١.

^٤ تجدر الإشارة إلى أن مفهوم التكافل قائمٌ على المفهوم القرآني للتعاون الوارد في قوله تعالى: (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ) سورة المائدة: آية ٢.

^٥ See: [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/World_Takaful_report_April_2011/\\$FILE/WTR2011EYFINAL.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/World_Takaful_report_April_2011/$FILE/WTR2011EYFINAL.pdf)

للمشاركين. ومن ثم فإن إدارة شركة التكافل للأنشطة الاستثمارية الخاصة بصندوق التكافل - بوصفها وكيلًا استثماريًا أو مديرًا استثماريًا - تعد من أهم وظائفها قاطبة. ولذلك لا بد على شركة التكافل أن تضمن استثمار الأموال عبر وسائل متوافقة مع الشريعة الإسلامية، وبطريقة مربحة. فكلما تمت إدارة الأصول بطريقة أكثر حيطة، أدى ذلك إلى ازدياد قوة برنامج التكافل ونجاحه.

توصلت هذه الورقة البحثية إلى أن شركة التكافل خلال أدائها للأنشطة الاستثمارية المختلفة بحاجة إلى الاحتياط لضمان تطبيق المبادئ الشرعية المتعلقة بإدارة الأموال واستراتيجيات الاستثمار ووسائله. فالهدف الرئيس للدراسة هو مناقشة دور مؤسسات التكافل في استثمار صندوق التكافل، فضلاً عن تسليط الضوء على القضايا المتعلقة بهذا الأمر. ومما لاشك فيه أن هذا النشاط الاستثماري نابعٌ من طبيعة العلاقة بين شركة التكافل والمشاركين التي تحدد مدى مشاركة الأطراف المختلفة في الأنشطة الاستثمارية، وبناءً عليه: تتطرق هذه الورقة البحثية في جزئها الأول لأهمية الاستثمار في العمليات المالية بشكل عام، وذلك من خلال مفهومه، وأهدافه، ودوره ضمن آليات التنمية.

أما الجزء الثاني فهو نواة الورقة البحثية وجوهرها حيث يشتمل على مراجعة نقدية للمنظور الشرعي المتعلق بالعملية الاستثمارية التي تقوم بها شركة التكافل، ومن هذا المنطلق ستتم مناقشة مفهوم الاستثمار بصورة تحليلية في ضوء الأحكام الشرعية المستقاة من القرآن الكريم والسنة النبوية، فضلاً عن آراء الفقهاء بما فيهم العلماء المعاصرون الذين وضعوا بعض المعايير المحددة للأنشطة الاستثمارية. كما سيتم فحص نماذج التكافل المعمول بها والتي تبرز جلياً من خلال المبادئ المتفق عليها والعقود التي تحكم العلاقة بين شركة التكافل والمشاركين، خصوصاً فيما يتعلق بقضية استثمار صندوق التكافل.

يلي مناقشة الأبعاد النظرية المتعلقة بالاستثمار الجزء الثالث من الورقة البحثية المخصص لعرض بعض القضايا والتحديات الحالية المتعلقة بالاستثمار في صناعة التكافل من وجهة النظر الشرعية والتشغيلية والقانونية.

ختاماً، تسعى هذه الورقة البحثية في جزئها الأخير لعرض بعض التوصيات التي تحكم الأنشطة الاستثمارية لصناديق التكافل، والتي يُؤمل الاستفادة منها بوصفها مادة مرجعية داعمة للجهود المستمرة التي تبذلها شركات التكافل من أجل ضمان أنشطة استثمارية أكثر انضباطاً وشفافية.

(٢) أهمية الاستثمار في الأنشطة المالية

يعد الاستثمار نشاطاً اقتصادياً ذا فوائد عديدة، من بينها تسهيل زيادة قدرة البلد الإنتاجية، وإحداث تغييرات في مستوى توفير مناصب الشغل والدخل الشخصي للذين لهما تأثير على القدرة الشرائية والاستهلاك واستكمال الدورة الاقتصادية، كما يُعد عاملاً مُحدداً بالغ الأهمية في التحسين البعيد المدى للتنافسية الاقتصاد. كما يُشكل الاستثمار جزءاً من الإنفاق الكلي للاقتصاد، وعلى الرغم من صغر ذلك الحجم إذا ما قورن بالحصة التي يُمثّلها الاستهلاك في الإنفاق الكلي، إلا أنه في أغلب الأحيان يتصف بالتذبذب الذي يؤدي بشكل أو بآخر إلى تقلبات شديدة في النشاط الاقتصادي^١. وبناءً عليه فإن التقلبات في الاستثمار عادة ما تكون ذات حساسية كبيرة للتغيرات التي تطرأ على سعر الفائدة، وذلك لارتباطهما الوثيق ببعضهما. فسعر الفائدة المرتفع ناتجٌ عن اضمحلال النشاط الاستثماري والعكس صحيح. لذا ما من شك في أن الاستثمار يلعب دوراً مهماً في اقتصاد البلد.

١.٢ مفهوم الاستثمار

يُقصد بالاستثمار استخدام الأموال والموارد الأخرى مع توقع الحصول على منفعة مستقبلية^٢ مرتبطة بالمخاطرة. فالمخاطرة بطبيعتها تعني إمكانية التعرض لخسارة على حساب النشاط الاستثماري القائم، بينما العائد يعني القيمة التصاعدية المتحصلة من المبلغ المُستثمر. فتكون العلاقة بين المخاطرة والعائد إيجابية، ففي معظم الأحيان يدر الاستثمار ذو المخاطر المنخفضة عائداً منخفضاً نسبياً، بينما ينتج عن الاستثمار ذي المخاطر المرتفعة عائدٌ مرتفع. إضافة إلى ما سبق فالأنواع المختلفة للاستثمار ترتبط بها أنواعٌ مختلفة من المخاطر. وعلى سبيل المثال هناك احتمال كبير لتأثر المخاطر الاستثمارية المرتبطة بالسوق بحدث ما. أما مخاطر الاستثمار المحددة فيُقصد بها إمكانية أن يكون الأداء الاستثماري أضعف من أداء السوق أو أداء المنافسين الآخرين. وبالنسبة لخطر السيولة فهو مرتبطٌ بإمكانية تصفية الاستثمار^٣.

٢.٢ الاستثمار آلية التنمية

يُعد الاستثمار إذا ما تم التعبير عنه من خلال أهميته الاقتصادية، آلية تنموية مهمة لضمان نماء اقتصاد البلد. وبناءً عليه فهناك العديد من الأدوات الاستثمارية المتنوعة المُستخدمة في السوق بوصفها آليات تنموية للنمو الاقتصادي الإيجابي، ومن بين هذه

¹ Dornbusch, R. & Fischer, S. (1990), Macroeconomics (5thed.). New York: McGraw-Hill Publishing Company.

² Bodie, et.al, (2007), Essential of Investment, (6th ed.), New York: McGraw-Hill

³ Australia, National Australia Bank Limited, Godfrey Pembroke Limited, Apogee Financial Planning Limited and Australian Financial Services Licenses (2009). Understanding Investment Concepts. Sydney: GWM Adviser Services Limited.

الأدوات الأسهم وسندات الشركات والعقارات، فضلاً عن التأمين. وستركز هذه الورقة البحثية على مناقشة إحدى هذه الخدمات المالية الأكثر استخداماً وهي التأمين.

ترجع البداية التاريخية لتطبيق مبدأ التأمين إلى العهد الإغريقي القديم، ويُعتقد أن المبدأ الذي جرى تطبيقه آنذاك أفاد الشعوب بشكل عام، والنمو الاقتصادي بشكل خاص. ومما يمكن الإشارة إليه أن النمو في قطاع التأمين، الذي يمكن قياسه من خلال معرفة نسبة مساهمة إجمالي أقساط التأمين في الناتج المحلي الإجمالي، شهد ارتباطاً قوياً بالناتج الاقتصادي للفترة ما بين عام ١٩٦٠م و ٢٠٠٠م. وبشكل عام فإن المنحنى السيني يفترض ببطء النمو حينما تكون مستويات التنمية متدنية، ويبدأ النمو بالتسارع باتساع سوق التأمين والاقتصاد، ومن ثم يتباطأ مرة أخرى حين يصل السوق مرحلة النضوج^١. ترجع العلاقة بين استخدام المنتجات التأمينية والنمو الاقتصادي إلى الفترة المبكرة لعهد الثورة الصناعية، التي تمتعت فيها الاقتصاديات الرائدة مثل اقتصاد بريطانيا العظمى بنمو اقتصادي متميز. فعلى سبيل المثال شهدت الفترة ما بين عام ١٧٩٠م و ١٨٦٢م ازدياداً متوازياً لإنتاج بريطانيا الصناعي وطلبها للتغطية التأمينية على أصولها المادية وقدرتها الإنتاجية.

وقد بينت الدراسات التي فحصت الترابط بين النشاط المالي والنمو الاقتصادي أن التغلغل المصرفي والتأميني في ٥٥ دولة للفترة الممتدة من عام ١٩٨٠م إلى ١٩٩٦م كان مؤشراً واضحاً على الزيادة الإنتاجية التي يتم قياسها من خلال الزيادة في معدل النمو للناتج المحلي الإجمالي الحقيقي للفرد الواحد^٢.

وبما أن الأصول الاستثمارية ليست خالية من المخاطر، فإن التأمين أداة استثمارية مرتبطة بالمخاطر. والخطر التأميني عادة ما يتم تعريفه على أنه الخطر الذي تتحمله شركة التأمين من خلال بيعها للحماية التأمينية، ويشتمل هذا الخطر على مخاطر السوق، والائتمان، والتشغيل ومخاطر أخرى متشابكة لا يمكن فرزها إلى عناصر منفردة^٣.

¹ United States, US Agency for International Development. (2003). Assessment on How Strengthening the Insurance Industry in Developing Countries Contributes to Economic Growth.

² Webb, I., Grace, M. F. & Harold D. S. (2002). The Effect of Banking and Insurance on the Growth of Capital and Output, Centre for Risk Management and Insurance Working Paper.

³ Krutov, A. (2010). Investing in Insurance Risk: Insurance-Linked Securities – A Practitioner's Perspective. North Yorkshire: Risk Books.

(٣) مفهوم الاستثمار في الإسلام وعملياته في صناعة التكافل

تعود ملكية الأصول والأموال في الإسلام إلى الله عز وجل، وهذا يعني أن الإنسان ليس له كامل الحرية في التصرف بها. وعلى الرغم من ذلك فقد شرع الله عز وجل قواعد وأنظمة وقيوداً وقيماً ومبادئ تحكم ممارسات الأفراد لحقوقهم لدى التعامل مع الأموال وكيفية إنفاقها^١، ويتضمن ذلك وسائل الاستثمار أيضاً.

١.٣ مفهوم الاستثمار في القرآن

القرآن الكريم كتاب أنزل لإرشاد المسلمين من خلال المبادئ والأحكام العامة التي تضبط عملية الاستثمار وتحميهم من الاستغلال والفساد^٢. وبناءً عليه يلزم الانصياع للقوانين الإلهية، لأنها قوانين تستلزم الثواب لمن انقاد لها وطبقها، والعقاب لمن تخلى عنها وخالفها^٣. كما توضح القوانين الإلهية القواعد والقيم الأخلاقية التي تحكم الجوانب المتعلقة بكل من الاستحواذ على الأصول وإنفاقها، بما في ذلك الحماية من أي أنشطة غير جائزة^٤.

قال الله تعالى: ﴿وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ وَلَيُمَكِّنَنَّ لَهُمْ دِينَهُمُ الَّذِي ارْتَضَى لَهُمْ وَلَيُبَدِّلَنَّهُم مِّن بَعْدِ خَوْفِهِمْ أَمْنًا يَعْبُدُونَنِي لَا يُشْرِكُونَ بِي شَيْئًا وَمَن كَفَرَ بَعْدَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾^٥.

لقد بين القرآن الكريم في أكثر من مناسبة بما لا يدع مجالاً للشك المنظور الشرعي للاستثمار ووسائله وأولوياته.

(أ) الأمر بالمشي في الأرض يستتج منه الدعوة إلى القيام بالاستثمار والتشجيع عليه ، قال الله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾^٦.

تبين الآية المذكورة أعلاه أن الله تعالى قد أمر الإنسان بالمشي في الأرض والاستفادة من كل ما هو موجود عليها، وفي هذا دلالة على التشجيع للقيام بالأنشطة الاستثمارية من

^١ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الاسكندرية، ص ١١.
^٢ Qadri, Anwar Ahmad, (1986), Islamic Jurisprudence in the Modern World, Taj Printer, New Delhi, p. 174.
^٣ انظر: قحف، منذر، (٢٠١١م)، أساسيات التمويل الإسلامي، الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية، كوالالمبور، ص ٦٧. Al-Mawdudi, (1969) Islamic Law and Constitution, Islamic Publication, Lahore, p. 249.
^٤ مشهور، أميرة عبد اللطيف، (١٩٩١م)، الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، مكتبة مديبولي، القاهرة، ص ٧٧.
^٥ النمري، خلف بن سليمان، (١٩٨٣م)، شركة الاستثمار الإسلامية، رسالة ماجستير، قسم الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة، ص ٨. قحف، منذر، أساسيات التمويل الإسلامي، ص ١٥.
^٦ سورة النور: آية ٥٥.
سورة الملك: آية ١٥.

أجل تحصيل أصول أكثر أو دخل أكبر^١. ومما يؤكد هذا المعنى إمكانية تفسير لفظ "المشي" على أن المقصود منه الحث على العمل أو الكسب^٢. وتعليقاً على هذه القضية يقول ابن كثير "عندما تسافر إلى أي مكان أردت، ستجد أنواعاً مختلفة من المكاسب والتجارات"^٣. لذا باستطاعة المسلم أن يستوعب بشكل طبيعي هذا الأمر الإلهي الذي يشجعه على أخذ زمام المبادرة في البحث عن المال على وجه هذه البسيطة من أجل تحقيق مصالح البشر جميعاً.

(ب) الأمر بالانتشار في الأرض بعد صلاة الجمعة يمكن تفسيره على أنه تحفيز للقيام بالاستثمار. يقول الله تعالى في محكم كتابه العزيز: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^٤.

فمن الملاحظ أن لفظ "انتشروا" في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ يشير إلى أن المسلم بعد أن أدى واجبه الديني تجاه الله عز وجل، يتحتم عليه السعي في الأرض للتجارة وقضاء حوائجه^٥. وقد ذهب ابن السعدي إلى أبعد من ذلك حينما ذكر أن المنهجية الوحيدة للتجارة هي الاستثمار، أو بعبارة أكثر دقة فقد صرح في تفسيره بأن قوله تعالى (وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ) يشير إلى التجارة "الرابحة"^٦.

ومن هنا يمكن القول إن عمل المسلم وسعيه لقضاء حوائجه (بما في ذلك ممارسة الأنشطة الاستثمارية) هو جزء من واجبه الديني المنوط به، بعد انتهائه من أداء واجبه الديني تجاه الله تعالى المتمثل في تأدية صلاة الجمعة^٧.

(ج) الأمر بإعمار الأرض وزراعتها يمكن تفسيره بأنه دعوة إلى ممارسة الاستثمار. قال الله تعالى: ﴿وَالَى تَمُودَ أَخَاهُمْ صَالِحًا قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُمْ مِنْ إِلَهٍ غَيْرُهُ هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فَاسْتَغْفِرُوهُ ثُمَّ تَوْبُوا إِلَيْهِ إِنَّ رَبِّي قَرِيبٌ مُجِيبٌ﴾^٨.

فالآية الكريمة المذكورة أعلاه تُذكر الإنسان بوصفه خليفة الله تعالى في الأرض بتأدية الأمانة الملقاة على عاتقه والتي تتمثل في إعمار الأرض. وقد استتبط كل من الثعالبي وابن كثير في تفسيرهما من قوله تعالى (وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا) الدعوة إلى الإدارة والتنمية الجيدة للأمور التجارية الدنيوية، حيث تُشكل هذه المهمة أحد الأسباب التي خُلق من

^١ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الاسكندرية، ص٦٤.

^٢ سانو، قطب مصطفى، (٢٠٠٠م)، الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، ص٣٧.

^٣ ابن كثير، اسماعيل بن عمر، (١٩٨٦م)، تفسير القرآن العظيم، دار المعرفة، بيروت، ج٤/ص٤٢٤.

^٤ سورة الجمعة: آية ١٠.

^٥ القرطبي، محمد بن أحمد، (١٣٧٢هـ)، الجامع لأحكام القرآن، دار الشعب، القاهرة، ج٢/ص٤١٣.

^٦ أبو السعود، إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص٢٤٧.

^٧ سانو، قطب مصطفى، الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، ص٤٠.

^٨ سورة هود: آية ٦١.

أجلها البشر^١. ويوافق على هذا الاستنباط الإمام الشوكاني حيث يقول في تفسيره للآية نفسها: أي أمركم بعمارتها من بناء المساكن وغرس الأشجار^٢. وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على تشجيع الإنسان لاستخدام الاستراتيجيات الاستثمارية كافة بشيء من الحيطة.

ختاماً، يمكننا القول: إن ملكية جميع الأموال والثروات الموجودة في الأرض هي لله تعالى الذي وفرها بكرمه عز وجل للبشر. لذا فإن البشر مؤتمنون أمام الله فهم خلفاؤه في هذه الدنيا، يجب عليهم إدارة الموارد والثروات المتاحة وتميئتها وفقاً للضوابط والتعليمات التي شرعها الله عز وجل^٣.

٢،٣ مفهوم الاستثمار في السنة النبوية

مما لا شك فيه أن السنة النبوية حثت على الاستثمار وتحدثت عنه بوصفه أنشطة فردية أو جماعية تهدف إلى الاستفادة من الثروات والموارد التي خلقها الله عز وجل في هذه الأرض. ولا بد من أن تكون هذه المبادرات الاستثمارية ضمن الضوابط والمعايير المشروعة، مما يعني عدم معارضتها لمبادئ الشريعة الإسلامية وأسسها وأهدافها^٤.

هناك العديد من الأحاديث النبوية الشريفة التي تبين بجلاء تصور النبي محمد عليه الصلاة والسلام تجاه الاستثمار بوصفه أداة تنموية للحضارة الإنسانية، وفيما يلي بعض الأحاديث النبوية الشريفة التي تعرضت لموضوع الاستثمار.

(أ) تركيز النبي عليه الصلاة والسلام على بذل الجهد الفردي من أجل تحصيل الكسب . فعن المقدم بن معد يكرب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: " ما أكل أحد طعاماً قط خيراً من أن يأكل من عمل يده وأن النبي داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده"^٥ .

يدل الحديث المذكور آنفاً على تشجيع النبي صلوات الله وسلامه عليه لأصحابه بأن يبذلوا جهدهم من أجل تحصيل كسب أو ربح أفضل^٦. كما يمكن تفسير الحديث على أنه تحفيز نبوي للأمة كي تبذل قصارى جهدها من أجل البحث عن الموارد وإدارة الاستثمارات بصورة ناجحة دون الاستسلام بسهولة لأعداء الله تعالى^٧.

^١ الثعالبي، عبد الرحمن بن محمد، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ج٢/ ص٢١٠. ابن كثير، إسماعيل بن عمر، (١٩٨٦م)، تفسير القرآن العظيم، دار المعرفة، بيروت، ج٢/ ص٤٦٦.

^٢ الشوكاني، محمد بن علي، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، مؤسسة مصطفى البابي الحلبي للنشر، القاهرة، ج٢/ ص٥٠٧.

^٣ مشهور، أميرة عبد اللطيف، الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، ص٥٨.

^٤ المرجع السابق نفسه، ص٤٦.

^٥ البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب ١٥، حديث رقم ٢٠٧٢.

^٦ الغزالي، محمد بن محمد، (١٩٩٤م)، إحياء علوم الدين، دار الفكر، بيروت، ج٢/ ص٧١.

^٧ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الإسكندرية، ص٧٥.

(ب) امتداح النبي صلى الله عليه وسلم لصاحب اليد العليا . عن حكيم بن حزام عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " اليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول وخير الصدقة عن ظهر غنى ومن يستعفف يعفه الله ومن يستغن يغنه الله " .^١

يُفهم من الحديث السابق الذكر أن النبي عليه الصلاة والسلام يُكِنُّ الاحترام والتقدير لمن يُسهمون بعملهم وجهدهم ويُعطون مما لديهم، حيث أشار إليهم بأنهم أصحاب (اليد العليا)، ويفضلهم على غيرهم من الذين يسألون الناس حيث أشار إليهم بأنهم أصحاب (اليد السفلى). ومما لاشك فيه أن الغنى إنما ينتج غالباً عن الاستثمار والسعي، والفقر ينتج غالباً عن البطالة والكسل، ومن هنا فإن في هذا الحديث دعوة للفرد أن يسعى في تنمية ماله ليحقق الغنى، كي يتمكن من الإنفاق فيفيد نفسه ومجتمعه.^٢

(ج) تشجيع النبي عليه الصلاة والسلام على إدارة أصول اليتامى وممتلكاتهم . عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة " .^٣

يبين الحديث السابق الذكر أن أصول اليتامى لأبد من إدارتها بأمانة كاملة. لذا فإن مدير هذه الأصول مكلفٌ باستثمارها، وإلا أنقصتها الزكاة وتضاءلت الفائدة المستقاة منها للأيام.^٤ ولكي يتم القيام باستثمار مريح، فإن مدير هذه الأصول يجب أن يُنميها بمهارة فائقة كي تنمو بشكل وافر، وفي هذا تحقيق لمصالح اليتامى.^٥

مما لا شك فيه أن الحديث يوضح بشكل قاطع تقدير النبي عليه الصلاة والسلام لمن يسعون في ممارسة الأنشطة الاستثمارية لتحقيق الفوائد والمنافع للمجتمع. ومن ثم فإن هذا الجهد الاستثماري يُعد من الأعمال الفاضلة التي يُثاب عليها المرء في الآخرة.

٣,٣ مفهوم الاستثمار عند الفقهاء

الاستثمار مصدر فعل "استثمر" الدال على الطلب.^٦ وجاء في المعجم الوسيط أنه استخدام الأموال في الإنتاج، إما مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية، وإما بطريق غير مباشر ك شراء الأسهم والسندات.^٧ وأما مصطلح الاستثمار فلم يرد كثيراً في استخدامات الفقهاء، واستخدموا في معناه مصطلح الكسب والاكتساب والاستماء والتنمية والاسترباح في التعبير عن معنى الاستثمار.^٨

^١ البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب ١٨، حديث رقم ١٤٢٧.

^٢ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الإسكندرية، ص ٧٦.

^٣ الطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الأوسط، حديث رقم ٤١٥٢.

^٤ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الإسكندرية، ص ٨٠.

^٥ ابن الصلاح، فتاوى ابن الصلاح، ج ١ / ص ٢٩٧.

^٦ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الإسكندرية، ص ٢٥

^٧ المعجم الوسيط، باب الثاء، ج ١ ص ١٠٠

^٨ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الإسكندرية، ص ٣٢

يُعد الهدف الأساسي للاستثمار حفظ المال الذي هو أحد الضرورات الخمس التي لا تستقيم حياة المجتمع من دونها^١. وفي حقيقة الأمر فإن القرآن والسنة قد أشارا كما مر آنفاً إلى ضرورة المحافظة على حق الفرد الأساسي في الكسب والتملك أياً كان مستواه في المجتمع، حيث إن الالتزام بهذا الحق من شأنه أن يؤسس لمجتمع متزن ومتعافٍ من أي أمراض اقتصادية.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الإمام محمد بن الحسن الشيباني قد أشار في أحد كتبه إلى أن السعي لتحقيق حياة هانئة وكسب كافٍ يُعد الوظيفة الطبيعية لبني البشر، بل إنها من أولى المسؤوليات التي تحملها الرُّسل رضوان الله عليهم، فعلى سبيل المثال بذل رسول الله آدم عليه السلام جهده في سبيل توفير أسباب العيش لعائلته. كما زاول العديد من الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم مهناً مختلفة، فنوح وزكريا عليهما السلام امتهنا النجارة، وإدريس عليه السلام عمل في الخياطة، وأما إبراهيم عليه السلام فقد اشتغل تاجراً في السوق، وداود عليه السلام مارس مهنة الحدادة، ونبينا محمد صلى الله عليه وسلم رعى الغنم في سنوات طفولته الأولى^٢. كما امتهن سيدنا موسى هذه الحرفة أيضاً كما جاء في قوله تعالى: "وأهش بها على غنمي".

إن الفهم الصحيح لمغزى ممارسة الأنبياء رضوان الله عليهم لهذه الأعمال النبيلة السابقة الذكر سيقودنا بلا شك إلى اعتبار أي جهد مبذول في سبيل تحصيل الكسب الحلال من خلال استغلال أي فرص متاحة كالاستثمار أو المتاجرة أو تقديم خدمات معينة، عاملاً أساسياً في تحقيق حياة أفضل، فضلاً عن كون ذلك الجهد المبذول داخلياً ضمن باب العبادات التي يتقرب بها الفرد إلى الله تعالى. ومن هنا ذهب محمد بن الحسن إلى القول بأن طلب الكسب فريضة على كل مسلم^٣. لذا كانت الجهود المبذولة من أجل استهلاك أمثل للموارد المتاحة، والسعي إلى تحقيق الربح داخلياً في إطار تحقيق الاكتفاء الذاتي، وزيادة الثروات والممتلكات، والقضاء على الفقر والبطالة^٤. ومن هنا شجع الإسلام أتباعه على ممارسة الاستثمار الذي يهدف إلى إحداث تنمية اقتصادية واجتماعية وذلك لضمان توزيع عادلٍ للثروة على الناس^٥.

يُعد النشاط الاستثماري وسيلة لجني الأرباح، ومن وجهة النظر الفقهية، فإن الفرد لا يحق له الحصول على أي ربح ناتج عن نشاط استثماري إلا إذا توافرت شروط ثلاثة: تحمل

^١ الشاعر، سمير (٢٠١١م)، في تأسيس وإدارة شركات التأمين والتكافلي، الدار العربية للعلوم.

^٢ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الاسكندرية، ص ٨٦.

^٣ انظر: الشيباني، محمد بن الحسن، كتاب الكسب، ص ٣٣ - ٣٤. العسقلاني، ابن حجر، (١٩٩٢م)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الجيل، بيروت، ج ١١ / ص ٣٦٦. الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، (١٩٨٨م)، أدب الدنيا والدين، دار الريان للتراث، ص ٢٥٩.

^٤ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الاسكندرية، ص ٥٢.

^٥ المرجع السابق نفسه، ص ٩٥.

المخاطر المرتبطة بذلك النشاط، وبذل مجهود في تأدية النشاط، وضمن الشيء محل النشاط. فأى ربح يتم اكتسابه دون توافر هذه الشروط الثلاثة يُعد رباحاً محرماً وفقاً لما ذهب إليه ابن عربي^١. لذا يمكن القول إن النشاط الاستثماري في الإسلام قائم على فكرة الخطر والعائد، ومن هنا ذهب العلماء إلى اعتماد كل من القاعدة الفقهية التي تنص على أن الخراج بالضمان والقاعدة الفقهية التي تنص على أن الغرم بالغنم، وذلك في معرض الإشارة إلى أن المخاطر لا تنفك البتة عن العائد، فكلما كانت المخاطرة مرتفعة كلما كان الربح المفترض مرتفعاً. فعلى سبيل المثال يحق للمشتري الذي لديه خيار الشرط - بإرجاع الأصل المشتري - استخدام الأصل الذي تم شراؤه قبل إعادته إلى البائع. ومثل هذا الأمر مبرر لأن المشتري ضامن للأصل خلال فترة بقاءه لديه، فهو يتحمل كامل المسؤولية في حالة تعرضه للتلف أو الفقدان^٢. وبالمقابل بما أن خيار الشرط يقلل من مخاطر المشتري، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن وجود هذا الخيار ذا تأثير على السعر، وهذا يعني أن من حق البائع زيادة سعر السلعة عن سعرها الطبيعي، في حالة رغبة المشتري الاحتفاظ بحق خيار الشرط^٣.

بناءً على ما سبق فإن الاستثمار في الإسلام قائم على فكرة الخطر والعائد، وقد حرصت الشريعة الإسلامية على توفير التكييف الفقهي اللازم للقيام بمختلف الأنشطة الاستثمارية، ومن هنا يمكن ذكر نوعين رئيسيين من أنواع العقود الاستثمارية؛ النوع الأول منهما يُعرف بالعقود القائمة على المشاركة، والثاني بالعقود القائمة على مبدأ التبادل، حيث يدخل ضمن النوع الأول عقود المشاركة^٤ والمضاربة^٥ والمزارعة^٦ والمساقاة^٧. أما النوع الثاني فيتضمن عقود المرابحة^٨ والسلم^٩ والاستصناع^{١٠} والإجارة^{١١}.

^١ Ibn 'Arabi, quoted by Saiful Azhar Rosly, (2005) Critical Issue on Islamic Banking and Financial Market, Dinamas, Kuala Lumpur.

^٢ شبير، محمد عثمان، (٢٠٠٧م)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار النفايس، عمان، ص٣١٢.

^٣ الشريبي، شمس الدين محمد، مغني المحتاج، ج٦/ ص٤٤١.

^٤ المشاركة هي اتفاق اثنين أو أكثر على خلط مالهيهما أو عمليهما أو التزاميهما في الذمة بقصد الاسترباح. المعيار الشرعي رقم (١٢)، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

^٥ المضاربة هي عقد شراكة بمال يقدمه الطرف الأول وعمل يبذله الطرف الثاني، وفي حالة تحقق أرباح من جراء هذه الشراكة يتم تقاسمها بناءً على النسبة المتفق عليها مسبقاً، وأما في حالة الخسارة فإن رب المال وحده هو الذي يتحملها.

^٦ المزارعة هي عقد بين طرفين يوافق فيها الطرف الأول على زراعة الطرف الثاني لجزء من أرضه في مقابل حصوله على حصة من المحصول.

^٧ المساقاة هي عقد شراكة يوافق فيها الطرف الأول على السماح للمساقي أن يسقي زرعه مقابل حصوله على جزء من المحصول.

^٨ المرابحة هي عقد بيع يتم فيه الإفصاح عن سعر السلعة الأصلي والزيادة الداخلة عليه للمشتري.

^٩ السلم هو عقد بيع يلتزم فيه البائع ببيع سلعة معينة للمشتري، ويتعهد بتسليمها له في موعد مستقبلي محدد مقابل حصوله على ثمنها حالاً.

^{١٠} عقد الاستصناع هو اتفاق تعاقد مع صانع لصناعة أشياء ذات أوصاف محددة لقاء ثمن محدد، ويلتزم الصانع بتصنيعها بمواد من عنده وبجهده الشخصي.

^{١١} السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الاسكندرية، ص٤٠٧.

٤.٣ مفهوم الاستثمار وآليته في صناعة التكافل

هناك بُعدان مرتبطان بقضية الاستثمار في صناعة التكافل، البُعد الأول يتعلق بالاشتراكات التي يدفعها المشاركون للمشاركة في برنامج التكافل، والتي تُعد بحد ذاتها استراتيجية مالية واستثمارية جيدة بالنسبة للأفراد المشاركين. أما البعد الثاني فيتعلق باستراتيجيه شركة التكافل لاستثمار أموال المشاركين المتراكمة في صندوق التكافل وتمييتها كجزء من المسؤولية المنوطة بها. لذا فإن استثمار أموال مساهمي شركة التكافل، سيكون خارج إطار هذه الورقة البحثية. وبناءً عليه سيركز النقاش التالي على الآلية والترتيبات التعاقدية، فضلاً عن القضايا المتعلقة بالمبادرات الاستثمارية التي تقوم بها شركة التكافل.

وفقاً للممارسات المعمول بها حالياً في صناعة التكافل يتوجب على الأفراد الذين يسعون إلى استثمار أموالهم ضمن برنامج التكافل دفع مساهمة مالية متفق عليها إلى صندوق التكافل. يلي ذلك قيام شركة التكافل التي تمارس أعمالها باعتبارها مديراً للصندوق أو وكيلاً عن المشاركين، بتقسيم مساهماتهم المدفوعة إلى صندوقين منفصلين؛ الصندوق الأول يُعرف بحساب المشاركين أو (حساب الادخار) الذي يُسمى حالياً بصندوق استثمار المشاركين، وذلك لاحتوائه على الجزء الذي سيتم استثماره من مساهمات المشاركين، وأما الصندوق الثاني فهو حساب المشارك الخاص أو (حساب التبرع) الذي يُسمى حالياً بصندوق مخاطر المشاركين، وذلك لاستخدام محتوياته في تغطية مخاطر المشاركين وخسائرهم.

يُعد تقسيم مساهمة المشارك إلى جزء يختص بتغطية المخاطر وجزء يختص بالادخار أو الاستثمار أمراً ضرورياً، وذلك للتمييز بين الأغراض والمخاطر المتنوعة المرتبطة بالمساهمة المدفوعة من قبل المشارك¹. ولا بد من استثمار الأموال الموجودة في كلا الصندوقين في محافظ استثمارية متوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

بالنسبة لصندوق التكافل العام، فإن استراتيجيه الاستثمار الرئيسة تتمثل في الاستثمار في الأصول السائلة، وذلك من أجل المحافظة على سيولة الصندوق، ويرجع السبب في هذا إلى كون التزامات صندوق التكافل العام ذات طبيعة قصيرة الأجل، وذلك لأن فترة الحماية في معظم العقود تمتد لفترة سنة واحدة أو أقل، ويضاف إلى ذلك كثرة التعويضات المطلوبة في مثل هكذا برامج تكافلية. وبالمقارنة مع تعويضات التكافل العائلي التي عادة ما تكون محددة بمبلغ معين، فإن مبالغ تعويضات التكافل العام تختلف من حالة إلى حالة، وتعتمد بصورة كبيرة على عوامل عدة من بينها النفقات الطبية، وتكاليف إصلاح المركبات أو تكاليف البناء².

1 Retrieved from Bank Negara Malaysia website. The URL is : http://www.bnm.gov.my/guidelines/06_others/Concept%20Paper%20%20Guidelines%20on%20Takaful%20Operational%20Framework.pdf

2 Bank Negara Malaysia Publication, Concept and Operation of General Takaful Business in Malaysia, p. 26.

وحسب نوع العقد المعمول به، فإن شركة التكافل قد تحصل على أجر أو حصة من أرباح الاستثمار، أما في حالة الخسارة، فسيتم تعويض المشارك حسب المعادلة المتفق عليها مسبقاً^١.

إن استخدام التكافل بوصفه استراتيجية استثمارية لهو من أفضل طرق التخطيط المالي والادخار، حيث يوفر ميزة تنافسية للمستثمر، فضلاً عن منحه راحة البال من أي كارثة أو مصيبة مستقبلية. ومما يعزز هذا التوجه، الواقع الحالي لسوق التكافل الذي يتجه نحو المنتجات التكافلية المرتبطة بالاستثمار التي تجمع بين الفرص الاستثمارية وتوفير الحماية الأساسية للمشارك^٢.

فمن خلال تأدية شركة التكافل لواجبها المنوط بها باعتبارها مديراً استثمارياً أو وكيلاً، يتوجب عليها ضمان توافق أي أنشطة استثمارية مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك من أجل توفير راحة البال للمستثمرين. وبعبارة أخرى فإن الأنشطة الاستثمارية التي يزاولها صندوق التكافل لا بد أن تكون موجّهة وفق الأحكام الشرعية والتعليمات التي تصدرها هيئة الرقابة الشرعية. وفضلاً عن ذلك يتوجب على اللجنة الشرعية أن تفحص بصورة دورية الأنشطة الاستثمارية، وذلك لضمان سيرها وفقاً للتعليمات والإرشادات الصادرة من هيئة الرقابة الشرعية، والهدف من ذلك كله ضمان الانقياد الدائم والمستمر للمبادئ الشرعية التي تحكم الاستثمار.

(أ) وحسب الواقع العملي المطبق في صناعة التكافل، فإن شركة التكافل خلال إدارتها للمحفظة الاستثمارية التابعة لصندوق التكافل مُطالب بالانصياع للعديد من التعليمات، وذلك من أجل تحسين مستوى الثبات والشفافية والانقياد لمبادئ الشريعة الإسلامية، وفيما يلي سرد لأهم هذه التعليمات:

(ب) يجب على شركة التكافل الالتزام بالمبادئ الأخلاقية الإسلامية فيما يتعلق بتفويضها الاستثماري وسياساته واستراتيجياته وأنشطته.

(ج) يجب استثمار أموال التكافل بما في ذلك الأموال المرتبطة بالجانب الاستثماري (إن وجدت) في أدوات متوافقة مع الشريعة الإسلامية يتم إصدارها من قبل الحكومة أو الجهات المنظمة أو المؤسسات المالية الأخرى، ومُصرح بها وفقاً للقوانين التي تحكم الاستثمارات المتوافقة مع الشريعة الإسلامية^٣.

^١ International Shari'ah Research Academy (ISRA). 2011. Islamic Financial System: Principles and Operations, p. 513

^٢ يتم الحصول على مزاي برنامج التكافل في حالة الوفاة أو الإعاقة الكلية الدائمة أو الإصابة بأحد الأمراض الخطيرة.
^٣ بالنسبة لدولة ماليزيا فإن الالتزام باستثمار في الأدوات المتوافقة مع الشريعة الإسلامية يتم توفيرها من قبل حكومة ماليزيا الفدرالية، والمصرف المركزي الماليزي، والمؤسسات المالية المرخص لها وفق قانون المصرفية الإسلامية لعام ١٩٨٣م، وقانون المؤسسات المصرفية والمالية لعام ١٩٨٩م، وقانون أسواق رأس المال والخدمات لعام ٢٠٠٧م، وقانون المؤسسات المالية التتموية لعام ٢٠٠٢م. وبالإمكان الرجوع إلى الملحق الأول لقانون التكافل الماليزي لعام ١٩٨٤م للاطلاع على الأصول الماليزية المرخص باستخدامها ودائع وفي صناديق التكافل.

(د) يجب الإفصاح للمشاركين عن استراتيجيه الاستثمار المستخدمة في تنمية الصندوق الاستثماري الخاص بالمشاركين، فضلاً عن أدائه التاريخي.

(هـ) إذا قام مدير الصندوق عن طريق الخطأ باستثمارات في أوراق مالية غير متوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، فلا بد من التخلص من هذه الأوراق المالية بغض النظر عما إذا كانت هذه الأوراق المالية تدر ربحاً أم لا.

(و) إذا تغيرت حالة الأوراق المالية من كونها متوافقة مع الشريعة الإسلامية إلى كونها غير متوافقة مع الشريعة الإسلامية، فلشركة التكافل أن تتخذ أحد التدابير الآتية:

(١) إذا تجاوزت قيمة الأوراق المالية تكلفة الاستثمار الأصلية عند وقت الإعلان عن عدم توافقها مع مبادئ الشريعة الإسلامية، فلا بد من تصفيتها فوراً، ويمكن لشركة التكافل الاحتفاظ بأي ربح ناتج عن التخلص من هذه الأوراق المالية عند وقت الإعلان عن عدم توافقها مع مبادئ الشريعة الإسلامية. ولكن لا بد من تحويل أي أرباح إضافية، ناتجة عن التخلص من هذه الأوراق المالية بعد يوم الإعلان من خلال بيعها بسعر سوق أكثر ارتفاعاً من سعر الإغلاق في يوم الإعلان، إلى الجمعيات الخيرية المصرح بها من قبل مفوضية الأوراق المالية.

(٢) إذا كانت قيمة الأوراق المالية أقل من تكلفة الاستثمار الأصلية، فيُسمح لشركة التكافل بالإبقاء على هذه الأوراق المالية غير المتوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، كما يُسمح لشركة التكافل بالاحتفاظ بالأرباح خلال فترة تملكها للأوراق المالية، إلى أن يحين الوقت الذي تساوي فيه الأرباح المحصلة من هذه الأوراق المالية والقيمة السوقية لها تكلفة الاستثمار الأصلية (رأس المال)، أو تنتضي فترة ستة أشهر، حينها يتوجب على شركة التكافل التخلص من هذه الأوراق المالية غير المتوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية^١.

١.٤.٣ المبادئ والعقود الأساسية للاستثمار في صناعة التكافل

المبدأ الأساسي في صناعة التكافل قائم على مفهومي التبرع والتعاون بين جميع المشاركين. أما بالنسبة لشركة التكافل فيأتي دورها من خلال إدارة برنامج التكافل وأنشطته الاستثمارية بالنيابة عن المشاركين، وبناءً على طلبهم. وبإمكان الأطراف أن يستخدموا عقد المضاربة أو الوكالة أو الجعالة أو الوقف أو تركيبة من هذه العقود تبعاً لاحتياجاتهم.

¹ <http://www.sc.com.my/main.asp?pageid=379&linkid=835&yearno=2003&mod=paper>. Retrieved 05 March, 2012

² Refer to Islamic Financial System: Principle and Operation, ISRA, p.515, Mohd Daud Bakar in Archer (2009), p.42; Bank Negara Malaysia. 2005. Article on Conceptual Aspects of General Takaful in Malaysia. <http://www.bnm.gov.my/files/publication/tkf/en/2005/booklet.en.pdf>

١.١.٤.٣ عقد المضاربة

لفظ المضاربة مشتق من اللفظ العربي ضارب، الذي يشير في معناه الاصطلاحي إلى أحد أشكال الشراكة القائمة على الاشتراك في الربح، حيث يقوم الطرف الأول بتوفير رأس المال، بينما يكتفي الطرف الثاني بتوفير الجهد^١. وبعبارة أخرى فإن المضاربة تعني إعطاء شخص رأس ماله إلى شخص آخر للتجار به، وذلك لغرض الاشتراك في الربح الناتج عن التجارة وفق النسبة المتفق عليها مسبقاً. ومما تجدر الإشارة إليه أن علماء الحنفية والحنابلة استخدموا مصطلح المضاربة، بينما اختار علماء المالكية والشافعية استخدام مصطلح القراض.

إن العلاقة التعاقدية في نموذج المضاربة أن يكون المشارك في برنامج التكافل هو رب المال وتكون شركة التكافل هي المضارب. لذا كان من المحتم على شركة التكافل كالمضارب أن يستثمر صندوق التكافل بطريقة متوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية ووفقاً للشروط المتفق عليها في عقد التكافل. ومن ثم فإن أي أرباح مُحققة تتم قسمتها بين الطرفين وفقاً للنسبة المتفق عليها مسبقاً. أما في حالة الخسارة فإن رب المال هو من يتحملها، وهذا يعني أن المضارب لا يضمن المال الذي في يده إلا بالتعدي أو التفريط^٢

٢.١.٤.٣ عقد الوكالة

الوكالة لفظ عربي يعني الحفظ^٣، والمراد بها تفويض شخص لآخر القيام بعمل ما مقابل أجر معلوم. فالوكالة عقد توكيل، وهذا يعني أن ملكية المشاركين لصندوق التكافل تبقى مستمرة، وبناءً عليه فإن الموكل هو المشارك، بينما تصبح شركة التكافل هي الوكيل. يقوم الموكل بتعيين أو تفويض الوكيل لإدارة صندوق التكافل وذلك للقيام بمهمتين رئيسيتين؛ أولهما القيام بالأنشطة والعمليات المتعلقة بالتكافل مثل (الاكتتاب، ودفع التعويضات، الخ...)، وثانيهما القيام بأنشطة استثمارية. تستحق شركة التكافل بوصفها وكيلاً رسوم الوكالة (أجرة الوكيل) لإدارتها الأنشطة المتعلقة بالتكافل، فضلاً عن رسوم الأداء (عمولة الوكيل) لإدارتها استراتيجيات الاستثمار بوصفها وكيلاً بالاستثمار.

٣.١.٤.٣ عقد الجعالة

الجعالة كلمة عربية تعني لغة العوض، وأما اصطلاحاً فهي اسم لما يجعل للإنسان على فعل شيء^٤. وبعبارة أخرى فإن الجعالة تعني الالتزام بدفع مكافأة معينة مقابل أداء

^١ وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، (٢٠٠٢م)، الموسوعة الفقهية، الكويت، ج٣٨/ص٣٦.
^٢ الزحيلي، وهبة، (٢٠٠٤)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط ٤، ج ٥/ص ٣٩٤٥.
^٣ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (٢٠٠٢م)، الموسوعة الفقهية، الكويت، ج٤٥/ص٥.
^٤ المصدر السابق نفسه، ج١٥/ص١٥.

مهمة محددة، ولا بد من الإشارة إلى أن المكافأة التي تُسمى أيضاً بالعرض تصبح لازمة عندما يقوم الطرف المعين بتأدية المهمة المنوطة به على أفضل وجه.

بناءً على هذا العقد، يقوم جميع المشاركين بتعيين شركة التكافل لإدارة صندوق التكافل وفق طريقة محددة، مقابل حصول الشركة على مكافأة معينة إذا قامت بالاستثمار على الوجه الصحيح، وبالتالي يُحدد المبلغ المدفوع بناءً على الخدمة الفعلية والمخرجات والأداء الذي قامت به شركة التكافل بوصفها الطرف الموفر للخدمة.

٤.١.٤.٣ عقد الوديعة

الوديعة عقد بديل عن مبدأ التبرع، والوديعة في اللغة مأخوذة من الودع وهو الترك، وأما اصطلاحاً فهي المال الموضوع عند الغير ليحفظه^١.

التطبيق العملي لهذا العقد في صناعة التكافل يقتضي إيداع أموال المشاركين في صندوق الوديعة الذي تتم إدارته من قبل شركة التكافل، فتُعد مساهمات المشاركين ودائع بدلاً من اعتبارها تبرعات. ووفقاً لهذا العقد تصبح شركة التكافل المدير المؤتمن على استثمار الصندوق، وفي حالة تحقق أي ربح من الاستثمار، فلا يحق للمشاركين الحصول على أي نسبة منه^٢. إلا أن شركة التكافل لديها الخيار في إعطاء جزء من الأرباح المتحققة في شكل هبة يتم توزيعها على المشاركين.

٥.١.٤.٣ عقد الوقف

الوقف لغة الحبس^٣، واصطلاحاً يُراد به وقف المنفعة الناتجة عن المال الموقوف على المستفيدين من الوقف. ويترتب على هذا أن الوقف عقد أحادي يُراد به التخلي عن حق الملكية المتعلق بمال معين، وتخصيص الاستفادة من منفعته على مجموعة محددة من المستفيدين. لذا فمن الممكن تطبيق عقد الوقف عندما يرغب طرف ما بوقف ثروته على أطراف أخرى، كي يستفيدوا من المنافع الناتجة عن تلك الثروة، كما يمكن الاستفادة من عقد الوقف في إنشاء صندوق التكافل، بينما تتم إدارة الجوانب الإدارية والتشغيلية المتعلقة بصندوق التكافل بناءً على عقد الوكالة أو المضاربة.

بدايةً يجب على شركة التكافل أن تُسهم بمبلغ أوّلي كي يتم استخدامه في تأسيس صندوق الوقف، ومن ثم يقوم المشاركون بدفع مساهماتهم إلى صندوق الوقف، وهم بذلك يتخلون بالكامل عن ملكيتهم لهذه الإسهامات، يلي ذلك اعتبار كافة الأموال الموجودة في الصندوق الواردة من شركة التكافل والمشاركين وقفاً، وبذلك تخرج ملكية هذه الأموال من الأطراف التي قامت بوقفها، وتقتصر الاستفادة من منافع هذه الأموال الموقوفة

^١ المصدر السابق نفسه، ج٤٣/ص٥.

^٢ Sheila Nu NuHtay and Hanna RabittahZaharin. 2011. Article on Critical Analysis on the Choice of Takaful (Islamic Insurance) Operating Models in Malaysia. IIUM: Damansar., pg. 6.

^٣ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (٢٠٠٢م)، الموسوعة الفقهية، الكويت، ج٤٤/ص١٠٨.

على المستفيدين فقط^١، الذين لا يُعدون مالكين حقيقيين لها، وذلك لأنها أصبحت أموالاً مملوكةً لله تعالى^٢. أما شركة التكافل فتقوم بإدارة صندوق الوقف باعتبارها ناظراً وامتولياً للأموال الموقوفة.

ينعكس تطبيق العقود السابقة الذكر التي تضبط العلاقة بين المشاركين وشركات التكافل في العديد من النماذج المختلفة المطبقة في مختلف أنحاء العالم.

¹ Tobias Frenz, Younes Soulhi, (2010), Takaful and Re-Takaful: Advances Principles and Practices. Kuala Lumpur: IBFIM, p. 145.

² Ibid., p.

٤ القضايا والتحديات المتعلقة بالاستثمار في صناعة التكافل

١.٤ القضايا الشرعية المتعلقة بالاستثمار في صناعة التكافل

(أ) نموذج المضاربة في صناعة التكافل

يُقصد بالنموذج التشغيلي الطريقة التي تتبعها جهة العمل في إنشاء قدراتها لتنفيذ استراتيجيات العمل الخاصة بها. ومن الوارد جداً أن تطبق شركة ما عدة نماذج تشغيلية لتلبية احتياجات العمل المختلفة لديها^١. وعلى مر العديد من السنوات قام العديد من العلماء والخبراء في المالية الإسلامية بصياغة كثير من المفاهيم والعقود من أجل استخدامها في النماذج التشغيلية لصناعة التكافل، وقد ترتب على هذا بروز نماذج تشغيلية تُستخدم حالياً في صناعة التكافل وتستقي هيكلها الأساسي من دمج عدة عقود بعضها ببعض. ومما تجدر الإشارة إليه أن معظم الكتابات والنقاشات المتعلقة بصناعة التكافل عامةً ونماذجها التشغيلية خاصةً تدور بشكل كبير حول نموذج المضاربة واستخداماته في صناعة التكافل. فالكثير من الكتابات تذهب إلى أن مفهوم المضاربة مناسبٌ جداً كي يكون أساساً للعمليات المصرفية الإسلامية، وخصوصاً في جانب استثمار الودائع، إلا أنه في الوقت نفسه لا يُعد مفهوماً ملائماً للتطبيق في مجال التأمين^٢.

فالقضايا المتعلقة باستخدام عقد المضاربة بوصفه نموذجاً تشغيلياً في صناعة التكافل تأخذ أشكالاً متعددة، ومن بينها ما يلي:

(١) وفقاً لنظرية العقود في التشريع الإسلامي، فإن الوضعية القانونية للعقد قائمة بشكل كبير على الغرض منه، وكما هو معروف فإن الغرض من عقد المضاربة زيادة ثروة رب المال وتحقيق أرباحٍ وفيرة، ولكي يتمكن رب المال من تحقيق أكبر زيادة ممكنة لثروته، فإنه يدفع بها إلى تاجر ليتاجر بها نيابة عنه، شريطة أن يتقاسم الربح المتحقق من هذه التجارة وفقاً للنسبة المتفق عليها مسبقاً^٣. وفي المقابل فإن الغرض من التكافل ليس زيادة ثروة رب المال والحصول على أرباح، وذلك لأن المساهمة المدفوعة إلى صندوق التكافل قد تم دفعها بناءً على مبادئ التعاون والأخوة والتبرع. فالتبرع عقد يُنشئه طرفٌ ذو أهلية كاملة لنقل ملكية مالٍ موجودٍ يمكن تسليمه إلى طرفٍ آخر بدون عوض^٤. فالغرض من عقد التبرع نيل رضا الله عز وجل ومساعدة الشخص المتبرع له. وباختصار هناك تناقض واضح بين الغرض من المضاربة والغرض من التكافل، ولكن إذا ما تم استخدام عقد المضاربة في استثمار محتويات

¹ Accenture, "Transforming Your Operating Model for High Performance in the Digital World", p. 7. <http://www.accenture.com/us-en/Pages/insight-ceo-transforming-your-operating-model-high-performance-digital-world-summary.aspx>.

² Muhammad Ayyub, Understanding Islamic Finance, John Wiley and Sons, 2009,

³ Al-Zuhayli, Financial Transactions in Islamic Jurisprudence, Vol. 1, p. 487

⁴ Al-Zuhayli, Financial Transactions in Islamic Jurisprudence, Vol. 1, p. 539

الصندوق الاستثماري الذي تم إنشاؤه ضمن النموذج التشغيلي للتكافل، فإن هذا يُعد عملاً مقبولاً، حيث إن الغرض من إنشاء هذا الصندوق تعظيم الربح.

(٢) إن العلاقة التعاقدية بين المشاركين في التكافل قائمة على التعاون والتبرع، ولذا فإن كل مشارك يساهم طواعية بماله في برنامج التكافل من أجل تخفيف آثار الخسائر التي قد تصيب المشاركين الآخرين. ولكن العلاقة التعاقدية بين المشاركين في المضاربة هي علاقة مشاركة برأس المال. وبالتالي فإن نموذج المضاربة يتعامل مع المساهمة المدفوعة من قبل المشارك على أنها منشئة لرأس مال المضاربة، الذي يستخدم في الوقت نفسه لدفع التعويضات، كما تُخصم منه مبالغ إعادة التكافل، والاحتياطات والنفقات الأخرى ذات الصلة، وكل ذلك مخالفٌ لأحكام المضاربة المعمول بها. فالإشكالية الشرعية تبدو جلية في برنامج التكافل بسبب احتواء العقد المستخدم لغرض التعويض المتبادل واقتسام المخاطر بين المشاركين على أمور غامضة وغير أكيدة.

(٣) عندما تكون العلاقة بين المشاركين في نموذج المضاربة علاقة شراكة بين أرباب المال، فإن العلاقة بين المشاركين وشركة التكافل يجب أن تكون علاقة مماثلة للعلاقة بين أرباب المال والتاجر المضارب. ووفقاً لنموذج المضاربة فإن كلاً من شركة التكافل والمشاركين سيقومون باقتسام الدخل المباشر للاستثمار فقط، وأما الفائض فهو من حق المشاركين. ولكن وفقاً لنموذج المضاربة المعدل فإن دخل الاستثمار سيتم إرجاعه إلى صندوق التكافل، كما يجيز هذا النموذج المعدل اشتراك شركة التكافل في تقاسم الفائض الناتج من صندوق التكافل مع المشاركين. وتجدر الإشارة إلى أن السماح لشركة التكافل بتقاسم الفائض مع المشاركين وفق نموذج المضاربة المعدل يستلزم المزيد من المشاورات والنقاش، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الفائض الناتج من عمليات الاكتتاب التكافلي لا يمكن أن يُعد ربحاً، بل هو عبارة عن الباقي من مساهمات المشاركين بعد خصم المطالبات والنفقات المباشرة من صندوق مخاطر المشاركين، فلا يمكن تسميته ربحاً؛ لأن المقصود بالربح إنشاء قيمة مضافة مُتحصلة فوق رأس المال، لذا فقد تم صدور العديد من الفتاوى التي تؤكد أحقية حملة الوثائق في الحصول على الفائض بمفردهم^١. وفي المقابل فقد أجاز بعض العلماء القيام بهذه الممارسة من منطلق وجوب مكافأة شركة التكافل على إدارتها الجيدة لصندوق مخاطر المشاركين، وذلك من خلال حصول الشركة على رسوم الأداء التي يتم دفعها من صندوق مخاطر المشاركين^٢.

¹ Alamasi, A, Surveying developments in Takaful Industry, Review of Islamic Economics, Vol. 13, No. 2, 2010, p. 201.

² No. 52 Shariah Resolution in Islamic Finance, 2nd Edition, 2010, Central Bank of Malaysia.

(٤) كل ما سبق ذكره من قضايا أثرت حول نموذج المضاربة، وتطبيقه بوصفه أداة لتقاسم المخاطر، جعلت شركات التكافل تتجه إلى تبني نموذج الوكالة.

(ب) رسوم الاستثمار في نموذج المضاربة:

حسب نظرية العقود في الشريعة الإسلامية، فإن الشخص يستحق الحصول على رسوم محددة عندما يُطلب منه القيام بمهمة ما بوصفه وكيلًا أو أجيرًا وفقاً لعقد الوكالة أو الإجارة، حيث تعد الرسوم المدفوعة في كلا العقدين تعويضاً يقابل أداء الشخص للمهمة التي أنيطت به. ولهذا تستحق شركة التكافل الحصول على تعويض مادي في شكل أجرة محددة وفقاً لنموذج الوكالة، وذلك لقيامها بمتطلبات المشاركين من إدارة أموالهم واستثمارها. وبالمقابل فإن التعويض المادي الذي يمكن أن تحصل عليه شركة التكافل وفقاً لنموذج المضاربة يتمثل في استحقاقها لنسبة معينة من أرباح الاستثمار متفق عليها مسبقاً، ولذلك لا تجوز المطالبة برسوم إدارية من قبل شركة التكافل المطبقة لنموذج المضاربة. وفي هذا السياق يقول الإمام الشافعي: "لا نفقة للمضارب على نفسه من مال المضاربة لا حضراً ولا سفيراً إلا أن يأذن له رب المال، لأن للمضارب نصيباً من الربح، فلا يستحق شيئاً آخر، ويكون المأخوذ زيادة منفعة في المضاربة، ولأن النفقة قد تكون قدر الربح، فيؤدي أخذه إلى انفراده به، وقد تكون أكثر فيؤدي إلى أن يأخذ جزءاً من رأس المال، وهذا يناه في مقتضى العقد، فلو شرطت النفقة للمضارب في العقد فسد".^١

بينما ذهب أكثر علماء المالكية والحنفية والزيدية إلى أنه من حق المضارب أن يصرف من أموال المضاربة لتغطية النفقات المتصلة بعمله التجاري أو الاستثماري. وفي هذا يقول صاحب بداية المجتهد: "قال جمهور الفقهاء منهم أبو حنيفة ومالك والزيدية: للمضارب النفقة في السفر لا في الحضر من مال المضاربة من الربح إن وجد وإلا فمن رأس المال بما يحتاج إليه من طعام وكسوة".^٢

وقد أصدرت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية معياراً أشارت فيه إلى "أن الأصل عدم جواز الجمع بين الربح في المضاربة والأجرة، على أنه إذا اتفق الطرفان على قيام أحدهما بعمل ليس من أعمال المضاربة بأجر محدد وكان الاتفاق بعقد منفصل عن عقد المضاربة بحيث تبقى إذا عزله عن ذلك العمل فلا مانع من ذلك شرعاً".^٣

وقد قرر المجلس الاستشاري الشرعي للمصرف المركزي الماليزي، في اجتماعه السادس عشر في نوفمبر من عام ٢٠٠٠م بأنه ليس من حق البنك فرض أي رسوم إدارية على المودعين (أرباب المال) بالنسبة للودائع المستثمرة وفقاً لنموذج المضاربة، وبالتالي إذا كان

^١ المهذب، ج ١ / ص ٢٨٧. مغني المحتاج، ج ٢ / ص ٣١٧.

^٢ بداية المجتهد، ج ٢ / ص ٢٣٨.

^٣ هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، (٢٠١٠م)، المعيار الشرعي رقم (٨)، ص ١٨٥.

البنك بحاجة إلى مبالغ إضافية لتغطية التكاليف الإدارية، فلا بد من أخذ هذه المسألة في عين الاعتبار عند الاتفاق على نسبة توزيع الأرباح بين الطرفين¹.

فيمكننا أن نخلص إلى أنه لا يجوز لشركة التكافل بوصفها مضارباً وفق نموذج المضاربة أو نموذج المضاربة والوكالة الهجين، فرض رسوم إدارية مسبقة مقابل استثمار أموال التكافل، وذلك لأنها ستحصل على عوضها من خلال تقاسم ربح الاستثمار مع المشاركين.

(ج) استثمار صندوق مخاطر المشاركين

على الرغم من أن مفهوم الاستثمار قد يُقلل للوهلة الأولى من القيمة المعنوية لمفهوم التعاون وتقاسم المخاطر في صناعة التكافل، إلا أن اشتراط الفصل بين أموال المساهمين وأموال حملة الوثائق يمنع التكافل التجاري من الإخلال بالمفهوم الأساسي للتكافل². فضلاً عن ذلك فإن شركة التكافل مطالبة بتقسيم موجودات صندوق التكافل التي يتم تحصيلها من مساهمات المشاركين، على صندوقين منفصلين هما صندوق المخاطر وصندوق الاستثمار. لذا يتوجب على شركة التكافل أن تنشئ صندوق مخاطر المشاركين وصندوق استثمار المشاركين، وذلك كي تتمكن الشركة من تطبيق المبادئ المتعلقة بالحوكمة والفاعلية في إدارتها للمخاطر المرتبطة بصندوق التكافل³. وتجدر الإشارة إلى أن فصل صندوق مخاطر المشاركين عن صندوق استثمار المشاركين لن يقف عائقاً أمام شركة التكافل من استثمار موجودات صندوق مخاطر المشاركين. ومن الناحية العملية فإن شركات التكافل تقوم باستثمار صندوق مخاطر المشاركين الذي يتم إنشاؤه خصيصاً لدفع التعويضات، ومساهمات إعادة التكافل، والاحتياطات، والنفقات الأخرى.

عادة ما يرتبط لفظ التبرع بعقود التبرعات التي تدخل فيها الهدية، والهبة، والصدقة، والوصية، والوقف، وغيرها من العقود المماثلة، ويلعب عقد التبرع دوراً مهماً في صناعة التكافل لكونه يمثل الحل الأمثل لتجاوز مشكلة الغرر التي تُعاني منها عقود التأمين التقليدي. أما بالنسبة لأموال التكافل فيمكن وصفها على أنها أموال تم تحصيلها من مساهمات المشاركين في برامج التكافل العام والعائلي، ولكي تتم زيادة رأس المال المتحصل من المشاركين، فإن موجودات صندوق التكافل (بعد خصم الأجر والنفقات) ستتم إدارتها واستثمارها في أدوات متوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وتعتمد على تطبيق استراتيجيات استثمارية متحفظة، ومن هذه الأدوات الصكوك، وشهادات الاستثمار الحكومية، والودائع الإسلامية الثابتة، وأدوات سوق المال الإسلامية.

¹ SAC BNM, (2010), Resolusi Syariah Dalam Kewangan Islam, Kuala Lumpur: BNM second edition, p. 30.

² يتوافق هذا التوجه القاضي بالفصل بين أموال المساهمين وأموال حملة الوثائق مع الأحكام التشريعية لقانون التكافل الماليزي لعام ١٩٨٤م.

³ No. 50 of Shariah Resolution in Islamic Finance, 2nd Edition, 2010, Central Bank of Malaysia.

القضايا التي أثّرت جراء النقاش القديم الذي دار بين الفقهاء القدامى حول شرعية استثمار أموال الزكاة والوقف، تشبه إلى حد كبير القضايا المثارة حالياً حول استثمار صندوق التبرع في صناعة التكافل. فالتراث المكتوب حول استثمار الوقف على سبيل المثال يكشف لنا أن الفقهاء اختلفوا فيما بينهم حول مدى مشروعية وقف النقود، فذهب الفقهاء القائلون بجواز وقف النقود من المالكية^١ والإمام البخاري^٢ وزفر والأنصاري من الحنفية^٣ وابن تيمية من الحنابلة^٤ إلى جواز استثمار الوقف، وفضلاً عن ذلك فقد ذهب الفقهاء إلى أن استثمار الوقف يمكن أن يأخذ صوراً عديدة مثل الإقراض والمضاربة والتجارة. وأما المضاربة فيمكن أن تتم وفق صيغ مختلفة بما فيها حساب الادخار، والحساب الجاري، والأسهم المتوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية. وفي المقابل فإن بعض الفقهاء الذين لم يجيزوا استثمار الوقف عللوا موقفهم هذا بأن استثمار الوقف سيعرضه للأذى والخسارة.

يتعين على شركة التكافل أن لا تستثمر صندوق مخاطر المشاركين، وذلك كي تُجنب الصندوق أي أذى أو خسارة قد تلحق به. وبالتالي فإن مسؤولية أي خسارة يتعرض لها صندوق مخاطر المشاركين تقع على عاتق شركة التكافل التي لا بد من أن تتحمل هذه الخسارة، وفضلاً عن ذلك فإن أي خسارة يتعرض لها صندوق مخاطر المشاركين ستؤثر على شركة التكافل، إذ سيطلب منها تسديد قرض حسن إلى صندوق مخاطر المشاركين للتعويض عن الخسارة التي لحقت به.

(د) الجمع بين العقود في صناعة التكافل

لم يتفق العلماء على تعريف محدد للعقود المركبة، إذ عرفها حماد بقوله: "اتفاق طرفين على إبرام معاهدة (اتفاقية) تشتمل على عقدين أو أكثر، بحيث تعد سائر موجبات تلك العقود المجتمعة أو المتقابلة، وجميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها جملة واحدة، لا تقبل التفريق والتجزئة بمثابة آثار العقد الواحد"^٥. وعرفها العمراني بقوله: "مجموع العقود المالية المتعددة التي يشتمل عليها العقد - على سبيل الجمع أو التقابل - بحيث تعتبر جميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها بمثابة آثار العقد الواحد"^٦.

يرتبط الحكم الشرعي للعقود المركبة بأساسيات التشريع المالي في الإسلام، إذ يرى أغلب الفقهاء أن إنشاء أي معاملة مالية مرتبطة بالإباحة الأصلية ما دام لم يرد نص يمنع

^١ الدردير، الشرح الصغير، ج٤/ص١٠٢.

^٢ البخاري، صحيح البخاري. كتاب الوصايا، باب وقف الدواب والكراع والعروض والصامت، ج٣/ص١٠٢٠.

^٣ ابن همام، فتح القدير، ج٦/ص٢٠٣. ابن عابدين، رد المحتار، ج٦/ص٥٥٦.

^٤ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج٣١/ص٢٣٤.

^٥ حماد، نزيه، (٢٠٠١م)، القواعد الفقهية المعاصرة في المال والاقتصاد، دمشق، دار القلم، ص ٥١١.

^٦ العمراني، عبد الله، (٢٠٠٦م)، العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، الرياض، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، ص ٤٦.

العمل بمقتضاها أو يوجب العمل على خلافها^١. ومما ذكره ابن تيمية رحمه الله في هذا المجال أن الأصل حرية الطرفين في إبرام أي عقد يرى طرفاه ضرورته، ما لم يرد نص صريح بتحريمه^٢. إن قول الحق سبحانه وتعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)^٣ يرشدنا إلى ضرورة الوفاء بالعقود أياً كانت، ما دام لم تُحرّم بدليل شرعي آخر. ومن ثم يُستحب أصل الإباحة في الحكم على مشروعية العقود المركبة. لذلك قالت الشافعية بجواز تركيب العقود في المعاملات المالية، ومثال ذلك الجمع بين الإجارة والبيع، حيث ذهب فقهاء الشافعية إلى جواز مثل هذا الجمع لمشروعية كل من عقدي الإجارة والبيع في الأصل^٤. إلا أنه لا يجوز الجمع بين عقدين أو أكثر في الحالات التالية^٥:

- أولاً: إذا عارض التركيب نصاً شرعياً.
- ثانياً: إذا أدى التركيب إلى الجمع بين عقدين متناقضين مختلفين، كالبيع والسلف.
- ثالثاً: إذا كان وسيلة للتوصل إلى حرام كالربا مثلاً.
- رابعاً: إذا جمع بين عقدين بُني أحدهما على التبرع والآخر على المعاوضة.

وعلى الرغم من كل تلك الأصول الأنفة الذكر، فهناك العديد من الأحاديث التي تدل على تحريم العقود المركبة، ومنها ما يلي:

الحديث الأول: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة"^٦. هناك العديد من التفسيرات الفقهية التي حاولت شرح المراد بهذا الحديث، إلا أن جمهور الفقهاء ذهبوا أن الحديث دليل على تحريم المعاملة التي تحتوي على سعرين أو أكثر في صفقة واحدة، أحدهما للدفع المعجل والآخر للدفع المؤجل. ومثال ذلك أن يقول البائع للمشتري: أبيعك هذه العين بمائة معجلة أو بمائتين مؤجلة، وافترق بعد ذلك الطرفان دون تحديد أحد السعرين^٧. فالعقد في هذه الحالة غير جائز للجهالة في السعر السعر وتعليق البيع على شرط مستقبلي^٨.

^١ المرجع السابق نفسه، ص ٦٩.

^٢ ابن تيمية، (١٣٩٨هـ)، مجموع الفتاوى، الرياض، ص ١٣٢.

^٣ سورة المائدة، آية: ١.

^٤ Arbouna, M.B, (2007), The Combination of Contracts in Shariah: A Possible Mechanism for Product Development in Islamic Banking and Finance, Thunderbird International Business Review, Vol. 49 (3) 341-369, May-June 2007, p. 348.

^٥ العمراني، عبد الله، (٢٠٠٦م)، العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، الرياض، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ص ١٨٦ - ١٨٩.

^٦ الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، حديث رقم ١٢٣١.

^٧ العمراني، عبد الله، (٢٠٠٦م)، العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، الرياض، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ص ٨٠.

^٨ المرجع السابق نفسه، ص ٨١.

الحديث الثاني: عن عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا تبع ما ليس عندك"^١. دل الحديث على تحريم الجمع بين السلف والبيع في عقد واحد. ومراد ذلك أنه لا يجوز ربط عقد البيع بعقد السلف ولا العكس، إذ قد يخضم البائع من سعر السلعة للمقترض سعياً منه إلى الحصول على القرض، وهذا يؤدي إلى الإقراض الذي يجز نفعاً وهو ربا محرم^٢. وذهب المالكية إلى أن الجمع بين البيع والسلف هو جمع بين متناقضين في الماهية والنتائج، حيث إن السلف من عقود التبرعات التي يجوز وقوع الغرر فيها، وأما عقد البيع فهو من عقود المعاوضات التي لا يجوز وقوع الغرر فيها، ولذلك كان الجمع بين عقود المعاوضات والتبرعات في عقد واحد أمراً غير جائز شرعاً^٣.

الحديث الثالث: عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال : "صفقتان في صفقة ربا"^٤. معنى هذا الحديث مماثل للحديث السابق الناهي عن بيعتين في بيعة^٥، حيث تحرم المعاملة التي تشتمل على سعرين أحدهما للدفع الحاضر والآخر للدفع الآجل في آن واحد، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

١,٤,١,٤ الجمع بين العقود في نماذج التكافل

يتم الجمع بين العقود في صناعة التكافل على النحو التالي:

- أولاً: الجمع بين التبرع والمضاربة في نموذج المضاربة.
- ثانياً: الجمع بين التبرع والوكالة في نموذج الوكالة.
- ثالثاً: الجمع بين الوقف والوكالة في نموذج الوقف.
- رابعاً: الجمع بين التبرع والمضاربة والوكالة في النموذج الهجين.
- خامساً: الجمع بين التبرع والوكالة والجمالة في نموذج الوكالة.

يتبين مما ذكر أن عقد التكافل يشتمل على العقود المركبة حيث يبين تطبيق عقدي التبرع أو الوقف في صناعة التكافل العلاقة بين المشاركين، كما يتم توظيف عقود الوكالة أو المضاربة أو الجمالة لتبرير علاقة المشاركين بشركة التكافل، فلو قامت شركة التكافل بتطبيق عقد المضاربة، فإن الشركة تصبح مسؤولة عن إدارة صندوق

^١ سنن أبي داود، كتاب البيوع، حديث رقم ٢٥٠٤.

^٢ Arbouna, M.B. (2007), The Combination of Contracts in Shariah: A Possible Mechanism for Product Development in Islamic Banking and Finance, Thunderbird International Business Review, Vol. 49 (3) 341-369, May-June 2007, p. 346.

^٣ العمراني، عبد الله، (٢٠٠٦م)، العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، الرياض، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ص ١٨٣.

^٤ ابن حبان، صحيح ابن حبان، مؤسسة الرسالة - بيروت، ج ٣ / ص ٣٣١.

^٥ العمراني، عبد الله، (٢٠٠٦م)، العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، الرياض، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ص ١٨١.

التكافل، ويحولها ذلك حصولها على نسبة من الأرباح المتفق عليها مسبقاً. أما تطبيق عقد الوكالة فيجعل من شركة التكافل أميناً للصندوق مقابل حصولها على رسوم محددة مسبقاً. وبالنسبة لعقد الجعالة فإن تطبيقه يُمكن شركة التكافل من حصولها على رسوم أداء مقابل ماتقوم به من إدارة لصندوق التكافل. كما يمكن تطبيق عقدي الوكالة والمضاربة في آن واحد وبصورة منفصلة. فعقد الوكالة يجري استخدامه لإدارة صندوق مخاطر المشاركين، وعقد المضاربة لإدارة صندوق استثمار المشاركين.

يتضح لنا بالنظر إلى النماذج المستخدمة في صناعة التكافل أن الجمع بين عقود التبرعات والمعاوضات يهدف إلى تحقيق أغراض مختلفة لأطراف مختلفة. فعقد التبرع يُبرز طبيعة العلاقة التعاونية بين المشاركين بعضهم ببعض، وأما عقود المعاوضات فتبرز طبيعة العلاقة بين المشاركين وشركات التكافل. وبناءً عليه يبرم المشاركون عقد التبرع فيما بينهم، كما يقومون بإبرام عقد آخر منفصل مع شركة التكافل. يضاف إلى ما سبق أن صندوق مخاطر المشاركين منفصل تماماً عن صندوق استثمار المشاركين.

ومن هنا نستطيع أن نستنتج أن الجمع بين العقود في صناعة التكافل لا يمكن عدّه من قبيل "بيعتين في بيعة" أو "صفقتين في صفقة" لعدم احتوائه على سعرين في صفقة واحد، كما لا يمكن اعتباره من قبيل الجمع بين بيع وسلف، حيث إن عقد التبرع منفصل وغير مرتبط بالعقد الآخر. وعليه، فإنه يمكن الخلوص إلى أن الجمع بين العقود في صناعة التكافل جائز شرعاً.

وعلى الرغم من جواز الجمع بين العقود في صناعة التكافل، فإنه لا بد من الفصل بين صندوق مخاطر المشاركين وصندوق استثمار المشاركين، كما يجب استثمار موجودات كلا الصندوقين بصورة منفصلة. وذلك من باب الاحتياط لأحكام الشرع. ومن هذا المنطلق يتوجب على شركة التكافل أن يكون لديها عقد تبرع وعقد استثمار منفصلين¹.

٥.١.٤ الاستعانة بأطراف خارجية للقيام بدور الاستثمار

تعد قضية استعانة شركة التكافل بأطراف خارجية للقيام بالأنشطة الاستثمارية من القضايا الشرعية المثارة في صناعة التكافل، فالعديد من شركات التكافل تُفضل تعيين مدراء خارجيين لتوظيف أموال صندوق استثمار المشاركين بطريقة متوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية بدلاً من أن تقوم هي بهذه المهمة. ويتم تعويض هؤلاء المدراء عن طريق تسديد رسوم الوكالة المحددة مسبقاً.

لقد تم تعريف هذه الممارسة على أنها: "التعاقد مع شركة أو شخص خارجي للقيام بعمل ما"². مثل أن تقوم شركة تأمين بتعيين مديرٍ لاستثمار أقساط المؤمن لهم.

¹ Noor, A. M & Zakaria, M. S (2010), Takaful: Analisis Terhadap Konsep dan Aqad, Jurnal Muamalat, JAKIM, 3ed edition, 2010, p. 17

² http://www.sourcingmag.com/content/what_is_outsourcing.asp. (Retrieved February 10, 2012).

قد تأخذ الاستعانة بمديرين خارجيين للقيام بالعمليات الاستثمارية شكلين أساسيين: أولهما، عندما تقوم شركة التكافل بدور المضارب وفق نموذج المضاربة أو نموذج الوكالة والمضاربة الهجين، ففي هذه الحالة يجوز لشركة التكافل أن تعين طرفاً ثالثاً لاستثمار أموال التكافل في الأعمال التجارية والاستثمارية المتوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية. ولقد أجاز العلماء على العموم للمضارب تعيين طرف آخر بوصفه وكيلاً أو أجييراً للقيام بهذا الدور. ومن ثم يجوز للمضارب أن يوكل بالشراء والبيع، لأن التوكيل من عادة التجار، ولأنه طريق الوصول إلى الربح^١. وله أن يستأجر أجييراً ليعمل في المال، لأن الاستئجار من عادة التجار وضرورات التجارة^٢. إلا أنه يجب التنبه إلى ضرورة دفع الرسوم المستحقة للطرف الثالث من صندوق مساهمي شركة التكافل وليس من صندوق المشاركين، وذلك لأن شركة التكافل مسؤولة عن القيام بالأنشطة الاستثمارية وفق نموذج المضاربة، وفضلاً عن ذلك فإنها ستحصل على حصتها المالية من خلال تقاسم ربح الاستثمار مع المشاركين، فلا يجوز لها استقطاع رسوم الوكالة الواجبة الدفع إلى الطرف الخارجي من صندوق المشاركين، وفي هذا يقول الزحيلي: يجب على العامل القيام بأعمال المضاربة بحسب المعتاد من أمثاله، وبحسب عادة التجار فيما يتعاملون به، فإذا استأجر على عمل يلزمه القيام به، وجبت الأجرة عليه في ماله خاصة لا في مال القراض. وله أن يستأجر على عمل من مال المضاربة إذا كان من الأعمال التي لا يلزمه القيام بها بحسب العرف التجاري^٣. وعليه فإنه لا يجوز في نموذج المضاربة أو نموذج الوكالة والمضاربة الهجين أن تدفع الرسوم للمضاربين الخارجيين من أموال المشاركين.

وثانيهما: عندما تقوم شركة التكافل بدور الوكيل وفق نموذج الوكالة من أجل استثمار أموال المشاركين، ففي هذه الحالة تقوم شركة التكافل بتعيين وكلاء خارجيين لاستثمار الأموال. وهذا ما يُعرف في الفقه الإسلامي بتوكيل الوكيل، وقد تحدث الزحيلي عن هذه المسألة بقوله: " القاعدة العامة هي أن الوكيل لا يجوز له أن يوكل غيره فيما وكل به، بدون إذن موكله أو أن يقول له: اعمل برأيك، لأن الموكل رضي برأيه وأمانته وحده، والناس متفاوتون في الآراء والأمانة. ولكن مع هذا ينبغي أن نقسم الوكالة عند الحنفية إلى قسمين لمعرفة مدى انطباق هذه القاعدة وهما الوكالة العامة والوكالة الخاصة. فإذا كانت الوكالة عامة: بأن قال الموكل وقت التوكيل بالقبض: اصنع ماشئت، أو ما صنعت من شيء فهو جائز علي، أو نحوه، فإنه يجوز للوكيل أن يوكل غيره بالقبض، عملاً بمقتضى العموم. وإن كانت الوكالة خاصة: بأن

^١ وهبة الزحيلي، (٢٠٠٤) الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق: دار الفكر، ج ٥ / ص ٣٩٤٧.

^٢ المرجع السابق نفسه.

^٣ المرجع السابق نفسه، ج ٥ / ص ٣٩٤٩ - ٣٩٥٠.

لم يقل الموكل لفظاً يشعر بعموم الإذن بالتصرف، فإنه لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره بالقبض، لأن الوكيل يتصرف بتفويض الموكل، فيملك قدر ما فوض إليه".¹

وقال الشافعية والحنابلة: "ليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به بلا إذن الموكل متى كان قادراً على ما وكل فيه، أما إذا لم يكن قادراً على القيام بكل ما وكل فيه فله أن يوكل غيره".²

مما تقدم يتبين لنا أن شركة التكافل وفق نموذج الوكالة لا يجوز لها توكيل طرف خارجي ثالث لاستثمار أموال التكافل، إلا بعد صدور موافقة مسبقة من المشاركين، من خلال حصول شركة التكافل على وكالة عامة. ويرجع السبب في اشتراط هذا الشرط إلى كون الوكالة عقداً من عقود المعاوضات الذي يجب التعاقد فيه على أساس التراضي والتوافق لدفع شبهتي الغرر والجهالة. ولهذا لا ينبغي لشركات التكافل الاستعانة بطرف ثالث خارجي دون قيد أو شرط، بل تجب عليهم مراجعة المشاركين واستشارتهم في ذلك وأخذ موافقتهم. كما يجب عليهم الإفصاح عن مبلغ الرسوم التي ستُدفع إلى الوكلاء الخارجيين، فضلاً عن مبلغ الرسوم التي ستُدفع لهم، وذلك يُعود إلى كون شركة التكافل بوصفها وكيلاً، مؤتمنةً على أموال المشاركين، ومسؤولة عن أي خسارة أو ضرر ناجم عن تقصيرها أو جهلها.³

٢,٤ القضايا التشغيلية المتعلقة بالاستثمار في صناعة التكافل

(أ) إشراك المشاركين في إدارة أموال التكافل

إن الهيكل الفريد لشركة التكافل يؤدي إلى إثارة عدة قضايا أساسية من بينها مدى مشاركة المشاركين في اتخاذ القرارات ذات العلاقة بصندوق التكافل، فالمشاركون بوصفهم مساهمين في صندوق التكافل يُعدون المالكين الحقيقيين للصندوق، فمن المفترض إشراكهم في القضايا المتعلقة بالصندوق ومن بينها استراتيجيات الاستثمار المتبعة، وكيفية التعامل مع أرباح الاستثمار وخسائره، فضلاً عن التزامات الأطراف المختلفة وفقاً للعلاقة التعاقدية المتفق عليها.

يتم إعلام المشاركين في البرامج التكافلية المرتبطة بالاستثمار عن أنواع وطبيعة الصناديق التي ستوضع فيها مساهماتهم لغرض استثمارها، كما يجب الحديث معهم حول مؤشر معدل العائد المبني على الأداء التاريخي للصندوق خلال الفترة المتفق عليها، قبل إبرام عقد التكافل.⁴

¹ المرجع السابق نفسه، ج ٥ / ص ٤٠٨٧.

² مغني المحتاج، ج ٢ / ص ٢٢٦.

³ Noor, A.M. (2009), A Shariah Compliance Review on Investment Linked Takaful in Malaysia, Islamic Economic Studies, Vol. 17, No. 1, June, 2009, p. 11.

⁴ تقع على عاتق موظف شركة التكافل مهمة إفهام المشارك الآلية المتبعة في توزيع مساهمته، من خلال إعلامه بالنسبة التي سيتم وضعها في صندوق الاستثمار، والتي سستثمر في صناديق نمو معينة، والنسبة التي سيتم وضعها

والقضية المثارة تدور حول ما إذا كان هذا الإفصاح كافياً لإعطاء المشاركين حقوقهم بوصفهم المالكين الحقيقيين للصندوق.

في حقيقة الأمر فإن شركة التكافل هي الطرف الذي يقوم بالإدارة الكاملة للصندوق، ويُقرر وسائل الاستثمار واستراتيجياته، ويرجع السبب الرئيس في مثل هذا الترتيب إلى أن المتوقع من شركة التكافل امتلاكها للمهارات الضرورية في إدارة الأنشطة التأمينية والاستثمارية بالنيابة عن المشاركين الذين قد لا يمتلكون مثل هذه المهارات. وبالإمكان تأدية المهام الاستثمارية من قبل شركة التكافل بوصفها وكيلًا أو مضارباً أو أجيلاً.

وفضلاً عن قلة خبرة المشاركين في القضايا الاستثمارية، فإن المشاركين لا يرغبون في العادة المشاركة في إدارة الاستثمار، ويفضلون الاعتماد على شركة التكافل للقيام بذلك. وكون شركة التكافل مؤتمنة على القيام بهذه الأنشطة الاستثمارية، يحتم عليها أن تلتزم الحيطة والشفافية في تأدية واجباتها المحددة، وبإمكان الجهة المحلية المنظمة أن تلعب دوراً مهماً في صياغة عمليات الحوكمة والمراجعة الإشرافية، لضمان حماية مصالح الأطراف ذات العلاقة.

(ب) محدودية وسائل الاستثمار

بصفة عامة هناك محدودية في وسائل الاستثمار المتوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية ذات الأجل الطويل، والجودة العالية، والعائد المرتفع. لذا فإن أموال التكافل عادة ما تُستثمر في محافظ استثمارية مختارة. وعلى الرغم من توافق هذه المحافظ الاستثمارية مع مبادئ الشريعة الإسلامية إلا أن الاستثمار فيها قد يؤدي إلى الحصول على عوائد منخفضة، والحد من ابتكار المنتجات، فضلاً عن زيادة كل من مخاطر التركيز والسيولة¹.

وفقاً للطيفات ، فإن أموال التكافل عادة ما يتم استثمارها في استثمارات نقدية، وحسابات استثمارية، فضلاً عن استثمارها في الصكوك، والأسهم، والاستثمار العقاري، والاستثمار في الشركات التابعة، وصناديق الاستثمار المشتركة، ووحدات الثقة، وغيرها من الأدوات الاستثمارية. يُضاف إلى ذلك أن شركة التكافل بإمكانها الاستثمار في الأراضي، والمشاريع الزراعية، وتجارة السلع والمعادن، وتأجير (المباني التجارية، والآلات)، والمشاركة في الأعمال التجارية المتوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية².

في صندوق المخاطر. وبعد أن يفهم المشاركون حقوقه والمزايا التي سيحصل عليها من برنامج التكافل بإمكانه إبرام عقد التكافل، وذلك لتحقيق عنصر الرضا والفهم لديه.

¹ Frenz and Soulhi, (2010), Tobias Frenz, Younes Soualhi, (2010), Takaful and Re-Takaful: Advances Principles and Practices. Kuala Lumpur: IBFIM. p. 257.

² Fisher, Omar (2008), Takaful Markets & Products: A Training & Reference Manual (FWU Group) pp. 3-9.

وتجدر الإشارة إلى أن الملحق الأول لقانون التكافل الماليزي لعام ١٩٨٤م يسمح باستثمار أموال التكافل في الأصول الآتية:

(أ) الشهادات الاستثمارية الصادرة وفقاً لقانون الاستثمار الحكومي لعام ١٩٨٣م أو أي أوراق مالية تعود ملكيتها المباشرة إلى الصندوق الموحد التابع للحكومة أو يتم ضمانها من قبله.

(ب) الأسهم أو الأوراق المالية الخاصة بشركات ماليزية مُدرجة في أي سوق للبورصة مُصرح به وفقاً لقانون صناعة الأوراق المالية لعام ١٩٨٣م.

(ج) الأسهم أو الأوراق المالية الخاصة بجمعيات مُسجلة وفقاً لقانون الجمعيات التعاونية.

(د) العقارات أو الأراضي المملوكة في ماليزيا.

(هـ) أي مبلغ بالعملة الماليزية، وأي مبلغ مستحق الدفع بالعملة الماليزية مُودع في حساب جار أو أي حساب إيداع في ماليزيا لدى بنك مرخص وفقاً لقانون المؤسسات المصرفية والمالية لعام ١٩٨٩م أو قانون المصرفية الإسلامية لعام ١٩٨٣م.

(و) أي قروض أو استثمارات أخرى في ماليزيا أو على ارتباطٍ بها.

وعلى الرغم من كل ما سبق ذكره، فإن الوسائل الاستثمارية المتوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية والملائمة لصناعة التكافل تبقى نادرة ومحدودة، فشركات التكافل تجد نفسها مُقيدة بالنسبة للفرص الاستثمارية المتعلقة بالتحوط والمشتقات والخيارات، إذ إن ممارسة مثل هذه الأنشطة الاستثمارية قد يؤدي إلى انكشاف أموال التكافل على مخاطر ذات طابع شرعي.

(ج) الاستثمارات العابرة للحدود

قد تكون هناك محافظ استثمارية متوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية يتم عرضها في دول أجنبية وبعملة مختلفة، منها على سبيل المثال الصكوك الصادرة بالدولار الأمريكي، ففي هذه الحالة إذا قامت شركة التكافل بالمشاركة في مثل هذه الاستثمارات العابرة للحدود، فإن أموال التكافل قد تتكشف على مخاطر سعر الصرف.

(د) سيولة الأصول

ومن المصاعب الكبيرة التي تواجه الاستثمارات طويلة الأجل، على الرغم من كونها أكثر ربحية من الاستثمارات قصيرة الأجل، تتمثل في القدرة على امتلاك صندوق التكافل لأصول سائلة كافية، وذلك لأن السيولة في صندوق التكافل أمر مهم للغاية، كي تستطيع شركة التكافل إدارة الأنشطة التكافلية بطريقة أكثر فاعلية تُمكنها من القيام بعمليات الاكتتاب وتسوية المطالبات.

(٥) إدارة الأصول والالتزامات

من المصاعب الأخرى التي قد تواجه شركة التكافل، قدرتها على مطابقة الأصول والالتزامات، فعلى سبيل المثال يكمن التحدي عند استثمار أموال التكافل في الأصول طويلة الأجل ذات الدخل الثابت في القدرة على إيجاد بديل عملي كي تتمكن شركة التكافل من إدارة ميزانية عمومية متزنة.

٣.٤ القضايا القانونية المتعلقة بالاستثمار في صناعة التكافل

(أ) الهيكلية القانونية

يُعد الهيكل القانوني الذي تعمل شركات التكافل من خلاله أحد القضايا التي هي بحاجة إلى مداولات جادة. فمعظم شركات التكافل يتم تأسيسها على أنها شركات تخضع لقانون الشركات المعمول به في بلد المنشأ^١. ومن وجهة نظر الجهة المنظمة فإن الشركة بوصفها مؤسسة ذات كيان مستقل، يمكن تنظيمها والإشراف عليها بطريقة مباشرة تُخضع الأطراف المعنية، وعلى رأسها إدارة الشركة ومجلس إدارتها ومساهميها للمحاسبة عن أي فعل يصدر عنها قد يؤدي إلى إحداث ضرر بمصالح الأطراف الأخرى وعلى رأسهم المشاركين بوصفهم عملاء لشركة التكافل.

وبعد أن تستوفي شركة التكافل كافة الشروط المتعلقة بتأسيسها، والتي من ضمنها امتلاك الخبرة التشغيلية اللازمة لإدارة صندوق التكافل، تصبح الشركة مؤتمنة على إدارة الأموال التي تبرع بها جميع المشاركين. لذا فإن مثل هذا الترتيب يعكس وجود كيانيين مترابطين يتصفان بتركيبتين مختلفتين، فالكيان الأول شركة التكافل بوصفها مشغلاً أو مديراً للصندوق، وأما الثاني فهو الكيان التعاوني الذي تم إنشاؤه بواسطة مساهمات المشاركين.

وبناءً على ما ذكره حسين، فإن النهج العملي المتبع حالياً من قبل شركات التكافل سيؤدي من دون قصد إلى نشوء "شركة ضمن شركة" وهو المصطلح الذي يشير إلى الكيان التعاوني الذي تتم إدارته ضمن كيان مؤسسي. وهذا الوصف ينطبق بدقة على صناديق التكافل التي تشتمل على مساهمات المشاركين المملوكة من قبلهم، إلا أنها في الوقت نفسه تُشغل وتُدار حسب ما ترتأيه شركة التكافل التي تقوم بهذه المهمة نيابة عن المشاركين، وفقاً للعلاقة التعاقدية المتفق عليها^٢.

إن هذا الهيكل الفريد قد يؤدي إلى إثارة بعض القضايا المتعلقة بالالتزامات الأطراف المختلفة، فعلى سبيل المثال في حالة تعرض صندوق التكافل لخسارة مالية، يتوجب على

^١ جميع شركات التكافل في ماليزيا مؤسسة وفقاً لقانون الشركات لعام ١٩٦٥م، إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن بند ٤ (١) من قانون التكافل لعام ١٩٨٤م يشترط أن يكون تأسيس شركة التكافل وفقاً لقانون الشركات لعام ١٩٦٥م أو قانون الجمعيات التعاونية لعام ١٩٩٣م.

^٢ Hussain, Madzlan Mohammad in Archer, Simon (2009), Takaful Islamic Insurance, Concept and Regulatory Issues, Singapore: John Wiley & Sons, p.70

المساهمين في شركة التكافل تزويد صندوق التكافل بقرض حسن^١. ومما لا شك فيه أن تزويد صندوق التكافل بقرض حسن يدل على وجود تداعيات قانونية قوية مرتبطة بأداء كل من صندوق التكافل وصندوق مساهمي شركة التكافل. فصندوق التكافل الذي يعاني من عجز في محتوياته يُعد مؤشراً على سوء إدارة شركة التكافل للصندوق، الأمر الذي يؤدي إلى نشوء تداعيات قانونية معينة. إن هذه القضية الهيكلية تستدعي فحصاً دقيقاً من قبل الجهات المنظمة وشركات التكافل على حد سواء، وذلك كي تتم صياغة هيكل حوكمة ملائمة لمعالجة أي تداعيات قانونية قد تطفو على السطح. ومن هنا يمكن القول بأن الإطار القانوني الحالي لصناعة التكافل في معظم بلدان العالم ليس كافياً لضبط القضية السالفة الذكر على الرغم من أهميتها.

(ب) الحوكمة

من الطبيعي أن تختلف بنية مخاطر أصول صناديق التكافل عن نظيراتها التقليدية، ويرجع هذا بشكل كبير إلى وجود قيود استثمارية معينة تمنع القائمين على صناديق التكافل من القيام بمعاملات خطيرة ذات علاقة بالتحوط والمشتقات والخيارات. لذا يتوجب على شركات التكافل بحكم مسؤوليتها عن إدارة صناديق التكافل، تبني معايير وضوابط حوكمة وإشراف شرعية، كي تتمكن من المراقبة المستمرة للعمليات بأكملها، بما في ذلك مراجعة سياسات الاستثمار، والتعليمات المتعلقة بالتعاقد مع جهات خارجية، وغير ذلك من الوثائق الضرورية، فضلاً عن تحديث حالة محافظ الاستثمار، وضمان تحقق الإفصاح والشفافية الكافية عن المنتج، وتحسين كفاءة قنوات التوزيع. كما يمكن للجهة المنظمة أن تلعب دوراً مهماً في هذا المجال من خلال ضمان القيام بمراجعة مستمرة من حين لآخر.

^١ تشير الفقرة ١٤.٢ و ١٤.٩ من إطار العمل التشغيلي لصناعة التكافل الصادر عن المصرف المركزي الماليزي إلى ضرورة تدارك شركة التكافل للعجز والخسارة التي قد تُصيب صندوق التكافل المتكون من صندوق مخاطر المشاركين وصندوق استثمار المشاركين.

الخاتمة والتوصيات

تناولت هذه الورقة البحثية موضوع الاستثمار بوصفه آلية تنموية في صناعة التكافل حيث تطرقت بدايةً إلى مفهوم الاستثمار في الأنشطة المالية بشكل عام، فضلاً عن أهدافه ودوره بوصفه آلية ناجعة للتنمية. أما الجزء الثاني من الورقة فقد ركز على تناول المفهوم القرآني والنبوي والفقهي للاستثمار، كما تم إلقاء الضوء على نماذج التكافل المعمول بها والتي تبرز جلياً من خلال العقود التي تحكم العلاقة بين شركة التكافل والمشاركين، خصوصاً فيما يتعلق بقضية استثمار صندوق التكافل. وقد خُصصَ الجزء الثالث والأخير لعرض القضايا والتحديات الشرعية والتشغيلية والقانونية التي تواجه الأنشطة الاستثمارية في صناعة التكافل. وفيما يلي أهم التوصيات التي توصل إليها البحث.

(١) يتوجب على شركات التكافل بذل العناية الكافية لضمان استثمار أموال المشاركين بطريقة تتسم بالتعقل، وذلك بالتوافق مع المتطلبات الشرعية وتوقعات المشاركين.

(٢) يتحتم على شركات التكافل أن يكون لديها استراتيجيات استثمارية ملائمة تتم صياغتها بطريقة معقولة لتجنب تعرض صندوق التكافل لآثار سلبية.

(٣) يُفترض لشركات التكافل أن يكون لديها بنية تحتية فعالة ويمكن الاعتماد عليها خصوصاً فيما يتعلق بصندوق استثمار المشاركين، وذلك لضمان التحديد الدقيق للريح الناتج عن الأنشطة الاستثمارية تجنباً لوقوع أي أخطاء في تقسيم الأرباح بين المشاركين وشركات التكافل.

(٤) يجب على شركات التكافل تعيين شخص ذي مؤهلات ومهارات فنية ملائمة للقيام بالأنشطة الاستثمارية.

(٥) يتوجب على المشاركين تحمل أية خسارة تلحق بصندوق استثمار المشاركين، ومن ثم فإن استخدام أداة القرض الحسن في نموذج المضاربة من أجل ضخ أموال في صندوق استثمار المشاركين يُعد مناقضاً لطبيعة المضاربة. أما إذا كانت الخسارة ناتجة عن تقصير شركة التكافل، فلا بد حينها من تغطية الخسارة بالاعتماد على صندوق المساهمين.

(٦) يتوجب على شركة التكافل أن تفصح بوضوح عن المبادئ الشرعية التي يقوم عليها المنتج الاستثماري، كما يجب الإفصاح عن جميع النفقات التي يتحملها صندوق التكافل، فضلاً عن الإفصاح عن كافة المعلومات المتعلقة بطريقة توزيع أرباح الاستثمار وفائض الاكتتاب من خلال تحديد نسبة تقاسم الأرباح.

(٧) إن تحمل المشاركون لكافة مخاطر الاستثمار، يحتم على شركة التكافل إعلامهم بكافة المعلومات ذات العلاقة بالاستثمار مثل تحركات السوق وتداعياتها على صندوق استثمار المشاركين، والمخاطر المحدقة بالاستثمار، وأنواع الأصول المُستثمرة^١.

(٨) يجب على شركات التكافل أن تنشئ صندوقاً لمخاطر المشاركين، وصندوقاً لاستثماراتهم في برنامج التكافل العائلي، كما يجب استثمار موجودات الصندوقين بصورة منفصلة، وذلك لتمييز أغراض كلٍ من الصندوقين، وملكيتهما ومخاطرهما.

(٩) يجب أن يتم التوقيع على العقود المستخدمة في برنامج التكافل بصورة منفصلة. فعلى سبيل المثال يتم التوقيع على (أ) عقد التبرع وعقد المضاربة لدى استخدام نموذج المضاربة (ب) وعقد التبرع وعقد الوكالة لدى استخدام نموذج الوكالة (ت) وعقد التبرع وعقد الوكالة وعقد المضاربة لدى استخدام النموذج الهجين.

(١٠) يجب على شركات التكافل أن تُعلم المشاركين بأنها ستقوم بتعيين طرف ثالث مديراً للصندوق كي يقوم بإدارة صندوق استثمار المشاركين، وفي حالة تطبيق شركة التكافل لنموذج المضاربة، فعلى الشركة استخدام محتويات صندوق المساهمين في تسديد رسوم التعاقد الخارجي مع الطرف الثالث. أما في حالة تطبيق شركة التكافل لنموذج الوكالة، فإن رسوم التعاقد مع الطرف الخارجي يجب أن تُوضح للمشاركين، وذلك من خلال تحديد مبلغ الرسوم الذي تحصل عليه شركة التكافل، ومبلغ الرسوم الذي يحصل عليه الطرف الخارجي.

(١١) يجب توضيح الرسوم التي تُفرض على المشاركين، ولا بد أن تكون الرسوم المفروضة متوافقة مع طبيعة العقد المستخدم. ففي نموذج المضاربة لا يحق لشركات التكافل المطالبة بالحصول على رسوم إدارية مقابل استثمار أموال المشاركين، وذلك لأن شركات التكافل ستحصل على حصتها المالية من خلال تقاسم ربح الاستثمار مع المشاركين، ويستثنى من ذلك الرسوم المفروضة مقابل خدمات أخرى تم تنفيذها ضمن عقد مستقل، حيث تجوز المطالبة بمثل هذه الرسوم. أما بالنسبة لنموذج الوكالة فيجب خصم رسوم الوكالة مُقدماً من المساهمة التي يدفعها المشارك بناءً على الشروط التعاقدية التي تم الاتفاق عليها خلال توقيع العقد، وذلك تجنباً لوقوع أي غرر أو جهالة. ومن الممكن أن تكون الرسوم في شكل نسبة معينة من المساهمة المدفوعة من قبل المشارك أو في شكل مبلغ محدد يتم خصمه من

^١ بالإمكان الرجوع إلى تفاصيل التوصيات السبع الأولى في المبادئ التوجيهية حول إطار العمل التشغيلي لصناعة التكافل الصادر عن المصرف المركزي الماليزي.

أموال الصندوق، ولا يجوز تحديد رسوم الوكالة بناءً على نسبة الفائض أو نسبة الربح. ويُفترض أن تُغطي رسوم الوكالة العمولات والنفقات الإدارية، ومن الضروري أن يكون الأساس الذي تم بناءً عليه تحديد رسوم الوكالة في برنامج التكافل العائلي مُبرراً وموثقاً في الشهادة الاكتوارية.

(١٢) يُقترح على شركات التكافل أن يكون لديها آلية لإشراك المشاركين في إدارة صندوق التكافل، وبالإمكان إيجاد هذه الآلية من خلال عدة طرق ووسائل من بينها سنّ قانون خاص بصناعة التكافل يُنظم مثل هذه العملية، وتعيين ممثلين للمشاركين، ورفع تقارير حول كافة المعلومات المتعلقة بالاستثمار إلى المشاركين.

(١٣) إن طبيعة النماذج التشغيلية للتكافل لا تدعم المشاركة الفعالة للمشاركين في عمليات التكافل، ولذا لا بد من مراجعة نماذج التكافل الحالية واقتراح نماذج أخرى، منها على سبيل المثال نموذج المشاركة التعاونية.

(١٤) يُقترح على شركة التكافل الحديثة الإنشاء تجنب تطبيق نموذج المضاربة، وذلك لاحتوائه على العديد من القضايا الشرعية الشائكة.

(١٥) إلزام شركات التكافل باستثمار نسبة مئوية من صندوق استثمار المشاركين في المشاريع التنموية الوطنية.

والله الهادي إلى سواء السبيل

قائمة المصادر والمراجع

المراجع العربية

- القرآن الكريم
- ابن الصلاح، فتاوى ابن الصلاح. مكتبة العلوم والحكم بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٠٧
- ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية ١٤١٦هـ/١٩٩٥م
- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار. دار الفكر- بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م
- ابن حبان، صحيح ابن حبان، مؤسسة الرسالة - بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٤ - ١٩٩٣
- ابن كثير، اسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، دار المعرفة، بيروت. 2003
- ابن الهمام، فتح القدير. دار الفكر
- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة
- أبو السعود، إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، دار إحياء التراث العربي، بيروت
- الترمذي، سنن الترمذي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر الطبعة: الثانية، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م
- الثعالبي، عبد الرحمن بن محمد، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت.
- حماد، نزيه، القواعد الفقهية المعاصرة في المال والاقتصاد، دمشق، دار القلم. ٢٠٠١م
- الدردير، الشرح الصغير على اقرب المسالك، مؤسسة الوراق
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر ٢٠٠٤
- سانو، قطب مصطفى، الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان. ٢٠٠٠م
- السلامي، نصر محمد، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الاسكندرية ٢٠٠٨م.

- الشاعر، سمير ، في تأسيس وإدارة شركات التأمين التعاوني والتكافلي، دار العربية للعلوم ٢٠١١م.
- شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان ٢٠٠٧م.
- الشربيني، شمس الدين محمد، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م
- الشوكاني، محمد بن علي، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، مؤسسة مصطفى البابي الحلبي للنشر، القاهرة.
- العسقلاني، ابن حجر، ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الجيل، بيروت (١٩٩٢م).
- العمراني، عبد الله، ، العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، الرياض، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع (٢٠٠٦م).
- الغزالي، محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، دار الفكر، بيروت. ، (١٩٩٤م)
- قحف، منذر، ، أساسيات التمويل الإسلامي، الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية، كوالالمبور (٢٠١١م).
- القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، دار الشعب، القاهرة، (١٣٧٢هـ).
- الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، ، أدب الدنيا والدين، دار الريان للتراث (١٩٨٨م).
- مشهور، أميرة عبد اللطيف، ، الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، مكتبة مدبولي، القاهرة (١٩٩١م).
- النمري، خلف بن سليمان، شركة الاستثمار الإسلامية، رسالة ماجستير، قسم الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة، ، (١٩٨٣م)
- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ، المعيار الشرعي (٢٠١٠م)
- وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، ، الموسوعة الفقهية، الكويت (٢٠٠٢م).

المراجع الإنجليزية

- Alamsi, A, Surveying developments in Takaful Industry, Review of Islamic Economics.
- Arbouna, M.B. (2007), The Combination of Contracts in Shariah: A Possible Mechanism for Product Development in Islamic Banking and Finance, Thunderbird International Business Review.
- Australia, National Australia Bank Limited, Godfrey Pembroke Limited, Apogee Financial Planning Limited and Australian Financial Services

- Licenses (2009). Understanding Investment Concepts. Sydney: GWM Adviser Services Limited.
- Bank Negara Malaysia Publication, *Concept and Operation of General Takaful Business in Malaysia*.
 - *Development in Islamic Banking and Finance*, Thunderbird International Business Review.
 - Dornbusch, R. & Fischer, S. (1990). *Macroeconomics* (5th ed.). New York: McGraw-Hill Publishing Company.
 - Dr. Engku Rabiah Adawiah Engku Ali & Hassan Scott P. Odioerno, (2008), *Essential Guide to Takaful (Islamic Insurance)*. Kuala Lumpur: CERT.
 - Fisher, Omar (2008), *Takaful Markets & Products: A Training & Reference Manual* (FWU Group)
 - Tobias Frenz and Younes Soualhi. 2010. *Takaful and Retakaful: Advanced Principles and Practices*. Kuala Lumpur: IBFIM.
 - Ibn 'Arabi, quoted by Saiful Azhar Rosly, (2005) *Critical Issue on Islamic Banking and Financial Market*, Kuala Lumpur: Dinamas
 - International Shari'ah Research Academy (ISRA). 2011. *Islamic Financial System: Principles and Operations*.
 - Krutov, A. (2010). *Investing in Insurance Risk: Insurance-Linked Securities – A Practitioner's Perspective*. North Yorkshire: Risk Books.
 - Maginn, J.L., Tuttle, D.L., Pinto, J. E., & McLeavy, D. W. (2007). *Managing Investment Portfolios: A Dynamic Process*. New Jersey: John Wiley & Sons Inc.
 - Malik W., (1993), *Mineral Investments under Shariah Law*, International Energy and Resources Law and Policy Series, Graham & Trotman Ltd., London.
 - Mawdudi, (1969) *Islamic Law and Constitution*, Islamic Publication, Lahore.
 - Muhammad Ayyub, 2009, *Understanding Islamic Finance*, John Wiley and Sons,.
 - Noor, A.M. (2009), *A Shariah Compliance Review on Investment Linked Takaful in Malaysia*, Islamic Economic Studies, Vol. 17, No. 1, June, 2009.
 - Noor, A. M & Zakaria, M. S (2010), *Takaful: Analisis Terhadap Konsep dan Aqad*, Jurnal Muamalat, 3 edition, 2010
 - Qadri, Anwar Ahmad, (1986), *Islamic Jurisprudence in the Modern World*, Taj Printer, New Delhi.
 - SAC BNM, (2010), *Resolusi Syariah Dalam Kewangan Islam*, Kuala Lumpur: BNM second edition.

- Sheila Nu NuHtay and Hanna RabittahZaharin. 2011. Article on Critical Analysis on the Choice of Takaful (Islamic Insurance) Operating Models in Malaysia. IIUM: Damansara.
- Tobias Frenz, Younes Soualhi, (2010), *Takaful and Re-Takaful: Advances Principles and Practices*. Kuala Lumpur: IBFIM.
- United States, US Agency for International Development. (2003). Assessment on How Strengthening the Insurance Industry in Developing Countries Contributes to Economic Growth.
- Webb, I., Grace, M. F. & Harold D. S. (2002). The Effect of Banking and Insurance on the Growth of Capital and Output, Centre for Risk Management and Insurance Working Paper.

المراجع في شبكة الإنترنت

- Accenture, “Transforming Your Operating Model for High Performance in the Digital World”, p.7. <http://www.accenture.com/us-en/Pages/insight-ceo-transforming-your-operating-model-high-performance-digital-world-summary.aspx>.
- [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/World_Takaful_report_April_2011/\\$FILE/WTR2011EYFINAL.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/World_Takaful_report_April_2011/$FILE/WTR2011EYFINAL.pdf)
- http://www.sourcingmag.com/content/what_is_outsourcing.asp. Retrieved February 10, 2012
- Article on Conceptual Aspects of General Takaful in Malaysia.
- Retrieved from Bank Negara Malaysia website. The URL is: http://www.bnm.gov.my/guidelines/06_others/Concept%20Paper%20%20Guidelines%20on%20Takaful%20Operational%20Framework.pdf



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

التأمين التعاوني الأحكام والضوابط الشرعية

إعداد

أ.د. محمد سعدو الجرف
جامعة أم القرى - مكة المكرمة

ملخص الدراسة

هدفت الدراسة إلى تقويم تشريعات التأمين التعاوني، وعقود التأمين المطبقة من قبل بعض شركات التأمين الإسلامي، فقهيًا. ولقد تم في البداية تحديد البنائين النظري والعملي للتأمين كما توضحها الأنظمة واللوائح، وعقود التأمين المطبقة. ولقد تبين تماثل البنائين النظري والعملي في تشريعات التأمين التعاوني، وعقود التأمين التعاوني المطبقة مع نظيرتها التقليدية، من حيث الأسس التي يقوم عليها التأمين، والمتمثلة في المعاوضة، والإلزام والالتزام المتبادل بين أطراف عقد التأمين، والاحتمال. مما يعني الحاجة إلى إعادة صياغة تلك التشريعات ووثائق التأمين.

فهرس الدراسة

١	ملخص الدراسة
٢	المقدمة
٧	القسم الأول.....
٧	تقويم أنظمة وتشريعات التأمين التعاوني ووثائقه
٧	الفصل الأول
٧	تقويم أنظمة وتشريعات التأمين التعاوني العربية والإسلامية
٩	المبحث الأول: البناء النظري للتأمين التعاوني
١٧	المبحث الثاني: البناء العملي للتأمين التعاوني
٢٠	الفصل الثاني
٢٠	تقويم وثائق شركات التأمين الإسلامية المعاصرة
٢٣	المبحث الأول
٢٣	الهدف من قيام شركات التأمين الإسلامية بعمليات التأمين
٢٧	المبحث الثاني
٢٧	صفات العلاقة القائمة بين مؤمن له بالذات وباقي حملة الوثائق
٣٦	المبحث الثالث
	التكليف الشرعي للشركة في قيامها بجمع الاشتراكات واستثمارها ودفع
٣٦	التعويضات
٤٠	المبحث الرابع
٤٠	الفائض وتوزيعه
٤٢	المبحث الخامس
٤٢	التصرف في حال الخسارة
٤٤	القسم الثاني
٥٠	الخاتمة
٥٢	قائمة المراجع



بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه، أجمعين. أما بعد:

فلقد كانت شركات التأمين في المملكة العربية السعودية والسودان قبل صدور نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني، ولائحته التنفيذية في السعودية، وقانون التأمين والتكافل السوداني، بالخيار بين تطبيق التأمين التجاري، أو تطبيق التأمين التعاوني. وكان الفرد قبل صدور تلك الأنظمة بالخيار بين شراء وثيقة تأمين تجارية، أو شراء وثيقة تأمين تعاونية، أو عدم شراء وثيقة تأمين مطلقاً. ثم جاءت تلك الأنظمة واللوائح فألزمت شركات التأمين بتطبيق التأمين التعاوني فقط، وألزمته بتطبيق وثيقة تأمين موحدة، ونظام أساس واحد، ومعايير محاسبية واحدة. وألزمت الأفراد بشراء بعض وثائق التأمين التعاونية فقط، دون شراء وثيقة تأمين شركة بعينها. وإن كان هذا الاختيار لا يمثل أي ميزة في الحقيقة، نظراً لتمائل وثائق التأمين الصادرة عن كل شركة. ولا تزال شركات التأمين في باقي الدول العربية بالخيار بين تطبيق صيغة التأمين التعاوني وفق أي نموذج تراه مناسباً، أو صيغة التأمين التجاري. كما لا يزال الأفراد بالخيار بين شراء وثيقة تأمين تعاونية، أو وثيقة تأمين تجارية. ومن ثم تهدف الدراسة إلى تقويم أنظمة وقوانين التأمين التي تخضع لها شركات التأمين التعاوني، وعقود عدد من شركات التأمين التعاوني، والتي تعد تطبيقاً عملياً لتلك الأنظمة والقوانين واللوائح. كما تهدف إلى تقديم مشروع قرار حول هذا الموضوع إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي. وتتعلق الدراسة من المسلمات الآتية:

- (١) جواز مبدأ التأمين التعاوني أو التكافل في الجملة، لقيامه على التبرع.
- (٢) اتصاف مبدأ معين بصفة معينة، لا يعني أن كل تشريع أو قانون يختص بالتأمين التعاوني، أو التكافل، وأن كل تطبيق عملي لهذا المبدأ يكتسب صفة الجواز. فإنه لما كانت هيئات التأمين العاملة في الدول العربية تتخذ من التأمين التعاوني أو التكافلي أساساً لعملها، فقد يظن أن عقودها تعد من قبيل التبرعات. ومن هنا فإن دراسة هذه العقود كما هي قائمة فعلاً هي الطريق الأمثل للحكم عليها بأنها من قبيل المعاوضة، أو التبرع، والحكم على الغرر الموجود فيها بأنه من قبيل الغرر الفاحش، أو الغرر اليسير.

نطاق الدراسة:

يشمل التقييم نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي، ولائحته التنفيذية، وقانون التأمين والتكافل السوداني، وتعليمات التكافل في الأردن، والمرسوم التشريعي الخاص بالتأمين التعاوني في سوريا، وقانون التأمين الخاص بالتأمين التعاوني في الإمارات العربية المتحدة، والقانون الجزائري، وقانون التكافل المالي. كما يشمل وثائق تأمين عدد من الشركات الإسلامية هي: الشركة الوطنية للتأمين التعاوني في السعودية^١، والشركة الإسلامية القطرية للتأمين، وشركة البركة للتأمين التكافلي، وشركة العقيلة للتأمين التكافلي، وشركة نور للتكافل، وبرامج التكافل الصادرة عن بنك الجزيرة السعودي. حيث سيكون التقييم فقهياً فقط، اعتماداً على نصوص تلك التشريعات والقوانين واللوائح، وعلى عقود تلك الشركات وأنظمتها الأساس، وتقاريرها المحاسبية السنوية، ومما تصدره من نشرات.

الدراسات السابقة:

(١) دراسة محمد الجرف بعنوان^٢: تقييم أنظمة ووثائق التأمين التعاوني في المملكة العربية السعودية. وقد هدفت الدراسة إلى تقييم نظامي مراقبة شركات التأمين التعاوني، ومجلس الضمان الصحي التعاوني، ولائحتيهما التنفيذية، وعقود التأمين المطبقة من قبل شركات التأمين، فقهياً. ولقد تبين تماثل البناءين النظري والعملي للتأمين في الفكر الوضعي، والفكر الإسلامي، وفي الأنظمة واللوائح، من حيث الأسس التي يقوم عليها التأمين، والمتمثلة في المعاوضة، والإلزام والالتزام المتبادل بين أطراف عقد التأمين، والاحتمال. مما يعني الحاجة إلى إعادة صياغة تلك الأنظمة واللوائح ووثائق التأمين.

(٢) دراسة محمد الجرف بعنوان: تشريعات التأمين التعاوني وعقوده ووثائقه: دراسة تقييمية^٣. وقد تم من خلال الدراسة تقييم فقهني لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي، ولائحته التنفيذية، وقانون التأمين والتكافل السوداني، ووثائق تأمين الشركات الإسلامية المتاحة، والتي تشمل: الشركة الوطنية للتأمين التعاوني في السعودية، والشركة الإسلامية القطرية للتأمين، وشركة البركة للتأمين التكافلي، وشركة العقيلة للتأمين التكافلي، وشركة نور للتكافل، وبرامج التكافل الصادرة عن بنك الجزيرة السعودي. حيث انطلقت الدراسة من حيادية

(١) تعد مثلاً لباقي شركات التأمين التعاوني السعودية.

(٢) مقدمة إلى ملتقى التأمين التعاوني الأول. الرياض. تنظيم الهيئة العالمية للاقتصاد الإسلامي والتمويل بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي والتنمية. ٢٣ - ٢٥/١/١٤٣٠. ١٩ - ٢١/١/٢٠٠٩.

(٣) مقدم إلى ندوة التأمين التعاوني: أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منها. عمان: ١١ - ١٣/٤/٢٠١٠. تنظيم مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بالتعاون مع الجامعة الأردنية.

الموقف تجاه التأمين التعاوني كمبدأ. ولقد أظهرت الدراسة تماثل البنائين النظري والعملية في تشريعات التأمين التعاوني، وعقود التأمين التعاوني المطبقة مع نظيرتها التقليدية، من حيث الأسس التي يقوم عليها التأمين، والمتمثلة في المعاوضة، والإلزام والالتزام المتبادل بين أطراف عقد التأمين، والاحتمال. مما يعني الحاجة إلى إعادة صياغة تلك التشريعات ووثائق التأمين.

(٣) دراسة محمد الجرف بعنوان: تقويم عقود هيئات التأمين الإسلامية المعاصرة فقهيًا. وقد تم من خلال الدراسة تقويم عقود عدد من هيئات التأمين الإسلامية هي: الشركة الوطنية للتأمين التعاوني، والشركة الإسلامية العربية للتأمين (إياك- سلامة حالياً)، وشركة التأمين الإسلامية العالمية. وقد أظهرت الدراسة أن وثائق تلك الشركات تقوم على المعاوضة بين أي حامل وثيقة وبين سائر حملة الوثائق ممثلين بشركة التأمين، وعلى الإلزام والالتزام المتبادل بين أطراف عقد التأمين، وعلى الاحتمال. وأن الشركة وكيل بأجر في عقد إجارة فاسد بالنظر إلى قيامها بإدارة وتنظيم عمليات التأمين، وأنها شريك مضارب في عقد مضاربة فاسدة بالنظر إلى قيامها باستثمار أموال التأمين.

(٤) دراسة أيمن عبد المعطي بعنوان: شركات التأمين التبادلي العاملة في المملكة العربية السعودية: تحليل وتقويم من وجهة نظر الاقتصاد الإسلامي. وقد تناولت الدراسة تقويم عقود عدد من الشركات من الناحيتين الفقهية والاقتصادية وهي: الشركة الوطنية للتأمين التعاوني، الشركة الإسلامية العربية للتأمين، شركة التكافل للتأمين الإسلامي (تكافل)، شركة الراجحي للتأمين التعاوني (أمان)، وشركة التأمين الإسلامية العالمية. وقد تبين أن عقود هذه الشركات عقود معاوضات مالية فيها غرر فاحش. وقد أوصت الدراسة بإعادة النظر في الأنظمة الأساس ووثائق الهيئات محل الدراسة.

وتختلف هذه الدراسة عن سابقتها وبخاصة دراسة الباحث المقدمة إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي حول تشريعات التأمين التعاوني وعقوده ووثائقه في الفرضية التي انطلقت منها الدراسات. فقد اتخذت الدراسة السابقة موقفاً حيادياً حول حكم التأمين التعاوني، وانطلقت هذه الدراسة من فرضية جواز التأمين التعاوني لقيامه على التبرع، وأن جواز التأمين التعاوني أو التكافلي في الجملة لا يعني جواز جميع التطبيقات، وأن وجود هيئات رقابة شرعية في شركات التأمين الإسلامية لا يعني بالضرورة جواز عقودها، كما أن عدم وجودها لا يعني عدم جواز عقود تلك الشركات التي لا توجد لديها هيئات رقابة شرعية. كما تشمل هذه الدراسة بالتقويم الأنظمة والوثائق التي اشتملت عليها الدراسة

(١) المجلة العلمية لتجارة الأزهر. العدد ٢٢. يناير ١٩٩٧م.

(٢) رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة أم القرى. ١٤١٩هـ.

السابقة، بالإضافة إلى دراسة بعض نصوص كل من: قانون التكافل المالي، وقانون التأمينات الجزائي، وتعليمات التكافل في الأردن، وقانون التأمين التعاوني في الإمارات العربية المتحدة. ولم تتعرض هذه الدراسة للبناء النظري والعملي للتأمين وضعياً، كما لم تتعرض للبناء النظري للتأمين التعاوني في الفكر الاقتصادي الإسلامي المعاصر، كما فعلت سابقتها.

مخطط الدراسة:

تتكون الدراسة من قسمين على النحو الآتي:

القسم الأول: تقويم أنظمة وتشريعات التأمين التعاوني ووثائقه. ويتكون من فصلين هما:

الفصل الأول: تقويم أنظمة وتشريعات التأمين التعاوني العربية والإسلامية.

الفصل الثاني: تقويم وثائق شركات التأمين الإسلامية المعاصرة.

القسم الثاني: قضايا مختلفة في التأمين التجاري. ويشمل: بيان أحكام التأمين على

الحياة، والتأمين الشامل على السيارات، والحق التعويضي، والجهة المستفيدة في التأمين على الحياة. مع توضيح حكم التأمين التجاري على الحياة الذي تقوم فيه بعض المؤسسات أو الشركات بدفع قسطه لموظفيها من بند مخصص له، دون أن يكون للموظف حق الاعتراض عليه، ودون أن يتحمل شيئاً من تكلفة التأمين. وكذلك بيان أحكام التأمين ضد الحوادث، والتأمين على الدين، والودائع، والصادرات.

فروض الدراسة:

- (١) أنظمة ولوائح التأمين جائزة شرعاً في الجملة، لأنها تعكس الأسس النظرية التي يقوم عليها التأمين التعاوني الجائز شرعاً.
- (٢) أنظمة ولوائح التأمين غير جائزة شرعاً في الجملة، لأنها تخالف الأسس النظرية التي يقوم عليها التأمين التعاوني الجائز شرعاً.
- (٣) وثائق التأمين التعاوني أو التكافل تطبيق حريفي للأنظمة واللوائح في الجملة، ومن ثم فهي تستمد جوازها أو عدم جوازها، من جواز أو عدم جواز تلك الأنظمة واللوائح.
- (٤) وثائق التأمين التعاوني جائزة شرعاً في الجملة، لخلوها من المخالفات التي تقدر في صحة العقد.
- (٥) وثائق التأمين التعاوني غير جائزة شرعاً في الجملة لوجود مخالفات تقدر في صحة العقد، ومن ثم فهي بحاجة إلى إعادة صياغة.

القسم الأول

تقويم أنظمة وتشريعات التأمين التعاوني ووثائقه

الفصل الأول

تقويم أنظمة وتشريعات التأمين التعاوني العربية والإسلامية

ألزم كل من نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي ولائحته التنفيذية، وقانون التأمين والتكافل السوداني لعام ٢٠٠٣، شركات التأمين بتطبيق التأمين عملياً من خلال نموذج التأمين التعاوني^(١). حيث تتمتع هاتان الدولتان بنظام خاص بالتأمين التعاوني. وأخضع عدد من الدول العربية جميع شركات التأمين العاملة لنظام واحد أياً كانت الصيغة التي تطبقها. حيث يخضع مثلاً جميع شركات التأمين العاملة في البحرين لقانون شركات وهيئات التأمين وتعديلاتها رقم ١٧، لعام ١٩٨٧^(٢)، وتخضع شركات التأمين العاملة في السوق العماني لقانون تأمين المركبات رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٤، وقانون شركات التأمين رقم ١٢ لسنة ١٩٧٩. وقد نص بعض الأنظمة على حرية شركات التأمين بين العمل بصيغة التأمين التعاوني أو التكافل، أو العمل بصيغة التأمين التجاري مثل المرسوم التشريعي السوري رقم ٤٣ لعام ٢٠٠٥^(٣)، وقانون التأمين الجزائري^(٤).

(١) انظر: المادة الأولى من نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي. وانظر: تعريف عقد التأمين التعاوني الذي أورده قانون التأمين والتكافل السوداني لعام ٢٠٠٣. وانظر: موقع هيئة الرقابة على التأمين في السودان عند عرض إنجازات الهيئة.

(٢) نصت المادة الأولى من القانون على ما يأتي: يقصد بشركات وهيئات التأمين التي تسري عليها أحكام هذا القانون ما يلي: شركات التأمين وإعادة التأمين البحرينية العاملة في البحرين. وصندوق التأمين على المركبات المنشأ بالمرسوم بقانون رقم (١١) لسنة ١٩٨٢. وفروع شركات التأمين الأجنبية الموجودة بالبحرين والتي يكون مقر تسجيلها الرئيسي بالخارج. وأية هيئات أخرى موجودة في البحرين سواء اتخذت شكل جماعات تأمين أو جمعيات تعاونية أو تبادلية أو غيرها. والمكاتب التمثيلية لشركات وهيئات التأمين الأجنبية التي يكون مركزها الرئيسي بالخارج والمنصوص عليها في المادة (٣) فقرة (٣) من هذا القانون. وجاء في المادة الثانية ما يأتي: تتولى مؤسسة نقد البحرين مسئولية الترخيص والإشراف والرقابة على شركات وهيئات التأمين المشار إليها في المادة السابقة والعاملة في ميدان التأمين وفقاً لأحكام هذا القانون.

(٣) نص التشريع السوري ٤٣ لعام ٢٠٠٥ في المادة الثامنة منه على ما يأتي: إذا حددت الشركة هدفها بممارسة التأمين على أساس النظام التكافلي (الإسلامي) فيجب أن تذكر ذلك صراحة في طلب التأسيس، مع تحديد تفصيلي للرقابة الشرعية التي ستعمل من خلالها وطريقة ممارستها. صدر بعد ذلك قرار وزير المالية السوري رقم ١٠/٢٩١/م.إ، بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٢٨، بتشكيل لجنة استشارية للرقابة الشرعية في هيئة الإشراف على التأمين غايتها المساعدة في تنظيم عمل شركات التأمين وإعادة التأمين التكافلي (الإسلامي)، ويشمل ذلك كل ما يصدر عن الهيئة من تعليمات وقرارات تهيئ الأرضية المناسبة لعمل هذه الشركات وضمن المشاركة الفعالة لها في سوق التأمين.

(٤) نصت المادة ٢٠٣ من نفس القانون على أنه يقصد بشركات التأمين الخاضعة لهذا الأمر مؤسسات وتعاضديات التأمين. كما نصت على ذلك المادة ٢٣ من القانون رقم ٠٤ - ٠٦، في ٢١ محرم ١٤٢٧، الموافق ٢٠ فبراير ٢٠٠٦. ونصت المادة ٢١٥ من القانون رقم ٠٧، لعام ١٩٩٥ على خضوع شركات التأمين وإعادة التأمين للقانون الجزائري، وتأخذ أحد الشكلين الآتين: شركة ذات أسهم، وشركة ذات شكل تعاضدي. وقد نصت المادة ٣٤ من القانون

ويسمح عدد آخر من الدول العربية، وبعض الدول الإسلامية لشركات التأمين العاملة فيها بالحرية بين العمل بصيغة التأمين التعاوني، أو صيغة التأمين التجاري. حيث تتمتع هذه الدول بوجود نظام خاص للتأمين التعاوني، تخضع له شركات التأمين التعاوني الموجودة في تلك الدول، إلى جانب خضوعها لنظام التأمين الأساس الذي ينطبق على كافة شركات التأمين أياً كان التأمين الذي تمارسه، مثل الإمارات العربية المتحدة، والأردن، وماليزيا^١. ويتمثل الهدف من هذا الفصل في تقويم هذه الأنظمة والتشريعات. بمعنى هل تقييم هذه الأنظمة والتشريعات التأمين التعاوني على مبدأ التبرع كما هو مفترض، أم أنها تقيمه على مبدأ المعاوضة. ويتم هذا التقويم من خلال المباحث والمطالب الآتية:

المبحث الأول: البناء النظري للتأمين التعاوني.

المطلب الأول: تعريف التأمين التعاوني.

المطلب الثاني: الهدف من التأمين التعاوني.

المبحث الثاني: البناء العملي للتأمين التعاوني.

المطلب الأول: الفائض والخسارة.

المطلب الثاني: استثمار أموال التأمين.

رقم ٠٤ - ٠٦، في ٢١ محرم ١٤٢٧، الموافق ٢٠ فبراير ٢٠٠٦، المتمم للقانون السابق على أنه ليس للشركة ذات الشكل التعاضدي المذكورة أعلاه هدف تجاري. ويجب أن تضمن لمنحطيتها مقابل اشتراك التسوية الكاملة لالتزاماتهم في حالة وقوع أخطار.
(^١) وذلك فيما لا يوجد في أنظمة التكافل.

المبحث الأول

البناء النظري للتأمين التعاوني

يبرز البناء النظري للتأمين التعاوني من خلال تعريفه، ومن خلال الهدف الذي جاءت أنظمة وتشريعات التأمين التعاوني ولوائحها التنفيذية لتحقيقه، على النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف التأمين التعاوني

أولاً: النظام السعودي:

عرفت المادة الأولى (فقرة ٧) من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي التأمين بأنه: (تحويل أعباء المخاطر من المؤمن لهم إلى المؤمن، وتعويض من يتعرض منهم للضرر أو الخسارة من قبل المؤمن)^١.

ثانياً: القانون السوداني:

عرفت المادة الرابعة من قانون التأمين والتكافل السوداني لعام ٢٠٠٣ عقد التأمين التعاوني بأنه: (عقد يلتزم فيه المؤمن نيابة عن المؤمن لهم، بأن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد مبلغاً من المال أو أي عوض في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده، أو تحقق الخطر المبين في العقد، وذلك مقابل مبلغ محدد يؤديه المؤمن له للمؤمن، على وجه التبرع، لمقابلة التزامات المؤمن)^٢.

ثالثاً: الإمارات العربية المتحدة:

عرفت المادة الأولى من قرار رئيس هيئة التأمين رقم ٤، لعام ٢٠١٠، التأمين التكافلي التأمين بأنه: (تنظيم تعاقدى جماعي يهدف إلى تحقيق التعاون بين مجموعة من المشتركين، في مواجهة أخطار معينة، حيث يقوم كل منهم بدفع اشتراك معين، يؤدي إلى

^١ عرفت (فقرة ١٧) من المادة نفسها وثيقة التأمين بأنها: (عقد يتعهد بمقتضاه المؤمن بأن يعرض المؤمن له عند حدوث الضرر أو الخسارة المغطى بالوثيقة، وذلك مقابل الاشتراك الذي يدفعه المؤمن له). وعرفت الفقرة ١٨ من نفس المادة الاشتراك بأنه: (المبلغ الذي يدفعه المؤمن له للمؤمن، مقابل موافقة المؤمن على تعويض المؤمن له عن الضرر، أو الخسارة التي يكون السبب المباشر في وقوعها خطر مؤمن منه). وعرفت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لنظام الضمان الصحي التعاوني السعودي القسط أو الاشتراك، بأنه: (المبلغ الواجب الأداء للشركة من قبل حامل الوثيقة مقابل التغطية التأمينية التي توفرها الوثيقة خلال مدة التأمين).

^٢ قانون التأمين والتكافل السوداني لعام ٢٠٠٣، الصادر في ١٣/٧/٢٠٠٣. المادة ٤، في تعريف عقد التكافل. وقد عرفت المادة الثالثة من نفس القانون عقد التأمين بأنه: عقد التأمين عقد يلتزم فيه المؤمن نيابة عن المؤمن لهم بأن يؤدي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد، مبلغاً من المال أو أي عوض في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده، أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل مبلغ محدد يؤديه المؤمن له للمؤمن على وجه التبرع لمقابلة التزامات المؤمن.

تكوين حساب يسمى حساب المشتركين، يتم من خلاله دفع التعويض المستحق، لمن يتحقق الخطر بالنسبة إليه، وتقوم شركة التأمين التكافلي بإدارة هذا الحساب واستثمار الأموال المتجمعة فيه مقابل مكافأة معينة^١. ونصت المادة التاسعة من نفس القانون بوجوب أن تحتوي وثيقة التأمين على إيضاح بأن ما يدفعه المشترك إنما يدفعه على سبيل الالتزام بالتبرع.

رابعاً: القانون السوري:

عرفت المادة الأولى من المرسوم التشريعي السوري رقم ٤٣، التأمين بأنه: (تحويل أعباء المخاطر من المؤمن له إلى المؤمن مقابل قسط تأمين. والتزام المؤمن بتعويض الضرر والخسارة للمؤمن له. وتعني كلمة التأمين جميع المرادفات لها كما تعني إعادة التأمين فيما لا يتعارض مع طبيعتها)^٢.

خامساً: القانون الأردني:

عرفت المادة ٢ب، من تعليمات تنظيم التأمين التكافلي لسنة ٢٠١١، الصادرة بموجب القانون رقم ٣٣، بشأن تنظيم أعمال التأمين وتعديلاته لسنة ١٩٩٩، التأمين التكافلي بأنه: (تنظيم تعاقدية يهدف إلى تحقيق التعاون بين مجموعة من الأشخاص يسمون المشتركين، يتعرضون لخطر واحد، أو أخطار معينة، وذلك من خلال تلافي آثار الأخطار التي يتعرض لها أحدهم، بتعويضه عن الضرر الناتج عن وقوع هذه الأخطار. وذلك بالتزام كل منهم بدفع مبلغ معين على سبيل التبرع، يسمى الاشتراك. وتقوم شركات التأمين التكافلي بإدارة عمليات التأمين التكافلي، واستثمار أموال صندوق حملة الوثائق، مقابل أجر معلوم، باعتبارها وكيلاً، أو حصة معلومة باعتبارها مضارباً، أو كلاهما معاً، وذلك بما يتفق مع أحكام هذه التعليمات، وأحكام الشريعة الإسلامية، ومبادئها).

سادساً: القانون الماليزي:

^١: عرفت نفس المادة المشترك بأنه: (الشخص الذي يرتبط بوثيقة عضوية الاشتراك، ويعقد تأمين تكافلي، ويلتزم بدفع الاشتراك والذي يحق له أولورثته أو من يتنازل إليه في الحالات التي يجوز فيها التنازل. الحصول على التعويض أو المنافع التي يقدمها حساب المشتركين في الشركة). كما عرفت الاشتراك بأنه: (المقابل الذي يتعهد المشترك بدفعه على أساس الالتزام بالتبرع لقاء اشتراكه في حساب التأمين التكافلي لدى الشركة، لتعويض الأضرار، أو لدفع المنافع لمن يستحق). وعرفت وثيقة عضوية الاشتراك بأنها: (الوثيقة التي تتضمن الأسس والمبادئ الرئيسية للتأمين التكافلي التي تعتمد عليها الشركة، في علاقة المشتركين بها، والتي يجب أن يوافق عليها المشترك عند اشتراكه). وعرفت وثيقة التأمين التكافلي بأنها: (الوثيقة المبرمة بين الشركة والمشارك والمتضمنة شروط العقد، وحقوق والتزامات الطرفين أو المستفيدين من التأمين التكافلي، وأي ملحق لهذه الوثيقة).

^٢: عرفت المادة نفسها وثيقة التأمين بأنها: (عقد التأمين "البوليصة" المبرم بين المؤمن والمؤمن له المتضمن الشروط والالتزامات والحقوق المترتبة على طرفي التعاقد). وقد نصت المادة ٢أ، من نفس المرسوم على ما يأتي: (تطبق أحكام هذا المرسوم التشريعي على جميع أنشطة التأمين وإعادة التأمين التي تمارس داخل الجمهورية العربية السورية). ليشمل بذلك التأمين التعاوني.

جاء في المادة الأولى من قانون التكافل رقم ٣١٢، لسنة ١٩٨٤، ما يأتي:

- Takaful” means a scheme based on brotherhood, solidarity and mutual assistance which provides for mutual financial aid and assistance to the participants in case of need whereby the participants mutually agree to contribute for that purpose;
- Takaful benefits” includes any benefit, pecuniary or not which is secured by a takaful certificate, and “pay” and other expressions, where used in relation to takaful benefits, shall be construed accordingly;
- “Takaful business” means business of takaful whose aims and operations do not involve any element which is not approved by the Syariah;
- Takaful certificate” includes any contract of takaful for family solidarity business or general business whether or not embodied in or evidenced by an instrument in the form of a certificate, and references to issuing a certificate shall be construed accordingly. References to a certificate of a takaful operator include any certificate in respect of which the operator is under any liability, whether the certificates were issued by the operator or the liability was transferred to the operator from another;

سابعاً: القانون الجزائري:

عرفت المادة الثانية من قانون التأمين رقم ٠٧، لعام ١٩٩٥، والمعدل بالقانون رقم ٠٤ - ٠٦، في ٢١ محرم ١٤٢٧، الموافق ٢٠ فبراير ٢٠٠٦، التأمين بما عرفته به المادة ٦١٩ من القانون المدني، وهو أنه: (عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له، أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغاً من المال، أو إيراداً، أو أي أداء مالي آخر، في حالة تحقق الخطر المبين في العقد، وذلك مقابل أقساط، أو أي دفعات مالية أخرى)^١.

يتفق أغلب التعريفات السابقة مع بعضها البعض، كما يتفق مع تعريف القانون المدني المصري، وبعض القوانين العربية في مفهوم التأمين^٢. وتدل تعريفات التأمين السابقة على

(^١) انظر المواد ٦٠، ٦٤، ٦٥، في تعريف عقود التأمين على الأشخاص. وهي تعريفات تقترب من التعريف المذكور أعلاه. وقد نصت المادة ٢٠٣ من نفس القانون على أنه يقصد بشركات التأمين الخاضعة لهذا الأمر مؤسسات وتعاضديات التأمين. كما نصت على ذلك المادة ٢٣ من القانون رقم ٠٤ - ٠٦، في ٢١ محرم ١٤٢٧، الموافق ٢٠ فبراير ٢٠٠٦. ونصت المادة ٢١٥ من القانون رقم ٠٧، لعام ١٩٩٥ على خضوع شركات التأمين وإعادة التأمين للقانون الجزائري، وتأخذ أحد الشكلين الآتيين: شركة ذات أسهم، شركة ذات شكل تعاضدي. وقد نصت المادة ٣٤ من القانون رقم ٠٤ - ٠٦، في ٢١ محرم ١٤٢٧، الموافق ٢٠ فبراير ٢٠٠٦، المتمم لقانون السابق على أنه ليس للشركة ذات الشكل التعاضدي المذكورة أعلاه هدفاً تجارياً. ويجب أن تضمن لمنخراطها مقابل اشتراك النسوية الكاملة لالتزاماتهم في حالة وقوع أخطار.

(^٢) عرفت المادة ٧٤٧ من القانون المدني المصري، التأمين بأنه: عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتباً، أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن) وقد

تمائل مفهوم التأمين التعاوني، أو التكافل فيها جميعاً. وأنه يقوم على ركنين أساسيين هما:

• **المعاوضة:** وقد نصت على ذلك صراحة التعريفات السابقة، حيث جعلت التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الخطر، أثراً مترتباً على التزام المؤمن له بدفع قسط التأمين. وقد يبدو للوهلة الأولى استثناء كل من: النظام السعودي، والقانون السوداني، والنظام الأردني، والقانون الإماراتي من ذلك. فقد ألزم نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي شركات التأمين العاملة في السوق السعودي بالعمل وفقاً لصيغة التأمين التعاوني، الذي أدخله عدد من العلماء المعاصرين في باب التبرعات، دون الحاجة إلى النص على أن القسط مدفوع على سبيل التبرع. ونص كل من قانون التأمين السوداني، وتعليمات التكافل في الأردن لعام ٢٠١١، في الفقرة الثالثة من المادة السابعة، والمادة الأولى من قرار مجلس إدارة هيئة التأمين لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٤، لعام ٢٠١٠ في شأن نظام التأمين التكافلي، على وجوب النص على دفع القسط على سبيل التبرع، ليدخل التأمين التعاوني أو التكافل بذلك في باب التبرعات. ولكن هذا الأمر لا يخرج التأمين في هذه القوانين فعلياً من باب المعاوضات كما يرى الباحث. فقد جعل قانون التأمين السوداني، والإماراتي، كلاً من قسط التأمين، ومبلغ التأمين سبباً في وجود الآخر، وأثراً مترتباً عليه في نفس الوقت. والنص على أن القسط مدفوع على سبيل التبرع يدخله في باب هبة الثواب. وكذلك فعل قانون التأمينات الجزائري، ونظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي، ولأئحته التنفيذية، حيث جاء النص صريحاً في أكثر من موضع على أن كلاً من قسط التأمين، ومبلغ التأمين، سبب في وجود الآخر، وأثر مترتب

واقفه في ذلك عدد من القوانين والأنظمة وذلك على النحو الآتي: عرفت المادة ٩٨٣ من القانون المدني العراقي التأمين بأنه: (عقد به يلتزم المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده وذلك في مقابل أقساط أو أية دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن. ويقصد بالمؤمن له الشخص الذي يؤدي الالتزامات المقابلة للالتزامات المؤمن. ويقصد بالمستفيد الشخص الذي يؤدي إليه المؤمن قيمة التأمين، وإذا كان المؤمن له هو صاحب الحق في قيمة التأمين كان هو المستفيد). وعرفت المادة ٩٥٠ من قانون الموجبات والعقوبات اللبناني التأمين أو الضمان بأنه: (عقد بمقتضاه يلتزم شخص يقال له الضامن بعض الموجبات عند نزول بعض الطوارئ، بشخص المضمون أو بأمواله مقابل دفع بدل يسمى القسط أو الضريبة). وعرفت المادة ٧٧٣ من القانون المدني الكويتي التأمين بأنه: (عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له، مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتباً، أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير مقابل نقدي يؤديه المؤمن له للمؤمن. ويجوز أن يكون مقابل التأمين أقساطاً أو دفعة واحدة). وعرفت المادة ٩٢٠ من القانون المدني الأردني التأمين بأنه: (عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتباً، أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل مبلغ محدد، أو أقساط دورية يؤديها المؤمن له للمؤمن). وعرفت المادة الثالثة من الباب الأول من قانون شركات ووكلاء التأمين لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٩ لسنة ١٩٨٤ التأمين بأنه: (عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن).

على وجوده في نفس الوقت، وبذلك يثبت دخول التأمين في هذه القوانين في باب المعاوضات. ويتمثل طرفا المعاوضة في: أي حامل وثيقة طرفاً أولاً، وشركة التأمين بالإجابة عن باقي حملة الوثائق، أو عن حساب أو صندوق التكافل الذي تديره الشركة طرفاً ثانياً.

• الاحتمال.

المطلب الثاني

الهدف من التأمين التعاوني

هناك طرفان لعقد التأمين التعاوني، أو التكافل هما: المؤمن له أو حامل الوثيقة، وشركة التأمين التعاوني. وقد قسمت تلك الأنظمة واللوائح التأمين التعاوني إلى قسمين كبيرين من حيث الخطر المؤمن منه، هما: التأمين من الأضرار، والتأمين على الأشخاص. على خلاف فيما بينها على بعض التفصيلات، وبعض التسميات. وقد حددت تلك الأنظمة واللوائح أهدافاً لطريفي العقد، من تلك التأمينات، والتي جاءت تلك الأنظمة واللوائح لتحقيقها، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الهدف من التأمين من الأضرار بالنسبة للمؤمن له^١:

حددت الأنظمة واللوائح الهدف من التأمين من الأضرار في إرجاع المؤمن له إلى نفس الحالة الاقتصادية التي كان عليها قبل وقوع الخطر. أو المحافظة على المستوى الاقتصادي للفرد في مستوى معين مقابل تحمله تكلفة معينة. حيث يترجم ذلك عملياً بحصول المستفيد على مبلغ تأمين عند تحقق الخطر الموضح بالعقد، مقابل حصول المؤمن على أقساط يدفعها المؤمن له^٢. وهو نفس الهدف الذي يهدف التأمين التجاري من الأضرار إلى تحقيقه بالنسبة للمؤمن له. وقد نص على ذلك صراحة بعض الأنظمة، بينما يفاد ذلك ضمناً من تعريفات البعض الآخر للتأمين، وذلك على النحو الآتي:

(١) حددت الفقرة الثالثة من المادة الخامسة والخمسون من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي الهدف من التأمين في: (إعادة المؤمن له إلى وضعه المالي الذي يسبق الخسارة مباشرة). كما حددته الفقرة السابعة من المادة الأولى عند تعريفها للتأمين^٣.

(٢) نصت المادة العاشرة من نظام التأمين الإلزامي الأردني من المسؤولية المدنية الناتجة عن استعمال المركبات رقم ٣٢ لسنة ٢٠٠١، على ما يأتي: (تلتزم شركة التأمين

^١: يشمل التأمين على الأشياء، والتأمين من المسؤولية المدنية.

^٢: يتم تحقيق ذلك عملياً من خلال إطار قانوني يسمى عقد التأمين.

^٣: انظر: ص ١٢، من الدراسة.

بتعويض الغير عن أي مبالغ يكون المؤمن له مسؤولاً عن دفعها كتعويض عن الضرر^(١).

(٣) عرفت الفقرة الأولى من المادة الأولى من المرسوم التشريعي السوري رقم ٤٣ لعام ٢٠٠٥، التأمين بأنه: (تحويل أعباء المخاطر من المؤمن له إلى المؤمن مقابل قسط تأمين، والتزام المؤمن بتعويض الضرر والخسارة للمؤمن له). فالضرر والخسارة وهما السبب في استحقاق مبلغ التأمين يلحقان غالباً ممتلكات المؤمن له^(٢) أو ذمته المالية^(٣).

(٤) جاء في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٦، لعام ٢٠٠٧، ما يأتي: (على المؤمن أداء التعويض المنصوص عليه في عقد التأمين للمؤمن له أو للمستفيد - حسب الأحوال - بمجرد وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المؤمن منه، وعندها يحل المؤمن حلاً قانونياً محل المؤمن له، أو المستفيد، في حقوق أي منهما، أو التزاماته).

(٥) حددت المادة الثانية عشرة من قانون التأمين الجزائري التزامات المؤمن بتعويض الخسائر والأضرار الناتجة عن خطأ غير متعمد من المؤمن له، وكذلك التي يحدثها أشخاص يكون المؤمن له مسؤولاً مدنياً عنهم^(٤).

ثانياً: الهدف من التأمين على الأشخاص بالنسبة للمؤمن له:

نص بعض أنظمة التأمين العربية مثل القانون الجزائري على الهدف من التأمين على الأشخاص، والمتمثل في الادخار وتكوين رؤوس الأموال في تاريخ معين. ولم ينص البعض الآخر مثل النظام السعودي على هذا الهدف صراحة، ولكن تمكن معرفته من مواضع أخرى من تلك الأنظمة والقوانين، وذلك على النحو الآتي:

(١) عرفت المادة الستون من القانون الجزائري التأمين على الأشخاص بأنه: (اتفاقية احتياط بين المؤمن له والمؤمن، يلتزم المؤمن بموجبها بأن يدفع للمكاتب، أو للمستفيد المعين، مبلغاً محدداً، رأسملاً كان، أو ريعاً، في حالة تحقق الحادث، أو حلول الأجل المنصوص عليه في العقد. ويلتزم المكتب بدفع الأقساط حسب جدول استحقاق متفق عليه). وقد نصت المادة ٦٧ من نفس القانون على الهدف من تأمينات الأشخاص بقولها: (تهدف التأمينات من الحوادث الجسمانية إلى ضمان تعويض يدفع

(١) جاء في المادة الثالثة من تعليمات تنظيم التأمين التكافلي لسنة ٢٠١١: تطبق على شركة التأمين التكافلي أحكام القانون، والأنظمة، والتعليمات، والقرارات الصادرة بمقتضاه، في أي من الأمور والحالات، غير المنصوص عليها في هذه التعليمات، وذلك بقدر انطباقها عليها.

(٢) يتحقق ذلك في التأمين على الأشياء حيث قد يكون موضوع التأمين منزلاً يؤمن عليه ضد خطر الحريق مثلاً.

(٣) يتحقق ذلك في التأمين من المسؤولية المدنية.

(٤) انظر المادة ١٤٥ من نفس القانون والتي حددت الهدف من التأمين من المسؤولية بأنه: التعويض من الأضرار المادية والجسمانية التي تلحقها السفينة بالغير, وانظر المادة ١٤٦ التي حددت هدف التأمين من مسؤولية الناقل البحري بأنه التعويض عن الأضرار والخسائر اللاحقة بالبضائع والأشخاص نتيجة الاستغلال التجاري للسفينة.

في شكل رأسمال، أو ريع للمؤمن له، أو للمستفيد في حالة وقوع حادث طارئ محدد في العقد).

(٢) نصت المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي على أنواع التأمين التي يشملها النظام، ومنها تأمين الحماية الذي يشمل عمليات التأمين التي تتعلق بآثار الوفاة، والعجز الدائم الكلي، أو الجزئي، أو المؤقت للفرد، والمجموعات. وتأمين الحماية مع الادخار، الذي يشمل عمليات التأمين التي يدفع بموجبها المؤمن مبلغاً أو مبالغ، بما فيها حصيلة الادخار، في تاريخ مستقبلي مقابل ما يدفعه المؤمن له من اشتراكات.

(٣) قسمت المادة ٣ من القانون الاتحادي رقم ٢، لعام ٢٠٠٩، الصادر عن رئيس هيئة التأمين، التأمين إلى ثلاثة أقسام هي: تأمين الأشخاص وعمليات تكوين الأموال، وتأمين الممتلكات، وتأمين المسؤوليات^١. وذكرت المادة الرابعة من نفس القانون على أن تأمين الأشخاص وعمليات تكوين الأموال تشمل الفروع الآتية: التأمين على الحياة بجميع أنواعه، ويشمل فيما يشمل جميع عمليات التأمين التي يكون الغرض منها دفع مبالغ معينة، بسبب الوفاة، أو العجز، أو بلوغ سن معينة، أو التأمين على الحياة المرتبط بأدوات استثمارية. كما يشمل عمليات تكوين الأموال وهي تلك التي يكون الغرض منها تكوين رأس مال يدفع في تاريخ محدد مقابل قسط أو أقساط دورية، دون أن يرتبط ذلك باحتمالات الحياة، أو الوفاة.

ثالثاً: الهدف من التأمين بالنسبة لشركة التأمين:

كفلت الأنظمة واللوائح أهدافاً لشركات التأمين الإسلامية، لتكون بمثابة حافز لها لتقوم بأعمال التأمين، وتحقيق أهداف المؤمن له. فقد ضمنت لها تحقيق عائد مجز مقابل قيامها بالتأمين. ويمكن التعرف على تلك العوائد من خلال ما يأتي:

(١) حددت المادة الثانية من نموذج عقد تأسيس شركات التأمين التعاوني الصادر عن مؤسسة النقد العربي السعودي غرض الشركة بأنه: (القيام وفقاً لأحكام نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني، ولائحته التنفيذية، والأنظمة والقواعد السارية في المملكة العربية السعودية، بمزاولة أعمال التأمين التعاوني، وكل ما يتعلق بهذه الأعمال وللشركة أن تقوم بجميع الأعمال التي يلزم القيام بها لتحقيق أغراضها، سواء في مجال التأمين، أو استثمار أموالها.....).

^(١) يشمل التأمين بموجب المادة ٣ من القانون الاتحادي رقم ٨٤/٩، الادخار وتكوين الأموال. ويشمل عمليات التأمين التي تقوم على اصدار وثائق، أو مستندات، أو شهادات، أو غير ذلك، تلتزم بموجبها الشركة بأداء مبلغ معين، أو جملة مبالغ في تاريخ مقبل، مقابل قسط، أو أقساط دورية.

(٢) نصت المادة (٣٣) من اللائحة التنفيذية لمجلس الضمان الصحي التعاوني السعودي على ما يأتي: (تدرج الأقساط، والرسوم الإضافية التي يجري تحصيلها، وعوائد الاستثمار، ضمن موارد شركات التأمين).

(٣) نصت المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي على قيام شركات التأمين بعمل بعض القوائم المالية، على النحو الآتي:

(أ) تتكون القوائم المالية من قائمة المركز المالي لعمليات التأمين والمساهمين، وقائمة (فائض عجز) عمليات التأمين، وقائمة دخل المساهمين، وقائمة حقوق المساهمين، قائمة التدفقات النقدية لعمليات التأمين، وقائمة التدفقات النقدية للمساهمين.

(ب) على الشركة عند إعداد قائمة عمليات التأمين مراعاة الآتي:

- تحديد الفائض الإجمالي، في نهاية العام المالي، الذي يمثل الفرق بين الأقساط والتعويضات، مخصوماً منه المصاريف التسويقية والإدارية والتشغيلية، والمخصصات الفنية اللازمة.
- تحديد الفائض الصافي الذي يتم التوصل إليه بأن يضاف إلى الفائض الإجمالي، أو يخصم منه، ما يخص المؤمن لهم من عائد الاستثمار، بعد احتساب ما لهم من عوائد، وخصم ما عليهم من مصاريف محققة.
- توزيع الفائض الصافي، ويتم إما بتوزيع نسبة ١٠٪ كحد أدنى للمؤمن لهم مباشرة، أو بتخفيض أقساطهم للسنة التالية، وتحويل ما نسبته ٩٠٪ كحد أقصى إلى قائمة دخل المساهمين.

(٤) نصت المادة السادسة من تعليمات التكافل الأردنية لعام ٢٠١١، على تقاضي شركة التكافل أجراً مقابل إدارة وتنظيم عمليات التأمين، يتمثل في مبلغ معين، أو نسبة معينة من الاشتراكات المدفوعة. وأجراً آخر مقابل استثمار أموال التأمين، يتمثل في نسبة شائعة معلومة من الفائض التأميني، قبل طرح حصة أصحاب حقوق الملكية.

المبحث الثاني

البناء العملي للتأمين التعاوني

حددت الأنظمة واللوائح طرفين لعقد التأمين التعاوني نص عليهما نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي هما: (المؤمن: وهي شركة التأمين التي تقبل التأمين مباشرة من المؤمن لهم. والمؤمن له: وهو الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي أبرم مع المؤمن وثيقة التأمين). ونصت عليهما المادة الثانية من قانون أعمال التأمين الأردني رقم ٣٣ لعام ١٩٩٩، في تعريف وثيقة التأمين بأنها: (المبرمة بين المؤمن والمؤمن له، المتضمنة شروط العقد بين الطرفين، وتعهداتها، والتزاماتها، وحقوقها، أو حقوق المستفيد من التأمين، وأي ملحق بهذه الوثيقة). كما نص عليهما غيرهما من الأنظمة واللوائح. كما حددت علاقتهما ينشئهما عقد التأمين التعاوني هما:

- (١) علاقة مؤمن له بالذات بباقي المؤمن لهم، ممثلين بشركة التأمين، بالنظر إلى دفع الاشتراك، واستحقاق مبلغ التأمين: هي علاقة مؤمن بمؤمن له^١.
- (٢) علاقة الشركة بمجموع المؤمن لهم، فيما يتعلق بإدارة وتنظيم عمليات التأمين، واستثمار الاشتراكات. وهي ذات العلاقة الموجودة بين الشركة وكل مؤمن له على حدة^٢.

ولم تحدد الأنظمة والتشريعات النماذج التي يتعين على شركات التأمين التعاوني العمل بموجبها، لتحقيق الهدف من التأمين التعاوني عملياً لكلا طرفيه. وسيتم الحديث على العوائد التي تتقاضها شركات التأمين مقابلاً لعملها من خلال المطلبين الآتيين.

المطلب الأول

الفائض والخسارة

حدد بعض الأنظمة مثل النظام السعودي كيفية احتساب الفائض التأميني القابل للتوزيع، كما نص على توزيعه بين حملة الوثائق، وبين شركات التأمين. ووافقته في ذلك قانون التكافل المالي. ولكنهما لم يحددا سياسة بعينها يتعين على شركات التأمين اتباعها في توزيع الفائض بين حملة الوثائق. وقد نص في المقابل بعض القوانين مثل قرار رئيس هيئة التأمين في الإمارات العربية المتحدة رقم ٤، لعام ٢٠١٠ على عدم حصول

(١) نصت على ذلك المادة الأولى من اللائحة لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي عند تعريف وثيقة التأمين، وعند تعريف التأمين. كما نصت على ذلك المادة الثالثة من قانون التأمين والتكافل السوداني لعام ٢٠٠٣ عند تعريف عقد التأمين التعاوني.

(٢) تم توضيح ذلك عند الحديث عن الهدف من التأمين بالنسبة لشركات التأمين في الأنظمة والتشريعات.

المساهمين على أي حصة من الفائض. ولم يحدد النظام السعودي في المقابل كيفية مواجهة العجز في حساب حملة الوثائق عند حدوثه. في حين نص بعض الأنظمة والقوانين على كيفية معالجة عجز حساب المشتركين. فقد نصت على سبيل المثال المادة السابعة من تشريعات التكافل الأردنية أنه يجب على شركات التأمين التكافلي أن تنص في وثائقها على الالتزام بتقديم قرض حسن في حالة عدم كفاية الاشتراكات لمواجهة التزامات الشركة. كما نص على ذلك كل من المادة ٢٨ من قرار رئيس هيئة التأمين في الإمارات العربية المتحدة لعام ٢٠١٠، وقانون التكافل الماليزي. وقد نصت تلك القوانين على استرداد تلك القروض من الفوائض المستقبلية المحتملة.

المطلب الثاني

استثمار اشتراكات التأمين

حدد بعض الأنظمة والتشريعات أوعية استثمار أموال التأمين، والنسب المستثمرة في كل وعاء، كما أوضحت بعض الأمور المتعلقة بالاستثمار، كما يأتي:

(١) نصت المادة ٦١ من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي على ما يأتي: على الشركة عند وضع سياستها الاستثمارية مراعاة أن تكون مدة الاستحقاق للأصول المستثمرة موازية لالتزامات الشركة حسب الوثائق المصدرة. وعلى الشركة أن تقدم للمؤسسة برنامج الاستثمار شاملاً توزيع الأصول، وإذا لم توافق المؤسسة على البرنامج تلتزم الشركة بالأوعية والنسب الواردة بالجدول، على ألا يتجاوز الاستثمار خارج المملكة ٢٠٪ من إجمالي الاستثمارات مع الالتزام بما ورد في الفقرة ٢ من المادة التاسعة والخمسين. وعلى الشركة الأخذ في الاعتبار مخاطر تركيز الاستثمار بحيث لا تتجاوز نسبة التركيز ٥٠٪ من كل وعاء استثماري في الجدول.

النسبة % المسموح بها لتأمين الحماية والادخار	النسبة % المسموح بها للتأمين العام	الأوعية الاستثمارية
١٠٪ على الأقل	٢٠٪ على الأقل	ودائع لدى البنوك المحلية
١٠٪ على الأقل	٢٠٪ على الأقل	سندات حكومية
١٥٪ بحد أقصى	١٠٪ بحد أقصى	صناديق استثمار بالريال
١٠٪ بحد أقصى	١٠٪ بحد أقصى	صناديق استثمار بالعملة الأجنبية
٥٪ بحد أقصى	٥٪ بحد أقصى	سندات حكومية أجنبية
٥٪ بحد أقصى	٥٪ بحد أقصى	سندات مصدرة من شركات محلية
٥٪ بحد أقصى	٥٪ بحد أقصى	سندات مصدرة من شركات أجنبية
١٥٪ بحد أقصى	١٥٪ بحد أقصى	أسهم
٥٪ بحد أقصى	صفر	عقارات في المملكة

قروض برهن عقار	صفر	٥٪ بحد أقصى
قروض لحملة الوثائق بضمانات الوثائق	صفر	٥٪ بحد أقصى
استثمارات أخرى	١٥٪ بحد أقصى	١٥٪ بحد أقصى

تمثل ١، ٢، ٥، ٦، ٧، أنشطة استثمارية ربوية، لأنها تدر عائداً يمثل فائدة معينة. وتشكل هذه البنود في مجملها ٥٥٪ كحد أقصى من إجمالي الاستثمارات في التأمين العام، ويشكل البنود الأول والثاني ٢٠٪ على الأقل من استثمارات أموال التأمين على الأشخاص المسمى تأمين الحماية والادخار. وتشكل البنود الخامس والسادس والسابع ١٥٪ من إجمالي استثمار نفس النوع من التأمين كحد أقصى. وقد ورد في التقرير السنوي لعام ٢٠٠٧ الصادر عن التعاونية للتأمين في الملاحظات حول القوائم المالية ما يأتي: (دخل الاستثمار: يتم إثبات دخل الاستثمار على أساس العائد الفعلي بعد الأخذ بعين الاعتبار أصل المبلغ القائم ومعدل العمولة. يتحقق دخل الاستثمارات الخاصة بعمليات التأمين، بشكل أساسي، من السندات/أذونات الخزينة الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي، والصناديق الاستثمارية المحلية والخارجية والاستثمارات في الأسهم). أي أن جزءاً مهماً من استثمار أموال التأمين قد تم فعلاً في أصول تدر عائداً ربوياً وهي السندات وأذونات الخزينة الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي. ولم يرد توضيح لماهية الصناديق الخارجية هل هي صناديق استثمار في الأسهم أم في السندات، أم فيهما معاً، كما لم يرد توضيح عن الأسهم المستثمر فيها، هل هي أسهم شركات تمارس نشاطاً مباحاً، أم أنها أسهم شركات تمارس أنشطة محرمة. ولا يحتاج هنا بأن الاستثمار تابع وليس مقصوداً لذاته ليغتنر فيه ما لا يفتقر في الأصل^١، حيث قد يقال ذلك في الشركات القائمة فعلاً، والتي هي في مرحلة التحول من الاستثمار الغالب في أنشطة محرمة إلى عدم الاستثمار في أنشطة محرمة، وليس عند إصدار نظام جديد. أو عند تأسيس شركات جديدة. كما يلاحظ أن نسب الاستثمارات غير المشروعة الواردة في الجدول بالنسبة للتأمين العام أكثر من النصف. أي أنها أكثر من الثلث الذي جعله البعض معياراً للكثرة^٢. حيث قد يقال ذلك أيضاً في الشركات القائمة التي هي في مرحلة التحول من الاستثمار الغالب في أنشطة محرمة إلى عدم الاستثمار في أنشطة محرمة، وليس عند إصدار نظام جديد، أو عند تأسيس شركات جديدة.

(٢) نصت المادة الرابعة من قرار رئيس هيئة الإشراف على التأمين السورية رقم ١٠٠/٩٧/م.١، بتاريخ ٢٠٠٧/٧/١، على ما يأتي: يجوز للشركة أن تستثمر ٧٥٪ من رأسمالها المدفوع كحد أقصى في المجالات التالية، وبشرط ألا تزيد نسبة الاستثمار في أي نوع من هذه الأنواع عن ١٥٪ من رأس مال الشركة: سندات الحكومة،

(١) لا يوافق الباحث على هذه المقولة.

(٢) لا يوافق الباحث على جعل الثلث معياراً للكثرة حيث يستوي قليل الحرام وكثيره.

شركات مالية وشركات استثمار، صناديق استثمار تديرها شركات متخصصة، شركات الاستثمار العقاري، شركات الخدمة المعلوماتية، شركات قابضة مالية. ونصت المادة التاسعة من نفس القرار على أنه على الشركة أن تبقي نسبة لا تقل عن ٢٥٪ من مجموع الاحتياطات الفنية في حسابات تحت الطلب، أو ودائع قصيرة الأجل لدى المصارف. ونصت المادة العاشرة على السماح باستثمار ٧٥٪ من الموال المقابلة للاحتياطات الفنية ... في الأوجه التالية فقط، وبالنسبة المحددة لكل منها: ٢٠٪ كحد أدنى لشراء أوراق مالية حكومية، أو سندات خزينة، أو شهادات مضمونة من قبل الخزينة. ١٥٪ كحد أقصى في سندات تصدر عن جهة واحدة، على ٥٪ أو ١٠٪ من رأس مال الجهة المصدرة للسندات، أو ١٠٪ من رأس مال الشركة أيهما أقل. ويرى الباحث وجود نفس الملاحظات السابقة الواردة على أوجه الاستثمار الواردة في النظام السعودي.

الفصل الثاني

تقويم وثائق شركات التأمين الإسلامية المعاصرة

بلغ عدد شركات التأمين الإسلامية في العالم بنهاية ٢٠١٠ حوالي ١٩٥ شركة، وبلغ عدد الشركات العاملة في دول الخليج في نفس الفترة وفقاً لبعض التقارير ٧٧ شركة، ٤٠

شركة في الشرق الأقصى، ٣٢ شركة في أفريقيا^١. وبلغ عددها في الدول العربية وفق تقرير آخر ٥٧ شركة^٢. وبلغ عدد شركات التأمين المرخص لها بالعمل في السوق السعودي بنهاية ٢٠١١، أكثر من ٣٠ شركة، تعمل وفق نموذج التأمين التعاوني. ويلاحظ تماثل وثائق التأمين التعاوني الصادرة عن تلك الشركات، لأنها ملزمة جميعاً بموجب النظام بتطبيق نموذج واحد صادر عن مؤسسة النقد العربي السعودي. كما تتماثل أنظمتها الأساس، وعقود تأسيسها، لأنها ملزمة أيضاً بموجب النظام بنظام أساس وعقد تأسيس موحدين صادرين عن مؤسسة النقد العربي السعودي. ومن ثم، تعد وثائق وعقود تأسيس، وأنظمة هذه الشركات الأساس تطبيقاً عملياً لمواد الأنظمة واللوائح التنفيذية الصادرة بهذا الخصوص. كما بلغ عدد شركات التأمين العاملة في السوق الأردني بنهاية ٢٠٠٨ ثمانية وعشرين شركة، تمارس اثنتان منها التأمين وفق صيغة التأمين التعاوني^٣. ويعمل باقي الشركات وفق صيغة التأمين التجاري. ويعمل جميع هذه الشركات وفق وثيقة إلزامية موحدة بالنسبة للتأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن استخدام السيارات^٤. كما بلغ عدد الشركات العاملة في سوق التأمين السوري في ٢٠٠٩ ثلاث عشرة شركة منها شركة حكومية واحدة^٥، وعشر شركات تأمين تقليدي خاصة، وشركتان للتأمين التكافلي الإسلامي. ويعد عقد التأمين التعاوني أو التكافلي الذي تقدمه تلك الشركات عقداً مركباً يتكون من عقدين متلازمين هما عقد التأمين، وعقد الاستثمار لأقساط أو اشتراكات التأمين. ويمكن تقسيم نماذج التأمين التعاوني، أو التكافل المطبقة إلى نموذجين:

النموذج الأول: يجعل هذا النموذج الاستثمار المقصد الأساس من العقد، والتأمين أو التكافل مقصداً تابعاً له، كما في برامج التكافل التعاوني المقدمة من بنك الجزيرة السعودي. وهي تقوم على مبدأ الوكالة بأجر، بين المشترك، أو المؤمن له، وبين بنك الجزيرة. حيث يكون البنك وكيلاً بأجر عن المشترك في إدارة كل من حساب الاستثمار الفردي، وحساب التكافل التعاوني. فقد جاء في مقدمات برامج التكافل الصادرة عن البنك: (ولما كان "المشترك" قد قام بموجب هذا العقد استناداً إلى مبادئ الوكالة حسب تعريفها الشرعي المطبق في المملكة العربية السعودية بتعيين "مدير التكافل" وكيلاً للقيام نيابة عن "المشترك" بإدارة "حساب الاستثمار الفردي" ويشار إليه بعبارة "حساب الاستثمار" وكذلك "حساب التكافل التعاوني" (ويشار إليه فيما بعد بعبارة "حساب التكافل").

^١ العدد السادس من دليل شركات التأمين الإسلامية. <http://www.takaful-re.ae/ar/tmodel.php>

^٢ <http://www.alaswaq.net/articles/2009/08/14/27041.html>

^٣ شركة البركة للتكافل، وشركة التأمين الإسلامية الأردنية.

^٤ انظر: القانون رقم ٣، لسنة ٢٠٠٢، الصادر عن هيئة التأمين الأردنية.

^٥ هي المؤسسة العامة السورية للتأمين.

النموذج الثاني: يجعل هذا النموذج التأمين المقصد الأساس من العقد، والاستثمار مقصداً تابعاً له، تستعين به الشركات على أداء عملها^١. ويدخل تحت النموذج عدة نماذج فرعية بالنظر إلى علاقة شركة التأمين بمجموع المؤمن لهم. فقد جاء على سبيل المثال في المادة السادسة من تشريعات التكافل الأردنية أنه يمكن لشركات التأمين التكافلي أن تمارس أعمال التأمين التكافلي، وأعمال الاستثمار المرتبطة بالاشتراكات، على أساس الوكالة مقابل مبلغ معين، أو نسبة معينة من الاشتراكات المدفوعة. أو على أساس المضاربة، مقابل نسبة معلومة شائعة من الفائض، قبل طرح حصة أصحاب حقوق الملكية. أو على أساس الوكالة والمضاربة معاً، مقابل أجر معين أو نسبة معينة من الاشتراكات مقابل الوكالة، ونسبة مئوية شائعة من عوائد الاستثمار مقابل المضاربة. ونصت المادة الثامنة من قرار رئيس هيئة التأمين رقم ٤، لعام ٢٠١٠ في الإمارات العربية المتحدة، على أن إدارة الأخطار وأعمال الاستثمار المرتبطة بالاشتراكات، من قبل الشركة تكون على أساس الوكالة، أو الوكالة والمضاربة معاً، وعلى خضوع العلاقة بين الشركة والمشارك لتلك الأحكام وفقاً لوثيقة الاشتراك التكافلي. ويتم فيما يأتي توضيح ذلك:

(١) نموذج الوكالة بأجر معلوم: يقوم هذا النموذج على مبدأ الوكالة في إدارة عمليات التأمين، واستثمار الاشتراكات. وذلك كما في شركة ساب تكافل^٢، وشركة العقيلة للتأمين التكافلي^٣.

(٢) نموذج الوكالة بأجر معلوم والمضاربة معاً: تكون الشركة بمقتضى العقد وكيلاً بأجر معلوم، في إدارة عمليات التأمين، والمتمثلة في تلقي الاشتراكات، ودفع مبالغ التأمين المستحقة للمستفيدين، وذلك مقابل نسبة معينة من الاشتراك. وتكون مضارباً فيما يتعلق باستثمار الاشتراكات المحصلة مقابل نسبة مئوية معلومة من الربح للشركة. وذلك كما في شركة البركة للتكافل بالأردن^٤، وشركة التأمين

(١) نصت المادة الثانية من نموذج عقد تأسيس شركات التأمين التعاوني الصادر عن مؤسسة النقد العربي السعودي على ذلك بقولها: (غرض الشركة هو القيام بمزاولة أعمال التأمين التعاوني.... وللشركة أن تقوم بجميع الأعمال التي يلزم القيام بها لتحقيق أغراضها، سواء في مجال التأمين، أو استثمار أموالها).

(٢) يتكون أجر شركة ساب تكافل من رسوم تغطية تكلفة الاكتتاب والإدارة وإدارة الصندوق، التي يبلغ قدرها ٤٩٪ من الاشتراك كحد أقصى. تضاف إليها ٣٥٪ من فائض التكافل المعلن في نهاية أي سنة مالية كرسوم حافز. ويحق للبنك تغيير أي من هذه الرسوم وإعطاء المشترك إشعاراً مسبقاً. انظر على سبيل المثال: برنامج تكافل للحوادث الشخصية، الشروط والأحكام. ص٧.

(٣) يتكون أجر شركة العقيلة للتأمين التكافلي من نسبة من فائض العملية التأمينية، والاستثمارية، بعد خصم كافة المصروفات، والنفقات الفنية والعمامة، وحصة المشتركين المحددة في جدول الوثيقة. ولم يرد في وثائق الشركة تحديد لمقدار هذه النسبة. انظر: وثائق شركة العقيلة للتأمين التكافلي.

(٤) حدد أجر الوكالة بنسبة ٣٠٪ من الاشتراك في تأمين (المسؤولية المدنية + جسم المركبة تكميلي فقط، وفي التأمين من أخطار نقل البضائع)، وحدد بنسبة ٢٥٪ من الاشتراك في التأمين من أخطار الحريق، وحددت حصة الربح المستحقة بنسبة مقدارها ٥٠٪ من الأرباح المحققة في التأمين من أخطار الحريق وتأمين (المسؤولية المدنية + جسم المركبة تكميلي فقط)، وبنسبة مقدارها ٧٥٪ في تأمين أخطار نقل البضائع.

الإسلامية الأردنية^١، وشركة نور للتكافل الإماراتية^٢، والشركة الإسلامية القطرية للتأمين^٣.

(٣) نموذج الوكالة بأجر غير معلوم، والمضاربة معاً: تكون الشركة بمقتضى العقد وكيلاً بأجر في إدارة عمليات التأمين المتمثلة في تلقي الاشتراكات، ودفع مبالغ التأمين المستحقة للمستفيدين، مقابل المصروفات الإدارية الفعلية للشركة، دون وجود حد أقصى لهذه المصروفات. ومضارباً فيما يتعلق باستثمار الاشتراكات المحصلة مقابل نسبة مئوية معلومة الفائض الصافي المحقق مقدارها ٩٠٪ بحد أقصى. وهذا مطبق لدى الشركة الوطنية للتأمين التعاوني، وغيرها من الشركات، الخاضعة لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي^٤.

ويتمثل الهدف من هذا الفصل في تقويم عقود أو وثائق شركات التأمين الإسلامية، بمعنى: هل تقيم هذه الشركات عقودها على مبدأ التبرع، أم على مبدأ المعاوضة. ويتم هذا التقويم من خلال المباحث الآتية:

- المبحث الأول: الهدف من قيام شركات التأمين الإسلامية بعمليات التأمين.
- المبحث الثاني: صفات العلاقة القائمة بين مؤمن له بالذات وباقي حملة الوثائق.
- المبحث الثالث: التكييف الشرعي للشركة في قيامها بجمع الاشتراكات واستثمارها ودفع التعويضات.
- المبحث الرابع: الفائض وتوزيعه.
- المبحث الخامس: التصرف في حال الخسارة.

المبحث الأول

الهدف من قيام شركات التأمين الإسلامية بعمليات التأمين

يمكن التعرف على هذا الهدف والذي كفلته لها الأنظمة واللوائح من النصوص الآتية:

(١) حدد أجر الوكالة بنسبة من الاشتراك لم يطلع عليها الباحث.

(٢) حددت حصة الشركة مقابل المضاربة بنسبة ١٠٪ من الأرباح المحققة. وحدد أجر الوكالة بنسبة من الاشتراك لم يطلع عليها الباحث.

(٣) حدد أجر الوكالة بنسبة ١٨٪ من الأقساط المحصلة بعد خصم حصة معيدي التأمين المحليين في العام ٢٠٠٧، ونسبة ٢٥٪ في العام ٢٠٠٨، وحددت حصة المضارب في نفس الشركة بنسبة ٣٥٪ في العام ٢٠٠٦، ونسبة ٥٥٪ في العام ٢٠٠٧، ونسبة ٦٥٪ في العام ٢٠٠٨ من أرباح استثمار الاشتراكات. انظر: التقرير السنوي للشركة للعام ٢٠٠٧، ٢٠٠٨، الإيضاحان رقم ٢١/أ، ٢١/ب.

(٤) انظر المادة ٤٣ من النظام الأساس لشركات التأمين الصادر عن مؤسسة النقد العربي السعودي.

(١) عرّفت شركة التأمين الإسلامية الأردنية نفسها بأنها: (شركة مالية تقوم بإدارة أموالها وفق أحكام الشريعة الإسلامية..... وتدير العمليات التأمينية بمقتضى عقد التأمين التعاوني وأن من غاياتها المساهمة في إدارة وإنشاء شركات تأمين، وإعادة تأمين إسلامية). كما نصت على تكون أرباح وعوائد المساهمين من أرباح استثمار رأس المال، بعد خصم المصروفات التي تخص هذا الاستثمار، وحصتهم من أرباح استثمار أموال حملة الوثائق باعتبارهم مضارباً، ونسبة معلومة من إجمالي الأقساط، مقابل إدارتهم للعمليات التأمينية على أساس الوكالة بأجر معلوم.

(٢) جاء في الشروط العامة لوثيقة تأمين الحريق الصادرة عن شركة العقيلة للتأمين التكافلي: (طبقاً لنظامها الأساسي ووكالة منه بإدارة حساب المشتركين، بما في ذلك العملية الاستثمارية..... تستحق الشركة بموجب هذه الوثيقة نسبة من فائض العملية التأمينية والاستثمارية، بعد خصم كافة المصاريف، والنفقات الفنية والعامة، وحصّة المشتركين المحددة في جدول الوثيقة).

(٣) جاء في النظام الأساس لشركة البركة للتأمين التكافلي في المبادئ التي تلتزم بها الشركة: (إدارة العمليات التأمينية لصندوق التكافل من قبل الشركة كجهة مستقلة على أساس الوكالة بأجر معلوم يحدد ابتداءً قبيل بداية كل سنة مالية ويثبت في العقود ويدفع من اشتراكات حملة الوثائق، واستثمار الوثائق على أساس عقد المضاربة بحيث تكون الشركة مضارباً وحملة الوثائق رب المال، وتوزيع الأرباح بين الفريقين بحصص شائعة محددة ابتداءً، قبيل كل سنة مالية ومثبتة في العقود).

لقد تمثل الهدف من قيام شركات التأمين بعمليات التأمين وغيرها من العمليات الضرورية لقيامها بالتأمين، في تحقيق أقصى عائد ممكن، والذي يمكن أن يتحقق لها من خلال ما يأتي:

(١) تحديد طريقة دفع التعويضات للمستفيدين بما يحقق للشركة أقل مدفوعات ممكنة: فقد نصت على سبيل المثال وثيقة تأمين الشامل الصادرة عن التعاونية للتأمين تحت عنوان: قواعد تسوية الخسارة: (لشركة الخيار في أن تقوم بإصلاح المركبة، أو إعادتها إلى حالتها السابقة، أو أن تستبدلها كلها، أو أي جزء من أجزائها، أو ملحقاتها، أو قطع غيارها. أو أن تدفع نقداً قيمة الخسارة أو الضرر الناتج عن حادث عرضي مغطى بموجب أحكام وشروط هذه الوثيقة..... وتحتفظ الشركة بحقها في اعتبار المركبة خسارة كلية إذا ما ارتأت أن إصلاحها غير مجد اقتصادياً. وعندما يكون التعويض عن الخسارة الكلية للمركبة قابلاً للدفع فإن كامل الاشتراك السنوي عن تلك المركبة يكون حقاً للشركة. علاوة على ذلك يلتزم المؤمن له بنقل ملكية المركبة إلى الشركة، أو من تعينه..... بالنسبة للخسارة الكلية في حالة تسوية المطالبة على أساس الخسارة الكلية للمركبة المؤمن

عليها، فإن مسؤولية الشركة لن تتجاوز الأقل من المبلغين التاليين: القيمة المقدرة للمركبة من قبل المؤمن له كما وردت في جدول الوثيقة، محسوماً منها 1% عن كل شهر أو جزء منه، انقضى منذ ابتداء التأمين بموجب الوثيقة أو في آخر تجديد لها. أو القيمة السوقية المعقولة للمركبة وقت وقوع الخسارة أو الضرر). ويوجد نظير هذا النص في وثيقة تأمين المسؤولية المدنية الصادرة عن شركة البركة للتكافل (الفصل الأول جسم المركبة: تكميلي)، وفي الفقرة الثانية من القسم الأول من شروط وثيقة تكافل السيارات الصادرة عن شركة نور للتكافل.

(٢) إنهاء عقد التأمين: جعلت شركات التأمين بعض عقود التأمين لازماً في حق طرفيه حيث جاء في وثيقة تأمين الشامل الصادرة عن التعاونية للتأمين تحت بند الإلغاء: (لا يحق للشركة ولا للمؤمن له أن يفسخ هذه الوثيقة أثناء مدة سريانها مادام ترخيص المركبة قائماً. وفي حالة فسخ الوثيقة قبل انتهاء مدة سريانها بسبب إلغاء ترخيص المركبة. تحتفظ الشركة باشتراك التأمين القصير الأجل كما هو مبين أدناه، وذلك عن المدة التي كانت فيها الوثيقة سارية المفعول. وفي هذه الحالة تكون الشركة ملزمة عند الطلب بدفع الجزء النسبي من الاشتراك للمدة المتبقية من التأمين بعد تاريخ الإلغاء طبقاً للجدول التالي..... وبالرغم من ذلك فإن المؤمن له والشركة ملتزمان بكافة أحكام الوثيقة فيما يتعلق بالمطالبات القائمة). وجاء في وثيقة تأمين المسؤولية المدنية الصادرة عن شركة البركة للتأمين التكافلي: (لا يجوز لشركة التأمين أو للمؤمن له إلغاء عقد التأمين الإلزامي للمركبة إذا كان ترخيصها قائماً ما لم يحل تأمين إلزامي آخر محله، وفي حالة إلغائه يحق للمؤمن له أن يسترد من الشركة مبلغاً من قسط التأمين، يتناسب مع مدة عقد التأمين، ما لم يكن متسبباً في حادث خلال مدة عقد التأمين). وجعلت في المقابل بعض عقود التأمين جائزاً في حق طرفيه. فقد جاء في وثيقة تأمين المركبات التجارية الصادرة عن شركة العقيلة للتأمين التكافلي: (يجوز للشركة إلغاء هذه الوثيقة وفي تلك الحالة يحق للمشارك استرداد مبلغ نسبي من الاشتراك الذي يتعلق بالفترة غير المنقضية من مدة التأمين. كما ويجوز إلغاء هذه الوثيقة من طرف المشترك وبشرط ألا يكون المشترك قد تقدم إلى الشركة بأي مطالبة عن المدة المنقضية من السنة التأمينية، وفي تلك الحالة تحتفظ الشركة باشتراك نسبي عن الفترة المنقضية من مدة التأمين، وتبقى الشركة والمشارك ملتزمان بكل أحكام الوثيقة فيما يتعلق بالمطالبات القائمة). ويتكرر هذا النص في كافة الوثائق الصادرة عن الشركة. كما يتكرر في بعض وثائق التأمين الصادرة عن شركة البركة للتأمين التكافلي، مثل: وثيقة التأمين التكميلي لتأمين المسؤولية المدنية على المركبات، ووثيقة التأمين من الحريق. ويتكرر أيضاً في وثيقة تأمين السيارات الصادرة عن شركة نور للتكافل. وهذا هو المتبع في الشركات التجارية أيضاً، حيث يبرر احتفاظ الشركة

بجزء من القسط عن المدة المنقضية من العقد بأنها كانت متحملة لعبء الخطر أثناء مدة سريان الوثيقة، بمعنى أنها كانت مستعدة للتعويض إذا وقع الخطر، ولكنه لم يقع. ومن ثم يمثل الجزء من القسط المحتفظ به من قبل الشركة مصدراً من مصادر إيرادات الشركة.

(٣) التحمل أو الاقتراع: هو مبلغ يتحمله المؤمن له من قيمة كل ضرر أو خسارة. حيث تبدأ مسؤولية الشركة بعد استنفاد مبلغ التحمل.

(٤) تطبيق المبادئ القانونية لعقد التأمين.

المبحث الثاني

صفات العلاقة القائمة بين مؤمن له بالذات وباقي حملة الوثائق

تتخذ هيئات التأمين نموذج التأمين التعاوني، أو التكافلي أساساً لعملها. وهذا يعني أن الهيئة وكيلة عن مجموعة حملة الوثائق في إدارة، وتنظيم، عمليات التأمين، والمتمثلة في جمع الاشتراكات، ودفع مبالغ التأمين المستحقة. أي أنها تتحلل صفة المؤمن بالإنابة عنهم، وتبقي لكل منهم صفة المؤمن له فقط. ويتم الحديث هنا عن صفات عن صفات العلاقة الموجودة بين حامل وثيقة معين، وبين باقي حملة الوثائق، ممثلين بشركة التأمين. بمعنى هل يقوم حامل الوثيقة بدفع القسط المقرر لباقي حملة الوثائق ممثلين بالشركة، أو لصندوق التكافل الذي تديره الشركة على سبيل المعاوضة، ليستحق بالتالي مبلغ التأمين على سبيل المعاوضة. أم أنه يقوم بدفع القسط تبرعاً ليعان منه من يحتاج إلى العون من مجموع حملة الوثائق، أو من المشتركين في الصندوق، فيستحق بالتالي مبلغ التأمين تبرعاً، لتوفر صفة الاستحقاق فيه. وهذا تمكن معرفته من خلال الشروط المختلفة التي يتم التعاقد على أساسها والموضحة من خلال ما يسمى وثيقة التأمين. لقد نص أغلب هذه الوثائق على دفع القسط على سبيل التبرع، ليعان منه من يحتاج إلى العون من حملة الوثائق، ليكون العقد تبرعاً، فيكون جائزاً شرعاً، وليكون استحقاق المستفيد لمبلغ التأمين لتوفر شروط الاستحقاق فيه. فقد جاء على سبيل المثال في موقع شركة التأمين الإسلامية الأردنية في الحديث عن خصائص التأمين الإسلامي: (عقد تأمين جماعي يتم تنفيذه وكالة عن المستأمنين: فجميع المستأمنين يجمعهم عقد التأمين التعاوني، بحيث يكون لكل منهم صفة المؤمن لغيره والمؤمن له، فهو مؤمن له لأنه باشتراكه في التأمين أخذ صفة المستفيد، فاكتمل بذلك حق الحصول على التعويض عن الخسارة التي قد تلحق به إذا ألمَّ به الخطر المؤمن منه، وهو أيضاً مؤمن لغيره من خلال أقساط التأمين التي يدفعها كمشارك في التأمين. فالمال الذي يُدفع كتعويض لغيره عند وقوع الخطر، له فيه صفة الشريك. فهو يساهم بجزء من ماله في تلك التعويضات على سبيل التبرع). كما جاء في موقع نفس الشركة أيضاً: (إن العلاقة القانونية التي تنشأ بين المستأمنين نتيجة عقد التأمين الجماعي تتسم بالطابع التبرعي. فكل مستأمن متبرع لغيره بما يستحق عليه من التعويضات التي تُدفع للمتضررين من المستأمنين، وفي الوقت نفسه هو متبرع له بما يأخذ من تعويض عند تضرره). ولكن هل الأمر كذلك فعلاً، أم أن في باقي شروط الوثيقة قرائن، ونصوصاً على إرادة المعاوضة، فلا يفيد وجود نص من بين تلك الشروط على كون القسط تبرعاً. ويمكن من استعراض نصوص هذه الوثائق توضيح صفات هذه الوثائق، على النحو الآتي:

الصفة الأولى: عقد معاوضة مالية:

يرى الإمام مالك رحمه الله تعالى أن عقود المعاوضات هي "التصرفات والممارسات الموجبة لتنمية الأموال، وما يقصد به تحصيلها". وهذا مفاد أيضاً من عرض عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي، فهي تصرفات تتم فيها مبادلة المال بالمال، يقصد منها كل طرف عند التعاقد تحصيل ما عند الطرف الآخر على سبيل التملك، وإن لم يتم التنفيذ في حق أحد الطرفين كلياً، أو جزئياً، كما في عقود الغرر. ويمكن أن تعرف عقود المعاوضات بأنها (تلك العقود التي يأخذ فيها كلا المتعاقدين مقابلاً لما أعطى، حيث يهدف كل منهما إلى الحصول على ما عند صاحبه على سبيل التملك). وطرفا المعاوضة هما أي حامل وثيقة، وشركة التأمين بالإنابة عن باقي حملة الوثائق. أما العوضان المتقابلان فهما الاشتراك أو قسط التأمين، ومبلغ التأمين. وتنفاد هذه الصفة مما يأتي:

- (١) وجود نصوص صريحة على إرادة المعاوضة تتمثل فيما يأتي:
 - جاء في مقدمة وثيقة تأمين المسؤولية تجاه الغير (المركبات) الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي ما يأتي: (بما أن..... (المؤمن له) قد تقدم إلى (شركة للتأمين) المشار إليها في هذا العقد باسم الشركة بطلب وإقرار خطي للتأمين على المركبة، وسدد الاشتراك المطلوب فإن الشركة تلتزم في حالة وقوع حادث بتعويض الغير المتضرر في حدود مسؤوليتها المنصوص عليها في هذا العقد عن جميع المبالغ التي يلتزم المؤمن له أو السائق المجاز نظاماً بدفعها بصفة تعويض للغير عن الأخطار المغطاة التالية....)^٢.
 - جاء في مقدمات وثائق التأمين الصادرة عن شركة العقيلة للتأمين التكافلي بسوريا: (تم الاتفاق بين شركة العقيلة للتأمين التكافلي (المدير لحساب المشتركين)، والمشارك (العضو في حساب المشتركين) المذكور اسمه في جدول الوثيقة على أنه لقاء قيام المشارك بالاشتراك (أو التعهد بالاشتراك) لحساب المشتركين باشتراك التأمين المذكور بالجدول، وبشرط مراعاة الشروط والاستثناءات والأحكام المنصوص عليها في هذه الوثيقة، أو أي ملحق يضاف

(١) أحمد بن إدريس القرافي. أنوار البروق في أنواء الفروق. بيروت. عالم الكتب. بدون تاريخ. ج ١، ص ١٥١.

(٢) أصدر معالي محافظ مؤسسة النقد العربي السعودي قراراً برقم ٤٢٧/١، بتاريخ ١٤٢٧/٥/١٨، يقضي باعتماد الوثيقة الموحدة لتأمين المسؤولية تجاه الغير (المركبات) الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي، على مستوى المملكة. وأنه على جميع شركات التأمين الالتزام بها، كحد أدنى عند إصدار وثائق المسؤولية تجاه الغير فيما يخص المركبات اعتباراً من ١٤٢٧/٧/١، الموافق ٢٦/٧/٢٠٠٦. وذلك استناداً إلى الفقرة الأولى من المادة الثانية من نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٣٢، بتاريخ ١٤٢٤/٦/٢، واستناداً إلى المادة الحادية والخمسين من اللائحة التنفيذية للنظام الصادرة بموجب القرار الوزاري رقم ٥٩٦/١، بتاريخ ١٤٢٥/٣/١) تلتزم الشركة بإصدار وثائق التأمين النموذجية وفق المعايير الموحدة المعتمدة من المؤسسة كحد أدنى لجميع فروع التأمين التي تزاولها).

عليها، وبما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، فإن هيئة المشتركين سوف تعوض المشترك (...).

- جاء في مقدمات وثائق التأمين الصادرة عن شركة البركة للتأمين التكافلي بالأردن: (لقد تم الاتفاق بموجب هذه الوثيقة بين شركة البركة للتكافل، بصفتها مديراً بالوكالة لنظام التأمين التكافلي، وبين المشترك المشار إليه في جدول الوثيقة، ومقابل قيامه بتسديد، أو تعهد بدفع قسط التأمين المبين في الوثيقة، متبرعاً به كلياً، أو جزئياً، على أساس تكافلي بين المشتركين، فإن الشركة توافق على تعويض المشترك من الموجودات المتاحة للمشاركين عن الضرر، و/أو الهلاك الذي يلحق بالأموال المؤمنة مع مراعاة كافة الشروط والتعهدات).
- عرفت شركة التأمين الإسلامية المحدودة بالسودان وثيقة تأمين السيارات بأنها: (عقد ملزم يلزم المؤمن (شركة التأمين الإسلامية) بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له مبلغاً من المال أو يعوض عيناً أخرى في حالة وقوع الحادث أو تحقيق الخطر المبين في عقد التأمين وذلك نظير قسط من المال يحدد على أساس قيمة السيارة).¹
- جاء في مقدمات وثائق التأمين الصادرة عن شركة التأمين الإسلامية القطرية: (بما أن المؤمن له (المشترك)، قد التزم بالمشاركة في حساب التأمين والتبرع له، وتقدم إلى الشركة الإسلامية القطرية للتأمين بطلب ... فإن الشركة تتعهد وكالة عن حساب التأمين.... على أن تعوض المؤمن له بعد تسديد اشتراك التأمين أو الموافقة على السداد خلال مدة التأمين المحددة في جدول هذا العقد....).
- جاء في حيثيات عقد التكافل التعاوني للتقاعد الصادر عن بنك الجزيرة: (لما كان "المشترك" قد قام بموجب هذا العقد استناداً إلى مبادئ الوكالة ... بتعيين "مدير التكافل" وكيلاً للقيام نيابة عن "المشترك" بإدارة حساب الاحتياطي الفردي الاستثماري، ويشار إليه بعبارة حساب الاحتياطي، وكذلك حساب التكافل التعاوني (ويشار إليه فيما بعد بعبارة حساب التكافل) لذا، فقد تعاقد الطرفان وهما بكامل الحالة المعتبرة شرعاً على أن يقوم "مدير التكافل" عند وقوع الحالة المشمولة بالتغطية بدفع المنافع المنصوص عليها في هذا العقد.... وفي كل الأحوال، فإن الدفع يتسلم مدير التكافل جميع الاشتراكات من المشترك، حسب ما ينص عليه العقد).

يفاد من النصوص السابقة أن عقود شركات التأمين الإسلامية هي من قبيل هبة الثواب. فقد جعلت استحقاق مبلغ التأمين متوقفاً على دفع الاشتراك بالصفة المحددة في الوثيقة، وهي صفة التبرع. فعقود شركات التأمين الإسلامي هبة بثواب مجهول، فتكون باطلة شرعاً. ذلك أن الهبة أو التبرع وهو القسط في عقد التأمين، وثوابه وهو مبلغ التأمين

¹) <http://www.islamicinsur.com/>

المستحق عند وقوع الخطر هما من جنس واحد، وهو النقود. كما أن القسط أو الهبة فورية، ومبلغ التأمين مجهول من حيث إمكان الحصول عليه، ومن حيث مقداره، ومن حيث أجل الحصول عليه. ويمكن توضيح ذلك على النحو الآتي:

■ المذهب الشافعي

جاء في مغني المحتاج، وفي نهاية المحتاج (ولو وهب بشرط ثواب معلوم عليه كوهبتك هذا على أن تثبيني كذا فقبل فالأظهر صحة العقد نظراً للمعنى، إذ هو معاوضة بمال معلوم، فصح، كما لو قال بعتك. والثاني بطلانه نظراً إلى اللفظ لتناقضه، فإن لفظ الهبة يقتضي التبرع، ومن ثم يكون بيعاً على الصحيح، فيجري فيه عقب العقد أحكامه... أو بشرط ثواب مجهول، فالمذهب بطلانه، لتعذر صحته بيعاً لجهالة العوض. وهبة لذكر الثواب بناءً على الأصح أنها لا تقتضيه. وقيل تصح هبة بناءً على أنها تقتضيه^١. وفي روضة الطالبين: (وأما القسم الثالث فالمقيدة بالثواب وهو إما معلوم، وإما مجهول. فالحالة الأولى المعلوم فيصح العقد على الأظهر ويبطل على قول فإن صححنا فهو بيع على الصحيح وقيل هبة. فإن قلنا هبة لم يثبت الخيار والشفعة ولم يلزم قبل القبض. وإن قلنا بيع ثبتت هذه الأحكام وهل تثبت عقب العقد أم عقب القبض قولان أظهرهما الأول. ولو وهبه حلياً بشرط الثواب أو مطلقاً وقلنا الهبة تقتضي الثواب فنص في حرمة أنه إن أثابه قبل التفرق بجنسه اعتبرت المماثلة وإن أثابه بعد التفرق بعرض صح وبالنقد لا يصح لأنه صرف وهذا تفريع على أنه بيع. وفي التتمة أنه لا بأس بشيء من ذلك لأننا لم نلحقه بالمعاوضات في اشتراط العلم بالعوض، وكذا سائر الشروط، وهذا تفريع على أنه هبة. وحكى الإمام الأول عن الأصحاب، وأبدى الثاني احتمالاً^٢. وهذه العبارة تفيد عدم جواز أن يكون الثواب من جنس الهبة إذا كانت الهبة نقداً كما هو حاصل في عقد التأمين وفي هذا ما يفيد عدم جواز عقد التأمين التعاوني. وقد ذكر الشيرازي في المهذب أنه (إن شرط فيه ثواباً مجهولاً بطل قولاً واحداً لأنه شرط العوض ولأنه شرط عوضاً مجهولاً^٣). وهذا غير متحقق في عقد التأمين التعاوني الإسلامي.

■ المذهب الحنبلي:

جاء في كشاف القناع: (وإن شرط الواهب فيها أي الهبة عوضاً معلوماً صارت الهبة بيعاً لأنه تمليك بعوض معلوم، وإن شرط في الهبة ثواباً مجهولاً لم تصح الهبة، لأنه عوض مجهول في معاوضة، فلم تصح كالبيع. وحكمها أي الهبة بثواب مجهول حكم البيع الفاسد^٤).

(١) شمس الدين بن شهاب الدين الرملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. القاهرة. مصطفى البابي الحلبي. ط الأخيرة. ١٩٦٧. ج٧، ص ٤٢٣، ٤٢٤. محمد الخطيب الشربيني. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. بيروت. دار الفكر. بدون تاريخ. ج٢، ص ٤٠٤، ٤٠٥.

(٢) يحيى بن شرف النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين. ط٢. بيروت. المكتب الإسلامي ١٤٠٥هـ. ج٥، ص ٣٨٧.

(٣) إبراهيم بن علي الشيرازي. المهذب. ط٢، ١٩٥٩، بدون دار نشر. ج١، ص ٤٥٥.

(٤) منصور بن يونس البهوتي. كشاف القناع عن متن الإقناع. بيروت. دار الفكر. ١٩٨٢. ج٤، ص ٣٠٠.

■ المذهب المالكي:

جاء في حاشية الدسوقي: (فيثاب عن العرض طعام، ودنانير، ودرهم، أو عرض من غير جنسه، لا من جنسه لئلا يؤدي إلى سلم الشيء في نفسه. ولا يثاب عن الذهب فضة ولا ذهب، ولا عن الفضة كذلك لتأديته لصرف، أو بدل مؤخر. ولا عن اللحم حيوان من جنسه، وعكسه. ويثاب عن الطعام عرض، أو نقد، لا طعام، لئلا يؤدي إلى بيع الطعام بطعام لأجل مع الفضل. ولو شكا فهبة الثواب كالبيع في غالب الأحوال، وتخالفه في الأقل. لأنها تجوز مع جهل عوضها، وجهل أجله).^١ وهذا لا ينطبق على عقد التأمين الإسلامي لأن جواز هبة الثواب مع جهالة العوض إنما هو بشرط أن يكون الثواب من غير جنس الهبة كما ورد في النص. وفيها أيضاً: (ولا يثاب عن الذهب فضة) محل هذا بعد التفرق، وجاز قبله، كما في المواق. ويفيده تعليل الشارح. وقوله: (فهبة الثواب..) أي بالنظر لعوضها وقوله كالبيع أي فيما يحل ويحرم. وقوله: (في الأقل) أي في أقل الأحوال. وقوله: (لا يلزم عاقدها الإيجاب والقبول) إن أراد أنه يكفي فيها القبض والمعاطاة يقال إن ذلك يكفي أيضاً في البيع، فلا فرق بينهما، وإن أراد غير ذلك فانظر ماذا أراد ولعل الشارح أراد عدم اشتراط الفورية بينهما في الهبة بخلاف البيع فلا بد فيه من الفورية)^٢. وفي الشرح الكبير للدردير: (وجاز للواهب شرط الثواب أي العوض على هبته عين الثواب أم لا نحو وهبتك هذا بمائة أو على أن تثيبني ولزم الثواب بتعيينه إن قبل الموهوب له فيلزمه دفع ما عين، وأما عقد الهبة المشروط فيها الثواب فللواهب بالقبض كما يأتي عين الثواب أم لا)^٣. وفيه أيضاً: (والحاصل أن الثواب إذا عينه أحدهما ورضي به الآخر كان العقد لازماً لكل منهما سواء قبضها الموهوب له أم لا وإن كان الثواب غير معين فلا يلزم العقد الواهب إلا بقبضها ولا يلزم الموهوب له إلا بفواتها بزيادة أو نقص)^٤.

■ المذهب الحنفي:

جاء في تكملة حاشية ابن عابدين: (أما الهبة بشرط العوض فهي هبة ابتداءً ببيع انتهاءً)^٥. وفيه أيضاً: (والقياس أن تكون الهبة بشرط العوض بيعاً ابتداءً وانتهاءً كما في فتاوى قاضيخان)^٦. وجاء في بدائع الصنائع: (وأما الشرائط فأنواع..... فهو أن لا يكون معلقاً بماله خطر الوجود والعدم من دخول زيد ونحو ذلك، ولا مضافاً إلى وقت، بأن يقول: وهبتك. ولا مضافاً إلى وقت، بأن يقول: وهبت هذا الشيء منك غداً، أو رأس شهر كذا، لأن الهبة

^١ محمد عرفة الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير. القاهرة. دار إحياء الكتب العربية. بدون تاريخ. ج٤، ص ١١٤.

^٢ المصدر نفسه. ج٤، ص ١١٦.

^٣ أحمد الدردير. الشرح الكبير لمختصر خليل. القاهرة. دار إحياء الكتب العربية. بدون تاريخ. ج٤، ص ١١٤.

^٤ المصدر نفسه. ج٤، ص ١١٦.

^٥ محمد أمين بن عابدين. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. بيروت. دار الفكر. ١٩٧٩. تصوير ط٢ ١٩٦٦. ج٨، ص ٤٢٠.

^٦ المصدر نفسه. ج٨، ص ٥٠٦.

تمليك العين للحال. وأنه لا يحتمل التعليق بالخطر والإضافة إلى الوقت كالبيع^١. وفيه: (الهبه بشرط العوض تقع تبرعاً ابتداءً ثم تصير بيعاً في الانتهاء)^٢. وفيه أيضاً: (وأما العوض المشروط في العقد فإن قال وهبتك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب فقد قال أصحابنا الثلاثة: إن عقده عقد هبة وجوازه جواز بيع وربما عبروا أنه هبة ابتداءً بيع انتهاءً... ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض، ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ما لم يقبض، وكذا إن قبض أحدهما ولم يقبض الآخر. ولو تقابضا يرد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية. ويرجع في الاستحقاق وتجب الشفعة إن كان غير منقول فقد وجد في هذا البيع لفظ الهبة ومعنى البيع فيعطى شبه العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة عملاً بشبه الهبة ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملاً بشبه البيع وعملاً بالدليلين بقدر الإمكان)^٣.

(٢) وجود قرائن على إرادة المعاوضة، منها على سبيل المثال:

- جاء في وثائق التأمين الصادرة عن شركة العقيلة للتأمين التكافلي: (يجوز للشركة إلغاء هذه الوثيقة.... وفي تلك الحالة يحق للمشارك استرداد مبلغ نسبي من الاشتراك الذي يتعلق بالفترة غير المنقضية من مدة التأمين. كما ويجوز إلغاء هذه الوثيقة من طرف المشترك، وبشرط ألا يكون المشترك قد تقدم إلى الشركة بأي مطالبة عن المدة المنقضية من السنة التأمينية. وفي تلك الحالة تحتفظ الشركة باشتراك نسبي عن الفترة المنقضية من التأمين. وتبقى الشركة والمشارك ملتزمان بكل أحكام الوثيقة فيما يتعلق بالمطالبات القائمة). ويوجد نحو هذا النص في وثائق باقي شركات التأمين. فاسترداد جزء من الاشتراك مرهون بعدم حصول حامل الوثيقة على تعويض خلال مدة سريان العقد قبل تاريخ الإلغاء، لأن الحصول على التعويض يعني حصول المعاوضة، حيث حصل على مقابل لما دفعه من اشتراك. ويوجد نحو هذا النص في وثائق التأمين الصادرة عن باقي الشركات.
- جاء في وثيق التأمين من الحريق الصادرة عن شركة البركة للتأمين التكافلي: (يخضع مبلغ تأمين هذه الوثيقة بعد كل حادث، بما يعادل قيمة الأضرار التي أقرتها الشركة، ودفعت تعويضاً عنها. ومع ذلك، يجوز للمشارك أن يطلب إعادة مبلغ التأمين إلى قيمته الأصلية، مقابل دفع قسط نسبي عن الفترة الباقية لحين انتهاء مدة التأمين). وهذا يعني المعاوضة، لأن القسط الإضافي إنما هو مقابل للزيادة في مبلغ التأمين. وهذا البند موجود في سائر وثائق التأمين الصادرة عن سائر الشركات.

^١ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. بيروت. دار الفكر. ط٢. ١٩٨٢. ج٦/ ص ١١٨.

^٢ المصدر نفسه. ج٦، ص ١١٩.

^٣ المصدر نفسه. ج٦، ص ١٣٢.

ومن ثم، تعد هذه النصوص قرائن على إرادة المعاوضة، رغم وجود نص على أن القسط مدفوع على سبيل التبرع، لأن القرائن هنا أقوى من النص فيصير النص مهملًا. يقول ابن القيم: (القصد في العقد معتبرة دون الألفاظ المجردة التي لم تقصد بها معانيها، وحقائقها، أو قصد غيرها ... والمتكلم بصيغ العقود إما أن يكون قاصداً للتكلم بها، أو لا يكون قاصداً. فإن لم يقصد التكلم بها كالمكره والنائم لم يترتب عليها شيء. وإن كان في بعض ذلك تفصيل ونزاع ... وإن قاصداً للتكلم بها فيما أن يكون عالماً بغاياتها، متصوراً لها، أو لا يدري معانيها البتة ... فإن لم يكن عالماً بمعناها، ولا متصوراً لها، لم يترتب عليه أحكامها أيضاً ... وإن كان متصوراً لمعانيها عالماً بمدلولها فيما أن يكون قاصداً لها، أو لا. فإن كان قاصداً لها ترتبت أحكامها في حقه، ولزمته. وإن لم يكن قاصداً لها، فيما أن يقصد خلافها، أو لا يقصد معناها، ولا غير معناها. فإن لم يقصد التكلم بها فهو الهازل. وإن قصد غير معناها فيما أن يقصد ما يجوز له قصده أو لا.... وأما في الحكم فإن اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك لم يلزم أيضاً، لأن السياق والقرينة بينة تدل على صدقه. وإن لم يقترن بكلامه قرينة أصلاً وادعى ذلك دعوى مجردة لم تقبل منه. وإن قصد بها ما لا يجوز قصده... فهذا لا يحصل له مقصوده الذي قصده، وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه....)¹.

الصفة الثانية: عقد ملزم للجانبين:

عقود شركات التأمين التعاوني عقود ملزمة للجانبين. ويتمثل الالتزامان المتقابلان في التزام المشترك، أو حامل الوثيقة، بدفع الاشتراك، أو القسط المطلوب. والتزام الشركة في المقابل بالإجابة عن باقي حملة الوثائق بتعويضه، أو تعويض المستفيد، عند وقوع الخطر. وهذان الالتزامان يقابل كل منهما الآخر. فكل منهما سبب في وجود الآخر، وأثر مترتب عليه في نفس الوقت. وهذا مفاد من العبارات الواردة في الفقرة السابقة، والدالة على دخول العقد تحت باب المعاوضات.

الصفة الثالثة: عقد إذعان:

شركة التأمين هي الجانب القوي، ولا يملك المؤمن له أن ينزل عند شروط الشركة، وهي شروط مطبوعة سلفاً من قبلها، ومعمروضة على الناس كافة. وليس أمام جمهور المؤمن لهم إلا توقيع وثيقة مطبوعة، دون أية مناقشة لشروطها. فلا تترك لهم الحرية إلا في اختيار التأمين، من عدمه، فمن شاء أن يؤمن فليوقع على ما فرضته الشركة من الشروط.

¹ محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية. إعلام الموقعين عن رب العالمين. بيروت. دار الجيل. بدون تاريخ. ج ٣. ص ١١٩ - ١٢٢.

الصفة الرابعة: عقد احتمالي أو عقد غرر:

يعرف العقد الاحتمالي، أو عقد الغرر، في الفقه الإسلامي تعريفات عديدة منها: "ما شك في حصول أحد عوضيه، أو مقصود منه غالباً"^(١)، "هو الذي لا يعرف المتعاقد فيه ما الذي ملك، بإزاء ما بذل"^(٢)، "ما لا يوثق بحصول العوض فيه"^(٣). "الغرر ما لا يدري هل يتم أم لا"^(٤)، "التردد بين أمرين أحدهما على الغرض، والثاني على خلافه"^(٥)، "ما له ظاهر محبوب، وباطن مكروه"^(٦).

يفاد من التعريفات السابقة، ومن استعراض عقود الغرر في الفقه الإسلامي مثل بيعوع الملامسة، والمنازعة، وغيرها، أن عقود الغرر، أو العقود الاحتمالية، في الفقه الإسلامي عقود معاوضات يكثر فيها الغرر، ويغلب عليها، حتى صارت توصف به. لأن الشيء إذا كان متردداً بين معنيين لا يوصف بأحدها دون الآخر، إلا أن يكون أخص به، وأغلب عليه"^(٧). وإن لم يتم تنفيذ المعاوضة كلياً، أو جزئياً، في حق أحد طرفي العقد، فعقود الغرر في الفقه الإسلامي تصنف تحت باب المعاوضة على الرغم من عدم تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين فيها جزئياً أو كلياً، لأن العبرة في إدخال العقد تحت باب المعاوضة، أو التبرع، إنما هي بقصد المتعاقد عند توقيع العقد. والغرر في عقود التأمين هذه غرر فاحش، للأدلة الآتية:

- دخول عقود التأمين تحت تعريفات الغرر^(٨) لأن المؤمن له عند التعاقد يشك في حصوله على مبلغ التأمين، لتوقف ذلك على واقعة احتمالية مستقبلية الوقوع، قد تقع، وقد لا تقع. ومن ثم قد يحصل المستفيد على مبلغ التأمين كلياً، أو جزئياً، وقد لا يحصل عليه.
- تحقق ضوابط الغرر الفاحش في عقد التأمين: ذكر فقهاء المالكية أن الغرر الذي يبطل عقود المعاوضات يقع في سبعة أشياء، منها: الغرر في الوجود كالأبق قبل الإباق، والحصول إن علم الوجود كالطير في الهواء، وفي المقدار كالبيع إلى مبلغ رمي الحصة. والغرر من جهة الأجل كبيع الدار، والثلث أن ينفق المشتري على البائع طيلة حياته. وهذه الضوابط تنطبق على عقد التأمين كما يأتي:

(١) محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب. مواهب الجليل شرح مختصر خليل. طرابلس الغرب. مكتبة النجاح. بدون تاريخ. ج٤، ص٣٦٢.

(٢) عبد الكريم بن محمد الرفاعي، فتح العزيز شرح الوجيز، القاهرة: إدارة الطباعة المنيرية، بدون تاريخ، ج٨، ص١٢٧.

(٣) حاشية القليوبي على شرح المنهاج، القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، بدون تاريخ، ج٢، ص١٦٢.

(٤) شرح الحطاب على متن خليل، ٣٦٨/٤؛ انظر: القرائي، مرجع سابق، ج٣، ص٢٦٥.

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج٣، ص٥٥.

(٦) القرائي، مرجع سابق، ج٣، ص٢٦٦.

(٧) محمد بن أحمد بن رشد، المقدمات المهمات، ط١، القاهرة: مطبعة السعادة، بدون تاريخ، ص٥٤٧.

(٨) انظر: حسين حامد حسان. مرجع سابق. ص٤٥، ٤٦.

- ✓ الغرر في الوجود: مبلغ التأمين دين في ذمة المؤمن غير محقق الوجود، إذ يتوقف وجوده على وجود الخطر المؤمن منه.
- ✓ الغرر في الحصول: حيث يتوقف حصول المتعاقد على مبلغ التأمين، وهو ما بذل فيه من الأقساط، على حادث احتمالي، قد يكون، وقد لا يكون. وعلى افتراض تأكده كما في الوفاة يكون الغرر في أجل الحصول على مبلغ التأمين.
- ✓ الغرر في مقدار العوض: قد تحصل شركة التأمين قسطاً واحداً ثم تقع الكارثة، فتدفع مبلغ التأمين كله، أو بعضه. وقد تحصل عدداً كبيراً من الأقساط قبل وقوع الحادث المؤمن منه، وبين الحالين فارق كبير يصل إلى آلاف الريالات. وأما بالنسبة إلى المؤمن فإنه يدفع قسطاً ثابتاً في مقابل تعهد الشركة بدفع مبلغ معين يحدد القسط على أساسه، غير أن الشركة قد تدفع هذا المبلغ بتمامه، وقد تدفع جزءاً منه حسب ما أصاب المال المؤمن عليه من ضرر.
- ✓ الغرر في الأجل: أجل الحصول على مبلغ التأمين وهو التزام في ذمة المؤمن قد يكون مضافاً إلى أجل غير معين، كما في بعض صور التأمين على الحياة، حيث يلتزم بدفع مبلغ التأمين عند وفاة المؤمن له، وهو أجل مجهول.

المبحث الثالث

التكليف الشرعي للشركة في قيامها بجمع الاشتراكات واستثمارها ودفع التعويضات

تتكون عقود شركات التأمين التعاوني من عقدين متلازمين هما:

(١) **عقد وكالة بأجر:** وذلك فيما يتعلق بإدارة، وتنظيم، عمليات التأمين، من جمع الاشتراكات، ودفع التعويضات، واستثمار الاشتراكات. كما في عقود تكافل بنك الجزيرة، وعقود شركة العقيلة للتأمين التكافلي والتي جاء في مقدمات وثائقها (طبقاً لنظامها الأساسي، وكشركة تعمل بمبدأ التأمين التكافلي يعتبر قبول هذه وثيقة التأمين هذه والصادرة عن شركة العقيلة للتأمين التكافلي). أو جمع الاشتراكات، ودفع التعويضات دون الاستثمار كما هو حاصل في عدد من الشركات. فمن المعلوم في التأمين التعاوني، أن حملة الوثائق مؤمنون، ومؤمن لهم في نفس الوقت، وأن الهيئة تقوم بجمع الاشتراكات، ودفع التعويضات للمستحقين نيابة عنهم، أي أنها تتحلل صفة المؤمن، وتبقى لكل منهم صفة المؤمن له فقط، فيكون ما ينشأ بين الشركة، وحامل الوثيقة بالنظر إلى هذا الأمر عقد وكالة. والوكالة هي استنابة جائز التصرف مثله فما تدخله النيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الأدميين^١، وما تقوم به الشركة مما تدخله النيابة من حقوق الأدميين، مؤقتة بمدة زمنية معلومة هي سنة غالباً، ومعلق على شرط مستقبلي فيما يتعلق بدفع التعويضات، ذلك أن التعويضات معلق دفعها بوقوع الخطر، حيث لا تدفع إلا بعد وقوعها وهذا جائز شرعاً، فإن الوكالة تصح معلقة ومؤقتة^٢. وقد نص على صفة الوكالة صراحة جميع العقود وذلك بالنسبة لجمع الاشتراكات، ودفع التعويضات للمستحقين منهم بموجب شروط الوثيقة، وفيما تستلزمه هذه العملية من حساب اشتراكات، وإعادة تأمين، خلال مدة معلومة، هي سنة غالباً. ولما كانت الشركة تتقاضى عائداً مقابل القيام بهذا العمل، يحدد في نهاية العام بناءً على المصروفات الفعلية للشركة في بعض الشركات، وبنسبة معلومة محددة سلفاً من الاشتراكات في البعض الآخر، فإن العقد يكون عقد وكالة بأجر، والوكالة جائزة شرعاً، بأجر، وبدون أجر^(٣)، ولكن لما كان الأجر غير محدد سلفاً في حق من حدد الأجر بالمصروفات الفعلية للشركة، أو بحصة معينة من الفائض، ولا يعلمان إلا في نهاية العام، فإنه يكون مجهولاً، ولا تصح الوكالة بأجر إلا إذا كان الأجر معلوماً، لأنها

(١) منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، بيروت، دار الفكر، ١٩٨٢م، ج ٣، ص ٤٨.

(٢) انظر: المصدر نفسه، في نفس الموضوع.

(٣) انظر: المصدر نفسه، ج ٣، ص ٤٨٩.

تكون حينئذ نوعاً من المعاوضات^(١). ولأن الجهالة في مقدار أحد العوضين من ضوابط الغرر الفاحش، الذي يبطل عقود المعاوضات. وحيث إنه من الممكن معرفة تلك المصروفات الفعلية من واقع مصروفات الشركة المماثلة، ومن واقع مصروفات هذه الشركة للسنوات الماضية، فإنه ينبغي تحديد ذلك الأجر سلفاً، أو تحديد سقفين أدنى، وأعلى، لتلك المصروفات في النظام الأساس، على أن يمكن حامل الوثيقة من الإطلاع عليه، أو يوضع في شكل ملحق للوثائق. فتحديد ذلك العائد سلفاً من شأنه نفي الغرر عن العقد، فلا يكون عرضة للبطلان. ومن شأنه أيضاً عدم تمكين الشركة من المبالغة في المصروفات بشكل كبير. فعدم تحديد ذلك العائد سلفاً يمكن الشركة من الذهاب بجميع الاشتراكات، وعوائدها، تحت بند مصروفات فعلية، بل ربما جعل حملة الوثائق يعانون من الخسارة^(٢).

(٢) **عقد مضاربة:** نصت عقود التأمين الصادرة عن عدد من شركات التأمين الإسلامية على وجود علاقة مضاربة بين الشركة، وبين حملة الوثائق، فيما يتعلق باستثمار الاشتراكات المتجمعة لديها. فإن الشركة مضارب مشترك، حيث يكون كل حامل وثيقة بمثابة رب مال. كما أنها مضاربة مطلقة من حيث التصرف. إلا إنها مقيدة، أو مؤقتة، من حيث الزمان، لأن مدة العقد سنة واحدة. فالمال مقدم من حملة الوثائق، والعمل حاصل من قبل الشركة، مقابل نسبة مئوية معينة من الربح، تؤخذ من أرباح المؤمن لهم. ولكن هل العقد كذلك فعلاً. وللإجابة على هذا السؤال يتم استعراض أركان عقد المضاربة وشروط صحتها في الفقه الإسلامي للتعرف على مدى انطباقها على هذا العقد.

(٣) **انطباق أركان المضاربة على العقد:** للمضاربة في الفقه الإسلامي أركان ثلاثة هي: العاقدان، الصيغة، المحل.

(٤) **العاقدان:** تمثل الشركة العاقد الأول، ويمثل حامل الوثيقة العاقد الثاني، وبذلك يتحقق الركن الأول من أركان المضاربة.

✓ **الصيغة:** يتخذ العقد الصيغة الكتابية، وهذا جائز شرعاً، حيث تتعقد المضاربة بكل ما يدل على معناها عرقاً من قول، أو فعل أو كتابة، لأن المقصود هو المعنى، فجاز بكل ما يدل عليه^٣. وهناك نصوص صريحة تدل على أن المقصد الأساس من العقد هو حصول المؤمن له على مبلغ التأمين عند وقوع خطر معين موضح بالعقد، أما المضاربة، أو استثمار المال، فليس مقصوداً لذاته، بل هو أمر تابع، مكمل، للمقصد الأساس للعقد.

(١) انظر: المصدر نفسه، في نفس الموضع.

(٢) كما حصل فعلاً في بعض السنوات، انظر: تقرير المحاسب القانوني الوارد في تقرير التعاونية للتأمين لعام ١٩٨٧م، ص ١٧.

(٣) انظر: صالح المرزوقي، شركة المساهمة في النظام السعودي، مكة المكرمة: جامعة أم القرى، ١٤٠٦هـ، ص ٧٦ - ٨١.

✓ **المحل:** هو ما تتعقد عليه المضاربة من رأس المال، والعمل^١، وهذا متحقق هنا، فرأس المال هو اشتراكات التأمين المتجمعة من المؤمن لهم. والعمل حاصل من الشركة في هذا المال لصالح حملة الوثائق. إذن فالمضاربة ثابتة فيما يتبقى من الاشتراكات بعد تخصيص الجزء المتعارف عليه لسداد التعويضات المحتملة مستقبلاً.

أ. انطباق شروط صحة المضاربة على العقد:

اشترط الفقهاء لصحة عقد المضاربة شروطاً لعل من أبرزها:

✓ أن يكون رأس المال نقداً^٢. وهذا متحقق هنا، فإن الاشتراكات وهي رأس مال المضاربة تتخذ الصفة النقدية دائماً.

✓ أن يكون رأس المال معيناً، معلوم المقدار^٣، عند إجراء العقد وهذا غير متحقق هنا للأسباب الآتية:

أ. يتكون رأس المال المستثمر الخاص بالمؤمن لهم من شقين هما:

✓ **الجزء المتبقي من الاشتراكات المكتسبة بعد تخصيص جزء منها لمواجهة المدفوعات اليومية، وهذا الجزء هو الذي يشكل القسم الأول من رأس مال المؤمن لهم، وهو المعول عليه، لأنه موجود دائماً، وهو معلوم للشركة فقط^٤.**

✓ **الجزء المخصص للاستثمار في بعض عقود التكافل، حيث نص القانون الإماراتي رقم ٤، لعام ٢٠١٠، على تقسيم اشتراكات بعض فروع التكافل العائلي إلى قسمين، قسم يخصص للاستثمار، وقسم آخر يخصص لدفع الاستحقاقات. وهذان القسمان معلومان سلفاً للشركة.**

✓ **المتبقي من الجزء المخصص من الاشتراكات لمواجهة المدفوعات اليومية. فقد يتوفر جزء من ذلك المال المخصص للتعويض فيوجه بدوره إلى الاستثمار، ليكون عند وجوده القسم الثاني من رأس المال المستثمر، الخاص بحملة الوثائق، وهو أيضاً مجهول المقدار لكلا الطرفين ولا يعلم إلا بعد انتهاء الفترة الزمنية التي خصص هذا القسم لمواجهة المدفوعات اليومية خلالها. كما أن هناك فرق بين ما يسمى الاشتراكات المكتتبه وهي التي تم تحصيلها فعلاً من المؤمن لهم، وما يسمى بالاشتراكات المكتسبة، وهي ما تحتفظ به الشركة لنفسها، بعد عمليات إعادة التأمين، وبعد خصم ما تم تحصيله في الفترة الحالية، ويتعلق بأخطار في السنة القادمة، فقد جرى عرف شركات التأمين والشركات محل**

(١) انظر: المصدر نفسه، ص ٨٢ - ٨٤.

(٢) انظر: البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٩٨، ٥٠٧.

(٣) انظر: البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٩٨، ٥٠٧.

(٤) ما تحتفظ به الشركة لنفسها بعد إعادة التأمين.

الدراسة من بينها على إعادة تأمين جزء من الوثائق الصادرة عنها، والاحتفاظ بجزء منها. ويتحدد هذا الجزء بناءً على المقدرة المالية للشركة، وعلى بعض النواحي الفنية الأخرى، وهي نسبة غير ثابتة، بل تختلف من سنة لأخرى، تبعاً لظروف معينة وفي هذا نوع من الجهالة، فيما يتعلق بحجم رأس المال المستثمر، فاشتراكات الوثائق المعاد تأمينها تمثل اقتطاعاً من رأس المال المستثمر، وهذا غير معلوم عند التعاقد بالنسبة لحملة الوثائق على الأقل، ولا يعلم إلا في نهاية العام.

✓ أن يشترط العاقدان لكل واحد منهما جزءاً من الربح، مشاعاً، معلوماً، أي نسبة مئوية، محددة سلفاً، عند التعاقد مثل ١٠٪ للمضارب، أو ٢٠٪ وهكذا^(١). وهذا متحقق هنا.



(١) انظر: البهوتي، مصدر سابق، ج٤، ص٤٩٨.

المبحث الرابع الفائض وتوزيعه

يسوي بعض الشركات في استحقاق الفائض بين من استحق تعويضاً خلال مدة سريان العقد ، وبين من لم يحصل على فائض. وهناك من يعطي حصة من الفائض لمن لم يحصل على تعويض خلال مدة سريان العقد ، دون من حصل على تعويض. ولعل هذا يتفق كما يرى الباحث مع مبدأ التعويض الذي يحكم عقود هذه الشركة وغيرها من الشركات. وفي الجمع بين التعويض والفائض مخالفة لهذه القاعدة كما ترى هذه الشركات. كما أن الجمع بين التعويض والفائض قد يشجع المؤمن له على الإهمال. وهناك من يعطي من لم يحصل على تعويض حصة من الفائض أكبر ممن حصل على تعويض. وهناك من يعطي من حصل على تعويض حصة من الفائض إذا كان التعويض المستحق أقل من الأقساط المدفوعة ، وإما إن كان التعويض المستحق مساوياً لما دفع من أقساط أو أكبر منها فلا يحصل على أي حصة من الفائض. ويرى الباحث وجود بعض الملاحظات حول هذه السياسات التوزيعية:

- (١) يثبت حق المؤمن له في الحصول على جزء من الفائض إذا تبرع بجزء من القسط، لاختلاف مصادر الاستحقاق. حيث ينص عادة في هذه الحالة على أن القسط يتبرع منه لمن يتضرر من حملة الوثائق. وبالتالي فإن المؤمن له يسترد جزءاً من مال مملوك له أصلاً تبرع ببعضه، فكان له حق استرداد الباقي. أما مبلغ التأمين فيحصل عليه تبرعاً من باقي حملة الوثائق لتوفر شروط الاستحقاق فيه. فكان له الجمع بين المبلغين لاختلاف مصادر الاستحقاق. وهذا غير متحقق هنا لأن القسط لم يدفع تبرعاً أصلاً كما يرى الباحث.
- (٢) ينتفي حق المؤمن له في الحصول على جزء من الفائض إذا تبرع بالقسط كله، حيث إنه يخرج من ملكه. وفي هذه الحالة يوضع جميع الفائض كاحتياط للأعوام القادمة. وهذا غير متحقق هنا أيضاً لأن القسط لم يدفع تبرعاً أصلاً كما يرى الباحث.
- (٣) ينتفي حق المؤمن له في الحصول على جزء من الفائض إذا تم دفع القسط على سبيل المعاوضة، سواء أحصل على تعويض مهما بلغ حجمه، أم لم يحصل، كما يرى شراح القانون.
- (٤) لا يعني حصول المؤمن له على الفائض في حال حصوله على تعويض أنه في وضع أفضل مما كان عليه قبل وقوع الخطر. ويتم توضيح ذلك على النحو الآتي:
■ الثروة قبل وقوع الخطر - القسط = الثروة - القسط (بافتراض وجود تأمين وعدم وقوع الخطر، وعدم وجود فائض).....(١).

■ الثروة قبل وقوع الخطر - القسط = المتبقي مع الثروة بعد وقوع الخطر + التعويض - القسط (بافتراض وجود تأمين وحصول المؤمن له على تعويض وعدم حصوله على الفائض).....(٢).

■ الثروة قبل وقوع الخطر - القسط = الثروة - القسط + الفائض (بافتراض وجود تأمين وعدم الحصول على تعويض والحصول على جزء من الفائض).....(٣).

■ الثروة قبل وقوع الخطر - القسط = المتبقي من الثروة بعد وقوع الخطر - القسط + التعويض + الفائض (بافتراض وجود تأمين والحصول على تعويض والحصول على جزء من الفائض).....(٤).

يمثل الحصول على الفائض تخفيضاً في قيمة القسط المدفوع، سواء أحصل المؤمن له على تعويض، أم لم يحصل. ومن ثم فإن الجمع بين التعويض وبين الفائض لا يجعل المؤمن له في وضع أفضل مما كان عليه قبل وقوع الخطر. حيث إن (المتبقي من الثروة بعد وقوع الخطر + التعويض = الثروة قبل وقوع الخطر).

(١) لا يعد توزيع الفائض دليلاً على قصد التبرع لأن الفائض إنما يستحقه حامل الوثيقة لأنه مؤمن. وهو مقابل لتحمله أي خسارة محتملة، فالفائض يقابل الريح في التأمين التجاري، فهما متماثلان في طريقة حساب كل منهما.

(٢) يؤدي التفريق بين حملة الوثائق في الحصول على الفائض إلى جعل بعضهم أفضل من البعض الآخر من حيث الوضع الاقتصادي. حيث يكون من لم يتعرض لخطر معين وحصل على فائض، أفضل ممن تعرض لخطر معين، ولم يحصل على فائض. أما التسوية بين الطرفين من حيث الحصول على الفائض فإنه يجعلهما في نفس الوضع الاقتصادي، ولكنه يخفض حجم الجزء من الفائض والذي يحصل عليه من لم يتعرض لخطر معين.



المبحث الخامس

التصرف في حال الخسارة

نصت المادة ٦٦ من شروط وأحكام عقد شركة الأهلي تكافل عند بيان مهام الوكيل، على الالتزام بتقديم قرض حسن في حالة عدم كفاية الاشتراكات. كما نصت على ذلك المادة السابعة من شروط وأحكام عقد تكافل الأنجال الصادر عن البنك السعودي الفرنسي. والعمل جار على نحو هذا في كثير من شركات التأمين الإسلامية. ويرى الباحث وجود عدد من الملاحظات المتعلقة بالتعامل مع العجز على النحو الآتي:

■ الالتزام بإقراض صندوق التأمين عند الحاجة، هو من باب الجمع بين بيع وسلف. لأن العلاقة القائمة بين الشركة والمشاركين علاقة وكالة بأجر، وهي نوع من المعاوضات. لأن الوكيل يبيع عمله للمشارك وهو الموكل مقابل أجر معين. ولولا وجود هذه الوكالة لما التزمت الشركة بإقراض الصندوق عند عجزه. فكأن الشركة اشترطت على نفسها شرطاً لصالح المشتركين، كمقابل لقيامها بالوكالة، يتمثل في إقراض الصندوق عند العجز. وهناك شرط آخر مفاد ضمناً هو شرط إقراض المشارك للوكيل أو الشركة. فقد ورد في شروط وأحكام عقد تكافل الأنجال الصادر عن البنك السعودي الفرنسي مثلاً في الفقرة ٣,٢. من شروط وأحكام العقد: (تقتطع مساهمات هذا العقد مباشرة من حساب المشترك، لأمر البنك). ويتحقق ذلك فعلاً بالإيداع في البنك السعودي الفرنسي المالك للشركة، وأحد الوكيلين. كما يشترط أن يكون حساب المشتركين لدى البنك السعودي الفرنسي، وهو أحد الوكيلين. ولما كانت الوديعة المصرفية قرصاً في حقيقتها، كان شرط إقراض المشارك للبنك المالك للشركة شرطاً ضمناً للتعاقد. جاء في شرح منتهى الإيرادات عند الحديث عن الشروط في البيع: (وفاسده أي الشرط الفاسد ثلاثة أنواع: مبطل كشرط بيع آخر، أو سلف، أو قرض، أو إجارة، أو شركة، أو صرف الثمن أو غيره. وهو بيعتان في بيعة المنهي عنه)^١. وفي المغني: (ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه، أو شرط المشتري ذلك عليه فهو محرم، والبيع باطل)^٢. وفي نهاية المحتاج: (باب في البيوع المنهي عنها وما يتبعها: ثم النهي قسمان: أحدهما ما يقتضي الفساد والحرمة... وعن بيعتين في بيعة... وعن بيع وشرط، كبيع بشرط بيع كما مر، أو بيع دار بألف، بشرط قرض مائة، لأنه جعل العقد ورفق العقد الثاني ثمناً، واشترطه فاسد، فبطل مقابله من الثمن وهو مجهول،

(١) منصور بن يونس البهوتي. شرح منتهى الإيرادات (دقائق أولي النهي لشرح المنتهى). ط١. بيروت. مؤسسة الرسالة. ٢٠٠٠، ١٤٢١. ج٣، ص ١٧٤، ١٧٥.

(٢) عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني. الرياض. مكتبة الرياض الحديثة. ١٩٨١، ١٤٠١. ج٣، ص ٢٦٠.

فصار الكل مجهولاً^١. وفي الشرح الكبير للدردير: (وكبيع وشرط يناقض المقصود من البيع، أو يخل بالثمن كبيع وشرط سلف من أحدهما، لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن، أو المثلن، وهو مجهول، أو لما فيه من سلف جر نفعاً وهو ظاهر، وأما جمعهما من غير شرط فجائز على المعتمد. وصح البيع إن حذف شرط السلف ونحوه من كل شرط يناقض القصد)^٢. وفي بدائع الصنائع عند الحديث عن شروط صحة البيع: (ومنها شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للبائع، أو للمشتري، وليس بملائم للعقد، ولا مما جرى به التعامل بين الناس، نحو إذا باع داراً على أن يقرضه المشتري قرضاً، أو يبيع منه كذا ونحو ذلك فالبيع في هذا كله فاسد، لأن زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا، لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، وهو تفسير الربا والبيع الذي فيه الربا فاسد، أو فيه شبهة الربا وإنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا)^٣. فعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك). رواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح^٤. قال البغوي: المراد بالسلف هنا القرض^٥. وشرط السلف وإن كان غير منصوص عليه صراحة كشرط في العقد إلا إنه مفهوم ضمناً، ومتعارف عليه، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. فلماذا لا يجعل كل الفائض عند وجوده احتياطاً للصندوق. كما يمكن الرجوع على المشترين عند العجز مقابلاً لحصولهم على الفائض عند وجوده إن قلنا بتوزيعه، لأن الغنم بالغرم. أو لماذا لا يكون التوزيع من الموجود فقط، أسوة بما جاء في الحديث عن الإفلاس خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك^٦. كما يرى الباحث أن هذا يقابل ما يحصل في التأمين التجاري، حيث يسد العجز من رأس مال الشركة، مقابل حصولها على الربح. فتعهد المساهمين بسداد العجز إنما هو مقابل لحصولهم على حصة على الفائض في عدد من الشركات.



^١ شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ط الأخيرة. القاهرة. مصطفى البابي الحلبي. ١٩٦٧، ١٣٨٧. ج٣، ص ٤٤٥، ٤٥٠.

^٢ أحمد الدردير. الشرح الكبير لمختصر خليل. القاهرة. دار إحياء الكتب العربية. بدون تاريخ نشر. ج٣، ص ٦٧، ٦٦.

^٣ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط٢. بيروت. دار الكتاب العربي. ١٤٠٢، ١٩٨٢. ج٥، ص ١٦٩.

^٤ أبو عيسى محمد بن سورة الترمذي. صحيح الترمذي. بيروت. دار الكتاب العربي. ج٥، ص ٢٤٣. والحديث صححه أيضاً ابن خزيمة والحاكم، وأخرجه ابن حبان والحاكم أيضاً بلفظ (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع). وهو عند هؤلاء كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. انظر: محمد بن علي الشوكاني. نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار. الطبعة الأخيرة. القاهرة. مصطفى البابي الحلبي. بدون تاريخ نشر. ج٥، ص ٢٠٢.

^٥ انظر: الشوكاني. نيل الأوطار. ج٥، ص ٢٠٢.

^٦ تمت مناقشة مسألة الالتزام بالقرض من قبل المساهمين في ورقة مفصلة لفضيلة أ.د. علي القرعة داغي، مقدمة إلى الملتقى الثالث للتأمين التعاوني بالرياض. ٢٠١١/١٢/٨.٧.

القسم الثاني

بيان أحكام التأمين على الحياة والسيارات والحق التعويضي، والجهة المستفيدة في التأمين على الحياة، مع توضيح حكم التأمين التجاري على الحياة الذي تقوم فيه بعض المؤسسات أو الشركات بدفع قسطه لموظفيها من بند مخصص له، دون أن يكون للموظف حق الاعتراض عليه، ودون أن يكلف شيئاً، وكذلك بيان أحكام التأمين ضد الحوادث، والتأمين الشامل على السيارات، والتأمين على الدين والودائع والصادرات.

ينقسم التأمين الخاص باعتبار الهيئات الممارسة للتأمين، أو باعتبار الصفة أو الطبيعة القانونية للمؤمن، إلى تأمين تجاري يمارس أو يطبق عن طريق هيئات تجارية، وتأمين تعاوني يمارس أو يطبق عن طريق هيئات تعاونية. وينقسم كل منهما بدوره من حيث الخطر المؤمن منه إلى تأمين بري، وتأمين بحري. وينقسم التأمين البري بدوره إلى تأمين على الأشياء، وتأمين من المسؤولية المدنية وتأمين على الأشخاص. ويتم التعريف بهذه الأنواع على النحو الآتي:

التأمين على الأشياء:

يغطي هذا النوع من التأمين ممتلكات المؤمن له أثناء وجودها على اليابسة. ويهدف إلى إرجاع المؤمن له إلى نفس الحالة الاقتصادية التي كان عليها قبل وقوع الخطر. أي المحافظة على المستوى الاقتصادي للفرد، أو المحافظة على ثروة الفرد عند مستوى معين. ويتحقق ذلك بدفع مبلغ التأمين المستحق للمستفيد عند تحقق الخطر منه، بالمقدار الذي يعيده اقتصادياً إلى المستوى الذي كان عليه قبل وقوع الخطر. ومن أمثله التأمين ضد السرقة، والحريق، وعلى الصادرات، وغيرها من الحوادث التي تصيب ممتلكات المؤمن له، فتؤدي إلى خسارة المؤمن لجزء من قيمة تلك الممتلكات، أو جزء من ثروته. ومن ثم يكون المؤمن له هو المستفيد من التعويض غالباً.

التأمين من المسؤولية المدنية:

يغطي هذا التأمين الفرد ضد المسؤولية المدنية التي تلحقه نتيجة قيامه بتصرف معين، يرتب حقاً مالياً في ذمته لصالح طرف ثالث. ويهدف أيضاً إلى إرجاع الفرد إلى نفس المستوى الاقتصادي الذي كان عليه قبل وقوع الخطر. وهو يغطي الذمة المالية للمؤمن له، فيغطيه ضد الأخطار التي ترتب التزامات مالية في ذمته لصالح طرف ثالث، كما في حوادث السيارات، وأخطاء الأطباء، والصيادلة، والمقاولين، وغيرهم من أصحاب المهن. ويتحقق ذلك بدفع المبلغ المستحق في ذمة المؤمن له لصالح الطرف الثالث. أي أن المستفيد من التعويض هو طرف ثالث.



التأمين على الأشخاص:

يغطي هذا النوع من التأمين الفرد ضد الأخطار التي تصيبه في نفسه، أثناء وجوده على اليابسة، أو في الممرات المائية. ويهدف في كثير من صورته إلى الادخار وتكوين رؤوس الأموال، وليس التعويض كما في القسمين السابقين. حيث يعد بعض صورته (التأمين على الحياة لحالتي الوفاة، والبقاء، والمختلط) ادخاراً اختيارياً، ووعاءاً استثمارياً. وينقسم بدوره إلى عدة أقسام على النحو الآتي:

(١) التأمين من الإصابات: ويغطي الإنسان ضد الإصابات الخارجية المفاجئة التي تصيبه، وتؤدي إلى وفاته. كما في سقوط عامل أثناء عمله، أو سقوط ثقل على عامل أثناء عمله.

(٢) التأمين من المرض، أو التأمين الصحي: ويغطي الإنسان ضد الأمراض التي تصيبه في نفسه. حيث يضمن له تكاليف العلاج المختلفة. وينقسم بدوره إلى صور عديدة ليس المجال هنا لذكرها.

(٣) التأمين على الحياة: وينقسم بدوره إلى عدة أقسام:

(٣،١) التأمين على الحياة لحالة الوفاة: ويدفع المؤمن بمقتضاه مبلغاً من المال للمستفيد الذي يعينه المؤمن له، إذا توفى المؤمن له قبل تاريخ معين، أو قبل بلوغ سن معين. وله عدة صور وتفصيلات لا مجال لذكرها هنا.

(٣،٢) التأمين على الحياة لحالة البقاء: ويدفع المؤمن بمقتضاه مبلغاً من المال للمستفيد الذي يعينه المؤمن له، إذا بقي المؤمن له حياً إلى تاريخ معين، أو إلى سن معين. وله عدة صور وتفصيلات لا مجال لذكرها هنا.

(٣،٣) التأمين المختلط: ويجمع بين الصورتين السابقتين، على صور وتفصيلات لا مجال لذكرها.

ومن ثم، قد يكون التأمين على الحياة، أو التأمين الصحي، أو غيرهما تأميناً تجارياً، وقد يكون تأميناً تعاونياً، حيث يتوقف ذلك على نوع الهيئة المصدرة للعقد. فيكون العقد تجارياً إذا صدر عن هيئة تجارية، ويكون تعاونياً إذا صدر عن هيئة تعاونية.

ولقد كان ينظر في السابق منذ مطلع القرن الماضي وحتى أوائل الستينيات منه إلى حكم عقد التأمين بالنظر إلى الخطر المؤمن منه. فيختلف حكمه باختلاف الخطر الذي يغطيه العقد. ثم أصبح ينظر إلى الحكم منذ أوائل الستينيات من القرن الماضي، وحتى الآن بالنظر إلى الهيئة المصدرة للعقد. حيث يختلف حكم العقد باختلاف الهيئة المصدرة للعقد. فيختلف حكم العقد إذا كان تجارياً، عن حكمه إذا كان تعاونياً.

وتثور هنا مسألتان هما:

(١) حكم عقود التأمين التي يجريها الفرد بالأصالة عن نفسه، ليكون هو المستفيد منها. ويختلف الحكم هنا باختلاف نوع العقد بالنظر إلى الهيئة المصدرة للعقد. فيكون حراماً إذا كان تجارياً، وجائزاً إذا كان تعاونياً وفقاً للعديد من الآراء.

(٢) حكم عقود التأمين التي يجريها الفرد لصالح الغير، كما في التأمين على الحياة الذي يقوم فيه بعض المؤسسات أو الشركات بدفع قسطه لموظفيها من بند مخصص له، دون أن يكون للموظف حق الاعتراض عليه، ودون أن يكلف شيئاً. وتتفرع هذه المسألة إلى مسألتين هما:

(١،١) حكم عقود التأمين بالنسبة للمتعاقد، من الشركات والمؤسسات. ويتفق حكم هذه المسألة مع حكم المسألة الأولى.

(١،٢) حكم أخذ مبلغ التأمين التجاري بالنسبة للمستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه. حيث يأخذه تبرعاً من المتعاقد.

هناك ثلاثة آراء للعلماء في هذه المسألة، مبنية على القول بتحريم عقد التأمين التجاري هي:

الرأي الأول:

تحريم أخذ مبلغ التأمين من قبل المستفيد لتحريم العقد أصلاً، لأن حكم المستفيد حكم الشركة التي أبرمت عقد التأمين مع شركة التأمين التجارية. فهو مال عائد من خلال عقد فاسد، وما كان كذلك فلا يملك، ولأن في قبوله إقراراً لأهل المنكر على منكرهم^١.

الرأي الثاني:

تحريم عقد التأمين التجاري، مع جواز أخذ المستفيد الذي اشترط مبلغ التأمين لصالحه لمبلغ التأمين، فحرمة الاشتراك في التأمين التجاري لا تعني حرمة أخذ الحق من شركة التأمين إن التزمت بدفع الحق عمن وقع منه الحادث. فمن جُني عليه في نفس أو مال، ولزمه قبَل الغير ديةً أو تعويض، فإن له أن يستوفي ذلك كاملاً، سواء أدفعه الغير بنفسه أم عن طريق شركة التأمين؛ لأن مستحق الدية أو التعويض صاحب حق، وهو غير مسئول عن حلِّ معاملة الطرف الآخر مع شركة تأمينية. فهو لا عقد له مع شركة التأمين، وإنما لديه حق عند من يتعامل بالتأمين. فلا حرج على صاحب الحق أن يأخذ حقه

^١ انظر: موقع إسلام ويب، فتوى رقم ٣١٦٢٥، بتاريخ ١٤٢٤/٣/٤، الموافق ٢٠٠٣/٥/٦، وانظر الفتوى رقم: ٨٣٠٨، والفتوى رقم ٤٧٢.

وتعويضه كاملاً من شركة التأمين، ولا علاقة لصاحب الحق بتحريم المعاملة بين من ارتكب الحادث وشركة التأمين. وقد استدلت أصحاب هذا الرأي بما يأتي:

(١) أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل الهدية من اليهود، وأكل طعامهم، واشترى منهم، مع أن اليهود معروفون بالربا وأكل السحت، لكن الرسول عليه الصلاة والسلام يأكل بطريق مباح، فإذا ملك بطريق مباح فلا بأس.

(٢) أن بريرة مولاة عائشة رضي الله عنهما، تُصَدِّقُ بلحم عليها، فدخل النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم يوماً إلى بيته ووجد البرمة - القدر - على النار، فدعا بطعام ولم يؤت بلحم، فقال: ألم أر البرمة على النار؟ قالوا: بلى يا رسول الله، ولكنه لحم تُصدق به على بريرة (والرسول عليه الصلاة والسلام لا يأكل الصدقة)، فقال هو عليها صدقة ولنا هدية). فأكله الرسول عليه الصلاة والسلام مع أنه يحرم عليه هو أن يأكل الصدقة؛ لأنه لم يقبضه على أنه صدقة بل قبضه على أنه هدية.

(٣) إذا التزمت الشركة لموظفيها بالعلاج الصحي مثلاً، فهذا يعتبر تحفيزاً وترغيباً في العمل لديها، ولا حرج على الموظف في الانتفاع بهذا العلاج؛ لأنه أعطي له بسبب مباح، سواء أقدمته الشركة بنفسها أم عن طريق التأمين، والإثم يقع على الشركة لا على الموظف. وإذا كان التأمين إجبارياً، فالإثم على من وضعه وألزم به، لا على الشركة^١.

وهو الرأي الذي يرجحه الباحث.

الرأي الثالث:

يجوز للمتعاقد أخذ جزء من مبلغ التأمين التجاري يعادل ما دفع من أقساط ويتصدق بالباقي، لأن عقد التأمين التجاري ميسر وغرر لا تجيزه الشريعة. والواجب في هذا النوع من العقود إذا تم هو الفسخ، ويرجع لكل طرف ما دفعه. ومن لم يدفع أقساطاً وإنما أمنت عليه شركته تطوعاً من نفسها، فحكمه حكم الشركة، فلا يجوز له أخذ مبلغ

(١) ينسب هذا الرأي للشيخ ابن جبرين من "اللقاء الشهري" (١٦/٤٥). كما سئل فضيلته من قبل موقع الإسلام سؤال وجواب: عن أخذ التعويض من شركة التأمين فأجاب: "يجوز ذلك، لأن هذه الشركات التزمت أنها تتحمل ما يحدث من هذا الإنسان الذي آمن عندها، ولا يتورع عن ذلك مادام أنهم ملتزمون بدفع التعويض، ولا يبقى على من ارتكب الحادث - في حال حصول وفاة - إلا كفارة القتل الخطأ، إذا كان الحادث بسبب خطأ منه. انظر فتاواه في السؤال رقم: (70318). انظر موقع: الإسلام سؤال وجواب، في جواب السؤال رقم (8889)، وجواب السؤال رقم (103233). كما يروى نحو هذه المسألة عن الشيخ ابن عثيمين رحمه الله. فقد سئل: أبي غفر الله له يعمل في بنك ربوي، فما حكم أخذنا من ماله وأكلنا وشربنا من ماله؟ غير أن لنا دخلاً آخر وهو من طريق أختي الكبيرة فهي تعمل، فهل نترك نفقة أبي ونأخذ نفقتنا من أختي الكبيرة مع أننا عائلة كبيرة، أم أنه ليس على أختي النفقة علينا فنأخذ النفقة من أبي؟ فأجاب: "أقول: خذوا النفقة من أبيكم، لكم الهناء وعليه العناء؛ لأنكم تأخذون المال من أبيكم بحق؛ إذ هو عنده مال وليس عندكم مال، فأنتم تأخذونه بحق، وإن كان عناؤه وغرمه وإشمه على أبيكم فلا يهمكم، فلهؤلاء الإخوة نقول: كلوا من مال أبيكم هنيئاً مريئاً، وهو على أبيكم إثم ووبال، إلا أن يهديه الله عز وجل ويتوب، فمن تاب تاب الله عليه". انتهى. وانظر: نفس الموقع: سؤال رقم: (70318).

التأمين، لأنه مقبوض بعقد فاسد، وما كان كذلك فلا يملك. وأما حكم المبلغ الفائض، فإذا كان هو الأقساط التي تم دفعها من قبل الشركة ثم رجعت إليها عند عملية النقل والفسخ، فيجوز للموظف أخذه كهبة من الشركة¹.



¹ : هو رأي الشيخ محمد صالح المنجد، وبعض العلماء المعاصرين. انظر: موقع الإسلام سؤال وجواب. وانظر في نفس الموقع جواب الأسئلة: (١٠٣٢٣٣)، (١٠٣٩١٩)، (٨٨٨٩). وانظر موقع الإسلام ويب. فتوى رقم ٨٣٠٨، في ١٤٢٢/٣/٦، الموافق ٢٠٠١/٥/٢٩. والفتوى رقم ٤٧٠٧٠، بتاريخ ١٤٢٥/٢/٢١، الموافق ٢٠٠٤/٤/١٢.

الخاتمة

لقد هدفت الدراسة إلى تقويم أنظمة وتشريعات التأمين التعاوني في بعض الدول العربية، والإسلامية، وعقود التأمين المطبقة من قبل بعض شركات التأمين الإسلامية فقهيًا. وقد أسفرت الدراسة عن النتائج الآتية:

- (١) تتماثل أنظمة التأمين التعاوني في بعض الدول العربية والإسلامية مع أنظمة التأمين غير التعاوني في البعض الآخر من الدول العربية والإسلامية، من حيث مفهوم التأمين، والهدف منه، ومن حيث قيامها على المعاوضة، والاحتمال، والإلزام للجانبين. وبهذا تصدق الفرضية الثانية للدراسة.
- (٢) تعكس وثائق هيئات التأمين الإسلامية محل الدراسة مفهوم التأمين في الفكر الوضعي، من حيث قيامه على المعاوضة، فبنود الوثائق في كثير منها نصوص صريحة وقرائن على إرادة المعاوضة. وربما كان ذلك لخضوعها لأنظمة تقوم على المعاوضة. حيث يفرض بعض الأنظمة وثيقة تأمين موحدة مثل النظام السعودي، ومن ثم لا تتحمل الشركات مسؤولية عدم الجواز، بل يتحملها النظام. وبهذا تصدق الفرضية الثالثة للدراسة.
- (٣) عقود هيئات التأمين المعاصرة بالنظر إلى علاقة حامل وثيقة بعينه، بباقي حملة الوثائق ممثلين بالهيئة، عقد معاوضة مالية، فيها غرر فاحش، فتكون باطلة شرعاً على الأظهر.
- (٤) لا يعكس توزيع الفائض ما يجب أن يتم في الفكر التعاوني حتى في الفكر الوضعي.
- (٥) وجود أوعية استثمارية مخالفة للشريعة الإسلامية بشكل يقدر في جواز التعامل مع هذه الشركات.
- (٦) المبالغة في تحديد العوائد التي تتقاضاها شركات التأمين الإسلامية، مقابل الإدارة ومقابل الاستثمار. والتي تصل في النظام السعودي إلى ٩٠٪ من الفائض الصافي، وتصل في شركة ساب تكافل إلى ٤٩٪ من الاشتراك بالإضافة إلى ٣٥٪ من الفائض كحافز تشجيعي. وتصل إلى ٣٠٪ من الاشتراك في تأمين (المسؤولية المدنية + جسم المركبة تكميلي فقط، وفي التأمين من أخطار نقل البضائع) مقابل الوكالة في شركة البركة للتأمين التكافلي، وإلى ٢٥٪ من الاشتراك في التأمين من أخطار الحريق لدى نفس الشركة، كما حددت حصة الربح المستحقة في نفس الشركة بنسبة مقدارها ٥٠٪ من الأرباح المحققة في التأمين من أخطار الحريق وتأمين (المسؤولية المدنية + جسم المركبة تكميلي فقط)، وبنسبة مقدارها ٧٥٪ في تأمين أخطار نقل البضائع. كما تراوحت ما بين ١٨ - ٢٥٪ من الاشتراكات كأجر

للكوالة في شركة التأمين الإسلامية القطرية، وما بين ٣٥ - ٦٥٪ من أرباح استثمار الاشتراكات مقابل المضاربة في نفس الشركة. وربما يعكس ارتفاع العائد الذي تتقاضاه الشركات مقابل الكوالة انخفاض الكفاءة التشغيلية لهذه الشركات لارتفاع نفقاتها التشغيلية أو المبالغة فيها.

(٧) عقود تأمين الشركات الإسلامية نسخ طبق الأصل تقريباً من بعضها البعض، مع وجود اختلاف بسيط يتمثل في تحديد العلاقة التي توجد بينها وبين حملة الوثائق فيما يختص بإدارة عمليات التأمين، واستثمار الاشتراكات، حيث يجعلها البعض وكوالة في الجانبين معاً، ويجعلها البعض الآخر وكوالة ومضاربة معاً. كما يعطي البعض الحق للمستفيد في الحصول على مبلغ التأمين في حدود المتاح من الأموال فقط، في حين يثبت البعض الآخر هذا الحق في جميع الحالات.

(٨) ينص بعض الأنظمة، ووثائق بعض الشركات الإسلامية على أن القسط مدفوع على سبيل التبرع. ولكن هذا لا يعطيها صفة الجواز، نظراً لأن باقي مواد النظام، وباقي بنود الوثيقة لا تتماشى مع التبرع، وبخاصة في توزيع الفائض والتصرف عند العجز، وجواز ولزوم العقد، وتوسيع الأخطار المغطاة، وإرجاع مبلغ التأمين إلى حاله بعد تناقصه. والعلاقة بين حامل الوثيقة وشركة التأمين فيما يتعلق بإدارة وتنظيم عمليات التأمين واستثمار الاشتراكات، واشتراط البنك على العميل فتح حساب عنده إذا كانت الشركة مملوكة لأحد البنوك.

ويمكن القول في النهاية:

أنظمة التأمين التعاوني التنفيذية، ووثائق التأمين الإسلامية المطبقة أقرب إلى التأمين التجاري منها إلى التأمين التعاوني. مما يجعلها غير جائزة شرعاً على الأظهر. ومن ثم هناك حاجة لإعادة صياغة تلك الأنظمة واللوائح أولاً، ثم إعادة صياغة وثائق التأمين.

قائمة المراجع

أولاً: الأنظمة واللوائح ووثائق التأمين:

- (١) التقرير السنوي ٢٠٠٧ الصادر عن التعاونية للتأمين.
- (٢) عقد تأسيس شركة () شركة ذات مسؤولية محدودة الصادر عن مؤسسة النقد العربي السعودي.
- (٣) النظام الأساسي: شركة () شركة مساهمة سعودية. الصادر عن مؤسسة النقد العربي السعودي.
- (٤) نظام الضمان الصحي التعاوني الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٠ وتاريخ ١٤٢٠/٥/١هـ ولائحته التنفيذية.
- (٥) نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٢ وتاريخ ١٤٢٤/٦/٢هـ ولائحته التنفيذية.
- (٦) وثيقة التأمين الشامل على المركبات الخصوصية الصادرة عن التعاونية للتأمين.
- (٧) وثيقة تأمين المسؤولية المدنية تجاه الغير للمركبات الخصوصية الصادرة عن التعاونية للتأمين.
- (٨) وثيقة تأمين المسؤولية تجاه الغير للمركبات الخصوصية الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي.
- (٩) وثيقة الضمان الصحي التعاوني الصادرة عن مجلس الضمان الصحي التعاوني.
- (١٠) قرار رئيس مجلس إدارة هيئة التأمين بالإمارات العربية المتحدة، رقم ٢، لسنة ٢٠٠٩، بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم ٦، لسنة ٢٠٠٧، في شأن إنشاء هيئة التأمين وتنظيم أعماله.
- (١١) قانون التأمين والتكافل السوداني لسنة ٢٠٠٣.
- (١٢) تعليمات تنظيم التأمين التكافلي بالأردن، رقم ١، لسنة ٢٠١١، الصادرة عن هيئة التأمين الأردنية.
- (١٣) نظام التأمين التكافلي لسنة ٢٠١٠، بدولة الإمارات العربية المتحدة.
- (١٤) القانون الاتحادي رقم (٦) لسنة ٢٠٠٧م، بدولة الإمارات العربية المتحدة، في شأن إنشاء هيئة التأمين وتنظيم أعماله.
- (١٥) قانون التكافل المالي لعام ١٩٨٤.

- (١٦) قانون التأمينات الجزائري رقم ٧، الصادر في ٢٣/٨/١٤٢٥، الموافق ٢٥/١/١٩٩٥.
- (١٧) قانون التأمينات الجزائري رقم ٠٦.٠٤، الصادر في ٢١/١/١٤٢٧، الموافق ٢٠/٢/٢٠٠٦.
- (١٨) مجلس الخدمات المالية الإسلامية. الإرشادات المتعلقة بالتصنيفات الصادرة عن مؤسسات تصنيف ائتماني خارجية للتكافل وإعادة التكافل. مارس ٢٠١١.
- (١٩) مجلس الخدمات المالية الإسلامية. المبادئ الإرشادية لضوابط التأمين التكافلي. ديسمبر ٢٠٠٩.
- (٢٠) المرسوم التشريعي السوري رقم ٤٣، لعام ٢٠٠٥.
- (٢١) قانون شركات وهيئات التأمين وتعديلاتها رقم (١٧) لسنة ١٩٨٧ بالبحرين.
- (٢٢) قانون تأمين المركبات العماني رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٤.
- (٢٣) تقرير التكافل العالمي لعام ٢٠١١. الصادر عن مؤسسة Ernst&Young, April, 2011
- (٢٤) وثائق تأمين شركات: العقيلة للتأمين بسوريا، نور للتكافل بالإمارات، شركة التأمين الإسلامية الأردنية، شركة البركة للتأمين بالأردن، شركة التأمين الإسلامية بالسودان، الشركة الإسلامية القطرية للتأمين التكافلي.
- (٢٥) برامج تكافل بنك الجزيرة، والبنك السعودي البريطاني، والأهلي التجاري والسعودي الفرنسي.
- (٢٦) التقارير السنوية للشركة الإسلامية القطرية للتأمين.

ثانياً: الكتب والبحوث:

- (١) أحمد الدردير. الشرح الكبير لمختصر خليل. القاهرة. دار إحياء الكتب العربية. بدون تاريخ.
- (٢) أحمد بن سلامة القليوبي. حاشية القليوبي على شرح جلال الدين المحلي على المنهاج، القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، بدون تاريخ.
- (٣) حسين حامد حسان. أسس التكافل التعاوني في ضوء الشريعة الإسلامية. منتدى التكافل السعودي الأول. تنظيم البنك الإسلامي للتنمية وبنك الجزيرة. جدة. ٢١-٢٢/٩/٢٠٠٤.
- (٤) حسين حامد حسان. التأمين التكافلي على الحياة. دمشق. ندوة البركة الثامنة عشرة. ٧- ٨/٧/١٤٢١. ٤- ٥/١٠/٢٠٠٠.

- (٥) حسين حامد. التأمين على حوادث السيارات في الشريعة الإسلامية. حلقة عمل حول التأمين الإسلامي. جدة. تنظيم البنك الإسلامي للتنمية. ٢٨ - ٣٠ / ١٠ / ١٤٢٢، ١٢ - ٢٠٠٢ / ١ / ١٤.
- (٦) حسين حامد حسان. حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين. ط١. القاهرة. دار الاعتصام. ١٩٧٦. ص: ٣١.
- (٧) شمس الدين بن شهاب الدين الرملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. القاهرة. مصطفى البابي الحلبي. ط الأخيرة. ١٩٦٧.
- (٨) صالح المرزوقي، شركة المساهمة في النظام السعودي، مكة المكرمة: جامعة أم القرى، ١٤٠٦هـ
- (٩) عبد الحميد البعلي. التبرع والهبة الشرعية بشرط العوض (هبة الثواب): أسس رئيسية للتأمين التعاوني والتكافلي. منتدى التكافل السعودي الأول. تنظيم البنك الإسلامي للتنمية وبنك الجزيرة. جدة. ٢١ - ٢٢ / ٩ / ٢٠٠٤.
- (١٠) عبد الرزاق السنهوري. الوسيط شرح القانون المدني الجديد. ط٢. القاهرة. دار النهضة العربية. ١٩٩٠.
- (١١) عبد الستار أبو غدة. التأمين الإسلامي عن الخدمات الطبية. جدة. البنك الإسلامي للتنمية. حلقة عمل حول عقود التأمين الإسلامي. ٢٨ - ٣٠ / ١٠ / ١٤٢٢. ١٢ - ٢٠٠٢ / ١ / ١٤.
- (١٢) عبد الستار أبو غدة. التبرع والهبة كبداية للتعويض في التكافل: المنطلق الشرعي للتبرع والهبة مع التعويضات. منتدى التكافل السعودي الأول. تنظيم البنك الإسلامي للتنمية وبنك الجزيرة. جدة. ٢١ - ٢٢ / ٩ / ٢٠٠٤.
- (١٣) عبد الكريم بن محمد الرافي، فتح العزيز شرح الوجيز، القاهرة: إدارة الطباعة المنيرية، بدون تاريخ.
- (١٤) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. بيروت. دار الفكر. ط٢. ١٩٨٢.
- (١٥) علي القرة داغي. الجانب التطبيقي للتأمين الإسلامي (التكافل). ١٤٢٤هـ، بحث غير منشور.
- (١٦) محمد أبو زهرة. حكم التأمين في الشريعة الإسلامية. دمشق. مجلد أعمال أسبوع الفقه الثاني بدمشق. ١٩٦١.

- (١٧) محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية. إعلام الموقعين عن رب العالمين. بيروت. دار الجيل. بدون تاريخ.
- (١٨) محمد بن أحمد بن رشد، المقدمات الممهديات، ط١، القاهرة: مطبعة السعادة، بدون تاريخ.
- (١٩) محمد الجرف. تقويم عقود هيئات التأمين الإسلامية المعاصرة فقهيًا. (المجلة العلمية لتجارة الأزهر. العدد ٢٢. يناير ١٩٩٧م).
- (٢٠) محمد الجرف. نحو نموذج تأمين إسلامي. ص: ٤. جدة. الملتقى الدولي الأول للتكافل الإسلامي. ٧- ١٤٢٥/٨/٨هـ - ٢١ - ٢٢/٩/٢٠٠٤. تنظيم البنك الإسلامي للتنمية وبنك الجزيرة.
- (٢١) محمد الخطيب الشربيني. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. بيروت. دار الفكر. بدون تاريخ.
- (٢٢) محمد أمين بن عابدين. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. بيروت. دار الفكر. ١٩٧٩. تصوير ط٢ ١٩٦٦.
- (٢٣) محمد عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب. مواهب الجليل شرح مختصر خليل. ط٢. بيروت. دار الفكر. ١٣٩٨هـ.
- (٢٤) محمد عرفة الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير. القاهرة. دار إحياء الكتب العربية. بدون تاريخ.
- (٢٥) محمد مصطفى الزحيلي. الالتزامات التعاقدية في عقود شركات التأمين الإسلامية. جدة. البنك الإسلامي للتنمية. حلقة عمل حول عقود التأمين الإسلامي. ٢٨- ٣٠/١٠/١٤٢٢. ١٢- ١٤/١/٢٠٠٢.
- (٢٦) منصور بن يونس البهوتي. شرح منتهى الإرادات. ط٢. بيروت. عالم الكتب. ١٩٩٦.
- (٢٧) منصور بن يونس البهوتي. كشاف القناع عن متن الإقناع. بيروت. دار الفكر. ١٩٨٢.
- (٢٨) يحيى بن شرف النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين. ط٢. بيروت. المكتب الإسلامي. ١٤٠٥هـ.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

التأمين التعاوني الأحكام والضوابط الشرعية

إعداد

الدكتور السيد حامد حسن محمد
المدير العام للشركة التعاونية للتأمين
الخرطوم- السودان

التأمين التعاوني الأحكام والضوابط الشرعية تعريف التأمين

مقدمة:

يُعتبر التأمين من الأنشطة الاقتصادية التي تتأثر وتؤثر بما يجري في بقية الأنشطة والقطاعات لهذا يتم تنظيمها بموجب قوانين ولوائح تصدرها الدولة وتعين لها الأجهزة الرقابية المناسبة لضمان سلامة أدائها، ولهذا ينظر على أنها وسيلة يمكن استغلالها في التخطيط وفي تنفيذ السياسات والبرامج .

أسباب اختيار الموضوع:

عنوان هذا البحث جرى تحديده بواسطة الجهة المنظمة للمؤتمر وهي منظمة المؤتمر الإسلامي متمثلة في مجمع الفقه الإسلامي الدولي حول موضوع " التأمين التعاوني: أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منها ". والعنوان الذي حُدد من قبل الجهة المنظمة هو: الدور التتموي لشركات التأمين التعاوني: (آفاقه، معوقاته، مشكلاته) ولكنني أضفت للعنوان مصطلح " إسلامي " ليكون العنوان " الدور التتموي لشركات التأمين التعاوني الإسلامي: (آفاقه، معوقاته، مشكلاته) " وذلك لأن التأمين التعاوني نوع من التأمين معروف وظهر في الدول غير الإسلامية لاسيما الغربية وما زال موجوداً حتى الآن، إن موضوع التأمين الذي نحن بصدده عُرف بالتأمين الإسلامي المبني على التعاون سواء أكان ذلك في الدول الإسلامية، أو غير الإسلامية بل وما يزال يعرف باسم التأمين الإسلامي حتى اليوم.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في الآتي:

- (١) هل للتأمين التعاوني الإسلامي تأثير إيجابي في التنمية؟.
- (٢) هل تتفق أعمال التنمية و خدمات التأمين التعاوني مع مقاصد الشريعة الإسلامية؟.
- (٣) هل توجد عقبات تواجه في الاستفادة من خدمات التأمين التعاوني الإسلامي في مجال التنمية بصفة خاصة والمجالات الأخرى بصفة عامة؟.
- (٤) ما هو موقف أعمال التنمية وخدمات التأمين من فروض الكفاية؟.

فروض البحث:

إن فروض البحث التي نسعى للإجابة عليها من خلال متن هذا البحث هي كالاتي:

- (١) التأمين التعاوني الإسلامي له دور إيجابي في إنفاذ أعمال التنمية واستدامتها.

- (٢) تتسجم أعمال التّمية وخدمات التّأمين التّعاوني الإسلامي مع مقاصد الشريعة الإسلامية.
- (٣) وجود عقبات تواجه توسُّع خدمات التّأمين التّعاوني الإسلامي في قطاعات التّمية بصفة خاصة ولبقية الأعمال بصفة عامة.
- (٤) تتفق أعمال التّمية وخدمات التّأمين مع فروض الكفاية.

منهج الدراسة:

المنهج المتبع في هذه الدّراسة هو المنهج الوصفي والاستنباطي والاستقرائي.

هيكل الدّراسة:

تحتوي هذه الدّراسة على مقدمة وثلاثة فصول ثم خاتمة تتضمن الاستنتاجات والتوصيات:

- (١) المقدمة.
- (٢) الفصل الأول، بعنوان: التّأمين التعاوني الإسلامي (تعريفه، مبادئه، نشأته) ويحتوي على ثلاث مباحث أولهما التعريف بالتّأمين التعاوني الإسلامي، وثانيهما مبادئ التّأمين التعاوني الإسلامي، وثالثهما نشأة التّأمين التعاوني الإسلامي.
- (٣) الفصل الثاني، بعنوان: الاستثمار في شركات التّأمين التّعاوني الإسلامي ويحتوي على ثلاثة مباحث،. المبحث الأول تناولت فيه تطبيقات صيغة المضاربة في أعمال التّأمين التعاوني الإسلامي. والمبحث الثاني خصصته لتطبيقات صيغة الوكالة في أعمال التّأمين التعاوني الإسلامي. أما المبحث الثالث فأفردته للأجرة في صيغة الوكالة وتباين الآراء الشرعية فيها.
- (٤) الفصل الثالث، بعنوان: دور التّأمين التعاوني الإسلامي في أعمال التّمية والمشاكل التي تواجهه ويحتوي على أربعة مباحث تناولت في المبحث الأول فروض الكفاية وعلاقتها بأعمال التّمية والتّأمين. ثم جعلت المبحث الثاني دور التّأمين في أعمال التّمية وفصلت فيه التّمية الزراعية ودور التّأمين التّعاوني الإسلامي في إنفاذها، وعرّفت التّمية الصناعية ودور التّأمين التّعاوني للإسلامي في تحقيقها، ثم وضحت التّمية الاجتماعية وأشرت لأنشطة التّأمين التعاوني في استدامتها، ففصلت دور التّأمين التّعاوني الإسلامي في توفير مصادر التمويل لأعمال التّمية.
- (٥) الخاتمة وبها زيلت البحث وضمنتها استعراضاً لفروضه ومدى تحققها، ثم بينت الاستنتاجات التي بدت لي، فالتوصيات التي توصلت إليها من خلال مادة البحث.
- (٦) قائمة المراجع التي استعنت بها في هذا البحث.

الفصل الأول

التعريف بالتأمين التعاوني الإسلامي^(١) تعريفه ونشأته

على الرغم من أن التأمين التعاوني الإسلامي قد مضى على انطلاقته ما يربو عن الثلاثين عاماً؛ إلا أنه لا يوجد تعريف متفق عليه أو تعريفات متشابهة كتلك التي تناولت التأمين التجاري وفقاً لما ورد في القوانين العربية التي إن اختلف في النص إلا أنها شبيهة متفقة في المعنى وهذا ما لم يحدث في التأمين التعاوني الإسلامي، حيث لا تجد تعريفاً مجمع عليه أو مختلف فيه، ولعل ذلك بسبب ندرة الكتابة في هذا الموضوع لاسيما الكتابة التي تتعلق بالتأصيل بالإضافة إلى عدم اهتمام المشرع في الدول الإسلامية والعربية بهذه الخدمات أمّا لعدم تنظيمها من قبل الدولة أو لعدم اهتمام الدولة بتنظيم خدمات التأمين بصفة عامة. بالرغم مما ذكرته قد تكون هنالك مجهودات ولكني لم أقف عليها بعد.

المبحث الأول

تعريف التأمين التعاوني الإسلامي

في السطور التالية نسعى للوصول إلى تعريف للتأمين التعاوني الإسلامي من خلال ما جاء في اللغة وقانون التأمين والتكافل السوداني للعام ٢٠٠٣م ثم نساهم من جانبنا بوضع تعريف للتأمين التعاوني الإسلامي .

الأمن لغة^(٢): هو ضد الخوف وورد لفظه ومشتقاته في القرآن الكريم في مواضع كثيرة نذكر منها ﴿ ثُمَّ أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ بَعْدِ الْغَمِّ أَمْنَةً نُعَاسًا يَغْشَى طَآئِفَةً مِنْكُمْ ﴾^(٣) وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَإِذْ جَعَلْنَا الْبَيْتَ مَثَابَةً لِّلنَّاسِ وَأَمْنًا ﴾^(٤) وفي قوله تعالى : ﴿ وَهَذَا أُنْبَأُ الْأَمِينِ ﴾^(٥). كما ورد في السنة في حديث رُوِيَ عَنْهُ ﷺ عن ابن عمر رواه ابن ماجه : (المؤمن من آمنه الناس على أموالهم وأنفسهم ، والمهاجر من هجر الخطايا والذنوب)^(٦) .

أمّا على مستوى التجربة السودانية للتأمين الإسلامي فقد تمّ تنظيمه بواسطة الدولة تنظيمًا قانونيًا حيث عرّف المشرع السوداني التأمين والتكافل وفقاً لما جاء في

(١) د. السيد حامد حسن، التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق " كتاب لم ينشر بعد" ، واصل هذا الكتاب رسالة دكتوراة في التأمين الإسلامي، ونشير لهذا المرجع في العزو اللاحق ب د.السيد حامد حسن، التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق، ص:٢٢٤.

(٢) أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب دار صادر بيروت، بدون، ونشير إليه في العزو اللاحق باللسان.

(٣) آل عمران : الآية (١٥٤).

(٤) البقرة : الآية (١٢٥).

(٥) التين : الآية (٣).

(٦) الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير ، دار الفكر ، الطبعة الأولى ١٩٨١ حديث ونشير إليه في العزو اللاحق بالسيوطي ، الجامع الصغير، حديث رقم ٩١٤٤/٢ .٦٦٠.

القانون السُّوداني وهو قانون التَّأمين والتكافل لسنة ٢٠٠٣م. حيث تضمن القانون تعريفين الأول:-

الأول: تعريف التَّأمين هو (عقد التَّأمين عقد يلتزم فيه المؤمن نيابة عن المؤمن لهم بان يؤدي إلى المؤمن له ، أو إلى المستفيد ، مبلغاً من المال أو أي عوض في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده، أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل مبلغ محدد يؤديه المؤمن له للمؤمن على وجه التبرع لمقابلة التزامات المؤمن)^(١).

ومن ميزات هذا التعريف انه وضع الجانب القانوني والتزامات الطرفين، كما استعمل كلمة (المستفيد) وهي أعم، وأشمل لأنَّ المستفيد قد يكون وارثاً في حالة إن كان مبلغ التعويض مستحقاً عن وفاة المؤمن له، أو أن يكون المستفيد هو المؤمن له في حالة استحقاقه تعويضاً عن التلف الحاصل لموضوع تأمينه، أو أن يكون المستفيد مستحقاً لتعويض المسؤولية المدنية التي ينبغي أن يدفعها المؤمن له وتتوب عنه الشركة في دفعها للمستفيد عنها. واتسم هذا التعريف بأنه يبيِّن الأساس الذي يدفع بموجبه قسط التَّأمين وهو التبرع الذي هو أساس التَّأمين الإسلامي.

ويؤخذ على هذا التعريف انه لم يُشير للأسس الفنية التي تدار وفقاً لها مخاطر التَّأمين بالإضافة إلى إغفاله لجانب إن تكون المصلحة الملجئة للتَّأمين هي مصلحة مشروعة.

الثاني: التكافل أي تأمين الأشخاص (عقد التكافل عقد يلتزم فيه المؤمن نيابة عن المشتركين بان يؤدي إلى المستفيد مبلغاً من المال أو إيرادا دورياً في حالة تحقق السبب الموجب لدفع مزية التكافل وذلك مقابل قسط محدد يؤديه المشترك إلى المؤمن على وجه التبرع لمقابلة التزامات المؤمن)^(٢).

وبتقييمنا لهذا التعريف من حيث الايجابيات والسلبيات؛ نجد أنَّ نفس الايجابيات والسلبيات التي سلف ذكرها في التعريف الأول الخاص بتأمين الممتلكات وتأمين المسؤولية المدنية تنطبق عليه.

لما تقدم من ملاحظات فان الباحث يرى إن يكون تعريف عقد التَّأمين التَّعاوني الإسلامي بشقيه تأمين الممتلكات وتكافل الأشخاص على النحو التالي:

"عقد التَّأمين/التَّكافل التَّعاوني الإسلامي عقد تبرع وفق أحكام الشريعة الإسلامية، مبنى على المقاصة، لتقديم خدمة تأمينية/تكافلية، لمصلحة مشروعة، بين طرفين: المؤمن له بصفته مشتركاً وقبل دفع قسط الاشتراك، والمؤمن بصفته عاملاً ووكيلاً عن المشتركين وقبل تسلم قسط الاشتراك وتعهد بمقتضى ذلك أن يدفع للمستفيد مبلغاً من المال علي سبيل: التعويض المثلي، أو الإيراد الدوري، أو الدفع الرأسمالي، إذا

(١) قانون التَّأمين والتكافل السوداني للعام ٢٠٠٣، الفصل الثاني، المادة ٣، ص: ٢.

(٢) المرجع السابق، المادة ٤ ص: ٢.

تحقق الخطر المغطى. والمؤمن لهم وهم المشتركون يغنمون الفائض إن وجد، ويغرمون الخسارة الزائدة إن تحققت، و يشاركون في الإدارة".

ومن هذا التعريف نلاحظ ما يلي :

- (١) بين التعريف أن أأ عقد التأمين الإسلامي هو عقد تبرع.
- (٢) الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في تنفيذ الأنشطة المتعلقة بالتأمين.
- (٣) الأخذ بمفهوم المقاصة بين المخاطر المراد تأمينها وفي هذا اهتمام بالأسس الفنية المعروفة والمطبقة في صناعة التأمين فيما يتعلق بالخطر من حيث الاختيار والتصنيف والقياس وتقدير تكلفته.
- (٤) المطلوب هو تقديم خدمة تأمينية، أو تغطية تكافلية، ولكن يشترط أن تكون هذه الخدمة لمصلحة مشروعة وفق القانون السائد في الدولة وهو أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي يخرج وفقا لهذا التعريف تأمين موضوعات التأمين، أو التغطية التكافلية التي لا تتفق والمقتضى الشرعي كتأمين الخمر، والخنزير، والمعاملات الربوية، وإبرام تغطية لمصلحة شخص في حالة وفاة شخص آخر لا تربطها علاقة تبرر إبرام هذه التغطية التكافلية وغيرها من التغطيات التأمينية والتكافلية التي لا يوجد مسوغ شرعي لإبرامها.
- (٥) أكد هذا التعريف على عملية القبول والإيجاب بين المتعاقدين.
- (٦) بموجب قسط الاشتراك المقبوض بواسطة شركة التأمين يتم التعهد بدفع مبالغ للمستفيد على سبيل التعويض المالي المثلّي، أو القيمي وهذا ينسحب على تأمين الممتلكات الذي يتم فيه التعويض إما بالشراء، أو الاستبدال لموضوع التأمين التالف، أو الذي لحقت به الخسارة، أو تأمين المسؤولية المدنية بسداد مقدار مبلغ المسؤولية الذي يحدده القانون، وكذلك التأمين الصحي في بعض صورته إذ يتم فيه استرداد ما دفعه المشترك من تكاليف للعلاج تلقاها المشترك؛ إما خارج الشبكة الطبية سواء كانت محلية أو عالمية، أو في حالة طوارئ. أما التعويض أو الدفع الدوري للمشارك المتمثل في دفعات ذات طابع دوري مثال ذلك: مزايا المعاش التي تدفع مبالغها دورياً وتغطيات البطالة وتغطيات العجز الكلي المؤقت التي يدفع عنها مبالغ دورية حتى يحصل العاطل على العمل أو يبلغ التعويض الفترة القصوى، وكذلك مزايا الاستشفاء التي تدفع يومياً في حالة لزوم المشترك سرير الاستشفاء. أما الدفع الرأسمالي هو عبارة عن المبالغ التي تدفع في حالة الوفاة، أو العجز الكلي الدائم، أو العجز الجزئي الدائم، أو في حالة الأمراض الخطرة أو في حالة المعاش إن كان يدفع على نظام الدفعة الواحدة وهذا يشمل تغطيات التكافل.

(٧) بين التعريف مبادئ التّأمين التّعاوني الإسلامي الأخرى، وهي المشاركة في الفائض التّأميني / التّكافلي والمشاركة في الخسارة الزائدة وكذلك المشاركة في الإدارة وبذا تكون صورة التّأمين التّعاوني الإسلامي قد اكتملت من حيث الأسس الشرعية والتعاقدية والفنية.

(٨) هذا التعريف جمع كل أنواع التّأمين التي تمارس في التّأمين التّعاوني الإسلامي من تأمين ممتلكات ومسؤولية مدنية وتكافل، ولذا يبدو طويلاً بعض الشيء وهذه سلبيته.

المبحث الثاني مبادئ التّأمين التّعاوني الإسلامي

من غير شك يكون لعقد التّأمين التعاوني الإسلامي أحكاماً وضوابطاً تشكل الأسس والمبادئ، التي يعمل وفقاً لها وهذا ما سنتعرض له في المبحث التالي.

المطلب الأول

مبدأ التبرع^(١)

إن مبدأ التبرع أهم المبادئ التي ينطلق منها عقد التّأمين الإسلامي، والحكمة من هذا المبدأ؛ هو لتجاوز شبهة الغرر التي توجد في نظام التّأمين التجاري، والتّأمين التعاوني الإسلامي، غير أن عقد التبرع يكون جائزاً شرعاً إذا شابه الغرر وفقاً لرأي المذهب المالكي الذي يتميز عن بقية المذاهب الفقهية بأن وضع قاعدة عامة فيما يتعلق بالغرر في عقود التبرعات فحواها " إن جميع عقود التبرعات لا يؤثر الغرر في صحتها ". وقد فصل مالك^٢ بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة ... وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة ، وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام ، طرفان وواسطة ، فالطرفان أحدهما معاوضة صرفة ، فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة ... وثانيهما ما هو إحسان صرف لا يقصد منه تنمية المال كالصدقة والهبة ... فان هذه التصرفات إن فاتت علي من أحسن إليه بها لا ضرر عليه ، لأنه لم يبذل شيئاً بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالة ضاع المال المبذول في مقابلته ، فاقترضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه ، أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه ، فاقترضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان والتوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم أو المجهول ، فان ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً ، وفي المنع من ذلك وسيلة إلي تقليله ، فإذا وهب له بغيره الشارد جاز إن يجده فيحصل له ما ينتفع به ، ولا ضرر عليه إن

(١) د. السيد حامد حسن، التّأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق ص: ٢٠٧.

(٢) البروفيسير الصديق محمد الأمين الضيرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، دار الجيل بيروت والدار السودانية للكتب الخرطوم، الطبعة الثانية، ١٩٩٠ ص: ٥١٢ ، ونشير لهذا المرجع في العزو اللاحق ب د. الضيرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي.

لم يجده، لأنه لم يبذل شيئاً، وألحق مالك الخلع بهذا الطرف، لأن العصمة وإطلاقها ليست من باب ما يقصد للمعاوضة، بل شأن الطلاق أو يكون بغير شيء فهو كالهبة ثم إن الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حتى نقول: ما يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع، بل إنما وردت في البيع ونحوه".

"وأما الوسطة بين الطرفين فهو النكاح ...".

"كما وافق ابن تيمية المالكية في رأيهم بالنسبة لتأثير الغرر في العقود فقرر أن الغرر يؤثر في عقود المعاوضات ولا يؤثر في عقود التبرعات".

إذن التبرع مبدأ من المبادئ المهمة التي يقوم عليها التأمين التعاوني الإسلامي. وبهذا التبرع يتم إخراج عقد التأمين من دائرة عقود المعاوضة المالية التي يبطلها الغرر كما تقدم، ويدخلها في دائرة عقود التبرعات التي لا يبطلها الغرر، وفقاً لرأي المذهب المالكي الذي أوردناه في مطلع هذا المطلب. إذن الغرر يوجد في عقود التأمين التجاري والتأمين التعاوني الإسلامي ولكنه يبطل عقد التأمين التجاري لأنه عقد معاوضة ولا يبطل عقد التأمين التعاوني الإسلامي لأنه عقد تبرع بنص الحديث النبوي الذي يرويه أبو هريرة قال " نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصة وعن بيع الغرر. " والشاهد هنا في هذا النص النبوي أن هذا الحديث النبوي يعني عقود البيوع، والتبرعات ليست من عقود البيوع وبالتالي لا يشملها الحديث النبوي المذكور.

وفقاً لمبدأ التبرع هذا يعتبر عقد التأمين التعاوني الإسلامي؛ عقداً تعاونياً لأن التبرع ما هو إلا تعاون بين المشتركين. ويدعم هذا التعاون قول المولى عز وجل ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾^٢، وأيضا قوله تعالى: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوْا وَنَصَرُوا أُولَئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا وَإِنْ اسْتَنْصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمْ النَّصْرُ إِلَّا عَلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾^٣ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ ﴾^٤. والولاية من معانيها النصرة^(٥)، والوالي هو الصديق النصير، لقوله تعالى: ﴿ نِعْمَ الْمَوْلَى وَنِعْمَ النَّصِيرُ ﴾^(٥).

(١) الخلع معناه لغة: النزع والإزالة وعرفاً بضم الخاء: إزالة الزوجية واصطلاحاً هو الفراق بين الزوجين بعبوض من جانب المرأة للرجل بهدف افتداء نفسها والخلاص من الزوج لقوله تعالى " فلا جناح عليهما فيما افتدتت به " راجع أ.د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٤ ص: ٧٠٧ / ٩ وما بعدها. ونشير لهذا المرجع في العزو اللاحق ب.أ.د. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته.

(٢) المائدة: الآية (٢).

(٣) الأنفال: الآية (٧٢، ٧٣).

(٤) اللسان: ٤٠٦/١٥.

(٥) الأنفال: الآية (٤٠).

وقيل الولاية هي السلطان^(١)، وقيل المولى هو الذي يقوم بالكفالة كولي اليتيم^(٢) الذي يقوم بأمره وفى هذا المعنى منها أيضا الموالى: وهم ورثه الرجل وعصبته^(٣) قوله تعالى ﴿وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا﴾^(٤) ومنه ولاء الموالاة؛ وهو عقد يربط شخصين يقول احدهما وهو مجهول النسب: أنت وليي ترثني إذا مت وتعقل عنى إذا جنيت^(٥).

معنى الولاية هنا يشير إلى التعاون والحض عليه لما فيه من خير للبشرية. وكذلك قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾^(٦) وقال هنا بعض المفسرين^(٧): هم جسد واحد متحابون في الله متآخون متناصرون متناصرون في الله ويجير أدناهم على أعلاهم ويطيع بعضهم بعضاً ويتراحمون فيما بينهم كما قال رسول الله ﷺ: "مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى"^(٨). إذن هذا التفسير والمتضمن لهذا الحديث الصحيح نخرج منه بحض الإسلام على التعاون فيما بين المؤمنين وإقالة عثرات بعضهم بعضاً دفعاً للضرر وقضاء للحوائج.

كذلك يقول الله تعالى ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾^(٩) هذه الآية في عمومها تدعو إلى عمل الخير والمعروف والتعاون وما كان في معناه فهو خير ومعروف والنأي عن التامين التجاري بعد ثبوت عدم جوازه فيه نهى عن المنكر.

أما ضابط صيغة التبرع الذي يُبنى عليها اشتراك المؤمن له في نظام التامين التعاوني الإسلامي هو أن يعتبر المشترك متبرعاً بكلٍ أو بجزءٍ من قسط التي يدفعه لصندوق أو صناديق التامين، وذلك على حسب احتياج الصندوق، أو تلك الصناديق؛ لأن القسط يحدد سلفاً قبل وقوع الحادث ولا يوجد ما يؤكد أن تكلفة الحماية أو التغطية هي مقدار القسط المدفوع، لأن أمر حدوث الحادث أمر احتمالي. والمعروف أن ما يدفعه المشتركون من أقساط لقاء اشتراكهم في نظام التامين الإسلامي، يوزع على ثلاثة أقسام؛ فيخصص

^(١) اللسان: ص ٤٠٧/١٥.

^(٢) اللسان: ص ٤٠٧/١٥.

^(٣) اللسان: ص ٤٠٨/١٥.

^(٤) سورة مريم: الآية (٥).

^(٥) أ.د. محمد رواس قلعة جي ود.حامد صادق قنبيبي، معجم لغة الفقهاء، إدارة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، كراتشي، بدون، ص: ٥٠٩^٧ ونشير لهذا المرجع في العزو اللاحق ب قطع جى، معجم لغة الفقهاء.

^(٦) سورة التوبة: الآية (٧١).

^(٧) د. احمد على الإمام، القرآن الكريم بحاشية مفاتيح فهم القرآن، مصحف افريقيا، الخرطوم، بدون تفسير الآية، ونشير لهذا المرجع في العزو اللاحق ب د. أحمد على الإمام، مفاتيح فهم القرآن.

^(٨) السيوطي، الجامع الصغير، حديث رقم ٨١٥٥ ص: ٢٥٣/٢.

^(٩) سورة آل عمران: الآية (١٠٤).

جزء منها للاستثمار، وجزء ثان يدفع لأعمال إعادة التأمين، بينما يتحمل الجزء الثالث المصروفات التأمينية المتمثلة فيما تحتفظ به الشركة ولا تعيد التأمين عليه، ومصروفات الإدارية والعمومية أو عمولة الوكالة حيث يتحمل المساهمون المصروفات العمومية والإدارية، و المسوحات بغرض إبرام التغطية التأمينية وإجراء تسوية المطالبة أو الكشف الطبي، و المصروفات الإدارية، والاحتياطيات الفنية ... الخ. ومن محصلة هذه الأجزاء الثلاثة مضافاً لها الاحتياطيات وعوائد الاستثمار، وأنصبة معيدي التأمين، تدفع المزايا و التعويضات المستحقة وعند انتهاء السنة المالية، وبعد خصم كل بنود الالتزامات والمصروفات يكون ما تبقى في هذا الوعاء هو الفائض التأميني. فهو يتكون من باقي الأقساط المدفوعة لدى الشركة مضافاً لها عوائد استثمارها، فيوزع المبلغ على المشتركين كل علي حسب نسبة ما دفعه فعلاً من أقساط لصندوق التأمين.

بالإضافة إلي ما تقدم، فإنه لا بد أن نعتبر المشترك في نظام التأمين الإسلامي متبرعاً بكل أو بجزء من قسط التأمين الذي دفعه للصندوق. وأما إذا اعتبرناه متبرعاً بكل القسط ثم دفعنا له الفائض نكون قد اختلفنا مع أصل فقهي يتعلق بأحكام عقود التبرعات والمتمثل في حديث الرسول الله صلى الله عليه وسلم " العائد في هبته كالعائد في قيئه" (١) وأيضا حديثه ﷺ " ليس منا مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه" (٢) ، وإن قلنا إنه متبرع بجزء فقط للزم علي شركة التأمين الإسلامية أن ترد له الجزء الآخر حتى إذا أدى ذلك للخسارة. وأما في حالة عدم توزيع الفائض، فإن صورة التأمين التعاوني الإسلامي تصبح قريبة من صورة التأمين التجاري الذي لا يوزع فائضاً، وإنما يدفع التعويض فقط. وفي هذه الحالة بالذات؛ أي حالة عدم توزيع الفائض، فإن المبالغ الفائضة أين تذهب؟ وللإجابة على هذا التساؤل نقول: قطعاً ستكون في تحت تصرف الإدارة التنفيذية، ومجلس إدارة الشركة مما يغري بإهدار المال. وشيئاً فشيئاً يحول لصالحهم بأي صورة من الصور ليدخل في دائرة أكل المال بالباطل، وبالتالي تصبح ممارسة التأمين الإسلامي من الناحية المالية لا فرق بينها وبين ممارسة التأمين التجاري. إذن ولهذا لا بد من الجمع بين العبارتين "أي متبرع به كله أو بجزء منه".

هذا التبرع هو دلالة علي التعاون فيما بين المشتركين؛ وفي ذلك تزكية لروح التواد والتراحم فيما بينهم، وذلك في حالة نزول أي مصيبة أو جائحة بأي منهم، فهم يتكافلون مع من نزلت به المصيبة، أو لحقت به الجائحة، فيعملون علي تخفيفها أو إزالة أثرها تماماً كما في الدية وما شابه ذلك.

(١) الإمام أبي عبد الله بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٩م، كتاب الهبة باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته حديث رقم ٢٦٢١، ونشير لهذا المرجع في العزو اللاحق ب صحيح البخاري.
(٢) صحيح البخاري : كتاب الهبة باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته حديث رقم ٢٦٢٢ والحديثان (٢٠، ١٩) رواهما ابن عباس رضي الله عنهما.

المطلب الثاني

مبدأ عدم مخالفة أداء الشركة لأحكام الشريعة الإسلامية

إن عقد التأمين الإسلامي من أهم مبادئه هو التبرع، وبالتالي هو عقد تبرع وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية؛ لذلك ينبغي على شركة التأمين الإسلامية أن تلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية وذلك في حال تنفيذها لأي عمل من الأعمال التي أسست من أجلها. وضماناً لتنفيذ هذا المبدأ فإن الشركة عليها أن تلتزم بالضوابط التالية:

(١) تعيين جهاز رقابة شرعي يتألف من مجموعة من علماء الشريعة يسمى بهيئة الرقابة الشرعية، التي تعمل على مراقبة أعمال الشركة واتساقها مع أحكام الشريعة الإسلامية. لهذه الهيئة الحق في الإطلاع على كل الأعمال التأمينية، لاسيما الحسابات الختامية وإجازتها. ودراسة عقود التأمين وإجازتها. الإطلاع على شروط اتفاقيات إعادة التأمين وإجازتها. وكذلك تعمل هذه الهيئة على دراسة أي أمور تستشكل على الشركة من الناحية الفقهية ومن ثم تصدر الهيئة قرارها حيال المسألة المعروضة.

(٢) تتولى شركة التأمين الإسلامية باستثمار أموالها في مواعين وعبر قنوات لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وأن يجري ذلك تحت إشراف هيئة الرقابة الشرعية.

(٣) تلتزم الشركة بتقديم خدمات التأمين للراغبين على أن تتأى بنفسها عن إبرام أي تغطية لتجارة أو عمل يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية .. على سبيل المثال: لا تؤمن تجارة المخدرات، أو الخمر، والخنازير، وكذا المعاملات المالية المشتملة على ربا وصور أكل المال بالباطل.

(٤) تتعامل الشركة بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية مع شركات التأمين المباشر وكذلك شركات إعادة التأمين ووسطاء التأمين الذين لا يمارسون نشاطهم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولعل هذه الضوابط تميز بين طبيعة عقد التأمين الإسلامي وعقد التأمين التعاوني الممارس في الغرب حيث أن هذه المبادئ لا توجد في عقد التأمين التعاوني الذي يمارس في الدول غير المسلمة أو المسلمة غير الملتزمة بهدى الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث

مبدأ توزيع الفائض التأميني

وهو يتمثل في المبلغ المتبقي من أقساط التأمين بعد دفع التعويضات و كافة الالتزامات الأخرى بما في ذلك عمولة الوكالة إذا كانت تتضمن المصروفات العمومية والإدارية، أو عمولة الوكالة زائداً المصروفات العمومية والإدارية. ثم يضاف إلى متبقي الأقساط عائد

الاستثمار الشرعي، لتصبح الجملة تمثل الفائض التأميني الذي يوزع على المشتركين بنسب اشتراك كل منهم. وقد يرى البعض أن هذا هو الفارق الوحيد بين شركات التأمين الإسلامية والشركات التجارية استخفافاً بهذا الأمر ﴿ وَحَسْبُوهُ هَيِّنًا وَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمٌ ﴾^(١) ، لان الصورة المضادة له في شركات التأمين التجارية هي ذهاب هذا الفائض إلى جيوب حملة الأسهم وهو في بعض مكوناته ربا والبعض الآخر أكل مال بالباطل ناسين قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴾^(٢) وقوله تعالى أيضا " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ " ^(٣) ، ومتناسين كذلك التحذيرات النبوية المتمثلة في الحديث الشريف الذي يرويه الطبراني عن عبد الله بن سلام " الدرهم يصيبه الرجل من الربا أعظم عند الله من ثلاث وثلاثين زنية يزينها الرجل في الإسلام " ، وكذلك الحديث الذي يرويه ابن ماجة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ : " الربا سبعون جزءاً أيسرها مثل أن ينكح الرجل أمه"^(٤) ويبدو الأمر واضحاً كوضوح الشمس في بياض النهار إذا قرأت قوله عز وجل ﴿ وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا ﴾^(٥) فانظر هنا إلى ترتيب جريمة الزنا وأن أثم الربا يتقدمها.

إذن فإن كان هذا هو الفارق الوحيد - كما يزعمون - فهو فارق ينطوي على أمر خطير، ولعل ما تقدم ذكره، وما سيرد لاحقاً، فيه من العناصر ما يميز ويفصل نظام التأمين الإسلامي عن نظام التأمين التجاري.. فكل هذا الكم مجتمعا يعطينا العديد من الفروق بين التأمين الإسلامي والتأمين التجاري وفيه رد على مقولة القائلين بأن الفرق الوحيد بينهما هو رد الفائض التأميني.

وضابط توزيع الفائض التأميني هو: أن يتم توزيعه على المشتركين المؤمن لهم باعتباره حقا لهم ولا يجوز للمساهمين أن يأخذوا منه شيئاً إلا بعد ثبوت المسوغ الشرعي والصيغة الشرعية التي بموجبها يأخذون أي قدر من الفائض التأميني.

المطلب الرابع

مبدأ المشاركة في الخسارة الزائدة

إن التأمين التعاوني الإسلامي هو تعاون على البر والتقوى، وبالتالي فهو تعاون في السراء والضراء، فإذا كانت جملة الأقساط المدفوعة والاحتياطيات ورأس المال مضافاً لها موارد إعادة التأمين لا تكفي مجتمعة من الوفاء بحجم الخسارة أو الخسائر التي حدثت في الفترة التأمينية. إلا أن هذا الوضع حقيقة هو نظري أكثر منه عملي إذ نجد أن فكرة

^(١) سورة النور آية (١٥) .

^(٢) سورة النور آية (١٥) .

^(٣) سورة النساء آية (٢٩) .

^(٤) السيوطي ، الجامع الصغير ، حديث رقم ٤٥٠٧ ، ٢٢/٢ .

^(٥) سورة الفرقان آية (٦٨) .

إعادة التأمين خير سند وعضد في تحمل الخسارة أو الخسائر ولهذا يمكننا القول بأن حدوث خسارة يساهم فيها المؤمن لهم ليس بالأمر السهل.

وضابط المشاركة في الخسارة الزائدة في حالة حدوثها هو أن يوزع القدر الزائد من الخسائر على المؤمن لهم، على حسب نسبة ما دفعه من أقساط، مما يعنى أن مساهمة كل منهم محدودة بالقدر الذي ساهم به في العملية التأمينية.

المطلب الخامس

مبدأ المشاركة في الإدارة

سبق أن وضحنا أن التأمين التعاوني الإسلامي من مبادئه التبرع حيث يعتبر المؤمن لهم متبرعين لبعضهم بعضاً، ويغنون الفائض التأميني في حالة تحققه ويغرمون الخسارة الزائدة في حالة حصولها، لذلك هذه الصورة تستدعي أن يشارك المؤمن لهم في إدارة شركة التأمين وبالأحرى في إدارة صندوق التأمين وهو يخصهم. وتتم مشاركة المؤمن لهم في إدارة صندوق التأمين عبر هيئة المشتركين، وتتطلع هيئة المشتركين بالآتي:

- (١) الإطلاع على الحسابات الختامية وإجازتها.
 - (٢) الإطلاع على الفائض التأميني وأسس توزيعه، أو الخسارة - إن وجدت - وأسس توزيعها.
 - (٣) الإطلاع على تقرير الأداء الذي يعده رئيس مجلس الإدارة ومناقشته دارة الشركة عن أدائها في العام الماضي.
 - (٤) تنتخب هيئة المشتركين على الأقل عضواً واحداً يمثل المشتركين في مجلس الإدارة الذي يطلع بإدارة الشركة والعمل على تنفيذ أهدافها المرسومة ووضع السياسات واللوائح والميزانيات وإجازة الحسابات الختامية والإطلاع بمهام الاستثمار وغيرها من الأعباء التي يناط بها مجلس الإدارة عادة في شركات التأمين الإسلامية.
 - (٥) تنتخب هيئة المشتركين من عضو واحد على الأقل في الجمعية العمومية لشركة التأمين الإسلامية. ومعلوم أن الجمعية العمومية تنتخب رئيس وأعضاء مجلس الإدارة، والمدير العام وهيئة الرقابة الشرعية، والمراجع القانوني ولها الحق في تغيير النظام الأساسي كما لها الحق في التصرف في الاحتياطات لأنها أعلى سلطة في الشركة.
- إذن من خلال المشاركة في هيئة المشتركين ومجلس الإدارة والجمعية العمومية، يستطيع المشتركون أن يطمئنوا على سير أعمال الشركة، بل ليزدادوا اطمئناناً من خلال مناقشتهم لأداء الشركة عن العام المعني وبصورة لصيقة في موقع يمكنهم من اتخاذ القرارات اللازمة. كما انه في ذات الوقت تستطيع الشركة أن تستفيد منهم في تنشيط

عمليات التسويق بصورة غير مباشرة، ولهذا يري الباحث أن يراعي في اختيار هذه العناصر المؤهلات والقدرات وإمكانية الاستفادة منهم في تنشيط العملية التسويقية.

بما أن عضوية هيئة المشتركين هي حق لكل المشتركين ولكن ضابط حضور اجتماع هيئة المشتركين هو إن كان ممكناً حضورهم جميعاً إذا ممكناً في مكان يجمعهم جميعاً ويمكن إدارة الاجتماع. ولكن إذا كان عدد المؤمن لهم كبيراً نحو عشرات الآلاف، كما نلاحظ ذلك اليوم، ففي هذه الحالة تتم دعوة ممثلين لهم بتحديد الحد الأدنى لأقساط التأمين المدفوعة من المشتركين، ومن ثم يمكن الوصول عبر الحد الأدنى لعدد المشتركين الذين يمكن أن يسعهم المكان المتاح لعقد الاجتماع، كما يمكن إدارة الاجتماع. أما الحد الأدنى هذا يحدد سنوياً بواسطة مجلس الإدارة، وبموجب ذلك، كل من دفع الحد الأدنى تتم دعوته للمشاركة في اجتماع هيئة المشتركين.

المطلب السادس

مبدأ فصل أموال حملة الأسهم عن أموال حملة وثائق التأمين

تلتزم شركة التأمين الإسلامي بفصل أموال حملة الأسهم عن حملة عقود التكافل و وثائق التأمين وتستثمر المالىين بصورة منفصلة وتضيف لكل وعاء عائد استثماراته. بل إذا تحمل حملة وثائق التأمين مصروفات استثمار رأس المال، تضاف لهم نسبة معينة من عوائد استثمار رأس المال لقاء تحملهم لمصروفات الاستثمار والعكس بالعكس، وكل ذلك على سبيل المضاربة وهذا أمر في غاية الأهمية و فيه تحري لتصويب لأعمال شركات التأمين الإسلامية وفقاً للمنهج الإسلامي.

والضابط لهذا الاستثمار هو أن تكون الأوعية الاستثمارية والصيغ المستخدمة لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وأن تتم الموافقة عليها من هيئة الرقابة الشرعية لشركة التأمين التعاوني الإسلامية.

المبحث الثالث

نشأة التأمين التعاوني الإسلامي^(١)

يعتبر التأمين التجاري وفقاً لما هو ممارس من العقود المستحدثة التي أمكن تصنيفها تحت طائفة العقود غير المسماة نظراً لعدم وجود نظير له في الفقه الإسلامي. وبناءً على تعريف الباحثين من علماء الفقه الإسلامي وعلماء القانون والاقتصاد فقد عُرّف عقد التأمين التجاري بأنه عقد احتمالي؛ والعقد الاحتمالي " هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين، أو أحدهما وقت العقد معرفة مدى ما يعطى، أو يأخذ من العقد، فلا يتحدد مدى تضحيته إلا في المستقبل تبعاً لأمر غير محقق الحصول، أو غير معروف وقت

(١) د. السيد حامد حسن، التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق، ص: ٢٠٥.

حصوله"^(١). وبعد مضاهاة العقد الاحتمالي هذا بالعقود في الفقه الإسلامي تبين أن عقد التأمين التجاري هو عقد معاوضة مالية، أما تعريفه القانوني بأنه عقد احتمالي يقابله في الفقه عقد الغرر، والغرر إذا لحق بعقد المعاوضة المالية يبطله.

وكما نعلم فقد بحث العلماء في العقد البديل لعقد التأمين التجاري لتحقيق الفائدة فتوصلوا إلى إخراج عقد التأمين من كونه عقد معاوضة وإدخاله في عقود التبرعات التي لا يبطلها الغرر لعدم شمولها بحديث المصطفى ﷺ الذي بموجبه أصبح الغرر بصريح النص يبطل العقد لأنه من البيوع المنهي عنها روى الإمام البخاري عن أبي هريرة ﷺ أنه قال " نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر". إذن الغرر المنهي عنه هو الغرر الذي يوجد في عقد البيع أو عقد المعاوضة المالية وعقد التبرع لا يشمل هذا الحديث النبوي وبالتالي، أصبح عقد التأمين التعاوني من عقود التبرعات وعقود التبرعات من العقود المسماة.

المطلب الأول

مرحلة النشأة النظرية

تمثلت بدايات النشأة النظرية للتأمين التعاوني الإسلامي بما تفضل به العلماء من تحديد عدم جواز التأمين التجاري وجواز التأمين التعاوني الإسلامي وأذكر هنا مثالين لما ورد من آراء أصحاب الفضيلة العلماء بحسب تاريخهما:

أما الرأي الأول فهو لفضيلة البروفيسير الصديق محمد الأمين الضرير حيث قال: "ورغم كل هذا فإني لا أرى إباحة عقد التأمين بوضعه الحالي لأنه لا يصح أن نلجأ إلى استخدام الضرورة أو الحاجة إلا إذا لم نجد سبيلاً غيرها، وفي موضوعنا هذا من الممكن أن نحفظ بعقد التأمين في جوهره ونستفيد بكل مزاياه مع التمسك بقواعد الفقه الإسلامي، ومن غير أن نحتمي وراء الضرورة والحاجة ومألوف الناس"^(٢).

" وذلك يكون في نظري بإخراج التأمين من عقود المعاوضات، وإدخاله في عقود التبرعات، والطريق إلى هذا أن نبعد الوسيط الذي يسعى إلى الربح بأن نجعل التأمين كله تأميناً تعاونياً يديره المشتركون أنفسهم إن أمكن أو تُشرف عليه الحكومات فتعين له موظفين يتولون إدارة الشركات باجر كسائر موظفيها، ويُص صراحة في عقد التأمين أن الأقساط التي يدفعها المشترك تكون تبرعا منه للشركة تدفع لمن احتاج إليها من المساهمين حسب النظام المتفق عليه، من غير أن تتحمل الحكومة أية مسؤولية مالية نحو المشتركين. وبهذه الطريقة يصبح التأمين تعاوناً حقيقياً على البر يستفيد منه المشترك في دنياه وينال به الثواب في الآخرة".

(١) د.عبد المنعم البدرأوي، التأمين في القانون المصري والمقارن، القاهرة، ١٩٥٧، بدون ص: ١١٣.

(٢) مرجع سابق ص ٤٣٣ وما بعدها وذكر فضيلته هذا الرأي في ابريل ١٩٦١م.

أما الرأى الثانى^(١) فهو القرار رقم ٥١ الذى أصدرته هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية بتاريخ هـ 4/4/1397 والذى تبناه مجمع الفقه الإسلامى التابع لرابطة العالم الإسلامى بمكة المكرمة والذى كان فى دورته الأولى بتاريخ ١٠ شعبان ١٣٩٨هـ بشأن جواز التأمين التعاونى بدلاً عن التأمين التجارى لما يلى:

- (١) إن التأمين التعاونى من عقود التبرع التى يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار والاشتراك فى تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث وجماعة التأمين التعاونى لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً وإنما توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر.
- (٢) خلو التأمين التعاونى من الربا بنوعيه فهو ليس بعقد ربوى كما لا تستغل أقساطه فى استثمارات ربوية.
- (٣) لا يضر جهل المساهمين فى التأمين التعاونى بتحديد ما يعود عليهم من النفع لأنهم متبرعون فلا مخاطر ولا غرر ولا مقامرة بخلاف التأمين التجارى.
- (٤) قيام جماعة من المساهمين أو من يمثلهم باستثمار ما تجمع من الأقساط.
- (٥) لتحقيق الغرض الذى من أجله أنشأ هذا التعاون سواء كان القيام بذلك تبرعاً أو مقابل أجر معين.

كذلك ذكر القرار أن يكون التأمين التعاونى على شكل شركة تعاونية مختلطة للأمور التالية:

"الالتزام بالفكر الاقتصادى الإسلامى الذى يترك للأفراد مسؤولية القيام بمختلف المشروعات الاقتصادية ولا يأتى دور الدولة إلا كعنصر مكمل لما عجز عنه الأفراد عن القيام به، وكدور موجه ورقيب لضمان نجاح هذه المشروعات وسلامة عملياتها".

الالتزام بالفكر التعاونى التأمينى الذى بمقتضاه يستقل المتعاونون بالمشروع كله من حيث تشغيله ومن حيث الجهاز التنفيذى ومسؤولية إدارة المشروع.

تدريب الأهالى على مباشرة التأمين التعاونى وإيجاد المبادرات الفردية والاستفادة من البواعث الشخصية، فلا شك أن مشاركة الأهالى فى الإدارة تجعلهم أكثر حرصاً ويقظة على تجنب وقوع المخاطر التى يدفعون مجتمعين تكلفة تعويضها مما يحقق بالتالى مصلحة لهم فى إنجاح التأمين التعاونى إذ أن تجنب المخاطر يعود عليهم بأقساط أقل فى المستقبل، كما أن وقوعها قد يحملهم أقساطاً أكبر فى المستقبل.

(١) د. محمد بن احمد بن صالح الصالح، التأمين بين الحظر والإباحة، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤، بدون، ص ٢٧٧ وما بعدها.

إن صورة الشركة المختلطة لا يجعل التامين كما لو كان هبة أو منحة من الدولة للمستفيدين منه بل بمشاركة منها (من الدولة) معهم فقط لحمايتهم ومساندتهم باعتبارهم هم أصحاب المصلحة الفعلية وهذا موقف أكثر ايجابية ليشعر معه المتعاونون بدور الدولة ولا يعفيهم في نفس الوقت من المسؤولية.

ويرى المجلس أن يراعى في وضع المواد التفصيلية للعمل بالتامين التعاوني الأسس التالية:

أن يكون لمنظمة التامين التعاوني مركز له فروع في كافة مدن المملكة... وأقسام بحسب الأخطار.. وفئات ومهن المتعاونين...

أن يكون للمنظمة مجلس أعلى يقرر خطط العمل ويقترح ما يلزمها من لوائح وقرارات تكون نافذة إذا اتفقت مع أحكام الشريعة الإسلامية.

أن تكون منظمة التامين التعاوني على درجة كبيرة من المرونة والبعد عن الأساليب المعقدة.

يمثل الحكومة في هذا المجلس من تختاره من الأعضاء ويمثل المساهمون من يختارونهم ليكونوا أعضاء في المجلس..

إذا تجاوزت المخاطر موارد الصندوق بالقدر الذي يستلزم زيادة الأقساط حينئذ تقوم الدولة والمشاركون بتحمل هذه الزيادة.

المطلب الثاني

مرحلة النشأة الفعلية

بعد أن تم تخليص عقد التامين من الشبهات التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، أصبح لدينا عقد تأمين تعاوني بل إسلامي، وذلك لأن عقد التامين التعاوني قبل أن يجيزه العلماء كان معروفاً ولا يزال كذلك في بعض بلدان العالم ولكن في تطبيقه ما كانوا يابهنون بالحلال والحرام، ولهذا نرى تسمية العقد الذي نحن بصده بعقد التامين التعاوني الإسلامي تمييزاً له عن عقد التامين التعاوني الذي عرف في بعض البلدان؛ وذلك لالتزامه بمبادئ الشريعة الإسلامية.

وبعد إعلان الرأي الشرعي بجواز خدمات التامين التعاوني الإسلامي شُغِفَ العالم الإسلامي بها شغفاً لا يخفى على ذي بصيرة لاسيما ممن أخذتهم حمية الدين، فأقيمت مؤسسات لتطبيق هذه النظرية؛ تمثلت في إنشاء مؤسسات اقتصادية إسلامية، وكان من بينها تأسيس أول شركة إسلامية للتأمين على المستوى العالمي، والتي عُرفت بشركة التأمين الإسلامية وقد أنشئت عام ١٩٧٩م، وتعد أول شركة تأمين إسلامية في العالم ومقرها الخرطوم - السودان، ثم تبعتها الشركة الإسلامية العربية للتأمين (إياك) في عام

١٩٨٠ م ، ومقرها القانوني إمارة دبي بدولة الإمارات العربيّة المتّحدة بينما كان مقرها الفعلي جدة- المملكة العربيّة السعوديّة، ثم شركة التكافل الإسلاميّة (البحرين) ومقرها الرياض - المملكة العربيّة السعوديّة وتتبع لمجموعة دار المال الإسلامي، وكان ذلك في عام ١٩٨٢م، فشركة التّكافل الإسلاميّة الماليزيّة ومقرها كوالالامبور- ماليزيا في عام ١٩٨٤ م، وفي نفس العام تمّ إنشاء شركتين، وهما: بيت التّأمين السّعودي التّونسي ومقره تونس، وشركة البركة للتّأمين (السودان) ومقرها الخرطوم، وكلا الشّركتين تتبعان لمجموعة دلة البركة، ثم تلي ذلك إنشاء بقية الشركات في العالم.

إذن بحمد الله تعالى وتوفيقه صار بين أيدينا عقد إسلامي خال من المخالفات الشرعيّة، وبالتالي يمكن لأفراد مجتمعا المسلم أن يتمتعوا بخدماته القائمة على أحكام الشريعة الإسلاميّة الداعية إلى الخير، وجبر الكسر، ورفع الضرر والتعاون على البر والتقوى.

الفصل الثاني

الاستثمار في شركات التأمين التعاوني الإسلامي

إن صناعة التأمين التعاوني الإسلامي لا يمكن أخراجها وفقاً لما سائد اليوم إلا في صورة شركة؛ وبالتالي هذه الصورة تتطلب وجود رأس مال لتأسيس الشركة التي ستضم فئتين من الشركاء، وهما: المؤسسون، والمؤمن لهم، لذلك لا بد من تأطير العلاقة بين الفئتين وفق صيغ يتوافر فيها القبول الشرعي حتى تتسجم مع أسس التأمين التعاوني الإسلامي.

وفي السطور التالية نتعرض لهذا الأمر.

المبحث الأول

تطبيقات صيغ شركة المضاربة في أعمال التأمين التعاوني الإسلامي

معلوم أن المؤمن لهم وفقاً لأسس التأمين الإسلامي يعتبرون متبرعين بكل أقساط اشتراكهم أو ببعضها، وبهذا تكون العلاقة بين المؤمن لهم فيما بينهم هي علاقة تبرع متبادل. إذ أن الجميع متبرعون لصندوق التأمين حسب احتياج الصندوق. أمّا علاقة المؤمن لهم بالمؤسسين، فإن المؤسسين: يعتبرون المدير لصندوق التأمين بما يحقق المصلحة للمؤمن لهم، وهذه العلاقة يمكن أن تكون وفقاً لعقد المضاربة الإسلامية. وذلك في إدارة الأموال . والأولى أن مال التأمين يتكون من صورتين، هما:

الأولى : إدارة أقساط (مخاطر) محفظة التأمين، وهي الاكتتاب والتعويضات وإعادة التأمين، وكل الأعمال الفنية والمالية التي تلزم عملية إدارة محفظة التأمين.

الثانية: إدارة استثمار القدر المتاح من أقساط محفظة التأمين.

المطلب الأول

إدارة مخاطر محفظة التأمين

وهي الصورة الأولى والخاصة بإدارة مخاطر المحفظة، والمطلوب هنا هو إدارتها عبر تطبيق صيغة المضاربة وليس استثمارها؛ ونعني هنا بإدارتها: الترويج والتسويق لخدمات التأمين، وتحصيل أقساط التأمين من المؤمن لهم، دفع المطالبات المستحقة للمؤمن لهم، وسداد أقساط معيدي التأمين، والحصول على مساهمة معيدي التأمين في المطالبات المستحقة للمؤمن لهم، ودفع أجور العاملين وجميع المصروفات الإدارية والعمومية والالتزامات الأخرى للجهات المعنية، وتولي الأعمال المحاسبية والإدارية الخاصة بمخاطر صندوق التأمين.

غير أن المال الموجود في صندوق التأمين الذي تمت إدارته تحت مسمى: إدارة مخاطر محفظة أقساط التأمين؛ هو رأس مال المضاربة (أي أقساط التأمين)، وما يؤخذ من نسبة في هذه الحالة يكون من رأس المال نفسه وليس من ربحه لعدم وجوده وقتئذٍ. وهذا يجعل المضاربة تتعارض مع أحكام الخاصة بالمضاربة الواردة في الفقه الإسلامي وبالتالي تصبح المضاربة غير صحيحة للآتي:

(١) الذي يستحقه المضارب هو نسبة من الربح، وليس من رأس المال. وقد تقدم أيضاً في التعريف أنها سميت مضاربة لأن كلا الطرفين يُضرب له بسهم من الربح وليس من رأس المال، لأن رأس المال بالرغم من أنه في يد المضارب، إلا أنه يظل ملكاً لصاحبه.

(٢) عملية إدارة محفظة أقساط التأمين وفقاً لما ذكرناه في مقدمة هذا الفرع يتضح منها أنها ليست إدارة استثمار هذه الأقساط؛ وإنما هي إدارة العملية الفنية لأعمال التأمين وبالتالي إذا أخذ المضارب حصته عن هذه الإدارة فستكون من رأس المال، وإذا أخذ المضارب جزءاً من رأس المال ففي ذلك تعارض مع القاعدة الفقهية التي تقول "لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي"^(١). وهنا لا يوجد سبب شرعي لأن النسبة التي يأخذها المضارب هي جزء عمله في طلب الربح؛ أي التجارة، كما أن يقوم به المضارب هنا هو إدارة الأعمال الفنية وليس الاتجار طلباً للربح. كذلك إن النسبة نفسها تؤخذ من الربح إذا تحقق وإن لم يتحقق فلا يأخذ شيئاً، وبالتالي لا يوجد سبب شرعي يُسوّغ للمضارب أن يأخذ شيئاً من رأس مال المضاربة لأنه إذا أخذ المضارب جزءاً من رأس المال باعتبار أنه حصته في المضاربة، فهذا يتعارض مع القاعدة الفقهية التي تقول "المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط"^(٢). والمعلق بالشرط في المضاربة هو حصول الربح؛ أي أن الحصة التي يأخذها المضارب من الربح مشروطة بتحقيق الربح، هذا فضلاً عن أنها تؤخذ من وعاء الربح نفسه فقط لا من رأس المال.

(٣) يد المضارب يد أمانة لا يغرم إلا في حالة التّعدي والتقصير والإهمال ومخالفته أحكام المضاربة. وبتطبيق هذه الشروط على ما يأخذه المضارب (وهم حملة الأسهم) من نسبة في إدارة مخاطر محفظة التأمين نجده يخالف أحكام المضاربة لأن ما يأخذه المساهمون في هذه الحالة هو جزء من رأس مال المضاربة وليس من ربحها وبالتالي يعتبر المضارب متعدياً.

(١) الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط/ الثانية ١٩٨٩م: ٤٦٥، ٤٦٥ ونشير إلى هذا المرجع في العزو اللاحق بالزرقا الأب تميزاً له عن أبنته الدكتور/ مصطفى أحمد الزرقا رحمهما الله.

(٢) الزرقا الأب ٤٦٥، ٤٦٥.

(٤) الخسارة يتحملها صاحب المال طالما كانت لا تتسبب للمضارب لأن المال مملوك له ولا يصح أن يتحمل المضارب الخسارة الناجمة عن تفاعل قوى السوق. أيضا هنا إذا طالب رب المال المضارب بتحمل الخسارة ففي ذلك تعارض مع أحكام المضاربة حيث أن يد المضارب يد أمانة ويكون ما يؤخذ منه في هذه الحال من تعويضا لرب المال عن الخسارة يكون أخذ مال بدون وجه حق، وكما تقدم معنا فإن ذلك يتعارض مع القاعدة الفقهية التي تقول: "لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي" لأنه ليس من حق رب المال أن يأخذ عن خسارة ماله من المضارب ما لم تنتج عن تقصيره، أو إهماله ، أو تعديه، أو مخالفته لأحكام المضاربة.

إذن ما سلف ذكره يؤكد عدم صحة تطبيق نظام المضاربة في إدارة مخاطر محفظة التأمين؛ لأن أخذ نسبة المضارب من قسط التأمين يجعل المضارب متعدياً أيضاً وهذا يخالف المقتضي الشرعي.

المطلب الثاني

إدارة استثمار أقساط التأمين

أما الصورة الثانية، وهي إدارة استثمار أقساط محفظة التأمين وفقاً لصيغة المضاربة وأخذ نسبة من الأرباح المحققة من استثمار هذه الأقساط وفق ما تم الاتفاق عليه فهذه الصورة هي الصورة السليمة والصحيحة لتطبيق نموذج المضاربة في أعمال التأمين الإسلامي.

وعليه تكون شركة المضاربة بين المؤسسين والمؤمن لهم ، ليس في إدارة العملية التأمينية ذاتها، وإنما في إدارة استثمار القدر المتاح من أقساط وأموال التأمين وفقاً لمفهوم المضاربة المعروفة في فقه المعاملات ، بمعنى أن المساهمين (أصحاب رأس المال) يقومون باستثمار القدر المتاح من أقساط وأموال التأمين على سبيل المضاربة و يأخذون نسبة من أرباح المضاربة حسب الاتفاق مثلاً (١٠٪ و ٩٠٪) أو (٢٠٪ و ٨٠٪) أو (٣٠٪ و ٧٠٪) أو (٤٠٪ و ٦٠٪) أو (٥٠٪ ، ٥٠٪) ومقابل ذلك يتحمل المؤسسون مصروفات الاستثمار باستثناء المصروفات المباشرة، و اللأزمة لعمليات المضاربة نفسها كالعتالة، والنقل، والتخزين، وأقساط التأمين وغيرها من المصروفات المباشرة وبالطبع إذا حدثت خسارة ناجمة عن تقصير أو إهمال أو تعدد على أموال المضاربة فإن الخسارة يتحملها المؤسسون، وهم المضارب. أما إذا كانت الخسارة ناتجة عن أسباب تعزى لتفاعل قوى السوق من عرض أو طلب أو بسبب جائحة فإن الخسارة يتحملها المشتركون (المؤمن لهم) وهم أصحاب رأس المال.

المطلب الثالث

تقييم تطبيقات صيغة شركة المضاربة في أعمال التأمين الإسلامي:

بعد الكلام عند تطبيق صيغة المضاربة في خدمات التأمين الإسلامي ، تبقى لنا تقييم هذا التطبيق من حيث الإيجابيات والسلبيات حتى تتبلور لنا عبر هذا التحليل نظرة تقييمية شاملة لتطبيق صيغة المضاربة على خدمات التأمين الإسلامي، وهذه هي الغاية التي نصبو إليها من خلال طرحنا المتقدم لتطبيق صيغة المضاربة في أعمال شركة التأمين الإسلامي.

الفرع الأول

إيجابيات صيغة المضاربة

لأشك أن أي عقد، أو صيغة يمكن استخدامها في أي نشاط، لا بد أن تكون لها إيجابيات وسلبيات. ومن خلال ما لحظناه من تطبيقات صيغة المضاربة، نرى أن هناك إيجابيات لتطبيق صيغة شركة المضاربة في أعمال شركة التأمين الإسلامي فيما يتعلق بإدارة استثمار أقساط التأمين، وأهمها ما يلي:

(١) عقد شركة المضاربة الإسلامية يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالمعاملات، وبالتالي يمكن تطبيقه في إدارة استثمار أقساط محفظة التأمين الخاصة بشركة التأمين التعاونية الإسلامية دون أي تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهو المطلوب.

(٢) إذا نتجت عن عمليات المضاربة أرباح فإنه يتم اقتسامها بين الطرفين حسب النسبة المشاعة المحددة سلفاً وهي بذلك تحقق للمساهمين (أصحاب رأس المال) عائداً، وبالتالي يمكن اعتبار ذلك حافزاً للمساهمين (أي حافزاً لرأس المال).

(٣) المضاربة عقد جائز أي غير لازم بمعنى أن أيّاً من طرفي العقد له حق الفسخ (الانسحاب) سواء بدأ المضارب بالتصرف أم لم يبدأ وهذا يضيف شيئاً من المرونة على عقد التأمين الإسلامي.

(٤) تحتمل الغرر والجهالة في مسألة تحقيق الربح أو الخسارة وهي تشبه عقد التأمين الذي يشوبه الغرر والجهالة.

(٥) لا يؤدي تطبيق أسلوب المضاربة إلى زيادة تكلفة التأمين.

الفرع الثاني

سلبيات صيغة المضاربة

وهنا نكمل الصورة التي بنهاتها نصل إلى فهم سليم لتطبيق صيغة المضاربة على خدمات التأمين بالإشارة إلى سلبيات تطبيق هذه الصيغة. أما السلبيات التي نراها في حالة تطبيق صيغة شركة المضاربة في إدارة مخاطر أقساط التأمين الإسلامي أهمها ما يلي:

- (١) تطبيق صيغة المضاربة في إدارة مخاطر أقساط التأمين (أي مخاطر صندوق التأمين) فيه مخالفة لأحكام المضاربة، وبالتالي يصبح تطبيق صيغة المضاربة مخالفاً للمقتضى الشرعي.
- (٢) سيفقد حملة الأسهم الأرباح في حالة تحقق خسارة في أعمال المضاربة وبذلك يضيع عليهم مجهودهم، وبالتالي يندم الحافز من وراء استثمارهم في شركات التأمين الإسلامي وفي ذلك أثر سالب يحد من انتشار صناعة التأمين الإسلامي.
- (٣) إذا كان الربح المحقق قليلاً فإن نصيب المساهمين من الأرباح سيكون قليلاً جداً.
- (٤) قد لا يتوافر المال اللازم للاستثمار بالقدر الذي ينجم عنه عائداً استثمارياً، ولا سيما إذا علمنا أن بعض شركات التأمين تتصف بضعف أقساطها المكتتبة.
- (٥) إن جزءاً من هذه الأقساط سيعتبر - لاحقاً - ديوناً معدومة يتم إطفائها من الأقساط المستقبلية، وهذا يؤدي إلى انخفاض القدر المتاح من الأقساط المستقبلية أيضاً، مما يؤدي إلى انخفاض جملة العائد الاستثماري والتي تكون حصة المضارب من ضمنها.
- (٦) عملية تحصيل الأقساط في كثير من الأحيان تتم جدولتها بشكل شهري أو ربع سنوي أو نصف سنوي، ويترتب على هذا أيضاً ضعف الموارد المتاحة للاستثمار، أضف إلى ذلك قد لا توجد فوائض في أقساط التأمين خلال شهر معين أو مدة معينة من العام، وبالتالي يتعذر الاستثمار، وتبعاً لذلك تنعدم الأرباح.
- (٧) إذا أخذنا في الاعتبار أن جملة الأقساط المكتتبة في السنة لا يتم اكتتابها جميعاً في يوم واحد أو شهر واحد أو فترة واحدة، وإنما على مدار السنة فهذا يقلل القدر المتاح للاستثمار من أقساط التأمين.
- (٨) مشكلة الانسحاب وإلغاء عقد التأمين يشكل عقبة في الاستفادة من الأقساط المدفوعة بواسطة المنسحبين إذ أنه يرد إليهم جزء منها وإذا كثرت هذه الانسحابات والإلغاءات فإنها ستضعف القدر المتاح للاستثمار من أقساط التأمين.
- (٩) تسلم حصة المؤسسين من الأرباح المحققة لا يتم إلا بعد تضيض المضاربة، وهذا يؤدي إلى تأخر تسلم حصة المؤسسين إلى حين الانتهاء من التضيض^(١).

(١) أصلها نض، (الناض من المتاع هو ما تحول ورقاً أي دراهم وعيناً . والنض هو الإظهار . والمراد هنا في المضاربة أن يظهر ربحاً ويكون موجوداً ويقال أيضاً خذ ما نض لك من غريمك وخذ ما نض لك من دينك . وكان الفاروق يأخذ الركة من المال الناض - وفي حديث عكرمة أن الشريكين إذا أرادا أن يتفرقا يقتسمان ما نض من أموالهما ولا يقتسمان الدين ، راجع اللسان ٢٣٧/٧ .

وبعد هذا السرد المتقدم لتطبيقات صيغة المضاربة الإسلامية في صناعة التأمين الإسلامي؛ فإن الباحث يرى أنه:

المبحث الثاني

تطبيق صيغة الوكالة على أعمال التأمين التعاوني الإسلامي

سبق أن تحدثنا عن تطبيق صيغة المضاربة في أعمال التأمين الإسلامي ، ونتعرض لتطبيق صيغة الوكالة بالشرح والتقييم لهذا التطبيق ، كما نعلم أن مال التأمين في شركات التأمين الإسلامية يتكون من:-

رأس المال الذي يدفعه المؤسسون .

أقساط التأمين التي يدفعها المؤمن لهم ، وهي من حيث الأعمال تنقسم إلى قسمين:

إدارة مخاطر محفظة التأمين. وهي تشمل: مجمل النشاط التأميني.

إدارة استثمار أقساط التأمين.

وفى السطور التالية نستعرض لتطبيقات صيغة الوكالة على النحو التالي:

المطلب الأول

إدارة مخاطر محفظة التأمين

صيغة الوكالة من الصيغ السائد تطبيقها في مختلف المجالات لحاجة الناس إليها ولكونها أكثر مرونة من صيغة الإجارة. والمعروف أن صيغة الوكالة يجوز تطبيقها بأجر، أو بدون أجر، أي تبرعا. بينما السائد تطبيقها في مجال التأمين التعاوني الإسلامي هي وكالة بأجر.

يتم تطبيق صيغة الوكالة في إدارة مخاطر محفظة أقساط التأمين عن طريق قيام المؤسسين بإدارة مخاطر المحفظة مقابل أجره يأخذونها من هذه الأقساط، ويمكن أن تكون هذه الأجرة مبلغاً محدداً ؛ كعشرة ومنه ألف و مليون جنيه ، أو نحو العشر ونصف العشر غيرها. وفي ظن الباحث أن تطبيق الصورة الثانية، وهي أن تكون الأجرة جزءاً مشاعاً من الأقساط ، هو الأسلم من حيث العلم به والتقدير. و يتفق مع الرأي الذي يرى جواز أن تكون الأجرة جزءاً مشاعاً ، ولا بأس في ذلك وفق رأي الإمام مالك الذي نقله الإمام سحنون في المدونة⁽¹⁾ ، ومفاده أن مالكا عندما سئل عن حصاد الزرع بالنصف قال: هذا جائز. كذلك رأي الإمام أحمد بن حنبل الذي يفتي فيه بجواز صرم التمر وحصاد الزرع بالسدس من الإنتاج بحسبان أن الأجرة وإن كانت بجزء مشاع فهي معلومة قدرأ لأن المؤمن يرى ويعلم بمقدار قسط التأمين . وهذا أيضاً يتفق مع رأي المالكية من أن يكون

(1) الإمام سحنون بن سعيد التتوخي ، المدونة الكبرى ، دار الفكر ، بدون سنة نشر ومكان نشر ، ٤٢٠/٣ ، ونشير لهذا المرجع في العزو اللاحق ب الإمام سحنون، المدونة الكبرى.

القدر المحدد للأجرة في عدم الاختلاف في الصفة والخروج^(١). ورأي الإمام ابن حزم يتفق مع رأي الإمام مالك والإمام أحمد حيث أجاز إعطاء الغزل للنسيج بجزء مسمى منه، وكراء السفينة أو الدابة بجزء مسمى مما يحمل عليها وإعطاء الطعام للطحين بجزء منه^(٢).

المطلب الثاني

إدارة استثمار أقساط التأمين

أمّا تطبيق صيغة الوكالة بأجر على إدارة استثمار أقساط التأمين، فالمعروف أنه سيكون مظنون حصولها، إذ تحتمل التحقق و عدم التحقق. وبالتالي تصبح نتيجة تطبيق صيغة الوكالة على إدارة استثمار أقساط التأمين مع أخذ أجرة المساهمين من عوائد الاستثمار؛ ليست في مصلحتهم بسبب الجهالة التي قد ينتج عنها عدم وجود الأجرة أصلاً. بحسبان أن ما سيحصلون عليه غير مؤكد، وإن حدث فغير معروف هل سيكون قليلاً التأمين فيها فضلاً عن احتمال حدوث خسارة وبالتالي تضيع عليهم الأجرة. وهذا يجعل تطبيق صيغة الوكالة في عمليات استثمار أقساط محفظة التأمين فيها جهالة في الأجرة، والجهالة في الأجرة تمنع تطبيق عقد الوكالة بأجر؛ فضلاً عن أنه إذا تحققت الخسارة لن تتحقق مصلحة للمؤسسين.

بالرغم من السرد السابق يمكن تطبيق صيغة الإجارة أو صيغة الوكالة على إدارة عمليات استثمار أقساط التأمين مقابل أجرة تؤخذ من الأقساط وليس من عائد الاستثمار وفي هذه الحالة يمكن أن تضاف للأجرة الأولى الخاصة بإدارة مخاطر صندوق التأمين، أو أن تؤخذ من متبقي الأقساط التي سيتم استثمارها.

المطلب الثالث

تقييم تطبيق صيغة الوكالة في أعمال التأمين التعاوني الإسلامي

من الضروري تقييم تطبيق صيغة الوكالة على خدمات التأمين الإسلامي، وذلك فيما يتعلق بإدارة مخاطر صندوق التأمين أي أعمال التأمين الفنية، وإدارة عمليات استثمار أقساط التأمين حتى تتمكن من التقييم الشامل لتطبيقها على خدمات التأمين الإسلامي في مختلف تجاربه القائمة.

(١) ابن قدامة، المغنى والشرح الكبير، مكتبة مكة المكرمة، بدون سنة طبع وبدون رقم طبعة ص ٨٢/٦، ونشير لهذا المرجع في العزو اللاحق ب ابن قدامة، المغني.

(٢) أبي محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى، دار الأفاق الجديدة، بيروت، بدون، ص: ١٩٨/٨ و١٩٩

الفرع الأول إيجابيات صيغة الوكالة

الذي تبين لنا أن تطبيق صيغة الوكالة على صناعة التأمين الإسلامي ينتج عنها العديد من الايجابيات أهمها ما يلي :-

(١) عقد الوكالة من عقود المعاملات بتطبيقهما نكون قد طبقنا عقداً يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ، و تكون المعاملة سليمة من الناحية الشرعية.

(٢) الأجرة ، أو العمولة الناتجة من تطبيق صيغة الوكالة لصالح المؤسسين ، تكون بمثابة الحافز الاستثماري الذي يغري رأس المال بالدخول إلى ميدان صناعة التأمين الإسلامي.

(٣) بسبب أن العمولة تؤخذ من أقساط التأمين ، فإذا رغب المؤسسون في زيادة العمولة لصالحهم يلزمهم زيادة انتشار خدمات شركة التأمين الإسلامي بسبب أن مصلحتهم تتمثل في السعي إلى زيادة الأجرة العائدة لهم ، وهذا يتطلب العمل على نشر التأمين الإسلامي. أما إذا تم هذا الانتشار فستنتج عنه مصالح عدة تنعكس إيجاباً على الوضع الاقتصادي الفردي ، وبالتالي الوضع الاقتصادي الكلي وذلك لأن :-

(أ) زيادة الأجرة تعني زيادة الحافز الاستثماري لمؤسسي الشركة وهم حملة الأسهم.

(ب) زيادة انتشار التأمين الإسلامي تؤدي إلى انخفاض أقساط التأمين لتوفر الأعداد الكبيرة للمؤمن لهم في العملية التأمينية ، وبالتالي انخفاض تكلفة التأمين.

(ج) زيادة انتشار التأمين الإسلامي تؤدي إلى زيادة حصة المؤمن لهم من الفائض التأميني ، وبالمقابل إذا حدثت خسارة فإن حصتهم في الخسارة ستكون أقل مما لو كان العدد قليل.

(د) زيادة انتشار التأمين الإسلامي تؤدي إلى زيادة الاحتياطيات وإمكانية تقوية المركز المالي لشركة التأمين التعاوني الإسلامي ، وبالتالي التقليل من الاعتماد على إعادة التأمين مع شركات إعادة التأمين التي لا تعمل وفق المنهج الإسلامي.

(هـ) زيادة انتشار التأمين الإسلامي وبسبب توفر الأعداد الكبيرة يمكن شركة التأمين الإسلامي من تحديد معدلات الخطر مستقبلاً بشكل أفضل من السابق ، عند تطبيق فلسفة التسعير وفقاً للخبرة Experience Rating .

(و) زيادة انتشار التأمين الإسلامي تمكن من زيادة المبالغ المتاحة للاستثمار من أقساط التأمين مما ينعكس إيجاباً على محفظة التأمين بزيادة عائد استثمار

أقساط التأمين بتطبيق صيغة المضاربة في عمليات استثمار أقساط التأمين سترتفع حصة المساهمين - بصفتهم المضارب - بسبب ارتفاع القدر المتاح من أقساط التأمين للاستثمار الذي ينتج عنه ارتفاع الأرباح.

(ز) زيادة انتشار التأمين الإسلامي ستؤدي إلى زيادة الفائض حتماً، وبالتالي إلى زيادة حصيلة الزكاة من الفائض القابل للتوزيع.

(ح) زيادة انتشار التأمين الإسلامي تستفيد منها الخزينة العامة أيضاً عن طريق:-

١. الرسم الضريبي (الدمغة مثلاً) الذي يفرض على كل وثيقة تأمين.
٢. رسوم الإشراف و الرقابة على التأمين التي تدفع لوزارة المالية والاقتصاد الوطني ممثلة في هيئة الرقابة على التأمين، إن وجدت.
٣. زيادة الاستثمار ومعدلات أرباحه تغذي الخزينة العامة عن طريق أخذ ضريبة الأرباح من عوائد الاستثمار إن كان ذلك معمولاً به في الدولة التي تعمل في حدودها شركة التأمين الإسلامية.
٤. زيادة أقساط التأمين وزيادة الأجرة على إدارة مخاطرها؛ تؤدي إلى زيادة مساهمة التأمين في الناتج القومي للدولة.
٥. كذلك زيادة التأمين تؤدي إلى زيادة القدر الذي تمت حمايته من ثروة المجتمع.
٦. زيادة خدمات التأمين وارتفاع إيراداته تؤدي إلى المزيد من العمالة وبالتالي العمل على الحد من مشكلة البطالة في الدولة وعلى المستوى العالمي عن طريق جلب العمال من الخارج.

(٤) زيادة انتشار التأمين الإسلامي تؤدي إلى انتعاش وانتشار الخدمات الأخرى المتعلقة به، وبالتالي زيادة دخولها ،ومثل ذلك وسطاء التأمين، وهيئات تسوية الخسائر Loss Adjusters وورش صيانة السيارات، والمهندسون، والأطباء، وفضيو صيانة السيارات والأجهزة والآلات والمعدات.

(٥) زيادة النشاط التأميني عموماً تؤثر إيجاباً على البيئة الاستثمارية بسبب توفير التغطيات التي تتحمل المخاطر التي تحف القطاع المستثمر فيه أو نوع الاستثمار.

(٦) انتعاش التأمين الإسلامي يؤدي إلى انتعاش صادرات الدولة لاسيما عند تطبيق تغطيات تأمين حصيلة الصادرات.

(٧) الحد من معدلات البطالة وذلك بتوفير فرص للعمالة، بالإضافة إلى الحد من العوز والفاقة والمعاناة المالية المتفشية بين أفراد المجتمع وبين أفراد أهل التجارات

والصناعات والخدمات المختلفة وبالتالي يقل الضغط على ميزانية التنمية الاجتماعية ومؤسسات الدعم والعمل الخيري كالزكاة وما شابه ذلك.

(٨) زيادة أقساط التأمين تنعكس إيجاباً على السياسة النقدية فيما يتعلق بالحد من التضخم عن طريق سحب جزء من الكتلة المعروضة في المجتمع ويتمثل هذا السحب في دفع أقساط التأمين والتي ستكون نقداً . هذا بالإضافة إلى توجيه السيولة المتوفرة لدى شركات التأمين في الاستثمار الموجه من قبل السلطة ؛ مثال ذلك : شراء سندات الخزنة، أو بالاستثمار في محافظ لتمويل مشروعات إنتاجية معينة، أو إيداعها لدى البنوك لاستثمارها في الأوعية الاستثمارية المختلفة، أو عن طريق شراء أسهم الشركات والمؤسسات المعروضة للبيع بسوق الأوراق المالية، أو المساهمة في تأسيس شركات أو مصانع أو هيئات للأعمال الاقتصادية. وكل هذه الصور الاستثمارية التي تقوم بها شركات التأمين تؤدي في النهاية إلى إعادة توظيف الكمية التي تم سحبها من الكتلة النقدية في قطاعات إنتاجية والتي بدورها تزيد من الكمية المعروضة من السلع والخدمات وهذه الأخيرة كلما زاد المعروض منها انخفضت أسعارها، وعملية سحب جزء من الكتلة النقدية وتوظيفها بما يزيد الإنتاجية، فهذا تؤدي إلى تعجيل انخفاض نسبة التضخم.

(٩) انتشار التأمين يؤدي إلى زيادة الوعي التأميني وبالتالي زيادة مفاهيم الأمن الصناعي وزيادة مفاهيم التعامل مع الخطر وتطورها وتحسين الأساليب المستخدمة في ذلك.

الفرع الثاني

سلبيات صيغة الوكالة

أما فيما يتعلق بالسلبيات فأنى أرى أن تطبيق صيغة الوكالة على صناعة التأمين ينتج عنه سلبيات أهمها ما يلي:

- (١) حالة انشغال المؤسسين بزيادة الانتشار بهدف زيادة الأجرة أو العمولة ، فقد يدفع ذلك إلى الاهتمام بزيادة حصيلتهم مع إغفالهم لمصالح المؤمن لهم من استثمار وضبط رقابة عمليات التأمين في حالة محدودية عدد المؤمن لهم .
- (٢) قطعاً سيؤدي فرض الأجرة أو العمولة على وثائق التأمين ، بأي صورة كانت، إلى زيادة تكلفة التأمين .

المبحث الثالث

الأجرة في صيغة الوكالة وتباين الآراء الشرعية

نتناول هنا موضوع الأجرة في صيغة الوكالة وذلك لأن الأجرة من أهم البواعث التي قادت المؤسسين لإنشاء شركة التأمين الإسلامية.

تقدم معنا الحديث حول تطبيق صيغة الوكالة في نظام التأمين الإسلامي فيما يتعلق بإدارة مخاطر محفظة أقساط التأمين أو بعبارة أخرى إدارة أعمال التأمين الفنية. ومعلوم أنّ هذه الإدارة يقوم بها حملة الأسهم "المؤسسون" مقابل العمولة في حالة تطبيق صيغة الوكالة نظير قيامهم بإدارة مخاطر محفظة التأمين.

إلا أنّه اختلف علماء الشريعة الإسلامية المعاصرون بين معارض ومؤيد لتطبيق صيغة الوكالة في نظام التأمين الإسلامي، ولتوضيح هذا الاختلاف نستعرض الرأيين على النحو التالي:

المطلب الأول

الرأي الذي يشترط أن تكون الأجرة وفقاً للتكلفة الفعلية

يشترط هذا الرأي أن تكون أجرة الوكيل وهم المساهمون في صيغة الوكالة مساوية للتكلفة الفعلية التي يتحملها المؤسسون في إداراتهم لمخاطر محفظة التأمين التعاوني الإسلامي.

هذا الرأي تبناه عالمان جليلان هما: الشيخ / الصديق محمد الأمين الضرير والشيخ / وهبة الزحيلي، أمد الله في عمريهما، وهذان العالمان لهما وزنهما في فقه المعاملات اليوم على مستوى العالم الإسلامي.

فالشيخ الضرير؛ هو العالم الذي أصدر أول فتوى فقهية شرعية بين فيها عدم صحة التأمين التجاري لمخالفته للمقتضى الشرعي بسبب علة الغرر، وكان ذلك في العام 1961م خلال فعاليات أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان ابن تيمية الذي عقد بدمشق ونظّمته جامعة دمشق. وقد ضمن ذلك في كتاب الذي يعد من النفاثس "الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي".

وقد اتفقت المجامع الفقهية وآراء الفقهاء الفردية من بعد ذلك على عدم جواز التأمين التجاري بسبب علة الغرر إلا نضر كريم من علماء الأمة الأفاضل وعلى رأسهم الشيخ / أحمد مصطفى الزرقا - رحمه الله - وقد اتفق معه في رأيه حالياً الشيخ / عبدالله المنيع أمد الله في أيامه.

أمّا العالم الثاني فهو الشيخ / وهبة الزحيلي، وهو الفقيه الذي اهتم بأمر الفقه بصفة عامة، ومن آثاره مؤلفه "الفقه الإسلامي وأدلته"، والذي يعتبر اليوم الموسوعة الفقهية النفيسة التي لا غنى عنها لكل طالب علم، يريد أن يبحث حول أمر، أو قضية فقهية في مختلف المذاهب الفقهية في الفقه الإسلامي، كما ألف فضيلته كتاباً عالية القيمة في فقه المعاملات، والبيوع، والتأمين.

وقد بيّن الشيخ الضرير رأيه المعارض لتطبيق صيغتي الإجارة والوكالة في نظام التّأمين في بحثه بعنوان " الاعتبارات الشّرعية لنظام التّأمين " وقد قدّمه ندوة التّأمين التّكافلي التي انعقدت بالخرطوم في فبراير ٢٠٠٤ م ، والتي نظمها اتحاد التّأمين الأفرو آسيوي ، والاتحاد العام للتّأمين العربي ، واتحاد شركات التّأمين وإعادة التّأمين السّودانية ، وشركة شيكان للتّأمين وإعادة التّأمين. وقد أيد الشيخ وهبة ما ذهب إليه الشيخ الضرير من خلال تعقيبه على بحث الشيخ الضرير في ذات الندوة.

أمّا رأي الشيخ الضرير فهو كالآتي:

" إن صيغة الحصّة^(١) المقطوعة من الاشتراكات لتدفع لأصحاب رأس المال على نمط اعتماد الإجارة كمعاملة للممارسة، هذه الصّيغة إذا كان المقصود منها إعطاء أصحاب رأس المال المساهمين، مبلغاً محدداً من الاشتراكات نظير إدارتهم فعلاً للشركة فهذه إجارة مشروعة وهي ما عليه العمل عندنا في السّودان^(٢) ، وأمّا إذا كان المقصود^(٣) منها إعطاء أصحاب رأس المال مبلغاً محدداً من الاشتراكات نظير رعوس أموالهم، فإنّ هذه تكون إجارة غير صحيحة في نظري؛ لأنّها يكون فيها شبهة التّجارة في التّأمين، والتّأمين ليس محلاً للتّجارة، وفيها شبهة الرّبا، لأنّها إجارة للمال، والأجرة على المال هي الرّبا^(٤) . وقد أيد رأي فضيلة الشّيخ البروفسير الضّرير هذا فضيلة الشّيخ الأستاذ الدكتور وهبة الرّحيلي حيث عقب عليه قائلاً: " كما استبعد نمط الإجارة كمعاملة للممارسة إذا كان المقصود منها إعطاء أصحاب رأس المال مبلغاً محدداً من الاشتراكات مقابل رعوس أموالهم، حيث تصير الإجارة فاسدة غير صحيحة ، لأنّ التّأمين ليس محلاً للتّجارة، وفي هذا التّصرف شبهة الرّبا، لأنّها إجارة للمال، والأجرة على المال هي الرّبا وهذا الاتجاه سديد وينسجم مع مقاصد الشّريعة"^(٥) .

كذلك بيّن الشيخ الضرير رأيه هذا خلال الندوة الثالثة عشرة نقضاً الزّكاة المعاصرة التي نظمتها الهيئة الشّرعية العالمية للزّكاة ومقرها دولة الكويت بالتعاون مع ديوان الزّكاة السّوداني، والتي انعقدت أيضاً في الخرطوم خلال الفترة ٨ - ١١ صفر ١٤٢٥ هـ الموافق ٢٩/مارس إلى ١/ أبريل / ٢٠٠٤م في ردّه على الدكتور عبد الستار أبو غدة حول الأجرة، أو العمولة التي يدفع منها المساهمون جميع المصروفات الإدارية والعمومية والتسويقية، وهذا يعتبر مجهوداً، وما تبقى من هذه الأجرة، أو العمولة يعود على المؤسّسين. غير أنّ الشيخ الضّرير رأى أنّ ما يتبقى من هذه العمولة في حالة تقسيمه على المساهمين ؛

(١) يقصد الأجرة.

(٢) والأجرة المطبقة في التّجربة السّودانية هي عبارة عن مكافآت أعضاء مجلس الإدارة وهي الأجرة الفعلية التي أشار إليها بقوله "نظير إدارتهم فعلاً للشركة"

(٣) أي الأجرة سواء أكانت للإجارة أو الوكالة.

(٤) مرجع سابق ص: ١٠٢

(٥) انظر تعقيب فضيلته على بحث فضيلة الشّيخ الضّرير، ص: ٦.

فإنَّ هذا التَّقْسيم يتم بقسمة المقدار المتبقي من العمولة على مبلغ رأس المال مضروباً في حصة المساهمة في رأس المال، وبالتالي يصبح رأس المال مؤجراً، ولم يتحمل المخاطرة، ولم يقدّم بمجهود في العملية التَّأمينية يستحق عليه هذه الأجرة، أو تلك العمولة. لأنَّ جميع المصروفات التي يتصور أن يتحملها المؤسسون نتيجة إدارتهم للعملية التَّأمينية، قطعاً ستكون داخلة في نسبة العمولة، أو الأجرة بينما لا يدفع رأس المال أي قدر من هذه المصروفات، وبالرغم من هذه الحقيقة فإنَّ رأس المال يعود عليه نصيب من الأجرة، أو العمولة في حالة توزيع القدر المتبقي منها على المساهمين وكأنَّ الوضع هو " غنم بلا مقابل".

والمخرج الذي يراه فضيلة الشيخ الضرير ويؤيده فيه الشيخ وهبة للمؤسسين مقابلة تطبيق صيغة الوكالة أن تكون الأجرة، أو العمولة مساوية تماماً للتكاليف والمجهودات التي يتحملها المؤسسون عن إدارتهم للعملية التَّأمينية، أو يأخذون مكافأة مالية نظير مجهودهم في إدارة العملية التَّأمينية بشرط ألا توزع عليهم بنسب حصة كل منهم في رأس المال تبادلياً لعلَّ الربا، مع شرط آخر، وهو أن تدفع هذه المكافأة - والتي عنده يمكن تسميتها بالأجرة - للمؤسسين الذين يشاركون فعلاً في إدارة العملية التَّأمينية، وبالتالي لا تدفع لمساهم لم يشارك في إدارة العملية التَّأمينية أيضاً تبادلياً لعلَّ الربا. ومن هنا يتضح أنَّ الأجرة عن إدارة العملية التَّأمينية تدفع للمؤسسين مقابل عملهم وليست مقابل مساهمتهم في رأس مال الشركة، وبالتالي تصبح الأجرة على العمل وليس على المال، ونتيجة لذلك تسلم عملية إدارة التَّأمين من علة الربا.

ما تقدّم هو ملخّص لرأيي الشيخين الجليلين في تطبيق صيغة الوكالة على خدمات التَّأمين الإسلامي، وهما يعارضان بموجبه تطبيق صيغة الوكالة على نظام التَّأمين الإسلامي وفقاً لما هو عليه العمل حالياً في شركات التَّأمين فيما يتعلق بإدارة مخاطر محفظة التَّأمين؛ لعلَّ الجهالة المتمثلة في تحديد الأجرة بالنسبة المئوية من أقساط التَّأمين، والعلّة في الربا لأنَّ توزيع متبقي العمولة على المؤسسين يتم بقسمة المبلغ المتبقي من المال إلى نسبة حصة كل منهم في رأس المال وهي العلة الأساسية التي يركزان عليها .

كذلك يري الشيخ الضرير ويؤيده في ذلك الشيخ وهبة الزحيلي، أنَّ الكيفية التي يتم بها تحديد الأجرة أو عمولة الوكالة بنسبة مئوية من أقساط التَّأمين تشوبها الجهالة المبطلّة للعقد، وبالتالي يصبح تطبيق الإجارة أو الوكالة بهذه الكيفية غير صحيح.

المطلب الثَّاني

الرأي الذي لا يشترط أن تكون الأجرة وفقاً للتكلفة الفعلية

أما رأي الفريق الثَّاني الذي يرى بجواز تطبيق صيغة الوكالة بأجرة لا يشترط فيها أن تكون مساوية للتكلفة الفعلية؛ بل أن تكون الأجرة أكثر من التكلفة الفعلية مع توزيع متبقي الأجرة على المساهمين. ويمثل هذا الرأي فضيلة الدكتور/ عبد الستار أبو

غدة ولفيف من علماء الأمة الأمجاد، بل أحسب أن الأكثرية توافق على تطبيقات الوكالة باجرة على أن يقتسم المؤسسون متبقي الأجرة. وعلى الرغم من أنى لم أسمع، أو أقرأ لأي منهم سوى فضيلة الدكتور/ عبد الستار أبو غدة، إلا أن واقع التطبيقات يقول ذلك. هذا واضح لأن جميع شركات التأمين الإسلامي في العالم إما لها هيئة للرقابة الشرعية أو لها مستشار، أو مراقب شرعي/ ولما لم تكثر الآراء المناهضة لتطبيق الوكالة بأكثر من الأجرة الفعلية فهذا يدل على قبول أكثرية العلماء.

الفصل الثالث

أبعاد التّأمين التعاوني الإسلامي

(دور التّأمين التعاوني الإسلامي في أعمال التّنمية)

إن التنمية من الموضوعات المهمة جدا في حياة الأمم والشعوب لما فيها من تحقيق للمصالح وتحسين للبيئة المعيشية والاجتماعية وإحداث للنهضة الاقتصادية ومنعة الدولة. وتهتم التنمية بالجوانب المادية التي تؤدي إلى زيادة الإنتاج ونمو الدخل القومي ومتوسط دخل الفرد وتحسين الخدمات بجانب الاهتمام بالجانب الاجتماعي، أي الإنسان.

من المعلوم أن هنالك أسئلة اقتصادية تتعلق بجانب الإنتاج وهي^(١) : ماذا ننتج؟، وأين ننتج؟، وكيف ننتج؟، ولماذا ننتج؟، السلع والخدمات المعنية.

تُعرّف التنمية بأنها " العملية التي يرتفع بموجبها الدخل القومي الحقيقي خلال فترة ممتدة من الزمن"^(٢) بهدف إحداث التغييرات اللازمة سواء كانت في جانب العرض، أو الطلب، أو في كليهما. أما إذا كان التغيير المطلوب إحداثه يتعلق بجانب العرض فإن ذلك يشمل أوجه عدة أهمها:

- (١) اكتشاف موارد جديدة.
- (٢) التوسع في تجميع رأس المال.
- (٣) تزايد السكان.
- (٤) إدخال أساليب إنتاجية جديدة.
- (٥) تحسين المهارات والقدرات الإدارية و التنظيمية.
- (٦) إحداث تعديلات مؤسسية وتنظيمية.

أما إن كان التغيير المراد إحداثه يشمل جانب الطلب فإن هذا له أيضاً أوجه عدة نذكر منها مثلاً لا حصراً ما يلي:

- (١) حجم السكان والتركيب العمري.
- (٢) مستوى الدخل وطرق توزيعه.
- (٣) الأذواق.
- (٤) التغييرات المؤسسية الأخرى اللازمة.

كذلك تهدف التنمية الاقتصادية إلى محاربة التخلف الاقتصادي باستتباط أساليب إنتاجية جديدة واستخدام الموارد المتاحة سواء أكانت طبيعية، أم بشرية لأجل تحقيق

(١) ميشيل تودارو، التنمية الاقتصادية، ترجمة ومراجعة أ.د. محمود حسن حسنى ود. محمد حامد محمود، دار المريخ، الرياض، بدون ص: ٥٠ وما بعدها.

(٢) د. فليح حسن خلف، التنمية والتخطيط الاقتصادي، دار الكتاب العالمي عمان الأردن ودار الكتب الحديث، إربد الأردن، الطبعة ١، نظرية التحليل الكلاسيكي، أولى، ٢٠٠٦، ص: ١٧٧

مرامي التنمية. أما معنى التخلف الاقتصادي فقد اختلف فيه العلماء^(١) حيث يقول بعضهم التخلف هو حالات الندرة التي تعاني منها الدولة، أو المجتمع مثل ندرة رأس المال، وبعضهم يرى أن التخلف هو حالة سيطرة الإنتاج الأولى وانحسار مساهمة القطاع الصناعي، ويرى آخرون أن التخلف هو تخلف في وسائل الإنتاج بمعنى أنه تخلف تكنولوجي.

كان اهتمام العالم بأمر التنمية الاقتصادية قبل الحرب العالمية الثانية ضعيفاً ولكنه شغف بها بعد الحرب بشكل لافت الأمر الذي أدى إلى انتظام الدراسات والأبحاث ذات الصلة كما^(٢) نظريات تناولت التنمية نذكر أهمها:

- (١) نظرية التحليل الكلاسيكي.
- (٢) نظرية آدم إسميث.
- (٣) نظرية ديفيد ريكاردو.
- (٤) نظرية روبرت مالتس.
- (٥) نظرية الكلاسيكية في النمو الاقتصادي.
- (٦) المدرسة الكلاسيكية الجديدة.
- (٧) نظرية جوزيف شوبيتز.
- (٨) نظرية روستو.
- (٩) نظرية هارود دومار.
- (١٠) نظرية هانس.
- (١١) نظرية آرثر لويس.
- (١٢) نظرية الدفع القوية.

المبحث الأول

فروض الكفاية وعلاقتها بأعمال التنمية وأعمال التأمين

قسم علماء أصول الفقه^(٣) الحكم الشرعي إلى قسمين هما: الحكم التكليفي، والحكم الوضعي. والحكم التكليفي: هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف كما في قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾^(٤)، أو كفه عن فعل كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٥)، أو تخييره بين الفعل والكف كما في قوله تعالى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(٦). أما الحكم الوضعي: "فهو ما اقتضى وضع شيء سبباً لشيء

(١) المرجع السابق: ص ١٦.

(٢) المرجع السابق: ص ١٠٣.

(٣) أ.د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ص ٥٠/١ وما بعدها.

(٤) سورة البقرة: الآية (٤٣).

(٥) سورة الأنعام: الآية (١٥١).

(٦) سورة البقرة: الآية (٢٢٩).

كما في قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾^(١) ، أو شرطاً له كقوله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾^(٢) ، أو مانعاً منه كقوله ﷺ " ليس لقاتل ميراث"^(٣) وفي رواية " ليس للقاتل من الميراث شيء"^(٤).

وما سنتناوله هنا هو الحكم التكليفي بصورة مختصرة، فنقول: قسم العلماء^(٥) الحكم التكليفي إلى خمسة أنواع وهي: الإيجاب، الندب، التحريم، الكراهة والإباحة. وعرفوا هذه الأقسام الخمسة على النحو الآتي:

- (١) ما كان اقتضاؤه له على وجه التحتم والإلزام فهو واجب، وأثره الوجوب، والمطلوب فعله هو الواجب.
 - (٢) ما كان اقتضاؤه له ليس على وجه التحتم والإلزام فهو الندب، وأثره الندب، والمطلوب فعله هو المندوب.
 - (٣) وما اقتضى نهياً عن فعل و كان اقتضاؤه له على وجه التحتم والإلزام فهو التحريم، وأثره الحرمة، والمطلوب الكف عن فعله هو المحرم.
 - (٤) وما اقتضى نهياً عن فعل وكان اقتضاؤه له ليس على وجه التحتم والإلزام فهو الكراهة، وأثره الكراهة، والمطلوب فعله هو المكروه.
 - (٥) ما اقتضى تخير المكلف بين فعل شيء وتركه فهو الإباحة، وأثره الإباحة، والفعل الذي خُير بين فعله وتركه هو المباح.
- وما يهمننا من التقسيم للحكم التكليفي هو الواجب، والواجب: " هو ما طلب الشارع فعله على وجه اللزوم، بحيث يذم تاركه ومع الذم العقاب، ويمدح فاعله ومع المدح الثواب"^(٦).

كذلك قسم علماء^(٧) أصول الفقه الواجب إلى أربعة أقسام هي:

- (١) القسم الأول: الواجب من حيث وقت أدائه فيكون واجباً مطلقاً وواجباً مقيداً. والمطلق هو ما لم يحدد بوقت معين من العمر كالكفارات، أما المقيد فهو ما حدد بوقت معين كالصوم والصلاة.

^(١) سورة البقرة: الآية (١٨٥).

^(٢) سورة آل عمران: الآية (٩٧).

^(٣) السيوطي، الجامع الصغير، حديث رقم ٧٦٦٣ ص ٤٦٣/٢ ذكر السيوطي أنه أخرجه ابن ماجه وقال حديث حسن.

^(٤) المرجع السابق، حديث رقم ٧٦٥١ قال رواه البيهقي في السنن عن ابن عمرو وقال حديث حسن.

^(٥) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار القلم، بيروت، الطبعة العشرون ١٩٨٦، ص ١٠٥.

^(٦) د.عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بدون، ص: ٢٧.

^(٧) الشيخ محمد الخضري، أصول الفقه، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية ٢٠٠٢م ص: ٣٨ وما بعدها.

(٢) القسم الثاني: الواجب من حيث تقديره فيكون واجباً محددًا وواجباً غير محدد. والمحدد هو ما عين له الشارع مقداراً كالصلوات المفروضة والزكاة والدية، أما غير المحدد فهو ما لم يحدد له الشارع مقداراً محددًا كالإنفاق في سبيل الله وإطعام المساكين.

(٣) القسم الثالث: الواجب من حيث تعيين المطلوب وعدم تعيينه فيكون واجباً معيناً (مميزاً) وواجباً غير معين (مخير). والمعين هو ما حدده الشارع عيناً كالصلاة والصوم ورد المغصوب، أما غير المعين فالشخص مخير في أن يختار خياراً من الخيارات المتاحة. مثلاً في كفارة اليمين فالشخص مخير بين أربعة خيارات كما في قوله تعالى: ﴿ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾^(١).

(٤) القسم الرابع: الواجب من حيث المطالب بأدائه فيكون واجباً عينياً وواجباً كفائياً. العيني هو ما طلب الشارع حصوله من كل فرد من الأفراد المكلفين به كالصلاة والصوم والزكاة، و أما الكفائي هو ما قصد حصوله من غير نظر إلى فاعله مثال ذلك صلاة الجنازة، الصنائع المختلفة، بناء المستشفيات والقضاء والإفتاء وبدء السلام ورده و الجهاد والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. عرّف بعض العلماء الواجب الكفائي^(٢) بأنه ما كان محتماً مقصوداً حصوله من غير نظر إلى فاعله فيتناول ما هو ديني كصلاة الجنازة وديني كالصنائع المحتاج إليها.

فالواجب الكفائي مطلوب من الجميع ويؤديه بعضهم ممن كانوا مؤهلين وقادرين على أداء هذا الواجب. مثلاً إنقاذ الغريق يقوم به من يحسن السباحة، والإفتاء يقوم به من ملك ناصية الفقه، وإقامة الصنائع يقوم بها من هو مؤهل لها، وممارسة الطب يقوم بها من تأهل لها... الخ. ويكون الواجب الكفائي كفائياً ثم ينقلب إلي عيني إذا تعين لفرد إنقاذ الغريق إذا كان هو الوحيد الذي يجيد السباحة وكذلك إذا كان هو الطبيب الوحيد في البلدة فيتعين عليه مداواة المرضى وهكذا^(٣).

استدل العلماء على تكليف البعض بالواجب الكفائي بقول الله تعالى: ﴿ فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ

(١) سورة المائدة: الآية (٨٩).

(٢) العلامة المحقق ابن أمير الحاج الحلبي، التقرير والتحبير، على التحرير في أصول الفقه للإمام محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السبؤاسي ثم السكندري، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٩ ص: ١٧٥/٢.

(٣) مرجع سابق ص ٧١.

يَحْدُرُونَ^(١) ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَنَتَّكُن مِّنْكُمْ أُمَّةً يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾^(٢) .

إذن من القول المتقدم يمكننا القول أن أمر العمارة والتَّمية من الأمور التي تتدرج تحت فرض الكفاية بسبب " أن للأمة مصالحا كثيرة لا بد من وجودها لتنظيم أحوالها ، وتسعد في حياتها ، ومن هذه المصالح ما لا يقدر عليه إلا باستعداد خاص وتعلم ودراية"^(٣) .

وكذلك تحقق التَّمية مصالح كثيرة للأمة وهذه المصالح يحققها للأمة من ملك ناصية العلم والدارية والمعرفة والتأهيل والقدرة على إدارتها ، وهذه المصالح إذا كانت واجبا كفايياً تكون واجبا عينياً لمن ملك القدرة على تنفيذها .

ويكون إنشاء هيئات التَّامين التَّعاوني الإسلامي لتوفير الحماية من الأضرار والتلف والفقْد للمصالح المعنية؛ ويعتبر أيضاً منسجماً مع مفهوم الواجب الكفاي إذ أن فيه دعوة للأمر بالمعروف باعتبار أنه جائز من الناحية الشرعية وكذلك يعتبر أداة يُنهي بها عن المنكر، والمنكر هنا هو التَّامين التَّجاري.

وبذلك يصبح اللجوء إلى خدمات التَّامين التَّعاوني الإسلامي للحماية من الخسارة للمصالح التتموية وذلك يؤدي إلى إزالة المشقة التي قد يواجهها المتعاطون والمستفيدون من المصالح التتموية وذلك ، بحسبان أن التَّامين التَّعاوني يعمل على إعادة المتضرر إلى الوضع الذي كان عليه قبل الضرر وفي ذلك أفاق مع القاعدة الفقهية (النعمة بقدر النعمة)^(٤) وبالتالي يقوم بدور حفظ المصلحة من جهة العدم.

وهنا يتفق اتصال التَّامين التَّعاوني الإسلامي والتَّمية مع القاعدة الفقهية القائلة: (من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته)^(٥) وكذلك القاعدة الفقهية (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)^(٦) وأعمال التَّمية واجبات كفايية و عملية سيرها وإنفاذها في ظل المخاطر المتوقعة تُحتم اتخاذ التدابير اللازمة لحمايتها مما يتهدها من أضرار كما تقول القاعدة الفقهية (الضرر يزال)^(٧) .

^(١) سورة التوبة : الآية (١٢٢) .

^(٢) سورة آل عمران: الآية (١٠٤) .

^(٣) مرجع سابق ص: ٤٦ .

^(٤) الزرقا الأب، ص: ٤٤١ .

^(٥) المرجع السابق، ص: ٢٦١ .

^(٦) المرجع السابق، ص: ٤٨٦ .

^(٧) المرجع السابق، ص: ١٧٩ .

المبحث الثاني دور التأمين التعاوني الإسلامي في التنمية

في السطور التالية نبين دور التأمين التعاوني الإسلامي في عمليات التنمية بشقيها الاقتصادي والاجتماعي لنبيّن مدى تأثير التأمين الإسلامي في التنمية.

المطلب الأول

التنمية الزراعية والتنمية الحيوانية

إن قطاعي الزراعة و الثروة الحيوانية هما أول وسائل الإنتاج التي حبا الله تعالى بها الإنسان من لدن أبو البشر آدم عليه السلام وأبنائه قابيل وهابيل حيث مارسا مهنة الزراعة ومهنة الرعي ثم نشأت الأعمال التجارية ممثلة في تلك الأنشطة التي عملت على الاتجار بمنتجات هذين القطاعين.

وتطور الأمر لينتج عن تنمية هذين القطاعين أداء شعائر دينية نذكر منها: إخراج الزكاة لمستحقيها، وصدقة الفطر في حالة إخراجها في شكل صاع من غالب قوت أهل البلد كما عند جمهور الفقهاء^(١)، أو في شكل نقود بمقدار قيمة طعام الفرد كما هو عند الأحناف^(٢). ويضاف إلى هذا أيضا حالات الهدي كفارة اليمين بإطعام عشرة مساكين.

نذكر هنا بعضاً مما جاء عن الاهتمام بقطاع الزراعة والقطاع الحيواني في أحاديث المصطفى ﷺ ورسالات الرسل فيما يتعلق بقطاع الزراعة وقطاع الثروة الحيوانية ممثلاً في نصوص نجمها وفق المحاور الآتية:

المحور الأول: التوحيد:

كانت الناقة من معجزات احد الرسل وهو صالح عليه السلام، وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿وَأَلَى ثَمُودَ أَخَاهُمْ صَالِحًا قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُمْ مِنْ إِلَهٍ غَيْرُهُ قَدْ جَاءتْكُمْ بَيِّنَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ هَذِهِ نَاقَةُ اللَّهِ لَكُمْ آيَةٌ فَذُرُّوهَا تَأْكُلْ فِي أَرْضِ اللَّهِ وَلَا تَمَسُّوهَا بِسُوءٍ فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾^(٣). ومعلوم لنا ما من رسول أو نبي أرسله الله تعالى إلى قومه إلا كانت رسالته هي التوحيد بأن الله تعالى واحد لا شريك له.

المحور الثاني: التدريب والتأهيل:

تدريب الأنبياء عليهم السلام في قطاع الحيوان برعي الغنم لتهيئتهم لإدارة البشر وسياستهم جاء بالسنة الشريفة حديث عن أبي هريرة ؓ، عن النبي ﷺ قال: " ما بعث الله

(١) أ.د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص: ٢٠٤٥/٣.

(٢) المرجع السابق: ص: ٢٠٤٤/٣.

(٣) الأعراف: الآية (٧٣).

نبياً إلا ورعى الغنم" فقال الصحابة وأنت؟ فقال: " نعم! كنت أرهاها على قراريط لأهل مكة"^(١).

المحور الثالث: صرف العذاب:

(١) منتجات الزراعة وعذاب القبر وفي ذلك يروي الإمام البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: مر النبي ﷺ بقبرين فقال: (إنهما ليُعَذَّبَانِ وما يُعَذَّبَانِ في كبير، وأما أحدهما فكان لا يستتر من البول، وأما الآخر فكان يمشي بالنميمة) ثم أخذ جريدة^(٢) رطبة فشقها نصفين ففرز في كل قبر واحدة، قالوا: يا رسول الله! لم فعلت هذا؟ قال: (لعله يخفف عنهما ما لم ييبسا)^(٣). وجريدة النخل هي من منتجات القطاع الزراعي.

(٢) يعتبر قطاع الثروة الحيوانية واحد من الأسباب التي يصرف بها الله سبحانه وتعالى العذاب عن الناس كما جاء بالحديث القدسي " لولا عباد لله ركع، وصبية رضع، وبهائم رتع، لصبَّ عليكم العذاب صباحاً، ثم رُصَّ رصاً"^(٤) أطفال رضع وشيوخ ركع وبهائم رتع لصببت عليكم العذاب صباحاً" والبهائم هي من قطاع الحيوان.

المحور الرابع: الكفارات

الكفارات والهدي وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾^(٥). وكذلك في قوله تعالى: ﴿ وَأْتَمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ وَلَا تَحْلِقُوا رُؤُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِّنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ فَإِذَا أَمِنْتُمْ فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾^(٦). وما ورد هنا مما يطعم أو يذبح فهما منسوب لقطاع الزراعة و الحيوان.

(١) صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب رعي الغنم، حديث رقم ٢٢٦٢ ص: ٤٢٩.
(٢) الجريدة: قيل أنها سعة طويلة رطبة، وقيل الجريدة للنخلة كالقضيب للشجرة، وقيل هي السعة التي تقشر من خوصها كما يقشر القضيب من ورقه. وكل ذلك يعني أنها جزء رطب من النخلة اللسان ص: ١١٨ / ٣.
(٣) صحيح البخاري، باب رقم ٥٤ من الكبائر أن يستتر من بوله، حديث رقم ٢١٨ ص: ٥٥.
(٤) السيوطي، الجامع الصغير، حديث رقم ٧٥٢٣، ٤٤٣/٢. قال السيوطي رواه الطبراني في الكبير والبيهقي في السنن كلاهما عن مسامع الديلمي، وقال حديث حسن. أيضاً هذا الحديث ورد بصيغ مختلفة.
(٥) سورة المائدة: الآية (٨٩).
(٦) سورة البقرة: الآية (١٩٦).

المحور الخامس : جلب الخير والبركة وإزالة المشقة

- (١) ارتباط صلاة الاستسقاء بالإنسان والزراعة و الحيوان، وصلاة الاستسقاء سنة معروفة^(١) .
- (٢) الأجر في حالة الزراعة التي يأكل منها الإنسان والحيوان والطير حيث رُوِيَ عنه ﷺ أنه قال: (ما من مسلم يغرس غرساً، أو يزرع زرعاً فيأكل منه طيرٌ، أو إنسانٌ، أو بهيمة إلا كان له به صدقة)^(٢) .
- (٣) إن أول الدواب التي استخدمها الإنسان كانت من منتجات قطاع الثروة الحيوانية من جمال، وخيل، وبغال، وحمير لقول الله تعالى : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبُغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾^(٣) ، كذلك أمر الله تعالى نبيه نوح عليه السلام بصناعة الفلك لينجو من خطر الطوفان هو ومن آمن معه. والفلك يصنع من الخشب، والخشب من الغابات التي تنتمي إلى القطاع الزراعي. أما الحديد فيستخرج من باطن الأرض. وكذلك الفلك تستخدم مطية للسفر.
- (٤) حديثه ﷺ بشأن الفسيلة الذي رواه الإمام البخاري عن أنس بن مالك عن النبي ﷺ قال: إن قامت الساعة وفي يد أحدكم فسيلة^(٤) ، فإن استطاع ألا تقوم حتى يغرسها، فليغرسها"^(٥) .
- (٥) كذلك روي عنه ﷺ أنه قال: (إن الله تعالى أنزل بركات ثلاثاً الشاة والنخلة والنار)^(٦) والبركات الثلاث التي ورد ذكرها في هذه الحديث هي من قطاع الزراعة ومن قطاع الحيوان.

المحور السادس: الحماية

- (١) قصة سيدنا يوسف وحفظ القمح التي وردت في القران الكريم ، إذ يقول الله تعالى : ﴿ وَقَالَ الْمَلِكُ إِنِّي أَرَى سَبْعَ بَقَرَاتٍ سِمَانٍ يَأْكُلُهُنَّ سَبْعٌ عِجَافٌ ^(٧) وَسَبْعَ سُنبُلَاتٍ خُضْرٍ خُضْرٍ وَأُخَرَ يَابِسَاتٍ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ أَفْتُونِي فِي رُؤْيَايَ إِن كُنْتُمْ لِلرُّؤْيَا تَعْبُرُونَ ﴿٥٤﴾ قَالُوا

^(١) الإمام القرطبي، جامع الأحكام الفقهية، جمعه من تفسيره الشهير فريد عبد العزيز الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ٢٠٠٥، المسألة رقم ٤٠١ ص ٢٨٠/١ وذكر أيضاً حديثاً للرسول ﷺ عن عبد الله بن زيد

المازني قال: (خرج رسول الله ﷺ إلى المصلى فاستسقى وحول رداءه ثم صلى ركعتين) قال رواه مسلم.

^(٢) صحيح البخاري، كتاب المزارعة، باب فضل الزرع والغرس إذا أكل منه، حديث رقم ٢٣٢٠ ص: ٤٤٤.

^(٣) سورة النحل: الآية (٨).

^(٤) الفسيلة هي الشجرة الصغيرة من النخل، اللسان، ص: ٥١٩/١١.

^(٥) الإمام البخاري، الأدب المفرد، تحقيق فريد عبد العزيز الجندي، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٥، الباب رقم ٢٢٢ اصطناع المال: ١٩٩ حديث رقم ٤٧٩ ص: ١١٩.

^(٦) الشريف إبراهيم بن محمد بن كمال الدين الشهير بابن حمزة الحسيني الدمشقي الحنفي، البيان والتعريف في أسباب ورود الحديث الشريف، المكتبة العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٢ حديث رقم ٤٥٨، قال المؤلف أخرج الطبراني في الكبير عن أم هانئ رضي الله عنها.

^(٧) عجاف: مهازل وضعاف، راجع د. الحمصي، تفسير وبيان مفردات القران راجع تفسير الآية.

أَضْعَاثُ ^(١) أَحْلَامٍ وَمَا نَحْنُ بِتَأْوِيلِ الْأَحْلَامِ بِعَالَمِينَ * وَقَالَ الَّذِي نَجَا مِنْهُمَا وَادَّكَرَ ^(٢)
بَعْدَ أُمَّةٍ ^(٣) أَنَا أَنْبِئُكُمْ بِتَأْوِيلِهِ ^(٤) فَأَرْسَلْنَا يُونُسَ أَيُّهَا الصِّدِّيقُ أَفْتِنَا فِي سَبْعِ بَقَرَاتٍ
سِمَانَ يَأْكُلُهُنَّ سَبْعَ عَجَافٍ وَسَبْعِ سُنْبُلَاتٍ خُضْرٍ وَأُخَرَ يَابِسَاتٍ لَعَلِّي أَرْجِعُ إِلَى النَّاسِ
لَعَلَّهُمْ يَعْلَمُونَ * قَالَ تَزْرَعُونَ سَبْعَ سِنِينَ دَأْبًا ^(٥) فَمَا حَصَدْتُمْ فَذَرُوهُ ^(٦) فِي سُنْبُلِهِ إِلَّا قَلِيلًا
قَلِيلًا مِمَّا تَأْكُلُونَ * ثُمَّ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ سَبْعَ شِدَادٍ يَأْكُلْنَ مَا قَدَّمْتُمْ لَهُنَّ إِلَّا قَلِيلًا
مِمَّا تَحْصِيئُونَ * ^(٧) ثُمَّ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ عَامٌ فِيهِ يُغَاثُ ^(٨) النَّاسُ وَفِيهِ يَعْصِرُونَ ^(٩) ^(١٠)

^(١٠)^(٩) . فقصه سيدنا يوسف عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة وأتم التسليم تفيد الاحتراز
الاحتراز والتحوط لمخاطر المستقبل بحفظ شيء من المال أو الطعام . فالقصة
تحكى ^(١١) عن رؤيا ملك مصر في ذلك الزمان وان سيدنا يوسف عليه السلام فسرها
بأنه ستمر عليهم سبع سنين مخصبة ، والإشارة هنا إلى الإنتاج الزراعي الذي يُطعمون
منه . فنصحهم أن يقدموا بجد ونشاط على الزراعة في السنوات السبع المذكورة وما
رزقهم الله من خير يأكلون منه بقدر ما يحتاجون والمتبقي يحفظونه ويدخرونه
للمستقبل ، وأشار إليهم بان يتركوه في سنبله وألا يخرجوه منها ويحفظونه حبا في
سنبله لان في ذلك وقاية للمحصول ، أو الحب من خطر السوسة ^(١٢) . وذكر بعض
المفسرين ^(١٣) إن هذه الآية أصل في القول بالمصالح الشرعية التي هي حفظ الأديان ،
والنفوس ، والعقول ، والإنسان ، والأموال فكل ما تضمن تحصيل شيء من هذه
الأموال فهو مصلحة ، وكل ما يفوت شيئا منها مفسدة ، ودفعه مصلحة ، ولا خلاف في
أن المقصود من الشرائع إرشاد الناس إلى مصالحهم الدنيوية ، أما بعد انقضاء هذه
الأعوام السبعة الخصبية ؛ فستأتيهم سبع سنين مجدبة ، يقل أو ينعدم فيها الإنتاج
الزراعي. فاقترح عليهم سيدنا يوسف أن يتلافوا خطر السنين السبع المجدبة بالادخار
لها من السبع المخصبة اتقاءً لخطر الجوع عندما يحدث مستقبلاً . هذه العملية
الادخارية نلحظ فيها مفهوم التامين الذاتي ، وفي طريقة حفظ الحب نصحهم سيدنا

^(١) أضغاث أحلام : أخلاط أحلام لا تأويل لها ، راجع د. أحمد على الإمام ، مفاتيح فهم القرآن ، راجع تفسير الآية.

^(٢) ادكر : تذكر ، راجع د. الحمصي ، تفسير وبيان مفردات القرآن تفسير الآية.

^(٣) امة : مدة ، راجع د. الحمصي ، تفسير وبيان مفردات القرآن تفسير الآية.

^(٤) تأويله: أي تفسيره راجع د. الحمصي ، تفسير وبيان مفردات القرآن تفسير الآية.

^(٥) دأبا: دائبين ومداميين كعادتهم في الزراعة بجد وملازمة للعمل ، راجع د. الحمصي ، تفسير وبيان مفردات القرآن
تفسير الآية.

^(٦) فذروه: اتركوه ، راجع د. الحمصي ، تفسير وبيان مفردات القرآن تفسير الآية.

^(٧) تحصنون : تحبثون أي تحفظون ، راجع د. الحمصي ، تفسير وبيان مفردات القرآن تفسير الآية.

^(٨) يغاث : من الغيث أي يهطرون ، راجع د. الحمصي ، تفسير وبيان مفردات القرآن تفسير الآية.

^(٩) يعصرون: عصر بعض المنتجات الزراعية لاستخراج الزيت منها كالزيتون أو لاستخراج شراب منها كالعنب ،
راجع د. الحمصي ، تفسير وبيان مفردات القرآن تفسير الآية.

^(١٠) سورة يوسف: الآيات (٤٣ - ٤٩).

^(١١) د. الحمصي تفسير وبيان مفردات القرآن سورة يوسف تفسير الآية.

^(١٢) هي حشرة تتلف الحب .

^(١٣) القرطبي ، ص: ٢٠٣/٥.

يوسف بأن يُترك في السنابل ولا يُخرج منها لان في ذلك حفظاً له من خطر السوسة^(١). وهنا احتاط بحفظ الحبوب من خطر المجاعة؛ كذلك احتاط لسلامة الحبوب نفسها من الخطر؛ بأن تحفظ، أو تبقى داخل سنابلها حفظاً وحماية لها من خطر التلف المتمثل في السوسة إذا أُخرجت من سنابلها.

(٢) من منتجات القطاع الزراعي هدى الله تعالى الإنسان إلى حماية نفسه من خطر الحر حيث قال الله تعالى: ﴿ وَجَعَلْ لَكُمْ سَرَابِيلَ تَقِيكُمْ الْحَرَّ وَسَرَابِيلَ تَقِيكُمْ بَأْسَكُمْ ﴾^(٢) والسريال هو ما يلبسه الإنسان فإن كان وقاية من الحر فهو يصنع من منتجات القطاع الزراعي، وإن كان لأغراض الحرب فهو الدرع ويصنع من الحديد.

(٣) كبش فداء إسماعيل عليه السلام وعيد الأضحى عند المسلمين حيث يقول الله تعالى: ﴿ وَفَدَيْنَاهُ بِذَبْحٍ عَظِيمٍ ﴾^(٣). وكبش الفداء هذا من قطاع الثروة الحيوانية.

(٤) كذلك روي عنه ﷺ أنه قال: (اتقوا النار ولو بشق تمرة)^(٤).

أما التنمية الزراعية، والتنمية الحيوانية يقصد بهما الاستعداد بشق الترع والقنوات، واستصلاح الأراضي لفلاحتها وزيادة رؤوس الماشية وتوزيعها وزراعة أعلافها وما إلى ذلك، والعمل على توزيع منتجات القطاع الزراعي والحيواني وما يتبع هذه المنتجات من نتائج ومراهم مفيدة.

والغرض من تنمية قطاع الزراعة وقطاع الثروة الحيوانية اللذان يعدان من أهم القطاعات الإنتاجية هو: توفير الحاجات الأساسية من المشرب و الغذاء والكساء والمسكن والعمل والمال بالإضافة إلى الأغراض الاستراتيجية، والاقتصادية، والاجتماعية، والأمنية، والسياسية.

أما المشرب فيتمثل في المياه العذبة الجارية والتي يتم استخراجها من باطن الأرض، أو المالحه التي يتم تنقيتها وتحليتها.

الغذاء والكساء يتحققان باستخدام منتجات القطاع الزراعي والحيواني ويتمثل في أنواع الأطعمة والمأكولات من منتجات محصولية وبستانية وخضرية ولحوم وألبان، ومنتجات الألبان وكذلك منتجات الدواجن يتم استهلاكها حسب حاجة الناس. أما

^(١) روى الإمام القرطبي أن الله أرسل سيدنا جبريل ليوحى لسيدنا يوسف أن الله سيفرج عنه محنته وذلك برؤى الملك التي ستكون كذا وكذا وان تفسيرها كذا وكذا. أي علمه الله تفسير الرؤيا.

^(٢) سورة النحل: الآية (٨١).

^(٣) سورة الصافات: الآية (١٠٧).

^(٤) السيوطي، الجامع الصغير حديث رقم ١٤٣ ص ٢٨ / ١ ، قال السيوطي رواه البخاري ومسلم والنسائي عن عدي بن حاتم، وأحمد في مسنده عن عائشة، والطبراني في الأوسط والضياء عن أنس، والبزار عن النعمان بن بشير وعن أبي هريرة، وللطبراني في الكبير عن ابن عباس وعن أبي أمامة وقال حديث صحيح.

المسكن فتم تهيئته وإعداده باستخدام المنتجات النباتية والغابية، وفي بعض الأحيان يضاف إلى هذه المنتجات منتجات القطاع الصناعي المختلفة كالحديد والأسمت.

والعمل يتمثل فيما يقوم به الفرد، أو الأسرة، أو المؤسسات من نشاط فلا ينتج عنه المطعومات أو المشروبات و الملابس فحسب؛ بل إن قطاعي الزراعة والحيوان يهيئان للناس فرصا للعمل وبالتالي يساهمان في التقليل من حجم البطالة و الآثار الاجتماعية السالبة الناجمة عن حالات البطالة و العوز والفاقة.

يوفر القطاع الزراعي والقطاع الحيواني الأموال للأفراد من الدخول الناجمة عن بيع منتجات هذين القطاعين والتي تزيد عن استهلاكهم وتستفيد الدولة من فوائض هذين القطاعين بالتصدير إلى الخارج وهذا يؤثر تأثيرا إيجابيا على ميزان المدفوعات بتحقيق الحصول على العملات الأجنبية. أضف إلى ذلك حصول الدولة على الرسوم والضرائب التي قد تفرض على هذا النشاط مما يغذي ميزانية الدولة بجانب المساهمة في زيادة الناتج القومي وبالتالي تصبح الفائدة عامة لكل المجتمع.

أما الأهداف الاستراتيجية فيمكن تصورها بأعمال حفظ مخزون استراتيجي من المحاصيل تجنبا للفجوات الغذائية التي يمكن أن تنتج عن نقص في المعروض من المحاصيل وهذا أيضا يساهم في الاستقرار السياسي. وتسعى الدول إلى توفير حاجتها من الغذاء محليا تفاديا للوقوع في براثن الدول الكبرى التي تعمل على التدخل في السياسة الداخلية والدولية للدولة وتجعلها تابعة لها بما تحقق لها من الغذاء وبالتالي تكون الهيمنة لهذه الدول الكبرى الهيمنة على الدول التي تلجأ لها في الحصول على الغذاء حتى تصير هذه كأنها ولاية، أو محافظة تتبع للدولة الكبرى وهذا ما يتماشى مع حكمة اليوم " من لا يملك قوته لا يملك قراره". وقد رأينا هذه الصورة في عالمنا اليوم فمازالت كثير من الدول تعاني من سيطرة الدول الكبرى.

إن المقصود بالتنمية هو زيادة الدخل والإنتاج وتحقيق الرفاهية للإنسان وتحسين بيئته الاجتماعية بوجه عام عبر الدخول في العمليات الاستثمارية بهدف إحداث التنمية في القطاعين الزراعي والحيواني. وهذا الاستثمار بطبيعة الحال تحفه المخاطر باعتبار أن العائد مجهول. ومعلوم لنا أن الإنسان مجبوراً على تجنب الخطر سواء في نفسه، أو ممتلكاته. و يقول تعالى "الذي قدر فهدى" فقد قدر الله تعالى للإنسان الخير بأن أعطاه الثروة، وهده أيضاً سبحانه وتعالى الإنسان إلى حفظ ثروته هذه من الخطر حسب ما هو متاح له من وسائل وأساليب حماية، حيث استخدم الإنسان أساليب بسيطة مما هو متاح

من بيئته وطبيعته بهدف حفظ الإنتاج الزائد من المحاصيل بـدفن هذا الإنتاج فيما يعرف في السودان بـ"المطمورة"، أو بحفظه داخل "السويبة"^(١).

ثم تطورت هذه الوسائل والأساليب لما يعرف اليوم بصوامع الغلال. وكل هذه السبل تهدف إلى حماية هذا الإنتاج – أي الثروة – من التلف والضياع والسرقة وغيرها من المخاطر التي تتهددها.

وكذلك بالنسبة للثروة الحيوانية فقد اهتدى الإنسان لحمايتها من المخاطر باستخدام الأساليب المناسبة ألا وهي إقامة الزرائب من أغصان الأشجار والأخشاب ثم تطور الأمر بإقامة المزارع الحديثة وتشبيد الحظائر بالنمط العلمي الحديث وإتباع الإرشادات البيطرية اللازمة.

المطلب الثاني

دور التأمين التعاوني الإسلامي

في التنمية الزراعية والحيوانية

أشرنا في الفرع السابق إلى الأساليب التي استخدمها الإنسان بغرض حماية منتجات قطاعي الزراعة والحيوان؛ ولكن مع تطور الإنسان تبين له أن هذه الأساليب وحدها ليست بالكافية فاستحدث أنماطاً أفضل لدرء الخطر وتتطور وتتشكل بحسب المهددات التي تواجه الإنسان مما دعاه لتبني أفضلها مخافة الفقدان، والسعي للمحافظة عليها من جانب عدم وكان من الأساليب التي استحدثها الإنسان؛ نظام التأمين بصفة عامة، ونظام التأمين التعاوني الإسلامي بصفة خاصة الذي يتميز بالقبول من الناحية الشرعية.

يقدم التأمين التعاوني الإسلامي العديد من التغطيات التأمينية التي من شأنها أن تساعد وتعزز بل وتعمق من أعمال التنمية الزراعية والحيوانية ونذكر هنا من هذه التغطيات مثلاً لا حصراً ما يلي:

(١) يوفر التأمين التعاوني الإسلامي تغطيات تتمثل في حماية المعدات والأجهزة وكل معينات الإنتاج في استجلابها من الخارج، أو من الداخل وذلك بتغطية خطر النقل بالإضافة إلى تغطية مخاطر التركيب والتشييد.

(٢) تغطيات التأمين الزراعي التي تعمل على تغطية الاستثمار الزراعي من المخاطر التي يتعرض لها وذلك بتعويض المستثمر أو المزارع بالمبلغ الذي استثمره في الزراعة في حالة التلف الذي تعرضت له الزراعة سواء كان بسبب آفة طبيعية أصابت الزرع كالطير والجراد وللحشرات، أو جفاف بسبب عدم نزول المطر إن كانت الزراعة تروى رياً مطرياً، أو بسبب الغرق، أو العواصف، والبرد، أو الصقيع، أو أمراض النبات.

(١) السويبة: تستعمل عندنا في السودان لحفظ الفائض من المحاصيل لوقت الحاجة وهي تصنع من الحطب وفروع الشجر والقصب وتكون على هيئة كوخ.

- (٣) تغطيات تأمين الثروة الحيوانية في حالة مرضها، أو نفوقها، أو سرقتها.
- (٤) أيضا يستمر الدور الإيجابي للتأمين التعاوني بالنسبة لقطاعي الزراعة والثروة الحيوانية بتوفير تغطيات الحصول على التمويل من المؤسسات التمويلية وذلك بتوفير التغطيات المناسبة للحصول على التمويل المعنى.
- (٥) أيضا يستمر الدور الإيجابي للتأمين التعاوني بالنسبة لقطاعي الزراعة والثروة الحيوانية بتوفير تغطيات تأمين الصادرات وهذا يعمق من النشاط التنموي حيث تمتد التغطية التأمينية لمراحل تسويق هذه المنتجات بما يوفر للمصدر تغطية يتم بموجبها تعويضه إذا لم يتمكن المستورد - وهو الذي تم التصدير الإنتاج بالنسبة له - من سداد قيمة الصادرات الزراعية والحيوانية سواء كان ذلك لأسباب أم مالية بما في ذلك إفلاس المستورد، أو أسباب سياسية مثال ذلك: منع سلطات الدولة التي تم التصدير إليها من الوفاء بقيمة الصادرات أو تأجيلها سواء أكان المستورد جهة حكومية، أو خاصة، وقد يكون السبب فرض قيود على تحويل القيمة بعمل العقد أو فرض سعر صرف تمييزي، أو بسبب الاضطرابات الأهلية و الأعمال العسكرية التي تتعرض لها الأصول المادية للمدين.
- (٦) توفير تغطيات النقل المختلفة لكل مراحل الاستثمار سواء كان بنقل مستلزمات الإنتاج من الآلات وأجهزة، أو بنقل الإنتاج نفسه من مكان إنتاجه إلى التخزين أو التصدير.
- (٧) توفير التغطيات التأمينية الخاصة بحماية الإنتاج في حالة التخزين.
- (٨) توفير تغطيات لصوامع الغلال والحظائر من المخاطر التي تتهددها كالحريق والسرقة والانفجار وغيرها من المخاطر.
- (٩) توفير التغطيات التأمينية للعاملين في حقل التنمية الزراعية والحيوانية سواء كانوا مزارعين أو تنفيذيين عبر تغطيات التأمين الصحي، والتكافل الجماعي التي تشمل مخاطر الوفاة والإصابة والعجز والتكافل المعاشي للعاملين وأسرهم.

المطلب الثالث

التنمية الصناعية

مثلما عرف الإنسان قديما الزراعة وتربية الحيوان، عرف الصناعات المختلفة. وفي ذلك يقول ابن خلدون: "إن أول من زاول الصناعة ومن ثم أصبحت تنسب إليه هو نبي الله إدريس عليه السلام كما زاول أنبياء آخرون أنماطا أخرى من الصناعة؛ فقد كان نوحاً عليه السلام نجاراً، وكان داوود عليه السلام حدادا"^(١).

(١) العلامة عبد الرحمن بن محمد بن خلدون الشهير بابن خلدون، مقدمة ابن خلدون تحقيق هشام جمعه هلال ، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، ط ١ ، بيروت لبنان، ٢٠٠٧ ص: ٤١٩.

وتكتسب الصناعة أهمية كبيرة ، لعدة أسباب نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

- (١) أنها تعمل على تهيئة التنمية الزراعية وتنمية الثروة الحيوانية وذلك بتصنيع الآلات والأجهزة والمعدات اللازمة لاستخدامها في التنمية الزراعية وتنمية الثروة الحيوانية.
- (٢) تؤثر الصناعة في ازدهار التنمية الزراعية والحيوانية، كما تحقيق التنمية في بقية القطاعات الأخرى نذكر منها قطاع: التعدين، البناء والتشييد، البنية التحتية، العسكري، الأمني، الطب، التعليم، السكن، النقل، الخدمات الذي يشمل العديد من المؤسسات الخدمية أهمها المصارف والتأمين ومؤسسات الاستشارة والدراسات والتدريب والأمن الصناعي وغير ذلك من بقية القطاعات الإنتاجية. ويكون هذا التأثير إما عبر تجهيز المعدات والآلات اللازمة لأحداث التنمية في القطاعات السابقة، أو بتوفير الأموال من أرصدة التنمية الصناعية، أو بتوفير المعدات والآلات، أو ببسط خدمات هذه القطاعات في خدمة التنمية الصناعية. وكل هذا يؤدي إلى تعميق التنمية بصفة عامة.
- (٣) كبر العائد المادي من التنمية الصناعية على مستوى المستثمرين وعلى مستوى الدولة.
- (٤) نسبة لكبر العائد المادي الناتج من التنمية الصناعية؛ فإنها تعتبر أهم القطاعات التي تؤثر أثراً في زيادة الدخل والناتج القومي وتكون سبباً في قوة الدولة.
- (٥) إنتاج السلع المعمرة وغير المعمرة.
- (٦) الدول التي تتصف بأنها دولاً صناعية تكتسب الأهمية والريادة بين الدول وتصبح دولة عظيمة ودولة قوية ومؤثرة في السياسة الدولية بشكل مباشر كما تمتاز بالتفوق العلمي والتقني والقدرات الاقتصادية الفائقة وكل هذا يجعل الدول الأقل منها تلجأ إليها طواعية أو جبراً.
- (٧) تيسير وتطوير وابتكار الأنماط الاجتماعية المختلفة لأفراد المجتمع.
- (٨) تتيح فرصاً وظيفية كبيرة لمختلف فئات المجتمع وبالتالي تصبح الأكثر ايجابية في محاربة البطالة.
- (٩) تزكية روح التعلم والتخصص في المجالات التي تحقق النهضة الصناعية بالإضافة إلي تزكية روح البحث العلمي.
- (١٠) خدمة الأهداف الإستراتيجية للدولة وهي أهداف متعددة الأوجه.
- (١١) التمكين من تحقيق مجتمع الكفاية والعدل والرفاهية.

المطلب الرابع دور التأمين التعاوني الإسلامي في التنمية الصناعية

أما التأمين التعاوني الإسلامي فإنه يؤدي دورا هاما في تحقيق التنمية الصناعية بما يشمل المستثمرين والعاملين في قطاعات التنمية الصناعية المختلفة وكذلك الدولة و الجمهور الذي سيستفيد من خدمات التنمية الصناعية. و يتمثل هذا الدور في العديد من التغطيات التأمينية التي تشجع وتعزز إحداث التنمية الصناعية. وفيما يلي نشير إلى بعض هذه التغطيات التي تؤثر إيجاباً في عملية التنمية الصناعية:

(١) التغطيات التأمينية التي تمكن من الحصول على التمويل من مؤسساته المختلفة بغرض استخدامه في عملية التنمية الصناعية.

(٢) التغطيات التأمينية التي تتعلق بالحصول على جميع مستلزمات التصنيع من آلات ومعدات ومواد خام، سواءً تم هذا الحصول بالاستيراد من الخارج أو بالشراء من الداخل فإنه تتم حمايتها من التلف والفقدان بموجب تغطيات تأمينات النقل المختلفة. أما إذا تعرضت هذه الآلات والمعدات ومستلزمات الإنتاج لتلف، أو فقدان، أو هلاك، ولم يتم تغطيتها بأي من التغطيات التأمينية التي تطرحها هيئات التأمين التعاوني؛ فإن الأموال التي أنفقت في شراء هذه الآلات والمعدات ومستلزمات الإنتاج ستضيع، وتضيع معها الآلات والمعدات ومستلزمات الإنتاج نفسها وبالتالي تصبح الخسارة فادحة. ولكن في حالة وجود تغطيات النقل فإن التعويض عن هذه الأضرار والتلفيات يحد من حجم الخسارة إذ يتم توفير قيمة الآلات والمعدات ومن ثم توفير الآلات والمعدات أيضا عبر شرائها مرة أخرى أو إعادة إصلاحها وصيانتها وبذلك يمكن تحقيق عملية التنمية الصناعية واستدامتها.

(٣) تأمينات أخطار المقاولين وأخطار التركيب في حالة تنفيذ عمليات التشييد وتركيب المعدات وتجهيز خطوط الإنتاج التي تغطي التلفيات التي تلحق بالأجهزة والمعدات والمستلزمات الصناعية في مرحلة التشييد والتركيب حيث بموجب هذه التغطيات تُدفع التعويضات في حالة تعرض هذه المعدات والآلات للتلفيات خلال مرحلة التشييد والتركيب مما يضمن أنفاذ عملية التنمية الصناعية، بمعنى أنه في حالة عدم وجود مثل هذه التغطيات التي تصاحب أعمال التشييد والتركيب ستتعرض عملية التنمية في حالة تلف الآلات والمعدات.

(٤) تغطيات تأمين توقف الآلات وهي ما تعرف بتغطيات التأمين الهندسي والتي تبدأ بعد الانتهاء من فترة التشييد والتركيب وتجهيز خطوط الإنتاج ثم تبدأ العملية الإنتاجية مع احتمال إصابة الآلات أو المعدات المستخدمة في العملية الإنتاجية بضرر يؤدي إلى توقفها، وبالتالي تتوقف العملية الإنتاجية في كافة خطوطها وذلك لأن الخطوط

تكمل بعضها البعض. ولكن في ظل وجود تغطية توقف الآلات ستم صيانة الآلة المتعطلة، أو استبدالها دون أن يدفع المستثمر تكلفتها، وبذلك يستمر الإنتاج ولا يتوقف مما يجنب المستثمر وقطاعات وأفراد المجتمع المعاناة التي يسببها فقدان السلعة المصنعة، مثال ذلك: المستهلكين، والعاملين في حقل إنتاج السلعة أو السلع المعنية، والمستفيدين الآخرين من العملية الإنتاجية للسلعة، أو السلع المعنية؛ كخدمات: الكهرباء والمياه، والهاتف، وموزعي السلع المنتجة، وموردي مستلزمات الإنتاج الصناعي، والدولة ممثلة في وحدات تحصيل الرسوم والعوائد والضرائب التي تُفرض على الإنتاج الصناعي وتداوله في المجتمع بصفة عامة.

(5) توفير تغطيات الحريق والسرقة والتلفيات بسبب المياه والزلازل والبراكين والصواعق والفيضانات والأخطار الحربية وشبه الحربية وكل ذلك يمكن من التعويض عن قيمة الأضرار التي قد تلحق بالمصنع وبالتالي لا تتأثر العملية الإنتاجية ولا يفقد المستثمر ماله مما يعنى أنه في حالة عدم وجود هذه التغطية يصبح الأمر عسيراً.

(6) تغطيات تأمين الصادرات في حالة قيام المُصنِّع بتصدير منتجاته إلى الخارج يتم التعويض عن حالات عدم سداد الجهة التي تم التصدير لها سواء كان بسبب الإفلاس أو بسبب المخاطر السياسية التي تفرضها دولة المستورد من تقييد التحويل أو منعه لدولة المُصدِّر أو فرض الحصار الاقتصادي من قبل دولة المستورد. وفي كل هذه الحالات يتم التعويض بقيمة الإنتاج الذي تم تصديره والمؤمن لدى شركة التَّأمين التَّعاوني الإسلامي. أيضا هنا في حالة عدم وجود تغطية الصادر فإن الخسارة تكون كبيرة ولا تنحصر في المصدر؛ وإنما تشمل أيضا ميزان المدفوعات الذي يخسر فرصة الحصول على العملة الأجنبية من عملية الصادر.

(7) تغطيات التعويض عن الأموال المستثمرة في حالة قيام سلطات الدولة بإجراءات التَّأميم والمصادرة.

(8) توفير تغطيات للمخزون من الإنتاج والمواد الخام في حالة تعرضها للتلفيات والخسارة بسبب الحريق والأخطار الطبيعية الأخرى وكذلك خطر السرقة.

(9) تغطيات العاملين في حقل التنمية الصناعية لاسيما الخبرات الأجنبية، ومن أمثلة هذه التغطيات: العلاج، ومخاطر الوفاة، والإصابة، والعجز الصحي بأنواعه، والأمراض التي تنجم عن المهنة نفسها كأمراض: الصدر التي تنجم من العمل في مصانع الغزل والنسيج وما شابه ذلك. وأمراض المهنة هذه يكون الشخص المستثمر مسؤولاً عنها في غالب الأحوال بموجب قانون العمل السائد في الدولة محل الإنتاج ولهذا يمكن للمستثمر أن يحوّل هذا الخطر لشركات التَّأمين بالاشتراك في تغطية إصابة العاملين التي تعوض العامل المصاب بمرض سببه المهنة التي يمارسها في مكان الانتاج.

(١٠) غالباً ما تقوم شركات التأمين التعاوني الإسلامي بتوجيه النصح والإرشاد للمصنع باستخدام الأساليب والوسائل المناسبة من معدات وآليات الأمن والسلامة بهدف الحد من حجم الخسارة في حالة وقوعها.

المطلب الخامس

التنمية الاجتماعية

يعتبر الإنسان هو المحور الأساسي والمستفيد الأول من جميع أعمال التنمية في مختلف قطاعاتها، ولاغرو في ذلك فهو الذي عناه الله تعالى بالاستخلاف في الأرض وعمارته حيث قال سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾^(١). وأيضاً قوله تعالى: ﴿وَأَثَرُوا^(٢) الْأَرْضَ وَعَمَرُوهَا أَكْثَرَ مِمَّا عَمَرُوهَا^(٣)﴾^(٤).

إذن الإنسان هو المعنى بإحداث التنمية ويتضح لنا هذا إذا تمعنا الأهداف والمقاصد من وراء تبنى عمليات التنمية الزراعية وتنمية الثروة الحيوانية والتنمية الصناعية سواء أكان هذا عبر سعى الإنسان لتعظيم منفعته من الاستثمار، أو العمل في كافة الميادين، أو سواء كان ذلك عبر الدولة في حالة قيامها بالعملية التنموية بنفسها، أو أن تساعد الدولة في إحداث التنمية. لذا نجد في كل الأحوال أن الهدف منها هو الإنسان حتى ولو كانت أهداف الدولة أهدافاً إستراتيجية أيضاً الهدف هو حماية المواطن والوطن.

ما تقدم نغنى به استهداف عمليات التنمية لراحة الإنسان وتحقيق رغباته ومباهجه. لذلك تتبنى الدول التنمية الاجتماعية بغرض تحقيق مقاصد اجتماعية بحتة للإنسان مثال ذلك: توفير آليات لمحاربة الفقر والآثار السالبة لانخفاض الدخل ومساعدة الإنسان بما يحتاجه من أمور، أو خدمات لا يستطيع توفيرها أما لعدم امتلاكه لتكلفتها، أو لعظم تكلفتها كالعلاج، والتعليم، والزواج.....الخ.

وعمارة الأرض التي وردت في صدر هذا الجزء من البحث ليست محصورة في تنمية القطاع الزراعي وقطاع التشييد أي قطاع التنمية العقارية؛ بل تشمل جميع القطاعات التي تحتاجها الأمة بهدف المحافظة على مصالحها وتحقيق أهدافها المتعددة الصور والمتباينة الاستخدام والحاجة.

(١) د. الحمصي: أي جعلكم عمَّارها وسكانها أي تنتفعون بخيراتها، أو فوض إليكم عمارتها.

(٢) سورة هود: الآية (٦١).

(٣) د. الحمصي: أثاروا الأرض أي حراثوها للزراعة، وعمروها بالزرع والغرس والبناء.

(٤) سورة الروم: الآية (٩).

المطلب السادس

دور التأمين التعاوني الإسلامي

في التنمية الاجتماعية

أما دور التأمين التعاوني الإسلامي في تحقيق التنمية الاجتماعية فهو دور واضح وإيجابي الأثر، إذ أنه في بعض صور هذا الدور تحقيق للمقاصد الضرورية للإنسان وفي البعض الآخر تحقيق للمقاصد الحاجية والتحسينية للإنسان حيث يقوم التأمين التعاوني الإسلامي بهذا الدور من خلال التغطيات الحالية، أو تلك التي يمكن أن تبتكر في المستقبل بسبب بروز الحاجة الداعية لهذا الابتكار والهدف من كل ذلك هو تحقيق المنفعة الاجتماعية للإنسان وبعبارة أخرى الإسهام في تحقيق التنمية الاجتماعية للإنسان "وهنا نذكر بعضاً من التغطيات التأمينية الهامة التي تؤثر في إحداث التنمية الاجتماعية على النحو التالي:

(١) تغطيات التكاليف الطبي التي توفر العلاج للإنسان والذي يكون في غالبها مقصداً حاجياً ولكن في بعض الأحيان يصبح تلقي العلاج مقصداً ضرورياً في حالة إصابة الإنسان بمرض عضال، أو فتاك مما يتعين تلقي العلاج كأمراض الفشل الكلوي، إذ لا مناص من تلقي علاج الغسيل، وكذلك أمراض السرطان وأمراض القلب، إذ يتعين تلقي العلاج من مثل هذه الأمراض مخافة أن يتعرض الإنسان للهلاك، أو أن يشارف على الهلاك، وأكثر من ذلك قد لا يكون العلاج متوفراً في بلد إقامة الشخص المريض مما يستدعي سفره للخارج لتلقي العلاج اللازم. وفي كل هذه الأحوال توافر تغطيات التكاليف العلاج للشخص المعني لقاء أقساط التكاليف المدفوعة من جانب الشخص فيتمتع بتوفير المبلغ اللازم لعلاج. وهذا يعني أنه في حالة عدم توافر تكاليف العلاج هذه سيعاني الإنسان من المشقة والضييق بل قد يكون في بعضها مواجهاً للهلاك، أو مشارفاً للهلاك مما يدفع بالإنسان اللجوء لجهات المساعدة من الدولة، أو من المؤسسات الخيرية وفي كل الأحوال من العسير أن يجمع كل نفقات العلاج بالنسبة له، أو لمن يعول بينما يكون ذلك ميسوراً بموجب تغطيات التكاليف الطبي وبدون عناء أو سؤال أو إراقة ماء وجه.

(٢) توفير تغطيات تكافلية، أو تأمينية تساعد الإنسان على تجاوز محنة العوز والفاقة وبالتالي حمايته من إراقة ماء وجهه عبر التغطيات الكفيلة بذلك والتي نذكر منها الأمثلة التالية:

(أ) تغطية حماية الدخل عند توقف الشخص عن العمل بسبب المرض، أو الإصابة، أو العجز الدائم أو المؤقت حيث يدفع للشخص تعويض إما بصورة دورية حتى الشفاء أو بلوغ نهاية العقد، أو أن يدفع المبلغ المعني دفعة واحدة ويكون الشخص حراً في كيفية استغلال المبلغ المدفوع. وكيف ما كانت صورة دفع هذا المبلغ؛ فإن ذلك

يؤدي إلى عدم تعرض الشخص ومن يعول لسلبيات العوز والفاقة الناجمة عن عدم قدرته على العمل.

(ب) تغطيات إعادة التأهيل لمن أصيب إصابة تمنعه عن مزاولة عمله أو مهنته الحالية، أو أن يزاولها بكفاءة أقل فيؤثر ذلك على دخله العائد من مهنته العادية. وتتم تغطيات إعادة التأهيل بموجب تغطيات التكافل تغطيات إعادة التأهيل بالتدريب والتأهيل أما لنفس مهنته، أو لمهنة بديلة وبالتالي يعود الشخص منتجاً كما كان قبل الإصابة وفي ذلك رفع للمعانة المعنوية والمادية عن الشخص المصاب ومن يعول.

(ج) تغطيات حماية الدخل وهي تقدم في حالات تعرض مصدر دخل المشترك - لا المشترك في نفسه - للتوقف، أو الإزالة، أو فقدان، أو الهلاك الأمر الذي يترتب عليه عدم مقدرة الشخص على التكسب وأن بدا هو سليماً في نفسه نسبة لفقده لمصدر دخله. وهنا تقدم خدمات التكافل تعويضاً مناسباً حسب ما تم الاتفاق عليه حيث يدفع مقدار التعويض المتفق عليه للشخص فاقد مصدر الدخل ولمدة معينة وحتى يعيد صيانة أو إصلاح مصدر دخله، أو أن يتحصل على مصدر دخل جديد.

(د) تغطيات الوفاة بالنسبة لرب الأسرة في حالة وفاته حيث يدفع للأسرة مبلغاً بصفتهم الورثة أو الموصى لهم الأمر الذي يحول بينهم وبين التشرّد وإراقة ماء الوجه لهذه الأسرة لاسيما إن كان من بينها من لا يقوى على العمل بسبب كبر السن، أو بسبب الصغر، أو بسبب النوع إذ الإناث ليس في مقدورهنّ في بعض الأحيان، العمل بغرض التكسب وبالتالي يجدنّ في هذه التغطية إقالة لعثرتهنّ.

(هـ) تغطية المعاش في حالة إحالة الشخص للتقاعد حيث ينقطع دخله وعندها تقوم شركة التأمين التعاوني الإسلامي بدفع المبلغ المتفق عليه إما بشكل دوري، أو أن يدفع المبلغ دفعة واحدة يستغله الإنسان فيما يحقق له الإعانة والاستعاضة عن دخله المفقود بسبب التقاعد. معلوم لنا أن الإنسان حين يتقاعد عن العمل يتعرض لموقفين لا يحسد عليهما، الأول: يعاني من الناحية النفسية بسبب البطالة الجبرية الناتجة عن التقاعد لاسيما إن كان في مقدوره العمل والعطاء، والثاني: يعاني من الناحية المادية، ويكون الشخص أكثر معاناة إن كان في كفالته آخرين. إلا أن وجود تغطيات المعاش هذه تمكن الشخص من التأقلم مع الوضع المعاشي بصورة طيبة علماً بأن التقاعد هذا لا مفر منه وذلك بسبب قوانين العمل التي تمنع التوظيف بعد بلوغ الشخص سنّاً معينة نحو ستين عاماً، أو خمس وستين عاماً. وهذه المرحلة من عمر الإنسان هي التي عنها دعاءه ﷺ في حديثه الذي قال فيه: (اللهم اجعل أوسع رزقك علىّ عند كبر سني وانقطاع عمري)^١. والجدير بالذكر

١ السيوطي، الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، حديث رقم ١٤٩١ ص: ٢٢٣/١.

إن بعض نماذج المعاش تنتقل للزوجة في حالة وفاة المعاشي، ومن الزوجة إلى الأبناء الذكور حتى البلوغ، والبنات حتى الزواج.

(و) تغطيات توفير مصروفات التعليم للأبناء حتى لا تتقطع بسبب عدم مقدرة العائل على توفيرها بسبب عدم المقدرة المالية أو بسبب العجز الكلي الدائم الذي يمنعه عن العمل، أو بسبب الوفاة.

(ز) تغطية توفير نفقات المعيشة لأفراد الأسرة وذلك في حالة وفاة العائل، أو عجزه عجزاً كلياً دائماً عن مزاولة عمله بصورة دائمة وعندها يتم دفع مبالغ للأسرة توفيراً لنفقات المعيشة التي كان يوفرها عائلهم وبالتالي يستطيعون التأقلم مع وضعهم الجديد دون أن يتعرضوا للضغوط النفسية والحياتية.

(ح) هناك تغطيات تكافلية حديثة تزامن ابتكارها مع يعرف اليوم بظاهرة التمويل الأصغر والصغير حيث ظهرت معها تغطية تكافلية، أو تأمينية تسمى بالتكافل الأصغر والتكافل الصغير. والمعروف أن الهدف من ظاهرة التمويل الأصغر والصغير هو توفير موارد دخل لمحدودي الدخل والأسر الفقيرة بأسس يسيرة ومرنة. أيضاً الهدف من تغطيات التكافل الأصغر والصغير هو حماية الدخل من جهة، وتوفير تغطيات تكافلية يكون الشخص في حاجة لها مثال حماية مصدر الدخل وتغطية التكافل الطبي للعلاج. ونلاحظ أن ظاهرتي التمويل الأصغر والصغير والتكافل الأصغر والصغير أخذتا في أيامنا هذه في الانتشار لاسيما في المجتمعات الفقيرة أو المنخفضة الدخل.

(د) توفير تغطيات لفئات معينة من فئات المجتمع غالباً تكون من الفئات غير المنظمة، أي تلك الفئات التي لا تعمل في المؤسسات وهيئات العمل التي ينظمها القانون بالدولة. والهدف من هذه التغطيات هو سد حاجات هذه الفئات عبر هذه التغطيات المتخصصة أو التي تستهدف فئة معينة من الناس أمثال ذلك: ربات البيوت، الحرفيين ومن كان على شاكلتهم، وكلهم يعتبرون من الفئات غير المنظمة التي لا يتسنى لها الاستفادة من خدمات التكافل والتأمين على حد سواء كما هو متاح لفئات القطاع المنظم.

(هـ) تغطيات التمويل الاجتماعي التي يحتاجها المجتمع اليوم في شكل قروض للحصول على العلاج إن لم يكن متمتعاً بتغطية التكافل الطبي، أو إذا كانت تغطية التكافل الطبي لا تشمل علاج حالته الصحية، أو إذا كان القرض الهدف منه توفير نفقات التعليم، أو الدراسات العليا. وهنا تقوم تغطيات التكافل بسداد القرض لمصلحة المقرض في حالة عدم سداد المقرض لوفاته، أو عجزه الكلي الدائم، أو إفساره.

(٦) تغطيات التورق^(١) في حالة مشروعيتها، وبيع التورق إذا اشتمل على سلعة معمرة ومرتفعة الثمن فإن المشتري يقوم بسداد ما عليه من متبقي مبلغ الشراء الذي في ذمته لصالح البائع على فترة طويلة نسبياً عامين أو ثلاث أو أربع .. الخ وخلال فترة السداد قد لا يستطيع الشاري من الوفاء بما عليه من مبلغ في ذمته بسبب إعساره المالي، أو بسبب عجزه البدني عجزاً كلياً ودائماً يمنع عن العمل بغرض التكسب، أو الوفاة. فهنا إذا قام الشاري بمحض إرادته، أو بناءً على طلب من البائع بإبرام تغطية تكافلية تضمن للبائع سداد المبلغ الذي يعجز الشاري عن سداده بتحقيق أي من الأسباب سالفة الذكر، فإننا نجد في ذلك تسهياً لإتمام الصفقة ابتداءً، وضماناً لسداد المبلغ المتبقي من ثمن البيع انتهاءً. ومحصلة ذلك هو تسهيل بيع التورق بغرض الحاجة وواضح من مزاوله بيع التورق هو الهدف منها غالباً ما يكون هدفاً اجتماعياً.

والجدير بالذكر أن مسألة التورق هذه بحثها مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة التي انعقدت بدولة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) أصدر القرار رقم ١٧٩/٥(١٩/٥)(٢) والذي جاء به:

بعد إطلاعنا على البحوث الواردة إلى المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة بهذا الخصوص،

قرر ما يلي:

أولاً: أنواع التورق وحكمها

(١) التورق في اصطلاح الفقهاء: هو شراء شخص (المستورق) سلعة بثمن مؤجل من أجل أن يبيعه نقداً بثمن أقل غالباً إلى غير من اشترت منه بقصد الحصول على النقد. وهذا التورق جائز شرعاً، شرط أن يكون مستوفياً لشروط البيع المقررة شرعاً.

(٢) التورق المنظم في الاصطلاح المعاصر: هو شراء المستورق سلعة من الأسواق المحلية أو الدولية أو ما شابهها بثمن مؤجل يتولى البائع (الممول) ترتيب بيعها، إما بنفسه أو بتوكيل غيره أو بتواطؤ المستورق مع البائع على ذلك، وذلك بثمن حال أقل غالباً.

(٣) التورق العكسي: هو صورة التورق المنظم نفسها مع كون المستورق هو المؤسسة والممول هو العميل.

ثانياً: لا يجوز التورقان (المنظم والعكسي) وذلك لأن فيهما تواطؤاً بين الممول والمستورق، صراحة أو ضمناً أو عرفاً تحايلاً لتحصيل النقد الحاضر بأكثر منه في الذمة وهو ربا.

^١ "بيع التورق هو شراء سلعة لأجل، ثم بيعها نقداً لغير البائع بأقل مما اشتراها به، ليحصل على النقد" نقلاً عن كتاب المعاملات المالية المعاصرة، للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر دمشق ودار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الثالثة ٢٠٠٦، ص: ٢٣١.

^٢ حولية البركة، العدد الحادي عشر ١٤٣٠/٥/٢٠٠٩م، منشورات مجموعة دلة البركة، جدة، ص: ٢٦٥.

ويوصي بما يلي:

- (١) التأكيد على المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية باستخدام صيغ الاستثمار والتمويل المشروعة في جميع أعمالها، وتجنب الصيغ المحرمة والمشبوهة التزاماً بالضوابط الشرعية بما يحقق مقاصد الشريعة الغراء، ويجلي فضيلة الاقتصاد الإسلامي للعالم الذي يعاني من التقلبات والكوارث الاقتصادية المرة تلو الأخرى.
- (٢) تشجيع القرض الحسن لتجنيب المحتاجين للجؤ للتورق. وإنشاء المؤسسات المالية الإسلامية صناديق القرض الحسن.

والله أعلم

المبحث الثالث

دور التأمين التعاوني الإسلامي في توفير مصادر تمويل التنمية

من معلوم أن المال هو عصب كل شيء وهو العامل الأساسي لكل محور من محاور التنمية بشقيها الاقتصادي والاجتماعي ولهذا نجد أن الجهات المنوط بها العمل التتموي بعد فراغها من التخطيط المطلوب لبرامج التنمية؛ تسعى للحصول على المال اللازم لإنفاذ الخطط التتموية والانخراط في الاستثمار تحقيقاً للغايات المرجوة.

أما دور التأمين التعاوني الإسلامي في توفير المال الذي يمكن أن يساهم في تمويل المشروعات التتموية في رأينا يتمثل في أربعة صور نوجزها فيما يلي:

الصورة الأولى الاستثمار: ويتمثل هذا الدور في قيام هيئات التأمين التعاوني بالوظائف التالية:

(١) قيام هيئات التأمين التعاوني الإسلامي بالمساهمة في تمويل المشروعات التتموية وذلك بالاستثمار مباشرة فيها سواء كان ذلك بشكل منفرد، أو ضمن جماعة في شكل مساهمة عامة، أو خاصة. هذا بجانب الدخول في محفظات استثمارية تنظمها المصارف أو الجهات الأخرى التي تنظم العملية الاستثمارية بالإضافة إلى توجيهات الدولة حيث تلزم هيئة الرقابة على التأمين شركات التأمين التعاوني الإسلامي بالاستثمار في قطاعات معينة وبنسب معينة أيضاً نحو الاستثمار في القطاع العقاري بنحو ٥٠٪ من أموال التأمين وهذا يساهم في إحداث التنمية العقارية، و ٢٥٪ في سندات الخزنة وهذا يوفر موارد للدولة يمكن أن توظفها في مختلف المشروعات التتموية، و ٢٥٪ في التجارة العامة وهنا إذا تم توجيهها إلى أي قطاع؛ فإن هذا سيؤدي إلى زيادة التنمية في ذلك القطاع.

(٢) كذلك تقوم شركات التأمين التعاوني الإسلامي بالمساهمة في تمويل المشروعات الإنمائية بشكل غير مباشر ويتم ذلك عبر إيداعها لأموالها في المصارف، ولطبيعة

عمل المصارف؛ فإنها تعمل على توفير التمويل للجهات التي تطلبه حسب الموارد المتاحة لديها والتي قد يكون من ضمنها أموال التأمين التعاوني الإسلامي. (٣) أيضاً بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإن هيئات التأمين التعاوني الإسلامي تقوم بتصميم البرامج التكافلية التي تهدف إلى تجميع المدخرات من أفراد المجتمع وتميئتها بالاستثمار لصالح المشتركين في هذه البرامج التكافلية. وهذه البرامج تعمل على تجميع مدخرات المشتركين؛ أي بمعنى آخر توفير سيولة للعمليات الاستثمارية التي تقوم بها هيئات التأمين التعاوني الإسلامي سواء كان ذلك بطريقة مباشرة، أو غير مباشرة بهدف تنمية مدخرات المشتركين التي دفعوها في شكل أقساط اشتراكات في البرامج التكافلية بمختلف مسمياتها، كبرامج الادخار والاستثمار و برامج المعاش. وعادة ما تستثمر هذه الأموال في أوجه قليلة المخاطر بناءً على توجيه هيئة الرقابة على التأمين التي تتبع للدولة لذلك نجد أن أنسب أنواع الاستثمارات لهذه الاشتراكات هو الاستثمار العقاري الذي يتميز بقلّة المخاطر نسبياً مقارنة مع بقية أنواع الاستثمار، أو الاستثمار في السندات والصكوك التي تصدرها الدولة بضمان بعض مؤسساتها المالية. وهذا يؤدي إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأصحاب هذه الأموال من المشتركين في برامج التكافل من جهة، كما يؤدي تحقيق المصالح لأطراف أخرى وبذا تحقق المصلحة العامة أيضاً سواء كان بالمساهمة في التنمية العقارية، أو في صكوك وسندات الدولة، أو في غيرها من ميادين الاستثمار المناسبة.

الصورة الثانية: تسهيل تبادل وسائل الائتمان؛ وتؤدي هيئات التأمين التعاوني الإسلامي هذا الدور عبر البرامج التكافلية والتأمينية التي ما شأنها أن تساعد على تبادل وسائل الائتمان بين الممولين وطالبي التمويل وذلك عبر العديد من البرامج نذكر منها ما يلي:

(١) تغطية التكافل لحماية المرهون والتي تهدف إلى تسهيل منح التمويل الموثق برهن عقار ثابت، أو منقول يمتلكه طالب التمويل كضمان لسداد مبلغ التمويل الذي هو دين في ذمة طالب التمويل. ويتم رهن العين لصالح الممول، ويكون دور التكافل هنا هو عمل التغطية لحماية العين المرهونة من تسيلها بواسطة المرهون له وذلك في حالة عدم وفاء الراهن أي الشخص الممول صاحب العين المرهونة؛ بسداد ما عليه من دين بسبب الإعسار، أو العجز البدني الكلي الدائم المانع من العمل منعا كلياً ودائماً، أو بسبب وفاته. وفي حالة تحقق أي من الشروط الموجبة لسداد الدين الذي في ذمة الراهن؛ تقوم هيئة التأمين التعاوني بالسداد نيابة عن الراهن للمرهون له وبذا تكون قد وفّت للمرهون له بسداد متبقي الدين الذي على الراهن بدفعه فوراً و جملة واحدة وليس مقسطاً كما كان يدفعه الراهن للمرهون له وفي هذا ميزة لمصلحة الممول باستعمال سداد متبقي الدين بصورة أفضل مما كان يدفعه الدائن فيما لو استمر في

السداد، هذا من جانب. كذلك تعود العين المرهونة لصاحبها وفي ذلك ضمان للعين من عدم التسبيل وهذه تعبر ميزة طيبة للراهن ولأسرته وذلك من جانب آخر.

(٢) تغطيات العين المرهونة نفسها، أو موضوع التمويل نفسه ضد مخاطر الحريق والسرقة وتلفيات المياه والزلازل والبراكين والأخطار المرورية إن كانت العين المرهونة، أو موضوع التمويل: مركبة والمخاطر الحربية وشبه الحربية وغيرها من المخاطر المناسبة إذا تحقق أي خطر منها يتم السداد لصالح الممول، وبالتالي فإن هذه التغطيات تضمن للممول الحصول على الدين الذي في ذمة الممول.

(٣) الصورة الثالثة: حماية المُستثمر والمال المُستثمر: وتكون حماية المستثمر يتم عبر طرح هيئات التأمين التعاوني لتغطيات تحمي المستثمر نفسه من مسؤوليات والتزامات قانونية لصالح الغير وتحمي المال المستثمر من قبل المستثمر. إذن تؤدي العديد من نماذج التأمين إلى تشجيع الاستثمار، بل تحض على الولوج في مختلف ميادينه؛ وذلك بموجب الحماية والاطمئنان التي تحققهما نماذج التأمين المختلفة بموجب التغطيات التالية:

(٤) تأمين مسؤولية المستثمر تجاه عماله عبر العديد من نماذج التأمين؛ مثلا التأمين ضد إصابات العاملين أثناء ساعات العمل أو بسبب العمل، أو أمراض المهنة، التكافل الطبي، التكافل (البديل للتأمين على الحياة)، وتأمين المعاش.

(٥) تأمين أخطار المقاولين الذي يقدم تغطيات تأمينية لآليات المقاول ومعداته بجانب المسؤولية القانونية عن أي خطأ منه لصالح صاحب المقاول، أو الغير.

(٦) تأمين أخطار التركيب. التي تتعلق بحماية آلات العمل من التلفيات بالإضافة إلى الحماية من المسؤوليات القانونية المترتبة على مخاطر التركيب للآليات والمكائن الخاصة بالمصنع، أو المنشأة وفي حماية لمسؤولية المقاول تجاه صاحب العمل وكذلك حماية لحقوق صاحب العمل من الضياع.

(٧) تأمين أخطاء المهنة وهي تغطي الخطأ الذي ارتكبه المهني وتسبب في ضرر لشخص آخر ويكون ملزما هذا المهني بتعويض الشخص المضرور؛ مثال ذلك أخطاء الأطباء، المراجعين، المهندسين وغيرهم.

(٨) مختلف أنواع تأمين الممتلكات؛ مثل تأمينات: الآلات، السيارات، المواد الخام، المباني و أخطار النقل.

(٩) تأمين عمليات الاستثمار المحلية، والصادر إلى الخارج ضد المخاطر السياسية؛ كالتأمين والمصادرة والقرصنة والمخاطر شبه الحربية هذا بالإضافة إلى المخاطر التجارية المختلفة؛ كعدم قدرة الشاري على سداد ثمن البضاعة، أو أي خسارة تلحق بالبضاعة.

الصورة الرابعة: تغذية مالية الدولة: وتتمثل في قيام هيئات التأمين التعاوني الإسلامي بتوفير موارد مالية للميزانية العامة للدولة لأن الدولة تمارس سياسات اقتصادية

ونقدية ترمي من ورائها إلى تمويل خزنتها بالشكل الذي يمكن من قيامها بوظائف الدولة التي من بينها قد يكون القيام بتمويل المشروعات التنموية. وهذه الموارد التي يمكن أن تُدرها خدمات التّأمين التّعاوني الإسلامي نذكر منها ما يلي:

- (١) رسم الدفعة الذي يفرض علي كل قسط تأمين يدفع لهيئات التّأمين التّعاوني الإسلامي التي تقوم بدورها بتوريده لإدارة أو ديوان الضرائب.
- (٢) رسوم الإشراف والرقابة على التّأمين التي تدفعها هيئات التّأمين التّعاوني الإسلامي لهيئة الرقابة على التّأمين وهي هيئة حكومية و وظيفة هذه الهيئة في قطاع التّأمين نفس وظيفة البنك المركزي للبنوك التجارية.
- (٣) العوائد والرسوم الأخرى التي تنتج عن مزاوله هيئة التّأمين التّعاوني الإسلامي لنشاطها التّأميني والاستثماري.
- (٤) الضرائب التي تدفعها شركات التّأمين التّعاوني الإسلامي عن أرباحها.
- (٥) مساهمة هيئات التّأمين التّعاوني الإسلامي في شراء سندات أو صكوك الخزانة التي تعمل علي توفير أموال للخزينة العامة بجانب أنها تؤدي إلي تنفيذ السياسة النقدية.
- (٦) الضرائب والرسوم التي تؤخذ من العاملين في حقل التّأمين التّعاوني الإسلامي والمتعاملين مع هذا النشاط من بقية أفراد المجتمع.
- (٧) كذلك وتكاليف الخدمات الطبية والوسطاء والمستشارين بالإضافة إلى تعويضات الحوادث التي تلحق بموضوع التّأمين التي يلزم إصلاحه وإعادته إلى الوضع الذي كان عليه، فهذا يستدعي القيام بشراء ما يلزم من السوق كقطع غيار السيارات والآلات، المكائن، وإتاع والمهندسين القانونيين وكل ذلك ينتج عنه رسماً ضريبياً يتمثل في القيمة المضافة، أو ضريبة الدخل الشخصي، أو ضريبة أرباح الأعمال تجبها الدولة من أصحابها.
- (٨) تسهم هيئات التّأمين التّعاوني الإسلامي في حركة ميزان المدفوعات في الدولة وذلك عن طريق إعادة التّأمين للخارج ويتمثل ذلك في قيام هيئات التّأمين التّعاوني الإسلامي الوطنية بتأمين نفسها في هيئات تأمين عالمية تدفع لها أقساط إعادة التّأمين في صورة عملات أجنبية. بالإضافة إلي ذلك فإن هيئات إعادة التّأمين الوطنية تتسلم من شركات إعادة التّأمين في الدول الأخرى أقساط إعادة التّأمين والتي تتم تسويتها بالعملة الأجنبية أيضاً. فالصورة الأولى تمثل خروج عملة أجنبية من الدولة إلي العالم الخارجي تؤثر في ميزان المدفوعات وتظهر في الجانب المدين، بينما أقساط إعادة التّأمين الواردة من العالم الخارجي لشركات إعادة التّأمين الوطنية بالإضافة إلى مساهمة معيدي التأمين العالميين في المطالبات التي تدفعها شركة التّأمين التّعاوني الإسلامي المباشر يتم رصد هذه الأموال في ميزان المدفوعات في الجانب الدائن وهذا

يؤكد تأثير نشاط التّأمين التّعاوني الإسلامي بشكل عام علي ميزان المدفوعات للدولة.

المبحث الرابع

المشاكل المتعلقة بدور

التّأمين التّعاوني الإسلامي في أعمال التنمية

ما من شك أن هنالك عقبات أو مشاكل تواجه مسيرة التّأمين التعاوني الإسلامي، كذلك من المؤكد أن تختلف هذه المشاكل من بيئة إلى أخرى وما أذكره فيما يلي من مشاكل لا أقول بأنها عامة ولكن تراءت لي حسب البيئة التي أتواجد فيها وهي على سبيل المثال:

(١) النظر إلى تكلفة التغطية التّأمينية المتمثلة في قسط التّأمين على أنها عبء مالي يري البعض تجنبه للتقليل من الأعباء المالية فيعمدون على الامتناع من إبرام التغطيات التّأمينية كلية، أو إبرامها لأجزاء معينة من موضوع واحد، أو التّأمين ضد خطر محدد بدلاً من التّأمين ضد جميع المخاطر، أو التّأمين بقيمة أقل من القيمة الحقيقية، وكل ذلك يعتبر نوع من التصرفات السالبة التي تتعكس سلباً على قيم موضوعات التّأمين وكذلك إحلال ما هلك أو تلف منها ومن ثم تضييع الثروة على المستوى الفردي وعلى المستوى القومي، بجانب الإقلال من مساهمة قطاع التامين في الناتج المحلي.

(٢) عدم الأخذ في الاعتبار بخدمات التّأمين في عمليات التّمية العقارية المتمثلة في تمليك المنازل والأراضي والشقق والمنازل بإقساط مقابل رهنا فقط، أو بضمان شخصي.

(٣) عدم إلزام السلطات للأخذ بخدمات التّأمين في التّمية بصفة خاصة وفي المجالات الإنتاجية والتّجارية بصفة عامة وذلك باعتبار أن الناتج القومي للدولة يتكون من إنتاج جميع القطاعات بالدولة.

(٤) الدور السلبي لهيئات التّأمين إذ أنها تعتنى وتركز خلف أنواع التّأمين السهلة، أو التي تفرضها السلطة كتّأمين السيارات ضد المسؤولية وكذلك التّأمين الطبي وكلاهما من أنواع التّأمين ذات الحوادث ذات الحوادث عالية التكرار مما ينتج عن ذلك ارتفاع التّعويضات المدفوعة للمشاركين حتى تصل إلى مبالغ أحيانا تعجز الشركة عن الوفاء بالتزامها نحو سداد مبالغها المستحقة للمشاركين لدرجة يمكن أن يؤدي ذلك إلى إفلاس الشركة.

(٥) عدم كفاية التشريعات التي تنظم صناعة التّأمين التعاوني الإسلامي.

(٦) قلة عدد شركات إعادة التّأمين التي تعمل وفق المنهج الإسلامي.

(٧) جمود شركات التامين التعاوني الإسلامي في بعض الدول ولا تتفاعل بشكل إيجابي وممرن مع حاجة المجتمع لخدمات التّأمين.

الخاتمة

في نهاية هذا السفر المتواضع والذي اسأل الله تعالى أن يكون فيه خير لمن يطلع عليه سواء كان ذلك بالمعرفة، أو بتولد فكرة تنطلق مما جاء فيه من أفكار، أو موضوعات.

أولاً: فروض البحث

عوداً إلى فروض البحث التي سبق ذكرها في خطة هذا البحث تبين لنا في خاتمة هذا البحث ما يلي:

(١) أن التأمين التعاوني الإسلامي له دور ايجابي في إنفاذ أعمال التنمية واستدامتها بل ويعززها، كما يؤدي إلى حفظ ما أنفق فيها من أموال ويدراً عنها المخاطر التي تؤدي إلى فقدانها.

(٢) تبين لنا أيضاً أن أعمال التنمية وخدمات التأمين التعاوني الإسلامي تتناغمان مع مقاصد الشريعة الإسلامية من حفظ المصالح التنموية من جانبي الوجود والعدم.

(٣) أما المشاكل تواجه خدمات التأمين التعاوني الإسلامي لقطاعات التنمية بصفة خاصة ولبقية الأعمال بصفة عامة فهي موجودة ولكن معظمها بسبب الجهل والوعي التأميني والمالي الراشد.

(٤) بالنسبة لاتساق أعمال التنمية وخدمات التأمين مع فروض الكفاية فقد تبين لنا من الدراسة أنهما في اتساق تام مع مفاهيم الفروض الكفائية.

ثانياً: الاستنتاجات

باستحضار ما تقدم من المادة التي ذكرناها في متن هذا البحث، أرى أن أهم الاستنتاجات التي توصلت اليها الدراسة هي:

(١) هنالك إجماع تام من فقهاء الأمة الإسلامية بجواز التأمين الإسلامي المبني على التبرع بهدف درء الخطر عن الناس وثروتهم. كذلك السواد الأعظم من فقهاء الأمة الإسلامية يري بعدم جواز التأمين التجاري ويدعم هذا الموقف حديثي المصطفى ﷺ^(١): "إن أمتي لن تجتمع على ضلالة، فإذا رأيتم خلافاً فعليكم بالسواد الأعظم" وأيضاً حديثه ﷺ: "تركت فيكم شيئين لن تضلوا بعدهما؛ كتاب الله وسنتي ولن يتفرقا حتى يرثوا الحوض".

(٢) هناك ضعف في المعرفة التأمينية من الناحية الشرعية لدى الكثير من العاملين في حقل التأمين التعاوني الإسلامي.

(٣) هناك ضعف شديد في فهم التأمين التعاوني الإسلامي من قبل الجمهور المستهدف.

(١) السيوطي، الجامع الصغير: ٣٣٩/١ حديث رقم ٢٢٢١ وقال رواه ابن ماجة عن انس كذلك الحديث الثاني أيضاً ذكره السيوطي بالرقم ٣٢٨٢ ص: ٥٠٥/١ وقال رواه الحاكم في مستدركه عن أبي هريرة.

(٤) عدم الإمام السليم لدي مختلف فئات المجتمع بأهمية التأمين بسبب عدم وجود الوعي التأميني بين طبقات المجتمع المختلفة.

(٥) على الرغم من انه مضى أكثر من ثلاثين عاماً على صناعة التأمين التعاوني الإسلامي والتي تعتبر الشقيق والتوأم لصناعة المصارف الإسلامية إلا أنها لم تتل القدر المناسب من الاهتمام والدراسة عكس ما نالته صناعة الصيرفة الإسلامية إذ نالت قسطاً وافراً من الدراسات والتطور والاهتمام على كافة الأصعدة، بينما نجد أن صناعة التأمين الإسلامية لم تحظ بما حظي به توأمها وذلك يعود لأسباب كثيرة أرى أن أهمها ما يلي:

(أ) إن البنوك الإسلامية سبقت التأمين الإسلامي من حيث النشأة وأصبحت هي المولود البكر للاقتصاد الإسلامي وانفردت بالتالي باهتمام الباحثين والمهنيين.

(ب) نسبة لان البنوك حسب تطبيقاتها تتعامل مع الأشياء الأكثر محبة للنفس من التأمين الذي يتعامل مع الكوارث والتلفيات وما إلى ذلك، فقد جذبت الانتباه إليها سواء كان من قبل الدارسين، أو المهنيين، أو الجمهور المستهدف.

(ج) البنوك تتعامل مع الأشياء التي يحتاجها الإنسان يومياً لتكملة نشاطه، أو الأشياء الحياتية التي يحتاجها الإنسان لذا فهي في الذاكرة أكثر من خدمات التأمين.

(د) لقد وجدت الصناعة المصرفية نماذج وعقود نمطية متعارف عليها في فقه المعاملات وهي ما تسمى بالعقود المسماة وبالتالي عند ترويجها وتطبيقها لم يجد المتعاملون معها غرابة في ذلك ومن أمثلة هذه العقود المضاربه، المرابحة، السلم، الإجارة، الخ. مما جعلها أكثر بعداً عند الكلام عن الحلال والحرام؛ عكس التأمين الذي لم تكن عقوده معروفة في الفقه الإسلامي لهذا لم تندرج تحت طائفة العقود المسماة مما جعل إمكانية قبولها من جمهورها غير سهلة.

(هـ) تأسيساً على ما سبق فإن مسألة القبول الشرعي أوضح في مجال البنوك وليس فيه خلاف يذكر عكس التأمين الإسلامي الذي كان محل اختلاف بين العلماء على حتى قطع جمهور الفقهاء بعدم جواز التأمين التجاري وجواز التأمين الإسلامي.

(و) الدراسات اهتمت بجانب المصارف أكثر من تلك التي اهتمت بجانب التأمين مما أدى إلى وجود أدبيات ثرة في جانب المصارف الإسلامية أكثر من تلك التي وجدت في جانب التأمين الإسلامي.

(ز) كثرة المنتديات والمؤتمرات والندوات وورش العمل والمطبوعات التي تهتم بالمصارف الإسلامية مع قلتها وندرته في جانب التأمين الإسلامي.

(ح) وجود المؤسسات التعليمية والتدريبية التي اهتمت بنشاط الأعمال المصرفية بينما تكاد تكون منعدمة في جانب أعمال التأمين التعاوني الإسلامي.

(ط) وجود شبكة دولية تربط الصناعة المصرفية مع معظم أنحاء العالم مع قلتها في صناعة التأمين.

(ي) قيام الاتحادات والهيئات المهنية التي تعمل على تطوير الصناعة المصرفية على المستوى المحلى والإقليمي والدولي والتحامها مع المؤسسات الدولية المشابهة مما أدى إسراع خطى تطوير الصناعة المصرفية بينما صناعة التأمين لم تحظ بمثل الذي حظيت به الصناعة المصرفية.

ثالثاً: التوصيات

(١) أن تقوم جهات الاختصاص في الدول العربية خاصة، وفي الدول الإسلامية عامة بتيسير السبل الكفيلة بإيصال خدمات التأمين الإسلامي، وان تساهم، وتساعد في تطوير لبنة من لبنات الاقتصاد الإسلامي، بل من أهم لبنات الدولة الإسلامية، والتي عليها أسست أول دولة إسلامية. إذ نذكر في هذا المقام أن رسول الله ﷺ آخى بين المهاجرين والأنصار، مؤاخاة لا مثيل لها في تاريخ البشرية، وصلت إلي حد الإرث، إلي أن أبطله الله تعالى بنص قرآني وجعل حق الإرث مقصوراً على ذوي الأرحام بقوله تعالى " وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله " وكذلك وصلت المؤاخاة ليس إلى اقتسام المال ومتاع الحياة فقط، بل إلي حد نزول الأنصاري عن احدي نسائه للمهاجري ويخيره فيهن، فتعتد له، ثم ينكحها من بعد.

(٢) سن القوانين المناسبة لتنظيم صناعة التأمين التعاوني الإسلامي.

(٣) أدعو شركات التأمين الإسلامية القائمة، والتي نظمت خدمات التأمين الإسلامي الحالية، أن تتفهم طبيعيتها مجتمعية واحتياجاته، وان تعمل على تلبيتها، وتهتدي في جميع أعمالها بأحكام الشرعية الإسلامية، وألا تقدم على شيء إلا بعد عرضه علي جهازها الشرعي.

(٤) أن تأخذ شركات التأمين القائمة الأمر بقوة، و تعمل على تطوير نفسها، وتنشئ فيما بينها معهداً، أو هيئة موحدة للدراسات والأبحاث و تستجلب لها أولوا المواهب العلمية، و تعد للأمر عدته.

(٥) أن تستمر مؤسسات البحث العلمي في جهودها العلمية التأصيلية لتطوير الفكرة التي مورست لثلاث عقود من الزمان، تمهيدا وتعجيلا لبلوغ فجر الدولة الإسلامية بإذن الله تعالى.

^١ صورة الأحزاب آية (٦).

- (٦) الاهتمام بالإحصاءات وتطويرها، وإخضاعها للدراسة، والاستفادة من نتائجها في تطوير، ومعالجة سلبيات الأداء.
- (٧) إنشاء مؤسسات إعادة التأمين التي تعمل وفق المنهج الإسلامي.
- (٨) تأسيس الهيئات ذات الصلة بصناعة التأمين الإسلامي لتعمل وفق المنهج الإسلامي كهيئات سمسة التأمين ومكاتب التأمين.
- (٩) النهوض بصناعة التأمين الإسلامي واستغلال روح التوأمة بينها وبين المصارف بإدخال نماذج التأمين الحديثة والتي يطلق عليها اليوم صيرفة التأمين Bancassurance وأمنة المصارف Assurebanking وهذه النماذج فحواها استغلال الإمكانيات التسويقية المتاحة من المصارف لصالح شركات التأمين و بالمقابل استغلال الإمكانيات التسويقية المتاحة من شركات التأمين لصالح المصارف لتصبح العلاقة علاقة خدمات مالية تكاملية. ففي نموذج صيرفة التأمين فان المصارف تقوم بتسويق منتجات شركات التأمين لعملائها وكذلك في أممنة المصارف تقوم شركات التأمين بتسويق منتجات لعملائها، ويكون أي منهما وكيل بالعمولة للآخر.
- (١٠) تفعيل خدمات التأمين لتكون آلية لمكافحة الفقر بتبني وتشجيع طرح الخدمات التأمينية للقطاعات الفقيرة.
- (١١) توظيف دور التأمين في السياسة النقدية وكذلك سياسة التنمية الاقتصادية والاجتماعية.
- (١٢) أن تعمل الدولة على إلزام المستثمرين الأجانب على إبرام التغطيات التأمينية المطلوبة من شركات التأمين المحلية لاسيما تأمين الممتلكات؛ وذلك لان هذه الممتلكات يتكون منها الناتج القومي للدولة ولذا لابد أن تحرص الدولة على تنفيذ هذا الأمر.
- (١٣) إعفاء خدمات التكافل من كافة الرسوم والضرائب وذلك لأنها خدمات اختيارية يستحسن العمل على تشجيع الأفراد عليها لأنها تعينهم على عمليات الادخار والذي بدوره يعمل على تكوين رؤوس الأموال التي سيستفيد منها المجتمع والدولة على حد سواء.
- (١٤) أن تبادر شركات التأمين بخلق الطلب التأميني بتبنيها للعرض التأميني الذي يخلق الطلب المكافئ له وذلك بتبصير فئات المجتمع بما تحتاجه من خدمات تأمينية ليست على علم بها.
- (١٥) ضرورة ابتكار طرق وأساليب تسويقية تناسب المجتمع الذي يتألف من فئات وقطاعات متنوعة ومتفاوتة ومتباينة الحاجات والفهم.
- (١٦) حتى تكون الأساليب التسويقية فعالة لابد أن يشعر الشخص المستهدف أن هذا الخطاب له دون سائر الناس، ويمكن استغلال ما هو متاح وفي صورته البسيطة

وذلك كمخاطبة المستهدفين مثلا عبر؛ كروت الصعود للطائرة، فواتير المياه، فواتير الكهرباء، فواتير الهاتف، الفواتير والوصفات والمستندات الطبية، الإيصالات والمستندات المتعلقة بالتعليم، الإيصالات والمستندات المتعلقة بالعقارات الثابتة والمنقولة، أعمال درامية، رسائل الهاتف المحمول.

(١٧) أن تكون تكلفة التأمين تكلفة واقعية ومعقولة غير مغالى فيها حتى تتمكن كل فئات المجتمع من الاستفادة منها.

(١٨) أن تُلزم الدولة عبر أجهزتها المختصة كل أصحاب الأعمال التي تتطلب تراخيص أو إجراءات من إذن أو سماح أو تصديق لمزاولة أي عمل بإرفاق التغطيات التأمينية المناسبة لأن هذه الأعمال يمثل مجموعها ثروة المجتمع أي الناتج القومي للمجتمع و ينبغي المحافظة على ثروة المجتمع وان كان أصل هذه الأعمال مملوكا للأفراد.

(١٩) تشجيع البحث العلمي في مجال التأمين.

(٢٠) تبنى ورعاية المبرزين والموهوبين في قطاع التأمين التعليمي والمهني.

(٢١) تشجيع التخصصات الأكاديمية والمهنية في مجالات التأمين المختلفة.

(٢٢) ابتكار أنماط تأمينية لفئات الشباب والطلاب والمرأة.

(٢٣) أن تعمل جهات التمويل على ملازمة التغطيات التأمينية المناسبة لكل عمليات التمويل. وفى هذا المجال أوصى بضرورة ربط خدمات التمويل العقاري بالتغطيات التأمينية.

(٢٤) أن تطلع اتحادات شركات التأمين وإعادة التأمين بنشر الوعي التأميني وسط المجتمع بجانب رفع الكفاءة المهنية وسط العاملين في حقل التأمين.

(٢٥) أن تهتم الدولة بنشر الوعي التأميني لما فيه من منفعة للمواطن وللدولة على حد سواء لان المواطن الذي يؤمن على ممتلكاته ومسؤولياته ودخله يعفى الدولة من إعاناته وكذلك مؤسسات المجتمع المدني ذات الصلة.

(٢٦) أن تراجع هيئات الرقابة الشرعية اتفاقيات إعادة التأمين للتأمينات العامة والتكافل أيضا.

(٢٧) أن يضاف إقرار بالموافقة على التبوع في جميع وثائق التأمين المطروحة.

(٢٨) العمل على تعظيم الثقة في خدمات التأمين وذلك بان تلتزم شركات التأمين بعقد الاجتماع السنوي لهيئة المشتركين مع الالتزام الجاد بتوزيع الفائض التأميني على مستحقيه.

(٢٩) أن تهتم الدولة بالتأمين وان تعمل على تشجيع الاستفادة من خدمات التأمين بان يصير التأمين مصاحبا لكل الخدمات التي لها صلة بالدولة على سبيل المثال:

١. عمل نظام الإجراء السريع Fast Track إذا كانت المعاملة المعنية تم التأمين عليها أو لها صلة بالتأمين.
٢. إعطاء الأولوية في الحصول على التمويل أو الخدمة التي يتنافس عليها الناس لمن أبرم تغطية تأمينية على التمويل، أو الخدمة المعنية.
٣. أن تتمح السلطات الضريبية خصما من قيمة الفئة الضريبية المستحقة على المكلف وذلك بحط مقدار أقساط التأمين التي دفعها المكلف على الإنتاج، أو الأعمال، أو الشيء يعتبر مكونا للوعاء الضريبي.
٤. سرعة وسلاسة معاملة حاملي بطاقات التأمين الصحي في كافة مراكز ومستويات الخدمات الطبية.
٥. تخفيض العوائد المستحقة على المنازل والأبنية المختلفة بنسبة ٥٠٪ في حالة تأمينها ضد مخاطر الحريق والأخطار التابعة.
٦. تخفيض رسوم الترخيص بنسبة ٣٠٪ أو ٤٠٪ أو ٥٠٪ أو بقيمة قسط التأمين ضد الحريق والأخطار التابعة؛ إن كان العقار الثابت والمنقول كمنح مبنى يرخص لمدرسة أم مقرا لمؤسسة... الخ أو أن تكون المركبة المراد ترخيصها قد تم تأمينها تأميناً شاملاً، ويزاد المبلغ المخفض إذا أضيف للتأمين الشامل تأمين الأشخاص.
٧. أن يُعفى الشخص الذي يحمل عقد تكافل طويل الأجل من ضريبة الدخل الشخصي بنسبة مثلاً ٢٥٪ إذا كان عقد التكافل للحماية فقط، و ٥٠٪ إذا كان عقد التكافل المعنى للحماية والادخار.
٨. أن يتم تخفيض الرسوم الدراسية للطلاب الذين أصدرت لهم تغطيات مصروفات التعليم من قبل أولياء أمورهم.

وأخر دعوانا إن الحمد لله رب العالمين

الدكتور السيد حامد حسن محمد

المدير العام

الشركة التعاونية للتأمين (السودان)

e-mail:

sayedhamid55@gmail.com

sayedhamid55@yahoo.com

Tel: +249912368047

Fax: +249183782438

سبتمبر ٢٠١٢م

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم والحديث النبوي.

- (١) القرآن الكريم
- (٢) د. احمد على الإمام، القرآن الكريم بحاشية مفاتيح فهم القرآن الكريم، مصحف إفريقيا، الخرطوم، بدون،
- (٣) أبى عبد الله محمد بن احمد الانصارى القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (الشهير بتفسير القرطبي)، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت ومكتبة الغزالي، دمشق، بدون.
- (٤) د. محمد حسن المحصي، تفسير وبيان مفردات القرآن الكريم، دار الرشيد، دمشق ودار الإيمان، بيروت ودار الرشيد، بيروت، بدون.
- (٥) الشريف إبراهيم بن محمد بن كمال الدين (الشهير بان حمزة الحسيني الحنفي الدمشقي)، أسباب ورود الحديث الشريف، المكتبة العلمية، بيروت، بدون.
- (٦) الإمام أبى الفضل احمد بن على بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار ابن حيان، القاهرة، الطبعة الأولى ١٩٩٦م.
- (٧) الإمام أبى عبد الله بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٩م.
- (٨) الإمام أبى عبد الله بن إسماعيل البخاري، الأدب المفرد، تحقيق فريد عبد العزيز الجندي، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- (٩) الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطي، الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨١م.
- (١٠) مجد الدين ابن السعادات المبارك محمد (الشهير بان الأثير الجزري) جامع الأصول في أحاديث الرسول، مكتبة الحلواني ومطبعة الملاح ومكتبة دار البيان، ١٩٧٢م، بدون.
- (١١) محمد ناصر الدين الألباني، تخريج أحاديث مشكلة الفقر وكيف عالجه الإسلام، المكتب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٤م.

ثانياً : الفقه وقواعد الفقه

- (١) العلامة المحقق ابن أمير الحاج الحلبي، التقرير والتحبير، على التحرير في أصول الفقه للإمام محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السيّواسي ثم السكندري، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٩م.

- (٢) أحمد بن تيمية، الفتاوى، بدون.
- (٣) أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى، دار الآفاق الجديدة، بيروت، بدون.
- (٤) أبي محمد بن محمد بن عبد الله بن قدامة، المغني، الجزء الرابع، مكتبة الندوة الجديدة، بيروت، ومكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الطبعة الثالثة ١٩٨٩م.
- (٥) الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (الزرقا الأب) شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية ١٩٨٩م.
- (٦) أحمد بن عبد الله القاري، كتاب مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، تحقيق د. عبد الوهاب أبو سليمان ود. محمد إبراهيم أحمد علي، تهامة، الطبعة الأولى ١٩٨١م.
- (٧) الشيخ محمد الخُضري، أصول الفقه، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية ٢٠٠٢م.
- (٨) الإمام سحنون بن سعيد التتوخي، المدونة الكبرى، دار الفكر، بدون.
- (٩) د. الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، الدار السودانية للكتب، الخرطوم، ودار الجيل، بيروت، الطبعة الثانية ١٩٩٠م.
- (١٠) الإمام القرطبي، جامع الأحكام الفقهية، جمعه من تفسيره الشهير فريد عبد العزيز الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ٢٠٠٥م.
- (١١) د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بدون.
- (١٢) عبد الوهاب خُلاف، علم أصول الفقه، دار القلم، بيروت، الطبعة العشرون ١٩٨٦م.
- (١٣) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، بدون.
- (١٤) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، الطبعة التاسعة ، ١٩٦٨ / ٦٧م.
- (١٥) د. مصطفى الخن وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار العلوم الإنسانية، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٨٩م.
- (١٦) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الطبعة الثالثة، دمشق، ١٩٨٩م.

ثالثاً: التاريخ

(١) العلامة عبد الرحمن بن محمد بن خلدون الشهير بابن خلدون، مقدمة ابن خلدون تحقيق هيثم جمعه هلال، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، ٢٠٠٧م.

رابعاً: المعاملات والأموال والاقتصاد

- (١) الشيخ على الخفيف، فقه المعاملات الشرعية، بنك البركة الإسلامي للاستثمار، البحرين، بدون.
- (٢) فليح حسن خلف، التنمية والتخطيط الاقتصادي، دار الكتاب العالمي عمان الأردن ودار الكتب الحديث، إربد الأردن، الطبعة الأولى التحليل الكلاسيكي. الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.
- (٣) محمد على الصابوني، فقه المعاملات، المكتبة العصرية، بيروت ٢٠٠٧م.
- (٤) ميشيل تودارو، التنمية الاقتصادية، ترجمة ومراجعة أ.د. محمود حسن حسنى ود. محمد حامد محمود، دار المريخ، الرياض، بدون.
- (٥) أ.د. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر، دمشق ودار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٦م.

خامساً: التأمين والقانون

- (١) د.السيد حامد حسن محمد، التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق، بحث غير منشور.
- (٢) عبد القادر عوده، التشريع الجنائي، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون.
- (٣) د.عبد المنعم البدر اوي، التأمين في القانون المصري والمقارن، القاهرة، ١٩٥٧م، بدون.
- (٤) د. محمد بن احمد بن صالح الصالح، التامين بين الحظر والإباحة، الطبعة الاولى ٢٠٠٤م، بدون.

سادساً: اللغة

- (١) د. احمد الشرباصي، المعجم الاقتصادي الإسلامي، دار الجيل، ١٩٨١م ، بدون.
- (٢) الإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب ، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، بدون.
- (٣) محمد بن يعقوب مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة ودار الريان للتراث، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٧م.

(٤) د. محمد رواس قلعة جى ود. حامد صادق قينبى، معجم لغة الفقهاء، إدارة القران الكريم والعلوم الإسلامية، كرا تشي، بدون.

سابعاً : مطبوعات وأبحاث

(١) كتب أبحاث أسبوع الفقه الاسلامى (مهرجان ابن تيمية) المنعقد بجامعة دمشق، دمشق المنشور بواسطة المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية ، القاهرة ١٩٦١م.

(٢) هيئة الرقابة على التأمين، قانون التأمين والتكافل ٢٠٠٣، الخرطوم.

(٣) مطبوعات مجموعة دلة البركة المملكة العربية السعودية - جدة

(٤) البروفسير الصديق محمد الأمين الضرير، الاعتبارات الشرعية للممارسة التأمين، قدمه لندوة التأمين التكافلي التي انعقدت بالخرطوم في الفترة من ١٤ - ١٦ فبراير ٢٠٠٤م.

فهرس المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
٣ - ١	المقدمة
٤-	الفصل الأول: التأمين التعاوني الإسلامي (تعريفه، مبادئه، نشأته).
٤	المبحث الأول: تعريف التأمين الإسلامي.
٦	المبحث الثاني: مبادئ التأمين التعاوني الإسلامي.
٦	المطلب الأول: مبدأ التبرع.
٩	المطلب الثاني: مبدأ عدم مخالفة أداء الشركة لأحكام الشريعة الإسلامية.
١٠	المطلب الثالث: مبدأ توزيع الفائض التأميني.
١٠	المطلب الرابع: مبدأ المشاركة في الخسارة الزائدة.
١١	المطلب الخامس: مبدأ المشاركة في الإدارة.
١١	المطلب السادس: فصل أموال حملة الأسهم عن أموال حملة وثائق التأمين.
١٢	المبحث الثالث: نشأة التأمين التعاوني الإسلامي.
١٣	المطلب الأول: النشأة النظرية.
١٣	المطلب الثاني: النشأة الفعلية.
١٤	الفصل الثاني: الاستثمار في شركات التأمين التعاوني الإسلامي.
١٥	المبحث الأول: تطبيقات صيغة شركة المضاربة في أعمال التأمين التعاوني الإسلامي.
١٥	المطلب الأول: إدارة مخاطر محفظة التأمين التعاوني الإسلامي.
١٦	المطلب الثاني: إدارة استثمار أقساط التأمين التعاوني الإسلامي.
١٦	المطلب الثالث: تقييم تطبيقات صيغة شركة المضاربة في أعمال التأمين التعاوني الإسلامي.
١٧	المطلب الأول: الإيجابيات
١٧	المطلب الثاني: السلبيات
١٨	المبحث الثاني: تطبيق صيغة الوكالة على أعمال التأمين التعاوني الإسلامي.
١٩	المطلب الأول: إدارة مخاطر محفظة التأمين التعاوني الإسلامي.
١٩	المطلب الثاني: إدارة استثمار أقساط التأمين التعاوني الإسلامي.
٢٠	المطلب الثالث: تقييم تطبيقات صيغة الوكالة في أعمال التأمين التعاوني الإسلامي.

٢٠	الفرع الأول: الإيجابيات.
٢٢	الفرع الثاني: السلبيات.
٢٢	المبحث الثالث: الأجرة في صيغة الوكالة وتباين الآراء الشرعية حولها.
٢٣	المطلب الأول: الرأي الذي يشترط أن تكون الأجرة وفقا للتكلفة
٢٥	الفعلية.
٢٥	المطلب الثاني: الرأي الذي لا يشترط أن تكون الأجرة وفقا للتكلفة
٢٦	الفعلية.
	الفصل الثالث: دور التأمين التعاوني الإسلامي في أعمال التنمية.
٢٩	المبحث الأول: فروض الكفاية وعلاقتها بأعمال التنمية وأعمال التأمين.
٢٩	المبحث الثاني: دور التأمين التعاوني الإسلامي في التنمية.
٣٤	المطلب الأول: التنمية الزراعية والحيوانية.
٣٥	المطلب الثاني: دور التأمين التعاوني الإسلامي في التنمية الزراعية
٣٦	والحيوانية.
	المطلب الأول: التنمية الصناعية.
٣٨	المطلب الثاني: دور التأمين التعاوني الإسلامي في التنمية الصناعية.
٣٨	المطلب الأول: التنمية الاجتماعية.
٤٢	المطلب الثاني: دور التأمين التعاوني الإسلامي في التنمية الاجتماعية.
	المبحث الثالث: دور التأمين في توفير مصادر تمويل التنمية.
٤٦	المبحث الرابع: المشاكل المتعلقة بدور التأمين التعاوني الإسلامي في
٤٧	التنمية
٥٢	الخاتمة
٥٥	المراجع
	الفهرس



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

التأمين التعاوني الإسلامي

مفهومه وضوابطه الاقتصادية في إطار الشريعة

إعداد

الأستاذ الدكتور عبد الرحمن يسري أحمد
أستاذ الاقتصاد والاقتصاد الإسلامي
ورئيس قسم الاقتصاد (الأسبق) بكلية التجارة، جامعة الإسكندرية،
والمدير العام (الأسبق) للمعهد العالمي للاقتصاد الإسلامي
بالجامعة الإسلامية العالمية في إسلام آباد،
أستاذ زائر لكلية الدراسات الإسلامية،
مؤسسة قطر للتربية والتعليم وتنمية المجتمع، بالدوحة حالياً

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

تعرض موضوع التأمين في المجتمعات الإسلامية منذ القرن الماضي للبحث والمناقشة من قبل العديد من الفقهاء ورجال المال والاقتصاد. وبينما ذهب فريق إلى قبول التأمين التقليدي أو التجاري المعروف في المجتمعات الأخرى أتجه معظم الرأي في المؤتمرات الاقتصادية الإسلامية والمجامع الفقهية التي عقدت حوله إلى أنه مخالف للشريعة الإسلامية. ويلاحظ أن بعض من ينتمي إلى القلة من أهل العلم التي لم تعترض على التأمين التقليدي بل أيدته استند على حجج ضعيفة أو ظن أنه لا يوجد لهذا التأمين التقليدي بديل إسلامي ممكن فأخذ يدافع عنه¹، ربما من منطلق الحرص على تأكيد منافع التأمين في حد ذاته للمجتمعات الإسلامية الحديثة.

وفي الثلاث حقبة الأخيرة لم يكتسب الاتجاه الفقهي المعترض على التأمين التقليدي فقط تأييداً متعاضماً لدى المسلمين، بل تطور أيضاً في شكل قواعد شرعية وضعت

(¹) في الفقه الإسلامي وأكثر من ١٤ قرناً لم يجر بحث التأمين كنوع من الأعمال الذي يمكن أن يتم من خلال شركات. ونجد فقط لابن عابدين، الفقيه الحنفي البارز (١١٩٨ - ١٢٥٢) اجتهاداً في ذلك المجال حيث قال بعدم جواز التأمين البحري الذي كان يمارس في ذلك الوقت في أوروبا. وفي أواخر القرن ١٩ التاسع عشر رأى محمد عبده (فقيه وعالم مصري كان له شهرته بين علماء المسلمين والفقهاء في عصره) في رده على سؤال طرحه عليه مدير شركة تأمين تبادلي للحياة بالولايات المتحدة، أن الشريعة تجيز التأمين على الحياة وذلك قياساً على عقد المضاربة. إلا أن هذا الرأي بجواز التأمين على الحياة في الشريعة الإسلامية يكتفه الكثير من الغموض، لأن عقد التأمين على الحياة على النحو الذي كانت تمارسه الشركة التي طرحت هذا السؤال لم يكن مماثلاً لعقد المضاربة! صحيح أن من الممكن ممارسة التأمين التبادلي على أساس من قواعد المضاربة الشرعية، إلا أن هناك علامة استفهام كبيرة بشأن المعلومات التي كانت لدى محمد عبده بشأن كيفية ممارسة التأمين التبادلي في الولايات المتحدة. وفي عام ١٩٥١ في المؤتمر الذي عقد في دمشق أكد مصطفى الزرقا، الذي نال شهرة بين الباحثين والفقهاء في بحثه لقضايا معاصرة هامة، أن جميع أنواع التأمين جائز من جهة الشريعة. وأسس رأيه هذا على أن عقد التأمين هو عقد للتعاون، وهو امر أثبت عليه الشريعة الإسلامية بالتأكيد، وأن عقد التأمين ما هو إلا النسخة الحديثة من النظم التعويضية التقليدية التي سمحت بها الشريعة (مثل الدية والعاقلة). وفي الحقيقة نجد أن جميع الأدلة التي استند إليها مصطفى الزرقا لإثبات جواز التأمين من الجهة الشرعية لا يمكن التسليم بصحتها أو أخذها على محمل الجد للدفاع عن التأمين التقليدي، بل للدفاع فقط عن مفهوم للتأمين في حد ذاته، وذلك في إطار إسلامي كما تبين فيما بعد من كتابات أخرى. من ناحية أخرى، ظلت دار الإفتاء في مصر في الفترة من ١٩١٠ وإلى أعوام قليلة مضت تفتي بعدم جواز التأمين على الحياة. إلا أنه مؤخراً، نشر الدكتور على جمعة (مفتي مصر) فتوى تتضمن رأياً يحبذ التأمين عموماً والتأمين التبادلي والاجتماعي خصوصاً دون تعمق في أدلته الشرعية. وفي إطار إجازة التأمين عموماً يتطرق إلى التأمين التقليدي التجاري فيرى أنه ضرورة وأن كل ما يلزم هو وضع بعض التعديلات على العقود كي تصبح شرعية؛ أنظر نص الفتوى في آخر البحث (مذكورة بعد المراجع) وهي في رأينا تجمع بين حق وباطل في إناء واحد وأنها أثار الغموض والالتباس في أوساط عامة الجمهور أكثر مما جلبت من الارتياح ولا يمكن الاعتداد بها في الأوساط العلمية والفقهية التي بحثت قضية التأمين وضوابطه في الإسلام. وفي ماليزيا، في عام ١٩٧٢ حكمت اللجنة الوطنية الفتوى بأن التأمين غير مسموح به لأنه يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. وفي السودان منذ ١٩٧٠ ظلت الفتوى الرسمية تؤكد على عدم جواز التأمين التقليدي. ورأت هيئة الفتوى الشرعية لبنك فيصل الإسلامي في السودان بعدم جواز أي عقود تأمين تقليدية، وأوصت بأن ينشئ البنك شركة للتأمين الإسلامي لأجل تغطية المخاطر في عملياته. وفي عام ١٩٨٥ أكد المجمع الفقهي الإسلامي، التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، من خلال فتوى جديدة أن جميع أنواع التأمين التقليدية غير جائزة، وأن ممارسات التأمين التعاوني والتأمين التبادلي فقط هي المقبولة وبشرط أن تجري على أساس شرعية.

للتأمين الإسلامي. أما في العالم الواقعي فقد أخذت عدة شركات للتأمين الإسلامي مكانها في أماكن مختلفة من البلدان الإسلامية وغير الإسلامية. وتشير الأدلة الواقعية إلى أن نشاط هذه الشركات في نمو مستمر .

وأنه لمن الضروري لكل مسلم يفكر في التأمين لنفسه ، أو لعائلته ، أو لأعماله أن يتعرف على ماهو صحيح وماهو خطأ من وجهة النظر الشرعية. وكذلك من الضروري لكل مسلم يدير أو يعمل في شركات تأمين إسلامية ، أو يرغب في انشاء شركات تأمين إسلامي جديدة ، مسلماً كان أو غير مسلم ، التعرف بدقة على ماهو مسموح به وماهو غير مسموح به من وجهة النظر الشرعية في هذه المهنة.^١

مفهوم التأمين في الإسلام :

إن معظم الحيرة التي رأيناها ، وما زلنا نصادفها بين الحين والآخر لدى قلة من الفقهاء الذين لم يبدوا أي اعتراض على التأمين التقليدي ترجع إلى خلط بين ممارسات أو أعمال التأمين من جهة ومفهوم التأمين من جهة أخرى .

إن أعمال التأمين مثلها مثل أية أعمال أو صناعة أخرى لا بد وأن تتأثر بالثقافة السائدة وتتشكل بالنظام الاقتصادي والاجتماعي السائد . لذلك دعنا نبدأ بالحديث عن المفهوم في شكل مطلق.

إن مفهوم التأمين يتعلق بالرغبة في توقي الأخطار المترتبة على مصائب أو حوادث محتملة تعترض النمط المعتاد للحياة ، وتؤدي إلى نقص في الأنفس أو الثروات أو أسباب المعاش ، بالتخفيف أو التخلص من آثار هذه الأخطار. فالتأمين لا يستهدف ولا يستطيع منع المصائب أو الحوادث المحتملة التي تعترض النمط المألوف للحياة و فقط إنما التخفيف أو التخلص من آثارها غير المرغوبة قدر الإمكان^٢ .

(١) بل نؤكد على أن التعرف على قواعد التأمين في الإسلام ، وما هو مسموح به أو غير مسموح من الجهة الشرعية يلزم لكل من يؤسس أو يدير شركة تأمين إسلامية من غير المسلمين. هذا أمر يعتمد مطلقاً على تقدير مصالح العمل ، بمعنى أن دخول أي سوق للأعمال يستلزم التعرف على طلب الناس فيه لإشباعه على النحو المطلوب لهم . وللتأكيد على هذا المعنى لاحظ أن البنوك الغربية التي تمتلك الآن فروعاً مصرفية إسلامية كبيرة في منطقة الخليج العربي وفي مناطق أخرى من العالم عملت قدر جهدها على تقليد النموذج الشائع للبنوك الإسلامية ولم تفعل ذلك ، ولم تنشط في هذا المجال لأجل تأييد الشريعة الإسلامية بل لتحقيق المكاسب. فالسلوك الرشيد بناء على منطق المصلحة في عالم الأعمال هو الذي دفع هذه البنوك الغربية للاستجابة لطلب المسلمين الذين يرغبون في توظيف مواردهم المالية وفقاً لقواعد الشريعة .

(٢) قال تعالى في سورة البقرة ﴿ وَلَنَبْلُوَنَّكُمْ بِشَيْءٍ مِّنَ الْخَوْفِ وَالْجُوعِ وَنَقْصٍ مِّنَ الْأَمْوَالِ وَالْأَنْفُسِ وَالثَّمَرَاتِ وَبَشِّرِ الصَّابِرِينَ ﴾ (١٥٥) ويقول الطبري في شرح الآية "بشيء من الخوف" ، يعني من الخوف من العدو ، وبالجوع - وهو القحط - يقول: لنختبرنكم بشيء من خوف ينالكم من عدوكم وبسنة تُصيبكم ينالكم فيها مجاعة وشدة ، وتتعدى المطالب عليكم ، فتتقص لذلك أموالكم ، وحرابٌ تكون بينكم وبين أعدائكم من الكفار ، فينقص لها عددكم ، وموتُ ذراريكم وأولادكم ، وجُدوبٌ تحدثُ ، فتتقص لها ثماركم. كل ذلك امتحان مني لكم ، واختبار مني لكم ، فيتبين صادقوكم في إيمانهم من كاذبيكم فيه ، ويُعرف أهل البصائر في دينهم منكم ، من أهل النفاق فيه والشك والارتياب". فالمصائب والأحداث التي تعارض النمط المألوف للحياة حتمية بشكل أو بآخر ودرجة أو بأخرى (بشيء من ..) فلا يستطيع أحد منعها ، لكن الحق سبحانه وتعالى لم يحرم التحوط منها أو التعالي والخروج من آثارها إذا حدثت أو الموساة فيها.

وفي ظل ظروف اجتماعية عادية نجد أن هذه الرغبة عامة يشترك فيها جميع الناس ، سواء في نفس العائلة ، القبيلة ، الجماعة ، أو المجتمع . وحينما تترجم هذه الرغبة في فعل فإن عملاً جماعياً لابد أن ينشأ عنها. وفي الواقع لا يستطيع الواحد من الناس منفرداً أن يؤمن نفسه أو يستبعد بصفته المستقلة الخطر المترتب على مصائب أو أحداث محتملة تتسبب في خسائر في النفس أو في المال ، الخ . ولهذا يصبح التعاون بين الناس حتمياً إذا رغبوا في تأمين مصالحهم ضد الأخطار المحتملة التي قد تحملها أحداث مستقبلية منافية للمألوف أو تعد غير ملائمة أو كارثية.

والواقع أن حتمية التعاون في مجال التأمين تأتي على غرار ما قاله عبد الرحمن ابن خلدون عن حتمية التعاون بين الافراد في مجالات الصناعة أو الزراعة منذ عدة قرون مضت ، والتي يؤكد أنها وراء مكاسب تقسيم العمل¹. فكما شرح هذا العالم الجليل ، فإن الإنسان كائن اجتماعي بطبيعته ، وكل واحد في جماعة سيكون رغباً ومستعداً للتعاون مع الآخرين فيحصل له بذلك من عمله على ما لا يمكن له الحصول عليه إذا انفرد بنفسه. فإذا تكلمنا عن التأمين ، نجد أن حتمية التعاون تأكيداً من حيث أن فرداً واحداً لا يستطيع منفصلاً عن الآخرين أن يقوم بترتيب مايلزم من اجراءات لكي يحافظ على مصالحه أو يحميها من خسائر أو مصائب المستقبل المحتملة ، فكل ما يمكن للفرد أن يعده على سبيل الاحتياط في مواجهة أخطار محتملة قليل جداً بينما أنه من خلال التعاون مع جماعة من الناس يستطيع أن يحصل هذا أكثر من هذا بأضعاف.

والحقيقة أن الرغبة في حماية أو تأمين المصالح الخاصة ضد خسائر الحوادث المحتملة مستقبلاً ، حينما تترجم في عمل جماعي يشترك فيه الفرد مع الآخرين تصبح معبرة عن سلوك اجتماعي راقى ، أو قل سلوك بشري رشيد .

وخلاصة القول أن السلوك الرشيد للفرد والعمل الجماعي القائم على التعاون يمثلان معاً حجر الزاوية لمفهوم التأمين وبمجرد أن يأخذ التأمين مجرى الفعل ، فإنه يعنى المشاركة الايجابية لمجموعة قليلة أو كثيرة من الأفراد في مخاطر الأعباء المالية أو الخسارة المحتملة التي يمكن أن تلحق بأي فرد من المجموعة. ولهذا يمكن القول إن مفهوم التأمين يعنى التعاون بين مجموعة من الأفراد كي يتبادلوا كفالة بعضهم البعض وفق ما ينشأ من ظروف احتمالية. أنه يعنى استعداد إيجابي من المجموعة لتحمل مسؤولية مساعدة أي واحد منهم في حال وقوع حوادث مجهولة الوقت أو الكيف لا يمكن للواحد من المجموعة مواجهتها منفرداً.

(¹) "المقدمة" للعالم الإسلامي الجليل عبد الرحمن بن خلدون متاحة في طبقات كثيرة ، منها طبعة دار الشعب بالقاهرة (بدون تاريخ) كما أن من الممكن الاطلاع على فكرة ابن خلدون عن التعاون في العمل وثمار هذا التعاون في مؤلفات أخرى ، على سبيل المثال : عبد الرحمن يسري أحمد : " تاريخ الفكر الاقتصادي" طبعة ٢٠٠٢ ، أو ٢٠٠٧ ، الدار الجامعية ، الإبراهيمية ، الإسكندرية ، مصر

وفيما يلي سنعمل على تأييد مفهوم التأمين (كما بيناه) بأدلة من المصادر الإسلامية، وسوف نجد له تأييداً كاملاً^١.

أولاً : الأدلة الإسلامية المؤيدة لمفهوم التأمين التعاوني

(١) كما شرحنا أعلاه ، فإن الرغبة الفردية في التأمين تتبع من سلوك رشيد . وفي القرآن الكريم تجد " الرشيد " ومعناه مذكور في أكثر من موقع في سورة البقرة ﴿ **لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ** ﴾^٢ ويعبر الرشيد هنا عن اختيار الطريق الصحيح: طريق الإسلام (الإيمان بدلاً من الكفر) ، ﴿ **فَإِنْ أَنْسَلْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾^٣ يعبر الرشيد في هذه الآية عن "القدرة على اتخاذ قرار عاقل أو حكم سليم"^٤. وفي الحقيقة فإن الرشيد كمبدأ إسلامي يمكن تعريفه على أنه : " قدرة على إصدار حكم سليم استرشاداً بأدراك ماهية الطريق الصحيح " . لذلك فإن الشخص الرشيد إنسان متزن العقل^٥ .

ووفقاً لهذا المبدأ فإن المسلم (أو المسلمة) ينبغي أن يكون رشيداً (تكون رشيدة) عند اتخاذ القرارات ، اعتماداً على العقل والإدراك والخبرة في الحياة متبينا للسبب و المتربات ، وذلك في إطار متطلبات الشريعة والعقيدة الإسلامية . أن الرشيد يجب أن يهدي المسلم إلى أفضل القرارات نحو تحقيق رفاهته المادية والروحية والاعتناء بحماية نفسه وعائلته من المخاطر أو الخسائر المحتملة الوقوع حاضراً أو مستقبلاً وذلك بشكل متوازن في إطار شريعة و أخلاق الإسلام.

وفي سنة النبي الخاتم محمد ﷺ نجد أدلة واضحة وقوية تحفز المسلم على التحوط تجاه المستقبل بوسائل مالية. ففي حديث صحيح زار النبي ﷺ أحد الصحابة خلال مرض كان يقاسى منه ويخشى فيه الموت ، وكان له ابنة وحيدة وعنده ثروة فقال قلت : " يَا رَسُولَ اللَّهِ بَلِّغْنِي مَا تَرَى مِنَ الْوَجَعِ وَأَنَا ذُو مَالٍ وَلَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَةٌ لِي وَاحِدَةٌ أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثِي مَالِي ؟ ، قَالَ : لَا ، قَالَ قُلْتُ : أَفَأَتَصَدَّقُ بِشَطْرِهِ ؟ قَالَ : لَا الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ"^٦ ، والمعنى الذي نخرج به من هذا الحديث واضح تماماً ، ففيه نصيحة لكل مسلم عائل لأسرة أن يحتاط لحماية رفاه أسرته مستقبلاً بعد وفاته حتى وإن كان غنياً جداً. هذا الدليل يؤيد بقوة السلوك الرشيد المرتبط بمفهوم التأمين .

(١) نتناول فيما بعد شروط ممارسة التأمين الإسلامي في شكله التعاوني .

(٢) البقرة : ٢٨٦ .

(٣) النساء : ٦ .

(٤) وفقاً لهذه الآية القرآنية فإن اليتامى - أو بصفة عامة الأشخاص غير القادرين على اتخاذ قرار أو حكم سليم ليسوا راشدين فلا يتمكنون من استخدام أموالهم بحكمة أو بكفاءة.

(٥) سورة هود الآيات ٧٨ و ٨٧ .

(٦) صحيح مسلم - (ج ٨ / ص ٣٩٥) الحديث عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدٍ عَنْ أَبِيهِ .

(٢) تعتمد فكرة التأمين أساساً على وعاء الأفراد بضرورة وأهمية التعاون بينهم . فبينما لا يستطيع فرد أن يقف وحده ضد خسارة محتملة قد تقع عليه عرضاً ، فإن نفس الخسارة لن تكون مزعجة أو مرهقة مالياً إذا قسمت بين عدد من الأفراد . فبالبداهة يعلم الإنسان ويقدر قيمة مساعدة الناس (أقاربه ، أصدقاؤه ، جيرانه ، أو شركاؤه في العمل) له أو لأسرته وذلك إذا ما تعرض لحادثة خطيرة مثل حريق ، أو سرقة ، أو مرض خطير ، أو موت مفاجئ ، أو خسارة مالية غير عادية ، وأن هذه المساعدة ستكون قيمة جداً وفاعلة وربما لا غنى عنها في مثل هذه الظروف غير العادية.

إن أخلاقيات التعاون بين الناس في إطار شعور الإخاء ووعيهم بمصالحهم المشتركة ونوعية حياتهم أمر ظاهر تماماً في القرآن ﴿ **وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ** ﴾ ١ ، والتعاون على البر والتقوى يشمل تعاوناً في جميع أبواب الفضائل التي أمر بها الإسلام واتفق كل ما نهى عنه. والإسلام دين لا يهدي الناس فقط إلى عبادة الله عز وجل من خلال الفرائض والسنن بل أيضاً من خلال ما ينبغي القيام به من أعمال لمعايشهم ابتغاء فضل الله في حياتهم اليومية. لذلك فإن التعاون على البر والتقوى يعني أيضاً تعاوناً في كل أمر يحتاجه الناس لتحقيق الطمأنينة في حياتهم الاجتماعية والاقتصادية . ومن كلام الله عز وجل : ﴿ **مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ** ﴾ ٢ ، والتعاون والتكافل بين الناس من العمل الصالح كما أن الأمان من سمات الحياة الطيبة .

(٣) قد يقوم التكافل على أساس ثنائي أو جماعي. والشكل الأخير من التكافل هو الذي نهتم به في مجال التأمين ، أي عندما تتعاون مجموعة من الناس بغرض رعاية أي واحد منهم تعرض لحادثة ، مؤلمة أو خسر ثروة ، أو غير ذلك . فالتكافل يعني تضامناً أو تكاتفاً جماعياً لأجل مد يد المساعدة إلى إنسان محتاج إلى مساعدة أو أصبح مضطراً لظروف استثنائية بحاجة إلى المساعدة . ومبدأ التكافل له أساس متين في الإسلام يظهر من خلال فريضة الزكاة التي تؤكد فلسفتها التضامن بين الأغنياء والفقراء ، أو قل بين من لديهم القدرة المالية الفائضة ومن هم في حالة عجز أو في حاجة ماسة للمساعدة المالية لظروف دائمة أو استثنائية. ومثال الظروف الاستثنائية استحقال الزكاة للغارمين ، لمن يقعون في مديونية باهظة بسبب خسارة مفاجئة في المال أو حادث أو محنة مفاجئة حتى وإن كانوا من قبل من الأغنياء . ففريضة الزكاة التي هي أصلاً لتطهير القلب والمال تثبت مبادئ التكافل والتعاون بين المسلمين . هذا هو التكافل الحقيقي، إنه ليس مجرد تصرف رشيد بل إنه يعبر عن رعاية الأخوة لبعضهم ، حينما تعنى مجموعة من الناس بمساعدة واحد منهم

(١) المائة : ٢ .

(٢) النحل : ٧٩ .

تعرض لظروف استثنائية أثرت في حياته ، أو في حياة أسرته ، أو في ثروته .. الخ ، أو حينما يعني المجتمع بذلك تجاه مجموعة أو فئة من الناس تعرضت لظروف استثنائية.

هذا المعنى للتكاتف الاجتماعي والذي هو لب التكافل ، يذهب إلى ما وراء التعاون. وَعَنْ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : " مَثَلُ الْمُؤْمِنِينَ فِي تَوَادُّهِمْ وَتَرَاحُمِهِمْ وَتَعَاطُفِهِمْ مَثَلُ الْجَسَدِ إِذَا اشْتَكَى مِنْهُ عُضْوٌ تَدَاعَى لَهُ سَائِرُ الْجَسَدِ بِالسَّهْرِ وَالْحُمَى " ١ ، و عَنْ أَبِي مُوسَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : " إِنَّ الْمُؤْمِنَ لِلْمُؤْمِنِ كَالْبُنْيَانِ يَشُدُّ بَعْضُهُ بَعْضًا وَشَبَّكَ أَصَابِعَهُ " ٢ .

وإنه لأكثر من أربعة عشر قرناً مارس المسلمون أكثر من صيغة للتكافل : أول ما يذكر من ممارسات التكافل : الدية ، وقد أمر الله بها في القرآن وأكد عليها النبي ﷺ في السنة وفصلت في الفقه الإسلامي . و الدية تقدر أصلاً في شكل ابل ، ويدفعها الشخص الذي ارتكب جريمة القتل الخطأ أو تسبب لشخص آخر في جروح خطيرة أو فقدان بعض أعضاء الجسم . وفي القتل الخطأ ، حينما تتسلم أسرة القتيل الدية ، وهي شكل من أشكال التعويض ، تنتهي المشكلة التي ترتبت على القتل الخطأ بسلام . وكذلك فإن الشخص الذي تعرض لضرر جسماني (فقد عيناً ، أو سناً ، أو أذنًا أو أي عضو آخر) يستحق الدية من الشخص الذي تسبب في الضرر سواء عمداً أو بطريق الخطأ ٣ .

وهناك حالة العاقلة حينما يتم جمع دية مستحقة من عائلة أو قبيلة ، حينما يكون الشخص المدان بالقتل الخطأ غير معروف ولكن الأدلة تشير إلى أنه أحد أفراد هذه العائلة أو القبيلة . ويتقاسم أعضاء العائلة الممتدة أو القبيلة مقدار الدية ويدفعونها إلى أقرب قريب (أقرباء) للشخص المقتول ، وهذه تسمى قسامة. هذه الممارسات لأجل التكافل أو للتعويض الاجتماعي قامت على أسس إسلامية ومازالت تمارس إلى الآن بين المسلمين في المجتمعات البدوية وفي القرى حيث مازالت العائلة الممتدة تمثل جزءاً من نسيج النظام الاجتماعي .

(١) صحيح مسلم واخرج البخاري مثله .

(٢) صحيح مسلم واخرج البخاري مثله .

(٣) لفظ الدية إذا أطلق يقصد منه الدية الكاملة وهي مائة من الإبل سواء كانت الدية مغلظة أو مخففة ، أما ما هو أقل من الدية الكاملة فيطلق عليه لفظ الأرش ، فيقال أرش اليد وأرش الرجل ، على أن الكثيرين يستعملون لفظ الدية فيما يجب أن يستعمل فيه لفظ الأرش . والأرش على نوعين: أرش مقدر ، وأرش غير مقدر ، فالأول: هو ما حدد الشارع مقداره كأرش الأصبع واليد ، والثاني: هو ما لم يرد فيه نص وترك للقاضي تقديره ، ويسمى هذا النوع من الأرش حكومة أو حكومة العدل . التشريع الجنائي في الإسلام - (ج ٢ / ص ٢٣٣) . ودفع الدية المغلظة في القتل الخطأ لن يصعب على الشخص الغني . إلا أنه في حالة عدم القدرة على الدفع قد يقوم عدد من الناس اختياريًا بالمساهمة مع الشخص المدان في دفع الدية المطلوبة. وعلى ذلك ، ومن أجل مساعدة هذا الشخص قد تجمع الدية من عائلته الممتدة ، من قبيلته ، أصدقائه ، جيرانه ، وأحياناً من المصلين في المسجد خاصة في يوم صلاة الجمعة . وروى مسلم حديثاً عن قبيصة بن مخارق بين فيه النبي ﷺ من تحل لهم المسألة ويطيب لهم ما يأخذونه ، وهم ثلاثة : (أ) رجل تحمل حمالة ، أي دفع دية القتيل حتى لا يقتل القاتل ، فيعطى من الزكاة مقدار الدية فقط ويمسك عن المسألة . (ب) رجل أصابته جائحة اجتاحت ماله ، فيعطى حتى يصيب قواماً أو سداداً من عيش . (ج) رجل أصابته فاقة أي فقر وشهد ثلاثة من العقلاء على فقره ، فيعطى حتى يصيب قواماً أو سداداً من عيش . وهذه جميعاً من مظاهر التعويض لمن أصابه ضرر أو مصيبة وتبين كيف سبق التشريع الإسلامي العالم بأسره وكيف أخلاق المسلمين منذ قرون في تعاونهم بالمال بدون وجود شركات تبتغي الكسب من وراء التأمين.

وخلاصة القول : إن مفهوم التأمين بقاعدته الأخلاقية المتمثلة في : الرشد ، التعاون ، والتكافل له ما يؤيده بقوة من أدلة من القرآن والسنة وكذلك من التاريخ الإسلامي الطويل.

ثانياً : ممارسات التأمين التقليدي أو التجاري المخالفة للشريعة

إن الطريق لإقامة نظام تأمين إسلامي يستلزم خطوتين أساسيتين؛ الأولى التعرف على أخطاء ممارسات نظام التأمين التقليدي لتفاديها والثانية وضع الضوابط الشرعية للتأمين الإسلامي بصيغته التعاونية.

(أ) الجانب الاستغلالي في أرباح التأمين التجاري¹

ليس للإسلام اعتراض أبداً على تحقيق أرباح في حد ذاتها² ، لكن الإسلام له اعتراض قاطع على إتباع طرق غير أخلاقية من أجل تحقيق الأرباح. وقضية الأخلاق هنا محكومة بالشريعة. ومن ثم هناك اعتراض على تحقيق أرباح من أية أنشطة أو أعمال تجارية محرمة ، أو برفع الأسعار من منطلق الاحتكار ، أو بالغش ، أو باستغلال الظروف أو المناسبات غير الملائمة .

إن أخلاقيات الإسلام تحفز رجال الأعمال دائماً على أن يكونوا متسامحين في معاملاتهم وتحث المقرضين على أن يكونوا رحماء وصبورين مع المقترضين في استرداد قروضهم الخالية من الفوائد. وبشكل عام فإن الأرباح في أخلاقيات الإسلام لا بد أن تكون نظيفة وغير استغلالية وأن تكون مرتبطة دائماً ببذل جهود إنتاجية حقيقية.

على هذه الأسس الأخلاقية يعترض الإسلام على الطبيعة الاستغلالية للأرباح التي تتحقق عن طريق بيع خدمة التأمين³.

من المعروف أن أية شركة سوف تحقق أرباحها من جهة ببيع بوالص التأمين للمستأمنين insureds مقابل أقساط التأمين premiums التي يدفعونها ومن جهة أخرى باستثمار مواردها المالية. ولنتذكر قبل أن نستطرد أن ملاك الشركة ، وهم حملة الأسهم ، لهم صفة مستقلة عن المؤمنین الذين يشترون بوالص التأمين.

(¹) نتناول التأمين التجاري على وجه التحديد ، دع جانباً نشاط التأمين التبادلي أو التعاوني الذي عرفه العالم أيضاً ويفترض أن يقوم نشاطه على غير قاعدة الربحية التجارية ، ولكنه له ضوابط غير تلك التي سوف نبينها بالنسبة للتأمين التعاوني الإسلامي.

(²) كما فعل أفلاطون وبعض قدماء فلاسفة الإغريق أو كما في الفكر الماركسي .

(³) ولا يجب أن نفهم من هذا أبداً أن الاعتراض هو على بيع الخدمات . فالإسلام لا يستبعد نشاط الخدمات من المجالات الانتاجية ولا يقصر مفهوم الانتاج فقط على المنتجات السلعية كما فعل آدم سميث وتابعيه من الكلاسيكيين ، أو كما فعل ماركس ومدرسته . فهناك مدى واسع للنشاط الانتاجي يقع في المجال الخدمي وقد سمح به الإسلام منذ قرون الهجرة الأولى ؛ مثال التعليم ، إجازة المنازل ، أو نقل الناس أو السلع ، أو حراسة المساكن أو الأعمال.

إن الشركة تقوم ، كما هو معروف ، بتقدير مناسب للحوادث أو الخسائر المالية - إلى آخره- المحتملة الحدوث لكل مجموعة مستأمنة وذلك كنسبة مئوية من العدد الكلي لها . ويعتمد ذلك على المعلومات الملائمة المتاحة عن كل نوع من التأمين ، وتتحدد قيمة قسط التأمين كما يحسب الاكتواريون اعتماداً على قانون المتوسطات **law of averages** .

وفي هذا الإطار فإن مهمة الشركة هي إدارة المخاطر لكل العمليات التأمينية وذلك بهدف أساس وهو تحقيق أقصى ربح ممكن لها **Maximize its Profit** . وهناك عدة قواعد عامة لهذا :

أولاً : أن التأمين يغطي الخطر المعروف والقابل للقياس تحديداً بما لا يترك فرصة للمستأمن أن يحقق ربحاً من التعويض ، ولا أحد ينكر أن تكون شركات التأمين التقليدية دائماً عرضة لحالات من العملاء الذين يحاولون تحقيق مكاسب من عقود التأمين. هذا هو الخطر الأخلاقي **Moral Hazard** الذي تواجهه الشركات بسبب عدم تماثل المعلومات، بمعنى أن الزبائن لا يعطون معلومات دقيقة أو كاملة عن أنفسهم أو عن حالاتهم عند شراء وثائق التأمين، فيخفون عن الشركة معلومات قد تتسبب في خسائر لها من عملية من العمليات. وتستلزم كفاءة العمل تقليل مثل هذا الخطر إلى حدّه الأدنى¹.

ثانياً : شركات التأمين التجاري في ممارستها العملية حريصة على استبعاد عمليات التأمين التي تعتبر مخاطر التأمين فيها أعلى نسبياً من المعدل الطبيعي وذلك من خلال اتخاذ الاحتياطات المفرطة في هذه العمليات ، وفرض أسعار باهظة أو مرتفعة جداً بالنسبة للخدمة التأمينية. هذا من أجل تحقيق أقصى ربح ممكن بالرغم من أن هذه العمليات قد تكون في غاية الأهمية بالنسبة لمصالح الناس.

ويلاحظ أنه في جميع الحالات التي تواجه فيها مجموعة كبيرة من الناس خسائر في نفس الوقت ، على سبيل المثال في حالات الزلازل والحروب ، يصبح تأمين الخطر تماماً وراء مصالح شركات التأمين ، على الرغم من أنه بناء على أسس أخلاقية ، نجد الناس في مثل هذه الظروف يصبحون في مواجهة محنة كبيرة ويكونون في أمس الحاجة للمساعدة المالية ولا غنى لهم عنها . وفي أعمال التأمين التجاري يعرف الخطر في مثل هذه الحالات بأنه جوهرى **Fundamental** وأنه إذا تم تعويضه **indemnified** وفقاً للقواعد التقليدية فإن من شأنه أن يؤدي إلى إفلاس الشركة . لكن لماذا لم تعمل شركات التأمين على ابتكار قواعد مرنة للتعويض في هذه الحالات لأجل مساعدة الناس في ظروف الضائقة ؟ لماذا لا تضحي بقدر من الأرباح المكتسبة في الرخاء (أو في الأوقات العادية) وهي عادة ضخمة لكي تساهم في التخفيف من شدة الخسائر في أوقات استثنائية ؟

¹ ولكن ، على سبيل التأكيد فإن من شأن مشكلة المعلومات غير المتماثلة أن تتضاءل في الأهمية أو يتم القضاء عليها عندما يصبح أصحاب الشركة هم أنفسهم المستأمنين وهو الوضع في التأمين الإسلامي التعاوني .

الإجابة واضحة : لكى يتراكم أكبر قدر من الأرباح للشركات . ولأجل المقارنة فإننا ندافع في الإسلام عن التأمين ليس فقط على أساس عقلانى (من منطلق الرشد) ولكن أيضاً لجمال مفهومه الذي يحتضن التعاون وروح التكافل بين الناس في هذه الظروف .

إن شركات التأمين التجاري معروفة بتحقيقها أرباحاً غير عادية نظراً لطبيعة أعمالها وسياساتها ، ففى إطار المفهوم التقليدى للخطر التأمينى **insurable risk** لا تمثل مبالغ التعويض المدفوعة إلى المستأمنين عادة سوى نسبة مئوية من الأقساط المحصلة من إجمالى عددهم. وبطبيعة الحال ، فإن هناك استثناءات من هذه القاعدة في الممارسات العملية حينما تتخذ الإدارة قرارات بعيدة عن قواعد الكفاءة أو تلتزم بسياسات استثمارية محفوفة بالمخاطر تسفر عن خسائر. وقد تحدث خسائر أيضاً حينما تفتقد الحوكمة الجيدة وينجح المديرون في تحقيق مكاسب شخصية لأنفسهم على حساب الشركة . ولكن بسبب نشاطها المرتفع الربحية على مدى الأجل الطويل فإن شركات التأمين في جميع الدول الغربية تصنف عادة بين أكبر المؤسسات التى تدخر وتستثمر بمعدلات مرتفعة. وهكذا فإن : الأرباح العالية التى تحققها شركات التأمين التجاري (في إطار المفهوم التجاري للخطر التأميني) لا يمكن الدفاع عنها أخلاقياً على أسس إسلامية .

ولأجل التأكيد على هذا المعنى دعونا نتساءل: أي نوع من الخدمات هذا الذي تبيعه شركة التأمين التجاري ؟ إنه "الأمن" أو "الحماية" ضد الحوادث المحتملة في المستقبل أو المصائب. ثم أي نوع من الجهد أو العمل الإنتاجي يلزم لإنتاج خدمة التأمين ؟ إن شركات التأمين (بغض النظر عن الخبرات الإدارية اللازمة لمباشرة النشاط وهو ما تحتاجه أي شركة) تحتاج أساساً إلى جهد خبرات بشرية متخصصة في الحسابات الاكتوارية يتم استخدامها في تقدير احتمالات وقوع الحوادث والمصائب ، ومن ثم في تقدير أثمان بوالص التأمين وقيم التعويضات الممكن دفعها في الحالات المختلفة حتى يمكن لها تحقيق أقصى قدر من الأرباح ممن يطلبون خدمة التأمين ! هل تتناسب هذه الجهود الإنتاجية مع الأرباح الهائلة التي تتحقق لشركات التأمين ؟¹ ، ولكن أليست الأرباح التي تتحقق بهذه الخبرات الاكتوارية أشبه بتلك التي تتحقق في جميع الأعمال المشتغلة بالتكهنات وحسابات الاحتمالات في أنشطة القمار أو حسابات مخاطر المضاربات السعرية وبيع العقود الآجلة في الأسواق المالية؟ ووفقاً لممارسات الأعمال في اقتصادات السوق الليبرالية الحديثة ، فإن تحقيق أرباح بهذه الأساليب جائز ، لكن الأمر يختلف قطعاً بحسب الشريعة والأخلاق الإسلامية.

(¹) بالتأكيد أنها أقل بكثير من حيث كم رأس المال أو العمل ، اللازم لإنتاج أنواع من الخدمات الهامة للمجتمع أيضاً مثل النقل أو الكهرباء أو حتى خدمات الحراسة الخاصة أو الشخصية. هذا بينما أن الشركات المنتجة لهذه الخدمات تحقق أرباحاً بمعدلات تقل كثيراً عن تلك التي تحققها شركات التأمين .

إن أعمال التأمين التجاري بينما لا تتساوى مع أنشطة ألعاب القمار، حيث الأخيرة تجري بغرض التسلية أو اللهو، ولكنها تعتمد مثلها على نفس القواعد لتحقيق أرباح غير عادية. ولا شك أن الشريعة الإسلامية تحرم المقامرة، وهي بالتأكيد ضد أي نوع من الأعمال التي تعتمد على الممارسات التي تماثل القمار أو حتى تنطوي على شكوك بأنها تتماثل مع القمار. إن الشريعة الإسلامية في الواقع تحظر أي ممارسات تفتح باباً خلفياً إلى كل ما هو محظور فيها.

إن أرباح شركات التأمين التجاري لا تتركز على بذل جهود مثمرة حقيقية ولكنها ببساطة تقوم على استغلال "المعرفة" بشأن احتمالات الخسارة فيما بين الأشخاص المؤمن عليهم داخل كل مجموعة وذلك في إطار تصور محدد جداً عن المخاطر التأمينية. وبالتالي نجد أن التأمين التجاري يستغل الدافع الرشيد لدى الأفراد لرعاية حياتهم المستقبلية وحماية مصالحهم الاقتصادية لأجل تحقيق أقصى ربح ممكن.

والخلاصة أن العامل الرئيس الضروري لإنتاج خدمة التأمين بنجاح، والذي هو التعاون الاجتماعي، يتم استغلاله لأجل تحقيق ربح تجاري غير عادي. وهكذا نجد القيم الأخلاقية التي غالباً ما تذكر في معرض الدفاع عن التأمين على أسس من التعاون قد فقدت بسبب أن مجموعة من الناس وهم حملة الأسهم الذين يمتلكون شركة التأمين يستفيدون على حساب كل الآخرين الذين يحتاجون خدمة التأمين. هذا النوع من الاستغلال بينما يزداد شدة في سوق احتكارية للتأمين سيكون منخفضاً نسبياً في سوق تنافسية للتأمين. ومع ذلك، لا يمكن أبداً القضاء على هذا الاستغلال ما لم تصبح شركة التأمين والمؤمن عليهم كياناً واحداً، وهو أمر ممكن في إطار التأمين التعاوني المؤسس على التكافل. وهذا الشكل من التأمين يحتاج بالضرورة إلى ترتيبات مختلفة بالنسبة للشركة، من حيث: العقد الذي تبرمه والإدارة وآليات العمليات وأخلاقيات العمل.

إن أي مجتمع أو جماعة من الناس متحضرة، سوف تدرك أن التأمين أو هذا النوع من الحاجة الذي هو وثيق الصلة بالأمن بالنسبة لأحداث مستقبلية محتملة يمكن أن يكون ينظم من خلال التعاون، وبأن هذا التعاون ضروري لرفاه الجميع من دون أي استغلال طرف لطرف آخر. وبعبارة أخرى فإن التعاون الاجتماعي الذي لا غنى عنه لأية أعمال تأمينية لا ينبغي أن يستغل من خلال قوى السوق.

وينبغي أن نؤكد على أن جميع الممارسات التجارية المبنية على الاستغلال، أو الممارسات الخاطئة، والأرباح المحققة من ورائها تعتبر حراماً في الإسلام. وأنه ينبغي على جميع المسلمين، وذلك بمعرفة قواعد الشريعة، أن يكونوا قادرين على تمييز الربح الحلال من الربح الحرام. وأن الربح الحلال أو ما تسمح به الشريعة يعد هدفاً طبيعياً في حين أن الربح الحرام هو ربح قائم على أساس ممارسات محظورة أو استغلال طرف للطرف

الأخر في المعاملة. وفي الواقع فإن قواعد الشريعة الإسلامية لا تترك حتى ولو مساحة صغيرة لينفذ منها الاستغلال في المعاملات.

(ب) ممارسة الغرر

يسمح الإسلام بالتجارة في السلع والخدمات ، والتجارة تمارس بطبيعة الحال لتحقيق أرباح حلال ، كما أوضحنا للتو . ومن أجل أن يكون الربح حلالاً في البيع الحاضر، ينبغي أن تكون السلعة أو الخدمة موجودة لدى البائع ، وأن يكون المستهلك على علم بالكمية والنوعية ، وسعر السلعة. أما إذا لم يكن البيع حاضراً ، أي أن السلعة أو الخدمة سوف تسلم في تاريخ لاحق ، فإن طرفي التبادل (البائع والمشتري) يجب أن يكونا واضحين تماماً بالنسبة للصفقة بينهما بأن تكون الكمية والنوعية والسعر محددة المعالم ، وكذلك تاريخ التسليم (تماماً كما هو مذكور في حديث للرسول عليه السلام ، في حالة بيع السلم ، أي بيع تسليم المستقبل **future delivery sale**). فإذا لم تستوف الشروط الشرعية المذكورة للبيع يدخل الغرر في الصفقة ونكون بإزاء عقد بيع باطل. و الغرر يعني على وجه التحديد ، عدم اليقين بشأن الصفقة أو هو خطر غير قابل للقياس. وهو ما يعني معاملة غير عادلة .

ماذا تفعل شركات التأمين التجاري ؟ إنها تباع خدمات يتم تسليمها للمشتري أو لا يتم ، وتاريخ التسليم ليس محددًا ، وبينما أن التعويض الذي قد تدفعه الشركة إلى المؤمن عليه غير محدد فإن السعر الذي يدفعه الشخص من أجل خدمة التأمين محدد تماماً . كل هذا لا يؤكد فقط الغرر ولكنه ينطوي أيضاً على عناصر القمار **gambling** وعلى غبن واضح كما سبق الشرح .

(ج) ممارسة الربا

إن الربا الذي هو محظور تماماً في الشريعة يدخل بشكل رئيس في أنشطة شركات التأمين التجاري من جهتين ؛

أولاً : حينما يدفع مشتري بوليصة التأمين مبلغاً من النقود (دفعة واحدة أو بالتقسيط) ثم يحصل على مقدار من النقود أكبر منه أو أقل في التعويض من جراء حادثة تستوجب ذلك بموجب العقد. وفيما بعد سنجد أن مبدأ الإيثار، أو الإحسان، في النمط التعاوني للتكافل الإسلامي هو العلاج الوحيد النظيف أو الحل لهذا الربا الذي يرتبط بالتعويض .

ثانياً: تفضل شركات التأمين استخدام معظم مواردها المالية في أنشطة تدر عليها فوائد ، من حيث إنها عوائد مضمونة ، مثل ودائع المصارف التجارية ، والسندات أو غير ذلك من الأوراق المالية ذات الفائدة . وجميع الإيرادات التي يتم الحصول عليها بهذه الطريقة حرام ، والتعويضات **indemnifications** التي يأخذها العملاء المؤمنين من مثل هذه الإيرادات بالتالي حرام .

ثالثاً : الضوابط الشرعية للتأمين التعاوني

لقد بينا فيما سبق أن التأمين في حد ذاته ليس فقط مقبول إسلامياً وإنما هو ضروري يحث عليه السلوك الرشيد وأخلاق التعاون بين الناس^١ ، ورأينا كيف أن شركات التأمين التجاري تستغل الرغبة الطبيعية لدى الأفراد في وقاية أنفسهم من آثار أخطار حوادث أو مصائب محتملة الحدوث في تحقيق أقصى أرباح ممكنة لها، وكيف أنها تمارس الربا والغرر بلا مبالاة.

لذلك فإن التأمين الإسلامي في إطاره التعاوني يجب أولاً وقبل أي شيء أن يخلو تماماً من هذه الممارسات المخالفة للشريعة الإسلامية، ومعنى ذلك تحديداً:

- (١) أن ينتفى الاستغلال التجاري للأشخاص (أشخاص طبيعيين أو معنويون كالشركات والأعمال) الذين يريدون التأمين من قبل شركة التأمين الإسلامي التعاوني . وهذا يعنى أن ما قد يتحقق من أرباح صافية للشركة (بعد خصم المصروفات ومستحقات الإدارة) نتيجة القيام بنشاط التأمين سيعود على الأشخاص المستأمنين أنفسهم.
- (٢) أن شركة التأمين الإسلامي التعاوني لن تمارس الربا بأي شكل من الأشكال :

أولاً : من جهة أن الشخص المستأمن قد ينال مبلغاً من المال ، في حال حدوث ما يوجب له التعويض، أكبر مما دفع في سبيل الاشتراك في التأمين ، يصير التفاهم بين جميع المستأمنين على أن الزيادة المتحققة لأي شخص عند حصوله على التعويض هو على سبيل التبرع بطيب نفس منهم ،

ثانياً : من جهة استثمار الشركة لرصيدها من الأموال، يجب أن يجري أي نشاط استثماري لهذا الرصيد بطرق تتجنب أي شكل من أشكال الربا. وأنواع الاستثمارات المالية الربوية في عالمنا المعاصر عديدة ومن أشهرها الودائع بفوائد مصرفية في البنوك التجارية، الحسابات الاستثمارية في أي بنوك تمارس التورق المصرفي المنظم أو المرابحة للأمر بالشراء بطرق تتضمن الربا مما نهت عنها قرارات مجمع الفقه الإسلامي صراحة حتى وإن ادعت هذه البنوك أنها إسلامية ، أو بشراء سندات بفوائد صريحة أو ضمنية^٢ ، وكذلك الأسهم الممتازة .

- (٣) أن تمتنع شركة التأمين الإسلامي التعاوني عن ممارسة أية عقود غرر أو فيها شبهة الغرر. ومن جهة أساسية سوف يتحقق هذا تلقائياً بتكوين الشركة على أساس مبدأ التعاون بمعنى أن المستأمن في ظل هذا المبدأ لا يشتري فقط خدمة التأمين مقابل شيء

(١) دع حاناً الأفراد الذين يريدون ممارسة نوع من المسر من خلال مفهوم التأمين ، باستعدادهم لدفع ثمن مقابل لو حدث كذا في وقت كذا أو قبل كذا كنت مستحقاً لمبلغ كذا من المال وإن لم يحدث ليس لي عندك شيء. كل هذا لا يمت بصلة إلى السلوك الرشيد .

(٢) بعض أنواع السندات لا يحمل فائدة (Zero-Coupon Bonds) ولكن الثمن المدفوع عن استحقات قيمة السند يكون أكبر من ثمن الشراء. هذا ما نعنيه بالفائدة الضمنية.

قد يأخذه أو لا يأخذه وإنما هو مستثمر مع آخرين لجميع الأرصدة التي تكونت بغرض التأمين مستفيد من نتائج هذا الاستثمار أياً كانت النتائج على أساس الريح أو الخسارة. من جهة أخرى يجب أن تمتنع الشركة الإسلامية عن ممارسة أنواع من العقود التي تشبه الميسر : مثلاً لو حصلت حادثة للسيارة الخاصة خلال السنة الأولى من شرائها أو لو أصيب عضو معين من أعضاء الجسم بضرر معين قبل بلوغ ثلاثين عاماً (كما يفعل أشخاص يتكسبون من الاحتراف في الألعاب الرياضية) أو توفي أو حدث طلاق بين زوجين خلال قضاء الإجازة الصيفية في الخارج!^١

إن ما سبق يلخص أهم ما يجب أن تتعد عنه شركات التأمين التعاوني الإسلامية ، لكن هناك ضوابط أخرى شرعية ترتبط بالهيكل التنظيمي للنشاط والممارسات الواقعية والآليات المتبعة ، وسوف نقوم بعرضها ومناقشتها.

الضوابط اللازمة لممارسات التأمين التعاوني في إطار المفهوم الإسلامي

أشرنا من قبل انه لأكثر من أربعة عشر قرناً مارس المسلمون أكثر من صيغة للتكافل الاجتماعي. وفي أمريكا وأوروبا بدأت ممارسات التأمين التعاوني تشق طريقها في الواقع العملي منذ القرن الثامن عشر^٢ وذلك من خلال شركات بسيطة وجمعيات تعاونية . وفي العصر الحديث اتخذت ممارسات التأمين التعاوني أو التبادلي شكل شركات مساهمة محدودة المسؤولية. وسوف يكون هذا الشكل مناط اهتمامنا إلا أنه لا ينبغي تعقيد الأمور بالنسبة للمجتمعات الإسلامية المعاصرة بافتراض أن هذا هو الشكل الوحيد أو الأمثل لممارسة التكافل أو التأمين التعاوني . ذلك لأن العديد من المجتمعات الإسلامية المعاصرة مازال يحتوي في بعض أنحاءه على تجمعات بشرية قبلية وقرية بسيطة تعتمد على الرعي أو على النشاط الزراعي البسيط . من ثم يجب اختيار النمط المناسب لممارسة التأمين التعاوني في كل ظرف من الظروف تيسيراً للخلق وإعانة لهم . فمثلاً في القرى الصغيرة وبين أبناء القبائل هناك فرصة لإقامة تعاونيات إسلامية بسيطة التركيب والإدارة ، مع تعليم الأفراد المؤسسون لها والمشاركون فيها المبادئ الأساسية للتأمين التعاوني ، وتلك التي تحفظ نشاطهم بعيداً عن الربا (بتجنب إيداع أموالهم في بنوك ربوية والعمل على استثمارها إن أمكن في بنوك تلتزم بالشريعة الإسلامية مع إمكانية سحبها عند الضرورة) .^٣

(١) هناك أمثلة عديدة تفوق الخيال في غرابتها من أمثلة عقود غرر تأمينية تمارسها الشركات التجارية وتفرض فيها أثماناً باهظة بعد أن تجري تحريباتها الدقيقة ، قابلة بذلك لعبة الحظ.

(٢) عرف التأمين التعاوني تحت هذا المسمى أو تحت مسمى التأمين التبادلي Mutual Insurance في أمريكا في القرن الثامن عشر وفي أوروبا في القرن التاسع عشر. وارتبط تاريخياً بمبدأ التعاون ويهدف تأمين الأعمال القائمة على التعاون في جميع الأنشطة خاصة من أخطار الحريق.

(٣) ولقد عثرت في فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء (الأزهر) - (ج ١٢ / ص ٢) - فتوى رقم (٨١٩١) على تساؤل من جمعية خيرية في قبيلة تمارس نظام العاقلة بشكل مرتب ازاء حوادث الطرق المتكررة. وفي السؤال الموجه للجنة الفتوى " نظراً لكثرة الحوادث الشبه يومية أو شهرية بسبب حوادث الطرق والتي قد تؤدي إلى الوفاة أو الشجاج أو الإصابات الأخرى وأن الشرع يلزم العاقلة بدفع وتحمل الديات التي تقع على قبيلة مثل ديات الخطأ وشبه العمد والشجاج . وعليه فقد انفتحت قبيلة المتايهة من العضيان من عتبية على إنشاء جمعية خيرية (صندوق)

وقبل أن نتطرق إلى النقطة التالية^١ يرى كاتب هذا المقال أن من يتمعن في الصيغة الإسلامية لشركة المفاوضة يجدها الأكثر صلاحية لإقامة شركة بسيطة للتأمين التعاوني الإسلامي ، وذلك مع إدخال بعض تعديلات لا تغير من جوهرها أو من جوهر القواعد الشرعية للمشاركة^٢. كل ما يلزم في البداية أن تتفق مجموعة من الأفراد على أنهم يريدون تكوين شركة استثمارية لتنمية أموالهم ولحماية أنفسهم من خسائر "خطر معين" تتساوي احتمالات حدوثه لأي واحد منهم (مثلاً سرقة أو حريق بالمسكن الخاص أو حدوث حريق بمحل العمل إذا كانوا جميعاً من أصحاب الأعمال). الخطوة التالية هي تقدير رأس مال الشركة وذلك بالاستعانة بأهل الخبرة في الحسابات التأمينية المالية (الخبراء الاكتواريون) ويتم جمع هذا المبلغ فوراً أو على أقساط بمساهمة متساوية من كل عضو. ثالثاً ؛ يصير الاتفاق بينهم على استثمار رأس مال الشركة في حساب استثماري لدي بنك يعمل وفق قواعد الشريعة الإسلامية (أو بطرق أخرى مشابهة بشرط توافر الخبرة الاستثمارية وكيفية إدارة المخاطر). وهذا يعنى العمل على تنمية أموال الشركة على مدى الأجل الطويل مع إمكانية السحب منها عند وقوع الحادث الموجب للضرر. رابعاً ؛ يتقاسم الشركاء الأرباح الناشئة عن الاستثمار بالتساوي ، كما يتقاسمون الخسائر إذا

يدفع كل فرد من العاقلة فيه مبلغاً معيناً متفقاً عليه سنوياً وتوقعاً لما يحدث مستقبلاً من كوارث الديات المنوه عنها أعلاه ؛ لغرض التعاون بين أفراد هذه القبيلة كعاقلة واحدة ، وبدلاً من أن يطوف صاحب الدم على جميع أفراد القبيلة ويقطع المسافات الطويلة شرقاً وغرباً وجنوباً وشمالاً ، وما يتعرض له من تعب ومشاكل ومشاحنات لعدة أشهر ؛ لذا وضعت هذه الجمعية " وهذا مما يدل على وعي حقيقي تجاه مسألة التأمين . ثم يستطرد أصحاب السؤال " واستفسارنا عن : ١- هل هذا العمل الذي قامت به القبيلة واتفقت عليه يعتبر عملاً خيراً وجائزاً ؟ ، ٢- هل إذا حال الحول على هذه الأموال تجب فيها الزكاة ؟ ، ٣- هل يجوز لأهل الأموال الحائل عليها الحول دفع زكاة أموالهم لهذه الجمعية ؟ ، ٤- إذا امتنع شخص أو عدة أشخاص ورفضوا الدفع أو الاشتراك في هذه الجمعية - وشروط هذه الجمعية المتفق عليها من العاقلة ؛ أولها : أن الشخص الذي يمتنع عن الدفع أو الاشتراك لا يلزم العاقلة بأي شيء ، ثم حدث عليه بعد ذلك دية لخطأ فذهب إلى العاقلة يطلب تسديد الدية حسب الشرع ولكن العاقلة رفضت بحجة أن المذكور امتنع سابقاً عن الدفع والاشتراك مع العاقلة بطوعه واختياره وهي لم تطرده ولكن يعتبر خالف الاتفاقية وإجماع العاقلة ، فهل هذا الشخص يلزم العاقلة وهو مخالف لاتفاقها سابقاً والاشتراك معها في هذه الجمعية بعد اطلاعه وإبلاغه بشروطها مسبقاً هل يجوز له السؤال من خارج العاقلة لتسديد الدم الذي عليه ؟ علماً بأن العاقلة مقتدرة ولم تخرجه منها ولكنه خرج كما قلت سابقاً بطوعه واختياره وخالف اتفاقهم بسبب رفضه الدفع معهم ، فأرجو من سماحتكم إجابتي . أما إجابة اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء فجاء فيها : **أولاً** : اتفاق رجال القبيلة على ما ذكر يعتبر عملاً خيراً لما فيه من التعاون على أداء الواجب. **ثانياً** : إذا حال الحول على الأموال المجموعة لهذا الغرض المبين في الاستفتاء فلا تجب فيه الزكاة إذا كان ما جمع لا يعود ملكاً إلى من جمع منهم عند فشل المشروع مثلاً ، بل ينفق في المقصد الذي جمع من أجله أو في وجوه الخير الأخرى. **ثالثاً** : لا يجوز لأهل الأموال التي حال عليها الحول ووجبت فيها الزكاة أن يدفعوا زكاة أموالهم لهذه الجمعية ، بل يدفعونها في المصارف التي ذكرها الله في آية : **(إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ)** ، **رابعاً** : من امتنع من الاشتراك في ذلك فالإلزامه العاقلة بدفع دية من قتله خطأ يرجع إلى المحكمة. وبالله التوفيق وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم .

(^١) وفيها نتناول أعمال التأمين الإسلامي في إطار الشركات المساهمة ذات المسؤولية المحدودة .

(^٢) من الأهمية بمكان في جميع المجتمعات الإسلامية النامية التي يتميز أفرادها بدخولهم المحدودة وبتعليمهم البسيط الذي لا يصل بهم إلى فهم معاملات الشركات المساهمة ذات المسؤولية المحدودة وما يحيط بالأسهم في تداولات الأسواق المالية أن نبحث عن الشكل البسيط لشركة التأمين التعاوني الإسلامي . وهي أيضاً في غاية الأهمية للمشروعات القزمية والصغيرة التي تحتاج إلى التأمين ولا تستطيع الوفاء بشروطه في الشكل التقليدي أو الشكل الإسلامي الذي يمارس عن طريق الشركات المساهمة الكبرى .

حدثت . وبالنسبة للتعويضات التي يحصل عليها البعض عند إصابته بما يوجبها فإنها تعتبر واجبة على الآخرين بموجب حق الكفالة في شركة المفاوضة وكذلك في جميع الشركات الإسلامية ذات المسؤولية غير المحدودة^١. وأحد المشكلات التي يمكن أن تواجه هذه الشركة تتمثل في إمكانية زيادة حجم التعويضات في حالات استثنائية عن إمكانيات رأس المال. بسبب ضخامة الخسارة أو تكرار الحدث بالمصادفة لأكثر من شريك في نفس الفترة. ولذلك يجب أن يتفق الشركاء من البداية على الحد الأقصى للتعويض لكل من يصيبه حادث ، وأنه إذا رغب الشركاء الآخرين (أحدهم أو أكثر) على بذل مساعدة أكبر فإن هذا يكون من باب الإحسان والتبرع ، وأنه في حالة ضرورة التعويض لأكثر من واحد من الشركاء فإنه يتم اتخاذ قرار من الشركاء جميعاً بشأن خفض مقدار التعويض للواحد أو زيادة التبرعات من الآخرين أو فتح مجال للقرض الحسن في إطار مبدأ الإحسان ورعاية روح التكافل. هذا من أجل تفادي حالة الإفلاس أو عجز الشركة عن الاستمرار. خامساً ؛ قبول انضمام شركاء جدد دون أية قيود ولكن على أساس نفس قاعدة التساوي في مساهمة رأس المال لكل شريك^٢. ومثل هذا المشروع التأميني الإسلامي البسيط القائم على أساس شركة المفاوضة يمكن أن يفيد قطاع كبير من عامة الناس ومن أصحاب الأعمال الصغيرة والمتوسطة في المجتمعات الإسلامية النامية.

شركات التأمين التعاوني ومشكلة كفاية رأس المال ٩

من أهم المشاكل الفنية التي تثار في الممارسات الواقعية للتأمين التعاوني أو كما يسمى أيضاً التبادلي على المستوى العالمي عدم كفاية رأس المال الذي يتم جمعه من مساهمات الراغبين في التأمين. والحقيقة أن عنصر رأس المال جوهرى في ممارسات التأمين بكافة أشكاله التقليدي أو التعاوني ، لكن شركات التأمين التجاري التي تمارس نشاطها بشكل شائع من خلال الشركات المساهمة ذات المسؤولية المحدودة لا تواجه مشكلة ذات شأن في هذا الصدد حيث تستطيع الاستدانة (بالفوائد) أو طرح أسهم للجمهور لزيادة رأسمالها. أما بالنسبة إلى شركة التأمين التعاوني أو التبادلي فإنها في الأصل شركة لا تقوم على بيع أسهم للجمهور وإنما هي مملوكة بالكامل للأشخاص الذين يرغبون في تأمين أنفسهم ، وإذا فرأسمالها يتألف من حصص هؤلاء الذين يبذلون لمن يتعرض منهم للخطر التعويض المناسب ويتقاسمون الأرباح الصافية فيما بينهم^٣. وفي هذا الشكل البسيط للتأمين التعاوني أو التبادلي قد يحدث عجز في الوفاء بالتعويضات اللازمة في بعض الحالات مما قد يؤدي إلى أزمة حادة بالنسبة للشركة أو ربما توقفها عن نشاطها وإفلاسها. والواقع أنه يجب أن يتوفر لشركة التأمين دائماً حد أدنى من رأس المال السائل

^١ وذلك على خلاف الشركات المساهمة الحديثة ذات المسؤولية المحدودة .

^٢ ويلاحظ أنه في حالة نمو رأس مال الشركة يتحتم على العضو الجديد أن يدفع أكثر لكي يتساوى ، ويمكن قبول مبدأ التقسيط في هذه الحالة ، أو معالجة الأمر محاسيبياً لكي لا يحدث اختلال في الحقوق أو الالتزامات بين الشركاء المتساويين .

^٣ وقد يتم تقاسم الأرباح بشكل غير مباشر وذلك بإنقاص مدفوعات التأمين المستحقة عليهم مستقبلاً .

يكفى لدفع التعويضات للمستأمنين حسبما قدرت هذه احتمالياً بالحسابات الاكتوارية ، بالإضافة إلى رصيد احتياطي لمواجهة ما قد يفوق الاخطار المتوقعة .

وفي بداية تكوين شركة للتأمين التعاوني أو التبادلي وكلما صغر عدد من يريدون خدمة التأمين يكون أمر تدبير الحد الأدنى من رأس المال أكثر صعوبة ، والعكس صحيح . ولقد ساقنا مشكلة العجز الفعلي أو المحتمل في تدبير الأرصدة اللازمة من رأس المال بعض شركات التأمين التعاوني أو التبادلي في العالم إلى بيع أسهم للجمهور مما أوجد ملكية مشتركة مع أصحاب الأسهم . وكذلك اتجهت بعض شركات التأمين التعاوني إلى بيع بوالص تأمين للجمهور على أساس تجاري رغبة من المؤسسين ليس فقط في تخفيف عبء رأس المال عليهم وإنما أيضاً لتحقيق أرباح تجارية للشركة من آخرين يرغبون في التأمين . ولقد أدت مثل هذه التطورات إلى انحراف شركات التأمين التعاوني عن مسارها الصحيح حيث اختلط هذا بالتأمين التجاري وأصبحت مزايا المشروع التعاوني مقتصرة على المؤسسين . ولقد تطور الأمر في حالات إلى تحول عدد من شركات التأمين التعاوني أو التبادلي إلى شركات تأمين تجاري . في ظل هذا الإطار يجب الحذر في ممارسات التأمين التعاوني الإسلامي ، من تسلسل الاستغلال التجاري إليه .

ولا شك أن أحد المخارج الرئيسية من مشكلة عدم كفاية الموارد المالية يتمثل في ممارسة نشاط التأمين التعاوني الإسلامي عن طريق الشركات المساهمة ذات المسؤولية المحدودة . لكن هذا الوضع يستدعي الالتزام بعدد من الضوابط الاقتصادية والشرعية حتى لا يحدث انحراف عن أهداف هذه الشركات وهو ما نتناوله فيما يلي .

الضوابط الاقتصادية والشرعية اللازمة لشركة إسلامية مساهمة للتأمين التعاوني

يلاحظ أن أحد الأنماط الشائعة لممارسة التأمين التكافلي الإسلامي أصبح يتم من خلال شركة مساهمة تؤسس بغرض مباشرة نشاط التأمين واستثمار الفوائض المتاحة من أموال المستأمنين فيها جنباً إلى جنب مع أموال أصحاب الأسهم المؤسسين لها . وفي مثل هذه الحالات ولكي يبقى التأمين التكافلي الإسلامي نقياً بعيداً عن الاستغلال التجاري لابد من التمسك بعدد من الضوابط الاقتصادية التي تضمن حسن الأداء والحفاظ على الأهداف وذلك في إطار ما تسمح به الشريعة الإسلامية :

(١) أن لا يقتصر دور المساهمين (سواء من المؤسسين أو من يشترون الأسهم التي يتم طرحها في السوق المالية) على ملكية أسهم في الشركة بل يكونوا ممن يدخلون فعلاً تحت مظلة التأمين التعاوني بمجرد ممارسة الشركة لنشاطها فتتوحد بذلك مصالحهم التأمينية مع بقية المستأمنين .

(٢) أن يتم اختيار مجلس إدارة الشركة بما يتفق قواعد المؤسسات التعاونية في كل العالم ، أي على أساس صوت واحد للشخص مهما كانت ملكيته من الأسهم وفي

ذلك أحد الضمانات الأساسية للبعد عن تحكم فئة من كبار المساهمين على نشاط الشركة. كذلك يقع على كل من يشارك في الشركة مسؤولية أيّة قرارات استثمارية أو غيرها تتخذ من قبل الجمعية العمومية . فلا يستطيع أحد أن يتصل من المسؤولية الشرعية لبعض قرارات الجمعية العمومية أو مجلس الإدارة بحجة سيطرة البعض على هذه القرارات.^١ والمعلوم أن اللوائح القانونية والتنظيمية للشركات المساهمة تسمح بصوت لكل سهم وليس لكل مساهم ، وهذا مما يجب تغييره بالنسبة لشركات التأمين الإسلامي التي تقوم على أساس تعاوني أو تكافلي.

(٣) يلزم الأشخاص الجدد الذين يرغبون في الانضمام إلى الشركة للتمتع بخدمة التأمين التعاوني شراء أسهم على نفس الأسس السابقة لأسهم التأسيس وهذا مما يضمن تساويهم مع المستأمنين الآخرين في الحقوق والواجبات فلا يستغلون ولا يُستغلون بسبب انضمامهم المتأخر.

(٤) من الآفات التي أفسدت ، وما زالت تفسد ، مناخ الاستثمار الحقيقي للشركات المساهمة (العاملة في كافة المجالات) اتخاذ الأسهم وسيلة لتحقيق أرباح رأسمالية عن طريق تداولها بيعاً وشراءً في الأسواق المالية.^٢ ولا يستطيع أحد أن ينكر حق صاحب السهم في تداوله بيعاً أو شراءً ، لكن على الشركات الإسلامية المساهمة ، أن تضع قيوداً على تداول أسهمها في السوق تفادياً لأيّة أخطار يمكن أن تترتب على هذه العمليات . بالإضافة إلى هذا فإن الشركات المساهمة العاملة في مجال التأمين التعاوني يجب أن تؤمن نفسها من ضياع أهدافها بسبب بيع الأسهم على أساس تجاري محض . ومن ثم نري أنه لا يجوز للمساهم في شركة التأمين بيع ما يملك من أسهم إلا لمن يرغب أن يتمتع بنفس حقوقه ويلتزم بجميع مسؤولياته في الشركة . هذا يعني من

(١) عادة ما يسيطر كبار المساهمين على قرارات الجمعيات العمومية للشركات المساهمة التي تعرض فيها الميزانيات والتصديق عليها والموافقة على استمرار مجلس الإدارة أو تغييره. ويحتج صغار المساهمين بقلة أصواتهم وأهميتهم في اتخاذ القرارات الهامة ويرون ذلك مبرراً لعدم حضور جلسات هذه الجمعيات. هذه السلوكيات السلبية لا تتفق مع روح الشريعة الإسلامية .

(٢) أقر الفقهاء المعاصرون صيغة الشركة المساهمة ذات المسؤولية المحدودة فقط في السبعينيات والثمانينيات من القرن العشرين ، وما زالت هناك مشكلات شرعية تواجه هذا الشكل من الشركات الذي لم يكن معروفاً في الفقه الإسلامي من قبل ، من أهمها المشكلات الشرعية المترتبة على انفصال الإدارة عن الملكية (مشكلة الوكالة) وكذلك الشخصية الاعتبارية خاصة في حالة الإفلاس مع وجود ديون تجاه الغير لا يمكن سدادها ، ومنها عمليات تداول الأسهم في الأسواق دون رابط . وينبغي أن يعمل التشريع الحديث في البلدان الإسلامية على تنظيم عمليات تداول الأسهم التي تصدرها الشركات لأجل تحقيق المناخ المناسب للاستثمارات الحقيقية. والواقع أن أمر المضاربات المالية البحتة في الأوراق المالية التي لا تبالي باستقرار القطاع الإنتاجي الحقيقي يجب أن يحسم عن طريق التشريع واللوائح المنظمة لأعمال الأسواق المالية ، ويجب أخذ العبرة من أزمة ٢٠٠٨ التي مازالت تعيث بالافتقار العالمي في عامها الرابع. وفي مجال التأمين مثلاً ليس من المتصور مثلاً أن تنشئ شركات لتأمين الناس والأعمال من خسائر المخاطر الاحتمالية ثم نسمح لممارسات (أشبه ما تكون أحياناً بالمقامرات) أن تتسبب في خسائر جسيمة ليس فقط للمستأمنين بل وللمجتمع بأسره.

الناحية الشرعية عدم وضع قيد على انسحاب الشريك من الشركة ولكن على ألا يتسبب ذلك في خسارة للشركاء أو ضياع لأهداف الشركة.¹

(5) العمل على تنمية رأسمال الشركة تدريجياً عن طريق أرباح العمليات الاستثمارية للفوائض المتاحة. لكن هذه التنمية لا ينبغي أن تتم إطلاقاً بالدخول في عمليات عالية المخاطرة بل أن الوظيفة الأساسية التي تقوم بها الشركة ألا وهي التأمين تستدعي دائماً اختيار الاستثمارات الأقل خطراً ، وقد يكون من بين هذه الاستثمارات شراء العقارات السكنية التي يتم تأجيرها بعقود سنوية قابلة للتجديد أو إدارة محافظ مالية أو صناديق الاستثمار تعمل على تنويع أوراقها المالية بعد اختيارها من إصدارات شركات ملتزمة بالشرعية الإسلامية في منتجاتها وفي طرق تمويلها وكذلك في ممارساتها السوقية (من أهمها البعد عن الاحتكار). لذلك فإن ثمة تأكيد على ضرورة انتقاء إدارة عمليات الاستثمار من بين أكثر العناصر خبرة سواء من داخل الشركة أو من خارجها وأكثرها معرفة بالشرعية الإسلامية أو استعابها للتشاور مع خبراء الشرعية في مجالات الأعمال.

(6) يمكن لشركة التأمين التعاوني تنظيم القيام بعمليات استثمارية بهدف دعم نشاطها التأميني وذلك بتنظيم عمليات مضاربة في أنشطة معروفة بربحياتها في الأسواق وتدعو الجمهور للمشاركة في رأسمال هذه المضاربات وذلك عن طريق إصدار شهادات مضاربة (وفقاً للشروط الشرعية بحيث يشارك أصحاب الشهادات في الربح أو الخسارة). وتعمل الشركة مضارباً في هذه العمليات على أساس الربح والخسارة مستعينة بما يلزم من خبراء الاستثمار. وفي هذه الحالة يجب التأكيد على ضرورة الفصل التام في الإدارة والحسابات بين نشاط هذه العمليات الاستثمارية وبين الاستثمارات التي أشرنا إليها في النقطة السابقة (استثمارات فوائض النشاط التأميني). وكلما أمكن النجاح في العمليات الاستثمارية القائمة على المضاربات كلما أمكن لنشاط التأمين التعاوني أن يستفيد من أرباحها دون أن يكون لها تأثير سلبي على هذا النشاط في حالة الخسارة.

(7) تواجه شركات التأمين التعاوني في كل العالم (كما ذكرنا من قبل) مشكلة نقص السيولة النقدية في بعض الحالات. وما تناولنا في النقطتين السابقتين من آليات لزيادة الإمكانيات المالية للشركة الإسلامية ، بوسائل لا تتناقض مع أهداف التأمين التعاوني وتلتزم بالشرعية في الوقت نفسه ، تؤتي ثمارها في الأجل الطويل . إذاً فإن معالجة مشكلة نقص طارئ في السيولة إذا طرأت بشكل استثنائي في الأجل القصير

¹ ونقترح في حالة تعجل المساهم في الانسحاب لسبب ضروري و ملح أن تقوم الشركة بشراء السهم (أو الأسهم) منه على سبيل إعادة بيع الورقة المالية بعد ذلك في الوقت المناسب لمن يلتزم بأهدافها ولوائحها. إلا ان هذا الإجراء سوف يكون ممكن التنفيذ فقط في حالات استثنائية وليست عامة.

تستدعي آليات استثنائية. وبالنسبة للشركات الإسلامية يجب العمل على مواجهة هذه المشكلة في إطار الشريعة ، حيث لا يمكن الاقتراض بالفوائد أو إصدار أسهم تملك فقط دون أن يكون حامليها من المشاركين في نشاط التأمين لأن ذلك يفتح باب الاستغلال التجاري.

لكن مواجهة مشكلة نقص السيولة التي يمكن أن تحدث خلال أي فترة قصيرة (سنة أو أقل) يجب أن تُعرّف ونُحدد أسبابها قبل أن نقترح لها علاجاً مناسباً . في هذا الإطار علينا التفرقة بين نوعين من أزمات السيولة المحتملة : نوع قد يترتب على ظروف استثنائية داخلية (أي خاصة بمجموعة المستأمنين داخل الشركة ، مثلاً زيادة حالات الحريق عما كان متوقفاً في التقديرات الاحتمالية) ، والنوع الآخر يصاحب ظروف استثنائية خارجية عامة كحالات الزلازل والحروب . ولقد ذكرنا فيما سبق أن شركات التأمين التجاري تمتع عن العمل بقواعد التعويض عندما تواجه كبيرة من الناس خسائر في نفس الوقت حيث يعرف الخطر بأنه جوهري ، وأنه إذا تم تعويضه وفقاً للقواعد التقليدية فإن من شأنه أن يؤدي إلى إفلاس الشركة.

بالنسبة للنوع الأول (ظروف داخلية) يمكن مواجهة الزيادة الاستثنائية في حجم التعويضات للمستأمنين بإصدار صكوك مسندة بأصول وتدر دخلاً ، مثل العقارات السكنية المملوكة للشركة وتدر دخلاً من عمليات إجارة ، كما يمكن أن تدبر قدر من السيولة بإجراء عمليات بيع سلم في حدود مناسبة من خلال البنوك الإسلامية.¹

أما بالنسبة للنوع الثاني (ظروف خارجية قهرية) فإنه لا ينبغي إطلاقاً بناء على القواعد الأخلاقية الإسلامية أن نتصرف كما تفعل شركات التأمين التجاري ، ذلك لأن المستأمنين في مثل هذه الظروف يصبحون في مواجهة محنة كبيرة ويكونون في أمس الحاجة للمساعدة المالية ولا غنى لهم عنها. على شركات التأمين الإسلامي أن تبتكر قواعد مرنة للتعويض لأجل مساعدة المستأمنين في هذه الظروف الصعبة التي تجتاح عدد كبير منهم. أولاً؛ الأخذ بمبدأ حق الجميع في التعويض في مثل هذه الظروف وذلك بتقاسم ما يمكن للشركة أن تخصصه من أموال سائلة² ، وذلك من مخصصات التعويضات الاعتيادية ومن الاحتياطات أو مما يمكن تحصيله من بيع بعض الأصول الثابتة . ويجب مع ذلك أن لا تؤدي التعويضات المبذولة من الشركة إلى إفلاسها أو توقف نشاطها. ثانياً ؛ الخروج بصفة استثنائية عن القواعد المحددة للتعويضات في الظروف العادية والأخذ بمبدأ المرونة في تحديد مبلغ التعويض بما يتناسب مع إمكانيات الشخص (طبيعي أو معنوي) ومع

¹ عمليات بيع السلم أو السلف تؤدي إلى الحصول مباشرة على سيولة نقدية مقابل التعهد بتسليم سلعة أو منفعة في تاريخ لاحق. ويلزم لإدارة الاستثمارات بالشركة أن تستعين بأهل الخبرة في تلك العمليات.

² عَنْ أَبِي بَرْدَةَ عَنْ أَبِي مُوسَى قَالَ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : " إِنَّ الْأَشْعَرِيِّينَ إِذَا أَرْمَلُوا فِي الْعَزْوِ أَوْ قَلَّ طَعَامُ عِيَالِهِمْ بِالْمَدِينَةِ جَمَعُوا مَا كَانَ عِنْدَهُمْ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ ثُمَّ اقْتَسَمُوهُ بَيْنَهُمْ فِي إِثْنَاءِ وَاحِدٍ بِالسُّوِيَةِ فَهُمْ مِنِّي وَأَنَا مِنْهُمْ " . صحيح البخاري : ج ٨ / ص ٣٨٧ .

حجم الضرر الفعلى الذى تعرض له . ويعنى ذلك السماح باختلاف التعويضات نقصاً أو زيادة فى الحالات المختلفة باختلاف الأضرار الفعلية وذلك فى إطار أقصى ما أمكن تدييره من أموال مع دعوة الأقل تضرراً من الجائحة بالتنازل للأكثر تضرراً ودعوة الأكثر قدرة مالياً من بين المستأمنين ليس فقط للتنازل عن نصيبه فى التعويض بل وللتبرع من ماله الخاص لمساعدة الآخرين . هذه أخلاق التعاون كما يحضنا عليها الإسلام^١.

ولابد من القول إن مثل هذه الظروف التى تنطبق عليها حالة جائحة تصيب الكثير سوف تؤدى حتماً بعد انتهائها إلى ضعف المركز التنافسى للشركة الإسلامية فى مواجهة شركات التأمين التجارى التى تمتع عن مساعدة المستأمنين فى نفس هذه الظروف . وكل ما نستطيع قوله فى هذا هو أننا لا يجب أن نكون فى منافسة مع هذه الشركات فلنا شريعتنا وأخلاقنا ولا نستطيع أن نتخلى عنها مهما كانت النتائج من الناحية الاقتصادية ، والله عز وجل مع من يبذل الخير و يسعى فى الخير ويعين المكروب ويواسى الناس فى المصائب ، وليس مع من يستغل الناس ثم لا يعنيه أمرهم إذا وقعوا فى ضائقة و يعمل دائماً على زيادة ماله بأكل الربا. فلينتبه القائمون على شركات التأمين التعاونى الإسلامى إلى أن الأهم هو إرساء مبادئ المواساة والتعاون فى درء خسائر الأحداث الجسام للمستأمنين وليس الربحية المادية.

(٨) أصبحت "الحوكمة" Governance ضرورة من الضرورات الملازمة للشركات المساهمة فى كافة انحاء العالم وذلك من أجل مراقبة الإدارة والتأكد من كفاءتها والتزامها فى نشاطها بالأهداف العامة للشركة وتحقيق مصالح المساهمين والموظفين والمجتمع. وترجع ضرورة الحوكمة إلى ما يعرف بمشكلة "الوكالة" Principal/Agent (علاقة المالك بالوكيل) وهى من أخطر المشكلات التى صاحبت نشأة الشركات المساهمة ذات المسؤولية المحدودة والتى انفصلت فيها الإدارة عن الملكية^٢. ولاشك أنه مما يقلل من مشكلة الوكالة فيما يخص شركات التأمين

(١) عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال : قلت يا رسول الله إنا قوم نساء أموالنا . قال : يتساءل الرجل فى الجائحة أو الفتى ليصلح به بين قومه فإذا بلغ أو كرب استعف . مسند أحمد : ج ٤١ / ص ٢ ؛ وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : " من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ومن ستر على مؤمن ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة ومن ستر مسلماً ستره الله فى الدنيا والآخرة والله فى عون العبد ما كان العبد فى عون أخيه " صحيح مسلم - (ج ١٣ / ص ٢١٢)

(٢) حيث يكون للإدارة مطلق الحرية فى التصرف فى كافة أمور الشركة نيابة عن المساهمين وهم الملاك. فإما أن تكون تصرفاتها وفقاً لما يريدون ، أى محققة لأهداف الشركة ولمصالحهم ، وإما أن تكون عكس ذلك. وتعد الشركة المساهمة جمعية عمومية للمساهمين كل عام ، وعادة ما يسيطر على هذه الجمعية كبار المساهمين ولا يحضرها كثير من المساهمين الصغار فتتمر الميزانيات ويعاد انتخاب مجلس الإدارة الخ . ولقد حدث عديد من الحوادث فى شركات عالمية أن عملت الإدارة على تحقيق مصالحها هي دون تحقيق مصالح المساهمين مما ترتب عليه انخفاض الأرباح أو إفلاس الشركات تماماً. (مثلا حالة شركة ENRON الأمريكية العملاقة) . وتبرز مشكلة الخطر الأخلاقى Moral Hazard من حيث الإدارة العليا للشركة تملك فى أى وقت من المعلومات عن نشاط الشركة ومركزها المالى ما لا يملكه أصحاب المصلحة الأصلية المساهمين ثم الموظفين ثم الجمهور. بالتالى فقد لزم وضع نظم محكمة للمراقبة.

التعاونى الإسلامى أن يتم اختيار الإدارة العليا (أعضاء مجلس الإدارة وكبار المديرين) من بين المساهمين والذين يجمعون بين صفتى الملكية للشركة والانطواء تحت مظلتها التأمينية. لكن هذا قد لا يتحقق في الواقع العملى حيث قد لا تتوفر الكفاءات الإدارية في المؤسسين للشركة أو في بقية المساهمين . ومن ثم يتحتم وجود عقد وكالة بين من يتم اختيارهم لإدارة الشركة وأصحابها.

وتختص الحوكمة في حالة الشركات المساهمة القائمة بأعمال التأمين التعاونى الإسلامى بثلاث قضايا أساسية :

١. مراقبة نشاط الشركة لضمان سلامة تطبيق الإدارة لقواعد وآليات التأمين التعاونى .
 ٢. وضع قواعد لضمان الالتزام بقواعد الشريعة الإسلامية في كافة التطبيقات من جهة جمع الأموال أو دفع التعويضات أو استثمار الأموال .
 ٣. وضع نظم للإفصاح بشفافية عن كيفية الأداء وعرض النتائج الختامية للتأمين التعاونى في إطار القواعد الشرعية والأخلاقيات الإسلامية.
- والحوكمة بذلك تعنى أن يتمكن المساهمون من مراقبة نشاط التأمين التعاونى الإسلامى لصالحهم وضمان جودة نظام الإدارة وكفاءة عمليات الاستثمار لأموالهم وضمان تحقيق الأهداف العامة للتعاون والتكافل وذلك في إطار القواعد الشرعية.

وتستلزم الحوكمة في الممارسة العملية :

أولاً: وضع نظم للتدقيق في سلامة الحسابات المالية التأمينية ولصرف التعويضات ولقواعد وآليات العمليات الاستثمارية التي تقوم بها الشركة كنشاط موازى مساعد لنشاط التأمين .

ثانياً : تكليف الإدارة العليا بإعداد تقارير مفصلة عن الأداء الفعلي للنشاط لعرضها على المساهمين. وعلى المساهمين بصفتهم أصحاب الشركة وبصفتهم مستأمنين أن يقوموا بتعيين مستشار فني لحضور عرض هذه التقارير ومناقشتها في الجمعية العمومية للتأكد من سلامتها وشفافيتها في بيان المراكز الحسابية والعمليات الاستثمارية.

ثالثاً : التأكيد على المبادئ الإسلامية لنشاط التأمين التعاونى والضمانات الشرعية للحفاظ على هذا النشاط. ولا يكفي تعيين هيئة للرقابة الشرعية من داخل الشركة بل يلزم للمساهمين الذين هم جميعاً يستظلون بالمظلة التأمينية تعيين مراقب شرعي خارجي للتدقيق والتأكيد على التزام الشركة بالأطر الشرعية ، مع تكليف كل من هيئة الرقابة الشرعية والمراقب الشرعي الخارجى بوضع

تقرير سنوي مفصل للعرض على الجمعية العمومية للمساهمين للتأكيد على الالتزام بالقواعد الشرعية والمبادئ التعاونية الإسلامية¹.

وهذه الأمور في غاية الأهمية حيث إن سمعة شركات التأمين الإسلامي مرتبطة أساساً بمحافظتها على أداء نشاطها بدقة وبكفاءة "في إطار الشريعة الإسلامية" ، فإن صار هناك شك في هذا أصبحت لا تختلف البتة عن أي شركة أخرى تمارس أعمال التأمين.

وبالإضافة إلى ما سبق فإن المساهمين ، في أي شركة أو مؤسسة تقوم بنشاط اقتصادي إسلامي (خاصة التعاوني) ، يجب أن يطمئنوا إلى أن ممارسات شركتهم تلتزم بقاعدة المصلحة العامة للمجتمع . وهذا يعني التزام الإدارة أو الرقابة الشرعية من خلال التقارير السنوية التي تقدم للمساهمين الإشارة إلى توجهات العمليات الاستثمارية التي تقوم بها الشركة ومدى نفعها للمجتمع الإسلامي من جهة التنمية البشرية والاقتصادية.

انتهي بحمد الله ، سبحانه وتعالى علم الإنسان ما لم يعلم

الأستاذ الدكتور عبد الرحمن يسري أحمد

أستاذ الاقتصاد والاقتصاد الإسلامي

(¹) انظر أيضاً : معايير هيئة الخدمات المالية الإسلامية (ifsb), Islamic Financial Services Board "Standards on Solvency Requirements for *Takaful* (Islamic Insurance) Undertakings" December 2010, ISBN 978-967-5678- 04-4

المراجع الرئيسية

- (١) الأزهر الشريف ، "فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء" فتوى رقم (٨١٩١)
- (٢) عبد الباري مشعل ، "تقويم تطبيقات التأمين التعاوني وتشريعاته" ومدخلان لإعادة دراسة التأمين" ، مؤتمر التأمين التعاوني : أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه ، الجامعة الأردنية ، ربيع الثاني ١٤٣١ / أبريل ٢٠١٠.
- (٣) عبد الرحمن يسري أحمد ، الفصلين الثاني والثالث في "مبادئ التكافل (التأمين الإسلامي) من إصدارات معهد البحرين للدراسات المصرفية والمالية BIBF بالاشتراك مع Chartered Insurance Institute, London (CII) بعنوان "التأمين في إطار إسلامي : المفهوم والأسس الأخلاقية" وعنوان "التأمين في الإسلام ومتطلبات الشريعة" والكتاب أصلاً باللغة الإنجليزية :
- (٤) "Principles of Takaful" , Abdel-Rahman Yousri Ahmad (Editor) , BIBF and CII,2009
- (٥) عبد السلام إسماعيل أونانغ ، المبادئ الأساسية للتأمين التكافلي وتأصيلها الشرعي ، مؤتمر التأمين التعاوني : أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه ، الجامعة الأردنية ، ربيع الثاني ١٤٣١ / أبريل ٢٠١٠.
- (٦) عثمان با بكر أحمد "قطاع التأمين في السودان : تقويم تجربة التحول من التأمين التقليدي إلى التأمين الإسلامي" بحث رقم ٤٦ ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، البنك الإسلامي للتنمية ، جدة ، ١٤١٨
- (٧) عماد الزيات ، " الرقابة الشرعية على مؤسسات التأمين التعاوني الإسلامية وطرق تفعيلها" مؤتمر التأمين التعاوني : أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه ، الجامعة الأردنية ، ربيع الثاني ١٤٣١ / أبريل ٢٠١٠.
- (٨) علي محيي الدين القره داغي ، " مفهوم التأمين التعاوني ، ماهيته ، وضوابطه ومعوقاته ، دراسة فقهية اقتصادية " مؤتمر التأمين التعاوني : أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه ، الجامعة الأردنية ، ربيع الثاني ١٤٣١ / أبريل ٢٠١٠.
- (٩) Islamic Financial Services Board (ifsb), "Standards on Solvency Requirements for Takaful (Islamic Insurance) Undertakings" December 2010, ISBN 978-967-5678- 04-4

ملحق

تكملة الملاحظة الهامشية رقم (٢) ص (١) في هذا المقال

فتاوى معاصرة - (ج ١ / ص ١٧٠) فضيلة الاستاذ الدكتور على جمعة.مفتي
جمهورية مصر العربية

الموضوع

التأمين على الحياة

اطلعنا على الطلب الوارد إلينا عن طريق الإنترنت - المقيد برقم ٢٣٩٦ لسنة ٢٠٠٣ المتضمن :- السؤال : أطلب من سيادتكم توضيح شرعية وثيقة التأمين على الأسرة ، فأنا لا أملك عملاً ثابتاً ، وليس لي تأمين من الحكومة أو غيره ، وسمعت أن هناك إحدى الشركات الحكومية تقوم بعمل وثيقة تأمين على الأسرة بحيث أدفع شهرياً ١٠٠ جنيه لمدة عشر سنوات بعدها أستردها عشرين ألف جنيه ، وفي حالة الوفاة يسترد الورثة المبلغ الذي دفعته بالإضافة للأرباح حتى تاريخ الوفاة ، فهل في هذا شبهة ، أنا أود أن أترك أولادي وهم في يسر و ليس عسرا ؟ .

الجواب : فضيلة الأستاذ الدكتور على جمعة

سبق لدار الإفتاء المصرية أن أفقت على سؤال مشابه بالإجابة المرفقة ، وهو ما يمكن أن يكون جواباً للسائل أيضاً : لما كان التأمين بأنواعه المختلفة من المعاملات المستحدثة التي لم يرد بشأنها نص شرعي بالحل أو بالحرمة - شأنه في ذلك شأن معاملات البنوك- فقد خضع التعامل به لاجتهادات العلماء وأبحاثهم المستنبطة من بعض النصوص في عمومها ؛كقوله تعالى : ﴿ **وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ** ﴾ (المائدة:٢) ، وكقوله ﷺ : " مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء بالسهر والحمى " رواه البخاري، إلى غير ذلك من النصوص الكثيرة الواردة في هذا الباب. والتأمين على ثلاثة أنواع :-

الأول : التأمين التبادلي : وتقوم به مجموعة من الأفراد أو الجمعيات لتعويض الأضرار التي تلحق بعضهم .

الثاني : التأمين الاجتماعي : وهو تأمين من يعتمدون في حياتهم على كسب عملهم من الأخطار التي يتعرضون لها ، ويقوم على أساس فكرة التكافل الاجتماعي ، وتقوم به الدولة .

الثالث : التأمين التجاري : وتقوم به شركات مساهمة تنشأ لهذا الغرض .

والنوع الأول والثاني يكاد الإجماع أن يكون منعقدا على أنهما موافقين لمبادئ الشريعة الإسلامية ؛ لكونهما تبرعا في الأصل ، وتعاوننا على البر والتقوى ، وتحقيقا لمبدأ التكافل الاجتماعي والتعاون بين المسلمين دون قصد للربح ، ولا تفسدهما الجهالة ولا الغرر ، ولا تعتبر زيادة مبلغ التأمين فيهما عن الاشتراكات المدفوعة ربا ؛ لأن هذه الأقساط ليست في مقابل الأجل ، وإنما هي تبرع لتعويض أضرار الخطر .

أما النوع الثالث : وهو التأمين التجاري - ومنه التأمين على الأشخاص - فقد اشتد الخلاف حوله واحتد :

فبينما يرى فريق من العلماء أن هذا النوع من التعامل حرام لما يكتنفه من الغرر المنهي عنه ، ولما يتضمنه من القمار والمراهنة والربا .

يرى فريق آخر أن التأمين التجاري جائز وليس فيه ما يخالف الشريعة الإسلامية ؛ لأنه قائم أساساً على التكافل الاجتماعي والتعاون على البر وأنه تبرع في الأصل وليس معاوضة . واستدل هؤلاء الآخرون على ما ذهبوا إليه بعموم النصوص في الكتاب والسنة وبأدلة المعقول .

أما الكتاب فقولته تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (المائدة: 1) ، فقالوا : إن لفظ العقود عام يشمل كل العقود ومنها التأمين وغيره ، ولو كان هذا العقد محظورا لبينه الرسول ﷺ . وحيث لم يبينه الرسول ﷺ فإن العموم يكون مرادا ويدخل عقد التأمين تحت هذا العموم .

وأما السنة فقد روي عن عمر بن يثربي قال : شهدت خطبة النبي ﷺ بمنى وكان فيما خطب : لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه ، فقد جعل رسول الله ﷺ طريق حل المال أن تسمح به نفس باذله من خلال التراضي ، والتأمين يتراضى فيه الطرفان على أخذ مال بطريق مخصوص ، فيكون حلالاً .

ومن المعقول قياس التأمين على المضاربة التي هي باب مباح من أبواب التعامل في الشريعة الإسلامية وذلك على أساس أن المؤمن له يقدم رأس المال في صورة أقساط التأمين ، ويعمل المؤمن فيه لاستغلاله ، والربح فيه للمؤمن له هو مبلغ التأمين ، وبالنسبة للمؤمن الأقساط وما يعود عليه استغلالها من مكاسب . كما استدلوا أيضاً بالعرف فقد جرى العرف على التعامل بهذا النوع من العقود ، والعرف مصدر من مصادر التشريع كما هو معلوم . وكذا المصلحة المرسلة . كما أن بين التأمين التجاري والتأمين التبادلي والاجتماعي المجمع على حلها وموافقتهما لمبادئ الشريعة وجوه شبه كثيرة ، مما يسحب حكمهما عليه ، فيكون حلالاً .

وعقد التأمين على الحياة - أحد أنواع التأمين التجاري - ليس من عقود الغرر المحرمة لأنه عقد تبرع وليس عقد معاوضة فيفسده الغرر ؛ لأن الغرر فيه لا يفضي إلى نزاع بين أطرافه ، لكثرة تعامل الناس به وشيوعه فيهم وانتشاره في كل مجالات نشاطهم الاقتصادي ، فما ألفة الناس ورضوا به دون ترتب نزاع حوله يكون غير منهي عنه .

والغرر يتصور حينما يكون العقد فردياً بين الشخص والشركة ، أما وقد أصبح التأمين في جميع المجالات الاقتصادية وأصبحت الشركات هي التي تقوم بالتأمين الجماعي لمن يعملون لديها ، وصار كل إنسان يعرف مقدماً مقدار ما سيدفعه وما سيحصل عليه - فهذا لا يتصور وجود الغرر الفاحش المنهي عنه . كما لا يوجد في عقد التأمين التجاري شبهة القمار ؛ لأن المقامرة تقوم على الحظ في حين أن التأمين يقوم على أسس منضبطة وعلى حسابات مدروسة ومحسوبة .

وبدراسة وثائق التأمين التجاري بجميع أنواعه الصادرة عن شركة الشرق للتأمين وغيرها من الشركات الأخرى تبين أن أكثر بنودها ما هي إلا قواعد تنظيمية مقررّة من قبل شركات التأمين إذا ارتضاها العميل أصبح ملتزماً بما فيها ، وأن أكثر هذه البنود في مجموعها لا تخالف الشريعة الإسلامية ، غير أن هناك بعض البنود يجب إلغاؤها أو تعديلها لتتماشى مع أحكام الشريعة وتتفق مع ما قرّرته قيادات التأمين في محضر اجتماعهم برئاسة مفتي الجمهورية بدار الإفتاء المصرية المؤرخ ٢٥ / ٣ / ١٩٩٧ وذلك في البنود التالية :

البند المتضمن :-

(١) (رد قيمة الأقساط بالكامل إذا كان المؤمن عليه على قيد الحياة عند انتهاء مدة التأمين) يجب تعديل هذا البند إلى :

(رد قيمة الأقساط بالكامل إذا كان المؤمن عليه على قيد الحياة عند انتهاء مدة التأمين مع استثماراتها بعد خصم نسبة معينة نظير الأعمال الإدارية التي تقوم بها الشركة) .

(٢) المادة العاشرة المتضمنة : (أنه إذا حدث بالرغم من إرسال الخطاب المسجل لم يسدد العميل في المهلة المحددة وكانت أقساط السنوات الثلاث الأولى لم تسدد بالكامل يعتبر العقد لاغياً وبغير حاجة إلى إنذار وتبقى الأقساط المدفوعة حقاً مكتسباً للشركة) .

يجب تعديل هذه المادة إلى : (.... وترد الأقساط المدفوعة إلى العميل بعد خصم نسبة لا تزيد على ١٠ ٪ في المائة مقابل الأعمال التي قامت بها الشركة) . حتى لا تستولي الشركة على أموال الناس بالباطل .

(٣) المادة الثالثة عشر الفقرة الأولى المتضمنة : (يسقط الحق في المطالبة بأي حق من

الحقوق الناشئة عن عقد التأمين إذا لم يطالب به أصحابه ، أو لم يقدموا للشركة المستندات الدالة على الوفاة) .

هذه الفقرة يجب إلغاؤها ؛ حيث إن الحق متى ثبت للعميل لا يسقط بأي حال من الأحوال حتى ولو لم يطالب به أصحابه . وبعد مرور عشر سنوات يسلم المال إلى بيت مال المسلمين .

الفقرة الثانية من نفس المادة المتضمنة : (..... كما يسقط بالتقادم حق المستفيدين في رفع الدعاوي ضد الشركة للمطالبة بالحقوق الناشئة عن هذا العقد بمضي ثلاث سنوات من وقت حدوث الوفاة) .

يجب تعديل هذه الفقرة إلى : (... يسقط الحق بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة) وهي مدة التقادم في رفع الدعوى في الحقوق المدنية عند الفقهاء في الشريعة الإسلامية .

وفي واقعة السؤال : -

فإن التأمين بكل أنواعه أصبح ضرورة اجتماعية تحتمها ظروف الحياة ولا يمكن الاستغناء عنه ؛ لوجود الكم الهائل من عمال المصانع والشركات الاقتصادية العامة والخاصة ، وأصبحت الشركات تحافظ على رأس المال حتى يؤدي وظيفته المنوطة به في المحافظة على الاقتصاد الذي هو عصب الحياة ، وتحافظ على العمال بغرض تأمين حياتهم حالاً ومستقبلاً ، وليس المقصود من التأمين هو الربح أو الكسب غير المشروع ، وإنما هو التكافل والتضامن والتعاون في رفع ما يصيب الأفراد من أضرار الحوادث والكوارث ، وليس التأمين ضريبة تحصل بالقوة ، إنما هو تكاتف وتعاون على البر والإيثار المأمور بهما في الإسلام .

وقد أخذت دول العالم بنظام التأمين بغية الرقي بأممهم والتقدم بشعوبهم ، ولم يغلق الإسلام هذا الباب في وجوه أتباعه ؛ لأنه دين التقدم والحضارة والنظام . وإنما وجد من علماء المسلمين قديماً وحديثاً في كل بلاد العالم الإسلامي من أجازوه وأباحوه ، ولهم أدلتهم التي ذكرنا طرفاً منها .

ودار الإفتاء المصرية - ترى أنه لا مانع شرعاً - من الأخذ بنظام التأمين بكل أنواعه ، ونأمل توسيع دائرته كلما كان ذلك ممكناً ليعم الأفراد الذين لم يشملهم التأمين . ويكون الاشتراك شهرياً أو سنوياً بمبلغ معقول ، ويكون إجبارياً ليتعود الجميع على الادخار والعطاء ، على أن تعود إليهم الأموال التي اشتركوا بها ومعها استثماراتها النافعة لهم ولأوطانهم . فالأمة الراقية والمجتمعات العظيمة هي التي تربي في أبنائها حب الادخار والعمل لما ينفعهم في دينهم ومستقبل حياتهم .

والله سبحانه وتعالى أعلم



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

التأمين التعاوني الأحكام والضوابط الشرعية

إعداد

أحمد محمد صباغ

مدير عام شركة التأمين الإسلامية

عمان - الأردن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمدُ لله ربُّ العالمين، وأفضلُ الصلاةِ وأتمُّ التسليمِ على سيدنا وحبیبنا محمد الطاهر الأمين.

أما بعد: فإنه لمن دواعي السرور والغبطة أن أشارك بكلمتي هذه في الدورة العشرين لمؤتمر مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي الذي نتمنى جميعاً أن نخرج منه بفائدة تعم عالمنا العربي والإسلامي، ولتكون منارة تثير درب الذين يسعون لخوض تجربتنا وتثير درب القادمين من بعدنا.

وأبدأ قولي بأن كل ما وصلنا إليه من تقدم وتطور في مستوى صناعة التأمين التعاوني الإسلامي كان الفضل فيه للشريعة الإسلامية التي أكرمنا الله بها نحمده ونشكره حيث هدانا لهذا الدين وجعلنا من أتباع نبيه الكريم الذي تركنا على المحجة البيضاء والصراط المستقيم فما من شأن من شؤون الحياة الدنيا والمعاد في الدار الآخرة إلا بيّنه لنا.

كما أكرمنا سبحانه وتعالى بثلة من الفقهاء الأجلاء الذين أعانونا على التفقه في ديننا وإيجاد الحلول الشرعية لكل ما يطراً من مشاكل معاصرة، ولن يغيب عن ذهننا ما بذلوه من جهد ووقت لإيجاد البديل الشرعي للتأمين التجاري بوضعهم أسس ولبنات التأمين التعاوني الإسلامي القائم على أساس التبرع وذلك منذ عام ١٩٦١، والقائم على مبدأ التكافل والتعاون على البرِّ والتقوى امتثالاً لقوله تعالى: ﴿ **وتعاونوا على البرِّ والتقوى ولا تعاونوا على الإثمِّ والعدوان** ﴾^(١) صدق الله العظيم.

وقول رسول الله ﷺ: « مثل المؤمنین فی توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو، تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى ».

وقوله ﷺ: « المؤمن للمؤمن كالبنيان المرصوص يشد بعضه بعضاً »، وقوله ﷺ: « واللَّهِ في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه »، وقوله أيضاً: « من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا، نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة » صدق رسول الله .

فبحمد الله وتوفيقه تكلفت جهود فقهاءنا الأفاضل ورجال الاقتصاد الإسلامي بالنجاح بعد أن أخذت شركات التأمين التعاوني الإسلامية مكانتها المرموقة على المستوى العربي والإسلامي فقد تجذرت وترسخت مشروعية التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع (الملزم) وفقاً لرأي الإمام مالك رحمه الله .

فقد استُكملت حلقة الاقتصاد الإسلامي التي بدأت بانبثاق البنوك الإسلامية بعد انتشار شركات التأمين التعاوني الإسلامي والتي أصبح عدد شركاتها على المستوى العربي ما يزيد عن خمسة وسبعين شركة وعلى مستوى العالم الإسلامي ما يزيد عن مائتين وعشرين شركة .

كما وفق الله تعالى شركات التأمين التعاوني الإسلامي وخلال مدة لا تزيد عن ثلاثة عقود من استكمال حلقة التأمين بإنشاء شركات إعادة التأمين الإسلامية التي انتشرت على المستوى العربي والإسلامي، وتم تأسيس اتحادات خاصة بشركات التأمين الإسلامية إلى جنب اتحادات التأمين التقليدي .

ولقد شهد العالم في ظل الأزمات الاقتصادية التي ألمت بالعالم أجمع في الآونة الأخيرة خسائر كبيرة لم تسلم منها دولة مع تفاوت فيما بينها في الخسائر حيث كان مقياس التفاوت هو مدى انتشار العمل الاقتصادي الإسلامي في تلك الدول التي لم تتأثر كثيراً بهذه الأزمة الاقتصادية، الأمر الذي جعل رجال الدين والاقتصاد في العالم الغربي أن يصرحوا علانية بأن الحل لأسباب ومسببات هذه الأزمات الاقتصادية ومنع تكرارها يكمن في تطبيق النظريات والآليات التي يقوم عليها الاقتصاد الإسلامي .

هذا، وأرجو أن أقدم لكم من خلال بحثي تحت عنوان (التأمين التعاوني : الأحكام والضوابط الشرعية) ما يفيد ويثري هذه الندوة .

ويتضمن هذا البحث المواضيع التالية : -

التكييف الشرعي للتأمين التعاوني الإسلامي

• المفهوم الشرعي للتأمين التعاوني الإسلامي :

إن التأمين نظام اجتماعي قوامه التكافل والتعاون بين أفراد الجماعة الواحدة وإن تنظيم أسس ومبادئ عمل نظام التأمين ضمن عقد يوضح حقوق والتزامات أطراف العلاقة كان يجب أن لا يُخرج نظام التأمين عن معناه الحقيقي .

لقد ظهرت صور مختلفة للتكافل والتعاون في المجتمعات العربية المسلمة حيث وجد فيها ما يُعزز ويُؤكد ما تدعو إليه الشريعة الإسلامية من التعاون على كل ما فيه خير وبرٍّ ومن هذه الصور نظام العواقل .

يُعرف التأمين الإسلامي كما ورد في المعيار الشرعي رقم (٢٦) : هو اتفاق أشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار وذلك بدفع اشتراكات على أساس الالتزام بالتبرع، ويتكون من ذلك صندوق تأمين له حكم الشخصية الاعتبارية، وله ذمة مالية مستقلة، (الصندوق) يتم منه التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد المشتركين من جراء وقوع الأخطار المؤمن منها، وذلك طبقاً للوائح والوثائق، وتديره شركة مساهمة بأجر معلوم تقوم بإدارة أعمال التأمين واستثمار موجودات صندوق التأمين التعاوني .

ومن خلال التعريف نجد أن صفة المستأمن والمؤمن تجتمعان في كل مشترك في التأمين التعاوني فهم المستأمنون عندما يقومون بدفع الاشتراكات وهم المؤمن عندما يقومون بدفع التعويض للمتضررين منهم عند تحقق الخطر المؤمن ضده لأي مشترك منهم وذلك من مجموع الاشتراكات التي قدموها لصندوق التأمين التعاوني الخاص بهم .

إن دور شركات التأمين الإسلامية التي تطبق التأمين التعاوني هو إدارة العمليات التأمينية اكتتاباً وتنفيذاً فتقوم الشركة بصفتها مديراً بالوكالة بالتعاقد مع المستأمنين حيث تستوفي منهم أقساط التأمين وتدفع للمتضررين منهم ما يستحقونه من تعويضات وفق معايير وأسس فنية خاصة بذلك بالإضافة إلى جميع الأعمال التي تتطلبها العمليات التأمينية وتلتزم في عقودها بتعويض الأضرار والمخاطر التي تُصيبهم فهي تُباشر ذلك باسم المستأمنين أنفسهم ولِحسابهم .

أما بخصوص أقساط التأمين التي تستوفي من المستأمنين فإنها تكون من حيث المقدار بما يكفي عادة لتغطية التكاليف التشغيلية ، ودفع التعويضات ورصد ما يلزم من الاحتياطات بأنواعها المتعددة .

وإذا لم تف الأقساط المستوفاة من المستأمنين فيتم تغطية العجز من أموال المساهمين على أساس القرض الحسن، من الرصيد الاحتياطي من أرباح فائض أقساط التأمين إذا كان لدى الشركة هذا الرصيد حيث يُستوفى النقص منه .

• مشروعية التأمين التعاوني الإسلامي:

يُستدل على مشروعية التأمين التعاوني الإسلامي بالأدلة الشرعية التالية :-

(١) إن الأدلة الشرعية تتضافر على جواز التأمين التعاوني ، كقوله تبارك وتعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(١) ، وقوله سبحانه وتعالى : ﴿وافعلوا الخير لعلكم تفلحون﴾^(٢) .

وقوله عليه الصلاة والسلام : « مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضوٌ تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى » ، وقوله « مَنْ نَفَسَ عَنْ مُؤْمِنٍ كُرْبَةً مِنْ كُرْبِ الدُّنْيَا نَفَسَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرْبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَمَنْ يَسِرْ عَلَى مَعْسَرٍ يَسِرَ اللَّهُ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَمَنْ سَتَرَ مُسْلِمًا سَتَرَهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ » .

وقوله ﷺ في الأشعريين « إن الأشعريين إذا أرملوا (أي نقص زادهم) في الغزو أو قل طعام عيالهم بالمدينة جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد بالسوية فهم مني وأنا منهم » .

وجه الاستدلال : أن هذه النصوص وأمثالها تدعو المسلم إلى التعاون مع إخوانه وصنع المعروف معهم ، ومشاركتهم في تخفيف آلامهم والأضرار عنهم . وكل ذلك متحقق في التأمين التعاوني ففيه عون للمستأمن الذي حلت به كارثة أو مصيبة في نفسه أو ماله أو في نفس غيره أو ماله بسببه يقدمها له إخوانه المشتركون معه في التأمين كتبرع منهم .

(٢) نظام العوائل الثابت بالسنة النبوية وخلاصته : أنه إذا جنى أحد جناية قتل بغير عمد بحيث يكون موجبها الأصلي الدية وليس القصاص فإن دية النفس توزع عادة على أفراد عاقلته (عشيرته) فتقسط عليهم في ثلاث سنين .

وجه الاستدلال أن أفراد العشيرة يتعاونون فيما بينهم وبإلزام الشرع الشريف على ترميم آثار الضرر الناتج عن جناية القتل الخطأ وبأقساط متساوية . فالفكرة التي يقوم عليها نظام العوائل هي توزيع الالتزام المالي في كارثة القتل الخطأ عن طريق التبرع الملزم . وهي عين فكرة التأمين التعاوني التي تقوم على أساس التعاون على ترميم آثار الكوارث والأخطار عن طرق التبرع الملزم .

(٣) إن مقاصد الشريعة تهدف إلى تحقيق مصالح العباد ولا شك أن في التأمين التعاوني مصلحة ومنفعة ظاهرة لجميع المشتركين فيه وذلك من خلال التغطية المالية لأثار الكوارث والحوادث التي تصيبهم كما تقدم .

(١) المائة : ٢ .

(٢) الحج : ٧٧ .

• عقود التأمين التعاوني الإسلامي:

يشتمل التأمين التعاوني على جملة من العقود تتداخل فيما بينها بصورة تكاملية لتحقيق العملية التأمينية ويتمثل بالاتفاق التعاوني الذي يجمع المستأمنين ، وتشأ به علاقة عقودية بينهم تقوم على أساس التعاون وتبادل الالتزام بالتبرع ومنها :

أولاً : عقد الوكالة :

ويتمثل ذلك في صورتين : الأولى : تلك العلاقة القانونية التي تنشأ بين شركة التأمين من جهة كطرف وكيل وبين جمهور المستأمنين من جهة أخرى كطرف أصيل وبموجب هذه الوكالة تقوم الشركة بإدارة العمليات التأمينية نيابة عن المستأمنين ، فتتولى قبول اشتراك المستأمنين الجدد الذين ينضمون إلى جمهور المستأمنين ، وتستوفي أقساط التأمين من المستأمنين ، وهي مسؤولة أيضاً عن دفع التعويضات للمتضررين نيابة عن بقية المستأمنين ، وتستحق الشركة مقابل إدارتها للعمليات التأمينية أجراً معلوماً يتم الاتفاق عليه وتحديده مسبقاً قبيل بداية كل سنة مالية .

والصورة الثانية : هي الوكالة بين المستأمنين من جهة ومن يمثلهم في مراقبة عمل شركة التأمين أثناء ممارستها للعمليات التأمينية من جهة أخرى ، سواء كان من يمثل المستأمنين منهم أو من غيرهم ففي بعض البلاد التي لا تجيز قوانين الشركات فيها للمستأمنين أن يكونوا أعضاء في مجلس إدارة شركة التأمين يكون البديل عن ذلك قيام جهة أخرى بتلك المسؤولية على أساس الوكالة .

ففي شركة التأمين الإسلامية في الأردن مثلاً يقوم بهذا الدور هيئة الرقابة الشرعية بصفقتها نائباً عمّن لا نائب له .

ثانياً : عقد المضاربة :

وصورته أن تقوم شركة التأمين باستثمار المتوفر من أقساط التأمين بوصفها الطرف المضارب ، والمستأمنون هم الطرف صاحب العمل بحيث يتم اقتسام الأرباح بينهما بالنسبة التي يتفق عليها شريطة أن يكون الاستثمار بالطرق المشروعة .

وبعد اقتسام أرباح المضاربة يضاف نصيب الشركة إلى حساب المساهمين ، ويضاف نصيب المستأمنين إلى جملة أقساط التأمين التي يملكونها .

ثالثاً : عقد الكفالة :

وتظهر صورة هذا العقد إذا كان إجمالي حصة المستأمنين من أقساط التأمين لا يكفي لدفع حصتهم من التعويضات للمتضررين فتقوم الشركة بدور الكفيل عن المستأمنين فتتكفل كافة الالتزامات المالية المستحقة للمتضررين وذلك من أموال الشركة قرضاً حسناً لتستردها من أموال المستأمنين بعد ذلك.

رابعاً : عقد الهبة :

أن العلاقة القانونية التي تنشأ بين المستأمنين نتيجة عقد التأمين الجماعي تتسم بالطابع التبرعي ، فكل مستأمن متبرع لغيره بما يستحق عليه من التعويضات التي تدفع للمتضررين من المستأمنين ، وفي الوقت نفسه هو متبرع له بما يأخذ من تعويض عند تضرره.

• آلية عمل التأمين التعاوني الإسلامي :

لقد وضعت شركات التأمين الإسلامية الأسس والمبادئ والتي تترجم الفكر والمبادئ التي تم تأسيسها بموجبها. فهذه الشركات لم تنجرف وراء الرغبة الجارفة لتحقيق الربح على حساب حقوق حملة الوثائق أو توجهاتهم ورغباتهم في توفير التغطية التأمينية لدى جهة تعمل من خلال فكر قائم على مبادئ وعقود تقرها الشريعة الإسلامية الغراء وتنفذها الشركة بألية تضمن إدارة وتنفيذ العملية التأمينية وفق مبادئ العدل والإنصاف والمساواة بين جمهور حملة الوثائق وبينهم وبين المساهمين كما تضمن استثمار وتشغيل أموالهم في مجالات تقرها الشريعة مع ضمان عدم اختلاط أموال وحقوق حملة الوثائق مع أموال وحقوق المساهمين .

يظهر ذلك جلياً من خلال :-

أولاً : الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في جميع معاملاتها ، ويشمل ذلك :-

- (١) ممارسة العمليات التأمينية على أساس التأمين الإسلامي المقرّ شرعاً كبديل للتأمين التقليدي المحرم بحيث يشمل جميع أنواع التأمين .
- (٢) عدم تأمين الممتلكات المحرمة كحاويات الخمر ولحوم الخنزير، وكذلك الشركات والمؤسسات التي يكون محور عملها الاتجار بالمحرمات أو صناعتها، أو التعامل بها .
- (٣) أن تكون اتفاقيات إعادة التأمين وفق توجيهات هيئات الرقابة الشرعية.
- (٤) إيداع أموال التأمين في المصارف أو المؤسسات المالية الإسلامية .
- (٥) استثمار أموال التأمين بالطرق المشروعة ويشمل ذلك استثمار أموال المساهمين، والمتوفر من أقساط التأمين، والرصيد المستبقى من أموال معيد التأمين بمقتضى اتفاقيات إعادة التأمين بين الفريقين .
- (٦) عدم شمول وثائق التأمين على شروط باطلة شرعاً .
- (٧) الالتزام بالفتاوى الصادرة عن هيئات الرقابة الشرعية في جميع معاملاتها ونشاطاتها فيما يجد من أمور تُفرضها الممارسات العملية .
- (٨) الالتزام بالمعايير الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية .

(٩) تقديم التحكيم الشرعي على الاحتكام إلى القضاء في حل المنازعات ورفع الخلافات وفق شرط التحكيم الشرعي الذي تشتمل عليه وثائق التأمين .

(١٠) إدارة العمليات التأمينية وأموال التأمين من قبل شركات التأمين الإسلامية على أساس الوكالة بأجر معلوم يُحدّد قبيل بداية كلّ سنة مالية .

ثانياً : تحقيق مبدأ التعاون بين المستأمنين:

يتم تحقيق مبدأ التعاون بين المستأمنين من خلال الاحتفاظ بجميع أقساط التأمين المستوفاة منهم في حساب خاص بهم بحيث يتم تعويض المتضررين من هذا الحساب .

ثالثاً : تحقيق مبدأ العدالة بين المساهمين والمستأمنين :

تقوم شركة التأمين الإسلامية بصفقتها مديراً للعمليات التأمينية بتطبيق الأسس والمبادئ المحاسبية والشرعية التي تمنع اختلاط الأموال، وأكل أموال الناس بالباطل دون وجه حق وتداخل الحقوق والواجبات المالية بأن حصرت ما يعتبر من أموال حملة الوثائق ووضعتها في حساب صندوق حملة الوثائق وفصلت ما يعتبر من أموال وحقوق حملة الأسهم في حساب مستقل خاص بحقوق وأموال حملة الأسهم . فكل من الحسابين موارده الخاصة، ويتحمل ما يخصه من مصاريف ونفقات وفق ما تقتضيه القوانين والأنظمة والتعليمات المالية الخاصة بتلك الشركات، إضافة إلى المعايير المحاسبية للمؤسسات المالية الإسلامية وفتاوى وتوجيهات هيئات الرقابة الشرعية وذلك على النحو التالي :-

(١) حساب المساهمين:

(١) يُقدم المساهمون رأس مال الشركة لإشهارها وإعطائها الوضع القانوني لتزاول أعمال التأمين .

(٢) تُدفع من حساب المساهمين جميع المصاريف العمومية، مثل الرواتب والإيجارات، والمصاريف الإدارية الأخرى، بالإضافة إلى المصاريف الرأسمالية والتي تخص الأصول الثابتة .

(٣) يُؤخذ الاحتياطي المالي القانوني من حساب المساهمين حسب النسب المنصوص عليها في قانون الشركات الذي أُسست الشركة على أساسه، حيث سيُرد إليهم في نهاية عمر الشركة .

(٤) يستحق المساهمون أرباح استثمار رأس المال كاملة بصفتهم أصحابه، ونصيبهم من أرباح استثمار المتوفر من أقساط التأمين، بالإضافة إلى الأجر المعلوم للوكالة التي تُدار على أساسها العمليات التأمينية .

(٥) يتم توزيع الأرباح المستحقة للمساهمين بنسبة ما يملك كل مساهم من إجمالي أسهم الشركة .

(ب) حساب صندوق حملة الوثائق:

- (١) يُقدّم المستأمنون أقساط التأمين لتمكين الشركة من تغطية الالتزامات المالية الخاصة بحسابهم ، حيث يتم رصدها في صندوق التأمين التعاوني .
 - (٢) تُدفع التعويضات للمتضررين من المستأمنين من صندوق التأمين الإسلامي طبقاً لشروط الوثائق .
 - (٣) تُسدد مصاريف إعادة التأمين، وكل ما يخص الوثائق من مصاريف وعمولات من صندوق التأمين التعاوني .
 - (٤) تُقتطع من أقساط التأمين الاحتياطيات الفنية ، حيث سيتم التبرع بها في وجوه الخير في نهاية عُمر الشركة، بعد أن تكون الشركة قد قامت بتسديد كافة الالتزامات والحقوق التي ترتبت عليها نتيجة ممارستها للعمليات التأمينية .
 - (٥) يُضاف إلى حساب حملة الوثائق حصتهم من أرباح استثمار المتوفر من الأقساط وفق أحكام عقد المضاربة.
 - (٦) يُضاف إلى حساب حملة الوثائق المبالغ المقتطعة من حساب معيد التأمين بصفة عمولات إعادة التأمين ، وعمولات أرباح إعادة التأمين .
 - (٧) يُوزع الفائض التأميني على المستأمنين لأنهم أصحاب الحق فيه وفق المعيار الذي تطبقه كل شركة تأمين من جملة معايير الفائض التأميني الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية .
- وفي شركة التأمين الإسلامية فقد تم اعتماد المعيار الذي يعتمد شمول جميع حملة الوثائق بالفائض التأميني دون تفريق بين مَنْ حصل على تعويضات ومَنْ لم يحصل ، وذلك تطبيقاً لحديث الأشعريين سالف الذكر .

❖ أسس توزيع الفائض التأميني في شركة التأمين الإسلامية في الأردن :

- (٢) تم في شركة التأمين الإسلامية اعتماد المعيار الأول في توزيع الفائض التأميني بين حملة الوثائق والذي يعتمد على شمول جميع حملة الوثائق دون تفريق بين مَنْ حصل على تعويضات ومَنْ لم يحصل .

(٣) يُحدّد مجلس الإدارة بعد اطلاع هيئة الرقابة الشرعية للشركة على حصة المساهمين من الأجرة المعلومة عن إدارة العمليات التأمينية وحصتها من عائد استثمار أقساط التأمين والتي تستثمر على أساس المضاربة باعتبارهم مضارباً .

(٤) يُعامل المؤمن له سواءً أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، عند احتساب الفائض التأميني على أساس أن له رقماً حسابياً واحداً طيلة فترة تعامله مع الشركة، بغض النظر عن اختلاف الدوائر الفنية التي يتعامل معها.

❖ مكونات الفائض التأميني :

يتكون الفائض التأميني من :

- (١) جميع أقساط التأمين المكتتبه بواسطة الشركة مباشرة أو عن طريق الإسناد الاختياري (نظام المحاصصة) ولجميع الدوائر الفنية في الشركة.
- (٢) حصة حملة الوثائق من أرباح استثمار أقساط التأمين .
- (٣) عوائد عمليات إعادة التأمين .

ويتم تنزيل الحسابات التالية :

- (١) حساب احتياطي عام .
 - (٢) حساب احتياطي ديون مشكوك فيها .
 - (٣) حساب مخصص لضريبة الدخل .
 - (٤) حساب احتياطيات أخرى مناسبة يقرّها مجلس الإدارة .
- والذي يتبقى يكون صافي الفائض التأميني القابل للتوزيع .

يتم توزيع الفائض التأميني وفق القاعدة التالية :-

قاعدة توزيع الفائض التأميني :

يُحسب نصيب كل مشترك (حامل وثيقة) من الفائض التأميني المخصص للتوزيع وفق المعادلة التالية :

نصيب المشترك من الفائض = أقساط التأمين لكل مشترك × الفائض التأميني القابل للتوزيع = إجمالي أقساط التأمين .

رابعاً : تحقيق مبدأ التكافل بين المساهمين والمستأمنين :

من خلال تبادل القرض الحسن دون أن تتحمل الجهة المقترضة لأية فوائد مالية . ويحصل ذلك بالنسبة للمستأمنين إذا لم تف أقساط التأمين لتغطية كافة الالتزامات المالية الخاصة بهم، ولم يكن لدى الشركة رصيد احتياطي من فائض الأقساط .

وكذلك تحقيق مبدأ التكافل بين المستأمنين من جهة أخرى، فمبلغ التأمين الذي يدفع للورثة أو للمستفيد في تأمين التكافل الاجتماعي (تأمين مخاطر الحياة) يمثل صورة من صور التكافل بين المشتركين في هذا النوع من التأمين تماماً كمن يكفل اليتيم بعد وفاة أبيه .

خامساً : إشاعة العدل والمساواة بين حملة الوثائق أنفسهم وبين المساهمين :

(١) إشاعة العدل والمساواة بين حملة الوثائق أنفسهم ويتحقق ذلك من خلال معاملة حملة الوثائق سواسية في استحقاقهم جميعاً للفائض التأميني وفي أحقيتهم في الحصول على حقهم في جبر ضررهم من حساب صندوق حملة الوثائق وأن تكون الشركة قائمة للمحافظة على حقوقهم وأموالهم جميعاً دون تفرقة بينهم .

(٢) إشاعة العدل والمساواة بين حملة الوثائق وبين المساهمين ويتحقق ذلك من خلال عدم طغيان الاهتمام بمصالح وحقوق المساهمين عما هو بالنسبة لحقوق حملة الوثائق على اعتبار أن العاملين في الشركة هم موظفون من قبل المساهمين وإنما يكون العمل بما تتطلبه التزامات كل عقد من عقود التأمين الإسلامي من القيام بهذه الالتزامات من خلال بذل الجهد اللازم للقيام بالواجبات على أكمل وجه وبمنتهي الصدق والأمانة والشفافية .

سادساً : تحقيق مبدأ التضامن بين شركات التأمين الإسلامية داخلياً وخارجياً من خلال :

(١) اقتسام الخطر المؤمن وفق نظام المحاصصات المعمول به في شركات التأمين بحيث يتم توزيع الخطر على أكثر من شركة تأمين بسبب عدم توفر الطاقة الاستيعابية لدى شركة التأمين المباشر، أو بسبب إلزامية القانون، فهذه الحالة تمثل صورة من صور التضامن بين شركات التأمين الإسلامية في حالة تعددها في أسواق التأمين .

(٢) التبادل المعرفي الخاص بأعمال التأمين الإسلامي ، والتعاون على تذليل العراقيل التي تعترض مسيرة عمل الشركات، والعمل على إيجاد البديل الشرعي لإعادة التأمين وغير ذلك من الأمور التي تحقق مصالح شركات التأمين الإسلامية من خلال عقد المؤتمرات والندوات الخاصة بالتأمين الإسلامي والمشاركة فيها .

سابعاً : المحافظة على مبدأ أمانة المسؤولية وشفافية العلاقة مع شركات إعادة التأمين:

وذلك من أجل بناء أواصر الثقة في التعامل بينها وبين شركات التأمين الإسلامية من خلال الممارسات التالية :-

(١) التقيد بنود اتفاقيات إعادة التأمين المبرمة بين الفريقين بما يحقق المصالح المشتركة لهما .

(٢) الحرص على عدم تأمين الأخطار التي لا تتحقق فيها الشروط التي ينبغي تحققها لقبول تأمينها .

(٣) المحافظة على حقوق شركات إعادة التأمين وأموالها المستبقة وفق اتفاقيات الإعادة ، واستثمارها بالطرق المشروعة وفق أحكام الشريعة الإسلامية لعقد المضاربة . (١)

(١) محاضرة الباحث حول-الوضع المهني والاقتصادي لصناعة التأمين في العالم العربي- الجامعة الأردنية من ١١- ١٣ ابريل ٢٠١٠

الضوابط الشرعية للتأمين التعاوني الإسلامي

تمارس شركات التأمين الإسلامية التأمين التعاوني وفق الضوابط والأسس الشرعية التالية :

- (١) ممارسة العمليات التأمينية على أساس التأمين التعاوني كبديل مشروع عن التأمين التجاري ، الذي أجمع على حرمة جمهور العلماء ، بحيث تشمل الممارسة جميع أنواع التأمين المعروفة. ولا بد أن يكون التعاون بارزاً بروزاً واضحاً ، بحيث يكون قصداً أساسياً لا ثانوياً ، وأصيلاً لا تابعاً ، وهذا الضابط له أثره البارز في الحكم الشرعي على التأمين ، ليُخرجه من معنى المعاوضة إلى معنى المعاونة والتبرع والمناصرة ، وذلك لما تقرر من أنه يُعترف في عقود التبرعات ما لا يُعترف في عقود المعاوضات^(١).
- (٢) الالتزام بالأحكام الشرعية في جميع أعمال الشركة ، وذلك وفق توجيهات هيئة الرقابة الشرعية للشركة ، والتي تقوم بالتدقيق على سجلات الشركة وعقودها ، واتفاقيات إعادة التأمين ، وفي مجالات استثماراتها ، وتؤكد من أن جميع تلك الأعمال قد تمت إدارتها وفق الأصول الشرعية . كما تقوم هيئة الرقابة الشرعية بإجراء التعديلات والإضافات اللازمة لمعاملات الشركة بحيث تصبح متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية .
- (٣) كل عقد تأميني ، كان الريح فيه قصداً أصيلاً يكون محرماً ، وإن هذه حقيقة لا يتجاوزها من له معرفه بكنه التأمين وجوهره ، وهذا من أشد ما تجادل فيه المخالفون في المسألة ، بل إن علّة (الغرر) من أكثر الشبهات المثارة حول التأمين ، ومن أبرز ما علت به الأصوات ، وزاد حوله اللغط ، وتراشقت به سهام الفقهاء والباحثين ، وإن أي عقد تأمين يكون قصد الريح فيه غير ظاهر ، أو تابع (مثل أجور العاملين من أعضاء مجلس إدارة ومحاسبين وموظفين) ، أو منعدم (تطوع) ، فإنه وإن كان فيه شبهة معاوضة (إذ هو قائم على أساس: ألتزم بالتبرع لك، بشرط أن تلتزم بالتبرع لي) ، إلا أن معنى التبرع فيه أظهر، فيلحق به ، ويمكن أن يكون هذا من تطبيقات قياس الشبه في فن الأصول ، فيقاس على عقد التبرع لأنه أكثر شبهاً به من عقد المعاوضة ، وبالتالي تجري عليه سائر أحكام عقود التبرعات ، فيُعترف بالغرر الحاصل فيه^(١).
- (٤) عدم تأمين الممتلكات التي تُدار بطريق غير مشروع، أو يكون الغرض من إنشائها يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية كالبنوك التجارية.

(١) الدكتور عبد الرحمن السند : ٨ ضوابط شرعية للتأمين التعاوني (بتصرف) .

(٥) إدارة العمليات التأمينية وأموال التأمين من قبل شركة التأمين الإسلامية كجهة مستقلة ، على أساس الوكالة بأجر معلوم ، يحدد ابتداءً قبيل بداية كل سنة مالية وتُدفع من اشتراكات المستأمنين (حملة الوثائق) ولا يؤثر ما تحصل عليه الشركة من أجور ومصاريف إدارية ، وليس ذلك ربحاً مقصوداً ، ينهض إلى نقله لمعنى المتاجرة وإنما هو ربح تابع ، شريطة أن يكون عادلاً ، وتُوصف العلاقة هنا على أنها وكالة بأجر ، وكل ذلك مما يُفرّق التأمين التجاري الاسترباحي (التقليدي) ، الذي يكون بين طرفين: المستأمن المغلوب ، والشركة الغالبة ، وبين التأمين التعاوني القائم على مبدأ التكافل والتعاون .^(١)

(٦) أن يكون طرفا العَقْد المؤمن والمؤمن له بمثابة ذمّة مالية واحد بحيث تكون هذه الذمة المالية واحدة مستقلة ، وملكية صندوق التأمين التعاوني مشاعة بينهم ، ويتحمل جميعهم الغرم ، كما يتقاسمون الغنم. وهذا التكييف مهم جداً ، وإلا إنطوت العملية على أكل المال بالباطل واختلاط الأموال .

(٧) إدارة أموال معيدي التأمين المحتفظ بها من قبل الشركة كاحتياطات فنية لمواجهة المخاطر ودعم الكفاءة المالية للشركة المسندة وذلك وفق الأسس الشرعية في إدارة واستثمار الأموال لدى المصارف الإسلامية .

(١) الدكتور عبد الرحمن السند : ٨ ضوابط شرعية للتأمين التعاوني (بتصرف).

الفرق بين التأمين التعاوني الإسلامي والتأمين التجاري

أولاً : من حيث أطراف العقد وملكية القسط :
في التأمين التجاري:

يكون عقد التأمين بين المستأمن بوصفه طالب التأمين وشركة التأمين بوصفها الطرف المؤمن أصالة عن نفسها. وتكون أقساط التأمين التي يلتزم بدفعها المستأمن ملكاً للشركة تتصرف بها كما تشاء .

أما في التأمين التعاوني :

فإن طريف العقد فيه هما : المستأمن وشركة التأمين بوصفها وكيلاً عن المستأمنين. فدور شركة التأمين فيه هو تنظيم وترتيب وإدارة التعاقد بين المستأمنين أنفسهم وإدارة العمليات التأمينية وأموال التأمين المتحققة في صندوق التأمين التعاوني بأسلوب شرعي على أساس الوكالة بأجر معلوم والأقساط التي تستوفى من المستأمنين تكون ملكيتها لهم وليس للشركة ، ويتم استثمار المتوفر منها لصالح المستأمنين أنفسهم ، والجزء المتبرع به من تلك الأقساط هو فقط المقتطع لغايات التعويض وتكوين الاحتياطيات الفنيّة والمتبقي يتم توزيعه فائضاً تأمينياً على جميع حملة الوثائق سواءً من وقع له حادث أو أكثر خلال فترة التأمين أم من لم يقع له حادث .

ثانياً : من حيث الهدف والغاية :
في التأمين التجاري :

الهدف الأساس لإنشاء شركة التأمين هو تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح للمساهمين من خلال تجميع أكبر قدر ممكن من أقساط التأمين وتحويلها إلى أرباح للمساهمين بالإضافة إلى الاستثمارات الأخرى ، وإن تحقيق الأمان يقصد تبعاً واستثناءً لا أصالة .

أما في التأمين التعاوني :

فإن المقصد الأساس منه هو تحقيق الأمان من خلال التعاون بين المستأمنين على ترميم آثار المخاطر التي تصيب أيّاً منهم على أساس التبرع .

فالباعث على التأمين هو التعاون مع المستأمنين على تخفيف الضرر أو رفعه عن أحدهم إذا ما نزلت به الكارثة المؤمن منها ، وما يأخذه المستأمن المتضرر من تعويض إنما يأخذه تبرعاً من بقية المستأمنين والغاية الربحية مقصودة تبعاً لا أصالة .

ثالثاً : من حيث المشروعية :

إن التأمين التجاري مُحَرَّم بجميع أنواعه عند أكثر الباحثين في التأمين .

أما التأمين التعاوني فذهب أكثر الباحثين في التأمين إلى القول بجوازه وحلّه، وقد ذكر الدكتور محمد شوقي الفنجري في كتاب: الإسلام والتأمين: " إن الفقهاء المعاصرين مجمعون على شرعية التأمين التعاوني ولكنهم يختلفون حول شرعية التأمين التجاري ".

رابعاً: من حيث طبيعة العقد :

إن عقد التأمين التجاري من عقود المعاوضات التي يؤثر في مشروعيتها الغرر والجهالة وفي ذات الوقت يحتوي عقد التأمين التجاري على الغرر والجهالة والربا .

بينما التأمين التعاوني يدخل في مسمى عقود التبرعات التي تكون جائزة حتى مع وجود الغرر والجهالة لأن عقود التبرعات قائمة على أعمال البر والخير والمنفعة لعموم المشتركين وطلب الأجر والثواب .

ويقول الدكتور محمد شوقي الفنجري في كتابه الإسلام والتأمين: " فالتأمين التعاوني هو معاملة أساسها التعاون والتبرع فهي خالية من المعاوضة بتاتاً وإذا انعدم في هذا النوع من التأمين معنى المعاوضة انتفى عنه مفسدة الجهالة والغرر والغبن وشبهة الربا " .

خامساً: من حيث آلية استثمار أموال التأمين :

إنّ أموال التأمين في التأمين التجاري تُستثمر على أساس الربا المحرّم .

أما في التأمين التعاوني فإن استثمار أموال التأمين لا يكون إلا بالطرق المشروعة ليس فيها شيء من الربا . أنظر جدول الفرق بين النوعين بالملحق رقم (٢) .

أحكام التأمين التعاوني الإسلامي بأنواعه المختلفة أولاً : التأمين على السيارات

إن تأمين المركبات نابعٌ من حرص الإنسان على حماية أمواله وممتلكاته ، فالمركبة قد تكون وسيلة لكسب الرزق والتنقل وتسهيل الحياة عليه ، وقد سعى الإنسان إلى حماية هذا المال عن طريق التأمين عليها حتى إذا أصابه خطرٌ أن لا يفجع بفقدانها وفقدانه لقيمتها المادية ، وحماية ذمته المالية التي قد تترب فيها حقٌ للغير نتيجة تسببه بضرر له أثناء استخدامه لمركبته .

ويشتمل هذا النوع من التأمين على الأنواع التالية :-

(١) التأمين من المسؤولية المدنية للسائق و/أو المالك تجاه الغير :

ويحكم هذا النوع من أنواع التأمين نظام يطلق عليه (نظام التأمين الإلزامي) وهذا النظام يمتاز بعدم الاستقرار الدائم فيما يتعلق بحدود مسؤوليات شركات التأمين، ونصوصه مفروضة من قبل الجهة الأمرة بإلزاميته ، ولا يوجد أي دور لشركات التأمين في تحديد شروط التعاقد أو تحديد أسس الاكتتاب في هذا النوع من التأمين ، إلا إنه بالنسبة لشركة التأمين الإسلامية فإن من يقوم بالتأمين لديها في هذا الفرع التأميني يتمتع أيضاً بالفائض التأميني وله الحق في الحصول عليه أسوة بباقي حملة الوثائق لديها .

(٢) التأمين التكميلي :

وهذا النوع من التأمين هو تأمين اختياري بالنسبة للمستأمنين وتستطيع كل شركة أن تضيف الشروط الخاصة بها شريطة أن تشتمل الوثيقة على الحد الأدنى من الشروط والتغطيات المنصوص عليها من الجهة الرقابية والمعمول بها في سوق التأمين المحلي الأردني، والتي تشتمل على الأضرار التي قد تصيب المركبة .

(٣) التأمين الشامل :

ويشمل هذا النوع من التأمين كلا التغطيات الواردة في التأمين الإلزامي والتأمين التكميلي على حدٍ سواء في وثيقة واحدة شاملة .

ويستدل على مشروعية التأمين على المركبات وجميع أنواع التأمين التي تدرج ضمن تأمين الممتلكات والمسؤوليات من خلال المعيار رقم (٢٦) الذي أجازها صراحة ما دام أنها تنفذ من خلال شركة تأمين تعاوني إسلامية تمارس عملية التأمين على أساس التبرع الملزم حسب رأي الإمام مالك رضي الله عنه .

وللدارسين الراغبين في الوقوف على شروط وتحديدات وثيقة تأمين السيارات الشامل فيمكنهم الرجوع إلى الملحق رقم "٣" .

ثانياً : التأمين على الحياة (التكافل الاجتماعي)

قبل بيان مفهوم تأمين الحياة والحكم الشرعي له لا بد من توضيح الأمور التالية:-
(١) التأمين على الحياة مصطلح لا يراد به تحدي قدر الله وإنما جبر النتائج المترتبة عن مصيبة الموت ، لأن الموت قضاء الله تبارك وتعالى وقدره على كل كائن حي فلا يدفعه تأمين ولا غيره كما قال تعالى : ﴿ كل نفس ذائقة الموت ﴾^(١) ، ﴿ قل إن الموت الذي تفرون منه فإنه ملائكم ﴾^(٢) .

ولكن المراد بتأمين الحياة هو ترميم آثار المخاطر التي تتعرض لها حياة الإنسان بزوالها (أي الموت) أو ضعفها (أي العجز الكلي والشيخوخة) ، لأن موت الإنسان أو عجزه عجزاً كلياً أو جزئياً يترتب عليه تبعات مالية تثقل كاهل أسرته حال حياته وورثته بعد مماته ، وكذلك فإن كبر سنه يضعفه عن العمل والكسب فكان لابد من البحث عن سبيل مشروع للتخفيف من آثار الموت أو العجز .

(٢) إدراكاً من شركات التأمين الإسلامية للفهم المتبادر من مسمى (تأمين الحياة) وماله من ظلال لا تحمد عقباهما على مسامع الكثيرين فقد اصطلح على تسمية هذا النوع من التأمين بـ (تأمين التكافل الاجتماعي) .

(٣) لا يوجد دليل شرعي خاص بكل نوع من أنواع التأمين التي يغطيها التأمين التعاوني الذي تعمل بمقتضاه شركات التأمين الإسلامية ، ويستدل على مشروعية جميع أنواع التأمين التي تقدمها شركات التأمين الإسلامية بالأدلة الشرعية التي يستدل بها على مشروعية التأمين التعاوني القائم على أساس التبوع الملزم . ونظراً لخصوصية هذا النوع من التأمين فقد حُصَّ ببعض الأدلة الشرعية وتم بحثه بشكل مفصل في بعض الندوات الفقهية كما سيأتي .

(٤) إن التأمين على الحياة في الشركات الإسلامية لا يجوز أن يكون لغايات الكسب والاسترباح لأن الغاية منه ترميم آثار مخاطر الحياة الفعلية وهي : (الموت ، العجز والشيخوخة) على أساس التعاون والتضامن بين المشتركين فقط ولا يغطي الحالات التي تتضمن مراهنة على بقاء المؤمن له حياً بعد مرور مدة زمنية معينة وهو ما يعرف بالتأمين لحالة البقاء في التأمين التجاري .

(١) مفهوم تأمين التكافل الاجتماعي :

يُعرف هذا النوع من التأمين بأنه: عقد بين شركة التأمين الإسلامية والمؤمن له يلتزم بموجبه المشترك بدفع القسط المتفق عليه بينهما مقابل التزام الشركة بدفع مبلغ التأمين من حساب المستأمنين في حالتي وفاة المؤمن عليه أو العجز وفقاً لما يلي :-

(١) آل عمران : ١٨٥

(٢) الجمعة : ٨

- (١) تعبئة طلب اشتراك يبين فيه جميع أحوال الشخص وصفاته المطلوبة للتأمين عليه والتفاصيل الخاصة بما للمشارك وما عليه .
- (٢) تحديد مقدار الاشتراك (اشتراك التأمين) .
- (٣) تحديد مقدار المزايا التي تدفع للمستفيد حسب الاتفاق .
- (٤) تحديد اسم المستفيد من مبلغ التأمين في حالة الوفاة أو العجز وذلك حسب ما يتم تحديده في وثيقة التأمين من أشخاص وجهات .

في حالة وفاة المؤمن عليه توزع المستحقات المتعلقة بالتكافل طبقاً لما يحدد في الوثائق من أشخاص أو جهات ، فمبلغ التأمين يدفع إلى عائلة المشترك بصورة مباشرة إذا توفى خلال المدة المحددة بالعقد معونة لها تعويضها بعض الشيء عن مصيبتها بفقد عائلها على أساس التبرع المتبادل بين المشتركين أو بصورة غير مباشرة وذلك عن طريق دفع مبلغ التأمين إلى الجهة المرتبهة للمركبة أو للعقار بحيث لا تقع عائلة المتوفى تحت طائلة بين المركبة أو العقار ومضاعفة مصيبتها بحيث تصبح مصيبتين فقدان المعيل وفقدان المأوى .

وبهذا تتحقق صورة من صور التعاون والتكافل المندوبين شرعاً تحقيقاً لقول الله تبارك وتعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(١) ، وقول رسولنا الكريم ﷺ ﴿أنا وكافل اليتيم في الجنة وأشار بإصبعه بالسبابة والوسطى وفرج بينهما﴾^(٢) .

فالفكرة التي يقوم عليها (تأمين التكافل الاجتماعي) كبديل مشروع لتأمين الحياة في التأمين التجاري المحرم هي : تقديم معونة مالية تجبر من أصيبوا بمصيبة موت عائلهم على أساس التكافل بين المشتركين لترميم آثار مصيبة الموت التي ألمت بهم كما قال الله تبارك وتعالى : ﴿إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابكم مصيبة الموت﴾^(٣) .

فالموت مُصيبة تحل بالورثة وتحملهم الأعباء التي كان يتحملها عنهم عائلهم ومورثهم ، وتأمين التكافل الاجتماعي هو أحد السبل المشروعة لرفع ودفع الضرر عنهم .

(ب) مشروعية تأمين التكافل الاجتماعي:

إن تأمين التكافل الاجتماعي لا يتعارض مع قواعد التشريع الإسلامي الحنيف ومبادئه لأن تفكير المسلم في مستقبله ومستقبل ذريته (بعد التوكل على الله تبارك وتعالى) لا يخالف أية قاعدة من قواعد الشرع ولا يصطدم كفكرة ونظام بقضاء الله تعالى وقدره بل هو يتفق مع مقاصد الشريعة الغراء ومبادئ التعاون المثمر البناء بين أفراد

(١) المائدة : ٢ .

(٢) رواه البخاري .

(٣) المائدة : ١٠٦ .

المجتمع لتأمين العيش الكريم لذرية من وافته المنية ، استثناساً بقول الله تبارك وتعالى : ﴿ وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذريةً ضِعافاً خافوا عليهم ﴾^(١) .

وقول رسولنا الكريم ﷺ وإرشاده وتوجيهه : ﴿ إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس ﴾^(٢) .

وكذلك فعل الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي لم يقسم الأراضي المفتوحة في العراق والشام على المجاهدين وإنما أبقاها في أيدي أهلها وفرض عليهم الخراج ليكون مصدراً دائماً لدخل بيت المال وتعقيبه ﷺ على ذلك قائلاً : ﴿ فإذا قسّمت أرض العراق ... فما يسُدُّ به الثغور وما يكون للذرية والأرامل بهذا البلد وبغيره ﴾ .

فتأمين التكافل الاجتماعي يمثل صورة من صور الأخذ بالأسباب الظاهرة المشروعة لتأمين مستقبل الأولاد بقدر الإمكان من غير أن يكون في ذلك تحدّد لإرادة الله تبارك وتعالى وقدرته مع تفويض الأمر كله إلى الله تبارك وتعالى كما في مسألة الرزق الذي وعدنا الله تبارك وتعالى بقوله : ﴿ وفي السماء رزقكم وما توعدون ﴾^(٣) .

فكما أن الرزق مقدر فالأجل مقدر كذلك ، وقد أمرنا الله تبارك وتعالى أن نأخذ بالأسباب الظاهرة لتحصيل وتأمين ما قدر لنا من رزق ، وتأمين التكافل الاجتماعي هو أخذٌ بالأسباب الظاهرة لكسب مشروعٍ للذرية بعد الموت ، وإبراء للذمة من الدين على أساس التعاون والتكافل والتضامن بين المستأمنين .

وقد نوقش موضوع التأمين على الحياة وقد أقرت مشروعيتها حسب المعيار الشرعي رقم (٢٦) الخاص بالتأمين الإسلامي .

(ج) دوافع ومبررات تأمين التكافل الاجتماعي:

- (١) رغبة المشترك في الاطمئنان بعد التوكل على الله تبارك وتعالى على مستقبل زوجته وأولاده بعد الموت من خلال حصولهم على مبلغ التأمين الذي يُدفع لهم على أساس التبرع من بقية المشتركين بحيث يمكنهم من تغطية نفقاتهم الضرورية وخاصة نفقات التعليم ويحقق لهم العيش الكريم .
- (٢) حرص المشترك على استقرار زوجته وأولاده في مسكنهم الذي كانوا يعيشون ويسكنون فيه حال حياته بحيث لا يباع جبراً عنهم لسداد بقية الأقساط التي لم تُدفع قبل موته .

(١) النساء : ٩ .

(٢) رواه البخاري .

(٣) الذاريات : ٢٢ .

(٣) رغبة وحرص المشترك على إبراء ذمته من الدين الثابت فيها للمؤسسة التي اشترى منها مسكنه أو عقاره حتى لا يبقى محبوساً في قبره بسبب ذلك الدين .

(٤) رغبة المشترك بمساعدة شخص آخر من غير أسرته بعد الموت بحيث يكون هو المستفيد في وثيقة التأمين ويدفع له مبلغ التأمين .^(١)

(١) كتاب التأمين الإسلامي الصادر عن شركة التأمين الإسلامية - عمان - الأردن .

ثالثاً : تأمين الحوادث الشخصية

لقد تم الاتفاق بموجب هذه الوثيقة بين شركة التأمين الإسلامية المساهمة العامة المحدودة بصفتها مديراً بالوكالة لنظام التأمين التعاوني (المعبر عنها فيما بعد بالشركة) والمتعاقد المذكور في جدولها على أنه إذا حدث للمؤمن عليه خلال مدة التأمين المحددة في جدول هذه الوثيقة أو المحددة في أي ملحق خاص متمم لها نتيجة حادث طارئ عنيف خارجي عرضي وغير متعمد ومستقل عن إرادة المؤمن عليه وأدى بمضرده دون غيره لوفاة المؤمن عليه أو لعجزه عجزاً جزئياً دائماً أو عجزاً كلياً دائماً كما هو معرف في هذه الوثيقة، فإن الشركة تلتزم بأن تدفع للمؤمن عليه أو المستفيد تعويضاً طبقاً لجدول التعويضات .

وإذا تفاقمت نتائج الحادث نتيجة لحالة المؤمن عليه الصحية أو لعجزه غير المرتبط بالحادث فإن التعويض سيحتسب على أساس النتائج الفعلية المباشرة التي يمكن لهذا الحادث أن يلحقها بشخص آخر في حالة صحية وجسمية سليمة وطبيعية.

- الشروط الخاصة:

- (١) طبقاً لشروط هذا العقد لا يُدفع تعويض تحت أكثر من بند واحد من بنود جدول التعويضات عن نتائج الحادث الواحد إلا في حالة النفقات الطبية المحددة في البند الخامس من نفس الجدول وإذا ترتب على الحادث الواحد أكثر من أذى جسمي واحد ولو في فترات متتالية فإن الشركة تلتزم بدفع المبلغ المقرر عن الأذى الأكبر فقط مطروحاً منه أية تعويضات قد تكون دفعت عن ذلك الحادث باستثناء النفقات الطبية الواردة سابقاً .
- (٢) لا يُدفع أي تعويض أسبوعي ما لم يكن قد تحدد المقدار الإجمالي لهذا التعويض ضمن الطلب وتمت الموافقة عليه .
- (٣) لا يزيد إجمالي المبلغ القابل للدفع كتعويض بموجب هذا العقد سواء عن حادث واحد أو عن عدة حوادث، عن أكبر مبلغ مؤمن عليه لأي بند من بنود جدول التعويضات . (١)
- (٤) وللدارسين الراغبين في الوقوف على التعريفات والاستثناءات لهذا النوع من التأمين فيمكنهم الرجوع إلى الملحق رقم "٤" .

(١) كتاب التأمين الإسلامي الصادر عن شركة التأمين الإسلامية عمان - الأردن .

رابعاً : التأمين على الصادرات

تواجه المؤسسات المصدرة عدداً من المخاطر، منها ما يتعلق مباشرة بالمشتري الأجنبي ومنها ما يتعلق بالأوضاع السائدة في البلد المستورد، ومن شأن هذه المخاطر أن تسبب خسائر مالية للمصدرين، ومن أجل حماية المصدرين من مثل هذه المخاطر فقد تم تأسيس شركات ومؤسسات أوكلت إليها عملية تأمين الصادرات ذات ملاءة مالية عالية تمكّن المصدرين من تغطية صفقاتهم تجاه الطرف الآخر (المشتري) وبالتالي مجابهة مخاطر التصدير وتغطية جزء كبير من المخاطر المحتملة، وذلك مقابل دفع مبلغ معين يسمى قسط ضمان.

- آلية تأمين الصادرات :

المبادئ الأساسية لتأمين الصادرات :-

(1) الوقاية :

يعتمد نشاط الشركة أو المؤسسة المانحة لتأمين الصادرات على جمع المعلومات من الملاءة المالية للمشتري الأجنبي أي تقييم المشتري ومدى قدرته على تسديد مبالغ المبيعات المصدرة وتحليل تلك المعلومات، وبالتالي إعلام المؤمن له بموقفها من ضمان المشتري وتقوم الشركة بالمتابعة المستمرة للمشتريين الذين تمت تغطيتهم وإعلام المؤمنين لأي طارئ في حينه، مما يُمكن المؤمن من انتقاء عملائه والسيطرة على المخاطر أو تجنبها.

(2) استحقاق التعويض :

في حالة عدم وفاء المشتري بالتزاماته المالية إزاء المصدّر فإن الشركة تُعوض المصدّر المؤمن لديها عن الخسارة التي لحقت به، وذلك بعد انقضاء فترة الانتظار المحددة في عقد التأمين، أي أنها تقوم بتحمل عبء عدم إيفاء المشتري بالتزاماته، ثم تقوم الشركة بعد ذلك بمتابعة المشتري لاسترداد المبالغ التي بذمتها ودياً أو قضائياً مستعينة في ذلك بخبرتها في هذا المجال، وبذلك توفر على المصدّر عناء وكلفة ملاحقة ديونه مما يقلص من قيمة خسائر المؤمن له والمؤمن على حدٍ سواء.

(3) التغطية التأمينية :

تمنح الشركة المانحة لتأمين الصادرات تغطية تأمينية ضد نوعين من المخاطر هما:-

- المخاطر التجارية وتمثل كالاتي :

(1) الإعسار القانوني للمشتري أو الكفيل من القطاع الخاص، ويتمثل ذلك في عدم قدرة المشتري أو الكفيل على الوفاء بالتزاماته ويكون ذلك بموجب قوانين الإفلاس أو التسوية القضائية للشركات التي تمر بأزمات اقتصادية.

(٢) الإعسار الفعلي للمشتري أو الكفيل من القطاع الخاص ، ويتحقق ذلك عن وضع واقعي يجعل الشركة تستنتج بأن التسديد ولو الجزئي من المبلغ المضمون غير منتظر .

(٣) عدم وفاء المشتري أو الكفيل من القطاع الخاص ، ويتم التأكد من ذلك عند مرور ستة أشهر من تاريخ استحقاق المبلغ المضمون دون القيام بتسديده .

- **المخاطر غير التجارية وتمثل كالاتي :**

(١) الحروب الأهلية أو الخارجية ، الاضطرابات ، الثورات أو أعمال العنف التي تقع في بلد المشتري .

(٢) التوقف عن الدفع بقرار من السلطات الإدارية في بلد المشتري .

(٣) عدم تحويل المبالغ المودعة بالعملة المحلية لأسباب تشريعية أو إدارية .

(٤) الكوارث الطبيعية التي تقع في بلد إقامة المشتري .^(١)

(١) مركز تنمية الصادرات الليبية - (بتصرف) .

المؤسسات التي تقدم خدمة ضمان ائتمان الصادرات

أولاً: المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات: (١)

تم إنشائها كمؤسسة فرعية للبنك الإسلامي للتنمية، وكمؤسسة دولية تتمتع بالشخصية المعنوية الكاملة في الأول من أغسطس ١٩٩٤م، وقد باشرت المؤسسة عملياتها في الأول من يوليو ١٩٩٥م.

- أهداف المؤسسة:

هدف المؤسسة هو توسيع إطار المعاملات التجارية وتشجيع تدفق الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي، وتحقيقاً لذلك تقوم المؤسسة بتقديم الخدمات التالية:-

- (١) التأمين وإعادة التأمين على المخاطر المتعلقة باستيفاء حصيلة بيع الصادرات سواء كانت مخاطر تجارية (متعلقة بالمشتري) أو غير تجارية (مخاطر سيادية متعلقة بدولة المشتري).
- (٢) تأمين وإعادة تأمين الاستثمار ضد المخاطر القطرية كخطر القيود على التحويل، نزاع الملكية، الحرب والاضطرابات المدنية وإخلال الدولة المضيفة بعقد الاستثمار.

- المبادئ الشرعية التي تطبقها المؤسسة على خدماتها:

- (١) تحقيق التعاون بين المؤمن لهم عن طريق اشتراكهم في الغنم والغرم.
- (٢) توزيع الفائض التأميني الذي قد يتحقق من العملية التأمينية بعد حسم جميع الالتزامات المترتبة على حساب حملة الوثائق.
- (٣) عدم تغطية عقود السلع المحرمة شرعاً وكذلك الفوائد المترتبة على ائتمانات الصادرات وقروض الاستثمار.
- (٤) استثمار عوائدها وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية.

وللراغبين في الوقوف على الخدمات التأمينية التي تقدمها المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات فيمكنهم الرجوع إلى الملحق رقم "٥".

ثانياً: المؤسسة العربية لضمان الإستثمار: (١)

هي مؤسسة عربية إقليمية تأسست عام ١٩٧٤، مهمتها توفير الضمان للاستثمارات و الصادرات، من أهدافها الرئيسية تشجيع انتقال رؤوس الأموال والتجارة، ولها أنشطة مكاملة متمثلة في أعداد البحوث المتعلقة بفرص الاستثمار.

(١) تعريف صادر عن المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات - خدمات التأمين على مخاطر ائتمان الصادرات بين الدول الإسلامية - جدة - المملكة العربية السعودية (بتصرف).
(١) مركز تنمية الصادرات الليبية - (بتصرف)

(أ) **موارد المؤسسة العربية لضمان الإستثمار :**

تتكون موارد هذه المؤسسة من :-

- رأس المال المكتتب : ١٩٠ مليون دولار أمريكي .
- الاحتياطي المتراكم : ١٤٢ مليون دولار أمريكي .
- النظام العربي لضمان ائتمان الصادرات .

(ب) **مزايا ضمان إئتمان الصادرات :**

- (١) الوقاية المسبقة من مخاطر عدم الدفع .
- (٢) زيادة قدرة المصدر على المنافسة .
- (٣) تسهيل الحصول على تمويل للصادرات .
- (٤) التعويض عن الخسارة .
- (٥) التعامل مع أسواق جديدة وزبائن جدد .

(ج) **المخاطر التي يغطيها الضمان :**

- **المخاطر التجارية :-**

- (١) عدم الوفاء بقيمة السلع أو الخدمات .
- (٢) إفلاس المستورد .
- (٣) الرفض أو الامتناع عن استلام السلع .

- **المخاطر غير التجارية :-**

- (١) الحروب الأهلية أو الخارجية ، الاضطرابات ، الثورات أو أعمال العنف التي تقع في بلد المشتري .
- (٢) التوقف عن الدفع بقرار من السلطات الإدارية في بلد المشتري .
- (٣) عدم تحويل المبالغ المودعة بالعملة المحلية لأسباب تشريعية أو إدارية .
- (٤) الكوارث الطبيعية التي تقع في بلد إقامة المشتري .

(د) **شروط الصلاحية للضمان :**

هناك مجموعة من الشروط التي يشترطها النظام العربي لضمان ائتمان الصادرات لمنح الضمان وهي :-

- (١) الجنسية العربية للمصدر .

(٢) أن لا يكون المستفيد من الضمان من مواطني الدولة المستوردة

(٣) أن تكون السلع والخدمات المقدم لها الضمان ذات منشأ عربي .

ثالثاً: صندوق ضمان تمويل الصادرات لمرحلة ما قبل الشحن :^(١)

أنشئ هذا الصندوق من أجل تنمية القدرات التصديرية للمؤسسات الصغرى والمتوسطة ، التي لا تتوفر لديها الضمانات العينية التي تمكنها من الحصول على تمويل صادراتها لمرحلة ما قبل الشحن ، ويحل ضمان الصندوق محل تلك الضمانات العينية ، وقد عهدت إدارة الصندوق للشركة التونسية لتأمين التجارة الخارجية ، إما ضبط طرق إدارة الصندوق ووسائل سيره فتتم بمقتضى القانون .

أ- أهداف الصندوق :

(١) تنمية القدرة التصديرية للمؤسسات الصغرى والمتوسطة .

(٢) تيسير انتقال السلع المصدرة من المناولة إلى التصدير المباشر للمنتج النهائي .

ب- دور الضمان :

تيسير الحصول على قروض التمويل لمرحلة ما قبل الشحن بتعويضه للضمانات العينية المشروطة عادة من قبل المؤسسات المالية .

وللراغبين في الحصول على المزيد عن تفاصيل الضمانات التي يغطيها الصندوق فيمكنهم الرجوع إلى الملحق رقم "٦" .

(١) مركز تنمية الصادرات الليبية - (بتصرف) .

خامساً : التأمين على الودائع

نظراً للدور الحيوي الذي تقوم به البنوك من حيث التأثير على كمية السلع والبضاعة بالنسبة للبنوك الإسلامية وعلى كمية النقود المتداولة بالنسبة للبنوك التقليدية، ومن ثم التأثير على النشاط الاقتصادي، يجب أن تتوافر آليات واضحة لحماية هذه البنوك من التعثر والإفلاس من جانب، ولحماية أموال متعاملها المودعين من جانب آخر .

إن ما أسفرت عنه الأزمة المالية العالمية من انهيار عدد من البنوك الكبرى ، الأمر الذي أصبح مُلزمًا على الدول حماية أموال المودعين لدى البنوك العاملة فيها ، حتى لا يقوموا بسحب أموالهم من البنوك وبالتالي إفلاس هذه البنوك وإخفاقها في أداء رسالتها، فأوجدت آلية ما يسمى نظام التأمين على الودائع .

تاريخ نشوء نظام التأمين على الودائع :-

هذا النظام ظهر في ولاية نيويورك الأميركية عام ١٨٢٩م قامت ولايات عدة بإنشاء أنظمة مماثلة، ومع نهاية القرن التاسع عشر إختفت جميع أنظمة التأمين على الودائع لأسباب عدة، منها عدم كفاية رأس المال ونقص السيولة وضعف المواسم الزراعية والأزمات المتلاحقة التي كان لها اثر واضح في فشل البنوك وكان ينقصها آنذاك وجود المقرض الأخير، حيث أن نظام الاحتياطي الفيدرالي لم يكن قد أسس بعد .

وتذكر الإحصاءات الاقتصادية أن الولايات المتحدة الأميركية كان لها السبق كأول دولة تقيم نظاماً للتأمين على الودائع، إلا أن تشيكوسلوفاكيا تعتبر أول دولة أنشأت نظاماً متطوراً لحماية الودائع والقروض على المستوى القومي (١٩٢٤) فقد أنشأت صندوقين في ذلك الوقت، الأول صندوق الضمان الخاص لمساعدة البنوك على استعادة خسائرها الناجمة عن الحرب العالمية الأولى، والثاني صندوق الضمان العام لتأمين الودائع مما يشجع على جذب الودائع والادخار .

وفي عام ١٩٣٣ صدق الكونجرس الأميركي على قانون البنوك الذي بموجبه تم إنشاء المؤسسة الفيدرالية للتأمين على الودائع عام ١٩٣٤ وهي أحد أجهزة ثلاثة يناط بها مسؤولية الإشراف على النظام المصرفي الأميركي، وفي عام ١٩٧٤ أنشأت ألمانيا صندوقاً خاصاً لحماية أموال المودعين بعد انهيار بنك هيرشتات حين عجز البنك المركزي الألماني عن احتواء آثار الفشل المالي للبنك، وفي بريطانيا أدى حدوث أزمات مصرفية حادة مع بداية السبعينيات إلى إنشاء صندوق لحماية الودائع تساهم فيه كل البنوك والمؤسسات المالية المرخص لها بجمع الودائع وكان ذلك في عام ١٩٧٩، وأنشأت إيطاليا بعد ذلك في الثمانينيات نظاماً لحماية الودائع تلتها فرنسا في عام ١٩٨٥ وذلك عقب انهيار البنك السعودي الفرنسي .

وإذا اتجهنا إلى العالم العربي فتعتبر لبنان الدولة الأولى التي اهتمت بإنشاء نظام لحماية المودعين بعد إنهيار بنك انترا الذي كان من أكبر المؤسسات المصرفية في ذلك الوقت، ثم اندلعت شرارة الإفلاس المصرفية، الأمر الذي أدى إلى وضع الحكومة يدها على عشرة بنوك وإلى زعزعة الثقة بالجهاز المصرفي من قبل المودعين اللبنانيين وغير اللبنانيين على حد سواء، وكان لا بد للدولة من اتخاذ التدابير اللازمة التي من شأنها أن تحول دون توسع رقعة الإفلاس ودون هروب الأموال اللبنانية والأجنبية خارج البلاد، فكان إنشاء المؤسسة الوطنية لضمان الودائع في عام ١٩٦٧ أول مبادرة في هذا المجال .

وفي الأردن تم إنشاء نظام لضمان الودائع، حيث خرجت فكرة إنشاء المؤسسة الأردنية لضمان الودائع إلى حيز الوجود بشكل جدي بعد الأزمة التي لحقت بسعر صرف الدينار الأردني في نهاية عام ١٩٨٨، ومع ظهور مشكلة بنك البتراء وما تبعها من تعثر بعض مؤسسات الجهاز المصرفي، حيث تم إعداد مشروع قانون المؤسسة الأردنية لضمان الودائع الذي تم اقراره من قبل البنك المركزي الأردني في ١٩٩١ .

وفي مصر أنشئ صندوق التأمين على الودائع طبقاً للقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢ وقد جمع البنك المركزي القسط الأول من البنوك واستخدمه في سداد خسائر إفلاس بنك الاعتماد والتجارة ولم يفعل ذلك ثانية .

- هدف نظام التأمين على الودائع :

يقوم نظام التأمين على الودائع في الأساس على تحقيق هدفين، الأول حماية حقوق المودعين في حالة تعرض البنوك لمصاعب مالية، فهو يحقق نوعاً من الضمان لأموال المودعين، والثاني يحافظ على سلامة المراكز المالية للبنوك وتفاذي تعرضها للإعسار المالي أو الإفلاس .

فهذا النظام يكفل دعم الثقة والاستقرار في الجهاز المصرفي وهناك جدل في الأدب الاقتصادي حول حدود هذا الضمان، حيث يقوم بضمان ودائع المتعاملين عن طريق تعويضهم كلياً أو جزئياً من خلال مساهمات البنوك .

ويمول هذا النظام من خلال الآتي :-

(١) سداد البنوك لأقساط تأمين محددة وبصفة دورية وفي مواعيد محددة ونسبة وتناسب مع حجم الودائع لدى كل بنك ويتم فرض فوائد تأخير على البنك الذي لا يقوم بتسديد أقساطه في الموعد المحدد، ومثال ذلك الأنظمة المطبقة في كل من (لبنان والهند) .

(٢) إلزام البنوك بالمساهمة فقط عند حدوث تعثر أو إفلاس بنك بمبلغ محدد يوزع بينهم بنسبة وتناسب مع حجم الودائع لدى كل بنك، ومثال ذلك الأنظمة المطبقة في كل من (سويسرا وإيطاليا وفرنسا) .

- السمات الرئيسية لأنظمة التأمين على الودائع :

أولاً : العضوية :-

هناك بعض الأنظمة التي تقوم على الإلزامية، ومؤدّى ذلك إلزام جميع البنوك والمؤسسات المصرفية التي تقبل الانضمام إلى عضوية النظام، ومثال ذلك الأنظمة المطبقة في لبنان وتركيا والفلبين ومصر، وهناك بعض الأنظمة التي تكون العضوية فيها إختيارية مثل الأرجنتين والهند، ويعتبر النظام الإلزامي في نظر بعض المصرفيين أفضل من النظام الإختيارى بالنسبة للدول النامية، حيث إنه في حالة النظام الأخير قد تحجم البنوك ذات الحجم الكبير عن التأمين على وداائعها، استناداً إلى أن التأمين يمثل عبئاً عليها يتمثل في قيمة قسط التأمين أو المساهمة المطلوبة منها .

ومما هو جدير بالذكر إنه ليس هناك ازدواجية أو تداخل بين دور كل من نظام التأمين على الودائع و البنك المركزي، بل إن هناك اختلافاً كبيراً بين دور كل منهما في إقراض أو دعم البنوك، حيث إن أنظمة التأمين على الودائع تقوم بتعويض المودعين عن وداائعهم طبقاً لنظمها المختلفة عند إفلاس البنك، بينما لا يقوم البنك المركزي بهذا الدور في الأساس، إنما يقع على عاتقه مهمة المقرض الأخير للبنوك لمساعدتها على تجاوز أزمة السيولة .

ثانياً: طبيعة الودائع في البنوك :-

بعد أن بيّنا نظام التأمين على الودائع بصورة موجزة، نشير إلى أن طبيعة الودائع في البنوك الربوية تختلف اختلافاً جذرياً عن طبيعة الودائع في البنوك الإسلامية كما يلي :-

(أ) البنوك الربوية :-

علاقة المودع بالبنك علاقة دائن بمدين، والتي تكيّف وفقاً للرأي الراجح على أنها عقد من عقود القرض، ومن ثم فإن يد البنك على الودائع يد الضامن وليست يد الأمين، أي أن البنك يتصرف في مال الودائع تصرفه في ماله الخاص الذي يملكه، ويتحمل تبعه هذا التصرف، فبذلك يكون البنك ملتزماً بسداد الودائع وفوائدها أيضاً في الموعد المحدد، وليس المقام هنا لنبين حرمة هذا الأسلوب الربوي .

(ب) البنوك الإسلامية :-

علاقة المودع بالبنك الإسلامي تحكمه قواعد المضاربة الشرعية، فيدُ البنك على الودائع يدُ أمانة وليست يدُ ضمان، فالبنك الإسلامي لا يضمن رد أصل المبلغ إلى المودع عند الخسارة إلا إذا كان البنك قد تعدى أو قصر .

فتطبيق نظام التأمين التجاري على الودائع الذي يتضمن شبهات عديدة وذلك طبقاً لفتاوى مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة ومجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي ومجمع البحوث الإسلامي وغيرهم على الودائع يخرجها عن خصائصها الأصلية

باعتبارها مضاربة، فيدخل فيها مسألة تضمين البنك في حالة الخسارة بغير تقصير أو تعدي، وهو ما يجعل يد البنك يد ضمان وليست يد أمانة، فتكون مشاركة الودائع في الربح دون الخسارة تحولها إلى قرض ربوي، الأمر الذي لا يتفق مع طبيعة العمل المصرفي الإسلامي.

ثالثاً : الضوابط الفقهية للتأمين على الودائع للبنوك الإسلامية :-

يجب أن نفرق بين نوعين من الودائع :-

(١) الحسابات الجارية :

يمكن التأمين عليها باعتبارها مضمونة من قبل البنك طبقاً لقاعدة الخراج بالضمان (ويقصد بها أن من ضمن أصل شيء جاز له أن يحصل على ما تولد عنه من عائد، فبضمان أصل المبلغ يكون الخراج المتولد عنه جائز الانتفاع لمن ضمن لأنه يكون ملزماً باستكمال النقصان المحتمل إن حدث ، وجبر الخسارة إن وقعت) ، ويجب أن يكون التأمين تعاونياً أو تبادلياً ، فهناك اتفاق بين الفقهاء على جواز هذا النوع من التأمين، ويتم هذا من خلال إنشاء صندوق مشترك لضمان الحسابات الجارية تحت إشراف البنك المركزي، ولا يرتبط استثمار حصيلتها بالتعامل الربوي .

(٢) حسابات الاستثمار :

الأمر يتطلب توخي الدقة والحذر في وضع الأسس والمعايير التي يمكن أن يتم التأمين من خلالها، بحيث لا تتعارض مع الضوابط الخاصة بعقد المضاربة الشرعية، وخاصة المتعلقة بمسألة الضمان، وكذلك أن يكون التأمين تعاونياً وليس تجارياً، وأن يرتبط القسط أو الاشتراك بالمسؤولية الشرعية عن الضمان المحتمل عند حدوث الخسارة، ويتم استثمار الحصيلة بالأساليب الشرعية، ومن خلال هذه الضوابط يمكن اقتراح إنشاء صندوق للتأمين على الودائع تحت إشراف البنك المركزي.

رابعاً: الإشراف والرقابة وإدارة النظام :-

أما ما يتعلق بالإشراف والرقابة وإدارة نظام التأمين على الودائع فيمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع :-

(١) يعتمد على إدارة صندوق التأمين على الودائع من طرف الدولة ممثلة في السلطات النقدية .

(٢) إدارة صندوق التأمين على الودائع مشتركة بين السلطات النقدية والبنوك المشتركة في النظام .

(٣) إدارة النظام عن طريق إتحاد البنوك وليس السلطات النقدية ومثال على ذلك الأنظمة الموجودة في الدول المتقدمة مثل فرنسا وإيطاليا.

ومما لا شك فيه إن النظام الذي يناسب الدول النامية هو نظام التأمين على الودائع الذي يسير بالاشتراك بين السلطات النقدية والبنوك لأنه يضمن الانضباط ويعمل على ضمان إستقرار الجهاز المصرفي .

خامساً: التعويضات :-

تختلف مبالغ التعويضات من دولة لأخرى ، وكل نُظم تأمين الودائع في العالم تضع حدوداً لمدى تغطية التأمين وتحدد السقوف التي يمكن تعويضها وغالباً ما تكون مرتفعة في البلدان المتقدمة باستثناء النرويج إذ إنها الدولة الوحيدة في العالم التي يقدم نظامها للتأمين على الودائع تعويضاً كاملاً لكل المودعين . (١)

(١) مجلة الوعي الإسلامي - مجلة إسلامية شهرية تصدر عن وزارة الأوقاف الكويتية - للكاتب محمد عبد العزيز ٢٠١٠/٩/٣ (بتصرف).

سادساً : تأمين الدين

- تعريف الدين :

الدين لغة : يطلق على ماله أجل ، وأما الذي لا أجل له فيطلق عليه القرض وقد يطلق عليهما الالتزامات الآجلة التي ثبتت في ذمة الشخص بسبب عقد تتأخر آثاره كقرض أو استصناع ، أو بيع أجل ، أو بسبب تلف ، أو قرابة .

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار الديون الثابتة في الذمة أموالاً على سبيل الحقيقة لأنها أموال وإن كانت آجلة قياساً على المال المصوب بطريق أولى ولذلك يثبت بها اليسار ، فلا يجوز دفع الزكاة إلى من يملك منها بقدر الغنى ، إلا إذا كان الدين غير ممكن رده ، وحينئذ يكون حكمه حكم المال المصوب .

- حكم التأمين على الدين :

إن حكم التأمين يختلف بحسب نوعيه التأمين التعاوني الإسلامي أو التأمين التجاري (التقليدي) ، فالتأمين التجاري قد صدر بتحريمه عدة قرارات جماعية ، حيث صدر في ١٣٩٧/٤/٤ هـ قرار من هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية بحرمته التأمين التجاري ، وحل التأمين التعاوني أو التكافلي (التأمين الإسلامي) ، ثم أكد هذا القرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في ١٠/٨/١٣٩٨ هـ ومجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي في قراره رقم (٩) في ١٠ - ١٦ ربيع الآخر ١٤٠٦ هـ .

وأما التأمين التعاوني ، أو التكافل ، أو ما يسمى: التأمين الإسلامي ، فقد صدر بمشروعيته قرارات من المجمع والهيئات السابقة بالإضافة إلى مجمع البحوث الإسلامية التابع للأزهر الشريف في عام ١٣٨٥ هـ - ١٩٦٥ م .

وأما التأمين على الدين ، فإن كان من خلال التأمين التكافلي التعاوني (التأمين الإسلامي) فهو مباح شرعاً ما دام التأمين عليه يسير وفقاً للمبادئ والأسس والضوابط والشروط الخاصة بالتأمين الإسلامي التي ذكرها المعيار الشرعي رقم (٢٦) الخاص بالتأمين الإسلامي ، وذلك لأن جميع القرارات والفتاوى الصادرة عن المجمع الفقهية والهيئات والمؤتمرات والندوات ، لم تفرق بين التأمين على الدين أو غيره ما دام تأميناً إسلامياً .

والتأمين على الدين يدخل ضمن التأمين التعاوني التكافلي في حالتي العجز ، أو الوفاة كما نص على ذلك البند (٦) من المعيار الشرعي (٢٦) في فقرته (٢).

إن الديون لها خصوصية في الفقه الإسلامي ، منها عدم بيع الديون إلا بالأعيان أو بشروط وقيود صعبة ، وإن التأمين التكافلي (الإسلامي) الذي يقوم على أساس التبرع

والتعاون وأنه من عقود التبرعات وليس من عقود المعاوضات ، ولذلك فلا مانع من وقوع هذا العقد على الديون ، إذ المحظور هو البيع ونحوه من عقود المعاوضات ، ولذلك يجوز الحط من الديون ، والتنازل عن جميعها بدون مقابل ، بل هذا من أفضل الصدقات فقال تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون﴾^(١) .

ومن جانب آخر فإن مقاصد التأمين من التعاون والتكافل وإغاثة الملهوف وتخفيف المعاناة تتفق تماماً مع تأمين الدين الذي تظهر آثاره الإيجابية عند وفاة المدين حيث تكون أسرته أحوج ما تكون إلى من يخفف عنهم العبء ويزيح عن كاهلهم أعباء الديون التي تركها مئيلهم وإلا أصبحت المصيبة مصيبتين: مصيبة للموت ومصيبة أعباء الديون ، ولا سيما إذا كان منزلهم رهناً معرضاً للبيع لصالح الدائن وبالتالي يكونون مهددين بفقدان منزلهم أيضاً ، ولذلك يكون التأمين التكافلي بمثابة منقذ لهم - بعد الله تعالى - وكذلك الحال في حالة عجز المدين عن العمل بسبب وقوع مرض ، أو حادثة أو فاجعة حلت به حيث يكون أحوج ما يكون إلى العناية والرعاية.

- التكييف الشرعي للتأمين على الديون :

الديون كما ثبت عند الجمهور أنها أموال حقيقية ويطبق عليها أحكام التأمين من حيث الحل والحرمة ومن حيث الضوابط.

وعليه فإن تمّ التأمين على الديون بطريق التأمين التجاري فإنه يترتب عليه ذلك التحريم للأسباب ذاتها التي حُرِّم على أساسها التأمين التجاري من الغرر المؤثر في المعاوضات (الغرر في الوجود ، والمقدار ، والحصول ، والأجل) وأكل أموال الناس بالباطل والربا ، والمخاطرة وما يشبه القمار وذلك من خلال قرارات المجامع الفقهية كلها بحرمة التأمين التجاري ، وكذلك من قبل هيئة كبار العلماء بالسعودية^(٢) .

وقد صدر فتوى عن هيئة الرقابة الشرعية لشركة التأمين الإسلامية في معرض سؤالها عن مدى الجواز لشركة التأمين الإسلامي أن تؤمن ديون البنوك الإسلامية ضد المخاطر المالية الناتجة عن التأخر في سداد الديون ومدى الجواز للشركة أن تسوّق لهذا النوع من التأمين للمؤسسات الأخرى .

وكان الجواب : إنه يجوز لشركة التأمين الإسلامي أن تؤمن ديون البنوك الإسلامية ضد المخاطر المالية الناتجة عن التأخر في السداد أو عدم السداد ، لأن ذلك ينطبق عليه مبدأ التأمين التعاوني الإسلامي القائم على تبادل التبرع بين المؤمن والمؤمن له.

(١) البقرة : ٢٨٠ .

(٢) بحث " تأمين الدين والضمان " بقلم أ.د. علي محي الدين القره داغي - بحوث ندوة البركة الثلاثون للاقتصاد الإسلامي(بتصرف).

كما أجازت للشركة أن تسوّق هذا النوع للمؤسسات التي تدخل في مديانات مشروعة ويشترط أن تكون الديون المؤمن عليها مستوفية لأسباب التوثيق والضمانات بأنواعها لتقليل المخاطر ما أمكن.^(١)

إن التأمين التعاوني الإسلامي على الديون يمكن أن يكيّف على أساس الكفالة لأن الجهة المؤمنة تضم ذمتها إلى ذمة المدين في دفع الكفالة، لكن هذا التكييف يمكن أن تلاحظ عليه عدة ملاحظات من أهمها:

إن الشركة المؤمنة لا تضم ذمتها إلى ذمة المدين، بل هي تتحمل الدين في حالة الموت، أو العجز الكلي فقط كما هو الحال في جميع شركات التأمين الإسلامي.

أما قبل ذلك فلا تكون الشركة المؤمنة مسؤولة وضامنة للمدين، وعند حدوث الموت أو العجز الكلي لا يعود المدين مسؤولاً عن الدين، لذا لم يتحقق ضم ذمته إلى ذمة أخرى في وقت واحد، وبالتالي فلم تتحقق الكفالة وقد ذهب بعضهم إلى أن الكفالة هي نقل الدين من المدين إلى الكفيل، وحتى على هذا القول فلا يستقيم الأمر، لأنه في حالة عدم تحقق الشرط، فإن الشركة المؤمنة ليست مسؤولة ولا ضامنة.

ومن جانب آخر، فإن من مقتضى عقد الكفالة أن المكفول له يكون من حقه مطالبة الكفيل والمكفول عنه معاً، أو منفردين، في حين أنه في حالة التأمين على الديون فإن المكفول له (المؤسسة المالية) ليس من حقه إلا مطالبة المدين إذا لم يتحقق الشرط أو مطالبة الشركة المؤمنة في حالة تحقق الشرط المشمول بوثيقة التأمين.

حيث يرى جمهور الفقهاء أن الكفالة المطلقة تعطى الحق للمكفول له مطالبة الكفيل والمكفول عنه مجتمعين أو منفردين.

بل إن الكفالة المعلقة تنطبق تماماً على حالة التأمين على الديون في حالة العجز أو الموت، وهي أن يقول: (إذا أفلس فلان، أو مات فأنا كفيل لك بهذا الدين) حيث أجازها الحنفية ما دامت معلقة على شرط ملائم مثل أن يقول: إذا غاب فلان (المدين) عن البلد فأنا كفيل بالدين، أو شرط جرى به العرف.

والخلاصة إن التأمين على الديون جائز ما دام يتم بطريقة التأمين التعاوني الإسلامي، وقد صدرت فتوى من ندوة البركة الثانية بإجازة ذلك.

- الفرق بين التأمين التعاوني الإسلامي والتأمين التقليدي على الديون :

إن الفروق بين التأمين التعاوني الإسلامي على الديون، و التأمين التجاري عليها كثيرة وهي نفس الفروق بين التأمين التجاري، و التأمين الإسلامي من حيث العقد

(١) كتاب الفتاوى الصادر عن شركة التأمين الإسلامي - عمان - الأردن .

والفائض، والعلاقة، والتكليف، والمبادئ الحاكمة، ووجود الحسابين المنفصلين في التأمين الإسلامي، وحساب واحد في التأمين التجاري، وغير ذلك^(١).

- التأمين على الديون المدومة أو المشكوك فيها :

لما كان في المشتراط حسب فتوى هيئة الرقابة الشرعية لشركة التأمين الإسلامية أن يتم التأمين على الديون المستوفية لأسباب التوثيق والضمانات بأنواعها لتقليل المخاطر ما أمكن^(٢).

فإن التأمين على الديون المدومة، أو المشكوك في تحصيلها لا يجوز لشركة التأمين الإسلامي أن تقوم بالتأمين عليها، لأن الديون بما أنها مدومة فعلاً، أو إنها في حكم المدومة، وبالتالي يكون التأمين عليها محرماً شرعاً لأن فيه تضييع لأموال حملة الوثائق (المشركين) لأن نيتها معلومة مسبقاً، وأنها نوع من المغامرة والمقامرة يجب على الشركة الإسلامية للتأمين أن تتأى عن مثل ذلك، فإذا كان الدين معدوماً فهذا يعني أن حساب التأمين يعوض دين المؤسسة دون التزام سابق للمؤسسة، وتعرض نفسها لخسارة محققة وكذلك الحال في الديون المشكوك فيها، إذ العبرة في الفقه الإسلامي بالظن الغالب، وأن مبناه دائماً عليه في الأحكام الاجتهادية، وإذا كانت الشركة تغامر بهذا التأمين في سبيل احتمال ضعيف باسترداد الدين، فإن هذا يعتبر نوعاً من المقامرة المحرمة، هذا والله أعلم^(٣).

وأما التأمين على ديون المؤسسة المالية ضد المخاطر المالية الناتجة عن التأخر في السداد، فهو جائز ما دام يتم ذلك حسب شروط وثائق التأمين التعاوني الإسلامي.

- التأمين على الدين الربوي :

إن ما اشترطته هيئة الرقابة الشرعية لشركة التأمين الإسلامية في التأمين على الديون هو أن تكون للمؤسسات المالية والبنوك الإسلامية التي تدخل في مديانات مشروعة.

- أسباب تأمين الدين وأغراضه وأهدافه :

إن التأمين على الدين يتعلق في الغالب بثلاث جهات، لذلك فإننا نذكر أهم الأغراض والأهداف لكل واحدة منها إضافة إلى أهم مبدأ وهو تطبيق وترسيخ مبدأ التعاون المبني على أساس التبرع الملزم، وهي :-

(أ) المؤسسة المالية الدائنة التي لها ديون على عملائها خاصة عقودها الآجلة من مرابحات، واستئصال، ونحوهما، تكون أهم أهدافها في إجراء عملية التأمين لتقليل المخاطر،

(١) بحث "تأمين الدين والضمان" بقلم أ.د. علي محي الدين القره داغي - بحوث ندوة البركة الثلاثون للاقتصاد الإسلامي (بتصرف)

(٢) كتاب الفتاوى الصادر عن شركة التأمين الإسلامي - عمان - الأردن.

(٣) بحث "تأمين الدين والضمان" بقلم أ.د. علي محي الدين القره داغي - بحوث ندوة البركة الثلاثون للاقتصاد الإسلامي (بتصرف)

وتحقيق الأمان لاستثماراتها وديونها ، ولا سيما أن العميل إذا مات أو عجز ، فإن المؤسسة تتعرض لمخاطر عدم وجود الميل الكافي للسداد أو لمشاكل المحاكم وبيع المرهون ، ناهيك عن ملاحظة الجانب الإنساني فيما لو كان للعميل أولاد قصر ، لذلك فإن التأمين على دين العملاء يحقق للمؤسسات أهدافاً طيبة وأغراضاً جيدة ، وتدرأ عنها مفسد ومشاكل مما يؤدي إلى استقرار عملها .

وفي الواقع أن المؤسسات المالية الإسلامية أمام مخاطر كبيرة من عدة جوانب من أهمها :-

- مخاطر الاستثمار بصورة عامة :

خطر موت المدين أو عجزه عجزاً كلياً بحيث يمتنع فيه عن تسديد دينه فهنا تكون إما بيع العين المرهونة التي قد تكون المنزل الخاص بالمدين ، أو المصنع أو المركبة أو نحوه مما يكون مصدراً لعيشه ، أو أن تترك الموضوع فتخسر ديونها وهذا أمر مستبعد وإن حصل فهذا يعتبر أيضاً كارثة للمؤسسة المالية ، ولا سيما إنها ليست جمعية خيرية ، وإنما مؤسسات استثمارية ساهم بها الناس على أساس الربح وليس على أساس الخسارة ، وإن كانت الخسارة متوقعة ومحتملة مثلها مثل الربح .

وعلى الرغم من أن المؤسسات المالية الإسلامية تأخذ بمعظم الاحتياطات المطلوبة فقد تضخم حجم المديونية المتعثرة ، وأن نسبة كبيرة منها يعود سبب تعثرها إلى موت المدين ، أو عجزه ، لذلك فالحاجة ماسة للتأمين على هذه الديون على الأقل لحالات الموت والعجز ، وذلك بأن يتم تأمين المدين تأميناً تكافلياً وهو ما يطلق عليه تأمين التكافل الاجتماعي " الحياة " .

ومن جانب آخر فإن المال هو إحدى الضروريات الخمس المتمثلة بحفظ الدين والنفوس والعقل والعرض والمال وإنها سميت بالضروريات لأن استمرار حياة الناس قائم على هذه الضروريات فإن فقدت أو أختلت اختل الأمن وأخل توازن العلاقات وتأثر كل شيء بين الناس .

وبالتالي فالحفاظ على المال وتنميته وحماية حقوق المستثمرين وتشجيعهم من خلال حفظ أموالهم عن الضياع والتأخير ، بل تنميتها واجب على المرء تفرضه أحكام الشريعة الإسلامية الغراء .

ولا شك إن التأمين على الديون في حالة الموت أو العجز يحقق أمناً وأماناً لهذه المؤسسات المالية الإسلامية ، ويحفظها من تراكم الديون وآثارها الخطيرة ويحقق لها عوائد مجزية من ناحيتين هما : عودة الدين (رأس المال والعائد) إلى البنك واستثماره والاستفادة من عوائده ، في حين إن الدين إذا لم يُرد فقد ضاع على البنك كله وإذا تعثر وتأخر المدين فقد ضاع على البنك عائدته واستثماره ، وفي كلتا الحالتين تتأثر أرباح البنك سواء كانت

بالنسبة للمساهمين ، أو المودعين بل إذا زادت الديون المتعثرة قد يصل الأمر إلى إفلاس المؤسسة المالية ، وهذا غير محمود .

ومن هنا فإن التأمين الإسلامي على المدينين في حالة الموت أو العجز يعتبر أحد الحلول الناجعة لمشكلة الديون المتعثرة في المؤسسات المالية الإسلامية .

والشريعة الإسلامية أدركت أهمية هذا الموضوع ، وكانت سباقة في هذا الموضوع أيضاً ، حيث شرعت عقوداً تبعية لحماية الدين مثل الكفالة التي هي ضم ذمة شخص آخر ملىء قادر على الأداء إلى ذمة المدين ، والرهن الذي هو توثيق الدين بالعين ، والحوالة التي هي نقل ما في ذمة مدين إلى مدين ملىء ، كما قال الرسول ﷺ : ﴿إذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبع﴾ .

(ب) الشخص المدين حيث يحقق التأمين على ديونه أغراضاً وأهدافاً طيبة ، حيث يكون مطمئناً أن ورثته لن يتحملوا ديونه بعد موته ، ولهذا نجد إن حاجة المدين ومصالحته في تأمين دينه يتمثل من جانبين : -

الجانب الأول: المتمثل في الآثار السلبية للديون على المدين نفسه وعلى أسرته في حالة موته ، حيث إن الأسرة بعد موته فقدوا بذلك معيّلهم المسؤول عنهم مع توارث تركة الدين الثقيلة ولا سيما إذا كان مصدر إعالتهم الوحيد ، أو إن موضوع الدين كان تمويل شراء منزل أو مركبة يمثل مصدر رزقهم ، مرهونة لأجل ذلك الدين ، حيث إن البنك الدائن المرتهن يقوم بإجراءات البيع ، لينتهي الأمر إلى أن تطرد الأسرة بعد موت معيّلها المدين من منزلهم ، أو يحرموا من مصدر دخلهم.

لذلك فهذه حاجة ملحة تقتضى العلاج من خلال التأمين على الديون ، حيث إن شركة التأمين الإسلامي في هذه الحالة تدفع الدين بالكامل للمؤسسة المالية وتدفع عن كاهل الورثة هذا العبء الثقيل وتتخذ الأسرة من التشرد والحرمان وفي ذلك مصالح كبيرة تعم عليهم مما يقوم حياتهم ويعينهم على استمرارها .

الجانب الثاني: يكمن في تبرئة ذمة المدين نفسه بعد الموت ، حيث تكفلت شركة التأمين التعاوني الإسلامي بدفع قيمة الدين المتبقي ، وبالتالي ضمن المدين وهو حيّ من يكفل دينه ويبرئ ذمته بدفع ديونه ، وهذه منفعة عظيمة أخرى .

(ج) حساب صندوق التأمين التعاوني حيث يقدم هذه الخدمة للمشاركين فيه فيستفيد الصندوق من خلال زيادة الأعضاء ، ويستفيد المشاركون كذلك من خلال توزيع الأعباء الإدارية والتعويضات ، حيث إن النظرية الاكتوارية تقتضي أنه كلما ازداد العدد قل العبء ، وبالتالي فإن جميع المشاركين في هذا الصندوق هم شركاء في الغنم والغرم ويبدو ذلك جلياً في توزيع الفائض على حملة الوثائق " المشتركين " كما

يبدو واضحاً من خلال قيام هذا الصندوق بتحمل أعباء الدين وتبعاته من تعويضات وخلافه .

وبالإضافة إلى ذلك ، فإن صندوق التأمين التعاوني يُحقق الأهداف الآتية : -

- (١) تمديد نطاق التسهيلات الائتمانية لتشمل قاعدة أوسع من الفقراء النشطين اقتصادياً بجانب المستثمرين وذلك مدافعة للفقير .
- (٢) تقديم حوافز عملية للمؤسسات المالية والمصارف لتشجيعها الدخول بصورة جادة في مجال التمويل وخدمات المال .
- (٣) تحريك الأرصدة المجتّبة كإحتياطات لمقابلة عدم سداد الدين لدى المصارف ومؤسسات التمويل .

وبناءً على ما سبق أن ذكرناه، إن هناك حاجة ملحة للعملاء والمؤسسة المالية الإسلامية معاً إلى التأمين على الديون، ولذلك فإن الغرر الموجود في التأمين التعاوني الإسلامي يكون مغتصراً مرتين مرة: لأنه من باب التبرعات التي يتسامح فيها مع الغرر، ومرة ثانية: لوجود الحاجة الملحة التي يفترض معها الغرر .

- صاحب المصلحة التأمينية في التأمين على الدين :

في التأمين على الدين تتحقق المصلحة التأمينية لدى المؤسسة المالية الدائنة ، والشخص المدين ، وبالتالي فيجوز لكل واحد منهما منفرداً أو مجتمعين أن يقوموا بهذا التأمين وبالتالي فإن أعباء التأمين (الاشتراك) أو قسط التأمين، يجوز أن يتحملها الدائن أو المدين، أو كلاهما ، كما أنه يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر أن يقوم بالتأمين على الدين ، وهذا الشرط لا يتعارض مع نص شرعي ، ولا مع مقتضى عقد المرابحة، بل إنه شرط فيه مصلحة لكل من الطرفين .

إن الفائض التأميني الموزع من قبل شركة التأمين الإسلامي يتبع من قام بدفع الاشتراكات (أقساط التأمين) ، حيث إن الشخص الذي دفع الاشتراك (قسط التأمين) سواء كان دائناً أم مديناً هو صاحب الحق في الفائض التأميني وإذا كانا قد دفعا الأقساط مُشترَكَيْنِ فإن الفائض يدخل في حسابهما كُلُّ حسب قيمة الاشتراك الذي دفعه.

- حدود التغطية التأمينية :

تلتزم شركات التأمين الإسلامية في التأمين على الدين بحالتين، هما حالة موت المدين وحالة عجز المدين عجزاً كلياً ، كما وتشتمل التغطية التأمينية للدين حالات إعسار أو إفلاس المدين ، حيث تدفع الشركة للمؤسسة الدائنة من حساب صندوق التأمين التعاوني جميع المبالغ المتبقية الثابتة على المدين يوم وفاته أو عجزه .

ويمكن أن تتفق شركة التأمين الإسلامي مع المؤسسة الدائنة أو الشخص المدين بأن تتحمل الشركة نسبة من الخسارة الناتجة وتتحمل المؤسسة أو المدين العاجز أو تركته ما تبقى من الدين .

إذا كان المؤمن يتعامل مع مؤسسة مالية إسلامية تتوافق عقودها مع أحكام الشريعة الإسلامية فإنه يجوز لشركة التأمين الإسلامي أن تؤمن على جميع الدين الثابت بسبب عقد مشروع سواء كان الدين يتضمن ربحاً مع أصل الثمن كما في تمويل المراجعة وبالتالي فإنه في حالة الموت أو العجز يُدفع كل المبلغ المتبقي من الدين يوم الوفاة أو العجز .

أما إذا كانت المؤسسة الدائنة مؤسسة مالية تقليدية (تجارية) ، وأن العقد مصدر الدين قائم على أساس الربا ، فلا يحق لشركة التأمين الإسلامي أن تؤمن على رأس المال المدفوع ، ولا أن تدفع عند موت المدين أو عجزه ، لا الدين القائم ولا الفوائد المترتبة على رأس المال.

وهذه مسألة بحاجة إلى دراسة شرعية معمقة ولا يجوز الدخول بها إلا بعد صدور فتوى أو تكييف شرعي لهذه المعاملة والله أعلم .

إن التأمين على الديون يتطلب من شركة التأمين الإسلامي أن يكون لديها معلومات ائتمانية يتم تزويدها بها من قبل طالب التأمين معتمداً من الجهة ذات العلاقة ، وهذا ما يسمى في كثير من المؤسسات المالية ببنك المعلومات حيث يختزن به السيرة الائتمانية للمدين أو طالب التأمين.

وبذا تستطيع شركة التأمين الإسلامي ، اتخاذ القرار السليم بعد تقييم حالة طالب التأمين على الدين ائتمانياً بالإضافة إلى دراسة العوامل التالية والخاصة بطالب التأمين وهي :-

- (١) أن يكون للجهة الممولة نظام مُحكمٍ لمتابعة الدين .
- (٢) نوع النشاط التجاري الذي يمارسه طالب الدين .
- (٣) أجل الدين (طويل - قصير) .
- (٤) توزيع الخطر (عدد كبير من المدينين بمبالغ صغيرة ، أو عدد صغير من المدينين بمبالغ كبيرة) .
- (٥) تاريخ (سجل) طالب التأمين وتجربته السابقة مع الديون .

وتقدم شركات التأمين الإسلامي تأمين الدين للممولين بعدة أشكال :

- وثيقة مبنية على إجمالي الدخل السنوي .
- وثيقة لعملية محددة .

- وثيقة لعقد واحد .

ويكون لشركة التأمين الإسلامي الحق في الاسترداد من المدين طبقاً لشروط وثيقة التأمين ومبدأ الحلول القانوني .

- الجهات المستفيدة من التأمين على الديون :

- (١) المصارف الإسلامية ، وشركات التمويل ونحوهما من المؤسسات المالية والتجارية والاستثمارية ممولو ومشغلو مشروعات الإسكان للتمليك المباشر، أو عن طريق البيع التجاري .
- (٢) منتجو وموزعو السلع والخدمات .
- (٣) مقدمو خدمات البيوع الآجلة ، والاستصناع ، والسلم .
- (٤) مؤسسات الإقراض وبنوك الفقراء للإقراض والمشروعات الصغيرة .
- (٥) ممولو خدمات التعليم ، ومشروعات الحرفيين ، والخريجين ، والأسر المنتجة ونحو ذلك ^(١) .

^(١) " تأمين الدين والضمان " بقلم أ.د علي محي الدين القره داغي - بحوث ندوة البركة الثلاثون للاقتصاد الإسلامي (بتصرف).

سابعاً : الحق التعويضي

كما هو معلوم لدى الجميع أن التأمين يكون إما على الممتلكات أو على المسؤوليات أو على الأشخاص ، وإن التأمين التعاوني قائم على أساس التبرع الذي هدفه وغايته الأصلية هي تعاون جمهور المستأمنين فيما بينهم لجبر الضرر الذي يصيب أحدهم وإن استثمار الأموال المتبقية في صندوق حملة الوثائق وتمييتها بالطرق المشروعة وتحقيق الربح هي غاية أو هدف تبعي وليس أصالة .

إن العلاقة بين حملة الوثائق وبين الصندوق عند الاشتراك هي علاقة التزام بالتبرع والعلاقة بين المستفيد وبين الصندوق عند التعويض هي علاقة التزام الصندوق بتغطية الضرر حسب شروط وتحديدات وثيقة التأمين ذات العلاقة .

إن العلاقة بين المستأمن أو المشترك وبين شركة التأمين الإسلامية تتمثل في قبول المشترك عضواً في صندوق التأمين التعاوني وقبول تبرعه للغرض الذي يتضمنه النظام الذي وافق عليه عند تقدمه بطلب العضوية وأما حقوقه لدى الشركة وهي تعويضه عن الأضرار الفعلية التي تصيبه نتيجة تحقق الأخطار المؤمن منها أو دفع التأمين في حالة وقوع حادث الوفاة مثلاً فهو شرط في تبرعه والشروط في التبرعات جائزة باتفاق الفقهاء على أن من تبرع بمال لقوم موصوفين بصفة معينة ، كالفقير أو المريض ، فإنه يستحق في هذا التبرع إذا وجدت فيه هذه الصفة ، بأن صار فقيراً أو مريضاً ، ولا خلاف في جواز الوقف على طلاب العلم في مكة أو في الأزهر ، ويستحق الواقف في هذا الوقف إذا صار طالباً للعلم في مكة أو في الأزهر وذلك كما لو وقف سكنى داره على الأرامل ثم صار أرملاً فإنه يسكن معهم .

والمشترك في التأمين الإسلامي الذي يوقع عقداً مع شركة التأمين ، ويقبل نظامها الأساسي الذي ينظم التصرف في أموال التأمين التي يدفعها المشاركون فيه ، يلتزم بالتبرع من القسط ومن عوائد استثماره ، بما يكفي لدفع التعويضات المطلوبة لمن يصيبه ضرر من المشتركين بشرط أنه إذا وقع عليه ضرر نتيجة وقوع خطر من الأخطار المؤمن منها فإنه يستحق التعويض ، بحكم عضويته في صندوق التأمين التعاوني ، فكل من يتبرع بالقسط يتبرع لجماعة موصوفين بصفة معينة ولأغراض معينة ، فإذا وجدت فيه هذه الصفة فإنه يستحق التعويض بصفته عضواً في جماعة كان التبرع لها ، وفقاً لنظام التأمين ، ووجدت فيه شروط الاستحقاق كما توجد في غيره .

وهناك تناسب بين قسط التأمين ونوع الخطر المؤمن منه ، ومبلغ التأمين ، ولقد ذكرنا أن المشترك يتبرع من هذا القسط ، ومن عائد استثماره ، في حدود ما يكفي لدفع التعويضات لمن تصيبه أضرار من أفراد جماعة المشتركين ، نتيجة وقوع الأخطار المؤمن منها ، فهو لا يتبرع بكامل القسط وعوائد استثماره ، بل بما يكفي لدفع التعويضات

المطلوبة من الشركة في خلال المدة ، والباقي يكون على ملك المشترك ، ويمكن توزيعه على أفراد جماعة المشتركين على شكل فوائض تأمين ، وذلك بعد خصم بعض الاحتياطات لصالح أفراد هذه الجماعة في المستقبل .

إن التأمين يكون إما على الممتلكات أو على المسؤولية أو على الأشخاص ، فيكون التعويض أو مبلغ التأمين حسب نوع التأمين ، وهما نوعان :-

أولاً: التأمين على الممتلكات والمسؤوليات :-

مثل المركبات والمصانع والمنازل والمحلات وغير ذلك من الأموال ومسؤولية ما ينتج عنهم من مخاطر للغير نتيجة قيامه بنشاط مثل قيادة مركبة أو إنشاء بناء .

وفيه يحدد مبلغ التأمين الذي يحدد القسط على أساسه ، والتعويض في هذه الحالة يكون في حدود هذا المبلغ لا يزيد عليه بحال ، وإن كان الضرر الواقع للمستأمن نتيجة وقوع الخطر المؤمن منه يزيد عن هذا المبلغ ، ولكن المشترك في نفس الوقت لا يستحق هذا المبلغ كاملاً في جميع الحالات ، بل يستحق التعويض عن الضرر الفعلي الذي أصاب الشيء المؤمن عليه نتيجة وقوع الخطر المؤمن منه ، وإن قل عن مبلغ التأمين ، فالمشترك في التأمين على الأشياء يستحق التعويض بمقدار الضرر في حدود مبلغ التأمين .

والدليل الشرعي على ذلك أن المشترك لو استحق مبلغ التأمين كاملاً ، والذي دفع القسط في مقابلته ، بصرف النظر عن مقدار الضرر الذي أصاب المال المؤمن عليه ، لكانت هذه المعاملة قماراً يحرم الاتفاق عليه ، ذلك أن دافع القسط قد يدفع قسطاً واحداً ، ثم يستحق مبلغ التأمين كاملاً ، وقد يدفع أقساط التأمين ، طوال مدة التأمين ، ثم لا يقع الخطر المؤمن منه ، أو يقع ولكن لا يترتب على وقوعه ضرر يساوي مبلغ التأمين ، فيأخذ مبلغ التأمين دون ضرر وقع عليه ، أو وقع عليه ضرر أقل من مبلغ التأمين ، ولذلك اشترطنا في التأمين على الأشياء أن ينص في نظام التأمين ، وفي الوثيقة التي يوقعها المشترك مع شركة التأمين على أن محل التعويض هو الضرر الفعلي .

مثال على التأمين على الممتلكات ، تأمين المركبات حيث يشمل هذا النوع من التأمين على ثلاثة فروع هي :-

- (١) تغطية العين المملوكة وهي المركبة عن الأضرار التي تصيبها نتيجة الحوادث وفيه تلتزم شركة التأمين بأن تعوض المؤمن له عن الأضرار التي تصيب السيارة بسبب الحادث في حدود مبلغ التأمين الذي تحدده وثيقة التأمين .
- (٢) التأمين على المسؤوليات التي تمثل مسؤولية السائق أو المالك عن الأضرار التي يسببها للغير ، وفيه تلتزم شركة التأمين بتعويض المؤمن له عن الضرر الذي يصيبه من جراء ثبوت مسؤوليته عن حادث السيارة تجاه الغير ، بسبب خطئه وذلك في حدود المسؤوليات التي ينظمها القانون أو النظام الساري .

(٣) تغطيات إضافية للسائق والمالك تغطي خطر الموت أو الإصابة والعلاج، وفيه تلتزم شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين الذي تحدده الوثيقة للمؤمن له أو ورثته .

ثانياً: التأمين على الأشخاص :-

(١) اتفق على تسمية التأمين على الأشخاص بالتأمين التكافلي الاجتماعي وذلك لأن أبرز وجوه التكافل تظهر في هذا النوع من أنواع التأمين الإسلامي، وأساس هذا النوع من التأمين، بالإضافة إلى التعاون والتبرع، التكافل بين المشتركين، وليس التعويض عن الضرر الفعلي الذي يمكن تقديره، بوسائل التقدير الشرعية فالتعويض في التأمين على الأشخاص يدفع لتغطية أضرار معنوية متوقعة وغير محددة ويحدث بعضها في المستقبل، كما أن هذا النوع يتميز عن التأمين على الأشياء بأن الأقساط المحددة في وثيقة التأمين يمكن إسقاطها والتنازل عنها أو قيام هيئة المشتركين بدفعها نيابة عن المشترك في حالات خاصة ينص عليها في نظام أو وثيقة التأمين، كحالات الموت والعجز والمرض .

وفي هذا النوع من التأمين يجوز دفع مبلغ التأمين الذي تحدده وثيقة التأمين كاملاً عند وقوع الحادث المؤمن منه، دون حاجة إلى إثبات ضرر فعلي مادي أو معنوي، كحالة الوفاة في التأمين على الحياة، فإن ورثة المشترك يستحقون مبلغ التأمين دون حاجة إلى إثبات أن ضرراً ما قد أصابهم من جراء موت المورث، وقد يُقال، إن الضرر هنا مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، فقد يكون الورثة أغنياء، وقد يتخلصون بموت المورث من تكاليف ونفقات باهظة تكبدوها طوال مرضه، لأنه لم يكن قادراً على الكسب، ومع ذلك يستحق الورثة مبلغ التأمين، والذي يسمى مبلغ التكافل وهذا المبلغ بالإضافة إلى إنه ليس له صفة تعويضية يكون حدّه الأعلى كما حدد في وثيقة التأمين التكافلي .

والتأمين التكافلي تجيزه قواعد الشريعة ويجري عليه ما تم التوصل إليه في الحكم إجازة التأمين التعاوني وذلك لأنه لا ارتباط بين دفع القسط في هذا النوع من التأمين ومبلغ التأمين، فالمشترك يدفع قسطاً على سبيل التبرع ويوافق في نفس الوقت، على ما وافق عليه غيره من جماعة المشتركين، على التكافل، ويحدد طريقة هذا التكافل، والأحداث أي الأخطار المؤمن منها والتي يدفع فيها مبلغ التأمين عند وقوعها، على سبيل التكافل .

(٢) توزيع التعويض بعد وفاة المستفيد على الورثة الشرعيين أو المستفيدين من غير الورثة بحسب ما يختاره المؤمن له ويجب أن نفرق في هذا بين أمرين :-

(أ) حصة المستأمن أو المشترك من الفائض التأميني، أي ما يزيد عن مقدار التعويضات التي تدفعها الشركة في سنة معينة، من أموال التأمين، أي الأقساط وعوائدها، وكذلك إذا نصت الوثيقة على استحقاق المشترك لاسترداد جزء من

الأقساط في حالات معينة، ووجدت حالة منها قبل موته فهذه تورث عنه بحكم الشرع وتقسم قسمة ميراث .

(ب) مقدار التعويض المشروط في الوثيقة حال الوفاة وفقاً لنظام الشركة وهو يدفع لمن شرط لهم بحكم الشرط .

ذلك أن المشترك لا يستحق التعويض، ولا يدخل في ملكه ابتداءً إذا وقع حادث الموت حتى نتحدث عن مصيره وانتقاله لغيره، لأن هذا المبلغ يستحق بالشرط، لأنه تبرع لا معاوضة، والنص في الوثيقة هو أن ورثة المشترك يستحقون مبلغ التعويض أي مبلغ التأمين عند الوفاة، وعند ذلك يكون البحث : هل يستحقون بالتساوي أو على حسب قسمة الميراث، وهل له أن يشترط توزيع التعويض على الورثة بطريقة تخالف قواعد الإرث .

والخلاصة أن التوزيع يتبع الشرط الذي شرطه المشترك إذا كان هذا الشرط متفقاً مع نظام التأمين الذي ارتضاه المشتركون عند الدخول فيه ، ويقوي ذلك ما يلي :-

(١) سبب الاستحقاق هو الوفاة ، والحكم لا يوجد قبل سببه، وبالتالي فلا يدخل مبلغ التعويض في ذمة المشترك قبل موته، فلا يدخل في تركته، وبالتالي فلا ينفذ عليه الدائنون ولا تدفع منه الديون، ولا يوزع على أساس قواعد توزيع التركة.

(٢) مبلغ التأمين ليس تعويضاً عن فقدان النفس أو الأعضاء، كالأشياء في ديانات النفس والأطراف يدفعها القاتل أو المعتدي لورثة القتيل، لأن هناك شخص مسؤول عن ذلك، بل تبرع ومساعدة تدفع في حالة الكوارث ، كالموت وفقد الأعضاء ، وفقاً لنظام تكافلي أو تعاوني تحدد فيه موارد هذا النظام ومصارفه وقواعد الاشتراك في الصندوق المخصص له .

(٣) إمكانية التفاوت في الأقساط والتعويضات على الأشخاص تبعاً لأهمية العضو أو الحاسة المفقودة فيه ، كاليد بالنسبة للخطاط والرسام والجراح .

ليس هناك ما يمنع شرعاً من هذا التفاوت ، فأساس تحديد القسط ومبلغ التأمين هو اتفاق المشترك، أي المتبرع، وشركة التأمين التي تتوب عن (هيئة المشتركين) وليس هناك دليل شرعي يوجب التسوية في تحديد مبالغ التأمين أو الأقساط، بالنسبة لجميع المشتركين ، بل يجوز التفاوت بحكم الأصل في مقدار القسط ومقدرا التعويض ، وهو أمر واقع بالنسبة للتأمين على الأشياء كذلك فهناك يمكن تحديد مبلغ التأمين والقسط الذي يدفع بناء عليه بالتفاوت، وإن كان التعويض عن الضرر الفعلي، والضرر في التأمين على الحياة ضرر معنوي لا يمكن تقديره مادياً ، بل ولا إثباته، فكان اتفاق طرفي العقد ، وأعضاء هيئة المشتركين يقوم مقام التقدير للضرر الفعلي المادي، فيترك لهما حق تقديره .

وكائنا أمام قائمة في النظام الأساسي للشركة تبين الأحداث أو الأخطار المؤمن منها والمبالغ المستحقة ، والفرق أنه في الضرر المادي يكون التعويض بقدره لإمكان تقديره ، وفي الضرر الأدبي يكون التعويض بقدر مبلغ التأمين على اعتبار أن هذا هو الحد الأدنى من الضرر الذي أمكن تقديره مادياً فنظراً لتعذر التقدير قام التقدير والتحديد عند التعاقد مقام التقدير والتحديد بعد وقوع الخطر .

وعلى هذا الأساس فإنه يجوز التفاوت في الأقساط ، وفي مبالغ التعويض شأن التأمين على النفس في ذلك شأن التأمين على الأشياء أو من الأضرار ، في أن كل نوع يتحدد فيه مبلغ التأمين ويحدد القسط بناء عليه ، والخلاف فقط في طريقة تحديد التعويض عن الضرر الذي ترتب على وقوع الحادث أو الخطر المؤمن منه ، فإذا كان الضرر مادياً كان التعويض بمقدار الضرر الفعلي ، وذلك في التأمين على الأشياء ، وإذا كان الضرر معنوياً وتعذر تقديره ، كان مبلغ التأمين هو مقدار الضرر .

وكان النظام الأساسي لشركة التأمين ينص على ما يلي : -

(١) تحدد الأقساط المدفوعة على أساس مبلغ التأمين ، بشرط أن لا يزيد عن الضرر الفعلي ، على أنه في التأمين على الحياة حيث يتعذر تقدير الضرر الأدبي مادياً فإن الضرر يقدر بمبلغ التأمين .

(٢) لأعضاء هيئة المشتركين ، والمنضمين إليها ، حق التبرع بالمال ، في الحالات التي يحدونها ، وللأشخاص الذين يحدونهم ، وبالمبالغ التي يتم تحديدها وفقاً للأسس المتفق عليها ، ولكن لا بد من الاتفاق في النظام الأساسي على قواعد هذا التحديد ، بحيث يكون العضو المشترك أو المنضم على علم بهذه القواعد ويعد توقيعه على وثيقة التأمين قبولاً منه لهذا النظام من جهة ، وتطبيقاً لهذا النظام في حقه بالتوقيع على وثيقته من جهة أخرى .

(٣) الأصل الإباحة ، إلا إذا ثبت سبب محرم في المعاملة ، والسبب المحتمل هنا للمنع والتحریم هو الغرر ، غير أن الغرر لا يؤثر في عقود التبرع ، ولنظام كله قائم على التبرع ، ويجوز أن يتبرع أو يقف أو يتصدق على من يوجد في المستقبل على الصفة ، فإذا أوفى على الأيتام صح ويستحق اليتيم غير الموجود عند التصديق ، فجاز التصديق للمعدوم وبالمعدوم وبالمجهول ، فكان التبرع بالمعلوم جائزاً من باب أولى (١) .

(١) بحث الدكتور حسين حامد حسان - التأمين على الحياة والسيارات والحق التعويضي (بتصرف) .

مشروع قرار

إن انتشار شركات التأمين الإسلامية في أنحاء الوطن العربي والإسلامي وبعد أن تمّ تكوين الاتحادات الخاصة بشركات التأمين الإسلامية لرعاية شؤونها وتوثيق أواصر التعاون والتكافل بين شركات التأمين الإسلامية، وإن تحقيق ذلك لا يكون إلا من خلال مشروع قرار ينظم ويضبط آليات عمل التأمين التعاوني الإسلامي ومفهومه وتكليفه الشرعي على أن يشمل المناحي التالية كإطار لهذا المشروع :-

(١) توحيد أسس العمل فيما يتعلق بعملية إدارة التأمين التعاوني الإسلامي وإعادة التأمين التعاوني الإسلامي .

وإننا نعرض المنهج الذي اتبعناه في تطبيق التأمين التعاوني شركة التأمين الإسلامية في الأردن .

(٢) توحيد نصوص وثائق التأمين المختلفة التي تستخدم أو من المحتمل استخدامها في أسواق التأمين المختلفة العربية والإسلامية وتعميمها على جميع شركات التأمين التعاوني الإسلامية .

(٣) توحيد الأطر التشريعية الحاكمة لنشاط التأمين التعاوني وذلك بالتعاون مع الجهات الرقابية التي تتولى المراقبة على نشاط التأمين في الدول التي تعمل فيها شركات التأمين الإسلامية .

(٤) تُحاول بعض شركات التأمين التقليدية محاكاة المؤسسات الاقتصادية الإسلامية بما فيها شركات التأمين الإسلامية في إيهام جمهور المتعاملين بأنها تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية من خلال نوافذ إسلامية متناسيين ما تتطوي عليه هذه الممارسات من خلط للأموال ووقوعها تحت طائلة الشبهات .

وعليه نُهيب بأصحاب الفضيلة العلماء دراسة هذا النشاط وإصدار الفتاوى لتعميمها على جميع الجهات الرقابية في الدول العربية والإسلامية تحذّر من تقديم أية خدمة تأمين تحمل صفة التأمين التعاوني الإسلامي من خلال استحداث النوافذ الإسلامية في المؤسسات المالية التقليدية لما في ذلك من شبهات .

(٥) توحيد وتأطير هيئات الرقابة الشرعية في شركات التأمين التعاوني الإسلامي وتبادل الفتاوى الشرعية الخاصة بنشاطات هذه الشركات والعمل على نشرها في كتاب واحد يضم جميع الفتاوى ذات العلاقة والصادرة عن هيئات الرقابة الشرعية لتعم الفائدة للجميع وتجنب الازدواجية لما لهذه الفتاوى من خصوصية ويكون بذلك مرجعاً معتمداً مثل مراجع المعايير الدولية .

(٦) تبادل الخبرات بين أسواق التأمين في العالم الإسلامي والتي تعتمد التأمين التعاوني أساساً لنشاطها التأميني وصولاً إلى بيان الأحكام الشرعية المتشابهة وإزالة أية عوائق قد تعيق انتشار وتقدم هذا النشاط الاقتصادي المبني على أصول الأحكام الشرعية .

(٧) تبني المعايير الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية كأساس في آلية ومفهوم وعمل شركات التأمين وإعادة التأمين الإسلامية في الجانب الشرعي وكذلك المحاسبي واعتبارها مصدراً من مصادر المراجع الرسمية لهذا النشاط.

أرجو أن أكون قد وفقت في تلمس وبيان الجوانب المتعددة لهذه المحاضرة التي اشتملت على العديد من المواضيع الاقتصادية الإسلامية الهامة والتي يحتاج كل عنوان منها لدراسة مستفيضة .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته ، ،

أحمد محمد صباغ

المدير العام

شركة التأمين الإسلامية

رئيس الاتحاد العالمي لشركات التكافل والتأمين الإسلامي

المملكة الأردنية الهاشمية

الملحق رقم "١"
معايير توزيع الفائض التأميني
المرفق بمحاضرة
التأمين التعاوني الإسلامي
الأحكام والضوابط الشرعية

لقد تمّ وضع جُملة من المعايير لتوزيع الفائض التأميني في شركات التأمين الإسلامية، من قِبَل هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في البحرين بحيث يترك لإدارة كلّ شركة حرية اختيار المعيار الذي تراه مناسباً وإنّ من أهمّ المعايير المعتمدة في شركات التأمين الإسلامية هي المعايير التالية :-

المعيار الأول :

شمول توزيع الفائض التأميني لجميع حملة الوثائق دون تفريق بين مَنْ حصل على تعويضات ومَنْ لم يحصل، بنسبة أقساط التأمين التي شارك فيها كلّ مشترك، لأنّ كلّ مشترك متبرع للآخرين بما يدفع لهم من تعويضات وما بقي من اشتراكه يجب أن يردّ إليه بعد خصم ما تتطلبه العمليات التأمينية من مصاريف ونفقات وتكوين الاحتياطات .

وهذا المعيار يُغلب مراعاة جانب المعنى التعاوني الذي يشعر به المكتتب فله نصيب من الفائض التأميني حتى لو حصل على تعويضات مستغرقة لأقساطه أو أقلّ منها. ويجري العمل بهذا المعيار في شركة التأمين الإسلامية في الأردن .

المعيار الثاني:

شمول توزيع الفائض التأميني لحملة الوثائق الذين لم يحصلوا على تعويضات أصلاً، أما الذين حصلوا على تعويضات فلا يستحقون شيئاً من الفائض التأميني .

وهذه الطريقة تراعي استفادة الحاصلين على مزايا التعاون مهما قلّت، فتعتبر ذلك استفادة تعفي من شمول التوزيع لهم .

المعيار الثالث :

التفريق بين مَنْ حصل على تعويضات استغرقت جميع أقساطه وبين مَنْ حصل على تعويضات أقل من أقساطه .

فالذين حصلوا على تعويضات استغرقت جميع أقساطهم لا يستحقون شيئاً من الفائض التأميني ، أما الذين حصلوا على تعويضات لم تستغرق جميع أقساطهم فيتم توزيع الفائض التأميني عليهم وتكون حصتهم منه كاملة مخصوماً منها الجزء من التعويض الذي حصلوا عليه .

المعيار الرابع :

توزيع نسبة مئوية ثابتة من الفائض التأميني المخصص للتوزيع على المستأمنين (حملة الوثائق) والاحتفاظ بالباقي في الشركة .

المعيار الخامس :

تقسيم الفائض التأميني المخصص للتوزيع بين حملة الوثائق بحيث يُعطى المتضررون الذين دفعت لهم تعويضات نصف ما يُعطى لغير المتضررين .

الملحق رقم "٢"
جدول يوضح الفرق
بين التأمين التعاوني الإسلامي والتأمين التجاري
المرفق بمحاضرة
التأمين التعاوني الإسلامي
الأحكام والضوابط الشرعية

التأمين التجاري	التأمين التعاوني الإسلامي
<p>(١) التأمين التجاري من عقود المعاوضات ولا يخلو من الربا والغرر وغيره من المحظورات الشرعية.</p> <p>حيث لا تتحرج شركات التأمين التجارية أو التقليدية أن تقوم بالتأمين على أمور محرمة وأن تستثمر أموالها بأسلوب ربوي .</p>	<p>(١) التأمين التعاوني الإسلامي قائم على التعاون ويدخل في مسمى عقود التبرعات ويخلو من الربا وغيره من المحظورات الشرعية .</p>
<p>(٢) وجود لجنة فنية فقط .</p>	<p>(٢) وجود هيئة رقابة شرعية ، حيث إنها تقوم بالتدقيق على سجلات الشركة وعقودها واتفاقيات إعادة التأمين، ومجالات استثماراتها، وتتأكد من أن جميع هذه الأعمال قد تمت إدارتها وفق الأصول الشرعية وخالية من أي محظور شرعي لأنها بذلك تتوب عن لا نائب له .</p>
<p>(٣) العلاقة القائمة بين الشركة والمؤمن له تقوم على أساس تجاري تحكمه ظروف العرض والطلب .</p>	<p>(٣) العلاقة القائمة بين المؤمن له (وهو المستأمن) والمؤمن (هم المستأمنين) هي شركاء متضامنين في العُثم والغُرم .</p>
<p>(٤) لا يعود أصل أو أي جزء من قيمة القسط المدفوع بأي حالٍ من الأحوال إلى صاحبه المؤمن له .</p>	<p>(٤) يعود أصل قيمة القسط المدفوع إلى صاحبه على أساس أنه فائض تأميني، بعد استقطاع حصته من التعويضات والمصاريف نظاماً .</p>

<p>٥) عوائد استثمارات أصول الأقساط تؤول لصالح الشركة التجارية (المساهمين) فقط دون غيرها.</p>	<p>٥) عوائد استثمارات أصول الأقساط تخص أصحابها المؤمنين بعد استقطاع حصة الشركة "كمضارب" .</p>
<p>٦) تهدف الشركة إلى تحقيق أعلى ربحية ممكنة للمساهمين .</p>	<p>٦) تهدف الشركة في المقام الأول إلى توفير التعاون والتكافل بين أفراد المجتمع وتمميته .</p>
<p>٧) أرباح الشركة ناتجة عن استثمار أموالها الذاتية بالإضافة إلى الأرباح التجارية الناتجة عن عمليات التأمين كاملة .</p>	<p>٧) أرباح الشركة ناتجة عن استثمار أموالها الذاتية وعن حصتها "كمضارب" من عوائد استثمار فائض أقساط التأمين، وعن الأجر المعلوم مقابل إدارتها بصندوق التأمين التعاوني .</p>
<p>٨) لديها رأس مال واحد يخص "المساهمين فقط" .</p>	<p>٨) تمتاز بوجود رأس مال "ثابت: يخص المساهمين ورأس مال آخر "متغير" يخص "حملة الوثائق" .</p>

الملحق رقم "٣"
شروط وتحديدات وثيقة تأمين السيارات الشامل
المرفق بمحاضرة
التأمين التعاوني الإسلامي
الأحكام والضوابط الشرعية

(١) التزامات المستأمن :

يلتزم المستأمن في عقد تأمين المركبات تأميناً شاملاً وهو الذي يغطي الأضرار والخسائر التي تصيب هياكل المركبات وملحقاتها بالإضافة إلى شمول المسؤولية المدنية للسائق و/أو المالك تجاه الغير بالالتزامات التالية :-

(١) تقدير قيمة المركبة المؤمن عليها على أساس قيمة مثيلاتها في السوق المحلية والتوقيع على عقد التأمين .

(٢) دفع أقساط التأمين حسب التقدير الخاص بذلك وفق الأسس المعمول بها في الشركة وفي أوقاتها المحددة حيث يتم في الغالب تحديد قيمة القسط السنوي بضرب قيمة المركبة السوقية في سعر التأمين (١) المحدد في التعرفة .

(٣) اتخاذ كافة الاحتياطات المعقولة واللازمة للمحافظة على المركبة المؤمن عليها وحمايتها بما يجنبها الخسارة أو الضرر وإبقائها في حالة صالحة للاستعمال .

(٤) في حالة وقوع حادث نتجت عنه خسارة أو ضرر يجب عليه حراسة المركبة المؤمن عليها ، واتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع تفاقم الخسارة أو الضرر ، وأن لا يقودها قَبْلَ إجراء الإصلاحات اللازمة .

(٥) يجب على المستأمن أن يظل طوال سريان العقد المالك الوحيد للمركبة المؤمن عليها وإذا تصرف ببيعها أو إجارتها دون علم أو موافقة الشركة فإن عقد التأمين يصبح لاغياً اعتباراً من تاريخ التصرف بالبيع أو الإجارة .

(٦) في حالة وقوع حادث قد يترتب عليه مطالبة بالتعويض فيجب على المستأمن أن يعلم الشركة بذلك ، وأن يبلغ أقرب مركز للشرطة في أقرب وقت ممكن وقبل انقضاء (٤٨) ساعة على وقوع الحادث ، وأن يزوده بكافة البيانات الخاصة بالحادث ليقوم بتنظيم التقرير اللازم ، إلا إذا وقعت ظروف تحول دون هذا التبليغ .

(١) سعر التأمين هو : نسبة من قيمة الممتلكات التي يتفق على اعتبارها إجمالي مبلغ التأمين أو الحد الأعلى لمسؤولية الشركة في حالة التأمين من المسؤوليات تجاه الغير .

(٧) في حالة وقوع حادث سرقة جزئية للمركبة المؤمن عليها أو تعرضها لأي عمل جنائي قد يترتب عليه مطالبة بالتعويض وفقاً لعقد التأمين يتعين على المستأمن أن يبلغ الشرطة فوراً وأن يتعاون مع الشركة في سبيل إدانة مرتكب الجريمة ، وأن لا يباشر هو أو يسمح لغيره بمباشرة أية تصليحات في المركبة قبل إعلام الشركة وأخذ موافقتها المسبقة .

(٨) كل إعلام أو إبلاغ يتعين على المستأمن إرساله وفقاً لعقد التأمين يجب أن يوجه إلى الشركة خطياً وبتوقيع المستأمن أو من ينوب عنه قانوناً .

(٩) لا يجوز للمستأمن أو لمن ينوب عنه أن يقر بمسؤوليته أو يعرض التصالح أو يعد به أو يتصالح مع الفريق الثالث المسبب للخسارة أو الضرر الذي أصاب المركبة المؤمن عليها دون الموافقة الخطية من الشركة .

ويحق للشركة إذا ارتأت ذلك مباشرة الدفاع باسم المستأمن وتسوية أية مطالبة ، ويحق لها أيضاً الملاحقة باسم المستأمن ولمصلحتها الخاصة بشأن جميع التعويضات والتضمينات وما إليها . ويكون لها مطلق الحرية في مباشرة أية دعوى باسم المستأمن بخصوص أية مطالبة قد تسأل عنها الشركة بموجب هذا العقد .

(ب) أسس التعويضات :

أولاً : التغطيات وحدود مسؤولية الشركة :

- (١) الحد الأعلى لمسؤولية الشركة عن الأضرار الجسدية والمادية التي تسببها المركبة للغير يكون طبقاً لنظام التأمين الإلزامي الساري المفعول .
- (٢) الحد الأعلى لمسؤولية الشركة في حالة هلاك المركبة كلياً وفق القيمة المقيدة من قبل المستأمن لأغراض التأمين أو القيمة السوقية للمركبة أيهما اقل (أي قيمة السيارة في السوق فيما لو تم بيعها تقديراً) .
- (٣) الحد الأعلى لمسؤولية الشركة عن نقل المركبة إلى اقرب ورشة تصليح ، أو حراستها عند تعطلها بسبب من أسباب الخسائر أو الأضرار المغطاة بعقد التأمين المشار إليها أعلاه وهو خمسون ديناراً .
- (٤) الحد الأعلى لمسؤولية الشركة عن التصليح الضروري المسموح للمستأمن أن يجريه لتمكين المركبة من السير بقوتها الذاتية إلى ورشة التصليح هو خمسون ديناراً .
- (٥) لا يغطي عقد التأمين الأضرار الأدبية أو النفسية أو المعنوية والعطل ونقصان القيمة .

ثانياً : حدود التغطية :-

- (١) تتعهد الشركة بتعويض المستأمن عن الضرر أو الخسارة التي تصيب المركبة المؤمن عليها وملحقاتها وقطع غيارها أو الأضرار المادية أو الجسدية التي تصيب الغير وذلك في الحالات التالية :-

- (أ) إذا حدث الضرر أو الخسارة عن حادث تصادم مشمول بالتغطية .
- (ب) إذا حدث الضرر أو الخسارة عن حريق ، أو انفجار داخلي أو اشتعال ذاتي ، أو بسبب الصاعقة ، أو عن السرقة ، أو محاولة السرقة .
- (ج) إذا حدث الضرر أو الخسارة عن فعل صادر عن الغير .
- (د) إذا كان الضرر أو الخسارة متسبباً عن تساقط أجسام أو تطايرها .
- (هـ) الأضرار التي تصيب المركبة المؤمنة أثناء قطرها بسبب عطل أصابها .
- (٢) للشركة الخيار في أن تدفع التعويض عن الضرر أو الخسارة نقداً أو أن تقوم بتصليح المركبة ، أو استبدال أي جزء منها ، أو من ملحقاتها أو قطع غيارها ، على ألا تتعدى مسؤولية الشركة قيمة الأجزاء المتضررة أو الهالكة مضافاً إليها الأجور المعقولة لتكريب هذه الأجزاء المتضررة ، وهذا هو نقصان القيمة التي يغطيها هذا العقد .
- وإذا كانت القطع اللازمة غير متوفرة في الأسواق المحلية ، فالتعويض الذي على الشركة دفعه لا يمكن أن يتجاوز آخر سعر محدد لهذه القطع في الأسواق المحلية . ويراعى في حالة تركيب قطع غيار جديدة مكان أخرى مستعملة ، أو دفع قيمتها أن يتحمل المستأمن نسبة الاستهلاك وفق قواعد الاستهلاك المبينة أدناه :-

السنة الثانية	٦٪	(ستة بالمائة)
السنة الثالثة	١٢٪	(اثنا عشر بالمائة)
السنة الرابعة	١٨٪	(ثمانية عشر بالمائة)
السنة الخامسة	٢٤٪	(أربعة وعشرون بالمائة)
السنة السادسة	٣٠٪	(ثلاثون بالمائة)
السنة السابعة	٣٦٪	(ستة وثلاثون بالمائة)

استثناءات من حدود التغطية :-

- لا تكون الشركة مسؤولة في أي حال من الأحوال عن :-
- (١) ما يترتب على استعمال المركبة من خسارة تلحق بالمستأمن أو نقص في قيمة المركبة المؤمن عليها ، أو عطب أو خلل أو كسر يصيب أجهزتها الميكانيكية أو الكهربائية نتيجة الاستعمال .
- (٢) الخسارة أو الأضرار التي تصيب الإطارات أو الطاسات أو الهوائي أو أدوات مسح الزجاج والمرايا والزيادات الخارجية عدا ما كان ناشئاً عن حادث يغطيها هذا العقد .
- (٣) الخسارة أو الأضرار التي تلحق بالمركبة نتيجة زيادة حمولتها ، أو خروج هذه الحمولة عن جسم المركبة بشكل يخالف القانون ، أو إذا كان عدد ركابها وقت وقوع

الحادث يزيد عن العدد المقرر قانوناً ، بشرط أن تكون هذه المخالفة هي السبب الرئيس في وقوع الحادث .

(٤) الخسارة أو الأضرار التي تصيب حمولة المركبة أو الأجهزة الاتصالية المركبة كأجهزة الهاتف والتلفزيون وما شابه ذلك أو أية ممتلكات أخرى موجودة في المركبة ، ما لم ترد صراحة في العقد أو ملاحظته ، مع بيان قيمتها التأمينية ودفع قسط التأمين الإضافي المستحق عليها .

(٥) لا تعتبر الشركة مسؤولة عن دفع أي تعويض عن :-

(أ) نقصان قيمة المركبة بعد التصليح .

(ب) الخسائر أو الأضرار التبعية ، التي تلحق بالمستأمن بسبب حادث مغطى بهذا العقد يقع للمركبة ، ومنها حرمان المستأمن من استعمالها .

(ج) التعويضات عن الأضرار الأدبية و / أو النفسية و / أو المعنوية .

(ج) القواعد والشروط المتعلقة بعقد تأمين السيارات :

- الشروط العامة :

(١) يعتبر هذا العقد والجدول الملحق به وأي ملحق أو تظهير عليه عقداً واحداً ، وكل كلمة أو عبارة أعطي لها معنى خاصاً في أي جزء من العقد أو الجدول أو الملاحق أو التظهيرات يكون لها ذات المعنى في أي مكان آخر وردت فيه .

(٢) يجوز للشركة أن تقوم في أي وقت أثناء سريان العقد بمعاينة المركبة المؤمن عليها أو أي جزء منها وان تتأكد من أهلية أي سائق أو مستخدم لدى المستأمن .

(٣) يحق للشركة في حالة السرقة الكلية للمركبة أن تؤجل دفع التعويض لمدة أقصاها ستة أشهر وصدور قرار بذلك من الجهات المختصة .

(٤) يحق لكل من الشركة أو المتعاقد معها أن يطلب إلغاء التأمين التكميلي في أي وقت وذلك وفق الأسس التالية :-

(أ) بعد تبليغ الطرف الآخر بالرغبة بالفسخ بموجب طلب خطي مباشر وتوقيع هذا الطلب من قبل هذا الطرف الآخر ، ومضي سبعة أيام على هذا التبليغ .

(ب) بعد مضي خمسة عشر يوماً على إرسال كتاب مسجل بدوائر البريد أو البرق ، وذلك على آخر عنوان معروف للطرف المخاطب يتضمن الرغبة في الفسخ .

(٥) تعيد الشركة للمستأمن جزءاً من القسط يتناسب مع المدة المتبقية من التأمين إذا ما وقع الفسخ من قبلها .

(٦) أما إذا وقع الفسخ من قبل المستأمن فتعيد له الشركة القسط المقبوض ناقصاً القسط الذي تستوفيه الشركة عادة وفق تعرفه المدة القصيرة التالية عن المدة التي كان خلالها العقد ساري المفعول شريطة أن لا تكون قد أثرت أية مطالبة بالتعويض خلال مدة سريان التأمين إذ انه في تلك الحالة لا تعيد الشركة له شيئاً .

وبيان ذلك انه إذا أمّن شخص على مركبته لدى الشركة في شهر كانون الثاني بقسط تأمين سنوي مقداره ثلاثمائة دينار ، وقرر فسخ العقد في شهر حزيران من العام نفسه (أي انه أمّن على سيارته في بداية العام وقرر إلغاء التأمين بعد ستة أشهر من تاريخ التأمين) فتعيد الشركة له القسط المقبوض منه ناقصاً القسط الذي تستوفيه الشركة عادة وفق تعريفه المدة القصيرة المبين أدناه .

(ومقداره $300 \times 25\% = 75$) ففي المثال أعلاه يعاد للمستأمن مبلغ خمسة وسبعون ديناراً ، أي أن الشركة تحتفظ لنفسها بمبلغ (٢٢٥) من أصل القسط البالغ (٣٠٠) وتعيد للمستأمن (٧٥) .^(١)

(١) كتاب التأمين الإسلامي الصادر عن شركة التأمين الإسلامية عمان - الأردن .

الملحق رقم "٤"
التعريفات والاستثناءات الخاصة
بتأمين الحوادث الشخصية
المرفق بمحاضرة
التأمين التعاوني الإسلامي
الأحكام والضوابط الشرعية

(أ) التعريفات :

- (١) **العجز الكلي الدائم** : العجز الذي يمنع صاحبه من مزاوله مهنته العادية اثني عشر شهراً متتالية ثم يمنعه بعد ذلك من مزاوله أية مهنة أو عمل مؤهل له بصورة معقولة وفقاً لثقافته وتدريبه وخبرته .
- (٢) **العجز الجزئي الدائم** : الأذى الجسمي الطارئ الناجم عن حادث والذي يؤدي بمفرده دون غيره خلال سنة من حدوثه إلى أي عجز وارد في التغطيات التأمينية ضمن الجدول من هذه الوثيقة .

(ب) الاستثناءات:

- من المفهوم والمتفق عليه أنه لا يتم دفع أي تعويض بموجب هذا التأمين إذا نتجت الوفاة أو الإصابة بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن أي من الأمور التالية :-
- (١) الانتحار أو الإصابة المتعمدة بغض النظر عن حالة المؤمن له العقلية .
- (٢) الحرب ، الغزو ، أعمال العدو الأجنبي ، الأعمال العدائية (سواء أعلنت الحرب أم لم تعلن) التمرد ، الهيجان الذي يرقى لمرتبة الانتفاضة الجماهيرية ، الثورة المسلحة، العصيان المسلح ، أي عمل يقوم به أي شخص أو جهة بناء على أوامر من أية منظمة هدفها الإطاحة بالقوة بأية حكومة أو التأثير عليها عن طريق العنف والتخريب أو الاشتراك بأية أعمال حربية.
- (٣) ركوب الطائرات أو أي نوع من أعمال الطيران ما لم يكن للمؤمن عليه صفة الراكب بأجر في خط جوي منتظم أو رحلة مستأجرة .
- (٤) إساءة استعمال العقاقير الطبية أو الكحول .
- (٥) أعمال الغوص أو الاشتراك أو التدريب على أي نوع من أنواع الرياضات الخطرة أو الاشتراك في مسابقات السرعة بواسطة آلة ذات محرك، أرضية أو مائية أو سباقات الخيل .
- (٦) المرض أو الخلل العقلي الجسدي .

- (٧) أية إصابة جسدية تؤدي لفتق أو لانزلاق العمود الفقري إلا إذا كانت هذه الإصابة ناتجة عن حادث مغطى ومشمول بموجب شروط وأحكام هذه الوثيقة .
- (٨) الحمل والولادة ، والإجهاض أو أية تعقيدات ناتجة عنها .
- (٩) التسمم (بما في ذلك التسمم بالغازات) إلا إذا كان مصاحباً لحادث أو نتيجة له .
- (١٠) حالات موجودة قبل بدء التأمين .^(١)

(١) كتاب التأمين الإسلامي الصادر عن شركة التأمين الإسلامية عمان - الأردن .

الملحق رقم "هـ"
الخاص بالخدمات التأمينية التي
تقدمها المؤسسة الإسلامية لتأمين
الاستثمار وائتمان الصادرات
المرفق بمحاضرة
التأمين التعاوني الإسلامي
الأحكام والضوابط الشرعية

(أ) البوليصة الشاملة قصيرة الأجل :

صممت هذه الوثيقة لتغطية مخاطر الشحنات المتتابعة للمواد الخام والمنتجات الصناعية الخفيفة التي لا يتجاوز الائتمان المقدم للبائع في شأنها فترة عامين ، ويتعين عادة على المصدر تأمين كل صادراته إلى الدول الأعضاء في المؤسسة مع جواز الاستثناء في بعض الحالات إما بفرض رسوم إضافية أو بدون ذلك، ويمكن إيجاز السمات الأساسية للوثيقة فيما يلي :-

(أ) المخاطر المغطاة :

المخاطر التجارية المغطاة هي إعسار المشتري ورفضه أو عجزه عن الوفاء بالثمن أو رفضه قبول البضاعة وتشمل المخاطر غير التجارية فرض قيد على تحويل العملة أو التأخير في التحويل أو فرض قيود على التصدير والاستيراد ومخاطر الحرب والإضرابات المدنية .

(ب) مدة التأمين :

سنة واحدة قابلة للتجديد بموجب إجراءات تجديد مبسطة .

(ج) نسبة التعويض :

٩٠ بالمئة من مبلغ الخسارة أو من حد الائتمان المصرح به المشتري أيهما اقل .

(د) فترة انتظار دفع المطالبات :

تدفع المطالبات مباشرة إذا كان سبب الخسارة هو إفلاس المشتري ، وتكون فترة الانتظار عادة أربعة أشهر في حالات الخسارة لأسباب أخرى .

(هـ) تمويل الصادرات :

تجوز حوالة حصيلة المطالبات للبنك ممول وبذلك للحصول على تمويل الصادرات .

(و) رسوم الوثيقة :

تدفع رسوم الوثيقة (١٥٠ دولار أمريكي) مقدماً قبل إصدارها .

(ز) رسوم معلومات الائتمان :

٧٥ دولار أمريكي لكل طلب للموافقة على حد ائتمان للمشتري .

(ح) معدل أقساط التأمين :

تدفع الأقساط شهرياً اعتماداً على الإقرارات المقدمة من المصدر ، ويحدد معدل القسط لكل وثيقة على حده ويعتمد على عدة عوامل مثل شروط الدفع وتقييم السوق لقطر المشتري وسجل مطالبات المصدر .

(ط) الاسترداد:

يتعين على المصدر تعقب استرداد مستحقاته على المشتري بعد دفع المطالبة وذلك بالتشاور مع المؤسسة ويجوز للمؤسسة أن تمارس حقها في الحلول محل المصدر وتعقب مستحقاتها اثر ذلك .

(ي) تمديد الغطاء :

يجوز في الحالات المناسبة تمديد الغطاء ليشمل مخاطر ما قبل الشحن ومخاطر البيع إلى/أو بواسطة الشركات الخارجية التابعة، أو ليشمل حالات أخرى خاصة .

(٢) الوثيقة متوسطة الأجل التكميلية :

صممت الوثيقة متوسطة الأجل التكميلية لتناسب صادرات السلع الاستهلاكية والرأسمالية وشبه الرأسمالية في الحالات التي يتجاوز فيها الائتمان الممنوح للمشتري فترة عامين، شريطة أن لا تتجاوز فترة الائتمان خمس سنوات، وكما هو الحال بالنسبة للوثيقة الشاملة يتعين على طالب الوثيقة التكميلية إسناد غطاء كافة صادراته إلى المؤسسة .

(٣) وثيقة المصارف العامة :

صممت هذه الوثيقة بصفة خاصة لتغطية مخاطر عدم الوفاء بالثمن فيما يتعلق بالعقود التي يمولها البنك الإسلامي للتنمية أو بالعمليات التمويلية للبنوك الإسلامية الأخرى ، وتوفر هذه الوثيقة التغطية لعمليات ائتمان الصادرات التي تمنحها المصارف وفقاً للشريعة ، وسوف تغطي الوثيقة نفس المخاطر التي تغطيها الوثيقة الشاملة بالإضافة إلى تغطية مخاطر البضائع الرأسمالية والأصول التي تكون في حوزة البنك .^(١)

(١) تعريف صادر عن المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات - خدمات التأمين على مخاطر ائتمان الصادرات بين الدول الإسلامية - جدة - المملكة العربية السعودية (بتصرف) .

الملحق رقم "٦"
الخاص بتفاصيل الضمانات التي يقدمها صندوق تمويل الصادرات
المرفق بمحاضرة
التأمين التعاوني الإسلامي
الأحكام والضوابط الشرعية

أولاً : المخاطر التي يغطيها الضمان :

- (١) يغطي الصندوق مخاطر عدم استرداد قرض التمويل لفائدة المؤسسات المالية .
- (٢) يغطي الصندوق المخاطر التي تنتج عن عدم قدرة المؤسسة على أتمام الصفقة الموجهة للتصدير طبقاً لعقد البيع المبرم مع المستورد الأجنبي .

ثانياً : العمليات القابلة للضمان :

- (١) عقود التصدير التي تكون وسيلة الدفع فيها خطاب اعتماد مستندي معزز وغير قابل للإلغاء .
- (٢) المؤسسات الصغرى والمتوسطة المصدرة للسلع والخدمات .
- (٣) القروض التي تغطي نسبة ٨٠٪ من مبلغ الصفقة دون تجاوز سقف يحدّد لكل دولة على حده ، وتكون فترة استرداد القرض في حدود ٣٦٥ يوماً .

ثالثاً : شروط الانتفاع بالضمان:

- (١) مصداقية مديري المؤسسة .
- (٢) توفر وسائل الإنتاج والكفاءات اللازمة .
- (٣) وجود تأمين ضد مخاطر الحريق أو تعطل الآلات .
- (٤) التجربة بعنوان الضمانات السابقة للصندوق .

رابعاً : مزايا هذا النوع من الضمان :

- (١) التكلفة المنخفضة حيث يدفع المصدر نسبة ١٥٪ من مبلغ القرض عن كل شهر.
- (٢) تغطية جل المخاطر المحتملة انطلاقاً من الحصول على الطلبية إلى الخلاص النهائي من قبل المشتري الأجنبي .
- (٣) تعويض الضمانات العينية .
- (٤) سيولة التعويض .
- (٥) مدة التعويض لا تجاوز الشهرين في أغلب الحالات .



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

تأصيل التأمين التكافلي على أساس الوقف والحاجة الداعية إليه

كُتِبَ هذا البحث في جمادى الثانية سنة ١٤٢٦هـ
وعرض على ندوة البركة المنعقدة بجدة في
رمضان سنة ١٤٢٦هـ (الموافق لشهر نوفمبر سنة
٢٠٠٥م) لدراسة صيغ التأمين التكافلي حسب
الأحكام الشرعية.

إعداد

القاضي محمد تقي العثماني
رئيس المجلس الشرعي بالبحرين
وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي
ونائب رئيس جامعة دار العلوم بكراتشي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الكريم ، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين ، أما بعد ،

فقد اتفق معظم العلماء المعاصرين والمجامع والندوات الفقهية على حرمة التأمين التجاري التقليدي لما يشتمل عليه من الغرر والقمار والربا. وقد اقترح التأمين التكافلي بديلا للتأمين التقليدي على أن يكون التعامل فيه على أساس التبرع دون المعاوضة، فإن الغرر إنما يحرم في عقود المعاوضة، لافى التبرعات. ومن أجل تطبيق هذا المبدأ على نطاق أوسع من نطاق التأمين التعاوني أو التبادلي، يقوم مجموعة من المساهمين بتكوين شركة مساهمة تسمى شركة التكافل أو شركة التأمين الإسلامي. وإن هذه الشركة تقوم بمهام آتية:

(١) تنشئ محفظة للتأمين، وتطلب من طالبي التأمين (المستأمنين) أن يتبرعوا بأقساط التأمين لهذه المحفظة حسب اللوائح والأنظمة التي يتم إعلانها من قبل الشركة. وإن هذه المحفظة هي التي تقوم بدفع التعويضات إلى المستأمنين حسب الشروط المعلنة في تلك اللوائح.

(٢) الشركة لا تملك محفظة التأمين، وإن دورها بالنسبة لإدارة المحفظة ينحصر في إنشاء حساب مستقل لأموالها وعوائدها، ومصاريفها والتعويضات المدفوعة منها، وفوائدها. ويكون هذا الحساب منفصلا عن حساب الشركة فصلا كاملا. وللشركة أن تتقاضى أجره من المحفظة مقابل هذه الخدمات. ولكن بعض الشركات تؤدي هذه الخدمات بدون عوض.

(٣) إن الشركة تقوم باستثمار أموال المحفظة على أساس المضاربة الشرعية، تكون هي فيها مضاربة، وتكون المحفظة رب المال. وتضخ الشركة في وعاء المضاربة جزء من رأس مالها أيضا، فتستحق ربحها مضافا إلى ما تستحقه بصفة المضارب.

(٤) إن محفظة التأمين تتزايد مبالغها بتزايد المستأمنين، وبالعوائد التي تكسبها من استثمار أموالها على أساس المضاربة مع الشركة. فإن بقى شيء بعد دفع التعويضات إلى المستأمنين حسب الشروط، وهو الذي يسمى الفائض التأميني، فإن جزء منه توزعه الشركة على المستأمنين حسب اللوائح المنظمة لذلك.

وتختلف شركات التكافل من شركات التأمين التقليدية بالفوارق الجوهرية الآتية:

(١) إن محفظة التأمين ليست مستقلة من أموال الشركة في التأمين التقليدي، وجميع ما يدفعه المستأمنون من أقساط التأمين تكون مملوكة للشركة، بخلاف شركات

التكافل، فإن محفظة التأمين فيها منفصلة تماما عن أموال الشركة، وليست مملوكة لها.

(٢) إن عقد التأمين التقليدي عقد معاوضة بين المستأمن والشركة، يدفع حامل الوثيقة بموجبه أقساط التأمين إلى الشركة، وتدفع الشركة إليه مبالغ التأمين، عند توافر الشروط، من أموالها المملوكة لها. أما شركات التكافل، فإن المستأمنين فيها يتبرعون بالأقساط إلى محفظة التأمين، وهى تتبرع إليهم بالتعويضات حسب شروطها.

(٣) الأرباح الحاصلة من استثمار الأقساط كلها مملوكة فى التأمين التقليدي للشركة بحكم كون الأقساط مملوكة لها، ولا حق للمستأمنين فى هذه الأرباح. أما ما يستحقونه من مبالغ التأمين أو التعويضات عند الأضرار المؤمن عليها فإنما يستحقونه بحكم عقد التأمين، لامن حيث إنهم مساهمون فى الاستثمار، بخلاف شركات التكافل، فإن أرباح الأقساط فيها ليست مملوكة للشركة، وإنما هى مملوكة لمحفظة التأمين المملوكة للمستأمنين.

(٤) لا يستحق المستأمنون فى التأمين التقليدي أية حصة فى الفائض التأميني، فإنه بأسره مملوك للشركة، وهو الربح المقصود لها من وراء عمليات التأمين. أما فى شركات التكافل، فالفائض كله مملوك للمحفظة، ويوزع كله أو جزء منه على المستأمنين.

هذه خلاصة ما يجرى عليه العمل فى شركات التكافل المعاصرة وما تتميز به عن شركات التأمين التقليدية.

التكييف الشرعي لعمليات التكافل

وبالرغم من التوسع الذى نشاهده فى نشاطات شركات التكافل واتفاق هيئاتها الشرعية على جواز هذه العمليات، فإنه لم تتفق مواقف العلماء على تكييفها الفقهي، ولا يزال الخلاف فيه قائما حتى الآن. وذلك لأن عمليات التكافل تتلخص فى أمور ثلاثة. الأول: التبرع من قبل حامل الوثيقة إلى محفظة التأمين. والثانى: دفع المحفظة مبالغ التأمين إلى حامل الوثيقة عند توافر الشروط. والثالث: عود الفائض التأميني أو جزء منه إلى حملة الوثائق. وإن هذه الأمور الثلاثة كلها مرتبط بعضها ببعض، وكل دفعة من هذه الدفعات لازمة على الدافع بحكم العقود أو اللوائح التى تنظم هذه العمليات. فما هى صفة هذه الدفعات من الناحية الفقهية؟ وكيف تكتسب هذه الدفعات صفة الإلزام؟ وإن كان ما يدفع حامل الوثيقة هبة فكيف يرجع إليه عند التعويض أو عند توزيع الفائض؟ هذه أسئلة أجاب عنها المجوزون لهذه العملية بطرق مختلفة.

هبة الثواب

فكيّفه بعض الكتّاب المعاصرين على أساس الهبة بشرط العوض، المعبر عنها بهبة الثواب عند كثير من الفقهاء. فقالوا: ما يدفعه حامل الوثيقة إلى المحفظة هبة بشرط أن تعوضه المحفظة بالتعويض التأميني عند توافر الشروط، وبجزء من الفائض التأميني. ولكن تكيّفه على أساس هبة الثواب بعيد عن الصواب، لأن الفقهاء صرحوا بأن الهبة إذا اشترط فيها العوض فإنه بيع وياخذ جميع أحكام البيع. أما الحنفية فيجعلونها هبة ابتداء وبيعا انتهاء. جاء في كنز الدقائق: "والهبة بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط فيها التقابض في العوضين، وتبطل بالشيوع، بيع انتهاء، فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة".

وقال الطوري تحته نقلا عن وقف هلال والخصاف: "ولو وهب الواقف الأرض التي شرط فيها الاستبدال به ولم يشترط عوضا لم يجز، ولو شرط عوضا فهو كالبيع".^١

أما الفقهاء الآخرون، وفيهم زفر من الحنفية،^٢ فيعتبرون الهبة بشرط العوض بيعا ابتداء وانتهاء. قال الخطاب رحمه الله: "وجاز شرط الثواب ش يعني أن الهبة تجوز بشرط الثواب، وسواء الثواب الذي يريد أم لا. أما إذا عينه فقالوا: إنها جائزة، وهي حينئذ من البيوع. قال في التوضيح: كما لو قال: أهبها لك بمائة دينار. ويشترط في ذلك شروط البيع".^٣

وقال الخطيب الشربيني: "ولو وهب شخصا شيئا بشرط ثواب معلوم عليه، كوهبتك هذا على أن تشيني كذا، فالأظهر صحة هذا العقد نظرا للمعنى فإنه معاوضة بمال معلوم فصح، كما لو قال: بعثك. والثاني بطلانه نظرا إلى اللفظ لتناقضه، فإن لفظ الهبة يقتضي التبرع، ويكون بيعا على الصحيح نظرا إلى المعنى. فعلى هذا تثبت فيه أحكام البيع من الشفعة والخيارين وغيرهما. قال في التتقيح: بلا خلاف، وغلط الغزالي في إشارته إلى خلاف فيه اه".^٤

وقال البهوتي رحمه الله تعالى: "وإن شرط الواهب فيها أى الهبة عوضا معلوما صارت الهبة بيعا، فيثبت فيها خيار مجلس ونحوه، ويثبت فيها شفعة إن كان الموهوب شقفا مشفوعا، ونحوهما كالرد بالعيب... ووجوب التساوى مع التقابض قبل التفرق في الربوي المتحد، لأنه تملك بعوض معلوم. أشبه ما لو قال: بعثك أو ملكتك".^٥

^١ البحر الرائق ٥٠٢:٧، وراجع أيضا المبسوط للسرخسي ١٠١:١٢، وحاشية ابن عابدين ٥: ٧٠٥، ٧٠٦.

^٢ البحر الرائق ٥٠٢:٧ وبدائع الصنائع ٦: ١٣٢.

^٣ مواهب الجليل للخطاب ٦: ٦٦.

^٤ مغنى المحتاج ٢: ٤٠٤.

^٥ كشف القناع ٤: ٣٠٠.

فظهر بهذا أن المذاهب الأربعة متفقة على أن الهبة بشرط العوض بيع فى جميع أحكامه. وعلى هذا لو بُنى التكافل التأميني على أساس الهبة بشرط العوض، فإن ذلك يؤدي إلى محظورات آتية:

أولاً: إن صيغة التكافل إنما لجأنا إليها للفرار من الغرر فى عقد معاوضة. فلو اخترنا لذلك صيغة الهبة بشرط العوض، فقد ثبت أنه عقد معاوضة مثل البيع سواء بسواء، فعاد المحذور الذى امتنع من أجله التأمين التقليدي.

ثانياً: لما كانت هبة الثواب فى حكم البيع، وكلا العوضين فى التأمين نقد، فإنه يشترط فيه التساوى مع التقابض قبل التفرق، كما سبق فى عبارة البهوتي رحمه الله تعالى. وظاهر أن هذا الشرط يستحيل توافره فى عقود التكافل، وعند فقدان هذا الشرط تستلزم هذه الهبة الربا الصراح علاوة على الغرر الفاحش.

ثالثاً: صرح جميع الفقهاء أن الهبة بشرط العوض إنما تصح بيعاً إذا كان العوض معلوماً. أما إذا كان العوض مجهولاً، فإن العقد باطل عند الشافعية والحنابلة،^١ وقال الحنفية والمالكية: تصح الهبة مطلقة، ويبطل شرط العوض.^٢ والعوض المستحق فى تأمين الأشياء والمسئوليات غير معلوم، فلا تصح العملية على أساس الهبة بشرط العوض عند أحد من المذاهب الأربعة.

فتبين بهذا أن تخريج التأمين التكافلي على أساس الهبة بشرط العوض لا يصح من ناحية من النواحي.

التزام التبرع

والتكليف الثانى للتأمين التكافلي الذى اختاره جمع من العلماء المعاصرين هو أن حامل الوثيقة يلزم نفسه بالتبرع لمجموعة المستأمنين المالكين لمحفظة التأمين. أما ما يحصل عليه المستأمن المتضرر فهو أيضاً التزام بالتبرع من محفظة التأمين. وهو التزام معلق على وقوع الضرر المؤمن منه وتحقق الشروط وانتفاء الاستثناءات. والملتزم له هو المستأمن المتضرر.

وهذا التكليف مبني على أصل المالكية: "من ألزم نفسه معروفاً لزمه." وقد توسع الخطاب رحمه الله تعالى فى بيان أنواع هذا الالتزام وأحكامه. ومن أمثلته ما ذكره الخطاب بقوله: "من التزم الإنفاق على شخص مدة معينة، أو مدة حياة المنفق أو المنفق عليه، أو حتى يقدم زيد أو إلى أجل مجهول لزمه ذلك ما لم يفلس أو يموت، لأنه تقدم فى

^١ مغنى المحتاج ٢: ٤٠٥، وكشاف القناع ٤: ٣٠٠
^٢ البحر الرائق ٧: ٢٠٥، ومواهب الجليل ٦: ٦٦

كلام ابن رشد أن المعروف على مذهب مالك وأصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه مالم يفسل أويتمت...والفروع الآتية كلها صريحة فى القضاء بذلك.^١

وإن هذاالتخريج وإن كان أحسن من التخريج على أساس هبة الثواب، فإنه لا يخلو من مؤاخذات، لأن الالتزام إن كان من طرف واحد فلا شبهة فى كونه التزام تبرع حسب ما ذكره المالكية، ولكننا أمام التزامين من طرفين مرتبط كل منهما بالآخر. وتبدو هذه النقطة جلية حينما نتصور أن شركة التأمين أنشأت محفظة للتأمين تلتزم التبرع بتعويض أضرارالناس بشرط أن يلتزموا بالتبرع إليها، لأن المحفظة لا تتبرع بالتعويض لمن لا يتبرع بالأقساط. ومتى اشترط الالتزام بأن يدفع الملتزم له شيئاً للملتزم، فإنه يأخذ حكم هبة الثواب عندالمالكية أنفسهم الذين أبدعوا فكرة التزام التبرع. يقول الحطاب رحمه الله تعالى : "النوع الخامس:الالتزام المعلق الذى فيه منفعة للملتزم بكسرالزاي. وهو على أربعة أوجه. الأول: أن يكون الفعل المعلق عليه إعطاء الملتزم له للملتزم أو لغيره شيئاً وتمليكه إياه، نحوإن أعطيتنى عبدك أودارك أو فرسك فقدالتزمت لك بكذا...فهذا من باب هبة الثواب.وقد صرحوابأنه إذا سمى فيهاالثواب أنها جائزة، ولم يحك فى ذلك خلافاً، وأنها حينئذ بيع من البيوع، فيشترط فى كل من الملتزم به والملتزم عليه ما يشترط فى الثمن والمثمنون من انتفاء الجهل والغرر، إلا ما يجوز فى هبة الثواب مما سيأتى ذكره فى التبييه الرابع. ويشترط فيها أيضاً كون كل منهما طاهراً منتفعاً به مقدوراً على تسليمه...ولا يجوز أن يكوناطعامين...إلا أن يكون ذلك فى مجلس واحد، والطعامان حاضراً."^٢

وهذا يدل على أن تخريج التأمين التكافلي على أساس التزام التبرع لا يختلف فى النتيجة عن تخريجه على أساس هبة الثواب، وأنه يؤدى إلى نفس المحاذير التى ذكرناها فى هبة الثواب.

ثم إن ما يتبرع به حامل الوثيقة أوالمستأمن إلى المحفظة هل يخرج من ملكه أو لا يخرج؟ قد اضطربت فيه الأقوال. فذكر بعض العلماء الذين كتبوا فى تكييف التكافل التأميني أن محفظة التأمين مملوكة لمجموعة المستأمنين. وإن كان كذلك، فينبغى أن تجب الزكاة على المستأمنين فى جميع ما دفعوه من أقساط، كما ينبغى أن يجرى فيها الميراث، مع أن من المستحيل فى النظام التكافلي السائد اليوم أن تخضع أموال المحفظة لأحكام الميراث. وإن قلنا: إن الأقساط المدفوعة من المستأمنين خرجت من ملكهم وإنهم تبرعوا بها للمحفظة، فينبغى أن لا يبقى لهم أى حق فى هذه الأقساط، فلماذا يرجع إليهم الفائض التأميني بحكم العقد؟ وقد ذكر بعض العلماء أن هذاالتبرع تبرع جزئي وليس كلياً، وإن كان كذلك، فينبغى أن يتميز القدر المتبرع به من غير المتبرع به حتى تجب الزكاة فى الأخير وتجرى فيه الميراث. فمتى يتعين هذا القدر؟ وذكر بعضهم أن

^١ تحرير الكلام فى مسائل الالتزام للحطاب ص ٧٥ .

^٢ تحرير الكلام ص ٢٠٠ .

هذا التبرع مشروط بوقوع الأضرار المؤمن عليها. وإن كان كذلك فإن التبرع لا يتم إلا عند وقوع الشرط، فينبغي أن تظل الأموال مملوكة لأصحابها إلى أن يوجد الشرط فيجرب فيها الميراث وتجب فيها الزكاة. ثم متى نقول إن الشرط قد وجد؟ هل يعتبر وجود الشرط عند أول ضرر يلحق أحد المستأمنين؟ وإن كان كذلك، فما هو قدر التبرع من أقساط مستأمن واحد؟ هل يعتبر جميع ما دفع متبرعاه عند أول ضرر يلحق؟ فلا يبقى على ملكه شيء عند وجود الفائض، فكيف يستحق جزء من الفائض؟ أو يقسم تعويض كل ضرر على جميع المستأمنين بالنسبة والتناسب، فيعتبر ما أصاب كل مستأمن من التعويض تبرعاً منه، ويبقى الباقي على ملكه؟ وإن كان كذلك، فينبغي أن يعرف القدر المتبرع به عند دفع أي تعويض إلى أي متضرر حتى يعرف الباقي في ملكه فيزكاه المالك ويجرى فيه الميراث؛ أو يعتبر هذا التبرع عند نهاية السنة حينما يتبين عدد الأضرار وصافي قيمة التعويضات التي دفعت؟ وفي هذه الصورة الأخيرة، كيف يصح دفع التعويضات خلال السنة مع أن أموال المحفظة لاتزال مملوكة لأصحابها؟

هذه أسئلة ليس من السهل الإجابة عنها بصورة مقنعة، إن وقع تخريج التكافل على أساس عقد بين المستأمن وبين المحفظة.

والتكليف الذي ربما يبتعد من هذه الشبهات أن تعتبر محفظة التأمين محفظة تعاونية تهدف إلى تعويض أضرار المشتركين، وتعتبر المبالغ المدفوعة إليها من قبل المشتركين تبرعاً مطلقاً باتاً غير مشروط بشيء، بحيث تخرج عن ملك المتبرعين فلا تجب فيها الزكاة ولا يجرى فيها الميراث، ولا يستحقون استرجاعها، وتصير مملوكة للمحفظة ملكاً تاماً تتصرف فيها المحفظة حسب لوائحها ونظمها، وحينئذ فلا داعي للمتبرعين لها أن يكون بينهم وبين المحفظة عقد يستحقون التعويضات بموجبها، وإنما يتبرعون لها تبرعاً باتاً بدون أي شرط. ثم إنهم يستحقون التعويضات عند وقوع الأضرار بحكم لوائح المحفظة، لا بموجب عقد تعاقدوه معها. وبما أن المحفظة تتصرف في ملكها كيف شاءت، فإنه يجوز لها أن تنص في لوائحها أنها سوف توزع جزء من فائضها إلى المتبرعين، علاوة على تعويضهم عن الأضرار.

ولكن هذا التكليف إنما يصح إذا كانت هذه المحفظة لها شخصية معنوية معتبرة شرعاً وقانوناً، فيصح منها التملك والتملك. أما في نظام التكافل المعمول به اليوم، فإن هذه الشخصية المعنوية غير واضحة، لأن محفظة التأمين في شركات التكافل ليس لها وجود قانوني منفصل عن الشركة، وإنها تشبه مجموعة أموال أفرزها أصحابها لغرض معين، وإنها لا تكسب شخصية مستقلة بمجرد هذا الإفرار. ثم يجب أن تكون لهذه المحفظة صفة خيرية أو تعاونية معتبرة، حتى نستطيع القول بأن ما يدفع منها إنما يدفع على أساس التعاون دون المعاوضة. ومن هنا ظهرت الحاجة إلى أن تكون هذه المحفظة على أساس الوقف، فإن الوقف له شخصية اعتبارية في كل من الشريعة والقانون. ثم إن

الوقف يجوز فيه من الشروط ما لا يجوز في غيره، فالمجال فيه أوسع بالنسبة إلى الهبة والتزام التبرع. ونريد فيما يلي أن نذكر صورة لتطبيق صيغة الوقف على التكافل التأميني، ولا بد قبل ذلك من إيضاح بعض مبادئ الوقف التي لها شأن في الموضوع.

وقف النقود

ذهب الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة إلى جواز وقف النقود، وسبيله عندهم أن تدفع نقود الوقف مضاربة، ويصرف الربح الحاصل منها إلى الموقوف عليهم حسب شروط الوقف. قال ابن الهمام رحمه الله تعالى: "وعن الانصاري وكان من أصحاب زفر فمن وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو ما يوزن أيجوز ذلك؟ قال: نعم! قيل: وكيف؟ قال: يدفع الدراهم مضاربة، ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه"^١

وعقد الإمام البخاري باباً لجواز وقف المنقولات، وبدءه بقول للزهري في جواز وقف النقود مما يدل على أن مذهب البخاري جوازه أيضاً، قال: "وقال الزهري فيمن جعل ألف دينار في سبيل الله ودفعها إلى غلام له تاجر يتجر بها وجعل ربحه صدقة للمساكين والأقربين، هل للرجل أن يأكل من ربح تلك الألف شيئاً وإن لم يكن جعل ربحها صدقة في المساكين؟ قال: ليس له أن يأكل منها."^٢

وقال شيخنا العلامة التهانوي رحمه الله تعالى: "إن الآثار دالة على صحة وقف المنقولات من الكراع والسلاح، فيلحق به ما في معناه من المنقولات، وتحبيس الأصل والانتفاع بالثمرة في كل شيء بحسبه، فتحبيس الدراهم والدنانير أن لا تباع ولا تورث بل يتجر بها، والتجارة إتلاف صورة وإبقاء معنى كما لا يخفى، فأشبهه ببيع الفرس الحبيس في سبيل الله إذا كبر ولم يمكن القتال عليه، ليشتري بثمنه آخر مكانه."^٣

وذهب المالكية إلى جواز وقف الدراهم والدنانير لأجل الإقراض، وحكى البعض عنهم جوازه لأجل الاستثمار بأن يكون الربح للموقوف عليهم، وروى مثله عن بعض الحنابلة.^٤ والحاصل أن وقف النقود يصح عند جماعة من الفقهاء. وتبقى النقود الموقوفة مشغولة في التجارة لا تصرف منها شيئاً على الموقوف عليهم، وإنما تصرف عليهم ما يكسب الوقف من أرباح، وكذلك ما يتبرع به للوقف فإن التبرعات للوقف لا تصير وقفاً، كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

١ فتح القدير ٦: ١٩

٢ صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب وقف الدواب والكراع والعروض والصامت، رقم الباب ٣١

٣ إعلاء السنن، كتاب الوقف ١٣: ١٦٥

٤ مواهب الجليل ٦: ٢١، والدسوقي على شرح مختصر خليل ٤: ٧٧، وكتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه ٣١: ٢٣٤،

والإنصاف للمرداوي ٧: ١١

انتفاع الواقف بوقفه

المبدأ الثاني من مبادئ الوقف أن الواقف يجوز له الانتفاع بوقفه إن كان الوقف عاماً واشترطه لنفسه مع الآخرين. والأصل فيه وقف سيدنا عثمان رضى الله عنه بئر رومة، ومن شروطه التي نص عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من يشتري بئر رومة فيجعل دلوه كدلاء المسلمين"

وأخرجه النسائي عن عثمان رضى الله عنه، قال: "هل تعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وليس بها ماء يسنعذب غير بئر رومة، فقال: من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة، فاشتريتها من صلب مالى فجعلت دلوى فيها مع دلاء المسلمين."

وقد عقد الإمام البخاري باين لبيان المسئلة، أحدهما لجواز انتفاع الواقف بوقفه بدون شرط إذا كان الوقف عاماً، فقال: "باب هل ينتفع الواقف بوقفه؟" وبابا آخر لجواز اشتراط الانتفاع، فقال: "باب إذا وقف أرضاً أو بئراً، واشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين. وأوقف أنس داراً، فإذا قدمها نزلها."

وعلى أساس هذا الحديث و بعض آثار الصحابة ذهب الحنفية والحنابلة إلى جواز أن يشترط الواقف الانتفاع بوقفه لنفسه. جاء فى الفتاوى الهندية: "فى الذخيرة: إذا وقف أرضاً أو شيئاً آخر وشرط الكل لنفسه أو شرط البعض لنفسه مادام حياً، وبعده للفقراء، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: الوقف صحيح. ومشايخ بلخ رحمهم الله تعالى أخذوا بقول أبى يوسف وعليه الفتوى ترغيباً للناس فى الوقف... ولو قال: صدقة موقوفة لله تعالى تجرى غلتها عليّ ما عشت، ولم يزد على ذلك، جاز. وإذامات تكون للفقراء. ولو قال: أرضى هذه صدقة موقوفة تجرى غلتها عليّ ما عشت، ثم بعدى على ولدى وولدى ونسلهم أبداً ماتوا، فإن انقرضوا فهى على المساكين جاز ذلك. كذا فى خزنة المفتين."

وجاء فى المغنى لابن قدامة: "وجملته إذا اشترط فى الوقف أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط. نص عليه أحمد."

ويقول المرادوى رحمه الله تعالى: "وإن وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته صح. هذا المذهب، نص عليه، وعليه جماهير الأصحاب."

^١ سنن النسائي، كتاب الأحياس، باب وقف المساجد، حديث ٣٦٣٨، واللفظ الأول للترمذي، كتاب المناقب، حديث ٢٧٠٣ وذكره البخاري تعليقا فى المساقاة، باب ١.

^٢ كتاب الوصايا، باب ٣٤

^٣ الفتاوى الهندية ٢: ٣٩٨

^٤ المغنى ٦: ١٩٣

^٥ الإنصاف ٧: ١٨

أما الشافعية فلا يجوزون مثل هذا الشرط ، ولكن إذا كان الوقف لنوع هو داخل فيه، يجوز له الانتفاع عندهم أيضا. قال الكوهجي رحمه الله تعالى : "لواقف أن ينتفع بوقفه العام، كالصلاة بمسجد وقفه. ويستثنى من عدم صحة الوقف على النفس مسائل منها لووقف على العلماء ونحوهم كالفقراء واتصف بصفتهم، أو على الفقراء ثم افتقر، أو على المسلمين، كأن وقف كتابا للقراءة أو قدرا للطبخ أو كيزانا للشرب منها فله الانتفاع معهم، لأنه لم يقصد نفسه."^١

مايتبرع للوقف ليس وقفا، بل هو مملوك للوقف

المبدأ الثالث الذى يهمننا فى المسألة: أن مايتبرع به للوقف لا يكون وقفا، وإنما هو مملوك للوقف يصرف للموقوف عليهم ولمصالح الوقف. جاء فى الفتاوى الهندية: "رجل أعطى درهما فى عمارة المسجد أو نفقة المسجد أو مصالح المسجد صح، لأنه وإن كان لايمكن تصحيحه وقفا يمكن تصحيحه تمليكا للمسجد فأثبات الملك للمسجد على هذا الوجه صحيح، فيتم بالقبض."^٢

وجاء فى الفتاوى التتارخانية: "وفى مجموع النوازل: سئل شيخ الإسلام أبو الحسن عن رجل قال: وقفت داري على مسجد كذا ولم يزد على هذا وسلمها إلى المتولي صح....قال وعلى هذا يكون تمليكا للمسجد وهبة فيتم بالقبض، وإثبات الملك للمسجد يصح على هذا الوجه فإن المتولي إذا اشترى من غلة المسجد دارا للمسجد يصح، وكذا من أعطى دراهم فى عمارة المسجد أو نفقة المسجد أو مصالح المسجد يصح، وكذا إذا اشترى المتولى عبدا يخدم المسجد يصح كل ذلك فيصح هذا بطريق التمليك بالهبة وإن كان لا يصح بطريق الوقف."^٣

لا بد فى الوقف أن يكون لجهة لاتنقطع

المبدأ الرابع: أن الوقف لا بد له أن يصرف فى النهاية إلى جهة غير منقطعة مثل الفقراء. وهذا مما اتفق عليه الفقهاء. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: "وجملة ذلك أن الوقف الذى لا اختلاف فى صحته ما كان معلوم الابتداء والانتهاء، غير منقطع، مثل أن يجعل على المساكين أو طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم. وإن كان غير معلوم الانتهاء مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين، ولا لجهة غير منقطعة فإن الوقف يصح (بمعنى أنه ينصرف فى النهاية تلقائيا إلى جهة غير منقطعة، كأن الواقف عينها تقديرا بحكم العرف، كما فصله ابن قدامة فيما بعد) وبه قال مالك

^١ زاد المحتاج للكوهجى ٢: ٤٢٠

^٢ الفتاوى الهندية، كتاب الوقف، الباب الحادى عشر، الفصل الثانى ٢: ٤٦٠. راجعها مع ما نقله عنها الشيخ التهانوى فى

إعلاء السنن ١٣: ٢٠٠، فإن فى بعض النسخ خلا. وراجع أيضا الخانية مع الهندية، ٣: ٢٩١ والتتارخانية ٥: ٨٥٤

^٣ الفتاوى التتارخانية، كتاب الوقف، الفصل ٢١، ٥ ص ٥٨٠

وأبويوسف والشافعي في أحد قوليه، وقال محمد بن الحسن: لا يصح، وهو القول الثاني للشافعي.^١

تطبيق صيغة الوقف على التكافل

وعلى أساس هذه المبادئ، يمكن إنشاء صندوق التأمين على أساس الوقف بالشكل الآتي:

- (١) تنشئ شركة التأمين الإسلامي صندوقاً للوقف وتعزل جزءاً معلوماً من رأس مالها يكون وقفاً على المتضررين من المشتركين في الصندوق حسب لوائح الصندوق، وعلى الجهات الخيرية في النهاية. ويكون ذلك من باب وقف النقود الذي مركونه مشروعاً. فيبقى هذا الجزء المعلوم من النقود مستثمراً بالمضاربة، وتدخل الأرباح في الصندوق لأغراض الوقف.
- (٢) إن صندوق الوقف لا يملكه أحد، وتكون له شخصية معنوية يتمكن بها من أن يملك الأموال ويستثمرها ويملكها حسب اللوائح المنظمة لذلك.
- (٣) إن الراغبين في التأمين يشتركون في عضوية الصندوق بالتبرع إليه حسب اللوائح.
- (٤) ما يتبرع به المشتركون يخرج من ملكهم ويدخل في ملك الصندوق الوقفي، وبما أنه ليس وقفاً، وإنما هو مملوك للوقف كما قررنا في المبدأ الثالث من مبادئ الوقف، فلا يجب الاحتفاظ بمبالغ التبرع كما يجب في النقود الموقوفة، وإنما تستثمر لصالح الصندوق، وتصرف مع أرباحها لدفع التعويضات وأغراض الوقف الأخرى.
- (٥) تنص لائحة الصندوق على شروط استحقاق المشتركين للتعويضات، ومبالغ التبرع التي يتم به الاشتراك في كل نوع من أنواع التأمين. ويجوز أن يتم تعيين ذلك على الحساب الأكتواري المعمول به في شركات التأمين التقليدية.
- (٦) ما يحصل عليه المشتركون من التعويضات ليس عوضاً عما تبرعوا به، وإنما هو عطاء مستقل من صندوق الوقف لدخولهم في جملة الموقوف عليهم حسب شروط الوقف، ومن تبرع بشيء على الوقف لا يمنعه ذلك من الانتفاع بالوقف إن كان داخلاً فيمن ينتفع به حسب شروط الواقف، فإن الواقف يجوز له الانتفاع بوقفه إن كان داخلاً في جملة الموقوف عليهم، كما سبق، فانتفاع المتبرع على الوقف أولى، وهذا كما يتبرع شخص لمسجد ثم يصلى فيه، أو لمدرسة ثم يتعلم فيها، أو لمستشفى ثم يمرض فيه وهذا الانتفاع ليس عوضاً عن التبرع الذي تقدم به. وهذا الأمر واضح جداً من الأمثلة التي ذكرناها، لأن التبرعات التي دخلت في ملك

^١ المغنى لابن قدامة ٦: ٢١٤

الوقف مشابهة لغلة الوقف، وهي تصرف على الموقوف عليهم. وجاء في الفتاوى التارخانية ما نصه:

"وفى فتاوى أبى الليث: سئل الفقيه أبو جعفر عمن قال: جعلت حجرتى لدهن سراج المسجد، ولم يزد على هذا؟ صارت الحجرة وقفاً على المسجد بما قال، ليس له الرجوع ولا له أن يجعل لغيره، وهذا إذا سلّمها إلى المتولّى عند محمد، وليس للمتولى أن يصرف غلّتها إلى غير الدهن."^١

(٧) حيث إن الصندوق الوقفي مالك لجميع أمواله بما فيه أرباح النقود الوقفية والتبرعات التى قدمها المشتركون مع ما كسبت من الأرباح بالاستثمار، فإن للصندوق التصرف المطلق فى هذه الأموال حسب الشروط المنصوص عليها فى لوائحه. فالصندوق أن يشترط على نفسه بما شاء بشأن ما يسمى الفائض التأميني. فيجوز أن يمسكه فى الصندوق كاحتياطي لما قد يحدث من النقص فى السنوات المقبلة، ويجوز أن يشترط على نفسه فى اللوائح أن يوزعه كله أو جزء منه على المشتركين. وربما يستحسن أن يقسم الفائض على ثلاثة أقسام: قسم يحتفظ به كاحتياطي، وقسم يوزع على المشتركين لتجلية الفرق الملموس بينه وبين التأمين التقليدي بشكل واضح لدى عامة الناس، وقسم يصرف فى وجوه الخير لإبراز الصفة الوقفية للصندوق كل سنة. وهذا ما اختاره صندوق التأمين لشركة التكافل فى جنوب إفريقيا التى طبقت صيغة الوقف فى عمليات التأمين.

(٨) يجب أن ينص فى شروط الوقف أنه إذا صفى الصندوق فإن المبالغ الباقية فيها بعد تسديد ما عليه من التزامات تصرف إلى وجه غير منقطع من وجوه البر، وذلك عملاً بالمبدأ الرابع من مبادئ الوقف التى مهدناها فيما سبق.

(٩) إن شركة التأمين التى تنشئ الوقف تقوم بإدارة الصندوق واستثمار أمواله. أما إدارة الصندوق فإنما تقوم به كمتول للوقف، فتجمع بهذه الصفة التبرعات و تدفع التعويضات وتتصرف فى الفائض حسب شروط الوقف، وتفصل حسابات الصندوق من حساب الشركة فصلاً تاماً، وتستحق لقاء هذه الخدمات أجره. وأما استثمار أموال الصندوق، فيمكن أن تقوم به كوكيل للاستثمار فتستحق بذلك أجره، أو تعمل فيها كمضارب، فتستحق بذلك جزء مشاعاً من الأرباح الحاصلة بالاستثمار. والظاهر أنه لآمانع من كونها متولية للوقف ومضاربة فى أموالها فى وقت واحد بشرط أن تكون المضاربة بعقد منفصل وبنسبة من الربح تنقص ولو قليلاً عن نسبة ربح المضارب فى السوق، فإن الفقهاء أجازوا لناظر الوقف أن يستأجر أرض الوقف بما يزيد على أجره المثل^٢. فيمكن أن تقاس عليه المضاربة وإن لم أره فى كلام

^١ الفتاوى التارخانية، كتاب الوقف الفصل ٢١ فى المساجد، ج ٥ ص ٥٧٨ و ٥٧٩
^٢ راجع الفتاوى الهندية، كتاب الوقف، الباب الخامس ٤٢١:٢

الفقهاء بصراحة. ولئن كان هناك شك فى جمع الشركة بين تولية الوقف وبين المضاربة، فيمكن أن يكون أحد مديرى الشركة أو أحد موظفيه متوليا للوقف بصفته الشخصية، ويستأجر الشركة لإدارة الصندوق بأجر، ويدفع إليها الأموال للاستثمار على أساس المضاربة.

(١٠) وعلى هذا الأساس يمكن أن تكسب الشركة عوائد من ثلاث جهات: أولاً باستثمار رأس مالها، وثانياً بأجرة إدارة الصندوق، وثالثاً بنسبة من ربح المضاربة.

هذه بالإجمال أسس لتطوير التكافل باستخدام صيغة الوقف. وإن هذه الصيغة طبقتها شركة تكافل جنوب إفريقيا بنجاح. إن هذه الشركة أنشأت صندوقاً وقفياً بمبلغ خمسة آلاف راند (العملة الرائجة فى تلك البلاد) والصندوق له وجود قانوني مستقل لا تملكه الشركة ولا المشتركون، وإن المشتركين يتقدمون إليه بالتبرعات. ومن شروط هذا الوقف أنه يعرض أضرار المشتركين حسب لوائحه. وإن الشركة المنشئة للوقف تأخذ ١٠٪ من التبرعات نظير إدارتها للصندوق. وإذا وقع نقص فى الصندوق بحيث إن المبالغ الموجودة فيه لم تكف للتعويضات، فإن الشركة تقدم قرضاً بلا فائدة إلى الصندوق الذى يسد القرض بالفائض فى المستقبل. أما إذا حصل الفائض فإن ١٠٪ منه يدفع إلى وجوه البر و ٧٥٪ يوزع على المشتركين، والباقى يحتفظ به فى الصندوق على كونه احتياطياً له.

وإن هناك شركات للتكافل فى باكستان فى سبيل الإنشاء بصيغة الوقف، وهى الصيغة التى اختارتها الجهات الرسمية المنظمة لشركات التكافل فى البلاد.^١ وإن لهذه الصيغة من المزايا ما ليس فى غيرها من الصيغ. وذلك لأن كلاً من هبة الثواب والالتزام المتبادل لا يخلو على الأقل من شبهة عقد المعاوضة الذى هو السبب الرئيس فى عدم مشروعية التأمين التقليدي، والذى أريد تفاديه بإبداع فكرة التكافل. ثم صفة التبرع من المستأمنين غير واضحة فى هاتين الصيغتين، هل تخرج الأقساط من ملكهم أولاً تخرج؟ وفى كلا الاحتمالين إشكالات بينهاها فيما سبق. أما الوقف، ففيه مجال للواقفين والمتبرعين إليه أن ينتفعوا به إذا توافرت فيهم الشروط بدون شرط التساوى بين ما تبرعوا به وبين ما ينتفعون به. وهذا هو الفرق الكبير بين الهبة والوقف، حيث لا يجوز أن يهب نقداً بشرط أن يعرض نقداً إلا بشرط التساوى والتقابض فى المجلس. أما فى الوقف، فلا يشترط أن يكون انتفاعه بوقفه مساوياً لما وقفه. ثم إن الوقف بصفته شخصية مستقلة يملك التبرعات التى تخرج من ملك المتبرعين، ويتصرف فيها الوقف حسب شروطه التى فيها مجال واسع للعناية بمصالح الواقفين والموقوف عليهم.

وإضافة إلى ذلك، فإن الوقف صيغة أصيلة فى الفقه الإسلامى أنشئت لمباشرة الأعمال الخيرية والتعاونية، فأعمالها فى إنشاء التكافل الذى هو مبنى على أساس التعاون

^١ وقد أنشئت الآن فعلاً، والحمد لله.

أولى وأحرى من اللجوء إلى صيغ أخرى لم تتضح بعدُ على أسس فقهية مسلمة لدى الجميع.
والله سبحانه وتعالى أعلم. نحمده ونصلى ونسلم على رسوله الكريم عليه وعلى أصحابه
أفضل الصلوات والتسليم.

وكتبه محمد تقي

العثماني عفا الله عنه

كراتشي، ١٢ رجب

سنة ١٤٢٦



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الدور التنموي للتأمين التعاوني

إعداد

دكتور شوقي أحمد دنيا

العميد السابق لتجارة الأزهر

مقدمة

يعد موضوع التأمين من الموضوعات ذات الأهمية الاقتصادية والاجتماعية. ولا غرابة في ذلك ، فلقد أصبح قطاع التأمين من القطاعات الكبرى ، لما له من إسهام بارز في توفير نسبة كبيرة من الموارد التمويلية في مختلف القطاعات ، ولما يؤديه من دور بارز في درء مخاطر الاستثمار وحماية الثروات القومية ، وما يقدمه من خدمات مهمة في الحياة الاجتماعية . وبما أن النشاط التأميني يحتوي على العديد من العلاقات والتعاقدات ويولد الكثير من الحقوق والالتزامات المالية وغيرها فقد حظي باهتمام علماء التأمين والفقهاء والاقتصاديين الإسلاميين.

وبرغم كثرة وتعدد تناول المجمع الفقهي لهذا الموضوع فإن موضوع التأمين ما زال مجالاً ثرياً للبحث الفقهي والاقتصادي ، لتجدد مسأله يوماً بعد يوم.

ومن هنا جاء إدراج هذا الموضوع على جدول أعمال مجمع الفقه في دورته العشرين . وقد شرفنتي الأمانة العامة بالدعوة للكتابة في زاوية من زواياه المتعلقة بالدور التموي للتأمين ، مع دراسة الاستثمار في شركات التأمين التعاوني من زواياه المختلفة ؛ أبعاداً ومشكلات وأحكاماً وضوابط ، مع التأكيد على علاقة حملة الوثائق بهذه الشركات ، ومدى اشتراكهم في إدارة الصناديق التأمينية التي بحوزتها.

وفي ضوء هذه المهمة المحددة تحتوي هذه الورقة على المحاور التالية:-

١. دور التأمين وشركاته في إنجاز التنمية.
٢. عقد التأمين في ساحة الفقهاء.
٣. الاستثمار في شركات التأمين التعاوني.
٤. الأحكام المنظمة للعلاقات بين أطراف العملية التأمينية.

والله الموفق والمستعان

دور التأمين وشركاته في إنجاز التنمية

التنمية ومتطلباتها:

إن تنمية أي مجتمع تعنى إنشاء العديد من المشروعات الإنتاجية في هذا المجتمع ، يستوي في ذلك مؤسسات الإنتاج السلعي ومؤسسات الإنتاج الخدمي ، لأن هذه المؤسسات تكاد تكون نادرة أو على الأقل غير كافية لا من حيث الحجم ولا من حيث الكيف لجعل المجتمع متقدماً يرفل في ثياب التقدم والرخاء والرفاهة ، غير محروم من مختلف السلع والخدمات التي تشبع له احتياجاته بالمستوى الإنساني الكريم . بعبارة فنية موجزة إن التنمية هي عملية إنشاء وتطوير المزيد من الاستثمارات.

ومعروف لدي علماء التنمية أن تحقق التنمية رهين توفر العديد من المتطلبات ، نكتفي هنا بالإشارة إلى بعضها. إن أول شيء تحتاجه الاستثمارات هو القدر الكافي من الموارد المالية. فلا استثمار دون تمويل ، وإلا كان استثماراً ورقياً لا وجود له على أرض الواقع. ثم إن الاستثمار يتوقف على وجود المستثمر ، ممثلاً في شخص طبيعي أو شخص اعتباري . وهم الصناع والزراع والتجار ومقدمو مختلف الخدمات ، أو ما كان يطلق عليهم اسم المنظمين . ويشيع اليوم اسم رجال الأعمال . وأياً كان الاسم فإن وجود الشخص المستثمر ضروري لقيام الاستثمار . ما الذي يسهم به التأمين في توفير هذه المتطلبات؟ وبعبارة أخرى: ما هو الدور التتموي للتأمين؟

إسهام التأمين في توفير بعض متطلبات التنمية:

التأمين والتمويل: بداية فإن كلامنا عن الدور التتموي للتأمين لا ينصرف إلى نوع معين من التأمين كالتأمين التجاري أو التأمين التعاوني أو التأمين الاجتماعي ، وإنما نحن هنا بصدد التأمين بشكل عام ومطلق . فإذا ما علمنا أن التأمين التجاري حرّمه الفقهاء علمنا أن للتأمين التعاوني والتأمين الاجتماعي الجائزين شرعاً هذا الدور التتموي المهم. وبالتالي كان لابد من الاهتمام بهما وبذل كل جهد فكري وتطبيقي لتفعيل هذا الدور التتموي المهم لهما.

من المعروف أن لشركات التأمين وهيئاته أسهماً كبيراً في توفير التمويل اللازم لإنجاز التنمية وإقامة الكثير من المشروعات الاستثمارية . وتشير إحصاءات - قديمة نسبياً - إلى أن نسبة التأمين إلى الناتج المحلي الإجمالي تتراوح بين ٢٪ و ٩٪ في دول نامية ودول متقدمة . وتشير إحصاءات أخرى إلى أن إجمالي اشتراكات التأمين الإسلامي قد بلغت ٢

مليار دولار . وبعض الإحصاءات أفادت أن حجم الاستثمار في شركات التأمين في مصر عام ١٩٩٧م وصل إلى عشرة مليارات جنيه(١).

وتجدر الإشارة إلى أن أقساط التأمين لا تعدو أن تكون لوناً من ألوان المدخرات لدي الأشخاص ، وهي ادخارات بعضها طوعي التزامي مثل التأمين التعاوني والتأمين التجاري وبعضها إجباري إلزامي مثل التأمين الاجتماعي الذي يشارك به العاملون لدى الحكومة ولدى القطاع الخاص. ولا يخفى أن الادخار هو السبيل الوحيد للتمويل الذي يحدد حجم الاستثمار.

وإذا كان التأمين يلعب دوراً مباشراً في تكوين وتعبئة المدخرات فإنه بات يلعب دوراً غير مباشر في هذه العملية ، لا يقل أهمية عن دوره المباشر.

إن الذي لديه قدرة على الادخار إذا لم يجد الأوعية الادخارية الجيدة ، من حيث درجة الأمان ومستوى العائد فغالباً لن يدخر ، وسيوجه كل فوائضه لإنفاق استهلاكي قد لا يكون في معظمه ذا أهمية ، أو يحيل هذه الفوائض إلى أشكال عقيمة مثل المجوهرات أو شراء العقارات..الخ.

ومعنى ذلك ضرورة توفير أكبر قدر ممكن من الأمان حتى يقبل المدخر على الادخار، وبخاصة في ظل حالات عدم الاستقرار السياسي والاقتصادي والمالي التي يعيشها عالمنا المعاصر . ومعروف ومشاهد ما يلحق المصارف من جراء ذلك من مضار فادحة تلقى بالكثير منها في لجة الإفلاس والإعسار ، وتحيق بإيداعات المودعين. والمضار الأكبر في ذلك هم صغار ومتوسطو المودعين ، وهم يمثلون السواد الأعظم من المودعين وبخاصة في مصارف الدول ذات الاقتصادات الناشئة . الأمر الذي يلحق الضرر بالاقتصاد القومي في مجمله . ولذلك وجدنا الطلب اليوم متزايداً على تأمين الودائع المصرفية(٢) . ولسنا هنا بصدد الدراسة المعمقة لهذه النوعية من التأمين من الناحية الشرعية والناحية الاقتصادية(٣). لكننا فقط نشير إلى اكتساب النشاط التأميني أهمية متزايدة في توفير المدخرات ، ومن ثم توفير التمويل اللازم للاستثمارات . وحماية المصارف والتي هي بمثابة القلب الذي يضخ الدم في شرايين الجسد الاقتصادي.

التأمين والاستثمار: الاستثمار يتطلب القدرة ويتطلب في نفس الوقت الحافز والرغبة . إن توفر التمويل يمثل جانب القدرة على الاستثمار ، لكن توفر الرغبة والحافز يتوقف على أمور أخرى . إن المستثمر ممثلاً في الفرد أو في الشركة يدرك جيداً أنه يعمل في ظل أوضاع

(١) مؤتمر الصناعة التأمينية في العالم الإسلامي ، مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي ، جامعة الأزهر ، ٢٠٠١م.

(٢) نظام التأمين على الودائع ، البنك الأهلي المصري ، النشرة الاقتصادية ، العدد ٢ المجلد ٥٣ ، ٢٠٠٠م.

(٣) د. عبد الستار أبو غدة ، حكم التأمين على الودائع والاستثمارات والصكوك في البنوك الإسلامية ، مجلة الاقتصاد الإسلامي ، العدد ٣٦٩.

غير مؤكدة وأنه محاط بشتى أنواع المخاطر . وإذا لم يتولد لديه قدر لا بأس به من الأمن فغالباً لن يقدم على إقامة ما يبغي إقامته من مشروعات . ومن ثم تتعوق إن لم تتوقف الاستثمارات ، حتى وإن توفر التمويل المطلوب . والتأمين ، وبخاصة منه التأمين التعاوني يوفر له قدراً كبيراً من هذا الشعور بالأمن من خلال ما يقوم عليه من تعاون وتآزر ومواساة ووقفه جماعية حيال أي خطر يقع عليه ، فيتفتت الخطر ولا يصيبه منه إلا فتات، بدلاً من تحمله كله بمفرده.

خلاصة القول: إن النشاط التأميني بات يلعب دوراً حيوياً في الاقتصاديات المعاصرة من خلال إدارة المخاطر والكوارث المالية وإدارة المدخرات وإدارة الاستثمارات(١).

كل هذا بالإضافة إلى ما يسهم به في المجال الاجتماعي . والذي هو محور رئيس من محاور التنمية . ولا ننسى أن التاريخ ينبئنا عن دور بالغ الأهمية لعبه التأمين البحري في تنمية بريطانيا وغيرها . وقد يكون من المفيد في هذا المكان أن ننظر ملياً في فقرة جيدة وردت في الموسوعة العربية عن وظائف التأمين الاجتماعية والاقتصادية . فهي تكشف لنا بلغة مبسطة عن الدور الذي بات يلعبه النشاط التأميني في حياتنا المعاصرة . وقبل أن ننقل هذه الفقرة نختم حديثنا عن أهمية التأمين بكلمة عن علاقة النشاط التأميني بالنشاط المصرفي من المنظور الإسلامي ، فلقد بادرت الصحوة الاقتصادية الإسلامية بإقامة تجسيد حي عملي لها في دنيا الناس ، ممثلاً في المصارف الإسلامية . وبعد قيام هذه المصارف وجدنا أنها كي تؤدي دورها التتموي المنشود عليها أن تستكمل أموراً ، منها وجود شركات تأمين إسلامية . وسبر طبيعة العلاقة بين المصارف وشركات التأمين الإسلامية يحتاج عملاً مستقلاً.

ومبدئياً فإنني أرى أنه من الأفضل أن يكون لشركات التأمين الإسلامية استقلالها التام عن المصارف الإسلامية ، لاختلاف الطبائع والأهداف ، وبعداً عن الوقوع في شرك الاحتكارات . وهذا لا ينافي أن يكون بينهما علاقات تعاون وتنسيق قوية.

وظائف التأمين الاجتماعية والاقتصادية(٢):

للسنشاط التأميني وظائف ومهام كثيرة ، اجتماعية واقتصادية انطلاقاً من دوره المهم في حماية الفرد بشخصه بوصفه أهم عامل في العملية الإنتاجية ، وحماية ممتلكاته ومسئوليته تجاه الغير ، عن أخطاء ارتكبها بغير قصد ، وحماية الاقتصاد الوطني.

فتأمينات الحياة توفر الأمن والأمان للفرد في حياته ، وتمنحه الطمأنينة على غده ومستقبل أولاده . صحيح أن التأمين على الحياة لا يرد الموت وعاديات الأيام ، فهناك أمور

(١) د. ماجدة شلبي ، أثر اتفاقية تحرير تجارة الخدمات المالية على أسواق التأمين وإعادة التأمين في العالم الإسلامي ، مؤتمر الصناعة التأمينية ، مرجع سابق.

(٢) الموسوعة العربية - المجلد الخامس ، العلوم القانونية والاقتصادية. www.arab-ency.com

محتومة لا يمكن دفعها أو الهروب منها ، والهدف الأساسي من هذا النوع من التأمين إنما هو مساعدة الفرد في حياته على مواجهة الخسائر التي قد تلحق به جراء حوادث مؤسفة أو لأسرته من بعده إذا انتهى الحادث إلى وفاته ، إذ تخفف من آثار النكبة عليها مالياً ومعاشياً. وتأمينات الحياة تساعد الفرد الذي يتعرض لحوادث جسدية مؤذية على تحمل الخسارة الناتجة عن توقفه عن العمل ، أو مصاريف دخول المشايخ والفحوصات اللازمة والعمليات وغيرها ، وفي حالات العجز الكلي سواء كان دائماً أو مؤقتاً ، فإن التأمين يساعد الفرد بالتعويض عليه فوراً أو بمبالغ معينة مدى حياته.

والتأمين يساعد على زيادة الإنتاج والإنتاجية من جراء الطمأنينة ، إذ يعمل المؤمن عليه من دون خوف أو قلق على مستقبله ومستقبل أفراد أسرته المسئول عنهم قانوناً. وهذا ما يسهم في تحسين المستوى المعاشي ويفتح آفاق التعلم والتزود بمتطلبات الحياة التي تتسارع على نحو ملحوظ باتجاه التضخم والتعقيد ، مما ينعكس على الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية تطوراً وتقدماً. والتأمين ، بصفته وسيلة لحماية الاقتصاد الوطني ، يقوم بدور الحارس الخفي للمنشآت المؤمنة العامة والخاصة ، بغرض المحافظة على وسائل الأمن والسلامة فيها صالحة وجاهزة ، وتوفيرها بالقدر المستطاع في بعض المنشآت من خلال منح أسعار تأمين أفضل كلما كانت وسائل الإنذار والإطفاء الآلي أو اليدوي متوافرة.

ويعمل التأمين على مساعدة أصحاب المعامل التي تتعرض لحرائق أو انفجارات فوراً ، بتعويضهم عن الخسائر المادية الناتجة عن تلك الحوادث المشمولة بالتأمين بالسرعة الممكنة ، الأمر الذي يساعدهم على شراء آلات بديلة عن الآلات المحترقة ويعيد عجلة الإنتاج إلى الحركة والدوران من دون إرباكات تذكر على نحو محسوب ومدروس. وبهذا المعنى فإن التأمين يساعد المؤمن لهم على الاستمرار في تنفيذ العقود التسويقية لمنتجاتهم ، داخلياً وخارجياً ، والمحافظة على ميزانهم التجاري متوازناً ، ومن ثم المحافظة على ربح موازنة الدولة بفوائض الأرباح ، كما هو مقدر ومخطط مما يضمن موازنة عامة مستقرة ومتنامية.

والتأمين يعمل من خلال كونه أحد الأقفان الادخارية ، بل من أهم الأقفان الادخارية في سحب جزء من الكتلة النقدية الموجودة لدى الأفراد ، والتي كان سيذهب القسم الأكبر منها لشراء سلع استهلاكية أو خدمات بعضها ضروري وبعضها غير ضروري ، فتتخفف قيمة الوحدة النقدية من جراء زيادة العرض ، وينخفض معدل التضخم ، إذ توجه شركات التأمين هذه الأقساط المحصلة من الأفراد في تأمينات الحياة ، أو توجه قسماً من احتياطياتها الفنية باتجاه الاستثمار في مشاريع إنتاجية وخدمية مدروسة وعوائدها عالية ، فيزيد عرض المنتجات ، ويتحسن مستوى الخدمات ، فتتخفف الأسعار ، وتقل معدلات التضخم.

ولعل من أهم الوظائف الاجتماعية للتأمين حماية أفراد المجتمع من حوادث السير المؤسفة ، التي أتت عليها بعض قوانين السير ، ومنها قانون السير السوري لعام ١٩٧٤م الذي أوجب في المادتين ٢٠٣ ، ٢٠٤ على مالكي المركبات السورية أو حائزيها أو سائقها التأمين على مسؤولياتهم المدنية تجاه الغير عن الحوادث التي تلحقها بهم هذه المركبات إذا كان استخدامها قانونياً ، وكذلك التأمين الإلزامي على المركبات الأجنبية الداخلة إلى القطر العربي السوري ، عبوراً أو بغرض المكوث المؤقت ضد الأضرار المادية والجسدية التي تحدثها هذه المركبات في سورية.

وهناك وظائف أخرى هي:

- ❖ الاحتياط للمستقبل: إذ يتحمل المؤمن له بعض التضحيات المالية بموجب عقود التأمين في الحاضر، يقطعها من دخله احتياطاً للمستقبل. فهذه وسيلة منبهة لأخطار المستقبل وموجهة للوقاية منها.
- ❖ إثارة الغير على النفس: يظهر ذلك في التأمين على الحياة ، إذ يؤثر المؤمن عليه ذويه ، ومن هو المسئول عن رعايتهم على نفسه ، فيؤمن على حياتهم من دخله لمصلحتهم ، سواء انتهى هذا التأمين في حياته أو ابتداء بعد وفاته.
- ❖ التعاون والتضامن: وهو جوهر التأمين والأساس الذي يقوم عليه ، ويتمثل في توزيع الخطر على الجميع حين يتعرض له بعضهم . وهذا تعاون على الخير ضد النكبات وعوادي الأيام.
- ❖ الاعتماد على الذات: ينمي التأمين ظاهرة الاعتماد على النفس وعدم الاعتماد على الغير ، بأن يحتاط المرء لغده وما قد يقع فيه من ماله الخاص باختياره.
- ❖ تنمية الشعور بالمسئولية تجاه نفسه وتجاه أسرته ومن يهمله مستقبلهم ، إذ يتخذ من القرارات ، ومنها التأمين ، ما يوفر لهم الحياة السعيدة.
- ❖ تمكين المشرفين على الوحدات الاقتصادية من التفرغ لرسم السياسات الإنتاجية في جو يسوده الأمان والقدرة على التنبؤ ، مما يؤدي إلى ارتفاع مستوى الكفاية الإنتاجية نتيجة التفرغ لأعمالهم ، من دون أن ينشغلوا بطوارئ وحوادث العمل التي تتحمل نتائجها شركات التأمين.
- ❖ تمكين المنشأة من إجراء تقديرات سليمة لتكلفة الإنتاج عن طريق تغطية الأخطار المتوقعة التي تؤثر بلا شك على تكلفة الإنتاج.
- ❖ توفير الضمانات لرأس المال واستمراره في أداء دوره الحيوي في الاقتصاد عن طريق الوظيفة التعويضية التي يقدمها التأمين لأصحاب المشاريع المؤمن عليها ، وهو الهدف الأساسي من التأمين.

- ❖ التأمين وسيلة لتكوين رؤوس الأموال من خلال الاحتياطات المتجمعة لدى شركات التأمين، والتي يمكن توجيهها لتمويل المشاريع التنموية.
- ❖ وهو عامل من عوامل الائتمان يوفر للمؤمن الضمانات التي تسهل عمليات الاقتراض من الدائن. وعلى مستوى الدولة يساعد التأمين الاقتصاد القومي؛ إذ يمكن الدولة من الحصول على ما تحتاج إليه من قروض، بتوظيف الأموال الطائلة التي تملكها شركات التأمين في شراء السندات الحكومية التي تصدرها الدولة والشخصيات المعنوية العامة، وذلك في بلدان نظام الاقتصاد الحر.
- ❖ وهو كذلك وسيلة من الوسائل التي تحقق التوازن التلقائي في المجتمع، ففي أثناء الرواج الاقتصادي يدفع العاملون جزءاً من دخولهم أقساط تأمين لتغطية حالات البطالة والتعطل عن العمل، وهذا ما يقلل من القوة الشرائية في أوقات الكساد فتصرف لهم تعويضات تزيد مقدرتهم الشرائية.
- ومن خلال استعراض هذه الوظائف، يتبين دور التأمين المهم في حماية الأفراد وممتلكاتهم، وضمان مسئولياتهم تجاه الغير، مثلما تظهر مهام التأمين في المحافظة على الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي وحماية الاقتصاد القومي بوجه عام.

عقد التأمين في ساحة الفقهاء

أشرنا سلفاً إلى أن التأمين لأهميته قد حظي باهتمام الفقهاء وبالذات المعاصرين. ومن جراء تلك الجهود الحثيثة والمتتابعة نستطيع القول بأن ملامح الموضوع والموقف الشرعي حياله قد وضحت إلى حد كبير.

وليس من مهمة هذه الورقة تتبع كل ما قدم ولا حتى بعضه. ويكفي أن نشير بعجالة إلى أهم ما نجم عن تلك الجهود من نتائج كلية مقبولة ومتوافق عليها من جمهور الفقهاء.

ولعل من أبرز هذه النتائج ما يلي:

١. التمييز الواضح بين أنواع التأمين وتحديد الحكم الشرعي لكل منها. فهناك التأمين التقليدي المطروح على الساحة منذ أمد طويل وأصبح له اسم خاص به وهو التأمين التجاري، نسبة إلى أنه عمل تجاري محض، بعيداً عن أي تعاون وتبرع ومؤازرة. فشركة التأمين في نطاق هذا النوع تعقد مع من يريد التأمين عقداً يلتزم بمقتضاه بدفع مبلغ معين بشكل معين وتلتزم الشركة بأن تدفع له مبلغاً معيناً عندما ينزل به الضرر من جراء الخطر المؤمن عليه منه. فهي عملية معاوضة مالية محضة، تستهدف منها الشركة تحقيق الأرباح، أي أنها، بعبارة أخرى عملية تجارية. ونظراً لما يشوب هذا العقد من أمور محظورة شرعاً، مثل الربا والغرر الفاحش والقمار، فإن الفقهاء عندما طرح عليهم هذا النوع من التأمين في بداية الأمر انقسموا ما بين مانع ومجيز، وبتوالي النظر في هذا الأمر أصبح هناك ما يشبه الاتفاق بينهم على حرمة. ونظراً لأهمية التأمين كفكرة ونظام لم يعد من الممكن تجنب الأفراد والمجتمعات له فقد انصرف البحث الفقهي إلى كيفية إيجاد صورة للتأمين تنال المشروعية. وبالبحث تبين أن المحقق لذلك هو إخراج عقد التأمين من عباءة المعاوضة أو التجارة إلى عباءة التعاون والتبرع، معتبرين أن ذلك هو الخطو الأولى والضرورية لجعل التأمين مشروعاً إسلامياً.

والحمد لله لقد نجح البحث والدراسة في هذا الصدد، فظهر ما أصبح يعرف بالتأمين التعاوني. والبعض أطلق عليه التأمين التبادلي^(١). ومرجع التسمية الأولى ما تقوم عليه العملية من تعاون وتآزر ومواساة بين مجموعة المشتركين في تحمل الأضرار التي تلحق بأي منهم من خلال إسهام كل منهم بمبلغ محدد يجمع ليدفع منه ما يصيب أيّاً منهم. فالمسألة مسألة تعاون صرف بين هؤلاء، وليس هنا أية شبهة للمعاوضة أو التجارة. ومرجع التسمية الثانية أنه إذا كان في التأمين التجاري يوجد طرفان متقابلان أحدهما مؤمن أو شركة التأمين والثاني مستأمن وهم المشتركون أو حملة وثائق التأمين. فإن الأمر في هذا النوع من

(١) لمزيد من المعرفة يراجع د. عبد الحميد البعلى ود. وائل الراشد، نظام التأمين التعاوني التكافلي الإسلامي، نشر مجموعة البركة المصرفية، ص ١١٢ وما بعدها، الكويت: ٢٠٠٦م.

التأمين على خلاف ذلك، حيث جميع الأطراف هي مؤمنة ومستأمنة في نفس الوقت، فهي نفسها التي تدفع مبالغ التأمين أو الأقساط، وهي نفسها التي تحوز على التعويضات. بعبارة أخرى إن كل واحد منهم يؤمن نفسه ويؤمن غيره في ذات الوقت. وخروجاً على ما قد يرد من التباسات من وراء هذه الأسماء نادى الكثير من الفقهاء بإطلاق اسم جديد عليه وهو «التأمين الإسلامي»^(١).

وهذا شيء حسن من هذا الجانب، وإن كانت عليه ملاحظات مهمة من جانب آخر، فالمعروف علمياً أن التمييز لا يكون بين الإسلام والتجارة ولا بين الإسلام والمعاوضة، وإنما يكون بين التعاون والتجارة، وبين التبرع والمعاوضة. وعلى أية حال، هذه مواضعة واصطلاح. ولا مشاحة في الاصطلاح طالما كان بعيداً عن الغموض والالباس.

والمهم هنا أن هذا النوع هو من حيث المبدأ مقبول شرعاً، وعليه حتى يحوز القبول الشرعي النهائي أن يلتزم بكل الأحكام وينضبط بكل الضوابط الشرعية في كل جوانبه.

وهناك نوع ثالث من التأمين هو ما يطلق عليه التأمين الاجتماعي. وهو قاصر على ما يجرى بين الحكومة والعاملين لديها، وكذلك بين أصحاب المشروعات الخاصة والعاملين لديهم. وهو تأمين إلزامي إجباري، وهو بعيد عن شبهة التجارة، ومن ثم فهو مقبول شرعاً.

ونشير هنا إلى أن محط أنظار الفقهاء حالياً هو التأمين التعاوني، من حيث إن الإجازة الشرعية له من حيث المبدأ لا تكفي، ولا تغنى عن البحث في كل زاوية من زواياه، ووضع الأحكام والضوابط التي تجعله يظل مقبولاً شرعاً.

وقد يكون من المفيد هنا الإشارة إلى أن البحث الفقهي انصرف ومازال حول التأمين كعقد يرتب حقوقاً والتزامات، وليس حول التأمين كفكرة ونظام، فليس هنا حاجة إلى البحث الفقهي، لأنه يرتكز على مبدأ شرعي أصيل هو التعاون، كما أنه منضم إلى العديد من النماذج العملية لتطبيق هذا المبدأ والتي نالت الشرعية الإسلامية.

ومن الضروري هنا لفت النظر إلى أن خروج التأمين التجاري من تحت غطاء التعاون أو حتى التبرع إلى غطاء التجارة والمعاوضة لم يكن مجرد ذلك هو مناط الحكم بحرمة هذا النوع من التأمين، فالإسلام لم يحرم التجارة ولم يحرم المعاوضات المالية. وإنما كان مناط التحريم هو ما يلحق هذا العقد لحوقاً ذاتياً غير منضك من محرّمات كالربا والغرر الفاحش.. الخ.

(١) مؤتمر التأمين التعاوني، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، إبريل ٢٠١٠م، عمّان.

ومن الضروري كذلك الإشارة إلى أن الإسلام لم يعط لمبدأ وفكرة التعاون صكاً على بياض بالمشروعية، مع تسليمه بأهمية التعاون وعظيم شأنه، وإنما أعطاه صكاً مقيداً بأن يكون لأهداف سليمة صحيحة صالحة وبآليات كذلك سليمة وصحيحة.

بعبارة أن يكون تعاوناً على البر والتقوى ولا يكون تعاوناً على الإثم والعدوان، كما نطق بذلك القرآن الكريم: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (١). وقد يكون من المفيد هنا أن نشير بعجالة إلى بعض جوانب التأمين التعاوني من حيث التعريف، والأركان، والخصائص والتكليف الفقهي.

٢. **تعريف التأمين التعاوني:** تعريف التأمين التجاري تعريف محدد وواضح، وما ذلك إلا لأن أطرافه مميزة واضحة غير مختلطة ولا متداخلة فهو عقد تبرمه شركة التأمين التجاري مع كل من يرغب في أن يؤمن نفسه أو ماله أو مسؤوليته لديها، فالعاقدان موجودان ومستقلان عن بعضهما، وكل منهما يلتزم بشيء في مقابل التزام الطرف الآخر بشيء مقابل له.

والأمر ليس بهذا الوضوح في تعريف التأمين التعاوني. لأن أطراف العقد فيه ليست بهذه الاستقلالية والتميز. فهل أطراف عقد التأمين التعاوني هم جماعة المشتركين. وهل هم مستقلون وفي مواجهة بعضهم؟ وهل ما يحدث اليوم عملياً يتسق وهذا القول؟ وإذا لم يكونوا هم طرفي العقد فمن يكون طرفاه إذن؟ إن ما يجري اليوم في الواقع هو قيام شركة تأمين إسلامي بإبرام عقود مع من يرغب في الدخول تحت مظلة ما تتجزه من تأمين. والأمر مازال غائماً، فما هي هوية وطبيعة شركة التأمين هذه؟ وبأي حق تبرم عقوداً ترتب التزامات عليها؟ ومن أين توفى بالتزاماتها تلك؟ أسئلة تحتاج إجابات.

وربما لو نظرنا لفكرة التأمين التعاوني في أصل وبداية تطبيقها لسهل علينا ادراك الأمر. في البداية جرى اتفاق بين مجموعة من الأشخاص ذوي الظروف المتشابهة على أن يواجهوا سوياً أي خطر يقع على أي منهم، وذلك من خلال قيام كل فرد بدفع مبلغ محدد بنظام معين، على سبيل التعاون والتآزر، ليواسي منه من يحل به ضرر ما. والأمر في ذلك أقرب ما يكون إلى جمعية تعاونية لدرء المخاطر بين أعضائها (٢). وبعض الفقهاء وقف عند ذلك وعرف التأمين التعاوني بأنه: «اتفاق أكثر من شخص معرضين لخطر أو مخاطر معينة على أن يدفع كل منهم اشتراكاً معيناً على سبيل التعاون لتعويض الضرر أو الأضرار التي تلحق بأحدهم إذا تحقق خطر معين» (٣).

(١) سورة المائدة: الآية ٢.

(٢) د. حسن الشاذلي، التأمين التعاوني الإسلامي، حقيقته - أنواعه - مشروعيته، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٥١.

(٣) نفسه.

لكن الأمر عملياً لم يقف عند هذا الحد. وإلا فأين هي في هذه الصورة شركة التأمين الإسلامي؟ ونظراً لتطور العملية التأمينية وتزايد الأعضاء والراغبين في الاشتراك كان لابد من قيام هذه المجموعة المؤسسة بتكوين هيئة إدارية تتولى إدارة العملية والتعامل مع من يريد الانضمام، والتعامل مع الأعضاء، تحصيلاً للاشتراكات ودفعاً للتعويضات.

ومزيداً من البلورة القانونية والتنظيمية رؤي أن تكون هذه الهيئة الإدارية في شكل شركة. وهنا كانت باكورة شركات التأمين الإسلامية. على أن الأمر من حيث التطبيق لم يقف عند هذا الحد، بل سار خطوة أخرى. فوجدنا شركات تأمين إسلامية تنشأ ذاتياً، وبادئ ذي بدء لممارسة التأمين الإسلامي في نوع معين من المخاطر. ولهذه الشركة أصحابها المؤسسون لها. والمساهمون في رأسمالها الذي لا يتجاوز عادة قدرًا بسيطاً من المال يكفي لإقامة مقر وتعيين بعض الموظفين. وعدم احتياج الشركة إلى رأسمال بمعنى الكلمة تمارس به نشاطها، شأنها شأن أي شركة، أن هذه الشركة ستمارس نشاطها من خلال اشتراكات من يرغب في الانضمام إليها(١).

وبدون استطراد في هذه المسألة نقول إن الشركة المؤسسة القائمة سوف تمارس عقود التأمين مع كل من يرغب. وهنا نجد طريقتي العقد محددتين واضحين؛ المشتركون أو حملة الوثائق والشركة. ومعنى ذلك أن عقد التأمين الإسلامي أو التعاوني هو عقد تبرمه شركة تأمين إسلامية مع من يرغب في نوع التأمين الذي تمارسه يتضمن العديد من العناصر من أهمها مبلغ الاشتراك، وأسلوب دفعه، ومبلغ التعويض، وأسلوب دفعه(٢). وقد يقال: وما مصلحة شركة التأمين في القيام بذلك؟ والجواب أنها تقوم باستثمار هذه الاشتراكات المجمعة لحساب أصحابها، على سبيل الوكالة بأجر، أو المضاربة بحصة من الأرباح التي تتحقق. ومعنى ذلك أن هناك عائداً سيعود عليها، أو بالأحرى على أصحابها المساهمين فيها، أو ما يسمون بحملة الأسهم، تمييزاً عن المشتركين، والذين يسمون بحملة الوثائق. فهي شركة مضاربة أو وكالة تعمل في مجال التأمين. وقد يقال: وما الفارق بين شركة التأمين الإسلامي هذه وشركة التأمين التجاري؟ والجواب: إن هناك فوارق جوهرية نتعرف عليها في الفقرة التالية.

٣. **خصائص ومميزات التأمين التعاوني(٣):** لعل من أهم ما يميز التأمين التعاوني عن التأمين التجاري ما يلي:

- (١) وهناك العشرات من شركات التأمين الإسلامية، انظر د. محمد الجرف، تطور الفكر الاقتصادي الإسلامي في مجال التأمين، مؤتمر الصناعة التأمينية في العالم الإسلامي، مركز صالح كامل، جامعة الأزهر، ٢٠٠١م.
- (٢) د. حسين حامد حسان، التأمين على الحياة والسيارات...، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٦٢.
- (٣) د. فتحي السيد لاشين، مشروعية عقد التأمين من وجهة النظر الإسلامية، مؤتمر الصناعة التأمينية في العالم الإسلامي، مرجع سابق. د. عبد الحميد البلعي، د. وائل الراشد، نظام التأمين التعاوني التكافلي الإسلامي، مجموعة البركة المصرفية، الكويت: ٢٠٠٦م، ص ١٢٠.

أ) الهدف الوحيد في التأمين التعاوني هو التعاون مع الغير في تحمل ما يقع من أضرار، فدافع المشترك هو المؤازرة والمساندة للغير فيما يلحق به، وكل مشترك يقصد ذلك، فهو داخل بقصد أن يساعد غيره وأن يساعده غيره عند ضرورة الملمات. والشركة القائمة ما هي في حقيقتها إلا نائبة عن هؤلاء المشتركين في إدارة ما يدفعونه، وفي استثماره لهم، وفي دفع ما يكون هناك من تعويضات لهم هم، فهم الدافعون وهم المستفيدون. والمال في الأول والأخير مالهم. والشركة لا تمتلك هذه الأموال، ولا تمتلك صندوق التأمين، وفي الوقت نفسه لا تدفع أية تعويضات من مالها، اللهم إلا عند الضرورة وعلى سبيل القرض لأصحاب الصندوق.

وهنا يتجلى الفرق واضحاً بين شركة التأمين الإسلامية وشركة التأمين التجارية. فإذا كان هذا هو شأن التأمين الإسلامي فإن شركة التأمين التجاري وضعها القانوني مختلف تماماً. وكذلك وضع حملة الوثائق فيها. إنها تمتلك صندوق التأمين، وتمتلك أموال الأقساط والاشتراكات المحصلة من حملة الوثائق. وهو مالها تتصرف فيه كيف شاءت. وفي المقابل عليها لزاماً أن تدفع أي تعويض يحق لأي مشترك من مالها هي. فهي تأخذ لذاتها مالاً في مقابل أن تدفع من مالها مالاً آخر بنظام معين. خلاصة القول هي شركة تاجرة في مجال التأمين كأى شركة تاجرة في أي مجال. والتاجر من شأنه أن يحرص على أن يشتري بأقل الأثمان وأن يبيع بأعلى الأثمان. أو بعبارة أخرى فإن التاجر يحرص على تقليل نفقاته إلى أدنى حد ممكن وإلى زيادة إيراداته إلى أقصى حد ممكن. وبتطبيق ذلك على شركة التأمين التجاري نراها تجرى حساباتها وتدير عملياتها على أساس أن تجمع من الاشتراكات أقصى مبلغ ممكن، وألا تدفع في التعويضات إلا أقل مبلغ ممكن.

والحال كذلك في المشترك معها، فهو لم يدفع ما يدفع بنية معاونة الغير ومساندته، فلا علاقة له بذلك ولا شأن له به. إنما هو يدفع ما يدفع بهدف تحقيق مصلحة ذاتية له. آملاً أن يستفيد مما دفعه بأكثر منه، وقد يتحقق له ذلك وقد لا يتحقق. فالمسألة مسألة معاوضة مالية قائمة على قدر كبير من المخاطرة والمغامرة. بل إن شئت قلت إنها تعامل أو تجارة في المخاطر. فكلا الطرفين قد يدفع كثيراً ليحصل على القليل أو لا يحصل على شيء. وقد يدفع المشترك العديد من الأقسام دون أن يحصل على أي تعويض. ولا يحق له المطالبة بما دفعه. والحال كذلك فقد تدفع شركة التأمين مبالغ طائلة مع أنها لم تحصل من المدفوع له تلك المبالغ إلا على القليل أو حتى لا شيء. وهذا كله منافع لفكرة التعاون والتآزر والتكتل مع الغير لدرء المخاطر جماعة، لا فرداً فرداً.

ب) يترتب على ذلك أن المال المجمع في الصندوق التأميني من خلال الاشتراكات وعوائد الاستثمارات لهذه الاشتراكات هو ملك خالص لحملة الوثائق أو المشتركين، وليس لشركة التأمين إلا إدارة هذه الأموال نيابة عن المشتركين، فيد الشركة هنا يد إدارة وليست يد ملك. وهي تدير هذه الأموال طبقاً للنظام

المحدد بينها وبين المشتركين، وكل ما لها نظير ذلك أجر الوكالة أو حصة في ربح المضاربة، لأنها تكييف قانوناً على أنها وكيل بأجر عن المشتركين أو مضارب لهم في أموالهم بحصة من الربح. ومن حق المشتركين أن يعينوا من يمثلهم في المشاركة في إدارة الشركة. مزيداً من الحرص على سلامة الإدارة، ومزيداً من التأكيد على أن الأموال أموالهم. ومن حق الشركة إذا كان لديها مال خاص بها أن تشارك به في استثمار أموال الصندوق التأميني، ويكون لها حصتها في الأرباح المحققة، طبقاً لنسبة ما أسهمت به وكل ذلك ينظمه عقد أو وثيقة التأمين. وعلى شركة التأمين لزوماً أن تمسك بحساب مستقل تماماً لعمليات التأمين واستثمار أمواله. وأن تمسك بحساب مستقل آخر للمشاركين. بعبارة أخرى، هناك حساب لهيئة المشتركين أو حملة الوثائق، وهناك حساب آخر لحملة الأسهم.

(ج) أطراف العملية التأمينية في التأمين التعاوني كلهم في صف واحد، وليس هناك طرف في مقابل طرف، والمصالح جميعها متوافقة، بل متحدة وليست متعارضة، وما ذلك إلا لأن كلاً منهم مؤمن ومستأمن في آن واحد، وهذا عكس التأمين التجاري، حيث هناك مؤمن وهناك على الطرف المقابل مستأمن والمصالح متقابلة متعارضة. وطرفا العقد هما المشترك أو المستأمن أو المؤمن له من جهة وشركة التأمين، باعتبارها ممثلة لجماعة المشاركين من جهة أخرى (١). وبذلك يؤول الأمر إلى أن شركة التأمين تصبح هي المؤمن «نيابة عن جماعة المشتركين» ويصبح كل مشترك هو المؤمن له أو المستأمن.

(د) يترتب على ذلك أن ما يعرف بالفائض التأميني هو في التأمين التعاوني ملك خالص لحملة الوثائق، الذين هم مؤمنون ومستأمنون في نفس الوقت، وليس لأصحاب شركة التأمين، أو ما يعرفون بحملة الأسهم أي ملكية له. وهذا مناقض تماماً للوضع في التأمين التجاري، حيث يمتلك هذا الفائض ملكية كاملة خالصة حملة الأسهم، وليس لحملة الوثائق أي حق فيه. ويحدد النظام الأساسي للشركة طريقة التصرف في هذا الفائض.

٤. التكييف الفقهي لعقد التأمين التعاوني: بالرغم من أن التأمين التعاوني هو تأمين مشروع في نظر الفقهاء، وصدرت بذلك العديد من الفتاوى من المجامع الفقهية ومراكز البحوث وهيئات الفتوى فإن تكييف عقد التأمين قد تنوعت حيالة آراء الفقهاء، فهناك قلة ترى أنه عقد معاوضة لكنه ليس من قبيل المعاوضة التي في عقد التأمين التجاري (٢). وجمهور الفقهاء على غير ذلك. وبعضهم يرى أنه عقد تبرع،

(١) د. حسين حامد، مرجع سابق.

(٢) لمزيد من المعرفة يراجع د. محمد الجرف، نظام المضاربة للتكافل الاجتماعي البديل الإسلامي للتأمين على الأشخاص، مجلة مركز صالح كامل، جامعة الأزهر، العدد الرابع، ١٩٩٨م.

وبالطبع فإن عقود التبرع مسمأة معروفة في الفقه فألى أي منها ينتسب؟ ذهب البعض إلى أنه من قبيل هبة الثواب. ولكن البعض الآخر لا يرى أن هذا العقد يندرج تحت أي عقد من عقود التبرع المعهودة، وهي الهبة والعمرى والرقبي والصدقة والوقف والإعارة. لأن حقيقة التأمين تختلف عن حقيقة كل عقد من هذه العقود، ويرى أنه عقد تبرع ذو طبيعة خاصة، وأنه يستحق أن يكون عقداً جديداً ويسمى عقد مواساة(١). والمسألة ما زالت في حاجة إلى مزيد من التحرير الفقهي.

وإذا كان لي من رأى حيال تكييف عقد التأمين التعاوني فأقول: إن القول بأنه عقد معاوضة لكنها معاوضة مغايرة للمعاوضة في عقد التأمين التجاري فيه بعد واضح من جهة، ومن جهة ثانية فإن المعاوضة المالية، مهما كانت طبيعتها، إذا ما دخلت هذا العقد جعلته على أحسن الفروض في منطقة الشبهات التي حثنا الإسلام على اجتنابها. ثم إن القول بأنه عقد تبرع، ومهما كان الموقف حيال تكييف التبرع فيه بأن يلحق بأحد العقود التبرعية المسمأة في الفقه أو يكون شكلاً جديداً من أشكال التبرع هو الآخر لا يسلم من تحفظات، تقوى عند إلحاق بأحد العقود المعروفة، وتقل عند اعتباره لوناً جديداً يضاف إلى هذه العقود. ويحوجنا القول بأنه عقد تبرع إلى تخريجات تخرجنا مما يرد هنا من إلزام والتزام.

وخروجاً من كل ذلك لم لا نقول بادئ ذي بدء إنه عقد تعاون أو مواساة، وهو عقد جديد، ذو طبيعة مغايرة لعقود المعاوضة ولعقود التبرع. ومعنى ذلك أننا بهذا القول تضيف إلى التصنيف الفقهي القديم للعقود المالية بأنها إما عقود معاوضة أو عقود تبرع، صنفاً ثالثاً، فتصبح التقسيمة للعقود المالية هي عقود معاوضة وعقود تبرع وعقود مواساة. والتعاون والمواساة قد يكون فرضاً إلزامياً وقد يكون تبرعاً طوعياً.

(١) لمزيد من المعرفة يراجع د. حسن الشاذلي، مرجع سابق؛ مجدي السيد ترك، دور نظم التأمين التكافلي في دعم الحركة التعاونية في مصر، مؤتمر التعاونيات والتنمية في مصر والعالم العربي، مركز صالح كامل، جامعة الأزهر، ٢٠٠٥م.

الاستثمار في شركات التأمين التعاوني

يجتمع لدى شركات التأمين، أيًا كانت نوعيتها؛ تجارية أو تعاونية مبالغ كبيرة، مصدرها الأقساط أو الاشتراكات، وما يكون هناك من عوائد لها. وبالطبع فإن شركات التأمين التجاري تعمل بكل همة على استثمار وتوظيف هذه الأرصدة في كل المجالات التي تراها تحقق لها عائداً مجزياً، وشركة التأمين في ذلك شأنها شأن أي شركة تحرص على توظيف ما لديها من موارد.

والأمر في شركات التأمين التعاوني لا يخرج كثيراً عن ذلك، من حيث الحرص على التوظيف، لأن ذلك هو الذي يجلب لها الدخل، إما من خلال ما تحصل عليه من أجر الوكالة أو ما تحصل عليه من ربح من خلال حصتها في ربح المضاربة.

وعلينا أن نعي جيداً أن المشترك في شركة التأمين التعاوني لا يستهدف باشتراكه تحصيل الأرباح من استثمار ما يشترك به. وإنما يستهدف المشاركة مع الغير في تحمل الأخطار، حتى لو لم تقم الشركة باستثمار ما لديها ما حدث تأثير يذكر في موقفه من الاشتراك. لكن ذلك لا يعني أن فكرة استثمار المبالغ المحصلة من الاشتراكات مرفوضة، لا من قبل المشتركين ولا من قبل الشركة، أو أنها ممنوعة شرعاً. إن الفكرة مقبولة شرعاً، بل ومرغباً فيها، لأن تعطيل الأموال عن العمل والتوظيف لا يحبه الإسلام ولا يرحب به. وبخاصة أن استثمار هذه الأرصدة المتراكمة يحقق العديد من المنافع المشروعة. فهو يسهم في إقامة المشروعات والاستثمارات، وفي ذلك ما فيه من مصالح عامة للمجتمع وللإقتصاد القومي، وهو في الوقت ذاته يقلل من عبء الأقساط على المشتركين، فيقلل من مبالغ الاشتراكات المطلوبة، مع الحفاظ على قدرتهم على الموازنة وتحمل الأخطار، بل ربما يزيد من قدرتهم على ذلك. ثم هو أخيراً يحقق مصالح أصحاب شركة التأمين، بما يحصلون عليه من أرباح نظير قيامهم بالمضاربة أو من أجور نظير وكالتهم عن المشتركين. بل وقد يحصلون على أجور وجزء من الأرباح معاً، طبقاً لما ذهب إليه بعض الفقهاء (١). فهم يحصلون على حصة من الأرباح من حيث استثمارهم لصندوق التأمين، ويحصلون على أجر الوكالة من حيث قيامهم نيابة أو وكالة عن المشتركين بعقد العقود، ودفع التعويضات، وغير ذلك من الأمور الإدارية. والمهم هنا أن تلتزم شركة التأمين في عملية الاستثمار بكل ما يلزم المضارب والوكيل من العناية والحرص وبذل الجهد وعدم التعدي أو التفريط، وإلا كانت مسألة أمام حملة الوثائق. وعليها في الوقت ذاته أن تلتزم بكل ضوابط وأحكام الاستثمار في الإسلام، من تحرى للحلال، سواء في المجالات أو في الآليات أو الأساليب، فلا يجوز أن تستثمر في مجالات محرمة مثل إنتاج الخمر، أو الخدمات الممنوعة شرعاً، ولا يجوز أن توظف ما لديها عن طريق الربا أو الغرر الشديد وما يتجسد فيه من عديد من

(١) د. حسين حامد، مرجع سابق.

الصور والنماذج، إن في البنوك أو في البورصات أو أسواق السلع الدولية.. الخ. كما لا يجوز لها أن تؤمن على أخطار مرفوض القيام بأعمالها، كالتأمين على ساق الراقصة مثلاً وكذلك على مصانع الخمر.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد في النشاط الاستثماري لشركات التأمين الإسلامية، بل يتعداه إلى ضرورة وضع استراتيجية كاملة لعملية الاستثمار، محددة السياسات والخطط والآليات. مراعية بكل دقة ممكنة تناسب التدفقات النقدية المتوقعة سنوياً (١).

مشكلات الاستثمار في شركات التأمين التعاوني (٢):

نظراً لحدثة العمل في هذه الشركات، ومخالفة أسلوب عملها لما هو سائد ومتعارف عليه في شركات التأمين منذ زمن بعيد، ولعدم توفر الخبرات المهنية والفنية الكافية لإدارة هذه الشركات وإدارة ما لديها من أموال فإن هذه الشركات تعاني من العديد من المشكلات وبخاصة في استثماراتها. ولن نستطيع هنا حصر تلك المشكلات ولا التعامل المعمق معها، لأن الأمر يتطلب وجود دراسات تطبيقية لهذه الشركات القائمة في الكثير من البلدان، ومن ثم إمكانية التعرف عن كثب على ما يواجه الاستثمار في تلك الشركات من عقبات وصعوبات. ومع ذلك فهناك بعض المشكلات التي طفت على السطح، ومنها:

١. عدم توفر الوعي التأميني التعاوني الجيد لدى الكثير من المتعاملين مع هذه الشركات، والدراية بطبيعة عملها. الأمر الذي يرتب الكثير من الخلافات بينهما من جهة، ويصرف الكثير من العملاء عن التعامل معها من جهة أخرى.
٢. عدم توفر الكوادر الفنية الكافية الخبيرة بالاستثمار ومتطلباته في تلك الشركات. ومن ثم فإن الكثير من استثماراتها لا يحوز الكفاءة الاقتصادية.
٣. عدم وجود تعاون فعال بين هذه الشركات يمكنها من التغلب على أية صعوبات تواجه أي منها في دخولها للسوق الاستثماري، وبخاصة أنها تواجه بشركات تأمين قوية وذات خبرة ودراية منذ زمن بعيد.
٤. الكثير منها يستثمر ما لديه من أموال من خلال البنوك الإسلامية والأسواق المالية مع عدم التأكد الدقيق من مشروعية بعض هذه الاستثمارات.
٥. عدم تحري الكثير من هذه الشركات القواعد الشرعية الحاكمة لعمليات الاستثمار، ومن ذلك استثمار أموالها لدى المصارف الإسلامية، والمعروف أن البعض منها لا يلتزم بدقة في توظيف أمواله. وبعضها يجرى عملية إعادة التأمين في شركات

(١) د. سراج الدين محمد الهادي، العناصر المؤثرة في الفائض التأميني وطرق توزيعه، مؤتمر الصناعة التأمينية.

(٢) يراجع توصيات مؤتمر التأمين التعاوني، مرجع سابق.

تأمين تجارية. ٦. بعض هذه الشركات لا تراعي بدقة أحكام الفائض التأميني، وأنه ملك خالص لحملة الوثائق وليس لشركات التأمين ولا لحملة الأسهم فيها أية ملكية على هذا الفائض، مع أن الدراسات أثبتت أن القائمين على هذه الشركات كثيراً ما لا يلتزمون بذلك(١).

(١) د. محمد الجرف، مرجع سابق.

الأحكام المنظمة للعلاقات بين أطراف العملية التأمينية

في شركات التأمين الإسلامية يوجد أكثر من طرف، فهناك مؤسسوا هذه الشركات، وهم ما يعرفون بحملة الأسهم، وهناك المشتركون في الصندوق التأميني، وهم ما يعرفون بحملة الوثائق.

وبالطبع فهناك علاقات عدة بين هؤلاء وهؤلاء. وهناك ضوابط وأحكام تضبط هذه العلاقات، حتى تظل داخل الشرعية الإسلامية.

وفي كل شركة تأمين إسلامية نجد ما يعرف بالصندوق التأميني الذي تجمع فيه الأقساط أو الاشتراكات ومنه تدفع التعويضات، وفيه تصب عوائد ما يجري من استثمارات في أموال الصندوق. ويتعرض هذا الصندوق للعجز واللفائض. ولكل منهما أحكامه. ثم إن استثمار أموال الصندوق تخضع بدورها للأحكام المنظمة له وملكيته وإدارته. وفي الأخير نحن أمام طرفين أصليين وأساسيين؛ أصحاب الأسهم وأصحاب الوثائق، فكيف تضبط العلاقات القائمة بينهما؟

وقد نالت هذه الزوايا والمسائل عناية طيبة من الفقهاء والاقتصاديين الإسلاميين، ونوجز هنا القول في بعض هذه المسائل.

١. علاقة شركات التأمين بالمشركين أو حملة الوثائق التأمينية:

من الناحية القانونية أظن أن هذه العلاقة مازالت في حاجة إلى إطار قانوني واضح يحدد بدقة العلاقات المتشاجرة بين هذين الطرفين. مع أن الأمر من الناحية الاقتصادية أكثر وضوحاً، فالعلاقة بينهما هي علاقة المضارب برب المال أو الأصل بالوكيل. إن الشركة تعمل وتدير وتستثمر أموال الصندوق التأميني من خلال عقد مضاربة بينها وبين حملة الوثائق بحصة من الربح المتحقق، تماماً كما يدير البنك الأموال التي لديه للمودعين من خلال عقد المضاربة. ويمكن أن يحكم العلاقة عقد الوكالة. بمعنى أن الشركة إذ تمارس هذه الأعمال فإنها تمارسها بصفتها وكيلاً عن حملة الوثائق بأجر محدد. ويجوز للشركة أن تضم ما لديها من أموال ملك لحملة الأسهم إلى أموال الصندوق وتضارب بها معاً، ويكون لها حصة مالها من ربح وكذلك حصة عملها كمضارب.

ومزيداً من البعد عن منطقة المعاوضة والتجارة يحسن أن يكون لحملة الوثائق تمثيل في إدارة الشركة، وأن يعرض على هيئة المشتركين الحساب الختامي للنظر فيه (١).

(١) د. حسين حامد، مرجع سابق. وينص نظام بعض شركات التأمين الإسلامي على ذلك.

وهناك مصروفات في الشركة يتحملها حملة الأسهم وحدهم، وهناك أخرى يشترك في تحملها حملة الأسهم وحملة الوثائق معاً من خلال تنظيم واضح منصوص عليه في نظام الشركة.

٢. ثم إن العقد المبرم بين شركة التأمين والمشارك ينتج التزامات عديدة، بعضها يرجع إلى الشركة وبعضها يرجع إلى المشارك. وعلى رأس هذه الالتزامات التي تقع على عاتق المشارك التزامه بدفع القسط أو الاشتراك حسب النظام، وكذلك التزامه بما قد يجري على القسط من تغيير بالزيادة لظروف طرأت. ومع أن الموضوع برمته داخل نطاق التبرع بقصد المواساة والتعاون فإنه بمجرد إبرام العقد تدخل العملية في نطاق الالتزامات، حيث يصبح التبرع ملزماً (١). وفي الفقه الإسلامي شواهد تمكن الشركة من إجبار المشارك على تنفيذ ما تعاقد عليه (٢).

٣. علاقة المشتركين ببعضهم . كل مشترك مؤمن لغيره ومؤمن له من غيره. ففكرة التعاون تقتضى المفاعلة أو المشاركة في العملية من كل الأطراف. فكل فرد معاون ومعاون في نفس الوقت. ثم إنهم جميعاً مشتركون في مضاربة مشتركة، يمثلون رب المال وشركة التأمين تمثل المضارب لهم.

٤. الفائض التأميني: هو المبلغ المتبقي في الصندوق بعد دفع التعويضات وسائر الاستحقاقات. وهذا الفائض هو ملك خالص لهيئة المشتركين وليس لشركة التأمين أية ملكية فيه، عكس ما هو عليه التأمين التجاري. ومن الضروري أن ينص في النظام الأساسي للشركة وفي العقد المزمع بينها وبين حملة الوثائق على كيفية التصرف في هذا الفائض، مثل توزيعه على حملة الوثائق أو ترحيله لفترات لاحقة أو تخفيض مبالغ الاشتراكات.. الخ (٣). والشيء الأساسي في هذه المسألة ألا يكون لشركة التأمين أو لحملة الأسهم أي سلطان خاص على هذا الفائض بأي صورة من الصور، وإلا تحول الأمر رويداً رويداً إلى التأمين التجاري المرفوض شرعاً.

٥. العجز التأميني: ومعناه عدم قدرة الصندوق على دفع كل التعويضات والمستحقات عليه خلال الفترة المالية المحددة. وحيث إن الأمر كله بيد المشتركين أو حملة الوثائق فالصندوق صندوقهم، وما يتبقى فيه من فائض هو حقهم ومالهم وملكهم، فإن ما يحدث للصندوق من عجز، عليهم أن يتحملوه. وعليهم لزوماً أن يقوموا بدفع ما يجبر هذا العجز، طبقاً للنظام المتفق عليه. ولحسن سريان العمل في الشركة فإن الأمر يقتضي قيام الشركة أو حملة الأسهم بسداد هذا العجز من مالها هي نيابة عن

(١) د. عبد الحميد البعلي، مرجع سابق، ص ١٢٢ وما بعدها.

(٢) نفسه، ص ١٢٥.

(٣) نفسه، ص ١٣٤ وما بعدها.

المشتركين من خلال قرض حسن يقوم المشتركون بسداده لاحقاً طبقاً للنظام الساري(١).

(١) د. عبد الحميد البعلي، وآخر، مرجع سابق، ص١٣٨ وما بعدها.

خاتمة

بعد هذا العرض الموجز للتأمين التعاوني وبخاصة لبعده التتموي من خلال ما يؤديه من دور بات بالغ الأهمية في مجال المدخرات ومجال الاستثمارات. ومن ثم فلم يعد قطاع التأمين في الحقل الاقتصادي قطاعاً ثانوياً أو هامشياً. وإذا كان هذا حاله في ظل الاقتصاد الوضعي فإن الحال هو هو في ظل الاقتصاد الإسلامي إن لم يكن أقوى وأهم. فليس من المقبول شرعاً واقتصاداً أن تؤمن المدخرات والاستثمارات الإسلامية من قبل شركات تأمين تجارية لا تتال الشرعية الإسلامية.

أوصي بقيام العديد من شركات التأمين وإعادة التأمين الإسلامية. وأن توجد لها هيئة مركزية تتولى التنسيق بينها، وأن لا تكون تحت عباءة المصارف الإسلامية.

وحبذا لو اهتم التطبيق الإسلامي في هذا الشأن بصيغة الجمعيات التأمينية التعاونية، لتكون عاملاً موازناً ومعادلاً قوياً لصيغة الشركات التأمينية، وحبذا لو أدخلنا مؤسسة الزكاة وكذلك مؤسسة الوقف بقوة في هذا المجال وفعلنا من سهم «الغارمين».

والتشريع الإسلامي من سعة الصدر بمكان، بحيث يتسع لوجود هذه الصيغ التأمينية المتعددة.

وكل ما أخشاه أن تتدحرج شركات التأمين الإسلامية رويداً رويداً نحو شركات التأمين التجارية. كما تدحرجت بعض المصارف الإسلامية نحو المصارف التقليدية.

إن الفكرة بالغة النبل والسمو الأخلاقي فليكن تطبيقنا للفكرة على هذا المستوى. وإلا فيا مسلمين: رحمة بالإسلام.

مراجع البحث

- القرآن الكريم
- ١. مؤتمر الصناعة التأمينية في العالم الإسلامي، مركز صالح كامل، للاقتصاد الإسلامي بجامعة الأزهر، ٢٠٠١م.
- ٢. البنك الأهلي المصري، النشرة الاقتصادية، نظام التأمين على الودائع، العدد ٢ المجلد ٥٣،
- ٣. د. ماجدة شلبي، أثر اتفاقية تحرير الخدمات المالية على أسواق التأمين في العالم الإسلامي، مؤتمر الصناعة التأمينية في العالم الإسلامي، مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي بجامعة الأزهر، ٢٠٠١م.
- ٤. الموسوعة العربية - المجلد الخامس، العلوم القانونية والاقتصاد -www.arab-ency.com
- ٥. مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وآخرون، مؤتمر التأمين التعاوني، عمان، إبريل ٢٠١٠م.
- ٦. د. حسن الشاذلي، التأمين التعاوني الإسلامي، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٥١،
- ٧. د. حسين حامد حسان، التأمين على الحياة والسيارات...، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٦٢،
- ٨. د. عبد الحميد البعلي، د. وائل الراشد، نظام التأمين التعاوني التكافلي الإسلامي، مجموعة البركة المصرفية، الكويت ٢٠٠٦م.
- ٩. د. ناشد عبد السلام، أسعار التأمين بين المنافسة والاحتكار في السوق المصري للتأمين، مؤتمر الصناعة التأمينية في العالم الإسلامي.
- ١٠. سراج الدين حمد الهادي، العناصر المؤثرة في الفائض التأميني وطرق توزيعه، مؤتمر الصناعة التأمينية في العالم الإسلامي، مركز صالح كامل، جامعة الأزهر، ٢٠٠١م.
- ١١. د. عبد الستار أبو غدة، حكم التأمين على الودائع والاستثمارات والصكوك في البنوك الإسلامية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٦٩،

١٢. د. مجدى السيد ترك، دور نظم التأمين التكافلي في دعم الحركة التعاونية في مصر، مؤتمر التعاونيات والتنمية في مصر والعالم العربي..، مركز صالح كامل، جامعة الأزهر، ٢٠٠٥م.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

التأمين التعاوني الأحكام والضوابط الشرعية

المتطلبات الفقهية و القانونية لممارسة عمل التأمين التعاوني الإسلامي
مقترح لإطار قانوني مناسب لشركة التأمين الإسلامي
يحقق التوافق بين المتطلبات الشرعية والقانونية

إعداد

عادل عوض بابكر

مدير الإدارة القانونية والمطالبات

المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات

(مجموعة البنك الإسلامي للتنمية)

المحتويات

الصفحة	الموضوع
٢	● ملخص تنفيذي
٣	● المقدمة
٣	○ خلفية تاريخية
٤	○ التطبيق العملي
٤	○ فروض وأهداف البحث
٥	● الفصل الأول: مبادئ وأسس التأمين التعاوني الإسلامي
٥	(أ) عقد التأمين التعاوني الإسلامي عقد تبرع وليس عقد معاوضة
٥	(ب) دفع التعويض من أموال المؤمن لهم المتبرع بها
٦	(ج) توزيع الفائض التأميني على المشتركين
٨	● الفصل الثاني: الإشكالات القانونية والرقابية
٨	(١) كيفية إصدار رخصة مزاولة عمل التأمين التعاوني الإسلامي
٩	○ التجربة السودانية
١٠	○ التجربة الماليزية
١١	○ التجربة السعودية
١٢	(٢) إشكالات استخدام الشركة المسجلة كإطار لمزاولة عمل التأمين
١٣	(٣) إشكالات الحوكمة
١٤	● الفصل الثالث : الإشكالات الشرعية
١٤	(١) الجمع بين الوكالة والإقراض
١٤	(٢) الجمع بين الوكالة والكفالة
١٦	● الفصل الرابع: الأسس التي يجب أن تحكم الإطار القانوني لشركة التأمين الإسلامي
١٨	● الفصل الخامس: النتائج والتوصيات
١٩	○ مسودة مشروع قرار

ملخص تنفيذي

يهدف هذا البحث إلى إلقاء الضوء على عدة إشكالات برزت نتيجة لعدم وجود اطار قانوني مناسب لتقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي. فالتأمين التعاوني الإسلامي هو اشتراك وتعاون بين المؤمن لهم في تحمل المخاطر وليس نقل للمخاطر من المؤمن لهم إلى المؤمن. ويبين البحث بعد استعراض بعض التجارب في بعض الدول الاعضاء في منظمة التعاون الإسلامي أن استخدام "الشركة المسجلة"، بوصفها القانوني المتعارف عليه ، كإطار قانوني لتقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي ، أدى إلى عدة إشكالات قانونية وشرعية.

ويقترح الباحث عدة ضوابط و أحكام واجراءات تطبق على الشركات التي ترغب العمل في مجال تقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي ، مما يجعل لها خصائص تمكنها من استيعاب الأسس والمبادئ والأحكام التي يقوم عليها التأمين التعاوني الإسلامي ، وتحقق التوافق بين المتطلبات القانونية و الرقابية والشرعية.

المقدمة

خلفية تاريخية:

تناول الفقهاء المعاصرون لأول مرة بصورة شاملة وجماعية مسألة موقف الشرع من التأمين التجاري من خلال البحوث المقدمة في "أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية" الذي عقد في دمشق في المدة من ١٦ - ٢١ من شوال ١٣٨٠هـ الموافق ١٠ - ١٦ أبريل ١٩٦١م. حيث قدمت أربعة بحوث اثنان منهم أجازا التأمين التجاري وهما بحث الشيخ مصطفى الزرقاء وبحث الشيخ عبد الرحمن عيسى ، بينما منع التأمين التجاري الشيخ عبدالله القليلي. وقدم الشيخ صديق الضيرير ورقة لأسبوع الفقه الإسلامي تمنع التأمين التجاري بسبب وجود الغرر الذي يفسد عقود المعاوضات ورأى أن البديل الشرعي للتأمين التجاري هو التأمين التعاوني الذي يقوم على التبرع والتعاون وأيده في هذا الرأي الشيخ محمد أبو زهرة^(١). وقد أخذت المراكز والجامع الفقهية مثل هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية ومجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي ومجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي التي صارت الآن منظمة التعاون الإسلامي بمفهوم التأمين التعاوني الذي يقوم على أساس التبرع والتعاون كبديل إسلامي لعقد التأمين التجاري. وأصدرت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية معاييرها الخاصة بالتأمين وفق هذا المفهوم.

عليه يمكننا القول بكل ثبات أن التأمين التعاوني الإسلامي أصبح راسخاً ومستقراً وفق الضوابط والأحكام الصادرة عن هذه المراكز والجامع والمؤتمرات الفقهية.

وتعد هذه القرارات الصادرة عن:

- المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة ١٣٩٦هـ (١٩٧٦م)،
- والقرارات الصادرة أيضاً عن هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية عام ١٣٩٧هـ،
- وقرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي عام ١٣٩٨هـ،
- وقرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة في ربيع الآخر ١٤٠٦هـ (١٩٨٥م)،
- ومعيارالتأمين الإسلامي الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية عام ١٤٢٧هـ (١٩٩٦م)، بمثابة الأساس الذي بنى عليه العمل في مجال التأمين التعاوني الإسلامي. وقد أجمعت كل هذه المراكز والجامع والمراكز الفقهية على حرمة التأمين التجاري لجملة أسباب هي الغرر في المقام الأول ولدخول الربا وصفة القمار. وأجازت هذه المراكز التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون.

^١ أبحاث الشيخ البروفيسير الصديق الضيرير، الكتاب الأول، التأمين ص ٤٥

التطبيق العملي:

وتجسيدا لهذه القرارات بدأت في الظهور كيانات أو شركات وشرعت في تقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي منذ عام ١٩٧٧، وتوالت اعداد هذا الشركات في الزيادة حتي وصلت ما ينيف عن مائة وتسعون شركة في عدة دول اسلامية وغير اسلامية. وبلغ حجم الاشتراكات المكتتبه في عام ٢٠١٠م حوالي 13,6 مليار دولار أمريكي^(١).

ولقد واجهت شركات التأمين التعاوني الإسلامية عند قيامها ومزاولتها لخدمة التأمين التعاوني وفق الأسس التي أقرتها المجامع الفقهية، عدة مصاعب واشكالات نجلها في الآتي:

- إشكالات قانونية ورقابية،
- إشكالات تتعلق بالحوكمة،
- إشكالات فقهية.

فروض وأهداف البحث:

يفترض البحث أن الطريقة والشروط التي يتم بها تسجيل واصدار التراخيص اللازمة للجهات الراغبة في تقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي والزامها بالتسجيل أولاً "كشركة مسجلة" "Registered Company" وفق أنظمة تسجيل الشركات التجارية السائدة والوفاء بشروط توفر الملاءة المالية وغير ذلك من متطلبات رقابية تطبق علي شركات التأمين التجاري، تؤدي حتماً إلى نشؤ مشاكل ذات طابع قانوني ورقابي وفقهي ويحول دون التطبيق السليم والكمال للمعايير الشرعية ولقرارات المراكز والمجامع الفقهية وهذا ما سيفصله البحث بإسهاب مع استعراض لبعض النماذج والتجارب السائدة في بعض الدول الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي. ويهدف البحث إلى تقديم اقتراح لإطار قانوني بأحكام وضوابط تجعله يستوعب كل الأسس والمتطلبات الشرعية لتقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي ويزيل التضارب الحادث حالياً بين المتطلبات القانونية والرقابية من ناحية والمتطلبات الشرعية من الناحية الأخرى، مثل الجمع بين صفة وكيل وصفة مقرض. كما يهدف هذا المقترح لمعالجة المعضلات القانونية التي تترتب من إستخدام إطار الشركة المسجلة كإطار قانوني لتقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي الذي وضح أن به بعض العيوب تطهر عند التطبيق وهي ناتجة في الأساس من الشكل المؤسسي للشركة والتضارب بين الكيانات ذات المصلحة وعدم الحوكمة الجيدة. ومثال ذلك أن قانون الشركات يعترف بالاجتماع العام للمساهمين ويحمي قراراته إذا لم تحتوي على مخالفة، بينما لا يعترف القانون بكيان المشتركين أو حملة البوالص وهم أصحاب رأس المال الحقيقي الذي يستخدم لحماية المشتركين من المخاطر والأضرار.

^١ دليل شركات التأمين الإسلامية - العدد السادس أبريل ٢٠١٢م

الفصل الأول

مبادئ وأسس التأمين التعاوني الإسلامي

قبل الولوج في دراسة الإشكالات القانونية والرقابية والفقهية التي تنتج من إستخدام شكل "الشركة المسجلة" كإطار قانوني لممارسة عمل التأمين التعاوني الإسلامي، قد يكون مفيداً أن نستعرض اجمالاً المبادئ والأسس التي يقوم عليها التأمين التعاوني الإسلامي.

واستناداً علي القرارات الفقهية التي أوردناها في مقدمة البحث يمكننا أن نلخص المبادئ والأسس التي يركز عليها التأمين التعاوني الإسلامي كالآتي:

(أ) عقد التأمين التعاوني الإسلامي عقد تبرع وليس عقد معاوضة .

ليس هنالك خلاف في أن الغرر يكتف كلاً العقدين، عقد التأمين الإسلامي وعقد التأمين التقليدي أو التجاري، وقد ورد في الحديث الصحيح النهي عن بيع الغرر. والغرر اصطلاحاً يعني "ما يكون مستور العاقبة"^(١)، عند السرخسي. وعند الكاساني يعني "الخطر الذي يستوي فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك"^(٢). هذا ومن ناحية الحكم الفقهي فإن الغرر مفسد للعقود باجماع الأئمة، إلا أن المالكية استثنا عقود التبرع. ورأي الفقهاء المعاصرون أن استثناء المالكية هذا هو المخرج لجعل عقد التأمين يتوافق مع الشريعة الإسلامية وذلك بتأسيسه على التبرع بقسط الإشتراك لجبر ما يحدث من ضرر للمشاركين الآخرين^(٣).

ويجب أن ينص في عقود التأمين أن ما يدفعه المشترك أو حامل البوليصة هو بمثابة تبرع بكامل مبلغ الإشتراك أو ما يكفي منه لدفع التعويضات لمن أصابهم الضرر من المشتركين الآخرين وتغطية النفقات اللازمة لإدارة صندوق التكافل.

(ب) دفع التعويض من أموال المؤمن لهم المتبرع بها:

وهذا المبدأ يعني أن التأمين التعاوني الإسلامي بمثابة صندوق يساهم المشاركون فيه بأموال تستخدم لجبر الأضرار التي قد تلحق بأي من المشتركين. وهذا المبدأ من العلامات البارزة والأساسية التي تميز التأمين التعاوني الإسلامي عن التأمين التجاري التقليدي، حيث أن التأمين التعاوني الإسلامي هو اشتراك بين كل حملة بوالص التأمين في تحمل المخاطر Sharing Risks وليس نقل للمخاطر لذمة طرف آخر Transferring Risk كما هو في التأمين التجاري التقليدي.

^١ المبسوط ١٣: ١٩٤

^٢ البدائع والصنائع: ٢٦٣

^٣ بحث الشيخ صديق الضرير المقدم لسمنار الفقه الإسلامي ومهرجان ابن تيمية

وعملياً قد يحدث أن لا تكفي مبالغ الإشتراكات لدفع التعويضات المستحقة أو لسداد المصروفات التشغيلية خاصة في السنوات الأولى من التأسيس. ولسد العجز في صندوق التكافل قدمت بعض الحلول مثل دعوة المشتركين لتقديم تبرعات إضافية أو الوعد من المساهمين (شركة التكافل) بتقديم قرض حسن لسد العجز ويسترجع عندما يتمكن صندوق التكافل من تحقيق فوائض في السنوات اللاحقة، وهذا ما يجري عليه العمل في معظم شركات التكافل. وتثور بعض المحاذير الشرعية حول تقديم قرض حسن من قبل شركة التأمين (حملة الأسهم) لسداد العجز في صندوق التكافل. وسوف تتعرض الورقة لهذه الإشكالات لاحقاً.

ومن الناحية العملية نجد أن هذا المبدأ يواجه عند التطبيق بعض الإشكالات الفنية والرقابية خاصة عند عدم كفاية الأموال المتبرع بها، أي أموال صندوق التكافل، لسداد التعويضات.

(ج) توزيع الفائض التأميني على المشتركين:

الفائض التأميني هو الرصيد المالي المتبقي في حساب المشتركين (حملة الوثائق) من مجموع الأقساط التي قدموها واستثماراتها وعوائد إعادة التأمين، بعد تسديد المطالبات، ورصد الإحتياطات الفنية وتغطية جميع المصاريف والنفقات.

ومن الناحية الحسابية البحتة، فإن الفائض التأميني يتم احتسابه كالاتي:

- رصيد صندوق التكافل أول الفترة المالية (الرصيد الافتتاحي)
- مضافاً إليه : إجمالي الإشتراكات
- مخصوماً منه : إشتراكات إعادة التكافل أو التأمين
- مخصوماً منه : رصيد الإشتراكات غير المكتسبة
- مضافاً إليه : عائد إستثمارات الصندوق
- مخصوماً منه : نصيب المضارب في عائد الإستثمارات
- مخصوماً منه: إجمالي منافع الحماية المدفوعة (المطالبات)
- مخصوماً منه: رصيد مخصص منافع الحماية تحت التسوية
- مضافاً إليه: نصيب إعادة التكافل أو التأمين
- مخصوماً منه: رسوم الوكالة (الإدارة)
- مخصوماً منه: إحتياطي منافع الحماية التي من المحتمل أنها وقعت ولم يبلغ عنها
- مخصوماً منه: المخصصات والإحتياطات الفنية

- مضافاً إليه: نصيب الصندوق من فائض عمليات إعادة التكافل أو التأمين^(١).

ويعد الفائض التأميني من السمات الأساسية التي تميز التأمين التعاوني الإسلامي عن التأمين التجاري التقليدي. وقد أجمع معظم الفقهاء المعاصرون الذين أجازوا التأمين التعاوني على أن الفائض التأميني حق خاص لحملة الوثائق وملك شرعي لهم ولا تستحق الشركة المديرية لأعمال التأمين شيئاً منه. ولقد نص البند (٥/٥) من المعيار رقم ٢٦ الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية على الآتي:

"يجوز أن تشمل اللوائح المعتمدة على التصرف في الفائض التأميني بما فيه المصلحة حسب اللوائح المعتمدة، مثل تكوين الإحتياطات، أو تخفيض الإشتراكات أو التبرع به لجهات خيرية أو توزيعه أو جزء منه على المشتركين، على أن لا تستحق الشركة المديرية شيئاً من ذلك الفائض".

وتتفاوت الممارسات في كيفية توزيع الفائض التأميني أو تحديد من يستحقه من المشتركين. فبعض الشركات تحرم المشترك الذي تقدم بمطالبة وأخذ التعويض من المشاركة في الفائض التأميني. بينما توزع بعض الشركات الفائض التأميني دون تفرقة بين من أخذ التعويض ومن لم يأخذ، وهذا مايجري عليه العمل في السودان، لأن أخذ التعويض هو حق ثابت للمشارك متى ماتوفرت الشروط وأن الفائض ملك لجميع المشتركين.

يترتب على تطبيق مبدأ توزيع الفائض التأميني إشكالات قانونية ورقابية عديدة، منها غياب الحوكمة كما ينادي كثير من أهل الصناعة بتخصيص جزء من الفائض التأميني للشركة المديرية (حملة الأسهم) كحافز لحسن الإدارة.

^١ استاذ/ سراج الهادي قريب الله، (إشكاليات عملية في التأمين التكافلي وحلول مقترحة) ورقة مقدمة للملتقى الثاني للتأمين التعاوني، الرياض ٢٠١٠م

الفصل الثاني الإشكالات القانونية والرقابية

تمارس خدمة التأمين التعاوني الإسلامي شركات عديدة في معظم الدول الاعضاء في منظمة التعاون الإسلامي. وتختلف البيئات القانونية التي تمارس فيها خدمة التأمين التعاوني الإسلامي من دولة لدولة.

ويمكن تقسيم البيئات القانونية في الدول الأعضاء لمنظمة التعاون الإسلامي إلى ثلاثة أقسام من حيث التعامل مع التأمين التعاوني الإسلامي ترخيصاً وتنظيماً:

- (١) بيئات قانونية أقرت قوانين خاصة وانظمة ولوائح لترخيص وتنظيم التأمين التعاوني الإسلامي ومثال ذلك السودان ، ماليزيا ، المملكة العربية السعودية.
- (٢) بيئات قانونية لم تقر قوانين خاصة للتأمين التعاوني الإسلامي بل توجد بها لوائح وقواعد صادرة من جهات رقابية لتنظيم التأمين التعاوني الإسلامي وترخيصه، مثل البحرين.
- (٣) بيئات قانونية لا تساعد على نشوء التأمين التعاون الإسلامي بها، ولم تفرد أي قوانين أو أنظمة أو حتى منشورات لترخيص شركات لممارسة التأمين التعاوني الإسلامي.

إلا أن القاسم المشترك في جميع الدول الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي التي تعمل بها شركات تأمين تعاوني إسلامي هو الإلزام الذي تفرضه علي أي أشخاص يرغبون في تقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي بالتسجيل كشركة مسجلة حتى يتسنى لهم الحصول على الترخيص.

وترى هذه الورقة أن الطريقة التي يتم بها التسجيل والترخيص لأي جهة ترغب في تقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي على أساس إحترافي وإخضاعها للشروط والمعايير التي تنص عليها القوانين والأنظمة واللوائح، قد أدت إلى بروز إشكالات قانونية ورقابية عديدة وحالت دون تجسيد المبادئ والأسس التي يقوم عليها التأمين التعاوني الإسلامي.

ويستوي في هذا الأمر حتي الدول التي أقرت قوانين ونظم خاصة للكيانات التي تعمل في مجال تقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي، حيث لم ينجح المشرعون في هذه الدول في إنشاء إطار قانوني جديد يستوعب أسس وخصائص التأمين التعاوني الإسلامي.

وتلخص هذه الورقة الإشكالات القانونية والرقابية في الآتي:

(١) كيفية إصدار رخصة مزاولة عمل التأمين التعاوني الإسلامي:

باستعراض القوانين والأنظمة واللوائح التي صدرت في بعض الدول الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي لتنظيم التأمين التعاوني الإسلامي نلاحظ أن الجهات الإشرافية والجهات الرسمية المختصة تصدر رخصة مزاولة عمل التأمين التعاوني الإسلامي بإسم الشركة

مقدمة الطلب لتصبح هي "المؤمن" وهذا ما يتعارض مع مفهوم التأمين التعاوني الإسلامي الذي يكون فيه المشاركون بمثابة المؤمنون لبعضهم البعض.

وتختلف التشريعات الصادرة في هذا الخصوص من دولة لدولة ونكتفي هنا باستعراض التجارب الخاصة بالتأمين التعاوني الإسلامي في ثلاثة دول من الدول الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي وهي السودان، ماليزيا والمملكة العربية السعودية.

التجربة السودانية:

صدر في السودان قانونين لتنظيم التأمين التعاوني الإسلامي في السودان وهما قانون الرقابة على التأمين لسنة ٢٠٠١م^(١) وقانون التأمين والتكافل لسنة ٢٠٠٣م^(٢). وبالرغم من أن المشرع السوداني قد استمد هذين القانونين من الشريعة الإسلامية إلا أننا نجد فيهما خلطاً يتعلق بتعريف ومعنى "المؤمن" حيث أن تعريف "المؤمن" هو من ضمن الفوارق الرئيسية بين التأمين التعاوني الإسلامي والتأمين التجاري.

فمثلاً عرف قانون الرقابة على التأمين لسنة ٢٠٠١ السوداني كلمة "المؤمن" بأنه "يقصد به أي من الشركات المرخص لها لمزاولة أعمال التأمين أو إعادة التأمين أو إعادة التكافل وفقاً لأحكام هذا القانون".

كذلك تنص المادة ٣٢ من نفس القانون على الآتي : "يمنح الترخيص للشركة إذا استوفت الشروط والضوابط وأتبعت الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون واللوائح الصادرة بمقتضاه....".

وكذلك عرف قانون التأمين والتكافل لسنة ٢٠٠٣^(٣) المؤمن كالاتي : "يقصد به أي شركة مرخص لها بمباشرة عمليات التأمين و/أو إعادة التأمين و/أو التكافل و/أو إعادة التكافل بموجب أحكام قانون الرقابة على التأمين لسنة ٢٠٠١ أو أي قانون يحل محله".

وبالرغم من أن صناعة التأمين في السودان قد تم أسلمتها بالكامل وأن هذين القانونين المشار إليهما يتعلقان فقط بالتأمين التعاوني الإسلامي، إلا أننا نجد أن الشارع السوداني لم يُعرف "المؤمن" بالصورة التي تتفق مع من هو "المؤمن" من المنظور الفقهي. فالمؤمن في نظام التأمين التعاوني الإسلامي هو حساب المشتركين أو صندوق التكافل الذي لا يحظى "بالشخصية الاعتبارية" في القانون السوداني.

^١ قوانين السودان - المجلد الثاني عشر - الطبعة السابعة ص ٣٣٨

^٢ قوانين السودان - المجلد الثالث عشر - الطبعة السابعة ص ٣

^٣ قوانين السودان - المجلد الثالث عشر - الطبعة السابعة ص 3

ولا تعدو شركة التأمين والتي تحمل رخصة مزاولة أعمال التأمين باسمها إلا أن تكون وكيلاً أو مديراً لمحافظة التأمين أو صندوق التكافل لصالح المشتركين مقابل أجر محدد سلفاً. ويشوب كلمة "مؤمن" في قانون السودان بعض الخلط وعدم الوضوح ويجعله مقارباً لمعنى "مؤمن" في التأمين التجاري التقليدي.

إلا أن تعريف عقد التأمين الوارد في المادة (٣) من قانون التأمين والتكافل لسنة ٢٠٠٣ قد يسعف في إزالة الغموض والخلط في معنى ودور "المؤمن" في نظام التأمين التعاوني الإسلامي، إذ تُعرف المادة (٣) من ذات القانون عقد التأمين كالآتي: "عقد التأمين عقد يلتزم فيه المؤمن نيابة عن المؤمن لهم بأن يؤدي إلى المؤمن له، أو المستفيد، مبلغاً من المال أو أي عوض في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل مبلغ محدد يؤديه المؤمن له للمؤمن على وجه التبرع لمقابلة التزامات المؤمن". وتوضح هذه المادة بصورة جلية أن المؤمن ليس إلا وكيلاً عن المؤمن لهم ويقوم نيابة عنهم بجمع الاشتراكات ودفع التعويضات.

عليه كان من الأصوب أن يعرف قانون الرقابة علي التأمين لسنة ٢٠٠١م كلمة "مؤمن" كالآتي: "يقصد به أي من الشركات المرخص لها إدارة محافظ تأمين أو إعادة تأمين أو إعادة التكافل نيابة عن مجموع المؤمن لهم، وفقاً لأحكام هذا القانون".

كذلك كان من الأجدر أن تعدل المادة ٣٢ من قانون التأمين والتكافل لسنة ٢٠٠٣م لتقرأ كالآتي "يمنح الترخيص للشركة للعمل كمدير ادارة محافظ تأمين نيابة عن المؤمن لهم إذا أستوفت الشروط والضوابط وأتبعت الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون واللوائح الصادرة بمقتضاه....".

وبالرغم من أن تعريف عقد التأمين الوارد في المادة (٣) من قانون التأمين والتكافل لسنة ٢٠٠٣ يجسد حقيقة التأمين التعاوني الإسلامي ويعتبر بمثابة تقنين لقرار مجمع الفقه الإسلامي الخاص بالتأمين التعاوني الإسلامي، إلا أن المشرع السوداني لم يستحدث إطاراً قانونياً يستوعب مفهوم التأمين التعاوني الإسلامي، ويوضح صراحة أن المؤمن الحقيقي هو صندوق التكافل بالرغم من أنه لا يحظى بشخصية اعتبارية في نظر القانون السوداني ولا تصدر رخصة مزاولة عمل التأمين باسمه.

التجربة الماليزية:

أما التجربة الماليزية فقد جاءت مختلفة قليلاً عن التجربة السودانية، إلا أن التشريعات الماليزية التي صدرت لتنظيم صناعة التأمين التعاوني الإسلامي جاءت أكثر نضوجاً وعمقاً في تقنين أسس ومبادئ التأمين التعاوني الإسلامي.

صدر أول قانون في ماليزيا لتنظيم التأمين التعاوني الإسلامي سنة ١٩٨٤م بإسم قانون التكافل لسنة ١٩٨٤. وحسب نصوص هذا القانون فإن رخصة مزاولة عمل التأمين الإسلامي تصدر للشركة مقدمة الطلب كرخصة مشغل تأمين تكافلي Takaful Operator وليست رخصة "مؤمن" كما هو الحال في السودان وهذا ينسجم مع مفهوم التأمين الإسلامي إذ أن الشركة تعمل كمُشغل أو مدير لمحفظة التأمين وليست كمؤمن. ويعرف قانون التكافل لسنة ١٩٨٤ التأمين التكافلي بأنه "صندوق يقوم على الإخاء والتضامن والعون المتبادل بغرض تقديم المساعدة المالية المتبادلة للمشاركين في الصندوق عند الحاجة، ويتفق المشاركون على المساهمة في الصندوق لتحقيق هذا الغرض".

وحسب المادة (٤) من هذا القانون فإن الأشخاص الذين يحق لهم العمل كمشغل تكافل هم الشركات المسجلة بموجب قانون الشركات لسنة ١٩٦٥ أو الجمعيات المسجلة بموجب قانون الجمعيات التعاونية، وتلزم المادة (١٦) من نفس القانون مشغلي التأمين التكافلي بإنشاء والاحتفاظ بصناديق تكافل بالنسبة لكل صنف أو أصناف من التأمين التي يرغب مشغل التأمين العمل فيها.

التجربة السعودية:

تعتبر المملكة العربية السعودية أكبر سوق للتأمين التعاوني بين دول منظمة التعاون الإسلامي إذ بها حوالي ٤١ شركة تأمين تعاوني مسجلة. صدر نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني في المملكة العربية السعودية عام ١٤٢٤هـ بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٣٢). وقد حدد القانون كيفية وشروط تسجيل وترخيص شركات التأمين التعاوني، وجعل سلطة الإشراف على الشركات التأمين التعاوني من ضمن صلاحيات مؤسسة النقد العربي السعودي.

نص النظام في المادة الأولى منه على أن خدمة التأمين تتم عبر شركات تأمين مسجلة، بأسلوب التأمين التعاوني وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

بالرغم من الجهود الكبيرة التي بذلت لإعداد وإصدار النظام ولأئحته التنفيذية، إلا أنه لم يستحدث إطاراً قانونياً يستوعب أسس ومبادئ التأمين التعاوني الإسلامي، بل استخدم "الشركة المسجلة" بوصفها المتعارف عليه كإطار قانوني لممارسة عمل التأمين التعاوني الإسلامي. كما أن النظام ذاته واللائحة اشتملا على نصوص تخالف القرارات الصادرة من المجامع الفقهية والتي يستند عليها التأمين التعاوني الإسلامي. ولم ينص النظام أو لأئحته التنفيذية الصادرة بقرار من وزير المالية على أن الشركة المسجلة تعمل كوكيل أو مدير فقط لمحفظة التأمين. بل عرفت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية "التأمين" بأنه "تحويل المخاطر من المؤمن لهم إلى المؤمن". وعرفت "المؤمن" بأنه "شركة التأمين التي تقبل

¹ Laws of Malaysia, Act 312, Takaful Act 1984

التأمين مباشرة من المؤمن لهم". وهذا التعريف هو نقيض التأمين التعاوني الإسلامي وتقنين للتأمين التجاري. وبالرغم من أن النظام نص علي الفصل بين حساب المؤمن لهم وحساب الشركة، إلا أن بعض النصوص التي تناولت كيفية توزيع الفائض لم تأت منسجمة مع قرارات المجامع الفقهية الخاصة بالتأمين التعاوني الإسلامي والمعايير الشرعية الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية عام ١٤٢٧هـ (١٩٩٦م). وخلاصة الأمر أن التجربة السعودية لم تأت بإطار قانوني يستوعب أسس التأمين التعاوني الإسلامي ولم تأت منسجمة في بعض أجزائها مع قرارات المجامع الفقهية.

(٢) إشكالات استخدام "الشركة المسجلة" كإطار لمزاولة عمل التأمين:

الشركة المسجلة هي شخص إعتباري قائم بذاته بمجرد تسجيلها وفق قانون الشركات، ويجب أن تفي بالحد الأدنى من عدد المساهمين والحد الأدنى من رأس المال المطلوب، ولها هيكل يتكون من الاجتماع العام للمساهمين أو الجمعية العامة للمساهمين ومجلس الإدارة ومدير عام أو رئيس تنفيذي ويحدد القانون بصورة عامة صلاحية واختصاص كل جهاز من هذه الأجهزة. والشركات المسجلة تكون دائماً ذات مسؤولية محدودة ورأس مالها يمثل الضمان لدائني الشركة المسجلة^(١). ولا شك في أن أنظمة الشركات وأنواعها في معظم دول منظمة التعاون الإسلامي مستمدة إما من القوانين الأنجلوسكسونية أو القانون الفرنسي.

وإستخدام الشركة المسجلة كإطار قانوني لمزاولة أعمال التأمين التعاوني الإسلامي خلق بعض الإشكالات التطبيقية. وأوضح مثال للإشكالات التطبيقية هو أن الصندوق التكافل وهو المؤمن الحقيقي لا يتمتع بشخصية اعتبارية بل هو مجرد حساب تديره الشركة. وطبقاً للضوابط الشرعية فيجب على الشركة أن تفصل بين أموالها "رأس مالها واحتياطياتها واستثمارات رأس مالها" وأموال التأمين. وهذا الوضع يبدو فيه شيء من النشاز بهيكل الشركة إذ تبدو الشركة ككيانين داخل كيان كبير. ومثال آخر للإشكالات الناتجة هو أن رأس مال الشركة ليس له علاقة قانونية بنشاط الشركة الأساسي، فوفقاً لمفهوم التأمين التعاوني الإسلامي فإن رأس المال لا يغنم ولا يفترم. وبالرغم من هذا المبدأ من العلامات التي تميز بصورة واضحة الفرق بين التأمين التعاوني الإسلامي والتأمين التجاري، حيث أن رأس مال الشركة التجارية يستخدم في سداد المطالبات التأمينية إذا لم تف أقساط التأمين والاحتياطيات لسداد المطالبات. بينما لا يلزم المساهمون في الشركة التأمين التعاوني الإسلامي بسداد المطالبات من رأس مال الشركة إلا إذا تبرعوا بمحض إرادتهم. إلا أن التجارب العملية لبعض الدول الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي تشير بصورة ضمنية إلى أن رأس المال مطلوب نظاماً لسداد المطالبات في حال عجز صندوق التكافل وليس كضمان لحسن الإدارة. وألزمت بعض القوانين شركات التأمين بسد العجز في

¹ Gower, Modern Company Law 8th ed

صندوق التكافل من مالها الخاص بها على سبيل القرض الحسن يسترد لاحقاً عندما يحقق صندوق التكافل فوائض مالية.

(٣) إشكالات الحوكمة:

تعرف الحوكمة بأنها النظام الذي يتم من خلاله إدارة الشركات والتحكم في أعمالها. وتعرفها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD بأنها "مجموعة من العلاقات فيها بين القائمين على إدارة الشركة ومجلس الإدارة وحملة الأسهم وغيرهم من أصحاب المصالح"^(١).

ويعتبر تطبيق قواعد ومعايير الحوكمة شيء ضروري لتحقيق شفافية العدالة وحماية حقوق كل أصحاب المصالح، مثل المساهمين وحملة وثائق التأمين. وتشتمل المعايير التي وضعتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية على الآتي:

- ضمان وجود أساس لإطار فعال لحوكمة الشركات.
- دور أصحاب المصالح في أساليب ممارسة سلطات الإدارة بالشركة .
- الإفصاح والشفافية .

والالتزام بمعايير الحوكمة ضروري لتفادي الازمات المالية التي شهدناها في الأعوام القليلة الماضية. وغياب الحوكمة يعتبر من المشاكل الرئيسة في صناعة التأمين التعاوني الإسلامي. إذ نجد أن المؤمن لهم وهم أصحاب المصلحة الأولى بالحماية، لا دور لهم في إدارة الشركة، وليس لهم أجهزة تمكنهم من الحصول على المعلومات والمراقبة والمساءلة.

فالأجهزة المؤسسية التي يعترف بها القانون هي الجمعية العامة للمساهمين، مجلس الإدارة والمدير العام أو الرئيس التنفيذي.

¹ www.OECD.org

الفصل الثالث الإشكالات الفرعية

(١) الجمع بين الوكالة والإقراض:

تُلزم بعض القوانين التي تحكم عمل شركات التأمين التعاوني الإسلامي، الشركات على سد العجز من صندوق التكافل على سبيل القرض الحسن، ومثال ذلك: قانون الوكالة الوطنية لتأمين والتمويل الصادرات لسنة ٢٠٠٥م - السودان، الذي ينص في المادة ٢٨(٣) علي الآتي: "إذا حدث عجز في صندوق المؤمن لهم يسدد من رأس المال على سبيل القرض ويسترد من فائض صندوق المؤمن لهم". كما تنص معظم عقود ولوائح تأسيس شركات التأمين التعاوني الإسلامي على التزام أو وعد المساهمون بتقديم ما يكفي من المال لسد العجز الذي ينشأ في صندوق التكافل على سبيل القرض الحسن. ومن هذه النصوص القانونية والعقدية يظهر جلياً أنه من المحتمل أن تجمع الشركة بين صفتين هما صفة الوكيل وصفة المقرض في وقت واحد.

وروى أن النبي ﷺ قد نهى عن بيع وسلف^(١)، ومن الناحية النظرية والعملية قد يكون هذا الجمع ذريعة لأخذ أجر أكبر مقابل الوعد يسد العجز مما يؤدي إلى الربا.

نص البند ٨/١٠ من المعيار الشرعي رقم ٢٦ الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية على الآتي: "في حالة عجز موجودات التأمين عن السداد التعويضات المطلوبة، وعدم كفاية تعويضات شركات إعادة التأمين فإنه يجوز للشركة أن تسد العجز من تمويل مشروع أو قرض حسن على حساب صندوق التأمين، وتغطي الالتزامات الناشئة عن العجز الحادث في سنة ما من فائض السنوات التالية، كما يجوز للشركة مطالبة حملة الوثائق بما يسد العجز إذا ألتزموا ذلك في وثيقة التأمين".

ويلاحظ هذا النص لم يحدد بصورة واضحة الشخص الذي يمكن طلب القرض منه أو تقديم التمويل، هل هو شركة التأمين أم طرف ثالث.

(٢) الجمع بين الوكالة والكفالة:

قد يكون إلتزام الشركة أو وعدها بسد العجز الذي قد يحدث في صندوق التكافل أو حساب المشتركين بمثابة ضمان أو ضم ذمة الشركة لذمة صندوق التكافل، وهذا ما منعه المعيار الشرعي رقم (٥) الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، حيث نص البند ٢/٢ (٢/٢/٢) على الآتي: "لا يجوز الجمع بين الوكالة والكفالة في عقد واحد لتتألف في مقتضاهما...".

^١ سنن النسائي ص(٢٩٥/٧) ومسند أحمد ص(١٧٩/٢) والموطأ ص(٤٠٨/٤٠٧)

في حقيقة الأمر ليس هنالك عقد وكالة موقع بين الشركة والمؤمن لهم، إلا أن النظام الأساسي للشركة قد ينص على أن الشركة تعمل كوكيل للمؤمن لهم وتعد بسد العجز الذي قد يحدث في صندوق التكافل.

الفصل الرابع

الأسس التي يجب أن تحكم الإطار القانوني المناسب لشركة التأمين التعاوني الإسلامي

لقد وضح مما سبق ذكره إنه لم يتم استحداث لأي إطار قانوني يستوعب المتطلبات الشرعية ويزيل إشكالات التناقض بين المتطلبات القانونية والرقابية والشرعية ويساعد على ازدهار صناعة التأمين التعاوني الإسلامي. وللخروج من هذه الإشكالات تقترح هذه الورقة الأحكام والضوابط والإجراءات التالية لتنظيم العمل في مجال التأمين التعاوني الإسلامي:

- (١) أن يتم تسجيل الشركات الراغبة في تقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي على أساس احترافي، كمشغلين أو مديري إدارة محافظ تأمين ويصدر الترخيص لهم من الجهات الرقابية والإشرافية على هذا الأساس. ويكون مثلهم مثل الشركات التي يرخص لها بإدارة الثروات ومحافظ وصناديق الإستثمار.
- (٢) أن تتضمن شروط الترخيص للعمل كمشغل أو مدير إدارة محافظ تأمين توفر حد أدنى من رأس المال كضمان لحسن الإدارة ولجبر أي ضرر ينتج من تعدي أو تقصير الشركة المديرة.
- (٣) أن تتحمل الشركة التي تتقدم للحصول علي ترخيص للعمل كمشغل أو مدير إدارة محافظ تأمين مصاريف التأسيس وحدها ولا تسجل مصاريف التأسيس كدين علي صندوق التكافل يستقطع لاحقا من الفوائض التأمينية.
- (٤) أن لا يتحمل رأس المال شيء من التزامات صندوق التكافل. فحجم الإكتتابات والإشتراكات والإحتياطيات المكونة من الفوائض هي التي تخلق الثقة وتمنح التصنيف الإئتماني الذي يستحقه صندوق التكافل، وليس رأس مال الشركة كما هو الحال في التأمين التجاري.
- (٥) اشتراط إيداع وديعة من رأسمال الشركة لدى السلطات الرقابية قبل الترخيص وتستثمر هذه الوديعة وتستخدم لتقديم قروض حسنة لسد العجز في أي صندوق تكافل . وتسترد الشركات المرخص لها إدارة محافظ تأمين وديعتها، إذا ما تم تصفية المحفظة التأمينية التي تديرها وإلغاء ترخيصها. ويكون هذا الصندوق الذي تحتفظ فيه الودائع بمثابة صندوق لحماية وتركيز صناعة التأمين الإسلامي ومنع حدوث هزات. ويسند أمر انشاء هذا الصندوق وإدارته لهيئات الرقابة والإشراف علي التأمين أو البنك المركزي، ويمكن أن تمثل اتحادات الشركات التي تدير محافظ تأمين في ادارة الصندوق مع ممثلين للمؤمن لهم. ويكون تقديم الوديعة لهذا الصندوق شرط إجرائي للحصول علي رخصة مشغل أو مدير إدارة محافظ تأمين. ومما لا شك فيه أن هذا الصندوق سيحافظ علي استقرار سوق التأمين وسيحمي مشغلي أو

- مديري محافظ التأمين ويحول دون خروجهم من السوق بسهولة. كما يحمي أيضاً المؤمن لهم واقتصاد الدولة بصورة عامة. وهذا الصندوق سيكون شبيه بالودائع التي تخذها البنوك المركزية كإجراء لإصدار التراخيص للبنوك التجارية. ويعتقد الباحث أن هذه الوسيلة ستعمل علي انتفاء إمكانية الجمع بين الوكالة والسلف أو الوكالة والكفاية. حيث يكون الصندوق التركيز بمثابة المقرض أو الكافل.
- (٦) أن تحدد الجهات الرقابية الحدود الدنيا والقصوى لأجر الوكالة أو الوكالة والمضاربة بشأن إدارة استثمار أموال صندوق التكافل، بعد التشاور مع اتحاد شركات إدارة محافظ التأمين وممثلين لهيئات المشتركين أو صندوق التكافل.
- (٧) أن يختص المشتركون بإجازة حسابات صندوق التكافل وليس الجمعية العامة للمساهمين في الشركة المديرة. وبهذا يكون هنالك قدر من الشفافية والإفصاح.

الفصل الخامس النتائج والتوصيات

خلصت هذه الورقة إلي أن استخدام إطار "الشركة المسجلة"، بوصفها القانوني المتعارف عليه، كإطار قانوني لممارسة عمل التأمين التعاوني الإسلامي قد خلق عدة إشكالات. ومن أجل تلافي هذه الإشكالات يقترح أن يصدر مجمع الفقه الإسلامي الدولي قراراً يتبنى الأحكام والضوابط والإجراءات الموضحة في الفصل الرابع من هذا البحث، كما ما مبينة في مسودة القرار المرفق لهذا البحث، إذا لم يكن فيها مخالفة للشرع، وذلك لإستحداث إطار قانوني بضوابط واحكام جديدة تساعد في تحقيق التوافق بين المتطلبات الشرعية والقانونية، وأن يدعو الدول الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي للإهتمام بها في صياغة القوانين واللوائح المنظمة لصناعة التأمين الإسلامي وتوفيق أوضاع الشركات المسجلة حالياً وفقاً لها.

وعلى الله قصد السبيل

مسودة قرار رقم:

بشأن

تحقيق التوافق بين المتطلبات القفهيية والقانونية لممارسة عمل التأمين التعاوني الاسلامي

أن مجلس مجمع الفقه الاسلامي المنعقد في دورة مؤتمره رقم (٢٠) بجمهورية الجزائر من ٢٦ شوال إلى ٢ ذو القعدة ، الموافق ١٣ - ١٨ سبتمبر ٢٠١٢ م ،

بعد اطلاعه على البحث المقدم في موضوع تحقيق التوافق بين المتطلبات الفقهية والقانونية لممارسة عمل التأمين التعاوني الاسلامي واستماعه للمناقشات التي دارت حوله ،

قرر ما يلي:

- (١) أن يتم تسجيل أي شركة ترغب في العمل في مجال تقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي ، كمشغل أو مدير إدارة محافظ تأمين ويصدر الترخيص لها من الجهات الرقابية والإشرافية على هذا الأساس.
- (٢) أن تتضمن شروط الترخيص للعمل كمشغل أو مدير إدارة محافظ تأمين توفر حد أدنى من رأس المال كضمان لحسن الإدارة ولجبر أي ضرر ينتج من تعدي أو تقصير المشغل أو الشركة المديرة.
- (٣) أن تتحمل الشركة التي تتقدم للحصول على ترخيص للعمل كمشغل أو مدير إدارة محافظ تأمين مصاريف التأسيس وحدها ولا تسجل مصاريف التأسيس كدين على صندوق التكافل يستقطع لاحقا من الفوائض التأمينية.
- (٤) أن لا يتحمل رأس المال شيء من التزامات صندوق التكافل تديره شركة مسجلة.
- (٥) أن تشترط اللوائح المنظمة للتأمين إيداع وديعة من رأسمال الشركة لدى السلطات الرقابية كشرط إجرائي قبل الحصول على الترخيص، وتستثمر هذه الوديعة وتستخدم لتقديم قروض حسنة لسد العجز في أي صندوق تكافل.
- (٦) أن تحدد الجهات الرقابية الحدود الدنيا والحدود القصوى لأجر الوكالة أو الوكالة والمضاربة بشأن إدارة استثمار أموال صندوق التكافل، بعد التشاور مع اتحاد شركات إدارة محافظ التأمين وممثلين لهيئات المشتركين أو صندوق التكافل.
- (٧) أن يختص المشتركين بإجازة حسابات صندوق التكافل وليس الجمعية العامة للمساهمين في الشركة المديرة. وبهذا يكون هنالك قدر من الشفافية والإفصاح.

ويوصى بما يلي:

أن تدعا هيئات الرقابة والإشراف على التأمين والأجهزة التشريعية في الدول الأعضاء في منظمة التعاون الاسلامي الإهتداء بهذه الأحكام والضوابط والاجراءات عند اصدار القوانين واللوائح لتنظيم العمل في مجال التأمين التعاوني الاسلامي وتوفيق أوضاع الشركات المسجلة حالياً وفقاً لها.

والله الموافق



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

التكييف الشرعي للتأمين التعاوني الإسلامي

إعداد

الدكتور عثمان الهادي إبراهيم

جمهورية السودان

أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي الأمين وخاتم النبيين وعلى آله وصحبه ومن سلك طريقهم واقتدى بهديهم إلى يوم الدين وبعد فهذا بحث عن :

التكليف الشرعي للتأمين التعاوني الإسلامي

فهذه الورقة تم إعدادها استجابة لطلب من مجمع الفقه الإسلامي الدولي للدورة العشرين لأغراض مؤتمر مجلس المجمع ، والورقة بعنوان: [التكليف الشرعي للتأمين التعاوني الإسلامي]، راجياً المولى التوفيق في تقديم رؤية تأصيلية وشرعية لموضوع البحث ، وأن تسهم هذه الورقة في الدعوة إلى الترسخ والتطبيق العملي لصناعة التأمين الإسلامي [التكافلي والتعاوني] ، عليه فقد خُطت الورقة لتشمل محورين تدرج تحتها الموضوعات التالية:

المحور الأول: التكليف الشرعي للتأمين التعاوني الإسلامي

- (١) بيان تشريعاته وعقوده ووثائقه (دراسة تقويمية)
- (٢) أوجه الفرق بينه وبين التأمين التجاري

المحور الثاني: بيان أحكام التأمين على الحياة والسيارات

- (١) الحق التعويضي والجهة المستفيدة في التأمين على الحياة وتوضيح حكم التأمين التجاري على الحياة الذي يقوم فيه المخدم بدفع القسط لموظفيه من بند مخصص له دون أن يكون للموظف حق الاعتراض عليه ، ودون أن يكلف شيئاً
- (٢) بيان أحكام التأمين ضد الحوادث والتأمين الشامل على السيارات وتأمين الودائع والدين وحصيلة الصادرات.

سائلاً المولى العلي القدير أن تكون هذه الورقة بالنعف والخير للجميع في كل بقاع العالم اجمع ..

والله موفق والهادي إلى سواء السبيل..

د. عثمان الهادي ابراهيم



مقدمة

التأمين في اللغة العربية مشتق من الأمن وهو طمأنينة النفس وزوال الخوف قَالَ تَعَالَى : ﴿ الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَآمَنَهُمْ مِنْ خَوْفٍ ﴾^(١) ، وله معان: منها إعطاء الأمان ، وأقرب معاني التأمين في المصطلح المالي المعاصر هو "إعطاء الأمن" ذلك إن التأمين هو نشاط تجاري غرضه أن يحصل تأمين الأفراد والشركات من بعض ما يخافون من المكارِه مقابل عوض مالي فهو معنى جديد وان كان اشتقاقاً صحيحاً من كلمة "أمن" فهو نظام تعاقدى يقوم على أساس المعاوضة غايته التعاون على تخفيف أضرار المخاطر ويتم على أسس فنية وقواعد إحصائية.

نشأ التأمين بمفهومه المعاصر منذ عدة قرون استجابة لحاجات ملحة تتعلق بطبيعة الأنشطة الاقتصادية وتطورها خاصة في ظل الثورة الصناعية وما صاحبها من إنتاج صناعي كثيف ونمو مضطرد في حركة النقل. ويعتبر التأمين أحد الأنشطة الاقتصادية التي تهدف لتحقيق الأمن على المستوي الفردي أو الجماعي عن طريق ادخار جزء من المال لمواجهة الحوادث. على الرغم من أن الدول الأوروبية كانت قد عرفت التأمين منذ عقود طويلة وسخرته لحل المشكلات التي تتعلق بمجتمعاتها مما مكن الدولة هناك من التفرغ للبناء والتعمير ، وعلى الرغم من احتكاك العالم العربي والإسلامي بالدول الأوروبية منذ أمد بعيد إلا أن صناعة التأمين لم تدخل إلى عالمنا العربي إلا في عهود متأخرة جداً . بل يمكن القول أن العالم الإسلامي لم يعرف التأمين بشكله المنظم إلا في النصف الثاني من القرن العشرين كما إن التجربة في السودان وفي أجزاء عديدة من العالم الإسلامي لم تلق الرواج المطلوب وذلك لعدة أسباب نجملها في الآتي:

(١) ارتباط صناعة التأمين بالنظام الرأسمالي الغربي الذي لا يقوم على المبادئ الإسلامية وبالتالي لم تتم الاستفادة من نظام التأمين إلا في دوائر محدودة وسط مجموعات قليلة من الناس الذين لم يكونوا يكثرثون كثيراً للمسألة الشرعية في التعاملات المالية أو ربما لجهلهم بمبادئ الدين الإسلامي فيما يتعلق بمسألة الغرر الموجودة في نظام التأمين التجاري.

(٢) ترتبط صناعة التأمين ارتباطاً وثيقاً بالتطور الاقتصادي ، ولما كانت الأحوال الاقتصادية في البلدان الإسلامية لم تشهد تطوراً لافتاً إلا في السنوات التي تلت اكتشاف النفط مما أدى إلى حدوث تحولات جذرية في نمط الحياة الاقتصادية الأمر

(١) سورة قريش الآية ٤

الذي أثر تأثيراً كبيراً على حياة هذه المجتمعات وأوجد الحاجة إلى الاستفادة من خدمات التأمين.

(٣) لم تكن الحاجة متعينة إلى خدمات التأمين في العالم الإسلامي قديماً حيث كانت المجتمعات الإسلامية تمارس فيما بينها صوراً من صور التكافل ، ففي حوادث القتل على سبيل المثال كانت القبائل تتولي مسالة دفع الديات وهذه الصورة لا زالت تمارس حتى الآن في أجزاء واسعة من السودان وفي العديد من الدول الإسلامية وهو ما يعرف بـ(العاقلة)^(١).

المحور الأول

التكيف الشرعي للتأمين التعاوني الإسلامي

إن الفكرة الكامنة في التأمين في الواقع ليست إلا التكافل والتعاون بين أفراد المجتمع يجري تقنيته وترتيبه بطريقة منظمة بتصميم نظام حديث ينسجم مع التطورات المالية والاقتصادية. فعقد التأمين من العقود المستحدثة ، وقد اجتهد الفقهاء في بيان حكمه من وجهة النظر الشرعية ، واختلفت آراؤهم فيه بين مجيز له بجميع أنواعه ، ومانع له بجميع أنواعه ، ومانع للتأمين على الحياة ، ومجيز لما عداه ، ومانع للتأمين التجاري ، ومجيز للتأمين التعاوني ، وصدرت بحوث وكتب عديدة في هذا الموضوع ، كما صدرت فيه فتاوى جماعية في مؤتمرات ومجامع فقهية ، وحسب طلب منظمو المؤتمر حول التكيف الشرعي للتأمين إليكم بعض الآراء والتي على ضوءها تم العمل بالتأمين التعاوني الإسلامي:-

رأى ابن عابدين في التأمين^(٢):-

هو الفقيه الحنفي محمد أمين بن عمر عبد العزيز عابدين الدمشقي - إمام الحنفية ولد بدمشق ١١٩٨هـ وتوفى في سنة ١٢٥٢هـ ، يقول ابن عابدين في الجزء الثالث من رد المحتار على الدر المختار في باب المستأمن من كتاب الجهاد ص ٣٤٥ : جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركباً من حربي يدفعون له أجرته ، ويدفعون أيضاً مالا معلوماً لرجل حربي مقيم في بلاده ، يسمى ذلك المال سوكرة على أنه مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق ، أو غرق ، أو نهب ، أو غيره فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ما يأخذ منهم ، وله وكيل عنهم مستأمن في دارنا يقيم في بلاد السواحل الإسلامية بإذن من السلطات ، يقبض

(١) الإجماع لابن المنذر بتحقيق د. فؤاد أحمد ص ١٢٠ - ت: ٦٩٩ - أيضاً الإشراف ٢/٢٨٩ - الإقناع ٥٣ - تفسير القرطبي ٣٢٠/٥ - المغني ٩/٤٩٧.

(٢) البروفسور الصديق محمد الأمين الضيرير - بحث بعنوان (الاعتبارات الشرعية لممارسة التأمين) ندوة التأمين التكافلي بالخرطوم في الفترة من ١٤ - ١٦ فبراير ٢٠٠٤م

من التجار مال السوكرة، وإذا هلك من مالهم في البحر يؤدي ذلك المستأمن للتجار بدله تماماً. والذي يظهر أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله، لأن ذلك التزام ما لا يلزم، فإن قلت: إن المودع إذا أخذ أجرة عن الوديعة يضمنها إذا هلك، فإن مسألتنا ليست من هذا القبيل، لأن المال ليس في يد صاحب السوكرة، بل في يد صاحب المركب، وإن كان صاحب السوكرة هو صاحب المركب يكون أجيراً مشتركاً قد أخذ أجرة على الحفظ وعلى الحمل، وكل من المودع والأجير المشترك لا يضمن ما لا يمكن الاحتراز منه، كالموت والغرق ونحو ذلك.

فإن قلت: سيأتي قبيل باب "كفالة الرجلين" إن قال لآخر: اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلك وأخذ ماله لم يضمن، ولو قال: إن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن ضمن، وعلله الشارح هناك بأنه ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصاً. أي بخلاف الأولى، فإنه لم ينص على الضمان بقوله فأنا ضامن. وفي جامع الفصولين: الأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار لو حصل الغرور في ضمن المعاوضة، أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور، فصار كقول الطحان لرب البر: اجعله في الدلو، فجعله فيه فذهب من النقب إلى الماء، وكان الطحان عالماً به يضمن إذ غره في ضمن العقد، وهو يقتضي السلامة. لا بد في مسألة التغيرير من أن يكون الغار عالماً بالخطر، كما يدل عليه مسألة الطحان المذكورة، وأن يكون المغرور غير عالم، إذ لا شك أن رب البر لو كان عالماً بنقب الدلو يكون هو المضيع لماله باختياره، ولفظ المغرور ينبئ عن ذلك لغة لما في القاموس: غره غراً وغروراً فهو مغرور وغرير خدعه وأطمعه بالباطل فاغتره. ولا يخفى أن صاحب السوكرة لا يقصد تقرير التجار، ولا يعلم بحصول الغرق، هل يكون أم لا، وأما الخطر من اللصوص والقطاع فهو معلوم له وللتجار، لأنهم لا يعطون مال السوكرة إلا عند شدة الخوف طمعاً في أخذ بدل الهالك، فلم تكن مسألتنا من هذا القبيل أيضاً. انتهت فتوى ابن عابدين.

فالعقد الذي استظهر ابن عابدين عدم جوازه هو تأمين بحري، فالتجار هم المؤمن لهم، والحربي هو المؤمن، والغرض من هذه العملية، كما هو واضح من كلام ابن عابدين، هو التأمين ضد المخاطر التي تحدث لحمولة المركب، فالمؤمن الحربي يلتزم بتعويض التجار ما يضيع من بضائعهم التي في المركب نظير مال يدفعونه له. وقد بنى ابن عابدين فتواه بالمنع على عدة أسباب منها:-

(أ) إن هذا العقد من قبيل التزام ما لا يلزم، وهو غير جائز لعدم وجود سبب شرعي يقتضي الضمان، وهذا العقد لا يصلح سبباً شرعياً لوجوب الضمان.

(ب) هذا العقد ليس من قبيل تضمين المودع إذا أخذ أجراً على الوديعة لسببين:

الأول : المؤمن الحربي ليس هو صاحب المركب ، فلا يكون مودعاً .

الثاني : لو كان المؤمن هو صاحب المركب فإنه يكون أجيراً مشتركاً لا مودعاً ، والأجير المشترك لا يضمن ما لا يمكن الاحتراز منه ، ومثله المودع .

(ج) هذا العقد ليس من قبيل تضمين الغار ، لأن الغار لا يضمن إلا إذا كان عالماً بالخطر ، وكان المغرور جاهلاً به ، والمؤمن الحربي لا يقصد تغيير التجار ، ولا يعلم هل تفرق المركب أم تسلم .

هذه هي أول فتوى وجدت بعد ظهور التأمين ، ولهذا اشتهر أن ابن عابدين هو أول من أفتى بعدم جواز عقد التأمين وهو أول مانع للتأمين التجاري بعد ظهوره .

ولكن توجد نصوص عامة لفقهاء قبل ابن عابدين ، وقبل ظهور عقد التأمين تدل على عدم جواز بعض أنواع التأمين ، منها هذا النص : " ضمان ما يغرق أو يسرق باطل " ورد هذا النص في كتاب البحر الزخار للعلامة أحمد بن يحيى المرتضى وهو يدل على أن التأمين البحري والتأمين من السرقة لا يجوز^(١) والمؤلف لم يذكر خلافاً في هذا الحكم .

ومنها النص التالي الذي أورده الباجي^(٢) في أثناء كلامه عن بيع الغرر ، قال : ومن دفع إلى رجل داره على أن ينفق عليه حياته ، روى ابن المواز عن أشهب : لا أحب ذلك ولا أفسخه إن وقع ، وقال أصبغ : هو حرام ، لأن حياته مجهولة ويفسخ ، وقال ابن القاسم عن مالك : لا يجوز إذا قال على أن ينفق عليه حياته . هذه المعاملة هي صورة من صور التأمين على الحياة تعرف في اصطلاح علماء القانون " بالتأمين لحال البقاء براتب عمري " وهو " أن يتعهد المؤمن بدفع إيراد مدى الحياة نظير مبلغ متجمد يدفعه له المستأمن " .

واضح أن هذا العقد غير جائز عند هؤلاء الفقهاء ، لما فيه من غرر ، ويفسخ إن وقع إلا عند أشهب فإنه لا يفسخ العقد إن وقع مع منعه له ابتداءً .

فتوى الشيخ محمد عبده :

هو من الذين يرون جواز التأمين على الحياة وجوازه اعتماداً على فتوى صدرت منه عندما كان مفتياً للديار المصرية سنة ١٣١٩ هـ . فأجاز عقد التأمين على الحياة على وجه ما ذكره يكون من قبيل شركة المضاربة ، إذ أنه جائز للرجل أخذ ماله مع ما أنتجه من الربح بعد العمل به في التجارة ، وإذا مات الرجل في إبان المدة ، وكان الجماعة قد عملوا فيما دفعه ، وقاموا بما التزموه من دفع المبلغ لورثته ، أو لمن يكون له التصرف بدل المتوفى

(١) الجزء الخامس ص ٧٥ مؤلف الكتاب هو أحمد بن يحيى بن المرتضى بن مفضل ابن منصور الحسني المتوفى سنة ٨٤٠ هـ .

(٢) الدكتور البدرابي التأمين ٢٦٧

بعد موته جاز للورثة ، أو لمن يكون له حق التصرف في المال أن يأخذ المبلغ جميعه مع ما ربحه المدفوع منه بالتجارة على الوجه المذكور^(١).

رأي الأستاذ عبد الوهاب خلاف^(٢) :

هو أيضاً يرى جواز عقد التأمين على الحياة على أنه عقد مضاربة ، لأن عقد المضاربة في الشريعة هو عقد شراكة في الربح بمال من طرف وعمل من طرف آخر ، وفي التأمين - كما يقول الأستاذ خلاف - المال من جانب المشتركين الذين يدفعون الأقساط ، والعمل من جانب الشركة التي تستغل هذه الأموال ، والربح للمشاركين والشركة حسب التعاقد ، وقد أورد الأستاذ خلاف نفسه اعتراضاً على هذا القياس هو أن شرط صحة المضاربة أن يكون الربح بين صاحب المال والقائم بالعمل شائعاً بالنسبة ، وفي التأمين يشترط للمشارك قدر معين في الربح ٣٪ أو ٤٪ فالمضاربة غير صحيحة . وأجاب عنه بالآتي :

أولاً : بما جاء في تفسير آيات الربا في سورة البقرة للشيخ محمد عبده وهو : " لا يدخل في الربا المحرم بالنص الذي لا شك في تحريمه من يعطى آخر مالاً يستغله ، ويجعل له من كسبه حظاً معيناً ، لأن مخالفة أقوال الفقهاء في اشتراط أن يكون الربح نسبياً لاقتضاء المصلحة ذلك لا شيء فيه ، وهذه المعاملة نافعة لرب المال والعامل معاً " .

ثانياً : بأن اشتراط أن يكون الربح نسبياً لا قدراً معيناً خالف فيه بعض المجتهدين من الفقهاء ، وليس حكماً مجمعاً عليه .

وانتهى الشيخ خلاف إلى القول بان عقد التأمين على الحياة عقد صحيح نافع للمشاركين وللشركة وللمجتمع ، وليس فيه إضرار بأحد ، ولا أكل مال أحد بغير حق ، وهو ادخار وتعاون وتوفير لمصلحة المشترك ، حين تتقدم سنه ، ولمصلحة ورثته حين تفاجئه منيته ، والشريعة إنما تحرم الضار أو ما ضرره أكبر من نفعه .

رأي الشيخ محمد بخيت المطيعي^(٣) :

وهو مفتى الديار المصرية عام ١٩٠٦م حيث ذكر في رسالته (أحكام السوكورتاه) أن عقد التأمين فاسد ، وأن سبب فساده يعود إلى الغرر والخطر ، وما فيه معني القمار .

(١) الشيخ محمد احمد فرج السنهوري : بحثه عن التأمينات ، منشور في بحوث اقتصادية وتشريعية للمؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية ١٣٩٢هـ.

(٢) صحيفة لواء الإسلام عدد رجب ١٣٧٤هـ فبراير ١٩٥٤م.

(٣) د. على محي الدين القره داغي - التأمين الإسلامي دراسة فقهية تأصيلية (مقارنة التأمين التجاري مع التطبيقات العملية) ط ١٤٢٥هـ شركة دار البشائر الإسلامية - بيروت ص ١٥٠.

رأي الشيخ أحمد إبراهيم الفقيه^(١) :

فهو أيضاً من الذين يرون أن التأمين قمار ومخاطرة، فيقول عن التأمين على الحياة :
أما إذا مات المؤمن له قبل إيفاء جميع الأقساط ، وقد يموت بعد دفع قسط واحد فقط ،
وقد يكون الباقي مبلغاً عظيماً جداً ، لأن مبلغ التأمين على الحياة موكول بتقديره إلى
طريق العقد ، على ما هو معلوم ، فإذا أدت الشركة المبلغ المتفق عليه كاملاً لورثته أو لمن
جعل له المؤمن ولاية قبض ما التزمت به الشركة بعد موته ففي مقابل أي شيء دفعت
الشركة هذا المبلغ ؟ أليس هذا مخاطرة ومقامرة ، وإذا لم يكن هذا من صميم المقامرة
ففي أي شيء تكون المقامرة إذن ؟ على أن المقامرة حاصلة أيضاً من ناحية أخرى فإن المؤمن
له بعد أن يوفى جميع ما التزمه من الأقساط يكون له كذا ، وإن مات قبل أن يوفىها
كلها يكون لورثته كذا ، أليس هذا قماراً ومخاطرة ، حيث لا علم له ولا للشركة بما
سيكون من الأمرين على التعيين^(٢) .

رأي الدكتور عيسي عبده:

أورد في كتابه (العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة) وفي كتابه
الأخر (التأمين الأصيل والبديل) أن التأمين التجاري حرام قطعاً ، ذلك انه ولو كانت آثاره
القريبة تخفيف وقع الضرر على الفرد المستأمن فإن آثاره البعيدة المدى اشد خطورة من كل
ما عرفته المدنية المادية المعاصرة من وسائل إذلال الشعوب لأن شركات التأمين تتحكم
بوسائلها في مدخرات الأفراد والجماعات تحكما يجعل لها السلطان لا على الجماهير
وحدهم بل على الحكومات .

رأي الشيخ العلامة أبوزهرة^(٣) :

فهو القول بالتحريم، ثم جمع فيما بعد رأيه منسقاً ومرتباً في مذكرة بعد حضوره ندوة
دمشق عام ١٩٦١م حيث انتهى إلى أن المذاهب الإسلامية القائمة لا يوجد فيها من العقود
التي تجيزها ما يتشابه مع عقد التأمين، أي ما كان نوعه، والى قاعدة : (الأصل في العقود
والشروط الإباحة) لا تكفي لإباحة التأمين، لاشتماله على أمور غير جائزة، وهي الغرر
والقمار، وأنه عقد لا محل له، وفيه التزام ما لا يلزم، وليس فيه تبرع واضح، بل هو في نظر
أهله قائم على المعاوضة ولا مساواة فيه، فأحد طرفيه مغبون لا محالة، وأنه لا توجد حاجة
ولا ضرورة تدعو إلى التأمين مع قيام الأسباب المحرمة. مع إمكان دفع الحاجة بما ليس
محرمًا، والى أن الربا يلازم التأمين نفسه، ومن وسائل الاستغلال عند الشركات الإقراض

(١) أستاذ الفقه بمدرسة القضاء الشرعي كلية الحقوق بالقاهرة .

(٢) مجلة الشبان المسلمين العدد ٣ لسنة ١٩٤١م

(٣) أ.د. على محي الدين القرعة داغي - المرجع السابق ص ١٥٣ - ١٥٤

بفائدة وليس عملها من باب المضاربة. وأيضا حرمه ما دام قائماً على المعاوضة في أسبوع
الفرقة الثاني بدمشق عام ١٩٦١م.

رأي الأستاذ مصطفى الزرقاء:

يعد من أوائل العلماء الذين أباحوا عقد التأمين وأكثرهم شهرة حينما قدم بحثاً
مستفيضاً في أسبوع الفرقة الإسلامي الثاني بدمشق وكان ذلك في العام ١٩٦١م حيث لم
يكتف برد الشبهات التي أوردها غيره من العلماء الذين حرموا التأمين بل انه أورد الكثير
من الأدلة التي استند إليها الذين أباحوا التأمين ممن سبقوه وأضاف إليها أدلة جديدة ،
ويمكن تلخيص ما ذهب إليه في الآتي^(١):-

- (١) عقد التأمين عقد تعاون وتضامن اجتماعي.
- (٢) أن عقد التأمين يمنح الأمان والاطمئنان للمستأمن على ماله ومستقبل
حياته ، هذا الأمان من أعظم نعم الله تعالى.
- (٣) ليست العقود في الشريعة الإسلامية محددة و محصورة ، بل يجوز استحداث
صور جديدة من العقود كلما دعت الحاجة.
- (٤) ثم إن في أحكام الشريعة وأصول فقها ونصوص الفقهاء ما يصلح أن
يكون مستندا قياسيا واضحا في جواز عقد التأمين.

رأي الدكتور محمد البهي^(٢):

يرى أن عقد التأمين هو عقد تكافل بين المؤمنين جميعا في مواجهة دفع الكوارث
والتخفيف عن آثارها ، سواء كانت في الأنفس أو في الأموال في مواجهة العجز عن العمل
بسبب الإصابة أو المرض أو الشيخوخة ، ويجب على تساؤله حول ما منزلة التكافل بين
تعاليم الإسلام ؟ بالقول : (إن الإسلام وهو دين الله ، لم يقصد بتعاليمه جميعها في النهاية
سوي التعاون والتكافل بين أفراد المجتمع) ويرى الدكتور البهي أيضاً أن:-

- (١) الربا وبعد أن يُعرفه بقوله : (هو عقد البيع الذي يتضمن ضرر أحد المتعاقدين ضرراً
واضحاً فيما هو عادة مقسوم لمعيشة الإنسان) يصرح بأنه (إذا خرج العقد في المواد
الربوية عن ضرر التفاوت في غير جهد ، أو ضرر القلق بسبب الانتظار ، فوقع تفاوت
بين الأخذ والمعطي ، أو تأجيل لأحدهما ولكن عن رضا وطيب نفس لفائدة مظنونة أو

(١) البروفسور الصديق محمد الأمين الضيرير - الفرر وأثره في العقود في الفرقة الإسلامي -الكتاب الثالث - سلسلة
صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي ١٤١٠هـ ، ص ٦٤٧ - ٦٤٩

(٢) الدكتور محمد البهي عضو المجمع ووزير الأوقاف وشؤون الأزهر السابق في كتابه (نظام التأمين في هدي أحكام
الإسلام وضرورات المجتمع المعاصر)

مرتقبة ، فلا يكون عندئذ من العقود المحرمة) ويضيف انه إذا استثنى الفقهاء من الربا المحرم البيع وفاء لدين على الأسرة لصالح يهودي ، ألا يجوز التأمين على المصنع أو المتجر أو المنجم وفاء لديونه بضمان آلاته أو سلعه.

(٢) الغرر ، وقد عرف بيع الغرر بأنه : (البيع الذي ينطوي على جهل بحاضر البيع أو جهالة بمستقبله) كبيع السمك في الماء والطير في الهواء أو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، ثم يجزم بعد ذلك (أن مناط الحرمة في عقد الغرر هو الضرر الذي من شأنه أن يصيب احد المتعاقدين بخيبة أمل مفاجئة فيما تعاقدوا عليه ، أو يصيبه في قوام معيشتة الذي لا غناء عنه) . أما القول بعد ذلك في أن عقود التأمين تنطوي على غرر لأن أحد طرفي العقد قد يغبن فلا يأخذ شيئاً أصلاً أو يأخذ اقل مما يدفعه فانه يرد بالقول: أن طبيعة عقد التكافل تختلف عن طبيعة عقد البيع ، فعقد التكافل يقوم على سد الحاجات ودفع اثر الكوارث والمشاركة بالمال فيه لا تستلزم حتماً مقابلاً مادياً. وأن الإسلام اعتبر الإنفاق في سبيل الله وفي الرقاب وابن السبيل إسهاماً في التعاون والتكافل الاجتماعي دون انتظار لمقابل مادي ، وعقد التأمين صورة من صور التعاون في سبيل الله وعقد التأمين لا يؤدي إلى ضرر يصيب احد الطرفين ، ولا يقوم على جهالة ، بل إن كل طرف من الطرفين يعلم حق العلم بما تعاقد عليه ، ويعلم مصير العقد نفسه فليس عقد غرر بل هو عقد أمان واطمئنان.

(٣) التوكل على الله : وإذا كان بعض الناس يعتبرون أن التأمين يناه في التوكل على الله ويعتبر تحدياً للقضاء والقدر فإنه يرد عليهم بنفي ذلك إطلاقاً لأن المستأمن يعرف أن الأعمار بيد الله وان المصائب ابتلاء من الله ، وإنما هو يبحث عن وسيلة لتخفيف نتائج المصيبة لا منعها ، وهو يأخذ بالأسباب المؤدية لذلك وهذه هي حقيقة التوكل على الله كما بينها الرسول صلى الله عليه وسلم لصاحب الناقة (أعقلها وتوكل) فالذي يؤمن على ماله يأخذ بالأسباب كما فعل الإعرابي عندما عقل الناقة فأمن عليها من الفرار.

رأي البروفسور الصديق محمد الأمين الضيرير :

هو رئيس قسم الشريعة بجامعة الخرطوم سابقاً ورئيس هيئة الرقابة الشرعية العليا بالسودان وأول رئيس لهيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني وشركة التأمين الإسلامية أول شركة تأمين إسلامية في العالم وعدد من المؤسسات الإسلامية الأخرى بالسودان في مجال المصارف الإسلامية وشركات التأمين ، وأول من أباح صراحة ممارسة نظام التأمين التعاوني وأسس له وتابع خطوات تنفيذه والذي بينه في البحث الذي

قدمه في أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية سنة ١٣٨٠هـ - ١٩٦١م، وزاده بياناً في كتابه الفرر وأثره في العقود ، وهو الرأي الذي اعتمده هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني وأصدرت بمقتضاه الفتوى بمنع البنك من التأمين في شركات التأمين التجارية وإلزامه بإنشاء شركة تأمين تعاونية إسلامية فأنشأ البنك أول شركة تأمين إسلامية في العالم عام ١٩٧٩م (في السودان) وهو أيضاً الرأي الذي اعتمده مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة في قراره رقم (٢) بشأن التأمين وإعادة التأمين.

وتتبع أهمية الفتوى التي أصدرها البروفيسور الضرير في إنها أسهمت في تأسيس أول شركة تأمين في السودان والعالم تقوم على النظام التعاوني كما أنها كانت الركيزة الأساسية التي بنيت عليها التجربة السودانية برمتها والعديد من التجارب المماثلة في الدول الأخرى، ودليله على عدم جواز التأمين التجاري هو أنه عقد غرر منهي عنه بالحديث الصحيح الذي ينهى عن بيع الغرر، روي عن أبي هريرة وعن ابن عباس وعن سهل بن سعد وعن أنس وعن علي بن أبي طالب وعن عمران بن حصين وعن سعيد بن المسيّب وعن ابن عمر عن أبي هريرة رضي الله عنه : "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة"^(١).

وقد اعترض الأستاذان الكبيران الشيخ مصطفى الزرقا ، والشيخ علي الخفيف على هذا الدليل، فلم يسلم الشيخ الزرقا بأن التأمين عقد غرر، وسلم الشيخ الخفيف بأن في التأمين غرراً، ولكنه غرر خفيف، وغير مؤثر في صحة العقد^(٢).

رأي المؤتمرات والمجامع الفقهية:

لعل أول دراسة جماعية لعقد التأمين هي التي كانت في أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية الذي عقده المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بمدينة دمشق في المدة من ١٦ - ٢١ من شوال ١٣٨٠هـ الموافق ٦ أبريل ١٩٦١م. قدم في ذلك الأسبوع أربعة بحوث عن حكم عقد التأمين من وجهة النظر الشرعية ، أجاز بحثان منها التأمين بنوعيه التعاوني والتجاري ، هما بحث الأستاذ مصطفى الزرقاء ، وبحث الأستاذ عبد الرحمن عيسى ، ومنعه بحث واحد هو بحث الأستاذ عبد الله القلقيلي من غير أن يفرق صراحة بين التأمين التجاري والتأمين التعاوني ، ولكن حديثه يدل على أن المقصود هو التأمين التجاري ، وأجاز بحث واحد التأمين التعاوني و منع التأمين التجاري هو بحث الأستاذ الصديق محمد الأمين الضرير ، وأيد هذا الاتجاه الأستاذ محمد أبو زهرة في

(١) روي هذا الحديث بأسانيد عديدة عن كل واحد من الصحابة المذكورين، أخرجه مسلم في صحيحه وأحمد وابن حبان والبيهقي وابن ماجه والدارقطني والطبراني وأبو داود ومالك في الموطأ.

(٢) البروفيسور الصديق محمد الامين الضرير - المرجع السابق

تعقيب طويل منشور مع البحوث في كتاب أسبوع الفقه الإسلامي . ويظهر من هذا أن البحوث اتفقت على جواز التأمين التعاوني واختلفت في التأمين التجاري - التأمين بقسط ثابت - فأجازه بحثان ، ومنعه بحثان مضافاً إليهما تعقيب الأستاذ أبو زهرة. و خلاصة ما جاء في بحثه عن حكم عقد التأمين التعاوني وعقد التأمين التجاري هو أن التأمين التعاوني لا يعتقد أن هناك اختلافاً في جوازه ، بل هو عمل تدعو إليه الشريعة ، ويثاب فاعله إن شاء الله ، لأنه من التعاون على البر والتقوى ، الذي أمرنا به الله تعالى ، فان كل مشترك في هذه العملية يدفع شيئاً من ماله عن رضا وطيب نفس ليتكون منه رأس مال للشركة يعان منه من يحتاج إلى المعونة من المشتركين في الشركة ، وكل مشترك هو في الواقع متبرع باشتراكه لمن يحتاج له من سائر المشتركين حسب الطريقة التي يتفق عليها المشتركون ، وسواء أكان هذا النوع من التأمين في صورة تأمين بحري أو برى أو تأمين على الحياة أو تأمين من الحوادث أو تأمين من الأضرار فهو جائز شرعاً. أما التأمين التجاري بعد ما بينت وجود الحاجة إلى التأمين فهو غير مباح بوضعه الحالي، لأنه لا يصح استخدام الضرورة أو الحاجة إلا إذا لم نجد سبيلاً غيرهما. لذا تم الحفاظ عقد التأمين في جوهره والاستفادة بكل مزاياه مع التمسك بقواعد الفقه الإسلامي، وذلك بإخراج التأمين من عقد المعاوضات، وإدخاله في عقود التبرعات، والطريق إلى هذا هو إبعاد الوسيط الذي يسعى إلى الربح بأن يجعل التأمين كله تأميناً تعاونياً يديره المشتركون أنفسهم إن أمكن، أو تشرف عليه الحكومات، فتعين له موظفين يتولون إدارة الشركات بأجر كسائر الموظفين، وينص صراحة في عقد التأمين على أن الأقساط التي يدفعها المشترك تكون تبرعاً منه للشركة تدفع لمن يحتاج إليها من المشتركين حسب النظام المتفق عليه، من غير أن تتحمل الحكومة أية مسؤولية مالية نحو المشتركين، وبهذه الطريقة يصبح التأمين تعاوناً حقيقياً على البر، يستفيد منه المشترك في دنياه، وينال به الثواب في آخرته هذا ما قاله الضرير قبل عدة سنوات.

وهذا البديل للتأمين التجاري هو في الواقع رجوع بالتأمين إلى أصله، فقد نشأ التأمين أول مرة تأميناً تعاونياً خالصاً، لا يبتغى أحد ربحاً من ورائه، ثم جاءت فئة من الناس همها الربح المادي، فحولت التأمين إلى عمل تجاري، وأصبح التأمين تجارة تدر على القائمين به أرباحاً طائلة، ولهذا تذكر القوانين أن عقد التأمين عقد معاوضة أحد طرفيه المؤمن "الشركة"، والآخر المؤمن له، يلتزم فيه المؤمن بدفع عوض مالي عند وقوع الحادث ، نظير التزام المؤمن له بدفع قسط مالي.

استمرت الدراسات لعقد التأمين بعد أسبوع الفقه الإسلامي في عدد من المجامع والمؤتمرات منها:

(١) مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة، فقد بحث هذا الموضوع في مؤتمره الثاني عام ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م ومؤتمره الثالث عام ١٣٨٦ - ١٩٦٦، وقرر فيهما جواز التأمين التعاوني، والاستمرار في دراسة مختلف أنواع التأمين لدى الشركات، والوقوف على آراء علماء المسلمين في الأقطار الإسلامية، وقد كان أمام المجمع في مؤتمره السابع ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢ زهاء ثمانين رأياً من آراء علماء المسلمين في التأمين التجاري، بعضها أجازة بجميع أنواعه، وبعضها منعه بجميع أنواعه، وبعضها منع التأمين على الحياة وأجاز أنواع التأمين الأخرى، ولم يصدر المجمع قراراً في الموضوع.

(٢) المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة المكرمة ٢١ - ٢٦ صفر ١٣٩٦ هـ - ٢١ - ٢٦ فبراير ١٩٧٦ فقد جاء في قراراته: يرى المؤتمر أن التأمين التجاري الذي تمارسه شركات التأمين التجارية في هذا العصر لا يحقق الصيغة الشرعية للتعاون والتضامن، لأنه لم تتوافر فيه الشروط الشرعية التي تقتضي حله. ويقترح المؤتمر تأليف لجنة من ذوي الاختصاص من علماء الشريعة وعلماء الاقتصاد لاقتراح صيغة للتأمين خالية من الربا والغرر، وتحقيق التعاون المنشود بالطريقة الشرعية بدلاً من التأمين التجاري.

(٣) مجلس هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية، جاء في قراره رقم ٥٥ بتاريخ ١٣٩٧/٤/٤ ما يلي: "بعد الدراسة والمناقشة وتداول الرأي قرر المجلس جوازه - التأمين التعاوني - وإمكان الاكتفاء به عن التأمين التجاري في تحقيق ما تحتاجه الأمة من التعاون وفق قواعد الشريعة الإسلامية".

(٤) مجلس المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي الدورة الأولى شعبان ١٣٩٨ هـ مكة المكرمة، جاء في قراره ما يأتي: "بعد الدراسة الوافية وتداول الرأي في ذلك قرر المجلس بالأكثرية تحريم التأمين بجميع أنواعه سواء كان على النفس، أو البضائع التجارية، أو غير ذلك من الأموال، كما قرر المجلس بالإجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء من جواز التأمين التعاوني بدلاً من التأمين التجاري المحرم".

(٥) مجمع الفقه الإسلامي بحده في دورته الثانية ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥ حيث اصدر المجتمعون القرار التالي :

قرار رقم (٢) بشأن التأمين وإعادة التأمين

أما بعد : فإن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من ١٠ - ١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦هـ - ٢٢ - ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥م.

بعد أن تابع العروض المقدمة من العلماء المشاركين في الدورة حول موضوع التأمين، وإعادة التأمين. وبعد أن ناقش الدراسات المقدمة، وبعد تعميق البحث في سائر صورته وأنواعه، والمبادئ التي يقوم عليها، والغايات التي يهدف إليها، وبعد النظر فيما صدر عن المجامع الفقهية، والهيئات العلمية بهذا الشأن قرر:

(١) أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كثير مفسد للعقد، ولهذا فهو حرام شرعاً.

(٢) أن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني، القائم على أساس التبرع والتعاون، وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين القائم على أساس التأمين التعاوني.

(٣) دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني، وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال، ومن مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة.

ولقد تمت إجازة التعامل بالتأمين التعاوني شريطة ان تخضع لهذه الشروط ليكون عقداً إسلامياً خالياً من المخالفات الشرعية يتيح لأفراد مجتمعنا المسلم التمتع بخدمات عقد التكافل الإسلامي والذي في اعتقادنا أن أهم مبادئه تتمثل فيما يلي :-

أولاً: التأمين:

أول شركة تأمين تعمل على الأساس التعاوني الإسلامي هي شركة التأمين الإسلامية في السودان، وهي أول شركة تأمين تعاونية إسلامية في العالم - أنشأها بنك فيصل الإسلامي السوداني بناء على فتوى هيئة رقابته الشرعية التي كان يرأسها بروفيسور الضرير، كانت تلك الفتوى سنة ١٩٧٧م وقد جاء فيها: ترى الهيئة أن التأمين التجاري غير جائز شرعاً وهذا هو رأي أكثر الفقهاء الذين بحثوا هذا الموضوع ولكن هؤلاء الفقهاء المانعين قد اختلفوا في علة المنع، وجملة العلة هي الغرر، الربا، والقمار، فمن الفقهاء من يرى أن جميع هذه المحظورات موجودة في التأمين التجاري ومنهم من يرى وجود بعضها فقط، وترى الهيئة ان المنع من جواز التأمين التجاري هو الغرر، وهذا هو المحذور المتفق على تحققه في عقد التأمين التجاري عند القائلين بالمنع. وأصل المنع من عقود الغرر ورد في حديث صحيح رواه الثقات عن جمع من الصحابة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر، وقد وضع الفقهاء المجتهدون شروطاً للغرر المفسد للعقد، أكثرها متفق فيه، وبعضها مختلف عليه، وترى الهيئة أن الشروط التي يجب أن تتوافر في الغرر ليكون مؤثراً ومفسداً للعقد هي:

(١) أن يكون الغرر في عقد من عقود المعاوضات المالية.

(٢) أن يكون كثيراً.

(٣) أن يكون في المعقود عليه أصالة.

(٤) إلا تدعو إلى العقد حاجة.

وهذه الشروط متفق عليها بين المذاهب الأربعة ما عدا الشرط الأول، فهو مأخوذ من مذهب المالكية، أما المذاهب الثلاثة فلا توافق على هذا الشرط، لأن الغرر عندهم يؤثر في عقود التبرعات أيضاً.

وترى الهيئة أن ثلاثة الشروط الأولى متحققة في عقد التأمين التجاري، فهو عقد معاوضة مالية، والغرر فيه كثير، وفي المعقود عليه أصالة، أما الشرط الرابع فغير متحقق فيه لأن الناس في جميع البلاد في حاجة إلى الخدمات التي تقدمها هذه الشركات وقد تعامل كثير منهم معها تلبية لهذه الحاجة.

والحاجة إلى العقد هي أن يصل الناس إلى حالة بحيث إن لم يباشروا ذلك العقد يكونون في جهد ومشقة، لفوات مصلحة من المصالح المعتبرة شرعاً.

ويشترط في الحاجة التي تجعل الغرر غير مؤثر في العقد شرطان:

(١) أن تكون الحاجة عامة أو خاصة - فالحاجة العامة هي ما يكون الاحتياج فيها شاملاً لجميع الناس - والحاجة الخاصة هي ما يكون فيها الاحتياج خاصاً بطائفة من الناس كأهل بلد، أو حرفة.

(٢) أن تكون متعينة - ومعنى تعينها أن تتسد جميع الطرق المشروعة للوصول إلى الغرض سوى ذلك العقد الذي فيه الغرر - لأنه لو أمكن الوصول إلى الغرض عن طريق عقد آخر لا غرر فيه، أو فيه غرر مغتفر، فإن الحاجة إلى العقد الذي فيه غرر مؤثر لا تكون موجودة في الواقع.

فإذا توافر هذان الشرطان جازت مباشرة العقد الذي فيه غرر، لكن يجب أن يقتصر على القدر الذي يزيل الحاجة فقط، عملاً بالقاعدة المعروفة (الحاجة تقدر بقدرها).

ثانياً: إعادة التأمين:-

يري خبراء التأمين أن شركات التأمين لا يمكن ان تستمر في أداء خدماتها إلا إذا أعادت التأمين في شركات إعادة التأمين (حيث أن نظام التأمين عامة يسعي لتفتيت الخطر على أوسع نطاق). وقد كان من أهم المسائل التي عرضت على هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل

الإسلامي عندما شرع البنك في إنشاء شركة التأمين الإسلامية هي مسألة إعادة التأمين في شركات التأمين التجارية .

درست الهيئة هذه المسألة وأفتت بأنه يجوز لشركة التأمين أن تعيد التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجارية ، و بنت فتواها على نفس الأساس الذي أفتت بمقتضاه البنك بعدم جواز تأمين ممتلكاته لدى شركات التأمين التجارية ، وهو "وجود الحاجة المتعينة التي تجعل الغرر غير مؤثر في العقد" ، فقد اقتنعت الهيئة بأن حاجة البنك إلى التأمين على أمواله في شركات التأمين التجارية غير متعينة ، لان في إمكانه أن ينشئ شركة تأمين تعاونية إسلامية ، فأفتت بعدم الجواز ، واقتنعت الهيئة بأن الحاجة لإعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجارية عندما تقوم شركة التأمين الإسلامية حاجة متعينة ، لعدم وجود شركات إعادة تأمين إسلامية ، وعدم استطاعة البنك إنشاء شركة إعادة تأمين إسلامية ، فأفتت بجواز إعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجارية بالقيود التالية :-

(١) تقليل النسبة التي تدفع من الأقساط لشركات إعادة التأمين التجارية إلى أدنى حد ممكن - القدر الذي يزيل الحاجة - عملاً بالقاعدة الفقهية "الحاجة تقدر بقدرها" .

(٢) عدم تقاضى عمولة من شركة إعادة التأمين التجارية .

(٣) الأسلوب المتبع في التعامل بين شركات التأمين التجارية وشركات إعادة التأمين التجارية هو أن شركة التأمين تدفع إلى شركة إعادة التأمين مجموع الأقساط المتفق عليها ، وتدفع شركة إعادة التأمين إلى شركة التأمين عمولة إعادة التأمين بالنسب التي يتفق عليها مشاركة منها في مصروفات إدارة شركة التأمين وقد وجهت الهيئة بأن يتم التعامل مع شركات إعادة التأمين على أساس القسط الصافي .

(٤) ألا تدفع شركة التأمين الإسلامية فائدة على الاحتياطات التي تحتفظ بها : في التأمين التجاري تحتجز شركات التأمين جزءاً من الأقساط المستحقة لشركة إعادة التأمين لمقابلة الأخطار غير المنتهية ، وتدفع عنها فائدة لشركة إعادة التأمين .

(٥) عدم تدخل شركة التأمين الإسلامية في طريقة استثمار شركة إعادة التأمين أقساط التأمين المدفوعة لها ، وعدم المطالبة بنصيب في عائد استثماراتها ، وعدم المسؤولية عن الخسارة التي تتعرض لها .

(٦) أن يكون الاتفاق مع شركة إعادة التأمين لأقصر مدة ممكنة ، وان ترجع شركة التأمين الإسلامية إلى هيئة الرقابة الشرعية كلما أرادت تجديد الاتفاقية مع شركات إعادة التأمين التجارية .

(٧) تحت الهيئة البنك أن يعمل منذ الآن (١٩٧٧) على إنشاء شركة إعادة تأمين تعاوني تغنيه عن التعامل مع شركات إعادة التأمين التجاري .

عقود شركات التأمين الإسلامية التكافلية:

إن مفهوم التأمين ليس إلا "تعاوناً منظماً تنظيمياً دقيقاً بين عدد كبير من الناس معرضين جميعاً لخطر واحد، حتى إذا تحقق الخطر بالنسبة لبعضهم، تعاون الجميع في مواجهته بتضحية قليلة يبذلها كل منهم يتلافون بها أضراراً جسيمة تحيق بمن نزل به الخطر منهم."

ومفهوم التكافل في اللغة مشتق من مادة كَفَلَ، وتعني العَجَزُ، أي مؤخرة الشيء الذي تحميه، والعرب تقول كَفَلُ لِكِسَاءِ يَدَارِ حَوْلِ سِنَامِ الْبَعِيرِ لِيَحْفَظَ رَاكِبَ الدَّابَّةِ مِنْ خَلْفِهِ كِي لَا يَقَعَ، والكافل تعني أيضاً: العائل، لأنه مصدر حماية لمن يعول، قال تعالى: ﴿قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا"﴾ وَكَفَلَهَا زَكَرِيَّا ﴿١﴾ وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما ﴿٢﴾. ، أي العائل لليتيم المربي له، أو الضامن نفقته؛ إذ ﴿لَأَنَّ الْكَافِلَ تَعْنِي أَيْضاً: الضَّامِنَ، كَمَا قَالَ تَعَالَى فِي وَصْفِ حَالِ الْمَلَائِكَةِ الْأَبْرَارِ: ﴿أَيُّ يَضْمَنُ مَعِيشَتَهَا، وَيُقَالُ كَفَلَ الرَّجُلُ: أَيُّ ضَمَّنَهُ﴾ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ فِي دِينٍ أَوْ غَيْرِهِ. فالمشاركة بالمسؤولية والضمان أهم معاني مصطلح: تكافل. والمعاني السامية للتكافل يقررها ويدعوا إليها صريح القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة؛ ففي ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ القرآن الكريم نقرأ قوله تعالى: ﴿قَالَ تَعَالَى: وَمَنْ السُّنَّةَ النَّبَوِيَّةَ الْمُطَهَّرَةَ قَوْلَهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد : " لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه" ﴿٣﴾ ، ولا يعضه بعضاً" ﴿٤﴾ ، وقوله شك أن كل الناس يحبون لأنفسهم نعمة الأمن والأمان التي لا تتأتى إلا بالتعاون والتكافل. ومن الأحاديث النبوية الشريفة التي تدعو وتحث وتحض على التكافل، ما جاء عن أبي ﴿إِذَا أَرْمَلُوا ﴿٥﴾ فِي الْعُرُوِّ أَوْ قَلَّ طَعَامُ : "إِنَّ الْأَشْعَرِيِّينَ ﷺ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مُوسَى

(١) سورة آل عمران الآية ٣٧

(٢) رواه البخاري

(٣) سورة آل عمران الآية ٤٤

(٤) سورة المائدة: ٢

(٥) رواه البخاري

(٦) رواه البخاري

(٧) نسبة إلى قبيلة من اليمن -_ftn1 <http://wasatiaonline.net/admin/softs/news/data/add-data.php>

(٨) من الإرمال ، وهو فناء الطعام والزيادة ، وأصله من الرمل - التراب - كأنهم لصقوا بالرمل من شدة الفقر والقلّة

http://wasatiaonline.net/admin/softs/news/data/add-data.php -_ftn2

وَاحِدٍ فِي إِنَاءٍ اقْتَسَمُوهُ بَيْنَهُمْ ثُمَّ وَاحِدٍ فِي تَوْبٍ عِنْدَهُمْ كَانَ بِالْمَدِينَةِ جَمَعُوا مَا عِيَالِهِمْ
□ فَهُمْ مِنِّي وَأَنَا مِنْهُمْ □. بالسُّوِّيَّةِ

ومعنى الحديث الشريف أن الأشعريين كانوا إذا قلَّ زادهم وطعامهم سواء بالمدينة أو أثناء الغزو والسفر يجمعوا ما عندهم من طعام ويخلطونه كأنه مالٌ واحدٌ، ويجتمعوا عليه جميعهم كأنهم شخص واحد يتناولونه ويأكلون منه كل حسب حاجته، فيُعم الخير على الجميع، ويأمنوا من خطر الجوع. فهذه صورة من صور التكافل يُؤمنُ بها الأشعريون أنفسهم ضد خطر الجوع، ومن شدة رُقِيَّهَا وَسُمُوَّهَا وتماشيها مع الروح الإسلامية والفترة الإنسانية، أحبها النبي صلى الله عليه وسلم، وأحبَّ فاعليها لتعاونهم وتكافلهم وتراحمهم حتى أنه صلى الله عليه وسلم وصلهم بنفسه الشريفة فقال: "فهم مني وأنا منهم"، وكلمة "مَنْ" تفيد الاتصالية كما هو مقرر في قواعد اللغة العربية، وهذا يعني أن فعلهم من الإسلام، كما قال الإمام النووي تعليقا على قوله صلى الله عليه وسلم "فهم مني وأنا منهم": معناه المبالغة في اتحاد طريقيهما واتفاقهما في طاعة الله تعالى. وهذه الصورة من صور التكافل يُسميه العلماء النَّهْدُ، والنَّهْدُ في اللغة: المساعدة والعون، وصورته في الحديث الشريف هي: إخراج الجماعة نفقاتهم على قدر عددهم، وخلطها عند المرافقة في السفر، وقد يكون في الحضر أيضا كما قال الإمام البخاري راوي الحديث: ولم يرَ المسلمون في النَّهْدِ بأسا، بأن يأكل هذا بعضا وهذا بعضا... مُجَازَفَةٌ. ومُجَازَفَةٌ تعني: يقتسمون كلاً بقدر حاجته من دون تعيين وإن كان أكثر مما ساهم به؛ نظرا لإباحتهم طعامهم بعضهم لبعض ومواساتهم بالموجود، وهو محض التعاون والتكافل.

المبادئ والأسس التي أقرها وبينها هذا الحديث الشريف:

- التكافل الإنساني الذي لا يسعى إلى تحقيق ربح.
- يساهم الأفراد المشتركون كلُّ بحسب استطاعته، فما يساهم به فرد يختلف كماً ومقداراً عما يأتي به غيره.
- يخلطون ما يجمعونه خلطاً يزيل التمييز.
- عند الحاجة يأخذ كل فرد من المشتركين ما يكفي.

وهذه المبادئ التي تعكس فطرة بشرية سليمة هي الأساس الذي قام عليه نظام شركات التأمين التكافلي (الإسلامي)، الذي يهدف إلى تكافل مجموعة من الناس لمواجهة أخطار محتملة، وتوزيع ما يترتب عليها من أضرار عند وقوعها على مجموعهم بدلا من أن تبقى على عاتق المتضرر بمفرده، مما يُخفف من حدة المخاطر ويحد من آثارها

(1) رواه البخاري ومسلم

السلبية والتي غالباً ما تكون أكبر من أن تستوعبها إمكانية الفرد. فالتكافل هو تفاعل يتضمن قيام كفالة متبادلة بين مجموعة من الأفراد (أو المؤسسات والشركات) في العسر واليسر، على تحقيق مصلحة، أو دفع مضرة، وفي حال التكافل لا يكون لأحد فضل على الآخر، ذلك أن العبء موزع على الجميع كلاً بحسب استطاعته، كما أن الفائدة منه عائدة على جميعهم كلاً بمقدار حاجته؛ لذا فإن أساس العملية التأمينية بحسب نظام التأمين التكافلي تختلف اختلافاً جذرياً عن التأمين التجاري.

بناء عليه فيمكن تعريف التأمين الإسلامي التَّكافُليّ بأنه : "عقد تأمين جماعي يلتزم بموجبه كل مشترك فيه بدفع مبلغ معين من المال على سبيل التبرع، لتعويض المتضررين منهم على أساس التكافل يدار من قبل شركة متخصصة على أساس الوكالة بأجر معلوم".

فموضوع العقد هو التزام جميع المستأمنين بتحمل تبعه الخطر الذي يحلُّ بأي منهم ودفع ما يقتضيه ذلك من الأقساط على أساس التبرع، فهو تعاقُد يقوم على أساس التضامن والتكافل على توزيع الأخطار وترميم آثارها. فهناك طرفان هما المؤمن (الشركة) والمؤمن له (المشتركين) ولقد تم اعتماد التأمين التكافلي من قبل عدد من العلماء وقرارات مجامع الفقه والسبب في اعتمادهم هو طبيعة العقد الكامنة وراءه والذي ينبني على أن الشركة في التأمين الإسلامي ليس ركناً ولا عاقداً ملتزماً على أساس الأصالة وإنما هي وكيل عن حساب التأمين بحكم النظام الأساسي وأُسست الشركة للقيام وكالةً بإدارة وتنظيم عمليات التأمين وذلك مقابل أجر أو بدون أجر أما الشركة في التأمين التجاري فهو العاقد الأساسي والملتزمة بدفع التعويض للمؤمن لهم.

لذا يقوم التأمين الإسلامي على ثلاثة عقود هي:-

- (١) عقد ينظم العلاقة بين الشركة (المؤمن) والمشاركين (المستأمنين) - حساب التأمين على أساس الوكالة بأجر أو بدون أجر.
- (٢) عقد ينظم العلاقة بين الشركة (المساهمين) وبين الأموال المتجمعة في حساب التأمين (حملة الوثائق) - رب المال على أساس المضاربة
- (٣) عقد ينظم العلاقة بين المستأمنين وحساب التأمين على أساس التبرع.

الأسس التي تقوم عليها شركات التأمين التكافلي

هي: الوكالة (بأجر أو بدون أجر)، المضاربة والتبرع والوقف : وفيما يلي شرح الأسس المطبقة لتأصيل التأمين التكافلي:

عقد الوكالة:-

عقد جائز ومشروع وهي من الصيغ الشرعية الإسلامية في المعاملات وتعني التفويض ، قال تعالى : ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾^(١) والحفظ كما جاء في قوله تعالى : ﴿الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ فَاخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ إِيمَانًا وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾^(٢). وهي تفويض شخصٍ غيره للقيام بتصرف معين نيابةً عنه شريطة أن يكون التصرف جائز فعله.

مشروعيته مستمدة من الكتاب والسنة قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾^(٣) ، وأيضاً في قوله تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ بَعَثْنَا لَهُمْ لِيَتَسَاءَلُوا بَيْنَهُمْ قَالَ قَائِلٌ مِنْهُمْ كَمْ لَبِئْتُمْ قَالُوا لَبِئْنَا يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ قَالُوا رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا لَبِئْتُمْ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا﴾^(٤) ، ومن السنة حديث عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال: يا عروة "أتت الجلب فاشترت لنا شاة قال: فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار فجعلت أسوقها أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت: يا رسول الله: هذا ديناركم ، وهذه شاتكم قال: وصنعت كيف؟ قال فحدثته الحديث فقال: اللهم بارك له في صفقة يمينه^(٥).

حكمه: جائز ومباحة وأركانها:

- (١) الموكل: وهو الذي يستعين بغيره ليقوم مقامه في أمور معينة يشترط أن تكون قابلة للنيابة شرعاً
- (٢) الموكل فيه: أن يكون مملوكاً للموكل أو له ولاية التصرف فيه وأن يكون معلوماً
- (٣) الوكيل: أن يكون كامل الأهلية.

(١) سورة الأنفال الآية ٦١

(٢) سورة آل عمران الآية ١٧٣

(٣) سورة النساء الآية ٣٥

(٤) سورة الكهف الآية ١٩

(٥) المغني ٢٠١/٥

وتكون صيغة الوكالة والإجارة في إدارة مخاطر محفظة أقساط التأمين عن طريق قيام المؤسسين بإدارة المخاطر مقابل أجرة يأخذونها من هذه الأقساط ويمكن أن تكون هذه الأجرة مبلغاً محدداً كالعشر أو نصف العشر... الخ وأن تكون الأجرة جزءاً مشاعاً من الأقساط. فعقد الوكالة وإن كان عقداً غير ملزم لكنه قد يتحول إلى عقد ملزم في هذه الحالة لأنه ينظم العلاقة بين الشركة والمشاركين (حساب التأمين) لا يجوز فسخه متى شاء أحد طرفيه لأن الوكالة تتعلق بحقوق الغير وبذلك يصبح عقداً ملزماً ليس بذاته وإنما لتعلقه بحقوق الغير.

عقد المضاربة:

معنى المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض ، والمضاربة عند الفقهاء هي أن يدفع المالك (رب المال) إلى العامل (المضارب) مالا ليتجر به على أن يكون الربح بينهما بالنسبة التي يتفقان عليها ^(١) أما الخسارة فهي على رب المال وحده ولا يتحمل المضارب من الخسارة شيئاً أما إذا كانت الخسارة نتيجة لتقصير أو إهمال أو تعدد أو مخالفة لأحكام المضاربة من جانب المضارب في هذه الحالة يضمن الخسارة كما لديه اسم آخر فهو القراض مشتقة من القرض وهو القطع إذ يقطع رب المال جزء من ماله فيعطه للمضارب ليتجر فيه كذلك يقطع له من ربحه جزءاً نظير عمله ويتساوى المضارب ورب المال في الربح.

ومشروعيته: مستمدة من القرآن الكريم والسنة والإجماع والقياس إذ جاء في القرآن الكريم قال تعالى: ﴿ إِنَّ رَبَّكَ يَعْلَمُ أَنَّكَ تَقُومُ أَدْنَىٰ مِنْ ثُلُثِي اللَّيْلِ وَنِصْفَهُ وَثُلُثَهُ وَطَائِفَةٌ مِنَ الَّذِينَ مَعَكَ وَاللَّهُ يُقَدِّرُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ عَلِمَ أَنْ لَنْ تُحْصَوْهُ فَتَابَ عَلَيْكُمْ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ عَلِمَ أَنْ سَيَكُونُ مِنْكُمْ مَرْضَىٰ وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَآخَرُونَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنْهُ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَأَقْرِضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا وَمَا تُقَدِّمُوا لِأَنْفُسِكُمْ مِنْ خَيْرٍ تَجِدُوهُ عِنْدَ اللَّهِ هُوَ خَيْرًا وَأَعْظَمَ أَجْرًا وَاسْتَغْفِرُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(٢) وأيضاً في قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ ^(٣) كذلك في السنة عن صهيب رضي الله عنه ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ثلاثة فيهن البركة: البيع إلى أجل، والمقارضة وخلق البر بالشعير للبيت لا للبيع ^(٤).

(١) نفس المصدر السابق

(٢) سورة المزمل الآية ٢٠

(٣) سورة الجمعة الآية ١٠

(٤) أخرجه ابن ماجة في باب الشركة والمضاربة

فحكم مشروعيتها هي أحدي صيغ التمويل الإسلامية التي تحقق تنمية المال. فهي من العقود الجائزة. وينظم العلاقة بين الشركة وحساب التأمين لاستثمار أمواله.

أركانه:-

للمضاربة ثلاثة أركان هي:

- (١) العاقدان وهما صاحب المال والمضارب : العامل ويشترط أهلية الوكالة والتوكيل لأن المالك موكل المضارب والمضارب هو الوكيل.
- (٢) رأس المال : ويجب أن يكون نقداً لا عروض ولا سلعة ، أن يكون معلوم المقدار وأن يكون معيناً لا دينياً في ذمة المضارب وأن يكون رأس المال مسلماً للمضارب.
- (٣) الربح في المضاربة: ويشترط أن يكون معلوم المقدار وأن يكون جزءاً مشاعاً كسهم أو نسبة (ثلث أو نصف ٤٠٪ أو ٥٠٪..... الخ)

وهي نوعان:

- (١) المضاربة المطلقة وهي التي لا يشترط فيها رب المال شرطاً يقيد به المضارب من التصرف في مال المضاربة.
- (٢) المضاربة المقيدة: وهي التي يقيد فيها رب المال المضارب عن عدم الاتجار في أصناف معينة من التجارة.

وتنتهي شركة المضاربة بتحقيق أي حالة من الحالات الآتية:

بانتهاء شروط الأهلية لأحد المتعاقدين كالجنون مثلاً ، أو بموت أحدهما بالفسخ ، أو الارتداد عن الإسلام ، أو هلاك رأس المال.

المقصود بالتأسيس على المضاربة

هو تطبيق المضاربة في استثمار موجودات التأمين فهو محل اتفاق لدى جميع شركات التكافل (جنباً إلى جنب مع الصيغة الاستثمارية الأخرى وهي الوكالة بالاستثمار بأجرة محددة) .

المضاربة كصيغة معاملة جديدة في التجربة السودانية:

كما هو معلوم فإن الدور المحدود لرأس المال في شركات التأمين التعاونية وضعف عائد حملة الأسهم في أرباح رأس المال أدى إلى إحجام الاستثمار في مجال التأمين التعاوني إذ لا تتيح الصيغة المعتمدة حالياً لحملة الأسهم الاستفادة من الفوائض المحققة والتي تعود بكاملها لحملة الوثائق.

تعريف الصيغة الجديدة

أنها تتيح لشركات التأمين التعاوني استثمار أموال حملة الوثائق والاحتياطات المتوفرة عن طريق المضاربة ، ووفقا لذلك يكون أصحاب رأس المال مضاربين وتتاح لهم إمكانية استثمار أموال حملة الوثائق على أن ينالهم نصيب من عوائد هذه الاستثمارات أملا في أن تكون شركات التأمين التعاوني جاذبة للمستثمرين وان تحفز الصيغة الجديدة حملة الأسهم في زيادة رؤوس أموالهم وإنشاء شركات جديدة ويترتب على الصيغة الجديدة توزيع الأرباح على النحو التالي:-

(١) ٥٠ ٪ لحملة الوثائق باعتبارهم ملاك الشركة (أرباب المال).

(٢) ٥٠ ٪ لحملة الاسهم باعتبارهم مضاربين .

نص الفتوى الصادرة عن هيئة الرقابة الشرعية بشركة شيكان للتأمين وإعادة التأمين (السودان) بشأن صيغة المضاربة:

" لا مانع شرعا من أن يتولي المساهمون بعض أموال شركة التأمين الإسلامية كمضارب وفي هذه الحالة لا بد أن ينشئ المساهمون إدارة منفصلة للاستثمار يعينون مستخدميها ويوفرون لهم المعينات اللازمة من مكاتب وعربات وأجهزة وخلافها على أن تتولي شركة التأمين تحويل ما يتوافر من احتياطات ورأس مال وما يمكن أن يجنب من أقساط التأمين المدفوعة لهذه الإدارة . ولإدارة الاستثمار أن تتقاضي نسبة كبيرة نسبيا كمضارب يحددها مجلس إدارة الشركة ، على أن يتحمل أصحاب رأس المال ضمان كل خسارة تقع بسبب تقصير أو تعد من قبل إدارة الاستثمار ، على أن يكون مفهوما أن المضاربة في هذه الحالة تكون مضاربة مطلقة } .

الفوائد المرجوة من تطبيق صيغة المضاربة:

(١) أن تصبح صناعة التأمين التكافلي أكثر جاذبية لرؤوس الأموال.

(٢) تشجيع حملة الأسهم على زيادة رأسمال الشركات.

(٣) زيادة حجم رأس المال يساهم في تقوية المراكز المالية للشركات ويزيد من

ثقة المتعاملين مع هذه الشركات.

يؤمل أن تكون هذه الصيغة الجديدة حلاً للشركات لجذب المستثمرين والعمل على تقوية الشركات من حيث مراكزها المالية وطاقاتها الاستيعابية الأمر الذي سيمكنها مستقبلا من زيادة احتفاظها بالأقساط بدرجة كبيرة والتقليل من الاعتماد على معيد التأمين التجاري وهذا من أهم الأهداف التي ينشدها نظام التأمين التعاوني. وبعد إجازة هيئة الرقابة الشرعية بشركة شيكان للتأمين الصيغة الجديدة وبدأ العمل

قي تطبيقها فان العوائد التي تحققت لحملة الأسهم في عام واحد فاقت العوائد التي تحققت خلال العشر سنوات الماضية. والجدير بالذكر أن عدداً من شركات التأمين العاملة في السوق السوداني كانت قد استفادت من فتوى هيئة الرقابة الشرعية بشركة شيكان للتأمين حيث قامت بتطبيق الصيغة الجديدة مثل شركة التأمينات المتحدة وشركة التأمين الإسلامية وشركة جوبا وشركة الشرق الأوسط...الخ.

وقد نهجت معظم (أو جميع) شركات التكافل الماليزية على أن العلاقة بين الشركة المرخص لها بمزاولة التأمين وبين المشتركين وحملة الوثائق، هي المضاربة، واعتبر ذلك التكييف مسوّغاً لحصول الشركة على نسبة من الفائض التأميني⁽¹⁾. ولا يخفى أن المضاربة لا محل لها في القيام بأعمال التأمين، لأنها خدمات تستتبع مصروفات، وليست تصرفات محققة للربح لمن تقدم إليه بل هي إجراءات القبض للاشتراكات والصرف على التعويضات وهي أعمال محددة تلائم الوكالة، وأجرة الوكالة يجب أن تكون معلومة وذلك بنسبتها لمبلغ معلوم وهو الأقساط، وليس الفائض لأنه مجهول في البداية. ثم إن إعطاء جزء من الفائض على أنه حصة المضارب من الربح غير مستقيم، لأن الفائض هو رأس المال، وليس ربحاً والمضارب لا يأخذ من رأس المال الذي تجب وقايته وسلامته للاعتراف بوجود ربح زائد عنه قابل للاقتسام بين المضارب وأرباب المال. وقد قامت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية - عند إعداد عدد من المعايير المحاسبية المتعلقة بالتأمين - بالسعي إلى التوفيق بين شركات التكافل جميعها وتم عقد عدة اجتماعات تمخضت عن إيجاد مستند مقبول لما يخص الفائض للشركة، وهو أن تقوم الشركة بإدارة أعمال التأمين مجاناً بدون مقابل، مع وعدها بحوافز تعطى إليها عن أداء عملها عند وجود فائض من الاشتراكات. وقد رحبت الشركات الماليزية بهذا التصحيح فأصبح التأسيس على عقد المضاربة مقتصرًا على أعمال الاستثمار أما أعمال التأمين فهي لدى جميع الشركات قائمة على أساس عقد الإدارة لكن أما أن يكون بمقابل معلوم يحدد منذ البداية أو تتم عملية الإدارة أعمال بدون مقابل مع الالتزام بمنح حافز من الفائض في حال وجوده. ومما سبق يتبين أن جميع الأسس المشار إليها سابقاً تحقق الحفاظ فيها على أساس التبرع سواء كان تبرعاً محضاً، أو التزاماً بالتبرع، أو تبرعاً على الوقف بعد إبرام عقد الوقف وبهذا تختلف كلياً عن شركات التأمين التقليدي.

(1) بعض الاتجاهات جعلت الجزء المخصص من الفائض للشركة تبرعاً من حملة الوثائق وهو تبرع في غير محله .

عقد التبرع:

كَيْفَ الفقهاء بالمجمع الفقهي الإسلامي في التأمين التعاوني على أساس التبرع، والذي يقصد به تفتيت الأخطار وتحمل المسؤوليات عند حدوث المخاطر عن طريق المساهمة للمتضرر من أموال المتبرعين (حملة الوثائق) فمجموعة التأمين التعاوني لا يهدفون إلى ربح من أموالهم بل تعاون ويعتبر المشترك في نظام التأمين التعاوني الإسلامي متبرعاً بكل أو بجزء من الأقساط التي يدفعها إلى صندوق أو صناديق التأمين وذلك على حسب احتياج الصندوق أو تلك الصناديق، هذا التبرع هو دلالة على التعاون فيما بين المشتركين قَالَ تَعَالَى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُلْجُوا شَعَائِرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهَدْيَ وَلَا الْقَلَائِدَ وَلَا آمِينَ الْبَيْتِ الْحَرَامِ يَبْتَغُونَ فَضْلاً مِنْ رَبِّهِمْ وَرِضْوَاناً وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ أَنْ صَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَنْ تَعْتَدُوا وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾^(١) وفي ذلك تزكية لروح التواد والتراحم والتكافل فيما بينهم وذلك في حالة نزول أي مصيبة أو جائحة بأي منهم فهم يتكافلون مع من نزلت به المصيبة أو الجائحة فيعملون على تخفيف أو إزالة أثرها تماماً كما في الدية وما شابه ذلك.

عقد التأمين التكافلي هو عقد تبرع بين مجموعة من المشتركين يلتقون من خلال نظام الشركة التكافلي على تعويض المشترك عن الأضرار الفعلية التي تتجم عن وقوع الخطر المؤمن عليه فيدخل ضمن ما يسميه الفقهاء: عقود التبرعات، وعقود التبرعات لا يُفسدها الغرر كما هو الحال في عقود المعاوضات.

تعريف التبرع:-

عرّف الفقهاء التبرع بأنه تملك من غير عوض؛ فعملية البيع والشراء مثلاً لا يمكن تصنيفها على أنها تبرع؛ لأنها استبدال سلعة ما بعوض نقدي؛ فهي معاوضة، وكذا عقد التأمين التجاري معاوضة بين قسط التأمين الذي يدفعه المؤمن له، وبين مبلغ التأمين الذي تدفعه شركة التأمين عند تحقق الخطر المؤمن ضده، فالتبرع هو بذل المكلف مالا أو منفعةً لغيره في الحال أو المال بلا عوض بقصد البر والمعروف غالباً.

لا غرر مُفسد للعقد ولا مُقامرة لأن التبرع تملك من غير عوض، وأساس عقود التبرعات قائم على الرفق والتعاون بين الأطراف المتكافلة فيما بينها، وعليه فلا تنطوي عقود التبرعات على الغرر المُفسد للعقد ولا على الربا ولا على الميسر والقمار التي تنطوي عليها عقود المعاوضات المعمول بها في شركات التأمين التجاري، بل إن وجد شيئاً من الجهالة،

(١) سورة المائدة الآية ٢

وهي عدم معرفة المتبرع في نظام التأمين التكافلي كم سيعود عليه جرّاء تبرعه، سواء من تعويض عند وقوع الخطر، أو من الفائض التأميني في نهاية السنة المالية، هذه الجهالة معفو عنها لأن المقام مقام تبرع لا معاوضة، حتى وإن أخذ تعويضاً عن حادث ألمّ به وكانت قيمته أكثر مما دفع فهذا جائز، ولا يُعدّ أكلاً لأموال الناس بالباطل؛ لأنه عقد تبرع وإحسان.

فليس في التأمين التكافلي القائم على العقد التبرع مصالح متضاربة كما هو الحال في التأمين التجاري، حيث تتضارب مصلحة المؤمن والمؤمن له، فإذا تحقق الخطر وحصل الطرف الثاني على تعويض ضرراً بالطرف الأول، والعكس في حال عدم وقوع خطر يستفيد الطرف الأول من كامل الأقساط التي دفعها الطرف الثاني.

نظام التأمين التكافلي المشترك متبرع، فينتفع من تبرعه بأن يعود عليه في الأغلب أكثر مما تبرع به لأن المتبرع إذا تبرع لجماعة وصفت بصفة معينة فإنه يدخل في الاستحقاق مع هذه الجماعة إذا توفرت فيه هذه الصفة، كمن تبرع لطلبة علم فإنه يستحق نصيباً في هذا التبرع إذا انضم إليهم في طلب العلم، وكذلك من أوقف وقفاً ما على فقراء ثم افتقر واحتاج فإنه يأخذ من هذا الوقف، فما يُسمى بـ: تبادل الاشتراكات في نظام التأمين التكافلي لا يُعارض مبدأ التبرع. فكل مشترك في نظام التأمين الإسلامي مُتبرِعٌ ومُتبرِعٌ له في نفس الوقت، يعني اتحاد صفة المؤمن والمؤمن له في كل مشترك.

التأمين التكافلي لا يهدف إلى تحقيق الربح؛ فهذا لا يعني أن من يتولى إدارة أموال صندوق هيئة المشتركين (أي الشركة) لا يسعى إلى تحقيق الربح؛ فهو شأنه شأن أي مدير لصندوق مالي، يتولى إدارة صندوق اشتراكات التأمين انطلاقاً من أسس ومبادئ الإدارة المالية السليمة والمتوافقة مع الضوابط والأحكام الشرعية بهدف تحقيق ربح يضمه إلى أموال المساهمين الذين تكبدوا مصاريف تأسيس الشركة من أموالهم الخاصة بغية تحقيق أرباحاً مستقبلية. فالتأمين التكافلي لا يهدف إلى تحقيق ربح، فهذا يعني أن صندوق هيئة المشتركين (حملة وثائق التأمين) الذين تبرعوا بأموالهم بغية ترميم الآثار السلبية للمخاطر التي تصيبهم من مجموع هذه الأموال. والتكليف الشائع للتأمين التكافلي الذي اختاره جمع من العلماء المعاصرين هو أن حامل الوثيقة يلزم نفسه بالتبرع لمجموعة المستأمنين المالكين لمحفظة التأمين. أما ما يحصل عليه المستأمن المتضرر فهو أيضاً التزام بالتبرع من محفظة التأمين وهو التزام معلق على وقوع الضرر المؤمن منه وتحقق الشروط وانتفاء الاستثناءات والملتزم له هو المستأمن المتضرر.

تُنشأ محفظة للتأمين ويطلب من طالبي التأمين (المستأمنين) أن يتبرعوا بأقساط التأمين لهذه المحفظة حسب اللوائح والأنظمة التي يتم إعلانها من قبل الشركة. وإن هذه المحفظة هي التي تقوم بدفع التعويضات إلى المستأمنين حسب الشروط المعلنة في تلك اللوائح.

الشركة لا تملك محفظة التأمين وإن دورها بالنسبة لإدارة المحفظة ينحصر في إنشاء حساب مستقل لأموالها وعوائدها، ومصاريفها والتعويضات المدفوعة منها، وفوائدها. ويكون هذا الحساب منفصلاً عن حساب الشركة فصلاً كاملاً. ويجوز للشركة أن تتقاضى أجرة من المحفظة مقابل هذه الخدمات. ولكن بعض الشركات تؤدي هذه الخدمات بدون عوض.

إن الشركة تقوم باستثمار أموال المحفظة على أساس المضاربة الشرعية، تكون هي فيها مضاربة، وتكون المحفظة رب المال. وتضخ الشركة في وعاء المضاربة جزءاً من رأس مالها أيضاً، فتستحق ربحها مضافاً إلى ما تستحقه بصفة المضارب. إن محفظة التأمين تتزايد مبالغها بتزايد المستأمنين، وبالعوائد التي تكسبها من استثمار أموالها على أساس المضاربة مع الشركة. فإن بقي شيء بعد دفع التعويضات إلى المستأمنين حسب الشروط، وهو الذي يسمى الفائض التأميني، فإن جزءاً منه توزعه الشركة على المستأمنين حسب اللوائح المنظمة لذلك.

صيغة الوقف:-

معناها هو الحبس وتخصيصها في أوجه البر وهو إخراج شئ من الملك وجعله ملكاً لله عز وجل موقوفاً في وجه الخير.

مشروعيته مستمدة من الكتاب قال تعالى: ﴿ لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ ﴾^(١) ومن السنة كما جاء في حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: إذا مات ابن آدم إنقطع عمله إلا من ثالث: صدقة جارية وعلم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له^(٢) - فالصدقة الجارية هي التي يسميها الفقهاء وقفاً.

أركان الوقف:-

(١) الواقف وهو الشخص الذي يوقف الصدقة أو أعمال الخير ويحبسه لوجه الله

تعالى

(٢) الموقوف عليه: وهو المنتفع من الوقف

(٣) الموقوف: وهو موضوع الوقف - عقار... الخ

أنواعه:-

(١) الوقف الخيري: ما يقفه الواقف لأعمال الخير لكافة الناس وهي عامة.

(٢) الوقف الذري: وهو للأهل والأقارب

(١) سورة آل عمران الآية ٩٢

(٢) رواه البخاري

محل الوقف:

هو العقار والمنقول ووقف المشاع - وقف العين المؤجرة - وقف المرهون

وشروطه:

أن يكون كامل الأهلية وان يكون منجزاً - وعدم الأقتران بشرط باطل - تعيين الجهة أو المصرف.

إقامة التأمين التكافلي على أساس الوقف:-

يعتمد هذا التأسيس للتأمين على الوقف عدة قضايا تتعلق بأحكام الوقف منها:

- (أ) وقف النقود، طبقاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز وقفها وأنها تدفع مضاربة ويصرف الربح الحاصل منها إلى الموقوف عليهم حسب شروط الوقف وممن نقل عنه ذلك الإمام الزهري، ومحمد بن عبد الله الأنصاري تلميذ زفر صاحب أبي حنيفة . كما أنها يمكن وقفها للإقراض^(١)
- (ب) انتفاع الواقف بوقفه أن كان الوقف عاماً، أو اشترط لنفسه الانتفاع مع الآخرين . واستدلوا لذلك بوقف عثمان رضي الله عنه بئر رومه مع جعل دلوه كدلاء المسلمين^(٢) .
- (ج) ما يتبرع به للوقف لا يكون وقفاً، بل هو مملوك للوقف يصرف للموقوف عليهم، ولمصالح الوقف^(٣) .
- (د) لا بد في الوقف أن يكون لجهة لا تتقطع . باتفاق الفقهاء^(٤) .

وتطبق صيغة الوقف على التكافل^(٥) على أساس هذه المبادئ، وذلك بإنشاء صندوق التأمين على أساس الوقف بالشكل الآتي:

- (١) تنشئ شركة التأمين الإسلامي صندوقاً للوقف وتعزل جزءاً معلوماً من رأس مالها يكون وقفاً على المتضررين من المشتركين في الصندوق حسب لوائح الصندوق، وعلى الجهات الخيرية في النهاية . ويكون ذلك من باب وقف النقود الذي مرّ كونه مشروعاً فيبقى هذا الجزء المعلوم من النقود مستثمراً بالمضاربة، وتدخل الأرباح في الصندوق لأغراض الوقف.

(١) فتح القدير ١٩/٦ ومواهب الجليل ٢١/٦ والإنصاف للمر داوي ١١/٧ نقلاً عن بحث الشيخ محمد تقي العثماني المقدم إلى ندوة البركة السادسة والعشرين
(٢) أخرجه النسائي والترمذي - والفتاوى الهندية ٣٩٨/٢ والمغني لابن قدامة ١٩٣/٦ .
(٣) الأستاذ الدكتور عبد الستار أبوغدة بحث أسس التأمين التكافلي - المؤتمر الثاني للمصارف الإسلامية ٢٠٠٧ بدمشق - الفتاوى الهندية ٤٦٠/٢ والخانية ٢٩١/٣ .
(٤) المرجع السابق نفسه - المغني لابن قدامة ٢١٤/٦ .
(٥) المرجع السابق نفسه.

- (٢) إن صندوق الوقف لا يملكه أحد، وتكون له شخصية معنوية يتمكن بها من أن يملك الأموال ويستثمرها ويملكها حسب اللوائح المنظمة لذلك
- (٣) إن الراغبين في التأمين يشتركون في عضوية الصندوق بالتبرع إليه حسب اللوائح .
- (٤) ما يتبرع به المشتركون يخرج من ملكهم ويدخل في ملك الصندوق الوقفي، وبما أنه ليس وقفاً، وإنما هو مملوك للوقف كما في المبدأ الثالث من مبادئ الوقف، فلا يجب الاحتفاظ بمبالغ التبرع كما يجب في النقود الموقوفة، وإنما تستثمر لصالح الصندوق، وتصرف مع أرباحها لدفع التعويضات وأغراض الوقف الأخرى
- (٥) تنص لائحة الصندوق على شروط استحقاق المشتركين للتعويضات، ومبالغ التبرع التي يتم بها الاشتراك في كل نوع من أنواع التأمين ويجوز أن يتم تعيين ذلك على الحساب الاكتواري المعمول به في شركات التأمين التقليدية.
- (٦) ما يحصل عليه المشتركون من التعويضات ليس عوضاً عما تبرعوا به، وإنما هو عطاء مستقل من صندوق الوقف لدخولهم في جملة الموقوف عليهم حسب شروط الوقف، كما سبق أن الواقف يجوز له الانتفاع بوقفه إن كان داخلاً في جملة الموقوف عليهم، وهذا الانتفاع ليس عوضاً عن الوقف الذي تقدم به.
- (٧) حيث إن الصندوق الوقفي مالك لجميع أمواله بما فيه أرباح النقود الوقفية والتبرعات التي قدمها المشتركون مع ما كسبت من الأرباح بالاستثمار، فإن للصندوق التصرف المطلق في هذه الأموال حسب الشروط المنصوص عليها في لوائحه . فللصندوق أن يشترط على نفسه بما شاء بشأن ما يسمى الفائض التأميني فيجوز أن يمسكه في الصندوق كاحتياطي لما قد يحدث من النقص في السنوات المقبلة، ويجوز أن يشترط على نفسه في اللوائح أن يوزعه كله أو جزءاً منه على المشتركين وربما يستحسن أن يقسم الفائض إلى ثلاثة أقسام : قسم يحتفظ به كاحتياطي، وقسم يوزع على المشتركين لتجلية الفرق الملموس بينه وبين التأمين التقليدي بشكل واضح لدى عامة الناس، وقسم يصرف في وجوه الخير لإبراز الصفة الوقفية للصندوق كل سنة . وهذا ما اختاره صندوق التأمين لشركة التكافل في جنوب أفريقيا التي طبقت صيغة الوقف في عمليات التأمين.
- (٨) يجب أن ينص في شروط الوقف أنه إذا صفى الصندوق فإن المبالغ الباقية فيه بعد تسديد ما عليه من التزامات تصرف إلى وجه غير منقطع من وجوه البر، وذلك عملاً بالمبدأ الرابع من مبادئ الوقف التي مهدنا له فيما سبق.

(٩) إن شركة التأمين التي تنشئ الوقف تقوم بإدارة الصندوق واستثمار أمواله .

أما إدارة الصندوق فإنما تقوم الشركة به كمتولٍ للوقف، فتجمع بهذه الصفة التبرعات وتدفع التعويضات وتتصرف في الفائض حسب شروط الوقف، وتفصل حسابات الصندوق من حساب الشركة فصلاً تاماً، وتستحق لقاء هذه الخدمات أجره.

وأما استثمار أموال الصندوق، فيمكن أن تقوم الشركة به كوكيل للاستثمار فتستحق بذلك أجره، أو تعمل فيها كمضارب، فتستحق بذلك جزءاً مشاعاً من الأرباح الحاصلة بالاستثمار.

والظاهر أنه لا مانع من كونها متولية للوقف ومضاربة في أموالها في وقت واحد بشرط أن تكون المضاربة بعقد منفصل وبنسبة من الربح تنقص ولو قليلاً عن نسبة ربح المضارب في السوق بما يزيد على أجره المثل^(١) فيمكن أن تقاس عليه المضاربة وإن لم يرد في كلام الفقهاء بصراحة ولئن كان هناك شك في جمع الشركة بين تولية الوقف وبين المضاربة، فيمكن أن يكون أحد مديري الشركة أو أحد موظفيها متولياً للوقف بصفته الشخصية، ويستأجر الشركة لإدارة الصندوق بأجر، ويدفع إليها الأموال للاستثمار على أساس المضاربة.

وعلى هذا الأساس يمكن أن تكسب الشركة عوائد من ثلاث جهات : أولاً باستثمار رأس مالها، وثانياً بأجره إدارة الصندوق، وثالثاً بنسبة من ربح المضاربة.

هذه بالإجمال أسس لتطوير التكافل باستخدام صيغة الوقف. وإن هذه الصيغة طبقتها شركة تكافل جنوب إفريقيا بنجاح إن هذه الشركة أنشأت صندوقاً وقفياً بمبلغ خمسة آلاف راند (العملة الرائجة في تلك البلاد) والصندوق له وجود قانوني مستقل لا تملكه الشركة ولا المشتركين، وإن المشتركين يتقدمون إليه بالتبرعات. ومن شروط هذا الوقف أنه يعرض أضرار المشتركين حسب لوائحه وإن الشركة المنشئة للوقف تأخذ ١٠٪ من التبرعات نظير إدارتها للصندوق . وإذا وقع نقص في الصندوق بحيث إن المبالغ الموجودة فيه لم تكف للتعويضات، فإن الشركة تقدم قرضاً بلا فائدة إلى الصندوق الذي يسدد القرض بالفائض في المستقبل . أما إذا حصل الفائض فإن ١٠٪ منه يدفع إلى وجوه البرو ٧٥ يوزع على المشتركين، والباقي يحتفظ به في الصندوق على أساس كونه احتياطياً وهناك شركات في سبيل الإنشاء في باكستان، على أساس صيغة الوقف.

(١) المرجع السابق نفسه - وهي الفتاوى الهندية، ٤٢١/٢ .

خلاصة الوقف:

يوقف مال لرأس مال الشركة . تتقاضى الشركة مصاريف الادارة الفعلية. الفائض يذهب لحملة الوثائق وزيادة الوقف.

دراسة تقويمية لشركات التأمين الإسلامية:

إيكم الدراسة التقويمية للمؤسسات التطبيقية للاقتصاد الإسلامي (شركات التأمين الإسلامية) حيث إن أي مشروع يبدأ بفكرة ثم تتطور رويداً رويداً حتى تبلغ غايتها المنشودة وهكذا الأمر بالنسبة للتأمين التعاوني الإسلامي الذي عرف بالتكافل فأقيمت مؤسسات اقتصادية إسلامية حيث يتوجب عليها الالتزام بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، وفي نفس الوقت تلتزم بالقوانين والنظم السارية والأحكام القضائية في البلد التي تعمل فيها. ومع نمو وتطور التأمين التعاوني الإسلامي المتوافق مع أحكام الشريعة على مدى هذه العقود من حيث العدد والحجم. فأقيمت مؤسسات لتطبيق هذه النظرية من بينها أول شركة إسلامية في العالم وهي شركة التأمين الإسلامية بالسودان عام ١٩٧٩م ومقرها بالخرطوم ثم تبعها الشركة الإسلامية العربية للتأمين (إيكا) في عام ١٩٨٠م^(١) ومقرها القانوني دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة والفعلي جدة بالمملكة العربية السعودية ، ثم شركة التكافل الإسلامية ومقرها الرياض بالمملكة العربية السعودية عام ١٩٨٢م، ثم شركة التكافل الإسلامية الماليزية ومقرها كوالالمبور بماليزيا عام ١٩٨٤م وفي نفس العام تم إنشاء شركتين هما بيت التأمين السعودي التونسي ومقره بتونس وشركة البركة للتأمين ومقرها بالخرطوم بالسودان - تابعة لمجموعة دلة البركة ثم تلتها شركات عدة في أنحاء العالم المختلفة.

توقع خبراء في مجال التأمين أن يقترب عدد الشركات التي تنشط في صناعة التأمين الإسلامي في عام ٢٠١١، من ٣٠٠ شركة تغطي معظم أنحاء الكرة الأرضية، واعتبروا أن منطقة الشرق الأوسط تمثل ثقل ومركز هذه الصناعة، مع إقرارهم بعدد من التحديات التي ما زالت ماثلة، كندرة الكوادر وضعف المعرفة بحقيقة هذه الصناعة. وقال الخبراء لـ«الشرق الأوسط»، إن العام الجديد موعود بزيادة معدل نمو سوق التأمين التكافلي، مما يكون من شأنه تحقيق توقعات تفيد بأن تفوق قيمة التأمين الإسلامي في عام ٢٠١٥ مبلغ ٧,٤ مليار دولار. وقال الخبير الدكتور مراد زريقات (المدير الإقليمي للمنطقة الوسطى لشركة التأمين العربية التعاونية) إن التأمين الإسلامي التكافلي في ٢٠١١ مرشح لأن يخطو بجدية نحو التطوير، لينزله منزل التطبيق والقبول لدى معظم الأفراد، والمؤسسات،

(١) الدكتور السيد حامد حسن محمد - بحث عن: صيغ إدارة المخاطر واستثمار أقساط التأمين التعاوني

متوقفاً أن يزداد عددها بما يساعد على نمو سوق التأمين التكافلي بما يتراوح بين ١٥ و ٢٠ في المائة، لتصل قيمة التأمين الإسلامي في عام ٢٠١٥ إلى ٧,٤ مليار دولار^(١). توزع الحصص كما يلي: الدول العربية ٦٣٪، ماليزيا ٢٧٪، دول آسيا باسفيك ٩٪ وأوروبا والولايات المتحدة ١٪^(٢)، واستناداً إلى دراسة للباحث الدكتور على محيي الدين القرعة داغي، رئيس مجلس أمناء جامعة التنمية البشرية بعنوان «الفائض التأميني في شركات التأمين التكافلي الإسلامي» وأضاف «مع ظهور الأزمة المالية العالمية أواخر عام ٢٠٠٨، وما صاحبها من انهيار لمؤسسات الاقتصاد الرأسمالي، من بنوك وشركات تأمين، تصاعدت صرخات الاستجد بالاققتصاد الإسلامي في الغرب قبل الشرق، حيث رأوا فيها فرصة جديدة لتطبيق نظريات الاقتصاد الإسلامي، مما يعني أن فرصة وجوده في السوق الأوروبية والأميركية وغيرها من البلاد غير الإسلامية أكبر مما كانت عليه خلال الثلاث سنوات الأخيرة. وأوضح أن السنوات الأخيرة شهدت نوعاً من التطبيقات العملية للاقتصاد الإسلامي، ولكنها تظل محل مراجعة وتصحيح وتطوير، مبيناً أن هذا التطبيق أخذ شكل مؤسسات تنشط بقوة في السوق الاقتصادية تماماً كما هي مؤسسات مالية، سواء مصارف أو شركات تأمين تكافلي وشركات إعادة تأمين تكافلي. وأشار زريقات إلى أن حجم أعمال التأمين التكافلي بلغ عالمياً، حسب تقديرات شركة «أرنست ويونغ»، الذي قدم ضمن القمة العالمية الخامسة للتكافل في دبي العام الميلادي الماضي ٨,٨ مليار دولار عام ٢٠٠٩، مقابل ٥,٣ مليار دولار عام ٢٠٠٨، مفيداً أن معدل النمو العالمي المركب لصناعة التكافل على مستوى العالم يبلغ ٣٩ في المائة، وفي منطقة الخليج يصل إلى ٤٥ في المائة. وتابع «بنظرة إلى السوق السعودية نجد أن عدد الشركات العاملة في السوق حتى ٢٠١٠ هو ٢٨ شركة تأمين مباشر، بإجمالي رأسمال مدفوع بالكامل ٥,٨ مليار ريال (١,٥ مليار دولار)، ويصل أعلى رأسمال لشركة في السوق لما يقارب ٨٠٠ مليون ريال (٢١٣,٣ مليون دولار) وأقل رأسمال لشركة في نفس السوق ١٠٠ مليون ريال (٢٦,٦ مليون دولار)،

عدد شركات التكافل المباشر في العالم حوالي ١٣٣ شركة وعدد النوافذ حوالي ٨٠ نافذة وعدد شركات إعادة التكافل حوالي ٣٠ شركة منها ثلاثة مصنفة (A) ويصل رأس مالها إلى ٥٠٠ مليون دولار «شركة الفجر»^(٣) أضاف المدير الإقليمي للمنطقة الوسطى لشركة التأمين العربية التعاونية أنه توجد بالسوق شركة واحدة لتقديم خدمات إعادة التأمين التكافلي برأسمال مدفوع بالكامل قدره مليار ريال (٢٦٦,٦ مليون دولار)، موضحاً

(١) نقلا عن جريدة الشرق الأوسط - تاريخ النشر: ١٥ / ٢ / ٢٠١١

(٢) الدكتور موسى مصطفى القضاة - التأمين التكافلي بين دوافع النمو ومخاطر الجمود - ورقة عمل ملتقى التأمين

بالرياض ١٤٣٠هـ

(٣) نفس المرجع السابق

أن إجمالي حجم الأقساط بالسوق السعودية بلغ عام ٢٠٠٨ نحو ١٣,٨ مليار ريال (٣,٦ مليار دولار) بنسبة نمو ٢٧ في المائة عن أقساط عام ٢٠٠٧، موضحاً أنه حسب نسبة الزيادة المحققة، فإنه يتوقع أن يكون إجمالي أقساط التأمين التعاوني والتكافل ١٣,٨ مليار ريال (٣,٦ مليار دولار)، وفي عام ٢٠١٠ يتوقع أن يصل حجم الأقساط إلى ١٧,٥ مليار ريال (٤,٦ مليار دولار).

إن صناعة التأمين التكافلي بدأت في ترسيخ مفهومها وساعدت على قيام صناعة إعادة التأمين التكافلي وإن هنالك شركات منها تأسست في البحرين شركة «هانوفر ري تكافل»، وفي ماليزيا تم تأسيس شركة «ميونخ ري تكافل» والشركة الأفريقية لإعادة التكافل والتي أنشأتها الشركة الأفريقية لإعادة التأمين وكذلك تكافل ري والنوافذ التي فتحتها شركة ميونخ ري الألمانية وسويسري السويسرية وقبل هذه الشركات شركة إعادة التأمين بالسودان حيث تحولت للنظام الإسلامي منذ العام ١٩٩٢م ، وعدد آخر من شركات إعادة التكافل حتى يكون التطبيق موافقاً للضوابط الشرعية لإعادة التأمين بدرجة معقولة. وإن قيام شركات التأمين وإعادة التأمين التكافلي بعملها وفق المقاصد الشرعية يحتاج إلى وجود جهاز يقوم بضبط ومراجعة أداء الشركات وفق الفتاوى التي تصدرها هيئة للفتوى داخل الشركة أو خارجها وتقديم الفتوى والرأي الشرعي فيما يعرض عليها من مشكلات في التطبيق.

لابد من الوقوف على تجارب تلك الدول وذلك من أجل المراجعة والتطوير في خدمات التأمين الإسلامي لندفع بها لتسير قدماً إذ مضي على قيام صناعة التأمين الإسلامي أكثر من ثلاثة عقود ومن أبرز تلك التجارب على سبيل المثال وليس الحصر لأن هنالك العديد من التجارب منها: التجربة السودانية - التجربة السعودية - التجربة الماليزية - التجربة الخليجية - التجربة الأردنية وتجربة جنوب افريقيا وتجربة النوافذ بأوروبا وأمريكا.

أهم ما أفرزته هذه التجارب هو من واقع عقود التأمين المطبقة من قبل شركاتها وأنظمتها في خدمات التكافل من صيغة المضاربة، صيغة الإجارة، صيغة الوكالة وصيغة الوقف وهي الصيغ التي تحكم العلاقة بين المؤسسين (حملة رأس المال) والمؤمن لهم (حملة وثائق التأمين - المشتركين) وفق أحكام الشريعة الإسلامية وهي:-

تعدد صيغ المعاملة في ممارسة التأمين التكافلي في شركات العالم الإسلامي وحكم الشرع في كل صيغة من الصيغ الثلاث التالية :

الصيغة الأولى : صيغة بذل رأس المال للتأسيس ، واستتفاذ وظيفته من بعد ، وليشارك في الأرباح دون الفائض إن لم يتم استرجاعه إلى حملة الأسهم . وهذه الصيغة هي التي قامت

عليها شركة التأمين الإسلامية في السودان - أول شركة تأمين إسلامية في العالم - فان رأس المال لهذه الشركة كان الهدف منه الاستجابة للمتطلبات القانونية لإنشاء شركة مساهمة ، وقد دفعت منه مصاريف التأسيس على سبيل القرض، وسدد هذا القرض من اشتراكات حملة الوثائق ، ثم ظل رأس المال يستثمر لصالح المساهمين بكل طرق الاستثمار المشروعة منذ إنشاء الشركة إلى اليوم، ولا حق له في الفائض من الاشتراكات .

وعبارة إن لم يتم استرجاعه إلى حملة الأسهم الواردة في الاستفسار لا محل لها في النظام القائم في السودان ، لان رأس المال لا بد من وجوده لإنشاء الشركة ، ولا استمرارها قانوناً .

الصيغة الثانية : صيغة مشاركة رأس المال في الفائض والأرباح عند اعتماد المضاربة كأساس للممارسة . هذه الصيغة غير معروفة في السودان ، فرأس المال في شركات التأمين التعاوني لا يشارك في الفائض . واعتماد المضاربة أساساً لممارسة التأمين غير موجود عندنا في السودان ، وأعتقد أن المضاربة وحدها لا يمكن أن تكون أساساً لممارسة التأمين لسبب بسيط هو أن المبلغ الذي يدفعه رب المال في المضاربة يظل ملكاً له يستثمره المضارب ثم يرد إليه زائداً نصيبه من الربح أو ناقصاً الخسارة ، أما المبلغ الذي يدفعه المؤمن له في التأمين فإنه يخرج عن ملكه ، ولا يعود إليه إلا ما يستحقه من الفائض .

كان في شركة التأمين الإسلامية في أول نشأتها نظام يسمى " مضاربات التكافل الإسلامي " يتكون هذا النظام من مضاربة و من تكافل ، يكون فيه القسط الذي يدفعه المشترك في النظام ٩٧ر٥٪ منه رأس مال مضاربة يستثمر لصاحبه على نظام المضاربة الشرعية ، و ١٢ر٥٪ منه تبرعاً لصندوق التكافل تطبق عليه أحكام التكافل . فتأثر هذا النظام بالارتفاع المستمر في معدلات التضخم آنذاك لذا توقف العمل به.

الصيغة الثالثة : صيغة الحصة المقطوعة من الاشتراكات لتدفع لأصحاب رأس المال على نمط اعتماد الإجارة كمعاملة للممارسة، هذه الصيغة إذا كان المقصود منها إعطاء أصحاب رأس المال - المساهمين - مبلغاً محدداً من الاشتراكات نظير إدارتهم فعلاً للشركة فهذه إجارة مشروعة ، وهي ما عليه العمل عندنا في السودان . وأما إذا كان المقصود منها إعطاء أصحاب رأس المال مبلغاً محدداً من الاشتراكات نظير رءوس أموالهم ، فان هذه تكون إجارة غير صحيحة في نظري ؛ لأنه يكون فيها شبه التجارة في التأمين ، والتأمين ليس محلاً للتجارة ، وفيها شبهة الربا ، لأنها إجارة للمال ، والأجرة على المال هي الربا .

إن الصيغة التي لا شبهة فيها هي الصيغة التي تعمل بها شركات التأمين في السودان منذ إنشاء شركة التأمين الإسلامية ، وهي إعطاء الأجر المقطوع لمن يؤدي عملاً من المساهمين للشركة ، أما من لا يؤدي عملاً منهم فيستثمر له رأس ماله بأفضل الطرق المشروعة ، والواقع أن الأسهم في شركات التأمين أرباحها أفضل من الأسهم في البنوك .

صحيح إن الشركات التي كانت تزاول التأمين التجاري وتحولت إلى شركات تأمين تعاوني نقصت أرباح أسهمها بمقدار الكسب غير المشروع من الفائض الذي كانت تناله ، وهذا ما لا سبيل إلى الرجوع إليه ، وسينال من فقده في الدنيا أضعافه في الآخرة ، إذا امتثل لأمر الشرع مخلصاً إن شاء الله .

هذه هي صيغتنا في التأمين التعاوني ندعو إلى العمل بها ، لا ننا نعقد أنها خير الصيغ ، ومن جاءنا بخير منها قبلناه .

القسم الثاني : الفروقات الجوهرية بين التأمين التكافلي والتأمين التجاري

لابد من إبراز الفروقات الجوهرية بين نظامي التأمين التكافلي في مقابل التأمين التجاري (التقليدي) ، إذ المقارنات تكشف عن حقائق المعاني، فالضد يظهر حسنه الضد، وبضدها تتميز الأشياء ويمكننا تحديد الفروقات في البنود الآتية:-

أولاً: المرجعية النهائية :-

تتمثل المرجعية النهائية لجميع الأنشطة والأعمال والعمليات التي تجري في شركات التأمين التكافلي بأنها تنحصر في أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية الغراء ، وذلك يشمل عمليات التأمين والاستثمار والتعويضات وقواعد احتساب الفوائض التأمينية وتوزيعاتها، كما تشمل هذه المرجعية أيضاً ترشيد سلوك المؤسسة في علاقاتها وسياساتها وخططها بما يتحقق معه امتثالها الفعلي بتطبيق أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية . ولتفعيل وتأكيد هذا الفرق وتكريسه من الناحية العملية فقد استحدثت المؤسسات الإسلامية ضمن هياكل العمل التنظيمية تشكيل فريق شرعي باسم : { هيئة الفتوى والرقابة الشرعية } بحيث يضم مجموعة من فقهاء الشريعة المتخصصين في فقه المعاملات المالية ليقوموا بدور الترشيح والتوجيه لعمليات الشركة التكافلية في مجالات التأمين والاستثمار معا ، كما يناط بهم ممارسة الرقابة الشرعية للتحقق من مدى جودة وسلامة التزام شركة التأمين التكافلي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في أعمالها وعملياتها كافة .

تكون للشركة هيئة رقابة شرعية تختارها الجمعية العمومية بترشيح من مجلس الإدارة، وتحدد مكافآت أعضائها، على أن تكون من ثلاثة أعضاء على الأقل من علماء

الشريعة الإسلامية ، ويجوز أن يكون واحد منهم من رجال القانون له إلمام بأحكام الشريعة الإسلامية ومن مهامهم الآتي:

- (١) تشترك هيئة الرقابة الشرعية مع إدارة الشركة في وضع نماذج وثائق التأمين والنماذج الأخرى .
- (٢) لهيئة الرقابة الشرعية الحق في مراجعة عمليات الشركة للتأكد من مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية .
- (٣) يجوز لهيئة الرقابة الشرعية حضور الاجتماعات العامة للشركة وإبداء أي رأي.
- (٤) يجوز لرئيس هيئة الرقابة الشرعية أو من يمثلها طلب حضور اجتماعات مجلس الإدارة لطرح أي موضوع.

في حين إن المرجعية النهائية لشركات التأمين التجاري (التقليدي) تخضع إلى التشريعات والأعراف الخاصة بالتأمين في كل دولة ، والتي هي بطبيعة الحال ذات أصل تقليدي تجاري محض ينسجم مع فلسفة المدرسة الرأسمالية في العمل التجاري بصفة عامة ، وما يترتب على ذلك من عدم الاعتراف بتدخل الدين في ترشيد المعاملات المالية ، وإجراء عقود عمليات التأمين وفق أساس المعاوضات المبنية على الغرر الفاحش وأكل المال بالباطل والربا ونحوها من المخالفات الشرعية ، وإجراء أساليب وعقود الاستثمار على أساس الفائدة الربوية ، حيث يصعب في الواقع المعاصر تصور شركة تأمين تقليدي لا تقوم على تعظيم مدخراتها واحتياطياتها على ركيزة الودائع الربوية متنوعة الأجل ، وذلك تحوطاً من مخاطر السيولة لديها. فليس لديهم هيئة رقابة تخضع لمراجعة أعمالهم.

ثانياً: العلاقة القانونية:

حيث يقوم عقد التأمين التكافلي على أساس عقود التبرعات في الفقه الإسلامي ، فيكون باذل الاشتراك التكافلي أو التعاوني شريكا مع مجموعة المشتركين في تحمل الأخطار حال وقوعها وتحققها على أفراد المشتركين ، فالعلاقة هنا تكافلية تعاونية هدفها الأساس هو : التكافل في جبر الضرر وترميم الخطر حال وقوعه على آحاد المشتركين ، ولذلك فإن صناديق ومحافظ التأمين التكافلي لا تنتج ربحاً ، وإنما قد ينتج عنها فوائد تأمينية تعود لمصلحة المشتركين أنفسهم ، وذلك بعد خصم مصروفات الإدارة ومستحقات التشغيل. لذا فهو عقد تبرع وتطبق عليه كل الأحكام الشرعية الواردة في أحكام التبرعات وهو عقد يجوز التعامل به وان شابه الغرر تأسيساً. يلحق الغرر بعقد التأمين الإسلامي ولكنه لا يكون سبباً في بطلانه لأنه عقد تبرع وعقود التبرعات لا يبطلها الغرر وبذلك لا تكون ضمن البيوع الممنوعة لان عقود التبرعات ليست عقود معاوضة مالية أو بيوع.

وأيضاً روح التعاون واضحة في مبادئ التأمين الإسلامي بل هو مؤسس عليه لأنه عقد من عقود التبرعات وعقود التبرعات ما هي إلا عقد تعاون .

أما عقد التأمين التجاري فهو : عقد معاوضة قائم على احتمال وقوع الخطر ، فهو عقد بيع للأمان من أعباء المخاطر والتهديدات التي قد تحصل وقد لا تحصل في المستقبل ، فالعلاقة هنا معاوضة ربحية تهدف أساساً إلى: تحقيق الربح من خلال المتاجرة بمخاوف العملاء (المؤمن عليهم) ، وهندستها المالية تقوم على طرفين هما: (بائع الأمان * مشتري الأمان) ، ولذلك فإن هذه العلاقة القانونية الربحية تؤول في نهاية أجل وثيقة التأمين التجاري إلى تحقيق ربح خالص يستحقه (المساهمون) وهم ملاك الشركة التقليدية . فهو عقد معاوضة مالية يشوبه الغرر فأبطله لأن علة الغرر إذا لحق بعقد من عقود المعاوضة المالية يكون سبباً لبطلانه ويصبح العقد تلقائياً من البيوع الممنوعة حتى ولو كانت أركانه صحيحة. فالغرر يبطله لأنه عقد من عقود المعاوضات المالية يقوم على فلسفة الاحتمال بالنسبة للحصول على العوض . التي يفسرها الفقه الإسلامي بأنها معاملة اشتملت على غرر وبالتالي يصبح العقد باطلاً . كما أنه لا تسوده روح التعاون وان بدت في أديباته لأنه يقوم على الاستغلال والتجارة في منح الأمان في تجارات المؤمن لهم تارة وفي أرواحهم تارة أخرى.

ثالثاً: العلاقة المالية في العملية التأمينية (الفائض التأميني) :-

يقوم الهيكل المالي لشركات التأمين التكافلي على قسمين مختلفين من الحسابات هما: حساب المساهمين (حملة الأسهم) ، ويمثل نظامياً رأس مال الشركة ، وحساب المشتركين المؤمن عليهم (حملة الوثائق) ويمثل نظامياً صندوق التأمين التكافلي ، وقد يعبر عنهما بصندوق المساهمين وصندوق المشتركين .

وفيما يختص بحساب المشتركين (الصندوق التكافلي) يقوم المؤمن عليه (المشترك) بسداد الاشتراك التعاوني لصالح صندوق المشتركين ، ولا يخلو إما أن يقع الضرر عليه فيعوض من صندوق التأمين التكافلي ، أو لا يقع ، فإن عوض نظير الضرر فقد تحقق مقصود التكافل الجماعي بالنسبة له ، وإن لم يقع فقد تحقق أيضاً مقصود التكافل الجماعي منه بالنسبة إلى غيره من المشتركين .

فإن تحقق فائض مالي في صندوق التأمين لم يجزُ صرف هذا الفائض لجهة أخرى غير جماعة المشتركين المتكافلين بواسطة الصندوق التكافلي ، ولذلك فإن هذا المشترك (المؤمن عليه) حال عدم وقوع الخطر عليه فإنه يستحق نصيباً من هذا الفائض ، لأنه مال مرصود لجبر الضرر خلال أجل محدد ، وقد انتفى غرضه فيعود إلى باذليه ، ويلاحظ هنا أنه لا يعود بصفته ربحاً ناتجاً عن تشغيل ربحي تجاري ، وإنما يعود إليه بصفة الفائض في

الصندوق ، وذلك بطبيعة الحال وفق الأسس والقواعد والضوابط التي تتبعها كل شركة تكافلية في تنظيم توزيع الفائض لديها. يقوم على مبدأ توزيع الفائض على المؤمن لهم الذين دفعوا أقساط التأمين خلال الفترة المعنية وذلك كل حسب قسط اشتراكه وسداده الفعلي لمبلغ القسط.

لا يقوم التأمين الإسلامي على أكل أموال الناس بالباطل لأنه عقد تبرع من المؤمن لهم بعضهم بعضا ويستحقون من هذه الأموال تعويضاتهم المتفق عليه ويأخذون ما تبقي من أموالهم في نهاية الفترة في شكل فائض تأميني أو يساهمون في الخسارة الزائدة أن لم تفر أقساطهم المدفوعة بالالتزامات والتعويضات .

أما في شركة التأمين التجاري (التقليدي) فإن المؤمن عليه يقوم بأداء العوض الذي يبذله نظير شراء الأمن من الخطر المستقبلي؛ بمعنى ترميم الضرر الحاصل وجبر الخطر حال تحققه ، فالعميل المؤمن عليه إنما يستهدف شراء الأمن المستقبلي ببذل عوض مالي، وشركة التأمين بموجب عقد المعاوضة نفسه (وثيقة التأمين) تبيع للعميل الأمن الذي يطلبه من احتمال وقوع الخطر مستقبلاً، وذلك نظير أقساط تأمينية معلومة ، والهندسة المالية للعقد تقوم على طرفين هما: (بائع الأمن × مشتري الأمن) .

ويدل على هذه العلاقة المالية التجارية القائمة على أساس المعاوضة الربحية أنه في حال انتهاء أجل التغطية المتفق عليه بموجب وثيقة التأمين تنتقل ملكية الأقساط التأمينية (التي كانت معلقة خلال زمن التغطية التأمينية) إلى ملكية خالصة تؤول إلى ربح محقق لصالح شركة التأمين التجاري، والمُسَوِّغ لذلك أن الشركة تكون قد بذلت الوعد بالأمن المستقبلي من الأخطار واستحقت في مقابل ذلك الاشتراكات التأمينية المدفوعة من قبل العميل (المؤمن عليه)، وبناء على هذه الفلسفة فإن العميل لا يحق له المطالبة بأية حقوق لأنه إنما دفع الاشتراكات لشراء مجرد الوعد بالتأمين من الأخطار المستقبلية، وقد حصل للعميل هذا الوعد الذي طلبه ، وكون الضرر لم يقع فهذا أمر آخر لا يحول دون تملك الشركة للأقساط التأمينية . فلا توزع فيه الفوائض التأمينية على جمهور المؤمن لهم بل تحول لحساب مؤسسي شركات التأمين.

فالتأمين التجاري مؤسس على أكل أموال الناس بالباطل لأنه عقد معاوضة مالية ينفرد بثروته المؤسسون إي أصحاب الشركة ويأخذ فقط المؤمن لهم التعويضات .

رابعاً: الأسس الاستثمارية:-

تقوم شركات التأمين التكافلي كغيرها من شركات التأمين بتصميم هيكلها المالي وفق مجموعة معطيات فنية واقتصادية تُرشدُ هيكلتها المالية ، حيث يتم بموجب العمليات

الرياضية والجداول الإحصائية تقدير احتياجات سوق التأمين من السيولة لمواجهة مختلف التعويضات المحتملة والنتيجة عن منتجات التأمين ، وما زاد عن ذلك من أقساط التأمين يتم استثماره بهدف تعظيم إيرادات الشركة وتعزيز مركزها المالي .

وعادة ما يتم تنويع الاستثمارات في صيغ ومجالات مختلفة ، ووفق آجال طويلة ومتوسطة وقصيرة ، وذلك كله من خلال هيكل مالي متحرك دوريا بحيث يراعي مختلف المخاطر المالية المحيطة بعمل الشركة .

والمهم هنا بيان أن هذه الأوجه من الاستثمارات للأموال التأمينية في الشركات التكافلية يشترط فيها أن تكون غير مخالفة للشريعة الإسلامية ، فلا يحل لها أن تستثمر أموالها في الودائع الاستثمارية والادخارية الربوية بأنواعها ، لأن حقيقتها قروض بفوائد ربوية محرمة شرعا ، كما يحرم عليها تمويل عجزها المالي (الرأسمالي أو التوسعي) بواسطة الاقتراض الربوي من البنوك التجارية (التقليدية) ، بل يشترط عليها أيضا أن يكون استثمارها المالي المباشر محصورا في شركات مالية تكون - على الأقل - متوافقة مع الشريعة الإسلامية ، فلا يجوز مثلا الاستثمار المالي عن طريق الاكتتاب في أسهم البنوك الربوية ونحوها من الشركات التي تقوم - وفق أنظمتها الأساسية - على أعمال تصادم أحكام الشريعة الإسلامية ، وبشكل دقيق وتحت إشراف هيئة الرقابة الشرعية .

أما شركات التأمين التجاري (التقليدي) فإنها تقوم باستثمار أموالها التأمينية من خلال توظيفها في مختلف أوجه الاستثمار بعيدا عن مراعاة الأسس الدينية الشرعية ، إذ من مبادئ ومسلمات صناعة التأمين التجاري (التقليدي) أنها تقوم أصالة بتوظيف فوائضها المالية في أوعية الاستثمار الربوية المحرمة ، كالودائع التجارية الربوية بأنواعها ، والسندات وأذونات الخزنة ، وأما في جانب تمويل العجز (الرأسمالي / التوسعي) فإنها ستلجأ بداهة إلى الاقتراض بالربا المحرم شرعا . فإن الاستثمار يتم بمنأى عن أو بعيداً عن أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالاستثمار ولا يؤخذ في الاعتبار الحلال والحرام وتكون العلاقة بين أصحاب رأس المال وحملة الوثائق على أساس المضاربة ففي حالة أن المضارب هو أصحاب رأس المال (الشركة) فإن رب المال هو حملة الوثائق ويتقاضون نسبة من الأرباح والباقي يذهب للمضاربين وفي هذه الحالة لا بد أن ينشئ أصحاب رأس المال إدارة خاصة لإدارة هذه المضاربة أما في حالة أن تكون الشركة هي التي تدير المضاربة فإن مال المضاربة هو ملك لحملة الأسهم وبذلك يمثلون أصحاب المال وتوزع الأرباح أيضاً حسب الاتفاق.

خامساً: أسس التغطيات التأمينية:

إن من أبرز الفروقات الفنية التي تميز التأمين التكافلي عن غيره أن نطاق التغطيات التأمينية تحكمه الشريعة الإسلامية ، فلا يجوز على سبيل المثال التأمين على الديون الربوية ؛ سواء كانت مديونيات مباشرة أو ممثلة بسندات ربوية ، وكذا مناشط الفساد الأخلاقي والتجاري كمحلات المتاجرة بالأفلام والأغاني المحرمة ، فضلا عن شحنات الخمور والسجائر ونحوها مما يداخله الحظر الشرعي ، فجميع الصور المذكورة ونظائرها يحظر على شركة التأمين التكافلي الإسلامي أن تغطيها تأمينياً ؛ وإن كانت قد تحقق أحيانا عوائد جيدة للوعاء التكافلي ، وهذا المبدأ تلتزمه - بحمد الله - عامة شركات التأمين التكافلي الإسلامي. عقد التأمين الإسلامي ليس من عقود البيوع وبالتالي يكون خالياً من الربا لان الأصل فيه التعاون.

ينسجم التأمين الإسلامي مع إحكام الشريعة الخاصة بالميراث والوصية وبالتالي يحفظ للورثة حقهم وللموصى لهم حقهم الذي أوصى به صاحب المال بل في حالة تعارض أي نص من نصوص عقد التأمين الإسلامي مع قواعد الميراث والوصية يكون هذا الشرط ملغياً بصورة تلقائية .

في التأمين الإسلامي لا يسقط الحق بالتقادم عملاً بالأحكام الفقهية التي تمنع سقوط الحق بتقادم الزمن .

وفي المقابل نجد أن شركات التأمين التجاري (التقليدي) لن تتحفظ على تغطية الصور السابقة ، بل إنها ستبادر إلى اختراع تغطيات يشتد حظرها عرفاً وشرعاً ، إذ العبرة لديها بتحقيق أعلى معدلات ربحية ممكنة ، وبغض النظر عن أية اعتبارات شرعية أو عرفية أو أخلاقية ، إلا ما قل ونذر .

ولنضرب أمثلة فاضحة على التغطيات التأمينية التقليدية ، والتي تخالف مقتضى الشرع والعقل والأخلاق مجتمعين ، وفيها من القبح والوقاحة ما ينسجم مع طبيعة الفكر المادي الغربي ، ومنها^(١) :

(١) التأمين على حالات الانتحار .

(٢) التأمين على مواخير الدعارة وبيوت الزنا .

(٣) التأمين على حالات التهريب .

(١) انظر تفصيل الحالات المذكورة في : التأمين وفقاً للقانون الكويتي .. د. جلال محمد إبراهيم ، " جواز تأمين الانتحار " ص ٢٠٦ - ٢١٩ ، وبقية الحالات في ص ٢٢٠ - ٢٣١ .

(٤) التأمين لمصلحة الزانية المسماة (الخلية / العشيقة) ، بحيث تكون هي المستفيدة في حالة وفاة المؤمن له في وثائق تأمينات الحياة .

فقد التأمين التجاري عقد معاوضة ماله يقوم على تعظيم منافع ومصالح المؤسسين الذين يتخذونه وسيلة للاتجار وتحقيق الثروة . بمعنى أنهم يتاجرون بخدمات التأمين ويصبح بالتالي الهدف الأصلي من وراء هذه الخدمات هو جمع المال لأصحاب الشركة وعمل الثروة . كما لا يؤبه فيه الالتزام بما جاء في قواعد الفقه الإسلامي فيما يتعلق بأحكام الميراث والوصية مما يجعله يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي في هذه الناحية .

وفيه أيضاً يسقط الحق بمجرد انقضاء أمد معين ينص عليه عادة في وثائق التأمين فإذا انقضت المدة المحددة لا يجوز لصاحب الحق أن يطالب به وفي هذا تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

سادساً: المشاركة في إدارة العمليات التأمينية:

يقوم التأمين الإسلامي على مبدأ المشاركة في الإدارة إذ يشترك المؤمن لهم في إدارة شركة التأمين الإسلامية عبر مؤسساتها الإدارية التالية :

(أ) هيئة المشتركين وهي هيئة تتكون من جمهور المؤمن لهم الذين يطلعون فيها على الحسابات الختامية وتقرير مجلس الإدارة وتقرير المراجع الخارجي وتقرير هيئة الرقابة الشرعية ولهم الحق في مساءلة قيادة الشركة عن أدائها العام كما يقترحون توزيع الفائض كلاً أو جزءاً منه .

(ب) مجلس إدارة الشركة وهو يتكون من أعضاء جزء منهم يمثل المؤسسين والآخر يمثل المشتركين الذين ينتخبون من خلال اجتماع هيئة المشتركين ويضطلع مجلس الإدارة بوضع السياسات العامة والميزانيات وإدارة مال الشركة بالشكل الذي يحقق أهدافها.

(ج) الجمعية العمومية: وتتألف من المؤسسين الذين دفعوا رأس مال الشركة والجمعية العمومية لها الحق في تعيين مجلس الإدارة والمدير العام والمراجع الخارجي ورئيس وأعضاء هيئة الرقابة الشرعية هذا بالإضافة إلى إقرارها لتوزيع الفائض التأميني من عدمه بناءً على توصية هيئة المشتركين. وبالتالي يصبح المؤمن لهم يشاركون في إدارة الشركة عبر مؤسساتهم القانونية القائمة.

كما يقوم التأمين الإسلامي على مبدأ المشاركة في الخسارة الزائدة عن الأقساط المدفوعة من المؤمن لهم انطلاقاً من مبدأ التعاون فيما بين المؤمن لهم في السراء والضراء.

وعلى الرغم من أن هذا المبدأ في ظل وجود فكرة إعادة التأمين يكون عسير الحدوث ولكنه يبقى مبدأ من مبادئ التأمين الإسلامي. ولأن الخسارة الزائدة يمكن تطبيقها على عقد التأمين على الأشياء دوناً عن عقد التكافل الإسلامي الذي أسس على نموذج المضاربة الإسلامية إذ أنه وفقاً لمبادئ المضاربة الإسلامية تكون الخسارة على رب المال ما لم يخالف المضارب أحكام المضاربة أو يتعد على أموالها أو يقصر أو يفرض في إدارتها.

إما في التأمين التجاري فلا يشارك المؤمن لهم في إدارة الشركة إذ ينفرد بإدارتها المؤسسون (أصحاب رأس المال). كما لا يشارك المؤمن لهم (المشركون) في خسارة الشركة .

أن الفروقات الجوهرية بين نمطي عمل التأميني التكافلي والتجاري التقليدي تكمن في الفروقات الفنية بين النظامين من جهة المرجعية النهائية ، وعلى مستوى العلاقة القانونية ، ثم العلاقة المالية ، ثم الاستثمارية ، ثم نطاق التغطيات التأمينية ، إن كل هذه الفروقات الجوهرية تؤكد على سعة التباين بين نظامي التأمين التكافلي الإسلامي والتجاري التقليدي.

المحور الثاني بيان أحكام التأمين على الحياة والسيارات

التأمين التكافلي على الحياة والسيارات :

التأمين نوعان أحدهما هو تأمين الأشخاص ومنه تأمين الحياة، الحوادث الشخصية وإصابات العمل... الخ

والنوع الآخر تأمين الأشياء مثل السفن والطائرات والمصانع والمنازل والسيارات... الخ.

التأمين التكافلي على الحياة جائز إذا قام على أسس التأمين التعاوني الإسلامي وذلك باجتتاب الغرر المفسد والربا، وهو قائم على مبدأ التبرع والمواساة. فتأمين الحياة بالتأمين التجاري تلتزم شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين المتفق عليه لا مقدار الضرر الناتج عن حادث الوفاة أو العجز أو فقدان منافع الأعضاء لا يشترط إثباته فالضرر هنا ضرر أدبي يتعذر تقديره فالضرر مفترض افتراضاً وأنه لا يقل بحال عن مبلغ التأمين المتفق عليه في العقد وأيضاً التكافلي العائلي الذي يقوم على مبدأ التعاون بين جماعة من الناس يتعرضون لخطر مشترك وتبرعهم بما يدفعونه من اشتراكات يكفي لتعويض لمن يصاب منهم بضرر فالضرر أدبي كما بالسابق في التجاري يتعذر تقديره وقياسه لذا يقدر بمبلغ التأمين المتفق عليه بعقد التكافل العائلي ولا يوجد ما يمنع أعضاء المشتركين من هذا الاتفاق.

كيفية توزيع التعويضات في التأمين التعاوني على الحياة (التكافل) :

يجوز في التأمين التكافلي العائلي أن يكون التعويض مبلغاً تحدده وثيقة التأمين دون الحاجة إلى التقييد بالضرر الفعلي، و يكون توزيع مبلغ التعويض بالنسبة للوفاة طبقاً لأحكام الميراث على اعتبار أنها من تركة المشترك المتوفى، كما يجوز أن توزع على الأشخاص أو الجهات والأغراض التي يحددها المشترك في طلب التأمين على اعتبار أن التعويضات تبرع من المشتركين لمن يحدده المشترك تدفع إليه بعد وفاة المشترك وليست من تركة المشترك المتوفى⁽¹⁾. كما تتحدد مساهمتهم بمقدار حصتهم في الفائض التأميني، فإن حصة المشترك في الفائض التأميني تورث عنه بحكم الشرع وتقسم قسمة ميراث أما بالنسبة لتوزيع التعويض بعد وفاة المستفيد على الورثة الشرعيين أو المستفيدين من غير الورثة بحسب ما يختاره المؤمن له فيدفع لمن شرط لهم بحكم الشرط لأن المشترك لا يستحق التعويض ولا يدخل في ملكه بعد الوفاة لأن المبلغ يُستحق بالنسبة لتوزيع التعويض بعد وفاة المستفيد على الورثة الشرعيين أو المستفيدين من غير الورثة بحسب ما يختاره المؤمن له

(١) الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة ١٩٩٦/٣ - ٣/١٠ .

لشروط لأنه تبرع وليست معاوضة فالتوزيع يتبع الشرط الذي شرطه المشترك إذا كان هذا الشرط متفقاً مع نظام التأمين الذي ارتضاه المشتركون عند الدخول فيه لذا لا يدخل في تركته ولا ينفذ عليه الدائنون من الدين ولا يوزع على أساس قواعد التركة. كما انه تبرع بما دفعه كمساعدة في حالة الكوارث وفقاً لنظام تكافلي تحدد فيه موارد ومصارف هذا الصندوق. هنالك تفاوت في الأقساط والتعويضات على الأشخاص تبعاً لأهمية العضو أو الحاسة المفقودة ، كاليد للجراح والرسام والمعلم ولا يوجد ما يمنعه في الشرع. ويجوز شرعاً أن ينص النظام الأساسي للتأمين التكافلي بالآتي:

- المشترك الذي يعجز عن سداد أقساط التأمين على الحياة بسبب فقر أو عجز أو مرض أو فقد عمل يعفى من السداد مدة عجزه أو مطلقاً وان الهيئة تدفع عنه الأقساط على سبيل التبرع ويستحق المشترك أو الورثة أو المستفيدين الذين يعينهم المشترك مبلغ التأمين كاملاً.

- يجوز للشركة أن تنص بان تمنح وثائق تأمين على الحياة مجاناً للفقراء أو الأيتام أو لمن لا يستطيع دفع الاشتراكات ويمكنها إضافة شروط كالتفوق مثلاً... الخ لأن الأصل هو التبرع فليس هنالك ما يمنع شرعاً من التبرع لأشخاص موصوفين بصفة ولا المعينين بذواتهم مثال: يدفع مبلغ (..كذا جنيه) لمن مات عائله في سن مبكرة وهو من المتفوقين (قبل الـ ٥٠ سنة) أو من كان متميزاً في دراسته وتوفي عائله وليس له عائل.

يستحق حملة وثائق التأمين التكافلي وحدهم الفائض التأميني ، ويقتصر حق أصحاب حقوق الملكية في الشركة على عمولة الإدارة ونصيب المضارب من ربح الاستثمار. يوصي المشاركون بوضع آليات للتأمين التكافلي تقوم على أساس إيجاد الوقف المخصص للتأمين ، أو الصدقات والتبرعات الشاملة للجميع دون اقتصار على المشتركين في وثائق التأمين^(١).

تعتبر كل نماذج التكافل الإسلامي المطروحة من قبل شركات التأمين الإسلامية ، البديل الإسلامي لنماذج التأمين على الحياة التي لم تجزها مجامع فقهاء الشريعة الإسلامية ، لما فيها من مخالفات شرعية بينها العلماء ، والباحثون في فتاويهم ، وأبحاثهم العلمية .

تأمين السيارات:

يشمل ثلاثة أنواع من التغطيات التأمينية:-

(١) ندوة البركة الثامنة عشرة للاقتصاد الإسلامي دمشق ٧-٨ رجب ١٤٢١هـ / تشرين الأول (أكتوبر) ٢٠٠٠م

- أولاً: تأمين جسم السيارة ضد الهلاك أو التلف الناتج عن الحادث وفيه يعرض المؤمن له عن الأضرار التي تصيب السيارة بسبب الحادث في حدود مبلغ التأمين. وفيه يحدد مبلغ التأمين (قيمة السيارة) الذي على أساسه يحدد ويحسب قسط الاشتراك.
 - ثانياً: تأمين سائق السيارة ضد الإصابة أو الوفاة بسبب الحادث وفيه يتم التعويض بدفع مبلغ تحدده الوثيقة للمؤمن له أو ورثته أو المستفيد (وهي الدية الشرعية).
 - ثالثاً: تأمين مسؤولية السائق والسيارة تجاه الغير عن الضرر المترتب عن حادث السيارة وفيه تلتزم الشركة بتعويض المؤمن له عن الضرر للغير من جراء الحادث بسبب خطئه.
- كل أنواع التغطيات المذكورة للسيارة أعلاه تكون أيضاً تأميناً تعاونياً إسلامياً كما يتم لكل أنواع التأمينات الأخرى من حريق وهندسي وبحري..... الخ فكلها خاضعة لنفس الأسس التي تترتب عليها ذات الأحكام والخلاف ليس في مشروعيتها ولا الأسس التي تقوم عليها ولكن في تحقيق مناطها نظراً لطبيعة الضرر المطلوب تعويضه.

فالتعويض في التأمين يدفع لتغطية أضرار معنوية متوقعة وغير محددة فالشركة تدفع مبلغ التأمين أو قيمة الضرر للمشتري وذلك بالنسبة للنوع الأول من التغطية ولورثته بعد موت المشتري دون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر مادي يمكن قياسه بالمال فالضرر مقداره مفروض فرضاً ويستحق المشتري التعويض للضرر الواقع نتيجة وقوع خطر مغطى ويكون التعويض عن الضرر الفعلي الذي أصاب الشيء المؤمن عليه بقدر الضرر الفعلي في حدود مبلغ التأمين.

أما بالنسبة لتأمين المسؤولية المدنية للسائق المترتبة عليه بسبب خطئه أو إهماله في القيادة تتعهد شركة التأمين بأن تعرض إنابة عنه عما سببه من ضرر للغير ويتمثل ذلك في مبلغ التعويض للمضروب. فهذه الأنواع تشترك جميعها في أنها اتفاق بين جماعة من الناس يتعرضون لخطر معين لتلافي أو تخفيف هذا الخطر يدفعون اشتراك (القسط) بنية التبرع لتعويض المصاب بالضرر منهم من جراء خطر مغطى بعقد التأمين المعني مثل الوفاة أو العجز أو المرض في تأمين الأشخاص التي يترتب عليها ضرر بالمؤمن له أو لورثته وفي هلاك الشيء المؤمن عليه أو احتراقه أو تلفه في تأمين الممتلكات والأشياء والحوادث التي يترتب عليها ضرر يصيب المؤمن له وذلك بنقص عناصر ذمته المالية .

التأمين التعاوني التكافلي مثله كمثل التأمين التقليدي يصلح لكافة الأنواع الأخرى مثل التكافل الزراعي بشقيه المحصولي والحيواني، التكافل الطبي، تكافل الحجاج والمعتمدين، تأمين حصيلة الصادرات والتمويل الأصغر إلا أنه يخضع لشروط التأمين الإسلامي المعروفة أولاً ثم تخضع للدراسة من قبل هيئة الرقابة الشرعية التي تراجع شروط الوثائق وتتقحها من شوائب الربا والقمار لتخضع لأحكام الشريعة الإسلامية السمحاء.

حكم التأمين التجاري على الحياة للموظفين:

التأمين على الحياة الذي يتم على أساس تجاري دون موافقة العامل أو الموظف أحسب أنه يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وعائذاته تعتبر مال فاسد يمكن أن يقبضه العامل أو الموظف ويصرف في أعمال الخير سواء كان الفقراء من أهله أو غيرهم دون أن يستفيد منه لشخصه أو أسرته.

أحكام التأمين ضد الحوادث والتأمين الشامل على السيارات والتأمين على الودائع والدين والصادرات:

الممارسة الفعلية وفقاً لفتاوى هيئات الرقابة الشرعية تسمح بممارسة هذه الأنواع من التأمين خاصة التأمين الشامل للسيارات والحوادث الشخصية والصادرات. وعن تأمين الدين فقد صدرت فتوى مؤخراً من هيئة الرقابة الشرعية بشركة شيكان للتأمين (السودان) بجوازه وكذلك التمويل الأصغر والتأمين الطبي والزراعي وخلافه وأما التأمين على الودائع فلا نعلم عنه شيئاً حتى الآن.

الخاتمة

التأمين الإسلامي أو التكافلي أصبح الآن واقعاً معاشاً وماثلاً بقوة في الاقتصاد العالمي ومهرباً للعديد من المؤسسات والشركات الغربية التي ضربتها الأزمة المالية الحالية، وأصبحت المنتجات الإسلامية في قطاعي التأمين والمصارف الأكثر ضماناً وتحصيناً من وصفاتها التجارية في الغرب وأكثرها مقدرةً على امتصاص الأزمات والمطلوب منا الآن هو الاستعداد لأن نكون على قدر التحدي لقيادة الاقتصاد العالمي بعد أن كنا منجرين لعقود طويلة وراء سراب قوامه الجشع والربا وأكل أموال الناس بالباطل ولا خيار لنا هنا سوى قبول هذا التحدي واقتناص الفرصة التي أتت إلينا على طبق من ذهب كما أحسب أنه ومن خلال ما تم طرحه من نماذج مختلفة للممارسة فأنتني أتقدم بمشروع القرار الآتي سعياً لتوحيد الممارسة:

مشروع قرار

الدعوة لعقد مؤتمر جامع لعدد من الفقهاء من هيئات الرقابة الشرعية وخبراء التأمين بشركات التأمين التَّكافُليَّة من عدد من الدول ذات الأنظمة المختلفة للاتفاق على صيغة موحدة لممارسة التأمين التَّكافُلي في كافة دول العالم الإسلامي وتحديداً:

- (أ) السعي للاتفاق على علي نموذج واحد للتكافل (حالياً تتفاوت النماذج بين الوقف، الوكالة، المضاربة، الوكالة والمضاربة ...)
- (ب) السعي للاتفاق على صيغة موحدة لتوزيع الفائض (في حالة حدوث خسائر أو عدم حدوثها)
- (ج) تعميم تجربة التكافل على كافة المنتجات التأمينية خاصة المنتجات التي تؤثر إيجاباً على حياة الفقراء مثل التكافل الزراعي والتمويل الصغير والأصغر الخ

والله ولي التوفيق ، ، ، ،

د. عثمان الهادي إبراهيم

فبراير ٢٠١٢

المراجع والكتب

القرآن الكريم:-

- (١) سورة قريش الآية ٤
- (٢) سورة آل عمران الآيات ٣٧ ، ٤٤ ، ٩٢ و ١٧٣
- (٣) سورة المائدة: ٢
- (٤) سورة الأنفال الآية ٦١
- (٥) سورة النساء الآية ٣٥
- (٦) سورة الكهف الآية ١٩
- (٧) سورة المزمل الآية ٢٠
- (٨) سورة الجمعة الآية ١٠

الأحاديث النبوية:-

- (١) روي هذا الحديث بأسانيد عديدة عن كل واحد من الصحابة المذكورين، أخرجهم مسلم في صحيحه وأحمد وابن حبان والبيهقي وابن ماجة والدارقطني والطبراني وأبو داود ومالك في الموطأ.
- (٢) رواه البخاري
- (٣) رواه البخاري ومسلم
- (٤) المغني ٢٠١/٥
- (٥) أخرجهم النسائي والترمذي - والفتاوى الهندية ٣٩٨/٢ والمغني لابن قدامه ١٩٣/٦
- (٦) أخرجهم ابن ماجة في باب الشركة والمضاربة
- (٧) المغني لابن قدامه ٢١٤/٦ .
- (٨) الفتاوى الهندية ، ٤٢١/٢ .

الكتب والبحوث:-

- (١) الإجماع لابن المنذر بتحقيق د. فؤاد أحمد ص ١٢٠ - ت: ٦٩٩ - أيضاً الإشراف ٢٨٩/٢ - الإقناع ٥٣ - تفسير القرطبي ٣٢٠/٥ - المغني ٤٩٧/٩ .
- (٢) البروفسور الصديق محمد الأمين الضرير - بحث بعنوان (الاعتبارات الشرعية لممارسة التأمين) ندوة التأمين التكافلي بالخرطوم في الفترة من ١٤ - ١٦ فبراير ٢٠٠٤ م
- (٣) احمد بن يحيى بن المرتضى بن مفضل ابن منصور الحسني - الجزء الخامس ص ٧٥ - المتوفى سنة ٨٤٠ هـ .

- (٤) الدكتور البدر اوى التأمين ٢٦٧
- (٥) الشيخ محمد احمد فرج السنهوري : بحثه عن التأمينات ، منشور في بحوث اقتصادية وتشريعية للمؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية ١٣٩٢هـ.
- (٦) صحيفة لواء الإسلام عدد رجب ١٣٧٤هـ فبراير ١٩٥٤م.
- (٧) أ.د. على محي الدين القرعة داغي - التأمين الإسلامي دراسة فقهية تأصيلية (مقارنة التأمين التجاري مع التطبيقات العملية) ط ٤٢٥هـ شركة دار البشائر الإسلامية - بيروت
- (٨) مجلة الشبان المسلمين العدد ٣ لسنة ١٩٤١م
- (٩) البروفسور الصديق محمد الأمين الضرير - الفرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي - الكتاب الثالث - سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي ١٤١٠هـ
- (١٠) الدكتور محمد البهي في كتابه (نظام التأمين في هدي أحكام الإسلام وضرورات المجتمع المعاصر)
- (١١) الشيخ محمد تقي العثماني - فتح القدير ١٩/٦ ومواهب الجليل ٢١/٦ والإنصاف للمر داوي ١١/٧ البحث المقدم إلى ندوة البركة السادسة والعشرين
- (١٢) الأستاذ الدكتور عبد الستار أبوغدة بحث أسس التأمين التكافلي - المؤتمر الثاني للمصارف الإسلامية ٢٠٠٧ بدمشق - الفتاوى الهندية ٤٦٠/٢ والخانية ٢٩١/٣
- (١٣) الدكتور السيد حامد حسن محمد - بحث عن: صيغ إدارة المخاطر واستثمار أقساط التأمين التعاوني
- (١٤) جريدة الشرق الأوسط - تاريخ النشر : ١٥ / ٢ / ٢٠١١
- (١٥) الدكتور موسى مصطفى القضاة - التأمين التكافلي بين دوافع النمو ومخاطر الجمود - ورقة عمل للتلقي التأمين بالرياض ١٤٣٠هـ
- (١٦) د. جلال محمد إبراهيم " جواز تأمين الانتحار " - التأمين وفقاً للقانون الكويتي
- (١٧) الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة ١٩٩٦/٣ - ٣/١٠ .
- (١٨) الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة ١٩٩٦/١ . ٣/١٤ .
- (١٩) ندوة البركة الثامنة عشرة للاقتصاد الإسلامي دمشق ٧ - ٨ رجب ١٤٢١هـ / تشرين الأول (أكتوبر) ٢٠٠٠م



مؤتمر التأمين التعاوني
أبعاده وأفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه
الذي نظمه مجمع الفقه الإسلامي الدولي
بالتعاون مع



الجامعة الأردنية . والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة (إيسيسكو) . والمهد الإسلامي للبحوث والتدريب (عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية)
٢٦ - ٢٨ ربيع الثاني ١٤٣١هـ ، الموافق ١١ - ١٣ إبريل ٢٠١٠م

التوصيات

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد

إنه في يوم ٢٦ ربيع الثاني ١٤٣١هـ ، الموافق ١١ من إبريل ٢٠١٠م ، وفي رحاب الجامعة الأردنية الزاهرة انعقد مؤتمر : (التأمين التعاوني : أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه) الذي نظمه مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بالتعاون مع الجامعة الأردنية ، والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة (إيسيسكو) ، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب (عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية) ، بمشاركة بعض أعضاء المجمع ، وبعض الفقهاء ، وبعض المتخصصين في صناعة التأمين الإسلامي من داخل المملكة الأردنية الهاشمية ومن خارجها ، وعدد من أساتذة الجامعة الأردنية .

وقد استمرت أعمال هذا المؤتمر على مدار ثلاثة أيام في جلسات صباحية ومسائية ، قدم خلالها ثمانية وثلاثون بحثاً ، تطرقت إلى دراسة ثمانية محاور رئيسة في الموضوع ، نوقشت مناقشة مستفيضة ، وانتهت إلى التوصيات التالية :

مع ملاحظة أن المشاركين في المؤتمر قد فضلوا استعمال تعبير التأمين الإسلامي بدلاً من التعاوني ، ومن ثم صار استعماله في جميع توصيات المؤتمر .

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

المحور الأول

مفهوم التأمين الإسلامي

أولاً: تعريف التأمين الإسلامي (بعد التصويت عليه):

هو أن يتفق عدة أشخاص يتعرضون لخطر أو أخطار معينة على أن يدفع كل منهم اشتراكاً معيناً على سبيل التعاون لتعويض الأضرار التي تصيب أحدهم إذا تحقق خطر معين .

ثانياً: محل التأمين:

هو الخطر، والخطر هو الحادث أو الواقعة التي ترتب الخسارة المادية في التأمين على الأشياء أو الخسارة المعنوية في التأمين على الأشخاص، ويستحق بها التعويض.

ثالثاً: هدف التأمين:

هو تحقيق الأمان للمستأمنين (المؤمن لهم).

أهم الفروق بين التأمين التجاري والتأمين الإسلامي:

- (١) أن التأمين (التجاري) عقد معاوضة يستهدف الربح من التأمين نفسه، وتطبق عليه أحكام المعاوضات المالية التي يؤثر فيها الغرر، وحكم التأمين التقليدي أنه محرم شرعاً، وأما التأمين التكافلي فهو التزام بالتعاون ولا يؤثر فيه الغرر.
- (٢) الشركة في التأمين الإسلامي وكييلة في التعاقد عن حساب التأمين، ولها الحق في الحصول على أجر مقابل ذلك، في حين أنها طرف أصلي في التأمين التجاري، وتتعاقد باسمها.
- (٣) الشركة في التأمين التجاري تملك الأقساط في مقابل التزامها بمبلغ التأمين، أما الشركة في التأمين الإسلامي فلا تملك قيمه الاشتراك، لأن الأقساط تصبح مملوكة لحساب التأمين.
- (٤) ما يتبقى من الأقساط وعوائدها - بعد المصروفات والتعويضات - يبقى ملكاً لحساب حملة الوثائق، وهو الفائض الذي يوزع عليهم، ولا يتصور هذا في التأمين التجاري، لأن الأقساط تصبح ملكاً للشركة بالعقد والقبض، فهو يعتبر إيراداً وربحاً في التأمين التجاري.

ملاحظة:

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

- (٥) عوائد استثمار أصول الأقساط بعد حسم نسبة المضاربة للشركة تعود لحساب حملة الوثائق في التأمين الإسلامي، وهي تعود للشركة في التأمين التجاري.
- (٦) يهدف التأمين الإسلامي إلى تحقيق التعاون بين أفراد المجتمع، ولا يستهدف الربح من عملية التأمين، في حين أن التأمين التجاري يستهدف الربح من التأمين نفسه.
- (٧) أرباح الشركة في التأمين الإسلامي تعود إلى استثماراتها لأموالها، وحصتها من ربح المضاربة، حيث هي مضارب، وحساب التأمين لرب المال.
- (٨) المشترك والمؤمن في التأمين الإسلامي في حقيقتهما واحد، وإن كانا مختلفين في الاعتبار، وهما في التأمين التجاري مختلفان تماماً.
- (٩) الشركة في التأمين الإسلامي ملتزمة بأحكام الشريعة، وفتاوى هيئتها الشرعية، أما التأمين التجاري فليس فيه التزام بأحكام الشريعة.
- (١٠) المخصصات التي أخذت من الصندوق وبقيت إلى تصفيه الشركة تصرف في وجوه الخير، ولا تعطى للمساهمين، في حين أنها تعود إليها في التأمين التجاري.

أهم الجوامع بينهما:

- (١) كل منهما يتم بالتراضي.
- (٢) كل منهما عقد مستمر.
- (٣) كل منهما عقد احتمالي، إلا أن الغرر في التأمين التقليدي يفسد التعاقد، والغرر في التعاوني مغتفر.

التكييف الشرعي للتأمين الإسلامي (بعد التصويت عليه):

هو عقد جديد يدخل في مظلة التعاون المنضبط بضوابط الشريعة المستمدة من القرآن والسنة.

رابعاً: الالتزام بدفع قسط التأمين الإسلامي.

منشأ هذا الالتزام هو أن المستأمن صرح بإلزام نفسه بأداء القسط، فيكون الحاصل التزاماً بوعده، والوعد لازم، وتتمتع الوعود بالقوة الملزمة بصفه غالبية، والوفاء به واجب، لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (المائدة: ١).

خامساً: حكم التأمين التجاري.

يؤكد على ما ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي السابق رقم (٢/٩) في الفقرتين أولاً، وثانياً ونصهما:

ملاحظة:

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

أولاً: إن عقد التأمين التجاري ذي القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد. ولذا فهو حرام شرعاً.

ثانياً: إن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني، القائم على أساس التبرع والتعاون، وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين القائم على أساس التأمين التعاوني.

سادساً: نظام التأمين الاجتماعي، ونظام التأمين الإسلامي.

يحرص كل من النظامين على تحقيق أغراض إنسانية كريمة، والمحافظة على أوضاع الناس الاجتماعية التي يتعرضون لها من: البطالة، والفقر، والمرض، والعجز، ويختلف التأمين الإسلامي عن التأمين الاجتماعي في أن جماعة التأمين التعاوني يتحملون أعباء هذا التأمين في صورة الاشتراكات التي يسدها كل منهم في الصندوق المشترك بينهم، أما التأمين الاجتماعي، فهو مظهر من مظاهر التضامن الاجتماعي وتفرضه سياسة اجتماعية مرسومة من الدولة، تهدف إلى تحسين حالة الفئات العاملة، وتأمين أفراد الناس العاملين ضد الحاجة، ومراعاة حقوق المسنين والأطفال وكلاهما جائز شرعاً.

ملاحظة:

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

المحور الثاني

تشريعات التأمين التعاوني، وعقوده، ووثائقه:

- دعوة المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم بإعداد مشروع قانون ونظام أساسي لشركات التأمين الإسلامية، على ضوء ما حدد من توصيات في ورقة التصور الشمولي لمشروع قانون ونظام أساسي لشركات التأمين الإسلامية، على أن يعرض على مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
- دعوة الدول والحكومات الإسلامية لإصدار تشريعات خاصة للتأمين الإسلامي.

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

المحور الثالث المشكلات التي تواجه التأمين التعاوني

من أهم المشكلات التي تواجه صناعة التأمين الإسلامي:

- (١) عدم وجود قوانين وأنظمة تحمي شركات التأمين الإسلامي المتعثره ماليا نتيجة العجز الكلي كما في الدول المتقدمة.
- (٢) عدم التزام بعض شركات التأمين بالشريعة الإسلامية في التطبيق العملي.
- (٣) عدم استيعاب القضايا المستجدة لدى المشتركين أو شركات التأمين.
- (٤) من الحلول الاقتصادية في حالة عجز الشركة عن دفع التعويضات، هو إيجاد شرط يلزم المشتركين بدفع مبالغ إضافية محددة في زمن ينتفي فيه الفرر والجهالة.
- (٥) عدم إلزام المشتركين بدفع مبالغ إضافية إلا في حالة وجود بند ينص على ذلك ويحدده.
- (٦) الاهتمام بالملاءة المالية لصندوق التعاون الإسلامي بما يحقق كفاءة ونجاح صناعة التأمين الإسلامية.
- (٧) العمل على زيادة تطوير صندوق التأمين الإسلامي من الناحية المالية بحيث يحقق أهدافه المنشودة.
- (٨) تطوير هيكله ومنهجية صندوق التأمين الإسلامي، لمعالجة المشكلات التي قد تطرأ ماليا وقانونيا.
- (٩) عند حصول عجز يتجاوز ما في صندوق التأمين والاحتياطيات المتراكمة في هذا الصندوق، يتعين على مؤسسة التأمين الإسلامي تفعيل التزامها بإقراض صندوق التأمين الإسلامي بما يغطي العجز، ولشركة التأمين الإسلامي حق الرجوع على صندوق التأمين لاسترجاع مبلغ القرض من فائض التأمين في السنوات اللاحقة لتحقيق العجز.
- (١٠) في حال حصول عجز في صندوق التأمين الإسلامي يعود سببه إلى سوء تصرف وإهمال من قبل شركة التأمين الإسلامي، فإن ذلك العجز تتحمله شركة التأمين الإسلامي.

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

المحور الرابع الرقابة الشرعية على شركات التأمين

بعد الدراسة والمناقشة للبحوث المقدمة ، وبناءً على قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (١٩/٣/١٧٧) بشأن دور الرقابة الشرعية في ضبط أعمال البنوك الإسلامية: أهميتها ، شروطها ، طريقة عملها يوصي المشاركون بضبط أعمال الرقابة الشرعية في شركات التأمين الإسلامي على النحو الآتي:

أولاً: المقصود بالرقابة الشرعية على شركات التأمين الإسلامي :

يقصد بالرقابة الشرعية على شركات التأمين الإسلامي: إصدار الفتاوى والأحكام الشرعية المتعلقة: معاملات شركات التأمين الإسلامي ومتابعة تنفيذها ، والتأكد من سلامة تطبيقها.

ثانياً: تكوين الرقابة الشرعية

تتكون الرقابة الشرعية من ثلاثة مكونات رئيسة هي:

(١) هيئة الرقابة الشرعية:

وهي مجموعة من العلماء المتخصصين في الفقه الإسلامي ، وبخاصة فقه المعاملات لا يقل عددهم عن ثلاثة ، ممن تتحقق فيهم الأهلية العلمية والدراية بالواقع العملي ، تقوم بإصدار الفتاوى والمراجعة للتأكد من أن جميع معاملات شركة التأمين متوافقة مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ، وتقديم تقرير بذلك للجمعية العامة ، وتكون قراراتها ملزمة.

١/١ يجب أن تكون هيئة الرقابة الشرعية مستقلة ، ولتحقيق ذلك يراعى ما يأتي:

- (أ) يكون تعيين أعضاء الهيئات الشرعية ، وإعضائهم ، وتحديد مكافآتهم من قبل الجمعية العامة للشركة ، وتتم المصادقة على ذلك من الرقابة الشرعية المركزية ، أو ما يقوم مقامها.
- (ب) أن لا يكون العضو مديراً تنفيذياً في الشركة ، أو موظفاً فيها ، أو يقدم إليها أعمالاً خلافاً لعمله في الهيئة.
- (ج) ألا يكون مساهماً في الشركة المعنية.

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

٢/١ ضوابط الاجتهاد والفتوى في الهيئات الشرعية:

- (أ) الالتزام بقرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مع مراعاة قرارات المجمع وهيئات الاجتهاد الجماعي الأخرى.
- (ب) تجنب الأقوال الشاذة، وتتبع الرخص أو التلفيق الممنوع وفق ما صدر في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ٧٠ (٨/١).
- (ج) مراعاة مقاصد الشريعة ومآلات الأفعال عند بيان الحكم الشرعي.
- (د) مراعاة ما صدر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن ضوابط الفتوى في قراره رقم: ١٥٣ (١٧/٢).

(٢) الرقابة الشرعية الداخلية:

وهي الإجراءات اللازمة لضمان سلامة تطبيق قرارات الهيئة الشرعية في جميع المعاملات التي تنفذها الشركة، وتشتمل على العناصر الآتية:

- (أ) مراجعة الأدلة والإجراءات للتأكد من تنفيذ العمليات وفق فتاوى هيئة الرقابة الشرعية.
- (ب) تأهيل العاملين في الشركة بما يمكنهم من أداء أعمالهم بشكل صحيح من الناحية الشرعية والمهنية.
- (ج) تكوين فريق للتدقيق الشرعي الداخلي يتمتع بالتأهيل العلمي والعملية ويكون مستقلاً، ويتبع جهة عليا داخل الهيكل التنظيمي للشركة مثل: لجنة المراجعة أو مجلس الإدارة، ويكون تعيينه وإعفاؤه بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية.

(٣) الرقابة الشرعية المركزية:

وهي هيئة للرقابة الشرعية على مستوى السلطات الإشرافية الخاصة بأعمال التأمين في الدولة، وتضطلع بمهمتين رئيسيتين هما:

- (أ) الإشراف على عمليات السلطة الإشرافية التابعة لها.
- (ب) التأكد من فاعلية الرقابة الشرعية على مستوى شركات التأمين الإسلامي، وذلك من خلال التدقيق على أعمال هيئات الرقابة الشرعية، والرقابة الشرعية الداخلية، مع وضع لوائح ومعايير تنظم أعمال الرقابة الشرعية، بما في ذلك آلية

ملاحظة:

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

تعيين الأعضاء، وإعفائهم، وأهليتهم، وعددهم، وعملهم في الشركة التي هم أعضاء في هيئتها.

ثالثاً: توصيات عامة

(أ) تبني السلطات الإشرافية في كل دولة إصدار تشريعات وقوانين لتنظيم أعمال التأمين الإسلامي.

(ب) تبني السلطات الإشرافية في كل دولة إصدار تشريعات وقوانين لتنظيم أعمال الرقابة الشرعية في شركات التأمين الإسلامي، واتخاذ ما يلزم من إجراءات لتحويلها إلى جهة مستقلة.

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

المحور الخامس أنواع التأمين التعاوني

أولاً: التأمين على الأشخاص:

(١) إذا نُص في عقود التأمين الإسلامي على تعويض الأضرار التي تلحق بواحد من المشتركين ، وكان من بنود هذا العقد : أن من أدركه الموت منهم قام المشتركون بتقديم معونة مادية لورثته ، فإن ذلك يجوز شرعا.

(٢) المبلغ المستحق بوثيقة التأمين على الحياة عند موت المستأمنين، يكون تركة، وتجري عليه أحكام الميراث، وإن عين مستفيدا تجري عليه أحكام الوصية.

ثانياً: التأمين على الأشياء:

يجوز شرعا التأمين على الأشياء، والتأمين من المسؤولية وفقاً لمفهوم قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٣ (٣/١) ، في دورة انعقاده الثالثة بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية عام ١٤٠٦هـ الموافق ١٩٨٦ ، بشأن استفسارات البنك الإسلامي للتنمية .

ثالثاً: تأمين الودائع المصرفية:

يجوز التأمين على الودائع المصرفية لدى المصارف الإسلامية، بواسطة شركات التأمين الإسلامي، ومؤسسات الضمان القائمة وفق أحكام الشريعة الإسلامية، كما يجوز التأمين الإسلامي على الديون.

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

المحور السادس أحكام التأمين الإسلامي

أولاً: بشأن إعادة التأمين:

- (١) وجوب الالتزام بإعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين الإسلامية، لوجود شركات إعادة تأمين إسلامية في عدة مناطق من العالم الإسلامي.
- (٢) اقتراح تأسيس عقد التأمين على أساس المشاركة، وصياغة العلاقة التعاقدية المتبادلة بين أطراف عقد التأمين وفق أحكام الشركات في الفقه الإسلامي.
- (٣) دعوة أهل الصناعة المالية إلى: ابتكار منتجات تأمين وإعادة تأمين إسلامية جديدة، وعدم الاكتفاء بالمنتجات الحالية.
- (٤) دراسة نموذج المشاركة المتزايدة لإدارة التأمين، وإعادة التأمين الإسلامي، ووضع الضوابط الكفيلة بإنجاحه.
- (٥) الحرص على إدارة المخاطر في شركات التأمين وإعادة التأمين الإسلامي بمهنية عالية، وذلك باستخدام النماذج المالية للتحوط من المخاطر، وتحقيق الحوكمة الرشيدة المؤسسة على أحكام الفقه الإسلامي.
- (٦) دراسة حلول جديدة لحالتي العجز الجزئي والكلي لوجود اعتراضات على ما هو معمول به حالياً.

ثانياً: بشأن الفائض التأميني:

- (١) الفائض التأميني هو: ما يتبقى من الأقساط بعد حسم التعويضات التأمينية للمتضررين من المستأمنين، وحسم المصاريف التسويقية، والإدارية، والتشغيلية.
- (٢) الأصل في الفائض التأميني أنه جزء من موجودات حساب التأمين، ويوزع الفائض التأميني بين المشتركين وفقاً للضوابط التي يحددها مجلس الإدارة، وتعتمدها هيئة الرقابة الشرعية، ولها الاحتفاظ به في حساب التأمين.
- (٣) تُعدُّ مجالات التأمين كلها مجموعة واحدة في احتساب الفائض التأميني تعزيزاً للتكافل.
- (٤) يراجع قرار مجمع الفقه الإسلامي السابق في حكم زكاة الفائض التأميني.

ملاحظة:

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

(٥) تحل شركة التأمين محل حملة الوثائق بالمسؤولية عن الضرر في التأمين على الأشياء للمطالبة بالتعويض ودعوى التعويض، ولا تحل محله في التأمين على الأشخاص.

ثالثاً: بشأن التصفيه:

في حال تصفية شركة التأمين، فإن موجودات الصندوق التأميني تصرف في وجوه الخير، على أن يُنصَّ على ذلك في عقد التأمين، وإن بقي مال عند التصفية وعرف أصحابه يعمل به ما يعمل بالفائض، وما كان من احتياطي متراكم لا يُعلم أصحابه، فيعمل به ما يعمل بالمال الذي ليس له مالك.

رابعاً: بشأن علاقة شركة التأمين بحملة الوثائق:

علاقة شركة التأمين بحملة الوثائق علاقة وكالة بأجر، وعلاقة حملة الوثائق ببعضهم علاقة تعاون على ترميم أثر الحادث.

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

المحور السابع

الدور التنموي لشركات التأمين التعاوني : آفاقه، معوقاته، مشكلاته الاستثمار في شركات التأمين الإسلامي : (أبعاده، وأحكامه، وضوابطه، ومشكلاته) ومشاركة حملة الوثائق في إدارة الصناديق

إن أمر العمارة والتَّـمِية من الأمور التي تتدرج تحت فروض الكفاية بسبب أن للأمة مصالح كثيرة لا بد من وجودها لتنظيم أحوالها، وتسعد في حياتها، ومن هذه المصالح ما لا يُقدر عليه إلا باستعداد خاص وتعلم ودراية" ، كما أن التَّـمِية تحقق مصالح كثيرة للأمة، وهذه المصالح يحققها للأمة من ملك ناصية العلم والدارية والمعرفة والتأهيل والقدرة على إدارتها، وهذه المصالح إذا كانت واجباً كفايياً تكون واجباً عينياً لمن ملك القدرة على تنفيذها ، كما أن دور خدمات التَّـمِين الإسلامي للحماية من الخسارة للمصالح التنموية ، يؤدي إلى إزالة المشقة التي قد يواجهها والمستفيدون من المصالح التنموية وذلك بحسبان أن التَّـمِين الإسلامي يعمل على إعادة الضرور إلى الوضع الذي كان عليه قبل الضرر. لهذا توصي الندوة بما يلي:

- (١) أن تجتهد هيئات التَّـمِين الإسلامي والجهات الرسمية والتعليمية ذات الصلة في العمل على : نشر الوعي التَّـمِيني الإسلامي ووضع الحلول المناسبة لحل مشكلاته.
- (٢) مشاركة المشتركين (المؤمن لهم) في إدارة صناديق التَّـمِين ، تحقيقاً لاطمئنانهم ومتابعتهم لنشاط التَّـمِين الإسلامي ، لأنهم يلتزمون بدفع إيرادات صناديق التَّـمِين وينالون منها تعويضاتهم ويغنمون فائضها ، وهذا يؤدي إلى تعميق قناعة المشتركين بالتَّـمِين التعاوني الإسلامي وإدراكهم لما يميزه عن التَّـمِين التجاري.

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

المحور الثامن

تصور شمولي لمشروع قانون يضبط شؤون التأمين الإسلامي بكل أبعاده

- (١) التأمين الإسلامي هو اتفاق أشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار، وذلك بالتزام كل شخص بدفع اشتراكات على أساس التعاون، ويتكون من ذلك صندوق تأمين له حكم الشخصية الاعتبارية، وله ذمة مالية مستقلة (صندوق) يتم منه دفع مبلغ التأمين إذا وقع الخطر المؤمن منه، وذلك طبقاً للوائح والوثائق، ويتولى إدارة هذا الصندوق هيئة مختارة من حملة الوثائق، أو تديره شركة مساهمة بأجر نظير إدارة أعمال التأمين، واستثمار موجودات الصندوق.
- (٢) يستند التأمين الإسلامي على القاعدة العامة: أن الأصل في العقود والشروط الإباحة، ما لم يرد دليل حاصر.
- (٣) التزام الشركة بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية في كل أنشطتها.
- (٤) يجب أن يكون للتأمين الإسلامي قانون مستقل عن قانون التأمين التقليدي، ولا مانع أن يكون جزء من قانون التأمين التقليدي عند التعذر.
- (٥) يجب إبراز الغاية الرئيسة من إنشاء شركة تأمين إسلامي، وبيان طبيعتها وأهدافها وخصائصها.
- (٦) الاستفادة من المعايير ذات الصلة بالتأمين الإسلامي الصادرة عن الجهات المتخصصة.
- (٧) يختص حساب التأمين بموجودات التأمين وعوائد استثماراته، كما أنه يتحمل التزاماته.
- (٨) يجب إنشاء حسابين منفصلين أحدهما خاص بالشركة نفسها، والآخر خاص بصندوق حملة الوثائق.
- (٩) تعيين هيئة الرقابة يكون بطريقة مستقلة، وتكون فتاواها ملزمة للشركة، ووجود إدارة رقابة وتدقيق شرعي داخلي، ويجب أن تقدم هيئة الفتوى والرقابة الشرعية تقريراً سنوياً عن أعمال الشركة.
- (١٠) أفضلية مشاركة حملة الوثائق في إدارة عمليات التأمين من خلال إيجاد صيغة قانونية مناسبة لممارسة حقهم في الرقابة، وحماية مصالحهم، مثل تمثيلهم في مجلس الإدارة.

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

- (١١) صرف جميع المخصصات المتعلقة بالتأمين والفوائض المتراكمة في وجوه الخير عند تصفية الشركة.
- (١٢) يجوز أن تشتمل اللوائح المعتمدة على التصرف في الفائض بما فيه المصلحة حسب اللوائح مثل: تكوين الاحتياطيات أو تخفيض الاشتراكات أو التبرع به للجهات الخيرية أو توزيعه أو جزء منه على المشتركين ، على أن لا تستحق الشركة المديرة شيئاً من ذلك الفائض.
- (١٣) الفائض التأميني جزء من موجودات حساب التأمين، ويوزع الفائض التأميني بين المشتركين وفقاً للضوابط التي يحددها مجلس الإدارة، وتعتمدها هيئة الرقابة الشرعية، ولها الاحتفاظ به في حساب التأمين.
- (١٤) تلتزم الشركة بتغطية حساب التأمين في حال العجز على سبيل القرض الحسن.
- (١٥) يجبر الضرر بما لا يتجاوز مبلغ التأمين المتفق عليه في حالة التأمين على الأشياء، ويكون حسب وثيقة التأمين في حالة التأمين على الأشخاص.
- (١٦) تستثمر أموال التأمين ورأس مال الشركة بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- (١٧) يجب إعادة التأمين لدى معيدي تأمين إسلامي ما أمكن.
- (١٨) تحل الشركة الإسلامية محل حملة الوثائق في التأمين على الأشياء في مطالبة المسؤل عن الضرر.
- (١٩) يجب أن تضمن وثائق التأمين الإسلامي اللجوء إلى التحكيم عند الخلاف ، وحكم المحكمون وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

والله الموفق ، ،

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

مبادئ التأمين الإسلامي

تحمل المشاركة في الربح والخسارة - الفائض التأميني -
حق الحلول - التحمل - إعادة التأمين

إعداد

الأستاذ الدكتور عجيل جاسم النشمي
الأستاذ بكلية الشريعة جامعة الكويت ، عضو المجمع

بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم
أجمعين .

تمهيد

لا ريب أن التأمين التجاري ومن ثم شركات التأمين التجاري أصبح ضرورة للتجارة المحلية والدولية ، وللتجار والأفراد ، وقد اهتمت الدول بوضع النظم الأساسية لشركات التأمين تحدد فيها هيكل وضوابط وشروط هذه الشركات ، وقد تطورت هذه النظم عبر التاريخ المديد من عمر التأمين وفق التجارب والمصالح ، وقد انشغل المسلمون كغيرهم بمعايشة واقع هذه الشركات مع ما فيها من أصول ومبادئ تصطدم وقواعد الشرع تحت ضغط الضرورات والحاجات التي لا غناء عنها ، وظل هذا الواقع يحمل المسلمين على معاشته وتطبيقه لا مناص عنه ، حتى بدأت بفضل الله تعالى ثم بجهود الفقهاء والاقتصاديين المخلصين مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية تشغل حيزاً من واقع المجتمعات الإسلامية ، وأعان وسدد في هذه المسيرة قرارات الندوات والمؤتمرات والمجامع الفقهية التي لم تدع معضلة كبيرة أو صغيرة إلا ووضعتها تحت الدرس والنظر ، إما ردتها وقدمت البديل ، وإما عدلت وقومت ما احتاج منها إلى تعديل لأسلمتها ، الأمر الذي جعل هذه المؤسسات المالية الإسلامية رغم صغر عمرها تعايش بتميز أو تنافس المؤسسات المالية التجارية من البنوك والشركات التقليدية.

ونجاح المؤسسات المالية الإسلامية كان مبرراً وممهداً للنظر في مواقع التأمين التجاري ، فإن العلاقة بين البنوك التقليدية وشركات التأمين علاقة حميمة وعضوية ، فاتجه نظر العلماء إلى دراسة نظم التأمين ومحاولة أسلمتها ، أو إيجاد البدائل الشرعية ، فقامت الندوات والمؤتمرات والمجامع الفقهية بدورها وواجبها الشرعي غير منقوص ، وكان من نتيجته إنشاء شركات التأمين الإسلامي. حتى غدت هذه الشركات تكاد تنافس شركات التأمين التجاري وتستقطب المساهمين وإن كان أمامها بعد طريق طويل ، ونقدر أن نجاح المؤسسات المالية الإسلامية أوسع وأرسخ من نجاح شركات التأمين التي مازال أمامها بعض العقبات الواقعية والإدارية والفنية.

ولسنا هنا بصدد رصد الواقع التأميني التجاري والإسلامي وتفاصيل أحكامه ومستحققاته ، ولكننا بصدد التنويه بأهم القضايا والمبادئ التي قامت عليها شركات التأمين التجاري ، وما من بد منها لقيام واستمرار شركات التأمين الإسلامي.

وقد اخترت أهم هذه القضايا أو المبادئ التي تشتد الحاجة إليها وتحتاج إلى تنقيتها أو تحريرها ووضع الضوابط والشروط الشرعية لها.

وقد وضعت هذا البحث لعرض هذه القضايا وتأصيلها من الناحية الشرعية ونظمتها في أربعة مباحث :

- المبحث الأول : في مبدأ تحمل المشاركة في الربح والخسارة في شركات التأمين الإسلامي.
- المبحث الثاني : في مبدأ الفائض التأميني وتوزيعه في شركات التأمين الإسلامي.
- المبحث الثالث : في مبدأ الحلول في شركات التأمين التجاري والإسلامي.
- المبحث الرابع : في اشتراط التحمل في شركات التأمين الإسلامي .
- المبحث الخامس : في إعادة التأمين في شركات التأمين الإسلامي.

المبحث الأول

مبدأ تحمل المشاركة في الربح والخسارة

في شركات التأمين الإسلامي

تمهيد

لما كان التأمين الإسلامي التكافلي التعاوني قائماً على التبرع ، فإن الإلزام بالتحمل واستحقاق المؤمن له لربح ما تبرع به يشوش أو يتعارض مع أصل التبرع.

ولإزالة شبهة هذا التعارض نحتاج إلى بيان التكييف الشرعي لشركة التأمين الإسلامي ، وعلاقة المؤمن بالأطراف الأخرى وحقوق والتزامات كل طرف ، فإن صفة التعاون والتكافل مقصد يشترك فيه الأطراف جملة : المؤسسون ، والمشاركون ، والشركة.

وبعد عرض التصور شاملاً لأعمال الشركة والعلاقات بين أطرافها يتمهد بذلك معرفة وتحديد التكييف الشرعي لمبدأ التحميل هذا.

أطراف شركة التأمين الإسلامي :

تتكون شركة التأمين الإسلامية من المساهمين المؤسسين (هيئة المؤسسين) والمشاركين حملة الوثائق (هيئة المشتركين) ، والشركة المديرة .

أما المؤسسون : فهم من يضعون رأس مال الشركة ويوقعون على عقد التأسيس والنظام الأساس ؛ ويمكن أن ينضم إليهم كل من يساهم في رأس المال لاحقاً ، وهم من يقع عليهم عبء إنشاء شركة التأمين الإسلامية ، ومتابعة إجراءاتها ودعوة الراغبين في المساهمة فيها . وأهم ما يلتزم به المساهمون التعهد بتغطية العجز الذي قد يطرأ على صندوق المشتركين على سبيل القرض الحسن ، وذلك عن طريق الشركة ، فإذا لم تف أموال المشتركين بالتعويضات المطلوبة ولم يتم الوفاء عن طريق شركات إعادة التأمين فإن الشركة تلتزم بالقرض الحسن لصندوق التأمين وهذا التزام مبني على الوعد الملزم الذي قال به بعض الفقهاء وأقرته العديد من الندوات العلمية .

وأما المشاركون : فهم حملة وثائق التأمين وعليهم دفع أقساط التأمين على صفة التبرع ويتحملون الأضرار والمخاطر التي قد تنزل بهم أو بأحدهم ، ويلتزمون بدفع التعويض التأميني من وعاء أو صندوق أقساط التأمين .

وللمشاركين حق استثمار ما زاد عن الإنفاق من أقساط التأمين والتعويضات لدى شركة التأمين ، فيستحقون نصيبهم في صافي الفائض التأميني الذي يتحقق في حساب عمليات التأمين لدى الشركة في نهاية السنة المالية وفق النظم واللوائح المعتمدة من مجلس إدارة الشركة ، وذلك بعد تغطية ما يلزم من الاحتياجات والنفقات والمصروفات الإدارية .

وأما شركة التأمين : فهي الشركة التي أسسها المساهمون للقيام بأعمال التأمين والاستثمار وفق أحكام الشريعة الإسلامية ، وأهم أعمالها التأمين على كل ما تنص عليه وثائق التأمين لصالح المشتركين ، واستثمار ما زاد من أموال المشتركين بنسبة من الربح أو بأجر .

التحمل تبعاً لطبيعة العلاقة بين الأطراف :

العلاقات بين الأطراف تبين طبيعة وصفة وحدود تحمل المساهمين أو المؤسسين والمشاركين والشركة .

فالعلاقة بين المؤسسين أنفسهم علاقة تجارية تتمثل باستثمار أموالهم في الشركة التي ينشئونها ، وأما سبيل التعاون فيأتي تبعاً باعتبارهم أصحاب فكرة الشركة التعاونية والساعون في إنشائها وتمكين المشتركين من العمل التعاوني الإسلامي .

كما أن المؤسسين يتعهدون تعهداً ملزماً على أنفسهم للمشاركين بتغطية العجز إن وجد بقرض حسن .

وكذلك العلاقة بينهم وبين المشتركين علاقة تجارية أيضاً تقوم على المضاربة بنسبة من الربح نظير قيام الشركة باستثمار أقساط التأمين التي يدفعها المشتركون ، أو تقوم العلاقة على أساس الوكالة بأجر نظير قيام الشركة بسائر أعمال ومتطلبات التأمين الإدارية و الفنية وما يستلزم ذلك من أعباء .

وأما العلاقة بين المشتركين فهي العلاقة التعاونية بالالتزام بالتبرع من الصندوق للمتضرر منهم . والشركة هي التي تقوم بالعمل التعاوني بأجر أو بدونه أو بالنسبة - كما سيأتي - .

ثالثاً : حساب المساهمين والمشاركين وما يتحمله كل منهم :

لما كانت شركة التأمين الإسلامية تتكون من هيئتين مستقلتين : هيئة المساهمين وهيئة المشتركين ، كان لابد من فصل حساب كل منها ، ويتحدد بناءً على هذا الفصل ما يتحمله كل منها على ضوء مكونات الحساب وهما حساب المساهمين وحساب المشتركين .

يتكون حساب المساهمين من :

- (١) رأس المال المتمثل في قيمة الأسهم المدفوعة
- (٢) عائد استثمار المال المتبقي من رأس المال
- (٣) حصة الشركة من ربح أقساط المشتركين المستثمرة

ويتحمل المساهمون :

- (١) مصاريف استثمار الأموال وأية مصاريف أخرى
- (٢) رواتب الموظفين

(٣) أجرة المبنى ونحوه

(٤) بدل الاحتياطيات القانونية

حساب المشتركين : ويسمى حساب حملة الوثائق ، أو صندوق أو محفظة هيئة المشتركين ويتكون من :

(١) أقساط التأمين .

(٢) حصة المشتركين من أرباح الأقساط .

ويتحمل المشتركون :

(١) ما يدفع من تعويضات للمتضررين.

(٢) مقاصة إعادة التأمين واحتياطي إعادة أخطار سارية

(٣) المطالبات الموقوفة التي ستدفع للمتضررين

(٤) أجرة عمليات التأمين المدفوعة للشركة

(٥) بدل الاحتياطيات الفنية والقانونية^(١)

أثر الفصل بين الحسابين والفائض التأميني :

(١) أن لا يشارك المساهمون في الفائض التأميني (الفني)

(٢) أن يوزع الفائض التأميني على المشتركين وحدهم بعد التعويضات وحسم الاحتياطيات

(٣) يقتطع الاحتياطي القانوني من عوائد استثمار أموال المساهمين ويكون من حقوقهم وكذلك كل ما يتوجب اقتطاعه مما يتعلق برأس المال ولا يجوز اقتطاع جزء من أموال حملة الوثائق أو أرباحها لصالح المساهمين .

(٤) محفظة حقوق المساهمين تشمل رؤوس أموالهم وأرباحهم بالإضافة إلى نصيب من الربح المتحقق من تشغيلهم أموال المشتركين ، وتشمل محفظة المشتركين الفائض من أقساطهم بعد حسم التعويضات والمصاريف وتكوين الاحتياطيات .

(٥) عند التصفية تؤول الموجودات في محفظة المشتركين إلى وجوه الخير

(٦) يمكن استرداد رأس مال المساهمين عند استغناء محفظة التأمين عنه ، أو عند تصفية الشركة ، كما يمكن بقرار من الجمعية العمومية للشركة التبرع به كلياً أو جزئياً ، أو ضمه إلى احتياطي محفظة التأمين

(٧) المبالغ المستردة من التعويضات المدفوعة تعود إلى حقوق المشتركين

^(١) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ١٥٤ ، للدكتور محمد عثمان شبير ، ويحث شركة التأمين وإعادة التأمين في الإسلام ١١٠ ، للدكتور فتحي لاشين .

ما تتحمله شركة التأمين وما تستحقه :

نتيجة وجود حسابين في شركة التأمين الإسلامية فإن واجبات شركة التأمين عديدة تجاه هذين الحسابين ، تتلخص فيما يلي :

- (١) أن تمسك الشركة حسابات مفصلة لرأس المال وباقي حقوق المساهمين ، وتكون الأرباح المحققة من استثماراتها من حقوق المساهمين فقط مضافاً إليها نسبة من الأرباح المحققة من استثمارات أقساط التأمين حسبما تحددها الجمعية العمومية بناء على توصية مجلس الإدارة وما ينص عليه في وثائق التأمين الصادرة من الشركة
- (٢) تقوم الشركة بإدارة صندوق التكافل ، وتنظيم عملياته بما يضمن إعادة كل الفائض الذي يتحقق في حسابات عمليات التكافل إلى جماعة المتكافلين وفقاً للقواعد التي يضعها ويعتمدها مجلس إدارة الشركة
- (٣) القيام باستثمار الأموال المحصلة من المشتركين والفوائض والاحتياطات للشركة
- (٤) توزيع الأرباح الصافية للاستثمارات وفق النسب التي يحددها النظام الأساسي ، وأما الخسائر إن وجدت فيتم توزيعها بنسبة ما يملكه كل مساهم في رأس المال
- (٥) تحسم الشركة المصروفات والنفقات المرتبطة بأعمال الاستثمار وكل ما يخص المساهمين من رصيد حملة الأسهم وحدهم^(١) .
- (٦) تقتطع الشركة من إجمالي الأرباح غير الصافية نسبة مئوية يحددها مجلس الإدارة تخصص لاستهلاك موجودات الشركة أو للتعويض عن نزول قيمتها ، وتستعمل هذه الأموال لشراء المواد والآلات والمنشآت اللازمة أو لإصلاحها ، ولا يجوز توزيع هذه الأموال على المساهمين
- (٧) يسري على الشركة وإعادة التأمين من حيث العلاقة بين المساهمين والشركات المباشرة الأحكام التي تطبق في تنظيم علاقة المساهمين بالتأمين في شركات التأمين المباشرة
- (٨) تتحمل الشركة المصروفات الخاصة بتأسيس الشركة ، وجميع المصاريف التي تخصها ، أو تخص استثمار أموالها^(٢)

ما تستحقه شركة التأمين :

تقوم العلاقة بين الشركة والمشاركين على أساس الوكالة في جميع ما يخص إدارة عمليات التأمين من حيث التوقيع عنهم وتسليم الأقساط ، ودفع مبالغ التأمين وإعادة التأمين ، ونحو ذلك لقاء أجر أو بدون أجر

(١) شركة التأمين وإعادة التأمين ١١١ ، للدكتور فتحي لاشين ؛ والتأمين على الحياة ومستجدات العقود ، للدكتور على محيي الدين القره داغي ١٣٦ ، وفي هامشه كتاب الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ٩٦ .

(٢) من قرارات الندوة الفقهية لبيت التمويل الكويتي ؛ ومعيار التأمين في المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة المؤسسات المالية الإسلامية ؛ والنظام الأساسي للشركة الوطنية للتأمين التكافلي ، الكويت ؛ وشركة التأمين التكافلي ، الكويت .

وإذا كانت العلاقة بينهما قائمة على أسس الوكالة بأجر ، تقوم الشركة بإدارة عمليات التأمين من إعداد الوثائق وجمع الأقساط ، ودفع التعويضات ، وغيرها من الأعمال الفنية مقابل أجر معلومة ينص عليها في العقد حتى يعتبر المشترك قابلاً بها بمجرد التوقيع على العقد ، وحينئذ تتحمل الشركة جميع المصاريف الادارية نظير الأجر وتقوم الشركة بصفتها مضارباً باستثمار أموال المشتركين (حملة الوثائق) على أساس عقد المضاربة التي تحدد فيها حسب العقد نسبة الربح لكل من الطرفين وهي بذلك مضارب ، وحساب التأمين رب المال ولا تضمن الشركة إلا بالتعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط ، وتتحمل الشركة ما يتحمله المضارب من المصروفات المتعلقة باستثمار الأموال نظير حصته من المضاربة ^(١) .

التكيف الشرعي لمبدأ استحقاق الربح وتحمل الخسارة :

بعد هذا التصور الشامل للعلاقات بين أطراف الشركة وحقوقهم وواجباتهم وحدود مسؤولياتهم يمكن باطمئنان بيان التكيف الشرعية لمبدأ المشاركة في الربح والخسارة في شركات التأمين الإسلامية.

إن مرجع مبدأ التحمل مع صفة التبرع يعود إلى طبيعة الاشتراك أو الالتزام في شركة التأمين الإسلامي ، إذ التأمين الإسلامي يقوم على الالتزام بالتبرع لمصلحة وحماية المشتركين في صندوق التأمين لتلافي ما قد يقع من أخطار على المؤمنين أو المشتركين حسب نوع الضرر المتفق على التعويض عنه ، ولذا ينص نظام الشركة الأساسي على أن المشترك يتبرع بالقسط وعوائده لحساب التأمين بما يكفي لدفع التعويضات.

وهذا الالتزام بالتبرع أقدم عليه المؤمن وشرطه على نفسه رغباً طائعاً مختاراً غير مكره ، والالتزام به وبآثاره ، فالاتفاق على الاشتراك ملزم ما لم يخالف محل الالتزام أو شروطه كتاب الله وسنة نبيه ﷺ ، وقد دلت الآيات والأحاديث على وجوب التزام من اشترط على نفسه شيئاً فقال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ^(٢) ، وقال النبي ﷺ : " المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً " وما قد يكون في نظام التأمين من غرر فهو محتمل إذ العقد عقد تبرع لا معاوضة ويغتفر الغرر في عقود التبرعات ما لا يغتفر في عقود المعاوضات.

ولا يعكر قصد التبرع توقع الفائدة واستهدافها تبعاً ، فإنه إنما أقدم على التبرع لوجود متبرعين آخرين يقصدون التعاون ، والتكافل ، وتبادل المصالح ، وتخفيف المخاطر ، فيضعون أموالهم في صندوق خاص بهم يلتزمون بشروط يتفقون عليها.

(١) انظر معيار التأمين في المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

(٢) المائدة : ٦٠ .

ولا مانع أن يضعوا من الشروط ما يحقق مصالحهم فيحددوا نسبة التحمل بقدر مساهمة كل واحد منهم ولو مع الأخذ بالاعتبار اختلاف أحوال المشتركين ، وشروط التعويض وتحمل الخسائر ، ومدة الاشتراك ، وخيار الشرط ، أو عدم التحمل في حالات معينة ، ونحو ذلك مما ينص عليه في نظم ووثائق التأمين ما دامت النظم والشروط لتحقيق مصالح مشروعة معتبرة لمجموع المشتركين ، وخاصة إذا ترتب على المساواة من كل وجه ضرر يلحق بأفراد المشتركين أو جملة المشتركين ، ويسبب خللاً في صندوق التأمين فالضرر يزال شرعاً إذا لا ضرر ولا ضرار.

وإذا اتفق المشتركون على استثمار الفائض لصالحهم وفق شروط يتفقون عليها فلا مانع منه ، بل هذا مرغوب فيه لتوسعة أعداد المشتركين وما يتبع ذلك من توزيع المخاطر وقدرة مالية أكبر لشركتهم يكون مردودها للمشاركين جميعاً ، كما أن مردودها اجتماعي في توظيف الأموال والأشخاص ، وإعانة المحتاجين ، وتشجيع العمل الخيري ، وهذا ما ينبغي أن تنص عليه نظم التأمين في شركات التأمين الإسلامي ، فاجتماع هذه المصالح يبرر بلا ريب التوسع في إنشاء شركات التأمين الإسلامية ، ويعطي المشروعية للأعمال والأنشطة والالتزامات والحقوق المترتبة على التزام التبرع في اتفاق مجموع المشتركين في شركة التأمين الإسلامية.

المبحث الثاني الفائض وتوزيعه في شركات التأمين الإسلامي

تمهيد

إن الفائض أو الفائض التأميني ، مصطلح جديد على صناعة التأمين ، فهو من مفردات شركة التأمين الإسلامي ، لا تعرفه شركات التأمين التقليدي ؛ لأنه نتج من طبيعة التأمين الإسلامي والعلاقات بين أطرافه.

ولذا كان الوقوف على حقيقته وصفته وأحكامه يستلزم معرفة ما يأتي :

أولاً : تعريف الفائض وصايف الفائض التأميني .

ثانيا : التكيف الفقهي للفائض .

ثالثا : كيفية توزيع الفائض

أولاً : تعريف الفائض وصايف الفائض التأميني :

يقال : فاض الماء أي كثر حتى سال على ضفة الوادي .

ويقصد بالفائض هنا : ما يقبض أو يقيد في سجلات الشركة من اشتراكات التأمين ، وعائد استثماراته بعد خصم تكاليف إعادة التأمين والتعويضات .

ويقصد به عند الاقتصاديين : الفرق بين الثمن الذي دفعه المشتري فعلاً وما كان مستعداً لدفعه حتى لا يحرم السلعة ، فإذا كانت منفعة السلعة أكثر من الثمن المدفوع فيها ، قيل : إن هناك فائضاً للمستهلك.

ويقصد بالفائض : ما تبقى من من أقساط المشتركين والاحتياطيات وعوائدها بعد خصم جميع المصروفات والتعويضات المدفوعة ، أو التي ستدفع خلال السنة . فهذا الناتج ليس ربحاً ، وإنما يسمى الفائض^(١) .

ثانيا : التكيف الفقهي للفائض

الفائض نتج من طبيعة عقد التأمين الإسلامي إذ هو عقد مبني على مبدأ التحمل والالتزام بالتبرع ، وبيان ذلك :

أن مرجع مبدأ التحمل مع صفة التبرع يعود إلى طبيعة الاشتراك ، أو الالتزام في شركة التأمين الإسلامية إذ التأمين الإسلامي يقوم على الالتزام بالتبرع^(٢) لمصلحة وحماية المشتركين في صندوق لتلافي ما قد يقع من أخطار على المؤمنين أو المشتركين حسب نوع الضرر المتفق على التعويض عنه ؛ ولذا ينص نظام الشركة الأساس على أن المشترك تبرع بالقسط وعوائده لحساب التأمين بما يكفي لدفع التعويضات .

(١) مختار الصحاح ، ولسان العرب لابن منظور بإعداد يوسف خياط ونديم مرعشلي ، ومعيار التأمين ، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية .

(٢) معيار التأمين هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

وهذا الإلزام بالتبرع أقدم عليه المؤمن وشرطه على نفسه راغباً طائعاً مختاراً غير مكره ، والالتزام به وبآثاره ، فالاتفاق على الاشتراك ملزم ما لم يخالف محل الالتزام أو شروطه كتاب الله تعالى أو سنة نبيه ﷺ وقد نصت الآيات والأحاديث على وجوب التزام من اشترط على نفسه شيئاً فقال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(١) ، وقال النبي ﷺ : " المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً " ، وكذا يمكن تخريج الالتزام بالتبرع على النهذ ، وهو بكسر النون وفتحها : إخراج القوم نفقاتهم على قدر عدد الرفقة ، والتهاهد هو : إخراج كل من الرفقة نفقة على قدر نفقة صاحبه ، وحكى عمر بن عبيد عن الحسن البصري أنه قال : " أخرجوا نهدكم فإنه أعظم للبركة ، وأحسن لأخلاقكم وأطيب لنفوسكم " ^(٢) .

وتخريج الالتزام بالتبرع على النهذ ظاهر ، حيث يشترك حملة الوثائق طوعاً بدفع مبالغ محددة ويتراضون على إمكان أن يأخذ بعضهم أكثر من بعض ، فقد يعرض بعضهم لحوادث تقع له دون غيره ، ويتعاونون في مصاريف الشركة بينهم ولهم أن يستثمروا ما بقي ، وهذه إضافات على النهذ ، وتوسيع لمقاصد التعاون على البر ، لا تعارض أصل النهذ ، وهو المشاركة في الطعام واقتسامه فقد يأكل بعضهم أكثر من بعض ^(٣) .

وقد رجح المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة هذا التكييف ، فجاء في معيار التأمين الإسلامي : إن مستند عقد التأمين عقداً تبرعياً لازماً للعاقدين هو أنه يكيف على أساس النهذ ، أو الالتزام بالتبرع ، وقد وردت آثار عن علي وابن مسعود - رضي الله عنهما - أنهما قالوا : " الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض " ، كما ورد عن أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - ما يدل على أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض ، فجمع مالك بين هذه الآثار فحمل آثار علي وابن مسعود - رضي الله عنهما - وغيرهما في لزوم العقد على أن العقد من حيث هو عقد لازم ، وحمل آثار أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - على أن القبض شرط لتمام العقد ، وأن ذلك كان لسد الذريعة التي ذكرها عمر ﷺ ، ويدل على ذلك أيضاً قول رسول الله ﷺ : " الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه " .

وما قد يكون في نظام التأمين من غرر فهو من الغرر المحتمل إذ العقد عقد تبرع لا معاوضة ، ويغتفر الغرر في عقود التبرعات ما لا يغفر في عقود المعاوضات ، ولا يعكز قصد التبرع توقع الفائدة واستهدافها تبعاً ، فإنه إذا أقدم على التبرع لوجود متبرعين آخرين يقصدون التعاون والتكافل وتبادل المصالح وتخفيف المخاطر فيضعون أموالهم في صندوق خاص بهم ويلتزمون بشروط يتفقون عليها فهذا مما لا يضيره .

ولا مانع أن يضعوا من الشروط ما يحقق مصالحهم ، فيحددوا نسبة التحمل بقدر مساهمة كل واحد منهم ولو مع الأخذ بالاعتبار اختلاف أحوال المشتركين وشروط

(١) المائدة : ١ .

(٢) التأمين الإسلامي للأستاذ الدكتور علي القره داغي ، ٤٥٤ .

(٣) معيار التأمين الإسلامي رقم (٢٦) ، ص (٢٧٣) .

التعويض ، وتحمل الخسائر ، ومدة الاشتراك وخيار الشرط ، أو عدم التحمل في حالات معينة ، ونحو ذلك مما ينص عليه نظم ووثائق التأمين ؛ مادامت النظم والشروط لتحقيق مصالح معتبرة لمجموع المشتركين .

وقد لا يلتزم بالمساواة من كل وجه وينص على ذلك ، وخاصة إذا ترتب على المساواة من كل وجه ضرر يلحق بأفراد المشتركين ، أو حملة المشتركين ، ويسبب خللاً في صندوق التأمين فالضرر يزال شرعاً إذ لا ضرر ولا ضرار .

وإذا اتفق المشتركون على استثمار الفائض لصالحهم وفق شروط يتفقون عليها فلا مانع منه، بل هذا مرغوب فيه لتوسعة أعداد المشتركين وما يتبع ذلك من توزيع المخاطر وقدرة مالية أكبر لشركتهم يكون مردودها للمشاركين جميعاً كما أن مردودها اجتماعي في توظيف الأموال والأشخاص وإعانة المحتاجين وتشجيع العمل الخيري وهذا ما ينبغي أن تنص عليه نظم التأمين في الشركات الإسلامية ، فاجتماع هذه المصالح يبرر بلا ريب التوسع في إنشاء شركات التأمين الإسلامية ، ويعطي المشروعية للأعمال والأنشطة والالتزامات والحقوق المترتبة على التزام التبرع في اتفاق مجموع المشتركين في شركة التأمين الإسلامي.

وعليه فإن الفائض من اشتراكات التأمين وعوائد استثماراته حق خالص للمشاركين بعد خصم التعويضات وإعادة التأمين وكذلك يستحقون الفائض التأميني بعد حسم الاحتياطات القانونية والفنية ، وهذا ليس ربحاً وإنما هو فائض كما سبق التنويه.

ثالثاً : طرق توزيع الفائض

يتم توزيع الفائض بعدة طرق :

الطريقة الأولى: أن يوزع الفائض على جميع المشتركين فيوزع عليهم بنسبة اشتراكهم ، لا فرق بين مشترك استحق تعويضاً أو لم يأخذ شيئاً من التعويض وهذا مبني على أن كل مشترك متبرع للآخرين .

وفي هذا يقول الشيخ صديق الضيرير : هذا المسلك أولى عندي مما تسلكه بعض الشركات من خصم التعويض من اشتراك العضو الذي أخذ تعويضاً ومحاسبته على الباقي إن وجد ، وحرمانه من المشاركة في الفائض إذا زاد التعويض عما دفعه من أقساط أو ساواه . وعلل لذلك بأن الفائض حق المشتركين جميعاً فكل مشترك متبرع بالآخرين بما تحتاج إليه الشركة لدفع التعويضات ، والتعويض حق من تحققت فيه شروط استحقاقه ؛ ولأن خصم مبلغ التعويض من الأقساط قد يعود على مبدأ التعاون الذي يقوم عليه التأمين بالنقض^(١) ، وهذا تعليل وجيه ، ولكن لا يعني خلافه نقض مبدأ التعاون مادام كل مشترك دخل على أساس التبرع ولو اختلف عن هذا المسلك ، فهذا لا ينقض مبدأ التبرع أو الالتزام بالتبرع وفق الشروط المتفق عليها بالنسبة للفائض.

(١) بحث التأمين التجاري وإعادة التأمين ١٢٧ ، وقرارات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي .

الطريقة الثانية: أن يوزع الفائض على من لم يعوض في حادثة مهما كانت نسبة التعويض وهذا مبني أيضا على أن الاتفاق تم على أساس التبرع ، وقد قبل المشتركون بحرمان من عوض عن حادث من الفائض^(١) .

الطريقة الثالثة: أن يوزع الفائض على حملة الوثائق بعد حسم التعويضات المدفوعة لهم خلال الفترة المالية ، فينظر في هذه الطريقة نسبة التعويض إلى نسبة الفائض ، فيوزع الفائض التأميني على المشاركين كل بنسبة اشتراكه بعد خصم التعويضات ، فإذا كان ما دفع له أكبر من نصيبه في الفائض التأميني ، ففي هذه الحالة لا يستحق شيئا^(٢) .

وهذه الطرق كلها اجتهادية جائزة مادام النظام قد نص عليها ، ودخل المشاركون على أساسها ، وللهيئة الشرعية أن تحدد أي طريقة ولو لم تكن وفق هذه الطرق ، مراعية تحقيق العدالة ومقصد المشاركين في التأمين الإسلامي.

توزيع الفائض اللاحق على من لا يستمر في التأمين :

من دخل من المشتركين ودفع ما عليه ، ثم خرج لأي سبب قبل توزيع الفائض على حملة الوثائق ، فإنه لا يعتبر مستحقاً للفائض ؛ لأنه لم يعد مشاركا.

وينبغي أن ينص على ذلك في نظام الشركة على أن من لم يستمر في التأمين لغاية الفوائض المالية اللاحقة لا يعتبر مشاركا في توزيع ذلك الجزء من الفائض التأميني والمقتطع كاحتياطي والذي يضم إلى العام التالي ؛ إذ يعتبر أساس التبرع ساريا على هذا الجزء^(٣) .

إطفاء خسارة سنة مالية من سنة مالية أخرى :

لما كان العقد مبنيا على أساس الالتزام بالتبرع وقبول حملة الوثائق الشروط التي دخلوا بناء عليها. فلا مانع شرعا من الاتفاق على إطفاء خسارة أي سنة من السنوات المالية من حساب حملة الوثائق من الفائض الذي يتحقق في السنة المالية التالية لتلك السنة ؛ لأن ذلك هو مقتضى التعاون بين حملة الوثائق سواء من بقي منهم متعاملا مع الشركة أو من لم يستمر في التعامل مع الشركة^(٤) .

تغير مالك العين المؤمن عليها :

إذا تغير مالك العين المؤمن عليها كتغير ملكية سيارة إلى مالك جديد ، فيحل المالك الجديد محل المالك القديم في المشاركة في الفائض على أساس التخارج^(٥) ؛ لأن المالك الجديد أصبح من حملة الوثائق والفائض من حق من كان شريكا عند توزيعه .

(١) التأمين الإسلامي للأستاذ الدكتور علي القره داغي ٢١٢ ، وفتاوى التأمين ١٨٥ .

(٢) المعيار الشرعي للتأمين ٣٦٧ ، وفتاوى التأمين ١٧٩ .

(٣) فتاوى التأمين ، ١٨٤ ، والمعيار الشرعي للتأمين ٣٦٧ .

(٤) فتاوى التأمين ، ١٨٦ .

(٥) التأمين الإسلامي للأستاذ الدكتور علي القره داغي ٢١٢ ، وفتاوى التأمين ١٨٥ .

المبحث الثالث

مبدأ الحلول في شركات التأمين التجاري والإسلامي

مبدأ الحلول من المبادئ المهمة والمستقرة في شركات التأمين التجارية ، وارتضتها كذلك شركات التأمين الإسلامي . ولذا سنتناول هذا المبدأ في شركات التأمين التجارية ثم تكييفه في شركات التأمين الإسلامي .

يقصد بمبدأ الحلول : حلول المؤمن حلولاً قانونياً محل المؤمن له في حقوقه تجاه الغير المسئول عن الضرر بما يكون قد أداه المؤمن من مبلغ التأمين التعويضي وفي حدود ما يلزم به الغير من تعويض الأضرار التي أصابت المضرور^(١) . ومنه يتبين أن أطراف الحلول الظاهرة ، هي المؤمن والغير المسئول عن الضرر ويضاف لهما المؤمن له المضرور ، وهذا الحل حق نشأ من العلاقة التعاقدية بين المؤمن أو الشركة والمؤمن له أو المشترك في عقد التأمين ذاته الذي يحدد أطرافه وآثاره القانونية . ويدرك ذلك من تعريف عقد التأمين بأنه : " عملية يحل بمقتضاها أحد الأطراف وهو المؤمن له نظير دفع قسط على تعهده لصالحه أو لصالح الغير من الطرف الآخر وهو المؤمن ، تعهداً يدفع بمقتضاه هذا الأخير أداء معيناً عند تحقيق خطر معين ، وذلك بأن يأخذ على عاتقه مهمة تجميع مجموعة من المخاطر وإجراء المقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء"^(٢) .

فالأصل أن يرجع المؤمن له على المتسبب بالضرر مباشرة ، ولكن عقد التأمين بينه وبين المؤمن جعل له حق الرجوع على المؤمن مباشرة باشتراط ذلك في العقد ، فبناء على القواعد العامة فإن للمؤمن له حق الرجوع على المتسبب ، وعقد التأمين يجعل له حق الرجوع على المؤمن له فاجتمع له حقان ، والأصل أنه ليس هناك ما يمنع المؤمن له من الرجوع بمبلغ التأمين على المؤمن ثم الرجوع على الغير المسئول لاقتضاء التعويض منه على أساس المسؤولية ، فكل من مبلغ التأمين والتعويض له مصدر مستقل تماماً عن الآخر ، فالأول مصدره عقد التأمين والآخر مصدره أحكام المسؤولية ، أو بمعنى آخر فإن وقوع الخطر المؤمن منه من الغير ينشأ عند مسؤولية مدنية حسب قواعد المسؤولية التقصيرية للمؤمن له تجاه من تسبب بالضرر ، ومسؤولية تعاقدية تجاه المؤمن ، ولا وجه لامتناع المؤمن عن التعويض استناداً إلى أن للمؤمن له الرجوع على المتسبب بالضرر وإلا لانتفتت حكمة التأمين ، ولكن الرجوع إلى طرفين عن ضرر واحد ، والحصول على تعويضين لضرر واحد أو بأكثر مما وقع عليه من ضرر ، هذا كله مخالف للعدل وللقواعد العامة ، وقد يكون سبباً للإثراء بلا سبب ، وهذا مشكل ، ولعل علاج هذا لا يكمن في إغلاق باب التأمين والاكتفاء بتعويض المسؤولية ، وإلا انعدمت كل قيمة للعقد وسمح للمؤمن بأن يثري بلا

(١) التزام المؤمن بالتعويض ومدى رجوعه على المؤمن له وعلى الغير المسئول عن الضرر . د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: ص (١٠١) ، والتأمين وفقاً للقانون الكويتي - د. جلال إبراهيم - ص (٨٢٩).

(٢) أحكام التأمين في القانون والقضاء - د. أحمد شرف الدين - ص (٢٠) ، وهذا تعريف الفقيه الفرنسي هيمار وهو كما قال د. أحمد شرف الدين أفضل تعريف للتأمين.

سبب على حساب المؤمن له ، ولا يصح كذلك الاكتفاء بعوض التأمين وحرمان المؤمن له من الرجوع على الغير المسئول ، وإلا سمحنا لهذا الأخير بأن يفلت من المسؤولية المترتبة على فعله ، إنما يكمن الحل في إلزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين بمقتضى العقد ، والمساح له بعد ذلك بالحلول محل المؤمن له لمباشرة الرجوع على الغير المسئول ، هذا الحل لا ينطوي على غبن للمؤمن له ؛ لأنه من ناحية يوفر له مديناً موسراً - المؤمن - ويكفيه مؤنة البحث عن المسئول ومقاضاته ، ومن ناحية أخرى يفيد في تخفيف قسط التأمين ؛ لأن المؤمن يضع في اعتباره لدى تقدير القسط احتمال حصول الخطر بفعل شخص من الغير يمكنه الرجوع عليه لاسترداد ما أداه من عوض التأمين ، ومع ذلك فإن الصفة التعويضية تنطبق فقط في تأمين الأضرار دون تأمين الأشخاص ، ولذلك كان منطقياً أن يقتصر مجال الرجوع على تأمين الأضرار ، فمنع المؤمن الرجوع في تأمين الأشخاص لأن هذا النوع من التأمين تنتفي فيه الصفة التعويضية ، ويكون من حق المؤمن له أن يجمع بين مبلغ التأمين وتعويض المسؤولية^(١). ولذلك فقد استقرت التشريعات المختلفة على تقرير حق المؤمن في الرجوع على الغير المسئول ، ويبقى بعد ذلك الخلاف في مستند هذه الحلول.

أساس حق الحلول

بعد أن اتفق القانونيون على أن المؤمن يحل محل المؤمن له ، اختلفوا في أساس أو مستند هذا الحلول هل هو العرف التجاري البحري والبري ، أو هو حوالة الحق ، أو هو الحلول القانوني ، وأقوى هذه الاتجاهات أن الحلول مستندة حوالة الحق ، أو الحلول القانوني.

أساس حق الحلول القانوني :

تنظيم القانون لحق الحلول مبني على مبادئ العدالة حيث جعل للمؤمن حق الحلول إذا وفي بمبلغ التأمين من الأضرار وحظر على المؤمن له أن يجمع بين التعويض التأميني والتعويض عن الضرر من المتسبب فيه ، والمقصود بالحلول القانوني الحالات التي نص عليها القانون ، وهي الحالة التي يحل فيها الموفي محل الدائن إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين ، أو ملزماً بوفائه عنه ، ولقد انتقد هذا الرأي من ناحيتين ، فقبل من ناحية ، أن تطبيق هذا النص يقتضي أن يكون مصدر إلزام كل من الدافع والمدين متحداً وسببهما مشتركاً ، كأن يكونا مدينين متضامنين ، أو أن يكون أحدهما مديناً والآخر كفيلاً له في الدين ذاته ، وهو ما لا يتحقق في الحالة التي نحن بصدددها ، فمصدر التزام المؤمن هو عقد التأمين في حين أن مسؤولية الغير ناشئة عن الفعل الضار ، وعلى أية حال فإن من بين حالات الحلول القانوني التي يوجد فيها نص خاص يقرر للموفي حق الحلول كما هو في (م ٣٢٦ / مدني مصري ، وم ٣٩٤ / مدني كويتي) ولذلك فإن وثائق التأمين تنص على

(١) أحكام التأمين في القانون الكويتي مع المقارنة بالقانونين المصري والفرنسي - د. جابر محجوب علي ود. خالد الهندياني - ص (٣٦٢ - ٣٦٤) ، والوسيط - د. عبدالرزاق السنهوري (١١٤٩/٧) ، والملتزم بتعويض الضرر الناجم عن حوادث السيارات - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل - ص (٢٤٨) ، وأصول التأمين والضمان - د. مصطفى محمد الجمال - ص (٤٦٠) ، وأحكام التأمين في القانون والقضاء - د. أحمد شرف الدين - (٤٨٤).

شرط الحلول والذي بمقتضاه يحل المؤمن محل المؤمن له في حقوقه ودعاواه قبل الغير المسئول أو مؤمنه ، وهذا الحلول لا يقع إلا على حق قد حل أداؤه فعلاً^(١).

أساس حق الحلول بحوالة الحق :

يرى البعض أن شرط الحلول سواء ورد في وثيقة التأمين أو في اتفاق لاحق يتضمن حوالة حق محتمل بمقتضاه يتنازل المؤمن له للمؤمن عن دعواه بالتعويض ضد الغير المسئول عن الحادث ، على أنه يشترط لإعمال هذه الحوالة أن يقع الخطر بفعل الغير ، كما يشترط لنفاذها في حق الغير المسئول باعتبار المدين في تعويض المسئولية المدينة ، أن يقبلها أو أن يعلن بها (م ٣٠٥ مدني مصري ، م ٣٦٦ مدني كويتي) وإذا ما تحققت شروط أعمال الحوالة ، فإنه يجوز للمؤمن عند رجوعه على الغير المسئول أن يتمسك ضده بكل ما كان يستطيع المؤمن له أن يتمسك به قبله ، ومقابل ذلك يجوز للغير المسئول أن يحتج في مواجهة المؤمن بكل الدفع التي كان يستطيع التمسك بها ضد المؤمن له.

وتظهر أهمية تكييف هذا الشرط على أنه حوالة حق ، وليس حلوياً اتفاقياً أو قانونياً في نواحي متعددة ، فمن ناحية أولى يحق للمؤمن الرجوع على الغير المسئول بالتعويض المستحق للمؤمن له في ذمته ، حتى قبل أن يوفي بمبلغ التأمين للمؤمن له إذا وجد شرط الحوالة في الوثيقة ، في حين أن المؤمن لا يحل ، اتفاقاً أو قانوناً ، محل المؤمن له إلا بعد أن يوفي له بمبلغ التأمين فلا حلول إلا مع الوفاء ، ومن ناحية ثانية يجوز للمؤمن أن يرجع على الغير المسئول بمقتضى حوالة الحق بكل التعويض المستحق في ذمته للمؤمن له ولا يقتصر رجوعه ، - كما في حالة الحلول الاتفاقي - ، على ما أداه من مبلغ التأمين للمؤمن له ، في حين أن المؤمن لا يحل محل المؤمن له ، وفقاً لقواعد الحلول ، إلا بالقدر الذي أداه الأول للثاني من مبلغ التأمين (م ٣٢٩ مدني مصري ، م ٣٩٦ مدني كويتي) ، ومن ناحية ثالثة فإنه حين يرجع المؤمن له على الغير المسئول في حدود ما تبقى من ضرر لم يشمل مبلغ التأمين بالتعويض ، على فرض أن هذا جائز بعد الحوالة ، فإنه يتقاسم مع المؤمن التعويض المستحق في ذمة الغير المسئول قسمة غرماء ، على حين أنه وفقاً للقاعدة العامة في الحلول (م ١/٣٣٠ مدني مصري ، م ٣٩٧ مدني كويتي) يتقدم المؤمن له ، وهو الدائن الذي استوفى جزءاً من حقه ، على المؤمن في استيفاء ما تبقى له من حقه ، ولذلك فإن من مصلحة المؤمن له أن يتفق مع المؤمن على عدم انتقال حقه في الرجوع على الغير إليه بالحوالة إلا بعد أن يحصل على تعويض كاف لجبر كل ما أصابه من ضرر ، أي أن تكون له الأولوية في استيفاء ما تبقى له من حق ، كما أن من مصلحة المؤمن له أن يتفق مع المؤمن على أن محل رجوع هذا الأخير على الغير يتحدد بمقدار ما أداه من مبلغ التأمين فقط^(٢).

(١) أحكام التأمين في القانون والقضاء - د. أحمد شرف الدين - ص (٤٨٢).

(٢) المرجع السابق - د. أحمد شرف الدين (٤٨٧) ، أحكام التأمين في القانون الكويتي مع المقارنة بالقانونين المصري والفرنسي - د. جابر محجوب علي ود. خالد الهندياني ص (٤٨٣).

ويظهر من اعتبار الحلول من حوالة الحق أضرار يمكن أن تلحق بالمؤمن له ، والمخرج إنما هو في الحلول القانوني الذي اتجهت إليه القوانين ، ومنها القانون الكويتي حيث جعل الرجوع هو الحلول إثر الوفاء ، وهو ما يعني أن المؤمن يحل في رجوعه محل المؤمن له ، فيكون له حقه نفسه بما يشمل من ضمانات ودعاوي وما يرد عليه من دفع على الرغم من أن القضاء الكويتي يذهب في بعض أحكامه إلى تكييف الرجوع على أساس حوالة الحق ، وهذا الحلول يتعلق بالنظام العام ، بما يعني أنه يتمتع على المؤمن أن يختار طريقاً آخر للرجوع على الغير ، وعلى وجه الخصوص فإنه لا يستطيع أن يرجع على أساس حوالة الحق ، لما يمكن أن ينطوي عليه هذا الرجوع من مخاطر على المؤمن له فالحوالة تسمح للمحال بأن يرجع على المدين قبل الوفاء للدائن المحيل ، وأن يشتري الحق بأقل من قيمته ، وهو ما يؤدي إلى الإضرار بالمؤمن له - كما سبقت الإشارة - ، ولذلك فإن المؤمن لا يستطيع أن يسلك طريق حوالة الحق ، ولو كان ذلك بالاتفاق مع المؤمن له ، ولكن يتعين ملاحظة أن تعلق الرجوع بالنظام العام لا يصل إلى حد جعله إلزامياً بالنسبة للمؤمن ، فالرجوع هو خيار للمؤمن بياشره أو يتركه وفقاً لمطلق تقديره^(١).

شروط الحلول :

يشترط لاستفادة المؤمن من الحول القانوني ، فضلاً عن تحقق الصفة التعويضية لمبلغ التأمين ، ووجود عقد التأمين ابتداء شروط ترجع في جملتها إلى القواعد العامة ، وهي :

الشرط الأول : أن يكون المؤمن قد دفع مبلغ التأمين للمؤمن له ، وهذا الشرط تطبيق للقاعدة العامة التي تقضي بأنه لا حلول دون الوفاء ، ويعد هذا الشرط متعلقاً بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافه ، وهذا الشرط هو الذي يميز الحلول القانوني عن حوالة الحق ، حيث يجوز في الحوالة للمحال له أن يرجع على المدين قبل وفائه للمحيل ، ولا يتطلب القانون هنا أن يكون الوفاء نقدياً ، فيجوز أن يكون نقدياً أو عينياً ، بأن قام المؤمن بتحمل نفقات إصلاح التلف الذي أصاب الشيء المؤمن عليه مثلاً ، ويقع على عاتق المؤمن إذا ما نوزع عبء إثبات قيامه بالوفاء للمؤمن له.

الشرط الثاني : أن يكون للمؤمن له دعوى مسئولية تجاه الغير حتى يحل المؤمن فيها محله بعد الوفاء بالتعويض للمؤمن له ، فالحول القانوني يفترض أن هناك شخصاً آخر ملتزماً مع المؤمن بدفع التعويض للمؤمن له ، وأن هذا الأخير له الحق في مطالبة بالتعويض المستحق في ذمته ، وهذا الحق هو الذي ينتقل إلى المؤمن بعد وفائه بمبلغ التأمين ، ويجوز أن تكون دعوى المؤمن له ضد الغير المسئول دعوى مسئولية تقصيرية أو تعاقدية.

(١) المرجع السابق - د. جابر علي والدكتور خالد الهندياني - ص (٣٦٣) والمرجع السابق د. أحمد شرف الدين - ص (٤٨٤).

وترتيباً على هذا الشرط لا يحل المؤمن محل المؤمن له إذا لم يكن للمؤمن له أي حق في الرجوع على الغير المسئول ، سواء أكان المؤمن له لم يكتسب أصلاً حقاً في الرجوع على الغير المسئول لعدم اكتمال شروطه القانونية ، أم كان المؤمن له قد اكتسب هذا الحق ، ولكنه تنازل عنه قبل الوفاء بمبلغ التأمين ، ومثال ذلك أن يتنازل المؤجر المؤمن له في التأمين على العقار المؤجر ضد الحريق في عقد الإيجار عن حقه في الرجوع على المستأجر في حالة تسبب هذا الأخير في الحريق.

وهناك حالات ينبغي مراعاتها حين يتعذر فيها على المؤمن الحلول محل المؤمن له بسبب راجع إلى هذا الأخير ، فيكون المؤمن له قد أضعاف بفعله فرصة حلول المؤمن محله ، ومن أمثلة ذلك فضلاً عن تنازل المؤمن له عن حقه في الرجوع على الغير المسئول ، أن يتصلح معه دون موافقة المؤمن ، أو أن يترك حقه هذا حتى يسقط بالتقادم قبل أن يرجع على المؤمن ، في مثل هذه الفروض إن قيل بالتزام المؤمن بدفع التأمين للمؤمن له فإن هذا القول لا تقره العدالة ، ولا يتسق مع القواعد العامة للقانون ، من أجل سد هذا الباب يجب أن تبرأ ذمة المؤمن تجاه المؤمن له بقدر ما أضعافه عليه من فرص الرجوع على الغير المسئول بدعوى الحلول ، وهذا حكم تقرضه القواعد العامة حتى في حالة عدم النص عليه صراحة ، ولهذا نص قانون التأمين الكويتي في الفقرة الثانية من المادة / ٨٠١ على أن " تبرأ ذمة المؤمن قبل المؤمن له من كل مبلغ التأمين أو بعضه إذا أصبح حلولة محله متعذراً بسبب راجع على المؤمن له " ، ولهذا يجب على المؤمن له أن يراعي في تصرفه مصلحة المؤمن ، وأن يكون حسن النية في محافظته على حقه قبل الغير المسئول عن الضرر ، فلا يأتي فعلاً أو امتناعاً يؤدي إلى ضياع حقه من المؤمن. فإن حدث منه فعل من ذلك فإن ذمة المؤمن تبرأ من الالتزام بدفع مبلغ التأمين كلياً أو جزئياً ، وبالجمله فإن المؤمن له يفقد حقه في الضمان بقدر ما ساهم به فعله في إغلاق باب الحلول أمام المؤمن.

الشرط الثالث : ألا يكون المسئول عن الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكون معه في معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله (م ٧٧١ مدني مصري ، م ١/٨٠١ مدني كويتي). ويرجع منع المؤمن من الرجوع على أشخاص يعولهم المؤمن له أو يسأل عن أخطائهم إذا وقع الحادث المؤمن ضده بفعلهم إلى عدة أسباب ، فمن ناحية أولى لو أجاز رجوع المؤمن عليهم لكان هذا رجوعاً على المؤمن له ، فإذا كان من تسبب في وقوع الحادث ممن يسأل المؤمن له عن أفعاله كتابعه مثلاً ، وأجزنا للمؤمن الرجوع عليه لكان من حقه أن يرجع على المؤمن له باعتباره مسئولاً عنه ، وبذلك يأخذ المؤمن باليسار ما أعطاه باليمين فتضيع على المؤمن له منفعة التأمين.

ومن ناحية ثانية إذا كان الشخص الذي أحدث الضرر من أقارب المؤمن له أو أصهاره فمن المفترض أن هذا الأخير لن يرجع عليه لعلاقته الخاصة به ، ولذلك لا يجوز للمؤمن ، بالأولى أن يرجع عليه ، ومن ناحية ثالثة ، فإنه إذا كان المؤمن له لن يرجع على

المتسبب في الحادث فلا يكون ثمة حاجة للحلول ، لأن الحلول ، باعتباره وسيلة مناسبة لتحقيق مقتضى الصفة التعويضية لمبلغ التأمين ، يقصد به منع المؤمن له من الجمع بين تعويضين ، فإذا كان المؤمن له لن يرجع على المسئول عن الضرر فإنه لن يجمع بين تعويضين فتنتفي الغاية من الحلول.

ويترتب على الحلول بقوة القانون من وقت الوفاء بمبلغ التأمين نتيجتان :

الأولى : أنه لا يجوز لدائني المؤمن له من تاريخ الوفاء بمبلغ التأمين الحجز على ما لديهم (المؤمن له) لدى الغير المسئول ، فهذا الحجز يقع على غير محل ؛ لأن التعويض المستحق في ذمة المسئول يكون من هذا التاريخ من حق المؤمن.

الثانية : أنه لا يحتج على المؤمن بتنازل المؤمن له عن حقه في الرجوع على الغير المسئول مادام أن هذا التنازل قد تم بعد أن أوفى المؤمن بمبلغ التأمين للمؤمن له ، فهذا الحق أصبح من تاريخ هذا الوفاء للمؤمن ، ولا يجوز للمؤمن له من ثم أن يتنازل عن شيء لا يملكه (١).

آثار الحلول القانوني :

يتمثل الأثر الجوهري لحلول المؤمن في حرمان المؤمن له الذي عوض بالكامل من الرجوع على الغير المسئول ، حيث ينتقل حقه في الرجوع إلى المؤمن الذي حل محله.

ويترتب على الحلول أن يكون للمؤمن أن يرجع على المسئول بمقدار ما دفعه للمؤمن له دون زيادة ، وفي هذه الحدود لا يكون للمؤمن له أن يرجع على الغير المسئول ، باعتبار أن الحلول إنما تقرر في هذه الحدود ذاتها بقوة القانون ، وإذا كان ما استحق للمؤمن له قبل المؤمن أقل من قيمة الضرر كان لهذا الأخير أن يعود فيرجع على المسئول بالفرق بين ما قبضه من المؤمن وبين القيمة الكلية للضرر الذي يسأل الغير عن تعويضه وفقاً لحكام المسؤولية ، وفي هذه الحالة تكون له الأولوية على المؤمن في استيفاء حقه من أموال الغير المسئول ، ضماناً لحصوله على كامل التعويض الجابر للضرر ، وتأسيساً على أن الحلول القانوني لا ينبغي أن يؤدي إلى الإضرار به.

وإذا ما كان للمؤمن له مؤمنون متعددون ، وحل كل منهم محله بما دفعه له ، فتزاحموا بذلك في رجوعهم على الغير المسئول ، كانوا متساوين في هذا الرجوع ، بحيث يخضعون لقسمة الغرماء ، ويقع باطلاً كل اتفاق بين المؤمن له وبين أحد المؤمنين ، يخول للمؤمن أفضلية على غيره من المؤمنين ، ذلك أن رجوع المؤمنين على الغير المسئول يستند إلى نص القانون ، وأنهم جميعاً متساوون أمام هذا النص ، فلا يكون للاتفاق بين المؤمن له وبين أحدهم أي أثر في مواجعتهم لإخلاله بهذه المساواة.

(١) المرجع السابق - د. أحمد شرف الدين (٥١٣) ، والمرجع السابق د. جابر علي وخالد الهندياني - ص (٣٦٧) ، والمرجع السابق د. إبراهيم الدسوقي - ص (١٠٩) والمرجع السابق ، د. مصطفى الجمال ص (٤٦٤) .

وإذا كان ما استحق للمؤمن له قبل المؤمن يساوي قيمة الضرر كاملاً ، امتنع عليه الرجوع على الغير المسئول ، بالنظر لزوال مصلحته في هذا الرجوع ، ولأن المؤمن يكون قد حل محله في الرجوع حلولاً كاملاً بقوة القانون.

وتطبيقاً لقاعدة الحلول هذه فإن حق المؤمن في الرجوع يتقيد بأقل القيمتين ، مقدار ما أداه من مبلغ التأمين ، أو مقدار ما يلتزم الغير المسئول بدفعه وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية.

والمؤمن إنما يحل محل المؤمن له في حقه ذاته قبل المسئول ، ولذلك فإذا كان مصدر هذا الحق هو المسؤولية العقدية كان رجوع المؤمن على الغير على أساس المسؤولية العقدية ، وإذا كان مصدر هذا الحق هو المسؤولية التقصيرية كان رجوع المؤمن كذلك على أساس المسؤولية التقصيرية ، بكل ما يترتب على ذلك من نتائج في الإثبات وفي تقادم الدعوى وفي الاختصاص القضائي وفي غيرها.

وأخيراً فإن حلول المؤمن محل المؤمن له المضرور لا يعطيه فقط الحق في الرجوع على المسئول وحده ، وإنما يعطيه كذلك الحق في الرجوع على مؤمن آخر يكون المسئول قد أمن على مسؤوليته لديه ، وهذا ما يحدث عادة في حوادث السيارات عندما يكون المؤمن على إحداها مسئولاً والآخر مضروراً ، فيقوم مؤمن المضرور بدفع قيمة التأمين ، ثم يرجع بها على مؤمن المسئول^(١).

التكييف الشرعي لحق الحلول في شركات التأمين الإسلامية :

لا شك أن طبيعة العقد الذي ينظم العلاقات والشروط والضوابط في التأمين التجاري يختلف عنها في التأمين الإسلامي ، وهذا يؤثر على مبدأ الحلول بالمفهوم القانوني – السابق – فالعلاقة بين الشركة والمؤمن في التأمين التجاري علاقة معاوضة بدفع المؤمن أقساطاً غير مرتجعة ، يقابلها التزام الشركة بتعويضه عما قد يلحق به من ضرر مشمول بالعقد ، وبناء على الشروط الاتفاقية في العقد فإن اشتراط حلول الشركة محل المؤمن له ، وتضمينه العقد ينسجم وطبيعة عقد الشركة وفق التكييف القانوني سابق الذكر.

وأما حق الحلول أو اشتراطه في شركات التأمين الإسلامي فيختلف بالنظر إلى طبيعة العلاقة بين الشركة والمؤمن له ، فالشركة لا تملك حساب التأمين ، وإنما هي مدير للحساب لمصلحة المؤمن ، ووصفها الشرعي أنها وكيل عنهم فالعلاقة علاقة وكالة بأجر ، وعليه فيد الشركة يد المؤمن الموكلين تفعل ما فيه مصلحتهم وفق شروط العقد ، ولا يؤثر كون موضوع العقد احتمالي من حيث الوقوع أي أنه معلق على ما قد يحدث أو وقد لا يحدث ، فإن تعليق صيغة الوكالة على شرط مما قد أجازة الحنفية والحنابلة على الصحيح في المذهب والشافعية في مقابل الأصح ، ومثلوا لذلك بنحو قوله :

(١) المرجع السابق د. مصطفى الجمال - ص (٤٦٤ وما بعدها) ، و د. جابر علي وخالد الهندياني - ص (٣٧٣) ، والمرجع السابق د. أحمد شرف الدين - ص (٥٢١) .

" إذا قدم الحاج فبع هذا الطعام ، وإذا طلب أهلي منك شيئاً فادفعه إليهم ، واستدلوا بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال : " أمر رسول الله ﷺ في غزوة مؤتة زيد بن حارثة ، فقال : " إن قتل زيد فجعفر ، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحه " (١) ، وهذا في معناه ، وقالوا أيضاً : إن عقاد الوكالة عقد اعتباري في حق الوكيل حكمه ، وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحاً ؛ ولأنه إذن في التصرف أشبه الوصية والتأجير ، على أن الشافعية في الأصح والحنابلة في قول ذهبوا إلى عدم صحة تعليق الوكالة بشرط (٢) .

ويكاد رأي الفقهاء المعاصرين يتفق على جواز مبدأ الحلول في شركات التأمين الإسلامي بوصف الوكالة ، وبعضهم أجاز من حيث الجملة وفي هذا الصدد يرى الشيخ الصديق محمد الضيرير جواز مبدأ الحلول بصفة الوكالة ، ولكنه يفرق بين صور جائزة وأخرى غير جائزة ، فيرى أنه إذا تعرض مال المؤمن له إلى خسارة كاملة بأن سرق ، أو اعتدي عليه شخص فأتلفه ، أو حدث به عيب من غير تعد من أحد ، جعله في حكم الهالك.

وفي الصورة الأولى - السرقة وأمثالها - ، لا يرى الشيخ وجهاً لحلول الشركة محل المشترك - المؤمن له - في تملك المال ، ويجب أن يعود المال لصاحبه ، ويرد التعويض إلى الشركة كاملاً ، إذا عاد إليه ماله بحالته الأولى ، وإذا حدث فيه نقص استحق من التعويض مقدار النقص ، ورد الباقي.

وفي الصورة الثالثة - حدوث عيب - لا يرى مانعاً من الأخذ بمبدأ الحلول ، وتملك الشركة للمال المعيب ، لأن المشترك قد أخذ التعويض عن ماله كاملاً ، فما بقي من المال يصبح حقاً للشركة.

وأما في الصورة الثانية - الاعتداء - فيجوز أن تحل الشركة محل المشترك في مقاضاة المعتدي ؛ لأن الشركة تعتبر في هذه الحالة وكيلاً عن المشترك ، ولهذا لا يجوز لها أن تملك من التعويض المحكوم به أكثر مما دفعته للمشارك ؛ لأن هذا التعويض حق للمشارك - الموكل - وليس حقاً للشركة - الوكيل - ، ولكن الشركة تستحق مقدار التعويض الذي دفعته للمشارك بطريق المقاصة.

وإذا كان التعويض المحكوم به أقل من التعويض المدفوع للمشارك لا ترجع عليه الشركة بشيء ؛ لأن المشترك استحق التعويض بمقتضى العقد ، ويؤيد هذا أنه لو لم يحكم بتعويض ، فإن المشارك يستحق كل التعويض الذي دفعته له الشركة (٣) .

(١) البخاري (٥١٠/٧).

(٢) المرجع الموسوعة الفقهية الكويتية (١٥/٤٥).

(٣) التأمين التجاري وإعادة التأمين بالصور المشروعة والممنوعة للشيخ د. الصديق محمد الأمين الضيرير - ص (١٩٩) ضمن أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي المنعقدة في ٧- ١١ رجب ٤٠٧ هـ - ١٧ آذار ١٩٨٧ م.

وما ذكره الشيخ من استثناء صورة السرقة هو الذي تقتضيه قواعد الشرع في المال المسروق والمغصوب لقوله ﷺ : " على اليد ما أخذت حتى تؤدي"^(١) ، فلا خلاف بين الفقهاء في وجوب رد المسروق إن كان قائماً ، على من سرق منه ، ولا خلاف بينهم في وجوب ضمان المسروق إذا تلف فيجب أن يرد مثله إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان قيمياً^(٢) ، كما يرى الشيخ على الصواب تخريج الحلول الاتفاقي على أساس أن شركة التأمين وكالة بأجر عن جميع الأفراد المؤمن لهم ، وأنها ملزمة بحكم عقد التأمين التعاوني بالمطالبة بحقوق المؤمن لهم ، وما يثبت لهم قبل الغير وتحل محلهم في ذلك ، كما تقوم نيابة عنهم بتعويض من تعرض ماله للخطر من أموال المؤمن لهم ، أي من الوعاء التأميني على أساس التبرع ، لا من مالها الخاص فإذا حصلت على تعويض من المتسبب في الضرر فإنها لا تملكه ، وإنما تعود ملكيته للوعاء التأميني^(٣) .

وإذا صح حلول المؤمن محل المؤمن له في التأمين على الأشياء فيشمل ذلك التأمين الإسلامي على الديون ، وفيه يقول الشيخ وهبة الزحيلي في مسألة حلول المؤمن محل المؤمن له في التأمين التعاوني على الدين المشكوك فيه ، ودفع المؤمن للمؤمن له الدين فإن المؤمن يحل محل المؤمن له في الرجوع على المدين ، ومطالبته بتحصيل الدين وأدائه باعتباره نائباً عنه ووكيلاً ، ويجب النص في وثيقة التأمين على ذلك ، فإن نجح المؤمن في تحصيل الدين فإنه يجري عملية مقاصة بين ما دفعته الشركة للمؤمن له سابقاً ، والمبلغ الذي حصل عليه ، وتكون الشركة وكالة في تحصيل الديون^(٤) .

آثار الخلاف بين التكييف الشرعي والقانوني لمبدأ الحلول

وبناء على اختلاف التكييف الشرعي لمبدأ الحلول عن التكييف القانوني تترتب آثار تتسجم وطبيعة أو وصف العقدين التأمين الشرعي والقانوني ، منها :

(١) أن الشركة في التأمين الإسلامي لم تدفع ما دفعته للمؤمن له من ماله الخاص ، وإنما دفعته من حساب التأمين ومن أموال المؤمن لهم وكالة ، وبالتالي فإنها لا تحل محل المؤمن له حلولاً قانونياً ، في حين أن الشركة في التأمين التجاري دفعت ذلك من مالها الخاص وبالتالي حلت محله حلولاً بحكم القانون.

(٢) أن الشركة في التأمين التجاري لا تستطيع أن تأخذ أكثر مما للمؤمن له ، أما في التأمين الإسلامي فهي تستطيع أن تأخذ من المسئول عن الحادث كل قيمة التعويض ؛ لأنها تأخذه لحساب التأمين وليس لنفسها ، ولكن الشركة إذا أخذت كل قيمة التعويض لن تأخذ كل الحق عن الحادث على ضوء التفصيل الآتي في الفقرة التالية.

(١) أخرجه أبو داود (٨٢٢/٣) من حديث الحسن عن سمرة ، قال ابن حجر في التلخيص (٥٣/٣) : الحسن مختلف في سماعه من سمرة.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٤/٤٦٤).

(٣) بحث مبدأ حق الحلول أ.د. على محمد الصواب.

(٤) التأمين على الديون المشكوك فيها من خلال شركة التأمين التعاونية - بحث منشور ضمن أعمال الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي.

(٣) أن الشركة في التأمين التجاري لا تحل محل المؤمن له في حالة كون المسئول عن الحادث قريباً أو صهراً للمؤمن له (كما في المادة م ٧٧١) وهذا الاستثناء من الحلول مبني على قاعدة قانونية تقضي بمسئولية المتبوع عن ضرر أحدثه تابعه ، ولذلك يعتبر القانون هذا الاستثناء من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته.

وهذه القاعدة القانونية لا تتفق مع المبادئ العامة للشريعة الإسلامية التي تقضي بأنه ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ ، وأنه ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ وغير ذلك من الآيات والأحاديث التي تدل على أن الإنسان غير مسئول عن تابعه ولو كان قاصراً أو مجنوناً إلا إذا كان هو له دور فيما أحدثه بقدر مسئوليته الشخصية^(١).

(١) الشيخ الدكتور على محيي الدين القره داغي - المرجع السابق - ص (٣٠١) وأحال الجزئية الأخيرة على : أحكام الضمان للشيخ على الخفيف - ط دار الفكر العربي ١٩٩٧م.

المبحث الرابع اشتراط التحمل في شركات التأمين الإسلامي

مبدأ اشتراط التحمل هو مصطلح خاص يقصد به : تحمل المشترك (المؤمن له) لجزء من تكاليف الضرر محل التأمين ، بأن يتحمل المشترك مبلغاً من المال مقابل كل حادث ثم يطالب الشركة بما زاد ، فإذا كان التعويض أقل من مبلغ التحمل أو مساوياً له فلا تدفع الشركة شيئاً ، وإذا كان أكثر تدفع الشركة الفرق فقط ، وهذا الشرط خاص بالتأمين من الأضرار الواقعة على الممتلكات ولا يشمل التأمين على الأشخاص .

والهدف من العمل بمبدأ التحمل ، هو ضمان عدم إساءة استخدام الخدمات التأمينية التي تغطيها وثيقة التأمين ، لأن المستأمن إذا علم أنه سيتحمل جزءاً من التعويض فإنه يبذل جهده لتفادي وقوع الضرر بخلاف ما لو كان مطمئناً إلى أن الضرر جميعه سيكون التعويض عنه مسئولية الشركة^(١).

وهذا الشرط مقبول من الناحية الشرعية ، وهو وإن كان شرطاً بمثابة القيد على المؤمن له إلا أنه لا يعارض أصل العقد التعاوني ، والرضى بالشروط ابتداءً ، فيدخل المؤمن له عقد التأمين مختاراً قابلاً بهذا الشرط قبوله لبقية الشروط غير المنافية لعقد التأمين الإسلامي.

تحديد نسبة التحمل من قيمة العقد

لما كان التكافل ينطبق عليه بحق المبدأ أن التأمين ليس وسيلة للإثراء على حسان الغير ، لذا فإن هناك مبادئ شرعية تحدد مدى التغطيات لكي تحقق خلوها من الاسترباح واقتصارها على التعويض عن الأضرار.

وقد أسهمت عدة هيئات شرعية في تحديد المدى المشروع للتغطيات ، وفيما يلي نصوص الفتاوى المنظمة لذلك مجردة عن الأسئلة .

(أ) لا بد من التحديد لقيمة السوقية عند التأمين وعدم الأخذ بتقدير العميل ، ويحدد القسط بحسب القيمة السوقية ، ثم عند وقوع حادث يرجع إلى القيمة السوقية قبيل الحادث بالغة ما بلغت ، ولا يؤخذ بمبدأ القيمة السوقية أو التقديرية أيهما أقل^(٢) .

(ب) التعويض في التأمين التعاوني يجب أن يكون عن الخسائر المادية التي تصيب المشترك ، فإذا كانت الخسائر التبعية أو الأرباح التي يفقدها المشترك بسبب الحادث

(١) بحث مبدأ التحمل - د. عبدالستار أبو غدة (٩) ضمن أبحاث الحلقة النقاشية لمبادئ التأمين التكافلي المنعقدة في الكويت ٨ ربيع الآخر ١٤٢٥هـ.

(٢) فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة للبركة ، الفتوى رقم (٢/١٤) ونحوه فتوى رقم (٣٨١) لبيت التمويل الكويتي ، والفتوى رقم (١٨٤) التي تنص على أن التعويض في حدود الضرر الفعلي لا يحسب المبلغ الافتراضي (فتاوى التأمين ١٧٥ و ١٦٠)

يمكن تقديرها تقديراً سليماً فلا مانع شرعاً من التأمين عليها ودفع تعويض عنها ، غير أننا نوصي بالألا تتوسع شركات التأمين التعاونية في هذا النوع من التأمين^(١).

(ج) يتم تقويم الممتلكات عند التأمين ويدفع على أساس هذا التقويم مبلغ التأمين بمقدار الأضرار الفعلية التي وقعت ، وتقدر قيمته يوم وقوع الضرر^(٢).

أما عملية تحديد النسبة التحمل فإنه يدخل فيها اعتبارات متعددة بالإضافة على ما سبق بشأن الزيادة أو النقص فيها باختلاف المشترك فهي أيضاً تخضع لحساب الاحتمالات وتقديرات الفنيين على أساس الملائمة بين الإمكانيات المتاحة والأخطار المتوقعة.

ويرى الشيخ على القره داغي أنه لا حاجة لهذا الشرط فيقول : والذي يظهر لي رجحانه في هذه المسألة : أن هذا الشرط من حيث هو جائز ، إذ لا يتعارض مع مبادئ التأمين الإسلامي ولكنه غير محتاج إليه فيه ؛ لأن المشتركين في التأمين الإسلامي هم المؤمنون والمؤمن لهم ، وأن الحساب لهم ، فإذا بقي فائض فهو لهم ، وإذا احتاج إلى المزيد فإنه يؤخذ منهم ، على عكس التأمين التجاري الذي تأخذ الشركة فيه كل الأقساط ، وأن أي إضافة من المال فهي لها ، لذلك فالأفضل خلو التأمين التعاوني الإسلامي عن هذا الشرط ، وهذا ما صدرت به فتوى نوة البركة الرابعة للاقتصاد الإسلامي^(٣).

والذي نراه أن الحاجة داعية له سداً لذريعة إساءة استخدام مميزات التأمين الإسلامي والتساهل في تجنب الأضرار ، فهذا الشرط يحمله على بذل غاية الجهد لتلافي الوقوع في الضرر ، وهذه مصلحة تعم المشاركين .

(١) فتوى الهيئة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري (فتاوى التأمين ١٥٤).
(٢) فتوى بين التمويل الكويتي رقم (٢٥٢) ما سبق في تحديد نسبة التحمل يراجع المصدر وتفصيله في البحث السابق للدكتور عبدالستار أبو غدة (١٣ - ١٤).
(٣) المرجع السابق د. على القره داغي (٣٤٩).

المبحث الخامس إعادة التأمين في شركات التأمين الإسلامي

تمهيد

إن من أظهر وأهم العقبات التي تواجه شركات التأمين الإسلامي إعادة التأمين لدى شركات متخصصة لهذا الغرض . وتبدو هذه العقبة جلية واضحة بالنظر إلى أهمية بل ضرورة إعادة التأمين لضمان قدرة شركات التأمين الإسلامية على تغطية المخاطر التي يتعرض لها حملة الوثائق بالكفاءة والمقدرة ذاتها التي يتمتع بها حملة وثائق شركات التأمين التجارية . وهي كلها تستظل بغطاء شركات إعادة التأمين .

ويزيد من أهمية ذلك وصعوبته النشأة الابتدائية الحديثة لشركات التأمين الإسلامي مقارنة بالتاريخ المديد لشركات التأمين التقليدية التي واكبة نشأة البنوك الربوية ، وفي الوقت ذاته لا تستطيع شركات التأمين الإسلامي إعادة التأمين لدى شركات التأمين التجارية ، باعتبار أن التعامل مع شركات التأمين محرم بتقرير جماهير العلماء المعاصرين ، وكذا الندوات والمؤتمرات التي انعقدت لبحث مستجد التأمين ، وإذا كان التأمين في أصله محرماً لما فيه من الغرر والجهالة والفاحشة والدخول في عقود البنوك فإن هذا السوء والخبث يلحق أيضاً شركات إعادة التأمين ؛ لأنها من جنس شركات التأمين ، فيحرم التعاون معها أصالة وتبعاً

ولم يتبين لفقهاء العصر مخرجاً لحمل إعادة التأمين على الجواز ، وأقروا باستحكام الحرمة فيه من جوانبه كلها . ولم يكن أمامهم من مخرج سوى النظر في تحقيق مبدأ أو قاعدة الضرورات أو الحاجة الملحة التي تنزل منزلة الضرورة .

وهذه الإشكالات الشرعية والواقعية هي التي جعلت لهذا الموضوع أهمية التي عقدنا هذا البحث لتذليلها . وقد تناولت الموضوع وفق البنود الآتية :

أولاً : مفهوم إعادة التأمين .

ثانياً : نشأة شركات إعادة التأمين .

ثالثاً : أنواع عقد إعادة التأمين .

رابعاً : إعادة التأمين في شركات التأمين الإسلامي .

خامساً : الحكم الشرعي لإعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجاري .

سادساً : الحلول الإسلامية المقترحة لإعادة التأمين .

أولاً : مفهوم إعادة التأمين

اختلفت عبارات الباحثين في تعريف إعادة التأمين وإن تقاربت في المعنى أو تطابقت في بعضها ، ومن هذه التعريفات : تعريف إعادة التأمين بأنه : عقد بين شركة التأمين المباشر وشركة إعادة التأمين تلتزم بمقتضاه شركة التأمين المباشر بدفع حصة من

أقساط التأمين المستحقة لها من المستأمنين لشركة إعادة التأمين مقابل التزام شركة إعادة التأمين بتحمل حصة من المخاطر التي تلتزم بها شركة التأمين المباشر^(١) .

وعرف عقد التأمين التأمين بأنه : إعادة تأمين الخطر المؤمن فهو عقد تأمين جديد بين المؤمن والمؤمن المعيد^(٢) .

ويبين الدكتور وفيق المصري المراد بإعادة التأمين بقوله : يقصد بإعادة التأمين قيام شركة التأمين بقبول الأخطار ذات المبالغ الكبيرة ، ومن ثم توزيع هذا الخطر بإعادة تأمين جزء أو أجزاء منه لدى شركات تأمين أخرى تقوم بالمشاركة بالجزء المخصص لها في تحمل الأخطار بحدود الأجزاء التي تقبلها ، وذلك مقابل دفع عمولة متفق عليها للشركة الأولى ، وبالجزء المعاد تأمينه تعمل الشركة الأولى بهذه الحالة عمل التأمين بالوكالة على أن تبقى مسؤولية مسؤولية مباشرة أمام العميل^(٣) .

ويعرف الدكتور السنهوري عقد إعادة التأمين بأنه : عقد بين المؤمن المباشر والمؤمن المعيد بموجبه يخول الأول للثاني جزءاً من المخاطر التي يتحملها في نظير مقابل معين مع بقاء المؤمن المباشر هو المدين وحده للمؤمن لهم^(٤) .

والذي يحدث غالباً أن المؤمن يعقد مع المؤمن المعيد اتفاقاً عاماً على إعادة التأمين بالنسبة إلى نوع من الوثائق كوثائق التأمين من الحريق عقدها أو سيعقدها في المستقبل ، ومتى عقد المؤمن بعد إبرام هذا الاتفاق العام مع المؤمن المعيد وثيقة تأمين تدخل في هذا النوع المتفق عليه فإنها تعتبر تلقائياً قد أعيد تأمينها وفقاً لشروط اتفاقية إعادة التأمين .

ويبين الدكتور عبد الستار أبو غدة مفهوم إعادة التأمين بأنه : دفع شركة التأمين جزءاً يتفق عليه من أقساط التأمين التي تحصل عليها من المستأمنين لشركة إعادة التأمين ، تضمن لها نظير أقساط إعادة التأمين هذه مقابلة جزء من الخسائر . فإذا وقع الخطر المؤمن ضده وطالب المستأمن بتعويض ما لحقه من أضرار تدفع شركة التأمين كل الخسارة ثم تُطالب شركة إعادة التأمين بدفع حصتها من التعويض حسب الاتفاق معها^(٥) .

ويعرفها الدكتور محمد عثمان شبيب بأنها : قيام شركة التأمين الإسلامي بالتأمين على الأخطار التي يتعاون المستأمنون على ترميمها فيما بينهم لدى شركات إعادة التأمين العالمية مقابل أقساط تدفعها للشركة العالمية وتتحمل الأخيرة عن الأولى التعويضات التي يستحقها المستأمنون في حال وقوع الأخطار^(٦) .

(١) إعادة التأمين وتطبيقاتها في شركات التأمين الإسلامية ، الدكتور أحمد سالم ملحم ، ص ١١١ .

(٢) انظر : مدخل إلى إعادة التأمين ، عبد اللطيف عبود ص ١٣ ، والتأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق و عبد

السميع المصري ، ص ٤٤ ، عن إعادة التأمين للدكتور أحمد ملحم ، ص ١٠٩ .

(٣) إدارة الخطر والتأمين " المنظور والعملي " ص ٣٠٩ ، طبعة ١٩٩٨ م ، دار زهران للنشر .

(٤) الوسيط ع ١١٢١/٧ ، فقرة ٥٥٥ .

(٥) ندوة التأمين المجموعة في كتاب التأمين الإسلامي ، صادر عن شركة التأمين المية ، ٩٨ ، الأردن .

(٦) المعاملات المالية المعاصرة ، الدكتور محمد عثمان شبيب ، ص ١٥٧ .

وعرف الدكتور الصديق الضيرير عقد إعادة التأمين بأنه : قيام شركة التأمين (المؤمن المباشر) بالتأمين لدى شركة أخرى أو شركات تسمى " شركات إعادة التأمين " مما قد يلحقها من تعويضات ، تلزم بسدادها ^(١) .

وعرف إعادة التأمين بأنه : عقد بمقتضاه تلتزم إحدى شركات التأمين في تحمل أعباء المخاطر المؤمن منها لدى شركة أخرى ^(٢) .

وعرف عقد إعادة التأمين أيضاً بأنه : تحويل أعباء المخاطر المؤمن عليها من المؤمن إلى معيد التأمين ، وتعويض المؤمن من قبل معيد التأمين عما يتم دفعه للمؤمن لهم إذا تعرضوا للضرر أو الخسارة ^(٣) .

وأخيراً عرف المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة إعادة التأمين بأنها : العملية التي يتحمل بموجبها معيدو التأمين مقابل اشتراك معين من الشركة جميع أو بعض المخاطر التي قام المؤمن بالتأمين عليها ، ولا تتأثر الحقوق القانونية للمؤمن له بعملية إعادة التأمين ، وتكون الشركة التي قامت بالتأمين أصلاً على المؤمن له مسؤولة أمامه عن دفع أية التزامات طبقاً لشروط وثيقة التأمين ^(٤) .

ومن هذه التعاريف يتبين مفهوم إعادة التأمين فيما يمكن بيانه أو تعريفه بما يكشف عن حقيقته وماهيته بأنه : " عقد تقوم بمقتضاه شركة التأمين بإعادة تأمين جزء من الأخطار التي التزمت بها تجاه الغير لدى شركات إعادة التأمين نظير عمولة " .

والمقصود من هذا العقد أن تقوم شركة إعادة التأمين تجاه شركة التأمين بالدور ذاته الذي تقوم به شركة التأمين تجاه المؤمن لديها حاملي وثائق التأمين ، وبذلك تتوزع الأخطار بين شركة التأمين وشركة إعادة التأمين .

وعادة ما تلجأ شركات التأمين إلى إعادة التأمين ضد الأخطار الكبيرة التي قد تزيد عن قدراتها المالية ، فتتحمل شركة التأمين جزءاً يناسب ماليتها ، وتؤمن الأجزاء الأخرى لدى شركة إعادة التأمين بالعلاقة بين الشركتين ، ولا شأن للمستأمنين في ذلك .

الصورة التطبيقية لإعادة التأمين :

الصورة التطبيقية لإعادة التأمين أنه في الأحوال التي يُعرض على إحدى شركات التأمين المباشر أن تؤمن ضد خطر معين بمبلغ كبير يفوق إمكانياتها المالية ، مثل أن يكون مبلغ التأمين يزيد عن رأسمال الشركة واحتياطياتها ، فإما أن ترفض التأمين أو تدخل في مخاطرة ، ولذا فإن الأسلم أن تقبل الشركة ذلك العرض غالباً وتحفظ بجزء

(١) التأمين التجاري وإعادة التأمين ، ص ٢٠٤ ، الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي ١٩٨٧ م .

(٢) ندوة التأمين الصادرة عن شركة التأمين الإسلامية ، ٩٨ ، الأردن .

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني ، السعودية .

(٤) معيار التأمين الإسلامي وإعادة التأمين ، المقر من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية والإسلامية ، البحرين .

منه وتقوم بالتأمين على الجزء المتبقي لدى إحدى شركات إعادة التأمين لتوزيع الخطر على الشركتين .

ومثال ذلك : إذا تقدم أحد مصانع الأدوية بطلب إلى شركة التأمين الإسلامية يطلب فيه أن تُؤمن له الشركة المصنع ضد خطر الحريق مثلاً ، وقبلت الشركة ذلك بحيث يكون مبلغ التأمين مليوني دينار وقسط التأمين عشرين ألف دينار ، فإن الشركة تؤمن على المصنع وتحفظ بحصة من الخطر تتناسب مع ملاءتها المالية فتحفظ لنفسها بنسبة معينة وتعيد تأمين الباقي لدى إحدى شركات إعادة التأمين الإسلامي .

وهذا يعني أن أقساط التأمين التي يدفعها المستأمن (مصنع الأدوية) تقسم بين شركة التأمين الإسلامية وشركة إعادة التأمين بنسبة تحمل الخطر المشار إليه سابقاً فتأخذ شركة التأمين منها حصته ويكون نصيب شركة إعادة التأمين الباقي منها .

وفي حالة تحقق الخطر المؤمّن منه (الحريق كما في المثال) فإن المستأمن (مصنع الأدوية) يستحق التعويض المتفق عليه في العقد . فيتم تعويضه عن الخسارة المتحققة بسبب الحريق من شركة التأمين الإسلامية وشركة إعادة التأمين وبالنسبة نفسها التي اقتسما فيها أقساط التأمين فالغرم بالغرم .

وتقوم شركات إعادة التأمين أحياناً بإعادة جزء من التأمين المعاد لدى شركات إعادة تأمين أخرى ذات طاقة تأمينية عالية ^(١) .

ومن هنا يتبين ضرورة وأهمية إعادة التأمين في أنه يحقق الآتي :

- ١ - يمكن شركة التأمين من قبول التأمين على منشآت أو بضائع ونحوها بمبالغ كبيرة مع تحمل مخاطر جزء منها فقط .
- ٢ - تحمي الشركة حملة الوثائق من الوقوع في خسائر فادحة قد تصل إلى حد إفلاس الشركة .
- ٣ - يؤمن للشركة الاستقرار والتوسع الآمن ووفرة في العوائد .

ثانياً : في نشأة شركات إعادة التأمين

بدأت فكرة إعادة التأمين في القرن الرابع عشر للميلاد مصاحبة للتأمين التجاري الذي ظهر في القرن نفسه وأول وثيقة معروفة في إعادة التأمين يرجع عهدها إلى عام ١٣٧٠ م ولكنها لم تكن قائمة وقتئذ على أسس فنية صحيحة ، بل كانت أقرب ما تكون إلى الرهان . وقد منعت إعادة التأمين في إنجلترا في سنة ١٧٤٦ م ، واستمر المنع حتى عام ١٨٦٤ م ، ولم تبدأ إعادة التأمين بداية فعلية إلا في بداية القرن التاسع عشر بعد أن انتشر التأمين

(١) انظر : التأمين وأحكامه ، د . سليمان بن إبراهيم بن ثيان ، ص ٧٤ - ٧٥ ، التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون ، د . غريب الجمال ، ص ١٥٣ ، وإعادة التأمين للدكتور أحمد ملحم ، ص ١١١ ، وعنه تم النقل بتصريف .

انتشاراً مطرداً مدة طويلة ، ولم تكن هناك في بادئ الأمر شركات متخصصة في إعادة التأمين ، بل كانت شركات التأمين المباشر تنشيء فروعاً فيها لإعادة التأمين^(١) ، فأنشئت عام ١٨٤٦ أول شركة لإعادة التأمين ، وهي شركة كولونيا - الألمانية لإعادة التأمين ، وفي عام ١٨٦٣ م أنشئت الشركة السويسرية لإعادة التأمين ، وفي عام ١٨٨٣ م أنشئت شركة ميونيخ لإعادة التأمين ، وفي عام ١٩٠٧ م أنشئت الشركة البريطانية ، ثم توالى بعد ذلك إنشاء شركات إعادة التأمين التي سرعان ما انتشرت في معظم البلاد الصناعية . وفي بداية القرن التاسع عشر حدثت سلسلة حرائق عالمية في مدينة شيكاغو وأوروبا مما دعا الشركات المباشرة إلى اللجوء إلى إعادة التأمين بوفرة ملحوظة ، مما أدى إلى انتشار إعادة التأمين في القرن العشرين ، إذ ترتب على ذلك زيادة ضخمة في إسنادات إعادة التأمين .

لقد شاهد القرن العشرون اتجاه الدول إلى فكرة إنشاء هيئات أهلية لإعادة التأمين. أما بعد الحرب العالمية الثانية فقد تمت عمليات إدماج بين شركات التأمين ترجع أسبابها إلى ارتفاع مصاريف الإدارة وتكاليف الإنتاج . ساهم هذا الإدماج بإيجاد شركات مباشرة بأحجام كبيرة جداً^(٢) .

ثالثاً : في أنواع عقد إعادة التأمين

عقد إعادة التأمين لا يختلف في تكوينه عن عقد التأمين التجاري المباشر، وتأخذ العلاقة بين شركات التأمين المباشر وشركات إعادة التأمين نماذج مختلفة ، منها ما يسمى بالاتفاقي ، ومنها الاختياري ، ولعل أشهرها ، إعادة التأمين عن طريق الاتفاقيات ، وهي على نوعين :

(١) **اتفاقية المشاركة** : وهي التي تفضلها في الغالب شركات التأمين الجديدة على غيرها من الاتفاقيات باعتبار أنها تخفف من العبء المالي على الشركة الجديدة عن طريق الاحتفاظ بنسبة صغيرة من الخطر ، وإعادة الباقي لدى شركات إعادة ، فعلى سبيل المثال : الاحتفاظ بنسب ١٠ ٪ من الخطر وإعادة ٩٠ ٪ إلى معيدي التأمين ضمن مبلغ محدد مسبقاً في هذه الاتفاقية ، ويضاف إليها اتفاقية إضافية تسمى اتفاقية الفأض - كما سيأتي - وذلك لزيادة الطاقة الاستيعابية للشركة ضمن حدود مبالغ معينة ، ويحدد في هذه الاتفاقية مسؤولية كل طرف بالنسبة لحصته من الأقساط ، والتعويضات ، وعمولة إعادة التأمين ، والحسابات والمناطق الجغرافية للاتفاقية ، والإطار القانوني لها ، والمخاطر المشمولة بالتغطية وكذلك المستثناة ،

(١) إعادة التأمين للدكتور أحمد ملحم ، ص ١١٣ ، والتأمين التجاري والبديل الإسلامي للدكتور غريب الجمال ، ص

٩ ، والمعاملات المالية المعاصرة للدكتور محمد عثمان شبير ، ص ١٤٠ ، بتصرف .

(٢) إدارة الخطر والتأمين للدكتور محمد رفيق المصري ، ص ٣٠٣ ، بتصرف يسير .

وعملة الاتفاقية ، وموعد نفاذها وانتهائها ، وغيرها من الشروط التي يتفق عليها مسبقاً بين شركة التأمين وشركات الإعادة .

وتساعد هذه الاتفاقية شركة التأمين المباشر على البدء بتكوين محفظة تأمينية متوازنة بأقل كلفة إدارية ، كما توفر الدعم الفني اللازم عن طريق التعاون في تسعير الأخطار وتسوية التعويضات .

(٢) **اتفاقية الفائض** : وتبرم بعد مرور فترة على عمل الشركة بعدما تُكوّن قاعدة من المعلومات ، والبيانات ، ومحفظة تأمينية تستند عليها في تقدير المخاطر ، وفي الوقت نفسه تكون قد استطاعت تكوين احتياطات فنية مالية تساعدها على زيادة احتفاظها من الخطر ، والتعرف على نوعية المخاطر وأسبابها ، وحجم تكرارها خلال السنوات الماضية ، فاتفاقية الفائض تعطي قدرة استيعابية أكبر ، وتعطي قدرة لشركة التأمين في تحديد نسبة احتفاظها من الخطر طبقاً لقدرتها المالية والفنية ، وتحدد نسبة الاحتفاظ من كل خطر طبقاً لجدول مخاطر محددة ، وحدود احتفاظ مسبقة من كل خطر ، وكذلك الطاقة الاستيعابية لكل اتفاقية سواء في تأمين الممتلكات ، أو البحري والنهري ، أو تأمين الحوادث العامة ، وترتبط جداول الاحتفاظ بدرجة الخطر ومدى احتمالاته .

وقد تكون اتفاقية الفائض اتفاقية أولى ، أو اتفاقية ثانية ، وفي بعض الحالات الثالثة ، وذلك لزيادة القدرة الاستيعابية للشركة ، وهناك بنود وشروط في كل اتفاقية تحدد بدء وانتهاء الاتفاقية ، ونوع العملة ، والحدود الجغرافية للخطر ، والجهة القانونية الدولية التي يتم بها تسوية النزاعات القانونية ، ونوع المخاطر التي تكون مشمولة في هذه الاتفاقية سواء أكانت في اتفاقية المشاركة أم اتفاقية الفائض .

وفي حالة قيام شركات التأمين على النحو المبين سابقاً ، فإن العلاقة تتحدد فقط بين شركة التأمين وشركة إعادة التأمين ، أما المستأمن لدى شركة التأمين ، فلا يتمتع بأية حقوق لدى شركة إعادة التأمين ، وتتحصر علاقته بالشركة التي أمنت له فيما يتعلق بدفع التعويض عند حدوث الخطر المؤمن ضده.

وبموجب إعادة التأمين ، تدفع شركة التأمين المباشر إلى شركة إعادة التأمين مبلغاً مالياً في صورة أقساط تحدد قيمتها تبعاً لحجم الخطر المؤمن ضده يسمى " قسط إعادة التأمين " ، وتقوم شركة إعادة التأمين بواجبها كطرف مؤمن ، حيث تتحمل جزءاً من المخاطر التي تلتزم بها شركة التأمين المباشر ، وذلك بنسبة حصتها مما تتقاضاه من الأقساط .

وتقدم شركة إعادة التأمين للشركات المؤمنة لديها مبالغ باسم " عمولة إعادة التأمين " وأخرى باسم " عمولة أرباح إعادة التأمين " .

أما عمولة إعادة التأمين : فتكون بمثابة تعويض لشركة التأمين عن النفقات التي تتحملها الشركة في سبيل الحصول على العمل الأصلي (ممارسة التأمين) ، ومساهمة من شركة إعادة التأمين في النفقات الإدارية التي تخص الخطر المؤمن ضده .

وأما عمولة أرباح إعادة التأمين ، فتقدم على أساس أنها مكافأة لشركة التأمين على مهارتها في ممارسة التأمين مع عملائها المؤمنين لديها ^(١) .

ويمكن تلخيص أنواع أو صور عقد إعادة التأمين فيما يأتي :

(١) إعادة التأمين الاختياري : إعادة التأمين التي يقوم المؤمن بموجبها بعرض كل خطر تأميني على حدة على معيد التأمين ، ويكون لمعيد التأمين الخيار في قبول أو رفض المخاطر المعروضة عليه .

(٢) إعادة التأمين الاتفاقي : إعادة التأمين التي يتعهد المؤمن بموجبها بإسناد مخاطر معينة في حدود مبالغ أو نسب معينة لمعيد التأمين ويتعهد معيد التأمين بقبول إعادة التأمين على المخاطر المسندة له .

(٣) إعادة التأمين النسبي : إعادة التأمين الاتفاقي التي يتعهد المؤمن بموجبها بإسناد مخاطر معينة في حدود نسب معينة متفق عليها لمعيد التأمين ، ويتعهد معيد التأمين بقبول التأمين على المخاطر المسندة إليه .

(٤) إعادة التأمين غير النسبي : إعادة التأمين الاتفاقي التي يتعهد المؤمن بموجبها بإسناد مخاطر معينة في حدود مبالغ معينة فيما يزيد على مبلغ الخسارة الذي يقرر المؤمن تحمله ، ويتعهد معيد التأمين بقبول التأمين على المخاطر المسندة إليه ^(٢) .

رابعا : في إعادة التأمين لدى شركات التأمين التجاري أو التأمين الإسلامي

مما يكاد يجمع عليه أهل النظر أن إعادة التأمين ضرورة أو حاجة تنزل منزلة الضرورة لا تتمكن شركات التأمين الإسلامية من الفكاك منه ، بل إن سد باب إعادة التأمين كلية قد يؤدي إلى إفلاس الشركات فيما قد تتعرض له من خسارة نتيجة التأمين على منشآت أو معدات ونحوها كالتأمين على المطارات والمجمعات والسفن والطائرات وما إلى ذلك في حال العجز عن التعويض المطلوب .

(١) انظر : ندوة التأمين التكافلي التي أقامتها شركة التأمين التكافلي ، الكويت ، ٢٠٠٠ م ، ص ١٢ - ١٣ ، من أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ١٩٩٥ م . وأوراق عمل ندوة التأمين المجموعة في كتاب التأمين الإسلامي ، الصادر عن شركة التأمين الإسلامي ، ص ٩٩ ، د . أحمد سالم ملحم ، التأمين التعاوني الإسلامي وتطبيقاته في شركة التأمين الإسلامية ، الأردن ، ص ٣٥ - ٣٦ ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٠ م . وانظر مرجع ذلك في أوراق معهد نجاحات للتطوير والتدريب ، ص ٥٨ .

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودية ، وانظر تفصيلاً في الأنواع في إدارة الخطر والتأمين للدكتور محمد رفيق المصري ، ص ٣١٠ وما بعدها ، والتأمين الإسلامي للدكتور علي محيي الدين القره داغي ، ص ٤٢٧ وما بعدها ، وإعادة التأمين ، للدكتور أحمد الملحم ، ص ١١٩ ، والتأمين التجاري والبدل الإسلامي ، للدكتور غريب الجمال ، ص ٩٤ وما بعدها .

ويحسن بصدد بيان الحكم الشرعي أن نبين أوجه الاتفاق والاختلاف بين إعادة التأمين في شركات التأمين التجاري و شركات التأمين الإسلامي .

أما أوجه الاتفاق فهي :

(١) أن أطراف عقد إعادة التأمين والهدف منه واحد في شركات التأمين التجاري والإسلامي .

(٢) أن إعادة التأمين عقد معاوضة مالية تدفع بموجبه شركة التأمين التجاري أو الإسلامي على حد سواء إلى شركة إعادة التأمين حصة متفقاً عليها من الأقساط التي اكتبها مقابل التزام شركة إعادة التأمين بتحمل حصتها من الأخطار التي تتعرض لها شركة التأمين المباشرة .

(٣) في عقد إعادة التأمين وفيما يتعلق بدفع التعويضات عند حدوث الخطر المؤمن منه تتحدد العلاقة بين شركة إعادة التأمين وشركة التأمين التجاري أو الإسلامي فقط أما المستأمن فلا يتمتع بأية حقوق لدى شركة إعادة التأمين وتتحصر علاقته بالشركة المؤمنة له .

(٤) تقدم شركة إعادة التأمين للشركات المؤمنة لديها التجاري منها والإسلامي مبالغ مالية باسم عمولة إعادة التأمين وأخرى باسم عمولة أرباح إعادة التأمين ، أما عمولة إعادة التأمين فتكون بمثابة تعويض لشركة التأمين المباشرة عن النفقات التي تتحملها في سبيل الحصول على عمليات التأمين ، ومساهمة من شركة إعادة التأمين في النفقات الإدارية التي تخص الخطر المؤمن منه ، أما عمولة أرباح إعادة التأمين فتقدم على أساس أنها مكافأة لشركة التأمين المباشرة على مهارتها في ممارسة التأمين مع عملائها المؤمنين لديها .

وأما أوجه الاختلاف في إعادة التأمين بين شركات التأمين التجاري والإسلامي فهي :

(١) أن شركات التأمين التجاري لا تأخذ بعين الاعتبار في ممارستها لإعادة التأمين مشروعية المعاملة أو عدم مشروعيتها .

أما شركات التأمين الإسلامي فإن مشروعية المعاملة أو عدم مشروعيتها محور أساس في جميع معاملاتها ومنها إعادة التأمين .

(٢) أن شركات التأمين التجاري تعتبر طرفاً أصيلاً في عقد إعادة التأمين . فهي تمارس إعادة التأمين بالأصالة عن نفسها لتتمكن من التغلب على الأخطار الجسيمة التي تهددها ذاتياً ؛ لأنها ملزمة بحكم عقد التأمين بدفع التعويضات التي تلزمها عند

تحقق الخطر المؤمن منه ولا يتحمل المؤمن له سوى قسط التأمين الذي يلزم بدفعه إليها بحكم عقد التأمين .

أما شركات التأمين الإسلامي فإنها تمارس عقد إعادة التأمين بالوكالة عن المشتركين في التأمين التعاوني ، فهي بحكم إدارتها للعمليات التأمينية وبحسبها التأميني تدرك أن أقساط التأمين المستوفاة من المشتركين بالتأمين (حملة الوثائق) لا تكفي لدفع التعويضات عن الأخطار المؤمن منها حال وقوعها .

فلا بد من جهة أخرى توفر للمشاركين في التأمين الإسلامي الحماية والغطاء للتغلب على الأخطار الجسيمة التي تهددهم وهذه الجهة هي شركات إعادة التأمين .

(٣) أن شركات التأمين التجاري تحتفظ بمبالغ احتياطية من حصة شركات إعادة التأمين وتقوم باستثمارها ، وغالباً ما يكون استثماراً ربوياً .

أما شركات التأمين الإسلامي فإن المبالغ الاحتياطية التي تبقئها من حصة شركات إعادة التأمين لديها تبقى لدى شركة التأمين الإسلامي كوديعة أو تُستثمر من قبل شركة التأمين هي الطرف المضارب وشركة إعادة التأمين هي الطرف صاحب المال .

(٤) أن المبالغ المالية التي تدفعها شركات إعادة التأمين كتعويضات عن الأضرار أو عمولة إعادة التأمين أو عمولة أرباح إعادة التأمين لا تخضع لحكم شرعي في شركات التأمين التجاري .

أما في شركات التأمين الإسلامي فيُراعى في تملكها وصرفها رأي هيئة الرقابة الشرعية^(١) .

خامساً : في الحكم الشرعي لإعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجاري

لا ريب أن عقد إعادة التأمين لدى شركات التأمين التجاري عقد معاوضة يحكمه بطلان عقد التأمين من حيث الأصل ، وهو ما تكاد الندوات والمجامع الفقهية تجمع على حرمة لما فيه من الغرر والمقامرة والجهالة ؛ لأن المستأمن لا يعلم مقدار التعويض ، بل قد لا يأخذ شيئاً ولما فيه أيضاً من الربا بنوعيه ربا الفضل للتفاوت في التعويضات عما دفع المستأمن ، فقد يدفع زيادة بلا عوض ، والنسيئة لتأجيل الدفع والمال من جنس واحد . وفيه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٩ (٢/٩) في دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني ، وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال ومن مخالفة النظام الذي لا يرضاه الله لهذه الأمة .

(١) إعادة التأمين للدكتور أحمد ملحم ، ص ١٢٠ وما بعدها ، والتأمين على الحياة وإعادة التأمين ، للدكتور محمد سليمان الأشقر ، ١٦٢ وما بعدها ، وبحث الدكتور علي القره داغي ، ص ٢١٢ وما بعدها ، ضمن أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي .

ولما كان عقد إعادة التأمين مع شركات التأمين التجاري ذاتها ، فلا شك أن حكمه حكم أصله ، فلا يجوز الدخول في هذا العقد من حيث الأصل . ومن هنا ثار التساؤل في حكم عقد إعادة التأمين بالنظر إلى عدم وجود الشركات إعادة تأمين إسلامية ، كما ثار السؤال في تحقق الضرورة أو الحاجة المتعينة ، أو الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة .

وقد سبق إلى دراسة هذا الموضوع هيئة الفتوى لأول شركة تأمين إسلامية في السودان ولأهمية ذلك وشموله يحسن ذكر السؤال والجواب في هذا الشأن .

السؤال : لا قيام لشركات التأمين ولا ازدهار لصناعة التأمين إلا بترتيبات إعادة التأمين . وإعادة التأمين تأمين من نوع خاص إذ تقوم شركة التأمين (ويسمى التأمين هنا التأمين المباشر) بدفع جزء يتفق عليه من أقساط التأمين التي تحصل عليها من جمهور المستأمنين لشركة إعادة تأمين تضمن لها نظير أقساط إعادة التأمين هذه مقابلة جزء من الخسائر .

وعند وقوع الخطر المؤمن ضده يلجأ المستأمن إلى شركة التأمين المباشر مطالباً بجرد ما لحقه من خسارة ، فتقوم هذه الأخيرة بدفع كل الخسارة على أن تطالب شركة إعادة التأمين بعد ذلك بدفع جزء التعويض حسب نصوص اتفاقية إعادة التأمين المبرمة بينهما .

واتفاقية إعادة التأمين علاقة عقدية بين شركة التأمين المباشر وشركة إعادة التأمين ، ولا شأن لجمهور المستأمنين بها .

والعرف الساري أن تدفع شركة إعادة التأمين لشركة التأمين عمولة لتغطية مصاريفها الإدارية اللازمة للحصول على أقساط التأمين في المقام الأول مع إضافة قدر تمثيل كأجر لشركة التأمين نظير ما قامت به من عمل . وفي نهاية كل عام بعد أن تقوم شركة إعادة التأمين بعمل حساب الأرباح والخسائر ، إذا تبين أنه قد فاض عن أقساط إعادة التأمين شيء بعد خصم النفقة الإدارية ودفع التعويضات للمتضررين فإن شركة التأمين التجاري تستحق في العادة عمولة أرباح عبارة عن نسبة مئوية من هذا الفائض . ولكن إذا زادت التعويضات المدفوعة عن جملة أقساط إعادة التأمين فإن تبعة الخسارة تقع على عاتق شركة إعادة التأمين بنصيب في الخسارة ، كما أن العرف جرى في التأمين التجاري على أن تقتضي شركة إعادة التأمين من شركة التأمين المباشر سعر فائدة (بمعدل ٣,٥ ٪ في المتوسط) عن المبالغ التي تقوم هذه الشركة الأخيرة باحتجازها كاحتياطي لمقابلة الأخطار السارية . وقد جرى العرف على أن توظف شركة التأمين هذا الاحتياطي بإقراضه بسعر فائدة يزيد عن ٣,٥ ٪ محتفظة بالفرق بين سعري الفائدة .

ولقد واجهتنا مسألة إعادة التأمين هذه عند التفكير في إنشاء شركة التأمين التعاوني ، إذ كما ذكرنا فإن عدم إجراء ترتيبات إعادة التأمين قد يترتب عليه في حدوث خسائر ضخمة انهيار الشركة وبقاء صناعة التأمين إلى الأبد في أيدي اليهود الذين يسيطرون مع الأسف على هذه الصناعة .

ونظراً لعدم وجود هيئة تأمين تعمل على النظام التعاوني فإن الضرورة تقتضي إعادة التأمين في الوقت الحاضر لدى شركات إعادة التأمين المعروفة ، وذلك إلى أن تقوم مثل هذه الهيئة التعاونية لإعادة التأمين ، وقيام هذه الهيئة مرتبط بنجاح شركات التأمين التعاونية وتكوينها لاحتياطات معقولة ، كما أن نجاح شركات التأمين التعاونية واستمرارها مرتبط بدوره بمسألة إعادة التأمين . لكل ذلك نسأل : هل يجوز للضرورة عمل ترتيبات إعادة تأمين مع شركات إعادة التأمين التجارية حتى تقوم شركة إعادة تأمين تعمل وفق أحكام الشريعة السمحة ؟ علماً بأننا سنراعي في اتفاقية إعادة التأمين تجنب المحظورات الشرعية وبالأخص :

(١) ستقوم الاتفاقية على أساس المشاركة بيننا وبين شركة إعادة التأمين بمعنى أن شركة إعادة التأمين في مقابل تنازلنا لها عن ٥٥ ٪ من جملة أقساط التأمين المتحصلة ستضمن لنا ٩٠ ٪ من الخسارة التي نتعرض لها ، وسنقل تدريجياً نسبة ما ندفعه لشركة إعادة التأمين ، وتقل بالتالي النسبة التي يتحملونها من الخسارة .

(٢) لن نتقاضى أية عمولة من شركة إعادة التأمين .

(٣) لن نتقاضى عمولة أرباح من شركة إعادة التأمين .

(٤) لن نحتفظ بأية احتياطات عن الأخطار السارية حتى لا نضطر إلى دفع فوائد ربوية عنها .

(٥) لا نتدخل في طريقة استثمار شركة إعادة التأمين لأقساط إعادة التأمين المدفوعة لها ، وليس لنا أي نصيب في عائد استثماراتها ، كما أننا بالتالي لسنا مسؤولين عن أية خسارة قد تتعرض لها .

نكرر القول أن لجوءنا إلى التعامل مع شركات إعادة التأمين التجارية أملتته الضرورة إذ يترتب على عدم إعادة التأمين قبر فكرة التأمين التعاوني في المهد ، وفي هذا الإجراء المؤقت الذي نلجأ إليه لإعادة التأمين مصلحة محققة للإسلام يمكن من ازدهار صناعة التأمين المتسقة مع النهج الإسلامي ، وتمهد لقيام شركات إعادة تأمين إسلامية في وقت قريب بإذن الله .

الجواب : الجواب عن الاستفسار المذكور الخاص بإعادة التأمين يخضع أيضاً للضوابط المتقدمة (أي التي ذكرتها الهيئة في شأن ردها على الاستفسار الخاص بالتأمين

التجاري) ^(١) ؛ لأن عقد إعادة التأمين التجاري لا فرق بينه من حيث حقيقته وبين عقد التأمين التجاري ، فهو عقد تأمين تجاري يكون المؤمن له فيه شركات التأمين إلا إذا دعت إليه الحاجة المتعينة ، فهل هناك حاجة إلى إعادة التأمين ، أي هل تكون شركات التأمين في مشقة وحرَج إذا لم تتعامل مع شركات إعادة التأمين .

والجواب عن هذا السؤال تقع مسؤوليته على إدارة البنك وخبراء التأمين فيه ، وقد ورد في الاستفسار ما يدل دلالة واضحة على وجود الحاجة الخاصة إلى إعادة التأمين ، فقد جاء في أول الاستفسار " لا قيام لشركات التأمين ولا ازدهار لصناعة التأمين إلا بترتيبات إعادة التأمين " وجاء في وسط الاستفسار " هل يجوز للضرورة ^(٢) عمل ترتيبات إعادة تأمين مع شركات إعادة التأمين التجارية حتى تقوم شركات إعادة تأمين تعمل وفق أحكام الشريعة السمحة " وتكرر مثل هذا في أكثر من موضع في الاستفسار .

إذا كان هذا هو رأي خبراء البنك وإدارته فإن الهيئة ترى جواز إعادة التأمين لوجود الحاجة المتعينة مع إبداء الملحوظات والتحفظات التالية :

(١) ترى الهيئة أن يقلل ما يدفع لشركة إعادة التأمين إلى أدنى حد ممكن بالقدر الذي يزيل الحاجة ، عملاً بقاعدة " الحاجة تقدر بقدرها " وتقدير ما يزيل الحاجة متروك للخبراء في البنك ، فإذا رأوا أن ٥٥ ٪ التي جاءت في الاستفسار (بند ١) هي الحد الأدنى فلا اعتراض للهيئة عليه ، كما أنه لا اعتراض على النسبة التي ستضمونها شركة إعادة التأمين من الخسارة التي تتعرض لها شركة التأمين التعاوني .

(٢) توافق الهيئة على ما جاء في الاستفسار (بند ٢ ، ٣) من أن شركة التأمين التعاوني لن تتقاضى عمولة أرباح ولا أية عمولة أخرى من شركة إعادة التأمين .

(٣) توافق الهيئة على ما جاء في الاستفسار (بند ٤) من أن شركة التأمين التعاوني لن تحتفظ بأية احتياطات عن الأخطار السارية ؛ لأن حفظها يترتب عليه دفع فائدة ربوية لشركة إعادة التأمين .

(٤) توافق الهيئة على ما جاء في الاستفسار (بند ٥) من عدم تدخل شركة التأمين التعاوني في طريقة استثمار شركة إعادة لأقساط إعادة التأمين الموضوع لها ، وعدم المطالبة بنصيب في عائد استثماراتها ، وعدم المسؤولية عن الخسارة التي تتعرض لها .

(١) إشارة إلى فتوى الهيئة في أن التأمين التجاري غير جائز شرعاً ، وهذا هو رأي أكثر الفقهاء الذين بحثوا هذا الموضوع ، ولكن هؤلاء الفقهاء المانعين قد اختلفوا في أسباب المنع ، وجملة الأسباب هي : الفرر ، والربا ، والقمار ، فمن الفقهاء من يرى أن جميع هذه المحظورات موجودة في التأمين التجاري ، ومنهم من يرى وجود بعضها فقط ، وترى الهيئة أن المانع من جواز التأمين التجاري هو الفرر ، وهذا هو المحذور المجمع على تحققه في عقد التأمين التجاري عند القائلين بالمنع .. ينظر نص الفتوى المطول في فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني ، ص ٢٤ وما بعدها .

(٢) الضرورة بالمعنى الفقهي غير متصور وجودها في التأمين ؛ لأن الضرورة هي " أن يبلغ المرء حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب " الأشباه والنظائر للسيوطي ، ٧٧ - القاعدة الرابعة " ، وواضح أن المراد بالضرورة هنا الحاجة ؛ لأن عدم التأمين أو إعادته لا يترتب عليه خوف الهلاك .

(٥) ترى الهيئة أن يكون الاتفاق مع شركة إعادة التأمين لأقصر مدة ممكنة وأن يرجع البنك إلى الهيئة إذا أريد تجديد الاتفاق .

(٦) تحث الهيئة البنك أن يعمل منذ الآن على إنشاء شركة إعادة تأمين تعاوني تغنيه عن التعامل مع شركة إعادة التأمين التجاري^(١) .

وجاء في قرارات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي فيما يخص ضوابط إعادة التأمين الآتي :

لما كان إعادة التأمين أمراً لا بد منه لتوزيع المخاطر ، كان من تمام الواجب إقامة شركات إعادة تأمين على الأساس التعاوني الإسلامي (التكافل) بحيث تلبى احتياجات السوق . وحتى يتم ذلك لا مانع من اللجوء إلى شركات إعادة التأمين التقليدية ، إذا تحققت الحاجة بضوابطها الشرعية ، مع مراعاة ما يلي :

(١) إقلال ما يدفع لشركة إعادة التأمين إلى أدنى حد ممكن ، بالقدر الذي يزيل الحاجة ، كما يقدره الخبراء .

(٢) ألا تتقاضى شركة التأمين التعاوني عمولة أرباح ولا أية عمولة أخرى من شركة إعادة التأمين .

(٣) ألا تحتفظ شركة التأمين التعاوني بأية احتياطات عن الأخطار السارية ، إذا كان يترتب على الاحتفاظ دفع فائدة ربوية لشركة إعادة التأمين .

(٤) أن يكون الاتفاق مع شركة إعادة التأمين لأقصر مدة ممكنة .

يسري على شركة إعادة التأمين من حيث العلاقة بين المساهمين والشركات المباشرة الأحكام التي تطبق في تنظيم علاقة المساهمين بالتأمين في شركات التأمين المباشرة .

ضرورة إيجاد هيئة رقابية شرعية لكل شركة تأمين أو شركة إعادة تأمين^(٢) .

ويجدر أن نذكر أيضاً فتوى هيئة الرقابة الشرعية للشركة العربية الإسلامية (إياك) ورأي هيئة الرقابة الشرعية لشركة التأمين الإسلامي لما فيها من إضافات مناسبة ، وكذلك الرأي المخالف لهذه الفتاوى لفضيلة الشيخ الدكتور عبد العزيز الخياط .

(١) انظر النص المذكور في كتاب فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني (٢٦ - ٣١) ، وفتاوى التأمين ، جمع وتنسيق وفهرست الدكتور عبد الستار أبو غدة والدكتور عز الدين محمد خوجه ٢٣٥ وما بعدها ، والتأمين التجاري والبدل الإسلامي للدكتور غريب الجمال ، ص ٧٤ ، وما بعدها .

(٢) أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ، المنعقدة في الكويت في الفترة من ٦ - ٨ جمادى الآخرة ١٤١٦ هـ ، الموافق ٣٠ - ٣١ أكتوبر - ١ نوفمبر ١٩٩٥ م .

(أ) رأي هيئة الرقابة الشرعية للشركة العربية الإسلامية للتأمين (إياك) :

أجازت هيئة الرقابة الشرعية أن تتعامل شركات التأمين الإسلامي مع شركات إعادة التأمين التجاري على أساس مبدأ الحاجة في الفقه الإسلامي على أن تكون الحاجة متعينة وتقدر بقدرها وعلى أن يكون التعامل محصوراً بين الشركة الإسلامية وشركات إعادة التأمين دون أن يكون للمؤمن له صلة بها ، ولا يجوز لشركات التأمين الإسلامي أخذ عمولة نظير الخدمات ؛ لأنها تؤدي خدماتها للمؤمن لهم ، وتستحق أن تأخذ أجرها منهم مباشرة ؛ لأن أخذ الشركة الإسلامية للعمولة من شركات إعادة التأمين التجاري يجعلها بمثابة المنتج لها .

وفيما يخص أخذ عمولات الأرباح من شركات إعادة التأمين التجاري فإن الهيئة ترى أنه لا مانع من أن تتسلم الشركات الإسلامية تلك العمولات التي تدفعها شركات إعادة التأمين التجاري على أن لا تدخلها في حساب أموال الشركة ، بل يجب عليها أن تصرفها في أوجه الخير والمصالح العامة .

(ب) رأي هيئة الرقابة الشرعية لشركة التأمين الإسلامي في الأردن :

أجازت هيئة الرقابة الشرعية بأن تعيد التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجاري في حالة تعذر الإعادة كلياً أو جزئياً لدى شركات إعادة التأمين الإسلامية ، واستدلوا على جواز ذلك بأن الحاجة تدعو إلى إعادة التأمين كما أكد ذلك القائمون على الشركة وغيرهم من خبراء التأمين ، والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة وإن شركات إعادة التأمين الإسلامية قليلة ولا تستطيع أن تسد حاجة شركة واحدة من شركات التأمين الإسلامي فيما يتعلق بإعادة التأمين .

وبناءً على ذلك فإن الشركة تمارس اتفاقيات إعادة التأمين وفق الأسس والضوابط التالية :

(١) تقوم شركة التأمين بالاتفاق مع شركات إعادة التأمين بموجب اتفاقيات سنوية يقصد منها نقل جزء من الخطر الذي تتحمله شركة التأمين إلى شركة إعادة التأمين .

(٢) تلتزم شركة التأمين مقدماً بأن تحيل إلى المعيد الجزء المتفق عليه من مجموعة الأخطار التي تطبق عليها اتفاقية إعادة التأمين ، ويلتزم المعيد بقبول هذا الجزء ، وتشأ مسؤولية المعيد بمجرد إبرام عقد التأمين الأصلي مع المؤمن له ، وذلك حسب شروط اتفاقيات التأمين .

(٣) تلتزم شركة التأمين بدفع قسط إعادة التأمين لقاء التزام المعيد بدفع نصيبه من المطالبات ، كما يلتزم بأن يدفع لشركة التأمين عمولة على العقود ضمن الاتفاقيات

المعقودة ، ويمكن أن يُنص في الاتفاق على أن تشترك شركة التأمين في الأرباح التي يحققها المعيد في الاتفاقيات المعقودة معها .

(٤) تقوم شركة التأمين بحجز نسبة من الأقساط المعادة وهي ٤٠ ٪ لاتفاقيات الحريق والحوادث العامة ، والتأمين البحري والصحي ، وذلك ضماناً لتنفيذ المعيد لالتزاماته تجاه شركة التأمين ، ويفرج عن هذا المبلغ بعد سنة ضمن اتفاقيات إعادة التأمين ، وتستثمر هذه المبالغ المحجوزة لدى البنك الإسلامي الأردني بالطرق الشرعية ، ويُعطى المعيد الحصة المتفق عليها من أرباح هذه المبالغ المحجوزة .

(٥) تدخل الأرباح المتحصلة للمعيد ضمن حساباته ويخصم منها العمولات المقبوضة من المعيد على أساس أنه من تكاليف عملية إعادة التأمين .

(٦) يلتزم المعيد بأن يدفع عمولة إلى شركة التأمين ، تحدد بنسبة مئوية معينة من أقساط إعادة التأمين .

ولا يمثل ذلك عمولة بمعنى الكلمة ، وإنما هي مساهمة من معيد التأمين في النفقات المباشرة التي تتحملها شركة التأمين ، والخاصة بالأخطار التي أعيد تأمينها .

(٧) تدخل هذه العمولات في حساب حملة الوثائق ضمن الإيرادات .

(٨) تنص اتفاقيات إعادة التأمين عادة على حق شركة التأمين في مشاركة المعيد بنسبة مئوية معينة من الأرباح الصافية التي حققتها من اتفاقية إعادة التأمين باعتبارها مكافأة لها على ممارستها لاتفاقيات إعادة التأمين بجهد إضافي وأسلوب متميز في الأمانة والاحتراف .

(٩) تحتسب هذه العمولة في نهاية الاتفاقية ، وتدخل ضمن عمولات إعادة التأمين في حسابات حملة الوثائق ضمن الإيرادات .

(١٠) إن كلا من عمولتي إعادة التأمين وأرباح إعادة التأمين لا تدفع من أموال المعيد التي تنمو وتستثمر بالطرق المشروعة ولكنها جزء من مستحقته المالية على الشركة التي يتم استبقاؤها في الشركة .

(ج) رأي مجلس الإفتاء الأردني :

قرر مجلس الإفتاء الأردني فيما يتعلق بمشروعية إبرام شركة التأمين الإسلامية في الأردن لاتفاقيات إعادة التأمين مع شركات إعادة التأمين التجاري ما يلي :

" بعد الاطلاع على صيغ التعامل في شركة التأمين الإسلامية ونظامها الأساسي ، تبين للمجلس أن هذه الصيغ تقوم على نظام التأمين التعاوني الجائز شرعاً ، ولكن الشركة تقوم أيضاً في تعاملها على إعادة التأمين عند الشركات التجارية الخاصة بإعادة التأمين وهي (أي شركات إعادة التأمين) لا تلتزم في تعاملها بأحكام الشريعة الإسلامية .

وبما أن شركات التأمين الإسلامية مضطرة إلى إعادة التأمين عندها كي تتمكن من العمل في قطاع التأمين ، فإن هذا الأمر سيظل حتى تقوم شركات إسلامية إعادة التأمين .

وعليه فإن إعادة التأمين - والحالة هذه - تعتبر حاجة تنزل منزلة الضرورة ، وقد بين العلماء أن الحاجة ما يترتب على عدم الاستجابة إليها عسر وصعوبة ، سواء كانت حاجة عامة (أي أن يكون الاحتياج شاملاً لجميع الأمة) أو كانت خاصة (أي يكون الاحتياج لطائفة منهم ، كأهل بلد أو حرفة) فليس المراد بخصوصها أن تكون فردية ، لهذا يجوز التعامل بإعادة التأمين ما بقيت الحاجة قائمة في حدود هذه الضوابط - وينبه المجلس إلى ضرورة أن تتوجه شركات إعادة تأمين إسلامية على مستوى دولي حتى لا تكون الإجازة مبنية على الاضطرار ، كما أن المجلس يؤكد على هيئة الرقابة الشرعية أن لا يلجأ إلى إعادة التأمين إلا عند الحاجة المتيقن منها - والله تعالى أعلم ^(١) .

(د) الرأي المخالف لما سبق من آراء :

وهو رأي الشيخ عبد العزيز الخياط ، وهو رأي جدير بالنظر ، ويساعد على تكوين رأي محدد من إعادة التأمين لدى شركات التأمين التقليدية :

يقول فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور عبد العزيز الخياط - العميد السابق لكلية الشريعة في الجامعة الأردنية ، عضو مجلس الإفتاء الأردني - : إنه لا يجوز لشركات التأمين الإسلامي إبرام اتفاقيات إعادة التأمين مع شركات إعادة التأمين التقليدي (التجاري) بحجة أن ذلك من باب الضرورات التي تبيح المحظورات ؛ لأن المعنى الشرعي للضرورة التي يباح على أساسها المحظور غير متحقق في هذه المعاملة ، فالضرورة هي بلوغ الإنسان حداً إن لم يتناول الممنوع هلك ، وهذا يبيح تناول المحرم .

كما يرى أنه ليست هناك حاجة تنزل منزلة الضرورة لإباحة إعادة التأمين الإسلامي مع شركات إعادة التأمين التقليدي (التجاري) .

ويخشى الدكتور الخياط أن يؤدي الإذن لشركات التأمين الإسلامي بإعادة التأمين لدى شركات التأمين التقليدي كإجراء مؤقت إلى أن تُركن الشركات الإسلامية لذلك ولا تنشأ شركات إعادة تأمين إسلامية .

وينصح شركات التأمين الإسلامية الناشئة بأن لا تؤمن فوق طاقتها وإمكاناتها ، وأن لا تعتمد إلى زيادة مكتسباتها بالمكسب الحرام ويقصد بذلك الربا تعاملاً .

(١) انظر أوراق عمل ندوة التأمين المنعقدة في عمان بدعوة من شركة التأمين الإسلامي العام ، والمجموعة في كتاب التأمين الإسلامي الصادر عن الشركة ، ص ٢٤ - ٢٥ ، عن كتاب إعادة التأمين وتطبيقاتها في شركات التأمين الإسلامي للدكتور أحمد ملحم ، ص ١٣٤ وما بعدها ، وورقة التطبيقات العملية للتأمين الإسلامي للأستاذ عثمان الهادي المدير العام لشركة شيكان للتأمين وإعادة التأمين .

ويضيف قائلاً : " والأصل أن تخلو معاملات المسلمين على اختلاف أنواعها من الربا ، وإذا اضطرت بعض المؤسسات الإسلامية إلى معاملة ربوية كالتى تُجبر عليها البنوك الإسلامية مع البنوك المركزية فلا يعطى صفة الحلال ولا يبرر هذا التعامل وإن كان جبراً عليه .

أما أن تتعامل شركات تأمين الإسلامي باختيارها (أي بإعادة التأمين على نحو ما تقدم) وتلتزم التخريج الشرعي لذلك وتستصدر الفتاوى من هيئة المستشارين الشرعيين فهذا مما لا نوافق عليه " .

ويخلص إلى القول : " ولهذا فأنا أرى الرأي الذي لا يجيز إعادة التأمين عند شركات إعادة التأمين التي تتعامل بالربا وتتعامل معها فيه إلا في حالة واحدة فقط وهي : أنه وقد وجدت شركات التأمين الإسلامي وتعلقت بها مصلحة الغير وعملت مع الشركات الضامنة (شركات إعادة التأمين) على أن تستثمر حصتها بطريقتها الحلال ويخشى انحلالها إذا لم تُعد التأمين ، وإلى أن توجد شركات إسلامية لإعادة التأمين ، أي شركات ضامنة ، فإنني أرى أن الوجه الذي تستمر به شركات التأمين الإسلامية في العمل مع إعادة التأمين ، هو أن القانون الأردني يجبرها على التعامل مع الشركات الضامنة (شركات إعادة التأمين التقليدي) ولا يوجد شركات إسلامية (أي لإعادة التأمين) فتتعامل معها مؤقتاً إلى أن توجد الشركات الإسلامية ^(١) .

ما يترجم من الأحكام الشرعية في : إعادة التأمين لدى شركات التأمين التقليدية :

أولاً : إعادة التأمين لدى شركات تأمين تجارية ضرورة أو حاجة تنزل منزلة الضرورة :

الفتاوى الصادرة في هذا الشأن التي تجيز إعادة التأمين لدى شركات تأمين تجارية تجيز بتعليل الضرورة وبعضها بتعليل الحاجة ، أو تجمع بينهما ، أو هي الحاجة المنزلة منزلة الضرورة ، وقد يفهم من هذا أن مرادهم من الحاجة أو الحاجة المنزلة منزلة الضرورة أنها هي التي تبيح المحرم بإطلاق وهذا ما يحتاج إلى تنويه ، فإن الحاجة أو الحاجة المنزلة منزلة الضرورة ، لا تبيح المحرم بإطلاق ، قال الزركشي والسيوطي : " الضرورة هي بلوغه حداً إن لم يتناول الممنوع هلك ، أو قارب ، وهذا لا يبيح الحرام ، والحاجة كالجائع لو لم يجد ما يأكله لم يهلك غير أنه في جهد ومشقة وهذا لا يبيح الحرام " ^(٢) . وقال الإمام الشافعي : " وليس يحل بالحاجة محرم إلا في الضرورات من خوف تلف النفس ، فأما غير ذلك فلا أعلمه يحل الحاجة ، والحاجة فيه وغير الحاجة سواء " ^(٣) . وفي هذا قال الشيخ عبد الله بن بيه : " الحاجة لا يمكن اعتبارها قائمة مقام الضرورة بصفة مطلقة في إباحة

(١) تراجع مذكرة الشيخ عبد العزيز الخياط وهي مطولة وموثقة بالأدلة في ملحقات كتاب إعادة التأمين للدكتور

أحمد ملحم ، ص ١٨٩ - ٢٠٠ .

(٢) المنشور ، ٢/٣١٩ ، والأشباه والنظائر ٨٥ .

(٣) الأم ٣/٣٨ ، طبعة الشعب المصرية .

المحرم ، بل إن الأصل أن الضرورة وحدها تبيح المحرم ، وأن هذا الحكم لا ينسحب على الحاجة كما قال الشافعي : " وليس يحل بالحاجة محرم إلا في الضرورات " ، وقال الشافعي : " الحاجة لا تحقق لأحد أن يأخذ مال غيره " والسيوطي نفسه صرح بذلك : " أكل الميتة في حالة الضرورة يقدم على أخذ مال الغير " ، ذلك أن أكل الميتة فيه حق الله تعالى فقط ، وأخذ مال الغير ومنه الربا فيه حق الله تعالى وحق الأدمي . قال القرآني : " وقد يوجد حق الله تعالى وهو ما ليس للعبد إسقاطه ، ويكون معه حق العبد كتحريره تعالى لعقود الربا والغرر والجهالات " فهذه العقود محرمة لحق الله وحق العبد فكيف تنزل الحاجة منها منزلة الضرورة بإطلاق^(١) . ويقول الشيخ الدكتور محمد الأشقر وإباحة الحاجة للمحرم عندي تردد وإن قلنا إنها تبيح المحظور فربما كان هذا فيما مضى^(٢) .

والذي نراه في إعادة التأمين لدى شركات تأمين تقليدية ، هو عدم الجواز لا ضرورة ؛ لأن الضرورة غير متحققة ، ولا حاجة ، وهي لا تبيح المحرم - وإذا سلمنا القول بالجواز للحاجة المنزلة منزلة الضرورة ، فإن ذلك ينتفي مع وجود شركات إعادة تأمين إسلامية ولو لم تتحقق معها الميزات كلها ، إلا ما تعجز عنه شركات إعادة التأمين الإسلامية ، أو كان نوعاً من التأمين لا تشمله وثائق التأمين الإسلامية فيكون محل نظر لدى هيئات الرقابة الشرعية في مدى تحقق الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة - إن كانت ترى ذلك - وقد يمكن الاستغناء عن هذا النوع من التأمين لحين تغطيته لدى شركات تأمين إسلامية .

ثانياً : العمولات التي تتقاضاها شركة التأمين الإسلامية من شركة إعادة التأمين التقليدية . والاحتياطات لدى الشركة الإسلامية وعوائد استثمارات شركة إعادة التأمين التقليدية لأقساط إعادة التأمين :

لا وجه لأخذ شركة التأمين الإسلامية عمولة من شركة إعادة التأمين حتى عند من يجيز ذلك للحاجة أو الضرورة نظير الخدمات ؛ لأن جواز التعامل مقدر بقدره ، وهذا زيادة على قدر الحاجة وإنما تفعله شركات إعادة التأمين مع نظيراتها التجارية . وقد أخذت شركة التأمين الإسلامية نسبتها المتفق عليها نظير إدارتها من حملة الوثائق ، ولكن يحتمل أخذ عمولة الأرباح لصرفها في المصاريف العامة ، وهذا ما أفتت به هيئة الرقابة الشرعية في بنك فيصل الإسلامي السوداني كما سيأتي . وكذلك ما يسمى باحتياطات الأخطار غير المنتهية لدى شركة التأمين الإسلامية لا تستحقها لأنها ملك لشركة إعادة التأمين التجارية .

(١) بحث الفرق بين الضرورة والحاجة مع بعض التطبيقات المعاصرة من قرارات المجامع الفقهية ، ج ٩ ، وقد فصل في هذا الموضوع تفصيلاً دقيقاً فليراجع .

(٢) أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ، ١٦٧ .

ويحسن أن نثبت هنا بعض الفتاوى التي عالجت الموضوع ، فقد ورد سؤال على هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني مفاده :

" نرجو إفتاءنا بقراركم عما إذا كان المسموح به لشركة التأمين الإسلامية وشركات إعادة التأمين الإسلامية أن تعيد التأمين وتقبل إعادة التأمين من بعضها البعض إذا كان ذلك مشروطاً من شركة من شركات التأمين أو إعادة التأمين " .

وكان جواب الهيئة الآتي :

" لقد بنت هيئة الرقابة الشرعية فتواها بجواز تعامل شركة التأمين الإسلامية مع شركات إعادة التأمين غير الإسلامية على أساس مبدأ الحاجة في الفقه الإسلامي ، ومن ضوابط هذا المبدأ أن تكون الحاجة متعينة وأن تقدر بقدرها ، ولهذا حرصت أيضاً على أن يكون التعامل محصوراً بين الشركة ومعيدي التأمين ، ولا يكون للمؤمن لهم عند شركة التأمين الإسلامية صلة بشركة إعادة التأمين .

ومن هنا جاء اعتراض الهيئة على أخذ شركة التأمين الإسلامية عمولة من شركات إعادة التأمين غير الإسلامية نظير الخدمات ؛ لأن الشركة الإسلامية تؤدي خدماتها للمؤمن لهم وتستحق أن تأخذ أجرها منهم مباشرة لا عن طريق شركة إعادة التأمين ؛ ولأن أخذ الشركة الإسلامية للعمولة يجعلها بمثابة المنتج لشركة إعادة التأمين غير الإسلامية .

هذا بالنسبة للتعامل مع شركات إعادة التأمين غير الإسلامية ، أما تعامل شركة التأمين الإسلامية مع شركات إعادة التأمين الإسلامية فيجوز من وجهة النظر الشرعية أن يكون على أساس مجموع الأقساط المتحصلة وأخذ عمولة ، كما يجوز أن يكون على أساس صافي الأقساط وعدم أخذ عمولة ، وإتباع أي من المعاملتين يحكمه الاتفاق بين الشركتين .

ومع أن الهيئة تؤكد أنه لا مانع شرعاً من دفع وأخذ عمولات بين شركات التأمين وشركات إعادة التأمين الإسلامية فإنها تؤيد اقتراحكم : " أن يكون الأصل في التعامل بين هذه الشركات الإسلامية على أساس صافي الأقساط وعدم دفع عمولة " للمبرر الذي ذكرتموه وهو التفرقة بين النظام الإسلامي والنظام غير الإسلامي لإعادة التأمين^(١) .

وقد أفتت الهيئة بجواز أخذ عمولة أرباح من شركة إعادة التأمين على أن تصرف وفي أوجه الخير ، فأجابت : " فيما يخص ما يعرف بعمولات الأرباح من شركات إعادة التأمين فلا مانع من أن تتسلم الشركة الإسلامية هذه العمولات إذا قبلت شركات إعادة التأمين التجاري دفعها مختارة على ألا تقوم بإدخالها في أموال الشركة ، بل يجب صرفها في أوجه الخير والمصالح العامة .

(١) فتاوى الهيئة ، ٣٩ ، وفتاوى التأمين ، ٢٤٤ وما بعدها .

وكذلك الحكم بالنسبة للاحتياطيات وعوائد استثمار شركات إعادة التأمين لأقساط التأمين ، ولا يجوز أخذها والاستفادة منها لشركة التأمين الإسلامية ؛ لأنها مملوكة لشركة إعادة التأمين ، وهذا ما ورد جوابه في هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني في جواب الهيئة الآتي :

" احتياطيات الأخطار غير المنتهية التي تحتفظ بها شركة التأمين الإسلامية مال مستحق ومملوك لشركات إعادة التأمين فلا يجوز لشركة التأمين الإسلامية التصرف فيه بالاستثمار أو غيره إلا بإذن ورضا من مالكه ، فإذا أرادت الشركة الإسلامية أن تستثمره فعليها أن تطلب إذناً من شركة إعادة التأمين في استثماره على أحد الوجهين التاليين :

أن يعتبر قرضاً وتكون الشركة الإسلامية ضامنة له وفي هذه الحالة لا تستحق شركة إعادة التأمين شيئاً من الربح ؛ لأنها لا تتحمل شيئاً من الخسارة .

أن يعتبر المال مال مضاربة ولا تكون الشركة الإسلامية ضامنة له إلا في حال التعدي أو التقصير ، وفي هذه الحالة تستحق شركة إعادة التأمين نسبة شائعة من الربح يتفق عليها الطرفان في العقد ^(١) .

كما يجب مراعاة الضوابط التالية في إعادة التأمين:

في حالة إعادة التأمين لدى شركات تأمين تقليدية يجب مراعاة ما يأتي :

- (أ) أن لا يؤدي التعامل إلى أخذ الفائدة ، أو دفعها سواء احتفظت شركة التأمين الإسلامية باحتياطيات تحت التسوية معها أو لا .
- (ب) أن لا تطالب شركة التأمين الإسلامية بنصيب من عوائد استثمارات شركات إعادة التأمين التقليدية لأقساط إعادة التأمين .
- (ج) عدم قبول أية عمولة من شركات إعادة التأمين التقليدية عن إعادة التأمين لديها ، ولا مانع من الاتفاق على تخفيض قسط الإعادة بدلاً عن ذلك .
- (د) لا مانع من أخذ ما ترده شركات إعادة التأمين على نفس المبادئ الشرعية ، والأسس الفنية للتأمين الإسلامي ، وبذلك تكون شركات التأمين هي المشترك .
- (هـ) العمولات المقدمة من شركات التأمين الإسلامية لا مانع من قبولها ^(٢) .

كما جاء في قرارات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ضوابط إعادة التأمين لدى الشركات التقليدية ما يأتي :

(١) انظر : المرجعين السابقين .

(٢) معيار إعادة التأمين الإسلامي رقم (٤١) ، المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية . بتصرفات .

" لما كان إعادة التأمين أمراً لا بد منه لتوزيع المخاطر ، كان من تمام الواجب إقامة شركات إعادة تأمين على الأساس التعاوني الإسلامي (التكافل) بحيث تلبى احتياجات السوق ، وحتى يتم ذلك لا مانع من اللجوء إلى شركات إعادة التأمين التقليدية ، إذا تحققت الحاجة بضوابطها الشرعية ، مع مراعاة ما يلي :

(١) إقلال ما يدفع لشركة إعادة التأمين إلى أدنى حد ممكن ، بالقدر الذي يزيل الحاجة ، كما يقدره الخبراء .

(٢) ألا تتقاضى شركة التأمين التعاوني عمولة أرباح ولا أية عمولة أخرى من شركة إعادة التأمين .

(٣) ألا تحتفظ شركة التأمين التعاوني بأية احتياطات عن الأخطار السارية ، إذا كان يترتب على الاحتفاظ دفع فائدة ربوية لشركة إعادة التأمين .

(٤) أن يكون الاتفاق مع شركة إعادة التأمين لأقصر مدة ممكنة^(١) .

وأيضاً جاء في ضوابط إعادة التأمين في الأجوبة الشرعية للدكتور عبد الستار أبو غدة الآتي :

" يجب العمل على حصر إعادة التأمين بالشركات الإسلامية القائمة على التكافل ، ولا يلجأ لإعادة التأمين لدى شركات تقليدية إلا عند عدم توافر الخدمة اللازمة من حيث الكيفية أو الكمية لدى شركات إعادة تأمين إسلامية ، فحينئذ يباح للحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة .

وفي هذه الحالة يراعى ما يلي :

- (أ) الاقتصار على القدر الضروري ، والمدة الضرورية .
- (ب) في حال احتفاظ شركة التكافل باحتياطات تحت التسوية مع شركات إعادة التأمين التقليدية لا تدفع فوائد لها عنها ، وفي بعض الاجتهادات يمكن استثمارها بمعرفة شركة التكافل وإعطاء نسبة من الربح المتحقق فعلاً إلى شركات إعادة التأمين .
- (ج) عدم المطالبة بنصيب من عائد استثمار شركات إعادة التأمين التقليدية لأقساط إعادة التأمين .
- (د) عدم قبول أية عمولة من شركات إعادة التأمين التقليدية عن إعادة التأمين لديها ، حتى لا تقوم شركة التكافل بدور المنتج للشركات التقليدية فإنها تقتصر على ما هو حلال ، ولا تقبل نسبة مجملة قد تحتوي على محرّمات^(٢) .

(١) قرارات وتوصيات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ، ٤٦٧ .

(٢) فتاوى التأمين ، ٢٤١ .

سادسا : الحلول الإسلامية المقترحة لإعادة التأمين

إن هيئات الفتوى التي أجازت لشركات التأمين الإسلامية إعادة التأمين التجارية أسندت الجواز لحال الضرورة ، أو الحاجة الملحة التي تنزل منزلة الضرورة ، ولما كانت الضرورة والحاجة تقدر بقدرها ، فإن وجود شركات إعادة تأمين إسلامية يصبح مطلباً ملحاً ، وحلاً حاسماً ، إلا أن تحقيق ذلك يحتاج إلى وقت وعمر مستقبلي مديد تنمو فيه شركات التأمين الإسلامية وتحقق نجاحات ملحوظة مؤثرة ، وإلى أن يحدث ذلك فإن اقتراح حلول تقرب المسافة ، وتحقيق المقصد بأقصر طريق تعد مطلباً جديراً بالنظر هو أولى ، بل أوجب من إعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التقليدية .

أخذين في الاعتبار نشوء عدد قليل من شركات إعادة تأمين إسلامية لكنها ما زالت قاصرة عن تحقيق التغطية التأمينية المطلوبة .

ولقد قدمت عدة مقترحات وتصورات في هذا الشأن نعرض لأهمها مع إبداء الرأي فيها ترشيداً للمسيرة .

أولاً : التأمين بالتضامن بين شركات التأمين الإسلامي : بحيث تتعاون عدة شركات في اقتسام الخطر المؤمن منه الذي لا تستطيع أي منها تحمله بمفردها فتتحمل كل شركة من تلك الشركات جزءاً من الخطر الذي ترى أن لديها القدرة على استيعابه وهو ما يعرف لدى المختصين بالتأمين بالاكتتاب الجزأ .

ثانياً : تأسيس اتحاد عام لشركات التأمين الإسلامي على أساس التأمين التعاوني بين الشركات ، وإنابة واحدة منها بالتعاقد مع المستأمنين مع قبول بقية الشركات لهذا التعاقد كل منها في الجزء الذي يخصها ، وهو ما يعرف بالتأمين المشترك أو الاكتتاب المجمع ، فكل شركة شخصيتها الاعتبارية وذمتها المستقلة ، وإذا حصل اتحاد بين تلك الشركات فتضم ذممها إلى بعضها البعض لتشكل ذمة واحدة ذات طاقة تأمينية مرتفعة وبذلك يتحقق الباعث الأول على إعادة التأمين وهو توفير الغطاء الذي يمكنها من التغلب على الأخطار الجسيمة التي تفوق تعويضاتها المالية في حال وقوعها قدرات كل شركة من شركات التأمين الإسلامي المباشر بمفردها .

والمستند الفقهي للتعاون الجماعي في التأمين الإسلامي هو نظام العواقل الثابت بالسنة الصحيحة .

ثالثاً : تأسيس شركات إعادة تأمين إسلامي بمساهمة من شركات التأمين الإسلامي المباشر : تؤسس هذه الشركات بصفة شركات مساهمة برؤوس أموال مرتفعة يساهم فيها بالإضافة إلى شركات التأمين الإسلامي المباشرة أصحاب رؤوس الأموال الكبيرة بحيث تكون قيمة السهم فيها مرتفعة لتمارس التأمين التعاوني على مستويات

أعلى من مستويات التأمين الذي تمارسه شركات التأمين الإسلامي العاملة في وقتنا الحاضر مما يمكنها من زيادة طاقتها الاستيعابية .

رابعاً : إنشاء شركات لإعادة التأمين الإسلامي برأس مال كبير بمساهمة المصارف الإسلامية في العالم الإسلامي رداً للجميل بالجميل ، فكما أن إنشاء شركات التأمين الإسلامي تُستكمل به حلقة الاقتصاد الإسلامي من خلال دعمها للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية حيث إن تلك المؤسسات لا تستطيع أن تؤدي رسالتها الاقتصادية إلا بتعاملها مع شركات التأمين الإسلامي (١) .

خامساً : الطريقة التعاونية المبسطة لإعادة التأمين الإسلامي : أن تتبرع كل شركة تأمين إسلامية بمبلغ يتناسب مع الأخطار المحددة التي تريد تغطيتها ، ويدفع المبلغ مقدماً وتجتمع تلك المبالغ تحت يد إدارة موثوقة مستأجرة ، ثم تغطي منها الخسائر التي دفعت عن الأخطار المحددة .

ويمكن أن لا تدفع المبالغ مقدماً ، بل تقبل الإدارة من الشركات المتعاونة في عملية إعادة تعهداً بدفع ما ينوبها عند حصول الخطر المحدد . ثم يجري التقاص بين الشركات .

وهذا النوع بشقيه تعاوني صرف ، موافق للشريعة بصورة ظاهرة ، كما هو واضح من مقارنته ببعض الصور التعاونية التي وقعت في العهد النبوي وأقرتها الشريعة الإسلامية ، كحديث الأشعريين (٢) .

وفي هذه الطريقة يكون كل من شركات التأمين مستأمناً ومعيداً في الوقت نفسه .

كيفية إجراء العمل بهذه الطريقة :

أن تلتزم كل شركة داخلية في هذا التعاون بمقدار معين من المخاطرة وتتولى إدارة التجمع إحصاء هذه المقادير المجتمعة ، ثم تأتيها طلبات إعادة التأمين حسب مبالغ التأمين التي التزمت بها كل شركة لعملائها وفاضت عن قدرتها ، فتوزعها إدارة التجمع على الشركات بالنسب الملتزم بها ، وحيث وقعت الخسارة المؤمن منها تسدد كل شركة ما ينوبها منها حسب حصتها .

أما في حالة تحقق فائض فإنه يعاد إلى الشركات بنسبة اشتراكاتها .

سادساً : تولي إعادة التأمين من قبل شركات تجارية : أن تتولى شركة تجارية ، سواء كانت بنكاً أو غيره ، إدارة أعمال إعادة التأمين التعاوني الإسلامي .

(١) انظر : التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق ، عبد السميع المصري ، ص ٨٢ ، التأمين بين الحظر والإباحة ، سعدي أبو حبيب ، ص ٦٠ - ٦١ ، ومدخل إلى إعادة التأمين ، عبد اللطيف عبود ، ص ١٤ ، والتأمين بين الشريعة والقانون ، الدكتور غريب الجمال ، ص ١٥٠ ، عن إعادة التأمين الإسلامي أحمد ملحم ، ص ١٥٦ .

(٢) أخرج البخاري ومسلم من حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن الأشعريين إذا أرملوا في الغزو أو قل طعام عيالهم بالمدينة ، جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ، ثم اقتسموه بينهم بالسوية ، فهم مني وأنا منهم .

ولذلك صور :

الصورة الأولى : أن يكون التعاون من البسيط المار ذكره ، فتنجمع الأقساط التي تتبرع بها شركات التأمين لدى شركة إعادة ، وهي تتولى الصرف من تلك الأقساط في حالة حدوث الخطر ، وتتولى إعادة الفائض بتوزيعه على الشركات المستأمنة .

ويمكن أن توضع المبالغ المجتمعة في حساب جار ، أو حساب توفير ، أو استثمار ، لدى بنك إسلامي أو أكثر ، إلى أن يحين موعد التصرف فيها طبقاً لما تقدم .

الصورة الثانية : أن تتولى عملية إعادة التأمين التعاوني شركة تجارية مساهمة ، تنشأ بغرض أساسي هو تولي إعادة التأمين الإسلامي ، وهي تتقبل الاشتراكات من الشركات المستأمنة طبقاً للأصول المتبعة في تقدير الأقساط ، وتتولى الصرف منها في حال وقوع الأخطار المحددة .

ويمكن أن تتحدد مصلحة هذه الشركة التجارية في مقابل إدارتها لعملية إعادة التأمين في أحد الأمرين التاليين :

الأول : أن تتاح لها فرصة المضاربة بالأقساط المجتمعة لديها باستثمارها في الأوجه التي تراها . يكون للشركة نسبة متفق عليها تحدد مقدماً ، وتعلن مقدماً ، نحو (١٠٪) يضم إلى رصيد الأموال التأمينية المجتمعة لديها ، وإن تحققت بالاستثمار المذكور خسارة لم تتحمل الشركة شيئاً ، ويفوتها تحقيق مكسب لمساهميها .

الثاني : أن تأخذ شركة إعادة التأمين على عملية إعادة التأمين ، وعلى استثمار الأموال التأمينية أجراً . وفي هذه الحال تستحق الأجر سواء أربحت في الاستثمار أم خسرت .

ويمكن تحديد الأجر لكل من العاملين بالنسبة ، فتأخذ نسبة معينة نحو (١٪) من كل قسط تأميني يرد إليها ، مقابل العملية التأمينية ، ونسبة معينة أخرى نحو (٥٪) من المبالغ التي يجري استثمارها لسنة مثلاً ، مقابل العملية الاستثمارية^(١) .

ونعتقد أن هذه الصيغ مناسبة كلها ، ولعل بعضها يسلم الأمر إلى البعض الآخر مرحلياً ، فكل الصيغ صالحة للتطبيق ، ويجب تشجيعها ودعمها حاشا الصيغة الأخيرة ما لم تكن مؤقتة واختلاف هذه الصيغ اختلاف وسائل يخلها التطبيق والتجربة ، كما أن تعددها يورث مرونة تناسب شركة أو شركات إعادة تأمين أكثر مما يناسب أخريات ، المهم أن تتعدد شركات إعادة التأمين مع ملاءة عالية مع تضافرها متآزرة لتسد الثغرة ، وكما نجحت مسيرة البنوك الإسلامية رغم ضخامة الصعاب ، وتبعتها في النجاح شركات التأمين الإسلامية ، فينبغي أن تتجح أيضاً شركات إعادة التأمين الإسلامية -

(١) الخامس والسادس مقترح الدكتور محمد سليمان الأشقر ، ص ٣٠ ، ضمن أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي .

رغم نجاح الموجود منها جزئياً – وتكثر لأن كثرتها من لوازم نجاحها ، ونعتقد أن نجاح شركات إعادة التأمين موضوع وقت فحسب ، ليتكامل بناء الاقتصاد الإسلامي ، فإن حاجة المسلمين لشركات التأمين وإعادة التأمين مثل حاجتهم للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية ، حتى يتحقق للمسلمين رضا ربهم بعبادتهم المالية له جل وعلا .

مقترح قرارات بشأن

أولاً : مبدأ المشاركة في الربح والخسارة في شركات التأمين الإسلامي

لما كان التأمين الإسلامي قوم على مبدأ الالتزام بالتبرع لمصلحة المشتركين بقصد تعويض ما قد يقع من ضرر على المشتركين أو بعضهم ، كان من المفترض أن يشارك جميع المشاركين في صندوق التأمين في الربح والخسارة وفق الشروط والضوابط المتفق عليها .

ثانياً : الفائض التأميني في شركات التأمين الإسلامي

هو ما تبقى من الاشتراكات وعائد استثماراتها بعد حسم المصروفات وتكوين المخصصات والاحتياطات ، وهو حق لحملة الوثائق لا يشاركهم فيه المساهمون .

طرق توزيع الفائض التأميني :

- (١) التوزيع على حملة الوثائق جميعهم دون تفرقة بين من حصل على تعويض لحادث وقع له ، ومن لم يحصل على تعويض .
- (٢) التوزيع على من لم يحصلوا على تعويضات .
- (٣) التوزيع على من لم يحصلوا على تعويضات ، وعلى من حصلوا على تعويضات أقل مما دفعوه من اشتراكات خلال الفترة المالية .(وهذا موافق لقرار مجمع الفقه)
- (٤) التوزيع بين حملة الوثائق وأصحاب حقوق الملكية .
وتعتبر الطريقة الأولى هي الطريقة المثلى .

ثالثاً : مبدأ حق الحلول في شركات التأمين الإسلامي

يجوز إحلال المؤمن الذي وفى بمبلغ التأمين للمؤمن له محل هذا الأخير وأن يرجع المؤمن على المسئول عن الضرر .

رابعاً : مبدأ التحمل في شركات التأمين الإسلامي :

ويقصد به تحمل المؤمن له جزءاً من تكاليف الضرر عند حدوثه ، ثم يطالب الشركة بما زاد .

خامساً : إعادة التأمين لدى شركات التأمين التجارية :

الأصل عدم جواز إعادة التأمين إلا على أساس التأمين الإسلامي ، ولكن نظراً لعدم توافر إعادة التأمين الإسلامي بما يغطي الحاجة من حيث عدد الشركات وتنوعها والطاقة الاستيعابية لها ، فإنه يجوز إعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجارية بالقيود التالية :

- (١) تقليل النسبة التي تدفع من الأقساط لشركات إعادة التأمين التجارية إلى أدنى حد ممكن ، بالقدر الذي يزيل الحاجة - عملاً بالقاعدة الفقهية : الحاجة تقدر بقدرها ، وهذا التقدير متروك للخبراء.
 - (٢) عدم تقاضي عمولة من شركة إعادة التأمين لأن أخذ العمولة يجعل شركة التأمين الإسلامي بمثابة المنتج لشرك إعادة التأمين التجارية ، ومالا يجوز فعله لا يجوز الوساطة فيه.
 - (٣) ألا تدفع شركة التأمين الإسلامي فائدة عن الاحتياطات التي تحتفظ بها ، على أن يتم الاتفاق مع شركات إعادة التأمين التقليدية على أن تستثمر الشركة الإسلامية هذه الاحتياطات بالطرق المشروعة ، وتدفع لها نسبة من الربح باعتبارها رب المال.
 - (٤) عدم تدخل شركة التأمين الإسلامي في طريقة استثمار شركة إعادة التأمين لأقساط إعادة التأمين المدفوعة إليها ، وعدم المطالبة بنصيب في عائد استثماراتها ، وعدم المسؤولية عن الخسارة التي تتعرض لها.
 - (٥) أن يكون الاتفاق مع شركة إعادة التأمين لأقصر مدة ممكنه ، وأن ترجع شركة التأمين الإسلامي إلى هيئة الرقابة الشرعية كلما أرادت تجديد الاتفاقية مع شركة إعادة التأمين التجارية .
- (هذا نص قرار مؤتمر وثاق الأول للتأمين التكافلي المنعقد في الكويت في الفترة من ٢٠ - ٢١ محرم ١٤٢٧هـ الذي يوافق ١٩ - ٢٠ فبراير ٢٠٠٦م. ويوافق قرارات صدرت من جهات علمية أخرى)

فهرس

رقم الصفحة	الموضوع
١	التمهيد
٣	المبحث الأول : مبدأ تحمل المشاركة في الربح والخسارة في شركات التأمين الإسلامي :
٣	- أطراف شركة التأمين الإسلامي
٤	- التحمل تبعاً لطبيعة العلاقة بين الأطراف
٦	- ما تتحمله شركة التأمين وما تستحقه
٧	- التكيف الشرعي لمبدأ استحقاق الربح وتحمل الخسارة
٩	المبحث الثاني : الفائض وتوزيعه في شركات التأمين الإسلامي :
٩	أولاً : تعريف الفائض
٩	ثانياً : التكيف الفقهي للفائض
١١	ثالثاً : كيفية توزيع الفائض
١٣	المبحث الثالث : مبدأ الحلول في شركات التأمين التجاري الإسلامي :
١٤	- أساس حق الحلول : القانوني
١٥	- أساس حق الحلول : بالحوالة
١٦	- شروط الحلول
١٨	- آثار الحلول القانوني
١٩	- التكيف الشرعي لحق الحلول في شركات التأمين الإسلامي
٢١	- آثار الخلاف بين التكيف الشرعي والقانوني لمبدأ الحلول
٢٣	المبحث الرابع : اشتراط التحمل في شركات التأمين الإسلامي :
٢٣	- تحديد نسبة التحمل من قيمة العقد
٢٥	المبحث الخامس : إعادة التأمين في شركات التأمين الإسلامي :
٢٥	أولاً : مفهوم إعادة التأمين
٢٨	ثانياً : نشأة شركات إعادة التأمين .
٢٩	ثالثاً : أنواع عقد إعادة التأمين .
٣١	رابعاً : إعادة التأمين في شركات التأمين الإسلامي
٣٣	خامساً : الحكم الشرعي لإعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجاري
٤٦	سادساً : الحلول الإسلامية المقترحة لإعادة التأمين
٥٢	الفهرس



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

Bottom of Form

مشروع قانون نموذجي في التأمين التكافلي (مع نظام أساسي نموذجي لشركة تأمين تكافلي)

أعدده

المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم (دبي)

بتوصية من

مؤتمر التأمين التعاوني : أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه
المنعقد بالأردن في الفترة ١١ - ١٤ أبريل ٢٠١٠ بالتعاون بين الجامعة
الأردنية ومجمع الفقه الإسلامي الدولي والمنظمة العربية للتربية
والعلوم والثقافة "إيسسكو" والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو
مجموعة البنك الإسلامي للتنمية.

يقدمه

د. عبد الستار الخويلدي

الأمين العام للمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم

نص التوصية الصادرة عن مؤتمر التأمين التعاوني، أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه المنعقد بالأردن في الفترة ١١ - ١٤ أبريل ٢٠١٠ بالتعاون بين الجامعة الأردنية ومجمع الفقه الإسلامي الدولي والمنظمة العربية للتربية والعلوم والثقافة "إيسسكو" والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية.

المحور الثاني

تشريعات التأمين التعاوني، وعقوده، ووثائقه

- دعوة المركز الاسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم بإعداد مشروع قانون ونظام أساسي لشركات التأمين الإسلامية، على ضوء ما حدد من توصيات في ورقة التصور الشمولي لمشروع قانون ونظام أساسي لشركات التأمين الإسلامية، على أن يعرض على مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
- دعوة الدول والحكومات الإسلامية لإصدار تشريعات خاصة للتأمين الإسلامي.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة :

أدى تقدم الحياة المدنية وتشعبها وكثرة الحوادث والأضرار الجسيمة التي لا يستطيع أن يتحملها فرد أو مجموعة إلى قيام شركات تأمين تعرف بشركات التأمين التجاري تتولى جبر الأضرار وفق منهجها.

والتأمين كما يمارس اليوم في المجال الاقتصادي والاجتماعي وبأنواعه المتعددة يعتبر من العقود المستجدة في الفقه الإسلامي ولا توجد له أحكام خاصة في الشريعة الإسلامية وإن كانت له أصول عامة في الفقه^١

وحرص الإنسان منذ القدم على حماية ممتلكاته من التلف والهالك والتي تحققها صيغة التأمين كلياً أو جزئياً والتي ليست محل خلاف بين المختصين والخبراء. فحتى الذين لا يرون جدوى في التفريق بين تأمين تعاوني مباح وتأمين تجاري محرم يرون أن نظام التأمين في ذاته مقبول، بل مستحب في ظل الشريعة الإسلامية وبأنواعه الثلاث^٢.

ومضمون هذا الإجماع أن تجزئة الأضرار وتوزيعها بين عدد كبير من الناس وتعويض المتضررين هو مبدأ تعاون في حد ذاته لا ينكره عرف الناس ولا يعارض نصاً شرعياً قطعياً. بقي أن ننظر في التفصيل والكيفية للوصول إلى صيغة مقبولة شرعاً، وهذا هو مصدر الخلاف والتباين في الآراء.

وقد نال موضوع التأمين اهتمام المجمع الفقهي واللجان الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية في وقت مبكر. ونذكر على سبيل المثال: القرار الخامس للمجمع الفقهي بمكة المكرمة في دورته الأولى المنعقدة في ١٠ شعبان ١٣٩٨هـ والذي أصدر قراراً في موضوع التأمين بشتى صورته وأشكاله. كما اهتم مجمع الفقه الإسلامي الدولي بموضوع التأمين. فقد أصدر قراراً منذ أكثر من ربع قرن حول الموضوع (القرار رقم ٩/٢٠٩). ولكن لم يتوسع مجمع الفقه الإسلامي الدولي في الموضوع، بل اقتصر على إثارة ثلاث مسائل وضع لها المبادئ والأسس وبطريقة مقتضبة دون تفصيل لتلك المبادئ والأسس. فقد أفتى المجمع فيما هو سائد وهو التأمين التجاري، واعتبره حراماً شرعاً، ثم أعطى البديل وهو عقد التأمين التعاوني موضحاً الأسس التي يقوم عليها التأمين من منظور إسلامي: "القائم

^١ "عقد التأمين من العقود التي لا يوجد لها أحكام خاصة في الشريعة الإسلامية ولم يبحثه الفقهاء المسلمون المتقدمون لأن نظام التأمين حديث نقل إلينا من الغرب مع ما نقل من أنظمة وقوانين" (الشيخ رجب التميمي "التأمين وإعادة التأمين". مجلة مجمع الفقه الإسلامي. الدورة الثانية. العدد الثاني. الجزء الثاني ١٤٠٧هـ/١٩٨٦م ص ٥٥٥)

^٢ أنظر رسالة فضيلة الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء إلى الأمين العام لمجمع الفقه الإسلامي حول التأمين وإعادة التأمين. رسالة منشورة بمجلة مجمع الفقه الإسلامي. الدورة الثانية. العدد الثاني. الجزء الثاني ١٤٠٧هـ/١٩٨٦م ص ٦١١. والمقصود بالأنواع الثلاثة: (أ) التأمين على الأشياء، (ب) التأمين من المسؤولية وتسمى تأمين ضد الضرر، و(ج) التأمين على الحياة، وهو تأمين أسرة المستأمن بعد وفاته.

على أساس التبرع والتعاون" (الفقرة الثانية من القرار المذكور)، ثم وفي شكل توصية دعى المجمع الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني^٢.

وقد شكلت هذه المبادئ أرضية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية لإصدار معيار يحمل رقم ٢٦ تحت عنوان: "التأمين الإسلامي". وقد أشار المعيار المذكور إلى قرار المجمع في مستند الأحكام الشرعية الذي رافق نص المعيار.

ومن خلال ما كتب في القانون والفقاه المعاصر في المجال فإن تكييف عقد التأمين لا يخرج عن تكييفين اثنين:

- إما أن يلحق بعقود المعاوضة التي يحرم فيها الربا والغرر، وبالتالي تكون النتيجة منع هذه الصيغة من الناحية الشرعية،
- أو إلحاقه بعقود التبرع التي لا يتصور فيها الربا، أما الغرر فيفتقر فيها، وتكون النتيجة الحل من الناحية الشرعية.

ويكمن الحد الفاصل بين فكرة المعاوضة وفكرة التبرع في أن المعاوض يعمل منذ البداية لحساب نفسه لا لحساب الغير، أما المتبرع فهو يعمل لحساب الغير ابتداءً وإذا صادف أن استفاد من عمله إنتهاءً فيكون ذلك بصفة عرضية ولا يؤثر على النية الأصلية في التبرع.

وهناك من يرى أن التأمين في كافة صورته (بما في ذلك التأمين التجاري) "هو منظومة جماعية لتوزيع آثار المخاطر التي يتعرض لها أفراد المنظومة، وأنه لذلك يخرج من نطاق البحث في الربا والغرر الذي يحكم المعاوضات الفردية على نحو يكون معه مباحاً بحسب وضعه الأصلي"^٥.

ومثل هذه الاختلافات بين الباحثين والفقهاء انتقلت إلى ساحة القضاء فقد أشارت المحاكم إلى ذلك بقولها "مخالفة التأمين لأحكام الشريعة الإسلامية مسألة مثار خلاف شديد بين علماء المسلمين منهم من ذهب إلى عدم تعارض التأمين مع أحكام الشريعة

^٢ من الناحية المصطلحية استخدم مجمع الفقه الإسلامي الدولي عبارة "التأمين التعاوني". واستخدم المعيار الشرعي رقم ٢٦ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة عبارة "التأمين الإسلامي"، بينما استخدم مجلس الخدمات المالية الإسلامية عبارة "التأمين التكافلي". وهذا المصطلح الأخير هو الأكثر شيوعاً في سوق التأمين المتلزم بأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها.

^٤ الربا في التأمين كعقد معاوضة ليس ثابتاً ويحتاج إلى تدقيق لأن البدلين في معاوضة التأمين يكونان من جنسين مختلفين باعتبار أن أحدهما وهو القسط يكون مبلغاً من النقود وأن البدل الآخر وهو الضمان يكون إصلاح الضرر أو التعويض عن قيمته، وشبهه الربا التي تقوم على اتحاد الجنس ليست متوفرة. أما استثمار أموال التأمين بالصيغ الربوية فهذه مسألة أخرى تخص كيفية إدارة الأموال.

^٥ أ.د. مصطفى محمد الجمال "الوسيط في التأمين الخاص وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية الإماراتي". الطبعة الأولى ١٩٩٧-١٩٩٨، الهامش رقم واحد.

الإسلامية ومنهم من رأى خلاف ذلك^٦. ولكن انتشار التأمين التكافلي على نطاق واسع داخل العالم الإسلامي وخارجه أصبحت هذه الاختلافات من الماضي.

وقد تم تعريف التأمين الإسلامي في المادة الثانية من المعيار الشرعي رقم ٢٦ على أنه "اتفاق اشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار ، وذلك بدفع الاشتراكات على أساس الالتزام بالتبرع، ويتكون من ذلك صندوق تأمين له حكم الشخصية الاعتبارية ، وله ذمة مالية مستقلة (صندوق) يتم منه التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد المشتركين من جراء وقوع الأخطار المؤمن منها ، وذلك طبقا للوائح والوثائق. ويتولى إدارة هذا الصندوق هيئة مختارة من حملة الوثائق ، أو تديره شركة مساهمة بأجر تقوم بإدارة أعمال التأمين واستثمار موجودات الصندوق".

وانطلاقاً من هذا التعريف الشامل، يمكن إجراء الملاحظات التالية:

- في التأمين التكافلي كل عضو مشترك تجتمع فيه صفة المؤمن والمؤمن له ولهما مصلحة واحدة مشتركة.
 - أقساط التأمين (الاشتراكات) التي يدفعها المشتركون هي ملك لهم، و تدخل في حساب حملة الوثائق الخاص بهم، حيث تدفع منها التعويضات للمتضررين منهم، ويرصد جزء منها كاحتياطات فنية، ويعاد الجزء المتبقي منها إليهم في شكل فائض تأميني.
 - هناك فصل بين إدارة أعمال التأمين وبين استثمار موجودات الصندوق.
 - يقوم التأمين التكافلي على عقد تبرع منظم وملزم بين المشاركين.
- سوف نتناول في هذا المشروع المحاور الأساسية التي يجب أن يتضمنها مشروعاً متكاملًا في المجال، مع ترك المجال للنصوص الترتيبية (اللوائح التنفيذية) ضبط التفاصيل وفق كل نظام.
- ومن هذه المحاور:

- تعريف التأمين التكافلي
- صيغ إدارة التأمين التكافلي.
- حقوق وواجبات أطراف التأمين التكافلي.
- طرق تغطية العجز التأميني وما يطرحه من إشكالات قانونية وشرعية.
- سبل تثبيت قدم التأمين التكافلي في سوق تنافسية

^٦ الطعن رقم ١١ لسنة ٢٢ جلسة ١٩٨٠/١١/٥ . مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة. النقض المدني والتجاري. السنة من الأولى إلى الثالثة من أول يناير ١٩٧٩ إلى آخر ديسمبر ١٩٨١ ص ١٣٨

• التأكيد على احترام مؤسسة التأمين التكافلي لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها في كل أنشطتها.

هذا ولم يبدو لنا من المناسب الخوض في بعض التفاصيل - على أهميتها أحياناً - وتركنا ذلك للنصوص الترتيبية لتتناولها في باب إدارة المخاطر. ومن أمثلة ذلك اشتراك شركات التأمين التجاري في تأمينات شركات التأمين الإسلامي، واشتراك شركات التأمين الإسلامي في تأمين حصة من الأخطار التي تؤمنها شركات التأمين التجاري.^٧

^٧ المقصود هنا هو اقتسام الخطر المؤمن عليه بين شركة التأمين المباشر وشركة تأمين أخرى إما لعدم توفر الطاقة الاستيعابية اللازمة لهذا الخطر، أو بسبب إلزامية القانون بتوزيع أعمال التأمين التي تزيد قيمتها عن مبلغ معين على عدد من شركات التأمين. ويعبر عن نقل جزء من الخطر المؤمن لدى شركة تأمين إلى شركة تأمين أخرى بمصطلح "تأمين المحاصصة".

نص المشروع في تعريف التأمين التكافلي

المادة الأولى:

التأمين التكافلي (أو التعاوني)^٨ هو اتفاق مجموعة من المشتركين فيما بينهم على دعم بعضهم بعضا بالتبرع باشتراكات تخصص لجبر ما يقع من أضرار أو خسائر على أي منهم حسب قوانين وأسس معينة.

ولتحقيق ذلك يساهم المشتركون بمبلغ من المال في صندوق مشترك، وتستخدم حصيلة الصندوق لمساعدة الأعضاء ضد أنواع معينة من الخسائر والأضرار متفق عليها ومثبتة في عقود.

ملاحظة:

إذا ما تم دمج المؤسسة التي تدير التأمين كجزء من العملية التأمينية انطلاقاً من أنه لا يمكن قانوناً أن يدار التأمين مباشرة من قبل المشتركين فيه^٩، عندها يعرف التأمين التكافلي كالتالي:

"التأمين التكافلي هيكل مختلط يشمل مؤسسة التكافل تعهد لها مهمة الإدارة وصندوق أموال تكافلية تعود ملكيته إلى المشتركين في التكافل".

ويفضل في هذه الحالة تبني تعريف المعيار الشرعي رقم ٢٦ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية وهو تعريف شامل، وقد صيغ كالتالي:

"اتفاق أشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار، وذلك بدفع الإشتراكات على أساس الإلتزام بالتبرع، ويتكون من ذلك صندوق تأمين له حكم الشخصية الاعتبارية، وله ذمة مالية مستقلة (صندوق) يتم منه التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد المشتركين من جراء وقوع الأخطار المؤمن منها، وذلك طبقاً للوائح والوثائق. ويتولى إدارة هذا الصندوق **هيئة مختارة من حملة الوثائق**، أو تديره شركة مساهمة بأجر تقوم بإدارة أعمال التأمين واستثمار موجودات الصندوق".

^٨ يطلق على التأمين الذي تمارسه شركات التأمين الإسلامية المصطلحات التالية: التأمين التعاوني، والتأمين التكافلي، والتأمين الإسلامي، والتأمين التبادلي. ولعل أكثرها شيوعاً التأمين التعاوني والتأمين التكافلي. أما مصطلح التأمين التبادلي فهو أقل تلك المصطلحات شيوعاً.

^٩ هناك سببان يفسران صعوبة استخدام مباشر للتأمين التكافلي دون المرور بشركة مستقلة (وهو الكيان القانوني الذي أنشأه حملة الأسهم) تتولى الإدارة: **السبب الأول** يرجع إلى أن الشركات التعاونية أو المشتركة لا يتم الإقرار بها في الأنظمة القانونية لعدد من الدول. **والسبب الثاني** وهو الأهم، لأن شركة التأمين التعاوني حديثة الإنشاء يصعب عليها الإستجابة لمتطلبات كفاية رأس المال التي أصبحت الآن معيارية. وبذلك أصبح الدور المهم للتكافل هو توفير دعم لرأس المال الذي يسمح بالإستجابة لهذه المتطلبات. (هامش رقم ٣ من الخطوط الإرشادية الصادرة عن مجلس الخدمات المالية الإسلامية المتعلقة بالتأمين التكافلي)

في إدارة التأمين التكافلي

المادة الثانية:

تضبط العلاقة بين المشتركين في التكافل ومؤسسة التأمين التكافلي وفق إحدى الصيغ التالية:

- صيغة المضاربة
- صيغة الوكالة
- صيغة الجمع بين الوكالة والمضاربة

ومهما كانت صيغة العلاقة المعتمدة بين المشتركين في التكافل ومؤسسة التأمين التكافلي، يتعين ذكرها بشكل صريح في عقد التأمين التكافلي. كما يجب النص مقدما على النسب والرسوم المتفق عليها وفق كل صيغة يتم اختيارها.

الإدارة وفق صيغة الدمج بين المضاربة والوكالة

المادة الثالثة:

يدير التأمين التكافلي كيان قانوني مرخص له بالعمل في مجال التأمين يسمى مؤسسة التأمين التكافلي.

يعتمد عقد الوكالة بالنسبة لأنشطة أعمال التأمين التكافلي.

ويعتمد عقد المضاربة بالنسبة لأنشطة استثمار أموال صندوق التأمين التكافلي

المادة الرابعة:

تلتزم مؤسسة التأمين التكافلي بأن تدير استثمار محصول الاشتراكات التي يدفعها حملة الوثائق بالصيغ المشروعة.

تمسك مؤسسة التأمين التكافلي حسابين منفصلين: أحدهما لإستثمار رأس مال حملة الأسهم، والآخر لحسابات المشتركين في التكافل.

المادة الخامسة:

تظل الاشتراكات وعائد استثمارها ملكا مشتركا لأصحاب صندوق التأمين تحدد حقوقهم فيها بحسب نظام التأمين وشروط الاستحقاق في التعويض أو الفائض التأميني.

الإدارة وفق صيغة المضاربة

المادة السادسة:

تدير مؤسسة التأمين التكافلي مخاطر كل من أنشطة الاستثمار وأعمال التأمين بصفتها مضاربا وذلك نيابة عن المشتركين في التكافل بصفتهم أرباب مال.

المادة السابعة:

تتقاضى مؤسسة التأمين مقابل خدماتها نسبة مائوية من أرباح الاستثمار و/أو نسبة من الفائض التأميني كما هو معرف بالمادة الحادية عشرة أدناه.

المادة الثامنة:

يتحمل المشتركون في التكافل بصفتهم أرباب المال أية خسائر مالية سواء في الاستثمار أو في الأنشطة التأمينية، إلا إذا كانت الخسائر ناشئة عن تقصير أو تعد أو مخالفة الشروط من قبل مؤسسة التأمين التكافلي، عندها تتحمل هذه الأخيرة الخسائر.

تمارس شركة التأمين التكافلي أنشطتها الإستثمارية اعتمادا على الصيغ الشرعية المعروفة وغيرها من العقود المستحدثة التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها.

الإدارة وفق صيغة الوكالة

المادة التاسعة:

تدار عملية التأمين بمقتضى عقد وكالة يعين بموجبه المشتركون في التكافل بصفتهم موكلون مؤسسة التأمين التكافلي بصفتها وكيلًا للقيام بالأعمال التكافلية والإستثمار نيابة عنهم.

تتقاضى مؤسسة التأمين التكافلي أجرة في شكل مبلغ مقطوع أو نسبة مئوية من المبلغ محل الوكالة . ويمكن أن يصرف لمؤسسة التأمين التكافلي تحفيذا إضافيا يكون مرتبطا بنتائج التكافل. ويمكن أن تكون الوكالة بدون أجر.

المادة العاشرة:

لا تشترك مؤسسة التأمين التكافلي في المخاطر التي تواجهها أموال التأمين التكافلي ولا تتقاضى شيئا من فوائض التأمين ولا تتحمل عجز صندوق التأمين إلا في حالات التعدي والتقصير ومخالفة الشروط كما هو منصوص عليه بالمادة الثامنة أعلاه وعموما مخالفة أحكام الوكالة.

في الفائض التأميني وكيفية توزيعه

المادة الحادية عشرة:

الفائض التأميني هو الرصيد المالي المتبقي من أقساط المشتركين واستثماراتها، بعد سداد التعويضات واقتطاع رصيد الإحتياطيات الفنية، وتغطية جميع المصروفات والنفقات.

والفائض التأميني ملك مطلق لحملة الوثائق يتقاسمونه حسب ما يحدده نظام التأمين المقر من قبل حملة الوثائق، وليس للمساهمين في شركة التأمين الإسلامية أي حق على الفائض التأميني.

المادة الثانية عشرة:

يتم توزيع الفائض التأميني على جميع حملة الوثائق دون تمييز بين من حصل على تعويضات وبين من لم يحصل خلال الفترة المالية ويجوز أن يقتصر التوزيع على حملة الوثائق الذين لم تصرف لهم تعويضات خلال الفترة المالية.

كما يجوز أن يتم التوزيع على المشاركين كل بنسبة إشتراكه بعد خصم التعويضات المدفوعة له خلال السنة، بحيث إذا كان ما دفع له كتعويض فاق نصيبه في الفائض التأميني، ففي هذه الحالة لا يستحق شيئاً.

ويمكن لإدارة شركة التأمين التكافلي اعتماد معايير أخرى تراها مناسبة لتوزيع الفائض التأميني شريطة أن تكون تلك المعايير عادلة ومطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها¹¹

في عجز صندوق التأمين التكافلي عن سداد التعويضات المطلوبة

المادة الثالثة عشرة:

عند حصول عجز يتجاوز ما في صندوق التأمين التكافلي والإحتياطيات المتراكمة في هذا الصندوق، يتعين على مؤسسة التأمين التكافلي تفعيل إلتزامها بإقراض صندوق التأمين التكافلي بما يغطي العجز. ولمؤسسة التأمين التكافلي حق الرجوع على صندوق التأمين التكافلي لإسترجاع مبلغ القرض من فائض التأمين في السنوات اللاحقة لتحقيق العجز.

المادة الرابعة عشرة:

في حال حصول عجز في صندوق التأمين التكافلي يعود سببه إلى سوء تصرف وإهمال من قبل مؤسسة التأمين التكافلي، فإن ذلك العجز تتحمله مؤسسة التأمين التكافلي .

يجب أن يتوفر لدى مؤسسة التأمين التكافلي قدرة مالية على توفير تسهيلات القرض لمواجهة العجز في صندوق التأمين.

كما يجب على مؤسسة التأمين التكافلي أن تعمل ما في وسعها كي يكون لديها أفضل آلية ملائمة للمحافظة على ملاءة صناديق التكافل التي تديرها، وذلك مهما كانت صيغة الإدارة المعتمدة.

¹¹ يمكن على سبيل المثال اعتماد صيغة توزيع نسبة مئوية من الفائض التأميني المخصص للتوزيع على المشاركين والاحتفاظ بالباقي لدى شركة التأمين الإسلامية. كما يمكن تقسيم الفائض التأميني المخصص للتوزيع بين المشاركين كأن يعطى للمشارك المتضرر الذي دفعت له تعويضات نصف ما يعطى لغير المتضرر .

في إعادة التأمين

المادة الخامسة عشرة:

يجوز لمؤسسة التأمين التكافلي أن تبرم عقود إعادة تأمين.

يجب على مؤسسة التأمين التكافلي أن تعمل ما في وسعها للتعامل مع مؤسسات إعادة تأمين تكافلي إسلامية بدلا من مؤسسات إعادة التأمين التقليدية، وذلك لدعم نظام مالي شامل متفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها في المجال، ومراعاة لنظمها الأساسية والتراخيص الممنوحة لها من السلطات الرقابية.

المادة السادسة عشرة:

نظرا لتحقيق الحاجة لإعادة التأمين فضلا عن عدم سماح النظم المرعية بممارسة شركات التأمين التكافلي أعمال التأمين إلا إذا قدمت البيانات الكافية لإتفاقيات إعادة التأمين مسبقا، يجوز إعادة التأمين التكافلي لدى شركات إعادة التأمين التقليدية في حالة عدم وجود شركات إعادة تأمين إسلامية.

في توافق معاملات شركة التأمين التكافلي مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها

المادة السابعة عشرة:

تلتزم شركة التأمين التكافلي بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئها في كل أنشطتها واستثماراتها، وبخاصة عدم التأمين على المحرمات، أو على أغراض محرمة شرعا، وعموما عدم التعامل بالفائدة الربوية أخذا أو إعطاء.

المادة الثامنة عشرة:

لتحقيق الأغراض الشرعية المنصوص عليها بالمادة ١٧ المذكورة أعلاه، يعين هيكل شرعي يتولى إبداء الرأي في معاملات شركة التأمين التكافلي ومدى تطابقها مع أحكام ومبادئ أحكام الشريعة الإسلامية، وتكون قراراته ملزمة لمؤسسة التأمين التكافلي.

وتتخذ الإجراءات المناسبة لتمكين الهيكل المذكور من متابعة تنفيذ القرارات والتوصيات والتأكد من سلامة تطبيقها.

في تصفية شركة التأمين التكافلي

المادة التاسعة عشرة:

في حال تصفية شركة التأمين التكافلي، يتم توزيع موجودات صندوق التأمين التكافلي بين المشتركين وفق النظام المعتمد في توزيع الفائض التأميني المنصوص عليه بالمادة الثانية عشرة أعلاه.

ويمكن النص على خلاف ما ورد بالفقرة الأولى من هذه المادة كأن تصرف موجودات صندوق التأمين التكافلي في وجوه الخير.

وإذا بقي مال عند التصفية ولم يعلم صاحبه، فيعمل به ما يعمل بالمال الذي ليس له مالك.

في فض النزاعات

المادة العشرون:

تحسم الخلافات الناشئة بين شركة التأمين التكافلي وحملة الوثائق وفق النظم والقوانين السارية.

والأفضل لأطراف التأمين هو اللجوء إلى التحكيم خاصة في العقود التي اقتضت فيها الضرورة قبول تطبيق القانون الوضعي في غير ما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها.

الفتاوى والمعايير والخطوط الإرشادية

وبعض النصوص القانونية التي استند عليها المشروع

- قرار مجمع البحوث الإسلامية في المؤتمر الثاني (١٣٨٥هـ/١٩٦٥)
- المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة المكرمة (١٣٩٦هـ/١٩٧٦م).
- المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة (١٠ شعبان ١٣٩٨هـ)
- مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة (قرار رقم ٩/٢). المؤتمر الثاني ١٠ - ١٦ ربيع الآخر ١٤٠٦هـ الموافق ٢٢ - ٢٨ كانون الأول / ديسمبر ١٩٨٥م.
- المعيار الشرعي رقم ٢٦ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بشأن التأمين الإسلامي.
- فتوى الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي حول الضوابط الشرعية للتأمين التعاوني ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.
- هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني. الجواب على الاستفسار رقم (٣)
- الفتوى رقم ١١/١٢ لندوة البركة الثانية عشرة للاقتصاد الإسلامي
- فتاوى التأمين. مجموعة دلة البركة الأمانة العامة للهيئة الشرعية.
- قرار مجلس الإفتاء الأردني رقم ٢/٢٠٠١

- معيار متطلبات الملاءة المالية للتأمين التكافلي. مجلس الخدمات المالية الإسلامية. ديسمبر ٢٠٠٩.
- المبادئ الإرشادية لضوابط التأمين التكافلي. مجلس الخدمات المالية الإسلامية. ٢٠٠٩
- نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٢) وتاريخ ١٤٢٤/٦/٢هـ (المملكة العربية السعودية)
- نظام التأمين التكافلي لسنة ٢٠١٠ الصادر عن هيئة التأمين في دولة الإمارات العربية المتحدة.

نظام أساسي نموذجي لشركة تأمين تكافلي

ملاحظات تمهيدية

تضمن النظام الأساسي النموذجي أهم ما يرد في النظم الأساسية للشركات التجارية عموماً وفي شركات التأمين خصوصاً

وقد اخذ النظام الأساسي النموذجي بعين الاعتبار المسائل التالية:

- (١) القوانين الصادرة في مجال الشركات وفي بعض المجالات الأخرى كالامتيازات التي تخصص للمواطنين سواء في رأس المال أو في الإدارة.
- (٢) القرارات الجمعية والمعايير الصادرة في مجال التأمين التكافلي.
- (٣) الأخذ بمبادئ الحوكمة في الإدارة عموماً وفي التأمين خصوصاً.
- (٤) الأخذ بالخصوصية الشرعية والفنية للتأمين التكافلي.

نظام أساسي نموذجي لشركة تأمين تكافلي

الباب الأول في تأسيس الشركة

تأسست طبقاً لأحكام القانون في شأن الشركات التجارية والقوانين المعدلة له، والقانون في شأن نظام التأمين التكافلي (*الزواج*) وبموجب هذا النظام بين مالكي الأسهم المبينة فيما بعد شركة مساهمة عامة.

المادة الأولى

اسم هذه الشركة هو شركة - شركة مساهمة عامة - يشار إليها فيما بعد بالشركة.

المادة الثانية

مركز الشركة الرئيسي ومحلها القانوني في ويجوز لمجلس الإدارة أن ينشئ لها فروعاً ومكاتب في داخل (*اسم الدولة*) أو في خارجها.

المادة الثالثة

المدة المحددة لهذه الشركة هي ٩٩ (تسع وتسعون) سنة ميلادية تبدأ من تاريخ إقرارها في السجل التجاري وتجدد هذه المدة بعد ذلك تلقائياً لمدة متعاقبة ومماثلة ما لم يصدر قرار من الجمعية العمومية غير العادية بتعديل مدة الشركة أو إنهائها.

المادة الرابعة

الأغراض التي تأسست الشركة من أجلها هي:

أولاً : التأمين التكافلي طبقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، والمعايير الشرعية، والمعايير المحاسبية للتأمين الإسلامي وإعادة التأمين المعدة وفقاً للشريعة الإسلامية ومنها التأمين التكافلي للممتلكات والتأمين التكافلي للمسؤوليات، والقرارات والتوصيات الجمعية.

ويشمل تأمين الممتلكات والمسؤوليات والأنشطة المتعلقة بهما الفروع الآتية:

- (١) التأمين ضد أخطار الحريق والتأمينات المرتبطة به.
- (٢) التأمين ضد أخطار النقل البري والبحري والجوي وتأمينات المسؤوليات المتعلقة به.
- (٣) التأمين على أجسام السفن وآلاتها ومهماتا وتأمين المسؤوليات المتعلقة به.
- (٤) التأمين على أجسام الطائرات وما في حكمها وآلاتها ومهماتا وتأمين المسؤوليات المتعلقة به.

- (٥) التأمين على الأقمار الصناعية والمناطق والمركبات الفضائية وآلتها ومهماتهما وتأمين المسؤليات المتعلقة به.
- (٦) التأمين على قاطرات وحافلات السكك الحديدية وتأمين المسؤليات المتعلقة به.
- (٧) التأمين على المركبات البرية وتأمينات المسؤليات المتعلقة به.
- (٨) التأمين الهندسي وتأمينات المسؤليات المتعلقة به والتأمينات التي تلحق به عادة.
- (٩) تأمينات البترول وتشمل جميع التأمينات التي تعتبر ضمن تأمينات البترول.
- (١٠) التأمين الصحي بجميع أنواعه.
- (١١) التأمين ضد أخطار الحوادث المتنوعة والمسؤليات وتشمل الأنواع الآتية:
- (أ) تأمين الحوادث الشخصية.
- (ب) تأمين الضمان وخيانة الأمانة.
- (ت) تأمين النقد أو الصكوك أو السندات أو الأسهم أو ما في حكمها المقبولة شرعا، سواء أثناء النقل أو الحفظ.
- (ث) تأمين السطو والسرقة.
- (ج) تأمين كسر الزجاج.
- (ح) تأمين المسؤليات المهنية، بما في ذلك مسؤولية ذوي المهن الصحية والهندسية والمالية والمحاسبية والقانونية وغيرها من المهن الأخرى.
- (خ) التأمين من حوادث العمل والتأمين من مسؤولية رب العمل.
- (د) التأمينات الزراعية وتأمين المواشي والحيوانات الأخرى.
- (ذ) التأمينات الأخرى التي تندرج عادة ضمن تأمين أخطار الحوادث المتنوعة.

ثانيا : أنواع أخرى من التأمين التكافلي: ويتضمن جميع عمليات التأمين التي لم ترد في نص المادة (٥) وما قد يستجد من أنواع التأمين مستقبلا بما يتفق والقوانين والنظم ولا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ثالثا : إعادة التأمين: ويشمل ذلك إعادة التأمين التكافلي لكافة أو بعض عمليات التأمين المباشر التي تعقدها الشركة ويكون ذلك وفقا للقواعد القانونية والنظم المتبعة وعند الحاجة إعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجارية بالضوابط الشرعية المقررة لذلك.

رابعا : يجوز للشركة أن تكون لها مصلحة أو أن تشترك أو أن تتعاون أو أن تشتري أو أن تلحق بأي وجه مع غيرها من الهيئات أو الشركات التي تزاول أعمالا شبيهة

بأعمالها أو التي قد تعاونها على تحقيق أغراضها في داخل الدولة أو في خارجها بما لا يتعارض مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولها أن تشتري هذه الهيئات أو الشركات أو أن تلحقها بها وذلك طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

الباب الثاني في رأس مال الشركة

المادة الخامسة

رأس مال الشركة هو موزع على سهم قيمة كل سهم ١ (واحد) مدفوعة بالكامل وجميعها أسهم نقدية متساوية مع بعضها البعض من كافة الحقوق.

المادة السادسة

جميع أسهم الشركة اسمية ويجب أن يكون % (بالمائة) على الأقل من رأس مال الشركة مملوكا لأشخاص طبيعيين مواطنين، أو لشخصيات اعتبارية مملوك بالكامل لمواطنين (أو مواطني مجموعة اقتصادية أو سياسية تنتمي لها الدولة كمجلس التعاون الخليجي).

المادة السابعة

لا يلتزم المساهمون بأية التزامات أو خسائر على الشركة تزيد عما يملكون من أسهم ولا يجوز زيادة التزاماتهم إلا بموافقتهم الجماعية.

المادة الثامنة

يترتب على ملكية السهم قبول النظام الأساسي للشركة وقرارات جمعياتها العمومية ولا يجوز للمساهم أن يطلب استرداد ما دفعه للشركة كحصة في رأس المال.

المادة التاسعة

يكون السهم غير قابل للتجزئة.

المادة العاشرة

كل سهم يخول مالكة الحق في حصة معادلة لحصة غيره بلا تمييز في ملكية موجودات الشركة عند تصفيتها وفي الأرباح المبينة فيما بعد وحضور جلسات الجمعيات العمومية والتصويت على قراراتها.

المادة الحادية عشر

١/١١ تقوم الشركة بإدراج أسهمها في أحد أسواق الأوراق المالية المرخصة في الدولة كما يجوز لمجلس الإدارة إدراجها في الأسواق المالية الأخرى خارج الدولة وفي حالة إدراج أسهم الشركة في الأسواق المالية في الدولة أو في الخارج فعلى الشركة أن تتبع القوانين والأنظمة واللوائح المعمول بها في تلك الأسواق بما في ذلك قوانين وأنظمة ولوائح إصدار وتسجيل أسهم الشركة وتداولها ونقل ملكيتها وترتيب حقوق عليها وذلك دون الحاجة إلى

تعديل الأحكام الواردة في هذا النظام الأساسي في حالة تعارضها مع هذه القوانين أو الأنظمة أو اللوائح.

٢/١١ يجوز بيع أسهم الشركة أو التنازل عنها أو رهنها أو التصرف أو التعامل فيها على أي وجه بمقتضى وطبقا لأحكام هذا النظام الأساسي ويتم تسجيل أي من هذه التعاملات في الأسهم في سجل خاص يسمى "سجل المساهمين" وعند إدراج أسهم الشركة في سوق مالي مرخص في الدولة فإن تسجيل أي من التعاملات المذكورة أعلاه في هذه المادة في أسهم الشركة يكون وفقا لأنظمة البيع والشراء والمقاصة والتسويات والقيود المتبعة لدى ذلك السوق المالي المدرجة فيه أسهم الشركة.

٣/١١ في حالة وفاة أحد المساهمين يكون وريثه هو الشخص الوحيد الذي توافق الشركة بأن له حقوق ملكية أو مصلحة في أسهم المتوفى ويكون له الحق في الأرباح والامتيازات الأخرى التي كان للمتوفى حق فيها ويكون له بعد تسجيله في الشركة وفقا لأحكام هذا النظام ذات الحقوق كمساهم في الشركة التي كان يتمتع بها المتوفى فيما يخص هذه الأسهم ولا تعفى شركة المساهم المتوفى من أي التزام فيما يختص بأي سهم كان يملكه وقت الوفاة.

٤/١١ يجب على أي شخص يصبح له الحق في أية أسهم في الشركة نتيجة لوفاة أو إفلاس أي مساهم أو بمقتضى أمر حجز صادر عن أية محكمة مختصة أن يقوم خلال ثلاثين يوما:

- بتقديم البينة على هذا الحق إلى مجلس الإدارة وأن يختار إما أن يتم تسجيله كمساهم أو أن يسمى شخصا ليتم تسجيله كمساهم فيما يخص بذلك السهم.

٥/١١ لا يجوز تسجيل أي تصرف أو تعامل في أسهم الشركة في الحالات التالية:

- (١) إذا كان ذلك التصرف أو التعامل متعارضا مع القوانين أو مع القواعد أو اللوائح السارية المفعول أو مخالفا لأحكام هذا النظام الأساسي .
- (٢) إذا أدى التصرف أو التعامل لأن يصبح المساهم مالكا بصورة مباشرة أو غير مباشرة لأكثر من % من رأسمال الشركة.
- (٣) إذا كانت الأسهم مرهونة أو محجوزا عليها بأمر من المحكمة.
- (٤) إذا كان للشركة دين على الأسهم إلي أن تستوفيه.
- (٥) إذا كان أحد المتعاقدين عديم الأهلية أو ناقصها أو أشهر إفلاسه أو إعساره.
- (٦) إذا كانت شهادة الأسهم مفقودة ويتم الحصول على بدل فاقد عنها

المادة الثانية عشر

١/١٢ تعدل الشركة عند اكتمال إدراج أسهمها في سوق مالي مرخص في الدولة نظام سجل الأسهم والشهادات المؤقتة بالأسهم ونقل ملكيتها المعمول به إلى نظام إلكتروني لتسجيلها وقيد نقل ملكيتها وفقا للنظام المعمول به في ذلك السوق لقيد وتسجيل الأسهم وتعتبر البيانات الواردة في هذا النظام الإلكتروني نهائية وملزمة ولا يجوز الطعن فيها أو طلب نقلها أو تغييرها إلا وفقا للنظم والإجراءات المتبعة في السوق المعني.

٢/١٢ في حالة فقدان أو تلف الشهادة المؤقتة بأسهم الشركة يكون لمالك الأسهم المقيدة باسمه في سجل المساهمين الحق في استصدار شهادة بديلة بشرط الإعلان في صحيفتين من الصحف المحلية اليومية وعلى نفقة مالك الأسهم طبقا للشروط والتكاليف التي يحددها مجلس إدارة الشركة على أن يتضمن الإعلان أرقام الصكوك المفقودة أو التالفة وعددها.

ويتم إصدار الشهادة البديلة المؤقتة بعد انقضاء ثلاثين يوما من آخر نشر للإعلان دون اعتراض ومن ثم إيداعها، لدى السوق المالي المدرجة به أسهم الشركة.

المادة الثالثة عشر

لا يجوز لورثة المساهم أو لدائنيه بأية حجة كانت أن يطلبوا وضع الأختام على دفاتر الشركة أو ممتلكاتها ولا أن يطلبوا قسمتها أو بيعها جملة لعدم إمكان القسمة ولا أن يتدخلوا بأية طريقة كانت في إدارة الشركة ويجب عليهم لدى استعمال حقوقهم التعويل على قوائم جرد الشركة وحساباتها الختامية وعلى قرارات جمعياتها العمومية.

المادة الرابعة عشر

تدفع حصص الأرباح المستحقة عن السهم لآخر مالك مقيد اسمه في سجل الأسهم بالشركة في تاريخ اليوم العاشر بدءا من اليوم التالي لتاريخ انعقاد الجمعية العمومية التي قررت توزيع الأرباح أو الزيادة ويكون له وحده الحق في المبالغ المستحقة عن السهم سواء كانت حصصا في الأرباح أو نصيبا في موجودات الشركة.

المادة الخامسة عشر

مع مراعاة أحكام القانون في شأن الشركات التجارية والقوانين المعدلة له والقانون في شأن إنشاء هيئة التأمين (ان وحدت) والقانون/النظام..... بشأن نظام الحد الأدنى لرأسمال شركات التأمين وبعد موافقة هيئة الأوراق المالية يجوز (ان وحدت) زيادة رأسمال الشركة بإصدار أسهم جديدة بنفس القيمة الاسمية للأسهم الأصلية ويجوز إضافة علاوة إصدار إلى القيمة الاسمية كما يجوز تخفيض رأس مال الشركة ولا يجوز إصدار الأسهم الجديدة بأقل من قيمتها الاسمية

وإذا تم إصدارها بأكثر من ذلك أضيف الفرق إلى الاحتياطي القانوني ولو جاوز الاحتياطي القانوني بذلك نصف رأسمال الشركة.

وتكون زيادة رأس مال الشركة أو تخفيضه بقرار من الجمعية العمومية غير العادية بناء على اقتراح من مجلس الإدارة في الحالتين وبعد سماع تقرير مدقق الحسابات في حالة أي تخفيض وعلى أن يبين في حالة الزيادة مقدارها وسعر إصدار الأسهم الجديدة وحق المساهمين القدامى في أولوية الاكتتاب في هذه الزيادة ويبين في حالة التخفيض مقدار هذا التخفيض وكيفية تنفيذه.

الباب الثالث في الصكوك ومحافظ التكافل

المادة السادسة عشر

١/١٦ مع مراعاة أحكام القانون في شأن الشركات التجارية والقوانين المعدلة له، والقانون سفي شأن إنشاء هيئة التأمين وتنظيم أعماله، للجمعية العمومية غير العادية للشركة بعد موافقة الجهة المختصة بمزاولة النشاط أن تقرر إصدار صكوك استثمار مقبولة شرعا (صكوك) ويبين القرار قيمة الصكوك وشروط إصدارها ومدى قابليتها للتحويل إلى أسهم ولها أن تصدر قرارا بتحويل مجلس الإدارة بتحديد موعد وشروط هذا الإصدار حسبما يراه مجلس الإدارة مناسبا في هذا الصدد.

٢/١٦ للشركة الحق في إنشاء وإدارة صناديق التكافل الفردي أو العائلي أو تكافل الشركات واعتبارها ذات شخصية مستقلة عن الشركة في موجوداتها وحساباتها ونتائجها.

٣/١٦ تلتزم الشركة في حالة حدوث عجز على صناديق التكافل بأن تقدم لها تمويلات مشروعة أو قروضا حسة يتم استيفاؤها من فوائض الفترات التالية مع حقها في أولوية الاستيفاء تجاه حملة الوثائق في حالة استحقاقهم الفائض.

الباب الرابع في مجلس إدارة الشركة

المادة السابعة عشر

يتولى إدارة الشركة مجلس إدارة مكون من أعضاء ويشترط أن يكون ثلثهم على الأقل من الأعضاء المستقلين وأغليبتهم من الأعضاء غير التنفيذيين تنتخبهم الجمعية العمومية العادية للمساهمين بالتصويت السري.

المادة الثامنة عشر

تكون مدة العضوية في مجلس الإدارة سنوات وفي نهاية هذه المدة يعاد تشكيل المجلس ويجوز إعادة انتخاب الأعضاء الذين انتهت مدة عضويتهم لفترة أخرى أو أكثر ومجلس الإدارة أن يعين أعضاء في المراكز التي تخلو خلال ستين يوما من خلوه، على أن يعرض هذا التعيين على الجمعية العمومية العادية في أول اجتماع لها لإقرار استمرار تعيينهم أو تعيين غيرهم دون الإخلال بصحة الاجتماعات التي شارك فيها العضو المعين بقانونية قبل إجتماع الجمعية العمومية وإذا بلغت المراكز الشاغرة في أثناء السنة ربع عدد أعضاء المجلس أو أكثر وجب على مجلس الإدارة دعوة الجمعية العمومية العادية للاجتماع خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ شغور آخر مركز تتحقق به النسبة المشار إليها لانتخاب من يملأ المراكز الشاغرة وفي جميع الأحوال يكمل العضو الجديد مدة سلفه.

المادة التاسعة عشر

١/١٩ ينتخب مجلس الإدارة من بين أعضائه رئيسا ونائبا للرئيس ويمثل رئيس المجلس الشركة أمام القضاء وعليه تنفيذ القرارات التي يصدرها المجلس ويقوم نائب الرئيس مقام الرئيس عند غيابه أو قيام مانع لديه.

٢/١٩ يحق لمجلس الإدارة أن ينتخب من بين أعضائه عضوا منتدبا للإدارة ويحدد المجلس اختصاصاته ومكافآته كما يكون له أن يشكل من بين أعضائه لجنة أو أكثر يمنحها بعض اختصاصاته أو يعهد إليها بمراقبة سير العمل بالشركة وتنفيذ قرارات المجلس.

المادة العشرون

لمجلس الإدارة كافة السلطات في إدارة الشركة والقيام بكافة الأعمال والتصرفات نيابة عن الشركة حسبما هو مصرح للشركة القيام به وممارسة كافة الصلاحيات المطلوبة لتحقيق أغراضها ولا يحد من هذه السلطات والصلاحيات إلا ما نص عليه القانون وعقد التأسيس أو النظام الأساسي أو بقرار من الجمعية العمومية.

ويضع مجلس الإدارة اللوائح المتعلقة بالشؤون الإدارية والمالية وشؤون الموظفين ومستحققاتهم المالية كما يضع المجلس لائحة خاصة بتنظيم أعماله واجتماعاته وتوزيع الاختصاصات والمسئوليات.

المادة الحادية والعشرون

يملك حق التوقيع عن الشركة على انفراد كل من رئيس مجلس الإدارة أو نائبه أو عضو مجلس الإدارة المنتدب أو أي عضو آخر يفوضه المجلس في حدود قرارات مجلس الإدارة.

المادة الثانية والعشرون

يعقد مجلس الإدارة اجتماعاته في المركز الرئيسي للشركة أو في أي مكان آخر يوافق عليه أعضاء مجلس الإدارة مرة واحدة كل على الأقل أو كلما دعت الحاجة إلى انعقاده بناء على دعوة خطية من قبل الرئيس أو نائبه في حالة غيابه أو بناء على طلب خطي يقدمه عضوين من أعضاء المجلس على الأقل وتوجه الدعوة قبل أسبوع على الأقل من الموعد المحدد مشفوعة بجدول الأعمال ولكل عضو الحق في إضافة موضوع يرى ضرورة بحثه في الاجتماع.

المادة الثالثة والعشرون

١/٢٣ لا يكون اجتماع مجلس الإدارة صحيحا إلا بحضور أغلبية أعضائه ويجوز لعضو مجلس الإدارة أن ينيب عنه غيره من أعضاء المجلس في التصويت وفي هذه الحالة يكون لهذا العضو صوتان ولا يجوز أن ينوب عضو مجلس الإدارة عن أكثر من عضو واحد.

وتصدر قرارات مجلس الإدارة بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين والممثلين وإذا تساوت الأصوات رجح الجانب الذي منه الرئيس أو من يقوم مقامه.

٢/٢٣ تسجل في محاضر اجتماعات مجلس الإدارة أو لجانه تفاصيل المسائل التي نظر فيها والقرارات التي تم اتخاذها بما في ذلك أية تحفظات للأعضاء أو آراء مخالفة عبروا عنها ويجب توقيع كافة الأعضاء الحاضرين على مسودات محاضر اجتماعات مجلس الإدارة قبل اعتمادها، على أن ترسل نسخ من هذه المحاضر للأعضاء بعد الاعتماد للاحتفاظ بها وتحفظ محاضر اجتماعات مجلس الإدارة ولجانه من قبل مقرر مجلس الإدارة وفي حالة امتناع أحد الأعضاء عن التوقيع يُثبت اعتراضه في المحضر وتُذكر أسباب الاعتراض حال إبدائها.

المادة الرابعة والعشرون

إذا وجد لدى عضو مجلس الإدارة تعارض في المصالح في مسألة يجب أن ينظر فيها مجلس الإدارة وقرر مجلس الإدارة أنها مسألة جوهرية فيجب أن يصدر قراره بحضور أغلبية

الأعضاء ولا يجوز للعضو ذو المصلحة الاشتراك في التصويت على القرار ويجوز في حالات استثنائية أن تعالج تلك المسائل من خلال لجان منبثقة عن مجلس الإدارة تشكل لهذا الغرض بموجب قرار يصدر عنها ويشترط أن يعرض رأي اللجنة على مجلس الإدارة لاتخاذ القرار في هذا الشأن.

المادة الخامسة والعشرون

إذا تغيب أحد أعضاء مجلس الإدارة عن حضور أكثر من ثلاث جلسات متتالية بدون عذر يقبله المجلس اعتبر مستقيلاً.

المادة السادسة والعشرون

لمجلس الإدارة الحق في أن يعين مديراً للشركة أو عدة مديرين أو وكلاء مفوضين وأن يحدد صلاحياتهم وشروط خدماتهم ورواتبهم ومكافآتهم ولا يجوز للمدير العام للشركة أن يكون مديراً عاماً لشركة أخرى.

المادة السابعة والعشرون

مع مراعاة أحكام المادة (٢٨) من هذا النظام لا يكون أعضاء مجلس الإدارة مسئولين مسئولية شخصية فيما يتعلق بالتزامات الشركة الناتجة عن قيامهم بواجباتهم كأعضاء مجلس إدارة وذلك بالقدر الذي لا يتجاوزون فيه حدود سلطاتهم.

المادة الثامنة والعشرون

يكون رئيس مجلس الإدارة وأعضاؤه مسئولين تجاه الشركة والمساهمين والغير عن الغش وإساءة استعمال السلطات الممنوحة لهم وعن أي مخالفة للقانون أو لهذا النظام.

يتولى رئيس مجلس الإدارة على وجه الخصوص المهام والمسئوليات التالية:

- (١) ضمان عمل مجلس الإدارة بفعالية وقيامه بمسئوليته ومناقشته لكافة القضايا الرئيسية والمناسبة في موعدها.
- (٢) وضع واعتماد جدول أعمال كل اجتماع لمجلس الإدارة مع الأخذ بعين الاعتبار أية مسائل يقترح الأعضاء إدراجها على جدول الأعمال ويجوز لرئيس مجلس الإدارة أن يعهد بهذه المسؤولية إلى عضو معين أو إلى مقرر مجلس الإدارة تحت إشرافه.
- (٣) تشجيع كافة الأعضاء على المشاركة الكاملة والفعالة لضمان تصرف مجلس الإدارة وفق أفضل مصالح الشركة.
- (٤) العمل على اتخاذ الإجراءات المناسبة لتأمين التواصل الفعال مع المساهمين ونقل آرائهم إلى مجلس الإدارة.
- (٥) تسهيل المساهمة الفعالة لأعضاء مجلس الإدارة خاصة غير التنفيذيين وإيجاد علاقات بناءة بين الأعضاء التنفيذيين وغير التنفيذيين.

يتحمل أعضاء مجلس إدارة الشركة المسئوليات التالية وذلك على سبيل المثال وليس الحصر:

(١) على كل عضو مجلس إدارة عند استلامه لمهامه الإفصاح للشركة عن طبيعة المناصب التي يشغلها في الشركات والمؤسسات العامة وغيرها من الالتزامات الهامة وتحديد الوقت المخصص لها وأي تغيير يطرأ على ذلك فور حدوثه.

(٢) يلتزم عضو مجلس الإدارة أثناء ممارسته لصلاحياته وتنفيذ واجباته بالتصرف بأمانة وإخلاص مع الأخذ في الاعتبار مصالح الشركة ومساهمتها وبذل أفضل جهد ممكن والالتزام بأحكام القوانين والأنظمة والقرارات المعمول بها والنظام الأساسي للشركة ولوائحها الداخلية.

(٣) تتضمن مهام أعضاء مجلس الإدارة غير التنفيذيين على وجه الخصوص ما يلي:

- المشاركة في اجتماعات مجلس الإدارة بحيث يوفرون رأياً مستقلاً بخصوص المسائل الإستراتيجية والسياسية والأداء والمحاسبة والموارد والتعيينات الأساسية ومعايير العمل.
- مراعاة أولوية مصالح الشركة ومساهمتها عند نشوء تعارض في المصالح. المشاركة في لجان التدقيق بالشركة.
- متابعة أداء الشركة من أجل تحقيق أهدافها وأغراضها المتفق عليها ومراقبة تقارير الأداء.
- تمكين مجلس الإدارة واللجان المختلفة من الاستفادة من مهاراتهم وخبرتهم وتنوع اختصاصاتهم ومؤهلاتهم وذلك من خلال الحضور المنتظم والمشاركة الفعالة وحضور اجتماعات الجمعيات العمومية وتكوين فهم متوازن لآراء المساهمين.
- تلتزم الإدارة بتعريف عضو مجلس الإدارة المعين حديثاً بجميع إدارات وأقسام الشركة، وتزويده بكافة المعلومات اللازمة لضمان فهمه الصحيح لنشاطات الشركة وأعمالها وإدراكه الكامل لمسؤولياته وكل ما يمكنه من القيام بعمله على أكمل وجه بموجب القوانين والتشريعات النافذة والمتطلبات التنظيمية الأخرى وسياسات الشركة في مجال أعمالها.
- يجوز لمجلس الإدارة بقرار يصدر من أغلبية أعضائه الحاضرين طلب الحصول على رأي استشاري خارجي في أي من الموضوعات المتعلقة بالشركة وعلى نفقتها، بشرط مراعاة عدم تعارض المصالح.

- يقوم مجلس الإدارة بوضع قواعد إجرائية لحوكمة الشركة والإشراف والرقابة على تطبيقها وذلك بما لا يتعارض مع أحكام هذا القرار ويتحمل مسؤولية تطبيقها وفقاً لأحكامه.
- على مجلس الإدارة وضع قواعد مكتوبة بخصوص تعاملات أعضاء مجلس إدارة الشركة وموظفيها في الأوراق المالية المصدرة من قبل الشركة أو الشركة الأم أو الشركات التابعة أو الشقيقة لها.
- على مجلس الإدارة وضع برامج تطوير مناسبة لجميع أعضاء مجلس الإدارة لتطوير وتحديث معرفتهم ومهاراتهم لضمان المشاركة الفاعلة في مجلس الإدارة.

المادة التاسعة والعشرون

يشكل مجلس الإدارة اللجان الدائمة وتتبعه بشكل مباشر على النحو التالي:

أ- لجنة التدقيق:

- يشكل مجلس الإدارة لجنة تدقيق من أعضاء مجلس الإدارة غير التنفيذيين على أن يكون غالبية أعضاء اللجنة من الأعضاء المستقلين وألا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة كما يجب أن يكون من بين أعضائها أحد الخبراء في الشؤون المالية والمحاسبية ويجوز تعيين عضو أو أكثر من خارج الشركة في حال عدم توافر العدد الكافي من أعضاء مجلس الإدارة غير التنفيذيين.
- يحظر على أي شريك سابق في مكتب التدقيق الخارجي المكلف بتدقيق حسابات الشركة أن يكون عضواً في لجنة التدقيق وذلك لمدة سنة واحدة اعتباراً من تاريخ انتهاء صفته كشريك أو أية مصلحة مالية له في مكتب التدقيق أيهما يأتي لاحقاً.
- تعقد اللجنة اجتماعاتها مرة واحدة كل ثلاثة أشهر على الأقل أو كلما دعت الحاجة وتحفظ محاضر اجتماعات اللجنة من قبل المقرر ويجب توقيع مسودات محاضر اجتماعات اللجنة من كافة أعضائها الحاضرين قبل اعتمادها وفي حالة امتناع أحد الأعضاء عن التوقيع يُثبت اعتراضه في المحضر وتُذكر أسباب الاعتراض حال إبدائها على أن ترسل للأعضاء نسخ نهائية من المحضر بعد اعتماده للاحتفاظ به لديهم.
- تلتزم الشركة أن توفر للجنة التدقيق الموارد الكافية لأداء واجباتها بما في ذلك التصريح لها بالاستعانة بالخبراء كلما كان ذلك ضرورياً.
- تتولى لجنة التدقيق المهام والواجبات التالية:

- (١) وضع وتطبيق سياسة التعاقد مع مدقق الحسابات الخارجي ولجنة الرقابة الشرعية ورفع تقرير لمجلس الإدارة تحدد فيه المسائل التي ترى أهمية اتخاذ إجراء بشأنها مع تقديم توصياتها بالخطوات اللازم اتخاذها.
- (٢) متابعة ومراقبة استقلالية مدقق الحسابات الخارجي ولجنة الرقابة الشرعية ومدى موضوعيته ومناقشته حول طبيعة ونطاق عملية التدقيق ومدى فعاليتها وفقا لمعايير التدقيق المعتمدة.
- (٣) مراقبة سلامة البيانات المالية للشركة وتقاريرها (السنوية ونصف السنوية وربيع السنوية) ومراجعتها كجزء من عملها العادي خلال السنة وعليه التركيز بشكل خاص على ما يلي:
- أية تغييرات في السياسات والممارسات المحاسبية.
 - إبراز النواحي الخاضعة لتقدير مجلس الإدارة.
 - التعديلات الجوهرية الناتجة عن التدقيق.
 - افتراض استمرارية عمل الشركة.
 - التقيد بالمعايير المحاسبية التي تقررها هيئة التأمين.
 - التقيد بقواعد الإدراج والإفصاح وغيرها من المتطلبات القانونية المتعلقة بإعداد التقارير المالية.
- (٤) التنسيق مع مجلس إدارة الشركة والإدارة التنفيذية والمدير المالي أو المدير القائم بنفس المهام في الشركة في سبيل أداء مهامها وعلى اللجنة الاجتماع مع مدقق الحسابات الخارجي وهيئة الرقابة الشرعية للشركة مرة على الأقل في السنة.
- (٥) النظر في أية بنود هامة وغير معتادة ترد أو يجب إيرادها في تلك التقارير والحسابات وعليها إيلاء الاهتمام اللازم بأية مسائل يطرحها المدير المالي للشركة أو المدير القائم بنفس المهام أو ضابط الامتثال أو مدقق الحسابات الخارجي.
- (٦) مراجعة أنظمة الرقابة المالية والرقابة الداخلية وإدارة المخاطر في الشركة.
- (٧) مناقشة نظام الرقابة الداخلية مع الإدارة والتأكد من أدائها لواجبها في إنشاء نظام فعال للرقابة الداخلية.
- (٨) النظر في نتائج التحقيقات الرئيسية في مسائل الرقابة الداخلية التي يكلفها بها مجلس الإدارة أو تتم بمبادرة من اللجنة وموافقة مجلس الإدارة.

(٩) التأكد من وجود التنسيق فيما بين مدقق الحسابات الداخلي ومدقق الحسابات الخارجي وهيئة الرقابة الشرعية، والتأكد من توفر الموارد اللازمة لجهاز التدقيق الداخلي ومراجعة ومراقبة فعالية ذلك الجهاز.

(١٠) مراجعة السياسات والإجراءات المالية والمحاسبية في الشركة.

(١١) مراجعة رسالة مدقق الحسابات الخارجي وهيئة الرقابة الشرعية وخطة عمله وأية استفسارات جوهرية يطرحها المدقق أو هيئة الرقابة الشرعية على الإدارة التنفيذية بخصوص السجلات المحاسبية أو الحسابات المالية أو أنظمة الرقابة وردها وموافقتها عليه.

(١٢) التأكد من رد مجلس الإدارة في الوقت المطلوب على الاستيضاحات والمسائل الجوهرية المطروحة في رسالة مدقق الحسابات الخارجي ولجنة الرقابة الشرعية.

(١٣) وضع الضوابط التي تمكن موظفي الشركة من الإبلاغ عن أية مخالفات محتملة في التقارير المالية أو الرقابة الداخلية أو غيرها من المسائل بشكل سري والخطوات الكفيلة بإجراء تحقيقات مستقلة وعادلة لتلك المخالفات .

(١٤) مراقبة مدى تقييد الشركة بقواعد السلوك المهني .

(١٥) ضمان تطبيق قواعد العمل الخاصة بمهامها والصلاحيات الموكلة إليها من قبل مجلس الإدارة. .

(١٦) تقديم تقرير إلى مجلس الإدارة عن المسائل الواردة في هذا البند.

(١٧) النظر في أية موضوعات أخرى يحددها مجلس الإدارة. .

في حالة عدم موافقة مجلس الإدارة على توصيات لجنة التدقيق بشأن اختيار أو تعيين أو استقالة أو فصل مدقق الحسابات الخارجي أو هيئة الرقابة الشرعية، فعلى مجلس الإدارة أن يضمن في تقرير الحوكمة بيانا يشرح توصيات لجنة التدقيق والأسباب التي دعت مجلس الإدارة لعدم الأخذ بها. .

ب - لجنة الترشيحات والمكافآت وتكون مهمتها بشكل رئيسي ما يلي:

- التأكد من استقلالية الأعضاء المستقلين بشكل مستمر.
- إعداد السياسة الخاصة بمنح المكافآت والمزايا والحوافز والرواتب الخاصة بأعضاء مجلس إدارة الشركة والعاملين فيها، ومراجعتها بشكل سنوي وعلى اللجنة أن تتحقق من أن المكافآت والمزايا الممنوحة للإدارة التنفيذية العليا للشركة معقولة وتتناسب وأداء الشركة.

- تحديد احتياجات الشركة من الكفاءات على مستوى الإدارة التنفيذية العليا والموظفين وأسس اختيارهم.
- إعداد السياسة الخاصة بالموارد البشرية والتدريب في الشركة ومراقبة تطبيقها ومراجعتها بشكل سنوي.
- تنظيم ومتابعة الإجراءات الخاصة بالترشيح لعضوية مجلس الإدارة بما يتفق والقوانين والأنظمة المعمول بها وأحكام هذا القرار.

تتألف اللجان من أعضاء مجلس الإدارة غير التنفيذيين لا يقل عددهم عن ثلاثة، على أن يكون اثنان منهم على الأقل من الأعضاء المستقلين وأن يترأس اللجنة أحدهما ولا يجوز لرئيس مجلس الإدارة أن يكون عضواً في أي من هذه اللجان ويتعين على مجلس الإدارة اختيار أعضاء مجلس الإدارة غير التنفيذيين في اللجان المعنية بالمهام التي قد ينتج عنها حالات تعارض مصالح مثل التأكد من سلامة التقارير المالية وغير المالية ومراجعة الصفقات المبرمة مع الأطراف أصحاب المصالح واختيار أعضاء مجلس الإدارة التنفيذيين وتحديد المكافآت.

كما يجوز لمجلس الإدارة أن ينشئ عدداً من اللجان المتخصصة الأخرى التابعة له.

يتم تشكيل اللجان وفقاً لإجراءات يضعها مجلس الإدارة على أن تتضمن تحديد مهمة اللجنة ومدة عملها والصلاحيات الممنوحة لها وكيفية رقابة مجلس الإدارة عليها وعلى اللجنة أن ترفع تقريراً خطياً إلى مجلس الإدارة بالإجراءات والنتائج والتوصيات التي تتوصل إليها بشفافية مطلقة وعلى مجلس الإدارة ضمان متابعة عمل اللجان للتحقق من التزامها بالأعمال الموكلة إليها.

المادة الثلاثون

١/٣٠ يجب أن يكون لدى الشركة نظام محكم للرقابة الداخلية يهدف إلى وضع تقييم لوسائل وإجراءات إدارة المخاطر في الشركة وتطبيق قواعد الحوكمة فيها على نحو سليم والتحقق من التزام الشركة والعاملين فيها بأحكام القوانين والأنظمة والقرارات المعمول بها والتي تنظم عملها والسياسات والإجراءات الداخلية ومراجعة البيانات المالية التي تعرض على الإدارة العليا بالشركة والتي تستخدم في إعداد القوائم المالية.

٢/٣٠ يصدر نظام الرقابة الداخلية من قبل مجلس الإدارة بعد التشاور مع الإدارة ويتولى تطبيق هذا النظام إدارة مختصة بالرقابة الداخلية.

٣/٣٠ يحدد مجلس الإدارة أهداف ومهام وصلاحيات إدارة الرقابة الداخلية بحيث تتمتع بالاستقلال الكافي لأداء مهامها وتتبع مجلس الإدارة مباشرة.

٤/٣٠ على مجلس الإدارة إجراء مراجعة سنوية لضمان فعالية نظام الرقابة الداخلية في الشركة والشركات التابعة لها والإفصاح عن النتائج التي يتوصل لها إلى المساهمين في تقريره السنوي عن حوكمة الشركة.

ويجب أن تشمل المراجعة السنوية العناصر التالية وذلك على وجه التحديد :

- التغييرات التي طرأت منذ المراجعة السنوية الأخيرة على طبيعة ومدى المخاطر الرئيسية وقدرة الشركة على الاستجابة للتغيرات في أعمالها والبيئة الخارجية.
- نطاق ونوعية الرقابة المستمرة من مجلس الإدارة على المخاطر ونظام الرقابة الداخلية وعمل المدققين الداخليين.
- عدد مرات إبلاغ المجلس أو لجانه بنتائج أعمال الرقابة لتمكينه من تقييم وضع الرقابة الداخلية في الشركة وفعاليتها وإدارة المخاطر.
- حالات الإخفاق أو الضعف في نظام الرقابة التي تم اكتشافها أو الظروف الطارئة غير المتوقعة وقد أثرت أو يمكن أن تؤثر بشكل جوهري على الأداء أو الوضع المالي للشركة.
- فعالية عمليات الشركة المتعلقة بإعداد التقارير المالية والتقييد بقواعد الإدراج والإفصاح.

٥/٣٠ على مجلس الإدارة الإفصاح في تقرير حوكمة الشركة عن مدى تقييد الشركة بنظام الرقابة الداخلية أثناء مدة التقرير ويجب أن يشمل ذلك الإفصاح ما يلي:

- آلية عمل إدارة الرقابة الداخلية في الشركة.
 - الإجراء الذي اتبعته الشركة لتحديد وتقييم وإدارة المخاطر الكبيرة.
 - أية معلومات إضافية للمساعدة في فهم عمليات إدارة المخاطر ونظام الرقابة الداخلية في الشركة.
 - إقرار من المجلس بمسئوليته عن نظام الرقابة الداخلية في الشركة وعن مراجعته وفعاليتها.
 - الإجراء الذي اتبعته الشركة لمراجعة فعالية نظام الرقابة الداخلية.
 - الإجراء الذي اتبعته الشركة للتعامل مع نواحي الرقابة الداخلية الجوهرية لأية مشاكل كبيرة تم الإفصاح عنها في التقارير والحسابات السنوية.
- ٦/٣٠ على مجلس الإدارة التأكد من أن إفصاحات الشركة تقدم معلومات كافية ودقيقة وغير مضللة للمستثمرين وفيها التزام كامل بقواعد الإفصاح.

٧/٣٠ تلتزم الشركة بتعيين ضابط امتثال يتولى مهام التحقق من مدى التزام الشركة والعاملين فيها بالقوانين والأنظمة والقرارات واللوائح الصادرة ويجوز الجمع بين وظيفة ضابط الامتثال ومدير إدارة الرقابة الداخلية.

المادة الحادية والثلاثون

يحظر على رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة ما يلي:

١/٣١ الاشتراك في إدارة شركة تأمين أخرى منافسة أو مشابهة لها التي تمارس نفس أنواع وفروع التأمين.

٢/٣١ منافسة أعمال الشركة أو القيام بعمل أو نشاط ينجم عنه تضارب مع مصلحة الشركة.

٣/٣١ ممارسة أعمال وسيط تأمين.

٤/٣١ تقاضي عمولة عن أي عمل من أعمال التأمين أو إعادة التأمين.

المادة الثانية والثلاثون

مع مراعاة أحكام قانون الشركات التجارية، تتكون مكافأة أعضاء مجلس الإدارة من نسبة مئوية من الربح الصافي، كما يجوز أن تدفع الشركة مصاريف أو أتعاباً إضافية أو مرتباً شهرياً بالقدر الذي يقرره مجلس الإدارة لأي عضو من أعضائه إذا كان ذلك العضو يعمل في أي لجنة أو يبذل جهوداً خاصة أو يقوم بأعمال إضافية لخدمة الشركة فوق واجباته العادية كعضو في مجلس إدارة الشركة وفي جميع الحالات يجب أن لا تزيد مكافأة أعضاء مجلس الإدارة على % (يمكن أن تكون هذه النسبة في حدود ١٠%) من الربح الصافي بعد خصم الاستهلاكات والاحتياطي وتوزيع ربح لا يقل عن % (يمكن أن تكون هذه النسبة في حدود ٥%) من رأس المال على المساهمين.

الباب الخامس الجمعية العمومية

المادة الثالثة والثلاثون

الجمعية العمومية المكونة تكويناً صحيحاً تمثل جميع المساهمين ولا يجوز انعقادها إلا في المقر الرئيسي للشركة.

المادة الرابعة والثلاثون

كل مساهم الحق في حضور اجتماعات الجمعية العمومية للمساهمين ويكون له عدد من الأصوات يعادل عدد أسهمه ويجوز للمساهم أن ينيب عنه غيره من غير أعضاء مجلس الإدارة في حضور الجمعية العمومية بمقتضى توكيل خاص ثابت بالكتابة ويجب ألا يكون الوكيل حائزاً بهذه الصفة على أكثر من (5%) خمسة بالمائة من أسهم رأس مال الشركة ويمثل ناقصي الأهلية وفاقديها النائبون عنهم قانوناً ويستثنى من هذه النسبة ممثلو الأشخاص الاعتبارية.

المادة الخامسة والثلاثون

توجه الدعوة إلى المساهمين لحضور اجتماعات الجمعية العمومية العادية بإعلان في صحيفتين يوميتين محليتين وبكتب مسجل وذلك قبل الموعد المحدد للاجتماع بواحد وعشرين يوماً على الأقل وذلك بعد الحصول على موافقة الهيئات المختصة وتقديم نسخة من مسودة الميزانية العمومية والحسابات الختامية للشركة كذلك توجه الدعوة إلى مدير عام هيئة التأمين لحضور اجتماع الجمعية العمومية قبل خمسة عشر يوماً على الأقل من انعقادها وأن تتضمن الدعوة جدول أعمال ذلك الاجتماع وترسل صورة من أوراق الدعوة إلى السلطة المختصة.

المادة السادسة والثلاثون

تتعقد الجمعية العمومية العادية بدعوة من:

١/٣٦ مجلس الإدارة مرة على الأقل في السنة خلال الأشهر الأربعة التالية لنهاية السنة المالية.

٢/٣٦ مجلس الإدارة كلما رأى وجهاً لذلك أو بناء على طلب مدقق الحسابات أو إذا طلب عشرة من المساهمين على الأقل يملكون (..... %) من رأس المال كحد أدنى ولأسباب جدية عقد الجمعية العمومية وجب على مجلس الإدارة دعوة الجمعية العمومية العادية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب.

٣/٣٦ مدقق الحسابات مباشرة إذا لم يتم مجلس الإدارة بتوجيه الدعوة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم مدقق الحسابات طلب توجيه الدعوة.

٤/٣٦ رئيس هيئة الرقابة الشرعية إذا لم يتم مجلس الإدارة بتوجيه الدعوة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم رئيس الهيئة توجيه الدعوة.

٥/٣٦ هيئة الأوراق المالية (أو ما يقوم مقامها) بعد التشاور مع السلطة المختصة في الأحوال التالية:

- إذا مضى ثلاثون يوماً على الموعد المحدد لانعقادها (وهو مضي أربعة أشهر على انتهاء السنة المالية) دون أن يقوم مجلس الإدارة بدعوتها للانعقاد.
- إذا نقص عدد أعضاء مجلس الإدارة عن الحد الأدنى لصحة انعقاده.
- إذا تبين لها في أي وقت وقوع مخالفات للقانون أو لنظام الشركة أو وقوع خلل في إدارتها.
- إذا تقاعس مجلس الإدارة عن دعوتها للانعقاد رغم طلب عدد من المساهمين يملكون على الأقل (..... %) من رأسمال الشركة.
- إذا طلب عدد من المساهمين يملكون أقل من (..... %) من رأسمال الشركة.

المادة السابعة والثلاثون

يدخل في جدول أعمال الجمعية العمومية في اجتماعها السنوي المسائل الآتية:

- سماع تقرير مجلس الإدارة عن نشاط الشركة وعن مركزها المالي خلال السنة.
- سماع تقرير هيئة الرقابة الشرعية والتصديق عليه.
- سماع تقرير مدقق الحسابات والتصديق عليه.
- مناقشة ميزانية الشركة وحساب الأرباح والخسائر والتصديق عليهما.
- انتخاب أعضاء مجلس الإدارة عند الاقتضاء وتعيين مدققي الحسابات وأعضاء هيئة الرقابة الشرعية وتحديد أتعابهم.
- النظر في مقترحات مجلس الإدارة بشأن توزيع الأرباح.
- النظر في توصية مجلس الإدارة بشأن مكافأة أعضاء مجلس الإدارة.
- إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة ومدقق الحسابات وهيئة الرقابة الشرعية من المسؤولية أو تقرير رفع دعوى المسؤولية عليهم حسب الأحوال.

المادة الثامنة والثلاثون

يسجل المساهمون الذين يرغبون في حضور الجمعية العمومية العادية وغير العادية أسماءهم في السجل الإلكتروني الذي تعده إدارة الشركة لهذا الغرض في مكان الاجتماع قبل الوقت المحدد لانعقاد ذلك الاجتماع بوقت كاف ويجب أن يتضمن السجل اسم المساهم أو من ينوب عنه وعدد الأسهم التي يملكها وعدد الأسهم التي يمثلها وأسماء مالكيها مع

تقديم سند الوكالة ويعطى المساهم أو النائب بطاقة لحضور الاجتماع يذكر فيها عدد الأصوات التي يمثلها أصالة أو وكالة ويستخرج من هذا السجل خلاصة مطبوعة بعدد الأسهم التي مثلت في الاجتماع ونسبة الحضور يتم إلحاقها بمحضر اجتماع الجمعية العمومية بعد توقيعها من قبل كل من مقرر الجلسة ورئيس الاجتماع ومدقق حسابات الشركة.

ويقفل باب التسجيل لحضور اجتماعات الجمعية العمومية العادية وغير العادية عندما يعلن رئيس الاجتماع اكتمال النصاب المحدد لذلك الاجتماع أو عدم اكتماله ولا يجوز بعد ذلك قبول تسجيل أي مساهم أو نائب عنه لحضور ذلك الاجتماع كما لا يجوز الاعتداد بصوته أو برأيه في المسائل التي تطرح في ذلك الاجتماع.

المادة التاسعة والثلاثون

يغلق سجل المساهمين في الشركة لاجتماع الجمعية العمومية طبقاً للنظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية والقواعد المعنية السائدة في السوق المالي المدرج فيه أسهم الشركة.

المادة الأربعون

تسري على النصاب الواجب توفره لصحة انعقاد الجمعية العمومية بصفاتها المختلفة وعلى الأغلبية اللازمة لاتخاذ القرارات، أحكام القانون المنظم للشركات التجارية وتعديلاته.

المادة الواحدة والأربعون

يرأس الجمعية العمومية رئيس مجلس الإدارة وعند غيابه يرأسها نائب رئيس مجلس الإدارة أو عضو مجلس الإدارة الذي يعينه مجلس الإدارة لذلك وفي حالة تخلف المذكورين عن حضور الاجتماع تعين الجمعية من بين المساهمين رئيساً للاجتماع كما تعين الجمعية مقراً للاجتماع ويعين الرئيس جامعاً للأصوات على أن تقرر الجمعية العمومية تعيينه.

وتدون الشركة محاضر اجتماعات الجمعية العمومية وإثبات الحضور في دفاتر تحفظ لهذا الغرض وتوقع من قبل رئيس الاجتماع المعني ومقرر الجمعية وجامعي الأصوات ومدققي الحسابات ويكون الموقعون على محاضر الاجتماعات مسئولون عن صحة البيانات الواردة فيها.

المادة الثانية والأربعون

يكون التصويت في الجمعية العمومية بالطريقة التي يعينها رئيس الجمعية إلا إذا قررت الجمعية العمومية طريقة معينة للتصويت وإذا تعلق الأمر بانتخاب أعضاء مجلس الإدارة أو بعزلهم أو بمساءلتهم يكون بالتصويت السري وبحيث أن يكون لكل مساهم عدد من الأصوات يساوي عدد الأسهم التي يملكها سواء كان التصويت بها لمرشح واحد

أو توزيعها بين من يختارهم من المرشحين على ألا يتجاوز في جميع الأحوال عدد الأصوات التي منحها للمرشحين الذين اختارهم عن عدد الأسهم التي بحوزته.

المادة الثالثة والأربعون

يسجل المساهمون الذين يرغبون في حضور الجمعية العمومية أسماءهم في سجل خاص يعد لذلك في مركز الشركة قبل الموعد المحدد لانعقاد الجمعية العمومية ويتضمن التسجيل اسم المساهم وعدد الأسهم التي يمثلها وأسماء موكليه مع تقديم سند الوكالة. ويعطى المساهم أو النائب بطاقة حضور لحضور الاجتماع يذكر فيها عدد الأصوات التي يستحقها أصاله ووكالة.

المادة الرابعة والأربعون

لا يجوز لمن له حق حضور الجمعية العمومية أن يشترك في التصويت عن نفسه أو عن يمثله في المسائل التي تتعلق بمنفعة خاصة أو بخلاف قائم بينه وبين الشركة.

المادة الخامسة والأربعون

١/٤٥ تجتمع الجمعية العمومية غير العادية للشركة بناء على دعوة من مجلس الإدارة والجهات المشار إليها في المادة ٣٦ الفقرة (٣/٣٦ و ٤/٣٦ و ٥/٣٦) وعلى المجلس توجيه هذه الدعوة إذا طلب إليه ذلك عدد من المساهمين يملكون على الأقل (..... %) من رأس مال الشركة فإذا لم يقدّم المجلس بتوجيه الدعوة خلال خمسة عشر يوماً من هذا الطلب جاز للطالين أن يتقدموا إلى الهيئة لتوجيه الدعوة وتقوم الهيئة بتوجيه الدعوة بعد التشاور مع السلطة المختصة.

٢/٤٥ لا يكون اجتماع الجمعية العمومية غير العادية صحيحاً إلا إذا حضره مساهمون يمثلون ثلاثة أرباع رأس مال الشركة على الأقل، فإذا لم يتوفر هذا النصاب وجب دعوة هذه الجمعية إلى اجتماع ثان يعقد خلال الثلاثين يوماً التالية للاجتماع الأول ويعتبر الاجتماع الثاني صحيحاً إذا حضره مساهمون يمثلون نصف رأس مال الشركة . وإذا لم يتوفر هذا النصاب في الاجتماع الثاني توجه الدعوة إلى اجتماع ثالث يعقد بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ الاجتماع الثاني ويكون الاجتماع الثالث صحيحاً مهما كان عدد الحاضرين ولا تكون قرارات الجمعية في الحالة الأخيرة نافذة إلا بعد موافقة السلطة المختصة عليها.

المادة السادسة والأربعون

تختص الجمعية العمومية غير العادية بما يلي :

١/٤٦ زيادة رأس المال أو تخفيضه.

٢/٤٦ حل الشركة أو إدماجها في شركة أخرى.

٣/٤٦ بيع المشروع الذي قامت به الشركة أو التصرف فيه بأي وجه آخر.

٤/٤٦ إطالة مدة الشركة.

٥/٤٦ تعديل عقد الشركة أو نظامها الأساسي إلا أن حقها هذا ليس مطلقاً وإنما

هو مقيد بالقيود التالية :

- ألا يؤدي التعديل إلى زيادة أعباء المساهمين.
- ألا يؤدي التعديل إلى تغيير غرض الشركة الأصلي.
- ألا يؤدي التعديل إلى نقل مركز الشركة الرئيسي إلى خارج الدولة.
- ألا يؤدي التعديل إلى عدم التقيد بأحكام الشريعة الإسلامية.

المادة السابعة والأربعون

يكون مالك السهم المسجل في يوم العمل السابق لانعقاد الجمعية العمومية للشركة هو صاحب الحق في التصويت في الجمعية العمومية لتلك الشركة.

المادة الثامنة والأربعون

تصدر قرارات الجمعية العمومية غير العادية بأغلبية الأسهم الممثلة في الاجتماع إلا إذا تعلق القرار بزيادة رأس المال أو تخفيضه أو بإطالة مدة الشركة أو بحلها قبل الميعاد المعين في النظام أو بإدماج الشركة في شركة أخرى أو بتحويلها فلا يكون القرار صحيحاً، إلا إذا صدر بأغلبية ثلاثة أرباع الأسهم الممثلة في الاجتماع وتكون قرارات الجمعية العمومية الصادرة ملزمة لجميع المساهمين بمن فيهم الغائبون والمخالفون في الرأي وعلى رئيس مجلس الإدارة تنفيذ قرارات الجمعية العمومية غير العادية وإبلاغ صورة منها إلى الجهات المختصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها.

المادة التاسعة والأربعون

مع مراعاة قانون الشركات التجارية لا يجوز للجمعية العمومية أن تتداول في غير المسائل الواردة في جدول الأعمال المرفق بإعلان الدعوة ومع ذلك يكون للجمعية العمومية الحق في المداولة في الوقائع الخطيرة التي قد تتكشف أثناء ذلك الاجتماع.

الباب السادس في مدقق الحسابات

المادة الخمسون

يكون للشركة مدقق حسابات أو أكثر تعيينه الجمعية العمومية بناء على ترشيح من مجلس الإدارة وتوصية من لجنة التدقيق لمدة سنة قابلة للتجديد وتحدد أتعابه وعليه مراقبة حسابات السنة المالية التي عين لها ويشترط في مدقق الحسابات أن يكون مسجلاً لدى الجهات الرسمية المختصة ومرخصاً له بمزاولة المهنة.

المادة الواحدة والخمسون

١/٥١ يجب أن يكون مدقق الحسابات الخارجي مستقلاً عن الشركة ومجلس إدارتها ولا يجوز أن يكون شريكاً أو وكيلاً لأحد مؤسسي الشركة أو لأحد أعضاء مجلس إدارتها أو قريباً له حتى الدرجة الرابعة.

٢/٥١ على الشركة أن تتخذ خطوات معقولة للتأكد من استقلالية مدقق الحسابات الخارجي وأن كافة الأعمال التي يقوم بها تخلو من أي تضارب للمصالح.

المادة الثانية والخمسون

يحظر علي مدقق الحسابات الخارجي خلال فترة توليه مراجعة/تدقيق/ مراقبة حسابات الشركة القيام بأية خدمات أو أعمال إضافية فنية أو إدارية أو استشارية ذات علاقة بأعماله التي يقوم بمباشرتها والتي قد تؤثر على قراراته واستقلاله أو أية خدمات أو أعمال أخرى ترى هيئة الأوراق المالية (أو ما يقوم مقامها) عدم جواز تقديمها وعلى وجه الخصوص الخدمات والأعمال المحظور على مدقق الحسابات مزاولتها أو مباشرتها.

المادة الثالثة والخمسون

يلتزم مدقق الحسابات بإبلاغ الجهات الرقابية عن أية مخالفات جوهرية أو معوقات وتفاصيلها وذلك في حالة عدم اتخاذ مجلس الإدارة القرار المناسب بشأنها.

المادة الرابعة والخمسون

تكون لمدقق الحسابات الصلاحيات وعليه التقيد بالالتزامات المنصوص عليها في قانون الشركات التجارية والقوانين المعدلة له والقانون المنظم لقطاع التأمين (إن وجد) وتنظيم أعماله ولائحته التنفيذية والقرارات والتعليمات والأنظمة الصادرة له وله بوجه خاص الحق في الإطلاع في كل وقت على جميع دفاتر الشركة وسجلاتها ومستنداتها وغير ذلك من وثائق وله أن يطلب الإيضاحات التي يراها لازمة لأداء مهمته وله كذلك أن يتحقق من موجودات الشركة والتزاماتها وإذا لم يتمكن من استعمال هذه الصلاحيات أثبت ذلك كتابة في تقرير يقدم إلى مجلس الإدارة فإذا لم يتم المجلس بتمكين المدقق من

أداء مهمته وجب على المدقق أن يرسل صورة من التقرير إلى السلطة المختصة وأن يعرضه على الجمعية العمومية.

المادة الخامسة والخمسون

يقدم مراجع الحسابات إلى الجمعية العمومية العادية تقريراً يشتمل على البيانات المنصوص عليها في قانون الشركات التجارية والقوانين المعدلة له وفي القانون المنظم لقطاع التأمين وعليه أن يحضر اجتماع الجمعية العمومية وأن يدلي في الاجتماع برأيه في كل ما يتعلق بعمله وبوجه خاص في ميزانية الشركة ويكون مراجع الحسابات مسؤولاً عن صحة البيانات الواردة في التقرير بوصفه وكليلاً عن جميع المساهمين ولكل مساهم أثناء انعقاد الجمعية العمومية الحق في مناقشة تقرير المراجع وله إن يستوضحه عما ورد فيه ويحق لمراجع الحسابات استلام كافة الإشعارات والمراسلات الأخرى المتعلقة بأية جمعية عمومية التي يحق لكل مساهم استلامها.

المادة السادسة والخمسون

يكون للمشارك في حساب التأمين التكافلي العائلي حق الحصول على نسخة من تقرير الخبير الإكتواري بشأن مراجعة حساب هذا النوع من التأمين التكافلي في خلال عشرة أيام عمل.

الباب السابع في الرقابة الشرعية

المادة السابعة والخمسون

١/٥٧ يكون للشركة هيئة رقابة شرعية تكون من (٣) ثلاثة أعضاء على الأقل تعيينها الجمعية العمومية بناء على ترشيح من مجلس إدارة الشركة بعد الحصول على موافقة الجهات المختصة لإبداء الرأي في معاملات الشركة ومدى إتفاقها مع أحكام الشريعة الإسلامية وتكون مستقلة وقراراتها ملزمة للشركة.

٢/٥٧ مدة العضوية في هيئة الرقابة الشرعية ثلاث سنوات قابلة للتجديد.

٣/٥٧ يختار أعضاء الهيئة من بينهم رئيساً ونائباً للرئيس ويمثل الرئيس الهيئة أمام مجلس إدارة الشركة والجمعية العمومية والجهات المختصة وفي حالة شغور إحدى عضويات الهيئة يقوم مجلس إدارة الشركة بتعيين عضو يحل في العضوية الشاغرة لكي يُكمل المدة المنصوص عليها في البند (٢/٥٧) من هذه المادة ويتم إبلاغ الجهات المختصة بهذا التعيين ويقدم هذا التعيين إلى الجمعية العمومية للشركة في أول إجتماع لاحق لها للمصادقة عليه.

المادة الثامنة والخمسون

يعين مجلس إدارة الشركة بناء على توصية هيئة الرقابة الشرعية مراقباً شرعياً مختصاً بتدقيق معاملات الشركة ويقوم بأعماله بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية كما يقوم بأمانة سر الهيئة ويقدم تقريره إليها.

المادة التاسعة والخمسون

تختص هيئة الرقابة الشرعية بالأمر الآتية:

١/٥٩ وضع القواعد الشرعية الأساسية لأعمال الشركة.

٢/٥٩ مراجعة جميع معاملات الشركة ومنتجات التأمين التكافلي والعقود والمستندات التي تتعامل بها الشركة للتأكد من أنها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية واعتمادها قبل وضعها موضع التطبيق.

٣/٥٩ مراجعة المعاملات التأمينية التكافلية وأوجه الإستثمار التي تقوم بها الشركة وبيان مدى إنسجامها مع أحكام الشريعة الإسلامية.

٤/٥٩ اعتماد أو رفض أي نشاط تقوم به الشركة في حالة عدم إتفاق النشاط مع أحكام الشريعة الإسلامية.

المادة الستون

على الشركة أن تتخذ خطوات معقولة للتأكد من استقلالية هيئة الرقابة الشرعية وأن كافة الأعمال التي تقوم بها تخلو من أي تضارب للمصالح

المادة الواحدة والستون

يحظر على أعضاء هيئة الرقابة الشرعية خلال فترة توليهم مراجعة/تدقيق/ مراقبة حسابات الشركة القيام بأية خدمات أو أعمال إضافية فنية أو إدارية أو استشارية ذات علاقة بأعمالهم التي يقومون بمباشرتها والتي قد تؤثر على قراراتهم واستقلالهم أو أية خدمات أو أعمال أخرى ترى هيئة التأمين عدم جواز تقديمها وعلى وجه الخصوص الخدمات والأعمال المحظور على لجنة الرقابة مزاولتها أو مباشرتها.

المادة الثانية والستون

تكون لهيئة الرقابة الشرعية الصلاحيات وعليها التقيد بالالتزامات المنصوص عليها في القانون المتعلق بتنظيم التأمين التكافلي (إن وجد) والقرارات والتعليمات والأنظمة الصادرة في هذا ولها بوجه خاص الحق في الإطلاع في كل وقت على جميع دفاتر الشركة وسجلاتها ومستنداتها وغير ذلك من وثائق ولها أن تطلب الإيضاحات التي تراها لازمة لأداء مهمتها ولها كذلك أن تتحقق من موجودات الشركة والتزاماتها وإذا لم تتمكن من استعمال هذه الصلاحيات تثبت ذلك كتابة في تقرير يقدم إلى مجلس إدارة الشركة فإذا لم يقر المجلس بتمكين اللجنة من أداء مهمتها وجب على اللجنة أن ترسل صورة من التقرير إلى الجهات المختصة وأن تعرضه على الجمعية العمومية للشركة.

المادة الثالثة والستون

تقدم هيئة الرقابة الشرعية إلى الجمعية العمومية للشركة وإلى الجهات المختصة تقريرا سنويا يشتمل على خلاصة ما قامت به من أعمال مع ملاحظاتها بشأن معاملات الشركة ومدى التزام الشركة بالأحكام الشرعية وعلى رئيس هيئة الرقابة الشرعية أو نائبه أن يحضر إجتماع الجمعية العمومية وأن يدلي في الاجتماع برأيه في كل ما يتعلق بعمل الهيئة وتكون هيئة الرقابة الشرعية مسؤولة عن صحة البيانات الواردة في تقريرها ولكل مساهم أثناء انعقاد الجمعية العمومية الحق في مناقشة تقرير هيئة الرقابة الشرعية وله أن يستوضحها عما ورد فيه.

الباب الثامن

في مالية الشركة وحساباتها

المادة الرابعة والستون

نظرا لطبيعة عمل الشركة فإنها تقوم بإنشاء حسابين منفصلين أحدهما يخص الشركة نفسها (المساهمين) حقوقها والتزاماتها، والآخر يخص هيئة المشتركين (حملة الوثائق) حقوقهم والتزاماتهم، بحيث يكون كل من الحسابين منفصلاً عن الآخر في طريقة حسابه وتوزيع إختصاصاته.

(أ) **حساب المساهمين:** ويضم هذا الحساب رأس المال وباقي حقوق المساهمين وإستثماراتها وتكون الأرباح المحققة من إستثماراتها من حقوق المساهمين ويحمل على هذا الحساب المصروفات والنفقات المرتبطة بأعمال الإستثمار وكل ما يخص المساهمين من رصيد حساب حملة الأسهم وحدهم وتتعهد الشركة بمعالجة أي عجز في حساب التأمين بترتيب تمويل مشروع أو بتقديم قرض حسن من حساب المساهمين من فوائض السنوات المقبلة.

(ب) **حساب التأمين:** ويضم هذا الحساب الإشتراكات والمخصصات والإحتياطيات وعوائدها ويحمل عليه المصروفات التي تتعلق بعمليات التأمين وإعادة التأمين ويجري التصرف في صافي الفائض التأميني المحقق في كل سنة بما فيه المصلحة مثل تكوين الإحتياطيات والمخصصات أو تخفيض الإشتراكات أو التبرع به لجهات خيرية أو توزيعه أو جزء منه على المشتركين على أن لا تستحق الشركة المديرية شيئاً من ذلك الفائض إلا على سبيل الحوافز التي تعتمدها هيئة الرقابة الشرعية وذلك وفق القواعد والأسس التي يضعها النظام الأساسي ومجلس الإدارة وموافقة الجمعية العمومية.

المادة الرابعة والستون

على مجلس الإدارة أن يحتفظ بدفاتر حسابات منتظمة حسب الأصول منفصلة لكل من أموال الشركة وإحتياطياتها (حقوق الملكية وموجودات التكافل وإحتياطياته، حقوق حملة الوثائق) لإعطاء صورة صحيحة وعادلة عن وضع أعمال الشركة ولتفسير تعاملاتها وتحفظ هذه الدفاتر وفقاً لأحكام القانون وطبقاً لمعايير المحاسبة بشأن التأمين الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية وكذلك طبقاً للمبادئ المحاسبية المتعارف عليها والمطبقة دولياً - في حالة عدم وجود معايير محاسبة صادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية - على ألا تتعارض مع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية ولا يحق لأي مساهم في الشركة فحص دفاتر الحسابات تلك إلا بموجب تفويض بهذا المعنى صادر عن مجلس الإدارة وتبدأ السنة المالية للشركة من أول يناير وتنتهي في نهاية ديسمبر من كل سنة.

المادة الخامسة والستون

لمجلس الإدارة أن يقتطع من الأرباح السنوية غير الصافية نسبة يحددها لاستهلاك موجودات الشركة أو التعويض عن انخفاض (نزول) قيمتها ويتم التصرف في هذه الأموال بناء على قرار من مجلس الإدارة ولا يجوز توزيعها على المساهمين.

المادة السادسة والستون

على مجلس الإدارة أن يعد عن كل سنة مالية قبل الاجتماع السنوي للجمعية العمومية العادية بشهر على الأقل ميزانية الشركة مدققة وحساب الأرباح والخسائر لكل من الشركة ومحافظ التأمين وعلى المجلس أيضا أن يعد تقريرا عن نشاط الشركة خلال السنة المالية وعن مركزها المالي في ختام السنة ذاتها والطريقة التي يقترحها لتوزيع الأرباح الصافية وترسل صورة من الميزانية وحساب الأرباح والخسائر وتقرير مدقق الحسابات عليهما وتقرير مجلس الإدارة إلى هيئة الأوراق المالية (أو ما يقوم مقامها) مرفقة مع جدول أعمال الجمعية العمومية العادية السنوية للموافقة على نشر الدعوة في الصحف اليومية قبل موعد عقدها بواحد وعشرون يوما على الأقل.

المادة السابعة والستون

توزع الأرباح السنوية الصافية للشركة بعد خصم جميع المصروفات العمومية والتكاليف الأخرى وفقا لما يلي:

١/٧٦ تقتطع (١٠٪) عشرة بالمائة من صافي الأرباح تخصص لحساب الاحتياطي القانوني ويوقف هذا الاقتطاع متى بلغ مجموع الاحتياطي قدرا يوازي (٥٠٪) خمسين بالمائة على الأقل من رأس مال الشركة المدفوع وإذا نقص الاحتياطي عن ذلك تعين العودة إلى الاقتطاع.

٢/٧٦ تقتطع (١٠٪) عشرة بالمائة أخرى من صافي الأرباح لحساب الاحتياطي النظامي ويوقف هذا الاقتطاع بقرار من الجمعية العمومية العادية بناء على اقتراح مجلس الإدارة أو إذا بلغ (٥٠٪) خمسون بالمائة من رأس مال الشركة المدفوع.

ويستخدم هذا الاحتياطي في الأغراض التي تقررها الجمعية العمومية العادية بناء على اقتراح من مجلس الإدارة.

٣/٧٦ يقتطع مبلغ يعادل (٥٪) خمسة بالمائة من رأس المال المدفوع لتوزيعه على المساهمين على أنه إذا لم تسمح الأرباح الصافية في سنة من السنين بتوزيع هذه الحصة فلا يجوز المطالبة بها من أرباح السنوات التالية.

٤/٧٦ يوزع الباقي من صافي الأرباح بعد ذلك على المساهمين أو يرحل بناء على اقتراح مجلس الإدارة إلى السنة المقبلة أو يخصص لإنشاء مال احتياطي غير عادي وفقا لما تقرره الجمعية العمومية العادية.

المادة الثامنة والستون

يتم التصرف في المال الاحتياطي لكل من الشركة ومحافظ التأمين - كل في مجاله بناء على قرار مجلس الإدارة في الأوجه التي تحقق مصالح الشركة والتكافل مع اعتماد ذلك من هيئة الرقابة الشرعية ولا يجوز توزيع الاحتياطي القانوني على المساهمين وإنما يجوز استعمال ما زاد منه على نصف رأس المال المدفوع لتأمين توزيع أرباح لا تزيد على (١٠٪) عشرة بالمائة من رأس المال المدفوع على المساهمين في السنوات التي لا تسمح بتوزيع هذه النسبة كما لا يجوز استخدام الاحتياطي النظامي في غير الأغراض المخصص لها إلا بقرار من الجمعية العمومية العادية.

المادة التاسعة والستون

تدفع حصص الأرباح إلى المساهمين طبقاً للنظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات في نقل ملكية وحفظ الأوراق المالية والقواعد المعينة في السوق المالي المدرج فيه أسهم الشركة.

المادة السبعون

القرض الحسن:

١/٧٠ في حالة عدم كفاية موجودات حساب المشتركين لمواجهة الالتزامات المترتبة على هذا الحساب تلتزم الشركة بتوفير تمويل أو بتقديم قرض حسن لحساب المشتركين.
٢/٧٠ يعتبر الالتزام بتقديم القرض الحسن التزاماً شاملاً حده الأقصى مجموع حقوق المساهمين في الشركة.

٣/٧٠ يحق للشركة استرداد هذا القرض من الفائض أو الفوائض التي قد تتحقق في الفترات اللاحقة سواء بدفعه واحدة أو بعدة دفعات حسبما تقرره الجمعية العمومية للشركة.

المادة الواحدة والسبعون

صندوق الزكاة:

١/٧١ تقوم الشركة بإنشاء صندوق للزكاة توضع فيه الزكاة المستحقة على معاملات الشركة وفقاً لما يسمح به نظامها الأساسي .

٢/٧١ يكون لصندوق الزكاة حساب مستقل عن بقية حسابات الشركة سواء تلك المتعلقة بالمساهمين أو المشتركين وتعتمد لجنة الرقابة الشرعية طريقة إدارة الحساب.

١/٧١ يتم الصرف من هذا الحساب بقرار من مجلس إدارة الشركة ووفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وما تعمده هيئة الرقابة الشرعية.

٤/٧١ يضع مجلس إدارة الشركة لائحة داخلية لتنظيم العمل في هذا الصندوق
وكيفية إدارته على أن لا يتقاضى الأعضاء المعينون لإدارته أية مكافآت عن أعمالهم في
إدارة الصندوق أو الاشراف عليه .

٥/٧١ على الشركة أن تحسب الزكاة الواجبة على المساهمين وأن تعلنها بعد
اعتمادها من قبل هيئة الرقابة الشرعية ضمن القوائم المالية النهائية للسنة المالية.

الباب التاسع

في المنازعات

المادة الثانية والسبعون

لا يترتب على أي قرار يصدر عن الجمعية العمومية سقوط دعوى المسؤولية المدنية ضد أعضاء مجلس الإدارة وإذا كان الفعل الموجب للمسئولية قد عرض على الجمعية العمومية بتقرير من مجلس الإدارة أو مدقق الحسابات وصادقت عليه فإن دعوى المسؤولية تسقط بمضي سنة من تاريخ انعقاد الجمعية ومع ذلك إذا كان الفعل المنسوب إلى أعضاء مجلس الإدارة يكون جريمة جنائية فلا تسقط دعوى المسؤولية إلا بسقوط الدعوى العمومية.

الباب العاشر في حل الشركة وتصفيتها

المادة الثالثة والسبعون

تحل الشركة لأحد الأسباب التالية :

- (١) انتهاء المدة المحددة للشركة ما لم تجدد وفقا للقواعد الواردة بهذا النظام.
- (٢) انتهاء الغرض الذي أسست الشركة من أجله.
- (٣) صدور قرار من الجمعية العمومية غير العادية بإنهاء مدة الشركة.
- (٤) اندماج الشركة في شركة أخرى.

المادة الرابعة والسبعون

إذا بلغت خسائر الشركة نصف رأس المال وجب على مجلس الإدارة دعوة الجمعية العمومية غير العادية للنظر في استمرار الشركة أو حلها قبل الأجل المعين في نظامها.

المادة الخامسة والسبعون

عند انتهاء مدة الشركة أو حلها قبل الأجل المحدد تعين الجمعية العمومية بناء على طلب مجلس الإدارة طريقة التصفية لأموال الشركة (حقوق ملكية المساهمين) وتعين مصفيا أو أكثر وتحدد سلطتهم وتنتهي وكالة مجلس الإدارة بتعيين المصفين وتبقى سلطة الجمعية العمومية قائمة طوال مدة التصفية إلى أن يتم إخلاء عهدة المصفين.

الباب الحادي عشر في الأحكام الختامية

المادة السادسة والسبعون

تطبق أحكام القانون المتعلق بالشركات التجارية والقوانين المعدلة له والقرارات المنفذة له والقانون المنظم للتأمين (إن وجد) وتنظيم أعماله ولائحته التنفيذية والقرارات والتعليمات والأنظمة الصادرة له وكافة القوانين واللوائح الأخرى المطبقة فيما لم يرد في شأنه نص خاص في النظام الأساسي.

المادة السابعة والسبعون

يسري على الشركة ضوابط الحوكمة (إن وجدت) ومعايير الإنضباط المؤسسي وأية قرارات قد تصدر بتعديله أو تحل محله ويعتبر جزءاً لا يتجزأ من النظام الأساسي للشركة ومكماً له.

المادة الثامنة والسبعون

يودع هذا النظام وينشر طبقاً للقانونو .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار ١٨٧ (٢٠/٢)

بشأن

التأمين التعاوني: الأحكام والضوابط الشرعية

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهران (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من ٢٦ شوال إلى ٢ من ذي القعدة ١٤٣٣هـ، الموافق ١٣ - ١٨ سبتمبر (أيلول) ٢٠١٢م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى أمانة المجمع في موضوع: **التأمين التعاوني: الأحكام والضوابط الشرعية**، في هذه الدورة والدورات السابقة،

وبعد اطلاعه أيضاً على التوصيات الصادرة عن مؤتمر « **التأمين التعاوني: أبعاده وأفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منها** »، الذي عقده مجمع الفقه الإسلامي الدولي بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية) بالتعاون مع الجامعة الأردنية، والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة (الإيسيسكو)، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب (عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية)، في الفترة ٢٦ - ٢٨ ربيع الثاني ١٤٣١هـ، الموافق ١١ - ١٣ إبريل ٢٠١٠م، واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،

قرر ما يأتي:

أولاً: التأكيد على ما ورد في قراره ذي الرقم ٩ (٢/٩) بشأن التأمين وإعادة التأمين من أن عقد التأمين التجاري ذي القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد معاوضة يتضمن غرراً كبيراً مفسداً للعقد، ولذا فهو محرم شرعاً. وأن البديل الذي يتفق مع أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون.

ثانياً: نظراً إلى الإشكالات التي ظهرت من خلال التطبيقات المتعددة في شركات التأمين الإسلامية، والعقبات القانونية النظامية والرقابية التي واجهتها فإن ذلك يتطلب الخروج بتصور متكامل عن التأمين التعاوني.

ومن ثم فهو يوصي بما يأتي:

أولاً: تكليف أمانة المجمع بتكوين لجنة من الفقهاء والخبراء بالتعاون مع مراكز البحوث ذات الصلة للوصول إلى مشروع متكامل ينتظم الأحكام والضوابط الشرعية المبينة لأسس التأمين التعاوني، على أن يتضمن ذلك الصيغ المقبولة شرعاً، مما يمنح مرونة في التطبيق العملي، ومن هذه الأحكام والضوابط:

- (١) مفهوم التأمين التعاوني وحقيقته من منظور الشريعة الإسلامية.
- (٢) المقارنة بين التأمين التعاوني والتأمين التجاري:
 - (أ) المقارنة بين التأمين التعاوني المقبول شرعاً وبين المبادئ الدولية للتعاون.
 - (ب) المقارنة بين التأمين التعاوني المقبول شرعاً وبين مبادئ التأمين التجاري.
- (٣) العلاقات بين أطراف التأمين التعاوني وتوصيفها، وعلى وجه الخصوص توصيف العلاقة بين المشتركين في الوعاء، والعلاقة بين الوعاء ومن تقاطع به إدارته.
- (٤) أحكام العوض المستحق لمدير الوعاء ومعايير تقديره.
- (٥) أحكام الفائض التأميني والعجز حال وجودهما.
- (٦) الاشتراك والانسحاب من وعاء التأمين التعاوني وضوابطهما الشرعية.
- (٧) الأحكام الشرعية لتصفية وعاء التأمين التعاوني.
- (٨) أحكام إعادة التأمين وضوابطه الشرعية.
- (٩) مبدأ المشاركة في الربح والخسارة.
- (١٠) مبدأ الحلول وما يتعلق به.
- (١١) مبدأ التحمل وما يتعلق به.

ثانياً: يُقدم مقترح المشروع الذي تتوصل إليه اللجنة إلى دورة المجمع القادمة، لصياغة مشروع قرار في ضوء ما ذكر في الفقرة ثانياً أعلاه.

والله أعلم



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

التطوير المرتقب لأسواق الصكوك

إعداد

الأستاذ عبد اللطيف عبد الرحيم جناحي
رئيس مجلس إدارة شركة الصفوة الدولية
للاستشارات الإستراتيجية والاقتصادية والتسويقية والإدارية
المنامة - مملكة البحرين

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين سيدنا محمد وعلى اله وصحبه أجمعين ، وبعد

المقدمة

فان المجامع الفقهية في عالمنا الإسلامي المعاصر تقوم بدور مؤثر في إصلاح المجتمع وترشيد سلوكه الاجتماعي والاقتصادي والسياسي ، بغية الوصول بالمسلمين خاصة وبالإنسانية عامة إلى الطريق القويم الذي رسمه الحق سبحانه للبشرية عامة ، فهو جلت قدرته الخالق ، وهو العالم بشئون خلقه ، قال تعالى : ﴿ أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴾^(١) .

و من منطلق إشاعة الإصلاح بين البشر عامة وامثالاً لتعاليم ديننا الحنيف دأب مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق من منظمة التعاون الإسلامي وعلى مدى أكثر من ربع قرن على إثارة مواضيع عصرية ربما لم يتطرق إليها من سبق عصرنا من علمائنا الأفاضل ومن أهم المواضيع التي طرحت والتي ما زالت تتال قسطاً وافراً من اهتمامات مجمع الفقه الإسلامي الدولي موضوع الصكوك (السندات وهي التسمية التقليدية)

و يرجع سبب اهتمام مجمع الفقه الإسلامي الدولي بهذا الموضوع إلى أهمية الصكوك مالياً وتأثيرها على الاقتصاد المحلي والإقليمي والعالمي .

لقد أصبحت السندات التقليدية مستخدمة في عصرنا على نطاق واسع على الصعيد الحكومي وعلى صعيد القطاع الخاص .

فالحكومات تلجأ لإصدار الصكوك لسد ما تعانيه من عجوزات في ميزانياتها .

أما القطاع الخاص فهو يلجأ إلى إصدار السندات لإعادة هيكلة وضعه المالي عند وقوعه في مشاكل مالية أحياناً ولتمويل مشاريعه أحياناً أخرى .

فالسندات أداة لسد الثغرة بين الإيرادات والمصروفات لدى الحكومات وهي تحريك للسيولة أحياناً أو خلق توازن في ميزانيات مؤسسات القطاع الخاص .

لذا نجد تنامياً كبيراً في حجم السندات في عالمنا حيث بلغت تريليونات من الدولارات وهي ديون من غير غطاء كانت سبباً في إفلاس كبريات الدول في وقتنا الراهن .

(١) الملك : ١٤ .

ومن هنا جاءت أهمية طرح هذا الموضوع من قبل مجمع الفقه الإسلامي الدولي وذلك بغية ترشيد هذه الأداة الاقتصادية الهامة حيث هي إن أحسن الناس استخدامها أصبحت خير عون لبناء اقتصاد سليم وإن أساءوا استخدامها صارت معول هدم للاقتصاد المحلي والعالمي بأسره .

لذا يجب النظر في مثل هذه المواضيع الحساسة نظرة الإبداع والتغيير لا نظرة الاستساخ والتقليد وهو مزلق نسال الله النجاة منه ، ذلك أن المنتجات الاقتصادية الغربية بعيدة عن روح الإسلام المراعي للسلامة الاقتصادية للبشرية عامة كما نجد أن هذه المنتجات لا تراعى في أساسها التوجيه الرباني فهي غارقة في الربا المحرم المنهي عنه على لسان رسل الله ولفظتها الفطرة الإنسانية السليمة فأرسطو مثلاً قاده فطرته السليمة في تفكيره الاقتصادي إلى القول: (أكره ما أكره الفائدة لأنه نقد تولد من نقد) .

و عليه فإن هذا البحث يصب في هذا الاتجاه الذي أرى أنه سيوفر علينا جهد تكيف وتبرير أعمال الغير فننطلق انطلاقاً إسلامية لا تشوبها شائبة إنشاء الله ، وهذا القول ليس نقداً لعملائنا السابق في هذا المجال فكل عمل لا بد من التدرج فيه ولأقرب الموضوع إلى الأذهان أضرب مثلاً بتأييدنا سابقاً للنوافذ الإسلامية في البنوك التقليدية في عالمنا الإسلامي فلقد أيدناها مرحلياً لنثبت للعالم أن الصيرفة الإسلامية ممكنة التطبيق وذات نفع اقتصادي أما الآن وقد ترسخت التجربة وأصبحت واقعاً يمارس في الشرق والغرب فنحن لا نجد مبرراً لفتح نوافذ معاملات إسلامية لمصارف تقليدية في بلاد الإسلام إذ لا ينبغي أن تكون مثل هذه الظاهرة وجود في بلد ينعم شعبه بالإسلام ، ونطالب في نفس الوقت بفتح نوافذ إسلامية بالضوابط الشرعية في غير بلاد الإسلام حيث الأقليات الإسلامية وحيث وجود فئات غير مسلمة تفضل المعاملات المالية الإسلامية .

السندات الحكومية

السند لغة معناه الاعتماد والركون والاتكاء ، ولكنه في لغة الاقتصاد هو وثيقة مالية لها قيمة وزمن محددين وتستحق فائدة دورية ولا تعبر في الغالب عن موجودات ، إذن هي وثيقة إقراض بفائدة وهذا ما يدخله في الربا المحرم .

و هو استثمار قصير أو متوسط أو طويل الأجل يصل استحقاقه إلى ثلاثين سنة أحياناً .
ومن مميزات السندات أنها قابلة للتسييل في السوق الثانوية وقابلة للاستدعاء من قبل الجهة المصدرة قبل استحقاقها.

و نظراً لإقبال المستثمرين على السندات بسبب انخفاض مخاطرها فقد ظهرت مؤسسات في السوق تشتري هذه السندات بكميات كبيرة ثم تجزئها إلى وحدات صغيرة وتعرضها على صغار المستثمرين مقابل هامش ربح تحققه من وراء ذلك .

وتتعدد أنواع السندات فهناك السندات الخاصة والسندات لحاملها وأذونات الخزنة .. وغيرها .

مميزات السندات:

من أهم ما تتميز به السندات :

(١) أوراق مالية مضمونة من قبل الدولة المصدرة لها ، وعليه فإن مخاطرها في الغالب محدودة.

(٢) وسيلة من وسائل تغطية العجز في ميزانيات الدول حيث تشكل للحكومة مصدراً للسيولة مصدرها السوق المحلية أو العالمية أو حكومات دول أخرى.

(٣) تعمل على إيجاد سوق ثانوية يتم تداول هذه السندات من خلالها.

(٤) أداة تحكم للنقد تستخدمها البنوك المركزية لتنظيم حركة النقد وتنشيط الاقتصاد.

والدولة تلجأ إلى إصدار السندات عندما تعاني ميزانيتها عجزاً مالياً ، والعجز المالي نوعان :

عجز دائم:

وهو زيادة دائمة في المصروفات عن الإيرادات ، ومصدر هذا العجز عدم وجود مكونات أساسية للدولة مثل اقتصاد حقيقي مناسب وثروة بشرية كافية ، أو وجود سوء توزيع لثروات البلاد وعدم ترشيد الإنفاق الحكومي ، والتسيب الإداري ، وظهور مشاكل سياسية محلية أو غير محلية يتم حلها على حساب الأوضاع المالية ، ومثل هذه الظواهر لا

تحل إلا بحل أصل المشكلة ووضع إستراتيجية يضمن بها التوازن بين الإيرادات والمصروفات.

عجز مؤقت:

و مثل هذا العجز يحدث لفترة مؤقتة كأن يزيد الإنفاق عن الموارد لأسباب وقتية طارئة كانخفاض الدخل من مورد من الموارد نتيجة تقلبات السوق أو زيادة الإنفاق لأسباب طارئة تلبية لمتطلبات التطوير أو لأسباب أمنية وقتية ... أو غيرها .

هذا ولقد درس مجمع الفقه الإسلامي الدولي هذا الموضوع بشكل موسع في ندوات وورش عمل متعددة قدم فيها خيرة من علماء الأمة في الشريعة والاقتصاد أبحاثاً متعددة مكنت المجمع من أن يخرج برأي شرعي في السندات واصدر قرارات في هذا الخصوص منها :

قرار رقم ٦١١١٦٠ المتخذ في دورته المنعقدة في الفترة ١٧- ٢٣ شعبان ١٤١٠ الموافق ١٤- ٢٠ مارس ١٩٩٠ هذا نصه :

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧- ٢٣ شعبان ١٤١٠ الموافق ١٤- ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م

بعد اطلاعه على الأبحاث والتوصيات والنتائج المقدمة في ندوة "الأسواق المالية" المنعقدة في الرباط ٢٠- ٢٤ ربيع الثاني ١٤١٠هـ الموافق ٢٠- ٢٤ تشرين أول (أكتوبر) ١٩٨٩م بالتعاون بين هذا المجمع والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية، وباستضافة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالملكة المغربية،

وبعد الاطلاع على أن السند شهادة يلتزم المصدر بموجبها أن يدفع لحاملها القيمة الاسمية عند الاستحقاق، مع دفع فائدة متفق عليها منسوبة إلى القيمة الاسمية للسند، أو ترتيب نفع مشروط سواء أكان جوائز توزع بالقرعة أم مبلغاً مقطوعاً أم حسماً،

قرر ما يلي :

أولاً : إن السندات التي تمثل التزاماً بدفع مبلغها مع فائدة منسوبة إليه أو نفع مشروط محرمة شرعاً من حيث الإصدار أو الشراء أو التداول، لأنها قروض ربوية سواء أكانت الجهة المصدرة لها خاصة أو عامة ترتبط بالدولة. ولا أثر لتسميتها شهادات أو صكوكاً استثمارية أو ادخارية أو تسمية الفائدة الربوية الملتزم بها ربحاً أو ريعاً أو عمولة أو عائداً.

ثانياً : تحرم أيضاً السندات ذات الكوبون الصفري باعتبارها قروضاً يجري بيعها بأقل من قيمتها الاسمية، ويستفيد أصحابها من الفروق باعتبارها حسماً لهذه السندات.

ثالثاً : كما تحرم أيضاً السندات ذات الجوائز باعتبارها قروضاً اشترط فيها نفع أو زيادة بالنسبة لمجموع المقرضين، أو لبعضهم لا على التعيين، فضلاً عن شبهة القمار.

رابعاً : من البدائل للسندات المحرمة - إصداراً أو شراءً أو تداولاً - السندات أو الصكوك القائمة على أساس المضاربة لمشروع أو نشاط استثماري معين، بحيث لا يكون لمالكها فائدة أو نفع مقطوع، وإنما تكون لهم نسبة من ربح هذا المشروع بقدر ما يملكون من هذه السندات أو الصكوك ولا ينالون هذا الربح إلا إذا تحقق فعلاً. ويمكن الاستفادة في هذا من الصيغة التي تم اعتمادها بالقرار رقم ٣٠(٤/٥) لهذا المجمع بشأن سندات المقارضة .

كما جاء في قرار المجمع رقم ٣٠(٤/٥) الصادر في ١١/٢/١٩٨٨ شرحاً مطولاً عن السندات هذا نصه.

قرار رقم: ٣٠ (٤/٣)

بشأن

سندات المقارضة وسندات الاستثمار

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨ - ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ الموافق ٦ - ١١ شباط (فبراير) ١٩٨٨م،

بعد اطلاعه على الأبحاث المقدمة في موضوع سندات المقارضة وسندات الاستثمار، والتي كانت حصيلة الندوة التي أقامها المجمع بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية بتاريخ ٦ - ٩ محرم ١٤٠٨هـ الموافق ٢ - ٨ أيلول ١٩٨٧م تنفيذاً للقرار رقم (٣/١٠) المتخذ في الدورة الثالثة للمجمع وشارك فيها عدد من أعضاء المجمع وخبرائه وباحثي المعهد وغيره من المراكز العلمية والاقتصادية، وذلك للأهمية البالغة لهذا الموضوع وضرورة استكمال جميع جوانبه، للدور الفعال لهذه الصيغة في زيادة القدرات على تنمية الموارد العامة عن طريق اجتماع المال والعمل،

وبعد استعراض التوصيات العشر التي انتهت إليها الندوة ومناقشتها في ضوء الأبحاث المقدمة في الندوة وغيرها،

قرر ما يلي :

أولاً: من حيث الصيغة المقبولة شرعاً لصكوك المقارضة :

١ - سندات المقارضة هي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحول إليه، بنسبة ملكية كل منهم فيه .

ويفضل تسمية هذه الأداة الاستثمارية صكوك المقارضة.

٢ - الصورة المقبولة شرعاً لسندات المقارضة بوجه عام لا بد أن تتوافر فيها العناصر التالية :

العنصر الأول:

أن يمثل الصك ملكية حصة شائعة في المشروع الذي أصدرت الصكوك لإنشائه أو تمويله، وتستمر هذه الملكية طيلة المشروع من بدايته إلى نهايته.
وترتب عليها جميع الحقوق والتصرفات المقررة شرعاً للمالك في ملكه من بيع وهبة ورهن وإرث وغيرها، مع ملاحظة أن الصكوك تمثل رأس مال المضاربة.

العنصر الثاني:

يقوم العقد في صكوك المقارضة على أساس أن شروط التعاقد تحددتها نشرة الإصدار وأن الإيجاب يعبر عن الاكتتاب في هذه الصكوك، وأن القبول تعبر عنه موافقة الجهة المصدرة.

ولابد أن تشتمل نشرة الإصدار على جميع البيانات المطلوبة شرعاً في عقد القراض (المضاربة) من حيث بيان معلومية رأس المال وتوزيع الربح مع بيان الشروط الخاصة بذلك الإصدار على أن تتفق جميع الشروط مع الأحكام الشرعية.

العنصر الثالث:

أن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب باعتبار ذلك مأذوناً فيه من المضارب عند نشوء السندات مع مراعاة الضوابط التالية:

أ - إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف.

ب - إذا أصبح مال القراض ديوناً تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام التعامل بالديون.

ج - إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع. أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة.

وفي جميع الأحوال يتعين تسجيل التداول أصولياً في سجلات الجهة المصدرة.

العنصر الرابع :

أن من يتلقى حصيلة الاكتتاب في الصكوك لاستثمارها وإقامة المشروع بها هو المضارب ، أي عامل المضاربة ، ولا يملك من المشروع إلا بمقدار ما قد يسهم به بشراء بعض الصكوك، فهو رب مال بما أسهم به، بالإضافة إلى أن المضارب شريك في الربح بعد تحققه بنسبة الحصة المحددة له في نشرة الإصدار، وتكون ملكيته في المشروع على هذا الأساس.

وأن يد المضارب على حصيلة الاكتتاب في الصكوك وعلى موجودات المشروع هي يد أمانة لا يضمن إلا بسبب من أسباب الضمان الشرعية.

٣- مع مراعاة الضوابط السابقة في التداول: يجوز تداول صكوك المقارضة في أسواق الأوراق المالية، إن وجدت، بالضوابط الشرعية، وذلك وفقاً لظروف العرض والطلب ويخضع لإرادة العاقدين . كما يجوز أن يتم التداول بقيام الجهة المصدرة في فترات دورية معينة بإعلان أو إيجاب يوجه إلى الجمهور تلتزم بمقتضاه خلال مدة محددة بشراء هذه الصكوك من ربح مال المضاربة بسعر معين، ويحسن أن تستعين في تحديد السعر بأهل الخبرة، وفقاً لظروف السوق والمركز المالي للمشروع. كما يجوز الإعلان عن الالتزام بالشراء من غير الجهة المصدرة من مالها الخاص، على النحو المشار إليه.

٤ - لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل.

٥ - لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادر بناء عليها على نص يلزم بالبيع ولو كان معلقاً أو مضافاً للمستقبل. وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعداً بالبيع وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء ويرضى الطرفين.

٦ - لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصاً يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح فإن وقع كان العقد باطلاً.

ويترتب على ذلك:

أ - عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليها.

ب - أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي، وهو الزائد على رأس المال وليس الإيراد أو الغلة. ويعرف مقدار الربح، إما بالتضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد، وما زاد على رأس المال عند التضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة، وفقاً لشروط العقد.

ج - أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلناً وتحت تصرف حملة الصكوك.

٧ - يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة. وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيراداً أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته، وما يوزع على طرفي العقد قبل التضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.

٨ - ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تضيض دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال.

٩ - ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.

ثانياً: استعرض مجلس المجمع أربع صيغ أخرى اشتملت عليها توصيات الندوة التي أقامها المجمع، وهي مقترحة للاستفادة منها في إطار تعمير الوقف واستثماره دون الإخلال بالشروط التي يحافظ فيها على تأييد الوقف وهي:

أ - إقامة شركة بين جهة الوقف بقيمة أعيانه وبين أرباب المال بما يوظفونه لتعمير الوقف.

ب - تقديم أعيان الوقف - كأصل ثابت - إلى من يعمل فيها بتعميرها من ماله بنسبة من الربح.

ج - تعمير الوقف بعقد الاستصناع مع المصارف الإسلامية، لقاء بدل من الربح.

د - إيجار الوقف بأجرة عينية هي البناء عليه وحده، أو مع أجرة يسيرة.

وقد اتفق رأي مجلس المجمع مع توصية الندوة بشأن هذه الصيغ من حيث حاجتها إلى مزيد من البحث والنظر، وعهد إلى الأمانة العامة الاستكتاب فيها، مع البحث عن صيغ شرعية أخرى للاستثمار، وعقد ندوة لهذه الصيغ لعرض نتائجها على المجمع في دورته القادمة.

انتهى القرار

ومن قراءتنا لقرارات المجمع نجد توجهه بحزم وجزم مبررين إلى تحريم السندات المتداولة في الأسواق العالمية مما يعزز وجهة نظرنا كما سبق أننا بحاجة ماسة إلى الابتعاد عن الاستتساخ والتقليد والتوجه إلى الإبداع والابتكار والتجديد مع منهجية واضحة شفافة نابعة من عمق صلاح هذا الدين للبشرية دون ضرر ولا ضرار.

هذا القرار هو أحد أهم قرارات المجمع وهو عبارة عن خارطة طريق مفصلة لمن أراد أن يعلم أو يتعلم أو يتعامل أو يصدر أو يشرف أو يدقق على عملية إصدار الصكوك أو استخدامها أو الاستفادة منها بأي شكل من الأشكال .

ومن بين ما تميز به القرار ما يلي :

- (1) استعراضه الشامل لأنواع السندات التقليدية وتبيان الحرام ومكانه فيها .
- (2) استعراض لأهم أنواع الصكوك المجازة شرعاً .
- (3) اشتراط الالتزام بالشفافية في إعلام حملة الصكوك والمتداولين لها في السوق بإصدار بيان مالي مفصل (بشكل دوري منتظم على سبيل المثال كل ثلاثة أشهر على غرار ما هو معمول به في أسواق المال) يفصح عن نسبة النقود إلى المنافع والأعيان بجانب البيانات المالية المعتادة
- (4) ألقى المسؤولية على إدارة أسواق الأوراق المالية بدراسة البيانات المالية وإيقاف التداول إذا وقعت مخالفة شرعية ومن المخالفات اختلال نسب الأصول فمثلاً أن يكون النقد والديون هما الغالبان في الأصول.
- (5) ألقى المسؤولية على المحاسب القانوني للإيضاح عن طبيعة الأصول وحركة الأموال ومدى التزام إدارة الصكوك بروح هذا القرار .
- (6) يتضح من القرار تحمل المستثمر في الصكوك مسؤولية قراره ربحاً كان أم خسارة مادامت الإدارة ملتزمة بالشروط والقوانين والأنظمة الحاكمة للعملية وهنا تنتفي الحاجة لوجود ضامن لرأس المال والأرباح وهذا ما هو قائم في كثير من الأسواق خاصة إذا لم يكن الصك قرضاً إنما استثمار في أصول سيادية أو غير سيادية.

(٧) أن توزيع ناتج استخدام المال خسارة كان أم ربحاً بشكل عادل بين أصحاب العلاقة وحسبما اتفق عليه بحيث لا تقع الخسارة على طرف ويغنم طرف آخر مما يؤدي إلى تعميق الفوارق الطبقيّة ، هذه العلاقة العادلة بين أطراف الاستثمار مبدأ إسلامي قال تعالى : ﴿ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةٌ بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾^(١) .

(٨) جاء في التفسير الواضح الميسر للشيخ محمد على الصابوني عند شرح هذه الآية (ومعنى - الدولة - التداول أي لكي لا يبقى المال في أيدي الأغنياء يتداولونه بينهم).

(٩) وفي هذا التوجيه الرباني منع للاحتكار وعدل في توزيع الثروة .

متى تلجأ الحكومة إلى إصدار السندات ؟

للحديث عن هذا الموضوع لا بد لنا أن نبين دور الحكومة في الاقتصاد.

يرى آدم سميث المنظر الاقتصادي الرأسمالي أن الحكومة يقتصر دورها على ما يلي:

(١) الدفاع عن الوطن .

(٢) الاهتمام بالأمن الداخلي .

(٣) تنظيم السوق بشكل يحقق سلامة الاقتصاد الوطني ويحفظ حقوق المتعاملين .

و للحكومة أن تنشئ من الدوائر وتمتلك من الأجهزة وتسن من القوانين ما يحقق قيامها بدورها على أكمل وجه ، أما ماعدا ذلك فيترك للقطاع الخاص.

وجاءت النظرية الاشتراكية فوسعت دور الحكومة بحيث حلت محل القطاع الخاص وتملكت جميع وسائل الإنتاج وقامت بجميع الأنشطة الاستثمارية والأنشطة الحيوية الأخرى التي يتطلبها المجتمع .

لقد أخذت النظريتين فرصتهما بشكل كاف وكانت النتيجة المتحققة ضياع الاقتصاد العالمي كما نشاهد وإفلاس النظريتين فكراً وتطبيقاً ووصل الاقتصاد العالمي إلى هاوية نسال الله النجاة منها والسبب عدم مراعاة أو الاطلاع على الضوابط الشرعية التي ينادى بها المفكرون المسلمون . لقد جعلوا الربا مرتكز الاقتصاد لديهم فصدق قول الله فيهم : ﴿ يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ ﴾^(٢) .

أما دور الحكومة ، كما نأخذ من تراثنا الديني الإسلامي ، فيمكن تحديده كما يلي :

(١) المسؤولية الاقتصادية المناطة بالحكومة .

(٢) دور الحكومة في الاقتصاد .

(١) الحشر : ٧ .

(٢) البقرة : ٢٧٦ .

(١) المسؤولية الاقتصادية المناطة بالحكومة:

الحكومة مسؤولة مسؤولية تامة عن الاقتصاد برمته ويقع عليها مسؤولية توجيه الاقتصاد بما يحقق مصلحة الوطن والمواطن بصفة خاصة مع مراعاة مصلحة المجتمع البشري بصفة عامة ، إذ المجتمع البشري مترابط المصالح وأي فساد اقتصادي يقع في منطقة لا يقتصر شره على تلك المنطقة بل يتعداها إلى الجوار وإلى أبعد من ذلك ، وشاهدنا ما وقع لبعض الحكومات من مشاكل الديون السيادية التي لم تقف عند حدود الدولة بل عمت الآثار معظم دول العالم وباتت البشرية تتوقع إفلاساً عالمياً .

إن مراعاة المصالح الإنسانية تتبع من الشعور الذي فرضه الواقع بأن الدولة - أي دولة - لا تعيش وحدها في هذا العالم وعليها أن تصون اقتصادها واقتصاد الدول الأخرى التي تتعايش معها ، فكما أنه لا خير في حاكم شعبه جياع فلا خير أيضاً في دولة تبنى إستراتيجيتها الاقتصادية دون مراعاة مصالح الدول الأخرى ، وهنا تتجلى الحكمة في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾^(١) .

ومن التقوى مراعاة مقاصد الله في خلق الإنسان والتي منها تحقيق المصالح المشتركة مع الغير ، إذ التعارف يقتضي تأسيس علاقات متوازنة مع الغير بحيث لا تطفئ مصلحة طرف على آخر.

إن مسؤولية الحكومة من الناحية الاقتصادية مسؤولية جسيمة وشاملة فهي مسؤولة عن الأمن السياسي والأمن الاجتماعي والأمن الاقتصادي والأمن الصحي والأمن الغذائي ، وكل ما يحقق الأمن وبصفة عامة للمواطن والوطن وللمجتمع الإنساني .

ولكن الأمر يقتضي توزيع الأدوار بين المجتمع والحكومة ، فالحكومة كما قلنا مسؤوليتها شاملة ولكن يجب الفصل بين مسؤولية الحكومة ودورها .

(٢) دور الحكومة في الاقتصاد :

إن دور الحكومة المباشر يقتصر على الأمن والدفاع إذ لا يمكن إناطة هذا الدور لغيرها ولا يمكن خصصته ، أما تحقيق باقي مسؤولياتها مثل خدمات التعليم والصحة والكهرباء والماء والطرق والجسور والمواصلات والاتصالات... وغيرها فيمكن أن يناط للقطاع الخاص .

و هنا يكون دور الحكومة مقصوراً على وضع النظم والقوانين الضابطة والحاكمة للنشاط الاقتصادي بحيث لا يتحقق أي غبن أو ضرر على أي طرف عند ممارسة القطاع الخاص نشاطه في هذه المجالات .

(١) الحجرات : ١٢ .

و عليها أيضاً تحفيز المستثمرين للاستثمار في هذه القطاعات و سن القوانين اللازمة ووضع الضوابط التي تحافظ على سلامة سيادة الدولة وحفظ مصالح مواطنيها من أن يبغى بعضهم على بعض.

فإذا عزف القطاع الخاص عن الاستثمار في نشاط محدد يحتاجه المجتمع عندها تتدخل الدولة بالاستثمار المباشر فيما يحتاج إليه المجتمع من خدمات شريطة أن تتخارج الدولة منه عندما تحين أول فرصة أما بالتخصيص أو التصكيك أو بأي وسيلة أخرى متاحة في حينه .

ونائج اتباع هذه النظرية تخفيف العبء على ميزانية الدولة وتفرغها للعمل على صيانة أمن الوطن والدفاع عنه وجودة في الخدمات وتوظيف لأموال المواطنين فيما يعود بالنفع المباشر على المجتمع.

واقع الصكوك

عندما انتشر إصدار السندات الحكومية التقليدية بدأ بعض المخلصين والمهتمين بالشأن الاقتصادي الإسلامي في التفكير في إيجاد نماذج يمكن عن طريقها إصدار صكوك إسلامية وكان لمجمعنا هذا الدور الهام في بلورة فكرة الصكوك وبجهود الفقهاء والمفكرين الاقتصاديين الإسلاميين والفنيين في البنوك الإسلامية والمركزية بدأت فكرة الصكوك تتبلور ولقد وفقني الله ل طرح نماذج من الصكوك مثل صكوك التأجير والسلم والنفط والطاقة منذ سنة ١٩٨١م ، وأحمد الله إذ رأى بعضها النور خاصة في مملكة البحرين .

لقد لاحظنا جدية البعض في طرح صكوك إسلامية لا تشوبها شائبة شرعية وهذا لا يعني عدم وجود قلة من الصكوك المصدرة ما زالت بحاجة إلى تنقية شرعية أكثر ، فهناك صكوك صدرت من حكومات ضمنيتها جهات ليست بعيدة عن المصدر من حيث الذمة المالية وهذا الاتجاه إن استمر سيوقعنا في محاذير شرعية مثلما حصل في مرابحات السلع الدولية . لذا يجدر التفكير في صيغ من الصكوك تضمن نفسها بنفسها . فمثلاً عند تصكيك أصل سيادي يجب أن يكون هناك مشترٍ للأصل عند التخارج وهذا ممكن عند تصكيك المدارس والمستشفيات والكهرباء والمواصلات والاتصالات وغيرها من الأصول السيادية ، و ممكن أيضاً إيجاد بدائل أخرى مثل صكوك الاقتصاد الحقيقي كالنفط والثروات الأخرى .

وما أود أن أصل إليه هو أن لا ن فكر في الاستساخ والتقليد بل نتجه إلى الإبداع والتجديد حتى نشهد أفكار شبابنا ولا نقع في شرك جديد مماثل للتورق التي جمدت

أفكار كثير من شبابنا فاتجهوا إلى السهل وتوقفوا عن الإبداع الذي كان مستمراً على مدى سنين عديدة ولم يكن هذا مقصد فقهاءنا.

إن هدفنا الحرص على أهم خصوصية تمتاز بها البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية وهو الالتزام الشرعي الذي أوصلنا إلى ما وصلت إليه بنوكنا الإسلامية من نجاح.

متى يلجأ القطاع الخاص لإصدار الصكوك ؟

تتعدد أنشطة القطاع الخاص في جميع مجالات الاستثمار. والقطاع الخاص طموح بطبعه خاصة في البحث عن الربح وتنويع المنتجات لذا فهو يضاعف رأسماله بالاقتراض أكثر من مرة ويستفيد مما لديه من أصول فيسيئها ، وهناك عدة طرق تسلك لتحقيق ذلك منها : الاقتراض من البنوك أو تصكيك المشاريع التي تحت الإنشاء ، أو مشاريع قائمة ويتم تخارج أصحاب الصكوك من هذه المشاريع إما ببيعها على طرف ثالث ، أو بعرضها في بورصة تتشا لهذه الأغراض . فالبورصة ليست فقط للأسهم بل ممكن أن تكون بورصات للعقارات وأنشطة استثمارية أخرى .

أهدافنا المنشودة

- لتطبيق الاقتصاد الإسلامي على المستوى الشعبي وعلى مستوى الدولة ، يجب :
- (١) أن يقتصر دور الدولة على الخدمات الدفاعية والأمنية والسلامة الوطنية وسن القوانين ومراقبة السوق وهذا سيرفع عبئاً مالياً كبيراً عن الدول خاصة الدول النامية فتتخلص من ذل الدين .
 - (٢) إمكانية تصكيك بعض الأصول السيادية بشكل تدريجي مثل المباني والمعدات في مجال الكهرباء والتعليم والصحة والاتصالات والمواصلات ... وغيرها.
 - (٣) تشجيع الدولة لأصحاب رؤوس الأموال للاستثمار في المشاريع الخدمية والبنية التحتية وتقديم الحوافز اللازمة المشجعة على إقبال المستثمرين على مثل هذه المشاريع.
 - (٤) سن القوانين اللازمة لضمان جودة المنشآت والمعدات والخدمات التي يقدمها القطاع الخاص في مثل هذه الحالات ، وتفعيل رقابة فعالة لضمان تقديم خدمات عالمية الجودة عالمية المعايير .
 - (٥) الاهتمام بالدالة الإحصائية المعينة على وضع دراسات واستراتيجيات مؤسسة على معلومات واسعة ومؤكدة تعين الدولة والمستثمرين على اتخاذ القرارات الاستثمارية السليمة .

- (٦) منع إصدار صكوك الدين ، تفادياً لتكرار ما وقع من كوارث اقتصادية والتي وقعت قريباً ، وعدم إصدار صكوك سواء على مستوى الدولة أو القطاع الخاص من غير أن تكون معبرة عن أصول حقيقية أو موجودات فعلية بقيمتها العادلة ، وهذه وسيلة فعالة لعدم التماذي في الاقتراض كما حصل في الأعوام ٢٠٠٦ - ٢٠٠٨ مما أدى إلى إفلاس عدد كبير من البنوك العالمية الكبيرة وإفلاس دول كبيرة أيضاً .
- (٧) سن القوانين التي تنص على عقوبات صارمة تطبق في حق كل من يخالف القوانين المتعلقة بالموضوع سواء على صعيد الدولة أو على صعيد الأفراد .

خطوات نحو التطوير

نظراً لأهمية حاجة القطاعين العام والخاص لإصدار الصكوك ولما كانت مؤشرات المستقبل تظهر لنا ضرورة زيادة الحاجة والطلب على الصكوك لذا فإن الموضوع يستحق اهتمام مجمع الفقه الإسلامي الدولي الحريص على نشر الوعي الاقتصادي الإسلامي وتنقية الأوعية والأنشطة الاستثمارية من كل ما يضر حاضر ومستقبل الأمة والاقتصاد العالمي ولما كان المجمع قد أظهر اهتماماً خاصاً بهذا الموضوع مما شجع إصدار الصكوك في عالمنا الإسلامي خاصة وعلى مستوى القطاع الخاص والعام لذا نقترح ما يلي :

أولاً: تشكيل لجنة من فنيين اقتصاديين مهتمين بموضوع الصكوك ومن علماء وفقهاء ومفكرين مشهود لهم بنشاطهم الفكري والعملية التطبيقي في هذا المجال وتكون مهمة اللجنة ما يلي:

- متابعة الجديد في سوق الصكوك .
- الدفع لخلق سوق ثانوية للصكوك مما سيعين الفعاليات الاقتصادية بصفة عامة في توظيف فائض السيولة لديهم خاصة في مثل هذه الفترة الاقتصادية العالمية الحرجة كما انه سيساعد على إعادة توطين المال الإسلامي المتراكم الآن في الخارج والمتعرض للمخاطر.
- تشجيع الدول التي لم تجز بعد إصدار الصكوك حتى تجيز ذلك وتسن القوانين اللازمة .
- الاتصال بالجامعات لتشجيع الطلبة على تقديم دراسات في هذا الموضوع لنيل الدرجات العلمية .
- الاتصال بأسواق الأوراق المالية لإصدار القوانين والأنظمة اللازمة التي تخص الصكوك .

ثانياً : وضع خطة عمل لتحقيق الأهداف المطلوبة على مدى الخمس سنوات القادمة .

ثالثا : وضع ميزانية لتغطية متطلبات اللجنة من سفرات عمل ومكافآت وتكليف الجامعات والباحثين لاستكمال ما هو مطلوب في مجال الأبحاث ومجال التطبيق على أن يساهم في هذه الميزانية :

- المؤسسات المالية الدولية ممن يهتم الموضوع مثل البنك الإسلامي للتنمية .
- المؤسسات الداعمة للقطاع الخاص والمؤسسات ذات العلاقة مثل البنوك .
- المؤسسات المالية الإسلامية وغير الإسلامية وشركات التدقيق ... وغيرها .

والحمد لله رب العالمين

الفهرس

الصفحة	البيان
١	● المقدمة
٣	● السندات الحكومية
٣	○ مميزات السندات
٣	○ العجر الدائم
٤	○ العجز المؤقت
١٠	● متى تلجأ الحكومة إلى إصدار السندات
١١	○ المسؤولية الاقتصادية المناطة بالحكومة
١٢	○ دور الحكومة في الاقتصاد
١٢	● واقع الصكوك
١٣	● متى يلجأ القطاع الخاص لإصدار الصكوك
١٣	● أهدافنا المنشودة
١٤	● خطوات نحو التطوير
١٦	● الفهرس

مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الدورة العشرين الجزائر 13-18 سبتمبر 2012

الصكوك

حكم ضمان الطرف الثالث، وضمان القيمة الاسمية والعائد، والضمان بعوض،

والتعهد بشراء الصكوك مع تغير العين

إعداد

د. عبد الباري مشعل

مدير عام شركة رقابة للاستشارات،

المملكة المتحدة

الصكوك

حكم ضمان الطرف الثالث، وضمان القيمة الاسمية والعائد، والضمان بعوض، والتعهد بشراء

الصكوك مع تغير العين

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، والتابعين وتابعيهم بإحسان ليوم الدين. أما بعد؛

فيأتي هذا البحث استجابة لاستكتاب فضيلة أمين مجمع الفقه الإسلامي الدولي الأستاذ الدكتور أحمد خالد بابكر ضمن أعمال الدورة العشرين للمجمع التي ستقام في الجمهورية الجزائرية في الفترة 13-18 سبتمبر 2012. وقد حدد طلب الاستكتاب مسائل بعينها، وهي المدرجة في عنوان هذا البحث (حكم ضمان الطرف الثالث، وضمان القيمة الاسمية والعائد، والضمان بعوض، والتعهد بشراء الصكوك مع تغير العين)، وسيتم الاقتصار عليها. ويأتي تناول هذه المسائل بالبحث استكمالاً لندوة الصكوك التي عقدها المجمع بتاريخ 24-25 مايو 2010 بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبدالعزيز، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي بجدة. وقد صدرت عن هذه الندوة توصيات بشأن بعض المسائل المطروحة وليس كلها. وتلك التوصيات لم تأخذ صفة القرارات الصادرة عن المجمع، وإنما قصد بها التمهيد لإصدار قرارات في دورة المجمع التالية بعد مزيد من البحث والتأصيل.

وحتى يحقق البحث في هذا الموضوع النتائج المرجوة في إصدار قرار عن مجلس المجمع بشأنها؛ فإنه من المهم التنويه بأن البحث سيبنى على ما انتهى إليه مجلس المجمع من قرارات سابقة في الصكوك، وغيرها وخاصة في مسألة الوفاء بالوعد، وسوف يستأنس بتوصيات ندوة المجمع المذكورة، ثم المعايير الشرعية الصادرة عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة في مملكة البحرين، ثم توصيات ندوة البركة، بصفتها تمثل نوعاً من الاجتهاد الجماعي المعاصر.

وتحقيقاً لأغراض البحث، فقد استهل البحث ببيان المصطلحات المستخدمة، ثم أفرد مبحثاً لكل مسألة على النحو الآتي:

المبحث الأول: المقصود بالضمان

المبحث الثاني: ضمان الطرف الثالث

المبحث الثالث: الضمان بعوض

المبحث الرابع: ضمان القيمة الاسمية والعائد

المبحث الرابع: التعهد بشراء الصكوك مع تغيير العين

1. المقصود بالضمان:

1.1. يقصد بالضمان هنا "التزام المستفيد من الإصدار -أو من يمثله- لحملة الصكوك بالقيمة الاسمية للصكوك، وعائد محدد عليها، أو بأحدهما، بصرف النظر عن نتائج العملية الاستثمارية في الواقع". وهذا مستفاد من الاستقراء للمناقشات ذات الصلة.

1.2. والمستفيد من الإصدار هو المصدر أو وكيله (وكيل الإصدار)، وهو "من يستثمر حصيلة الاكتتاب بطريقة شرعية"¹، الذي يكون مشترياً في صكوك المرابحة، ومسلماً إليه في صكوك السلم، وصانعاً في صكوك الاستصناع، ومضارباً في صكوك المضاربة وشريكاً في صكوك المشاركة، ووكيلاً في صكوك الوكالة، ومستأجراً في صكوك الإجارة. ويستخدم هذا البحث البحث المصدر بهذا المعنى المحدد هنا. "وقد ينبو عن المصدر (وكيل الإصدار) في تنظيم عملية الإصدار مؤسسة مالية وسيطة مقابل أجر أو عمولة تحددها نشرة الإصدار".

1.3. والضمان في اللغة، يعني الالتزام، تقول: ضمنت المال، إذا لزمته. ويتعدى بالتضعيف، تقول: ضمنت المال، إذا ألزمته إياه. ويأتي بمعنى الكفالة، تقول: ضمن الشيء ضماناً، فهو ضامن وضمين، إذا كفله. ويأتي بمعنى التغيريم، تقول: ضمنت الشيء تضميناً إذا غرمته فالتزمه².

1.4. والضمان في اصطلاح الفقهاء³: "شغل الذمة بحق، أو بتعويض عن ضرر".

1.4.1. وشغل الذمة يستوى فيه الإلزام من الشرع للاعتداء جزاء المخالفة، والالتزام الشخصي بالعقد ونحوه.

¹ والطرف الثاني في الصكوك هم حملة الصكوك المكتتبون، ووكيلهم (مدير الإصدار). المعيار الشرعي (17) صكوك الاستثمار، ملحق ج التعريفات.

² المصاح المنير، والقاموس المحيط، مادة (ضمن).

³ فيض الله، ص 14.

1.4.2. والحق يشمل حق الشارع، كما في جزاء الصيد ونحوه. ويشمل حق الإنسان في مثل الدين والكفالة بالمال.

1.4.3. والتعويض عن الضرر، يشمل:

1.4.3.1. الأضرار الواقعة على النفس الإنسانية المقدر منها، كالديات، وغير المقدر منها كالأروش، مما يدخل في نطاق المسؤولية الجنائية.

1.4.3.2. الأضرار المالية، ضمن العقود، عينية وغيرها، مما يدخل في نطاق المسؤولية العقدية.

1.4.3.3. الأضرار المالية في غير دائرة العقود، عينية كانت كالغصب، ووضع اليد، أم غير عينية كالإتلافات، مما يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية.

1.5. ويمكن حصر أسباب الضمان - كما مر - في ثلاثة: إلزام الشارع، والالتزام بالعقد، والإضرار⁴:

1.5.1. وإلزام الشارع ما يوجبه من الغرامات المالية، حيال المخالفات الشرعية البحتة، وهي التي لا تنال العبد في شيء من حقه؛ ومن ذلك أجزية صيد الحرم... والكفارات...

1.5.2. والالتزام بالعقد، شغل الذمة بسبب اتفاق الطرفين المتعاقدين، لا بسبب إلزام الشارع.

1.5.3. الإضرار بالنفس مما يدخل تحت المسؤولية الجنائية، والإضرار بالأموال مما يدخل تحت المسؤولية التقصيرية.

1.6. والالتزام بالعقد فيه تقسيم هام للعقود من حيث الضمان، وهي بهذا الاعتبار أنواع⁵:

⁴ فيض الله، ص 21، 25، 71.

⁵ فيض الله، ص 25-26. الزرقا، الفصل 47. والنص المنقول من فيض الله.

1.6.1. "فهناك عقد شرع لإفادة الضمان بذاته، وهو الكفالة - كما يسميها الحنفيون - وهي أيضاً الضمان - كما يسميها الجمهور -.

1.6.2. وهناك عقود لم تشرع لإفادة الضمان، بل للملك والريح، ونحوهما، لكن الضمان ينزثب عليها، باعتباره أثراً لازماً لأحكامها، وتسمى عقود ضمان. ويكون المال المضمون فيها مضموناً على القابض، بأي سبب تلف؛ كعقد البيع، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والمخارجة، والقرض، وكعقد النكاح، والمخالعة.

1.6.3. وهناك عقود يتجلى فيها طابع الحفظ والأمانة والريح في بعض الأحيان، وتسمى عقود أمانة، ويكون المال المقبوض فيها أمانة في يد القابض، لا يضمنه إلا إذا تلف بسبب تقصيره في حفظه. كعقد الإيداع، والعارية، والشركة بأنواعها، والوكالة، والوصاية.

1.6.4. وهناك عقود ذات وجهين، تنشئ الضمان من وجه، والأمانة من وجه، وتسمى لهذا (عقود مزدوجة الأثر)، كعقد الإجارة والرهن والصلح عن ال بمنفعة. فالعين المأجورة تعتبر أمانة في يد المستأجر، لكن يجب عليه العوض، وهو: الأجرة، سواء أסתوفى منفعة العين أم عطلها".

1.7. وضابط التمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة⁶: هو أن فكرة الضمان في العقد تدور مع معنى المعاوضة فيه ولو نهاية ومآلاً. وحينئذ يكون العقد عقد ضمان في الناحية التي تتعلق بها المعاوضة. ويكون القابض ضامناً في هذه الناحية. أما فيما سوى ذلك فيعتبر العقد عقد أمانة؛ وتنفيذه بالتسليم والتسلم يجعل القابض أميناً على المال المقبوض.

1.8. وعليه؛ فإن الصكوك المهيكلة على أساس تلك العقود تأخذ أحكامها من حيث الضمان والأمانة.

⁶ الزرقا، فقرة 12/47

1.8.1. فالضمان يكون واجباً على المصدر في بعض الحالات التي ترتب ديوناً أو التزاماً بالتعويض في ذمة المصدر. ومن ذلك ديون المرابحة والسلم والاستصناع، وعائدات الإجارة، وما يجب بسبب التعدي والتقصير ومخالفة الشروط.

1.8.2. وفي حالات أخرى يكون الضمان غير جائز شرعاً على المصدر إذا كان مضارباً أو شريكاً أو وكيلًا بالاستثمار، أو مستأجراً فيما يتعلق بالعين. وحينئذٍ يتوسل لهذا الضمان -عندما يمنع شرعاً على نحو مباشر- بوسائل غير مباشرة، هي في الجملة -وفقاً لاستقراء الباحث- لا تخرج عن وسيلتين هما:

1.8.2.1. الوعد الملزم بالتبرع من الطرف الثالث.

1.8.2.2. الوعد الملزم بشراء الأصول محل الصكوك بقيمتها الاسمية.

1.9. والوعد الملزم في معنى التعهد. والالتزام وهو الضمان: هو شغل الذمة كما مر فهو مترتب على التعهد. ووجوده في الصكوك جائز في حالات وغير جائز في حالات أخرى طبقاً لما سيتناوله هذا البحث. جاء في توصية ندوة البركة رقم 5/31 بشأن تعهدات مدير عمليات الاستثمار (البند 1) في هذا الشأن ما يأتي: التعهد في الاصطلاح وعد ملزم قد يستوجب في حال الإخلال به التعويض عن الضرر الفعلي إن وجد، وحكمه شرعاً أنه يجب الوفاء به، وإذا تم تعليقه على شرط فيجب بحصوله. أما الضمان فهو الالتزام بالتعويض وذلك بشغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال وعمل، وهو ممنوع في المضاربة والمشاركة والوكالة بالاستثمار بين طرفيها، إلا إذا قيد بالتعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط.

1.10. جاء في معجم المصطلحات الاقتصادية لدى الفقهاء⁷ ما يأتي: "العهد في اللغة حفظ الشيء ومراعاته حالاً بعد حال، هذا أصله، ثم استعمل في الموثق الذي تلزم مراعاته. والفرق بين الوعد والعهد، فقد قال فيه أبو هلال العسكري: إن العهد ما كان من الوعد مقروناً بشرط، نحو قولك: إن فعلت كذا فعلت كذا. وما دمت على ذلك فأنا

⁷ حماد، مادة (عهد).

عليه. والعهد يقتضي الوفاء، والوعد يقتضي الإنجاز، يقال نقض العهد، وأخلف الوعد. وقال أبو هلال: والفرق بين العقد والعهد، أن العقد أبلغ من العهد. تقول: عهدت إلى فلان بكذا؛ أي ألزمته إياه. وعقدت عليه وعاقدته: إذا ألزمته باستيثاق. وتقول: عاهد العبد ربه، ولا تقول: عاهد العبد ربه. إذا لا يجوز أن يقال: استوثق من ربه.

1.11. وتعليقاً على تلك المعاني يقول أحد الباحثين⁸: الوعد ليس فيه التزام الواعد بانجاز ما وعد به بخلاف التعهد، ذلك لأن التعهد فيه معنى (الالتزام) فهو الوعد الملزم المستوجب للتعويض في حال الإخلال به.

1.12. وينطلق البحث من قرار مجمع الفقه الإسلامي بأن "الوعد ملزم للواعد ديانة إلا لعذر، ويكون ملزماً قضاءً إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد"⁹. وذلك ما لم يؤدّ العمل بالوعد إلى محذور شرعاً كضمان ما لا يجوز شرعاً أو عقداً. والباحث ليس بصدد مناقشة أصل مسألة الوعد الملزم من حيث الجواز والمنع. ولا يخفى أنه على القول بعدم لزوم الوفاء بالوعد قضاءً تسد الأبواب أمام العديد من الوسائل غير المباشرة للضمان.

⁸ أبو غدة (البركة 31)، ص 140.

⁹ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 40 و 41 / 5/2 و 5/3 بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للأمر بالشراء.

2. ضمان الطرف الثالث:

2.1. الطرف الثالث: شخص منفصل في شخصيته ودمته المالية عن طرفي العقد، وليس وكيلًا أو سمسارًا لأحد الطرفين أو مكفولاً من أحدهما. وقد يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً.

ويعد الشخص الاعتباري (شركة ذات مسؤولية محدودة) طرفاً ثالثاً منفصلاً في دتمته المالية في الأحوال الآتية:

2.1.1. ألا يكون من حملة الصكوك لأنه لا يجوز أن يضمن الشريك لشريكه¹⁰.

2.1.2. ألا يكون مملوكاً من أحد طرفي العقد المصدر أو حملة الصكوك.

2.1.3. ألا يكون أحد الطرفين شريكاً في الشخص الاعتباري بنسبة غالبية (أكثر من النصف) استثناساً باعتماد الغلبة في قرارات مجمع الفقه الإسلامي¹¹. أو بنسبة الثلث فأكثر استثناساً باعتماد الكثرة في المعايير الشرعية¹². وفي مسألة تداول الموجودات المختلطة من الأعيان والمنافع والنقود والديون.

2.1.4. ألا يكون مكفولاً فيما يضمنه من حملة الصكوك كلهم أو بعضهم، أو من المصدر. لأن الكفالة تقتضي شغل ذمة حملة الصكوك أو المصدر بما ضمنه الطرف الثالث.

2.2. **وإضمان الطرف الثالث** يختلف في الصكوك المبنية على عقود الضمان -كالمرابحة والسلم والاستصناع- عن الصكوك المبنية على عقود الأمانة -كالمضاربة والمشاركة والوكالة- أو الصكوك المبنية على عقود الأمانة والضمان كالإجارة. كما سيتم بيانه فيما يتلو من فقرات.

¹⁰ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (15/2/136)، بشأن المشاركة المتناقضة وضوابطها الشرعية.

¹¹ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (4/5/30)، بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار.

¹² المعيار الشرعي رقم (21) بشأن الأوراق المالية (السهم والسندات)، المستندات الشرعية.

2.3. **صكوك المرابحة والسلم والاستصناع:** المصدر في صكوك المرابحة مشتر بالآجل، ويضمن القيمة الاسمية للصكوك والعائد بموجب ذلك. والمصدر في الاستصناع صانع يضمن القيمة الاسمية للصكوك ويلتزم بردها لحملة الصكوك في حال تعذر تسليم المصنوع. والمصدر في السلم كالصانع في الاستصناع.

2.4. **وتمان الطرف الثالث** في الأنواع الثلاثة سألقة الذكر، لا يعدو كونه كفالة بما ثبت في ذمة المصدر لصالح حملة الصكوك. وتطبق على الطرف الثالث في هذه الأحوال أحكام كفالة الدين. وهي عقد تبرع، وقد تؤول إلى قرض في حال تم تنفيذ الكفالة ودفع الكفيل الدين. وللكفيل أن يعود على المدين بما دفع. فإن لم يعد كان ما دفعه هبة للمدين.

2.5. **ولا يجوز أخذ الأجر على الكفالة،** لأن "الكفالة عقد تبرع يقصد به الإرفاق والإحسان. وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعاً على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً"¹³. وأكدت ذلك المعايير بما يأتي: "لأنها من المعروف، ولإجماع الفقهاء على ذلك، ولأنها استعداد للإقراض (بالدفع والرجوع على المكفول) فلم يجوز أخذ المقابل عن ذلك لأن الإقراض نفسه لا يجوز أخذ عوض عنه وهو ربا"¹⁴.

2.6. **صكوك الإجارة:** إن المصدر المستأجر يضمن العائد الدوري للصك بصفته مستأجراً، ما دام عقد الإجارة قائماً، ولا يضمن القيمة الاسمية للأعيان المؤجرة. غير أن هناك صوراً من الإجارة المنتهية بالتملك تؤدي إلى هذا الضمان من المستأجر نفسه.

2.6.1. **ومن تلك الصور التملك بالوعد بالهبة أو بالهبة المعلقة على سداد جميع التزامات الإجارة**¹⁵. وتكون تلك الالتزامات شاملة قيمة العين ضمناً.

¹³ قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 2/12/12 بشأن خطاب الضمان، الفقرة ثانياً.

¹⁴ المعيار الشرعي (5) الضمانات: المستندات الشرعية، الكفالة.

¹⁵ ورد في قرار المجمع رقم 12/4/110 بشأن الإيجار المنتهي بالتمليك وصكوك التأجير ما نصه:

2.6.2. ومن الصور أيضاً التمليك على أساس الوعد الملزم من المستأجر بالشراء بثمن محدد مسبقاً يمثل القيمة الاسمية للأعيان المؤجرة أسوة بالوعد بالشراء في المرابحة. وأول ورود لجواز هذه الصورة بذاتها في الإجارة في الاجتهاد الجماعي المعاصر جاء في بيان المجلس الشرعي بشأن الصكوك¹⁶. ويترتب على الإخلال بالوعد ما قرره المجمع في قرار الوعد الملزم في المرابحة ونصه: "ويتحدد أثر

(عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجره معلومة في مدة معلومة ، واقترن به عقد هبة العين للمستأجر ، معلقا على سداد كامل الأجرة وذلك بعقد مستقل ، أو وعد بالهبة بعد سداد كامل الأجرة (وذلك وفق ما جاء في قرار المجمع بالنسبة للهبة رقم 3/1/13 في دورته الثالثة).

ونص ما جاء في القرار 3/1/13 المذكور هو: "إن الوعد بهبة المعدات عند انتهاء أمد الإجارة جائز بعقد منفصل". علماً بأن هذا القرار خاص بالأجوبة على أسئلة البنك الإسلامي للتنمية.

وبالعودة إلى رقم 5/6/44 في الإيجار المنتهي بالتمليك لوحظ أنه لا يؤيد القرار 13 بل ينص على أن الأولى الاكتفاء عنه ببدايل أخرى فليتأمل! ونصه القرار:

(وبعد الاطلاع على قرار المجمع رقم 3/1/13) في الدورة الثالثة ، بشأن الإجابة عن استفسارات البنك الإسلامي للتنمية ، فقرة (ب) بخصوص عمليات الإيجار ، قرر ما يلي :

أولاً : الأولى الاكتفاء عن صور الإيجار المنتهي بالتمليك ببدايل أخرى منها البديلان التاليان :

(الأول) : البيع بالأقساط مع الحصول على الضمانات الكافية .

(الثاني) : عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة في واحد من الأمور التالية :

- مدّ مدة الإجارة .

- إنهاء عقد الإجارة ورد العين المأجورة إلى صاحبها .

- شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة .

ثانياً : هناك صور مختلفة للإيجار المنتهي بالتمليك تقرر تأجيل النظر فيها إلى دورة قادمة ، بعد تقديم نماذج لعقودها وبيان ما يحيط بها من ملايسات وقبوض بالتعاون مع المصارف الإسلامية ، لدراستها وإصدار القرار في شأنها).

¹⁶ طبقاً لنص بيان المجلس الشرعي بشأن الصكوك الفقرة خامساً ونصها: "يجوز للمستأجر في الصكوك الإجارة شراء الأصول المؤجرة عند إطفاء الصكوك بقيمتها الاسمية على ألا يكون شريكاً أو مضارباً أو وكيلًا بالاستثمار"

وكان الذي ورد في المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك بشأن طرق التمليك ما يأتي: "وعد بالبيع بثمن رمزي، أو بثمن حقيقي، أو وعد بالبيع في أثناء مدة الإدارة بأجرة المدة الباقية، أو بسعر السوق". الفقرة 8/1-أ.

ويلاحظ أن الوعدين مختلفان، فالوعد من جهة مالك العين -وهو الوارد في قرار المجمع بشأن الإجارة المنتهية بالتمليك، أو المعيار الشرعي للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك- لا يلزم منه ضمان القيمة الاسمية للعين بالاستناد إلى الوعد أو التعهد بالبيع، على افتراض أن الوعد بالبيع هو بالقيمة الاسمية للعين؛ لأن الطرف الآخر المستأجر له الخيار. وإنما يأتي الضمان في هذه الصورة من مراعاة قيمة العين في أقساط الإجارة وهذا يصدق في الهبة أو الوعد بالبيع بثمن رمزي.

وأما الوعد الوارد في بيان المجلس الشرعي فهو من تعهد بالشراء من جهة المستأجر، ويؤدي إلى ضمان القيمة الاسمية في حال تغير القيمة السوقية بالهبوط في تاريخ الإطفاء.

الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر¹⁷. وفسرت ذلك المعايير الشرعية بالفرق بين التكلفة وثمان البيع ونص ما جاء فيها¹⁸: "وينحصر حقها [المؤسسة] في اقتطاع مقدار الضرر الفعلي المتحقق نتيجة النكول، وهو الفرق بين تكلفة السلعة وثمان بيعها لغير الأمر بالشراء. ولا يشمل التعويض بما يسمى بالفرصة الضائعة".

2.6.3. ومن ثم فإن ضمان الطرف الثالث للعائد الدوري أو للفرق بين القيمة الاسمية للعين والقيمة السوقية لها يكون قبيل كفالة الدين من الطرف الثالث للمصدر كما مر في المرابحة والسلم والاستصناع.

2.6.4. وقد ذهب أحد الباحثين إلى عدم جواز الوعد الملزم بالشراء بالقيمة الاسمية للأعيان محل الإجارة من المستأجر، لأنه يؤدي إلى تضمين الأمين (المستأجر) فيما لا يجوز ضمانه وهو العين المؤجرة في حالات التلف أو النقص، أو هبوط القيمة السوقية¹⁹. وهو استدراك وجيه ويستحق التأمل والمناقشة. والذي يراه الباحث في المسألة أن حالات التلف أو النقص يجب أن تراعى عند تنفيذ التعهد أسوة بالوعد في المرابحة، وسيتم تناول هذه المسألة في المبحث الخامس من هذا البحث. أما هبوط القيمة السوقية فهذا يجعل الإجارة كالمضاربة والمشاركة والوكالة من حيث عدم جواز تعهد المصدر بشراء أصولها بقيمتها الاسمية أو بقيمة محددة سلفاً. وهو خلاف مقررات المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة في بيانه الخاص بالصكوك.

2.6.5. وهناك وسيلة أخرى لتحقيق الضمان المنشود للقيمة الاسمية لصكوك الموجودات المؤجرة أيضاً من خلال الطرف الثالث وهي الوعد الملزم بشراء تلك الموجودات

17 قرار المجمع رقم قرار رقم : 40-41 (5/2 و 5/3) بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للأمر بالشراء.

18 المعيار الشرعي (8) المرابحة والمرابحة للأمر بالشراء، الفقرة 4/5/2.

19 كيلاني، ص 130-131. ونوه الدكتور كيلاني في الموضوع نفسه أيضاً بأن الأمر ينسحب على ما لو كان الواعد بالشراء في المرابحة وكيلياً عن البنك في شراء بضاعة المرابحة وحيازتها، فيمتنع عليه حينئذ التعهد بشرائها مرابحة على القيمة الاسمية لأنه يؤدي إلى ضمان الوكيل ما تحت يده.

بقيمتها الاسمية في تاريخ الإطفاء، أو أي تاريخ آخر خلال فترة الإصدار، ويكون حملة الصكوك بالخيار. وتنطبق على هذه الصورة أحكام الوعد الملزم في المراجعة الوارد في قرار المجمع²⁰. ويشترط تجنب العينة، في حال كان هو المالك الذي باع الموجودات لحملة الصكوك²¹.

2.7. صكوك المضاربة أو المشاركة أو الوكالة: موجودات هذه الأنواع والربح المتوقع منها ليس أي منهما مجتمعاً أو منفرداً مضمون على المصدر. لأن المصدر كمضارب وشريك ووكيل أمين لا يضمن إلا في حال التعدي والتقصير ومخالفة الشروط في إدارة الاستثمار، ويكون الضمان حينئذٍ للقيمة الاسمية. وضمان الطرف الثالث جائز في الحالين كما سيأتي بيانه.

2.7.1. ضمان الطرف الثالث إن كان مقيداً في حال التعدي والتقصير ومخالفة الشروط فهو من باب الكفالة من الطرف الثالث للمصدر كما مر.

2.7.2. وضمان الطرف الثالث غير المقيد بحالات التعدي والتقصير ومخالفة الشروط سواء أكان للقيمة الاسمية والعائد، أم لأحدهما فقط؛ فهو من قبيل الالتزام بالتبرع على أساس الهبة.

2.7.3. وقد صدر بجواز التبرع لجبر الخسارة قرار مجمع الفقه الإسلامي في سندات المقارضة²² بشروط وردت في القرار ونصه: " ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته ودمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة،

²⁰ قرار المجمع رقم قرار رقم : 41-40 (5/2 و 5/3) بشأن الوفاء بالوعد والمراجعة للأمر بالشراء.

²¹ وقد عالجت المعايير الشريعة في حالة مشابهة ذلك، بأن تمضي بين العدين "مدة تتغير فيها العين المؤجرة أو قيمتها"، فقد في المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك: الفقرة 5/8: "إذا كانت العين المؤجرة مشتراة من المستأجر قبل إجارتها إليه إجارة منتهية بالتمليك فلا بد لتجنب عقد العينة من مضي مدة تتغير فيها العين المؤجرة أو قيمتها ما بين عقد الإجارة وموعدها بيعها إلى المستأجر".

²² قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 4/5/30 بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار.

بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد".

2.7.4. ولا فرق بين ضمان القيمة الاسمية، وضمان قدر من الربح في حال نقص الربح عنه بالشروط نفسها.

2.7.5. ولا يجوز أخذ أجر على تقديم الوعد الملزم بالتبرع أو بالشراء، لأنه التزام غير قابل للمعاوضة، وهو أشبه بحق الاختيار، الذي صدرت بشأن عدم جواز المعاوضة عليه؛ لأنه مالياً ولا منفعة ولا حقاً مالياً يجوز الاعتياض عنه²³. وأكدت ذلك المعايير الشرعية²⁴.

2.7.6. "الخلاصة: إن ضمان الطرف الثالث المنفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد يتحقق بثلاث وسائل شرعية:

2.7.7. الأولى: على سبيل الكفالة بدون مقابل في دين ثابت أو قابل للثبوت شرعاً في ذمة المصدِر.

²³ قرار مجمع الفقه الإسلامي 7/1/63 بشأن الأسواق المالية. وجاء فيه بشأن الاختيارات ما يأتي: أ- صورة عقود الاختيارات: إن المقصود بعقود الاختيارات الاعتياض عن الالتزام ببيع شيء محدد موصوف أو شرائه بسعر محدد خلال فترة زمنية معينة أو في وقت معين إما مباشرة أو من خلال هيئة ضامنة لحقوق الطرفين. ب- حكمها الشرعي: إن عقود الاختيارات - كما تجري اليوم في الأسواق المالية العالمية - هي عقود مستحدثة لا تنضوي تحت أي عقد من العقود الشرعية المسماة. وبما أن المعقود عليه ليس مالياً ولا منفعة ولا حقاً مالياً يجوز الاعتياض عنه فإنه عقد غير جائز شرعاً. وبما أن هذه العقود لا تجوز ابتداءً فلا يجوز تداولها.

²⁴ المعيار الشرعي (21) الأوراق المالية (الأسهم والسندات)، المستندات الشرعية، فقرة 16. ونص ما جاء فيها بشأن عدم جواز إبرام عقد على حق الاختيار: "لا يدخل في الحقوق التي يجوز بيعها؛ وذلك أنه حق غير ثابت للبائع أصلاً، وإنما يتم إنشاؤه بالعقد، كما أنه بعد إنشائه لا يتعلق بمال، وإنما يتعلق بشيء مجرد وهو حق البيع أو الشراء، وإذا كانت الحقوق الثابتة لا يجوز بيعها إذا لم تتعلق بمال كحق الشفعة، وحق الحضانة، وحق القصاص، فالحقوق غير الثابتة - كحق الاختيار - من باب أولى، يضاف لذلك أن التعامل في عقود الاختيار قائم على الغرر، والغرر منهي عنه، كما أن التعامل في عقود الاختيار قائم على القمار والميسر، بالنسبة لمشتري حق الاختيار وباعه على السواء، وذلك في الحالات التي تنتهي بالتسوية النقدية بين الطرفين، ثم إن عقد الاختيار يدخل في بيع الإنسان ما لا يملك، إذا كان محرر اختيار الشراء لا يملك الأسهم أو السلعة التي التزم ببيعها، وبيع ما لا يملك محرم شرعاً".

2.7.8. الثانية: الوعد الملزم بالتبرع بدون مقابل بما يجبر الخسارة، أو الخسارة وقدرًا من الربح.

2.7.9. الثالثة: الوعد الملزم بدون مقابل بشراء الأصول محل الصكوك بقيمة محددة شريطة تجنب العينة.

3. الضمان بعوض:

3.1. ضمان القيمة الاسمية قد يجوز من المصدر، أو من طرف ثالث. ويكون جائزاً مع ما ذكر من خلاف- من المصدر في حال تعهد المستأجر الذي ليس مضارباً ولا شريكاً ولا وكيلاً بشراء الأصول المؤجرة بقيمتها الاسمية. ويكون جائزاً من طرف ثالث على سبيل الكفالة، أو الوعد الملزم بالتبرع، أو الوعد الملزم بالشراء. وفي الحاليين لا يجوز أخذ العوض عنه لما ذكر في المبحث السابق من عدم جواز الأجر على الكفالة، وعدم المعاوضة على الالتزام.

3.2. ومن الضمان بعوض التأمين على محل الضمان المقصود، وهو الدين، أو القيمة الاسمية لصكوك المضاربة والمشاركة والوكالة، وقدر محدد من العائد، والنقص في قيمة الأعيان المؤجرة. فإن كان التأمين تجارياً لم يجز لما قرره المجامع من عدم جواز التأمين التجاري لما فيه من الغرر المفسد للعقد. وإن كان بالأسلوب التعاوني الإسلامي فهو جائز²⁵.

²⁵ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 2/9/9 بشأن التأمين وإعادة التأمين.

4. ضمان القيمة الاسمية والعائد:

4.1. ضمان القيمة الاسمية والعائد يختلف أيضاً في الصكوك المبنية على عقود الضمان -كالمرابحة والسلم والاستصناع- عن الصكوك المبنية على عقود الأمانة -كالمضاربة والمشاركة والوكالة- أو الصكوك المبنية على عقود الأمانة والضمان كالإجارة. وقد سبق بيان الرأي في صكوك المرابحة والسلم والاستصناع، والإجارة، من حيث ضمان القيمة الاسمية والعائد من قبل أحد طرفي العقد، ومن طرف ثالث، ومحل النزاع هنا ضمان القيمة الاسمية في صكوك المضاربة والمشاركة والوكالة بالاستثمار كما سيتم بيانه فيما يتلو من فقرات.

4.2. من المقرر فقهاً في صكوك المضاربة والمشاركة والوكالة بالاستثمار أن يد المصدر على أصول هذه الصكوك يد أمانة، فلا يضمنها، ولا يضمن أي ربح عليها. ويضمن قيمتها الاسمية في حال التعدي والتقصير. وقد ذكر الباحثون صيغاً مختلفة لتخفيف خطر عدم ضمان القيمة الاسمية للعائد والتوسل إلى تحقيق الضمان بوسائل غير مباشرة منها:

4.2.1. تعهد المصدر بتقديم قرض إلى حملة الصكوك عند نقص الربح الفعلي عن الربح المتوقع. وهو غير جائز لأنه يؤول إلى ضمان رأس المال للمصدر، وبعد أن انتشر تطبيقه في عدد من الصكوك أكد بيان المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية على عدم جوازه، وأجاز بديلاً عنه **تكوين احتياطي لتغطية حالة النقص بقدر الإمكان**. ونصه: "لا يجوز لمدير الصكوك، سواء أكان مضارباً أم شريكاً أم وكيلاً بالاستثمار أن يلتزم بأن يقدم إلى حملة الصكوك قرضاً عند نقص الربح الفعلي عن الربح المتوقع، ويجوز أن يكون احتياطي لتغطية حالة النقص بقدر الإمكان، بشرط أن يكون ذلك منصوباً عليه في نشرة الاكتتاب. ولا مانع من توزيع الربح المتوقع تحت الحساب وفقاً للمعيار الشرعي رقم (13) بشأن المضاربة بند 8/8. أو الحصول على تمويل مشروع على حساب حملة الصكوك). وهذا مما ورد في قرار المجمع بشأن سندات

المقارضة ونصه²⁶: "ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال".

4.2.2.2. ولا بأس أيضاً بتكوين احتياطي معدل أرباح، على غرار احتياطي معدل الأرباح المقرر في حسابات الاستثمار لضمان توزيع قدر محدد من الربح، ويقطع من الأرباح القابلة للتوزيع على الطرفين²⁷.

4.2.3. التعهد بإعادة شراء الصكوك خلال مدة الإصدار بالقيمة الاسمية، وهو أشبه بحالة الاسترداد في صناديق الاستثمار. وهو غير جائز شرعاً لأنه يؤول إلى ضمان المصدر لرأس المال، ويجوز إن كان بالقيمة السوقية أو بثمن يتفق عليه الطرفان في حينه²⁸.

4.2.4. التعهد بشراء أصول الصكوك من حملة الصكوك بالقيمة الاسمية للأصول عند إطفاء الصكوك في نهاية مدة الإصدار. وقد قال به بعض الباحثين²⁹، وميَّزه عن الضمان بأنه لو لم تبق العين فلا محل لتنفيذ التعهد، ونوقش بأنه قد تبقى العين، ولكن تتخفف قيمتها السوقية عن قيمتها الاسمية فيكون ضماناً جزئياً بلا شك. ويكثر انخفاض قيمة الأصول في الصكوك بسبب طول المدة، أو الأزمات، ثم إن ضمان ما لا يجوز ضمانه ممنوع شرعاً حتى لو لم يحصل ما يوجب الضمان فيما بعد³⁰. وهذا ما أكدته ندوة البركة 31 في توصياتها التي جاء في مقدمتها: "أجمع المشاركون على أنه لا يجوز لمصدر الصكوك أن يضمن رأسمال الصك

²⁶ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (4/5/30) بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار

²⁷ المعيار الشرعي (40) توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية الاستثمارية على أساس المضاربة، فقرة 3/2/1/3.

²⁸ أبوغدة (البركة 31)، ص 158.

²⁹ ذكره الدكتور حسان (البركة 32) ص 52، ودافع عنه في مناقشات ندوة مناقشات ندوة الصكوك التي عقد المجمع (24-25 مايو 2010) بجدة واستدرك عليه الباحث باحتمال انخفاض القيمة، فأقر بوجاهة الاستدراك.

³⁰ أبوغدة (البركة 31) ص 143.

أو ربحاً محددًا سواء أكان ذلك بالتزام أم تعهد أم وعد ملزم، كما لا يجوز التعهد من مصدر الصكوك ومديرها بشراء أصل الصكوك أو استبدالها بالقيمة الاسمية عند إطفائها؛ لأن ذلك يؤول إلى الضمان في حالة هبوط القيمة، ولو لم تتعرض أصول الصكوك للتلف الكلي أو الجزئي. يختلف الحال عن تعهد الأمر بالشراء في المرابحة بشراء المبيع ولو هبطت قيمته؛ لأن البيع يختلف عن المشاركة من حيث الضمان".

4.2.5. التعهدات المتقابلة (المواعدة الملزمة) مع اختلاف المورد: وصورتها:

إصدار وعد من المصدر بشراء أصول الصكوك إذا بدأت قيمتها السوقية بالهبوط عن قيمتها الاسمية؛ على أن يتم الشراء بالقيمة السوقية في تاريخ الشراء، وليس بالقيمة الاسمية. فيكون هذا الوعد نافعاً لحملة الصكوك لتفادي استمرار هبوط قيمة الصكوك وتفاقم الخسارة. ويقابل هذا الوعد الملزم من المصدر - دون ربط بين الوعدين - وعداً ملزماً من حملة الصكوك ببيع الأعيان في حال ارتفاع القيمة السوقية عن القيمة الاسمية. ويكون هذا الوعد نافعاً للمصدر لتفادي إطفائه الصكوك بأكثر من قيمتها الاسمية³¹. وقد أكدت ندوة البركة 31 في توصيتها رقم 5/31 بشأن تعهدات مديري العمليات الاستثمارية المنع في البند 2 ونصه: "لا يجوز تعهد المضارب أو الشريك المدير أو الوكيل بالاستثمار بضمان الخسارة أو التلف أو هبوط القيمة أياً كان سببهما. والتعهد في حال هبوط القيمة ضمان غير مباشر لأنه حماية من تحمل المالك الخسارة الجزئية".

4.2.6. ولا يجوز للشريك أن يتعهد بشراء حصة شريكه بقيمتها الاسمية لما فيه من

ضمان الشريك لشريكه طبقاً ما لما ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامية رقم 15/2/136 بشأن المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية، نصه: "عدم التعهد بشراء أحد الطرفين حصة الطرف الآخر بمثل قيمة الحصة عند إنشاء الشركة، لما في ذلك من ضمان الشريك حصة شريكه، بل ينبغي أن يتم تحديد ثمن بيع

³¹ أبوغدة (الأهلي) ص 73.

الحصة بالقيمة السوقية يوم البيع، أو بما يتم الاتفاق عليه عند البيع". كما لا يجوز أن يقوم بذلك المضارب والوكيل كما سبق بيانه.

4.2.7.4.2.7. الشراء بالقيمة العادلة: "إذا كانت موجودات صكوك المضاربة أو المشاركة أو الوكالة بالاستثمار تقتصر على أصول مؤجرة إجارة منتهية بالتمليك، فيجوز لمدير الصكوك التعهد بشراء تلك الأصول - إطفاء الصكوك- بباقي أقساط الأجرة لجميع الأصول، باعتبارها تمثل صافي قيمتها³². وهو ما يعرف بالقيمة العادلة للأعيان في تاريخ الشراء، وهي القيمة السوقية.

4.2.8.4.2.8. كفالة الوكيل للمدينين: للوكيل -بخلاف المضارب والشريك- أن يكفل المدينين دون اشتراط تلك الكفالة في عقد الوكيل. فقد ورد في المعايير الشرعية ما نصه: "لا يجوز الجمع بين الوكالة والكفالة في عقد واحد؛ لتنافي مقتضاهما، ولأن اشتراط الضمان على الوكيل بالاستثمار يحول العملية إلى قرض بفائدة ربوية بسبب ضمان الأصل مع الحصول على عائد الاستثمار. أما إذا كانت الوكالة غير مشروطة فيها الكفالة، ثم كفل الوكيل من يتعامل معه بعقد منفصل فإنه يكون كفيلا لا بصفة كونه وكيلا، حتى لو عزل عن الوكالة يبقى كفيلا³³. وجاء في ندوة البركة التوصية 3/9: "وأما إذا كان المصرف يديرها على أساس المضاربة أو المشاركة فلا يجوز له أن يكفل المدينين لصالح شركائه، ولا أن يضمن لصالحهم تقلبات أسعار صرف العملة لاسترداد مساهماتهم لأن ذلك قد يؤدي إلى ضمان الشريك أو المضارب لرأس مال بقية الشركاء أو أرباب المال، وهو ممنوع شرعا"³⁴.

4.2.9.4.2.9. الضمان بعقد مستقل من غير شرط أسوة بما سبق من جواز كفالة الوكيل. وهو غير مستساغ عند من أجاز كفالة الوكيل بشروط كما نقل في توصية ندوة

³² بيان المجلس الشرعي، التنضيق الحكمي أبوغدة في لأهلي.

⁽³³⁾ المعيار الشرعي رقم (5) : الضمانات ، بند 2/2/2 والمعيار الشرعي رقم (23) : الوكالة ، بند 2/5.

³⁴ فتاوى ندوات البركة، رقم 3/9.

البركة آفة الذكر. وقد علق عليه أحد الباحثين بما يأتي: " ويرى كثير من أهل العلم والاختصاص أنه من الصعب قبول تجاوز الإجماع على منع ضمان المضارب أو الشريك بمجرد عقد جانبي حتى ولو كان مستقلا ورقيا؛ إذ أن العقود النمطية تجعل مثل هذه التفاهات الجانبية والعقود المستقلة أمرا معروفا فيتم التعامل معها على أنها شروط جعلية اتفاقية وكذلك يتم تفسيرها عند التنازع"³⁵.

³⁵ فداد (البركة 31)، ص 246-247.

5. التعهد بشراء الصكوك مع تغير العين:

5.1. ومحل هذه المسألة صكوك الموجودات المؤجرة؛ إذ تؤول في هيكلتها إلى إجارة موجودات الصكوك من الأعيان على المصدرِ المستأجر بأجرة دورية معلومة، مع وعد بتمليك الأعيان للمصدر بقيمتها الاسمية في تاريخ الإطفاء أو في تواريخ أخرى قبل ذلك خلال مدة الإجارة. وبناء على ما ذكرنا من معنى الأمانة والضمان؛ فإن الأجرة الدورية مضمونة على المصدرِ المستأجر بموجب العقد، والأعيان أمانة لدى المستأجر، لا يجوز اشتراط ضمانها على المصدرِ المستأجر، عدا حالات التعدي والتقصير ومخالفة الشروط فهو ضامن لما يحدث بسبب ذلك من ضرر بالأعيان ويعوض عنه بقيمته عند حدوثه وفقاً لما يجب ضمانه في حال المسؤولية التقصيرية. وقد تضمن الفقه المعاصر صيغاً مختلفة تستهدف تخفيف هذا الخطر المتعلق بعدم ضمان القيمة الاسمية للأعيان في صكوك الإجارة، منها:

5.1.1. الوعد الملزم (التعهد) من المصدرِ (المستأجر) في صكوك الإجارة شراء الأصول المؤجرة عند إطفاء الصكوك بقيمتها الاسمية عند إطفاء الصكوك على ألا يكون شريكاً أو مضارباً أو وكيلًا بالاستثمار³⁶. ومثله لو كان التعهد بالشراء في أثناء مدة الإصدار لأي سبب، مثل إخفاق المستأجر بالتزامات الإجارة أو سداد أقساطها أو لرغبته بالتملك المبكر لأصول الصكوك³⁷. وفي حال كان المستأجر هو مالك الموجودات قبل بيعها على حملة الصكوك فيراعى تجنب العينة كما مر.

5.1.2. المواعدة الملزمة (التعهدات المتقابلة) مع اختلاف المورد: وصورتها وعد ملزم من المؤجر ببيع العين للمستأجر بالقيمة الاسمية في حال سداده لجميع التزامات الإجارة. ووعد من المستأجر بالشراء بالقيمة الاسمية في حال إخفاقه في سداد الأقساط في مواعيدها. فالمحل هنا وإن واحداً وهو العين المؤجرة، لكن مورد

³⁶ بيان المجلس الشرعي، والمعيار الشرعي للإجارة اللذين سبقت الإشارة إليهما في المبحث الثاني. ، أبوغدة البركة 31، مخالفة أسيد

³⁷ أبوغدة (البركة 31) ص 157.

العقدين مختلف. فالموعد غير ملزم في أي من الوعدين بقبول ما صدر عن الواعد من إيجاب وتنفيذ الوعد³⁸. على أساس أن اختلاف المورد يخرج هذه المسألة عن المواعدة الملزمة الممنوعة بقرار مجمع الفقه الإسلامية ونصه³⁹: "المواعدة - وهي التي تصدر من الطرفين - تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين ، كليهما أو أحدهما ، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز ، لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه ، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده".

5.1.3. في حال التعهد بالشراء بالقيمة الاسمية تنشأ إشكالية تغير الأعيان محل التعهد في تاريخ تنفيذ التعهد عن حالتها عند إنشاء التعهد. فما أثر ذلك على تنفيذ التعهد، ومن ثم على فاعلية الضمان:

5.1.3.1. إن كان التغير بنقص كميتها أي أعدادها فللمتعهد حق الرجوع عن تعهده؛ إذا كان التعهد وارداً على الأعيان جميعها. أما إذا كانت الأعيان مما يقبل التفرقة والتجزئة ووقع التعهد على أجزاءها كلها أو بعضها فيبقى التعهد نافذاً في الباقي من أجزاء المبيع. وهذا مراعاة لمحل التعهد أسوة بمحل العقد.

5.1.3.2. أما إن كان التغير بحدوث عيب خفي فيها أو بظهوره، فللمتعهد الحق في الرجوع أو إمضاء التعهد مع مراعاة أرش النقص عند التنفيذ. ولا وجه للإلزام بالتعهد رغم العيب بحجة اشتراط البراءة من العيوب؛ لأنه محل شرط الإبراء من العيوب الخفية هو العقد -مع شرط عدم العلم بها عند الحنفية- وليس التعهد.

³⁸ عبدالستار أبوغدة (الأهلي)، ص 70.

³⁹ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 40 و 41 / 5/2 و 5/3 بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للأمر بالشراء.

5.1.4. ولا وجه لإشكالية تغير الأعيان محل التعهد إذا كان التعهد بالشراء بالقيمة السوقية، أو بالقيمة التي يتفق عليها عند التنفيذ، لأنه في هذه الحال يراعى التغير في القيمة⁴⁰.

والحمد لله رب العالمين.

⁴⁰ تجدر الإشارة إلى أن الدكتور أبوغدة (البركة 31) ص 143 تناول مسألة تغير الأصول بالعيب والنقص ولم يتضح لي رأيه ربما لأخطاء في الطباعة.

مشروع القرار

حكم ضمان الطرف الثالث، والضمان بعوض،

و ضمان القيمة الاسمية والعائد، والتعهد بالشراء مع تغير العين

ضمان الطرف الثالث والضمان بعوض

1. يجوز أن يتعهد طرف ثالث بجبر النقص في القيمة الاسمية؛ بل وقدراً من الربح أيضاً لحملة الصكوك، على سبيل التبرع، بدون عوض.
2. يجوز أن يتعهد طرف ثالث بشراء أصول صكوك الإجارة والمضاربة والمشاركة والوكالة بقيمتها الاسمية، ويطبق بشأنه قرار المجمع رقم // / (بشأن الوفاء بالوعد. و لايجوز أن يتقاضى عوضاً عن مجرد التعهد.
3. يجوز اتخاذ الإجراءات الكفيلة بضمان القيمة الاسمية للصكوك، وقدر من العائد، وفقاً لآلية التأمين التعاوني.

ضمان القيمة الاسمية والعائد في صكوك الإجارة والضمان مع تغير العين:

4. يجوز للمستأجر الذي ليس مضارباً ولا شريكاً ولا وكيلاً أن يتعهد بشراء أصول الصكوك بقيمتها الاسمية في نهاية مدة الإجارة، أو خلالها لأي سبب كان كالإخفاق في سداد الالتزامات، أو الرغبة في التملك المبكر. وفي حال كان المستأجر هو مالك الأصول قبل بيعها على حملة الصكوك فلا بد من تجنب العينة.
5. يجوز أن يتعهد حملة الصكوك ببيع العين للمستأجر بالقيمة الاسمية في حال سداده لجميع التزامات الإجارة، ويجوز أن يقابل ذلك تعهد آخر - دون ربط بين التعهدين - من المصدر المستأجر بشراء الأصول في حال إخفاقه في سداد الأقساط. ويأخذ كل من الوعدين حكم الوعد الملزم من طرف واحد لاختلاف المورد.

6. لا يلزم المصدر الوفاء بالتعهد بشراء الأصول المؤجرة بقيمتها الاسمية إذا تغيرت العين محل التعهد بعيب. ولو تغير العين بنقص في الكمية فإن التعهد لا يلزم إلا إن كان وارداً على أجزاء المبيع كلها أو بعضها.

ضمان القيمة الاسمية والعائد في صكوك المضاربة والمشاركة والوكالة:

7. لا يجوز للمصدر التعهد بإقراض حملة الصكوك في حال الخسارة، وإنما يجوز للمصدر تكوين احتياطي من أرباح حملة الصكوك لجبر النقص عن القيمة الاسمية، وكذلك احتياطي لتوزيع قدر محدد من الأرباح على حملة الصكوك.

8. يجوز للمصدر التعهد بإعادة شراء الصكوك بقيمتها السوقية، خلال مدة الإصدار، أو في نهايتها. ولا يجوز التعهد بالقيمة الاسمية.

9. يجوز للمصدر التعهد بشراء أصول الصكوك بقيمتها السوقية، خلال مدة الإصدار، أو في نهايتها. ولا يجوز التعهد بالقيمة الاسمية.

10. يجوز للمصدر التعهد بشراء الصكوك في حال بدأت قيمتها السوقية بالهبوط عن قيمتها الاسمية، على أن يتم الشراء بالقيمة السوقية في تاريخ الشراء، وليس بالقيمة الاسمية. ويجوز أن يقابل هذا التعهد تعهداً آخر - دون ربط بين التعهدين - من حملة الصكوك ببيع أصول الصكوك في حال ارتفاع القيمة السوقية عن القيمة السوقية. ويسري على كل تعهد قرار المجمع // الخاصة بالوفاء بالوعد.

11. يجوز أن يتعهد المصدر المضارب أو الشريك أو الوكيل بشراء أصول الصكوك إذا كانت أصولاً مؤجرة بقيمتها السوقية، ولا يجوز أن يكون التعهد بالقيمة الاسمية.

مراجع البحث

1. أبوغدة (الأهلي)، عبدالستار أبوغدة، "التعهدات الصادرة من مصدر الصكوك لحاملها"، ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الرابعة، البنك الأهلي، جدة 13-2011/12/14.
2. أبوغدة (البركة 31)، عبدالستار أبوغدة، تعهد مديري العمليات الاستثمارية، ندوة البركة الحادية والثلاثين، جدة 18 حماد، نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية لدى الفقهاء، مكتبة دار التراث، الكويت، ط2، 1986.
3. حسان، حسين حامد حسان، "إصدار الصكوك بمراعاة مقاصد الشرعية والمآلات وملكية حملتها وضماداتها، (البركة 32)، عبدالستار أبوغدة، ندوة البركة الثانية والثلاثين، جدة 2011/8/11-10.
4. الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 2004.
5. فيض الله، محمد فوزي فيض الله، الضمان في الفقه الإسلامي، ط1، 1993.
6. 2010/8/19-
7. كيلاني، أسيد أديب كيلاني، "تعهد الأمين المصدر للصكوك بشراء أصولها والموقف الفقهي منه"، ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الرابعة، البنك الأهلي، جدة 13-2011/12/14.
8. مجمع الفقه الإسلامي، قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
9. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية.



الدورة العشرون

مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الصكوك المعاصرة وحكمها

إعداد

الشيخ محمد علي التسخيري

الأمين العام للمجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية

الصكوك المعاصرة وحكمها

وهذا البحث يعد اليوم من أهم البحوث الاقتصادية لعموم البلوى به وقد قدم الشيخ محمد تقي العثماني بحثاً للجنة المحاسبة^(١) ونحن نرجح أن نذكر أهم ما فيه وسوف نذكر رأينا في كل موضوع يتطلب ذكره وقد ذكر سماحته:

أن إصدار الصكوك المبنية على أحكام الشريعة الإسلامية الغراء يعد من أهم أهداف العمل المصرفي الإسلامي ومن أعظم الوسائل لتنمية الاقتصاد الإسلامي في المجتمع، بشرط أن تراعى في آلياتها جميع المبادئ الأساسية التي تميز الاقتصاد الإسلامي من غيره. وقد اعتاد النظام الربوي السائد في العالم اليوم على إصدار السندات القائمة على أساس الفائدة الربوية للمشاريع الكبيرة التي تقتضي أموالاً جمة وتُدْرِّ ربحاً أو دخلاً كبيراً. ولكن حاملي السندات لا يتجاوزن أن يكونوا مقرضين لأصحاب هذه المشاريع على أساس الفائدة، ولا دخل لهم في ملكية أصول المشروع ولا في الربح أو الدخل الذي ينتج من هذه المشاريع، وإنما يستحقون الفائدة على قروضهم بنسبة متوافقة مع سعر الفائدة في السوق. أما ربح المشاريع بعد التكاليف، ومنها الفائدة المدفوعة، فكله يرجع إلى أصحاب المشاريع.

وكانت الفكرة الأساسية من وراء إصدار الصكوك الإسلامية: أن يشارك حملة الصكوك في ربح المشاريع الكبيرة أو الدخل الناتج عنها، ولو أصدرت الصكوك على هذا الأساس لأدت دوراً كبيراً في تنمية العمل المصرفي الإسلامي، وساهمت مساهمة كبيرة في الوصول إلى المقاصد النبيلة التي تهدف إليها الشريعة الغراء، وكان فيها من المنافع ما يأتي:

(١) إنها من أفضل الصيغ لتمويل المشاريع الكبيرة التي لا تطيقها جهة واحدة.

(١) في بحثه المقدم إلى المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية أثناء عرض البحث.

(٢) إنها تقدم قناة جيدة للمستثمرين الذين يريدون استثمار فائض أموالهم ويرغبون في الوقت نفسه في أن يستردوا أموالهم بسهولة عندما يحتاجون إليها، لأن المفروض في هذه الصكوك أن تكون لها سوق ثانوية تباع فيها وتشتري. فكلما احتاج المستثمر إلى أمواله المستثمرة أو إلى جزء منها، جاز له أن يبيع ما يملكه من صكوك أو بعضا منها، ويحصل على ثمنها الذي يمثل الأصل والربح جميعا، إن كان المشروع كسب ربحاً.

(٣) أنها تقدم أسلوباً جيداً لإدارة السيولة تستطيع به المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية أن تدير به سيولتها. فإن كان لديها فائض من السيولة اشترت هذه الصكوك وإن احتاجت إلى السيولة باعتها في السوق الثانوية.

(٤) إنها وسيلة للتوزيع العادل للثروة، فإنها تمكن جميع المستثمرين من الانتفاع بالربح الحقيقي الناتج من المشروع بنسبة عادلة، وبهذا تنتشر الثروة على نطاق أوسع دون أن تكون دولة بين الأغنياء المعدودين. وذلك من أعظم الأهداف التي يسعى إليها الاقتصاد الإسلامي.

وقد انتشرت اليوم في السوق صكوك كثيرة تدعي أنها صكوك إسلامية. ونريد في هذه الدراسة الموجزة المتواضعة أن نطلع على آلياتها، ومدى موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها ومقاصدها المذكورة. إن الذين أصدروا هذه الصكوك حاولوا بكل ما في وسعهم أن تكون هذه الصكوك منافسة للسندات الربوية الرائجة في السوق، وأن تحمل معظم خصائصها، ليسهل ترويجها في السوق الإسلامية والتقليدية في آن واحد. وإن أبرز خصائص السندات الربوية تتلخص في النقاط الآتية:

(١) إنها لا تمثل ملكية حاملي السندات في المشروع التجاري أو الصناعي الذي أصدرت السندات من أجله، وإنما توثق القرض الربوي الذي دفعه حاملو السندات إلى مصدرها صاحب المشروع.

(٢) إنها توزع الفائدة على حاملي السندات بصفة دورية. وهذه الفائدة تقدر بنسبة من رأس المال، لا بنسبة من الربح الفعلي. وقد تكون النسبة معينة، وكثيرا ما تكون متغيرة في سندات طويلة الأجل.

(٣) إنها تتضمن استرداد رأس المال عند إطفاء السندات في نهاية مدتها، سواء ربح المشروع فعلا، أو لم يربح. وأن مصدر السندات لا يجب عليه إلا رد رأس

المال مع الفائدة المتفق عليها، وما حصل عليه المشروع من الربح فوق ذلك، فكله له، ولا يستحق حاملو السندات أن يطالبوا بحصة من الربح الزائد على سعر الفائدة.

وهذه الخصائص لا يمكن أن توجد في الصكوك الإسلامية بصفة مباشرة، ولكن مصدري الصكوك الإسلامية اليوم حاولوا أن تتسم صكوكهم بمعظم هذه الخصائص بطريق غير مباشر، وأوجدوا من أجل ذلك آليات مختلفة (وهو المنهج الذي سلكه الشهيد الإمام الصدر في أطروحته).

ولندرس هذه الآليات في ضوء هذه النقاط الثلاث ونبدي رأينا فيها:

١. ملكية حاملي السندات في أصول المشروع

أما النقطة الأولى - وهي ملكية حاملي السندات في أصول المشروع فإن معظم الصكوك تختلف فيها عن السندات الربوية اختلافاً واضحاً، فإن الصكوك في عامة الأحوال تمثل حصة شائعة في أصول تُدرّ ربحاً أو دخلاً مثل الأعيان المؤجرة أو مشروع تجاري أو صناعي، أو وعاء استثماري يحتوي على عدة من المشاريع. وهذه هي النقطة الوحيدة التي تميزها عن السندات الربوية وعليه ينبغي إصدار الصكوك على أساس مشروعات تجارية وصناعية جديدة تساهم فيها هذه الصكوك ولو أصدرت على مشاريع قائمة فيجب أن تنتقل الملكية واقعاً لموجودات حقيقية سواء كانت أعياناً أو منافع أو حقوقاً معنوية ونحن لا نجد مانعاً من انتقال الملكية مقيدة بشروط عند العقد لأن المؤمنين عند شروطهم . فيمكن أن تشترط الدولة التي تباع بعض مرافقها لتحصيل السيولة المالية شروطاً معينة أو تبقى لنفسها نسبة شائعة فلا يستطيع أصحاب الصكوك التصرف المطلق لأنهم يملكون حصصاً شائعة أيضاً.

٢. التوزيع الدوري على حملة الصكوك

وأما النقطة التالية فإن معظم الصكوك المصدرة قد ضمنت فيها خصوصية السندات الربوية سواء بسواء من حيث إنها توزع أرباح المشروع بنسبة معينة مؤسسة على سعر الفائدة (اللايبور).

ومن أجل تبرير ذلك وضعوا بنداً في العقد يصرح بأنه إذا كان الربح الفعلي الناتج من الاستثمار زائداً على تلك النسبة المبنية على سعر الفائدة، فإن المبلغ

الزائد كله يدفع إلى مدير العمليات (سواء كان مضارباً أو شريكاً أو وكيل الاستثمار) على أساس كونه حافظاً له على حسن الإدارة، وبعض الصكوك لا تصرح بكون الزائد مستحقاً للمدير كحافظ، بل تكتفي بقولها إن حملة الصكوك يستحقون نسبة معينة مؤسّسة على أساس سعر الفائدة في التوزيع الدوري (فكأن كون الزائد حافظاً ثبت تقديراً أو اقتضاء) ونحن لا نجد مانعاً من هذا الاشتراط - والغرر القليل فيه مغتفر.

والأفضل من ذلك أن يتم التوزيع على الحساب تبعاً لأرباح المشروع النهائية، ويمكن أن يتضمن العقد إبقاء احتياطي من الأرباح لينظم التوزيعات الدورية بشكل منسجم ولجبران الخسائر أو نقصان الأرباح عن النسبة المعينة. أما إذا كان الربح الفعلي ناقصاً من النسبة المذكورة المبينة على سعر الفائدة، فإن مدير العمليات يلتزم بدفع الفرق (بين الربح الفعلي وبين تلك النسبة) إلى حملة الصكوك على أساس قرض بدون فائدة يقدم إلى حملة الصكوك. وهذا القرض يسترده المدير المقرض إما من المبالغ الزائدة على سعر الفائدة في فترات لاحقة، وإما من تخفيض ثمن شراء الموجودات عند إطفاء الصكوك، ولكن هذا الالتزام فيه شبهة الربا عرفاً. وعليه فينبغي أن يستفاد في هذه الحالة من (الاحتياطي) الذي أشرنا إليه أو أن يستفاد لسد النقص من تمويل شرعي على حساب حملة الصكوك يسدد في الفترات اللاحقة على أن يشترط ذلك في العقد.

٣. ضمان استرداد رأس المال

أما النقطة الثالثة فإن جميع الصكوك المصدرة اليوم تضمن رد رأس المال إلى حملة الصكوك عند إطفائها مثل السندات الربوية سواء بسواء، وذلك بتعهد ملزم إما من مصدر الصكوك أو من مديرها أنه سيشتري الأصول التي تمثلها الصكوك بقيمتها الاسمية التي اشتراها بها حملة الصكوك في بداية العملية بقطع النظر عن قيمتها الحقيقية أو السوقية في ذلك اليوم. وبهذه الآلية المركبة استطاعت الصكوك أن تحمل خصائص السندات الربوية من حيث إنها لا تعطي حملة الصكوك نسبة معينة من رأس المال مبينة على سعر الفائدة، وفي الوقت نفسه تضمن لحملة الصكوك استرداد رأس مالهم في نهاية العملية. ولنتكلم عن هذا التعهد والموقف الفقهي منه.

والحقيقة هي أن الأصل في العمليات التجارية الحقيقية في الشريعة أن لا يُضمن فيها استرداد رأس المال فإن غُثم الربح الحقيقي في الشريعة الإسلامية يتبع الغُرم دائماً، فكان الأصل في الصكوك التجارية أن لا يضمن فيها رأس المال لحملتها، بل إنهم يستحقون القيمة الحقيقية للأصول سواء أزدت من قيمتها الإسلامية أم نقصت.

ولكن الصكوك الرائجة اليوم كلها تضمن رأس المال لحملة الصكوك بطريق غير مباشر. وهو أن مدير العمليات يتعهد تجاه حملة الصكوك أنه سيشتري الأصول التي تمثلها الصكوك بالقيمة الاسمية عند نهاية مدتها، بقطع النظر عن قيمتها الحقيقية يومئذ. ومعنى ذلك أن حملة الصكوك يرجع إليهم عند إطفاء الصكوك رأس مالهم مضموناً لا غير، فن كان المشروع أصيب بخسران فإنه يتحملة المدير وإن كان فيه ربح فإنه يحوزه المدير بالغاً ما بلغ. ولاحق لحملة الصكوك إلا في استرداد رأس مالهم كما في السندات الربوية.

ولكن هل يجوز ذلك ؟

إن مدير العمليات يقوم بإدارتها تارة بصفة مضارباً وأخرى بصفته شريكاً وثالثة بصفته مستأجراً ومؤجراً للآخرين ورابعة بصفته وكيلاً أو وسيطاً في الاستثمار.

فهل يمكنه ضمان رأس المال أو (القيمة الاسمية للصكوك) ؟

وقبل كل شيء يجب التفريق بين هذا الضمان وبين ضمان المال على تقدير تلفه فهما أمران مختلفان وقد قلنا إن المدعي أن أصل المال إذا تلف فالمفروض عدم ضمانه والمطلوب ضمان القيمة الاسمية للمال الموجود.

شرط الضمان في فقه المذاهب الأربعة:

وقد نقل الشيخ العثماني عدم جواز اشتراط الضمان في جميع الفروض هنا وهذا ما بد لي إجمالاً وأنا استعرض الآراء فإنهم لم يجيزوا إلا في موارد معينة من قبيل:

- ما جاء في المدونة الكبرى، عن الفقهاء السبعة أنهم كانوا يقولون "الغسل والحناط والصواغ وأصحاب الصناعات كلهم ضامنون لما دفع إليهم"، وعن

¹ نقلا عن المصادر الفقهية ج ٢٨ ص ٢٣٣.

عمر رضي الله عنه أنه كان يضمن الصناع الذين في الأسواق وانتصباوا للناس ما دفع إليهم^١.

● وجاء في بداية المجتهد قوله: " والضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدي أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال"^٢.

● وجاء في الموسوعة الكويتية أن بعض الشافعية اجازوا اشتراط الضمان على الأجير الخاص كالأجير المشترك لقول الشافعي : الأجراء سواء وذلك صيانة لأموال الناس، وكان يقول: لا يصلح الناس إلا ذاك، أما المشترك فقد ضمنه الخلفاء وبعض الفقهاء مطلقاً، وسئل أحمد عن شرط الضمان فقال: المسلمون على شروطهم، قال ابن قدامه : وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه.

ويمكن أن يستفاد من هذه النصوص ما يلي:

(١) أن شرط الضمان لا ينافي مقتضى العقد وإنما ينافي إطلاقه وإلا لما أمكن تضمين أي أمين، فإذا جاء مطلقاً فلا ضمان في عقود الأمانة^٣.

(٢) أن المصلحة العامة قد تقتضي أن تقوم الدولة بالتضمين الزاماً وقد جاء في المدونة (ما زال الخلفاء يضمنون الصناع)^٤.

كما رأينا العلامة ابن رشد يبدي وجه المصلحة في الضمان وينسبه للفقهاء وينقل المذهب أن علياً عليه السلام كان يضمن الأجير^٥.

(٣) أن الإمام أحمد كان يرى دخول شرط الضمان تحت قاعدة (المؤمنون عند شروطهم).

ومع كل هذا لا نستطيع أن نتيقن بشمول هذه الآراء لموردنا هذا .

وقد لاحظت أن الفقهاء الإمامية طرحوا آراء يمكن معها تصحيح اشتراط ضمان القيمة الاسمية في حالة كون مدير العمليات مستأجراً أو شريكاً أو وكيلاً أو وسيطاً محضاً دون ما إذا كان مضارباً. وهذا ما سنقف عليه فيما يلي:

١ نقلا عن المصادر الفقهية ج ٢٨ ص ٢٤٩

٢ نقلا عن المصادر الفقهية ج ٢٨ ص ٣٤٧.

٣ الموسوعة الفقهية الكويتية ج ١ ص ٢٩٠ و ص ٢٩٨.

٤ المصادر الفقهية ج ٢٨ ص ٢٤٩.

٥ المصادر الفقهية ج ٢٨ ، ص ٤٥٢.

حكم الحالات الثلاث عند الإمامية:

١. أن يكون مدير العمليات مضارباً:

وهنا لا يجوز شرعاً فرض الضمان عليه باشتراطه في العقد لأنه أشكل عليه بإشكالات:

الأول: أن هذا الشرط مخالف لكتاب الله وسنة رسوله ﷺ باعتباره أميناً ومحسناً. والأمين لا يضمن للرواية عن رسول الله ﷺ: " ليس لك أن تتهم من أئتمنته" ١

والمحسنون ليس عليهم سبيل، قال تعالى ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾ ٢

الثاني : أن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد، وهو ما أيده المحقق الكركي ٣ واحتمله السيد الحكيم ٤.

الثالث : ما دل من الروايات على أن فرض الضمان عليه يستوجب حرمان المالك من الربح من قبيل ما روي عن أبي جعفر الباقر (ع) من أن علياً قال : من ضمن تاجراً فليس له مسألة الاشتراط في بدء العقد. ولكن هناك روايات أخرى تدل على ذلك كرواية رفاعة قال: سألت أبا الحسن موسى بن جعفر (ع) عن رجل شارك في جارية له وقال : إن ربحنا فيها فلك نصف الربح وإن كانت وضيفة فليس عليك شيء، فقال لا أرى بهذا بأساً إن طابت نفس صاحب الجارية ٥.

وهي واضحة الدلالة على جواز اشتراط رأس المال على الشريك.

٢. ما لو كان مدير العمليات يديرها بوصفة مستأجراً فما حكم اشتراط الضمان عليه ٥.

ذكر السيد البنجوردي ٦: أن المشهور (لدى الإمامية) عدم صحة اشتراطه وصحته في العارية خلافاً لمحقق الازديلي ٧، وجمال المحققين في حاشيته على (الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية) صفحة ٣٨٧ فإنهما قالا بصحته،

١ الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٩ الحديث العاشر.

٢ التوبة: ٩١.

٣ جامع المقاصد ج ٧ ص ٢٥٨.

٤ مستمسك العروة الوثقى : ج ١٢ ص ٢٧٠.

٥ الوسائل ج ١٣ ص ١٧٥.

٦ القواعد الفقهية ج ٣ ص ٢٧٠

٧ مجمع الفائدة ج ١٠ ص ٦٩.

وفصل أستاذه الشيخ العراقي بين إجارة الأعيان فلا يجوز الاشتراط فيها وبين إجارة الأعمال فيجوز.

أما هو فاختار نفوذ الشرط إن لم يخالف الإجماع لأنه لا يخالف مقتضى العقد ولا يخالف الكتاب والسنة وذلك في العارية والإجارة والوكالة والرهن، وقال أيضا : إذا شرط الضمان فنفس الشرط موجب له وليست الأمانة المالكية تقتضي عدم الضمان ١ .

أما السيد الحكيم فينسب إلى المحقق الأردبيلي والكفاية والرياض صحة الاشتراط ويذكر أن الذين رفضوه استندوا إلى مخالفته للكتاب لقوله تعالى (مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) ٢ والظاهر أنه قبل الاشتراط بعد المناقشة ٣ .

وواضح أن الآية لا تشمل المستأجر فهو تاجر أو مستفيد بعوض ولا يعد محسناً متبرعاً أما الفقيه اليزدي صاحب (العروة الوثقى) فيقول بجوازه؛

وقد أيده أعلام آخرون ولكن على أساس أن يكون الاشتراط بشكل أداء مقدار معين من المال على تقدير التلف أو العيب لا بعنوان الضمان، والظاهر أيضاً إمكان إلحاق نقص القيمة بذلك.

ومن هنا فلا نجد مانعاً من تعهد المستأجر بالقيمة الاسمية عند إطفاء الصكوك عند الإمامية أو عند جمهور من علمائهم.

أما لو كان المدير وكيلاً أو مجرد وسيط فليس هو طرفاً في المعاملة وإنما هو شخص ثالث يمكنه التبرع لصاحب المال بضمان رأس ماله بلا ريب.

فصحيح أن الوكيل يربطه مع أصحاب الصكوك عقد وكالة ولكنه منفصل عن العقد الأصلي بينهم وبين أطراف الاستثمار أي المستأجرين أو عاملي المضاربة أو المشاركين، فإن أبيننا فليكن المدير مجرد وسيط يجمع بين الطرفين وينظم خدمات المعاملات بأجرة فيعد جهة ثالثة تماماً.

وعلى أي حال؛ فلئن جاز ذلك وإلا فلا مناص من الرجوع إلى (القيمة العادلة) أو (القيمة السوقية) في حالة (إطفاء الصكوك) اللهم إلا أن يقدم الضمان من

١ القواعد الفقهية ج ٧ ص ٧٨.

٢ التوبة: ٩١.

٣ مستمسك العروة الوثقى ج ١٢ ص ٧١.

٤ الفصل الرابع من فصول الإجارة.

شخص ثالث منفصل تماماً (وليكن هو الدولة إذا لم تكن طرفاً في العقد ولكنها تريد تشجيع العملية لما لها من آثار اقتصادية تنموية فهي تضمن القيمة الاسمية خصوصاً وأن احتمال النقص يبقى ضعيفاً).

أما الإشكالات الأخرى على العملية من كونها:

- أ - محاولة لمجاراة الوضع الربوي.
- ب - أنها قد تتطلب بيع الديون.
- ج - أنها عملية تحايل على الربا وأمثال ذلك.

فهي غير واردة لأننا استطعنا تصحيحها شرعاً أولاً ولأن بيع الدين جائز بمثله قطعاً وإنما الخلاف بين المذاهب في بيعه بأقل منه، ثم إن الديون هنا تباع تبعاً لبيع الأعيان، وقاعدة التبعية يغتفر فيها مالا يغتفر في غيرها.

وبعد هذا لا مجال لتصور العملية مجرد تحايل على الربا خصوصاً إذا تصورنا أن الضمان إنما هو للقيمة الاسمية فقط لا للأعيان فهي إذا تلفت تلفت من مال مالها وبالتالي لا يبقى مجال للتحايل في تصور العرف.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الصكوك وتطبيقاتها المعاصرة

إعداد

القاضي محمد تقي العثماني
رئيس المجلس الشرعي بالبحرين
وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي
ونائب رئيس جامعة دار العلوم بكراتشي

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

أما بعد،

فإنه قد شاعت في الأسواق الماليّة صكوك استثمارية بمبالغ باهضة وعمّت المساهمة فيها في كثير من المصارف اللّاربيوية، وإنّ هذه الدراسة أعدتها تدليلاً على بعض التصريحات التي صدرت متّى خلال حوار مع شركة أنباء "رائتر" ونشرت في الصحف العالميّة على نطاق واسع، وأحدثت ضجّة في سوق الأوراق الماليّة، فقدّمت هذه الدراسة إلى المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الماليّة في شهر أغسطس سنة ٢٠٠٧م لينظر في مدى موافقة هذه الصكوك للأحكام الشرعيّة، وأصدر المجلس بعد ذلك بياناً في اجتماعه التاسع عشر المنعقد بمكة المكرمة بتاريخ ٢٦ شعبان سنة ١٤٢٨هـ الموافق لتاريخ ٨ سبتمبر ٢٠٠٧م أكّد فيه المبادئ الشرعيّة التي يجب الالتزام بها عند إصدار الصكوك موافقا لهذه الدراسة.

محمد تقى العثماني

بسم الله الرحمن الرحيم

الصكوك وتطبيقاتها المعاصرة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد أشرف المرسلين، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد ، فإن إصدار الصكوك المبنية على أحكام الشريعة الإسلامية الغراء كان من أهم أهداف العمل المصرفي الإسلامي ومن أعظم الوسائل المرموقة لتنمية الاقتصاد الإسلامي في المجتمع، بشرط أن تراعى في آلياتها جميع المبادئ الأساسية التي تميز الاقتصاد الإسلامي من غيره. وإن النظام الربوي السائد في العالم اليوم متعود بإصدار السندات القائمة على أساس الفائدة الربوية للمشاريع الكبيرة التي تقتضى أموالاً جمّة وتُدرّ ربحاً أو دخلاً كبيراً. ولكن حاملي السندات لا يتجاوزون من أن يكونوا مقرضين لأصحاب هذه المشاريع على أساس الفائدة، ولادخل لهم في ملكية أصول المشروع ولا في الربح أو الدخل الذي ينتج من هذه المشاريع، وإنما يستحقون الفائدة على قروضهم بنسبة متوافقة مع سعر الفائدة في السوق. أما ربح المشاريع بعد التكاليف، ومنها الفائدة المدفوعة، فكله يرجع إلى أصحاب المشاريع.

وكانت الفكرة الأساسية من وراء إصدار الصكوك الإسلامية: أن يشارك حملة الصكوك في ربح المشاريع الكبيرة أو الدخل الناتج منها، ولو أصدرت الصكوك على هذا الأساس لأدت دوراً كبيراً في تنمية العمل المصرفي الإسلامي، وساهمت مساهمة كبيرة في الوصول إلى المقاصد النبيلة التي تهدف إليها الشريعة الغراء، وكان فيها من المنافع ما يأتي :

- (١) إنها من أفضل الصيغ لتمويل المشاريع الكبيرة التي لا تطيقها جهة واحدة .
- (٢) إنها تقدم قناة جيدة للمستثمرين الذين يريدون استثمار فائض أموالهم، ويرغبون في الوقت نفسه أن يستردوا أموالهم بسهولة عندما يحتاجون إليها، لأن المفروض في هذه الصكوك أن تكون لها سوق ثانوية تباع فيها الصكوك وتُشترى. فكلما احتاج المستثمر إلى أمواله المستثمرة أو إلى جزء منها، جازله أن يبيع ما يملكه من صكوك أو بعضاً منها، ويحصل على ثمنها الذي يمثل الأصل والربح جميعاً، إن كان المشروع كسب ربحاً.
- (٣) إنها تقدم أسلوباً جيداً لإدارة السيولة تستطيع به المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية أن تديره سيولتها. فإن كان لديها فائض من السيولة اشترت هذه الصكوك، وإن احتاجت إلى السيولة باعتها في السوق الثانوية.

(٤) إنها وسيلة للتوزيع العادل للثروة، فإنها تمكّن جميع المستثمرين من الانتفاع بالربح الحقيقي الناتج من المشروع بنسبة عادلة، وبهذا تنتشر الثروة على نطاق أوسع دون أن تكون دولة بين الأغنياء المعدودين. وذلك من أعظم الأهداف التي يسعى إليه الاقتصاد الإسلامي.

وقد انتشرت اليوم في السوق صكوك كثيرة تدعى أنها صكوك إسلامية. ونريد في هذه الدراسة الموجزة المتواضعة أن نطلع على آلياتها، ومدى موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها ومقاصدها المذكورة.

إن الذين أصدروا هذه الصكوك حاولوا بكل ما في وسعهم أن تكون هذه الصكوك منافسة للسندات الربوية الرائجة في السوق، وأن تحمل معظم خصائصها، ليسهل ترويجها في السوق الإسلامية والتقليدية في آن واحد. وإن أبرز خصائص السندات الربوية تتلخص في النقاط الآتية :

(١) إنها لا تمثل ملكية حاملي السندات في المشروع التجاري أو الصناعي الذي أصدرت السندات من أجله، وإنما توثق القرض الربوي الذي دفعه حاملوا السندات إلى مُصدرها صاحب المشروع.

(٢) إنها توزع الفائدة على حاملي السندات بصفة دورية. وهذه الفائدة تقدر بنسبة من رأس المال، لا بنسبة من الربح الفعلي. وقد تكون النسبة معينة، وكثيرا ما تكون متغيرة في سندات طويلة الأجل.

(٣) إنها تضمن استرداد رأس المال عند إطفاء السندات في نهاية مدتها، سواء ربح المشروع فعلا، أو لم يربح. وإن مصدر السندات لا يجب عليه إلا رد رأس المال مع الفائدة المتفق عليها؛ وما حصل عليه المشروع من الربح فوق ذلك، فكله له، ولا يستحق حاملوا السندات أن يطالبوا حصة من الربح الزائد على سعر الفائدة.

وإن هذه الخصائص لا يمكن أن توجد في الصكوك الإسلامية بصفة مباشرة، ولكن مُصدرى الصكوك الإسلامية اليوم حاولوا أن تتسم صكوكهم بمعظم هذه الخصائص بطريق غير مباشر، وأوجدوا من أجل ذلك آليات مختلفة. ولندرس هذه الآليات في ضوء هذه النقاط الثلاثة:

١- ملكية حاملي السندات في أصول المشروع

أما النقطة الأولى ، وهي ملكية حاملي السندات في أصول المشروع، فإن معظم الصكوك تختلف فيها من السندات الربوية اختلافا واضحا، فإن الصكوك في عامة الأحوال تمثل حصة شائعة في أصول تُدرّ ربحا أو دخلا، مثل الأعيان المؤجرة، أو مشروع تجاري أو صناعي، أو وعاء استثماري يحتوى على عدة من المشاريع. وهذه هي النقطة

الوحيدة التي تميزها عن السندات الربوية، غير أنه ظهرت في الآونة الأخيرة بعض الصكوك التي يُشكّ في كونها ممثلة للملكية. فمثلاً: قد تكون الأصول الممثلة بالصكوك أسهم الشركات بدون ملكيتها الحقيقية، وإنما تخوّل حملة الصكوك حقا في عوائدها، وليس هذا إلا شراء عوائد الأسهم، وهو لايجوز شرعا. وكذلك انتشرت بعض الصكوك على أساس خلطة من عمليات الإجارة والاستصناع والمرابحة التي دخل فيها بنك من البنوك، فتباع هذه الخلطة إلى حملة الصكوك، ليحصلوا على عوائد هذه العمليات. وإدخال عمليات المرابحة في هذه الخلطة لا يخلو من شبهة بيع الدين، وإن كانت نسبتها قليلة بالنسبة إلى عمليات الإجارة والمشاركة والاستصناع، ويحتاج إلى إعادة النظر في الموضوع.

٢- التوزيع الدوري على حملة الصكوك

وأما النقطة الثانية، فإن معظم الصكوك المصدرة قد اكتسبت فيها خصيصة السندات الربوية سواء بسواء من حيث إنها توزع أرباح المشروع بنسبة معينة مؤسسة على سعرالفائدة (اللابور). ومن أجل تبرير ذلك وضعوا بندا في العقد يصرح بأنه إذا كان الربح الفعلى الناتج من الاستثمار زائدا على تلك النسبة المبنية على سعرالفائدة، فإن المبلغ الزائد كله يد فع إلى مدير العمليات (سواء أكان مضاربا أو شريكا أو وكيل الاستثمار) على كونه حافظه على حسن الإدارة، حتى أنى رأيت في هيكله بعض الصكوك أنها لاتصرح بكون الزائد مستحقا للمدير كحافز، بل تكتفى بقولها إن حملة الصكوك يستحقون نسبة معينة مؤسسة على أساس سعرالفائدة في التوزيع الدوري (فكأن كون الزائد حافظا ثبت تقديرا أو اقتضاء). أما إذا كان الربح الفعلى ناقصا من النسبة المذكورة المبنية على سعرالفائدة، فإن مدير العمليات يلتزم بدفع الفرق (بين الربح الفعلى وبين تلك النسبة) إلى حملة الصكوك على أساس قرض بدون فائدة يقدم إلى حملة الصكوك. وإن هذا القرض يسترده المدير المقرض إما من المبالغ الزائدة على سعر الفائدة في فترات لاحقة، وإما من تخفيض ثمن شراء الموجودات عند إطفاء الصكوك، كما سيأتى تفصيله في النقطة الثالثة إن شاء الله تعالى.

٣- ضمان استرداد رأس المال

أما النقطة الثالثة، فإن جميع الصكوك المصدرة اليوم تضمن رد رأس المال إلى حملة الصكوك عند إطفاءها، مثل السندات الربوية سواء بسواء، وذلك بوعده ملزم إما من مصدر الصكوك أو من مديرها أنه سيشتري الأصول التي تمثلها الصكوك بقيمتها الاسمية التي اشتراها بها حملة الصكوك في بداية العملية، بقطع النظر عن قيمتها الحقيقية أو السوقية في ذلك اليوم. وبهذه الآلية المركبة استطاعت الصكوك أن تحمل خصائص السندات الربوية من حيث إنها لاتعطى حملة الصكوك إلا نسبة معينة من رأس المال مبنية على سعر الفائدة، وفي الوقت نفسه إنها تضمن لحملة الصكوك استرداد

رأس مالهم فى نهاية العملية. ولنتكلم على هذه الآلية أولا من الناحية الفقهية، وثانيا من ناحية سياسة الاقتصاد الإسلامى.

أما من الناحية الفقهية، فهناك ثلاث مسائل:

الأولى: اشتراط المبلغ الزائد على سعر الفائدة لمدير العملية بحجة أنها حافظ له على حسن الإدارة.

الثانية: التزام المدير بأنه إن انتقص الربح الفعلى من النسبة المعينة على أساس سعر الفائدة فى فترة من فترات التوزيع، فإنه يدفع قرضا إلى حملة الصكوك بمقدار النقصان. وإن هذا القرض يرد إليه إما من الربح الفعلى الزائد على تلك النسبة فى فترات لاحقة، أو من ثمن شراءه للأصول فى نهاية العملية.

الثالثة: الوعد الملزم من قبل المدير أنه سيشتري الموجودات المثلة بالصكوك بقيمتها الاسمية يوم إصدار الصكوك، وليس بقيمتها السوقية يوم الشراء.

اشتراط الحافظ لمدير العملية

أما اشتراط الحافظ لمدير العملية، فمستنده ما ذكره بعض الفقهاء من جواز مثل ذلك فى الوكالة والسمسرة وذكره الإمام البخارى رحمه الله تعالى تعليقا عن ابن عباس وابن سيرين رضى الله تعالى عنهما. قال البخارى: "قال ابن عباس: ل أبأس أن يقول: بع هذا الثوب، فما زاد على كذا وكذا فهو لك. وقال ابن سيرين: إذا قال: بعه بكذا، فما كان من ربح فهو لك، أو بينى وبينك فلا بأس به".^١

وبهذا أخذ الحنابلة. جاء فى الكافى لابن قدامة: "وإن قال: بع هذا بعشرة، فما زاد فهو لك، صح وله الزيادة، لأن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأسا".^٢

وإن هذا المذهب مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وعن ابن سيرين وشريح وعامر الشعبى والزهرى والحكم عند ابن أبى شيبة فى مصنفه، وعن قتادة وأيوب أيضا عند عبد الرزاق. وكرهه إبراهيم النخعى وحماد، كما روى عنهما عبد الرزاق، وكذلك الحسن البصرى وطاوس بن كيسان، كما روى عنهم ابن أبى شيبة. وهو مذهب الجمهور غير الحنابلة. قال الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى تحت أثر ابن عباس الذى علقه البخارى: "وهذه أجرة سمسرة أيضا، لكنها مجهولة، ولذلك لم يجزه الجمهور وقالوا: إن باع له على ذلك فله أجر مثله. وحمل بعضهم إجازة ابن عباس على أنه أجراه مجرى المقارض، وبذلك أجاب أحمد وإسحق. ونقل ابن التين أن بعضهم شرط فى جوازه أن يعلم

^١ صحيح البخارى، كتاب الإجازات، باب أجر السمسرة.

^٢ الكافى لابن قدامة، كتاب الوكالة ٢: ٢٥٣.

^٣ راجع مصنف ابن أبى شيبة، كتاب البيوع والأفضية، باب ٤٦، ج ٧ ص ١٠٧ و ١٠٨ من طبع إدارة القرآن، كرا تشى، ومصنف عبد الرزاق، ٨: ٢٣٤ رقم الحديث ١٥١٨ إلى ١٥٢٢.

الناس فى ذلك الوقت أن ثمن السلعة يساوى أكثر مما سُمى له، وتعقبه بأن الجهل بمقدار الأجرة باق.^١

وقال البدر العينى رحمه الله تعالى : "وأما قول ابن عباس وابن سيرين فأكثر العلماء لا يجيزون هذا البيع، وممن كرهه الثوري والكوفيون. وقال الشافعى ومالك: لا يجوز، فإن باع فله أجر مثله. وأجازه أحمد وإسحق، وقالوا: هو من باب القراض، وقد لا يربح المقارض."^٢ وهذا كله فى أجرة السمسار إذا لم تُعيّن غير الزيادة على ما سماه الأصيل من ثمن البيع. أما إذا سميت أجرته بمبلغ مقطوع، ثم قيل له: إن بعته بأكثر من كذا فالزائد كله لك علاوة على أجره المقطوع، فالظاهر أنه لا يمنعه الجمهور أيضا، لأن جهالة الأجرة ارتفعت بتحديد أجر مقطوع، وإن باعه بأكثر من حدمعين، فالزائد له على كونه حافظا على حسن عمله.

وعلى هذا الأساس جاء فى معيار المضاربة الصادر من المجلس الشرعى : "إذا شرط أحد الطرفين لنفسه مبلغا مقطوعا، فسدت المضاربة، ولا يشمل هذا المنع ما إذا اتفق الطرفان على أنه إذا زادت الأرباح عن نسبة معينة فإن أحد طرفى المضاربة يختص بالربح الزائد عن تلك النسبة أو دونها فتوزيع الأرباح على ما اتفقا عليه."^٣

وإن مدير العملية فى الصكوك يدير العمليات إما بصفته أجيورا أو وكيلًا للاستثمار، فيشبه السمسار، وإما بصفته مضاربا أو شريكا عاملا، فيغطيه ما جاء فى معيار المضاربة. وإن استحقاق المدير المبلغ الزائد على نسبة معينة قد سُمى حافظا على حسن إدارته للأصول، وإن هذا الحافظ إنما يُعقل كونه حافظا إن كان مرتبطا بما زاد على أدنى الربح المتوقع من خلال العمليات التجارية أو الصناعية التى أصدرت من أجلها الصكوك، فمثلا: إن كان أدنى الربح المتوقع من هذه العمليات ١٥%، فيمكن أن يقال إن مازاد على هذه النسبة من الربح الفعلى، فإنه يُعطى للمدير كحافظ، لأن هذا المقدار الزائد يمكن إضافته إلى حسن إدارته بوجه معقول. ولكن النسبة المعينة فى هذه الصكوك ليست مرتبطة بالربحية المتوقعة من العمليات، وإنما هى مرتبطة بتكاليف التمويل أو سعر الفائدة الذى يتغير كل يوم، بل كل ساعة، ولا علاقة له بربحية المشروع التجارى أو الصناعى، فكثيرا ما تنقص نسبته من نسبة الربحية المتوقعة من المشروع. فإن كانت نسبة الربح المتوقع ١٥% فى المثال السابق، فإنه من الممكن جدا أن يكون سعر الفائدة ٥%، والربح الفعلى نزل إلى ١٠% لسوء الإدارة من المدير، فكيف يمكن أن يقال إن مازاد على ٥% يعطى للمدير لحسن إدارته، بالرغم من أنه أساء فى الإدارة حتى نزل الربح إلى ١٠% من الربح المتوقع، وهو ١٥%؟ فظهر بهذا أن ما يسمى حافظا فى هذه الصكوك ليس حافظا فى

^١ فتح البارى، كتاب الإجازات، باب أجر السمسرة، ٤:٤٥١ .

^٢ عمدة القارى، الكتاب والباب المذكور أعلاه، ١٢:١٣٣ .

^٣ المعيار الشرعى، رقم ١٣، بند ٨:٥ .

الحقيقة، وإنما هو طريق لتمشية هذه الصكوك على أساس سعر الفائدة. وإن هذه الجهة لاتخلو من الكراهة على الأقل وإن لم نقل بحرمتها.

هذا من الناحية الفقهية البحتة. أما من ناحية سياسة الاقتصاد الإسلامي، فإن مثل هذه "الحوافز" التي لاتخلو منها الصكوك اليوم قد أهملت المقاصد الاقتصادية النبيلة للشركة أو المضاربة من توزيع الثروة فيما بين المستثمرين على أساس عادل، فإن الصكوك المؤسس على "الحوافز" جعلت الربح الموزع على المستثمرين مقتصرًا على سعر الفائدة في كل حال، وليس على الربحية الحقيقية للمشروع.

ولئن تحملت الهيئات الشرعية هذه المفاصد في بداية إصدار الصكوك في حين كانت المؤسسات المالية الإسلامية قليلة، فقد حان الأوان أن تُعيد النظر في ذلك وتخلص الصكوك الآن من هذه الأمور المشبوهة، فيما أن تخلو من "الحوافز" بتاتا، أو تؤسس الحوافز على أساس الربح المتوقع من المشروع، وليس على أساس سعر الفائدة، ويصبح ذلك ميزة تتميز بها المؤسسات المالية الإسلامية عن المؤسسات التقليدية الربوية تميزًا حقيقياً.

٢- اشتراط القرض عند نقص الربح من النسبة المعينة

أما اشتراط القرض عند انتقاص الربح الحقيقي من النسبة المعينة، فلا مبرر له إطلاقاً من الناحية الشرعية، فإن الذي يلتزم بالقرض هو مدير العمليات، وهو الذي يبيع الأصول على حملة الصكوك في بداية العملية، فلو اشترط عليه أن يقرض حملة الصكوك في حالة نقص الربح الفعلي عن تلك النسبة، فهو داخل في بيع وسلف، وقد ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وسلف. أخرج مالك في الموطأ بلاغاً، وأخرجه أبو داود والترمذي بلفظ: "لا يحل سلف وبيع". وقال الترمذي: "هذا حديث حسن صحيح".^١ وقال ابن عبد البر، رحمه الله تعالى: "هذا الحديث محفوظ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو حديث صحيح رواه الثقات عن عمرو بن شعيب، وعمرو بن شعيب ثقة إذا حدث عنه ثقة".^٢

وقد أخذ بهذا جميع أهل العلم، ولا يعرف فيه خلاف. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: "ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه أو شرط المشتري ذلك عليه فهو محرم والبيع باطل، وهذا مذهب مالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافاً".^٣

^١ موطأ الإمام مالك ٦٥٧: ٢ وسنن أبي داود، باب في الرجل يبيع ماليس عنده، رقم ٣٥٠٤، وجامع الترمذي، باب ماجاء

في كراهية ماليس عنده، رقم ١٢٣٤

^٢ التمهيد لابن عبد البر ٣٨٤: ٢٤

^٣ المغنى لابن قدامة ١٦٢: ٤

وقال رحمه الله فى موضع آخر : " وإن شرط أن يؤجره داره بأقل من أجرتها أو على أن يستأجر دارالمقرض بأكثر من أجرتها...كان أبلغ فى التحريم."^١

وقال ابن الهمام رحمه الله تعالى بعد ذكر الحديث: "ومعنى السلف فى البيع: البيع بشرط أن يقرضه دراهم، وهو فرد من البيع الذى شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين وغير ذلك."^٢

وفى آلية الصكوك المذكورة لايرضى المدير باشتراط هذاالقرض إلا لأنه يحوز أكثر من حصته الحقيقية من الربح الفعلى من خلال "الحافز"الذى اشترط له عند ما يتجاوز الربح الفعلى النسبة المبنية على سعرالفائدة. فهذاالقرض أبلغ فى التحريم بعبارة ابن قدامة رحمه الله تعالى.

وقد يكون مدير العمليات الذى التزم بالقرض شريكا أو مضاربا. وهذاالالتزام المشروط أيضا مخالف لمقتضى العقد وتغطيه علة التحريم فى بيع وسلف سواء بسواء، فلا يجوز.

٣- تعهد المدير بشراء الأصول بالقيمة الاسمية

أماالمسألة الثالثة، فهى أن العمليات التجارية الحقيقية فى الشريعة لأىضمن فيها استرداد رأس المال، فإن غُثم الربح الحقيقي فى الشريعة الإسلامية يتبع الغُرم دائما، فكان الأصل فى الصكوك التجارية أن لأىضمن فيها رأس المال لحملتها، بل إنهم يستحقون القيمة الحقيقية للأصول، سواء أزدت من قيمتها الاسمية أم نقصت. ولكن الصكوك الرائجة اليوم كلها تضمن رأس المال لحملة الصكوك بطريق غير مباشر. وهو أن مدير العمليات يتعهد تجاه حملة الصكوك أنه سيشترى الأصول التى تمثلها الصكوك بالقيمة الاسمية عند نهاية مدتها، بقطع النظر عن قيمتها الحقيقية يومئذ. ومعنى ذلك أن حملة الصكوك يرجع إليهم عندإطفاء الصكوك رأس مالهم مضمونا، لاغير. فإن كان المشروع أصيب بخسران، فإنه يتحملة المدير، وإن كان فيه ربح فإنه يحوزه المدير بالغا ما بلغ. ولاحق لحملة الصكوك إلا فى استرداد رأس مالهم كما فى السندات الربوية.

ولو تأملنا فى مدى جوازهذاالتعهد، فإن مديرالعمليات فى الصكوك قد يدير العمليات على أساس كونه مضارباالحملتها، وقد يكون شريكا لهم، وقد يكون وكيلهم للاستثمار.

^١ المغنى ٢١١:٤

^٢ فتح القدير: ٦٧٧

التعهد من المدير المضارب

أما بطلان هذا التعهد فى حالة كونه مضاربا، فظاهر، لأنه ضمان رأس المال من المضارب لصالح أرباب الأموال، ولم يقل بجوازه أحد. وجاء فى معيار المضاربة الصادر من المجلس الشرعي: "فإذا كانت الخسارة عند تصفية العمليات أكثر من الربح يحسم رصيد الخسارة من رأس المال، ولا يتحمل المضارب منه شيئا باعتباره أمينا مالم يثبت التعدى أو التقصير. إذا كانت المصروفات على قدر الإيرادات يتسلم رب المال رأس ماله، وليس للمضارب شيء. ومتى تحقق الربح فإنه يوزع بين الطرفين وفق الاتفاق بينهما".^١

ولم أجد لهذا التعهد من المضارب مبررا فقهيا، غير أنه قد ذكر فى بعض الصكوك أن المدير لا يتعهد بصفته مضاربا، بل بصفة أخرى، وهذا أمر غير معقول، لأنه ليس للمضارب صفة أخرى فى هذه العملية.

التعهد من الشريك

وقد يكون مدير العمليات شريكا لحملة الصكوك، وكما لا يجوز للمضارب أن يضمن رأس المال لرب المال، كذلك لا يجوز أن يضمنه أحد الشركاء للشركاء الآخرين، فإنه يقطع الشركة بين الشركاء فى حالة الخسارة، ولم يقل بجوازه أحد. وجاء فى معيار الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة الصادر من المجلس الشرعي: "لا يجوز أن تشتمل شروط الشركة أو أسس توزيع أرباحها على أى نص أو شرط يؤدي إلى احتمال قطع الاشتراك فى الربح، فإن وقع كان العقد باطلا".^٢

وقد نص المعيار على عدم جواز التعهد المذكور بصراحة فى بند لاحق حيث جاء فيه: "يجوز أن يُصدر أحد أطراف الشركة وعدا ملزما بشراء موجودات الشركة خلال مدتها أو عند التصفية بالقيمة السوقية، أو بما يُتفق عليه عند الشراء، ولا يجوز الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية".^٣

وجاء فى مستند الأحكام الشرعية لهذا المعيار: "مستند عدم جواز الوعد الملزم من قبل أحد أطراف الشركة بشراء موجودات الشركة بالقيمة الاسمية أنه بمثابة ضمان رأس المال، وهو ممنوع شرعا. ومستند جواز الوعد بشراءها بالقيمة السوقية أنه ليس فى ذلك ضمان بين الشركاء".^٤

وقد استدل بعض الإخوة المعاصرين على جواز هذا التعهد المستلزم لضمان رأس المال أن ذلك ممنوع فى شركة العقد، وليس فى شركة الملك، ثم ادعوا أن الشركة فى

^١ المعيار الشرعي رقم ١٣، بند ٨:٧.

^٢ المعيار الشرعي رقم ١٢، بند ٣/١١/٥٧.

^٣ المرجع السابق، بند ٣/١١/٢٧.

^٤ المعايير الشرعية، ص ٢٣٠.

الصكوك (وخاصة في الصكوك التي تمثل الأعيان المؤجرة) إنما هو شركة الملك، وليس شركة العقد. ولكن إذ انظرنا في حقيقة هذين النوعين من الشركة، تبين لنا أن الشركة في الصكوك شركة عقد، وليس شركة ملك فقط، وذلك لأن المقصود من هذه الشركة ليس تملكاً للأعيان بغرض الاستهلاك أو الانتفاع الشخصي، وإنما المقصود منه استثمار مشترك، وهو الفارق الأساسي بين شركة الملك وشركة العقد.

وتفصيل ذلك أننا لو تأملنا فيما ذكره الفقهاء في حقيقة شركة العقد ظهر لنا أن شركة العقد تتميز عن شركة الملك بوجوه ثلاثة: الأول أن المقصود منها الاسترباح المشترك، بخلاف شركة الملك، فإن المقصود منها التملك والانتفاع لاغير. والثاني أنها تجعل كل شريك وكيلاً عن الآخر في عمليات الاستثمار، في حين أن الشركاء في شركة الملك كل واحد منهم مستقل بتصرفه في حصته، وهو أجنبي بالنسبة لحصة شريكه أو شركائه الآخرين. الثالث: أن الشركاء أحرار في شركة العقد بتوزيع الربح فيما بينهم بأية نسبة مشاعة يتفقون عليها فيما بينهم، بخلاف شركة الملك، فإن كل شريك فيها مستقل بالاسترباح من حصته، ولو استغل كل واحد حصته منفرداً، فإن كل واحد ينفرد بما كسب من غلة حصته فقط. وإن هذه الخصائص لشركة العقد كلها متوافرة في الشركة التي تحدث بالصكوك.

وإن الشيخ مصطفى الزرقاء رحمه الله تعالى قد تكلم في الفرق بين النوعين من الشركة بكلام واضح ودقيق. وإليك عبارته بنصه: "إن الملكية الشائعة إنما تكون دائماً في شيء مشترك، فهذه الشركة إذا كانت في عين المال فقط، دون الاتفاق على استثماره بعمل مشترك، تسمى "شركة ملك". وتقابلها "شركة العقد" وهي أن يتعاقد شخصان فأكثر على استثمار المال أو العمل واقتسام الربح، كما في الشركات التجارية والصناعية".^١

وقد تحدث الشيخ رحمه الله تعالى عن الفارق بين القسمين في محل آخر فقال: "عقد الشركة: وهو عقد بين شخصين فأكثر على التعاون في عمل اكتسابي واقتسام أرباحه. والشركة في ذاتها قد تكون شركة ملك مشترك بين عدة أشخاص ناشئة عن سبب طبيعي كالإرث مثلاً، وقد تكون شركة عقد بأن يتعاقد جماعة على القيام بعمل استثماري يتساعدون فيه بالمال أو بالعمل ويشتركون في نتائجه. فشركة الملك هي من قبيل الملك الشائع وليست من العقود، وإن كان سببها قد يكون عقداً، كما لو اشترى شخصان شيئاً، فإنه يكون مشتركاً بينهما شركة ملك، ولكن ليس بينهما عقد على استغلاله واستثماره بتجارة أو إحارة ونحو ذلك من وسائل الاسترباح. وأما شركة العقد التي غايتها الاستثمار والاسترباح فهي المقصودة هنا والمعدودة من أصناف العقود المسماة".^٢

^١ المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقاء ١/٢٦٣
^٢ المرجع السابق: ٥٥١:١

فأوضح الشيخ رحمه الله تعالى أن الشركة متى قصد بها الاستثمار أو الاستغلال، سواء عن طريق التجارة أو عن طريق الإجارة، أصبحت الشركة شركة عقد. ومن البديهي أن الصكوك يُقصد بها الاستثمار أو الاستغلال عن طريق الأعيان المؤجرة، فلا سبيل إلى القول بأنه شركة ملك. ولذا فلا يجوز أن يضمن أحد الشركاء رأس مال الآخر بطريق مباشر أو غير مباشر.

والواقع أن عدم جواز التعهد المذكور من الشريك أو المضارب أمر لا يحتاج إلى كثير من التدليل، فإنه أمر مقرر في الفقه، وقد أكدته المجامع والندوات الفقهية، والمجلس الشرعي نفسه. ولو فتحنا هذا الباب لحاز لمديري المصارف الإسلامية أن يضمنوا رأس مال المودعين بأن يتعهدوا بشراء حصصهم المشاعة في وعاء الاستثمار بقيمتها الاسمية، وبهذا ينتفى الفارق الوحيد بين ودائع المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية.

التعهد من وكيل الاستثمار

ولا يكون مدير العمليات في بعض الصكوك شريكاً أو مضارباً، وإنما يكون وكيلاً لحملة الصكوك في استثمار الأصول التي تمثلها الصكوك. فهل يجوز أن يتعهد لحملة الصكوك أنه سوف يشتري الأصول في نهاية المدة بقيمتها الاسمية؟ والجواب أن التعهد من الوكيل وإن كان أخف من تعهد الشريك أو المضارب، فإنه لا يجوز أيضاً، لأن الوكالة عقد أمانة ليس فيها ضمان على الوكيل إلا في حالة التعدي أو التقصير. والتعهد المذكور بمثابة الضمان منه، فلا يجوز هذا الضمان أيضاً. وبهذا أخذ معيار الضمانات الصادر من المجلس الشرعي، حيث جاء في البند ٢/٢/١ منه ما نصه: " لايجوز اشتراط الضمان على المضارب أو وكيل الاستثمار أو أحد الشركاء سواء كان الضمان للأصل أم للريح، ولايجوز تسويق عملياتها على أنها استثمار مضمون."

وجاء في البند التالي: " لا يجوز الجمع بين الوكالة والكفالة في عقد واحد لتنافي مقتضاهما، ولأن اشتراط الضمان على الوكيل بالاستثمار يحوّل العملية إلى قرض بفائدة ربوية بسبب ضمان الأصل مع الحصول على عائد الاستثمار."

وقد يستدل على جواز هذا التعهد من وكيل الاستثمار بمسئلة أقرها المعيار في البند نفسه، حيث جاء فيه: " أما إذا كانت الوكالة غير مشروطة فيها الكفالة، ثم كفل الوكيل من يتعامل معه بعقد منفصل، فإنه يكون كفيلاً لابصفة كونه وكيلاً، حتى لو عزل عن الوكالة يبقى كفيلاً."

فيقول المستدلون إن وكيل الاستثمار وإن لم يكن ضامناً في الأصل، ولكنه أصبح ضامناً بحكم هذا التعهد المستقل المنفصل عن عقد الوكالة.

^١ انظر المعيار الشرعي، رقم ٥، بند ١/٢/٢، و ٢/٢/٢

والجواب أن هذا قياس مع فارق كبير، لأن الوكيل فى الصورة المذكورة فى المعيار يكون كفيلا عن مديون العمليات بعقد منفصل، وإنه لا يضمن إلا إذا تخلف المديون عن سداد واجباته فقط، ولكنه لا يضمن للبائع أن يكون البيع رابحا فى كل حال. أما فى صورة الصكوك، فإن وكيل الاستثمار لا يضمن مديونا معنا، وإنما هو يضمن خسران العمليات، حتى أن ضمانه يظل قائما، وإن سدد جميع المديونين واجباتهم، ولكن كانت العمليات خاسرة لنزول الأسعار فى السوق، أو لأى سبب آخر، فكيف يقاس هذا على ذلك؟

ثم يزيد الضغث على الإبلالة فى هذا التعهد إن كان المدير هو البائع للأصول على حملة الصكوك، كما هو الشأن فى كثير منها، حيث يتضمن هذا التعهد العينة، لأنه تعهد بشراء ما باعه المتعهد، إلا إذا انتفت العينة بالشروط المعروفة فى الفقه.

سياسة الاقتصاد الإسلامى

إن هذا البحث كله كان من الناحية الفقهية البحتة. أما إذا تأملنا من منظور مقاصد التشريع وأهداف الاقتصاد الإسلامى، فإن الصكوك التى اجتمعت فيها معظم خصائص السندات الربوية، مخالفة تماما لهذه المقاصد والأهداف. إن الهدف النبيل للاقتصاد الإسلامى الذى هو من حِكم تحريم الربا أن يوزع محصول العمليات التجارية والصناعية فيما بين الشركاء على أساس عادل. وآليات الصكوك المذكورة تهدم هذا الأساس من رأسه، وتجعل الصكوك مشابهة للسندات الربوية سواء بسواء من حيث نتائجها الاقتصادية. وإن إنشاء المصارف الإسلامية لم يكن للمماشاة مع النظام الربوى السائد فى العالم فى جميع منتجاته وعملياته، وإنما كان المقصود من وراء ذلك أن نفتح بتدرج آفاقا جديدة للأعمال التجارية والمالية والمصرفية يسود فيها العدل الاجتماعى حسب المبادئ التى وضعها الشريعة الإسلامية الخالدة. ولا شك أن هذا العمل العملاق كان يحتاج إلى تدرج، ولكن التدرج الحقيقى إنما يُتصور بخطة ترسّم مراحلها المختلفة بدقة ووضوح، وبأن يكون هناك متابعة مستمرة للتقدم إلى هذه المراحل، وليس المراد من التدرج أن تقف الحركة على خطوة واحدة إلى أمد غير محدد.

لاشك أن هيئات الرقابة الشرعية والمجامع والندوات الفقهية أجازت للمصارف الإسلامية بعض العمليات لتسيير عجلتها فى ظروف صعبة عدد المصارف الإسلامية فيها قليل جدا. وكان المفروض أن تتقدم المصارف الإسلامية إلى العمليات الحقيقية المؤسسة على أساس أهداف الاقتصاد الإسلامى، وإلى الابتعاد من مشابهة العمليات الربوية، ولو خطوة فخطوة، ولكن الذى يحدث الآن هو عكس ذلك، فإن المؤسسات المالية الإسلامية أصبحت تتنافس فى أن تتقدم بجميع خصائص السوق الربوية بعجزها وبجرها، وتأتى

بمنتجات جديدة ترجع القهقري إلى الاقتراب من العمليات الربوية بدلا من أن تبعد عنها، وكثيرا ما تُبرر هذه المنتجات بالحيل التي يمجّها الفكر السليم، ويضحك عليها الأعداء.

وقد يستدل لتمشية هذه الصكوك بأن هيئات التصنيف العالمية لاتصنّفها بالمستوى العالى المطلوب إلا بمثل هذه الآليات التى تضمن لحملتها رأس مالهم، وتوزع عليهم الربح بنسبة معينة من رأس المال، ولذلك لايتيسر تسويقها على نطاق واسع إلا بمثل هذه الآليات. والجواب عنه أننا لومشينا خلف هيئات التصنيف العالمية التى لاتفرّق بين الحلال والحرام، لما يمكن لنا أبدا أن نتقدم إلى منتجات إسلامية خالصة تخدم أهداف الاقتصاد الإسلامى، وذلك لأن هذه الهيئات نشأت فى جوّ ربوى لا تعترف بجودة الاستثمار إلا بضمان رأس المال وتوزيع العائد على أساس ربويّ، والحال أن جودة المنتج من الناحية الشرعية تعتمد على تحمّل الأخطار وتوزيع الربح العادل فيما بين المستثمرين، فالعقلية الإسلامية مضادة تماما لعقلية هذه الهيئات.

وبالتالى، فإن الصكوك الإسلامية إنما وضعت للمصارف والمؤسسات الإسلامية التى تهدف إلى الابتعاد عن الربا، فينبغى تسويق الصكوك فيما بينها على ذلك الأساس، وينبغى أن تكون الصكوك مقبولة لديهم، دون احتياجها إلى التصنيف التقليدي. وقد أنشأت هيئة للتصنيف الشرعي الآن، فينبغى أن تدعمها المصارف والمؤسسات الإسلامية حتى نستغنى عن هيئات التصنيف التقليدية.

والواقع أن عدد المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية الآن عدد لا يُستهان بشأنه والحمد لله، ولايزال فى تزايد يوما فيوما، ونسبة نموّها فى كثير من البلاد أكثر من نموّ البنوك التقليدية، فيتعين عليها الآن أن تتعاون فيما بينها لتقديم منتجات حقيقية بعيدة عن التحايل خالية عن الشبهات، وهادفة إلى خدمة مقاصد الشريعة فى مجال الاقتصاد والتنمية والعدل الاجتماعى. ولا يتحصل ذلك إلا بترشيد وتأكيد من قبل هيئات الرقابة الشرعية. ولو استمرت هيئات الرقابة الشرعية على سياستها السابقة، فإن المصارف الإسلامية سوف تخطئ الطريق، ويخشى أن تفشل هذه الحركة الطيبة لاقدرا لله. وقد حان للهيئات الشرعية أن تُعيد النظر فى سياستها، وتُقلّل من الرخص التى استفادت بها المؤسسات المالية الإسلامية حتى الآن، وتصمّد على المعايير الشرعية الصادرة من المجلس الشرعي، التى لم تُغفل الحاجات الحقيقية لهذه المؤسسات. وإنى على يقين بأنه إن صمدت الهيئات الشرعية على هذه المعايير، فإن الكفاءات الفئّية العالية الميسرة للمؤسسات لاتعجز عن إيجاد بدائل جيدة للمنتجات المشبوهة إن شاء الله تعالى.

خلاصة البحث والاقتراحات

- (١) ينبغي إصدار الصكوك على أساس مشروعات تجارية أو صناعية جديدة. وإن أصدرت على أساس مشروع قائم، فالواجب أن تمثل الصكوك ملكية تامة لحملتها فى موجودات حقيقية.
- (٢) ينبغي أن توزّع عوائد المشروع على حملة الصكوك بالغة ما بلغت بعد حسم المصروفات بما فيها من أجرة المدير، أو حصة المضارب فى الربح. ولئن كان هناك حافظ للمدير فليكن على أساس الربح المتوقع من العمليات، وليس على أساس سعر الفائدة.
- (٣) لا يجوز التزام المدير أن يقدم قرضا عند نقص الربح الفعليّ من الربح المتوقع.
- (٤) لا يجوز للمدير ، سواء كان مضاربا ، أو شريكا ، أو وكيلًا للاستثمار أن يتعهد بشراء الأصول بقيمتها الاسمية. بل يجب أن يكون الشراء على أساس صافى قيمة الأصول، أو بثمن يُتفق عليه عند الشراء.
- (٥) يتعين على هيئات الرقابة الشرعية أن تلتزم بالمعايير الشرعية الصادرة عن المجلس الشرعيّ.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

تداول الأسهم والصكوك وضوابطه الشرعية

إعداد

الدكتور أحمد عبد العليم عبد اللطيف أبو عليو

مدير إدارة الدراسات والبحوث

مجمع الفقه الإسلامي الدولي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد .

قضايا الأسهم والصكوك ، هامة ودقيقة ، وتأتي أهميتها لما تحتله من مكانة كبيرة في الاقتصاد الإسلامي المعاصر، ولما تختص به من مميزات قد لا تتوفر في غيرها من المنتجات الاقتصادية الأخرى. وبالإضافة إلى أهميتها فإنها دقيقة في أحكامها لما يترتب على الإخلال بالتعامل فيها من مخالفات شرعية ، قد تؤثر على مصداقية المؤسسات المالية الإسلامية ، بل النظام المالي الإسلامي برمته. من أجل ذلك يجب التدقيق في أحكام منتجاتها ، من خلال وضع الضوابط التي تحقق المصداقية ، وتميزها عن غيرها من المنتجات.

وانطلاقاً من تلك الأهمية كان لا بد من بيان أحكام الشرع فيها ، وذلك ببحث مسألتها ومناقشتها.

ومن هذه المسائل مسألة: تداول الأسهم والصكوك ، في حالة ما إذا كانت موجوداتها خليطاً من النقود والديون ، وكانت النقود والديون فيها غالبية ، وهي مسألة قد أخذت من المجامع الفقهية والمؤسسات المالية الإسلامية حيزاً واسعاً من البحث والنقاش ، وحتى الآن لم تنته إلى رأي حاسم فيها.

وسعيًا للوصول إلى حكم تطمئن إليه النفس فيها ، رأت أمانة المجمع بحثها ومناقشتها في الدورة العشرين لمؤتمر مجلس المجمع ، المزمع عقده في مدينة وهران الزاهرة ، بجمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية العتيدة ، بع أن عقدت لها عدة ندوات.

وبتوفيق من الله تعالى سأتناول بحث هذه المسألة من خلال الخطة التالية:

خطة البحث

تشتمل الخطة على تمهيد ومبحثين وخاتمة .

فأما التمهيد فيتضمن تعريف الأسهم والصكوك، والفرق بينهما وبين السندات ،
وفيه مطلبان :

المطلب الأول: في تعريف الأسهم والصكوك.

المطلب الثاني: في الفرق بين الأسهم والصكوك، وبين السندات.

وأما المبحث الأول: فيتضمن بيان تداول الأسهم والصكوك، وحالاته، وحكمه،
وفيه مطلبان :

المطلب الأول: المراد بتداول الأسهم والصكوك، وحالاته.

المطلب الثاني: حكم تداول الأسهم والصكوك، وفيه فرعان :

الفرع الأول: حكم تداول الأسهم والصكوك، حال كون الموجودات من الأعيان
والمنافع، أو النقود والديون المحضة، أو خليطاً من النقود والديون
والأعيان والمنافع وغلبة الأعيان والمنافع عيها.

الفرع الثاني: حكم تداول الأسهم والصكوك، حال كون الموجودات المتداولة
خليطاً من النقود والديون والأعيان والمنافع، وغلبة النقود والديون
عليها.

وأما المبحث الثاني: فيتضمن بيان وقت تحقق ضابط التبعية وشروطه، ووقت تحقق
ضابط الغلبة وشروطه، وفيه مطلبان .

المطلب الأول: في بيان وقت تحقق ضابط الغلبة وشروطه.

المطلب الثاني: في بيان وقت تحقق ضابط التبعية وشروطه.

د. أحمد عبد العليم أبو عليو

التمهيد في

تعريف الأسهم والصكوك، والفرق بينهما وبين السندات

المطلب الأول

تعريف الأسهم والصكوك والسندات

أولاً : تعريف الأسهم في اللغة والاصطلاح :

الأسهم جمع سهم ، و السَّهْمُ في اللغة : واحد السَّهَامِ . وله عدة معان منها : النصيب ، والحظ ، والجمع سُهْمَانٌ وسُهْمَةٌ . وفي هذا الأمر سُهْمَةٌ أي نصيب وحظ من أترك كان لي فيه . والسَّهْمُ القِدْحُ الذي يُقَارَعُ به ، والجمع سِهَامٌ . واستَهَمَ الرجلان : تقارعا . وسَاهَمَ القومَ فسَهَمَهُمْ سَهْمًا : قارعهم ففَرَعَهُمْ . وفي التنزيل قال تعالى : ﴿ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ ﴾^(١) ؛ والسَّهْمُ واحد النَّبْلِ ، وهو مَرَكَبُ النَّصْلِ ، والجمع أَسْهُمٌ وسِهَامٌ . والمُسَهَّمُ : البُرْدُ المخطط ؛ والسَّهْمُ : القِدْحُ الذي يُقَارَعُ به^(٢) .

والسهم في اصطلاح المختصين في الاقتصاد الإسلامي له تعريفات ، من أهمها :

(١) أن السهم ورقة مالية تمثل حصة شائعة في موجودات الشركة ، وأن مالكة يعد مالكا ملكية مباشرة لتلك الموجودات^(٣) ، وهذا التعريف هو الذي أخذ به مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، في دورته السابعة .

(٢) أن السهم ورقة مالية لا تمثل حصة في موجودات الشركة ، وحاملها لا يملك شيئاً فيها ، لأنها ملك للشركة^(٤) .

(٣) أن السهم ورقة مالية تمثل حصة شائعة في الشخصية الاعتبارية للشركة ، وهذه الشخصية لها ذمة مالية مستقلة عن الملاك والمساهمين ، ولها أهلية كاملة^(٥) .

والتعريف الذي اختاره الباحث هو الأول ، لأنه هو التعريف الذي يفيد بيقين حل الربح الذي يتحصل عليه المساهم .

وتعتبر الأسهم أداة التمويل الأساسية لتكوين رأس المال في شركات المساهمة؛ إذ تطرح للاكتتاب العام ضمن مهلة محددة يعلن عنها مع الإصدار.

^١ سورة الصافات آية : ١٤١ .

^٢ لسان العرب ، والقاموس المحيط ، مادة سهم .

^٣ قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم : ٦٣ .

^٤ انظر الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة ، للدكتور محمد علي القري ، نشر مجلة دراسات اقتصادية إسلامية ، ص: ٥ العدد ٢ .

^٥ انظر إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود أو الديون وضوابطها الشرعية ، للدكتور يوسف الشبيلي ، بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم ، التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي جامعة الملك عبد العزيز بجدة ، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية ص: ٥ .

ثانيا تعريف الصك في اللغة والاصطلاح :

الصكوك في اللغة : جمع صك ، وهي المكتوب الذي يتضمن حقا أو مالا ونحوه^(١) .

الصكوك في الاصطلاح : عرف مجمع الفقه الإسلامي الدولي الصكوك بأنها : وثائق أو شهادات مالية متساوية القيمة تمثل حصصا شائعة في ملكية موجودات (أعيان أو منافع أو حقوق أو خليط من الأعيان والمنافع والديون) قائمة فعلا ، أو سيتم إنشاؤها من حصيلة الاكتتاب ، وتصدر وفق عقد شرعي ، وتأخذ أحكامه^(٢) .

وعرف مجلس الخدمات المالية الإسلامية الصكوك في المعيار رقم (٧) بأنها : شهادات يمثل كل صك منها حق ملكية لنسبة مئوية شائعة في موجودات عينية ، أو مجموعة مختلطة من الموجودات العينية وغيرها ، وقد تكون الموجودات في مشروع محدد أو نشاط استثماري معين ، ويشترط أن يكون المشروع متفقا مع الشريعة الإسلامية^(٣) .

وعرفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية الصكوك الإسلامية بأنها : وثائق متساوية القيمة تمثل حصصا شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص ، وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك وقفل باب الاكتتاب وبدء استخدامها فيما أصدرت من أجله^(٤) .

وللباحثين في الاقتصاد الإسلامي تعريفات للصكوك منها أنها :

شهادات أو وثائق " أوراق مالية " اسمية أو لحاملها ، متساوية القيمة ، تمثل حقوق ملكية شائعة في أصول أو أعيان أو منافع أو خدمات أو حقوق مالية ، أو خليطا من بعضها أو كلها حسب شروط معينة عند إصدارها أو بعد استخدام حصيلتها بالاكتتاب فيها^(٥) .

أوراق مالية متساوية القيمة تمثل أعيانا ومنافع وخدمات معا أو إحداها مبنية على مشروع استثماري يدر دخلا^(٦) .

الأوراق المالية التي تثبت حقا لصاحبها في ملكية شائعة لموجود أو موجودات^(٧) .

وبالنظر في هذه التعريفات يمكن القول بأنها تتفق جميعا على أن الصك هو ورقة مالية تمثل حصة شائعة في ملكية أعيان أو منافع في موجودات مشروع.

١ المصباح المنير للفيومي . مادة : صك . القاموس المحيط للفيروز أبادي الشيرازي ، فصل الشين والصاد باب الكاف ج : ٣٢٠/٤ .

٢ قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، القرار رقم : ١٧٨ الدورة التاسعة عشرة التي انعقدت في إمارة الشارقة دولة الإمارات العربية المتحدة .

٣ انظر المعيار رقم : ٧ .

٤ انظر المعايير الشرعية . هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية . ص : ٢٣٨ طبعة ٢٠١٠م

٥ الصكوك قضايا فقهية واقتصادية للدكتور معبد الجارحي ، والدكتور عبد العظيم جلال أبو زيد ص : ٥ .

٦ الصكوك الإسلامية : " التوريق " وتطبيقاتها المعاصرة . للدكتور علي محيي الدين القره داغي ص : ٢ .

٧ الصكوك الإسلامية : " التوريق " وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها ، للدكتور محمد عبد الحليم عمر ، ص : ٤ .

ثالثا تعريف السند :

السند هو وثيقة بحق على الشيوع في دين نقدي يكون ربويا على الأغلب^(١) .

المطلب الثاني

الفرق بين الأسهم والصكوك ، وبين السندات

هنا فروق بين الأسهم والصكوك، وبين السندات، من أهمها :

أن حامل السند يحصل على فائدة ربوية مقابل الفائدة المدفوعة على السند ، وقد يكون سعر الفائدة ثابتا ، ومن ثم يكون دخل السند ثابتا ، وقد يكون متغيرا ، ومن ثم يكون الدخل من السند متغيرا ، وعلى هذا تكون حيازة السهم وتجارته حرام ، لإفضائه إلى الربا المحرم .

أما يحصل عليه حامل الصك، فهو ربح ناتج عن ملكيته المشاعة في الموجودات التي يمثلها الصك .

أما حامل السهم حامله فله حقوق مباشرة على إدارة الشركة ، وله صوت في تعيين الإدارة وعزلها ، كما أن له صوتا في إقرار الحسابات الختامية.

كما أن السهم يمثل حصة على المشاع في موجودات أكثر من شركة مساهمة ، وذلك حين يكون السهم حصى في شركة قابضة ذات شركات قابضة^(٢) .

^١ الصكوك قضايا فقهية واقتصادية للدكتور معبد الجارحي ، والدكتور عبد العظيم جلال أبو زيد ، بحث مقدم لمؤتمر الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ، التي انعقدت بمدينة الشارقة دولة الإمارات العربية المتحدة عام : ٢٠٠٩م ص: ٨٧.

^٢ الصكوك قضايا فقهية واقتصادية للدكتور معبد الجارحي ، والدكتور عبد العظيم جلال أبو زيد ، بحث مقدم لمؤتمر الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ، التي انعقدت بمدينة الشارقة دولة الإمارات العربية المتحدة عام : ٢٠٠٩م ص: ٨٧.

المبحث الأول تداول الأسهم والصكوك ، وحالاته، وحكمه

المطلب الأول تداول الأسهم والصكوك ، وحالاته

أولاً : المراد بتداول الأسهم والصكوك :

هو بيعها في السوق الثانوية بعد شرائها من قبل المكتتبين، ويقصد بها السوق التي تتداول فيها الأوراق المالية بعد إصدارها وإدراجها في المحافظ الاستثمارية للمستثمرين^(١).

ثانياً : حالات تداول الأسهم والصكوك :

الحالة الأولى: التداول حال كون مكونات الموجودات نقوداً محضه، لم تستخدم حصيلتها في شراء أعيان أو منافع، أو بعد صيرورة موجودات الصكوك نقوداً بعد التصفية (حيث يقوم مدير الصكوك ببيع كافة الأعيان، وسداد المستحقات من الديون، وتحصيل ما يستحقه حاملو الصكوك من الديون، وتتحول كافة الذمم إلى نقود).

الحالة الثانية: التداول حال كون مكونات الموجودات من الأعيان والمنافع الموجودة عند التداول .

الحالة الثالثة : التداول حال ما إذا كانت مكونات الموجودات من الأعيان الموصوفة في الذمة.

الحالة الرابعة : التداول حال كون مكونات الموجودات ديوناً محضه.

الحالة الخامسة: التداول حال كون مكونات الموجودات خليطاً من النقود والديون والأعيان والمنافع، وغلبة الأعيان والمنافع، أو غلبة النقود والديون.

المطلب الثاني حكم تداول الأسهم والصكوك

تبين مما سبق أن التداول له حالات، وأما حكمه فالأصل المعتمد عليه في تداول الأسهم والصكوك، هو قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم : ٣٠ (٤/٥) الصادر بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار في الدورة الرابعة لمجلس المجمع المنعقدة بمدينة جدة المملكة العربية السعودية، في الفترة من ١٨ - ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ الموافق

^١ المرجع السابق ص: ١٥. انظر إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود أو الديون وضوابطها الشرعية ، للدكتور يوسف الشيبلي، بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقييم ، التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي جامعة الملك عبد العزيز بجدة ، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية ص: ٢ .

٦- ١١ شباط (فبراير) ١٩٨٨م، الذي عالج حالات التداول المختلفة، عدا حالة : (ما إذا كانت الموجودات المتداولة خليطاً من النقود والديون والأعيان والمنافع، وكان غالب الموجودات أو أكثرها من النقود والديون) حيث لم يبين القرار الحكم فيها، وإنما أرجأه حتى صدور لأئحة تفسيرية تصدر بشأنها، وحتى الآن لم تصدر تلك اللائحة، الأمر الذي أثار الخلاف بين العلماء والباحثين والمختصين في الشأن الاقتصادي منذ ما يزيد على ربع قرن، من حيث القواعد والضوابط الشرعية التي يجب اتباعها عند التداول في هذه الحالة، مما استدعي إعادة بحثها ومناقشتها في كثير من الندوات والملتقيات العلمية.

وحتى يمكن التعرف على حكم التداول، أرى أنه من المتعين التعرض لحكم الحالات الأخرى بشيء من البيان حسب المراحل التي تلي مرحلة التأسيس والاكتمال، (علماً بأن الحكم في جميعها محل اتفاق بين العلماء عدا حالة غلبة النقود والديون على المكونات حال كونها خليطاً من النقود والديون والأعيان والمنافع)، ثم أتبعها ببحث ومناقشة للحالة التي نحن بصددتها، وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

حكم تداول الأسهم والصكوك

حال كون الموجودات من: الأعيان أو المنافع، أو النقود أو الديون، أو خليطاً منهما، وغلبة الأعيان والمنافع عليها

إذا كانت موجودات الأسهم والصكوك من الأعيان أو المنافع، أو من النقود والديون المحضة، أو خليطاً من النقود أو الديون، والأعيان والمنافع، وكانت الغلبة فيها للأعيان والمنافع، فلا خلاف بين الفقهاء والمختصين في الاقتصاد الإسلامي، في جواز التداول في هذه الحالة، وبيان ذلك على النحو التالي:

أولاً: حكم تداول الأسهم والصكوك حال كون موجوداتها نقوداً محضة:

إذا كانت حصيلة الأسهم أو الصكوك التي يراد تداولها لا تزال نقوداً لم تستخدم حصيلتها في الشراء لأعيان أو منافع، فإنه يشترط لصحة بيعها في هذه الحالة تحقق شروط الصرف من: التقابض في المجلس، والتماثل بين سعر البيع والقيمة الاسمية للصك أو السهم، وذلك لأن الصكوك في هذه المرحلة ما زالت تمثل نقوداً فيكون بيعها بيعة للنقود، وهو الصرف. وكذلك في حال ما إذا صارت حصيلتها بعد بيعها نقوداً، حيث لا يجوز بيعها إلا بمثل ما يقابلها في الموجودات. وعلى هذا لا يجوز لمالكي الأسهم أو الصكوك بيعها أو التصرف فيها إلا بالشروط المذكورة من التقابض والتماثل. وهذا ما نص عليه البند (أ) من العنصر الثالث، من الفقرة (٢) أولاً من قرار المجمع رقم : ٣٠ (٤/٥) السالف الذكر، والذي جاء فيه: "إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتمال وقبل المباشرة في

العمل بالمال ما يزال نقوداً، فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد، وتطبق عليه أحكام الصرف"^(١).

وهو أيضا ما نص عليه المعيار الشرعي للأوراق المالية^(٢)، الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي)، الصادر بتاريخ : ١٤٢٥/٣/٣٠ هـ البند ١٧/٣، والذي جاء فيه : (لا يجوز تداول أسهم الشركات إذا كانت موجوداتها نقودا سواء في فترة الاكتتاب، أو بعد ذلك قبل أن تزاوّل الشركة نشاطها، أو عند التصفية إلا بالقيمة الاسمية وبشرط التقابض)^(٣).

وما نص عليه أيضا المعيار الشرعي لصكوك الاستثمار^(٤)، والذي جاء فيه : (يجوز تداول الصكوك واستردادها إذا كانت تمثل حصة شائعة في ملكية موجودات من أعيان أو منافع أو خدمات بعد قفل باب الاكتتاب وتخصيص وبدء النشاط، أما قبل بدء النشاط فتراعى الضوابط الشرعية لعقد الصرف، كما تراعى أحكام الديون إذا تمت التصفية وكانت الموجودات ديونا أو تم بيع ما تمثله الصكوك بثمن مؤجل).

ثانيا : حكم تداول الأسهم والصكوك حال كون موجوداتها من الأعيان والمنافع أو الخدمات:

إذا صارت موجودات الأوراق المالية من الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية الأخرى التي يراد تداولها، قد أصدرت مقابل أعيان موجودة أو منافع، أو اشترت بها أعيان أو منافع. وبمعنى آخر إذا لم يكن في موجوداتها نقد أو دين، مثل: صكوك الإجارة، وبعض الأسهم والصناديق العقارية، جاز تداولها في هذه الحالة عند تحقق شروط البيع العادية، وهذا بلا خلاف، وذلك لأن الأسهم والصكوك في هذه الحالة تمثل الأعيان أو المنافع، فيكون تداول الأسهم والصكوك عبارة عن بيع لتلك الأعيان أو المنافع، وهذا ما نص عليه البند (ج) من العنصر الثالث، من الفقرة (٢) من أولا من قرار المجمع رقم : ٣٠ (٤/٥) السالف الذكر، والذي جاء فيه : " إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع، فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقا للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع... " فهذا النص ينطبق على تلك الحالة، كما ينطبق أيضا على حالة الخلطة مع غلبة الأعيان والمنافع^(٥).

^١ قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

^٢ المعيار الشرعي للأوراق المالية ٢، الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي)، الصادر بتاريخ: ١٤٢٥/٣/٣٠ هـ البند ١٧/٣.

^٣ المرجع السابق.

^٤ انظر المعيار الشرعي لصكوك الاستثمار ٤، الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي) الصادر بتاريخ: ١٤٢٤/٣/٧ هـ البند ١/٢/٥

^٥ المرجع السابق.

وما نص عليه قرار المجمع نص عليه أيضا المعيار الشرعي لصكوك الاستثمار^(١) ، فقد جاء فيه : (يجوز تداول الصكوك واستردادها إذا كانت تمثل حصة شائعة في ملكية موجودات من أعيان أو منافع أو خدمات ، بعد قفل باب الاكتتاب وتخصيص وبدء النشاط) .

ثالثا: حكم تداول الأسهم والصكوك حال كون موجوداتها أعيانا موصوفة في الذمة:

إذا كانت الصكوك التي يراد تداولها ، قد أصدرت مقابل أعيان موصوفة في الذمة ، فإنه لا يجوز تداولها في هذه الحالة ، وذلك لاشتغال عملية التداول على بيع ما لم يقبض ، وهو لا يجوز^(٢) .

رابعا :حكم تداول الأسهم والصكوك حال كون موجوداتها ديونا محضه :

إذا تمحضت موجودات الأسهم والصكوك بعد بيعها ديونا ، فإنه في هذه الحالة يطبق عليها حكم التعامل بالديون ، لأنه بيع للدين بالنقد وهو لا يجوز باتفاق الفقهاء لاشتماله على الربا بنوعيه الفضل والنسيئة ، ومن ثم لا يجوز بيع هذه الأسهم أو الصكوك إلا بعد تحقق شروط بيع الدين. وهذا ما نص عليه البند (ب) من العنصر الثالث ، من الفقرة (٢) من أولا من قرار المجمع رقم : ٣٠(٤/٥) السالف الذكر ، والذي جاء فيه :

" إذا أصبح مال القراض ديونا ، تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام التعامل بالديون"^(٣) .

وما نص عليه أيضا المعيار الشرعي للأوراق المالية^(٤) والذي جاء فيه : (لا يجوز تداول أسهم الشركات إذا كانت موجوداتها ديونا فقط ، إلا بمراعاة أحكام التصرف في الديون) .

وهو ما نص عليه أيضا المعيار الشرعي لصكوك الاستثمار^(٥) ، والذي جاء فيه : (يجوز (يجوز تداول الصكوك واستردادها... أما قبل بدء النشاط فتراعى الضوابط الشرعية لعقد

^١ انظر المعيار الشرعي لصكوك الاستثمار ١ ، الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي) الصادر بتاريخ: ١٤٢٤/٣/٧ هـ البند ١/٢/٥ .

^٢ انظر أسواق الصكوك الإسلامية وكيفية الارتقاء بها ، للدكتور معبد الجارحي ، والدكتور عبد العظيم جلال أبو زيد ، بحث مقدم لندوة الصكوك الإسلامية : عرض وتقويم التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي في رحاب جامعة الملك عبد العزيز بجدة ، بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي فيها ، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية ، خلال الفترة من : ١٠ - ١١/٦/١٤٣١ هـ ، الموافق : ٢٤ - ٢٥/٥/٢٠١٢ م ، ص: ٢٦٢٦ ، وانظر الصكوك قضايا فقهية واقتصادية للدكتور معبد الجارحي ، والدكتور عبد العظيم جلال أبو زيد ، بحث مقدم لمؤتمر الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ، التي انعقدت بمدينة الشارقة دولة الإمارات العربية المتحدة عام : ٢٠٠٩ م ص: ٢٣ .

^٣ قرار المجمع السابق .

^٤ انظر المعيار الشرعي للأوراق المالية ٤ الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي) الصادر بتاريخ: ١٤٢٥/٣/٣٠ هـ البند ١٨/٣ .

^٥ انظر المعيار الشرعي لصكوك الاستثمار ٥ ، الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي) الصادر بتاريخ: ١٤٢٤/٣/٧ هـ البند ١/٢/٥ .

الصرف، كما تراعى أحكام الديون إذا تمت التصفية وكانت الموجودات ديونا أو تم بيع ما تمثله الصكوك بثمن مؤجل).

خامسا : حكم تداول الأسهم والصكوك حال كون موجوداتها خليطا من النقود والديون والأعيان والمنافع، وكان غالبها من الأعيان والمنافع:

إذا صارت الموجودات المراد تداولها خليطا من النقود والديون والأعيان والمنافع، وكانت الغلبة فيها للأعيان والمنافع، فإن الحكم فيها مثل الحكم الوارد في ثانيا وهو الجواز، وذلك بناء على أن الصكوك في هذه الحالة تمثل الأعيان أو المنافع، فيكون تداول الأسهم والصكوك عبارة عن بيع لتلك الأعيان أو المنافع كما سبق، وهو جائز، بناء على ما نص عليه البند (ج) من العنصر الثالث، من الفقرة (٢) من أولا من قرار المجمع رقم : ٣٠ (٤/٥) الصادر بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار السالف الذكر، والذي جاء فيه :

" إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع، فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً لسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب^(١) في هذه الحالة أعياناً ومنافع..."^(٢) .

وهو أيضا ما أخذ به : الملتقى الفقهي الأول لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٣) ، كما أخذ به الملتقى الفقهي الأول للهيئة الشرعية لشركة الراجحي^(٤) ، وأخذت به الندوة الفقهية للشركة الأولى للاستثمار^(٥) ، وكذلك ندوة البركة العشرين للاقتصاد الإسلامي^(٦) .

الفرع الثاني

حكم تداول الأسهم والصكوك

حال كون مكونات موجوداتها خليطا من النقود والديون والأعيان والمنافع،

وكانت الغلبة فيها للنقود والديون

سبق بيان أن القرار السابق للمجمع قد أرجئ الحكم في حالة ما إذا صارت مكونات موجودات الأسهم أو الصكوك خليطا من النقود والديون والأعيان، أو المنافع، أو

١ أي غالب موجودات الأسهم والصكوك .

٢ المرجع السابق.

٣ انظر توصيات الملتقى الفقهي الأول لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، المنعقد بشأن ضوابط التداول في الأوعية الاستثمارية ، عمان .الأردن ٢٠٠٢ م .

٤ انظر توصيات الملتقى الفقهي الأول للهيئة الشرعية لشركة الراجحي، الذي انعقد بالطائف بتاريخ : ١٢ جمادى الأولى ١٤٢٢ هـ .

٥ انظر توصيات الندوة الفقهية للشركة الأولى للاستثمار ٥، التي انعقدت بالكويت بتاريخ : ٣١ - ١ نوفمبر ٢٠٠١ م .

٦ انظر توصيات الندوة البركة العشرين للاقتصاد الإسلامي، التي انعقدت في ماليزيا بتاريخ : ٣ - ٥ ربيع الآخر ١٤٢٢ هـ .

الخدمات، وكان غالب الموجودات أو أكثرها من النقود أو الديون ، أوهما معا فيها، حتى صدور لائحة تفسيرية تصدر بشأنها ، وأنه حتى الآن لم تصدر تلك اللائحة.

كما سبق بيان أن عدم حسم المجمع لحكم هذه الحالة منذ ما يزيد على ربع قرن، أثار الخلاف بين العلماء والباحثين والمختصين في الشأن الاقتصادي، من حيث تحديد القواعد والضوابط الشرعية التي يجب اتباعها عند التداول في هذه الحالة، مما استدعي إعادة بحثها ومناقشتها في كثير من الندوات والملتقيات العلمية.

وفي البداية أقول: إن من يمعن النظر في الاختلافات المتعلقة بهذه المسألة يجد أن أسبابها تدورما بين: التحوط من الوقوع في الربا عند من يرون وجوب التحوط في المسائل الربوية، بناء على أن النقود والديون مقصودة للمشتري في هذه الحالة، وبين التيسير في التعامل بناء على أن النقود والديون غير مقصودة في هذه المعاملة، وذلك بالنظر إلى مصلحة المؤسسات والمساهمين وحملة الصكوك، لمنع توقف عملية التداول للأوراق المالية في المؤسسات المالية الإسلامية التي غالبا ما تكون موجوداتها من النقود والديون بسبب اعتمادها على المراجحات والتورق ونحوهما، لصعوبة تطبيق شروط الصرف وبيع الدين، عند من يرون الحفاظ على المصلحة الاقتصادية.

وإعمالا لهذا السبب، فهل يمكن أن نغض الطرف في هذه الحالة عن تحقق شروط بيع الدين والنقد، ومن ثم نقول بجواز البيع إعمالا للمصلحة الاقتصادية على حساب المصلحة الشرعية دون سبب واضح. أم نطبق أحكام بيع النقود والديون، حتى ولو ترتب عليها توقف التداول، لعدم توفر الشروط، وتطبيقا للقرار السابق للمجمع المبني على ضابط الغلبة، ومن ثم فلا نجزى البيع إلا بتحقق شروط الصرف، وشروط بيع الدين. أم أن هناك طريقا آخر يمكن ولوجه من خلال يسر الشريعة وصلاحياتها لكل زمان ومكان، يسهم في الرواج الاقتصادي المنضبط ويراعي المصالح الشرعية، ومقاصدها العليا ويغلبها. للجواب على ذلك أقول: للعلماء المعاصرين في الاقتصاد الإسلامي في ذلك اتجاهات مبنية على اعتبارات فقهية واقتصادية، أذكرها على النحو التالي:

الاتجاه الأول : الاعتبار في جواز التداول للغالب من مكونات الموجودات:

مبنى هذا الاتجاه على أن الحكم للأغلب في مكونات الموجودات، فإن كانت الأعيان أو المنافع هي الغالبة، كان لها حكم بيع الأعيان أو المنافع، وإن كانت النقود هي الغالبة كان لها حكم بيع الصرف، وإن كانت الديون هي الغالبة كان لها حكم بيع الديون، وهذا ما بني عليه مجمع الفقه الإسلامي الدولي حكمه الوارد بخصوص التداول في قراره الصادر بشأن سندات المقارضة، السالف الذكر، والذي جاء فيه:

(إذا صار مال القراض موجودات متداولة مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع، فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن يكون

الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع، أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة^(١).

قد يقول قائل إن قرار المجمع المذكور لم يحسم الحكم في المسألة، مما يعني إمكان الصيرورة إلى ضابط آخر يمكن من خلاله بيان حكم هذه الحالة.

للجواب على هذا أقول: رغم أن ظاهر قرار المجمع السابق الذكر لم يحسم الحكم في المسألة المعروضة، إلا أنه يدل بمفهومه على أن المجمع قد اعتمد ضابط الغلبة في بيان حكم التداول في سائر الحالات، مما يعني اعتماده في حكم الحالة الأخيرة، وعلى هذا فإن الإحالة إلى اللائحة التفسيرية المشار إليها في القرار لا تعني العدول عن العمل بضابط الغلبة المذكور كما فهم البعض، وإنما تعني في تقديري بيان حدود الغلبة، ووقت تحققها، وعليه يكون حكم التداول في الحالة الأخيرة التي غلبت فيها النقود أو الديون، هو أن جواز التداول مشروط بتطبيق شروط الصرف في حال غلبة النقود، وشروط بيع الدين في حال غلبة الديون، توضح هذا جملة: "فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية... الخ".

وهو أيضاً ما أخذ به الاتجاه الثاني لندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم^(٢)، فقد جاء في توصياتها بشأن التداول ما نصه: "الاتجاه الثاني: ويرى عدم جواز تداول الأسهم والصكوك والصناديق الاستثمارية، إذا كانت مكونات موجوداتها مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع، مع كون الغالب نقوداً أو ديوناً.

وما عليه أصحاب هذا الاتجاه هو أيضاً ما عليه رأي بعض المشاركين في المؤتمر الفقهي الأول لمركز شوري للاستشارات الشرعية بالكويت^(٣).

دليل هذا الاتجاه:

إن التداول في حالة غلبة النقود، يؤدي إلى الوقوع في مبادلة النقد بالنقد، دون تحقق الضوابط الشرعية فيه، وهو ما نص على منعه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: (٤/٥/٣٠).

وأن التداول في حال غلبة الديون يؤدي إلى بيع الدين لغير من عليه، وهو ما نص على منعه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ١٠١ (١١/٤) الذي نص على: "أنه لا يجوز

^١ قرار المجمع السالف الذكر.

^٢ انظر توصيات ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي في رحاب جامعة الملك عبد العزيز بجدة، بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي فيها، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، خلال الفترة من: ١٠ - ١١/٦/١٤٣١هـ، الموافق: ٢٤ - ٢٥/٥/٢٠١٢م.

^٣ انظر توصيات المؤتمر الفقهي الأول لمركز شوري للاستشارات الشرعية بالكويت، الذي انعقد بتاريخ: ٢٢/١٠/١٤٢٧، بشأن قاعدة التبعية في العقود وأثرها في الترخيصات الشرعية.

بيع الدين المؤجل من غير المدين بنقد معجل من جنسه أو من غير جنسه لإفضائه إلى الربا، كما لا يجوز بيعه بنقد مؤجل من جنسه أو غير جنسه لأنه من بيع الكائى بالكائى المنهي عنه شرعاً^(١). ولا فرق في ذلك بين كون الدين ناشئاً عن قرض أو بيع آجل^(٢).

كما أن ما عليه الاتجاه الثاني في هذه التوصيات قد اعتمد في حكمه على ضابط الغلبة الذي اعتمد عليه القرار السابق للمجمع.

مناقشة هذا الاتجاه:

يمكن هذا الاتجاه بما يلي :

(١) إن الكثرة تطلق في اللغة على ما هو كثير حسب النظر والعرف دون ملاحظة النسبة المئوية بأن تزيد على: ٥٠٪ ، فالعرب يطلقون على الشيء أنه كثير، و لا يتصورون أنه أكثر من الباقي أو الآخر، وإنما يراد به أنه كثير في حد ذاته، فالكثير هو نقيض القليل، فما خرج عن كونه قليلاً فهو كثير دون ملاحظة النسبة المئوية^(٣)، جاء في لسان العرب والمعجم الوسيط : الكثرة نقيض القلة . وقوم كثير، وكثيرون ، والكثرة نماء العدد يقال: كثر الشيء يكثر كثرة فهو كثير ، وكثر الشيء - بتشديد الثاء - أي جعله كثيراً ، وأكثر الرجل أي كثر ماله . فالكثرة ضد القلة، والكثير هو ما لم يكن قليلاً حسب النظر والعرف والحال والمقام ، وأما التفاضل فهو يتم بلفظ الأكثر الذي هو من صيغ المفاضلة^(٤) ، ... وعلى هذا المعنى العام والعرفي يحمل حديث رسول الله ﷺ حينما قال لسعد : (الثلث والثلث كثير)^(٥) ، حيث لا يقصد به أن الثلث كثير بالنسبة للباقي، وإنما يقصد به أنه إنفاق كثير وتبرع كبير حسب العرف دن النظر إلى المقابلة بينهما ، وإلا فالثلث هو يساوي حوالي ٣٣٪ والباقي حوالي: ٦٧٪، ولذلك إذا أريدت الزيادة فيستعمل لفظ الأكثر لهذه المفاضلة والمقابلة، فلو سرنا على هذا المعنى فيمكن القول: بأن الأعيان والمنافع

^١ حديث النهي عن بيع الكائى بالكائى أخرجه : الدارقطني في سننه انظر سنن الدار قطني ، لعلي بن عمرو أبو الحسن الدارقطني البغدادي المتوفى سنة : ٣٨٥هـ ، ص: ٧١ ج: ٣. دار المعرفة .

^٢ انظر توصيات ندوة الصكوك الإسلامية : عرض وتقويم التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي في رحاب جامعة الملك عبد العزيز بجدة، بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي فيها، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، خلال الفترة من : ١٠ - ١١/٦/١٤٣١هـ، الموافق : ٢٤ - ٢٥/٥/٢٠١٢م.

^٣ انظر أثر ديون وتقود الشركة، أو المحفظة على حكم تداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية ، المشكلة والحلول ، دراسة فقهية اقتصادية ، للدكتور علي محيي الدين القره داغي . ص: ٥٢ وما بعدها . بحث مقدم لحلقة العمل حول لأئحة المكونات الشرعية لتداول الصكوك ووحدات الصناديق الاستثمارية ، المنعقدة بالتعاون المشترك بين مجمع الفقه الإسلامي بجدة، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية ، بمقر البنك بجدة ، ٢٠ صفر ١٤٢٨هـ الموافق : ١٠ مارس ٢٠٠٨م. وهو نفس البحث المقدم للندوة الفقهية الأولى لشركة الأولى للتمويل ، المنعقدة بتاريخ : ١٤ ربيع الأول ١٤٢٤هـ الموافق : ١٥/٥/٢٠١٢م.

^٤ لسان العرب ط. دار المعارف بالقاهرة (٣٨٢٧/٥) والمعجم الوسيط ط. قطر (٧٧٧/٢)

^٥ الحديث : أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الوصية باب الوصية بالثلث عن عامر بن سعد عن أبيه برقم : ١٦٢٨. الدكتور علي محيي الدين المرجع السابق ص: ٢٨، ٢٧.

والحقوق المعنوية لو بلغت الثلث أو تجاوزته فهي كثيرة وليست قليلة، وبالتالي يجوز إجراء العقود عليها دون ملاحظة قواعد الصرف والدين"^(١).

(٢) إنه لم ينظر إلى الشخصية الاعتبارية للشركة وما فيها من حقوق معنوية ذات قيمة معتبرة.

(٣) إن ملكية حامل السهم أو الصك ليست أصالة وإنما بطريق التبعية لملكته لحصة شائعة في الشخصية الاعتبارية، ومن ثم فلا يملك التصرف في هذه الأشياء، ولو زادت قيمة موجودات الشركة عن قيمة أسهمه فليس له حق المطالبة بالزيادة .

(٤) إنه جعل تملك النقود والديون والأعيان من خلال تملك الأوراق المالية بمنزلة تملكها بشكل مباشر، رغم أن ملكية المساهم أو المستثمر لموجودات الشركة أو الصندوق هي ملكية تبعية، تتبع ملكيته لجزء من الشخصية الاعتبارية التي تملك تلك الموجودات^(٢).

الجواب عن المناقشة:

يمكن الجواب عن المناقشات السابقة بما يلي:

(١) إن هذا القول لا يتفق مع ما أقره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم: ٣٠(٥/٤) بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار لأمرين:

(أ) إن الغلبة تعني في القرار زيادة أحد المتقابلين عن الآخر. وهذا المعنى هو ما تؤيده قواعد اللغة والعرف.

(ب) إن القرار قد استعمل مصطلح الغلبة لا الكثرة، وهناك فارق بينهما. حيث إن الكثرة لا تعني زيادة أحد الشئيين وإنما تعني أنه كثير ولو كان مقابله يزيد عليه، أما الغلبة فيه تعني زيادة أحد الشئيين عن الآخر كما سبق.

(٢) مع التسليم بأن الشخصية الاعتبارية للشركة وما فيها من حقوق معنوية لها قيمة معتبرة، إلا أن هذه القيمة ضئيلة جدا بالنسبة لقيمة الموجودات، وأن هذه القيمة حال التصفية أو الإفلاس أو تغيير النشاط غالبا ما تتلاشى ولا يعتد بها، كما أن التداول في حال بيع السهم أو الصك لا يسري عليها أو على جزء منها، إنما يسري على ما يمثله الصك أو السهم من قيمة مالية.

^١ الدكتور علي محيي الدين المرجع السابق ص: ٢٨، ٢٧.
^٢ انظر إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود أو الديون وضوابطها الشرعية، للدكتور يوسف الشبيلي، بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم، التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي جامعة الملك عبد العزيز بجدة، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية.

(٣) إن القول بأن ملكية حامل السهم أو الصك ليست أصالة وإنما بطريق التبعية للملكيته لحصة شائعة في الشخصية الاعتبارية، ومن ثم فلا يملك ... الخ هذا التكييف غير مسلم ومن ثم فلا يعتد به دليلاً، وهو مخالف لقرار المجمع .

(٤) إن تملك الأوراق المالية بدل عن تملك النقود التي تمثلها، والبدل يعطى حكم المبدل^(١).

الاتجاه الثاني : الاعتبار في جواز التداول للشخصية الاعتبارية أو الذمة المالية للشركة:

ومراد هذا الاتجاه أن المعول عليه في التداول هو الشخصية الاعتبارية للشركة، ولا عبرة لمكونات موجوداتها.

وجه هذا الاتجاه:

أن الورقة المالية جزء من الشخصية الاعتبارية للشركة، وليست حصة في مكونات موجوداتها، لأن الشخصية الاعتبارية هي التي تملك الموجودات وليس المساهمين^(٢)، أو أنها وثيقة تتيح لحاملها جملة من الحقوق، ومن ثم فلا عبرة بوجود النقود أو الديون في مكوناتها، لأنها تابعة^(٣).

مناقشة هذا الاتجاه :

يمكن مناقشة هذا الاتجاه بما يلي :

(١) إن القول بأن الورقة المالية ليست حصة شائعة في موجودات الشركة، وإنما هي جزء من الشخصية الاعتبارية، غير مسلم لأنه يخالف القرارات والفتاوى الشرعية التي قررت أن السهم حصة شائعة في موجودات الشركة^(٤).

(٢) إن الشخصية الاعتبارية والذمة المالية للشركة ليست هي المقصودة للمشتري إنما مقصوده الحقيقي غالباً هو الحصول على المال من خلال تملك الورقة، كما أن

^١ انظر القاعدة في: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن نجيم الحنفي المتوفى سنة: ٩٧٠، ص: ٣٨ ج: ٨، والقواعد لابن رجب الحنبلي عبد الرحمن بن أحمد رجب الحنبلي، القاعدة رقم: ١٤٣. شرح منظومة القواعد والأصول للشيخ محمد بن صالح بن عثيمين.

^٢ انظر الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، للدكتور محمد علي القري، بحث منشور في الدراسات الاقتصادية الإسلامية، العدد ٢ المجلد رقم: ٥، سنة ١٤١٩. وانظر توصيات الملتقى الفقهي الأول لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنعقد بشأن ضوابط التداول في الأوعية الاستثمارية، عمان. الأردن ٢٠٠٢م، وتوصيات الملتقى الفقهي الأول للهيئة الشرعية لشركة الراجحي، التي انعقدت بالطائف بتاريخ: ١٢ جمادى الأولى ١٤٢٢هـ وتوصيات الندوة الفقهية للشركة الأولى للاستثمار، التي انعقدت بالكويت بتاريخ: ٣١ - ١ نوفمبر ٢٠٠١م، وندوة البركة العشرين للاقتصاد الإسلامي، التي انعقدت في ماليزيا بتاريخ: ٣ - ٥ ربيع الآخر ١٤٢٢هـ.

^٣ انظر مكونات الأسهم وأثرها على تداولها ص ٤٦، للدكتور حسين حامد حسان، بحث مقدم لندوة البركة العشرين للاقتصاد الإسلامي ن التي انعقدت في كوالالمبور في: ٣ - ٥ ربيع الآخر ١٤٢٢هـ.

^٤ قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

الورقة قد أصدرت معبرة عما يمثلها في مكونات الشركة، وقدرت قيمة الورقة على هذا الأساس، والبدل يعطى حكم المبدل^١

(٣) إن القول بأن الورقة المالية ليست حصة شائعة في موجودات الشركة يعني عدم ملكية حامل السهم لأي جزء من مكونات الشركة، وهذا يعني أن ما يحصل عليه من ربح يأخذه دون مقابل، وهذا لا يصح.

(٤) إن القول بأن الورقة المالية وثيقة تتيح لحاملها جملة من الحقوق... يجب عليه بأن من أهم هذه حقوق الورقة، الحصول على ما يقابل الورقة من أموال عند بيعها أو تصفية الشركة.

الاتجاه الثالث : الاعتبار في جواز التداول للنشاط مطلقا (قاعدة الأصالة والتبعية):

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مقصود المتعاملين من شراء السهم أو الصك، هو نشاط الوعاء الاستثماري وأرباحه، وعليه يجوز التداول حال غلبة النقود والديون دون نظر لشروط الصرف وبيع الديون، وذلك بناء على أن الديون والنقود في الأوعية الاستثمارية تابعة مطلقا وليست مقصودة من المتعاملين^٢.

مناقشة هذا الاتجاه :

يمكن مناقشة هذا الاتجاه بما يلي :

(١) أن من يراجع الفتوى المشار إليها، يجد أنها ذكرت جواز بيع أسهم الشركات بنقود وديون، رغم ما فيها من نقود وديون ولم تذكر أن النقود والديون غالبية أو مغلوبة، وإن كان مفهوم الفتوى يفيد أنها مغلوبة.

(٢) إن نشاط الوعاء الاستثماري وأرباحه هو أمر معنوي لا يقصد لذاته، وإنما يقصد لما يمثله من أموال، ومن ثم فالنشاط لا يصلح أصلا بذاته.

(٣) إن نشاط الوعاء الاستثماري الذي يمكن أن يكون مقصودا للمشتري عند الشراء هو النشاط الإنتاجي فقط، وليس النقود والديون، أما النشاطات الأخرى فلا.

الاتجاه الرابع : الاعتبار لقاعدة الأصالة والتبعية:

هذا الاتجاه مبني على جعل نشاط الشركة وعملها وأغراضها المصرح بها في النظام الأساسي، هو الأصل المتبوع، والموجودات تابعة، فإن كان غرض الشركة ونشاطها هو العمل في تجارة الأعيان والمنافع والحقوق عن طريق العقود الشرعية كالمرابحة والاستصناع

^١ انظر هذه القاعدة في : مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج لمحمد الخطيب الشرييني المتوفى سنة : ٩٧٧هـ، ص: ٢/٢٠، دار الفكر.

^٢ هذا القول هو فتوى للشيخ محمد إبراهيم مفتي السعودية السابق رحمه . انظر فتاوى الشيخ محمد إبراهيم مفتي الديار السعودية السابق : ج٧ ص: ٤١ - ٤٣.

والإجارة ونحوها ، فإن الديون أو النقود الناتجة منها مهما كثرت لا تؤثر في تداول أسهمها إلا في حالات البداية قبل العمل، أو النهاية عند التصفية، وذلك لأن العمل التجاري هو الأصل المتبوع المقصود وأن الديون أو النقود نتجت تبعاً لذلك العمل. فإن الديون أو النقود لا تؤثر في تداول أسهمها إلا في حالات البداية قبل العمل، أو النهاية عند التصفية، وذلك لأن العمل هو الأصل المتبوع المقصود، وأن الديون أو النقود نتجت تبعاً لذلك العمل. ومن ثم فالتداول يجوز دون قيد أو شرط إلا شروط البيع العادي. أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها هو التعامل في النقود أو الذهب والفضة، فإنه يشترط للتداول في هذه الحالة تحقق شروط الصرف. وإذا كان غرض الشركة ونشاطها هو التعامل في الديون، فإنه يشترط للتداول تحقق شروط بيع الدين.

فإذا كان غرضها ونشاطها: التعامل في الأعيان والمنافع والحقوق، فإن تداول أسهمها جائز دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون، شريطة ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق والسيولة النقدية وما في حكمها (أي ديون الشركة الشاملة للأعيان وحساباتها الجارية لدى الغير والسندات التي تملكها وتمثل ديونا) بصرف النظر عن مقدار السيولة النقدية والديون لكونها تابعة.

أما إذا كانت أغراض الشركة هي التجارة في العملات أو الصرافة أو بيع الديون وشرائها فقط فإن تداول أسهمها يحتاج إلى تطبيق قواعد الصرف، أو أحكام بيع الديون، وبناءً على ذلك فإن الأصل المتبوع في الشركات (التي تحدد أغراضها في التجارة من خلال عقود البيع والشراء والمرابحة والسلم والاستصناع والإجارة ونحوها الواقعة على السلع أو المنافع أو الحقوق) هو ذلك النشاط المتمثل في بيع موجودات الشركة، أو بقية العقود الأخرى، وما نتج من ذلك من تحقيق الأرباح. وأن الديون أو النقود ليست هي المقصودة أصالة من تلك الشركات لا من حيث أغراض الشركة ولا من حيث النشاط الفعلي للشركة ولا من حيث القصد العام للمساهمين أو المتعاملين مع الشركة فهم يقصدون حقيقة أنشطة الشركة وإنتاجها، ومن ثم الحصول على أرباحها.

أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو: التعامل في الذهب أو الفضة أو العملات (الصرافة) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الصرف.

وإذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو: التعامل في الديون (التسهيلات) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الديون^(١).

١ وعليه أيضا الفتوى الصادرة عن ندوة البركة رقم : ٢ / ٥ وتاريخ ١٣/٢/١٤٠٥ هـ ، وفتوى ندوة البركة رقم : ٢٠/٢/١٤٢٢ هـ ، وعليه التوصيات الصادرة عن ملتقى الراجحي الذي انعقد بتاريخ: ١٢/٥/١٤٢٢ هـ.

دليل هذا الاتجاه:

استدل أصحاب هذا الاتجاه بما يلي :

أولاً : بالسنة ومنها :

(١) ما روي أن رسول الله ﷺ قال : من باع عبداً و له مال ، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع^(١) .

وجه الدلالة من الحديث :

إن البيع في الحديث قد وقع على أصل العبد ، وجاء ماله ولو كان كثيراً أو قليلاً ذهباً أو فضه تبعاً له . حيث إن الحديث يدل بظاهره على جواز ذلك دون النظر إلى جنس الثمن لأن لفظ " مال " في الحديث يشمل جميع أمواله نقداً كان أو ديناً ، أو عرضاً قليلاً أو كثيراً كما يدل على أن مال العبد المباع مهما كان مقداره أو نوعه فهو تابع له .

(٢) ما روي أن رسول الله ﷺ قال : من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر ، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع^(٢) .

وجه الدلالة من الحديث:

إن الحديث يدل على جواز بيع الثمر قبل بدو صلاحها تبعاً للنخل ، مع أنه لا يجوز بيعها وحدها لثبوت النهي عن ذلك .

(٣) ما ذهب إليه الحنابلة من أن " صلاح بعض ثمرة شجرة في بستان صلاح لها - أي للشجرة - وصلاح لسائر النوع الذي في البستان الواحد " وإنما صح مع ما بدا صلاحه تبعاً له^(٣) .

وبناء على ذلك يجوز تداول الأسهم أو الصكوك أو الوحدات الاستثمارية مهما كانت نسبة الديون أو النقود^(٤) بالشروط التالية :

شروط إعمال هذا الاتجاه :

(١) أن تحدد أغراض الشركة بأعمال التجارة والاستثمار أو الصناعة أو الزراعة من خلال العقود الواردة على السلع أو المنافع أو الحقوق ، أي أن لا تحدد أغراضها في الصيرفة ، أو بيع الديون .

^١ أخرجه أحمد في مسنده ، والدارمي في سننه ، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه ، وعن جابر بن عبد الله وفيه سليمان دمشقي ، وهو ثقة ، بلفظ من باع عبداً وله مال فله ماله وعليه دينه إلا ان يشترط المبتاع انظر مجمع الزوائد ومنبع الفوائد كتاب البيوع ص ١٠٧ ج ٤ . انظر سنن الدارمي كتاب البيوع ص ٢/٣٣٠ بلفظ من اشترى عبداً ولم يشترط ماله فلا شيء له . الجامع في العلل ومعرفة الرجال لأحمد بن حنبل برقم : ١٧ .

^٢ الحديث : أخرجه البخاري في صحيحه ، والإمام أحمد في مسنده ، عن ابن عمر رضي الله عنهما ، كما أخرجه ابن ماجه في سننه عن عبادة بن الصامت وابن عمر رضي الله عنهم ، انظر صحيح البخاري حديث رقم : ٥٩٢٩ .

^٣ انظر المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، لعبد الله بن أحمد بن قدامة ، ج : ٤ ص : ٦٣ ، ٧٢ ، وانظر الفروع وتصحيح الفروع لمحمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله المتوفى سنة ٧٦٢ هـ دار الكتب العلمية ج : ٤ ص : ٥٣ .

^٤ الدكتور يوسف الشيبلي المرجع السابق ص : ١٧ .

(٢) أن لا تقتصر موجودات الشركة أو الصندوق أو الصكوك على النقود والديون فيكون فيها موجودات مادية أو معنوية من أعيان ومنافع دون النظر إلى النسبة.

(٣) أن تكون أعمال البيع والشراء والاستصناع ونحوها هي المقصودة أصالة، وتكون الديون أو النقود قد أتت تابعة غير مقصودة، وإنما اقتضتها طبيعة أنشطة المؤسسة بأن كانت تابعة للأعيان والمنافع، أي أن هناك قصداً تبعياً لها ضمناً^(١).

والمراد بالقصد المعتبر هو أن يكون محل التداول حصة في الوعاء الاستثماري للنشاط المشروع القائم أصالة على المتاجرة في السلع والخدمات غير المقتصر على التعامل في النقود المحضة والديون المحضة أما إذا كان محل التداول الديون - كما في سندات الديون - أو النقود فقط فلا يجوز تداولها إلا على ضوء ضوابط بيع الديون والنقود.

(١) أن تبدأ المؤسسة ممارستها أنشطتها في الأعيان والمنافع أما قبل ذلك فيكون التداول نقداً بالقيمة المدفوعة.

(٢) أن يتوقف التداول عند إعلان التصفية القانونية للمؤسسة .

(٣) لا يجوز أن يتخذ القول بالجواز ذريعة أو حيلة لتصكيك الديون وتداولها كأن يتحول نشاط الصندوق إلى المتاجرة بالديون التي نشأت عن السلع ، ويجعل شيء من السلع في الصندوق حيلة للتداول^(٢) .

وما عليه هذا الاتجاه هو ما أخذ به المعيار الشرعي الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٣) . وقد اشترط لإعماله ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق عن نسبة : ٣٠ ٪ من إجمالي مكونات الموجودات الشاملة للأعيان والمنافع والحقوق والنقد والدين.

^١ انظر توصيات الندوة الفقهية الأولى لشركة الأولى للتمويل ، المنعقدة بتاريخ : ١٤ ربيع الأول ١٤٢٤هـ الموافق : ٢٠١٢/٥/١٥م. انظر أثر ديون ونقود الشركة، أو المحفظة على حكم تداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية ، المشكلة والحلول ، دراسة فقهية اقتصادية ، للدكتور علي محيي الدين القره داغي . ص: ٥٤. بحث مقدم لحلقة العمل حول لأئحة المكونات الشرعية لتداول الصكوك ووحدات الصناديق الاستثمارية ، المنعقدة بالتعاون المشترك بين مجمع الفقه الإسلامي بجدة، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية ، بمقر البنك بجدة ، ٢٠ صفر ١٤٢٨هـ الموافق : ١٠ مارس ٢٠٠٨م. وهو نفس البحث المقدم للندوة الفقهية الأولى لشركة الأولى للتمويل ، المنعقدة بتاريخ : ١٤ ربيع الأول ١٤٢٤هـ الموافق : ٢٠١٢/٥/١٥م.

^٢ انظر أثر ديون ونقود الشركة، أو المحفظة على حكم تداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية ، المشكلة والحلول ، دراسة فقهية اقتصادية ، للدكتور علي محيي الدين القره داغي . ص: ٥٢ وما بعدها . بحث مقدم لحلقة العمل حول لأئحة المكونات الشرعية لتداول الصكوك ووحدات الصناديق الاستثمارية ، المنعقدة بالتعاون المشترك بين مجمع الفقه الإسلامي بجدة، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية ، بمقر البنك بجدة ، ٢٠ صفر ١٤٢٨هـ الموافق : ١٠ مارس ٢٠٠٨م. وهو نفس البحث المقدم للندوة الفقهية الأولى لشركة الأولى للتمويل ، المنعقدة بتاريخ : ١٤ ربيع الأول ١٤٢٤هـ الموافق : ٢٠١٢/٥/١٥م. انظر توصيات الندوة الفقهية الأولى لشركة الأولى للتمويل ، المنعقدة بتاريخ : ١٤ ربيع الأول ١٤٢٤هـ الموافق : ٢٠١٢/٥/١٥م.

وهو ما أخذت به الندوة الفقهية الأولى لشركة الأولى للتمويل^(١) . والملتقى الفقهي الأول لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٢) .

وما عليه هذا الاتجاه، هو ما أخذ به المعيار الشرعي للأوراق المالية الذي نص على ما يلي : (إذا كانت موجودات الشركات مشتملة على أعيان ومنافع ونقود وديون فيختلف حكم تداول أسهمها بحسب الأصل المتبوع وهو : غرض الشركة ونشاطها المعمول به^(٣) .

- هذا ورغم اتفاق أصحاب هذا الاتجاه على اعتبار النشاط أصلاً متبوعاً، إلا أن بعضهم ذهب إلى التفرقة بين نوعين من الأوراق المالية : النوع الأول : أوراق مالية تمثل حصصاً مشاعة في مشروع ذي نشاط متحرك، أي يتم تقليب موجوداته، من نقد إلى أعيان أو منافع، ثم نقد أودين وهكذا، ويشتمل هذا النوع على ما يلي :
 - الأسهم في الشركات المساهمة.
 - الوحدات الاستثمارية في الصناديق الاستثمارية.
 - صكوك المشاركة أو المضاربة، حيث توضع متحصلات الصكوك في وعاء استثماري.
 - حصص المشاركة في الودائع الاستثمارية.

وفي هذا النوع يعمل بقاعدة التبعية بالضوابط السابقة، وليس من شرط التبعية في هذه الحالة وجود الشخصية الاعتبارية، وإنما وجود النشاط المتجدد، إذ أن مقصود مشتري السهم أو الوحدة هو المشاركة في نشاط الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري وليس الحصول على النقد أو الدين الذي في موجوداتها^(٤) .

النوع الثاني : أوراق مالية تمثل حصة مشاعة في أصل من الأصول وليس في منشأة ذات نشاط متجدد، أي لا يتم تقليب الموجودات، ويشتمل هذا النوع :

- (١) الصكوك غير صكوك المشاركة والمضاربة .
- (٢) محافظ التمويل، كأن يكون لدى شركة تمويل محفظة تمويل بالمراوحة، أي ديون مراوحة في ذمم الآخرين أو محفظة تمويل بالإجارة، أي لديها أصول مؤجرة على الآخرين^(٥) .

^١ انظر توصيات الندوة الفقهية الأولى لشركة الأولى للتمويل، المنعقدة بتاريخ: ١٤ ربيع الأول ١٤٢٤هـ الموافق: ٢٠١٢/٥/١٥م.

^٢ والملتقى الفقهي الأول لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنعقد بشأن ضوابط التعامل في الأوعية الاستثمارية، باستضافة من البنك الإسلامي الأردني بتاريخ: ١٦ ربيع الآخر ١٤٢٣هـ الموافق: ٢٧ يونيو ٢٠٠٢م.

^٣ انظر المعيار الشرعي للأوراق المالية الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأبوية)، الصادر بتاريخ: ١٩/٣/٢٠١٤هـ البند ١٩/٣.

^٤ انظر إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود أو الديون وضوابطها الشرعية، للدكتور يوسف الشبيلي، بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم، التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي جامعة الملك عبد العزيز بجدة، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية.

^٥ انظر الدكتور الشبيلي المرجع السابق.

وعلى هذا فإن الديون أو النقود لا تؤثر في تداول أسهمها إلا في حالات البداية قبل العمل، أو النهاية عند التصفية، وذلك لأن العمل هو الأصل المتبوع المقصود، وأن الديون أو النقود نتجت تبعاً لذلك العمل. ومن ثم فالتداول يجوز دون قيد أو شرط إلا شروط البيع العادي. أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها هو التعامل في النقود أو الذهب والفضة، فإنه يشترط للتداول في هذه الحالة تحقق شروط الصرف. وإذا كان غرض الشركة ونشاطها هو التعامل في الديون، فإنه يشترط للتداول تحقق شروط بيع الدين .

فإذا كان غرضها ونشاطها: التعامل في الأعيان والمنافع والحقوق، فإن تداول أسهمها جائز دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون، شريطة ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق عن نسبة : ٣٠٪ من إجمالي موجودات الشركة الشاملة للأعيان والمنافع والحقوق والسيولة النقدية وما في حكمها (أي ديون الشركة على الغير وحساباتها الجارية لدى الغير والسندات التي تملكها وتمثل ديونا) بصرف النظر عن مقدار السيولة النقدية والديون لكونها تابعة.

أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو: التعامل في الذهب أو الفضة أو العملات (الصرافة) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الصرف.

وإذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو: التعامل في الديون (التسهيلات) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الديون^(١) .

وهذا الاتجاه أيضا هو ما أخذت به الندوة الأولى لشركة الأولى^(٢) .

وهو ما أخذ به الملتقى الفقهي الأول لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٣) .

وهو ما عليه أكثر المشاركين في المؤتمر الفقهي الأول لمركز شوري للاستشارات الشرعية^(٤) .

وهو ما أخذ به الاتجاه الأول لندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم، والتي جاء فيها: "الاتجاه الأول: إذا كانت موجودات الأوراق المالية مختلطة من الأعيان والمنافع والحقوق والنقود والديون، وكانت الغلبة للنقود أو الديون، فيجوز تداولها عملاً بمبدأ التبعية، دون مراعاة أحكام الصرف أو بيع الديون، إذا كان النشاط الرئيس للشركة أو

١ وعليه أيضا الفتوى الصادرة عن ندوة البركة رقم : ٢ / ٥ وتاريخ ١٣/٢/١٤٠٥هـ ، وفتوى ندوة البركة رقم : ٢٠/٢٠٠٥/٢/٥هـ ، وعليه التوصيات الصادرة عن ملتقى الراجحي الذي انعقد بتاريخ : ١٢/٥/١٤٢٢هـ .

٢ انظر البيان الختامي الندوة الأولى لشركة الأولى التي انعقدت بالدوحة عام : ١٤٢٤هـ الموافق : ٢٠٠٣م ، بشأن : أثر الديون والنقود على تداول الاسهم والصكوك والوحدات الاستثماري .

٣ الملتقى الفقهي الأول لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، المنعقد بشأن ضوابط التداول في الأوعية الاستثمارية ، عمان . الأردن ٢٠٠٢م .

٤ المؤتمر الفقهي الأول لمركز شوري للاستشارات الشرعية بالكويت الذي انعقد بتاريخ : ٢٢/١٠/١٤٢٧ ، بشأن قاعدة التبعية في العقود وأثرها في التراخيص الشرعية .

الصندوق أو الوعاء الاستثماري هو في: المتاجرة بالأعيان أو المنافع أو الحقوق، مع مراعاة أن جواز التداول يكون بعد الشروع في العمل بنسبة لا تقل عن ١٠٪.

أدلة هذا الاتجاه :

استدل أصحاب هذا الاتجاه لما ذهبوا إليه من أن النقود والديون في مكونات موجودات الشركة تابعة لنشاط الشركة، بالأدلة التالية :

أولاً: ما روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قال : قال رسول الله ﷺ : (من باع عبدا له مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع)^(١) .

وجه الدلالة من الحديث:

استدل القائلون بجعل الاعتبار بالنشاط الذي يتجر في الأعيان والمنافع والحقوق بناء على : (قاعدة الأصالة والتبعية) بالحديث من وجوه:

(١) إن هذا الحديث أصل في قاعدة التبعية في المعاملات، فقد دل على أن المبيع إذا اشتمل على نقد واشترى بنقد ولم يكن النقد المخلوط مقصودا فلا يلتفت إليه، بمعنى أنه لا يجري على الصفقة حكم الصرف حتى ولو كانت قيمة النقد المخلوط أكثر من قيمة الخلط الذي معه.

(٢) نقل عن ابن قدامة - رحمه الله - أن الحديث يدل على جواز بيع العبد بماله إذا كان قصد المشتري للعبد لا للمال، فيجوز البيع سواء كان المال معلوما أو مجهولا، من جنس الثمن أو من غيره، عينا كان أو دينا، وسواء كان مثل الثمن أو أكثر^(٢) . ومن المعلوم أن العبد لا يملك وأن المال الذي بيده مآله للمشتري، ومع ذلك جاز البيع مطلقاً بدون تقابض ولا تماثل حتى مع اتفاق النقيدين، وحتى لو كان المال الذي معه أكثر من قيمة العبد^(٣) .

(٣) إن مقصود مشتري السهم أو الوحدة الاستثمارية هو المشاركة في نشاط الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري وليس الحصول على النقد أو الدين الذي في موجوداتها، وعلى هذا فمتى بدأت الشركة أو الصندوق في تشغيل أموال الاكتاب

^١ الحديث : أخرجه أحمد في مسنده ، والدارمي في سننه ، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه ، وعن جابر بن عبد الله وفيه سليمان دمشقي ، وهو ثقة ، بلفظ من باع عبدا وله مال فله ماله وعليه دينه إلا ان يشترط المبتاع . انظر مجمع الزوائد ومنبع الفوائد كتاب البيوع ص ١٠٧ ج ٤ . انظر سنن الدارمي كتاب البيوع ص ٢/٣٣٠ بلفظ من اشترى عبدا ولم يشترط ماله فلا شيء له . الجامع في العلل ومعرفة الرجال لأحمد بن حنبل برقم : ١٧ .

^٢ انظر المقنع لموفق الدين بن قدامة ، الروض المربع للشيخ منصور بن يونس البهوتي، ص: ١٣٥ ج: ٢ .
^٣ إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود والديون وضوابطها الشرعية، للدكتور يوسف الشببيلي، بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم ، التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي جامعة الملك عبد العزيز بجدة ، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية ، ص: ١٨ .

ولو بجزء يسير منها فتكون النقود والديون تابعة مهما كانت نسبتها إلى إجمالي الموجودات، ولا تجب مراعاة أحكام الصرف وبيع الدين^(١).

ثانياً : التطبيقات الشرعية لبيع الثمر وتبعية الحمل :

ثالثاً: القاعدة الفقهية : يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها^(٢).

مناقشة أدلة هذا الاتجاه:

يمكن مناقشة هذا الاتجاه بما يلي :

(١) أن اعتبار نشاط الشركة هو الأصل المتبوع ، والموجودات تابعة له، يعني أنه لا يلتفت إلى نسبة النقود والديون إلى باقي الموجودات، حيث إنها ستبقى تابعة حتى ولو تجاوزت الثلثين^٣.

(٢) إن الاستدلال بقول ابن قدامة - رحمه الله تعالى - : " أن الحديث دل على جواز بيع العبد بماله إذا كان قصد المشتري للعبد لا المال، فيجوز البيع سواء كان المال معلوماً أو مجهولاً، من جنس الثمن أو من غيره، عيناً كان أو ديناً، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر " غير مسلم لأن قصد المشتري في حالتنا هذه ليس للنشاط وإنما تملك الموجودات التي تحويها المنشأة. والقياس على العبد غير مستقيم، لأن العبد يقصد لذاته والنشاط لا يقصد لذاته ولا يمكن الاستفادة به بمفرده بعيداً عن الموجودات. كما أنه لا يعقل أن يكون مال العبد أكثر من ثمن العبد ولا يكون مقصوداً، إلا إذا كان شراء العبد بعينه غاية وضرورة بالنسبة للمشتري، كما يمكن القول بأن المشتري إذا كان يقصد العبد لا المال لم يشترط الحصول على المال عند الشراء

(٣) إن القول بأن الحديث دل على أن المبيع إذا اشتمل على نقدٍ واشتري بنقد ولم يكن النقد المخلوط مقصوداً فلا يلتفت إليه، بمعنى أنه لا يجري على الصفقة حكم الصرف، حتى ولو كانت قيمة النقد المخلوط أكثر من قيمة الخلط الذي معه. يجاب عليه بأن النقد هو المقصود الأصلي من التبادل في الأوراق المالية، كما أن حديث العبد لا يفيد معنى التبعية أصلاً، لأنه لم ينص لا بالعبرة ولا بالإشارة على تبعية مال العبد له في البيع، وإنما غاية ما يفيد هو: أن مال العبد يكون للبائع في حالة عدم اشتراطه من جانب المشتري، وإذا اشترطه المشتري يكون له، وفي هذه الحالة يكون مقصوداً في البيع وليس تابعاً.

^١ الدكتور يوسف الشبيلي المرجع السابق، ص: ١٦.

^٢ انظر القاعدة في الأشباه والنظائر للسيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي طبعة أولى سنة ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م، ص: ١٢١. الأشباه والنظائر لزين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، دار الكتب العلمية، سنة ١٣١٩،

١٩٩٩م. ص: ٣٦٦، مجلة الأحكام العدلية

^٣ انظر المرجع السابق.

إن القول بأن مقصود مشتري السهم أو الوحدة الاستثمارية هو المشاركة في نشاط الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري وليس الحصول على النقد أو الدين الذي في موجوداتها، غير مسلم، لأن القصد أمر باطني لا يوقف عليه إلا بدليل أو قرينة تدل عليه، والقرينة في مسألتنا هذه، تدل على أن القصد هو الحصول على المال لأ المشاركة في النشاط، لأن الغاية الأهم للمشتري من الشراء هي الحصول على المال، يؤيد ذلك أن المشتري في الغالب يشتري دون معرفة لما يشتريه أو قبض له.

(٤) إن القول بجواز البيع حتى لو كانت أموال العبد (التابعة له) تزيد على ثمنه لا يستقيم مع ماهية التابع، لأمرين:

الأول: إن التابع بلفظه ومعناه يعني أنه لا يزيد على الأصل المتبوع في ذاته ولا في قيمته، وإلا انقلب الأصل تابعاً والتابع أصلاً.

الثاني: إنه لم يعهد في كتب الفقه أن يزيد التابع على المتبوع، ونشاط الشركة على العكس من ذلك، حيث إن قيمته في أي شركة أو مؤسسة غالباً ما تكون أقل بكثير من قيمة موجوداتها، وقبوله أصلاً يعني زيادة التابع على المتبوع.

(٥) إن قياس نشاط الشركات والصناديق والأوعية الاستثمارية على العبد، قياس مع الفارق، حيث إن العبد في الشراء مقصود لذاته، بخلاف النشاط في الشركات الذي لا يكون مقصوداً لذاته، كما أن النشاط شيء معنوي والعبد شيء مادي، ومن هنا يكون الفارق بينهما في القياس كبير. لأنه لم يعهد فقهاً أن يكون المتبوع شيئاً معنوياً والتابع شيئاً مادياً، لما فيه من مخالفة سنن القياس التي تتطلب أن يكون فيها المقيس مشاركاً للمقيس عليه في العلة من سائر الوجوه.

(٦) إن النشاط في أي مؤسسة شيء معنوي قيمته ليست مضطردة، ويظهر ذلك عند خسارتها، أو إفلاسها، أو تصفيتها، حيث لا تكون له قيمة عندئذ بل غالباً ما تتلاشى ولا يعتد بها، فكيف يكون متبوعاً.

(٧) إن الأصل الذي يجب أن يحتكم إليه في هذه الحالة هو ضابط الغلبة، إلا إذا كان هناك ما يبرر العدول عنه، كضعف أو انعدام شبهة الربا في البيع حال غلبة النقود، وعدم إمكان القول بأن التداول يمثل بيعاً للدين لغير من عليه في حال غلبة الديون. ومن ثم فإن العمل بمبدأ الأصالة والتبعية في غير النشاط الإنتاجي يتعارض مع قرار المجمع السابق الوارد في الصورتين الأوليين السابقتين للمسألة محل البحث، حيث إن المجمع قد بنى قراره فيهما على مبدأ الغلبة، ومن المنطقي أن يكون الحكم في هذه الصورة أيضاً مبنياً على نفس المبدأ، حتى يكون الحكم في الصورتين المتقابلتين قائم على مبدأ واحد، ومفهوم القرار يفيد ذلك، إلا بمبرر واضح.

(٨) إن أحاديث الربا^(١) بعموماتها وإطلاقاتها تمنع أن يتم التبادل بالطريق المذكور، فالقول بجواز التبادل في هذه الحالة تقييد وتخصيص لها دون دليل، فيكون تحكما.

(٩) إن القول بأن هذه المنشآت من شركات مساهمة وصناديق استثمارية لا تكاد تخلو من قيمة الرخصة التجارية، والتصاريح الرسمية... الخ، وافترض أنها نقد محض يكون نادراً أو معدوماً، وهذا الافتراض إنما يتصور قبل التأسيس الرسمي". غير مسلم، لأن الحديث عن حالة الغلبة لا على حالة تمحض النقود أو الديون، لأنها محسومة بالحكم بعدم الجواز.

(١٠) إن الاستدلال بما عليه العمل في المنشآت لا يعد دليلاً شرعياً يستدل به في مثل هذه المسائل لأنه قد يكون خطأ.

(١١) قد يقال إن معرفة غلبة أحد الأجناس على الآخر متعذرة لأن سرعة التبادل تصعب ذلك، أقول: إن مالا يمكن التحرز عنه معفو عنه في أحكام الشرع، وهذا يعني أنه طالما أمكن معرفة الغلبة للنقود أو الديون كان الحكم هو المنع من التداول، ومعرفة الغلبة ممكنة على الأقل نهاية كل يوم عمل، وإلا قيل إذا لم تستطع المؤسسة معرفة حالة الغلبة في أي وقت صرنا بصدد غرر فاحش وجهالة فاحشة من حيث كامل المعاملة وهو لا يجوز. كما أن التبادل أصلاً لا يخلو من غرر فلا يضاف إليه احتمال الوقوع في الربا.

(١٢) إن القول بجواز التبادل في حالة غلبة النقود والديون في النشاط غير الإنتاجي، يساعد على تبني المؤسسات لعمليات التبادل سهلة الحصول على الربح، والتي تعتمد على المداينات، كالمرايحات، ونحوها دون التعرض لمخاطر الاستثمار الإنتاجي التي تعود على المجتمعات بالخير، ولا يقتصر نفعها على أصحاب الأموال.

(١٣) إن أضعف ما يمكن قوله في هذه الحالة هو أن جواز التبادل حال غلبة النقود والديون في النشاط غير الإنتاجي، يورث شبهة الربا وشبهة الربا تعمل عمل الربا، وقد نهى الشرع عن ذلك بقول الرسول ﷺ: (دع ما يريبك إلى ما لا يريبك)^(٢).

^١ منها ما أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى.

^٢ الحديث: أخرجه أحمد، والنسائي، والترمذي، والبيهقي، والحاكم، والدارمي، وابن خزيمة عن الحسن بن علي سبط رسول الله ﷺ، قال حفظت من رسول الله ﷺ: دع ما يريبك... انظر المجتبى برقم: (٥٧١١)، وسنن الترمذي برقم: ٢٥١٨ وصححه الترمذي والألباني، وابن حبان والحاكم وابن خزيمة والذهبي، وانظر السنن الكبرى للبيهقي: برقم: ٥٢٢٠، ومسند أحمد برقم: ١٧٢٣، ١٧٢٩، وابن حبان برقم: ٧٢٢، وابن خزيمة برقم: ٢٣٤٨، والدارمي برقم: ٢٥٣٢، والبزار برقم: ١١٩٤، والطيالسي برقم: برقم ١١٧٨، وعبد الرزاق في مصنفه برقم: ٤٩٨٤، وأبو يعلى برقم: ٦٧٦٢، والطبراني في الكبير برقم: ٢٧٠٨، وانظر جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي مؤسسة الرسالة سنة ١٤٢٢هـ ٢٠٠١م الحديث رقم: ١١١ ص ٢٧٨. وصححه الترمذي والألباني وابن حبان والحاكم وابن خزيمة والذهبي.

(١٤) إن الطريق الوحيد عندما يغلب على مكونات الموجودات في النشاط غير الإنتاجي، النقود والديون، هو وقف التداول تحرياً للحل، والتوقف في تقديري لن يكون إلا مدة قصيرة. لأن المؤسسة إذا كانت تعتمد على تقليب أموالها لا على مبادلة الديون والنقود بطرق التحايل فلن تتوقف أنشطتها طويلاً، لأنها سرعان ما تشتري بأموالها سلعا ومنافع.

الاتجاه الخامس: الاعتبار في جواز التداول هو: قصد المشتري :

هذا الاتجاه هو رأي الباحث، ومؤداه أن المعول عليه في هذه الحالة هو قصد المشتري، فإذا علمنا أن قصد المشتري هو النقود أو الديون، في حالة غلبة النقود أو الديون على المكونات، قلنا بعدم صحة البيع (التداول) لما فيه من الحرمة، وذلك لأن التداول في هذه الحالة يستدعي تحقق شروط صحة بيع النقد أو شروط صحة بيع الدين، وغالبا ما يصعب تحقيق هذه الشروط. ، أما إذا علمنا أن المشتري لا يقصد النقود أو الديون، قلنا بجواز البيع.

لكن يثور تساؤل مؤداه، كيف يمكن الوقوف على قصد المشتري وهو أمر باطني لا يمكن الإطلاع عليه.

الجواب: هو نعم قصد المشتري وهو أمر باطني لكن يمكن الإطلاع عليه من خلال نوع النشاط، وذلك إذا كان نشاط الوعاء الاستثماري إنتاجيا، بأن كان صناعيا أو زراعيا، أو للإنتاج الحيواني أو نحو ذلك من الأنشطة الإنتاجية، ولا يزال يعمل وينتج وكان في الوعاء نقود أو ديون، كان الاعتبار للنشاط، ومن ثم يجوز التداول دون نظر لتحقيق شروط بيع النقد أو الدين، حتى ولو كانت النقود أو الديون هي الغالبة على مكونات الموجودات في فترة من الزمن.

وجه هذا الاتجاه:

لا يختلف اثنان في أن الغاية من جميع الأنشطة الاقتصادية. إنتاجية كانت أم تبادلية، هي الحصول على الربح المالي (النقد).

لكن ما تجب ملاحظة هو أنه في حالة ما إذا كان نشاط المؤسسة الاقتصادية أو الوعاء الاستثماري إنتاجيا، (صناعيا أو زراعيا أو نحوهما) كانت غاية صاحب رأس المال هي الإنتاج أولا، ثم الحصول على الربح بعد تسويق الإنتاج. وفي هذه الحالة لا يحصل صاحب رأس المال على العائد المالي إلا بعد المرور بعدة مراحل، أهمها: شراء المواد الخام للمصنع، ثم تصنيعها، ثم تسويقها في النشاط الصناعي، وفي النشاط الزراعي، لا يتحصل على العائد إلا بعد: زراعة الأرض والقيام على شؤونها حتى الحصاد، أو شراء الحيوانات المعدة للإنتاج وشراء الأعلاف، ثم العمل على الإنتاج عن طريق الحمل والولادة والتربية والتسمين في النشاط الحيواني، أو نحو ذلك، وفي خلال تلك المراحل هناك الكثير من

المستفيدين من العمال والمستهلكين، وغيرهما من الموردين والمسوقين. وفي كل هذه الأنشطة يتعرض المنتج للكثير من المخاطر.

أما في حالة النشاط غير الإنتاجي فإن الحصول على الربح غالبا ما يتم بمجرد شراء السلعة وبيعها. وفي الأسواق العالمية يتم الحصول على الربح حتى دون أن يرى المشتري المبيع أو يقبضه.

وعلى ما سبق لو حدث بيع لأسهم الشركة أو الصندوق أو الوعاء الإنتاجي، فإن نية المشتري لبعض الأسهم أو الصكوك غالبا ما تتوجه إلى المشاركة في الاستفادة من الإنتاج أولا للحصول على الربح، أو التوسع في الإنتاج حال شراء كل الشركة أو الصندوق أو الوعاء، وذلك بخلاف ما إذا كان النشاط تجاريا، فإنه في الغالب ما يكون التوجه ابتداء إلى العائد النقدي، ناهيك عن الصورية والتحايل الذي يقع للحصول على هذا العائد.

فلو كانت هناك نقود أو ديون في مكونات موجودات الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري الإنتاجي، وكانت غالبية في حال بيع الإنتاج مثلا، فإن التداول يكون جائزا، رغم عدم تحقق شروط بيع الدين أو النقد، لأنه في هذه الحالة لا يصدق القول بأن المشتري قد قصد شراء نقود بنقود، كما لا يصدق أنه تم بيع ديون لغير من هي عليه، أو أن المشتري قد قصد الحصول على النقود بمجرد الشراء، أو إنه قد قصد شراء الديون بدون تحقق شروطها، وهكذا، أما في حالة ما إذا كان النشاط غير إنتاجي فإن جميع هذه الظنون تظل قائمة. ولأن شبهة الربا قائمة في حالة النشاط غير الإنتاجي، أما في حالة النشاط الإنتاجي فلا، والحكم يدور مع العلة وجودا وعدما.

شروط إعمال هذا الاتجاه :

يشترط لإعمال هذا الاتجاه شرطا واحدا هو :

أن يكون التبادل حال كون الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري في مرحلة الإنتاج، لا قبل شراء أدوات الإنتاج، أو بعد التصفية.

ما يترتب على إعمال هذا الاتجاه:

من يمعن النظر في الأثر المترتب على الأخذ بهذا الاتجاه، يجده :

(١) يسهم بطريق غير مباشر في تحقيق مقاصد الشرع الحكيم من المال، وذلك بالنظر إلى المستفيدين من عملية الإنتاج، حيث إنهم في النشاط الإنتاجي بجانب أرباب الأموال، كثيرون، في حين أن المستفيد الأعظم في النشاط التبادلي هم أرباب الأموال.

(٢) يساعد المؤسسات المالية الإسلامية على التوجه إلى الربح عن طريق الإنتاج بدلا من الإغراق في المبادلات المالية التي غالبا لا تسهم في نهضة المجتمع المسلم.

(٣) يخرج المعاملة من دائرة الحرام، حال عدم تحقق الشروط الواجب تحققها شرعا.

(٤) يقلل من عمليات التحايل على شروط صحة المعاملات المالية .

وعلى هذا فإن التسامح في تحقق شروط بيع النقد وبيع الدين لغير من عليه، عند تداول الأسهم والصكوك التي تشتمل مكونات موجوداتها على نقود وديون، وغلبة النقود أو الديون أوهما معا عليها، إنما يكون بسبب ضعف شبهة الربا أو انعدامها في حال غلبة النقود على مكونات الموجودات، وبسبب عدم إمكان القول بأن التداول قد وقع على نقود بنقود حال غلبتها، أو ببيع ديون لغير من عليه حال غلبتها. أو القول بأن المشتري قد قصد من التداول الحصول على النقود، دون تحقق شروط صحة بيعها حال غلبتها، أو إنه قد قصد شراء الديون، دون تحقق شروط صحة بيعها حال غلبتها، أيضا الأخذ بهذا الرأي يقلل من عمليات التداول في المبادلات المالية، كما أن المصلحة العائدة من التداول في هذه الحالة لا تقتصر على أرباب الأموال، وإنما تعود على غالبية المجتمع.

المبحث الثاني

وقت تحقق ضابط الغلبة وشروطه، ووقت تحقق ضابط التبعية وشروطه

سبق بيان أن قرار المجمع رقم: ٣٠ (٤/٥) الوارد بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار قد قرر في الفقرة (ج) من العنصر الثالث من أولاً ما نصه :

"ج - إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع، فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع. أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً، فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي سببها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة."

وهذا يعني أن القرار قد بنى الحكم في حالة غلبة الأعيان والمنافع على مكونات الموجودات، صراحة على ضابط الغلبة لأحد المكونات، وفي حالة غلبة النقود والديون ترك الحكم، للأحكام الشرعية التي سببها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع فيما بعد، وكما سبق فقد تعددت الآراء والاتجاهات حول المعيار الذي يجوز معه التداول في هذه الحالة، ورغم أن مفهوم قرار المجمع يعني اعتبار ضابط الغلبة في هذه الحالة أيضاً إلا أن الكثيرين من المختصين رأوا الجواز من خلال اعتبار ضابط الأصالة والتبعية، وبناء على هذا أرى أنه ينبغي معرفة وقت تحقق ضابط الغلبة وشروطه، وكذلك معرفة وقت تحقق ضابط التبعية وشروطه، وذلك من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول

وقت تحقق ضابط الغلبة وشروطه

معرفة وقت تحقق الغلبة وشروطه،

يمكن بيانه على هذا النحو :

وقت تحقق الغلبة :

تعددت الاتجاهات في وقت تحقق الغلبة، وتبعاً لذلك تعددت الآراء في وقت تحققها، على النحو التالي :

القول الأول : ويرى أن الغلبة تتحقق حال بلوغ أحد مكونات الموجودات في الوعاء، نسبة الثلثين (٠/٠٦٦)^(١).

^١ للدكتور رفيق المصري، بحث مقدم لدورة المجمع الثالثة، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص: ٢٠٥١.

وعلى هذا فشرط تحقق الغلبة عند أصحاب هذا القول هو بلوغ نسبة الأعيان أو المنافع في مكونات موجودات الوعاء بمقدار: الثلثين (٠/٠٦٦).

القول الثاني: ويرى أن الغلبة تتحقق حال بلوغ أحد مكونات الموجودات في الوعاء، نسبة النصف: (٠/٠٥٠)^(١).

وبناء على هذا فشرط تحقق الغلبة عند أصحاب هذا القول هو بلوغ نسبة الأعيان أو المنافع في مكونات موجودات الوعاء بمقدار: النصف (٠/٠٥٠)^(٢).

القول الثالث: ويرى أن الغلبة تتحقق حال بلوغ أحد مكونات الموجودات في الوعاء، نسبة النصف: (٠/٠٥١)^(٣).

وعلى هذا فشرط تحقق الغلبة عند أصحاب هذا القول هو بلوغ نسبة الأعيان أو المنافع في مكونات موجودات الوعاء بمقدار: النصف + (١) (٠/٠٥١).

القول الرابع: ويرى أن الغلبة تتحقق حال بلوغ النسبة أحد المكونات الثلث أي ما يقرب من (٠/٠٣٠)^(٤).

وعلى هذا فشرط تحقق الغلبة عند أصحاب هذا القول هو بلوغ نسبة الأعيان أو المنافع في مكونات موجودات الوعاء بمقدار: الثلث.

رأي الباحث في المسألة:

من يمعن النظر في الآراء السابقة في وقت تحقق الغلبة وشروطه يلاحظ التالي :

أن القول الأول الذي يرى أن الغلبة تتحقق حال بلوغ أحد مكونات الموجودات في الوعاء، نسبة الثلثين (٠/٠٦٦)، هو المقبول لغة وفقها ومنطقا، لأن في العمل به خروجاً من عهدة الحرام (تبادل النقد بالنقد دون تحقق شروط الصرف، وبيع الدين لغير من عليه) بيقين. أما باقي الآراء فهي إما تورث شبهة الربا حال العمل بما ترى، كالقولين الثاني والثالث، وإما أنها تجايف الحقيقة والمنطق كالقول الرابع، الذي يرى الغلبة ببلوغ نسبة الأعيان والمنافع في مكونات الموجودات نسبة الثلث، حيث عن هذا القول يثير تساؤل مؤداه إذا كانت الغلبة تتحقق بالثلث فهل يقال للثلثين أنها مغلوبة أم أنه يمكن أن يكون هناك في وقت واحد غلبتان. وكان الأولى بهذا القول أن يجعل أن بلوغ نسبة النقود أو الديون نسبة الثلث تعتبر كثير، انطلاقاً من أن شبهة الربا تعمل عمل الربا.

^١ انظر الدكتور علي محيي الدين القره داغي المرجع السابق ص: ٥٢.

^٢ الدكتور أحمد بزيغ ياسين، بحث مقدم لدورة المجمع الثالثة، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص: ٢٠٤٧.

^٣ وما أشير على القول الثاني يثار على القول الثالث حيث إنه لا فرق بينهما من الأثر المترتب وهو وجود شبهة.

^٤ انظر معيار الأيوبي السابق الذكر.

المطلب الثاني وقت تحقق ضابط التبعية وشروطه

حتى يمكن معرفة وقت تحقق التبعية وشروطه، أرى أنه من الضروري معرفة المراد بالغلبة .

المراد بالتبعية: التبعية أو التابع .

وبناء على هذا فما هو وقت تحقق الغلبة وما هي شروطه ، بيان ذلك على هذا النحو :

وقت تحقق التبعية، وشروطه:

سبق بيان أن الاتجاهات في ضابط التبعية قد تعددت، وتبعاً لتعدد الاتجاهات تعددت الآراء في وقت تحقق التبعية، على النحو التالي:

القول الأول : وذهب إلى القول بأن التبعية تتحقق بمجرد اشتغال الوعاء الاستثماري على أي قدر من الأعيان والمنافع أو الخدمات قل أو كثر، فمتى اشتمل الوعاء على أي قدر من الأعيان أو المنافع أو الحقوق كانت النقود والديون تابعة له.

ويشترط لتحقيق التبعية عند أصحاب هذا القول عدة شروط من أهمها :

- (١) ألا يكون النشاط الأصلي للوعاء في النقود أو الديون .
- (٢) ألا تتمحض مكونات موجودات الوعاء نقوداً أو ديوناً ، سواء قبل البدء في النشاط، أو بعد التصفية ، أو أثناء العمل.

القول الثاني : وذهب إلى القول بأن التبعية تتحقق تبعاً لنوع نشاط الوعاء الاستثماري، بمعنى أنه إذا كان النشاط يعمل في الديون الآجلة فالديون تكون أصلاً، وغيرها يكون تابعة لها، وإن كان يعمل في بيع النقود أو الذهب أو الفضة، كانت النقود أصلاً وكان غيرها تابعاً، وإن كان في أنشطة تجارية أو إنتاجية صناعية أو زراعية، كان النشاط أصلاً وكانت النقود والديون تابعة له.

وعلى هذا يكون الشرط لتحقيق تبعية النقود أو الديون للنشاط عند أصحاب هذا القول، هو أن يكون النشاط الأصلي للوعاء في الأنشطة التجارية أو الصناعية أو الزراعية، أي لا يكون العمل الأصلي له في النقود أو الديون .

القول الثالث: وذهب إلى القول بأن التبعية تتحقق بكون النشاط الأصلي للوعاء الاستثماري في الأعيان أو المنافع.

ويشترط لتحقيق التبعية عند أصحاب هذا القول، ألا تقل نسبة الأعيان والمنافع في مكونات موجودات الوعاء عن الثلث.

القول الرابع : وهو للباحث ويرى أن تبعية النقود والديون لنشاط الوعاء تتحقق إذا كان أصل النشاط إنتاجيا. بأن كان يعمل في الصناعة أو الزراعة ، أو الإنتاج الحيواني.

ويشترط لتحقيق التبعية في هذه الحالة أن يتم التبادل حال كون الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري في مرحلة الإنتاج، لا قبل شراء أدوات الإنتاج، أو بعد التصفية.

رأي الباحث : سبق بيان أن الباحث يرى أن العبرة بالنشاط الإنتاجي، وأنه يجوز التداول إذا كان نشاط الوعاء إنتاجيا، حتى ولو كانت النقود أو الديون هي الغالبة، وعدم تتحقق شروط الصرف وبيع الدين، وقد اشترط لتحقيقه أن يتم التبادل حال كون الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري في مرحلة الإنتاج، لا قبل شراء أدوات الإنتاج، أو بعد التصفية. وقد علل ذلك بأنه في هذه الحالة لا يمكن القول بأن التداول قد وقع على نقود بنقود، أو ببيع ديون لغير من هي عليه. كما أنه عند الأخذ بهذا الاتجاه لا يمكن القول بأن المشتري قد قصد الحصول على النقود بمجرد الشراء، أو أنه قد قصد شراء الديون، أما في حالة ما إذا لم يكن النشاط إنتاجيا فلا. ولأن شبهة الربا عند التداول وغلبة النقود على مكونات موجودات الوعاء قائمة في حالة النشاط غير الإنتاجي، أما في حالة النشاط الإنتاجي فلا، والحكم يدور مع العلة وجودا وعدما.

هذا وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

خاتمة البحث

(١) أن التعريف المختار للسهم هو أنه ورقة مالية تمثل حصة شائعة في موجودات الشركة، وأن مالكة يعد مالكا ملكية مباشرة لتلك الموجودات ، وهذا التعريف هو الذي أخذ به مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، في دورته السابعة .

كما أن التعريف للصكوك هو أنها :وثائق أو شهادات مالية متساوية القيمة تمثل حصصا شائعة في ملكية موجودات (أعيان أو منافع أو حقوق أو خليط من الأعيان والمنافع والديون) قائمة فعلا ، أو سيتم إنشاؤها من حصيلة الاكتتاب ، وتصدر وفق عقد شرعي، وتأخذ أحكامه . لأنها

(٢) كما تعرض البحث لبيان الفرق بين : الأسهم والصكوك ، وبين السندات ، من أهمها : أن السند حق على الشيوع في دين نقدي يكون ربويا على الأغلب، وبناء على ذلك يحصل حامل السند على فائدة ربوية مقابل الفائدة المدفوعة على السند .

بناء على ما سبق بيانه، يمكن استخلاص النتائج التالية:

أولا : أن البحث قد تعرض لبيات تعريف اسهم ، وبين أن المختار في تعريفه هو أنه ورقة مالية تمثل حصة شائعة في موجودات الشركة ، وأن مالكة يعد مالكا ملكية مباشرة لتلك الموجودات . و هذا التعريف هو الذي أخذ به مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، في دورته السابعة .

ثانيا : كما تعرض لبيان تعريف الصك ، وبين أن المختار في تعريف الصكوك هو أنها :وثائق أو شهادات مالية متساوية القيمة تمثل حصصا شائعة في ملكية موجودات (أعيان أو منافع أو حقوق أو خليط من الأعيان والمنافع والديون) قائمة فعلا ، أو سيتم إنشاؤها من حصيلة الاكتتاب، وتصدر وفق عقد شرعي ، وتأخذ أحكامه.

ثالثا : كما تعرض البحث لبيان الفرق بين : الأسهم والصكوك، وبين السندات، من أهمها :

- أن حامل السند يحصل على فائدة ربوية مقابل الفائدة المدفوعة على السند ، وقد يكون سعر الفائدة ثابتا ، ومن ثم يكون دخل السند ثابتا ، وقد يكون متغيرا ، ومن ثم يكون الدخل من السند متغيرا، وعلى هذا تكون حيازة السهم وتجارته حرام ، لإفضائه إلى الربا المحرم .
- أما ما يحصل عليه حامل الصك، فهو ربح ناتج عن ملكيته المشاعة في الموجودات التي يمثلها الصك .

• أما بالنسبة لحامل السهم فإن له حقوقا مباشرة على إدارة الشركة ، وله صوت في تعيين الإدارة وعزلها ، كما أن له صوتا في إقرار الحسابات الختامية للشركة.

• كما أن السهم يمثل حصة على المشاع في موجودات أكثر من شركة مساهمة ، وذلك حين يكون السهم حصى في شركة قابضة ذات شركات قابضة.

رابعا : كما تعرض البحث لبيان المراد بتداول الأسهم والصكوك ، وذكر أن المراد به هو بيعها في السوق الثانوية بعد شرائها من قبل المكتتبين.

خامسا : أيضا تعرض البحث لبيان حالات تداول الأسهم والصكوك ، وحكم كل حالة ، وذلك على هذا النحو:

• أنه إذا كانت حصيلة الأسهم أو الصكوك التي يراد تداولها لا تزال نقودا لم تستخدم حصيلتها في الشراء لأعيان أو منافع ، فإنه يشترط لصحة بيعها في هذه الحالة تحقق شروط الصرف من: التقابض في المجلس ، والتماثل بين سعر البيع والقيمة الاسمية للصك أو السهم ، وذلك لأن الصكوك في هذه المرحلة ما زالت تمثل نقوداً فيكون بيعها للنقود ، وهو الصرف. وكذلك في حال ما إذا صارت حصيلتها بعد بيعها نقودا ، حيث لا يجوز بيعها إلا بمثل ما يقابلها في الموجودات.

• وأنه إذا صارت موجودات الأوراق المالية من الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية الأخرى التي يراد تداولها ، قد أصدرت مقابل أعيان موجودة أو منافع ، أو اشترت بها أعيان أو منافع. وبمعنى آخر إذا لم يكن في موجوداتها نقد أو دين ، مثل: صكوك الإجارة ، وبعض الأسهم والصناديق العقارية ، جاز تداولها في هذه الحالة عند تحقق شروط البيع العادية ، وهذا بلا خلاف ، وذلك لأن الأسهم والصكوك في هذه الحالة تمثل الأعيان أو المنافع ، فيكون تداول الأسهم والصكوك عبارة عن بيع لتلك الأعيان أو المنافع .

• أنه إذا كانت الصكوك التي يراد تداولها ، قد أصدرت مقابل أعيان موصوفة في الذمة ، فإنه لا يجوز تداولها في هذه الحالة ، وذلك لاشتغال عملية التداول على بيع ما لم يقبض ، وهو لا يجوز.

• أنه إذا تمحضت موجودات الأسهم والصكوك بعد بيعها ديونا ، فإنه في هذه الحالة يجب أن يطبق عليها حكم التعامل بالديون ، لأن البيع في هذه الحالة يمثل بيعا للدين بالنقد وهو لا يجوز باتفاق الفقهاء لاشتغاله على الربا بنوعيه الفضل والنسيئة ، ومن ثم لا يجوز بيع هذه الأسهم أو الصكوك إلا بعد تحقق شروط بيع الدين.

• أنه إذا صارت الموجودات المراد تداولها خليطاً من النقود والديون والأعيان والمنافع، وكانت الغلبة فيها للأعيان والمنافع، فإن الحكم فيها هو الجواز، وذلك بناء على أن الصكوك في هذه الحالة تمثل الأعيان أو المنافع، فيكون تداول الأسهم والصكوك عبارة عن بيع لتلك الأعيان أو المنافع كما سبق، وهو جائز.

• أما إذا صارت مكونات موجودات الأسهم أو الصكوك خليطاً من النقود والديون والأعيان، أو المنافع، أو الخدمات، وكان غالب الموجودات أو أكثرها من النقود أو الديون، أوهما معاً فيها، إن للعلماء فيها اتجاهات من حيث تحديد القواعد والضوابط الشرعية التي يجب اتباعها عند التداول في هذه الحالة، مما استدعي إعادة بحثها ومناقشتها في كثير من الندوات والمؤتمرات العلمية. وأهم هذه الاتجاهات :

○ الاتجاه الأول : الاعتبار في جواز التداول للغالب من مكونات الموجودات، ومبنى هذا الاتجاه على أن الحكم للأغلب في مكونات الموجودات، فإن كانت الأعيان أو المنافع هي الغالبة، كان لها حكم بيع الأعيان أو المنافع، وإن كانت النقود هي الغالبة كان لها حكم بيع الصرف، وإن كانت الديون هي الغالبة كان لها حكم بيع الديون.

وذلك لأن التداول في حالة غلبة النقود، يؤدي إلى الوقوع في مبادلة النقد بالنقد، دون تحقق الضوابط الشرعية فيه.

وأن التداول في حال غلبة الديون يؤدي إلى بيع الدين لغير من عليه.

○ الاتجاه الثاني : الاعتبار في جواز التداول للشخصية الاعتبارية أو الذمة المالية للشركة. وذلك باعتبار أن الورقة المالية تمثل جزءاً من الشخصية الاعتبارية للشركة، وليست حصة في مكونات موجوداتها، لأن الشخصية الاعتبارية هي التي تملك الموجودات وليس المساهمين.

○ الاتجاه الثالث : الاعتبار في جواز التداول لنشاط الشركة مطلقاً (قاعدة الأصالة والتبعية): ومبنى هذا الاتجاه على أن مقصود المتعاملين من شراء السهم أو الصك، هو نشاط الوعاء الاستثماري وأرباحه، وعليه يجوز التداول حال غلبة النقود والديون دون نظر لشروط الصرف وبيع الديون، وذلك بناء على أن الديون والنقود في الأوعية الاستثمارية تابعة مطلقاً وليست مقصودة من المتعاملين.

○ الاتجاه الرابع : الاعتبار لقاعدة الأصالة والتبعية، وهذا الاتجاه مبني على جعل نشاط الشركة وعملها وأغراضها المصرح بها في النظام الأساسي، هو الأصل المتبوع، والموجودات تابعة، فإن كان غرض الشركة ونشاطها هو العمل في تجارة الأعيان والمنافع والحقوق عن طريق العقود الشرعية كالمراحة والاستصناع

والإجارة ونحوها ، فإن الديون أو النقود الناتجة منها مهما كثرت لا تؤثر في تداول أسهمها إلا في حالات البداية قبل العمل، أو النهاية عند التصفية، وذلك لأن العمل التجاري هو الأصل المتبوع المقصود وأن الديون أو النقود نتجت تبعاً لذلك العمل. أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها هو التعامل في النقود أو الذهب والفضة، فإنه يشترط للتداول في هذه الحالة تحقق شروط الصرف. وإذا كان غرض الشركة ونشاطها هو التعامل في الديون، فإنه يشترط للتداول تحقق شروط بيع الدين. وقد اشترط أصحاب هذا الاتجاه لتحقيق ذلك شروطاً من أهمها :

١. أن تحدد أغراض الشركة بأعمال التجارة والاستثمار أو الصناعة أو الزراعة من خلال العقود الواردة على السلع أو المنافع أو الحقوق ، أي أن لا تحدد أغراضها في الصيرفة، أو بيع الديون.

٢. أن لا تقتصر موجودات الشركة أو الصندوق أو الصكوك على النقود والديون فيكون فيها موجودات مادية أو معنوية من أعيان ومنافع دون النظر إلى النسبة.

٣. أن تكون أعمال البيع والشراء والاستصناع ونحوها هي المقصودة أصالة، وتكون الديون أو النقود قد أتت تابعة غير مقصودة، وإنما اقتضتها طبيعة أنشطة المؤسسة بأن كانت تابعة للأعيان والمنافع، أي أن هناك قصداً تبعياً لها ضمناً.

٤. أن تبدأ المؤسسة ممارسة أنشطتها في الأعيان والمنافع أما قبل ذلك فيكون التداول نقداً بالقيمة المدفوعة.

٥. أن يتوقف التداول عند إعلان التصفية القانونية للمؤسسة .

٦. لا يجوز أن يتخذ القول بالجواز ذريعة أو حيلة لتصكيك الديون وتداولها كأن يتحول نشاط الصندوق إلى المتاجرة بالديون التي نشأت عن السلع ، ويجعل شيء من السلع في الصندوق حيلة للتداول.

• هذا وأنه رغم اتفاق أصحاب هذا الاتجاه على اعتبار النشاط أصلاً متبوعاً، إلا أن بعضهم ذهب إلى التفرقة بين نوعين من الأوراق المالية :

النوع الأول : أوراق مالية تمثل حصصاً مشاعة في مشروع ذي نشاط متحرك، أي يتم تقليب موجوداته، من نقد إلى أعيان أو منافع، ثم نقد أودين وهكذا، ويشتمل هذا النوع على ما يلي :

○ الأسهم في الشركات المساهمة.

○ الوحدات الاستثمارية في الصناديق الاستثمارية.

○ صكوك المشاركة أو المضاربة، حيث توضع متحصلات الصكوك في وعاء استثماري.

○ حصص المشاركة في الودائع الاستثمارية.

وفي هذا النوع يعمل بقاعدة التبعية بالضوابط السابقة، وليس من شرط التبعية في هذه الحالة وجود الشخصية الاعتبارية، وإنما وجود النشاط المتجدد، إذ أن مقصود مشتري السهم أو الوحدة هو المشاركة في نشاط الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري وليس الحصول على النقد أو الدين الذي في موجوداتها.

النوع الثاني: أوراق مالية تمثل حصة مشاعة في أصل من الأصول وليس في منشأة ذات نشاط متجدد، أي لا يتم تقليب الموجودات، وأن هذا النوع يشتمل على:

(1) الصكوك غير صكوك المشاركة والمضاربة.

(2) محافظ التمويل، كأن يكون لدى شركة تمويل محفظة تمويل بالمرابحة، أي ديون مرابحة في ذمم الآخرين أو محفظة تمويل بالإجارة، أي لديها أصول مؤجرة على الآخرين.

(3) وإذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو: التعامل في الديون (التسهيلات) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الديون.

هذا وقد تمت مناقشة الاتجاهات السابقة، واختار الباحث الاتجاه الخامس،

وبيانه:

○ الاتجاه الخامس: الاعتبار في جواز التداول هو: قصد المشتري: وهذا الاتجاه هو رأي الباحث، ومؤداه أن المعول عليه في هذه الحالة هو قصد المشتري، فإذا علمنا أن قصد المشتري هو النقود أو الديون، في حالة غلبة النقود أو الديون على المكونات، قلنا بعدم صحة البيع (التداول) لما فيه من الحرمة، وذلك لأن التداول في هذه الحالة يستدعي تحقق شروط صحة بيع النقد أو شروط صحة بيع الدين، وغالبا ما يصعب تحقيق هذه الشروط. أما إذا علمنا أن المشتري لا يقصد النقود أو الديون، قلنا بجواز البيع.

لكن يثور تساؤل مؤداه، كيف يمكن الوقوف على قصد المشتري وهو أمر باطني لا يمكن الإطلاع عليه.

والجواب: هو أنه رغم أن القصد أمر باطني لكن يمكن الإطلاع عليه من خلال نوع النشاط، وذلك إذا كان نشاط الوعاء الاستثماري إنتاجيا، بأن كان صناعيا أو زراعيا، أو للإنتاج الحيواني أو نحو ذلك من الأنشطة الإنتاجية،

وأنه يشترط لإعمال هذا الاتجاه هوأن يكون التبادل حال كون الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري في مرحلة الإنتاج، لا قبل شراء أدوات الإنتاج، أو بعد التصفية.

سادسا : أيضا تعرض البحث لبيان وقت تحقق الغلبة، وبين الاتجاهات فيه، واختار الرأي القائل بأن الغلبة تتحقق حال بلوغ أحد مكونات الموجودات في الوعاء، نسبة الثلثين (٠/٠٦٦)، وذلك لأنه هو المقبول لغة وفقها ومنطقا، ولأن في العمل به خروجاً من عهدة الحرام (تبادل النقد بالنقد دون تحقق شروط الصرف، وبيع الدين لغير من عليه) بيقين.

سابعا : كذلك تعرض البحث لبيان وقت تحقق ضابط التبعية وشروطه، وبين الاتجاهات فيه، واختار الرأي القائل بأن العبرة بقصد المشتري، وأن ذلك القصد تبين من خلال النشاط الإنتاجي للوعاء. أما في حالة ما إذا لم يكن النشاط إنتاجياً فلا. لأن شبهة الربا عند التداول وغلبة النقود على مكونات موجودات الوعاء قائمة في حالة النشاط غير الإنتاجي، أما في حالة النشاط الإنتاجي فلا، والحكم يدور مع العلة وجوداً وعدمًا.

هذا وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

د. أحمد عبد العليم عبد اللطيف أبو عليو



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

تقويم نقدي للقضايا الشرعية المتعلقة بصكوك الإجارة

إعداد

الأستاذ المشارك الدكتور سعيد محمد بوهراوة
الدكتورة سلمى سيرلي والأستاذ شبانة محمود حسن
الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في المالية الإسلامية
كوالالمبور. ماليزيا

المستخلص

هدفت هذه الورقة إلى بحث موضوع صكوك الإجارة. وقد ركزت على قضيتين فقهييتين طلب مجمع الفقه الإسلامي الموقر بحثهما وهما: أولاً: إصدار صكوك إجارة ملكية الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه تلك الأعيان، وثانياً: إصدار الصكوك وتداولها في إجارة الموصوف في الذمة.

وقد مهدت الورقة للقضيتين ببيان التحديات التي تواجهها الصناعة المالية الإسلامية لاسيما تلك المتعلقة بإدارة السيولة، وتمويل مشاريع التنمية التي تسهم في تمويل البنى التحتية للبلدان الإسلامية، الأمر الذي اقتضى حشد مدخرات كبيرة تنافس تلك التي تحشدتها المؤسسات المالية الوضعية من خلال سندات أو وثائق الاستثمار الربوية.

وتناول المبحث الأول فحص مصطلحات البحث محل الدراسة، حيث انتقدت بعض التعريفات المتداولة للصكوك الإجارة، واقترحت تعريفاً تضمن الأعيان والمنافع والخدمات. وبيّنت بعدها أنواع صكوك الإجارة مركزة على صكوك ملكية الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه تلك الأعيان حيث عرفت أنها "وثائق متساوية القيمة يصدرها مالك عين مؤجرة أو وسيط مالي لغرض بيعها واستيفاء ثمنها من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح العين مملوكة لحملة الصكوك إما ملكية قانونية أو ملكية اقتصادية (ملكية منفعة)، ويتعهد مالك العين بشرائها بقيمتها الاسمية أو السوقية أو سعر يتفق عليه مع حملة الصكوك عند البيع، أو يتعهد حملة الصكوك ببيعها لمن اشترت منه تلك الأعيان بقيمتها الاسمية أو السوقية أو سعر يتفقون عليه مع مالك العين عند البيع". وصكوك إجارة الموصوف في الذمة حيث عرفت أنها: "وثائق متساوية القيمة يصدرها مالك عين أو منفعة أو خدمة موصوفة في الذمة أو وسيط مالي ينوب عنه (شركة ذات أغراض خاصة) لغرض بيعها واستيفاء ثمنها من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح العين أو المنفعة أو الخدمة مملوكة لحملة الصكوك". وبحثت في المحور نفسه تطورات سوق الصكوك فبيّنت بأن إصداراتها تجاوزت سنة 2011م 90 مليار دولار أمريكي، كما بينت أن نسبة صكوك الإجارة مثلت 27% من مجموع الصكوك التي تم إصدارها في السنة نفسها.

أما المبحث الثاني، فقد خصص لبحث التحديات التطبيقية لإصدارات الصكوك أين، تم التركيز على أهم التحديات التطبيقية لصكوك الصكوك، وهي: التحديات التسويقية، وتحديات وعي المستثمرين، وتحديات التصنيف، والتحديات القانونية المتعلقة بملكية الموجودات السيادية.

وخصص المبحث الثالث لبحث القضايا الشرعية المتعلقة بصكوك الإجارة المنتهية بالتمليك وإجارة الموصوف في الذمة، وقد تم بحث قضايا شرعية مشتركة منها قضية ملكية الأعيان المؤجرة ناقشت فيه الصكوك القائمة على الأصول (Asset Based)

والصكوك المدعومة بالأصول (Asset Backed)، بينت فيها أن أكثر من ٩٠٪ من الصكوك تعتمد الصكوك القائمة على الأصول أين لا يكون لحملة الصكوك أي حق على الأصول، وإنما يعتمدون كلياً على المنشئ وجدارته المالية في الدفع، إما من خلال موارده الداخلية أو من خلال قدرته على إعادة التمويل، وهو ما يعني أن صكوك الأعيان المؤجرة القائمة على الأصول لا تلبى مطلباً شرعياً مهماً وهو الانتقال الشرعي والقانوني للملكية الصك. وناقشت كذلك قضية بيع العين والمنفعة، ثم إعادة شراء المنفعة أين ناقشت خلاف العلماء في المسألة وهل المعاملة عينة أو بيع وفاء أو معاملة مشروعة، ورجحت جواز تأجير حملة الصكوك العين لبائعها بعد شرائها، إذا لم يؤل التأجير إلى تملكها لبائعها الأول. وناقشت الورقة كذلك الوعد الملزم بإعادة شراء المالك الأول للعين بعد التأجير فعرضت مذاهب العلماء وأدلتهم في المسألة، وقد رجحت فيها رأي المانع لشراء الأعيان المؤجرة بالقيمة الاسمية، لأن هذا الشرط وغيره من الشروط يجعل العملية مبادلة نقد معجل بنقد مؤجل أكثر منه. واقترحت الورقة في القضية نفسها وضع أحكام استثنائية لشراء مثل هذه الصكوك للحالات التي تكون لديها أزمة حادة في سيولة تهدد مصيرها، من خلال إصدار فتوى مشروطة أو مؤقتة من قبل الهيئات الشرعية تراعي الجانب الاستثنائي لهذه المؤسسات المالية الإسلامية.

أما المحور الثاني من المبحث الثاني، فقد درست فيه إصدار الصكوك وتداولها في إجارة الموصوف في الذمة، أين بينت أن الموصوف في الذمة في صكوك الإجارة إما أن يكون عينا إيجارية موعودا بإجارتها تكون غير موجودة عند التعاقد، أو منفعة عين موصوفة في الذمة يصدر فيها من سيملك هذه المنفعة صكوكا، أو خدمة موصوفة في الذمة يصدر فيها كذلك من سيملك هذه الخدمة صكوكا. أما حكم إصدار صكوك ملكية الأعيان الموصوفة في الذمة وتداولها، فقد ردت فيه الورقة الاختلاف إلى اختلاف الفقهاء في الحكم الشرعي لإجارة العين الموصوفة في الذمة حيث منعها الحنفية، وأجازها الجمهور. وعرضت بعدها رأي من منع إصدار صكوك بها، وفندت هذا الرأي ورجحت جواز إصدار صكوك بها. وناقشت بعدها آراء العلماء في تداولها قبل تعيين العين إذا تم تحديد مواصفاتها بدقة، لأنها تمثل أصولاً موصوفة في الذمة يتم تسليمها إلى حملة الصكوك في آجال محددة ليؤجروها إلى المصدر إجارة تشغيلية أو إجارة منتهية بالتمليك، وهو ما يعطيها أحكام عقد السلم، وقد رجح البحث جواز التصرف في السلم بالبيع والشراء قبل قبضه، مع التنبيه على اعتبار ما يراه الاقتصاديون من مآلات التجويز، خاصة في مجال الآثار الاقتصادية. أما القضية الأخيرة في هذا المبحث فقد تناولت حكم إصدار صكوك ملكية المنافع الموصوفة في الذمة وتداولها، وقد رجحت فيه رأي جمهور العلماء بجواز إصدار صكوك ملكية منافع الأعيان المؤجرة الموصوفة في الذمة. وبحثت بعدها حكم تداولها حيث ناقشت رأي المانع

وهم الجمهور ورأي المجيزين وهم جملة من العلماء المعاصرين رجحت عقبتها جواز تداولها إستنادا إلى ما تم ترجيحه في مسألة تداول صكوك ملكية الأعيان الموصوفة في الذمة. وختمت الورقة بعرض جملة من نتائج البحث، وقدمت بعض التوصيات والمقترحات لتعميق البحث في المسألة، وتقديم رأي فقهي يشارك في صياغته الفقيه والاقتصادي والمهني.

لقد شهدت الصناعة المالية الإسلامية في العقدین الأخيرین تحديات كبيرة تزامنت مع انتشارها العالمي وتوسع دائرة متعاملیها وزيادة موجوداتها. فقد ترتبت على توسع المالية الإسلامية تحديات تعلقت بإدارة سيولتها من حيث العرض والطلب، وكذا الاستجابة لمشاريع تمويل عمليات التنمية على الصعيدين الوطني والدولي من خلال تمويل حكومات وشركات ضخمة. وقد حتم عليها هذا الوضع الجديد التحرك للحصول على تدفقات نقدية تمويلية ضخمة. وبما أن المؤسسات المالية لا تستطيع الاستجابة لهذه التحديات بإصدار سندات دين قائمة على الربا كونها تضاد المبادئ الشرعية التي قامت على أساسها، تحتم عليها البحث عن بدائل إسلامية تؤدي الغرض نفسه دون الوقوع في الربا. وقد كللت جهود المؤسسات المالية وكذا المجامع الفقهية بتقديم بديل لهذه السندات الربوية تمثل في سندات إسلامية أو صكوك تلتزم الشريعة الإسلامية وتستجيب للطلب المتزايد للتمويلات الضخمة التي تتوافق مع الشريعة الإسلامية، وقد حظيت صكوك الإجارة ولا تزال بالتفضيل كونها تمثل أصولاً حقيقية ثابتة تسهم في الإنتاج الحقيقي لاقتصاد البلد، وتقدم للمشاريع التمويلية قيمة مضافة. غير أن هذه الصكوك واجهت في تطبيقاتها بعض الانتقادات، كما واجهت في تطويرها بعض الإشكالات. وهذه الورقة دراسة تقويمية نقدية لنوعين من صكوك الإجارة ارتأى مجمع الفقه الإسلامي الدولي بحثهما في دورته العشرين، وهما أولاً: صكوك ملكية الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك وحكم إصدارها وتدوالها إذا انتهت بالتمليك على من اشترت منه تلك الأعيان، وثانياً: حكم إصدار صكوك وتدوالها في إجارة الموصوف في الذمة، وسيتم بحث هذا الموضوع من خلال المباحث الآتية:

- المبحث الأول: تعريف الصكوك وتطور سوقها
- المبحث الثاني: تعريف صكوك الإجارة وبيان أنواعها
- المبحث الثالث: التحديات التطبيقية لإصدارات الصكوك
- المبحث الرابع: القضايا الشرعية المتعلقة بصكوك الإجارة المنتهية بالتمليك وإجارة الموصوف في الذمة
- نتائج وتوصيات البحث

المبحث الأول تعريف صكوك الإجارة وأنواعها وتطورات سوق الصكوك

المطلب الأول تعريف صكوك الإجارة وأنواعها أولاً: تعريف الصك لغة واصطلاحاً

الصك لغة:

للصك في اللغة معانٍ متعددة يجمعها أصل واحد هو تلاقي شيئين بقوة وشدة، حتى كأن أحدهما يضرب الآخر^(١). وأصل اسم الصك فارسي ويطلق على الوثيقة المكتوبة مطلقاً، ومنها سميت كتب الأمراء التي يكتبونها لعمالهم بأرزاقهم وأعطياتهم صكوكاً^(٢)، وفي الحديث عن: (أبي هريرة أنه قال لمروان: أحللت بيع الربا، فقال مروان: ما فعلت؟ فقال أبو هريرة أحللت بيع الصكك وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يستوفى. قال فخطب مروان الناس فنهى عن بيعها قال سليمان فنظرت إلى حرس يأخذونها من أيدي الناس)^(٣). فالصك في اللغة اسم للوثيقة المكتوبة.

الصك في الاصطلاح الفقهي والمعاصر:

يطلق الفقهاء اسم الصك على الوثيقة التي توثق لمعاملة أو حق، مثل صك الوقف، وصك البيع وصك الإجارة، والمراد بها الوثائق التي تسجل تلك العقود وتفصيلاتها وشروطها وحقوق المتعاقدين.

وعرف مجلس الخدمات المالية الإسلامية الصكوك في المعيار رقم ٧ بأنها: شهادات يمثل كل صك منها حق ملكية لنسبة مئوية شائعة في موجودات عينية، أو مجموعة مختلطة من الموجودات العينية وغيرها، وقد تكون الموجودات في مشروع محدد أو نشاط استثماري معين، ويشترط أن يكون المشروع أو النشاط متفقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية^(٤).

وقد عرفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية صكوك الاستثمار بأنها: "وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات، أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص"^(٥).

(١) ابن فارس، مقاييس اللغة، ٢/٢٧٦.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، ١٠/٤٥٦، الفيومي، المصباح المنير، ١/٣٤٥، قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، ٢/١٦.

(٣) مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، ح رقم: ١٥٢٨، ٣/١١٦٢.

(٤) انظر المعيار في <http://www.ifsb.org/published.php>.

(٥) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية، طبعة ٢٠١٠م، ص ٢٣٨.

ثانياً: تعريف صكوك الإجارة

عرفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية صكوك الإجارة بحسب أقسامها، حيث يتلخص منها بأنها: "وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها من المالك أو الوسيط لعين مؤجرة أو موعود باستئجارها، [أو منفعة عين موجود، أو منفعة عين موصوفة في الذمة، أو خدمة من طرف معين أو خدمة من طرف موصوف في الذمة] بغرض بيعها واستيفاء ثمنها من حصيلة الاككتاب وتصبح العين مملوكة لحملة الصكوك"^(١).

أما مجمع الفقه الإسلامي الدولي فقد تبنى تعريف صكوك الإجارة الذي يذهب إلى أنها: "سندات ذات قيمة متساوية، تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع ذات دخل"^(٢).

وتعريف المجمع لم يتناول صكوك إجارة الخدمات. وبناء على التعريفين السابقين يمكن تعريف صكوك الإجارة بأنها: "سندات ذات قيمة متساوية، تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات ذات دخل".

ثالثاً: أنواع صكوك الإجارة

يمكن تقسيم صكوك الإجارة إلى أقسام ثلاثة: صكوك ملكية الأعيان المؤجرة، صكوك ملكية المنافع، صكوك ملكية الخدمات. وفيما يأتي بيان هذه الأنواع مجملاً ثم بيان للنوعين محل البحث بتفصيل.

١- صكوك ملكية المنافع، وهي نوعان:

- صكوك ملكية المنافع من مصدر معين وفي هذه الحالة يملك حملة الصكوك منفعة العين التي يكون محلها معيناً بالرؤية والإشارة إليها أو نحو ذلك مما يميزه عن غيره.
- صكوك ملكية المنافع من مصدر موصوف في الذمة، وفي هذه الحالة يملك حملة الصكوك منفعة العين التي يكون محلها دينا متعلقاً بذمة المؤجر.

٢- صكوك ملكية الخدمات، وهي نوعان:

- صكوك ملكية الخدمات من مصدر معين، وفي هذه الحالة يملك حملة الصكوك خدمات يكون مصدرها معيناً بالرؤية والإشارة إليها أو نحو ذلك مما يميزه عن غيره.
- صكوك ملكية الخدمات من مصدر موصوف في الذمة، وفي هذه الحالة يملك حملة الصكوك خدمات يكون مصدرها دينا في ذمة المؤجر.

٣- صكوك ملكية الأعيان المؤجرة، وهي نوعان:

- صكوك الأعيان المؤجرة إما إجارة تشغيلية أو إجارة تنتهي بالتملك، وفي هذه الصورة يملك حملة الصكوك العين وإيرادها الإيجاري.

(١) المعايير الشرعية، ص ٢٣٨، ٢٣٩.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ج ٢، ص ٣٠٩.

• صكوك الأعيان الموعود بتأجيرها أو الموصوفة في الذمة، وفي هذه الحالة يملك حملة الصكوك ما سيتم إنجازها من عين مع إيراداتها الإيجارية.

وهذه الورقة ستقتصر على بحث نوعين من الصكوك وهما أولاً: صكوك ملكية الأعيان المؤجرة المنتهية بالتملك على مصدرها أو صاحب العين المصككة، وثانياً: صكوك إجارة الموصوف في الذمة. وفي الآتي بيان لهذين النوعين.

أ- صكوك ملكية الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتملك على من اشترت منه تلك الأعيان.

يمكن تعريف صكوك إجارة الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتملك على من اشترت منه تلك الأعيان بحسب تطبيقاتها المعاصرة بأنها: وثائق متساوية القيمة يصدرها مالك عين مؤجرة أو وسيط مالي لغرض بيعها واستيفاء ثمنها من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح العين مملوكة لحملة الصكوك إما ملكية قانونية أو ملكية اقتصادية (ملكية منفعة)، ويتعهد مالك العين بشرائها بقيمتها الاسمية أو السوقية أو سعر يتفق عليه مع حملة الصكوك عند البيع، أو يتعهد حملة الصكوك ببيعها لمن اشترت منه تلك الأعيان بقيمتها الاسمية أو السوقية أو سعر يتفقون عليه مع مالك العين عند البيع.

ويتم إصدار هذه الصكوك من خلال الخطوات الآتية:

- (١) يقوم المنشئ وغالباً ما يكون حكومة ببيع أصول يملكها بمقابل كأن يبيع أصولاً بمقابل مقداره ٥٠٠ مليون دولار على سبيل المثال.
- (٢) يقوم الوسيط المالي وغالباً ما يكون الشركة ذات غرض خاص ينشئها المصدر بإنشاء كيان لإدارة الأصول كما يقوم بإصدار صكوك إجارة لجمع مبلغ ٥٠٠ مليون دولار.
- (٣) يتم التصديق على الصكوك من قبل هيئة شرعية عالمية معترف بها.
- (٤) يتم إدراج الصكوك وتصنيفها من قبل وكالة تصنيف دولية.
- (٥) يقوم الوسيط المالي بتأجير الأصول للشركة البائعة للأصول لمدة عشر سنوات على أساس دفعات إيجارية سنوية.
- (٦) تأخذ الحكومة (المنشئ) مبلغ الصكوك وتدفع المستحقات الإيجارية عن فترات الإيجار المحددة - كل ستة أشهر في الغالب - إلى الشركة ذات الغرض الخاص.
- (٧) تقوم الشركة ذات الغرض الخاص بتوزيع مبلغ الإيجار بشكل دوري في شكل قسائم مدفوعة.
- (٨) تتعهد الحكومة أو الشركة المنشئة للصكوك بشراء الأعيان المؤجرة عند نهاية مدة الإيجار المحددة ويكون الشراء عادة بالقيمة الاسمية للصكوك.
- (٩) في نهاية المدة تقوم الشركة ذات الغرض الخاص ببيع الأصول إلى الشركة الأصلية بالسعر الأصلي غالباً، وبهذا تكون الأصول قد رجعت إلى مالكها الأصلي وهو الشركة الأصلية.

(١٠) تقوم الشركة ذات الغرض الخاص بدفع مبلغ البيع إلى حملة الصكوك، وبذلك يكون قد تم استرداد قيمة الصكوك.

صكوك إجارة الموصوف في الذمة

الموصوف في الذمة إما أن يكون عينا أو منفعة أو خدمة موعودا بتأجيرها. وعليه فيمكن تعريف صكوك إجارة الموصوف في الذمة بأنها وثائق متساوية القيمة يصدرها مالك عين أو منفعة أو خدمة موصوفة في الذمة أو وسيط مالي ينوب عنه (شركة ذات أغراض خاصة) لغرض بيعها واستيفاء ثمنها من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح العين أو المنفعة أو الخدمة الموصوفة في الذمة مملوكة لحملة الصكوك.

• وصورة صكوك إجارة الأعيان الموعود بتأجيرها أو الموصوفة في الذمة هي صورة إجارة الأعيان المعينة السابقة الذكر نفسها، غير أن الأعيان في هذه الصورة غير موجودة عند إبرام العقد.

هذا، ويشار إلى أن المنافع والخدمات الموعود بتأجيرها تتفق مع صكوك ملكية الأعيان الموصوفة في الذمة إلا من حيث المحل، حيث تتعلق بالعين في إجارة الأعيان الموعود باستئجارها، وتتعلق بالمنفعة في إجارة المنافع الموصوفة في الذمة، وتتعلق بالخدمة في إجارة الخدمات الموصوفة في الذمة.

المطلب الثاني

تطورات سوق الصكوك

لقد شهدت سوق الصكوك في النظام المالي الإسلامي، نموا مطردا في العقد الماضي باستثناء سنة ٢٠٠٨م عندما شهدت انخفاضا حادا قدر بحوالي ٢١ مليار دولار، وقد أرجع المتخصصون آنذاك انخفاضها إلى الأزمة المالية العالمية، حيث كانت ندرة السيولة، ومنطق الانتظار والترقب من قبل المستثمرين السمة البارزة لتلك السنة. غير أنه في سنة ٢٠١٠م و٢٠١١م عاودت سوق الصكوك نشاطها في السوق المالي المحلي والعالمي، وعادت بقوة في حجم الإصدارات، والدول التي أسهمت فيها. وفي الآتي عرض مختصر لتطورات سوق الصكوك الإسلامية يتناول تقارير ثلاث مؤسسات متخصصة في متابعة سوق الصكوك: مؤسسة الخدمات المعلوماتية للمالية الإسلامية (IFIS)، وتقرير بيت التمويل الكويتي للربع الثالث من سنة ٢٠١١م، تقرير زاوية لإصدار الصكوك عن العام ٢٠١١م.

تقرير مؤسسة الخدمات المعلوماتية للمالية الإسلامية (IFIS)

اصدارات الصكوك للعام ٢٠١١ والرابع الأول من عام ٢٠١٢

2010		2011		٢٠١٠		
مجموع الصكوك المستحقة الأداء	مجموع الصكوك المصدرة	مجموع الصكوك المستحقة الأداء	مجموع الصكوك المصدرة	مجموع الصكوك المستحقة الأداء	مجموع الصكوك المصدرة	
72 16.5	72 16.5	321 36.0	678 67.4	184 19.2	697 44.6	ماليزيا عدد الاصدارات مليار دولار
3 4.1	3 4.1	13 12.5	30 13.1	2 2.2	25 2.9	دول الخليج العربي عدد الاصدارات مليار دولار
83 22.4	83 22.4	373 59.6	801 92.3	211 27.9	814 54.9	المجموع عدد الاصدارات مليار دولار

تقرير بيت التمويل الكويتي للربع الثالث من سنة ٢٠١١م

- بلغ مجموع إصدارات الصكوك في العام ٢٠١١، ٨٠١ إصدارا بقيمة ٩٢,٤ مليار دولار. وهذا يمثل ارتفاعا في الاصدارات بنسبة ٦٨٪ عن العام ٢٠١٠.
- استحوذت ماليزيا على نسبة ٧٣٪ من إجمالي إصدارات الصكوك في العام ٢٠١١. (مقارنة بـ ٨١,٢٪ في العام ٢٠١٠). بينما استحوذت دول الخليج على ١٤٪ من إجمالي الإصدارات العالمية للصكوك في العام ٢٠١١. (مقارنة بـ ٥٪ في العام ٢٠١٠).
- على مدى سنوات، حققت سوق الصكوك نموا سنويا يتراوح ما بين ١٠٪ - ١٥٪ لتصل إلى ما يقارب ١٧٠,٣ مليارات من إصدارات الصكوك المستحقة السداد بنهاية الربع الثالث من العام ٢٠١١. وقد شكل هذا الرقم حوالي ١٤,٣٪ من نسبة أصول المصرفية الإسلامية على المستوى العالمي.

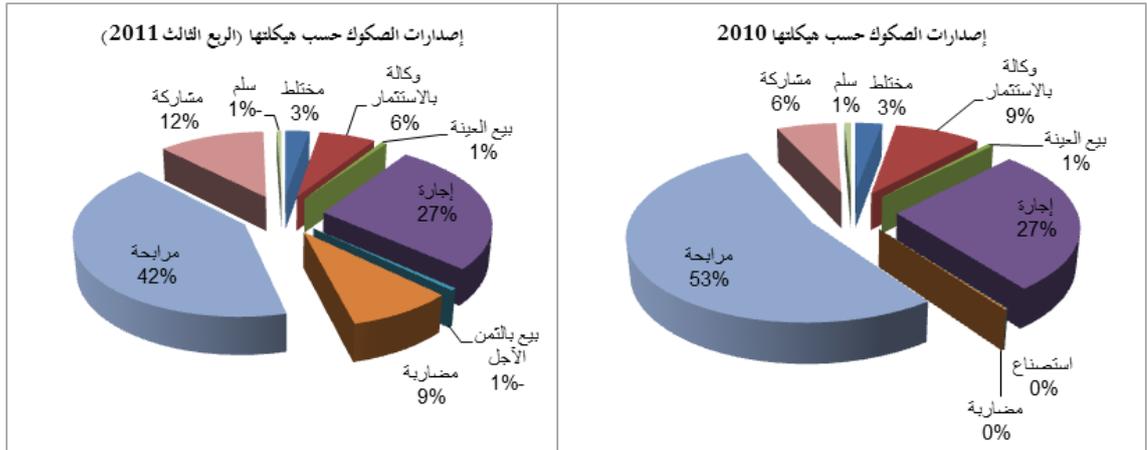
وأما الربع الرابع من العام ٢٠١١ فقد تم ترتيب إصدار عدد من الصكوك البارزة والتي من المتوقع أن تسهم بـ ١٦ مليار دولار في شكل إصدارات جديدة.^(١)

(١) بيت التمويل الكويتي، ٢١ أكتوبر ٢٠١١. تقرير عن إصدارات الصكوك العالمية. الربع الثالث ٢٠١١.

أكبر عشر إصدارات عالمية للصكوك

نوع الصكوك	الفترة (بالسنوات)	الحجم (بالمليون)	تاريخ الاصدار	العملة	الدولة	الهيكله	الصكوك	
سيادي	٣	٩,٠٦٢	يناير	ريال قطري	قطر	اجارة	الصكوك السيادية القطرية ٢٠١٤	١
سيادي	٥	١,٢٠٠	يوليو	دولار أمريكي	ماليزيا	وكالة	صكوك وكالة الدولية (تجزئة ١)	٢
شبه سيادي	٥	١,٠٢٥	اغسطس	درهم اماراتي	الإمارات	اجارة	صكوك نخيل ٤ (تجزئة ١)	٣
سيادي	٧	١,٠٠٠	نوفمبر	دولار أمريكي	اندونيسيا	اجارة	صكوك اندونيسيا العالمية ٢	٤
شركات	١٤	١,٠٠٠	اكتوبر	ريال سعودي	السعودية	مشاركة	صكوك شركة أرامكو السعودية للتكرير والبتروكيماويات	٥
سيادي	٣	٧٧٥	ديسمبر	روبية باكستاني	باكستان	إجارة	صكوك الإجارة للحكومة الباكستانية (تجزئة ٣)	٦
شبه سيادي	٥	٧٥٠	مايو	دولار أمريكي	السعودية	وكالة بالاستثمار	صكوك بنك التنمية الإسلامي (مسلسل ٧)	٧
سيادي	٧	٧٥٠	نوفمبر	دولار أمريكي	البحرين	إجارة	شركة CBB الدولية	٨
شركات	٥	٦٥٠	اغسطس	دولار أمريكي	الإمارات	وكالة	بنك الخليج الأول	٩
سيادي	٥	٥٣٠	ابريل	دينار بحريني	البحرين	إجارة	صكوك الإجارة (البحرين #١٧)	١٠

المصدر: بيت التمويل الكويتي، ٢١ اكتوبر ٢٠١١. تقرير عن إصدارات الصكوك العالمية. الربع الثالث ٢٠١١م



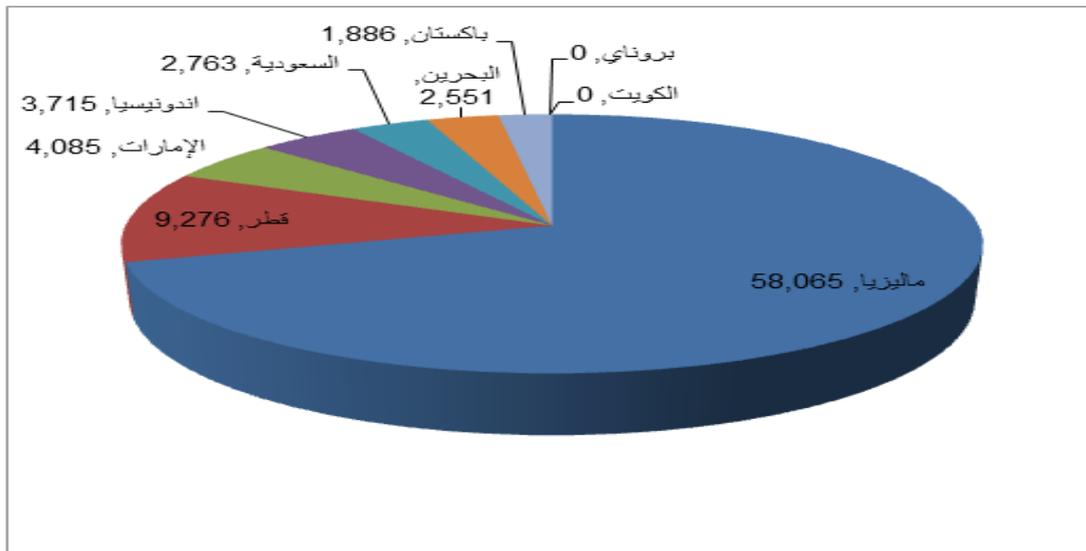
المصدر: بيت التمويل الكويتي، ٢١ أكتوبر ٢٠١١. تقرير عن الصكوك العالمية للربع الثالث من العام ٢٠١١.

تقرير زاوية لإصدار الصكوك عن العام ٢٠١١م

يمكن تلخيص تقرير زاوية لإصدار الصكوك في الآتي:

- تم إصدار صكوك عالمية بقيمة ٨٤,٤ مليار دولار بارتفاع بلغت نسبته ٦٢٪ عن العام الذي سبقه (٢٠١٠م).
- استحوذت ماليزيا على نسبة ٦٨,٧٪ من قيمة هذه الإصدارات، بينما استحوذ الشرق الأوسط وشمال أفريقيا على نسبة ٢٣٪.
- مزيد من الدول انضمت إلى نادي الدول المصدرة للصكوك كما تم استخدام مزيد من العملات في إصدارات الصكوك.
- ما زالت الصكوك السيادية والمحلية هي المهيمنة على سوق الصكوك.

إصدارات الصكوك حسب الدول (بالمليون دولار)



خلاصة

إن أهم ما يمكن أن نستخلصه من عرض تطورات إصدار الصكوك هو أن إصدارها شهد سنة ٢٠١١ نمواً سريعاً قارب ٧٠٪ من الصكوك المصدرة سنة ٢٠١٠م، وقد تجاوزت الإصدارات ٩٠ مليار دولار أمريكي. كما يلاحظ أن نسبة صكوك الإجارة مثلت ٢٧٪ من مجموع الصكوك التي تم إصدارها في السنة نفسها، وقد توزعت هذه الصكوك على جل الدول التي أسهمت في إصدارات للصكوك.

المبحث الثاني التحديات التطبيقية لإصدارات الصكوك

قبل الخوض في بحث القضايا الشرعية المتعلقة بصكوك الإجارة وبيان حكمها الشرعي، يتعين علينا بحث مختصر للتحديات التي تواجهها المؤسسات المالية عند إصدار الصكوك، وبحث إمكانية تأثيرها في الحكم الشرعي في إصدار وتداول هذه الصكوك لاسيما إذا كان هذا الحكم الشرعي مبنيا على أدلة ظنية اجتهادية. وأهم التحديات التي تواجه مصدري الصكوك تتناول الآتي:

المطلب الأول التحديات التسويقية

إن الغرض من إصدار الصكوك هو إيجاد بديل مالي للسندات الربوية المحرمة يلتزم أحكام الشريعة الإسلامية، ويدير السيولة في حالة الفائض والعجز بما يحقق مصلحة المتعاملين كما يحشد المدخرات ويوفر السيولة للمشاريع الضخمة لاسيما تلك التي تضطلع بها الحكومات لتشييد البنى التحتية. وبما أن المؤسسات المالية التي تتداول هذه الصكوك مؤسسات ربحية، فإنه لا يمكن إصدار صكوك وعرضها في السوق المالية إلا إذا توافرت هذه الصكوك على ميزات مالية تعدل أو تفوق تلك التي تقدمها المؤسسات المالية الربوية. وعليه فإن ما تضعه مؤسسات إصدار الصكوك في الاعتبار عند هندستها لهذه الصكوك، توفرها على ضمان رأس مال المتعاملين وتحقيق الربحية لهم، ولا شك أن صكوكا لا تضمن رأس المال ناهيك عن ضمان الفائدة، لا يكون لها في نظر المصدرين جدوى اقتصادية، لأنها لن تجد لها سوقا ولا مستثمرين يقبلون عليها.

المطلب الثاني تحديات وعي المستثمرين

إن نجاح هندسة الصكوك الإسلامية ينبغي أن يأخذ بعين الاعتبار المكتتبين وطالبي التمويل. وواقع السوق المالية الإسلامية يعيش معادلتين صعبين:

أولهما معادلة وعي المتعاملين الديني فيما يتعلق بالمعاملات الخالية من المخالفات الشرعية. وقد أثبتت بعض الدراسات وكذا ثبت بالتجربة الميدانية أن شريحة عريضة من العملاء لاسيما المؤسسات التي تستثمر في هذه الصكوك لا تضع الانضباط بالشرعية الإسلامية ضمن أولوياتها، وإنما تضع جانب ضمان رأس المال والربحية ضمن أولوياتها الاستثمارية، وقد أجري بماليزيا استبيان قبل خمس سنوات سئل فيه شريحة من المتعاملين فيما سئلوا عن اختيار مصرف الاستثمار فيما إذا أعطى المصرف الإسلامي فائدة أقل من المصرف الوضعي، أو مؤل بربحية أكثر من قرض المصرف الوضعي فكان جواب نسبة

كبيرة ممن لهم حسابات في مصارف إسلامية أنهم سيتحولون إلى المصارف الوضعية. فمعاملو المؤسسات المالية لا يدفعهم كلهم البعد الديني، وهو ما يحسب له مصدر الصكوك حسابهم عند هندستها.

وثاني المعادلتين أن المكتبتين في الصكوك الإسلامية ليسوا كلهم مسلمين، فبعض المؤسسات المالية الإسلامية في ماليزيا يتجاوز فيها المتعاملون غير المسلمين ٥٠٪، بل إن شريحة من الصكوك تتداول في الدول الغربية مثل لندن وأمريكا وغيرها من الدول، وهو ما يعني أن البعد التسويقي المنافس للمنتجات المالية أمر محوري لاستمرار هذه المؤسسات وبقائها، وهو ما يثير إشكالية واقع المؤسسات المالية الإسلامية، وأهدافها النظرية.

المطلب الثالث

تحديات التصنيف

إن نجاح إصدار الصكوك وتداولها بحكم ضغط الواقع المالي العالمي، وبحكم أن كثيرا منها موجه إلى السوق العالمية مرهون بتصنيفها العالي. ذلك لأن المستثمرين والمؤسسات المالية الراغبة في شرائها لا تقبل عليها إلا إذا حظيت هذه الصكوك بتصنيف عال و ضمانات مرضية. وبما أن التصنيف المعتبر عالميا تسيطر عليه وكالات عالمية ذات مقاربة وضعية مثل ستاندارز أند بورز وموديز وغيرهما... فإن هذه الوكالات تعتمد في تصنيفها للصكوك المعايير نفسها التي تعتمد في تصنيف السندات، حيث إن ما يهمها هو الجدارة الائتمانية لمصدر الصكوك، وكذا الضمانات التي يقدمها لحملة هذه الصكوك سواء تلك المتعلقة برأس المال أو العائد، وهذا من دون شك يمثل عائقا لمصدري الصكوك حيث إنهم إن لم يعتمدوا معايير هذه الوكالات سيكون تصنيف صكوكهم نازلا، وهو ما سيؤثر لا محالة في كفاءة هذه الصكوك، ومن ثم قدرتها على منافسة سوق السندات الربوية.

المطلب الرابع

التحديات القانونية المتعلقة بملكية الموجودات السيادية

من الإشكالات التي تواجهها صكوك الإجارة من حيث التطبيق العملي في الدول الإسلامية لاسيما دول مجلس التعاون الخليجي إشكالية نقل ملكية الموجودات لاسيما السيادية منها إلى المستثمرين الأجانب. ذلك أن هذه البلدان وإن نصت في إصداراتها لصكوك الأعيان المؤجرة أنه يمكن شراؤها من قبل المستثمرين المحليين والأجانب، غير أن قوانينها لا تسمح بتملك الأجانب لممتلكات هذه البلاد. وهو ما دفع بحكومات هذه البلدان إلى اللجوء إما إلى النص على أن هذه صكوك قائمة على الأصول **Asset-based Sukuk**، وأن الملكية الحقيقية للموجودات لم تنتقل إلى حملة الصكوك، أو إلى اللجوء إلى الوعد بشراء هذه الصكوك عند إطفائها. أضف إلى ذلك ضعف الأطر القانونية عند التحاكم بسبب

ضعف أو غياب إطار ناظم للحوكمة الشرعية لهذه الصكوك. وبالرغم من محاولة تدارك هذا الضعف من خلال إصدار معايير الحوكمة الشرعية للمؤسسات المالية لاسيما التي أصدرها مجلس الخدمات المالية الإسلامية IFSB أوهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية AAIOfI، وكذا التوجيهات الإرشادية التي أصدرتها بعض البنوك المركزي مثل البنك المركزي الماليزي. إضافة إلى غياب أطر التقاضي أو ضعف تفعيلها، ومراكز التحكيم الدولية المتخصصة في المعاملات المالية الإسلامية دفع بقانوني مصدري الصكوك إلى أن يهندسوا هذه الصكوك وفقا للقانون البريطاني أو القوانين المحلية، الأمر الذي أثر سلبا على الاستثمار في هذه الصكوك.

المبحث الثالث

القضايا الشرعية المتعلقة بصكوك الإجارة المنتهية بالتمليك وإجارة الموصوف في الذمة

إن أهم ما يمكن الوقوف عليه في هذين النوعين من الإجارة من قضايا شرعية تحتاج إلى بيان الحكم الشرعي فيها: هي: ملكية الأعيان المؤجرة، وبيع العين والمنفعة ثم إعادة شراء المنفعة، والوعد الملزم بإعادة شراء العين بعد التأجير، وأحكاماً أخرى سيأتي بيانها فيما يأتي:

المطلب الأول

ملكية الأعيان المؤجرة

من القضايا الفقهية الشائكة في صكوك الأعيان المؤجرة ما يتعلق بجهة ملكيتها. فمن يملك الأعيان المؤجرة حال الإجارة؟ ويثور إشكال ملكية الأعيان المؤجرة ومدى انتقالها إلى حملة الصكوك في صكوك الإجارة القائمة على الأصول (Asset-Based Sukuk) وهي تمثل أكثر من ٩٠٪ من صكوك الإجارة التي تم إصدارها خلافاً للصكوك المدعومة بالأصول (Asset Backed) التي تمثل نسبة قليلة جداً من مجموع هذه الصكوك.

ولتوضيح مسألة الصكوك القائمة على الأصول، والصكوك المدعومة بالأصول لابد من عرض مختصر لطبيعة هذين النوعين من الصكوك والتداعيات القانونية والشرعية التي تترتب عليهما.

لقد رسمت وكالة التصنيف موديز^(١) Moody's ومجلس الخدمات المالية الإسلامية **The Islamic Financial Services Board (IFSB)** ووكالة التصنيف الماليزية **RAM**. طبيعة العلاقة بين المصدر وحملة الصكوك من حيث الأصول مصدر التصكيك التي يغلب عليها منتج صكوك الإجارة، من خلال بيانها لنوعين من الصكوك.

فقد ميزت وكالة موديز في تقريرها عن الصكوك الصادر سنة ٢٠٠٦م بوضوح بين نوعين من الصكوك: **الصكوك المدعومة بالأصول (Asset- Backed Sukuk) والصكوك القائمة على الأصول (Asset- Based Sukuk)**.

فالصكوك المدعومة بالأصول هي تلك التي "يتمتع فيها المستثمرون بدعم الأصول محل العقد وضماتها، بحيث يتمتعون بشكل من أشكال الضمانات على الأصول. فهم بناء على هذا أفضل حالاً من الدائنين غير المضمونين. وتتناول هذه الضمانات الآتي:

- في حالة تعثر المصدر عن السداد أو صار معسراً، فإن حملة الصكوك بإمكانهم استرداد المخاطر التي يتعرضون لها من خلال السيطرة على الأصول وفي نهاية المطاف تحقيق القيمة منها.

(١) موديز هي إحدى أشهر وكالات التصنيف على المستوى العالمي، وهي مؤسسة أميركية مختصة بدراسة الجدارة المالية للشركات وتصنيفها من حيث هذه الجدارة.

• يتضمن تصكيك الموجودات **بيعا حقيقيا لها**، بحيث يقصى خطر الإفلاس عن المصدر، وكذا تنفذ الضمانات المرتبطة بعملية الإصدار.

وأما **الصكوك القائمة على الأصول** فهي الصكوك التي يتعهد منشئ الصكوك بشرائها من المصدر عند حلول الأجل أو بالتراضي على أجل مبكر بقيمة يتفقان عليها، وهي غالبا مساوية للقيمة الاسمية للصك، وعندئذ تكون القيمة السوقية الحقيقية للصك في الوعد بالشراء لا معنى لها بالنسبة لحملة الصكوك. ويميزها ما يلي:

• لا يكون لحملة الصكوك أي حق على الأصول، وإنما يعتمدون كليا على المنشئ وجدارته المالية في الدفع، إما من خلال موارده الداخلية أو من خلال قدرته على إعادة التمويل.

• إذا لم يستطع المنشئ الوفاء بالتزاماته بإعادة شراء الأصول، فلن يكون حملة الصكوك في موقف تفضيلي على أي دائنين، ولن يكونوا أيضا في موقف أضعف من الدائنين غير المضمونين.

• الوعد بالشراء يضع على قدم المساواة التزامات المنشئ اتجاه حملة الصكوك غير المضمونين بقطع النظر عن كونهم حملة من الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية^(١).

أما مجلس الخدمات المالية الإسلامية (IFSB) فقد ميز في وثيقته الإرشادية رقم ٢ الصادرة عام ٢٠٠٥م في تقسيمه للصكوك بين نوعين رئيسيين من الصكوك وهي: **الصكوك القائمة على الأصول / الموجودات Asset-Based Sukuk** و**الصكوك المبنية على الاستثمار في رؤوس الأموال Equity-Based Sukuk**.

غير أنه تبين من واقع الصكوك الموجودة في السوق أن الشروط المسطرة في وثيقة مجلس الخدمات المالية الإسلامية غير متحققة في جميع الصكوك، بل إن أغلبية هياكل الصكوك الموجودة في السوق لا تعكس ملكية حقيقية لحملة الصكوك على هذه الأصول، الأمر الذي دفع بمجلس الخدمات المالية الإسلامية أن يصدر معيارا إضافيا سنة ٢٠٠٩م، وهو المعيار السابع حول متطلبات كفاية رأس المال بالنسبة للصكوك، والتصكيك والاستثمارات العقارية. ومما تناوله هذا المعيار، كفاية رأس المال بالنسبة لهيكل الصكوك غير المدعومة بالأصول (Non –Asset Backed Sukuk (ABS)، وتقديم إرشادات واضحة بالنسبة للأصول غير المستحقة للاندراج ضمن الصكوك المدعومة بالأصول. وهي إرشادات لا تختلف كثيرا عما جاء في تقسيم موديز لأنواع الصكوك، حيث خلص إلى أن **الصكوك المدعومة بالأصول** تقتضي التحويل الكامل للملكية القانونية بالنسبة للأصول محل العقد، أما **الصكوك القائمة على الأصول** فتقتضي تحويل ملكية المنفعة لحملة الصكوك والرجوع على المنشئ أو المصدر وليس على الأصول. وأن الصكوك المدعومة بالأصول تهتم بكفاءة الأصول على در

(١) انظر A Guide to Rating Islamic Financial Institutions - Moody's Investors Service April 2006 (97226)

الأرباح، بينما يهتم حملة الصكوك في الصكوك القائمة على الأصول بكفاءة المصدر أو المنشئ المالية وقدرته على السداد^(١).

بجانب وكالة موديز للتصنيف، ومجلس الخدمات المالية، فإن الوكالة الماليزية للتصنيف^(٢) RAM Holdings (Rating Agency Malaysia Berhad) قدمت نفس التعريف للصكوك المدعومة بالأصول والصكوك القائمة على الأصول.

بفحص بنود جملة من عقود صكوك الإجارة وغيرها، يتبين أن البنود المؤطرة للعقد وإن كانت تنص على أن حامل الصك هو المالك للمنفعة من الأصول التي قام عليها التصكيك؛ فإنها - لاسيما في محور عوامل المخاطر - تنص بالفعل على أنه ليس ثمة انتقال فعلي للملكية الأعيان من المنشئ إلى حملة الصكوك، وأن ما تم هو انتقال اسمي أو رمزي (nominal transfer) للملكية المنفعة لا للملكية الأصل، والدليل ذلك ما يلي:

- إن الصكوك لم تُزل من سجل المنشئ التجاري وميزانيته العمومية، وهو من الناحية القانونية دليل على استمرار ملكية هذه الأصول من قبل المنشئ، وهو ما يعني أنه في حالة إفلاسه، فإنه لن يكون لدائن أفضلية على آخر، وعليه يتساوى من الناحية القانونية الدائنون من حملة الصكوك القائمة على الأصول، وبقية الدائنين.
- إن غالبية عقود الصكوك القائمة على الأصول التي تم فحصها تنص في بند قيود العقد - عادة في قسم المخاطر - على أن انتقال الملكية من المنشئ إلى حملة الصكوك لم يتم. ومن أمثلة هذا التنصيص ما جاء في نشرة عرض صكوك المشاركة لمصرف أبو ظبي الإسلامي في أنه: "لا يملك حملة الصكوك الحق في التنفيذ على الأصول محل الائتمان، وإن حقوقهم تنحصر في التنفيذ ضد بنك أبو ظبي الإسلامي من خلال إلزامه بشراء نصيب الشريك المصدر في الأصول محل الشراكة بناء على شروط وثيقة الوعد بالشراء"^(٣).
- لا توجد العناية القانونية الواجبة^(٤) في بنود العقد المتعلقة بالمالك للأصول بعد التصكيك، بحيث لا ينص العقد على العلاقة التعاقدية التفصيلية بين المنشئ والمصدر وحملة الصكوك، وإذا علمنا أن الصكوك القائمة على الأصول لا تشتترط بيعا حقيقيا من وجهة نظر قانونية ومحاسبية، تبين بوضوح سبب غياب هذه العناية القانونية الواجبة.

^(١) انظر، المعيار رقم ٧ بند رقم ١٠، ص٤.

^(٢) رام هي الوكالة الماليزية للتصنيف، تأسست سنة ١٩٩٠م، وهي مختصة بتصنيف المؤسسات المالية المحلية وكذا العالمية.

^(٣) انظر، ص٩ و ١٠ (عوامل المخاطر) من نشرة عرض صكوك المشاركة لمصرف أبو ظبي الإسلامي.

^(٤) يقصد بالعناية الواجبة أو الاجتهاد الواجب Due Diligence الاستقصاء الذي يقوم به مشتر محتمل قبل اتخاذ قرار بالشراء أو بالاستثمار، أو كما هو في الولايات المتحدة عبارة عن استقصاء يقوم به تاجر أو سمسار قبل أن يبيع للمستثمرين أوراقاً مالية مُصدرة. انظر التمويل المنظم: مسرد مصطلحات عمليات التوريق ستاندارد أند بورز.

- يفرض المنشئ أو المصدر قيوداً على حملة الصكوك فيما يتعلق بالتصرف في الأصول، وهي قيود تخالف الشروط المحاسبية المنصوص عليها في المعايير المحاسبية الأمريكية وكذا البريطانية. محل الاحتكام القضائي عند النزاع. للبيع الحقيقي للأصول محل التوريق. وقد أظهرت هذه القيود حقيقة العلاقة بين حملة الصكوك والأصول، حيث تبين في مثل أزمة صكوك دار الاستثمار، وصكوك نخيل وصكوك الحزام الذهبي لمجموعة سعد حقيقة هذه العلاقة.
- لا يوجد الاجتهاد الواجب أو العناية الواجبة بجدوى المشروع الاقتصادية. فليس ثمة بحث في المشروع وجدواه الاقتصادية،¹ وتقديرات عوائده، وإنما فيه نص على الفائدة التقريبية للعوائد وهي عادة تعتمد (لايبور) في تقدير النسبة، وإن زادت أخذها المصدر أو المدير كحافز، وإن نقصت قدم المصدر أو المدير قرصاً يسترد، ولا يشترط أن تأتي التدفقات المالية من المشروع محل التصكيك، بل ولا يسأل حملة الصكوك المنشئ أو المصدر عن المشروع أساساً ولا يهتمون به، وهذا الأمر يعني أن المعاملة تعتمد على الوعد بالشراء زائد الربح الدوري في عوائد الصكوك، وهو ما يجعل البحث عن جدوى المشروع بدل المركز المالي للمنشئ أو المصدر غير مجد.

مما سبق يتبين أن صكوك الأعيان المؤجرة القائمة على الأصول لا تلبى مطلباً شرعياً مهماً وهو الانتقال الشرعي والقانوني للملكية الصك، وهو ما يجعل المعاملة توصف في أحسن أحوالها بأنها قرض ورهن للعين المؤجرة لحملة الصكوك يستفيدون من ريعها مدة القرض، ولا يحتاجون لإعادتها إلى صاحبها لأنها باقية معه، وهذه المعاملة يتناولها النهي عن بيع وسلف، وقاعدة كل قرض جر نفعاً فهو ربا.

المطلب الثاني

بيع العين والمنفعة ثم إعادة شراء المنفعة

من العناصر المكونة لعقد صكوك الإجارة اشتراط المنشئ تأجير العين بعد بيعها لحملة الصكوك. وقد اختلفت آراء العلماء في مشروعية هذه العملية.

الرأي الأول: ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة على المذهب عندهم إلى تحريم اشتراط عقد الإجارة في عقد البيع، وعمدتهم في المنع نهي النبي عن بيعتين في بيع، وبيع وشرط.² ورأى بعض المعاصرين أن أقوى سبب في التحريم كون هذا العقد عينة في المنفعة، حيث يتم فيه بيع العين والمنفعة ثم يشتري بالشرط المنفعة دون العين، فإذا اشترطت إجارة العين بعد بيعها، فهذا يعني أن منفعة العين خرجت عن يد المالك ضمن عقد البيع بثمن حاضر، ثم

¹ جاء في نشرة الإصدار العاشر من صكوك الإجارة (مملكة البحرين) ٢٠٠٤م في في التعريف بالعين محل التأجير: (جزء من أرض مطار البحرين الدولي)، دون ذكر لمقدارها ولا المرافق التي ستحويها.

² انظر، ابن قدامة المغنى، ج٦، ص٣٣٣، وكشاف القناع، ج٣، ص١٨١، ونزبه حماد، في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، ص٣٧٤، ٣٧٥.

رجعت المنفعة نفسها إليه بثمن مؤجل أعلى من الثمن الحاضر فتكون عينة في المنفعة. وقد ذكروا أن هذه الصورة تحكمها قاعدة مُدَّ عجوة المعروفة في مبادلة سلعة ونقد بنقد. ولا خلاف بين الفقهاء في منع المعاملة إذا كان النقد المفرد أقل من النقد المضموم للسلعة^(١).

الرأي الثاني: مذهب المالكية في المشهور في المذهب، وهو قول في مذهب الشافعية، ورواية عن الحنابلة، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم واختاره جمهور المعاصرين حيث ذهبوا إلى جواز اشتراط تأجير العين بعد بيعها، وأن كلا العقدين صحيح مع لزوم الشرط، وعدوه شرطاً لا يخالف مقتضى العقد؛ وعمدة جوازهم عموم الأدلة التي توجب الوفاء بالعقود والتي منها قول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(٢)، وحديث "المسلمون على شروطهم"^(٣) وحديث جابر رضي الله عنه أَنَّهُ أَنَّهُ كَانَ يَسِيرُ مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى جَمَلٍ فَأَعْيَا فَأَرَادَ أَنْ يَسِيْبَهُ قَالَ: «فَلَحَقَنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَدَعَا لَهُ وَضْرِبَهُ» قَالَ: «فَسَارَ سَيْرًا لَمْ يَسِرْ مِثْلَهُ» قَالَ: «أَتَبِيعُنِي بِأَوْقِيَةِ؟» وَالْأَوْقِيَةُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا» قَالَ: قُلْتُ: لَا قَالَ: «تَبِيعُنِي؟» فَبَعْتَهُ بِأَوْقِيَةٍ وَاسْتَشْتَيْتَ حَمْلَانَهُ إِلَى أَهْلِي، فَلَمَّا بَلَّغْنَا أَتَيْتَهُ بِالْجَمَلِ فَتَقَدَّنِي ثَمَنَهُ، ثُمَّ رَجَعْتَ فَأَرْسَلْتُ إِلَيْهِ فَقَالَ: «أَتَرَى أَنَّمَا مَا كَسَبْتَ لِأَخِي جَمَلِكَ، خُذْ جَمَلَكَ وَدِرَاهِمَكَ فَهَمَا لَكَ»^(٤).

وقد أخذ العلماء من هذا الحديث جواز البيع مع استثناء المنفعة، كما لو باع شخص داراً واستثنى سكنها شهراً أو سنة.

والذي يترجح لدينا في هذه المسألة جواز تأجير حملة الصكوك العين لبائعها بعد شرائها، إذا لم يؤل التأجير إلى تملكها إلى بائعها الأول، لأنه لا فرق في رأينا بين بيع العين واستثناء المنفعة لأجل، وبيع العين ثم شراء المنفعة لأجل والله أعلم.

المطلب الثالث

الوعد الملزم بإعادة شراء المالك الأول للعين بعد التأجير

الوعد بإعادة شراء صكوك الإجارة بعد التأجير من قبل البائع الأول يتناول الوعد بشرائها بقيمتها السوقية أو قيمة يتفقان عليها عند حلول أجل، أو الوعد بشرائها بقيمتها الاسمية أي بسعرها الذي بيعت به.

عامة العلماء والمجامع الفقهية على جواز الوعد بشراء صكوك الإجارة بالقيمة السوقية أو أية قيمة يتفقان عليها عند إطفاء الصكوك.

(١) انظر بحث الدكتور سامي السويلم: منتجات صكوك الإجارة، مجلة إسرا الدولية للمالية الإسلامية العدد الأول، سنة ٢٠١٠م، ص ١٠٠، والموسوعة الفقهية، ج ٢، ص ٣٨.

(٢) المائدة: ١.

(٣) أخرجه أبو داود وغيره، أبو داود، سنن أبي داود، كتاب في الأفضية، باب في الصلح، رقم ٣٥٩٤، ٣/٣٠٤. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. الترمذي، سنن الترمذي، ٣/٣٤٦.

(٤) النسائي، السنن الكبرى، كتاب السير، ضرب البعير، رقم ٨٧٦٦، ٨/١١٣.

أما شراؤها بالقيمة الاسمية فقد أجازته بعض الهيئات الشرعية في ماليزيا وبعض المعاصرين منهم حسين حامد حسان وعبد الستار أبو غدة، ومحمد علي القري. ومنعه جمهور العلماء وبه صدر نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورته الخامسة عشرة بمسقط (سلطنة عُمان) ١٤ - ١٩ المحرم ١٤٢٥هـ، الموافق له ٦ - ١١ آذار (مارس) ٢٠٠٤م. ومما جاء فيه: " لا يجوز أن يضمن مصدر الصكوك أو مديرها أصل قيمة الصك أو عائده، وإذا هلكت الأعيان المؤجرة كلياً أو جزئياً فإن غرمها على حملة الصكوك"^(١) وجاء به نص معيار هيئة المحاسبة والمراقبة للمؤسسات المالية الإسلامية، ونصه: "يجوز أن يُصدر أحد أطراف الشركة وعدا ملزماً بشراء موجودات الشركة خلال مدتها أو عند التصفية بالقيمة السوقية، أو بما يُتفق عليه عند الشراء، ولا يجوز الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية"^(٢).

وقد استدلت المجيزون لهذا الشرط بأدلة^(٣) منها:

- إن الصكوك تمثل مجموعة من العقود المستوفية لشروطها، ومقتضياتها الشرعية، فلا وجه لتحريمها، واجتماعها بهذه الصيغة يختلف عن الربا، شريطة أن لا تخفي الصورة قرصاً ربوياً.
- المذهب المتبني لقاعدة "الأصل في العقود والشروط الإباحة" مذهب معتبر في المذاهب الفقهية، وقال به جملة من أكابر العلماء المعاصرين، حيث أجازوا الشروط التي لا تخالف مقتضى العقد، وتحقق مصلحة للمتعاقدين، وشرط شراء المصدر الصكوك بالقيمة الاسمية لا يخالف نصاً صريحاً ويحقق مصلحة المتعاقدين، بل يحقق مصلحة لطالبي السيولة.
- ثمة آثار تجيز مثل هذه الشروط منها: " أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية فاشتترطت عليه أنك إن بعتهأ فهي لي بالثمن الذي تبيعها به، فاستفتى في ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقال له عمر: "لا تقربها وفيها شرط لأحد"^(٤)، وقد أوردوا ترجيح ابن قدامة لصحة الشرط^(٥).
- هذا الشرط لا يؤدي إلى العينة كما يزعم المانعون، لأن العينة لا تكون إلا في البيع بأجل والشراء بثمن حال حيث تكون السلعة رجعت إلى مالكتها فوراً. فإذا باع العميل العين قام باستئجارها إيجاراً يكون فيه سنوات فلا تتحقق العينة. والهيئات الشرعية

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة عشرة، ج٢، ص٣١٠.

(٢) المعايير الشرعية، ص١٧١.

(٣) انظر: محمد علي القري: أحكام ضمان الصكوك وعوائدها ص٦ وما بعدها. ويبحث حسين حامد حسان حول صكوك الاستثمار، على موقعه: <http://www.hussein-hamed.com/pagedetails.aspx?id=92>.

(٤) البيهقي، السنن الكبرى، جماع أبواب الخراج بالضمنان، باب الشرط الذي يفسد البيع، رقم ١٠٨٢٩، ٥٤٨/٥.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٢٢٨/٤.

التي أجازت هذا النوع من التأجير المنتهي بالتمليك اشترطت مرور فترة لا تقل عن سنة، وهذا مما يفقد العينة مفهومها وجوهرها، وهذا ما عبر عنه الفقهاء بـ "حوالة الأسواق" إذا تخلل بين البيعتين في سلعة واحدة بين طرفين فترة تحصل فيها حوالة الأسواق أو تتغير فيها العين.

• هذا الشرط يتفق ونص المعيار الشرعي رقم ٩ بند ٥\٨ لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ونصه "إذا كانت العين المؤجرة مشترة من المستأجر قبل إجارتها إليه إجارة منتهية بالتمليك، فلا بد لتجنب عقد العينة من مضي مدة تتغير فيها العين المؤجرة"^(١). وما دام شراء العين المؤجرة في صكوك إجارة الأعيان يكون بعد مضي مدة غير قصيرة لا تقل عادة عن خمس سنوات، فإن شراؤها بقيمتها الاسمية ليس فيه شبهة الربا.

أما المانعون لمثل هذا الشرط فقد استدلوا^(٢) إلى ما يأتي:

• إن الوعد الملزم من قبل المصدر أو المدير بشراء موجودات صكوك الإجارة بالقيمة الاسمية هو بمثابة ضمان رأس المال، وهو ممنوع شرعا. أما شراؤها بالقيمة السوقية، فإنه ليس فيه ضمان لهذه الصكوك.

• إن الوعد الملزم بشراء الأعيان المؤجرة بعد بيعها يصير المعاملة صورية، الغرض منها مبادلة نقد معجل بنقد مؤجل أكثر منه. ذلك لأن الأعيان لم تنتقل من المصدر فعلا، وإنما انتقلت بعقد صوري نتج عنه مبادلة نقد عاجل بنقد آجل أكثر منه.

• إن المعاملة في مجملها لا تختلف كثيرا عن صور بيع الوفاء أو بيع الثنيا أو غيرها من الأسماء، لأن في بيع الوفاء يقوم المحتاج للتمويل ببيع عقار بثمن نقدي ثم يستأجره من المشتري مدة معينة بأجرة متفق عليها، على أن البائع متى رد الثمن للمشتري، فإن الأخير يرد عليه العقار^(٣). بل إن بيع الوفاء المتضمن للإجارة من حيث الشكل أبعد عن الربا من صيغة البيع والتأجير المنتهي بالتمليك، لأن الأول فيه خيار عدم السداد، بخلاف الثاني القائم على الوعد الملزم. وهذا يعني أن المصدر للصكوك في حالة بيع الوفاء أو الاستغلال له الخيار في سداد رأس المال واسترجاع الأصل أو العين، أو عدم السداد، ومن ثم عدم استرداد العين. ويترتب على ذلك أن المصدر لا يتحمل مديونية في ذمته من الناحية المحاسبية^(٤).

(١) المعايير الشرعية، ص ١١٨.

(٢) انظر أدلتهم في: محمد تقي عثمانى، الصكوك وتطبيقاتها المعاصر، ونزيه حماد، في فقه المعاملات المالية المعاصرة، ص ٣٩٤ وما بعدها.

(٣) انظر: أبحاث مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة السابعة، ج ٣.

(٤) سامي السويلم، منتجات صكوك الإجارة، ص ١٠٧.

- لو فتحنا هذا الباب لجاز لمديري المصارف الإسلامية أن يضمّنوا رأس مال المودعين بأن يتعهدوا بشراء حصصهم المشاعة في وعاء الاستثمار بقيمتها الاسمية، وبهذا ينتفي الفارق الوحيد بين ودائع المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية.
- إن مقاصد التشريع وأهداف الاقتصاد الإسلامي، تأبى مثل هذه العملية التي اجتمعت فيها معظم خصائص السندات الربوية، لأن الهدف النبيل الذي حُرّم من أجله الربا، هو أن يوزّع محصول العمليات التجارية والصناعية فيما بين الشركاء على أساس عادل. وآليات الصكوك المذكورة تهدم هذا الأساس كلياً، وتجعل الصكوك مشابهة للسندات الربوية سواء بسواء من حيث نتائجها الاقتصادية.
- إن المقصود من إنشاء المصارف الإسلامية هو أن تفتح آفاقاً جديدة للأعمال التجارية والمالية والمصرفية يسود فيها العدل الاجتماعي حسب المبادئ التي وضعتها الشريعة الإسلامية الخالدة لا أن تحاكي المنتجات الربوية بمسميات إسلامية.
- إن التمويل وسيلة للحصول على النقد، والنقد وسيلة للتبادل، وللحصول على السلع والخدمات. أما في الحيل الربوية فإن السلع والخدمات تصبح وسيلة للحصول على النقد والتمويل. فلا عجب بعد ذلك أن تصبح هذه الصيغ أقل كفاءة، وأقل جدوى من التمويل الربوي، فضلاً عن مناقضتها للمنطق الاقتصادي ولقاصد الشريعة الغراء.

رأينا في المسألة

من خلال عرض أدلة المجيزين وأدلة المانعين ترجح لدينا منع هذا الشرط لضعف أدلة المجيزين ولقوة أدلة المانعين.

فدعوى استيفاء العقود لشروطها دعوة تستقيم لو طبق كل عقد بمعزل عن العقد الآخر، أما إذا كانت العقود مترابطة لا تقبل الانفصال والتفكيك ومآلها مبادلة نقد معجل بنقد مؤجل أكثر منه فهو الربا المحرم.

ودعوى حوالة الأسواق قد تصلح مستنداً لو تم فعلاً نقل ملكية العين المؤجرة بجميع تبعاتها إلى حملة الصكوك. أما والعين باقية بيد مصدر الصكوك، وبنود العقد تحمل تبعات التخلف وغيرها على مستأجر العين وهو مصدر الصكوك، ورتبت الإجارة ثم إعادة البيع بحيث يضمن حملة الصكوك رأس المال والفائدة المرتبطة عادة باللايبور، ويضمن مصدر الصك بقاء العين، والنقد العاجل بنقد أجل أكثر منه، يكون الكلام عن حوالة الأسواق غير مستقيم.

وأما الأمثلة التي ساقها مؤيدو اشتراط الوعد بشراء العين، فهي أبعد من أن تصلح شاهداً، فمثال ابن مسعود رضي الله عنه مثلاً يتكلم عن اشتراط إعادة شرائها هو إن رغب

المشتري في بيعها، وقد يرغب المشتري في بيعها وقد لا يرغب، وقد تعرض عليه عند إرادة بيعها فيمتنع عن شرائها، لأنه اشترط الحق في شرائها من غير إلزام.

الشاهد أن هذه الأدلة لا تنهض في وجه أدلة المانعين لأن المانعين فحصوا هذا الشرط ضمن المنظومة الفقهية التي لاحظوا فيها ما يلي:

- إن الصكوك محل البحث صكوك قائمة على الأصول وليست مدعومة بالأصول، وهو ما يعني أن ملكية الأعيان المؤجرة لم تنتقل فعلا إلى حملة الصكوك.
- لا يكون في شرط تأجير البائع للعين من اليوم الأول من إصدار الصكوك شبهة قوية إذا كانت الإجارة تشغيلية. أما وإنها تنتهي بالتمليك للبائع الأول بالقيمة الاسمية مضافا إليها عوائد الإيجار التي تحدد من خلال مؤشر الفائدة اللابيو، لا يقوي فقط شبهة القرض بالفائدة، بل يجعلها في نظرنا واقعا، لاسيما وأن جل الصكوك تضع ضمن شروطها حلول أقساط الإجارة كلها عند تعثر المستأجر.

الحاصل أن هذا الشرط وغيره من الشروط يجعل العملية مبادلة نقد معجل بنقد مؤجل أكثر منه، وهو إن لم يكن الربا الصراح، فهو آخية الربا.

يبقى فقط إشكال يتعلق بمشروعية تداول مثل هذه الصكوك، إذا لم تجد المؤسسات المالية الإسلامية منتجات لإدارة السيولة غيرها في حالة الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، أو تكون لديها أزمة سيولة تهدد مصيرها، لاسيما في ظل النظام المصرفي الذي يطغى عليه البعد التقليدي الذي يسمح باحتياط نقدي يجعل المصارف معرضة في أي لحظة إلى أزمة سيولة، وهو ما يحتاج - عند النظر - إلى إصدار فتوى مشروطة أو مؤقتة من قبل الهيئات الشرعية تراعي الجانب الاستثنائي لهذه المؤسسات المالية الإسلامية في حالة أزمة حادة للسيولة والله أعلم.

والمخرج الوحيد في هذه المعاملة إن تعذر شراء الصكوك بالقيمة السوقية ضمان الطرف الثالث لقيمة هذه الصكوك والله أعلم.

المطلب الرابع

إصدار صكوك ملكية الأعيان الموصوفة في الذمة وتداولها

الموصوف في الذمة في صكوك الإجارة - كما سبق بيانه - إما أن يكون عينا إيجارية موعودا بإجارتها، وتكون عادة ضمن مشروع بناء يصدر فيها من سيملك هذه العين صكوكا، أو منفعة عين موصوفة في الذمة يصدر فيها من سيملك هذه المنفعة صكوكا، أو خدمة موصوفة في الذمة يصدر فيها كذلك من سيملك هذه الخدمة صكوكا. وهذا المطلب سيقتر على بحث حكم إصدار النوعين الأولين وتداولهما.

وصورة هذه المسألة أن تكون العين الإيجارية (عمارة أو مصنعا مثلا) غير موجودة عند التعاقد، أو هي قيد الإنشاء^(١) فيطرح البنك الإسلامي أو من ينوب عنه من الوسطاء المشروع للاكتتاب عن طريق صكوك الإجارة التي تتناول عادة الاستصناع والإجارة، فتحدد مواصفات هذه العين بدقة تتناول مواصفات المبنى أو المرفق بهياكله وخدماته وتقديرات إيراداته الإيجارية.

ويمكن رد الاختلاف في مسألة إصدار صكوك الأعيان الموصوفة في الذمة الموعود باستئجارها إلى اختلاف الفقهاء في الحكم الشرعي لإجارة العين الموصوفة في الذمة حيث ذهبوا فيها مذهبين:

أولاً: مذهب الحنفية حيث منعوا إجارة الأعيان الموصوفة في الذمة، لأن من شرط صحة الإجارة عندهم كون المؤجر معيناً، فلا يجوز عندهم في عقد الإجارة وروده على منفعة غير متعلقة بذات معينة.

ثانياً: مذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة وهو جوازها في الجملة مع اختلافهم في اشتراط تسليم الأجرة في مجلس العقد لتصحيحها^(٢)، وهو ما لا أهمية له في بحث مسألة صكوك الإجارة في التطبيق المعاصر، لأنه لا يتصور إصدار المنشئ أو الوسيط المالي صكوك ملكية أعيان موصوفة في الذمة دون تقديم الأجرة.

أما حكم إصدار صكوك إجارة الأعيان الموصوفة في الذمة، فزيادة على اختلاف العلماء فيما سبق تفصيله في صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك لمن اشترت منه تلك الصكوك، فقد اختلف العلماء في إصدار صكوك ملكية الأعيان التي تتضمن المنفعة الموصوفة في الذمة أو الأعيان الموعود بتأجيرها.

فقد ذهب الدكتور نزيه حماد فيما يفهم من كلامه^(٣) إلى منع إصدار صكوك ملكية الأعيان التي تتضمن منفعة موصوفة في الذمة وتداولها نظراً لجهالة العين التي يمكن للمؤجر أن يقدمها للمستأجر. ذلك لأن طبيعة المنفعة المعقود عليها في إجارة الذمة لا تتعلق بعين محسوسة محددة بذاتها كما في إجارة الأعيان، ولكنها دين متعلق بذمة المؤجر، ويجزئه شرعاً تقديم أية عين تحتوي على تلك المنفعة الثابتة. واستدل بقول السرخسي: "جهالة المستحق بالعقد مفسدة للعقد"^(٤) وقوله: "الجهالة تمنع صحة التمليك"^(٥)، وقول الشوكاني:

(١) هذا النموذج العقدي معمول به بكثرة في ماليزيا حيث تجري فيها عقود المراجحات والإجارة والمشاركات، وتسمى

بالإنجليزية Under construction.

(٢) انظر موضوع إجارة الذمة في: الموسوعة الفقهية، مصطلح إجارة فصل أركان عقد الإجارة. وانظر كذلك نزيه حماد المرجع نفسه، حامد على ميرة، صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، ص ١٦٦ وما بعدها.

(٣) انظر: نزيه حماد، في فقه المعاملات المالية المعاصرة: قراءة جديدة، ص ٣٣٠.

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١: ٢٥.

(٥) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٥٩.

" إن التراضي الذي هو المناط في صحة البيع والشراء ليس بمتحقق مع الجهالة"^(١) ، وقد أسس لقوله بمخالفة هذا التصكيك لمقتضيين اثنين هما: معلومية المنفعة العقود عليها الثابتة في ذمة المؤجر بالوصف المشروط في العقد حيث إجارة الذمة كالسلم في المنافع. والثاني الجهالة الفاحشة في العين التي يجزئ المؤجر تقديمها للمستأجر والتي يترتب على انتهاء إجارة الذمة بتمليكها للمستأجر خصومة ونزاع بين المتعاقدين لا سبيل إلى دفعها أو التحرز منها^(٢) .

القول الثاني: ذهب جمهور المعاصرين إلى جواز إصدار صكوك ملكية الأعيان الموصوفة في الذمة وبه صدر قرارا مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وصدر به البند ٢/٥/١/٥ من معيار صكوك الاستثمار ضمن عنوان صكوك ملكية الموجودات المؤجرة ونصه: المصدر لتلك الصكوك بائع عين مؤجرة، أو عين موعود باستئجارها والمكتتبون فيها مشتررون لها، وحصيلة الاكتتاب هي ثمن الشراء..."^(٣) .

والذي يترجح لدينا قول الجمهور، لأن الدكتور نزيه حماد إذا كان يعني منع إصدار صكوك تمثل أعيانا موعودا بتأجيرها، فإن منعه لإصدار صكوك ملكية منافع موعود باستئجارها لاسيما إذا كان عقد الإجارة الأول إجارة ذمة ينبغي أن يكون من باب أولى وهو ما لم يقل به عند بحثه للملكية المنافع الموصوفة في إجارة الذمة.

الحاصل أن إجازة إصدار صكوك الأعيان الموعود بتأجيرها مع تقنيات تحديد المواصفات التي تكون الجهالة فيها ليست ذات بال، ويكون الغرر فيها يسيرا جدا هو ما نرجحه في هذه المسألة الفقهية.

أما تداول هذه الصكوك قبل تملك حملة الصكوك للأعيان التي تتضمن المنفعة، فقد منع تداولها جمهور العلماء حتى تتعين العين أو يتعين أكثرها، لأن العقد على هذه الأعيان يتم عادة من خلال عقود مركبة منها عقد المرابحة أو الاستصناع. وعليه تكون قيمة هذه الصكوك نقودا ما لم تتحول أو يتحول أكثرها إلى أعيان. وهو ما يمنع تداولها إلا بضوابط صرف النقود، لأن ذلك من قبيل بيع النقد بالنقد. وقالوا بأن تأجير منافع الأعيان الموصوفة في الذمة يؤدي إلى بيع الدين بالدين، كون العين والمنفعة تكون في حكم الدين، فلا يجوز إصدار الصكوك المتداولة بشأنها^(٤) .

وقد صدر بهذا معيار صكوك الاستثمار لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية البند رقم ٤/٢/٥ حيث جاء فيه: "يجوز تداول صكوك ملكية الموجودات

(١) نزيه حماد: في فقه المعاملات المالية المعاصرة: قراءة جديدة ص ٣٢١.

(٢) انظر، نزيه حماد: في فقه المعاملات المالية المعاصرة: قراءة جديدة

(٣) المعايير الشرعية، ص ٢٣٨.

(٤) انظر، على قره داغي: صكوك الإجارة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ج ٢، ص ٢٢٦.

المؤجرة، أو الموعود باستئجارها منذ لحظة إصدارها ومنذ تملك حملة الصكوك للموجودات وحتى نهاية الإصدار"^(١).

رأينا في المسألة

الذي نراه والله أعلم في مسألة تداول صكوك ملكية الأعيان الموصوفة في الذمة جواز تداولها قبل تعين العين إذا تم تحديد مواصفاتها بدقة. ومستندنا في جواز تداولها أنها لا تمثل نقودا أو ديونا عند المكتتبين خلافا لصكوك المرابحة، وإنما تمثل أصولا موصوفة في الذمة يتم تسليمها إلى حملة الصكوك في آجال محددة ليؤجروها إلى المصدر إجازة تشغيلية أو إجازة منتهية بالتمليك. فالمنظومة العقدية التي تنظم هذه الصكوك وإن سميت صكوك إجازة، غير أنها تتناول عقد السلم بالنسبة للعلاقة التعاقدية بين المصدر وحملة الصكوك حيث يعدهم ببناء وتسليم العين إليهم في آجال محددة، وعقد الاستصناع بالنسبة للمصدر مع الصانع، والإجازة المنتهية بالتمليك بالنسبة لعلاقة المصدر مع حملة الصكوك بعد تسليم المبنى (المسلم) لحملة الصكوك. وبما أن اختلاف العلماء في التصرف في السلم بالبيع وغيره قبل قبضه اختلاف معتبر، وأن حجج من أجازوه من المالكية وابن تيمية وابن القيم وجهية، فالأوفق إجازة تداولها، غير أننا لا نرى تداولها إلا عند بداية الشروع في تحصيل العين الموعود باستئجارها، ويكون عادة بشراء الأرض مثلا أو الشروع في وضع حجر الأساس للبناء.

يبقى أن نؤكد على تنبيه ورد في بحث الدكتور معبد على الجارحي والدكتور عبد العظيم أبو زيد فيما يتعلق بتداول صكوك السلم، يتناول اعتماد ما يراه الاقتصاديون من مآلات التجويز، خاصة في مجال الآثار الاقتصادية التي قد تتجم عن احتمال وقوع مضاربات على السلع الأساسية، وكذا الحذر من أن يستخدم السلم كوسيلة للمقامرة على أسعار السلع في الأسواق، حتى لا يتضرر الاقتصاد من جراء المتاجرات المؤدية إلى عدم استقرار الأسواق^(٢).

المطلب الخامس

إصدار صكوك ملكية المنافع الموصوفة في الذمة وتداولها

وصورة هذه المسألة تختلف عن المسألة السابقة، كونها لا تتعلق بعين موصوفة في الذمة، وإنما تتعلق بمنفعة موصوفة في الذمة مثل ملكية منفعة سكنى غرف فندقية لمدد زمنية معينة، وهذه الحالة يتم فيها تحديد العين محل المنفعة تحديدا دقيقا يرفع النزاع.

وقد ذهب جمهور العلماء كما سبق بيانه إلى جواز إصدار صكوك ملكية منافع الأعيان المؤجرة الموصوفة في الذمة وهو ما رجحناه. أما تداولها فقد ذهب العلماء فيه رأيين:

(١) المعايير الشرعية، ص ٢٤٤.

(٢) معبد على الجارحي عبد العظيم أبو زيد: أسواق الصكوك الإسلامية وكيفية الارتقاء بها، بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقويم" التي انعقدت بجدة سنة ٢٠١٠م، ص ٢٧

الرأي الأول: منع تداولها وقد نص على هذا الرأي معيار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية لصكوك الاستثمار حيث جاء في فقرة رقم ٨/٢/٥ ما نصه: "لا يجوز تداول ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة قبل تعيين العين التي تستوفى منها المنفعة إلا بمراعاة ضوابط التصرف في الديون، فإذا تعينت جاز تداول الصكوك"^(١). وجاء كذلك في بحث الدكتور على القره داغي: "والذي نرى رجحانه أن تداول هذه الصكوك بالبيع والشراء إنما يجوز بعد قيام المصدر بتحويل الأموال المكتتبه (قيمة الصكوك) أو أكثرها إلى إجارة معينة. أما قبل ذلك فلا يجوز تداولها، لأنها في حقيقتها لا زالت نقودا لم تتحول كلها، أو أكثرها إلى أعيان مؤجرة، أو حتى منافع محققة"^(٢).

الرأي الثاني: أجاز تداول هذه الصكوك وهو ما رجحه نزيه حماد، وحسين حامد حسان وعبد الستار أبو غدة ومنذر قحف وغيرهم^(٣).

وقد احتجوا على ما ذهبوا إليه بأن تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة إنما هو حوالة للوفاء بالالتزام، وليس بيعا لنفس المنفعة الموصوفة في الذمة. واستدلوا كذلك بمثل من جعلها سلما في المنافع، وأنه يجوز على جملة من جعل إجارة عين موصوفة في الذمة سلم في المنافع.

ونميل إلى ترجيح جواز تداولها استنادا إلى ما تم ترجيحه في مسألة تداول صكوك ملكية الأعيان الموصوفة في الذمة والله أعلم.

(١) المعايير الشرعية، ص ٢٤٤.

(٢) على محي الدين القره داغي: صكوك الإجارة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج ٢، ص ٢٢٦.

(٣) انظر، حسين حامد حسان صكوك الاستثمار مرجع سابق، ومنذر قحف: أساسيات التمويل الإسلامي، ص ٢٣٨، ونزيه حماد: في فقه المعاملات المالية المعاصرة: قراءة جديدة ص ٣٣١.

نتائج البحث وتوصياته

يمكن تلخيص أهم ما توصل إليه البحث من نتائج فيما يأتي:

- إن التحديات التي تواجهها الصناعة المالية الإسلامية لاسيما تلك المتعلقة بإدارة السيولة، وتمويل مشاريع التنمية التي تسهم في تمويل البنى التحتية للبلدان الإسلامية، يقتضي حشد مدخرات كبيرة تنافس تلك التي تحشدتها المؤسسات المالية الوضعية من خلال سندات أو وثائق الاستثمار الربوية.
- إن التعريف المختار لصكوك الإجارة هو أنها: "سندات ذات قيمة متساوية، تمثل حصصاً شائعةً في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات ذات دخل".
- صكوك ملكية الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه تلك الأعيان هي "وثائق متساوية القيمة يصدرها مالك عين مؤجرة أو وسيط مالي لغرض بيعها واستيفاء ثمنها من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح العين مملوكة لحملة الصكوك إما ملكية قانونية أو ملكية اقتصادية (ملكية منفعة)، ويتعهد مالك العين بشرائها بقيمتها الاسمية أو السوقية أو سعر يتفق عليه مع حملة الصكوك عند البيع، أو يتعهد حملة الصكوك ببيعها لمن اشترت منه تلك الأعيان بقيمتها الاسمية أو السوقية أو سعر يتفقون عليه مع مالك العين عند البيع".
- صكوك إجارة الموصوف في الذمة هي: "وثائق متساوية القيمة يصدرها مالك عين أو منفعة أو خدمة موصوفة في الذمة أو وسيط مالي ينوب عنه (شركة ذات أغراض خاصة) لغرض بيعها واستيفاء ثمنها من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح العين أو المنفعة أو الخدمة مملوكة لحملة الصكوك".
- إن إصدارات سوق الصكوك لسنة ٢٠١١م تجاوزت ٩٠ مليار دولار أمريكي، مثلت صكوك الإجارة ٢٧٪ من مجموع الصكوك التي تم إصدارها في السنة نفسها.
- إن أهم التحديات التطبيقية لإصدار الصكوك تناولت التحديات التسويقية، وتحديات وعي المستثمرين، وتحديات التصنيف، والتحديات القانونية المتعلقة بملكية الموجودات السيادية.
- إن أهم القضايا الشرعية المتعلقة بصكوك الإجارة المنتهية بالتمليك وإجارة الموصوف في الذمة هي:

(أ) ملكية الأعيان المؤجرة التي تناولت الصكوك القائمة على الأصول (Asset Based) والصكوك المدعومة بالأصول (Asset Backed). ورجحت أن صكوك الإجارة القائمة على الأصول لا تنتقل فيها ملكية الأعيان إلى حملة الصكوك.

(ب) الراجح في بيع العين والمنفعة ثم إعادة شراء المنفعة جوازه ومن ثم جواز تأجير حملة الصكوك العين لبائعها بعد شرائها ، إذا لم يؤل التأجير إلى تملكها إلى بائعها الأول.

(ج) الراجح في الوعد الملزم بإعادة شراء المالك الأول للعين بعد التأجير رأي المانعين لشراء الأعيان المؤجرة بالقيمة الاسمية.

(د) إن أهم القضايا الشرعية المتعلقة بإصدار الصكوك وتداولها في إجارة الموصوف في الذمة هي:

أ حكم إصدار صكوك ملكية الأعيان الموصوفة في الذمة وتداولها ، والراجح جواز إصدارها وتداولها.

ب حكم إصدار صكوك ملكية المنافع الموصوفة في الذمة وتداولها ، والراجح فيه رأي جمهور العلماء القائل بجواز إصدار صكوك ملكية منافع الأعيان المؤجرة الموصوفة في الذمة وتداولها.

أما التوصيات فيمكن إجمالها فيما يأتي:

- ضرورة إشراك الشرعيين والاقتصاديين والمهنيين في هندسة صكوك الاستثمار الإسلامية ، وذلك لضمان صياغة هذه الصكوك بما يجمع بين الانضباط الشرعي ، وأهداف الاقتصاد الإسلامي ، وحاجات المتعاملين.
- ضرورة تسريع تأسيس هيئات تصنيف إسلامية خالصة تعتمد في تصنيف الصكوك الانضباط الشرعي قبل الاعتبارات القانونية والتسويقية.
- تسهيل عقد لقاءات مشتركة تضم ممثلين عن المجامع الفقهية ووكلاء التصنيف وهيئات المحاسبة والمراجعة ، وكذا الأكاديميين ، وهو ما يمكن من فهم متكامل لمتطلبات إصدار صكوك الاستثمار الإسلامية ، ومن ثم إصدار صكوك تحظى بالقبول الدولي .

تسهيل والله الهادي إلى سواء السبيل والحمد لله رب العالمين

قائمة المراجع

- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد المقدسي أبو محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر، بيروت، ط ١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط ١، دت.
- أبو الحسين أحمد بن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون. اتحاد الكتاب العرب، دط، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
- حامد بن حسن بن محمد على ميرة: صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية (الرياض، دار الميمان للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠٠٨م).
- الدكتور سامي السويلم "منتجات صكوك الإجارة"، مجلة إسرا الدولية للمالية الإسلامية العدد الأول، سنة ٢٠١٠م، ص ١٠٠، والموسوعة الفقهية.
- السرخسي أبو بكر محمد بن أبي سهل، المبسوط، دار الفكر، بيروت، ط ١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- على قره داغي: صكوك الإجارة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
- على محي الدين القره داغي: صكوك الإجارة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة عشرة العدد الخامس عشر ٢٠٠٤م.
- الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت، دط، دت.
- قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، دار النفايس، بيروت، ط ١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة عشرة العدد الخامس عشر ٢٠٠٤م.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة السابعة العدد السابع ١٩٩٢م
- محمد تقي عثمانى، الصكوك وتطبيقاتها المعاصر بحث مقدم للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي. الشارقة، ٢٠٠٩م.
- محمد على القرئ، أحكام ضمان الصكوك وعوائدها بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقييم" التي انعقدت بجدة سنة ٢٠١٠م.
- معبد على الجارحي عبد العظيم أبو زيد: أسواق الصكوك الإسلامية وكيفية الارتقاء بها، بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقييم" التي انعقدت بجدة سنة ٢٠١٠م.

- منذر قحف: أساسيات التمويل الإسلامي (ماليزيا: الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في المالية الإسلامية، ط ١، ٢٠١١م)
- نزيه حماد، في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، دمشق، دار القلم، ط ٢، ٢٠١٠م.
- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية، البحرين: دط، ٢٠١٠م.

المراجع باللغة الإنجليزية

- A Guide to Rating Islamic Financial Institutions - Moody's Investors Service April 2006 (97226)
- Islamic Finance Information Services: <http://www.securities.com/ifis/>
- Resolutions of the Securities Commission Shariah Advisory Council، Kuala Lumpur، 2nd ed.
- The Islamic Financial Services Board (IFSB) <http://www.ifsb.org/published.php>
- <http://www.hussein-hamed.com/>



ندوة (الصكوك الإسلامية : عرض وتقويم)

المنعقدة في رحاب جامعة الملك عبد العزيز بجدة

خلال الفترة ١٠ - ١١ جمادى الآخرة ١٤٣١ هـ ، الموافق ٢٤ - ٢٥ مايو ٢٠١٠ م

بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي،

والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية

التوصيات

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

الرمانة



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد

إنه في يوم الاثنين ١٠ جمادى الآخرة ١٤٣١ هـ ، الموافق ٢٤ مايو ٢٠١٠ م ، وفي رحاب جامعة الملك عبد العزيز العتيدة بجدة (المملكة العربية السعودية) انعقدت ندوة : (الصكوك الإسلامية : عرض وتقويم) بالتعاون بين مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ومركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي كلية الاقتصاد والإدارة بجامعة الملك عبد العزيز ، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية ، بمشاركة جمع من أعضاء مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، وعدد من أساتذة جامعة الملك عبد العزيز ، وبعض المتخصصين في المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، وبعض كبار الفقهاء والاقتصاديين من داخل المملكة العربية السعودية ومن خارجها .

وقد استمرت أعمال هذه الندوة على مدار يومين في سبع جلسات صباحية ومساءً ، قدم خلالها أربعة عشرة بحثاً ، تطرقت إلى دراسة خمسة محاور رئيسية في الموضوع ، نوقشت مناقشة مستفيضة ، وانتهت إلى التوصيات التالية :

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

المحور الأول

الصكوك الإسلامية : رؤية مقاصدية

- أولاً :** يجب أن يشتمل الحكم الشرعي بالجواز على تحقيق مقاصد الشريعة من حيث : سلامة العقد ، وخلوه من الحيل والصورية ، وسلامة ما يؤول إليه العقد من الناحية الشرعية .
- ثانياً :** لزوم التأكد من أن بُنية العقد وهيكلته تُحقق مقتضاه من حيث تحقق الملكية ، وما يترتب عليها من مُكنة التصرف ، وتحقيق القبض وما يترتب عليه من تحمل الضمان ، والمشاركة في العُرم والعُثم في حالات المشاركة .
- ثالثاً :** الحكم الشرعي بالجواز لا بد له من آليات لضبط التطبيق ومعالجة الخلل المتوقع .
- رابعاً :** يجب القيام بالمراجعة الدورية المهمة للتأكد من أن استخدام حصيلة الصكوك يتم في الغرض المحدد لإصدارها ، ومن تطبيق جميع مقتضيات العقود الخاصة بالصكوك .
- خامساً :** يجب أن تُحقق العقود والمستندات الخاصة بالصكوك الإسلامية الفروق الجوهرية للصكوك الشرعية عن السندات من حيث : التصميم والتركيب والتسويق والتسعير .

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

المحور الثاني

إصدار وتداول الأسهم والصكوك وضوابطها الشرعية

أولاً : الإصدار :

أنواع التعهدات التي يقدمها مصدر الصكوك الإسلامية :

(١) التعهد الصادر من مُصدر الصكوك بشراء الأصول أو الأعيان أو الأسهم من حامل الصكوك بالقيمة الاسمية إذا كانت الصكوك تمثل أعياناً مشتراة من المتعهد بالشراء . أنواع :

١.١ . تعهد بالشراء في أجل محدد مسبقاً (أجل الصكوك) .

١.٢ . تعهد بالشراء في حالة تعثر المصدر .

١.٣ . تعهد بالشراء في حالة انخفاض القيمة السوقية للأصول أو الأعيان .

• والأنواع السابقة جميعها لا تجوز شرعاً لاستلزامها للعينة المحرمة شرعاً ، وسداً لذريعة الربا .

(٢) التعهد بغير القيمة الاسمية ، وهو أنواع :

٢.١ . بالقيمة السوقية وقت الشراء .

٢.٢ . بالسعر الذي يتم التراضي عليه وقت الشراء .

• وهذان النوعان يخضعان للنظر الاجتهادي والقرارات السابقة .

(٣) وفي كل الأحوال فإن التعهد قد يكون بشراء :

٣.١ . أصول باعها المصدر لحملة الصكوك ، لها حكم ما سبق في (١) .

٣.٢ . أصول أُشترت أو استصنعت من غير المصدر ، تخضع لأحكام المرابحة للأمر بالشراء أو الاستصناع بالوكالة .

(٤) وهذه التعهدات من حيث التوقيت أنواع :

٤.١ . إذا صدر التعهد قبل بيع الأصول على حملة الصكوك ، وهذه تتضمن العينة بالشرط والتعهد المسبق ، إذا كان في حالة ٣.١ السابقة .

٤.٢ . إذا صدر التعهد بعد بيع الأصول ، وهذا يخضع للدارسة بحسب وجود التواطؤ وعدمه .

(٥) كما أنها من حيث الاشتراط أنواع :

٥.١ . مشروطة صراحة في عقد بيع الأصول .

- ٥.٢ . مشروطة ضمناً في عقد البيع ، أو صراحة في الوثائق المصاحبة .
٥.٣ . غير مشروطة لا ضمناً ولا صراحة ولا بتواطؤ .

• والنوعان الأولان لهما حكم العينة المحرمة شرعا ، أما النوع الثالث فيخضع للدراسة .

**ثانياً : ضوابط تداول الأوراق المالية الإسلامية : (أسهم الشركات المتوافقة مع الشريعة .
صكوك الاستثمار . و وحدات الصناديق الاستثمارية) :**

يراعى عند تداول الأوراق المالية من أسهم أو وحدات استثمار أو صكوك استثمارية ما يلي :

مواضع الاتفاق : وهي تأكيد لما صدر به قرار المجمع رقم : (٤/٣/٣٠)

(١) إذا كانت موجودات الأوراق المالية نقوداً محضه ، فيجب مراعاة أحكام الصرف عند تداولها ، وإذا كانت موجوداتها ديوناً محضه ، فيجب مراعاة أحكام بيع الديون عند تداولها .

(٢) إذا كانت موجودات الأوراق المالية من الأعيان والمنافع والحقوق أو من بعضها وليس فيها نقود أو ديون ، فيجوز تداولها دون مراعاة أحكام الصرف أو بيع الديون .

(٣) إذا كانت موجودات الأوراق المالية مختلطة من الأعيان والمنافع والحقوق والنقود والديون ، وكانت الغلبة للأعيان والمنافع أو الحقوق ، فإنه يجوز التداول وفقاً للسعر المتراضى عليه .

موضع الخلاف :

إذا كانت الغلبة للنقود أو الديون ، ففي ذلك اتجاهان :

الاتجاه الأول :

إذا كانت موجودات الأوراق المالية مختلطة من الأعيان والمنافع والحقوق والنقود والديون وكانت الغلبة للنقود أو الديون ، فيجوز تداولها عملاً بمبدأ التبعية ، دون مراعاة أحكام الصرف أو بيع الديون ، إذا كان النشاط الرئيس للشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري هو في : المتاجرة بالأعيان أو المنافع أو الحقوق ، مع مراعاة أن جواز التداول يكون بعد الشروع في العمل بنسبة لا تقل عن ١٠٪ .

الاتجاه الثاني :

ويرى عدم جواز تداول الصكوك والأسهم والصناديق الاستثمارية ، إذا كانت مكونات موجوداتها مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع ، مع كون الغالب نقوداً

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

أو ديوناً ، لما في ذلك من الوقوع في مبادلة النقد بالنقد ، دون تحقق الضوابط الشرعية فيه ، وهو نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٤/٣/٣٠) ، ولما فيه من بيع الدين لغير من عليه ، وهو قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم قرار رقم: ١٠١ (٤/١١) الذي ينص على : " أنه لا يجوز بيع الدين المؤجل من غير المدين بنقد معجل من جنسه أو من غير جنسه لإفضائه إلى الربا ، كما لا يجوز بيعه بنقد مؤجل من جنسه أو غير جنسه لأنه من بيع الكالء بالكالء المنهي عنه شرعاً. ولا فرق في ذلك بين كون الدين ناشئاً عن قرض أو بيع آجل.

رابعاً : في جميع ما تقدم لا يجوز تداول الأوراق المالية ، في الحالات التي يجوز التداول فيها ، إلا إذا كانت تمثل ملكية حقيقية للأصول محل التصكيك .

خامساً : يوصي المشاركون بمزيد من الدراسة في ندوات لاحقة لموضوع تداول الوحدات الاستثمارية في صناديق المراجعة .

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

المحور الثالث

حكم إصدار الصكوك وتداولها في الإجارة خاصة الموصوفة في الذمة ، والإجارة المنتهية بالتمليك ، وإجارة العين لبائعها

إصدار صكوك تمثل أعياناً مؤجرة على أساس إجارة العين على بائعها مع الوعد بالتمليك :
له حالات :

- (١) إذا وقع بدون شرط ، لا صريح ولا ضمني ، خضع للدراسة ، وقرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي السابقة .
- (٢) إذا وقع بالشرط ، الصريح أو الضمني ، فله حالان :
 - ٢.١ أن يتضمن مبادلة نقد حاضر بمو أجل أكثر منه ، فله حكم العينة المحرمة شرعاً .
 - ٢.٢ ألا يكون كذلك ، خضع للدراسة وفقاً لمباحث بيوع الآجال .
- (٣) أن يقع التعهد في إحدى الحالتين الآتيتين :
 - ٣.١ مع تغير العين . فهذا يخضع للدراسة .
 - ٣.٢ بدون تغير العين . فهذا يخضع لأحكام العينة .
- (٤) التعهد بالشراء (بالقيمة الاسمية أو بغيرها) في نهاية الإجارة (تراجع فقرة التعهدات ، توصيات المحور الثاني . أولاً : (١) .

إصدار صكوك تمثل إجارة الموصوف في الذمة :

- (١) يجب التمييز بين نوعين :
 - ١.١ إجارة عين موصوفة في الذمة ، لا خلاف في أن المنافع في هذه الحالة دين في ذمة المؤجر .
 - ١.٢ إجارة عمل في الذمة ، سواء كان محل العمل موصوفاً أو معيناً ، فهذا يخضع للدراسة نظراً لوجود شرط العمل .
- (٢) صيغة العقد هل هي بلفظ السلم أو الإجارة .
 - ٢.١ مع تعيين الثمن ، يرجع الحكم إلى مسألة تعيين النقود بالتعيين .
 - ٢.٢ بدون تعيين الثمن ، فيجب تعجيل الأجرة .
- (٣) التداول :
 - ٣.١ التداول لصكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين العين ، يخضع لأحكام السلم .

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

٣.٢ التداول لصكوك إجارة الموصوف في الذمة بعد تعيين العين ، تراجع قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي السابقة .

صكوك الحقوق المعنوية :

- صكوك الحقوق المعنوية هي: "أوراق مالية محدّدة المدة، تمثل حصصاً شائعة في ملكية حقوق معنوية، تخوّل مالكيها منافع، وتحمله مسؤوليات بمقدار ملكيته".
- يجوز تصكيك الحقوق المعنوية؛ وذلك بتقسيمها إلى حصص متساوية، وتمثيلها في صيغة صكوك متداولة ، مبنية على هيكلية مشتملة على عقد شرعي أو مجموعة عقود، في صيغة استثمارية مدرة للربح، وطرحها للاكتتاب على مستثمرين، شريطة مراعاة جملة من الضوابط الشرعية ، من أهمها :
 - (١) أن يكون محل التصكيك حقاً معنوياً متقوماً شرعاً ، يصح بيعه والتصرف فيه.
 - (٢) ألا تشتمل هيكلية صكوك الحقوق المعنوية على حيلة ربوية محرّمة، مثل: الهيكلية القائمة على صيغة بيوع العينة، أو الهيكلية القائمة على صيغة بيع الأمانة -بيع الوفاء- .
 - (٣) ألا يكون بيع الحق المعنوي على حملة الصكوك بيعاً صورياً.
 - (٤) يجب أن يشارك حامل الصك في الغنم ، وأن يتحمل من الغرم بنسبة ما تمثله صكوكه من ملكية في الحق المعنوي محل التصكيك، ولا يجوز أن يقدم المصدر أو مدير موجودات الصكوك لحملة الصكوك ضماناً لأصل قيمة الصك إلا في حال تعديه أو تفريطه، كما لا يجوز أن يضمن لهم مقداراً محدداً من الربح.
 - (٥) أن لا يلحق الحق ضرراً بالناس أو بالبيئة .
 - (٦) أن يكون التسعير حقيقياً وليس مجرد تقدير جزائي صادر من جهة أخرى ، كما في حالة شراء الحق من جهة أخرى .
 - (٧) في حال تعهد مصدر الحق المعنوي بإعادة الشراء ، فإن ذلك يخضع لأحكام التعهد بإعادة الشراء المفصلة في المحور الثاني أعلاه .

حكم تداول صكوك الحقوق المعنوية:

إذا كان صك الحقوق المعنوية مستجمعاً للضوابط الشرعية للصكوك عموماً، ولضوابط صكوك الحقوق المعنوية خصوصاً، فالأصل جواز تداوله منذ إصداره؛ لأن هذا التداول يعدُّ بيعاً لحصة مشاعة في حق معنوي متقوم شرعاً .

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

● في حالة بناء هيكله صكوك الحقوق المعنوية على شراء حق معنوي من مالكة -
جهة غير المصدر - ، ثم تأجيرها على المصدر إجازة تشغيلية ، أو إجازة منتهيةً
بالتملك ، فإن هذا الصك يجوز تداوله ؛ لأن التداول في هذه الهيكله يمثل بيعاً
لحصه مشاعه في أصل - وهو الحق المعنوي - .

● في حالة بناء هيكله صكوك الحقوق المعنوية على استئجار حق معنوي من مالكة
لمدة محددة ، ثم إعادة تأجير هذا الحق المعنوي على المصدر أو غيره مدة مماثلة لمدة
عقد الإجازة الأولى أو أقل منها بأجرة مؤجلة . فإنه لا يجوز تداول الصك في هذه
الهيكله إلا وفقاً لضوابط التصرف في الديون ، لأن منفعة الحق المعنوي -
المستأجرة - التي كان يمثلها الصك قد خرجت عن ملكية حملة الصكوك بعقد
التأجير الثاني - التأجير من الباطن - وأصبح الصك بعد ذلك يمثل ديناً ، وهو
الأجرة المؤجلة الواجبة في ذمة مستأجر منفعة الحق المعنوي من حملة الصكوك -
المصدر - .

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع
الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

المحور الرابع

أحكام ضمان الصكوك وعوائدها ، ضمان الطرف الثالث ،

ضمان القيمة الاسمية والعائد ، الضمان بعوض

أولاً : التأكيد على ما ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٣٠/٣(٤) الفقرتين (٤) و (٥) من العنصر الرابع، وما ورد في القرار ١٧٨(٤/١٩) الفقرات (١) و (٢) و (٣) من البند ثالثاً ، وما ورد في قرار المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية من عدم جواز ضمان مُصدر الصكوك للقيمة الاسمية ، أو العائد على الصكوك الإسلامية ، لما يؤول إليه ذلك من الربا والغرر ، ولأنه يفقد الصكوك الإسلامية أهم خصائصها التي تفرق بينها وبين السندات الربوية المحرمة .

ثانياً : منع تعهد المصدر بإعادة شراء الأصول المؤجرة بقيمتها الاسمية ، ولا مانع من أن يتم ذلك بالقيمة السوقية أو بما يتفقان عليه عند إعادة الشراء (إطفاء الصكوك) .

ثالثاً : العمل على تخفيض مخاطر الصكوك عن طريق الوسائل المشروعة المقررة من المجمع والهيئات العلمية مثل :

(١) تكوين مخصصات لمعالجة مخاطر نقص قيمة الصكوك أو عوائدها ، أو المشاركة في صناديق ذات أغراض مماثلة .

(٢) التأمين التكافلي المنضبط بالضوابط الشرعية .

رابعاً : دعوة الجهات التشريعية والتنظيمية إلى توفير البيئة القانونية الملائمة لإصدار الصكوك الإسلامية وتداولها ، لما في ذلك من أثر إيجابي على بيان الحقوق والالتزامات وتخفيض المخاطر ذات العلاقة بالصكوك الإسلامية .

خامساً : دعوة الجهات المنظمة للصناعة المالية الإسلامية والداعمة لها إلى السعي لدى مؤسسات التصنيف المحلية والعالمية لتصنيف الصكوك الإسلامية بحسب طبيعتها وشروطها الشرعية .

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

المحور الخامس

إخفاق بعض إصدارات الصكوك : الأسباب والآثار نظرة شرعية

أولاً : توصيات عامة :

- التأكيد على ملكية الموجودات لحملة الصكوك ملكية حقيقية وقابلة للنفاذ ، ومستمرة إلى غاية الانتهاء من إطفاء الصكوك .
- الدعوة إلى حوكمة الهيئات الخاصة (SPV) جنباً إلى جنب مع مدير الصكوك .
- دعوة الدول الإسلامية إلى تطوير البنية الأساسية للتمويل الإسلامي بما يشمل :
 - إدراج التمويل الإسلامي في القانون المدني (التجاري) .
 - إدراج مفاهيم الصكوك الإسلامية ومتطلباتها في قوانين الأسواق المالية .
 - وضع تشريعات تضبط أعمال البنوك الإسلامية .
- الدعوة إلى إيجاد لجنة لدراسة آليات لحوكمة عمل الهيئات الشرعية .
- دعوة البنوك الإسلامية إلى التقليل من صيغ التمويل التي يترتب عليها ديون مثل : المرابحات والتورق .

ثانياً : مفهوم الإخفاق

عدم قدرة مصدر الصكوك على الوفاء بالتزاماته .

ثالثاً : أسباب الإخفاق

- (١) الأزمة المالية .
- (٢) التركيز على قطاع العقار .
- (٣) افتقار الصكوك إلى الكفاءة المطلوبة .
- (٤) استخدام حصيلة الصكوك في غير ما خصصت له .
- (٥) عدم مراعاة بعض تطبيقات الصكوك للضوابط الشرعية الصادرة عن المجامع الفقهية والمجالس والهيئات الشرعية .

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

مقترحات للدراسة من خلال التوصيات

المحور الثاني :

محاوِر لدراسة الموضوع مستقبلاً :

تداول الأوراق المالية الإسلامية المتضمنة للنقود والديون والأعيان والمنافع لا تخلو من الحالات التالية :

(١) أن تتحقق تبعية النقود والديون للأعيان والمنافع ، فتطبق قاعدة التبعية .

(٢) ألا تتحقق التبعية ، ولها حالان :

٢.١ تحقق ضابط الغلبة ، وحينئذ يكون الحكم للغالب .

٢.٢ غياب ضابط الغلبة ، وحينئذ تطبق قاعدة الفصل بين الموجودات (حديث خبير).

يبقى البحث في :

• متى تتحقق التبعية وما هي ضوابطها ؟ .

• متى يتحقق ضابط الغلبة وما هي ضوابطه ؟ .

وبذلك يمكن تحديد الحالات المختلفة والجمع بين القواعد الشرعية على وجهها .

المحور الثالث :

٣.١ التعهد بشراء الصكوك مع تغير العين .

إصدار صكوك ثمثل إجارة الموصوف في الذمة :

١.٢ إجارة عمل في الذمة ، سواء كان محل العمل موصوفاً أو معيناً ، فهذا يخضع للدراسة نظراً لوجود شرط العمل .

المحور الرابع :

ثانياً : منع تعهد المصدر بإعادة شراء الأصول المؤجرة بقيمتها الاسمية ، ولا مانع من أن يتم ذلك بالقيمة السوقية أو بما يتفقان عليه عند إعادة الشراء (إطفاء الصكوك) .

المحور الخامس :

• دعوة البنوك الإسلامية إلى التقليل من صيغ التمويل التي يترتب عليها ديون مثل : المرابحات والتورق .

والله الموفق ؛؛

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

حكم تداول الأسهم والصكوك وضوابطه الشرعية

في ضوء قاعدة الأصالة والتبعية

مع بيان وقت تحقق ضابط التبعية وشروطه

ووقت تحقق ضابط الغلبة وشروطه

« دراسة فقهية اقتصادية »

إعداد

أ.د. علي محيي الدين القره داغي

الأمين العام للاتحاد العالمي لعلماء المسلمين

ونائب رئيس المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه
ومن تبع هداة إلى يوم الدين وبعد

فلا يخفى أن عملية الاقتصاد المعاصر تسير بسرعة فائقة في عالم المال ، وأن الأفكار الاقتصادية تبعد في كل يوم جملة من الأساليب لتطوير الفكر المالي ، وعدداً من الأدوات لتسهيل عملية الدوران الاقتصادي ، وتبتكر كل الوسائل المتاحة لتسييل رؤوس الأموال بسرعة وسهولة ، وإن من هذه الوسائل الأسهم ، والسندات ، حيث يمكن تسييلها في السوق الأولية والثانوية بسهولة ، وتداولها دون معاناة ، ولذلك دخلت المصارف والشركات الإسلامية في هذا المجال فبالإضافة إلى أسهمها ، فإنها قد تقوم بإصدار سندات مشروعة نسميها بالصكوك ، وبترتيب أوعية استثمارية من خلال صناديق ، أو محافظ استثمارية تقسم أموالها على وحدات متساوية أو حصص متساوية ، حيث يشترك فيها في البداية عدد من المستثمرين فيكثبون فيها ، ثم يأتي دور التداول في الأسواق المالية ، أو حتى عن طريق مصدر هذه الصكوك ، أو الوحدات وحينئذ تقف أمام البنوك والشركات الإسلامية والمستثمرين المسلمين مشكلة وهي أن هذه الأسهم تتحول بعض موجوداتها إلى ديون ونقود ، وقد تزيد نسبتها منفردة أو مجتمعة على الأعيان والمنافع والحقوق ، فهل يطبق على ذلك قواعد الصرف في حالة زيادة النقود ، أو قواعد بيع الدين في حالة زيادة الديون وإذا طبقت هذه القواعد فستحول دون المرونة الممكنة في التداول بالبيع والشراء ، وحينئذ لا تستطيع هذه الأسهم أو الصكوك أن تؤدي دورها المنشود في الوصول بسهولة إلى السيولة .

هذه هي المشكلة التي تحتاج إلى حل ، وسوف نحاول جاهدين (بالاعتماد على الله وحده) أن نطرح عدة حلول لهذه المشكلة ونبذل جهدنا في تأصيلها ، مع مناقشة الآراء المطروحة في هذا المجال مركزين على قاعدة الأصالة والتبعية ، وضوابطها ، داعين الله تعالى أن يوفقنا ويسدد خطانا ويجعل أعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم إنه مولاي فنعم المولى ونعم النصير .

كتبه الفقير إلى ربه

أ.د. علي محيي الدين القره داغي

طرح المشكلة :

قبل أن نعرض المشكلة نبدأ بتعريف الأسهم والسندات المشروعة (الصكوك) الاستثمارية .

أولاً : الأسهم :

هي جمع سهم ، وهو لغة له عدة معان منها : النصيب ، وجمعه : " السُّهُمان " بضم السين ، ومنها العود الذي يكون في طرفه نصل يرمي به عن القوس ، وجمعه : " السهام " ، ومنها : بمعنى القدح الذي يقارع به ، أو يلعب به في الميسر ، ويقال : أسهم بينهم أي أقرع ، وسأهمه أي باراه ولاعبه فغلبه ، وسأهمه أي قاسمه وأخذ سهماً ، أي نصيباً ، جاء في المعجم الوسيط : (ومنه شركة المساهمة)^(١) .

وفي القرآن الكريم (فسأهم فكان من المدحضين)^(٢) ، أي قارع بالسهم فكان من المغلوبين^(٣) . والقانونيون يطلقون السهم مرة على الصك ، ومرة على النصيب ، فبالاعتبار الأول قالوا : السهم هو : صك يمثل جزءاً من رأس مال الشركة ، يزيد وينقص تبعاً لرواجها .

وبالاعتبار الثاني : قالوا : السهم هو نصيب المساهم في شركة من شركات الأموال ، أو الجزء الذي ينقسم على قيمته مجموع رأس مال الشركة المثبت في صك له قيمة اسمية ، حيث تمثل الأسهم في مجموعها رأس مال الشركة ، وتكون متساوية القيمة^(٤) .

وقد عرف مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره الرابع في دورة مؤتمره السابع : (السهم بأنه حصة شائعة في موجودات الشركة وأن شهادة السهم هي وثيقة لإثبات هذا الاستحقاق في الحصة).

وتتميز الأسهم بكونها متساوية القيمة ، وان السهم الواحد لا يتجزأ ، وأن كل نوع منها - عادياً أو ممتازاً - يقوم - من حيث المبدأ - على المساواة في الحقوق والالتزامات وأنه قابل للتداول .

وليس من مهام هذا البحث الدخول في تفاصيل أنواع الأسهم وأحكامها^(٥) ، وإنما الذي يعيننا أن حكم الإسهام من حيث المبدأ أنه مشروع ما لم يكن نشاط الشركة محرماً^(٦) .

(١) القاموس المحيط ، ولسان العرب ، والمعجم الوسيط مادة " سهم " .

(٢) سورة الصافات / الآية (١٤١)

(٣) النكت والعيون للماوردي ، ط.أوقاف الكويت (٤٢٦/٣) ، ويراجع: أحكام القرآن لابن العربي ، ط.دار المعرفة ببيروت (٦٢٢/٤)

(٤) يراجع: د.علي حسن يونس: الشركات التجارية ، ط.الاعتماد بالقاهرة ص٥٣٩ ، ود.شكري حبيب شكري ، وميشيل ميكالا : شركات الأشخاص ، وشركات الأموال علماً وعملاً ، ط.الاسكندرية ص١٨٤ ، ود. صالح بن زابن المرزوقي البقمي " الشركة المساهمة في النظام السعودي " ، ط . جامعة أم القرى ١٤٠٦ هـ ص٣٣٢ ، ود . أبو زيد رضوان : الشركات التجارية في القانون المصري المقارن ، ط . دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٨٩م (ص ٥٢٦)

ثانياً : السندات : وهي من حيث المشروعية وعدمها نوعان :

أ . السند (التقليدي) الذي تصدره الحكومات ، أو الشركات بفوائد محرمة ، فهو في عرف الاقتصاد الحديث عبارة عن أوراق مالية متساوية القيمة قابلة للتداول ، تمثل الديون يتعهد مصدرها بدفع فائدة دورية في تاريخ محدد لحاملها ، وبعبارة أخرى فإن السند عبارة عن صك يمثل حقاً للمقرض . أي الدائن . له قيمة اسمية واحدة وهو قابل للتداول وغير قابل للتجزئة تقدمه الدولة أو الشركة للدائن لقاء قرض مؤجل يتم عن طريق الاكتتاب العام^٣.

وكما تصدر الحكومة السندات كذلك تصدرها بعض المؤسسات والشركات الخاصة في كثير من الدول حين تحتاج إلى أموال جديدة إما لرفع قدراتها ، أو للتوسع في مشاريعها.

والتكيف المتفق عليه عند الاقتصاديين للسندات هو أنها وثيقة بدين ، ولذلك يعامل مالكا كمقرض ، وليس كصاحب سهم ، وتسري عليه القوانين المنظمة للعلاقة بين الدائن والمدين .

والسندات تشترك مع الأسهم في تساوي القيمة الاسمية لكل فئة ، وقابليتها للتداول سواء كانت اسمية ، أم للأمر، أم لحاملها ، وفي عدم قابليتها للتجزئة، غير أن السندات تتميز عن غيرها بالخصائص الآتية :

(١) أن السند يعتبر شهادة دين على الشركة ، وليس جزءاً من رأس المال كما هو الحال في الأسهم.

(٢) حصول صاحبه على الفائدة الدورية المقررة له دون النظر إلى أن الشركة ربحت ، أم خسرت ، أو كانت الأرباح كثيرة ١٩ .

(٣) عدم مشاركة صاحبه في إدارة الشركة .

(٤) تحديده بوقت محدد على عكس الأسهم ، وبالتالي يحصل صاحبه على قيمة سنده وفوائده في التاريخ الذي حدد له دون النظر إلى تصفية الشركة ، ومدده مختلفة أقصرها تسعون يوماً ، وبعضها يمتد إلى مائة عام ، على أن بعض السندات تستمر لحين قيام المصدر باستدعائها ، أو شرائها من السوق .

(١) يراجع بحثنا المفصل حول " الاستثمار في الأسهم وأحكامها " المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي
(٢) وقد صدر قرار من المجمع بذلك في دورته السابعة
(٣) يراجع : د . فوزي عطوي : القانون التجاري ، ط . دار العلوم العربية ، بيروت ١٩٨٦م (ص ٢٨٤) ، ود . جلال وفا محمدين : المبادئ العامة في القانون التجاري ، ط . الدار الجامعية بيروت ١٩٨٨م (ص ١٨٤)

(٥) يحصل حامله على ضمان خاص على بعض موجودات الشركة وقد يكون الضمان عاماً على أموالها ، ولذلك يحصل على حقه في حالات التصفية قبل أن يحصل حامل السهم على أي شيء^١.

حكم السندات :

(أ) السندات التقليدية محرمة باتفاق ، وصدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بحرمته في دورته السادسة (قرار رقم ٦٢ / ١١ / ٦) .

(ب) السندات المشروعة : وهي التي تسمى بصكوك المقارضة أو الإجارة ، أو المشاركة ، أو نحوها ، وهي البديل الإسلامي للسندات التقليدية، حيث صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة بمشروعية صكوك المقارضة إذا توافرت مجموعة من الشروط والضوابط (قرار رقم "٥"د / ٤ / ٨٨/٠٨).

الصكوك :

يقصد بها أداة استثمارية تقوم على تجزأة رأس المال على حصص متساوية ، وذلك بإصدار صكوك ملكية برأس المال على أساس وحدات متساوية القيمة ، ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس المال وما يتحول إليه بنسبة ملكية كل منهم فيه^٢.

المشكلة :

هذه الأسهم ، والصكوك المشروعة ، تمرّ بخمس مراحل :

المرحلة الأولى : التأسيس والاكتمال .

ففي هذه المرحلة يعتبر من يدفع القيمة الاسمية (أو جزءاً منها حسب لوائح الشركات) مشاركاً ، ويعتبر ما دفعه ثمن الأسهم التي اشترك بها ، أو بعض ثمنها ، ويصبح شريكاً بذلك القدر من الأسهم ، وهذا جائز شرعاً .

المرحلة الثانية : مرحلة ما بعد تجميع النقود وقبل أن تتحول إلى أعيان ومنافع

ففي هذه المرحلة لا يجوز للمشاركين أن يبيعوا أسهمهم ، أو صكوكهم ، أو وحداتهم الاستثمارية إلاّ مع تطبيق قواعد الصرف^٣ حسب قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٣٠(٤/٥) ، من ضرورة التماثل والتقابض في المجلس إن كان البيع بنفس النقد (مثل الريال القطري بالريال القطري) ومن ضرورة التقابض في المجلس إن كان بنقد آخر (مثل

(١) المراجع القانونية السابقة

(٢) يراجع قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٣٠(٤/٥)

(٣) فقد ورد في ذلك أحاديث صحيحة منها ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما بسندهم عن أبي صالح قال : (سمعت أبا سعيد الخدري يقول : (الدينار بالدينار ، والدرهم بالدرهم مثلاً بمثل ، من زاد أو أزداد فقد أربى) ووورد بلفظ (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلاّ مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق إلاّ مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا غائباً بحاضر) انظر : صحيح البخاري (٣١/٢)ومسلم (٤٢/٥) وسنن النسائي (٢٢٢/٢) والترمذي (٢٣٤/١) وأحمد (٤/٣) ، ٥١ ، ٦١) وإرواء الغليل (١٨٩/٥)

بيع الريال بالدولار) ولكن يجوز بيعها بالعروض ، أما إذا كانت الحصص المقدمة ، أو أكثرها كانت أعياناً ومنافع وحقوقاً معنوية (حيث تجوز المشاركة بغير النقود أيضاً في القانون ، وكذلك في الفقه الإسلامي على الرأي الراجح)^١ ، وحينئذ لا يمنع التداول بطريق البيع العادي .

وليس في تطبيق قواعد الصرف في حالة كونها نقوداً حرج كبير ، إذ أنها مرحلة قصيرة متحملة ، وغالب الناس لا يدخلون في هذه الشركات أو المحافظ ليوم أو يومين .

المرحلة الثالثة : تحول النقود كلها أو معظمها إلى أعيان ومنافع وحقوق معنوية وظلت هذه النسبة باقية ، أي لم تزد نسبة النقود أو الديون منفردة ، أو مجتمعة على ٥٠% .

ففي هذه الحالة يجوز تداولها ، لأنها في حكم الأعيان والمنافع والحقوق التي يجوز بيعها والتصرف فيها ، كما صدر بذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٣٠ (٤/٥).

المرحلة الرابعة : تحول السلع والأعيان والمنافع كلها أو معظمها إلى أثمان عاجلة (نقود) وأجلة (ديون) من خلال المراجعات والبيع الآجل ، وبالتقسيم ، حيث تتحول الأموال إلى نقود أو ديون للبنوك أو الجهة المصدرة لها .

ففي هذه الحالة لو نظرنا إلى موجودات تلك البنوك ، والصكوك لوجدنا أنها مختلطة من كل هذه الأشياء التي ذكرناها ، وقد تكون نقودها ، أو ديونها منفردة أو مجتمعة أكثر من الأعيان والمنافع والحقوق المعنوية ، فأين الحل^٢ ؟

فإذا تعاملنا مع هذه القضية بنظرة كلية وبالجملة لا بالمفرد ونظرنا إلى مكوناتها نظرة كلية واحدة لربما نجد حلاً ، أو حلولاً لها ، وذلك لأن للاجتماع - كما يقول الإمام الشاطبي - تأثيراً في أحكام لا تكون في حالة الانفراد^٣ ، أما إذا نظرنا إليها نظرة انفرادية وعالجنا كل مكون من مكوناتها علاجاً فردياً خاصاً به بأن ننظر إلى الديون فإن كانت هي الغالبة فقلنا بضرورة تطبيق قواعد بيع الدين وهي قواعد صعبة غير مرنة لا تسمح إلا ببيعها بالأعيان ، أو بشروط صعبة مع خلاف كبير في جواز بيعها^٤. وكذلك الحال في النقود حيث إذا طبقنا عليها قواعد الصرف لحالت فعلاً دون الوصول إلى الهدف المنشود من سهولة تسهيل هذه الأموال وتداولها التداول المطلوب !!

(١) وهذا رأي المالكية ، وأحمد في رواية ، والأوزاعي ، وابن أبي ليلى ، يراجع : المدونة (٦٥/٥، ٦٦) والمغني لابن قدامة (١٧/٥)

(٢) يراجع كتابنا : أثر ديون ونقود الشركة ، أو المحفظة على حكم تداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية (المشكلة والحلول) دراسة فقهية اقتصادية ، ط. المعهد الإسلامي للبحوث التدريب ، التابع لبنك التنمية

(٣) الموافقات للشاطبي (١٩٢/٣)

(٤) يراجع لمزيد من التفصيل في أحكام التصرف في الديون ، بحث الدكتور علي محي الدين القره داغي المقدم إلى المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الخامسة عشرة

هذه هي المشكلة التي يركز البحث على حلها دون التطرق إلى بقية شروط الأسهم والصكوك .

ما لا يدخل في موضوع البحث :

في هذه الحالة لا يتحقق الإشكال في صناديق الإجازات العادية ، ولا صناديق الإجازات مع الوعد بالتمليك في صورة المجازة ، ولا في صكوك الإجازات بنوعيتها ، ولا في أسهم شركات خاصة بالعقارات والسيارات والسفن ، والطائرات ، والمصانع ، ونحوها مما تبقى الأعيان أو معظمها فترة من الزمن ، ثم تباع بأثمان عاجلة تتحول فوراً إلى أعيان و سلع و منافع و حقوق معنوية .

وهكذا الأمر في الصكوك والوحدات الاستثمارية الخاصة بإنشاء صناديق خاصة لتلك السلع والأعيان المذكورة آنفاً ، حيث لا يرد عليها هذا الإشكال ، وكذلك الحال في حصص صناديق الأموال قصيرة المدة أو المؤقتة ما دامت لا تصل نسبة ديونها ، أو نقودها إلى النسب التي ذكرناها في الأسهم .

كما أن هذا الإشكال لا يرد على الصناديق أو الشركات المغلقة التي تصفى في آخر المدة مرة واحدة ، ثم يفتح الاشتراك فيها من جديد ، لأنه ليس هناك عملية تداول أثناء النشاط ، ولا بعده ، وإنما هو عبارة عن مشاركة ، ثم تصفية وردّ للأموال لأصحابها.

المرحلة الخامسة : مرحلة التصفية عند توقف نشاط الصكوك ، أو الصندوق ،

وحيث تكون معظم حقوقها ديوناً آجلة ، أو نقوداً ، وما بقي من الأعيان تباع لأجل التصفية ، ففي هذه المرحلة الأخيرة لا بدّ أن تطبق عليها قواعد الصرف ، وقواعد بيع الديون وهذه المرحلة (مرحلة التصفية) لا تدخل في نطاق البحث ، إذ للتصفية أحكامها الخاصة لا يتسع البحث للخوض فيها .

خلاصة المشكلة وتوضيحها :

بعد هذا العرض يمكن توضيح المشكلة وتلخيصها فيما يأتي :

أن الأسهم ، أو صكوك المضاربة ونحوها ، أو وحدات الصناديق تمثل حصة شائعة من موجودات الشركة وأنشطتها وحقوقها المادية والمعنوية والإدارية ، بالنسبة للأسهم أو من موجودات الصناديق والمحفظة وأنشطتها بالنسبة للوحدات ، أو من موجودات الصكوك ، وبما أن هذه الموجودات قد يتحول معظمها في بعض الأحيان ديوناً عند التعامل بالمرابحات ، والاستصناع ، أو تبقى نقوداً ، أو تحصل أثمانها بالنقود ، أو تكون مختلطة منهما فحينئذٍ تقع مشكلة فقهية عندما يراد بيع هذه الأسهم ، أو الصكوك ، أو

(١) علماً بأن هناك صناديق الاستثمار المغلقة تعتبر مؤسسات مالية تجمع المال من مساهميتها وتستثمره في مجموعة من الأوراق المالية وتصدر عدداً ثابتاً من أسهمها التي يتم تداولها في السوق .

الوحدات في هذه الحالة حيث يشترط فيه شروط بيع الدين في حالة كونها ديوناً ، أو شروط الصرف في حالة كونها نقوداً ، وهي شروط صعبة تحول دون التداول المطلوب .

وذلك لأن معظم أنشطة البنوك الإسلامية تكون في المراجحات الداخلية ، أو الدولية ، أو البيع الآجل ، أو الاستصناع بثمن آجل ونحو ذلك ، وكل هذه الأنشطة تتحول إلى ديون آجلة ، وبالتالي تكون معظم موجودات هذه البنوك ديوناً ، أو نقوداً ، وبما أن أسهمها تمثل هذه الديون والنقود أيضاً فهل يجوز تداولها بسهولة ؟

وكذلك فإن معظم الصناديق الاستثمارية تجعل نشاطها في شراء السلع والمعادن والسيارات ، ثم بيعها بالمراجحة ، أو البيع الآجل ، أو بالتقسيط ، وبالتالي تصبح أثمان هذه الصفقات ديوناً إضافة إلى النقود المحصلة شهرياً ، فتغلب حينئذٍ نسبة الديون والنقود على السلع والمعادن ، ففي حالة كون الصندوق مفتوحاً - أي يكون لأي أحد الحق في الدخول والخروج - يكون المستثمر الخارج بائعاً لوحداته ، والداخل مشترياً لها ، وحينئذٍ فهل يكون ذلك من باب بيع الدين الذي لا يجوز إلا بشروط صعبة ؟ أو من باب بيع النقد الذي يشترط فيه شروط الصرف ؟ .

هذه هي المشكلة التي تحتاج إلى الحلول الفقهية التي نذكرها في هذا البحث ، وهي الاعتبار بمبدأ الكثرة والغلبة ، أو الأصالة والتبعية ، أو من خلال التخارج ، أو الشخصية الاعتبارية .

وهي مشكلة ليست جزئية بسيطة ، بل هي كبيرة تحتاج إلى حل ، لا سيما إذا نظرنا إلى ميزانية البنوك والشركات الاستثمارية الإسلامية ، حيث تدل على أن معدل نسبة الديون الناتجة عن المراجحات والاستصناع ، والنقود تصل إلى ٩٧٪ بين أربعة بنوك وشركات إسلامية .

تحرير محل النزاع في المشكلة :

عندما تكون مكونات الأسهم ، أو الصكوك ، أو الوحدات الاستثمارية شيئاً واحداً مثل الأعيان ، أو الحقوق المعنوية ، أو الديون ، أو النقود ، فإن الحكم الشرعي عند بيعها وتداولها واضح ، لأنه يطبق على السهم ، أو الصك ، أو الوحدة الحكم الفقهي الخاص بذلك المكون بدون خلاف يذكر ، فإن كان عيناً فيطبق عليه أحكام بيع الأعيان ، وإن كان ديناً فيطبق عليه أحكام الدين ، وإن كان نقداً فيطبق عليه أحكام الصرف من القبض في المجلس والتماثل والمساواة إذا كان النقدان من جنس واحد ، أو القبض في المجلس فقط إذا كانا مختلفين^١ ، ولكن المشكلة عندما تكون مكونات الأسهم ، أو الصكوك ، أو الوحدات مشكلة من عدة أشياء ، فحينئذٍ يثور التساؤل حول مدى تطبيق أحكام بيع العين ، أو الدين ، أو النقد ، أو يكون الاعتبار بهذه الخلطة دون

(١) ينظر لمزيد من التفصيل لأحكام الدين ، بحث د. علي القره داغي .

النظر إلى مكوناتها ، أو حسب الغلبة والكثرة ، أو الأصالة أو التبعية ، وقد صدر قرار رقم ٣٠(٤/٥) من مجمع الفقه الإسلامي بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار نص على أنه :

(أ) إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف .

(ب) إذا أصبح مال القراض ديوناً تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام التعامل بالديون .

(ج) إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه ، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع . أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة .)

وهذا القرار لا يمنع بحث هذا الموضوع ، لأنه طلب وضع لائحة تفسيرية ، ولكن لم توضع إلى الآن ، كما أن القرار يضع معياراً مادياً محدداً للغلبة ، وبالتالي فهي يمكن التوسع في تفسيرها ، وهذا هو الهدف من البحث .

هل لهذه الحالة شبيه في التراث ؟

يرد تساؤل آخر حول مدى وجود شبيه في تراثنا الفقهي ، فهل نجد لخلطه مكونات السهم أو الصك ، أو الوحدة شبيهاً في الفقه الإسلامي ؟

للجواب عن ذلك نقول إن هذه المسألة قريبة أو شبيهة بالحالات التالية :

الحالة الأولى : مسألة تفريق الصفقة ١:

تحدث الفقهاء عن تفريق الصفقة ، وذكروا له صوراً نذكر ما يتعلق بموضوعنا بإيجاز وهو ما إذا جمعت صفقة البيع ما يجوز بيعه ، وما لا يجوز بيعه ، حيث اختلف الفقهاء فيه اختلافاً نوجز القول فيه بما يأتي :

ذهب الحنفية إلى تفصيل ، حيث ذهبوا إلى جواز تفريق الصفقة إذا جمع فيها ما يملكه وما لا يملكه كفرسه مع فرس غيره صح البيع ، وينفذ في ملكه بقسطه من الثمن ، ويبقى موقوفاً على الإجازة في ملك غيره ، أما إذا جمع فيها بين ميتة ، وحيوان حي ، أو مذبوح ، أو خل وخمر فيبطل فيهما إن لم يسم لكل واحد ثمناً عند أئمتهم الثلاثة ،

(١) التفريق في اللغة خلاف الجمع ، ويقال : فرقه إذا بدده ، وفي الاصطلاح يطلق على صفقة تشمل على مبيعين كثنوين أو دارين ، حيث لا يجوز تفريقها بالقبول في أحدهما ، ويطلق على الصفقة المشتملة على ما يجوز بيعه وما لا يجوز مثل بيع شاة وخنزير بمائة دولار فقد اختلف الفقهاء في ذلك . يراجع لتفصيل ذلك : فتح القدير - مع شرح العناية . (٨٩/٦ - ٩٠) وحاشية الدسوقي (١٥/٣) ومغني المحتاج (٤٠/٢ - ٤١) والمغني لابن قدامة (٤/٢٦١)

وإذا سمي لكل واحد منهما ثمناً صح فيما جاز بيعه البيع عند أبي يوسف ومحمد ، ولم يصح عند أبي حنيفة ، لأن المعقود عليه ليس محلاً للبيع ، في حين استدل الصحابان بان الفساد لا يتعدى المحل الفاسد ، إذ لا موجب لتعديه حيث انفصل كل منهما عن الآخر بتفصيل الثمن^١.

وذهب المالكية في المشهور إلى بطلان بيع حلال وحرام بصفقة واحدة إذا كان العاقدان أو أحدهما على علم بذلك ، وقيل يصح البيع فيما عدا المحرم بقسطه من الثمن^٢ ، أما إذا لم يعلما كأن باع خلاً وخمراً فبان أحدهما خمراً ، أو باع ذبيحتين فتبين أن إحداهما ميتة ، فللمشتري التمسك بالباقي بقسطه من الثمن ، ويرجع على البائع بما يخص الخمر ، أو الميتة من الثمن لفساد بيعه ، فأما لو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة يصح البيع فيهما على المشهور ، ولزمه في ملكه ووقف الملزوم في ملك غيره على إجازته ورده^٣ .

وذهب الشافعية إلى نوع من التفصيل نذكر ما يخص الموضوع ، حيث له حالان :

الحال الأول : أن يقع التفريق في الابتداء ، وحينئذ ينظر : إن جمع بين شيئين يمتنع الجمع بينهما من حيث هو جمع ، بطل العقد في الجميع ، وإن جمع بين شيئين ، وكل واحد منهما قابل لما أورده عليه من العقد صح العقد فيهما على تفصيل في الآثار^٤ .

الحال الثاني : أن يقع التفريق في الانتهاء ، وهو قسمان :

أحدهما : أن لا يكون اختيارياً كمن اشترى خيلين ، فتلف أحدهما قبل قبضهما انفسخ البيع في التالف ، وفي الباقي طريقان : أحدهما على القولين في جمع فرسه وفرس غيره ، وأصحهما : القطع بأنه لا يفسخ لعدم العلتين .

الثاني : أن يكون اختيارياً كمن اشترى فرسين صفقة واحدة ، فوجد بأحدهما عيباً ، فهل له إفراده بالرد ؟ قولان : أظهرهما : ليس له ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، وعلى القول بجواز الرد ، فقام المشتري برد المعيب استرد قسطه من الثمن ، وعلى هذا القول لو أراد رد السليم والمعيب معاً فله ذلك على الصحيح^٥ .

وذهب الحنابلة إلى التفصيل التالي يلخص فيما قال ابن قدامة في الكافي : (إذا باع ما يجوز بيعه ، وما لا يجوز بيعه صفقة واحدة كخل وخمر ، أو فرسه ، وفرس غيره ففيه روايتان : إحداهما : تفرق الصفقة ، فتجوز فيما يجوز بيعه بقسطه من الثمن ، ويبطل فيما لا يجوز ، لأن كل واحد منهما له حكم منفرد ، فإذا اجتمعا بقيا في حكمهما ، كما لو

(١) فتح القدير (٨٩/٦ - ٩٠)

(٢) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، ط. دار الغرب الإسلامي (٤٣٩/٢)

(٣) الشرح الكبير - مع حاشية الدسوقي - (١٥/٣) عقد الجواهر الثمينة (٤٣٩/٢)

(٤) يراجع : روضة الطالبين ط. المكتب الإسلامي (٤٢٠/٣ - ٤٢٥) حيث عقد له فصلاً مطولاً .

(٥) المرجع السابق (٤٢٢/٣ - ٤٢٣)

باع شقصاً وسيفاً ، والثانية يبطل فيهما ، لأنه عقد واحد جمع حلالاً وحراماً فبطل كالجمع بين الأختين ، ويحتمل أن يصح فيما يجوز فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء كدار له ولغيره ونحوها ، والقفيزين المتساويين ، لأن الثمن فيما يجوز بيعه معلوم ، و يبطل العقد فيما عدا هذا^١ .

الحالة الثانية :

التصرف في تركة تشتمل على مكونات مختلفة مثل الديون والنقود والأعيان ونحوها حيث أجاز الفقهاء التخارج لبعض الورثة حيث ثبت أن (عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق امرأته تماضر بنت الأصبح في مرض موته ، ثم مات وهي في العدة ، فورثها عثمان رضي الله عنه مع ثلاث نسوة آخر ، فصالحوها عن ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألفاً)^٢ وقد قال ابن عباس : (لا بأس بان يتخارج أهل الميراث من الدين يخرج بعضهم من بعض)^٣ .

ومن المعلوم أن الأصل في التخارج انه عقد صلح بين الورثة لاخراج أحدهم ، ولكنه يعتبر عقد بيع إن كان البديل المصالح عليه شيئاً من غير التركة ، ويعتبر عقد قسمة ومبادلة إن كان البديل المصالح عليه من مال التركة ، وقد يكون هبة أو إسقاطاً للبعض إن كان البديل المصالح عليه أقل من النصيب المستحق^٤ . كما أن الصلح عن مال بمال يعتبر في حكم البيع^٥ .

وقد اختلف الفقهاء في التصالح بين الورثة في التركة إذا كان بعضها ديناً ، فذهب الحنفية إلى أن الصلح باطل في العين والدين ، ولكن ذكروا بعض الصور لتصحيح هذا الصلح ، جاء في الدر المختار : (وبطل الصلح أن أخرج أحد الورثة وفي التركة ديون بشرط أن تكون الديون لبقيتهم ، لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل...وصح لو شرطوا إبراء الغرماء منه أي من حصته ، لأنه تمليك الدين ممن عليه فيسقط قدر نصيبه عن الغرماء ، أو قضاوا نصيب المصالح منه تبرعاً ، وأحالهم بحصته ، أو أقرضوه قدر حصته منه)^٦ .

ويفهم مما ذكره الحنفية أنهم أجازوا الصلح أو التخارج في حالة وجود الدين في التركة في الصور التالية وهي :

(أ) أن يشترط تبرأة المصالح للغرماء من حصته من الدين ، لأنه حينئذ يكون إسقاطاً ، أو هو تمليك الدين ممن عليه الدين ، وهو جائز .

(١) الكافي ، ط.المكتب الإسلامي (٣١/٢ - ٣٢)

(٢) المصنف لعبدالرزاق ط.المكتب الإسلامي (٢٨٩/٨) ويراجع: فتح القدير (٣٤٨/٧-٣٤٩) والسراجية ص٢٣٦-٢٣٧

(٣) رواه عبدالرزاق في مصنفه (٢٨٩/٨)

(٤) يراجع فتح القدير (٤٠٩/٧) والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٠٩/٣)

(٥) يراجع شرح الخرشي (٢٠٠٤/٦) وروضة الطالبين (١٩٣/٤) وكشاف القناع (٣٧٩/٣)

(٦) الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٤٨١/٤)

(ب) أن يعجل الورثة قضاء نصيب المصالح من الدين متبرعين ويحيلهم بحصته^١.
والحنابلة يتفقون مع الحنفية في عدم جواز بيع الدين^٢.

وذهب المالكية إلى أنه يجوز بيع الدين لغير من عليه الدين بشروطه وعلى ذلك يجوز الصلح عن الدين الذي على الغير ، حيث يجوز بيع الدين ، ويمتنع الصلح عنه حيث يمتنع بيعه ، فيجوز الصلح عن الدين إذا كان الدين حيواناً أو عرضاً أو طعاماً من قرض بشرط أن يكون المدين حاضراً مقراً بالدين ، ومكلفاً.....^٣.

والشافعية أجازوا بيع الدين لغير من عليه الدين بشرط أن يكون المدين ملياً مقراً والدين حالاً مستقراً على تفصيل^٤.

الحالة الثالثة : مسألة مد عجوة ، أو مسألة بيع القلادة المكونة من الذهب والخرز :

فقد روى مسلم في صحيحه ، وأبو داود ، والترمذي والنسائي بسندهم عن فضالة بن عبيد الأنصاري يقول : (أتي رسول الله ﷺ وهو بخيبر ، بقلادة فيها خرز وذهب ، وهي من المغانم تباع ، فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ، ثم قال لهم رسول الله ﷺ : (الذهب بالذهب وزناً بوزن) وفي رواية أخرى بلفظ : (لا تباع حتى تفصل) وفي رواية ثالثة لمسلم أيضاً بسنده عن حنش انه قال : كنا مع فضالة بن عبيد في غزوة فطارت لي ولأصحابي قلادة من ذهب وورق وجوهر ، فأردت أن اشتريها ، فسألت فضالة بن عبيد فقال : (انزع ذهبها فاجعله في كفة ، واجعل ذهبك في كفة ، ثم لا تأخذن إلا مثلاً بمثل ، فإنني سمعت رسول الله ﷺ يقول : (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يأخذن إلا مثلاً بمثل)^٥.

قال الترمذي بعد ما رواه : (هذا حديث حسن صحيح ، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم لم يروا أن يباع السيف محلياً ، أو منطقة مفضضة ، أو مثل هذا بدرهم حتى يميز ويفصل ، وهو قول ابن المبارك ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وقد رخص بعض أهل العلم في ذلك من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم)^٦.

وهذه المسألة اشتهرت بين الفقهاء بمسألة مد عجوة ، وصورتها : باع شخص مد عجوة ودرهماً بمد عجوة ، أو بدرهمين ، وتشمل كذلك بيع سيف محلي بالذهب ، أو فضة بثمن جنسه ، حيث اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء :

- (١) الزيلعي (٥١/٥) والموسوعة الفقهية الكويتية (١٣/١١)
- (٢) المغني لابن قدامة (٦٥٩/٥)
- (٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣١٦/٣)
- (٤) روضة الطالبين (١٩٦/٤ - ١٩٧) ويراجع لمزيد من التفصيل : د. علي محي الدين القره داغي : أحكام التصرف في الديون ، بحث مقدم إلى الدورة الرابعة عشرة للمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة .
- (٥) صحيح مسلم ، كتاب المساقاة (١٢١٣/٣ - ١٢١٤) والترمذي - مع تحفة الأحوذى - (٤٦٥/٤) وأبو داود - مع عون المعبود - (٢٠٠/٩)
- (٦) الترمذي - مع تحفة الأحوذى - (٤٦٥/٤ - ٤٦٦)

(١) ذهب الشافعية والحنابلة في المذهب^١ وهو مروى عن شريح ، وابن سيرين ، والنخعي^٢ إلى أنه لا يجوز بيع نقد بجنسه ، ومع أحدهما ، أو كليهما شيء آخر فلا يجوز بيع مد ودرهم بدرهمين ، أو بدرهم وثوب ، كما لا يجوز بيع شيء محلى بذهب أو فضة كسيف ، أو مصحف بجنس حليته .

ودليل هؤلاء حديث فضالة الصحيح السابق حيث ظاهر في الدلالة على ذلك ، كما استدلوا بأن ذلك العقد يؤدي إلى الجهل بالمماثلة المشروطة في بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، ولذلك أجازوا عند اختلافهما .

(٢) ذهب الحنفية ، والحنابلة في رواية وهو مروى عن الحسن ، والنخعي ، والثوري^٣ إلى جواز ذلك بشرط أن يكون بيعه بأكثر مما فيه من الذهب في حالة كون المبيع معه أو فيه الذهب ، أو بأكثر مما فيه من الفضة في حالة كون المبيع معه ، أو فيه الفضة ، ولا يجوز بمثله ، ولا بأقل منه ، لذلك يجوز بيع درهم (من الفضة) ومد عجوة أو ثوب بدرهمين (من الفضة) ولا يجوز بيعهما بدرهم واحد مثلاً أو أقل منه ، لأنه عند المساواة أو النقصان يتحقق التفاضل المنهي عنه في بيع الذهب بجنسه ، وبيع الفضة بجنسها ، وكذلك الزيادة مثل بيع درهم و ثوب بدرهمين ، يقابل الدرهم بالدرهم ، ويقابل الثوب بما بقي فلم تحدث فيه المخالفة المنهي عنها وقد علل الحنفية لتصحيح ذلك تعليلاً جميلاً وهو ان التعاقد بين الطرفين يحمل على الصحة ولا يحمل على الفساد ما دام حمله على الصحة ممكناً؛ وقد حمل الطحاوي الحديث السابق بأنه إنما نهى عنه ؛ لأنه كان في بيع الغنائم لئلا يغبن المسلمون في بيعها وذكر الخطابي أن قول الحنفية مخرج على القياس ، لأنه يجعل الذهب بالذهب سواءً ويجعل ما فضل عن الثمن بازاء السلعة.....^٤ .

(٣) وذهب مالك في الموطأ إلى أن من اشترى مصحفاً أو سيفاً أو خاتماً وفيه ذهب أو فضة ، بدنانير أو دراهم فإن اشترى من ذلك وفيه الذهب بدنانير فإنه ينظر إلى قيمته ، فإن كان قيمة ذلك الثلثين ، وقيمة ما فيه من الذهب الثلث فذلك جائز لا بأس به إذا كان يداً بيد ، ولا يكون فيه تأخير ، وما اشترى من ذلك بالورق نظراً إلى قيمته فإن كان قيمة ذلك بالثلثين وقيمة ما فيه من الورق الثلث فذلك جائز لا بأس به إذا كان ذلك يداً بيد ، ولم يزل على ذلك أمر الناس عندنا بالمدينة^٥ .

(١) روضة الطالبين (٣/٣٨٤ - ٣٨٦) وفيه تفصيل نافع والمغني لابن قدامة (٤/٣٩)

(٢) عون المعبود (٩/٢٠١)

(٣) فتح القدير (٦/٢٦٦) والمغني لابن قدامة (٤/٣٩) وتحفة الأحوذى (٤/٤٦٧) والموطأ (٣/٤١٦)

(٤) فتح القدير (٦/٢٦٦) وحاشية ابن عابدين (٤/٢٣٦)

(٥) تحفة الأحوذى (٤/٤٦٧)

(٦) عون المعبود (٩/٢٠٠)

(٧) الموطأ (٣/٤١٣ - ٤١٦)

وقال سحنون : (وقد أعلمتك بقول رببعة وما جوّز من ذلك ، وقوله : إذا كانت الفضة تبعاً ، وأن ذلك إنما أجزى لما جاز للناس اتخاذه . أي اتخاذاً السيوف المحلى بالذهب أو الفضة - وأن في نزع مضره ، وانه إذا كان تبعاً كانت الرغبة في غيره ولم تكن الرغبة فيه ، ولا الحاجة إليه ، وقد جوز أهل العلم ما هو أبين من هذا من بيع الثوب بدينار إلاّ درهماً أو درهمين إذا كان دفع الدراهم مع قبض الدينار ، لأنهم لم يروا ذلك رغبة في الصرف ، واستحسنوه واستثقلوا ما كثر من ذلك^١ ثم نقل القول بالجواز عن الحسن ، وإبراهيم النخعي ، حيث جاء في الموطأ : (وجوزه أيضاً إبراهيم النخعي مثل قول الحسن ، ولم يذكره إلاّ مسجلاً ، فذلك فيما يرى للناس فيه من المنافع ، ولما في نزع مضره ، ولأنه مأذون لهم في اتخاذه^٢) .

وقد رتب فقهاء المالكية على أن الأصل عندهم في هذه المسألة هو الحظر ، ولكنهم أجازوها بثلاثة شروط وهي :

- (أ) أن تكون تحليته مباحاً .
- (ب) أن يترتب على نزع الحلية ضرره .
- (ج) أن لا تزيد الحلية على الثلث ، حتى تكون تبعاً ، ثم اختلفوا هل يعتبر الثلث هذا حسب القيمة أو الوزن ؟ والمعتمد الأول^٣ .

والعلاقة واضحة بين مسألة السهم الذي تتكون مكوناته من النقود والديون وغيرها ، وبين مسألة مد عجوة ، وقد رأينا فيها خلافاً كبيراً بين العلماء والذي يظهر لنا رجحانه هو رأي الحنفية والمالكية ، وذلك لأن حديث فضالة واضح في دلالة بأن الغرض الأساس في القلادة هو الذهب ، وأن الخرز جاء تبعاً ، فالقلادة كانت ذهبية وفيها خرز ، وحديثنا حول ما كان الأصل فيها غير الذهب ، أو الفضة ، أو النقود .

الحالة الرابعة :

مسألة بيع العبد الذي يكون معه مال من النقود ، أو الجارية التي تشتري هي ومعها من الحلي من الذهب والفضة بالذهب ، أو بالفضة ، حيث لا يشترط في ذلك شروط

(١) الموطأ (٤١٦/٣)
(٢) الموطأ (٤١٦/٣)
(٣) الشرح الكبير مع الدسوقي (٤٠/٣) وبداية المجتهد (١٧٢/٢) ويراجع: الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٦١/٢٦) - (٣٦٢)

المصارفة ، فقد ورد في ذلك ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما بسندهم عن ابن عمر قال :
(..ومن ابتاع عبداً ، وله مال ، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع)^١ .

قال الحافظ ابن حجر : (ويؤخذ من مفهومه أن من باع عبداً ومعه مال وشرطه المبتاع أن البيع صحيح ، لكن بشرط أن لا يكون المال ربوياً فلا يجوز بيع العبد ومعه دراهم بدراهم قال الشافعي ، وعن مالك لا يمنع لإطلاق الحديث ، وكأن العقد إنما وقع على العبد خاصة ، والمال الذي معه لا مدخل له في العقد...)^٢ .

ويأتي تفصيل هذه المسألة ضمن حديثنا عن قاعدة الأصالة والتبعية .

والحلول المطروحة لهذه المشكلة هي :

هناك عدة حلول مطروحة يمكن تلخيص أهمها في ثلاثة حلول أساسية مطروحة للبحث والنقاش ، وهي :

الحل الأول : من خلال قاعدتي الكثرة ، والغلبة :

وهذا الحل مبني على اعتبار الكثرة أو الغلبة أساساً ومعياراً في حالة اختلاط النقود والديون والأعيان والمنافع ، فإذا كانت الأعيان أو المنافع أو هي معاً كثيرة أو غالبية في عناصر المبيع جاز التعامل به بيعاً وشراءً بغض النظر عن الأحكام الخاصة بنقد أو دين .

الفرق بين الكثرة والغلبة :

فرق بعض الباحثين أن الغلبة هي ما يقرب من الكل مثل الثمانين أو التسعين في المائة^٣ ، وأن الكثرة هي ما زاد عن ٥٠ ٪ .

ولم أرَ هذه التفرقة في اللغة ، بل جاء فيها : الأغلب هو الأكثر ، والأغلبية : الكثرة^٤ ، وجاء في المعجم الوسيط " الأغلبية الكثرة ، والأغلبية المطلقة في الانتخاب أو الاقتراع : أصوات نصف الحاضرين بزيادة واحد (محدثة) والأغلبية النسبية : زيادة أحد المرشحين في الأصوات بالنسبة إلى غيره. (محدثة)^٥ . وعرف التهانوي التغليب في الاصطلاح بأنه (إعطاء الشيء حكم غيره وقيل : ترجيح أحد المغلوبين على الآخر إجراء للمختلفين مجرى المتفقين)^٦ .

وأما الأكثر ففي اللغة هو ما فوق النصف ، والأكثرية الأغلبية ، والكثير : معظم الشيء وأكثره ، والكثرة نماء العدد ، والكثير نقيض القليل^٧ .

(١) صحيح البخاري (٨١/٢) وفتح الباري (٤٩/٥) ومسلم (١٧/٥) وسنن أب داود الحديث ٣٤٣٣ والنسائي (٢٢٨/٢) والترمذي (٢٣٥/١) والدارمي (٢٥٣/٢) وابن ماجه الحديث رقم ٢٢١١ وأحمد (٩/٢ ، ٨٢ ، ١٠٥) ويراجع : إرواء الغليل (١٥٧/٥)

(٢) فتح الباري (٥١/٥)

(٣) د . حسين حامد : بحثه السابق (ص ٤٣)

(٤) لسان العرب ، والقاموس المحيط / مادة " غلب "

(٥) المعجم الوسيط / ط . قطر (٢ / ٦٥٨)

(٦) كشاف اصطلاحات الفنون / مادة " غلب "

(٧) لسان العرب ، والقاموس المحيط ، والمعجم الوسيط / مادة " كثر "

والخلاصة أن الكثرة تطلق في اللغة على ما هو كثير حسب النظر والعرف دون ملاحظة النسبة المئوية بأن تزيد على ٥٠٪ ، فالعرب يطلقون على الشيء أنه كثير ، و لا يتصورون انه أكثر من الباقي أو الآخر ، وإنما يراد به أنه كثير في حد ذاته ، فالكثير هو نقيض القليل ، فما خرج عن كونه قليلاً فهو كثير دون ملاحظة النسبة المئوية ، جاء في لسان العرب : الكثرة نقيض القلة . ووقوم كثير، وكثيرون ، والكثرة نماء العدد يقال: كثر الشيء يكثر كثرة فهو كثير ، وكثر الشيء - بتشديد الثاء - أي جعله كثيراً ، وأكثر الرجل أي كثر ماله^١ .

فالكثرة تعني ضد القلة ، والكثير هو ما لم يكن قليلاً حسب النظر والعرف والحال والمقام ، وأما التفاضل فهو يتم بلفظ الأكثر الذي هو من صيغ المفاضلة ، لذلك خصص العرب الأكثر لما هو فوق النصف^٢ ، فيقال هذا اكثر من هذا أي يتفوق عليه ، ويزيد عليه بأي زيادة ، وهذا يجري عادة في المقابلة بين شيئين متماثلين ، أو معدودين ، وقد يكون الشيء كثيراً بالنسبة لهذا ، وقليلاً بالنسبة لذلك ، وهذا ما استعمله القرآن الكريم حيث قال : ﴿ أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ يَسْجُدُ لَهُ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَمَنْ فِي الْأَرْضِ وَالشَّمْسُ وَالْقَمَرُ وَالنُّجُومُ وَالْجِبَالُ وَالشَّجَرُ وَالْدُّوَابُّ وَكَثِيرٌ مِّنَ النَّاسِ وَكَثِيرٌ حَقٌّ عَلَيْهِ الْعَذَابُ وَمَنْ يُهِنِ اللَّهُ فَمَا لَهُ مِنْ مُّكْرِمٍ إِنَّ اللَّهَ يَفْعَلُ مَا يَشَاءُ ﴾^٣ ، فاستعمل الكثير مرتين مرة للمساجد ، ومرة للمستحقين للعذاب من الكفرة والمشركين ، فكيف يتأتى ذلك ؟

للجواب عن ذلك أن المراد بالكثير هنا هو ما قاله ابن عباس في رواية عطاء : (وكثير من الناس يوحدوه وكثير حق عليه العذاب ممن لا يوحدوه)^٤ النص يفهم منه أن هذه الكثرة للفريقين ليست من باب المقابلة ، أي فالذين يسجدون سجدة الطاعة ، ويدخلون الجنة كثيرون ، وكذلك الذين يدخلون النار كثيرون أي ليسوا قليلين ، كما يقال للجيشين المتقابلين أنهما كثيران ، حيث لا يقصد بذلك إلا الكثرة العادية التي لا ينظر إليها المقابلة الحقيقية ، أو الكثرة العرفية أي أن ذلك كثير عرفاً .

وعلى هذا المعنى العام ، والعريف يحمل حديث رسول الله ﷺ حينما قال لسعد : (الثلث ، والثلث كثير)^٥ حيث لا يقصد به أن الثلث كثير بالنسبة للباقي ، وإنما يقصد به أنه انفاق كثير وتبرع كبير حسب العرف دون النظر إلى المقابلة بينهما ، وإلا فالثلث هو يساوي حوالي ٣٣٪ والباقي حوالي ٦٧٪ . ولذلك إذا أريد الزيادة فيستعمل لفظ الأكثر لهذه المفاضلة والمقابلة .

-
- (١) لسان العرب ط. دار المعارف بالقاهرة (٣٨٢٧/٥) والمعجم الوسيط ط. قطر (٧٧٧/٢)
(٢) المعجم الوسيط (٧٧٧/٢) ولسان العرب ، والقاموس المحيط مادة "كثر"
(٣) سورة الحج / الآية (١٨)
(٤) فتح القدير للشوكاني ط. عالم الكتب ببيروت (٤٤٣/٣) والتفسير الكبير للرازي ط. دار التراث العربي ببيروت (١٩/٢٣ - ٢٠)
(٥) الحديث رواه البخاري في صحيحه مع الفتح (٣٦٣/٥ - ٣٦٩) ومسلم في صحيحه (١٢٥٠/٣) والترمذي في سننه مع التحفة (٣٠١/٦) والنسائي في سننه (٢٠١/٦) وان ماجه في سننه (٩٠٤/٢) ومالك في الموطأ ص ٤٧٦ .

فلو سرنا على هذا المعنى فيمكن القول بأن الأعيان والمنافع والحقوق المعنوية لو بلغت الثلث ، أو تجاوزته فهي كثيرة وليست قليلة ، وبالتالي يجوز إجراء العقود عليها دون ملاحظة قواعد الصرف ، والدين .

ولكن بعض الفقهاء يذكرون النادر في مقابل الغالب ، حيث قالوا (العبرة بالغالب ، والنادر لا حكم له) ولكن أكثرهم عندما يذكرون النادر يصفون الغالب بالشايح فيقولون (العبرة بالغالب الشايح ، لا بالقليل النادر)^١ ، ولكنني أرى تفرقة وجيهة أخرى في نظري من جانب آخر ، وهو أن الكثرة للأعداد ، والماديات ، والغلبة للكيفيات ونحوها ، ولذلك يطلق الفقهاء غلبة الظن في كثير من الأحكام الفقهية وفي معظم أبواب الفقه مثل أبواب الطهارة ، والحيض ، والقبلة ، وأوقات الصلاة ، والشك في عدد الركعات ، وفي تمييز الفقير وغيره من أصناف الزكاة ، معرفة دخول شهر رمضان ، وطلوع الفجر ، وغروب الشمس للصائم إذا اشتبه عليه ذلك يحبس ونحوه ، وفي الحج إذا شك الحاج هل أحرم بالإفراد ، أو بالتمتع ، أو بالقران ، وفي مَنْ التبت عليه المذكاة بالميتة ، أو وجد شاة مذبوحة ببلد فيه من تحل ذبيحته من المسلمين وأهل الكتاب ، ووقع الشك من ذابحها ، وفي الدماء في باب القسامة ، ونحو ذلك^٢ .

وقصدي من هذا العرض أن الكثرة العددية معتبرة ، كما أن الغلبة الكيفية من حيث القوة أيضاً معتبرة ، إذن يمكن اعتبارهما قاعدتين معتبرتين بدل قاعدة واحدة .

حلّ اعتبار الكثرة من حيث الكم يتوزع على رأيين :

الرأي الأول : أن الكثرة إنما تتحقق بما زاد عن ٥٠٪ وهذا رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، في صكوك المقارضة من حيث المبدأ في قراره رقم ٣٠ (٤/٣) ، ولكن نصّ على إصدار لائحة تفسيرية عند خلط الديون والنقود والأعيان والمنافع ، ولكن مع الأسف الشديد لم تصدر منذ عام ١٩٨٨م إلى الآن ، ولعلها تصدر في هذه الدورة .

الرأي الثاني : أن الكثرة تتحقق إذا كانت الأعيان والمنافع والحقوق أكثر من ٣٠٪ ، وهذا ما نص عليه المعيار الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، رقم (٢١) في المادة (١٩/٣) : (إذا كانت موجودات الشركات مشتملة على أعيان ومنافع ونقود وديون فيختلف حكم تداول أسهمها بحسب الأصل المتبوع وهو غرض الشركة ونشاطها المعمول به ، فإذا كان غرضها ونشاطها التعامل في الأعيان والمنافع والحقوق فإن تداول أسهمها جائز دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون شريطة ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والحقوق عن نسبة ٣٠٪ من إجمالي موجودات الشركة الشاملة للأعيان والمنافع والحقوق والسيولة النقدية وما في حكمها - أي ديون الشركة على الغير

(١) وهي إحدى مواد مجلة الأحكام العدلية / المادة ٤٢ ، ويراجع شرح القواعد الفقهية للزرقي (ص ١٨) والقواعد الفقهية الكبرى للعدلان (ص ٣٩٧)

(٢) يراجع الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٦٣/٣١ - ٢٦٤)

وحساباتها الجارية لدى الغير والسندات التي تملكها وتمثل ديوناً - بصرف النظر عن مقدار السيولة النقدية والديون لكونها حينئذ تابعة.

أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو التعامل في الذهب أو الفضة أو العملات (الصرافة) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الصرف وإذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو التعامل في الديون (التسهيلات) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الديون).

الأدلة على اعتبار قاعدتي الكثرة والغلبة :

هناك أدلة كثيرة من الكتاب والسنة والقواعد الفقهية ، ثم من أقوال الفقهاء على اعتبار الكثرة والغلبة في كثير من المجالات الإسلامية ، ففي باب العقوبات الإلهية للأمم والشعوب وفي باب المعاصي أيضاً جرت سنة الله على اعتبار الكثرة والغلبة ، فالله تعالى لن يهلك قوماً وأكثرهم مصلحون كما أن العقوبة إذا نزلت بسبب الكثرة تعم ، فقال تعالى : ﴿ **وَأْتَقُوا فِتْنَةً لَا تُصِيبُنَّ الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْكُمْ خَاصَّةً** ﴾^١ ، حيث يدل على أن الفتنة تنزل بسبب عصيان الأكثرية مع وجود الأقلية الصالحة ، وقد أكد ذلك الحديث الصحيح الذي رواه الشيخان عن زينب بنت جحش " رضي الله عنها " قالت : استيقظ النبي ﷺ من النوم محمراً وجهه وهو يقول : لا إله إلا الله ، ويل للعرب من شرّ قد اقترب ... قيل : أنهلك وفينا الصالحون ؟ قال : نعم إذا كثر الخبث)^٢.

ويدل على اعتبار الكثرة والغلبة الحديث الثابت عن الرسول ﷺ (إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث)^٣ فهذا الحديث يدل بوضوح على اعتبار الكثرة والغلبة وأن الماء إذا بلغ قلتين لا ينجس بملاقاته النجاسات ، أو بوقوعها فيه ، وما ذلك إلا للكثرة والغلبة إلا إذا تغير لونه ، أو طعمه أو ريحه ، فحينئذ حكم عليه بالنجاسة ، لأن الغلبة أصبحت للنجاسة وليست للماء الطاهر .

وإذا نظرنا إلى أصل الحلال والحرام لوجدناه يعود إلى باب التغليب والترجيح والكثرة فقد بين الله تعالى في الخمر والميسر أن فيهما الإثم والمنافع ، ولكن إثمهما أكثر وأكبر ولذلك حرمهما الله تعالى : ﴿ **يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا** ﴾^٤ ، قال جماعة من المفسرين : (الإثم في الخمر ذهاب العقل ، والسباب والافتراء والإذابة ، والتعدي ... والمنفعة فيها : اللذة والنشوة والتجارة

(١) سورة الانفال الآية / (٢٥)

(٢) انظر صحيح البخاري - مع فتح الباري - كتاب الفتن (١١/١٣)

(٣) رواه الشافعي والخمسة والدارمي ، وصححه الطحاوي ، وابن خزيمة ، والحاكم ، والذهبي ، وابن حبان ، والنووي والعسقلاني ، يراجع مسند الشافعي بهامش الأم (٣/٦) ، ومسند أحمد (٢٣/٢ ، ٢٧) ، والترمذي (٢١٥/١) ، وابن ماجه (١٧٢/١) ، والنسائي (٤٢/١) ، وسنن أبي داود (١٠٣/١) ، والدارمي (١٥٢/١) ، وتلخيص الحبير (١٦/١ - ٢٠) ، ورواه الغليل للألباني (٦٠/١)

(٤) سورة البقرة / الآية (٢١٩)

فيها^١ ، يقول سيد قطب رحمه الله : (وهذا النص الذي بين أيدينا كان أول خطوة من خطوات التحريم ، فالأشياء والأعمال قد لا تكون شرّاً خالصاً فالخير يتلبس بالشر ، والشر يتلبس بالخير في هذه الأرض ولكن مدار الحل والحرمة هو غلبة الخير ، أو غلبة الشر ، فإذا كان الإثم في الخمر والميسر أكبر من النفع فتلك علة التحريم والمنع ، وإن لم يصرح هنا بالتحريم والمنع^٢ .

ومن جانب آخر أن ترتيب الأحكام الشرعية تقوم على هذه القوة وتسلسلها من حيث المصالح الدينية والدنيوية والمفاسد ، ففي قمة المصالح الفروض والواجبات ، ثم السنن والمباحات ، وفي قمة الفساد الشرك والكبائر ، والمحرمات والمكروهات كما أوضح ذلك الإمام العز بن عبد السلام ، والإمام الشاطبي^٣. فقد ذكر العز أن المصالح ضربان : أحدهما ما يثاب على فعله لعظم المصلحة من فعله ويعاقب على تركه لعظم المفسدة في تركه ... والثاني ما يثاب على فعله لوجود مصلحة دون مصلحة الواجب ولا يعاقب على تركه لعدم وجود مفسدة ... وكذلك رتب المفاسد منقسمة إلى الكبير ، والأكبر ، والمتوسط ، فالأنقص فالأنقص^٤ .

وكذلك الحال في فقه الموازنات وقاعدة الموازنات بين المصالح والمفاسد ، وداخل المصالح أنفسها ، أو المفاسد أنفسها ، كلها تقوم على أساس التغليب والترجيح بالكثرة والغلبة أو القوة والضعف ، والجلاء والخفاء^٥ .

وكذلك الأمر في ترجيح الحقوق وتقديم بعضها على بعض ، وقاعدة الوسائل والمقاصد ، والجزئيات والكلديات ، بل قواعد الترجيح عند التعارض في الأدلة والحقوق والأشياء كل ذلك يقوم على هذا الأساس^٦ ، وحتى القياس يقوم على غلبة شبه على شبه آخر^٧ ، وكذلك الأعراف إنما يرجح عرف على آخر إما باطراده وعمومه ، أو بغلبته ، وهي من قواعد المجلة بلفظ (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت)^٨ .

قال القرافي : (اعلم أن الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر وهو شأن الشريعة)^٩ .

-
- (٢) تفسير ابن عطية ط . قطر (٢٣٦/٢)
 - (٣) في ظلال القرآن ط . دار الشروق / بيروت (٢٢٩/١)
 - (٤) يراجع لمزيد من التفصيل : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ط . الريان ببيروت (١٨/١ ، ٤١ - ٤٥ ..) والموافقات للشاطبي
 - (٥) قواعد الأحكام (٤١/١ - ٤٥)
 - (٦) المصدر السابق (٤٦/١)
 - (٧) المصدر السابق نفسه
 - (٨) مختصر القواعد لابن دهب ط . قطر (٢١٠/١)
 - (٩) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ط . دار الغرب الإسلامي (١٧٩) ، وذكر لها أمثلة منها : " أنه لو باع أحدهم بدراهم أو دنانير ، وكانت مختلفة في المالية والرواج ينصرف البيع إلى أغلبها رواجاً "
 - (١) الفروق للقرافي ط . دار المعرفة / بيروت (١٠٤/٤)

وقصدي من ذلك أن رعاية الكثرة والقلّة ، والغلبة والقوة والضعف أصل عظيم من أصول هذه الشريعة فلا يجوز إنكاره ، كما أنه صالح لأن يبنى عليه ، لأنه يدخل ضمن الأصول الكلية والقواعد الكلية التي يمكن البناء عليها كما قال الشاطبي وغيره^١ .

وأجمع الفقهاء على أن ما غلب على طعم الماء وريحه ولونه من النجاسات ينجسه ، بل وقد ورد في ذلك حديث اسناده ضعيف رواه ابن ماجه بسنده عن أبي أمامة الباهلي (قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إن الماء لا ينجسه شيء إلا ما غلب على ريحه ، وطعمه ولونه)^٢ .

وقد قال ابن العربي (والفرق بين القليل والكثير أصل في الشريعة معلوم)^٣ ، والواقع أن معظم القضايا الفقهية قد بينت على الغالب والأكثر ، بل الفقه نفسه هو الظن الغالب ، والاجتهاد أيضاً ترجيح ما يراه الراجح من بين عدة احتمالات أو آراء أو معان ، ولا يطالب المجتهد في الوصول إلى رأيه بأكثر من الظن الغالب ، والظن هو - كما قال الجرجاني - الاعتقاد الراجح مع احتمال النقيض ، أو بعبارة أخرى ترجيح أحد طرفي الشك^٤ ، وقد بنى الفقه كثيراً من الأحكام على الظن في مختلف أبوابه من العبادات إلى المعاملات والجنائيات ونحوها وذلك في باب الطهارة والنجاسات ، ودخول وقت الصلاة ، وجهة القبلة ، والخوف المرخص من صلاة الخوف ، وخوف المرض المرخص للإفطار والتميم وفي أوقات الصوم ونحو ذلك مما ذكرنا آنفاً^٥ .

قال القرطبي : (وأكثر أحكام الشريعة مبنية على غلبة الظن كالقياس وخبر الواحد ، وغير ذلك من قيم المتلفات وأروش الجنائيات)^٦ .

والغبين إنما يؤثر عند بعض الفقهاء إذا كان فاحشاً أي كثيراً ، وكذلك الغرر والجهالة ، ولذلك اغتفر عن الغبن اليسير ، والغرر اليسير ، والجهالة اليسيرة ، والنجاسة اليسيرة .

والإفلاس في الفقه الإسلامي إنما يحكم به عند جمهور الفقهاء إذا كثرت الديون أو غلبت على أموال المدين فمن كان له مال ولكن عليه ديون استغرقتة فيحجر عليه

(٢) يراجع في موضوع الأصول الكلية. الموافقات (٣٧/١)
(٣) سنن ابن ماجه، كتاب الطهارة (١٧٤/١) ، وفي الزوائد : اسناده ضعيف لضعف رشدين راوي الحديث وقال النووي : اتفق المحدثون على تضعيف هذا الاستثناء. وقال الشافعي : (ما قلت : إن هذا يروى عن النبي صلى الله عليه . وسلم لكن من قول العامة ، ولا أعلم بينهم خلافاً) ، انظر المجموع للنووي (١١٠/١) وتلخيص الحبير (١٥ - ١٤/١) ونصب الراية (٩٤/١ - ٩٥) وسبل السلام (١٨/١) ونيل الأوطار (٥٤/١) .
(٤) أحكام القرآن لابن العربي (١٨٠٤/٤)
(٥) انظر : لسان العرب ، والمصباح المنير ، والتعريفات / مادة : " ظن "
(٦) الموسوعة الفقهية الكويتية (١٧٨/٢٩)
(٧) الجامع لأحكام القرآن ط . المصرية (٢٣٢/١٦)

عندهم ، وهذه الغلبة تتحقق بزيادة الديون على أمواله ولو كانت بنسبة قليلة جداً ، حيث نصوا على أن ماله إذا قصر عن ديونه بأية نسبة جاز للدائنين أن يطلبوا الحجر عليه^١ .

وأما القواعد الفقهية الواردة بلفظ الكثرة ، أو الأكثر فمقررة لدى فقهاء المذاهب كلها منها ما جاء في المبسوط للسرخسي " ١٩/٩ " (الأكثر ينزل منزلة الكمال ، والأقل تبع للأكثر) وفيه أيضاً " ٢٨/٢٥ " (يقام الأكثر مقام الكل) ، وفي البيان والتحصيل " ٣٠٦/٧ " (الأقل تبع للأكثر شائعاً كان أو غير شائع) ، وفي الحاوي للماوردي " ٣٦٦/٧ " (اليسير يكون تبعاً للكثير ، ولا يكون الكثير تبعاً لليسير) ، وفي قواعد العز " ١٥٧/٢ " (القليل يتبع الكثير في العقود) ، وفي المقنع " ٧٤٠ /٢ " (الأكثر قد أجري مجرى الكل) ، وفي كشاف القناع " ٢٨١/١ " (الأكثر ملحق بالكل) ، ولذلك قال ابن العربي في الأحكام " ١٨٠٤/٤ " (والفرق بين القليل والكثير أصل في الشريعة معلوم) .

وبلفظ الأغلب أيضاً جاءت مجموعة من القواعد منها ما جاء في مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ، اختصار الجصاص " ٤٤٣/١ " (الاعتبار بالأغلب) ، وفي المبسوط " ١٩٦/١٠ " (الحكم للغالب ، لأن المغلوب يصير مستهلكاً في مقابلة الغالب ، والمستهلك في حكم المعدوم) ، وفي التمهيد لابن عبد البر " ١٣٦/٨ " (بالأغلب من الأمور يقضي ، وعليه المدار ، وهو الأصل) ، وفي الحاوي للماوردي " ١٣٥/٥ " (النادر من الجنس يلحق بالغالب منه في الحكم) ، وفي المبدع لابن مفلح " ٥٤/٧ " (العبرة بالغالب) ، وفي زاد المعاد " ٤٢١/٥ " (الأحكام إنما هي للغالب الكثير ، والنادر في حكم المعدوم)^٢ .

ومن المعلوم أن تلك الكثرة والغلبة لم يربطهما الفقه الإسلامي بالزيادة على ٥٠٪ ولو بالنصف أو الواحد ، كما هو العرف في عالم الانتخابات اليوم ولذلك كان الفقهاء يطلقون في مقابل الكثير اليسير ، وفي مقابل الغالب النادر ، وقد أطلق الرسول ﷺ الكثرة على الثلث في حديث سعد حينما أراد أن يوصي بجميع أمواله ، ثم بالنصف ، ثم بالثلث ، فقال ﷺ : (الثلث والثلث كثير)^٣ ، ولذلك كان من رأي ابن عباس أن يصار إلى الربع حيث قال : (لو أن الناس عفوا من الثلث إلى الربع فإن رسول ﷺ قال : الثلث والثلث كثير)^٤ .

ولذلك اختلف الفقهاء في معيار الكثرة والقلة اختلافاً كثيراً ، ففي مجال الغبن الكثير المؤثر في لزوم العقد أو صحة العقد نجد اتجاهين : اتجاهاً يختار معياراً تحديدياً

(١) انظر لمزيد من التفاصيل : تكملة فتح القدير (٣٢٤/٧) ، وبدائع الصنائع (٤٤٧٢/٩) ، وبداية المجتهد (٢٨٤/٢) ، والكافي لابن عبد البر (٨٢٣/٢) ، والأم (١٧٦/٣) ، والروضة (١٢٧/٤) ، والغاية القصوى (٥١٤/١) ، والمغني لابن قدامة (٤٥٢/٤)

(٢) ويراجع بحث الأمانة السابق الإشارة إليه (ص ٤) ، وجمهرة القواعد الفقهية (٤٩٧ - ٤٩٦/١)

(٣) الحديث صحيح متفق عليه انظر صحيح البخاري (٤٩/٣٢٦ ، ٣/١) وسنن أبي داود الحديث ٢٨٩٤ وأحمد (١٧٦/١)

(٤) رواه مسلم عنه الحديث رقم (١٠٧٩)

جامداً مثل الثلث ، أو العشر ، واتجاهاً يختار معياراً مرناً وهو عرف التجار بالنسبة للمعاملات المالية^١.

وبالنسبة للأغلب أو الغالب أن بعض الفقهاء وضعوا له معيار العرف بصورة عامة وذلك بأن يكون العرف به جارياً بين الذين تعارفوه في أكثر أحوالهم ، ويكون جريانهم عليه حاصلًا في أكثر الحوادث لا تتخلف وبعضهم وصفوا الغالب بالشايخ وحينئذ جعلوا مقابله النادر الذي لا حكم له^٢.

وبصورة عامة يتجه المذهب المالكي إلى اعتبار ضبط القليل بالثلث وما زاد عليه يكون كثيراً حيث قال أبو عمران الفارسي : (والثلث آخر القليل وأول الكثير)^٣ ، وقال المازري : (الثلث قليل في مواضع من الشرع)^٤ ، وقد حكموا هذا الأصل في مواضع كثيرة منها الغبن اعتبروه كثيراً وفاحشاً إذا تجاوز الثلث^٥ ، ومنها بيع المحلى بالذهب أو الفضة حيث أجازوا بيعه بشروط منها أنها لا تتجاوز الحلية قدر الثلث^٦ ، وكذلك بيع ثمار البستان مع استثناء ثلثه أجازه مالك خلافاً للجمهور قال ابن عبد البر : (أما فقهاء الأمصار ... فكلهم يقول : إنه لا يجوز ... لأنه مجهول ، إلا مالك بن أنس فإنه أجاز ذلك إذا كان ما استثنى منه معلوماً ، وكان الثلث فما دونه في مقداره ومبلغه ، فأما أهل المدينة فعلى ما قال مالك : إنه الأمر المجتمع عندهم ... واحتج أصحابنا لذلك بأن ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن الثنيا^٧ ، فإنما ذلك في استثناء الكثير ... وأما القليل من الكثير فلا ، وجعلوا الثلث فما دونه قليلاً ...)^٨.

وإليه مال ابن قدامة وابن مفلح من الحنابلة حيث ذكرا أن : (الثلث في حد الكثرة وما دونه القلة)^٩.

واتجه بعض المعاصرين إلى أن القليل هو ما دون النصف وأن ما زاد على النصف فهو كثير حيث جاء هذا المعيار ضمن الضوابط الخاصة بصندوق المتاجرة بالأسهم العالمية للبنك الأهلي التجاري السعودي^{١٠} ، وهذا المعيار قد أخذ بالحسبان في الفتوى الصادرة من الهيئة الشرعية للبركة حول الصناديق الاستثمارية والإصدارات^{١١}.

-
- (١) يراجع لتفصيل الآراء وأدلتهم : مبدأ الرضا في العقود (٧٣٦/٢ - ٧٣٨) ومصادره المعتمدة .
 - (٢) د . صالح السدلان : القواعد الفقهية الكبرى (ص ٤٠٠) ، والنجار : العرف وأثره في التشريع (٢٠٥ ، ٤٠٧)
 - (٣) النظائر في الفقه المالكي (ص ٤٨)
 - (٤) شرح التلقين ، تحقيق محمد المختار السلامي (١٤٥/١)
 - (٥) أحكام القرآن لابن العربي (١٨٠٤/٤)
 - (٦) الشرح الصغير ، تحقيق مصطفى كمال وصفي (٦٢/٣)
 - (٧) رواه أحمد في مسنده (٣١٣/٣ ، ٣٥٦ ، ٣٦٤) ، ومسلم في صحيحه كتاب البيوع ، الحديث رقم (١٥٣٦) ، وأبو داود في البيوع ، الحديث رقم (٣٤٠٤) ، والنسائي (٢٩٦/٧)
 - (٨) الاستذكار ط . مؤسسة الرسالة (١٣٣/٥ - ١٣٥)
 - (٩) المغني لابن قدامة ، تحقيق د . عبدالفتاح الحلو ، ود . عبدالله التركي (١٧٩/٦ - ١٨٠) ، والمبدع (٧٦/٥)
 - (١) انظر البحث المعد بهذا الخصوص من المركز الوطني للاستثمارات الادارية للدكتور محمد القري (ص ٧)
 - (٢) بحث أمانة الهيئة الشرعية لشركة الراجحي (ص٧) ، وفتاوى الهيئة الشرعية للبركة (ص ١٢) رقم (١/١)

غير أن مجمع الفقه الإسلامي الدولي اعتمد الغالب دون تحديده بأية نسبة مما تُفهم منه الغلبة المطلقة حيث نصّ القرار رقم ٣٠ (٤/٥) على أنه (إذا صار مال القراض موجودات مختلفة من النقود والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضي عليه على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع ، أما إذا كان الغالب نقوداً ، أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية ...) ، ولكن لم تصدر هذه اللائحة إلى الآن .

وقد رجح الدكتور عبدالستار أبو غدة هذا الرأي ، واعتمد على مبدأ الغلبة المطلقة حيث قال في شرحه لمبدأ مراعاة الغلبة في الأعيان : (المقصود من هذا المبدأ أن يراعى العنصر الغالب في مكونات الأسهم المختلفة أي المركبة من نقود وديون وأعيان ومنافع ، فإذا كان الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع فإنه يسري حكمها على تلك المكونات وهو جواز التداول دون مراعاة التماثل أو التقابض..)^١ .

ومن الجدير بالإشارة إليه أن الحقوق المعنوية بما انها مال كما صدر بذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي (قرار ٤٣ " ٥/٥ ") لا بدّ أن تحسب ضمن موجودات الشركة ، أو الصندوق وتضم إلى الأعيان والمنافع .

وقد ذكر الفقهاء أنه إذا بنى حكم على أمر غالب فإنه يبنى تماماً ، ولا يؤثر على عمومته واطراده تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد ، أو بعض الأوقات ، أو بعض الأماكن^٢ .

وبناء على ذلك جوز المتأخرون للدائن في هذا الزمن استيفاء ما في ذمته من غير جنس حقه لغلبة العقوق في الحقوق ، وقالوا ليس للزوج أن يجبر زوجته على السفر من وطنها إذا كان نكحها فيه لغلبة الإضرار في الأزواج^٣ .

الترجيح :

الذي يظهر لي رجحانه هو التفرقة بين ما إذا كان ضمن موجودات الشركة أو الصندوق ديون ، أو نقود ، أو كلاهما معاً ، وبين أن يكون ضمن أنشطتهما محرمات من الربا ، ونحوه .

ففي الحالة الأخيرة بما أن الأصل هو أن لا يتعامل المسلم إلا في الحلال الطيب ، والكسب المشروع ، وأن إجازة التعامل والتداول في أسهم تلك الشركات التي نشاطها حلال ولكن تتعامل ببعض المحرمات كالربا كانت استثناء وخروجاً من الأصل العام عند جماهير المجيزين وهو استثناء اعتبر لأجل نوع من الحاجيات الماسة وعموم البلوى وغير ذلك مما ذكره المجيزون ، لذلك كله لا بدّ أن لا يعامل هذا الاستثناء معاملة الأصل ، ولا

(٣) بحثه عن مكونات الأسهم المقدم إلى الندوة العشرين للبركة (ص ٩)

(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٨١) وشرح القواعد الفقهية الكبرى للسدلان (٣٩٧) ود . محمد الزحيلي :

القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي ط . جامعة الكويت (٢٦٢)

(٥) الزرقاء : شرح القواعد الفقهية (١٨١)

يتحول إلى القاعدة ، ومن هنا فمعيار القليل فيه يجب أن يضيق عليه بقدر الإمكان بحيث لا يتعدى بأي حال من الأحوال الثلث ، فيكون الثلث كثيراً ، فلا يجوز حينئذ أن تكون الديون والقروض الربوية للشركة ، أو عليها تصل إلى الثلث ، وأن لا تزيد نسبة الفوائد إلى صافي الربح عن ٥٪ مع وجوب التخلص منها لأننا أمام محرم لا خلاف على حرمة ، وإنما الخلاف الكبير في مدى التسامح في قليله للأسباب السابقة وأما بالنسبة للديون والنقود فالذي أراه راجحاً هو معيار الكثرة والغلبة المطلقة ، وذلك لأن الديون أو النقود من حيث هي حلال كما أن التصرف فيها أيضاً من حيث المبدأ مشروع وإن كانت هناك شروط وقيود على التصرف فيها ولذلك فباب التسامح فيها أوسع استثناساً بما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية حينما تحدث عن الغرر وعن الربا ذكر أن الغرر منهي عنه ، لكن تحريم الربا في القرآن والسنة أشد ، ومفسدته أكبر من مفسدة الغرر ، فلذلك رخص في الغرر الذي تدعو إليه الحاجة ، والغرر اليسير ، كما أجاز الغرر التابع ، كما أن مالكاً وأحمد على الرغم من أنهما أكثر الفقهاء توسعاً في أبواب التابع للمعاملات المالية شديداً في الربا حق التشديد ومنع الاحتيال عليه بكل طريق ، في حين تسامحا في بعض أنواع الغرر في البيوع مما تمس الحاجة إليه^١ . ثم قال : (وإذا كانت مفسدة بيع الغرر هي كونه مظنة العداوة والبغضاء وأكل الأموال بالباطل فمعلوم أن هذه المفسدة إذا عارضتها المظنة الراجعة قدمت عليها ، ثم قال : (والشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضتها حاجة راجحة أبيع المحرم فكيف إذا كانت المفسدة منتفية)^٢ .

فهذه المقدمات ممهدة لما رجحته من التسامح في كون نسبة النقود ، أو الديون ، أو كليهما معاً كبيرة تصل إلى أكثر من ٥٠٪ وذلك لحاجة الناس إليهما ، وصعوبة تداول الأسهم والوحدات الاستثمارية إذا اشترط كونهما أقل من ٥٠٪ ، حيث رأينا أن معظم البنوك الإسلامية والشركات الاستثمارية تصل نسبة الديون الناتجة عن العقود الآجلة مع النقود إلى ٩٧٪ ، بل إننا لو شددنا في هذه المسألة لأدى إلى حرج شديد في التعامل مع أسهم البنوك الإسلامية والصناديق الاستثمارية ، ولا تخفى الحاجة الماسة إليها ، ناهيك عن المقاصد المعتمدة في تطويرها ، لأنها تؤدي إلى تطبيق الإسلام في جانبه الاقتصادي الذي يعتبر من أهم جوانبه.

هذا إذا كانت النقود ، أو الديون مقصودة مع الأعيان ، أما إذا كانت تبعاً ، أو غير مقصود بذاتها فإننا نرى . كما سيأتي . الاعتماد على ما هو المقصود أصالة دون النظر إلى قاعدة الكثرة ، والغلبة .

الخلاصة :

(١) مجموع الفتاوى (٢٩ / ٢٣ - ٢٧ ، ٣٦)
(٢) المصدر السابق (٢٩ / ٤٨ - ٤٩)

أولاً : لا شك أن قاعدتي الكثرة والغلبة معتبرة في الفقه الإسلامي ، ولهما تطبيقات كثيرة كما ذكرنا ولكنهما لا تحلان هذه المشكلة حلاً جذرياً .

ثانياً : أن السهم لا يمثل فقط الأصول ، أو موجودات الشركة المادية ، بل هي تشمل ما يأتي :

(أ) الموجودات المتداولة ، والموجودات الثابتة اللتين تظهر في الميزانية السنوية فقط مع المطلوبات.

(ب) العقود والامتيازات ، والاتفاقيات التي تلعب دوراً كبيراً في القيمة السوقية للسهم ، وفي إقبال الناس على الشركة ، مع أنها لا تدخل في القيمة الدفترية .

(ج) الإدارة الناجحة التي تعد من أهم عناصر الإنتاج في الاقتصاد المعاصر ، وهي ليست أعمال الموظفين ، وإنما هي القدرة على السبق ، والتخطيط ، والإبداع ، والتسويق الجيد ، والتحصيل الممتاز ، وتكوين قاعدة عريضة من عملاء الشركة والمتعاملين معها ، وبالتالي الوصول إلى سمعة ممتازة بالشركة ، وأما العمل ، أو أعمال الموظفين فهو الجانب التنفيذي الذي له دور آخر أيضاً في إنجاز الخطط والبرامج للشركة ، والإدارة والتنفيذ الجيد هما السبب في اختلاف ربحية شركة مع أخرى تتوافر لكلتيهما نفس العناصر الأساسية ، مع أن إحداها مربحاً أكثر ، وقيمة أسهمها السوقية أكبر.

(د) الحقوق المعنوية ، بما فيها حق الرخصة ، وبراءة الاختراع وحقوق الملكية والشهرة ، وكل ذلك لها دور عظيم في استعظام قيمة الأسهم السوقية .

فشركة مايكروسوفت التي تعتبر أثمان شركة في العالم (٤٠٠ بليون دولار) تعود قيمتها الأساسية إلى برامج الكمبيوتر التي لا يكلف تطويرها سوى مبالغ زهيدة قياساً للربح الذي تحققه .

وكذلك شركة بيبسي كولا - مثلاً - يدر اسمها وأسماء منتجاتها لها دخلاً على مستوى العالم^١ . ولذلك لا بد أن تدخل كل هذه المكونات في موجودات السهم عندما تنظر إلى ديونها ونقودها .

الحل الثاني : اعتبار قاعدة الأصالة والتبعية :

معنى الأصالة والتبعية :

الأصالة لغة : مصدر أصل بضم الصاد ، وأصل الشيء هو أساسه الذي يقوم عليه الشيء ، ومنشؤه الذي ينبت منه ، وجمعه أصول ، وأصول الفقه هي القواعد التي تبنى

(١) ورقة باسل النقيب في ندوة الأولى للاستثمار بالكويت ص ٥

عليها الأحكام ، ويقال : أصل الشيء - بفتح الصاد المشددة - أي جعل له أصلاً ثابتاً يبني عليه^١.

والفهاء يطلقون الأصل على عدة معان منها قولهم : إن الكفالة تشغل ذمة الأصيل والكفيل ، وأن الحوالة توجب براءة الأصيل عند جمهورهم^٢ ، ومنها الأصل كذا ؛ أي القاعدة العامة .

والتبعية نسبة إلى التبع ، من تبع الشيء تبعاً ، وتبوعاً ، أي سار في أثره أو تلاه ، أو اقتدى به^٣.

وفي الاصطلاح الفقهي يقصد بالأصالة والتبعية هو أن الأصالة يعنى بها : كون الشيء أساساً ومقصوداً بذاته وغير مرتبط بغيره ، وأن التبعية هي : كون الشيء مرتبطاً بغيره بحيث يدخل فيه ، أو لا ينفك عنه .

والخلاصة أنه يقصد بالأصالة هنا ما كان الشيء بذاته هو المقصود الأساس في العقد ، أو على الأقل يكون مقصوداً ، أي أن نية العاقدين كانت متجهة عليه أصالة ، فمثلاً الذي يشتري المنزل يكون قصده الأساس ما هو المعد للسكن دون ملحقاته من الأشجار ونحوها .

وأما التبعية فالمقصود بها هنا ما يدخل في الشيء تبعاً مثل الحمل بالنسبة لشراء الحيوان الحامل ، فالتبعية هي كون الشيء مرتبطاً بغيره إما ارتباطاً يتعذر انفراده مثل الحمل مع الحامل ، ولذلك تحصل ذكاة الجنين بذكاة أمه عند الجمهور أو يمكن انفصاله ولكن له ارتباط به عن متبوعه مثل مرافق المنزل ونحوها^٤.

وقد انبثقت عدة قواعد فقهية منها :

(أ) التابع تابع ، والتابع لا يفرد بالحكم ، وهي القاعدة التي ذكرتها مجلة الأحكام العدلية في مادتها ٤٨ والمقصود بذلك أن التابع المرتبط بمتبوعه لا يفرد بالحكم مثل الحمل فلا يجوز بيعه منفرداً ، ومما يذكر مع هذه القاعدة : (التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصر مقصوداً) مثل زوائد المبيع المنفصلة المتولدة إذا حدثت قبل القبض تكون تبعاً للمبيع ، ولا يقابلها شيء من الثمن ، ولكن لو اتلفها البائع

(١) يراجع : القاموس المحيط ، ولسان العرب ، والمعجم الوسيط ، مادة (أصل) .

(٢) يراجع : المبسوط (١٦٠/١٩) وجواهر الإكليل (١٨٠/٢) ومغني المحتاج (١٩٥/٢) والمغني (٥٢١/٤)

(٣) يراجع المصادر السابقة مادة (تبع)

(٤) يراجع معنى الأصالة والتبعية ، لغوياً في لسان العرب ، والقاموس المحيط / مادتي " أصل " و " تبع " ، ويراجع حاشية ابن عابدين (١٤/٣ ، ١٩٣/٥) ، والشرح الكبير مع الدرر المنثور (١١٤/٢) ، وحاشية البجيرمي على المغني (٢٥٥/٤) ، وكشاف القناع (٢١٩/٦) ، والموسوعة الفقهية الكويتية (٩٣/١٠) ، وشرح الحموي على الأشباه لابن نعيم (٢٣٤/١) .

سقطت حصتها من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم الاستهلاك^١.

(ب) من ملك شيئاً ملك توابعه مثل ملحقات الدار والحمل .

(ج) التابع يسقط بسقوط المتبوع مثل إذا سقطت صلاة الفرض بالجنون سقطت سننها الراتب^٢. وإذا برئ الأصل برأ الكفيل .

(د) يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في المتبوع ، ومن فروعها : أن النسب لا تثبت ابتداءً بشهادة النساء أما لو شهدن بالولادة على الفراش فقد ثبت النسب تبعاً حتى ولو كانت الشاهدة القابلة وحدها^٣.

ومنها جواز رمي المسلمين الذين تترس بهم الكفار تبعاً ، ولا يجوز أصالة^٤ ، ومنها أن بيع الثمرة التي لم يبد صلاحها جائز مع أصلها ، ولكن لا يجوز بيعها دونه ، لما في ذلك من الغرر ، قال ابن قدامه : (لأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها)^٥ .

الأدلة على اعتبار هذا الأصل :

يدل على اعتبار هذه القاعدة استقرار فروع الفقه الإسلامي وجزئياته ومسائله التي اعتبرت في عدد غير يسير منها رعاية الأصالة والتبعية .

ويدل على ذلك أيضاً الحديث الصحيح المتفق عليه الذي رواه الشيخان بسندهما عن ابن عمر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : (من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، ومن ابتاع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع)^٦ ، فالحديث يدل بوضوح على جواز بيع ثمرة النخل مطلقاً (بدا صلاحها أم لا) إذا كانت تبعاً للنخل في حين أنه لا يجوز بيعها منفردة إلا بعد بدو صلاحها كما يدل على أنه لا ينظر عند بيع العبد الذي معه مال إلى نوعية ماله نقداً ، أو عرضاً ، أو ديناً ، أو ربوياً أو غيره ، فقد ذكر الحافظ ابن حجر أن إطلاق الحديث يدل على جواز بيعه ولو كان المال الذي معه ربوياً ، لأن العقد وقع على العبد خاصة ، والمال الذي معه تبع له لا مدخل له في العقد^٧ .

(١) الزرقاء (٢٨٥) ، ويراجع المنثور للزرركشي (٢٣٤/١)

(٢) المنثور للزرركشي (٢٣٥/١) ، والأشباه للسيوطي (١١٨) ، والحموي على ابن نعيم (١٥٥/١)

(٣) حاشية ابن عابدين (٦٢٦/٢) ، الشرح الكبير مع الدسوقي (١٨٨/٤) ، والأشباه للسيوطي (١٢٠) ، وكشاف القضاء (٤٣٦/٦)

(٤) د . محمد الزحيلي (٤٠٠) ، ومصادره .

(٥) المغني ، تحقيق د . الحلواني (١٥٠ / ٦)

(٦) صحيح البخاري - مع الفتح - كتاب المساقاة (٤٩/٥) ومسلم ، كتاب البيوع (١١٧٣/٣)

(٧) فتح الباري (٥١/٥)

وهذا رأي مالك حيث قال : (الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إن اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو ديناً ، أو عرضاً يُعلم أو لا يُعلم وإن كان للعبد المال من أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً)^١.

وكلام مالك هذا يدل على عدم اشترط كون المال التابع أقل من ثمنه ، وفي هذا دلالة على عدم النظرة إلى الكثرة والقلة عند كون الشيء تابعاً .

قال ابن القاسم ، عن مالك يجوز أن يشتري العبد وماله بدرهم إلى أجل وإن كان ماله دراهم ، أو دنانير ، أو غير ذلك من العروض^٢ . وفي هذا دلالة على عدم اشتراط أحكام الصرف ما دامت دراهمه ودنانيره وذهبه وفضته تبعاً للعبد حتى ولو كان ثمنه من نفس الجنس .

(أ) فعلى ضوء رأي مالك أنه لا يشترط لصحة ذلك البيع أن يكون القصد متجهاً نحو العبد فقط ، وإنما الحكم هو أنه إذا اشترى العبد ومعه مال أي مال بأي ثمن كان فإن العقد صحيح وأن ماله للمشتري إن اشترط وإلاّ فلسيده ، قال ابن عبد البر : (ويجوز عند مالك شراء العبد وإن كان ماله دراهم بدرهم إلى أجل وكذلك لو كان ماله ذهباً أو ديناً)^٣ .

وهذا قول الشافعي في القديم ، وأبي ثور وأهل الظاهر^٤ ، وقال الشاطبي : (فالحاصل أن التبعية للأصل ثابتة على الإطلاق)^٥ . وقد ذكر النووي أنه لو باع داراً بذهب ، فظهر فيها معدن ذهب ...صح البيع على الأصح ، لأنه تابع)^٦.

(ب) وذهب عثمان البتي إلى رعاية القصد حيث قال : (إذا باع عبداً وله مال ألف درهم بألف درهم جاز إذا كانت الرغبة في العبد لا في الدرهم)^٧ .

وهذا هو المنصوص عن أحمد حيث ذكر الخرقى أن البيع صحيح وإن كان مع العبد مال أي مال بشرط أن يكون قصده للعبد ، لا للمال ، وهذا منصوص أحمد وهو قول الشافعي - أي في القديم - وأبي ثور وعثمان البني ، فمتى كان كذلك صح اشتراطه ودخل في البيع به سواء كان ديناً أو عيناً وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر^٨ .

(١) الاستذكار لابن عبد البر (٢٢/١٩) .

(٢) المصدر السابق (٣٤/١٩)

(٣) الكافي لابن عبد البر (٣٣٦)

(٤) طرح التثريب في شرح التقريب للحافظ العراقي (١٢٣/٦)

(٥) الموافقات (١٦٣/٣ ، ١٧٤)

(٦) روضة الطالبين (٣٨٦/٣)

(٧) الاستذكار (٣٦/١٩)

(٨) المغني (٢٥٧/٦ - ٢٥٨)

(ج) وذهب إلى عدم صحة ذلك مطلقاً الحنفية ، والشافعي في الجديد ، لما فيه من الربا^١ ولحديث فضالة بن عبيد الأنصاري الذي اشترى قلادة فيها ذهب وخرز بذهب فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فأمر بنزع الذهب فقال : (الذهب بالذهب وزناً)^٢.

ولكن الحديث واضح في دلالة على أن شراء الذهب كان مقصوداً أصالة لفضالة فيختلف عن موضوع العبد ، ولا تعارض بينهما ، فمسألة مال العبد داخلة في التبعية التي لا جدال فيها .

ومما يتعلق بهذا الموضوع ما يسميه الفقهاء بمسألة " مد عجوة " وهي أن يبيع مالاً ربوياً . كالدراهم والدنانير . بجنسه ومعهما أو مع أحدهما ما ليس من جنسه ، مثل أن يكون غرضهما بيع دراهم بدراهم فيبيع كيلو من التمر مع عشرة دراهم بخمسة عشر درهماً مثلاً ، فهذا غير جائز وغير صحيح عند المالكية والشافعية والحنابلة ، وأجازته الحنفية^٣.

ولكن شيخ الإسلام طبق على هذه المسألة أيضاً مسألة التبعية والأصالة ، ومسألة الحيل ، فقال : (وأما إن كان كلاهما مقصوداً كمد عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم ، أو مدين ، أو درهمين ففيه روايتان عن أحمد ، والمنع قول مالك والشافعي ، والجواز قول أبي حنيفة وهي مسألة اجتهاد)^٤.

وقد فرق المالكية بين مسألة " مد عجوة " التي حرموها وبين بيع العبد الذي له مال من النقود والديون بالنقود ، مع أنهم أجازوه . كما سبق . بأن موضوع العبد داخل في باب التبعية ، لأن العبد هو المقصود بالبيع وليس ماله إضافة إلى أن الحديث الوارد فيه واضح الدلالة على الجواز مطلقاً ، وليس هناك دليل يقيد في نظرهم فيبقى على إطلاقه ، كما أن ذلك يحقق مصالح معتبره ، حيث قال الإمام أبو بكر بن العربي : (إن ما جاء في مال المملوك ينبنى على القاعدة العاشرة وهي المقاصد ، والمصالح التي تقتضي جوازه ، لأن المقصود ذاته ، لا ماله ، والمال وقع تبعاً)^٥.

الفرق بين قاعدة الغلبة والكثرة ، وقاعدة الندرة والغلبة وبين قاعدة التبعية :

ذكرنا في السابق الفرق بين الغلبة والكثرة ، والندرة ، حيث يتبين من ذلك أن الكثرة العددية معتبرة ، كما أن الغلبة الكيفية من حيث القوة أيضاً معتبرة ، إذن يمكن اعتبارهما قاعدتين معتبرتين بدل قاعدة واحدة ، يقول القرافي : (اعلم أن الأصل

(١) حاشية ابن عابدين (٢٣٩/٤) ، الغاية القصوى تحقيق د.علي القره داغي ط . دار الاصلاح (٤٦٧/١) ، وشرح

النووي لصحيح مسلم (١٩٢/١٠)

(٢) الحديث رواه مسلم في صحيحه (١٢١٣/٣) ، وأبو داود في سننه . مع عون المعبود . (٢٠٠/٩) والنسائي (٢٤٤/٧)

والترمذي . مع تحفة الاحوذى . (٤٦٥/٤)

(٣) الغاية القصوى (٤٦٧/١) ، ومجموع الفتوى (٢٩ / ٢٧)

(٤) مجموع الفتاوى (٢٨/٢٩)

(٥) القبس (٨٠٥/٢)

اعتبار الغالب وتقديمه على النادر ، وهو شأن الشريعة^١ ويقول ابن العربي : (والفرق بين القليل والكثير أصل في الشريعة معلوم)^٢ .

وأما الفرق بين ما ذكر وبين قاعدة التبعية فهو أن التبعية أعم ، أي أن ما بينهما علاقة العموم والخصوص المطلق ، فقاعدة التبعية أعم من قاعدة القلة والكثرة ، والندرة والغلبة ، فالقليل تابع للكثير ، والنادر تابع للغالب كقاعدة عامة ، ولكن ليس كل تابع داخلاً في القليل ، أو النادر ، إذ أن التابع قد يتحقق بغير ذلك كما سيأتي .

الضابط الشرعي للتبعية الموجبة للترخيص :

بما أن التبعية أنواع فنتحاج إلى ذكر هذه الأنواع وضوابط كل نوع منها ومعياره ، فمنها :

(١) تبعية القليل للكثير ، فيكون ضابطها أن يكون التابع أقل عدداً من الكثير ، - كما سبق في قاعدة القلة والكثرة . .

(٢) تبعية النادر للغالب فيكون الضابط هو ندرة التابع وغلبة المتبوع . كما أشرنا إليها سابقاً . .

(٣) تبعية الجزء المتصل بالأصل المتبوع ومعيارها الاتصال الاندماجي وذلك مثل زكاة الجنين فإنها تحصل بزكاة أمه تبعاً لها عند جمهور الفقهاء (ما عدا الإمام أبا حنيفة)^٣ للحديث الصحيح المشهور : (زكاة الجنين زكاة أمه) رواه أبو داود بإسناد جيد ، والدارقطني والترمذي ، وابن ماجه ، وأحمد ، والدارمي ، والحاكم وقال (صحيح على شرط مسلم) ووافقه الذهبي ، ورواه آخرون بألفاظ مختلفة^٤ .
ومن أمثلة ذلك الحمل حيث يتبع أمه عند بيع الأم بلا خلاف^٥ .

(٤) تبعية الفرع للأصل حيث يتبع الطفل أباه في الإسلام وإن كانت أمه كافرة بالاتفاق^٦ .

(٥) تبعية بالقصد ، وضابطها ومعيارها هو القصد ، فالمقصود أصلاً وأساساً وأولاً هو المتبوع ، والذي لم يقصد أساساً ، أو كان قصده قد جاء ثانوياً فهو التابع كما هو الحال بالنسبة لبيع العبد ومعه مال من ذهب وفضة ، حيث إن القصد العام الأساسي

(١) الفروق للقرا في ط. دار المعرفة م بيروت (١٠٤/٤)

(٢) أحكام القرآن لابن العربي (١٨٠٤/٤)

(٣) حاشية ابن عابدين (١٩٣/١٤، ٥/٣) وجواهر الاكليل (٢١٦/١) وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (١١٤/٢) وحاشية البجيرمي على الخطيب (٢٥٥/٤) وكشاف القناع (٢٠٩/٦).

(٤) يراجع : سنن أبي داود الحديث رقم ٢٨٢٨ ، والدارمي (٨٤/٢) والدارقطني ص ٥٤٠ ، والحاكم (١١٤/٤) والبيهقي (٣٣٤/٩) والترمذي (٢٧٩/١) وابن ماجه الحديث رقم ٣١٩٩ ، ومسند أحمد (٣١، ٥٣/٣) ويراجع إرواء الغليل (١٧٢/٨ - ١٧٣)

(٥) حاشية الحموي على ابن النجيم (١٥٤/١) وشرح الخرشي (٧١/٥) والدسوقي (٧٥/٣) والأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧ والمنثور (٢٣٤/١) وكشاف القناع (١٦٦/٣) .

(٦) حاشية ابن عابدين (٣٤٨/٤) والدسوقي (٣٠٨/٤) ومغني المحتاج (٢٠٦/٤) والمغني (١٣٨/٨)

هو بيع العبد وشراؤه، وليس مقصود المشتري أو البائع هو شراء أموال العبد بدرجة أولى .

(٦) تبعية الشيء بسبب الشمولية العرفية ، ومعيارها العرف الجاري ، وهذه التبعية قد تناولها الفقهاء بالتفصيل عند حديثهم عن المبيع ، أو العين المؤجرة ، حيث يشمل البيع أصل المبيع وتوابعه ، حيث درج الفقهاء على أفراد فصل بعنوان : "بيع الأصول" ، يذكرون فيه ما يتبع هذه الأصول وهي : (الأرض ، والدور ، والبساتين.....) وما يتبعها ، فعند الحنفية يدخل في المبيع ما يلي :

(أ) ما يتناوله مدلول اسم المبيع بحيث يعتبر جزءاً من أجزائه ، فبيع الدار مثلاً يدخل فيه غرفها.

(ب) ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع بالنظر إلى الغرض من العقد عليه ، فبيع القفل يدخل معه المفتاح.

(ج) ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار ، بأن كان موضوعاً على وجه الدوام كبيع الدار تدخل فيه الأبواب والأحواض .

(د) ما جرى العرف ببيعه مع المبيع تابعاً له كالخطام بالنسبة للبعير .

والأصل في دخول هذه الأمور أو عدم دخولها في المبيع هو العرف وهو يختلف باختلاف البلاد ، ففي عرف مصر يدخل السلم المنفصل عن الدار فيها ، كما يدخل في عرف دمشق شرب الدار . بكسر الشين نصيب الماء . في حين أن القياس أن لا يدخل لعدم اتصاله^١ .

ويقول القرافي في الفرق بين قاعدة ما يتبع العقد عرفاً ، وقاعدة ما لا يتبعه : (..وبيع الأرض يندرج تحته الأشجار والبناء دون الزرع الظاهر ..كما تندرج الحجارة المخلوفة فيها دون المدفونة إلا على القول بأن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها ، وقال الشافعي رضي الله عنه : لا يندرج في الأرض البناء الكثير ، ولا الغرس ، وعندنا يندرج في لفظ الدار الخشب المسمر ، والسلم المستقل ، ويندرج المعدن في لفظ الأرض دون الكنز ، لأن المعدن من الأجزاء..، وقال ابن حنبل : يندرج في الأرض البناء والغرس ، وفي لفظ الدار الأبواب والخوابي المدفونة ، والرفوف المسمرة وما من مصالحها دون الحجر المدفون ، لأنه كالوديعة...) ثم سرد كثيراً من هذه الأمثلة فقال : (وهذه الأبواب التي سردتها مبنية على العوائد ، غير مسألة الثمار المؤبرة بسبب أن مدركها النص والقياس ، وما عداها مدركه العرف والعادة ، فإذا تغيرت العادة أو بطلت ، بطلت هذه الفتاوى وحرمت الفتاوى بها لعدم مدركها فتأمل ذلك....)^٢ .

(١) نشر العرف (١٣٦/٢)

(٢) الفروق للقرافي (٢٨٨/٣ ، ٢٨٣) ويراجع : المجموع للنووي (٢٦٨/١١) وكشاف القناع (٢٧٥/٣)

ومعنى تبعية هذه الأشياء للأصل المبيع أنها تدخل فيه بالثمن نفسه دون التصريح بها إلا إذا استثنى ما جاز استثنائه ، لأن بعض التوابع لا يجوز استثنائها لنهي الرسول ﷺ عن الثبأ إلا أن تُعلم^١ .

أحكام التبعية :

ذكر الفقهاء للتبعية عدة أحكام ذكرها علماء القواعد على شكل قواعد منبثقة منها ، من أهمها :

١ . من ملك الأصل ملك توابعه :

أي أن من ملك الأصول (مثل الدار ، و الأرض ، والبستان و...و...) بالبيع ، أو نحوه ملك توابعها فمن ملك الدار ملك ملحقات الدار وهكذا . كما سبق . .

٢ . التابع لا يفرد بالحكم عن متبوعه^٢ :

والمراد بهذه القاعدة أن التابع الذي لا يستقل بنفسه بل يكون وجوده تبعاً لوجود متبوعه (أي يكون جزءاً أو كالجزء) لا يصلح أن يفرد بالحكم أي لا يصلح أن يكون محلاً مستقلاً في العقد لتعلق الحكم به كالجنين في بطن الحيوان ، حيث لا يصح أن يباع وحده ، ومع ذلك يجوز إقراره بالوصية والعقود دون أمه بشرط أن يولد حياً لستة أشهر^٣ .

وعلى ضوء هذا الشرح أن هذا الحكم ليس عاماً لكل التوابع ، وإنما هو للتابع المتصل الذي هو جزء من الأصل ، أو كالجزء .

٣ . التابع يسقط بسقوط المتبوع :

ذكر الزركشي أمثلة لذلك فقال : كمن فاتته صلاة في أيام الجنون لا يستحب له قضاء روايتها ، لأن الفرض سقط ، وكذلك من فاتته الحج يتحلل بالطواف والسعي ، ولا يتحلل بالرمي والمبيت ، لأنهما من توابع الوقوف ، وقد سقط فيسقط التابع^٤ ومنها ما نص الإمام الشافعي على أن الفارس إذا مات في أثناء الحرب سقط سهمه ، ولو مات الفرس استحق سهم الفرس ، والفرق أن الفارس متبوع ، فإذا فات الأصل والفارس تابع فإذا مات جاز أن يقع سهمه للمتبوع^٥ .

(١) رواه مسلم في صحيحه كتاب البيوع (١١٧٥/٣) وأحمد (٢١٢/٣، ٢٥٦، ٢٦٤) وترجم البخاري باب ما يجوز من الاشتراط والثبأ في الإقرار ، وروى بعد ذلك بعض الآثار ، وحديث : (إن لله تسعة وتسعين اسماً ، مائة إلا واحدة...) فتح الباري (٣٥٤/٥) ويراجع لمزيد من التفصيل في الجانب الفقهي : حاشية ابن عابدين (٤٠/٤ - ٤١) والهداية (٢٥/٣) وجواهر الاكليل (٧/٢) ونهاية المحتاج (٤٤٥/٣) والمغني (١١٣/٤) وشرح منتهى الإرادات (١٤٨/٢)

(٢) يراجع : المنثور في القواعد للزركشي ط. أوقاف الكويت (٢٣٤/١)

(٣) حاشية ابن عابدين (٤١٨/٥) والدسوقي (٣٧٥/٤ - ٣٧٦) وشرح المحلى مع قليوبي وعميرة (١٥٧/٣ - ١٥٨)

(٤) وكشاف القناع (٣٥٦/٤)

(٥) المنثور في القواعد (٢٣٥/١)

(٥) المصدر السابق (٢٣٦/١)

وهذا الحكم خاص بما إذا كان التابع غير مقصود ، أما إذا كان مقصوداً أيضاً بذاته فلا يسقط بسقوط المتبوع كغسل العضد يشرع مع قطع اليد من فوق المرفق ، لأن تطويل الغرة مقصود بنفسه ، ولهذا لو بدأ به قبل غسل المرفق والساعد جاز ، غير أن الزركشي أشار إلى عدم دخوله في التبعية فقال : (لكن يمكن أن يقال : أن الاستحباب في العضد لم يكن على سبيل التبعية فإن الحكم متغاير ، وهو استحباب العضد ، ووجوب الغسل في الساعد)^١ .

ومن أمثلة الاستثناء من القاعدة ، أو من التابع المقصود أنه إذا بطل أمان رجال لم يبطل أمان نسائهم وصبيانهم ، ومنها الأخرس العاجز عن التلفظ بالتكبير ، فإنه يلزمه تحريك لسانه عند الحنفية والشافعية ، والقاضي من الحنابلة^٢ .

وعبر السيوطي وابن نجيم عن هذا الحكم من خلال قاعدة أخرى وهي : (الفرع يسقط إذا سقط الأصل) وجاء في شرح المجلة : ان هذه القاعدة مطردة في المحسوسات والمعقولات ، كالشجرة إذا ذوت ذوى ثمرها ، وكالإيمان بالله تعالى أصل ، وجميع الأعمال فروعها ، فإذا سقط الإيمان - والعياذ بالله تعالى - حبطت الأعمال ، لأن اعتبارها مبنى عليه ، ومن فروعها قولهم : إذا برئ الأصل برئ الضامن ، لأنه فرعه ، بخلاف العكس^٣ .

٤ . يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها :

عبر الإمام السيوطي عن هذه القاعدة بعدة عبارات توضح مدلولها بشكل أكبر ، وهي : (يغتفر في الشيء ضمناً ما لا يغتفر فيه قصداً) ، و(يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل) ، و(أوائل العقود تؤكد بما لا يؤكد به أواخرها) ثم قال السيوطي : (والعبارة الأولى أحسن وأعم).

ومن فروعها أن النسب لا يثبت بشهادة النساء ابتداءً ، ولكن لو شهدت بالولادة على الفراش ثبت النسب تبعاً حتى لو كانت الشاهدة في الولادة القابلة وحدها ، ومنها أن الوقف على نفسه لا يصح ، ولكن لو وقف على الفقراء ، ثم صار منهم استحق تبعاً^٤ .

ومما يستثنى من هذا الحكم أو هذه القاعدة أن الفاسق يجوز تقليده القضاء إذا ظن صدقه عند الحنفية ، لكن إذا قلد عدل ، ففسق في أثناء قضائه استحق العزل عندهم أيضاً^٥ .

(١) المنثور (٢٣٥/١)

(٢) الحموي على ابن نجيم (١٥٥/١) وروضة الطالبين (٢٩٩/١) والإنصاف (٤٣/٢)

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٩ والأشباه لابن نجيم مع الحموي (١٥٥/١) وشرح المجلة للأتاسي (١١٥/١)

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ط. دار الكتاب العربي ص ٢٣٢ - ٢٣٣ ، والحموي على ابن نجيم (١٥٦/١) وشرح مجلة الأحكام (١٣/١) وحاشية ابن عابدين (٦٢٦/٢) والدسوقي (١٨٨/٤) وكشاف القناع (٤٣٦/٦) .

(٥) فتح القدير (٤٥٤/٥) وشرح مجلة الأحكام (١٣٤/١)

٥. التابع لا يتقدم على المتبوع :

ومن أمثلة ذلك أنه لا يجوز تقدم المأموم على الإمام في الموقف ولا في تكبيرة الإحرام، والسلام^١ ويدل على ذلك الحديث الصحيح الذي رواه البخاري بسنده مرفوعاً (إنما جعل الإمام ليؤتم به ، فإذا كبر فكبروا...) ^٢ ، وأنه لا يصح أن يتقدم الرهن قبل ثبوت الدين أو البيع ^٣ .

٦. التابع لا يكون له تابع :

ذكره الفقهاء بصيغة الجزم ، ولكن الزركشي ذكره بصيغة التردد فقال : (التابع هل يكون له تابع؟)

ومن فروع هذا الحكم أو القاعدة أنه لو قطع شخص الأصابع وحدها وجبت الدية ، فإن قطع اليد من الكوع لم يلزمه أكثر من الدية ، ويجعل الكف تبعاً للأصابع ، وإن قطع زيادة على ذلك لم يجعل تبعاً ، بل تلزمه للزيادة حكومة على قدرها ، لأن التابع لا يكون له تابع ^٤ .

ومنها هل يسن تكبير العيد خلف النوافل؟ والأصح : لا يسن ، لأن النفل تابع للفرائض ، والتابع لا يكون له تابع ^٥ .

ومما خرج عن هذه القاعدة توكيل الوكيل غيره دون الرجوع إلى موكله ، حيث ذكر الحنفية أن للوكيل أن يوكل في حقوق العقد فيما ترجع الحقوق فيه إليه (وهو باب المعاملات المالية) لأنه أصيل فيها فله أن يوكل فيها بلا إذن موكله ، وفرق المالكية بين الوكيل المفوض وغير المفوض ، حيث إن للوكيل المفوض أن يوكل على الأظهر ، وأما غير المفوض فليس له أن يوكل بلا إذن إلا في حالتين هما : أن لا يليق الفعل به ، أو أن يكون كثيراً يتعذر عليه القيام به وحده ، وقريب من هذا مذهب الشافعية ^٦ .

٧. العبرة بنية المتبوع لا التابع :

في حالة التبعية تكون العبرة بنية المتبوع حيث تكون نية التابع ملحقة به ، ففي حالة سفر الزوج والزوجة معاً ، والجندي التابع لأميره ، فإن المعتبر في السفر الذي يبيح لها القصر والفطر نية المتبوع دون التابع ، لأن نية المتبوع تتسحب على التابع فيعطى حكمه فتتبع المرأة زوجها ، والجندي أميره ، هذا عند الحنفية والحنابلة ، والشافعية وافقوهم في مسألة المرأة ، وخالفوهم في تبعية الجندي لأميره ^٧ .

- (١) المنثور في القواعد (٢٣٦/١) ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٢١ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢ - ٢٢
- (٢) صحيح البخاري - مع الفتح - (٥٨٤/٢)
- (٣) المنثور في القواعد (٢٣٧/١)
- (٤) المصدر السابق
- (٥) المنثور في القواعد (٢٣٧/١ - ٢٣٨)
- (٦) يراجع : حاشية ابن عابدين (٣٧١/٥) وجواهر الاكلیل (٢٧٠/٢) وروضة الطالبين (٢٨٢/٩) وكشاف القناع (٤٦/٦) والموسوعة الفقهية مصطلح "الوكالة" وج ٩٩/١٠
- (٧) حاشية ابن عابدين (٥٣٣/١ - ٥٣٤) وروضة الطالبين (٣٨٦/١) وكشاف القناع (٥٠٥/١)

وهذه القاعدة تدل أيضاً على أن التبعية تجري في النيات أيضاً كما جرت في غيرها ، يقول الكاساني: (والمعتبر في النية هو نية الأصل دون التابع ، حتى يصير العبد مسافراً بنية مولاه ، والزوجة بنية الزوج ، وكل من لزمه طاعة غيره كالسلطان وأمير الجيش ، لأن حكم التبعية حكم الأصل)^١ .

٨. التابع لا حصة له من الثمن :

والمراد بهذا أن التابع الذي يدخل في المبيع ولا يفرد بالبيع لا تخصص له حصة من الثمن ، وقد وضع الإمام محمد الشيباني أصلاً لهذا الموضوع فذكر أن : كل شيء إذا بعته وحده لا يجوز بيعه ، وإذا بعته مع أصله جاز ، فإذا استحق ذلك الشيء قبل القبض كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن ، وإن شاء ترك ، وكل شيء إذا بعته وحده جاز بيعه ، فإذا بعته مع غيره فاستحق ، كان له حصة من الثمن.

ثم إن محل دخول التابع في البيع ما لم يذكر ، فإن ذكر كان مبيعاً قصداً ، حتى لو فات قبل القبض بأفة سماوية تسقط حصته من الثمن^٢ .

٩. التابع مضمون بالاعتداء :

فإذا اعتدى على التابع وحده ، أو مع الأصل فإن ضمان الأصل لا يغني عن ضمان التابع ، فلو اعتدى على امرأة حامل فأسقطت جنينها ميتاً ففيه الغرة بالإجماع^٣ ، أما لو ماتت الأم أيضاً ففيه الغرة مع دية الأم عند الشافعية والحنابلة^٤ .

ومن أمثلة ذلك منافع المغصوب وغلته ، فإنها مضمونة أيضاً على الغاصب تبعاً للمغصوب عند جمهور الفقهاء ما عدا الحنفية^٥ .

وأخيراً فإن بعض الفقهاء جمعوا هذه الأحكام أو هذه القواعد في قاعدة واحدة ، وهي (التابع تابع) على أساس أن هذه القاعدة تشمل كل هذه الأحكام التسعة^٦ ، قال السيوطي : (يدخل في هذه العبارة قواعد : الأولى : أنه لا يفرد بالحكم ، لأنه إنما جعل تبعاً ... ، الثانية : التابع يسقط بسقوط المتبوع ... الثالثة : التابع لا يتقدم على المتبوع ... الرابعة : يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها ..)^٧ .

(١) بدائع الصنائع (٢٩٠/١)

(٢) شرح المجلة للأناسي (١٥١/٢ - ١٥٣) والموسوعة الفقهية (١٠٠/١٠)

(٣) ابن عابدين (٣٧٧/٥) والدسوقي (٢٦٩/٤) وأسنى المطالب (٨٩/٤) والمغني (٧٩٩/٧)

(٤) مغني المحتاج (١٠٣/٤) والمغني (٨٠٤/٧ - ٨٠٦)

(٥) حاشية ابن عابدين (١٢٠/٥) وجواهر الاكليل (١٥٠/٢ - ١٥١) وروضة الطالبين (١٣/٥ - ١٥) وكشاف القناع (١١١/٤)

(٦) وهي القاعدة التي خصصت لها المجلة مادتها السابعة والأربعين ، ويراجع لمزيد من التفصيل : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٢٨

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٢٨ - ٢٣٣

تطبيقات قاعدة التبعية :

ذكرنا أن من أهم تطبيقات قاعدة التبعية هو أنه (يغتفر في التابع ما لا يغتفر في غيره) وقد شرحنا ذلك بإيجاز ، والآن نحاول تحديد نطاق هذا الاغتفار بموجب التبعية .

تحديد نطاق الاغتفار :

والمقصود بذلك أن التبعية تؤدي إلى الاغتفار في التعامل مع التابع ما لا يغتفر في المتبوع من حيث الصحة والفساد أو البطلان ، أو من حيث الحل والحرمة ، فمثلاً لا يجوز ولا يصح بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، ومع ذلك يجوز ويصح بيعها تبعاً للشجرة نفسها ، وكذلك لا يجوز بيع شيء فيه جهالة أو غرر ومع ذلك يجوز وجود الغرر تبعاً وهكذا...

أولاً : اغتفار الغرر في عقود المعاوضات المالية بسبب التبعية :

الغرر لغة : الخطر ، والخدعة ، وتعرض المرء نفسه أو ماله للهلكة ، وبيع الغرر : بيع ما يجهله المتبايعان ، أو ما لا يوثق بتسلمه كبيع السمك في الماء ، أو الطير في الهواء^١ .
وفي الاصطلاح عرفه الجرجاني بأنه : ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا^٢ .

وقد عرفه الفقهاء بتعريفات كثيرة لا يسع المجال لذكرها ، ولكن التعريف الجامع المانع هو التعريف الذي ذكره الجرجاني آنفاً ، وهو بذلك أعم من الجهالة عند جماعة من الفقهاء ، وبينهما عموم وخصوص عند آخرين^٣ .

والغرر قد يكون في وجود الشيء مثل بيع حمل الحمل (حبل الحبله) وقد يكون في الحصول مثل بيع السمك في الماء ، أو في المقدار مثل البيع بمبلغ من المال دون تحديده ، أو في الأجل مثل تحديد موعد المسلم فيه برجوع فلان من سفره .

والغرر يؤثر بالاجماع في البيع ونحوه من عقود المعاوضات المحضة ، ولا يؤثر في عقود التبرعات المحضة عند جماعة من الفقهاء ، منهم المالكية ، وكذلك يؤثر الغرر الكثير بالاتفاق ، واختلفوا فيما عداه^٤ .

وقد روى مسلم وأصحاب السنن بأسانيد كثيرة عن عدد من الصحابة بأن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر^٥ .

(١) القاموس المحيط ، ولسان العرب ، والمعجم الوسيط مادة "غرر"

(٢) التعريفات ، مصطلح "غرر"

(٣) يراجع لمزيد من التفصيل : الغرر وأثره في العقود ، للدكتور الصديق محمد الأمين الضيرير ، ط.سلسلة صالح كامل ص ٥٥ - ٦٢

(٤) يراجع : الفروق للقرائفي (١/١٥١ ، ٣/٢٦٥) وبداية المجتهد (٢/١٧٢) والمجموع (٩/٢٥٨)

(٥) صحيح مسلم ، كتاب البيوع (٣/١١٥٣) الحديث رقم ١٥١٣ وأبو داود الحديث رقم ٢٣٧٦ ، والنسائي (٢/٢١٧) والترمذي (١/٢٣١) والدارمي (٢/٢٥١) وابن ماجه الحديث ٢١٩٤ والبيهقي (٥/٢٦٦)

وقد اختلف الفقهاء في نوعية هذه الإضافة فابن تيمية وابن القيم يريان أنها من باب إضافة المصدر إلى مفعوله^١ فيكون معناه : بيع شخص شيئاً فيه غرر ، على ضوء ذلك يكون الغرر المنهي عنه هو ما يكون في محل العقد ، وهذا غير دقيق ، لأن الغرر المنهي عنه المؤثر يشمل كذلك ما يرجع إلى الصفة التي وقع عليها العقد كبيع الحصة ، لذلك فالراجع هو أن الإضافة هي من باب إضافة المصدر إلى نوعه ، أو الموصوف إلى صفته ، وحينئذٍ يكون النهي عاماً للغرر في محل عقد البيع ، ولصيغة العقد^٢.

ومع أن الغرر مؤثر لكنه يغتفر تبعاً فيما يأتي :

(١) بيع الثمار قبل بدو صلاحها منهي عنه وغير صحيح للأحاديث الكثيرة الواردة في ذلك منها الحديث المتفق عليه عن ابن عمر أن النبي ﷺ (نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها) ، وفي لفظ مسلم (نهى عن بيع الثمار حتى تزهو) أي حتى تحمر ، وفي لفظ آخر (لا تبتاعوا الثمر حتى يبدو صلاحه ، وتذهب عنه الآفة . قال : يبدو صلاحه : حرته وصفرتة)^٣.

وهذا الحكم متفق عليه بين الفقهاء من حيث المبدأ وأن العلة في ذلك هو الغرر ، حيث لا يجوز بيع الثمر قبل أن يظهر على الشجرة أبداً ، ولا بعد ظهوره ولكن قبل بدو صلاحه ، غير أنه يجوز بيع الثمر في الحالتين الأخيرتين بشرط قطعه في الحال عند جمهور الفقهاء^٤ قال الحافظ ابن حجر : (إن المراد يبدو الصلاح قدر زائد على ظهور الثمرة ، وهي احمرارها واصفرارها ، وسبب النهي عن ذلك خوف الغرر لكثرة الجوائح فيها)^٥.

قال الحافظ ابن حجر : (واختلف السلف في قوله : "حتى يبدو صلاحها" هل المراد به جنس الثمار حتى لو بدا الصلاح في بستان من البلد مثلاً جاز بيع ثمرة جميع البساتين وإن لم يبد الصلاح فيها ، أو لا بد من من بدو الصلاح من كل بستان على حدة ، أو لا بد من بدو الصلاح في كل جنس على حدة ، أو في كل شجرة على حدة ؟ على أقوال :

والأول : وهو الاكتفاء ببدا الصلاح في جنس الثمار في البلد دون الحاجة إلى بدو الصلاح في جميع بساتينه . هو قول الليث ، وهو عند المالكية بشرط أن يكون الصلاح متلاحقاً .

(١) تراجع : نظرية العقد ص ٢٢٤ و ٢٢٧ ، وزاد المعاد (٢٦٦/٤) والشيخ الصديق الضرير : المرجع السابق ص ٨٢
(٢) الشيخ الصديق الضرير : المرجع السابق نفسه
(٣) صحيح البخاري - مع الفتح - (٣٩٤/٤) ومسلم (١١/٥) وأبو داود الحديث ٣٣٦٨ والنسائي (٢٢٠/٢) والترمذي (٢٣١/١) والبيهقي (٣٠٢/٥ - ٣٠٣) وأحمد (٦٣، ٦٢، ٧، ٥/٢)
(٤) حاشية ابن عابدين (٣٨/٤) والبحر الزخار (٣١٥/٣) والقوانين الفقهية ص ٢٥٢ وحاشية الدسوقي (١٧٦/٣) والأم (٤١/٣) والمغني (٨١/٤) وكشاف القناع (٢٨١/٣) ويراجع لمزيد من التفصيل : الصديق الضرير : المرجع السابق ص ٣٨١
(٥) فتح الباري (٣٩٧/٤)

والثاني : هو ضرورة بدو الصلاح في كل بستان ، هو قول أحمد ، وعنه رواية كالرابع .

والثالث : وهو بدو الصلاح في كل جنس على حدة ، هو قول الشافعية^١ ، ويمكن أن يؤخذ ذلك من التعبير ببدا الصلاح ، لأنه دال على الاكتفاء بمسمى الازهار من غير اشتراط تكامله فيؤخذ منه الاكتفاء بزهو بعض الثمرة ، وبزهو بعض الشجرة مع حصول المعنى ، وهو الأمن من العاهة...ولو قيل بإزهاء الجميع لأدى إلى فساد الحائط ، أو أكثره، وقد منّ الله تعالى بكون الثمار لا تطيب دفعة واحدة ليطول زمن التفكه بها^٢.

وهناك قول خامس وهو أنه يكفي ببدا صلاح ثمرة شجرة واحدة بل ببعضها لجواز البيع ، وهو قول لأحمد ، حيث جاء في كشف القناع ما نصه : (وصلاح بعض ثمرة الشجرة في بستان صلاح لها - أي للشجرة - وصلاح لسائر النوع الذي في البستان الواحد ... وإنما صح مع ما بدا صلاحه تبعاً له)^٣.

ومع ذلك فإن بيع الثمار قبل بدو صلاحها تبعاً لشجرتها جائز بالاتفاق ، وكذلك الحمل لا يجوز بيعه منفرداً ، ولكنه يجوز تبعاً للحامل اعتماداً على الحديث الصحيح المتفق عليه : (من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع....)^٤ يقول الحافظ ابن حجر : (وقد استدل بمنطوقه على أن من باع نخلاً وعليها ثمرة مؤبرة لم تدخل الثمرة في البيع بل تستمر على ملك البائع ، وبمفهومه على أنها إذا كانت غير مؤبرة أنها تدخل في البيع وتكون للمشتري وبذلك قال جمهور العلماء، وخالفهم الأوزاعي وأبو حنيفة ، فقالا :تكون للبائع قبل التأبير وبعده ، وعكس ابن أبي ليلى فقال : تكون للمشتري مطلقاً...^٥ .

ثم قال الحافظ : (والجمع بين حديث التأبير ، وحديث النهي عن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح سهل بان الثمرة في بيع النخل تابعة للنخل ، وفي حديث النهي مستقلة ، وهذا واضح جداً)^٦ .

وقد ذكر جمهور الفقهاء أيضاً أن الشفعة لا تثبت في الثمار من حيث هي ، ولكنها تثبت في الثمر إذا بيع مع أصله الداخل في بيع العقار^٧ .

(١) تراجع : حاشية ابن عابدين (٣٧/٤) وحاشية الدسوقي (١٧١/٣) ومغني المحتاج (٨٦/٢) وكشاف القناع (٢٧٩/٣) والمغني (٧٤/٤)
(٢) فتح الباري (٣٦٩/٤)
(٣) كشاف القناع (٢٨٧/٣)
(٤) سبق تخريجه
(٥) المصادر الفقهية السابقة
(٦) فتح الباري (٤٠٢/٤ - ٤٠٣)
(٧) تكملة فتح القدير (٣٢٦/٨ ، ٣٢٧) وتبيين الحقائق (٢٥٢/٥) وحاشية الدسوقي (٤٨٠/٣) ومغني المحتاج (٢٩٦/٢ - ٢٩٧) ونهاية المحتاج (١٩٣/٥) وكشاف القناع (١٤٠/٤)

ثانياً : اغتفار ربا البيوع تبعاً :

من المتفق عليه بين الفقهاء أنه في حالة بيع الذهب والفضة ، والحنطة ، والشعير ، والتمر ، والملح يشترط التماثل (أي عدم أي زيادة) والتقابض يداً بيد (أي استلام البديلين في المجلس) إذا بيع أحد هذه الأشياء بجنسها (كبيع الذهب بالذهب مثلاً) كما يشترط التقابض في المجلس فقط إذا بيع أحدها بغير جنسها (كبيع الذهب بالفضة مثلاً) وبذلك وردت أحاديث صحيحة منها : ما رواه البخاري ومسلم بسندهما عن ابن عمر مرفوعاً بلفظ : (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا غائباً بناجز)^١ .

ومنها حديث أبي سعيد الخدري مرفوعاً لدى مسلم بلفظ (الذهب بالذهب) ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، يداً بيد ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي سواء في الربا)^٢ .

وعلى ضوء ذلك اتفق الفقهاء على الحكم السابق^٣ ومع ذلك لم يشترط بعض هذه الشروط في حالة التبعية اعتماداً على الحديث الصحيح المتفق عليه بلفظ : (...ومن ابتاع عبداً ، وله مال ، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع)^٤ .

حيث يدل على أنه لا ينظر عند بيع العبد الذي معه مال إلى نوعية ماله : نقداً ، أو عرضاً ، أو ربوياً أو غيره فقد ذكر الحافظ ابن حجر : (أن إطلاق الحديث يدل على جواز بيعه ولو كان المال الذي معه ربوياً ، لأن العقد وقع على العبد خاصة ، والمال الذي معه تبع له لا مدخل له في العقد)^٥ .

وتصوير ذلك أن يتم بيع العبد (ذكر أو أنثى) ومعه كمية من الذهب أو الفضة (كحلي أو غيره) بالذهب نفسه أو بالفضة ، وحينئذ لا يشترط تقابض البديلين في المجلس ولا تماثلهما .

وهذا رأي مالك حيث قال : (الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إن اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو ديناً ، أو عرضاً يُعلم أو لا يُعلم وإن كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً)^٦ .

- (١) صحيح البخاري مع الفتح (٤/٣٧٩ - ٣٨٣) ومسلم (٣/١٢٠٨ - ١٢١٢) ومسند الشافعي ص ٤٨ ، ٥١ ، ٦٢ ، وأحمد (٤/٣ ، ٤٩/٥) والمستدرک (٢/٤٣) وسنن أبي داود - مع العون - (٩/١٩٨ - ١٩٩) وابن ماجه (٢/٧٥٧ - ٧٥٨) والترمذي (١/٢٣٣) والنسائي (٧/٢٤٠ - ٢٤٥) والسنن الكبرى (٥/٢٧٦)
- (٢) صحيح مسلم (٣/١٢٠٨ - ١٢٠٩)
- (٣) يراجع لمزيد من التفصيل حول الربا : فتح القدير - مع العناية - (٥/٢٧٤) وبدائع الصنائع (٧/٣١١٥) والبحر الرائق (٦/١٢٧) وحاشية ابن عابدين (٥/١٧١) وحاشية الدسوقي (٣/٤٧) وبداية المجتهد (٢/١٢) والروضة (٣/٢٧٧) ونهاية المحتاج (٤/٤٢٨) والمجموع (٩/٤٠٠) والمغني (٤/٥٠ - ٧)
- (٤) سبق تخريجه
- (٥) فتح الباري (٥/٥١)
- (٦) الموطأ ، ط. الشعب ص ٣٧٨ والاستذكار لابن عبد البر (١٩/٣٢)

وكلام مالك هذا يدل على عدم اشتراط كون المال التابع أقل من ثمنه ، وفي هذا دلالة على عدم النظرة إلى الكثرة والقلّة عند كون الشيء تابعاً .

قال ابن القاسم ، عن مالك يجوز أن يشتري العبد وماله بدراهم إلى أجل وإن كان ماله دراهم ، أو دنانير ، أو غير ذلك من العروض^١ . وفي هذا دلالة على عدم اشتراط أحكام الصرف ما دامت دراهمه ودنانيره وذهبه وفضته تبعاً للعبد حتى ولو كان ثمنه من نفس الجنس .

(أ) فعلى ضوء رأي مالك أنه لا يشترط لصحة ذلك البيع أن يكون القصد متجهاً نحو العبد فقط ، وإنما الحكم هو أنه إذا اشترى العبد ومعه مال أي مال بأي ثمن كان فإن العقد صحيح وأن ماله للمشتري إن اشترط وإلاّ فلسيده ، قال ابن عبد البر : (ويجوز عند مالك شراء العبد وإن كان ماله دراهم بدراهم إلى أجل وكذلك لو كان ماله ذهباً أو ديناً)^٢ .

وهذا قول الشافعي في القديم ، وأبي ثور وأهل الظاهر^٣ ، وقال الشاطبي : (فالحاصل أن التبعية للأصل ثابتة على الإطلاق)^٤ . وهو رواية عن أحمد اختارها ابن تيمية^٥ ، وقد ذكر النووي أنه لو باع داراً بذهب ، فظهر فيها معدن ذهب...صح البيع على الأصح ، لأنه تابع)^٦ .

(ب) وذهب عثمان البتي إلى رعاية القصد حيث قال : (إذا باع عبداً وله مال ألف درهم بألف درهم جاز إذا كانت الرغبة في العبد لا في الدرهم)^٧ .

وهذا هو المنصوص عن أحمد حيث ذكر الخرقى أن البيع صحيح وإن كان مع العبد مال أي مال بشرط أن يكون قصده للعبد ، لا للمال ، وهذا منصوص أحمد وهو قول الشافعي - أي في القديم - وأبي ثور وعثمان البني ، فمتى كان كذلك صح اشتراطه ودخل في البيع به سواء كان ديناً أو عيناً وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر^٨ ، وهو المختار عند الشيخ تقي الدين^٩ .

(١) المصدر السابق (٣٤/١٩)

(٢) الكافي لابن عبد البر (٣٣٦)

(٣) طرح الثريب في شرح التقريب للحافظ العراقي (١٢٣/٦)

(٤) الموافقات (١٦٣/٣ ، ١٧٤)

(٥) الاختيارات ص ١٢٨ وحاشية المقنع (٧٢/٢)

(٦) روضة الطالبين (٣٨٦/٣)

(٧) الاستذكار (٣٦/١٩)

(٨) المغني (٢٥٧/٦ - ٢٥٨)

(٩) حاشية المقنع (٧٢/٢)

(ج) وذهب إلى عدم صحة ذلك مطلقاً الحنفية ، والشافعي في الجديد ، لما فيه من الربا^١

وقد استدل المانعون بحديث فضالة بن عبيد الأنصاري ، حيث روى مسلم وغيره بسندهم عن علي بن رباح اللخمي يقول : سمعت فضالة بن عبيد الأنصاري يقول : أتى رسول الله ﷺ وهو بخيبر ، بقلادة فيها خرز وذهب ، وهي من المغانم تباع ، فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة ، فنزع وحده ، ثم قال لهم رسول الله ﷺ : (الذهب بالذهب وزناً بوزن) وفي رواية لمسلم بلفظ (لا تباع حتى تفصل)^٢ .

وفي رواية لأبي داود ، والطحاوي ، والدراقطني ، والبيهقي بسند جيد عن حنش عن فضالة بن عبيد ، وفيها قال النبي ﷺ : ((لا حتى تميز بينه ، وبينه)) (أي بين الذهب والخرز) فقال (أي الرجل الذي أراد بيعه) : إنما أردت الحجارة ، فقال النبي ﷺ : (لا حتى تميز بينهما...)^٣ .

قال الخطابي : (في هذا الحديث نهى عن بيع الذهب بالذهب مع أحدهما شيء غير الذهب ، وممن قال : إن هذا البيع فاسد : شريح ، ومحمد بن سيرين ، والنخعي ، وإليه ذهب الشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وسواء عندهم كان الذهب الذي هو الثمن أكثر من الذهب الذي هو مع السلعة أو أقل...)^٤ .

كما استدلوا بأن بيع الشيء الربوي ومعه غيره بجنسه من غير فصل يؤدي إلى الجهل بالتمائل ، أو العلم بالتفاضل ، وكلاهما مبطل للعقد .

ورد المجيزون هذا الاستدلال بترجيح حديث : (من ابتاع عبداً.....) لأنه أقوى سنداً ، ولكن التحقيق أن الأمر لا يحتاج إلى ذلك لعدم وجود تعارض بين الحديثين الصحيحين ، ومن المعلوم أن الجمع بين الدليلين أولى من إلغاء أحدهما ، إذ حديث العبد واضح في أن مال العبد قد جاء تبعاً ، ولذلك لم ينظر إليه ، بل نظر إلى العبد نفسه ، وطبق عليه الأحكام الخاصة ببيع العبيد ، ولا ينظر إلى ماله من حيث طبيعته وجنسه ونوعه ، وأحكامه الخاصة به .

وأما حديث فضالة بن عبيد فظاهر ، بل نص في أن المقصود الحقيقي أصالة هو الذهب ، وأما الخرز أو الحجارة فتبع له ولذلك لم يسمع الرسول ﷺ لادعاء الشخص : لأنه يتعارض مع القصد الواضح البين من العملية ، وبالتالي فلا تعارض بين الحديثين أصلاً .

(١) حاشية ابن عابدين (٢٣٩/٤) ، الغاية القصوى تحقيق د.علي القره داغي ط.دار الاصلاح (٤٦٧/١) : وشرح النووي لصحيح مسلم (١٩٢/١٠)

(٢) صحيح مسلم كتاب المساقاة ، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب (١٢١٣/٣) وسنن أبي داود - مع عون المعبود - (٢٠٠/٩) والنسائي (٢٤٤/٧) والترمذي - مع تحفة الأحوذى - (٤٦٥/٤)

(٣) سنن أبي داود - مع العون - (٢٠٠/٩) والطحاوي (٢٣٦/٢) والدارقطني ص ٢٨٩ - ٢٩٠ والبيهقي (٢٩٣/٥)

(٤) عون المعبود (٢٠١/٩)

وأما ما قالوه من الجهل بالتماثل ، أو العلم بالتفاضل فهذا غير وارد في حالة التبعية لأن العقد في حقيقته وارد على الأصل وجاء التابع تبعاً .

وقد ذكر القاضي أبو بكر بن العربي أن ما جاء في مال المملوك مبني على قاعدة المقاصد والمصالح ، وذلك لأن قاعدة الربا وأحكامه تمنع من شراء العبد الذي معه ذهب - مثلاً - بذهب ، وقاعدة المقاصد والمصالح تقتضي جوازه وهي التي تم تغليبها بناءً على حديث العبد ، لأنه إنما المقصود منه ذاته ، لا ماله ، وإنما ماله وقع تبعاً ، وقال ابن تيمية : (إن كان المقصود هو البيع الجائز ، وما فيه من مقابلة ربوي بربوي آخر وهو داخل على وجه التبعية ، كبيع الغنم بالغنم وفي كل منها لبن وصوف .. وبيع دار مموهة بذهب .. ونحو ذلك فهذا الصواب فيه أنه جائز كما هو المشهور من مذهب أحمد وغيره ، ثم أشار إلى حديث العبد)^٢ .

ذكر ابن شاس : ما يفيد أن التبعية لا تخضع لمبدأ اعتبار القلة أو الكثرة ، فلا حرج إذاً أن يكون التابع أكثر في قيمته أو كميته من المتبوع الأصل ، وذلك لقاعدة : الأتباع تعطى حكم المتبوعات)^٣ .

وقال المازري : (كون الشيء متبوعاً يرفع عنه حكم التحريم المختص .. وأورد مسائل منها حلية السيف التي هي تبع لنصله فيحرم بيعها بجنسها ولا يحرم ذلك وهي مضافة إلى السيف)^٤ .

ومن التطبيقات في هذا المجال ما أجازه جماعة من الفقهاء من بيع السيف المحلى بجنس الحلية ، جاء في الاختيارات : (وظاهر مذهب أحمد جواز بيع السيف المحلى بجنس حليته ، لأن الحلية غير مقصودة)^٥ ، وذلك لأن المقصود بالبيع السيف ، وليس الحلية ، وإنما الحلية دخلت تبعاً .

وأجاز مالك ذلك على التفصيل الآتي قائلاً : (من اشترى مصحفاً ، أو سيفاً ، أو خاتماً ، وفي شيء من ذلك ذهب أو فضة بدنانير ، أو دراهم ، فإن ما اشترى من ذلك وفيه الذهب بدنانير ، فإنه ينظر إلى قيمته ، فإن كانت قيمة ذلك الثلثين ، وقيمة ما فيه من الذهب الثلث ، فذلك جائز لا بأس به إذا كان يداً بيد ، ولا يكون فيه تأخير ، وما اشترى من ذلك بالورق مما فيه الورق نظر إلى قيمته ، فإن كان قيمة ذلك الثلثين ، وقيمة ما فيه من الورق الثلث ، فذلك جائز لا بأس به إذا كان ذلك يداً بيد ، ولم يزل ذلك من أمر الناس عندنا)^٦ .

(١) القبس شرح الموطأ (١٠٥/٢)

(٢) مجموع الفتاوى (٤٦٥/٢٩)

(٣) عقود الجواهر (٣٨٠/٢ - ٣٨١)

(٤) شرح التلقين (٤٣٢/١)

(٥) الاختيارات ص ١٢٨

(٦) الموطأ ص ٣٩٤ ، ويراجع عون المعبود (٢٠١/٩)

وذكر ابن شاس حالة الاختلاط بين أحد النقيدين (الذهب والفضة) وبين غيرهما من السلع كالسيف المحلى بفضة يباع بفضة ، ولا يخلو أن تكون فضته تبعاً ، أو نصله .

فإن كانت فضته تبعاً فالمشهور أنه جائز ومنعه محمد بن عبدالحكيم ، والقولان على الاختلاف في الأتباع : هل تعطى حكم متبوعاتها أم لا ؟

ثم ذكر قولين في التأجيل متفرعين على القول بالجواز في المسألة السابقة ، وهما المنع وهو المشهور ، وهو على إعطاء التبع قسطاً من الثمن ، والجواز ، وهو رأي سحنون ، فلم يعطه قسطاً من الثمن^١ .

تطبيق هذه القاعدة على الأسهم والصكوك :

إذا أردنا تطبيق هذه القاعدة على الأسهم والصكوك التي تتكون من الأعيان والمنافع والحقوق المعنوية ، والديون والنقود فنرى أننا أمام ثلاثة آراء فقهية في موضوع وجود نقود ونحوها من الأموال الربوية مع الأعيان غير الربوية .

الرأي الأول : للحنفية والشافعية في الجديد حيث يرون منع ذلك .

الرأي الثاني : لأحمد وبعض التابعين حيث يرون الاعتبار بالقصد فإن كان قصد المشتري الأعيان غير الربوية وجاءت الأموال الربوية تبعاً وعرضاً فهذا جائز ، وإلا فغير جائز.

الرأي الثالث : رأي مالك ومن معه من أهل المدينة حيث يرون أن العبد - مثلاً - ما دام هو محل العقد من حيث هو فإن شراؤه بنقد ، أو غيره جائز ولو كانت معه نقود وذهب وفضة ونحوها من الأموال الربوية حتى ولو كانت هذه الأموال أكثر من غيرها ، لأنها جاءت تبعاً ، ولأن الحديث الوارد فيه عام ، أو مطلق لم يخص ، أو يقيد بأي شيء ، والتخصص ، أو التقييد بدون دليل معتبر غير جائز ، كما أنهم جمعوا بين هذا الحديث ، وحديث فضالة بن عبيد بأن حديث العبد وارد في كون العقد وارداً على العين أصالة ، وأن ما معه من الأموال جاء تبعاً ، وحديث فضالة حلَّ العقد فيه أصلاً على الذهب - كما سبق.

وعلى هذا الرأي أن التبعية لا تخضع لمبدأ اعتبار القلة أو الكثرة ، فلا حرج إذن أن يكون التابع أكثر من قيمته أو كميته من المتبوع الأصل (فالأتباع يعطى حكم المتبوعات)^٢ .

وهذا الرأي يحل هذه المشكلة تماماً ، وهذا ما أفتى به من المتأخرين العلامة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ مفتي الديار السعودية سابقاً رحمه الله حيث سئل عن التعامل بأسهم الشركات التي تتكون من نقود وديون لها وعليها ، ومن قيم وممتلكات وأدوات

(١) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ط. دار الغرب الإسلامي (٢/٣٨١)

(٢) عقد الجواهر الثمينة (٢/٣٨٠) ، وبحث الأمانة (١٦)

مما لا يمكن ضبطه بالرؤية ولا بالوصف حيث استشكل السائل القول بجواز بيع تلك السهام لعدم جواز بيع الدين في الذمم . فأجاب رحمه الله بقوله : (فلا مانع من بيعها بشرط معرفة الثمن ، وأن يكون أصل ما فيه الاشتراك معلوماً ، وأن تكون أسهمه منها معلومة أيضاً ، فإن قيل : إن فيها جهالة ، لعدم معرفة أعيان ممتلكات الشركة وصفاتها؟

فيقال : إن العلم في كل شيء بحسبه ، ثم ذكر بأن العلم بذلك من خلال نشراتها السنوية وميزانياتها تحقق المعرفة الكلية الممكنة ، وأن " تتبع الجزئيات في مثل هذا فيه حرج ومشقة ، ومن القواعد المقررة أن المشقة تجلب التيسير ، وقد صرح الفقهاء - رحمهم الله - باغتفار الجهالة في مسائل معروفة في أبواب متفرقة مثل جهالة أساس الحيطان ، وغير ذلك .

فإن قيل : إن في هذه الشركات نقوداً ، وبيع النقد بنقد لا يصح إلا بشرطه .

فيقال : إن النقود هنا تابعة غير مقصودة ، وإذا كانت بهذه المثابة ، فليس لها حكم مستقل ، فانتفى محذور الربا ، كما سيأتي في حديث ابن عمر .

فإن قيل : إن للشركة ديوناً في ذمم الغير ، أو أن على تلك السهام المبيعة قسطاً من الديون التي قد تكون على أصل الشركة ، وبيع الدين في الذمم لا يجوز إلا لمن هو عليه بشرطه .

فيقال : وهذا أيضاً من الأشياء التابعة التي لا تستقل بحكم ، بل هي تابعة لغيرها ، والقاعدة : أنه يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً ، ويدل على ذلك حديث ابن عمر مرفوعاً (من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع)^١ ، فعموم الحديث يتناول مال العبد الموجود والذي له في ذمم الناس ، ويدل عليه أيضاً حديث ابن عمر الآخر : (من باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع) متفق عليه ، ووجه الدلالة أن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لا يجوز ، لكن لما كانت تابعة لأصلها اغتفر فيها ما لم يغتفر لو كانت مستقلة بالعقد .

ومما يوضح ما ذكر أن هذه الشركات ليس المقصود منها موجوداتها الحالية ، وليست زيادتها أو نقصها بحسب ممتلكاتها وأقيامها الحاضرة ، وإنما المقصود منها أمر وراء ذلك وهو نجاحها ومستقبلها وقوة الأمل في إنتاجها والحصول على أرباحها المستمرة غالباً . وبما ذكر يتضح وجه القول بجواز بيعها على هذه الصفة والله أعلم^٢ .

(١) رواه مسلم وغيره

(٢) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد ابن إبراهيم ، جمع وترتيب محمد بن عبدالرحمن بن قاسم (٤١/٧ - ٤٣)

توضيح لهذا الرأي :

لا شك أن التبعية أنواع - كما ذكرنا - من أهمها :

(١) تبعية القلة للكثرة ، وتبعية اليسارة والندرة للغلبة ، كما قال ابن شاس : (اليسارة لها حكم التبعية ، والمشهور أن الأتباع لا تراعى)^١ ، وقال الباجي : (الثلث وما دونه في حكم التبعية)^٢ قال ابن شاس : (ما هو التبعية ؟ فيه ثلاثة أقوال : أحدها : الثلث ، والثاني : أنه دون الثلث ، وهما على ما تقدم في عد الثلث يسيراً أو كثيراً ، وحكى القاضي أبو الوليد عن بعض أصحابنا العراقيين أن النصف تبع ، وبالزيادة عليه يخرج عن حد التبعية)^٣.

وهذا النوع خارج عن موضوع بحثنا .

(٢) التبعية بالقصد أن يكون الاعتبار للقصد الأساس للعاقدين وهذا هو رأي أحمد الذي ذكرناه ، وهو يحل جزءاً كبيراً من المشكلة ، ولكنه يرد هنا تساؤل حول الأسهم ووحدات الصناديق : فما هو الذي يجعل أصلاً متبوعاً ، وما هو التابع في تداولها ؟ للإجابة عن ذلك هنالك عدة احتمالات من أهمها^٤:

الاحتمال الأول : المقصود في الشركات المساهمة هو نشاطها وإنتاجها ، ومن ثم الحصول على أرباحها ، ومقتضى ذلك أن تعتبر الديون والنقود تابعة غير مقصودة ، ولا ينظر إلى الأحكام الخاصة بها في حالة انفرادها ، وهذا ما قرره الشيخ محمد بن إبراهيم في فتواه في الشركات المساهمة ، ويمكن أن يقال ذلك في الصناديق .

الاحتمال الثاني : أن تعد الأعيان والمنافع والقيمة المعنوية التي اشتملت عليها الشركة أو الصندوق هي المقصودة مهما كانت نسبتها ، وتكون النقود والديون تابعة لها ، وهذا ما توجه إليه الدكتور عبدالستار بصدده حديثه حول مبدأ التبعية . ولكن ألا يرد على هذا أنه لم لا يكون المقصود هو النقود أو الديون في الموجودات ؟ أو ليس الناس أحرص على تحصيل النقود وما في حكمها من الديون المستحقة الحالة في ذمم الأولياء من قصدهم الأعيان أو المنافع ؟

وأما الاحتمال الثاني فقد ورد عليه التساؤل المعقول من أمانة هيئة الرأجي ، ومن جانب آخر فإن ابن شاس قد أثار هذا الموضوع بقوله : (فإن قلنا بأن الاتباع مقصودة في

(١) عقد الجواهر الثمينة (٣٦٣/٢)

(٢) المنتقى (٢٦٩/٤)

(٣) عقد الجواهر الثمينة ط. دار الغرب الإسلامي (٣٧٨/٢)

(٤) ب حث أمانة شركة الرأجي حول تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق المشتملة على ديون ونقود ص ٢٣-

العقود منعنا هذا البيع " الذي كان فيه المطعومات " وإن قلنا : الاتباع لا حصة لها من الثمن ، وأنها غير مقصودة في العقود جاز البيع وإن كان فيه الربا (١) .

بل إن الإمام المازري ذكر بأنه لا يخفى على أحد أن التجار يقصدون إلى جعل الثمن عوضاً من جميع ما عقدوا عليه قلّ أو جل ، ويجعلون لكل جزء منه حصة من الثمن (٢) .

لذلك فالذي يظهر لنا رجحانه هو الاحتمال الأول ولما سنذكره أيضاً في الفقرة اللاحقة .

(٣) اعتبار كون الشيء أصلاً تبعاً باعتبار إطلاق اللفظ على المبيع الأصلي ، وأن الاتباع لم تذكر في العقد أصالة دون النظر إلى القصد الجزئي ، فالحديث السابق دلّ على أن العقد ورد على العبد ، فكل ما هو من أمواله التي اشترطها المشتري أن تكون له في مقابل الثمن لا شك أنها مقصودة له ولذلك اشترطها ، وإلا فكيف يشترط شيئاً غير مقصود له ؟

وهكذا الأمر فمن اشترى سيفاً محلاً بالذهب مع أن قيمة الحلية قد تكون اضعافاً مضاعفة أمام قيمة نفس السيف ، لكن العقد وقع على السيف ، ولم يقع على الحلية أصالة .

وهكذا الأسهم أو الصكوك حيث يشتريها الإنسان ليس باعتبار الديون والنقود ، وإنما باعتبار أنه جزء ، أو حصة شائعة من تلك الشركة المشتملة على أنشطة متنوعة كما في الاحتمال الأول .

وقد أوضح الإمام المازري رحمه الله أن النظر مقصور على الأصالة والتبعية ، دون النظر إلى العقود ، حيث لا يوجد تاجر لا يقصد هذه الأجزاء ، وجاء توضيحه في مسألة جواز الإجارة على إمامة الصلاة على أنها تبع للإجارة على الأذان حيث قال : (وإذا قلنا بجواز الإجارة على الصلاة ، على أنها تبع للإجارة على الأذان ، فتعذر على المستأجر الإمامة ووفى بالأذان فهل يحط من الإجارة بسبب عجزه عن الإمامة أم لا ؟ ، اختلف المتأخرون ، فمنهم : من يقدر أن التبع لا حصة له من الثمن، ولا يحط من الإجارة شيئاً، ومنهم من يقدر أن للتبع حصة من الثمن ، فيحط من الإجارة ما قابله .

واعلم أن المسائل الواردة في هذا الأصل مختلف جوابها . فالذهب في من اشترى عبداً له مال ، أو شجراً مثمراً ، إن استحقاق المال من العبد وجائحة الثمرة لا تستوجب حطيطة من الثمن ، ولو استحققت حلية السيف التي هي تبع لنصله ، أو أحقر سلعة من صفقة فيها سلع ، لحط من الثمن بقدر المستحق ... ، وأما العبد فمالك له وإنما وقعت المعاوضة على أن يقر البائع ملكه في يده وقد أقره ، فلهذا لم يؤثر الاستحقاق ، وقد قال بعض المتأخرين : الأولى أن يحط من الثمن قدر ما يعلم أن المشتري زاده في الثمن ، لتحمل العبد

(١) عقد الجواهر الثمينة (٢/٣٩٩)

(٢) شرح التلقين بتحقيق الشيخ السلامي (١/٤٣٢ - ٤٣٣)

بماله وفوته به ، كما إذا تعذر على المرأة الجهاز ، حط من الصداق قدر ما زاده الزوج لأجله ، وإن كان الزوج لا يملكه ولا يملك انتزاعه ، وهو في حكم التبعية ولكن زاد في الصداق لحصول تجمل الزوجة .

واعلم أنه لا يخفى على أحد أن التجار يقصدون إلى جعل الثمن عوضاً من جميع ما عقدوا عليه قل أو جل ، ويجعلون لكل جزء مما اشتروه حصة من الثمن تابعاً كان أو متبوعاً ، فالمخالفة ههنا لا معنى لها ، لأنها كالمخالفة في أمر محسوس .

وإنما يفتقر إلى الاعتبار ما قاله أصحابنا من أن كون الشيء تبعاً يرفع عنه حكم التحريم المختص به إذا انفرد في مسائل ، منها حلية السيف التي هي تبع لنصله ، فيحرم بيعها بجنسها ، ولا يحرم ذلك وهي مضافة إلى السيف إلى غير ذلك مما في معناه ، وما قالوه أيضاً من استحقاق التبعية في الصفقة ، لا يوجب للمشتري رد جميعها^١ .

فقوله الأخير يدل على أن حكم التحريم إن وجد يرتفع مع كون الشيء تبعاً ، وهذا هو المقصود ، وبذلك لا ينظر إلى الأسهم إلى نسبة هذه المكونات ما دامت تبعاً . هذا والله أعلم .

وهناك تطبيقات كثيرة معاصرة لقاعدة التبعية منها شراء بعض الأجهزة الالكترونية المتطورة مع صيانتها بثمن محدد ، حيث لو لم ننظر إلى قاعدة التبعية لوجدنا أن جزءاً (قد يكون كبيراً) مقابل عمل مجهول وهو الصيانة التي تتضمن العمل ، وقطع الغيار التي لم تعرف عند العقد .

وكذلك من تطبيقاتها ان بعض الشركات التقنية قد تبيع بعض الأجهزة الالكترونية المتطورة بثمن معلوم متفق عليه بين المتعاقدين، ويعقد إلى جانب ذلك عقد صيانة لمدة عشر سنوات مثلاً تلتزم بموجبه بالقيام بأعمال الصيانة الدورية، وبيع ما يتلف من قطع الغيار مع تركيبها، وإصلاح ما يظهر من خلل في عمل الأجهزة على الفور، ونحو ذلك من أمور لا تخلو من الغرر الكثير، والتي لولا التزام الشركة بها بعقد الصيانة التبعي لما أقدم المشتري على شراء تلك الأجهزة منها ، وقد تكون قيمة الصيانة أكثر بكثير من قيمة الأجهزة ، ومع ذلك فالتبعية متحققة لأن الصيانة تابعة لها^٢ .

الحل الثالث : عن طريق التخارج

والتخارج لغة مصدر تخارج ، والتخارج تفاعل من الخروج ، فيقال تخارج الشركاء أي تمّ بينهم التخارج ، كأنه يخرج كل واحد من شركته عن ملكه إلى صاحبه بالبيع ، وتخرج القوم إذا خرج كل واحد منهم نفقة على قدر نفقة صاحبه ، وهو التناهد^٣ ، وفي

(١) شرح التلقين / الصلاة ومقدماتها ، تحقيق الشيخ محمد المختار السلامي (٤٣٢/١ - ٤٣٣)
(٢) د. نزيه حماد : تعقيبه على بحث امانة الراجحي السابق الإشارة إليه المقدم إلى الملتقى الفقهي الأول ص٩
(٣) لسان العرب ، والقاموس المحيط ، والمعجم الوسيط مادة "خرج"

حديث ابن عباس أنه قال : (يتخارج الشريكان وأهل الميراث)^١ ، قال أبو عبيد في تفسير رأي ابن عباس : (يقول إذا كان المتاع بين ورثة لم يقسموه ، أو بين الشركاء وهو في يد بعضهم دون بعض فلا بأس أن يتبايعوه وإن لم يعرف كل واحد نصيبه بعينه ولم يقبضه البائع ، قال : ولو أراد رجل أجنبي أن يشتري نصيب بعضهم لم يجز حتى يقبضه البائع قبل ذلك)^٢ .

فعلى ضوء تفسير أبي عبيد هذا فالتخارج هو نوع من التبايع بين الشركاء والورثة يتسامح فيه عن الجهالة وعن عدم القبض في حين لا يتسامح بمثل هذا في البيع فيما بين غيرهم .

وهناك تفسير آخر وهو ما رواه عبدالرزاق الصنعاني بسنده عن ابن عباس حيث قال : (لا بأس بأن يتخارج القوم في الشركة تكون بينهم ، فيأخذ بعضهم من الذهب الذي بينهم ، يأخذ هذا عشرة نقداً ، ويأخذ هذا عشرين ديناراً)^٣

وهذا التفسير يدل على أن التخارج غير البيع ، وإنما هو تصالح يفتقر فيه عن الزيادة والنقصان ولا تطبق عليه قواعد الصرف ، بل ورد في رواية الزهري بسنده عنه بلفظ (فيأخذ هذا عشرة دنانير نقداً ويأخذ هذا عشرة دنانير ديناراً)^٤ ، وهذا نص في عدم التماثل ، وعدم التقابض ، مما يدل على أن التخارج بين الشركاء والورثة يتسامح فيه ذلك ، وهذا يؤكد أن للاجتماع والاختلاط أثراً لا يوجد في حالة الانفراد ، كما أنه يتسامح في غير البيع من التخارج والتصالح ما لا يتسامح فيه .

وهناك رواية أخرى عن الثوري بسنده عن ابن عباس أنه قال : (لا بأس أن يتخارج الشريكان فيأخذ هذا ديناراً ، وهذا عيناً ، فإن توى لأحدهما لم يرجع على صاحبه)^٥ .

وقال عبدالرحمن بن مهدي : (التخارج أن يأخذ بعضهم الدار وبعضهم الأرض ، قال شمر : قلت لأحمد : سئل سفيان عن أخوين ورثا صكاً من أبيهما فذهبا إلى الذي عليه الحق فتقاضاه ، فقال : عندي طعام ، فاشترى مني طعاماً بما لكما عليّ ، فقال أحد الأخوين : أنا أخذ نصيبي طعاماً وقال الآخر : لا آخذ إلا الدراهم فأخذ أحدهما منه عشرة أقفزة بخمسين درهماً نصيبه ، قال جائز ، ويتقاضاه الآخر ، فإن توى ما على الغريم رجع الأخ على أخيه بنصف الدراهم التي أخذ ، ولا يرجع بالطعام ، قال أحمد : لا يرجع عليه بشيء إذا كان قد رضي به ، والله أعلم)^٦ .

-
- (١) المصنف للحافظ أبي بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، نشر المكتب الإسلامي ببيروت (٢٨٨/٨)
 - (٢) لسان العرب (١١٢٦/٢) ، وفتح الباري (٤٦٥/٤)
 - (٣) المصنف (٢٨٨/٨)
 - (٤) لسان العرب (١١٢٦/٢)
 - (٥) صحيح البخاري رواه تعليقاً . ولكن وصله ابن أبي شيبة انظر فتح الباري (٣١٠/٥)
 - (٦) لسان العرب (١١٢٦/٢) ، انظر فتح الباري (٣١٠/٥)

وأما التخارج في الاصطلاح الفقهي فخصصته الموسوعة بالإرث حيث قالت : (هو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم بشيء معلوم)^١ ، ولا دليل على هذا التخصيص لا في اللغة ولا في الفقه ، أما اللغة فقد رأينا أن لفظ التخارج يطلق على التصالح فيما بين الورثة ، أو بين الشركاء سواء كانت الشركة في ملك أو عقد .

وأما الفقه فقد رأينا أن ابن عباس (رضي الله عنهما) قد استعمله في التخارج بين الشريكين إضافة إلى الورثة ، كما استعمله الحسن ، والثوري ، ومعمّر ، وإبراهيم النخعي وعطاء ، وابن سيرين^٢ .

وعلى ضوء ذلك فالتخارج هو خروج أحد المشتركين ، أو أكثر. سواء كان شركة ملك أو عقد . عن حقه بمال بالتراضي بينهما .

وهذا التعريف يشمل الورثة الذين هم مشتركون في الإرث شركة ملك ، كما يشمل الشركاء الآخرين سواء كانت الشركة شركة عنان ، أو مفاوضة ، أو مضاربة ، أو أبدان ، أو وجوه ، أو نحو ذلك ، كما يشمل أصحاب الأسهم والمشاركين في الصناديق الاستثمارية عن طريق الوحدات الاستثمارية ، وكذلك أصحاب الصكوك المشروعة .

التكييف الفقهي للتخارج وحكمه الشرعي :

التخارج نوع من الصلح ، أو بعبارة أدق فهو أخص منه لأن التخارج خاص بالتخارج بين الشركاء والورثة في الأموال في حين أن الصلح أعم من ذلك ، ولذلك فجميع الأدلة الدالة من الكتاب والسنة على مشروعية الصلح تدل على مشروعية التخارج ، ولذلك ترجم البخاري في كتاب الصلح : باب الصلح بين الغرماء وأصحاب الميراث والمجازفة في ذلك ، وقال ابن عباس : (لا بأس أن يتخارج الشريكان فيأخذ هذا ديناً ، وهذا عيناً ، فإن توى لأحدهما لم يرجع على صاحبه) ، ثم روى بسنده حديث جابر بن عبد الله في أداء ديون أبيه^٣ ، وقد شرح الحافظ ابن حجر لفظ " والمجازفة في ذلك " ، فقال : (أي عند المعاوضة ... ، ومراده أن المجازفة في الاعتياض عن الدين جائزة وإن كانت من جنس حقه وأقل ، وأنه لا يتناوله النهي ، إذ لا مقابلة من الطرفين)^٤ ، وقوله " توى " بفتح التاء وكسر الواو أي هلك ، والمراد أن يفلس من عليه الدين ، أو يموت ، أو يجحد فيحلف حيث لا بينة ففي كل ذلك لا رجوع لمن رضي بالدين^٥ .

ثم ذكر البخاري باب الصلح بالدين والعين ، فروى بسنده عن كعب بن مالك أنه تقاضى ابن أبي حدرّد ديناً كان عليه في عهد رسول الله ﷺ في المسجد فارتفعت أصواتهما

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية (٥/١١)

(٢) تراجع المصنف لعبدالرزاق الصنعاني (٢٨٨/٨ - ٢٨٩)

(٣) صحيح البخاري - مع الفتح - كتاب الصلح (٣١٠/٥)

(٤) فتح الباري (٣١٠/٥)

(٥) فتح الباري / كتاب الحوالة (٤٦٥/٤)

حتى سمعها رسول الله ﷺ وهو في بيته فخرج رسول ﷺ إليهما حتى كشف سجن حجرته فنادى : كعب بن مالك ، فقال : يا كعب ، فقال : لبيك يا رسول ، فأشار بيده أن ضع الشطر ، فقال كعب : قد فعلت يا رسول الله ، فقال رسول الله ﷺ قم فاقضه ^١.

والحديث يدل على التصالح بين الدائنين ، وبأن يتخارج المدين عن دينه بأداء النصف ، وتنازل الدائن عن نصفه الآخر ، قال ابن بطال : (اتفق العلماء على أنه إن صالح غريمه عن دراهم بدراهم أقل منها جاز إذا حلّ الأجل) ^٢.

قال الحافظ ابن حجر : (والحديث يدل على جواز سؤال المدين الحطيطة من صاحب الدين . خلافاً لمن كرهه من المالكية . واعتلّ بما فيه من تحمل المنّة ، وقال القرطبي : لعل من أطلق كراهته أراد أنه خلاف الأولى ، وفيه هبة المجهول) ^٣.

ومما هو مرتبط بهذا الموضوع مسألة " ضع وتعجل " أي أن الدائن يقول لمدينه : احسم جزءاً من الدين ، ولكن تعجل بأداء الدين ، أو يقول المدين للدائن : احسم ١٠٪ من دينك وأتعجل لك الباقي ، فيوافق الطرف الآخر ، وقد أجازته مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السابعة مسألة " ضع وتعجل " إذا لم تكن مشروطة قال العلامة ابن السبكي : (إن جرى بشرط بطل ، وإن لم يشترط بل عجل بغير شرط وأبرأ الآخر وطابت بذلك نفس كل منهما فهو جائز وهذا مذهبنا ، وقد رويت آثار في الإباحة والتحريم يمكن تنزيلها على ما ذكرناه من التفصيل) ^٤ . أي الفرق بين المشروط وغيره.

جواز المجازفة في الربويات وفاء لا ابتداء :

ترجم البخاري " باب إذا قاص ، أو جازفه في الدين تمراً أو غيره " ثم روى بسنده عن جابر بن عبد الله : (أن أباه قد توفيت وترك عليه ثلاثين وسقاً لرجل من اليهود فاستظره جابر فأبى ، فكلم جابر رسول الله ﷺ ليشفع له إليه ، فجاء رسول الله ﷺ فكلم اليهودي ليأخذ تمر نخله بالتّي له فأبى ... ثم قال لجابر: جدّ له ، فأوف له الذي له ...) ^٥.

قال المهلب : (لا يجوز عند أحد من العلماء أن يأخذ من له دين تمر من غريمه تمراً مجازفة بدينه لما فيه من الجهل والغرر ، وإنما يجوز أن يأخذ مجازفة في حقه أقل من دينه إذا علم الآخذ ذلك ورضي) ، قال الحافظ بن حجر معلقاً على هذا الشرح : (وكأنه أراد بذلك الاعتراض على ترجمة البخاري ، ومراد البخاري ما أثبتته المعترض ، لا ما نفاه ، وغرضه بيان أنه يغتفر في القضاء من المعاوضة ما لا يغتفر ابتداءً ، لأن بيع الرطب بالتمر لا يجوز في غير العرايا ، ويجوز في المعاوضة عند الوفاء ، وذلك بين في حديث الباب ، فإنه ﷺ

(١) صحيح البخاري . مع الفتح . (٣١١ / ٥)

(٢) فتح الباري (٣١١ / ٥)

(٣) فتح الباري (٣٠٩ / ٥)

(٤) فتاوى ابن السبكي ط . دار المعرفة بيروت (٣٤٠ / ١)

(٥) صحيح البخاري ، كتاب الاستقراض (٦٠ / ٥)

سأل الغريم أن يأخذ تمر الحائط وهو مجهول القدر في الأوساق التي هي له وهي معلومة ، وكان تمر الحائط دون الذي له كما وقع في التصريح بذلك في كتاب الصلح من وجه آخر ، وفيه : (فأبوا ولم يروا أن فيه وفاء وقال ابن المنير : (بيع المعلوم بالمجهول مزابنة فإن كان تمرأ نحوه فمزابنة وربما ، لكن اغتفر ذلك في الوفاء ، لأن التفاوت متحقق في العرف فيخرج عن كونه مزابنة)^١ .

وإضافة إلى هذه الأدلة فيمكن أن يستأنس للتخارج أيضاً ما روي أن عبدالرحمن بن عوف طلق زوجته تماضر بنت الأصبع الكلبية في مرض موته ، ثم مات وهي في العدة فورثها عثمان مع ثلاث نسوة أخر ، فصالحوها عن ربع ثمنها على ثلاثة وثلاثين ألفاً (...)^٢ .

وتلك الأدلة السابقة تدل بوضوح على أن الصلح أو التخارج يتسامح فيه وبما لا يتسامح في البيع العادي ، كما أنه يغتفر في الوفاء ما لا يغتفر في الابتداء ، فقد رأينا أن هذه الأدلة دلت بوضوح على ما يأتي :

(١) جواز الحطيطة من الدين عند الوفاء ، وجواز " ضع وتعجل " مع أن ذلك لا يجوز ابتداءً أن يعطى مبلغاً بأقل منه بالإجماع ، في حين دلّ حديث كعب بن مالك على خروجه من الدين بالنصف فقط .

(٢) جواز المجازفة والتخمين في الأموال الربوية مثل التمر ونحوه في الوفاء والقضاء كما في حديث جابر - وهذا لا يجوز في غيره .

(٣) دلّ قول ابن عباس على التخارج بين كل شريكين بما يتراضيان به ، حيث تدلّ أقواله على أنه يجوز لأحد الشركاء عند التخارج أن يأخذ أقل من حقه من الشركة ، أو أكثر من حقه منها ويخرج منها من النقود والديون وغيرهما ، لأن المخارطة مصالحة وهي جائزة على الأقل وعلى الأكثر ولا تطبق عليها قواعد الصرف ونحوها^٣ .

هل التخارج أو الصلح عقد مستقل ؟

لا شك أن التخارج نوع من الصلح ، وهل هو عقد مستقل ؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن عقد الصلح (ومنه التخارج) ليس عقداً مستقلاً قائماً بذاته في شروطه وأحكامه ، بل هو متفرع عن غيره في ذلك ، بمعنى أنه تسري عليه أحكام أقرب العقود إليه شبيهاً بحسب محتواه .

(١) فتح الباري (٦٠/٥)

(٢) رواه عبدالرزاق في مصنفه ط . المكتب الإسلامي (٢٨٩/٨) ويراجع فتح القدير لابن همام (٤٠٩/٧) ، الإصابة في معرفة الصحابة (٥٤٤/٧)

(٣) موسوعة فقه عبدالله ابن عباس ، للدكتور محمد رواس قلعه جي/ ط . جامعة أم القرى (٢٧٠/١)

وعلى ضوء ذلك فالصلح إذا كان عن مال بمال فهو في حكم البيع ، والصلح عن مال بمنفعة إجارة ، والصلح عن نقد بنقد صرف ، أو له حكم الصرف ، والصلح عن مال معين بمال موصوف في الذمة في حكم السلم ، والصلح في دعوى الدين على أن يأخذ المدعي أقل من المطلوب يعتبر هبة ببعض الحق وإبراء عن الباقي .

وثمره هذا التكييف أنه حينئذ تطبق على الصلح أحكام ذلك العقد الذي هو في حكمه من حيث الشروط والآثار ، وهذا مبني على أن الاعتبار في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالصور والألفاظ والمباني^١ .

والذي يظهر لي رجحانه أن الصلح عقد مستقل وإن كان له شبهة في بعض أنواعه ببعض العقود ، كما هو الحال في الإجارة حيث فيها معنى بيع المنفعة ، ومع ذلك فهي عقد مستقل له أحكامه وشروطه الخاصة ونتائجه وآثاره ، وذلك لما يأتي - بإيجاز - :

(١) أن الصلح له معناه الخاص في اللغة والعرف فليس هناك شبهة أو تداخل بينه وبين العقود التي ذكرها ، وحتى في الفقه الإسلامي لم يعرف الصلح بأنه بيع ، أو صرف ، أو إجارة ، وإنما له تعريف خاص وهو : (معاقدة يرتفع بها النزاع بين الخصوم ، ويتوصل بها إلى التوافق بين المختلفين)^٢ .

قال النووي : مبيناً أن مثل هذه التعاريف للصلح ليست حاداً جامعاً (فسر الأئمة بالعقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين ، وليس هذا على سبيل الحد ، بل أرادوا ضرباً من التعريف)^٣. وقد ذكر النووي رحمه الله أن الصلح يخالف البيع في صور ، وذكر منها خمساً^٤ ، كما أن بعض المحققين من الفقهاء لم يستطيعوا الجزم بأن الصلح بيع مثلاً وإنما قالوا : له شبهة بالبيع^٥ وهذا لا ينكر ولكن لا يجعله نفس المشبه به .

(٢) فإذا كان الصلح مختلفاً عن البيع وبقية العقود من حيث المعنى اللغوي ، والعرفي ، والشعري فكيف يكون تبعاً لها ، بل إن القرآن الكريم قد عمم معناه حيث قال العلماء في تفسير قوله تعالى : (لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة ، أو معروف ، أو إصلاح بين الناس)^٦. قال ابن رشد : (الجد) وهذا عام في الدماء والأموال والأعراض ، وفي كل شيء يقع التداعي والاختلاف فيه بين المسلمين ... وهو من نوافل الخير المرغوب فيها المندوب إليها ...)^٧ .

(١) تبين الحقايق (٣١/٥ - ٣٣) ، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٠٩/٣) ، وشرح الخرشي (٢/٦ - ٤) ، وروضة الطالبين (١٩٣/٤ - ١٩٤) ، والمغني (٥٣١/٤ ، ٥٣٤) ، وكشاف القناع (٣٧٩/٣) ، والموسوعة الفقهية (٣٢٧/٢٧) .

(٢) المغني (٥٢٧/٤)

(٣) الروضة (١٩٤/٤)

(٤) روضة الطالبين (١٩٤/٤)

(٥) المقدمات الممهدة لابن رشد ط . دار الغرب الإسلامي (٥١٨/٢)

(٦) سورة النساء / الآية (١١٤)

(٧) المقدمات الممهدة لابن رشد ط . دار الغرب الإسلامي (٥١٥/٢ - ٥١٦)

وقد خصص معظم كتب السنة كتاباً ، أو أبواباً خاصة بالصلح فهذا الإمام البخاري عقد كتاباً خاصاً بالصلح وذكر فيه أربعة عشر باباً يشمل واحداً وثلاثين حديثاً ، وافقه مسلم على تخريجها سوى حديث واحد ، كما شمل ثلاثة آثار عن الصحابة ومن بعدهم^١ ، وقد تضمنت هذه الأحاديث مجموعة من الأحكام تختلف عن أحكام البيع ، وغيره ، بل قد صرح الفقهاء بعمومية الصلح قال ابن قدامة (ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه ، أو لا يجوز)^٢ .

(٣) ومن جانب آخر فإن للصلح خصوصية حيث يقوم على حسم النزاع عن طريق التراضي بالمعروف ، ولذلك كان الرسول ﷺ يشير إلى المتخاصمين بالصلح فإن أيبا حكم عليهما بالحكم البين^٣ .

وقد عقب الرسول ﷺ حينما سمع صوت الخصوم بالبواب أحدهما يستترفق الآخر ويطلبه بالتصالح والآخر يقول " لا والله لا أفعل " ، فخرج رسول الله ﷺ فقال : (أين المتألى على الله : لا يفعل المعروف ؟) فقال أنا يا رسول الله ، فله أي ذلك أحب^٤ .
فالصلح يقوم على المعروف والخير والتنازل على عكس بقية العقود المالية ، أو غيرها التي تقوم على أساس المساومة والحقوق المتقابلة .

(٤) إن قولنا باستقلالية عقد الصلح لا يتعارض مع تشابه بعض أنواعه مع بعض العقود الأخرى في بعض الأحكام .

(٥) أن الأصل في استحداث العقود الجديدة والشروط هو الإباحة لا الحظر عند جمهور الفقهاء كما أثبتناه في رسالتنا الدكتوراه^٥ .

ويترتب على هذا التكييف أنه ينبغي أن ينظر إلى الصلح باعتباره عقداً مستقلاً وليس تبعاً ، وحينئذ يكون له شروطه الخاصة ، وأحكامه وآثاره الخاصة دون إخضاعه لشروط أي عقد آخر إلا إذا كان هذا قد دلّ على أن أنه شرط للصلح .

وبهذا التكييف نستطيع أن نزيل كثيراً من الشروط الخاصة بتلك العقود المشابهة ، التي أدت إلى إخضاع الصلح لها تعسفاً ، كما سنرى .

شروط صحة التخرج :

هناك شروط متفق عليها ، وشروط مختلف فيها قابلة للنقاش ، فمن الشروط المتفق عليها ما يأتي :

- (١) صحيح البخاري - مع الفتح - (٥ / ٢٩٧ - ٣١١)
- (٢) المغني (٥٤٥ / ٤)
- (٣) المصدر السابق (٣٠٩ / ٥)
- (٤) صحيح البخاري مع الفتح (٣٠٧ / ٥)
- (٥) يراجع : مبدأ الرضا في العقود ، دراسة مقارنة ، ط . دار البشائر الإسلامية / بيروت (٢ / ١١٨٦ - ١١٩٦)

الشرط الأول : أن يكون المتخارجان مكلفين لهما أهلية الأداء .

الشرط الثاني : أن يكون المال المتخارج منه مملوكاً لهما ، أو أن يكون لهما ولاية شرعية أو قضائية ، أو عقدية ، فالأب أو الجد أو الوصي له الحق في التخارج فيما يخص أموال الأولاد ولكن فيما له حظ في المولى عليه ، وكذلك الوكيل ولكن في حدود الوكالة .

الشرط الثالث : أن يكون المتخارج منه مما يصح الاعتياض عنه ، أما إذا كان لا يصح الاعتياض عنه فلا يصح التخارج عليه ، ولا الصلح عنه^١ .

وأما الشروط المختلف فيه فهي :

الشرط الأول : أن يكون محل التخارج معلوماً هذا عند المالكية والشافعية ، وذلك لأنه بمثابة البيع وإن كان في صورة الصلح وبيع المجهول لا يجوز .

وأما الحنابلة فقالوا : يصح الصلح عن المجهول سواء كان عيناً ، أو ديناً إذا كان مما لا سبيل إلى معرفته ، فأما ما يمكنهما معرفته أو الذي هو عليه كتركة موجودة فلا يصح الصلح عليه مع الجهل ، لأنه إنما أحيل مع الجهل للحاجة إليه لإبراء الذمم وإزالة الخصام ، قال أحمد في الرجل يصلح على الشيء ، فإن علم أنه أكثر منه لم يجز إلا أن يوقفه عليه إلا أن يكون مجهولاً لا يدري ما هو ؟ ونقل عنه عبدالله إذ اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحنا ، فإن عرف قيمة دقيق الحنطة ودقيق الشعير بيع هذا وأعطى كل واحد منهما قيمة ماله إلا أن يصطلحا على شيء ويتحالا^٢ .

ولم يشترط الحنفية العلم بالمتخارج منه إذا كان لا يحتاج إلى القبض والتسليم ، وأما إذا كان محتاجاً إليه فلا بد من العلم ، لأن جهالة البديل حينئذ تؤدي إلى النزاع^٣ .

والذي نرى رجحانه هو عدم اشتراط العلم بمحل التخارج ما دام العلم به عسيراً فيه حرج ، لأن الصلح أو التخارج غير البيع الذي يقوم على المساومة وذلك لأن التخارج أساسه على التراضي والمسامحة ، لكنه لا يجوز أن يخفى أحدهما معلومات عن المتخارج عنه من حيث الصفات والكيف والكم ونحوهما ، لأن ذلك يؤدي إلى الغش والتحايل .

ويدل على ذلك ما رواه أحمد وأبو داود بسندهما عن أم سلمة قالت : (أتى رسول الله ﷺ رجلان يختصمان في مواريث لهما لم تكن لهما بيّنة إلا دعواهما ، فقال رسول الله ﷺ : (إنكم تختصمون إليّ ، وإنما أنا بشر ... فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار ...) فبكى الرجلان ، وقال كل واحد منهما حقي لأخي ،

(١) تبين الحقايق (١١٣/٦) ، ومواهب الجليل للحطاب (٨٥/٥) ، وروضة الطالبين (٢٨١/٤) ، وشرح المنتهى

الارادات (٢٦٥/٢) ، والمغني ط . الرياض الحديثة (٥٤٥/٤) ، والموسوعة الفقهية (٣٥١ . ٣٥٠/٢٧)

(٢) المغني لابن قدامه ط . الرياض الحديثة (٥٤٢/٤ - ٥٤٤)

(٣) قرة عيون الأخبار (١٥٤/٢) ، ومجلة الأحكام العدلية المادة (١٥٤٧)

فقال رسول الله ﷺ (أما إذ قلتما ، فاذهبا ، فاققسما ، ثم توخيا الحق ، ثم استهما ، ثم ليحل كل واحد منكما صاحبه) وفي رواية أبي داود بلفظ (ثم استهما ، وتحالا)^١ . وقوله " ثم استهما " أي اقترعا لتعيين الحصتين إن وقع التنازع بينكما ليظهر أي القسمين وقع في نصيب كل منهما ، وليأخذ كل واحد منكما ما تخرجه القرعة من القسمة ، قاله القاري" وقوله " ثم تحالا " بتشديد اللام ، أي ليجعل كل واحد منكما صاحبه في حل من قبله بإبراء ذمته)^٢ .

ويدل على ذلك الأثر الذي ذكرناه عن عثمان رضي الله عنه وحكمه في مسألة تماضر ، وخروجها عن حقها في الإرث بمبلغ من المال .

والحديث هذا رواه أحمد ، كما رواه أبو داود والمنذري وسكتا عنه ، ولكن في اسناده أسامة بن زيد بن أسلم المدني مولى عمر ، قال النسائي وغيره ليس بالقوي ولكن بعض نقاد الحديث قالوا : إنه صالح ، قال البخاري : (ضعف علي بن المديني عبدالرحمن بن زيد ، وأما أخواه أسامة وعبدالله فذكر عنهما صلاحاً) علماً بأن من قال ليس بالقوي قال من جهة الحفاظ وليس من جهة الدين ، ولذلك روى عنه ابن المبارك وابن وهب ، والضبي وغيرهم^٣ .

ولذلك ينهض الحديث حجة على هذا الموضوع ولا سيما أن أصل الحديث - كما يقول الشوكاني - في الصحيحين ؛ .

والحديث يدل على جواز الصلح عن المعلوم والمجهول والتحليل منهما ، كما قال الحافظ مجد الدين عبدالسلام بن تيمية حيث ترجم في أول أبواب الصلح : باب جواز الصلح عن المعلوم والمجهول والتحليل منهما ، ثم ذكر الحديث السابق^٥ .

ثم إن الصلح هذا في حقيقته إسقاط حق فصح في المجهول كالعقاق والطلاق ، قال ابن قدامة : (ولأنه إذا صح الصلح مع العلم وإمكان أداء الحق بعينه، فلأن يصح مع الجهل أولى، وذلك لأنه إذا كان معلوماً فلهما طريق إلى التخلص وبرائة أحدهما من صاحبه ومع الجهل لا يمكن ذلك ، فلو لم يجز الصلح أفضى إلى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه)^٦ .

واستدلال المانعين بأنه بيع مردود ، بأن التخرج (أو الصلح) ليس بيعاً ، ولا في معنى البيع ، وإنما هو في حقيقته إبراء وإسقاط ، وحتى لو كان في معنى البيع فإن البيع يتسامح

-
- (١) الحديث رواه أحمد في مسنده (٣٢٠/٦) ، وأبو داود في سننه - مع عون المعبود كتاب لقضاء - (٥٠٢/٩)
 - (٢) عون المعبود (٣٠٥/٩)
 - (٣) تهذيب التهذيب لابن حجر ط. دار صادر بيروت (٢٠٧ / ١)
 - (٤) نيل الأوطار (٤٢٦/٦)
 - (٥) المنتقى مع شرحه نيل الأوطار (٤٢٦/٦)
 - (٦) المغني (٥٤٣/٤)

فيه الجهالة ما دامت لم تؤد إلى النزاع ، والتخارج مبناه على تراضي الطرفين فكيف يؤدي ذلك إلى المنازعة ، قال ابن قدامة : (ولا نسلم كونه بيعاً ولا فرع بيع ، وإنما هو إبراء ، وإن سلمنا كونه بيعاً فإنه يصح في المجهول عند الحاجة بدليل بيع أساسات الحيطان ... وما مأكوله في جوفه ، ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها فقال صاحب الطعام لمتلفه بعتك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدراهم ، أو بهذا الثوب صح) ١ .

الشرط الثاني : التقابض في المجلس إذا كان التخارج بالنقود من الطرفين كالتخارج عن أحد النقدين بالآخر ، وكذا فيما إذا اتفق محل التخارج من الطرفين طعاماً ، أو تتوافر فيه علة الربا فإن جمهور الفقهاء اشترطوا التقابض في المجلس من حيث المبدأ وإن اختلفوا في التفاصيل وقد عللوا هذا الاشتراط بأن الصلح حينئذ بيع وصرف فيجب توافر شروطه فيه ، ولكن الذي يرد على ذلك أنه لو كان حينئذ بيعاً وصرفاً لاشتراط التماثل أيضاً مع أنه لا يشترط التماثل عندهم كما يقول لو كان على رجل ألف درهم ، فصالح عليه فخرج بخمسمائة درهم فهذا جائز عند الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ٢ .

إذ هو أخذ لبعض حقه وإسقاط لباقيه ، وإبراء للمدعى عليه عن بعض الدين ، وهذا ما جاء في المادة ١٠٤٤ من مرشد الحيران حيث نصت على أن (لرب الدين أن يصالح مديونه على بعض الدين ، ويكون أخذاً لبعض حقه وإبراء عن باقيه) .

ولا يختلف الحكم عند الحنابلة إلا أنهم اشترطوا أن تكون البراءة مطلقة من غير شرط ، أما لو قال : أبرأتك عن النصف على أن توفياني ما بقى بطل ، لأنه ما أبرأه عن بعض الحق إلا ليوفيه بقيته واشترطوا كذلك في رواية بأن يكون ذلك بلفظ الإبراء دون لفظ الصلح ٣ .

والشافعية أجازوا بألفاظ الإبراء والحط ونحوهما ، كالإسقاط والهبة ، والترك ، والاحلال والتحليل ، والعفو والوضع ، ولا يشترط عندهم القبول على المذهب سواء قلنا إن الإبراء تملك أم إسقاط ٤ .

وعدم اشترط التماثل في الصلح محل اتفاق لأنه إنما يكون صلحاً إذا كان فيه تنازل وتسامح ، وقد وردت بذلك أحاديث منها حديث كعب بن مالك الذي أشار إليه النبي ﷺ أن يضع الشطر من دينه قال : قد فعلت .. ٥ . وإنما قصدي من ذلك أن الصلح له طبيعة خاصة لا ينبغي فرض تكييف آخر عليه ، فالصلح ليس بيعاً وإن كان فيه بعض الشبه في بعض أنواعه .

-
- (١) المغني (٤ / ٥٤٣ - ٥٤٤)
 - (٢) البحر الرايق (٧ / ٢٥٩) ، ومواهب الجليل (٥ / ٨٢) ، وروضة الطالبين (١٩٥ - ١٩٦) ، ونهاية المحتاج (٤ / ٣٧٤) ، والمغني لابن قدامة (٤ / ٥٣٥)
 - (٣) المغني لابن قدامة (٤ / ٥٣٥)
 - (٤) روضة الطالبين (٤ / ١٩٥ - ٤٩٦) نهاية المحتاج (٤ / ٣٧٤)
 - (٥) الحديث في صحيح البخاري سبق تخريجه

ومن جانب آخر أين قبض الدين في حالة الصلح وهو في الذمة ؟ وأين الخوف من الربا والزيادة ، والمتخارج يخرج بحطيطه ونقص ؟

والخلاصة أن مسألة التقابض في المجلس لا تشكل مشكلة بالنسبة للتخارج في الأسهم ، والوحدات الاستثمارية ، لأنها ليست نقوداً محضة في موضوعنا هذا ، وما دامت ليست نقوداً محضة فإن التخارج منها بالتراضي جائز دون مراعاة التقابض في المجلس إلا إذا كان القصد التحايل على أحكام الصرف فهذا غير جائز ، فقد أجاز ابن تيمية مسألة "مد وعجوة" إذا لم يكن القصد منها التحايل كما سبق .

الشرط الثالث : توافر شروط بيع الدين عند التخارج من الديون، هذا ما اشترطه جماعة من الفقهاء، ولا أرى لذلك وجهاً لأنه حينئذٍ ليس بيعاً للدين، وإنما هو صلح وإبراء وإسقاط، فلنذكر بعض ما قاله الفقهاء في هذا المجال حيث إن الصلح عن الدين نوعان: صلح إسقاط وإبراء وحطيطه، و صلح معاوضة .

فالأول هو الذي يجري على بعض الدين المدعى وله صور منها :

(أ) أ . أن يكون الدين حالاً فيصالحه مثلاً على الألف الحال على خمسمائة حالة وهذا جائز عند الجمهور كما ذكرناه في الشرط السابق .

وهذا أكبر دليل على أن هذا ليس بيع الدين، لأنه لو كان بيع الدين لما جاز النقص، لأنه يؤدي إلى الربا قطعاً .

(ب) أن يكون الدين مؤجلاً فيصالحه على خمسمائة معجله ، وهذا ما يسمى بمسألة "ضع وتعجل" وهي غير جائزة عند الجمهورن وجائزة عند ابن عباس رضي الله عنه ، وإبراهيم النخعي ، وزفر من الحنفية ، وأبي ثور من الشافعية ، وهو مروى عن عبد الله بن عمر ، وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ، وعن محمد بن سيرين ، والحسن البصري ، وابن المسيب والشعبي رحمهم الله^١ وهذا رواية عن أحمد اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية ، والعلامة ابن القيم^٢ .

وقد قال ابن القيم في سبب جوازه : (لأن هذا عكس الربا ، فإن الربا يتضمن الزيادة في أحد العوضين في مقابلة الأجل ، وهذا يتضمن براءة ذمته من بعض العوض في مقابلة سقوط الأجل فسقط بعض العوض في مقابلة سقوط بعض الأجل فانتفع به كل واحد منهما ، ولم يكن هذا ربا لا حقيقة ولا لغة ولا عرفاً ... ولا يخفى الفرق الواضح بين قوله : (إما أن تربي ، وإما أن تقضي) وبين قوله : (عجل لي وأهب لك مائة) ، فأين أحدهما من الآخر ، فلا نص في تحريم ذلك ولا إجماع ، ولا قياس صحيح)^٣ .

(١) يراجع : أحكام القرآن للجصاص ط . مصر (١٨٦/٢) ، مصنف عبدالرزاق (٧٤٧١/٨) ، ويراجع بحث الشيخ

تقي الدين العثماني المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابق (٤٤/٢)

(٢) الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية للبعلي (ص ١٣٤) ، وأعلام الموقعين ط . السعادة بالقاهرة (٣٧١/٣)

(٣) أعلام الموقعين (٣٧١/٣)

ولا أدخل في تفاصيله حيث حسمه مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم (٧/٢/٦٦) الذي نصّ على أن (الحطيطة من الدين المؤجل لأجل تعجيله سواء كانت بطلب الدائن ، أم المدين " ضع وتعجل " جائزة شرعاً لا تدخل في الربا المحرم إذا لم تكن بناءً على اتفاق مسبق وما دامت العلاقة بين الدائن والمدين ثنائية ...) .

(ج) أن يكون الدين حالاً فيصالحه على التأجيل فقط مع بقاء الدين بحاله وهو أيضاً محل خلاف بين الفقهاء حيث أجازته جماعة منهم الحنفية ، ومنعه الآخرون^١ .

(د) أن يكون الدين حالاً كألف دينار فيصالحه على الحط والتأجيل ، أي يدفع له بعد سنة مثلاً خمسمائة دينار فقط ، وهذا جائز عند الحنفية ، والمالكية ، وبعض الحنابلة^٢ وأما عند الشافعية والأصح عند الحنابلة فيصح الإسقاط دون التأجيل^٣ . وقد ذكر ابن تيمية وابن القيم أن صحة الإسقاط والتأجيل هو الصواب^٤ .

وغرضي من ذلك أن قواعد بيع الدين لم تطبق في هذه الحالات ، وكل ذلك يدل على أن الصلح أو التخارج ليس بيعاً في كل الأحكام ، والشروط ، وأنه مبني على التسامح والتبرع والمعروف فيغتفر فيه ما لا يغتفر في غيره وقد روى أنه عرض على سيدنا علي "رضي الله عنه" موضوع فقال : (هذا حرام ، ولولا أنه صلح لفسخته)^٥ . والمقصود أن بعض التصرفات لو لم تصغ على أساس الصلح كانت غير مشروعة ، أو باطلة ، أما مع الصلح فيصح كما في موضوع الديون والنقود ونحوها ، وقد ذكرنا الأحاديث والآثار السابقة التي رواها البخاري وغيره والتي تدل على بعض التصرفات عن طريق الصلح لولاه لما صحت عن طريق غيره كالبيع ونحوه .

وقد ذكر الفقيه الحنفي أبو جعفر - مخالفاً لجمهور الحنفية - أن التخارج إذا كانت أعيان التركة مجهولة والصلح على المكيل والموزون جائز ، لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس ، وإن كان فيها فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك الجنس في التركة أقل مما وقع عليه الصلح فلا يلزم الربا ، واحتمال أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو مثله احتمال الاحتمال ففيه شبهة الشبهة فليست معتبرة ، وقد صحح هذا القول الزيلي وقاضيخان^٦ ، وجاء في الفتاوى الهندية : (ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح

(١) شرح المجلة للأناسي (٥٦٤/٤) ، والبحر الرائق(٢٥٩/٧) ، ونهاية المحتاج(٣٧٤/٤) ، والروضة(١٩٥/٤-١٩٦) ، وشرح منتهى الإرادات (٢٦١/٢) ، والموسوعة الفقهية (٣٣٣/٢٧) .
(٢) البحر الرايق (٢٥٩/٧) ، والتاج والاكليل (٨٢/٥) ، وأعلام الموقعين (٣٧٠/٣) .
(٣) جاء في الروضة (١٩٦/٤): ولو صالح من ألف حال على خمسمائة مؤجلة فهذا ليس من المعاوضة في شيء، بل هو مسامحة من وجهين: أحدهما: حط خمسمائة، والثاني: وعد لا يلزم فله المطالبة بالباقي في الحال، ويراجع شرح منتهى الإرادات (٢٦١/٢) .
(٤) أعلام الموقعين (٣٧٠/٣) .
(٥) المعيار للونشريسي ط . أوقاف المغرب (٥٠٠/٦) .
(٦) الفتاوى الهندية (٢٦٨/٤) ، والبحر الرائق (٤٩/٥ - ٥٢) .

دراهم ودنانير أيضاً ، صحَّ الصلح كيفما كان ، ولكن يشترط التقابض كذا في الكافي^(١) .

وذكر المالكية صوراً للتخارج عندما تكون التركة مشتملة على عرض وفضة وذهب وصالح الورثة أحدهم عن إرثه مثل الزوجة ، فإن الصلح جائز في عدة حالات لا يسع المجال لذكرها هنا^(٢) .

التخارج عن ديون التركة :

عندما تكون بعض التركة ديوناً على الناس ، وصالح الورثة أحدهم على أن يخرجوه من الدين بمقابل فقد اختلف الفقهاء :

أولاً : مذهب الحنفية إلى أن الصلح باطل في العين والدين ، لكنهم صححوا بعض صورته ، منها :

(أ) أن يشترط الورثة أن يبرئ المتخارج الغرماء من حصته من الدين ، لأنه حينئذٍ يكون إسقاطاً ، أو هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز .

(ب) أن يجعل الورثة قضاء نصيب المتخارج من الدين ، ويحيلهم بحصته^(٣) .

ثانياً : والحنابلة في المشهور عندهم مثل الحنفية في عدم جواز بيع الدين لغير من عليه الدين ، ولكن يصح إبراء المدين منه ، أو الحوالة به عليه^(٤) .

ثالثاً : والمالكية أجازوا التخارج والصلح عن الدين الذي على الغير بنفس شروط بيع الدين للغير^(٥) ، وكذلك الأمر عند الشافعية على المعتمد عندهم^(٦) .

التخارج كحل :

فقد تطرق الدكتور حسين حامد إلى هذا الحل حيث قال : (يرى بعض الفقهاء انه يجوز تخارج أحد الورثة من التركة في مقابل عوض يؤخذ من التركة أو غيرها، وهذا تصرف في حصة شائعة من مجموع مالي بعوض، ولا فرق بين السهم الذي يمثل حصة شائعة في مجموع مالي يشتمل على الديون والنقود ، وبين التخارج من التركة باتفاق الورثة ، ولم يثر القائلون بجواز التخارج موضوع اشتغال التركة على ديون ونقود ، ونسبة هذه إلى بقية عناصر الشركة من الأعيان والمنافع)^(٧) .

(١) الفتاوى الهندية (٢٦٨/٤)

(٢) جواهر الإكليل (١٠/٢) ، والموسوعة الفقهية (١٠/١١)

(٣) البحر الرائق (٥١/٥)

(٤) المغني (٤ / ٥٣١ - ٥٣٢) حيث ذكر أن بعض الأصحاب أجازوا ذلك .

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣١٦/٣)

(٦) روضة الطالبين (٤ / ١٩٥ - ١٩٧)

(٧) بحثه السابق : مكونات الأسهم واثرها على تداولها (ص ٣٧)

ويلاحظ على هذا أن جمهور الفقهاء اشترطوا شروط التقابض في المجلس عندما يكون التخارج عن النقد بنقد ، أو عن الأموال الربوية بأموال ربوية . كما سبق . وتطرق المالكية إلى حالة اشتغال التركة على عرض وفضة وذهب ، وصالح الورثة أحدهم عن إرثه كزوجة مثلاً مات زوجها فصالحها الابن على حقها من التركة فإن الصلح جائز في عدة حالات من أهمها :

(أ) إذا أخذت ذهباً أو فضةً من التركة قدر حصتها منهما كصلحها بعشرة دنانير والذهب ثمانون عند الفرع الوارث ، أو أربعون عند عدمه والذهب حاضر وكذلك الحال في الفضة فإن ذلك جائز ، ولا يختلف الحكم إن أخذت أقل من حصتها منهما ، لأنه حينئذ يكون الباقي هبة منها للورثة .

(ب) إذا أخذت ذهباً من التركة زائداً على حظها ديناراً واحداً فقط كصلحها بأحد عشر ديناراً من الثمانين الحاضرة فيجوز إن كانت التركة من عرض ونقد حاضرة وليست غائبة ، ولا ينظر حينئذ إلى الدراهم قلّت أو كثرت ، وتكييف هذه المسألة على أساس أنها أخذت نصيبها من الدنانير (وهي عشرة) وباعت لباقي الورثة حظها من الدراهم والعرض بالدنانير الزائدة ، فجميع ما فيه من البيع والصرف دينار واحد وهذا جائز ، لأنه لا يجوز عند المالكية اجتماع البيع والصرف في أكثر من دينار .

(ج) إذا أخذت من ذهب التركة أكثر من دينار جاز هذا التخارج إن قلّت الدراهم التي تستحقها عن صرف دينار ، أو قلّت قيمة العروض التي تستحقها عن صرف دينار ، أو قلّت الدراهم والعروض معاً عن صرف دينار .

هذا إذا كان بدل التخارج من التركة نفسها ، أما لو كان من غيرها وصالحها الورثة في المثال السابق بذهب من غير ذهب التركة ، أو بفضة من غير فضة التركة فلا يجوز هذا الصلح مطلقاً قلّ ما أخذته من نصيبها أو كثر لأنه ربا^١ .

والخلاصة أن الفقهاء أثاروا ذلك بالتفصيل ، ولم يغفلوا عن شرط التقابض في المجلس إذا كان الصلح أو التخارج فيه نقد بنقد، أو في الأموال الربوية ، مثل البيع، وكذلك لم يغفلوا عن أحكام الدين من حيث المبدأ عندما يكون التخارج في الديون، كما سبق ذلك بالتفصيل مع بعض الخلاف في بعض التفاصيل .

التخارج هل يحل هذه المشكلة ؟

ومن الجدير بالتنبيه عليه أن عملية التخارج الفقهي ليست حلاً ملزماً يمكن الركون عليه دائماً ، وذلك لأنه تصالح يتم بين الطرفين لحل النزاع بين الطرفين ودياً ولا يمكن إجبارهما على القبول ، حيث يبقى حقهما في اللجوء إلى القضاء البيّن إن لم يرتض

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٣١٥-٣١٦)

أحد الطرفين بذلك التخارج ، ولكن عند التراضي يأتي الحل ،- هذا إذا يجعل ذلك العقد -
ويأتي السؤال: هل يشترط في التخارج ما يشترط في البيع ؟

فإذا كان جوابنا عن ذلك بنعم فإن التخارج لم يحقق لنا أي حل ، وإذا كان جوابنا
بغير ذلك فيمكن أن يكون حلاً لهذه الحالة .

وقد ذكرنا رأي جمهور الفقهاء في أن التخارج في حالة المعاوضة بيع ، وفي حالة
كون محل التخارج من النقود صرف ، ومن الأموال الربوية لا بد من ملاحظة التقابض
وهكذا ، وحينئذٍ عدنا إلى قواعد البيع والشراء ، وعدنا إلى نقطة البداية التي نحن
نبحث عنها جميعاً .

ولكن الحل في نظري هو في رأي بعض الفقهاء الذين خالفوا الجمهور في القواعد
السابقة ، مثل ابن عباس "رضي الله عنهما" الذي يظهر مما رواه عنه عبدالرزاق الصنعاني
وغيره أنه لا يشترط هذه الشروط ما دام الأمر قائماً على التخارج، لأن مبناه على التراضي
والإبراء فقد قال: (لا بأس بأن يتخارج القوم في الشركة بينهم ، فيأخذ بعضهم من الذهب
الذي بينهم ، يأخذ هذا عشرة نقداً، ويأخذ هذا عشرين ديناراً) ^١ . وفي رواية أخرى قال ابن
عباس : (لا بأس بأن يتخارج أهل الميراث من الدين يخرج بعضهم من بعض) ^٢ ، وفي رواية
أخرى عنه : (لا بأس أن يتخارج الشريكان فيأخذ هذا ديناً ، وهذا عيناً) ^٣ .

وصنيع البخاري يؤيد هذا الرأي ويختاره حيث ترجم البخاري : باب الصلح بين
الغرماء وأصحاب الميراث والمجازفة في ذلك ، ثم ذكر قول ابن عباس هذا ، وقد قال
الحافظ ابن حجر في شرحه للباب (والمجازفة في ذلك أي عند المعاوضة ومراده أن
المجازفة في الاعتياض عن الدين جائزة وإن كانت من جنس حقه وأقل ، وأنه لا يتناوله
النهي ، إذ لا مقابلة بين الطرفين) ^٤ .

وقد ذكرت من خلال العرض السابق عدة أدلة وأقوال كلها تؤيد ما ذهبنا إليه من
أن التخارج (الصلح) عقد مستقل ليس تبعاً للبيع ونحوه ، وإن كانت هناك مشاركة في
بعض الأحكام وأن التخارج إذا كان حقيقياً وليس للتحايل على الربا وأحكام الصرف
والدين جائز دون اشتراط التقابض في المجالس ، أو أحكام بيع الديون إذا توافرت
الشروط الأساسية التي ذكرتها في بداية العرض .

(١) المصنف (٢٨٨/٨) وروى مثله سعيد بن منصور ومن طريق البيهقي في السنن الكبرى (٦٥/٦)

(٢) المصنف (٢٨٩/٨)

(٣) صحيح البخاري - مع الفتح - حيث رواه معلقاً ، ولكن قال الحافظ أن قول ابن عباس هذا وصله ابن أبي شيبة في
مصنفه (٣١٠/٥)

(٤) المصدر السابق نفسه

(٥) فتح الباري (٣١١/٥)

وعلى ضوء ذلك يمكن أن يكون التخارج حلاً مستقلاً آخر لمشكلة مكونات الأسهم من النقود ، أو الديون دون النظر إلى النسبة من حيث القلة والكثرة ، ولا النظر إلى الأصالة والتبعية .

ولكن التخارج يحتاج إلى تراضي الطرفين في الأخير وإبراء كل واحد منهما ذمة الآخر ، في حين أن اعتبار الأصالة والتبعية لا يحتاج إلى أي إجراء ، وكذلك الحال في مسألة الكثرة والتبعية .

فائدة مهمة :

إن فقهاءنا العظام " رحمهم الله " استعملوا مصطلحات دقيقة التزموا بها كقاعدة عامة ، مثل البيع ، والصلح ، والاعتياض ، والإبراء ، والإسقاط ، فقد يمنعون التصرف في الشيء على أساس البيع ، في حين يجيزون التصرف فيه على أساس الصلح أو الإبراء ، أو الاعتياض عنه بطريق آخر .

فقد ذكر العلامة خالد الأتاسي شارح مجلة الأحكام العدلية : (أنه إذا كانت الحقوق المجردة لا يجوز بيعها عند الحنفية ، فإنهم يجيزون الاعتياض عنها عن طريق الصلح ...)^١ هذا والله أعلم .

(٣) شرح المجلة (١٢/٢)

الخلاصة

لقد ناقش البحث عدة طروحات لحل هذه المشكلة ، وتوصل إلى أن الحل الناجح يكمن فيما يأتي :

(١) رعاية مبدأ الأكثرية أو الأغلبية.

وهذا المبدأ يحتمل أمرين :-

(أ) رعاية مبدأ الأكثرية والغلبة المطلقة ، أي أنه إذا كانت الديون والنقود أكثر من ٥٠٪ فلا يجوز تداول أسهمها أو حصصها إلا مع مراعاة قواعد بيع الديون إذا كان الغالب الديون ، وقواعد الصرف إذا كان الغالب هو النقود ، وكذلك إذا كانت الأعيان والمنافع والحقوق أكثر من ٥٠٪ فإنه يجوز تداول أسهمها .

(ب) الاعتبار بالكثرة العرفية ، أي ما يعد في العرف كثيراً مثل الثلث ، حيث " الثلث كثير " وهنا اختلفت الأنظار هل تعتبر الديون والنقود التي بلغت الثلث تعد كثيرة ؟ أو تعتبر الأعيان والمنافع والحقوق التي بلغت الثلث كثيرة..؟

ونستبعد الاحتمال الثاني (ب) لأن فيه تحكماً ، وليس فيه معيار منضبط ، فما دمتما نحتكم إلى قاعدة الأكثرية والغالبية فإن ما زاد على ٥٠ هو المعيار المنضبط.

وقد توصل البحث إلى أن قاعدة الأكثرية مع أنها قاعدة معتبرة في الفقه لكنها لا تحل هذه المشكلة في المؤسسات المالية التي تتعامل بالعقود الآجلة كالمراجحات والاستصناع ، لأن ميزانيات أكثرها تتضمن من النقود والديون الناتجة عن العقود الآجلة أكثر من ٩٠٪.

(٢) رعاية قاعدة الأصالة والتبعية .

وهي قاعدة فقهية معتبرة في الفقه الإسلامي ، وانبثقت منها عدة قواعد وتفرعت منها فروع كثيرة متناثرة في مختلف أبواب الفقه وبناء على ذلك أنه إذا كان المقصود الأساسي من الموجودات هو الأعيان والمنافع والحقوق المعنوية فإن تداول أسهمها أو صكوكها أو وحداتها الاستثمارية جائز.

وقد رأينا أن جميع الندوات التي شاركنا فيها قد توصلت إلى اعتبار قاعدة الأصالة والتبعية ، وأن الحل الناجح يكمن فيها ، وحينئذ يكون التداول جائزاً ما دامت المنافع والأعيان والحقوق هي المقصودة أصلاً ، ولا ينظر حينئذ إلى مقدار الديون والنقود ولا إلى نسبتها - قلة أو كثرة -

غير أنه يثير التساؤل حول الأصل المتبوع ؟ هل هو السلع والمنافع ؟ أو هو القيمة المعنوية ؟ أو هو منفعة الأجير أو المضارب ؟ أو هو مجموعة أمور ؟ كل ذلك يحتاج إلى تحرير وتأصيل.

ولتأصيل ذلك توصل البحث إلى أن الأصل المتبوع هو نشاط الشركة وعملها وأغراضها المصرح بها في النظام الأساسي فإن كان غرض الشركة ونشاطها هو العمل في تجارة الأعيان والمنافع والحقوق عن طريق العقود الشرعية كالمرايحة والاستصناع والإجارة ونحوها ، فإن الديون أو النقود الناتجة منها مهما كثرت لا تؤثر في تداول أسهمها إلا في حالات البداية قبل العمل، أو النهاية عند التصفية، وذلك لأن العمل التجاري هو الأصل المتبوع المقصود وأن الديون أو النقود نتجت تبعاً لذلك العمل.

أما إذا كانت أغراض الشركة هي التجارة في العملات أو الصرافة أو بيع الديون وشرائها فقط فإن تداول أسهمها يحتاج إلى تطبيق قواعد الصرف، أو أحكام بيع الديون، وبناءً على ذلك فإن الأصل المتبوع في الشركات (التي تحدد أغراضها في التجارة من خلال عقود البيع والشراء والمرايحة والسلم والاستصناع والإجارة ونحوها الواقعة على السلع أو المنافع أو الحقوق) هو ذلك النشاط المتمثل في بيع موجودات الشركة ، أو بقية العقود الأخرى ، وما نتج من ذلك من تحقيق الأرباح . وأن الديون أو النقود ليست هي المقصودة أصالة من تلك الشركات لا من حيث أغراض الشركة ولا من حيث النشاط الفعلي للشركة ولا من حيث القصد العام للمساهمين أو المتعاملين مع الشركة فهم يقصدون حقيقة أنشطة الشركة وإنتاجها ، ومن ثم الحصول على أرباحها.

وحتى من الجانب العملي فإن هذه الشركات إذا تحققت لها نقود أو حصلت الديون أعادت استثمارها في البيع والشراء والعقود الواردة على السلع والمنافع والحقوق، في حين أن الأصل المتبوع في الشركات التي تحدد أغراضها في بيع الديون، أو العملات أو الصيرفة هو ذلك النشاط المتمثل في تحقيق تلك الأغراض التي تتجه الشركة لتحقيقها ، ونجعلها محور نشاطها .

ويدل على ذلك الجمع بين الأحاديث الواردة في هذا الشأن فحديث فضالة بن عبيد الأنصاري (الذي رواه مسلم والذي نهى فيه الرسول ﷺ عن بيع القلادة التي فيها خرز إلا بنزع الخرز، ثم بيع الذهب وحده) يدل على أن الرسول أوجب النزع، لأن البيع كان وارداً على الذهب أصالة، وجاء الخرز تبعاً، ولم يعتد الرسول بكلام السائل: أنه يريد الحجر، لأن القصد الظاهر في القلادة متجه نحو الذهب فهو الأصل المقصود، مما يعطي للقصد العام الأهمية القصوى، وأما الحديث الصحيح المتفق عليه "من باع عبداً وله مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع" ففيه أن البيع قد وقع على أصل العبد، وجاء ماله ولو كان ذهباً أو فضة (كثيراً أو قليلاً تبعاً) ، حيث يدل الحديث بظاهره على جواز ذلك دون النظر إلى جنس الثمن لأن لفظ "مال" في الحديث يشمل جميع أمواله نقداً كان أو

ديناً ، أو عرضاً قليلاً أو كثيراً كما يدل على أن مال العبد المباع مهما كان مقداره أو نوعه فهو تابع له .

وكذلك الحال في الحديث الصحيح المتفق عليه بلفظ " من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر ، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع " حيث يدل على جواز بيع الثمر قبل بدو صلاحها تبعاً للنخل ، مع أنه لا يجوز بيعها وحدها لثبوت النهي عن ذلك .

ومن تطبيقات ذلك ما ذهب إليه الحنابلة من أن " صلاح بعض ثمرة شجرة في بستان صلاح لها - أي للشجرة - وصلاح لسائر النوع الذي في البستان الواحد " وإنما صح مع ما بدا صلاحه تبعاً له^١ وعلى ضوء ذلك يجوز تداول الأسهم أو الصكوك أو الوحدات الاستثمارية مهما كانت نسبة الديون أو النقود بالشروط التالية :-

(١) أن تحدد أغراض الشركة بأعمال التجارة والاستثمار أو الصناعة أو الزراعة من خلال العقود الواردة على السلع أو المنافع أو الحقوق ، أي أن لا تحدد أغراضها في الصيرفة ، أو بيع الديون .

(٢) أن لا تقتصر موجودات الشركة أو الصندوق أو الصكوك على النقود والديون فيكون فيها موجودات مادية أو معنوية من أعيان ومنافع دون النظر إلى النسبة.

(٣) أن تكون أعمال البيع والشراء والاستصناع ونحوها هي المقصودة أصالة ، وتكون الديون أو النقود قد أتت تابعة غير مقصودة وإنما اقتضتها طبيعة أنشطة المؤسسة بأن كانت تابعة للأعيان والمنافع ، أي أن هناك قصداً تبعياً لها ضمناً.

والمراد بالقصد المعتبر هو أن يكون محل التداول حصة في الوعاء الاستثماري للنشاط المشروع القائم أصالة على المتاجرة في السلع والخدمات غير المقتصر على التعامل في النقود المحضنة والديون المحضنة أما إذا كان محل التداول الديون - كما في سندات الديون - أو النقود فقط فلا يجوز تداولها إلا على ضوء ضوابط بيع الديون والنقود.

(٤) أن تبدأ المؤسسة ممارسة أنشطتها في الأعيان والمنافع أما قبل ذلك فيكون التداول نقداً بالقيمة المدفوعة.

(٥) وأن يتوقف التداول عند إعلان التصفية القانونية للمؤسسة .

(٦) لا يجوز أن يتخذ القول بالجواز ذريعة أو حيلة لتصكيك الديون وتداولها كأن يتحول نشاط الصندوق إلى المتاجرة بالديون التي نشأت عن السلع ، ويجعل شيء من السلع في الصندوق حيلة للتداول.

وفي الختام أسأل الله تعالى أن يجعل أعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم وأن أكون قد وفقت من الوصول إلى ما أصبو إليه . فهو حسبي ، فنعم المولى ونعم النصير ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين .

(١) كشف القناع (٣/٣٨٧) ويراجع المغني (٦/١٥٦)



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

حكم تداول الأسهم والصكوك وضوابطها الشرعية مع بيان ضابط التبعية وشروطه، ووقت تحقق ضابط الغلبة وشروطه

إعداد

أ.د. عبد الرحمن بن عبد الله السند
الأستاذ بالمعهد العالي للقضاء بالرياض
الخبير بمجمع الفقه الإسلامي الدولي

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه
أجمعين، وبعد:

أود أن أسجل - في بداية هذه الورقة - الرغبة في التأكيد على أهمية الإفادة من
اجتماع أهل العلم والمهتمين بالنوازل المعاصرة التي تحتاج إلى إبداء رأي شرعي، وذلك لأن
اجتماعهم على طاولة واحدة مع تباعد أوطانهم وكثرة أعمالهم ليس بالأمر اليسور، ولذلك
فإن الإصرار على الإفادة المثلى من ذلك يعد ضرورة بحثية عصرية.
ومن أبرز ما يحقق ذلك:

- (١) اختيار المسألة محل البحث بشكل محدد وواضح؛ لتلا يذهب البحث والنقاش إلى
نقاط محسومة أو ليست مهمة، وهذه مسؤولية الجهات المنظمة التابعة لمؤسسات
الاجتهاد الجماعي. وقد أحسنت أمانة المجمع - إلى حد كبير - في هذا الموضوع
بتضييق دائرة البحث والنقاش في (ضابط التبعية والغلبة)، لكون أصل المسألة
مسبوق بالبحث والدرس، فالمسألة تفريعات كثير منها محسوم.
- (٢) الاقتصاد في الكتابة في المسألة وعدم التوسع، لتلا يخرج البحث عن مقصوده،
مع أهمية تتبع ورصد ما سبق في المسألة من اجتهادات فردية وجماعية في الموضوع؛
ليسهم ذلك في إنضاج الموضوع وتحريره بشكل أمثل، وهذه مسؤولية الباحثين
المستكبين. وأرجو أن تكون هذه الورقة أنموذجاً لذلك.

هذا وينتظم البحث في مقدمة، وتمهيد، وستة مباحث، وخاتمة.

- المقدمة.
- التمهيد.
- المبحث الأول: تصور المسألة وتحريرها.
- المبحث الثاني: مدرك الخلاف في المسألة.
- المبحث الثالث: الاجتهادات الفردية السابقة في المسألة.
- المبحث الرابع: الاجتهادات الجماعية السابقة في المسألة.
- المبحث الخامس: ضابط التبعية والغلبة.
- المبحث السادس: استثناءات من المسألة.
- الخاتمة (مشروع القرار).

التمهيد

لا يشك فقيه معاصر ومهتم بالعمل المصرفي والمالي بأهمية هذا الموضوع وضرورة حسمه، لما يترتب عليه من آثار عميقة في السوق المالي الإسلامي. فلا تخلو الأوراق المالية الإسلامية (الأسهم والصكوك) التابعة لأوعية استثمارية من نقود أو ديون تكون من ضمن موجوداتها، بغض النظر عن نوع نشاطها، وبغض النظر عن قدر الأعيان والمنافع والحقوق فيها، وبغض النظر عن قدر تلك الديون والنقود.

إذا تقرر هذا؛ فإن من الآثار المترتبة على اختيار قول من الأقوال في هذه المسألة، القول بتأثير تلك النقود والديون على تداول الأسهم والصكوك والحكم بمنع تداولها، وحينئذ كساد السوق المالي الإسلامي، بل بالغ بعضهم بأن هذا يؤول إلى القضاء على فكرة العمل المصرفي الإسلامي، وذلك لأن القول بتطبيق ضوابط التعامل بالنقود يعني التعامل بأحكام الصرف، وأبرزها: التماثل (إذا بيع بجنسه)، والتقابض. كما أن القول بتأثير الديون يجعل ذلك من قبيل بيع الدين، وعامة الفقهاء على المنع منه. ومن أجازة فقد جعل له ضوابط يتعذر تطبيقها عملياً في تداول الأسهم والصكوك، ومن أبرزها: أن يكون بمثل الثمن لئلا يربح فيما لم يضمن، وألا يكون الدين وعوضه من جنس ربوي واحد؛ للزوم التقابض حينئذ، والقبض غير متحقق في الدين.

وبهذا تبرز أهمية بحث هذا الموضوع وعرضه على العلماء والفقهاء في هذا المجمع الإسلامي الفقهي الكبير.

المبحث الأول تصور المسألة وتحليله

على الرغم من صدور عدة اجتهادات جماعية وفردية في الموضوع، إلا أن كثيراً منها افتقر إلى تحرير مفاصل المسألة.

المطلب الأول صورة المسألة

هي: أثر الديون والنقود "المختلطة" بالأعيان والمنافع والحقوق على تداول الأوراق المالية، فلا يشمل البحث: الديون المتمحضة ولا النقود المتمحضة في الوعاء الاستثماري.

المطلب الثاني مفاصل المسألة

- (١) هل هي مؤثرة؟
- (٢) متى يتحقق تأثيرها؟
- (٣) ما الأثر المترتب على ذلك؟

ويبدو من خطاب استكتاب أمانة المجمع، أنه قد حسم النقطة الأولى بكونها مؤثرة، وهذا ما عليه غالب الاجتهادات الجماعية التي صدرت في هذه المسألة، مع وجود اجتهادات فردية لا ترى التأثير إطلاقاً.

كما يظهر من خطاب الاستكتاب الرغبة في حسم النقطة الثانية فقط. مع إغفال التأكيد على حسم النقطة الثالثة أيضاً على الرغم من أهميتها، ولتوقف المجمع في النقطة الثالثة تحديداً، حتى خرجت صياغة القرار فضفاضة - بعد طول نقاش - أملاً في تحرير المسألة، وكان ذلك قبل أكثر من ٢٥ عاماً، حيث جاء في القرار ٣٠ (٤/٥) بتاريخ ١٤٠٨/٦/٢٣ هـ: (أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة).

وقد اشتمل القرار على النتائج الآتية:

- (١) أن الديون والنقود مؤثرة.
- (٢) أن التأثير يتحقق بالغلبة. وهذا يحتاج إلى ضابط أكثر تحريراً، وهو ما جاء في خطاب الاستكتاب.
- (٣) ما الأثر المترتب على ذلك؟ جاءت الصياغة بأن تراعى "الأحكام الشرعية" بلا تفصيل.

فما المراد بالأحكام الشرعية في هذه الحال؛ هل يمنع التداول مطلقاً؟ أم يجوز بشروط؟ أم يختلف الأمر بحسب الحال فيكون الحكم للأغلب مطلقاً¹ مع التأكيد على أن صورة المسألة هي في الديون والنقود "المختلطة" بالأعيان، وليست النقود "المحضة" فتطبق حينئذ أحكام الصرف ولا إشكال، ولا الديون "المحضة" فتطبق حينئذ أحكام بيع الدين ولا إشكال.

¹ مكونات الأسهم وأثرها في التداول، د. عبدالستار أبو غدة ٤٢/٢ - بحوث في المعاملات.

المبحث الثاني مدرك الخلاف في المسألة

مدرك الخلاف في المسألة هو: هل الديون والنقود مقصودة في التعامل؟

فبعضهم يرى أن الديون والنقود غير مقصودة في التعامل، ولذا أجاز التداول مطلقاً وجعلها تابعة في كل الأحوال، وبعضهم رأى احتمال قصدتها في بعض الأحوال؛ فجعل للجواز ضوابط في ذلك.

(١) فإن كانت النقود والديون غير مقصودة في التعامل؛ فيجوز تداول الأوراق المالية - والحال هذه - باتفاق الفقهاء.

فقد حكى الاتفاق على جواز بيع ما فيه الربا بغير جنسه ومعه من جنسه ما يبيع به إذا كان غير مقصود. قال ابن قدامة: (لا أعلم فيه خلافا).^١

وأصله ما جاء في الصحيحين من حديث ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من ابتاع عبداً فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع).^٢

فالمال غير مقصود بغض النظر عن قدره أو جنسه (سواء كان المال معلوماً أو مجهولاً، من جنس الثمن أو من غيره، عينا كان أو دينا، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر)^٣ كما قرر ذلك الموفق ابن قدامة.

(٢) أما إذا كانت الديون والنقود مقصودة في التعامل؛ فيجري عليها حينئذٍ خلاف الفقهاء في المسألة المشهورة عند بعضهم بمسألة: "مد عجوة ودرهم".

وأصلها ما جاء في صحيح مسلم من حديث فضالة بن عبيد رضي الله عنه قال: اشترت يوم خيبر قلادة باثني عشر ديناراً، فيها ذهب وخرز، ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر ديناراً، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: (لا تباع حتى تفصل).^٤

وأشير بإيجاز إلى خلاف الفقهاء في مسألة "مد عجوة ودرهم" على أقوال:

القول الأول: المنع، وهو قول الشافعية والحنابلة.^٥

القول الثاني: الجواز؛ إذا كان المفرد أكثر من الذي معه غيره. وهو قول الحنفية.^٦

القول الثالث: الجواز؛ إذا كان الربوي تابِعاً. وهو قول المالكية.^٧

^١ المغني ٩٦/٦.

^٢ أخرجه البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣).

^٣ المغني ٢٥٧/٦ - ٢٥٨.

^٤ أخرجه مسلم (١٥٩١).

^٥ شرح مسلم ١٨/١١ - ١٩، الحاوي ١١٣/٥، المغني ٩٢/٦ - ٩٥.

^٦ رد المحتار ٢٦٥/٥، ٢٦٦.

^٧ بداية المجتهد ١٩٧/٢.

القول الرابع: الجواز؛ ما لم يكن حيلة على الربا. ومن علامات انتفاء الحيلة: أن يكون المفرد أكثر، أو يكون الربوي تابعاً. وهو رواية في مذهب الحنابلة، اختارها ابن تيمية^١.

والقول الرابع هو الأرجح؛ توفيقاً بين حديث العبد وحديث القلادة، وهو يجمع القول الثاني والثالث، وهو الأقرب للمقصود الشرعي من المعاملات.

^١ (مجموع الفتاوى ٢٨/٢٩، ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٨، ٤٦٢، ٤٦٤ الاختيارات ص ١٨٩).

المبحث الثالث

الاجتهادات الفردية السابقة في المسألة

من باب استكمال النظر ورصد الجهود السابقة في المسألة، يحسن الإشارة إلى أقوال المعاصرين في هذه المسألة، ويمكن إجمالها في اتجاهين^١:

- الاتجاه الأول: القول بعدم تأثيرها مطلقاً.
- الاتجاه الثاني: القول بعدم تأثيرها بقيد.
- الاتجاه الأول: القول بعدم تأثيرها مطلقاً.
- الاتجاه الأول: القول بعدم تأثيرها مطلقاً.

وبالتالي فهذا الاتجاه لا يحتاج أساساً للبحث في متى يتحقق التأثير؟ ولا حتى في الأثر المترتب عليه؟ وسيكون الموضوع - المدرج في جدول أعمال دورة المجمع هذه - حينئذ من الترف العلمي بالنسبة له.

وقد قال بهذا الاتجاه بعض المعاصرين، على اختلاف بينهم في (المناطق) الذي انطلق منه في اجتهاده.

- (١) فمنهم من يرى الجواز مطلقاً؛ انطلاقاً من أن المقصود هو نشاط الوعاء الاستثماري وأرباحه؛ فتكون الديون والنقود حينئذٍ تابعة مطلقاً. وهذه فتوى محررة للشيخ محمد ابن إبراهيم للملك سعود رحمه الله قبل أكثر من ٥٠ سنة^٢.
- (٢) ومنهم من يرى الجواز مطلقاً؛ انطلاقاً من كون الورقة المالية ليست حصة في موجودات الوعاء - كما استقرت عليه عامة الاجتهادات الجماعية والفردية^٣ - ، وإنما هي حصة في الشخصية الاعتبارية للوعاء الاستثماري، وحينئذٍ فيجوز التداول مطلقاً بغض النظر عن موجوداتها؛ لكونها تابعة مطلقاً.

^١ وثم اتجاه ثالث بتأثيرها مطلقاً، فيمنع التداول مطلقاً إلا إذا تمحض الوعاء الاستثماري للأعيان، ويرى ذلك الصديق الضريب. ينظر: مكونات الأسهم وأثرها في التداول، د. عبدالستار أبو غدة ٤٤/٢ - الهامش. ولم أر من وافقه عليه.

^٢ فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ (مفتي الديار السعودية ورئيس قضااتها في وقته ت١٣٨٩هـ) ٤١/٧ - ٤٣، ومما جاء في الفتوى: (فإن قيل: إن في هذه الشركات نقوداً، وبيع النقد بنقد لا يصح إلا بشرطه. فيقال: إن النقود هنا تابعة غير مقصودة... فإن قيل: إن للشركة ديوناً في ذمم الغير، أو أن على تلك السهام المبيعة قسطاً من الديون التي قد تكون على أصل الشركة، وبيع الدين في الذمم لا يجوز إلا لمن هو عليه بشرطه. فيقال: وهذا أيضاً من الأشياء التابعة التي لا تستقل بحكم بل هي تابعة لغيرها... ومما يوضح ما ذكر أن هذه الشركة ليس المقصود منها موجوداتها الحالية، وليست زيادتها أو نقصها بحسب ممتلكاتها وأقيامها الحاضرة، وإنما المقصود منها أمرٌ وراء ذلك وهو نجاحها ومستقبلها وقوة الأمر في إنتاجها والحصول على أرباحها المستمرة غالباً، وبما ذكر يتضح وجه القول بجواز بيعها على هذه الصفة).

^٣ ومنها قرار المجمع، ومعيار الأيوبي، وفتوى ندوة البركة، وغالب الاجتهادات الفردية من أهل العلم والباحثين.

^٤ أول من أثار هذا التكليف هو د.سامي حمود رحمه الله كما في مجلة المجمع ٢٠٤٦/٣/٤، ٢٠٦١، وبسطه ونشره د.محمد القرني في بحثه: الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة ص٥٠، وكذا د.يوسف الشبيلي في بحثه: حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس ص٦، ١٠، وبه صدر قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد بالرياض كما سيأتي، وكذا د.أسامة اللاحم في بحثه: بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة ٧٧٨/٢.

(٣) ومنهم من يرى الجواز مطلقاً؛ انطلاقاً من كون الورقة المالية ليست حصة في موجودات الوعاء أيضاً، وإنما هي وثيقة تتيح لحاملها جملة من الحقوق^١، وحينئذ فيجوز التداول مطلقاً بغض النظر عن موجوداتها؛ لكونها تابعة مطلقاً.

(٤) ومنهم من يرى الجواز مطلقاً تخريجاً على مسألة التخارج بين الورثة والشركاء، التي يكون فيها معاوضة على مال مقابل ما قد يشتمل على نقود وديون^٢.

• الاتجاه الثاني: القول بعدم تأثيرها بقيد.

وهذا قال به كثير من المعاصرين، على اختلاف بينهم في (القيد) الذي انطلق منه في اجتهاده.

(١) فمنهم من يرى قيد الغلبة.

وأبرز من يرى ذلك قرار المجمع الصادر قبل ٢٥ عاماً، كما سيأتي، وعليه دار نقاش أعضائه.

وقد كانت فكرة اشتراط هذا القيد (الغلبة) في حقيقة الأمر هي تحديد معيارٍ للقصد والتبع (كما في القيد التالي)، لأن التابع لا يتصور إلا أن يكون مغلوباً^٣.

وقد ذهب بعض المعاصرين إلى صعوبة تطبيق هذا القيد وتعذره^٤، وهو ما قررته بعض الاجتهادات الجماعية^٥، فضلاً عن آثاره التي تؤدي إلى منع تداول أسهم البنوك الإسلامية؛ لأن غالبها من النقود والديون^٦. مما جعل أكثر الاجتهادات تتجه للقيد التالي:

(٢) قيد القصد.

وهذا يختلف عن الاتجاه الأول القائل بعدم تأثير الديون والنقود مطلقاً لكونها غير مقصودة، لأن هذا الرأي يرى احتمال قصدها في بعض الأحوال، وحينئذ اشترط هذا القيد. أما الاتجاه الأول فلا يرى احتمال قصد الديون والنقود وارداً.

وبعض الاجتهادات الجماعية اتجهت لهذا الرأي، منها: فتوى ندوة البركة، وملتقى الراجحي كما سيأتي.

(٣) ومنهم من يرى قيد القصد والغلبة معاً. وأخذ بهذا معيار الأيوبي كما سيأتي.

(٤) ومنهم من يرى قيد القصد إذا كان ظاهراً، وقيد الغلبة إذا كان القصد خفياً. وأخذ بهذا قرار مؤتمر مركز شوري كما سيأتي.

^١ كحق الحصول على الربح المتحقق من الورقة المالية، وحق المشاركة في التصويت على قرارات الجمعية العمومية، وحق المشاركة في موجودات الوعاء عند التصفية.

^٢ مكونات الأسهم وأثرها على تداولها، د.حسين حامد ص ٤٦.

^٣ مجلة المجمع ٢٠٦١/٣/٤، ٢٠٦٨، الربا للمترك ص ٣٧٤، مكونات الأسهم وأثرها على تداولها، حامد ص ٣٧، وعبدالستار ص ٣٩، ٥٤.

^٤ مجلة المجمع ٢٠٤٩/٣/٤. والقول بأن التابع لا يكون إلا مغلوباً غير مسلم، فالعبرة بالقصد لا القدر، وتقدم كلام ابن قدامة.

^٥ مجلة المجمع ٢٠٥٤/٣/٤ - الصديق الضيرير. وينظر: الشخصية الاعتبارية للقري ص ٣٨ - ٣٩.

^٦ فتوى ندوة البركة، توصية ملتقى الراجحي، كما سيأتي.

^٧ مجلة المجمع ٢٠٤٦/٣/٤، ٢٠٦٠ - ٢٠٦١.

المبحث الرابع الاجتهادات الجماعية السابقة في المسألة

لقد صدرت جملة من الاجتهادات الجماعية في هذه المسألة، ومنها:

(١) ما جاء في توصيات ندوة سندات المقارضة وسندات الاستثمار التي أقامها المجمع مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية بتاريخ ١٤٠٨/١/٩هـ: (العنصر الثالث: أن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب باعتبار ذلك تصرفاً من المالك في ملكه مع مراعاة الضوابط التالية:

(١) إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف .

(ب) إذا أصبح مال القراض ديوناً يطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام تداول النقود بالنقود .

(ج) إذا صار مال القراض موجودات مختلفة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضي عليه وطبقاً للأحكام الشرعية، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافعاً).

(٢) قرار المجمع ٣٠ (٤/٥) بتاريخ ١٤٠٨/٦/٢٣هـ بشأن: سندات المقارضة وسندات الاستثمار: (العنصر الثالث: أن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب باعتبار ذلك مأذوناً فيه من المضارب عند نشوء السندات مع مراعاة الضوابط التالية:

(١) إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف .

(ب) إذا أصبح مال القراض ديوناً تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام تداول التعامل بالديون.

(ج) إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضي عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافعاً. أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة. وفي جميع الأحوال يتعين تسجيل التداول أصولياً في سجلات الجهة المصدرة).

(٣) وأحال قرار المجمع ١٧٨ (١٩/٤) الأخير في الشارقة بشأن: الصكوك - وذلك فيما يتعلق بتداولها- للقرار السابق.

(٤) وفي قرار المجمع ١٣٧ (١٥/٣) بشأن: صكوك الإجارة، جاء فيه فيما يتعلق بالتداول: (٧/ يجوز للمستأجر الذي له حق الإجارة من الباطن أن يصدر صكوك إجارة تمثل حصصاً شائعة في المنافع التي ملكها بالاستئجار بقصد إجارتها من الباطن، ويشترط لجواز ذلك أن يتم إصدار الصكوك قبل إبرام العقود مع المستأجرين، سواء تم الإيجار بمثل أجرة الإجارة الأولى أو أقل منها أو أكثر، أما إذا أبرمت العقود مع المستأجرين، فلا يجوز إصدار الصكوك؛ لأنها تمثل ديوناً للمصدر على المستأجرين). وفي آخر القرار أوصى المجمع بدراسة تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة.

(٥) المعيار الشرعي لصكوك الاستثمار الصادر من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي) الصادر بتاريخ ١٤٢٤/٣/٧هـ في البند ١/٢/٥: (يجوز تداول الصكوك واستردادها إذا كانت تمثل حصة شائعة في ملكية موجودات من أعيان أو منافع أو خدمات، بعد قفل باب الاكتتاب وتخصيص الصكوك وبدء النشاط، أما قبل بدء النشاط فتراعى الضوابط الشرعية لعقد الصرف، كما تراعى أحكام الديون إذا تمت التصفية وكانت الموجودات ديوناً، أو تم بيع ما تمثله الصكوك بثمن مؤجل).

(٦) المعيار الشرعي للأوراق المالية الصادر من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي) الصادر بتاريخ ١٤٢٥/٣/٣٠هـ في البنود الآتية:

- (١٧/٣) - لا يجوز تداول أسهم الشركات إذا كانت موجوداتها نقوداً فقط، سواء في فترة الاكتتاب، أو بعد ذلك قبل أن تزول الشركة نشاطها، أو عند التصفية إلا بالقيمة الاسمية وبشرط التقابض.
- (١٨/٣) - لا يجوز تداول أسهم الشركات إذا كانت موجوداتها ديوناً فقط إلا بمراعاة أحكام التصرف في الديون.
- (١٩/٣) - إذا كانت موجودات الشركات مشتملة على أعيان ومنافع ونقود وديون فيختلف حكم تداول أسهمها بحسب الأصل المتبوع وهو: غرض الشركة ونشاطها المعمول به:

(أ) فإذا كان غرضها ونشاطها: التعامل في الأعيان والمنافع والحقوق؛ فإن تداول أسهمها جائز دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون؛ شريطة ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق عن نسبة ٣٠٪ من إجمالي موجودات الشركة الشاملة للأعيان والمنافع والحقوق والسيولة النقدية وما في حكمها (أي ديون الشركة على الغير وحساباتها

الجارية لدى الغير والسندات التي تملكها وتمثل ديوناً) بصرف النظر عن مقدار السيولة النقدية والديون لكونها حينئذ تابعة.

(ب) أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو: التعامل في الذهب أو الفضة أو العملات (الصرافة) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الصرف.

(ج) ج- وإذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو: التعامل في الديون (التسهيلات) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الديون).

(٧) جاء في البيان الإيضاحي الشهير للمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة (الأيوفي) بتاريخ ١٤٢٩/٢/٨هـ بشأن: الصكوك في البند (ثانياً) منه: (لا يجوز أن تمثل الصكوك القابلة للتداول: الإيرادات أو الديون، إلا إذا باعت جهة تجارية أو مالية جميع موجوداتها، أو محفظة لها ذمة مالية قائمة لديها، ودخلت الديون تابعة - للأعيان والمنافع - غير مقصودة في الأصل).

(٨) فتوى ندوة البركة ٥/٢ بتاريخ ١٤٠٥/٢/١٣هـ: "يجوز الاتفاق على بيع حصص أو أسهم في شركة ذات موجودات حقيقية^١ ليست مقتصرة على الديون والنقود أو أحدهما".

(٩) فتوى ندوة البركة ٢/٢٠ بتاريخ ١٤٢٢/٢/٥هـ وموضوعها: مكونات الأسهم وأثرها على تداولها: (بعد الاطلاع على ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٣٠ (٤/٥) من أنه "إذا كان الغالب (في موجودات الصكوك) نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع"، وهذه اللائحة لم توضع حتى الآن. وحيث اشتملت أوراق العمل المقدمة في هذا الموضوع على مبادئ شرعية عديدة، بديلة عن مبدأ الغلبة، في حالة اشتغال الوعاء الاستثماري (من شركات أو صناديق أو صكوك) على أعيان ومنافع وديون ونقود؛ فإن المبدأ الذي يُلائم أوضاع تلك الأوعية الاستثمارية - التي يتعذر عليها تطبيق مبدأ غلبة الأعيان والمنافع على الديون والنقود - هو مبدأ: اعتبار ما هو مقصود من التعامل، وإلحاق ما هو تابع له. وعليه: فإنه يجوز التداول في أسهم الشركات أو وحدات الصناديق أو الصكوك الاستثمارية، بالسعر المتراضى عليه إذا اشتملت أصولها على أعيان (موجودات مادية ومعنوية) ومنافع وديون ونقود دون نظر إلى نسبة كل منها، ما دامت الديون والنقود غير مقصودة بالتعامل؛ بأن كانت تابعة للأعيان والمنافع، ولم تتحمض تلك الأوعية في النقود مثل الأوعية الاستثمارية قبل مزاولتها في الأعيان والمنافع أو قبيل تصنيفها، أو أن يكون نشاطها في الذهب والفضة والعملات فيطبق عليها حينئذ أحكام الصرف، أو أن

(١) بأن تكون كثيرة. مكونات الأسهم وأثرها في التداول، د.عبدالستار أبو غدة ٤٧/٢.

تتحمض تلك الأوعية في الديون فيطبق عليها أحكام بيع الديون، كما في قرار المجمع. والمراد بالقصد المعتبر هو: أن يكون محل التعاقد: حصة في الوعاء الاستثماري للنشاط المشروع القائم أصالةً على الموجودات السلعية والخدمية غير المقتصر على التعامل في النقود المحضة والديون المحضة. ولا يجوز تطبيق مبدأ "أن العبرة بالقصد" للتحايل واتخاذ ذريعة لتصكيك الديون وتداولها. ومما يستدل به لهذا المبدأ حديث بيع العبد الذي له مال إذا اشترطه المشتري، والتطبيقات الشرعية العديدة لمبدأ التبعية مثل تبعية الثمر قبل بدو الصلاح للشجر المبيع، وتبعية الحمل للدابة المبيعة وغيرها مما يكون تابعاً غير مقصود بالعقد بالقصد الأساسي).

(١٠) توصيات ملتقى الراجحي وموضوعه: تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق المشتملة على ديون ونقود، بتاريخ ١٢/٥/١٤٢٢هـ: (وبعد الدراسة والمناقشة أوصى المشاركون بما يلي:

(أ) يجوز تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق المشتملة على ديون ونقود بناءً على قاعدة التبعية وأن العبرة بالقصد وما عداه فتبع؛ ويدل لذلك ما يلي:

- عموم النصوص الدالة على أنه يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها، مثل حديث بيع العبد الذي له مال، وبيع الحمل مع أمه، وبيع الثمرة التي لم يبدُ صلاحها مع الأصل، وغير ذلك من الأمثلة الفقهية العديدة.
- أن هذا الرأي يعد الأقرب إلى تحقيق مقصود الشارع من إباحة التعامل فيما تحققت فيه شروط الإباحة، كما أن في الأخذ به سداً لحاجة المسلمين المقتضية للتعامل في أسهم الشركات المساهمة ووحدات الصناديق الاستثمارية.

• أن هذا الرأي يعد أقرب الآراء إلى إمكانية التطبيق.

(ب) الجواز المذكور في الفقرة السابقة مشروط ببداية نشاط الشركات المساهمة والصناديق الاستثمارية؛ لتلا يؤدي القول بذلك إلى فتح باب الصورية وتداول النقود والديون، كما أنه مشروط باستيفاء الشروط الأخرى لجواز التعامل بالأسهم والوحدات ككون النشاط المتعامل به مباحاً.

(ج) وعلى القول بهذا الرأي فهل يشترط في التابع أن يكون أقل من المتبوع؟).

(١١) قرار المؤتمر الفقهي الأول لمركز شوري للاستشارات الشرعية بالكويت، في موضوع: قاعدة التبعية في العقود وأثرها على التراخيص الشرعية، بتاريخ ٢٢/١٠/١٤٢٧هـ: (من أهم التطبيقات المعاصرة لقاعدة التبعية: يغتفر في تداول أسهم الشركات والصناديق الاستثمارية - بعد ممارستها لنشاطها - اشتغال موجوداتها أو محافظتها على نقود وديون تزيد على الأعيان والمنافع والحقوق المالية إذا ظهر بدلالة العرف السائد أن المقصود أصالة (الذي يهدف إليه المتعاقدون أو أغلبتهم من الشراء) هو نشاطها التجاري بالشراء والبيع والإجارة والاستصناع

والسلم وغير ذلك من العقود الواردة على السلع والمنافع. أما إذا كان ما هو مقصود أصالة وما هو مقصود تبعاً لدى المتعاقدين خفياً بدلالة العرف، فإنه يرجع في تحديد ذلك إلى ضابط القلة والكثرة، وهو أن الأقل تبع للأكثر في الأحكام، وفي هذه الحالة إذا كانت الديون والنقود أقل من الأعيان والمنافع والحقوق، فإن تداولها مغتفر بموجب التبعية، وإن كانت أكثر منها بحيث تزيد على ٥٠٪ من مجموع الموجودات فإنها تكون محظورة التداول. وإلى هذا الرأي اتجه أكثر المشاركين في المؤتمر، بينما رجح بعضهم وجوب الالتزام بضابط القلة والكثرة في جميع الأحوال).

(١٢) قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي بالرياض (٥١٥) بتاريخ ١٣/٦/١٤٢٣هـ بشأن صندوق استثماري يستثمر في السلع والعقارات في الأسواق المحلية بالبيع الآجل لها، وفيه: (لا يجوز تداول وحدات الصندوق إلا بعد بدء نشاطه واستمرار مزاولته لهذا النشاط في موجوداته الاستثمارية في الأعيان من السلع والعقارات ونحوها، وعليه فلا يجوز التداول خلال فترة الاكتتاب إلا بمراعاة أحكام الصرف، كما لا يجوز التداول عند توقف نشاط الصندوق نهائياً، كالتوقف للتصفية؛ إذا كان في موجوداته ديون ونقود؛ إذ يجب أن تراعى هنا أحكام الصرف وشروطه وأحكام بيع الدين).

(١٣) قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد بالرياض (٤٥) بتاريخ ١٠/٨/١٤٢٦هـ بشأن صندوق استثماري يستثمر في المعادن الدولية بالبيع الآجل لها، وفيه: (يجوز بيع وحدات صناديق المعادن وإن اشتملت على نقود وديون؛ لأن للصندوق شخصية حكومية، والنقود والديون تابعة للشخصية الحكومية التي يؤثر فيها عوامل أخرى؛ ككفاءة مدير الصندوق، والتصاريح الرسمية لإقامة الصندوق، والعلاقات التعاقدية مع الجهات الاستثمارية وغيرها).

(١٤) قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء بالرياض (١٤٢) بتاريخ ٢٦/١٢/١٤٣٠هـ بشأن صندوق استثماري يستثمر في المعادن الدولية بالبيع الآجل لها، وفيه: (لا يجوز تداول وحدات الصندوق إلا بعد مزاولته للنشاط في موجوداته الاستثمارية).

وكذا قرارها (٣٥٧) بتاريخ ١٧/٢/١٤٣٣هـ بشأن صكوك هيئة الطيران المدني السعودي، وقد تمثلت أصول الصكوك في: منافع هبوط مطارات الرياض وجدة والدمام التي استأجرها حملة الصكوك من المصدر بما لا يقل عن ٥١٪ من رأس مال الصكوك؛ بغرض استغلالها، إضافة لدين سينشأ من شراء حملة الصكوك معادن وبيعها بالأجل على المصدر بما لا يزيد ثمنها عن ٤٩٪ من رأس مال الصكوك. وجاء القرار بمنع الاستثمار لجملة من الاعتبارات الشرعية، كان منها: (أن تداول الصك بهذه الهيكلية يشتمل على تداول ما لا يصح تداوله شرعاً وهو الدين؛ لأن دين المرابحة أحد المكونات الرئيسيين لموجودات الصك، ودين المرابحة

هنا لا يصح أن يعد تابِعاً؛ لأنه مقصود أصالة وقد أنشئ ابتداءً مرة واحدة، ولم يكن متولداً من أنشطة متجددة تتقلب فيها الموجودات من ديون وأصول).

المبحث الخامس ضابط التبعية والغلبة

إذا تقرر جميع ما تقدم، فإن القائلين بالجواز - سواء من الاجتهادات الفردية أو الجماعية - بقيد القصد أو الغلبة، قد اختلفوا في ضابط هذا القيد، ومدى تحققه.

المطلب الأول ضابط التبعية

(١) بعضهم يرى الضابط: هو نشاط الوعاء. فإن كان في البيوع الآجلة فالديون أصيلة، وإن كان في الأنشطة المصرفية فالنقود أصيلة، وإن كان في نشاط زراعي أو تجاري أو عقاري أو صناعي؛ فالديون والنقود تابعة غير مقصودة^١.

(٢) وبعضهم يرى الضابط: هو مجرد اشتغال الوعاء على أعيان ومنافع وحقوق - ولو قل قدرها- ، فلا يصح أن يتمحض الوعاء للنقود أو الديون، أو يكون نشاط الوعاء في النقود أساساً (الذهب والفضة والعملات) أو نشاطه في الديون أساساً. ووجه اعتبار القصد للأعيان بغض النظر عن قدرها، دون قصد النقود أو الديون - حتى ولو كانت كثيرة أو غالبية- ، هو: أن الغرض من الوعاء أساساً هو الاستثمار والاسترباح؛ بتحويل النقود إلى أعيان وبيعها وتقليبها طلباً للربح^٢.

وهذا هو الظاهر من فتوى ندوة البركة، وتوصية ملتقى الراجحي، كما سبق.

(٣) وبعضهم يرى الضابط: هو نشاط الوعاء بأن يكون في الأعيان والمنافع على ألا تقل عن الثلث. وهذا ما ذهب له معيار الأيوبي^٣.

جاء في المستند الشرعي للمعيار: (مستند جواز تداول أسهم الشركات المشتملة على نقود أو ديون دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون ولو كانت أكثر من النصف؛ هو أنها تابعة، ويغتنر في التوابع ما لا يغتنر في غيرها، لكن إذا كانت الأعيان والمنافع أقل من الثلث فإنه لا يجوز تداول الأسهم إلا بمراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون؛ لأن الأعيان والمنافع في هذه الحالة قليلة، فلا يمكن اعتبار الديون والنقود تابعة لها، فتكون مقصودة بالعقد أصالة، فيشترط فيها الشروط التي تشترط فيها لو كانت مفردة).

^١ الخدمات الاستثمارية في المصارف، د.يوسف الشبيلي ٨٧/٢. وتغير اجتهاد الباحث كما في بحثه: حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس، وسبق الإشارة لقوله.

^٢ مكونات الأسهم وأثرها في التداول، د.عبدالستار أبو غدة ٤٩/٢.

المطلب الثاني ضابط الغلبة

- (١) فبعضهم قيده بالثلث (٣٠٪) وهذا ما ذهب إليه معيار الأيوبي كما سبق.
- (٢) وبعضهم قيده بالثلثين (٦٦٪) ويدعم ذلك ما جاء عن بعض الفقهاء عند تعذر التمييز بين الربوي وغيره فيقدر بالثلثين^١.
- (٣) وبعضهم قيده بالنصف (٥٠٪)^٢، ورفضه آخرون^٣.
- (٤) وبعضهم قيده بالأغلبية المطلقة ٥١٪ (وهي النصف + ١)، وهذا كالضابط السابق من حيث النتيجة.

^١ مجلة المجمع ٢٠٥١/٣/٤، ٢٠٧٠ - رفيق المصري.
^٢ مجلة المجمع ٢٠٤٧/٣/٤ - أحمد بزيغ ياسين رحمه الله.
^٣ مجلة المجمع ٢٠٥٠/٣/٤، ٢٠٥٤ - عمر زهير حافظ، الصديق الضرير.

المبحث السادس استثناءات من المسألة

ينبغي التأكيد على أن جميع الخلاف فيما يتقدم يخرج منه مسائل (وهذا يرد فقط على الاتجاه الثاني في أصل المسألة الذي يرى تأثير الديون والنقود، ولا يرد على الاتجاه الأول الذي ينفي الأثر مطلقاً) وهذه المسائل هي:

- (١) إذا لم يبدأ الوعاء في نشاطه كما في مرحلة اكتتاب الشركات.
 - (٢) إذا توقف الوعاء عن نشاطه كما في مرحلة التصفية.
 - (٣) إذا كان وجود الديون والنقود أصلاً في نشاط الوعاء، وإنما جيء بالأعيان والمنافع والحقوق حيلة لغرض التداول فقط. وهذا شائع في تطبيقات الصكوك تحديداً.
- وقد قرر استثناء هذه المسائل قرار المجمع في دورته التاسعة عشر في الشارقة، ومعيار الأوراق المالية للمجلس الشرعي للأيوبي، وفتوى ندوة البركة.
- وهو المتماشي مع ما سبق ترجيحه في مسألة مد عجوة ودرهم، بأن التداول يجوز ما لم يكن حيلة على الربا.

غير أن للباحث رأياً فيما يتعلق بمنع تداول وحدات الوعاء قبل بدء نشاطه، فهذا متجه فيما يتعلق بالصناديق الاستثمارية (الرسمية وغير الرسمية "الشخصية")، فإنه في مرحلة جمع رأس المال، والحكم بأن التعامل في هذه المرحلة هو تعامل بالنقود ظاهر جداً.

أما ما يتعلق بالشركات المساهمة فلا يظهر القول بمنع تداول أسهمها ولو لم تبدأ في نشاطها؛ ذلك أن القول بجواز تداولها لكون موجوداتها من النقود تابعة - في هذه المرحلة أيضاً - للشركة ونوع نشاطها، أقوى من القول بالحكم بالتعامل بالنقود.

الخاتمة (مشروع القرار)

- (١) يجوز تداول أسهم الشركات - التي لها ذمة مالية مستقلة - مطلقاً، حتى ولو كان قبل بدء نشاطها، أما الصناديق الاستثمارية (الرسمية وغير الرسمية) فلا يجوز تداول وحداتها قبل بدأ نشاطها أو عند توقفه؛ لأنها في هذه المرحلة نقود متمحضة.
- (٢) يجوز تداول الأوراق المالية المشتملة على أعيان ومنافع وحقوق معنوية ونقود وديون، بغض النظر عن قدر أي منها، ولا يؤثر اشتغال الموجودات على تلك النقود والديون؛ باعتبارها حينئذٍ تابعة غير مقصودة.
- (٣) لا يجوز التحايل على الربا بخلط أعيان منافع وحقوق (غير مقصودة ابتداءً) مع ديون أو نقود (محمضة) في موجودات الوعاء، أو كان نشاط الوعاء أساساً في النقود أو الديون؛ وذلك لغرض التداول.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

أحكام إصدار وتداول صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة وصكوك الإجارة مع الوعد بالتمليك على من اشترت منه

إعداد

د. يوسف بن عبد الله الشبيلي
أستاذ الفقه المشارك بالمعهد العالي للقضاء

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ، أما بعد :

فهذا بحث في حكم إصدار الصكوك وتداولها في إجارة الموصوف في الذمة ،
وحكم إصدار صكوك إجارة مع وعد بالتمليك على من اشترت منه .

وقد قسمته إلى أربعة مباحث :

- المبحث الأول: التعريف بصكوك الإجارة الموصوفة في الذمة وأنواعها
- المبحث الثاني: حكم إصدار صكوك في إجارة الموصوف في الذمة وتخريجها الفقهي.
- المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بصكوك الإجارة الموصوفة في الذمة.
- المبحث الرابع: حكم إصدار صكوك إجارة مع وعد بالتمليك على من اشترت منه.

أسأل الله أن يجنبنا الزلل ويوفقنا لما يرضيه من القول والعمل.



المبحث الأول التعريف بصكوك الإجارة الموصوفة في الذمة وأنواعها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول التعريف بصكوك إجارة الموصوف في الذمة:

الصكوك في اللغة: جمع صك، بمعنى الكتاب، ويجمع على: أصك وصكوك وصكاك^(١).

والصكوك في الاصطلاح المالي: أوراق مالية متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات، أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص^(٢).

وتعرف الإجارة بأنها: "عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، من عين معينة أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم بعوض معلوم"^(٣).

ومن هذا التعريف يتبين أن الإجارة -من حيث محل العقد- تنقسم إلى قسمين:

الأول: الإجارة الواردة على منافع الأعيان، كإجارة الدور والدواب.

والثاني: الإجارة الواردة على منافع الأشخاص، كالخياطة والكتابة، ونحوها.

فالقسم الأول قد تكون فيه العين المؤجرة معينة كآجرتك هذه الدار، أو موصوفة في الذمة كآجرتك سيارة بهذه الصفات، وأما القسم الثاني فبالنظر إلى المنفعة (العمل) فهي لا تكون إلا موصوفة، وبالنظر إلى الشخص (الأجير) أو محل العمل فقد يكون معيناً أو غير معين؛ ولذا ذهب بعض أهل العلم إلى تقسيم الإجارة إلى ثلاثة أقسام بالنظر إلى أن إجارة الأعمال لا تكون إلا موصوفة.

قال ابن مفلح: "الإجارة أقسام: إجارة عين معينة فهي كالمبيع، وتفسخ بتعطل نفعها ابتداءً، أو دواماً فيما بقي، وإجارة عين موصوفة في الذمة فيشترط صفات السلم، ومتى غصبت أو تلفت أو تعيبت لزمه بدلها، فإن تعذر فللمكثري الفسخ، وتفسخ بمضي المدة إن كانت إلى مدة، وعقد على منفعة في الذمة، في شيء معين أو موصوف، كخياطة، ويشترط ضبطه بما لا يختلف".^٤

^١ القاموس المحيط، مادة (صكك) ص ١٢٢٢، المصباح المنير ص ٢٤٢.

^٢ المعايير الشرعية/ هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار صكوك الاستثمار ص ٢٨٨.

^٣ الروض المربع ٢٩٣/٥، وهو تعريف الحنابلة وينظر تعريفات الإجارة في المذاهب الأخرى في المبسوط ٧٤/١٥، مواهب الجليل ٣٩٠/٥، مغني المحتاج ٤٠٢/٢.

^٤ الفروع ٤٤٠/٤

وتختلف إجارة الموصوف في الذمة عن إجارة المعين من أوجه عدة، منها^(١) :

- (١) في عقد إجارة الموصوف يجوز إبرام العقد قبل تملك المؤجر للعين المؤجرة على الصحيح من أقوال أهل العلم بخلاف إجارة المعين.
- (٢) لا يفسخ العقد بهلاك العين المؤجرة في إجارة الموصوف بل تستبدل بمثلها بخلاف إجارة المعين.
- (٣) لا يثبت خيار العيب في إجارة الموصوف، ولكن تستبدل المنفعة بمثلها، بينما في إجارة المعين يثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ والإمضاء عند وجود العيب.
- (٤) ومما سبق يمكن تعريف صكوك إجارة الموصوف في الذمة بأنها: " وثائق متساوية القيمة قابلة للتداول وتمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان مؤجرة موصوفة في الذمة أو منافع أو خدمات"^(٢) .

المطلب الثاني

أنواع صكوك إجارة الموصوف في الذمة

من التعريف السابق لصكوك إجارة الموصوف في الذمة يتبين أنها على ثلاثة أنواع:

النوع الأول: صكوك ملكية الأصول المؤجرة:

وهي تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان موصوفة في الذمة تكون مؤجرة أو موعوداً باستئجارها، فحملة الصكوك هم المؤجرون لموجودات تلك الصكوك. وقد تكون الإجارة هنا تشغيلية أو منتهية بالتمليك.

والنوع الثاني: صكوك ملكية المنافع:

وهي تمثل حصصاً شائعة في ملكية منافع أعيان موصوفة في الذمة، تكون مستأجرة لصالح حملة الصكوك، أي أن حملة الصكوك هنا مستأجرون لتلك المنافع؛ كأن تؤجر شركة طيران طائرات موصوفة لحملة الصكوك، فقيمة الإصدار يمثل أجرة تلك الطائرات، وأصول الصكوك هي تلك المنافع الموصوفة.

والنوع الثالث: صكوك ملكية الخدمات:

وهي تمثل حصصاً شائعة في ملكية منافع (خدمات) موصوفة في الذمة لجهة معينة أو موصوفة في الذمة، فهذه الصكوك من قبيل إجارة الأعمال وليس الأعيان، والجهة المتعهدة بالمنفعة (الأجير) قد تكون معينة وقد تكون موصوفة في الذمة، ومن ذلك صكوك الخدمات التعليمية أو الطبية الموصوفة سواء حددت الجهة المنفذة كجامعة أو مستشفى بعينه أم لم تحدد؛ إذ تعد هذه الإجارة موصوفة في الذمة لكون المنفعة كذلك، بصرف النظر عن تعيين الجهة المنفذة من عدمه.

^١ ينظر: بدائع الصنائع ٤/١٧٤، المغني ٥/٣٠٥، مغني المحتاج ٤/٥١٤.

^٢ ينظر: صكوك الإجارة ص ٥٩، صكوك الإجارة خصائصها وضوابطها ص ١.

المبحث الثاني

حكم إصدار صكوك إجارة الموصوف في الذمة وتخريجها الفقهي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

حكم إجارة الموصوف في الذمة

اتفق أهل العلم على جواز عقد الإجارة من حيث الجملة^(١)؛ والأصل في ذلك قول الله تعالى - في استئجار الظئر - : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾^(٢). وقوله - في قصة موسى - : ﴿ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ ﴾^(٣). ومن السنة أحاديث كثيرة منها ما ثبت عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلاً من بني الدليل خريتا^(٤).

ويرى عامة أهل العلم - كما سبق - أن الإجارة تصح معينة وموصوفة في الذمة، ونسبة القول بعدم جواز إجارة الموصوف في الذمة إلى فقهاء الحنفية غير دقيقة، بل المنصوص عليه في مصنفاتهم الجواز؛ قال السمرقندي: " فأما هلاك المستأجر، فإن كان شيئاً بعينه يبطل، وإن كان بغير عينه بأن وقعت الإجارة على دواب بغير عينها للحمل أو الركوب وسلم إليه الدواب، فهلكت فعلى المؤاجر أن يأتي بغيرها ليحمل المتاع، وليس له أن يفسخ؛ لأنه لم يعجز عن وفاء ما التزمه بالعقد، وهو حمل متاعه إلى موضع كذا"^(٥).

وقال الكاساني: " وإن كانت الإجارة على دواب بغير أعيانها فسلم إليه دواب فقبضها فماتت لا تبطل الإجارة وعلى المؤاجر أن يأتيه بغير ذلك؛ لأنه هلك ما لم يقع عليه العقد؛ لأن الدابة إذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع في الذمة"^(٦).

والحنفية وإن كانوا يرون أن المنافع ليست أموالاً إلا أنهم يجيزون عقد الإجارة - الذي هو عقد على منافع - استحساناً^(٧).

^١ البحر الرائق ٣٣/٨، شرح الخرشي ٢٨/٧، المجموع شرح المهذب ١٥/١٠٠، المغني ٥/٣٠٥

^٢ سورة الطلاق، الآية (٥).

^٣ سورة القصص، الآية (٢٧).

^٤ أخرجه البخاري في كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة أو إذا لم يوجد أهل الإسلام وعامل النبي ﷺ يهود خيبر، برقم ٢١٤٤.

^٥ تحفة الفقهاء ٢/٣٦١

^٦ بدائع الصنائع ٤/٢٢٣

^٧ بدائع الصنائع ٤/١٧٤

المطلب الثاني

حكم تصكيك الأعيان أو المنافع الموصوفة في الذمة

التصكيك للأعيان والمنافع الموصوفة يعني: تقسيم الأصول الموصوفة في الذمة من أعيان مؤجرة أو منافع أو خدمات إلى حصص متساوية تمثل كل منها حصة مشاعة في العين أو المنفعة أو الخدمة بغرض بيعها للمستثمرين.

وحيث إن التصكيك يعكس ما يمثله من موجودات فهو يأخذ حكمها حلاً وحرمة؛ فإذا كانت تلك الأعيان والمنافع والخدمات مباحة فتصكيكها مباح أيضاً، وإذا كانت محرمة كالأعيان المؤجرة لأغراض محرمة، أو المنافع والخدمات فيما هو محرم شرعاً، فهذه يحرم تصكيكها؛ إذ الصك يأخذ حكم الأصل الذي يمثله.

وبالنظر إلى الأنواع الثلاثة السابقة لصكوك الإجارة فإنه يمكن تكييف عملية التصكيك على النحو الآتي:

- (١) كيف تصكيك الأعيان المؤجرة على أنه بيع لتلك الأعيان، فالبايع هو المصدر، والمشتري هم حملة الصكوك. وحصيلة الاكتتاب هي ثمن الشراء. وقد نص أهل العلم على جواز بيع العين المؤجرة من غير المستأجر، بشرط ألا يؤثر على حق المستأجر في استيفاء منفعته من العين، ولا تنفسخ به الإجارة^(١).
- (٢) وتصكيك المنافع الموصوفة يكيف على أنه من إجارة الموصوف في الذمة فالمؤجر هو مصدر الصكوك وهو المالك للأعيان الموصوفة، والمكتتبون في الصكوك هم المستأجرون، وحصيلة الاكتتاب هي الأجرة، أي أن حملة الصكوك يملكون منافع تلك الأعيان الموصوفة في الذمة بغنمها وغرمها، ويشترط في هذه الصكوك ما يشترط في إجارة الموصوف في الذمة من حيث كون الأعيان المؤجرة مما تنضبط بالوصف، وأن توصف وصفاً مجلياً يدفع الجهالة والغرر، وغيرها من الشروط.
- (٣) وأما تصكيك الخدمات فيكيف على أنه من الإجارة على الأعمال، فالمصدر هو الأجير - أي المتعهد بتقديم الخدمة الموصوفة - والمكتتبون هم المستأجرون، وحصيلة الاكتتاب هي الأجرة.

المطلب الثالث

التخريج الفقهي لعقد إجارة الموصوف في الذمة وعلاقته بالاستصناع والسلم

يتفق عقد إجارة الموصوف في الذمة مع عقدي الاستصناع والسلم في المنافع في أن العقود عليه في كل منها موصوف في الذمة.

ويختلف عقد إجارة الموصوف في الذمة عن عقد الاستصناع من أوجه:

^١ نهاية المحتاج ٨٠/٣، كشاف القناع ٣١/٤.

الأول: أن المعقود عليه في الإجارة منفعة موصوفة سواء أكانت منفعة عين أو منفعة عمل، بينما المعقود عليه في الاستصناع العين المستصنعة.

والثاني: في الإجارة لا يملك مشتري المنفعة (المستأجر) العين، بينما في الاستصناع يملك المشتري (المستصنع) العين المستصنعة.

والثالث: في الإجارة الموصوفة على عمل تكون العين من المستأجر والعمل من الأجير، بينما في الاستصناع تكون العين والعمل من الصانع.

والرابع: الإجارة الموصوفة ترد على منفعة الأدمي وغيره، بينما الاستصناع يرد على الأشياء التي تدخلها الصنعة فقط.

ويختلف عقد الإجارة الموصوفة عن السلم من أوجه:

الأول: أن المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة فقط دون العين، بينما في السلم قد يكون المعقود عليه عيناً موصوفة أو منفعة موصوفة وهو السلم في المنافع.

والثاني: الأصل في السلم أن يكون تسليم العين أو المنفعة الموصوفتين مؤجلاً؛ لقوله عليه الصلاة والسلام - في السلم - : " إلى أجل معلوم" (١) ، م ولذا اختلف أهل العلم في حكم السلم الحال، بينما الإجارة قد تكون منجزة وقد تكون مضافة إلى زمن في المستقبل، والغالب فيها أن تكون منجزة.

ولما سبق من الفروق فلا يصح إلحاق الإجارة الموصوفة بعقد الاستصناع ولا بعقد السلم في المنافع، بل هي عقد قائم بذاته يختلف في طبيعته وخصائصه وأحكامه عن كل منهما.

^١ أخرجه البخاري في كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم برقم (٢١٢٦)، ومسلم في كتاب المساقاة، باب السلم برقم (١٦٠٤) من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - .

المبحث الثالث

الأحكام المتعلقة بصكوك الإجارة الموصوفة في الذمة

وفيه مطالب:

المطلب الأول

التصرف في صكوك الإجارة الموصوفة وعلاقته بالتصرف في الدين:

وفيه فرعان:

الفرع الأول

تأجيل الأجر

يتجه بعض الباحثين إلى تخريج صكوك الإجارة الموصوفة على أنها صكوك مديونية وليست صكوك ملكية، باعتبار أن الأعيان أو المنافع التي تمثلها لها حكم الديون، وبنوا على ذلك عدم جواز تأجيل الأجرة التي تمثل العائد لحملة الصكوك سواء في صكوك الأعيان المؤجرة أو صكوك المنافع، وكذلك عدم جواز تأجيل دفع الاككتاب الذي يمثل الأجرة في صكوك المنافع؛ لأن ذلك كله من بيع الدين بالدين.

وهذه المسألة مبنية على حكم تأجيل الأجرة في إجارة الموصوف في الذمة. وللفقهاء فيها ثلاثة أقوال:

القول الأول: وجوب تسليم الأجرة في مجلس العقد. وهو قول الشافعية^(١).

وحجتهم: أنها سلم في المنافع، فيشترط فيها ما يشترط في السلم.

ويناقش: بأن الإجارة الموصوفة تختلف عن السلم في المنافع. وقد سبق بيان تلك الفروق، فلا يصح قياسها عليه، وعلى فرض التسليم فلا يلزم أن تأخذ أحكام السلم من كل وجه؛ فالإجارة وإن كانت بيع منفعة إلا أنها ليست كالبيع من كل وجه. قال ابن القيم: "وإن قدر دخول الإجارة في لفظ البيع العام وهو بيع المنافع فحقيقتها غير حقيقة البيع وأحكامها غير أحكامه"^(٢).

والقول الثاني: وجوب تعجيل الأجرة إلا إذا شرع المستأجر في استيفاء المنفعة. وهو قول المالكية^(٣).

وحجتهم: أن تأجيل الأجرة مع تأخر الاستيفاء يجعله من الكائي بالكائي.

ويناقش: بأن الحديث الوارد في النهي عنه لا يثبت. قال ابن تيمية: "بيع الدين بالدين ليس فيه نص عام ولا إجماع"^(٤). والإجماع المحكي في المسألة إنما يصح في بعض صورته لا

^١ مغني المحتاج ٢/٤٣٠

^٢ إعلام الموقعين ٢/٢٤.

^٣ حاشية الدسوقي ٣/١٩٦.

^٤ مجموع الفتاوى ٢٠/٥١٢.

كلها، فقد وقع في كثير من صوره خلاف؛ ولذا قال ابن السبكي: "أما إذا لم يثبت -أي الحديث- فالإجماع لا يمكن التمسك به مع وجود الخلاف في هذه الصورة الخاصة فإنه يؤول هذا إلى تفسير بيع الدين بالدين المجمع على منعه..أن يكون للرجل على الرجل دين فيجعله عليه في دين آخر"^(١).

والقول الثالث: التفرقة بين ما إذا أجري العقد بلفظ السلم أو السلف فيشترط تسليم الأجرة في مجلس العقد، وأما إذا عقدت بغير هذين اللفظين فلا يشترط. وهو قول الحنابلة^(٢).

وحجتهم: أن العقد بلفظ السلم أو السلف له حكم السلم في المنافع، فيشترط فيه ما يشترط في السلم.

ويناقش: بأن المعنى في الصورتين واحد؛ فلا يؤثر اختلاف الألفاظ، والعبرة في العقود بالمقاصد لا بالألفاظ.

ولم أقف على قول الحنفية في المسألة.

والأظهر هو جواز تأجيل الأجرة في إجارة الموصوف؛ لما يلي:

الأول: أنه لم يثبت في تحريم ابتداء الدين بالدين نص ولا إجماع يشمل جميع صورته؛ ولذا جوز منه ما تدعو إليه الحاجة كالاتصناع والتوريد والمقاوله ونحوها.

والثاني: أن المنافع تختلف عن الأعيان، فهي مؤجلة بطبيعتها لكونها تحدث شيئاً فشيئاً، فلا يصح قياسها عليها، وما يتمتع في بيع الأعيان لا يلزم مثله في المنافع؛ لاختلافهما. قال الزيلعي: "الإجارة تتضمن تمليك المنافع والمنافع لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة؛ ولهذا قلنا: تتعقد ساعة فساعة على حسب وجود المنفعة وحدوثها"^(٣).

والثالث: القياس على ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من جواز إجارة المعين المضافة إلى زمن مستقبل من غير شرط تسليم الأجرة في الحال^(٤)؛ أي مع تأجيل البدلين، مع اتفاقهم على منع بيع العين المعينة مؤجلة التسليم؛ سواء عجل الثمن أم لا؛ وذلك لأن المنفعة يتعذر قبضها دفعة واحدة؛ ولذا يتسامح في تأجيل استيفائها أو استيفاء أجرتها ما لا يتسامح في بيع الأعيان. والله أعلم.

وبناء على ما سبق فيجوز في صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة دفع العوائد لحملة الصكوك على دفعات سواء في صكوك الأعيان المؤجرة التي يملكها حملة الصكوك

^١ تكملة المجموع ٢/٢١٥٧.

^٢ شرح المنتهى ٤/٢٩.

^٣ تبين الحقائق ١٥/٥٦.

^٤ الميسوط ١٦/٢٠، الإنصاف ٦/٤٢.

ويؤجرونها على الغير، أو في صكوك المنافع والخدمات الموصوفة التي يستأجرها حملة الصكوك ثم يؤجرونها من الباطن للغير، وكذا يجوز أن يكون الاكتتاب في الصكوك -وهو يمثل الأجرة المدفوعة من حملة الصكوك للمصدر- على دفعات.

الفرع الثاني

تداول صكوك الإجارة الموصوفة

تداول صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة له أربع حالات:

الحال الأولي: أن تكون أصول الصكوك أعياناً مكتملة مؤجرة، فتداولها في هذه الحال جائز دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون؛ لأن المعقود عليه هو الأعيان المؤجرة وليس الدفعات الإيجارية.

والحال الثانية: أن تكون أصول الصكوك منافع أو خدمات قد تم تأجيرها للغير، فقد يقال بتحريم تداولها حينئذ، وهذا ما أخذ به المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة¹؛ لأن الصكوك تمثل الدفعات الإيجارية المستحقة مقابل تلك المنافع، والأجرة لها حكم الدين، فتجب مراعاة أحكام التصرف في الديون عند التداول، وأما المنفعة فقد ملكها المستأجر.

وقد يقال: بجواز التداول حتى وإن كانت مؤجرة للغير، ولا تأخذ حكم الدين؛ لأن الأجرة ليست ديناً مطلقاً، فهي لا تستحق إلا بعد استيفاء المنفعة، أي أن المنفعة المستحقة للمستأجر الثاني مضمونة على المستأجر الأول، وفي مقابلها استحق الأجرة، فحامل الصك عندما يبيع الصك فقد باعه محملاً بالمنفعة المضمونة التي بها يستحق الأجرة، فهو قد ربح فيما يضمن، بخلاف من يبيع ديناً مطلقاً فإنه يربح فيما لا يضمن، ولذا لو انسخ عقد الإجارة لأي سبب فتسقط الأجرة وتبقى تلك المنافع هي ما تمثله تلك الصكوك من موجودات.

والأظهر هو القول الأول؛ لأن الأجرة وإن لم تكن كالدين المضمون إلا أن مبادلتها بنقود حالة يشتمل على ربا الفضل والنسيئة، فتحرم لذلك.

والحال الثالثة: أن تكون أصول الصكوك أعياناً موصوفة يتم تأجيرها وهي تحت الإنشاء أو قيد التصنيع أو التوريد، أو تكون الأصول منافع أو خدمات موصوفة ولم تؤجر للغير، فينظر:

(١) فإن كانت هذه الأعيان أو المنافع تتبع لأصل معين؛ مثل أن تكون مباني موصوفة يتم إنشاؤها على أرض معينة، أو خدمات تعليمية أو طبية أو اتصالات أو رحلات طيران من شركة معينة، فيجوز تداول الصكوك حينئذٍ دون مراعاة أحكام الصرف أو

¹ المعايير الشرعية: معيار الصكوك الإسلامية.

التصرف في الديون؛ عملاً بقاعدة التبعية؛ إذ إن تعيين الأرض أو الشركة المتعهدة بالخدمة يرفع عن هذه الأصول أن تكون ديناً.

(٢) وأما إن كانت لا تتبع لأصل معين، كسيارات أو معدات قيد التوريد أو التصنيع، أو خدمات غير مقيدة بجهة بعينها، فتداول الصكوك حينئذ يأخذ حكم بيع المسلم فيه قبل قبضه، والجمهور على المنع^(١)، وحكي الإجماع فيه؛ لحديث: "إذا أسلفت في شيء فلا تصرفه إلى غيره"^(٢). ويرى المالكية الجواز^(٣)، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية إذا باعه بمثل الثمن أو دونه لا أكثر، لئلا يربح فيما لم يضمن، ورد على من حكي الإجماع وقال: "مذهب مالك أنه يجوز بيعه من غير المستسلف، كما يجوز عنده بيع سائر الديون من غير من هو عليه، وهذا أيضاً إحدى الروايتين عن أحمد.. وهذا القول أصح وهو قياس أصول أحمد"^(٤). وهذا القول هو الأظهر وأما الحديث المروي فلا يصح إسناده، وعلى هذا فيجوز تداول الصكوك إذا كان الثمن الذي تتداول به أقل من قيمة تلك الأعيان والمنافع الموصوفة، وهذا هو الأغلب إذ كان التداول بالسعر الحال؛ إذ يكون عادة أقل من قيمة الأعيان والمنافع المؤجلة.

الحال الرابعة: أن تكون أصول الصكوك مختلطة من أعيان ومنافع ومعها نقود أو ديون، كالفترات الأولى أو الأخيرة من عمر الصكوك التي يتوقع فيها وجود النقدية، أو قد تستثمر بعض أموال الصكوك في مرابحات، ونحو ذلك.

وقبل بيان حكم هذه الحال أشير إلى أبرز الاتجاهات المعاصرة في ضابط ما يجوز تداوله من الصكوك التي تكون موجوداتها مختلطة:

الاتجاه الأول: اعتبار الشخصية الاعتبارية، فإذا كان لمحافظة الصكوك شخصية اعتبارية فتكون موجوداتها تابعة للشخصية الاعتبارية، وعلى هذا فيجوز بيعها دون مراعاة أحكام الصرف أو بيع الدين بصرف النظر عن الأغلب من موجوداتها؛ أما إذا لم يكن لها شخصية اعتبارية فتأخذ حكم الأغلب من الموجودات^(٥).

ويناقش: بأن ربط الحكم بالشخصية الاعتبارية ليس عليه دليل، وهو مصطلح قانوني وليس وصفاً شرعياً منضبطاً، بل لم تعرف الشخصية الاعتبارية وتستقر أحكامها إلا في العصور المتأخرة.

الاتجاه الثاني: الأخذ بمبدأ الخلطة، أي أن موجودات الصكوك إذا اشتملت على أعيان ونقود وديون فالحكم للأعيان مطلقاً، اكتفاءً بمبدأ الخلطة، فلا تجب مراعاة

^١ رد المحتار ٣٠٦/٧، الحاوي الكبير ٢٣٥/٥، المغني ٢٠١/٤.

^٢ أخرجه أبو داود ٢٧٦/٣، والبيهقي في السنن الكبرى ٣٠/٦. وقال البيهقي: فيه عطية العوفي لا يحتج به. وقال ابن حجر: أعله أبو حاتم والبيهقي وعبد الحق وابن القطان بالضعف والاضطراب. تلخيص الحبير ٢٥/٣.

^٣ شرح الخرشي ٢٢٧/٥.

^٤ مجموع الفتاوى ٥٠٦/٢٩.

^٥ الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، ١٥ / ٢ / ٥.

أحكام الصرف وبيع الدين ولو كانت النقود أو الديون هي الغالبة. وإلى هذا ذهب نذوة البركة الثانية^(١).

ويناقش: بأن النقد والدين إذا كانا مقصودين في الصفقة فالذي دلت عليه السنة الصحيحة وجوب مراعاتهما وعدم إهمالهما ولو مع اختلاطهما بالأعيان. يدل على ذلك ما روى فضالة بن عبيد - رضي الله عنه - قال: أتى النبي ﷺ يوم خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز، وهي من المغانم تباع، فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده، ثم قال لهم رسول الله ﷺ: ((الذهب بالذهب وزناً بوزن))^(٢). ووجه الدلالة: أنه أمر بنزع الخرز وإفراد الذهب ليتمكن بيعه، ولو جاز بيعه مع الخرز -دون مراعاة أحكام الصرف- لما احتاج إلى وزنه، ثم قال: ((الذهب بالذهب وزناً بوزن)) فنبه بذلك إلى أن علة إفراده بالبيع أن يتحقق فيه الوزن بالوزن، أي وجوب مراعاة الصرف^(٣).

الاتجاه الثالث: الأخذ بمبدأ الغلبة، أي أن الحكم للأغلب، فإن كانت الأعيان هي الغالبة فيجوز البيع دون مراعاة أحكام الصرف وبيع الدين، وإلا فلا، وهذا ما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي الدولي^(٤).

الاتجاه الرابع: الاعتبار بالكثرة، فإذا كانت الأعيان تزيد على ٣٠٪ من موجودات المحفظة أو الصكوك مقارنة بالموجودات الأخرى من نقود أو ديون، فيجوز تداولها، وإن كانت أقل من ذلك فتجب مراعاة أحكام الصرف وبيع الدين عند البيع. وهذا ما أخذ به المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٥).

والذي يترجح للباحث أن يفرق بين نوعين من الصكوك:

النوع الأول: صكوك إجارة يتم فيها تقليب المال بتملك أعيان أو منافع ثم تأجيرها، وما يتحصل من سيولة يقلب في أوعية استثمارية متنوعة فهذه يجوز تداولها، بعد البدء في النشاط، بصرف النظر عن نسبة الأعيان أو المنافع إلى النقود والديون إعمالاً لقاعدة التبعية؛ لأن موجودات الصكوك تابعة للنشاط الذي هو في تملك الأعيان والمنافع وتأجيرها. والأصل في ذلك ما روى ابن عمر -رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ قال: ((من باع عبداً له مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع))^(٦) فهذا الحديث أصل في قاعدة التبعية في المعاملات. ووجه الدلالة منه: أن الحديث دل على أن المبيع إذا اشتمل على نقدٍ واشتري

^١ الفتاوى الاقتصادية ص ١٥ ، صناديق الاستثمار الإسلامية ص ٤٨.

^٢ أخرجه مسلم (كتاب المساقاة / باب بيع القلادة فيها ذهب وخرز برقم ١٥٩١) وأبو داود (كتاب البيوع / باب في حلية السيف تباع بالدرهم - برقم ٣٣٥١) والترمذي (كتاب البيوع / باب ما جاء في شراء القلادة وفيها ذهب وخرز برقم ١٢٥٥) والنسائي (كتاب البيوع / باب بيع القلادة فيها الخرز والذهب بالذهب - برقم ٤٥٧٣) .

^٣ ينظر: المنتقى شرح الموطأ ٢٦٧/٦ ، المغني ٩٤/٦ .

^٤ مجلة المجمع الدورة الرابعة ٢١٦٣/٣ .

^٥ المعايير الشرعية: معيار الأوراق المالية.

^٦ أخرجه البخاري (كتاب المساقاة / باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل) ومسلم (كتاب البيوع / باب من باع نخلاً عليها ثمر برقم ١٥٤٣) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما .

بنقد، ولم يكن النقد مخلوط مقصوداً فلا يلتفت إليه، بمعنى أنه لا يجري على الصفة حكم الصرف، حتى ولو كانت قيمة النقد المخلوط أكثر من قيمة الخلط الذي معه. قال ابن قدامة -رحمه الله- : "الحديث دل على جواز بيع العبد بماله إذا كان قصد المشتري للعبد لا للمال... فيجوز البيع سواء كان المال معلوماً أو مجهولاً، من جنس الثمن أو من غيره، عيناً كان أو ديناً، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر^(١) .

ومن المعلوم أن العبد لا يملك وأن المال الذي بيده مآله للمشتري، ومع ذلك جاز البيع مطلقاً بدون تقابض ولا تماثل حتى مع اتفاق النقيدين (المال الذي معه، والثمن الذي يشتري به العبد) ، وحتى لو كان المال الذي مع العبد أكثر من قيمة العبد نفسه.

ولا يشكل على هذا الحديث حديث القلادة - المتقدم - فإن الذهب الذي في القلادة مقصود للمشتري بخلاف المال الذي مع العبد. وهذا أحسن ما قيل في الجمع بين الحديثين.

والنوع الثاني: صكوك ليس فيها تقليب للمال وإنما تمثل موجوداتها في فترة من الفترات أعياناً أو منافع موصوفة لا يتم تقليبها، فهذه يجوز تداولها إذا كانت نسبة الأعيان والمنافع فيها تبلغ الثلث أخذاً بمبدأ القلة والكثرة.

المطلب الثاني

تأجير الأعيان والمنافع الموصوفة وهي قيد الإنشاء أو التوريد

في بعض تطبيقات صكوك الإجارة تكون أصول الصكوك أعياناً موصوفة كمباني يتم إنشاؤها بأموال الصكوك أو معدات يتم توريدها على مراحل، ومن ثم تأجيرها على المصدر، وقد يتفق على أن تبدأ الإجارة من تاريخ الطرح أي قبل اكتمال المشروع أو التوريد، وما يدفعه المصدر الذي هو المستأجر من دفعات يكون تحت الحساب، ولا تستحق الأجرة إلا بعد تمكن المستأجر من الانتفاع أي بعد اكتمال الإنشاء أو التصنيع. فهذه الصكوك يرى البعض تحريمها؛ لأمرين:

الأول: أن أخذ الأجرة في هذه المرحلة يشبه أن يكون أجرة على النقود (متحصلات الاكتتاب) وليس أجرة مقابل الانتفاع بالأعيان.

والثاني: أن الأعيان الموصوفة إذا كانت على أرض معينة فتأخذ حكم إجارة المعين لا الموصوف؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في السلم: "أما من تمر حائط بني فلان فلا"^(٢) . والمعين لا تجوز إجارته قبل تملكه.

والأظهر جواز إجارة الأعيان الموصوفة ولو كانت قيد الإنشاء على أرض معينة؛ فتعين الأرض لا يلزم منه تعيين ما عليها من المباني؛ لأن المباني وقع العقد عليها بأوصافها لا

^١ المغني ٦/٢٥٨ .

^٢ أخرجه ابن ماجه (برقم ٢٢٨١) من حديث عبد الله بن سلام -رضي الله عنه- . وضعفه الألباني في إرواء الغليل

بأعيانها. ولو قيل بأنها تأخذ حكم المعينات للزم مثل ذلك في عقود المقاولات، ومن المعلوم أن العقود عليه في عقد المقابلة موصوف في الذمة مع أن محل التنفيذ معين؛ ولذا يصح عقد المقابلة مع أن المواد غير مملوكة للمقاول عند التعاقد، وما ذاك إلا لأنها في حكم الموصوف لا المعين.

وأما الحديث المروي فلا يثبت، والقول بأن فيه شبهاً بتأجير النقود غير مسلم؛ إذ الإجارة على الأعيان لا النقود.

وإذا تقرر أن هذه الأصول تأخذ حكم الموصوفات ولو كانت على أرض معينة فإنه يجوز تأجيرها ولو قبل اكتمالها أو تملكها؛ بناءً على ما ذهب إليه أهل العلم من جواز إجارة الموصوف قبل تملكه؛ قياساً على البيع الموصوف^(١).

وشرط جواز الإجارة :

الأول: أن تكون الأعيان موصوفة في الذمة، وأن تطبق عليها أحكام إجارة الموصوف.

والثاني: أن تكون دفعات الإجارة قبل اكتمال المشروع تحت الحساب، فإذا انفسخ العقد قبل اكتمال المشروع وتمكن المستأجر من الانتفاع فترد العوائد التي أخذها حملة الصكوك للمستأجر (المصدر). وتغير حملة الصكوك بسبب التداول لا يمنع من ثبوت حق المستأجر في استرجاع الدفعات المدفوعة قبل التمكن من الاستيفاء من حملة الصكوك الموجودين حين انفساخ العقد، حتى وإن كانت تلك الدفعات الموزعة قد أخذها غيرهم من حملة صكوك سابقين؛ عملاً بمبدأ التخارج بين الشركاء، حيث إن مشتري الصك يشتره محملاً بغنمه وغرمه.

المطلب الثالث

أحكام الصيانة والضمان لأصول صكوك الإجارة

تتنوع المسؤولية عن الأعيان المؤجرة والمنافع المستأجرة في الصكوك بحسب نوع الضرر الذي يلحق بها. ولا خلاف على أن ما يحدث من ضرر بسبب تعدي المستأجر أو تفريطه أنه من ضمانه، فيتحمل مسؤوليته تجاه المؤجر.

وفيما عدا ذلك تكون المسؤولية بحسب الأنواع الآتية:

النوع الأول: الصيانة التشغيلية العادية:

وهي الصيانة التي تحتاج إليها العين لاستمرار منفعتها بحسب العرف. ويشمل هذا النوع:

^١ فتح العزيز ٢٢٦/٩، نهاية المحتاج ١٨٨/٤، تهذيب السنن ١٥٨/٥.

(١) الصيانة الناشئة بسبب الاستعمال المعتاد، فالأصل أن المسئولية عن هذه الصيانة على المستأجر؛ لأنها بسبب استعماله، كما نص على ذلك أهل العلم. قال ابن قدامة: "وعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع، كتسليم مفاتيح الدار والحمام؛ لأن عليه التمكين من الانتفاع...وما كان لاستيفاء المنافع، كالحبل والدلو والبكرة، فعلى المكري" (١).

(٢) الصيانة الوقائية الدورية، وهي أعمال محددة تتم في آجال معلومة يتم فيها تغيير بعض الأجزاء، وضبط وتجديد البعض الآخر، فهذه الصيانة الوقائية وإن كان الأصل فيها أنها على المؤجر إلا أنه يجوز تحميلها على المستأجر بالشرط؛ لأنها عمل منضبط والغرر فيه يسير (٢).

والقاعدة في هذا النوع من الصيانة -أي الصيانة التشغيلية- أنها تشمل كل ما يمكن ضبطه بالوصف أو المقدار أو العرف في العقد؛ سواء أكانت الصيانة مجرد عمل أم كانت عملاً ومواد، فهذه الصيانة يجوز تحميلها بالشرط على المؤجر أو المستأجر، فإن لم يكن هناك شرط فيرجع إلى العرف، فإن لم يكن ثم عرف فالأصل أن الصيانة الناشئة عن الاستعمال على المستأجر، والصيانة الوقائية على المؤجر.

النوع الثاني: الصيانة الأساسية:

وهي: الصيانة التي يتوقف عليها بقاء أصل العين بحسب العرف. وتشمل نوعين من الصيانة:

- (١) صيانة الأعطال الطارئة، وهي ما ينبغي عمله لمواجهة ما يطرأ من أعطال فنية أساسية على الأعيان المؤجرة أثناء سريان عقد الإجارة.
- (٢) صيانة العيوب المصنعية والهندسية، وهي العيوب التي تظهر في العين المؤجرة لخلل في التصنيع أو في البناء ونحو ذلك.

ولا خلاف بين أهل العلم على أن الأصل في هذا النوع -أي الصيانة الأساسية- أنه واجب على المؤجر؛ لأنه مما يلزم لأصل الانتفاع لا لكماله، ولا يضمنه المستأجر إلا في حال تعديه أو تفريطه، فإن شرط في العقد أن يغرم المستأجر هذه الأعمال فهو شرط باطل عند جمهور أهل العلم (٣)، وعن الإمام أحمد رواية أن هذا الشرط صحيح (٤)؛ لقول النبي ﷺ: "المسلمون على شروطهم" (٥). والقول الأول هو الأرجح؛ لأن في هذا الشرط غرراً فاحشاً، إذ

^١ المغني ٢٦٥/٥ الفروع ٤/٤٤٩.

^٢ المبسوط ١٥٧/١٥ المدونة ٣/٥١٥ مجلة مجمع الفقه ١١/٢/١٦٧.

^٣ المبسوط ١٥٧/١٥، حاشية الدسوقي ٤/٤٨ تحفة المحتاج ٦/١٢٧ شرح المنتهى ٢/٢٦.

^٤ الشرح الكبير على المقنع ١٤/٤٩٣.

^٥ أخرجه الترمذي من حديث عمرو بن عوف -رضي الله عنه- في كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح برقم (١٢٧٢) وأبو داود من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- في كتاب الأفضيه، باب في الصلح برقم (٣١٢٠)، والدارقطني من حديث عائشة -رضي الله عنها- بزيادة ((ما وافق الحق)) ٢/٣. وهو حديث صحيح بمجموع طرقه. تعليق التعليق ٣/٢٨٠، فتح الباري ٤/٤٥١.

يؤدي إلى جعل الأجرة ما سمي في العقد مع نفقات الصيانة المجهولة، فيؤدي إلى جهالة الأجرة، والعلم بها شرط لصحة الإجارة، فضلاً عن أن هذا الشرط إذا كان في صكوك إجارة تمويلية فإنه يقوي القول بأن عقد الإيجار صوري وأن حقيقته بيع تقسيط.

النوع الثالث: ضمان هلاك العين المؤجرة:

ويشمل تحمل المسؤولية عن تلف العين كلياً أو جزئياً بغير فعل المستأجر، كالكوارث الطبيعية والسرقة والحريق ونحو ذلك.

ولا خلاف بين أهل العلم على أن الأصل في هذا الضمان أنه على المؤجر، وأن يد المستأجر يد أمانة، فلا يضمن إلا في حال التعدي أو التفريط، فإن شرط عليه الضمان مطلقاً فهو شرط باطل عند عامة الفقهاء؛ لما فيه من الغرر، والمستأجر على خطر، فقد تسلم العين فيغتم النقص في الأجرة بسبب ضمانه، وقد تهلك هلاكاً كلياً بجائحة أو غيرها فيغرم^(١)، وعن الإمام أحمد رواية أخرى بجواز هذا الشرط كالمسألة السابقة^(٢). والقول الأول هو الأرجح؛ لما سبق.

المطلب الرابع

تحميل المستأجر في صكوك الإجارة عبء إثبات عدم التعدي والتفريط:

تبين مما سبق أن تحميل المستأجر الصيانة الأساسية وضمن التلف محرم؛ لما فيه من الغرر الفاحش، ولما فيه من الإضرار بالمستأجر، وأنه لا يتحمل منها إلا ما كان بتعديه أو تفريطه، إلا أنه في الصكوك قد يتعذر على حملة الصكوك بصفتهم مؤجرين أو وكيلهم إثبات تعدي المستأجر أو تفريطه عند استعماله - أي المستأجر - للعين المؤجرة؛ لكون المستأجر ينفرد باستعمال العين بعيداً عن نظر المؤجر، وأي تلف يقع على العين - ولو كان لسوء استعمال - فمن الطبيعي أن يدعي عدم تعديه أو تفريطه، لما جبلت عليه النفس الإنسانية من إنكار ما عليها. ودفع الضرر عن المستأجر ينبغي ألا يكون بتحميله على المؤجر؛ فلا ضرر ولا ضرار.

ومن الوسائل المطروحة في هذه المسألة لتقليل مخاطر المؤجر: تحميل المستأجر عبء إثبات عدم التعدي والتفريط، وذلك بأن يتضمن عقد الإجارة في الصكوك شرطاً بأن أي ضرر أو تلف أو عطل يقع في العين المؤجرة فالأصل أن يتحملة المستأجر، ما لم يُثبت عدم تعديه أو تفريطه في وقوع ذلك الضرر، كأن يثبت وقوع كوارث كونية، أو شهادة أهل الخبرة بأن الضرر كان لخلل مصنعي أو عيب هندسي، أو شهادة الجهات الأمنية بأن الحريق لم يكن بتفريط من المستأجر، ونحو ذلك من القرائن.

^١ المبسوط ١٥٧/١٥ حاشية الدسوقي ٤٨/٤ مغني المحتاج ٤٤٤/٣ المغني ٣١٢/٥.

^٢ الشرح الكبير مع الإنصاف ٤٩٣/١٤.

والمسوغ لجواز هذا الشرط ما فيه من المصلحة وصيانة أموال الناس، وسد ذريعة الفساد وإهمال الأموال للعلم بعدم الضمان.

ولهذه المسألة نظائر متعددة مما ذكره الفقهاء المتقدمون - ولاسيما فقهاء المالكية - بتضمين يد الأمانة لوجود التهمة أو للمصلحة العامة، ومن ذلك:

(١) ما ذهب إليه فقهاء المالكية من تضمين الصناع؛ للمصلحة العامة، صيانة لأموال الناس من الضياع^(١).

(٢) تضمين الراعي المشترك والسمسار للتهمة، فالمشهور في مذهب الإمام مالك وغيره من الأئمة عدم تضمين الأجير المشترك من غير الصناع، كالراعي المشترك والسمسار، وخالف في ذلك جمع من فقهاء المالكية، وقالوا بتضمينهم للتهمة^(٢).

(٣) تضمين المودع للتهمة، فالأصل في المودع عدم تضمينه، ولكن ذهب الفقيه المالكي ابن حبيب الأندلسي إلى تضمين صاحب الحمام ما يدعي هلاكه أو ضياعه من ثياب الناس المودعة لديه لجريان العادة بخيانته^(٣).

(٤) مطالبة من يدعي خلاف الظاهر بالبينة ولو كان الأصل يشهد له^(٤)، كما لو ادعت المرأة على زوجها الحاضر أنه لا ينفق عليها، فالأصل يقضي بعدم الإنفاق، والظاهر المستفاد من قرائن الحال يقضي بأنه ينفق عليها، فذهب فقهاء المالكية إلى تغليب الظاهر، فتطالب المرأة بالبينة على عدم الإنفاق؛ لأنها تدعي خلاف الظاهر.

فالمسوغات التي حملت الفقهاء المتقدمين على القول بتضمين يد الأمانة في المسائل السابقة، ما لم تقم البينة على عدم التعدي أو التفريط؛ متحققة في صكوك الإجارة؛ فوقوع الضرر مظنة التهمة في حق المستأجر لكونه يستقل بالعين المؤجرة، ولما في ذلك من المصلحة العامة بحفظ أموال الناس من الإهمال بداعي عدم تحمل الضمان.

وقد أخذ بهذا الرأي - أي جواز نقل عبء الإثبات على عدم التعدي والتفريط إلى المستأجر - مؤتمر المصارف الإسلامية المنعقد بالكويت عام ٢٠٠٩.

وينبغي أن يعلم أن تحميل المستأجر عبء الإثبات لا يعني تحميله مسؤولية الضمان، فبينهما فرق، إذ المقصود من مطالبته بالإثبات أنه إن أتى بالبينة أو بقرائن مقبولة على عدم تعديه أو تفريطه فلا ضمان عليه، وإن لم يأت بالبينة فعليه الضمان؛ لقيام التهمة، بينما تحميله مسؤولية الضمان تعني مطالبته بالضمان على كل الأحوال ولو أثبت أن الضرر وقع بغير تقصير منه.

^١ بداية المجتهد ٢٣١/٢ البهجة شرح التحفة ٢٨٢/٢.

^٢ كشاف القناع عن تضمين الصناع ص ١١٣.

^٣ كشاف القناع عن تضمين الصناع ص ٩٦.

^٤ الفروق ٧٥/٤ و ١١٢/٤.

المطلب الخامس التأمين على أصول صكوك الإجارة

التأمين على أصول صكوك الإجارة جائز بشرطين:

الأول: أن يكون تأميناً تعاونياً.

والثاني: أن يتحمل مسؤولية التأمين المؤجر؛ لأنه المالك لتلك الأصول فيكون ضمانها عليه؛ إذ الضمان يتبع الملك، ولا يجوز جعلها على المستأجر، ولكن لا مانع من أن تضمن الدفعات الإيجارية على المستأجر تكلفة أقساط التأمين التي يدفعها المؤجر لشركة التأمين، ولا مانع كذلك من أن يوكل المؤجر المستأجر في التعاقد مع شركة التأمين على أن يكون المؤجر هو من يتحمل مسؤولية التأمين، بحيث لو قصرت شركة التأمين في التعويض فيتحمل المؤجر الهلاك، ولا يجوز أن ينص في العقد على خلاف ذلك. وإذا تغيرت قيمة أقساط التأمين خلال فترة التأجير فيتحملة المؤجر وليس له أن يزيد الأجرة على المستأجر بدون موافقته.

المطلب السادس العائد المتغير (الأجرة المتغيرة) في صكوك الإجارة

الأصل في عقد الإجارة أن تكون الأجرة محددة من بداية العقد، ولا تتغير بمضي المدة وحتى انتهاء العقد، إلا أنه في عقود الإيجار طويلة الأجل قد يتفق على جعل الأجرة متغيرة، بحيث تربط بمؤشر معلوم متغير، كما لو كان هناك مؤشر قياسي للتأجير العقاري، فتتغير الأجرة بتغير المؤشر.

وفي صكوك الإجارة التمويلية حيث يكون الغرض هو التمويل وليس الإجارة التشغيلية فإن الأجرة المتغيرة تكون في الغالب مربوطة بمؤشرات التمويل، كمؤشر التمويل بالدولار (LIBOR) ومؤشر التمويل بالريال (SIBOR).

ويتخرج حكم الإجارة بأجرة متغير على ما ذكره أهل العلم في مسألة استئجار الأجير بطعامه وكسوته؛ إذ الأجرة فيه متغيرة، ولأهل العلم فيه قولان:

القول الأول: التحريم. وهو قول الحنفية باستثناء استئجار الظئر -أي المرضع- بطعامها وكسوتها، وقول الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد^(١).

وحجة هذا القول: أن من شروط صحة الإجارة العلم بالأجرة، وهي مجهولة هنا^(٢).

^١ بدائع الصنائع ٤/١٩٣، تبيين الحقائق ٥/١٢٧، مجمع الأنهر ٢/٣٨٦، أسنى المطالب ٢/٤٠٤، نهاية المحتاج ٥/٢٦٧، الإنصاف ١٤/٢٧٨.

^٢ الشرح الكبير على المقنع ١٤/٢٧٧.

والقول الثاني: الجواز. وهو قول المالكية، ورواية عن أحمد، وهي المذهب عند الحنابلة^(١).

استدل أصحاب هذا القول: بأن الله أباح استتجار الظئر بطعامها وكسوتها بقوله: **﴿وَعَلَى الْمُؤَلَّدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾**^(٢)، فيقاس عليه غيره؛ ولأن الأجرة وإن لم تكن معلومة عند العقد إلا أن لها عرفاً يرجع إليه عند التنازع^(٣).

وهذا القول هو الراجح؛ لقوة أدلته، وبه أخذ المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وأكثر الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية. ففي معيار الإجارة: "يجوز أن تكون الأجرة بمبلغ ثابت أو متغير بحسب أي طريقة معلومة للطرفين.. وفي حالة الأجرة المتغيرة يجب أن تكون الأجرة للفترة الأولى محددة بمبلغ معلوم. ويجوز في الفترات التالية اعتماد مؤشر منضبط"^(٤).

وعلى هذا فيجوز أن يكون عائد صكوك الإجارة متغيراً بناءً على تغير الأجرة بحسب مؤشر معلوم، سواء أكان مؤشراً عقارياً أم تمويلياً أم غير ذلك بالضوابط الآتية:

الأول: أن تكون أجرة الفترة الأولى محددة بمبلغ معلوم عند العقد.

والثاني: أن يكون المؤشر منضبطاً، بحيث لا يكون تفاوته -زيادة أو نقصاناً- كبيراً.

والثالث: أن يكون المؤشر ظاهراً معلوماً للعاقدين، فلا يصح اعتماد مؤشر خفي، مثل معدل عوائد استثمارات المصدر، أو معدل عوائد الودائع لدى البنك الممول ونحو ذلك.

^١ التاج والإكليل ٥٢٧/٧ و ٥٦٨/٧، منح الجليل ٤٦٥/٧، شرح الخرشي ١٣/٧، الأخبار العلمية ص ٢٢١، الفروع ٤٢٢/٤، الإنصاف ٢٧٨/١٤، كشاف القناع ٥٥١/٣.

^٢ سورة البقرة، الآية (٢٣٣)

^٣ الشرح الكبير على المقنع ٢٧٨/١٤، شرح المنتهى ١٧/٢.

^٤ المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك ص ١٣٨.

المبحث الرابع

صكوك ملكية الأعيان المؤجرة مع وعد بالتملك على من اشترت منه

هذا النوع من الصكوك له صورتان:

الصورة الأولى: صكوك ملكية الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتملك على من اشترت منه.

والصورة الثانية: صكوك ملكية الأعيان المؤجرة على غير من اشترت منه مع وعد بالتملك على من اشترت منه.

وفيما يلي بيان حكم هاتين الصورتين:

الصورة الأولى: صكوك ملكية الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتملك^(١) على من اشترت منه:

في هذا النوع تستخدم حصيلة الاكتتاب في الصكوك في شراء أصل مملوك للمصدر، ثم يؤجر الأصل على المصدر إجارة منتهية بالتملك. والغالب أن يكون مجموع الدفعات الإيجارية أكثر من الثمن النقدي الذي اشترت به العين، وتعرف هذه المعاملة ب(إجارة العين لمن باعها إجارة تمويلية).

وللعلماء المعاصرين في هذه المعاملة اتجاهان:

الاتجاه الأول: تخريجها على مسألة عكس العينة: يقصد بالعينة في اصطلاح الفقهاء: بيع سلعة إلى أجل ثم شراؤها من المشتري بأقل من ثمنها نقداً^(٢).

وعكسها: أن يشتري سلعة نقداً ثم يبيعها بالأجل على من اشترت منه بثمن أعلى. قال ابن القيم - رحمه الله - : ((هو كمسألة العينة سواء، وهو عكسها صورة، وفي الصورتين قد ترتب في ذمته دراهم مؤجلة بأقل منها نقداً، لكن في إحدى الصورتين: البائع هو الذي اشتغلت ذمته، وفي الصورة الأخرى: المشتري هو الذي اشتغلت ذمته، فلا فرق بينهما))^(٣).

^١ يعرف الإيجار المنتهي بالتملك (التمويلي) بأنه: عقد يقوم فيه المؤجر (الممول) بإيجار أصل رأسمالي على المستأجر بحيث يملك المستأجر منفعة الأصل طيلة مدة الإجارة مقابل دفعات إيجارية دورية، مع احتفاظ المؤجر بملكية الأصل وحتى نهاية العقد، ويقترن العقد بوعد من المؤجر بتملك الأصل للمستأجر بعد انتهاء عقد الإجارة. وتملك الأصل في نهاية عقد الإجارة التمويلية قد يكون بوعد بالبيع أو بوعد بالهبة أو بهبة معلقة على سداد الدفعات الإيجارية. ينظر: المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك.

^٢ فتح القدير ٢٢٣/٦، مواهب الجليل ٤/٤٠٤، حواشي الشرواني ٤/٢٢٢، شرح المنتهى ٢/١٥٨.

^٣ تهذيب السنن ١٠٧/٥، وينظر: المغني ٦/٢٦٣، حاشية الدسوقي ٣/٨٨، بلغة السالك ٢/٤٧، كشاف القناع ٣/١٨٦.

ولا خلاف بين أهل العلم على أنه إذا كان العقد الثاني مشروطاً في العقد الأول فيحرم؛ سواء في العينة أو عكسها. قال ابن رشد: "وأما إذا قال: اشتري منك هذا الثوب نقداً بكذا على أن تبيعه مني إلى أجل، فهو عندهم لا يجوز بإجماع"^(١).

وأما إذا كان ذلك عن مواطأة أو عرف من غير شرط فقد اختلفوا على قولين:
القول الأول: الجواز. وهذا مذهب الشافعية^(٢)، والظاهرية^(٣).

واستدلوا بعموم قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٤)، فیدخل بیع العينة في عموم ما أحله الله، ولم يأت تفصيل تحريمه في كتاب ولا سنة^(٥)، وبما روى أبو هريرة وأبو سعيد الخدري - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ استعمل رجلاً على خبير فجاءه بتمر جنيب، فقال له: ((أكل تمر خبير هكذا؟ قال: لا والله يا رسول الله، إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال: ((لا تفعل، بع الجمع بالدرهم، ثم اشتر بالدرهم جنيباً))^(٦).

ووجه الدلالة في قوله: ((بع الجمع ثم اشتر جنيباً)) فلم يفرق بين أن يشتري من المشتري أو من غيره^(٧).

نوقش: بأن قوله: ((ثم اشتر بالدرهم جنيباً)) مطلق، والمطلق لا يشمل، ولكن يشيع، فإذا عمل به في صورة سقط الاحتجاج به فيما عداها، ولا يصح الاستدلال به على جواز الشراء ممن باعه تلك السلعة بعينها^(٨). أي فيجب حمله على صورة البيع الصحيح^(٩).

والقول الثاني: التحريم، وإلى هذا ذهب جمهور العلماء من الحنفية^(١٠)، والمالكية^(١١)، والحنابلة^(١٢).

واستدلوا بما روى ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: ((إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً لا

١ بداية المجتهد ١١٦/٢، وينظر: تكملة المجموع ١٥٧/١٠، المحلى ٤٧/٩.

٢ أسنى المطالب ٤١/٢، نهاية المحتاج ٤٧٧/٣، حاشية الجمل ٦٨/٣.

٣ المحلى ٤٧/٩.

٤ البقرة: ٢٧٥ و.

٥ الحاوي الكبير ٣٥١/٦، المحلى ٤٧/٩.

٦ أخرجه البخاري (كتاب البيوع / باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه برقم ٢٢٠١) ومسلم (كتاب المساقاة / باب بيع الطعام مثلاً بمثل برقم ١٥٩٣).

٧ الحاوي الكبير ٣٥٣/٦، المنهاج شرح صحيح مسلم للنووي ٢١/١١، فتح الباري ٤٠١/٤.

٨ فتح الباري ٤٠١/٤.

٩ إعلام الموقعين ٢٣٥/٣.

١٠ فتح القدير ٣٢٣/٦، العناية ٣٢٣/٦، البحر الرائق ٢٥٦/٦.

١١ المقدمات المهدات ٣٩/٢، مواهب الجليل ٤٠٦/٤، بلغة السالك ٤١/٢.

١٢ المغني ٢٦١/٦، الإنصاف ١٩٢/١١، شرح المنتهى ١٥٨/٢.

ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم))^(١). فدل الحديث على أن التبائع بالعينه سبب للإذلال، ولا يكون ذلك إلا لأمر محرم^(٢). ولأن العينة حيلة ظاهرة على الربا؛ فإن المتعاقدين لم يعقدا على السلعة بقصد تملكها ولا غرض لهما فيها بحال، وإنما الغرض: مائة بمائة وعشرين^(٣).

والراجح تحريم بيع العينة إذا كان ثمة عادة أو مواطأة على إعادة بيع السلعة للبائع الأول، أما إذا وقع ذلك اتفاقاً من غير مواطأة فالأظهر الجواز، كأن يشتري سلعة بالأجل ثم يبيعه في المزاد نقداً ويكون البائع الأول من بين المساومين، وقد ذهب الإمام أحمد إلى مثل هذا في مسألة مشابهة، فقال: ((لو باع من رجل دنانير بدراهم، لم يجز أن يشتري بالدراهم منه ذهباً، إلى أن يمضي ويبتاع بالورق من غيره ذهباً فلا يستقيم، فيجوز أن يرجع إلى الذي ابتاع منه الدنانير فيشتري منه ذهباً))^(٤).

وبناء على ما سبق فقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه من المعاصرين إلى تخريج صكوك الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه على أنها صكوك عينة؛ إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا فرق بين أن تعود ملكية تلك الأعيان إلى المالك الأول (المصدر) بالبيع أو بالإجارة المنتهية بالتمليك، فنتيجة كلا العقدين واحدة، والوعد بالتمليك كالمواطأة بل هو أقوى، بل إن جمهور الفقهاء القائلين بتحريم العينة يرون تحريم العقد الثاني ولو بلا مواطأة. جاء في تبيين الحقائق^(٥) في معرض حديثه عن العينة: " ولو اشتراه من من لا تجوز شهادته له كولده ووالده وعبده ومكاتبه فهو بمنزلة شراء البائع بنفسه...وكذا لو وكل رجلاً ببيع عبده بألف درهم فباعه ثم أراد الوكيل أن يشتري العبد بأقل مما باع لنفسه أو لغيره بأمره قبل نقد الثمن لم يجز...وكذا لو اشترى من وارث مشتره بأقل مما اشترى به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام المورث"

وفي حاشية الدسوقي^(٦) في شروط بيوع الآجال التي تتطرق إليها التهمة، ومنها العينة: " وأن يكون المشتري ثانياً هو المبيع أولاً، وأن يكون البائع ثانياً هو المشتري أولاً أو من تنزل منزلته، والبائع أولاً هو المشتري ثانياً أو من تنزل منزلته، والمنزل منزلة كل واحد وكيله سواء علم الوكيل ببيع الآخر أو شرائه أو جهله."

(١) أخرجه أحمد ٨٤/٢، وأبو داود (كتاب البيوع والإجازات / باب النهي عن العينة برقم ٣٤٦٢) والبيهقي (٣١٦/٥) من طرق متعددة لا يخلو كل منها من مقال إلا أنها باجتماعها يقوي بعضها بعض فيرتقي الحديث إلى رتبة الاحتجاج، وقد صحح الحديث: ابن تيمية، وابن القيم (إعلام الموقعين ١٧٨/٣) وابن القطان (نصب الراية ١٧/٤) وقال: ابن حجر في بلوغ المرام (ص ١٧٧): رجاله ثقات. وصححه الشوكاني (نيل الأوطار ٢٩٨/٦) والألباني (السلسلة الصحيحة ١٦/١).

(٢) نيل الأوطار ٢٩٩/٦.

(٣) تهذيب السنن ١٠١/٥.

(٤) إعلام الموقعين ٢٤٢/٣، الفروع ١٦٧/٤. والمذهب: أنه في حال التواطؤ يفسد العقدان جميعاً وبدونه يفسد العقد الثاني فقط. الفروع ١٧٠/٤، كشف القناع ١٨٥/٣.

(٥) ٥٤/٤. وينظر: بدائع الصنائع ١٩٩/٥.

(٦) ٧٧/٣. وينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٩٥/٥.

وفي كشف القناع^(١) : " ومن باع سلعةً بنسيئةٍ أي بئمن مؤجلٍ أو بئمنٍ حالٍ لم يقبضه صح الشراء، حيث لا مانع وحرم عليه - أي : على بائعها - شراؤها ولم يصح منه شراؤها نصاً بنفسه أو بوكيله بنقدٍ من جنس الأول أقل مما باعها به بنقدٍ - أي حال - أو نسيئة ولو بعد حل أجله.. وإن قصد بالعقد الأول العقد الثاني بطلاً أي: العقدان".

الاتجاه الثاني: جواز صكوك الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه : ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا يصح تخريج هذه الصكوك على مسألة العينة أو عكسها، فهي تختلف عنهما من عدة أوجه:

الأول: أن العقد الثاني في عكس العينة بيع آجل، بينما في هذه الصكوك إجارة مع الوعد بالتمليك، والإجارة تختلف في خصائصها وأحكامها عن البيع.

والثاني: في العينة وعكسها لا تبقى العين في ضمان المشتري إلا لفترة قصيرة، وهي فترة ما بين العقدين وهي لا تتجاوز لحظات، ولذا لا يلتفت إلى قيمتها ولا صفاتها؛ لأن مقصوده النقود، بينما في صكوك الإجارة تبقى الأصول في ملك حملة الصكوك وضمانهم لفترة طويلة قد تمتد لسنوات قبل إرجاعها للمصدر، فالمخاطر على حملة الصكوك في هذه المعاملة أعظم بكثير من مخاطر المشتري في مسألة العينة وعكسها، وهذه المخاطر حقيقية، وبها استحقوا الربح لقوله عليه الصلاة والسلام: "الخراج بالضمان"^(٢).

والثالث: أن عودة الأصول إلى المصدر في الصكوك محتملة وليست مؤكدة، ففي حال إفلاس المصدر أو تعثره في سداد دفعات الإجارة أو إخلاله بالالتزامات في عقد الإجارة أو هلاك الأصول يفقد الحق في استعادة تلك الأصول بخلاف عكس العينة فإن السلعة ترجع للبائع الأول قبل وفاء الدين الذي عليه، فلو تعثر أو أفلس فلا يؤثر ذلك على تملكه لها.

الترجيح : يتضح من العرض السابق أن صكوك الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه تشبه من بعض الأوجه عكس العينة، وتختلف عنه من أوجه أخرى؛ ولذا فإن إلحاقها به من كل وجه أو استبعاد ذلك من كل وجه غير مسلم.

والذي يترجح أنه إذا كان التملك اللاحق بالقيمة السوقية عند التملك أو بما يتفق عليه العاقدان عند التملك فتصح وليست من العينة أو عكسها، وأما إذا كان بقيمة محددة سلفاً، فينظر:

^١ ١٨٥/٢. وينظر: المغني ٢٦٣/٦.

^٢ أخرجه أبو داود في (كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً) برقم: ٣٥٠٨، والترمذي في (كتاب البيوع / باب فيمن يشتري العبد فيشغله ثم يجد به عيباً) برقم ١٢٨٥، والنسائي في (كتاب البيوع/ باب الخراج بالضمان) ٢٢٣/٧، وابن ماجه في (كتاب التجارات/ باب الخراج بالضمان) برقم ٢٢٤٣ من حديث عائشة - رضي الله عنها - وهو حديث صحيح، انظر: إرواء الغليل ١٥٨/٥.

(١) فإن كانت العين بحالها لا تتغير فلا تصح؛ لأنها حيلة على التمويل الربوي.

(٢) وأما إن كان التمليك بعد مدة يغلب على الظن أن تتغير فيها صفة الأعيان المؤجرة أو قيمتها بين عقد الإجارة وموعد التمليك فتصح، فقد نص أهل العلم في بيع العينة على أنه إذا تغيرت صفة العين أو قيمتها فليس من العينة. قال في المبسوط: "وكذلك لو دخل في المبيع عيب ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الأول؛ لأن الملك لم يعد إليه على الهيئة التي خرج عن ملكه فلا يتحقق فيه ربح ما لم يضمن ولكن يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري سواء كان النقصان بقدر ذلك أو دونه"^(١).

وفي الشرح الكبير للدردير: " (كتغيرها) أي السلعة المباعة المقومة تغيراً (كثيراً) حال شرائها بزيادة كسمن، أو نقص كهزال، فتجوز الصور كلها"^(٢).

وفي شرح المنتهى: " (إلا إن تغيرت صفته) أي المبيع مثل أن كان عبداً فهزل أو نسي صنعة أو عمي ونحوه، فيجوز بيعه بدون الثمن الأول ويصح"^(٣).

الصورة الثانية: صكوك ملكية الأعيان المؤجرة على غير من اشترت منه مع وعد بالبيع (إطفاء الصكوك) على من اشترت منه:

وفي هذه الصكوك تستخدم محصلة الاكتتاب في شراء أصول مملوكة للمصدر ومؤجرة للغير مع وعد من حملة الصكوك بإعادة بيعها على المصدر في زمن لاحق، وعائد حملة الصكوك هو الأجرة المحصلة من مستأجري تلك الأصول.

وهذه الصورة لها حالتان:

الحال الأولى: أن يكون الوعد بالبيع بالقيمة السوقية أو بما يتفق عليه في حينه:

فهذه الصكوك بهذه الصورة جائزة، ولا تعد من العينة ولا عكسها؛ لأن العينة وعكسها يكون الثمن في العقد الثاني فيهما مرتبطاً بزيادة أو نقصاناً بالثمن في العقد الأول، ومن هنا اعتبرنا حيلة على الربا؛ لأن الزيادة المؤجلة مضمونة، أما إذا كان العقد الثاني بحسب سعر السوق فليس من العينة؛ لأن السعر قد يزيد أو ينقص، شريطة أن يكون العقد الثاني بعد مضي مدة تتغير معها صفة العين المباعة.

والحال الثانية: أن يكون الوعد بالبيع بثمن محدد:

فهذه الحال ترد على وجهين:

الوجه الأول: أن يكون الوعد بالبيع (إطفاء الصكوك) بمثل الثمن الأول (القيمة الاسمية):

^١ المبسوط ١٢٣/١٣.

^٢ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٨٢/٣.

^٣ شرح منتهى الإرادات ٢٥/٢. وينظر: كشاف القناع ١٨٥/٣.

فهذه الصكوك تخرج على بيع الوفاء. وبيع الوفاء في اصطلاح الفقهاء: البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه^(١).

وهذه التسمية هي المشتهرة عند فقهاء الحنفية، ويسميه المالكية بيع الثيا، والشافعية بيع العهدة، والحنابلة بيع الأمانة^(٢).

وقد اختلف فيه أهل العلم، فذهب بعض متأخري الحنفية والشافعية إلى أن بيع الوفاء جائز مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أن المشتري لا يملك بيعه.

وحجتهم: أن الناس تعارفوا عليه وتعاملوا به لحاجتهم إليه؛ فراراً من الربا، فيكون صحيحاً وإن كان مخالفاً للقواعد؛ لأن القواعد تترك بالتعامل^(٣).

وذهب المالكية والحنابلة ومقدمو الحنفية والشافعية إلى أنه بيع فاسد؛ لأن اشتراط البائع أخذ المبيع إذا رد الثمن إلى المشتري شرط يخالف مقتضى العقد، ولأن البيع بهذا الشرط لا يراد منه انتقال الملك حقيقة، وإنما يقصد منه الربا المحرم، وهو إعطاء المال إلى أجل، ومنفعة المبيع هي الربح، فهو في حقيقته قرض بعوض^(٤).

والراجع حول القول الثاني لأن حقيقته قرض وليس بيعاً، والعين رهن بيد المشتري فلا يملك بيعها ولا الانتفاع بها، ولو شرط الانتفاع صار قرضاً جرنفعاً، فيحرم لذلك؛ إذ العبرة في العقود بمعانيها وحقائقها لا بألفاظها^(٥).

وبناء على ذلك فيعد هذا النوع من الصكوك محرماً.

وقد يقال: بأن ثمة فرقاً بين هذه الصكوك وبيع الوفاء من جهة أن هذه الصكوك تجمع بيعاً مع وعد من طرف واحد، بينما بيع الوفاء يجمع بيعاً وشرطاً، إلا أن الذي يظهر أن هذا الفرق غير مؤثر؛ لأمرين:

الأول: في بيع الوفاء لا يلزم البائع برد الثمن، فغايته أنه إذا لم يرد الثمن لم يرد المشتري إليه العين، فالإلزام فيه من طرف واحد.

والثاني: أن الوعد إذا كان معلقاً على شرط - كما في هذه المسألة - يكتسب قوة الشرط من حيث الإلزام والتعهد. وقد نص فقهاء الحنفية على ذلك، كما في القاعدة الفقهية: "المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة"^(٦). ويقول الشيخ مصطفى الزرقاء - رحمه

^١ تبين الحقائق ١٨٤/٥، البحر الرائق ٨/٦.

^٢ رد المحتار ٢٨٠/٥، مواهب الجليل ٣٧٣/٤، نهاية المحتاج ٤٣٣/٣، كشاف القناع ١٤٩/٣.

^٣ البحر الرائق ٨/٦، رد المحتار ٢٨٠/٥.

^٤ رد المحتار ٢٨٠/٥، مواهب الجليل ٣٧٣/٤، نهاية المحتاج ٤٣٣/٣، كشاف القناع ١٤٩/٣.

^٥ ينظر: تبين الحقائق ١٨٤/٥، رد المحتار ٢٨٠/٥، كشاف القناع ١٤٩/٣.

^٦ درر الحكام ٧٧/١.

اللّٰه- : " فقهاء الحنفية لاحظوا أن الوعد إذا صدر معلقاً على شرط، فإنه يخرج عن معنى الوعد المجرد، ويكتسي ثوب الالتزام والتعهد فيصبح حينئذٍ ملزماً لصاحبه"^(١).

الوجه الثاني: أن يكون الوعد بالبيع بالقيمة الاسمية مع عائد محدد:

كأن يكون الوعد بالبيع بالقيمة الاسمية مع عائد ٥٪ تحسب على أساس سنوي.

فهذه الصكوك بهذه الصورة تُخرج على مسألة عكس العينة التي سبق بيانها، وهي: أن يبيع سلعةً بنقدٍ ثم يشتريها بأكثر منه نسيئة.

وقد سبق ذكر الخلاف وترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من تحريم بيع العينة وعكسها؛ لأنها حيلة على الربا.

وقد ذهبت بعض الهيئات الشرعية إلى جواز هذه الصكوك^(٢)، ولعل مستندهم في ذلك أن الوعد هنا ملزم من طرف واحد -وهو المشتري (حملة الصكوك)-، أي أن تنفيذ الوعد بالبيع مرهون بطلب الموعد وهو البائع (المصدر)، فلو رأى في تاريخ التنفيذ أن القيمة السوقية للأصول المؤجرة أقل من القيمة الموعد بها فلن ينفذ، مما يعني أن البيع الثاني محتمل وليس حتمياً.

والراجح أنه حتى مع كون الوعد ملزماً من طرف واحد فإن هذه المعاملة تخرج على عكس العينة؛ فقد سبق أن العينة محرمة بالإجماع في حال وجود شرط في العقد الأول بالدخول في العقد الثاني، أما إذا كان ذلك عن مواطأة أو عرف فهذا هو محل الخلاف، والجمهور على التحريم، وهو الراجح، ووجود الوعد دليل المواطأة.

والحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

^١ المدخل الفقهي العام ١٠٢٢/٢.

^٢ معالجة تعثر المؤسسات المالية باتفاقية إعادة الشراء ص١٦.

أبرز نتائج البحث

- (١) تعرف صكوك إجارة الموصوف في الذمة بأنها: وثائق متساوية القيمة قابلة للتداول وتمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان مؤجرة موصوفة في الذمة أو منافع أو خدمات.
- (٢) يجوز تصكيك الأصول الموصوفة في الذمة من أعيان أو منافع أو خدمات إذا كانت تلك الأصول تستخدم في أغراض مباحة.
- (٣) عقد إجارة الموصوف في الذمة عقد مستقل بذاته يختلف عن الاستصناع والسلم في المنافع، فلا يصح أن تجري عليه جميع أحكامهما.
- (٤) يجوز تأجيل الأجرة في صكوك إجارة الموصوف في الذمة، ولا يعد ذلك من ابتداء الدين بالدين.
- (٥) تداول صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة له حالات:

الأولى: إذا كانت الصكوك تمثل أعياناً مكتملة مملوكة لحملة الصكوك فيجوز تداولها دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون.

والثانية: إذا كانت تمثل أعياناً قيد الإنشاء أو التصنيع أو التوريد أو تمثل منافع أو خدمات موصوفة ولم تؤجر للغير؛ فإن كانت تلك الأعيان أو المنافع أو الخدمات تابعة لأصل معين كمباني موصوفة تقام على أرض معينة أو خدمات شركة معينة، فيجوز تداولها حينئذ دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون، وأما إن لم تكن تابعة لأصل معين كمعدات قيد التوريد أو التصنيع أو خدمات غير مقيدة بجهة بعينها، فتأخذ حكم بيع المسلم فيه قبل قبضه، وهو جائز بشرط أن يباع الصك بمثل ثمن العين أو المنفعة الموصوفة أو أقل لئلا يربح فيما لم يضمن.

والثالثة: إذا كانت تمثل منافع أو خدمات قد تم تأجيرها فلا يجوز تداولها.

والرابعة: إذا كانت موجودات الصكوك مختلطة ما بين أعيان ومنافع ونقود وديون، فإن كانت موجودات الصكوك يتم تقليبها في نشاط تتغير معه تلك الموجودات فيجوز تداولها حينئذ دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون عملاً بقاعدة التبعية، وأما إن كانت تلك الموجودات ثابتة ولا يتم تقليب النقود والديون في شراء الأعيان والمنافع فيجوز تداولها شريطة أن تبلغ نسبة الأعيان والمنافع الثلث أو أكثر من تلك الموجودات عملاً بقاعدة القلة والكثرة.

(٦) يجوز تأجير الأعيان الموصوفة وهي تحت الإنشاء على أرض معينة بشرط أن تطبق عليها أحكام إجارة الموصوفة، وأن تكون الأجرة المدفوعة قبل اكتمال المشروع وتمكن المستأجر من الانتفاع تحت الحساب.

(٧) يجب أن يتحمل المؤجر الصيانة الأساسية وضمنان هلاك الأصول المؤجرة، ولا يجوز تحميلها على المستأجر بالشرط، وأما الصيانة التشغيلية فيتحمّلها المستأجر ويجوز تحميلها على المؤجر بالشرط.

(٨) يجوز أن يتضمن عقد الإجارة شرطاً بنقل عبء إثبات عدم التعدي أو التفريط فيما يلحق الأصول المؤجرة إلى المستأجر.

(٩) يجوز التأمين على الأصول المؤجرة بشرط أن يكون تأميناً تعاونياً، وأن يتحمّله المؤجر، وله أن يضمن دفعات الإجارة عند تقديرها في ابتداء العقد تكلفة التأمين.

(١٠) لا يفسخ عقد الإجارة بهلاك الأصول المؤجرة إجارة موصوفة في الذمة ويجب على المؤجر توفير بديل مماثل لها ما لم يتعذر إيجاد البديل فيفسخ العقد حينئذ.

(١١) يجوز إصدار صكوك بملكية أعيان مؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه إذا كان التمليك بالقيمة السوقية لتلك الأعيان أو بما يتفق عليه في حينه، أو إذا كان التمليك بعد مضي مدة تتغير فيها صفة العين أو قيمتها في المدة ما بين عقد الإجارة وموعد التمليك.

(١٢) صكوك ملكية الأعيان المؤجرة على غير من اشترت منه مع وعد بالبيع (إطفاء الصكوك) على من اشترت منه لها ثلاث حالات:

الأولى: أن يكون الوعد بالبيع بالقيمة السوقية أو بما يتفق عليه في حينه فهذه جائزة.

والثانية: أن يكون الوعد بالبيع بالقيمة الاسمية فهذه تخرج على بيع الوفاء.

والثالثة: أن يكون الوعد بالبيع بالقيمة الاسمية وعائد محدد فهذه تخرج على مسألة عكس العينة.

قائمة المراجع

- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
- أسنى المطالب شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري، دار إحياء التراث العربي.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، مكتبة الرياض الحديثة.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبي الحسن المرادوي، مطبوع مع الشرح الكبير.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار الكتاب الإسلامي، ط الثانية.
- بداية المجتهد، محمد بن رشد القرطبي الأندلسي، دار الكتب الإسلامية، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، أحمد الصاوي المالكي، دار المعرفة، ١٤٠٩هـ.
- البهجة في شرح التحفة، علي التسولي، دار الكتب العلمية، ط الأولى، ١٤١٨هـ.
- التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف العيدري، دار الكتب العلمية.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان الزيلعي الحنفي، دار الكتاب الإسلامي، ط الثانية.
- تحفة المحتاج بشرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي الهيتمي، دار إحياء التراث العربي.
- تقويم معالجة تعثر المؤسسات المالية باتفاقية إعادة الشراء، د. محمد عود الفزيع، ضمن أبحاث المؤتمر العاشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية ٢٠١٠م.
- تكملة المجموع شرح المذهب، علي بن عبد الكافي السبكي، دار الفكر.
- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبي الفضل شهاب الدين العسقلاني، دار أحد.
- تهذيب السنن، لابن قيم الجوزية، مطبوع مع مختصر سنن أبي داود، دار المعرفة.

- الجامع الصحيح ، لأبي عبد الله محمد البخاري ، المطبعة السلفية ، ١٤٠٠هـ.
- حاشية الجمل على شرح المنهج ، سليمان الجمل ، مؤسسة التاريخ العربي.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، شمس الدين محمد بن أحمد الدسوقي ، دار إحياء الكتب العربية.
- الحاوي الكبير ، لأبي الحسن الماوردي ، المكتبة التجارية ، ١٤١٤هـ.
- حواشي الشرواني على تحفة المحتاج ، عبد الحميد الشرواني ، دار إحياء التراث العربي ، مطبوع مع تحفة المحتاج.
- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، محمد أمين الشهير بابن عابدين ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ.
- سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيئاً من فقها وفوائدها ، محمد ناصر الدين الألباني ، المكتب الإسلامي ، الطبعة الرابعة ، ١٤٠٥هـ.
- سنن ابن ماجه ، أبو عبد الله محمد القزويني ، دار الفكر.
- سنن أبي داود ، لأبي داود سليمان السجستاني ، دار الحديث ، ط الأولى ، ١٣٩٣هـ.
- سنن الترمذي ، أبي عيسى محمد الترمذي ، المكتبة الإسلامية.
- سنن الدارقطني ، علي بن عمر الدارقطني ، دار المعرفة.
- السنن الكبرى ، الحافظ أبي بكر أحمد البيهقي ، دار المعرفة ، ١٤١٣هـ.
- سنن النسائي ، مكتب المطبوعات الإسلامية ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٩هـ.
- شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ، أبي عبد الله محمد بن الخرشي ، دار صادر .
- الشرح الصغير ، أحمد بن محمد الدردير ، مطبوع بهامش بلغة السالك لأقرب المسالك.
- شرح منتهى الإرادات ، منصور البهوني ، دار الفكر.
- صحيح مسلم أبي الحسين مسلم النيسابوري ، المكتبة الإسلامية.
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ابن حجر العسقلاني ، مكتبة الرياض الحديثة.
- فتح القدير ، كمال الدين محمد عبد الواحد ، دار إحياء التراث العربي.
- الفروع ، شمس الدين ابن مفلح ، عالم الكتب ، الطبعة الرابعة ، ١٤٠٥هـ .

- القاموس المحيط ، الفيروز آبادي ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٧هـ .
- كشاف القناع عن متن الإقناع ، منصور البهوتي ، مكتبة نزار الباز ، ط الثانية ، ١٤١٨هـ .
- المبسوط ، شمس الدين السرخسي ، دار المعرفة ، ١٤١٤هـ .
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، دار القلم ، دمشق ، ١٤١٨هـ .
- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، منصور عن طبعة الإفتاء .
- المحلى ، أبي محمد علي بن حزم ، دار الآفاق الجديدة .
- المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقاء ، دار الفكر ، الطبعة التاسعة ، ١٩٦٧ .
- المدونة ، مالك بن أنس ، دار الكتب العلمية .
- المصباح المنير ، أحمد الفيومي المقرئ ، مكتبة لبنان ، ١٩٨٧ .
- المعايير الشرعية ، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، ١٤٢٨هـ .
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، شمس الدين الشربيني ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ .
- المغني ، موفق الدين أبي محمد ابن قدامة المقدسي ، دار إحياء التراث العربي .
- المقدمات الممهدة لبيان ما تضمنته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات ، ابن رشد القرطبي ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨هـ .
- المنتقى شرح الموطأ ، سليمان الباجي ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ .
- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، دار الفكر ، الطبعة الثالثة ، ١٣٨٩هـ ، للإمام النووي .
- مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، محمد بن محمد الخطاب ، دار الفكر .
- نصب الراية لأحاديث الهداية ، جمال الدين الحنفي الزيلعي ، إحياء التراث العربي ط الثالثة ، ١٤٠٧هـ .
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، شمس الدين الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير ، دار الكتب العلمية ، ١٤١٤هـ .
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، محمد الشوكاني ، مكتبة الكليات الأزهرية .

- الهداية شرح بداية المبتدي، برهان الدين أبي الحسن المرغيناني، مطبوع مع فتح القدير.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة وصكوك منافع الأعيان المؤجرة لمن باعها تأجيراً منتهاً بالتمليك

إعداد

د. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة
عضو لجنة الأسواق المالية
الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً. أما بعد:

فقد شرفني معالي أمين عام مجمع الفقه الإسلامي الدولي الأستاذ الدكتور/ أحمد خالد بابكر بدعوته الكريمة بطلب مشاركتي في الدورة العشرين لمؤتمر مجلس المجمع من خلال بحث علمي في موضوع: "حكم إصدار الصكوك وتداولها في إجارة الموصوف في الذمة، وحكم إصدار صكوك بملكية الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه تلك الأعيان".

وقد استلهمت من الله سبحانه العون والتوفيق في إعداد بحث يعالج محاور هذا العنوان يستجمع التأصيل الفقهي والمعالجة العملية لجوانبه مع مراعاة أصول البحث العلمي في تحريره.

هذا وستشتمل هذه الدراسة على مباحث ثلاثة، تفصيلها على النحو الآتي:

المبحث الأول: تعريف موجز بالصكوك.

المبحث الثاني: حكم إصدار صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة وتداولها.

المبحث الثالث: حكم إصدار "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتمليك لمن اشترت منه تلك الأعيان" وتداولها.

ولا يفوتني في هذا المقام أن أشكر صاحب الفضيلة د/ سامي السويلم على تفضله بقراءة مسودة هذا البحث، وإثرائه بنفيس ملاحظاته وإضافاته وتعليقاته، ومناقشة كثير من مسأله مع الباحث والتي كان لها أبلغ الأثر في هذا البحث ونتائجه، كما أشكر أخي الشيخ عبدالرحمن السعدي الذي أوقفني على بعض نصوص الفقهاء ذات العلاقة بموضوع البحث وعلى استفادتي من مناقشة بعض المسائل معه.

وصلى الله وسلم على نبينا وحبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ،

د. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة

الرياض ١٠/٠٦/١٤٣٣هـ

HamedMerah@gmail.com

المبحث الأول

تعريف موجز بالصكوك^(١)

تعريف الصكوك

يمكن تعريف الصكوك بأنها: (أوراق مالية محدّدة المدة، تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو نقود أو ديون أو مزيج منها، تخوّل مالكيها منافع، وتحمله مسؤوليات بمقدار ملكيته).

شرح التعريف:

• "أوراق مالية": استهلال التعريف ببيان كون الصكوك نوعاً من أنواع الأوراق المالية، يُغني عن تعداد خصائص الأوراق المالية في التعريف؛ إذ إن من خصائص التعريفات الاختصار غير المخلّ.

هذا وإن من أبرز خصائص الأوراق المالية التي تشتمل الصكوك عليها، ما يأتي:

(١) أنها ذات قيمة متساوية عند إصدارها: وإن مما يترتب على مبدأ تساوي قيمة الصكوك المساواة في الحقوق التي يمنحها الصك؛ كالتساوي في الأرباح الموزعة، والتساوي في الالتزامات التي يرتبها الصك على مالكه.

(٢) عدم قابليتها للتجزئة: عدم قابلية الصك للتجزئة تعني عدم جواز تعدد مالك الصك في مواجهة المصدر؛ وعليه فإن اشتراك اثنين أو أكثر في ملكية صك واحد نتيجة لإرث أو هبة أو وصية لا يسري في مواجهة المصدر على الرغم من صحته؛ وعليه فإنه يتحتم على ملاك الصك أن ينتخبوا أحدهم كي يمثلهم أمام الجهات الرسمية، ويتولى الحقوق المتصلة بالصك تجاه المصدر، ويُعد هذا الشخص هو المالك الوحيد للصك أمام المصدر.

(٣) قابليتها للتداول: وتُعد هذه من أهم خصائص الصكوك، كما إن هذه الخصيصة تعطي الصك مرونة كبيرة في أسواق الأوراق المالية؛ لأنها تتيح لمالكه حرية التنازل عنه لغيره، وسهولة تسييله دون الحاجة للحصول على قبول أو موافقة من المصدر أو غيره من الجهات الحكومية.

- "محدّدة المدة": قيد يُخرج الأسهم؛ إذ إن الأسهم ورقة مالية غير محددة المدة.
- "تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان": وذلك كصكوك الأعيان المؤجرة.
- "أو منافع": وذلك كصكوك منافع الأعيان المعينة والموصوفة في الذمة.

(١) للاستزادة فيما يتعلق بعنوان هذا المبحث، ينظر: صكوك الإجارة، للباحث ص: (٤٣ - ٥٩، ٨٧ - ٨٩)، عقود التمويل المستجدة، للباحث ص: (٣٢١ - ٣٣٢).

- "أو خدمات": وذلك كصكوك خدمات الجهات المعينة أو الموصوفة في الذمة.
- "أو نقود": وذلك كحال صكوك المضاربة أو المشاركة أو الاستصناع قبل شراء الأصول، إلا إن تداولها في هذه الحال له ضوابط خاصة.
- "أو ديون": وذلك كصكوك المرابحة والسلم، إلا إن تداولها في هذه الحال له ضوابط خاصة.
- "أو مزيج منها": وهذا كحال كثير من أنواع الصكوك -كصكوك المشاركة والمضاربة- ؛ إذ قد تكون موجودات الصكوك مشتملة على أصول ومنافع ونقود وديون، إلا إن تداولها في هذه الحال له ضوابط خاصة.
- "تخول مالكها منافع وتحمله مسؤوليات بمقدار ملكيته": فيه بيان لجزء من ماهية الصكوك وحققتها؛ إذ إن ملكية حامل الصك لحصة مشاعة في عين أو منفعة أو خدمة أو مزيج منها، الهدف منه الحصول على عوائد ناتجة عن هذه الملكية. كما إن هذه الملكية - لكونها في صك شرعي وليس سنداً ربوياً - تخول صاحبها الحصول على أرباح، فإنها تلقي على كاهله ما قد يترتب على هذه الملكية من مسؤوليات وواجبات (العُثم بالغرْم).

أوجه الاتفاق بين الصكوك والسندات

- (١) كلاهما أوراق مالية متداولة، غرضهما الأساس هو التمويل.
- (٢) من خلال الصكوك أو السندات يمكن أداء وتنفيذ كثير من الوظائف الاقتصادية المهمة، كالتحكم في حجم السيولة النقدية، وتمويل الأغراض المختلفة.
- (٣) تُصنّف الصكوك والسندات -بشكل عام- بأنها أوراق مالية ذات استقرار كبير، ومخاطر متدنية.

أوجه الاختلاف بين الصكوك والسندات

- (١) الصك يمثل حصة شائعة في العين أو الأعيان أو المنافع المصككة، أو في العقود والأعيان المدرة للربح والمُتملّة في صيغة صكوك متداولة، في حين أن السند التقليديّ يمثل قرضاً في ذمة مصدره.
- (٢) عوائد الصكوك (في الأعم الأغلب) ليست التزاماً في ذمة المصدر، وإنما عوائد الصكوك ناشئة عن ربح أو غلة العقود التي بُنيت هيكله الصكوك عليها؛ فلو كان الصكُّ صكاً أعيان مؤجرة فعائد الصك متحقق من الأجرة التي يدفعها مستأجر الأعيان المصككة، وإن كان صكاً مضاربة فعائد الصك يتحقق من ربح المضاربة والمتاجرة في المجال الذي أُصدرت الصكوك لأجله، بينما عوائد السندات إنما هي التزام من المقرض (مصدر السند) وهي ثابتة في ذمته يلزمه الوفاء بها في مواعيد

استحقاقها؛ وعليه فيكون عائد السند التقليدي زيادة في القرض؛ ويكون بذلك من الربا المحرم.

(٣) من الأهمية بمكان الإشارة إلى أن من أنواع السندات التقليدية المحرمة ما يُسمى بالسندات المدعّمة بأصول "asset backed securities"، والفرق بينها وبين الصكوك: أن الصكوك ورقة مالية تمثل أصولاً، وأما هذا النوع من السندات التقليدية الـ "asset backed securities" فهي أوراق مالية تمثل ديناً في ذمة المصدر موثقاً برهن وضمنان هو الأصول؛ وعليه فحق حامل الصك مقتصر على الأصول التي تمثلها الصكوك فحسب، بينما هذا النوع من السندات حق حامله متعلق بذمة المصدر، والأصول ضمان ورهن.

وباستعراض ما سبق من فروق وآثار تتميز الصكوك عن السندات بكون السندات ورقة مالية محرمة، والصكوك ورقة مالية مباحة مهيكله بناءً على عقود شرعية.

الفروق بين الصكوك والأسهم

(١) الصكوك (بشكل عام) ورقة مالية قليلة المخاطر، بينما الأسهم ورقة مالية ذات مخاطر عالية.

(٢) لما كانت الصكوك أداة ماليةً غرضها تمويل المصدر؛ فإنها - في الأعم الأغلب - تكون مؤقتة ولها تاريخ استحقاق "إطفاء"، بينما الأسهم ورقة مالية غير مؤقتة.

المبحث الثاني

حكم إصدار صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة وتداولها

تعريف موجز بمنافع الأعيان الموصوفة في الذمة

بادئ ذي بدء وقبل الشروع في بيان حكم عقد إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة، فإنه ومن الأهمية بمكان التوطئة ببيان أقسام الإجارة باعتبار ما ترد إليه، حتى يتحرر موضع المسألة محل البحث.

تتقسم الإجارة باعتبار ما ترد إليه إلى قسمين رئيسين:^(١)

القسم الأول: الإجارة الواردة على عمل

وهي العقد التي يستحق فيها المستأجر عملاً موصوفاً يثبت في ذمة المستأجر (الأجير). على أن لا يكون تنفيذ التزام المستأجر يقتضي قيامه بتسليم نفسه أو عين معينة، أو موصوفة للمستأجر، بل يقتضي قيامه بعمل محدد في شئ معين أو موصوف، سواء عمله بنفسه أم بواسطة غيره. إلا أنه هو المسؤول عن أداء العمل للمستأجر.

ويصح أن يقال: إن فحوى هذا القسم ما اصطاح الفقهاء على تسميته بالأجير المشترك. وقد جلى الإمام ابن قدامة - رحمه الله - هذا المعنى بقوله: "والمشترك الذي يقع العقد معه على عمل معين. كخياطة ثوب، أو بناء حائط، و حمل شئ إلى مكان معين، أو على عمل لا يستحق جميع نفعه فيها؛ كالكحال، والطبيب. سمي مشتركاً، لأنه يتقبل أعمالاً لاثنتين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ويعمل لهم".^(٢)

القسم الثاني: الإجارة الواردة على منافع الأعيان

وهي الإجارة التي يستحق فيها المستأجر منفعة عين معينة أو موصوفة. وقد تكون هذه العين المستأجرة حيواناً كما لو استأجر دابةً لمدة يوم ليحرث بها أرضه، أو آلة كأن يستأجر سفينة أو طائرة، أو عقاراً كأن يستأجر داراً ليسكنها سنة ونحو ذلك.

وعليه فإن الإجارة الواردة على منافع الأعيان نوعان:

النوع الأول : الإجارة الواردة على منفعة عين معينة، سواء أعُيّنَت بالإشارة أم بالوصف، ويتعلق حق المستأجر بمنفعة العين المعينة المعقود عليها لا سواها.

النوع الثاني : الإجارة الواردة على منفعة عين موصوفة في الذمة: ويتعلق حق المستأجر فيها بمنفعة عين موصوفة في ذمة المؤجر، لا بعين معينة، ولا بعمل في ذمة المؤجر، وقد

^(١) ينظر في تقسيم الإجارة بهذا الاعتبار: الفتاوى الهندية (٤/٤٦٢)، والمنتقى شرح الموطأ للباي (٦/٥٥٢)، وروضة الطالبين للنووي (٤/٢٤٨)، وحاشية قليوبي وعميرة (٢/٦٧-٦٨)، والفروع لابن مفلح (٧/١٦٠)، وشرح منتهى الإرادات (٤/٢٨).

^(٢) المغني لابن قدامة (٨/١٠٣).

تكون هذه العين المستأجرة الموصوفة في ذمة المؤجر: عقاراً، أو جماداً، أو آلة، أو حيواناً، كأن يقول المستأجر للمؤجر: استأجرت منك جهازاً صفته كذا وكذا - وصفاً نافياً للنزاع- لمدة كذا وكذا.

وعليه فإن هذا النوع -الإجارة الواردة على منفعة عين موصوفة في الذمة- هو محل البحث.

التعريف بصكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة:

ما من هيكله صك إلا وتشتمل على مجموعة من العقود الشرعية، إلا إن العقد الذي يصنّف الصك عليه (ويسمى به غالباً) هو العقد الذي ينشأ عنه عائد الصك وربحه؛ وعليه فإن عقد (إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة) قد يكون أحد العقود التي تشتمل عليها هياكل كثير من الصكوك، إلا أننا لا نطلق على صك ما بأنه (صك منافع أعيان موصوفة في الذمة) إلا إذا كان عقد (إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة) هو العقد الرئيس في هيكله الصك، والذي تنتج عنه عوائده.

تعريف صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة:

بناءً على ما سبق من مقدّمة فإنه يمكن تعريف صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة بأنها: (أوراق مالية محدّدة المدة، تمثل حصصاً شائعة في ملكية منافع أعيان موصوفة في الذمة، تخوّل مالكيها منافع، وتحمله مسؤوليات بمقدار ملكيته).

كأن تقوم جهة بطرح صكوكٍ تمثل ملكية الانتفاع بأعيان موصوفة في الذمة، وتبيّن في هذه الصكوك تفاصيل هذه المنفعة، والعين محل الانتفاع وصفاً دقيقاً، ومدة الانتفاع -بدايةً ونهايةً-، وشروط هذا الانتفاع.

تصوير صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة:

أن تقوم شركة من شركات التطوير العقاري بالتخطيط لإنشاء وحدات سكنية موصوفة وصفاً دقيقاً، ثم تقوم بتمثيل ملكية الانتفاع بسكنى هذه الوحدات السكنية الموصوفة وصفاً دقيقاً في صكوك متساوية القيمة وتطرحها للاكتتاب العام، وتبيّن فيها مدة الانتفاع وتاريخ ابتدائه وانتهائه، ونحو ذلك من التفاصيل التي لها أثر في الثمن (الأجرة)؛ وبذلك يكون:

- (١) مصدر هذه الصكوك: مؤجر - بائع منفعة - عين موصوفة في الذمة.
- (٢) المكتتبون في الصكوك: هم مستأجرون لمنافع هذه العين الموصوفة في الذمة.
- (٣) حصيلة الاكتتاب: هي الأجرة.
- (٤) وبذلك فإن حملة الصكوك يملكون منافع هذه الأعيان الموصوفة في الذمة على الشيوع؛ لهم غنمها وعليهم غرمها.

ملاحظة:

إن المتأمل في الطبيعة الفنية للصكوك، وسماتها ووظائفها، وكونها ورقة مالية متداولة غرض مصدرها التمول بحصيلتها، وغرض المكتتب فيها (من السوق الأولية) أو مشتريها (من السوق الثانوية) الاستثمار لمدة محددة، في ورقة مالية مخاطرها معلومة المقدار، وذات عائِدٍ يتناسب مع حجم هذه المخاطر.. إلخ؛ يمكنه أن يصل إلى نتيجة مفادها أن (صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة) - بالتعريف والتصوير الموضح أعلاه - مجرد تنظير بعيدٍ عن الواقع الفني لسوق الصكوك، ولذلك لا يعلم الباحث وجود تطبيقات لما سبق من تنظير؛ حيث إن المستثمر في الصكوك (بالمعنى الفني الاصطلاحي) لا غرض له في منافع أعيان موصوفة في الذمة، وإنما غرضه الاستثمار في ورقة مالية محددة المدة ذات مخاطر منخفضة، وعوائد محددة المدة.

عقد (إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة) في هياكل الصكوك

رغم ما سبق بيانه من كون عقد (إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة) ليس ملائماً لأن تبني عليه هيكل الصكوك (بحيث يكون هو العقد الذي ينتج عنه عائِد الصك)، إلا إنه عقد ذو أهمية كبيرة في الواقع العملي لهيكل الصكوك؛ حيث تشتمل عليه هياكل كثير من الصكوك (وبالأخص صكوك الأعيان المؤجرة)؛ لأنه يمكن من خلال تضمينه في الهيكل معالجة بعض أنواع المخاطر وتخفيضها.⁽¹⁾

ولبيان حقيقة ذلك سيضرب الباحث مثلاً تصويرياً لصكوك ملكية أعيان مؤجرة، تشتمل هيكلته على عقد (إجارة منافع أعيان موصوفة في الذمة)، مع بيان أثره في تخفيض بعض مخاطر الصك.

مثال:

- شركة طيران ترغب في إصدار صكوك لتمويل حصولها على أسطول طائرات قيمتها مليار ريال.
- يجمع مدير الإصدار قيمة الإصدار (المليار ريال) من المستثمرين (المكتتبين في الصكوك) ليشتري بها أسطول الطائرات من الشركة المصنّعة بالمواصفات المحددة من شركة الطيران.
- يبرم مدير الإصدار عقداً (عقد استصناع) مع الشركة المصنّعة للطائرات لصناعة خمس طائرات يتم تسليمها بعد ٣٠ شهراً.
- لكون الطائرات غير موجودة فيتعذر على حملة الصكوك (من خلال وكيلهم مدير الإصدار) أن يؤجروا الطائرات محل الصنع من شركة الطيران (التمول، المصدر)؛ لأنه يكون بهذا الاعتبار تأجير معدوم، وهو محرم باتفاق الفقهاء.

⁽¹⁾ ستأتي الإشارة لها في المثال أدناه.

• وفي المقابل تكون المخاطر على حملة الصكوك عالية جداً لو انتظروا حتى انتهاء صنع الطائرات ليؤجروها من شركة الطيران؛ حيث إنهم سيكونون عرضة لنكول شركة الطيران عن وعدها بالاستئجار، بالإضافة إلى مخاطر تقلب الأسعار بناء على تغير الأوضاع الاقتصادية، وهذه المخاطر العالية تتعارض مع الطبيعة الفنية للصك؛ وعليه فإنهم يلجؤون إلى إبرام عقد إجارة منافع أعيان موصوفة في ذمتهم، محله طائرات موصوفة مطابقة لوصف الطائرات محل الاستصناع (مع الشركة المصنعة) - دون الربط بين العقدين - ؛ لمدة عشر سنوات تبدأ مدة الانتفاع بعد ثلاثين شهراً، بأجرة مقدارها مليار ومئتي مليون ريال مقسطة على عشرة أقساط سنوية مقدار كل منها ١٢٠ مليون ريال.

حكم إصدار صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة:

إصدار صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة يبنى حكمه بشكل رئيس على ما قرره الفقهاء من حكم إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة، والتي اتفقت المذاهب - في الجملة - من الحنفية،^(١) والمالكية،^(٢) والشافعية،^(٣) والحنابلة^(٤) على مشروعيتها.

(١) تحرير قول الحنفية في حكم "إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة"

ذهب الحنفية إلى مشروعية إجارة المنافع في الذمة، إلا إنهم يرون هذا العقد حالاً لا يتأجل بالتأجيل؛ وذلك لأمر أبرزها: أنهم يرون أن المنافع لا تثبت في الذمة، حيث يقول الإمام السرخسي: "لأن الدين ما يثبت في الذمة، والمنافع لا تثبت في الذمة" المبسوط (١٥ / ١٤٠)، ولكونهم يرون الحيوان لا يثبت في الذمة في المعاضات، فالحيوان لا يصلح إلا أن يكون معيناً..؛ لأن الحيوان لا يثبت دينا في الذمة" المبسوط (١٥ / ١٢٧). وعليه فإنهم وإن اتفقوا مع الجمهور - من المالكية والشافعية والحنابلة - في مشروعية إجارة المنافع في الذمة، وفي أهم أثر من آثارها - وهو: أن العقد لا يفسخ بهلاك العين محل الانتفاع، وإنما يلزم المؤجر أن يقدم للمستأجر عيناً أخرى مطابقة للوصف مكانها - ، إلا إنهم وخلافاً للجمهور لا يرونها سلماً في المنافع؛ لأنها عقد حال ولا يثبت دينا مؤجلاً في الذمة.

وقد علق د/ سامي السويلم على ذلك تعليقا نفيساً جاء فيه: "هذه الإجارة ليس فيها تأجيل العين المؤجرة، بل فيها ضمان استبدالها لو هلكت، وفرق بين الأمرين، لأن ضمان الاستبدال ليس شغلاً للذمة (بالمصطلح المحاسبي ضمان الاستبدال التزام مشروط contingent liability ولا يسجل في قائمة الميزانية، بخلاف الدين فهو التزام غير مشروط ويسجل ضمن قائمة الميزانية. وهذا يبين سبق الفقه الإسلامي لهذه المفاهيم العميقة قبل ألف سنة؛ وبهذا يتبين الفرق بين هذه الإجارة وبين السلم، فالسلم يشترط فيه عندهم تأجيل المسلم فيه، بل لا يكون السلم إلا مؤجلاً، وهنا لا يشترط بل لا يجوز تأجيل العين محل الإجارة، لأنه لو تأجلت مع كونها مضمونة في الذمة أصبح سلماً في المنافع، ولا يجوز السلم في المنافع لأن المنافع لا تثبت دينا في الذمة على أصولهم".

يقول الكاساني - رحمه الله - : "لو كان المستأجر عبداً أو ثوباً أو حلياً أو ظرفاً أو دابة معينة فهلك، أو هلك الثوب المستأجر فيه للخياطة أو للقصارة؛ بطلت الإجارة لما قلنا، وإن كانت الإجارة على دواب بغير أعيانها، فسلم إليه دواب فقبضها، فماتت لا تبطل الإجارة، وعلى المؤجر أن يأتيه بغير ذلك؛ لأنه هلك ما لم يقع عليه العقد؛ لأن الدابة إذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع في الذمة، وإنما تسلم العين ليقوم منافعها مقام ما في ذمته، فإذا هلك بقي ما في الذمة بحاله فكان عليه أن يعين غيرها" بدائع الصنائع (٤ / ٢٢٣).

• قوله: "الإجارة على دواب بغير أعيانها"، وقوله: "فالعقد يقع على منافع في الذمة" نص في تقرير مشروعية إجارة المنافع في الذمة.

• وإن ما يقطع الشك باليقين تفرعه على مشروعية (إجارة المنافع في الذمة) ذكر أحد أهم مقتضياتها وما تفرقت به عن إجارة الأعيان المعينة، وهو وجوب بدل العين المؤجرة إذا تلفت في (إجارة المنافع في الذمة) بخلاف إجارة العين التي يفسخ العقد بهلاكها.

وبنحوه نص السمرقندي في تحفة الفقهاء (٢ / ٣٦١)، وابن مازة في المحيط البرهاني (٧ / ٥٠٩)، وابن عابدين في رد المحتار (٩ / ١٣٣)، والفتاوى الهندية (٤ / ٥٢٢) وغيرها.

مناقشة من نسب للحنفية القول بمنع "إجارة المنافع في الذمة":

نسبت بعض البحوث والدراسات المعاصرة إلى المذهب الحنفي منع إجارة المنافع في الذمة، وعللوا نسبتهم المنع إلى المذهب الحنفي بما يأتي:

أولاً: منع إجارة المنافع في الذمة عند الحنفية فرعٌ عن أصلهم، وهو أن المنافع لا تعتبر أموالاً؛ لأن المال عندهم هو: "ما يميل إليه طبع الإنسان، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة" لم: (١٢٦) من مجلة الأحكام العدلية. يقول السرخسي في المبسوط (٧١/٥): "وعندنا المنافع ليست بمال متقوم؛ وعليه فإن المنافع غير قابلة للإحراز والادخار، إذ هي أعراض تحدث شيئاً فشيئاً، وأنناً فأنناً، وتنتهي بانتهاء وقتها، وما يحدث منها غير ما ينتهي. يقول الزيلعي في تبيين الحقائق (١٣٢/٥): "ولأن العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها". وبناءً على عدم اعتبارهم المنافع أموالاً فإنهم لم يجيزوا إجارة المنافع في الذمة.

المناقشة:

- عدم التسليم بكون جميع الحنفية على القول بعدم مالية المنافع، بل إن القول بماليتها مطلقاً قول في المذهب الحنفي كما نص على ذلك السرخسي في المبسوط بقوله: "هذا على الطريق الذي يقول بالمنفعة مال وإن كان دون العين، .. وعلى الطريق الذي يقول ليس بمال..". (١٣٧ / ١٥)، وابن نجيم في البحر الرائق (٢١٧ / ٢) إذ يقول: "والمال كما صرح به أهل الأصول ما يتملّ ويدخر للحاجة، وهو خاص بالأعيان فخرج تملك المنافع..؛ لأن المنفعة ليست بعين متقومة. ا.هـ. وهذا على إحدى الطريقتين، وأما على الأخرى من أن المنفعة مال فهو عند الإطلاق منصرف إلى العين"، وقال ابن مازة في المحيط البرهاني (١١١ / ٤): "إن أجر أو استأجر فهو جائز؛ لأن الإجارة تجارة، لأن التجارة مبادلة مال بمال والمنافع مال".
- إن التأمّل في المواضع التي نص فيها أئمة الحنفية على كون المنافع ليست مالاً، ويقارنها مع مواضع أخرى نصوا فيها على كون المنافع مالاً، ويجمع ذلك إلى الفروع الفقهيّة التي جعلوا فيها المنافع أموالاً متقومة يمكنه أن يصل إلى نتيجة ملخصها: أنهم عدوا المنافع ليست أموالاً متقومة في الأصل، لكنهم استثنوا المنافع في عقد الإجارة (سواء أكانت إجارة أعيان أم منافع في الذمة) وعدوها مالاً متقوماً على سبيل الاستثناء وخلافاً للقياس.

يقول الشيخ مصطفى الزرقا -رحمه الله- في المدخل إلى نظرية الالتزام العامة ص: (٢١٥): "فذهب الاجتهاد الحنفي إلى أن المنافع في الأصل لا تدخل في حيز الأموال، وإنما هي ملك، وبهذا جاءت المادة (١٢٥) من المجلة. ووجه نظرهم في هذا أن المنفعة ليست شيئاً مادياً موجوداً، وإنما هي أعراض تحدث شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمن؛ فلا تعتبر ثروة من المال لأنه لا يمكن فيها الإحراز والادخار. وعن هذا وضع الاجتهاد الحنفي نظريته المشهورة: (إن المنافع ليست ذات قيمة في نفسها، وإنما ورد تقويمها في الشرع بعقد الإجارة على خلاف القياس للحاجة)؛ فلا تقوّم المنافع في غير الإجارة عند الحنفية؛ لأن القاعدة أن ما أورد على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه" ا.هـ.

هذا ويؤكد هذه النتيجة جملة من نصوص أئمة الحنفية، منها على سبيل المثال: قول الإمام السرخسي -رحمه الله-: "فأما بالعقد يثبت للمنفعة حكم الإحراز والتقوم شرعاً بخلاف القياس، وكان ذلك باعتبار إقامة العين المنتفع بها مقام المنفعة لأجل الضرورة والحاجة" المبسوط، (٧٩ / ١١)، وينظر: (٧١ / ٥)، (١٣١ / ١٥)، (١٥١)، ويقول الإمام فخر الدين الزيلعي - رحمه الله - في تبيين الحقائق (١٥٣ / ٢): "المنافع ليست بمال، وإنما تتقوم بالعقد أو شبهة العقد للضرورة، وفيما لو يوجد فيه العقد أو شبهته لا يتقوم"، وقال في موضع آخر: "المنافع ليست بمال مطلقاً وإنما تصير مالا بعقد الإجارة" (١١٩ / ٦).

ثانياً: يشترط لصحة الإجارة عند الحنفية كون المؤجر عيناً معينة. جاء في مجلة الأحكام العدلية (المادة: ٤٤٩): "يلزم تعيين المأجور بناءً عليه لا يصح إيجار أحد الحانوتين من دون تعيين أو تمييز؛ وعليه فإجارة المنافع الموصوفة التي لا تتحدد فيها العين محل الانتفاع غير جائزة على أصول المذهب الحنفي.

المناقشة:

منع كون محل الانتفاع إحدى عينين دون تعيين أو تمييز إنما هو في إجارة منافع الأعيان المعينة، وهو ما يتفق فيه المذهب الحنفي مع الجمهور؛ لكون ذلك مشتملاً على الجهالة والغرر التي يجب نفيها عن المعقود عليه في عقد إجارة المعين؛ وذلك بخلاف المعقود عليه في إجارة المنافع في الذمة، والتي ينتفي الغرر فيها بكونها مما ينضبط بالوصف عادة، وأن ينص العاقدان عند التعاقد على صفات العين محل الانتفاع التي تختلف بها الأجرة عادة. وقد نصت دواوين الفقه الحنفي على جواز هذا النوع من أنواع الإجارة، بل إن مجلة الأحكام العدلية نفسها قد أشارت إلى حكم هذا النوع في المواد (٥٤٠، و٥٤١) وغيرها.

ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٤)، والمنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي (٥٥٢/٦).

(١)

كما اتفق الفقهاء على كون إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة عقداً صحيحاً لازماً أبرز الفروق بينه وبين إجارة منافع الأعيان المعينة كون المنفعة محل التعاقد ديناً ثابتاً في ذمة المؤجر، لا ينفسخ العقد بهلاك العين محل الانتفاع، وإنما يلزم المؤجر أن يقدم للمستأجر عيناً أخرى مطابقة للوصف مكانها.

إلا إن الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة قد نصوا على أن إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة سلمٌ في المنافع؛ وعليه فجوازها منوطٌ بتوفر شروط السلم فيها،^(٣) ومن أهم هذه الشروط:

- (١) أن تكون العين المؤجرة مما ينضبط بالوصف.
 - (٢) وصف العين المؤجرة وصفاً مُجلياً يدفع الجهالة والغرر.
 - (٣) تحديد موعد استيفاء العين المؤجرة.
 - (٤) تعجيل تسليم الأجرة؛ وذلك بناء على اشتراط تعجيل تسليم رأس مال السلم.
- إلا إن هذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء، سيعرضه الباحث تدليلاً وترجيحاً في المبحث التالي.

حكم تعجيل دفع الأجرة في إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة:

اختلف المعاصرون في حكم كون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر إذا كان محل التعاقد منفعة عينٍ موصوفة في الذمة، وذلك على قولين:

القول الأول: ذهب بعض المعاصرين مثل: أ.د. علي القره داغي،^(٤) والدكتور عبدالستار أبوغدة^(٥) إلى عدم اشتراط كون الأجرة حالة إذا أبرم عقد إجارة منفعة العين الموصوفة في الذمة بلفظ الإجارة، وأما إذا عُقد بلفظ السلم فاشتراطوا لصحة العقد تسليم الأجرة في مجلس العقد، وهو القول الذي رجحه المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية،^(٦) والهيئة الشرعية لمصرف الراجحي في السعودية.^(٧)

(١) ينظر: حاشيتا قليوبي وعميرة (٦٩/٣ - ٧٠) إلا أن الشافعية ومع قولهم بجواز إجارة الأعيان الموصوفة في الذمة فإنهم قد استثنوا العقار والسفينة فمنعوا إجارتها موصوفة في الذمة لأنها لا تثبت ديناً في الذمة عندهم، وأما بعض العقار وبعض السفينة فيجوز إجارته موصوفاً في الذمة.

(٢) ينظر: كشاف القناع للبهوتي (٢٥٢/٣)، ومطالب أولي النهى للرحبياني (٦١٣/٣).

(٣) ينظر: المنتقى شرح الموطأ للباقي (٥٥٢/٦ - ٥٥٤)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٦٩/٣)، مطالب أولي النهى للرحبياني (٦١٣/٣).

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢/ ٢٢٥).

(٥) ينظر: التطبيقات العملية للإجارة الموصوفة في الذمة ص: (٨٦، ٨٨).

(٦) حيث جاء في الفقرة: (٥/٣) من المعيار: (٩) "معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك" ما نصه: "يجوز أن تقع الإجارة على موصوف في الذمة وصفاً منضبطاً، ولو لم يكن مملوكاً للمؤجر (الإجارة الموصوفة في الذمة) .. ولا يشترط فيها تعجيل الأجرة ما لم تكن بلفظ السلم أو السلف..".

(٧) ينظر: القرار ذو الرقم: (٦٦٣) الصادر في ٢٨/٠٢/١٤٢٦هـ.

ما بُني عليه القول الأول:

إن أبرز ما علل به أصحاب هذا القول ما ذهبوا إليه من عدم اشتراط كون الأجرة حالة: ما ذهب إليه الشافعية في وجهٍ مرجوح،^(١) والحنابلة في وجهٍ^(٢) من اشتراط القبض وتسليم الأجرة في مجلس العقد إذا عُقدت الإجارة على منافع الأعيان الموصوفة في الذمة بلفظ السلم، وأما إذا عُقدت بلفظ الإجارة فلا يشترط لصحتها تسليم الأجرة في مجلس العقد.^(٣)

مناقشة:

يناقش ما سبق من أوجه عدة، أبرزها أربعة، تفصيلها على النحو الآتي:

أولاً: من فرق من الفقهاء بين انعقاد العقد بلفظ السلم أو بلفظ الإجارة (فمَنَعَ التفرق قبل تسليم الأجرة في المجلس في الأولى وأجازها في الثانية) لا يعني -على القولين كليهما- جواز كون الأجرة ديناً مؤجلاً ثابتاً في ذمة المستأجر مع كون العين الموصوفة محل الانتفاع ديناً مؤجلاً ثابتاً في ذمة المؤجر، بل ذلك ممنوع على القولين كليهما؛ لأنه من الكاليء بالكاليء، سواء أتم بلفظ السلم أم بلفظ الإجارة، وإنما ما أجاز بعض الفقهاء عقده بلفظ الإجارة دون لفظ السلم ما إذا كانت الأجرة محددة ومعينة في مجلس العقد لكنهما تفرقا قبل قبضها؛ فهذه الصورة التي تنتفي فيها علة الكاليء بالكاليء هي التي اختلفت فيها مدارك الاجتهاد بين تغليب اللفظ (الإجارة) فيجوز التفرق مع عدم القبض، أو تغليب المعنى (السلم) فيحرم التفرق عن المجلس مع عدم تمام القبض وتسليم الأجرة؛ لأن عقد السلم واجبٌ تسليم رأس المال فيه في المجلس قبل التفرق.^(٤)

والسر في ذلك: أن تعيين الأجرة في المجلس (حتى ولو لم يتم تسليمها فيه) يخرجها عن كونها ديناً في الذمة؛ لأن "المعين لا يستقر في الذمة، وما تقرر في الذمة لا يكون معيناً"^(٥) معيناً؛^(٥) وبذلك فإنها تخرج عن كونها من قبيل بيع الدين بالدين (أو الكاليء بالكاليء) المنهي عنه والمجمع على تحريمه.

ثانياً: بإنعام النظر في مدونات الفقه الشافعي في المواضع التي حُرِّر فيها حكم بيع الموصوف في الذمة، وإجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة، وجمع نصوصهم في ذلك بعضها إلى بعض، وحمل المجمل فيها على المبين، والمطلق على المقيد يظهر جلياً أن

(١) ينظر: روضة الطالبين للنووي (٤/ ٢٥١)، أسنى المطالب للأنصاري (٢/ ١٩٧).

(٢) ينظر: الكافي لابن قدامة (٣/ ٣٩٢ - ٣٩٣)، الإنصاف للمرداوي (١٤/ ٢٧٦).

(٣) جاء ضمن "مستند الأحكام الشرعية" الملحق بالمعيار: (٩) "معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك" الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة ما نصه: "مستند جواز الإجارة لعين موصوفة في الذمة...، ولا يشترط تعجيل الأجرة فيها على أحد قولين للشافعية والحنابلة".

(٤) خلافاً للمالكية الذين أجازوا تأخير تسليم رأس مال السلم عن مجلس العقد يومين أو ثلاثة؛ لأن ما قارب الشيء يأخذ حكمه - وهذا من باب التسامح والرخصة والاستثناء وليس أصالة - .

(٥) إيضاح المسالك للونشريسي، ص: (١٣٩)، وفي السياق نفسه يقول القرافي: "أعلم أن المعينات المشخصات في الخارج، المرتبات بالحس لا تثبت في الذم" الفروق (٢/ ٢٥١).

الشافعية متفقون على منع كون الأجرة ديناً مؤجلاً في الذمة (سواء أكانت بلفظ السلم أم بلفظ الإجارة)؛ لأن ذلك من بيع الكالئ بالكالئ المجمع على تحريمه،^(١) وأما ما اختلفوا فيه (وورد عندهم وجهان في حكمه) فهو: هل يشترط قبض الأجرة في المجلس أم لا (مع كونها على القولين كليهما معينة وليست في الذمة)؟ فأجاز بعضهم التفرق قبل تمام قبض الأجرة المعينة إن أبرم العقد بلفظ الإجارة دون لفظ السلم تغليباً للفظ - أي لأن لفظ (السلم) يقتضي التسليم في المجلس؛ فإذا نصَّ على السلم ثم لم يتحقق التسليم كان ذلك مناقضاً لمقصد العقد، وهو ما ينتفي في حال إبرامه بلفظ الإجارة -، ومنهم من منع التفرق مطلقاً قبل تمام القبض وتسليم الأجرة في المجلس سواء أتم العقد بلفظ السلم أم بلفظ الإجارة؛ تغليباً للمقصد والمعنى. ونصوص أئمة الشافعية التي توضح هذا الفهم كثيرة متظافرة، من أبرز أمثلتها:^(٢)

• يقول الإمام العمراني -رحمه الله- : "وما عقد من الإجارة على منفعة في الذمة.. وتتعد هذه الإجارة بلفظ السلم، .. وتتعد بلفظ الإجارة.. ولا يجوز أن تكون الأجرة هاهنا مؤجلة؛ ل: «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن الكالئ بالكالئ»، و(الكالئ بالكالئ): هو بيع النسيئة بالنسيئة، ولأن هذه الإجارة في معنى المسلم فيه، ورأس مال السلم لا يصح أن يكون مؤجلاً. وهل يشترط هاهنا قبض الأجرة في المجلس قبل أن يتفرقا؟ ينظر فيه: فإن عقد الإجارة بلفظ السلم.. اشترط قبض الأجرة قبل أن يتفرقا، كما قلنا في السلم. وإن عقد بلفظ الإجارة.. ففيه وجهان: أحدهما: لا يشترط قبضه في المجلس قبل التفرق اعتباراً باللفظ. والثاني: يشترط قبضه قبل التفرق، وهو اختيار الشيخ أبي إسحاق اعتباراً بالمعنى، ومثل هذين الوجهين الوجهان في قبض رأس مال السلم في المجلس إذا عقد السلم بلفظ البيع".^(٣)

(١) هذه المنهجية في الجمع بين نصوص المذهب، ورد متشابهها ومجملها إلى محكمها ومفصلها سلكها علماء كبار وأئمة من السلف ومن المعاصرين. ومن أمثلتها في المسألة محل البحث عند المعاصرين ما حكاه د/ العياشي فداد عن الفقيه الشيخ أ.د/ الصديق الضيرير بقوله: بيع موصوف في الذمة بصيغة البيع.. إذا كان الثمن مؤجلاً فهو بيع الكالئ بالكالئ، ولكن نظراً لانعقاده بلفظ البيع فقد حكى بعض الفقهاء نصوصاً يفهم منها التفرقة بين انعقاد البيع بهذه الصورة بلفظ البيع أو لفظ السلم ..، وقد أورد د/ أحمد علي عبدالله في بحثه عبارة مطولة من حاشية الشرقاوي في المذهب الشافعي.. أنصها: (ويبوع الصفات، أي يبيع الأعيان في الذمم المشتمل على ذكر الصفات، لكن إن عقد بلفظ البيع صح تأجيل كل من المبيع والثمن، أو بلفظ السلم صح تأجيل المثلث فقط).. قام الشيخ الضيرير بقراءة هذا النص من خلال نصوص الشافعية الأخرى التي تمنع تأجيل البدلين؛ لما يؤدي إليه من بيع الدين بالدين، وإن كان يُقرُّ بأن العبارة يمكن أن يفهم منها تأجيل البدلين معاً، لكن الذي يتسق مع نصوص الشافعية في كتبهم هو تقييدها بما يمنع الدين بالدين. ولعل ما اتجه إليه الشيخ الضيرير في تأويل =عبارة الشرقاوي سائلة الذكر هو الأوجه، إذ كما نقل عن الشرقاوي ذاته في الموضوع نفسه عبارات أخرى تقيّد هذه العبارة المطلقة، بتعيين أحد البدلين في المجلس. ينظر: البيع على الصفة، د/ العياشي فداد، ص: (٥٩ - ٦٠) - بتصرف يسير - .

(٢) ينظر: دراسات في أصول المداينات، د/ نزيه حماد ص: (٢٤٦ - ٢٤٨).

(٣) البيان (٧/ ٣٣٤ - ٣٣٥).

● كذلك فقد أورد الإمام زكريا الأنصاري -رحمه الله- القولين فيما إذا عُقدت بلفظ الإجارة؛ الأول منهما: اعتبار اللفظ (الإجارة أو البيع) فلا يجب التقابض في المجلس، والثاني: اعتبار المعنى (وهو كونها سلماً فيجب القبض في المجلس)، ثم قال: "لكن على الأول (يجب تعيين رأس المال) في المجلس إذا كان في الذمة؛ ليخرج عن بيع الدين بالدين، .. (لا القبض في المجلس) فلا يجب"^(١) فعلى القولين كليهما لا يجوز كون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر.

● وبمثل ما سبق نصّ جمعٌ من أئمة الشافعية: كالنووي في روضة الطالبين^(٢)، والعبادي والشربيني في حاشيتيهما على الفرر البهية^(٣)، والرملي في نهاية المحتاج^(٤) - رحمة الله على الجميع - .

ثالثاً: ما قيل في تحرير مذهب الشافعية يمكن قول مثله في تحرير مذهب الحنابلة: حيث إن المتأمل في مدونات الفقه الحنبلي في المواضع التي نصت على التفريق بين إبرام العقد بلفظ السلم أو بلفظ الإجارة^(٥) (سواء أكان ذلك في سياق أحكام إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة أو بيع الأعيان الموصوفة في الذمة)، وجمع بعضها إلى بعض، ورد متشابهها^(٦) إلى محكمها، وضبطها بالقواعد العامة المتفق عليها في المذهب^(٧) يمكنه القول: بأنه لا مستمسك في مذهب الحنابلة لمن يقول بجواز كون الأجرة ديناً مؤجلاً ثابتاً في ذمة المستأجر مع كون العين الموصوفة محل الانتفاع ديناً مؤجلاً ثابتاً في ذمة المؤجر، سواء أبرم العقد بلفظ السلم أو بلفظ الإجارة، بل ذلك ممنوع على القولين كليهما؛ لأنه من الكاليء بالكاليء، وإنما ما أجاز بعض الحنابلة عقده بلفظ الإجارة دون لفظ السلم ما إذا كانت الأجرة^(٨) محددة ومعينة في مجلس العقد وليست ديناً في الذمة، ولكنهما تفرقا قبل قبضها (فيكون الخلاف في القبض في المجلس من عدمه، مع الاتفاق بين القولين كليهما على منع كونها ديناً مؤجلاً في الذمة).

وإن مما يؤكد ذلك جملة من نصوص أئمة المذهب، سيعرض الباحث شيئاً من أبرز أمثلتها، مع المناقشة:

● قال ابن مفلح -رحمه الله- في الفروع: (وبيع موصوفٍ غير معين يصح في أحد الوجهين اعتباراً بلفظه، .. حكمه كالسلم، ويعتبر قبضه أو ثمنه في المجلس، في

(١) أسنى المطالب (٢/ ١٢٤).

(٢) (٤/ ٢٥٠ - ٢٥١).

(٣) (٣/ ٥٤).

(٤) (٤/ ١٨٨).

(٥) أو بلفظ (البيع) في بيع العين الموصوفة في الذمة.

(٦) مثل: ما جاء في الكافي لابن قدامة (٣/ ٣٩٢ - ٣٩٣)، والإنصاف للمرداوي (١٤/ ٢٧٦).

(٧) كتحرير الكاليء بالكاليء.

(٨) أو (الثلث) في عقد بيع العين الموصوفة في الذمة.

وجه. وفي آخر: لا؛ فظاهره لا يعتبر تعيين ثمنه، وظاهر المستوعب وغيره: يعتبر، وهو أولى، ليخرج عن بيع دين بدين^(١)، ثم علق المرادوي على ذلك بقوله: (الوجه الأول لأي: وجوب قبض الثمن في المجلس] هو الصحيح..، والوجه الثاني: اختاره القاضي، وهو ظاهر ما جزم به في المستوعب في أول باب السلم، فإنه قال: الثالث ما لفظه لفظ البيع ومعناه معنى السلم، كقوله: اشتريت منك ثوبا من صفته كذا وكذا بهذه الدراهم، ولا يكون موجوداً ولا معيناً، فهذا سلم، وبحوز التفرق فيه قبل القبض، اعتباراً باللفظ دون المعنى^(٢). انتهى. ولكن يحتمل قوله (بهذه الدراهم) أن القبض يحصل في المجلس والله أعلم. قال المصنف هنا على هذا الوجه: ظاهره لا يعتبر تعيين ثمنه، وظاهر المستوعب وغيره: يعتبر، وهو أولى، ليخرج من بيع دين بدين، انتهى. وهو كما قال، والظاهر أنه عنى بظاهر المستوعب ما نقلناه عنه^(٣).

يظهر مما سبق أنه حتى على القول المرجوح في المذهب -قول القاضي- الذي ذهب إلى جواز عدم قبض الثمن في المجلس إن أبرم العقد بلفظ البيع دون السلم: أنه يجب تعيين الثمن في المجلس حتى لا يكون العقد من الكاليء بالكاليء، وقد جلى الإمام المرادوي الصورة ودفع ما قد يتوهم من فهم كلام ابن مفلح في حكاية القول المرجوح - الذي يرى عدم اشتراط القبض في المجلس - دفع عن هذا القول ما قد يتوهم من عدم اشتراط تعيين الثمن في المجلس، ونفاه جلياً، ووضح أن المقصود بالخلاف هو مجرد اشتراط القبض في المجلس أم لا، وأما عدم تعيين الثمن في المجلس (صورة الكاليء بالكاليء) فهي ممنوعة على القولين كليهما دونما شك -والله أعلم- .

• وقد أوضح الإمام ابن مفلح رحمه الله في (النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر) ما أجمله في (الفروع)، حيث قال: "فعلى الصحة لأي: صحة بيع الموصوف في الذمة] قيل: يجوز التفرق قبل القبض كبيع العين. فعلى هذا ينبغي أن يشترط التعيين وهو ظاهر ما في المستوعب لأنه قال: كقوله: اشتريت منك ثوبا من صفته كذا وكذا بهذه الدراهم، ولا يكون المبيع موجوداً ولا معيناً؛ وذلك لأنه بالتعيين لأي: بتعيين الثمن] يخرج عن أن يكون بيع دين بدين وهو علة المنع، صرح بها في الكافي وغيره، وقد قطعوا بأنه لا يجوز بيع الدين المستقر لمن هو في ذمته بدين"^(٤).

• هذا وإن كان ما سبق من نصوص في تقرير منع كون الثمن ديناً مؤجلاً في الذمة في بيع الموصوف في الذمة ينطبق على حكم إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة، فإن

(١) (١٤٥/٦ - ١٤٦)، وبنحوه نص ابن قدامة في المغني (٦/ ٣٤ - ٣٥).

(٢) ينظر: المستوعب للسامري (١/ ٦٩٤).

(٣) تصحيح الفروع (٦/ ١٤٦)، وبنحوه في الإنصاف (١١/ ١٠٤).

(٤) (١/ ٢٩٣ - ٢٩٤).

الباحث -ولمزيد تأكيد- سيورد طرفاً من نقول الحنابلة في حكم إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة، ومنها:

• قال الرحيباني في مطالب أولي النهي: "وشرط استقصاء صفات سلم في عين (موصوفة بذمة)، .. وإن جرت إجارة على عين موصوفة بذمة (بلفظ سلم)، كأسلمتك هذا الدينار في خدمة عبد صفته كذا، وقبل المؤجر (اعتبر قبض أجره بمجلس) جرى فيه عقد، لئلا تصير بيع دين بدين (و) اعتبر (تأجيل نفع) إلى أجل معلوم، وإن كان بلفظ الإجارة جاز التصرف قبل القبض"^(١) حيث نصَّ على كون الأجرة معيّنة في مجلس العقد، ثم حكى الخلاف في حكم اشتراط قبض الأجرة في المجلس إن أبرم العقد بلفظ الإجارة دون السلم.

• وقال البهوتي في شرح المنتهى: "وإن جرت إجارة على موصوف بذمة (بلفظ) سلم كأسلمتك هذا الدينار في منفعة عبد صفته كذا وكذا لبناء حائطٍ مثلاً، وقيل المؤجر (اعتبر قبض أجره بمجلس) عقد؛ لئلا يصير بيع دين بدين، (و) اعتبر (تأجيل نفع) إلى أجل معلوم كالسلم، فدل أن السلم يكون في المنافع كالأعيان، فإن لم تكن بلفظ سلم ولا سلف لم يعتبر ذلك"^(٢) وعليه فتعيين الأجرة في المجلس ومنع كونها ديناً مؤجلاً في الذمة متفق عليه في القولين كليهما، وأما من فرق بين لفظ السلم ولفظ الإجارة فلم يشترط الإقباض في المجلس في حال الإجارة مراعاة لمقاصد العقود.

رابعاً: إن مما يعزز ما ذكر - في أوجه المناقشة الثلاثة المبينة أعلاه- كون الشافعية والحنابلة^(٣) الذين قالوا بجواز عقد إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة بلفظ الإجارة (دون السلم) مع عدم تمام قبض الأجرة في المجلس إذا تمَّ تعيينها في المجلس، أنهم يرون أن النقود تتعین بالتعيين خلافاً للحنفية والمالكية؛^(٤) وبذلك فإنه ينتفي عنها علة الكاليء بالكاليء المجمع على تحريمها؛ فيكون سبب المنع عند من أجازها منهم بلفظ الإجارة ومنعها بلفظ السلم، أن السلم لا يكفي فيه مجرد انتفاء الكاليء بالكاليء، بل يجب مع ذلك تمام التسليم في المجلس لورورد النص بذلك، ولتجنب مخالفة مقتضى العقد؛ فالسلم مشتق من التسليم، بخلاف ما لو عقدت بلفظ الإجارة فإنه لا يجب فيها تمام القبض في المجلس وتجاوز بمجرد انتفاء الكاليء بالكاليء عنها وذلك بتعین الأجرة في المجلس.^(٥)

(١) (٣/ ٦١٣ - ٦١٤).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٤/ ٢٨ - ٢٩).

(٣) ينظر: الوسيط للغزالي (٣/ ١٥٠)، قواعد ابن رجب "تقرير القواعد وتحريم الفوائد" (٣/ ٣٢٢).

(٤) ينظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٥)، الفروق للقرافي (٣/ ٣٨٤ - ٣٨٥).

(٥) ينظر: منتجات صكوك الإجارة، د/ سامي السويلم ص: (٢٠ - ٢١).

القول الثاني: تحريم كون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر مطلقاً إذا كانت المنفعة ديناً مؤجلاً موصوفاً في ذمة المؤجر، سواء أتم العقد بلفظ السلم أم بلفظ الإجارة، ونُسب ذلك للحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية والحنابلة^(٣).

ورجحه بعض المعاصرين مثل: د/ عبدالرحمن الأطرم،^(٤) والدكتور/ سامي السويلم،^(٥) وبه صدرت توصيات ندوة (الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم)^(٦) التي نظمها نظمها مجمع الفقه الإسلامي والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب في جدة بحضور جمع من العلماء والمتخصصين.^(٧)

دليل القول الثاني:

نقل جمعٌ من أهل العلم (كالإمام أحمد، وابن المنذر، وابن العربي، وابن رشد الحفيد، وابن قدامة، والنووي، وابن تيمية، والسبكي، والشوكاني - رحمة الله على الجميع -)^(٨) الإجماع على تحريم الكاليء بالكاليء.

والكاليء بالكاليء هو كل دينٍ ثبت في ذمة المدين دون أن يقبض في مقابله ما ينتفع به.^(٩)

(١) سبق وأن حرر الباحث تفصيلاً قول الحنفية في حكم إجارة المنافع في الذمة، والذي تبين من خلاله أنهم يرونه عقداً حالاً لا تكون المنافع فيه ديناً مؤجلاً في ذمة المؤجر، بل يجب عندهم تعجيل تسليم الأعيان محل الانتفاع؛ وعليه فإذا كانت الأعيان المؤجرة (محل الانتفاع) حاضرة، لم يضر تأجيل دفع الأجرة أو تعجيلها؛ وبذلك تحرم عندهم الصورة التي تكون فيها المنافع ديناً مؤجلاً موصوفاً في ذمة المؤجر مع كون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر، وهو ما يتسق مع الأصل المجمع عليه في منع الكاليء بالكاليء - والله أعلم - .

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٤)، شرح مختصر خليل للخرشي (٣/٧)، مع الأخذ بالاعتبار كونهم جَوَّزوا تأخير تسليم أجرة العين الموصوفة في الذمة إلى ثلاثة أيام وأن ذلك في حكم التسليم في مجلس العقد؛ لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه.

(٣) ينظر: روضة الطالبين للنووي (٤/ ٢٥١)، أسنى المطالب للأنصاري (٢/ ١٢٤)، الكافي لابن قدامة (٣/ ٣٩٢ - ٣٩٣)، الإصناف للمرداوي (١٤/ ٢٧٦)، مع التنبيه إلى أن الشافعية في وجه مرجوح، والحنابلة في وجه قد ذهبوا إلى عدم اشتراط تسليم الأجرة المعينة والمحددة في المجلس إذا أبرم العقد بلفظ الإجارة بخلاف ما إذا عقد بلفظ السلم.

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢/ ٢٩٨).

(٥) يقول فضيلته: "وعلى كل تقدير فلا خلاف بين الفقهاء في أن النوع الثاني، وهو إجارة عين موصوفة في الذمة ليس فيها عمل، أنه دين في الذمة، فيأخذ حكم السلم، وإنما وقع الخلاف حول صيغة العقد إذا تعين الثمن"، منتجات صكوك الإجارة ص: (٢٠).

(٦) عقدت الندوة في رحاب جامعة الملك عبدالعزيز في جدة خلال الفترة ١٠ - ١١/٠٦/١٤٣١هـ الذي يوافق ٢٤ - ٢٥/٠٥/٢٠١٠م بتنظيم مشترك بين مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، ومركز (معهد) أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبدالعزيز.

(٧) حيث نصت الفقرة (٢.٢) المدرجة تحت عنوان (إصدار صكوك تمثل إجارة الموصوف في الذمة) على أنه يجب تعجيل الأجرة إذا لم يتم تعيين الثمن. ص: (٦) من توصيات الندوة.

(٨) ينظر: المغني لابن قدامة (٦/ ١٠٦، ٤١٠)، والإشراف لابن المنذر (٦/ ٤٤)، والقبس لابن العربي (٢/ ٨٣٦)، وبداية المجتهد لابن رشد (٣/ ١٧٣٣)، والمجموع للنووي (٩/ ٥٠١)، ونظرية العقد لشيخ الإسلام ص: (٢٣٥)، وتكملة المجموع للسبكي (١٠/ ١٠٦)، ونيل الأوطار للشوكاني (٥/ ١٧٧، ٢٣٢).

(٩) قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي، د/ سامي السويلم ص: (١١٥).

وعليه فيحرم التعاقد على كون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر مع كون المعقود عليه منفعة عين موصوفة مؤجلة في ذمة المؤجر؛ لأن العقد بهذا الاعتبار يكون صورة من صورة الكاليء بالكاليء المحرم (من صور ابتداء الدين بالدين، أو الواجب بالواجب)؛ فوجب كون الأجرة حالة لنفي هذه العلة.

مناقشة دليل القول الثاني:

نوقش الدليل السابق من أوجه، أبرزها:

أولاً: ذهب بعض الفقهاء إلى إجازة بعض الصور والمسائل مع اشتغالها على صورة الكاليء بالكاليء، ومنها: ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة^(١) من جواز الإجارة المضافة إلى المستقبل مع جواز كون الأجرة مؤجلة فيها؛ وبذلك يكون العوضان كلاهما مؤجلين (كاليء بكاليء)؛ وعليه فتكون إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة مع كون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر مثلها في الحكم والاستثناء من عموم الكاليء بالكاليء.

ثانياً: الاعتراض بالإجارة على عمل موصوفٍ في الذمة "الإجارة في الذمة" من جهة جواز تأجيل الأجرة في ذلك، بل عدَّ بعض الفقهاء ذلك هو الأصل.

يقول البهوتي -رحمه الله- : "ولا يجب تسليم أجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه المستأجر وإن وجبت بالعقد، وعلى هذا وردت النصوص، ولأن الأجير إنما يوفى أجره إذا قضى عمله؛ لأنه عوض فلا يُستحق تسليمه إلا مع تسليم العوض، كالصداق والثلثين"^(٢).

الإجابة عن المناقشة:

أجيب عن المناقشات الواردة على دليل القول الثاني بما يأتي:

أولاً: ليس كل ما أُجِّل فيه البدلان كان من الكاليء بالكاليء،^(٣) والمحرم إنما هو الكاليء بالكاليء فحسب، لا كلُّ ما أُجِّل فيه البدلان.^(٤)

ويتضح الفرق من خلال تأمل صورة عقد الإجارة المضافة للمستقبل؛ فالمنفعة المعقود عليها متعلقة بعين معينة ينفسخ العقد بتلفها أو تعذر الانتفاع بها؛ وعليه فالمعقود عليه ليس ديناً في ذمة المؤجر، إذ "المعينات المشخصات في الخارج، المرثيات بالحس لا تثبت في الذمم"^(٥) و"المعين لا يستقر في الذمة، وما تقرر في الذمة لا يكون معيناً"^(٦)؛ وبذلك تخرج الإجارة المضافة للمستقبل عن كونها ديناً بدين (كالتأ بكاليء)، وذلك بخلاف العقد

(١) ينظر: المسبوط للسرخسي (١٥ / ١٣١)، وكشاف القناع للبهوتي (٢ / ٢٤٨).

(٢) كشاف القناع (٣ / ٢٧٧).

(٣) كل كاليء بكاليء مؤجل البدلين، ولكن ليس كل مؤجل البدلين كالتأ بكاليء.

(٤) ينظر: دراسات في أصول المدائيات، د/ نزيه حماد ص: (٢٦٣)، وقضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي، د/ سامي

السويلم ص: (١١٦ - ١١٨).

(٥) الفروق للقراي (٢ / ٢٥١).

(٦) إيضاح المسالك للونشريسي، ص: (١٣٩).

على منفعة عين موصوفة مؤجلة في ذمة المؤجر، فالمعقود عليه (العين محل الانتفاع) دينٌ ثابت في ذمة المؤجر، فإذا كانت الأجرة كذلك ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر صار العقد من الكاليء بالكاليء المحرم بلا شك.

ثانياً: كما إن مما يجلي ما ذكر من أنه ليس كلُّ عقدٍ لم يتم قبض عوضيه في المجلس صار من الكاليء بالكاليء ما فصله الشيخ ابن عثيمين -رحمه الله- بقوله: "المؤجل بمؤجل .. لا يصح؛ لأنه بيع كاليء بكاليء، .. فإن تأخر القبض بدون تأجيل، مثل أن يقول: اشتريت منك مائة صاع بر بمائة ريال ولم يسلمه، على أن يأتي به العصر أو الغد أو بعد غد لكن الثمن غير مؤجل هل يصح أم لا؟ المذهب: لا يصح، .. ولكن الصحيح أن هذا صحيح، والمحظور أن يكون كل منهما مؤجلاً، أما إن لم يكن فيه تأجيل فإنه لا يشترط القبض، إلا شيئاً واحداً لا بد فيه من القبض، وهو بيع الربوي بجنسه".^(١)

ثالثاً: أما الإجارة على عمل إذا كنت الأجرة فيها مؤجلة فقد اشترط الفقهاء مباشرة الشروع في العمل عقب العقد؛ حتى لا يكون العقد من الكاليء بالكاليء.

ومن أمثلة ذلك قول الإمام أبي الوليد ابن رشد (الجد): "الإجارة على عمل شيء .. على قسمين؛ أحدهما: أن يكون العمل مضموناً في ذمة الأجير. والثاني: متعيناً في عينه. فأما إذا كان مضموناً في ذمته، فلا يجوز إلا بتعجيل الأجر أو الشروع في العمل؛ لأنه متى تأخراً جميعاً كان الدين بالدين، فلا يجوز إلا تعجيل أحد الطرفين، أو تعجيلهما جميعاً"^(٢) وقد تتابعت مدونات الحنابلة في النص على اشتراط ذلك، ومن أبرز أمثلتها، ما نص عليه البهوتي في الكشاف بقوله: "الضرب الثاني: عقد على منفعة في الذمة في شيء معين أو موصوف مضبوط بصفات، كالسلم فيشترط تقديرها بعمل، أو مدة كخيطة ثوب وبناء دار وحمل إلى موضع معين؛ ليحصل العلم بالمعقود عليه، ويلزم الأجير الشروع فيه - أي فيما استؤجر - عقب العقد".^(٣)

الترجيح:

الذي يظهر للباحث رجحانه -والله أعلم بالصواب- القول بعدم جواز كون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر، إلا أن تتعين العين محل الانتفاع مع تمكين المستأجر من الانتفاع بها (حتى ولو لم يقبضها المستأجر)، وذلك لأمر عدة، أبرزها الآتي:

(١) نص جمعٌ من الفقهاء على الترخيص بتأجيل تسليم الأجرة إن تعينت العين محل الانتفاع، ومُكِّن المستأجر من الانتفاع بها؛ لأنه ينفي عن التعاقد صورة الكاليء بالكاليء. ومن أمثلة ذلك:

(١) الشرح الممتع (٥٠/٩ - ٥١).

(٢) البيان والتحصيل (٤٠٩ / ٨ - ٤١٠).

(٣) (٣ / ٢٥٢)، وينظر: الفروع لابن مفلح (٧ / ١٦٣)، إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهي للبهوتي (٤ / ٣١١)، التوضيح في الجمع بين المقنع والتفقيح للشويكي (٢ / ٧٤٠)، الإنصاف للمرداوي (١٤ / ٣٧٥، ٥٠٨).

قال الشيخ عليش المالكي -رحمه الله- : "وأما كراء الدابة المضمونة والراحلة المضمونة فهو أن يقول أكتري منك دابة أو راحلة، فيجوز بالنقد، وإلى أجل إذا شرع في الركوب، فإن لم يشرع فيه واكتري كراءً مضموناً إلى أجل كالمكتري للحج في غير إبانه، فلا يجوز إلا بتعجيل جميع الأجر كالسلم".^(١)

(٢) منهجية التوفيق بين نصوص الفقهاء ومنع تناقضها مع الأصول المجمع عليها -كمنع الكاليء بالكاليء- أولى من محاولة اجتزاء نص من سياقه، أو قول مشتبه دون رده إلى النصوص المحكمة في المذهب، وهو ما سلكه الباحث في تحرير قول الحنفية والشافعية والحنابلة في المسألة.

حكم تداول صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة

يمكن تقسيم بيان حكم تداول صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة على مرحلتين:

المرحلة الأولى: ما قبل تعيين العين المؤجرة والتمكين من الانتفاع بها
اختلف المعاصرون في حكم تداول صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة قبل تعيين العين محل الانتفاع وتمكن المستأجر من الانتفاع بها على قولين:

القول الأول: يجوز تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة قبل تعيين العين التي تستوفى المنفعة منها. وهو الذي رجحه أ.د/ نزيه حماد،^(٣) وأ.د/ حسين حامد حسان،^(٤) ود/ منذر قحف.^(٥)

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: تداول صك ملكية منفعة عين موصوفة في الذمة إنما هو حوالة للوفاء بالالتزام وليس بيعاً لنفس المنفعة الموصوفة.^(٥)

مناقشة:

العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني؛ فتداول الصك في هذه المرحلة إنما هو بيع له؛ بدليل أخذ المتداول عوضاً عن ذلك، وإمكانية استرباحه فيه. وأما تسميته حوالة بالوفاء، أو غير ذلك فلا يغير من حقيقة العقد شيئاً.

الدليل الثاني: إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة مما اتفقت المذاهب الأربعة على القول بجوازه؛^(٦) وعليه فإذا جاز للمؤجر بيع منفعة عين معدومة بالوصف المنضبط مقابل ما

(١) منح الجليل، (٧/ ٥٠٢).

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢/ ٣٥).

(٣) ينظر: صكوك الاستثمار أ.د/ حسين حامد حسان ص: (٤٠)، (٦٠).

(٤) ينظر: سندات الإجارة والأعيان المؤجرة د/ منذر قحف ص: (٥٥ - ٥٦).

(٥) ينظر: المرجع السابق ص: (٥٦).

(٦) كما سبق بيان ذلك تفصيلاً.

يدفعه المستأجر من أجرة، فما المانع أن يقوم مالك الصك بإعادة تأجير هذه المنفعة الموصوفة في ذمته للمستأجر الثاني؛ وذلك لأنه قد قام بمثل ما قام به الأول ولا فرق؛ فلماذا أجزتموه للأول ومنعتموه للثاني.

مناقشة:

لو كان متداول الصك ينشئ عقداً جديداً بمنافع عين موصوفة في ذمته هو لا ارتباط لها بالأول البتة لكان ما جاء في هذا الدليل متجهاً، لكن الواقع أن متداول "صك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة" إنما يبيع الدين (المنفعة الموصوفة) المستحقة له في ذمة المصدر (المؤجر الأول) بمثل صفاتها وأجل تسليمها المرقوم تفصيلاً في نشرة الإصدار، وتبرأ ذمته تجاه مشتري الصك بمجرد استلامه الثمن، ويكون حق مشتري الصك الجديد متعلقاً بذمة المصدر (المؤجر الأول)؛ مما يجلي أن تداول الصك في هذه الحال إنما هو تداول للدين (المنفعة الموصوفة في ذمة المصدر).

الدليل الثالث: لما كان من المتقرر جواز تداول صكوك ملكية منافع الأعيان المعينة، فإنه يجوز كذلك تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة ولا فرق؛ لأن المنافع المعلومة قابلة للبيع - بعقد الإجارة -، وكذلك التداول - إعادة التأجير - سواء أكان عقد الإجارة الأول وارداً على عين معينة أم موصوفة في الذمة. إذ لا فرق بين كون المنفعة التي ترد عليها الملكية بعقد الإجارة متعلقة بعين محددة بذاتها، وبين كونها متعلقة بذمة المؤجر طالما أنها محددة بالوصف المنضبط، مبيّنة على نحو تتحقق معها المعلومية المشترطة لصحة بيعها وتداولها.^(١)

مناقشة:

لا يُسَلَّم بالتسوية بين إجارة الأعيان المعينة وبين الأعيان الموصوفة في الذمة في هذا السياق؛ فالأولى يتعلق حق المستأجر فيها بعين معينة يملك منفعتها فجاز له إعادة بيعها (التأجير من الباطن)، بينما حق المستأجر في الثانية دين متعلق بذمة المؤجر، فإذا لم يتعين محل الانتفاع بقي حق المستأجر ديناً في ذمة المؤجر، وتبعاً لذلك يكون تصرف المؤجر فيه محكوماً بضوابط التصرف في الديون. كالفرق بين تصرف من يملك عيناً معينة، وبين من يملك عيناً (مسلماً فيها) موصوفة في ذمة البائع (المسلم إليه)، فالأولى عين والثانية دين حتى يتم قبضها، ولا يجوز التصرف فيها إلا بضوابط التصرف في المسلم فيه قبل قبضه.

القول الثاني: لا يجوز تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة قبل تعيين العين وتمكين المستأجر من الانتفاع بها، إلا بضوابط التصرف في الديون. وإلى هذا القول ذهب جمع من المعاصرين، مثل: أ.د/ علي محي الدين القرة داغي،^(٢) والدكتور/

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢/ ٣٥).

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢/ ٢٢٦، ٢٣٦).

عبدالرحمن الأطرم،^(١) والدكتور/ عبدالستار أبوغدة،^(٢) والمجلس الشرعي لهيئة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.^(٣)

أدلة القول الثاني:

(٥) الدليل الأول: "تأجير المنافع الموصوفة في الذمة يؤدي إلى بيع الدين بالدين؛ لأن المنفعة إذا كانت تستوفى من موصوف في الذمة فهي في حكم الدين؛ فلا يجوز إذاً إصدار الصكوك المتداولة بشأنها".^(٤)

مناقشة:

(٦) ليست كل صور بيع الدين مما يُتفق على تحريمها، بل إن لبيع الدين صوراً عدة حكى جمعٌ من أهل العلم جوازها عند انتفاء علل التحريم عنها (كالربا والغرر وريح مالم يضمن ..)، مثل: جواز بيع الدين النقدي المؤجل من غير من عليه الدين بسلمة معينة حاضرة،^(٥) وجواز بيع المسلم فيه قبل قبضه،^(٦) وهي^(٧) نظيرة لحكم تداول صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة.

(٧) الدليل الثاني: لا يجوز تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة؛ وذلك لأن قيمة الصك قبل تعين العين محل الانتفاع تكون نقوداً؛ فلا يجوز تداولها إلا بضوابط الصرف؛ لأن ذلك من قبيل بيع النقد بالنقد.^(٨)

مناقشة:

(٨) يناقش هذا الدليل بعدم التسليم بأن صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة قبل تعين العين محل الانتفاع تمثل نقداً، بل هي تمثل ديناً (المنافع الموصوفة الثابتة في ذمة المؤجر)، وأما النقد (الأجرة) المدفوعة في مجلس العقد فقد انتقلت من ملك المستأجر إلى ملك المؤجر؛ وعليه فحكم تداول الصكوك في هذه المرحلة يكون حكمه

(١) ينظر: المرجع السابق (٢ / ٢٩٨).

(٢) ينظر: التطبيقات العملية للإجارة الموصوفة في الذمة ص: (٧٨).

(٣) ينظر: الفقرة (٨/٢/٥) من المعيار: (١٧) "معييار صكوك الاستثمار"، ص: (٣١٩).

(٤) مسودة مشروع المعيار الشرعي لصكوك الاستثمار ص: (٢٠)، و ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢ / ٢٩٨).

(٥) ذهب الشافعية - في وجه عندهم - ، والإمام أحمد في رواية اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم إلى جواز بيع الدين المؤجل من غير من هو عليه بثمن حال دون التفريق بين دين السلم وغيره. (ينظر: المنثور للزرخشني (٢ / ١٦١)، والإنصاف للمرداوي (١٢ / ٢٩٦)، ومجموع الفتاوى (٢٩ / ٥٠٦)، وإعلام الموقعين (٥ / ٢٣٣). وقد ذهبت المجامع الفقهية إلى ترجيح جواز هذا الصورة من بيع الدين، ومن أمثلة ذلك: ما نص عليه قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره ذي الرقم: ١٥٨ (١٧/٧) الذي نص على الآتي: "من صور بيع الدين الجائزة: بيع الدائن دينه لغير المدين في إحدى الصور التالية: .. بيع الدين بسلمة معينة".

(٦) سيأتي تفصيل حكم بيع المسلم فيه قبل قبضه.

(٧) أي: مسألة بيع المسلم فيه قبل قبضه من غير المسلم إليه.

(٨) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢ / ٢٢٦).

حكمُ بيع المسلم فيه قبل قبضه من غير المسلم إليه، والذي ذهب بعض أهل العلم إلى جوازه بضوابط.^(١)

الراجع:

الذي يظهر للباحث رجحانه - والله أعلم بالصواب - عدم جواز تداول "صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة" - قبل تعيين العين محل الانتفاع وتمكين المستأجر من الانتفاع بها - إلا وفق ضوابط بيع المسلم فيه قبل قبضه من غير المسلم إليه.^(٢)

وقد رجحت هذا القول ندوة (الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم)^(٣) التي نظمها مجمع الفقه الإسلامي والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب في جدة بحضور جمع من العلماء والمتخصصين،^(٤) كما نصَّ بعض الفقهاء عليه، ومن ذلك ما جاء في حاشية الجمل على منهج الطلاب، وفيه: "ويشترط في إجارة الذمة إن عقدت بلفظ إجارة أو سلم تسليم الأجرة في المجلس كرأس مال السلم؛ لأنها سلم في المنافع، .. ويمتنع فيها الاستبدال أي عن الأجرة وكذا عن المنفعة قبل تسليم الدابة".^(٥)

(١) سيعرض الباحث لها في سياق هذه المسألة.

(٢) اختلف الفقهاء في حكم بيع "المسلم فيه قبل قبضه من غير المسلم إليه" على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب جمهور أهل العلم من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى تحريم بيع المسلم فيه قبل قبضه مطلقاً. ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٢١٤ / ٥)، تحفة المحتاج، الهيتمي (٤ / ٥)، كشاف القناع، البهوتي (٣٢ / ٣).
القول الثاني: بينما ذهب المالكية إلى جواز بيع المسلم فيه من غير المسلم إليه قبل قبضه بمثل رأس المال أو أقل أو أكثر شريطة أن يكون المسلم فيه ليس طعاماً. ينظر: الاستذكار، ابن عبد البر (١٥٨ / ٢٠ - ١٥٩).

القول الثالث (والراجع من وجهة نظر الباحث): ما ذهب إليه الإمام أحمد في رواية اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم من جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه (طعاماً كان أو غيره) دون استرباح (أي بمثل ثمنه أو أقل)؛ حتى لا يكون ذلك من ربح مالم يضمن. وقد أجابوا عن أدلة المخالفين، واستدلوا بما له وجاهة واعتبار في النظر.

ومن أبرز ما استدلوا به: ما جاء عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أنه قال: (إذا أسلفت في شيء إلى أجل، فإن أخذت ما أسلفت والإخذ عوضاً أنقص منه، ولا تبيع مرتين) -أخرجه عبدالرزاق في المصنف وغيره-، فهو قول صحابي حجة ما لم يخالف، ولا يُعرف له في الصحابة مخالف. كما إنهم عدوه من جنس الاستيفاء لا المعاوضة، حيث يقول ابن القيم: "وأما ما في الذمة فالاعتياض عنه من جنس الاستيفاء، وفائدته: سقوط ما في ذمته عنه، لا حدوث ملك له؛ فلا يقاس بالبيع الذي يتضمن شغل الذمة، فإنه إذا أخذ منه عن دين السلم عرضاً أو غيره، أسقط ما في ذمته؛ فكان كالمستوي في دينه لأن بدله يقوم مقامه، ولا يدخل هذا في بيع الكالء بالكالء بحال. والبيع المعروف هو أن يملك المشتري ما اشتراه، وهذا لم يملكه شيئاً بل سقط الدين من ذمته، ولهذا لو وفاه ما في ذمته لم يقل إنه باعه دراهم بدراهم بل يقال وفاه حقه بخلاف ما = لو باعه دراهم معينة بمثلها فإنه بيع" شرح سنن أبي داود، ابن القيم (٣٥٧ / ٩)، وينظر: مجموع الفتاوى (٥٢٠ / ٢٩ - ٥١٧)، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية، البعلبي ص: (١٩٣).

(٣) عقدت الندوة في رحاب جامعة الملك عبدالعزيز في جدة خلال الفترة ١٠ - ١١ / ٠٦ / ١٤٣١هـ الذي يوافق ٢٤ - ٢٥ / ٠٥ / ٢٠١٠ م بتتظيم مشترك بين مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، ومركز (معهد) أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبدالعزيز.

(٤) حيث نصت الفقرة (٣.١) المدرجة تحت عنوان (إصدار صكوك تمثل إجارة الموصوف في الذمة) على الآتي: "التداول لصكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين العين يخضع لأحكام السلم". ص: (٦) من توصيات الندوة.

(٥) (٢٢٧/٣).

المرحلة الثانية: ما بعد تعيين العين المؤجرة والتمكين من الانتفاع بها : إذا تعيّن العين محل الانتفاع، ومُكّن المستأجر من الانتفاع بها فيجوز تداول الصكوك في هذه الحال، حتى لو لم يقبض المستأجر العين.

إذ الحكم في تداول الصكوك في هذه المرحلة -وفق وجهة نظر الباحث- ينبني على الراجح من خلاف الفقهاء في حكم إجارة العين المستأجرة لغير المؤجر قبل قبضها، والذي ترجّح للباحث فيها القول بالجواز.^(١) وهو قول في مذهب الحنفية،^(٢) والمذهب عند المالكية،^(٣) وقول لبعض الشافعية،^(٤) والراجح في مذهب الحنابلة.^(٥)

ومن أبرز ما يُستدل به لهذا القول:

(١) الأصل في المعاملات الحل والإباحة، ولا يوجد مانع شرعي من إجارة المستأجر للعين المؤجرة قبل قبضها.

(٢) لما كان المعقود عليه في الإجارة هو منفعة العين المستأجرة لا رقبته، ترتب على ذلك فروق مهمة بين أحكام البيع والإجارة منها: أن قبض العين المستأجرة لا ينتقل به ضمان العين إلى المستأجر؛ وعليه فلم يقف جواز التصرف في العين المستأجرة على القبض، بخلاف بيع العين قبل قبضها.^(٦)

(٣) الذي يملكه المستأجر بموجب عقد الإجارة هو منفعة العين لا رقبته، وبمجرد تعيّن العين وتمكن المستأجر من الانتفاع تكون المنافع مضمونة عليه، بحيث إنه لو لم ينتفع بها لتلفت من ملكه ووجب عليه دفع ثمنها (الأجرة)، وعليه فإنه يجوز له إعادة تأجيرها والربح فيها، وذلك بخلاف رقبة العين المؤجرة فهي ليست ملكه، وتبعاً لذلك ضمانها ليس عليه سواء أقبضها أم لم يقبضها. وحول هذا المعنى يقول ابن القيم - رحمه الله- : "فإن المستأجر لو عطل المكان وأتلف منفعه بعد قبضه لتلف من ضمانه؛ لأنه قبضه القبض التام، ولكن لو انهدمت الدار لتلفت من مال المؤجر لزوال محل المنفعة فالمنافع مقبوضة، ولهذا له استثنائها بنفسه وبنظيره وإيجارها والتبرع بها. ولكن كونها مقبوضة مشروط ببقاء العين فإذا تلفت العين زال محل الاستيفاء

(١) لكون المسألة غير داخلة في صلب البحث فسيعرض الباحث في هذه المسألة القول الراجح فيها مع أبرز أدلته فحسب، ولرأجعة كامل الخلاف مع التدليل والمناقشة ينظر: صكوك الإجارة لحامد ميرة ص: (١٣١ - ١٣٧).

(٢) ينظر: حاشية بن عابدين - رد المحتار على الدر المختار - (١٢٥/٩)، الفتاوى الهندية (٤/٤٧٨ - ٤٧٩).

(٣) ينظر: المنتقى شرح الموطأ (٦/٥٥٠)، الكافي لابن عبد البر (١/٣٧٠).

(٤) ينظر: حاشية البجيرمي على شرح منهل الطلاب (٣/١٦٦)، الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي (٣/١٤٦_١٤٧).

(٥) رجح هذه الرواية المرادوي في الإنصاف بقوله: "ظاهر كلام المصنف جواز إيجارها سواء كان قبضها أو لا وهو صحيح وهو المذهب على ما اصطالحناه وقدمه في الفروع" (١٤/٣٣٨ - ٣٣٩)، وينظر: تصحيح الفروع للمرادوي (٧/١٦٩)، والكشاف للبهوتي (٣/٢٤٥)، ومطالب أولى النهى للرحبياني (٣/٦١٧).

(٦) ينظر: المغني لابن قدامة (٨/٥٦)، مطالب أولى النهى للرحبياني (٣/٦١٧).

فكانت من ضمان المؤجر، وسر المسألة: أنه لم يريح فيما لم يضمن وإنما هو مضمون عليه بالأجرة".^(١) وقد رجح هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية.^(٢)

مناقشة:

لما كان حق مستأجر العين المعينة متعلقاً بمنافعها دون غيرها دالاً على ملكه لها، جاز له إعادة بيعها (التأجير من الباطن)، وذلك بخلاف "عقد إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة" الذي يتعلق حق المستأجر فيه بذمة المؤجر (وليس بمنافع عين ما)؛ وعليه فإنه حتى وإن أقبضه المؤجر عيناً لينتفع بها فحقه لا يزال في ذمة المؤجر دون العين التي قبضها، ولذلك فهو لا يملك ما يصح له أن يعيد بيعه (التأجير من الباطن).

إجابة عن المناقشة:

مع الاتفاق بأن مستأجر منافع الأعيان الموصوفة في الذمة ولو تسلّم عيناً موافقة للوصف ليستوفي منافعها فإن حقه يظل متعلقاً بذمة المؤجر، فإن من الفقهاء من نصّ على أنه يثبت للمستأجر (اختصاص) بالعين التي قبضها ليستوفي منافعها، ومن أهم ما أورده من آثار لهذا الاختصاص: أنه يجوز للمستأجر أن يعيد تأجير هذه العين التي تحت يده، وأنه لا يحق للمؤجر أن يبدلها بغيرها إلا بإذنه.

ومن أمثلة ذلك: قول الإمام النووي -رحمه الله- : "وإن كانت الإجارة على الذمة، وسلّم دابة وتلفت لم يفسخ العقد، وإن وجد بها عيباً لم يكن له الخيار في فسخ العقد، ولكن على المؤجر إبدالها. ثم الدابة المسلمة عن الإجارة في الذمة وإن لم يفسخ العقد بتلفها، فإنه ثبت للمستأجر فيها حق الاختصاص، حتى يحوز له إحارتها. ولو أراد المؤجر إبدالها، فهل له ذلك دون إذن المستأجر؟ وجهان. أصحهما عند الجمهور: المنع، لما فيها من حق المستأجر. والثاني قاله أبو محمد واختاره الغزالي: إن اعتمد باللفظ الدابة، بأن قال: أجزتك دابة صفتها كذا، لم يجز الإبدال. وإن لم يعتمدها، بل قال: التزمت إركابك دابة صفتها كذا، جاز".^(٣)

(١) حاشية ابن القيم على السنن (٤١١/٩).

(٢) ينظر: مجموع فتاوى ورسائل شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٦٨/٣٠).

(٣) روضة الطالبين، (٤/ ٢٩٥)، وينظر: التاج والإكليل للمواق (٧/ ٥٥١)، ومنح الجليل لعليش (٧/ ٥٠٢).

المبحث الثالث

حكم إصدار صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتمليك من اشترت منه تلك الأعيان

التعريف بصكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتمليك من اشترت منه تلك الأعيان

تُعَدُّ هذه الصيغة إحدى أبرز هياكل الصكوك محل التطبيق، والتي يمكن تلخيص هيكلتها في كون المصدر يبيع أصلاً (أو مجموعة أصول عنده) من حملة الصكوك بثمن حال (ثمن الصكوك)، ثم يعيد استئجار الأصل الذي باعه منهم تأجيراً مقترناً بوعده بالتمليك، أو يستأجرها منهم مع إصداره وعداً ملزماً بإعادة شراء الأصل -الذي باعه منهم، والذي استأجره منهم طوال مدة الصك- بالقيمة الاسمية للصك.

هذا وإنَّ تصميم أقساط الإجارة في هذه الصيغة يتم وفق إحدى الآليتين الآتيتين:

الأولى: Bullet-payment Sukuk سداد أصل قيمة الصكوك^(١) بأكمله عند إطفاء الصكوك (أي في القسط الأخير، أو ثمن إعادة شراء الأصل)، وسداد الأرباح فقط في أقساطٍ دورية (coupons) طوال مدة عقد الإجارة (مدة الصكوك).

الثانية: Amortizing Sukuk توزيع سداد أصل قيمة الصكوك والربح على جميع أقساط الإجارة طوال مدة الصكوك؛ بحيث يكون المصدر قد أتم دفع أصل مديونية الصك مع عوائده بشكل متفرق طوال مدة الصك.

خلاصة هذه الهيكلة أن حامل الصك قد دفع قيمة الصك، وضمن له مصدره استرداده من خلال التعهد بشراء الأصل المؤجر بقيمته الاسمية عند الإطفاء، أو الاسترداد.

حكم إصدار "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتمليك من اشترت منه تلك الأعيان" وتداولها

اختلف المعاصرون في حكم هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب إلى جواز هذا النوع من أنواع الصكوك بعض المعاصرين، مثل: د/ عبدالستار أبو غدة،^(٢) وأ.د/ حسين حامد حسان.^(٣)

(١) ما يسمى بالإنجليزية Principal.

(٢) ينظر: تعقيب د/ عبدالستار أبو غدة على بحث إجارة العين لمن باعها.

(٣) ينظر: تعقيب على بحث إجارة العين لمن باعها. أ.د/ حسين حامد حسان.

دليل القول الأول:

أفاض القائلون بالإباحة في تفصيل مفاده أن هذه الصكوك إنما هي مجموعة من العقود والوعود المستوفية لشروطها، ومقتضياتها الشرعية؛ فلا وجه لتحريمها لأن الأصل في العقود والشروط الإباحة والحل.

ثم إن اجتماعها بهذه الصيغة مغاير للقرض بزيادة؛ إذ البيع ثم الإجارة ثم الشراء ليس في حقيقته قرضاً ولا يُماثل القرض؛ وذلك لما بين القرض والإجارة من البون الشاسع، والفرق الكبير في الشروط والأحكام والمقتضيات.^(١)

المناقشة:

يناقش ما تقدم بأن العقود المركبة المجتمعة وإن كانت آحادها صحيحة ومشروعة فإنها إذا اجتمعت وتركبت على وجه محرم أو يؤول إلى محرم فإنها تحرم باعتبار ما آلت إليه، ولا أدل على ذلك من تحريم الصحابة والتابعين وجماهير علماء الأمة للعينة التي تتركب من عقدين صحيحين مشروعين، ولكن لما كان اجتماعهما على وجه يؤول إلى محرم منعها سلف الأمة وفقهاؤها.

وفي ذلك يقول الإمام الشاطبي -رحمه الله- : "لأن الاستقراء من الشرع عرف أن للاجتماع تأثيراً في أحكام لا تكون في حالة الانفراد ... فقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع وسلف، وكل واحد منهما لو انفرد لجاز، .. وذلك يقتضى أن للاجتماع تأثيراً ليس للانفراد، واقتضاؤه أن للانفراد حكماً ليس للاجتماع".^(٢)

القول الثاني:

ذهب إلى تحريم هذا النوع من الصكوك جمع من المعاصرين، منهم: أ.د/ الصديق الضرير،^(٣) والشيخ عبد الله بن بيّه،^(٤) وأ.د/ نزيه كمال حماد،^(٥) وأ.د/ علي السالوس.^(٦) وقد رجح هذا القول وصدرت به قرارات وتوصيات مجموعة من محافل الاجتهاد الجماعي

(١) ينظر: المرجع السابق ص: (٥ - ١٠)، وتعقيب د/ عبدالستار أبو غدة على بحث إجارة العين لمن باعها ص: (٤ - ٩).

(٢) الموافقات للشاطبي (١٩٢/٣).

(٣) ينظر: تعقيب على بحث اشتراط الإجارة في عقد البيع ص: (١٢).

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢ / ٣٠١).

(٥) ينظر: إجارة العين لمن باعها: (٩ - ١٤).

(٦) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢ / ٢٨١).

مثل: الهيئة العليا للرقابة الشرعية في السودان،^(١) وندوة (الصكوك الإسلامية: عرض وتقييم)،^(٢) وندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الرابعة ٢٠١١.^(٣)

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بالتحريم بأدلة عدة، منها:

الدليل الأول:

هذه الصيغة محرمة لكونها ضرباً من ضروب العينة^(٤) التي ذهب إلى تحريمها جماهير أهل العلم من السلف والخلف، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة (أي القول بتحريم العينة).^(٥)

وبيان ذلك أن "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتملك لمن اشترت منه" عبارة عن منظومة عقدية متكاملة ومتراصة صيغت لتحقيق هدف تمويلي محدد يتلخص في أن المتمول - المصدر - قد باع أصلاً يملكه من الممول - حملة الصكوك - بثمن نقدي حال، ثم استعاد ملكيته ممن باعه منه بثمن مؤجل مقسط يزيد عن الثمن الحال.^(٦)

(١) وذلك في فتاها المؤرخة في ١٤٢٥/١٢/٢٣ الذي يوافق ٢٠٠٥/٢/٢م، والتي صدرت بعد دراسة الموضوع تفصيلاً في سلسلة اجتماعات استعرضت فيها جملة من البحوث والمداولات المجمعية، وبعد التأمل والنظر رأت الهيئة تحريم هذه الصيغة، ومما نصت عليه في قرارها: "إجارة العين لمن باعها اجارة منتهية بالتملك لا تحوز؛ لأنها عكس العينة، وعكس العينة لا يحوز للأسباب المانعة للعينة، وهو ربا الديون، وفي هذا التصرف استحلال للربا باسم البيع، وتطبيق لقاعدة الملكية: ما خرج من اليد وعاد إليها لغو".

(٢) عقدت في جامعة الملك عبدالعزيز بجدة خلال الفترة ١٠ - ١١/٦/١٤٣١هـ بتنظيم مشترك مع مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ومما جاء في توصياتها: "التعهد الصادر من مصدر الصكوك بشراء الأصول أو الأعيان أو الأسهم من حامل الصكوك بالقيمة الاسمية إذا كانت الصكوك تمثل أعياناً مشتراة من المتعهد بالشراء أنواع: .. في أجل محدد مسبقاً (أجل الصكوك)، .. أو في حالة تعثر المصدر، .. أو في حالة انخفاض القيمة السوقية للأصول أو الأعيان، والأنواع السابقة جميعها لا تحوز شرعاً؛ لاستلزامها للعينة المحرمة شرعاً، وسداً لذريعة الربا"، و: "منع تعهد المصدر بإعادة شراء الأصول المؤجرة بقيمتها الاسمية، ولا مانع من أن يتم ذلك بالقيمة السوقية أو بما يتفقان عليه عند إعادة الشراء (إطفاء الصكوك)".

(٣) نظمتها البنك الأهلي التجاري في جدة بتاريخ: ١٨ - ١٩/١/١٤٣٣هـ، والتي خصصت للنظر في مواضيع متعلقة بالصكوك، وحضرها عدد من العلماء والباحثين في الفقه والاقتصاد الإسلامي. ومما جاء في توصياتها: "لا يجوز شرعاً لمصدر الصكوك أن يحصر حق بيعها في البيع له إذا كان ذلك بالقيمة الاسمية للصك"، و: "لا يجوز شرعاً التزام المصدر أو تعهده أو وعده وعداً ملزماً بشراء أصول الصكوك بثمن محدد ابتداءً (ومنه القيمة الاسمية) عند انتهاء أجل الصكوك (الإطفاء) أو في تاريخ الاسترداد أو في حال تعثر المصدر عن السداد، أو في حال انخفاض القيمة السوقية للأصول أو غيرها؛ لأن التزام الأمين بشراء موجودات الأمانة من شأنه أن يؤول إلى ضمان الأمين، وذلك يخالف أصلاً شرعياً مجمعاً عليه وهو أن الضمان يناه في مقتضى عقود الأمانة سواء جاء ذلك من خلال شرط شرطه رب المال على الأمين أو من خلال التزام الأمين وتطوعه بالضمان".

(٤) ذكر الفقهاء لبيع العينة صوراً عدة، إلا إن المقصود ببيع العينة عند الإطلاق هو: "أن يبيع سلعةً بثمن مؤجل، ثم يشتريها ممن باعها منه نقداً قبل حلول الأجل بأقل من ثمن البيع الأول".

أما الصورة المذكورة أعلاه فهي داخلة تحت تعريف عكس العينة، وهو: "أن يبيع سلعةً بثمن حال ثم يشتريها ممن باعها منه بثمن مؤجل أكثر من الثمن الأول"، وهي مثل العينة في الحكم لانتفاء الفارق.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٥/ ١٩٨ - ١٩٩)، ومواهب الجليل للحطاب (٦/ ٢٩٣ - ٢٩٤)، والإنصاف للمرداوي (١١/ ١٩١).

(٦) ينظر: إجارة العين لمن باعها أ.د. نزيه حماد ص: (٩ - ١١)، (١٢)، وفتوى الهيئة العليا للرقابة الشرعية في السودان الصادرة في ١٤٢٥/١٢/٢٣هـ.

مناقشة:

نوقش ما سبق بأوجه عدة، منها:

- (١) أن العينة المحرمة قد ذكر أهل العلم لتحقيق التحريم فيها شروطاً؛ يثبت التحريم بوجودها وينتفي بانتفائها، ومن هذه الشروط: ألا يتغير المبيع تغيراً يكون نقص الثمن من أجله. والصورة التي بين أيدينا من صكوك الإجارة يفصل العقد الثاني فيها عن العقد الأول مدة طويلة - كخمس أو عشر سنوات - هي كفيلة بحوالة الأسواق وتغيير حال المبيع، ثم إنه قد فصل بين البيعة الأولى والثانية عقدٌ أجنبي طويل الأمد؛ وعليه فإنه ينتفي وصف العينة عن صكوك الإجارة بهذا الاعتبار.^(١)
- (٢) كما إن كثيراً من صور "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتملك لمن اشترت منه" تتم من خلال عقد بيع بثمن حال، ثم عقد إجارة لهذه العين المبيعة، ثم عقد شراء بثمن حال للعين ذاتها؛ فأين العينة من عقدي بيع حالين؟^(٢)
- (٣) كما إن حملة الصكوك يتحملون مخاطر الأصل المصكك أثناء سريان مدة الإجارة - باعتبارهم مؤجراً - فلو هلكت العين أو تلفت انفسخ عقد الإجارة، وتبعاً لذلك فلن يضمن المصدر رأس مال حملة الصكوك؛ وبذلك يظهر الفرق بين هذه الصورة وبين بيوع العينة.^(٣)

إجابة عن المناقشة:

يجاب عن المناقشة السابقة بأوجه عدة، منها:

- (أ) العينة لم تحرم لذاتها وإنما لكونها ذريعة وحيلة على الربا. ولذلك فإذا وُجد في عقدٍ ما حرمت العينة له فإنه يحرم؛ وعليه فإنه وإن قيل - تنزلاً - بأن هذه الشروط قد انتقت فإن هذه الصيغة من صيغ صكوك الإجارة صيغةٌ ظاهرةٌ كونهما ذريعةً إلى الربا؛ وعليه فإنها تحرم.
- (ب) ثم إن الفقهاء إنما ذكروا من الشروط ما يظهر معه انتفاء الحيلة، كأن تتغير العين تغيراً يكون منقصاً لقيمتها نقصاناً بيناً يُذهب ما صيغت العينة لأجله من التوصل والتوصل للزيادة المحرمة من أجل الأجل؛ وهو ما لا ينطبق على هذه الصيغة من الصكوك.
- (ج) وأما ما ذكر من مضي مدة طويلة - كخمس سنوات أو عشر - بين العقدين فهو أمر غير مؤثر، ولا ينفي الحيلة الربوية عن هذه الصيغة من صيغ صكوك الإجارة؛ لأن

(١) ينظر: اشتراط الإجارة في عقد البيع د/ عبدالله العمار ص: (٤٣)، تعقيب على بحث إجارة العين لمن باعها لفضيلة الشيخ محمد تقي العثماني ص: (١ - ٢).

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢ / ٢٩١).

(٣) ينظر: تعقيب أ.د/ حسين حامد حسان على بحث إجارة العين لمن باعها لفضيلة أ.د/ نزيه حماد.

العوض الثاني محدد مسبقاً، والزيادة -الأجرة- محددة سلفاً مع تعهد وضمن كامل من المصدر باستمرار الإجارة ثم الشراء بالحالة التي تكون العين عليها وبالثمن المعلوم المحدد سلفاً.

(د) وفي هذا المقام يحسن نقل كلام نفيس لابن القيم - رحمه الله - حول هذه المسألة يقول فيه: "ومن الحيل الباطلة المحرمة التحيل على جواز مسألة العينة، مع أنها حيلة في نفسها على الربا وجمهور الأئمة على تحريمها. وقد ذكر أرباب الحيل لاستباحتها عدة حيل منها: أن يحدث المشتري في السلعة حدثاً ما تنقص به أو تتعيب؛ فحينئذ يجوز لبائعها أن يشتريها بأقل مما باعها، ومنها: أن تكون السلعة قابلة للتجزؤ فيمسك منها جزءاً ما ويبيعه بقيمتها. ومنها: أن يضم البائع إلى السلعة سكيناً أو منديلاً أو حلقة حديد أو نحو ذلك فيملكه المشتري ويبيعه السلعة بما يتفان عليه من الثمن. ومنها: أن يهبها المشتري لولده أو زوجته أو من يثق به فيبيعه الموهوب له ما باعها فإذا قبض الثمن أعطاه للواهب، ومنها: أن يبيعه إياها نفسه من غير إحداث شيء ولا هبة لغيره لكن يضم إلى ثمنها خاتماً من حديد أو منديلاً أو سكيناً ونحو ذلك، .. ولا ريب أن العينة على وجهها أسهل من هذا التكلف وأقل مفسدة، وإن كان الشارع قد حرم مسألة العينة لمفسدة فيها فإن المفسدة لا تزول بهذه الحيلة، بل هي بحالها وانضم إليها مفسدة أخرى أعظم منها وهي مفسدة المكر والخداع واتخاذ أحكام الله هزواً وهي أعظم المفسدتين".^(١)

(هـ) كما إن ما دُكر: "من تحمل حملة الصكوك لمخاطر العين أثناء سريان مدة الصك؛ فلو هلكت العين أو تلفت خسروا رأس مالهم" غير دقيق في كثير من هياكل هذا النوع من أنواع الصكوك؛ إذ تنص نشرات إصدار كثير من هذه الصكوك على أن المصدر يلتزم -أو يتعهد، أو يعد وعداً ملزماً- بشراء أصول الصكوك بقيمتها الاسمية عند انتهاء مدة الصكوك (الإطفاء)، أو عند وقوع أي من الحالات الطارئة (بالحال التي تكون الأصول عليها)، ويذكرون في العادة منها هلاك العين أو تلفها ونحو ذلك؛ مما هو في حقيقته ضمان لرأس مال حملة الصكوك في حال انتهاء الصكوك أو إنهاؤها^(٢)

(١) إعلام الموقعين (٣/ ٢٨٨).

(٢) ومن أمثلتها: صكوك الإجارة الصادرة عن شركة نخيل الإماراتية في ديسمبر ٢٠٠٦م، حيث نصت على أن المصدر يتعهد بشراء الأصول المؤجرة بحالتها التي تكون عليها عند الشراء، وجميع الثمن (الذي تشمل عناصر تحديد مبلغه على مبلغ مساوٍ للقيمة الاسمية للصكوك) أياً كانت هذه الحالة، ودون أي ضمان من المؤجر لها أو للملأمة الأصول لغرض المقصود منها، أو لصلاحياتها للاستخدام أو غيره، وذلك إلى الحد الأقصى الذي يسمح به القانون. ينظر نشرة الإصدار الخاصة بهذا الإصدار، ص: (١٣، ٩٠، ١٢٤)، نقلاً عن: تعهد الأمين المصدر للصكوك بشراء أصولها، د/ أسيد الكيلاني ص: (١٣١).

(و) ثم إنه على فرض التسليم بكون حملة الصكوك (الدائن) يتحملون مخاطر العين المؤجرة، فإن ذلك لا يكفي لنفي الحيلة الربوية المحرمة عنها؛ إذ إن بعض صور الربا الصريح نفسه والحيل عليه تشتمل على مخاطر (مخاطر العين أو مخاطر الريح)، ولم ينف ذلك الربوية عنها، ومن أمثلة ذلك: لو باع شخص دراهم نقداً بدنانير مؤجلة، فهي ربا بالنص والإجماع مع كون هذه الصورة تشتمل على مخاطر تتعلق بتذبذب سعر الصرف في المستقبل؛ مما قد يجعله يخسر جزءاً ليس باليسير من رأس ماله.

كذلك: العينة الإيجارية (التي تتلخص في أن يؤجر شخص عيناً بأجرة مؤجلة، ثم يعيد استئجارها بأجرة حالة أقل منها) التي نص الفقهاء على حرمتها^(١) رغم أن الدائن يتحمل مخاطر العين مدة عقد الإجارة، كما إن الأجرة المؤجلة غير مضمونة لكون ملكه لها غير مستقر؛ فلو هلكت العين انفسخ العقد ولم يستحق ما يوازي المدة الباقية من الأجرة، ومع ذلك فقد نص أهل العلم على كونها عينة محرمة.^(٢)

الدليل الثاني:

اشترط جمع من أهل العلم ممن قال بجواز إجارة العين المستأجرة لمالكها، ألا يكون ذلك حيلة على الربا.

ومن ذلك قول الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير: "وجاز استئجار المالك المؤجر لداره أو دابته مثلاً منه - أي من المستأجر - إلا لتهمة سلف جر منفعة كإيجاره بعشرة لأجل واستئجارها بثمانية نقداً".^(٣)

ويقول البهوتي في كشف القناع: "وتصح إجارة العين المؤجرة لغير مؤجرها، وتصح لمؤجرها بمثل الأجرة وبزيادة على الأجرة التي استأجر بها.... ولو لم يقبض المستأجر المأجور سواء أجره لمؤجره أو غيره..... مالم تكن إجارته لمؤجره بزيادة حيلة كعينة، بأن أجرها بأجرة حالة نقداً، ثم أجرها بأكثر منه مؤجلاً؛ فلا يصح لما سبق في مسألة العينة".^(٤)

ويقول المرادوي في الإنصاف: "الذي ينبغي، أن تقيّد هذه المسألة فيما إذا أجرها لمؤجرها بما إذا لم يكن حيلة؛ فإن كان حيلة لم يجز قولاً واحداً، ولعله مراد الأصحاب، وهي شبيهة بمسألة العينة وعكسها".^(٥)

وبذلك يتبين أن المنع من الحيلة على الربا ممنوع سواء أكان في صورة بيع أم إجارة، وهو ما ينطبق على "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتملك لمن اشترت منه".

(١) سيسرد الباحث شيئاً من نقول أهل العلم في تصويرها وحكمها في الدليل الثاني من أدلة المحرمين.

(٢) ينظر: منتجات صكوك الإجارة، د/ سامي السويلم ص: (٧).

(٣) (٩/٤ - ١٠).

(٤) (٢٤٥/٣).

(٥) (٣٤٠ / ١٤).

الدليل الثالث:

إن المتأمل في بعض صور "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتملك لمن اشترت منه"^(١) في صورتها العقدية المركبة المتكاملة يظهر له أنها صورة من صور معاملة نص جماهير أهل العلم - متقدمو الحنفية،^(٢) وبعض الشافعية،^(٣) والمالكية على المذهب عندهم،^(٤) والحنابلة^(٥) - على تحريمها وإبطالها، والتشنيع على مرتكبيها، وهي ما يسميها الحنفية: ببيع الوفاء، والمالكية: بيع الثياب، والشافعية: بيع العهدة، والحنابلة: بيع الأمانة، وتسمى بأسماء أخرى كبيع الرجاء... وغيره.^(٦)

ومحصلة ما قاله أهل العلم في المراد بها: أن يتواطأ طرفان على أن يقرض أحدهما الآخر مبلغاً من المال، على أن يدفع المقرض عيناً - كعقار - إلى المقرض ينتفع بها أو بعلتها حتى يرد المقرض ما اقترضه.

هذا وإن هذه الصيغة من صيغ الصكوك ينطبق عليها هذا الوصف وزيادة؛ وذلك لأن مصدر الصكوك - في حقيقة الأمر وواقعه - قد اقترض من حملة الصكوك مبلغ الإصدار، ودفع إليهم عيناً (أو أعياناً) ينتفعون بعلتها (وهو أقساط الإجارة التي يدفعها لهم، باعتبارها مستأجراً)، حتى وفائه بما التزم به من سداد القرض بعد انتهاء مدة الإصدار.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - : "إذا كان المقصود أن يأخذ أحدهما من الآخر دراهم، وينتفع المعطي بعقار الآخر مدة مقام الدراهم في ذمته، فإذا أعاد الدراهم إليه أعاد إليه العقار، فهذا حرام بلا ريب وهذا دراهم بدراهم مثلها ومنفعة الدار وهو الربا البيّن...، وما يظهره من بيع الأمانة الذي يتفقون فيه على أنه إذا جاءه بالثمن أعاد إليه المبيع؛ هو باطل باتفاق الأئمة سواء شرطه في العقد أو تواطأ عليه قبل العقد على أصح قولي العلماء، والواجب في مثل هذا أن يُعاد العقار إلى ربه والمال إلى ربه ويعزز كل من الشخصين إن كانا علماً بالتحريم والقرض الذي يجز منفعته...، وأما صورة: وهو أن يتواطأ على أن يبتاع منه العقار بثمن ثم يؤجره إياه إلى مدة، وإذا جاءه بالثمن أعاد إليه العقار؛ فهذا المقصود أن المعطي شيئاً أدى الأجرة مدة بقاء المال في ذمته، ولا فرق بين أخذ المنفعة وبين عوض المنفعة الجميع حرام."^(٧)

(١) والتي يتم تصميمها بحيث يتم سداد أصل قيمة الصكوك بأكمله عند إطفاء الصكوك (أي في القسط الأخير، أو ثمن إعادة شراء الأصل)، وسداد الأرباح فقط في أقساط دورية طوال مدة عقد الإجارة (مدة الصكوك).

مثالها: أن يبيع المصدر من حملة الصكوك أصلاً يملكه بمائة مليون ريال حالة، ثم يستأجره منهم بمليون ريال في السنة لمدة عشر سنوات (مدة الإصدار)، مع التزام المصدر (أو تعهده، أو وعده وعداً ملزماً) بإعادة شراء هذه العين بقيمتها الاسمية (المائة مليون) عند الإطفاء، أو عند إنهاء الإصدار لتلف العين أو هلاكها أو غير ذلك.

(٢) ينظر: تبين الحقائق، الزيلعي (٥/ ١٨٣ - ١٨٤).

(٣) ينظر: الفتاوى الفقهية الكبرى، ابن حجر الهيتمي (٢/ ١٥٧).

(٤) ينظر: مواهب الجليل، الحطاب (٦/ ٢٤٢).

(٥) ينظر: كشاف القناع، البهوتي (٢/ ٤٦٢).

(٦) ينظر: في فقه المعاملات المالية والمصرفية، د/ نزيه حماد ص: (٣٣٨ - ٣٣٩).

(٧) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٣٣ - ٣٣٥).

ويقول الإمام الشوكاني - رحمه الله - : "بيع الرجاء يقع على صورٍ، منها ما يُقطع ببطلانه، وهو ما كان المقصود منه التوصل إلى الزيادة على المقدار الذي وقع فيه القرض، وذلك نحو أن يريد الرجل أن يستقرض مائة درهم إلى أجل ولكن المقرض لا يرضى إلا بزيادة، فيريد الخلوص من إثم الزيادة في القرض فيبيع منه أرضاً بتلك الدراهم، ويجعل له الغلة ينتفع بها عوضاً عن المائة التي أقرضها، وليس المراد البيع والشراء الذي أذن الله فيه، بل ليس المراد إلا ذلك القرض ...، فإذا كان المقصود بالبيع هو ما قدمنا فلا صحة له؛ لأنه لم يقع التراضي بين المتبايعين الذي شرطه الله بعد الانسلاخ، وإنما أراد حيلة يحلان بها ما حرم الله، فيضرب بها في وجوههما، ويحكم ببطلان البيع، ويرد الغلات المقبوضة، ورد الثمن بصفته بلا زيادة ولا نقصان".^(١)

مناقشة:

لا نسلم أن "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتملك لمن اشترت منه" تنطبق عليها صورة بيع الوفاء، حيث إن بيع الوفاء يعطي المالك (المقترض) الحق في استرداد العين إذا أعاد سداد قيمة الشراء الأولى (مبلغ القرض)، وهو ما ينتفي عن "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتملك لمن اشترت منه"؛ لأن استرداد المصدر فيها للأصول يتم من خلال عقد بيع يتم بالتراضي؛ والمصدر إنما وعد وعداً ملزماً بإعادة شراء الأصول، وهذا الوعد قد ينكل به الواعد، وقد لا يستخدمه الموعد، فكل هذه الأمور واردة وقائمة سواء طبقت أو لم تطبق؛ وبذلك يتبين الفرق بين كون شراء الأصول يتم من خلال مجرد وعد ملزم، أم من خلال حق لازم للمقترض باسترداد العين إذا سدد القرض.^(٢)

إجابة عن المناقشة:

يجاب عن المناقشة أعلاه بأوجهٍ، من أبرزها:

أولاً: العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، فسواء أتم استرداد الأصول بقيمتها الاسمية من خلال عقد، أم التزام، أم تعهد، أم وعد ملزم فالحقيقة والنتيجة في ذلك واحدة.

وإن مما يؤكد ذلك أن التنظير للقول بالإلزام بالوعد بعيدٌ - في كثير من الأحيان - عن واقعه التطبيقي في المنتجات البنكية المعاصرة؛ حيث إن كثيراً ممن يرى الإلزام بالوعد قضاءً يقول: إن "أثر الإلزام بالوعد...: إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر".^(٣) ولكنك تجد الواقع العملي لما يسمى (وعداً ملزماً) في تطبيقات الصكوك بعيداً عن هذا التنظير، إذ تجد صياغة ذلك في العقود

(١) عقود الزبرجد ص: (٢٢٥ - ٢٢٦)، نقلاً عن إجارة العين لمن باعها أ. د. / نزيه حماد ص: (١٢).

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢ / ٢٩١).

(٣) من نص القرار ٤٠ - ٤١ (٥/٢، و٥/٣) الصادر عن الدورة الخامسة لمجمع الفقه الإسلامي التي عُقدت في الكويت عام ١٤٠٩هـ.

تكون في جُمَلٍ جازمة حاسمة لا تدع مجالاً لاحتمال (مثل: يتعهد المصدر تعهداً جازماً غير مشروط وغير قابل للنقض بشراء أصول الصكوك ..).

ثانياً: على فرض التسليم بوجود الفرق - المذكور في المناقشة - بين بيع الوفاء وبين هذا النوع من الصكوك، فيقال: بأن بيع الوفاء أقل حرمة وأبعد عن صريح الربا من هذه الصيغة من صيغ الصكوك من أوجه، منها: أن بيع الوفاء يتضمن الخيار بين إعادة السداد واسترداد العين تبعاً لذلك وبين عدم السداد واسترداد العين، بخلاف هذه الصيغة من الصكوك التي تتضمن وعداً ملزماً للمصدر بشراء أصول الصكوك عند الإطفاء؛ وعليه فيكون مديناً (محاسبياً) في الثانية ولا يكون كذلك في الأولى (صورة بيع الوفاء)،^(١) كما إن المستأجر في بيع الوفاء يكون طرفاً أجنبياً، بينما في هذه الصيغة من الصكوك يجتمع للمصدر كونه بائعاً للأصول ومستأجراً لها.

الدليل الرابع: لا خلاف بين العلماء في كون يد المستأجر على العين المؤجرة يد أمانة؛ وضمان العين المستأجرة على مالها - المؤجر - ما لم يتعد المستأجر أو يفرض.^(٢) وعليه فإذا كان تضمين الأجير ممنوعاً لكونه أميناً، فكذلك يجب منع تعهده بشراء العين المؤجرة التي تحت يده بثمن محدد المقدار ابتداءً (كالتعهد بشراء الأصول بالقيمة الاسمية)، لما يؤدي إليه هذا التّعهد من ضمان لما هو مؤتمن عليه.^(٣)

مناقشة:

مع التسليم بمنع تضمين المستأجر للعين المؤجرة إلا أن التعهد بالشراء بالقيمة الاسمية ليس ضماناً، بل ولا يصح قياسه على اشتراط تضمين المستأجر لما بينهما من فروق كثيرة، من أهمها: أن الضمان يلزم بضمان أصول الصكوك في حال الهلاك (الكلي) أو التلّف (الهلاك الجزئي) أو الخسارة (نقص القيمة التجارية)، وليس كذلك التّعهد بالشراء بالقيمة الاسمية. ففي حال الهلاك الكلي يتعذر تنفيذ التعهد بالشراء لانعدام محله، أما الضمان فيكون للهالك. وفي حال التلّف الجزئي فإن التعهد بالشراء يقتصر تنفيذه على ما لم يتلف من الأصول، حيث يُشترى بحصته من الثمن، أما الضمان فيكون للتلّف، وفي حال الخسارة مع بقاء الأصول على حالها فإن التعهد بالشراء يلزم المصدر بشراء الأصول بالثمن المحدد لا بجبر نقص القيمة كما في الضمان.^(٤)

(١) ينظر: منتجات صكوك الإجارة، د/ سامي السويلم ص: (١٢).

(٢) وقد نقل الاتفاق على ذلك جمع من أهل العلم. ومنهم: الكاساني في بدائع الصنائع إذ يقول: "لا خلاف في أن المستأجر أمانة في يد المستأجر" (٢١٠/٤)، وابن قدامة في المغني ناقلاً ذلك عن الإمام أحمد إذ يقول: "قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يُسأل عن الذين يكرّون المظل أو الخيمة إلى مكة فيذهب من المكتري بسرقة أو بذهاب هل يضمن؟ قال: أرجو ألا يضمن، وكيف يضمن إذا ذهب!! لا يضمن، ولا نعلم في هذا خلافاً؛ وذلك لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة" (١١٣/٨ - ١١٤)، والسرخسي في المبسوط (١٦٢/١٥).

(٣) ينظر: تعهد الأمين المصدر للصكوك بشراء أصولها، والموقف الفقهي منه، د/ أسيد الكيلاني ص: (١٠٩ - ١١٥).

(٤) ينظر: (دراسة حول موضوع بعض جوانب الصكوك المعاصرة)، بحث للدكتور: حسين حامد حسان، منشور في موقعه الرسمي على شبكة الإنترنت: www.hussein-hamed.com

الإجابة عن المناقشة:^(١)

أجيب عن المناقشة المبينة أعلاه من أوجه عدة، أبرزها الآتي:

أولاً: إن المتأمل في الواقع العملي للصكوك اليوم يتبين له أن الفارق المذكور في المناقشة أعلاه من حيث عدم شمول التعهد بالشراء للهلاك الكلي إنما يصح نظرياً، وأما الواقع العملي للتعهد بالشراء المطبق في كثير من هياكل الصكوك اليوم فإنه ينفي هذا الفارق؛ فتعهد المصدر بشراء الأعيان المؤجرة (التي باعها من حملة الصكوك) بقيمتها الاسمية مهما كان حالها عند الشراء منصوص بعض نشرات إصدار الصكوك.^(٢)

ثانياً: على التسليم بأن التعهد بشراء الأصول المؤجرة (أصول الصكوك) لا يسري في حال هلاك الأصول هلاكاً كلياً لا يبقى لها معه أثر مادي - ولو شيئاً من حطام يصح أن يكون محلاً للشراء - ، ومع كون هذا الفرض نادر الوقوع (والنادر لا حكم له) فإن شروط تنفيذ التعهد بالشراء - وفق الواقع التطبيقي للصكوك اليوم - ، يقي من الوصول إلى هذه الحال، حيث إن مجرد وقوع أي تغييرات في الظروف الاقتصادية أو النقص في أصول الصكوك يعد من الحالات التي يتعهد المصدر بشراء أصول الصكوك عند وقوعها، ويحق لحملة الصكوك بمجرد وقوع بدايات أو بوادر لذلك أن يطلبوا من المصدر تنفيذ تعهده بشراء أصول الصكوك، قبل أن يستفحل الأمر ويزداد النقص والضرر اللاحق بأصول الصكوك، ويصل بها إلى الهلاك التام الذي يمحقها دون أثر.

ثالثاً: ثم إنه إن سلم بكون التعهد بالشراء يستثني حال الهلاك الكلي، فإن من المتقرر أن التعهد بالشراء يعد أداة لجبر الخسارة وتعويض النقص في قيمة أصول الصكوك في حال انخفاض قيمتها عن القيمة الاسمية مع بقائها في حالتها المادية الكاملة دون تلف أو هلاك، وهو بذلك يكون نوعاً من الضمان الجزئي الصريح الذي لا يجوز تحميله على المستأجر أو اشتراطه عليه.

الراجع:

بناء على ما سبق من عرض القولين وأدلتهم، وما ورد عليهما من المناقشة فإن الذي يظهر للباحث رجحانه -والله أعلم بالصواب- القول بعدم جواز التزام المصدر أو تعهده أو وعده وعداً ملزماً بإعادة شراء أصول الصكوك التي باعها من حملة الصكوك بثمن نقدي إذا كان هذا الالتزام (أو الوعد الملزم) بثمن محدد ابتداءً (ومنه القيمة الاسمية)، سواء أكان تنفيذ الالتزام محددًا بتاريخ معين (كتاريخ إطفاء الصكوك أو انتهائها)، أم

^(١) الإجابات عن المناقشة المدرجة أدناه مستفادة بتصرف من: تعهد الأمين المصدر للصكوك بشراء أصولها، د/ أسيد الكيلاني ص: (١١٥ - ١٢٠).

^(٢) سبقت الإشارة إلى أن من أمثلتها: صكوك الإجارة الصادرة عن شركة نخيل الإماراتية في ديسمبر ٢٠٠٦م، والتي نصت على أن المصدر يتعهد بشراء الأصول المؤجرة بحالتها التي تكون عليها عند الشراء، وبجميع الثمن المتفق عليه أياً كانت هذه الحالة، نقلاً عن: المرجع السابق ص: (١٣١).

بحال تعثر المصدر، أم بحال انخفاض القيمة السوقية للأصول أو الأعيان؛ وعليه فإجارة العين لمن باعها إجارة منتهية بالتمليك لا تجوز، والتي من أبرز صورها:

- أن يبيع المصدر أصلاً من حملة الصكوك بـثمنٍ نقدي، ثم يستأجر الأصل منهم بأجرة مقسطة، ثم يتعهد (أو يلتزم أو يعد وعداً ملزماً) بإعادة شراء الأصل (الذي باعه منهم) بقيمته الاسمية (بمثل ما اشتروه به) عند إطفاء الصكوك أو انتهائها أو غيرها من الحالات الطارئة.
- أن يبيع المصدر أصلاً من حملة الصكوك بـثمنٍ نقدي، ثم يستأجر الأصل منهم تأجيراً منتهياً بالتمليك بأجرة مقسطة موزعة على مدة الإصدار مجموع أقساطها يزيد عن الثمن النقدي الذي دفعه حملة الصكوك.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، أحمدده سبحانه وتعالى حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه على ما امتن به عليّ وتفضل من إتمام هذا البحث، فما كان فيه من صواب فمنه سبحانه وحده لا شريك له، وما كان فيه من خطأ فمن نفسي والشيطان. وأستغفر الله وأتوب إليه.

هذا وقد توصل الباحث إلى جملة من النتائج، أبرزها ما يأتي:

(٩) مشروعية عقد إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة، وشروطه:

اتفقت المذاهب - في الجملة - من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على مشروعية عقد إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة، وعلى كونه عقداً صحيحاً لازماً أبرز الفروق بينه وبين إجارة منافع الأعيان المعينة كون المنفعة محل التعاقد ديناً ثابتاً في ذمة المؤجر، لا يفسخ العقد بهلاك العين محل الانتفاع، وإنما يلزم المؤجر أن يقدم للمستأجر عيناً أخرى مطابقة للوصف مكانها.

كما نص الجمهور - من المالكية والشافعية والحنابلة - على أن إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة سلم في المنافع؛ وعليه فجوازها منوط بتوفر شروط السلم فيها، ومن أهم هذه الشروط:

(ب) أن تكون العين المؤجرة مما ينضبط بالوصف.

(ج) وصف العين المؤجرة وصفاً مجلياً يدفع عنها الجهالة والغرر.

(د) تحديد موعد استيفاء العين المؤجرة.

(هـ) أما وجوب تعجيل تسليم الأجرة في مجلس العقد فسيأتي تفصيل حكمه في الفقرة الآتية.

(١) حكم قبض الأجرة في مجلس العقد في عقد إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة

إذا أبرم عقد إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة بلفظ السلم فيجب قبض الأجرة في مجلس العقد، وأما إن أبرم بلفظ الإجارة فلا يجب قبضها في مجلس العقد إلا إنه يحرم أن تكون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر. فإذا تعينت العين محل الانتفاع ومُكن المستأجر من الانتفاع بها (حتى ولو لم يقبضها المستأجر) فيجوز في هذه الحال أن تكون الأجرة ديناً مؤجلاً في الذمة، وذلك لأمر عدة، أبرزها الآتي:

- كون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر مع كون المعقود عليه منفعة عين موصوفة مؤجلة في ذمة المؤجر؛ صورة من صورة الكاليء بالكاليء الذي

حكى جمع من أهل العلم الإجماع على تحريمه (من صور ابتداء الدين بالدين، أو الواجب بالواجب)؛ فوجب كون الأجرة حالة لنفي هذه العلة.

• نص جمع من الفقهاء على الترخيص بتأجيل تسليم الأجرة إن تعينت العين محل الانتفاع، ومُكِّن المستأجر من الانتفاع بها؛ لأنه ينفي عن التعاقد صورة الكاليء بالكاليء.

(٢) تعريف صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة: (هي أوراق مالية محددة المدّة، تمثل حصصاً شائعة في ملكية منافع أعيان موصوفة في الذمة، تخوّل مالكيها منافع، وتحمله مسؤوليات بمقدار ملكيته). كأن تقوم جهة بطرح صكوك تمثل ملكية الانتفاع بأعيان موصوفة في الذمة، وتبين في هذه الصكوك تفاصيل هذه المنفعة، والعين محل الانتفاع وصفاً دقيقاً، ومدة الانتفاع -بدايةً ونهايةً- ، وشروط هذا الانتفاع.

(٣) حكم إصدار صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة:

يجوز إصدار صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة إذا استوفيت شروط صحة عقد إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة التي سبق بيانها في الفقرتين: (١)، (٢) أعلاه.

(١) حكم تداول صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة:

• لا يجوز تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة قبل تعيّن العين محل الانتفاع وتمكين المستأجر من الانتفاع بها، إلا وفق ضوابط بيع المسلم فيه قبل قبضه من غير المسلم إليه.

• إذا تعيّنت العين محل الانتفاع، ومُكِّن المستأجر من الانتفاع بها فيجوز تداول الصكوك في هذه الحال، حتى لو لم يقبض المستأجر العين.

(٢) حكم إصدار "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتمليك لمن اشترى منه تلك الأعيان" وتداولها:

• لا يجوز التزام المصدر أو تعهده أو وعده وعداً ملزماً بإعادة شراء أصول الصكوك - التي باعها من حملة الصكوك بثمن نقدي ثم استأجرها منهم - إذا كان هذا الالتزام (أو الوعد الملزم) بثمن محدد ابتداءً (ومنه القيمة الاسمية)، سواء أكان تنفيذ الالتزام محددًا بتاريخ معين (كتاريخ إطفاء الصكوك أو انتهائها)، أم بحال تعثر المصدر، أم بحال انخفاض القيمة السوقية للأصول أو الأعيان؛ وعليه فإجارة العين لمن باعها إجارة منتهية بالتمليك لا تجوز؛

لكونها حيلةً ظاهرةً على الربا، بعض صورها شبيهة بعكس العينة وأخرى ببيع الوفاء المحرّم. ومن أبرز صورها:

- أن يبيع المصدر أصلاً من حملة الصكوك بثمانٍ نقدي، ثم يستأجر الأصل منهم بأجرة مقسطة، ثم يتعهد (أو يلتزم أو يعد وعداً ملزماً) بإعادة شراء الأصل (الذي باعه منهم) بقيمته الاسمية (بمثل ما اشتروه به) عند إطفاء الصكوك أو انتهائها أو غيرها من الحالات الطارئة.
- أن يبيع المصدر أصلاً من حملة الصكوك بثمانٍ نقدي، ثم يستأجر الأصل منهم تأجيراً منتهياً بالتملك بأجرة مقسطة موزعة على مدة الإصدار مجموع أقساطها يزيد عن الثمن النقدي الذي دفعه حملة الصكوك.

قائمة المراجع والمصادر

- (١) **إجارة العين لمن باعها**، د/ نزيه حماد، ورقة مقدمة للملتقى الفقهي الرابع نظمه مصرف الراجحي في الرياض خلال الفترة ٢٣- ٢٤/١٠/١٤٢٤هـ.
- (٢) **الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية**، علاء الدين البعلي، تحقيق: أحمد الخليل، دار العاصمة - الرياض .
- (٣) **إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى**، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق: حسين الحربي، رسالة ماجستير (غير مطبوعة)، جامعة أم القرى ١٤١٩- ١٤٢٠هـ.
- (٤) **الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار**، الإمام بن عبد البر، تحقيق: عبد المعطي قلعجي، دار قتيبة - بيروت - ، ط: الأولى ١٤١٤هـ.
- (٥) **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، الإمام زكريا بن محمد الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي.
- (٦) **اشتراط الإجارة في عقد البيع وأهم تطبيقاتها المعاصرة**، د/ عبدالله العمار، ورقة مقدمة للملتقى الفقهي الرابع الذي نظمه مصرف الراجحي في الرياض خلال الفترة ٢٣- ٢٤/١٠/١٤٢٤هـ.
- (٧) **الإشراف على مذاهب العلماء**، أبوبكر محمد بن المنذر النيسابوري، تحقيق: د/ أبو حماد صغير أحمد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية - رأس الخيمة، ط: الأولى ١٤٢٥هـ.
- (٨) **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، الإمام بن قيم الجوزية، تحقيق: مشهور بن حسن سلمان، دار ابن الجوزي - الدمام - ، ط: الأولى ١٤٢٣هـ.
- (٩) **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** (مطبوع على هامش المقنع)، علاء الدين أبو الحسن المرادوي، تحقيق: د/ عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت - ، ط: الأولى ١٤٢٤هـ.
- (١٠) **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبدالله مالك**، أحمد بن يحيى الونشريسي، تحقيق: الصادق الغرياني، دار ابن حزم - بيروت - ، ط: الأولى ١٤٢٧هـ.
- (١١) **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، الإمام بن نجيم الحنفي، دار الكتاب الإسلامي، ط: الثانية.

- (١٢) **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، أبو الوليد محمد بن رشد، تحقيق: د/ عبدالله العبادي، دار السلام - القاهرة - ، ط: الأولى ١٤١٦هـ.
- (١٣) **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الإمام الكاساني، دار الكتاب العربي - بيروت، ط: الثانية ١٣٩٤هـ
- (١٤) **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، الإمام أبو الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني، اعتنى به: قاسم النوري، دار المنهاج - بيروت - ، ط: الأولى ١٤٢١هـ.
- (١٥) **البيان والتحصيل**، أبو الوليد بن رشد القرطبي، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي - بيروت - ، ط: الثانية ١٤٠٨هـ.
- (١٦) **البيع على الصفة للعين الغائبة وما يثبت في الذمة**، د/ العياشي فداد، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية - جدة - ، ط: الأولى ١٤٢١هـ.
- (١٧) **التاج والإكليل في شرح مختصر خليل**، (مطبوع على حاشية مواهب الجليل) محمد العبدري الشهير بالمواق، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب - الرياض - .
- (١٨) **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، فخر الدين الزيلعي الحنفي، دار الكتاب الإسلامي مصورة عن ط: المطبعة الكبرى الأميرية - القاهرة - ١٣١٣هـ.
- (١٩) **تحفة الفقهاء**، الإمام السمرقندي، دار الكتب العلمية - بيروت - ، ط: الأولى، ١٤٠٥هـ.
- (٢٠) **تحفة المحتاج بشرح المنهاج**، بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى - مصر - .
- (٢١) **تصحيح الفروع**، (مطبوع بهامش الفروع)، الإمام المرداوي، تحقيق: د/ عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت - ، ط: الأولى ١٤٢٤هـ.
- (٢٢) **التطبيقات العملية للإجارة الموصوفة في الذمة**، د/ عبدالستار أبوغدة، بحوث ندوة البركة ٣٠ للاقتصاد الإسلامي، مجموعة البركة المصرفية - جدة - ١٤٣٠هـ.
- (٢٣) **تعقيب على بحث إجارة العين لمن باعها**، أ.د/ الصديق الضيرير، ورقة مقدمة للملتقى الفقهي الرابع الذي نظمه مصرف الراجحي في الرياض خلال الفترة ٢٣ - ٢٤ / ١٠ / ١٤٢٤هـ.

- (٢٤) **تعقيب على بحث إجارة العين لمن باعها**، د/ عبدالستار أبو غدة، ورقة مقدمة للملتقى الفقهي الرابع الذي نظمه مصرف الراجحي في الرياض خلال الفترة ٢٣- ٢٤/١٠/١٤٢٤هـ.
- (٢٥) **تعقيب على بحث اشتراط الإجارة في عقد البيع**، أ.د/ حسين حامد حسان، ورقة مقدمة للملتقى الفقهي الرابع الذي نظمه مصرف الراجحي في الرياض خلال الفترة ٢٣- ٢٤/١٠/١٤٢٤هـ.
- (٢٦) **تعهد الأمين المصدر للصكوك بشراء أصولها والموقف الفقهي منه**، د/ أسيد الكيلاني، ضمن أبحاث ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الرابعة، التي نظمتها البنك الأهلي التجاري في جدة خلال ١٨- ١٩/١/١٤٣٣هـ.
- (٢٧) **تقرير القواعد وتحرير الفوائد**، الإمام بن رجب، تحقيق: مشهور سلمان، دار ابن عفان - الدمام - .
- (٢٨) **التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح**، الإمام الشويكي، تحقيق: د/ ناصر اليمان، المكتبة المكية.
- (٢٩) **حاشية ابن القيم على سنن أبي داود** (مطبوع على حاشية عون المعبود) تحقيق: عبدالرحمن عثمان، المكتبة السلفية - المدينة المنورة - ، ط: الثانية ١٣٨٨هـ.
- (٣٠) **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار إحياء الكتب العربية "عيسى البابي الحلبي وشركاه".
- (٣١) **حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على منهاج الطالبين**، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط: الثالثة ١٣٧٥هـ.
- (٣٢) **دراسات في أصول المداينات**، د/ نزيه حماد، دار الفاروق - الطائف - ط: الأولى ١٤١١هـ.
- (٣٣) **دراسة حول موضوع بعض جوانب الصكوك المعاصرة**، أ.د/ حسين حامد حسان، منشور في موقعه الرسمي على شبكة الإنترنت: www.husseinhamed.com
- (٣٤) **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، الإمام ابن عابدين، تحقيق: عادل عبدالموجود وعلي معوض، دار عالم الكتب - الرياض - ١٤٢٣هـ.
- (٣٥) **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، يحيى بن شرف الدين النووي، تحقيق: عادل أحمد عبدالموجود وعلي معوض، دار عالم الكتب - الرياض - ١٤٢٣هـ.

- (٣٦) **سندات الإجارة والأعيان المؤجرة**، د/ منذر قحف، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية، ط: الأولى ١٤١٥هـ.
- (٣٧) **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، الشيخ محمد العثيمين، دار ابن الجوزي - الدمام- ، ط: الأولى ١٤٢٨هـ.
- (٣٨) **شرح مختصر خليل**، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، دار الفكر للطباعة - بيروت- .
- (٣٩) **شرح منتهى الإرادات "دقائق أولي النهى لشرح المنتهى"**، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق: د/ عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت- ، ط: الأولى ١٤٢١هـ.
- (٤٠) **صكوك الإجارة**: دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، حامد ميرة، دار الميمان - الرياض- ، ط: الأولى ١٤٢٩هـ.
- (٤١) **صكوك الاستثمار**، أ.د/ حسين حامد حسان، بحث مقدم لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية.
- (٤٢) **عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية**، دراسة تأصيلية تطبيقية، د/ حامد بن حسن ميرة، دار الميمان - الرياض- ، ط: الأولى ١٤٣٢هـ.
- (٤٣) **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية**، زكريا الأنصاري، بهامشه حاشيتا العبادي والشرييني، المطبعة الميمنية.
- (٤٤) **الفتاوى الفقهية الكبرى**، الإمام شهاب الدين بن حجر الهيتمي، دار الفكر - بيروت- .
- (٤٥) **الفتاوى الهندية**، الشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند، تصحيح: عبداللطيف حسن عبدالرحمن، دار الكتب العلمية - بيروت- ، ط: الأولى ١٤٢١هـ.
- (٤٦) **الفروع**، الإمام بن مفلح، تحقيق: د/ عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت- ، ط: الأولى ١٤٢٤هـ.
- (٤٧) **الفروق**، الإمام القرافي، تحقيق: عمر القيام، مؤسسة الرسالة - بيروت- ، ط: الأولى ١٤٢٤هـ.
- (٤٨) **في فقه المعاملات المالية والمصرفية**، د/ نزيه حماد، دار القلم - دمشق- ط: الأولى ١٤٢٨هـ.

- (٤٩) **القبس في شرح موطأ مالك ابن أنس**، أبوبكر بن العربي، تحقيق: د/ محمد ولد كريم، دار الغرب الإسلامي - بيروت - ، ط: الأولى ١٩٩٢م.
- (٥٠) **قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي**، د/ سامي السويلم، دار كنوز إشبيليا - الرياض، ط: الأولى ١٤٣٠هـ.
- (٥١) **الكافي**، الإمام بن قدامة، تحقيق: د/ عبدالله التركي، دار هجر - مصر، ط: الأولى ١٤١٧هـ.
- (٥٢) **كشاف القناع عن متن الإقناع**، الشيخ منصور بن يونس البهوتي، تحقيق: محمد أمين الضناوي، دار عالم الكتب - بيروت - ، ط: الأولى ١٤١٧هـ.
- (٥٣) **المبسوط**، شمس الدين محمد السرخسي، دار المعرفة - بيروت - .
- (٥٤) **مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي** ، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي - جدة - .
- (٥٥) **المجموع شرح المذهب**، الإمام النووي، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد - جدة - .
- (٥٦) **مجموع فتاوى ورسائل شيخ الإسلام ابن تيمية**، جمع: عبدالرحمن بن قاسم العاصمي.
- (٥٧) **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، أبو المعالي برهان الدين محمود بن مازة البخاري الحنفي، تحقيق: عبدالكريم الجندي، دار الكتب العلمية - بيروت - ، ط: الأولى ١٤٢٤هـ.
- (٥٨) **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة**، مصطفى الزرقا، دار القلم - دمشق - ، ط: الأولى ١٤٢٠هـ.
- (٥٩) **المستوعب**، الإمام نصير الدين السامري، تحقيق: أ.د/ عبدالملك بن دهيش، ط: الثانية ١٤٢٤هـ.
- (٦٠) **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، الإمام الرحيباني، المكتب الإسلامي ببيروت، ط: الثانية ١٤١٥هـ.
- (٦١) **المعايير الشرعية ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م**، المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية - البحرين - .
- (٦٢) **المغني**، الإمام بن قدامة المقدسي، تحقيق: د/ عبدالله التركي و د/ عبدالفتاح الحلو، دار عالم الكتب - الرياض - ، ط: الثالثة ١٤١٧هـ.

- (٦٣) **منتجات صكوك الإجارة**، د/ سامي السويلم، بحث مقدّم لندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقييم، التي نظّمها مجمع الفقه الإسلامي في جدة خلال الفترة ١٠ - ١١/٠٦/١٤٣١هـ.
- (٦٤) **المنتقى شرح موطأ مالك**، القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق: حمد عطا، دار الكتب العلمية - بيروت - ، ط: الأولى ١٤٢٠هـ.
- (٦٥) **المنثور في القواعد**، الإمام بدر الدين الزركشي، تحقيق: د/ تيسير فائق أحمد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت - ، ط: الأولى ١٤٠٢هـ.
- (٦٦) **منح الجليل شرح مختصر خليل**، الشيخ محمد عيش، دار الفكر - بيروت - ١٤٠٩هـ.
- (٦٧) **الموافقات**، الشاطبي، تحقيق: مشهور سلمان، دار ابن عفان - الخبر - ، ط: الأولى ١٤١٧هـ.
- (٦٨) **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، الحطّاب، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب - الرياض - .
- (٦٩) **نظرية العقد**، شيخ الإسلام ابن تيمية، دار المعرفة - بيروت - .
- (٧٠) **النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر** (مطبوع بهامش المحرر)، الإمام بن مفلح، دار الكتاب العربي - بيروت - .
- (٧١) **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، الرملي، دار الكتب العلمية - بيروت - ، ط: الثالثة ١٤٢٤هـ.
- (٧٢) **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، الإمام الشوكاني، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر - .
- (٧٣) **الوسيط في المذهب**، الإمام الغزالي، تحقيق: أحمد إبراهيم، دار السلام - القاهرة، ط: الأولى ١٤١٧هـ.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

قواعد الغلبة والتبعية في المعاملات المالية وتطبيقاتها في تداول الأسهم والوحدات والصكوك

إعداد

الدكتور سامي بن إبراهيم السويلم
نائب مدير المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب
البنك الإسلامي للتنمية بجدة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد.

فقد سبق في مناسبات متعددة مناقشة ضوابط تداول الأسهم من حيث مكوناتها وتضمنها للنقود والديون، وصدرت أبحاث وكتابات عديدة حول الموضوع. وهو من القضايا الشائكة التي تلتبس فيها المسائل وتتزاحم بشأنها القواعد الشرعية على نحو ليس باليسير، وصدقت أمانة الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي حين أشارت إلى أن هذه القضية: "من معضلات المسائل"^(١).

ولما طلبت أمانة مجمع الفقه الإسلامي الموقر إعداد بحث حول "حكم تداول الأسهم والصكوك وضوابطه الشرعية، مع بيان وقت تحقق ضابط التبعية وشروطه، ووقت تحقق ضابط الغلبة وشروطه"، لم يكن هناك مفر من العودة مرة أخرى لاقتحام هذه الغابة الشائكة والمضي في الطرق المتشابكة التي طالما سببت الحيرة والقلق في الماضي. لكن الله تعالى بفضل من هذه المرة باجتياز أهم العقبات للوصول إلى الهدف المنشود، في ظني على أقل تقدير، على نحو لم يكن متوقعا. وزاد الأمر عجباً حين استقرت كل أجزاء الأحجية تقريبا في مكانها الصحيح، الواحدة تلو الأخرى، بشكل يثير الدهشة. ومع الإيمان بعظمة الفقه الإسلامي لكن المرء يجد نفسه أمام قمة جديدة تتميز بما فيها من الروعة والتناسق والإبداع. هذا التناسق الفريد مما يمتنع على العقول البشرية، مهما بلغت من العلم والحدة والذكاء، أن تصل إليه لولا صدور أئمة الفقه الإسلامي عن شريعة سماوية كاملة، لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها.

فالفقه الإسلامي في الحقيقة بناء شامخ وإن تعددت جوانبه وتنوعت مداخله واختلفت مظاهره. لكن هذا البناء السامق لا يستطيع أن يبصره من وقف عند الفروع الجزئية والمسائل الفردية، ونظر إلى الخلاف الفقهي كما لو كان سلسلة مباريات لا بد أن تنتهي بخروج المغلوب أو الفوز بالنقاط. هذا التباين بين المنهجين ألمح إليه الإمام أحمد بن إدريس القرافي رحمه الله حين قال في مقدمة كتابه القيم "الفروق":

"ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت، وتزلزلت فيها خواطره واضطربت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تنتهي وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها. ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لأندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب، وأجاب الشاسع البعيد وتقارب... فبين المقامين شأواً بعيد وتفاوت شديد"^(٢).

(١) أمانة الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي "تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق المشتملة على نقود وديون"، ص ٦١.
(٢) الفروق، ج ١ ص ٣.

وأصدق ما يكون هذا المعنى في قضايا المعاملات المالية المعاصرة، فهي كثيرة ومتنوعة ولا تنتهي تطبيقاتها. فمن أراد أن يضبط أحكامها فلا بد له من أصول وقواعد كلية تجسد حكمة التشريع ومناسبته لأحكام هذه الجزئيات. وهذا لا يتم إلا بإعمال القواعد والأصول الشرعية على وجهها وتنزيلها منزلتها. ومن هنا تظهر قيمة علم الفروق الذي اعتنى به العلماء على مر العصور، إذ به تتبين منازل القواعد ومواقع الأصول ويزول ما قد يظهر بينها من تعارض، وبذلك تأتلف أحكام الشريعة وتتناسب، كما قال القرأ في رحمه الله. فليس الفقه ضرب أقوال الأئمة بعضها ببعض، ولا هو أخذ ببعض قواعد الشريعة دون البعض الآخر. بل الفقه، عين الفقه، هو منهج الراسخين في العلم الذين: ﴿ يَقُولُونَ آمَنَّا بِهِ كُلٌّ مِّنْ عِنْدِ رَبِّنَا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُوْلُوا الْأَنْبَابِ ﴾^(١).

وقد استعنت الله تعالى وحصرت البحث في فصول:

- (١) مقدمة حول القواعد الحاكمة لتبادل النقود والديون، تتضمن قواعد التبعية والغلبة
- (٢) تطبيق القواعد على أسهم الشركات.
- (٣) تطبيق القواعد على وحدات الصناديق.
- (٤) تطبيق القواعد على الصكوك.
- (٥) خاتمة.

وقد ركزت البحث على صلب المسائل وتجنبت إعادة ما طرحته الأبحاث السابقة، ولم أتوسع في التعاريف والنقول لوفرة المصادر التي عُنيت بها. أسأل الله تعالى العون والتوفيق والسداد لي ولكل مسلم، فهو سبحانه نعم المولى ونعم النصير^(٢).

^(١) آل عمران : ٧ .

^(٢) أشكر أخي د. خالد المزيني على الملاحظات التي تفضل بها على نسخة سابقة من البحث.

(١)

قواعد تداول النقد

مبادلة نقد بنقد، في وجود الأجل أو عدمه، وفي وجود سلعة أخرى وفي عدمها، يخضع لمجموعة من القواعد هي نصوص أحاديث نبوية، على قائلها أفضل الصلاة وأتم التسليم:

(١) حديث الأصناف الستة: "الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطى فيه سواء"، رواه مسلم، وهو حديث متواتر^(١).

(٢) حديث القلادة، وفيه أن فضالة بن عبيد رضي الله عنه قال: اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر ديناراً فيها ذهب وخرز، ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر ديناراً، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: "لا تباع حتى تفصل"، رواه مسلم.

(٣) حديث النهي عن سلف وبيع، رواه الخمسة.

(٤) حديث العبد له مال، قال ﷺ: "من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع"، متفق عليه.

الحديث الأول يبين شروط مبادلة النقد بالنقد. أما الثاني فيبين حكم مبادلة النقد بالنقد كلاهما حاضراً في وجود سلعة أو عين خلاف النقد. والحديث يبين أن مبادلة نقد بنقد وسلعة يقتضي تمييز النقد المضموم أو المصاحب للسلعة عن السلعة بحيث يتم استيفاء شرط "يداً بيداً مثلاً بمثل سواء بسواء" في النقد، ثم تباع السلعة بقيمتها. وهذا هو أصل قاعدة مدَّ عَجوة، كما سيأتي.

الحديث الثالث يتناول صورة مدَّ عَجوة فيما لو تأجل النقد من إحدى الجهتين بما يجعلها تدخل في سلف وبيع.

أما الحديث الرابع فيتناول بيع المملوك له مال مع عدم الفصل أو التمييز بينهما وفق حديث القلادة، على خلاف بين العلماء في ذلك.

وحديث الأصناف الستة هو الأصل، ثم إذا اجتمع نقد مع سلعة أو منفعة، فهناك حالات يشترط فيها التمييز بناء على حديث القلادة، وهناك حالات لا يشترط فيها التمييز، وفق حديث العبد ذي المال. والتفريق بين هذين النوعين من الحالات من مواطن الإشكال في هذه القضية. والأصل هو الجمع بين الأدلة وتنزيل كل منها على وجهها، ولا يلجأ للترجيح إلا عند امتناع الجمع.

(١) انظر شرح معاني الآثار ج ٤ ص ٦٥ و ٦٩، شرح الزرقاني ج ٣ ص ١١٢.

قاعدة مُدَّ عَجْوَة^(١)

ليس كل اجتماع لنقد مع سلعة يجعل أحدهما تابعاً للآخر. فمن باع حافظة نقد جلدية بها نقد فيجب أن يميز مقدار النقد الذي بها، بحيث يتحقق شرط التقابض والتساوي بين النقد في الحافظة والنقد في الثمن، ويتحدد ثمن المحفظة خالية من النقد بناء على ذلك. وكذلك لو وضع نقداً وبضاعة في كيس أو سلة لم يكن ذلك موجباً للاستثناء من أحكام الصرف الثابتة بحديث الأصناف الستة. بل لا يوجد الاستثناء إلا عند ثبوت التبعية بين الأشياء المجتمعة كما سيتضح لاحقاً. وما لم تثبت علاقة التبعية فالأصل هو العمل بحديث القلادة وقاعدة مُدَّ عَجْوَة.

وحديث القلادة لا يشترط الفصل لذات الفصل، والله أعلم، وإنما المقصود هو التمييز بين النقد وبين السلعة، ولذلك ورد في رواية أبي داود للحديث: "لا حتى يميز بينه وبينه". وإنما ذكر الفصل لأن الذهب يباع بالوزن، ولا يمكن أن يعرف الوزن حتى يفصل الذهب من بقية القلادة. أما إذا كان يباع بالعدد، أو في حالة النقود الورقية، فيكفي تمييز النقد ومعرفة مقداره بدقة، سواء فصل أو لم يفصل.

وحديث القلادة هو الأساس لقاعدة مُدَّ عَجْوَة، التي تقتضي أن مبادلة نقد بنقد وسلعة يوجب أن يكون النقد المفرد أكبر من النقد المضموم للسلعة، بحيث يكون النقد مقابل النقد يداً بيد سواء بسواء، ثم الزائد مقابل السلعة. كما لو اشترى شخص مثلاً كتاباً بثلاثين ريالاً، ودفع الثمن مائة، فتكون مبادلة بين مائة ريال وبين سلعة (الكتاب) معها سبعون ريالاً.

فالنقد المفرد (المائة) أكبر من النقد المضموم للسلعة (سبعين)، فتكون المبادلة جائزة على الأرجح، لأن المائة تتضمن سبعين، فتكون السبعين مقابل السبعين يداً بيد، والثلاثين مقابل الكتاب^(٢).

١٠٠ ريال = كتاب + ٧٠ ريال
مبادلة نقد مقابل سلعة ونقد

بخلاف ما لو كان النقد المفرد مساوياً أو أقل من النقد المضموم للسلعة، فهذه ممنوعة باتفاق الفقهاء، ومن الممتنع أن تكون مقبولة عند العقلاء إلا إذا كان النقد الزائد إما مؤجلاً فيدخله الربا كما سيأتي، أو احتمالياً كما في جوائز السحب، فيكون من الميسر.

^(١) انظر بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩٦ - ١٩٧، المغني ج ٦ ص ٩٢ وما بعدها، الموسوعة الفقهية، ج ١١ "تخارج"، و ج ٢٢ "ربا".
^(٢) إذا وجدت سلعة في الجهتين، يتم خصم قيمة إحدى السلعتين من النقد المقابل، ثم الكلام في الباقي كالقلم في وجود سلعة واحدة.

ومن هذا الباب ما ذكره الفقهاء من جواز بيع السيف المضرب بفضة أو الدار المموهة بالذهب، مقابل فضة (دراهم) أو ذهب (دنانير). فحقيقة الأمر أن هذه الإضافات تؤثر في ثمن السلعة (السيف أو الدار) وتكون معتبرة في تقييم المبيع، كما نبه على ذلك العلامة المازري رحمه الله^(١)، ولهذا ينبغي مراعاة قاعدة مدّ عجوة في مثل هذه الصور، إلا إذا دخل التأجيل فتطبق قاعدة الأغلبية.

قاعدة الأغلبية

قاعدة مدّ عَجْوَة تتناول مبادلة النقد من الجهتين حاضراً. فإذا دخل التأجيل من إحدى الجهتين كانت من باب سلف وبيع^(٢). وذلك أن النقد المؤجل مقابل ما يساويه من النقد الحاضر يكون سلفاً، بينما يكون الباقي من النقد مقابل السلعة بيعاً^(٣).

والقاعدة في هذا الباب، كما قال شيخ الإسلام، أنه إذا كان المقصود الأول هو السلف، والبيع منفعة مشروطة فوق السلف، حرم قطعاً. أما إذا كان المقصود أساساً هو البيع، وجاء السلف (بدون زيادة) لتسهيل حصول البيع، كما في مسألة "قرض الأكار"^(٤) وإقراض المدين (مجاناً) ليوفي دينه من بيع سابق، فالأقرب هو الجواز^(٥)، لأن السلف هنا جاء ضمناً ووسيلة لإتمام البيع. فالمقصود الأول هو البيع وهو مشروع، فيكون السلف المجاني وسيلة لتحقيق المشروع، ولا حرج في ذلك. وفلسفة التمويل الإسلامي هي أن يكون التمويل تابِعاً وخادماً للتبادل، فإذا وجد القرض الحسن تابِعاً للبيع فلا محذور فيه. والممنوع شرعاً هو أن يكون المقصود الأول هو السلف، فيصبح البيع حينئذ بمثابة الفائدة المستترة على القرض.

ويمكن تحديد معيار التمييز بين الحالتين بالنظر إلى قيمة القرض، أي إلى رأسماله، مقارنة بثمن المبيع: فإن كان ثمن المبيع أقل من رأسمال القرض كان دليلاً على أن المقصود هو القرض لأنه هو الأكثر. مثال ذلك لو تأجل مبلغ ١٠٠ ريال في مثال الكتاب السابق، فتصبح مبادلة لمائة مؤجلة مقابل ٧٠ حاضرة وكتاب.

١٠٠ ريال مؤجلة == كتاب حاضر + ٧٠ ريال نقداً
١٠٠ ريال حاضرة == كتاب حاضر + ٧٠ ريال مؤجلة
سلف وبيع والسلف أكبر من الثمن

(١) شرح التلقين ج ١ ص ٤٣٢ - ٤٣٣، عن "قواعد التبعية" للندوي، ص ٤٣ - ٤٤. وقارن الشرح الكبير مع الإنصاف، ج ١٢ ص ٨٤ و ٨٧.

(٢) أشار لذلك شيخ الإسلام ابن تيمية في القواعد النورانية، ص ٢٠٣.

(٣) إذا تأجل النقد من الجهتين، أجرينا مقاصة بين القدر المشترك من النقد المؤجل من الجهتين، ثم الكلام في الباقي كالقلام في التأجيل من إحدى الجهتين.

(٤) الأكار هو المزارع، فإذا طلب المزارع قرضاً ليقوم بالمزراعة اجتمع السلف والبيع.

(٥) المغني ج ٦ ص ٤٤٠، الشرح الكبير مع الإنصاف ج ١٢ ص ٣٥١ - ٣٥٢.

ففي هذه الحالة يصبح رأسمال القرض، وهو ٧٠ ريالاً، أكبر من ثمن الكتاب، وهو ٣٠ ريالاً^(١)، فيكون المقصود هو السلف فيمنع سداً للذريعة. وكذلك لو كانت المائة حاضرة والسبعين مؤجلة، فيكون البائع قد اقتترض ٧٠ وباع بـ ٣٠، فإن رأسمال القرض أكبر من ثمن المبيع فيكون المقصود هو القرض لأنه الأكثر. فإذا كان القرض هو الأكثر كان هو المقصود الأول بالضرورة، وفقاً لقاعدة: "الأقل يتبع الأكثر"^(٢)، فيدخل في النهي.

وما سبق هو بافتراض أن ثمن السلعة هو الثمن المعتاد لها في غياب السلف. أما إذا كان الثمن يتأثر بوجود السلف، فيزيد إن كان المشتري هو المقترض، أو ينقص إن كان البائع هو المقترض، فهذا دليل على الزيادة مقابل السلف فيدخل في المحذور، بغض النظر عن حجم القرض مقارنة بثمن المبيع.

ويتبين مما سبق أن قاعدة المنع من سلف وبيع أضيق من قاعدة مدّ عَجوة، فإن مدّ عَجوة تسمح بكون النقد المضموم للسلعة أكبر من ثمن السلعة، كما في مثال الكتاب السابق. لكن لما كان النقد من الجهتين حاضراً فإن المبادلة تنتهي إلى بيع وصرف بشروطه، فلا يدخله الربا سواء كان المقصود الأول هو البيع أو الصرف. بخلاف ما إذا دخل التأجيل ففي هذه الحالة لا يجوز أن يكون المقصود الأول هو السلف لأن هذا يجعل المبادلة محل تهمة بسلف جر نفعاً، وهو محرم تحريم مقاصد، بخلاف ربا الفضل فهو محرم تحريم وسائل، ويغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد، كما سيأتي.

اجتماع البيع مع الصرف المؤجل

ما سبق يتناول اجتماع البيع مع السلف، وهو مبادلة النقد بمثله مؤجلاً. أما إذا اجتمع البيع مع الصرف المؤجل، أي مبادلة نقد مقابل نقد آخر مؤجل، وذلك كما لو اشترى شيئاً مضرباً بفضة، بذهب مؤجل، فهل تجوز المعاملة أو لا؟

الفرق بين هذه الصورة وبين اجتماع السلف والبيع أن السلف مفرداً دون زيادة جائز شرعاً، والإشكال إنما هو في اجتماعه مع البيع. أما هنا، فالصرف المؤجل بين جنسين مختلفين ممنوع بالنص والإجماع لما فيه من ربا النساء، وهو انتفاء التقابض فيما شرط فيه "يداً بيد". وهذا الفرق يوجب أن يكون هناك فرقاً في تطبيق قاعدة الأغلبية في هذه الحالة.

والأقرب والله أعلم هو تقييد قاعدة الأغلبية هنا بألا يتجاوز مقدار المحذور الثلث. وذلك أن العلماء في مناسبات متعددة يجعلون الثلث فما دونه من اليسير. واشترط المالكية الثلث في جواز شراء السيف المضرب بالفضة بذهب أو فضة. ومن الفقهاء من أجاز في هذه الحالة أن يكون الثمن مؤجلاً^(٣).

(١) إذا أغفلنا اعتبار الأجل في ثمن الكتاب، وهو لا يؤثر على النتيجة.

(٢) البيان والتحصيل ج ٧ ص ٣٠٦، الفتاوى ج ٢٥ ص ١٣، عن "قواعد التبعية ومدى أثرها في العقود المالية" علي الندوي، ص ٨-٩.

(٣) وهو قول ربيعة وسحنون خلافاً للمالك. انظر المدونة ج ٣ ص ٤١٥، البيان والتحصيل ج ٧ ص ١٧٨.

وكذلك أجازوا كراء الأرض فيها شجر أقل من ثلث الأرض^(١)، مع أن كراء الشجر لا يجوز إفراده عند جماهير العلماء، لكونه يتضمن بيع الثمر قبل أن يخلق، كما سيأتي.

ويلاحظ أن الصرف المؤجل محرم لما فيه من ربا النساء. وربي النساء أحد عنصرَي ربا النسيئة. فربي النسيئة يتكون من أمرين: فضل ونساء. فحرم الشرع المطهر الأمرين منعاً من الوقوع في ربا النسيئة المقصود بالتحريم. لكن تحريم ربا النساء أكد من تحريم ربا الفضل^(٢)، لأن كل ما حرم فيه التفاضل حرم فيه النساء، بينما العكس غير صحيح، إذ يجوز التفاضل بين الذهب والفضة مثلاً ولا يجوز النساء. لكن ربا النساء مجرداً ليس هو المقصود بالتحريم، بدليل جواز القرض الحسن مع تضمينه لربي النساء^(٣).

وإذا كان كذلك فما كان محرماً تحريم وسائل جاز فيه والله أعلم تطبيق قاعدة "يغتفر ضمناً ما لا يغتفر استقلالاً"^(٤)، إذ يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد^(٥). فيغتفر ربا النساء إذا كان تبعاً، كما هو قول من أجاز شراء السيف المحلى بالفضة بذهب مؤجل. أما ربا النسيئة فلا يجوز مطلقاً، سيراً كان أو كثيراً، وهو مفسد للمعاملة.

وكذلك بيع الثمر قبل أن يخلق، حرم لما فيه من الغرر، والغرر يغتفر منه اليسير، فإذا انضم إلى المعاملة ما يجبر الغرر أو يخفف منه جاز، ولهذا جاز كراء الأرض فيها شجر أقل من الثلث.

وحاصل ما سبق هو جواز انضمام الصرف المؤجل إلى البيع ولكن بشرط أن يكون أقل من الثلث، بخلاف اجتماع السلف والبيع فيكتفى بحد النصف. وبهذا يمكن الجمع بين أقوال العلماء في الحد الأقصى لليسير، حيث تراوحت ما بين النصف والثلث^(٦). فيعتبر النصف لما جاز استقلالاً، والثلث لما حرم استقلالاً وكان تحريمه تحريم وسائل.

ويتم تطبيق القاعدة في هذه الحالة كما يلي:

يتم احتساب قيمة العملة الحاضرة وفق سعر الصرف الحاضر بين العملتين، ويقدر من خلال ذلك حجم السلف مقارنة بالبيع، فإن كان رأسمال السلف يبلغ ثلث المجموع منع، وإلا جاز. فلو كانت المبادلة مثلاً ٣٥٠ ريال مؤجلة مقابل سلعة و ١٠ جنيهات نقداً، وافترضنا أن سعر الصرف الحاضر بين الريال والجنيه مثلاً هو ٧ ريالات للجنيه الواحد، فهذا يعني أن المعاملة تصبح ٥٠ جنيهاً مؤجلة مقابل سلعة و ١٠ جنيهات نقداً. فإذا كان ثمن السلعة هو ٤٠ جنيهاً، صار رأسمال القرض (١٠ جنيهات) أقل من ثلث المجموع (٥٠

^(١) راجع بحث الندوي "قواعد التبعية" ص٣٦ - ٣٧.

^(٢) المغني ج٦ ص٦١.

^(٣) ولهذا السبب منع جمهور الفقهاء اشتراط التأجيل في القرض. وإنما استثنى القرض من ربا النساء لأنه يراد به الإرفاق وليس المعاوضة. انظر الفروق للقرا في ج٤ ص٢.

^(٤) المنثور للزرکشي ج٣ ص٣٧٨، عن "قواعد التبعية" ص٢٤.

^(٥) جمهرة القواعد الفقهية، قاعدة ٢٦٤٤.

^(٦) "قواعد التبعية" ص٩ - ١٠.

جنيهاً)، فتكون المبادلة جائزة. ولا حرج في اعتبار الأجل في ثمن المبيع، لكن لا يجوز اعتبار الأجل على القرض لأنه ربا.

اجتماع البيع مع بيع الدين

إذا كان أحد النقدين في مبادلة نقد بنقد وسلعة، في ذمة طرف ثالث، تضمنت المبادلة بيعاً للدين على غير من هو عليه. فالبايع يبيع ديناً له على طرف ثالث بثمن حاضر. ويعد هذا بيعاً وليس قرضاً بسبب اختلاف الذمة المالية بين الدائن (البايع) والمدين.

وبيع الدين النقدي على غير المدين بنقد محرم لما فيه من ربا النساء، وهو اختلال شرط "يداً بيد" المنصوص عليه في الحديث. فإذا باع نقداً مؤجلاً على طرف ثالث بنقد حاضر ولو مع التساوي فهو محرم بالنص والإجماع^(١).

وسبق أن تحريم ربا النساء من باب تحريم الوسائل، فتسري عليه قاعدة يفتقر ضمناً ما لا يفتقر استقلالاً. ويتم تطبيق هذه القاعدة بمعيار الكم. فإن كان النقد الحاضر أقل من ثلث المجموع كانت الغلبة للبيع، فتجوز والله أعلم المبادلة، وإلا دخلت في النهي. وإذا كان الدين المؤجل بعملة أخرى، فيتم تقييمها بسعر يومها لتقدير نسبة الدين، كما سبق.

الفرق بين قاعدة مدّ عجوة وقاعدة الأغلبية

قاعدة مدّ عجوة تتناول مبادلة نقد بنقد (من جنسه أو مغاير له) كلاهما حاضراً في وجود سلعة أو منفعة. أما إذا تأجل أحد النقدين، فتتطبق قاعدة الأغلبية. وقاعدة الأغلبية أضيق من قاعدة مدّ عجوة كما سبق، لأنه يجوز في مدّ عجوة ما لا يجوز عند تأجيل النقد ومن ثم اجتماع السلف والبيع. و ما كان ممنوعاً بقاعدة مدّ عجوة، إذا كان النقد حاضراً من الجهتين، فهو ممنوع من باب أولى عند تأجيل أحدهما بقاعدة سلف وبيع. لكن ليس كل ما جاز في مدّ عجوة جاز في سلف وبيع.

وإذا اختلف جنس النقدين في صيغة سلف وبيع، أو كان أحد النقدين في ذمة طرف ثالث، صارت المبادلة متضمنة لربا النساء، وهو محرم تحريم وسائل. فينبغي أن يشترط في هذه الحالة ألا يتجاوز مقدار المعاملة المحرمة ثلث المجموع، بحيث تظل تابعة من حيث المقدار للبيع المشروع استقلالاً.

(١) المغني ج٦ ص٦٢. وهذا خلاف ما شاع لدى المعاصرين من جواز بيع دين المرابحة بالقيمة الاسمية نقداً.

(٢)

قاعدة التبعية

التبعية علاقة خاصة بين شيئين. وهي علاقة موضوعية أي مستقلة عن ميول الأشخاص ورغبتهم حين التعاقد. فليست الرغبة هي التي تنشئ هذه العلاقة، بل هي علاقة سابقة على الرغبة. ومجرد كون الشخص يريد شيئاً لا يجعله تابعاً ولا متبوعاً، كما سنرى، وإن كانت المقاصد معتبرة بلا ريب. لكن القصد لا ينشئ التبعية التي نحن بصدددها، كما سيتضح لاحقاً.

ويمكن من خلال الاستقراء أن نميز أهم أنواع علاقات التبعية:

(١) علاقة السببية

علاقة الجنين بأمه، والثمر مع الشجر، والزرع مع الأرض، يمكن وصفها إلى حد كبير بالسببية. فالأم سبب أساسي لوجود الجنين ونموه، فهي التي تغذيه وتحميه إلى أن يولد ويستقل بنفسه، وإن كان هذا لا ينفي وجود أسباب أخرى بطبيعة الحال. وكذلك الحال في الثمر مع الشجر، والأرض مع الزرع. ومن قواعد الشريعة إقامة السبب مقام المسبب، قال الشاطبي رحمه الله: "إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب، قصد ذلك المسبب أو لا"^(١). فمن اشترى الدابة الحامل فقد ملك السبب فيملك بذلك المسبب وهو الجنين، سواء قصد المشتري الجنين أو لم يقصده. ولا يضر أن يكون المشتري قاصداً للجنين لأن قصد المسبب نتيجة طبيعية لقصد السبب كما أن قصد السبب يستتبع قصد المسبب.

وكذلك القول في الثمر الذي لم يتم تلقيحه على الشجر، فاشترطه من قبل المشتري دليل على قصده كما قال العلماء^(٢). ولكن قصد المسبب يستلزم قصد السبب، وهذا يقتضي تملك المشتري لأصل الثمر وهو الشجر. ولهذا جاز شراء الثمر قبل بدو الصلاح مع أصوله، والجنين مع أمه، والزرع الذي لم يشتمد مع الأرض، لأن المشتري بذلك يملك السبب مع المسبب وليس المسبب وحده^(٣).

أما شراء المسبب وحده، كالثمر قبل بدو الصلاح، دون الأصل، فهو يجعل المشتري غير قادر على التحكم في مخاطر التلف والفساد التي يتعرض لها الثمر والتقليل منها نظراً لأنه لا يملك الأصل. وليس لدى البائع ما يكفي من الحوافز لرعاية الثمر وتعاهده لأنه قد

(١) الموافقات ج ١ ص ٣٣٥.

(٢) الاستذكار ج ١٩ ص ٣٥-٣٦، عن "قواعد التبعية"، الندوي، ص ٤١. وقد صرح ابن رشد الجد رحمه الله بأن "ما جاز اشتراطه جاز القصد إليه" المقدمات ج ٣ ص ٣٩. ونقل في الإنصاف أن "الحمل" له قسط من الثمن (ج ١١ ص ٣٠٧ مع الشرح الكبير).

(٣) يلاحظ في حالة بيع الشجر وعليه ثمر قبل بدو صلاحه، أن اشتراط البائع للثمر يستوجب أن يكون العمل على البائع وليس على المشتري. وذلك أن الثمر حدث في ملك البائع فاستثاؤه إنما هو إبقاء لما كان في ملكه. وإذا كان في ملكه فهو الذي يقوم على الثمر ويتعاهده. فإذا استثناه حين بيع الشجر، لزم أن يكون البائع مسؤولاً عن تعاهد الثمر، وإلا كان هذا بيعاً للثمر قبل بدو الصلاح.

باعه على المشتري. فيكون شراء الثمر قبل بدو الصلاح وشراء الجنين في بطن أمه، استقلالاً، من الغرر الفاحش لأن احتمالات سلامتها مجردة عن رعاية أصولها منخفضة مقارنة باحتمالات التلف. أما إذا اشترى الأم مع الجنين والشجرة مع الثمر فقد ملك بذلك السبب الذي يمكنه من خلاله تقليل المخاطر والسيطرة عليها، فينتفي مصدر الغرر في المسبب. وفوق ذلك لو تلف المسبب، الثمر أو الجنين، فيمكن غالباً إيجاد بديل عنه من خلال الأصل. فيكون انضمام السبب إلى المسبب موجباً لاغتفار الغرر الفاحش في المسبب، لأمرين: السيطرة على مخاطر التلف والقدرة على تقليلها، وإمكانية تعويضه فيما لو تلف.

• منافع العين

ويندرج ضمن أمثلة هذا النوع من التبعية علاقة المنفعة بالرقبة. فالمنفعة لا تقوم بنفسها بل هي إما عرض أو تتولد من عين، أشبه ما يكون بالثمر مع الشجر. فالرقبة أو العين سبب للمنفعة، ولهذا تكون المنفعة تابعة لها. لكن الفرق بين المنفعة وبين الثمر أن المنفعة تتولد من استعمال العين دون حاجة لعمل إضافي لإيجادها، كمنفعة السكنى في البيت، ومنفعة الركوب للسيارة. فهذه المنافع تلازم أعيانها، ولا يتطلب الأمر سوى استعمال العين ليتم الانتفاع بها. بينما تتعرض الثمرة لمخاطر كثيرة، وتتطلب القيام على الأصل ورعايته وتعاهده لكي يتحقق غالباً حصول الثمر. ولهذا جازت إجارة العين، وهي بيع منافع العين مستقبلاً، لأن تولد المنافع من العين متيقن أو شبه متيقن، بخلاف بيع الثمر قبل تخلقه فهو منهي عنه شرعاً^(١).

والفرق بين المنافع المستقبلية للعين وبين الثمر المستقبلي للشجر، مع أن كليهما منافع مستقبلية، هو أن الثمر يعتمد وجوده على رعاية الأصل وتعاهده، بخلاف منافع الأعيان، فهي لا تتطلب ذلك. ولهذا جاز بيع منافع العين المستقبلية ولم يجز بيع الثمر المستقبلي، كما سيأتي. لكن العين تظل هي المتبوع في الحالين، ولذلك من استأجر عيناً، بيتاً مثلاً أو سيارة، وتعذر عليه الانتفاع بها انفسخ العقد بلا نزاع^(٢). وهذا يؤكد أن المنافع تابعة للعين فإذا هلكت العين انفسخ العقد. بخلاف من اشترى عيناً ثم تلفت في يده بعد إتمام العقد والقبض، فهي تتلف على ضمان المشتري.

ونظراً لأن المنافع تابعة للعين، جاز شراء العين المؤجرة بأجرة مؤجلة ولو كانت الأجرة أعلى من قيمة العين. فقد يكون العقار مؤجراً مثلاً بمائة ألف لمدة ٥ سنوات، بينما قيمة العين بعد التأجير خمسون ألفاً. ومع ذلك يجوز شراء العقار بخمسين ألفاً محملاً بالأجرة المؤجلة مائة ألف، كما يجوز شراء العبد ذي المال ولو كان ماله أكبر من ثمنه مستقلاً.

(١) سيأتي تفصيل هذه المسألة ص ٢٠.

(٢) الفتاوى ج ٣٠ ص ٢٦٧.

(٢) الاختصاص

النوع الثاني من العلاقات هو الاختصاص، بمعنى أن أحد الشئيين يختص بالآخر وإن كان من حيث الأصل مستقلاً عنه، كاختصاص مال الشخص بصاحبه، وهذا أحد أهم خصائص الملكية^(١).

ويدخل في هذا النوع اختصاص مال العبد به. وهذا الاختصاص يجعل مال العبد تابعاً له. وبناء على التبعية فلا تجري أحكام الربا بين ثمن العبد ذي المال وبين ماله، فيجوز شراؤه بذهب نقداً ومؤجلاً ولو كان مال العبد ذهباً أو فضة حالاً أو مؤجلاً، أقل أو أكثر. وأخذ بهذا من الأئمة مالك وأحمد والشافعي في القديم. بينما ذهب أبو حنيفة والشافعي في الجديد إلى أن مال العبد ليس تابعاً، فيجري عليه حديث القلادة وقاعدة مدِّ عَجوة^(٢). والسبب هو خلافهم في كون العبد يملك أو لا يملك. فمن قال يملك قالوا بالتبعية إذا كان المقصود العبد وليس المال، واعتبروه ملكاً غير مستقر. ومن قال: لا يملك، قالوا يجب انتفاء الربا بين الثمن ومال العبد^(٣).

والجمع بين القولين يرجع إلى بقاء علاقة الاختصاص بعد الشراء. وهذا ما صرح به الفقهاء من المالكية والحنابلة. قالوا إن المشتري إذا كان مقصوده إبقاء مال العبد بيده جاز دخول المال تبعاً، أما إذا كان يقصد مال العبد فيجب مراعاة أحكام الصرف بين الثمن والمال. قال ابن قدامة رحمه الله: "ومعناه أنه لا يقصد بالبيع شراء المال، إنما يقصد بقاء المال لعبدته وإقراره في يده. فمتى كان كذلك صح اشتراطه ودخل في البيع به، سواء كان معلوماً أو مجهولاً، من جنس الثمن أو من غيره، عيناً كان أو ديناً، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر"^(٤).

وبهذا يمكن الجمع بين القولين، فقاعدة الأغلبية تُطبق إذا لم يكن المشتري يريد إبقاء اختصاص العبد بماله، فتنتفي حينئذ علاقة التبعية بين العبد والمال، فيجب اعتبارهما شئيين مستقلين. أما إذا كان المشتري سيبقي علاقة الاختصاص، فيظل المال مختصاً للعبد ومن ثم تابعاً له، فلا تجري قاعدة الأغلبية حينئذ.

ويتبين مما سبق أنه لا تعارض بين أن يكون الشيء مقصوداً وتابعاً في الوقت نفسه. فمن اشترط مال العبد عند شرائه على أن يكون باقياً بيد العبد، فقد قصد دخول المال في الصفقة، وإن كان بشرط بقاءه بيد العبد وتحت تصرفه. ومصلحة المشتري في ذلك قد تكون في تخفيض تكاليف العبد ومؤنته على السيد، وقد تكون الوجهة بكون المملوك غنياً، وقد يكون في خراج العبد وإيراداته إذا كان تاجراً، وقد تكون غير ذلك.

^(١) انظر الملكية للعبادي ج ١ ص ١٥٠.

^(٢) طرح التثريب ج ٦ ص ١٢٣، "قواعد التبعية" الندوي، ص ٢٨.

^(٣) المغني ج ٦ ص ٢٦٠، "آثر الديون" علي قرة داغي، ص ٤٠ - ٤١.

^(٤) المغني ج ٦ ص ٢٥٧ - ٢٥٨، وانظر المعلم بفوائد صحيح مسلم ج ٢ ص ٢٦٨، بحث أمانة مصرف الراجحي، ص ٤٠.

فلمشتري مصلحة في اشتراط مال العبد مع بقاء المال بيد الأخير. وبهذا يتبين أن عبارة الفقهاء "جائز إذا لم يقصد مال العبد" يراد بها قصد السيد حيازة المال والتصرف فيه وعدم إبقائه بيد العبد بعد شرائه. وإذا تحررت المصطلحات وتحدد المعنى ظهر اتفاق العلماء في حقيقة الأمر على الأصول والقواعد التي تدور عليها الأحكام.

• إنشاء علاقة الاختصاص

اختصاص العبد بالمال نشأ بقرار من السيد بتملكه المال ومنحه سلطة التصرف والانتفاع به. ويمكن أن تنشأ علاقة الاختصاص أيضاً من خلال الوقف. فلو أوقف شخص مالاً على جامعة مثلاً أو على مدرسة، أصبح المال مختصاً بالجامعة ومن ثم تابعاً لها. كما يمكن أن تنشأ علاقة الاختصاص من خلال تخصيص القرض أو التمويل بعقار أو مصنع مثلاً، كما يحصل من صناديق الإقراض المتخصصة، العقارية أو الصناعية. فيكون القرض خاصاً لبناء عقار معين، برهن العقار نفسه. ففي هذه الحالة يُعد القرض والله أعلم تابعاً للعقار، فإذا باع المالك العقار يبيعه محملاً بالقرض الذي عليه. وهذه الصورة لا تخضع لقاعدة الأغلبية لوجود التبعية من خلال الاختصاص.

(٣) علاقة الصفة بالموصوف.

النوع الثالث من التبعية هو تبعية الصفة للموصوف. وهذا أقوى أنواع التبعية في الحقيقة لأن الصفة لا تستقل بنفسها فهي عرض لا يقوم بذاته بل لا بد من شيء تقوم به. بخلاف النوعين السابقين، حيث يوجد شيئان متميزان عن بعضهما لكنهما مرتبطان بنوع من أنواع العلاقة التبعية.

وأمثلة هذا النوع كثيرة، فالأجير الماهر مثلاً أعلى من الأجير غير الماهر، مع أن المهارة صفة وليست شيئاً مستقلاً. فالصفات تؤثر في قيم الأعيان وإن كانت لا تستقل بذاتها بل هي تابعة لها.

ومن أهم أمثلة هذا النوع الأجل والضمان. فالثمن المؤجل ليس مماثلاً للثمن الحال، كما أن السلعة المؤجلة ليست مماثلة للسلعة الحاضرة. والأصل المدرّ للدخل أعلى قيمة مما ليس كذلك، والأصل المعرض لخطر الخسارة ليس كالأصل المضمون. فاحتمالات الربح والخسارة من الصفات التي تؤثر في قيمة الأصل ولها اعتبار في الثمن أو العوض طالما كانت ضمن بيع أو مبادلة مشروعة أصلاً، لكنها لا يجوز أن تستقل بالمعاوضة. فاستقلال الأجل بالمعاوضة هو الربا، واستقلال الخطر بالمعاوضة هو القمار والغرر المحض، والجميع محرم بالنص والإجماع. فالزمن والخطر عوامل تابعة بطبيعتها ولذلك لا تستقل بالمعاوضة، فضلاً عن أن تكون متبوعة.

• خصائص المتبوع

في الأمثلة السابقة نجد المتبوع، كالشجر والعبد والأرض والعقار، يستقل بالبيع شرعاً، ولا ينطوي ذلك على محذور بوجه ما، إنما المحذور في التابع فيما لو استقل. فالمتبوع

لا يستمد مشروعيتها من التابع لأن هذا يناقض كونه متبوعاً، بل هو مستقل بالمشروعية. ويبقى الكلام في مدى صحة علاقة التبعية بينه وبين ما لا يستقل بالبيع أو لا يباع إلا بقيود، فإن صحت العلاقة جاز بيع الأخير تبعاً. وهذا الضابط أساس في تقويم تداول الأسهم والصكوك والوحدات، كما سيأتي.

الفرق بين قاعدة الأغلبية وقاعدة التبعية

قاعدة الأغلبية تخضع لضابط مقدار النقد الذي تحتويه المبادلة، فهي قاعدة "كمية" إن صح التعبير. وهذا هو الحال أيضاً في قاعدة مُدّ عجوة. أما قاعدة التبعية فتخضع لطبيعة العلاقة المنشئة للتبعية. وفي ثبوت علاقة التبعية فلا عبء بالكم مجرداً. فالتبعية إذن قاعدة "نوعية" وليست "كمية"، بينما قاعدة الأغلبية وقاعدة مُدّ عجوة كلاهما قواعد كمية.

ويلاحظ أيضاً أن العلماء قد يستخدمون لفظ التبعية في سياق قاعدة الأغلبية، كقولهم "الأقل يتبع الأكثر" (راجع ما سبق ص ٦) ونحوها. فهذه التبعية مقيدة بالكمية، وليست هي التبعية النوعية التي تضمنها حديث العبد وحديث النخل ذي الثمر ونحوها. وفي هذه الحالة يكون للقصد أثر كبير في تمييز التابع من المتبوع. أما في التبعية النوعية فالقصد لا يحدد التابع من المتبوع، بل التبعية تثبت قبل وجود القصد. وقد يكون المقصود هو المتابع وليس المتبوع. فالقصد إنما يؤثر في التبعية الكمية وليس التبعية النوعية. وإذا أطلق وصف "التبعية" هنا فالمراد هو التبعية النوعية.

ومع أن التبعية علاقة نوعية وليست كمية، إلا أن قيمة المتبوع المالية تتأثر بقيمة التابع. فقيمة العبد مثلاً تتأثر بقيمة ما عنده من المال. ومقتضى هذا التأثير أن القيمة السوقية (أو العادلة) للمتبوع لا يمكن أن تصبح ضئيلة في مقابل قيمة التابع، لأن هذه القيمة تعكس قيمة المتبوع. وعليه فإن التبعية النوعية تقتضي حصول قدر من التوازن بين التابع والمتبوع من حيث القيمة، فلا يكون المتبوع ضئيلاً أو قليلاً مقارنة بالتابع، والله أعلم.

خلاصة

- (١) قواعد الشريعة المطهرة تنظم التبادل في وجود نقد من جهتي المبادلة.
- (٢) إذا انفرد النقد في الجهتين فيجب تطبيق أحكام الصرف. وإذا انضم إلى أحد البدلين عين، وكان النقد حاضراً من الجهتين، فتطبق قاعدة مُدّ عجوة ما لم تثبت تبعية النقد للعين.
- (٣) في غياب التبعية فإن تأجيل النقد من إحدى الجهتين يوجب تطبيق قاعدة الأغلبية.
- (٤) التبعية علاقة موضوعية بين التابع والمتبوع، سابقة على التبادل، ولا تنشأ بمجرد قصد المتعاملين حين التبادل. فقد يكون المتبوع هو المقصود من المبادلة، وقد يكون التابع هو المقصود.
- (٥) التبعية قد توجد من خلال:

- السببية، بحيث يكون المتبوع سبباً في وجود أو بقاء المتبوع، كما في تبعية الثمر للشجر، والجنين لأمه.
- الاختصاص، بحيث يكون التابع مختصاً بالمتبوع، كما في تبعية المال للعبد.
- تبعية الصفة للموصوف، فالصفة عرَض، والعرَض لا يقوم بذاته بل بغيره، فيكون تابِعاً للعين التي يقوم بها، كما في تبعية الأجل للبدل المؤجل، وكما في تبعية الضمان للبدل المضمون.

(٣)

أسهم الشركات

مع تطور التعاملات والعلاقات المالية والاقتصادية، أصبح من الممكن أن يوجد أصل إنتاجي، عقار أو مصنع أو مزرعة أو متجر مثلاً، وله حساباته المالية، سواء من حيث الحقوق (ديون في ذمم العملاء) أو الالتزامات (ديون للموردين). هذه العلاقة بين المصنع أو المزرعة أو المتجر، وبين الحسابات المالية، هي علاقة اختصاص: فالمال يختص بهذا المصنع أو هذه المزرعة، بحيث يُنفق منه على الموظفين والعاملين وعلى المواد الأولية والمدخلات، كما يتم منه وفاء الديون التي عليه للموردين والممولين.

علاقة الاختصاص قد تنشأ بأكثر من طريقة. وقد سبق أن القرض إذا حُصص بعقار معين ثبتت علاقة اختصاص، ومن ثم تبعية القرض للعقار. كما يمكن أن تنشأ علاقة اختصاص من خلال الوقف. فإذا أوقف شخص مالا على أصل معين، فإن المال يصبح مختصاً بهذا الأصل وبذلك يكون المال تابعاً له. في هذه الحالة فإن بيع الأصل مع ما يختص به من أموال لا تجب فيه مراعاة شروط الصرف بين ثمن البيع وبين المال التابع له. لكن يجب ملاحظة أن الأصل، وهو المتبوع أو من يختص به المال، يجوز بيعه استقلالاً دون شروط الصرف، وهذا هو الذي سمح بالتجاوز عن شروط الصرف بالنسبة للمال، إذ التابع له حكم المتبوع.

المنشآت الربحية

المنشأة الربحية، سواء كانت شركة مساهمة أو شركة مغلقة أو مؤسسة تجارية أو غيرها، كيان يراد منه تحقيق الربح^(١). والربح لا يحصل إلا بتوليد سلع وخدمات يتم بيعها بأكثر من تكلفتها ليحقق الربح، وهذا هو ما يطلق عليه "تقليب المال" في المصادر الفقهية^(٢). ويعبر فقهاء المالكية عن ذلك بلفظ "الإدارة"، ويطلقون وصف التاجر "المدير" على التاجر الذي يدير السلع ويحركها ليحصل على الربح. وأصل هذا اللفظ مأخوذ من القرآن الكريم من قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾^(٣). والتجارة كما تكون في السلع والأعيان تكون في المنافع أيضاً، وهو ما يعبر عنه بالخدمات.

وهذا "التقليب" وهذه "الإدارة" تتطلب جملة من المستلزمات، كالأجهزة والمعدات وغيرها، ليتم تحقيق الربح. فتحقيق الربح يتطلب عملاً بشرياً هو الإدارة بالاصطلاح المعاصر، ويتطلب جملة من الأعيان والمنافع المستخدمة لتقليب السلع والخدمات من أجل

^(١) هذا لا يمنع أن تكون المنشأة ذات أهداف اجتماعية وغير ربحية. لكن إذا ثبتت مشروعية التصرف في وجود هدف الربح، فمشروعية التصرف في وجود الأهداف الأخرى من باب أولى.

^(٢) حيث عرفوا التجارة بأنها "تقليب المال بالمعاوضة لغرض الربح". انظر مثلاً مغني المحتاج ج ١ ص ٥٨٦.

^(٣) البقرة: ٢٨٢.

الحصول على الربح. مجموع هذه الأمور، الإدارة والمنافع والأعيان التي تستلزمها، يمكن وصفه بأنه "رأس المال الفعلي".

فرأس المال الفعلي المسؤول عن تشغيل المنشأة ومن ثم إنتاج السلع والخدمات التي تحقق المنشأة الربح ببيعها. وفي المقابل فإن رأس المال المحاسبي⁽¹⁾ هو مجرد الفرق بين الموجودات والمطلوبات. وهو مفهوم محاسبي بحت ولا يتضمن أي علاقة اقتصادية بين رأس المال وبين إنتاج السلع والخدمات.

رأس المال الفعلي

سبق أن رأس المال الفعلي هو مجموع الإدارة والأعيان والمنافع اللازمة لإنتاج وتداول السلع والخدمات التي تمثل مصدر الربح للمنشأة التجارية. فهو مجموعة العناصر البشرية والمادية اللازمة لتشغيل المنشأة وتحقيق الهدف من وجودها وهو الربح.

ويمكن التمييز بين رأس المال الفعلي وبين السلع والخدمات التي تنتجها المنشأة، من جهتين:

(١) إن رأس المال الفعلي ثابت مقارنة بالسلع والخدمات. ذلك أن الربح لا يتحقق إلا بإنتاج وبيع هذه السلع والخدمات، ومن ثم خروجها من ملك المنشأة. أما رأس المال الفعلي فهو باق على ملك المنشأة.

(٢) إن رأس المال الفعلي هو أداة "التقليب" التي هي مصدر الربح. أما السلع والخدمات فهي محل التقليب أي هي التي يتم تقليبها، أي تداولها وبيعها على العملاء لتحصيل الربح.

وبهذا يتبين أنه ليس كل موجودات الشركة من الأعيان والمنافع تدرج ضمن رأس المال الفعلي. فالمخزون على سبيل المثال ليس من وسائل توليد السلع والخدمات وإنما هو نتيجة لذلك.

لاحظ أن كل عنصر من عناصر رأس المال الفعلي قابل للتداول استقلاً. ولو كان بعض العناصر لا يقبل التداول استقلاً، لكان بعض رأس المال الفعلي تابعاً وبعضه متبوعاً وهو ما يناقض كونه متبوعاً. لكن هذه العناصر، مع كونها تستقل بالمعاوضة، قد لا تكون متبوعة لو استقل كل منها لوحده. لكنها عندما اجتمعت مع بقية العناصر على النحو الذي يحقق الربح أصبح الجميع متبوعاً.

من المهم توضيح أن رأس المال الفعلي يختلف بحسب طبيعة المنشأة ونشاطها. فالأعيان والمنافع اللازمة لتحقيق الربح بالنسبة لشركة في مجال الاتصالات مثلاً تختلف عن تلك اللازمة لشركة في مجال البتروكيماويات، وتلك تختلف عن شركة تعمل في مجال

(١) Accounting capital .

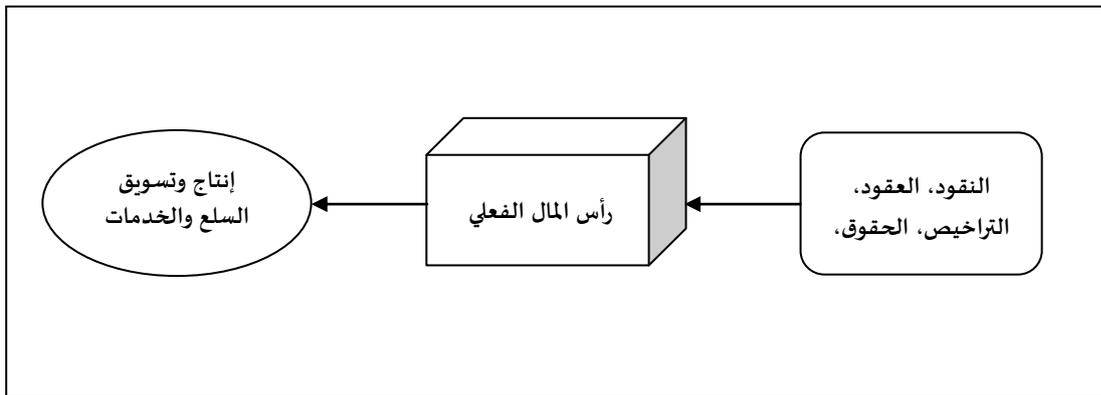
المنتجات الزراعية أو في الخدمات المالية. السبب أن الربح يتحقق من بيع السلع والخدمات التي تنتجها المنشأة، وهذه السلع والخدمات بدورها تختلف بحسب طبيعة المنشأة وأغراضها، ويختلف تبعاً لذلك مجموع الأعيان والمنافع اللازمة لتوليد هذه السلع والخدمات. فليس رأس المال الفعلي شيئاً واحداً لكل المنشآت، بل يختلف بحسب طبيعتها وأهدافها.

والمقصود أن رأس المال الفعلي مع موجودات المنشأة يقوم مقام العبد مع المال. فكما أن العبد هو المتبوع والمال تابع، فرأس المال الفعلي هو المتبوع وما عداه من موجودات المنشأة تابع. فرأس المال الفعلي هو النظير المعاصر للعبد في المنشآت الربحية.

معيار التابع والمتبوع في المنشأة الربحية

بما أن المنشأة (الشركة أو المؤسسة) يراد بإيجادها الربح، ولا تتراد لذاتها أو لمكوناتها، فليس من العسير تحديد التابع والمتبوع من مكونات المنشأة. وسبق أن الربح إنما يتحقق بالعمل والإدارة وما تستلزمه من الأعيان والمنافع، وهو ما يُطلق عليه "رأس المال الفعلي" كما سبق. لكن ينبغي ملاحظة أن رأس المال الفعلي لكي يكون متبوعاً يجب أن يكون قادراً بالفعل على توليد هذه السلع والخدمات، بأن تبدأ الشركة أو المنشأة مرحلة الإنتاج وتحقيق الإيرادات.

أما بقية موجودات المنشأة، كالنقود والعقود والتراخيص وما إلى ذلك، فهي أقرب إلى أن تكون من مدخلات الإنتاج التي يقوم رأس المال الفعلي بتوظيفها وتشغيلها من أجل توليد وتسويق السلع والخدمات ومن ثم تحقيق الربح (انظر الشكل أدناه).



دور رأس المال الفعلي في تحويل مدخلات الإنتاج إلى سلع وخدمات وتسويقها لتحقيق الربح

وبناء على ذلك فإن النقود والعقود والتراخيص ونحوها، مع كونها ذات قيمة في نفسها، لكنها لا تصلح أن تكون هي المتبوعة، لأنها ليست هي التي تقوم بإنتاج السلع والخدمات، وإنما يقوم بهذه المهمة رأس المال الفعلي، وهو الإدارة وما تستلزمه من آلات وأنظمة وأجهزة (أعيان ومنافع)، بحيث يستغل الوسائل والإمكانات المتاحة لإنتاج السلع والخدمات، وتسويقها وبيعها ومن ثم تحقيق الأرباح.

• أسهم المصارف

وبناء على ما سبق فإن المنشأة إذا كانت تملك رأس المال الفعلي الخاص بها، وكان رأس المال الفعلي هذا مما يجوز بيعه وتداوله استقلالاً عن بقية موجودات المنشأة، فيجوز بيع المنشأة وشراؤها، سواء كانت منشأة تجارية أو صناعية أو مصرفية، لا فرق في ذلك طالما ثبتت التبعية لرأس المال الفعلي الذي تتطلبه أعمال المنشأة. وبالرغم من أن المصارف تعتمد على النقود والديون، فتشتري وتبيع العملات مصارفة، وتشتري سلعاً وتبيعها بالأجل، لكن هذا لا ينفي أن عماد المصرف هو رأس ماله الفعلي، وهو المتبوع. ولو فرض أن العبد ذي المال مأذون له بالتجارة ويشغل بأعمال الصيرفة، لجاز بيعه بماله مع ثبوت التبعية، كما سبق، ولا يؤثر في ذلك كونه يشغل بالصيرفة أو غيرها.

فالنقود بالنسبة للمصرف هي مدخلات الإنتاج، أما الديون فهي مخرجات الإنتاج التي تسبق تحقيق الأرباح عندما تنض هذه الديون. فالنقود والديون في المصارف لا يمثل أي منها الأساس المتبوع وهو رأس المال الفعلي القادر على توظيف النقد من خلال العقود الشرعية إلى أصول مالية ومن ثم إلى أرباح. رأس المال الفعلي هو العمل والإدارة البشرية وما تستلزمه من أعيان ومنافع وأجهزة وآلات وأنظمة، تستطيع مجتمعة استثمار وتشغيل رأس المال النقدي لتوليد الربح.

فإذا كان رأس المال الفعلي مما يجوز بيعه وشراؤه استقلالاً، وتحققت قدرته على التشغيل والإنتاج، صار هو المتبوع وما عداه تابعاً. فيجوز بناء على ذلك تداول أسهم المصارف والمؤسسات المالية ولو كان غالب موجوداتها نقوداً وديوناً لأن العبرة في المتبوع وثبوت علاقة التبعية.

الشخصية الاعتبارية

"الشخصية الاعتبارية" هي أمر افتراضي بحت عند القانونيين، ولهذا توصف بأنها "خيال قانوني"^(١). فهي أمر لا وجود له في الأعيان وإنما توجد في الأذهان، ووظيفتها في حقيقة الأمر هي إثبات علاقة اختصاص بين موجودات المنشأة وبين رأس المال الفعلي.

لكن لا يمكن أن تكون الشخصية الاعتبارية هي المتبوع. إذ من الممتع أن تكون الأشياء التي لا توجد إلا في الأذهان هي الأصل المتبوع، والأشياء الموجودة في الواقع الفعلي هي التابع، لأن الأول ليس له وجود حقيقي بحسب التعريف^(٢). فما يوجد في الخارج هو الأصل، وما لا يوجد إلا في الذهن تابع لما في الخارج. وإذا كان كذلك فالشخصية الاعتبارية لا يمكن أن تكون متبوعة بل هي تابعة. لكن ثمرة الشخصية الاعتبارية أمران:

(١) Legal fiction؛ "المؤسسة ذات الغرض الخاص"، محمد القري، ص ٨، *Encyclopædia Britannica* (2010). Legal Fiction.
(٢) ولهذا صرح الفقهاء بأن "الذمة"، وهي أمر افتراضي، من توابع الشخصية، فهي تتبع الإنسان وليست متبوعة، ولهذا لا ذمة للجنين. انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤ ص ٥٢ - ٥٣.

(١) إنشاء علاقة اختصاص بين الأشياء الموجودة في الخارج، كما بين الأصول الإنتاجية وبين الأموال والحسابات المالية.

(٢) قصر المسؤولية المالية في حدود الأصول والأموال الموجودة. فإذا استدان الشخصوية الاعتبارية فإنها تلتزم بالوفاء بقدر موجوداتها، ولا تتعدى المسؤولية المالية إلى غيرها، سواء إلى أشخاص طبيعيين أو اعتباريين.

وسبق أن الوصف الأول يمكن الوصول إليه بصيغ أخرى مثل الوقف أو التخصيص ابتداءً. أما الثاني فيمكن أن ينشأ بشرط تقييد الدين برهن الأصول فحسب. فمن استدان وشرط أن وفاء الدين لا يكون إلا من أصول محددة ورضي بذلك الدائن، فهو في الحقيقة قد أنشأ ذمة مالية مستقلة.

ولا يوجد ما يمنع في الفقه الإسلامي من قبول فكرة "الشخصية الاعتبارية" لأن هذه الفكرة تنتهي عملياً إلى مجموعة من الشروط^(١)، والأصل في الشروط الحل. فالفقه الإسلامي يتمتع بمرونة وسعة كبيرة، وقد سبق غير من الأنظمة بمراحل في تأسيس فكرة "الذمة المالية". فالشخصية الاعتبارية لا تعدو أن تكون امتداداً طبيعياً للمرونة والثراء الذي استتم به التراث الفقهي الإسلامي.

• "غرض الشركة" و"النشاط"

تكرر في عدد من الكتابات أن المتبوع في الشركة هو "غرض الشركة" أو "النشاط" الذي تقوم به الشركة^(٢). والغرض من الشركة لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال رأس المال الفعلي، ونشاط الشركة لا يعدو أن يكون نشاط رأس المال الفعلي في توليد الربح. وسبق أن رأس المال الفعلي يختلف من شركة لأخرى بحسب أهدافها وطبيعتها نشاطها.

ولا يخفى أن الغرض مجرداً إنما يوجد في الأذهان ولا يوجد في الأعيان، فلا يمكن أن يكون هو المتبوع، وإنما المقصود والله أعلم هو الأداة اللازمة لتحقيق الغرض وممارسة النشاط، وهو رأس المال الفعلي، وهو الذي يحول الغرض من فكرة في الذهن إلى حقيقة على أرض الواقع.

وبهذا التمييز يجاب عن الإشكال الذي يتكرر في هذا المقام: هل المتبوع هو الأعيان والمنافع من موجودات الشركة، أو هو الغرض والنشاط؟ أو هو الشخصية الاعتبارية؟

والجواب إن المتبوع هو رأس المال الفعلي، وهو جزء من الأعيان والمنافع التي تملكها الشركة، اللازم لتشغيلها ولتحقيق أغراضها وممارسة نشاطها. وهذا الجزء لا يتحدد بالكمية (بحيث يتحدد بالثلث مثلاً أو النصف من موجودات الشركة) وإنما يتحدد بالوظيفة التي يؤديها. أما الغرض والنشاط فهو عبارة تحتاج إلى توضيح: إن كان المقصود

(١) "أثر الديون ... على تداول الأسهم والصكوك" علي قرة داغي، ص ٣٧.

(٢) انظر بحث أمانة مصرف الراجحي، ص ٦١، والمعيان الشرعي (٢١) حول الأوراق المالية، فقرة ١٩/٣.

هو الإدارة وما تستلزمه من أعيان ومنافع، فهذا هو رأس المال الفعلي، وإن كان وصفاً ذهنياً مجرداً فما في الأذهان لا يصلح أن يكون متبوعاً، كما سبق.

الشركات تحت التأسيس

الشركات تحت التأسيس هي شركات لم تبدأ بعد مرحلة التشغيل ولم تبدأ إنتاج السلع والخدمات التي تدر لها الدخل. فهي شركات لها شخصية اعتبارية وتملك عدداً من الموجودات، من النقود وغيرها، لكنها لم تملك بعد رأس المال الفعلي الذي يولد السلع والخدمات التي هي مصدر الربح. وبناء على ما سبق، فالعبرة ليست بالشخصية الاعتبارية مجردة، بل بالقدرة الفعلية على توليد السلع والخدمات التي وجدت الشركة لإنتاجها. فإذا لم توجد هذه القدرة فإن بيع أسهم هذه الشركات يكون بيعاً لمتبوع لم يكتمل بعد ولم تتحقق فيه صفات التبعية.

فالشركة في هذه المرحلة بمثابة الجنين أو الزرع الذي لم يشتد والثمر الذي لم يبد صلاحه، ولا يجوز من ثم بيعه استقلالاً. فبيعها في هذه الحالة بمثابة بيع العبد الجنين الذي له مال^(١). فالجنين لا يصح بيعه استقلالاً، فكيف يكون متبوعاً؟ ولذلك لا تثبت تبعية المال له بسبب ضعف مقومات التبعية. فإذا كانت علاقة التبعية غير مكتملة في هذه الحالة، فبيع الجنين يدخله محذوران:

(١) الغرر من جهة ارتفاع درجة المخاطر.

(٢) الربا من جهة أن البيع في هذه الحال يؤول في الحقيقة إلى بيع المال نظراً

لعدم جواز بيع الجنين.

وقد ثبت عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الثمر قبل بدو الصلاح، والحكمة من ذلك هي أن الثمر قبل أن تظهر عليه بوادر النضج يكون عرضة للتلف والفساد بدرجة كبيرة، فمن يشتريه يكون معرضاً لاحتمال خسارة ما دفعه دون مقابل.

فالشركات تحت التأسيس هي شركات لم تتحقق فيها بوادر "النضج الاقتصادي" إن صح التعبير، ولهذا سميت: تحت التأسيس، فهي أشبه ما يكون بالجنين الذي لم يولد بعد، أو بالزرع قبل أن يشتد. وهي في هذه المرحلة عرضة للخسارة أو التعثر لأسباب كثيرة. فشرء وبيع أسهم الشركة في هذه المرحلة يكون مبنياً على أمل الربح الذي لم توجد بعد مقوماته الحقيقية على أرض الواقع. ولهذا نجد أن الأنظمة في دول العالم تمنع المؤسسين من بيع أسهمهم في الشركات تحت التأسيس إلا بعد مضي فترة محددة (في النظام الأمريكي مثلاً ستة أشهر، وفي النظام السعودي سنتان). السبب هو خشية استرباح المؤسسين قبل وجود المقومات الحقيقية للربح، ثم قد يتبين بعد ذلك فشل الشركة، وتكون النتيجة ضياع أموال المستثمرين.

(١) اختلف العلماء هل تثبت ملكية الحمل للمال بمجرد وجود السبب (موت الموروث)، أو بعد خروجه حياً. انظر الإنصاف بحاشية الشرح الكبير ج ١٨ ص ٢٠٥.

وهذا حصل كثيراً في الماضي وليس مجرد افتراضات خيالية. ولا داعي لأن نبعد كثيراً، ففي فترة أسهم شركات الإنترنت في أواخر التسعينيات الميلادية، طرحت أسهم شركات عديدة، وتم تداولها بأسعار تتجاوز مئات الدولارات، ثم بعد أن انهار السوق أصبحت قيمة السهم لا تتجاوز بضع سنتات. ووفقاً للإحصائيات فإن ٥٠٪ من الشركات التي طرحت للتداول في أواخر التسعينات هبطت أسعارها إلى أقل من دولار واحد في ٢٠٠٢م^(١). والسبب ببساطة أن معظم هذه الشركات كانت تحت التأسيس ولم تبدأ مرحلة الإنتاج الفعلي الذي يضمن حداً أدنى من قيمة الشركة.

وهذا يعني أن المستثمرين لم يساهموا من أجل القيمة الحقيقية لهذه الشركات، بل أملاً في وجود مستثمرين آخرين سيشترون منهم، وهؤلاء يطمعون فيمن بعدهم، وهكذا، حتى إذا تناقص عدد المستثمرين دفع الآخرون الثمن حين انهيار السوق. وهذا النمط من كسب المال يسمى التسلسل الهرمي أو نظام بونزي (Ponzi scheme) وهو خسارة محققة للأجيال المتأخرة من المستثمرين. وهذا الأسلوب يجعل السوق مجرد مبادلة لمال بمال دون اعتبار لحقيقة ما يتم بيعه وشراؤه، ويصبح السوق ككل نظاماً صنفياً لا يحقق أي قيمة مضافة للاقتصاد بل أشبه ما يكون بكازينوهات القمار.

قيمة الحقوق والتراخيص القانونية

القول بأن الشركات تحت التأسيس تملك أصولاً ذات قيمة، مثل دراسات الجدوى أو العقود أو الحقوق أو الامتيازات ونحوها، لا يغير من حقيقة الأمر شيئاً. لأن المستثمر لا يدخل في الشركة ليحصل على هذه العقود أو الحقوق أو التراخيص مستقلة، بل أملاً في الربح الذي تنتجه الشركة بمجملها، وبناءً عليه يتم تسعيرها في السوق. تماماً كما أن الثمر قبل بدو الصلاح له قيمة في نفسه وليس عديم القيمة. ولكن من يشتريه بشرط بقاءه على الشجر لا يطمع في القيمة الحالية للثمر قبل صلاحه، بل يأمل في قيمته السوقية بعد الصلاح. ولهذا لو اشترى الثمر قبل بدو الصلاح بشرط القطع جاز باتفاق العلماء. فعلم أن العبرة هي بالمقصود من الشراء، وأن النهي ينصب على من كان مقصوده القيمة بعد الصلاح.

والفرق بين قيمة الثمر بشرط القطع وقيمه بشرط بقاءه إلى النضج يعادل الأرباح المتوقعة من بيعه بعد نضجه، وهو ما قد يطلق عليه "القيمة المعنوية". لكن هذه القيمة المعنوية أو المتوقعة يجب أن تكون تابعة ولا تكون مستقلة فضلاً عن أن تكون متبوعة. ولذلك يجوز اعتبارها بعد بدو الصلاح ولا يجوز قبل بدو الصلاح. لأن توقعات الربح يجب أن تستند إلى عوامل حقيقية على أرض الواقع، وهي هنا تحقق بدو صلاح الثمر.

(١) . Partnoty (2003), *Infectious Greed*, p. 269

ونظير ذلك بيع الحبوب والبذور، فهو جائز بالإجماع. لكن إذا بُذرت هذه الحبوب في الأرض فلا يجوز بيعها إلا بعد أن يشتد الزرع باتفاق العلماء أيضاً. والفرق بين الأمرين هو حال المبيع والهدف من الشراء: فمن يشتري الحب أو البذر مستقلاً يشتري ما يمكن الانتفاع به مستقلاً، لكن من يشتري البذر بعد بذرته فهو يشتري في الحقيقة الزرع أو الشجر الذي ينتجه البذر وليس البذر مجرداً. والفرق بين قيمة البذر مجرداً وبين قيمته بعد بذرته تعادل الربح المتوقع من بيع الزرع بعد اشتداده. وكما هو الحال في الثمر، يجب أن تكون توقعات الربح مستتدة إلى أصول حقيقية لكي يجوز اعتبارها شرعاً، ولذلك اشترط اشتداد الزرع ليصح البيع.

والشركات التي لا تمارس نشاطاً حقيقياً ولا تملك رأسمال فعلي يولد الربح شأنها شأن الثمر قبل بدو الصلاح والزرع قبل أن يشتد. ولو كان شراء هذه الشركات بشرط تفكيك أصولها كما في حال التصفية، لجاز ذلك كما جاز شراء الثمر قبل بدو الصلاح بشرط القطع. لكن إذا كان المقصود هو الشركة باعتبارها مصدراً للربح وجب الانتظار إلى حين بدء التشغيل وإدراج الدخل وظهور بواذر الصلاح الاقتصادي، كالثمر والزرع سواء بسواء. وهذا يقتضي عدم جواز تداول أسهم الشركات تحت التأسيس، اللهم إلا وفق قاعدة الأغلبية إذا اقتضى الأمر.

الخلاصة

- (١) رأس المال الفعلي للمنشأة الربحية هو مجموع الإدارة والأعيان والمنافع اللازمة لإنتاج وتسويق السلع والخدمات من أجل الحصول على الربح. ولذا فيجوز استقلاله بالمعاوضة.
- (٢) رأس المال الفعلي هو المتبوع من بين موجودات الشركة، وما عداه فهو تابع له. ولا يلزم لكي تثبت هذه التبعية وجود شخصية اعتبارية.
- (٣) الشخصية الاعتبارية مجرد افتراض ذهني لا وجود له في الخارج، ولذلك لا يمكن أن تكون متبوعة.
- (٤) لا فرق بين المنشآت المصرفية وغيرها في معيار التبعية أعلاه، ولذلك يجوز بيع وشراء أسهم المصارف الإسلامية متى ملكت رأس المال الفعلي وفق ما سبق.
- (٥) الشركات تحت التأسيس بمثابة الجنين والثمر قبل بدو الصلاح، ولذلك فإن رأس المال الفعلي لم يكتمل بما يؤهله للمعاوضة فضلاً عن أن يكون متبوعاً. وهذا يقتضي عدم جواز تداول أسهم الشركات تحت التأسيس، إلا وفق قاعدة الأغلبية إذا تطلب الأمر.

والله أعلم.

(٤)

وحدات الصناديق

من السهل حدوث اللبس بين الصندوق الاستثماري وبين الشركة المساهمة. فكلاهما من صور الشركة، وكلاهما يصدر شهادات ملكية شائعة متساوية القيمة، وكلاهما يراد به الربح.

مفهوم الصندوق الاستثماري

الصندوق الاستثمار يندرج ضمن ما يسمى "برامج الاستثمار الجماعي"^(١). ووفقاً لمجلس الخدمات المالية الإسلامية، فإن برنامج الاستثمار الجماعي يجمع أموال المستثمرين في وعاء، قد يكون له شخصية قانونية وقد لا يكون، على أن يتم امتلاكه بوحدة أو أسهم متساوية القيمة. وتشكل الوحدات أو الأسهم حقوق ملكية في موجودات الصندوق على الشيوع، وبموجب ذلك يستحق المستثمرون المشاركة في أرباح هذه الموجودات وتحمل خسائرها^(٢).

كما تنص وثيقة المجلس على أن البرنامج مستقل مالياً عن المؤسسة المالية التي أنشأته أو التي تديره. وتوضح الاختلاف بين "المستثمرين في البرنامج"، وبين "المنظمين أو المشغلين للبرنامج"^(٣)، وهذا الاختلاف قد يؤدي إلى تناقض في المصالح بين الجهتين.

ولا إشكال أن هذا المفهوم للصندوق الاستثماري لا يشمل الشركة المساهمة. فالشركة المساهمة لا تتدرج ضمن "برامج الاستثمار الجماعي" لأن "مشغل"^(٤) الشركة مملوك لها، بخلاف مشغل الصندوق فهو جهة مستقلة. ومن هنا يمكن توضيح أهم الفروق بين الصندوق الاستثماري وبين الشركة المساهمة.

الفرق بين الوحدات والأسهم

الصندوق الاستثماري يتم تأسيسه عادة من قبل بنك أو مؤسسة مالية، ويقوم البنك المؤسس عادة بإبرام جميع الاتفاقيات اللازمة، ويتولى إما بنفسه أو من خلال مؤسسة مالية أخرى، إدارة وتشغيل الصندوق، ويستخدم لهذا الغرض أصوله الثابتة وأنظمتها الفنية والتقنية. وليس للمشاركين في الصندوق أي سلطة على كل هذه الجوانب لأنهم لا يملكون البنك المؤسس أو المدير والمشغل للصندوق.

وفي ظل هذا النظام لا يملك المشاركون أو ملاك الوحدات رأسمال الصندوق الفعلي، بغض النظر عن وجود شخصية اعتبارية أو كيان قانوني للصندوق. فسواء وجد للصندوق

(١) Collective Investment Scheme (CIS).

(٢) "المبادئ الإرشادية لضوابط برامج الاستثمار الجماعي الإسلامي"، يناير ٢٠٠٩، فقرة ٥ و ٦. □
IFSB (2009) Guiding Principles on Governance for Islamic Collective Schemes, para. 5 & 6.

(٣) CIS Investors and CIS Operators.

(٤) Operator.

شخصية أو لم يوجد ، فالمشتركون لا يملكون إدارة الصندوق وما تستلزمه هذه الإدارة من أعيان ومنافع، وهو رأسماله الفعلي. وهذا بخلاف المساهمين في الشركة الذين يملكون كل هذه الجوانب ولهم السلطة الكاملة عليها.

ويمكن توضيح أهم الفروق بين المشتركين وبين المساهمين فيما يلي:

- (١) لا يملك المشتركون في الصندوق تغيير مدير الصندوق أو فصله أو عزله، أو عزل أي من الموظفين ذوي العلاقة في البنك الذي يدير الصندوق، في حين يملك مساهمو الشركة تغيير الإدارة بكاملها وفصلها وعزلها.
- (٢) لا يحق للمشاركين تغيير استراتيجية استثمار أصول الصندوق وسياسته المالية أو تعديلها، بينما يملك المساهمون ذلك كله.
- (٣) لا يملك المشتركون الأصول الثابتة المستخدمة في إدارة الصندوق، أو مكونات رأس المال الفعلي للصندوق، في حين يملك المساهمون رأسمال الشركة الفعلي وجميع أصولها.
- (٤) لا يحق للمشاركين تعديل أي من الاتفاقيات القانونية التي أبرمها مؤسس الصندوق، ولا يحق لهم تغيير الأطراف الذين تعاقد معهم الصندوق، مثل الجهة الحافظة أو الاستشاري أو الجهة التسويقية. بينما يحق للمساهمين تعديل جميع الاتفاقيات التي أبرمتها الشركة، وفق الأنظمة السائدة.

باختصار، فإن المشتركين لا يملكون مدير الصندوق أو "مشغل الصندوق"، بينما يملك المساهمون إدارة الشركة وكل جوانبها التشغيلية والمالية. فالمشتركون أو ملاك وحدات الصندوق لا يملكون رأس المال الفعلي للصندوق، سواء كان له شخصية اعتبارية أو لم يكن. فهم لا يملكون المتبوع والأصل الذي ينبغي أن تتبعه سائر الموجودات. وإذا كان كذلك فهم لا يملكون سوى التابع ولا يملكون المتبوع. ولذا فإن بيع وحدات الصندوق هو بيع للتابع مجرداً ومستقلاً عن المتبوع، فلا تسري عليه قاعدة التبعية، بل تسري عليه قاعدة الأغلبية وفق ما سبق. فالفرق الجوهرى بين الوحدات والأسهم هو أن الأسهم تمثل حصة شائعة في التابع والمتبوع، بينما الوحدات تمثل حصة شائعة في التابع فحسب.

استئجار المتبوع

قد يقال: إن المشتركين في الصندوق وإن كانوا لا يملكون إدارة الصندوق ورأسماله الفعلي، لكنهم يستأجرونه ويملكون منفعه. فهم بذلك كما لو استأجروا العبد وملكوا منفعه وإن لم يملكوا عينه. فما المانع من أن يكون المتبوع هو المنافع وليس الأعيان؟

والجواب من جزئين: الأول هو استنتاج موقف الفقهاء في هذه القضية من أقوالهم في حكم استئجار البساتين. الثاني في التفريق بين أنواع ملكية المنافع.

• استئجار البساتين

جماهير الفقهاء من المذاهب الأربعة لا يجيزون استئجار البساتين التي فيها الشجر الكثير. وذلك أن الإجارة بيع للمنافع، ومن أهم منافع الشجر الثمر، فيكون استئجار البستان ذي الشجر الكثير (إذا كان مدة طويلة نسبياً) بيعاً للثمر قبل وجوده، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع السنين^(١)، وهو ما يقتضي النهي عن بيع الثمر قبل تخلقه^(٢).

وبناء على ذلك فإن ملكية منافع البستان، بما في ذلك منافع الأرض ومنافع الشجر، لا تجعل الثمر تابعاً، مع أن الثمر تابع للشجر، والشجر تابع للأرض. ومع ذلك فملكية منافع الأرض والشجر لا تعطي المستأجر الحق في امتلاك الثمر قبل تخلقه. فلازم قول الفقهاء في هذه المسألة أن ملكية منافع الأصل لا تستلزم ملكية توابع الأصل. وهذا التعليل يقتضي فيما يبدو أن استئجار العبد لا يجعل ماله يدخل تبعاً. ويُفهم من ذلك أن التبعية عند الجمهور لا تثبت في حالة الإجارة.

ويؤكد هذه النتيجة ما سبق من كون المنفعة تابعة للعين (ص ١٠). فمن يشتري المنفعة (وهو المستأجر) يكون قد اشترى التابع وليس المتبوع. فمن يستأجر الشجر يملك منفعه، بما في ذلك الثمر. فالثمر وسائر منافع الشجر الأخرى، كالظل ونحوه، جميعها تابعة. وإذا كانت التوابع تستوي من حيث تبعيتها للأصل المتبوع، لم يصلح أن يكون بعضها متبوعاً وبعضها تابعاً، بل جميعها تابعة للأصل وهو الشجر. وعليه فإن استئجار الأصل تملك لتابع وليس لمتبوع، فتنتفي علاقة التبعية. وإذا انتفت التبعية صارت إجارة الشجر شراء محضاً للثمر قبل تخلقه، وهو منهي عنه شرعاً.

بينما ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية، وحكاه عن السلف، رحمة الله على الجميع، إلى جواز إجارة البساتين، مستدلاً بما ورد عن عمر رضي الله عنه أنه لما توفى أسيد بن حضير رضي الله عنه وكان عليه دين، قبل غرماءه أرضه سنين، وفيها النخل والشجر، فوفى دينه من القبالة. وهذا مما أقره عليه علماء التابعين، وهو كالإجماع من السلف كما يقول شيخ الإسلام^(٣).

ولا تعارض في الحقيقة بين ما ذهب إليه شيخ الإسلام وحكاه عن السلف، وبين ما ذهب إليه الأئمة الأربعة، رضي الله عن الجميع: فإن شيخ الإسلام يشترط لصحة هذه الإجارة أن يكون المستأجر هو المسؤول عن رعاية الشجر وسقيه وتعاهده. أما لو كان هذا العمل على مسؤولية المالك، فهذا يصبح بيعاً محضاً للثمر، وهذا هو المنهي عنه إذا كان قبل بدو الصلاح، وهو بيع السنين إذا كان قبل تخلق الثمر أصلاً^(٤). وكل ما نهى عنه النبي ﷺ من بيع المعدومات، مثل بيع السنين والملاقيح والمضامين وحبل الحبلية، إنما هو أن

^(١) متفق عليه. وانظر: القواعد النورانية لابن تيمية، ص ٢٠٠.

^(٢) وهذا يدل على أن الأئمة الأربعة جميعاً يأخذون بالمآلات ولا يكتبون بالظاهر من العقود.

^(٣) القواعد النورانية ص ٢٠٠.

^(٤) جامع المسائل ج ٦ ص ٤١٠، ٤١١، ٤٢١.

يشتري المشتري تلك الأعيان التي لم تُخلق بعد، ويقوم البائع على أصولها وهو الذي يستنتجها ويستثمرها، ثم يسلم للمشتري النتاج والثمرة، وهذا هو الذي كان أهل الجاهلية يفعلونه. وهو يتضمن الميسر والقمار وأكل المال بالباطل^(١). وإذا كان مقصود المستأجر هو بيع الثمر بربح، ولم يعمل في الأرض بمنفعته وماله، فهو طلب الربح من غير صناعة ولا تجارة وهذا هو الربا^(٢).

وبهذا الضابط يجتمع القولان : فإذا كان المستأجر غير مسؤول عن العمل بل المسؤول عنه غيره، لم يحل له استئجار الشجر والبساتين على النحو السابق، لأنه إما من ربح ما لم يضمن إذا كان سيبيع الثمر قبل وجوده بربح فيكون من الربا، أو من الغرر الفاحش إذا أبقاه ولم يبيع الثمر. فإن كان المستأجر هو المسؤول عن العمل ويقوم مقام المالك جاز ذلك.

وأما التعليل بأن المنافع تابعة للعين والمستأجر يملك المنافع التابعة ولا يملك المتبوع، فهذا صحيح، لكن الثمر هنا متوقف على العمل ورعاية الأصل وتعهده. فإذا تولى المستأجر مسؤولية الأصل، فإن الثمر يصبح تابعا لهذا العمل، فيصح دخوله تبعا في العقد. فالثمر أصبح تابعا للعمل والإدارة البشرية وليس لبقية منافع الشجر، فلا توجد علاقة تبعية بين المنافع بعضها مع بعض. وهذا بخلاف المنافع التي لا تتوقف على العمل، كمنافع العقار والأعيان مما تتولد فيه المنافع تلقائياً تقريباً ولذلك لا يُنهي عن بيعها مستقبلاً، كما سبق (ص ١٠).

• منافع الصندوق

إذا أخذنا برأي شيخ الإسلام ومن وافقه، فهل ينطبق هذا على المشتركين في الصندوق الاستثماري؟ هل يملك المشتركون منافع رأس المال الفعلي للصندوق بما يجعلهم بمثابة من يستأجر الشجر ويتولى مسؤولية العمل والقيام على الشجر؟

لو كان المشتركون يملكون منافع رأس المال الفعلي للصندوق ملكية تامة فقد يكون ذلك صحيحاً. لكن حقيقة الأمر أنهم يملكون الانتفاع بإدارة الصندوق ورأسماله الفعلي، ولكنهم لا يملكون المنافع. وفرق كبير بين ملك الانتفاع وبين ملك المنفعة، كما أوضح ذلك العلماء.

الفرق بين تملك الانتفاع وتمليك المنفعة

قال القرأفي رحمه الله: "الفرق الثلاثون بين قاعدة تملك الانتفاع وبين قاعدة تملك المنفعة. فتمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط وتمليك المنفعة هو أعم وأشمل فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالأجارة، وبغير عوض كالعارية. مثال الأول سُكنى المدارس والرباط والمجالس في الجوامع والمساجد والأسواق ومواضع النُسك

(١) جامع المسائل ج ٦ ص ٤١٤.

(٢) القواعد النورانية ص ٢٠٩، ٢١٤ - ٢١٥. وحقيقة الأمر أنه يكون قد ربح ما لم يضمن وبذلك يدخل في الربا.

كالمطاف والمسعى ونحو ذلك، فله أن ينتفع بنفسه فقط ولو حاول أن يؤاجر بيت المدرسة أو يسكن غيره أو يعاوض عليه بطريق من طرق المعاوضات امتنع ذلك، وكذلك بقية النظائر المذكورة معه. وأما مالك المنفعة فكمن استأجر داراً أو استعارها، فله أن يؤاجرها من غيره أو يسكنه بغير عوض ويتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم على جري العادة على الوجه الذي ملكه. فهو تملك مطلق في زمن خاص حسبما تناوله عقد الإجارة أو شهدت به العادة في العارية"^(١).

وذكر القرافي من أمثلة القاعدة القراض، حيث يقتضي عقد القراض أن رب المال ملك من العامل الانتفاع لا المنفعة، وكذلك الحال بالنسبة للعامل في المساقاة والمغارسة"^(٢). ونحو ذلك قال ابن قدامة رحمه الله: "وللمضارب أن يأخذ مضاربة أخرى إذا لم يكن فيه ضرر على الأول بأن لا يشتغل عن النظر في أمواله، لأنه عقد لا يملك به منفعه كلها فلم يمنع عقداً آخر كالوكالة"^(٣). وهذا يدل على أن منافع المضارب ليست مملوكة بالكامل لرب المال، إذ يحق للمضارب أن يأخذ مضاربة أخرى، بشرط عدم الإضرار بالأولى.

وهذا هو حال المشتركين في الصندوق مع مدير الصندوق، سواء كان العقد مضاربة أو وكالة بعوض، لأنه في الحالين يحق للمدير أو المضارب أن يدير صناديق أخرى، كما هو الواقع. فالمشتركون إذن لا يملكون منافع المضارب أو مدير الصندوق كاملة، ولا يتصرفون فيها تصرف الملاك، بل هم مجرد مستفيدين منها ولكن ليس لهم سلطة عليها، كما سبق. وهذا يبين أن المشتركين يملكون الانتفاع فقط ولا يملكون منافع إدارة الصندوق ورأسماله الفعلي. ويؤكد هذه النتيجة:

الفرق بين الأجير الخاص والمشارك

الفرق بين ملك المنفعة وملك الانتفاع هو جوهر الفروق التي ذكرها العلماء بين الأجير الخاص والأجير المشارك. قالوا: "الأجير الخاص منفعته مملوكة مدة الأجرة، والأجير المشترك منفعته غير مملوكة"^(٤). وقد بلغ الفقهاء من الدقة أن بينوا أن الأجير المشترك يملك مكونات رأس المال الفعلي، "مثل الخباز يخبز في تنوره وملكه، والقصار والخياط في دكانيهما." أما لو دعا شخص الخباز ليخبز في داره (أي دار المستأجر)، أو الخياط ليخيط في بيته، كان في حكم الأجير الخاص"^(٥). ويترتب على ذلك أن الأجير المشترك يضمن ما يقع من فعله عند جماهير العلماء، سواء تعدى أو لم يتعد. أما الأجير الخاص فلا يضمن إلا إذا تعدى، سواء كان من فعله أو فعل غيره"^(٦).

^(١) الفروق ج ١ ص ١٨٧، ونحوه في بدائع الفوائد ج ١ ص ٣.

^(٢) الفروق ج ١ ص ١٨٨.

^(٣) الكافي ج ٣ ص ٣٥٢. ويجوز تعدد رب المال قال جمهور الفقهاء، انظر: الموسوعة الفقهية ج ٣٨ ص ٦٨.

^(٤) الشرح المتمتع ج ١٠ ص ٧٧.

^(٥) المغني ج ٨ ص ١٠٤.

^(٦) المغني ج ٨ ص ١٠٣ - ١٠٤، الشرح المتمتع ج ١٠ ص ٧٦ - ٨٤.

وترتيب الضمان هنا هو عينُ الفقه، لأن المستأجر لما لم يملك منفعة الأجير ولا آلاته، لم يكن قادراً على أن يتحكم بالمخاطر التي يتعرض لها الأجير ولا يستطيع السيطرة عليها، فلذا لم يكن مسؤولاً عن عمل الأجير المشترك. وهذا يتفق مع ما سبق (ص ١٠) من جواز بيع الجنين مع أمه وعدم جواز بيعه وحده، وكذلك بيع الثمر قبل بدو الصلاح مع الشجر وعدم جوازه وحده. فعلة الجواز هي قدرة المشتري من خلال ملك الأصل (الأم والشجر) على أن يتحكم في مخاطر الفرع (الجنين والثمر)، فهو الذي يرضى الأصل ويتعاهده ويعتني به. وهنا لما لم يملك المستأجر منفعة الأجير كاملة ولا آلاته ولا معداته، أي لم يملك منافع رأس المال الفعلي، لم يملك السيطرة على مخاطر عمله، فلا يكون مسؤولاً عن عمل الأجير المشترك. فيكون الأخير ضامناً إلا لما كان بغير فعله، كآفة سماوية أو كارثة عامة. أما إذا ملك المستأجر المنفعة والآلة في حالة الأجير الخاص، فقد تمكن المستأجر من التحكم في مخاطر العمل، فلا يضمن الأجير حينئذ إلا بالتعدي والتفريط.

وبحسب التعريف، فإن رأس المال الفعلي هو مجموع الأعيان والمنافع المستخدمة في توليد السلع والخدمات لتحقيق الربح. ووفقاً لما سبق ففي حالة الأجير المشترك لا يملك المستأجر منافع رأس المال الفعلي، فلا يحق لهم المعاوضة عليها. وهذا يقتضي انتفاء التبعية في حق المستأجر في هذه الحالة. وهذا هو الحاصل في الصناديق الاستثمارية، إذ مدير الصندوق من جنس الأجير المشترك وليس الأجير الخاص. فالمدير يقوم بالإدارة في ملكه هو وأجهزته وأدواته التي لا يملكها المستثمرون. ولأنهم لا يملكون منافع المدير فهم لا يملكون المعاوضة عليها، وهو الفرق الذي أكدته القرابة فيما سبق. فإذا باع المستثمر وحداته في الصندوق فإنه لا يبيع معها منافع المدير لأن الأخير ليس أجيراً خاصاً بل مشتركاً. فإذا كانت منافع المدير وآلاته ومعداته هي المتبوع، لم تكن داخلة في الوحدات حين بيعها. فالوحدات إذن تتضمن التابع ولا تتضمن المتبوع.

فإذا قلنا إن مدير الصندوق بمثابة العبد ذي المال، فإن هذا "العبد" حاله مع المشتركين حال الأجير المشترك وليس الأجير الخاص. فهم لا يقومون مقام السيد مع العبد، بل حالهم معه حال النّد مع النّد، فلا يمكن أن يكون المشتركون قد ملكوا المتبوع ولو على وجه الإجارة. فإذا كان كذلك لم يملك المستثمرون المتبوع، وهو مجموع الإدارة وما تستلزمه من الأعيان والمنافع اللازمة لتحقيق الربح. وهذا يؤكد ما سبق أن وحدات الصناديق تمثل التابع ولا تمثل المتبوع فلا تسري على تداولها قاعدة التبعية.

وبناء على ما سبق فلو استأجر شخصٌ مزرعةً بحيث يقوم مقام المالك في المسؤوليات والحقوق، جاز العقد عند شيخ الإسلام ومن أخذ بقول السلف، ولم يجز عند جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة^(١). ثم لو أن هذا الشخص أنشأ صندوقاً استثمارياً على غرار

(١) إلا إذا قيدنا قول الجمهور بما انتفى منه مسؤولية العمل، فيؤول القولان إلى النتيجة نفسها وهي هنا الجواز.

الصناديق السائدة لاستثمار أموال المشتركين في الصندوق في المزرعة، لم يصح هذا العقد عند الجميع. لأن المشتركين في الصندوق لا يملكون منافع المزرعة بل حق الانتفاع فحسب، وهذا لا يجعلهم في مقام المالك وينفي عنهم ملكية المتبوع، فيكون شراء للثمر قبل وجوده.

الخروج من المضاربة

بناء على ما ذكره العلماء، فإن المضارب ليس أجييراً خاصاً، لأنه يحق له أن يأخذ مضاربة أخرى ما لم يُضَرَّ بالأولى، فهو في حكم الأجير المشترك حتى لو لم يكن كذلك بالفعل، لأن العبرة هي أن رب المال لا يملك جميع منافع المضارب بالعقد.

وإذا ثبت أن المضارب ليس أجييراً خاصاً، فإن رب المال إذا أراد الخروج من المضاربة وبيع حصته على طرف ثالث، فإنه لا يملك أن يعاوض على منافع المضارب لأن الأخير ليس أجييراً خاصاً ولأن رب المال لم يملك منافعه بل ملك الانتفاع بعمله فحسب. وعليه فبيع رب المال حصته جائز بشرط جواز مبادلة الثمن بمكونات مال المضاربة، ولا مدخل هنا للتبعية لانتهاء ملكية رب المال لمنافع المضارب.

لكن لو فرض أن صاحب المال استأجر شخصاً لإدارة المال وتثميته، ومكَّ بذلك منافعه ومنافع آلاته مدة العقد، ثم أراد أن يبيع هذا الاستثمار، فيصح هنا والله أعلم اعتبار التبعية بشروط:

- (١) أن يملك المشتري منافع الأجير باعتباره أجييراً خاصاً، ويملك كذلك منافع الأعيان والمنافع اللازمة لعمل المدير (المكاتب والأجهزة والمعدات ونحوها)، وليس مجرد ملك الانتفاع.
- (٢) أن يستمر المدير (الأجير الخاص) في إدارة الاستثمار وفق العقد الأول، ويقوم المشتري مقام البائع في تنفيذ العقد.
- (٣) أن تكون مدة عقد المدير كافية في الغالب لتضييض الربح حقيقة.
- (٤) إذا قرر المشتري تغيير المدير أو عزله فيجب عليه تعيين بدله إلى أن يتم تضييض المال حقيقة.

أما الشرط الأول فهو ضروري لتحقيق التبعية، كما سبق. وأما بقية الشروط فهي ضرورية لكي يكون المقصود من الشراء هو الاستمرار في الاستثمار إلى حين الوقت المتوقع لتضييض المال، وليس المقصود هو تصفية المضاربة والحصول على المال مستقلاً عن الإدارة، كما قرره العلماء في تبعية مال العبد. ويحق للمشتري عزل المدير إذا تطلب الأمر، لكن يجب عليه تعيين بدلاً له حتى لا يكون المقصود هو الحصول على المال. فاشتراط بقاء المدير أو تعيين بدله هو نظير اشتراط بقاء العبد، كما سبق، بحيث يكون البيع للتابع والمتبوع معاً وليس للتابع فحسب.

وإذا تحققت هذه الشروط فإن المشتري يكون قد ملك منافع رأس المال الفعلي، وهو منافع المدير ومنافع الأعيان اللازمة لعمله، وهي التي تتبعها أموال الاستثمار. فيجوز حينئذ والله أعلم بيع الاستثمار بغض النظر عن مكونات الموجودات على أساس استمرار علاقة التبعية بعد البيع.

ضمان المضارب

المناقشة السابقة تستدعي التعرض لقضية ضمان المضارب المشترك التي أثارها د. سامي حمود رحمه الله، واتكأ عليها لتضمين المصارف الإسلامية لحسابات المودعين الاستثمارية، باعتبار المصرف أجيراً مشتركاً ومن ثم يضمن الأموال^(١). وغفل رحمه الله أن الفقهاء اعتبروا المضارب من الأساس مضارباً مشتركاً، كما سبق من كلام القرافي وابن قدامة حول حق المضارب في أخذ أموال مضاربة أخرى إذا لم تضر بالأولى. فإذا كان كذلك، وكان الفقهاء مصرحين بوضوح بمنع تضمين المضارب، علم أن العلماء يمنعون تضمين المضارب المشترك دون تردد. فكل مضارب فهو في الأصل مشترك، وفي الوقت نفسه لا خلاف في منع تضمين المضارب ما لم يفرض أو يتعدى.

وأحد أهم الفروق بين الأجير المشترك، كالصئاع ونحوهم، وبين المضارب المشترك أن الأجير يتعامل مع أموال عينية لا تستهلك بالعمل، بل يراد تعديلها أو تحويلها بما يلائم طلب العميل (المستأجر). أما المضارب (ومن في حكمه) فيتعامل مع أموال مثلية (النقود) لا يمكن العمل فيها إلا باستهلاكها. فتضمين المضارب للمال المثلي الذي لا يمكن العمل إلا باستهلاكه يؤدي بالضرورة إلى تحول المال إلى قرض في ذمة المضارب. فإذا انضم إلى ذلك اشتراط العمل ونسبة من الربح، كان سلفاً بزيادة مشروطة، وهو محرم بالنص والإجماع.

أما الأجير المشترك الذي قضى الخلفاء رضي الله عنهم بتضمينه، فهو يعمل في أموال عينية لا تستهلك بالعمل. ثم إن التضمين إنما يؤول إلى التزامه بعين مصنوعة على صفة محددة في الذمة، مقابل أجر يدفعه له المستأجر. فالعقد لا ينتهي إلى قرض بل إلى بيع، وإنما يتحمل الأجير بدل العين لو تلفت بفعله.

لكن يمكن أن يُستدل بقضاء الخلفاء رضي الله عنهم على أن المضارب المشترك أو مدير الصندوق يضمن نتائج عمله هو وليس أداء الأسواق. فلو وجدت خسارة بسبب عطل في أجهزة المصرف أو مدير الصندوق، فإن المصرف و الصندوق يضمنان في هذه الحالة، والله أعلم.

الخلاصة

(١) المشتركون في الصندوق الاستثماري لا يملكون مشغل الصندوق ومديره ومتطلبات الإدارة من الأجهزة والأعيان والمنافع اللازمة للاستثمار. فهم بذلك لا يملكون رأس

(١) تطوير الأعمال المصرفية، ص ٣٩٩ - ٤٣٢، وانظر في نقد الرأي الودائع المصرفية النقدية، ص ٣٢٠ - ٣٢٣.

المال الفعلي للصندوق، وإنما يملكون على الشئوع الأموال التي يديرها مدير الصندوق.

(٢) المشتركون أيضاً لا يملكون منافع مدير الصندوق ورأسماله الفعلي، وإنما يملكون الانتفاع بها فحسب. ولذا فليس لهم المعاوضة على هذه المنافع. وإذا كانت هذه المنافع هي المتبوع، فإن تداول وحدات الصندوق حينئذ لا يتضمن المتبوع بل الأموال التابعة فحسب. ولذا فإن تداول وحدات الصناديق يخضع لقاعدة الأغلبية وليس لقاعدة التبعية، والله أعلم.

(٥)

الصكوك

ليس من الصعوبة التعرف على ضوابط تداول الصكوك بعد معرفة ضوابط الأسهم والوحدات. فالصكوك لا تخلو إما أن تمثل ملكية رأس المال الفعلي للأصول كما هو الحال في الأسهم، أو ليس كذلك كما في وحدات الصناديق.

من الناحية الفنية فإن الصكوك تندرج ضمن التعريف العام لبرامج الاستثمار الجماعي، وإن كانت عادة يتم مناقشتها على نحو مستقل^(١). الصورة الشائعة للصكوك تمثل الصكوك ملكية مشاعة فيما يسمى "مؤسسة أو مركبة ذات غرض خاص"^(٢)، لهذا الغرض نحتاج أن نتطرق إلى طبيعة هذا النوع من المؤسسات.

المؤسسة ذات الغرض الخاص

هي مؤسسة أو مجرد هيكل قانوني يهدف إلى تملك موجودات أو أصول من أجل إصدار أوراق مالية مقابلها. وهي شائعة جداً لغرض التسييد securitization في الصناعة التقليدية، واستخدمت على نحو مشابه لإصدار الصكوك الإسلامية. وتنتهي هذه المؤسسة بانتهاء الغرض منها، ولهذا وصفت بأنها ذات غرض خاص.

وتسجل قانونياً على شكل رصد أو ترست trust، أو صندوق استثماري، أو شركة ذات مسؤولية محدودة، أو غيرها من الصيغ القانونية. لكن ينص في أهدافها على الأغراض المرادة منها، وأهمها حفظ الموجودات المراد تصكيكها أو توريقها. ولهذا ليس لهذه المؤسسة نشاط اقتصادي، وليست سوى وعاء قانوني لتسجيل الموجودات باسمها^(٣). ليست المؤسسة ذات الغرض الخاص في الواقع أكثر من "رزمة" وثائق محفوظة لدى الجهة المعنية تثبت وجودها القانوني^(٤).

وإذا كانت المؤسسة ذات الغرض الخاص ليس لها أي نشاط اقتصادي، بل مجرد وعاء لحفظ موجوداتها، علم أنها لا تملك رأسمال فعلي تكون هذه الموجودات تابعة له. بل واقع الأمر أن المؤسسة نفسها تابعة لهذه الموجودات وليس العكس. وإذا كان هناك أي خدمات إدارية أو استثمارية تتم لموجودات المؤسسة فإنما تتم من خلال جهة أخرى (غالباً الجهة التي انتقلت منها موجودات الصكوك للمؤسسة، وهي المحتاجة للتمويل).

وفي حال تأسيس المؤسسة ذات الغرض الخاص على شكل صندوق فإن الصكوك تمثل وحدات ملكية هذه المؤسسة. ونظراً لأن المؤسسة ليس لها رأسمال فعلي، فإن

(١) مجلس الخدمات المالية الإسلامية، "المبادئ الإرشادية لضوابط برامج الاستثمار الجماعي الإسلامي"، فقرة ٦.

(٢) وتعرف بـ Special Purpose Vehicle or SPV.

(٣) "المؤسسة ذات الغرض الخاص" محمد القري، ص ١١؛ "الشركات ذات الغرض الخاص" حامد ميرة، ص ٨. وأشكر د. حامد الذي أمدني بمصادر هذا الموضوع.

(٤) "المؤسسة ذات الغرض الخاص" محمد القري، ص ١٢.

الصكوك لا تشمل سوى الموجودات، ولا تتحقق فيها تبعية بوجه ما. أما إذا كانت المؤسسة على شكل وقف (trust) فالصكوك لا تمثل حتى ملكية هذه المؤسسة. فالصكوك لا تمثل أكثر من ملكية الموجودات على أحسن تقدير.

وعليه فإن تداول الصكوك يكون جائزاً بشرط جواز مبادلة الثمن بمكونات الموجودات وفقاً لقاعدة الأغلبية كما هو الحال في وحدات الصناديق.

خاتمة

جاءت قواعد الشريعة الإسلامية المتعلقة بتداول النقد إذا اجتمع مع سلع أو منافع، على ثلاثة أنحاء:

- (١) قاعدة مُدَّ عَجْوَة.
- (٢) قاعدة الأغلبية.
- (٣) قاعدة التبعية.

ومن المقرر في أصول الشريعة الإسلامية وجوب العمل بالقواعد والأدلة الشرعية جميعها على الوجه الذي جاءت به، وعدم اللجوء إلى الترجيح إلا إذا امتنع الجمع.

وتطبيق هذه القواعد على الصور المعاصرة للأوراق المالية، سواء الأسهم أو الوحدات أو الصكوك، لم يكن بالأمر اليسير. فهناك تشابه وتداخل بين هذه الصور، كما أن هناك تشابهاً وتداخلاً بين القواعد نفسها. ولهذا كانت قضية التبعية والتفريق بينها وبين الغلبة وبين مُدَّ عَجْوَة من القضايا الشائكة و"من معضلات المسائل" كما سبق.

وقد كانت هذه الورقة محاولة للجمع بين القواعد الثلاث بما يحقق العمل بالأدلة الشرعية على وجهها، وتطبيقها على التعاملات المعاصرة بما يحقق مقاصد التشريع وأهداف الاقتصاد الإسلامي، قدر الاستطاعة.

وأهم النتائج التي توصل إليها البحث ما يلي:

- (١) أسهم الشركات من حيث المبدأ تخضع لقاعدة التبعية، والمتبوع هو مجموع الإدارة البشرية وما تستلزمه من الأعيان والمنافع، وهو ما يمكن تسميته "رأس المال الفعلي".
- (٢) الشركات تحت التأسيس تأخذ حكم الجنين والزرع قبل أن يشتد، فلا يجوز بيعها وتداولها في هذه المرحلة، إلا وفق قاعدة الأغلبية إذا اقتضى الأمر.
- (٣) وحدات الصناديق الاستثمارية تمثل الأموال التابعة، ولا تتضمن رأس المال الفعلي المتبوع. فيكون تداول الوحدات حينئذ خاضعاً لقاعدة الأغلبية.
- (٤) الصكوك تأخذ حكم الوحدات لأنها تمثل الأموال التابعة وليس المتبوعة، فتخضع أيضاً لقاعدة الأغلبية.

والله تعالى أعلم وأحكم، وصلى الله تعالى وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه وأتباعهم بإحسان إلى يوم الدين.

والحمد لله رب العالمين

المصادر

❖ البحوث

- أمانة الهيئة الشرعية، "تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق المشتملة على ديون ونقود"، الملتقى الفقهي الأول، مصرف الراجحي، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م.
- القري، محمد، "المؤسسة ذات الغرض الخاص"، دراسة مقدمة إلى هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، د.ت.
- ميرة، حامد، "الشركات ذات الغرض الخاص ودورها في إصدار الصكوك"، ورقة عمل مقدّمة إلى ندوة الجوانب الشرعية والقانونية والفنية في تطبيقات الصكوك: الإشكالات والحلول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م.
- الندوي، علي، "قواعد التبعية ومدى أثرها في العقود المالية"، دراسات اقتصادية إسلامية، م١٤، ذو الحجة ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م، ص١- ٦١.

❖ الكتب

- أثر الديون ونقود الشركة أو المحفظة على تداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية، علي محيي الدين قرة داغي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.
- بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، عبد الستار أبو غدة، شركة دلة البركة، ج٢، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.
- بدائع الفوائد، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، ت علي العمران، دار عالم الفوائد، ١٤٢٤هـ.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد)، دار المعرفة، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م.
- البيان والتحصيل، محمد بن أحمد بن رشد (الجد)، دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م.
- تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، سامي حمود، مطبعة الشرق، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م.
- جامع المسائل، أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية، ت محمد عزيز شمس، مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي، المجموعة السادسة، ١٤٢٢هـ.
- جمهرة القواعد الفقهية، علي أحمد الندوي، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
- شرح معاني الآثار، أحمد بن محمد الطحاوي، ت محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق، ترقيم يوسف المرعشلي، عالم الكتب، ١٤١٤هـ ١٩٩٤م.

- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي الزرقاني، المطبعة الخيرية، د.ت.
- الشرح الكبير، عبد الرحمن بن قدامة المقدسي، وبحاشيته الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرادوي، ت عبد الله التركي، هجر للطباعة والنشر، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.
- الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح العثيمين، دار ابن الجوزي، ١٤٢٦هـ.
- طرح التثريب شرح كتاب التقريب، عبد الرحيم بن الحسين العراقي وابنه ولي الدين، جمعية النشر والتأليف الأزهرية، دار إحياء التراث العربي، د.ت.
- الفروق، أحمد بن إدريس القرافي، دار المعرفة، د.ت.
- الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دار الفكر، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.
- الكافي، محمد بن عبد الله بن قدامة المقدسي، ت عبد الله التركي، هجر للطباعة والنشر، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.
- المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم، مطبعة السعادة، ١٣٢٣هـ.
- المعلم بفوائد مسلم، محمد بن علي المازري، ت محمد الشاذلي النيفر، المؤسسة الوطنية للترجمة والتحقيق والدراسات، ١٩٨٨م.
- المغني، محمد بن عبد الله بن قدامة المقدسي، ت عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن الخطيب الشربيني، عناية محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.
- الملكية في الشريعة الإسلامية، عبد السلام العبادي، مكتبة الأقصى، ١٣٩٤هـ، ١٩٧٤م.
- الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، حسن عبد الله الأمين، دار الشروق، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار ١٨٨ (٢٠/٣)

بشأن

استكمال موضوع الصكوك الإسلامية

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهران (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من ٢٦ شوال إلى ٢ من ذي القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١٣ - ١٨ سبتمبر (أيلول) ٢٠١٢م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى أمانة المجمع في موضوع: **الصكوك الإسلامية**، واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،

وبعد اطلاعه أيضاً على التوصيات الصادرة عن ندوة: **الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم**، التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة في رحاب معهد أبحاث الاقتصاد الإسلامي (جامعة الملك عبد العزيز) بالتعاون معه ومع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب (عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية) خلال الفترة ١٠ - ١١ جمادى الآخرة ١٤٣١هـ، الموافق ٢٤ - ٢٥ مايو ٢٠١٠م، مع الأخذ في الاعتبار ما أصدره المجمع في القرار ١٧٨ (١٩/٤) بشأن الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها في دورته التاسعة عشرة، وغيره من القرارات، واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،

قرر ما يأتي:

أولاً: ضوابط عامة:

- (١) يجب أن تحقق الصكوك الإسلامية مقاصد التشريع من حيث: تعزيز التنمية ودعم النشاطات الحقيقية وإقامة العدالة بين الطرفين.
- (٢) يجب أن تحقق العقود الخاصة بالصكوك مقتضاها من حيث ثبوت الملكية شرعاً وقانوناً، وما يترتب عليها من القدرة على التصرف وتحمل الضمان. كما يجب خلو العقود من الحيل والصورية، والتأكد من سلامة ما تزول إليه من الناحية الشرعية.

(٣) يجب أن تتضمن وثائق الصكوك الآليات اللازمة لضبط التطبيق والتأكد من خلوه من الحيل والصورية ومعالجة الخلل المحتمل. كما يجب القيام بالمراجعة الدورية للتأكد من سلامة استخدام حصيلة الصكوك في الغرض المحدد لإصدارها، ومن تطبيق جميع مقتضيات العقود على الوجه المقصود شرعاً.

(٤) يجب أن تستوفي الصكوك الإسلامية الفروق الجوهرية بينها وبين السندات الربوية من حيث الهيكلة والتصميم والتركييب، وأن ينعكس ذلك على آليات تسويق الصكوك وتسعيها.

ثانياً: التعهدات:

(١) لا يجوز للمضارب أو الشريك أو الوكيل أن يتعهد بأي مما يأتي:

(i) شراء الصكوك أو أصول الصكوك بقيمتها الاسمية أو بقيمة محددة سلفاً بما يؤدي إلى ضمان رأس المال أو إلى نقد حال بنقد مؤجل أكثر منه. ويستثنى من ذلك حالات التعدي والتفريط التي تستوجب ضمان حقوق حملة الصكوك.

(ب) إقراض حملة الصكوك عند نقص العائد الفعلي على الصكوك عن المتوقع بما يؤدي إلى سلف وبيع أو قرض بفائدة. ويجوز تكوين احتياطي من الأرباح لجبر النقص المحتمل.

(٢) يجوز التحوط من مخاطر رأس المال في الصكوك وغيرها، من خلال التأمين التعاوني أو التكافلي المنضبط بقواعد الشريعة المطهرة.

ثالثاً: إجارة الأصل على بائعه:

لا يجوز بيع أصل بثمن نقدي بشرط أن يستأجر البائع هذا الأصل إجارة مقرونة بوعد بالتملك بما مجموعه من أجرة وثمن يتجاوز الثمن النقدي، سواء كان هذا الشرط صريحاً أو ضمناً، لأن هذا من العينة المحرمة شرعاً، ولذا لا يجوز إصدار صكوك مبنية على هذه الصيغة.

رابعاً: إجارة الموصوف في الذمة:

(١) يجوز إجارة الأعيان الموصوفة في الذمة بما لا يخالف قواعد المعاملات الشرعية، ويجوز إصدار صكوك مبنية على ذلك.

(٢) يتركز إشكال هذه الصيغة في أمرين:

(i) حكم تأجيل الأجرة عن مجلس العقد.

(ب) حكم تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين محل الإجارة.

ويوصي المجمع أن تقوم أمانة المجمع بتشكيل فريق من العلماء والخبراء لدراسة هذه الصيغة في ضوء ما سبق وتقديم دراسة مفصلة قبل انعقاد المجمع في دورته القادمة.

خامساً: تداول الأوراق المالية، من صكوك أو أسهم أو وحدات:

(١) إذا تمحضت موجودات الورقة المالية للنقود أو الديون، فيخضع تداولها لأحكام الصرف أو بيع الدين.

(٢) إذا تمحضت موجودات الورقة المالية للأعيان أو المنافع أو الحقوق، فيجوز التداول بالسعر المتفق عليه.

(٣) إذا كانت موجودات الورقة المالية خليطاً من النقود والديون والأعيان والمنافع والحقوق، فلها حالان:

(i) أن تكون النقود والديون تابعة لما يصح أن يكون متبوعاً، وتكون الورقة المالية متضمنة للملكية المتبوع، فيجوز حينئذ تداول الورقة المالية دون مراعاة نسبة النقود والديون إلى الموجودات.

(ب) انتفاء تبعية النقود والديون أو عدم تضمين الورقة المالية للملكية المتبوع. فيخضع التداول حينئذ لأحكام الغلبة.

(٤) إذا كانت الشركة أو المشروع الذي تمثله الورقة المالية لم يبدأ العمل الفعلي أو كان تحت التصفية، فيخضع التداول لأحكام الغلبة.

(٥) ظهر من خلال البحوث المقدمة أن التبعية قد تثبت من خلال ملكية المشغل، أو العمل، أو النشاط. كما ظهر اتساع معيار الغلبة. ونظراً للحاجة لتحديد معايير التبعية وتحرير حالاتها، وتحديد معايير الغلبة وتحرير حالاتها، يوصي المجمع أن تقوم أمانته بتشكيل فريق من العلماء والخبراء لدراسة هذه المعايير في ضوء ما سبق وتقديم دراسة مفصلة قبل انعقاد المجمع في دورة قادمة.

سادساً: أثر القرارات على العقود السابقة:

(١) القرارات التي تصدر عن المجمع تسري من حين صدورهما ولا تؤثر على ما سبقها من العقود ومن جملتها الصكوك التي صدرت باجتهاد أو فتوى معتبرة شرعاً.

(٢) الواجب على المسلمين إتباع الشريعة المطهرة في جميع شؤونهم وأعمالهم بحسب الوُسع والطاقة لقوله تعالى: ﴿ فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ ﴾ (التغابن: ١٦) ، وقوله جل شأنه: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ (البقرة: ٢٥٨) ، وما عدا ذلك فإن الله تعالى يعفو عما عجز عنه المكلفون. ويجب على المسلمين السعي المستمر لرفع العجز والتخلص من أحكام الضرورة لتكتمل حكمة الشريعة وتستقيم حياة المجتمع المسلم على ما شرع الله تعالى.

والله أعلم



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الالتزام بالصيانة

إعداد

د. أحمد محمد أحمد بخيت

أستاذ الفقه المقارن بجامعة بني سويف والبحرين

تمهيد وتقسيم :

بعد حمد الله تعالى ، ثم الصلاة والسلام على نبيه الأمين وصحبه الغر الميامين ، وآله الأطهار الطيبين ، فإنني أعالج في هذه الصفحات أحكام واحدة من نوازل عصرنا ، عصر الآلات المعمرة ، والأجهزة الدقيقة ، والتقنيات الفائقة ، والكثافة الرأسمالية ، والمنافسات المحمومة ، والاتصال فائق السرعة ، والحرص الشديد على تثوير الخدمات ، مع تقليل النفقات ، وتعظيم العائد ، وخفض الفاقد ، ورفع الكفاءة ، وتأمين الاستعمال ، بمتابعة صيانة الأجهزة والمنشآت ، وتحديث البرامج والتقنيات ، في إطار ما يعرف بنظم الصيانة والتحديث .

ومهمة المجالس الفقهية في مجابهة تلك النازلة أن تكييف تلك الأعمال التي تتعلق بصيانة الأجهزة والمعدات والمنشآت ، وتحديثها ، وتحديث برامج تشغيلها ، كاشفة عن الحكم الشرعي في كل ذلك ، مبينة حالات المشروعات وقبورها ، وأسباب الحظر ومستثباتها .

ومجمع الفقه الإسلامي في دورته الحالية يستكمل ما سبق أن بحثه وناقشه من بحوث حول مسألة (الصيانة) في دور انعقاد مؤتمره الحادي عشر بالمنامة ، وقد انتهى مجلس المجمع الموقر إلى القرار ١٠٣ (١١/٦) الذي عرف عقد الصيانة ، واستعرض صورته التي أبرزتها البحوث المقدمة ، وقيد مشروعيتها هذا العقد بأن تُعَيَّن الصيانة تعيينا نافيا للجهالة المؤدية للنزاع ، وتُبيَّن المواد متى كانت على الصانع ، ويُشترط تحديد الأجرة في جميع الأحوال .

وقد شرفنتي أمانة المجمع باستكتابي في المسألة محل النظر ، مقترحة أن يكون عنوان البحث (استكمال عقود الصيانة) ومع امتناني بتكليفها شخصي ، وتقديري لمقترحها ، فإنني إذ تأملت محاور الموضوع ، ويغلب أن تكون - مع ما سبق بحثه - صورا للتحمل بالصيانة ، غلب على رأبي أن التعبير (الالتزام بالصيانة) هو الأعم والأنسب ، تأسيسا على أن الصيانة قد تكون أثرا نوعيا ، أو غاية أساسية أبرم العقد من أجلها^(١) وبعبارة أخرى : هي مقتضى العقد الذي ورد على عمل الصيانة تحديدا ، أو تكون التزاما عقديا زائدا على المقتضى ، وإن كان يؤكد ، أو جرى به عرف ، أو ورد به شرط ،

^(١) في هذا المعنى يقول العلامة الشيخ مصطفى أحمد الزرقا - رحمه الله - المدخل الفقهي العام ١/ ٥١٧ تحت التفرقة بين الالتزامات العقدية والحكم الأصلي للعقد ، يقول " أما الحكم الأصلي فهو الأثر النوعي للعقد ، أو هو الغاية الحقوقية الأساسية التي شرع ذلك العقد ليكون طريقا مشروعاً للوصول إليها ، وذلك كانتقال الملكية بعوض في عقد البيع ، وبلا عوض في الهبة ، وكتملك المنافع مؤقتا بعوض في الإجارة يتضح بذلك أن الحكم الأصلي لعقد هو الذي يعتبر موضوعا لذلك العقد حين التعاقد أما الالتزامات التي ينشئها العقد فهي كل تكليف بفعل أو امتناع عن فعل يجب بمقتضى العقد على أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر ، كتسليم المبيع ، وضمن العيب ، وأداء الثمن ، ونحو ذلك ... " اهـ مع اختصار يسير.

والراجع في التصنيف^(١) أن الالتزام أعم من العقد ، فما الأخير إلا أحد الأسباب المنشئة له ، لذا آثرت أن يكون العنوان (الالتزام بالصيانة) ليعم كافة صورها .

كما رأيت أن أستعرض بإيجاز مشروعية الصيانة قبل استعراض الحكم في جزئيات هذه المعاملة ، على أن يسبق كل ذلك التعريف ب (الالتزام بالصيانة) والإشارة إلى أوجه الاتفاق والاختلاف بينه وبين ما يشبهه أو يقاربه من التصرفات الأخرى ، والتتويه بالدراسات السابقة في الموضوع .

وعلى ذلك يأتي هذا البحث في فصلين ومشروع قرار :

الفصل الأول : في تعريف الالتزام بالصيانة وتحريره ، والدراسات السابقة فيه ، ومشروعية الصيانة .

الفصل الثاني : أحكام الالتزام بالصيانة في صورته المختلفة .

مشروع القرار

(١) في استخلاص معنى كل من التصرف والعقد والالتزام - في اللغة والعرف الفقهي - كلام طويل محله نظرية العقد والبعوث ذات الصلة ، ولعل الراجع من القول في تحديد معاني الثلاثة والعلاقة بين كل منها والآخر أنها تتشابه بالإطلاق العام بل تترادف ، وتتفاوت بالإطلاق الخاص ، فبه يدخل العقد والالتزام في عموم التصرف ، ويعتبر الالتزام أعم من العقد ، كما يعتبر أثراً لكل من التصرف والعقد ، فكلاهما يعتبر سبباً منشئاً للالتزام . انظر إن شئت . مقدمة الشريعة الإسلامية للباحث . نشر دار النهضة العربية ٢٠٠٧ ص ٣٧١ - ٣٧٨ .

الفصل الأول

في تعريف الالتزام بالصيانة وتحريره ، والدراسات السابقة فيه ، ومشروعية الصيانة

المبحث الأول

التعريف ب(الالتزام بالصيانة) والتفرقة بينه وبين ما يشته به من المعاملات

المطلب الأول

تعريف الالتزام بالصيانة

الالتزام بالصيانة مركب من مصطلحي "الالتزام" و "الصيانة" ولكل من شقيه تعريف على الانفراد ، ونجتهد في وضع تعريف لهذا المركب .

أولاً : الالتزام :

الالتزام مصدر الفعل التزم الشيء يلزمه لزماً ولزوماً ولزاما ولزامة ولزومة ولزمانا : أي ثبت ودام عليه ولم يفارقه ، قال ابن فارس : اللام والزاي والميم أصل واحد صحيح يدل على مصاحبة الشيء بالشيء دائماً .^(١)

والتزم الأمر : أي أوجبه على نفسه ، ويقال لما بين باب الكعبة والحجر الأسود الملتزم لأن الناس يعتقدونه ، أي يضمونه إلى صدورهم.^(٢)

وحاصل ما تقدم أن الالتزام في اللغة يدل على الإثبات والإيجاب والدوام .

ومن (الإيجاب) أخذ أكثر المعاصرين تعريف الالتزام اصطلاحاً ، فقالوا : هو إيجاب الإنسان على نفسه أمراً جائزاً شرعاً^(٣) فإن وجب عليه بغير اختياره فهو إلزام ، وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن قدامة " الإنسان لا يلزمه شيء إلا بإلزام أو التزم ، ولم يرد الشرع بإلزامها - يعني المختلعة - هذا ، ولا هي التزمت له " ^(٤) ، ولعل الأصح أن الإلزام أعم من الالتزام ، وأنه منه بمنزلة السبب من المسبب ، أما أنه أعم فلأنه يكون بإيجاب الشخص على نفسه ، وبإيجاب غيره عليه^(٥) وأما أنه بمنزلة السبب فلأنه يتقدم الالتزام فيوجده^(٦) وقد حرص الشيخ مصطفى الزرقا على تجريد الالتزام من مصدره (في التعريف) ليعم

^(١) معجم مقاييس اللغة ٢٤٥/٥ .

^(٢) راجع : لسان العرب ، القاموس المحيط ، المصباح المنير ، مادة (ل ز م) والنظم المستعذب لابن بطال ، بهامش المهذب للشيرازي ٢١٣/١ .

^(٣) راجع الموسوعة الفقهية الكويتية ١٤٥/٦ .

^(٤) المغني - بتحقيق عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو ٢٩٠/١٠ .

^(٥) انظر مثلاً : تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ضمن فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك للشيخ محمد عليش بتتسيق على نايف الشحود . نسخة المكتبة الشاملة ص ١٧٨ .

^(٦) انظر أستاذنا الدكتور عبد الناصر العطار . نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية ص ٢٣ وما بعدها .

الأمرين فقال : هو كون الشخص مكافأ بفعل أو بامتناع عن فعل لمصلحة غيره ، فإن كان مصدره العقد فالمراد به : كل تكليف بفعل أو امتناع يجب بمقتضى العقد على أحد العاقدين لمصلحة الآخر ، غير أنه يسمى عنده حكماً أصلياً متى كان هذا التكليف هو موضوع العقد الرئيس ، وإن لزم تبعاً فهو التزام عقدي^(١) .

ثانياً : الصيانة

الصيانة في اللغة : الحفظ والوقاية ، يقال : صان الشيء صوناً وصيانة : حفظه في مكان أمين ، وصان عرضه : وقاه مما يعيبه ، واسم الفاعل منه : صائن ، واسم المفعول : مصون ، ومصان ، فيقال : ثوب مصون : خال من العيب ، وعرض مصان : مبراً من سوء السمعة^(٢) .

وتكاد بحوث دور الانعقاد الحادي عشر ، وكذا كلمات الأفاضل المتداخلين ، وهو ما أكده قرار مجلس المجمع رقم ١٠٣ (١١/٦) تطبق على أن الصيانة مصطلح فقهي/قانوني محدث ، بل على أن المعاملة ذاتها محدثة ، ولم يسبق لسلفنا من الفقهاء بحثها " والقول بأن عقد الصيانة موجود سابقاً على قول بعض المعقبين لا أساس له ، نعم عقد الصيانة مشابه لبعض العقود التي أوردوها من وجوه ويختلف معها في وجوه أخرى"^(٣) . وهو النفي الذي أكده فضيلة الدكتور منذر قحف الذي تعقب مأجوراً مصطلح الصيانة في معاجم التعاريف الفقهية ، وخلص إلى القول إنه " لم ترد كلمة صيانة في التعريفات الفقهية لمحمد عميم الإحسان ، ولا في أنيس الفقهاء للقونوي ، ولا في التدقيق على مهمات التعريف للمناوي ، ولا في تحرير ألفاظ التبييه للنووي ، ولا في الدر النقي لابن عبد الهادي ، ولا في التعريفات للجرجاني ، ولا في الكليات لأبي البقاء الحسيني الكفوي"^(٤) .

وعندي أن غياب الاسم لا يعني غياب المسمى ، ومن ثوابت المنهج الفقهي أن " العبرة بالمعاني لا بالمباني " وقد تكلم الفقهاء عن أعمال هي من قبيل الصيانة المناسبة لموضوعها وزمانها ، غير أنهم اصطالحوا عليها بألفاظ أخرى ، كـ " المرمة " و " العمارة " و " التجديد والترميم"^(٥) .

(١) المدخل الفقهي العام ٢/ ٥١٤ - ٥١٧ .

(٢) انظر : المصباح المنير ، ومختار الصحاح . مادة (ص و ن) والمعجم الوجيز ، مادة صان .

(٣) من تعقيب الشيخ عوض على البحوث المقدمة لمحور (عقود الصيانة) مجلة المجمع ع ١١ - ٢/ ٢٦١ ، وسيادته يعترض على كلام الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان ومنه : إن الفقه الإسلامي تضمن هذا الموضوع ، لكن ليس بالصورة التي نعايشها الآن . المجلة ١١/٢/٢٥٧ .

(٤) مجلة المجمع ١١/٢/١٤٧ حاشية .

(٥) فقي الدر المختار وتوير الأبصار (بحاشية ابن عابدين ط الأميرية) ٤٩/٥ " وعمارة الدار المستأجرة وتطيينها وإصلاح الميزاب ، وما كان من البناء على رب الدار ، وكذا كل ما يخل بالسكنى " وقد تكررت ألفاظ : العمارة ، والترميم ، والإصلاح في مواضع من كتاب الإجارة بشرح ابن عابدين ، ونحو ذلك نجده في مواضع من كلام القرائي في الذخيرة ، - بتحقيق محمد حجي ، ط دار الغرب الإسلامي - كقوله مثلاً (٤٩٣ / ٥) : " في الكتاب يجوز اشتراط الترميم من الكراء ، ويمتنع ما زاد عن الكراء من عنده ، ... وفي الكتاب : على رب الدار كنس المرحاض ، وإصلاح الواهي حتى يتمكن من المنفعة ، ويمتنع اشتراطه (يعني المكتري) عليه إصلاح

ولعل الدكتور قحف لم يقف على اللفظة في معجم لغة الفقهاء للدكتور رواس قلعجي وحامد قنبيبي ، وقد عرفا الصيانة بأنها " مجموعة الأعمال اللازمة لبقاء عين على الحالة التي تصلح فيها لأداء الأعمال المرادة منها " (١) وهو المعنى الذي تشير إليه عبارات السلف المنوه بها في الحاشية ، بل إن عبارة الدكتور قحف في تعريف الصيانة تلتقي مع هذا التعريف في كثير من مفرداته (٢) .

ثالثا : الالتزام بالصيانة :

مع تعدد صور التحمل بالصيانة ، واختلاف تكييفاتها ، ووضوح ذلك للأفاضل مقدمي بحوث دور الانعقاد الحادي عشر فإنهم حدوا الصيانة بإنها عقد ، إلا الشيخين التسخيري والترابي اللذين عرفا الصيانة بأنها : الاتفاق في عقد مستقل أو ضمن عقد معين بين الشركة أو المتخصص ، وبين صاحب المال للقيام بخدمات الإصلاح والمراقبة ، لمدة معينة ، لكي يبقى صالحا للاستفادة المطلوبة في مقابل أجرة معينة (٣) .

ومع ما يرد على هذا التعريف من ملاحظات تنال من ضابطي الجمع والمنع كشرطين في التعريف المنطقي فإنه يمتاز على التعريفات الأخرى بإدراج صور الصيانة المختلفة في التعريف ، وبملاحظة هذه الصور المتعددة ، وباعتبار معنى كل من الالتزام والصيانة ، وفق التحديد السالف الذكر ، أرى أن الالتزام بالصيانة هو : تعهد مؤقت أساسه العقد أو الالتزام العقدي بالقيام بمجموعة الأعمال اللازمة لبقاء عين على حالتها الصالحة لأداء المنفعة المطلوبة منها ، بصفة دورية أو طارئة ، وعلى ما يتفق الطرفان في شأن الأجر والخامات والأدوات .

حيث نحاول أن نبرز الطبيعة الزمنية لهذا الالتزام ، ونشير إلى تعدد مصادره ، وأن محله الجوهرى هو العمل الذي غايته بقاء العين المتعهد بصيانتها صالحة لتحقيق الغرض منها ، وهذا العمل قد يلزم دوريا ، أو بمناسبة طروء العطل أو الاختلال ، أما ما عدا القيام

البيوت كلما احتاجت إليه ، لأنه مجهول " . ونحوه في شرح الخرشي على مختصر خليل - ط محمد افندي مصطفى بمصر - ٥٠/٥ ، وفي الإنصاف للمرداوي (بتحقيق محمد حامد الفقي) ٦٧ / ٦ - ٦٨ : " قال الشيخ تقي الدين ، رحمه الله ، : للمستأجر مطالبة المؤجر بالعمارة التي يحتاج إليها المأجور وليس له إجباره على التجديد ، على الصحيح من المذهب ، وقيل : بلى " ، وفي روضة الطالبين للنووي (بتحقيق علي معوض ، وعادل عبد الموجود) ٢٨٣ / ٤ ... " ما تحتاج إليه الدار المكراة من العمارة ، وهو ثلاثة أضرب : أحدها : مرممة لا تحتاج إلى عين جديدة ، كإقامة جدار مائل ، وإصلاح منكسر ، وغلق تعسر فتحه ولا يجب شيء من هذه الأضرب على المستأجر ، بل هي من وظيفة المؤجر ... " وفي الحسبة على الفرانين يقول الشيرازي في نهاية الرتبة ص ٢٥٥ " ويأمرهم بإصلاح المداخل ، وتنظيف بلاد الفرن في كل ساعة ، من اللباب المحترق ، والشرر المتطاير ، والرماد المتناثر ، لئلا يلصق في أسفل الخبز منه شيء " وأدل من كل ذلك على المعنى ما رواه أبو يوسف في الخراج ص ٨٩ عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه من قوله : وانظر الخراب فإن أطاق شيئا فخذ منه ما أطاق ، وأصلحه حتى يعمر " . ، وانظر : د محمد عثمان شبير . صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية ، ضمن بحوث فقهية وقضايا اقتصادية معاصرة ج ٢ ص ٧٤١ وما بعدها .

(١) معجم لغة الفقهاء - ط ١٩٨٨ - ص ٢٧٩ .

(٢) ونص عبارته - مجلة المجمع ١٤٧ / ٢ / ١١ - " أما معناها العريفة المستخلص من عقود الصيانة فإنها تعني : إصلاح الشيء المعمر كلما طرأ عليه عطل أو أذى ، من حيث قدرته على إنتاج الخدمات والمنافع المقصودة منه " .

(٣) انظر : مجلة المجمع ١٢٦ / ٢ / ١١ .

بالصيانة فإنه يتحدد حسب ما يترضى عليه الطرفان ، لاسيما أجر الصيانة وأثمان الخامات وقطع الغيار .

المطلب الثاني

الالتزام بالصيانة وما يشته به من المعاملات

الالتزام بالصيانة تعهد بالقيام بعمل أو مجموعة أعمال ، فإن كان مصدره التزاما عقديا فإنه يشابه ضمان العيوب الخفية ، ولا يبعد أن يراه بعضهم من قبيل صفتين في صفقة ، وإن كان مصدره الاشتراط في العقد اشتهه باشتراط عقد في عقد ، أو عُدَّ شرطا مقترنا بالعقد ، وإن كان العمل هو موضوع الالتزام الرئيس أعتبر عقد إجارة أعمال ، ومن هذا القبيل أيضا أن يرد الالتزام على التشغيل أصلا ، وتكون الصيانة تبعا .

وبمراعاة ما يخالط العمل من تعهد بتوريد قطع الغيار ، أو التحمل بما يلزم من خامات يمكن القول بأننا إزاء بيعتين في بيعة ، إجارة وبيع ، أو استصناع .

ولأن المعقود عليه من العمل وقطع الغيار وخامات الصيانة مما جهل قدره وقت العقد ، فإن بعض الباحثين يعد الالتزام بالصيانة من الجعل ، أو الوعد بجائزة .

وبمراعاة أن غرض صاحب المال من التعهد بالصيانة هو ضمان استمرار صلاحية العين لتحقيق الغرض المنشود منها ، وعدم التعطل ، وخفض النفقات ، يشبه الالتزام بالصيانة عقد التأمين على الأشياء .

ولكن عند تدقيق النظر في الالتزام بالصيانة ، وفق ما يجري عليه العمل في الواقع ، يتأكد أن هذا الالتزام ، باعتبار موضوعه وغايته ، التزام محدث ، يمثل تطورا لعقود والتزامات عقدية متنوعة ، استوجبه اتساع دور الآلات الثابتة والمتحركة في حياة الإنسان ، والتطورات الكبيرة في فن البناء وما يلزمه من آلات وأجهزة ، وما يدعمه من تقنية معقدة ، تقتضي استمرار المحافظة على تشغيلها وعملها المستمر^(١) .

والتسليم بالحدثة معتبر في الفكر القانوني اعتباره في الفقه الإسلامي ، ومن ثم اختلفت أقوال الشراح في تأسيس الالتزام بالصيانة ، خصوصا الالتزام بصيانة المبيع ، فأدخله البعض في نطاق الالتزام بالتسليم ، وأسسوه آخرون على مبدأ حسن النية ، وبناء فريق ثالث على أساس ضمان العيوب الخفية ، واعتبره بعضهم من مستلزمات عقود بيع

(١) في هذا المعنى : د. منذر قحف . مجلة المجمع ١١/٢/١٥٤ ، وفي المعنى ذاته يقول الشيخ محمد مختار السلامي - المجلة ١٢/٢/١١ " عقد الصيانة عقد حادث لا عهد للفقهاء به ، ومن الجهد الضائع التقريب عن رأي الفقهاء السابقين فيه ، لأن هذا العقد تابع لدخول الآلة في الإنتاج ، ولاعتماد الآلة على الطاقة المحركة لدواليبها ، وللتسلسل الرابط بين أجزاء الآلة ، ثم لدخول عامل جديد هو الإلكترونيك في الضبط والدقة والتيسير " . ويقول الدكتور محمد الأمين الضرير - المجلة ١١/٢/١٠٦ " ولا يوجد تعريف في الفقه ولا القانون لعقد الصيانة ، لأنه لا يوجد عقد بهذا الاسم ، لا في الفقه ولا في القانون ، فهو من العقود المستحدثة التي تحتاج إلى تكييف قانوني وتكييف فقهي ، وتعريف "

بعض الأجهزة والآلات الحديثة التي تتسم بالخطورة والتعقيد والدقة الفنية ، وأسسته بعض الأحكام القضائية على أساس الالتزام بضمان السلامة ، وتشير بعض النصوص القانونية إلى إمكانية رده إلى الضمان الاتفاقي أو الشرط^(١) ، أو ما اشتهر بخدمة ما بعد البيع^(٢) .

وقد كفتنا البحوث المقدمة لدور الانعقاد الحادي عشر وتعقيبات السادة المتداخلين عليها عبء استظهار التمايز بين الالتزام بالصيانة وكل من هذه المعاملات والالتزامات المذكورة ، ومن ثم فإننا نحيل إليها ، ونذكر فقط بأثر توافق الالتزام بالصيانة مع أي من هذه المعاملات والالتزامات ، أو اختلافه عنه ، في تقرير مشروعية هذا الالتزام ، أو عدم مشروعيتها ، وهو ما سنأتي إليه في الفصل التالي .

المبحث الثاني

الدراسات السابقة في الصيانة ومشروعيتها

المطلب الأول

الدراسات السابقة في الصيانة

استكتابي في مسألة الصيانة كان استكمالاً لما سبق أن بحثه خبراء مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، وناقشه مجلسه في دور انعقاده الحادي عشر ، وقد قدمت في هذا الدور خمسة بحوث ، سبقتها مجموعة من الأوراق قدمت إلى الندوة الفقهية الرابعة لبنك التمويل الكويتي ١٩٩٥/١٤١٦ ، ولحققتها بعض الأعمال البحثية من أطروحات وبحوث أكاديمية ، فضلاً عن فتاوى بعض أهل العلم ، ومقالات موجزة لبعض طلابه .

وقد ساءني ألا أتمكن من الاطلاع على أطروحة الدكتور فهد بن عبد العزيز (الالتزام بالصيانة - دراسة تأصيلية تطبيقية) والمقدمة إلى كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، (نوقشت في ١٨/١١/١٤٢٨) وتقع حسب ثبت موضوعاتها المتاح على موقع الفقه الإسلامي / الكشاف الفقهي / كشاف الرسائل ، في أكثر من ٨٢٠ صفحة ، وأحسب أنها المعالجة التي تحيط بالقضية جملة وتفصيلاً ، فقد استقرأ الباحث أحكام الصيانة في مختلف المعاملات ، وبين حقيقة الالتزام بها ، وأسبابه ، وأنواعه ، وأركانها ، وضوابطه ، وآثاره ، وآثار الإخلال به ، فضلاً عن تطبيقاته في المنقول وغير المنقول ، وعلى ما بلغني من بعض الثقات فإنها لم تنشر بعد .

^(١) انظر في استعراض الاتجاهات الفكرية القانونية في تأسيس الالتزام بصيانة المبيع بحث الدكتور ممدوح محمد علي مبروك . الالتزام بصيانة الشيء المبيع ، دراسة مقارنة بين القانون المدني (المصري والفرنسي) والفقه الإسلامي . نشر دار النهضة العربية (ن ت) ص ١١ - ٢٤ .

^(٢) راجع : د. جابر محجوب . خدمة ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة . نشر مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت ١٩٩٥ ص ٨

ولكني وقفت بفضل الله وتيسيره على بحث الدكتور ممدوح محمد علي مبروك المعنون : الالتزام بصيانة الشيء المبيع . دراسة مقارنة في القانون المدني (المصري والفرنسي) والفقہ الإسلامي ، ويقع في ١٦٩ صفحة ، نشر دار النهضة العربية (مصر) ، وهو بحث متميز في بابه لولا أنه اقتصر على الالتزام بصيانة المبيع ، ويفضله في رأيي مصنف الباحث بدر بن عبد الله الجدوع ، المعنون : خدمات ما بعد البيع وأحكامها في الفقہ الإسلامي ، لولا أن المتاح منه على صفحة الملتقى الفقهي / بحوث فقہية / معاملات / البيوع ، لا يشمل المؤلف كله .

وقد عقد الشيخ خالد بن عبد الله الفصل السابع من فصول بحثه (الحوافز التجارية التسويقية وأحكامها في الفقہ الإسلامي) الثمانية لدراسة الضمان والصيانة الترخيبيان ، وهي خطة تتسق وكون الصيانة من خدمات ما بعد البيع ، التي تُرغب بها الشركات المنتجة زبائنهم في اقتناء منتجاتها ، وتفضيلها على منتجات الشركات المنافسة .

أما الدكتور الشيخ عبد الرحمن العايد فعالج (الصيانة) كأحد تطبيقات عقد المقاوله ، وهي عنده " إجارة وارده على عمل الإنسان ، فإن تعاقدنا على أن رب العمل يملك منفعة الصائن طوال مدة العقد فالصيانة حينئذ إجارة الأجير الخاص ، وإن تعاقدنا على أنه لا يملك ذلك فهي إجارة الأجير المشترك ، وكون الصائن يحصل على أجره ولو لم يعمل يمكن حلها بأن يقال : إن الأجرة حينئذ تكون على الصيانة الدورية ، وهي معلومة مسبقا ، وما طرأ من خلل يخص له أجرة خاصة تحسب فيها قيمة القطع المستبدلة وساعات العمل ، ولا تكون هذه الأجرة داخله في الأجرة المتفق عليها مسبقا " (١) .

ومن المعالجات الجزئية بحث الدكتور محمد بن سليمان الأشقر ، الضوابط التي تحكم عقد صيانة الأعيان المؤجرة ، وبحث الدكتور محمد عثمان شبيب ، صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف ، والبحاث منشوران ضمن (مجموعة بحوث فقہية وقضايا اقتصادية معاصرة) للشيخين الفاضلين وآخرين ، والبحاثان قدما للندوة الفقہية الرابعة لبيت التمويل الكويتي .

وضمن بحوث العدد الثلاثين (س ١١ ، شعبان ١٤١٧ ، ديسمبر ١٩٩٦) من مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية / ج الكويت ، بحث الدكتور أحمد الحجوي الكردي ، المعنون عقود الصيانة ، وفيه خير كثير .

وفضلا عن بضع فتاوى ، كفتوى الشيخ سامي السويلم ، والشيخ عبد الله بن جبرين ، والأستاذ الشيخ صالح بن فوزان الفوزان ، والشيخ محمد حسن الددو ، تتعلق بحكم الالتزام بالصيانة فإن المادة الأهم التي يتيسر لي الرجوع إليها - الآن - هي تلك

(١) د. عبد الرحمن العايد . عقد المقاوله . الرسالة العلمية رقم ٥١ ضمن سلسلة مشروع وزارة التعليم (السعودية) ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م . ص ٣٧٧ .

البحوث المقدمة لمؤتمر مجلس الفقه الإسلامي ، دور الانعقاد الحادي عشر ، وما دار حولها من مداخلات ومناقشات وردود ، وجميعها مثلت القاعدة التي بنى عليها مجلس المجمع قراره رقم ١٠٣ (١١/٦).

المطلب الثاني مشروعية الصيانة

في كتاب الله تعالى قوله : ﴿ هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فَاسْتَغْفِرُوهُ ثُمَّ تُوبُوا إِلَيْهِ إِنَّ رَبِّي قَرِيبٌ مُجِيبٌ ﴾^(١) ، ومنه أخذ المفسرون الأمر بالعمارة بجميع أنواعها^(٢) و" أن يؤخذ كل شيء بقانون تمييزه الخاص الذي تتقاد به غلته ، وتبلغ عليه أقصى ما يقدر لها من مضاعفة الكم ، وتحسين النوع " ^(٣) . ومن ذلك إصلاح الخرب ، وحفظ الأموال ، والحفظ يكون بقطع التلف ، وإدامة النفع ، فانقطاع النفع تلف حكما^(٤) .

ومن الوسائل إلى مضاعفة الكم ، وتحسين النوع ، فضلا عن دوام النفع تعهد المسخرات " بالصيانة والتقوية والتحسين ، لاسيما ما كان منها صناعيا ، فإن ذلك ضرب من احترام النعمة ، أو هو أثر احترامها وتقديرها ، وشكر المنعم بها ، ويقابل ذلك أن إهمالها ضرب من الجهل بها وبأثرها في مقومات الأمة ، وهو لا يفضي إلى انقطاع منفعتها فحسب ، بل يجر إلى ضعف الأمة وذهاب الدولة " ، وقد قرر القرآن هذه السنة - بأثرها الإيجابي والسلبي - واضحة جلية في قصتي داود وسليمان (عليهما السلام) من جانب ، وأهل سبأ من جانب آخر ، فال داود يصونون نعم الله بما يكفل استمرار منفعتها لا يفترون ، يدل على هذا أن سليمان عليه السلام مات متكئا على عصاه ، ولم يتبين العمال من الجن وفاته إلا بسقوطه بعد أن أكلت دابة الأرض منسأته ، أما أهل سبأ فأهملوا السدود والخزانات والقناطر حتى تخربت ، فكان جزاؤهم كما قال المولى سبحانه : ﴿ فَأَعْرَضُوا فَأَرْسَلْنَا عَلَيْهِمْ سَيْلَ الْعَرِمِ وَبَدَّلْنَاهُمْ بِجَنَّتَيْهِمْ جَنَّتَيْنِ ذَوَاتِ أُكُلٍ خَمْطٍ وَأَثَلٍ وَشَيْءٍ مِّنْ سِدْرٍ قَلِيلٍ ﴿٥﴾ ذَلِكَ جَزَيْنَاهُمْ بِمَا كَفَرُوا وَهَلْ نُجَازِي إِلَّا الْكَفُورَ ﴿٦﴾ ﴾^(٥) .

وعن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: (إن الله حرم عليكم : عقوق الأمهات ، ووأد البنات ، وامنع وهات ، وكره لكم : قيل وقال ، وكثرة

(١) هود : ٦١
(٢) انظر مثلا : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥٦/٩ . التحرير والتوير للطاهر بن عاشور - ط الدار التونسية ١٩٨٤ - ١٠٨ / ١٢ .
(٣) البهي الخولي . الثروة في ظل الإسلام - ط رابعة - ص ٣٣ ، وفي معالم السنن للخطابي ٨٢٩/٣ " مبنى الحفظ على العرف والعادة " .
(٤) قال الكاساني في البدائع ٤٤ / ٩ وما بعدها : التلف حكما : حدوث معنى في الشيء يمنع من الانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة " وفي المغني لابن قدامة " تعطيل المنفعة إتلاف لها " .
(٥) سبأ : ١٢ ، ١٣ .
(٦) انظر : الثروة في ظل الإسلام ص ٣٥ وما بعدها ، في ظلال القرآن لسيد قطب - ط ٣٢ - ٢٩٠٠ / ٥ وما بعدها .

السؤال ، وإضاعة المال) ^(١) قال النووي : "وأما إضاعة المال فهو صرفه في غير وجوهه الشرعية وتعريضه للتلف ، وسبب النهي أنه فساد والله لا يحب المفسدين ، ولأنه إذا أضع ماله تعرض لما في أيدي الناس " ^(٢) ، وقد نهى الله عن إتيان السفهاء المال لأنهم لا يحسنون حفظه ولا تثميره ، ويدفع إليهم متى رشدوا ، قال بعض أهل اللغة : الرشد تثمير المال وإصلاحه ^(٣) وعن عمر رضي الله عنه قال " لا يقل شيء مع الإصلاح ، ولا يبقى شيء مع الفساد " ^(٤) وعن الإمام أحمد بن حنبل قال : قليل المال تصلحه فيبقى ... ولا يبقى الكثير مع الفساد ^(٥) .

وحفظا لمقصد الإسلام في حفظ الأموال وتثميرها ، عامة كانت أو مملوكة لأصحابها ، كانت المسئولية عن إعمار الأملاك أوجب من الحرص على تحصيل العوائد السريعة ، وقد كتب علي رضي الله عنه إلى مالك الأشتر يقول " ... وليكن نظرك في عمارة الأرض أبلغ من نظرك في استجلاب الخراج ، لأن ذلك لا يدرك إلا بالعمارة ، ومن طلب الخراج بغير عمارة أخرج البلاد ، وأهلك العباد ، ولم يستقم أمره إلا قليلا ... حتى يقول : ولا يتقلن عليك شيء خففت به المؤونة عنهم ، فإنه ذخر يعودون به عليك في عمارة بلادك وتزيين ولايتك " ^(٦) وكتب عمر بن عبد العزيز لعامله " وانظر الخراب ؛ فإن أطاق شيئا فخذ منه ما أطاق ، وأصلحه حتى يعمر " ^(٧) .

وقد فطن فقهاؤنا إلى وجوب القيام على صيانة الملك الخاص كما يجب صون المال العام ، فكلفوا المحتسبين أن يمنعوا كل ما فيه ضرر بالمال ، لاسيما ما كان منه موجها لنفع العامة ، فيمنع المحتسب من قطع حصرم الفاكهة قبل أن تطيب ، لأنها تطلب في حينها فلا تكاد توجد ^(٨) ويأمر جلابي البضائع إذا وقفوا بها في العراض أن يضعوا الأحمال عن ظهور الدواب ، لأنها إذا وقفت والأحمال عليها أضرتها ^(٩) ويمنع أرباب المواشي من استعمالها فيما لا تطيق الدوام عليه ^(١٠) ويمنع أرباب السفن من حمل ما لا تسعه ، ويخاف منه غرقها ، وكذلك يمنعهم السير عند اشتداد الريح ^(١١) ويأمر الضرانين بإصلاح المداخل ، وتنظيف بلاط القرن في كل ساعة ^(١٢) .

^(١) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب الصدقة من كسب طيب (١٤١٠) ، ومسلم في كتاب الزكاة (١٠١٤) .
^(٢) شرح صحيح مسلم ١١/١١ .
^(٣) انظر : لسان العرب ، والقاموس المحيط ، مادة ث م ر . ، بداية المجتهد لابن رشد - ط الحلبي - ٢٨١/٢ .
^(٤) عزاه الدكتور عبد العزيز بن سعد الدعير في مقاله القيم معالم في طريق المستثمر المسلم ٢ (متاح على موقع صيد الفوائد / مقالات) إلى الخلال في الحث على التجارة
^(٥) المصدر السابق .
^(٦) نهج البلاغة بتحقيق الشيخ محمد عبده - ط مؤسسة المعارف ببيروت - ص ٦٣٥ .
^(٧) انظر : الخراج لأبي يوسف - ضمن موسوعة الخراج ط دار المعرفة ببيروت ١٩٧٩ - ص ٨٦ .
^(٨) انظر مثلا : أحكام السوق ليحيى بن عمر الكنانى بتحقيق محمود مكى ص ٥٢ .
^(٩) انظر : نهاية الرتبة في طلب الحسبة للشيرازي ص ٢١٨ .
^(١٠) الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٣٠٥ .
^(١١) السابق ٣٠٦ .
^(١٢) نهاية الرتبة ص ٢٢٥ .

صيانة الأملاك بين الضرورات والحاجيات :

تشعر مناقشات دور الانعقاد الحادي عشر لمجلس مجمع الفقه الموقر أن بين الباحثين وبعض المتداخلين خلافا حول منزلة الصيانة ، هل تعد من الضروري في الدين أو تنزل منزلة الحاجي الذي يدخل على الناس بفواته حرج ومشقة ، لكنه لا يبلغ مبلغ الفساد المتوقع بفوات الضروري ؟ .

وعندي أن سياق الحوار يشي بأن الخلاف محله تقدير العقد على الصيانة في صورها المعروفة ، وهل يترخص في ما يشوب هذه المعاملة من مخالفات بدواعي الضرورة ، التي تبيح المحذور، وتبرر ترك الأصل والقياس ؟ أم لا تبلغ هذا المبلغ فلا مجال للترخص ؟.

فإن صح تصوري فالخلاف خارج عن تقدير مصلحة الصيانة ذاتها ، وإن لم يصح فأقل ما قيل من الجميع إن الصيانة من الحاجي ، وقد تتعاضم مصلحة الحاجي من جهة تعلقه بالضروري حتى يكون في بعض الصور ضروريا ، يقول الشاطبي : " وكذلك الإجارة ضرورية وحاجية " ، وعلق عليه الشيخ دراز بقوله " وقد تكون الإجارة ضرورية كالاستئجار لإرضاع من لا مرضعة له ، وتربيته ، وقد تكون حاجية ، وهو الأكثر ، ومثله يقال في البيع وسائر المعاملات ، باعتبار توقف حفظ أحد الضروريات الخمس ، أو عدم التوقف " (١) .

والحفاظ على الحاجي مطلوب كيلا يختل الضروري ، يقول الشاطبي ، رحمه الله ، " الأمور الحاجية إنما هي حائمة حول هذا الحمى ، إذ هي تتردد على الضروريات تكملها ، بحيث ترتفع في القيام بها واكتسابها المشقات ، وتميل بهم فيها إلى التوسط والاعتدال في الأمور ، حتى تكون جارية على وجه لا يميل إلى إفراط ولا تفريط " (٢) .

وهذا ما أميل إليه في الصيانة كإجراء يستهدف عمارة الأموال ، وتميئتها ، وأميل إليه أيضا في طلبها والتعهد بها ، باعتباره من قبيل ما لا يتم الواجب إلا به .

(١) الموافقات لأبي إسحاق الشاطبي بتحقيق وتعليق الشيخ محمد عبد الله دراز - ط المكتبة التجارية الكبرى/

مصر- ١٤/٢ .

(٢) السابق ١٧/٢ .

الفصل الثاني

أحكام الالتزام بالصيانة في صورته المختلفة

تمهيد :

في تعقيبه على البحوث المقدمة في عقود الصيانة لدور الانعقاد الحادي عشر زهد الدكتور الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان في تفاصيل صور الصيانة التي تعرضت لها البحوث، ودعا إلى صرف الجهود في تقرير الحكم القاعدي ، والعناية بالكليات ، دون الجزئيات ، فيما مال مقدمو البحوث وأكثر المعقبين إلى تتبع الجزئيات ، وسرد الصور ، وإيراد الحكم في كل واقعة على حدة .

وعندي أن الجمع بين الخطتين ممكن ، كأن تقرر مؤكدات الجواز ، ومناطات المنع أولا ، ثم ينظر في الصور الجزئية ليري ما يجوز منها ، وما يشوبه سبب أو أكثر يعكس جوازه ، والطريق إلى إمكانية إقرار العمل به مع ما يعتوره من خلل ، وعلى ذلك يأتي هذا الفصل في مبحثين :

أولهما : في مؤيدات مشروعية الالتزام بالصيانة وعوارضها .

الثاني : صور الالتزام بالصيانة في ميزان المشروعية .

المبحث الأول

مؤيدات مشروعية الالتزام بالصيانة وعوارضها

التأييد : التقوية ، والمؤيدات : مصطلح حقوقي في استعمال أهل الشام يرادف مصطلح الجزاءات في لغة الفكر القانوني المصري ، ويراد بها : الأحكام التي تكسب التشريع قوة، وتجعله مهيبا مطاعا ، وتنقسم في رأي الشيخ الزرقا إلى : ترغيبية وترهيبية (زواجر) ، ولما كان الإسلام نظاما إصلاحيا فالمؤيدات الترغيبية فيه كثيرة جدا ، إلا أن الترغيب فيما فيه للناس حظ عاجل قد يدق ، حيث يقف الشارع فيه موقفا ظاهره أقرب إلى الإباحة منه إلى الطلب المؤكد ، اكتفاء بما في جبلة الإنسان من الدوافع الباعثة على الاكتساب.(^١) .

أما العارض فيطلق ويراد به معان منها : الحائل ، والمانع ، والزائل غير الدائم ، أو هو خلاف الجوهرية أو الأصلي.(^٢) .

وعلى ما سنرى فمشروعية الالتزام أصل ، أما فساده فعارض يحول دون المشروعية لكنه يقبل الإزالة بقيد ما ، وفي ضوء هذا وضع عنوان المبحث .

(^١) مختصرا من كلام الشيخ مصطفى الزرقا . المدخل الفقهي العام ٢ / ٦٦٥ - ٢٦٨ متنا وحاشية .

(^٢) راجع : لسان العرب ، المعجم الوسيط ، إصدار مجمع اللغة العربية ، معجم الغني للدكتور عبد الغني أبو العزم ، مادة (رغ ب) .

المطلب الأول

مؤيدات مشروعية الالتزام بالصيانة

كما رأينا فإن قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي قد انتهى في دور انعقاده الحادي عشر إلى تغليب إجازة عقد الصيانة بشرط أن تنزه موضوعاته عن الجهالة المفضية إلى المنازعة ، ومبنى الحكم بالجواز ، كما يظهر من البحوث المقدمة للمجمع ، وغيرها ، التأسيس على ما يلي :

(١) اعتبار أصل إباحة الأفعال ، وصحة العقود والشروط (١):

تقدم القول إن الالتزام بالصيانة ، باعتبار موضوعه وغايته ، التزام محدث ، يمثل تطورا لعقود والتزامات عقدية متنوعة ، استوجبه اتساع دور الآلات الثابتة والمتحركة في حياة الإنسان ، والتطورات الكبيرة في فن البناء ، وما يلزمه من آلات وأجهزة ، وما يدعمه من تقنية معقدة ، تقتضي استمرار المحافظة على تشغيلها وعملها المستمر.

وبتقدير صحة هذا القول ، ولعدم الدليل على الحظر ، بيد أن هذا الالتزام من المعاني التي يمكن أن يرد الشرع بإباحتها أو حرمتها ، وتأسيسا على أن الصيانة من المنافع ، وترد على الأموال ، وعلى أن الالتزام بها من العادات ، والالتفات في العادات إلى المعاني ، والمتأمل في أحكام الشرع المتعلقة بجنس العادات يجدها مرتبطة بمصالح المكلفين ، باعتبار ما تقدم : يصح - على قول جمهور أهل العلم ، وهو ما اختاره جمع من المحققين - اعتبار الالتزام بالصيانة من المشروع أصلا ، موافقة لمقاصد الشريعة في شمول أحكامها لكل الحوادث والنوازل .

ويتفرع عن قاعدة الأصل في الأفعال الإباحة : أن الأصل في العقود الإباحة ، لأنها تعد نوعا من التصرفات الفعلية ، ولما كانت الشروط من الأفعال العادية ، والأصل في الأفعال العادية عدم التحريم ، فيستصحب هذا الأصل حتى يدل الدليل على التحريم ، فقد تفرع عن القاعدة أيضا أن الأصل في الشروط الصحة والإباحة .

(١) أفدت في تقرير أقوال أهل العلم في هذه المسألة من رسالة العلامة محمد سلام مذكور : الحكم التخيري أو نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ، ط دار النهضة ١٩٦٨ ، بحث الدكتور : أحمد بن عبد الله الضويحي . قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة . نشر عمادة البحث العلمي بجامعة الإمام محمد بن سعود ٢٠٠٧ ، ورسالة الماجستير للباحث موفق منور سدايو : الإباحة في الشريعة الإسلامية ، على الآلة الناسخة ، مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الملك عبد العزيز ١٩٨٠ . واعتماد أصل الإباحة في إجازة الانساق على الصيانة ظاهر في بحث الشيخين التسخيري ومحمد علي الترابي ، تأسيا على كونه عقدا مستحدثا غير معهود في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولم يقيد تداوله أمر زائد مبين بدلالة زائدة ، ومع فقدته يؤخذ بعموم الظاهر في قوله تعالى (أوفوا بالعقود) ويحكم بصحة كل عقد ما لم يكن فيه خلل ممنوع شرعا . مجلة المجمع ١٣٠/٢/١١ ، أما بقية البحوث فتعتمد الأصل في العقود والشروط ، فالأصل في العقود الصحة ، والأصل في الشروط الجواز ، فلا يحرم من الشروط إلحاح الشارع اشتراطه .

(٢) العادة محكمة ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا

من فضول القول أن هاتين قاعدتين متفق على اعتبارهما في المذاهب ، قال القرافي :
"ينقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العوائد ... وليس كذلك ، أما العرف فمشارك بين
المذاهب ، ومن استقرأها وجددهم يحرصون عليها " (١) ومن ذلك قول السرخسي في
المبسوط " تعامل الناس من غير نكير أصل في الشرع " (٢) وقول السيوطي في الأشباه " اعلم
أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة " (٣) وقال ابن القيم
القصود في العقود معتبرة ، والمعروف عرفا كالمشروط لفظا " (٤) وما كان لهؤلاء الأئمة
ولا لغيرهم ألا يعتبروا العرف وقد تكررت الإحالة في القرآن والسنة على المعروف بين
الناس ، ورد الأحكام إليه ، ومن ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر كثيرا مما كان
عليه أهل الجاهلية على ما جرت به عاداتهم ، وقد أخذ الشاطبي وغيره من هذه الشواهد أن
" العوائد ضرورية الاعتبار شرعا " (٥) وتقرر عند المحققين أن " مراعاة العرف الذي لا فساد
فيه ضرب من ضروب المصلحة ، لا يصح أن يتركه الفقيه ، بل يجب الأخذ به " (٦).

والذين أجازوا عقد الصيانة مع تحمل الصانع تقديم مواد الإصلاح اليسيرة اعتبروه
استصناعا ، والاستصناع أجزى للحاجة ولتعامل الناس ، ومن أقر الالتزام بالصيانة بالشرط
في العقد أسسوه على أصول من أبرزها أنه شرط جرى به العرف ، وإن لم يقتضه العقد ،
بل لو لم يلائم مقتضاه ، بشرط ألا يخالف نهيا شرعيا ، ولله در العلامة ابن عابدين إذ
يقول " ولا يلزم من اعتبار العرف في هذه الحال أن يكون قاضيا على حديث (نهى النبي
صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط) لأن الحديث معلل بوقوع النزاع المخرج للعقد عن
المقصود به (٧) ، وهو قطع المنازعة ، والعرف ينفي النزاع ، فكان موافقا لمعنى الحديث ،
فلم يبق من الموانع إلا القياس ، والعرف قاض عليه " (٨)

والقاعدة في الاستصناع ، كما يقول الشيخ أبو سنة : " أن ما جرى العرف به صح
استصناعه كالخفاف والأحذية ، والأواني ، وأثاث المنزل ، وعدد الحرب والثياب ، وأما
تصريح فقهاءنا - أي الحنفية - بأنه لا يجوز استصناع الثياب فذلك مبني على عرفهم ،
لأن الناس ما كانوا يتعاملون هذا النوع ، أما الآن فقد فشا هذا التعامل بين التجار والصناع

(١) الذخيرة للقرافي ١٥٢/١ .

(٢) المبسوط للسرخسي ١٧ / ١٣ .

(٣) الأشباه والنظائر ص ٦٣ .

(٤) زاد المعاد ١٠٩/٥

(٥) الموافقات بتحقيق دراز ٥٧٣/٢ .

(٦) الإمام مالك للشيخ أبو زهرة ص ٣٥٣ ، وفي هذا المعنى البهجة شرح التحفة للتسولي ١١٥/٢ ، ورسائل ابن عابدين ١٢٠ / ٢

(٧) وفي سند الحديث كلام يأتي .

(٨) حاشية ابن عابدين على الدر ١٢٣ / ٤ ، وقد قيل إن المروي لا يصح حديثا ، كما سيأتي .

في البلدان " (١). ومتى تغير العرف وتعامل الناس بما لم يكن فيه تعامل ، كاستصناع الآلات ، والأجهزة ، وصيانتها ، جاز ، إذا أمكن ضبطها على وجه تنتفي المنازعة معه (٢).

وقد طرح مجمع الفقه الإسلامي موضوع "عقد الاستصناع" في دورته السابعة ، وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوصه ، وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله ، ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات ، ونظراً لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة ، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي قرر المجلس (ق ٦٥ ، ٧/٣) مايلي:

أولاً: إن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط .

(٣) الناس على شروطهم ما وافق الحق

هذا شطر حديث النبي صلى الله عليه وسلم ، صححه الألباني بمجموع طرقه من رواية: أبي هريرة ، وعائشة ، وأنس بن مالك ، وعمرو بن عوف ، ورافع بن خديج ، وعبد الله بن عمر ، رضي الله عنهم أجمعين (٣) ودلالته عند بعض أهل العلم ، وإليه أميل ، أن لإرادة العاقد في العقود سلطاناً ، أساسه ، كما يقول العلامة الشيخ أبو زهرة ، المزج بين قواعد العقد الثلاث ، وهي : جعل الرضا سبباً لنقل الحقوق وإسقاطها ، ووجوب الوفاء بالعقود ، " وقاعدة أن الشارع هو المرتب للحقوق في العقود ، - إذ- يتكون من المزج بينها أن العقود تتكون التزاماتها بإرادة العاقد ، ولكن ذلك بإعطاء الشارع ذلك الحكم لها ، وبما ألزم به المكلف من وجوب الوفاء بالعقود ، وعدم خفر العهود ، ذلك نظر ابن تيمية ، وبعض الحنابلة ، وبعض المالكيةوالذي نراه أنهلا خطر في جعل هذا السلطان للإرادة ، ما دام لم يخالف أمراً مقررراً في الشريعة ثبت بقياس ، أو أثر مشهور ، أو نص قطعي ، فإن الله سبحانه وتعالى قد أمر بالوفاء بالعقود والعهود ، ولا شك أن الوفاء بها تنفيذ لآثارها ، والعدالة توجب أن يكون للشخص سلطان فيما ينفذه بمقتضى تعهده ، وبمقتضى العقدة التي عقدها " (٤) .

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء ص ١٧٦ .

(٢) انظر بحث الدكتور قحف ، مجلة المجمع ١٧٣ / ٢ / ١١ وما بعدها ، وقد ختم فضيلته كلامه بقوله " فإذا كان ذلك - يعني جريان العرف بالتعامل دون الإفضاء إلى نزاع - هو مناط الاستثناء من الفساد بالشرط الجعلي عند الأحناف فإنه ينطبق على شرط الصيانة في البيع ، بل إن هذا الشرط يحقق مصالح كل من البائع والمشتري معا " .

(٣) انظر : صحيح الجامع ، رقم ٦٧٣٢ ، السلسلة الصحيحة رقم ٢٩١٥ ، غاية المرام رقم ٣٣٤ ، إرواء الغليل ١٣٠٣ .

(٤) مختصراً من الملكية ونظرية العقد ص ٢٥٧ وما بعدها . وفي هذا المعنى يقول الشيخ علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٢٥ وما بعدها " العقود إنما شرعت للحاجة والمصلحة لا لمحض العبادة ، وأنها تنشأ وتوجد بإرادة العاقد الظاهرة ، وأن آثارها تتحدد كذلك بتلك الإرادة ، بشرط ألا تتجاوز الحدود التي بينها الشارع ، وأن العاقدان يلزمان بها بإيجاب من الشارع " . وقد خرج الدكتور منذر قحف (المجلة ١٧٥ / ٢ / ١١) مشروعياً اشتراط الصيانة على البائع على قول المالكية والحنابلة بقياس الانتفاع اليسير بكل مبيع بعد بيعه على سبيل الاستمرار ، أخذاً بحديث جابر أنه باع جملة واستثنى حملانه إلى المدينة ، باعتبار أن ثمن الصيانة يسير في العادة بالنسبة لثمن العين المبيعة ، كما سوغ المشروعية تخريجا على قول الحنابلة في تصحيح الشروط التي هي من مصلحة العقد ، ويعلم تحققها بالتجربة ، ككون الدابة حلوبا ، والبيغاء مصوتا .

على أن الإمام مالك ، وفقهاء المدينة السبعة أجازوا العهدة ، وهي ضمان المبيع من عيب أو استحقاق في زمن معين لاحق على قبض المشتري المبيع (١) ، ومحل العمل بالعهدة إن شُرطت عند البيع ، أو اعتيدت بين الناس ، أو حمل السلطان الناس عليها ، وهل تختص بالرقيق أو تجوز في جميع أصناف البيوع التي يقصد بها الماكسة والمحاكرة ، ما لم تكن بيعا في الذمة؟ خلاف ، والعهدة عند المالكية صغرى ، ومدتها ثلاثة أيام ، وتكون في كل عيب يحدث خلال الثلاثة أيام ، وكبرى : مدتها سنة ، ويضمن فيها البائع ما يحدث من عيوب ثلاثة : هي الجذام والجنون والبرص ، وقال ابن وهب : يُرد بذهاب العقل بجناية قياسا على الجنون ، وفي الذخيرة " وفي الكتاب : إذا توسوس رأس كل شهر فله الرد " (٢) . وفي بداية المجتهد " إنما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم في الأكثر خافية " (٣) وفي تبصرة اللخمي : إنما خصت الأدوات الثلاثة وقدرت لها السنة لأن " ذلك مما لا يسرع ظهوره ، وإن ظهر في السنة كان دليلا على قدمه ، ويصح الرد بما يحدث في السنة الثانية ، أو أبعد من ذلك ، إذا كان ذلك بأحد أبويه ، لأنه لا يؤمن ظهور مثله بالابن ، وإن بعد سنين" (٤). وفسر القرأفي تقدير السنة حتى يظهر أثر اختلاف الفصول على المبيع قياسا على العنين (٥) .

والمعنى الذي يستخلص من كلام المالكية هنا أن ضمان العهدة الطويلة يرد على أدواء باطنة ، لا يسرع ظهورها ، وإنما تمر بفترة حضانة سنة فأكثر ، وقد تكون من نزعة العرق ، أو الجين المتحى ، فإن ظهرت علامة ذلك في الأبوين احتمل أن يكون زمن العهدة أبعد من السنة ، ويثبت هذا النوع من ضمان النقيصة ، كما بيئت ، بالاشتراط ، أو التعارف ، وقد يفرض هذا الضمان الحاكم .

ولم أقف على فرع فقهي يشاكل الالتزام بصيانة المبيع خلال مدة معينة كهذا الفرع ، فعيوب الأجهزة ، والبرامج ، والمنشآت الحديثة ، لا تقل خفاء ، إن لم تزد ، عن أدواء الرقيق الثلاثة المذكورة ، وإذا احتيج إلى السنة للوقوف على الأمراض الخفية مع اختلاف الأجواء فالحاجة إلى مدة أطول في ضمان الأجهزة والمعدات والبرامج والمنشآت أنسب ، لأن عيوبها أبطأ في الظهور من الأمراض ، لاسيما إن علم بالملاحظة والتجربة أن للجزء ، أو القطعة ، مدة صلاحية ، لا يبدو عيبه قبل مضيها ، وقد أورد فضيلة الشيخ الإسلامي فتوى

(١) وهو ضمان زائد على ضمان الرد بالعيب الذي يقره جمهور العلماء .

(٢) انظر : التبصرة للخي ، بدراسة وتحقيق هاشم ناقور ، رسالة للدكتوراة مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى ١٤٣٠ ج ١ ص ١٦٥ - ١٦٩ ، التلقين للقاضي عبد الوهاب بتحقيق محمد ثالث الغاني . نشر مكتبة مصطفى الباز بالرياض ومكة ٢ / ٣٩٢ ، بداية المجتهد لابن رشد - ط دار المعرفة ، السادسة - ٢ / ١٧٦ وما بعدها ، الذخيرة للقرأفي ٥ / ١١٤ - ١١٧ ، التوضيح في شرح جامع الأمهات للشيخ خليل بن إسحاق ، بضبط وتصحيح أحمد عبد الكريم نجيب ، من منشورات مركز نخبوييه للمخطوطات وخدمة التراث ٥ / ٤٩٢ - ٤٩٤ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ط دار الفكر - ٣ / ١١٢

(٣) بداية المجتهد ٢ / ١٨٤ ، وفي نفس المعنى الذخيرة للقرأفي ٥ / ١١٥ .

(٤) التبصرة ١ / ١٦٩ .

(٥) الذخيرة ٥ / ١١٥ ،

لابن عرفة فحواها : أن الجبن يوجد فاسدا يرد ، والحديد يوجد أحرش منقطعاً إذا دخل النار يرد ، لأن ذلك مما عملته الأيدي (١) وهي كائنص في مسألتنا ، وقد تحققت سياسة (حمل السلطان الناس عليها) التي بشر بها المالكية ، ففي عصرنا تعمد التنظيمات التجارية إلى جعل ضمان الأداء من التزامات البائع في بعض السلع ، كالأجهزة الكهربائية ، ووسائل النقل ، والآلات والمعدات (٢).

وعلى كلام المالكية فإنه إذا جاز التعهد بضمان سلامة المبيع خلال فترة معينة فالتعهد بإصلاحه وصيانته خلال تلك الفترة أجوز ، لما لذلك من أثر في تقليل حالات الفسخ ، ورد المبيع على البائع بالعيب (٣) ، وقد حكى ابن رشد في نحو ذلك اتفاق فقهاء الأمصار ، إلا ابن سريج من الشافعية ، قال " فإن اتفقا على أن يمسك المشتري سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب فعامة فقهاء الأمصار يجيزون ذلك ، إلا ابن سريج من أصحاب الشافعي ، فإنه قال : ليس لهما ذلك ، لأنه خيار في مال فلم يكن له إسقاطه بغير عوض ، كخيار الشفعة ، قال القاضي عبد الوهاب : وهذا غلط ، لأن ذلك حق المشتري فله أن يستوفيه ، أعني أن يرد ويرجع بالثمن ، وله أن يعاوض على تركه " (٤).

(٤) مراعاة مصالح المكلفين

المقرر شرعاً أن المعاملات مبنية على مراعاة العلل والمصالح ، فالمصلحة هي مقصود الشرع ، وغاية الحكم ، وقد أسلفنا أن الصيانة ضرورة ، أو حاجة تلامس الضرورة ، ولا يستقيم عندئذ ألا يقر التعامل بها ، وإن شابتها شائبة من جهالة ، أو غرر ، لورودها في بعض صورها على مجهول حين العقد ، ففي منعها عنت ، وإدخال الحرج على الناس ، وقد عهدنا الشرع يجيز من المعاملات ما ورد على معدوم كالسلم لحاجة المفاليس ، والاستصناع لحاجة الصناع ، والجعالة لحاجة كثير من الناس ، حتى لا يضر فيها " جهالة العمل والعامل ، كما أنها لا تحتاج إلى عقد " (٥).

وقد استقرأ الدكتور منذر قحف (٦) المصالح في الصيانة فرصد منها :

(١) انظر لفضيلته : عقود الصيانة وتكييفها الشرعي ، مجلة المجمع ٢٠ / ٢ / ١١ ، وفضيلته يحيل على شرح ميارة على التحفة ٣٩ / ٢ .

(٢) ينظر مثلاً : العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية ص (٣٠).

(٣) في هذا المعنى د. منذر قحف . مجلة المجمع ١٥٩ / ٢ / ١١ ، ١٦١ .

(٤) بداية المجتهد ١٧٨ / ٢ وهي المسألة التي تعرف بأررش العيب ، أو نقصان الثمن ، وهو عند جمهور العلماء البديل الأمثل عند تعذر الرد ، أو تعسره ، " ويمكن تشبيه شرط الصيانة ، وإلزام البائع بإصلاح عيب المبيع القابل للإصلاح بالأررش ، فالأررش تقويم لنقصان الثمن ، والصيانة تقويم لنقصان ثمن المبيع ، إذ تعيد المبيع إلى أصله المقصود من عقد ابتياعه " انظر : الالتزام بصيانة المبيع لممدوح مبروك ص ٤١ ، د. منذر قحف ١٧٦ / ٢ / ١١ وما بعدها ، وخاتمة كلامه : الصيانة موجب خلفي أقوى من الأررش " مما يعني أنها ينبغي أن تكون البديل الأول عن الرد بالعيب القابل للإصلاح ، سابقة في أفضليتها على الأررش " .

(٥) حكاة الدكتور إبراهيم الدبو (يرحمه الله) من كلام العلامة ابن القيم . حكم الجعالة في الشريعة الإسلامية ص ٦ .

(٦) انظر بحث فضيلته . مجلة المجمع ١٥٩ / ٢ / ١١ ، ١٦٠ ، ١٦٥ - ١٦٩ .

- ١- مصلحة طرفي العقد في استقرار العقود ، والتقليل من حالات الرجوع فيها بالرد بالعيب .
- ٢- مصلحة الصانع / البائع في التخفيف من عبء مسؤوليته عن عيوب الصناعة .
- ٣- مصلحة الصانع / الموزع في حفظ أسرار منتجه عن المنافسين .
- ٤- مصلحة الصانع / البائع في حسن السمعة ، واجتذاب العملاء ، واكتساب ثقتهم ، وما يثمر ذلك من زيادة مبيعاته ، ووفرة أرباحه.
- ٥- مصلحة المشتري في عدم تعطل الآلة كلية ، أو تقليل زمن تعطلها إلى أقل زمن ممكن ، فضلا عن تقليل نفقات التشغيل .
- ٦- مصلحة الملاك والمنتجين ومزودي الخدمات في دوام أصل الانتفاع ، والترقي إلى كماله .
- ٧- تحقيق السلامة العامة وتقادي مخاطر استعمال الآلات الخطرة .
- ٨- تمكين بيوت التمويل من إبرام عقود المراجحات والاستصناع التمويلي ، والمشاركات ، وسندات الأعيان المؤجرة ، فضلا عن الحفاظ على منافع الأعيان المؤجرة .
- ٩- ومجموع ما ذكره الدكتور قحف يصب في دعم الاقتصاد الوطني ، بزيادة الدخل أو الحفاظ عليه ، وتقليل الفاقد ، وتوفير فرص العمل ، فضلا عن حماية العاملين الحاليين من التعطل .

المطلب الثاني

عوارض مشروعية الالتزام بالصيانة

جوهر ما يرد على الالتزام بالصيانة أنه التزام بعمل قد لا يعلم فيكثفه الغرر ، ونظرا لما قد يتضمنه من تحمل قطع الغيار ، ولوازم الإصلاح ، فضلا عن العمل ، فإنه يعد من قبيل صفتين في صفقة ، وقد نهينا عنه ، ولو اشترط على البائع التزام الإصلاح كنا بصدد بيع وشرط ، ولو اشترط عليه العمل ، وتوريد قطع الغيار ، وتدريب عمال المشتري على أعمال الصيانة ، لأصبحنا بصدد شرطين ، أو شروط ، في عقد ، وكل ذلك مما نهى عنه .

أولا : الغرر في الالتزام بالصيانة :

بناء على تحليل النماذج المختلفة لصيانة بعض الأجهزة والمنشآت أوضح أصحاب الفضيلة مقدمو بحوث دور الانعقاد الحادي عشر أن أكثرها يشتمل على جهالة في مقدار العمل المطلوب ، وجهالة في مواعيد تقديمه ، وجهالة في مقدار القطع المستبدلة ، وأثمانها ، وأنواعها ، ومن ثم خلص الشيخ السلامي ، يوافق الشيخ الضرير في أكثر أقواله ، إلى

عدم جواز هذه الصور لما فيها من غرر كبير ، فيما ظهر له أن الأساتذة قحف ، والزرقا ، والتسخيري يقولون بالجواز ، ليسر ما فيها من غرر .

وعندي : أن متعهدو الصيانة ، ومسعاهم الرئيس هو تحقيق الربح ، لا يقدمون على التزامها في صورها المختلفة إلا وقد تحقق لديهم الظن الغالب ، بناء على الخبرة والتجربة وسابق الأعمال ، فضلا عن دراسات الحالة ، والدراسات المستقبلية ، بأن المقدار المطلوب من العمل ، كما وزمنا ، وقطع الغيار ، ومواد الإصلاح ، من زيوت وشحوم ونحوها ، وبرامج التحديث ، يتراوح - المطلوب من كل ذلك - بين حدين معلومين ، مما يجعل جهالة الصائن بالتزاماته جهالة يسيرة ، والغرر اليسير لا يفسد العقد ، كما هو معلوم^(١) ، بل غالب ما اطلعت عليه من العقود النمطية أنها تنص على أن خدمات الصيانة والدعم الفني تقدم خلال مدة محددة ، وفي أوقات معلومة ، ووفقا لأسعار وأتعاب موضحة بجداول وملحقات ، وأن شمول الصيانة للإضافات التي يحدثها العميل (من أجهزة وغيرها) مقبول متى كانت الإضافات لا تؤثر على نطاق خدمات الصيانة المتفق عليها ، أو على نظم التشغيل ، أو على طريقة عمل الأجهزة ، وبفرض الجهل بالإضافة فإن ما فيها من غرر يقع تبعا ، والغرر في التابع لا يؤثر^(٢) على أن من الشروط النمطية أن الصائن لا يتحمل بإصلاح الأعطال التي ترجع إلى سوء الاستخدام ، أو الإهمال ، أو فعل الغير ، أو القوة القاهرة ، الأمر الذي يعني أن مجمل الالتزامات متصورة عند التعاقد^(٣) .

بل أن غالب ظني أن الذي يخشى عليه في التزامات الصيانة هو طالب الصيانة لا الصائن ، نظرا لاحتراف الأخير ، وحاجة الأول ، ومقتضى قيام هذه المعاملة على المماكسة أن ذا الحاجة لا يقدم على إبرام عقد الصيانة إلا بعد دراسة العرض المقدم من الصائن ، واستيثاقه بأن ما يغرمه من مال في مقابل هذا الالتزام هو نظير ما سيسلم له من خدمات وأعمال ، والغرر الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم في البيوع هو ما كان المبيع فيها متردداً بين أن يسلم للمشتري ، فيحصل المقصود بالعقد ، وبين أن يهلك المبيع ، فلا يحصل المقصود بالعقد ، وذلك كبيع الثمرة قبل بدو صلاحها^(٤) . والظن هنا أنه سيحصل لطالب الصيانة المقصود بالعقد على كل حال ، فلا غرر إذاً ، وبفرض وجوده فإن الحاجة إلى

(١) وقد حده الدسوقي في الحاشية ٦٠/٣ بأنه " ما شأن الناس التسامح فيه " وهو معيار زكاه السنهوري في مصادر الحق ٥١/٣ لمروثته ، فقال "الواجب يقتضينا أن نسجل هنا للفقهاء الإسلامي حسنة من حسناته الكبرى ، فهو قد اتخذ للغرر معايير مرنة ، أمكن معها تباير الحلول عند تفاوت الظروف واختلاف الملابسات ، فيستطيع الفقه الإسلامي من وراء هذه المعايير مسابرة الحضارات المتطورة في عصر " . وانظر في استعراض صور الغرر : الكثير ، واليسير ، والمتوسط بين الحدين (وهو موضع اختلاف العلماء في اعتباره وإهداره) رسالة الدكتور ياسين أحمد درادكة . نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية . دراسة مقارنة . نشر وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية الأردنية . ٩٥ / ١ - ٩٨ .

(٢) انظر الفروق للقراي في ١ / ١٥٠ وما بعدها ، المغني لابن قدامة ٨٢/٤ .

(٣) في هذا المعنى د. قحف ١٦٨ / ٢ / ١١ يقول سيادته : مقتضى الاحتراف أن يكون بوسع المحترف تحويل ما هو غير معروف ، بل غير ممكن التوقع من التزامات وأعباء إلى مقادير معلومة متيقنة ، بحيث يستطيع تخطيط وبرمجة أعماله المالية بحكمة ورشد .

(٤) ينظر: العقود لابن تيمية ص (٢٢٤).

الصيانة تبرر الفتوى بالجواز، على قول أهل العلم إن الغرر غير المؤثر هو اليسير أو ما تدعو إليه الحاجة.^(١)

ثانياً : الصيانة مع تقديم المواد وقطع الغيار من قبيل صفقتين في صفقة .

يرد على الالتزام بالصيانة مع تحمل الصائن مواد الصيانة ، أو قطع الغيار ، أن ذلك من قبيل صفقتين في صفقة ، والمعنى ذاته يرد على ما إذا اتفقا على الصيانة مع تقديم المواد وقطع الغيار، والبرامج الحديثة ، وإن على حساب الطالب ، وكذا لو اتفقا على أن يتولى الصائن تدريب عمال الطالب على أعمال الصيانة ، فضلاً عن قيام الصائن بهذه الأعمال ، ويعد كل ذلك من قبيل صفقتين في صفقة ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك .

والجواب : أما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة فثبت من رواية أحمد والبخاري والطبراني ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد : رجال أحمد ثقات (٢). غير أن العلماء مختلفون في تفسير الصفقتين في صفقة ، فمنهم من حمله على معنى (البيعتين في بيعة) الثابت بحديث أبي هريرة عند مالك والترمذي والنسائي وأبي داود أن النبي صلى الله عليه وسلم " نهى عن بيعتين في بيعة " (٣) وقال الحنفية : الصفقتان أعم .

وعلى القولين فإنه لا يعم اجتماع كل عقدين ، بل الأصل عند جمهور أهل العلم أنه لا محذور في الجمع بين عقدين كل منهما جائز بمفرده ، ومن ثم فإن العلماء تأولوا الجمع المحذور في صور محصورة ، بعضها محل وفاق ، والأخرى محل خلاف ، والذي قاله سماك راوي الحديث : تفسيره أن يبيع الرجل المبيع فيقول : هو بنساء بكذا وكذا ، وهو بنقد بكذا وكذا ، أي ويفترقان على ذلك ، وقال ابن القيم " هذا هو معنى الحديث الذي لا معنى له غيره ، وهو مطابق لقوله صلى الله عليه وسلم " فله أوكسهما أو الربا " وقال الدكتور نزيه حماد : وبهذا التفسير يقول الشافعي ، وأحمد ، وأبو عبيد القاسم بن سلام^(٤) .

وقد خلص الدكتور نزيه من بحثه (اجتماع العقود المتعددة في صفقة واحدة) إلى أن الجمع المحذور هو ما توافر فيه ضابط من الضوابط الثلاثة الآتية :

١- أن يكون الجمع بين العقدين / العقود محل نهى في نص شرعي ، كنهيه صلى الله عليه وسلم عن " بيع وسلف " .

(١) انظر مثلاً : بداية المجتهد ١٥٧/٢ ، بدائع الصنائع ١٧٤ / ٥ ، المجموع للنووي ٢٥٨/٩ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٩ ، المغني لابن قدامة ٦٥٦ / ٥ وما بعدها ، القواعد النورانية لابن تيمية ص ١١٨ .

(٢) انظر : منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار للشوكاني ١٥٢/٥ ، مجمع الزوائد ٨٤/٤ .

(٣) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ١٥٢/٥ ، وقال القاضي ابن العربي " وهو ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم صحيح " القبس شرح الموطأ ٦٦٣/٢ نقلاً عن د. نزيه حماد ، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ٢٥٥ حاشية ١ .

(٤) نيل الأوطار ١٥٢ / ٥ ، د. نزيه حماد ص ١٨١ .

٢- أن يترتب على الجمع بين العقدين / العقود توسل بما هو مشروع إلى محظور ، وفي معناه تفسير سماك المذكور آنفا .

٣- أن يكون العقدان فأكثر متضادين وضعاً ، ومتناقضين حكماً ، وهذا " إنما يكون في حالة توارد العقدين على محل واحد ، كما في الجمع بين هبة عين وبيعها ، أو هبتها وإجارتها ، أو هبتها والسلم فيها ، أو صرف دراهم بدنانير ، وقرض الدنانير لبائعها ، ... ونحو ذلك ، أما إذا تعدد المحل ، وانتفى التناظر والتضاد في الأحكام ، فلا حرج شرعاً في الجمع بينهما ، ولو كان هناك ثم تباين في الشروط والأحكام ، أو اختلاف في الموجبات والآثار ، إذ لا دليل على الحظر ، والأصل في العقود والمعاملات في الدنيا الإباحة ما لم يقدّم دليل شرعي مانع " (١) .

وبأدنى تأمل يظهر بُعد الالتزام بالصيانة في صورته الشائعة عن أي من هذه الضوابط الثلاثة ، ومن ثم لا يمنع منه بدلالة حديث " النهي عن صفقتين في صفقة " .

ثالثاً : اجتماع عقد وشرط .

وصورته أن يشتري السلعة التي تحتاج إلى صيانة ويشترط على بائعها أن يقوم بصيانتها مدة من الزمن ، وهو منهي عنه لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن : بيع وشرط .

وجوابه : أن ما روي لا يصح حديثاً (٢) والمحفوظ من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ : " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في بيع ... " . أخرجه أصحاب السنن ، والطحاوي ، وغيرهم (٣) والصحيح من معنى الحديث الأخير ، كما يقول العلامة ابن القيم : أن الشرطين في البيع هما البيعتان في البيعة ، وهو بيع العينة (٤) ومن قال بصحة الأول - وهم الحنفية - يستثنى من الحظر الشرط الذي يؤكد مقتضى العقد ، والشرط الذي جرى به العرف (٥) .

واشترط الصيانة في المعدات والمنشآت والأجهزة الحديثة غرضه الاطمئنان إلى سلامتها ، وكفاءتها العملية التي لا تظهر إلا بالاستعمال ، ومن مقتضى لزوم البيع أن

(١) د. نزيه حماد ص ٢٥٣ - ٢٦٩ .

(٢) قال الألباني : ضعيف جداً . سلسلة الأحاديث الضعيفة للألباني ٧٠٣/١ ، وقال الزيلعي في نصب الراية - ط الريان - ١٨/٤ " قال ابن القطان : وعلته ضعف أبي حنيفة في الحديث ، وقال ابن قدامة في المغني ٦/ ٣٢٣ : لم يصح ، وليس له أصل . وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في " الفتاوى ٦٣/١٨ " حديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين وإنما يروى في حكاية منقطعة ، وقال في ١٣٢/٢٩ : يروى في حكاية عن أبي حنيفة وابن أبي سلمة وشريك ، ذكره جماعة من المصنفين في الفقه ، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث ، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء ، ذكروا أنه لا يعرف ، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه .

(٣) انظر : إرواء الغليل رقم ١٣٠٥ .

(٤) انظر : تهذيب سنن أبي داود وتوضيح مشكلاته ، بتحقيق إسماعيل بن غازي . نشر مكتبة المعارف بالرياض ١٧٠٥/٤ - ١٧٠٧ .

(٥) انظر مثلاً : العناية للبابرتي ، مع شرح فتح القدير على الهداية للكمال ، بتحقيق وتعليق عبد الرزاق المهدي . ط دار الكتب العلمية ٤٠٥ / ٦ وما بعدها .

يكون المبيع خاليا من العيوب التي تخل باستعماله فيما وضع له ، واشتراط صيانتته حتى تثبت صلاحيته يؤكد هذا المقتضى ويقويه ، على أن هذا الشرط ، وشرط توريد قطع الغيار ، وتدريب عمال مقتني الأجهزة أو البرامج ، شروط متعارفة ، فتقبل على قول من يعتبر الأصل في الاشتراط الحظر .

أما من يرى الأصل في الاشتراط الإباحة - وهو الراجح - فلا يقر هذا العارض أصلا ، لأن الشروط المألوفة في الصيانة لا تحرم حلالا ، ولا تحل حراما ، ولا تناقض مقتضى العقد ، فلا محل لحظرها ، ناهيك عن القول بفساد العقد تأسيسا عليها .

المبحث الثاني

صور الالتزام بالصيانة في ميزان المشروعية

طرحت أمانة المجمع الصور التالية بغية تكييفها واستجلاء الحكم الفقهي فيها :

(١) صورة عقد الصيانة غير المقترن بعقد آخر ، وغير محتاج لمواد أخرى .

وهذه الصورة قد سبق لمؤتمر المجمع أن نظرها في دور الانعقاد الحادي عشر ، وقرر أنها تدرج ضمن إجازة الأعمال ، ويعد العامل هنا أجيرا مشتركا ، متى كان مستقلا في عمله ، لا يخضع لرقابة طالب الصيانة وإشرافه ، ولم يطعن على جوازها أحد .

(٢) صورة التزام الصيانة في عقد المقاولة الذي يتعهد فيه المقاول بصنع شيء وصيانتته لمدة من الزمن .

وهذا الالتزام شائع - كما يقول بعض القانونيين - في عقود بيع المجموعات الصناعية الكبيرة ، من نوع تسليم المفتاح ، أو تسليم المنتج ، ومثاله : التعهد في عقد بيع مصنع لإنتاج الأرضيات.^(١)

ولا شك في جواز المقاولة ، لما أخرجه البخاري وغيره عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال : صنع النبي صلى الله عليه وسلم خاتما ، وقال " إنا اتخذنا خاتما ونقشنا فيه نقشا فلا ينقش عليه أحد " قال : فإني لأرى بريقه في خنصره . وما روى البخاري وغيره من حديث سهل بن سعد أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث إلى امرأة أن مربي غلامك النجار أن يعمل لي أعوادا أجلس عليهن إذا كلمت الناس ، فأمرته فعملها فأرسلت بها إلى رسول الله ... فأمر بها فوضعت فجلس عليها " .

وللمقاولة دورها " الكبير في تنشيط الصناعة ، وفتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي فتجوز ، سواء قدم المقاول المادة والعمل معا ، وهو المسمى عند الفقهاء الاستصناع ، أو قدم المقاول العمل ، وهو المسمى عند الفقهاء الإجازة على العمل ،

^(١) انظر : د. جابر محجوب علي . خدمة ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة . ط ثانية دار النهضة العربية . مصر ١٩٩٨ ص ١٦٠ .

ولا يقبل في عقد المعاولة اشتراط نفي الضمان عن الما قول ، ولا يقبل اشتراط البراءة من العيوب طيلة فترة الضمان المنصوص عليها في العقد (١) .

إذن الذي لا يقبل هو اشتراط نفي الضمان والبراءة من العيوب ، أخذا بقول مالك - في غير الرقيق- ، وأحد أقوال الشافعي ، وأحمد في رواية ، وهو مذهب أهل الظاهر ، لما في هذا النفي وتلك البراءة من منافاة لمقتضى السلامة التي هي الأصل في المعاملات ، إنفاذا للأمر الشرعي بالوفاء بالعقود ، وموجبه : الإتيان بالعقد وافيا لا نقص فيه ، ومن منافاة لمقتضى النهي عن أكل المال بالباطل ، ولمبنى العقود على المساواة حقيقة وعادة .

وعلى النقيض من ذلك دعم سلامة المبيع (المصنوع) مدة من الزمن ، لأن غرضه الاطمئنان إلى سلامة المصنوع ، والوثوق بكفاءته العملية التي لا تظهر إلا بالاستعمال ، ومن مقتضى لزوم البيع أن يكون المبيع خاليا من العيوب التي تخل باستعماله فيما وضع له ، واشتراط صيانتها حتى تثبت صلاحيتها يؤكد هذا المقتضى ويقويه ، ولا يعترض على الجواز بدعوى الجهالة ، لأن الصيانة المقصودة هنا هي الصيانة الدورية ، وخبرة الما قول تجعل من ساعات الصيانة ، ومستلزماتها ، أمورا متصورة بالتخمين ، والتجربة المقربة إلى اليقين ، بل المألوف أن عقود المعاومات تتضمن من الوثائق والجداول والشروط ما يبين مقادير الأعمال ، ومقاييساتها ، وأوصافها ، وأوقاتها ، وأثمانها ، ونحو ذلك ، ما يضيق من أسباب النزاع ، ويدفع اللبس والاحتمال ، ويجب التتويه بأن الصورة المذكورة هي نموذج عقد الاستصناع ، لورود التعهد على العمل والعين في الذمة .

وقد أوجدت القوانين المعاصرة أنواعا من المسؤولية القانونية المتعلقة بالنظام العام لا يجوز التملص منها ، مثل مسؤولية الما قول والمهندس المعماري عن سلامة المنشآت والمباني ، والمسؤولية عن عيوب الصناعة ، لاسيما في المواد الدقيقة والخطرة ، مدة من الزمن ، حماية للمستصنعين من أضرار الغش المهني ، وهي ترجمة حقيقية لسياسة حمل الحاكم الناس على تحمل تبعة بعض العيوب التي لا تظهر إلا بعد زمن ، وهو ما كان يقول به المالكية كما أسلفنا ، ونميل مع كثير من مشايخنا إلى اعتباره ، نظرا لمقتضيات البناء والصناعة ونظم الإدارة والمعلومات في زماننا .

(٣) صورة عقد الصيانة المنفرد مع تعهد الصائن بإحضاره مواد الصيانة .

المادة المتعهد بتقديمها إما أن تكون من قبيل لوازم الصيانة ، كالزيوت والشحوم ووسائل التبريد والمنظفات ، وهذه متطلبات مما لا يعزب عن علم الصائن المحترف ، بل عادة ما تتم الصيانة وفقا للجداول التي ينصح بها الصانع ، وتلك تنص صراحة على الأعمال المطلوبة ، والمواد المستعملة لإنجازها ، وغالبا ما تلحظ تكلفة هذه المواد في الذهن عند تقدير أجر الصيانة ، فإذا كان الأمر كذلك فالتعهد بها صحيح ، لأنها تدخل تبعا

(١) راجع قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٢٩ (١٤/٣) ضمن قرارات الدورة الرابعة عشرة بالدوحة في ٨-١٣ ذو القعدة ١٤٢٣ / ١١ - ٢٠٠٣ / ١ / ١٦ .

في الالتزام بالصيانة كما يدخل في الجعالة ما يستعمله العامل من آلات تساعد على تحقيق مقصود الجاعل ، على أن يتحمل العامل نفقات استعمال الأدوات وتشغيلها ، كعلف الدابة ، وخيوط الحياكة، وهو مذهب الحنابلة ، والراجح عند المالكية ، وبه يقول الشافعية ، ما لم يبرهن العامل - على مذهب الشافعية - على أنه ينفقها على حساب الجاعل.^(١)

وإما أن تكون المواد المطلوبة من قبيل قطع الغيار ، وهذه في الصيانة الدورية معلومة وفقا للجداول التي ينصح بها المصنعون ، وغالبا ما ينص في عقود الصيانة على أن تكون هذه القطع جديدة ، ومن نوع القطع المستبدلة أو من نوع مشابه ، ومكفولة ضد أية عيوب فيها أو في طريقة تركيبها أثناء فترة سريان العقد ، وبذلك يقل ما في الالتزام بها من غرر، والغرر اليسير متسامح فيه ، وأما ثمن هذه القطع فمسألة يحسمها الشرط في العقد^(٢)، وقد رجحنا القول بصحة اشتراط ما فيه منفعة معلومة لأحد المتعاقدين مما لا يخالف الحق، وفي تقديري أن ثمن هذه القطع مما يلحظ في الذهن عند الاتفاق على أجر الصيانة . والغالب في العقود النمطية أن أثمان قطع الغيار يتحملها طالب الصيانة ، وعندئذ نكون بصدد إجارة ووكالة ، وهذان عقدان خليا من محاذير الجمع بين صفتين في صفقة فيصحان^(٣).

كما يقبل تعهد الصائن بتوفير قطع الغيار في الصيانة الطارئة (الإصلاحية) نيابة عن طالب الصيانة ، وعلى حسابه ، فغاية ما فيه أننا بصدد عقدين مجتمعين إجارة ووكالة ، ولا محذور في اجتماعهما ، على أن يضبط بيان عمل الصائن وأجره ، ووفقا للعقود النمطية يحدد الأجر حسب لائحة الأسعار المرفقة بالعقد .

(٤) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بإصلاح عطب الآلات مع تقديم قطع الغيار .

والفرق بين هذه الصورة وسابقتها أنها مخصوصة بالصيانة الإصلاحية (الطارئة) ، والظاهر من الصورة التي بعدها أن الصائن هنا يغرم ثمن قطع الغيار دون طالب الصيانة ، على أن ما يحصله من مقابل يكون عوضا عن العمل وقطع الغيار معا ، وهذه الصورة لا تخلو من خطر وجهالة ، فالعمل غير معروف، كما لا يعرف عند العقد المطلوب من قطع

(١) راجع : د. قحف ، مجلة المجمع ١٨٠/٢/١١ ، وفضيلته يشير هنا إلى الموسوعة الفقهية الكويتية ٢١٩/١٥ - ٢٢٠ ، د. الضريير . مجلة المجمع ١٢١/٢/١١ ، وفضيلته يسرد في هذا الموطن قرار الندوة الفقهية الرابعة (الكويت ١٩٩٥/١٤١٦) حول عقود الصيانة . وخرَّج الشيخ الإسلامي الجواز على قول جمهور الفقهاء في تحمل الأجير المشترك لوازم الصنعة بالشرط أو نزولا على العرف . مجلة المجمع ٢٦/٢/١١ - ٢٨ ، وخلص فضيلته إلى أن المذاهب الأربعة متفقة على جواز اشتراط الشيء اليسير من المواد على العامل ، وإذا لم يشترط فالرجوع إلى العرف المعمول به في مكان العمل ، وقد تحقق فضيلته - وأؤيده في ذلك - من اشتغال عقود الصيانة على كل ما يلزم الصائن حتى في الأشياء التافهة " وهذه الطريقة محققة لما في الفقه الإسلامي " من وجوب رفع الغرر .

(٢) من هذا الرأي د. قحف . المجلة ١٨٠/٢/١١ .

(٣) انظر ما سبق في حكم العقود المجتمعة ، الشيخ الإسلامي . المجلة ٢٩/٢/١١ .

الغيار ، ومن ثم فبعض أهل العلم يردها للجهاالة التي تؤدي إلى المنازعة (١) فيما يرى آخرون القول بالجواز تأسيسا على أن المعقود عليه هنا هو الاستعداد طوال الفترة المتفق على الإصلاح خلالها ، وقياسه عقد الحراسة ، فإن عدم معلومية اللص لا يوجب الجهاالة في متعلقها ، واحتمال طروء العطب في الأجهزة مقدر ، أو قابل للتخمين ، في ضوء الاستقراء والدراسات والتجارب المقربة من اليقين ، فلا يكون فيه خطر عرفا (٢) وجوزها فريق ثالث باعتبار المعقود عليه جعالة ، والجعالة تحتمل الجهاالة في العمل ، ويتضمن محلها - على قول الشافعية والحنابلة - مشقة ومؤنة (٣) وجوزها فريق رابع اعتبارا بالجعالة ، وجريان العادة ، ومقتضى الحاجة (٤).

وعندي أن مجرد النظر يشي بأن قياس التعهد بالصيانة من العطب الطارئ فقط على الحراسة قياس مع الفارق ، لأن يقظة الحارس ترهب اللصوص ، ولا يحول استعداد الصائن دون عطب الآلة أو الجهاز ، وتقدير العطب إن أمكن في بعض الآلات والأجهزة فإنه يصعب في غيرها ، والجهاالة والمؤنة في الجعالة أخف كثيرا من التعهد بالصيانة الطارئة مع تحمل الصائن قطع الغيار فلا يستويان في الاعتبار ، والمعتبر للحاجة هو المتعين ، فإن أمكن دفع الحاجة بغيره فلا وجه لاستثنائه مع ما فيه من غرر .

ولكن إذا أخذ في الاعتبار ما يجري به العمل في الصيانة فالقول بالجواز يصبح موجها ، فالمعتاد أن الصيانة الإصلاحية لا تكاد تخص بعقد ، وإنما تأتي ضمنا في العقد على الصيانة الشاملة ، و" يصح تبعا ما لا يصح استقلالاً " (٥) وفي الصيانة الشاملة يسعى الصائن بجد لتقليل فرص الأعطال ، وبمراقبة الأداء يمكن توقع الأعطال قبل حدوثها ، فينتفي الغرر أو يقل ، والغرر اليسير لا يؤثر في الصحة ، على أن تصعيد إجراءات الصيانة إنما يتم وفقا لخطة متفق عليها بين المتعاقدين ، ومما هو شائع في العقود النمطية استبعاد الأعطال الناجمة عن سبب خارجي ، أو سوء الاستخدام ، أو تدخل غير الصائن ، وتابعيه ، في الإصلاح ، أو إجراء تعديلات ، كما تستبعد الأعطال الناجمة عن القوة القاهرة ، أو إتلاف الغير ، ولا يلزم الصائن بتعويض البيانات المخزنة متى فقدت بغير فعله أو فعل أحد تابعيه ، أما رسوم الصيانة فتسد بالقيمة والطريقة الموضحة في ملحق العقد .

(١) من هذا الرأي د. العائدي ص ٣٤٠ وما بعدها ، د. الضيرير . المجلة ١٢١/٢/١١ ، الشيخ السلامي . المجلة ٢٣٨/٢/١١ .

(٢) الشيخان التسخيري والترابي . المجلة ١٣٠/٢/١١ وما بعدها . د. محمد أنس الزرقا . عقود الصيانة وتكليفها الشرعي . مجلة المجمع ٢٠٩/٢/١١

(٣) د. قحف . المجلة ١٧٩/٢/١١ وما بعدها ،

(٤) د. أنس الزرقا . المجلة ٢٠٦ / ٢ / ١١ - ٢٠٨

(٥) انظر : القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقسيم البديعة للنافعة للشيخ عبد الرحمن السعدي ، بتعليق الشيخ ابن عثيمين ص ١٨٥ ، والمراجع المشار إليها عندهما .

(٥) صورة عقد الصيانة الذي يشترط فيه أن يقوم الصائن بالإصلاح وشراء قطع الغيار على حساب صاحب المؤسسة مع حصوله على ربح نسبي معلوم .

إذا ورد العقد على الإصلاح ، واشترط فيه أن يلتزم الصائن بشراء قطع الغيار لحساب المؤسسة ، مع حصوله على ربح نسبي معلوم ، فالفرض أننا بصدد عقد صيانة ، ومواعدة على شراء عين ليشتريها الطالب بسعر شرائها مع زيادة ربح معلوم .
ولا مشكلة في الصيانة ، في ضوء ما أسلفنا من كلام أهل العلم ، إنما يثور الإشكال في هذا الشرط الزائد المقترن بالعقد .

فلا يقبل أن يكون موضوعه التعاقد على شراء قطع الغيار بسعر شرائها زائدا ربحا نسبيا ، لوروده على بيع ما ليس عند الصائن ، وقد نهينا عنه بحديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عند أصحاب السنن وأحمد والحاكم ، وغيرهم ، أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عندك" ونحوه عند الترمذي من حديث حكيم بن حزام قال : نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع ما ليس عندي " وهو حديث حسنه الترمذي ، وقال : " والعمل على هذا الحديث عند أكثر أهل العلم ، كرهوا أن يبيع الرجل ما ليس عنده " (١) .

إنما تحتمل هذه الإضافة التسويغ شرعا إن اعتبرت مواعدة على شراء الطالب قطعة الغيار متى دخلت في ملك الصائن ، بقبضها قبضا معتبرا شرعا ، وجاز للصائن بيعها للطالب بسعر شرائها وإرباحه النسبة المشروطة ، كما هو قول جمهور العلماء في بيع المرابحة .

وقد قلت تحتمل لأن قرارات المؤتمرات الفقهية لم تلتق على كلمة سواء في لزوم المواعدة على الشراء قضاء لطرفيها ، فالمؤتمرين الأول (دبي ١٩٧٩م) والثاني (الكويت ١٩٨٣) للمصرف الإسلامي ، والندوة الاقتصادية الإسلامية (المدينة المنورة ١٩٨٣) قرروا أن " الأخذ بالإنزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل ، واستقرار المعاملات " وهو قول ابن شبرمة ، ومذهب بعض السلف كالحسن البصري ، وعمر بن عبد العزيز ، واسحاق بن راهوية ، وهو مشهور مذهب المالكية إذا كان الوعد معلقا على سبب ، ودخل الموعد فيه ، وبه يقول كثير من المعاصرين ، وعليه عمل أكثر المصارف الإسلامية. فيما انتهى قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي (٤٠- ٤١"٥/٢ ، ٥/٣") إلى أن " المواعدة تجوز بشرط الخيار للمتواعدين ، كليهما أو أحدهما ، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها - أي المرابحة - لا تجوز ، لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه ، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم

(١) راجع أحاديث البيوع المنهي عنها ص ١٤١ - ١٤٥

عن بيع الإنسان ما ليس عنده". وهو قول جمهور الفقهاء ، وإليه يميل بعض علمائنا المعاصرين .

وعندي أن ما عليه عمل أكثر المصارف الإسلامية أولى بالاعتبار ، تحقيقا لمصلحة الصائن والطالب ، لاسيما وأن عندية الحكم والتمكين^(١) تكاد تثبت جزما لمحترف الصيانة على قطع الغيار محل الحاجة ، خصوصا وأن الاتفاق النمطي يرد على قطع غيار معينة ، أو ما يشبهها ، مكفولة ضد أي عيوب فيها ، أو في طريقة تركيبها ، مدة سريان اتفاق الصيانة ، على أن من عادة الناس أنهم لا يقدمون على اقتناء منتج إلا بعد اطمئنانهم إلى توفر قطع غياره ، ولا يحتج هنا بتوقف إنتاج بعض المعدات ، وانقطاع قطع غيارها عن أيدي الناس ، لأن الظن بمؤسسات الصيانة الضمنية بسمعتها التجارية ألا تبرم اتفاقا تعلم من نفسها العجز عن الوفاء به ، وقد درجت الاتفاقات النمطية على استبعاد الأجهزة التي توقف العمل بها ، والتي أصبحت مهجورة ، أو غير معمول بها ، أو توقف إنتاجها من قبل المنتج ، درجت على استبعادها من خدمات الصيانة .

(٦) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بصيانة المعدات الموجودة عند العقد ، وما يمكن أن يضيفه صاحب المؤسسة من أجهزة جديدة .

ما نفهمه من صياغة بعض عقود الصيانة النمطية التي تيسر الاطلاع عليها أن الزيادة على الأجهزة الموجودة ، أو إجراء الإضافات عليها مقبولة في العمل متى كانت لا تؤثر على نطاق خدمات الصيانة المتفق عليها ، ولا على نظم التشغيل ، ولا على طريقة عمل الأجهزة ، فإن كانت تؤثر وجبت مراجعة المتعهد بالصيانة قبل إجراء الإضافة ، والاتفاق معه على إضافتها إلى الأجهزة موضوع الصيانة ، فإن قبل المتعهد فله الحق في أجر إضافي حسب لائحة الأسعار المعلنة ، على أن يُبلغ صاحب الأجهزة بتقديرات الأسعار الخاصة بصيانة القطع الإضافية عند طلبها .

فإن كان العمل كما فهمنا فلا غرر ، إذ العمل معلوم يقينا ، أو احتمالا يقارب اليقين ، والأجر محدد أو يتحدد عند الطلب ، فلم يبق للمنازعة سبب ، فيترجح القول بالجواز مقيدا بما جرى عليه العمل وفقا للاتفاقيات النمطية المنوه بها .

(٧) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بالعمل على تحديث الأجهزة كلما جد جديد من البرامج ونظم التشغيل ، طيلة مدة العقد .

التحديث ، الدعم الفني ، الترخيص ، مصطلحات متقاربة المعنى في اتفاقيات ترخيص البرامج وصيانتها ، فصيانة البرامج والأجهزة جزء لا يتجزأ من ترخيص استعمالها ، بدعوى أنه لا جدوى من الحصول على حق استخدام برنامج ما ، ما لم يكن هذا الحق مقترنا

^(١) وهو ما فسره العلامة ابن القيم العنذية في الحديث الشريف . (لا تبع ما ليس عندك) انظر تهذيب السنن ٢٩٩/٥

بالتزام بصيانة البرنامج ، وتقديم كل دعم فني ممكن ، بغية الاطمئنان على انتظام عمل النظام المعلوماتي المتكامل .^(١)

وفيما يمكن قيام المستخدم نفسه - أو أحد تابعيه - بصيانة البرنامج ، أو أن يُعهد بذلك إلى صائن محترف ، فإن الترخيص ببرنامج جديد ، أو بالبرنامج المطور ، لا يملكه إلا مؤلف البرنامج ، أو ذو الحق في التصرف فيه ، وكليلا ، أو موزعا ، أو مشتريا ، وفقا لنظم حماية حق الملكية الفكرية وبراءات الاختراع.

وفي ضوء هذا ؛ فإن الملتزم بالصيانة : إما أن يكون ذا الحق في الترخيص ، وإما أن يكون غيره ، فإن كان الأول فإن العمل جار على أن يلتزم تزويد المستخدم بنسخ من البرامج الجديدة التي تتضمن تعديلا أو تحسينا أو تطورا لوظائف البرنامج المرخص باستعماله ، على أن يُعلم المستخدم بالجدد وخصائصه قبل وقت كاف من إصدار هذا الجديد ، ولن يكون المستخدم ملزما باستخدام النسخة الجديدة إذا تضمنت تعديلا جوهريا في الخصائص الفنية للبرامج المرخصة ، أو تقليلا من كفاءتها ، ومتى قبل الجديد فله الحق في اختباره ، والتأكد من وفائه بالوظائف المعدلة ، ويعلن ذا الحق في الترخيص بموقفه خلال مدة معينة ، فإن جاوزها دون إعلان اعتبر قابلا للبرنامج الجديد .

وتكثيف هذه الصورة - فيما أرى - أنها تتضمن عقدا للصيانة ووعدا بالتحديث ، وهذا الوعد لا يتجاوز الإعلام بجدد البرامج ، دون إلزام المستخدم باستعماله ، وبفرض أن المتعهد والطالب تواعدا على التحديث كلما جدَّ جديد ، أو تم تحسين نوعية المستخدم أو تطويره ، فالتواعد - كما يقول العلامة ابن حزم " ليس بيعا ، فيجوز .. لأنه لم يأت نهي عن ذلك ، وكل ما حرم علينا قد فصل باسمه ، قال تعالى { وقد فصل لكم ما حرم عليكم .. الأنعام ١١٩ } فكل ما لم يفصل لنا تحريمه فهو حلال بنص القرآن " ^(٢).

والحكم ذاته أراه فيما لو كان المتعهد بالتحديث مجرد صائن ، لاحق له في البرنامج الجديد أو المحسن ، متى كان الواقع مجرد مواعدة على توفير الدعم الفني عند احتياجه ، اعتبارا بالمواعدة على المراجعة ، لأن جواز المعاملة على المراجعة يبرر جوازها على التولية من باب أولى .

(٨) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بتدريب عمالة الطالب على إصلاح الأعطال .

تتفق كلمة الخبراء على أن العنصر البشري هو العامل الحاسم في القيام بأي نشاط اقتصادي ، وأن أي عملية تنمية لا يقدر لها النجاح إلا بجهود وخبرات العناصر البشرية المؤهلة بالمعارف الفنية والمهارات اللازمة لتأسيس الأنشطة الاقتصادية ، ويمثل غزو العمالة

^(١) انظر مثلا : موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات للمستشار فاروق الحنفاوي ج ٢ ص ٣٠٧ .

^(٢) المحلى لابن حزم . نشر إدارة الطباعة المنيرية بالقاهرة ٨ / ٥١٣ . بتصريف يسير .

الوافدة الماهرة زيادة في النفقات العامة ، وضغطاً على موازين المدفوعات الوطنية ، بل يصح القول إن النقص في العمالة الوطنية الماهرة يهدد اقتصاد البلاد .

وانطلاقاً من هذا الواقع فإن اشتراط المؤسسة على الصائن أن يدرّب عمالها على إصلاح الأعطال وإكسابهم مهارة الصيانة تدعو إليه الحاجة ، وتستجبه المصلحة ، على أنه مما يجري به العمل ، بل قد تشترط بعض النظم على مقاولي الصيانة توظيف مواطنين وفقاً لقوائم بيانات الوظائف المعدة من قبل المؤسسة الوطنية ، وكل ذلك يدعم - في رأبي - الجواز .

(٩) صورة عقد الصيانة الذي يشترط فيه أن يضمن الصائن استمرار عمل المصون ، وأن يتحمل لصاحب المؤسسة تقديم ما يحقق تشغيل الأجهزة وقتياً حتى يتم الإصلاح ، أو استبدال التالف .

الملتزم بالصيانة إما أن يكون بائع العين محل الصيانة ، وإما أن يكون مؤجرها ، وإما أن يكون مجرد متعاقد على الصيانة .

فإن كان المؤجر فهو ضامن المنفعة المقصودة من عقد الإجارة ، فلتزمه أعمال الصيانة التي يتوقف عليها أداء العين لهذه المنفعة ، باتفاق المذاهب الأربعة ، ولكنه لا يجبر على الإصلاح متى كان التلف كثيراً ، أو كان يحتاج إلى عين جديدة ، ويخير المستأجر بين الانتفاع بالعين على حالتها أو الفسخ ، إذا لم يقيم المؤجر بالإصلاح^(١) .

وإن لم يبلغ التلف ما ذكرنا ؛ فالذي عليه العمل عند المالكية أن يجبر المالك على الإصلاح ، وبه يقول السرخسي ، والجويني ، والغزالي ، وحكي عن الحنابلة ، قال في الإنصاف : وهو الصواب ، قالوا : إن المؤجر يجبر على مرمة لا تحتاج إلى عين جديدة ، كإقامة جدار مائل ، وإصلاح متكسر ، وغلق تعسر فتحه^(٢) . ولعل وجهه أن اختيار الفسخ يضر بالمستأجر والمؤجر ، وإن لم يجبر المؤجر على الإصلاح لحق الضرر بالمستأجر ، لإمساكه العين معيبة ، أو يغرّم إصلاحها مجبراً ، فاقتضت مصلحة الطرفين أن يجبر المؤجر على إصلاح التلف اليسير .

وعليه فإن ضمان المؤجر استمرار عمل العين المؤجرة مدة العقد ثابت بلاشك ، لكن لا يلزمه في قول الفقهاء تقديم عين بديلة ، حتى وإن لزمه الإصلاح ، لأن لزوم العين البديلة شاهد على كثرة التلف ، ولا يجبر المؤجر على الإصلاح إن كان التلف كثيراً .

^(١) انظر : رد المحتار - بتحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض - ١٠٩ / ٩ ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٥٤ / ٤ ، نهاية المحتاج للرملي ٢٩٨ / ٥ ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٦٢ / ٥ .

^(٢) انظر : الذخيرة للقرايبي ٤٩٤ / ٥ ، حاشية الدسوقي ٥٤ / ٤ ، روضة الطالبين للنووي - بتحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض - ٢٨٣ / ٤ ، الإنصاف للمرداوي - بتحقيق محمد حامد الفقي - ٦٧ / ٦ .

ولكن هل يلزمه تقديم البديل خلال مدة الإصلاح ؟ الذي وقفت عليه من كلام النووي في الروضة أن المستوفى منه المعين لا يجوز إبداله كما لا يبديل المبيع (١) وفي ذخيرة القرائي " ولو هلكت المكربة في بعض الطريق لا يأخذ دابة أخرى فيما بقي له ، لأنه كفسخ دين في دين ، إلا أن يكون بمنقطة فيجوز للمستعب ، كان الثاني مضمونا أو معيناً ، إذا كان الأول معيناً ، وكذلك لو شرطه في أصل العقد " (٢) .

وعندي أن مسألتنا بعيدة عن فسخ الدين بالدين ، لأنها لا تفضي إلى زيادة الدين على المدين مقابل الزيادة في الأجل ، ولا نراها ذريعة إليه (٣) فتبرأ من تهمة خوف الدين بالدين . وإن توهمنا أنها منها فهذا في البديل الكلي ، ومسألتنا في البديل المؤقت بالمدة اليسيرة اللازمة للإصلاح ، وفيها مصلحة الطرفين ، مصلحة المستأجر في استمرار نشاطه ، ومصلحة المؤجر في عدم سقوط شيء من الكراء .

والأمر أيسر إن كان ملتزم الصيانة هو البائع ، وقد نقلنا عن المالكية قولهم بضمان العهدة في الرقيق ، وقيل في جميع أصناف البيوع التي يقصد بها الماكسة والمحاكرة ، ما لم تكن بيعاً في الذمة؟ ومحلّه - كما رأينا - ما لا يسرع ظهوره، وإن ظهر في السنة كان دليلاً على قدمه ، ويثبت هذا النوع من ضمان النقيصة ، كما بيّنت ، بالاشتراط ، أو التعارف ، وقد يفرض هذا الضمان الحاكم ، وقدمت أن عيوب الأجهزة ، والبرامج ، والمنشآت الحديثة ، لا تقل خفاءً ، إن لم تزد ، عن أدواء الرقيق الثلاثة المذكورة ، وإذا احتيج إلى السنة للوقوف على الأمراض الخفية مع اختلاف الأجواء فالحاجة إلى مدة أطول في ضمان الأجهزة والمعدات والبرامج والمنشآت أنسب ، لأن عيوبها أبطأ في الظهور من الأمراض ، لاسيما إن علم بالملاحظة والتجربة أن للجزء ، أو القطعة ، مدة صلاحية ، لا يبدو العيب قبل مضيها ، وعلى كلام المالكية فإنه إذا جاز التعهد بضمان سلامة المبيع خلال فترة معينة فالتعهد بإصلاحه وصيانته خلال تلك الفترة أجوز ، لما لذلك من أثر في تقليل حالات الفسخ ، ورد المبيع على البائع بالعيب (٤) ، وقد حكى ابن رشد اتفاق فقهاء الأمصار ، إلا ابن سريج من الشافعية ، على جواز تحمل أرش العيب بدلا من الرد (٥) ونحسب أن تقديم ما يحقق تشغيل الأجهزة وقتياً حتى يتم الإصلاح ، أو استبدال التالف ، دون الأرش في الغرامة ، فيقبل .

(١) روضة الطالبين للنووي ٢٩٦/٤ .

(٢) الذخيرة للقرائي ٤٨١/٥ .

(٣) راجع قرار مجمع الفقه الإسلامي في موضوع (فسخ الدين بالدين) في ختام دورته الثامنة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في ١٠ - ١٤/٣/١٤٢٧ الموافق ٨ - ١٢/٤/٢٠٠٦ ، وبحث الدكتور علي السالوس (فسخ الدين بالدين ، وتطبيقاته المعاصرة) وبحث الدكتور نزيه حماد (قلب الدين والأحكام المتعلقة به)

(٤) في هذا المعنى د. منذر قحف . مجلة المجمع ١٥٩ / ٢ / ١١ ، ١٦١ .

(٥) بداية المجتهد ١٧٨ / ٢ وهي المسألة التي تعرف بأرش العيب ، أو نقصان الثمن ، وهو عند جمهور العلماء البديل الأمثل عند تعذر الرد ، أو تعسره ، " ويمكن تشبيهه بشرط الصيانة ، والزام البائع بإصلاح عيب المبيع القابل للإصلاح بالأرش ، فالأرش تقويم لنقصان الثمن ، والصيانة تقويم لنقصان ثمن المبيع ، إذ تعيد المبيع إلى أصله المقصود من عقد ابتياعه " انظر: الالتزام بصيانة المبيع لممدوح مبروك ص ٤١ ، د. منذر قحف ١٧٦/٢/١١ وما

يبقى أن يكون الملتزم مجرد متعاقد على الصيانة ، ويفرق في شأن ضمانه بين أمرين :
أولهما : ضمان سلامة قطعة الغيار التي قدمها ، وكفاءتها للعمل مدة الاتفاق ، وشأنه
هنا شأن البائع في الضمان .

والثاني : ضمان العمل المأذون فيه ، وللفقهاء في ضمان الأجير المشترك كلام كثير ،
وخلافات متشعبة ، مبناها - أعنى الأقوال ومستنداتها - في الغالب على أصول وضوابط
اجتهادية ، مثل : الأصل في ضمان الأجير المشترك ، وماهية يده ، والعمل المأذون فيه ،
وتقدير سبب الضمان ، هل كان مما يمكن الاحتراز عنه أو مما لا يمكن الاحتراز عنه ،
ومع هذا فإنه ليؤخذ من أقوال الأكثرين أن الداخل تحت الإذن هو الداخل تحت العقد ،
والداخل تحت العقد هو العمل المصلح ، على أن المعاوضة تقتضى سلامة المعقود عليه^(١)
وأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه ، فما تولد منه ينبغي أن يكون مضمونا أيضا^(٢)
وقد قدر بعضهم ما لا يمكن الاحتراز منه بكل أمر لا يعذر الأجير على استدراكه لو علم
به ، كالقوة القاهرة ، والآفة السماوية ، وتبعاً لذلك فإن للعادة ، والظاهر ، وقرائن
الأحوال ، دوراً فيما تقدم^(٣) فإذا أضفنا إلى ذلك أن كفاءة عمل الأجهزة بصورة جيدة ،
وإطالة فترة صلاحيتها للاستعمال ، والتعهد ببذل قصارى الجهد للتعجيل بإصلاح
الأعطال ، مدة سريان الاتفاقية ، من التعهدات المعروفة في عقود الصيانة ، فإن كل ذلك
يسوغ القول بصحة هذا الضمان .

أما التزامه بأن يتحمل لصاحب المؤسسة تقديم ما يحقق تشغيل الأجهزة وقتياً حتى يتم
الإصلاح ، أو استبدال التالف ، فلم أقف له على وجه ، لأن التزامه يرد على عمل ،
وإلزامه بتقديم عين مؤقتة ليس من مقتضى العقد ، إلا أن يكون التعطل نتيجة عمله ،
وقلنا ننزل التعويض العيني المؤقت منزلة غرامة القيمة ، حتى يصلح العطل ، جاء في تبصرة
الحكام لابن فرحون " وإذا أفسد الحائك الثوب ، وكان الغزل يوجد مثله ، فعليه مثله
ثانية بالأجرة الأولى ، وإن لم يوجد مثله فعليه قيمته وانفسخت الإجارة ، وقال أصبغ :
يأخذ - رب الثوب - قيمته ، ويأتيه بمثله ، فيعمله له ، ولا تنفسخ الإجارة " ^(٤).

بعدها ، وخاتمة كلامه : الصيانة موجب خلفي أقوى من الأرش " مما يعني أنها ينبغي أن تكون البديل الأول عن
الرد بالعيب القابل للإصلاح ، سابقة في أفضليتها على الأرش " .

^(١) انظر مثلاً : تبيين الحقائق للزيلعي ١٣٥ / ٥ .

^(٢) المغني لابن قدامة ١١٩ / ٦ ، وقد نقلنا قبل عن ابن عرفة المالكي قوله (يضمن ما عملته الأيدي) .

^(٣) راجع في استعراض ضمان الأجير تفصيلاً : العبيدي . حسين بن عبد الله . الأرش وأحكامه (رسالة دكتوراة)
ضمن مشروع وزارة التعليم العالي السعودية لنشر ألف رسالة علمية . رقم ٥٤ . ٢٥ / ١٤٢٥ / ٢٠٠٤ ج ١ ص ٤٨٧ - ٤٩٦ ،
التلمساني ز أفنان بنت محمد . الضمان في عقد الإجارة ، دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة . رسالة للماجستير
مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى ١٤١٨ / ١٩٩٨ ص ٢٧٠ - ٢٨٧ ، ٢٩٣ - ٣٠٢ .

^(٤) تبصرة الحكام ٢ / ٢٢٩ ، وانظر : الذخيرة ٥ / ٥٢٣ ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٢ / ١٥٧ وما بعدها ،
القواعد والأصول الجامعة للسعدي ص ١٧٢ .

(١٠) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بتعويض الأضرار التي تلحق صاحب المؤسسة بسبب الأعطال .

هذه صورة تحتمل تكييفين :

فإن كان الالتزام من جانب البائع ، ضامن العهدة ، أحتمل أن يقال عقد الصيانة هنا ذو طبيعة تأمينية ، فغرضه ضمان عدم التعطل ، والتعويض عن الأضرار الناجمة عنه إن وقع ، والحكم فيها كالحكم في التأمين جوازا ورفضاً ، وقد أجاز الدكتور منذر قحف التأمين بالصيانة متى كان بأسلوب التأمين التعاوني القائم على التبرع ، " لأن التبرعات تحتمل من الجهالة ما لا تحتمله المعاوضات " (١) وهو رأي يعكس قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٩ (٢/٩) ونصه : أولاً : أن عقد التأمين التجاري ذي القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد ، ولذا فهو حرام شرعاً . ثانياً : أن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون...".

ولعل الأولى أن تعتبر معاملة مقترنة بشرط جزائي حاصله ضمان الصانع غرامة ما تولد عن إخلاله بالالتزامه من ضرر، وهذه المسألة حسب حقيقتها الماثلة في الفكر القانوني المعاصر (٢) - كما يقول بعض الباحثين - جديدة برمتها ، فقد عزَّ ذكرها في كلام السلف ، غير أن من المحدثين من صحح الشرط الجزائي ، وأوجب الأخذ به ، ما لم يكن للصانع عذر معتبر شرعاً (٣) ويرون أن في الفقه الإسلامي متسعاً للأخذ به (٤) فيجوز في المقاولات والاستصناع وإجارة الأعمال ونحوها (٥) ارتكازاً إلى الأصل القاضي بأن من تسبب في ضرر يتحمل تبعته (٦) ولا دليل على حصر الضمان في المثل أو القيمة ، ولا أعلم دليلاً ينافي مبدأ التعويض ، وليس في مسألتنا محذور التذرع إلى الربا الذي أنيط به منع الاتفاق المسبق على التعويض عند مطل المدين بالقرض (٧) .

وعلى ما تقدم فإنني أرى جواز الالتزام بتعويض الأضرار التي تترتب على تعطل المعدات والأجهزة محل الصيانة ، ويلزم به المتعهد إذا تعذر الوفاء بالالتزامه العيني المتفق عليه . والله أعلم .

(١) مجلة المجمع ١١/٢/١٨١١ .

(٢) وصورة الفرض القانوني كما ترسمه المادة ٧٨٦ من القانون المدني الأردني (يضمن المقاول ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة ، سواء أكان بتعديه أو تقصيره أم لا ، وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه) وانظر الوسيط للسنة ٢٠٠٦/٢ - ٨٥٨ .

(٣) انظر فتوى هيئة كبار العلماء السعودية بتاريخ ٢١/٨/١٣٩٤ . مجلة البحوث الفقهية العدد ٢ ص ١٢١ .
(٤) المدخل الفقهي العام للشيخ الزرقا ٢/٧١٨ .

(٥) المعاملات المالية المعاصرة للدكتور وهبة الزحيلي ص ١٧٨

(٦) انظر مثلاً : المغني لابن قدامة ٤/٢٨٩ ، الإنصاف للمرداوي ٤/٣٤٥ ، ٥/٢٤٩ ، نظرية التعسف في استعمال الحق للدكتور فتحي الدريني ص ١٢٦ ، ٢٩٠ .

(٧) انظر مثلاً : قرارات مجمع الفقه الإسلامي أرقام : ٨٥ (٩/٢) ، ١٠٩ (١٢/٤) وفيه " يجوز أن يكون الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ، ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي ديناً ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه " .

مشروع القرار

(أما بعد : فإن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره العشرين . بعد اطلاعه على الأبحاث المقدمة إلى المجمع بخصوص موضوع "استكمال عقود الصيانة " ، واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله ، قرر ما يلي:

الالتزام بالصيانة هو : تعهد مؤقت أساسه العقد ، أو الالتزام العقدي ، بالقيام بمجموعة الأعمال اللازمة لبقاء عين على حالتها الصالحة لأداء المنفعة المطلوبة منها ، بصفة دورية أو طارئة ، وعلى ما يتفق الطرفان في شأن الأجر والخامات والأدوات .

وهذا الالتزام ، باعتبار موضوعه وغايته ، التزام محدث ، يمثل تطورا لعقود والتزامات عقدية متنوعة ، استوجبه اتساع دور الآلات الثابتة والمتحركة في حياة الإنسان ، والتطورات الكبيرة في فن البناء وما يلزمه من آلات وأجهزة ، وما يدعمه من تقنية معقدة ، تقتضي استمرار المحافظة على تشغيلها وعملها المستمر

وأقل ما قيل في تقدير الصيانة إنها من الحاجي ، وقد تتعاضم مصلحة الحاجي من جهة تعلقه بالضروري حتى يكون في بعض الصور ضروريا ، وحيث لا نص على تحريم الالتزام بالصيانة ، ولا هو في معنى منصوص على منعه ، فقد وجب إبقاؤه على الإباحة ، فتكون مشروعية الالتزام بالصيانة أصلا ، أما فساده فيقع لعارض الغرر الأصلي الذي يجعل محل الالتزام مترددا بين أمرين ، أغلبهما أخوفهما ، وبتدقيق وثائق الصيانة المنمطة ، ومشارطاتها ، وملحقاتها ، فضلا عن التنظيم القانوني للمقاولات ، والأعراف المرعية فيها ، يبين توهم الغرر أو يسره ، أو أن ما يقع منه في الصيانة يقع تبعا ، لا أصالة ، وكل ذلك لا يمنع من المشروعية .



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

عقد الصيانة في الفقه الإسلامي

إعداد

د. محمد عبد الرحيم سلطان العلماء

أستاذ الفقه وأصوله

جامعة الإمارات العربية المتحدة

مقدمة

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

فهذا بحث موجز تناولت فيه "عقد الصيانة في الفقه الإسلامي"، وهو من العقود المعاصر الحديثة، نشأ عن كثرة الصناعات والآلات الحديثة والأجهزة المتطورة ونحوها، مما يحتاج إلى صيانة وعناية، ضماناً لاستمرار منافعها أكبر وقت ممكن، ولعجز المشتري من صيانتها دون الرجوع للصانع أو أهل الاختصاص في هذه الصناعات. وقد استفدت من كتب المذاهب الأربعة، والدراسات والبحوث المعاصرة التي تناولت هذا العقد، ولا يزال هذا النوع من العقود بحاجة إلى مزيد من البحث والتحقيق، للخروج بضوابط شرعية له، وتكييف شرعي يوافق الشريعة الإسلامية التي هي صالحة لكل زمان ومكان، وقد اقتضت طبيعة الموضوع أن أقسم البحث على النحو الآتي:

- **المبحث الأول:** مفهوم الصيانة، وتناولت فيه معنى الصيانة لغةً وشرعاً، وذكرت أركان عقد الصيانة.
- **المبحث الثاني:** التكييف الفقهي لعقد الصيانة
- **المبحث الثالث:** شروط صحة عقد الصيانة.
- **المبحث الرابع:** الآثار المترتبة على عقد الصيانة.
- **المبحث الخامس:** صور عقد الصيانة وما يتعلق بها.

والله أسأل أن ينفع بهذا البحث، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وبالله التوفيق.

المبحث الأول

مفهوم الصيانة

تعريف الصيانة:

الصيانة في اللغة: بكسر الصاد وفتح النون من صان الشيء إذا حفظه. تقول صنته صوتاً وصياناً وصيانةً، فهو مصون، ويقال صان عرضَه: وقاه مما يعيبه. وتعني مجموعة الأعمال اللازمة لبقاء عين على الحالة التي تصلح فيها⁽¹⁾.

الصيانة في الاصطلاح:

"إصلاح الشيء المعمر (السلع المعمرة) ، كلما طرأ عليه عطل أو أذى، من حيث قدرته على إنتاج الخدمات والمنافع المقصودة منه"⁽²⁾.

وعرّف الدكتور أحمد الحجي الكردي عقد الصيانة بتعريف جامع مانع فقال: "عقد معاوضة بين اثنين، يقال للأول الصائن، وللثاني: المصون له، يقدم بموجبه الصائن عملاً يتفق عليه وتحدد أوصافه وزمانه فيه.

موضوعه: جعل آلة معينة أو عقار معين أو غير ذلك للمصون له يستمر سليماً، منتجاً لمنافعه المعتادة، وذلك عن طريق مراقبته دورياً، وإصلاحه عند التعيب، بمقابل بدل معين من المال، يدفعه المصان له للصائن في أول العقد دفعة واحدة، أو على أقساط يتفق على مقدارها وزمانها في العقد"⁽³⁾.

أركان عقد الصيانة:

يشتمل عقد الصيانة على:

- (1) الصيغة: وهي تكون غالباً موثقة بالكتابة، يوقعها العاقدان الصائن والمصون له.
- (2) العاقدان: وهما طرفا عقد الصيانة ويشترط فيهما أن يتوافر فيهما شروط الأهلية الكاملة للتعاقد، وشروط البائع والمشتري في عقد البيع.
- (3) البضاعة المعقود عليها.
- (4) الثمن.

(1) المصباح المنير للفيومي، مادة: صون (352/1)، المعجم الوسيط (530/1)، معجم لغة الفقهاء: محمد رواس

القلعجي، حامد صادق قنبيي، ط2، دار النفائس، 1408هـ، 1988م، ج1، ص: 279.

(2) هذا تعريف الدكتور منذر قحف.

(3) بحوث وفتاوى فقهية معاصرة، للدكتور أحمد الحجي الكردي، ص 264.

المبحث الثاني

التكييف الفقهي لعقد الصيانة

ذهب بعض من الفقهاء المعاصرين إلى أن عقد الصيانة عقد جعالة، ومنهم من كَيّفه على أنه عقد استصناع، ومنهم من قال بأنه أقرب إلى الإجارة باعتبار أن الصائن كالأجير المشترك.

وأما أوجه التشابه التي يأخذون بها على أنها أقرب لعقد الجعالة⁽¹⁾، فهي:

(1) العقود عليه يجوز أن يكون مجهولاً، وإذا كان العقد في ميدان العمل على مجهول، فهو لا يجوز إلا على أنه عقد جعل⁽²⁾.

والجعالة شرعاً: التّزام عَوْضٍ مَعْلُومٍ عَلَى عَمَلٍ مُعَيَّنٍ مَعْلُومٍ أَوْ مَجْهُولٍ بِمُعَيَّنٍ أَوْ مَجْهُولٍ.

وَالْجَعَالَةُ عَلَى الْحَجِّ جَائِزَةٌ كَالِإِجَارَةِ لِأَنَّ الْجَعَالََةَ أَوْسَعُ حُكْمًا مِنَ الْإِجَارَةِ لِجَوَازِهَا مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ الْعَامِلِ فِيهَا وَمَعَ الْجَهْلِ بِالْعَمَلِ الْمَقْصُودِ بِهَا لِأَنَّهُ لَوْ قَالَ مَنْ جَاءَنِي بِعَبْدِي الْآبِقِ فَلَهُ دِينَارٌ كَانَ ذَلِكَ جَائِزًا وَإِنْ كَانَ مَكَانُ ذَلِكَ الْعَبْدِ مَجْهُولًا وَالْجَائِي بِهِ مَجْهُولًا⁽³⁾.

ولا تجوز الجعالة إلا بعوض معلوم لأنه عقد معاوضة فلا تجوز بعوض مجهول كالتكاح فإن شرط له جعلاً مجهولاً استحق أجره المثل لأن كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في فاسده كالبيع والتكاح⁽⁴⁾.

ويجوز عقد الجعالة لعامل غير معين، وعمل مجهول، فيقول: من رد ضالتي فله كذا للآية، ولأن الحاجة داعية إليه مع الجهل، فجاز كالمضاربة، ولا يجوز إلا بعوض معلوم؛ لأنه عقد معاوضة، فاشتراط العلم بعوضه كالإجارة، فإن شرط مجهولاً فسد، وله أجره المثل⁽⁵⁾.

(2) الجعالة عقد يقع على عمل الإنسان نظير عوض، والصيانة كذلك عقد يقع على عمل للإنسان نظير عوض.

(1) والجعالة هي: التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم، أو مجهول يعسر ضبطه.

(2) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للرملي (465/5).

(3) الحاوي الكبير للماوردي (275/4).

(4) المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (272/2).

(5) الكافي في فقه الإمام أحمد، للمقدسي (187/2).

قال الماوردي: "لَوْ قَالَ حُجٌّ عَنِّي بِنَفَقَتِكَ فَهَذِهِ جَعَالَةٌ فَاسِدَةٌ لِجَهْلٍ بِالْعَوْضِ لِأَنَّ الْعَوْضَ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا فِي الْجَعَالَةِ"⁽⁶⁾.

وقال الشيرازي: "وتجوز على عمل مجهول بمدلول الآية ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فجاز مع الجهالة كالمضاربة"⁽¹⁾.

وفي الإنصاف: "وَيُحْتَمَلُ أَنْ تَصِحَّ الْجَعَالَةُ مَعَ الْجَهْلِ بِالْعَوْضِ، إِذَا كَانَ الْجَهْلُ لَا يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ. نَحْوُ أَنْ يَقُولَ " مَنْ رَدَّ عَبْدِي الْآبِقِ. فَلَهُ نِصْفُهُ، وَمَنْ رَدَّ ضَالَّتِي فَلَهُ ثُلُثُهَا"⁽²⁾.

(3) عقد الجعالة عقد جائز فلكل من الطرفين فسخه، وأن العوض فيها لا يستحق إلا بتمام العمل فيها. وَيَسْقُطُ بِالتَّرْكِ إِلَّا أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْجَاعِلُ عَلَى الْإِثْمَامِ فَيَكُونُ لَهُ مَا بَقِيَ وَقِيلَ مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى نِسْبَةِ عَمَلِهِ وَلَوْ مَاتَ الْعَبْدُ سَقَطَ وَإِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الْجَعْلِ تَحَالَفَا وَوَجِبَ جَعْلُ الْمِثْلِ⁽³⁾.

وعقد الصيانة مثلها عقد جائزة كالجعالة ونحوها من العقود الجائزة التي فسخها.

قال الشيرازي: "يجوز لهما الفسخ قبل العمل فيما بعد الشروع في العمل فيجوز للعامل الرجوع فيه، ولا يجوز لصاحب العمل الا بعد أن يضمن للعامل أجره ما عمل"⁽⁴⁾.

وقال ابن قدامة: "وأيهما فسخ قبل الشروع في العمل فلا شيء للعامل، وإن فسخه العامل قبل تمام العمل، فلا شيء له، لأنه إنما يستحق بعد الفراغ من عمله وقد تركه، وإن فسخه الجاعل بعد التلبس به، فعليه أجره ما عمل العامل؛ لأنه إنما عمل بعوض لم يسلم له، وإن تم العمل، لزم العقد ووجب الجعل؛ لأنه استقر بتمام العمل"⁽⁵⁾.

ويمكن أن يتمخض عن عقد الصيانة عقد جعالة إذا تحققت في العقد هذه الأمور. كعقد من ضاعت دابته أو أبق عبده مع من يبذل مجهودا = معيناً أو عاماً - تبعاً لاختلاف المذاهب - ببذل مقدار من المال لمن يحقق له رغبته في رجوع العبد أو الدابة لحوزه⁽⁶⁾.

(6) الحاوي الكبير (4/276).

(1) المهذب في فقه الامام الشافعي 2/272.

(2) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف 6/390.

(3) جامع الأمهات 1/442.

(4) التنبية للشيرازي 1/126.

(5) الكافي في فقه الإمام أحمد 2/186.

(6) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (11/ 329) بحث مقدم من الشيخ محمد مختار السلامي

أمثلة تبين مشابهة عقود الصيانة لعقد الجعالة :

يمكن أن ينظر إلى بعض عقود الصيانة بحيث نستطيع تخريجها على أساس أنها من عقود الجعالة، مثال ذلك إذا أعلنت إحدى الشركات أن الذي يقوم بعملية صيانة شاملة للمصنع المملوك لها والكائن في مكان كذا، فإنها تقدم له مكافأة إجمالية شاملة قدرها كذا، والحال أن هذا الإعلان موجه للمهندسين المتخصصين في صيانتها هذا النوع من المصانع. فلا شك أن هذا العقد يكيف على أنه عقد جعالة.

فلو أن بيت التمويل أعلن في الصحف أن من قام بإصلاح أجهزة التكييف في المبنى الكائن بشارع كذا فله كذا، فتقدمت إحدى الشركات، وتعاقد بيت التمويل معها، وذكر في العقد نوع العمل وتحديد قدر العوض، ثم ذكر في العقد أن الشركة لا تستحق هذا العوض إلا بعد تمام العمل، وأنها لو تركت العمل قبل إتمامه لا تستحق شيئاً، ووافقت الشركة على ذلك كان هذا العقد عقد جعالة مسمى باسم الصيانة⁽¹⁾.

وقد تناولت الموسوعة الفقهية الجعالة⁽²⁾ بمباحث عديدة مهمة، بسطت فيها الكلام عن الجهالة في مقدار العمل، وعن تقديم مواد استهلاكية وغيرها معلومة المقدار، وعن استعمال العامل لآلاته وأدواته الخاصة في عمله بقدر ووقت غير معلومين، من أجل الوصول إلى غرض الجعالة. كما تتحدث عن أهمية تحقيق (غرض الجاعل) بكامله دون تبييض. ولهذا الموضوع ارتباط مباشر بعقد الصيانة وعقد التعهد بالصيانة

ونصت أن الجعالة تصح "على عمل مجهول يعسر ضبطه وتعيينه"⁽³⁾، وهذا هو أهم ما يميز الجعالة عن الإجارة التي يشترط فيها العلم بالعمل. وأهم الأمثلة التي يضرّبونها لجهالة العمل في الجعالة الإتيان بحيوان ضال أو مال ضائع أو عبد آبق.

فالجعالة تحتمل الجهالة في العمل. والجهالة في مقدار العمل المطلوب في الصيانة قد لا تكون أكثر من الجهالة في مقداره في الجعالة كما وصفها الفقهاء.

ولسائل أن يسأل عن صحة الجعالة لصاحب قطيع من الإبل، أن يجعل مبلغاً شهرياً لمن يأتيه بما يضل منها، دون أن يخصص جعلاً مستقلاً كلما شرد منها بعير. أو لصاحب زروع ذات مواسم حصاد متتالية أن يجعل مبلغاً معيناً واحداً لمن يحصد له كل زروعه كلما آن وقت حصاد واحد منها.

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (11 / 353) بحث مقدم من الشيخ الدكتور محمد أمين الضرير

(2) 208/15 - 239.

(3) الموسوعة الفقهية 209/15

ومثل ذلك من له آلات أن يجعل مبلغا مقطوعا أو شهريا لمن يصلح له ما تعطل منها ، طالما أن الجهالة محتملة في مقدار العمل المطلوب.

ومحل العقد في الجعالة "إتمام عمل"(4)، نحو تعليم حرفة أو إعادة مال ضائع أو تحصيل دين، أو مداواة مريض. وكذلك فإن عقد الصيانة وعقد التعهد بالصيانة محلها هو (إتمام عمل) معرف، وتحقيق مقصد واضح، هو إعادة السلعة (أو مجموعة السلع) المعمرة إلى عهدتها المعتاد في إنتاج منافعها، وما يشترطه الفقهاء في محل عقد الجعالة من كونه مباحا، غير واجب على العامل، وأن يتضمن مشقة أو مؤنة (عند الشافعية والحنابلة) ، كل ذلك متوافر في عمل الصيانة.

وقد تحدثوا عن خياطة ثوب أو بناء حائط كمحل لعقد الجعالة(1).

وليس يفترق عن ذلك صيانة آلة أو بناء، بل قد يكون عقد الصيانة أولى بالجعالة من بناء الحائط أو خياطة الثوب، لأن البناء والخياطة تصلح فيها الإجارة، ولأن الجعالة أبيحت لحاجة الناس إليها رغم ما فيها من جهالة.

وفضلا عن ذلك، فإن محل عقد الجعالة يمكن أن يكون استمرار الحصول على سبل المنافع المعتاد، نحو استمرار توفر منفعة حركة سيارة ووقوفها بمواصفات ومعايير محددة معروفة للسيارة وللوقوف وللحركة عندئذ، ألا يمكن أن يشمل عقد الجعالة تقديم الصيانة المطلوبة للسيارة المشمولة بالعقد وتقديم منفعة بديلة مماثلة لفترة الصيانة؟ طالما عرفنا غرض الجاعل بأنه (استمرار حصول سبل من المنافع) .

ويدخل في عقد الجعالة ما يستعمله العامل من دابة وسرج وآلات بناء وآلات خياطة، وغير ذلك من آلات معمرة تساعد على تحقيق مقصود الجاعل، وعلى العامل علف الدابة ونفقة هذه الآلات(2).

والراجع عند المالكية أن النفقة على المال الجاعل عليه هي على العامل أيضا حتى يرد إلى مالكه، أما عند الشافعية فهذه النفقة، المبدولة لمال الجاعل في يد العامل، هي على العامل إلى أن يأذن بها الجاعل أو القاضي أو يشهد العامل على أنه ينفقها على حساب الجاعل. وقال الحنابلة هي على الجاعل على كل حال(3).

كل ذلك يدل على أن المواد الاستهلاكية التي تتطلبها عملية الإصلاح واستعمال الآلات التي تقتضيها الصيانة هي على العامل في الجعالة، لأنها من طبيعة العقد، أو

(4) ينظر: السابق 213/15

(1) ينظر: الموسوعة الفقهية 225/15.

(2) ينظر: المرجع السابق 219/15.

(3) ينظر: المرجع السابق 220/15.

أنها يمكن أن تكون على العامل بالشرط. بل قد نص الشافعية على أن الجعالة تكون في عمل فيه مشقة أو مؤنة.

أما ما ينفقه العامل من مواد استهلاكية للآلة المعقود على صيانتها ومن قطع تبديل (مثل المالكية بطعام العبد ولباسه) فهو مسألة خلافية يحسمها الشرط في العقد.

وكذلك فقد نص الشافعية على أن للجاعل أن يزيد (في العمل) المجاعل عليه، فلو رضي العامل بذلك، فليس له إلا الجعل(1). أي أن اشتراط دخول الآلات الجديدة لدى الجاعل في عقد الصيانة أمر جائز برضا العامل المجعول له.

وجهالة مقدار العمل تدعونا إلى النظر إلى وجوه الشبه بين الصيانة والجعالة من خلال الأبحاث المقدمة للمجمع الفقهي في دورته الحادية عشر.

عقد الصيانة مقارنا بالجعالة:

إن أقوى وجه للشبه بين الجعالة والصيانة هو جهالة مقدار العمل، مع وجود غاية يطلب من العامل تحقيقها ليستحق الجعل، وهي هنا سلامة الآلة بحيث تؤدي وظائفها المعتادة.

ولو كان العقد ليس صيانة، بل إصلاحا لخلل قد وقع فعلا لتأكد شبهه بالجعالة. أما الصيانة فإن بينها وبين الجعالة فروقا ثانوية، وأخرى جوهرية.

فروق ثانوية:

وهذه الفروق الثانوية محل اختلاف وتباين نظر بين الفقهاء فيمنعها مذهب ويبيحها آخر في الجعالة، مع وجودها في الصيانة، مثل:

(أ) منع تأقيت مدة العمل في الجعالة عند المالكية والشافعية، بينما الحنابلة يجيزون التأقيت (وهو موجود في عقود الصيانة دوماً)، وهو الأوجه في نظرنا، لأن فيه تقليلاً لجهالة العمل، وهذا حسن وليس مباحاً فقط⁽²⁾.

(ب) عدم لزوم الجعالة عند المجيزين لها إلا قول ضعيف عند المالكية يقول باللزوم على الطرفين حتى قبل شروع العامل في العمل⁽³⁾.

وعقود الصيانة لا مندوحة فيها عن اللزوم حتى قبل الشروع في العمل، لأن عدم اللزوم فيها ضار بالطرفين.

(1) ينظر: الموسوعة الفقهية 230/15

(2) ينظر: الموسوعة الفقهية، مادة جعالة، 210/15، 215، 216

(3) ينظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير: 275/2، الموسوعة الفقهية 211/15.

فروق جوهرية:

(1) ومن الفروق الجوهرية في نظرنا في الجعالة شرط أن يكون مقصود الجاعل لا يتحقق إلا بتمام العمل (مثل رد البعير الشارد، أو الحفر للوصول إلى الماء). أما إن كان بعض العمل يفي ببعض غرض الجاعل (مثل إشادة بعض البناء) فإن العقد المناسب هنا هو الإجارة على عمل، وليس الجعالة، لأن مؤدى هذه أن لا يستحق العمل الجعل ولم أتم بعض العمل إذا لم ينجزه كله، مع أن الجاعل ينفع بهذا البعض، وفي هذا إجحاف دعا فقهاء المالكية إلى منع الجعالة في مثل هذه الحالات⁽¹⁾، حيث بين اشتراط المالكية في العمل محل الجعالة أن لا ينتفع به الجاعل إلا بتمامه⁽²⁾.

ومن الواضح في عقود الصيانة التي نببحثها أن رب الآلة ينتفع بقيام الصائن عليها بعض مدة العقد، ولا يصح القول بأن مقصوده لا يتحقق منه شيء إلا بتمام المدة كلها. وهذا يتنافى مع تكييف الصيانة على أنها جعالة.

(2) وهناك فرق جوهرى آخر يتصل بالفرق السابق، وهو أن الزمن مقصود أصلي في عقد الصيانة، الذي يستهدف كما أسلفنا حفظ الآلة في حالة صالحة للعمل خلال فترة العقد فالصيانة عقد زمني بلا ريب تتحقق المنفعة فيه آناً بعد آن، شأن إجارة الأعيان وإجارة الأبدان، أما الجعالة على وجهها المعتاد فهدفنا تحقيق نتيجة معينة، ولو أمكن للعامل تحقيق النتيجة في ساعة لكان هذا أنفع للجاعل مما لو حققها بعد شهر.

(3) وفرق جوهرى ثالث نذكره هو أن صيانة الأعطال الطارئة يستحق الصائن فيها الأجرة ولو لم تطرأ أعطال خلال فترة العقد، فعقد الصيانة في هذا الجانب منه يشبه قول جاعل: "من التزم برد بعيري إذا شرد خلال العام القادم فله كذا، وله الجعل على التزامه هذا ولو لم يشرد البعير". وهذا أشبه بعقد التأمين على الأشياء منه بالجعالة.

ويستنتج مما سبق أن هناك شبه واضح بين عقد الصيانة المعاصر وعقد الجعالة المعروف في الفقه، لكن بينهما فروقا جوهرية تمنع في نظرنا اعتبار الصيانة جعالة مطلقة.

الفروقات التي تميز عقد الجعالة عن عقد الصيانة:

وأما الفروقات التي تميز عقد الجعالة عن الصيانة بحيث لا تنطبق أحكام الجعالة على الصيانة فهي:

(1) الجعالة وأحكامها: د. خالد رشيد الجميلي، ص 79 - 83.

(2) مقدمات ابن رشد: 635/2 - 636

(1) إن عقد الصيانة عقد لازم للطرفين بعد توقيعه منصوص فيه متى يمكن أحد الطرفين من نقضه، ولا يكون ذلك إلا لقوة القاهرة كحرق المعمل أو حدوث حرب أو زلزال ونحو ذلك، واختيارياً عند انتهاء الفترة المحددة من العقد، مع شرط إعلام الطرف الراغب في عدم تجديد العقد للطرف الثاني إعلاماً موثقاً أنه لا يرغب في تجديد العقد. أما عقد الجعل فهو غير لازم.

(2) إن الجعل في الجعالة لا يتسلم منه العامل شيئاً إلا بعد إتمام العمل، فإذا لم يرد العبد أو الدابة فلا شيء له، وإذا حمل المتاع وتركه في نصف الطريق فلا يستحق، إلا إذا انتفع المالك بالمسافة التي قطعها حسبما هو مبين في كتب المذاهب الفقهية.

أما في عقود الصيانة فإنه ينص فيها على أن أجر الصائن مستحق عن كل فترة ويقبضها الصائن إما بالتصميم على أنها مقدمة في أول الشهر أو يقبضها عند نهاية كل شهر.

(3) إن الصيانة عقد محدد بأجل، أعني بذلك أن عقد الصيانة يتم بين صاحب المؤسسة على أنه سيستمر خمس سنوات أو ثلاث سنوات مثلاً، وبانتهائها ينتهي العقد ليعاد النظر فيه من جديد. هذا هو الإطار العام. ثم إن لكل طرف في نهاية السنة الحق في فسخ العقد مع إعلام الطرف الثاني قبل مدة محددة بثلاثة أشهر أو أكثر أو أقل برغبته في نهاية العقد، وهذا هو الإطار الخاص. وعقد الجعالة لا يجوز ضرب الأجل فيه⁽¹⁾.

وهاهي نصوص الفقهاء:

يقول خليل في مختصره، باب الإجارة: " (وفسدت مع جعل) يعلق عليه في الشرح الكبيرة: في صفقة واحدة لتتافرها، لما في الجعل من عدم لزومه بالعقد، وجواز الغرر، وعدم الأجل، أما الإجارة فإنها تلزم بالعقد، ويجوز فيها الأجل ولا يجوز فيها الغرر"⁽²⁾.

ويقول الهيثمي: "الجعالة تفارق الإجارة في جوازها على عمل مجهول وصحتها مع غير معين، وكونها جائزة، وعدم استحقاق العامل تسليم الجعل إلا بعد تسليم العمل، فلو شرط تعجيله فسد المسمى ووجب أجره المثل"⁽³⁾.

(1) ينظر: عقود الصيانة وكيفية الشرعي، للشيخ محمد المختار السلامي، بحث نشر في مجلة مجمع الفقه الإسلامي (21379/2).

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 5/4.

(3) تحفة المحتاج: 363/6.

والملاحظ أن الجهالة في الجعالة ليست شرطا فيها، وإنما تجوز فقط. قال ابن حجر الهيتمي في التحفة: "وتصح على عمل مجهول وكذا معلوم في الأصح لأنها إذا جازت مع الجهل فمع العلم أولى"⁽⁴⁾.

ويقول ابن قدامة في المغني: "لأن الجعالة يحتمل فيها الغرر، وتجاوز مع جهالة العمل والمدة بخلاف الإجارة، وأن عقد الجعالة عقد جائز، وأن الإجارة إذا قدرت بمدة لزم العمل في جميعها ولا يلزمه العمل بعدها"⁽⁵⁾.

فهذه نصوص المذاهب تنفي أن يتصور في عقد الصيانة أنه عقد جعالة.

وكما قلنا بأن بعض الفقهاء كيف عقد الجعالة على أنه أجير مشترك، إذ إن عقد الصيانة هو عقد على عمل، والصائن لا يضع نفسه تحت تصرف مالك الآلة مدة معينة ليقوم بالصيانة خلالها، لأنه عادة ليس أجيراً خاصاً، لكنه أجير عام (مشترك) يبيع عمله في الصيانة لجهات كثيرة.

وفي التنف في الفتاوى من كتب الحنفية: "وأما الأجير المُشْتَرِكُ فَهُوَ الَّذِي يَتَقَبَّلُ الْأَعْمَالَ مِنَ النَّاسِ مِثْلَ الصَّبَاغِ وَالْقَصَارِ وَالنَسَاجِ وَالْإِسْكَافِ وَالْحَدَادِ وَالرَّاعِي لِلْقَوْمِ أَوْ لِلْقَرِيَةِ وَنَحْوِهِمْ"⁽¹⁾.

وقال الماوردي: "وَأَمَّا الْأَجِيرُ الْمُشْتَرِكُ فَهُوَ الَّذِي يَكُونُ عَمَلُهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ لِمُسْتَأْجِرِهِ مَعَ عَمَلِهِ لِمُسْتَأْجِرٍ آخَرَ كَالْقَصَّابِينَ وَالْخِيَّاطِينَ فِي حَوَائِثِهِمْ"⁽²⁾.

وقال ابن قدامة في المغني: "الأجير على ضربين: خاص ومشترك؛ فالخاص: هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها. سمي خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس. والمشترك الذي يقع العقد معه على عمل معين، أو على عمل معين في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها. كالكحال والطبيب، سمي مشتركا؛ لأنه يتقبل أعمالا لاثنتين وثلاثة فأكثر في وقت واحد، ويعمل لهم فيشتركون في منفعتهم واستحقاقها، فسمي مشتركا لاشتراكهم في منفعتهم"⁽³⁾.

وجاء في الفتاوى الهندية: "اختلفت عبارة المشائخ في الحد الفاصل بين الأجير الخاص والأجير المشترك. قال بعضهم: الأجير المشترك من يستحق الأجر بالعمل لا بتسليم نفسه. والأجير الخاص من يستحق الأجر لتسليم نفسه وبمضي المدة، ولا

(4) تحفة المحتاج: 369/6.

(5) المغني لابن قدامة 21/6.

(1) التنف في الفتاوى 516/2.

(2) الحاوي الكبير 425/7.

(3) المغني: 388/5.

يشترط العمل في حقه لاستحقاق الأجر. وقال بعضهم: الأجير المشترك من يتقبل العمل من غير واحد، والأجير الخاص من يتقبل العمل من واحد⁽³⁾.

فالمعيار عند الفريق الأول هو ما يستحق به العامل الأجر، وعند الفريق الثاني هو تسليم النفس في المدة المحددة بالعقد. وعقد الصيانة على كلا التعريفين هو من قسم الأجير المشترك؛ لأن الصائن يستحق أجره بالوفاء بالعمل المتفق عليه في المدة المحددة المتفق عليها. وإذا اجتمع العمل والمدة وكان المقصود الأساس هو العمل فهو أجير مشترك.

وكذلك على التعريف الثاني فإن الصائن لا يقصر نفسه على مؤسسة واحدة، وإنما هو يعقد عقوداً مع عدد من المؤسسات تبعاً لإمكاناته.

لكن الصيانة تختلف عن الأعمال المألوف تأديتها من الأجراء العاملين، كالنجار والخياط في أمرين:

(أ) جهالة مقدار العمل فيما يتصل بالصيانة الطارئة العلاجية، وهي جزء من عقود الصيانة في العادة. فلو قلنا بجهالة مقدار العمل لأصبح العقد جعالة لا إجارة .

(ب) الالتزام بتقديم قطع التبدل من الصائن بالإضافة للعمل ولهذه القطع قيمة ذات شأن في العادة ، وذلك بالنظر إلى أن ترميم المنزل وتصليحه على مالك العين لا مالك المنفعة .

عقد الصيانة مقارناً بالاستصناع:

فإن عقد الصيانة يشبه الاستصناع في هاتين النقطتين، لأن الصائن يقدم العمل والمواد وقطع الغيار، كما يشبه في أن الثمن فيهما قد يكون معجلاً أو مؤجلاً أو منجماً على أقساط (بينما اتفقوا في الجعالة على أن الجعل لا يستحق إلا بتمام العمل) .

ومن أوجه الاختلاف بينهما: أن الصيانة عقد زمني وليس كذلك الاستصناع، كما أنه في الصيانة الطارئة تستحق الأجرة ولو لم تطراً أعطال تقتضي عملاً ، بينما الاستصناع - على تكييفه بأنه عقد على عمل - لا بد فيه من العمل.

ترجيح اعتبار الصيانة عقداً مستقلاً:

يبدو لنا في ضوء مقارنة الصيانة بالعقود القريبة منها، كالجعالة والإجارة والاستصناع، أنها لا تشبه أيّاً منها تمام الشبه، فيصعب من ثم تطبيق جميع أحكام أحد هذه العقود على الصيانة.

ولعل الأيسر والأبعد عن التكلف اعتبار الصيانة عقداً مستقلاً، من صنف عقود الإجارة على العمل، مع تمييزه بالخصائص التالية:

(3) الفتاوى الهندية: 500/4

- (أ) محل العقد عمل بعضه وهو الصيانة الدورية، معلوم؛ وبعضه وهو الصيانة الطارئة، مجهول، لكنه مقدر بغاية محددة، هي استبقاء الشيء في حالة يؤدي فيها وظيفته المعتادة.
- (ب) يقدم الصائن عادة المواد وقطع التبدل. (وهذا خلال الأصل في الجعالة وإجارة الأبدان، ووفق الأصل في الاستصناع).
- (ج) وقد يتفق على أن يوفر رب الآلة المواد وقطع التبدل، أو يوكل الصائن بشرائها.
- (د) ج- يستحق الصائن الأجرة، طالما حقق غاية العقد والتزم شروطه، بصرف النظر عن ظهور حاجة إلى صيانة طارئة وعن مقدارها. (وهذا يشبه جهالة العمل في الجعالة وتحديد غاية يستحق الجعل ببلوغها، بصرف النظر عن مقدار العمل).
- (هـ) د- يجوز أن تعجل الأجرة أو تؤجل أو تتجم بحسب الاتفاق (وهذا خلاف الجعالة، ووفق إجارة الأبدان والاستصناع عند الحنفية).
- (و) هـ- العقد لازم للطرفين ما لم يشترط الخيار (وهذا موافق لإجارة الأبدان والأعيان، وخلاف الأصل في الجعالة والاستصناع).
- (ز) و- الصيانة عقد زمني كالإجارة لا بد فيه من تحديد المدة (بخلاف الجعالة عند المالكية والشافعية).

المبحث الثالث

شروط صحة عقد الصيانة

ذكر بعض الفقهاء المعاصرين شروطاً يجب أن تتوافر في عقد الصيانة، وهي مستخلصة مما ذكره الفقهاء في العقود المشابهة التي تشبه عقد الصيانة، وهذه الشروط هي:

(1) أن يكون للعاقدين كامل الأهلية، ومطلق تصرف كل في ماله، غير محجور عليهما في المال لأي سبب من أسباب الحجر.

(2) أن يكون العمل موضع العقد مشروعاً غير محرم في الشريعة، ولامخالفاً للقوانين، فلا يجوز التعاقد على صيانة مصنع للخمر، ولا أجهزة اللهو المحرم والقمار ونحوها.

(3) أن يكون الصانع قادراً على القيام بالعمل المتفق عليه عند التعاقد بنفسه أو عماله، كما يشترط في الإجارة والجماعة.

(4) أن يكون العمل موضع التعاقد في الصيانة معلوماً عند التعاقد، خالية من جهالة فاحشة، مفضية للنزاع، أما الجهالة اليسيرة فمحملة لاتضر بالعقد، وكذلك الجهالة المنضبطة، وذلك إلحاقاً له بعقود المزارعة والمساقاة والجماعة، فنها تحتوي على جهالة وغرر غير فاحشة، وقد أجازهما الشرع الحنيف، نظراً للحاجة إليها، فكذا هذا العقد إذا ضبط بالشروط الآتية:

(أ) تعيين الشيء المتفق على صيانتة.

(ب) تعيين نوع الصيانة المطلوبة بالدقة، حسماً للنزاع، بتحديد شروط ومواصفات ينص عليها العقد، ويحددها الخبراء.

(ج) تعيين فترات الصيانة الدورية أسبوعياً أو شهرياً، أو سنوياً، وشكلها وطبيعتها.

(5) تحديد مدة عقد الصيانة، مع تحديد البدء.

(6) تحديد أجر الصيانة وطريقة دفعها للصائن، وتاريخ كل دفع.

(7) تحديد الآلات اللازمة للصيانة، والطرف الذي عليه تأمينها، الصائن أو المصون له، كالعدة وسيارات النقل.

(8) تحديد المواد اللازمة للصيانة الدورية كالزيوت وقطع غيار، والجهة التي عليها توفيرها، وذلك محصور بما هو مظنون الحاجة إليها غالباً.

(9) لا يدخل في أعمال الصيانة ترميم ما ينتج من التعدي (سوء التصرف)، كما لا يدخل فيها إصلاح الأعطال النادرة، كالأعطال الناتجة عن الحروب والكوارث ونحوها لما فيها من الغرر الشديد، فإن اشترطت فسد عقد الصيانة كله، لما فيها من الجهالة الفاحشة المؤدية للنزاع والغرر.

(10) يدخل في أعمال الصيانة فقط الأعمال المظنونة مع حسن استعمال الآلة⁽¹⁾.

(1) بحوث وفتاوى فقهية معاصرة، للدكتور أحمد الحجي الكردي، ص 265 - 266.

المبحث الرابع

الأثار المترتبة على عقد الصيانة

إذا تم عقد الصيانة واستوفى أركانه وشروطه، ترتب على ذلك آثاره وأحكامه، ومن أهمها:

- (1) عقد الصيانة لازم للطرفين، فلا يجوز فسخه بإرادة طرف واحد، كالإجارة.
- (2) يجوز أن يحتوي العقد على خيار الشرط لأحد المتعاقدين أو كليهما، لمدة متفق عليها، فيكون لصاحب الخيار فسخه في المدة المشروطة، ما لم يسقط خياره.
- (3) يجوز فسخ عقد الصيانة من قبل أحد طرفي العقد للأعذار الطارئة غير المتوقعة عند التعاقد، المبيحة لفسخ عقد الإجارة عند الأحناف، كسرقة الآلة المتفق على صيانتها مثلاً، أو خراب الدار المتفق على صيانتها بزلزال أو كارثة، ونحوها.
- (4) إذا امتنع الصائن عن القيام بأعمال الصيانة المتفق عليها لعذر أو غير عذر، فاللطرف الثاني أن يتوقف عن دفع الأجرة المتفق عليها إن لم يكن قد دفعها سابقاً وإن لم يصبه من ذلك ضرر، فإن أصابه ضرر من ذلك كان له مع التوقف عن الدفع فسخ عقد الصيانة بإرادته المنفردة، واسترداد ما دفع للصائن من أول المدة، وذلك أخذاً من مذهب الحنابلة⁽²⁾ في جواز فسخ عقود المعاوضة عند امتناع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه، إذا أصاب الطرف الثاني ضرر، وقياساً على الجعالة.
- (5) يفسخ عقد الصيانة بموت أحد العاقدين أو جنونه، أو بانحلال الشركة إن كان الصائن شركة ذات شخصية اعتبارية، أخذاً بمذهب الحنفية في فسخ الإجارة بذلك، وعندها تطبق على هذه الحالة أحكام امتناع الصائن عن تنفيذ أعمال الصيانة المتفق عليها⁽³⁾.

وينبغي التنبيه إلى أن اشتراط الصيانة في عقد البيع للآلة وما إليها هو شرط فاسد في الأصل، ومؤثر في البيع، لأنه مؤدٍ للنزاع غالباً، إلا أنه لجريان العرف به في أكثر بلدان المسلمين، ولقول بعض الفقهاء بجواز مثل هذا الشرط إذا لم يثبت عن الشرع نص بالمنع منه، أو كان مخالفاً لمقتضى العقد، كما هو مذهب الحنابلة، قال البهوتي: " (أَوْ شَرَطَ مُشْتَرٍ نَفْعَ بَائِعٍ فِي مَبِيعٍ) كَأَشْتَرَاطِهِ عَلَيْهِ (حَمَلَ الْحَطَبِ) الْمَبِيعِ (أَوْ تَكْسِيرِهِ أَوْ خِيَاطَةَ ثَوْبٍ) مَبِيعٍ (أَوْ تَفْصِيلَهُ ، أَوْ حَصَادَ زَرْعٍ) مَبِيعٍ (أَوْ جَزَّ رَطَّةً)

(2) ينظر: كشاف القناع للبهوتي 240/3.

(3) بحوث وفتاوى فقهية معاصرة، للدكتور أحمد الحجي الكردي، ص 267- 268.

مَبِيعَةٍ (وَنَحْوُهُ) كَضَرْبِ قِطْعَةٍ حَدِيدٍ اشْتَرَاهَا مِنْهُ سَيْفًا أَوْ نَحْوَهُ (صَحَّ) الشَّرْطُ ؛
لِأَنَّ غَايَتَهُ أَنَّهُ جَمَعَ بَيْنًا وَإِجَارَةً ، وَهُوَ صَحِيحٌ ، (إِنْ كَانَ) النَّفْعُ (مَعْلُومًا وَكَلِمَةُ الْبَائِعِ
فِعْلُهُ) وَفَاءً بِالشَّرْطِ (فَلَوْ شَرَطَ) الْمُشْتَرِي (الْحَمْلَ إِلَى مَنْزِلِهِ ، وَهُوَ) أَيُّ : الْبَائِعُ (لَا
يَعْرِفُهُ) أَيُّ : الْمَنْزِلَ (لَمْ يَصِحَّ) الشَّرْطُ كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِذَلِكَ ابْتِدَاءً قَالَهُ فِي شَرْحِ
الْمُنْتَهَى وَظَاهِرُهُ صِحَّةُ الْبَيْعِ”⁽¹⁾ .

(1) كشاف القناع للبهوتي 240/3

المبحث الخامس

صور عقود الصيانة وما يتعلق بها

وفيما يلي بيان لصور عقود الصيانة وما يتعلق بها من أحكام:

1. تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد والمحتاج إلى مادة والمتعهد بالمادة الصائن:

هذا النوع من عقود الصيانة يتضمن عقد إجارة ويتضمن عقد بيع للمواد من الصائن إلى صاحب الشيء المصون فهو عقد اجتمع فيه عقدان: البيع والإجارة، فهو صفقتان في صفقة، وأما أن يشمله النهي الوارد في حديث صفقتين في صفقة.

فمن عبد الله بن مسعود قال: نهى النبي صلى الله عليه وسلم "عن صفقتين في صفقة واحدة"⁽¹⁾، وأخرجه أيضا البزار والطبراني في الكبير والأوسط، ولفظ الطبراني في الأوسط: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تحل صفقتان في صفقة) ولفظه في الكبير (الصفقة بالصفقتين ربا) وهو موقوف⁽²⁾.

هذا الحديث قال بعض العلماء أنه موقوف، وعلى فرض رفعه فقد اختلف في تفسيره، فقد فسره سماك، وهو أحد رواته، بأن يبيع الرجل البيع فيقول: هو بنسأ بكذا وكذا، وهو بنقد بكذا وكذا⁽³⁾.

وهو أيضاً تفسير لأبي عبيد القاسم بن سلام فقد قال: صفقتان في صفقة أن يقول الرجل للرجل: أبيعك هذا نقدا بكذا، ونسيئة بكذا، ويفترقان على ذلك⁽⁴⁾. وهذا هو أحد التفاسير لبيعتين في بيعة⁽⁵⁾.

فعلى هذا التفسير فإن مسألتنا لا تدخل في النهي الوارد في هذا الحديث، ولكن التحقيق أن بيعتين في بيعة أخص من صفقتين في صفقة؛ لأنه في نوع خاص من الصفقات هو البيع⁽⁶⁾.

وأما صفقتان في صفقة فإن يشمل البيع وغيره من الصفقات، فيدخل فيه الجمع بين عقدين في عقد واحد أي كان نوع العقدين، فالجمع بين البيع والإجارة، أو البيع

(1) رواه أحمد في مسنده: 398/1

(2) منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار: 248/5 - 249. قال في مجمع الزوائد: رجال أحمد ثقات: 84/4، ولكن البزار أعل بعض طريقه ورجح وقفه، وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام فتح القدير: 218/5

(3) مسند الإمام أحمد: 398/1.

(4) فتح القدير: 218/5

(5) ينظر: الغرر وأثره في العقود، ص 102

(6) فتح القدير: 218/5

والإعارة، أو البيع والسلف، أو البيع أو الشرط... كل ذلك ونحوه من صفقتين في صفقة، ولكن هل يتناول النهي كل ما يصدق عليه لفظ صفقتين في صفقة؟

لفظ الحديث عام ولكن الفقهاء لم يأخذوا بهذا العموم، فالمالكية يمنعون الجمع بين كل عقدين بينهما تضاد، ولذلك منعوا الجمع بين البيع وأحد العقود الستة، وهي: الجعالة، والمساقاة، والقراض، والصرف، والشركة، والنكاح⁽¹⁾. وجوزوا الجمع بين البيع والإجارة. جاء في المدونة: (قلت) : رأيت إن استأجرت رجلا على أن يبني لي داري على أن الجص والآجر من عند الأجير، (قال) : لا بأس بذلك، (قلت) : وهو قول مالك، (قال) نعم، (قلت) : لم جوزه مالك، (قال) : لأنها إجارة وشراء جص وآجر صفقة واحدة⁽²⁾.

فتكليف هذا النوع من عقد الصيانة بالبيع والإجارة مقبول حسب مذهب المالكية، وهو الصواب عندي.

ويجب إن أخذنا بهذا التكليف تحقق شروط كل من عقد البيع وعقد الإجارة في هذا النوع من عقد الصيانة، ولكن يبدو لي أن تحقق شروط البيع غير ممكن، ولهذا فإن الأولى عندي، إذا كان صاحب العمل لا يقدم المادة بنفسه، أن يوكل الصائن بشرائها فيكون تكليف العقد في هذه الصورة إجارة ووكالة بالشراء، ولا مانع من هذا.

2- الاتفاق على الصيانة في عقد مستقل:

كما لو تم بين مالك الجهاز وبين المهندس المتخصص أو الشركة اتفاق على أن يقوم المهندس أو الشركة بخدمات الإدامة في فترات معينة، وتبديل قطع الغيار عند الحاجة في مقابل أخذ أجره معينة إلى مدة معلومة.

وقد يقال إن هذا الاتفاق إذا تحقق في عقد مستقل هو نوع من الإيجار بين صاحب المال كمستأجر، وبين المتخصص أو الشركة كأجير في مدة معينة للقيام بخدمات الإدامة في فترات معينة، وكذلك الإصلاح وتغيير قطع الغيار عند اللزوم كإجارة الخياط نفسه لخياطة الثوب أو الحارس للحراسة عن مال خاص، فأركان الإجارة من حيث وجود المستأجر والأجير والمنفعة، وهي الصيانة التي تكون متعلق التمليك هنا، متوفرة.

لكن التحقيق هو أنه لا يمكن إرجاع بعض أقسام الصيانة كالشكل الثاني إلى الإجارة الصحيحة، من جهة عدم وجود التحديد في ناحية المنفعة، لاشتمالها على القيام بالإصلاح وتغيير قطع الغيار عند اللزوم بدون أخذ ثمن قطعة الغيار أو أجره

(1) الفروق: 142/3.

(2) المدونة: 11 / 45، 55.

الإصلاح مستقلة عن عقد الصيانة، فعقد الصيانة حينئذ يشتمل على تمليك عين ومنفعة غير محددة، والحال أنه لا بد في عقد الإجارة من كون متعلق الإجارة منفعة محددة.

على أن المرجع في تشخيص حقيقة المعاملات هو العرف وكيفية الإنشاء الرائج بين الناس، والعرف لا يرى عقد الصيانة داخلا في باب الإجارة لأن الإجارة، في نظر العرف تتقوم بحصول سلطة فعلية منجزة على المنفعة، والحال أن عقد الصيانة لا ينتج سلطة من هذا القبيل⁽¹⁾.

ولا شك أن عقد الصيانة من العقود المستحدثة التي لها خصوصيات تجعلها متميزة عن العقود الأخرى. فهذا العقد بهذه الصورة ليس بيعا ولا إجارة ولا غيرهما، وإنما هو عقد مستقل له كيانه الخاص وشروطه وآثاره الخاصة به، ولا ينبغي صهره في بوتقة عقد آخر. نعم باعتباره عقدا لا بد من توافر أركانه وهي: العاقدان، والمعقود عليه، والإيجاب، والقبول، وكذلك شروطه العامة.

والحاصل فإن "شروط الصيانة منفصلا عن عقد البيع وبثمن مستقل، وهي صيانة يقدمها البائع (الصانع) نفسه. وأكثر ما يحصل هذا على شكل زيادة في مدة الصيانة لسنوات إضافية فوق المدة المذكورة في نموذج عقد البيع المهياً مسبقا، لقاء عوض يتفق عليه.

وقد يلحق بهذا عقد الصيانة المستقل بين صائئ متخصص ومالك أو مشغل الآلة. لأنه في الواقع لا يختلف عنه إلا في كون شروط الصيانة في عقد البيع معروفة مسبقا ومنمطة ومطبوعة. أما في حالة شراء الصيانة بعقد مستقل أو شراء تجديد الالتزام بالصيانة لزمناً إضافياً، فقد يمكن التفاوض على شروط الصيانة بشكل مفصل⁽²⁾.

3- عقد الصيانة المشروط في عقد المقاولة الذي يتعهد فيه المقاول بصنع شيء وصيانتته لمدة من الزمن:

"إن عقد المقاولة هو عقد يتعهد فيه المقاول بصنع شيء أو أداء عمل، وإن عقد الصيانة يندرج في عقد المقاولة. لأن الصائئ يتعهد فيه بأداء عمل من نوع خاص، وقد يتعهد المقاول بصنع شيء ويلتزم بصيانتته مدة من الزمن، فيجتمع عقد الصيانة والمقاولة في عقد واحد، كما لو تعهد مقاول بإقامة مصنع وتعهده أيضاً بصيانتته لمدة عشر سنين.

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (358/11)

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (386/11)

تكيف هذه المعاملة هو أنها عقد إجارة على صناعة الشيء وصيانته إذا كانت المادة من صاحب العمل، وعقد إجارة وبيع إذا كانت المادة من المقاول، وكل هذا جائز شرعاً⁽¹⁾.

4- صورة عقد الصيانة التي يبرم بين المؤسسة والصائن والتزامه بإصلاح العطب للآلات مع تقديم قطع الغيار.

وهي أن يلتزم الصائن بشراء قطع الغيار إذا تعذر إصلاحه المعطب أو كان يستدعى نفقات تتجاوز حد السقف المتفق عليه في العقد، وأنه يتقاضى على هذا العمل الإضافي زائداً مقدراً بنسبة مئوية من ثمن القطعة التي اشتراها.

وتكيف هذا البند أنه وكالة بأجر، حدد فيها الأجر وتحقق رضا الموكل والوكيل، وكلاهما ممن تصح منه الوكالة⁽²⁾.

واجبات المؤسسة في هذا العقد:

(1) "الالتزام بدفع أجر الصائن، وأجر الصيانة محدد في العقد، ويدفع على فترات، كل شهر أو كل ثلاثة أشهر أو كل ستة أشهر، وهذا الأجر في مقابل العمل الموصوف والمحدد في العقد، كما يضم لهذا الأجر قيمة الأعمال التي ينجزها الصائن خارج ما التزم به في العقد، وهذه مضبوطة في العقد ببيان أجر ساعات العمل التي يقضيها الصائن، في أيام العمل وفي أيام الراحة، كما حدد أجر التنقل إلى المكان الذي ترغب المؤسسة في إجراء الإصلاح به بقائمة تربط بين كل وحدة من المسافة، والأجر الذي يحسب في تعاملها، وأن هذه الإضافة تضم إلى الفاتورة التي تلتزم المؤسسة بدفع قيمتها للصائن بمجرد ما تتسلمها.

تسليم أجر الصائن:

تجري عقود الصيانة على طريقتين:

الأولى: أن يقسم الأجر السنوي على فترات تدفع كل فترة مقدماً في بدايتها.
الثانية: أن يقسم الأجر السنوي على فترات يدفع كل قسط عند نهاية الفترة المحددة.

وبالرجوع إلى الأحكام المقررة في فقه المذاهب فإننا نجد اختلافاً في اجتهادهم.

الطريقة الأولى - اشتراط الصائن تسلم أجره مقدماً:

فالحنفية لا يرون مانعاً من اشتراط التعجيل ويلزمون المستأجر (المؤسسة) بالوفاء بالشرط. يقول الكاساني⁽³⁾: فإن شرط فيه تعجيل البدل فعلى المستأجر تعجيلها

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (352/11)

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (336/11)

(3) بدائع الصنائع: 2630/6

والابتداء بتسليمها سواء أكان ما وقع عليه الإجازة شيئاً ينتفع به كالدار والدابة، أم كان صانعاً أم عاملاً ينتفع بصنعتة أو عمله كالقصار والصباغ لأنهما لما شرط تعديل البديل لزم اعتبار شرطهما⁽³⁾. و"لقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم"⁽⁴⁾.

وكذلك في المذهب المالكي: وعجل الأجر وجوباً ولو حكماً كتأخيره ثلاثة أيام لا أكثر، فيفسد العقد إن عين كثوب معين، أو بشرط أي اشتراط تعجيله عند عقد الإجازة⁽¹⁾، وكذلك الحكم عند الشافعية والحنابلة⁽³⁾.

الطريقة الثانية:

"أن يكون العقد على استحقاق الصائن أجره عند نهاية كل فترة تحدد بشهر أو ثلاثة أو ستة.

وهذه الطريقة هي الأصل عند أبي حنيفة، لأن الأصل أن ثبوت الحقين للمؤجر والأجير يثبتان في وقت واحد، فيثبت الملك للأجير في الوقت الذي يستوي فيه المستأجر المنفعة، ولهذا كان الأصل عنده تأخير الأجرة إلى انتهاء العقد، ولما كان عقد الصيانة، المنافع فيه غير مرتبطة، فنهاية كل فترة يعرف بها تسلم المؤسسة للمنافع واستحقاق الصائن أجره"⁽³⁾.

الحالة الثانية: "أن تلتزم الجهة المتعهدة بالصيانة بتقديم قطع الغيار مع العمل، فهناك صورتان:

الصورة الأولى: أن تكون الصيانة دورية، وقطع الغيار معلومة بالرجوع إلى العرف من حيث تحديد عددها وصفاتها وعمرها الافتراضي ووقت تبديلها، فهذه الصورة جعلها جائزة أيضاً .

ويمكن التعاقد على العمل بعقد واحد حيث يغتفر الجهالة اليسيرة"⁽⁴⁾.

الصورة الثانية: "أن تكون قطع الغيار غير قابلة للتحديد عند التعاقد بالرجوع للعرف أو مراعاة الطبيعة التقنية للمعدات، ويقع التفاوت الكبيرة في تكلفتها ففي هذه الصورة لا يجوز التعاقد على التزام الجهة المتعهدة بالصيانة للقيام بالعمل وتقديم قطع الغيار، وذلك للجهالة الكبيرة المؤدية للنزاع"⁽⁵⁾.

(3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (336/11)

(4) رواه الحاكم في المستدرک 49/2

(1) حاشية البناني: 3/7؛ ومواهب الجليل: 392/5

(3) مغني المحتاج: 334/2؛ والمغني، لابن قدامة: 17/8

(3) بدائع الصنائع: 24/6 – 28، مجلة مجمع الفقه الإسلامي 337/11

(4) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (354/11)

(5) المرجع السابق 354/11

1 - عقد التعهد بالصيانة:

"وهو يشبه عقد الصيانة، ولكنه يشمل في العادة أنواعاً متعددة من الآلات مما يتطلب اختصاصات فنية متعددة. ويلتزم فيه متعهد الصيانة بإصلاح ما يطرأ على الآلات والأجهزة الموجودة لدى الطرف الآخر لقاء مبلغ معين، وبسبب شموله لآلات من أنواع عديدة، فإنه قلما يشير إلى أي تمايز في المعاملة بين العمل وقطع الغيار اللازمين للصيانة. وبالتالي فإن عقد تعهد الصيانة يقدم - عادة - الصيانة كاملة، بما فيها من عمل ومواد وقطع غيار، للمالك أو المشغل للآلات والأجهزة.

وكثيراً ما يتضمن هذا العقد النص على اعتبار ما يضاف من آلات إلى ما هو موجود منها عند العقد مضموناً إليها من حيث شموله بالتعهد. ويرافق عقد التعهد بالصيانة قيام المتعهد بالتعاقد مع الفنيين لتقديم خدمات الصيانة التي يلتزم بها.

فهو عقد تعهد بالصيانة يتضمن تقديم العمل مع المواد وقطع الغيار. وهو مترافق مع عقد صيانة من الباطن بين المتعهد والصائن الفعلي. وبسبب عقد الصيانة المرافق هذا يستطيع متعهد الصيانة أن يقدم الصيانة التي التزم بها⁽¹⁾.

6- صورة عقد الصيانة التي يشترط فيه أن يقوم الصائن بالإصلاح وشراء قطع

الغيار على حساب صاحب المؤسسة مع حصوله على ربح نسبي .

وفيها يتعهد الصائن بتقديم العمل وقطع الغيار معاً في كل مرة تحتاج فيها الآلة أو الآلات إلى صيانة، وذلك لقاء مبلغ مقطوع سنوي أو شهري⁽²⁾.

"الاتفاق على الصيانة يمكن أن يتحقق بصورة مختلفة لكل منها آثار وأحكام خاصة. فإن الاتفاق على الصيانة كما يمكن أن يتحقق في ضمن شرط في عقد بيع أو إجازة، كذلك يمكن أن يتحقق في عقد مستقل.

وكذلك الملتزم به كما يمكن أن يكون صرف استعداد المتخصص للقيام بخدمات الصيانة، مع كون أجره العمل خارجاً عن الاتفاق، كذلك يمكن أن يكون مشتملاً على أجره عمل الصيانة، فيكون الاتفاق على الصيانة ملحوظاً فيه أجره الإصلاح وتبديل قطع الغيار، أي لا تكون لهما أجره مستقلة"⁽³⁾.

والأشكال المختلفة للاتفاق على الصيانة هي:

الأول: الاتفاق على الصيانة كعقد مستقل بين صاحب المال وبين الشركة أو المتخصص، على مجرد عرض خدمات الإدامة، ويكون الإصلاح وتعويض قطع الغيار عند اللزوم بأجره مستقلة عن أجره الخدمات المتفق عليها في ذلك العقد.

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 381/11.

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 381/11.

(3) المرجع السابق 356/11.

الثاني: كون الصيانة شرطاً في ضمن عقد البيع أو الإيجار، وكان المشروط به هو الاستعداد لتوفير خدمات الصيانة عند الحاجة، مع كون أجره الإصلاح والخدمات وثمان قطع الغيار مستقلة عن هذا العقد.

الثالث: نفس الصورة السابقة مع كون أجره الإصلاح والخدمات داخلة في العقد الأول أي عقد البيع والإيجار الذي قد اشترطت فيه الصيانة⁽¹⁾.

مضمون عقد الصيانة:

أما أهم ما يتضمنه عقد الصيانة في العادة فهو خدمة الإصلاح المتكررة فالصيانة هي أصلاً عقد على الإصلاح. فهو يشمل أساساً العمل الذي يقوم به الصائن أو من ينوب عنه لإعادة الشيء إلى عهده الإنتاجي المعتاد، كلما طرأ عليه تغير كلي أو جزئي (على أحد أجزاء الشيء) يوقف عمله كلياً أو جزئياً، أو يقلل من جودته أو إنتاجيته المعتادة.

وكثيراً ما تشمل الصيانة تقديم ما يلزم من أعيان إضافة إلى العمل، أيضاً نحو قطع الغيار، سواء أكانت الحاجة إلى تغيير القطعة مسببة بفسادها أصلاً، أم باهلاكها قبل الأوان المقرر لها في حالة الاستعمال المعتاد (المتوقع أو المرسوم لها).

وقد تشمل بعض عقود الصيانة الإصلاح المتكرر، بما فيه من عمل وأعيان، الذي أصبح ضرورياً نتيجة لسوء الاستعمال أو نتيجة لفعل الغير⁽²⁾.

إن واجبات الصائن محددة في العقود والتزاماته مضبوطة، وإن ثمن القطعة التالفة يتحمله صاحب المؤسسة، ويختصر دور الصائن - بناء على مهارته - على التعرف على موطن الخلل، ثم يباشر إصلاحه إذا كان ممكناً بدون تغيير أي قطعة، أو يقوم بتغيير القطعة التالفة ووضع قطعة صالحة مكانها.

7- صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بصيانة المعدات الموجودة عند العقد وما يمكن أن يضيفه صاحب المؤسسة من أجهزة جديدة.

وفيها يكون عقد البيع أو الإيجار مشروطاً بتبديل أو إصلاح المبيع أو المال المستأجر عليه لو طرأ عليه عيب معين إلى مدة معلومة بدون أخذ الأجرة أو الثمن على ذلك، وهو ما يسمى بضمانة الصيانة لمدة معلومة. وتفترق هذه الصورة عن الصورة السابقة في أن الملحوظ فيه هو التحفظ عن العيوب المخفية أو العيوب غير المتوقعة في المبيع. ويكون هذا الشرط بنحو شرط النتيجة، أي كون ذمة البائع مشغولة بالتبديل أو الإصلاح فيما لو طرأ على المبيع عيب، وهذا بخلاف الصورة السابقة فإن الشرط

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 356/11

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 370/11

فيها على نحو شرط الفعل؛ أي تعهد المشروط عليه بالقيام بالفعل وهو التعمير والإصلاح بدون أن يكون هناك اشتغال ذمة - أي ضمان بشيء وضماً - والملاحظ فيه هو المحافظة على المبيع بإجراء خدمات الإدامة⁽³⁾.

8- صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بالعمل على تحديث الأجهزة عندما يظهر التحديث طوال مدة العقد.

ومن عقود الصيانة ما يتضمن جهالة من نوع آخر يمكن أن نسميه بجهالة تتعلق (بالتطورات الفنية) التي قد تحصل في المستقبل. ففي مهنة برامج الكمبيوتر شاعت عقود تقديم البرامج مع صيانتها، وذلك بإدخال كل ما يحصل من معرفة فنية جديدة عليها خلال مدة العقد. والتغير الفني في هذه الصناعة كبير وسريع، وهو مما لا يمكن التنبؤ به كما هو معلوم. وهذا النوع من الجهالة يشمل جهالة التغيرات المستقبلية وأثمانها ومواعيد ظهورها بآن واحد⁽¹⁾.

عقد التحديث (Updating):

عقد التحديث هو عقد على إضافة ما يجد من معرفة علمية أو منتجات حديثة على الأجهزة العلمية مما يحسن مردودها ومنافعها، ويجعلها تواكب التقدم العلمي في ميدانها. وهو عقد على تقديم المعرفة العلمية الجديدة المتمثلة في حقوق معنوية. والتي تتوفر على شكل قطع غيار صغيرة تضاف إلى الآلات أو الأجهزة المطلوبة تحديثها، أو على شكل برامج مخزونة في أقراص صغيرة يتم إدخالها في هذه الأجهزة.

والعمل المباشر الذي يتطلبه عقد التحديث يكاد يكون قليلاً جداً، وهو ما يحتاجه تركيب القطعة أو إدخال البرنامج وذلك بالمقارنة مع الكمية الكبيرة من العمل المبذول في متابعة التطورات العلمية والتكنولوجية والصناعية، وفي الحصول عليها، ثم تطويرها بما يناسب المستفيد من عقد التحديث وإدخال التعديلات اللازمة في نظمه حتى يصير من الممكن لأجهزته أن تستوعب الإفادة من هذه المعرفة العلمية الجديدة.

كما أن أثمان هذه الحقوق المعنوية لا تكون في العادة معرفة عند توقيع عقد التحديث. على أن معظم عقود التحديث كثيراً تشمل العمل وحده، بما فيه من جزء معلوم بسيط وجزء مجهول كبير وتترك ثمن الحق المعنوي ليتحملة الطرف الطالب للتحديث⁽²⁾.

(3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 357/11

(1) بحث الدكتور منذر قحف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي 373/11

(2) بحث الدكتور منذر قحف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي 376/11

9- صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بتدريب عمالة الطالب مع الإصلاح عند العطب.

عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن على تدريب عمالة الصائن، مع الإصلاح عند العطب، هو عقد جائز وكذلك عند الشيخ الضرير، وذلك لأنه عقد إجارة مع الجعالة معا، يجوز الجمع بينهما، وإن كان بعضهم لا يرى جواز ذلك⁽³⁾.

10- صورة عقد الصيانة الذي يشترط فيه أن يضمن الصائن استمرار عمل المصنوعان يتحمل تقديم ما يحقق تشغيل الأجهزة وقتيا حتى يتم الإصلاح أو تعويض التالف لصاحب المؤسسة.

وفيها يكون عقد البيع أو الإيجار مشروطا بتبديل أو إصلاح المبيع أو المال المستأجر عليه لو طرأ عليه عيب معين إلى مدة معلومة بدون أخذ الأجرة أو الثمن على ذلك، وهو ما يسمى بضمانة الصيانة لمدة معلومة. وتفترق هذه الصورة عن الصورة السابقة في أن الملحوظ فيه هو التحفظ عن العيوب المخفية أو العيوب غير المتوقعة في المبيع. ويكون هذا الشرط بنحو شرط النتيجة، أي كون ذمة البائع مشغولة بالتبديل أو الإصلاح فيما لو طرأ على المبيع عيب، وهذا بخلاف الصورة السابقة فإن الشرط فيها على نحو شرط الفعل؛ أي تعهد المشروط عليه بالقيام بالفعل وهو التعمير والإصلاح بدون أن يكون هناك اشتغال ذمة - أي ضمان بشيء وضعا - والملحوظ فيه هو المحافظة على المبيع بإجراء خدمات الإدامة⁽¹⁾.

أما أهم ما يتضمنه عقد الصيانة في العادة فهو خدمة الإصلاح المتكررة فالصيانة هي أصلا عقد على الإصلاح. فهو يشمل أساساً العمل الذي يقوم به الصائن أو من ينوب عنه لإعادة الشيء إلى عهده الإنتاجي المعتاد، كلما طرأ عليه تغير كلي أو جزئي (على أحد أجزاء الشيء) يوقف عمله كلياً أو جزئياً، أو يقلل من جودته أو إنتاجيته المعتادة.

وكثيرا ما تشمل الصيانة تقديم ما يلزم من أعيان إضافة إلى العمل، أيضا نحو قطع الغيار، سواء أكانت الحاجة إلى تغيير القطعة مسببة بفسادها أصلا، أم باهتلاكها قبل الأوان المقرر لها في حالة الاستعمال المعتاد (المتوقع أو المرسوم لها).

ينبغي أن نلاحظ أن هنالك شروطا أخرى كثيرة قد تتضمنها عقود الصيانة نذكر فيما يلي أهمها:

1. التعويض عن الإيراد المفقود لفترة تعطل الشيء عن العمل.

(3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 424/11

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 357/11

2. تقديم منفعة مماثلة، بديلة أو موصوفة، خلال فترة التعطل عن العمل.

هذا النوع من عقود الصيانة الذي يتعلق به شرط ضمان الصيانة، ويشمل كل خلل في الآلة عن إنتاج منافعها بسبب نوعية المعدن أو المادة الذي تتركب منه أو بسبب طريقة تركيب الأجزاء بعضها مع بعض، أو بسبب تصميم الآلة أو عدم قدرة أي جزء منها على تأدية الخدمة المتوقعة منه أو المخططة له في تصميم الآلة.

ومن الواضح أن هذا النوع الأخير من الأعطال أو العيوب يقلل من منافع الآلة عما هو مقصود منها، أو يعطل هذه المنافع كلية، ويستدعي مسؤولية الصانع (البائع) عن هذا العيب. ويهدف شرط الصيانة إلى النص على تحميل الصانع (البائع) هذه المسؤولية صراحة.

ويشبه هذا النوع من حاجات الصيانة ما قد تفرضه الحكومات من إلزام الصانع بإدخال تغييرات على الآلة بعدما يثبت لديها وجود خطورة على السلامة العامة ما لم يتم ذلك التغيير.

وكثيراً ما يتضمن شرط الصيانة قيام الصانع (البائع) بتقديم القطع اللازمة، إضافة إلى القيام بتركيبها وإعادة الآلة إلى عهدها التشغيلي المعتاد أو المحسوب لها.

على أن أهم ما يميز شرط الصيانة في البيوع هو تحديد فترة زمنية لاستمرار نفاذه، فينص مثلاً على ضمان الصيانة لمدة عام أو ثلاثة أعوام. وقد نجد في كثير من العقود النص على ضمان القطع لمدة عام مثلاً مع التركيب والخدمة، في حين يستمر ضمان تقديم خدمة الصيانة (بما تتضمنه من عمل فقط) لمدة سنة أخرى مثلاً تكون فيها القطع على المشتري. ولكنه ينبغي أن يلاحظ هنا أن ما تفرضه الحكومة أحياناً من إصلاح قد يقع بعد انقضاء مدة الصيانة المشروطة، فهو لا يتقيد بالقيود الزماني لها، لأنه مبني على مصلحة السلامة العامة.

كما أن بعض شروط الصيانة يتضمن استمرار الالتزام بالصيانة لكامل مدتها حتى ولو تغير مالك الآلة، سواء أكان التغير اختيارياً بنحو البيع والهبة، أم غير اختياري بنحو الميراث والوصية والإجبار على البيع بحكم محكمة.

يضاف إلى ذلك أن بعض شروط ضمان الصيانة يشمل تقديم خدمة بديلة أثناء فترة تعطل الآلة بسبب الصيانة المضمونة، كأن تقدم سيارة بدل السيارة التي تخضع للصيانة، أو بندقية بدل تلك التي تتم صيانتها، وذلك لمدة الصيانة بكاملها.

وكذلك فقد يضاف إلى شرط الصيانة شرط يضمن بموجبه الصانع (البائع) الأضرار التي أدى إليها تعطل الآلة، كأن يعرض عما يتلف من مأكولات نتيجة تعطل

الثلاجة، أو جلود نتيجة تعطل آلة الدباغة. ويحدد العقد عادة حداً أعلى لهذه المسؤولية يكون محسوباً بالاعتماد على الطاقة الإنتاجية للآلة.

وكذلك، فإن كثيراً من عقود البيع تتضمن شرطاً بالخيار باستمرار شرط ضمان الصيانة لمدة إضافية لقاء دفع المشتري مبلغاً إضافياً عند العقد أو عند ممارسة ذلك الخيار، الذي تحدد له عادة مدة ينقضي بانتهائها.

وقد يضاف إلى شرط الصيانة أحياناً شرط الإشراف على التشغيل لمدة معينة، وكذلك شرط تقديم التدريب للعناصر التي ستتعامل مع الآلة بعد تركيبها عند المشتري أو المستفيد

عقد الصيانة مقارنة بالتأمين على الأشياء:

"عقد التأمين: هو عقد يلتزم فيه المستأمن (طالب التأمين) بدفع مبلغ معين، لقاء التزام المؤمن بدفع تعويض عن الضرر الذي قد يلحق بالمستأمن إذا وقع الخطر المؤمن ضده خلال فترة زمنية محددة (سنة مثلاً).

والصيانة العلاجية الطارئة (غير الدورية) تشبه عقد التأمين المذكور، سوى أن الصائن لا يلتزم عادة بتقديم مبلغ مالي يعوض رب الآلة عن الضرر الناجم عن العطل الطارئ، بل يلتزم إصلاح العطل، وتبديل القطع التالفة حيثما لزم ذلك.

ولو تمحضت الصيانة بحيث تكون علاجية طارئة فقط لا تشمل الصيانة الدورية، وكانت مستقلة تماماً عن عقد بيع الأصل المراد صيانته، لزاد شبهها بالتأمين.

الحاصل: إذا انفراد عقد الصيانة وحده، وكان محصوراً بالصيانة الطارئة فقط دون الدورية الوقائية، فإنه يشبه عقد التأمين على الأشياء، ويجري فيه الخلاف الفقهي المعاصر في التأمين. فأكثر الفقهاء المعاصرين، والمجامع الفقهية ومنها هذا المجمع الموقر، رأيت عدم جواز التأمين التجاري، وجواز التبادلي والتعاوني بديلاً عنه.

وترى قلة من الفقهاء المعاصرين جواز التأمين التجاري من حيث المبدأ، إذا خلا عقده من أسباب مفسدة أخرى.

على أن الغالب على عقود الصيانة أن تشمل الصيانة الدورية الوقائية أيضاً، وهذه لا تشبه التأمين في شيء، كما أن وجودها في العقد يخل بشرط فني جوهرى في التأمين وهو أن لا يتعلق وقوع الحادث الضار بإرادة المؤمن ولا المستأمن. بينما الصيانة الدورية التي يؤديها الصائن تستهدف صراحة تقليل احتمال الحاجة إلى الصيانة الطارئة، وتقليل تكاليفها.

أما الصيانة الطارئة المحض، فالغالب أن تترافق مع عقد بيع الأصل، كما هو شائع عند بيع السيارة الجديدة، حيث تتعهد الشركة البائعة أنه إن طرأ خلل في

محرك السيارة خلال فترة محددة، فإنها تقوم بإصلاحه أو تبديله مجاناً. ولا يشمل هذا التعهد قيام الشركة البائعة بأعمال صيانة دورية⁽¹⁾.

11- صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بالتعويض عن الضرر الحاصل.

مثل أن ينصب نفسه للصنعة لعامة الناس يحترز به عن الأجير الخاص لشخص أو لجماعة مخصوصين، ومنها أن يغيب على الذات المصنوعة، أما إن لم يغيب عليها بأن عملها في بيت ربها ولوغائياً أو بحضرته ولو بغير بيته فلا ضمان، ومنها أن يكون مصنوعة مما يغاب عليه، ومنها أن لا يكون في الصنعة تغير، وأما إن كان فيها تغير كثقب اللؤلؤ ونحوه، فلا ضمان، ويضمن قيمته يوم دفعة ربه إليه.

وذكر قبل هذا أن الصانع يضمن إذا غر بفعل لا بقول، ومثل له بالحمال يربط المحمول بحبل رث أو يمشي في موضع فيه تعثر، وكذا إذا تعدى بأن أخرج في السير فإنه يضمن.

فاشترط المؤسسة أن الصائن ضامن إذا لم ينبه للخلل الذي تسبب عنه التعطيل شرط مقبول لأنه غر بفعل(1).

ضمان الصيانة لمدة معلومة:

في ما إذا كان عقد البيع أو الإجارة مشروطاً بتبديل أو إصلاح المبيع أو المال المستأجر عليه لو طرأ عليه عيب معين إلى مدة معلومة بدون أخذ أجره أو ثمن على ذلك، والشرط هنا كما مررت الإشارة إليه سابقاً بنحو شرط النتيجة لا الفعل، ولذلك لو لم يرقم البائع بتبديل أو إصلاح السلعة المباعة وفقاً للشرائط المعينة يعد مديوناً؛ أي تكون ذمته مشغولة بذلك. فليس هو مجرد وجوب تكليفي فحسب، بل إن الشرط هنا هو أولاً وبالذات هو الحكم الوضعي، أي كون ذمة البائع مشغولة بالتبديل، والحكم التكليفي يترتب على ذلك ثانياً، من وجوب القيام بتفرغ الذمة عند طلب من له الشرط.

هذا النحو من الشرط أيضاً صحيح عندنا، لشمول الأدلة العامة للوفاء بالعقود والالتزام بالشرط له، أما الإشكال من ناحية وجود خلل فيه من حيث الغرر والتعليق فقد ظهر جوابه مما ذكرناه في الصور السابقة.

بقي هنا بحث وهو أنه في هذه الصورة قد يكون البائع هو الصانع أو وكيله الذي يلتزم بضمان الصيانة أي تبديل السلعة على تقدير ظهور العيب في السلعة. وهذا لا

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 400/11

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 339/11

إشكال فيه. ولكن قد يكون البائع مالكا للسلعة من دون أن يكون هو الصانع، فقد يلتزم بتبديل السلعة عن طروء العيب من قبل الصانع لا نفسه.

فإنه يشكل في صحة هذا الشرط بأنه شرط غير مقدور للمشروط عليه الذي هو البائع، فيكون باطلا لأن القدرة على الشرط من شرائط صحة الشروط، كما هو واضح.

ولكن الصحيح هو أن هذا الإشكال غير وارد، وذلك أن البائع الذي اشترى من الشركة الأصلية المنتجة لهذه السلعة أو من وكيله قد اشترط عليه في ضمن أخذ الوكالة عن الشركة لعرض منتجاته بشرط ارتكازي غير مصرح به، أو بشرط مصرح بأن يبذل الصانع السلع أو يقوم بإصلاحها وفق شروط معينة، فمع هذا الشرط يكون البائع قادرا على ما اشترطه من تبديل المال أو إصلاحه عند طروء العيب في مدة معينة، ولا إشكال من هذه الناحية أيضا⁽¹⁾.

12- صورة عقد الصيانة غير المقترن بعقد آخر وغير المحتاج لمواد أخرى .

وفيه يكون الاتفاق على الصيانة في عقد مستقل، كما لو تم بين مالك الجهاز وبين المهندس المتخصص أو الشركة اتفاق على أن يقوم المهندس أو الشركة بخدمات الإدامة في فترات معينة، وتبديل قطع الغيار عند الحاجة في مقابل أخذ أجره معينة إلى مدة معلومة.

الاتفاق على الصيانة في عقد مستقل:

كما لو تم بين مالك الجهاز وبين المهندس المتخصص أو الشركة اتفاق على أن يقوم المهندس أو الشركة بخدمات الإدامة في فترات معينة، وتبديل قطع الغيار عند الحاجة في مقابل أخذ أجره معينة إلى مدة معلومة⁽²⁾.

ومجرد الإمكان العقلي لإنشاء هذه المعاملة (الصيانة) على نحو الإجارة أو الصلح لا يغير نظر العرف، والواقع في الخارج من عدم وقوع عقد الصيانة بهذه الصياغة، إذ العقود أمور اعتبارية يتبع حقيقتها الاعتبار الموجود في الخارج وكيفية الإنشاء، وليست لها حقائق منفصلة عن الاعتبار والإنشاء حتى يكون هو الملاك والموضوع. بل لكل عقد حقيقته الاعتبارية التي لا بد لتشخيصها من مراجعة العرف وكيفية الإنشاء المتعارف عندهم.

" فمجرد التشابه بين عقدين في بعض الأركان لا يجعلهما يحملان عنوانا واحدا. فمثلا عقد النكاح وإن كان هو تملك البضع وهي منفعة، ولكنها لا تسمى إجارة

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 400/11

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 357 / 11

شرعا ولا عرفا بل هو عقد مستقل له أحكامه الخاصة، وكذلك عقد المزارعة والمساقاة.

ومن هنا علم أن إرجاع هذا العقد إلى الجعالة أو الهبة المعوضة أو الصلح أيضا لا يخلو من تعسف، وذلك لعدم مساعدة العرف وكيفية إنشاء الواقع في الخارج على ذلك.

فالصحيح هو أن عقد الصيانة من العقود المستحدثة التي لها خصوصيات تجعلها متميزة عن العقود الأخرى. فهذا العقد بهذه الصورة ليس بيعا ولا إجارة ولا غيرهما، وإنما هو عقد مستقل له كيانه الخاص وشروطه وآثاره الخاصة به، ولا ينبغي صهره في بوتقة عقد آخر. نعم باعتباره عقدا لأبد من توافر أركانه وهي: العاقدان، والمعقود عليه، والإيجاب، والقبول، وكذلك شروطه العامة. ولابد من البحث عن حكمها الشرعي كعقد مستقل مستحدث⁽³⁾. " وشرط الصيانة منفصلا عن عقد البيع وبثمن مستقل، وهي صيانة يقدمها البائع (الصانع) نفسه. وأكثر ما يحصل هذا على شكل زيادة في مدة الصيانة لسنوات إضافية فوق المدة المذكورة في نموذج عقد البيع المهيأ مسبقا، لقاء عوض يتفق عليه.

وقد يلحق بهذا عقد الصيانة المستقل بين صائئ متخصص ومالك أو مشغل الآلة. لأنه في الواقع لا يختلف عنه إلا في كون شروط الصيانة في عقد البيع معروفة مسبقا ومنمطة ومطبوعة. أما في حالة شراء الصيانة بعقد مستقل أو شراء تجديد الالتزام بالصيانة لزمّن إضافي، فقد يمكن التفاوض على شروط الصيانة بشكل مفصل⁽¹⁾.

إذا كان عقد الصيانة غير مقترن بعقد آخر ولا يحتاج إلى مادة، ثم ما كان منه يحتاج إلى مادة يسيرة، ثم ما كان يحتاج إلى مادة صاحب الشيء المصون يقوم بها، وأن هذه كلها تجوز في هذه الصور الثلاثة، وهي مناسبة في عقد الإجارة لا ضمير في ذلك.

والحمد لله تعالى أولاً وآخراً، وصلى تعالى على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم أجمعين.

(3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 11 / 357

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 11 / 38



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

استكمال عقود الصيانة وصورها وتكليفها

إعداد

د. العياشي الصادق فدّاد

البنك الإسلامي للتنمية

بسم الله الرحمن الرحيم

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

الفصل التمهيدي توطئة عامة

سبق لمجمع الفقه الإسلامي الدولي أن خصص محورا مستقلا لعقد الصيانة في دورة مجلس المجمع المنعقدة بالمنامة بمملكة البحرين في رجب ١٤١٩هـ/تشرين الأول (نوفمبر) ١٩٩٨م. وأصدر قراره رقم: ١٠٣(١١/٦)، بشأن عقد الصيانة^(١).

وقد عرف القرار عقد الصيانة، وذكر تكييفه الشرعي. ثم حدد أربع صور لهذا العقد، فبينها، وذكر تكييفها الشرعي، وحكمها. مع ضابط عام لصور عقد الصيانة. وهو ما سيتم بيانه وفقا لما نص عليه قرار المجمع.

تعريف عقد الصيانة^(٢) :

هو عقد مستحدث مستقل تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود. ويختلف تكييفه وحكمه باختلاف صورته.

تكييفه الشرعي:

هو في حقيقته عقد معاوضة، يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة، أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية، أو طارئة، لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم. وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده، أو بالعمل والمواد.

صور عقد الصيانة:

متعددة ومختلفة وتوصل القرار إلى بعض منها وهي:

الحكم عنها كثيرة، منها ما تبين حكمه، وهي:

- عقد صيانة غ مقترن بعقد آخر. يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل فقط، أو مع تقديم مواد يسيرة لا يعتبر العاقدان لها حساباً في العادة : هذه الصورة تكيّف على أنها عقد إجازة على عمل، وهو عقد جائز شرعا، بشرط أن يكون العمل معلوما والأجر معلوما.

^١ مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد ١١ - ج ٢، ص ٥٥.

^٢ الصيانة لغة: الحفظ والوقاية، ومن ذلك حفظ الشيء في مكان أمين. انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٣، ص ٣٢٤. الرازي، مختار الصحاح، ص ٣٧٤.

- عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر. يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل، ويلتزم المالك بتقديم المواد : وهذه الصورة تكييفها، وحكمها، كالصورة الأولى.
- الصيانة المشروطة في عقد البيع على البائع لمدة معلومة : هذه الصورة اجتمع فيها بيع وشرط، وهو جائز، سواء أكانت الصيانة من غير تقديم المواد أم مع تقديمها.
- الصيانة المشروطة في عقد الإجارة على المؤجر أو المستأجر: هذه الصورة اجتمع فيها إجارة وشرط، وحكم هذه الصورة أن الصيانة إذا كانت من النوع الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شرط، ولا يجوز اشتراطها على المستأجر، أما الصيانة التي لا يتوقف عليها استيفاء المنفعة، فيجوز اشتراطها على أي من المؤجر أو المستأجر إذا عينت تعيينا نافيا للجهالة.

الضابط العام لصور عقد الصيانة:

يشترط في جميع الصور أن تعين الصيانة فيها تعيينا نافيا للجهالة المؤدية إلى النزاع، وكذلك ينبغي تبيين المواد إذا كانت على الصائن أم لا ؟ كما يشترط تحديد الأجرة في جميع الحالات.

صور أخرى لعقد الصيانة

وهناك صور أخرى رأى المجمع إرجاءها لمزيد من البحث والدراسة.

وهذه الصور هي محل الدراسة والبحث في هذا العرض، وهي كما جاء في ورقة استكتاب أمانة مجمع الفقه الموقرة، وهي على سبيل التمثيل لا الحصر كما يلي:

- (١) صورة عقد الصيانة المنفرد والمحتاج إلى مادة يتعهد الصائن بإحضارها.
- (٢) صورة عقد الصيانة في عقد المقاولة الذي يتعهد فيه المقاول بصنع شيء وصيانته لمدة من الزمن.
- (٣) صورة عقد الصيانة الذي يبرم بين المؤسسة والصائن، ويلتزم فيه الصائن بإصلاح العطب للآلات مع تقديم قطع الغيار.
- (٤) صورة عقد الصيانة الذي يشترط فيه أن يقوم الصائن بالإصلاح وشراء قطع الغيار على حساب صاحب المؤسسة مع حصوله على ربح نسبي معلوم.
- (٥) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بصيانة المعدات الموجودة عند العقد، وما يمكن أن يضيفه صاحب المؤسسة من أجهزة جديدة.
- (٦) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بالعمل على تحديث الأجهزة عندما يظهر التحديث طيلة مدة العقد.
- (٧) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بتدريب عمالة الطالب مع الإصلاح عند العطب.

(٨) صورة عقد الصيانة الذي يشترط فيه أن يضمن فيه الصائن استمرار عمل المصون وأن يتحمل تقديم ما يحقق تشغيل الأجهزة وقتيا حتى يتم الإصلاح أو تعويض التالف لصاحب المؤسسة.

(٩) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بالتعويض عن الضرر الحاصل.

(١٠) صورة عقد الصيانة غير المقترن بعقد آخر وغير المحتاج لمواد أخرى

بتأمل الصور السابقة الواردة في رسالة الاستكتاب يلاحظ أن بعض الصور متداخلة ، وأن بعضها الآخر لا يتضمن عناصر إضافية تؤثر في الحكم، ناهيك عن أن بعض الصور الأخرى مندرجة في الصور التي سبق للمجمع ان أصدر فيها قرارا.

كما أن بعض هذه الصور يبدو وكأنه تقسيم منطقي لصور عقد الصيانة التي يمكن أن تتضمنها عقود الصيانة في شكل عقود مقترنة بعقد الصيانة أو شروط في العقد. وليست صورا واقعية وتطبيقات مقتبسة من نماج عقود الصيانة فعلا.

ونظرا لأن قرار المجمع ، والبحوث التي قدمت للدورة الحادية عشرة استوفت عقد الصيانة من حيث التعريف، والتكليف، والأركان، وعلاقته بالعقود الأخرى فلا يتم التعرض لتلك المقدمات ويكتفى بتناول المسائل التي وردت في استكتاب امانة المجمع باعتبار ذلك استكمالا لما لم يدرسه المجمع في دورته السابقة.

ورغبة في الحفاظ على النسق الذي أقرته امانة المجمع سيتم إيراد المسائل كما هي مع التحليل والدراسة لكل مسألة وذلك من خلال الفصول التالية.

الفصل الأول

تكييف عقد الصيانة

وأثره في الحكم على صورته

قرار المجمع سالف الذكر انتهى في تكييف عقد الصيانة إلى أنه عقد مستحدث مستقل تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود. ويختلف تكييفه وحكمه باختلاف صورته.

وهو في حقيقته عقد معاوضة، يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة، أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية، أو طارئة، لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم. وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده، أو بالعمل والمواد.

وهذا التكييف هو الذي ينسجم مع ماهية عقد الصيانة وصورته وتطبيقاته، فهو وإن كان يرد على بعض صورته عقد معين كالبيع، أو الإجارة، أو المقاولة، أو الجعالة. إلا أنه لا ينتظم صورته عقد واحد من العقود السابقة.

وقد اختلف نظر الفقهاء المعاصرين في تكييف هذا العقد، فبينما رأى عدد منهم بأن عقد الصيانة تنطبق عليه أحكام عقد الجعالة وبخاصة عقد الصيانة بالعقد الزمني الذي يستمر فيه العقد لمدة طويلة تتعاقب فيه العمليات؛ عملية تلو عملية يكون فيها العمل مجهول القدر (الكم) ويكتفى فيه بتحقيق النتيجة، وهي السلامة لما تم الالتزام بصيانتها^(١).

واتجه نظر نفر آخر من الفقهاء إلى تكييف عقد الصيانة على عقد الإجارة وعلى وجه الخصوص ما اصطلح عليه فقها بالأجير المشترك الذي ينحصر التزامه في إكمال العمل المطلوب منه ولا يقتضي تسليم نفسه، وقالوا كذلك أنه الذي يتقبل العمل من أكثر من جهة بخلاف الأجير الخاص الذي يعمل لجهة واحدة ويقتضي تسليم نفسه لتلك الجهة لمدة معلومة^(٢).

وفي عقد الصيانة فإن الصائن فردا كان أو مؤسسة فإنه في الغالب ما يتعاقد مع أكثر من طرف ليقدم خدمة الصيانة ويرعى الآلة ويحرص على سلامتها وتمام الانتفاع بها، وقد يخص عمل الصائن جهة بعينها في عقد يحصر تقديم الخدمة لتلك الجهة دون سواها. فالصيانة بهذا يرد عليها أحكام الأجيرين العام، والخاص.

^١ انظر: أبو غدة ، عبد الستار، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، ط: مجموعة البركة، ج٤، ص٧٦ . وانظر كذلك بحوث الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م) لكل من: الدكتور يوسف قاسم، الدكتور عز الدين توني، والدكتور أحمد الحاجي الكردي.

^٢ انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٤، ص ١٨٩ ، البابرتي، الهداية، ج٣، ص٢٤٥، الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج٤، ص٨١ ، ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ج٦، ص٤١ . الشريف، شرف، الإجارة الواردة على عمل الإنسان، ص ٥٩ - ٦٠ ، وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية ، ج١، ص٢٨٨ .

ورغم ان عقد الصيانة يتجاوزه التكييفان السابقان (إجارة و جعالة) لكن تنوع التطبيقات المختلفة وعدم انطباق شروط الجعالة أو الإجارة عليها جميعا فتعين النظر في كل صورة والتأمل في شروطها وعناصرها (تحقيق المناط) . وبالتأمل فإن بعض المسائل تنطبق عليها فعلا أحكام الإجارة وخاصة أحكام الأجير المشترك إلا بعض الصور من الإجارة الخاصة، وبعض الصور الأخرى فإنها لا تنطبق عليها أحكام الإجارة وبخاصة حينما يكون عقد الصيانة مستقلا قائما بذاته حيث يكون عمل الصائن من التعقيد بحيث لا يمكن تحديده بمدة زمنية أو بمقدار معين ويكون المقصود في هذه الحالة هو التوصل للنتيجة. فمحل العقد هو النتيجة التي يتوصل إليها الصائن وبها يستحق الأجر^(١) .

ومثل هذا التكييف لبعض هذه الصور قد وجهت له اعتراضات مهمة مما يجعل أحكام الجعالة غير صالحة لهذه الصور من صور الصيانة . ومنها: عدم لزوم الجعالة، وعد استحقاق العامل الأجر إلا بتمام العمل، ومنع تحديد مدة للجعالة.

هذه الاعتراضات سبق للشيخين السلامي والضرير عرضها بالتفصيل في دورة المجمع سألفة الذكر^(٢) . كما أورد المشاركون في ندوة بيت التمويل الكويتي مسوغات بناء عقد الصيانة على أحكام عقد الجعالة، وأجاب بعضهم على تلك الاعتراضات^(٣) .

^١ أبو غدة، بحوث في المعاملات، ج٤، ص٩٨ .

^٢ مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، (العدد ١١ - ج٢، ص ٥).

^٣ انظر: الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، وكذلك المرجع السابق.

الفصل الثاني اعتبار الصيانة شرطاً في العقد أو عقداً في عقد

معظم الصور التي وردت في ورقة استكتاب المجمع تشتمل على الشروط في العقد . فتكون الصيانة تارة شرطاً في العقد، أو عقداً مفرداً يتضمن شرط تقديم المواد، أو عقداً في عقد. وقد يكون من المناسب بيان قاعدة الشروط في العقود إجمالاً حتى يتسنى فهم التطبيقات المختلفة لصور الصيانة.

وقد قرر الفقهاء بأن القاعدة الجامعة للعقود أنها: تصح بكل ما دل على مقصدها من قول أو فعل. وهي التي تدل عليها أصول الشريعة، فإن الشارع قد اكتفى بالتراضي في البيع وجنس المعاوضات، وبطبيب النفس في جنس التبرعات، ولم يشترط لفظاً ولا فعلاً معينان، يدلان على التراضي وعلى طيب النفس، وهما يُعلمان بطرق متعددة من الأقوال والأفعال. وينص شيخ الإسلام ابن تيمية على أن صيغ البيع، والإجارة، والهبة ونحوها لم يحد الشارع لها حداً، لا في كتاب ولا سنة، ولا نقل عن أحد من الصحابة والتابعين أنه عين للعقود صفة معينة الألفاظ، أو قال ما يدل على ذلك من أنها لا تتعقد إلا بالصيغ الخاصة، بل قيل إن هذا القول مما يخالف الإجماع القديم، وأنه من البدع^١. ثم يقرر (أن الشرط بين الناس ما عدوه شرطاً، كما أن البيع بينهم ما عدوه بيعاً، والإجارة بينهم ما عدوه إجارة...)^٢.

كما أن الفقهاء تعرضوا في الشروط الجعلية (الاقترانية أو التقييدية) لاشتراط ما جرى عليه عمل الناس وذكروا في هذا النوع من الشروط تلك الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا يلائمها: مثل: أن يشتري نعلاً بشرط أن يحذوه البائع. فقد أكد الحنفية على جوازه استحساناً خلافاً لزفر منهم، الذي قال بعدم جوازه. وذكر الحنفية أن هذا الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين^٣. وعبر عنه المالكية بما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وهو من مصلحته، وجعلوه من قبيل اجتماع عقدين فأكثر في عقد واحد، ومثلوا له تارة بقيام البائع بعمل في ذات المبيع، مثل: أن يشتري ثوباً بدراهم معلومة على أن يخيطه البائع، أو جلداً على أن يخرزه. وتارة أخرى بقيام البائع بعمل في غير ذات المبيع، مثل: أن يشتري ثوباً بدراهم معلومة على أن ينسج له ثوباً آخر. قال الدردير: ("كمع

^١ انظر: ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت: دار الندوة الجديدة، ص ١٣٢ : مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مطبوعات الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين، ١٤٠٤هـ، ج ٢٩، ص ٤٤٨ .

^٢ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٢٩، ص ٤٤٨، ٤٤٧ .

^٣ انظر: الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط ٢ بيروت: دار الكتاب العربي ١٣٩٤هـ، ١٩٧٤م، ج ٥، ص ١٧٤ .

جعل" ، أي كما تفسد الإجارة إذا وقعت مع جعل صفقة واحدة لتتافرها... بخلاف الإجارة لا مع بيع صفقة واحدة فلا تفسد لعدم منافاتها سواء كانت الإجارة في نفس المبيع ... أم لا؟^(١). أما الشافعية: فقد اعتبروا هذا الشرط مما ينافي مقتضى العقد ، والقول الصحيح في المذهب بطلان العقد لأن العقد اشتمل على شرط عمل فيما لم يملكه المشتري بعد ، وقول في المذهب بالصحة لأن العمل في المبيع وقع تابعا له فاغتفر^(٢). واعتبر الحنابلة: أن مثل هذا الشرط مما فيه منفعة ، وقالوا: لأنها بيع وإجارة وكل من البيع والإجارة يصح إفراده بالعقد فجاز الجمع بينهما ، وإنما النهي عن شرطين في بيع لا الشرط الواحد^(٣).

وذكره الفقهاء في اشتراط ما فيه منفعة مباحة لأحد المتعاقدين أو لأجنبي. لأن اشتراط المادة سواء كانت قطع غيار أو مواد أخرى في عقد الصيانة فيه منفعة واضحة لطالب الصيانة. وقد تعددت وجهات النظر بين أهل العلم في مسألة اشتراط المنفعة لأحد المتعاقدين أو لأجنبي مما يؤدي إلى جمع أكثر من عقد في عقد واحد. وملخص أقوالهم كالآتي:

- **الحنفية:** يؤكد صاحب المبسوط وغيره أن مثل هذا الشرط لا يقتضيه العقد ، وليس فيه عرف ظاهر ، فيكون العقد والشرط فاسدين ، سواء أكان النفع للمتعاقدين ، أم لأجنبي كما إذا باع له قطعة أرض بشرط أن يبنئها مسجدا ، أو طعاما بشرط أن يطعم به فقيرا. أو كان النفع للمعقود عليه كأن يبيع عبده بشرط أن يعتقه المشتري. فظاهر الرواية عن أبي حنيفة فساد البيع؛ لأنه شرط في البيع منفعة زائدة للمبيع ولأنه شرط ما لا يقتضيه العقد. وخلاف ظاهر الرواية رواية أخرى بجواز اشتراط الإعتاق^(٤).

- **المالكية:** يصححون مثل هذا الشرط والعقد معا فهي من الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد عندهم؛ وبخاصة ما يتعلق بشرط البائع منفعة لنفسه كركوب السيارة ، وسكنى الدار مدة معلومة؛ لأن حجر المالك (المشتري) عن التصرف حجر مؤقت يزول بزوال انتهاء المدة المستثناة ، وإن نتج عنه جمع بين عقدي الإجارة والبيع وهو أمر جائز لأنهما من باب واحد. بل إن كل صيغة عقد ترتب عنها اجتماع عقدي الإجارة مع البيع يعتبر أمرا مقبولا^(٥).

- **الشافعية:** اعتبر الشافعية الشروط التي فيها نفع لأحد المتعاقدين منافية لمقتضى العقد في أصح الروايات في المذهب ، فلذلك قالوا ببطلان هذه الشروط والعقد الذي

^١ الشرح الكبير، بهامش الشرح الصغير؛ ج٤، ص : وانظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٥٠ .
^٢ الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العياش أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج على مذهب الإمام الشافعي، لمطبعة الحلبي، ١٣٨٦هـ/١٩٦٧م]، ج٣، ص٥٨ .

^٣ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، [المكتبة السلفية]، ج٢، ص٢٩، ٣٠ . وانظر: المرادوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٤٥، ٣٤٦

^٤ انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص١٣- ١٥ .؛ السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج١، ص٥٢ .؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥ ص ١٩٦ .

^٥ انظر: الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج٥، ص٤ .؛ المواق، التاج والإكليل، ج٣، ص٣٧٢ .؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ٦٥ ؛ التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج٢، ص١٠ .

اقتربت به. وقيل في الرواية الأخرى بصحة العقد وبطلان الشرط، وقيل يصح العقد ويلزم الشرط^(١).

• **الحنابلة:** يرى الحنابلة بأن اشتراط البائع سكنى الدار مدة معلومة أو ركوب السيارة إلى موضع معلوم أو استعمالها مدة معينة بالرغم من أنها شروط لا يقتضيها العقد، ولا من مصلحته لكنها لا تنافيه، وتحقق نفعاً لأحد المتعاقدين. فقالوا بجواز العقد وصحة الشرط للنصوص الواردة في ذلك، وقياساً على بيع الدار المؤجرة^(٢).

ويمكن حصر الآراء الفقهية السابقة في اتجاهين: الأول: يرى صحة العقد والشرط معاً؛ لأن المنفعة المشروطة معلومة وهو مذهب الحنابلة، والمالكية، وقول الأئمة الأوزاعي، وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر، وأحد الوجهين عند الإمام الشافعي. والثاني: يرى بأن العقد والشرط باطلان. وهو مذهب الحنفية، والظاهرية، والصحيح عند الشافعية^(٣).

ولعل من المستحسن إيراد ما بينه الفقهاء بإيجاز حول اشتراط عقد من عقود المعاوضات في عقد البيع: كالبيع، والإجارة، والصرف والسلم وغيرها. رغم أن بعض الصور والأمثلة التي يسوقها الفقهاء لهذه المسألة سبق أن عرضها في بعض الضوابط السابقة، والخلاف في المسألة معروف بين أهل العلم وهو محصور في ثلاثة آراء:

- **الأول:** أن هذا الشرط غير صحيح، فهو فاسد مفسد للبيع. وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والمعتمد عند الحنابلة، والظاهرية^(٤).
- **الثاني:** أن الشرط والعقد صحيحان، وهو قول المالكية، ورواية عند الحنابلة، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وقول عند الشافعية^(٥).
- **الثالث:** أنه يصح البيع ويبطل الشرط وهو قول عند الشافعية، والحنابلة^(٦).
- **الرابع:** لا يصح اشتراط عقد بيع مع كل من: الجعالة، والصرف، والمساقاة، والشركة، والقراض^(٧).

^١ انظر: النووي، المجموع، ج ٩، ص ٣٦٩. عميرة، حاشية عميرة، ج ٢، ص ١٧٧.
^٢ انظر: ابن قدامة، شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن عمر، الشرح الكبير على متن المقنع بهامش المغني، لدار الكتاب العربي، ج ٤، ص ٥٨. البهوتي، كشاف القناع، ج ٢، ص ٣٨.
^٣ انظر بسط المسألة في المراجع السابقة وكذلك: ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٦١. النووي، المجموع، ج ٩، ص ٣٦٤. ابن حزم، المحلى، ج ٩، ص ٤٠٣. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج ٤، ص ٣١٤. الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٠٢.
^٤ انظر: السرخسي، المبسوط، ج ١٢، ص ١٦؛ السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج ١، ص ٤٩؛ النووي، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٦٠؛ الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لدار الفكر، ج ٢، ص ٣١. ابن مفلح، الفروع، ج ٤، ص ١٣؛ البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩٣؛ ابن حزم، أبو محمد، المحلى، للمطبعة المنيرية، ج ٩، ص ١٧.
^٥ انظر: القرافي، الفروق، ج ٣، ص ١٤٢؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ١٤٥؛ الماوردي، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٥٠؛ ابن تيمية، نظرية العقد، ص ١٨٩؛ ابن القيم، إعلام الموقعين، ج ٣، ص ٤٨٦؛ عميرة، حاشية عميرة، ج ٢، ص ١٧.
^٦ الرملي، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٥٨؛ المرادوي، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٥٠.
^٧ انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ١٤.

- وعمدة القول القائل بعدم صحة هذه الشروط هو النصوص الواردة في النهي عن "صفقتين في صفقة"، و"بيعتين في بيعة"، وعن "بيع وشرط". وكذلك ما يدخل في اجتماع هذه العقود من الغرر، والربا. وحيث إن "بيعتين في بيعة" و"صفقتين في صفقة" اختلف في معانيها اختلافا كثيرا، ومن معانيها ما هو خارج عن محل النزاع فيمكن أن تحمل عليه. أما الحديث فهو ضعيف¹ ، وعليه يمكن أن يقال بأن مثل هذه الشروط صحيحة إذا لم تؤد إلى محذور شرعي كالغرر والربا والجهالة المفضية إلى النزاع.

¹ انظر المراجع السابقة.

الفصل الثالث صور عقود الصيانة

عقد الصيانة المنفرد مع التزام الصائن تقديم المادة

(١) عقد صيانة منفرد بالوحدة أو القطعة (الصيانة بالقطعة الواحدة) :

هذه الصورة كيفها قرار المجمع من قبيل عقد الصيانة غير المقترن بعقد آخر. يلتزم الصائن في هذه الحالة تقديم العمل مع تقديم المواد . وهذه الصورة تكيف على أنها عقد إجارة على عمل، وبيع للمواد. سواء أكان ثمن المواد بعقد منفصل أو ملحوظ في عقد الصيانة، وكلا العقدين جائزين شرعا، بشرط أن يكون العمل معلوما والأجر معلوما وثمان البيع محددًا.

وعقد الصيانة المتضمن التزام الصائن بتقديم المواد هو عقد تضمن شرطًا أو عقداً آخر في نفس العقد. وهو أمر معلوم في الفقه واختلفت فيه أنظار الفقهاء . وأقوالهم التالية يستأنس بها في جواز هذا الشرط.

(٢) عقد صيانة منفرد لمدة معينة يلتزم الصائن بتقديم خدمات الصيانة كالفحص والمعالجة مع المواد اللازمة مدة العقد (الصيانة بالعقد الزمني) (١) :

هذا العقد يصعب تكييفه على أنه عقد إجارة بمعنى التزام بعمل محدد معين تعيينا ينتفي معه الغرر، لأن العمل المطلوب في عقد الصيانة في مثل هذه الصور غير معلوم بشكل دقيق، وكذلك الوقت الذي يستغرقه الفحص والعلاج في حالة ان عقد الصيانة كان شاملاً للصيانة الوقائية والعلاجية معاً^(٢). والجهالة المقصودة هنا للطرفين . لكن ما هو مطلوب هو العمل الذي يفضي إلى تحقيق النتيجة وهي سلامة الشيء المصون بحيث يحقق الانتفاع منه بشكل كامل ولو كان مقدار العمل مجهولاً. وجهالة العمل هي من خصائص الجعالة وإن لم تكن شرطاً لصحتها. فتصح الجعالة مع جهالة العمل ومعلوماته^(٣).

وهذا بخلاف العمل في الإجارة الذي يجب أن يكون معلوماً نافياً للجهالة والغرر. وقد أكد الفقهاء على ذلك في التفرقة بين الجعالة والإجارة. قال الإمام الزركشي: (الجعالة كالإجارة إلا في مسألتين ، أحدهما: تعيين العامل، وثانيتها: العلم بمقدار العمل)^(٤). وقال الإمام الماوردي: (أما الجعالةُ حكمها فمن العقود الجائزة دون اللّازمة : لِمَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ

^١ أبوغدة، بحوث في المعاملات، ج٤، ص٧٦.

^٢ عادة ما يتم التفريق بين الإصلاح والصيانة. حيث يقصد بالأول (الإصلاح) إعادة الآلة إلى حالتها الصحيحة بعد خلل طرأ عليها. والصيانة: العمل الذي يحفظ الشيء في حالة صحيحة. والصيانة إما وقائية دورية، أو علاجية طارئة، أو صيانة شاملة للنوعين معاً. انظر: بحث عقد الصيانة ، أنس الزرقا وسامي السويلم ، مجلة المجمع، ع١١، ج٢، ص١٩٤

^٣ انظر: بحث عقد الصيانة، للشيخ محمد المختار السلامي، مجلة المجمع، ع١١، ج٢، ص٢٣.

^٤ الزركشي، محمد بن بهادر، المنشور في القواعد ، ط٢، لوزارة الأوقاف بدولة الكويت - ١٤٠٥هـ، ج٢ ، ص١٠.

قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ لَوْلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ، وَهِيَ تُفَارِقُ الْإِجَارَةَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: أَحَدُهَا: جَوَازُ عَقْدِهَا عَلَى عَمَلٍ مَجْهُولٍ ، كَقَوْلِهِ : مَنْ جَاءَ بِعَبْدِي الْآبِقِ فَلَهُ دِينَارٌ ، وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ مَجْهُولُ الْمَكَانِ ، وَفَسَادُ مِثْلِ ذَلِكَ فِي الْإِجَارَةِ ، وَالثَّانِي: أَنَّ الْجَعَالََةَ غَيْرُ لَازِمَةٍ وَالْإِجَارَةَ لَازِمَةً ، وَالثَّلَاثُ: أَنَّهَا تَصِحُّ مِنْ غَيْرِ مُعَيَّنٍ(١) .

ورغم أن الجهالة في محل عقد الصيانة يختلف من صورة إلى أخرى فإن عقد الصيانة لمدة زمنية طويلة يتسم بوجود قدر كبير من الجهالة بسبب مقدار العمل الذي لا يمكن توقعه بدقة عند العقد إضافة إلى مواجهة الطوارئ التي تنص عليها عادة عقود الصيانة وهو عمل غير معلوم مسبقاً(٢) . فبسبب كل ذلك يتعذر معها تخريج مثل هذه الصورة في عقود الصيانة على الإجارة.

أما المواد وقطع الغيار وغيرها فيمكن أن يتحملها الصائن وتكون محسوبة ضمن الثمن الكلي لعقد الصيانة حسب تقدير الصائن.

وقد ذكر الفقهاء أن تلك المواد يمكن اشتراط الالتزام بها من قبل العامل (الجاعل) إما لتعارف الناس على ذلك أو للحاجة.

جاء في المغني ما ملخصه: يجوز أن يستأجر كحالا ليكحل عينه؛ لأنه عمل جائز. ويحتاج أن يقدر ذلك بالمدة؛ لأن العمل غير مضبوط، فيقدر به. ويحتاج إلى بيان قدر ما يكحله مرة في كل يوم أو مرتين، فأما إن قدرها بالبرء فقال القاضي: لا يجوز؛ لأنه غير معلوم، وقال ابن أبي موسى: لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء؛ لأن أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء. والصحيح إن شاء الله أن هذا يجوز، لكن يكون جعالة لا إجارة: فإن الإجارة لا بد فيها من مدة أو عمل معلوم، فأما الجعالة فتجوز على عمل مجهول كرد اللقطة والآبق. وحديث أبي سعيد في الرقية إنما كان جعالة فيجوز ههنا مثله. إذا ثبت هذا فإن الكحل إن كان من العليل جاز لأن آلات العمل تكون من المستأجر كالمثلن في البناء والطين والآجر ونحوها، وإن شارطه على الكحل جاز. وقال القاضي: يحتمل أن لا يجوز؛ لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة فلا يصح اشتراطه على العامل كلبن الحائط(٣) .

ثم يؤكد ذلك بقوله: ويجوز أن يستأجر طبيباً ليداويه، والكلام فيه كالكلام في الكحال سواء، إلا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب؛ لأن ذلك إنما جاز في الكحال على خلاف الأصل للحاجة إليه، وجري العادة به فلم يوجد ذلك المعنى ههنا فثبت الحكم فيه على وفق الأصل والله أعلم .

١ الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي في فقه الشافعي، ط١، إدار الكتب العلمية، ج ٨، ص ٣١ .
٢ انظر: منذر قحف، عقود الصيانة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، (العدد ١١ - ج ٢، ص ١٥٠ - ١٥١) .
٣ انظر: ابن قدامة المقدسي، المغني، ط١، إدار الفكر، ١٤٠٥هـ، ج ٦، ص ١٣٣ .

ويعلل ابن قدامة الجواز بقوله: ولنا أن العادة جارية ويشق على العليل تحصيله وقد يعجز عنه بالكلية فجاز ذلك كالصبغ من الصباغ واللبن في الرضاع والحبر والأقلام من الوراق، وما ذكروه ينتقض بهذه الأصول وفارق لبن الحائط؛ لأن العادة تحصيل المستأجر له ولا يشق ذلك بخلاف مسألتنا. وقال أصحاب مالك: يجوز أن يستأجره ليبيني له حائطا والآجر من عنده لأنه اشترط ما تتم به الصنعة التي عقد عليها فإذا كان مباحا معروفا جاز كما لو استأجره ليصنع ثوبا والصبغ من عنده^(١).

ثم يؤكد ما ذهب إليه بقوله: ويجوز أن يستأجر طبيبا ليداويه والكلام فيه كالقلام في الكحال سواء، إلا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب؛ لأن ذلك إنما جاز في الكحال على خلاف الأصل للحاجة إليه وجري العادة به فلم يوجد ذلك المعنى هنا فثبت الحكم فيه على وفق الأصل والله أعلم^(٢).

اشتراط عقد الصيانة في عقد المقاولة

عقد المقاولة بحسب تعريف مجمع الفقه الإسلامي الدولي هو: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر، وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة وهو المسمى عند الفقهاء الاستصناع، أو قدم المقاول العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل^(٣).

وهو التعريف الذي اختاره القانونيون حيث نصوا على أنه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"^(٤).

وهو ما أخذت به بعض القوانين المدنية مثل القانون المدني السوداني لسنة ١٩٨٤م، المادة (٣٧٨)، والقانون المدني الأردني المادة (٧٨٠)، والقانون المدني المصري المادة (٦٤٦)^(٥). وعقد الصيانة هو نوع من أنواع المقاولة عند القانونيين^(٦).

وحيث إن شرط عقد الصيانة هو التزام بعمل معين (إجارة) لمدة زمنية معينة، فيجوز الجمع بين الإجارة وغيرها من العقود -كما سبق بيانه- سواء على سبيل الاشتراط (عقد في عقد) أم على سبيل الجمع باستثناء عقد القرض فالجمع بينه وبين سائر العقود ومنها الإجارة لا يجوز في القول الراجح من أقوال الفقهاء^(٧).

^١ انظر: ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ١٣٧.

^٢ المرجع السابق.

^٣ قرار رقم: ١٢٩ (١٤/١) في دورة المجمع الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) في الفترة من ٨ إلى ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣ هـ الموافق ١١ - ١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣ م.

^٤ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، إدار النهضة، ١٩٦٤م، ج ٥، ص ٧.

^٥ انظر: الصديق الضير، عقود الصيانة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج ١١، ع ٢، ص ١٠٦.

^٦ المرجع السابق، ص ١٠٧.

^٧ حكم اشتراط القرض في عقد البيع ومنه الإجارة لأنه بيع منفعة: فقد اتفق الفقهاء من حيث الجملة على عدم جواز اشتراط القرض في عقد البيع. انظر: (الأم للشافعي، إدار المعرفة، ج ٨، ص ١٨٧؛ المنتقى للباقي، الكتاب العربي، ج ٥، ص ٣٠؛ المبسوط للسرخسي، ج ١٣، ص ١٦؛ المغني لابن قدامة، ج ٤، ص ١٦٢. سواء أكان الشرط تعليقياً

ويمكن التمييز في هذه الحالة بين صورتين بحسب المتعهد بتقديم المادة. فإن كان صاحب العمل هو الذي سيلتزم بتقديم المادة والمقاول يلتزم بتقديم العمل حسب ما ينص عليه العقد فيكون العقد إجارة ويكون المقاول إما أجيراً خاصاً أو عاماً (مشتركا). والمادة الي يقدمها رب العمل في هذه الحالة في يد المقاول أمانة ويده عليها يد الأمانة لا يضمنها عند هلاكها أو تلفها أو ضياعها إلا في حالتي التعدي أو التقصير. أما إن كان الذي يلتزم بتقديم المواد هو المقاول مع العمل فسيكون العقد إجارة مع البيع وقد سبق بيان بأن ذلك أمر جائز على الراجح من أقوال الفقهاء.

(٣) عقد الصيانة الذي يبرم بين المؤسسة والصائن ويلتزم فيه الصائن بإصلاح العطب مع تقديم الآلات.

إن الإصلاح يقتضي الكشف وإجراءات عمل تمهيدي قد يطول أو يقصر قبل اكتشاف العطب ثم العمل على إصلاحه. وحيث إن العمل الذي يقتضي الفحص والكشف على الخلل مجهول في الغالب لا يعرف مقداره ولا مدته ، وكذلك العطب الذي يمكن أن يلحق بالآلات وجوده وتكراره مما يشكل جهالة متحققة في مقدار العمل المطلوب للإصلاح، فالمناسب لمثل هذه الصورة أن يكون تكييفها بعقد الجعالة كما سبق بيانه.

(٤) عقد الصيانة الذي يشترط فيه أن يقوم الصائن بالإصلاح وشراء قطع الغيار على حساب المؤسسة مع حصول ربح نسبي معلوم.

هذه الصورة مثل الصور السابقة من حيث تكييف عقد الصيانة إما إجارة أو جعالة بحسب معلومية العمل وجهالته وكلاهما جائز. ولكن يضاف إليها أن المؤسسة المتعاقدة

كقوله: بعتك داري إن أقرضتني مبلغا من المال، أو اقترانيا مثل: بعتك داري على شرط أن تقرضني كذا. قال ابن رشد: (اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة). بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٦٢. وقد حكى ابن رشد الخلاف فيما إذا ترك الشرط قبل القبض: فرأى جمهور الفقهاء المنع، وخالف مالك في رواية عنه مع بعض أصحابه فقالوا بصحة البيع. وقال الباجي: (وأجمع الفقهاء على المنع من ذلك). المنتقى، ج ٥، ص ٣٠. وذكر صاحب المغني معلقا على هذه المسألة: وهذا مذهب مالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافا. ابن قدامة، ج ٤، ص ١٦٢. وقال الحطاب: (واعلم أنه لا خلاف في المنع من صريح بيع وسلف) مواهب الجليل، لمكتبة النجاح، ج ٦، ص ٢٧١.

ومستند الإجماع: الحديث المروي بروايات متعددة، منها: رواية عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا يحل سلف وبيع). رواه أبو داود، والترمذي، والنسائي، وأحمد، ومالك في بلاغاته وغيرهم، قال أبو عيسى الترمذي: وهذا حديث حسن صحيح. انظر: سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب يبيع ما ليس عنده، وسنن الترمذي، كتاب البيوع، باب كراهية ما ليس عنده، وسنن النسائي، كتاب البيوع، باب يبيع ما ليس عنده، والمسند، ج ٢، ص ١٧٤، ١٧٥، ٢٠٥، والموطأ، ج ٢، ص ٦٥٧، كتاب البيوع، باب السلف وبيع العروض، حديث ٦٩. قال الإمام مالك: وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل: آخذ سلعتك بكذا وكذا، على أن تسلفني كذا وكذا، فإن عقدا يبيعهما على هذا فهو غير جائز. الموطأ، ج ٢، ص ٦٥٧.

وجاء في الأم: والبيع والسلف الذي نهى عنه أن تتعد العقد على بيع وسلف، وذلك كقولك: أبيعك هذا لكذا على أن تسلفني كذا. (ج ٣، ص ٧٦. وسئل الإمام أحمد ما معنى "نهى عن سلف وبيع"؟ قال: أن يقرضه قرضا ثم يبيعه عليه. ويحتمل أن يكون بمعنى أن يسلفه شيء فيقول: إذا لم يتهيا عندك فهو بيع عليك. انظر: سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب يبيع ما ليس عنده. وفي معرض بيان الاحتجاج بهذا الحديث قال الباجي: إن تلقي الأمة له بالقبول يدل على صحة معناه، وذلك يقوم مقام الإسناد انظر: المنتقى، ج ٥، ص ٣٠. وعلة النهي: أن اقتران السلف بالبيع صار ذريعة إلى أن يقرضه ألفا ويبيعه سلعة تساوي ثمانمائة بألف أخرى، فيكون قد أعطاه ألفا وسلعة ثمانمائة ليأخذ منه ألفين، وهذا معنى الربا. انظر: إعلام الموقعين لابن القيم، ط ١، مكتبة الكليات الأزهرية، ج ٢، ص ١١٣.

مع الصائن توكله في شراء الآلات نيابة عن المؤسسة وذلك من خلال عقد المراجعة بحيث يحدد الوكيل(الصائن) كلفة الآلات مضافا إليها التكاليف الأخرى (النقل، التخزين ...) مع نسبة ربح متفق عليها، ليشكل ذلك ثمن الآلات .

وعقد المراجعة من العقود الجائزة في الإسلامي والتطبيق المصري المعاصر وصدرت به قرارات مجتمعية وأطرته المعايير الشرعية.

(٥) عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بتدريب عمالة المؤسسة

عقد صيانة (عمل) لإصلاح العطب وهي من الصور التي سبق الإشارة إليها وما فيه إضافة في هذه الصورة هو شرط التدريب لعمال المؤسسة من قبل الصائن. وقد سبق بيان مثل هذه الشرط في مسألة اشتراط ما جرى عليه عمل الناس ولا يقتضيه العقد، وعبر عنه الملكية بما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وهو من مصلحته. فاختلفت فيه وجهات نظر الفقهاء، لأنه من قبيل الإجارة أو الجعالة المشروط فيه الإجارة ضمنا، ففي مثالنا: عقد صيانة (عمل) بشرط تخصيص عامل آخر (أجير) يدرّب عمال المؤسسة أو يقوم الصائن بذلك بنفسه .

وقد سبق عرض أقوال أهل العلم في صحة شرط البيع والإجارة ومن باب أولى صحة اشتراط الإجارة أو الجعالة في الإجارة.

وملخص الآراء التي سبق بسطها: (١) صحة الشرط والبيع والإجارة وهو مذهب المالكية، والحنابلة، ورأي عند الشافعية، ومذهب الحنفية فيما جرى به العمل. (٢)- بطلان الشرط والعقد. وهو قول زفر من الحنفية، والقول الصحيح عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة. وقد سبق القول باختيار رأي من قال بصحة الشرط والعقد. ووفقا لذلك يكون الشرط والعقد صحيحين .

(٦) عقد صيانه يلتزم فيه الصائن بالتعويض عن الضرر الحاصل للمؤسسة

يقرر الباحثون في عقود الصيانة بأن ثمة تشابه في بعض صور عقد الصيانة بالتأمين^(١). وهذه الصورة تمثل صورة من صور التأمين على الأشياء يلتزم فيها المؤمن (الصائن) التعويض عن الضرر الذي يحدث للآلات أو المباني أو غير ذلك.

والحكم الشرعي كما هو معلوم أنه لا يجوز التأمين التجاري في رأي المجامع الفقهية والمجالس الشرعية إلا ما قال به البعض الذين تفرّدوا بالقول بالجواز. والسبيل لقبول مثل هذه الصورة هو التأمين الإسلامي القائم على التعاون. وقد أفتى بجوازه المجامع الفقهية وهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية والمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة حيث أصدر معيارا خاصا بالتأمين .

^١ انظر بحوث عقود الصيانة المقدمة لدورة المجمع رقم ١١ وعلى وجه الخصوص بحث الدكتور منذر قحف، والدكتور أنس الزرقا والدكتور سامي السويلم. انظر: مجلة المجمع، ١١ع، ج ٢ .

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة بخصوص عقد التأمين ما يلي^(١) :

أولاً : أن عقد التأمين التجاري ذي القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد . ولذا فهو حرام شرعاً .

ثانياً : أن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون ، وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين القائم على أساس التأمين التعاوني .

ثالثاً : دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين ، حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال ومن مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة .

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل

^١ انظر: القرار رقم: ٩(٢/٩) بشأن التأمين وإعادة التأمين في دورة مؤتمر المجمع الثاني بجدة من ١٠ - ١٦ ربيع الآخر ١٤٠٦هـ / ٢٢ - ٢٨ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٥م . مجلة المجمع - ع ٢ ، ج ١ ص ٥٤٥ .



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

عُقُود الصِّيَانَةِ

إعداد

الشيخ محمد حسن الجواهري
المدرس بالحوزة العلمية بقم
الجمهورية الإسلامية الإيرانية

عُقود الصيانة

مقدمة

لا بدّ من فهم طبيعة هذه العقود وأنواعها تمهيداً لمعرفة حكمها الشرعي فنقول : إن الصيانة تختلف عن الإصلاح، إذ هي أعم لأنها تشمل الإصلاح عند طرؤ الخلل، والوقاية من وقوع الخلل، لذا عرفها قاموس هرتج بأنها: العمل الذي يحفظ الشيء في حالة صحيحة^(١).

نعم الصيانة في العرف الهندسي المعاصر ثلاثة أنواع:

(١) وقائية دورية.

(٢) إعلامية طارئة.

(٣) صيانة شاملة للنوعين السابقين^(٢).

وفكرة الصيانة للسلع قد تطورت وتوسعت وتعددت أشكالها حتّى أنها شملت الخدمات أيضاً فالمتعارف عليه هو صيانة المباني والآلات الثابتة والمتحركة، ولكن في أحيان كثيرة طالت الصيانة الخدمات حيث يعتمد من يقدم خدمة كالطبيب مثلاً إلى الالتزام بمتابعة ما قدّمه من خدمة في الزيارة الأولى بزيارة ثانية مجانية.

كما شاع أيضاً ما يسمى بالصيانة الصحيّة حيث يتفق شخص مع مستشفى لتقديم جميع الخدمات الصحيّة التي يحتاجها لصيانة صحته أو جسمه، إمّا عموماً أو في حالة معيّنة كالحمل والولادة من دون تحديد لخصوصية هذه الخدمات ومواعيدها ولا ما يتضمنه تقديمها من أعمال ومواد.

كيف ظهرت عقود الصيانة؟

(١) إنّ المعامل الحديثة والآلات الالكترونية المنتجة وحتى الفنادق الراقية المزوّدة بالطاقة الكهربائية وشبكة المياه ومراكز التبريد والتدفئة وغيرها إذا حصل أيّ خلل فيها أو في بعض أجزائها كان هذا الخلل مؤدياً إلى توقف المشروع بكامله ويفضي إلى إفلاس المشروع.

لذا كان من الضروري في تقدم الآلات في الثورة الاقتصادية أن يُعمل على قيام الآلة بوظائفها في جميع أجزائها وأن يُسرّع إلى تلافي ما أصاب التجهيزات.

(١) راجع بحث الدكتور أنس الزرقاء في مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد ١١ / ج ٢.

(٢) المصدر السابق.

(٢) ولكن أصحاب المصانع والمشروعات والمؤسسات لا يمكنهم انتداب مَنْ يقوم بهذه المهمة ليعملون عندهم بصفة مستمرة وذلك لأمر:

منها: إن التعرّف على الخلل بعد تطوّر الآلة وتعقدها أصبح لا يُدرَك إلا بأجهزة دقيقة ومتطورة ومرتفعة الثمن، وأن صاحب المصنع أو المشروع قد لا يحتاج لبعضها إلا مرّات قليلة أو قد لا يحتاج إلى بعضها أصلاً.

ومنها: أنّ المتمكنين من التعرّف على الخلل وإصلاحه هم من ذوي الكفاءات العالية المرتفعة أجورهم، والاحتياج إليهم في المعمل قد يكون قليلاً فإذا استأجرهم صاحب المعمل أو المؤسسة، فإن هذا قد يؤدي إلى زيادة تكلفة الإنتاج.

لذا فقد فرضت المسيرة الاقتصادية أن يتخصص قسم من المساهمين في حركة الاقتصاد في التخصص بتوفير الخدمات المطلوبة لسير المعامل والمؤسسات والشركات فيما تحتاج إليه لسير إنتاجها أو عملها اللازم بكفاءة مع قلة أجورهم لتلا ترفع كلفة الإنتاج.

فظهرت عقود الصيانة التي تقدّم الخدمة لمجموعة من المعامل والمؤسسات والشركات بكلفة مناسبة وتقوم بالدوريات للإشراف على عمل الأجهزة والآلات والمباني وخدماتها فيلتزم الخبير « والأجير المشترك ولو كان شركة » بهذه الخدمات والاحتياجات الدورية لدوام عمل الأجهزة لمدة محددة بحيث يجعل المعمل مثلاً يقوم بأداء وظائفه بكفاءة إنتاجية جيدة مقابل أجر معيّن.

إذن عقود الصيانة: هي من العقود الجديدة المفضية إلى حفظ المال الضروري، فشركة الطيران والمؤسسات الماليّة التي تحتاج إلى الطاقة الكهربائية بلا انقطاع لتشغيل ما تحتاج إليه المؤسسة، ومن ضمن ما يحتاج إلى الطاقة الدماغ الحاسوبي، تحتاجان إلى صيانة الطائرات وتبديل قطع غيار لها في كل رحلة ودقة في الإشراف على عمل الآلات بصورة صحيحة، وكذا صيانة الطاقة الكهربائية من العطل أو الخلل الذي يشلّ العمل إذا توقف التيار الكهربائي.

وكذا الأبنية العمودية التي يحتاج إليها الناس لأجل حفظ الأرض والمزارع وقلة تكاليف الخدمات واختصار المسافات داخل المدينة، يحتاج إلى المصاعد الكهربائية، فإذا توقف المصعد فقد حُجب الساكن فيه من القيام بواجباته في الحياة خصوصاً المرضى والمسنين والحبالي والصغار والمعوقين الذين لا يتمكنون من استخدام الطريق الاضطراري عند عطل المصعد.

وكذا المستشفيات والمصحات، فالكشف بالأشعة والأجهزة التي تشخّص المرض ونوعه وإنعاش من بلغ مرحلة الخطر لمساعدته في تجاوز الأزمة وإجراء العمليات الجراحية يحتاج إلى تيار كهربائي مصون وصيانة للأجهزة أيضاً.

كل هذا ساعد أو أوجد عقود الصيانة التي فيها مصلحة للمعمل والمؤسسة والصائن، إذ في هذا حفظ النفس وحفظ المال.

ثم إنّه لا يوجد تعريف في الفقه ولا في القانون لهذا العقد، لعدم وجود عقد بهذا الاسم فهو من العقود المستحدثة التي تحتاج إلى تكييف قانوني وتكييف فقهي وتعريف.

مقدّم الصيانة:

(ومقدّم الصيانة مختلف):

(أ) فقد يقدّمها صانع السلعة أو مقدّم الخدمة «وهو الغالب في عقود الصيانة» أو بائع السلعة بصورة مباشرة بواسطة مكاتب وورشات إصلاح خاصة بالصانع أو البائع أو صاحب الخدمة نفسه كالتبيب، وهذا عقد جديد غير عقد البيع.

(ب) وقد يقدّمها الصانع البائع أو مقدّم الخدمة بصورة غير مباشرة (أي بواسطة أشخاص آخرين) يتعاقد الصانع أو البائع أو مقدّم الخدمة معهم لتقديم الصيانة، وهذا أيضاً عقد جديد غير عقد البيع.

(ج) وقد يقدّم الصيانة أشخاص آخرون مستقلّون عن صانع السلعة أو بائعها أو مقدّم الخدمة، وهنا يمكن أن يقوم المتعاقد نفسه بعمل الصيانة، ويمكن أن يتعاقد مع آخرين لتقديمها على حسابه فيكون عقد بين الصائن المتعاقد مع صاحب السلعة أو الخدمة وبين من يقوم بعمل الصيانة خارجاً، وهذا أيضاً عقد جديد غير عقد البيع.

(د) وقد تقدّم الصيانة بشرط في عقد البيع للسلعة أو للخدمة التي تتم صيانتها كما في صيانة السيارات المبيعة التي يتضمن البيع شرط الصيانة ويكون هذا الشرط جزءاً من عقد البيع غير خاضع للتفاوض وإن كان يحقّ للمشتري شطبّه ولكن من دون أن يؤثر في ثمن السيارة، وكثيراً ما يكون الصائن هنا هو المنتج لا البائع.

وبحثنا هنا يتعرّض لأنواع من الصيانة سواء كانت عقداً أو شرطاً «للسلع والخدمات والمباني».

تعريف الصيانة:

لغة: هي الحفظ والوقاية.

واصطلاحاً: هي عبارة عن الرعاية وإصلاح الشيء المعمّر (السلع المعمّرة) كلما طرأ عليه عطل أو أذى من حيث قدرته على إنتاج الخدمات والمنافع المقصودة منه.

وهذه الصيانة: لا تشمل الحفظ المادي للشيء كأن يوضع في مكان أمين أو مناسب من ناحية الحرارة أو البرودة أو الرطوبة، ولا تشمل تشغيل الشيء بالطريقة الأمثل لاستمرار

منافعه، حيث تكون هذه الأمور من مسؤولية المالك أو المستعمل ولا تدخل في مسؤولية الصائن.

فالصيانة إذن:

تتمركز في خدمة الرعاية والإصلاح المتكررة، وهذا هو أهم ما يتضمنه عقد الصيانة، فالصيانة هي عقد على الرعاية والإصلاح فتشمل العمل الذي يقوم به الصائن أو مَنْ ينوب عنه لإعادة الشيء إلى عهده الإنتاجي المعتاد كلما طرأ عليه تغيير كلي أو جزئي يوقف عمله كلياً أو جزئياً، أو يقلل من جودته أو إنتاجه المعتاد، والرعاية المستمرة للآلة لأجل أن تؤدي عملها بصورة جيدة.

وكثيراً ما تشمل الصيانة تقديم ما يلزم من أعيان إضافة إلى العمل مثل قطع الغيار سواء كانت الحاجة إلى تغيير القطعة مسببة بفسادها أم باستهلاكها قبل الأوان المقرر لها في حالة الاستعمال المعتاد.

وبعبارة أخرى أكثر تفصيلاً: إن الصيانة عبارة عن أعمال تتلخص في:

أولاً: المراقبة الدورية: وهي مضبوطة في العقود في عملها ومواعيدها وهي:

١) تنظيف الأجهزة، (٢) مراقبة حُسن سيرها، (٣) وضع الشحوم والزيت في الأماكن الخاصة ضمناً لسير الحركة، (٤) وضع قائمة لقطع الغيار التي يحتاج إليها غالباً «يشتريها المالك من السوق»^(١)، وقد تكون على الصانع، (٥) وإعلام المؤسسة عقب كل تفقد دوري بما لاحظته من خلل في الأجهزة يمكن أن يترتب عليه عطل في المستقبل، (٦) القيام بتسجيل كل الأعمال والملاحظات التابعة لكل زيارة ويرفعه إلى المؤسسة أو الشركة.

ثانياً: الحضور في المكان المعين في العقد إذا ما حدث خلل أو توقف في السير بعد إعلامه بوقت مضبوط أقصاه في العقد.

ثالثاً: بعد التعرف على الخلل يباشر إصلاحه بدون تغيير في القطع إذا كان ممكناً، وإن لم يكن ممكناً فيغيّر القطع التالفة ويوضع قطعاً صالحة في مكانها على حساب الشركة المالكة.

أما الزيوت والدهون والشحوم فتتبع العرف في كونها على الصائن أو المالك أو يشترط واحد منها في العقد إن لم يكن عرف على أحدهما، الصائن والمالك.

ضمان الصائن:

ذكرت عقود الصيانة أن الصائن يضمن في صورة واحدة، وهي إذا لم ينبه الشركة أو صاحب الآلة على الخلل المتوقع وحصل ضرر على المالك غير خراب الآلة، ففي هذه الصورة

(١) إذا كان الإصلاح متعديراً للقطعة المعطلة أو كان يستدعي نفقات تتجاوز حد السقف المتفق عليه في العقد، فيقوم الصائن وكالة عن المالك بشراء قطع الغيار ويتقاضى أجراً على عمله هذا بنسبة مئوية من ثمن القطعة التي اشتراها المالك. وهذا هو أجر الوكالة برضا الوكيل والموكل.

يكون الصائن ضامناً للضرر. وهذا شرط مقبول في عقد الصيانة لأن الصائن إنما استحق الأجر ليساعد الشركة أو مالك الآلة على دوام قيام الأجهزة والآلات بوظائفها، وأن تفقد الصائن للآلات ليس شيئاً روتينياً بل هو واجب عليه ويجب عليه إبلاغ المالك عن الخلل الذي سيحدث مستقبلاً وعن الأضرار التي تنشأ من هذا الخلل، فإذا قصر في واجبه ولم يعلم المالك بما سيحدث من أضرار أو لم يُحسن التأمل في جميع الأجهزة أو لم يكن جاداً في مراقبته، وحصل الخلل الذي استوجب الضرر على المالك فحينئذ يكون الصائن قد أخل بواجبه فيتحمّل المسؤولية. وهذا يدخل تحت عنوان تقصير الصائن في عمله فهو ضامن لما سيحدث من جراء هذا التقصير.

شروط قد يتضمنها عقد الصيانة:

هناك شروط كثيرة قد يتضمنها عقد الصيانة منها:

- (أ) التعويض عن الإيراد المفقود لفترة تعطل الشيء عن العمل.
- (ب) تقديم منفعة بديلة مماثلة خلال فترة العطل.
- (ج) شمول ما قد يضاف من آلات وأجهزة عند التعاقد خلال مدة العقد دون تحديد مسبق لهذه الآلات والأجهزة.
- (د) شمول قطع الغيار التي تحتاج إلى تغيير بسبب استهلاكها بالاستعمال العادي من دون تعد.
- (هـ) شمول ما تحتاجه عملية الصيانة من زيوت ومواد كيميائية وغيرها من المواد كقطع القماش ومواد النظافة مثلاً.

وفي عقود صيانة السيارات وما شابهها من الآلات المتحركة يتم استثناءان من الإصلاحات هما:

- (أ) القطع التي تهترى بسبب الاستعمال الطبيعي كإطارات السيارات وبطارياتها.
- (ب) إصلاح ما يحدث بفعل الغير أو بتعد أو سوء استعمال ولو كان غير مقصود - كمخالفة التعليمات خطأ - من مستعمل الشيء الخاضع لعقد الصيانة.

فالإصلاح الذي تحتاجه السيارة بسبب الحوادث أو خطأ مستعمل السيارة، لا يكون داخلاً في الإصلاحات. فمثلاً تلف إطار السيارة قبل أوانه بسبب زيادة ضغط الهواء بداخله أو نقصانه عن الحدود المعتادة المذكورة في التعليمات لا يخضع لإصلاحات الصائن.

التشغيل والصيانة:

ثم إن عقد الصيانة قد يترافق مع عقد على عملية تشغيل الآلات والأجهزة، فيكون العقد للتشغيل والصيانة معاً، ويكون تشغيل الآلات هو الأهم في العقد وتكون الصيانة تابعة له.

ففي المباني الحديثة يوجد عدد من الآلات ولها نظام معيّن، فمثلاً يوجد نظام وأجهزة للتكييف، ويوجد نظام وأجهزة للإنارة، ويوجد نظام وأجهزة لإطفاء الحريق، ويوجد نظام وأجهزة إيصال الماء للاستعمال، ونظام وأجهزة لتصريف المياه وأمثال هذه الأنظمة والأجهزة.

والعادة أن تعمل هذه النظم والأجهزة بصورة صحيحة مستمرة، فإذا توقف أو تعطل أي نظام وجهاز من هذه النظم والأجهزة، فأتت المنافع الكثيرة لصاحب المبنى، وهنا يكون العقد - في أكثر الحالات - لتشغيل هذه النظم والأجهزة وصيانتها معاً، فالصائن هو المشغل لها، وهو ملتزم باستمرار هذا النظام بالعمل حسب ما هو محسوب له أو متوقع له وملتزم بإصلاح ما يطرأ عليه من عطل.

خصائص عقد الصيانة:

ولعقد الصيانة خاصيتان هما:

- (١) الجهالة.
- (٢) الطبيعة التأمينية.

أما الجهالة: ففي عقد الصيانة يوجد قدر كبير من الجهالة، تتمثل في مقدار العمل المطلوب، وتوجد جهالة في مواعيد تقديم هذا العمل، لأنه عقد على عمل الإصلاح لما يطرأ من عيب على الشيء المطلوب صيانتته، سواء توقف الجهاز عن العمل أو قلّ عمله الطبيعي للإنتاج أو تقديم المنفعة.

فقد يكون في بعض عقود الصيانة حدّ أدنى متفق عليه من العمل، ولكن ينصّ في عقد الصيانة على التزام الصائن بأيّ مقدار من العمل الذي يلزم لاستمرار عمل الأجهزة حسبما هو مراد لها، ففي مواجهة الطوارئ يكون مقدار العمل غير معلوم عند العقد.

وكذا تتطلب الصيانة استعمال بعض الآلات والأدوات، ومقدارها مجهول أيضاً عند العقد؛ كما أن أثمانها ونوعياتها مجهولة أيضاً.

نعم هناك عقود صيانة نادرة يتمّ فيها التعاقد على أجره للعمل بالساعة من دون تحديد عدد الساعات لكل عملية صيانة.

وقد يعتمد الصائن إلى عقد آخر مع عمالة جاهزة لديه حسب الساعات التي تحتاجها الصيانة.

وهناك أمور مثل قطع الغيار كالمواد الاستهلاكية التي تتطلبها الصيانة من مواد كيميائية لازمة لإجراء الفحوص والتشغيل التجريبي ومواد نظافة وأمثالها التي تحتاجها عملية الصيانة أيضاً، تكون مجهولة في مقدارها وأثمانها ومواعيد الحاجة إليها، وجهالة في نوعها.

ثم هناك عقود صيانة تنصّ على أن تضاف آلات وأجهزة تابعة أو مماثلة للجهاز المصنوع عند تطوير الجهاز بإضافة جهاز آخر له.

ثم إن عقود الصيانة، يوجد فيها حالة أخرى غير جهالة الصيانة المعتادة، فبعض عقود الصيانة ينصّ على: (١) إرضاء الزبون. (٢) إرضاء المالك. (٣) إرضاء المقدم الفعلي لعمل الصيانة الذي هو وكيل عن متعهد الصيانة كما في صيانة السيارات الجديدة، والذي يقوم بعقد الصيانة المنتج من خلال البائع، وينفذه البائع وكيلاً عن المنتج.

ملاحظة: هناك عقود صيانة تتضمن شرطاً جانبياً يحتوي على قدر كبير من الجهالة مثل:

(أ) هناك شرط يحملّ الصائن مسؤولية تقديم دورات تدريبية للعاملين لدى المالك حسب ما يطلبه المالك وبرأيه وبحاجته.

(ب) هناك شرط يحملّ الصائن التطورات الفنية التي قد تحصل في المستقبل، مثلاً في مهنة الكمبيوتر شاعت عقود تقديم البرامج مع صيانتها ولكن يُشترط على الصائن ومقدم البرامج أن يدخل كل ما يحصل من معرفة فنية جديدة عليها خلال مدة العقد، وهذا أيضاً أمر مجهول فإن التغيير الفني في هذه الصناعة كبير وسريع وهو مما لا يمكن التنبؤ به^(١).

أما الطبيعة التأمينية لعقود الصيانة:

إن عقد الإصلاح البسيط بين مالك السلعة ومصلحها يتمّ أولاً بفحص السلعة (الآلة المتعطلة) (أو البناء المتعطّل) بأجرة أو بدون أجرة، ثم يحدد ما يحتاج إليه من إصلاح، نتيجة الفحص التشخيصي من آلة إصلاح أو عمل، فيتفقان على أجرة الإصلاح وقطع الغيار والمواد الأخرى اللازمة والمدّة التي يستغرقها الإصلاح، فيصبح كلُّ شيء معلوماً قبل العقد ويحصل الاتفاق ويتمّ العقد.

أما عقد الصيانة: فالمقصود منه الوقاية من حصول العطل في الآلة وإصلاح ما يحدث في المستقبل من أضرار وهو أمر غير معلوم عند التعاقد، فالعمل غير معلوم، والمواد التي تُستهلك في عملية الإصلاح أيضاً غير معلومة وكذا قطع الغيار غير معلومة وغير محددة.

إذن يجب أن نستبعد كون عقد الصيانة هو عقد الأجير ولو كان مشتركاً لأن الأجير يحدد المنفعة التي يقدمها وهنا المنفعة التي يقدمها ليست محددة ولا معلومة، على أن العرف الخارجي لا يرى أن عقد الصيانة داخلاً تحت عنوان الإجارة لأن الإجارة للأجير تستوجب

(١) المعلومات التي ترفع الإجارة من الغرر هو العلم بمقدار العمل الزمني «بالساعات» أو الموضوعي كخياطة الثوب المعلوم طوله وعرضه وغلظته ورقته. فهل الإجارة على الصيانة (إذا خربت الآلة) معلومة لا يلزم منها الغرر؟! وهل العمل الصياني معلوم وعادي متعارف بحيث يكون الجهل بمقداره مغفوراً؟! كما في إجارة السيارة إلى مكة؟!؟

سلطنة على منفعة الأجير بينما هنا لا يوجد عقد الصيانة سلطنة على الأجير من هذا القبيل فبعض أقسام الصيانة لا يوجد تحديداً للمنفعة التي يقدمها الصائن لاشتمالها على تقديم قطع غيار عند اللزوم من دون أخذ ثمنها ، كما أن مدة العمل غير معلومة . فالصيانة تشتمل على تقديم أعيان ومنفعة غير معلومة وغير محددة ، والحال أنه لا بد في عقد الإجارة من كون متعلقها منفعة محددة.

كما أنه لا بد من استبعاد أن يكون عقد الصيانة هبة معوضة .

ولذا قالوا: إن عقد الصيانة يشبه عقد التأمين أو بيتني على فكرة تحويل التكلفة المستقبلية المجهولة (تكلفة ما يطرأ من عطل على الآلة أو السلعة المعمرة) إلى مقدار معلوم وهو الثمن الذي يمثل التزام الطرف المستفيد في عقد الصيانة.

فالصائن هو مثل (شركة التأمين) في عقد التأمين، يحصل على مبلغ ثابت محدد لقاء تحمّله مخاطر تكاليف الإصلاح، وبما أن هذه المخاطرة مجهولة حين التعاقد ، فإن عقد الصيانة لا يحدث إلا إذا توفر أحد شرطين:

(١) وجود أعداد كبيرة من راغبي الصيانة يدخل الصائن معهم في عقود صيانة بحيث تتحول الجهالة الفردية إلى ما يقرب العلم بالنسبة للمجموع بسبب تطبيق نظرية الاحتمال على الأعداد الكبيرة، فلا يحتمل أن كل العقود يحصل فيها خراب كبير وعطل كبير، بل إن بعضها يحصل فيه ذلك والبعض الآخر لا يحصل فيه.

(٢) أو أن تكون قيمة العقد كبيرة بالنسبة للكلفة المباشرة للصيانة، فالقيمة الكبيرة تعوّض فجوة عدم اليقين بما تتضمنه من احتياط المتعهد لما هو غير متوقع من أعمال الصيانة.

إذن عقد الصيانة:

يشبه عقد التأمين في تحويل كلفة احتمالية كبيرة إلى كلفة محددة معلومة للمستفيد من الصيانة. ويعتمد على قانون الأعداد الكبيرة ونظرية الاحتمالات بالنسبة لمتعهد الصيانة (سواء كان العدد الكبير للعقود أو لمبلغ عقد واحد).

إذن يمكن القول: بأن عقد الصيانة هو عقد جديد تطوّر من عقود الإصلاح البسيطة، وأخذ يلعب دوراً مهماً في الحياة المعاصرة مع اتساع دور الأجهزة والآلات الثابتة والمتحركة في حياة الإنسان، ومع التطورات الكبيرة في فنّ البناء وما يلزمه من آلات وأجهزة وتقنية معقّدة تقتضي استمرار المحافظة على تشغيلها وعملها المستمر.

ثم إن عقد التأمين يكون موضوعه عادة التعويض المالي عما يطرأ من ضرر أو تلف، بينما عقد الصيانة يكون موضوعه إصلاح ما يطرأ من عطل أو عيب، فعقد التأمين يدفع المستأمن قسط التأمين وهو مال معيّن، ويحصل المستأمن المتضرر من التأمين على مبلغ من

المال أيضاً، أما عقد الصيانة فالمبادلة هي بين المال والعمل مع السلع، أو العمل وحده، لذا قلنا: إن عقد الصيانة يختلف عن عقد التأمين وهو يشبهه.

تكييف عقد التأمين: لا بد أن نرى أن عقد التأمين هل هو عقد صحيح أو يحتوي على غرر وجهالة أو هو عقد السفه فلا يكون صحيحاً؟ وإليك التفصيل في عقد التأمين.

ما هو عقد التأمين؟

حقيقة التأمين وحاجة المجتمع إليه:

بما ان الأشياء في هذه الحياة معرضة إلى الخطر سواء كانت في الأموال أو النفوس أو غيرها وبما ان الإنسان مدفوع بدافع خفي من غريزته إلى تحاشي الخطر والابتعاد عنه وعن ممتلكاته جاءت فكرة التأمين التي تبعد شبح الأخطار عن الإنسان وممتلكاته من غرق أو حرق أو سرقة أو وفاة وما شابه ذلك من الحوادث، والتي تؤمن للمؤمن على حياته ولإفراد عائلته قسطاً من المال والراحة فتكون تعويضاً عما يلحق الإنسان من الخسائر والأضرار في المناسبات.

تعريف التأمين: عرّف بتعريفات متعددة.

فعرّفه البعض^(١) بأنه: عقد يلتزم المؤمن له بمقتضاه أن يدفع مبلغاً معيناً - شهرياً أو سنوياً أو دفعة واحدة - إلى المؤمن في مقابل تعهد (التزام) المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له (أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه): مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر «كتدارك الخسارة» في حالة وقوع حادث أو ضرر مبين في العقد.

و«هذا التعريف مأخوذ من القانون المدني العراقي مادة(٩٨٣)» «وكذا في القانون المدني المصري مادة(٧٤٧)».

وهذا التعريف: بعيد عن الربا إذ ليس هو قرضاً جرّ نفعاً وإنما التزام في مقابل التزام في حالة حدوث حادث أو ضرر مبين في العقد.

إلا أن المال الذي يُدفع عند حدوث الحادث أو الضرر لم يبيّن في بعض الحالات وكذلك المرتب الشهري لم يبيّن أمده ونهايته.

وقد عرفه البعض^(٢): بأنه عقد يلزم المؤمن له بمقتضاه: أن يدفع مبلغاً معيناً (شهرياً أو سنوياً أو دفعة واحدة) إلى المؤمن في مقابل تعهد المؤمن بتدارك الخسارة التي تحدث في المؤمن عليه على تقدير حدوثها.

(١) السيد (السيستاني) / منهاج الصالحين / ج ١ / ص ٤٢٠.

(٢) الوحيد الخراساني / منهاج الصالحين / ج ١ / ص ٤٤٥.

وأيضاً يكون هذا التعريف بعيداً عن الربا إلا أنه فيه جهالة ما سيبدله المؤمن من مال عند حصول الخسارة ووقوع الضرر.

حكم هذا العقد الجديد^(١):

ذهب أهل السنة إلى تقسيم التأمين - بعد اعتباره عقد معاوضة - إلى:

(١) تأمين تجاري.

(٢) تأمين تعاوني.

والقسم الثاني: هو التأمين الذي تكون أرباحه لأجل بناء المستشفيات أو تقسم على الفقراء مثلاً.

فأحلوا الثاني وحرّموا الأوّل لأنه أقرب إلى المقامرة منه إلى العقود الصحيحة.

أقول: إذا كان تكييف التأمين بأنه عقد معاوضة فهو أشبه شيء بالقمار لما فيه من الجهالة الكثيرة فلا وجه لتصحيح التعاوني منه وتحريم التجاري بل ينبغي أن يكون جميع أقسامه حراماً لأن القمار حرام سواء كان الربح للرابح أو يضعه في صندوق الفقراء أو صندوق البرّ وبناء المستشفى، ولا وجه لتحريم التجاري من القمار وتحليل التعاوني من القمار فلاحظ، على أنه إذا كان معاوضة فهو باطل لما فيه من الغرر والجهالة.

أما عند الإمامية: فقد كيّف بتكليفات متعددة بعد استبعاد أن يكون عقد معاوضة:

(١) **منها:** أنه هبة معوّضة: أي هبة مال معيّن إلى المؤمن بشرط أن يتدارك الخسارة التي تحصل على المؤمن له. ويتفرّع على هذا وجوب الوفاء بهذا الشرط على المؤمن. إلا أن الخسارة التي تقع على المؤمن لا توجب اشتغال ذمة المؤمن بشيء، وإنما يجب عليه أن يعمل عملاً يتدارك به الخسارة الواقعة على المؤمن له، فهو حكم تكليفي بوجوب تدارك الخسارة أو دفع مبلغ من المال معيّنًا كما في بعض التعاريف للتأمين.

فألحقت من طالب التأمين إيجاب، وموافقة الشركة هو قبول هذه الهبة المشروطة، وليس هذا شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة فهو شرط صحيح، وهذه الهبة المشروطة بتدارك الخسارة حاوية لأركان التأمين لأنها مشتملة على الإيجاب والقبول ومشتملة على المؤمن عليه وهو النفس أو المال ومقدار الخسارة ومشتملة على مبلغ التأمين.

إذن التأمين هو من مصاديق الهبة المشروطة بتدارك الخسارة إذا حصل حدث على ملك معين أو نفس معيّن.

(١) هناك من يدعي أن عقد التأمين ليس جديداً، فادعى البعض وجوده في أيام الإغريق حيث وجدت جماعات من ملاك العبيد كانوا يدفعون أقساطاً معيّنّة عن عبيدهم إلى الجمعيات التي كانت قد أنشئت لهذا الغرض في مقابل أن تدفع الجمعية لهم ثمن العبد لو هرب من سيده. راجع سيد عزّ الدين بحر العلوم عن محاضرات ألقاها الأستاذ محمود عزمي مدير شركة التأمين المصرية على طلبة الصف الثاني في كلية التجارة والاقتصاد العراقي ص ١٧.

(٢) **ومنها:** أن عقد التأمين ينزّل على الصلح كعقد مستقل، أي مصالحة على تحمل الخسارة التي ستحدث في المستقبل بثمن معيّن. فيتصالح الطرفان على أن يتحمل أحدهما (وهو الشركة) الخسارة التي تحلّ بالطرف الآخر بشرط أن يدفع الآخر المقدار المعيّن من المال. وقد يكون الصلح واقعاً على أن يدفع طالب التأمين إلى الشركة مقداراً من المال معيّناً في كل شهر على أن تدفع الشركة خسارته لو حدث حادث بماله أو تدفع كذا مقداراً من المال إن حلّ به موت أو تلف عضو وهذا عقد يتحمّل الجهالة.

(٣) **ومنها:** أن عقد التأمين ينزّل على أن المؤمن يضمن المال بحيث يدخل في عهده وحيازته في مقابل أقساط التأمين (أو ثمن معيّن) فإن الضمان مأخوذ من ضمن الذي معناه إدخال الشيء في العهدة والحيازة، وليس الضمان مأخوذاً من ضمم الذي هو بمعنى ضم شيء إلى شيء آخر.

وبتعبير أوضح: أن شركة التأمين تقول: ضمنت (سيارتك أو بيتك أو معملك أو ما شابه) مالك (أي أدخلت مالك في حيازتي وعهدتي) أو ضمنت نفسك إذا دفعت لي مبلغاً شهرياً معيّناً لمدة سنة أو أكثر أو أقل. فإن حصل ضرر على المال فيقوم المؤمن بتداركه وإذا حصل فوت للنفس يدفع مقداراً معيّناً إلى ورثته.

وقد يعبر عن الإيجاب والقبول بركن التراضي الذي يحصل بتوافق إرادتين ومعنى ذلك أن الموجب كما يمكن أن يكون هو المؤمن له يمكن أن يكون المؤمن بقوله أنا أضمن لك الخسارة التي تحصل على بيتك من الحريق مقابل كذا مبلغاً من المال فيقول المؤمن له ضمنتك مالي بكذا.

فهنا: ضامن (المؤمن): يصدر منه القبول بعد تمامية ملء الاستمارة.

ومضمون له (المؤمن له): يصدر منه الإيجاب لأنه يطلب التأمين بواسطة ملئه استمارة طلب التأمين.

وموضوع الضمان (السيارة أو البيت أو غيرهما).

ومبلغ الضمان (القسط التأميني).

وبعبارة أوضح: أن الضمان له أقسام متعددة:

(١) ضمان اليد (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) والمراد اليد المعتدية.

(٢) ضمان التلف (من أتلّف مال الغير فهو له ضامن) المراد اتلاف المال بالاعتداء.

(٣) ضمان الديون (كما في عقد الضمان الذي هو نقل الدين من ذمّة إلى ذمّة) والأولان لا يحتاجان إلى الانشاء بل يحصلان بالفعل الخارجي الذي هو وضع اليد «يسمى باليد» والاتلاف وهو أيضاً وضع يد على المال بحيث يصبح تالفاً.

أما الثالث: فهو يحتاج إلى انشاء للضمان فيوجدُ موجبٌ للضمان وقابل له وموضوع للضمان.

فالدين الذي في الذمة يمكن أن يضمن للدائن، فيضمنه شخص ثالث فينتقل الدين من ذمة المدين إلى الضامن.

وقد حصر البعض هذا الضمان الانشائي بالدين (الذي هو مال في الذمة) كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول، أما لو قال: مهما أعطيت فلاناً فهو عليّ لم يصح، وذلك لأن الذمة لم تكن مشغولة حين الانشاء فلا يتحقق الضمان.

(٤) ضمان الأعيان المغصوبة: وهو مختلف فيه.

كما لو غصب شخص ثوب آخر فيأتي شخص ثالث يضمن الثوب إلى المغصوب منه فذهب صاحب الشرائع إلى جوازه^(١)، وكذا المفيد والطوسي والعلامة الحلبي.

وقد أجاز هذا الأحناف: قال في الفتاوى الهندية^(٢): " تجوز الكفالة بتسليم المبيع وبالديون وبالأعيان المضمونة كالمغصوب والمهور في يد الزوج "، وكذا قال ابن قدامة الحنبلي^(٣): " ويصح ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب والعارية "، ولكن منعه آخرون: منهم صاحب الجواهر^(٤) حيث علّق على عبارة صاحب الشرائع بقوله: إن العين ليست من المال الذي في الذمة حتى ينتقل إلى ذمة أخرى، ولو كانت العين المغصوبة مضمونة لكان الضمان هنا هو ضمّ ذمة إلى ذمة، فالغاصب ضامن ومن ضمن الغاصب ضامن أيضاً، فصار الضمان ضمّ ذمة إلى ذمة ونحن لا نقول به، لما تقدم من أنّ الضمان مشتق من ضمن لا ضمّ.

وأيضاً فإنّ الشافعي في أحد قوليّه منع من ضمان الأعيان حيث قال: ان الأعيان غير ثابتة في الذمة والذي يضمن هو ما كان ثابتاً في الذمة، وحينئذ يكون وصفنا بالضمان معناه: أنه يلزم قيمتها إن تلفت، والقيمة مجهولة^(٥).

قال الشيخ الحلبي^(٦): بناء على صحة ضمان الأعيان فيكون ضمان العين المغصوبة موجباً لانتقال ضمانها من الغاصب إلى الضامن، وحينئذ سيكون بقاءها بيد الغاصب أمانة إلا أنه يجب على الغاصب إعادة العين إلى مالكها فوراً، وحينئذ لو تلفت العين في هذه الأثناء يكون ضمانها على الضامن الجديد لا على الغاصب.

(١) (كتاب الضمان: ١٦٧)، راجع مفتاح الكرامة ٥: ٣٧٢.

(٢) ٣: ٢٥٤

(٣) (٤: ٤٨٤)

(٤) جواهر الكلام / كتاب الضمان / ٤٠٩.

(٥) راجع ابن قدامة ٤: ٤٨٤

(٦) بحوث فقهية / تقارير الشيخ حسين الحلبي / ص ٣٠.

نعم لو لم يرجع العين كانت يده الجديدة البقائية يدّ ضمان وعليه سيكون ضامناً من جديد وحينئذٍ لو تلفت في هذا الدور كان عليه بدلها.

وبناء على عدم صحة ضمان الأعيان المغصوبة فيكون الفرق بين الدين والعين المغصوبة هو أن الدين ما دام كلياً فعند ضمانه^(١)، سيكون الدين الذي في عهدة الضامن غير الدين الذي في ذمة المدين، فعند الضمان يملك الدائن الدين الكلي الذي في ذمة المدين ولا يملك الدين الذي في ذمة الدائن فالدائن لا يملكهما معاً لأن الدين انتقل من ذمة إلى ذمة أخرى.

أما في العين المغصوبة: فالضمان معناه أن تلك العين الخارجية في ذمة الضامن، وهي أيضاً في عهدة الغاصب، والمالك لم يتبدّل ملكه من عين إلى أخرى كما في الدين الكلي، نعم أقصى ما في البين أن العين التي هي ملك المغصوب منه والتي في عهدة الغاصب صارت في عهدة الضامن، فأصبح الشيء الواحد قد توارد عليه الضمانان، وهذا بخلاف ضمان الكلي في الذمة.

أقول: يمكن أن يقال: إن الضمان في الديون دلّ على انتقال الدين من ذمة إلى ذمة وقد دلت على هذا الأخبار، أما في ضمان الأعيان فلا يسقط ضمان الأول سواء كان ضمان الثاني بأخذ العين المغصوبة أو بضمانها الانشائي، وحينئذٍ يصح ضمان العين المغصوبة بمعنى أنه يكون مسؤولاً عن قيمتها إذا تلفت.

وممن قال بضمان الأعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد السيد الطباطبائي في العروة^(٢).

(٥) ضمان الأمانة: كما في ضمان الوديعة والمضاربة والرهن التي عند الشخص المودع. وهذه مسألة خلافية أيضاً.

ذهب قوم إلى منعه كصاحب الشرائع والعلامة وجامع المقاصد والمسالك وغيرهم، متمسكين بالإجماع، وأجازهم قوم كصاحب العروة مستنداً إلى عمومات الصحة.

والمانع عن صحة الضمان هنا هو عدم وجود مضمون عنه، فإن المستعير غير ضامن وهو أمين فكيف نضمن غير الضامن!!؟

والمجوز للضمان قال: بعدم ضرورة وجود المضمون عنه في صحة الضمان إذ يكفي وجود ضامن ومضمون له ومورد الضمان فقط.

(٦) ضمان الأعيان الشخصية: التي بيد أصحابها من دون أن تكون الأعيان مغصوبة أو أمانة أو مقبوضة بالعقد الفاسد.

(١) الذي هو معناه انتقال الدين من ذمة إلى ذمة.

(٢) العروة الوثقى مع تعليقة السيد الخوئي ج٢ ص٥٤٩، طبعة مدينة العلم، قم ١٤١٤ هـ ق، محرم الحرام.

ومنها أموال الناس في متاجرهم وبيوت الناس التي تحت أيديهم. فهل هذا الضمان صحيح أم لا؟

فإذا صححنا هذا الضمان صح عقد التأمين على الممتلكات في صورة تعرضها للخطر كالغرق والحرق والسرقة وأشباه ذلك لأنه يكون من باب ضمان الأعيان الشخصية ، أما لو اقتصرنا على ضمان ما في الذمم والأعيان المضمونة كالغصب وما أخذ بالعقد الفاسد فلا يكون التأمين داخلاً تحت الضمان.

فإذا وسّعنا الضمان وشمل ضمان الديون ، والعين المغصوبة المضمونة ، والعين غير المضمونة كالعارية ، والعين الشخصية (خارجية بيد صاحبها أو نفساً مملوكة كالعبد أو غير مملوكة كالحرّ) دخل التأمين الذي نبهته في الضمان وكان تكييفه الفقهي هو عقد الضمان.

وضمان الأعيان الشخصية:

مرّة لا يكون في مقابل المال، ومرة يكون في مقابل المال، فضمن الأعيان الشخصية الخارجية يكون في مقابل مال يدفعه صاحب العين الشخصية إلى الضامن ليكون الضامن مسؤولاً عن التعويض إذا تلفت هذه العين الشخصية في مدة الضمان.

فإذا قلنا: إن ضمان الأشخاص والأعيان الخارجية يكون عبارة عن:

١. إيجاب وقبول.

٢. المؤمّن عليه (بيت أو معمل... الخ) وهو المضمون.

٣. مبلغ التأمين (قسط التأمين).

وهذا بنفسه موجود في عملية التأمين على البيت والمعمل عند السرقة أو الاحتراق أو الغرق أو الانهدام عند حدوث الزلزلة والانشقاق في الأرض أو ما شابه ذلك، لأنه يوجد إيجاب وقبول (من المؤمّن والمؤمّن له) ويوجد موضوع مؤمّن عليه ويوجد مبلغ التأمين.

فهل ضمان الأعيان الشخصية صحيح؟! ، أي الضمان الإنشائي العقدي للأعيان الخارجية صحيح أم لا؟

قال الشيخ الحلّي^(١): إن منطقة الضمان العقدي أوسع من الاقتصار على فرد دون فرد، فكما تجري في الديون كذلك تجري في الأعيان الخارجية من الأموال والعقارات وغيرها من النفوس مملوكة وغير مملوكة، فيمكن للشركة أن تضمن هذه الأشياء، لأن الضمان ليس إلا التعهد وإدخال الشيء في العهدة، وهو اعتبار يقره العقلاء، حيث يدخل الضامن المضمون في عهده وحيازته.

(١) بحوث فقهية/ تقارير بحث الشيخ حسين الحلّي/ ضمان الأعيان الشخصية.

وأما الإجماع المدعى على أن يكون الحقّ المضمون مالا ثابتاً في الذمة، فقد ذكر صاحب العروة أن في مسألة ضمان الأعيان المضمونة المغصوبة قولين، والأقوى الجواز وذكر في مسألة ضمان الأعيان غير المضمونة عدم الخلاف في عدم الجواز إلا أنه قال بالجواز استناداً إلى العمومات واستناداً إلى جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل لقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(١).

ثم إن هذا الضمان العقدي ليس فيه منع، فليس هو عقد سفهي حتى يكون ممنوعاً منه، فإن العاملين بهذا النوع من المعاملات لا يقدمون على ذلك إلا بعد حساب الاستفادة من التجارب واستفادة النتائج الناشئة من الحسابات الدقيقة التي تجريها الشركات، وبعد تقدير ظروف الشخص وممتلكاته، فلا يكون الإقدام من ناحية الشركة سفهياً.

كما لا يكون إقدام الشخص من الطرف الآخر سفهياً لأن إقدامه على تأمين نفسه أو ممتلكاته يبعث في النفس الإطمئنان على أن هناك من يعوّضه عند حصول كارثة تؤدي إلى تلف ملكه، أو يعوّض الأسرة إذا حدث الموت.

وهذا المقدار الحاصل للشركة ولطالب التأمين يجعل العمل التأميني عقلاً.

إذن صارت عملية التأمين مندرجة في باب الضمان، فبإمكان الشركة أن تضمن أموال الشخص أو نفس الشخص أو عبد الشخص.

ولو أبى مجتهد من قبول الضمان للأعيان المضمونة وغير المضمونة والأعيان الشخصية، وقال بأن الضمان ينحصر في الذمم فقط، فيكفي لصحة معاملة التأمين اندراجها في الهبة بشرط تحمّل الخسارة، أو الصلح بشرط تحمّل الخسارة، اللذين هما عقدان بعيدان عن الضمان فلاحظ.

ولهذا فقد يقال لتصحيح ما لو اشترط ضمان العين المستأجرة على المستأجر بواسطة تحمّل الخسارة، إذا منع لتصحيح ذلك الضمان، لأن العين المستأجرة في يد المستأجر أمانة فلا يضمن تلفها أو تعييبها إلا بصورة التعدي والتفريط، ان يقال: ان المؤجر يشترط على المستأجر أداء مقدار من ماله على تقدير التلف أو التعييب لا بعنوان الضمان.

على أن شرط الضمان على المستأجر قد قواه صاحب العروة^(٢).

تتبيه: إن الطرق المذكورة في الهبة والصلح لا تفرّق بين أن يكون الموضوع: ديناً في الذمة، أو عيناً خارجية، أو نفساً وذلك لعدم وجود ضمان في البين.

(١) يوسف: ٧٢.

(٢) كتاب الإجارة / ج ٢ / ٣٩٢ طبعة قم ١٤١٤ هـ ق مدينة العلم.

٤. ومنها : أن عقد التأمين هو عقد جديد فيشملة ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(١) ، وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾^(٢) ، بناء على أن العقود الممضاة لا تختص بالعقود الموجودة سابقاً بل إنها تشمل كل عقد يتعاقد عليه الطرفان ما لم يكن فيه نهي أو خلل في شروط العقد أو المتعاقدين أو العوضين، فالقاعدة تقول: يجب الوفاء بكل عقد (وإن لم يكن موجوداً في زمن صدور النص) تكليفاً ووضعاً.

وعقد التأمين عقد بين الشركة والطالب للتأمين، ولا نهي عن ذلك ، فهو عقد غير سفهي وغير غرري لأنه لا يوجد خطر ونزاع من هذا العقد وإن كان فيه جهالة لا تؤدي إلى الخطر والنزاع وفيه مصلحة للطرفين فيشملة أوفوا بالعقود وتجارة عن تراضٍ.

فالتاجر يتطوع بطيب نفسه للتأمين على أمواله، والشركة تنظم له كشوفاً على المال.

ونرى الشخص يتطوع بطيب نفسه للتأمين على نفسه وأعضائه، والمؤمن له يكشف عليه وعلى أعضائه فيتم الإيجاب والقبول بينهما ويذكر موضوع التأمين وقسط التأمين ومدته، فالمعاملة ليست سفهية ولا يقدم عليها الطرفان إلا بعد أن يضمن كل منهما النفع لنفسه، كما أنها ليست غررية لعدم وجود أي خطر فيها على المتعاملين.

أقول: لو صححنا عقد التأمين بهذه الطرق فإن عقد الصيانة، يختلف عن عقد التأمين وذلك:

(١) لأن عقد الصيانة هو ما يكون شاملاً للرعاية والإصلاح، أما عقد التأمين فهو ينظر إلى الإصلاح بعد العيب أو تدارك الخسارة بعد حصولها ولا يشمل الرعاية فلاحظ.

(٢) عقد التأمين هو عبارة عن تدارك الخسارة بعد حصولها بتقديم المال، أما عقد الصيانة فهو ينص على إصلاح العيب لا تقديم المال. فلاحظ.

إذن حتى إذا صححنا عقد التأمين بإحدى الطرق الأربعة فعقد الصيانة يبقى بحاجة إلى دليل الصحة.

(١) المائة: ١.

(٢) النساء: ٢٩.

عقود مشابهة لعقد الصيانة

نذكرها لما لها من تأثير مهم على فهم طبيعة عقود الصيانة منها:

(١) **عقد النظافة:** وهو عقد على تقديم عمل ومواد نظافة واستعمال آلات وأدوات معينة . فهو يتضمن جهالة جزئية بسبب عدم معرفة مقدار العمل المطلوب ومقدار كمية المواد اللازمة عند العقد ، لأن كلاً من العمل المطلوب وكمية المواد اللازمة بعضها متوقع وبعضها غير متوقع مما يتأثر بالجو والطقس ونوعية المستعملين لما يراد تنظيفه وعاداتهم المتعلقة بالنظافة.

فهو عقد يتضمن قدراً معلوماً من العمل والمواد وهو الحد الأدنى المتفق عليه ويضاف إليه التزام بالنظافة فوق ذلك الحد بقدر من الجهالة يزيد أو ينقص تبعاً لما تقدم.

(٢) **عقد التشغيل:** إن موضوع عقد التشغيل هو تقديم العمل اللازم والمواد الاستهلاكية اللازمة لتشغيل الآلات والأجهزة ، فالمباني الحديثة والمنشآت الحديثة كالميناء فإنه يحتاج إلى تشغيل الرافعات فيه ، والمطارات تحتاج إلى تشغيل سلالم الوصول إلى الطائرات ، وأجهزة تحميل البضائع ، والمستشفيات تحتاج إلى تشغيل مختبراتها العلمية ، وغرف الطوارئ تحتاج إلى تشغيلها بما تحتاج إلى عمل ومواد ولوازم طبيّة ، فكل هذه الأمور يمكن أن يشملها عقد التشغيل.

وهذه العقود تتضمن قدراً كبيراً من العلم بما يلتزم به المشغل من عمل ومواد.

ولكن تشتمل أيضاً على قدر كبير من الجهالة لما تتضمنه هذه العقود من:

١. شرط التشغيل الطارئ الذي يحتاج إليه فإنه يزيد في الطاقة الإنتاجية للمشغل أو زيادة ساعات العمل.

٢. شرط إضافة الجديد من الآلات والأجهزة لما هو مذكور منها في العقد.

نعم بعض هذه العقود يتضمن زيادة الثمن بنسبة زيادة التشغيل فإن هذا الأمر يقلل من الجهالة في العقد ، ولكن الجهالة تبقى من ناحية كمية زيادة التشغيل فهل يزداد بنسبة ١٠٪ أو ٢٠٪ أو ٣٠٪ أو أقل؟! فإن عدم معلومية زيادة التشغيل مثل أن يقول الإنسان لآخر : استأجرت دارك كل شهر بمليون دينار من دون تحديد مدة الإجارة كسنة أو سنتين فإن هذا العقد باطل في غير الشهر الأول ، وذلك لجهالة مدة الإجارة ، فهنا جهالة زيادة التشغيل.

(٣) **عقد التحديث:** هو عقد على إضافة ما يجد من معرفة علمية أو منتجات حديثة على الأجهزة العلمية مما يحسن مردودها ومنافعها ، ويجعلها تواكب التقدم العلمي في ميدانها.

وهو عقد على تقديم المعرفة العلمية الجديدة المتمثلة في حقوق معنوية.

وهذه المعرفة العلمية تتوفر على شكل قطع غيار صغيرة تضاف إلى الآلات أو الأجهزة المطلوب تحديثها ، أو على شكل برامج مخزونة في أقراص صغيرة يتم إدخالها في هذه الأجهزة.

والعمل المباشر الذي يتطلبه عقد التحديث يكاد يكون قليلاً جداً وهو ما يحتاجه تركيب القطعة أو إدخال البرنامج، وذلك بالمقارنة مع الكمية الكبيرة من العمل المبذول في متابعة التطورات العلمية والتكنولوجية والصناعية، وفي الحصول عليها ثم تطويرها بما يناسب المستفيد من عقد التحديث.

وليكن من المعلوم: أن أثمان هذه الحقوق المعنوية لا تكون معروفة عند توقيع عقد التحديث. وأن معظم عقود التحديث تشمل العمل وحده الذي فيه جزء معلوم بسيط وجزء مجهول كبير وتترك ثمن الحق المعنوي يتحمله طالب التحديث.

(٤) عقد صيانة الصحة (عقد إدارة الصحة)^(١): وهي عقود صارت شائعة جداً منذ أوائل الثمانينات في الولايات المتحدة الأمريكية كبديل لعقد التأمين الصحي^(٢).

ولهذه العقود أشكال متعددة تشترك كلها بخصيصة واحدة وهي تقديم الخدمة الصحية حسب الحاجة لقاء ثمن محدد شهري أو سنوي.

وأكثرها شيوعاً في أمريكا: هي أن يلتزم متعهد الصيانة للصحة إتجاه رب الأسرة بتقديم جميع ما تحتاجه من علاج ودواء وخدمة صحية للأسرة كلها لقاء مبلغ مقطوع يدفع شهرياً أو سنوياً، ويضاف إليه جزء ضئيل من أجره كل خدمة صحية أو ثمن كل دواء يقدم إليه. والقصد من هذه الإضافة لجزء ضئيل من كل خدمة أو ثمن كل دواء هو عدم الاسراف في تناول الخدمة أو طلب العلاج أو طلب دواء قد لا يحتاج إليه حقيقة.

وهذا العقد يقدم الخدمات الصحية جميعاً وكذا الأدوية من قبيل متخصصين يتعاقد معهم متعهد الخدمة ويمكن أن يغير متعهد الخدمة فيهم دون اعلان مسبق للمستفيد من عقد صيانة الصحة.

نعم هناك عقود صيانة صحة شائعة في بعض البلدان يكون المتعهد مستشفى كبيراً يقدم الخدمات الصحية، فهو الذي يقوم بتقديم خدمات العلاج وتقديم الدواء تجاه رب

(١) هناك فرق بين ضمان صيانة الآلة وضمن صيانة الصحة، إذ الأول يضمن إعادتها للقدره على عملها المعتاد، أما الثاني فيضمن فقط تقديم خدمة العلاج والدواء المناسبين حسبما توصل إليه فنّ الطب ولكنه لا يضمن عودة الجسم إلى وضعه المعتاد قبل طروء الحالة التي استدعت العلاج.

(٢) يختلف عقد صيانة - الصحة - عن عقد التأمين الصحي، في أنّ الأول يقوم على الالتزام بتقديم الخدمات والأدوية. أما الثاني فإنه عقد مالي بحت يلتزم فيه المؤمن تجاه المستأمن بتسديد أجره العلاج وأثمان الأدوية أو نسبة معلومة منها؛ ولهذا الفرق فإن عقد الصيانة سيكون بديلاً عن عقد التأمين لأنه يشجع على المبادرة لطلب الخدمة الطبية الوقائية لدى أول بادرة مرض، وأما عقد التأمين فإنه يكون مثبّطاً لمثل هذه المبادرة لأنه يتضمن استثناء النفقات الطبية الوقائية والصغيرة مثل أجره زيارة الطبيب.

الأسرة، فينتقي التعاقد بين متعهد صيانة الصحة والمتخصصين «وهو ما يسمى التعاقد من الباطن».

ومثل هذا: الالتزام ببرنامج الولادة الذي تعرضه بعض المستشفيات على الحوامل لتقديم جميع ما تحتاج الحامل من رعاية طبيّة من وقت العقد إلى ما بعد الولادة لقاء مبلغ معيّن، من دون تحديد لتفاصيل الخدمة الطبيّة التي ستحتاجها الحامل ولا نوع معرفة عملية الولادة نفسها.

أشكال الصيانة:

إنّ الصيانة جنس يشمل انواعاً متعددة: وهي أربعة:

(١) شرط الصيانة في عقد البيع.

أقول: يدخل تحت الشرط: التزام البائع (الصانع) المرتبط بعقد البيع بالصيانة كأحد البنود في العقد، وهذا الشرط قد اشترطه البائع على نفسه مما يعني أن كل القطع قد تمّ صنعها بالجودة التامة وأنها قادرة على الأداء دون أن يلحقها عطب من التشغيل طيلة مدة محددة أو دائماً.

وقد يكون هذا الشرط هو التزام البائع بالإصلاح لو طرأ عيب في مدة معيّنة.

وقد يكون هو شرط نتيجة بأن تكون ذمته مشغولة بالإصلاح لو طرأ عيب على الآلة فيجب عليه إصلاحها بعد شغل ذمته بذلك.

(٢) عقد الصيانة بين الصائن والمالك.

(٣) عقد التعهد بالصيانة بين متعهد الصيانة والمالك، مع عقد للصيانة من الباطن بين المتعهد والصائن.

(٤) عقد تأمين الصيانة بين المالك وشركة التأمين التعاونية مثلاً.

أما الشكل الأوّل شرط الصيانة في عقد البيع:

مع تعقّد الآلات والأجهزة وفنيّتها ظهرت مصالح جديدة لطرفي العقد في بيوع هذه الآلات والأجهزة. وأهم هذه المصالح هي:

(١) مصلحة طرفي العقد (وكذا المصلحة العامة) تكمن في استقرار العقود والتقليل من حالات الرجوع بالردّ بالعيب.

وهذه المصلحة قد اقتنع فيها البائع والمشتري حيث إنهما قد اقتنعا بإمكان أن تقع هفوات صغيرة أو كبيرة فيما يصنع ويبيع، فرغم حرص المصانع على فحص وتدقيق المنتجات قبل إخراجها إلى السوق لا يبدّ من ظهور عيب أو أخطاء صنيّة في المنتجات

الصناعية لدى المشتري، مما يمكن تدارك معظمه بالإصلاح من خلال تقديم صيانة فنية مناسبة.

(٢) مصلحة الصانع (البائع) في التخفيف من آثار أي عيب خفي في الآلة قد يؤدي إلى تحميله مسؤولية تعاقدية أو تقصيرية اتجاه المشتري وغيره ممن يتصل بالآلة التي صنعها وباعها^(١).

(٣) مصلحة الصانع (البائع) بالاحتفاظ بأسرار آله دون أن تصل إلى منافسيه، فالصانع يرغب في أن يكشف للمشتري أقل قدر ممكن من هذه الأسرار ويحتفظ لنفسه بأسرار صيانتها.

(٤) مصلحة الصانع (البائع) في تحسين سمعته وتعظيم مبيعاته وارباحه باظهار أن سلعته ذات جودة عالية، وأنه مستعداً لدعم كفاءتها وانجازها لذا فهو ملتزم بإصلاح ما قد يطرأ عليها من خلل بل قد يذهب أكثر من ذلك أي يضمن خدمة بديلة أثناء فترة الإصلاح وضمان قيمة ما قد يتلف على المشتري بسبب تعطل الآلة، فالصيانة هنا قد لحظ فيها التحفظ على العيوب المخفية وغير المتوقعة في المبيع فتكون ذمة البائع مشغولة بالتبديل أو الإصلاح لو طرأ عيب على المبيع فهو شرط نتيجة.

(٥) مصلحة المشتري: في التقليل من آثار تعطل الآلة عن تقديم المنافع المرجوة منها إلى أدنى حد ممكن بما يجعله يحرص على الإصلاح السريع كلما دعت الحاجة إليه.

(٦) مصلحة المشتري في إتقان وسائل التعامل مع الآلة في حالتها التشغيل والتعطيل مع علمه بأن الصانع هو أقدر الناس على هذا الإتقان.

هذه المصالح أدت إلى إدخال شرط ضمان صلاحية الآلة للتشغيل وتقديم سبل المنافع المرجوة في عقود بيع الآلات والأجهزة والمنتجات، لأن لهذا الشرط علاقة كبيرة بالسلامة العامة مما له صلة بعدد كبير من الناس، ولهذا فإن الحكومات تدخلت لشرط الصيانة وتفرض على الصانع ضمان تشغيل أكثر أمناً وسلامة للمتعاملين مع تلك الآلة. ولذا تقوم الحكومات من فرض إجراء التعديلات أو تغيير بعض القطع في الطائرات والسيارات وغيرها من الآلات المتحركة أو الثابتة بين وقت وآخر.

(١) المسؤولية التعاقدية: تقوم على الإخلال بالتزام عقدي حيث تتوجه إذا حصل ضرر أصاب الفرد نتيجة العقد وبيع السلعة كما إذا حصل عدم تسليم السلعة من البائع فسبب الضرر على المشتري فيتحمل المسبب التعويض إذا طالب به المتضرر. ويجوز له التنازل عن هذه المسؤولية لأنها حق خاص بالمتضرر. والمسؤولية التقصيرية: تقوم على الإخلال بالتزام قانوني، وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، فإذا كانت السلعة بيد مالكها، ويتعرض له فيها أجنبي فيكون الأجنبي مسؤولاً عن إخلاله بالقانون نتيجة تعرضه لسلعة الغير بالتوقيف فيكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية. ويجب هنا التعويض للأضرار التي تحصل نتيجة هذه المسؤولية التقصيرية سواء كان الضرر جاء من عدم التبصر «أو الخطأ» أو الخفة أو الجهل بما ينبغي معرفته وكذا إذا وضع صانع السلعة أو العامل عند صانع السلعة في السلعة ما يوجب تضرر المشتري فهو خلاف قانون عدم الإضرار فيكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية.

ولهذا فإن شرط الصيانة يضاف في عقد البيع، يتحمل بموجبه البائع (الصانع) عبء صيانة الآلة التي يبيعها لفترة محددة من الزمن.

وهذا الشرط للصيانة ليس بديلاً عن خيار الردّ بالعيوب، فقد تظهر عيوب في الآلة مما لا يمكن إصلاحه ولا بدّ حينئذٍ من الرد، ولكن شرط الصيانة يقلل كثيراً من احتمالات الردّ بمعالجة ما يتقبّل الإصلاح من العيوب.

وشرط الصيانة في عقود البيع يختلف عن أربعة أنواع من أعمال الصيانة: والأربعة أنواع هي:

(١) الصيانة التشغيلية: وهي تشمل ما يتطلبه تشغيل الآلة من زيوت وتبريد أو تدفئة وغير ذلك مما يحتاج إليه من نظافة أو عناية دورية. وهذه يتم استثنائها عادة من شرط الصيانة، بل ينصّ على لزومها لمالك الآلة أو مشغّلها، وأن تنفيذها يعتبر شرطاً في تحمل البائع لمسؤوليته الصيانية، وقد تشترط بعض العقود أن يتمّ تقديم هذا النوع من الصيانة من قبل الصانع (البائع) على حساب المالك ليطمئن إلى القيام بعملها على الوجه الصحيح.

(٢) الصيانة التي تنشأ الحاجة إليها بسبب فعل أشخاص آخرين أو بسبب حوادث طبيعية أو غير طبيعية ليس لتشغيل الآلة علاقة بها. كما إذا شبّ حريق في مكان استودعت فيه الآلة أو السيارة أو يحصل تصادم مع سيارات أخرى وهذه الصيانة تستثنى من شروط ضمان الصيانة.

(٣) الصيانة التي تنشأ الحاجة إليها بسبب مخالفة تعليمات التشغيل، مثل ما إذا استعمل للآلة زيت مخالف لمواصفات الزيت الذي تتطلبه التعليمات. وهذا أيضاً مستثنى من شرط الصيانة.

(٤) الصيانة التي تنشأ الحاجة إليها بسبب عوامل الهلاك والاهتراء الطبيعي من تآكل بعض الأجزاء التي من طبيعتها أن تتآكل أو تتغير إذا تعرضت للهواء أو الماء أو غير ذلك. وهذا مستثنى أيضاً.

إذن شرط الصيانة: وهو النوع الخامس الذي يتعلّق به شرط ضمان الصيانة: يشمل كل خلل في الآلة يمنع من إنتاج منافعها بسبب نوعية المعدن أو المادة التي تتركب منه، أو بسبب طريقة تركيب الأجزاء بعضها مع بعض أو بسبب تصميم الآلة، أو عدم قدرة أي جزء منها على تأدية الخدمة المتوقعة منه أو المخططة له في تصميم الآلة.

ومن الواضح ان هذا النوع الخامس من الأعطال أو العيوب يقلل منافع الآلة مما هو مقصود منها أو يعطل هذه المنافع بالكلية، ويستدعي مسؤولية الصانع (البائع) عن هذا العيب.

ويهدف شرط الصيانة إلى النصّ على تحميل الصانع (البائع) هذه المسؤولية بالصرحة.

ويشبه هذا النوع من حاجات الصيانة: ما تفرضه الحكومات من إلزام الصانع بإدخال تغييرات على الآلة بعدما يثبت لديها وجود خطورة على السلامة العامة ما لم يتمّ هذا التغيير فقد يتضمن شرط الصيانة قيام الصانع بتقديم القطع اللازمة إضافة إلى القيام بتركيبها وإعادة الآلة إلى عهدها التشغيلي المعتاد أو المحسوب لها.

وشرط الصيانة يتميّز بأنّ له فترة زمنيّة محددة كعام واحد أو ثلاثة أعوام، فقد ينصّ على ان القطع للآلة مضمونة لمدة عام مع التركيب والخدمة، ولكن يستمر الضامن لتقديم خدمة الصيانة عملاً فقط لمدة سنة أخرى تكون فيها القطع على المشتري.

ملاحظة: قد تفرض الحكومة أحياناً إصلاحاً للسلعة قد يقع بعد انقضاء مدّة الصيانة المشروطة لأنه مبنيّ على مصلحة السلامة العامة، وهذا مما يتحمّله مالك السلعة لأجل المصلحة العامة.

نعم بعض شروط الصيانة يكون دائماً ما دامت العين موجودة حتّى لو تغيّر مالكها، سواء كان تغيير المالك اختيارياً بالبيع أو الهبة أم غير اختياري كالميراث والإجبار على البيع بحكم المحكمة.

كما تقدّم أيضاً أن بعض شروط ضمان الصيانة يشمل تقديم خدمة بديلة أثناء فترة تعطلّ الآلة بسبب الصيانة المضمونة، كأن تقدّم سيارة بدل السيارة التي تخضع للصيانة.

كما قد يضاف إلى شرط الصيانة، شرط يضمن بموجبه الصانع (البائع) الأضرار التي أدّى إليها تعطلّ الآلة كأن يعوّض عما يتلف من مأكولات نتيجة تعطلّ الثلاجة أو المجمدة، أو تعوّض الجلود التي تلفت نتيجة تعطلّ آلة الدباغة. ويحدد العقد حداً أعلى لهذه المسؤولية.

ملاحظة: الشرط وإن كان يزيد في ثمن السلعة إلا ان الثمن لا يقسّم على السلعة والشرط وإن كان له قسط من الثمن في الذهن العرفي.

والتكليف الشرعي لهذا النوع من الصيانة «التي هي التزام الصانع بالصيانة كشرط جعله على نفسه في عقد البيع» فيواجهه كما قيل:

١. اندراج هذا النوع في صفتين في صفقة، وهو ممنوع منه حسب ما قيل لأنه إجارة للعمل وبيع قطع الغيار، فهو بيع وإجارة.
٢. اندراجه في اشتراط عقد في عقد « فهو عقد بيع وعقد إجارة» وهو ممنوع منه^(١).
٣. اندراجه في بيع وشرط وقد نهى عن ذلك كما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط.

(١) مستدرك الوسائل ١٣: ١٢، باب ٢ من أحكام العقود ج ١ و ح ٢.

٤. وقد يقال: إن اقتضاء سلامة المبيع: هو التزام البائع بالصيانة بدلاً عن حقّ الردّ للمبيع بالعيب.

وعلى هذا القول الرابع يصح شرط الصيانة في العقد مع إسقاط حقّ الردّ بالعيب.

المناقشة: أما الإحتمال الأول فهو باطل، لأن أصل نهي النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة هو حديث سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه. وقد فسّر سماك راوي الحديث ذلك فقال: هو أن يقول البائع: هو بنسأ بكذا وكذا وبنقد بكذا وكذا^(١) وقد فسر الحديث بتفسير آخر: وهو أن يبيع شيئاً بشرط أن يبيع الآخر شيئاً منه إلى الأول كما في بيع العينة. وعلى هذا فإن الحديث لا يشمل التزام المزود بالصيانة في العقد. على أن تمليك العين والمنفعة لا يوجد تعدد الصفقة ما لم يوجد تعدد الإيجاب والقبول والعوض والمعوض بل الموجود هو البيع للألة والصيانة شرط فيه وهو صفقة واحدة.

وأما الإحتمال الثاني: فإنه لا يشمل ما نحن فيه، لأن التزام البائع بالصيانة مدّة معلومة لا يكون عقداً، بل حقيقته إعلان البائع أن ما يبيعه يؤدي الغرض للمشتري، فالسيارة تحقق التتقل مع الأمن وكذا الطائرة وهكذا، فإذا ظهر خلل في أداء المبيع يخالف الغرض منه فكأنّ البائع لم يسلم للمشتري ما اتفقا عليه، فيجب عليه أن يسلم له ما يوافق الغرض منه كما التزم به هو في العقد الأول، ولا يوجد هنا عقد آخر.

على أنه لا مانع من اشتراط عقد في عقد كما تقدم في تفسير نهي النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة أو بيعتين في بيعة كما رواه غير واحد في تفسير النهي عن بيعتين في بيعة من أنه يقول: هو بنسأ بكذا وكذا وبنقد بكذا وكذا من دون أن يتفقا على أحد الأمرين.

وأما الإحتمال الثالث: فنقول: إن ما نحن فيه هو بيع وشرط، والحديث الصحيح الذي رواه الفريقان^(٢) وهو المؤمنون (أو المسلمون) عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، أو إلا ما خالف كتاب الله وسنة رسوله، يصحح هذا الشرط في متن العقد، ويوجب الوفاء به.

نعم روي نهي النبي ﷺ عن بيع وشروط، ولكن: بالإضافة إلى عدم صحة الرواية^(٣)، لا يمكن أن يراد منه معناه، إذ لو كان المراد منه معناه لكان من الضروريات كحرمة

(١) راجع ابن الاثير في النهاية ١: ١٧٣، وفي مسند أحمد حديث ٣٥٩٥ في ذيل حديث نهي النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة. وقد نقل في فتح القدير ٥: ٢١٨ هذا المعنى عن أبي نعيم وأبي عبيد القاسم بن سلام.

(٢) راجع وسائل الشيعة باب ٤٠ من المهور وباب آ من الخيار. وصحيح البخاري / كتاب الإجارة ٢: ٤٥١، وسنن أبي داوود مع عون المعبود ٩: ٥١٦. والحاكم ٢: ٤٩.

(٣) لأن هذا الحديث رواه عبد الحق في أحكامه «الحطاب ٤: ٣٧٣» ورواه أبو حنيفة قال ابن رشد: روي عن أبي حنيفة انه روى ان رسول الله ﷺ نهى عن بيع وشرط «بداية المجتهد ٢: ١٦». وقال ابن عرفة: لا اعرف هذا الحديث إلا عن

الربا، مع أنه لم يعمل به أكثر المسلمين بل كلهم إذ جوّزوا الشروط التي يقتضيها العقد أو الشروط التي هي من مصلحة العقد أو جرى بها العرف، وتوضيح ذلك:

فقد استثنى الأحناف من الشرط المفسد لعقد البيع: الشروط التي تعارف عليها الناس في معاملاتهم من غير إنكار مثل شراء حذاء على أن يضع له البائع نعلًا أو شراء قلنسوة على أن يضع لها البائع بطانة، فلزوم الشرط هنا عندهم استحسانا. ونقل عن ابن عابدين صحة الشرط على أي عرف حادث «ولو لم يكن من الشروط المذكورة» طالما أن الشرط لا يؤدي إلى المنازعة فهو لا يدخل في نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط، لأن العرف ينفي المنازعة.

أما الحنابلة، وكذا الشافعية: فقد ذهبوا إلى جواز اشتراط منفعة في العقد وإن كانت من غير مقتضى العقد ولا من مصلحته، وعلى هذا يصح شرط الصيانة عندهم لأنها لا تنافي مقتضى العقد.

على أن الشروط التي تكون لمصلحة العقد هي صحيحة عند الحنابلة وشرط الصيانة هو لمصلحة العقد بالنسبة للطرفين فهو شرط صحيح^(١).

أقول: إذا كان شرط النعل في بيع الحذاء وشرط البطانة في بيع القلنسوة صحيحاً وهو يتضمن عملاً بالإضافة إلى آلة معينة مع استعمال آلات معينة لوضع النعل والبطانة حيث يكون الشرط قد أضاف شيئاً جديداً على العين المبيعة، فصحة شرط الصيانة يكون بالأولوية حيث لا يهدف شرط الصيانة إلى العمل ولا إضافة مواد أخرى ولا استعمال أدوات الصائن، بل يهدف إلى إعادة العين إلى حالتها الأولى للإنتاج وحصول المنفعة، فهو إما أولى من شرط وضع النعل للحذاء والبطانة للقلنسوة، أو مثلهما على الأقل فيكون الشرط هنا صحيحاً.

على أن هذا الشرط مما جرى عليه العرف وتعامل به الناس ولم يفض إلى النزاع، وهو مبني على الاستثناء عند أهل السنة. فلاحظ.

نعم قد يقال: إن هذا الشرط غرري، لأن العمل غير معلوم.

والجواب:

(١) أن الشرط هو استعداد الصائن للإصلاح، وهذا ليس فيه غرر عرفاً مثل حراسة المعمل من السرّاق والحريق وأمثال ذلك.

(٢) على أن دليل ممنوعية الضرر مختصّ بالبيع والعقود المعاوضية فلا مجال للتعدّي عنه إلى غيره، بالإضافة إلى أن الشرط إذا كان غررياً ولكن لا يؤدي إلى غررية المعاملة فلا مانع منه. فلاحظ.

طريق عبد الحقّ. وقال ابن قدامة المقدسي حديث النهي عن بيع وشرط ليس له أصل وقد أنكره أحمد ولا نعرفه مروياً في مسند فلا يعول عليه. «الشرح الكبير على المقنع ٤: ٥٣».

(١) راجع بحث السلامي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد ١١ ج ٢ وراجع بحث الدكتور منذر قحف في نفس المصدر.

وقد يقال: إن العقد الذي اشترطت فيه صيانة الآلة على تقدير ظهور العيب فيها يجعل الشرط معلقاً على بروز العيب، فكأن العقد صار معلقاً، والتعليق في العقود يوجب بطلانها.

والجواب:

(١) إن الشرط إذا كان معلقاً على بروز العيب فلا يسري هذا التعليق إلى العقد الذي وجد منجزاً.

(٢) لا يوجد تعليق في الشرط، لأن الشرط هو التزام الصائن بالعمل إذا ظهر العيب، والالتزام أمر فعلي منجز.

نعم يوجد تعليق في متعلق الالتزام، وهو الفعل في الخارج.

وبعبارة أخرى: انه هنا قد حصل بالشرط التزام مطلق بحصة خاصة من الفعل، وهذا ليس فيه أي تعليق. فالشرط هو الصيانة وهو عنوان منجز مثل الحراسة، ولكن بعض لوازم هذا العنوان كالقيام بالإصلاح، أو تغيير قطعة الغيار يكون معلقاً على ظهور العيب، فالصيانة كالحراسة عنوان منجز فعلي، وإن كان بعض لوازمها كدفع اللص يكون معلقاً على وجوده.

(٣) إن دعوى سريان التعليق من الشرط إلى العقد المتضمن للشرط لأنه جزء من أحد العوضين، مما لا دليل عليه عرفاً ولا شرعاً.

(٤) وتدل على صحة التعليق في الشرط روايات خاصة مثل صحيحة سليمان بن خالد عن الإمام الصادق عليه السلام قال: «سألته عن رجل كان له أب مملوك وكان لأبيه امرأة مكاتبة قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط ان لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟

فقلت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك.

قال عليه السلام: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم^(١).

وقد استدل النائي بنفوذ الشرط مع كونه معلقاً^(٢) بهذه الرواية.

وقد يقال: إن لم يكن شرط الصيانة في العقد جاعلاً العقد معلقاً، إلا أنه غرري فيبطل العقد.

(١). وسائل الشيعة ج ١، باب ١١ من المكاتبة.

(٢). منية الطالب ٢: ١٢٦.

وتوضيح ذلك: أن من شروط صحة العقد « أن لا يكون الشرط مجهولاً » والمراد به أن يكون الشرط راجعاً إلى تحديد أحد العوضين، فيكون الشرط في حقيقته تقييداً للمبيع أو تقييداً للثمن، فيكون الثمن والمبيع حصة خاصة من الطبيعي «لا أن المبيع هو الكلي المشترك بين حصصه»، ومثل هذا اشتراط كون الثمن عشر ليرات بهار آزادي.

وحيث إن مثل هذا الشرط إذا كان مجهولاً فيقع البيع باطلاً، وذلك: لأن جهالة الشرط هي عين جهالة الثمن، وهي توجب الغرر كما إذا باع سيارة بعشر ليرات واشترط شرطاً فيها مجهولاً «أي لا يدري أنه اشترط كونها ليرات بهار آزادي أو ليرات عثمانية» أو لا يدري أن الشرط هو ليرات رشادية أو مجيدية التي تختلف قيمة المبيع بالنسبة لها.

والجواب: إننا حينما نقول بوجود شرط في المعاملة، فالمراد به هنا هو الشرط غير الراجع إلى تقييد أحد العوضين، وهو الشرط المعلق عليه الالتزام في المعاملة نظير اشتراط كون السيارة ذات رقم معين كما لو باع السيارة المعينة بعشرة ملايين دينار بشرط أن يكون رقمها (بغداد) فالمبيع شخصي، فيكون معناه الالتزام بالمعاملة على هذا الشرط، فإن لم يكن الشرط موجوداً يتمكن المشتري من الفسخ.

إذن مرجع الشرط هو جعل الخيار على تقدير عدم وجود الشرط.

وعلى هذا: فإذا كان الشرط مجهولاً فهو لا يوجب غرراً في المعاملة ولا خطراً.

فإن وجد الشرط الذي لا نعرف وجوده وكان مجهولاً فالمعاملة لازمة، وإذا لم يوجد الشرط فاللشارط أن يفسخ المعاملة فلا خطر في المعاملة.

وعلى هذا: فإذا باع البائع مصنعة بعشرة ملايين دولار واشترط صيانتها لمدة سنتين، فهذا الشرط ليس راجعاً إلى تعيين الثمن أو المثل، وهو مجهول العمل وتبديل قطع الغيار وما يبذل في الصيانة من مواد وأجهزة، إلا أن هذا الجهل لا يرجع إلى أحد العوضين، فإن وجد هذا الشرط المجهول وحصلت الصيانة صار البيع لازماً، وإن لم يوجد شرط الصيانة كان هناك خيار فسخ للمشروط له فلا يبطل البيع بجهالة الشرط الذي لا يرجع إلى جهالة أحد العوضين، فلاحظ.

ولنضرب مثلاً لذلك: فلو استأجر امرأة لمدة عشرين سنة بمليون دينار بشرط أن تكون طباحة أو خياطة والمستأجر لا يعلم وجود هذا الشرط في المرأة المستأجرة، فالشرط مجهول وجوده، وحيث إن حصل الشرط في الجارية صحّت المعاملة وإن لم يحصل الشرط كان له خيار الفسخ. لأن جهالة الشرط لا تؤدي إلى جهالة أحد العوضين.

فإن جهالة في هذا القسم من الشروط لا توجب غرراً ولا بطلان المعاملة.

مثال آخر: كما إذا اشترى مائة سجادة كاشانية كل واحدة مساحتها اثني عشر متراً بسعر الواحدة ألف دولار بشرط أن يكون لونها احمرًا، فإن كان الشرط موجوداً حين

الاستلام فالبيع لازم وإن تبين أن الشرط غير موجود فهو بالخيار لأن جهالة الشرط لا تؤدي إلى جهالة العوضين حتى يقال ببطلان العقد. أما إذا اشترى سجادة كاشانية مساحتها اثني عشر متراً بألف دولار بشرط أن تكون عُقدُها بصفة معيّنة، ثم تبين عدم وجود هذا الشرط فالبيع باطل لأن جهالة الشرط تؤدي إلى جهالة المعوض. فلاحظ.

فالصيانة المشترطة لدوام عمل الآلات وإصلاحها بعد خرابها هو أمر مجهول الحصول، ومجهول عدد الساعات وقطع الغيار، فإن حصل لزم العقد وإلا فالعقد قابل للفسخ ولا جهالة في العوضين.

أقول: قد يقال: أن الشرط المجهول الوجود في العين هو معلوم مفهوماً، ولكنه مجهول وجوداً، أما شرط الصيانة فهو مجهول المفهوم؛ لأن مفهوم الصيانة مجهول في عدد ساعات العمل وتبديل قطع الغيار وما يصرف على عمل الآلات وما يستخدم من أجهزة في الصيانة، وهذا يختلف عن جهالة الشرط وجوداً مع معرفته مفهوماً. فلاحظ.

والجهالة في شرط الصيانة: تسري إلى الجهالة في العوضين فيكون الإقدام على هذا غريباً.

وحيئنذٍ لابد لنا لأجل تصحيح الصيانة إذا دخلت كشرط في ضمن العقد من توجيه آخر ألا وهو: ما إذا كانت جهالة الشرط طفيفة، بحيث لا تعدّ غرراً عند العرف، كما إذا كانت الجهالة في نفس العوضين، كما إذا اشترى داراً بمائة مليون دينار قد رآها بعينه إلا أنه لا يدري ما إذ كان أساسها من الاسمنت والحديد أو من الاسمنت والطابوق، ولا يدري ما إذا كان أساسها الاسمنتي ٦٠ سم طولاً وعرضاً أو ٤٠ سم طولاً وعرضاً، ولا يدري أن جدار البيت هو طابوقتان عرضاً أو طابوقة ونصف مع تشميعة بالطين أو الجص ٨ سم؟ وهكذا فإن هذه الجهالة في المبيع المرئي يسيرة عند العرف فلا تؤدي إلى بطلان العقد، فكذا شرط الصيانة، فإن ساعات العمل وإضافة قطع الغيار واستعمال المواد المنظفة واستعمال الآلات التي تكون دخيلة في الإصلاح وإن كانت مجهولة عند الصائن إلا أن هذه الجهالة للمتخصصين بالصيانة تعدّ جهالة يسيرة فلا توجب جهالة في العوضين فيكون العقد الذي فيه شرط الصيانة صحيحاً وإن كانت الصيانة مجهولة.

أما الشكل الثاني عقد صيانة مستقل بين الصائن والمالك:

وهذا العقد هو نوع من العقود التي يكون العامل للصيانة مشتركاً «وإن كان المستفيد معيّناً أو غير معيّن كالشركة» فلا يقصر نفسه على مؤسسة واحدة.

ولكن يوجد فرق بين الإجارة المشتركة والصيانة حيث إن الصيانة تصح مع عدم تعيين الصائن، بل الصائن هو شركة قد تبعث زيدا وقد تبعث غير زيد للصيانة.

وأهم عقود الصيانة لهذا القسم ثلاثة بعد استبعاد عقد الإصلاح البسيط الذي يتفق فيه الطرفان كل مرة على مقدار العمل وقطع الغيار والأجرة وهي:

(أ) عقد بين المالك والصائن على أن يقدم الصائن صيانتَه للسلع والمباني بعد الاتفاق على سعر لوحدَة العمل وأن يشتري المالك القطع التي يحتاجها الصائن للصيانة من السوق، بمعنى أن يكون التزام الصائن متمركزاً على قبول صيانة الأجهزة «أي قبول ما تحتاج إلى الصيانة» ولا يجوز له رفض العمل، ويكون هذا القبول بسعر أو بأجر متفق عليه مسبقاً لوحدَة ساعة العمل مثلاً.

(ب) عقد بين المالك والصائن بتقديم خدمة الصيانة لكل مرة تخرب فيه الآلة ويشرف على عملها بمبلغ مقطوع مهما كان عدد ساعات العمل التي تستغرقها كل عملية صيانة مع شراء قطع الغيار من السوق على حساب المالك.

(ج) عقد بين المالك والصائن بتقديم العمل وقطع الغيار معاً في كل مرة تحتاج فيها الآلة إلى صيانة لقاء مبلغ مقطوع شهرياً أو سنوياً.

وفي كل من هذه الأشكال الثلاثة كثيراً ما يتضمن العقد نصاً صريحاً يعتبر ما يضيفه المالك من آلات جديدة خلال مدة العقد داخلاً في العقد بمجرد ضمه إلى سائر الآلات الموجودة لديه عند التعاقد.

أما الشكل الثالث عقد التعهد بالصيانة:

وهو يشبه عقد الصيانة ولكنه يشمل في العادة أنواعاً متعددة من الآلات مما يتطلب اختصاصات فنيّة متعددة.

ويلتزم فيه متعهد الصيانة بإصلاح ما يطرأ من أعطال على الآلات والأجهزة الموجودة لدى الطرف الآخر والإشراف عليها لقاء مبلغ معيّن.

وهذا العقد للتعهد بالصيانة: يقدم عادة الصيانة كاملة بما فيها من عمل ومواد وقطع غيار للآلات والأجهزة.

ويرافق عقد التعهد بالصيانة قيام المتعهد بالتعاقد مع الفنيين لتقديم خدمات الصيانة التي يلتزم بها متعهد الصيانة.

أما الشكل الرابع عقد تأمين الصيانة:

وهو عقد بين شركة التأمين والمستفيد من الصيانة، تكون الالتزامات فيه ماليّة بحتة، بحيث تعوّض شركة التأمين نفقات الصيانة التي احتاج إلى صرفها المالك للآلات والأجهزة، وهو عقد شبيه بعقد تعهد الصيانة مع فارق واحد مهم جداً وهو: أن المتعهد يقدم خدمات الصيانة نفسها في حين أن مؤمن الصيانة يقدم ثمن هذه الخدمات، فلا يحتاج مؤمن الصيانة إلى عقود صيانة من الباطن، بل ينصّ عقد التأمين الذي يجريه المؤمن على

مجموعة من الإجراءات التي تتعلق بالوثائق اللازمة للمطالبة بالبدل التأميني لما يدفعه المالك من نفقات صيانته.

وقد تجد بعض شركات التأمين أن من صالحها أن تتعاقد من الباطن مع بعض الصائنين، فتعرض على المستأمن أن يصلح له العطل أو تدفع له مبلغاً لا يتجاوز ما تدفعه هي للصائنين لذلك الإصلاح.

التكييف القانوني للصورة الثانية والثالثة:

أي إن عقد الصيانة الذي يقع مستقلاً وكذا عقد التعهد بالصيانة الذي يقع مستقلاً أيضاً بين الصائنين والمالك، كيف يكون تكييفه القانوني والشرعي؟
أما التكييف القانوني: فقد ذكر الدكتور الضيرير^(١): أن عقد الصيانة هو عقد معاولة.

وعقد المعاولة هو من العقود المستحدثة المعمول به في جميع البلاد العربية، ومن البلاد التي تضمن قانونها المدني أحكاماً خاصة بعقد المعاولة السودان، والأردن، ومصر.

وقد عرّف عقد المعاولة في القانون السوداني بأنه: «عقد يتعهد احد الطرفين بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء مقابل يتعهد به الطرف الآخر»^(٢).

وبهذا نعرف أن عقد الصيانة هو أخص من عقد المعاولة، لأن المعاولة قد تكون تعهداً بالعمل لقاء مقابل، وقد تكون تعهداً بصناعة شيء «أي تقديم مادة مع العمل».

وإذا أردنا أن نعرف عقد الصيانة فنقول: إنه تعهد بصيانة شيء لقاء أجر «مقابل».

ولكن القانون يعتبر عقد الصيانة عقداً مستقلاً له خصائصه التي تميّزه عن غيره من العقود، وقد بيّن الدكتور السنهوري هذه الخصائص والمميزات^(٣).

أقول: إن ما قاله الصديق الضيرير من كون عقد الصيانة هو عقد معاولة أو أخص من عقد المعاولة غير صحيح وذلك:

لأن عقد الصيانة يختلف عن عقد المعاولة الذي ذكره القانون (السوداني والأردني والمصري) وذلك: لأن عقد المعاولة إما أن يكون عقداً على عمل فقط، أو يكون عقداً على صناعة شيء (استصناع) أي عملاً ومادة، فإن كان الأوّل كان العمل فيه واضحاً محدداً، وإن كان الثاني كان العمل والمادة المصنوعة محددة واضحة فلا جهالة.

(١) في بحثه في عقد الصيانة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد ١١ ج ٢.

(٢) مادة: ٣٧٨.

(٣) الوسيط ٧: ٥ - ٣٥.

ولذا نرى أن القانونيين السودانيين ذكروا في المقدمة الإيضاحية في المادتين (٧٨٠) و(٧٨١) وهي المادة الخاصة بالتعريف المطابقة لمادة (٦٤٧) من القانون المصري هذا التعريف للمقاوله «يجب في عقد المقاوله وصف محلّه وبيان نوعه وقدره وطريقة اداءه ومدّة انجازه وتحديد ما يقابله من بدل».

فقد ذكرت قدرَ العمل. فلاحظ.

أما عقد الصيانة فهو عقد على عمل ولا يوجد صناعة شيء، والعمل غير محدد بل هو مجهول، إذ لا يعلم كم يحتاج إلى إصلاح الآلات من الساعات، فليس العمل محددًا ولا ساعات العمل محددة والأجر على العمل الذي لا يكون محددًا وواضحًا، بل الموجود مع العمل في بعض مواد الصيانة إضافة قطع غيار عند الحاجة إليها، وهذا ليس صناعة شيء (كصناعة المكتبة التي هي عمل وخشب).

إذن عقد الصيانة إذا كان على العمل فقط وإن قطع الغيار على مالك الآلة فهو يختلف عن عقد المقاوله، وأما إذا كان عقد الصيانة هو العمل مع تقديم قطع الغيار عند الحاجة إلى تعويضها فهو أيضاً عقد مستقل يختلف عن المقاوله، وبهذا يتبين أن عقد الصيانة يختلف عن عقد المقاوله وليس أخص منه، فلاحظ.

وأما التكييف الشرعي لعقد الصيانة أو عقد التعهد بالصيانة:

فهل يوجد تكييف شرعي لعقد الصيانة أو عقد التعهد بالصيانة؟ وما هي الإشكالات الشرعية التي تذكر لهذا العقد؟ فنقول:

أولاً: قد تقدم ان عقد الصيانة يختلف عن عقد المقاوله فلا نعيد.

وكذا تقدم أن عقد الصيانة هو بيع وإجارة فهو عبارة عن صفقتين في صفقة وقد نهي عنه^(١). وقد تقدم الجواب عن ذلك، وتقدم تفسير صفقتين في صفقة، بالإضافة إلى تصريح علماء الإمامية بصحة الجمع بين عقدين «بيع وإجارة» أو «بيع وزواج»، قال صاحب الشرائع^(٢): «ولو جمع بين شيئين مختلفين في عقد واحد بثمن واحد، كبيع وسلف، أو إجارة وبيع، أو نكاح وإجارة، صح». وقال الشهيد الثاني في ذيل كلام المحقق صاحب الشرائع: «لا خلاف عندنا في صحة ذلك كله، لأن الجميع بمنزلة عقد واحد، والعوض فيه معلوم بالإضافة إلى الجملة، وهو كافٍ في انتفاء الغرر والجهالة»^(٣).

ولكننا هنا نتكلم عن أهم ما يثيره عقد الصيانة: وهو الجهالة في مقدار العمل ولذا لا يمكن إدراج عقد الصيانة في عقد الإجارة وذلك؛ لأن الإجارة لا بد أن يكون الثمن والعمل معلوماً عند العقد، وهنا العمل لا يكون معلوماً فلاحظ.

(١) هذا الحديث الناهي عن صفقتين في صفقة قالوا عنه إنه موقوف فليس بحجة.

(٢) راجع كتاب شرائع الإسلام، كتاب الإجارة، أحكام العقود.

(٣) مسالك الأفهام ٢ / ٢٨٠.

فتبيّن أن ما ذكره الصديق الضرير^(١) من أنه عقد إجارة الأشخاص (سواء كان الشخص مشتركاً أو خاصاً) إذا كان خالياً من تقديم المادة أو إن المادة يقدمها المالك هو غير صحيح، لأن العمل غير معلوم.

ثانياً: إن ثاني مسألة تثيرها مسألة الصيانة هي مسألة الجهالة في مقدار العمل وعن تقديم مواد استهلاكية «قطع غيار» غير معلومة وعن استعمال العامل لآلاته وأدواته الخاصة في عمله بقدر ووقت غير معلومين، فهل يصح عقد الصيانة مع هذه الجهالات الكبيرة؟

قد يقال: نعم يصح عقد الصيانة مع هذه الجهالات في العمل وتقديم قطع الغيار واستعمال آلات العامل بقدر ووقت غير معلوم وذلك تنزيلاً لعقد الصيانة على عقد الجعالة، فالجعالة تصح على عمل مجهول يعسر ضبطه وتعيينه، وهذا هو ما يميز الجعالة عن الإجارة، فالجعالة على الإتيان بالحيوان الضال أو الشارد أو المال الضائع أو العبد الأبقي هي الأمثلة المضروبة في صحة الجعالة، وعقد الصيانة التي يكون فيها العمل مجهولاً لا تكون أكثر من الجهالة في إرجاع البعير الضال أو الشارد.

ذهب إلى هذا التوجيه جماعة من أهل السنّة ممن قدّم أبحاثاً للندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي في شوال ١٤١٦ هـ، وقد أخذت الندوة الفقهية الرابعة بالكويت بهذا الرأي وجاء في قرارات الندوة ما يلي: «عقد الصيانة عقد مستحدث مشروع تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود ولا يخالف نصاً أو قاعدة شرعية عامة، وهو في تكييفه الفقهي أقرب ما يكون إلى عقد الجعالة حيث إن معظم صور الصيانة لا يمكن فيها تحديد مقدار العمل بشكل دقيق»^(٢).

أقول:

- (١) إن قرار الندوة قد بدأ بداية جيدة حيث إعتبر عقد الصيانة عقداً جديداً مستحدثاً مشروعاً، ثم عاد بعد ذلك فجعله عقد جعالة إذا كان بدون الالتزام بقطع الغيار، وعقد جعالة مع بيع إذا رافقه الالتزام بقطع الغيار. وهذا تضادّ ظاهر.
- (٢) وهنا يحقّ لنا أن نتساءل عن صحة الجعالة لصاحب قطيع من الإبل بأن يجعل مبلغاً شهرياً لمن يأتيه بما يضلّ منها دون أن يخصص جعل مستقلاً كلما شرد منها بغيره؟ وهل تصح الجعالة لصاحب زروع ذات مواسم حصاد متتالية بأن يجعل مبلغاً معيّنًا واحداً لمن يحصد له كل زروعه كلما آن وقت حصاد واحد منها؟ فإن صح هذا صح عقد الصيانة لمن يجعل مبلغاً مقطوعاً شهرياً أو سنوياً لمن يصلح له ما تعطلّ منها.

(١) في مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد ١١ ج ٢ / ١١٢.

(٢) مجلة الاقتصاد الإسلامي عدد ١٧٧ السنة الخامسة عشر شعبان ١٤١٦ هـ ديسمبر ١٩٩٥ م ص ٥٧٩.

وليس بعيداً صحة هذه الجعالة لأنها جعل على عمل غير معلوم سواء كان العمل واحداً أو متعدداً كما إذا قال الجاعل جعلت ألف دينار لمن يأتيني بسيارتي المسروقة ومحسبي الضائع وولدي الشارد.

نعم الإشكال يختصّ في أن هذه الجعالة في عقد الصيانة معلقة على إصلاح العيب الذي سيوجد، فهو عقد تعلّقي متمركز على إعطاء مبلغ من المال على إصلاح ما سيوجد من خلل في المعمل، فالعمل المجهول يصح في الجعالة، أما الجعالة التعلّيقية فلا تصح للإجماع على عدم صحة التعلّيق في العقود، فلاحظ.

أقول: قد يردّ هذا بما تقدم من أن عقد الصيانة ليس معلقاً، بل هو منجز وهو التزام الصانع بالصيانة والالتزام موجود عند العقد.

ومع هذا يبقى الفرق، وهو أن الجعالة منجزة ومتعلقها حاصل بينما الصيانة منجزة ومتعلقها غير حاصل كما في إصلاح ما يتعيّب.

كما يمكن أن يكون الإشكال لصورة ما إذا استحقّ الصائن بعض الأجر قبل إتمام عمله، بينما في الجعالة إنما يكون الأجر مستحقاً بعد إتمام العمل، وفي عقد الصيانة يستحقّ الصائن بعض الأجر إذا كان شهرياً قبل إتمام العمل في العقد الذي هو لمدة سنتين أو ثلاثة.

كما يمكن توسيع الإشكال لصورة إباحة العمل على الجاعل وعدم وجوبه عليه بينما في عقد الصيانة يكون العقد لازماً ويجب العمل على العامل (الصائن) ولا يجوز له ترك العمل بعد عقد الصيانة بخلاف الجعالة.

نعم يُنقض عقد الصيانة لقوة قاهرة كحرق المعمل مثلاً.

نعم تشترك الجعالة مع الصيانة في أمور:

(١) محل العقد في الجعالة هو إتمام العمل، ومحل العقد في الصيانة هو إتمام العمل الذي هو إعادة السلعة أو مجموع السلع المعمّرة إلى عهدتها المعتاد في إنتاج المنافع، فمن هذه الناحية لا فرق بين الجعالة والصيانة.

(٢) وكذا ما يشترط في الجعالة من كون العمل يتضمن مشقة أو مؤنة، فإن هذا الشرط موجود في عقد الصيانة لأن إعادة العين إلى حالتها الأولى الإنتاجية بعد خرابها يستوجب مشقة ومؤنة.

فتبين أن الجعالة تشابه عقد الصيانة في أمور ثلاثة هي: (جهالة العمل، ومحل العقد، وكون العمل يتضمن مشقة ومؤنة) إلا أن الجعالة تختلف عن عقد الصيانة بكون الجعالة مباحة وغير لازمة بينما عقد الصيانة يكون لازماً وواجباً، وأن عقد الجعالة يكون استحقاق الأجر بعد العمل، بينما في عقد الصيانة يستحقّ الصائن بعض الأجر قبل تمام العمل، وكذا

فإن عقد الجعالة هو عقد منجَز ومتعلقه حاصل على سلعة ضائعة أو حيوان شارد بينما عقد الصيانة يكون منجزاً - إلا أن متعلق التنجيز غير حاصل - معلقاً على إصلاح ما سيعاب من الأجهزة الصالحة وقت عقد الصيانة.

ثم إن عقد الجعالة يشبه عقد الصيانة، من ناحية أن العامل في باب الجعالة قد يستعمل دابته وسرجه، والبناء والخياط في عقد الجعالة قد يستعمل آلات البناء ومواد البناء، وآلات الخياطة والخيوط وما يستتبعها في الوصول إلى تحقق مقصود الجاعل، فكذا عقد الصيانة إذ قد يبذل الصائن قطع الغيار ويستعمل آلاته وما تحتاج إليه الآلات من زيوت ودهون للوصول إلى مقصود مالك السلعة المصانة من رجوعها إلى حالة الإنتاج والسلامة.

ولكن من ناحية أخرى نرى أن عقد الصيانة محدد بأجل وأن الزمن هو المقصود الأصلي من الصيانة ولكن عقد الجعالة لا يجوز فيه ضرب الأجل، أو لا أجل فيه، إذ الهدف فيه هو تحقيق نتيجة معينة ولو في ساعة واحدة، ولكن هذا أنفع للجاعل أيضاً.

والآن نقول: قد تقدم أن هذا العقد يكون على ثلاثة أنواع:

الأول: تعهد بالصيانة للسلع أو المباني بعد الاتفاق على سعر لوحة العمل: فهو يقبل العمل ولا يرفضه وله كل ساعة من العمل كذا، والآلات تكون على المالك يشتريها من السوق. وهذا النوع صحيح لا إشكال فيه لأن تحديد الثمن ومدّة العمل معلومة.

ولكن قد يعكّر هذا العقد أن عدد ساعات العمل غير معلومة، فهل يشتغل في الاسبوع ٦٠ ساعة أو ٧٠ ساعة أو ١٠٠ ساعة أو أكثر أو أقل، فهل يكون هذا موجباً لبطلان هذا العقد؟!

والجواب: أن كل ساعة من العمل تقابل ثمناً معيناً وهذا كاف لصحة هذا العقد بعد شمول أوفوا بالعقود له ولا يرى العرف غرراً إذا كانت ساعات العمل غير معلومة، ولكن لها نهاية وهي نهاية عقد الصيانة (بعد سنتين مثلاً).

نعم قد يقال بوجود تعليق في المعاملة من ناحية أن التعمير والإصلاح معلق على طروء العيب، والتعليق مبطل للعقد إجماعاً لأن العقود يعتبر فيها التنجيز.

ودفع هذا الإشكال يكون بقولنا إن متعلق المعاملة هو استعداد الصائن للقيام بالخدمة اللازمة عند الحاجة وهو أمر منجَز لا معلق مثل عقد الحراسة^(١).

الثاني: تعهد بالصيانة بمبلغ مقطوع لكل مرة تخرب فيه الآلة مهما كان عدد ساعات العمل لكل عملية صيانة، والآلات (قطع الغيار) يشتريها المالك من السوق.

(١) يراجع ما قيل في بطلان ما إذا أجره البيت كل شهر بدرهم وبطلانه. نعم هذا يوجب جهالة في مدة الإجارة إلا أن ما نحن فيه مختلف إذ الصيانة لها أجل محدد فالسعر على وحدة العمل ما دام الزمن للصيانة محدد لا يوجب غرراً وخطراً وجهالة مبطل.

وقد يقال: إن هذا العقد فيه غرر وتعليق: أما الغرر فلعدم معلومية مقدار الحاجة إلى الإصلاح، وأما التعليق: فلأن الإصلاح معلق على طروء العيب. وهذا العقد مثل العقد على حراسة المبنى من دون تحديد للجهد الذي يبذله الحارس، فإذا صححنا عقد الحراسة فهذا العقد صحيح أيضاً فلاحظ.

وبعبارة أخرى: لا غرر؛ لأن متعلق العقد ليس هو الصيانة الخارجية، بل هو استعداد الشركة والصائن للقيام بالخدمات اللازمة لإدامة عمل الأجهزة، وتبديل قطع الغيار على المالك وهو أمر معلوم ليس فيه جهالة في نظر العرف، كما أن مورد المعاملة ليس معلقاً إذ هو استعداد الشركة للعمل اللازم عند الحاجة وهو أمر موجود ومنجز فلا تعليق أيضاً.

وهذا الوجه لتصحيح عقد الصيانة متوقف على القول بأن المتخصص للصيانة لا يجهل عدد الساعات (أو الزمان) الذي يبذله للصيانة ولا يجهل احتياجه إلى قطع الغيار وان كانت هناك جهالة فهي يسيرة مغتفرة عرفاً.

الثالث: تعهد الصائن بتقديم العمل وقطع الغيار معاً في كل مرة تحتاج الآلة إلى صيانة لقاء مبلغ مقطوع شهرياً أو سنوياً.

وهذا أيضاً مثل عقد الحراسة من دون علم باحتياج الحارس إلى كمية الاطلاقات التي يطلقها من سلاحه للمحافظة على المخزن أو البضاعة أو البيت والأثاث، فقد يهاجم في كل أسبوع مرة بحيث يحتاج إلى إطلاق مائة رصاصة كل أسبوع، وقد يحتاج في الشهر إلى إطلاق رصاصات قليلة نتيجة مهاجمة واحدة أو تسلل سارق واحد، وقد لا يحتاج إلى إطلاق الرصاص إذا كان منتبهاً وحذراً بحيث لا يجرؤ السارق أو عصابات السرقة على مدهمته ما دام حذراً يقضاً. فلاحظ.

بعبارة أخرى: لا غرر ولا تعليق؛ لأن متعلق العقد - كما تقدم - هو استعداد الصائن أو الشركة للقيام بالخدمة اللازمة لإدامة عمل الأجهزة وهذا لا غرر فيه عرفاً ولا تعليق فلاحظ.

ملحوظة:

في كل هذه العقود الثلاثة: إذا ما تضمن العقد نصاً صريحاً يعتبر ما يضيفه المالك من آلات جديدة خلال مدة العقد يكون داخلاً في العقد بمجرد ضمه إلى سائر الآلات الموجودة لديه عند التعاقد، فهل هذا الشرط صحيح في ضمن العقد؟!

الجواب: قد يقال إن هذا الشرط فيه جهالة ما يضم من آلات جديدة خلال مدة العقد، ومن شرط صحة الشرط أن يكون معلوماً، وهذا ليس معلوماً فيكون باطلاً. فلاحظ.

علاقة شرط الصيانة بخيار العيب:

إن شرط الصيانة:

(١) ليس بديلاً كاملاً لخيار العيب، فإن الردّ بالعيب يبقى قائماً مع وجود شرط الصيانة، ولكنه ينحصر في الحالات التي لا تبرئها الصيانة في العين المعمّرة المباعة، مثلاً لو تبين بعد قبض السيارة وجود شرخ أو اعوجاج في هيكلها الأساسي، فإن ذلك يعتبر عيباً أوسع من أن يصلحه الصائن وهو يستوجب الردّ بالعيب.

(٢) ولكن مع ذلك فإن شرط الصيانة له علاقة بخيار العيب ويتضح ذلك بأمور:

أولاً: إن من مسقطات خيار الردّ عند الفقهاء هو زوال العيب قبل الردّ. وحينئذٍ يشكّل شرط الصيانة مسقطاً تعاقدياً للردّ بالعيب في الأحوال التي يمكن أن تشملها الصيانة، أي أنّ نفس شرط الصيانة هو عبارة عن إسقاط خيار الردّ في العيب القابل للإصلاح، أو نقول: أن العيب لو أمكن تداركه بزمن يسير فهو يمنع الخيار، وفي شرط الصيانة يمكن تدارك العيب بإصلاحه بزمن يسير فهو مانع عن الخيار.

على أن تقويت منافع المبيع على المشتري زمنياً يسيراً مما يتساهل به عادة، فلا يثبت الخيار بالعيب إذا كان زوال العيب يتمّ بزمن يسير. فلاحظ.

وإن لم يكن خيار العيب زائلاً عند فوات المنفعة زمنياً يسيراً، فيمكن اشتراط المنفعة البديلة عند فوات المنفعة زمنياً يسيراً وبذلك لا يثبت خيار العيب في هذه الحالة التي يصلح فيها المعمل بزمن يسير.

ثانياً: قال الفقهاء بسقوط خيار الردّ بالعيب بصريح الإسقاط أو بالإبراء «أي التبريء من العيب» أو بالرضا بالسلعة المعيبة صراحة أو بتصرفات دالة على الرضا، وعلى هذا فإن تراضي الطرفين بالصيانة أولى بالصحة من هذه الأمور.

إذن شرط الصيانة هو إذن بقبول السلعة المعيبة إذا أصلحت من قبل البائع (الصانع) وهذا مثل إسقاط خيار العيب أو التبريء منه، «أي إبراء المشتري البائع من الردّ بعيب السلعة».

على أننا يمكننا أن نقول: إن شرط الصيانة يرفع موضوع الإرش، لأن الإرش هو نسبة الفرق بين العين الصحيحة والمعيبة السوقية إلى المسمى، وشرط الصيانة هو تقديم لنقص المثل، فإذا لم يكن نقص في المثل بسبب الصيانة فلا إرش ولا نقصان.

كما يمكن القول بأن شرط الصيانة هو إبراء للبائع (أو الصانع) من العيب؛ لأن مقتضى شرط الصيانة هو أن المشتري رضي بإبراء البائع من الردّ بالعيب في جميع الحالات الخاضعة للصيانة، أي أن المشتري قبل التزام البائع بإصلاح أي عيب يمكن إصلاحه مما قد يظهر في المستقبل وأنه تنازل عن خيار الردّ بالعيب في هذه الأحوال أو أسقطه.

ومع هذا نقول: إذا كانت الصيانة مؤقتة فإن هذا التوقيت يعني إسقاط خيار العيب أو التصريح بالرضا بالعيب مادامت فترة الصيانة موجودة ، أما إذا انتهت فترة الصيانة وظهر عيب في السلعة كان موجوداً قبل عقد البيع فيتمكن المشتري من الاستفادة من خيار العيب بالإرش إذا لم يتمكن من ردّ السلعة المشتراة. فلاحظ.

ثم إذا كانت الصيانة لمدة خمس سنين وانتقلت السلعة لمالك جديد بالبيع أو الهبة أو الإرث فيبقى عقد الصيانة أو شرط الصيانة نافذاً لأن التزام البائع (الصانع) يرتبط بالآلة المعقود عليها وإصلاحها وليس مرتبطاً بالشخص ، فينتقل هذا الالتزام لنفع المالك الجديد لاستكمال مدة الصيانة إلا إذا أُقيل الصائن من قبل البائع وزال عقد الصيانة أو زال الشرط في العقد ، فهنا لا يبقى التزام الصائن للمالك الجديد ، وحينئذٍ إذا ظهر عيب في السلعة المباعة فهل يتمكن المشتري الجديد ان يطالب بالإرش أو يفسخ العقد؟

الجواب: يوجد قولان في خيار العيب:

الأول: إن المشتري إذا وجد عيباً في السلعة المشتراة قبل الشراء فهو بالخيار بين الرد وأخذ الإرش.

الثاني: إن المشتري إذا وجد عيباً في السلعة المشتراة قبل الشراء فله حق الرد فقط ، فإن لم يتمكن من الردّ يجوز له أخذ الإرش ، وهذا هو الصحيح لأن الأدلة تقول: له أن يردّ فإن تصرف في المبيع (السلعة) ولم يتمكن من الردّ فله حق أخذ الإرش.

وهنا نقول إذا اشترط الصانع (البائع) الصيانة ، فهل يجوز للمشتري أن يتنازل عن شرط الصيانة ، فإذا ظهر عيب ولم يتمكن من ردّ السلعة يأخذ الإرش؟

الجواب: ليس له ذلك لأن شرط الصيانة كما هو حقّ للمشتري هو حقّ للبائع حيث إنّه يفيد البائع أيضاً ، فللبائع أن لا يتنازل عن حقه في الصيانة التي معناها أن المشتري ليس له حقّ المطالبة بالإرش إذا كان بالإمكان إصلاح السلعة بدون إعطاء الإرش للمشتري. فلاحظ.

وأما إذا كان شرط الصيانة موجوداً ووقت الصيانة باقٍ ، فالعيب الذي يظهر في السلعة وكان موجوداً قبل العقد الثاني يأتي فيه ما تقدم من أن شرط الصيانة يرفع موضوع الإرش أو الردّ بالعيب. فلاحظ.

أما الشكل الرابع عقد تأمين الصيانة:

فهو عقد يلتزم فيه طالب التأمين بدفع مبلغ معيّن لقاء التزام المؤمن بدفع تعويض عن الضرر الذي يلحقّ بالمستأمن إذا وقع الخطر المؤمن ضده خلال فترة معيّنة (كسنة مثلاً) وهذا يشبه عقد الصيانة العلاجية الطارئة «لا الوقائية» سوى أن الصائن لا يلتزم عادة تقديم مبلغ مالي يعوّض ربّ الآلة عن الضرر الذي يحدث عن العطل الطارئ ، بل يلتزم إصلاح العطل وتبديل القطع التالفة حينما يلزم ذلك.

وهذا العقد راجع إلى صحة عقد التأمين أو بطلانه، فإذا قلنا إن عقد التأمين بين شركة التأمين والمستفيد من هذا العقد صحيحٌ بملاك «الهيئة المعوّضة بالالتزام بالتعويض عن إصلاح الضرر الذي يحدث في الآلة، أو بملاك الصلح أو الضمان أو بملاك كون التأمين هو عقد جديد يشملهُ أوفوا بالعقود بأن يكون قسط التأمين مقابل التزام المؤمن بتدارك الخسارة الحاصلة في الآلة مثلاً».

فهنا يكون عقد تأمين الصيانة أيضاً صحيحاً سواء أعطت شركة التأمين نفقات الصيانة أو أرجعت صاحب السلعة المصانة إلى متخصصين تعاقدت معهم شركة التأمين لتصلح ما يطرأ من عيب في السيارات والآلات المباعة للأشخاص المالكين لهذه الآلات.

أما الصيانة الدورية فلا يشملها عقد التأمين، وحينئذٍ إذا كانت الصيانة تشمل الوقائية والعلاجية فلا تكون شبيهة بعقد التأمين، على أن عقد التأمين غالباً ما يكون فيه التعويض المادي عن الضرر لا الإصلاح الذي وقع كما هو المراد من عقد الصيانة. فلاحظ.

أما بالنسبة لعقود الصيانة مع غير الصانع والبائع:

فلها ارتباط بخيار العيب أيضاً إذ ليس هو بديل عن الردّ بخيار العيب فلا يتمكن أن يردّ المشتري بالعيب الذي يظهر ولكنه يتمكن أن يأخذ الإرش من البائع إذا ظهر عيب ولم يتمكن أن يردّ السلعة لتصرفه فيها لأن المشتري في هذه الصورة قد عمل عملاً يدلّ على إسقاطه لخيار الردّ بالعيب وهو تعاقدته مع شركة الصيانة على صيانة العيب الذي يمكن إصلاحه، وهذا مثل من كان له خيار بالردّ إلى ثلاثة أيام ثم يقدم على بيع السلعة كأن يعرضها للبيع أو قال لشخص آخر بعتك هذه السلعة بكذا دينار ولو لم يقبل الطرف الآخر، فإنّ هذا التصرف القولي هو عبارة عن قبول السلعة وإسقاط للخيار.

فكذا هنا عندما عقد عقد صيانة مع شركة خارجية، فهو يدلّ دلالة واضحة على إسقاط خيار الردّ بالعيب.

أما الإرش فهو يستحقه وذلك؛ لأن السلعة معيبة ولم يعمل البائع أو الصانع عملاً يقوم نقص المثلن حتّى يرتفع موضوع الإرش.

نعم المشتري عمل عملاً يقوم نقص المثلن إلا أنه بأجر. فلاحظ.

من يتحمّل مسؤولية الإيراد المفقود؟

هناك إيراد يفقد إذا تعرضت الآلة لعيب وحضر الصائن لإزالة العيب، إذ قد يحتاج الصائن إلى مدة لإعادة السلعة إلى حالتها الأولى المنتجة، وبذلك يفوت على المالك إيراد مهم بسبب هذا التعطلّ فمن يكون المسؤول عن هذا الإيراد المفقود؟ هل هو متعهد أو مؤمنّ الصيانة؟ أم المالك؟ أم البائع (الصانع)؟

والجواب: إن هذه المسؤولية عن الإيراد المفقود يمكن حسمها بالشرط ؛ بأن يشترط أن تكون هذه المسؤولية على البائع (الصانع) أو يتحملها المالك للسلعة وهو المشتري أو الصائن أو يشترط تقديم آلة بديلة من الصائن أثناء عملية إصلاح الآلة وإرجاعها إلى حالتها المنتجة، كما إذا كانت الصيانة على مولد للطاقة الكهربائية، فعند طرؤ عيب عليه يجب على الصائن توفير مولد مؤقت للمالك إلى حين صيانة المولد الأول.

ولكن يتساءل هنا عن وجود فرق بين كون التعطل بسبب عيب في أجزاء الآلة أو المواد التي صنعت منها أو من تصميمها وبين ان يكون التعطل قد حصل بسبب طارئ لا علاقة له بصنع الآلة مثل الريح العاصفة التي أدخلت الأتربة في بعض أجزاء الآلة؟!

والجواب: إن عقد الصيانة قد يكون شاملاً لجميع الصور المتقدمة وقد يكون مختصاً بالصورة الأولى دون الثانية «كما هو الشائع» فيتبع العقد وشموله أو ضيقه. فلاحظ.

مسؤولية الأضرار: من يتحمل مسؤولية الأضرار التي تقع بسبب عيب في التصميم أو في المواد المستعملة في التصنيع مما يكتشف بعد زمن طويل فقد تحترق السيارة فجأة نتيجة عيب في بعض آلاتها فيحترق معها أثاث موجود في السيارة أو يحترق معها إنسان أو جماعة، فهل يتحمل مسؤولية هذه الحوادث البائع (الصانع)؟ أو الصائن؟ أو المالك؟

والجواب: إن الذي يتحمل هذه المسؤولية هو المسبب لهذه الإضرار، فإن كان هو الصانع نتيجة التصميم أو المواد المستعملة في التصنيع فيكون هو المسؤول عن هذه الأمور ويتحمل تبعاتها، أما إذا كان المسبب لهذه الحوادث هو الصائن، حيث قصر في عمله الواجب عليه «الذي يجب عليه تبديل قطع الغيار ولم يعمل»، فيكون هو المسؤول عن الأضرار الواقعة ويتحمل تبعاتها.

تنبيه: هناك إصلاحات تفرضها الحكومة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة «والسلامة العامة» فهل يتحمل هذه الإصلاحات المالك أو الصائن أو الصانع؟

والجواب: إذا لم يكن عقد الصيانة شاملاً لهذه الإصلاحات عادة فيتحملها مالك السلعة لأنها إصلاحات تفرضها الحكومة على مالك الآلة لا على صانعها الذي صنعها قبل عشر سنين أو بائعها الذي خرج عن عهدها منذ مدة مديدة. فلاحظ.

الصيانة عقد مستقل:

وبعد أن تقدم ان عقد الصيانة ليس إجارة ولا استصناعاً ولا جعالة ولا تأميناً، فلا يمكن تطبيق أحكامها على الصيانة فلم يبق لنا إلا أن نقول: إن عقد الصيانة هو عقد مستقل، وإن كان هو من صنف عقود الإجارة على العمل إلا أنه تميّز بخصائص معينة هي:

(١) أن عقد الصيانة هو عقد زمني (فهو يشبه الإجارة) فلا بد فيه من تحديد المدة، وبذلك يختلف عن الجعالة.

(٢) عقد الصيانة لازم للطرفين (فهو يشبه إجارة الأبدان والأعيان) ولكنه خلاف الأصل في الجعالة وخلاف الأصل في الاستصناع.

(٣) يجوز أن تعجل الأجرة أو تؤجل أو تتجم حسب الاتفاق، وهذا يختلف عن الجعالة ويتفق مع إجارة الأبدان والاستصناع.

(٤) يستحق الصائن الأجرة عند تحقق غاية العمل والالتزام بالعقد وإن لم تظهر حاجة إلى صيانة طارئة فضلاً عن مقدارها. (وهذا يشبه جهالة العمل في الجعالة ولكنه يخالف الجعالة في عدم استحقاق الجعل إلا بعد تحقق الغاية من الجعالة).

(٥) يقدم الصائن عادة المواد وقطع التبديل (وهذا خلاف الجعالة والإجارة على الأبدان والسلع، ولكنه موافق للاستصناع إلا أنه يخالفه في أن الاستصناع متركز على معلومية المواد بخلاف الصيانة).

نعم قد يكون الاتفاق على أن تكون قطع الغيار على المالك وهو الذي يوكل الصائن في شرائها وبذلك ستكون الصيانة دورية وعلاجية من دون تقديم قطع الغيار.

(٦) إن محل العقد في الصيانة يكون العمل إذا كانت الصيانة دورية وهذا العمل معلوم، ولكن قد يكون محل العقد هو الصيانة الدورية والعلاجية وبهذا سيكون العمل مجهولاً وإن حدد العقد بزمان معين (وبهذا يختلف عن الإجارة ويشبه الجعالة).

(٧) إن عقد الصيانة الشامل للعلاجية والوقائية يكون مجهول العمل ومجهول تبديل القطع الفاسدة والتالفة، (وهذا يختلف عن المقاولات في الاستصناع التي يكون العمل والسلع المعروفة معلومة، وإن كان يشبه الجعالة في جهالة العمل).

وعلى كل حال: فإن تكييفه الشرعي بعد استبعاد أن يكون هذا العقد مشمولاً للنهي عن صفقتين في صفقة (أو بيعتين في بيعة) الذي لم يأخذ أحد من الفقهاء بعمومه، وبعد تفسيره من قبل راوي الحديث أنه عبارة عن قول البائع بعتك بنسأ كذا وكذا وينقد بكذا وكذا، أو أن المراد هو أن يبيعه مؤجلاً بشرط أن يشتريه معجلاً بأقل مما باعه (وهو إشارة إلى بيع العينة الذي هو باطل بسبب اشتراط البيع الثاني في البيع الأول كما وردت بذلك روايات أهل البيت في سبب البطلان هذا).

وبعد استبعاد أن يكون هو من موارد المنع عن بيع وشرط الذي تكون موارد قريية من النهي عن صفقتين في صفقة، أو أنهما بمعنى واحد.

وبعد استبعاد أن يكون عقد الصيانة هو عقد مقاوله أو عقد استصناع لما تقدم.

وبعد استبعاد أن يكون عقد إجارة أو عقد جعالة أو عقد تأمين كما تقدم.

فنقول:

- (١) إذا كانت الصيانة شرطاً في ضمن عقد البيع «سواء كانت وقائية أو علاجية» فالمؤمنون عند شروطهم يقول بصحة هذا الشرط الذي لا يخالف كتاباً ولا سنة ولا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، والشرط معلوم، وإن كان متعلق الشرط الذي هو الصيانة مجهولاً فإننا قبلنا في الشروط أن يكون الشرط معلوماً مثل أن تتزوج المرأة شخصاً بمهر كذا على أن يحجّها، فالشرط وهو الحج معلوم وإن كان متعلق الحج وهو ما يبذل فيه من المال والجهد غير معلوم. ويمكن القول: بأن بعض الصيانة العلاجية: هي أسلوب لتحقيق ضمان البائع للعيوب الخفية في المبيع بإصلاحها.
- (٢) إذا كانت الصيانة عقداً مستقلاً: للصيانة الدورية، فهو عقد صحيح معلوم الجهد والعمل كالإشراف على عمل الأدوات كل أسبوع مرتين أو أكثر.
- (٣) إذا كانت الصيانة عقداً مستقلاً: للصيانة الوقائية الدورية والعلاجية على أن تكون الآلات على مالك السلعة، فهو عقد صحيح معلوم الجهد والعمل بان تبقى الآلة أو المعمل في عمل منتج وتصلح كلما طرأ عليها عيب، وتقدير ساعات الإصلاح سهلة على المتخصصين، أو يكون مثل عمل الحارس الذي يقدر العمل حسب ظروف عقد الحراسة.
- (٤) إذا كانت الصيانة عقداً مستقلاً: للصيانة الوقائية الدورية والعلاجية على أن يكون تبادل السلع الفاسدة على الصائن لمدة محددة فهو عقد صحيح إذا كان يمكن تقدير تبادل قطع الغيار للمتخصصين في المدّة المحددة، ويمكن تقدير عدد ساعات العمل فلا يحصل غرر ولا جهالة وإذا كانت هناك جهالة فهي يسيرة مغتفرة لا تؤدي إلى منازعة بحيث يكون العقد باطلاً. وهذا هو الميزان في صحة هذا العقد ويمكن ان يقال: إن الجهالة إذا أدت إلى منازعة فهي مبطللة للعقد أما إذا لم تؤد إلى منازعة فلا بأس بها وهذا يحتاج إلى تأمل.
- (٥) وبالأولى نحكم بصحة عقد الصيانة المستقل (الوقائية والعلاجية) مع كون قطع الغيار على المالك ويكون الصائن وكيلاً في شرائها وتبديل الفاسد بالصالح مع أخذ نسبة من سعر السلع كأجرة على عمله.

أقول:

حتى إذا قلنا إن عقد الصيانة فيه جهالة على الصائن في العمل وتبديل قطع الغيار فمع هذا نقول بصحته بعد صدق العقد عليه وفائدته للطرفين مثل عقد التأمين الذي صححناه على أنه عقد جديد ولكن فيه جهالة في التعويض عن الضرر الذي سيحدث ومثل عقد الجعالة الذي فيه جهالة في عمل العامل فلاحظ.

فإن : أوفوا بالعقود ، تتطبق على كل عقد جديد أقدم عليه الناس لمصالحهم ولم يوجد فيه نهي بالخصوص وتوفرت فيه شرائط العقد والعوضين والمتعاضين فهنا العوض معلوم وهو أجرة الصائن والمعوض معلوم وهو صيانة المعمل صيانة وقائية وعلاجية.

فالالتزام بالصيانة كالتزام بتعويض المؤمن على الخسارة التي تحصل فيما بعد وهي مجهولة فعقد الصيانة داخل تحت أوفوا بالعقود خصوصاً مع عدم وجود منازعات في هذه العقود ، ولا يصدق عليها أنها غررية رغم وجود جهالة في العمل قليلة أو كثيرة. فلاحظ.

محمد حسن الجواهري

المحتويات

١	عُقود الصيانة
١	مقدمة
١	كيف ظهرت عقود الصيانة؟
٣	مقدّم الصيانة:
٣	تعريف الصيانة:
٤	فالصيانة إذن:
٤	ضمان الصائن:.....
٥	شروط قد يتضمنها عقد الصيانة:
٥	التشغيل والصيانة:.....
٦	خصائص عقد الصيانة:
٧	أما الطبيعة التأمينية لعقود الصيانة:
٨	إذن عقد الصيانة:
٩	ما هو عقد التأمين؟!
٩	حقيقة التأمين وحاجة المجتمع إليه:
١٠	حكم هذا العقد الجديد:
١٤	و ضمان الأعيان الشخصية:
١٧	عقود مشابهة لعقد الصيانة
١٩	أما الشكل الأوّل شرط الصيانة في عقد البيع: ...
٢٧	أما الشكل الثاني عقد صيانة مستقل بين الصائن والمالك:
٢٨	أما الشكل الثالث عقد التعهد بالصيانة:
٢٨	أما الشكل الرابع عقد تأمين الصيانة:
٢٩	التكييف القانوني للصورة الثانية والثالثة:
٣٥	علاقة شرط الصيانة بخيار العيب:
٣٦	أما الشكل الرابع عقد تأمين الصيانة:
٣٧	أما بالنسبة لعقود الصيانة مع غير الصانع والبائع: ..
٣٧	من يتحمّل مسؤولية الإيراد المفقود؟.....
٣٨	الصيانة عقد مستقل:.....
٤٢	المحتويات



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

عقود الصيانة صورها ، تخريجاتها

إعداد

الشيخ الدكتور عكرمة سعيد صبري
الخبير بمجمع الفقه الإسلامي الدولي

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا وحبينا محمد النبي الأمي الأمين، وعلى آله الطاهرين المبجلين، وصحابته الغر الميامين المحجلين، ومن تبعهم وخطا دربهم ونهج نهجهم إلى يوم الدين وبعد.

فإني أولاً أشكر المجمع الفقهي الإسلامي الدولي بجدة لإعادة طرح موضوع "الصيانة" لوضع النقاط على الحروف، ولوضع القواعد العامة لعقود الصيانة المتشابكة والمتقاربة السائدة بين الناس.

وعليه فقد قمت بتحضير ورقة العمل والتي بعنوان (عقود الصيانة - صورها وتخريجاتها) لتشمل التمهيد، واحدى عشرة مسألة من عقود الصيانة مع التكييف الشرعي لها : من الجواز أو عدمه.

وآمل أن أكون قد ساهمت ولو باليسير في هذا الموضوع المطروح للمناقشة، فإن أصبت فذلك بتوفيق من الله عزوجل علي، وإن أخطأت فهذه شيمة الإنسان، والكمال لله وحده.

والحمد لله على نعمة الإسلام.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

مارس (آذار) ٢٠١٢م

الشيخ د. عكرمة سعيد صبري - القدس

www.ekrimasabri.net

ekrima.sabri@gmail.com

الجوال الدولي: ٠٠٩٧٠٥٩٩٣٩٩٠٥٣

التمهيد

إن صور عقود الصيانة تُعد مستحدثة ولم تكن مألوفة سابقاً في مجال المعاملات، وأحاول تكييف هذه المسائل من الناحية الشرعية وتخريجها من باب الاجارة ما أمكنني ذلك. شريطة أن تخلو العقود من الجهالة في العقود عليه، ومن الغرر الكبير (الفاحش) الذي يفضي إلى النزاع بين أطراف العقد، وبما أن التعامل بين الناس يقوم على نظرية العقد، فقد قمت بتعريف العقد لغة واصطلاحاً، وبما أن عقود الصيانة لا تخلو من وجود الغرر فيحسن أن نضع القواعد العامة المتعلقة بالغرر حتى نطمئن على سلامة العقود المتعلقة بالصيانة، وعلى ضوء هذه القواعد يمكننا أن نحكم على مشروعية العقود أو عدم مشروعيتها.

المطلب الأول

تعريف العقد

أ- تعريف العقد لغةً:

الشد والتوثيق والإحكام ، والجمع بين أطراف الشيء وربطها ، ويشمل العقد في اللغة : المعنى المادي المحسوس، والمعنى المعنوي كالعهود والمواثيق أيضاً ، فقد جاء في تفسير البحر المحيط لابي حيان " وقال الزجاج العقود أوكد من العهود، وأصله في الأجرام ثم توسع وأطلق في المعاني " ^١.

وجاء في تفسير الألويسي: "وأصل العقود الربط محكماً ثم تجوز به عن العهد الموثق" ^٢. وفي تفسير فتح القدير للشوكاني: "العقود: العهود، وأصل العقود الربوط. واحدها: عقد. يقال: عقدتُ الحبل والعهد، فهو يستعمل في الأجسام والمعاني، وإذا استعمل في المعاني أفاد أنه شديد الإحكام والتوثيق" ^٣.

ب- تعريف العقد اصطلاحاً:

هناك تعريفات متعددة لمعنى العقد اصطلاحاً، أشير إلى اثنين منها:

- ١- "تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل".
- ٢- العقد هو ما يتم به الارتباط بين إرادتين من كلامٍ وغيره، كالإشارة والكتابة، ويترتب على ذلك التزام بين طرفين ^٤.

^١ - تفسير البحر المحيط ج ٣ ص: ٤١٠.

^٢ - روح المعاني للألويسي ج ٢ ص: ٢٣٩.

^٣ - تفسير فتح القدير ج ٢، ص: ٢.

^٤ - العناية على هامش فتح القدير ج ٥، ص: ٨٤ ودرر الأحكام في شرح غرر الأحكام ج ١ ص: ٢٢٦. أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص: ٢٩٤ والدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص: ٥ و٦. بداية المجتهد ج ٢، ص: ١٨٥، ونظرية الغرر في الشريعة الإسلامية د. ياسن درادكة ج ١ ص: ٦.

المطلب الثاني تعريف الغرر في الفقه الاسلامي

أ- تعريف الغرر لغةً:

الغرر هو الخطر، ونهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر، وغرته الدنيا غروراً، من باب قعد، خدعته بزيتها فهي أي (الدنيا) غرور (فتح الحرف الأول) تفيد المبالغة، وغرّ الشخص يغرّ (من باب ضرب) غرارة (فتح الحرف الأول) فهو غار.^١

ب- تعريف الغرر اصطلاحاً:

١- لدى الحنفية:

قال الزيلعي (والغرر ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا) ^٢

وقال بابر تي: "الغرر ما طوى عنك علمه"^٣

وقال الكاساني: "الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك"^٤

وقال السرخسي: "الغرر ما يكون مستور العاقبة"^٥

وقال ابن عابدين: "الغرر هو الشك في وجود المبيع"^٦

٢- لدى المالكية:

قال المازري: "الغرر ما تردد بين السلامة والعطب"^٧.

وقال الدسوقي: "الغرر التردد بين أمرين: أحدهما على الغرر، والثاني على خلاف"^٨.

ووصف الإمام مالك الغرر بأنه مخاطرة.^٩

٣- لدى الشافعية:

قال البجيرمي: "الغرر ما انطوت عنا عاقبته ، أو الغرر ما تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما"^{١٠}.

^١ - المصباح المنير ج٢، ص: ٦٨٢؛ والقاموس المحيط ص: ١٠١.

^٢ - نصب الراية ج٤ ص: ٤٦؛ والتعريفات للسيد الجرجاني. ص" ١٤١.

^٣ - العناية بهامش فتح القدير ج٥ ص: ١٩٢.

^٤ - بدائع الصنائع ج٥ ص: ١٦٣.

^٥ - المبسوط ج١٢ ص: ١٩٤.

^٦ - حاشية ابن عابدين ج٥ ص: ٦٢.

^٧ - جواهر الإكليل ج٢ ص: ٢١.

^٨ - الدسوقي على الشرح الكبير ج٣، ص: ٥٥.

^٩ - المدونة الكبرى ج١٠ ص: ٣٨؛ والموطأ على هامش تنوير الحوالك ج٢ ص: ١٥٧.

^{١٠} - البجيرمي ج٢ ص: ١٨٣ وإعانة الطالبين ج٣ ص: ١٠.

وقال الشرقاوي: "العقد الذي فيه غرر هو ما انطوت عنّا عاقبته أو ما تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما".^١

وقال الرملي: "الغرر ما احتمل أمرين أغلبهما أخوفهما، وقيل ما انطوت عنّا عاقبته".^٢

وقال الماوردي: الغرر ما تردد بين متضاربين أغلبهما أخوفهما، وقيل ما انطوت عنّا عاقبته^٣

٤- لدى الحنابلة:

قال القاضي وجماعته: "الغرر ما تردد بين أمرين ليس أحدهما أظهر"^٤

أقول: إن المراد بالعاقبة أي النتيجة والمحصلة فهي موهومة وغير واضحة وغير معلومة، والمراد ب (أغلبهما أخوفهما) أي أن الغموض يتغلب على الوضوح، ويترتب على ذلك التخوف من هذا الغموض لأن الغرر يكتنفه الخداع والابهام والتوريط، والمراد (ليس أحدهما أظهر) أي أن الغموض يكتنف الاحتمالين.^٥

وكما هو معلوم أن رسولنا الأكرم محمد ﷺ "نهى عن بيع الغرر"^٦ في عدة أحاديث نبوية شريفة.

المطلب الثالث

الغرر المؤثر في العقد

والغرر غير المؤثر في العقد

لقد قسم الفقهاء الغرر إلى قسمين على ضوء تأثيره في العقد وعدم تأثيره، فقالوا: إن الغرر المؤثر في العقد هو الغرر الفاحش (الغرر الكبير أو الكثير) الذي يفضي إلى النزاع بين الطرفين. فإن وجود هذا الغرر يمنع صحة العقد.

وأما الغرر الذي لا يؤثر في العقد هو الغرر اليسير (المحتمل والقليل) فإن وجوده في العقد لا يفضي إلى النزاع بين المتعاقدين، ويكون العقد صحيحاً. مع الإشارة إلى أن معظم عقود المعاملات لا تخلو من الغرر اليسير^٧

^١ - الشرقاوي على تحفة الطلاب ج ٢ ص: ٩٠.

^٢ - نهاية المحتاج ج ٣ ص: ٤١٥.

^٣ - ج ٦ ص: ١٧؛ ومغني المحتاج ج ٢ ص: ١٢.

^٤ - مطالب أولي النهي ج ٣ ص: ٢٥.

^٥ - المنتقى من أحاديث المصطفى صلى الله عليه وسلم - لصاحب الورقة (د. عكرمة سعيد صبري ص: ٢٨٦، و ص: ٣٨٧).

^٦ - أخرجه مسلم وأحمد ومالك وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والبيهقي عن الصحابة الأجلاء أبي هريرة وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وأبي سعيد الخدري وأنس بن مالك وغيرهم رضي الله عنهم.

^٧ - الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ١٢١؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص: ١٢٠.

ويقول الإمام النووي في الغرر الذي لا يؤثر في العقد : (... وهو أنه إذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز منه إلا بمشقة أو كان الغرر حقيراً جاز البيع.

أما الغرر المؤثر فإنه عكس ذلك : إذا لم تدع الحاجة إلى ارتكابه ويمكن الاحتراز عنه بدون مشقة وكان الغرر كثيراً فإن العقد لا يجوز^١

ويقول ابن رشد "إن الغرر غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إلى الضرورة أو ما جمع الأمرين.^٢ (أي اليسر والضرورة).

ويمكن الإشارة إلى بعض العقود التي يؤثر فيها الغرر ويؤدي إلى عدم صحة العقود على سبيل المثال لا الحصر:

بيع الصوف عن ظهر الغنم قبل جزه، واللحم قبل الذبح، واللبن في الضرع قبل حلبه، والتمر قبل بدو صلاحه، والطير في الهواء، والسّمك في الماء. فإن مثل هذه العقود تكتنفها الجهالة الفاحشة في (المعقود عليه) بحيث تفضي إلى المنازعة وإلى بطلان هذه العقود وعدم صحتها، وكذلك فإن أي عقد على معدوم (غير موجود) فهو باطل، من باب أولى^٣.

وإذا أردنا تطبيق تأثير الغرر على العقود بشكل عام فنقول:

- ١- عقود المعاوضات المالية فإن الغرر يؤثر فيها وكذلك عقود الإجازات والشركات.
- ٢- ما سوى ذلك من العقود فإن الغرر لا يؤثر فيها وإنه يفتقر ويتجاوز عنه، مثل عقود التبرعات كالهبة^٤

^١ - المجموع - ج ٢ - ص: ٢٨١.

^٢ - بداية المجتهد ج ٢ ص: ١٧٠.

^٣ - تحفة الفقهاء ج ٢ ص: ٦٨ ؛ وفتح القدير ج ٥ ص: ١٠٢ و ص: ١٩٢، و ص: ١٩٩ ؛ وبدائع الصنائع ج ٥ ص: ١٣٨ و ص: ١٣٩ ؛ والبحر الرائق ج ٥ ص: ٢٧٩ و ص: ٢٨٠ ج ٦ ص: ٨٠ ؛ والخراج لأبي يوسف ص: ٨٧ ؛ وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص: ٥٠٤ و ص: ٥٠٥ ؛ وبداية المجتهد ج ٢ ص: ١٨٦ ؛ والشرح الصغير ج ٢ ص: ١٠٩ ؛ والقوانين الفقهية لابن جزي ص: ٢٥٢ ؛ والمهذب ج ١ ص: ٢٦٩ ؛ وكشاف القناع ج ٣ ص: ١٦٢ ؛ ومطالب أولي النهي ج ٣ ص: ٢٥ ؛ والروض المربع ص: ١٦٦ ؛ والمغني لابن قدامة ج ٤ ص: ١٥٢

^٤ - الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ١٢١ ؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص: ١٢٠.

المسائل التي تتعلق بعقود الصيانة والتكليف الشرعي لها

المسألة الأولى

- صورة عقد الصيانة المنفرد ، وأن الصائن يتعهد بإحضار المادة اللازمة للصيانة.

هذه الصورة جائزة شرعاً من حيث المبدأ إذا توفرت الشروط الآتية:

١. بيان عدد الأجهزة المراد فحصها وصيانتها.

٢. معرفة نوعية الصيانة.

٣. تحديد المدة الزمنية لعقد الصيانة.

٤. الاتفاق على مقدار الأجرة (أجرة الصيانة).

وهذه الصورة عبارة عن عقد إجارة على العمل ، أما بالنسبة للمواد التي يتعهد الصائن بإحضارها فيمكن تقسيم هذه المواد إلى صنفين:

أ. إذا كانت المواد يسيرة فإنها تدخل ضمن عمل الصائن، فهذه يتحملها الصائن لأن عمله لا يتم إلا بها فهي جزء من عمله، ومن مستلزمات العمل، فعلى سبيل المثال: الزيوت ومواد التنظيف التي تستخدم في الصيانة .

ب. أما إذا كانت المواد عبارة عن قطع غيار تتفاوت قيمتها على ضوء الخلل الذي يحتاج إلى صيانة وإصلاح، فإن الواجب هنا أن يتحملها صاحب الجهاز وليس الصائن. ويمكن لصاحب الجهاز أن يشتري قطع الغيار من الصائن أو من غيره من خلال عقد البيع^١

المسألة الثانية

- صور عقد الصيانة في عقد المقاولة الذي يتعهد فيه المقاول بصنع شيء وصيانته لمدة من الزمن

هذه الصورة جائزة شرعاً لأن المقاول ضامن أصلاً لأي تقصير أو لأي عيوب يمكن أن يقع فيما يصنعه ، لمدة معينة ومحددة، لماذا ؟. لأن المقاول ملزم على ضوء عقد المقاولة بتسليم المصنوع سليماً في المدة المحددة في العقد، فلو احتاج المصنوع إلى مواد خلال الصيانة فإن المقاول يتحمل مهما كانت تكلفة الصيانة ومهما كان ثمن المواد وذلك خلال المدة المتفق عليها.

^١ بدائع الصنائع ج٥ ص:٣ ؛ ومغني المحتاج ج٢، ص: ٣٤٠ ؛ ونهاية المحتاج ج٥ ص:٢٨٧ وص: ٢٨٨ ؛ والمغني لابن قدامة ج٥ ص: ٣٢٥ ؛ وكشاف القناع ج٣ ص: ٥٤٧ وص: ٥٤٨

وعليه فإن المقاول يكون قد أخذ الاجرة على التصنيع ، وليس مقابل التعهد بالصيانة بشكل منفصل.

وإذا افترضنا وجود غرر في العقد فإنه يكون يسيراً ومحملاً لا يؤثر على صحة العقد^١

المسألة الثالثة

• **صورة عقد الصيانة الذي يبرم بين المؤسسة والصائن، ويلتزم فيه الصائن بإصلاح العطب للألات مع تقديمه قطع الغيار.**

هذه الصورة غير جائزة شرعاً لأن الغرر فيها فاحش (كبير أو كثير) وأن الجهالة فيها تفضي إلى المنازعة حيث إن قطع الغيار تتفاوت قيمتها بالإضافة إلى أنها ثمينة.

لذا لا بد أن تكون تكلفة قطع الغيار على المؤسسة وليس على الصائن. وإنما يلتزم الصائن بإصلاح العطب مقابل أجره محددة ولمدة معينة، والمعلوم أن الغرر الفاحش يؤدي إلى عدم صحة العقد.^٢

المسألة الرابعة

• **صورة عقد الصيانة الذي يشترط فيه أن يقوم الصائن بالإصلاح وشراء قطع الغيار على حساب المؤسسة، مع حصوله على ربح نسبي معلوم.**

وهذه الصورة جائزة شرعاً فهي عبارة عن عقدين: عقد إجارة وعقد بيع. فإن عقد الإجارة يتمثل في الصيانة المحددة لمدة معينة مع بيان الأجرة أيضاً. وأما عقد البيع فهو بين المؤسسة والصائن بحيث يشتري الصائن قطع الغيار المطلوبة ثم يبيعها إلى المؤسسة مع ربح معلوم النسبة. وهنا يتوجب على الصائن أن يكون أميناً في بيان الثمن الحقيقي لقطع الغيار ولمقدار الربح حيث إن هذا العقد يأخذ حكم بيع المرابحة.^٣

المسألة الخامسة

• **صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بصيانة المعدات الموجودة عند العقد، وما يمكن أن يضيفه صاحب المؤسسة من أجهزة جديدة.**

هذه الصورة غير جائزة شرعاً، وذلك للغرر الفاحش وللجهالة المفضية إلى المنازعة بسبب عدم بيان ومعرفة عدد الأجهزة التي ستضيفها المؤسسة خلال مدة عقد الصيانة، فقد تكون هناك إضافة لعدد كبير من الأجهزة والتي تحتاج إلى صيانة أكثر مما هو

^١ - مغني المحتاج ج ٢ ص: ٣٢٤ وكشاف القناع ج ٣ ص: ٥٥١

^٢ - مغني المحتاج ج ٢ ص: ٣٢٤ ونهاية المحتاج ج ٥ ص: ٢٦٧.

^٣ - بداية المجتهد ج ٥ ص: ٢٦٧ والمهذب ج ١ ص: ٤٠٦ ومغني المحتاج ج ٢ ص: ٢٣٥ ونهاية المحتاج ج ٥ ص: ٢٦٩ وكشاف القناع ج ٢ ص: ٥٥٩ ومطالب أولي النهي ج ٣ ص: ١٠٩ والروض المربع ص: ٢١٥.

متفق عليه عند إجراء عقد الصيانة، وقد لا تكون هناك إضافة أو تكون إضافة يسيرة فالجهاالة مستغرقة في هذه الصورة.^١

المسألة السادسة

- **صورة عقد الصيانة التي يلتزم فيها الصائن بالعمل على تحديث الاجهزة عندما يظهر التحديث طيلة مدة العقد.**

هذه الصورة يحكم عليها بناء على طبيعة التحديث المراد اجراؤه:

٢. إن كان التحديث يترتب عليه شراء قطع أو برامج إلكترونية فهذه الصورة غير جائزة شرعاً لوجود الغرر الفاحش فيها وللجهاالة المفضية إلى المنازعة. لذا لا يجوز أن يتحملها الصائن بل لا بد أن يتحملها صاحب المؤسسة أو صاحب الاجهزة حتى تكون الصورة مشروعة.

٣. أما إذا كان التحديث إدخال برامج وزيارات دورية فإنها تدخل ضمن عقد الصيانة، وهي غير مكلفة، ولا غرر فيها وإن وجد الغرر فيكون يسيراً لا يؤثر على صحة العقد لذا يكون التحديث مشروعاً.^٢

المسألة السابعة

- **صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بتدريب عمالة الطالب، مع الاصلاح عند العطب.**

هذه الصورة جائزة شرعاً مع مراعاة ما يأتي بشأن التدريب:

١. تحديد عدد العمال الذين سيتدربون.

٢. طبيعة العمل الذي سيتدربون عليه.

٣. مدة التدريب.

٤. بيان الاجرة.

أما بالنسبة للإصلاح عند العطب فلا بد من بيان وتحديد مدة الصيانة وأجرتها. فهذه الصورة تشمل أمرين: التدريب، والصيانة.^٣

^١ - مغني المحتاج ج ٢ ص: ٣٢٦ والوجيز في فقه الامام الشافعي ج ١ ص: ١٣٩ وكشاف القناع ج ٣ ص: ٥٥٩ ومطالب اولي

النهى ج ٣ ص: ٦٠١ و ص: ٦٠٢

^٢ - مغني المحتاج ج ٢ ص: ٣٢٤ ونهاية المحتاج ج ٥ ص: ٢٦٧.

^٣ - بدائع الصنائع ج ٤ ص: ٢٠٣ وجامع الفصولين ج ٢ ص: ٥ والمهذب ج ١ ص: ٤٠٦ ومغني المحتاج ج ٢ ص: ٣٢٨.

المسألة الثامنة

- صورة عقد الصيانة الذي يشترط فيه أن يضمن الصائن استمرار عمل المصون، وأن يتحمل تقديم ما يحقق تشغيل الأجهزة وقتياً حتى يتم الإصلاح أو تعويض التالف لصاحب المؤسسة.

إن هذه الصورة بحاجة إلى تفصيل:

١. إذا كان الصائن قد اشترى قطعاً وباعها للمؤسسة وتعهد بضمان هذه القطع وفعاليتها وسلامتها فلا مانع من ذلك شرعاً لأن ربحه وما تقاضاه من المال هو مقابل بيعه للقطع.
٢. كذلك لا مانع شرعاً من أن يتعهد الصائن بتحمل أي نتيجة للعطل المترتب على الخلل في القطعة المباعة.
٣. أما لو كان الصائن يتعهد باستمرارية عمل جهاز لم يبيعه للمؤسسة ولم يبيع قطع الغيار فيه، فإن هذا التعهد غير جائز شرعاً لأنه سيأخذ أجره على تعهد شيء هو لا يتحمل مسؤوليته أصلاً وأن الأجرة لا تجوز أن تؤخذ مقابل هذا التعهد، وإنما الأجرة تؤخذ مقابل الصيانة فقط.^١

المسألة التاسعة

- صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بالتعويض عن الضرر الحاصل. لهذه الصورة احتمالان:

١. إذا تولى الصائن بيع سلعة أو قطع غيار للتاجر أو لصاحب المصنع وحصل ضرر أو عطل في السلعة خلال المدة المتفق عليها فإن الصائن ملزم بالتعويض.
٢. أما التعويض مطلقاً عن الضرر وأخذ أجره عليه فهذا لا يجوز شرعاً وهو يأخذ صورة التأمين التجاري غير المشروع.^٢

المسألة العاشرة

- صورة عقد الصيانة غير المقترن بعقد آخر وغير المحتاج لمواد أخرى. هذه الصورة جائزة شرعاً، بحيث يكون هناك صيانة دورية للأجهزة، ولا يحتاج فيها إلى مواد، فيكون موضوع العقد هو العمل مقابل الأجرة. وهنا لا بد من بيان مدة العقد، ومقدار الأجرة، وعدد الزيارات الدورية.^٣

^١ - بدائع الصنائع ج ٥ ص: ٢١٠؛ والمبسوط ج ١٢ ص: ١٣٩؛ وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص: ٢٢٣

^٢ - بدائع الصنائع ج ٦ ص: ٧؛ وص: ٩؛ والبحر الرائق ج ٦ ص: ٢٣٥؛ وص: ٢٣٩؛ وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص: ٢٨٣؛ وتحفة الفقهاء ج ٣ ص: ٤٠١؛ وص: ٤٠٨؛ وص: ٤٠٩؛ وبداية المجتهد ج ٢ ص: ١٧٢؛ وكتاب المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي ص: ١١٣؛ وص: ١١٧؛ وص: ١١٨؛ وكتاب التأمين الاسلامي - دراسة فقهية للتأمين التعاوني ص: ٣٠؛ وص: ٣١؛ والتأمين الاسلامي - دراسة فقهية تأصيلية ص: ١٦٧؛ وص: ١٦٨.

^٣ - البحر الرائق ج ٧ ص: ٣٢٣؛ وص: ٣٢٤؛ والمغني لابن قدامة ج ٥ ص: ٣٢١

المسألة الحادية عشرة

- صورة عقد الصيانة من خلال شركات التأمين الإسلامية أو التعاونية.

لا مانع شرعاً من أن تكون هناك عقود صيانة مغطاة من شركات التأمين الإسلامية أو التعاونية بحيث يكون هناك مجال لاجراء عقود صيانة فيها جهالة، ولكن تتحملها شركات التأمين الإسلامية أو التعاونية لأن هذه الشركات تكون متبرعة فيما تقدمه من خدمات الصيانة، والتبرعات تغتفر فيها الجهالة اليسيرة التي لا تفضي إلى منازعات.^١

والله تعالى أعلم

^١ - كتاب المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي ص: ١٣٤ وص: ١٣٥. وكتاب التأمين الإسلامي - دراسة فقهية للتأمين التعاوني ص: ٢٩٤ وص: ٢٩٥. وكتاب التأمين الإسلامي - دراسة فقهية تأصيلية ص: ٢٤٢ وص: ٢٤٣.

الخاتمة

هذا استعراض موجز لأحدى عشر مسألة من عقود الصيانة، وقد حاولت تخريج هذه العقود على ضوء باب الإجارة في المعاملات، وتكليف هذه العقود من الناحية الشرعية: جوازاً أو عدم جواز. مع الاحتراز عن الغرر الفاحش الذي يؤدي إلى نزاع بين الأطراف. وأقول للذين يجرون عقود الصيانة: أن يتقوا الله في التعامل فيما بينهم، وأن يتجنبوا الغرر والغبن والجهالة عند إجراء عقودهم ما أمكنهم ذلك.

اللهم فقهننا وعلمنا التأويل وارزقنا اليقين.

د. عكرمة سعيد صبري

القدس

المصادر والمراجع

القرآن الكريم وتفسيره:

- (١) القرآن الكريم.
- (٢) أحكام القرآن الكريم- ط١ دار احياء الكتاب العربية- مصر١٣٧٦هـ/١٩٥٧م- أبو بكر محمد بن عبد الله (المعروف بابن العربي) ٥٤٣هـ/١١٤٨م.
- (٣) أحكام القرآن- مطبعة الأوقاف الاسلامية- الأستانة ١٣٣٥هـ/١٩١٦م- أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي ، المعروف بالجصاص ٣٧٠هـ/٩٨٠م.
- (٤) تفسير البحر المحيط -ط٢- دار الفكر- بيروت ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م- محمد بن يوسف المعروف بأبي حيان الأندلسي الغرناطي ٧٤٥هـ/١٣٤٤م.
- (٥) روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني الشهير بتفسير الأندلسي- دار الفكر- بيروت- أبو الفضل شهاب الدين محمود الألوسي البغدادي ١٢٧٠هـ/١٨٥٣م.
- (٦) فتح الرحمن لطالب آيات القرآن- المطبعة الأهلية- بيروت ١٣٢٣هـ/١٩٥٠م علمي زاده فيض الله المقدسي ١٣٤٣هـ/١٩٢٤م- القدس- فلسطين.

الحديث الشريف

- (٧) الجامع الكبير (سنن الترمذي) ط٢- دار الجيل- بيروت ١٤١٩هـ/١٩٩٨م- أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي ٢٧٩هـ/٨٩٢م.
- (٨) سنن ابن ماجه- دار الفكر- بيروت- ومطبعة عيسى - القاهرة ١٣٧٣هـ ١٩٥٤م- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (الملقب بابن ماجه) ٢٧٣هـ/٨٨٦م.
- (٩) سنن أبي داود- دار الفكر- بيروت- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ٢٧٥هـ/٨٨٨م.
- (١٠) السنن الكبرى -ط١- مطبعة مجلس دائرة المعارف حيدر آباد- الهند ١٣٥٥هـ/١٩٣٦م- أبو بكر أحمد بن حسين البيهقي ٤٥٨هـ/١٠٦٥م.
- (١١) سنن النسائي (المجتبى) ط١- دار الفكر- بيروت ١٣٤٨هـ/١٩٣٠م- أحمد بن شعيب النسائي ٣٠٢هـ/٩١٤م.
- (١٢) صحيح البخاري -ط٢- مطابع الأهرام- لجنة احياء كتب السنة بمصر ١٤١٠هـ/١٩٩٠م- أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري ٢٥٦هـ/٨٦٩م.

- (١٣) صحيح مسلم (الجامع الصحيح) مؤسسة دار التحرير الشرقية- بالقاهرة ١٣٨٤/١٩٦٤م. أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ٢٦١هـ/٨٧٣م.
- (١٤) مسند الامام أحمد ط٢- دار الفكر/بيروت ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م- الامام أحمد بن حنبل ٢٤١هـ/٨٥٥م.
- (١٥) المنتقى من أحاديث الرسول ﷺ ط١- مطبعة الرسالة المقدسية- القدس ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م- د عكرمة سعيد صبري- القدس- فلسطين.
- (١٦) الموطأ على رواية محمد الشيباني ط٢- دار القلم- بيروت ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م الإمام مالك بن أنس الأصبحي ١٧٩هـ/٧٩٥م.
- (١٧) نصب الراية لأحاديث الهداية- دار الحديث بالقاهرة- جمال الدين أبو محمد عبد الله يوسف الزيلعي ٧٦٢هـ/١٢٦٠م.

الفقه بمختلف مذاهبه:

الفقه الحنفي

- (١٨) الأشباه والنظائر- دار الطباعة العامة- القاهرة ١٢٩٠هـ/١٨٧٣م. زين الدين أبو اسحق إبراهيم بن نجيم الشهير بابن نجيم ٩٧٠هـ/١٥٦٢م.
- (١٩) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ط٢- دار الكتاب العربي- بيروت ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م -علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني الملقب بملك العلماء ٥٨٧هـ/١١٩١م.
- (٢٠) البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ط٢- دار الفكر- بيروت- زين الدين أبو اسحق بن ابراهيم بن نجيم ٩٧٠هـ/١٥٦٢م.
- (٢١) تحفة الفقهاء ط١- مطبعة جامعة دمشق ١٣٧٧هـ/١٩٥٨م- علاء الدين السمرقندي ٥٣٩هـ/١١٤٤م.
- (٢٢) جامع الفصولين ط١- المطبعة الكبرى- القاهرة ١٣٠٠هـ/١٨٢٢م- محمود بن اسرائيل الرومي الشهير بابن قاضي سماونة ٨٢٣هـ/١٤٢٠م.
- (٢٣) حاشية ابن عابدين (حاشية رد المحتار على الدر المختار) ط٢- شركة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م- محمد أمين عابدين بن عمر عابدين ١٢٥٢هـ/١٨٣٦م.
- (٢٤) الخراج ط٤ المطبعة السلفية بالقاهرة ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م -أبو يوسف يعقوب إبراهيم الشهير بالإمام أبي يوسف ١٨٢هـ/٧٩٨م.

- (٢٥) درر الحكام في شرح غرر الأحكام - المطبعة العامرة الشريفة بالقاهرة ١٣٠٣هـ/١٨٨٦م - الامام منلاخسرو ٨٥٥هـ/١٤٨٤م.
- (٢٦) شرح العناية على الهداية - أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي ٧٨٦هـ/١٣٨٤م.
- (٢٧) شرح فتح القدير على الهداية - ط٢ - دار الفكر - بيروت ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م - جمال الدين محمد بن الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي ٨٦١هـ/١٤٥٦م.
- (٢٨) المبسوط - دار المعرفة - بيروت ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م - شمس الدين أبو بكر محمد أحمد السرخسي ٤٩٠هـ/١٠٧٩م.

الفقه المالكي

- (٢٩) بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ط٦ - دار المعرفة - بيروت ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م - محمد بن رشد الحفيد القرطبي ٥٩٥هـ/١١٩٨م.
- (٣٠) جواهر الاكليل شرح مختصر خليل - دار احياء الكتب العربية ١٣٣٢هـ/١٩١٣م صالح عبد السميع الأبى الأزهرى.
- (٣١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - مطبعة محمد علي صبيح بمصر ١٣٥٣هـ/١٩٣٤م محمد عرفة الدسوقي ١٢٣٠هـ/١٨١٤م.
- (٣٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك - مكتبة دار المعارف - مصر ١٣٩٤هـ/١٩٧٤م - أبو بركات أحمد محمد الدردير ١٢٠٢هـ/١٧٨٦م.
- (٣٣) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ط١ - عالم الفكر بالقاهرة ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م - محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي ، الشهير بابن جزي ٧٤١هـ/١٣٤٠م.
- (٣٤) المدونة الكبرى - دار الفكر بمصر - مالك بن أنس ١٧٩هـ/٧٥٩م.

الفقه الشافعي:

- (٣٥) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية - ط١ - دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م جلال الدين عبد الله السيوطي ٩١١هـ/١٥٠٥م.
- (٣٦) تحفة الطلاب على حاشية الشرقاوي - مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٦٠هـ/١٩٤١م أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الانصاري ٩٢٥هـ/١٥١٩م.
- (٣٧) حاشية اعانة الطالبين - ط٢ - مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٤٧هـ/١٩٢٨م - أبو بكر السيد البكري بن السيد محمد شطا الدمياطي المصري.

- (٣٨) حاشية البجيرمي (تحفة الحبيب على شرح الخطيب) - مطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمصر - سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي ١٢٢١هـ/١٨٠٦م.
- (٣٩) الحاوي الكبير ط١- دار الكتب العلمية - بيروت ١٤١٤هـ/١٩٩٤م أبو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي ٤٥٠هـ/١٠٥٨م.
- (٤٠) المجموع شرح المذهب - مطبعة الامام بمصر - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ٦٧٦هـ/١٢٧٢م - تكملة المجموع شرح المذهب (التكملة الأولى) - المكتبة السلفية - المدينة المنورة - تقي الدين أبو الحسن السبكي ٧٥٦هـ/١٣٥٥م وتكملة المجموع شرح المذهب (التكملة الثانية) المكتبة السلفية - المدينة المنورة - محمد نجيب المطيعي ١٤٠٥هـ/١٩٨٤م.
- (٤١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - دار إحياء التراث العربي - بيروت - شمس الدين محمد بن أحمد الشرييني الخطيب ٩٧٧هـ/١٥٦٩م.
- (٤٢) المذهب - ط٢ - مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٩هـ/١٩٥٩م أبو اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ٤٧٦هـ/١٠٨٣م.
- (٤٣) نهاية المحتاج في شرح المنهاج - المطبعة العامرة الكبرى - مصر - ١٢٩٢هـ، ١٨٧٥م - شمس الدين محمد بن أحمد الرملي ١٠٠٤هـ/١٥٦٥م.
- (٤٤) الوجيز في فقه مذهب الامام الشافعي - مطبعة الآداب بالقاهرة عام ١٣١٧هـ/١٨٩٩م الامام أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الغزالي ٥٠٥هـ/١١١١م.

الفقه الحنبلي

- (٤٥) الروض المربع شرح زاد المستتقع - مطبعة ولاية سوريا - دمشق ١٣٠٥هـ/١٨٨٧م منصور بن يونس بن ادريس البهوني ١٠٥١هـ/١٦٤١م.
- (٤٦) كشاف القناع على متن الاقناع - ط١ - المطبعة العامرة الشرقية بمصر ١٣١٩هـ/١٩٠١م منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ١٠٥١هـ/١٦٤١م.
- (٤٧) مطالب اولي النهي في شرح غاية المنتهى - ط١ - المكتب الاسلامي بدمشق - ١٣١٨هـ/١٩٦١م - مصطفى السيوطي الرحيباني ١٢٤٣هـ/١٨٢٧م.
- (٤٨) المغني - دار الفكر بيروت ١٤١٤هـ/١٩٩٤م موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ٦٧٠هـ/١٢٧١م.

كتب حديثة في الفقه

- (٤٩) التأمين الإسلامي - دراسة فقهية تأصيلية ط١ - دار البشائر الإسلامية - بيروت - لبنان - ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م - د. علي محي الدين القره داغي - قطر.

- (٥٠) التأمين الاسلامي- دراسة فقهية للتأمين التعاوني -ط١- دار الاعلام- عمان الاردن ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٢م.
- (٥١) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي -ط٤- دار النفائس للنشر والتوزيع - عمان- الاردن ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م- محمد عثمان شبير- فلسطين وقطر.
- (٥٢) نظرية الفرر في الشريعة الاسلامية -ط١- مطبعة وزارة الأوقاف الاردنية -عمان - الاردن ١٣٩٤هـ / ١٩٧٤م -د. ياسن أحمد إبراهيم درادكة- الأردن، (١٤٢٦/٢٠٠٥م).

معاجم ولغات

- (٥٣) التعريفات- الطبعة التونسية- ١٣٩٠هـ/١٩٧٠م- الشريف أبو الحسن علي الجرحاني في ٨١٦هـ/١٤١٣م.
- (٥٤) القاموس المحيط- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي ٨١٧هـ/١٤١٤م.
- (٥٥) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير- ط٥- المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٣٤١هـ/١٩٢٢م- أحمد بن محمد المقرئ الفيومي ٧٧٠هـ/١٣٦٨م.
- (٥٦) المعجم الوسيط ط٢- ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م- مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مجموعة من العلماء.
- (٥٧) لسان العرب- دار الصادر- بيروت- أبو الفضل محمد بن منظور ٧١١هـ/١٣١١م.
- (٥٨) مختار الصحاح- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ٦٦٦هـ/١٢٦٧م.

فهرس

الصفحة	الموضوع	الرقم
١ المقدمة	-١
٢ التمهيد	-٢
٢ المطلب الأول:	-٣
	تعريف العقد لغة واصطلاحاً	
٣ المطلب الثاني:	-٤
	تعريف الغرر في الفقه الاسلامي	
٤ المطلب الثالث:	-٥
	الغرر المؤثر في العقد والغرر غير المؤثر في العقد	
٦ المسائل التي تتعلق بعقود الصيانة	-٦
	والتكليف الشرعي لها	
١١ الخاتمة	-٧
١٢ المصادر والمراجع	-٨
١٧ الفهرس	-٩

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار رقم ١٨٩ (٢٠/٤)

بشان

استكمال موضوع عقود الصيانة

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهران (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من ٢٦ شوال إلى ٢ من ذي القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١٣ - ١٨ سبتمبر (أيلول) ٢٠١٢م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى أمانة المجمع في موضوع: **عقود الصيانة**، واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، مع الأخذ في الاعتبار ما أصدره المجمع في القرار ذي الرقم ١٠٣(١١/٦) بخصوص عقد الصيانة في دورته الحادية عشرة،

قرر ما يأتي:

أولاً: التأكيد على ما ورد في القرار ذي الرقم ١٠٣(١١/٦) سالف الذكر من أن عقد الصيانة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه الآلة أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم، وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده أو بالعمل والمواد.

ثانياً: بالنسبة لصور عقود الصيانة التي أرجأ المجمع إصدار حكم فيها في قراره سالف الذكر رأى المجمع تأجيلها لتحرير الصور وتحديد أحكامها، ولزيد من البحث والدراسة في دورة قادمة.

والله أعلم



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

دور المجامع الفقهية في ترشيد المصارف الإسلامية

إعداد

أ.د/ محمد بن أحمد بن صالح الصالح
أستاذ الدراسات العليا بجامعة المملكة ومعاهاها العليا
وعضو المجلس العلمي بجامعة الإمام
وعضو مجمع البحوث بالأزهر الشريف
وعضو الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين
و الخبير بمجمع الفقه الإسلامي الدولي بجده

تأتي ورقة العمل في مقدمة ، وتمهيد ومجموعة مباحث:

- **التمهيد:** معنى الاجتهاد في اللغة وتعريفه في الاصطلاح
- **المبحث الأول:** مشروعية الاجتهاد الجماعي
- **المبحث الثاني:** أهمية الاجتهاد الجماعي في ضبط الفتوى
- **المبحث الثالث:** اهم مظاهر الاجتهاد الجماعي
- **المبحث الرابع :** الاجتهاد الجماعي بديل عملي عن الاجماع
- **المبحث الخامس:** مجالات الاجتهاد الجماعي
- **المبحث السادس:**تحقق الاجتهاد الجماعي من خلال المجامع الفقهية ، وفيه مطالب:
 - **المطلب الأول :** نشأة المجامع الفقهية.
 - **المطلب الثاني:** أهم المجامع الفقهية والهيئات واللجان الشرعية
 - **المطلب الثالث:** دور المجامع الفقهية في تحقيق الاجتهاد الجماعي
- **المبحث السابع:** دور المجامع الفقهية في ترشيد المصارف الإسلامية

مقدمة

إن المجامع الفقهية اصلها وأساسها الذي تبنى عليه هو الشورى وعرض القضايا على أهل الحل والعقد الذين كلفوا بالنظر في مصالح الناس وقد جاء التوجيه الإلهي بالرجوع إليهم والوقوف على ما ينتهون إليه من تحقيق مصالح الأمة ، قال تعالى (وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين) ، وقال تعالى (فِيمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ)^(١) . وقد رفع الله قدر الأمة متى قويت صلتها بالله وأدوا الصلاة وانتهاء امرهم بالشورى في قول الله تعالى (وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ)^(٢) .

وقد جاء وصف هذه الأمة في القران الكريم بوصف فريد متميز في قوله تعالى (وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا....)^(٣) . والأمة الوسط هي التي بلغت الذرى في الشرف والصدق وتحقيق العدل الذي يتحقق بالشورى ، وقال تعالى (وَلَتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ..)^(٤) . وقد أمر الله سبحانه وتعالى الأمة بان تلبى أمر الله وأمر رسوله وما يصدر عن العلماء في قوله تعالى (أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ)^(٥) .

وقد كان المصطفى عليه الصلاة والسلام يستشير كبار الصحابة في الكثير من قضايا الأمة والتزم بهذا المنهج الخلفاء الراشدون فكان الفاروق عمر رضي الله عنه يجمع كبار الصحابة ويستشيرهم ويصدر عن رأيهم في كل ما يحقق مصالح الأمة ، وصفوة الأمة لا يصدر عن رأي إلا بعد اجتهاد وإعمال الفكر واستفراغ الوسع والنظر في كتاب الله وفي سنة المصطفى صلى الله عليه وسلم حيث قال عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه عندما بعثه إلى اليمن (بما تحكم قال بكتاب ، قال إن لم تجد ، قال بسنة رسول الله عليه السلام ، قال إن لم تجد؟ قال: اجتهد رأيي ولا ألوأ ، ف ضرب النبي عليه السلام على صدر معاذ فقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله)

(١) سورة آل عمران: ١٥٩

(٢) سورة الشورى: ٣٨

(٣) سورة البقرة ١٤٣ ،

(٤) سورة آل عمران ١٠٤

(٥) سورة النساء: ٥٩..

تمهيد

معنى الاجتهاد في اللغة وتعريفه في الاصطلاح

أولاً: في اللغة:

الاجتهاد في اللغة: مشتق من مادة «جهد» - بضم الجيم - بمعنى بذل الجهد وهو الطاقة، أو «جهد» - بفتح الجيم - بمعنى تحمل الجهد وهو المشقة.

قال ابن فارس: الجيم والهاء والذال أصله المشقة، ثم يحمل عليه ما يقاربه، يقال: جهدت نفسي وأجهدت، والجهد: الطاقة^(١).

وفي المصباح المنير: الجهد بالضم في الحجاز، وبالفتح غيرهم يعني: الوسع والطاقة، وقيل بالضم: الطاقة وبالفتح: المشقة^(٢).

وتأسيساً على ما تقدم فالاجتهاد هو: بذل الجهد واستفراغ الوسع في تحقيق أمر من الأمور الشاقة، سواء أكان ذلك في الأمور الحسية كالمشي والعمل، أم في الأمور المعنوية كاستخراج حكم أو نظرية عقلية أو شرعية أو لغوية^(٣).

ثانياً: في الاصطلاح:

يعرفه علماء الأصول بعدة تعريفات كثيرة ومتنوعة إلا أنها متقاربة المعاني، وفيما يأتي نورد شيئاً منها:

(١) قال الإمام الغزالي - بعد أن ذكر معناه اللغوي - : لكن صار اللفظ في عرف العلماء مخصوصاً ببذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة^(٤).

(٢) وعرفه ابن الهمام بأنه: بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي، عقلياً كان أم نقلياً، قطعياً كان أم ظنياً^(٥).

(٣) وعرفه الأمدى بأنه: استفراغ الوسع في طلب الظن بشي من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس بالعجز عن المزيد فيه^(٦).

بيان معنى الجماعي لغة:

فعله: جَمَعَ، وبابه: قَطَعَ، ومصدره: جَمَعَ.

والجمع أيضاً الجماعة، تسمية بالمصدر فتقول: جاء جمع من الناس.

(١) معجم مقاييس اللغة - ج ١ ص ٤٨٦.

(٢) ص ١٠١.

(٣) لسان العرب - فصل الجيم باب الدال.

(٤) المستصفي من علم الأصول - ج ٤ ص ٤.

(٥) التحرير في أصول الفقه - ص ٥٢٣.

(٦) الإحكام - ج ٤ ص ٢٩٦.

والجمع: تأليف المفترق، وضم الشيء بتقريب بعضه إلى بعض^(١).

والجماعة من كل شيء يطلق على القليل والكثير. والجماعة من الناس: طائفة بينها ائتلاف وانسجام، أو يجمعها جامع من علم أو مال أو غير ذلك^(٢).

والجماعي: نسبة إلى الجماعة، فالاجتهاد الجماعي هو اجتهاد الجماعة^(٣).

تعريف الاجتهاد الجماعي:

يعد مصطلح الاجتهاد الجماعي من المصطلحات المستحدثة إذ لم يكن معروفاً عند العلماء المتقدمين، أما من حيث الممارسة العملية فقد شهد تاريخ التشريع الإسلامي جملة من الوقائع التي هي في حقيقتها اجتهاد جماعي وإن لم توصف بهذا الاسم.

وقد عرف العلماء المعاصرون «الاجتهاد الجماعي» بتعريفات متعددة - نورد بعضاً منها فيما يلي:

- (١) عرفه البعض بأنه: الذي يتشاور فيه أهل الحل والعقد من العلماء في القضايا المطروحة، وخصوصاً فيما يكون له طابع العموم ويهم جمهور الناس^(٤).
- (٢) وقيل: هو استقراغ جهد بعض الفقهاء لتحصيل ظن بحكم شرعي بطريق الاستنباط، واتفقهم جميعاً أو أغلبهم على الحكم بعد التشاور^(٥).
- (٣) وقيل: بذل جمع من الفقهاء وسعهم مجتمعين لتحصيل حكم شرعي^(٦).

الترجيح:

وبمراجعة التعريفات السابقة يترجح لدينا التعريف الأخير، وذلك لاشتماله على جملة من القيود التي لا بد من مراعاتها وهي:

- (١) أن الاجتهاد الجماعي يحصل بأي عدد يصدق عليه أنه جمع أو جماعة.
- (٢) أن يكون هؤلاء المجتهدون مجتمعين حين الاجتهاد وهو ما يعبر عنه البعض بـ «التشاور».
- (٣) يهدف الاجتهاد الجماعي إلى تحصيل حكم شرعي سواء كان ذلك متعلقاً بقضية عامة أو خاصة، ولا يشترط أن يتم ذلك من خلال هيئة أو مجمع.

^(١) الصحاح للجوهري - ج ٣ ص ١١٩٨، لسان العرب - فصل الجيم باب العين.

^(٢) المصباح المنير للفيومي - ص ٩٨.

^(٣) الاجتهاد الجماعي وأهميته في نوازل العصر - لمعالي الشيخ الدكتور/ صالح بن عبد الله بن حميد - بحث مقدم لمؤتمر الفتوى وضوابطها بمكة المكرمة في المدة من ٢٠ - ٢٥ محرم ١٤٣٠هـ / ١٧ - ٢٢ يناير ٢٠٠٩م - ص ١١ (بتصرف).

^(٤) الاجتهاد الجماعي ودور المجامع الفقهية في تطبيقه - أ.د/ شعبان محمد إسماعيل - الناشر: دار البشائر - بيروت - ص ٢١.

^(٥) الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي - أ.د/ عبد المجيد الشريفي - سلسلة كتاب الأمة - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر - ص ٤٦.

^(٦) الاجتهاد الجماعي وأهميته في نوازل العصر - لمعالي الدكتور/ صالح بن حميد - ص ١٦.

(٤) إن واقع الاجتهاد الجماعي المعاصر من خلال المجامع الفقهية وهيئات الإفتاء وما شابه ذلك، يشهد بأن هذا الاجتهاد لا يقتصر على الأحكام والمسائل الفقهية، وإنما يتجاوز ذلك إلى بعض القضايا والوقائع غير الفقهية كمسائل العقائد وأصول الدين، مثل الحكم على بعض الفرق كالقاديانية والبهائية، وكذا الحديث عن التقريب بين المذاهب وحوار الأديان.

وليس المراد هنا ما تصدره هذه المجامع والهيئات من بيانات بل ما تصدره من قرارات وأحكام في هذه القضايا وأمثالها. ولا ريب أن الحاجة قائمة على مختلف الأصعدة والمستويات إلى مثل تلك الأحكام من قبل هذه المراجع العلمية^(١).

^(١) المرجع السابق - ص ١٦، ١٧ (بتصرف).

المبحث الأول مشروعية الاجتهاد الجماعي

الاجتهاد الجماعي أمراً مشروعاً ومطلوب كالاكتفاء الفردي، حيث أنه لا فارق بينهما إلا في الصورة التي يتحقق بها الاجتهاد.

ولدينا أدلة على مشروعية الاجتهاد - بصفة عامة - وأدلة أخرى في مشروعية الاجتهاد الجماعي - بصفة خاصة - وهي التي نوردتها فيما يأتي:

أولاً: القرآن الكريم:

- (١) الآيات التي تدعو إلى المشاورة وتبادل الرأي، مثل قوله تعالى مخاطباً رسوله ﷺ: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾^(١).
- (٢) وكذلك وصف المؤمنين بأن أمرهم شورى، كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ﴾^(٢).
- (٣) قوله تعالى: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدْعَاؤُهُ بِهٖ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا﴾^(٣).

قال القرطبي: والاستنباط في اللغة: الاستخراج، وهو يدل على الاجتهاد إذا عدم النص والإجماع^(٤).

ثانياً: السنة المطهرة:

لقد دلت السنة النبوية المطهرة على مشروعية الاجتهاد الجماعي، ومن الأحاديث الدالة على ذلك:

- (١) ما أخرجه ابن عبد البر عن سعيد بن المسيب عن علي ﷺ أنه قال: قلت يا رسول الله: الأمر ينزل بنا ولم ينزل فيه القرآن، ولم تمض فيه سنة منك. فقال: «اجمعوا له العالمين - أو قال العابدين - من المؤمنين، فاجعلوه شورى بينكم، ولا تقضوا فيه برأي واحد»^(٥).

- (٢) أخرج ابن عدى والبيهقي في شعب الإيمان - بسند حسن - عن ابن عباس رضی اللہ عنہما قال: " لما نزلت وشاورهم في الأمر فإذا عزمت فتوكل على الله " قال رسول

(١) سورة آل عمران: ١٥٩.

(٢) سورة الشورى: جزء من الآية ٣٨.

(٣) سورة النساء: ٨٣.

(٤) الجامع لأحكام القرآن - ج ٥ ص ٢٩٢.

(٥) جامع بيان العلم - ج ٢ ص ٧.

اللَّهُ ﷺ : « أما إن الله ورسوله لغنيان عنها ، ولكن جعلها رحمة لأمتي ، فمن استشار منهم لم يعدم رشداً ، ومن تركها لم يعدم غياً »^(١).

(٢) وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: « مَا رَأَيْتُ أَحَدًا أَكْثَرَ مَشُورَةً لِأَصْحَابِهِ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ »^(٢).

ومما لا ريب فيه أن مشاورة الرسول عليه السلام لأصحابه أمر مشهور، تؤكد الوقائع الكثيرة، والأحداث المتواترة التي تدل على أنه كان عليه السلام يشاور أصحابه في مهام الأمور، وهو من أقوى الأدلة على مشروعية الاجتهاد الجماعي^(٣).

(٤) ومن أهم الشواهد الواضحة في ذلك: مشاورة النبي لأصحابه في مقاتله المشركين فقبل مشورة المهاجرين والانصار، ب- قبل مشورة الحباب بن المنذر في اختيار الموقع المناسب لموقع الجيش يوم الفرقان، ح- استشارة الصحابة في شأن أسرى بدر.

وقد اختلفت آراء الصحابة رضوان الله عليهم في هذا الموضوع، فقد رأى أبو بكر رضي الله عنه الفدية منهم وإطلاق سراحهم، ورأى عمر رضي الله عنه أن تضرب أعناقهم بالسيف، وقال عبد الله بن رواحة: بل نجعلهم في واد كثير الحطب ثم نضرمه عليهم ناراً.

فهوى رسول الله ﷺ إلى ما قاله أبو بكر، فأخذ منهم الفدية، فنزل الوحي مؤيداً لما ذهب إليه عمر رضي الله عنه بقوله تعالى: ﴿ مَا كَانَ لِنَبِيِّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أُسْرَى حَتَّى يُتَخَنَ فِي الْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَصَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾^(٤).

ثالثاً: الإجماع:

تبين من خلال السنة النبوية المطهرة أن الاجتهاد الجماعي كان مرعياً في كثير من الأمور المهمة في حياة المسلمين.

وإذا تتبعنا حركة التشريع في عصر الصحابة والتابعين رضی الله عنهم . وكذلك في العصور التالية لهم والتي سارت على نهجهم، نجد أن الاجتهاد الجماعي لم يخل منه عصر من العصور، وهذا - في النهاية - يدل على أن هناك إجماعاً على حجيته^(٥).

فلاجتهاد الجماعي كان منهج الخلفاء الراشدين، وبالأخص أبو بكر الصديق والفاروق عمر - رضی الله عنهما - فقد كان أبو بكر رضي الله عنه إذا ورد عليه الخصم نظر في كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضي بينهم قضى به، وإن لم يكن في الكتاب وعلم من رسول الله ﷺ في ذلك الأمر سنة قضى بها، فإن أعياء خرج فسأل المسلمين، وقال: أتاني كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله ﷺ قضى في ذلك بقضاء، فربما اجتمع عليه نفر

(١) أخرجه البيهقي في شعب الإيمان (٧٥٤٢/٦).

(٢) أخرجه الترمذي - كتاب الجهاد - ٢٥ باب ما جاء في المشورة.

(٣) الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر - للدكتور/ شعبان إسماعيل - بحث = مقدم مؤتمر الفتوى وضوابطها بمكة المكرمة في المدة من ٢٠ - ٢٥ محرم ١٤٣٠هـ / ١٧ - ٢٢ يناير ٢٠٠٩م ص ٣٤ (بتصرف).

(٤) سورة الأنفال: الآية ٦٧.

(٥) الاجتهاد الجماعي لشعبان إسماعيل - ص ٣٦.

كلهم يذكر من رسول الله ﷺ فيه قضاء، فيقول أبو بكر: الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبينا، فإن أعياءه أن يجد فيه سنة من رسول الله ﷺ جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم فإذا اجتمع رأيهم على أمر قضى به^(١).

ولقد سار الخليفة الراشد الفاروق ﷺ على هذا المنوال، بل أمر القضاة وولاة الأمور في الأقاليم أن يتخذوه منهجاً، فقد أرسل رسالته الشهيرة إلى القاضي شريح حيث أمره بالنظر في الكتاب العزيز، ثم السنة المطهرة، ثم أفضية أئمة الهدى، ثم قال: .. فاجتهد فيه رأيك واستشر أهل العلم والصلاح^(٢)، وكان الفاروق ﷺ إذا نزلت به نازلة استشار كبار الصحابة فينتهي رضي الله عنه إلى ما اتفق عليه الناس، ومن ذلك أقل مدة الحمل، وطلاق الثلاث، وحد الشارب، ومدة غيبة الرجل عن اهله وغير هذا كثير.

يقول إمام الحرمين الجويني: إن أصحاب المصطفى ﷺ استقصوا النظر في الوقائع والفتاوى والأقضية، فكانوا يعرضونها على كتاب الله، فإن لم يجدوا فيه متعلقاً راجعوا سنن المصطفى ﷺ، فإن لم يجدوا فيها شفاء تشاوروا واجتهدوا، وعلى ذلك درجوا في تمادي دهرهم إلى انقراض عصرهم، ثم استن بسننهم من بعدهم^(٣).

وقد سار على هذا المنهج كل أئمة الهدى ومنهم عمر بن عبد العزيز، حيث روي أنه لما ولي أمر المدينة نزل دار مروان، فلما صلى الظهر دعا عشرة من فقهاء المدينة، وهم عروة بن الزبير، وعبد الله بن عبد الله بن عيينه، وأبو بكر بن عبد الرحمن، وأبو بكر بن سليمان، وسليمان بن يسار، والقاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله بن عمر، وعبد الله بن عبد الله بن عمر، وعبد الله ابن عامر، وخارجه بن زيد، وكان هؤلاء سادة الفقهاء في ذلك الوقت، فلما دخلوا عليه أجلسهم ثم حمد الله وأثنى عليه وقال: إني إنما دعوتكم لأمر تؤجرون عليه، وتكونون فيه أعواناً على الحق، ما أريد أن اقطع أمراً إلا برأيكم، أو برأي من حضر منكم^(٤).

وقد روي أن يحيى بن يحيى الليثي رئيس قضاة الأندلس قد أنشأ مجلساً للشورى من ستة عشر عضواً من كبار فقهاء الأندلس للنظر في النوازل الفقهية.

^(١) سنن الدارمي ح(١٦٣).

^(٢) إعلام الموقعين (٢٣/١).

^(٣) غياث الأمم في إتيان الظلم، ص ٤٣١.

^(٤) أصول التشريع الإسلامي، ص ١٢٨.

المبحث الثاني أهمية الاجتهاد الجماعي في ضبط الفتوى

لقد ظهر في الآونة الأخيرة على الساحة الإسلامية بعض من يدعون أنهم فقهاء وعلماء، ويصدرون من الفتاوى ما لا يتفق مع المنهج الإسلامي، متذرعين بذرائع واهية ليس لها في الميزان الشرعي أي اعتبار، فكان لابد من التصدي لهذه الظاهرة التي تسيء إلى الإسلام والمسلمين^(١).

ومما شجع على الفوضى في الفتاوى الفردية سببان شائعان - وهما^(٢):

السبب الأول: انتشار سيل الطباعة المتدفق، وافتقاد الرقابة العلمية الدقيقة على المطبوعات، لمنع الدخلاء على الخط الإسلامي الذين يتجرؤون من غير ضبط ولا حياء على اقتحام عالم الفتوى، وهم إما ادعاء المعرفة أو متعلمون علوماً غير شرعية، وتنقصهم المعرفة الأولية بأصول الشرع، فضلاً عن التخصص فيه.

والسبب الثاني: كثرة القنوات الإعلامية التلفازية الفضائية والمحلية، والتي يُدعى للحديث أو الإفتاء فيها - بنحو متعمد أحياناً أو غير متعمد - من هم ليسوا أهلاً للفتوى، فيتسرع الواحد منهم بكل جرأة فيقول: رأي كذا ورأي في كذا، وهو يفتقد التكوين العلمي الصحيح.

وأمام هذا الاضطراب وتعارض الفتاوى الصادرة من بعض أدعياء العلم، كان الطريق المتعين لإلجام أولئك الأدعياء وقطع الطريق عليهم هو وجود الاجتهاد الجماعي لضبط الفتوى ووضعها في مكانها الصحيح، لمواجهة مشكلات ونوازل العصر.

ويظهر دور الاجتهاد الجماعي في ضبط الفتوى فيما يأتي^(٣):

أولاً: وحدة الحكم الشرعي:

وهذا أساس الشريعة وصلب رسالة الإسلام، فليس هناك إسلام قديم وإسلام جديد، ولا إسلام للمشرق أو إسلام للمغرب، أو إسلام للأكثرية في البلاد الإسلامية وإسلام آخر للأقلية، إلا في حدود ما تقتضيه طبيعة الإقليم مثل توقيت الصلاة والصيام في المناطق القطبية، أو التي يتساوى فيها الليل والنهار، أو يكون الليل هو الغالب أو النهار هو الغالب.

يقول تعالى مبيناً وحدة الحكم الشرعي في آيتين هما: ﴿إِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَأَنَا رَبُّكُمْ فَاعْبُدُونِ﴾^(١) وقوله: ﴿وَإِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَأَنَا رَبُّكُمْ فَاتَّقُونِ﴾^(٢) أي

^(١) الاجتهاد الجماعي لشعبان إسماعيل - ص ٦١ (بتصرف).

^(٢) الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر - أ.د/ وهبه مصطفى الزحيلي - بحث مقدم إلى مؤتمر الفتوى وضوابطها بمكة المكرمة في المدة من ٢٠ - ٢٥ محرم ١٤٣٠هـ/ ١٧ - ٢٢ يناير ٢٠٠٩ ص ١١ ، ١٢ (بتصرف).

^(٣) المرجع السابق - ص ١٣ - ١٥ (بتصرف) والاجتهاد الجماعي لشعبان إسماعيل - ص ٦١ - ٦٩ (بتصرف) والاجتهاد الجماعي للشيخ صالح بن حميد - ص ٢١ - ٢٢ (بتصرف).

أن هذا دينكم دين واحد لا خلاف فيه في شأن التوحيد وما يتبعه من أحكام، وأنا ربكم الله الذي لا إله غيري فوحدوني وابدوني بإخلاص.

وفي ذلك يقول الإمام القرطبي: لما ذكر الأنبياء قال: كلهم مجتمعون على التوحيد. فالأمة هنا بمعنى الدين وهو الإسلام^(١).

فالأمة الإسلامية مأمورة بجمع الكلمة، وتوحيد الصف، ونبذ الفرقة التي تؤدي إلى ضعف الأمة، وهي أحوج ما تكون إلى اجتماع كلمتها، واتحاد رؤيتها في حل مشكلاتها لتبنى على ذلك توحيدها في المواقف والمعاملات، ولن يتأتى ذلك إلا إذا كانت حلولها لمشكلاتها وقضاياها العامة نابعة من رؤية جماعية تسعى إلى جمع الكلمة وتوحيد الصف.

ثانياً: أن رأى الجماعة أقرب إلى الصواب من رأى الفرد:

ذلك أن الاجتهاد الجماعي - لاسيما في ظل المجامع والهيئات الفقهية القائمة - يعد نتاجاً لتفاعل جمع من العلماء المجتهدين والخبراء المختصين، وتكاملهم وتشاورهم، وثمره لتقليب وجهات النظر المختلفة، والآراء المتعددة في القضية محل الاجتهاد.

وبهذا فإن الاجتهاد الجماعي أقرب إلى الحق وأدعى للقبول والاطمئنان، إذ من المعلوم أن رأى الجماعة أقرب إلى الصواب من رأى الفرد، وإن علا شأنه في العلم، فالمناقشة والمشاورة تجلّى ما كان غامضاً، وتذكر بما كان منسياً، وتكشف عما كان خافياً.

ومما لا ريب فيه أن عمق النقاش، ودقة التمحيص للآراء والحجج اللذين يتسم بهما «الاجتهاد الجماعي» يجعلان استنباط الحكم أكثر دقة، وأحرى بموافقة الصواب.

ثالثاً: ظهور التخصص العلمي في العصر الحاضر:

من الأسباب التي تجعل الاجتهاد الجماعي ذا أهمية بالغة في القضاء على الفتاوى الفردية المخالفة لمنهج الإسلام، وضبطها: هو ظهور التخصص العلمي المنفرد والذي عبر عنه العلماء بالتخصص الدقيق، بحيث يكون العالم متخصصاً في اللغة أو الفقه أو الأصول وهكذا، حتى أضحى وجود العالم الذي يحيط بكل العلوم والمعارف نادراً في هذا العصر.

لذلك فإن ما يمتاز به الاجتهاد الجماعي من تكامل بين العلماء على اختلاف تخصصاتهم وتنوعها من شأنه أن ينتج أحكاماً أقرب إلى الحق، وأدنى إلى الصواب، وأبعد عن الخطأ والخلط، وبذلك تظهر أهمية الاجتهاد الجماعي في حماية جناب الفتوى عبر تنظيم الاجتهاد نفسه، ومنع غير المختصين من الخوض فيه.

رابعاً: تأصيل الحكم الشرعي:

(١) سورة الأنبياء: الآية ٩٢.

(٢) سورة المؤمنون: الآية ٥٢.

(٣) الجامع لأحكام القرآن - ج ١١ ص ٣٣٨.

فالاتجاه الجماعي يمتاز بتأصيل أي حكم أو قرار يصدر عنه، بالأخذ بالدليل الراجح، وترك الدليل الضعيف، أو القول الذي نص الفقهاء على ضعفه، لضعف تعليقه أو دليله، أو معارضته لما هو أقوى منه، ففي ذلك السلامة والأمان.

خامساً: الاجتهاد الجماعي يقوم مقام الإجماع:

إن من أهم ما تميزت به الأمة الإسلامية أنها لا تجتمع على ضلالة، ولذلك كان الإجماع واحداً من الأدلة المتفق عليها عند جمهور العلماء.

وإذا كان الإجماع - بالمعنى الدقيق - وهو: «اتفاق جميع المجتهدين في أي عصر من العصور على أمر من الأمور» غير ممكن الوجود في العصر الحاضر - لأسباب كثيرة - فإن الاجتهاد الجماعي من بعض العلماء يمكن أن يقوم مقامه، ويحقق ما تعذر تحقيقه من غياب الإجماع.

سادساً: الاجتهاد الجماعي يبعث على إعادة فتح باب الاجتهاد:

فالاجتهاد هو الأصل الثالث من أصول التشريع، بعد القرآن والسنة، في ضوء ما يدلان عليه واستناداً إليهما. فالاجتهاد أساس لحيوية التشريع ونمائه، واستمرار عطائه في تعريف الأمة بأحكام الله تعالى في كل نازلة، وهو ما جرى عليه العمل في العصور الأولى التي شهد لها النبي ﷺ بالخيرية.

وأصبحت الشروط التي وضعها العلماء للمجتهد عزيزة المنال، خاصة المجتهد المطلق، فنادي بعض العلماء بإغلاق باب الاجتهاد تحاشياً للأخطاء والمخالفات الشرعية التي ظهرت نتيجة للاجتهادات الفردية.

ولم يقصد هؤلاء غلق باب الاجتهاد من أساسه، لأن الحاجة إلى الاجتهاد باقية ما بقيت الحياة، وإنما كان القصد إبعاد من ليسوا أهلاً للاجتهاد من ولوج هذا المسلك الوعر الذي يؤدي إلى الخطأ في تطبيق شرع الله تعالى^(١).

وإذا كان الأمر كذلك فإن الاجتهاد الجماعي يسد هذه الثغرة، ويؤدي إلى فتح باب الاجتهاد والانضباط في الفتوى، لأنها لن تصدر إلا عن مشاورة وتنقيح من أهل العلم والرأي، لتحقق الشروط التي وضعها العلماء للمجتهد في مجموع هؤلاء العلماء.

وصفوة القول:

إن الاجتهاد الجماعي يسهم إسهاماً واضحاً في توحيد الفتاوى وضبطها، وبيان قيودها وشروطها، بحيث لا يجوز للمستفتي تجاوزها، والتفقت من الحكم الشرعي الصحيح. والاجتهاد الجماعي يغلق الباب أمام الفوضى في الإفتاء التي يتصدى لها أدعياء العلم، والذين يصدرون الآراء بمحض الهوى والشهوة، أو بقصد الشهرة والانتشار.

(١) تاريخ التشريع الإسلامي للشيخ محمد الخضري - المكتبة التجارية الكبرى - ص ٣١٩، الاجتهاد في التشريع الإسلامي للدكتور محمد سلام مذكور - دار النهضة العربية ١٤٠٤هـ - ص ١٢٩، ١٣٠.

المبحث الثالث أهم أمثلة الاجتهاد الجماعي

أولاً: الفتاوى الهندية :

سميت بذلك لأن واضعها هم جماعة من علماء الهند المشهورين في زمنهم برئاسة الشيخ نظام الدين البرهانبوري، وتسمى أيضا الفتاوى العالمكيرية نسبة إلى الملك المغولي سلطان الهند محمد اورنك زيب الملقب بعالم كبير أي فاتح العالم، الذي أمر بتأليفها وهي احكام فقهية مختارة من المذهب الحنفي، في جميع ابوابه وتقع في ست مجلدات ضخمة، وهي من الكتب المعتمدة في المذهب، وكان الهدف من وضعها تسهيل الوقوف على الروايات الصحيحة في المذهب الحنفي، والأقوال المعتمدة والراجعة فيه، وما تجري عليه الفتوى من أحكام المذهب، وتيسير النظر فيها، لذلك التزم مؤلفوها عبارات الكتب التي نقلوا عنها غالباً.

وأراد تعبيد الطريق إلى الفقه ليسهل الرجوع إلى أحكامه في الفتيا، ويتيسر التقنين منها لشؤون الإدارة والقضاء فألف سنة ١٠٧٣هـ مجلس الفقهاء برئاسة الفقيه الملا نظام الدين برهان بوري ومعه ما يقرب من أربعين فقيهاً من أكابر فقهاء عصره، منهم القضاة والمفتون والعلماء الراسخون وهيا لهم مكتبة حافلة، أمر بجمعها من جميع الاقطار واجرى لهم جراية كافية من الرزق ليفرغوا إلى العمل المطلوب وأمرهم أن يجمعوا أحكام الفقه في شتى الموضوعات، ولا سيما ما يتصل بالمعاملات والقضاء والإدارة والتوثيق، تلك الاحكام المبعثرة في شتى كتب الفقه مما لا تصل إليه كل يد، وأن يودعها في كتاب جامع باللغة العربية تعرض فيه الاحكام الفقهية بتسويق وترتيب وتبويب وتقيق يجعلها في المتناول، وذلك مع عزو كل حكم إلى مرجعه المأخوذ منه وقد رصد لهم ميزانية كافية لتمويل المشروع.

وقد انقسموا لذلك إلى أربع هيئات: ترأس الأولى الشيخ وجيه الدين، وعهد إليها بالربع الأول من العمل، وترأس الثانية الشيخ جلال الدين، وعهد إليها بالربع الثاني، وترأس الثالثة الشيخ القاضي محمد حسن، وعهد إليها بالربع الثالث منه، وترأس الرابعة الملا حمدي جونبوري، وعهد إليها بالربع الرابع، والكل يعملون تحت رئاسة الشيخ نظام الدين فآتموا في ثماني سنوات هذا المشروع الذي تمخض عن كتاب (الفتاوى الهندية) وبما أن المذهب الحنفي هو المذهب السائد في ارجاء الإمبراطورية، كان هذا العمل مقصوراً على أحكام هذا المذهب، ولم تتضمن الفتاوى الهندية الخلافات والآراء الاجتهادية في فقه المذاهب الأخرى.

وبعد إتمام هذا الكتاب العظيم الجامع لقانون الشريعة متمثلاً بالاجتهاد الحنفي وإطلاقه للنسخ والتعميم أصدر الملك مرسوماً بوضع ما تضمنه من أحكام موضع التنفيذ في جميع أرجاء المملكة والعمل بها في الدوائر القضائية^(١).

ونلاحظ من خلال ما سبق ما يأتي:

- (١) هذا العمل الكبير قامت به جماعة كبيرة من العلماء فهو جهد جماعي.
- (٢) القائمون بهذا الجهد هم من الفقهاء الراسخين فشرط الاجتهاد متحققه فيهم.
- (٣) تقسيم العمل بين أربع هيئات لكل منها رئيس يتابع أعمالها ويشرف عليها، وهذا تخصص وتوزيع للمهام يساعد على الانتقال إضافة إلى رئاسة الشيخ نظام الدين.
- (٤) توافرت له الامكانيات العلمية والمعنوية.
- (٥) وفوق ذلك فإن الحاكم نفسه يتابعه ويشرف عليه ويبيدي فيه رأيه، وهو عالم متبحر في الفقه واسع الاطلاع.

ولما اكتمل المشروع ألزم بتنفيذه، فكان هذا العمل بمثابة تقنين للفقه الإسلامي وبناء على ما سبق، يمكن اعتبار هذا العمل من باب الاجتهاد الجماعي، حيث توفرت فيه جميع شروط الاجتهاد على سبيل الإجمال، وذلك أن غاية الاجتهاد إما استنباط أو استخلاص حكم شرعي، يحقق مقصد الشارع في المسألة.

غير أنه مقصور وخاص، أما قصوره؛ فلأنه غير مستتبط من قبل العلماء أنفسهم بل الاحكام المختارة في الفتاوى هي اجتهادات أئمة المذهب السابقين، ونحن نعلم أن الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن قد اتفقوا على مسائل وقضايا فقهية غير أن الصاحبين لما أمتد بهم الأجل وظهرت أعراف وأحوال للناس لم تكن في زمن الإمام أبو حنيفة فقد رجع الصاحبان عن كم هائل مما اتفقا عليه مع امامهم وقالوا لو أن إمامنا رأى احوال الناس وتغير الأعراف لرجع مثلنا فمن بين ما اختلف فيه الصاحبان عن إمامهم فهو جهد مشكور وعمل مبرور، فالاجتهاد في إثبات صحة الروايات لقائلها، والاجتهاد في الترجيح بين الأقوال والاجتهاد في اختيار المعتمد المناسب لحال أهل الزمان، كلها من أنواع الاجتهاد بوجه من الوجوه.

ثانياً: مجلة الأحكام العدلية:

وهي عبارة عن قانون مدني مستمد من الفقه الإسلامي على المذهب الحنفي، وتشتمل على أحكام المعاملات والدعاوي والبيانات، وضعتها لجنة علمية من العلماء في الدولة

(١) المدخل الفقهي العام (٢٣٦/١)

العثمانية من ديوان العدلية في الآستانة ورئاسة ناظر الديوان. بدأ العمل بها سنة ١٢٨٦هـ وانتهى سنة ١٢٩٣هـ فاستغرق ما بين سبع إلى ثماني سنوات وكتبت أولاً باللغة التركية.

وقد صيغت الأحكام التي اشتملت عليها المجلة بصيغة مواد قانونية ذات ارقام متسلسلة وقد بلغت ١٨٥١ مادة ورتبت على الكتب والأبواب الفقهية المشهورة فجاءت في ستة عشر كتاباً، أولها كتاب البيوع وآخرها كتاب القضاء وقسم كل كتاب إلى أبواب، وكل باب إلى فصول، والفصول إلى موضوعات وفقرات متفرعة عنها، أما بواعث وضع هذه المجلة فهي:

- (١) أن قضاة المحاكم النظامية ومجالس تمييز الحقوق فيها ليس لهم الاطلاع الكافي على علم الفقه وأحكامه والقوانين التي وضعت قبل المجلة كقانون التجارة وقانون العقوبات والمحاكم التابعة لها مستمدة من الفقه الإسلامي، فكان يصعب عليهم الرجوع إليها لحل المشكلات الطارئة في المقاضاة والمحاماة وغيرها.
- (٢) كثرة الآراء الفقهية والروايات في المذهب الحنفي، وتفاوت طبقات المجتهدين فيه، تجعل من العسير التمييز بين المعتمد وغير المعتمد حتى على القضاة الشرعيين.
- (٣) تبدل الزمان وتغير الأعراف والعادات، واتجاه الدول بنحو عام إلى التقنين المحدد في مواد تعتمد قولاً واحداً في كل مسألة.

هذه الأمور وغيرها استدعت وضع هذه الاحكام الشرعية المقننة، حتى يسهل على المحامين والقضاة وغيرهم الرجوع إليها بيسر وسهولة، وقد اعتبر أ.د/ مصطفى الزرقاء رحمه الله الفتاوى الهندية ممهدة لمجلة الاحكام العدلية، ومن ينظر في الفتاوى الهندية ومجلة الاحكام العدلية يجد اتفاق في أن كلاً منهما من عمل جماعي من الفقهاء والعلماء وليست اعمالاً فردية، وفيهما أحكام فقهية مستمدة من الفقه الحنفي خاصة، وصدرت كل منهما بأمر من الحاكم وإشرافه وتمويله، فأخذتا صفة الإلزام ولكنهما تفترقان من وجوه أخرى أهمها:

- (١) الفتاوى الهندية كتاب جامع لجميع أبواب الفقه من العبادات وفقه الأسرة- الوصية والميراث والوقف- والعقوبات بينما خلت المجلة من هذه الأقسام الثلاثة.
- (٢) الفتاوى كتبت بعبارات الفقهاء القدامى واعتمدت طريقتهم في الصياغة والترتيب، ونسبت فيها الأقوال إلى مصادرها، أما المجلة فقد صيغت بعبارات ومواد قانونية محددة، تعتمد رأياً واحداً في المذهب، دون أن تنسب الأقوال إلى أصحابها.
- (٣) اقتصر الفتاوى على المذهب الحنفي بينما نجد المجلة تناولت آراء من غير المذهب الحنفي، وإنما اتجهت إلى الأخذ بحرية الاشتراط في العقود المالية، مما يقرب من مذهب شريح القاضي والإمام أحمد في الشروط المقترنة بالعقد، الذي جعل الأصل في

العقود الاباحة والجواز وهو ما أخذ به الإمام شيخ الإسلام أحمد بن تيمية وتوسع فيه تحت قاعدة باب العقود والشروط ج ٢٩ مجموع الفتاوى.

والعمل في هذه المجلة يشبه إلى حد كبير الاجتهاد الجماعي الذي يقوم على ركنين رئيسين، الأول: بذل الجهد - ويكون من الفقهاء العدول - لاستنباط أو استخلاص الحكم الشرعي للمسألة المعروضة، الثاني: التشاور بين أعضاء جماعة الفقهاء المجتهدين فيما توصل إليه كل منهم، ليخرجوا بقول واحد مشترك^(١).

(١) شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٧ وما بعدها ، ط دار إحياء التراث العربي، والمدخل الفقهي العام(١/٢٣٨)، مرجع العلوم الإسلامية ص ٤٩٧ ، الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي ص ١٦٧

المبحث الرابع الاجتهاد الجماعي بديل عملي عن الإجماع

يكاد يجمع العلماء المعاصرون على أن الاجتهاد الجماعي يقوم مقام الاجماع من الناحية العملية في المسائل الظنية وأكثر المسائل ظني، ولا سيما في مجال المعاملات وهي القسم الأكبر في الفقه الإسلامي، ومما هو مقرر لدى جميع الفقهاء، والأصوليين أن الظن الراجح أو غالب الظن كاف وموجب للعمل في أحكام المسائل الاجتهادية، ولذلك أقر بعضهم بعضاً على مخالفته في الرأي.

والإجماع التام إن وقع في مسألة فإنما يرفع درجتها إلى القطعية، وهو أمر يستحب الوصول إليه، ليكون المسلم أكثر اطمئناناً عند تنفيذ الحكم الشرعي، ولكنه لا يجب الوصول إليه.

ومن جهة أخرى فإن الاجتهاد الجماعي هو أيسر السبل وأسرعها وأوضحها لبلوغ الإجماع التام القطعي في المسائل الاجتهادية الطارئة، وهذا ما يرجح بأنه الذي حدث فعلاً في عهد الصحابة إذ تعرض المسألة فيقع فيها الاختلاف في بادئ الأمر، عندما تكون قيد النظر والدراسة، ثم يكون الاجتهاد الجماعي من جميع الحاضرين في مركز الخلافة من فقهاء الصحابة، ثم يتحول إلى اجماع بانقراض عصرهم دون ظهور مخالف أو رجوع أحد منهم عن رأيه.

وأما الإجماع على الأحكام الشرعية المعلومة من الدين بالضرورة فإنه يتم ذاتياً دون جهد أو اجتهاد من أحد؛ لأنها أحكام استقرت في نفوس المسلمين الأوائل من خلال فهمهم لنصوص الوحي وتطبيقهم العملي لما فهموه، وإقرار الرسول صلى الله عليه وسلم لذلك، ثم سرت هذه الأحكام القطعية في أجيال المسلمين عبر الأزمنة والأمكنة بتوارثها والتواطؤ عليها.

قال أ.د. جمال الدين محمود -رحمه الله- في الاستغناء بالاجتهاد الجماعي ليكون بديلاً عملياً عن الاجماع الأصولي: وواضح أن الاجتهاد الجماعي لا يلي ما يشترطه الإجماع الاصطلاحي، ولكنه في واقع الأمر يعبر عن اتفاق المجتهدين أو أكثريتهم في وقت معين على حكم مسألة، وبعد أن صارت الأمة الإسلامية دولةً عديدة لا يتصور أن يتحقق الاجماع الاصطلاحي، إلا في نطاق دولة من الدول، أما الاجتهاد الجماعي فيمكن عن طريق اختيار مجتهدين من دول إسلامية متعددة في الجامعات الفقهية وإزاء اختلاف الدول الإسلامية في واقع مجتمعاتها وفي المذهب الفقهي الذي يسود فيها؛ فإن صيغة الاجتهاد الجماعي تكون أفضل الصيغ للجمع بين دليل الإجماع، وبين الاجتهاد ومصادر الأحكام الاجتهادية التي تلي الكتاب العزيز والسنة النبوية المطهرة^(١)

(١) الاجتهاد الجماعي في المملكة، من أبحاث ندوة الامارات (١/٣٩١)، الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي ص ٢٥٢

المبحث الخامس مجالات الاجتهاد الجماعي

وهي الموضوعات والمسائل التي تعرض للبحث والنظر للوصول فيها إلى احكام شرعية مناسبة، وهذه المسائل والموضوعات ينظر إليها من خلال ما ورد فيها من نصوص ظنية، وهذه الناحية مما يشترك فيه الاجتهاد الجماعي والاجتهاد الفردي، وهي التي تبحث في كتب أصول الفقه المعاصرة تحت عنوان مجال الاجتهاد.

يمكن تقسيم مجالات الاجتهاد بحسب موضوع المسألة المعروضة إلى الاجتهاد الانتقائي - الترجيحي- والاجتهاد الانشائي - الإبداعي- ، فإن كانت المسألة المعروضة مما بحثه الفقهاء السابقون، وقالوا فيها آراءهم، فالاجتهاد فيها في عصرنا يكون انتقائياً ترجيحياً، من بين الآراء والمذاهب السابقة.

وإن كانت المسألة حادثة مستجدة لم يعرفها السابقون، أو عرفوها ولم تكن ذات بال في أزمانهم فلم يتعرضوا لبحثها، وليس لهم فيها اجتهادات ففي هذه الحال يكون اجتهادنا لها في عصرنا إنشائياً إبداعياً، أي استتباطاً لحكم جديد يناسبها، وكذلك قد يكون الاجتهاد انتقائياً انشائياً معاً في بعض الحالات.

ونعني بالاجتهاد الانتقائي: اختيار أحد الآراء المنقولة في تراثنا الفقهي للفتوى أو للقضاء به ترجيحاً له على غيره من الآراء والأقوال الأخرى.

والمطلوب في هذا أن نوازن بين الأقوال بعضها وبعض، ونراجع ما استتدت إليه من أدلة نصية أو اجتهادية، لنختار في النهاية ما نراه أقوى حجة وأرجح دليلاً، وفق معايير الترجيح، وهي كثيرة، ومنها: أن يكون القول أليق بأهل زماننا، وأرفق بالناس وأقرب إلى سير الشريعة وأولى بتحقيق مقاصد الشرع ومصالح الخلق، وجلب المصالح لهم ودرء المفسد عنهم^(١).

ولعل من العوامل التي تؤثر في الانتقاء من بين الآراء في عصرنا:

- (١) التغيرات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية المحلية والعالمية.
- (٢) معارف العصر وعلومه.
- (٣) ضرورات العصر وحاجاته^(٢).

الاجتهاد الإنشائي: ونعني به استتباط حكم جديد في مسألة من المسائل التي ليس فيها قول للعلماء السابقين سواء كانت المسألة قديمة أم جديدة.

(١) الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط، أ.د/ يوسف القرضاوي ص ٢٠، ط دار النشر والتوزيع ١٤١٤هـ، الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي د/ خالد حسين الخالد، ص ٢٥٩، ط مركز جمعه الماجد.

(٢) الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط ص ٢٥ وما بعدها

ويرجع الأستاذ الدكتور الشيخ يوسف القرضاوي جواز إحداث قول جديد في مسألة قديمة اختلف فيه الفقهاء السابقون على قولين أو ثلاثة أو أكثر، لأن المسألة متى تعددت الأقوال فيها، دل على أنها قابلة لوجهات النظر، وليس الاختلاف على رأيين يعني الإجماع عليهما دون سواهما.

على أن أكثر ما يكون الاجتهاد الإنشائي في المسائل الجديدة التي لم يعرفها السابقون ولم تكن في أزمانهم، أو عرفوها في صورة مصغرة، بحيث لا تكون مشكلة ولا تدفع الفقيه إلى البحث عن حل لها باجتهاد جديد فكما أن الحاجة هي أم الاختراع فإن معاناة المشكلة هي التي تدفع إلى الاجتهاد، ومن ذلك مسألة التصوير- الفوتوغرافي-، ومنها مسألة وجوب الزكاة في إيراد العمارات السكنية المؤجرة والمصانع ونحوها، ومنها مسألة جواز الاحرام من جُدة للقادمين إليها في الطائرات، والإعفاء من المبيت في مزدلفة ومنى لمن لم يجد مكاناً.

الاجتهاد الجامع بين الانتقاء والإنشاء

وهو يختار من أقوال الفقهاء ما يراه اوفق وأرجح، ويضيف إليه عناصر اجتهادية جديدة، ومن امثلة ذلك:

(أ) قانون الوصية الواجبة: وهي وجوب أن يوصي الشخص لفرع ولده أو بنته الذان ماتا في حياة ابئهم على ألا تزيد الوصية على الثلث وأن تقسم قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين، والاعتماد في هذا قوله تعالى: (كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ) البقرة ١٨٠ وعندما نزلت آية الموارث قال عليه السلام (إن الله أعطي كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث) فذهب الإمام ابن جرير الطبري ورواية عن الإمام احمد وعدد من المجتهدين ذهبوا إلى أن الوصية الواجبة واجبة في حق من لم يرث من الأقارب وهذا ما جاء في القانون المصري ٧١ لسنة ١٩٤٦م وجرى تطبيقه في عام ١٩٤٧.

(ب) ما صدر عن لجنة الفتوى الكويتية حول موضوع الاجهاض ما يحل منه وما يحرم، فقد انتقت من أقوال الفقهاء، وأضافت إليها عناصر جديدة اقتضاها التقدم العلمي والطبي الحديث من خلال اكتشاف ما قد يصيب الجنين في الأشهر الأول من تشوهات يكون لها تأثير جسيم على جسمه أو عقله في المستقبل وفقاً لسنن الله تعالى فهنا يباح الاجهاض.

المبحث السادس

تحقق الاجتهاد الجماعي من خلال المجامع الفقهية

ويأتي في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

نشأة المجامع الفقهية

شهدت بدايات القرن الرابع عشر الهجري دعوات ونداءات من بعض العلماء والباحثين إلى إحياء الاجتهاد الجماعي في شكل مؤسسي مقنن يتخذ شكل مجمع علمي أو هيئة شرعية أو لجنة للفتوى أو ما شابه ذلك، يتصدى فيها المجتهدون بالدراسة والبحث . في حيادية واستقلال . لمشكلات المسلمين وقضاياهم ونوازلهم، ومن هؤلاء العلماء^(١):

(١) الشيخ العلامة محمد الطاهر بن عاشور . رحمه الله تعالى . حيث قال: «فالاختصاص فرض كفاية على الأمة بمقدار حاجة أقطارها وأحوالها ... وإن أقل ما يجب على العلماء في هذا العصر أن يبتدئوا به من هذا الغرض العلمي أن يسعوا إلى جمع مجمع علمي يحضره أكبر العلماء بالعلوم الشرعية في كل قطر إسلامي على اختلاف مذاهب المسلمين في الأقطار، ويبسطوا بينهم حاجات الأمة، ويصدروا فيها عن وفاق فيما يتعين عمل الأمة به، ويُعلموا أقطار الإسلام بقرراتهم، فلا أحسب أحداً ينصرف عن اتباعهم..»^(٢).

(٢) الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسي . رحمه الله تعالى . قال: «هذا ونعتقد كل الاعتقاد أنه آن الأوان ليكون لنا مجمع للفقه الإسلامي بجانب مجمع اللغة العربية، فإن دراسة الفقه على النحو الواجب الذي يزيد تحقيق الغاية من هذه الدراسات أمر لا يمكن أن يتحقق إلا بإنشاء هذا المجمع الذي ندعو إليه جاهدين»^(٣).

(٣) الأستاذ الدكتور/ يوسف القرضاوي، قال . بعد أن أكد على ضرورة الاجتهاد الجماعي: «وهذا الاجتهاد الجماعي المنشود يتمثل في صورة مجمع علمي إسلامي عالمي يضم الكفاءات العليا من فقهاء المسلمين في العالم، دون نظر إلى إقليمية أو مذهبية أو جنسية، وإنما يرشح الشخص لعضوية هذا المجمع فقهاء وورعه، لا ولاؤه لهذه الحكومة، أو ذلك النظام، أو قربه من الحاكم، ويجب أن يتوافر لهذا المجمع كل أسباب الحرية...»^(٤).

(٤) الأستاذ المرحوم: مصطفى الزرقا . قال: «..... فإذا أردنا أن نعيد للشريعة وفقهها روحها

^(١) الاجتهاد الجماعي للشيخ صالح بن حميد . ص ٢٢ وما بعدها (بتصرف).

^(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية . الشركة التونسية للتوزيع . ط ١ سنة ١٩٧٨م . ص ١٥١ ، ١٥٢ .

^(٣) تاريخ الفقه الإسلامي . دار الكتاب العربي بمصر ١٩٥٨م . ص ١٨ .

^(٤) الاجتهاد في الشريعة الإسلامية . ص ١٨٣ .

وحيويتها فلا بد من الاجتهاد الذي هو واجب كفائي، لا بد من استمراره في الأمة شرعاً، والذي هو السبيل الوحيد لمواجهة المشكلات الزمنية الكثيرة بحلول شرعية جريئة، عميقة البحث، متينة الدليل، بعيدة عن الشبهات والريب.. فإن تحقيق ذلك يتطلب ركيزتين مهمتين: إحداهما تنظيمية والأخرى تعليمية، فالركيزة التنظيمية: الاجتهاد الجماعي، ومجمع فقهي.. وطريقة ذلك الآن أن يؤسس مجمع للفقهاء الإسلامي عالمي التكوين، على طريقة المجمع العلمية...»^(١).

هذا وقد آتت هذه الجهود المخلصة الصادقة أكلها، فخرج إلى الوجود عدد من المجمع والهيئات والمجالس الفقهية والشرعية والعلمية، وهو ما نوضحه فيما يأتي.

المطلب الثاني

أهم المجمع الفقهية والهيئات والمجالس الشرعية

لقد ظهرت في العقود الأخيرة العديد من المجمع والهيئات والمجالس الفقهية والشرعية في بعض الدول الإسلامية، سواء أكانت محلية أم إقليمية أم عالمية - ونبين أهمها فيما يأتي^(٢):

(١) مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر:

وهو من أقدم المجمع الإسلامية حيث صدر قرار بإنشائه عام ١٣٨١هـ/ ١٩٦١م، بموجب القانون ١٠٣، ويرأسه شيخ الأزهر، نصت المادة "١٥" من القانون المصري رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١م على الآتي: مجمع البحوث الإسلامية هو الهيئة العليا للبحوث الإسلامية، وتقوم بالدراسة في كل ما يتصل بهذه البحوث، وتعمل على تجديد الثقافة الإسلامية وتجريدها من الفضول والشوائب وآثار التعصب السياسي والمذهبي، وتجليتها في جوهرها الأصل الخالص، وتوسيع نطاق العلم بها لكل مستوى وفي كل بيئة، وبيان الرأي فيما يجد من مشكلات مذهبية أو اجتماعية، وحمل تبعة الدعوة إلى سبيل الله بالحكمة والموعظة الحسنة.

وتنص المادة ١٦: يتألف مجمع البحوث الإسلامية من خمسين عضواً من كبار علماء الإسلام، يمثلون جميع المذاهب الإسلامية، ويكون من بينهم عدد، لا يزيد على العشرين، من غير المصريين

وجاء في المادة ١٧: شروط عضوية المجمع ما يأتي:

(١) ألا تقل سن العضو عن أربعين سنة.

(٢) أن يكون معروفاً بالورع والتقوى في ماضيه وحاضره.

(١) الاجتهاد الجماعي ودور الفقه في حل المشكلات - جمعية الدراسات والبحوث الإسلامية - الأردن - ص ٤٩، ٥٠.

(٢) الاجتهاد الجماعي للشيخ صالح بن حميد - ص ٢٤ - ٢٨ والاجتهاد الجماعي للدكتور شعبان إسماعيل - ص ٤٢ - ٤٦ والاجتهاد الجماعي لوهبة الزحيلي ص ٢٥، ٢٦.

(٣) أن يكون حائزاً لأحد المؤهلات العلمية من الأزهر، أو إحدى الكليات العلمية التي تهتم بالدراسات الإسلامية.

(٤) أن يكون له إنتاج علمي بارز في الدراسات الإسلامية، أو اشتغل بالتدريس لمادة من مواد الدراسات الإسلامية في كلية أو معهد من معاهد التعليم العالي، لمدة أديانها خمس سنوات أو شغل إحدى الوظائف في القضاء أو التشريع لمدة أديانها خمس سنوات. وبينت المادة ٢٠ الهيئات الثلاث التي يتكون منها المجمع وهي:

(أ) مجلس المجمع: ويتألف من الرئيس والأعضاء المتفرغين، والأعضاء غير المتفرغين من مواطني الجمهورية العربية المتحدة والأمين العام للمجمع.

(ب) مؤتمر المجمع ويتألف من كل أعضاء المجمع.

(ج) الأمانة العامة للمجمع.

ويضم عدة لجان وهي: لجنة بحوث القرآن الكريم، ولجنة بحوث السنة النبوية الشريفة، ولجنة إحياء التراث الإسلامي، ولجنة البحوث الفقهية، ولجنة الحضارة والبيئات والمجتمعات الإسلامية، ولجنة العقيدة والفلسفة، ولجنة دائرة المعارف الإسلامية، ولجنة التعريف بالإسلام، ولجنة المسجد الأقصى، ويعتبر المجمع أقدم مجمع فقهي في العصر الحديث.

وقد قام المجمع ببحث العديد من القضايا التي تهتم العالم الإسلامي، وأصدر بشأنها القرارات التي تبين حكمها الشرعي من خلال المؤتمرات التي يعقدها كل سنة، وكان أول مؤتمر يعقد لهذا المجمع سنة ١٣٨٤هـ / ١٩٦٤م في رحاب الأزهر الشريف وتولى رئاسته رئيس الدولة وناب عنه حسين الشافعي في المؤتمر الأول والثاني والثالث والرابع، أما المؤتمر الخامس والسادس فكان نائب الرئيس أ.د/ عبد العزيز عبد القادر كامل، ولما كان أ.د/ عبد العزيز رجل متميز يتمتع بعلم غزير وفكر نير وإدراك شامل لهذا نثبت كلمته لنفساتها في المؤتمر الخامس: السادة أعضاء مجمع البحوث الإسلامية ضيوف الجمهورية العربية المتحدة: يسعدني أن أرحب بكم باسم السيد الرئيس جمال عبد الناصر، وأن أحمل إليكم تحياته القلبية وإعزازه لكم ولؤتمركم، وأطيب تمنياته لكم بالتوفيق فيما أنتم بسبيله من جهاد علمي مبرور.

وتحية من شعب الجمهورية إلى شعوبكم الإسلامية الشقيقة تحية الإخاء والود، وصدق الله العظيم: (وَأَلْفَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ لَوْ أَنْفَقْتَ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً مَا أَلْفَتْ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ وَلَكِنَّ اللَّهَ أَلْفَ بَيْنَهُمْ إِنَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ)^(١)

(١) سورة الأنفال .

أيها الإخوة: إنها لمناسبة كريمة أن أشرف بلقاءكم في افتتاح الدورة الخامسة لمؤتمركم هذا المؤتمر الذي أخذ على نفسه من أول يوم أن يحمل عبء التصدي للتحديات الكثيرة التي توجه إلى الإسلام في عصرنا الحديث.

وإن كنتم أيها السادة قد قبلتم من قبل أن تتحملوا في حكمة العلماء أمانة هذه الرسالة مدركين لأبعادها الخطيرة عالمين بطبيعة العدو وأساليبه وخبثه فإنكم في هذه الدورة تلتقون وقوى الشر ومن وراءها قد بلغت قمة التحدي في غيظه وضراوته ، وتمثلت قوى الشر والفساد المعادية للإنسان وكرامته الحاقدة على دين الله الحنيف وأتباعه، في بؤرة تمارس الصهيونية العالمية منها دورها كأداة للاستعمار وقوى السيطرة، تحتل ارضاً هي ملك للعرب والمسلمين وتقتل، وتدمر مساكن وتشرذم أسراً في الأراضي المحتلة، وتحرق بيت الله في القدس الشريف، وتضرب المدنيين بالصواريخ والقنابل والطائرات التي أمدتها بها القوى الاستعمارية المسيطرة في عالمنا الحديث.

أيها الإخوة: إنكم في دورتكم هذه تعالجون للمرة الثانية جوانب العدوان الصهيوني على الأمة العربية، قياماً بالواجب المفروض ولأنكم صفوة من أهل الرأي وقادة الفكر في الأمة الإسلامية، تضطلعون بالمسئولية التي يلقيها الإسلام على من يشغلون مراكز القيادة والتوجيه، وهي المسئولية التي تعلمون أهميتها في واقع المسلمين المصيري، كما تدركون جلالها أمام الله سبحانه وتعالى.

أيها الأخوة: إن الشعوب الإسلامية في جميع أنحاء العالم، تلك التي برهنت على أصالتها بما أبدت من إدراك صحيح، وشعور جياش واستعداد للتضحية والبذل والفداء، تتجه بأنظارها إلى جمعكم هذا تنتظر ما تعودت فيكم من شجاعة الكلمة وحكمة الرأي، وتتوقع أن تجد في رأيكم تأكيداً لما في نفوسنا من أمل وتعزيزاً لما تتمنى من تطهير الأرض وتحرير بيوت الله، وخلاص الإنسان العربي من ظلم الاحتلال الصهيوني، وتأمل أن تجد في مواقفكم ما يفتح لها الطريقة إلى غايتها، وهي اعلاء كلمة الحق وتحرير الأرض وتطهيرها واسترداد القدس الأسير، وتحقيق النصر الذي وعدنا الله عز وجل.

إن شعبنا في الجمهورية العربية المتحدة لينظر إليكم، أكثر من مجرد نظرتنا إلى صديق، يعيش معنا في أفكارنا وقضايانا يبحث ويناقش، ويخلص القول ويخلص النصيحة، إننا ننظر إليكم فوق ذلك في موقعكم الصحيح منا، وهو موقع الأخوة الإسلامية التي يشبهها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبنيان يشد بعضه بعضاً، والتي يقول فيها: (مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء بالحمى والسهر) والتي يبادر كل عضو فيها نحو منطقة العدو، يحاصره ويناضله حتى يقضي عليه، لا ينتظر نداء ولا يترقب توجيهها ولا يحتاج إلى من يبصره بخطورة العدو المشترك.

إن العدو الإسرائيلي يحاربنا حرباً لها امتدادها التاريخي، الذي يحاول به لأن يدمر تراثنا وحضارتنا يحرق مقدساتنا ويهدم آثارنا، ولها امتدادها الجغرافي الذي يشمل خطوط المواجهة جميعاً، وما وراءها عن طريق الضرب في العمق ومهاجمة مناطق السكنى الآمنة والمصانع، ولها امتدادها الفكري والإعلامي الذي يحاول به تزييف تاريخ أرضنا وشعوبنا والقضاء على مقومات وجودنا ولها امتدادها الموضوعي الذي يشمل مجالات الحياة الاقتصادية والسياسية، ولها امتدادها العالمي الذي يحشد فيه ما استطاع من قوى الاستعمار العالمي، هي حرب تشمل الماضي والحاضر والمستقبل، تحرق منبراً قديماً ومصنعاً حديثاً من جنودها علماء الآثار الذين يحفرون تحت المسجد الأقصى بحثاً عن حفريات موهومة لا وجود لها إلا في مطامعهم، ومن جنودها قاذفو القنابل بطائرات الفانتوم.

إن هذا العدوان الهجومي يمتد إلى المسجد والكنيسة، ويصطلي بناره الشيخ والقس، وإن جنود العروبة والعقيدة ليقفون اليوم مدافعين عن تراثهم وتراث الإنسانية، ضد سلطان الظلام الإسرائيلي، ومن ورائه قوى الاستعمار العالمي، وإن جنودنا ليقفون في أشرف المواقع مدافعين عن أشرف الغايات.

أيها الأخوة: إن الاطلاع على جدول أعمال مؤتمركم يعطي الإحساس بأنكم وقد تصديتم لمواجهة العدو الظاهرة، لم تؤجلوا التصدي لمعالجة مناطق الضعف في أمتنا الإسلامية، تلك التي تعطي أعداءنا قوة ليست لهم فتناولتم بالبحث إيمان الشباب، ووسائل دعمه، وصيانتته ومواقفه من الدين والعلم والحضارة، كما تناولتم دور المسجد نظرياً وتطبيقياً في إشعاع الهدى الإسلامي في مجتمعنا المعاصر، وربطتم ذلك بدور الأزهر الخالد كجامعة ومسجد، في خدمة الإسلام ونشر هداياه، كما واصلتم درس موضوعاتكم التي تستهدف تجديد الثقافة الإسلامية وتجريدها من الفضول والشوائب، فطرحتم للبحث موضوعات في التفسير والعقيدة وفي تقنين الشريعة الإسلامية وموقف الإسلام من القضايا العالمية كالتفرقة العنصرية، ربطاً بين الدين والحياة، وانتم بذلك تدعمون موقف الأمة الإسلامية في مواجهتها العامة لتحديات عصرها، فضلاً عن أنكم تواصلون في هذا الصدد رسالة المجمع الذي قدم من أجلها في المؤتمرات السابقة نتائج طيبة وخطا في سبيلها خطوات ثابتة.

أيها الأخوة: إذا كنا نجتمع اليوم من أجل دعم الكفاح ضد العدوان الإسرائيلي على البلاد العربية، فإننا لنبعث بها تحية من الأعماق إلى جنودنا المقاتلين والمرابطين من الفدائيين ورجال القوات المسلحة، تحية الإكبار للدور البطولي الذي يقومون به من أجل ديننا الحق وشعوبنا، ونسأل الله أن يكون لنبضات فكرنا وخلجات أفئدتنا شرف المشاركة في تحقيق الهدف الذي يقدمون له قطرات دمائهم الطاهرة الزكية.....

أيها الأخوة: لم يمر وقت طويل منذ انعقاد مؤتمركم الأول ولا تزال كلمة السيد الرئيس جمال عبد الناصر التي وجهها إليكم في ذلك المؤتمر، هي النداء الذي يطيب لنا

أن نستعيده: سيروا على بركة الله، وليكن هذا المؤتمر هو البداية لجمع كلمة المسلمين على الخير والعمل من أجل السلام، السلام القائم على الحق والعدل السلام الذي تصان به المبادئ وتزدهر الأرض، وتحفظ الكرامة....

أيها الإخوة: إن شعوبنا تنتظر منا الكثير، وتتطلع إلى قياداتها العلمية أن تبذل أقصى جهدها في ترجمة الكلمة إلى عمل مصداقاً لتوجيه الرسول صلى الله عليه وسلم: (قل آمنت بالله ثم استقم) ليكون من وراء الجهود المخلصة المؤمنة على الصعيد الإسلامي العالمي ما يعين على استرداد أرضنا ومقدساتنا السليبه، والقضاء على العدوان الصهيوني، والتغلب على قوى الاستعمار التي تحركه ونصرة ديننا في معركته المصيرية العادلة، ضد أعظم تكتل عدواني يواجهه في تاريخه المديد(وما النصر إلا من عند الله إن الله عزيز حكيم)^(١).

ومن قرارات المجمع:

(أ) قرار رقم ٤٩، بتاريخ ٢٤/١٢/١٤١٢هـ الموافق ٢٥/يونيه/١٩٩٢م بشأن تحديد تعريف الموت، حيث قرر الموافقة على قرار لجنة البحوث الفقهية الذي ينص على اعتماد تعريف الموت على الوجه الذي صرحت به كتب اللغة والفقه بعلاماته الظاهرة الباترة، واختيرت عبارة الفقه المالكي التي أوردها الخرشي على مختصر خليل من أن الموت: كيفية وجودية تضاد الحياة فلا يعرى الجسم الحيواني عنهما ولا يجتمعان فيه، وعلامات الموت أربع: انقطاع نفسه، وإحداد بصره، وانفراج شفثيه فلا ينطبقان، وسقوط قدميه فلا ينتصبان.

(ب) قرار رقم ٦٩ بتاريخ ١٧/١٢/١٤١٧هـ الموافق ٢٤/أبريل/١٩٩٧م بشأن نقل الأعضاء من الحي إلى الحي ومن الميت إلى الحي، فيرى جمهور الفقهاء أن تبرع الإنسان لغيره بعضو من أعضائه جائز شرعاً إذا صرح الطبيب الثقة المتخصص أن هذا التبرع لا يترتب عليه ضرر بليغ بالشخص المتبرع لا في الحال ولا المآل.

(ج) قرار ١٤٦ بتاريخ ٢٥/٨/١٤٢٣هـ الموافق ٣١/أكتوبر/٢٠٠٢م بشأن الحكم الشرعي عن المعاملات المصرفية بالبنك، حيث أرسل رئيس مجلس إدارة بنك الشركة المصرفية العربية والدولية بشأن إن عملاء بنك الشركة المصرفية يقدمون أموالهم، ومدخراتهم للبنك، الذي يستخدمها ويستثمرها في معاملاته المشروعة مقابل ربح يصرف لهم ويحدد مقدماً في مدد يتفق مع العميل عليها. وقرر المجمع: الموافقة على أن

(١) ينظر: مجمع البحوث الإسلامية تاريخه وتطوره، وقد انضم المؤلف لعضوية هذا المجمع في عام ١٤٢٩هـ، وحضر المؤتمر الثالث عشر للمجمع والمنعقد بالقاهرة في المدة من ١٣ - ١٥ ربيع الأول ١٤٣٠هـ الموافق ١٠ - ١٢ مارس ٢٠٠٩م = = وشارك ببحث عن نقل الأعضاء (وهو موضوع المؤتمر) وقد أصدر المؤتمر - في جلسته التاريخية - قرارات هامة وحاسمة للخلاف الدائر حول موضوع نقل الأعضاء.

استثمار الأموال في البنوك التي تحدد الربح مقدماً حلالاً شرعاً ولا بأس به بأغلبية الأعضاء الحاضرين.

- (د) قرار رقم ١٥٠ وتاريخ ٢٢/٢/١٤٢٤هـ الموافق ٢٤/أبريل/٢٠٠٣م بشأن ما ورد في كتاب لجنة الفتوى عن كتاب أبعاد التجربة الشعرية، وقرر المجمع: الموافقة على أن الاقتباس من القرآن الكريم غير جائز في المجالات التالية:
- حديث الله عن نفسه، فلا يجوز لإنسان أن ينسبه إلى نفسه.
 - مواطن الاستخفاف والاستهزاء والسياق الهزلي.
 - استخدام النص القرآني لغاية مخالفة لهديته ومقاصده.

فإذا كان الاقتباس من القرآن الكريم لا يوهم إسناد الآيات القرآنية إلى غير الله فهو جائز، أما إذا كان الاقتباس موهماً يكون حراماً.

- (هـ) قرار رقم ١٥١ وتاريخ ٢٢/٢/١٤٢٤هـ بشأن اقتراح اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الدينية والاجتماعية والأوقاف بخصوص الاقتراح بمشروع قانون بشأن بعض احكام الأحوال الشخصية، وقرر المجمع: الموافقة باقتراح رفع سن الحضانة إلى خمسة عشر عاماً، حيث إنه لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية ولم يرد نص قطعي يحدد هذه السن.

- (و) قرار رقم ١٥٨ وتاريخ غره صفر/١٤٢٥هـ الموافق ٢٢/مارس/٢٠٠٤م حول توصية لجنة البحوث الفقهية بموضوع زمن رمي الجمرات للعقبة الكبرى وایام التشريق لحجاج بيت الله الحرام، قرر المجمع: التوسع في وقت رمي الجمار من ليل أو نهار أيام التشريق.

(٢) هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية:

تشكلت هذه الهيئة بموجب أمر ملكي عام ١٣٩١هـ/١٩٧١م، ومهمتها إبداء الرأي فيما يحال إليها من ولى الأمر لأجل بحثه وتكوين الرأي المستند إلى الأدلة الشرعية فيه، وتتعدّد جلساتها كل ستة أشهر أو حسب ما تقتضيه المصلحة ويرأسها سماحة المفتي العام للمملكة.

وتصدر الأمانة العامة للهيئة دورية (ثلاث مرات في السنة) باسم «مجلة البحوث الإسلامية» تتضمن فتاوى اللجنة الدائمة، وفتاوى سماحة المفتي العام، وبحوث شرعية، وقرارات هيئة كبار العلماء.

ومن قرارات الهيئة:

- قرار رقم (٦٢) وتاريخ ٢٥/١٠/١٣٩٨هـ بشأن: نقل القرنية من عين إنسان، قرر المجلس بالأكثرية: جواز نقل قرنية عين من إنسان بعد التأكد من موته، وزرعها في

عين إنسان مسلم مضطر إليها، وغلب على الظن نجاح عملية زرعها ما لم يمنع أولياؤه.

• **قرار رقم (٦٥) وتاريخ ٧ / ٢ / ١٣٩٩هـ** بشأن: إنشاء بنك إسلامي لحفظ الدم للإسعاف السريع لجرحى المسلمين، وقبول ما يتبرع به الناس من دمائهم، والاحتفاظ بكميات هائلة منه لإسعاف جرحى المسلمين، قرر المجلس بالأكثرية ما يلي:
أولاً: يجوز أن يتبرع الإنسان من دمه بما لا يضره عند الحاجة إلى ذلك لإسعاف من يحتاجه من المسلمين.

ثانياً: يجوز إنشاء بنك إسلامي لقبول ما يتبرع به الناس من دمائهم وحفظ ذلك لإسعاف من يحتاج إليه من المسلمين، على أن لا يأخذ البنك مقابلاً مالياً عن المرضى، أو أولياء أمورهم عوضاً عما يسعفهم به من الدماء، وألا يتخذ ذلك وسيلة تجارية للكسب لما في ذلك من المصلحة العامة للمسلمين.

• **قرار رقم (٦٨) وتاريخ ٢١ / ١٠ / ١٣٩٩هـ** بشأن (التقادم في مسألة وضع اليد). فإن المجلس يرى عدم تحديد مدة معينة تكون أساساً يبني عليها القضاة أحكامهم؛ بل يترك الحكم لاجتهادهم،

• **قرار رقم (١٠٨) وتاريخ ٢ / ١١ / ١٤٠٣هـ** بشأن: إنشاء مراصد فلكية يُستعان بها عند تحري رؤية الهلال قرر المجمع:

- (١) إنشاء المراصد كعامل مساعد على تحري رؤية الهلال لا مانع منه شرعاً.
- (٢) إذا رؤي الهلال بالعين المجردة؛ فالعمل بهذه الرؤية، وإن لم ير بالمرصد.
- (٣) إذا رؤي الهلال بالمرصد رؤية حقيقية بواسطة المنظار تعين العمل بهذه الرؤية، ولو لم ير بالعين المجردة..... لان المثبت مقدم على النافي.
- (٤) يطلب من المراصد من قبل الجهة المختصة عن إثبات الهلال تحري رؤية الهلال في ليلة مظنته؛ بغض النظر عن احتمال وجود الهلال بالحساب من عدمه.
- (٥) يحسن إنشاء مراصد متكاملة الأجهزة للاستفادة منها في جهات المملكة الأربع تعين مواقعها، وتكاليها بواسطة المختصين في هذا المجال.
- (٦) تعميم مراصد متنقلة لتحري رؤية الهلال في الأماكن التي تكون مظنة رؤية الهلال؛ مع الاستعانة بالأشخاص المشهورين بحدة البصر، وخاصة الذين سبق لهم رؤية الهلال. أ هـ.

• **قرار رقم (١٣٨) في ٢٠ / ٦ / ١٤٠٧هـ** بشأن المخدرات وآثارها السيئة، فإن المجلس يقرر بالإجماع ما يلي:

أولاً: بالنسبة لمهرب المخدرات؛ فإن عقوبته القتل لما يسببه تهريب المخدرات وإدخالها البلاد من فساد عظيم لا يقتصر على المهرب نفسه لما يترتب عليه من أضرار جسيمة، وأخطار بليغة على الأمة بمجموعها، ويلحق بالمهرب الشخص الذي يستورد، أو يتلقى المخدرات من الخارج فيمونها المروجين.

ثانياً: أما بالنسبة لمروج المخدرات سواء كان ذلك بطريق التصنيع، أو الاستيراد بيعاً وشراءً، أو إهداء، ونحو ذلك من ضروب إشاعتها ونشرها، فإن كان ذلك للمرة الأولى؛ فيعزز تعزيراً بليغاً بالحبس، أو الجلد، أو الغرامة المالية، أو بها جميعاً حسبما يقتضيه النظر القضائي، وإن تكرر منه ذلك؛ فيعزز بما يقطع شره عن المجتمع، ولو كان ذلك بالقتل؛ لأنه بفعله هذا يعتبر من المفسدين في الأرض، وممن تأصل الإجرام في نفوسهم.

- **قرار رقم (٢٣٩) وتاريخ ٢٧ / ٤ / ١٤٣١هـ بشأن "تمويل الإرهاب"** ، فإن الهيئة تقر: أن تمويل الإرهاب، أو الشروع فيه محرم، وجريمة معاقب عليها شرعاً، سواء بتوفير الأموال؛ أم جمعها؛ أم المشاركة في ذلك، بأي وسيلة كانت، وسواء كانت الأصول مالية أم غير مالية، وسواء كانت مصادر الأموال مشروعة؛ أم غير مشروعة.

(٣) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء:

تفرع عن هيئة كبار العلماء بالملكة لجنة دائمة، يختار أعضاؤها من بين أعضاء الهيئة بأمر ملكي، تكون مهمتها إعداد البحوث وتبليغها للمناقشة من قبل الهيئة، وإصدار الفتاوى في الشؤون الفردية بالإجابة عن أسئلة المستفتين.

وقد جمعت فتاوى اللجنة وصدرت في ٢٦ مجلداً. حتى الآن. تيسيراً للاستفادة منها.

نماذج من أبحاث اللجنة:

- (١) حكم السعي فوق سقف المسعى.
- (٢) حكم الأوراق النقدية
- (٣) في سبيل الله - في أية مصارف الزكاة-
- (٤) الشرط الجزائي
- (٥) حكم الطلاق الثلاث بلفظ الواحد.
- (٦) حكم النشوز والخلع.
- (٧) حكم الشفعة بالمرافق الخاصة وجميعها في المجلد الأول.
- (٨) التامين م٤
- (٩) البيوع م٤
- (١٠) كيفية الامساك والافطار في رمضان وضبط أوقات الصلاة في بعض البلدان م٤
- (١١) نزع القرنية من عين إنسان وزرعها في عين آخر م٧

- (١٢) التقادم في مسالة وضع اليد م٧
- (١٣) حكم نقل لحوم الهدي والجزاءات خارج الحرم م٧
- (١٤) حكم إقامة المسافر التي تقطع حكم السفر م٧
- (١٥) كتابة المصحف اللاتينية - جباية الزكاة - حكم استعمال المياه النجسة بعد استحالتها وزوال اغراض النجاسة عنها م٧
- (١٦) اقتطاع جزء من المعتبر لمصلحة عامة كتوسعة طريق ونحوه. م٥
- (١٧) غلة الأوقاف المنقطعة جهاتها أو الفائض من غلالها على مصارفها م٥
- (١٨) الرهن - إيجاد مواقف للسيارات م٥
- (١٩) المعاملات المصرفية والتحويلات المصرفية م٥
- (٢٠) الفوائد الربوية - المواشي السائبة على الطرق العامة م٥
- (٢١) حوادث السيارات وبيان ما يترتب عليها بالنسبة لحق الله وحق عبادة م٥
- (٢٢) إثبات الاهلة م٣
- (٢٣) تدوين الراجح من أقوال الفقهاء في المعاملات، والزام القضاة بالحكم به وقد جرى الخلاف في هذه القضية غير أن ستة من الأعضاء اتجهوا إلى ضرورة صياغة الاحكام في مواد وعللوا واستدلوا وبرروا هذا العمل بلا مزيد عليه بحيث صار رأيهم هو الذي يجب المصير إليه م٣.
- (٢٤) حكم تمثيل الصحابة رضي الله عنهم م٣
- (٢٥) حكم تشريح جثة المسلم - القسامة - هدي التمتع والقران ورمي الجمرات قبل طلوع الشمس م٢
- (٢٦) الطلاق المعلق - تحديد المهور - تحديد النسل م٢
- (٢٧) حكم التسعير - حكم الذبائح المستوردة في المجلد الثاني.
- (٢٨) إقامة طابق على شارع الجمرات - إقامة أكشاك في منى - مقام إبراهيم - قتل الغيلة م٣.
- (٢٩) من احكام القرآن الكريم، استعمال المياه النجسه بعد استحالتها وزوال اعراض النجاسة عنها، جباية الزكاة. المجلد السادس.

(٤) المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي:

أنشئ المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة عام ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م لدراسة أمور المسلمين الدينية والفقهية، والنظر في الوقائع الجديدة في شؤون الحياة.

ويتكون المجمع من رئيس ونائب له، وعشرين عضواً من العلماء المتميزين بالنظر الفقهي والأصولي من جميع أقطار العالم الإسلامي.

وينعقد المجمع كل سنة مرة لبحث الموضوعات المهمة ذات الطابع العام، وقد عقدت الدورة الأولى للمجمع في شعبان ١٣٩٨هـ.

وتصدر عن المجمع مجلة دورية تتضمن بحوثاً فقهية، وقرارات المجمع، وفتاوى وملخصات وتقارير علمية.

نماذج من قرارات مجمع رابطة العالم الإسلامي

(أ) قرار بشأن حكم الماسونية والانتماء إليها في الدورة الأولى ١٠/شعبان/١٣٩٨هـ
١٦/يوليو ١٩٧٨م حيث اعتبر الماسونية من أخطر المنظمات الهدامة على الإسلام والمسلمين وأن من ينتسب إليها على علم بحقيقتها وأهدافها فهو كافر بالإسلام مجانب لأهله.

(ب) قرار بشأن حكم الشيوعية والانتماء إليها يرى مجلس المجمع لفت نظر دول وشعوب العالم الإسلامي إلى أنه من المسلم به يقيناً أن الشيوعية منافية للإسلام، وأن اعتناقها كفر بالدين الذي ارتضاه الله لعباده، وهي هدم للمثل الإنسانية والقيم الأخلاقية وانحلال للمجتمعات البشرية، والشريعة المحمدية هي خاتمة الأديان السماوية، وقد أنزلت من لدن حكيم حميد، لإخراج الناس من الظلمات إلى النور، وهي نظام كامل للدولة سياسياً واجتماعياً وثقافياً واقتصادياً وستظل هي المعول عليها للتخلص من جميع الشرور، التي مزقت المسلمين وفتت وحدتهم، وفرقت شملهم، سيما في المجتمعات التي عرفت الإسلام، ثم جعلته وراءها ظهيراً لهذا وغيره كان الإسلام بالذات هو محل هجوم عنيف من الغزو الشيوعي الاشتراكي الخطير بقصد القضاء على مبادئه ومثله ودوله.

(ج) قرار بشأن حكم القاديانية والانتماء إليها، حيث قرر مجلس المجمع اعتبار العقيدة القاديانية المسماة بالاحمدية عقيدة خارجة عن الإسلام خروجاً كاملاً، وأن معتققيها كفار مرتدون عن الإسلام وإن تظاهر أهلها بالإسلام إنما هو للتضليل والخداع، ويعلن مجلس المجمع الفقهي أنه يجب على المسلمين حكومات وعلماء وكتاباً ومفكرين ودعاة وغيرهم مكافحة هذه النحلة الضالة وأهلها في كل مكان من العالم.

(د) قرار حكم البهائية والانتماء إليه: قرر المجمع بالإجماع خروج البهائية والبابية عن شريعة الإسلام واعتبارها حرباً عليها وكفر أتباعها كفرًا بواحاً سافراً لا تأويل فيه، وأن المجمع ليحذر المسلمين في جميع بقاع الأرض من هذه الفئة المجرمة الكافرة، ويهيب بهم أن يقاوموها ويأخذوا حذرهم منها، لاسيما أنها قد ثبت مساندة الدول الاستعمارية لها لتمزيق الإسلام والمسلمين.

(هـ) قرار بشأن التأمين بشتى صورته وأشكاله، قرر المجلس بالأكثرية تحريم التأمين بجميع أنواعه، سواء كان على النفس، أو البضائع التجارية أو غير ذلك من الأموال، كما قرر بالإجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء من جواز التأمين التعاوني بدلاً من التأمين التجاري المحرم والمنوه عنه آنفاً.

(و) قرار بشأن الحكم الشرعي في تحديد النسل، في الدورة الثالثة في ٢٣/ربيع الآخر/١٤٠٠هـ: قرر المجلس أنه لا يجوز تحديد النسل مطلقاً ولا يجوز منع الحمل إذا كان القصد من ذلك خشية الإملاق لأن الله هو الرزاق ذو القوة المتين (وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها) هود: ٦، أو كان ذلك لأسباب أخرى غير معتبرة شرعاً، أما تعاطي أسباب منع الحمل، أو تأخيره في حالات فردية لضرر محقق ككون المرأة لا تلد ولادة عادية، وتضطر معها إلى إجراء عملية جراحية لإخراج الجنين فإنه لا مانع من ذلك شرعاً وهكذا إذا كان تأخير الإنجاب لأسباب أخرى شرعية أو صحية يقرها طبيب مسلم ثقة، بل قد يتعين منع الحمل في حالة ثبوت الضرر المحقق على أمه، إذا كان يخشى على حياتها منه بتقرير من يوثق به من الأطباء المسلمين.

(ز) قرار مجلس المجمع حول أوقات الصلوات والصيام في البلاد ذات خطوط العرض العالية الدرجات، في دورته الخامسة ١٠/٤/١٤٠٢هـ الموافق ٤/٢/١٩٨٢م، جاء فيه: تنقسم الجهات إلى تقع على خطوط العرض ذات الدرجات العالية إلى ثلاث:

الأولى: تلك التي يستمر فيها الليل أو النهار أربعاً وعشرين ساعة فأكثر بحسب اختلاف فصول السنة، ففي هذه الحال، تقدر مواقيت الصلاة والصيام وغيرهما في تلك الجهات على حسب أقرب الجهات إليها، مما يكون فيها ليل ونهار متميزان في ظرف أربع وعشرين ساعة.

الثانية: البلاد التي لا يغيب فيها شفق الغروب حتى يطلع الفجر بحيث لا يتميز شفق الشروق من شفق الغروب، ففي هذه الجهات يقدر وقت العشاء الآخرة والإسكاف في الصوم، ووقت صلاة الفجر بحسب آخر فترة يتميز فيها الشفقان.

الثالثة: تلك التي يظهر فيها الليل والنهار خلال أربع وعشرين ساعة وتتمايز فيها الأوقات إلا أن الليل يطول فيها في فترة من السنة طويلاً مفرطاً ويطول النهار في فترة أخرى طويلاً مفرطاً.

ومن كان يقيم في بلاد يتميز فيها الليل من النهار بطلوع فجر وغروب شمس، إلا أن نهارها يطول جداً في الصيف، ويقصر في الشتاء، وجب عليه أن يصلي الصلوات الخمس في أوقاتها المعروفة شرعاً.

(ح) قرار المجمع بشأن زراعة الأعضاء، في دورته الثامنة ٢٧/ربيع الآخر/١٤٠٥هـ /١٨ يناير/١٩٨٥م ومما جاء فيها: 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 مشروع، لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية، بالنسبة للمأخوذ منه كما أن فيه مصلحة كبيرة، وإعانة خيرة للمزروع فيه، وهو عمل مشروع وحميد، إذا توافرت فيه الشرائط 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 المريض المضطر.

(٤) أن يكون نجاح كل من عمليتي النزع والزرع محققاً في العادة أو غالباً.

(ط) قرار المجمع بشأن الاستفادة بأموال الزكاة لبناء المدارس والمستشفيات في البلاد الأوروبية وتأسيس صندوق للزكاة فيها، في دورته التاسعة ١٩ / رجب/١٤٠٦هـ حيث قرر: أن المؤسسات التعليمية والاجتماعية من المدارس والمستشفيات ونحوها، إذا كانت في بلاد الكفر تعتبر اليوم من لوازم الدعوة، وأدوات الجهاد في سبيل الله.

(ي) قرار المجمع بشأن تقرير حصول الوفاة ورفع أجهزة الإنعاش من جسم الإنسان، في دورته العاشرة ٢٤/صفر/١٤٠٨هـ الموافق ١٧/أكتوبر/١٩٨٧م حيث قرر: المريض الذي ركبت على جسمه أجهزة الإنعاش، يجوز رفعها، إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وقررت لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين خبراء، أن التعطل لا رجعة فيه، وإن كان القلب والتنفس لا يزالان يعملان آلياً، بفعل الأجهزة المركبة، لكن لا يحكم بموته شرعاً إلا إذا توقف التنفس والقلب توقفاً تاماً بعد رفع هذه الأجهزة.

(ك) قرار المجمع في دورته الثانية عشر بشأن موضوع إسقاط الجنين المشوه خلقياً ١٥/رجب/١٤١٠هـ الموافق ١٠/فبراير/١٩٩٠م حيث يرى المجلس: إذا كان الحمل قد بلغ مائة وعشرين يوماً، لا يجوز إسقاطه ولو كان التشخيص الطبي يفيد أن بقاء الحمل، فيه خطر مؤكد على حياة الأم فعندئذ يجوز إسقاطه، سواء كان مشوهاً أم لا، دفعاً لأعظم الضررين، أما قبل مرور مائة وعشرين يوماً على الحمل إذا ثبت وتأكد بتقرير لجنة طبية من الأطباء المختصين الثقات وبناءً على الفحوص الفنية بالأجهزة والوسائل المخبرية أن الجنين مشوه تشويهاً خطيراً غير قابل للعلاج وأنه إذا

بقي وولد في موعده ستكون حياته سيئة، وآلاماً عليه وعلى أهله فعندئذ يجوز اسقاطه بناء على طلب الوالدين.

(ل) قرار المجمع في دورته الخامسة عشرة ١١/ رجب/ ١٤١٩هـ الموافق ٣١/ أكتوبر/ ١٩٩٨م بشأن استفادة المسلمين من علم الهندسة الوراثية، حيث يرى المجلس:

أولاً: تأكيد القرار الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بشأن الاستساخ برقم ١٠٠/٢/د/١٠ في الدورة العاشرة المنعقدة بجدة في الفترة من ٢٣ - ٢٨/ صفر/ ١٤١٨هـ

ثانياً: الاستفادة من علم الهندسة الوراثية في الوقاية من المرض أو علاجه أو تخفيف ضرره، بشرط أن لا يترتب على ذلك ضرر أكبر.

ثالثاً: لا يجوز استخدام أي من أدوات علم الهندسة الوراثية ووسائله في الأغراض الشريرة والعدوانية وفي كل ما يحرم شرعاً.

رابعاً: لا يجوز استخدام أي من أدوات علم الهندسة الوراثية ووسائله للعبث بشخصية الإنسان ومسئوليته الفردية أو للتدخل في بنية المورثات بدعوى تحسين السلالة البشرية.

خامساً: لا يجوز إجراء أي بحث أو القيام بأية معالجة، أو تشخيص يتعلق بمورثات إنسان ما، إلا للضرورة وبعد إجراء تقويم دقيق وسابق للإخطار والفوائد المحتملة المرتبطة بهذه الأنشطة، وبعد الحصول على الموافقة المقبولة شرعاً، مع الحفاظ على السرية الكاملة للنتائج، ورعاية أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، القاضية باحترام الإنسان وكرامته.

(م) قرار المجمع في دورته السابعة عشرة ١٩ - ٢٣/ ١٠/ ١٤٢٤هـ ١٣ - ١٧/ ١٢/ ٢٠٠٣م، بشأن: الخلايا الجذعية حيث يرى المجمع: جواز الحصول على الخلايا الجذعية وتتميتها واستخدامها بهدف العلاج أو لإجراء الأبحاث العلمية المباحة، إذا كان مصدرها مباحاً.

(ن) قرار المجمع في دورته الثامنة عشر ١٠/ ٣/ ١٤٢٧هـ الموافق ٨/ ١٢/ ٢٠٠٦م بشأن مدى حق المرأة في إنهاء عقد النكاح بالخلع حيث يرى المجمع: الخلع طلب المرأة فسخ عقد زواجها بعوض، وهو مباح ومندوب في حق الزوج الاستجابة لطلب الزوجة إذا وجد ما يدعو إليه من ظلم الزوج أو تقصيره في أداء الواجبات الزوجية الشرعية، أو كراهية المرأة البقاء معه، وخشيتها من عدم قدرتها على الوفاء بحقوقه.

(س) قرار المجمع في دورته العشرين ١٩/ محرم/ ١٤٣٢هـ الموافق ٢٥/ ديسمبر/ ٢٠١٠م حيث قرر:

أولاً : أنه من المعلوم من الدين بالضرورة أن تحاكم المسلمين إنما يكون لشرع الله قال تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً) النساء: ٦٥ ،

ثانياً : بناء على ذلك فإن اشتراط التحكيم لا يجوز إلا إلى شرع الله سبحانه وتعالى وهذا ما ألزم الله به عباده المؤمنين ، لأنه علامة الإيمان والتسليم والانقياد لله ، وما يجري في هذا الزمان من بعض المسلمين من اشتراط التحاكم إلى القوانين الوضعية المخالفة للشرعية أمر يتعارض مع الأدلة الشرعية الصريحة الصحيحة ولا يجوز للمسلم فعله ، ولا القبول به ، قال تعالى (الم تر إلى الذين يزعمون إنهم امنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالاً بعيداً) النساء: ٦٠ ،

ثالثاً : لما كان من حق كل طرف من أطراف النزاع اختيار محكمه فإنه لا يجوز للمسلم القبول باختيار محكم غير مسلم لأن شرط المحكم أن يكون من أهل القضاء وقت التحكيم ووقت الحكم.

رابعاً : المسلمون الذين يقيمون في مجتمعات أو دول غير إسلامية يجوز لهم عند الضرورة أو الحاجة المنزلة منزلتها التحاكم إلى المحاكم القانونية في بلدانهم حفظاً لحقوقهم ودفعاً للأضرار عنهم ، وذلك ما لم تكن لديهم هيئة تحكيم إسلامية يمكن التحاكم إليها^(١) .

(ع) أولاً : الأصل في ثبوت دخول الشهر القمري وخروجه هو الرؤية ، سواء بالعين المجردة أو بالاستعانة بالمراسد والأجهزة الفلكية ، فإن لم ير الهلال فتكمل العدة ثلاثين يوماً .
ثانياً : يجب أن تتوافر في الشاهد الشروط المعتبرة لقبول الشهادة ، وأن تنتفي عنه موانعها ، وأن يتم التثبت من حدة نظر الشاهد ، وكيفية رؤيته للهلال حال الرؤية ، ونحو ذلك مما ينفي الريبه في شهادته .

ثالثاً : أن الحساب الفلكي علم قائم بذاته ، له أصوله وقواعده ، وقد كان للمسلمين فيه إسهام متميز ، وكان محل اهتمام من الفقهاء المسلمين ، وبعض نتائجه ينبغي مراعاتها ؛ ومن ذلك معرفة وقت الاقتران ، ومعرفة غياب القمر قبل غياب قرص الشمس أو بعده ، وأن ارتفاع القمر في الأفق في الليلة التي تعقب اقترانه قد يكون بدرجة أو أقل أو أكثر .

^١ قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين (١٣٩٨ - ١٤٣٢ هـ).

ولذلك يلزم لقبول الشهادة برؤية الهلال ألا تكون الرؤية مستحيلة حسب حقائق العلم الصحيحة وحسب ما يصدر من المؤسسات الفلكية المعتمدة، وذلك في مثل عدم حدوث الاقتران أو في حالة غروب القمر قبل غياب الشمس.

رابعاً: الشريعة لا تمنع من الاستفادة من العلوم الحديثة، كالحساب الفلكي بمستجداته، وتقنيات الرصد المتقدمة، ونحوها، في مصالح الناس ومعاملاتهم، فالإسلام لا يتعارض مع العلم وحقائقه.

خامساً: يوصي المؤتمر رابطة العالم الإسلامي بتكوين هيئة علمية من علماء الشريعة، وعلماء الفلك المتخصصين للنظر في جميع البحوث والدراسات في كلا المجالين؛ والتي قدمت في اللقاءات والندوات والمؤتمرات التي انعقدت لبحث هذا الشأن، وما صدر عن الجامعات الفقهية وهيئات كبار العلماء ومجامع البحوث الإسلامية، وما سبقها من اجتهادات وآراء لعلماء الشريعة المعتبرين من مختلف المذاهب.

وتحرص على الوصول إلى اتفاق في توحيد بدايات الشهور القمرية، واعتماد مكة المكرمة مركزاً للرصد الفلكي وإصدار تقويم موحد للتاريخ الهجري. وأن تنسق الرابطة مع جهات الاختصاص الشرعية والفلكية في العالم الإسلامي. ويكون مقر هذه الهيئة رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة قلب الإسلام النابض بالخير والبركة.

وتكون الهيئة من مجامع الفقه في الدول الإسلامية وأجهزة الفتوى فيها؛ أو من يرشحونهم من أهل الاختصاص في مجالات العلم الشرعي وعلوم الفلك. ومن ثم يعرض ما تتوصل إليه وما صدر عن هذا المؤتمر على المجمع الفقهي في الرابطة.

(هـ) مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي:

تبنى فكرة إنشاء هذا المجمع جلالة الملك خالد - رحمه الله - عندما انعقد مؤتمر القمة الثالث للدول الإسلامية في رحاب بيت الله الحرام في ربيع الأول عام ١٤٠١هـ/١٩٨١م.

وصدر قرار عن المؤتمر بإنشاء مجمع يسمى: «مجمع الفقه الإسلامي الدولي» يكون أعضاؤه من الفقهاء والعلماء والمفكرين في شتى مجالات المعرفة، ويكون لكل دولة من دول منظمة المؤتمر الإسلامي عضو عامل في المجمع يتم تعيينه من قبل دولته، وللمجمع أن يضم لعضويته من تنطبق عليهم الشروط من علماء وفقهاء المسلمين.

وقد عقد اجتماع المجلس التأسيسي للمجمع عام ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، وكانت دورته الأولى في مكة المكرمة في شهر صفر من عام ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، ويجتمع مجلس المجمع في دورة سنوية، ومقره الرئيس في مدينة جدة.

ويقوم المجمع بدراسة مشكلات الحياة المعاصرة، والاجتهاد فيها لتقديم الحلول النابعة من الشريعة الإسلامية. وتصدر عن المجمع مجلة تتضمن البحوث المقدمة إليه والقرارات الصادرة عنه.

آلية إصدار الأحكام الشرعية في المجمع: أولاً: الاجتماعات: تعتبر اجتماعات المجمع إذا اكتمل فيها نصاب الحضور وهو حضور ثلثي أعضاء المجمع. ثانياً: التصويت: لا يعتبر تصويت أعضاء المجمع على القرار إلا إذا صوتوا بإجماع أو بأغلبية الحاضرين^(١).

• نقد آلية عمل المجمع وأدواته، مواطن القوة:

- (١) يعتمد المجمع في استنباط الأحكام على الأصول الفقهية المقررة لدى المذاهب الفقهية الأربعة المعروفة، ولا يقتصر الأمر فيه على أصول مذهب واحد بعينه، وعلّة ذلك هي قوة مستنداتها وانعقاد عمل الأمة عليها وقبولها جميعها، ولأن الاقتصار على الأخذ من مذهب واحد دون غيره قد يضيق عن الوفاء بأحكام النوازل والأحكام المستجدة المعاصرة، وفي اعتمادها جميعاً توسعة على الأمة وإفادة لها من كل الثروة الفقهية المنقولة خاصة وأن هذا المجمع مجمع دولي يراعي مصالح الأمة الإسلامية التي يبلغ عددها أكثر من مليار مسلم، وأحكام تلك المذاهب وقوة مستنداتها.
- (٢) يحقق درجة عالية من الاطمئنان؛ لكثرة الأبحاث في الموضوع الواحد، ولكثرة المشاركين من أهل الاختصاص، وقد حازت على ثقة الفقهاء والعلماء والمفتين والباحثين في التزامهم بالعمل بها.
- (٣) الاعتماد على النص من القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة إن وجد.
- (٤) إعمال النظر والتعليل والتوجيه فيما لا يوجد فيه نص من الوحي ولا نقل عن الفقهاء.
- (٥) الاعتماد على مقاصد الشريعة المعبرة عن روح الشريعة السمحة، وعن الاتجاه العام للدين الحنيف.
- (٦) الأخذ بالقول الذي يحمل الناس على التيسير، ويتصف بالسهولة وتجنب التشديد في الأحكام.
- (٧) الحرص على درء المشقة عند تعدد الأقوال في النازلة لتلايق الناس في الحرج.
- (٨) مراعاة أعراف وعادات وظروف المجتمعات الإسلامية وملابسات الواقع وتغيير الحال.

(١) ندوة الاجتهاد الجماعي في العالم الإسلامي، علي محمد المحمدي ص٤٢

- (٩) الثبات على ما تم اتخاذه من قرارات سابقة رؤى فيها الحق والصواب، والاشارة إلى القرارات السابقة والرجوع إليها.
- (١٠) أن المنهج الذي سلكه العلماء في القرارات الفقهية هو منهج الفقيه الذي ارتفع عن درجة التقليد وبلغ مرتبة تنقيح الأقوال والترجيح بينها واختيار ما يناسب الظروف والأعراف التي لا تصادم الشرع.
- (١١) تقرر الاحكام في المجلس من غير تعصب لمذهب أو بلد أو طائفة، ويرجى فيها إلى الوصول إلى الحق قدر المستطاع.
- (١٢) يغلب على منهج قرارات المجمع الجانب الشرعي العملي لا النظري الافتراضي.
- (١٣) قد يخالف بعض الأعضاء المسائل، ولا حرج في ذلك، وفي هذه الحالة يصدر القرار برأي الأكثرية، وينشر رأي العضو المخالف ضمن المناقشات والتعقيبات في مجلة المجمع.
- (١٤) عدم البت في القضية إلا بعد الاستعانة ببعض أصحاب الخبرة ممن تثق في دينهم وعلمهم لتستوضح منهم عن بعض الأمور العلمية أو العملية.
- (١٥) عدم التدخل في المسائل التي بت فيها القضاء وايضا في المسائل التي ليست من اختصاصه كالفصل في المنازعات وعدم إبداء الرأي فيما لا يعتبر من الأمور الشرعية ونحو ذلك.
- (١٦) ينضبط العمل في المجلس بقواعد اجرائية.
- (١٧) يتجلى في أعضاء مجالس المجمع ولجانه وندواته تنوع انتماءاتهم الفقهية؛ فمن أعضائها من هو حنفي أو مالي أو شافعي أو حنبلي أو جعفري أو إباضي أو غير ذلك، وأثناء المداولات يدلي كل منهم برأية دون تردد، ومن الواجب الإشارة إلى أن أعضاء مجلس المجمع تسود بينهم روح الإخوة والتثب.

• نماذج من قرارات المجمع:

(أ) القرار رقم ١٥٤ في ٢٨/جمادى الأولى/١٤٢٧هـ بشأن موقف الإسلام من الغلو والتطرف والإرهاب، حيث قرر المجمع مايلي:

- (١) تحريم جميع أعمال الإرهاب وأشكاله وممارساته، واعتبارها أعمالاً إجرامية تدخل ضمن جريمة الحرابة، أينما وقعت وأيا كان مرتكبوها، ويعد إرهابياً كل من شارك في الأعمال الإرهابية مباشرة أو تسببا أو تمويلا أو دعما، سواء كان فرداً أم جماعة أم دولة، وقد يكون الإرهاب من دولة أو دول على دول أخرى.

- (٢) التمييز بين جرائم الإرهاب وبين المقاومة المشروعة للاحتلال بالوسائل المقبولة شرعاً....
- (٣) أن الجهاد للدفاع عن العقيدة الإسلامية وحماية الاوطان أو تحريرها من الاحتلال الأجنبي ليس من الارهاب في شيء ، ما دام الجهاد ملتزماً فيه بأحكام الشريعة الإسلامية.
- (٤) وجوب معالجة الأسباب المؤدية إلى الإرهاب وفي مقدمتها الغلو والتطرف والجهل بأحكام الشريعة الإسلامية...
- (ب) قرار المجمع في الدورة الثانية بجده من ١٠ - ١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦ هـ / ٢٢ - ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥ م ، بشأن التأمين وإعادة التأمين ، قرّر:
- (١) أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقدٌ فيه غررٌ كبير مفسد للعقد ، ولذا فهو حرام شرعاً .
- (٢) أن العقد البديل الذي يحترّم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون ، وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين القائم على أساس التأمين التعاوني .
- (٣) دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين ، حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال ومن مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة . . . والله أعلم .
- (٦) **مجمع الفقه الإسلامي بالهند:**
 أنشئ هذا المجمع عام ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م ، وعقدت الندوة الأولى له عام ١٤٠٩هـ ، ويهدف هذا المجمع إلى البحث عن الحلول لمستجدات العصر والمشكلات الناجمة عن ذلك وفق أحكام الشريعة الإسلامية ، ويشارك في ندوات المجمع السنوية نخبة من العلماء يزيد عددهم عن ستمائة عالم غالبيتهم من الهند .
 وقد جمعت قراراته وتوصياته في كتاب طبع باسم «قضايا معاصرة» في عام ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م .
- (٧) **مجمع الفقه الإسلامي بالسودان:**
 أنشئ هذا المجمع في شهر شعبان سنة ١٤١٩هـ/١٩٩٩م بهدف إحياء فريضة الاجتهاد والنظر في النوازل ، ويضم أربعين من كبار الفقهاء والعلماء والخبراء . وجميعهم من السودان . وله هيئة استشارية من ممثلي الجامعات الفقهية والبحثية من خارج السودان .
 وقد عقد المؤتمر الأول للمجمع في رمضان سنة ١٤١٩هـ/١٩٩٩م .
- (٨) **رابطة علماء المغرب:**

وهي رابطة تعنى ببحث المسائل الفقهية المعاصرة والنوازل، وتجمع معظم علماء المغرب، ومقرها مدينة «الرباط» وتصدر عنها مجلة باسم «الرابطة» وصدر عنها كتاب جامع في الفقه.

(٩) قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية بالكويت:

وهو تابع لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، وقد صدر عن هذا القطاع مجموعة من الفتاوى الشرعية في ثلاث مجلدات.

(١٠) المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث:

وهو هيئة علمية إسلامية متخصصة مقره في مدينة «دبلن» بأيرلندا، وقد عقد لقاءه التأسيسي في المدة من ٢١ - ٢٢ من ذي القعدة عام ١٤١٧هـ/١٩٩٧م في مدينة لندن بدعوة من اتحاد المنظمات الإسلامية في أوروبا.

ويهدف المجلس إلى إيجاد التقارب بين علماء الساحة الأوروبية، والعمل على توحيد الآراء الفقهية فيما بينهم، وإصدار فتاوى جماعية تسد حاجة المسلمين في أوروبا.

(١١) مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا:

وهو مؤسسة علمية تسعى لبيان أحكام الشريعة الإسلامية فيما يعرض للمقيمين في أمريكا من النوازل، ومقره مدينة «واشنطن». وقد عقد الاجتماع التأسيسي له في الخامس والعشرين من شهر رجب سنة ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م.

ومما لا ريب فيه أن لهذه المجمع والهيئات واللجان الشرعية جهود مباركة في توضيح الحقائق الشرعية، وتكليف الحكم الشرعي في كثير من الوقائع والنوازل والمستجدات في كل ما يهم المسلمين في أي مكان في العالم.

(١٢) قطاع إدارة الإفتاء والبحوث في دائرة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدبي:

تتولى الرد على أسئلة واستفسارات المواطنين، وجاء منهج الإجابة عن الأسئلة التي ترد محرره إلى إدارة الإفتاء من خلال:

- التشاور في السؤال وتمحيص فهمه.
- الإجابة عن السؤال اجابة واضحة اعتماداً على أصح أقوال أهل العلم مع مراعاة تقديم قول الإمام مالك بن أنس لأنه مذهب الدولة الرسمي والإفتاء به إن لم يلحق بالسائل حرجاً وعتناً، ثم المذهب الشافعي لأنه مذهب الكثرة الكاثرة في إمارة دبي، ثم الحنفي، ثم الحنبلي، فإن لم يكن في المسألة حرج ولكن اختلفت المذاهب في حكمها، بينت حكمها في المذاهب الأربعة مراعين تقديم المذهب المالكي، مبينين قول كل مذهب من مصادره المعتمدة عند أهله العارفين به، مع التعرض لبيان أدلة المسألة عند القائلين بتا ودليل من لم يقل بتا ووجهته مع الاختصار وتخريج الأدلة وعز الآيات.

- تعزى الأقوال إلى المصادر المختلفة ببيان الجزء والصفحة والقائل.
- بعد تحرير الإجابة تراجع من قبل أعضاء الإفتاء جميعهم ويوقعون عليها كدليل على موافقتهم عليها، وبعد طبعها تعرض مرة أخرى على الأعضاء للنظر فيها والتوقيع عليها وتوزع مصورة على أعضاء اللجنة العليا لقراءتها ومناقشتها في الاجتماع الدوري يوم الخميس من كل أسبوع، وتقر بعد ذلك بالإجماع أو الاغلبية.

أهم مزايا هذه الفتاوى:

- تمتاز بالدقة والوضوح في عرض السؤال والإجابة عنه.
- إيراد الأدلة الشرعية، من القرآن والسنة مع العزو والتخريج المختصر.
- إيراد نصوص مهمة من الكتب المعتمدة في المذاهب عند الحاجة.
- الاستناد إلى قرارات المجامع الفقهية الرئيسية في المسائل الحديثة وإيرادها بنصها.
- تمر الفتوى بمراحل عدة من التمحيص والمراجعة قبل الصدور النهائي إلى المستفتي وإلى النشر وتجمعها مرحلتان رئيستان:
- اجابة أعضاء قسم الإفتاء عنها محررة ومراجعة وموقعاً عليها.
- عرضها على اللجنة العليا للإفتاء لمراجعتها ومناقشتها، ثم اقرارها بالإجماع أو بالأغلبية، وبهذا يتحقق فيها بحق الإفتاء الجماعي وهو ما يجعلها أكثر دقة وأقرب إلى الاصابة.

النماذج المختارة:

- فتوى في حكم غسل وتكفين المنتحر: جاء فيها: إن من انتحر من المسلمين من غير استحلال للانتحار هو مسلم عاص، حكمه مفوض إلى الله إن شاء عذبه، وإن شاء عفا عنه كسائر عصاة المسلمين الذين يقتلون ويسرفون...وقد اخبر تعالى بأنه يغفر ما يشاء غير الإشراف به(إن الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء)النساء: ٤٨.

وبناء عليه، فإنه تجري عليه أحكام عصاة المسلمين من الغسل والتكفين، والصلاة عليه، والدفن في مقابر المسلمين، والإرث منه وغير ذلك من الحقوق الشرعية المترتبة على الوفاة على الإسلام، اللهم إلا أن يثبت شرعاً أنه استحل الانتحار وفعله مستحلاً، فإنه يكون حينئذ مات مرتداً لا يغسل ولا يصل على ولا يدفن في مقابر المسلمين، ومالم يثبت ذلك فالأصل بقاؤه على الإسلام ولا يعدل عن هذا الاصل إلا بدليل^(١).

(١) فتاوى شرعية(١٠٦/١)

• فتوى في حكم زواج الميسار، جاء الجواب: زواج الميسار الذي اشيع مؤخراً أن يتزوج رجل امرأة عرى امرأته، في مدينة أو بلدة أخرى، ويتزوجها من وليها، ويبدل مهرها ويشهد على ذلك ويوثق النكاح في المحاكم الشرعية، وبناءً عليه فإن النكاح بهذه الصورة مستكمل الشروط والأركان، حيث كان النكاح بولي وشهود وصيغة وتم توثيق ذلك ولم يوص بكتمانه، وهذه هو النكاح الكامل الذي لم يختلف أهل العلم في صحته، فإذا كان الحال ما ذكر فإنه نكاح صحيح يترتب عليه الأثر الشرعي.

• فتوى في حكم تأجير عمارة لمن يستعملها في المعاصي^(١): حيث ورد السؤال التالي: أجرت عمارة لذمي فاستغلها في بيع الخمر دون علمي، فهل يحل لي أخذ الأجرة؟ أم يلزمي فسخ العقد؟ الجواب: إن كنت تعلم أن هذا المستأجر سيستغلها في المحرمات، من بيع خمر أو دعارة ونحوها، فإن الاجارة لا تتعقد ولا يحل لك أخذ الأجرة على ذلك؛ لان الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه كما صح في الحديث الذي أخرجه أبو داود عن ابن عباس رضي الله عنهما، أما إذا كنت لا تعلم ذلك، وإنما أجرتها للانتفاع بتا فيما يحل، فاتخذها المستأجر في المحرمات، فلك الحق أن ترفع دعوة ضده بذلك ولولي الأمر أن يجبره على منع هذا الفعل، أو إخراجه منها، وتأجيرها لصالحه ولو لم يجد مؤجراً فيحبسها إلى أن يجد كما نص على ذلك ابن شاس في عقد الجواهر الثمينة.

وأنت تستحق الأجرة على ذلك مدة عقد الإيجار حيث كان العقد صحيحاً، ولم يجر منك خلاف ما يمنع من استيفاء المنفعة، فيما أجرت له من الاستعمال الجائز شرعاً.

• فتوى في حكم استحقاق مكافأة نهاية الخدمة، ورد السؤال التالي: عمل ابن لدي شركة والده لمدة أربع سنوات متواصلة، وكان يتقاضى طوال فترة عمله راتباً شهرياً محدداً، ولم يتوقف راتبه حتى أثناء سفر الابن مرافقاً والده للعلاج أو سفره منفرداً لمتابعة شؤون علاج والده في الخارج، ثم توفي الأب فتم الاتفاق مع الورثة على تعيين محاسب قانوني لتسوية أمور الشركة، ومن ضمن الأعمال التي قام بتا المحاسب القانوني تحديد مخصص مستحقات نهاية الخدمة لجميع موظفي الشركة، وقد كان الابن من ضمنهم، وذلك لكونه موظفاً ويتقاضى راتباً شهرياً من الشركة، علماً بأن الأب أسند إلى الابن في السنة الرابعة مهمة الإشراف على أحد مشاريعه، إضافة إلى عمله في الشركة، وقد حدد له الأب نسبة أرباح من المشروع مقابل أتعابه كتابياً، وقد تم الاتفاق مع الورثة على أحقية الابن بالحصول على تلك النسبة.

(١) الاجتهاد الجماعي للشيخ صالح بن حميد - ص ٢٩، ٣٠ (بتصرف) والاجتهاد الجماعي لشعبان إسماعيل - ص ٧٣ - ٨٠ (بتصرف) والاجتهاد الجماعي لوهبة الزحيلي - ص ٢٥، ٢٦ (بتصرف).

والآن هل يحق لهذا الابن من الناحية الشرعية أن يأخذ مخصص نهاية الخدمة الذي تم تحديده، من قبل المحاسب القانوني، أسوة بباقي الموظفين أم أنه لا يحق له شرعاً؟

الجواب: بما أن هذه الابن كان ضمن من يعمل في هذه الشركة براتب شهري كما هو حال غيره من سائر العمال، فإنه يستحق ما يستحقه الآخرون مما تعارف الناس عليه وتراضوا به من الحقوق المدنية، كحق نهاية الخدمة، ولا سيما قد جرى بذلك قانون ملزم من ولي الأمر لما رأى من مصلحة الأمة، فاستحق بموجبه جميع العاملين مكافأة نهاية الخدمة وأصبح كأنه جزء من أجرة العمل^(١).

المطلب الثالث

دور المجامع الفقهية في تحقيق الاجتهاد الجماعي^(٢)

مما لا ريب فيه أن المجامع الفقهية وهيئات الإفتاء واللجان الشرعية قامت بدور مهم على الساحة الإسلامية، وأسهمت في إنارة الطريق أمام المسلمين، على المستوى الفردي والجماعي، على ضوء الأدلة الشرعية، والاحتكام إلى روح الشريعة الإسلامية السمحة ومقاصدها وقواعدها العامة.

وإن الناظر فيما قدمته وتقدمه هذه المؤسسات العلمية يلحظ أنها قد أسهمت بشكل فاعل ومؤثر لا في تحقيق الاجتهاد الجماعي فحسب، بل في ترسيخه مفهوماً قائماً بذاته، ومصطلحاً مستقلاً عما سواه، وممارسة عملية منظمة، عمادها البحث العميق والاجتهاد الأصيل، والدليل المتين، والبعد عن الشبهات والريب، في مشورة علمية ناصحة من أهل علم وأخيار، تشدهم آصرة التآخي، وتقوى علاقاتهم الآمال في وحدة الأمة.

ولا ريب أن الاجتهاد الجماعي قد انتعش - بحق - في رحاب المجامع الفقهية في المملكة العربية السعودية ومصر والسودان والهند وأمريكا وغيرها، كما انتعش على يد هيئات الفتوى ومؤسساتها في البلاد الإسلامية. واستطاعت المجامع ودور الفتوى - منذ نصف قرن وأكثر - تلبية حاجة الأمة، وتطلعات المسلمين لمعرفة أحكام المشكلات الطارئة والنوازل الحادثة.

ولا يعني ذلك أن ما يجري في تلك المجامع هو قصارى الطموح، أو الشكل الأمثل للاجتهاد الجماعي، كما لا يعني ادعاء الكمال لما هو موجود، بل الطبيعة البشرية مجبولة على التقصير، والحاجة إلى المراجعة وإعادة النظر فيما تم إنجازه قائمة حتى ندرك أوجه القصور ومن ثم يكون العلاج.

(١) فتاوى شرعية: ٢٥٩/٥

(٢) الاجتهاد الجماعي للشيخ صالح بن حميد - ص ٢٩، ٣٠ (بتصرف) والاجتهاد الجماعي لشعبان إسماعيل - ص ٧٣ - ٨٠ (بتصرف) والاجتهاد الجماعي لوهبة الزحيلي - ص ٢٥، ٢٦ (بتصرف).

❖ أوجه القصور في المجامع الفقهية وهيئات الإفتاء واللجان الشرعية:

أولاً: قلة عدد أعضاء هذه المؤسسات، فبعضها لا يزيد عن عشرين عضواً، وهم غير متفرغين لهذا العمل، بل كل واحد منهم مرتبط بأعمال أخرى كثيرة تجعل عمله في هذه المؤسسات محدوداً.

ثانياً: أن اجتماعات هذه المؤسسات قليلة ودوراتها العادية متباعدة (سنوية أو نصف سنوية) بالإضافة إلى قلة عدد الأيام التي تناقش فيها البحوث.

ثالثاً: أن ما يتوصل إليه المجتمعون من قرارات وتوصيات لا يُطبع منها إلا أعداد محدودة، تهدي لبعض الأفراد والهيئات، ولا يستفيد منها عامة المسلمين.

رابعاً: أن هناك تكرار وازدواجية في عمل هذه المؤسسات، لعدم التنسيق بينها، وإن وجد في بعضها فلا يوجد في الكل، وهذا يؤدي إلى ضياع الجهد الذي يبذل من العلماء.

خامساً: أن أغلب أعضاء هذه المؤسسات من المتخصصين في الفقه وأصوله، وهؤلاء لا يمكنهم تكييف الحكم الشرعي في بعض القضايا التي لها صلة بالعلوم الأخرى، كالطب، والاقتصاد، والاجتماع، وعلم النفس وغيرها.

سادساً: أكثر هذه المؤسسات يغلب عليها الطابع المحلي أو الإقليمي، وأعضاؤها ينتمون إلى دولة واحدة، وهذا لا يحقق الهدف المنشود من جمع كلمة المسلمين، وتوحيد صفوفهم وآرائهم حول الموضوعات التي تهتم أمر المسلمين جميعاً.

سابعاً: أن بعض هذه المجامع تترك للدول اختيار الأعضاء الذين يمثلونها، والغالب على هذه الدول أنها لا ترشح لهذا العمل إلا من كان منهجه يتفق مع سياسة هذه الدولة.

ثامناً: أن الأحكام والقرارات التي تصدرها هذه المجامع ليس لها صفة الإلزام، وإنما هي مجرد محاضر للاجتماعات تحفظ لدي الأمانة العامة للمجمع أو الهيئة، ولا ينشر منها إلا ما تراه الأمانة العامة صالحاً للنشر^(١).

❖ كيفية علاج هذا القصور:

عرضنا فيما سبق شيئاً من أوجه القصور في المؤسسات العلمية (المجامع الفقهية وهيئات الإفتاء واللجان الشرعية) والتي جعلت هذه المؤسسات لا تقوم بدورها كما ينبغي، وبالعلاج أوجه القصور يمكن أن يتحقق الهدف المنشود منها، وذلك من خلال ما يأتي^(٢):

أولاً: يقترح بعض العلماء ضم المجامع الفقهية المتعددة تحت مسمى «المجمع الفقهي العالمي». ويرون إمكان تحقيق ذلك من خلال الدعوة إلى عقد مؤتمر عالمي باسم «مؤتمر علماء المسلمين» تحت رعاية رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة،

(١) فقه الشورى والاستشارة - للدكتور/ توفيق الشاوي - دار الوفاء - الطبعة الأولى - ص ٧٥٣ وما بعدها، والاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي - ص ١٤٠، ١٤١ (بتصرف).

(٢) الاجتهاد الجماعي لشعبان إسماعيل - ص ٧٧، ٧٨ (بتصرف).

ويدعى إلى هذا المؤتمر جميع الجامعات الفقهية وهيئات الإفتاء في العالم الإسلامي بكامل الأعضاء الحاليين لوضع تصور كامل نحو تكوين «مجمع فقهي عالمي» يكون مقره مكة المكرمة باعتبارها أم القرى ومهبط الوحي، وتكون الجامعات الأخرى فروعاً لهذا المجمع، ينسق بينها مكتب مركزي، ويتابع ما يجري على الساحة من قضايا ونوازل تحتاج الأمة إلى بحثها ومعرفة الحكم الشرعي فيها.

وإذا اتفق علماء هذا المجمع «العالمي» على رأى في مسألة من المسائل الاجتهادية، اعتبر ذلك «إجماعاً» من مجتهدي العصر، له حجيته وإلزامه في الفتوى والتشريع، وإن اختلفوا كان رأى الأكثرية هو الأرجح.

ويجب تبليغ ما يتوصل إليه المجمع إلى ولاية الأمور في الدول الإسلامية، لإلزام الشعوب بها وتطبيقها، فمن المعلوم أن حكم الحاكم يرفع الخلاف⁽¹⁾.

ثانياً: زيادة أعضاء الجامعات الفقهية وهيئات الإفتاء بصورة متكاملة، بحيث تضم الفقهاء والعلماء المتخصصين في الفقه والأصول والتفسير والحديث، بالإضافة إلى العلوم الحديثة التي لها صلة بالأحكام الشرعية، كالطب، والاقتصاد، والاجتماع، وعلم النفس، وما إلى ذلك من العلوم الإنسانية، وأن يكون لدى كل منهم القدرة على الإفادة من الماضي وأن يعيش الحاضر وأن يستشرف المستقبل وأن يكون لديه القدرة الكاملة في علاج قضايا الناس وحل مشكلاتهم.

ثالثاً: زيادة دورات هذه المؤسسات حتى تكون على صلة بما يجري في المجتمع، وعدم ترك الفرصة للأدعياء بتغطية ما يهم المسلمين بصورة غير صحيحة.

رابعاً: إصدار مجلة شهرية توزع مجاناً أو تباع بثمن ميسر، تتضمن نشر البحوث والقرارات والتوصيات التي تصدرها هذه المؤسسات.

خامساً: إنشاء قناة فضائية خاصة تكون مهمتها توضيح صورة الإسلام الصحيحة، والرد على الدعاوى الكاذبة التي تسيئ إلى الإسلام، بالإضافة إلى عرض كل ما يصدر عن هذه المؤسسات بصورة مستمرة.

(1) ينظر في ذلك: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية للدكتور/ زكريا البري - منشور بمجلة المجلس العلمي لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - العدد ٢٠ ص ٢٥٢، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية للدكتور/ يوسف القرضاوي - ص ٨٤، الاجتهاد الجماعي ودور الجامعات الفقهية في تطبيقه للدكتور/ شعبان إسماعيل - دار البشائر الإسلامية - ص ١٣٤.

المبحث السادس:

دور المجامع الفقهية في ترشيد المصارف الإسلامية

لقد بدأت الخدمات المصرفية الإسلامية بالظهور بصورتها الحالية في القرن الماضي ، عندما عمدت دول إسلامية إلى وضع الفكرة موضع التنفيذ . . .

حيث بدأت بعض أشكال الخدمات المصرفية الإسلامية بالظهور في القرن الماضي، لكنها واجهت عدداً من المشكلات من جهة الالتزام الكلي بأسس الشريعة الإسلامية.

وخلال المدة ذاتها ، بدأ العمل على تطوير أسس المحاسبة الإسلامية ، التي تعد أداة حيوية ورئيسة لنجاح المصارف الإسلامية ، وتم في عام ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م عقد أول اجتماع لمؤتمر منظمة العالم الإسلامي في جدة وتقرر فيه إيقاف العمل بمعدلات الفائدة المحددة وابتكار أنظمة مالية جديدة تركز على الشريعة الإسلامية .

وفي عام ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م تم تأسيس بنك دبي الإسلامي أول مصرف إسلامي متكامل، ومنذ ذلك الوقت ، ظهر العديد من المؤسسات المالية الأخرى التي تركز على مبدأ مشاركة الربح والخسارة.

ارتكز النموذج النظري الأول للخدمات المصرفية الإسلامية على مبدأ المضاربة متعددة الأطراف، عبر اعتماد مبدأ مشاركة الربح والخسارة بدلاً من مبدأ الفائدة على الودائع والقروض.

ويمكن للمصارف الإسلامية أن تكون وسيطاً مالياً مثل المصارف التجارية التقليدية ؛ لكن مع إلغاء مبدأ الفائدة من جميع المعاملات والاعتماد على الشراكة الحقيقية ومبدأ مشاركة الأرباح والخسائر.

ولهذا لاقت الخدمات والنشاطات المالية الإسلامية اهتماماً واسعاً حيث بدأت العديد من الجامعات والمعاهد بتدريس أسس الخدمات المصرفية الإسلامية وتشجيع إجراء الدراسات والبحوث .

وقد تم لاحقاً تطوير الأسس الأولية وتنقيتها وصقلها حيث شهد مجال الودائع وضع أسس محدّدة للتعامل مع الحسابات وعمليات التمويل ورؤوس الأموال والبيانات المالية، وذلك ارتكازاً على مبادئ الإجارة والمرابحة ، كما تم خلال هذه الفترة تطوير التقنيات الخاصة لإطلاق المنتجات المالية وفقاً للشريعة الإسلامية، وشمل هذا الأمر اختيار شركات ومؤسسات يمكن التعامل بأسسها لكونها تتفق مع مبادئ الشريعة.

واليوم أصبحت المصارف الإسلامية تشكل منافسة قوية في جميع مجالات العمل المصرفي وتهدف إلى تحقيق بعض الأهداف الإنسانية حيث أصبحت الخدمات المصرفية

الإسلامية تتمتع بمستوى عال من التقدير وتُعدُّ بديلاً عادلاً ومنصفاً وهي تجذب المزيد من المتعاملين غير المسلمين، يحفزهم على ذلك تميّز النظام المصرفي الإسلامي.

إن بناء المصارف الإسلامية جاء تلبية الحاجات المجتمعات الإسلامية في إيجاد صيغة للتعامل المصرفي بعيداً عن شبهة الربا وشبهاته .

تعريف المصرف الإسلامي

المصرف الإسلامي هو مؤسسة مصرفية لا تتعامل بالفائدة ((الربا)) أخذاً و إعطاءً^(١) .

والمصرف الإسلامي : أهو المصرف الذي يلتزم بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في جميع معاملاته المصرفية والاستثمارية ، من خلال تطبيق مفهوم الوساطة المالية القائم على مبدأ المشاركة في الربح و الخسارة ، ومن خلال إطار الوكالة بنوعيتها العامة والخاصة.

ومن أهم حاجات المجتمعات الإسلامية وجود جهاز مصرفي يعمل طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ويقوم بحفظ أمواله واستثمارها ، بالإضافة إلى توفير التمويل اللازم للمستثمرين بعيداً عن شبهة الربا.

وبانتشار المصارف الإسلامية نكون قد أوجدنا الحل الأمثل لهذه المشكلة وغيرها.

قيمة المصارف الإسلامية

لقد أدخلت المصارف الإسلامية أسساً للتعامل بين المصرف والمتعامل تعتمد المشاركة في الأرباح والخسائر بالإضافة إلى المشاركة في الجهد من قبل المصرف والمتعامل ، بدلا من أسس التعامل التقليدي القائم على مبدأ المديونية(المدين/الدائن) وتقديم الأموال فقط دون المشاركة في العمل. كما أوجدت المصارف الإسلامية أنظمة للتعامل الاستثماري في جميع القطاعات الاقتصادية وهي صيغ الاستثمار الإسلامية (المرابحة ، المشاركة ، المضاربة ، الاستصناع ، السلم ، التأجير ، .. إلخ .).

وترجع قيمة وجود المصارف الإسلامية إلى ما يلي :

- (١) رغبة المجتمعات الإسلامية في إيجاد قنوات للتعامل المصرفي بعيداً عن استخدام أسعار الفائدة .
- (٢) تطبيق فقه المعاملات في الأنشطة المصرفية.
- (٣) التطبيق العملي لأسس الاقتصاد الإسلامي العالمي.

مميزات المصارف الإسلامية

تتميز المصارف الإسلامية بالعديد من الخصائص عن المصارف الربوية من أبرزها:

- (١) السعي إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في كافة المعاملات المصرفية والاستثمارية .

١ موسوعة قضايا إسلامية معاصرة لمحمد الزحيلي / ج ٣ / ص ٢٧٣ .

- (٢) العمل على تيسير أسباب الربح الحلال في مجال زعم أن الفوائد الربوية هي عصب وجودها .
- (٣) تطبيق أسلوب الوساطة المالية القائم على المشاركة .
- (٤) تخضع المصارف الإسلامية إلى الرقابة المالية والرقابة الشرعية لمراقبة أعمال المصرف.
- (٥) يحتل الاستثمار في المصارف الإسلامية حيزاً كبيراً من معاملاتها ، فهي تقوم بالمرابحة للأمر بالشراء والإجارة المنتهية بالتملك مما يؤدي إلى تعاون رأس المال والعمل.

اعتماد هيئة مصرفية شرعية:

يجب على المصارف أن تضم هيئة الفتوى والرقابة الشرعية من العلماء المتخصصين في الشريعة الإسلامية و الملمين بالانظم الاقتصادية والقانونية والمصرفية بعامة ، ويتم تعيين الهيئة من قبل الهيئة العامة للمصرف فهي أعلى من مجلس الإدارة ، ومهمة الهيئة استحداث صيغ استثمارية وتمويلية شرعية ، إلى صياغة ومراجعة عقود تلك الصيغ والإفتاء في كل ما تعرضه عليها الإدارة من قضايا العمل ومستجداته ، يرفعه إليها المراقب الشرعي من استفسارات أو ملاحظات تتعلق بالأداء التنفيذي لشرعية التعامل المصرفي ، وتعمل الهيئة على التأكد من أن أعمال البنك تتم وفق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء وطبقاً للفتاوى الصادرة عنها ، ومن ثم اعتمادها ورقة عمل دائم .

دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية

للمجامع الفقهية دور كبير في بناء الاقتصاد الإسلامي المعاصر وإيجاد آليات جديدة وصيغ عملية وبخاصة في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية محور بحثنا اليوم كما يجب أن تقوم بالتأكد من مشروعية المعاملات جميعها التي تتم في المصارف الإسلامية وعن طريق البنك المركزي المقترح في هذا البحث واقتراح كون مصرف التنمية الإسلامي هو المصرف المركزي الإسلامي وأن يأخذ مكانته في الرقابة والسلطة على كل المصارف الإسلامية وفروعها والنوافذ الإسلامية في المصارف والبنوك الأخرى ، كما يقوم بدور الوسيط بين المصارف الإسلامية والمصارف المركزية الرسمية في البلدان التي توجد فيها المصارف الإسلامية.

ومن دور المجامع الفقهية

- (١) إبداء الرأي الشرعي فيما يُحال إليها من معاملات المصرف.
- (٢) المراجعة الشرعية لجميع مراحل تنفيذ العمليات الاستثمارية للمصارف الإسلامية وإبداء الملاحظات ومتابعة تصحيحها أولاً بأول .
- (٣) إبداء حكم المجامع الفقهية على المشروعات الاستثمارية قبل بدء التنفيذ .
- (٤) تقديم المشورة الشرعية إلى المصرف في أي أمر من أمور المعاملات المصرفية .

الخاتمة

وبعد:

فإننا نرى أن الصيغة المثلى في علاج قضايا الأمة وحل مشكلاتها إنما تتحقق بالاجتهاد الجماعي، الذي يجمع بين فقهاء الشرع وخبراء العصر، لأن الفقهاء يعلمون النصوص ومدلولاتها ومقاصدها، والخبراء يعرفون الواقع ومآلاته وتحدياته، والحكم الشرعي مركب من العلم بالنصوص والعلم بالواقع، فالاجتهاد الجماعي أقرب إلى السداد وأبعد عن الخلاف في مثل هذه القضايا.

وقد ظهرت في عهدنا عدة مجامع فقهية وهيئات للفتوى، أنشئت للنظر الجماعي في مشكلات المسلمين ونوازل العصر الحديث، بعضها على مستوى محلي، وأخرى على مستوى عالمي، وقد أدت هذه المجامع والهيئات دوراً هاماً في بحث كثير من القضايا المعاصرة، والتماس الحلول الشرعية لكثير من مشكلات المسلمين.

لذا أرى:

- (١) تفعيل دور المجامع الفقهية القائمة الآن، وإثبات نماذج مما أصدرته المجامع والدعوة إلى نشر كل ما يصدر عن المجامع من قرارات وتوصيات وبحوث، وهذا عامل مهم في تقريب وجهات نظر العلماء واجتهاداتهم.
- (٢) إضافة صفة الإلزامية على قرارات المجمع وتفعيل قراراته ومتابعة ما أوصى به.
- (٣) السعي إلى إيجاد مراكز علمية ومعاهد تقبل خريجي كليات الشريعة بالذات، وتقوم بتزويدهم بدورات ومواد دراسية في المعاملات المصرفية.
- (٤) السعي إلى عقد المزيد من المؤتمرات وحلقات البحث حول القضايا المستجدة في معاملات المصارف الإسلامية، ومناقشة العلماء بعضهم لبعض.
- (٥) إيجاد هيئة الرقابة والتدقيق الشرعي في المصارف الإسلامية كافة.
- (٦) السعي إلى تنقية المصارف الإسلامية المربوطة بالبنوك الربوية العالمية مطلقاً.

فهرس المصادر والمراجع

- (١) الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي - أ.د/ عبد المجيد الشرفي - سلسلة كتاب الأمة - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر
- (٢) الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي د/ خالد حسين الخالد ، ط مركز جمعه الماجد.
- (٣) الاجتهاد الجماعي في المملكة ، من أبحاث ندوة الامارات
- (٤) الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر - أ.د/ وهبه مصطفى الزحيلي - بحث مقدم إلى مؤتمر الفتوى وضوابطها بمكة المكرمة في المدة من ٢٠ - ٢٥ محرم ١٤٣٠هـ / ١٧ - ٢٢ يناير ٢٠٠٩م
- (٥) الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر - للدكتور/ شعبان إسماعيل - بحث = مقدم لمؤتمر الفتوى وضوابطها بمكة المكرمة في المدة من ٢٠ - ٢٥ محرم ١٤٣٠هـ / ١٧ - ٢٢ يناير ٢٠٠٩م
- (٦) الاجتهاد الجماعي وأهميته في نوازل العصر - لمعالي الشيخ الدكتور/ صالح بن عبد الله بن حميد - بحث مقدم لمؤتمر الفتوى وضوابطها بمكة المكرمة في المدة من ٢٠ - ٢٥ محرم ١٤٣٠هـ / ١٧ - ٢٢ يناير ٢٠٠٩م
- (٧) الاجتهاد الجماعي ودور الفقه في حل المشكلات - جمعية الدراسات والبحوث الإسلامية - الأردن -
- (٨) الاجتهاد الجماعي ودور المجامع الفقهية في تطبيقه - أ.د/ شعبان محمد إسماعيل - الناشر: دار البشائر - بيروت -
- (٩) الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط، أ.د/ يوسف القرضاوي ط دار النشر والتوزيع ١٤١٤هـ،
- (١٠) الاجتهاد في التشريع الإسلامي للدكتور محمد سلام مذكور - دار النهضة العربية - ١٤٠٤هـ -
- (١١) الاجتهاد في الشريعة الإسلامية للدكتور/ زكريا البري - منشور بمجلة المجلس العلمي لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - العدد ٢٠
- (١٢) الإحكام
- (١٣) أصول التشريع الإسلامي
- (١٤) إعلام الموقعين

- (١٥) تاريخ التشريع الإسلامي للشيخ محمد الخضري - المكتبة التجارية الكبرى
- (١٦) تاريخ الفقه الإسلامي - دار الكتاب العربي بمصر ١٩٥٨م -
- (١٧) التحرير في أصول الفقه
- (١٨) الجامع الصحيح للترمذي
- (١٩) جامع بيان العلم
- (٢٠) الجامع لأحكام القرآن
- (٢١) سنن الدارمي
- (٢٢) شرح المجلة لسليم رستم باز ، ط دار إحياء التراث العربي،
- (٢٣) شعب الإيمان للبيهقي.
- (٢٤) الصحاح للجوهري
- (٢٥) غياث الأمم في إلتياث الظلم،
- (٢٦) فقه الشورى والاستشارة - للدكتور/ توفيق الشاوى - دار الوفاء - الطبعة الأولى
- (٢٧) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين (١٣٩٨ - ١٤٣٢هـ).
- (٢٨) لسان العرب
- (٢٩) مجمع البحوث الإسلامية تاريخه وتطوره،
- (٣٠) المدخل الفقهي العام)
- (٣١) مرجع العلوم الإسلامية
- (٣٢) المستصفي من علم الأصول
- (٣٣) المصباح المنير للفيومي
- (٣٤) معجم مقاييس اللغة
- (٣٥) مقاصد الشريعة الإسلامية - الشركة التونسية للتوزيع - ط ١ سنة ١٩٧٨م -
- (٣٦) موسوعة قضايا إسلامية معاصرة لمحمد الزحيلي
- (٣٧) ندوة الاجتهاد الجماعي في العالم الإسلامي، علي محمد المحمدي



الدورة العشرون

لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

دور المجمع الفقهي مع المؤسسات المالية الإسلامية

إعداد

الأستاذ الدكتور محمد مصطفى الزحيلي

عميد كلية الشريعة بجامعة الشارقة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

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

فإن الله تعالى اختار الإسلام ديناً "إن الدين عند الله الإسلام" آل عمران/١٩، وأكمل لنا هذا الدين "اليوم أتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً" المائدة/٣.

وإن الله تعالى تكفل بحفظ هذا الدين الكامل إلى أن تقوم الساعة، فقال تعالى: "إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون" الحجر/٩.

وإن الله أنزل على رسوله الأمر بالشورى، فقال تعالى: "وشاروهم بالأمر" آل عمران/١٥٩، ثم وصف المؤمنين بالتزام الشورى، فقال تعالى: "والذين استجابوا لربهم، وأقاموا الصلاة، وأمرهم شورى بينهم، ومما رزقناهم ينفقون" الشورى/٣٨، وذلك ليسير المؤمنون على منهج التعاون والتشاور، وتبادل الرأي، لاختيار الأحسن والمناسب في الأمور كلها، وخاصة في الاجتهاد وبيان الأحكام الشرعية.

وإن الله تعالى حدد منهج التعاون، والتشاور، والتطبيق في الحياة، فقال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله، وأطيعوا الرسول، وأولي الأمر منكم" النساء/٥٩، وأولو الأمر هم الحكام والعلماء.

وإن الأحكام الشرعية الثابتة صراحة في الكتاب والسنة قليلة، ومحصورة، والوقائع كثيرة ومتجددة في كل عصر وزمان، فشرع الله الاجتهاد، وكلف العلماء القيام به، لبيان الأحكام على المنهج السابق بالتعاون والتشاور، ثم بإطاعة ولي الأمر، وما يتوصل إليه الجمهور، ويأمر به أولو النهى، والنفوذ.

مشكلة البحث:

إن الله تعالى قد امتن على هذه الأمة اليوم بتوفر الاجتهاد الجماعي بدءاً من هيئات الفتوى والتشريع، وانتهاء بالمجامع الفقهية، وانتشرت هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية المعاصرة^(١)، وصار لها وجود مكين، ودور عظيم، ومكانة مرموقة، ولكنها متعددة وموزعة حسب كل مؤسسة، كما توفرت المجامع الفقهية المحلية والدولية، والتي

(١) عرفت بالسودان بإدارة الفتوى والبحوث، وخاصة في بنك التضامن الإسلامي بالخرطوم، انظر: دور المؤسسة المصرفية الإسلامية، بحث الشريف /٢ /٤٣١.

تقوم مع هيئات الفتوى، وهيئات الرقابة الشرعية، بالاجتهاد لبيان الأحكام في النوازل الطارئة، والمستجدات المعاصرة، والحلول الشرعية والبدائل الصحيحة لما يشاع من معاملات محرمة.

ولكن حصل بالنتيجة الاختلاف، وتعدد الآراء، وبعض الفوضى، وشيء من التعارض، مما أثار الشجون من المخلصين، والحقد والضغينة من غيرهم، مستغلين هذه المشكلة العملية، من التعدد، والاختلاف، والاضطراب.

وهذا ما دفع العلماء الغيورين لطلب التنسيق بين لجان الفتوى، وهيئات الرقابة، والمجامع الفقهية، لتنظيم العمل بينهم، وتوحيد المناهج في اجتهادهم، وإيجاد هيئات شرعية دولية، للمراقبة والمتابعة، وتنسيق العمل حتماً مع المجامع الفقهية عامة، ومع مجمع الفقه الإسلامي الدولي خاصة، فتكتمل الصورة، وتتوفر آليات العمل والاجتهاد، وتكون النتائج في أحكام النوازل والمسائل والوقائع والمستجدات المعاصرة عامة وشاملة، فتزداد قبولاً، وتزدان إشراقاً، وتتوفر لها غالباً الصحة والقبول عند الله، وعند الناس.

ومن هذه المنطلقات جاء هذا البحث "دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية، آليات وصيغ"، وهذا الترشيح المنشور ينحصر في مجال الاجتهاد لتطبيق الشريعة الإسلامية في المجال المالي، وحسب المعطيات المعاصرة، والوقائع المعاشة، والتطورات المتجددة أمام المؤسسات المالية الإسلامية التي ظهرت على الساحة المحلية والدولية، وأصبحت تتبوأ مكانة مرموقة، ويشار إليها بالبنان، ولكنها تواجه صعوبات كثيرة، وتحديات عديدة، وتحتاج للترشيح ومد يد العون لها.

الدراسات السابقة:

كتب عدد من العلماء المعاصرين كتباً وبحوثاً عن هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية المنتشرة اليوم في أرجاء العالم الإسلامي، وصدرت فيها أنظمة وتشريعات. كما كتب العديد من العلماء المعاصرين عن المجامع الفقهية المحلية والدولية، وصدرت فيها أنظمة متعددة، محلية ودولية، وهي تمارس عملها باستمرار، وتعد الاجتماعات والندوات والمؤتمرات دورياً، وتتخذ القرارات، وكثيراً ما تجمعها في كتاب.

كما ظهرت اتفاقية "إنشاء الاتحاد العالمي للمصارف الإسلامية" وفيها هيئة الرقابة الشرعية العليا، وطالبت بإنشاء هيئة الرقابة الشرعية العالمية، لتتسق بين هيئات الرقابة المحلية، وكل ذلك لا يزال حبراً على الورق، ولم يأخذ طريقه للتنفيذ.

كما كتبت رسائل وبحوث عن الاجتهاد الجماعي والفتوى الجماعية في العصر الحاضر، لبيان ضرورته، والحاجة إليه، وتطبيقه في مجالات الفتوى والتشريع وغيره.

ولذلك يسعى هذا البحث إلى بيان الآليات والصيغ التي تجمع بين هذه الهيئات والجامع، وكيفية التنسيق بينها أولاً، والعمل على تأسيس هيئات عامة ودولية، ثم التنسيق بينها وبين الجامع الفقهي، ثم بيان مدى التزام المؤسسات المالية الإسلامية بقرارات الجامع الفقهي، مع التعاون الكامل للالتزام بقرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي لمكانته، وما يتمتع به من مزايا، وبيان مدى قيام الجامع الفقهي بدور الإشراف والتوجيه لهيئات الرقابة الشرعية المحلية، والدولية لترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية نحو النمو والأفضل، والتطور والكمال، لتساهم في التطبيق الرشيد للاقتصاد الإسلامي المعاصر الذي ظهر منافساً لغيره، ومؤملاً لمعاملات أفضل، ورفاه سليم.

منهج الدراسة:

اختار الباحث منهج التتبع والاستقراء لأنظمة الجامع الفقهي وهيئات الرقابة الشرعية والبنوك الإسلامية، وتحليل هذه النصوص الواردة فيها، والمقارنة بينها، والاستفادة من خبرات واقتراحات السابقين في هذا الخصوص، واختيار المناسب منها، واقتراح ما يراه مناسباً ومحققاً للهدف والغاية، وما يساهم في حل مشكلة البحث.

خطة البحث :

جاءت خطة البحث في مقدمة وخمسة مباحث ، وخاتمة ، ثم مشروع قرار في الموضوع .

- المقدمة.
- **المبحث الأول:** الجامع الفقهي: تعريفها، ومرجعيتها.
- **المبحث الثاني:** هيئات الرقابة الشرعية، أهدافها، واختصاصها، وتقويمها.
- **المبحث الثالث:** الفتوى الجماعية وصلتها بالاجتهاد الجماعي.
- **المبحث الرابع:** آليات التزام المؤسسات المالية الإسلامية بالقرارات الشرعية.
- **المبحث الخامس:** آليات وصيغ الجامع الفقهي لترشيد المؤسسات المالية الإسلامية.
- **الخاتمة.**
- **مشروع قرار.**
- **أهم المصادر والمراجع.**

ونسأل الله التوفيق والسداد وحسن الختام، صلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول

المجامع الفقهية، تعريفها، وأهدافها، ومرجعيتها

إن المجامع الفقهية من معالم النهضة الإسلامية المعاصرة، لأنها تضم كبار العلماء، وتتنظر في القضايا المستجدة والنوازل عن طريق الاجتهاد الجماعي، وتتبوأ قراراتها أعلى درجات الثقة والطمأنينة، وتتهض بالععب الجسيم لدراسة القضايا الإسلامية العامة، وتوحيد الأمة، وتقليل الخلافات، ومنع الفتن الطائفية، لذلك تتعقد عليها الآمال الجسيمة في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية، ونوضح في هذا المبحث التعريف بالمجامع الفقهية، ومدى إمكان صيرورتها مرجعية شرعية للمؤسسات المالية الإسلامية في القضايا المالية.

أولاً: التعريف بالمجامع الفقهية:

المجمع لغة: مكان الاجتماع، ويطلق على المجتمعين، وجمعه مجامع، وهو كلمة محدثة^(١).

والمجمع اصطلاحاً: مؤسسة عامة للنهوض باختصاص معين، والمجامع الفقهية: مؤسسات فقهية عامة تمارس الاجتهاد لمعرفة الأحكام الشرعية في القضايا المهمة المطروحة عليها لمواكبة العصر وتلبية حاجات الأمة الفقهية، بإصدار قرارات فيها عن طريق الاجتهاد الجماعي.

ونظراً لأهمية المجامع الفقهية، ومكانتها الرفيعة، والحاجة إليها، فقد تأسس عدد من المجامع الفقهية في البلاد العربية والإسلامية، منها:

(١) **مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر:** صدر القرار بإنشائه عام ١٣٨١هـ / ١٩٦١م، وعقد أول مؤتمر له في القاهرة عام ١٣٨٣هـ / ١٩٦٣م، ويتألف من ٥٠ عضو من العلماء المختصين من المذاهب الإسلامية، ومنهم ما لا يزيد عن العشرين من غير المصريين، ويكون نصف الأعضاء متفرغين لعضويته، ويعين العضو بقرار من رئيس الجمهورية، ويكون شيخ الأزهر رئيساً له، وله عدة لجان، أهمها لجنة البحوث الفقهية التي تتبعها لجان فرعية للأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة، وجرى تعديلات كثيرة له.

(٢) **المجمع الفقهي الإسلامي،** التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، وأنشئ سنة ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م، ويتألف عدد من العلماء المتميزين بالنظر الفقهي والأصولي، من كبار علماء السعودية، ومن هيئة كبار العلماء، ومن أساتذة الجامعات،

(١) المعجم الوسيط / ١ / ١٣٦.

ويضاف لهم عدد من المفتين والعلماء من العالم العربي والإسلامي، ويصدر قرارات وتوصيات، ويطبعا، وينشرها^(١).

(٣) **مجمع الفقه الإسلامي الدولي**، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ويعد أوسع المجامع، ولو نظرياً؛ لأنه يشمل جميع البلاد العربية والإسلامية، ويتألف من أعضاء عاملين، لكل دولة عضو، يتم تعيينه من قبل دولته، مع أعضاء آخرين من العلماء والفقهاء في البلاد الإسلامية، والجاليات المسلمة، ويضم عدداً من الخبراء المختصين بالفقه والقانون والطب، والصيدلة، والمخبر، والمحاسبة والاقتصاد، وغير ذلك، وأنشئ بقرار مؤتمر القمة الإسلامي سنة ١٤٠١هـ / ١٩٨١م، وانعقد المؤتمر التأسيسي في مكة المكرمة سنة ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م، وخصصت الدورة الأولى للمؤتمر سنة ١٤٠٥هـ / ١٩٨٤م لدراسة نظامه، وخطته، وتكوين مجلسه، وشعبه الرئيسية، ومنها شعبة الفتوى، ويصدر قرارات وتوصيات في كل مؤتمر^(٢).

(٤) **مجمع الفقه الإسلامي بالهند**؛ وأنشئ عام ١٩٨٨م، وشكل هيكله الإداري من علماء الهند وعلماء من العالم الإسلامي، ويشارك في ندواته السنوية نخبة من العلماء يزيد عددهم عن ستمائة عالم، ويتم انتخاب الأعضاء من كبار العلماء والفقهاء، مع الاختصاصيين في الطب والاجتماع والقانون وعلم النفس والاقتصاد، ويصدر قرارات وتوصيات بعد كل مؤتمر^(٣).

(٥) **المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث**، وهو هيئة علمية متخصصة مستقلة، ومقره في إيرلندا، ويضم عدداً من علماء العالم العربي والإسلامي والأقليات المسلمة، وعقد اللقاء التأسيسي له سنة ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م، تلبية من اتحاد المنظمات الإسلامية في أوروبا، وحضر ما يزيد عن ١٥ عالماً، وأقر نظامه الأساسي، وعقد حوالي عشرين دورة، وأصدر القرارات والتوصيات^(٤).

(٦) **مجمع الفقه الإسلامي بالسودان**، الذي اعتمد عام ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م، ويضم أربعين عضواً من الفقهاء والعلماء والخبراء السودانيين، وله هيئة للمستشارين من ممثلي المجامع الفقهية والبحثية من خارج السودان، وتصدر عنه مجلة حولية فيها قرارات المجمع^(٥).

(١) مجلة المجمع الإسلامي، مكة المكرمة، السنة ٢٠، العدد ٢٣، قرارات وتوصيات أهم المؤتمرات التي عقدتها رابطة العالم الإسلامي عام ١٤٨١ - ١٤١٢هـ، ويصدر مجلة تتضمن قرارات وتوصيات المجمع، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي ١٤٢٢هـ / ٢٠٠٢م، الاجتهاد الجماعي، الخالد ص ٢٣٣.

(٢) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، طبع قطر، ٢٠٠٣م، الاجتهاد الجماعي، الخالد ص ٢٣٨.

(٣) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بالهند، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م، الاجتهاد الجماعي، الخالد ص ٢٤٤.

(٤) الاجتهاد الجماعي، الخالد ص ٢٥٢، فتاوى فقهية معاصرة، الزحيلي ص ١١٧.

(٥) مجلة مجمع الفقه الإسلامي بالسودان، العدد ٥، سنة ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م.

(٧) **مجمع فقهاء الشريعة في أمريكا**، وهو مؤسسة علمية تسعى لبيان أحكام الشريعة فيما يعرض للمقيمين في أمريكا من النوازل، ومقرها واشنطن، ويتكون من مجموعة من فقهاء الأمة الإسلامية وعلمائها، وفيه لجنة دائمة للفتوى، ولجنة المستشارين للإفتاء، وعقد المؤتمر التأسيسي له عام ٢٠٠٢م، وتم فتح مكتب له بالقاهرة، وأصدر القرارات والتوصيات^(١).

وغير ذلك من المؤسسات الجماعية للفتوى بأسماء مختلفة، مثل هيئة كبار العلماء، واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، وكتاتهما بالسعودية، ورابطة علماء المغرب، ومجلس الفكر الإسلامي بباكستان، وغير ذلك^(٢).

ثانياً: أهداف المجمع الفقهية وأعمالها:

حددت المجمع الفقهية أهدافها وأعمالها، وهي أهداف شرعية نبيلة، وأعمال فقهية جسيمة وجليلة، ونلخص أهمها فيما يلي^(٣):

- (١) **التوصل إلى حلول المشكلات الناجمة عن التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والصناعية** والتطورات الحديثة، والمشكلات التعليمية والثقافية التي تواجه المجتمع الإسلامي، وخاصة الجاليات والأقليات المسلمة.
- (٢) **الحصول على فتاوى وآراء العلماء المحققين المعاصرين**، والمؤسسات الدينية الموثوق بها في القضايا المستجدة.
- (٣) **استعراض ما يثار من الشبهات**، ويورد من الإشكالات حول الأنظمة الإسلامية من قبل المستشرقين والآخرين، وتقديم الرؤى الصحيحة عنها.
- (٤) **الإجابة عن الأسئلة الجديدة** والتحديات المواجهة للإسلام بما يوافق العصر، ودراسة مشكلات الحياة المعاصرة، والاجتهاد فيها لتقديم الحلول النابعة من الشريعة الإسلامية فيها.
- (٥) **إحياء التراث الفقهي ونشره**، ووضع المعاجم الفقهية، والموسوعات الفقهية الاقتصادية، والأصولية، والقواعد الفقهية، وأصول الفقه.
- (٦) **دراسة واقع الأمة الإسلامية**، والمشكلات التي تواجهها، وإيجاد الحلول الصحيحة على أساس الكتاب والسنة وإجماع أهل العلم وبقيّة المصادر المعتمدة في الفقه الإسلامي، كالاقتصاد الإسلامي، والمصارف، والفلك، والتأمين، والقضايا الطبية والمخبرية، والسوق المالية، والأسهم، والسندات، والشركات، والأحوال الشخصية

(١) الاجتهاد الجماعي، الخالد ص٢٥٧.

(٢) انظر: فتاوى فقهية معاصرة، الزحيلي ص١١٧، ١١٨.

(٣) مجمع الفقه الإسلامي بالهند ص٢٣، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص١٧، قرارات المجمع الفقهية الإسلامي بمكة المكرمة ص١٣، الاجتهاد الجماعي، السوسوة ص١٠٧، الاجتهاد الجماعي، الخالد ص٢٣٠ وما بعدها.

الطارئة، والجديد في العبادات، وقضايا المسلمين في العالم الإسلامي، وخدمة الإسلام والمسلمين، وسائر المستجدات ذات الطابع العام أو المعقد أو المتشعب بين عدة علوم.

(٧) **دراسة القضايا الفقهية المختلف فيها** بين المذاهب، وتحتاج إلى الانتقاء والترجيح لتنظيمها وتشريعها والالتزام بها، وخاصة ما قرره الفقهاء القدامى بناء على العرف والمصلحة، وما للزمان والمكان دور في حكمه، حسب المتغيرات، ودراسة وتحقيق الموضوعات الفقهية في ضوء مقتضيات العصرية.

(٨) **تجديد الثقافة الإسلامية**، وتجريدها من الفضول والشوائب وآثار التعصب المذهبي والسياسي والديني، وتجليتها في جوهرها الأصيل الخالص.

(٩) **المساهمة في نشر الدعوة** وتبليغها بالحكمة والموعظة الحسنة، وجمع كلمة الأمة الإسلامية في القضايا الكبرى، وتحقيق الوحدة الإسلامية نظرياً وعملياً عن طريق السلوك الإنساني ذاتياً واجتماعياً ودولياً، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

(١٠) **تقنين الفقه الإسلامي** عن طريق لجان متخصصة، واستمداده من مختلف المذاهب، وبما يتناسب مع الزمان والمكان وتطور العصر، وإعداد تقنين ميسر للأحكام الفقهية في أبواب الأسرة والمعاملات المالية يكون مرجعاً لجهات التحكيم الناشئة في الغرب^(١)، وإبراز تفوق الفقه الإسلامي على غيره من القوانين والأنظمة.

(١١) **التعاون والارتباط والتنسيق** مع هيئات الفتوى والرقابة الشرعية، ومراكز البحوث العلمية، ومجالس البحوث الفقهية، وإيجاد الروابط مع جميع المؤسسات الفقهية.

(١٢) **البحث عن الحلول لمستجدات العصر الحديث**، ولما دعت تغيرات الظروف إلى استئناف البحث والدراسة فيه من القضايا القديمة في ضوء أصول الفقه الإسلامي، وعن طريق التحقيق والاجتهاد الجماعي.

(١٣) **استعراض الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية** حول تشريع وتطبيق القوانين الإسلامية، ونشر نتائجها.

(١٤) **إيجاد التقارب بين علماء الساحة الأوروبية**، والعمل على توحيد الآراء الفقهية فيما بينهم حول القضايا الفقهية المهمة.

(١٥) **إصدار فتاوى جماعية** تسد حاجة المسلمين في أوروبا، وأمريكا، وتحل مشكلاتهم، وتنظم تفاعلهم مع المجتمعات الأوروبية، والأميركية، في ضوء أحكام الشريعة ومقاصدها، وخاصة فيما يعرض على المجامع من قضايا ونوازل.

(١٦) **إصدار البحوث والدراسات الشرعية** التي تعالج الأمور المستجدة بما يحقق مقاصد الشرع ومصالح الخلق، وتعالج أوضاع المسلمين في أوروبا وأمريكا.

(١) من ذلك ما يقوم مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا الآن بإعداد وثيقة الأحوال الشخصية للجاليات الإسلامية في البلاد غير الإسلامية، وتمّ وضع نموذج، وورقة عمل في ذلك، ويتم العمل على وضع مذكرة إيضاحية لها.

- (١٧) **ترشيد المسلمين عامة، وشباب الصحوة الإسلامية خاصة، عن طريق نشر المفاهيم الإسلامية الأصلية والفتاوى الشرعية القويمة.**
- (١٨) **معاونة المؤسسات المالية الإسلامية بإعداد البحوث والدراسات، وابتكار صيغ التمويل، وعقود الاستثمار، وتقديم ما تطلبه من الفتاوى والاستشارات، وتدريب كوادرها على ذلك.**
- (١٩) **دعم التعاون بين الجامعات الفقهية والهيئات الفقهية الأخرى للوصول إلى ما يشبه الإجماع الكوني على الملزم من قضايا الأمة وثوابتها.**
- (٢٠) **دعم أنشطة لجان التحكيم الشرعي التي تقيمها الجاليات الإسلامية في البلاد الغربية.**
- (٢١) **معالجة قضايا المواطنة في البلاد غير الإسلامية، وما تفرضه من حقوق وواجبات على المسلمين، وإنشاء صندوق المجمع للزكاة والتكافل الاجتماعي^(١).**

ثالثاً: مرجعية المجمع الفقهية:

إن أهمية المجمع الفقهية، والأهداف السامية التي تسعى إليها، والاختصاصات التي تضطلع بها، والأعمال والإنجازات المفيدة التي صدرت عنها، جعلتها أملاً كبيراً في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية، وتطلعت الأنظار في العالم الإسلامي إلى المجمع الفقهية لتساهم بدور فاعل، وأساسي في المساهمة في القضايا المالية، والاقتصاد الإسلامي، لتقدم المشاريع والأنظمة للمؤسسات، وتقدم الحلول والفتاوى والقرارات التي تثير الطريق، وتحدد المسار، وتواكب التطور العالمي، وتواجه المستجدات الطارئة، لتصبح المرجعية الشرعية الأساسية في هذا المضمار، لما تتمتع به من أهلية بتكوينها من كبار علماء الأمة وفقهائها، ولأنهم يمثلون مختلف البلاد الإسلامية، وينتمون لجميع المذاهب الفقهية المنتشرة في العالم، وتصدر قراراتها بعد كتابة البحوث المتعددة في موضوع واحد من عدد من العلماء، ثم تطرح للمناقشة الحرة والجماعية والعلنية، ويوافق عليها جميع الأعضاء أو الأغلبية، وبعد الاستعانة بآراء أصحاب الاختصاص من العلوم الأخرى، وتحسن صياغتها، وتتلّى جهاً وعلناً، ثم تطبع وتشر عالمياً.

كل ذلك يضي على القرارات هيبية، وقبولاً، واحتراماً، وتقديراً، بل وتسليماً من جميع المستويات الرسمية والشعبية، والفقهية والعلمية، والثقافية والاجتماعي، وهذا أقصى ما يتطلع إليه المسلمون اليوم، ويتفق مع مصادر الفقه الإسلامي، ويقرره علماء أصول الفقه فيه، ليكون الحكم الفقهي ملزماً للمسلمين، ومحققاً للغاية والهدف.

(١) تفرد كل مجمع بهدف أو أكثر يتناسب مع خصوصيته، بحسب منظمته أو إقليمه، أو الظروف العامة التي نشأ فيها، انظر: الاجتهاد الجماعي، الخالد ص ٢٦٣ وبعدها، وانظر: المرجع السابق ص ٣٤٧.

وتعتمد القرارات الجمعية في أسلوبها ووسائلها في البحوث والمدارسة على التشاور والاجتهاد الجماعي، وقد تعهدت بتقنين الفقه الإسلامي، وتقديم الحلول لمشكلات الأمة، وإيجاد البدائل لما تقوم به المؤسسات الأخرى بما يخالف الشريعة، ولذلك أصبحت البحوث الفقهية، والدراسات الإسلامية، والمؤسسات والندوات تتوشح بقرارات المجامع الفقهية، فتصدر كلامها بها، أو تعتمد عليها في الاحتجاج والترجيح وتحديد المواقف التي تبغي وجه الله تعالى.

إن هذه الميزات والخصائص والأهداف تخول المجامع الفقهية أن تكون المرجعية الفقهية العليا للمسلمين، وللعالم الإسلامي، وفي المقدمة مجمع الفقه الإسلامي الدولي الرائد الذي يرتقي إلى القمة، ويتحمل المسؤوليات العظمى، وخاصة إذا تداركت المجامع الفقهية، ما يوجه إليها من ملاحظات، وتجاوزت العقبات والصعوبات والتحديات التي تواجهها.

وأما كيفية تفعيل ذلك، وتطبيقه، وآلياته وصيغته، فسوف يأتي مفصلاً في المبحثين الرابع والخامس.

رابعاً: إلزام المؤسسات المالية الإسلامية بقرارات المجامع الفقهية:

اتفق علماء العصر وفقهاؤه، الدارسون للرقابة الشرعية في المؤسسات المالية والمصارف اليوم على وجوب إلزام المؤسسة بقرارات هيئات الرقابة الشرعية، وأن مجرد تسمية ما يصدر عنها أنه فتاوى شرعية، وأن الفتوى الشرعية هي الإخبار عن الحكم الشرعي بدون إلزام، فهذه التسمية لمجرد المشاكلة، وتعريف الفتوى الشرعية عامة بذلك لتمييزها عن حكم القاضي الذي يخبر عن الحكم الشرعي مع إلزام تطبيقه.

وإلزام قرارات هيئات الرقابة الشرعية، كما سيأتي، أمر ضروري وأساسي، لتتفق مع بواعث وجودها، ولتتحقق الأهداف المرجوة منها، ولتتسجم مع إيجابياتها، ولتتجنب مسالبها وسيئاتها.

وإذا كان الأمر كذلك، ورأينا ميزات المجامع الفقهية، وخصائصها، وأهدافها، ومرجعيتها، وما سيأتي في الفتوى الجماعية، فإن ذلك يقتضي أن تكون قرارات المجامع الفقهية ملزمة للمؤسسات المالية الإسلامية من جهة، ولهيئات الرقابة الشرعية من جهة أخرى، ليتم التنسيق بين الجميع، ويتحقق التعاون والتقارب ووحدة الكلمة ووحدة الأمة، وترجم الأقوال إلى وقائع، والأهداف إلى تطبيق، والآمال إلى حقائق، وتستطيع المؤسسات المالية الإسلامية الاتصال مع المجمع الفقهي الإقليمي، والتنسيق معه، وكل ذلك بما لا يتعارض مع قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي الصادرة في الموضوع ذاته.

وهذا الهدف ينحصر في القضايا العامة، والمسائل المشتركة بين المؤسسات المالية الإسلامية، ويترك التفاصيل من جهة، والجوانب الجزئية والفرعية من جهة أخرى، لكل

مؤسسة على حدة، بما يتناسب مع نظامها، وظروفها الزمانية والمكانية، وبما تواجهه من مشكلات ومصاعب وأزمات.

المبحث الثاني هيئات الرقابة الشرعية

إن هيئات الرقابة الشرعية هي الذراع الرئيسي للمجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية، وهي الطرف المقابل للمجامع الفقهية للتعاون في هذا الخصوص، ولذلك نعرض بواعثها، وأهدافها، وتقييمها.

أولاً: بواعثها:

كان من نتيجة الاحتلال الأجنبي للبلاد العربية والإسلامية، وفرض مؤسساته الاقتصادية عليها، وكان لتقارب المسافات في العصر الحاضر بين دول العالم، وشيوع الفكر العالمي، وخاصة في الاقتصاد والمؤسسات المالية، أن فتحت المؤسسات المالية، والبنوك التجارية التقليدية، في جميع البلاد العربية والإسلامية، وهي تطبق الأنظمة الأجنبية غالباً.

ثم تنبه المسلمون من غفوتهم، وظهرت الصحوة الإسلامية في القرن الرابع عشر الهجري/ القرن العشرين الميلادي، ونادى العلماء بضرورة إنشاء المؤسسات المالية والمصارف حسب النظام الإسلامي، وتمَّ حصول ذلك فعلاً، وكانت حلماً فصارت حقيقة حتى تجاوز عددها المئات، ونصت معظم المؤسسات والمصارف الإسلامية، على ضرورة الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، ولكن القائمين على إدارة هذه الأعمال بعيدون غالباً عن اختصاص الفقه الإسلامي، ومعرفة الأحكام الشرعية في استثمار الأموال، فكان ذلك باعثاً لوجود هيئة شرعية متخصصة، أو وجود مستشار شرعي، أو تعيين رقيب شرعي على الأقل في كل مؤسسة، لبيان المنهج الإسلامي في الأنظمة والتعامل والعقود بما يوافق الشريعة الغراء، والتأكد من مشروعيتها والتحذير من المخالفات، والأنظمة المستوردة، أو المتسللة من الأنظمة الغربية، وتقديم البديل الشرعي عنها، مع مراقبة الأعمال اليومية في المؤسسات الإسلامية، ومراجعة سائر ما يصدر عنها، للتأكد من صحتها، وموافقتها لأحكام الفقه الإسلامي، وغير ذلك مما سيأتي في وظيفتها، وأن هذه المؤسسات المالية لا يمكنها النجاح في أي حال من الأحوال بدون الاعتماد على خبراء متخصصين يفصلون لها فقه المعاملات، ويؤصلون لها الحلال من الأعمال العصرية ولذلك فإن الضمان لالتزام المؤسسات والمصارف الإسلامية بأحكام الشريعة يوجب وجود رقابة شرعية، تتابع أعمال المؤسسة والمصرف، لتكمل المشروعية، وصحة المسار، وسلامة الغايات والوسائل والأدوات^(١).

(١) في فقه المعاملات المالية المصرفية، حماد ص ٣٦٠، الضوابط الشرعية لمسيرة المصارف الإسلامية، أبو غدة ص ٤٢٩، الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية، شابرا وخان ص ٣٩، دور المؤسسات المصرفية الإسلامية، بحث الشريف ٢/ ٤٣٠، الرقابة الشرعية، القطان ص ٨، ٢١، ٢٥، الرقابة الشرعية، فرح ص ٦، الرقابة

يقول الأستاذ الدكتور الشيخ يوسف القرضاوي -حفظه الله تعالى: "لا يخفى أن الرقابة الشرعية ضرورة حتمية للمصارف الإسلامية"^(١)،

ولذلك تزامنت الرقابة الشرعية -غالباً- مع نشأة المصارف الإسلامية في العقد السابع من القرن العشرين، وواكبت نمو وتطوير حركات المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية لتؤدي دورها المأمول غالباً.

فالأصل أن المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية تلتزم في جميع معاملاتها ونشاطاتها وإدارتها وأعمالها بالشرعية الإسلامية ومقاصدها، لتحقيق ما يهفو إليه المجتمع الإسلامي من الكسب الحلال، والتفويض بظلال الشريعة الغراء، لتتسجم حياته مع عقيدته .

ثانياً: وظيفة الهيئات الشرعية ومهامها واختصاصاتها:

نص معيار الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية رقم ١ على وجوب تعيين هيئة للرقابة الشرعية، وبدأ بتعريفها فقال: "هيئة الرقابة الشرعية جهاز مستقل من الفقهاء المتخصصين في فقه المعاملات، ويجوز أن يكون أحد الأعضاء من غير الفقهاء على أن يكون من المتخصصين في مجال المؤسسة المالية الإسلامية، وله إمام بفقهاء المعاملات...، ولها الاستعانة بمختصين في إدارة الأعمال والاقتصاد والقانون والمحاسبة وغيرهم"، ثم حددت وظيفتها بشكل عام بأنها "توجيه نشاطات المؤسسة ومراقبتها، والإشراف عليها، للتأكد من التزامها بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية" وأن تكون "فتاواها وقراراتها ملزمة للمؤسسة"^(٢).

ونصت بعض أنظمة هيئات الرقابة الشرعية وتعليماتها على وظيفتها ومهامها، وعرضها عدد من الباحثين^(٣)، ونلخصها بالأمور الآتية:

(١) **مراجعة نظام المؤسسة المالية** وسائر التعليمات واللوائح للمؤسسة للتأكد من كونها متفقة مع الأحكام الشرعية وخالية من المحظورات الشرعية، ومتابعة الوجود الشرعي باستمرار، والمشاركة بذلك عند وضع نظام المؤسسة.

الشرعية، السعد ص٧، ١١، ٢٤، الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية ص٢٠، دور الرقابة الشرعية، الصالح ص٢٤.

(١) تفصيل آليات الرقابة على العمل المصرفي، ندوة البركة التاسعة عشرة، مكة المكرمة، ١٤٢١هـ.

(٢) معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية، المادتان ٢، ٧، وانظر: المصارف الإسلامية، الزحيلي ص١٦٧، الرقابة الشرعية، فرح ص١٠.

(٣) دور المؤسسات المصرفية الإسلامية، بحث الشريف ٢/ ٤٣٠، في فقه المعاملات، حماد ص٣٦٥، الرقابة الشرعية، فياض ص٢٨، الرقابة الشرعية، السعد ص١٠، الرقابة المصرفية على المصارف الإسلامية، ناصر ص٢٣، ١٦٥، تفعيل آليات الرقابة، القرضاوي ص٣، الرقابة الشرعية، داود ص٢١ وما بعدها، الرقابة الشرعية والتحديات المعاصرة للبنوك الإسلامية، فياض ص٢٥، المصارف الإسلامية، وهبة الزحيلي ص١٦٥، ١٦٨، قانون إحداث المصارف الإسلامية في سورية، المادة ١٠، التشريعات المصرفية الإسلامية، البعلبي ص٨٢، ٩٢، الرقابة الشرعية، فرح ص٥، ١٢، ١٥، قرار مجموعة البركة رقم ٣ لعام ٢٠٠٢م بعنوان اللائحة الداخلية لبيئة الرقابة الشرعية الموحدة لمجموعة دلة البركة المصرفية، دور الرقابة الشرعية، صالح ص١٥، ٢٣.

- (٢) دراسة نماذج العقود والتطبيقات لدى المؤسسة لمراجعتها وتصحيحها، وإقرار الموافق للشرع، والتحقق من خلوها من المحظورات الشرعية، لإلغائه، ومتابعة أعمال المؤسسة، وتيسير أنشطتها المختلفة.
- (٣) وضع نماذج العقود والاتفاقات لجميع معاملات المؤسسة، وتعديل وتطوير النماذج المذكورة عند الاقتضاء، مع الحفاظ على المرونة والاستمرار الناجح في ابتكار أدوات جديدة، وصيغ استثمارية منضبطة شرعاً.
- (٤) إعداد العقود والاتفاقات التي ترغب المؤسسة إبرامها مما ليس له نماذج موضوعة من قبل.
- (٥) تقديم البدائل الشرعية للمنتجات المالية التقليدية التي تخالف الشريعة، وبيان الأسس الشرعية لها، والإجراءات اللازمة لتطبيقها.
- (٦) مراقبة أعمال المؤسسة وأنشطتها للتأكد من التطبيق والتنفيذ العملي السليم الموافق للشرع.
- (٧) متابعة تحقيق أهداف المؤسسة الإسلامية تنظيمياً، وتطبيقاً، مع المراجعة الدورية لأعمال ونشاطات المؤسسة.
- (٨) إبداء الرأي في صيغ العقود اللازمة لأنشطة المؤسسة والمصرف وأعمالها.
- (٩) الرد على الأسئلة والاستفتاءات والاستفسارات الفقهية التي توجهها إدارة المؤسسة الإسلامية، وفروعها، والعاملين فيها، والمساهمين والمتعاملين معها طوال العام لبيان الفتوى والحكم الشرعي فيها.
- (١٠) التعاون مع إدارة المؤسسة على تنمية الفكر المصرفي الإسلامي، وتوعية العاملين في المؤسسة، والمتعاملين معها ما أمكن، وتأكيد الالتزام بالمبادئ الشرعية والأحكام الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية، وذلك عن طريق الندوات، والدورات التثقيفية وبرامج التدريب، وتقديم العون لهم بالإرشاد للكتب والبحوث والدراسات التي تساعد في ذلك، مع التذكير بالالتزام بالأداب الشرعية في التصرفات الخاصة، وأثناء التعامل مع الزملاء في العمل، أو مع سائر المتعاملين مع المؤسسة، ليكونوا قدوة عملية، وصورة مشرقة للمؤسسة الإسلامية لتأمين الثقة في التعامل معها.
- (١١) المساهمة في حل المنازعات الواقعة في المؤسسة داخلياً، أو بين المؤسسة والآخرين.
- (١٢) تقديم التقرير السنوي المقرر تقديمه في اجتماع الجمعية العمومية، لبيان ما قامت به الهيئة الشرعية، وتأكيد مدى التزام المؤسسة بأحكام الشريعة من خلال المطالعات والمراجعات للمعاملات والصيغ والمستندات، والتنبيه على جوانب الخطأ والخلل، والتوصية بما تراه مناسباً، والرد على الأسئلة أمام الجمعية العمومية، وبيان مدى تجاوب الإدارة والعاملين لتوجيهاتها وقراراتها، ويكون التقرير بمثابة شهادة على عمل المؤسسة من الناحية الشرعية.

وينتج عن مهام هيئة الرقابة الشرعية، وممارسة أعمالها في المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية إلى نتيجة معنوية مهمة، وهي اطمئنان العملاء إلى مشروعية كافة الأعمال التي تقدمها المؤسسة أو المصرف، وأن مساهمتهم مشروعية، وأن مكاسبهم وأرباحهم حلال ومتفقة مع عقيدتهم وسلوكهم الإسلامي في الحياة، بالإضافة إلى مهام الهيئة الشرعية في الإفتاء الشرعي، وتقديم الاستشارات، والمراقبة والتدقيق للأعمال، وإعطاء التعليمات التصحيحية والبدائل لما تجده مخالفاً^(١).

ثالثاً: تقييم هيئات الرقابة الشرعية

إن هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية حديثة العهد، وهي في طور النمو والتحديث، وإن أنظمتها شهدت تطوراً وتوسعاً في الخبرات والأشكال والدرجات وغيرها.

كما أن الرقابة الشرعية ذاتها متفاوتة تفاوتاً كبيراً في المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، فتتعدم أحياناً، وتقتصر على أنها شكلية أحياناً، وتكتفي بالحد الأدنى أحياناً، مثل وجود مجرد مراقب شرعي، أو مستشار ديني، كما تتفاوت أنظمتها، وأعمالها، واجتماعاتها، وأثرها الاستشاري أو الإلزامي، وغير ذلك.

ولسنا هنا في مجال التقييم الكامل لهيئات الرقابة الشرعية، لأن لها مجالها الخاص، وإنما نكتفي بالإشارة إلى الصعوبات التي تواجهها، وذكر أهم إيجابياتها، وبعض سلبياتها، تعداداً، ومن أراد المزيد فيمكنه الرجوع إلى المصادر والمراجع والبحوث الخاصة بذلك^(٢).

رابعاً: أهم إيجابيات هيئات الرقابة الشرعية:

- ١ إنها أهم المنجزات والانجازات الباسقة في هذا العصر، وقامت بدور التنظير والتأصيل والمراقبة الشرعية، وهي خصيصة أساسية، وخصوصية جوهرية تميزت بها المؤسسات المالية الإسلامية.
- ٢ حققت الغطاء الشرعي للمؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، ليتحقق الانسجام بين الاسم والمسمى، وضمن مطابقتها للشريعة، ومنحتها الهوية الإسلامية الصادقة.
- ٣ أفرزت حلولاً كثيرة للمعضلات التي تواجه المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، واتسمت تقاريرها بالصراحة والوضوح ليطمئن جمهور المساهمين والعاملين والمتعاملين.

(١) المراجع السابقة.

(٢) دور المؤسسات المصرفية الإسلامية، بحث الشريف ٢ / ٤٣٢، ٤٤٠، الرقابة الشرعية، فياض ص ٧، ٢٧، ٢٩، الرقابة الشرعية، القطان ص ١٣، ١٥، ٢٣، ٢٧، الرقابة الشرعية، فرح ص ٨، ٢٢، الرقابة الشرعية، داود ص ٣٣، ٣٤، ٣٩، دور الرقابة الشرعية، لال الدين ص ٢٠، التشريعات المصرفية الإسلامية، البعلي ص ٥١، الرقابة المصرفية، ناصر ص ١٤.

- ٤ أوجدت كثيراً من الأدوات والآليات والعقود المالية التي تستخدمها المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية.
- ٥ تتمتع فتاوى وآراء معظم هيئات الرقابة الشرعية بالإلزام في التطبيق، والتعديل، والتنفيذ في بعض المؤسسات والمصارف، وأصبح ذلك عرفاً معمولاً به في التزام الإدارة بتنفيذها.
- ٦ يتسم معظم هيئات الرقابة الشرعية بالعمل الجماعي غالباً، وهذا يضمن حسن النظر في المسائل المطروحة، وتمحيص الآراء فيها، ومنع التواطؤ، لا سمح الله، مع توفر الاختصاصات، وأهل الخبرة، لتحقيق مبدأ الشورى، وتعدد وجهات النظر.
- ٧ قدمت بعض الهيئات الشرعية أبحاثاً فقهية واقتصادية ومالية، وقامت بتدوين ونشر الفتاوى الشرعية في المجالات المذكورة فأثرت المكتبة الإسلامية، وأصدرت العديد من النشرات والكتيبات والمقالات المفيدة.
- ٨ ساهمت بعض الهيئات الشرعية في التوعية الدينية، ونشر الثقافة الإسلامية، للعاملين، ولعموم المتعاملين مع المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، مما زاد الوعي الإسلامي حاضراً في هذا المجال، وقامت بالرد على الاستفسارات، والاشتراك في الدورات التدريبية التي تعقد للعاملين والراغبين.
- ٩ قامت بعض هيئات الرقابة الشرعية بمراجعة الخسائر، للثبوت من وقوعها، وتحديد مدى مسؤولية الإدارة عنها، وساهمت في حل المنازعات بين المؤسسة المالية أو المصرف وبين الآخرين، وذلك بالمشاركة في هيئات التحكيم المشكلة لذلك، أو المنصوص عليها في الأنظمة^(١).

خامساً: أهم سلبيات هيئات الرقابة الشرعية:

- (١) عدم وجود هيئة رقابة شرعية أصلاً في بعض المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية.
- (٢) الاقتصار أحياناً على مراقب شرعي داخلي، أو خبير شرعي واحد، أو مستشار ديني.
- (٣) تعيين هيئة رقابة شرعية من غير المختصين أصلاً في الشرعية، أو من غير المختصين في فقه المعاملات المالية.
- (٤) عدم قيام هيئة الرقابة الشرعية بالدور الكامل المنوط بها، والاقتصار على بعض وظائفها، أو الحد الأدنى من أعمالها، مثل ضعف الرقابة على الاستثمارات المحلية، وقصور الضبط الشرعي في التعامل مع البنوك غير الإسلامية، وعدم المشاركة في وضع نظام اختيار العاملين، وعدم المشاركة في تعيينهم.
- (٥) تضارب الأقوال والفتاوى حتى في القطر الواحد، لانقطاع العلاقة في الأغلب مع الهيئات الشرعية الأخرى، لاختلاف الأنظمة بينها، والأخذ أحياناً بتتبع الرخص،

(١) المراجع السابقة.

وزلات العلماء، والأقوال المرجوحة، والحيل الفقهية، وتقليد من لا يجوز تقليده لمخالفته النص أو الإجماع أو القياس الجلي^(١).

(٦) يشير الواقع العملي كثيراً أن هيئات الرقابة الشرعية أو اللجان الشرعية لا تتمتع بالقوة لتحقيق أهدافها، وأن لها الحق في إصدار الفتوى، وليس لها الحق في التفتيش والمتابعة والتأكد من التنفيذ.

(٧) تتعدد الجهة التي تعين هيئة الرقابة الشرعية، وفي بعض الأحيان تتأثر، أو تتلقى، أو تراعي توجيهات الجهة التي عينتها، أو التي تتبعها.

(٨) عدم التفرغ للعمل، ومعظم الأعضاء يجمعون بين وظائفهم الخاصة والرقابة، والأنكى من ذلك اشتراك بعضهم في عدة مؤسسات، قد تصل إلى حد الخيال، مما يضعف الرقابة، ويجعلها شبه صورية وشكلية وهامشية.

(٩) عدم التزام المؤسسات والبنوك الإسلامية بقراراتها وفتاويها، واعتبارها مجرد نصائح وإرشادات، مع ضعف التقارير الرقابية.

(١٠) يكاد أن تنعدم علاقات التنسيق بين هيئات الفتوى الرسمية في كل دولة، وبين هيئة أو هيئات الرقابة الشرعية، ولعل السبب تباين الاختصاص في المسائل والقضايا والموضوعات التي تدرسها كل منها، كما يندر التنسيق بين هيئات الرقابة الشرعية في القطر الواحد، فكل لجنة في مؤسسة أو مصرف تعمل باستقلال تام، وانفصال محكم عن غيرها.

(١١) يتم فرض كثير من المعايير التقليدية في المصارف التجارية، وكثير من الأدوات والعقود والصيغ فيها، على المصارف الإسلامية بحيث تعرقل وتشوش على الرقابة الشرعية، بل وصل الأمر إلى تسرب عدد كبير من الموظفين في الأولى إلى الثانية، مما أثار كثيراً من الصعوبات أمام هيئة الرقابة الشرعية وتنفيذ قراراتها^(٢).

ونج عن هذه السلبيات وغيرها ضعف الثقة بالرقابة الشرعية، واهتزازها في بعض المؤسسات المالية، وظهور مخالفات شرعية أحياناً، ووجود شروط في العقود مما لا يصح اشتراطها، وضياع بعض حقوق العاملين فيها، أو المتعاملين معها، مما يستدعي ضرورة التنسيق مع المجامع الفقهية لترشيد المسيرة، وضمان الجودة والسلامة، وتحقيق الأهداف والغايات.

(١) صدر نقد شديد، وتصوير خطير في ذلك من الدكتور رفيق المصري، بحوث في المصارف الإسلامية ص ٣٥٤-٣٥٥، وانظر: المراجع السابقة.

(٢) الرقابة الشرعية، السعد ص ٢٤ وما بعدها.

المبحث الثالث الفتوى الجماعية

إن السبب الرئيس لتمييز المجامع الفقهية، وهيئات الرقابة الشرعية، هو قيامها على الفتوى الجماعية، وتجنب الفردية المعرضة للخطأ، وهذا يدعونا لدراسة هذا العنوان.

أولاً: تعريف الفتوى الجماعية:

الفتوى اصطلاحاً: هي الإخبار عن الحكم الشرعي، على غير وجه الإلزام^(١)، وهذا يشمل الإخبار عن الأحكام الشرعية الواردة في القرآن والسنة وكتب المذاهب الفقهية، والإخبار عن الحكم الشرعي للنوازل التي تقع، وللمستجدات التي تطرأ، وللمسائل التي توجه للعالم، لتتزيل الحكم عليها، وقيد "على غير وجه الإلزام" لتفريقها عن حكم القاضي الملزم.

ولكن فتاوى هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية ملزمة كحكم القاضي، مما يزيد في أهميتها وخطورتها وحاجتها للدقة ومزيد الدراسة والبحث.

وكذلك قرارات المجامع الفقهية تحتل منزلة رفيعة في القبول، والاعتماد عليها، والثوق بها، والاحتجاج بما ورد فيها على مختلف المستويات، والمؤمل أن تصبح ملزمة كالأنظمة والقوانين على الصعيد الرسمي والشعبي.

وتأخذ الفتوى صوراً عديدة، وأشكالاً مختلفة، ومن حيث الجهة أو الشخص الذي تصدر عنه الفتوى فهي إما الفتوى الفردية التي كانت شائعة، وإما الفتوى الجماعية بأن يوجه السؤال أو تعرض المسألة والقضية على لجنة أو هيئة أو مجمع أو مؤسسة أو ندوة أو مؤتمر فقهي، ويتم دراستها، والجواب عنها.

وإن تعلق الفتوى بحكم وارد في نص قطعي في القرآن والسنة، أو مجمع عليه، فهذا سهل، ويتم الإخبار عنه فوراً، ولكن ذلك قليل جداً ومحصور، وإن كان النص ظنياً، ويحتمل الاجتهاد والاختلاف، فهنا يحق لكل عالم أو مجتهد ولو جزئياً أن يجتهد لبيان الحكم الشرعي، ويخبر بالفتوى فيه، ولكن هذا الاجتهاد الفردي معرض للخطأ لعدم توفر العصمة لأحد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم، ومن هنا تظهر أهمية الفتوى الجماعية التي تقوم على الدراسة والبحث، وتعتمد على الاجتهاد الجماعي من عدد من العلماء أو المجتهدين، مع التداول فيما بينهم، والتشاور في الأدلة، والتحري عما يتصل بالموضوع، للوصول إلى الحكم أو القرار الذي هو أقل عرضة للخطأ، وأكثر قرباً من

(١) هذا تعريف البناني في حاشيته على جمع الجوامع ٢ / ٤٠١، ووردت تعريفات أخرى متقاربة لا مجال لعرضها، انظر: أعلام الموقعين ١ / ١٠، الفتوى في الإسلام، القاسمي ص ٤٤، أدب الفتوى للنووي ص ١٣، المجموع للنووي ١ / ٦٧، تعظيم الفتوى لابن الجوزي ص ٥١، الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٢ / ٢١، المعتمد في الفقه الشافعي ٥ / ٤١٥.

الحقيقة والواقع، وأقرب للصواب، وأدعى للقبول والرضا والتطبيق على المستوى الرسمي والشعبي معاً.

ثانياً: مشروعية الفتوى الجماعية والدعوة إليها:

تمثل الفتوى الجماعية في هيئة، أو مجمع، صورة وضاعة وعملية، لتطبيق الشورى الذي أمر الله تعالى بها نبيه صلى الله عليه وسلم، فقال تعالى مخالفاً له: "فاعف عنهم، واستغفر لهم، وشاورهم في الأمر" آل عمران/ ١٥٩، ثم وصف الله تعالى بها عباده المؤمنين حقاً لهم على الالتزام بها كالصلاة والزكاة، فقال تعالى: "والذين استجابوا لربهم، وأقاموا الصلاة، وأمرهم شورى بينهم، ومما رزقناهم ينفقون" الشورى/ ٣٨.

ولا مجال هنا لبيان أهمية الشورى، وفضلها، وتطبيقها في السنة النبوية العملية، والدعوة إليها، وحرص العلماء عليها، والعمل بها منذ عصر الصحابة والخلافة الراشدة، وطوال التاريخ الإسلامي، والتزام الأئمة والفقهاء والقضاة السير عليها، وتأكيد ذلك في العصر الحاضر في الشؤون العامة، وفي الاجتهاد الجماعي، وفي إصدار الفتاوى والقرارات خاصة، ونشير لبعضها تأكيداً لذلك.

قال علي رضي الله عنه: قلت يا رسول الله، إن نزل بنا أمر ليس فيه بيان أمر، ولا نهي، فما تأمرنا؟ قال: "شاوروا الفقهاء والعابدين، ولا تُمضوا فيه رأي خاصة"^(١)، وفي حديث آخر عن علي رضي الله عنه، قال: قلت: يا رسول الله، الأمر ينزل بنا بعدك، لم ينزل فيه قرآن، ولم يسمع منك فيه شيء؟ قال: "اجمعوا له العابدين من أمتي، واجعلوه شورى بينكم، ولا تقضوا برأي واحد"^(٢)، وفي حديث ثالث أن النبي سئل عن الأمر يحدث ليس في كتاب ولا سنة، فقال: "ينظر فيه العابدون من المؤمنين"^(٣)، وطبق رسول الله صلى الله عليه وسلم الشورى مع أصحابه في وقائع عديدة كالنزول في بدر، وأسرى بدر، وفي الحديبية، وحضر الخندق، وإعطاء ثمر المدينة، والجمع للصلاة، وغير ذلك^(٤).

وطبق ذلك الصحابة رضوان الله عليهم، فكان أبو بكر رضي الله عنه، إن أعياه أن يجد في مسألة كتاباً أو سنة "جمع رؤوس الناس وخيارهم، فاستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على أمر قضى به"^(٥)، ومثل ذلك اجتماع المهاجرين والأنصار في سقيفة بني ساعدة للتفاوض

-
- (١) هذا الحديث رواه الطبراني في الأوسط، وقال البيهقي: رجاله موثوقون من أهل الصحيح، مجمع الزوائد ١ / ٤٢٨.
 - (٢) هذا الحديث رواه الخطيب في الفقيه والمتفقه ٢ / ٧٣، ٣ / ٢٧٧، ورواه ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله ٣ / ٨١، ٨٢، وانظر: أعلام الموقعين ١ / ٦٨.
 - (٣) هذا الحديث رواه الدارمي، باب اتباع السنة ١ / ٤٧.
 - (٤) انظر صحيح البخاري ١ / ٢١٩ رقم ٥٧٩، ٤ / ١٥١٠ رقم ٣٨٩٣، صحيح مسلم ٤ / ٧٥ رقم ٣٧٧، ١٢ / ٩٧ رقم ١٧٧٠، سنن أبي داود ١ / ١١٦.
 - (٥) هذا الأثر رواه الدارمي ١ / ٥٨، وابن القيم في أعلام الموقعين ١ / ٦٥.

في شأن الخلافة، واستشارة أبي بكر رضي الله عنه الصحابة في شأن مانعي الزكاة، وفي قضية جمع القرآن، وغير ذلك^(١).

وكان عمر رضي الله عنه يفعل ذلك إذا لم يجد في الكتاب والسنة وسيرة أبي بكر، فقد ورد أنه "جمع علماء الناس واستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به"^(٢)، وكتب عمر رضي الله عنه إلى شريح كتاباً، وفيه: "فإن جاءك ما ليس في كتاب الله، ولم يسنه رسول الله، فاقض بما أجمع عليه الناس"^(٣)، وفي كتاب آخر: "فاجتهد رأيك، واستشر أهل العلم والصلاح"^(٤)، وفي كتاب ثالث: "فاقض بما قضى به الصالحون"^(٥).

ونقل الدارمي عن المسيب بن رافع، واصفاً المنهج الجماعي الذي كان الصحب الكرام ينتهجونه في التصدي للمشاكل العامة، فقال: "كانوا إذا نزلت بهم قضية ليس فيها من رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر اجتمعوا لها، وأجمعوا، فالحق فيما رأوا"^(٦).

وقال أبو الحسن الأزدي: "إن أحدهم ليفتي في المسألة، لو وردت على عمر بن الخطاب لجمع لها أهل بدر رضي الله عنهم، وكان عمر رضي الله عنه يشاور الصحابة، ولو كانوا حدثاء في السن، ما داموا أهلاً للاجتهاد كابن عباس رضي الله عنهما"^(٧).

وجمع عمر رضي الله عنه الصحابة للبحث في سواد العراق وغيره من الأراضي المفتوحة عنوة، وانتهى رأيهم بالاتفاق على إبقاء الأرض بيد أهلها، وعدم توزيعها على الغانمين^(٨).

وسار على هذا المنهج التابعون، وكان عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى يدعو فقهاء المدينة، ويقول لهم: "إني إنما دعوتكم لأمر تؤجرون عليه، وتكونون فيه أعواناً على الحق، ما أريد أن أقطع أمراً إلا برأيكم، أو برأي من حضر منكم"، وأنشأ يحيى بن يحيى الليثي قاضي الجماعة بالأندلس مجلساً للشورى للنظر في المشاكل الفقهية، وقد يصل العدد إلى ١٦ عضواً، ثم ضعف الأمر بعد ذلك لأسباب عدة، إلى أن تم إحيائه في العصر الحديث، وظهرت المجامع الفقهية، وهيئات الفتوى، والرقابة الشرعية^(٩).

-
- (١) انظر: صحيح البخاري ١٣٤١ / ٣ رقم ٣٤٦٧، ٥٠٧ / ٢ رقم ١٣٣٥، ١٧٢٠ / ٤ رقم ٤٤٠٢، صحيح مسلم ١ / ٢٠٠ رقم ٢٠، سنن الترمذي ص ٤٩٣ رقم ٣١٠٣.
 - (٢) هذا الأثر نقله ابن القيم في أعلام الموقعين ١ / ٦٦.
 - (٣) هذا الأثر نقله وكيع في أخبار القضاة ١ / ١٩٠، والدارمي ١ / ٦٠، وابن القيم، أعلام الموقعين ١ / ٩٠.
 - (٤) هذا الأثر نقله ابن القيم، أعلام الموقعين ١ / ٢٢٤.
 - (٥) هذا الأثر نقله ابن القيم، أعلام الموقعين ١ / ١٨٦، ٢٣٦، وانظر: تاريخ القضاء في الإسلام، الزحيلي ص ١١٨.
 - (٦) هذا الأثر رواه الدارمي، المسند ١ / ٤٦ وما بعدها.
 - (٧) هذا الأثر رواه الطبراني، مجمع الزوائد ١ / ٤٢٩.
 - (٨) علم أصول الفقه، خلاف ٥٠.
 - (٩) الاجتهاد الجماعي، السوسوة ص ٥٣، ٥٦، الاجتهاد الجماعي، الخالد ص ١٠٣ وما بعدها.

ثالثاً: آليات الفتوى الجماعية:

تتم الفتوى الجماعية في هيئات الرقابة الشرعية والمجامع الفقهية حسب الطريقة الآتية غالباً:

- ١ **تحديد المسألة:** إما من سائل عادي، أو مؤسسة عامة، أو جهة رسمية، وقد تبادر الهيئة أو المجمع لطرح مسألة مهمة، أو معالجة مستجدات طارئة.
- ٢ **دراسة المسألة:** يكلف أحد أعضاء الهيئة، وفي المجمع يكلف عدد من الأعضاء والخبراء بدراسة المسألة، وكتابة تقرير، أو بحث تفصيلي لها، مع بيان آراء الفقهاء وأدلتهم، ومناقشتها، والترجيح بينها، واختيار الرأي المناسب.
- ٣ **الاستعانة بأهل الخبرة:** يتم الاستعانة بأهل الخبرة في الاختصاص الذي تتعلق به الواقعة لكشف حقيقة الأمر، وواقعه، وأطرافه، وماله صلة به، وآثاره، لتكون المسألة واضحة تماماً، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.
- ٤ **العرض والمناقشة:** يطرح الموضوع كاملاً على أعضاء هيئة الرقابة، أو على أعضاء المجمع في مؤتمر عام، ويتم الاطلاع على الدراسات المعدة، ومناقشتها، وبيان الإيرادات عليها، والأجوبة عنها، والمداخلات حولها، علنياً وشفاهاً أو كتابةً أحياناً.
- ٥ **إصدار الحكم:** بعد المداولات والمناقشات والمداخلات، يختار الرأي الأقرب، أو الأصح، أو الأرجح، ويصاغ بصيغة عامة ودقيقة، ويعرض للتصويت العلني والعام، وتتم الموافقة عليه بالإجماع أو الأغلبية، ويصدر القرار النهائي بالحكم في المسألة.
- ٦ **طبغ الفتوى وإعلانها ونشرها:** يتم طباعة الفتوى، أو القرار المجمع، ويقرأ في اجتماع عام، ويعلن على الجمهور، ثم ينشر في الوسائل المتاحة.
- ٧ **إبلاغ الفتوى والقرار:** يتم إعلام الفتوى، أو القرار للجهة التي سألت عنه، كما يتم إبلاغه للجهات الرسمية، والشعبية للعمل بموجب، والتزام المؤسسات المالية الإسلامية به.

رابعاً: خصائص الفتوى الجماعية وميزاتها:

وتختص الفتوى الجماعية بالمميزات الآتية:

- (١) تجنب الأخطاء الواقعة في الفتوى الفردية، والاجتهاد الشخصي.
- (٢) تجنب التعصب المذهبي، وضيق الأفق، والنظرة المحددة، والاستبداد بالرأي.
- (٣) الاستفادة مما تحققه المشاورة من ثمار يانعة، ونتائج باهرة، من التعمق في الموضوع، والدقة في البحث والاستنباط، والقرب من الصواب، والشمولية في فهم المسألة، والتمحيص للآراء والحجج^(١).

(١) يقول الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي حفظه الله تعالى: "قرأت الجماعة أقرب للصواب من رأي الفرد، مهما علا كعبه في العلم، فقد يلمح شخص جانباً في الموضوع لا ينتبه له آخر، وقد يحفظ شخص ما يغيب عن غيره، وقد

- (٤) **قبول الناس**، أفراداً وجماعات، مؤسسات ودولاً، للفتوى الجماعية، وقرارات المجامع، للاطمئنان بها، والثقة بآلياتها.
- (٥) إن قيام الفتوى الجماعية والقرارات المجمعية **تناسب قضايا العصر** الذي تعقدت فيه الأمور، وقامت الوشائج الكثيرة بين العلوم، وتطورت الحياة في مجالات الاقتصاد، والطب، والتجارة، والقضايا الوطنية، والدولية، والسياسية، ومعظمها قضايا عامة تهم المجتمع والأمة وتمس علاقات الأفراد.
- (٦) **التعويض عن الإجماع الأصولي** الذي يعد ثالث مصادر التشريع الإسلامي، وأصبح مستحيلاً لغيره، ويتعذر تحقيقه، فتقوم الفتوى الجماعية مكانه، وتعيد للفقهاء حيوته وقدرته على مواجهة المشكلات بحلول شرعية صحيحة^(١).
- (٧) **توحيد الأمة**: إن الفتوى الجماعية التي تصدر بقرارات المجامع الفقهية تحقق وحدة الأفراد والمجتمع في الإقليم أو القطر، ثم يرتقي الأمر بقرارات المجامع الدولية لتوحد الأمة الإسلامية عند الالتزام بها، وتوحد المشاعر الجماعية، مع توحيد الحلول المناسبة للطوارئ والمستجدات.
- (٨) **حفظ الشريعة والاجتهاد** من الأدعياء، وغير المختصين، ومنع فوضى الفتوى، والاضطراب فيها، والتي ظهرت في الآونة الأخيرة حتى وصلت إلى فتوى الفضائيات، والفتاوى الفردية الشاذة.
- وهكذا تظهر الصلة الدقيقة بين الفتوى الجماعية، وما تقوم به هيئات الرقابة الشرعية، والمجامع الفقهية لترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية، والسعي معها والأخذ بيدها إلى التزام الشرع الحنيف، وتطبيق الأحكام الموافقة لمصادر الفقه الإسلامي.
- وأما الآليات والصيغ التي تترجم الفتاوى الجماعية في هيئات الرقابة الشرعية والمجامع الفقهية لترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية، فمحلها المبحث الرابع والخامس.

تبرز المناقشة نقاطاً كانت خافية، أو تجلي أموراً كانت غامضة، أو تذكر بأشياء كانت منسية، وهذه من بركات الشورى، ومن ثمار العمل الجماعي، لقاءات ومحاورات حول قضايا الإسلام والعصر ص ١٨٢، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٩٢م، وانظر: الاجتهاد الجماعي، الخالد، عنوان: الاجتهاد الجماعي أقرب إلى الإصاحة ص ١٩٦ - ١٩٨.

(١) الاجتهاد الجماعي، الخالد، عنوان الاجتهاد الجماعي بديل عملي عن الإجماع ص ١٩٩ - ٢٠٠، قضايا فقهية معاصرة، حميش ص ٦٥.

المبحث الرابع

آليات التزام المؤسسات المالية الإسلامية بالقرارات الشرعية

إن الملاحظات السلبية الكثيرة لهيئات الرقابة الشرعية، وتجنباً للمآسي التي نشأت أو قد تنشأ عنها، وتوحيداً لجهودها، وتأكيداً على وجوب المشاورة، واعترافاً بمحدودية الإنسان علمياً، وإيماناً بأنه فوق كل ذي علم عليم، واعترافاً بفضل الاجتهاد الجماعي، كل هذا يوجب تطوير هيئات الرقابة الشرعية، ويفرض عليها الخروج من الوحدة والانفراد، إلى الجماعة الأوسع، وذلك حسب التدرج في العمل، والبدء بالأقرب فالأقرب حسب المنهج الآتي.

أولاً: آليات وصيغ تطوير هيئات الرقابة الشرعية:

١ المشاورة والتنسيق في فروع المصرف الواحد:

يجب أن تتم المشاورة والتنسيق والتعاون واللقاء والتفاهم بين هيئات الرقابة الشرعية في فروع المصرف الواحد، سواء كان في القطر الواحد، أو في عدة أقطار، كمجموعة دلة البركة المصرفية، وفروع مصرف فيصل الإسلامي، ومصارف بيت التمويل وغيره.

وبادرت مجموعة دلة البركة إلى هذه الخطوة الأولى والرائدة، كما جاء في ملحق قرارها الإداري رقم ٣ لعام ٢٠٠٢ بعنوان "اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة الشرعية الموحدة لمجموعة دلة البركة المصرفية"، وحددت غايات واختصاصات الهيئة^(١).

وفي هذا الخصوص يتوجب على هيئة الرقابة الشرعية الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص فيما يتعذر معرفته بدقة على أعضاء الهيئة، والاستعانة بالجهات الفقهية العلمية المتخصصة، كأساتذة الفقه وأصوله، وأساتذة الفقه المقارن، والاقتصاد الإسلامي في الكليات والجامعات^(٢).

٢ اللقاءات الدورية والتعاون بين هيئات الرقابة الشرعية:

وذلك بأن تنظم الهيئات الشرعية للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية فيما بينها لقاءات منظمة ودورية في كل ربع سنة أو نصف سنة على الأكثر، لعرض ما انتهت إليه من آراء، وفتاوى شرعية في دائرة عملها، أو لمناقشة موضوع مشترك عرض عليها، أو المدارس والتشاور فيما وقع من مشاكل وصعوبات في كل منها، أو فيها جميعاً، وللتعاون في مدارس الأزمات المحلية والدولية فيما له صلة بالمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، وذلك للخروج بقرارات واحدة، وتصورات مشتركة، وتطلعات مستقبلية، بعد مبادلة الرأي

(١) الرقابة الشرعية، فرح ص١٥، الرقابة الشرعية، قطان ص١١.

(٢) الرقابة الشرعية، داود ص٥٥.

فيما بينها، وذلك بعقد ندوات دائمة للأعضاء مع العلماء والمختصين في ذلك، ومع وجوب التنسيق بين المصارف والمؤسسات الإسلامية والبنوك المركزية، لدراسة التجارب، وتقييم النتائج التي أصدرتها هيئات الرقابة الشرعية، وتبادل الفتاوى والقرارات حتى تعم الفائدة، وتحقق المصلحة العامة.

وفي هذه الحالة تستطيع هيئات الرقابة الشرعية تطوير وظيفتها الرقابية والبحثية والاجتهادية لتتكيف مع المستجدات، ولتساعد المؤسسات المالية والبنوك الإسلامية على تخطي واجتياز ما يرد من صعوبات أو عقبات في أعمالها^(١).

٣ - التفاهم واللقاء وتوحيد وجهات النظر بين المؤسسات المالية، أو المصارف الإسلامية في القطر الواحد، لتوفير هيئة رقابة شرعية مركزية لتشرف على البنوك الإسلامية،

يمكن تطبيق ذلك عن طريق إنشاء مكتب للتدقيق الشرعي العام، وهو مؤسسة فنية تنشأ وفقاً لقانون خاص يصدر بشأنها، وينظم عملها في مراقبة أعمال المصارف والشركات المالية الإسلامية من الناحية الشرعية، وتعتمد تقاريرها من قبل الهيئات الشرعية الرسمية، ويتكون المكتب من مختصين في فقه المعاملات الشرعية، خصوصاً فقه المعاملات المالية، ومن محاسبين قانونيين، بشرط أن تتوفر في الجميع خبرة عملية في هذا المجال لا تقل عن خمس سنوات، وتطلب الجمعية العمومية لكل مصرف إسلامي أو شركة مالية إسلامية من مكتب التدقيق بيانات الحالة الشرعية لها، وتقديم تقرير مفصل عن العقود والعمليات، وإجرائها من الجهات المسؤولة في المصرف أو المؤسسة، والمخالفات الشرعية إن وجدت، والبدائل الشرعية لتلك المخالفات مع ذكر التاريخ والنتائج والتوقيع^(٢).

٤ - إنشاء هيئة رقابة عليا للمؤسسات المالية أو المصارف الإسلامية في القطر الواحد،

وهو ما حصل في السودان، فأنشأ هذه الهيئة بقرار وزاري بالرقم ١٨٤ / ١٩٩٢م بتاريخ ٢٨ رمضان ١٤١٢هـ الموافق ٢ / مارس ١٩٩٢م، وهذه الهيئة تختلف نوعياً عما عداها من هيئات رقابة، فتعتبر تنظيمياً وهيكلية بمثابة جهاز رقابة أعلى داخل القطر، وهي جهاز رسمي يتمتع بصلاحيات الإشراف والمراقبة والمتابعة لهيئات الرقابة الفرعية، وهي هيئة مستقلة وحاكمة على جميع البنوك في السودان^(٣).

(١) التشريعات المصرفية الإسلامية، البعلي ص١١١، الرقابة الشرعية، فرح ص٤٦، الرقابة الشرعية، القطان ص٢٦، الرقابة الشرعية، فياض ص٧، الرقابة الشرعية، داود ص٥٥، ٨٥.

(٢) الرقابة الشرعية، فياض ص٢٥، الرقابة الشرعية، داود ص٦٥، دور المؤسسات المصرفية الإسلامية، بحث الرقابة الشرعية، الشريف ٢ / ٤٣٢، ٤٤٠، الرقابة الشرعية، السعد ص١٦.

(٣) الرقابة الشرعية، فرح ص١٧، الرقابة الشرعية، فياض ص٢٩، الرقابة الشرعية، قطان ص٣٠.

وهو ما سعت إليه ماليزيا بتشليل المجلس الإشرافي الشرعي في البنك المركزي^(١).

وهو ما تم في الإمارات العربية المتحدة التي شكلت الهيئة العليا التابعة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف بموجب القانون الاتحادي رقم ٦ لعام ١٩٨٥م، وهو قانون المؤسسات المالية الإسلامية في دولة الإمارات، وتتألف الهيئة من أعضاء مختصين في الفقه الإسلامي والقانون، لتراقب أعمال المؤسسات الإسلامية، وتتأكد من مطابقتها لقواعد الشريعة، وتقدم الاستشارات فيما تعرض عليها هذه المؤسسات من مشاكل^(٢).

وهو ما اتبعته سورية بإنشاء هيئة رقابة شرعية عليا في المصرف المركزي، في مجلس النقد والتسليف^(٣).

ويدخل في ذلك ما قامت به إدارة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية بإنشاء هيئة استشارية مركزية لتفتي في المسائل المعروضة عليها فقط، ولا صلة لها بمراجعة الأعمال المنفذة^(٤).

ومن هنا أصدر المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي توصية في الدورة ١٩ لسنة ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٧م، بإيجاد "هيئة عليا في البنك المركزي في كل دولة إسلامية، مستقلة عن المصارف التجارية، تتكون من العلماء الشرعيين والخبراء الماليين، لتكون مرجعاً للمصارف الإسلامية، والتأكد من أعمالها وفق الشريعة الإسلامية"^(٥).

وهذا ما دعا إليه الزميل الفاضل الأستاذ الدكتور عبد الحميد البعلي، فقال: "تنشأ داخل البنك المركزي، (أو مؤسسة النقد) هيئة شرعية عليا، مشكلة من خمسة أعضاء على الأقل من المتخصصين في الفقه المقارن، ولهم إلمام واسع بأعمال المهنة المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، ويجوز أن تستعين بمن تشاء من المختصين من أهل القانون والمصرفيين والممارسين، ويكون رأيهم استشارياً في المسائل التي يؤخذ رأيهم فيها، وتقوم الهيئة الشرعية العليا بإبداء الرأي الشرعي فيما يعرضه عليها البنك المركزي/ مؤسسة النقد، وتقدم المشورة الشرعية لها، في التقريب بين الاتجاهات والفتاوى الفقهية الصادرة عن الهيئات الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، ويكون رأي الهيئة الشرعية ملزماً"^(٦).

(١) الرقابة الشرعية، قطان ص ١١، الرقابة الشرعية، فياض ص ٣٠، دور الرقابة الشرعية، لال الدين ص ١٣.

(٢) الرقابة الشرعية، قطان ص ١١، الرقابة الشرعية، فياض ص ٢٩، الرقابة الشرعية، داود ص ٢٠، ٣٠.

(٣) المصارف الإسلامية، الزحيلي ص ١٨٨.

(٤) الرقابة الشرعية، قطان ص ١١.

(٥) دور الرقابة الشرعية، الصالح ص ٢٤.

(٦) التشريعات المصرفية الإسلامية، البعلي ص ٨٣.

ويمكن أن تتم العلاقة بين هيئات الرقابة الشرعية في القطر إما مباشرة فيما بينها، كما الحالة الثانية والثالثة، وإما بتوسيط الهيئة العليا للرقابة الشرعية القطرية، أو في البنك المركزي، أو مؤسسة النقد، أو الوزارة^(١).

وتختص الهيئة العليا في النظر في الفتاوى والآراء الصادرة من مختلف هيئات الرقابة الشرعية في المصارف التابعة للاتحاد، للتأكد من موافقتها للأحكام الشرعية، مع مراقبة مختلف عمليات هذه المصارف، ولفت نظر من حاد منها عن الأسس الشرعية، مع حقها في الاطلاع على قوانين ولوائح المؤسسات المالية والبنوك الإسلامية الأعضاء، وعلى نماذج العقود، وإصدار الفتاوى في القضايا التي ترفع إليها، والبت في المشاكل المالية والمصرفية التي تطرح عليها، وإبداء الرأي في المستجدات الاقتصادية التي تؤثر على مصالح المجتمع الإسلامي^(٢).

ولذلك يجب التقيد بالمعايير الدقيقة والرفيعة التي وضعتها هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، مع مراعاة وتطبيق المعايير الدولية التي لا تخالف أحكام الشريعة الفراء^(٣).

كما يقتضي التطور العالمي إلى إنشاء وكالة إسلامية عالمية لتصنيف الداخلي والخارجي لأعمال المؤسسات والبنوك، لتحقيق الأداء الفعال للنظام المالي الإسلامي، والرقابة الشرعية، وتعزيز نظام السوق المحلي والعالمي، ووضع المعايير الكاملة لمراقبة المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية^(٤).

هـ لقاء هيئات الرقابة الشرعية في الأقطار والبلدان العربية والإسلامية على المستوى العالمي

للتسيق، وتوحيد المناهج، والإشراف والرقابة، وعرض الفتاوى التي تصدر عن كل هيئة، والتشاور فيها، والتخطيط للمستقبل، واتخاذ منهجية فقهية موحدة، لتكون أساساً لتوحيد صيغ وعقود ومعاملات الاستثمار، والتمويل والخدمات، وتقديم البدائل والنماذج المعتمدة والمتعددة، لاختيار كل قطر ما يناسبه، ويتم ذلك بتكوين هيئة رقابة شرعية عليا عالمية، مبدئياً، وهذا ما حققه الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية فأوجد الهيئة العليا للفتاوى

(١) الرقابة الشرعية، فرح ص ٤٢.

(٢) البنوك الإسلامية، الشرقاوي ص ١٦٠، الرقابة الشرعية، فياض ص ٢٥.

(٣) الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية ص ٤٢.

(٤) الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية ص ٩٥.

والرقابة الشرعية^(١)، ونصت المادة ٣ على أهداف الهيئة، ونصت المادة ٤ على اختصاصها ومهامها^(٢)، مما يحقق آلية مهمة نسعى إليها، ولذلك نذكر أهم وظائفها:

- أ. إبداء الرأي الشرعي فيما يعرض عليها من مسائل من جانب أمانة الاتحاد أو أجهزة الفتوى بالبنوك والمؤسسات الأعضاء وغيرها،
- ب. بحث ملائمة الممارسة العملية التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، بتطبيقها مع الشريعة الإسلامية،
- ج. نشر الآراء الشرعية فيما يجري من معاملات في الأسواق المالية، والتصدي لما يتم من معاملات غير متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، سواء في الصحف أو الدوريات المختصة، أو بإصدار النشرات والكتيبات والمراجع اللازمة،
- د. تغذية البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية أولاً بأول، بما يتفق عليه من آراء حول المعاملات المصرفية التي تقوم بها هذه المؤسسات،
- هـ. البت فيما يثور من خلاف في التطبيق بين البنوك والمؤسسات الإسلامية الأعضاء بالاتحاد،
- و. النظر في التطبيقات العملية التي يظن أنها وقعت مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية،
- ز. السعي نحو اتخاذ فكر شرعي موحد حول صور وأشكال المعاملات،
- ح. التصدي لبيان الأحكام الشرعية حول المسائل الاقتصادية التي جرت، أو تجدد، وتقوم عليه مصالح ضرورية في البلاد الإسلامية،
- ط. إصدار البحوث الشرعية بما يمكن من دعم الحركة الفكرية التي تهدف إلى صياغة النظرية الإسلامية في المال والاقتصاد، وهدفها تجميع الخبرات التي تكونت لدى المؤسسات والمصارف الإسلامية بدعم إيجابياتها، وتفادي سلبياتها، وتوحيد الخيارات الفقهية ما أمكن.

(١) المصارف الإسلامية، الزحيلي ص ١٧٣، الرقابة الشرعية، السعد ص ٥، دور المؤسسات، بحث الشريف ٢ / ٤٣٢، الرقابة الشرعية، داود ص ١٧، ٢٠، ٦٧، الرقابة الشرعية، القطان ص ١١، الرقابة الشرعية، فرح ص ١٧، ٤٦، الرقابة الشرعية، فياض ص ٢٥.

(٢) كانت هذه الهيئة تشكل من رؤساء الهيئة الشرعية لكل بنك مع حق مجلس إدارة الاتحاد إضافة أي شخص يراه ملائماً للعمل بها، ثم عدلت المادة ١٦ وأصبحت: يعطى لمجلس إدارة الاتحاد حق اختيار أعضاء هذه الهيئة على أن يكون عددهم سبعة مضافاً إليهم ممثلون للهيئات التابعة لكل بنك عضو في الاتحاد، ثم عدلت عام ١٩٨٢م، فأصبحت مكونة من ١٥ عضواً، منهم عشرة من رؤساء الهيئات التابعة للمصارف الإسلامية، وخمسة معينين من مجلس إدارة الاتحاد، انظر: الرقابة الشرعية، فياض ص ٢٤، المصارف الإسلامية، الزحيلي ص ١٧٣، الرقابة الشرعية، السعد ص ٢٥.

وهذه الأهداف والوظائف ملائمة لهيئة رقابة دولية، ولكنها لا تزال مجرد آمال، وهي تطلعات نظرية قيمة ومفيدة لقادرات الأيام إن أخذت طريقها للتطبيق والتنفيذ، كمرحلة مهمة سابقة للتعاون مع مجامع الفقه الإسلامي الآتي.

وهنا نشيد بما يقوم به البنك الإسلامي للتنمية بجدة، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بجدة، وهيئة المحاسبة والمراجعة بالبحرين ومجلس الخدمات المالية الإسلامية بماليزيا، من جهود طيبة في إعداد الدراسات المتخصصة، وصياغة دليل عمل للتدقيق الشرعي، وتعميمها على المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، والبنوك المركزية^(١).

ثانياً: آليات وصيغ التنسيق الكامل بين هيئات الرقابة الشرعية ومجامع الفقه الإسلامي المحلية،

لما تتوفر لهذه المجامع من إمكانيات بشرية، وعلمية، وإجراءات في البحث والمشاورة والتداول، واتخاذ قرارات موحدة بالإجماع، أو بالأكثرية، لعدد كبير من كبار العلماء والفقهاء والمتخصصين في الشريعة، واستعانة بالخبراء وأصحاب الاختصاص في موضوع الفتوى، وخاصة أن بعض المؤسسات تكتفي بمراقب شرعي واحد، أو خبير شرعي واحد، أو مستشار شرعي فقط، وإن احتمال الخطأ على الفرد أكثر، وعلى الهيئة أقل، وعلى المجمع نادر.

هذا يوجب على هيئات الرقابة الشرعية عرض ما صدر منها من فتاوى، وقرارات على المجامع الفقهية، واستشارتها في بعض الفتاوى العامة، والتخطيط معها في تطوير الأدوات للمراقبة والإشراف، والاستفادة من خبراتها، ولتوحيد الرؤى والتوجهات في المراقبة ومواجهة المستجدات.

وإن المجامع الفقهية اليوم تساهم بشكل فاعل ودائم في أعمال المؤسسات المالية الإسلامية، وتخصص جانباً من أعمالها لذلك، وترعى أعمال هيئات الرقابة الشرعية لترشيدها وتسديدها.

وهذه الخطوة واجبة، وخاصة بين هيئات الرقابة الشرعية العامة، أو العليا، أو الرسمية في الدولة أو الوزارة أو البنك المركزي، وبين المجمع الفقهي المحلي، لقربه منها، وسهولة التنسيق والتفاهم معه، فإن لم يتوفر المجمع الفقهي المحلي في بلد، فيمكن التنسيق والتعاون مع أحد المجامع في الدول القريبة، لسهولة الاتصالات اليوم، وتوفر الانترنت والإميل والحواسيب الإلكترونية، وإمكانية التعرف على المواقع والعناوين ببسر وسهولة^(٢).

(١) الرقابة الشرعية، فرح ص٤٦، الرقابة الشرعية، فياض ص٦، الرقابة والإشراف ص٧.

(٢) الرقابة الشرعية، فرح ص٤٦، الرقابة الشرعية، داود ص٥٥.

ومن آليات التنسيق وصيغته بين هيئة الرقابة الشرعية والمجمع الفقهي أن تطلب الهيئة منه بشكل دائم استفسارات شرعية، وحلولاً فقهية لبعض المسائل السريعة التي لا تحتمل التأخير، ويمكن تقديم هذا الاستفسار الشرعي لبنك التنمية الإسلامي، أو هيئة الرقابة الشرعية العليا في كل قطر إن وجدت، أو لهيئة الرقابة الشرعية العليا العالمية في الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية^(١).

ذلك أن الإنسان معرض للخطأ بطبعه "كل ابن آدم خطأ"^(٢)، ويكون ذلك إما قصداً وإما من غير قصد، كما أن التفاوت بين الأشخاص ثابت في الفهم والعقل وغيره، وفوق كل ذي علم عليم، ويقل الخطأ، ويغلب الصواب مع الجماعة، ويندر مع المجموع الكبير الذي يتوفر في المجامع الفقهية.

وهذه الصيغة والآلية في التنسيق بين المؤسسات المالية الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية مع المجامع الفقهية هي ما وضعها مجمع الفقه الإسلامي بالهند في أهدافه، فنص في الفقرة الخامسة على "الحصول على فتاوى وآراء العلماء المحققين المعاصرين، والمؤسسات الدينية الموثوق بها في القضايا المستجدة، ثم نشرها في أوساط جماهير المسلمين" ونص في الفقرة السادسة من أهدافه على "إيجاد الصلات مع جميع المؤسسات الفقهية والبحثية داخل الهند وخارجها، وتبادل المعلومات عن الإنجازات العلمية، واختيار الفتاوى الصادرة من العلماء والمؤسسات الموثوق بها، المطبوعة منها وغير المطبوعة التي هي بمثابة تراث فقهي وعلمي مهم، وتهذيبها وعرضها في أسلوب عصري حفاظاً على التراث وتعميماً وتوصيلاً للفائدة إلى الأجيال القادمة"^(٣).

ومما يتعلق بهذا الخصوص تكليف المجامع الفقهية بتنظيم حلقات دراسية، ودورات للتدريب والتثقيف الشرعي المستمر للعاملين في المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، وهذا ما يقوم به مشكوراً بنك التنمية الإسلامي بجدة، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية في البحرين، ويقوم به أيضاً مجمع الفقه الإسلامي بالهند^(٤).

ويمكن تلخيص آليات المجامع الفقهية لترشيد المؤسسات الإسلامية ابتداءً بإبداء الرأي الشرعي في المعاملات المالية، وبيان الحكم الشرعي في المشروعات المالية قبل التنفيذ، ثم المراجعة الشرعية لمراحل تنفيذ عمليات المؤسسات المالية الإسلامية لإبداء الملاحظات عليها، وتقديم المشورة إليها، والتوجيه لأي خطأ في الفهم مما يؤثر على

(١) الرقابة الشرعية، السعد ص ١٩، ٢١.

(٢) هذا طرف من حديث حسن رواه الترمذي ص ٤٠٧ رقم ٢٤٩٩، وابن ماجه بلفظ "كل بني آدم" ص ٤٥٨ رقم ٤٢٥١.

(٣) مجمع الفقه الإسلامي بالهند ص ٢٤.

(٤) مجمع الفقه الإسلامي بالهند، ص ٩ طبعة قديمة، ويسمىها الورشات والدورات الفقهية.

التنفيذ، ومراجعة تقارير الرقابة الخارجية، وتقديم التوصيات والنصائح لمعالجة المخالفات والأخطاء.

وهذا ما أرادته هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في الضابط الشرعي رقم ٢٩ بشأن "ضوابط الفتوى وأخلاقياتها في إطار المؤسسة"، فقال: "من وسائل تسهيل الوصول إلى الحكم الشرعي الصحيح للمسائل ما يأتي... منها: الاستفادة من الاجتهادات الجماعية، مثل قرارات الجامع، وفتاوى الهيئات الأخرى، والندوات والمؤتمرات الفقهية"^(١).

ثالثاً: آليات وصيغ التنسيق بين هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية ومجمع الفقه الإسلامي الدولي:

إن مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة هو أحد المجامع الفقهية، ويؤمل منه، بل يطلب منه، أن يساهم في الأمور السابقة التي ذكرناها للمجامع الفقهية عامة.

ونظراً لمكانته الخاصة، وعالميته، وخصائصه، وأنه أوسع المجامع الفقهية مكاناً، وتغطية للعالم الإسلامي، وشموله لأكبر عدد من العلماء والفقهاء في البلاد الإسلامية، واعتراف الدول رسمياً فيه^(٢)، ولذلك نطلب منه ما يلي:

(١) **التنسيق بين أعمال المجامع الفقهية**، وهذا يتطلب توفير لجنة خاصة به لهذا الهدف، لتنظيم الندوات والمؤتمرات، وتحديد القضايا والمسائل والمحاور التي تطرح فيها، وجمع القرارات التي تصدر منها، ثم نشرها وتعميمها.

(٢) **المبادرة لوضع أنظمة وقوانين لأعمال المؤسسات المالية الإسلامية**، لتكون موحدة، وشاملة، ويمكن أن تكون بصيغ عامة، ويسمح لكل مؤسسة، أو مصرف، أو قطر، بالتفصيل وزيادة، وهذا يقتضي وجود لجنة متخصصة في وضع الأنظمة والقوانين في داخل المجمع، وذلك لتوحيد نمط العمل المصرفي.

(٣) **الحرص على إصدار نظام عام لهيئات الرقابة الشرعية**، لترسيخ قيمها، وتحديد أهدافها، وبيان واجباتها، وتوحيد الرؤى فيها، والتشديد على إلزامية قراراتها، ووجوب التشاور بينها، والتنسيق مع الهيئات العليا، والارتباط مع المجامع الفقهية عامة، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي خاصة، وهذا يدخل في اللجنة المتخصصة في وضع الأنظمة والقوانين.

(٤) **العمل على عقد الندوات العلمية المحلية، والمؤتمرات الدولية**، لطرح المحاور التي تعنى بالتطوير، والابتكار، والتجديد.

(١) دور الرقابة الشرعية، الصالح ص ٢٩.

(٢) الرقابة الشرعية، فياض ص ٣٨، ٤١.

- (٥) توحيد معايير الرقابة والإشراف والمحاسبة بين هيئات الرقابة الشرعية أولاً، وبين المؤسسات المالية والبنوك الإسلامية ثانياً، لتسهيل مهام المراقبين الشرعيين^(١).
- (٦) التأكيد على إلزامية قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي على المستوى الرسمي والشعبي والعلمي وعلى جميع المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، مع التهديد بالالتديد بالمخالف^(٢).

(١) الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية ص ٩١.

(٢) الرقابة الشرعية، داود ص ٧٠.

المبحث الخامس

آليات وصيغ المجمع الفقهي لترشيد المؤسسات المالية الإسلامية

إذا تحققت الآليات والصيغ السابقة بين هيئات الرقابة الشرعية لترشيد المؤسسات المالية الإسلامية، ووصل التنسيق إلى القمة مع المجمع الفقهي التي تتولى الإشراف والتوجيه لهيئات الرقابة في المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية لتأمين التطبيق السديد لأحكام الشريعة حسب العصر والمستجدات، وتحقق التزام هذه الهيئات الشرعية بقرارات المجمع الفقهي في مجال المعاملات المالية، فهذا يوجب على المجمع الفقهي عامة، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي خاصة، اتخاذ الصيغ والآليات المتنوعة الآتية:

أولاً: آليات وصيغ تشريعية:

- (١) العمل على إصدار **مشروعات قوانين** تنظم العمل المصرفي، وقوانين للمعاملات المالية، وفقاً للشريعة الإسلامية، ليكون ذلك منارة وضمناً لمستقبل المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، ولضرورة الرقابة والإشراف الشرعي^(١).
- (٢) وضع **نظام عام**، وتفصيلي لهيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، لتسير عليه في جميع البلاد العربية والإسلامية، لتوحيد آليات الفتوى والرقابة الشرعية، وتعميمها، وفق المعايير الدولية للرقابة، وتحديد الإطار الإشرافي لذلك^(٢).
- (٣) إصدار **نظام دولي لصيغ العقود**، وأدوات الاستثمار والتمويل، وسائر الأدوات المالية حسب مقتضيات الشرع والعصر، وينتج عن ذلك توحيد المناهج الدراسية في المعاهد والكلية والجامعات، وتوحيد مناهج التدريب العملي المنظم والدوري^(٣).
- (٤) إصدار **كتب دورية** بالقرارات التي تصدر عن هيئات الرقابة الشرعية الخاصة، والمحلية، وهيئات الرقابة العليا، وهيئة الرقابة الدولية.
- (٥) وضع **منهج شرعي واضح** لعمل هيئات الرقابة، وذلك بتحديد الآراء الفقهية المعتمدة لاختيار الفتاوى والقرارات، بالعمل على إيجاد البديل الشرعي لما يتم الاعتراض عليه، والاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص، والتعاون مع هيئات الرقابة الشرعية الأخرى والجهات الفقهية^(٤).

(١) الرقابة الشرعية، السعد ص ١٥، الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية ص ٣١.

(٢) الرقابة الشرعية، فرح ص ٤٧، الرقابة الشرعية، فياض ص ٤١، الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية ص ٣١.

(٣) الرقابة الشرعية، فرح ص ٤٧.

(٤) الرقابة الشرعية، داود ص ٥٤.

ثانياً: آليات وصيغ عملية:

- (١) عمل دورات لهيئات الرقابة الشرعية للتدريب وللتثقيف، وتعزيز المناهج المطلوبة والاستفادة من تجارب الآخرين، وتأمين الموارد البشرية والكفاءات العلمية في العلوم المتصلة بموضوعات الدورة، لتحقيق التصور الصحيح، والتكامل العلمي والمنهجي في الموضوع، وبذلك يتم إعداد العاملين المؤهلين علمياً وعملياً وشرعياً وفكرياً في المؤسسات المالية الإسلامية، وهذا ما نص عليه المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث^(١).
- (٢) إصدار نشرات تعريفية، وخاصة في القضايا المستجدة، والمسائل العارضة، لتكون هذه النشرات بمثابة توجيه نحو توحيد الرؤى والفتاوى في ذلك.
- (٣) إصدار الفتاوى المتفق عليها لدى أكثرية هيئات الرقابة الشرعية، والموافق عليها من لجنة الفتوى في المجمع الفقهي، لتصل إلى بقية الهيئات، وتعميمها، والسير على منوالها.
- (٤) إصدار القرارات التي أقرتها المجامع الفقهية في المعاملات المالية، في كتاب دوري فصلي أو نصف سنوي.
- (٥) مواكبة حركة البحث، والإصدارات العلمية، والمكتبات^(٢).
- (٦) إصدار الفتاوى عن الأسئلة والاستفسارات التي ترد إلى المجمع من مختلف الأقطار^(٣).
- (٧) متابعة وملاحقة المؤتمرات المحلية والدولية، والندوات الإقليمية والعالمية في كل ما له صلة بالفقه الإسلامي، والأحكام الشرعية، ومعرفة ما يبحث فيها من قضايا فقهية، ومستجدات علمية متصلة بها، وما صدر فيها من قرارات لتقييمها، وتبني الصواب والصحيح منها، واعتمادها، وتوزيعها، ونشرها.
- (٨) الإكثار من عقد المؤتمرات الفقهية والندوات العلمية التي تخص المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، وتعتني بالتطوير والابتكار التجديد وتنفيذ التوصيات والقرارات السابقة^(٤).

ثالثاً: آليات تنظيمية في المجامع الفقهية:

- (١) تشكيل لجنة خاصة في كل مجمع للإشراف على هيئات الرقابة الشرعية، والتنسيق معها، وذلك من كبار الفقهاء من أعضاء المجمع، وأرى أن يتفرغ الأعضاء يوماً لهذه

(١) الرقابة الشرعية، فياض ص٤١، وهو ما يقوم به مشكوراً المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بجدة، انظر: الرقابة والإشراف ص٧، وهو ما نصت عليه أهداف مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا.

(٢) الرقابة الشرعية، السعد ص١٥.

(٣) إن البنك الإسلامي للتنمية بجدة ليس له هيئة رقابة شرعية، بل يعرض الاستفسارات الشرعية على لجان منبثقة عن مجمع الفقه الإسلامي، انظر: الرقابة الشرعية، داود ص١٨.

(٤) الرقابة الشرعية، فياض ص٣٨.

اللجنة، ويتوفر لها هيكل تنظيمي مواكب لأعمالها من أمانة عامة، وباحثين، وكتبة، وموظفين إداريين^(١).

(٢) فتح موقع خاص في كل مجمع على الإنترنت، لتسهيل الاتصالات، والمراسلات بين المجمع وهيئات الرقابة الشرعية، مع توفير خط هاتفي (خط ساخن ومباشر) بين المجمع وهيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية.

(٣) تخصيص محور خاص لفتاوى وقرارات هيئات الرقابة الشرعية في كل ندوة أو مؤتمر يعقده المجمع، ليأخذ حظه من الاطلاع والدراسة والترشيد من أعضاء المجمع والخبراء فيه والمشاركين في الندوة أو المؤتمر.

(٤) تحديد أسلوب موحد لهيئات الرقابة الشرعية لتكون وقائية قبل التنفيذ، وعلاجية أثناء التنفيذ، ومتابعة بعد التنفيذ، ثم نشر أعمال الرقابة بأدلتها الشرعية، ثم تعمل على طباعتها وتوزيعها مجاناً على العاملين بالمصرف، وبسعر التكلفة للجمهور، مع النص على ضرورة التدقيق الشرعي الداخلي، وتعيين مراقب شرعي داخلي، ويحسن تعدادة^(٢).

(٥) الاتصال والتعامل بين المجمع الفقهي والمعاهد الدينية وكلليات الشريعة والجامعات الإسلامية، ودور الاقتاء، داخل البلاد العربية والإسلامية.

(٦) قيام المجمع الفقهي الإسلامي في أي قطر، وخاصة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بالاتصال مع المؤسسات المالية والأسواق المالية داخل البلاد العربية والإسلامية، وخارجها، ليتم التفاعل معها، وتعريف هذه المؤسسة بمنهج الإسلام السديد الذي أنزله الله رحمة للعالمين، والدعوة للنظام الإسلامي الذي يساهم في حل الأزمات والمعضلات المحلية والعالمية.

(٧) أن يتم التواصل والتنسيق بين مجامع الفقه الإسلامي مع المؤسسات الاقتصادية والمالية في الجامعات والمجمعات والمراكز البحثية للاستفادة من الدراسات التي تقوم بها تلك الجهات، وفقاً للآليات التي تقوم بها المؤسسات المالية الغربية مع المؤسسات البحثية والأكاديمية^(٣).

(٨) إعداد قائمة بأسماء كبار العلماء في العالم الإسلامي لترشيح بعضهم للمؤسسات المالية الإسلامية، والاستعانة بهم، والتعريف بهم، ونشر عناوينهم.

(١) الرقابة الشرعية، السعد ص١٥، الرقابة الشرعية، داود ص٥٥.

(٢) الرقابة الشرعية، داود ص٥٨، ٦٢، ٦٤.

(٣) الرقابة الشرعية، فياض ص٣٨.

الخاتمة

الحمد لله على حسن التمام، ونقدم أهم النتائج وبعض التوصيات.

أولاً: نتائج البحث:

- (١) إن **المجامع الفقهية** أهم إنجازات الصحوة الإسلامية التي يؤمل منها الخير الكبير، والمساهمة في العودة إلى تطبيق الشريعة الغراء، والمساهمة في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية عند الالتزام بقرارات المجامع.
- (٢) إن **هيئات الرقابة الشرعية** في المؤسسات المالية الإسلامية هي **الذراع المفتوح** لمسيرة الاقتصاد الإسلامي المعاصر، و**العنصر الفعال** لتطبيق الشريعة عملياً، بالتعاون مع المجامع الفقهية، ولها سلبياتها وإيجابياتها.
- (٣) إن المجامع الفقهية وهيئات الرقابة الشرعية تتسلح **بالاجتهاد الجماعي والفتوى الجماعية** التي تأخذ بيدها إلى الصواب، وتتبوأ بها درجة الرشد والقبول، وتتجنب أخطاء الاجتهاد الفردي، والتعصب المذهبي، وتحقق تطبيق الشورى ومحاسنها، وتتناسب مع العصر، وتعوض عن الإجماع الأصولي، وتساهم في توحيد الأمة، وحفظ الشريعة والاجتهاد من العبث والفوضى والشذوذ.
- (٤) إن **الآليات والصيغ** للالتزام بالمؤسسات المالية الإسلامية كثيرة، بعضها يتعلق بهيئات الرقابة بوجوب المشاورة، واللقاء والتعاون، وتشكيل هيئة رقابة شرعية مركزية، وهيئة عليا عالمية، والتنسيق مع المجامع الفقهية على مراحل، وتبدأ من التنسيق بين أعمال الهيئات والمجامع، ثم وضع أنظمة وقوانين للمؤسسات، وإصدار نظام عام لهيئات الرقابة والمجامع، وعقد ندوات ومؤتمرات، وتوحيد معايير الرقابة، والتأكيد على إلزامية قرارات المجامع.
- (٥) إن **الآليات والصيغ** لمجامع الفقه الإسلامي لترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية متعددة، بعضها **تشريعية** كإصدار قانون ينظم العمل المصرفي، ووضع نظام عام لهيئات الرقابة الشرعية، وإصدار نظام لصيغ العقود وأدوات الاستثمار، وإصدار كتب دورية بالقرارات، ووضع منهج شرعي واضح لهيئات الرقابة، وبعضها **عملية**، كعمل دورات، وإصدار النشرات، والفتاوى والقرارات، ومواكبة البحث العلمي، ومتابعة المؤتمرات، وعقد الندوات، وبعضها **تنظيمية** كتشكيل لجنة خاصة في كل مجمع، وفتح موقع خاص، وتخصيص محور للفتاوى، وتحديد الأسلوب للفتاوى، والاتصال بالمؤسسات والجامعات، وإعداد قائمة بأسماء العلماء والفقهاء.

ثانياً: التوصيات:

- (١) نوصي المجامع الفقهية بأن تحقق ما تتطلع إليها الجماهير، وتتبوأ عملياً المكانة التي أعدت لها.

- (٢) نوصي المجامع الفقهية بالتعاون والتنسيق فيما بينها، وتدارك المسالب التي تؤخذ عليها.
- (٣) نوصي بإنشاء مجمع فقهي في كل بلد إسلامي، ولو على مستوى هيئة كبار العلماء، أو مجلس أعلى للإفتاء، ليتولى المساهمة في الفتوى الجماعية، ويحتل الصدارة في المجتمع والدولة وعند المؤسسات والأفراد.
- (٤) وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم، والحمد لله رب العالمين.

أهم المصادر والمراجع

- (١) الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي، الدكتور عبد المجيد السوسوة الشرفي، كتاب الأمة، الدولة- العدد ٦٢، السنة ١٧، ذو العقدة ١٤١٨هـ.
- (٢) الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، الدكتور خالد حسين الخالد، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م.
- (٣) أخبار القضاة، وكيع، محمد بن خلف بن حيّان (٥٣٠٦هـ)، عالم الكتب، بيروت- د.ت.
- (٤) أعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية (٥٧٥١هـ)، دار الكتب الحديثة، القاهرة، ١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م.
- (٥) بحوث في المصارف الإسلامية، الدكتور رفيق المصري، دار المكتبي، دمشق، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م.
- (٦) بحوث مؤتمر المصارف الإسلامية، دبي، ٢٠٠٩م، فيه بحثان عن هيئات الفتوى والرقابة الشرعية والتدقيق.
- (٧) البنوك الإسلامية بين الفقه والقانون، الدكتورة عائشة الشرقاوي، المركز الثقافي العربي، بيروت، والدار البيضاء، ط١- ٢٠٠٠م.
- (٨) تاريخ القضاء في الإسلام، الدكتور محمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م.
- (٩) التشريعات المصرفية الإسلامية، الدكتور عبد الحميد البعلي- نشر البركة، جدة، د.ت.
- (١٠) تعظيم الفتوى، ابن الجوزي (٥٩٧هـ)، مكتبة التوحيد، المنامة، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٢م.
- (١١) تفعيل آليات الرقابة على العمل المصرفي، الدكتور يوسف القرضاوي، ندوة البركة التاسعة عشرة، مكة المكرمة، ١٤٢١هـ.
- (١٢) جامع بيان العلم وفضله، ابن عبد البر (٤٦٣هـ)، مكتبة العاصمة، القاهرة، ١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م.
- (١٣) دور الرقابة الشرعية في ضبط أعمال المصارف الإسلامية، الدكتور محمد أكرم لال الدين، بحث إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة ١٩، الشارقة، ٢٠٠٩م.
- (١٤) دور الرقابة الشرعية في ضبط أعمال المصارف الإسلامية، الدكتور محمد أحمد صالح، بحث إلى الدورة ١٩ لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الشارقة، ٢٠٠٩م.
- (١٥) دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، كتاب الوقائع للندوة، تنظيم كلية الشريعة، النشر العلمي، جامعة الشارقة، ٢٠٠٣م، بحث الدكتور محمد عبد الغفار الشريف ٤٣٠ / ٢.

- (١٦) الرقابة الشرعية الفعالة في المصارف الإسلامية، الدكتور محمد أمين علي القطان، بحث في المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٤٢٥هـ.
- (١٧) الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، حسن يوسف داود، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٤١٧هـ / ١٩٦٦م.
- (١٨) الرقابة الشرعية، الواقع والمثال، الأستاذ فيصل عبد العزيز فرح، بحث إلى المؤتمر العالمي للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٤٢٥هـ.
- (١٩) الرقابة الشرعية وأثرها في المصارف الإسلامية، الدكتور أحمد محمد السعد، بحث إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٤٢٥هـ.
- (٢٠) الرقابة الشرعية والتحديات المعاصرة للبنوك الإسلامية، الدكتور عطية السيد فياض، بحث إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٤٢٥هـ.
- (٢١) الرقابة المصرفية على المصارف الإسلامية، الغريب ناصر، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م.
- (٢٢) الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية، محمد عمر شابرا، طارق الله خان، نشر البنك الإسلامي للتنمية، جدة، ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م.
- (٢٣) سنن الترمذي (٢٧٩هـ) مع تحفة الأحوزي، المباركفوري (١٣٥٧هـ) مطبعة المدني، القاهرة، ١٣٨٣هـ / ١٩٦٣م + ط بيت الأفكار، بيروت، ٢٠٠٦م.
- (٢٤) سنن الدارمي، الدارمي (٢٥٥هـ) دار القلم، دمشق، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.
- (٢٥) سنن أبي داود السجستاني (٢٧٥هـ) مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٧١هـ / ١٩٥٢م.
- (٢٦) سنن ابن ماجه القزويني (٢٧٣هـ) عيسى البابي الحلبي، مصر، ١٣٧٢هـ / ١٩٥٢م.
- (٢٧) صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل (٢٥٦هـ)، دار القلم، دمشق، ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م.
- (٢٨) صحيح مسلم، مسلم الحجاج النيسابوري (٢٦١هـ) مع شرح النووي (٦٧٦هـ) المطبعة المصرية، القاهرة، ١٣٤٩هـ / ١٩٣٠م.
- (٢٩) الضوابط الشرعية لمسيرة المصارف الإسلامية، الدكتور عبد الستار أبو غدة، ضمن كتاب "بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية" بيت التمويل الكويتي، الكويت، ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م.
- (٣٠) فتاوى فقهية معاصرة، الدكتور محمد الزحيلي، دار الإعجاز، طرابلس، لبنان، ١٤٣٣هـ / ٢٠١٢م.
- (٣١) في فقه المعاملات المالية المعاصرة، الدكتور نزيه حماد، دار القلم، دمشق، ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م.

- (٣٢) قرارات وتوصيات أهم مؤتمرات رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، ١٤١٢هـ.
- (٣٣) قرارات وتوصيات المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠٢م.
- (٣٤) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بالهند، مكتب المجمع، نيودلهي، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
- (٣٥) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الدوحة، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م.
- (٣٦) قضايا فقهية معاصرة، الدكتور عبد الحق حميش، النشر العلمي، جامعة الشارقة - الشارقة، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
- (٣٧) لقاءات ومحاورات حول قضايا الإسلام والعصر، الدكتور يوسف القرضاوي، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٩٢م.
- (٣٨) مجلة مجمع الفقه الإسلامي بالسودان، يصدرها المجمع، الخرطوم، العدد ٥، سنة ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م.
- (٣٩) مجمع الزوائد، الهيثمي (١٠٧٥هـ) مكتبة القدسي، مصر، د.ت.
- (٤٠) مجمع الفقه الإسلامي بالهند، تعريفه وأهدافه وأنشطته، إعداد المجمع، نيودلهي، ٢٠٠٦م.
- (٤١) مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، قرارات وتوصيات، دار الفلاح، القاهرة، ١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م.
- (٤٢) المجموع شرح المذهب للشيرازي (١٠٧٤هـ) النووي (١٠٧٦هـ) مطبعة إمام، مصر، ١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م.
- (٤٣) محاور مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ودور الرقابة في ضبط أعمال البنوك الإسلامية، بحوث المجمع، الشارقة، ٢٠٠٩م.
- (٤٤) المصارف الإسلامية، الدكتور وهبة الزحيلي، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م.
- (٤٥) معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية، هيئة المراقبة والمحاسبة، المنامة، البحرين، ١٩٩٩م، وضوابط تعيين هيئة الرقابة الشرعية، ٢٠٠٥م.
- (٤٦) المعجم الوسيط، عدد من المؤلفين، دار الأمواج، بيروت، ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.
- (٤٧) المعتمد في الفقه الشافعي، الدكتور محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م.
- (٤٨) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٩٦٦هـ / ٢٠٠٦م.
- (٤٩) موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، الدكتور محمد الزحيلي، دار المكتبي دمشق، ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م.

(٥٠) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، المنامة، البحرين، ١٩٩٩م.

مشروع قرار

إن المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية إحدى المنجزات العظيمة في العصر الحاضر، وكذلك المجامع الفقهية، وإننا نثمن عالياً ما تقوم به هيئات الرقابة الشرعية، والمؤسسات المالية الإسلامية اليوم من دور عظيم في إحياء الاقتصاد الإسلامي المعاصر، وتوفير الثقة الكبيرة فيها، لدى جماهير المسلمين، لتأمين المكاسب الحلال لهم، ورعاية تطبيق الشريعة إلى حد كبير، وأنها صمام الأمان للالتزام بالأحكام الشرعية ومقاصد الشريعة، وحماية المصالح العامة.

ونظراً لكثرة هيئات الرقابة الشرعية، وانحصارها غالباً على المؤسسة أو المصرف التي تعمل به، وما ترتب على ذلك من اختلاف في الآراء، وتعدد الفتاوى، في الموضوع الواحد، وما أثير حولها من مآخذ وسلبيات.

والتزاماً بما قرره الشريعة الغراء من الشورى، ورد الأمور إلى كبار العلماء، وأهل الحل والعقد، وما تقتضيه السياسة الشرعية، وما يوجبه المنطق والعقل، ومجابهة صعوبات العصر ومشكلاته، وما يحققه الاجتهاد الجماعي من ثمرات يانعة.

ونظراً لما تتميز به المجامع الفقهية من ميزات في كثرة عدد العلماء فيها، والآليات التي تتبعها في إعداد البحوث عن المسائل، وتداولها، ثم التشاور والتباحث فيها، والاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص، وما تتوفر لها من مكانة مرموقة شعبياً ورسمياً، وخاصة مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

فإننا نرى:

- (١) ضرورة التنسيق بين هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، وإقامة هيئة شرعية مركزية في كل قطر، وإيجاد هيئة شرعية عليا للبلاد الإسلامية.
- (٢) ضرورة التعاون والتنسيق بين هيئات الرقابة في المؤسسات المالية الإسلامية والمجامع الفقهية المحلية، ثم الدولية، وضرورة التنسيق والتعاون وتبادل الآراء، ودفع الفتاوى كاملة إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي لإقرار ما يراه مناسباً، ويتخذ القرارات الكاملة فيها.
- (٣) أن يفتح مجمع الفقه الإسلامي الدولي قسماً خاصاً لترشيد المؤسسات المالية الإسلامية، ويستقبل جميع قرارات المجامع، وفتاوى هيئات الرقابة، ويعرضها على العلماء فيه، ويناقشها في ندواته ومؤتمراته، ويتخذ فيها القرارات اللازمة.
- (٤) أن يقوم المجمع بإبلاغ قراراته إلى جميع المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، لتكون موحدة، وملزمة للجميع، وخاصة على المستوى الرسمي.

- (٥) أن يعمم المجمع قراراته على الجماهير، والمؤسسات العلمية، ومراكز البحوث والدراسات المحلية والعالمية.
- (٦) أن يهيئ المجمع الدراسات المفيدة، لترشيد المؤسسات المالية الإسلامية في تطبيق الشريعة، وإيجاد الحلول المناسبة للمشكلات والأزمات.
- (٧) أن يعد المجمع قانوناً عاماً في المعاملات المالية الإسلامية، ليكون منارة يستتير بها الجميع.

وأخيراً: نوصي المؤتمر بضرورة الإسراع في هذه الخطوات والأعمال، ووجوب الاتصال بالجهات المسؤولة في الدول الأعضاء، والمؤسسات المالية المحلية والدولية لتحقيق ذلك.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إِنِّ الْحَمْدَ لِلَّهِ نَحْمَدُهُ وَنَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ،
وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا وَمِنْ سَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا،
مَنْ يَهْدِ اللَّهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يَضِلَّ فَلَا هَادِيَ لَهُ،
وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ سَيِّدَنَا مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ الْأَطْهَارِ وَصَحَابَتِهِ الْأَبْرَارِ
وَمَنْ رَزَقَ مَحَبَّتَهُمْ وَاتَّبَعَهُمْ إِلَى يَوْمِ الدِّينِ

اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنْ فِتْنَةِ الْقَوْلِ، كَمَا أَعُوذُ بِكَ مِنْ فِتْنَةِ الْعَمَلِ
وَأَسْأَلُكَ السَّدَادَ وَالْإِخْلَاصَ وَالْقَبُولَ.

(١)

النصوص القرآنية

- (١) ﴿يَتَّيِبُهَا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا أَتَقُوا اللَّهَ وَذَرَوْا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾^(١)
- (٢) ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولَى الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾^(٢)
- (٣) ﴿يَتَّيِبُهَا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(٣)

(٢)

النصوص النبوية

- (١) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: [جاء بلال إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر بَرِيٍّ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: من أين هذا؟ قال بلال: كان عندنا تمر رديءٌ فبعت منه صاعين بصاع لِنُطْعَمِ النبي صلى الله عليه وسلم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم عند ذلك: "أَوْهَ أَوْهَ عَيْنِ الرِّبَا عَيْنُ الرِّبَا لَا تَفْعَلْ، وَلَكِنْ إِذَا أَرَدْتَ أَنْ تَشْتَرِيَ فِيعِ التَّمْرِ بِيْعِ آخِرَ ثَمِّ اشْتَرَاهُ."]
- (٢) عَنْ جَابِرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: "لَعَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَكَلَ الرِّبَا، وَمُؤْكَلُهُ، وَكَاتِبُهُ، وَشَاهِدِيهِ، وَقَالَ: هُمْ سَوَاءٌ."
- (٣) عَنْ أَبِي أُمَامَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "مَنْ افْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِمِمينِهِ، فَقَدْ أَوْجَبَ اللَّهُ لَهُ النَّارَ، وَحَرَّمَ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ"، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ: "وَإِنْ كَانَ شَيْئًا يَسِيرًا يَا رَسُولَ اللَّهِ؟" قَالَ: "وَإِنْ كَانَ قَضِيًّا مِنْ أَرَاكَ."

(٣)

المأثور عن الصحابة رضي الله عنهم

- (١) روي أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت لها أم محبة أم ولد لزيد بن أرقم: يا أم المؤمنين أتعرفين زيد ابن أرقم؟ قالت: نعم. قالت: فإني بعتته عبدا إلى العطاء بثمانمائة. فاحتاج إلى ثمنه، فاشتريته قبل محل الأجل بستمائة. فقالت: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت. أبلغني زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب. قالت: فقلت: أفرايت إن تركت المائتين وأخذت الستمائة؟ قالت: نعم،
- ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾^(١)

(١) البقرة: الآية ٢٧٨

(٢) النساء: الآية ٨٣

(٣) آل عمران: الآية ١٣٠

(٢) عن ابن مسعود أنه قال : « لا تحل صفقتان في صفقة، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم، لعن آكل الربا، وموكله، وشاهديه، وكاتبه. »

(٤)

المأثور عن التابعين رضي الله عنهم

(١) عن سيدنا عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أنه قال: [ما أحب أن أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لا يختلفون، لأنه لو كان قولاً واحداً لكان الناس في ضيق، وإنهم أئمة يُقتدى بهم، فلو أخذ رجل بقول أحدهم كان سعة].

طالعة البحث

(١)

الحديث في الاقتصاد الإسلامي وما يتصل به حديث جديد في شكله قديم في مضمونه بالأعم الأغلب، فلقد تكلم علماؤنا الأقدمون عن هذا الموضوع تحت عنوان: (البيوع) وقسموها إلى قسمين: بيوع ربوية، وبيوع غير ربوية، وعلى جميع الأحوال فالبيوع المخالفة للشروط لبيوع ربوية.

من هذا المنطلق وعلى هذا الأساس قامت المصارف الإسلامية منذ زمن قريب، فمنها ما هو على مستوى الهيئات، ومنها ما هو على مستوى الأفراد.

وهنا يأتي دور الجامع الفقهي في صياغة الفقه الإسلامي المصري صياغة جديدة، وذلك للتأكد من مشروعية المعاملات المصرفية في المصارف الإسلامية، وضبطها بضوابط الشريعة.

(٢)

ولئن صاغت المصارف الإسلامية الفقه الإسلامي المصري صياغة جديدة فإنه ينبغي اقتراح جهة مهيمنة تتمتع بسلطة تستطيع بها فرض التوجيه على المصارف الإسلامية جمعاء، وذلك ابتغاء الأخذ بأحدث الأساليب وأنجح السبل فله استقبال أموال المتعاملين وإدارتها مع الرقابة الشرعية.

(٣)

إن مسيرة المصارف الإسلامية التي آتت أكلها تحتاج إلى ترشيد، وهذا هو دور الجامع الفقهي ولا سيما مجتمعا الرائد مجتمعا الفقه الإسلامي الدؤلي، لأنه من أسبق هذه الجامع إن لم يكن أسبقها إلى ترشيد الاقتصاد الإسلامي بعامة والمصارف الإسلامية بخاصة.

وإذا كانت هذه المصارف الإسلامية قد سدت ثغرة في الاقتصاد الإسلامي بما تشتمل عليه من رقابة شرعية، فإن هذه المصارف الإسلامية تحتاج إلى إشراف عملي من مرجعية أعلا منها ألا وهي الجامع الفقهي فهي صمام الأمان أولاً، وهي الحكم فيما تختلف فيه هذه المصارف الإسلامية ثانياً، وهي بُعد المرجع الأعلى للفتيا في قضايا الاقتصاد الإسلامي المصري بهذا العصر.

(٤)

إننا اليوم بحاجة إلى نهضة فقهية مصرفية جديدة تُتمم ما بدأ به الأسلاف؛ وذلك لتغير العصر، وتغير كثير من الأحكام (المتغيرات) دون الثوابت، وما بين أيدينا قليل إذا ما قسناه بالاقتصاد العالمي المعاصر، فنحن لا زلنا نجو في هذا المضمار، والواقع أنه بيننا وبين منطق العصر بون شاسع، والنصوص متناهية بينما الوقائع غير متناهية فوجب الاجتهاد لمعرفة الحكم الشرعي ولا سيما في الاقتصاد الإسلامي المصري، ولا بد كذلك من مجامع فقهية تُولي المصارف الإسلامية عناية كبيرة من الإشراف والتسديد والتوجيه والرقابة حتى لا يطغى على هذه المصارف الإسلامية عنصر الاسترباح المطلق والمنفعة فحسب بل يجب أن تجمع بين عنصري الخدمة والمنفعة المشروعة.

إن الجامع الفقهي هي الملاذ الأخير للمصارف الإسلامية إذا قام عليها علماء أفذاذ رزقوا إلى فقههم وعلمهم (فقه النفس) وهو ما نحتاجه اليوم للنهوض بمصارفنا الإسلامية إلى مستوى العصر.

(٥)

أما بعد:

فهذا غيض من فيض، وقُلُّ من كُثْر، أتقدم به إلى جَمْعنا العظيم مجْمَع الفقه الإسلامي الدَّولي الذي شرفْتُ بالمشاركة في مؤتمر تأسيسه، ثم شرفت بعضويته إلى هذا اليوم، وهو محض اجتهاد، فما كان منه صواباً فمن الله وله الحمد والمنة، وما كان غير ذلك فمني وأستغفر الله تعالى وأستقبله، ولعلي وفقت لخدمة الفقه الإسلامي الباذخ في ترشيد المصارف الإسلامية أولاً، وفي بيان حاجة هذه المصارف الإسلامية إلى المجامع الفقهية بعامة، وإلى مجْمَع الفقه الإسلامي الدَّولي بخاصة، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات. &

وكتب

الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور

عضو المجلس التأسيسي لمَجْمَع الفقه الإسلامي

عضو مجْمَع الفقه الإسلامي الدَّولي بجدة

رئيس المَجْمَع العلمي العالي للدراسات والأبحاث بدمشق

خطة البحث

المدخل إلى البحث: مدى حاجة المصارف الإسلامية إلى ترشيد، وفيه مباحث أربعة:

المبحث الأول : المصرف الإسلامي وترشيده

المبحث الثاني : الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية، وفيه مطالب خمسة:

١ - المطلب الأول : التعريف بالرقابة الشرعية.

٢ - المطلب الثاني : تاريخ الرقابة الشرعية في الإسلام.

٣ - المطلب الثالث : التوجيه والرقابة هما دَوْر هيئة الرقابة الشرعية.

٤ - المطلب الرابع : مكانة الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية.

٥ - المطلب الخامس : ضرورة الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية وأهميتها.

المبحث الثالث : الرقابة الشرعية الفعّالة أساس لترشيد المصارف الإسلامية.

المبحث الرابع : الرقابة المصرفية في الفقه الاقتصادي الإسلامي.

*** **

الباب الأول: المَجَامع الفقهية مَرَجعيةً شرعيةً للمؤسسات المالية الإسلامية في القضايا المالية وكيفية تفعيل ذلك، وفيه فصلان:

الفصل الأول : المَجَامع الفقهية ومدى صيرورتها مرجعيةً شرعيةً للمؤسسات المالية الإسلامية في القضايا المالية، وفيه مباحث ثلاثة:

١ - المبحث الأول : التعريف بالمَجْمع الفقهي.

٢ - المبحث الثاني : اجماع الفقهاء في العالم الإسلامي.

٣ - المبحث الثالث : اجتهاد الجماعة هو التأصيل الفقهي للمجامع الفقهية.

٤ - المبحث الرابع : نماذج من قرارات اجماع الفقهاء.

الفصل الثاني : مدى سلطان المَجَامع الفقهية على المصارف الإسلامية مَشورةً وترشيدهً، وفيه مبحثان:

١ -المبحث الأول : مدى سلطان المجامع الفقهية على المصارف الإسلامية مشورةً.

٢ -المبحث الثاني : مدى سلطان المجامع الفقهية على المصارف الإسلامية ترشيداً.

الباب الثاني: مدى إلزام المؤسسات المالية الإسلامية بقرارات المجامع الفقهية وشروطه بما لا يتعارض مع قرارات مَجْمَعِ الفقه الإسلامي الدَّوْلِي الصادرة بهذا الشأن؛ وفيه فصلان:

الفصل الأول : نظرية الإلزام بقرارات المجامع الفقهية وأدلتها، وفيه مبحثان:

١ -المبحث الأول : الأصل في نظرية الإلزام الشرعي بقرارات المجامع الفقهية.

٢ -المبحث الثاني : نظرية الإلزام بين المؤيدين والمعارضين؛ مذاهب الفقهاء وأدلتهم، وفيه مطالب ثلاثة:

أ) المطلب الأول : أدلة المانعين.

ب) المطلب الثاني : أدلة المحيزين.

ت) المطلب الثالث : الترجيح.

الفصل الثاني : وجه الإلزام ومستنده، وفيه مبحثان:

١ -المبحث الأول : تأصيل الإلزام الديني.

٢ -المبحث الثاني : الإلزام القانوني ومستنده.

الباب الثالث: مدى إمكان قيام المجامع الفقهية بدور الإشراف والتوجيه لهيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المَصْرِفِيَّة الإسلامية، وفيه فصول ثلاثة:

الفصل الأول : ترشيح المَجَامِعِ الفقهية أعضاء هيئات الرِّقَابَةِ الشرعية، وفيه مبحثان:

١ - المبحث الأول : وظيفة هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية.

٢ - المبحث الثاني : أولوية ترشيح المجامع الفقهية أعضاء هيئات الرقابة الشرعية.

الفصل الثاني : التَّشَاوُرُ وَالتَّنْسِيقُ بَيْنَ هَيْئَاتِ الرِّقَابَةِ الشَّرْعِيَّةِ فِي الْمَوْسَّسَاتِ الْمَالِيَّةِ الْإِسْلَامِيَّةِ وَالْمَجَامِعِ الْفَقْهِيَّةِ، وَفِيهِ تَوْطِئَةٌ وَمَبْحَثَانِ:

١ - المبحث الأول : المرحلة الأولى: مرحلة التَّشَاوُرِ بَيْنَ الْهَيْئَاتِ الرِّقَابِيَّةِ الشَّرْعِيَّةِ وَالْمَجَامِعِ الْفَقْهِيَّةِ.

٢ - المبحث الثاني : المرحلة الثانية: مرحلة التنسيق بين الهيئات الرقابية الشرعية والمجامع الفقهية.

الفصل الثالث : التَّأَكُّدُ مِنَ التَّزَامِ هَيْئَاتِ الرِّقَابَةِ الشَّرْعِيَّةِ بِتَطْبِيقِ قَرَارَاتِ الْمَجَامِعِ الْفَقْهِيَّةِ عَلَى الْمَعَامَلَاتِ الْمَالِيَّةِ الَّتِي تُقْرَهُ، وَفِيهِ مَبْحَثَانِ:

١ - المبحث الأول : وظيفة المجامع الفقهية.

٢ - المبحث الثاني : ضرورة التأكيد لدى المجامع الفقهية من التزام هيئات الرقابة الشرعية بتطبيق القرارات المجمعية.

الباب الرابع: صيغ وآليات مقترحة، وفيه فصلان:

الفصل الأول : (نظرية التكامل المصرفي الإسلامي)

ورقة عمل مقترحة لإيجاد صيغة جديدة للتعاون بين المؤسسات المصرفية الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية من جهة؛ وبين المجامع الفقهية من جهة أخرى في نظرية اقتصادية معاصرة هي : [نظرية التكامل المصرفي الإسلامي]، وفيه مبحثان:

١ - المبحث الأول : هيكلية نظرية التكامل المصرفي الإسلامي، وفيه مطلبان:

أ) المطلب الأول:

إنشاء (المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية) وجعله تابعاً للمجلس الأعلى للمجامع الفقهية في العالم الإسلامي) المقترح.

ب) المطلب الثاني :

إلحاق سائر المصارف الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية بالمجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية بقرار من منظمة التعاون الإسلامي من

حيث الفتيا.

٢ - المبحث الثاني : ضرورة استصدار قرار من منظمة التعاون الإسلامي يقضي بإتباع جميع
المجامع الفقهية في العالم الإسلامي لمنظمة التعاون الإسلامي من حيث
الفتيا والقضاء.

الفصل الثاني : إنشاء شعبة جديدة في مَجْمَع الفقه الإسلامي الدَّوْلِي وفي سائر المجامع الفقهية يُطلق عليها
اسم: [شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية]، وفيه مباحث ثلاثة:

١ - المبحث الأول : هَيْكَلِيَّة شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية في مَجْمَع الفقه
الإسلامي الدَّوْلِي وسائر المجامع الفقهية.

٢ - المبحث الثاني : وظائف شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية وأعمالها.

٣ - المبحث الثالث : المجلس الأعلى للمجامع الفقهية في العالم الإسلامي.

خلاصة البحث

خاتمة البحث

الفهارس

مسرد المصادر والمراجع

فهرس الكتاب

رموز البحث

المجَمع الفقهي	:	مج
المصرف الإسلامي	:	مص إ
هيئة الرقابة الشرعية	:	هد رش
هيئة الفتوى والرقابة الشرعية	:	هد ف رش
مؤسسة مالية	:	مس م
المصنف	:	مص
الشارح	:	ش
قرار مجمعي	:	ق ر
نظرية التكامل الإسلامي المصري	:	نت إم
شعبة الاقتصاد الإسلامي المصري	:	ش ق إم
منظمة التعاون الإسلامي	:	م تع إ

المدخل إلى البحث

مدى حاجة المصارف الإسلامية إلى ترشيد

المبحث الأول

المَصْرِفُ الإسلامي وتَرْشِيدُهُ

١ توطئة : التعريف^(١) بالمَصْرِفِ الإسلامي

المَصْرِفُ لغةً : (المكان الذي يتم فيه مبادلة العُملة) من (صَرَفَ الدراهم) باعها بدراهم ودنايير، والمَصْرِفُ الإسلامي^(٢) هو: [المؤسسة المصرفية غير الربوية القائمة على مبادلة مال بمال خال عن الفائدة أخذاً وعطاءً، والملتزمة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في جميع معاملاتها المصرفية والاستثمارية من خلال المشاركة في الربح والخسارة، ومن خلال الوكالة بنوعيتها العامة والخاصة مع اجتناب المعاملات الربوية والعقود المحظورة شرعاً على وفق الأصول الشرعية].^(٣)

٢ ترشيد المَصْرِفِ باعتماد هيئة مصرفية شرعية

المفترض بالمصارف الإسلامية إذا أرادت ترشيد عملها أن تضم هيئة علمية تقع في الذروة من هيئات المصرف اسمها: [هيئة الفتوى والرقابة الشرعية] من العلماء المتخصصين في الشريعة الإسلامية والملمين بالنظم الاقتصادية والقانونية والمصرفية بعامة، ويتم تعيين هذه الهيئة من قبل الهيئة العامة للمصرف، فهي أعلا من مجلس الإدارة.

ومهمة هذه الهيئة (هيئة الفتوى والرقابة الشرعية): استحداث صيغ استثمارية وتمويلية شرعية إلى صياغة ومراجعة عقود تلك الصيغ، والإفتاء في كل ما تعرضه عليها الإدارة من قضايا العمل ومستجداته، يرفعه إليها المراقب الشرعي من استفسارات أو ملحوظات تتعلق بالأداء التنفيذي للشريعة التعامل المصرفي وتعمل الهيئة على التأكد من أن أعمال المصرف الإسلامي تتم وفق أحكام الشريعة الإسلامية وطبقاً للفتاوى الصادرة عنها، ومن ثم اعتمادها ورقة عمل دائمة.

المبحث الثاني

الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية

٤ المطلب الأول: التعريف بالرقابة الشرعية

الرقابة الشرعية هي (مجموعة من علماء الشريعة الفقهاء يقومون بمتابعة جميع الأعمال والتصرفات والمعاملات التي تقوم بها المصارف الإسلامية وفحصها وتحليلها للتأكد من أنها تتم وفقاً لأحكام الشريعة

(١) ر: موسوعة قضايا إسلامية معاصرة للدكتور محمد الزحيلي ج ٣ / ٢٧٣، والفقهاء الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ج ٥ / ص ٣٧٥٥ بما هو قريب من هذا التعريف فليُنظر.

(٢) ر: الصحاح في اللغة ج ١ / ص ٥٥، ومعجم لغة الفقهاء ج ١ / ص ٤٣٤.

(٣) الصرف لغة: قال ابن فارس: (الصرف فضل الدرهم في الجودة على الدرهم والدينار على الدينار)، واصطلاحاً (بيع الثمن بالثمن جنساً بجنس أو بغير جنسي) فيشمل بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة كما يشمل بيع الذهب بالفضة، والمراد بالثمن ما خُلِقَ للثمنية فيدخل فيه بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد) والمصرف هو المكان الذي يجري فيه الصرف.

ر: الموسوعة الفقهية ج ٢٦ / ص ٣٤٨ (صرف).

الإسلامية، وذلك باستخدام الوسائل الملائمة المشروعة، وبيان المخالفات والأخطاء وتصويبها وتقديم التقارير إلى الجهات المعنية متضمنةً الملحوظات والنصائح والإرشادات وسبل التطوير.) اهـ

هذا وقد أُطلق على تلك الهيئة عدة أسماء؛ منها: هيئة الرقابة الشرعية، وهيئة الإفتاء الشرعي، والهيئة الشرعية، وهي تتولى مهمة التوجيه الشرعي والإرشاد، ومراقبة جميع الأنشطة التي تقوم بها هذه البنوك الإسلامية.

٥ المطلب الثاني: تاريخ الرقابة الشرعية في الإسلام

فكرة الرقابة الشرعية عرفها التاريخ الإسلامي منذ عهد الصحابي الجليل أمير المؤمنين سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فوجود هيئة رقابية شرعية أمر ليس بالجديد في التاريخ الإسلامي، فلقد كان رضي الله عنه حين يمر بالسوق ليقوم بالإشراف على الدولة الإسلامية في المدينة المنورة آنذاك يضرب بعض التجار بالدرة ويقول: [لا يبيع في سوقنا إلا من تفقه وإلا أكل الربا شاء أم أبى] وهو رضي الله عنه كان يقصد من ذلك أن كل من لم يمارس المعاملات التجارية والمالية مع الآخرين عليه أن يكون فقيهاً بأمر الشرع.

ولكن مع تطور الحياة أصبح من الصعب على التاجر أن يتفقه، قال الإمام محمد بن الحسن صاحب الإمام أبي حنيفة رضي الله عنهما: [على كل تاجر أن يحتاط لدينه وأن يصطحب معه فقيهاً ليشاوره في معاملاته]. اهـ

هذا؛ ونستطيع أن نجعل ما نسميه اليوم هيئة الرقابة الشرعية داخلاً تحت مبدأ (الحسبة)^(١) في الإسلام وهو مبدأ تفرد به التشريع الإسلامي من دون سائر التشريعات، فكان الخليفة رئيس الدولة يعين محتسباً من الفقهاء المعروفين بالتعمق في الأحكام ويكلفه بوظيفة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بشكل رسمي ويجعل له عطاءً خاصاً من قصر الخلافة لا يمر على أحد من رجال الدولة واسمه (المحتسب)، وله حق الرقابة على الدولة والشعب معاً من لدن الخليفة فمن دونه، يعاونه في ذلك مجموعة من الفقهاء المحتسبين لهم مكافآت من الخليفة، فعلاقة المحتسب بالخليفة وحده دون غيره فيأمر بالمعروف وينهى عن المنكر بالحكمة والموعظة الحسنة أولاً فإن لم يجد ذلك استعمل من العقوبات المادية والمالية ما يردع المخالفين، فكان يمر على الأسواق ويرى الغش وتطيف المكيال والميزان فيعاقب كالأعلى مقدار مخالفته.

٧ المطلب الثالث: التوجيه والرقابة هما دور هيئة الرقابة الشرعية

اتفقت كل القوانين في المصارف الإسلامية على أن وظيفة الرقابة الشرعية هي التحقق من مشروعية معاملات المصرف الإسلامي وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وإبداء الرأي الشرعي فيما يُعرض عليها من مسائل أثناء عملها داخل المصرف، وهكذا تتولى النظر في مدى مطابقة معاملات المصرف والمؤسسات المالية الإسلامية مع أحكام الشريعة الإسلامية.

(١) الحسبة: هي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، وعرفها الفقهاء المعاصرون بأنها [وظيفة إدارية للدولة مهمتها مراقبة الناس والاسواق وحماية الناس من الانحراف عن آداب الدين وتعاليمه ومن جشع التجار والصناع والغش والبيع بأكثر من ثمن المثل وعدم إجادة الصناعة وخلاصة مهمتها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فُتُشبه ما تقوم به البلديات الآن من مراقبة الأسواق وما تقوم به إدارة الأمن العام من مراقبة الآداب، وما تقوم به النيابة العامة من تقديم الجاني إلى القضاء] اهـ وهو حق ثابت لكل فرد من أفراد الأمة، والمحتسب هو والي الحسبة وقال ابن خلدون: (هي وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر).

ر: الأحكام السلطانية للماوردي / ص ٢٣١، والفقهاء الإسلاميين وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ج ٤ / ص ٢٨٦٠ وما بعدها، و ر: الموسوعة الفقهية ج ١٧ / ص ٢٢٣.

وتتعدد أعمال هيئة الرقابة الشرعية لكنها لا تعدو أن يكون لها دوران:

١ - دور التوجيه الشرعي والإرشاد.

٢ - دور الرقابة على الإدارة.

٨ المطلب الرابع: مكانة الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية

أصبحت اليوم هيئة الرقابة الشرعية ركناً أساسياً داخل أي مصرف إسلامي شأنها شأن الجمعيات العامة ومجالس الإدارة ومراقبي الحسابات، فلقد حرصت معظم البنوك الإسلامية على الوصول إلى تقارير من هيئة الرقابة الشرعية تشهد بأن أعمالها تسير على أسس من الشريعة الإسلامية، ويوقع عليها رئيس الهيئة، وتُنشر مع تقارير مراقبة الحسابات للتأكيد على شرعية جميع أعمالها كافة.

٩ هذا؛ وإن قرارات الرقابة الشرعية في كثير من البنوك الإسلامية استشارية وليست مُلزمة، والصواب أن تكون مُلزمة؛ وهذا حكم مُصلحي مُصدره السياسة الشرعية^(١) بما يراه ولي أمر المسلمين مما يصلح أمر الناس عليه، وهذا ما أراه وأرجحه، وإلا فما الفائدة من هذا كله إذا كان أمراً استشارياً لا إلزام فيه، فوجوده حينئذ كعدمه، والله أعلم.^(٢)

١٠ المطلب الخامس: ضرورة الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية وأهميتها

تبين لنا أن الرقابة الشرعية ذات ضرورة بالغة للمصارف الإسلامية لأسباب أبرزها:

١ - أن الأساس الذي قامت عليه المصارف الإسلامية هو البديل الشرعي للمصارف الربوية، والرقابة الشرعية ضرورة حيوية للمصارف الإسلامية لتراقب وترصد سير عمل المصارف الإسلامية والتزامها، وموافقة معاملاتها للأحكام الشرعية.

(١) السياسة الشرعية: عرّف العلامة الشيخ عبد الوهاب خلاف السياسة الشرعية فقال: [هي العلم الذي يُبحث فيه عما تُدبّر به شؤون الدولة الإسلامية من القوانين والنظم التي تتفق وأصول الإسلام، وإن المقيم على كل تدبير دليل خاص في علم التدابير التي تحقق المصالح وتدفع أعضائه بما لا يتعدى حدود الشريعة وأصولها، وإن لم يتفق وأقوال المجتهدين]. اهـ

وجاء في كتاب (العلماء المجددون ومجال تجديدهم واجتهادهم) ما يلي:

السياسة الشرعية أو حكم الإمامة هي: (إعطاء الشارع الحكيم جل وعلا الصلاحية للحاكم المسلم أن يقضي فيه بما يرى أنه الخير والمصلحة للمسلمين عامة ضمن دائرة محدودة لا يتجاوزها، وهي الأمور التي يختلف أثرها في المجتمع ما بين عصر وآخر أو بلدة وأخرى، ويتأثر وجه المصلحة فيها بطوارئ الظروف والأحوال) اهـ . ويمثل لذلك بإعلان حالة الحرب والسلم، وإتلاف أشجار العدو أو تركها، كما يُمثّل له بالسياسة التي ينبغي أن تُتبع بشأن الأسرى من قتل أو مَنّ أو فداء، فالمشروعية هنا لا تعني الإباحة المطلقة أو الوجوب المطلق، وإنما تعني نوعاً من الصلاحية يُحوّلها الشارع الحكيم جل وعلا لمن كانت بيده السلطة الدنيوية من أمير أو خليفة أو رئيس بالنسبة لأمر قد يختلف وجه المصلحة في معالجتها مع اختلاف الظروف، وتبعاً لما قد يُفجأ به المسلمون من طوارئ، وواجب السلطة الدنيوية حيال هذه الأمور تطبيق ما تقتضيه المصلحة بحسب كل زمان ومكان في حدود الدائرة التي حدّها الشارع الحكيم جلّ وعلا. اهـ

ر: رسالة (العلماء المجددون ومجال تجديدهم واجتهادهم) للعلامة الشيخ ميمون زبير الحاج الإندونيسي حفظه الله / ص ١٠ وما بعدها.
(٢) ر: مقولة موسعة للدكتور محمد عبد الحليم عمر مجلّة اللواء الإسلامي.

- ٢ - قلة الإحاطة بقواعد المعاملات الإسلامية من قِبَل كثيرين من العاملين في المصارف الإسلامية.
- ٣ - كثرة الصور المستجدة والأنواع المستحدثة من المعاملات التجارية والحسابات بأنواعها، والتجارة الإلكترونية التي قلما توجد لها أحكام في المصادر الفقهية الأصلية مما يسمى **بالفتاوى والوقاعات**^(١).
- ٤ - أن العاملين في النشاط المصرفي الإسلامي يجب أن يكونوا على اتصال مستمر مع الرقابة الشرعية، لأنهم دائماً بحاجة إلى الفتيا في نوازل ووقاعات تواجههم أثناء عملهم.
- ٥ - أن وجود الرقابة الشرعية على المصرف فعليا يُعطي المصرف المصادقية الشرعية الحق، كما يعطي وجود الرقابة ارتياحاً لدى جمهور المتعاملين مع المصرف.
- ٦ - ظهور هيئات مالية واستثمارية غير جادة تنص نظمها الأساسية وقوانين إنشائها على أنها تعمل وفقاً لأحكام الشريعة دون وجود رقابة تكفل التحقق من ذلك.
- ٧ - أن المصارف الإسلامية حديثة النشأة نسبياً أولاً، وأن العاملين أصحاب الخبرات في العمل المصرفي الإسلامي قليلون غالباً ثانياً، وأن كثيراً من موظفي المصارف الإسلامية جيء بهم من البنوك غير الإسلامية وقد تعوّدوا على أساليب العمل المصرفية التي لا تنسجم مع الأحكام الشرعية ثالثاً، كما أن هناك عدداً آخر من الموظفين لا خبرة لديهم في العمل المصرفي العام والشرعي.
- ٨ - ومن هذه المشكلات تعددت الفتاوى لهيئات الفتوى في المسألة الواحدة فوجب الترجيح من أهله، وهذا يحتاج إلى رقابة شرعية تقوم على هذا الترجيح.
- ٩ - ومن أبرز هذه الأسباب الداعية إلى ضرورة إقامة الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية تَعَبُرُ الزمان، وفساد الذمم في الأعم الأغلب، فما كان مقبولاً من التَّسْمُح سابقاً في هذا الأمر أضحى اليوم غير مقبول كيلا تضيع الحقوق، بل ينبغي التشدد في هذا الأمر اليوم أكثر من أي وقت مضى تشدداً يُبقي الأمر ضمن حدود الشريعة من غير إفراط ولا تفريط، وهذا يعود إلى الرقابة المصرفية الشرعية.
- ١٠ - لهذا كله كانت الحاجة إلى تنوير الرأي العام المسلم بالمسائل المصرفية من الوجهة الشرعية ضرورةً لإغلاق الباب أمام الشائعات المغرضة حول شرعية الأعمال المصرفية الشرعية، ويمكن أن يتم ذلك عن طريق إصدار الكتب وإلقاء المحاضرات المتخصصة والعامه^(٢).

(١) الفتاوى والوقاعات: هي (مسائل استنبطها المجتهدون المتأخرون لما سئلوا عنها ولم يجدوا فيها رواية عن أئمتهم)؛ جاء في حاشية رد المحتار على الدر المختار للعلامة ابن عابدين ما نصه: [الثالثة الوقاعات، وهي مسائل استنبطها المجتهدون المتأخرون لما سئلوا عنها ولم يجدوا فيها رواية، وهم أصحاب أبي يوسف ومحمد وأصحاب أصحابهما، وهلم جرا، وهم كثيرون، فمن أصحابهما مثل عصام بن يوسف وابن رستم ومحمد بن سماعة وأبي سليمان الجرجاني وأبي حفص البخاري، ومن بعدهم مثل محمد بن سلمة ومحمد بن مقاتل ونصير بن يحيى وأبي النصر القاسم بن سلام. وقد يتفق لهم أن يخالفوا أصحاب المذهب لدلائل وأسباب ظهرت لهم، وأول كتاب جمع في فتواهم فيما بلغنا كتاب النوازل للفقيه أبي الليث السمرقندي، ثم جمع المشايخ بعده كتباً أخر كمجموع النوازل والوقاعات للناطفي والوقاعات للصدر الشهيد، ثم ذكر المتأخرون هذه المسائل مختلطة غير متميزة كما في فتاوى قاضي خان والخلاصة وغيرهما، وميز بعضهم كما في كتاب المحيط لرضي الدين السرخسي، فإنه ذكر أولاً مسائل الأصول ثم النوازل ثم الفتاوى ونعم ما فعل] اهـ

ر: حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ١ مقدمة رسم المفتي / ص ١٧ بولاق ١٢٧٢هـ.

ر: كتاب (عزم عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر) للسيد أحمد الحموي و(الأشباه والنظائر) لابن نجيم.

و ر: أبو حنيفة لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة / ص ٢٢٢ ، وكتابتنا (ابن عابدين وأثره في الفقه - دراسة مقارنة بالقانون) ط دار البشائر بدمشق ج ١ / ص ١٦٨.

(٢) ر: كتابنا دراسات وأبحاث في الاقتصاد المعاصر / مقدمة الكتاب.

المبحث الثالث

الرقابة الشرعية الفعّالة أساس لترشيد المصارف الإسلامية

١١ إن دور المجامع الفقهية وهيئات الفتوى اليوم وفي ظل الأوضاع الراهنة لا يتعدى غالباً الإفتاء النظري، ولكن هل طبقت الفتوى كما صدرت؟ وهل يُعرض عليها كل ما يقوم به المصرف الإسلامي؟ فنحن بحاجة إلى التدقيق والرقابة الشرعية الفعّالة على المصارف الإسلامية، تلك التي تقوم بمتابعة تنفيذ القرارات والفتاوى وعرض جميع أعمال المصرف الإسلامي عليها.

١٢ ومع تطور المصارف الإسلامية ونموّها المتسارع وتزايد أعمالها وتشعب أنشطتها المصرفية والاستثمارية؛ أصبح من غير اليسير الاطلاع على جميع الأعمال والأنشطة في المصارف الإسلامية، فلا بد من وجود هيئة عليا للرقابة اسمها فيما أرى: [المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية] تعود في مرجعيتها العلمية إلى المجامع الفقهية وهذه الهيئة على مستوى المصارف الإسلامية كافةً.

١٣ ولما كان سوء الائتمان إن حصل في بعض المصارف الإسلامية يُسيء إلى سمعة ذلك المصرف الإسلامي ويجعله عرضة للنقد ويقلل من رواده وقاصديه - اقتضى إحالة ذلك إلى القضاء^(١) حفظاً لأموال المتعاملين مع هذه المصارف الإسلامية التي يجب أن تكون فوق الشبهات.

١٤ إننا حين نتشدد في الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية فإنما نحمي بذلك كلاً من المصارف الإسلامية من تورط بعض العاملين فيها، ونحمي بذلك الرقابة الشرعية ذاتها من أن تُتَّهم بالتواطؤ، وفي ذلك تطهير لهما معاً وحصانة من أن يُستهدفاً، وصيانة لهما من الاشتغال بالكسب غير المشروع.

١٥ إن الهيئة الشرعية التي تمثل الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية تُضيف إلى الفكر الإداري والتنظيمي الوضعي منظومة شرعية جديدة تُثريه وتؤثر فيه إيجابياً وتحقق المقصد الضروري العام في التشريع، وهو: مَقْصِد [حفظ المال]^(٢) وذلك بتكثيره ومنع الفساد فيه، وإن جوهر الدور الذي تقوم به الهيئة الشرعية هو الإفتاء والرقابة الشرعية، بما يستلزمه من أعمال وإجراءات.

١٦ هذا؛ والرقابة الشرعية يجب أن تجتمع فيها ثلاثة أمور متكاملة هي:

١ - حق الرقابة الشرعية الذي يُحوّل الهيئة الشرعية سلطة المنع والإجازة، وما يستلزمه تنفيذ ذلك من إجراءات معينة بنفسها وعن طريق الأجهزة المساعدة من التدقيق والمراجعة بقصد تحقيق أهداف المؤسسة المالية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

(١) الإحالة إلى القضاء: يشترط لها لدى فقهاء الشريعة كما هو الأمر لدى فقهاء القانون الوضعي أن يكون هنالك دعوى جزائية من أحد الطرفين على الطرف الآخر، فما لم تكن هنالك دعوى جزائية لا إحالة إلى القضاء في هذا الاتهام المالي؛ إلا إذا كان من النظام العام فتخاصم فيه النيابة العامة.
(٢) (حفظ المال): قلت: حفظ المال من الضروريات الخمس التي هي المقاصد العامة للتشريع؛ جاء في كتابنا الوجيز في أصول استنباط الأحكام في التشريع الإسلامي ما نصه: [الأمر الضروري هو ما تقوم عليه حياة الناس ولا بد منه لاستقامة مصالحهم، وإذا فقد اختل نظام حياتهم ولم تستقم مصالحهم وعمت الفوضى فيهم والمفاسد، والأمور الضرورية للناس بهذا المعنى ترجع إلى خمسة أشياء: ((حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال))، فحفظ كل واحد منها ضروري للناس، فالمال شرع الإسلام لتحصيله وكسبه إيجاب السعي في طلب الرزق وشرع لحماية تحريم السرقة]

ر: الوجيز ج ٢ / ص ٦٣٧ وما بعدها.

- ٢ - تفعيل دور الهيئة الشرعية من خلال وضع معايير الرقابة الشرعية يتم تبنيتها من الهيئات الشرعية، وتنفيذها واعتمادها وتعميم تطبيقها من الجهات الرقابية على المؤسسات المالية الإسلامية.
- ٣ - كما يستلزم أمر تفعيل الهيئات الشرعية وجود هيئة عليا للفتوى والرقابة الشرعية تُمثّل فيها الهيئات الفرعية تؤكد على الاجتهاد الجماعي المعاصر، وتعمل على التنسيق والتقارب بين الهيئات الشرعية الفرعية.^(١)

المبحث الرابع

الرقابة المصرفية في الفقه الاقتصادي الإسلامي

برز بأخيرة العديد من التحديات التي واجهت القطاع المصرفي كتزايد الأخطار المصرفية الناتجة عن عمليات تبييض الأموال والتوسع في تقديم الخدمات المصرفية لتلبية احتياجات العملاء، إضافة إلى الثورة التقنية وتحديث وسائل الاتصال التي اختصرت زمن إعداد الدراسات المصرفية، وزيادة الرقابة الدولية على أعمال المصارف.

ومواجهة تلك التحديات كان من الضروري تطوير مفهوم الرقابة المصرفية للتمكن إلى أقصى حد ممكن من ضبط المخاطر المتنوعة الناتجة عن تطور الأنشطة المصرفية بشكل عام.

- ١- ففي مرحلة أولى اقتصر المفهوم التقليدي للرقابة المصرفية على رقابة وضع المصرف في لحظة زمنية معينة من خلال دراسة القوائم المالية للمصارف سواءً أكان ذلك من خلال الرقابة الميدانية، أم من خلال الرقابة المكتبية والتحقق من مدى التزام تلك المصارف بالضوابط الرقابية وسلامة نظامها المحاسبي ورقابتها الداخلية.
- ٢- وفي مرحلة ثانية انتقل مفهوم الرقابة المصرفية للوقوف على التغيرات الحاصلة في الأوضاع المالية للمصارف، وذلك لكشف التدهور الحاصل فيها في وقت مبكر، ولم يتوقف مفهوم الرقابة المصرفية عند هذه المرحلة فحسب، وذلك نظراً لتطور الأنشطة المصرفية المختلفة وتزايد المخاطر الناجمة عنها الأمر الذي أدى إلى تطور مفهوم الرقابة المصرفية ليشمل مفهوماً أوسع.

وهو نظام رقابة المخاطر التي تعتبر بمثابة تطوير لأهداف الرقابة الميدانية.^(٢)

(١) ر: (الرقابة الشرعية الفعالة في المؤسسات المالية الإسلامية) للأستاذ الدكتور عبد الحميد محمود البعل / الطبعة التمهيدية / ص ٥ وما بعدها.

(٢) أقول: في سبيل ذلك حاولت عدة جهات رقابية اتخاذ الإجراءات اللازمة ومنها ما يلي:

١ - أولاً: محاولة تطوير نظم الرقابة باستخدام نظم التقييم:

يتم وفق هذا النظام تقييم المصارف وفقاً للمؤشرات الناتجة عن عملية الفحص الميداني وهي التي تعكس أداء المصرف في ست مناطق رئيسية:

(١) كفاية رأس المال، (٢) جودة الأصول، (٣) الإدارة، (٤) الأرباح، (٥) السيولة، (٦) تحليل الحساسية لمخاطر السوق.

٢ - ثانياً: استخدام نظام لتقييم المخاطر في المصارف الإسلامية:

يتم وفق هذا النظام تقييم المخاطر التي تتعرض لها المصارف أولاً بأول، ويعتمد ذلك بشكل أساساً لتحديد مختلف أوجه النشاط التي يحتمل أن تعرضها للمخاطر والعمل على قياسها.

أ - الأساس الأول: يتضمن طريقة مستحدثة لحساب رأس المال المرجح بالمخاطر واللازم لمواجهة مخاطر السوق ومخاطر التشغيل ومخاطر الائتمان وغيرها من المخاطر التي تواجهها المصارف.

ب - الأساس الثاني: هو ضمان أن يكون لدى المصرف أو غيره من المؤسسات المالية الخاضعة لإشراف الجهات الرقابية آلية للتقييم الداخلي لتحديد رأس المال الاقتصادي، وذلك من خلال تقييم المخاطر المرتبطة بذلك.

ج - الأساس الثالث: فيتطلب من كل مصرف أو مؤسسة مالية أن تقوم بالإفصاح عن رأس مالها ومدى تعرضها للأخطار والطرق المتبعة لتحديد حجم الخطر.

فهذا النظام إذاً مجموعة من القواعد والإجراءات والأساليب التي تسيّر عليها أو تتخذها السلطات النقدية والبنوك المركزية بهدف الحفاظ على سلامة المراكز المالية للمصارف توصلاً إلى تكوين جهاز مصرفي سليم وقادر يسهم في التنمية الاقتصادية، ويحافظ على حقوق المدعين والمستثمرين. والرقابة المصرفية حينئذ هي: (مجموعة الإجراءات التي تنجز من خلالها عمليات الفحص والإشراف والتدقيق والمتابعة من أجل إعداد الخطط قبل التنفيذ ومن ثم أثناء التنفيذ ويعدّه من خلال قياس وتقييم الأداء الفعلي وتحليله ومقارنته بالخطط أو بالمعايير أو بأية وسيلة لتقييم الأداء، وذلك في سبيل اكتشاف الانحرافات ومعالجتها وصولاً إلى تحقيق أعلى معدلات الأداء).

إن عملية الرقابة المصرفية على نشاط القطاع المصرفي ضرورة جداً وجديرة بالاهتمام والملاحظة، وذلك للحفاظ على حسن تطبيق الأنظمة التي يخضع لها وإنجاز الوظائف التي تقع على عاتقه والتأكد من تحقيقه للأهداف المرسومة له.

أهمية الرقابة المصرفية في مجموعة من النقاط أبرزها:

- ١ - الحرص على حقوق المدعين وإمكان تسديد الالتزامات بمواعيدها.
- ٢ - العمل على توجيه الاستثمارات التي تقوم بها المصارف.
- ٣ - تعد الرقابة المصرفية مهمة نظراً للدور الحيوي الذي يقوم به في قدرته على التأثير في القوة الشرائية.
- ٤ - إمكانية الوقوف على نوعية موجودات المصرف وتقييمها ومعرفة درجة المخاطر التي تحملها، وبخاصة القروض والسلف والحسابات الجارية المدينة، ومن ثم محاولة الحد من هذه المخاطر.
- ٥ - تنمية السوق النقدية والمالية وتنظيمها وفقاً للشريعة السمحة.
- ٦ - توجيه السياسة النقدية بما يخدم أهداف المصرف الإسلامي.

٣ - ثالثاً: تحديد المخاطر المصرفية:

يرتبط بالنشاط المصرفي مجموعة من المخاطر التي يترتب على المراقبين المصرفيين فهمها والتأكد بأن تلك المصارف تقوم بإدارتها وقياسها بشكل كاف، وتتجسد المخاطر الرئيسة التي تواجه المصارف بما يلي:

- ١ - مخاطر الائتمان الشرعي: يعدّ التوسع في منح الائتمان الشرعي النشاط الرئيس لمعظم المصارف الإسلامية، وهذا يتطلب منها الانتباه إلى المقدرة الائتمانية للمقترضين عند منحهم الائتمان.
- ٢ - مخاطر الدول والتحويل: الإقراض الدولي يتضمن مخاطر دولية تتعلق بالأحوال الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية للبلد الأصلي للمقترض،
- ٣ - مخاطر السوق: تواجه المصارف خطر خسارة جزء من أصولها نتيجة لتحركات الأسعار في السوق بالرغم مما تقدمه المعايير المحاسبية القائمة من شفافية وتحديد لهذه المخاطر في الأنشطة المصرفية المختلفة.
- ٤ - مخاطر السيولة: تنشأ هذه المخاطر بسبب عدم قدرة المصرف على مواجهة انخفاض التزاماته تجاه الغير أو تمويل زيادة أصوله، وذلك عندما لا تتوفر لدى المصرف السيولة الكافية ولا يمتلك القدرة للحصول على الأموال اللازمة، وهذا سينعكس على ربحيته وفي الحالات الشديدة قد يؤدي إلى إعسار المصرف.
- ٥ - مخاطر التشغيل: تكاد تظهر أبرز أنواع مخاطر التشغيل في قصور الرقابة الداخلية وضعف سيطرة مجلس الإدارة.

٤ - رابعاً: الأسس العامة للرقابة المصرفية في المصارف الإسلامية:

تقوم الرقابة الشاملة في المصرف الإسلامي على مجموعة من الأسس التي تعدّ المرشد الأساس لعمليات الرقابة، من هذه الأسس ما يتعلق بقيم ومثل وسلوك المراقب ذاته، ومنها ما يتعلق بعملية الرقابة، ومنها ما يتعلق بالأساليب التي يستخدمها المراقب، ومنها ما يتعلق بالإجراءات التنفيذية. (١) الالتزام بالقيم الإيمانية وبالأخلاق الحسنة، (٢) الرقابة التوجيهية والإرشادية، (٣) الرقابة الفورية، (٤) اتباع الحكمة والحسن في توجيه النصح وفي علاج الانحرافات، (٥) الشمولية، (٦) الاستمرارية، (٧) الموضوعية، (٨) النقد البناء، (٩) الجمع بين الثبات والمرونة، (١٠) الجمع بين عناصر الأصالة والمعاصرة في الرقابة المصرفية في المصارف الإسلامية.

الباب الأول

المجامع الفقهية مرجعية شرعية
للمؤسسات المالية الإسلامية في القضايا المالية
وكيفية تَفْعِيل ذلك

الفصل الأول

المَجَامعُ الفقهيّة

ومدى صيرورتها مرجعيةً شرعيةً للمؤسسات المالية الإسلامية في القضايا المالية

١٨ المبحث الأول: التعريف بالمَجْمَعِ الفقهي

استقر عُرفُ الفقهاء المعاصرين على أن المَجْمَعِ الفقهي: [هو هيئة علمية فقهية معترف بها رسمياً مكوّنة من عدد من الفقهاء المتخصصين بالفقه الإسلامي وأصول الشريعة مع المشاركة بعلوم الوسائل والمقاصد وفقه النَّفس بالإضافة إلى الدراسات الاقتصادية الإسلامية الحديثة].^(١)

١٩ المبحث الثاني: المَجَامعُ الفقهيّة في العالم الإسلامي

المجامع الفقهية المتعددة المنتشرة في كل أصقاع العالم الإسلامي وعلى رأسها مَجْمَعُ الفقه الإسلامي الدّولي مجدة التابع لمنظمة التعاون الإسلامي ثم مَجْمَعُ رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، ومن بعدهما سائر المجامع الفقهية الأخرى - هذه المجامع الفقهية صاغت الفقه الإسلامي المصري صياغة جديدة معاصرة حتى أضحى علماً قائماً برأسه اسمه: (الاقتصاد الإسلامي).^(٢)

هذا؛ ولقد دعا كل من مَجْمَعُ الفقه الإسلامي الدولي والمَجْمَعُ الفقهي الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي إلى تأكيد دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية لتحقيق مقاصد الشريعة في الاقتصاد الإسلامي.

(١) ر: كتابنا (أبحاث ودراسات في الاقتصاد المعاصر) ط دار المعرفة بدمشق.

(٢) علم الاقتصاد الإسلامي هو علم مركب من عدة علوم أبرزها:

- ١ - المعاملات المالية الإسلامية (فقه المعاملات) من المذاهب الفقهية المعتمدة وكان يسمى سابقاً باسم (البيوع) من باب التغليب.
- ٢ - وعلم الاقتصاد المعاصر: (وهو علم بقواعد يشتمل على ضبط أمور الاقتصاد في المجتمعات، وتحليل عناصرها، ثم استقرارها أحوالها وتطوراتها للوصول إلى الحلول العلمية الصحيحة لقضاياها الراهنة والمستجدة).
- ٣ - وعلم الصيرفة الإسلامية المعاصرة، وهو علم جديد قل من كتب فيه الكتابة العلمية الموضوعية فوفاه حقه، ويهتم هذا العلم بقضية المصارف الإسلامية.

وهناك من الباحثين من عرفه بقوله: [إنه علم يُعنى بدراسة النشاط من ظواهر وعلاقات في ضوء أحكام المذهب الاقتصادي في الإسلام] اه ر: تعريف الاقتصاد الإسلامي للدكتور عبد الجبار السبهاني.

وتعريف الاقتصاد الإسلامي كما أراه أنه: [علم بقواعد يُوصَلُ بها إلى معرفة إدارة المال في المجتمع الإسلامي إدارةً علمية منتجة مع استثماره بما يحقق مجتمع الكفاية على الوجه المشروع بعيداً عن الربا والاستغلال والاحتكار والظلم والثراء غير المشروع] اه
قلت: وهذا العلم مصدره الشريعة الإسلامية بمصادرها وأحكامها مع مراعاة العرف وتغيير الأحكام بتغيير الأمكنة والأزمان، فهو علم قدم حديث بآن واحد؛ قلم في جوهره، حديث في صياغته. اه

٢٠ المبحث الثالث: اجتهاد الجماعة هو التأصيل الفقهي للمجامع الفقهية^(١)

إن القرارات المجمعية هي اجتهاد الجماعة في هذا العصر على الأمة الإسلامية عدّها مظنة حكم الله في هذه الواقعة طبقاً لتعاليم الشريعة الإسلامية السمحاء. واجتهاد الجماعة الذي جاءت به الشريعة الإسلامية في السنة المشرفة وانعقد عليه إجماع الأمة هو التأصيل الفقهي للقرارات المجمعية الصادرة عن المجامع الفقهية بعامة.

٢١ المبحث الرابع: نماذج من قرارات المجامع الفقهية

ودونك نموذجاً من قرارات مجّمع الفقه الإسلامي الدّولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي المتخذ بالإجماع:

(١) قرار مجّمع الفقه الإسلامي بجدة المتخذ بالإجماع بشأن التأمين وإعادة التأمين:

[أما بعد؛

فإن مجّمع الفقه الإسلامي الميثيق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من (١٠ - ١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦ هـ / ٢٢ - ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥ م)

بعد أن تابع العروض المقدّمة من العلماء المشاركين في الدورة حول موضوع التأمين وإعادة التأمين.

وبعد أن ناقش الدراسات المقدّمة.

وبعد أن تعمّق البحث في سائر صوره وأنواعه، والمبادئ التي يقوم عليها، والغايات التي يهدف إليها.

وبعد النظر فيما صدر عن المجامع الفقهية والهيئات العلمية بهذا الشأن.

قرّر:

١ - أنّ عقد التأمين التجاري ذا القسّط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه عرّز كبير مفسد للعقد، ولذا فهو حرام شرعاً.

٢ - أنّ العقد البديل الذي يخرّم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون، وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين على أساس التأمين التعاوني.

٣ - دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين، حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال ومن مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة والله أعلم (...).^(٢)

(١) ر: اجتهاد الجماعة: هو (استفراغ أغلب الفقهاء الجهد لتحصيل ظن بحكم شرعي بطريق الاستنباط واتفاقهم جميعاً أو أغلبهم على الحكم بعد التشاور) اهـ

ر: (الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي) لعبد المجيد السوسوة الشرفي، وانظر (المدخل الفقهي العام) لأستاذنا مصطفى أحمد الزرقا ج ١ / مقدمة الكتاب.

(٢) ر: القرار برقم: ٩ (٢١٩) [١] بشأن التأمين وإعادة التأمين الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدّولي بجدة عام ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٥ م.

[أما بعد؛

فإن مجلس المَجْمَع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دروته السابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من ١٩-٢٣/١٠/١٤٢٤هـ الذي يوافق: ١٣-١٧/١٢/٢٠٠٣م، قد نظر في موضوع: (التورق^(١)) كما تجرّيه بعض المصارف في الوقت الحاضر).

وبعد الاستماع إلى الأبحاث المقدمة حول الموضوع، والمناقشات التي دارت حوله، تبين للمجلس أن التورق الذي تجرّيه بعض المصارف في الوقت الحاضر هو: (قيام المصرف بعمل نمطي يتم فيه ترتيب بيع سلعة (ليست من الذهب أو الفضة) من أسواق السلع العالمية أو غيرها، على المستورق بثمن آجل، على أن يلتزم المصرف - إما بشرط في العقد أو بحكم العرف والعادة - بأن ينوب عنه في بيعها على مشتر آخر بثمن حاضر، وتسليم ثمنها للمستورق) وبعد النظر والدراسة، قرر مجلس المَجْمَع ما يلي:

أولاً: عدم جواز التورق الذي سبق توصيفه في التمهيد للأمر الآتية:

- ١ - أن التزام البائع في عقد التورق بالوكالة في بيع السلعة لمشتري آخر أو ترتيب من يشتريها يجعلها شبيهة بالعينة الممنوعة شرعاً، سواء أكان الالتزام مشروطاً صراحة أم بحكم العرف والعادة المتبعة.
- ٢ - أن هذه المعاملة تؤدي في كثير من الحالات إلى الإخلال بشروط القبض الشرعي اللازم لصحة المعاملة.
- ٣ - أن واقع هذه المعاملة يقوم على منح تمويل نقدي بزيادة لما سمي بالمستورق فيها من المصرف في معاملات البيع والشراء التي تجرّيه منه والتي هي صورية في معظم أحوالها، هدف البنك من إجرائها أن تعود عليه بزيادة على ما قدم من تمويل. وهذه المعاملة غير التورق الحقيقي المعروف عند الفقهاء، والذي سبق للمَجْمَع في دورته الخامسة عشرة أن قال بجوازه بمعاملات حقيقية وشروط محددة بينها قراره.. وذلك لما بينهما من فروق عديدة فصلت القول فيها البحوث المقدمة. فالتورق الحقيقي يقوم على شراء حقيقي لسلعة بثمن آجل تدخل في ملك المشتري ويقبضها قبضاً حقيقياً وتقع في ضمانه، ثم يقوم ببيعها هو بثمن حال لحاجته إليه، قد يتمكن من الحصول عليه وقد لا يتمكن، والفرق بين الثمنين الآجل والحال لا يدخل في ملك المصرف الذي طرأ على المعاملة لغرض تسويغ الحصول على زيادة لما قدم من تمويل لهذا الشخص بمعاملات صورية في معظم أحوالها، وهذا لا يتوافر في

(١) التورق: جاء في الموسوعة الفقهية ج ١٣ / ص ١٤٧ تحت مادة (تورق) ما نصه: [التَّورُّقُ:

١ - تعريفه: التَّورُّقُ مصدر تَوَرَّقَ، يقال: تَوَرَّقَ الحيوان، أي أكل الوَرَقَ، والوَرَقُ بكسر الراء: الدراهم المضروبة من الفضة، وقيل: الفضة مضروبةً أو غير مضروبة. والتورق في الاصطلاح: (أن يشتري سلعةً نسيئةً ثم يبيعه نقداً - لغير البائع - بأقل مما اشتراها به، ليحصل بذلك على النقد). ولم ترد التسمية بهذا المصطلح إلا عند فقهاء الحنابلة، أما غيرهم فقد تكلموا عنها في مسائل (بيع العينة).

٢ - حكم التورق: جمهور العلماء على إباحته سواء من سماه تَوَرَّقاً وهم الحنابلة، أو من لم يُسمه بهذا الاسم وهم من عدا الحنابلة؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، ولقوله صلى الله عليه وسلم لعامله على خَيْرٍ: << بيع الجَمْع بالدرهم ثم ابتغ بالدرهم جنيهاً >>، ولأنه لم يظْهَر فيه قصد الربا ولا صورته. وكرهه عمر بن عبد العزيز ومحمد بن الحسن الشيباني. وقال ابن الهمام: هو خلاف الأولى، واختار تجريمه ابن تيمية وابن القيم لأنه بيع المضطر والمذهب عند الحنابلة إباحته.]

المعاملة المبينة التي تجرّيها بعض المصارف.

ثانياً: يوصي مجلس المجمع جميع المصارف بتجنب المعاملات المحرمة، امتثالاً لأمر الله تعالى، كما أن المجلس إذ يقدر جهود المصارف الإسلامية في إنقاذ الأمة الإسلامية من بلوى الربا، فإنه يوصي بأن تستخدم لذلك المعاملات الحقيقية المشروعة دون اللجوء إلى معاملات صورية تؤول إلى كونها تمويلاً محضاً بزيادة ترجع إلى الممول.^(١)

الفصل الثاني

مدى سلطان المجمع الفقهي على المصارف الإسلامية

مشورة وترشيداً

٢٣ المبحث الأول: مدى سلطان المجمع الفقهي على المصارف الإسلامية مشورةً

تتضح نقاط البحث هنا في القضايا التالية:

- ١ - أولاً: إبداء الحكم الشرعي فيما يُحال إليها من معاملات المصرف.^(٢)
- ٢ - ثانياً: إبداء حكم المجمع الفقهي على المشروعات الاستثمارية قبل التنفيذ.^(٣)
- ٣ - ثالثاً: تقديم المشورة الشرعية إلى المصرف في جميع أمور المعاملات المصرفية الإسلامية.
- ٤ - رابعاً: التوصيات والإرشادات الواجبة لمعالجة المخالفات والأخطاء.
- ٥ - خامساً: تقديم النصح للمصارف الإسلامية في معاملاتها المصرفية لاتباع أحسن الطرق في عملها المصرفي.

٢٤ المبحث الثاني: مدى سلطان المجمع الفقهي على المصارف الإسلامية ترشيداً

ترشيد المصارف الإسلامية من مهمات المجمع الفقهي الأولية وذلك يتجلى فيما يلي:

- ١ - أولاً: المراجعة الشرعية لجميع مراحل تنفيذ العمليات الاستثمارية للمصارف الإسلامية وإبداء الملحوظات عليها ومتابعة تصحيحها أولاً بأول.
- ٢ - ثانياً: التوجيه لأي خطأ في الفهم يؤثر على التنفيذ، ويجعله منحرفاً عن أهدافه وغاياته.
- ٣ - ثالثاً: مراجعة تقارير الجهات الرقابية الخارجية، وفي ضوء هذه المراجعة تقدم تقريراً دورياً تُبدي فيه رأيها مدلولاً في المعاملات التي أجراها المصرف ومدى التزامه بالفتاوى الصادرة والتوجيهات والإرشادات.

^(١) ر: قرارات مجمع رابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة عام ٢٠٠٧م.

^(٢) و ^(٣) منذ وجدت المجمع الفقهي وظيفتها استشارية، ولكن هذا البحث يقترح أن تكون قرارات المجمع الفقهي ملزمة، وهو ما ذهب إليه وسيوضح ذلك في آخر هذا البحث مع أدلته.

- ٤ - رابعاً: التقييم^(١) الدائم لأعمال المصارف الإسلامية لتلافي النقص والتقصير.
- ٥ - خامساً: نقد^(٤) الأعمال المصرفية في المصارف الإسلامية النقد البناء مع اقتراح البديل بدليله الشرعي.

(١) و (٤) النقد والتقييم بعد المراجعة هي مجموعها تكوّن الترشيد المطلوب لهذه المصارف لسلامة سيرها، ولكن هذا لا يتم ولا يعطي ثماره المرجوة إلا إذا صدر عن أهله من ذوي الأهلية والكفاءة والخبرة المصرفية والتعمق في المصارف، ولا تكفي هنا الشهادات العلمية والمعرفة النظرية بل لا بد من الخبرة والتجربة والدُّرّة بعد كثير من الممارسة العملية على يد أهل المصارف، وذلك.

الباب الثاني

مدى إزام المؤسسات المالية الإسلامية
بقرارات المجامع الفقهية وشروطه بما لا
يتعارض
مع قرارات مَجْمَع الفقه الإسلامي الدَّولي
الصادرة بهذا الشأن

الفصل الأول

نظرية الإلزام بقرارات المجامع الفقهية وأدلتها

المبحث الأول: الأصل في نظرية الإلزام الشرعي بقرارات المجامع الفقهية

٢٥ جاء في الحديث النبوي الشريف فيما رواه الأئمة: روى مالك بن أنس عن يحيى بن سعيد الأنصاري عن سعيد بن المسيب عن سيدنا أمير المؤمنين الصحابي الجليل علي بن أبي طالب رضي الله عنه وكرم وجهه قال: (قلت يا رسول الله الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ولم يمض فيه منك سنة؟ قال: اجمعوا العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأي واحد).^(١)

قلت: وهذا الحديث كذلك أصل في اجتهاد الجماعة، ففي هذا الحديث الشريف أمر رسول الله صلوات الله عليه أصحابه عند عدم وجوده بينهم بأن يجمعوا علماءهم وأن يقرر هؤلاء العلماء حكماً واحداً يخرجون به على الناس ليأمرهم به على أنه مظنة حكم الله تعالى في الواقعة، ومظنة حكم الله في واقعة لم يرد فيها نص يجب اتباعها والعمل بها، لأن مظنة الحكم لدى عدم وجود النص تقوم مقام النص في إثبات الحكم الشرعي.

وتأسيساً على ذلك فالإلزام هنا إلزام شرعي ديباني خاص بالفتيا لمن استفتى الفقهاء بحثاً عن الحكم الشرعي في هذه الواقعة.

المبحث الثاني: نظرية الإلزام بين المؤيدين والمعارضين؛ مذاهب الفقهاء وأدلتهم

٢٦ اتفق فقهاء العصر على أن قرارات المجامع الفقهية إذا أجمعت على حكم شرعي في واقعة لم يرد بها نص ولا إجماع سابق كان ذلك إجماعاً يجب العمل به ديانهً.

٢٧ وأما إذا اختلفت المجامع الفقهية على حكم شرعي في واقعة لم يرد بها نص ولا إجماع سابق؛ فهل يُلزم المستفتي بحكم صادر عن أحدها أو عن بعضها؟

الأصل أنه لا يُلزم المسلم إلا بما ألزمه الله به، وطالما حصل خلاف بين المجامع الفقهية في حكم هذه الواقعة ففي الأمر سعة؛ فهنالك من أيدّ الإلزام وهنالك من عارضه.

المطلب الأول: أدلة المانعين

٢٨ فذهب جمهور الفقهاء إلى معارضة الإلزام بواحد من هذه الأحكام الصادرة عن المجامع الفقهية، فللمستفتي أن يأخذ بأي منها متى حصلت له القناعة بذلك بالدليل.

٢٩ وحثتهم أن الصحابة اختلفوا والتابعين كذلك ولم يُلزم أحدٌ أحداً بشيء، وكذلك أصحاب المذاهب الفقهية اختلفوا ولم يُلزم أحد الناس بشيء، فهذا الاختلاف تنوع وليس اختلاف

(١) ر: الإحكام لابن حزم ج ٦ / ص ٧٦٧ وما بعدها.

تضاد، فقد جاء عن سيدنا عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أنه قال: [ما أحب أن أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لا يختلفون، لأنه لو كان قولاً واحداً لكان الناس في ضيق، وإنهم أئمة يُقتدى بهم، فلو أخذ رجل بقول أحدهم كان سعة]. اهـ

ومعنى ذلك أن الله وسع على الأمة بوجود الخلاف الفروعى فيهم فكان فتح باب للأمة للدخول في هذه الرحمة باختلافهم في الفروع كاتفاقهم فيها كما قال الإمام الشاطبي في الاعتصام^(١).

وقد نظر هؤلاء الفقهاء إلى اختلاف المجامع الفقهية أنه كاختلاف الفقهاء، فكل بجمع يمثل تياراً فقيهاً فهو اجتهاد الجماعة، ولكل جماعة من الفقهاء الذين وصلوا إلى درجة تمكّنهم من التخرّيج والترجيح ضمن دائرة الاجتهاد المذهبي لهم أن يجتهدوا في النوازل والواقعات تحريجاً وترجيحاً متى قامت الأدلة لديهم على ذلك.

المطلب الثاني: أدلة المجيزين

وذهب بعض الفقهاء إلى أن ما ذهبت إليه المجامع الفقهية مُلزم ديانةً للمستفتي، لا تجوز له مخالفته لأنه صادر عن هيئة علمية من كبار الفقهاء الذين وصلوا إلى درجة مجتهد في المذهب، ومن وصل إلى درجة الاجتهاد في المذهب^(٢) فإن اجتهاده حجة فكيف إذا صدر عن مجموعة من المجتهدين من أصحاب التخرّيج والترجيح اختارتهم الأمة للفتيا؟!

المطلب الثالث: الترجيح

هنالك في هذه المسألة ما هو متفق عليه، وما هو مختلف به. فالمتفق عليه هو حجية اجتهاد المجامع الفقهية إذا اتفقت كلها على حكم شرعي في واقعة لم يرد فيها نص ولا إجماع سابق فهذا الحكم يمثل أمرين اثنين معاً: (١) اجتهاد الجماعة (٢) والإجماع، فهذا الاجتهاد المجمعى مُلزم ديانةً للمسلمين جميعاً.

والمختلف فيه هو أن ينفرد كل بجمع من هذه المجامع الفقهية بقول في واقعة يخالف فيه عن

(١) ر: الاعتصام للإمام أبي إسحق الشاطبي الغرناطي ج ٢ / ص ١١٠ ط دار ابن عفان عام ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

(٢) (الاجتهاد في المذهب) أقول: المجتهدون المقيّدون بالمذهب هم عند الحنفية طبقة المخرجين ومجتهدى المسائل، فهم أهل الاجتهاد في دائرة المذهب، وهؤلاء يستخرجون أحكاماً لمسائل لم تُؤثّر لها أحكام عن أصحاب المذهب الأولين بالبناء على قواعد المذهب، وليس لهم أن يجتهدوا في مسائل قد نُص عليها إلا في دائرة معينة وهي التي يكون استنباط السابقين فيها على اعتبارات لا وجود لها في عرف المتأخرين بحيث لو كان السابقون موجودين لأفتوا بمثل فتواهم، وهؤلاء عملهم في الحقيقة يتكون من عنصرين:

١ - أحدهما: استخلاص القواعد العامة التي كان يلتزمها الأئمة كالإمام أبي حنيفة وأصحابه من الفروع المأثورة عنهم، وأولئك هم الذين جمعوها في ضوابط وقواعد واعتبروها الأصل الذي كان على أساسه الاستنباط، وكان مقياس الاستخراج السليم للأحكام الفقهية، وكان هو السّنن القويم للاجتهاد.

٢ - وثانيهما: استنباط الأحكام التي يُنصُّ عليها بالبناء على تلك القواعد حتى لا يجردوا عن المذهب، وهذه الطبقة هي التي خدمت المذهب الحنفي إذ هي التي وضعت الأسس لنموه والتخرّيج فيه والبناء على أقواله، وهي التي وضعت أسس الترجيح فيه والمقايضة بين الآراء، وتصحيح بعضها وتضعيف الآخر، وهي التي ميّزت الكيان الفقهي للمذهب.

ومن هذه الطبقة: أبو بكر الرازي الجصاص والخصاف والكرخي وصاحب الهداية والقُدوري وأضرابهم. اهـ

ر: كتابنا (الوجيز في أصول استنباط الأحكام في الشريعة الإسلامية ج ٢ / ص ٦٠٧ وما بعدها.

وانظر في هذا المبحث السادس من الجزء الثاني من الكتاب مراتب المجتهدين وطبقات الفقهاء، فلقد وضعت نظرية جديدة في الطبقات بعد دراسة مطوّلة لأقوال الفقهاء من / ص ٥٨١ - ٦١٠.

أقوال المجامع الأخرى؛ فهنا تفصيل: إما أن يكون هذا المجمع عالمياً أو قوطياً إقليمياً:

(أ) فإذا كان قوطياً إقليمياً خاصاً بدولة أو إقليم أو قطر؛ فليس قول مجمع من هذه المجامع المختلفة بحجة على المجمع الآخر.

(ب) وأما إذا كان هذا المجمع دولياً عالمياً أي تمثل فيه دول العالم الإسلامي والهيئات الدولية الإسلامية كلها بلا استثناء فأرى أن ما أجمع عليه فقهاء هذا المجمع الدولي العالمي يُقدّم على ما ذهبت إليه المجامع الفقهية الأخرى ويكون حجةً ديانةً^(١). وأما ما اختلف فيه فقهاء هذا المجمع الدولي أو ما لم يتخذوا فيه قراراً، فمثله مثل غيره من الأقوال معروض للنقد العلمي، وتجوز مخالفته لأنه ليس بحجة إلا لأصحابه من ذلك المجمع.

والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: (اجتمعوا العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأي واحد).

٣٤

قلت: والقول الواحد هنا هو القول الذي أجمع عليه فقهاء مجمع الفقه الإسلامي الدولي لأنه يمثل أمرين اثنين: اجتهاد الجماعة والإجماع المسمى بإجماع العزيمة، ولأمر ثالث هو أنه يُحقق المصلحة من الالتزام بوحدة الأمة في التشريع، فإن مجمع الفقه الإسلامي الدولي يمثل مذاهب الأمة كلها، فهو أولى بالاعتبار ولا سيما حين يصدر القرار عنه بإجماع فقهاءه.

أقول؛

٣٥

ويُستثنى من هذه القاعدة بشأن مجمع الفقه الإسلامي الدولي مسائل قليلة استدرك المجمع القول فيها وتبين أن هنالك تجوّزاً في فهم مراد النص يحتاج إلى تقييد أو استدراك، فإن قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي قطعية لا تقبل النقص، ولكن لا بد من استدراك لتقييد مطلق أو تخصيص عام أو ما شاكل ذلك، وقام المجمع بذلك ولا تزال الدراسات قائمة، والله تعالى أعلم.^(٢)

الفصل الثاني

(١) (حكم القضاء وحكم الديانة): أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي ذات اعتبارين: اعتبار قضائي، واعتبار ديانى. فالقضاء يحاكم العمل أو الحق بحسب الظاهر، أما الديانة فإنما تحكم بحسب الحقيقة والواقع. فالأمر أو العمل الواحد قد يختلف حكمه في القضاء عنه في الديانة. فمن طلق زوجته مخطئاً بأن جرى على لسانه لفظ الطلاق غير قاصد إليه، بل إلى لفظ آخر، يعتبر الطلاق منه واقعاً قضاءً، أي يقضى القاضي بوقوعه عملاً بالظاهر، ولكنه لا يقع ديانةً، فيفتيه المفتي بجواز بقاءه مع امرأته فتوى معلقة على ذمته في زعم الخطأ. وبناء على ذلك اختلفت في الأوضاع والترتيبات الشرعية مهمة القضاء عن مهمة الإفتاء، أي وظيفة القاضي عن وظيفة المفتي. فالقاضي يجري على الاعتبار القضائي للأعمال والأحكام، ولا ينظر إلى الاعتبار الدياني. أما المفتي فيبحث عن الواقع وينظر إلى الاعتبارين، فإن اختلف اتجاههما أفتى الإنسان بالاعتبار الدياني.

ومن ثم يذكر الفقهاء في كثير من المسائل التي بصورونها أن الحكم فيها قضاءً كذا، وديانةً بعكسه؛ كمن كان له دين جحده المدين وعجز الدائن عن إتيانه أمام القضاء، ثم ظفر بمال للمدين؛ فإن الديانة تقر للدائن أن يأخذ منه قدر حقه دون إذن المدين أو علمه. ولكن لو وصل الأمر إلى القضاء لا يقر له هذا الأخذ لعدم إثبات حقه.

ر: رد المختار في كتاب القضاء ٣١٥/٤، وفي كتاب الحجر ٩٥/٥، وفي الحظر والإباحة ٢٧١/٥، والمدخل الفقهي العام لأستاذنا العلامة الشيخ مصطفى الزرقا ج ١ / ص ٦٨ وما بعدها.

(٢) ر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في مسألة تغير العملة، ولنا فيه بحث مستفيض تجده في مجلة المجمع.

وجه الإلزام ومستنده

المبحث الأول: تأصيل الإلزام الديني

٣٦

إن الإلزام الديني بقرارات المجامع الفقهية للمصارف الإسلامية يقوم على أمرين اثنين في مطلبين:

المطلب الأول: المصالح المرسله^(١) : هو أحد الأدلة الفرعية على الأحكام الشرعية وهو قائم على قوله صلى الله عليه وسلم (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)^(٢) ويسمى عند الأصوليين (المناسب المرسل)، ويتبع المصلحة المعتبرة شرعاً، فحَيْثُما وجدت المصلحة فثم شرع الله.

فبناءً على المصالح المرسله يستطيع في الإلزام الديني بقرارات المجامع الفقهية أن يصدر ولي الأمر قراراً بذلك يكون ملزماً إلزاماً دينياً لا تجوز مخالفته، لأن القاعدة الفقهية تقول: (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب) واليوم لا يتم وفاء الحقوق لأصحابها بمجرد إصدار الفتاوى المجمعية فحسب لفساد الزمان وتغير الأحوال، فلا بد من إلزام ديني يكون مستنداً إلى قرارات المجامع الفقهية.

٣٧

المطلب الثاني: أدلة الإلزام الديني

ترجع أدلة الإلزام الديني إلى أمرين اثنين:

١ - سلطان ولي الأمر شرعاً؛ فله بمقتضى ولايته العامة أن يضع من النظم والقرارات ما يراه ملبياً لحاجات الناس^(٣)، فيدفع عنهم الضرر ويرفع الحرج أولاً ويطلب لهم المصالح المعتبرة شرعاً ويدراً عنهم المفاسد، فهذا من وظائفه وداخل تحت سلطانه كما هو معروف في أصول الشريعة.^(٤)

(١) المصالح المرسله هي: (الأوصاف التي تلائم تصرفات الشرع ومقاصده، ولكن لم يشهد لها دليل معين من الشرع بالاعتبار أو الإلغاء، ويحصل من ربط الحكم بما جلب مصلحة أو دفع مفسدة عن الناس) فكل أمر فيه مصلحة غالبية أو دفع ضرر أو مفسدة يكون مطلوباً شرعاً. ر؛ الفقه الإسلامي وأدلته ج ٤ / ص ٢٨٦١. وانظر كتابنا (نظرية الاستحسان وصلتها بالمصالح المرسله) ط دار دمشق، وكتابنا الوجيز ج ١ / ص ٢٨٣ وما بعدها.
قلت: ولأستاذنا العلامة مصطفى أحمد الزرقا رحمه الله مصنف نفيس في بابه في جزء بالمصالح المرسله فليُنظر.
(٢) أخرجه الإمام أحمد موقوفاً على ابن مسعود رضي الله عنه.
(٣) سلطان ولي الأمر أو حق الطاعة:

إذا بايع أكثرية المسلمين إماماً وجبت طاعة من الجميع، وبذل الطاعة مشروط بقيام الحاكم بواجباته ومضمونها التزام أوامر الشريعة، وحينئذ تصبح القوانين والتكاليف التي تصدر عن الحاكم واجبة التنفيذ شرعاً كفرض الضرائب على الأغنياء فوق الزكاة إذا دعت حاجة البلاد إلى ذلك، ولكن لا تجب الطاعة عند ظهور معصية تتناقى مع تعاليم الإسلام القطعية لقوله صلوات الله عليه (لا طاعة لمخلوق في معصية الله، إنما الطاعة في المعروف).

والدليل على وجوب طاعته وولي الأمر على المسلمين كافة قوله صلوات الله عليه (يد الله على الجماعة) و(من شذ شذ في النار) وقوله (من فارق الجماعة شبراً فقد خلع ريقه الإسلام من عنقه). ومصدر الالتزام بالطاعة آيات وأحاديث منها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام (على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب أو كره إلا أن يؤمر بمعصية، فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة) اه ر؛ الفقه الإسلامي وأدلته ج ٨ / ص ٦١٩٠ وما بعدها.

قلت: وبناءً على ما ذكرت فإن الحاكم إذا تخير رأياً ضعيفاً وجعله قانوناً نافذاً رجحه وتجب طاعته إذا لم يكن أمراً بمعصية متيقنة شرعاً، وهو الذي أفتى به متأخرو الحنفية لإصلاح النقص في مجلة الأحكام العدلية، وأفتى بذلك المولى أبو السعود العمادي مفتي السلطنة العثمانية وما أفتى به سمي (معروضات المولى أبو السعود) لأنها عرضت على السلطان فأمر بما فكان ذلك ترجيحاً لها عند الحنفية فصارت أقوالاً راجحة في المذهب، ونشأت القاعدة في المذهب الحنفي (إن ولي الأمر إذا أمر بقول ضعيف صار قولاً راجحاً) أخذاً من قاعدتهم (إذا أمر ولي أمر المسلمين الإمام العادل بمباح صار واجباً شرعاً).

هذا؛ وسلطان ولي الأمر فيما إذا أمر بمباح صار واجباً شرعاً مشروط بشرطين:

١ - الشرط الأول: أن يكون ولي الأمر هذا مبايعاً من جمهور المسلمين وغالبيتهم المطلقة،

قلت: وبناء على ذلك قرر الحنفية وجمهور الفقهاء القاعدة المعروفة (إذا أمر ولي الأمر بمباح أصبح واجباً).

٢ - قاعدة سد الذرائع؛^(١) وكذلك فإن ولي الأمر يجب عليه أن يفتح باب الذرائع الصالحة ويسد باب الذرائع الفاسدة، فبناءً على قاعدة سد الذرائع هذه لولي الأمر أن يُلزم الناس بقرارات المجامع الفقهية إذا رأى ذلك يحقق المصلحة المعتبرة شرعاً.

المبحث الثاني: الإلزام القانوني ومستنده

تمهيد: تحدثنا في الفصل السابق عن الإلزام الديني للمصارف الإسلامية بقرارات المجامع الفقهية وذكرنا الخلاف فيه والترجيح.

٣٨

أولاً: والآن نتحدث عن الإلزام القانوني الذي تلزم من مخالفته مسؤولية مدنية أو جزائية، وهذا ما لم يتطرق إليه أحد من الباحثين لعدم وجود نص قانوني يكون مؤيداً مدنياً أو جزائياً لذلك، فما عرفنا من قبل أن رتب المشرع الوضعي عقوبةً على من خالف عن هذه النظم لا مدنية ولا جزائية. الذي يبدو لي أن المؤيد القانوني هنا لا بد منه لحمايتها من العبث والإهمال والمخالفة،

ثانياً: ولكن هل هذا المؤيد مدني أم جزائي؟

٣٩

باعتبار أن هذه الواقعة لم يتحدث عنها أحد من قبل من رجال التشريع الوضعي فيني باديء الرأي أذهب إلى اقتراح المؤيد المدني، وهو ما لم يترتب على مخالفته جُنْحَة أو جنائية بل تعويض مثلاً يدفعه من وقع منه المخالفة للقانون أو حسم من الراتب أو ما شاكل ذلك من أنواع العقوبات التأديبية التي لا يُقصد منها إلا حماية القانون من الإهمال أو الاستغلال، وهو على جميع الأحوال مؤيد يُقصد منه الإلزام القانوني.

وفي موضوعنا هنا وهو الإلزام القانوني للمصارف الإسلامية بقرارات المجامع الفقهية نرى أن ترتيب المؤيد المدني كافٍ لضمان التزام المصارف الإسلامية بقرارات المجامع الفقهية.

ثالثاً: كما نرى أن يصدر بذلك تشريع وضعي يحقق المصلحة من هذا الإلزام، وهذا حكم مصلحي يدخل تحت المصالح المرسله لدى علماء أصول الفقه.

٤٠

٢ - الشرط الثاني: أن يكون المأمور به في الأصل مباحاً شرعاً، فإذا كان منهياً عنه لا تجب على المسلمين طاعته فيه بل إنما تكون محرمةً شرعاً ويؤاخذ صاحبها إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق. اهـ

(١) وانظر كتابنا (الوجيز في أصول استنباط الأحكام في الشريعة الإسلامية) ج ١
(٢) سد الذرائع: الذريعة لغة الوسيلة، وشرعاً هي (المباح الذي يكون وسيلة إلى مفسدة). ومعنى سد الذريعة: (منع الشارع لها بتحريمها بالإجماع، وببطلانها على الرأي الراجح إن كانت من التصرفات القابلة للصحة والبطلان) ر؛ نظرية الحق لأستاذنا الدكتور أحمد فتحي أبو سنة / ص ١٢٨، وانظر كتابنا (الوجيز في أصول استنباط الأحكام) ج ١ / ص ٣١٢ وما بعدها، وانظر (الفقه الإسلامي وأدلته) ج ٧ / ص ٥٢٥٨ نقلاً عن مجمع الفقه الإسلامي الدؤلي بالقرار برقم ٩٦/٩/٩٧، ونص التعريف فيه [سد الذرائع أصل من أصول الشريعة الإسلامية وحقيقته منع المباحات التي يتوصل بها إلى مفسد أو محظورات].

الباب الثالث

مدى إمكان قيام المجامع الفقهية
بِدَوْر الإشراف والتوجيه لهيئات الرقابة الشرعية
في المؤسسات المصرفية الإسلامية

الفصل الأول

ترشيح المجامع الفقهية أعضاء هيئات الرقابة الشرعية

المبحث الأول: وظيفة هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية

٤١ إذا كانت المصارف الإسلامية تحتاج في سبيل نجاحها في عملها إلى رقابة شرعية من عدد الفقهاء من المتخصصين في الفقه الإسلامي الاقتصادي المصري من أولئك الفقهاء الذين جمعوا بين الدراسات الفقهية المعمّقة في الاقتصاد الإسلامي وبين الاطلاع الواسع على الصيرفة الإسلامية المعاصرة - فإن هذه الهيئات الرقابية الشرعية لها وظيفة وُجدت لأجلها ألا وهي (الإشراف والمحاسبة) على المصارف الإسلامية، فلا يُقضى بأمر من أمور هذه المصارف قبضاً أو صرفاً أو توكيلاً أو عزلاً أو مشاركة أو مضاربة أو ما شاكل ذلك إلا بموافقة خطية من أعضاء الرقابة الشرعية في ذلك المصرف الإسلامي بالأكثرية المطلقة، وعلى مسؤوليتهم الدينية والإدارية، وذلك تحت طائلة المسؤولية المدنية في الأشخاص والجزائية في الأموال^(١).

المبحث الثاني: أولوية ترشيح المجامع الفقهية أعضاء هيئات الرقابة الشرعية

٤٢ إذا كان أعضاء هيئات الرقابة الشرعية يجب أن يكونوا من أصحاب التخصص العالي المشهود لهم في الفقه الإسلامي الاقتصادي المصري؛ فإن أولى هؤلاء للترشيح للعضوية هذه أولئك الذين تُرشحهم المجامع الفقهية قبل الذين تُرشحهم الدوائر الأخرى التي لا تُشرف عليها المجامع الفقهية مع كل الاحترام لهم، وذلك لضمان مصداقية الترشيح أولاً، ورعاية التخصص فيه ثانياً، مع المحافظة على أكاديمية هذا الترشيح ثالثاً، ويُعَدُّ عن القضايا الشخصية رابعاً.

٤٣ ولعل ذلك مطلوب منا طلباً شرعياً أولاً لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾^(٢) ، وهذا متوفر بغالبية الظن في الذين تُرشحهم المجامع الفقهية^(٣) من الفقهاء، وغالبية الظن في المسائل الفقهية تقوم مقام اليقين كما هو معلوم.

٤٤ وأستطيع القول إن أية رقابة شرعية صادرة عن هيئة رقابية على مصرف إسلامي لا تُرشح من قبل مجمع فقهي إقليمي أو دُولي لا تكون مضمونة النتائج من حيث صحة الفتاوى الفقهية وخلوها عن الأخطاء المقصودة وغير المقصودة، فإن الاجتهاد الجماعي أقوى بكثير من الاجتهاد الفردي أو الاجتهاد المؤسساتي وأضمن وأبعد عن الوقوع في التناقض في الأعم الأغلب، ولعل هذا هو السبب الأعظم في أولوية ترشيح المجامع الفقهية، ألا وهو رجحان اجتهاد الجماعة على اجتهاد الأفراد.

(١) هذا حكم مصلحي وليس حكماً شرعياً بل يدخل تحت السياسة الشرعية كما قرر علماء أصول الفقه فهو يخص زماننا هذا. اه المؤلف

(٢) النساء : الآية ٨٣

(٣) وجه الاستدلال بهذه الآية على ما نحن فيه من شأن المجامع الفقهية وأولويتها في الترشيح لمن تراه مستوفياً للشروط من الفقهاء أن المفترض بالأمة إذا نزلت بها نازلة أن ترجع إلى علمائها الذين هم أولو أمر الدين فيها دون غيرهم ليرشحوا من يرونه أهلاً للقيام على هذا الأمر من ذوي التخصص والأمانة، فهذا هو عين الرد إلى الله والرسول، وذكر اسم الله عز وجل هنا لتفخيم هذا الأمر وتعظيمه. اه المؤلف

الفصل الثاني

التَّشَاوُرُ وَالتَّنْسِيقُ بَيْنَ هَيْئَاتِ الرِّقَابَةِ الشَّرْعِيَّةِ

فِي الْمَوْسَسَاتِ الْمَالِيَّةِ الْإِسْلَامِيَّةِ وَالْمَجَامِعِ الْفَقْهِيَّةِ

٤٥ توطئة

وُجِدَت الرِّقَابَةُ الشَّرْعِيَّةُ فِي الْمَوْسَسَاتِ الْمَالِيَّةِ الْإِسْلَامِيَّةِ (المصارف الإسلامية) مِنْ أَجْلِ ضَبْطِ الْقَضَايَا الْمَصْرَفِيَّةِ الْإِسْلَامِيَّةِ بِضَوَابِطِ^(١) الشَّرِيعَةِ أَحَدًا بِمَذَاهِبِ الشَّرِيعَةِ الْمَعْتَبَرَةِ الَّتِي أَقَرَّتْهَا الْمَجَامِعُ الْفَقْهِيَّةُ وَعَلَى رَأْسِهَا: بَجَمْعِ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ الدَّوْلِيِّ بِجَدَّةَ، ثُمَّ بَجَمْعِ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ التَّابِعِ لِرَابِطَةِ الْعَالَمِ الْإِسْلَامِيِّ، وَبَعْدَهُمَا بَجَمْعِ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ فِي السُّودَانِ الشَّقِيقِ وَسَائِرِ الْمَجَامِعِ الْفَقْهِيَّةِ فِي الْعَالَمِ الْإِسْلَامِيِّ.

٤٦

وَبِمَا أَنَّ الْعِلَاقَةَ بَيْنَ هَيْئَاتِ هَذِهِ الرِّقَابَةِ الشَّرْعِيَّةِ فِي الْمَصَارِفِ الْإِسْلَامِيَّةِ وَبَيْنَ هَذِهِ الْمَجَامِعِ الْفَقْهِيَّةِ الْمُبَارَكَةِ الَّتِي تُمَثِّلُ اجْتِهَادَ الْجَمَاعَةِ هِيَ حَجَرُ الْأَسَاسِ فِي حُسْنِ سَيْرِ هَذِهِ الْمَصَارِفِ الْإِسْلَامِيَّةِ فَذَلِكَ لِأَنَّهَا تُنظِّمُ أُمُورَ هَذِهِ الْهَيْئَاتِ الرِّقَابِيَّةِ الشَّرْعِيَّةِ تَنْظِيمًا دَقِيقًا عَلَى بَوَاصِلِ هَذِهِ الْمَجَامِعِ الْفَقْهِيَّةِ بِمَا يَضْمَنُ النِّجَاحَ لِكُلِّ مِنَ الرِّقَابَةِ الشَّرْعِيَّةِ وَهَيْئَاتِهَا وَالْمَصَارِفِ الْإِسْلَامِيَّةِ مَعًا وَهُوَ الْمَطْلُوبُ مِنْ هَذَا كَلِهِ.

المبحث الأول

٤٧ (١) المرحلة الأولى؛ مرحلة التَّشَاوُرِ بَيْنَ الْهَيْئَاتِ الرِّقَابِيَّةِ الشَّرْعِيَّةِ وَالْمَجَامِعِ الْفَقْهِيَّةِ.

لَا شَكَّ أَنَّ مَبْدَأَ الشُّورَى فِي الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ أَصْلٌ لَا يُعْتَاذُ عَنْهُ، وَلَا بِدِيلٍ لَهُ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي التَّنْزِيلِ: ﴿فِيمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ﴾^(٢)

٤٨

وَلِذَلِكَ كَانَ لَا بَدَّ مِنَ التَّشَاوُرِ فِي الْقَضَايَا الْفَقْهِيَّةِ مِنَ الْمُسْتَحْدَاتِ بِمَا يَسْمَى بِفَقْهِ النُّوَاذِلِ بَيْنَ كُلِّ مِنَ الْهَيْئَاتِ الرِّقَابِيَّةِ الشَّرْعِيَّةِ وَبَيْنَ الْمَجَامِعِ الْفَقْهِيَّةِ بِمَا يَحْقُقُ الْمَصْلَحَةَ لِلْمَصَارِفِ الْإِسْلَامِيَّةِ، ذَلِكَ لِأَنَّ الْمَصْلَحَةَ الْمَعْتَبَرَةَ شَرْعًا هِيَ الْغَرَضُ مِنَ التَّشْرِيعِ الْإِسْلَامِيِّ فَأَيْنَمَا وُجِدَتْ الْمَصْلَحَةُ فَتَمَّ شَرْعُ اللَّهِ، فَإِذَا كَانَ هَذَا التَّشَاوُرُ يَحْقُقُ الْمَصْلَحَةَ لِلْمَصَارِفِ الْإِسْلَامِيَّةِ، فَإِنَّ ذَلِكَ يَعُودُ عَلَى الْمَجْتَمَعِ الْإِسْلَامِيِّ كَلِهِ بِالْخَيْرِ وَالرِّخَاءِ وَالسَّعَادَةِ.

وَدُونِكَ مَا قَالَهُ الْعَلَامَةُ ابْنُ الْقَيْمِ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ: (إِعْلَامُ الْمَوْقِعِينَ) قَالَ: [الشريعة عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالحة كلها، فكل ما خرج عن العدل والرحمة والمصلحة فليس من الشريعة ولو أدخل فيها

(١) الضابط : لغة يطلق ويراد به (نزوم الشيء وحبسه)، والضابط الفقهي اصطلاحاً: (الحكم الكلي الذي ينطبق على فروع كثيرة من باب واحد). أما القاعدة الفقهيّة فهي أعم من الضابط لأنها تجمع فروعاً كثيرة من أبواب شتى، فكل ضابط قاعدة وليس كل قاعدة بضابط، فبينهما عموم وخصوص مطلق. اهـ ر: التعريف للجرجاني، و ر: كتابنا (معايير الفكر) في علم المنطق.

(٢) آل عمران: الآية ١٥٩

٤٩ إن أي قرار مصرفي لا يكون مبنياً على هذا التشاور بين الهيئات الرقابية الشرعية وبين الجامع الفقهي لن يحقق المصلحة للمصارف الإسلامية أبداً، فالجامع الفقهي هي الأصل الذي ينبغي أن يُركن إليه ويُستشار في هذه القضايا الشائكة في هذا العصر الذي تعقدت فيه المعاملات المصرفية الإسلامية أكثر من أي وقت مضى نظراً لجدة هذا النوع من المعاملات المصرفية أولاً، ونظراً لوعورة البحث فيها ثانياً، ونظراً لقلّة الأبحاث الاقتصادية الإسلامية المصرفية ثالثاً بالنسبة لحجم هذه المشكلة الاقتصادية في الفقه الاقتصادي المعاصر.

المبحث الثاني

(٢) المرحلة الثانية؛ مرحلة التنسيق بين الهيئات الرقابية الشرعية والجامع الفقهي.

٥٠ يُقصد بالتنسيق هنا: (تنظيم الأعمال والمهمات، وترتيب الواجبات والمستحقات، بحسب الأولويات)^(٢) وهو اصطلاح حديث ومعاصر؛ يُقصد به وضع كل مسألة في النسق الذي تستحقه وتقتضيه دون غيره.

٥١ فالهيئات الرقابية الشرعية تؤدي خدمة للمصارف الإسلامية لا تُنكر بل تُذكر فتشكر، فلولاها لضاعت كثير من الحقوق في هذه المصارف الناشئة والمستهدفة من غير قصد إلى ذلك مما يؤدي إلى اتهامها بحق وبغير حق ثم إغلاقتها، وهذا ليس من مصلحة الأمة لأن هذه المصارف الإسلامية أوقفت المد الربوي الأسود من المصارف الربوية، فأني فشل فيها يؤدي إلى رجوع الفائدة والربا في المصارف الربوية التقليدية.

٥٢ لهذا كله وجب أن ننظر إلى كيفية دعم هذه الهيئات الرقابية والوقوف معها، وهذا لن يتحقق إلا إذا أقمنا من الجامع الفقهي مرجعية علمية معترفاً بها عالمياً ومتفقاً عليها لكل الهيئات الرقابية الشرعية بحيث لا يُسمح لأية هيئة رقابية شرعية أن تُفتي بأية فتوى شرعية اقتصادية ما لم يُوافق عليها مجتمّع الفقه الإسلامي الدوّلي أو أي مجتمّع فقهي معترف به رسمياً في القطر الذي هو فيه.

٥٣ فليس معنى التشاور مصادرة الآراء الفقهيّة التي تصدرها الهيئات الرقابية الشرعية وإنما هي إمرار الآراء الفقهيّة الاقتصادية التي تُصدرها هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية على مُنحَل دقيق يتنخل هذه الآراء الفقهيّة فما كان منها بحاجة إلى مراجعة أو تقييد أو ضبط أو تنقيح أو تعديل قام بذلك المجتمّع الفقهي بعد المشورة والمذاكرة مع كل من الهيئة الرقابية الشرعية والمصرف الإسلامي معاً، وبذلك نضمن صحة هذه الآراء الفقهيّة وسلامتها من مخالفة الفقه الإسلامي ولو عن طريق السهو والخطأ، لأن هذين الافتراضين يصبحان آنذراً نادر من النادر، والنادر لا حكم له كما قرر الفقهاء بخاصة والعلماء بعامّة.^(٣)

(١) ر: إعلام الموقعين عن رب العالمين للعلامة ابن القيم ج ٣ / ص ٣.

(٢) هذا الاصطلاح مما وُفقت إليه لم أر من سبقتي إليه فله الحمد والمنة، ولكن قد يكون ولم أطلع عليه، وفوق كل ذي علم عليم.

(٣) قلت: هذا التمحيص والتنخل لأقاويل الفقهاء هو مما امتازت به مدرسة الرأي ولا سيما المذهب الحنفي بخاصة مع كبير إجلالنا للمذاهب الفقهيّة كلها، فمذهب الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه نال قسطاً كبيراً من هذا التمحيص والتنخل. اه ر: كتابنا (تاريخ الفقه الإسلامي)، و(أبو حنيفة) لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله.

الفصل الثالث

التأكد من التزام هيئات الرقابة الشرعية بتطبيق قرارات المجامع الفقهية

على المعاملات المالية التي تقرها

المبحث الأول: وظيفة المجامع الفقهية

٥٤ بعد أن قامت المصارف الإسلامية بواجباتها من الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية افتراضاً، لا بد لنا من الرجوع إلى هيئات الرقابة الشرعية في هذه المصارف الإسلامية لنأخذ شهادتها على هذا الالتزام، ونحن إذ نفعل ذلك لا ننتهم أحداً بخيانة أو غش أو ما شاكل ذلك، فالأصل براءة الذمة، ولكن ننتهم العقل الإنساني الذي فطر على الخطأ والنسيان فلقد كُتِبَ على ابن آدم حَظُّهُ من الخطأ والنسيان لا محالة.

٥٥ وإذا كان الأمر كذلك من جواز السهو والنسيان والغفلة على العقل البشري لضعفه، فإن هذا كذلك ينطبق على هيئات الرقابة الشرعية، فإن أية هيئة للرقابة الشرعية في كل مصرف لا تعدو أن تكون أفراداً لا يكاد يصل عددهم إلى عدد أصابع اليد، فيجوز عليهم كذلك ما جاز على رجال المصارف الإسلامية من السهو والخطأ والنسيان أحياناً، أو عدم الإحاطة بالمسألة محل البلوى أحياناً فاضطربت الفتوى لقلة المصادر في هذه الموضوع تارةً أخرى، وليست المشكلة في الأشخاص لا في نزاهتهم ولا في كفاءتهم، وإنما المشكلة تكمن في أن هذا الموضوع اضطربت فيه أقاويل الفقهاء وغابت الرؤية الواضحة فلم يكن لدى الرقابة الشرعية وهيئاتها من العلماء الأكفاء إلا أن يفتوا بما توصلوا إليه دون أية مرجعية فقهية يرجعون إليها.....

٥٦ فجاءت المجامع الفقهية مرجعيةً فقهيةً متفقاً على ضرورتها ومكانتها في العالم الإسلامي لتكتمل عن طريق الاجتهاد الجماعي ما بدأ به المصرف الإسلامي، وثق عليه هيئة الرقابة الشرعية في المصرف الإسلامي، فشدَّدَ النقص إن حصل، فتقيد المطلق، وتخصيص العام، وتصحح الخطأ، وتستدرك السهو والنسيان، وتقابل الأقوال وتراجعها على الأمت من كتب الفقهاء وما شاكل ذلك تمهيداً لعرض ذلك كله على مجلس مجمع الفقه الإسلامي في أول دورة قادمة ليقر أو يُلغى أو يستنبط أحياناً عن طريق الاجتهاد الجماعي أحكاماً فقهية جديدة رفعتها إليه هيئات الرقابة الشرعية.

المبحث الثاني: ضرورة التأكد لدى المجامع الفقهية من التزام هيئات الرقابة الشرعية

بتطبيق القرارات المجمعية

٥٧ وخشية من وقوع اللبس أو ما شاكله كان لا بد من ضرورة التأكد لدى المجامع الفقهية من التزام الرقابة الشرعية وهيئاتها بتطبيق قرارات المجامع الفقهية على المعاملات الشرعية التي تُقرُّها هذه المجامع الفقهية المشتمة على خيرة العقول الفقهية الناضجة وما يعضدها من العقول الأخرى كالأطباء وعلماء الهيئة وأصحاب العلوم المساعدة (الكونية)، فإن هذه المجامع الفقهية تضم عدداً كبيراً لا يُستهان به من هذه الأدمغة المفكرة، وهذا ما لا يتوفر في غيرها من المؤسسات العلمية الأخرى.

أقول وهذا التأكيد من الالتزام يكون عادةً بالتفتيش في غير هذه الهيئات العلمية، وملكاً هذه الهيئات الرقابية الشرعية في المصارف الإسلامية يُقال بدلاً من التفتيش مصطلح [المراجعة والتقييم] ويقصد به البحث الجاد من المجمع الفقهي في مدى مصداقية أقاويل الرقابة الشرعية بالأساليب القانونية التي تضعها المجمع الفقهية منفردة حرصاً على سلامة النتائج وصحة الفتاوى الشرعية المصرفية.

الباب الرابع

صِيغُ وَالِيَّاتٍ مُقْتَرَحَةٌ

الفصل الأول

نظرية التكامل المصرفي الإسلامي

تمهيد:

٥٩ اقتراح لإيجاد صيغة جديدة للتعاون بين المؤسسات المصرفية الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية من جهة وبين المجامع الفقهية من جهة أخرى في نظرية اقتصادية معاصرة اسمها: (نظرية التكامل المصرفي الإسلامي)، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: هيكلية نظرية التكامل المصرفي الإسلامي

وفيه مطلبان:

١ - المطلب الأول: إنشاء (المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية) وجعله تابعاً للمجلس الأعلى للمجامع الفقهية في العالم الإسلامي المقترح

كانت ولادة مجْمَع الفقه الإسلامي الدَّوْلِي ومركزه جدة في المملكة العربية السعودية حدثاً تاريخياً وما صحبه من إنشاء المجْمَع على أرض الواقع ثم ما صدر عنه من دراسات ونقّت ولادة تلك القرارات المجْمَعِيَّة، كل ذلك صَبَّ في رصيد الاقتصاد الإسلامي الناشئ، تلاه ولادة مجامع فقهية متميزة كمَجْمَع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، كل ذلك أدى إلى نشوء مجامع فقهية إقليمية مباركة.

٦٠ في تلك الفترة نَشِطت حركة الصيرفة الإسلامية من عُقْطِهَا، وهبت من رِقْدَتِهَا، وصار لها سوق نافقة في المجتمعات العربية والإسلامية، فتأسست المصارف الإسلامية العديدة وأولها: (بنك دبي الإسلامي) و(بنك التنمية الإسلامي في جدة) للمؤسسات الاقتصادية، فاقترض ذلك إيجاد رقابة شرعية عليها تُؤَلد معها وتلازمها بغية الإشراف على الآراء الفقهية الصادرة عنها، وإيجاد الحلول الفقهية التي تحتاجها.

ولما كان اجتهاد الجماعة أفضل من اجتهاد الفرد وهو المقدم عليه لزم من ذلك إنشاء هيئة عامة تشمل المصارف الإسلامية كلها وتُهمِن عليها هي [المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية].

٦١ ٢ - المطلب الثاني: إلحاق سائر المصارف الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية بالمجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية^(١) بقرار من منظمة التعاون الإسلامي من حيث الفتيا

(١) تَطَرَّق بعض الباحثين المعاصرين إلى هذا الموضوع فسمّى هذه الهيئة (البنك المركزي الإسلامي) وأناط به شؤون الرقابة على المصارف الإسلامية، وجعلها حلقة وصل بين المصارف الإسلامية والمجامع الفقهية، ومع احترامنا لرأيه فإننا وجدنا الأولى إنشاء (المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية)، وجعله تابعاً للمجامع الفقهية حصراً، وذلك لسببين اثنين:

إذا صدر قرار رسمي بإنشاء المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية يضم المصارف الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية فيها فإن هذا المجلس يقرر في قرار تنظيمه أن التبعية هذه ليست تبعية إلحاق أو إلغاء، بل هي تبعية مشاورة في الفتيا فقط دون الأمور الإجرائية.

هذا؛ ونقترح إتماماً للفائدة على هذا المجلس ألا يُصدر فتواه هذه التي يُشترط فيها الإجماع إلا بعد المذاكرة مع كل المجامع الفقهية في العالم الإسلامي وإطلاعها عليه ضمن (شعبة الاقتصاد الإسلامي المصرفي) التي نقترح إحداثها في أول جلسة قادمة لمجلس المُجمَع في كل منهما.

٦٢

المبحث الثاني: ضرورة استصدار قرار من منظمة التعاون الإسلامي يقضي بإتباع جميع المجامع الفقهية في العالم الإسلامي لمنظمة التعاون الإسلامي من حيث الفتيا والقضاء

بعد الصحوّة الإسلامية المعاصرة المبنية على اجتهاد الجماعة أصبحت المجامع الفقهية في العالم الإسلامي كثيرة، ففي كل قطر إسلامي غالباً يُجمَع فقهي إقليمي، وهناك يُجمَعان على مستوى العالم الإسلامي: مُجمَعنا العظيم يُجمَع الفقه الإسلامي الدَّوْلِي والمُجمَع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، حيث تصدر الفتاوى عن هذه المجامع الفقهية المباركة فتؤخذ بالقبول، ويتبعها المسلمون بكل قناعة، ولكنها قد تُصدّر هذه الفتاوى متضاربة لعدم وجود تنسيق بينها في الأعم الأغلب، فيرتبك المسلمون، ويحصل خلاف قد يؤدي إلى تشكيك الناس بدينهم أو بعلماء الدين لديهم أو بالمجامع الفقهية ذاتها.

٦٣

لذلك كله نرى أن يُطلَب إلى منظمة التعاون الإسلامي مشكوراً دفعاً لذلك كله إن هي رأت ذلك أن تُصدر قراراً تنظيمياً يقضي بإتباع جميع المجامع الفقهية في العالم الإسلامي إلى منظمة التعاون الإسلامي.

٦٤

هذا؛ وهناك من يرى إتباع هذه المجامع الفقهية إلى اتحاد المجامع الفقهية الإسلامية، قلت ولا مانع من ذلك أيضاً. ولا مانع من الأمرين؛ الإِثْبَاع إلى منظمة التعاون الإسلامي واتحاد المجامع الفقهية معاً كلٌّ في تخصصه دون غيره.^(١)

٦٥

الفصل الثاني

إنشاء شعبة في مَجْمَع الفقه الإسلامي الدَّوْلِي وفي كل المجامع الفقهية

اسمها: [شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية]

١ - السبب الأول: أنه جرى العرف لدى رجال الاقتصاد والمال أن البنك المركزي في دولة هو الذي يصك العملة الرسمية للدولة وهو بمثابة (بيت المال) في الاصطلاح الإسلامي، وهذا غير متوفر فيما يقترح تسميته (البنك المركزي الإسلامي).

٢ - والسبب الثاني: أن هذه الهيئة المذكورة ليست بنكاً ولا مصرفاً بالمعنى الاصطلاحى، بل هي مجرد هيئة رقابية مصرفية ذات صفة استشارية، وليس لها أي شبه بالبنوك والمصارف الربوية وغير الربوية، فلا داعي لتسميتها بنكاً أو مصرفاً ثم إلصاق ذلك الاسم بالإسلام لأننا حينئذ نسمي الأمور بغير أسمائها التي وضعت لها، وهذا اجتهاد خاطئ وتزويد لا داعي له. ولهذا فإننا نرى أن التسمية الصحيحة لهذه الهيئة هي: (المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية) اه المؤلف.

^(١) قلت: أرى أن يكون الإِثْبَاع الأول إلى منظمة التعاون الإسلامي من حيث الأمور الإجرائية والتنظيمية البحتة، والإِثْبَاع الثاني إلى اتحاد المجامع الفقهية من حيث تبادل الخبرات بين المجامع الفقهية من الوجهة العلمية الفقهية البحتة دون ما سوى ذلك والله أعلم.

المبحث الأول: هيكلية شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية في مَجْمَع الفقه الإسلامي الدولي وسائر المجامع الفقهية

- ٦٦ ١ - أولاً: تتكوّن هذه الشعبة في مَجْمَع الفقه الإسلامي الدولي وفي سائر المجامع الفقهية من أشخاص أربعة:
- ١ - رئيس الشعبة عضواً منتدباً من مَجْمَع الفقه الإسلامي الدولي أو مَجْمَع الفقه الإسلامي التابع للرابطة.
 - ٢ - مندوب المصرف الإسلامي عضواً.
 - ٣ - مندوب الرقابة الشرعية في المصرف الإسلامي عضواً.
 - ٤ - أحد أعضاء الأمانة العامة لمَجْمَع الفقه الإسلامي الدولي أو لمَجْمَع الفقه الإسلامي التابع للرابطة مقرراً.
- ٦٧ ٢ - ثانياً: تتولّى هذه الشعبة في المجامع الفقهية شؤون الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية من جميع النواحي الشكلية والموضوعية في حقل الدراسات وفي حقل الفتاوى، وترفع ذلك كله إلى الأمانة العامة للمَجْمَع ليتخذ القرار المناسب بعد عرضه على مجلس المَجْمَع ومناقشته.
- ٦٨ ٣ - ثالثاً: تُحال جميع القضايا المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية إلى هذه الشعبة في المجامع الفقهية للنظر والدراسة ورفعها للأمانة العامة لاتخاذ القرار بعد عرضه على مجلس المَجْمَع ومناقشته.
- ٦٩ ٤ - رابعاً: تُدرج الدراسات والمناقشات والقرارات كلها في سجل خاص بالشعبة مستقل تابع لأمين مَجْمَع الفقه الإسلامي وتسجل في سجلات المَجْمَع أصولاً.

المبحث الثاني: وظائف شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية وأعمالها

٧٠ لهذه الشعبة في المجامع الفقهية كلها في العالم الإسلامي بعامة وفي مَجْمَع الفقه الإسلامي الدولي والمَجْمَع الفقه التابع للرابطة لها مكانة عالية في المَجْمَع، ذلك لأن القضايا المصرفية المعاصرة تأخذ مساحة واسعة من اهتمام المصارف الإسلامية ولجان الرقابة الشرعية عليها أولاً، ومن اهتمام الشارع الإسلامي ثانياً، ومن أنظار الباحثين والدارسين في الفقه المصري الإسلامي ثالثاً.

أما وظائف هذه الشعبة وأعمالها ففيما يلي:

- ١ أولاً: ضبط القضايا المصرفية الإسلامية بضوابط الفقه الإسلامي، وإظهار الخلل الحاصل ومعالجته.
- ٢ ثانياً: اتخاذ موقف وسط بين الإفراط والتفريط في جميع الفتاوى والأقوال الصادرة عن الشعبة المرفوعة للأمانة العامة ليُصار إلى مناقشتها والفتيا المَجْمَعية فيها.
- ٣ ثالثاً: مراجعة الفتاوى التي تصدرها هيئات الفتوى في المجامع الفقهية ودراستها ثم رفعها إلى الأمانة

العامة للمَجْمَع مع الدراسات والحلول المقترحة.

٤ رابعاً: يُعدُّ مصرف التنمية الإسلامية بجدة المستشار الأول في الشعبة للتخصص في التنمية الإسلامية.

المبحث الثالث: المجلس الأعلى للمَجْمَع الفقهية في العالم الإسلامي

٧١ تمهيد:

المجامع الفقهية مؤسسات علمية متخصصة على أعلا مستويات الفقه والاجتهاد تمثل المرجعية الدينية الكبرى للأمة الإسلامية في هذه العصر في مجال اجتهاد الجماعة، وهو الاجتهاد المطلوب اليوم.

ولكن القرارات المَجْمَعية الصادرة عن هذه المجامع مختلفة فيما بينها، فما بين مبيح ومحرم في واقعة من واقعات العصر، ومثل هذا يجعل المستفتي يرتبك فيما يأخذ وفيما يدع إذا لم يكن لديه علم يرفعه إلى مرتبة الاتباع، وقليل ما هم ...

٧٢ والواقع أنه لا مناص فيما أرى من تأسيس هيئة علمية كبرى من المجتهدين في هذه المجامع الفقهية في علمنا الإسلامي أطلقت عليها اسم: (المجلس الأعلى للمجامع الفقهية).

وذلك بأن يُؤخَذ من كل مَجْمَع من المجامع الفقهية رئيسه وأمينه فيما عدا مَجْمَع الفقه الإسلامي الدَّولي والمَجْمَع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة فإن هذين المَجْمَعين يؤخذ منهما الأعضاء العاملون والأعضاء المعينون جميعاً بلا استثناء، ثم يجعل لهذا المجلس الأعلى مكتب من رئيس ونائب رئيس وأمين عام ومقرر.

٧٣ هذه الهيئة المَجْمَعية العليا المسماة بالمجلس الأعلى للمجامع العلمية يصدر بتأسيسها قرار من منظمة التعاون الإسلامي إن رأى ذلك رئيس المنظمة وأمينها العام وسائر الأعضاء.

٧٤ وظائف المجلس الأعلى للمجامع الفقهية:

تتعين هذه الوظائف في ثلاث:

١ - أولاً: مراجعة مشاريع قرارات المجامع الفقهية قبل صدورها قرارات ونقدها نقداً علمياً مدعماً بالدليل، وذلك بالتعاون مع هذه المجامع.^(١)

(١) مناقشة مقولة مجلس الجمع الفقهي الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي:

اقترح مجلس الجمع الفقهي الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي إيجاد هيئة عليا في البنك المركزي في كل دولة إسلامية مستقلة عن المصارف التجارية، تتكون من العلماء الشرعيين والخبراء الماليين لتكون مرجعاً للمصارف الإسلامية والتأكد من أعمالها وفقاً للشرعية الإسلامية، وحذا حذوه بعض الباحثين المعاصرين من المتخصصين بالدراسات المصرفية الإسلامية.

وإني مع كل إجلالي واحترامي للمجامع الفقهية كلها وللسادة القائمين عليها من كبار الفقهاء أخالفهم عن هذا الحل في هذه الواقعة. ولعلمهم حين قالوا في مقولات نسبت إليهم في تصوير المسألة فقالوا: (وذلك بأن تفتح البنوك المركزية أقساماً خاصة عندها للإشراف فقط ! على المصارف الإسلامية تحديداً يسمى بقسم (الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية) حتى يتأكدوا من سلامة عملها) - أقول : لعلمهم قصدوا بذلك إيجاد مخرج شرعي بقدر الإمكان لضبط هذه الأمور المصرفية الإسلامية بالإشراف عليها عن طريق البنوك المركزية، وهذا اجتهاد في المسألة يُحمدون عليه أصابوا أم أخطأوا، لأن من اجتهد فأصاب فله أجران، ومن اجتهد فأخطأ فله أجر واحد، فينالون أجر الاجتهاد دون أجر الإصابة.

واستدل هؤلاء على قوهم هذا بأن جميع المشرفين الموجودين حالياً في البنوك المركزية غير متخصصين غالباً بطريقة عمل المصارف الإسلامية، والصحيح أن يتم وضع كل شيء في مكانه الصحيح، وقالوا: الأمر ضروري وليس اختيارياً !!
والجواب عن هذه الشبهة فيما يلي:

٢ -ثانياً: التعاون مع الجامعات الفقهية من أجل المشاريع العلمية لهذه الجامعات كالتحقيق والطباعة والنشر وما إليه.

٣ -ثالثاً: التنسيق فيما بين هذه الجامعات لتتكامل الجهود المبذولة لتحقيق ما تصبو إليه الجامعات من غايات علمية رفيعة المستوى لتحقيق رسالة هذه الجامعات الفقهية الباذخة.

١ - أولاً: أن المصرف الإسلامي إنما يقصده الذين يعز عليهم دينهم ويريدون أن يُنزهوا معاملاتهم المالية عن الربا وشبهه الربا، فإذا عرفوا وهم سيعرفون قطعاً أن أموالهم أودعت في مصرف غير إسلامي ولو كان مركزياً سيُحجمون عن هذا التعامل مع المصرف المركزي إلا إذا اضطروا إلى ذلك اضطراراً لا مفر منه، وهذا الغرض غير متصور في هذه المسألة.

٢ - ثانياً: البنك الإسلامي شخصية اعتبارية إسلامية مستقلة ليس من الحكمة إتباعها لأية هيئة اعتبارية أخرى خارج نطاق المؤسسات المالية الإسلامية كاجتماع الفقهية بعامة ومجمع الفقه الإسلامي الدُّولي ومجمع رابطة العالم الإسلامي بخاصة. فهما أوّل من أية هيئة مالية أخرى بالإشراف على المصارف الإسلامية للاختصاص. اهـ

ر: (رقابة البنك المركزي وإشرافه على البنوك الإسلامية - الموقع العالمي للاقتصاد الإسلامي نحو طُرْح أصيل)، وانظر ما كتبه الباحثان؛ الدكتور محمد القطان والدكتور كمال خطاب، والأستاذ عامر حميدة في الموضوع ذاته.

خلاصة البحث

عقدت البحث على مدخل وأربعة أبواب وخلاصة وخاتمة.

٧٥

فأقمت مدخلاً إلى البحث تحدثت فيه عن مدى حاجة المصارف الإسلامية إلى ترشيد وفيه مباحث أربعة:

- ١- كان **المبحث الأول** توطئة في التعريف بالمصرف الإسلامي اصطلاحاً، وهو التعريف الذي وُفِّقَ إليه، ثم تحدثت عن ترشيد المصرف باعتماد هيئة مصرفية شرعية باسم (هيئة الفتوى والرقابة الشرعية).
- ٢- وأما **المبحث الثاني** فكان الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية في خمسة مطالب:
 - أ - المطلب الأول: التعريف بالرقابة الشرعية.
 - ب - المطلب الثاني: تاريخ الرقابة الشرعية في الإسلام.
 - ج - المطلب الثالث: التوجيه والرقابة هما دور هيئة الرقابة الشرعية.
 - د - المطلب الرابع: مكانة الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية.
 - هـ - المطلب الخامس: ضرورة الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية وأهميتها.
- ٣- وأما **المبحث الثالث** فكان للرقابة الشرعية الفعالة أساساً لترشيد المصارف الإسلامية.
- ٤- وأما **المبحث الرابع** فكان للرقابة المصرفية في الفقه الاقتصادي .

وأما **الباب الأول** فجعلته في: (المجامع الفقهية مرجعية شرعية للمؤسسات المالية الإسلامية في القضايا المالية، وكيفية تفعيل ذلك). وأقمته على فصلين:

٧٦

١- الفصل الأول: المجامع الفقهية.

فعرّفت المجمع الفقهي اصطلاحاً، وتحدثت عن المجامع الفقهية في العالم الإسلامي وعن اجتهاد الجماعة باعتباره تأصيلاً فقهياً للمجامع الفقهية، ثم أوردت نماذج من قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدوّلي بجدة ومن قرارات مجمع رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة.

٢- وفي **الفصل الثاني**: تحدثت عن مدى سلطان المجامع الفقهية على المصارف الإسلامية مشورةً في خمس وترشيداً في خمس على الوجه التالي:

فالخمس في المشورة في المطلب الأول؛ تكون حين يستشير المصرف المجمع الفقهي في معاملة مصرفية إسلامية بطلب من المصرف الإسلامي، والخمس في الترشيد في المطلب الثاني؛ تكون بالمراجعة والتقييم من المجمع لأعمال المصرف الإسلامي.

وأما الباب الثاني فهو: (مدى إلزام المؤسسات المالية الإسلامية بقرارات المجامع الفقهية وشروطه بما لا يتعارض مع قرارات مجّمع الفقه الإسلامي الدوّلي الصادرة بهذا الشأن).
وجعلته على فصلين:

١ - الفصل الأول: نظرية الإلزام بقرارات المجامع الفقهية، وفيه مبحثان:

١. المبحث الأول: الأصل في نظرية الإلزام الشرعي بقرارات المجامع الفقهية أمران اثنان؛ النقل والعقل. فالنقل هو النص الوارد عن النبي صلى الله عليه وسلم المذكور في البحث. والعقل: أنه لو لم تكن القرارات المجمعية ملزمة ديانةً وقضاءً فلا معنى لها ولا لزوم لورودها قراراً مجّمعياً لأنها تكون فتوى فقط.

٢. وأما المبحث الثاني: فكان في نظرية الإلزام بين المؤيدين والمعارضين. وبيّنت نقطة الاتفاق وهي الإجماع الذي يجب أن يُصار إليه من الجميع في هذه الحالة وهي اتفاق المجامع الفقهية. وأما في حالة اختلاف المجامع الفقهية فهناك من أيدّ الإلزام ومن عارضه.

ثم بيّنت حجة المعارضين، وحجة المؤيدين، وعند الترجيح ذكرت ما هو متفق عليه وما هو مختلف فيه، ولدى الاختلاف فصلت بين حالتين:

أ - الحالة الأولى: أن يكون هذا المجمع إقليمياً خاصاً بقطر أو إقليم فليس قول مجّمع من هذه المجامع حجةً على المجمع الآخر.

ب - الحالة الثانية: أن يكون عالمياً فحينئذ يكون ما اتفقت فيه كلمة فقهاء هذا المجمع مقدماً على غيره ويكون حجةً ديانةً، وأما ما اختلف فيه فقهاء المجمع أو لم يتخذوا فيه قراراً فتجوز مخالفته لأنه ليس بحجة إلا لأصحابه.

٢ - في الفصل الثاني من الباب الثاني تحدثت عن وجه الإلزام ومستنده في مبحثين:

١. كان المبحث الأول في تأصيل الإلزام الديني وأدلته.

٢. وكان المبحث الثاني الإلزام القانوني ومستنده في الشريعة وبينت ذلك مع أدلته.

وفي الباب الثالث: تحدثت عن مدى إمكان قيام المجامع الفقهية بدور الإشراف والتوجيه لهيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المصرفية الإسلامية، وجعلته في فصول ثلاثة:

١ - كان الفصل الأول منها في ترشيح المجامع الفقهية أعضاء هيئات الرقابة الشرعية، وفيه مبحثان:

١. المبحث الأول: وظيفة هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية؛ الإشراف والمحاسبة على المصارف الإسلامية بحيث يُشترط لصحة الإمضاء لأموالها الموافقة الخطية من أعضاء الرقابة الشرعية في ذلك المصرف الإسلامي بالأكثرية المطلقة تحت طائلة المسؤولية المدنية في الأشخاص والجزائية في الأموال.

٢. وأما المبحث الثاني: فكان أولوية ترشيح المجامع الفقهية أعضاء هيئات الرقابة الشرعية لا لكونهم من أصحاب التخصص العالي المشهود لهم في الفقه الإسلامي الاقتصادي فحسب، بل لكونهم

كذلك أعضاء في الجماع الفقهيّة، ولا يصل إلى هذه الدرجة إلا من اجتاز القنطرة كما تقول العرب أي أصبح في مكانة رفيعة في الاقتصاد الإسلامي المصري فكان له حق الأولوية في الترشيح لعضوية هيئات الرقابة الشرعية ضماناً لمصداقية الترشيح ورعاية التخصص فيه وأكاديمية الترشيح ونزاهته، وهو مطلوب طلباً شرعياً أولاً، ولعله السبب الأعظم في أولوية ترشيح الجماع الفقهيّة ألا وهو رجحان اجتهاد الجماعة على اجتهاد الأفراد.

٢ - وأما الفصل الثاني من الباب الثالث فكان في التشاور والتنسيق بين هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية والمجامع الفقهيّة سبقه توطئة.

١. ثم جاء المبحث الأول على مرحلتين: مرحلة التشاور بين الهيئات الرقابية الشرعية والمجامع الفقهيّة، فكل قرار مصري لا يبني على هذا التشاور لن يحقق المصلحة للمصارف الإسلامية أبداً نظراً لجِدّة هذا النوع من المعاملات المالية المصرفية أولاً، ونظراً لوعورة البحث فيها ثانياً، ونظراً لقلّة الأبحاث الاقتصادية الإسلامية المصرفية ثالثاً بالنسبة إلى حجم هذه المشكلة الاقتصادية في الفقه الإقتصادي المعاصر.

٢. وأما المبحث الثاني فكان مرحلة التنسيق بين الهيئات الرقابية الشرعية والمجامع الفقهيّة وهي المرحلة الثانية في إقامة الجماع الفقهيّة مرجعيةً علميةً معترفاً بها عالمياً ومتفقاً عليها لكل الهيئات الرقابية الشرعية، وذلك بإمرار الآراء الفقهيّة الاقتصادية التي تصدرها هيئات الرقابة الشرعية على منحل دقيق يتنحل هذه الآراء الفقهيّة، فما كان منها بحاجة إلى مراجعة أو تقييد أو ضبط أو تنقيح قام بذلك المجمع الفقهي بعد المشورة والمذاكرة مع كلٍّ من الهيئة الرقابية والمصرف الإسلامي معاً، وبذلك نضمن صحة هذه الآراء الفقهيّة وسلامتها من مخالفة الفقه الإسلامي ولو عن طريق السهو والخطأ لأن هذين الافتراضين يصبحان آنفئذ نادرين والنادر لا حكم له.

١ - وأما الفصل الثالث فكان للتأكد من التزام هيئات الرقابة الشرعية بتطبيق قرارات المجامع الفقهيّة على المعاملات المالية التي تقرها، وفيه مبحثان:

١. فالمبحث الأول في وظيفة الجماع الفقهيّة؛ وهي أن تكون المجامع الفقهيّة مرجعيةً فقهيةً متفقاً على ضرورتها ومكانتها لتُكمل عن طريق الاجتهاد الجماعي ما بدأ به المصرف الإسلامي، وثبّت عليه هيئة الرقابة الشرعية في المصرف الإسلامي فتستدرك ما ينبغي أن يُستدرك.
٢. وجاء المبحث الثاني لضرورة التأكد لدى المجامع الفقهيّة من التزام الرقابة الشرعية بتطبيق القرارات المجمعية، ذلك عادة يكون بالمراجعة والتقييم.

وفي الباب الرابع والأخير تحدثت عن صيغ وآليات مقترحة، وأقمتها على فصلين:

٧٩

١ - كان الفصل الأول (نظرية التكامل المصري الإسلامي)، وفيه مبحثان:

١. المبحث الأول: هيكلية نظرية التكامل المصري الإسلامي، وفيه مطلبان:

أ - المطلب الأول: إنشاء (المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية) وجعله تابعاً للمجلس الأعلى للمجامع الفقهيّة في العالم الإسلامي المقترح.

ب - **والمطلب الثاني:** إلحاق سائر المصارف الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية بالمجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية بحيث لا يصدر قرار فقهي عن هذا المجلس المركزي للمصارف الإسلامية إلا بعد أن يطلع عليه ويناقشه ويقر له بالإجماع المجمعان مع اقتراحي بإحداث (شعبة الاقتصاد الإسلامي المصري) على المجمعين بقرار منهما.

٢. **والمبحث الثاني** كان في ضرورة استصدار قرار من منظمة التعاون الإسلامي يقضي بإتباع جميع الجامع الفقهي في العالم الإسلامي لمنظمة التعاون الإسلامي من حيث الفتيا والقضاء لا من حيث الأمور الإجرائية.

٢ - **وأما الفصل الثاني** فكان في اقتراح شعبة في مجّمع الفقه الإسلامي الدّولي وفي كل الجامع الفقهي اسمها (شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية)، وفيه مباحث ثلاثة:

١. **المبحث الأول:** هيكلية شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية في مجّمع الفقه الإسلامي الدولي وفي سائر الجامع الفقهي من:

(١) رئيس الشعبة عضواً منتدباً من مجّمع الفقه الإسلامي الدولي والمجمّع الفقهي في الرابطة.

(٢) مندوب المصرف الإسلامي عضواً.

(٣) مندوب الرقابة الشرعية في المصرف الإسلامي عضواً.

(٤) أحد أعضاء الأمانة العامة لأحد المجمعين مقررًا.

٢. **وأما المبحث الثاني:** ففي وظائف شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية وأبرزها:

(١) ضبط القضايا المصرفية الإسلامية.

(٢) الوساطة الاقتصادية.

(٣) مراجعة الفتاوى المجمعية ودراساتها.

(٤) كون بنك التنمية الإسلامية بجدة المستشار الأول في هذه الشعبة.

٣. **وأما المبحث الثالث** فهو: اقتراح المجلس الأعلى للمجامع الفقهية الرسمية في العالم الإسلامي.

ثم تأتي خاتمة الكتاب. &

خاتمة البحث

(١)

المقترحات

للمجامع الفقهية دور كبير في بناء الاقتصاد الإسلامي المعاصر وإيجاد آليات جديدة وصيغ عملية وبخاصة في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية التي هي محور بحثنا، ووجوب التأكد من مشروعية المعاملات المصرفية الإسلامية كافةً.

٨٠

وتأسيساً على ذلك فإنني أقترح ما يلي:

- ١ - أولاً: إنشاء المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية الذي سماه بعض الباحثين المعاصرين (البنك المركزي الإسلامي). وجانف الصواب في ذلك.
- ٢ - ثانياً: جعل هذا المجلس تابعاً للمجلس الأعلى للمجامع الفقهية بقرار من منظمة التعاون الإسلامي.
- ٣ - ثالثاً: أن يأخذ المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية مكانته في الرقابة والسلطة على كل المصارف الإسلامية وفروعها والنوافذ الإسلامية في المصارف الأخرى.
- ٤ - رابعاً: وأن يقوم بدور الوسيط بين المصارف الإسلامية والمصارف المركزية الرسمية في البلدان التي توجد فيها المصارف الإسلامية.
- ٥ - خامساً: أرى تفعيل دور المجامع الفقهية القائمة الآن، ونشر ما يصدر عنها من قرارات وتوصيات وأبحاث، وهذا عامل مهم في تقريب وجهات نظر الفقهاء واجتهاداتهم.
- ٦ - سادساً: إسباغ صفة الإلزامية على قرارات مجتمعات الفقه الإسلامي الدولي وسائر المجامع الفقهية وتفعيل قراراتها، ومتابعة ما أوصت به من خلال المجلس الأعلى للمجامع الفقهية.
- ٧ - سابعاً: السعي إلى إيجاد مراكز علمية ومعاهد خاصة تقبل خريجي كليات الشريعة بالذات، وتقوم بتزويدهم بدورات ومواد دراسية في المعاملات المصرفية.
- ٨ - ثامناً: السعي إلى عقد المزيد من المؤتمرات وحلقات البحث حول القضايا المستجدة في معاملات المصارف الإسلامية، ومناقشات العلماء فيها.
- ٩ - تاسعاً: تفعيل دور هيئة الرقابة والتدقيق الشرعي في المصارف الإسلامية كافة.
- ١٠ - عاشراً: وجاء في توصيات مجلس المجمع ما يلي: [دعوة البنوك الإسلامية إلى تنسيق نشاط هيئات الرقابة لديهم، سواء بتحديد عمل الهيئة العليا للرقابة الشرعية للبنوك الإسلامية أم عن طريق إيجاد هيئة جديدة بما يكفل الوصول إلى معايير موحدة لعمل الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية]. اهـ^(١)

(١) ر: الفقه الإسلامي وأدلته للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي ج ١ / ص ٥٢٣٢.

ورقة عمل

هذا؛ وفي مسك الختام وختام المسك أضع في خاتمة المطاف بين يدي الباحثين في الاقتصاد المصرفي الإسلامي الحقائق الآتية:

١ - أولاً: في خضم هذه الأمواج العاتية من الاستكبار العالمي المتمثل في الظلم القائم على الربا بأنواعه فإن أغلب ما يقوله ويقوم عليه الفقهاء المعاصرون من أصحاب نظرية المصرف الإسلامي إنما هو محض تخفيف لشيء هذا الظلم وجدته، وليس قضاءً مبرماً عليه لتعذره في هذا العصر، ولا نملك غير ذلك، وهو أقصى ما توصل إليه أصحاب النظرية المصرفية الإسلامية من فقهاء العصر مأجورين من الله عز وجل أصابوا أم أخطأوا، وهم إلى الصواب أقرب إن شاء الله.

ذلك أنه إذا عمت البلوى فلا بأس بما وصلوا إليه حتى يأتي البديل الأفضل من نظام اقتصادي إسلامي عالمي جديد وهو ما نصبو إليه لا ترتبط فيه المصارف الإسلامية بالبنوك الربوية العالمية مطلقاً بل تكون مستقلة عن غيرها من المؤسسات الربوية المعاصرة وهي وحدها دون غيرها صاحبة القرار.

فالتعامل اليوم مع المصارف الإسلامية المنضبطة بالشرعية الإسلامية انضباطاً كلياً^(١) حلال وليس بجرام شريطة اتقاء الشبهات، فالمشبهه من المعاملات المصرفية يبريد إلى الحرام وما أوصل إلى الشيء أخذ حكمه، قلت: وهذا القيد لا بد منه ولا تستقيم المعاملات المصرفية الإسلامية إلا به.

وهذا وإن كان حلاً مؤقتاً رعايةً للظروف الراهنة لكنه لا يُغني أبداً عن وجوب السعي من أصحاب نظرية المصرف الإسلامي إلى تنقية هذه المصارف بجعلها غير مربوطة بالبنوك الربوية العالمية مطلقاً، وهذا وإن كان أمراً بعيداً إلا أنه متوقع في ظل إفلاس النظام الربوي العالمي، قلت: وهو قريب.

٢ - ثانياً: هذا في شأن المصارف الإسلامية؛

أما في شأن الرقابة المصرفية والرقابة الشرعية فهذان أمران متلازمان معاً، كلاهما مجتمعين يشكل مؤيداً لا بد منه لضمان صحة المعاملات المصرفية الإسلامية، وما قدّمته في البحث من نظرية: (المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية) يشير إلى ذلك.

٣ - ثالثاً: أما ما نحن فيه من شأن علاقة الجامع الفقهيّة بالمصارف الإسلامية ونظمتها هذه الورقة من اقتراحات عملية ناجعة؛ فإني أرى أن ما ذهب إليه مجّمع الفقهاء الإسلامي الدّولي من تحول الأنظار نحو جعل الجامع الفقهيّة المرجعيّة العلميّة الأساس في هذا الموضوع هو الرأي الصائب، وهو ما ينبغي أن يُبصار إليه بعد إقرار مجّمعنا الموقر إياه للأسباب التي قدمتها آنفاً.

وأقرر هنا في ختام هذا البحث أن أغلب مشكلات المصارف الإسلامية بل كلها لا تُحلّ الحل الأمثل إلا إذا استطلت بظل الجامع الفقهيّة بعامة ومجّمع الفقهاء الإسلامي الدّولي بخاصة، وانطلقت من مفاهيمه وصدرت عنه

(١) ر: الفقه الإسلامي وأدلته للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي ج ٥ / ص ٣٧٦٣.

ورجعت إليه. وحينئذ توتّي هذه الجامع الفقهيّة الباذخة أكلّها الدائم وظلّها، ويكون هذا إرهاباً بولادة فقه
مجمعي عالمي جديد، ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله. &
هذا؛ والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات. &

٧ / ربيع الأول / ١٤٣٣ هـ

٣١ / كانون الثاني / ٢٠١٢ م

وكتبه

محمد عبد اللطيف صالح الفرفور

عضو المجلس التأسيسي لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة

عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة

رئيس المجمع العلمي العالي بدمشق

الْفَهْرَس

(١)

فهرس الآيات القرآنية الكريمة

رقم الآية	رقم السورة	اسم السورة	النص	رقم السطر	رقم الصفحة
٢٧٨	٢	البقرة	﴿ يَتَّيِبُهَا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا اَتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا ؕ اِنَّ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴾	٤	٦
٨٣	٤	النساء	﴿ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ ﴾	٥	٣
١٣٠	٣	آل عمران	﴿ يَتَّيِبُهَا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا اَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾	٦	٣
٢٧٥	٢	البقرة	﴿ فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَىٰ اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴾	٣	٧
٢٧٥	٢	البقرة	: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾	حاشية	٣٠
٥٩	٤	النساء	﴿ يَتَّيِبُهَا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا اَطِيعُوا اللَّهَ وَاَطِيعُوا الرَّسُولَ وَاُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾	حاشية	٤٠
٨٣	٤	النساء	﴿ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَىٰ الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ ﴾	١٧	٣٥
١٥٩	٣	آل عمران	﴿ فِيمَا رَحِمَةٍ مِنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظًا لَفَقَّرْنَا لِقَابَكَ مِنَ حَوْلِكَ فَأَعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ ۗ ﴾	١٧	٤٦

(٢)

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

رقم الصفحة	رقم السطر	النص	التخريج
٦	١٣	أَوْهَ أَوْهَ عَيْنِ الرِّبَا عَيْنُ الرِّبَا لَا تَفْعَلْ، وَلَكِنْ إِذَا أُرِدْتَ أَنْ تَشْتَرِيَ فَبِعِ التَّمْرَ بِبَيْعٍ آخَرَ ثُمَّ اشْتَرِهِ	صحيح، أخرجه البخاري في الوكالة / ر: صحيح البخاري ج ٨ / ص ١٠٤
٦	١٥	لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَكِلَ الرِّبَا، وَمُؤَكَّلَهُ، وَكَاتِبَهُ، وَشَاهِدِيَهُ	صحيح، أخرجه مسلم في باب لعن آكل الربا ومؤكله / ر: ج ٨ ص ٢٨٨
٦	١٧	مَنْ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَمِينِهِ ، فَقَدْ أَوْجَبَ اللَّهُ لَهُ النَّارَ ، وَحَرَّمَ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ	أخرجه النسائي في باب القضاء في قليل المال وكثيره / ر: ج ٦ ص ٢٧٧
٣٠	حاشية	بيع الجُمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيباً	حديث صحيح عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي الله عنهما، أخرجه البخاري في باب الوكالة في الصرف والميزان ج ٨ / ص ٨٩، ومسلم عنهما في باب بيع الطعام مثلاً بمثل ج ٨ / ص ٢٧٦، والنسائي في باب بيع التمر بالتمر متفاضلاً ج ١٤ / ص ١٠٦، والبيهقي ج ٥ / ص ٢٩١، ومالك في باب ما يكره من بيع التمر ج ٤ / ص ٣١٦.
٢٨	٦	اجمعوا العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأي واحد	الأحكام لابن حزم ج ٦ / ص ٧٦٨

(٣)

فهرس المأثور عن الصحابة والتابعين

رقم الصفحة	رقم السطر	النص	التخريج
٦	٢٦	بئس ما شريت وبئس ما اشتريت. أبلغني زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب	ورد في تفسير ابن أبي حاتم في قوله تعالى: (فله ما سلف)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج ٥ / ص ٣٣١، والدارقطني في سننه ج ٧ / ص ٢٩١
٧	٤	لا تحل صفتان في صفقة ، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لعن آكل الربا ، وموكله ، وشاهديه ، وكاتبه	رواه ابن حبان في صحيحه في باب الربا ج ٢١ / ص ٧٩

مَصَادِرُ الْكِتَابِ وَمَرَاجِعُهُ

(١)

مصادر الكتاب

- | | | |
|--|--|------------|
| ■ التوضيح لحل غوامض التنقيح بهامش التلويح للسعد مط الصنائع الآستانة ١٣١٠هـ | ■ عُبيد الله بن مسعود ((صدر الشريعة)) | البخاري |
| ■ الجامع الصحيح | | الترمذي |
| ■ (التلويح في كشف حقائق التنقيح) مط الصنائع الآستانة | ■ (سعد الدين) مسعود بن عمر بن عبد الله | الفتازاني |
| ■ غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر مط العامرة الآستانة ١٢٩٠هـ | ■ أحمد بن محمد | الحَمَوِي |
| ■ المحلّي مط محمد منير الدمشقي القاهرة ١٣٥٢هـ | ■ (أبو محمد) علي بن أحمد ابن سعيد | ابن حزم |
| ■ فتح الباري شرح صحيح البخاري | ■ أحمد بن علي العسقلاني (الحافظ) | ابن حجر |
| ■ بلوغ المرام من أدلة الأحكام | | |
| ■ السياسة الشرعية | ■ عبد الوهاب | خلاف |
| ■ حاشية في الفقه المالكي على شرح الزرقاني لمختصر خليل واسمها [أوضح المسالك وأسهل المراقي إلى إبريز الشيخ عبد الباقي] ط | ■ محمد بن أحمد بن محمد ابن يوسف (أبو عبد الله) | الرُّهُوِي |
| ■ المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية | ■ مصطفى أحمد | الزرقا |
| ■ نظرية الالتزامات العامة في القانون المدني | | |
| ■ نظرية الالتزامات العامة في الشريعة الإسلامية | | |
| ■ المصالح المرسلة | | |
| ■ أبو حنيفة ط دار الكتاب العربي | ■ محمد | أبو زهرة |
| ■ موسوعة قضايا إسلامية معاصرة ط دار المكتبي بدمشق ٢٠٠٨م | ■ محمد مصطفى | الزحيلي |

■	الفقه الإسلامي وأدلته ط دار الفكر بدمشق	وهبة	الزحيلي
■	تحفة الفقهاء ت الكتاني والزحيلي	علاء الدين	السمرقندي
■	نظرية الحق ط وادي الملوك بمصر	محمد فهمي	أبو سنة
■	الاعتصام ط دار ابن عفان عام ١٤١٢ هـ ١٩٩٢م	أبو إسحق	الشاطبي الغرناطي
■	حاشية رد المحتار على الدر المختار المعروفة بحاشية ابن عابدين ط بولاق ١٢٧٢ هـ	محمد أمين	ابن عابدين
■	مجموع الرسائل العابدينية ط بولاق ١٢٧٢ هـ		
■	دراسات وأبحاث في الاقتصادي المعاصر ط دار العلامة الشيخ محمد صالح الفرفور الحسني بدمشق	محمد عبد اللطيف	الفرفور
■	الوجيز في أصول استنباط الأحكام في الشريعة الإسلامية ط دار البشائر بدمشق		
■	ابن عابدين وأثره في الفقه دراسة مقارنة بالقانون (رسالة أعدت لنيل درجة الدكتوراة في الفقه الإسلامي المقارن) ط دار البشائر بدمشق		
■	نظرية الاستحسان وصلتها بالمصالح المرسله ط دار دمشق		
■	تاريخ الفقه الإسلامي ط دار ابن كثير بدمشق		
■	(الجامع لأحكام القرآن) مط دار الكتب المصرية	(أبو عبد الله) محمد بن أحمد	القرطبي
■	المغني على مختصر الحُرقي ط ١ مط المنار: القاهرة ١٣٤٨ هـ	(موفق الدين) عبد الله بن أحمد بن محمد	ابن قدامة
■	إعلام الموقعين عن رب العالمين الطبعة الأولى	أحمد	ابن قيم الجوزية
■	الأحكام السلطانية والولايات الدينية	(أبو الحسن)	الماوردي
■	الأشباه والنظائر الطبعة الثانية الإعادة الرابعة دار الفكر بدمشق ١٤٢٦ هـ	زين العابدين بن إبراهيم	ابن نجيم
■	(منهاج الطالبين) مطبوع مع شرحه للمحلي	(محيي الدين) يحيى بن	النووي

بجاشيتي قليوبي وعميرة عليه	شرف (أبو زكريا)	
▪ (شرح صحيح مسلم) مط المصرية القاهرة ١٣٤٩ هـ		
▪ (المجموع شرح المهذب) مط المنيرية القاهرة		
▪ المغني شرح مختصر الخرقى	المقدسي	ابن قدامة
▪ (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ط ١ مط	(علاء الدين) أبو بكر بن	الكاساني
الجمالية القاهرة ١٣٢٨ هـ - ١٩١٠ م	مسعود	

(٢)

مراجع الكتاب

▪ القاموس الفقهي ط دار الفكر بدمشق	سعدي	أبو جيب
▪ (الرقابة الشرعية الفعالة في المؤسسات المالية الإسلامية) (الطبعة التمهيدية)	عبد الحميد محمود	البعل
▪ التعريفات	السيد الشريف	الجرجاني
▪ الصحاح في اللغة		الجوهري
▪ (مقدمة التاريخ) المعروف بمقدمة ابن خلدون	عبد الرحمن	ابن خلدون
▪ العلماء المجددون ومجال تجديدهم واجتهادهم	ميمون	زبير الحاج
▪ أساس البلاغة	(جار الله) محمود	الزخشري
▪ تعريف الاقتصاد الإسلامي	عبد الجبار	السبهاني
▪ الاجتهاد الجماعي في الإسلام	عبد المجيد	الشرفي
▪ معجم مقاييس اللغة		ابن فارس
▪ لسان العرب ط صادر بيروت	أبو المكرم	ابن منظور

المجلات والدوريات

- الموسوعة الفقهية ط دولة الكويت

- مجلة مجّمع الفقه الإسلامي الدّولي بجدة
- مجلة المِجْمَع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة التابع لمنظمة التعاون الإسلامي
- مجلة اللواء الإسلامي (د/ محمد عبد الحليم عمر)
- ر: الدكتوراة: قطان حطاب حميدة (رقابة البنك المركزي وأثره على البنوك الإسلامية)

فهرس الكتاب

٦	النصوص القرآنية
٦	النصوص النبوية
٦	المأثور عن الصحابة رضي الله عنهم
٧	المأثور عن التابعين رضي الله عنهم
٨	طالعة البحث
١٠	خطة البحث
١٤	رموز البحث
١٦	المدخل إلى البحث: مدى حاجة المصارف الإسلامية إلى ترشيد، وفيه مباحث أربعة:
١٨	المبحث الأول : المصرف الإسلامي وترشيده
١٨	المبحث الثاني : الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية، وفيه مطالب خمسة:
١٩	١ -المطلب الأول : التعريف بالرقابة الشرعية.
١٩	٢ -المطلب الثاني : تاريخ الرقابة الشرعية في الإسلام.
٢٠	٣ -المطلب الثالث : التوجيه والرقابة هما دَور هيئة الرقابة الشرعية.
٢٠	٤ -المطلب الرابع : مكانة الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية.
٢١	٥ -المطلب الخامس : ضرورة الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية وأهميتها.
٢٢	المبحث الثالث : الرقابة الشرعية الفعّالة أساس لترشيد المصارف الإسلامية.
٢٣	المبحث الرابع : الرقابة المصرفية في الفقه الاقتصادي الإسلامي.

٢٦ الباب الأول: المَجَامعُ الفقهيَّةُ مَرَجِعَةٌ شرعيَّةٌ للمؤسَّساتِ الماليَّةِ الإسلاميَّةِ في القضايا الماليَّةِ وكيفيَّةِ تفعيلِ ذلك، وفيه فصلان:

٢٨ الفصل الأول : المَجَامعُ الفقهيَّةِ ومدى صيرورتها مرجعيَّةً شرعيَّةً للمؤسَّساتِ الماليَّةِ الإسلاميَّةِ في القضايا الماليَّةِ، وفيه مباحث ثلاثة:

٢٨ ١-المبحث الأول : التعريف بالمَجْمَعِ الفقهيِّ.

٢٨ ٢-المبحث الثاني : المَجَامعُ الفقهيَّةِ في العالم الإسلاميِّ.

٢٩ ٣-المبحث الثالث : اجتهاد الجماعة هو التَّأصيلُ الفقهيُّ للمَجَامعِ الفقهيَّةِ.

٢٩ ٤-المبحث الرابع : نماذج من قرارات المَجَامعِ الفقهيَّةِ.

٣٢ الفصل الثاني : مدى سلطان المَجَامعِ الفقهيَّةِ على المصارف الإسلاميَّةِ مَشورَةً وترشيدياً، وفيه مبحثان:

٣٢ ١-المبحث الأول : مدى سلطان المَجَامعِ الفقهيَّةِ على المصارف الإسلاميَّةِ مَشورَةً.

٣٢ ٢-المبحث الثاني : مدى سلطان المَجَامعِ الفقهيَّةِ على المصارف الإسلاميَّةِ ترشيدياً.

٣٤ الباب الثاني: مدى إِيْزامِ المؤسَّساتِ الماليَّةِ الإسلاميَّةِ بقراراتِ المَجَامعِ الفقهيَّةِ وشروطه بما لا يتعارض مع قراراتِ مَجْمَعِ الفقه الإسلاميِّ الدَّوليِّ الصادرة بهذا الشأن؛ وفيه فصلان:

٣٦ الفصل الأول : نظرية الإِيْزامِ بقراراتِ المَجَامعِ الفقهيَّةِ وأدلتها، وفيه مبحثان:

٣٦ ١-المبحث الأول : الأصل في نظرية الإِيْزامِ الشرعيِّ بقراراتِ المَجَامعِ الفقهيَّةِ.

٣٦ ٢-المبحث الثاني : نظرية الإِيْزامِ بين المؤيِّدين والمعارضين؛ مذاهب الفقهاء وأدلتهم

٣٦ (أ) المطلب الأول : أدلة المانعين.

٣٧ (ب) المطلب الثاني : أدلة المجيزين.

٣٨ (ت) المطلب الثالث : الترجيح.

٤٠ الفصل الثاني : وجه الإِيْزامِ ومستنده، وفيه مبحثان:

- ٤٠ ١ - المبحث الأول : تأصيل الإلزام الديني.
- ٤١ ٢ - المبحث الثاني : الإلزام القانوني ومستنده.
- ٤٤ **الباب الثالث: مدى إمكان قيام المجامع الفقهية بدور الإشراف والتوجيه لهيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المصرفية الإسلامية، وفيه فصول ثلاثة:**
- ٤٦ الفصل الأول : ترشيح المجامع الفقهية أعضاء هيئات الرقابة الشرعية، وفيه مبحثان:
- ٤٦ ١ - المبحث الأول : وظيفة هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية.
- ٤٦ ٢ - المبحث الثاني : أولوية ترشيح المجامع الفقهية أعضاء هيئات الرقابة الشرعية.
- ٤٨ الفصل الثاني : التّشاور والتّنسيق بين هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية والمجامع الفقهية، وفيه توطئة ومبحثان:
- ٤٨ توطئة
- ٤٨ ١ - المبحث الأول : المرحلة الأولى: مرحلة التّشاور بين الهيئات الرقابية الشرعية والمجامع الفقهية.
- ٤٩ ٢ - المبحث الثاني : المرحلة الثانية: مرحلة التنسيق بين الهيئات الرقابية الشرعية والمجامع الفقهية.
- ٥١ الفصل الثالث : التأكد من التزام هيئات الرقابة الشرعية بتطبيق قرارات المجامع الفقهية على المعاملات المالية التي تُقرها، وفيه مبحثان:
- ٥١ ١ - المبحث الأول : وظيفة المجامع الفقهية.
- ٥١ ٢ - المبحث الثاني : ضرورة التأكد لدى المجامع الفقهية من التزام هيئات الرقابة الشرعية بتطبيق القرارات المجمعية.
- ٥٤ **الباب الرابع: صيغ وآليات مقترحة، وفيه فصلان:**
- ٥٦ الفصل الأول : (نظرية التكامل المصرفي الإسلامي)
- ورقة عمل مقترحة لإيجاد صيغة جديدة للتعاون بين المؤسسات المصرفية الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية من جهة؛ وبين المجامع الفقهية من جهة أخرى في نظرية اقتصادية معاصرة هي : [نظرية التكامل المصرفي الإسلامي] ، وفيه مبحثان:
- ٥٦ ١ - المبحث الأول : هيكلية نظرية التكامل المصرفي الإسلامي، وفيه مطلبان:

- ٥٦ (أ) المطلب الأول:
إنشاء (المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية) وجعله تابعاً (للمجلس الأعلى للمجامع الفقهية في العالم الإسلامي) المقترح.
- ٥٧ (ب) المطلب الثاني :
إحاق سائر المصارف الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية بالمجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية بقرار من منظمة التعاون الإسلامي من حيث الفتيا.
- ٥٧ ٢ - المبحث الثاني : ضرورة استصدار قرار من منظمة التعاون الإسلامي يقضى بإتباع جميع المجامع الفقهية في العالم الإسلامي لمنظمة التعاون الإسلامي من حيث الفتيا والقضاء.
- ٥٩ الفصل الثاني : إنشاء شعبة جديدة في مَجْمَعِ الفقه الإسلامي الدَّوْلِي وفي سائر المجامع الفقهية يُطلق عليها اسم: [شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية]، وفيه مباحث ثلاثة:
- ٥٩ ١ - المبحث الأول : هَيْكَلِيَّةُ شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية في مَجْمَعِ الفقه الإسلامي الدَّوْلِي وسائر المجامع الفقهية.
- ٥٩ ٢ - المبحث الثاني : وظائف شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية وأعمالها.
- ٦٠ ٣ - المبحث الثالث : المجلس الأعلى للمجامع الفقهية في العالم الإسلامي.

خلاصة البحث

٦٢

خاتمة البحث

٦٨

٧٠

(١) المقترحات

٧١

(٢) ورقة عمل

٧٤

الفهارس

٧٦

(١) فهرس الآيات القرآنية الكريمة

٧٧

(٢) فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

٧٨

(٣) فهرس المأثور عن الصحابة والتابعين

٨٠

مسرد المصادر والمراجع

٨٢

(١) مصادر الكتاب

٨٤

(٢) مراجع الكتاب

٨٦

فهرس الكتاب



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

دور المجمع الفقهي في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية

إعداد

آية الله الشيخ محمد علي التسخيري
الأمين العام للمجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية
طهران - الجمهورية الإسلامية الإيرانية

بسم الله الرحمن الرحيم

دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية

يمثل نجاح المصرفية الإسلامية أحد الأوجه المشرقة لعملية تطبيق الشريعة على كل جوانب الحياة الإنسانية ، وانسجامها مع كل التطورات والتعقيدات التي تتطلبها الحياة . وقد فرضت التطورات الحياتية التفكير في إيجاد بديل للمصارف الربوية الأجنبية التي جلبها الاحتلال الفرنسي والإنجليزي وغيرهما إلى البلاد الإسلامية . ولكن فكرة المصرفية الإسلامية البديلة واجهت في البدء ثم في أثناء المسيرة بل وحتى اليوم - رغم نجاحها الباهر الذي أرغم أكبر العقول المصرفية والبنوك الكبرى التي تبحث عن مكاسبها المادية قبل كل شيء ، أرغمها على افتتاح نوافذ لتقديم الخدمات المالية الإسلامية - نعم واجهت عقبات وتحديات كبيرة وهائلة كادت أن تترنح وتسقط أمامها لولا التأييد الإلهي .

ويمكننا أن نصنف هذه التحديات تحت العناوين التالية :

- (١) التحديات الفقهية والتخريج الشرعي للصيغ المطروحة .
- (٢) التحديات الاجتماعية والفكرية التي وضعها الفكر العلماني ، والنظم المستبدة التي فرضت على العالم الإسلامي .
- (٣) التحديات الرقابية التي كانت الجهات الرقابية والبنوك المركزية انطلاقاً من عقليتها الرأسمالية تفرضها على المصارف الإسلامية .
- (٤) التحديات القانونية التي تضيق على هذه المسيرة ، من قبيل ادعاء عدم وجود مرجعية شرعية واحدة يمكن على أساسها تفسير بعض الأمور التي يُنص عليها في العقود ، وعلى أساس من كون العقد شريعة المتعاقدين .

ونحن نعتقد أن المجامع الفقهية وخصوصاً الدولية منها يمكنها أن تساهم بشكل فعال ومؤثر في مواجهة التحديات المذكورة والتقدم إلى الإمام ، فلنلاحظ هذه المساهمة باستعراض هذه التحديات .

أولاً : التحديات الفقهية

فقد بدأ الحديث عن موقف الإسلام من البنوك الربوية ، فردياً - كما يبدو - مع بداية القرن العشرين بعد تأسيس عدد من البنوك الأجنبية في مصر .

وربما كان علماء الأزهر السابقين في هذا المجال .

وفي فترة الأربعينات ساهم ظهور الحركة الإسلامية في طرح الأفكار الإسلامية حول المصرفية الإسلامية ، وبدأت بعض الدراسات في نشرات جمعية الشبان المسلمين ، والإخوان المسلمين ، وأنصار السنة في مصر ، للمرحوم الشيخ السبكي والشيخ البنا والشيخ المراغي . وإلى جانبها جاءت كتابات المرحوم المودودي عن أضرار الربا لتؤكد ضرورة الموضوع .

وفي الخمسينات قامت جهود أوسع في هذا المجال من قبيل :

(١) انعقاد أسبوع الفقه الإسلامي في باريس عام ١٩٥١م وتقديم دراسات قيّمة فيه حول (الربا) كدراسة الدكتور محمد عبد الله دراز .

(٢) عقد حلقة للدراسات الاجتماعية للدول العربية بدمشق عام ١٩٥٢ قدمت فيها بحوث في التكافل الاجتماعي كبحث الدكتور الشيخ محمد أبو زهرة .

(٣) دراسات المفكر الجزائري مالك بن نبي .

(٤) كتابات الشهيد عبد القادر عودة مثل (المال والحكم في الإسلام) والشهيد سيد قطب ١٩٥٠م .

(٥) كتابات الدكتور محمود أبو السعود ، والشيخ شلتوت والدكتور عبد الكريم الخطيب والدكتور محمد عبد الله العربي والدكتور أحمد الشرباصي ، والدكتور عيسى عبده والسيد أبو الحسن الندوي والأستاذ محمد عزيز عن (الإطار العام للبنوك بلا فوائد) عام ١٩٥٨م والمفكر محمد حميد الله عن (اقتراح بإنشاء صندوق نقد إسلامي) عام ١٩٥٥م وعن (بنوك القرض بدون ربا) عام ١٩٦٢م .

ولكن الذي يبدو أن دراسات تقديم البديل بدأت بشكل تخصصي فردي إذ لم تكن هناك مجامع فقهية في شبه القارة الهندية ، حيث بدأ كُتّاب متخصصون يهاجمون عنصر الائتمان وخلق الودائع الذي تقوم به البنوك الربوية ، ويدعون إلى المشاركة في الأرباح والخسائر PLS ومنهم الأستاذ قريشي ، والأستاذ نعيم صديقي والأستاذ محمود أحمد والأستاذ المودودي والأستاذ محمد عزيز والأستاذ إرشاد أحمد .

ولعلي لا أجنب الواقع إذا ذكرت أن الحاجة الاجتماعية والتغيرات السياسية المتمثلة في قيام دولة باكستان الإسلامية في أواخر الأربعينات شكلت جواً مناسباً لقيام تلك الدراسات الرائدة رغم وكنها ناقصة من حيث الطرح الجامع ، وابتلاء بعضها بعدم الدقة في فهم بعض العقود كعقد المضاربة ، وهو ما يشير إليه الدكتور نجاة الله صديقي^(١) ،

(١) استعراض الفكر الاقتصادي الإسلامي المعاصر : ص ٧١ .

الذي يأسف أيضاً لعدم قيام الدكتور عبد الهادي غنمه بنشر كتابه الكامل الذي وعد به بعد أن ركز في دراسة له عام ١٩٨٦م على عملية إصدار الأسهم العادية للتمويل طويل الأجل والصناديق المشتركة للتمويل قصير الأجل ، وهي خطة لقيت قبولاَ عاماً بتطويرها بعد ذلك.

والملاحظ أن الكتاب بعد مرحلة الأربعينات دخلوا في نقاش قوي حول (المضاربة) وهل تصلح أن تكون محوراً لقيام نظام مصرفي إسلامي متحرك عصري .

يقول الدكتور صديقي : « وينتج رفض مصلح الدين للمضاربة كأساس للبنوك اللاربوية من منهجه الضيق للمضاربة وعدم نجاحه في تخيل التغيير الذي سيطر على الجهاز المصرفي إذا نُظِم على أسس غير أساس الربا ، وأحد هذه التغييرات هو الانخفاض الحاد في نشاط البنوك وزيادة الاستثمارات الحقيقية . وفي الواقع فإن البنوك اللاربوية لا يمكن أن تعمل كبنوك تجارية صرفة .

ونعتقد أن قول مصلح الدين بعدم إمكان قيام البنك الإسلامي بتقديم قروض للمنشآت التي استثمرت رأس مال يخصها ... بسبب تعارضه مع مبدأ المضاربة ليس له أساس في التشريع الإسلامي»^(١) .

كما رفض محمود أبو السعود هذا المبدأ أيضاً بحجة أنه سيؤدي إلى إيجاد سوق سوداء يظهر فيها الربا .

وهنا ألاحظ أن عاملاً جديداً طرأ على الساحة في الستينات وهو التدفق المالي لعوائد النفط ومحاولة بعض الدول العربية إنشاء بنوك تتسجم مع الثقافة الإسلامية ، ونمو الوعي الإسلامي وارتفاع وتيرة الأمل بغد إسلامي تطبق فيه أحكام القرآن الكريم ، الأمر الذي تحول بعد ذلك إلى إحساس عارم بنوع من الشخصية الإسلامية الشمولية والصحة الإسلامية ، التي سرعتها أحداث عام ١٩٦٧م (عام النكسة) وحادثة إحراق المسجد الأقصى في عام ١٩٦٩م ، وبالتالي قيام منظمة التعاون الإسلامي ، وهكذا تنامي الإحساس الكبير وشكل عاملاً فاعلاً في الساحة .

لقد كان لهذا العامل الدور الكبير ليس في الدفع نحو تطور الدراسات المصرفية الإسلامية فحسب ، بل في البدء بمحاولات عملية في هذا الاتجاه .

ونسجل هنا فخر البدء العملي المتواضع للتجربة لعمل أستاذ مصري متحمس هو الدكتور أحمد النجار ، وقد درس في ألمانيا ورأى أن بعض ولاياتها تطبق نظاماً يشبه عملية المشاركة ، فأعجبه الفكرة وراح يعمل على تطبيقها في قرية مصرية هي (ميت

(١) ن . م : ص ٧٣ .

غمر) عام ١٩٦٣م لتنتهي عام ١٩٦٧م ، ولكنه لم يفلح في توسعة دائرتها ، وإن استطاع أن يفتح لها بعض الفروع .

ولقد سبقت هذه التجربة تجربة قام بها الإخوان المسلمون في مصر بإنشاء شركات تدار وفق أحكام الشريعة .

وعاصرتها تجربة باكستانية من قبل الأستاذ أحمد إرشاد ، ولم تدم أكثر من أربعة أشهر .

وكانت خطوة اللجنة التحضيرية لبيت التمويل الكويتي (في الستينات) في الطلب من المرحوم استأذنا الشهيد آية الله السيد محمد باقر الصدر ، رائعة مثمرة إذ استجاب للطلب وكتب أطروحته للبنك اللاربوي . وألحق الأطروحة ببحوث علمية فقهية معمقة لم نجد بحوثاً بمستواها في الأطروحات الأخرى ، والتي تعددت إلى حد ما ونشرت في نفس الفترة ، من قبيل أطروحات الأستاذ عيسى عبده والأستاذ عبد الله العربي والأستاذ صديق والأستاذ النجار .

ولقد زادت الدراسات في أوائل السبعينات ، فرأينا دراسات جيدة للأستاذ آية الله المطهري وآية الله البهشتي وآية الله محمود الهاشمي والأستاذ الشلبي والأستاذ محمود أحمد والأستاذ عبد المنان والأستاذ محمد عزيز والأستاذ إبراهيم الدسوقي والأستاذ غريب الجمال والأستاذ مصطفى عبد الله الهمشري والأستاذ سامي حمود والأستاذ رفيق المصري والشيخ الصديق الضيرير والدكتور الزروق والدكتور الأمين وغيرهم كثيرون والحمد لله تعالى . ويمكن القول إن هذه الحركة المباركة ساهم فيها المفكرون والفقهاء والتجار الخيرون وحتى بعض السياسيين ، ولكنها لم تكن حركة مجتمعية عالمية .

وأود هنا أن أعطي صورة موجزة عن أطروحة الشهيد الصدر في هذا المجال .

ملخص أطروحة الشهيد الصدر

تركز الأطروحة على أن يمتلك المصرف الخصائص التالية :

- (١) أن لا يخالف الأحكام الشرعية .
- (٢) أن يكون قادراً على التحرك الاقتصادي والحصول على الأرباح الضرورية لاستمراره .
- (٣) أن يكون قادراً على تأدية الأدوار التجارية للمصارف الأخرى .

وكل هذه الخصائص تؤدي لامتلاك العناصر التالية :

- (أ) أن يتجه لإبراز العمل البشري كمصدر للدخل ، ويقلل من دخل رأس المال ، ولذلك فهو يرفض الربا رفضاً باتاً مع التركيز على العمولة من جهة ، والدخول بنفسه إلى الحياة الاقتصادية من جهة أخرى .

- (ب) يبقى المصرف الإسلامي مجرد وسيط بين المودعين والمستثمرين .
(ج) يستعد للتضحية بالريح في سبيل إشاعة الروح الإسلامية .
(د) يظل يبحث لنفسه عن متنفس اقتصادي للدخل في مثل ذلك الجو الربوي الخانق .

نظام المصرف اللاربوي

وقد قسم المرحوم الشهيد بحثه فيه إلى قسمين :

- الأول : كيفية إقامة المصرف اللاربوي .
الثاني : كيفية قيامه بوظائف المصرف .

مخالفاً بذلك الأسلوب المتداول من البحث أولاً عن المصادر ، وثانياً عن كيفية الاستفادة من الأموال ، لأنه أسلوب ربوي ، بينما يعتبر المصرف اللاربوي المصدر والعمل جزءاً من المضاربة .

وعندما بحث المرحوم الشهيد القسم الأول وهو كيفية إقامة المصرف اللاربوي سار وفق الخطوات التالية :

أولاً : ركز على كون المصرف وسيطاً بين المودعين والمستثمرين في عقد المضاربة .

ثانياً : قسم الودائع إلى ثابتة ومتحركة وودائع التوفير .

ثالثاً : راح يُبين شروط المودع التي اختصرها فيما يلي :

١. أن يلتزم شرعاً ببقاء الوديعة لمدة معينة .
٢. أن يلتزم بشروط المصرف التفصيلية .
٣. أن يفتح حساباً جارياً ، وقد جعل هذا شرطاً مرناً .

رابعاً : ثم ذكر شروط المستثمر وهي :

١. الأمانة .
٢. الكفاءة .
٣. وضوح مشروعة .
٤. تفضيل أهل السوابق الحسنة مع المصرف .
٥. التزام شروط المصرف ، ومنه أقساط الربح ، كما أن منها أن يفتح حساباً جارياً يودع فيه حسابات المشروع ، ومنها التسجيل الدقيق ، وفتح إضبارة خاصة لكل عملية مضاربة .

خامساً : تعرض لحقوق المودع ، بعد أن حلل دوافع المودعين ، مستنتجاً الأمور التالية

كهدف للإيداع وهي :

١. ضمان الوديعة .
٢. الدخل المترتب .

٣. القدرة على السحب في نهاية المدة .

ورأى بعد ذلك أن المصرف اللاربيوي يمكنه أن يضمن الوديعة كشخص ثالث ، وهذا الضمان ليس ضمان قرض ولا ضماناً من قبل العامل .

كما أن الدخل يمكن توفيره من خلال النسبة المئوية من الربح والتي يجب أن تكون أعلى من قيمة الفائدة المطروحة في الساحة ، لتسد مسألة احتمال النقص نتيجة عدم ربح المشروع .

وأما القدرة على سحب الوديعة فهي أمر ممكن ، مع تحديد مدة معينة لا يتم فيها السحب ثم يسمح به بعدها ، وهنا يستطيع المصرف أن يضمن بقاء السيولة النقدية لديه من خلال الأمور التالية :

(أ) ليس من المفروض أن تحل الآجال في وقت واحد .

(ب) وليس من المفروض أن يقدم الجميع على السحب .

(ج) الاستفادة من حسابات المشاريع الجارية والحسابات الجارية الأخرى وحينئذٍ يخصص الأرباح لنفسه .

سادساً : ويبحث هنا في حقوق المصرف . وتتمثل في الجعالة التي تنقسم إلى قسمين :

الأول : أجر ثابت على الوساطة ، ويحدد بالتفاوت بين الفائدة التي تعطىها المصارف الربوية والفائدة التي تتقاضاها ناقصاً زيادة حصة المودع من الربح على سعر فائدة الوديعة .

الثاني : أجر مرن في حصة العامل من الربح ويقدرها بالفرق السوقي بين أجرة رأس المال المضمون (وتساوي الفائدة الربوية المدفوعة للمصارف) وأجرة رأس المال المخاطر في المضاربة (وهي أكثر طبعاً) .

سابعاً : ويؤكد هنا أن للمصرف أن يدخل في المضاربة برأسماله أو بالأموال المتحركة .

ثامناً : ويتحدث هنا عن حقوق العامل المستثمر فهو صاحب الحق في الربح بعد عزل حصة المصرف والمودع .

تاسعاً : ويبحث فيه عن كيفية معرفة الأرباح .

عاشراً : ويبحث هنا عن أساليب التشويق والتشجيع لأصحاب الأموال المودعة ، ويقترح هنا وضع جعالة على التوكيل وترتفع بارتفاع المبلغ ، ولكنه بعد ذلك يكرهها .

حادي عشر : ويبحث في هذا الفصل عن الحسابات الجارية وتؤخذ باعتبارها قروضاً من أصحابها ، أما المصرف فلا يقرض الآخرين نتيجة ظروفه إلا إذا لم تمكن المضاربة . ويشترط على المقرض شروطاً منسجمة مع ظرف القرض ، ومنها شرط التأمين على القرض .

ثاني عشر : ويبحث هنا في مسألة إلغاء الربا .

وفي الفصل الثاني ، يتعرض المرحوم الشهيد للوظائف الأساسية للمصارف ويلخصها في الخدمات المصرفية ، والقروض والتسهيلات ، والاتجار بأموال النقد وشهادات الاستثمار .

أولاً : الخدمات المصرفية ، ويركز فيها على مسألة قبول الودائع المصرفية ، ويعتبرها - كما هو الحق في التصور الإسلامي - قروضاً إن كانت متحركة ، وودائع إن كانت ثابتة ، مع الحصول على حق التوكيل للمضاربة . أما الحساب الجاري فيسير مع تاريخه لدى الفقه الغربي ليستقر مع الفقه الإسلامي الذي يجري فيه المقاصة بين الدينين ، وقد تسمى العملية بالتهاتر . ثم يقترح أن لا نتصور عقدين في البين ونعتبر الأمر ديناً واستيفاء للدين . ثم يدخل في تفصيلات السحب والإيداع في الحساب ، ويتعرض بعد ذلك لودائع التوفير فيدخلها في المضاربة ، ويستطرد فيذكر الودائع الثابتة التي تحدث عنها من قبل ، ويرى أن الأمر في الودائع العينية سهل . ثم يتحدث عن الحوالات والكمبيالات وخطابات الضمان ومسائل حفظ الأوراق المالية ، وأحكام النقود .

وهي بحوث تفصيلية علمية رائعة ينبغي لكل باحث أن يستعرضها ويراجع بالخصوص الملحقات الفقهية العميقة التي ذكرها في نهاية الأطروحة وهي ما يميزها عن غيرها من البحث حقاً .

ثانياً : القروض والتسهيلات المصرفية (غير المغطاة) وكان قد تحدث عنها من قبل ويتحدث هنا عن الكمبيالات .

ثالثاً : ويتعرض هنا لمسائل الاتجار بشراء الأوراق المالية والسندات مؤكداً لزوم مراعاة القواعد والشروط الإسلامية فيها .

ملاحظات مهمة

وتلاحظ بعد هذا العرض الموجز أموراً :

الأول : إن المرحوم الشهيد كتب الأطروحة لبيت التمويل الذي يراد له أن يعيش في مجتمع يقبل بوجود مؤسسات ربوية أخرى ، وهو بالتالي يجب أن يناقشها ويبقى على كيانه حياً قوياً في نفس الوقت الذي يؤدي فيه الخدمات والتسهيلات التي تؤديها

البنوك التقليدية ، بل إن الأطروحة تفترض أنه لا يوجد فعلاً بنوك لا ربوية أخرى يتعاون معها هذا البنك الوليد وهو الواقع في الستينات .

ولا ريب أن هذين الافتراضين يقيدان كثيراً من حركة هذا البنك ويتركبان أثرهما في مجالات عديدة منها مثلاً :

١. ضعف مساهمة البنك في التخطيط الاجتماعي العام بشكل فعال .
٢. عدم دخوله مباشرة بقوة في المشاريع الإنتاجية .
٣. سعيه الأكيد لاتخاذ سبيل الاحتياط لأموال المودعين من حيث تعرضها للخسائر حتى من حيث المبدأ .
٤. حرصه الشديد على الاحتفاظ بوجوده وتحقيق أرباح تؤمن له الاستمرار .

الثاني : أن المرحوم الشهيد ركز بقوة على ذكر الدليل الشرعي بشكل اجتهادي . ومن الطبيعي أن يستمد من فقهه الإمامي الآراء المنسجمة مع أطروحته . ومن هنا رأينا مثلاً ما يلي :

١. قبوله بأخذ الأجر على الضمان باعتباره عملاً اقتصادياً مؤثراً .
٢. قبوله بأخذ الفوائد لقاء إيداعه أمواله لدى البنوك الأجنبية .
٣. قبوله بمبدأ الجائزة (الجعل) وإن رأى أن الأولى تركه .

وهي أمور يختلف معها الكثير من فقهاء المذاهب الأخرى وقد ناقشه في ذلك البعض منهم كالأستاذ صديقي والأستاذ قحف والأستاذ رفيق المصري . ونحن نعلم أن القانون اللاربي الإيراني يستمد أسسه من هذه الأطروحة .

خطوات عملية مهمة أخرى

ولقد شهدنا بعد ذلك تشكيل بنك ناصر الاجتماعي عام ١٩٧١م ، كما شكلت محاولات التاجر الإماراتي (الشيخ سعيد لوتاه) باكورة الخطوات الجادة في هذا المسير ، حيث قام بإنشاء بنك دبي الإسلامي عام ١٩٧٥م باذلاً جهداً جهيداً في هذا السبيل ومتخطياً مشاكل خطيرة كان من شأنها أن تعصف بالمشروع لولا إصراره ودعم المسؤولين له .

كما كان تشكيل بيت التمويل الكويتي في أواخر السبعينات خطوة مهمة أخرى ، وكذلك شكل إنشاء بنك البحرين الإسلامي دفعة جديدة ، وهكذا جاءت التجارب السودانية والباكستانية والماليزية والسعودية والإندونيسية والمصرية وغيرها .

ولكن أهم خطوة عملية على الإطلاق تمثلت في إنشاء البنك الإسلامي للتنمية تنفيذاً للقرار الصادر من مؤتمر وزراء مالية البلدان الإسلامية الذي عقد في مدينة جدة في ذي القعدة من عام ١٤٩٣هـ (ديسمبر / كانون الأول ١٩٧٣م) ، تلاه انعقاد مجلس المحافظين في شهر رجب عام ١٣٩٥هـ (٢٠ أكتوبر / تشرين أول ١٩٧٥م) وتم افتتاحه رسمياً في ١٥ شوال ١٣٩٥هـ ، ويعتبر ذلك أحد أهم إنجازات منظمة المؤتمر الإسلامي الاقتصادية .

وأنشئ بنك فيصل السوداني عام ١٩٧٧ م ، والاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية في نفس العام ، في حين أنشئ بنك فيصل الإسلامي المصري وبيت التمويل الكويتي وبنك البحرين الإسلامي عام ١٩٧٨ م ، وأنشئ المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية في مصر عام ١٩٧٩ م ، وفي الثمانينات أسس الأمير محمد الفيصل مجموعة تحت عنوان (دار المال) ومركزها جنيف وأنشئ بنك ماليزيا الإسلامي عام ١٩٨٢ م ، وأسس الشيخ صالح كامل مجموعة (البركة) ، وكذلك بنك بنجلاديش الإسلامي وبنك قطر الإسلامي عام ١٩٨٣ م ، وهكذا تأسست شركة الراجحي ، وانتشرت بعد ذلك المصارف الإسلامية والمؤسسات المالية الأخرى كشركات الاستثمار والتجارة والتكافل والتأمين وغيرها في مختلف أنحاء العالم الإسلامي وخارجه من إندونيسيا إلى غرب أفريقيا ومن تركيا إلى الولايات المتحدة الأمريكية مما يثبت نجاح هذه التجربة المباركة .

وقد بلغت هذه البنوك في آخر القرن العشرين إلى مستوى ألفي بنك ومؤسسة مالية في أكثر من ٢٥ قطراً وجذبت إليها خلال تلك المدة ١١٢ مليار دولار أمريكي خلال عام ١٩٩٧ م.

وقامت بعض الدول بتغيير نظامها المصرفي كله كما في باكستان عام ١٩٧٧ م ، وإيران عام ١٩٨٢ م ، والسودان عام ١٩٨٥ م ، واستمرت التجربة بنجاح حتى تم تشكيل الجمعية العامة للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية . وقد عقدت أول اجتماع لها في واشنطن سنة ٢٠٠٢ م ، أما الاجتماع الثاني فقد تم عقده في ٢٢ سبتمبر ٢٠٠٣ م في دبي .

وهكذا بدأت بعض البنوك كبنك الشارقة تغير هيكلتها لتتحول إلى الحالة الإسلامية المطلوبة . وقد ذُكر أن حجم التوظيف في المؤسسات المالية والبنوك الإسلامية قد بلغ إلى مستوى ٤٠٠ مليار دولار مما دفع بعض البنوك الكبرى لفتح نوافذ إسلامية لها وقد تطور عملها حتى راح يضاهي عمل البنوك الإسلامية .

وهكذا ارتفع معدل الودائع بشكل مطرد ولاقت هذه البنوك إقبالاً منقطع النظير من المسلمين . وقد ذكر الدكتور أحمد محمد علي ، رئيس البنك الإسلامي للتنمية ، وهو أحد الرواد في هذا المجال بعض أنماط الإقبال في التجربة الإندونيسية والتجربة الماليزية (تجربة تابونق حجي) مما يدل على هذا الإقبال الكبير^(١) .

دور المجامع الفقهية وغيرها في دعم المسيرة فقهياً

وقد شكل قيام مجمع الفقه الإسلامي الدولي وبعض المؤسسات العالمية الإسلامية الأخرى دعماً كبيراً لهذه المسيرة .

أما مجمع الفقه الإسلامي الدولي فقد قام في دوراته العشر الأولى بما يلي :

(١) دور البنوك الإسلامية في عملية التنمية : ص ١٥ .

أولاً : في الدورة الثانية التي انعقدت بجدة (المملكة العربية السعودية) في الفترة من ١٠ إلى ١٦ ربيع الآخر ١٤٠٦هـ / ٢٢ - ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥م

- (١) درس المجمع الاستفتاءات المهمة التي قدمها البنك الإسلامي للتنمية حول (رسم الخدمة في القروض ، عمليات الإيجار ، عمليات البيع لأجل مع تقسيط الديون ، عمليات التجارة الخارجية ، حكم الفوائد المتجمعة من إيداع البنك أمواله في المصارف العالمية) وأجل إبداء النظر فيها للدورة القادمة .
- (٢) درس الاستفتاءات التي قدمها المعهد العالمي للفكر الإسلامي بواشنطن ، وأجل إبداء النظر فيها إلى الدورة القادمة .
- (٣) درس مسألة (زكاة الديون) وأعطى رأيه فيها .
- (٤) درس مسألة (زكاة العقارات والأراضي المأجورة غير الزراعية) وأعطى رأيه فيها .
- (٥) درس مسألة (التأمين وإعادة التأمين) وأعطى رأيه فيها .
- (٦) درس مسألة (التعامل المصرفي بالفوائد) ورفضها بتاتا .
- (٧) درس مسألة (خطاب الضمان) وأبدى رأيه .

ثانياً : في الدورة الثالثة التي انعقدت بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية) في الفترة من ٨ إلى ١٣ صفر ١٤٠٧هـ / ١١ - ١٦ أكتوبر ١٩٨٦م

- (١) أجب على استفسارات البنك الإسلامي للتنمية .
- (٢) طرح مسألة (زكاة الأسهم) وأجلها إلى الدورة التالية .
- (٣) طرح مسألة (توظيف الزكاة) وأبدى رأيه فيها .
- (٤) طرح مسألة (جواز صرف الزكاة لصالح صندوق التضامن الإسلامي) وأجلها .
- (٥) طرح مسألة (أحكام النقود الورقية) وأبدى رأيه فيها ، وكذلك موضوع (تغير قيمة العملة) وأجل النظر فيه إلى الدورة التالية .
- (٦) طرح مسألة (سندات المقارضة وسندات الاستثمار) وأجل النظر فيها .
- (٧) أجب على (استفسارات المجمع العالمي للفكر الإسلامي بواشنطن) بإرسال ما أعد من إجابات إليه .

ثالثاً : في الدورة الرابعة التي انعقدت بجدة (المملكة العربية السعودية) في الفترة من ١٨ إلى ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨هـ / ٦ - ١١ فبراير ١٩٨٨م

- (١) أعلن رأيه في مسألة (صرف الزكاة لصالح صندوق التضامن الإسلامي) .
- (٢) طرح مسألة (انتزاع الملكية للمصلحة العامة) وأبدى رأيه فيها .
- (٣) أبدى رأيه في مسألة (سندات المقارضة وسندات الاستثمار) .
- (٤) درس مسألة (بدل الخلو) وأبدى رأيه فيها .

**رابعاً : في الدورة الخامسة التي انعقدت بالكويت في الفترة من ١ إلى ٦ جمادى الأولى
١٤٠٩هـ/ ١٠ - ١٥ ديسمبر ١٩٨٨م**

- (١) درس مسألة (بيع الحقوق المعنوية) وأصدر رأيه فيها .
- (٢) درس مسألة (الوفاء بالوعد والمرابحة للأمر بالشراء) وأبدى رأيه فيها .
- (٣) أصدر رأيه في مسألة (تغير قيمة العملة الورقية) .
- (٤) درس صور (الإيجار المنتهي بالتمليك) وأبدى رأيه في بعضها ، وأجل النظر في البعض الآخر .
- (٥) درس مسألة (التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها) وأجل النظر فيها .
- (٦) طرح مسألة (تحديد أرباح التجار) وأبدى رأيه فيها .

**خامساً : في الدورة السادسة التي انعقدت بجدة (المملكة العربية السعودية) في الفترة من
١٧ إلى ٢٣ شعبان ١٤١٠م/ ١٤ - ٢٠ مارس ١٩٩٠م**

- (١) أصدر رأيه في موضوع (التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها) .
- (٢) أصدر رأيه في موضوع (البيع بالتقسيط) .
- (٣) طرح موضوع (إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة) وأعلن رأيه فيه .
- (٤) درس مسألة (القبض) وبالخصوص (صورته الحديثة) وقرر الرأي فيها .
- (٥) طرح موضوع (الأسواق المالية) وأبدى رأيه ، وكذلك درس موضوع (السندات) وأبدى رأيه فيه .

**سادساً : في الدورة السابعة التي انعقدت بجدة (المملكة العربية السعودية) في الفترة من ٧
إلى ١٢ ذو القعدة ١٤١٢هـ/ ٩ - ١٤ مايو ١٩٩٢م**

- (١) في مجال (الأسواق المالية) وضع رأيه في (الأسهم بأنواعها واختلاف أحكامها) ثم أعلن رأيه في (الاختيارات) و (التعامل بالسلع والعملات والمؤشرات) ووضح البديل الشرعي ، و (بطاقات الائتمان) .
- (٢) درس (البيع بالتقسيط) وقرر أحكامه .
- (٣) درس (عقد الاستصناع) وأعلن رأيه فيه .
- (٤) درس (بيع الوفاء) وأصدر رأيه فيه .

**سابعاً : في الدورة الثامنة التي انعقدت ببندر سري بيجوان (بروناي دارالسلام) في الفترة
من ١ إلى ٧ محرم ١٤١٤هـ/ (٢١ - ٢٧ يوليو ١٩٩٣م**

- (١) درس (بيع العربون) وأصدر حكمه فيه .
- (٢) درس (عقد المزايدة) وأصدر حكمه فيه .
- (٣) درس بعض التطبيقات الشرعية لإقامة السوق الإسلامية ، فذكر بقراراته السابقة ودعا الباحثين لاستكمال البحث .

- (٤) درس (قضايا العملة والربط القياسي للأجور ومسألة السداد وأمثال ذلك) وأبدى رأيه فيها .
- (٥) درس بعض (مشاكل البنوك الإسلامية) ، وقرر إرجاع ثلاثة محاور منها للباحثين .
- (٦) درس موضوع (المشاركة في أسهم الشركات المساهمة المتعاملة بالربا) وأجل إبداء الرأي فيه .
- (٧) درس موضوع (بطاقات الائتمان) وأجل النظر فيه .

ثامناً : في الدورة التاسعة التي انعقدت في أبوظبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) في الفترة من ١ إلى ٦ ذو القعدة ١٤١٥هـ / ١ - ٦ إبريل ١٩٩٥م

- (١) طرح مسألة (تجارة الذهب والحلول الشرعية لاجتماع الصرف والحوالة) وأرجأ اتخاذ بعض القرارات .
- (٢) درس (عقد السلم وبعض تطبيقاته المعاصرة) .
- (٣) درس مسألة (الودائع المصرفية) وبيّن رأيه فيها .
- (٤) طرح موضوع (الاستثمار في الأسهم والوحدات الاستثمارية) وأجل إبداء الرأي فيها .
- (٥) درس (عقد المناقصة) وأجل إبداء الرأي فيه .
- (٦) درس (قضايا العملة) واتخذ قراره فيها .

تاسعاً : في الدورة العاشرة التي انعقدت بجدة (المملكة العربية السعودية) في الفترة من ٢٣ إلى ٢٨ صفر ١٤١٨هـ / ٢٨ يونيو - ٣ يوليو ١٩٩٧م

درس (بطاقة الائتمان) واصر بعض التوصيات حولها ، ونكتفي إلى هنا بما جرى في الدورات العشر الأولى ، لنوضح الدور الكبير الذي قام به مجمع الفقه الإسلامي الدولي في هذا المجال .

أدوار أخرى لمجامع دولية أخرى

ونحن إذ ركزنا على بعض دورات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، لا نريد أن نتناسى دور مجامع أخرى عاملة في هذا المجال ، فهناك هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية التي تأسست في ٢٦ فبراير عام ١٩٩٠م في الجزائر واتخذت من البحرين مقراً لها ، هذه الهيئة من خلال مجلسها الشرعي وضعت العشرات من المعايير الشرعية للعقود والمعاملات المصرفية . وقد انضم إلى هذه الهيئة أكثر من مائتي مؤسسة .

وكذلك هناك مؤسسة الخدمات المالية الإسلامية وتتخذ من ماليزيا مقراً لها ، وقد انضم لها أكثر من ١٩٠ مصرفاً من البنوك المركزية والبنوك الكبرى حتى غير

الإسلامية، ولكنها تقدم خدمات مالية إسلامية ، وتقوم هذه المؤسسة بتقديم إرشادات إدارية لها وفق المعايير الشرعية .

ونحن نقدر لهيئات أخرى دورها في هذا السبيل .

ثانياً : التحديات الاجتماعية والفكرية التي وضعها الفكر العلماني ، وشجع عليها الاستعمار ، ودعمتها النظم المستبدة في العالم الإسلامي

وهذه حقيقة لا ينكرها إلا مكابر ، فقد شجع الاستعمار القادة في العالم الإسلامي على الاقتراض بفوائد عالية لإقامة بعض المشاريع وربط دولهم به واستعمارهم اقتصادياً ، وانتشر الفساد المالي ، وكثر المرابون وخصوصاً اليهود . وقد كان لنفوذهم الأثر الكبير في تقنين الربا وقيام المحاكم بإتباع هذا القانون . وهكذا قام الغرب وعملاؤه بنشر الفكر العلماني المعادي للإسلام وأحكامه ولكل تحرك يدعو للعودة للإسلام ، وقامت البنوك الغربية بدور خبيث في هذا المجال ، وقد أقنعت المسلمين - كما يقول بعض الباحثين- بأن هناك عدم استقرار في البلاد العربية الإسلامية ، فمن المفضل أن تستثمر أموالها في الغرب ، كما أكدت لهم أنه لا يوجد في العالم الإسلامي من يستطيع استثمار الأصول بشكل صحيح ، وبالتالي غرست في ذهن المسلمين أن تطورهم متوقف على تطبيق القوانين الغربية ، وأن الإسلام ما عاد يصلح للتطبيق والتطوير^(١) .

ولذلك شهدنا مقاومة من هذه الفئات العلمانية والحكومات العلمانية لكل تجربة إسلامية ومنها التجربة المصرفية الإسلامية ، وكثرت التعليقات والانتقادات والشبهات حولها ، وبالتالي قامت بعض الحكومات بوضع العراقيل أمامها ، وما زلنا لليوم نشهد ذيول حملة التشهير والتشكيك والمنع .

ومن هنا فإن على المجامع الفقهية والدولية منها بالخصوص عبئاً ثقيلاً في تثقيف الجماهير ودعوة الحكومات لرفع الموانع أمام هذه المسيرة ، ولا ريب في أن ما تملكه هذه المجامع من سمعة ونفوذ سوف يترك أثره في هذا المجال .

وهذا بالضبط ما قام به مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، فقد أصدر في دورته السابعة بتاريخ ٧ ذي القعدة ١٤١٢ هـ / ٩ مايو ١٩٩٢ م قراراً حول الغزو الفكري للعالم الإسلامي جاء فيه :

قرار رقم: ٦٩ (٧/٧) بشأن الغزو الفكري

(١) راجع ص ٧٨٨ من كتاب مقالات ندوة ترشيد مسيرة البنوك الإسلامية ، المنعقدة في دبي في ٢٩ رجب ١٤٢٦ هـ / ٣ سبتمبر ٢٠٠٥ م .

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧- ١٢ ذي القعدة ١٤١٢ الموافق ٩ - ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع الغزو الفكري، والتي بينت بداية هذا الغزو وخطورته وأبعاده وما حققه من نتائج في بلاد العرب والمسلمين، واستعرضت صوراً مما أثار من شبه ومطاعن، ونفذ من خطط وممارسات، استهدفت زعزعة المجتمع المسلم ووقف انتشار الدعوة الإسلامية، كما بينت هذه البحوث الدور الذي قام به الإسلام في حفظ الأمة وثباتها في وجه هذا الغزو وكيف أحبط كثيراً من خططه ومؤامراته، وقد اهتمت هذه البحوث ببيان سبل مواجهة هذا الغزو وحماية الأمة من كل آثاره في جميع المجالات وعلى كل الأصعدة،

وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول هذه البحوث،

يوصي بضرورة ما يلي :

- (١) العمل على تطبيق الشريعة الإسلامية واتخاذها منهجاً في رسم علاقاتنا السياسية المحلية منها والعالمية.
- (٢) الحرص على تنقية مناهج التربية والتعليم والنهوض بها بهدف بناء الأجيال على أسس تربوية إسلامية معاصرة وبشكل يعدّهم الإعداد المناسب الذي يبصرهم بدينهم ويحصنهم من كل مظاهر الغزو الثقافي.
- (٣) تطوير مناهج إعداد الدعاة من أجل إدراكهم لروح الإسلام ومنهجه في بناء الحياة الإنسانية بالإضافة إلى اطلاعهم على ثقافة العصر ليكون تعاملهم مع المجتمعات المعاصرة عن وعي وبصيرة.
- (٤) إعطاء المسجد دوره التربوي المتكامل في حياة المسلمين لمواجهة كل مظاهر الغزو الثقافي وآثاره وتعريف المسلمين بدينهم التعريف السليم الكامل.
- (٥) رد الشبهات التي أثارها أعداء الإسلام بطرق علمية سليمة بثقة المؤمن بكمال هذا الدين دون اللجوء إلى أساليب الدفاع التبريري الضعيف.
- (٦) الاهتمام بدراسة الأفكار الوافدة والمبادئ المستوردة والتعريف بمظاهر قصورها ونقصها بأمانة وموضوعية.
- (٧) الاهتمام بالصحة الإسلامية ودعم المؤسسات العاملة في مجالات الدعوة والعمل الإسلامي لبناء الشخصية الإسلامية السوية التي تقدم للمجتمع الإنساني صورة مشرقة للتطبيق الإسلامي على المستوى الفردي والجماعي وفي كل مجالات الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية.

(٨) الاهتمام باللغة العربية والعمل على نشرها ودعم تعليمها في جميع أنحاء العالم باعتبارها لغة القرآن الكريم واتخاذها لغة التعليم في المدارس والمعاهد والجامعات في البلاد العربية والإسلامية.

(٩) الحرص على بيان سماحة الإسلام وأنه جاء لخير الإنسان وسعادته في الدنيا والآخرة. وبحيث يكون ذلك على المستوى العالمي وباللغات الحية جميعها.

(١٠) الاستفادة الفاعلة والمدرسة من الأساليب المعاصرة في الإعلام مما يمكن من إيصال كلمة الحق والخير إلى جميع أنحاء الدنيا ودون إهمال لكل وسيلة متاحة.

(١١) الاهتمام بمواجهة القضايا المعاصرة بحلول إسلامية والعمل على نقل حلول الإسلام لهذه المشكلات إلى التنفيذ والممارسة لأن التطبيق الناجح هو أفضل طرق الدعوة والبيان.

(١٢) العمل على تأكيد مظاهر وحدة المسلمين وتكاملهم على كل الأصعدة وحل خلافاتهم ومنازعاتهم فيما بينهم بالطرق السلمية وفق أحكام الشريعة المعروفة، إفساداً لمخططات الغزو الثقافي في تفتيت وحدة المسلمين وزرع الخلافات والمنازعات بينهم.

(١٣) العمل على بناء قوة المسلمين واكتفائهم الذاتي اقتصادياً وعسكرياً.

(١٤) مناقشة الدول العربية والإسلامية مناصرة المسلمين الذين يتعرضون للاضطهاد في شتى بقاع الأرض ودعم قضاياهم ودرء العدوان عنهم بشتى الوسائل المتاحة.

ويوصي أيضاً بما يلي :

استمرار الأمانة العامة للمجمع بالاهتمام بطرح أهم قضايا هذا الموضوع في لقاءات المجمع وندواته القادمة نظراً لأهمية موضوع الغزو الفكري وضرورة وضع استراتيجية متكاملة لمجابهة مظاهره ومستجداته ويمكن البدء بقضيتي التصير والاستشراق في الدورة القادمة.

والله الموفق ؛؛

كما أصدر المجمع القرار رقم ٤٨ (٥/١٠) بشأن (تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية) حيث جاء فيه :

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ٦ - ١ جمادى الأولى ١٤٠٩ الموافق ١٠ - ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨م،

بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، وبمراعاة أن مجمع الفقه

الإسلامي الدولي الذي انبثق عن إرادة خيرة من مؤتمر القمة الإسلامية الثالث بمكة المكرمة، بهدف البحث عن حلول شرعية لمشكلات الأمة الإسلامية وضبط قضايا حياة المسلمين بضوابط الشريعة الإسلامية، وإزالة سائر العوائق التي تحول دون تطبيق شريعة الله، وتهيئة جميع السبل اللازمة لتطبيقها، إقراراً بحاكمية الله تعالى، وتحقيقاً لسيادة شريعته، وإزالة للتناقض القائم بين بعض حكام المسلمين وشعوبهم، وإزالة لأسباب التوتر والتناقض والصراع في ديارهم، وتوفيراً للأمن في بلاد المسلمين،

قرر ما يلي :

إن أول واجب على من يلي أمور المسلمين تطبيق شريعة الله فيهم ، ويناشد جميع الحكومات في بلاد المسلمين المبادرة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية وتحكيمها تحكيمياً تاماً كاملاً مستقراً، في جميع مجالات الحياة، ودعوة المجتمعات الإسلامية، أفراداً وشعوباً ودولاً، للالتزام بدين الله تعالى، وتطبيق شريعته، باعتبار هذا الدين عقيدة وشريعة وسلوكاً ونظام حياة.

ويوصي بما يلي :

- أ - مواصلة المجمع الأبحاث والدراسات المتعمقة في الجوانب المختلفة لموضوع تطبيق الشريعة الإسلامية، ومتابعة ما يتم تنفيذه بهذا الشأن في البلاد الإسلامية.
- ب - التنسيق بين المجمع وبين المؤسسات العلمية الأخرى التي تهتم بموضوع تطبيق الشريعة الإسلامية، وتعد الخطط والوسائل والدراسات الكفيلة بإزالة العقبات والشبهات التي تعيق تطبيق الشريعة في البلاد الإسلامية.
- ج - تجميع مشروعات القوانين الإسلامية التي تم إعدادها في مختلف البلاد الإسلامية ودراستها للاستفادة منها.
- د - الدعوة إلى إصلاح مناهج التربية والتعليم ووسائل الإعلام المختلفة، وتوظيفها للعمل على تطبيق الشريعة الإسلامية، وإعداد جيل مسلم يحتكم إلى شرع الله تعالى.
- هـ - التوسع في تأهيل الدارسين والخريجين من قضاة ووكلاء نيابة ومحامين لإعداد الطاقات اللازمة لتطبيق الشريعة الإسلامية.

والله الموفق ؛؛

وما فتئ المجمع يركز في قراراته على هذه النقطة المهمة ؛ ففي قراره رقم ١٠ بتاريخ ٢٢ ديسمبر ١٩٨٥ حول التعامل المصرفي بالفوائد يقول :

ثالثاً: قرر المجمع التأكيد على دعوة الحكومات الإسلامية إلى تشجيع المصارف التي تعمل بمقتضى الشريعة الإسلامية، والتمكين لإقامتها في كل بلد

إسلامي لتغطي حاجة المسلمين كي لا يعيش المسلم في تناقض بين واقعه ومقتضيات عقيدته.

والله أعلم؛؛

كما أوصى في آخر دورته السادسة بدعوة المسلمين في كل مكان إلى التضامن واتحاد الكلمة والتزام الحلول الإسلامية لمشكلاتهم ، وقيامهم بتقديم الإسلام للعالم كحل لمعضلاته .

وكل هذه القضايا أمور تركز عليها المجامع الأخرى .

ثالثاً: التحديات الرقابية

في البحث القيم الذي قدمه الدكتور أشرف محمد دوابه عن علاقة البنك المركزي المصري بالبنوك الإسلامية^(١) يتوضح كاملاً الدور الرقابي للبنك المركزي عموماً والتحديات التي تواجه البنوك الإسلامية تقريباً في كل الدول التي لا يبتني نظامها المصرفي على الإسلام (كما هو الحال في إيران وباكستان والسودان) ، أو لا يوجد فيها قانون خاص ينظم عمل البنوك الإسلامية (كما في الأردن وماليزيا) ، وإنما تتعامل السلطات الإشرافية كالبنك المركزي مع البنوك ، سواء كانت تقليدية أو إسلامية على حد سواء .

ويتلخص هذا الدور في أمرين رئيسيين :

الأول : رقابي بصفة البنك المركزي مسؤولاً عن السياسة النقدية والائتمانية والمصرفية للدولة .

الثاني : تمويلي باعتباره المسعف الأخير .

ويختلف الحال بين البنوك التقليدية والبنوك الإسلامية ، فالبنوك التقليدية يبتني نظامها على مبدأ جعل النقود سلعة لها قيمة مالية ، في حين يبتني نظام البنوك الإسلامي على علة اختراع النقود وهي كونها وسيلة المعايضة بين الأموال والمنافع ، وأساساً على الربح والخسارة ، ومن هنا تتواجد تحديات يمكن تلخيص أهمها بما يلي :

(أ) الاحتياطي النقدي : حيث يلزم البنك المركزي البنوك كلها بالاحتفاظ في حساب خاص لديه بدون عائد بأرصدة دائنة بنسبة لا تقل عن ١٤٪ مما لديها من أرصدة بالعملة المحلية و ١٠٪ من جملة الودائع بالدولار يستثمرها البنك المركزي بعائد ، وذلك بسعر الإيداع في سوق لندن .

(١) مقالات ندوة ترشيد المسيرة المصرفية الإسلامية بدبي ، مصدر سابق : ص ٧٣٠ .

والهدف هو السيطرة على قدرة البنوك على خلق النقود من خلال التحكم في حجم الائتمان الذي تستطيع أن تمنحه هذه البنوك ، وبالتالي تتم السيطرة على التضخم ، وحماية أموال المودعين .

ومن الواضح أن البنك الإسلامي لا يلتزم برد رؤوس الأموال المودعة ، فهي غير مضمونة وإنما تتبع النتائج الفعلية للأرباح أو الخسائر ، وهو يستخدمها في استثمارات حقيقية ولا يتجه للإقراض النقدي . فقدرته على خلق النقود ليست كبيرة ولا داعي لتعطيل جزء من موارده وتقليل قدرته على الاستثمار . هذا بالإضافة إلى عدم إمكانه الاستفادة من سندات الخزنة الربوية ، وكذلك فهو لا يستطيع الاستفادة الحقيقية من فائدة سعر الإيداع في سوق لندن ، وإنما عليه أن يصرفها إلى وجوه الخير .

ويرى الدكتور داود بكر في بحثه المقدم إلى ندوة مجلس الخدمات المالية في المدينة المنورة أن بعض البنوك المركزية قد تفرض متطلبات رأسمال أكبر باعتبار أن البنوك التقليدية لا تواجه إلا مخاطر الائتمان ، في حين أن البنوك الإسلامية مثلاً في عقد الإجارة المنتهية بالتأميل قد تتعرض لمخاطر سعر السلعة المستأجرة + مخاطر الملكية كالضرر المادي والمعنوي الناتج من العين والذي قد يصيب شخصاً ثالثاً ، وكذلك مخاطر الإنهاء المبكر من قبل العميل وهو مخالف للعقد ، ولكن يجب أن يتحمل البنك العواقب .

ومن هنا ينبغي ألا تكلف البنوك الإسلامية بتقديم الاحتياطي إلا في مجال الودائع الجارية وهي مضمونة لأنها قروض . ومن هنا جاء نداء مجمع الفقه الإسلامي الدولي في ختام دورته الثامنة للبنوك المركزية حيث ورد فيه :

« يوصي مجلس المجمع بمواصلة البنوك الإسلامية الحوار مع البنوك المركزية في الدول الإسلامية لتمكين البنوك الإسلامية من أداء وظائفها في استثمار أموال المتعاملين معها في ضوء المبادئ الشرعية التي تحكم أنشطة البنوك وتلائم طبيعتها الخاصة . وعلى البنوك المركزية أن تراعي متطلبات نجاح البنوك الإسلامية للقيام بدورها الفعال في التنمية الوطنية ضمن قواعد الرقابة بما يلائم خصوصية العمل المصرفي الإسلامي » .

(ب) السيولة النقدية : حيث يلزم البنك المركزي البنوك بضرورة الاحتفاظ ببعض الأصول ذات السيولة العالية بحيث يمكن تحويلها إلى سيولة نقدية إذا زادت حركة السحب عن المعدل . ولكننا إذا نظرنا لطبيعة عمل البنوك الإسلامية القائمة على المشاركة في العُثم والعُرم ، والعقود اللازمة نجدها أقل تعرضاً لهذه الحالة ، وكذلك فإن توظيفاتها ليست قروضاً آتمانية وإنما هي ترتبط بالعملية الإنتاجية .

هذا بالإضافة لعدم تمكنها من الاحتفاظ بسندات الخزينة الربوية وأمثالها مما يمكن للبنوك التقليدية القيام به . وربما أثبت عليها عائداً ، الأمر الذي لا يمكن أن تقوم به البنوك الإسلامية ، وكل هذا يتطلب ملاحظة هذا الوضع في مكونات نسبة السيولة

ومراعاة طبيعة الودائع الاستثمارية وطبيعة توظيفات الأموال وطبيعة عناصر الموجودات السائلة مما هو منضبط بالضوابط الشرعية ، وأمثال ذلك مما يعطي البنوك الإسلامية القدرة الأكبر على الاستثمار . وقد أشارت توصية مجمع الفقه الإسلامي الدولي المتقدمة إلى قيام هذه البنوك بإدارة السيولة بنحو أحسن ولزوم إيجاد سوق تجارية بديلة لتبادل السلع بين البلدان الإسلامية وبعض الحلول الأخرى .

والملاحظ أن سياسات البنوك المركزية قد تكون إدارية لا علاقة لها بالشرعية ، فيجب الالتزام بها ، أو تكون مالية مرتبطة بكفاية رأس المال ، وقد تقرض المؤسسات المالية بفائدة لكي تتحقق مقتضيات (بازل) لغرض تحسين السيولة ، ولكن يعتبر القرض رأسمال من الدرجة الثانية وأدنى مما يسمى بالديون الممتازة والعادية ، وهذا سيوقع المؤسسات الإسلامية في حرج ، ومن هنا يجب توفير آلية ملائمة للشرعية من قبيل قيام البنك المركزي بتقديم المال وجعل البنك الإسلامي (وكيلاً في الاستثمار) مثلاً .

وقد لوحظ أن بعض المؤسسات الإسلامية أخيراً عانت من عدم التوازن بين الأصول والالتزامات نتيجة لسحب من الودائع ، وعدم توفر السيولة اللازمة مما جعلها بحاجة لدعم مالي ، الأمر الذي يتطلب قيام سوق إسلامية منظمة بين المؤسسات الإسلامية (وهو موجود في ماليزيا برعاية البنك المركزي) ويستطيع هذا السوق أن يستعمل مختلف المنتجات التمويلية الإسلامية لإبقاء حيوية العمل المصرفي الإسلامي وجلب المودعين والمستثمرين ، من قبيل : صكوك المشاركة والإجارة والاستصناع . وقد راحت بعض هذه المؤسسات تبحث عن (بدائل شرعية) إما عن طريق المراجعة أو الوكالة ، وهذه من قضايا الرقابة المركزية ، وقد تؤدي إلى إجهاد النظام المركزي باعتبار وجود علاقة مهمة بين عنصر السيولة وعنصر ثقة العامة .

ولكن الذي قد يعوّض عن زعزعة الثقة هو هذا الانسجام بين ما تقوم به هذه المؤسسات وما يؤمن به الشعب من قيم شرعية .

كما يمكننا أن نفترض قيام البنوك المركزية بتقديم قروض حسنة دون فائدة ، رعاية لهذه القيم الشرعية وهي مضمونة بكل وسائل الضمان .

وعلى أي حال فإن للمجامع الفقهية أن تبحث باستمرار عن البدائل الشرعية المناسبة لدعم المسيرة المباركة .

ويمكن أن تلعب بعض المؤسسات الإسلامية من قبيل مؤسسة الخدمات المالية الإسلامية دور الوسيط . وهذه فكرة تحتاج إلى عناية وتأمل .

إننا بحاجة ماسة إلى معادلات ونظم تقوي المؤسسات الإسلامية لكي تستطيع أن تتحدى النظام التقليدي حتى في البيئة التقليدية من حيث قدرة رأس المال ، وسعة الخدمات

والتسهيلات المقدمة للعملاء ، وتنوعها وقدرتها الاقتصادية ودقة الإفصاحات المقدمة ، وتكوين احتياطات لمواجهة المخاطر المحتملة .

وأخيراً فإننا ندعو المجامع الفقهية لتوجيه دعوة لكل الدول الإسلامية لتقوم بإصدار قانون خاص ينسجم مع الشريعة ينظم عمل المصارف الإسلامية ويتضمن مثلاً :

(١) تطبيق سياسة الاحتياطي القانوني على خصوص الحسابات الجارية دون الاستثمارية .

(٢) إيجاد نظام تعاوني بين هذه البنوك والبنك المركزي بعيد عن آلية سعر الفائدة .

(٣) إيجاد سوق مالية نشطة بين هذه المؤسسات .

(٤) إيجاد نظام يشبه سندات الخزينة دون فائدة .

(٥) السماح للبنوك الإسلامية بالتعامل بالأصول المنقولة والثابتة .

(٦) اتباع سياسة المسعف الأخير ولكن دون أخذ فائدة ، وغير ذلك .

رابعاً : التحديات القانونية

تحدثنا في مطلع الكلام عن التحديات العلمانية عن الدور الذي لعبه الاستعمار وعملاؤه في إيجاد اتجاه معادٍ للإسلام ومصالح الأمة . وكان من أخبث الأدوار الإستراتيجية للاستعمار نشر القوانين الوضعية وإبعاد الأمة عن الأحكام الإسلامية .

وتعترف مُنظرة إستراتيجية غربية هي اليوم في أحد مراكز القرار الأمريكي وهي (شيرين هانتر)^(١) بأن العلمانية فرضت فرضاً خلال الأعوام ١٩٢٠ - ١٩٧٠ ولكنها لم تحقق المقصود . وربما كان المقصود محو الإسلام من الحياة ، والحقيقة أن الغرب ما زال يحاول استدامة سياسته وكفى شاهداً اليوم أن روسيا ويدعمها الغرب فرضت نُظماً علمانية شديدة السوء على الشعوب التي استقلت عنها .

وعلى أي حال فإن تلك القوانين شكلت عقبة كأداء في وجه عودة النُظم الإسلامية إلى الحياة ، ومنها النظام الاقتصادي الإسلامي . ومن هنا نقول إن التحديات القانونية لا تقل أثراً عن باقي التحديات وتتجلى في أمرين :

(١) الإجراءات التقليدية ، فإن المنتجات الإسلامية الشرعية لا تتسجم مع القوانين سواء في مضمونها أو في إجراءات المرافعات أمام المحاكم ؛ فبعض القوانين لا تقر عقد (المضاربة) الذي يكون فيه البنك مضارباً والمودعين أصحاب رأس المال ، فهذه القوانين تفرض ضمان الودائع من قبل المصرف حتى لو كان إسلامياً .

(١) كتاب الإسلام والغرب ، تعريب زينب شوريا .

(٢) عدم إفصاح هذه القوانين عن أن ضوابط هذه المؤسسات أو أحكام الشريعة لها الأولوية إن تعارضت مع إحدى مواد القانون .

نعم ، رأينا القانون الماليزي ينص على هذه الأولوية ، ولكنه لا يفصح عن مداها مما يسبب بعض المشاكل^(١) .

وكمثال على هذا التعارض تركز السيدة رابعة عدوية في محاضرتها في ندوة المدينة المشار إليها على أن القانون لا يقول بمبدأ الفصل بين (صندوق التكافل) و (صندوق حملة الأسهم) في التأمين التعاوني . ومن هنا راحت تدرس بعض الحلول على ضوء بعض القوانين . وقد ذكرت أن القانون السوداني الصادر عام ٢٠٠٣م وإن لم ينص على الفصل ولكنه يتم عبر الممارسة العملية بعد وجود إشراف كامل للهيئة العليا للرقابة الشرعية .

أما القانون الماليزي ، وخصوصاً قانون التكافل لعام ١٩٨٤م فإنه ينص على الفصل ولكن تعريف إعادة التكافل فيه يسبب بعض الخلط لدى المحاكم .

أما القانون السعودي فهو - كما تقول السيدة - لا يعالج معالجة وافية ملامح التأمين الإسلامي .

ولما لم يكن هناك قانون خاص بالمؤسسات الإسلامية فإنها لا تستطيع أن تحمي نفسها ، وقد تحصل مخاطر ثقة من المستثمرين وعامة الناس فيها ، وفي مدى صلاحية العقود الشرعية للتطبيق ، ويمكن اللجوء لبعض القوانين كقانون (العهدة المالية Trust) حيث تنتقل الملكية أحياناً دونما تسجيل رسمي ، فيقوم القانون بحماية أصحاب الملكية النفعية من تعسف أصحاب الملكية القانونية باعتبار أن التسجيل الرسمي إنما هو لصالحهم فقد يقوم هؤلاء في حالات الإفلاس بوضع اليد على الأصول باعتبارها مملوكة قانوناً ورسمياً لهم ، ولكن قانون (العهدة) يمنعهم من ذلك ، وقد أصدرت البحرين هذا القانون تبعاً للقانون الإنجليزي ، ولكن النقاش ما زال قائماً في الدول التي تتبع النظام الأوروبي حول جدوى قانون العهدة ، مما يجعل المستثمرين قلقين في حالات الإفلاس والعجز ، وكذلك في العقود الأخرى كما في عقد (المشاركة المتناقصة) إذ اعتبرته المحكمة بيعاً أو إقراضاً بفائدة لا مشاركة .

وما ذكرناه من مقترحات لعلاج التحديات الرقابية قد ينفع في علاج التحديات القانونية وخصوصاً قيام المجامع الفقهية بالتوصية بتعديل القوانين لصالح هذه المسيرة .

خامساً : التحديات المصطنعة من قبل المحاكم الخارجية

(١) كما يقول الأستاذ الماليزي الدكتور داود بكر .

فهذه المحاكم رغم إيمانها بمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) إلا أنها لا تسمح بتطبيق الشريعة الإسلامية مطلقاً ، أو تعمل على تأويل الشروط وفق هواها ، وهذه معضلة تواجه الصناعة المالية الإسلامية التي لها علاقات وثيقة بالنظام المصرفي الغربي .

وقد اقترح البعض صيغة مزدوجة^(١) وهي أن يقال مثلاً : " تخضع هذه الاتفاقية للقانون البريطاني إلا إذا خالفت أحكام الشريعة الإسلامية " ، وهي صيغة ينتشر استعمالها في عقود المؤسسات المالية الإسلامية ، ولكن سوابق تطبيقها في المحاكم البريطانية لم تكن منصفة ، فقد استبعدتها هذه المحاكم بدليل عدم تقنين أحكام الشريعة ، فقد ذكر القاضي البريطاني : " أن معظم القانون الإسلامي للمعاملات التجارية والمالية لم يقن في قانون أو أحكام محددة المعالم ، وإنما أسس القانون الإسلامي على الآراء المتباينة للمدارس الفقهية المختلفة التي نشأت ما بين (٧٠٠ و ٨٥٠) " . ويعلق الدكتور الخويلدي على هذا النص بقوله : " الغرابة تكمن في أن الحجة تأتي من مدرسة قانونية لا يعتمد نظامها القانوني على التقنين بل يعتمد على السوابق والأعراف " .

والحقيقة هي أن بعض التقصير يعود للمسلمين نتيجة عدم تطبيق إسلامهم ، وعدم تصريح العقد بمرجعية معينة ، والبعض الآخر يعود للخبث الغربي ، فإن ما أصدرته المجمع الفقهية يمكن أن يلبي الحاجة ، والدليل على هذا الخبث هو تأويل هذا الشرط بأنه اختياري لأنه يطرح بديلاً للقانون البريطاني !! فلا أولوية للشريعة عليه .

ومن هنا يجب عدم الإرجاع لأي قانون غربي في موردنا ، فإذا اضطرت المؤسسة المالية الإسلامية فإنه يجب التصريح الكامل بأولوية الشريعة الإسلامية والمرجعية الفقهية بكل وضوح ، كما يجب أن توضح كل المصطلحات المستعملة في العقد وكل مستلزماتها كاملاً .

ونحن نعتقد أن مجمع الفقه الإسلامي الدولي يحمل عبئاً ثقيلاً في هذا المجال لأنه يمثل كل المذاهب وكل الدول مما يصرف أي إطلاق في العقود إليه ما لم يتم التصريح بمرجعية أخرى ، وهكذا يمكننا أن نقطع الطريق على هذا التلاعب .

والله ولي التوفيق

(١) كما يقول الدكتور عبد الستار الخويلدي في ندوة المدينة .



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية آليات وصيغ

إعداد

الشيخ/ محمد أحمد حسين
المفتي العام للقدس والديار الفلسطينية
خطيب المسجد الأقصى المبارك
رئيس مجلس الإفتاء الأعلى

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، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ﴾^(١)، ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾^(٢)، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ❖ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾^(٣).

إن تأثير الدول يقاس بمدى قوة اقتصادها، فالدولة ذات الاقتصاد القوي هي التي تستطيع التأثير على غيرها، وتوجيه سياسات العالم نحو مصالحها الخاصة، وهذا ما نلمسه اليوم في سياسات الدول العظمى.

بعد فشل الحلول الاقتصادية البشرية؛ من اشتراكية ورأسمالية على حد سواء؛ فإن الأنظار تتجه الآن للحل الاقتصادي الإسلامي، كبديل ناجع لمشكلات الاقتصاد اليوم، وبما أن الاقتصاد الإسلامي هو اقتصاد رباني؛ فإنه يحمل في طياته معاني الشمول والكمال؛ لأنه من رب عالم بحاجة البشر وضروراتهم.

نظراً لاعتبار الحل الإسلامي هو المعول عليه في حل مشكلات العالم الاقتصادية، فإن على علماء الأمة أن يُشَمِّرُوا سَاعِدَ الْجَدِّ، وأن يتأهبوا لما سيلقى على عاتقهم من تكاليف عظام، ومن مسائل مستجدة بحاجة إلى حلول جذرية، وعليه؛ فإن المؤمل أن تضطلع المجامع الفقهية، ومجتهدي العصر بهذا الأمر، وأن تكثف من نشاطاتها، وتعدد من اجتماعاتها، وعلى الأمة بمؤسساتها الشعبية والرسمية دعم العلماء بكل الوسائل المتاحة لتحقيق هذه الغاية، وتقديم أشكال الدعم والمساندة لهم.

أهمية الموضوع وسبب اختياره:

حققت المؤسسات المالية الإسلامية تقدماً مضطرباً في السنوات الأخيرة، ومن أهم هذه المؤسسات المصارف الإسلامية، وقد قدر بعض الخبراء حجم الأصول في الصناعة المالية الإسلامية بنحو ٨٢٥ مليار دولار في عام ٢٠٠٩م، ووصلت نسبة النمو في هذا العام إلى

(١) آل عمران: ١٠٢.

(٢) النساء: ١.

(٣) الأحزاب: ٧٠، ٧١.

٣٠ ٪، ومن المتوقع أن ترتفع قيمة الأصول إلى تريليون دولار في عام ٢٠١٣م، وبلغ عدد المصارف الإسلامية في نهاية عام ٢٠٠٩م، نحو ٤٠٠ مصرف، موزعة على ٥٣ دولة^(١).

ولأهمية المؤسسات المالية الإسلامية، ولنموها المضطرد، ونظراً لوقوع كثير من المخالفات الشرعية في العديد من المعاملات المالية لدى بعضها، مما يشعر المتعامل بالتحايل، ويهدد استمرارها وفعاليتها، كان لا بد من دعم مسيرة هذه المؤسسات، بإيجاد الضوابط الشرعية والعملية، التي تساعد هيئات الرقابة الشرعية فيها.

وقد دعت أمانة مجمع الفقه الإسلامي الدولي مشكورة إلى عقد دورتها العشرين، تحت عنوان: "دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية... آليات وصيغ"، وقد أعد هذا البحث إليها.

الدراسات السابقة:

هناك كثير من الكتب والبحوث التي تحدثت عن المجامع الفقهية، وخاصة ما تحدثت منها عن الاجتهاد الجماعي، وهناك أيضاً كثير من الكتب والبحوث التي تعرضت للحديث عن هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية، غير أننا لم نعثر على دراسات خاصة بموضوع هذا البحث سوى بحث الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور الحسني بعنوان "دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية آليات وصيغ عملية" الذي تعرض لموضوع هذا البحث.

وكان قدم البحث المذكور للدورة السابقة للمجمع، التي عقدت في إمارة الشارقة بدولة الإمارات العربية المتحدة، والمؤمل في هذه الدورة أن تلقي الضوء على المؤسسات المالية الإسلامية، وليس فقط المصارف الإسلامية.

منهج البحث:

التزم هذا البحث عزو الأقوال إلى أصحابها، وقمت بتخريج الآيات، وأما الأحاديث؛ فإن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت بهما، ثم من الكتب الستة ومسند الإمام أحمد إن كان فيها، ونقلت أقوال العلماء في تصحيح الحديث أو تضعيفه، إن لم يكن في الصحيحين.

خطة البحث:

وقد كانت خطة البحث على النحو الآتي:

المقدمة، وفيها ذكرت أهمية البحث، وسبب اختياره، ومنهجيته، والخطة التي سار عليها.

(١) مرجعية الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، د. حسام الدين عفانة، ص٣.

وقسم البحث بعد المقدمة إلى ثلاثة مباحث وخاتمة، على النحو الآتي:-

المبحث الأول: مفهوم المجامع الفقهية.

وتضمن هذا المبحث أربعة مطالب؛ وهي:

المطلب الأول: تعريف المجامع الفقهية.

المطلب الثاني: أمثلة على بعض المجامع الفقهية.

المطلب الثالث: تحقيق المجامع الفقهية للاجتهاد الجماعي.

المطلب الرابع: كيف تؤدي المجامع الفقهية دورها المنشود؟

المبحث الثاني: هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية

واشتمل على تمهيد وخمسة مطالب، هي:

المطلب الأول: تعريف الرقابة الشرعية وأساسياتها.

المطلب الثاني: الصفة الشرعية لأعمال الرقابة.

المطلب الثالث: إلزامية قرارات المجامع الفقهية وهيئات الرقابة الشرعية.

المطلب الرابع: أهمية الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية.

المطلب الخامس: نماذج من مؤسسات مالية لديها هيئة رقابة شرعية.

المبحث الثالث: المجامع الفقهية وترشيد المؤسسات المالية الإسلامية

وفيه مطلبان؛ وهما:

المطلب الأول: إمكانية اعتبار المجامع الفقهية مرجعية شرعية للمؤسسات المالية الإسلامية.

المطلب الثاني: كيفية تفعيل دور المجامع الفقهية في ترشيد المؤسسات المالية الإسلامية.

ثم جاءت الخاتمة، وفيها أهم نتائج البحث، ثم أعقبها صياغة مشروع القرار، وثبت بالمصادر والمراجع المستخدمة في البحث.

وبعد؛

فهذا جهد المقل في هذا البحث، وما أصبت فيه فهو من الله وحده، وما أخطأت فيه فهو من نفسي والشيطان.

وأتوجه بالشكر الجزيل وعظيم الامتنان لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، وأمانته العامة الموقرة؛ لإتاحته الفرصة لي في المشاركة في دورته العشرين، وأسأل الله عز وجل أن

يجعل هذه الدورة، دورة خير وبركة، وأن يكتب لها النجاح، مؤدية الغاية التي ستعقد من أجلها.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول مفهوم المجامع الفقهية

تناول هذا المبحث تعريف المجامع الفقهية، وذكر بعض الأمثلة على المجامع الفقهية الموجودة، ومدى تحقيق المجامع الفقهية للاجتهاد الجماعي، وكيف تؤدي المجامع الفقهية دورها المنشود؟

المطلب الأول تعريف المجامع الفقهية

المجامع الفقهية في اللغة:

المجامع في اللغة: جمع مَجْمَع، من (جمع)، قال ابن فارس: "الجيم والميم والعين، أصل واحد يدل على تضام الشيء، يقال: جَمَعْتُ الشيءَ جَمْعاً"^(١)، والجَمْعُ: مصدر قولك جمعت الشيء، والجَمْعُ: المجتمعون، وجمعه جُمُوعٌ، والجماعة والجميع والمَجْمَعُ والمَجْمَعَةُ: كالجمع، والمَجْمَعُ يكون اسماً للناس وللموضع الذي يجتمعون فيه، وفي الحديث: «فَضْرِبْ بِيَدِهِ مَجْمَعٌ بَيْنَ عُنُقِي وَكَتْفِي»^(٢) أي حيث يجتمعان، وقوله تعالى: ﴿مَجْمَعُ الْبُحْرَيْنِ﴾^(٣) ملتقاهما^(٤).

والفقهية لغة: نسبة إلى الفقه، من (فقه)، قال ابن فارس: "الفاء والقاف والهاء، أصل واحد صحيح، يدل على إدراك الشيء والعلم به، تقول: فقهته الحديث أفقحه، وكل علم بشيء فهو فقه، يقولون: لا يَفْقَهُ ولا يَفْقَهُ، ثم اختص بذلك علم الشريعة، فقليل لكل عالم بالحلال والحرام: فقيه، وأفقهتك الشيء، إذا بينته لك"^(٥)، والفقه في الأصل الفهم، يقال: أوتي فلان فقهاً في الدين، أي فهماً فيه، قال الله عز وجل: ﴿لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾^(٦)، أي: ليكونوا علماء به، ودعا النبي، لابن عباس فقال: «اللهم علمه الدين، وفقهه في التأويل»^(٧) أي فهمه تأويله ومعناه^(٨).

-
- (١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس، ٤٧٩/١.
 - (٢) مسند الشاشي، ١٥٥/١، وأخرجه البخاري، بلفظ: «فَضْرِبْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِيَدِهِ، فَجَمَعَ بَيْنَ عُنُقِي وَكَتْفِي»، صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب قول الله تعالى ﴿لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِجْزَاءً﴾ البقرة: ٢٧٣، حديث رقم ١٤٠٨، ٥٣٨/٢.
 - (٣) الكهف: ٦٠.
 - (٤) انظر: مادة جمع، لسان العرب لابن منظور، ٥٣/٨ بتصرف.
 - (٥) انظر: مادة فقه، معجم مقاييس اللغة لابن فارس، ٤٤٢/٤.
 - (٦) التوبة: ١٢٢.
 - (٧) كذا ذكره ابن منظور، ورواه أحمد بلفظ: «اللَّهُمَّ فَفِّهْهُ فِي الدِّينِ، وَعَلِّمَهُ التَّأْوِيلَ»، مسند أحمد، حديث رقم ٢٣٩٧، ٢٦٦/١، وقال شعيب الأرنؤوط: إسناده قوي على شرط مسلم، ٢٢٥/٤.
 - (٨) لسان العرب لابن منظور، ٥٢٢/١٣ بتصرف.

تعريف المجامع الفقهية في الاصطلاح:

بعد الاطلاع على تعريف عدد من المجامع الفقهية بنفسها، فإنه يمكن تعريف المجمع الفقهي بأنه:- هيئة شرعية مكونة من مجموعة من علماء في مختلف التخصصات يسعون إلى إيجاد الحلول والصيغ الإسلامية للمسائل الاقتصادية، يتصفون بصفات محددة، ويقوم عملهم على أساس الاجتهاد الجماعي في المسائل المطروحة، وآلية الالتزام بأحكام الشرع، ويصدرون قراراتهم وفق منهجية يرتبها المجمع.

المطلب الثاني

نشأة المجامع الفقهية وشواهد لها

بعد انهيار الدولة العثمانية، وتقطيع أوصال الدولة الواحدة إلى دويلات شتى، وسيطرة الدول الغربية على أكثر البلاد العربية والإسلامية، ظهرت دعوات إصلاحية في أرجاء الوطن العربي، وظهرت الصحوة الإسلامية، التي كان من أهم مظاهرها، تعالي أصوات المنادين بعودة المسلمين إلى دينهم، بالرجوع إلى القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، وتعاليت الدعوات إلى تحكيم الشريعة الإسلامية، مما يستدعي الاجتهاد الفقهي لما استجد في حياة الناس، وما أفرزته الحضارة الحديثة من مسائل ومشكلات، وهو جهد كبير يفوق طاقة الأفراد، مما أدى إلى ظهور الدعوة إلى الاجتهاد الجماعي^(١).

وقد أنشئت هذه المجامع في القرن الرابع عشر الهجري، بعد أن نادى جماعة من العلماء بإنشائها، ومنهم بديع الزمان النورسي^(٢)، والطاهر بن عاشور^(٣)، وكان الشيخ مصطفى الزرقا^(٤) من أوائل من دعا إلى تأسيس المجامع الفقهية^(٥)، فقد قدّم، في مؤتمر رابطة العالم الإسلامي الذي عقد في مكة المكرمة سنة ١٣٨٤هـ، الموافق ١٩٦٤م،

- (١) انظر: الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، د. خالد حسين الخالد، ص ٢٨٦.
- (٢) سعيد بن ميرزا بن علي النورسي الملقب ببديع الزمان (١٨٧٧م - ١٩٦٠م)، أحد أبرز علماء الإصلاح الديني والاجتماعي في العصر الحاضر، ولد في قرية (نورس) الواقعة شرقي الأناضول، درس الرياضيات والفلك والكيمياء والفيزياء، ووصل فيها إلى درجة التأليف، قدم مشروعاً لإنشاء جامعة إسلامية شرقي الأناضول، ولم يلق طلبه قبولاً لدى السلطان، وكان يخطب في الجامع الأموي في دمشق، جاهد في الحرب العالمية الأولى وجرح ووقع أسيراً في يد الروس واستطاع الفرار منهم، وله مؤلفات وكتب عدة، انظر: موقع سعيد النورسي، <http://saidnur.com/arab/index.htm>
- (٣) محمد الفاضل بن محمد الطاهر، ابن عاشور (توفي ١٣٩٠هـ، الموافق ١٩٧٠م)، أديب خطيب، من طلائع النهضة الحديثة النابهيين، في تونس، مولده ووفاته بها، تخرج من المعهد الزيتوني وأصبح أستاذاً فيه فعميداً، وكان من أنشط أقرانه، دؤوباً على مكافحة الاستعمار، وألقى محاضرات في جامعات عدة، وشارك في ندوات علمية وفي بعض المؤتمرات، وشغل خطة القضاء بتونس ثم منصب مفتي الجمهورية، وهو من أعضاء المجمع اللغوي بالقاهرة ورابطة العالم الإسلامي بمكة، انظر: الأعلام للزركلي، ٦/٣٢٥.
- (٤) ولد بمدينة حلب سنة ١٣٢٢هـ، الموافق ١٩٠٤م، ودرّس في كلية الشريعة في الجامعة الأردنية عام ١٩٧١م، وظل بها حتى عام ١٩٨٩م، ساهم في التأليف والتحقيق، وقد وفقه الله لإخراج السلسلة الفقهية، وشارك في المجامع الفقهية والعلمية، وأدار الكثير من المشاريع العلمية، فهو من أوائل الذين دعوا إلى إنشاء الموسوعة الفقهية، وافته المنية بعد أذان صلاة العصر يوم السبت ١٩ ربيع الأول ١٤٢٠هـ، انظر: موقع الملتقى الفقهي، <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=3503>
- (٥) انظر: المجامع الفقهية والهيئات الشرعية في العالم الإسلامي دراسة عامة، سعد بن عبد الله السبر، ص ٢.

اقتراحاً يقضي بإنشاء مجمع فقهي، وجاء فيه: "إذا أريد إعادة الحيوية لفقهِ الشريعة بالاجتهاد الواجب استمراره شرعاً، والذي هو السبيل الوحيد لمواجهة المشكلات الزمنية الكثيرة، بحلول شرعية حكيمة، عميقة البحث، متينة الدليل، بعيدة عن الشبهات، والريب، والمطاعن، وتهزم آراء العقول الجامدة والجاحدة على السواء، فالوسيلة الوحيدة هي: اللجوء لاجتهاد الجماعة، بدلاً عن الاجتهاد الفردي، وطريقة ذلك تأسيس مجمع لفقهِ يضم أشهر فقهاء العالم الإسلامي، ممن جمعوا بين العلم الشرعي والاستتارة الزمنية، وصلاح السيرة والتقوى، ويضم إلى هؤلاء علماء موثوق بهم في دينهم من مختلف الاختصاصات الزمنية اللازمة في شؤون الاقتصاد، والاجتماع، والقانون، والطب، ونحو ذلك، ليكونوا بمثابة خبراء يعتمد الفقهاء رأيهم في الاختصاصات الفنية"^(١).

وفيما يأتي لمحة موجزة عن بعض هذه المراجع:

• الرابطة المحمدية للعلماء:

انعقد مؤتمر لعلماء المغرب في ٢٧ ربيع الأول ١٣٨٠هـ، الموافق ١٩/٩/١٩٦٠م، في فندق باليما في العاصمة الرباط، استغرقت جلساته مدة يومين، وبحثت فيه بعض المسائل الفقهية وغيرها، وضم أكثر من ثلاثمائة من علماء المغرب، وتوالت اجتماعات هذا المؤتمر حتى تاريخ ١٥ محرم ١٤٢٧هـ، الموافق ١٤/٢/٢٠٠٦م، حيث صدر الظهير الشريف^(٢) رقم ١٠٥.٢١٠، وسميت بالرابطة المحمدية للعلماء مؤسسة ذات نفع عام^(٣).

وتخضع الرابطة المحمدية للعلماء من حيث تكوينها ومهامها وتسيير أعمالها، لأحكام الظهير الشريف، الذي يعدُّ بمثابة نظامها الأساسي، وهي تسعى إلى تحقيق الأهداف الآتية:

(١) التعريف بأحكام الشرع الإسلامي الحنيف ومقاصده السامية، والعمل على نشر قيم الإسلام السمحة، وتعاليمه السامية، والموعظة الحسنة، واحترام مبادئ الوسطية والاعتدال.

(٢) المساهمة في تنشيط الحياة العلمية والثقافية في مجال الدراسات الإسلامية، من خلال توثيق أواصر التعاون والشراكة مع المؤسسات والهيئات العلمية الأخرى ذات الاهتمام المشترك.

(٣) توثيق أواصر التعاون والتواصل بين العلماء والمفكرين، والجمعيات والهيئات العلمية، والمؤسسات الثقافية الوطنية والأجنبية^(٤).

(١) تاريخ التشريع الإسلامي، مناع القطان، ص ٤٠٥.

(٢) أي المرسوم الملكي.

(٣) انظر: المجمع الفقهية والهيئات الشرعية في العالم الإسلامي دراسة عامة، سعد بن عبد الله السبر، ص ٢.

(٤) موقع الرابطة المحمدية للعلماء <http://arrabita.ma/Article.aspx>.

• مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر:

أنشئ مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر، ومقره مصر، بموجب القرار رقم (١٠٣) من قرارات الأزهر الشريف، الذي صدر عام ١٣٨١هـ، وفق ١٩٦١م، وكانت باكورة اجتماعاته في القاهرة في شوال سنة ١٣٨٣هـ، ويجتمع المجمع مرة كل شهر.

ويعدُّ المجمع الهيئة العليا للبحوث الإسلامية، ومهمتها دراسة كل ما يتصل بالمجمع من قضايا ومشكلات وفق الرؤية الإسلامية، والعمل على تجديد الثقافة الإسلامية وتجريدها من الفضول، والشوائب، وآثار التعصب المذهبي والسياسي، وتجليتها في جوهرها الأصل الخالص، وتوسيع نطاق العلم بها لكل مستوى وفي كل بيئة، وبيان الرأي فيما يجدُّ من مشكلات مذهبية أو اجتماعية تتعلق بالعميقة، وحمل تبعه الدعوة إلى سبيل الله بالحكمة والموعظة الحسنة.

ويتألف المجمع من خمسين عضواً من كبار علماء الإسلام، يمثلون المذاهب الإسلامية، ويشترط في عضو المجمع أن لا يقل عمره عن أربعين سنة، وأن يكون معروفاً بالورع والتقوى في ماضيه وحاضره، وأن يكون حائزاً على أحد المؤهلات العلمية، وأن يكون له إنتاج علمي بارز في الدراسات الإسلامية^(١).

• المجمع الفقهي الإسلامي بمكة:

أنشئ المجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة في ١٢/١/١٣٩٧هـ، وفق ١٩٧٧/١١/١٢م^(٢)، وهو هيئة علمية إسلامية ذات شخصية اعتبارية مستقلة، منضوية داخل إطار رابطة العالم الإسلامي، وتتكون من مجموعة مختارة من فقهاء الأمة الإسلامية وعلمائها^(٣).

وتتمثل أهدافه في الأمور الآتية:

- (١) بيان الأحكام الشرعية فيما يواجه المسلمون في أنحاء العالم، من مشكلات ونوازل وقضايا مستجدة، من مصادر التشريع الإسلامي المعتبرة.
- (٢) إبراز تفوق الفقه الإسلامي على القوانين الوضعية، وإثبات شمول الشريعة واستجابتها لحل كل القضايا التي تواجه الأمة الإسلامية في كل زمان ومكان.
- (٣) نشر التراث الفقهي الإسلامي وإعادة صياغته، وتوضيح مصطلحاته، وتقديمه بلغة العصر ومفاهيمه.
- (٤) تشجيع البحث العلمي في مجالات الفقه الإسلامي.

(١) انظر: الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، د. خالد حسين الخالد، ص ٢٩٠، الاجتهاد الجماعي ودور المجمع في تطبيقه، د. شعبان محمد إسماعيل، ص ١٣٨، المجمع الفقهي والهيئات الشرعية في العالم الإسلامي دراسة عامة، سعد بن عبد الله السبر، ص ٢.

(٢) موقع رابطة العالم الإسلامي، <http://www.themwl.org/bodies/default.aspx?d=1&bid=2&l=AR>.

(٣) التعريف بالمجمع الفقهي الإسلامي بمكة، رابطة العالم الإسلامي، ص ٩.

(٥) جمع الفتاوى والآراء الفقهية المعتبرة للعلماء المحققين، والمجامع الفقهية الموثوقة في القضايا المستجدة، ونشرها بين عامة المسلمين.

(٦) التصدي لما يثار من شبهات، وما يرد من إشكالات حول أحكام الشريعة الإسلامية^(١).

• مجمع الفقه الإسلامي الدولي:

نشأ مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بناءً على قرار من مؤتمر القمة الإسلامي الثالث (دورة فلسطين القدس) رقم ٣/٨ - ث (ق، أ) الذي عقد في مكة المكرمة بالملكة العربية السعودية في الفترة من ١٩ - ٢٢ ربيع الأول ١٤٠١ هـ، وفق من ٢٥ - ٢٨/١/١٩٨١ م، والقاضي بإنشاء مجمع يكون أعضاؤه من الفقهاء والعلماء والمفكرين في شتى مجالات المعرفة، من فقهية وثقافية وعلمية واقتصادية، من أنحاء العالم الإسلامي، لدراسة مشكلات الحياة المعاصرة، والاجتهاد فيها اجتهاداً أصيلاً فاعلاً، بهدف تقديم الحلول النابعة من التراث الإسلامي، والمنفتحة على تطور الفكر الإسلامي لتلك المشكلات.

والهدف الرئيس للمجمع، والدور البارز المنوط به، هو عرض الشريعة الإسلامية، عرضاً صحيحاً، وإبراز مزاياها، وبيان قدرتها الفذة على معالجة المشكلات الإنسانية المعاصرة، وعلى تحقيق سعادة الإنسان في الدنيا والآخرة، وفق تصور شامل للإسلام: بأصوله ومصادره وقواعده وأحكامه، على أساس أن تحكيم الشريعة، هو ثمرة الفقه الإسلامي، الذي ينظم الواقع الإنساني ويرعاه بكل أبعاده^(٢).

• مجمع الفقه الإسلامي في الهند:

أنشئ مجمع الفقه الإسلامي في الهند في نهاية سنة ١٩٨٨ م، وهو مؤسسة غير حكومية، وذلك عندما ألحت الحاجة إلى تأسيس منهجية التفكير الجماعي، لمناقشة القضايا المختلفة، والتوصل إلى أحكامها الشرعية في ضوء الأصول والقواعد وفقاً للشريعة، باجتماع العلماء والفقهاء والخبراء وأهل الاختصاص وتعاونهم في علوم العصر ومعارفه، فكان ذلك حافزاً لإنشاء المجمع لسد هذه الحاجة، واختير أعضاؤه من كبار العلماء والفقهاء البارزين، ومن أصحاب الاختصاص والكوادر في الطب الحديث وعلوم الاجتماع والقانون وعلم النفس والاقتصاد، بغية تحقيق الأهداف المنشودة والمقررة له، وبغرض إيجاد الحلول والأحكام الشرعية للمشكلات والقضايا المطروحة، إسهاماً في المسيرة الإسلامية العامة داخل الهند وخارجها^(٣).

ويهدف مجمع الفقه الإسلامي في الهند إلى تحقيق ما يأتي:

(١) التعريف بالمجمع الفقهي الإسلامي بمكة، رابطة العالم الإسلامي، ص ٤١.

(٢) انظر: موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي، <http://www.fiqhacademy.org.sa>.

(٣) موقع مجمع الفقه الإسلامي بالهند،

- (١) التوصل إلى حلول للمشكلات الناجمة عن التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والصناعية، والتطورات الحديثة، ولما دعت تغيرات الظروف إلى استئناف البحث والدراسة فيه من القضايا القديمة، وفق الأطر الإسلامية، اهتداء بالكتاب والسنة، وآراء الصحابة وأقوال علماء السلف.
- (٢) دراسة مصادر الفقه الإسلامي وقواعده وكتلياته، والنظريات الفقهية، شرحاً وتأويلاً وتطبيقاً في العصر الراهن، وعرضه وشرحه بأسلوب حديث ومعاصر.
- (٣) دراسة الموضوعات الفقهية وتحقيقها في ضوء المقتضيات العصرية، والحصول على فتاوى العلماء المحققين المعاصرين والمؤسسات الدينية الموثوق بها وآرائهم في هذه الموضوعات، ثم نشرها في أوساط جماهير المسلمين.
- (٤) إيجاد الصلات مع جميع المؤسسات الفقهية والبحثية الأخرى داخل الهند وخارجها، وتبادل المعلومات عن الإنجازات العلمية.
- (٥) إطلاع الأمة على المشكلات الناجمة في مجالات الاقتصاد والاجتماع والطب، وأعراف البلدان المختلفة، والبيئة والطبيعة السكانية في الهند وخارجها، وإطلاعهم على نتائج الدراسات والتحقيقات التي دارت حولها.
- (٦) استعراض ما يثار من الشبهات والإشكالات حول قوانين الإسلام من قبل المستشرقين وغيرهم، وتقديم الرؤى الصحيحة عنها.
- (٧) إعداد الكتب حول الأسئلة الجديدة، والتحديات الموجهة للإسلام في أسلوب يوافق العصر، وإعداد الفهارس في شتى الموضوعات الفقهية.
- (٨) تشجيع العلماء الشباب المتفوقين، وإعدادهم ليكونوا باحثين محققين، والاتصال بالعلماء ليساهموا في إعدادهم عن طريق ربطهم بمركز بحث موحد.
- (٩) تزويد المتفوقين من خريجي المعاهد الدينية بمبادئ ضرورية للعلوم العصرية، وتثقيف أذكفاء خريجي الجامعات العصرية بمبادئ العلوم الفقهية والدينية، بهدف تكوين الشخصيات العلمية المتخصصة في العلوم الشرعية، والواعية بمقتضيات العصر.
- (١٠) عقد المؤتمرات والندوات، وتشكيل لجان الدراسة، وإنشاء المؤسسات العلمية والبحثية^(١).

(١) موقع مجمع الفقه الإسلامي بالهند، مع شبيء من التصرف،

• المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث:

عقد اللقاء التأسيسي للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث في مدينة لندن في بريطانيا في الفترة من ٢١ - ٢٢ ذي القعدة ١٤١٧هـ، وفق ٢٩ - ٣٠/٣/١٩٩٧م، وحضره ما يزيد عن خمسة عشر عالماً، وكان ذلك تلبية لدعوة من قبل اتحاد المنظمات الإسلامية في أوروبا، وفي هذا اللقاء أُقرت مسودة الدستور (النظام الأساسي) لهذا المجلس.

وهو هيئة إسلامية متخصصة مستقلة، يتكون من مجموعة من العلماء، مقرها الحالي الجمهورية الإيرلندية، ويتوخى المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث تحقيق الأهداف الآتية:

- (١) إيجاد التقارب بين علماء الساحة الأوروبية، والعمل على توحيد الآراء الفقهية فيما بينهم، حول القضايا الفقهية المهمة.
- (٢) إصدار فتاوى جماعية تسد حاجة المسلمين في أوروبا، وتحلُّ مشكلاتهم، وتنظم تفاعلهم مع المجتمعات الأوروبية، في ضوء أحكام الشريعة ومقاصدها.
- (٣) إصدار البحوث والدراسات الشرعية، التي تعالج الأمور المستجدة على الساحة الأوروبية بما يحقق مقاصد الشرع ومصالح الخلق.
- (٤) ترشيد المسلمين في أوروبا عامةً، وشباب الصحوة خاصةً، وذلك عن طريق نشر المفاهيم الإسلامية الأصلية، والفتاوى الشرعية القويمة^(١).

• مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا:

وهو مؤسسة علمية غير ربحية، معفاة من الضرائب، تتكون من مجموعة مختارة من فقهاء الأمة الإسلامية وعلمائها، تسعى إلى بيان أحكام الشريعة فيما يعرض للمقيمين في أمريكا من النوازل.

ويهدف المجمع إلى ما يأتي:

- (١) إصدار الفتاوى فيما يعرض عليه من قضايا ونوازل لبيان حكم الشريعة فيها.
- (٢) وضع خطة لإعداد البحوث والدراسات الشرعية التي تتعلق بأوضاع المسلمين في المجتمع الأمريكي، وما يجد من المشكلات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتعليمية التي تواجههم في هذا المجتمع، وبيان الحلول الفقهية المناسبة لها، والإشراف على تنفيذها.
- (٣) دراسة ما ينشر عن الإسلام والتراث الإسلامي في وسائل الإعلام وتحليله، وتقويمه؛ للانتفاع بما فيه من رأي صحيح، أو تعقب ما فيه من أخطاء بالتصحيح والرد.

(١) موقع المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، http://e-cfr.org/ar/index.php?cat_id=005.

- (٤) معاونة المؤسسات المالية الإسلامية بإعداد البحوث والدراسات، وابتكار صيغ التمويل، وعقود الاستثمار، وتقديم ما تطلبه من فتاوى واستشارات، وتدريب كوادرها على ذلك.
- (٥) إقامة دورات تدريبية لأئمة المراكز الإسلامية ومديريها في مختلف المجالات الفقهية، كقضايا الأسرة، والقضايا المالية، وقضايا التحكيم الشرعي وغيرها.
- (٦) دعم التعاون بين المجمع والهيئات والجامع الفقهية الأخرى؛ للوصول إلى ما يشبه الإجماع الكوني على الملزم من قضايا الأمة وثوابتها.
- (٧) معالجة قضية المواطنة، وما تفرضه من واجبات على المسلمين وحقوق لهم، في ضوء التمتع بحق المواطنة في الغرب.
- (٨) دعم أنشطة لجان التحكيم الشرعية التي تقيمها الجاليات الإسلامية في البلاد الغربية، ومراجعة ما ترفعه إليه من قرارات وتوصيات، وإعداد تقنين ميسر للأحكام الفقهية في أبواب الأسرة والمعاملات المالية، يكون مرجعاً لجهات التحكيم الناشئة في الغرب.
- (٩) إنشاء صندوق المجمع للزكاة والتكافل الاجتماعي، في حدود ما تسمح به القوانين والنظم، والحصول على موافقة الجهات المختصة على ذلك^(١).

• مجمع الفقه الإسلامي في السودان:

- صدر قانون لإنشاء مجمع الفقه الإسلامي في السودان، واعتمد في ٢٠ رجب ١٤١٩هـ، وفق ١٩٩٨/١١/٩م، ويهدف إلى:
- (١) رد الأمة إلى شريعته، وشحذ هممها لعمارة الأرض، وفق قيم الدين وأحكامه.
- (٢) سد الفجوة الفقهية التي نشأت عن تعطيل أحكام الدين في معظم شعب الحياة العامة؛ بسبب غياب الدولة الإسلامية.
- (٣) إحياء فريضة الاجتهاد، والاجتهاد الجماعي الفقهي على وجه الخصوص، وممارسته لاستتباط أحكام الدين التي تضبط كل شعب الحياة، حتى يتمكن الأفراد والمجتمع والدولة من أن يعبدوا الله على بصيرة.
- (٤) تنزيل نصوص الدين على واقع الحياة المعاصرة، وتفعيل مقاصد الشريعة وأصولها بغرض استتباط الأحكام التي تناسب واقع أهل السودان على وجه الخصوص.
- (٥) الاهتمام بدراسة الفقه الإسلامي.

(١) موقع مجمع فقهاء الشريعة في أمريكا، http://www.amjaonline.com/ar_about.php

(٦) النظر في النوازل والظواهر في مجال العلوم التطبيقية والنظرية، وإصدار ما يناسبها من أحكام^(١).

وقد قامت عدد من الدول بإنشاء مجالس للإفتاء للنظر في قضاياها الخاصة والعامة، وهي تشبه في عملها المجامع الفقهية، ومنها: هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، والتي أنشئت بتاريخ ١٣٩١/٧/٨هـ، وفق ١٩٧١/٨/٢٩م^(٢)، ومجلس الإفتاء الأعلى في فلسطين، الذي أنشئ في ٢٨ جمادى الآخر ١٤١٥هـ، وفق ١٩٩٤/١٢/١م^(٣)، كما أنشئ مجلس الإفتاء والبحوث والدراسات الإسلامية في الأردن^(٤)، وغيره.

الأهداف العامة للمجامع الفقهية والهيئات الشرعية:

بعد دراسة أهداف المجامع الفقهية، فإن أهم أهدافها تتمثل فيما يأتي:

(١) بيان الأحكام الشرعية فيما يواجه المسلمون في أنحاء العالم من مشكلات ونوازل وقضايا مستجدة، اعتماداً على مصادر التشريع الإسلامي المعتبرة.

(٢) إبراز مكانة الفقه الإسلامي، وتفوقه على القوانين الوضعية.

(٣) إثبات شمول الشريعة الإسلامية واستجابتها لحل القضايا التي تواجه الأمة الإسلامية في كل زمان ومكان.

(٤) نشر التراث الفقهي، وإعادة صياغته، وتوضيح مصطلحاته، وتقديمه بلغة العصر ومفاهيمه.

(٥) تشجيع البحث العلمي في مجالات الفقه الإسلامي.

(٦) جمع الفتاوى والآراء الفقهية المعتد بها عند العلماء المحققين.

(٧) التصدي لما يثار من شبهات على أحكام الشريعة الإسلامية.

(٨) التقارب بين آراء علماء الأمة الإسلامية في القضايا الفقهية^(٥).

ومن الوسائل التي استخدمتها المجامع الفقهية لتحقيق أهدافها، ما يأتي^(٦):

(١) إنشاء مراكز للمعلومات لتتبع ما يواجهه العالم الإسلامي من قضايا تستدعي الدراسة.

(٢) وضع معاجم للفقه وعلومه توضح المصطلحات الفقهية وتيسيرها للمشتغلين بالفقه.

(١) موقع وزارة العدل السودانية، http://www.moj.gov.sd/laws_3/9/18.htm

(٢) المجامع الفقهية والهيئات الشرعية في العالم الإسلامي دراسة عامة، سعد بن عبد الله السبر، ص ٣.

(٣) الإفتاء في فلسطين، محمد إسماعيل صلاح الكفرداني، ص ٧٣.

(٤) موقع دائرة الإفتاء العام الأردنية، <http://aliftaa.jo/index.php/ar/pages/view/id/7>

(٥) المجامع الفقهية والهيئات الشرعية في العالم الإسلامي دراسة عامة، سعد بن عبد الله السبر، ص ٦.

(٦) المرجع السابق، ص ٧.

- (٣) إصدار مجلات علمية محكمة، تعنى بالدراسات الفقهية، وتنقل أهم بحوث الجامعات وقراراتها، وترجمتها إلى لغات عدة.
- (٤) التعاون بين الجامعات والهيئات والمراكز العلمية المشابهة في أنحاء العالم الإسلامي، والتبادل العلمي، والفكري معها.
- (٥) عقد الندوات العلمية المتخصصة بقضايا العصر ومستجداته، واستكتاب المتخصصين عنها.
- (٦) ترجمة القرارات والتوصيات والبحوث الصادرة عن الجامع، ونشرها في الوسائل الممكنة، بما فيها الشبكة العنكبوتية، والقنوات الفضائية والصحف.

المطلب الثالث

تحقيق الجامع الفقهية للاجتهاد الجماعي

المقصود بالاجتهاد الجماعي: هو بذل فئة من الفقهاء جهودهم في البحث والتشاور، لاستنباط حكم شرعي لمسألة ظنية^(١)، فرأي الجماعة أصوب وأقرب من رأي الواحد في الغالب، وقد تجاوز الاجتهاد الجماعي كثيراً من الأخطاء والإشكالات الفردية، ومن هنا تبدو أهميته وضرورته، ولا سيما في النوازل وما يكتنفها من غموض وإشكال، وهو ما أعطى الجامع الفقهية تلك الأهمية.

والجامع الفقهية تقوم ببيان الحق بوضوح، والمتأمل في كيفية صياغات القرارات في الجامع الفقهية سواء من الناحية الفنية أم من الناحية الموضوعية، يدعوه ذلك إلى القول إن الجامع الفقهية حققت الاجتهاد الجماعي في صورته المنشودة^(٢).

المطلب الرابع

كيف تؤدي الجامع الفقهية دورها المنشود؟

- حتى تؤدي الجامع الفقهية دورها على الوجه الأكمل، لا بد من توافر الآتي^(٣):
- (١) مراعاة الأهداف السامية التي وجدت من أجلها عند تأسيسها.
- (٢) تحقيق الوسائل التي تعينها على تحقيق تلك الأهداف، مثل إيجاد باحثين مؤهلين متفرغين بشكل كامل للبحث، وإعطاء فترة كافية لبحث المواضيع ودراستها، إلى غير ذلك.

(١) الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، د. خالد حسين الخالد، ص ١٠٠.

(٢) الجامع الفقهية والهيئات الشرعية في العالم الإسلامي دراسة عامة، سعد بن عبد الله السبر، ص ١٠.

(٣) انظر: الجامع الفقهية والهيئات الشرعية في العالم الإسلامي دراسة عامة، سعد بن عبد الله السبر، ص ١٠.

(٣) الاستقلالية، والمراد باستقلاليتها، عدم استسلامها للضغوط التي من الممكن أن تمارس عليها من الخارج، وينبغي على كل مجمع فقهي أن يكون مستقلاً برأيه، وأن يتصف بحرية الكلمة فعلاً، سواءً في المسائل الفقهية البحتة، أم التي لها علاقة بالسياسة أم الاقتصاد ونحو ذلك، ويتحقق ذلك بالآتي:

(أ) استقلاليتها من حيث إنشائها وتمويلها مالياً: حيث يؤكد الدكتور مصطفى الزرقا^(١) على أن الطريق الصحيح في إنشاء مجمع فقهي، هو الطريق الشعبي الإسلامي، الذي يعتمد في تمويله وتنفيذه على الجهود الشعبية والعلمية غير الرسمية، كي تبعد هذه المؤسسة العلمية الدينية العظمى عن شبهة الوقوع تحت نفوذ الحكام، ولتشعر جماعة المسلمين بمسؤوليتها عن هذا الواجب الكفائي الكبير^(٢)، ثم يبين طريق تمويل المجمع الفقهي، وذلك من خلال لجنة، يتمتع أصحابها بالثقة والأمانة، تستثيرهم الشعوب الإسلامية للإسهام في تمويل دوري دائم، وإنشاء أوقاف كافية لتغذيته بموارد ثابتة، ويستطرد الزرقا قائلاً: "وعندئذ يصبح تمويل المجمع الفقهي ميسوراً بالطريق الشعبي"^(٣)، وهذا هو الأولى، وفي حال تمويلها من قبل سلطة معينة، فيجب أن يكون لهذه المجمع كامل الحرية في إدارتها، وإصدار قراراتها، وأن لا يمارس عليها أي نوع من أنواع التأثير.

(ب) استقلاليتها من حيث اختيار أعضائها: فينبغي أن تستقل المجمع الفقهية في اختيار أعضائها، فيكون اختيار الأعضاء الجدد بقرار من المجمع نفسه، ووفق ما يرتبه من معايير، دون الرضوخ لأي نوع من الضغوط الخارجية في الاختيار.

(ج) استقلاليتها في إصدار القرارات وإعلانها.

(د) استقلاليتها في الإعلام ونشر قراراتها وبياناتها، دون أن تخضع لأي نوع من الرقابة.

(٤) الدقة في اختيار الأعضاء، بعيداً عن النظر إلى أي اعتبارات لا تخدم المجمع، مع مراعاة التنوع المذهبي والإقليمي في اختيار الأعضاء والمشاركين، على أن تتوافر فيهم الصفات الآتية:

(أ) سعة الاطلاع في العلوم الإسلامية، والمذاهب الفقهية.

(ب) الإلمام باللغة العربية، وغيرها من العلوم الإنسانية.

(١) سبقت ترجمته ص ٦.

(٢) الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي، د. عبد المجيد السوسوه الشرقي، ص ١٣٢، المجمع الفقهية والهيئات الشرعية في العالم الإسلامي دراسة عامة، سعد بن عبد الله السبر، ص ١٢.

(٣) المجمع الفقهية والهيئات الشرعية في العالم الإسلامي دراسة عامة، سعد بن عبد الله السبر، ص ١٢.

(ج) الدراية بواقع المسلمين.

(د) التقوى والاستقامة.

(هـ) النزاهة والأمانة.

المبحث الثاني هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية

تمهيد:

هيئات الرقابة الشرعية تشبه في عملها المجامع الفقهية، فهي تقوم بالإجابة عن الأسئلة الواردة إليها عن المعاملات المالية، وتقوم بذلك على أساس الاجتهاد الجماعي، وتفرق عن المجامع الفقهية فيما يأتي:

- (١) هيئات الرقابة الشرعية تختص بالمعاملات المالية والتجارية، أما المجامع الفقهية، فهي عامة تتناول مثل هذه المعاملات وغيرها.
- (٢) هيئات الرقابة الشرعية تختص بمؤسسة مالية معينة، أما المجامع الفقهية فليست مختصة بمؤسسات محددة.
- (٣) تتصف الفتاوى الصادرة عن هيئات الرقابة الشرعية بالإنزامية، أما المجامع الفقهية فلا تتسم فتاوها بهذه الصفة.
- (٤) هيئات الرقابة الشرعية تقوم بالمتابعة والمراقبة، أما المجامع الفقهية فتقوم بإصدار الفتوى فقط.

وهيئات الرقابة الشرعية هي الرابطة بين الشرع والمؤسسات المالية، وحتى تصبح المؤسسة المالية، مؤسسة مالية إسلامية لا يكفي ادّعاؤها ذلك، بل لا بد لها من هيئة رقابة شرعية تفتي لها، وتتابع معاملاتها المالية.

ويتناول هذا المبحث الحديث عن الرقابة الشرعية، من حيث تعريفها، وأساسياتها، والصفة الشرعية لها، ومدى إلزامية قراراتها، ومدى أهميتها.

المطلب الأول

تعريف الرقابة الشرعية وأساسياتها

الرقابة في اللغة: مصدر، من (رَقِب) قال ابن فارس: "الراء والقاف والباء أصل واحد مطرد يدل على انتصاب لمراعاة شيء، من ذلك الرقيب وهو الحافظ، والمرقب المكان العالي يقف عليه الناظر، ومن ذلك اشتقاق الرقبة لأنها منتصبه"^(١)، والرقابة بمعنى المراقبة^(٢).

أما الرقابة في الشرع، فقد ورد استعمال هذا اللفظ ومشتقاته في آيات قرآنية عديدة، فجاءت بمعنى الرقيب وهو الحافظ، كما في قوله تعالى: ﴿وَارْتَقِبُوا إِنِّي مَعَكُمْ

(١) معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، ٤٢٧/٢ بتصرف.

(٢) المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وغيره، ٣٦٣/١.

رَقِيبٌ^(١)، وقوله تعالى: ﴿ مَا يَلْفِظُ مِنْ قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ ﴾^(٢)، وقال تعالى: ﴿ لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وَلَا ذِمَّةً ﴾^(٣)، وترقب: احترز راقباً^(٤)، كما في قوله تعالى: ﴿ فَخَرَجَ مِنْهَا خَائِفًا يَتَرَقَّبُ ﴾^(٥).

أما في الاصطلاح: فالرقابة الشرعية:- هي التأكد من مدى مطابقة أعمال المؤسسة المالية الإسلامية لأحكام الشريعة الإسلامية حسب الفتاوى الصادرة، والقرارات المعتمدة من جهة الفتوى^(٦)، وقد عرفها المجمع الفقهي الإسلامي الدولي بإصدار الفتاوى والأحكام الشرعية المتعلقة بنشاط المؤسسة المالية ومتابعة تنفيذها، والتأكد من سلامة تطبيقها^(٧).

وتتكون الرقابة الشرعية من ثلاثة مكونات رئيسية، هي:

(١) هيئة الرقابة الشرعية: وهي مجموعة من العلماء المتخصصين في الفقه الإسلامي، وبخاصة فقه المعاملات، ممن تتحقق فيهم الأهلية العلمية والدراية بالواقع العملي، تقوم بإصدار الفتاوى والمراجعة، للتأكد من أن جميع معاملات المؤسسة متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، وتقديم تقرير بذلك للجمعية العامة، وتكون قراراتها ملزمة^(٨).

(٢) إدارة الرقابة الشرعية الداخلية: وهي الإدارة التي تطبق الإجراءات اللازمة لضمان سلامة تطبيق قرارات الهيئة الشرعية في جميع المعاملات التي تنفذها المؤسسة.

(٣) الرقابة الشرعية المركزية: وهي هيئة للرقابة الشرعية على مستوى السلطات الإشرافية في الدولة.

ويؤدي جهاز الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية وظيفتين أساسيتين:

(١) وضع المعايير الشرعية لضبط عمل المؤسسة المالية، وهذه الوظيفة تأخذ حكم الفتوى؛ لأن ما يصدر عن الهيئة بهذا الخصوص يعد أحكاماً شرعية، فيجب الأخذ بضوابط الفتوى والمفتي فيها.

(٢) التأكد من سلامة تنفيذ المؤسسة للمعايير والأحكام الصادرة عن هيئة الرقابة، وفحص مدى التزامها بتلك الأحكام في جميع أنشطتها^(٩).

ويجب أن تكون هيئة الرقابة الشرعية مستقلة، ولتحقيق ذلك يراعى ما يأتي^(١٠):

(١) هود: ٩٣.

(٢) ق: ١٨.

(٣) التوبة: ١٠.

(٤) المفردات في غريب القرآن، الراغب الأصفهاني، ٢٠١/١.

(٥) القصص: ٢١.

(٦) الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، حمزة عبد الكريم، ص ٣٢.

(٧) مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرارات والتوصيات - الدورة التاسعة عشرة، قرار رقم ١٧٧ (١٩/٣)، ص ٦.

(٨) المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

(٩) الرقابة الشرعية على المصارف وضوابطها وأحكامها، د. يوسف بن عبد الله الشبيلي، ص ٤.

- (١) أن يكون تعيين أعضاء الهيئات الشرعية وإعفاؤهم، وتحديد مكافآتهم، من قبل الهيئة العامة للمؤسسة، ويصادق على ذلك من الرقابة الشرعية المركزية، أو ما يقوم مقامها.
- (٢) أن لا يكون العضو مديراً تنفيذياً في المؤسسة، أو موظفاً فيها، أو يقدم إليها أعمالاً خلافاً لعمله في الهيئة.
- (٣) ألا يكون مساهماً في البنك أو المؤسسة المعنية.
- ومن ضوابط الاجتهاد والفتوى في الهيئات الشرعية:
- (١) الالتزام بقرارات المجامع الفقهية وهيئات الاجتهاد الجماعي.
- (٢) تجنب الأقوال الشاذة، وتتبع الرخص أو التلفيق الممنوع.
- (٣) مراعاة مقاصد الشريعة ومآلات الأفعال عند بيان الحكم الشرعي.
- (٤) مراعاة ضوابط الفتوى^(١).

المطلب الثاني

الصفة الشرعية لأعمال الرقابة

إن عمل الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، يندرج ضمن المقاصد الشرعية التي جاءت الشريعة بحفظها ورعايتها، والغاية منه تحقيق المصلحة بحفظ المال من جانب الوجود، ودرء المفسدة عنه بصيانتة عن أسباب فسادها، وعلى هذا؛ فكل ما يحقق هذه المقاصد من الوسائل والتنظيمات والإجراءات التي تساعد على حفظ المال، هو من المصالح المعتبرة شرعاً^(٢).

وما تؤديه الرقابة الشرعية في المصارف لا يخرج عن أن يكون إفتاءً أو رقابة، وكلاهما له شواهد من السنة النبوية، وعمل الصحابة والسلف الصالح رضوان الله عليهم، أما الإفتاء فقد سئل رسول الله، صلى الله عليه وسلم، عن شراء التمر بالرطب، فقال رسول الله، صلى الله عليه وسلم: «أَيَنْقُصُ الرُّطْبُ إِذَا يَبَسَ؟»، قالوا: نعم، فنهي رسول الله، صلى الله عليه وسلم، عن ذلك^(٤)، وسئل عن بيع شحوم الميتة؟ فقال: «لَا، هُوَ حَرَامٌ»^(٥).

(١) مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرارات والتوصيات - الدورة التاسعة عشرة، قرار رقم ١٧٧ (١٩/٢)، ص٧.

(٢) المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

(٣) الرقابة الشرعية على المصارف ضوابطها وأحكامها، د. يوسف بن عبد الله الشيبلي، ص٢.

(٤) سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في التمر بالتمر، حديث رقم ٣٣٥٩، ٢٥١/٣، والترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة حديث رقم ١٢٢٥، ٥٢٨/٣، والنسائي، كتاب البيوع، باب اشتراء التمر بالرطب، حديث رقم ٤٥٤٥، ٢٦٨/٧، وابن ماجه، كتاب التجارات، باب بيع الرطب بالتمر حديث رقم ٢٢٦٤، ٧٦١/٢، وصححه الألباني في الإرواء حديث رقم ١٣٥٢، ١٩٩/٥.

(٥) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام، حديث رقم ٢١٢١، ٧٧٩/٢، وصحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، حديث رقم ١٥٨١، ١٢٠٧/٣.

وأما الرقابة، فقد كان عليه الصلاة والسلام، يتفقد الأسواق، ويفحص السلع، ويراقب الباعة، ومن ذلك ما روى أبو هريرة رضي الله عنه، «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَرَّ عَلَى صُبْرَةٍ ^(١) طَعَامٍ، فَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهَا، فَتَأَلَّتْ أَصَابِعُهُ بَلَاءً، فَقَالَ: «مَا هَذَا يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ؟»، قَالَ: أَصَابَتْهُ السَّمَاءُ، يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «أَفَلَا جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ كَي يَرَاهُ النَّاسُ، مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنِّي» ^(٢).

وهيئة الرقابة الشرعية تقوم بدور المحتسب، فلها ولاية على المصرف، كولاية القاضي في نطاق اختصاصه، وولاية المحتسب في حدود صلاحياته ^(٣).

المطلب الثالث

إلزامية قرارات المجامع الفقهية وهيئات الرقابة الشرعية

ينبغي التفريق بين الإفتاء والقضاء، فالفتوى والحكم القضائي كلاهما إخبار عن حكم الله تعالى، ويجب على السامع اعتقادهما، وكلاهما يلزم المكلف من حيث الجملة، ويختلفان:

(١) الفتوى إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة، والحكم القضائي إخبار معناه الإنشاء والإلزام من الله تعالى.

(٢) الإفتاء أعم من القضاء، فلا يتدخل القضاء في مجالي العبادات والكفارات وغيرهما مما لا ينشأ أو يطرأ فيهما نزاع ^(٤).

وتتقسم قرارات المجامع الفقهية وهيئات الرقابة الشرعية من حيث إلزامها، إلى قسمين ^(٥):

القسم الأول: باعتبار المجتهد نفسه، فمن ترجح له قول بدليل شرعي، فيجب عليه الأخذ به وعدم تجاوزه، إلا إذا دل دليل آخر على خلافه، كما أنه يجب على المجتهد أن يفتي بما علم رجحانه من هذه الأقوال والقرارات، وبناء عليه؛ فإن القرار ملزم لمن صدر عنه في حال كونه موافقاً عليه.

القسم الثاني: باعتبار غير المجتهد الذي صدر عنه القرار، وينقسم إلى قسمين:

(١) قرارات غير ملزمة، وهي الصفة الغالبة على قرارات المجامع الفقهية ودور الإفتاء، وهي في الغالب تكون إما استشارية لجهة معينة أو تصدر عنها ابتداء لبيان الأحكام

(١) يضم الصاد وإسكان الباء، هي الكومة المجموعة من الطعام، انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ١٠٩/٢.

(٢) صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب قول النبي، صلى الله تعالى عليه وسلم، «من غشنا فليس منا»، حديث رقم ١٠٢، ٩٩/١.

(٣) الرقابة الشرعية على المصارف ضوابطها وأحكامها، د. يوسف بن عبد الله الشبلي، ص ٨.

(٤) انظر: الفروق، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرايف ١١٢/٤ وما بعدها، والاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، د. خالد حسين الخالد، ص ٣٣٩.

(٥) المجامع الفقهية وهيئات الشرعية في العالم الإسلامي دراسة عامة، سعد بن عبد الله السبر، ص ١٦.

الشرعية، فالعلماء ما عليهم إلا البلاغ عن الله ورسوله، صلى الله عليه وسلم، مع التأكيد على أن كون الفتوى غير ملزمة، لا يعني أنها لا تصدر وفق مستند شرعي.

(٢) قرارات ملزمة لمن صدرت في حقه، ومن هذا القسم اللجان الشرعية في المصارف التي بني نظامها الأساسي على أن تكون أعمالها غير مخالفة للشرعية الإسلامية، وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم ١٧٧ (١٩/٣)^(١).

المطلب الرابع

أهمية الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية

تقوم الرقابة الشاملة في المؤسسات المالية الإسلامية على مجموعة من الأسس، منها ما يتعلق بقيم المراقب ومثله وسلوكه، ومنها ما يتعلق بعملية الرقابة، ومنها ما يتعلق بالأساليب التي يستخدمها المراقب، ومنها ما يتعلق بالإجراءات التنفيذية، ومن هذه الأسس^(٢):

- (١) الالتزام بالقيم الإيمانية وبالأخلاق الحسنة.
- (٢) الرقابة الفورية والتوجيهية والإرشادية.
- (٣) اتباع الحكمة في توجيه النصح، وفي علاج الانحرافات.
- (٤) الشمولية والاستمرارية والموضوعية والنقد البناء.
- (٥) الجمع بين الثبات والمرونة.
- (٦) الجمع بين عناصر الأصالة والمعاصرة في الرقابة في المؤسسات المالية الإسلامية.

تكون الرقابة الشرعية داخلية، خاصة بالمؤسسة المالية، ويكون المراقبون الشرعيون من ضمن الجهاز الإداري فيها، وتكون الرقابة الشرعية خارجية من خلال مكاتب تدقيق شرعي، تضم هيئة فتوى ومراقبين شرعيين، وتقدم خدماتها لمؤسسات مالية متعددة، على غرار المعمول به في المكاتب المحاسبية الخارجية، وكل واحد من هذين النوعين يحقق أغراض الرقابة الشرعية^(٣).

والرقابة الشرعية مهمة للمؤسسات المالية الإسلامية، وذلك لأمر عدة، من أبرزها^(٤):

- (١) المؤسسات المالية الإسلامية بديل شرعي للمؤسسات المالية الربوية، والرقابة الشرعية ضرورة حيوية لهذه المؤسسات؛ لتراقب عملها ومدى التزامها، وموافقة معاملاتها للأحكام الشرعية، ووجود الرقابة الشرعية على المؤسسة المالية فعلياً، يُعطي

(١) مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرارات والتوصيات - الدورة التاسعة عشرة، قرار رقم ١٧٧ (١٩/٣)، ص ٦.
(٢) دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية آليات وصيغ عملية، د. محمد عبد اللطيف صالح الفرفور الحسني، ص ٢٧.
(٣) الرقابة الشرعية على المصارف ضوابطها وأحكامها، د. يوسف بن عبد الله الشبيلي، ص ٦.
(٤) دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية آليات وصيغ عملية، د. محمد عبد اللطيف صالح الفرفور الحسني، ص ٢٢، الرقابة الشرعية على المصارف ضوابطها وأحكامها، د. يوسف بن عبد الله الشبيلي، ص ٥.

المؤسسة المالية الصبغة الشرعية الحقة، كما يُعطي ارتياحاً لدى جمهور المتعاملين مع المؤسسة المالية.

(٢) العاملون الذين لديهم خبرات في العمل المؤسسي المالي الإسلامي قليلون، وبما إن المؤسسات المالية الإسلامية حديثة النشأة نسبياً، فإن العاملين فيها ليس لديهم إحاطة بقواعد المعاملات الإسلامية، فبعض أحكام هذه المعاملات وضوابطها، وبخاصة ما يتعلق منها بالربا، قد تخفى على المتخصصين، فكيف إذا أسندت إلى غير المتخصص؟! فقد روي عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، أنه قال: «ثَلَاثٌ وَوَدِدْتُ أَنْ رَسُولَ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لَمْ يُفَارِقْنَا حَتَّى يَعْهَدَ إِلَيْنَا عَهْدًا، الْجَدُّ وَالْكَالَّةُ وَأَبْوَابٌ مِنْ أَبْوَابِ الرَّبِّ»^(١)، فإذا كان أمير المؤمنين، عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، قد استشكل عليه بعض مسائل الربا، فكيف بمن دونه من آحاد الناس؟! من

(٣) الحكم بصحة عقد أو فساد، أو كونه موافقاً للضوابط الشرعية أو مخالفاً لها، يعد فتوى شرعية؛ والفتوى لا تقبل ممن ليس أهلاً لها؛ وقد أمر الله المسلمين عامة بسؤال أهل الذكر، قال تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(٢)، وأهل الذكر هم من تتوافر فيهم الأهلية للفتوى، مع التأكيد على كثرة الصور المستجدة، والأنواع المستحدثة من المعاملات التجارية التي لا تكاد توجد لها أحكام في المصادر الفقهية الأصلية.

(٤) تشترط المؤسسات أنظمة رقابة، يقصد منها ضبط عمل المؤسسة قانونياً وإدارياً ومالياً، ولا شك في أن التدقيق الشرعي أهم من ذلك كله؛ إذ هو يتعلق بأهم مقصد من المقاصد التي جاءت الشريعة لحفظها، وهو الدين.

(٥) كثير من المؤسسات المالية تروج لخدماتها بوصفها إسلامية، وربما لا تكون كذلك، فتغرر العملاء بذلك، ولا سبيل إلى التمييز في هذا المجال إلا بوجود هيئة رقابة شرعية.

المطلب الخامس

نماذج من مؤسسات مالية لديها هيئة رقابة شرعية

تعد المصارف من أهم المؤسسات المالية، ويمكن تعريف المصرف الإسلامي بأنه المؤسسة المالية التي تلتزم بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في جميع معاملاتها المصرفية

(١) صحيح البخاري، كتاب الأشربة، باب ما جاء في أن الخمر ما خامر العقل من الشراب، حديث رقم ٥٢٦٦،

٢١٢٢/٥، وصحيح مسلم، كتاب التفسير، باب في نزول تحريم الخمر، حديث رقم ٣٠٢٢، ٢٣٢٢/٤.

(٢) النحل: ٤٣.

والاستثمارية، من خلال تطبيق مفهوم الوساطة المالية، القائم على مبدأ المشاركة في الربح والخسارة، ومن خلال إطار الوكالة بنوعها العامة والخاصة^(١)، ومن هذه المصارف:

• بنك دبي الإسلامي:

تأسس هذا المصرف عام ١٩٧٥م، كأول مصرف إسلامي متكامل، ولديه هيئة للفتوى والرقابة الشرعية، وتضم علماء متخصصين في الشريعة الإسلامية، ولهم إمام بالنظم الاقتصادية والقانونية والمصرفية بصفة عامة، وتعيّن الهيئة من قبل الجمعية العمومية للبنك، وهي أعلى من مجلس الإدارة، ومهمة الهيئة استحداث صيغ استثمارية وتمويلية شرعية، إضافة إلى صياغة عقود تلك الصيغ ومراجعتها، والإفتاء في كل ما تعرضه عليها الإدارة من قضايا العمل ومستجداته، أو ما يرفعه إليها المراقب الشرعي من استفسارات أو ملاحظات تتعلق بالأداء التنفيذي لشرعية التعامل المصرفي، وتعمل الهيئة على التأكد من أن أعمال البنك تتم وفق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، وطبقاً للفتاوى الصادرة عنها، ومن ثم إبلاغ الهيئة العامة للبنك بذلك في اجتماعها السنوي^(٢).

• مصرف الراجحي:

يعد أحد أكبر المصارف الإسلامية في العالم، بدأ نشاطه عام ١٩٥٧م، وشهد العام ١٩٧٨م، دمج مختلف المؤسسات التي تحمل اسم الراجحي تحت مظلة واحدة في شركة الراجحي المصرفية للتجارة، وفي عام ١٩٨٨م حوّل المصرف إلى شركة مساهمة سعودية عامة، وبما أن المصرف يركز على مبادئ المصرفية الإسلامية بشكل أساسي، فهو يؤدي دوراً رئيساً وأساسياً في سد الفجوة بين متطلبات المصرفية الحديثة والقيم الجوهرية للشريعة الإسلامية، مشكلاً معايير صناعية وتنموية يحتذى بها، ولديه هيئة شرعية تهدف إلى التحقق من امتثال أحكام الشريعة الإسلامية في جميع معاملات الشركة، والنصح والتوجيه لها بما يحقق مقاصد الشرع الحنيف^(٣).

• البنك الإسلامي الفلسطيني:

تأسس هذا البنك باعتباره شركة مساهمة عمومية محدودة بتاريخ ١٦/١٢/١٩٩٥م، وحصل على ترخيص سلطة النقد الفلسطينية بتاريخ ١٥/٥/١٩٩٧م، حيث صرح له بموجبه بمزاولة جميع الأعمال المصرفية وفق أحكام الشريعة الإسلامية، ولديه هيئة رقابة شرعية، تتشكل من مجموعة من كبار علماء الشريعة الإسلامية، وتكلف من قبل الهيئة العامة للبنك لتمارس الرقابة على تعاملات البنك المالية كافة، حتى تتأكد من توافقها مع

(١) دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية آليات وصيغ عملية، د. محمد عبد اللطيف صالح الفرפור الحسني، ص ٩.

(٢) موقع بنك دبي الإسلامي، http://www.dib.ae/ar/about_dib.htm.

(٣) موقع مصرف الراجحي، <http://www.alrajhibank.com.sa/ar/about-us/pages/default.aspx>.

الشريعة الإسلامية، وعدم وقوع البنك في أي مخالفات شرعية أو شبهات، من خلال سلطة مباشرة ومستقلة، فلا يتم التدخل في عملها، ولا تنجز المعاملات إلا بموافقتها^(١).

(١) موقع البنك الإسلامي الفلسطيني، <http://islamicbank.ps/main/in.htm>.

المبحث الثالث

المجامع الفقهية وترشيد المؤسسات المالية الإسلامية

يتناول هذا المبحث إمكانية اعتبار المجامع الفقهية مرجعية شرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، وكيفية تفعيل دور المجامع الفقهية كمرجعية شرعية لها.

المطلب الأول

إمكانية اعتبار المجامع الفقهية مرجعية شرعية للمؤسسات المالية الإسلامية

تبحث المجامع الفقهية المسائل المعروضة عليها، وتصدر القرارات التي تعدُّ الأقرب إلى الصحة، للأسباب الآتية:

(١) آلية اختيار الأعضاء في المجامع الفقهية المبنية على الأمانة والموضوعية، حيث يتمتع هؤلاء الأعضاء بجملة من الصفات الحميدة والأخلاق الفاضلة، كسعة الاطلاع على العلوم الإسلامية، والدراية بالواقع الإسلامي، والاتصاف بالاستقامة والصدق والأمانة، وغيرها.

(٢) آلية اتخاذ القرارات المبنية على الاجتهاد الجماعي، حيث يُكَلَّفُ بعض الأعضاء بإعداد الإجابة عن الأسئلة المستهدفة، ثم يناقشها الأعضاء باستفاضة، ويُتخذ القرار حسب رأي الغالبية، ثم يصاغ القرار بعد ذلك^(١).

والناظر في هذه الآلية يجد أن رأي الجماعة أفضل من رأي الفرد، وكلما ازداد العدد كلما قلت نسبة الخطأ، ولذلك دعا الله تبارك وتعالى إلى الشورى فقال تعالى: ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾^(٢)، وقال تعالى أيضاً: ﴿وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ﴾^(٣)، فالله تبارك وتعالى قرن الشورى بالصلاة التي هي عمود الدين، وبالزكاة التي هي ثالث أركانه؛ وإن دل هذا على شيء فعلى أهمية الشورى، وضرورتها للمسلمين.

وهذه الآليات تبعث على الاطمئنان من حيث صواب القرارات، ولا يتصور أن يصدر عن هؤلاء الأعضاء ما يغضب الله تعالى ورسوله، صلى الله عليه وسلم، وعليه؛ فإن القرارات الصادرة عن هذه المجامع تكتسب صفة الاحترام والتقدير، ويمكن اعتبار المجامع الفقهية مرجعية شرعية للمؤسسات المالية الإسلامية.

(١) المجامع الفقهية والهيئات الشرعية في العالم الإسلامي دراسة عامة، سعد بن عبد الله السبر، ص: ٩.

(٢) آل عمران: ١٥٩.

(٣) الشورى: ٣٨.

وسبق لهذا البحث أن تعرض لمدى إلزامية قرارات المجامع الفقهية، وبين أن قرارات المجامع الفقهية قرارات غير ملزمة للمؤسسات المالية، وهي السمة الغالبة لهذه القرارات.

ولا شك في أن إضفاء صفة الإلزام على قرارات المجامع الفقهية، يقيد عمل كثير من المؤسسات المالية التي تحاول التهرب من الصيغ الإسلامية؛ لجني المزيد من الأرباح دون الالتفات إلى رأي الشرع في هذا الموضوع، كما أن المؤسسة المالية الملتزمة بقرارات المجامع الفقهية، تكتسب كثيراً من الاحترام لدى الجماهير الإسلامية، مما يزيد ثقة جمهور المتعاملين معها.

وإضفاء صفة الإلزامية على قرارات المجامع الفقهية، هو اقتراح عدد من الباحثين، ومنهم الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة^(١)، ولا يكون ذلك إلا بأحد أمرين:

- (١) إلزام المؤسسات المالية وغيرها نفسها إلزاماً طوعياً، بقرارات مجمع فقهي أو أكثر.
- (٢) إلزام المؤسسات المالية وغيرها جبراً، وذلك بسن القوانين والتشريعات، ويمكن أن تكون تجربة الدولة العثمانية في تبني الرأي الحنفي في الغالب، في مجلة الأحكام العدلية، أساساً للمؤسسات المالية الإسلامية لتبني آراء المجامع الفقهية، ولا ضير لأي دولة أن تُلزم مؤسساتها المالية بقرارات المجامع الفقهية الإسلامية، أو بقرارات مجمع فقهي معين.

المطلب الثاني

كيفية تفعيل دور المجامع الفقهية في ترشيد المؤسسات المالية الإسلامية

ينبغي تفعيل دور المجامع الفقهية في ترشيد عمل المؤسسات المالية الإسلامية، باعتبارها مرجعية شرعية لهذه المؤسسات، وهو أمر في غاية الأهمية، ومن الوسائل التي يمكن استخدامها لتحقيق ذلك:

أولاً: نشر قرارات المجامع الفقهية وترجمتها

إن نشر كل ما يصدر عن المجامع الفقهية من قرارات وتوصيات وبحوث متعلقة بالمعاملات المالية، يساعد في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية، ومن الوسائل التي يمكن استخدامها لتحقيق هذه الغاية:

- (١) الوسائل المكتوبة: كنشر الكتب والمجلات والصحف، مع التأكيد على ضرورة السعي إلى إصدار موسوعة اقتصادية إسلامية شاملة، تضم كل ما تحتاج إليه

(١) دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية آليات وصيغ عملية، د. محمد عبد اللطيف صالح الفرفور الحسني، ص ٣١.

المؤسسات المالية الإسلامية من أحكام شرعية؛ لتكون مرجعاً لهذه المؤسسات^(١)، وإثراء المكتبات العلمية بها، وكذلك المخاطبات البريدية للمؤسسات المالية وغيرها.

(٢) الوسائل المرئية والمسموعة: كالتلفاز والمذياع.

(٣) الشبكة العنكبوتية والبريد الإلكتروني.

وبذلك تتم التغطية الواسعة، ويتسنى وصول قرارات الجامع الفقهيّة إلى المؤسسات المالية الإسلامية المختلفة.

كما ينبغي التنبيه إلى ضرورة ترجمة هذه القرارات إلى اللغات المختلفة، وبخاصة الأساسية منها.

ثانياً : الدورات

اعتمدت المؤسسات المالية الإسلامية في أول نشأتها على خريجي كليات الحقوق والاقتصاد والمحاسبة، وأخذت على عاتقها إعداد الكوادر الرائدة في المجال المؤسسي المالي الإسلامي، وممن اعتنى بإعداد الكوادر، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب في البنك الإسلامي للتنمية بجدة^(٢).

وتحتاج عملية إعداد الكوادر وتأهيلها إلى ما يأتي:

(١) إيجاد مراكز علمية ومعاهد متخصصة، تقوم بعمل دورات في المعاملات المصرفية الإسلامية.

(٢) عقد دورات للعاملين في المؤسسات المالية الإسلامية، فالكوادر العاملة في المؤسسات المالية الإسلامية تحتاج إلى التطوير، ومن أهم وسائل تطويرها عمل دورات تدريبية لهم.

(٣) وتستطيع الجامع الفقهيّة الدعوة إلى مثل ذلك.

(٤) الاستعانة بمؤسسات التعليم العالي، ومراكز التعليم المستمر لتحقيق هذا الغرض.

(٥) تبادل الخبرات والتجارب الناجحة في هذا الصدد، بين الدول والمؤسسات المالية العربية والإسلامية.

ثالثاً : عقد المؤتمرات

المبادرة لعقد المزيد من المؤتمرات وحلقات البحث في القضايا المستجدة في معاملات المؤسسات المالية الإسلامية على الساحة، مما يفسح المجال للمناقشة، وتبادل الرأي بين العلماء، والمتخصصين، ويقرب وجهات النظر بينهم، ومن المؤكد أن للمؤتمرات دوراً

(١) المرجع نفسه، ص ٢٨.

(٢) دور الجامع الفقهيّة في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية آليات وصيغ عملية، د. محمد عبد اللطيف صالح الفرفور الحسني، ص ١٦.

كبيراً في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية، إذ ينتج عنها التعريف بالأحكام الشرعية للأحكام المستجدة، وغير ذلك.

وتستطيع المجامع الفقهية عقد مثل تلك المؤتمرات ذات العلاقة بترشيد مسيرة المؤسسات المالية.

رابعاً : إيجاد تخصص الاقتصاد الإسلامي في المعاهد والكليات والجامعات

تحتاج المعاهد والكليات والجامعات في الدول العربية والإسلامية، إلى إضافة تخصص الاقتصاد الإسلامي في كليات الاقتصاد والتجارة والمحاسبة أو في كليات الشريعة، وذلك ينتج كادراً يكون على رأس مهماته تخريج كوادر مؤهلة للعمل في المؤسسات المالية الإسلامية، فالحاجة قائمة لإيجاد الخبرات والمتخصصين لأخذ دورهم المنشود.

وقد أثبتت الدراسات المالية العالمية أن الاقتصاد الإسلامي هو الحل الأمثل لمشكلات العالم، وأزماته الاقتصادية، فهو يقوم على مجموعة من القواعد تحقق له الأمن والأمان والاستقرار، وتقليل المخاطر مقارنة مع النظم الوضعية التي تقوم على نظام الفائدة، ونظام الاقتصاد الإسلامي يقوم على منظومة من القيم والمثل والأخلاق^(١)، وما زالت الدعوات تتوالى لاعتماد النظام الاقتصادي الإسلامي القائم على عدم الربا.

أما المجامع الفقهية فتستطيع توجيه الدعوة للمعاهد والكليات والجامعات إلى الاهتمام بهذا الشأن.

خامساً : الأنظمة والقوانين

تعد الأنظمة والقوانين والتشريعات، من أهم الوسائل المعينة على ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية، وتستطيع المجامع الفقهية مخاطبة الدول، والطلب منها سن الأنظمة والقوانين والتشريعات الخاصة بذلك، فالأنظمة في البلدان الإسلامية تفرض إجراءات حازمة للتدقيق على الجوانب الفنية في المؤسسات والشركات، وتفضل الجانب الشرعي الذي يعد مطلباً شرعياً أولاً، ومطلباً جوهرياً كذلك لعملاء تلك المؤسسات^(٢).

سادساً : الإشراف على هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية

بيّنا في المبحث السابق تعريف هيئات الرقابة الشرعية، والصفة الشرعية لها، ومدى إلزامية قراراتها، وأهميتها، ويمكن الربط بين المجامع الفقهية، وهيئات الرقابة الشرعية عبر الخطوات الآتية:

(١) ضرورة استعانة المؤسسات المالية بالمجامع الفقهية لتسييب، أو ترشيح أعضاء الزكاة في هيئاتها المكلفة بالرقابة الشرعية.

(١) النظام المالي العالمي في ميزان الاقتصاد الإسلامي، د. حسين حسين شحادة، ص ٩.

(٢) انظر: الرقابة الشرعية على المصارف ضوابطها وأحكامها، د. يوسف بن عبد الله الشيبلي، ص ٥.

(٢) التنسيق بين هيئات الرقابة الشرعية والمجامع الفقهية لبحث المستجدات في مجال المعاملات المالية، وإصدار الفتاوى والقرارات الشرعية المناسبة.

(٣) متابعة هيئات الرقابة الشرعية في تطبيق قرارات المجامع الفقهية.

سابعاً : إنشاء هيئة عليا للرقابة

من الوسائل المهمة في ترشيد عمل المؤسسات المالية الإسلامية هو إنشاء هيئة عليا للرقابة، ممثلة بالبنك المركزي الإسلامي أو غيره، وتعود في مرجعيتها العلمية إلى المجامع الفقهية، ولها سلطة على المؤسسات الإسلامية المالية كافة^(١)، ونص مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة^(٢)، على وجود الرقابة الشرعية المركزية، وهي هيئة للرقابة الشرعية على مستوى السلطات الإشرافية في الدولة، وتضطلع بمهمتين رئيسيتين هما:

(١) الإشراف على عمليات السلطة الإشرافية التابعة لها.

(٢) التأكد من فاعلية الرقابة الشرعية على مستوى المؤسسات، وذلك من خلال التدقيق في أعمال هيئات الرقابة الشرعية والرقابة الشرعية الداخلية، مع وضع لوائح ومعايير تنظم أعمال الرقابة الشرعية بما في ذلك آلية تعيين الأعضاء، وإعفائهم، وأهليتهم، وعددهم، وعملهم في المؤسسة التي هم أعضاء في هيئتها.

ثامناً : تفعيل دور هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية

من الأمور المهمة في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية، العمل على تفعيل هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، التي أنشئت بموجب اتفاقية التأسيس الموقعة من عدد من المؤسسات المالية الإسلامية بتاريخ ١ صفر ١٤١٠هـ، وفق ٢٦ فبراير ١٩٩٠م في الجزائر، وقد سُجِّلت الهيئة في ١١ رمضان ١٤١١هـ، وفق ٢٧ مارس ١٩٩١م في دولة البحرين، بصفتها هيئة عالمية ذات شخصية معنوية مستقلة لا تسعى إلى الربح، وتهدف الهيئة إلى تطوير معايير الصناعة المالية والمصرفية الإسلامية، وبضمنها: معايير المحاسبة والمراجعة والضبط وأخلاقيات العمل والمعايير الشرعية، كما تسهم الهيئة إسهاماً كبيراً في عملية التطوير المهني لهذه الصناعة، وتتجاوز عضوية الهيئة ١٥٥ مؤسسة مالية في أكثر من ٤٠ بلداً، وتتخذ من مملكة البحرين مقراً لها.

وقد بدأ الاهتمام بإعداد معايير المحاسبة المالية للمصارف منذ عام ١٩٨٧م من خلال دراسات قدمت لهذا الغرض، وجمعت في خمسة مجلدات، أودعت في مكتبة المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب في البنك الإسلامي للتنمية، وقد نتج عن تلك الدراسات إنشاء هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وقد سعت الهيئة منذ إنشائها لتقديم

(١) دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية آليات وصيغ عملية، د. محمد عبد اللطيف صالح الزرفور الحسني، ص ٢٨.

(٢) مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرارات والتوصيات - الدورة التاسعة عشرة، قرار رقم ١٧٧ (١٩/٢)، ص ٨.

الدراسات في الاجتماعات الدورية التي تعقدها اللجنة التنفيذية للتخطيط والمتابعة، وقامت هذه اللجنة بالسعي لتنفيذ الخطة التي اعتمدها كل من لجنة الإشراف التي هي السلطة العليا للهيئة، ومجلس معايير المحاسبة المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية المنبثق من الهيئة، حيث قامت اللجنة بذلك بالتعاون مع العديد من المستشارين الخبراء في مجال الشريعة الإسلامية وعلم المحاسبة وممارسيها والعاملين في المصارف^(١).

وتستطيع هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية جعل الجامع الفقهي مرجعية علمية لها.

(١) موقع هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية
. <http://www.aaofii.com/aaofii/arabic/الهيئة/tabid/154/language/en-US/Default.aspx>

الخاتمة

يشهد العالم العديد من الأزمات الثقافية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية، وإذا لم يسارع أصحاب الرأي فيه والقوى الفاعلة في المجتمع الدولي بلجم هذه الأزمات ومواجهتها، وبخاصة الاقتصادية، فإنها ستعرض الملايين لخطر الجوع، وستتدهار نظم اقتصادية عدة.

والربا هو سبب البلاء في هذه الأزمة، وقد توعد الله تبارك وتعالى المتعاملين به بالحرب، فقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ^(١)، والقضاء على هذا المرض والبلاء، يتمثل في اتباع سياسات ونظم اقتصادية إسلامية، وهو ما صرح به الخبراء الاقتصاديون في الغرب أخيراً، ولا يتسنى ذلك دون قيام الجامعات الفقهية بدورها المنشود في عرض الحلول الاقتصادية الإسلامية كبلسم وعلاج لهذه الأزمات.

وبعد الانتهاء من هذا البحث، يمكن عرض ما توصل إليه من نتائج وتوصيات، وما تمخض عنه من مقترح لمشروع خاص بدور الجامعات الفقهية في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية، آليات وصيغ، على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

- (١) فاعلية الاقتصاد الإسلامي، وحفظه للحقوق.
- (٢) حب المسلمين لدينهم، وحرصهم على الحلال وبغضهم للحرام.
- (٣) سعة الفقه الإسلامي وشموله لكل الحوادث والنوازل، فباب الاجتهاد مفتوح في كل زمان.
- (٤) أهمية الجامعات الفقهية وضرورتها، باعتبارها وسيلة ناجعة لتجميع المسلمين وتوحيد كلمتهم؛ من خلال توحيد آراء علمائهم، وأصحاب الرأي والمشورة فيهم.
- (٥) أهمية هيئة الرقابة الشرعية المركزية، وهيئة الرقابة الشرعية لدى كل مؤسسة مالية إسلامية، لضمان التزام هذه المؤسسات بأحكام الشريعة.

ثانياً: التوصيات:

- (١) تفعيل دور الجامعات الفقهية، ونشر كل ما يصدر عنها من قرارات وتوصيات ومتابعتها.

(١) البقرة: ٢٧٨ - ٢٧٩.

- (٢) النظر في إضفاء صفة الإلزام على قرارات المجامع الفقهية، وكيفية تفعيل ذلك.
- (٣) فتح مراكز للأبحاث، وكليات جامعية متخصصة في الاقتصاد الإسلامي.
- (٤) عقد المؤتمرات، ودعوة علماء الأمة إليها، لتمكينهم من تقعيد الأحكام في النوازل الاقتصادية.
- (٥) بيان المعاملات المالية والمقاييس المحاسبية والمالية الشرعية، وتعميمها على المؤسسات المالية.
- (٦) ربط الهيئات الشرعية بالمجامع الفقهية، وتفعيل ذلك.
- (٧) اعتماد هيئة رقابة وتدقيق شرعي مركزية، تشرف على المؤسسات المالية الإسلامية، وتفعيل دورها، ووضع آليات عملها.
- (٨) إعداد الكفاءات البشرية الملمة بقواعد الاقتصاد الإسلامي.

ثالثاً: مشروع قرار رقم _____

بشأن

دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية

آليات وصيغ

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته العشرين في من ١٤٣٣ هـ، الموافق ٢٠١٢ م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية - آليات وصيغ، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر ما يأتي:

أولاً: يقصد بالمجمع الفقهي هيئة شرعية تسعى إلى تحقيق أهداف معينة، مكونة من مجموعة من العلماء يتصفون بصفات محددة، يقوم عملهم على أساس الاجتهاد الجماعي في المسائل المطروحة، ويصدرون قراراتهم وفق آلية يرتئونها كل مجمع.

ثانياً: حتى تؤدي المجامع الفقهية دورها، لا بد مما يأتي:

- (١) مراعاة الأهداف السامية التي وجدت من أجلها عند تأسيسها.
- (٢) تحقيق الوسائل التي تعينها على تحقيق تلك الأهداف.
- (٣) الاستقلالية، ويتحقق ذلك بالآتي:
 - (أ) استقلاليتها من حيث نشأتها وتمويلها، ولا يمكن الاعتماد في ذلك على السلطة إلا وفق ضوابط معينة.
 - (ب) استقلاليتها من حيث اختيار أعضائها.
 - (ج) استقلاليتها في إصدار القرارات وإعلانها.
 - (د) استقلاليتها في الإعلام والنشر لقراراتها وبياناتها.
- (٤) الدقة في اختيار الأعضاء، على أن تتوافر فيهم الصفات الآتية:
 - (أ) سعة الاطلاع في العلوم الإسلامية.
 - (ب) الدراية بواقع المسلمين.
 - (ج) الاستقامة على الدين الإسلامي.

(د) أن يكون ممن عرف بالأمانة.

ثالثاً: تفعيل دور المجامع الفقهية في ترشيد المؤسسات المالية الإسلامية، يكون بالآتي:

(١) نشر قرارات المجامع الفقهية وترجمتها، ويمكن استخدام الوسائل الآتية:

(أ) الوسائل المكتوبة.

(ب) الوسائل المرئية والمسموعة.

(ج) الشبكة العنكبوتية والبريد الإلكتروني.

(٢) الدورات، لإعداد الكوادر، ويحتاج إلى:

(أ) إيجاد مراكز علمية ومعاهد متخصصة.

(ب) عقد دورات للعاملين في المؤسسات المالية الإسلامية.

(٣) عقد المؤتمرات الدورية بهذا الخصوص.

(٤) إيجاد تخصص الاقتصاد الإسلامي وتفعيله في المعاهد والكليات والجامعات.

(٥) سن الأنظمة والقوانين والتشريعات اللازمة لذلك.

(٦) الإشراف على هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية، وتم بيانها في قرار

مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٧٧ (١٩/٣)، ويمكن الربط بين المجامع

الفقهية وهيئات الرقابة الشرعية عبر الخطوات الآتية:

(أ) ترشيح المجامع لأعضاء هيئات الرقابة الشرعية.

(ب) التنسيق بين هيئات الرقابة الشرعية والمجامع الفقهية لبحث المستجدات

في مجال المعاملات المالية وإصدار الفتاوى والقرارات الشرعية المناسبة.

(ج) متابعة هيئات الرقابة الشرعية في تطبيق قرارات المجامع الفقهية.

(٧) إنشاء هيئة عليا للرقابة، وقد نص مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره

رقم ١٧٧ (١٩/٣)، على وجود الرقابة الشرعية المركزية، وهي هيئة للرقابة

الشرعية على مستوى السلطات الإشرافية في الدولة، وتضطلع بمهمتين

رئيسيتين هما:

(أ) الإشراف على عمليات السلطة الإشرافية التابعة لها.

(ب) التأكد من فاعلية الرقابة الشرعية على مستوى المؤسسات، وذلك من

خلال التدقيق على أعمال هيئات الرقابة الشرعية والرقابة الشرعية

الداخلية، مع وضع لوائح ومعايير تنظم أعمال الرقابة الشرعية، بما في

ذلك آلية تعيين الأعضاء وإعفائهم وأهليتهم وعددهم وعملهم في المؤسسة التي هم أعضاء في هيئتها.

(٨) تفعيل دور هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

ويوصي المجمع بما يأتي:

(أ) تبني السلطات الإشرافية في كل دولة مهمة إصدار تشريعات وقوانين لتنظيم أعمال المؤسسات المالية الإسلامية.

(ب) دعوة المؤسسات المالية الإسلامية بضرورة الالتزام بقرارات المجامع الفقهية.

والله أعلم

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم
 - إسماعيل، د. شعبان محمد، الاجتهاد الجماعي ودور المجامع الفقهية في تطبيقه، الطبعة الأولى، بيروت، دار البشائر الإسلامية ودار الصابوني، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
 - الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، الطبعة الثانية، بيروت، المكتب الإسلامي، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
 - البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي (٢٥٦هـ)، الجامع الصحيح المختصر (صحيح البخاري)، تحقيق د. مصطفى ديب البغا، الطبعة الثالثة، بيروت، دار ابن كثير، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
 - الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى السلمي (٢٧٩هـ)، الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ.
 - حمد، حمزة عبد الكريم محمد، الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، الطبعة الأولى، الأردن، دار النفائس للنشر، والتوزيع، ١٤٢٦ - ٢٠٠٦م.
 - ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد الشيباني (٢٤١هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مصر، مؤسسة دار قرطبة، بدون تاريخ.
 - ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد الشيباني (٢٤١هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، إشراف د عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
 - الحسني، د. محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية آليات وصيغ عملية، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، موقع الفقه الإسلامي،
- <http://www.islamfeqh.com/upload/NewsImages/file/3.rar>
- الخالد، د. خالد حسين، الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دبي، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
 - أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (٢٧٥هـ)، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت، دار الفكر، بدون تاريخ.

- رابطة العالم الإسلامي، التعريف بالمجمع الفقهي الإسلامي بمكة، الطبعة الثالثة، موقع رابطة العالم الإسلامي، <http://www.themwl.org/MWL/Profile/Figh/Difinition.pdf>، سنة ١٤٢٧هـ.
- الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الدمشقي (١٣٩٦هـ)، الأعلام، الطبعة الخامسة عشر، بيروت، دار العلم للملايين، ٢٠٠٢م.
- السبر، سعد بن عبد الله، المجامع الفقهية والهيئات الشرعية في العالم الإسلامي دراسة عامة، موقع شبكة أهل السنة والجماعة، <http://www.ahl-alsnah.com/play-book-44026.html>، سنة ١٤٣٠ - ١٤٣١هـ.
- السوسوه، د. عبد المجيد الشرقي، الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي، الطبعة الأولى، الدوحة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية القطرية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- الشاشي، أبو سعيد الهيثم بن كليب (٣٣٥هـ)، المسند، تحقيق د. محفوظ الرحمن زين الله، الطبعة الأولى، المدينة المنورة، مكتبة العلوم والحكم، ١٤١٠هـ.
- الشبيلي، د. يوسف بن عبد الله، الرقابة الشرعية على المصارف ضوابطها وأحكامها ودورها في ضبط عمل المصارف، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، موقع الفقه الإسلامي، <http://www.islamfeqh.com/upload/NewsImages/file/3.rar>
- عفانة، د. حسام الدين، مرجعية الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، فلسطين، ملحق مجلة هدى الإسلام العدد ١٩٩، القدس، شركة المطبعة العربية الحديثة، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
- ابن فارس، أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، الطبعة الثانية، بيروت، دار الجيل، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي (٦٨٤هـ)، أنوار البروق في أنواء الفروق (الفروق)، تحقيق خليل المنصور، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- القطان، مناع، تاريخ التشريع الإسلامي، الطبعة الرابعة، مكتبة وهبة، القاهرة.
- الكفرداني، محمد إسماعيل صلاح، الإفتاء في فلسطين، الطبعة الأولى، جنين، مطبعة السلام، سنة ٢٠٠٤م.
- ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (٢٧٥هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار الفكر، بدون تاريخ.

- مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرارات والتوصيات - الدورة التاسعة عشرة، موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي، <http://www.fiqhacademy.org.sa>، سنة ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري (٢٦١هـ)، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- مصطفى، إبراهيم، وآخرون، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، دار الدعوة.
- النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب (٣٠٣هـ)، المجتبى من السنن، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة الثانية، حلب، مكتب المطبوعات الإسلامية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري (٦٧٦هـ)، صحيح مسلم بشرح النووي، الطبعة الثانية، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٣٩٢هـ.

فهرس المحتويات

١	مقدمة	❖
٢	• أهمية الموضوع وسبب اختياره	
٢	• الدراسات السابقة	
٢	• منهج البحث	
٢	• خطة البحث	
٥	المبحث الأول: مفهوم المجامع الفقهية ..	❖
٥	• المطلب الأول: تعريف المجامع الفقهية	
٦	• المطلب الثاني: نشأة بعض المجامع الفقهية وشواهد لها	
١٤	• المطلب الثالث: تحقيق المجامع الفقهية للاجتهاد الجماعي	
١٤	• المطلب الرابع: كيف تؤدي المجامع الفقهية دورها المنشود؟	
١٧	المبحث الثاني: هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية	❖
١٧	• تمهيد	
١٧	• المطلب الأول: تعريف الرقابة الشرعية وأساسياتها	
١٩	• المطلب الثاني: الصفة الشرعية لأعمال الرقابة	
٢٠	• المطلب الثالث: إلزامية قرارات المجامع الفقهية وهيئات الرقابة الشرعية	
٢١	• المطلب الرابع: أهمية الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية	
٢٢	• المطلب الخامس: نماذج من مؤسسات مالية لديها هيئة رقابة شرعية	
٢٥	المبحث الثالث: المجامع الفقهية وترشيد المؤسسات المالية الإسلامية	❖
٢٥	• المطلب الأول: إمكانية اعتبار المجامع الفقهية مرجعية شرعية للمؤسسات المالية الإسلامية	
٢٦	• المطلب الثاني: كيفية تفعيل دور المجامع الفقهية في ترشيد المؤسسات المالية الإسلامية	
٣١	الخاتمة	❖
٣٣	مشروع القرار	❖
٣٦	المصادر والمراجع	❖
٣٩	فهرس المحتويات	❖



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

المصارف الإسلامية والرقابة الشرعية

إعداد

الشيخ خليل محي الدين الميس

مفتي زحلة والبقاع الغربي، ومدير أزهر لبنان، وعضو المجمع

المصارف الإسلامية والرقابة الشرعية

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين، وأما بعد،

فالمصارف الإسلامية ظاهرة حضارية، تؤكد حيوية الدين الإسلامي وقدرته على الاستجابة لمستجدات ومتطلبات الحياة اليومية، والقدرة على التعامل وإياها بالاستناد إلى أسس الإسلام الحنيف، وهكذا أقيمت المصارف الإسلامية، وهي تلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية، وهذه المصارف جزء من الاقتصاد الإسلامي، وهذا الاقتصاد جزء من النظام الذي أقامه الإسلام المبني على قيم إيمانية تحرم عبادة المال أو التعامل بالربا، ولا تقبل التعدي على أموال الناس بالباطل، كما حارب الإسلام الاحتكار. وانطلاقاً من هذه المبادئ وغيرها، تميزت المصارف الإسلامية من أنها مصارف متعددة الوظائف، فهي تشبه المصارف التجارية وهي مصارف متخصصة، ومع ذلك فهي ليست مقرضة ولا مقترضة، ولا تتعامل بالفائدة أخذاً أو إعطاءً، بل تقوم بالتمويل على وفق صيغ جائزة شرعاً، كالمضاربة والمشاركة والمرابحة وغيرها. وذلك على أساس تحمل المخاطر والمشاركة في نتائج العمليات المصرفية ربحاً أو خسارة، وهكذا ترتبط بزيائتها بعلاقة مشاركة، وليست علاقة دائنية ومديونية.

هذا وأن وصف العمل المصرفي بأنه إسلامي لا يكفي، بل لا بد من الإفصاح قولاً، والالتزام عملاً والتقيد بأحكام الشريعة الإسلامية، ولأجل هذا لا بد من توافر الأجهزة والأدوات المصرفية الكفيلة بتحقيق هذا الالتزام المبدئي للمصارف الإسلامية. وهكذا نشأت الرقابة الشرعية على عمل المصارف لتشكل سمة بارزة للمصارف الإسلامية تختص بها وحدها وعلامة فارقة لها عن المصارف غير الإسلامية. ومنذ مدة طويلة هيمنت المصارف غير الإسلامية على العمل المصرفي، حيث ابتكرت أدواتها ورسخت مفاهيمها وأجرت عملياتها على أساس الفائدة أخذاً وعطاءً، وشيئاً فشيئاً أصبحت العمليات المصرفية القائمة على الربا جزءاً لا يتجزأ من الحياة اليومية ومعاملات الناس، سواء في الدول غير الإسلامية كما في الدول الإسلامية أيضاً. وظهور المصارف الإسلامية في مقابل المصارف غير الإسلامية، كان يعني أن الطريق لم يكن ممهداً كلية لعمل المصارف الإسلامية بالاستناد إلى المبادئ الإسلامية، كما أن القائمين على إدارة أوائل المصارف الإسلامية غالباً ما كانت لهم خبرة اكتسبوها من عمل المصارف غير الإسلامية، الأمر الذي أدى إلى تغليب بعض الممارسات التقليدية للمصارف غير الإسلامية والعمل بموجبها. وككل عمل إنساني، فعمل المصارف الإسلامية ربما يكون قد أفرز بعض المشكلات الناتجة من زخم العمل اليومي وتنوعه، خاصة وأن المصارف الإسلامية تعمل في ظروف ليست ملائمة تماماً.

فإذا أردنا إلقاء الضوء على تجربة المصارف الإسلامية، ففي بحثنا هذا ارتأينا أن نعرض لنشأة المصارف الإسلامية، وبيان خواصها، ثم أتينا على ذكر العقود الشرعية التي يمكن أن تستند إليها المصارف الإسلامية في معاملاتها، وبعد ذلك عددنا الخدمات التي تقوم المصارف بتقديمها لزيائنها. فإذا أحطنا علماً بهذا كله، فنكون قد بينا بصورة موجزة ماهية المصارف الإسلامية، من حيث النشأة والخواص والعقود الشرعية المعتمدة لديها، والخدمات التي تقدمها لزيائنها، وبعد هذا العلم بطبيعة هذه المصارف، يمكننا تشخيص بعض المشكلات التي تكشفت عنها التجربة العملية، وواقع المصارف الإسلامية، وبالنظر للصفة المميزة للمصارف الإسلامية ونعني بها الرقابة الشرعية، فقد بسطنا القول فيها بشيء من الشرح والتفصيل، فإذا انتهينا منها، قدمنا بعض المقترحات التي نراها ذات فائدة ومنفعة لتقويم وإنجاح عمل المصارف الإسلامية، آمليين أن تحتل المكان اللائق بها في عالم المال ودنيا المصارف.

نشأة المصارف الإسلامية وخصائصها:

عاش العالم الإسلامي بعيداً عن الأنظمة الرأسمالية وما تولدت منها من مؤسسات، وقد استمر الحال على هذا المنوال حتى انهارت الدولة الإسلامية، وسيطر عليها الاستعمار الغربي سياسياً واقتصادياً وفكرياً، وهكذا ظهر - عند المسلمين - تقليد كل ما هو غربي باعتباره السبيل الوحيد للتقدم والازدهار، وهذا ما حصل في عالم المال والأعمال والمؤسسات المصرفية حيث بث الاستعمار، بل فرض مبدأ التعامل بالفوائد بشكل رسمي، ومع مرور الوقت ترسخ في أذهان الكثيرين أن لا مجال للتعامل المالي من دون فوائد كما برزت مصارف تتعامل بها في كل الدول العربية والإسلامية^(١).

وهكذا تقلص تطبيق الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية بدعوى أنها غير ملائمة لمستجدات العصر^(٢).

وكان من المفروض بعد استقلال الدول العربية والإسلامية أن يطرح المسؤولون والمفكرون المسلمون، تساؤلات عن الأنظمة الموروثة من حقبة الاستعمار، هل هي مناسبة للمجتمعات الإسلامية أم لا؟^(٣)، لاسيما وأن الأنظمة الاقتصادية الرأسمالية والشيوعية قد اهتزت صورتها، ووجهت لها انتقادات حادة من قبل الغربيين أنفسهم، وما زالت حتى اليوم أمريكا ودول الاتحاد الأوروبي تعاني من الركود الاقتصادي واحتمال انهيار منظومة اليورو، كما شاهدنا الملايين من المواطنين الأمريكيين يحتلون شارع وول ستريت ويطالبون بنظام اقتصادي جديد يحقق الأمن الاقتصادي لطبقات المجتمع.

^١ - د. حسين شحاتة، نحو منهج للدعوة إلى مفاهيم المصارف الإسلامية وتسويق خدماتها، بحث قدم للمؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي المنعقد في الكويت من ٢١ - ٢٣ / مارس ١٩٨٣.

^٢ - د. علال الفاسي، في المذاهب الاقتصادية ص ١١٨، ١٩٧٨.

^٣ - د. عبد الكريم التواتي، فلسفة الإسلام المالية وسياسته النقدية، ص ٣٣، مجلة دعوة الحق عدد ١٦، ١٩٧٣.

وفي أربعينيات القرن العشرين، ظهرت بوادر تطور اقتصادي تستند إلى مفاهيم الإسلام من تحريم الربا، وهكذا دعا بعض المفكرين الإسلاميين إلى إلغاء نظام الفوائد المصرفية على أن يحل محله مبدأ المشاركة في الربح والخسارة، وأن تتولى مصارف إسلامية القيام بذلك، وهكذا ففي سنة ١٩٤٠م أنشئت في ماليزيا صناديق للادخار تعمل بدون فائدة، وسنة ١٩٥٠م بدأ التفكير المنهجي المنظم يظهر في باكستان من أجل تقنيات تمويلية تراعي المبادئ الإسلامية (١).

كذلك نشأت في الريف المصري فكرة المصارف اللاربوية بمبادرة من أحمد عبد العزيز النجار، الذي كان يعمل خبيراً مصرفياً في ألمانيا، ففي سنة ١٩٦٠م قدم أحمد النجار إلى وزارة الاقتصاد المصرية تقريرين أظهر فيهما أهمية بنوك الادخار، وتم توقيع اتفاقية بين مصر وألمانيا بهذا الخصوص، وافتتح أول مصرف ادخار محلي في بيت غمر في محافظة الدقهلية سنة ١٩٦٣ إلا أن هذه التجربة لم تستمر لأسباب عدة (٢).

ومضت مدة طويلة حتى نفذت لأول مرة فكرة إنشاء مصرف إسلامي وكانت في مصر حيث تأسس لأول مرة سنة ١٩٧١م بنك ناصر الاجتماعي (٣).

وذلك بموجب القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧١، وقد حددت المبادئ التي يقوم عليها المصرف

على النحو التالي:

- (١) إجراء تأمين لكل الذين لا تنطبق عليهم قوانين المعاشات.
- (٢) معاونة صغار الحرفيين الذين يواجهون مخاطر الشيخوخة أو تعرض حياتهم للمرض أو الخطر
- (٣) تقديم العون للمواطنين عن طريق منحهم قروضاً بغير فوائد على الإطلاق.
- (٤) لا يجوز التعامل مع الغير بنظام الفائدة - الربا - أخذاً أو إعطاءً .

وقرر القانون المذكور أن للمصرف في سبيل ذلك اتخاذ الوسائل التالية:

- (١) تقرير نظام للمعاشات وللتأمين وعلى الأخص التأمين التعاوني.
- (٢) منح قروض للمواطنين.
- (٣) قبول الودائع وعلى الأخص الودائع الادخارية وتنظيم استثمارها.
- (٤) استثمار أموال المصرف في المشروعات العامة والخاصة.
- (٥) منح إعانات ومساعدة للمستحقين لها من المواطنين.
- (٦) تنظيم عمليات مساعدة طلاب الجامعات والمعاهد العليا (٤).

^١ - البنوك الإسلامية، التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، د. عائشة الشرقاوي المالقي، المركز الثقافي العربي، بيروت سنة ٢٠٠٠: ص ٢٢.

^٢ - الصيرفة الإسلامية - نشأتها وتطورها تقنياتها وتنظيمها في لبنان - د. بول جورج مرقص - ص ٢٠.

^٣ - البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، د. عبد الله بن محمد الطيار، دار الوطن بالرياض سنة ١٩٩٤: ص ٢٠٣.

^٤ - المصارف والأعمال المصرفية - د. غريب الجمال - ص ٤٥٦.

وبعد هذا التأريخ، وبفضل الله تعالى توالى إنشاء المصارف الإسلامية في كثير من الدول العربية والإسلامية ولو أردنا تعريف المصرف الإسلامي، فنشير إلى أنه من الصعب وضع تعريف جامع مانع للمصرف بصفة عامة. فأغلب القوانين المنشئة للمصارف اكتفت بذكر العمليات التي تجعل مؤسسة ما مصرفاً^(١).

إلا أن اتفاقية إنشاء الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية وفي الفقرة الأولى من المادة الخامسة نصت على ما يلي:

يقصد بالبنوك الإسلامية، تلك البنوك أو المؤسسات التي ينص قانون إنشائها ونظامها الأساسي صراحة على الالتزام بمبادئ الشريعة الإسلامية وعلى عدم التعامل بالفائدة أخذاً وعطاءً^(٢)

وظهرت تعاريف أخرى زادت عبارات مثل (تجارية) المصارف الإسلامية^(٣).

وربما اقترح بعض الفقهاء أن يكون للمصارف الإسلامية دور في التنمية^(٤).

وبعد ظهور المصارف الإسلامية يمكن بيان خصائصها على النحو التالي:

(١) استبعدت هذه المصارف التعامل بالفائدة - الربا - وهذه الخاصية تشكل المعلم الأساسي للمصرف الإسلامي ويقول د. غريب الجمال: "تشكل خاصية استبعاد الفوائد من معاملات المصارف الإسلامية المعلم الرئيسي لها وتجعل وجودها متسقاً مع البنية السليمة للمجتمع الإسلامي"^(٥).

(٢) توجهت المصارف الإسلامية إلى الاستثمار بطريقتين:

الأول: الاستثمار المباشر، بمعنى أن يقوم المصرف نفسه بتوظيف الأموال التجارية في مشروعات تدر عائداً مريحاً.

الثاني: الاستثمار بالمشاركة بمعنى مساهمة المصرف في رأس مال المشروع الإنتاجي مما يترتب عليه أن يصبح المصرف شريكاً في ملكية المشروع، وإدارته والإشراف عليه، وتكون الشراكة في كل ما ينتج من ربح أو خسارة بموجب النسب التي يتفق عليها الشركاء.

(٣) حاولت المصارف الإسلامية ربط التنمية الاقتصادية بالتنمية الاجتماعية، منطلقة من مفاهيم الإسلام ومنهجه الخاص الذي يبرز في الزكاة ومصارفها في الإسلام.

^١ - البنوك الإسلامية، د. عائشة الشرفاوي المالحى: ص ٢٣.

^٢ - اتفاقية إنشاء الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، مطابع الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، مصر الجديدة، ١٩٧١، ص: ١٠.

^٣ - وهذا ما نص عليه القانون الإماراتي الصادر في ١٥ - ٢ - ١٩٨٥.

^٤ - د. أحمد النجار، عن الاقتصاد الإسلامي مقال في جريدة الأهرام القاهرية: ص ١٥، بتاريخ ٢٤ - ١ - ١٩٨٩ م.

^٥ - المصارف وبيوت التمويل الإسلامية، د. غريب الجمال: ص ٤٧.

(٤) عملت المصارف الإسلامية على تجميع الأموال ودفعها في مجال الاستثمار بهدف تمويل المشروعات التجارية والزراعية والصناعية وقد كان أغلب المسلمين يحجمون من إيداع أموالهم في مصارف غير إسلامية ، وبظهور المصارف الإسلامية اختلف الأمر .

(٥) ساهمت المصارف الإسلامية في تنشيط حركة التبادل التجاري المباشر بين الدول الإسلامية في جميع أنحاء العالم .

(٦) المصارف الإسلامية أحيت نظام الزكاة بإنشاء صناديق تجمع فيها حصيلة الزكاة داخل المصرف الذي يتولى المصرف إدارته على وفق التعامل الإسلامي بهذه الأموال .

(٧) المصارف الإسلامية حدّت من الاحتكار الذي كانت تفرضه الشركات المساهمة على أسهمها ، فبدل أن كانت تصدر سندات لتمنع الغير من الاشتراك في رأس المال ، لجأت إلى فتح باب الاكتتاب لزيادة الأسهم .

(٨) المصارف الإسلامية أرست قواعد العدل والمساواة في المغانم والمغارم وأبعدت عنصر الاحتكار ، وذلك باعتماد معايير الحلال والحرام التي يحددها الإسلام .

وبعد ما عرضنا لنشأة المصارف الإسلامية وبيئاً خصائصها التي تشكل سمة بارزة لهذه المصارف ، ننتقل إلى تعداد العقود التي تستند إليها هذه المصارف في معاملاتها .

العقود التي تستند إليها المصارف الإسلامية في معاملاتها

(١) عقد الوديعة

الوديعة لغةً : ما استودع لحفظ ، يقال استودعته مالاً وأودعه إياه ، دفعه إليه لحفظه^(١) .

والوديعة في اصطلاح الفقهاء: هي تسليط المالك غيره على حفظ ماله صراحة أو دلالة ، قال تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾^(٢) .

وقال رسولنا الكريم: " أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك "^(٣) .

كما أن الوديعة عقد على المنافع مدة معلومة بثمن معلوم .

(٢) عقد الإجارة:

الإجارة لغة: مشتقة من الأجر ، وهو العوض ومنه سمي الثواب أجراً^(٤) .

^١ جاء بالقاموس المحيط: الوديعة واحدة الوداعة، و الوديعة العهد، و الجمع الودائع ، أودعته مالاً ليكون عنده وديعة، استودعته وديعة استحفظته .

^٢ النساء: ٥٨ .

^٣ جامع الترمذي : ٥ / ٥٥٥ .

^٤ المصباح المنير ، للفيومي : ص ١٠ .

قال تعالى: ﴿لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾^(١).

وروى البخاري: أن النبي ﷺ استأجر رجلاً من بني الديل يقال له عبد الله بن الأريقط، وكان هادياً خريئاً أي ماهراً^(٢).

(٣) عقد القرض:

والقرض لغة: بمعنى القطع^(٣).

والقرض في اصطلاح الفقهاء: دفع مال لمن ينتفع به ثم يرد بدله.

قال تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ وَلَهُ أَجْرٌ كَرِيمٌ﴾^(٤).

وروى أبو هريرة ؓ: أن النبي ﷺ قال: "من نَفَسَ عن مسلم كربة من كرب الدنيا نَفَسَ اللَّهُ عنه كربة من كربات يوم القيامة، ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه"^(٥).

(٤) عقد الحوالة:

والحوالة لغة: من التحويل بمعنى الانتقال^(٦).

والحوالة في إصلاح الفقهاء: نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

وروى أبو هريرة ؓ: أن رسول الله ﷺ قال: "مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع"^(٧).

(٥) عقد الشركة:

والشركة لغة: الاختلاط^(٨).

والشركة في اصطلاح الفقهاء: عقد بين المتشاركين في رأس المال والربح.

قال تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِنَّا لَأَنذَرِينَا أَمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾^(٩).

^١ - الكهف: ٧٧.

^٢ - الجامع الصحيح، البخاري: ١١٦/٣.

^٣ - المصباح المنير، الفيومي: ص ٤٩٧.

^٤ - الحديد: ١١.

^٥ - صحيح مسلم: ٧١/٨.

^٦ - المصباح المنير، الفيومي: ص ١٥٧.

^٧ - الجامع الصحيح للبخاري: ١٥٥/٣؛ وصحيح مسلم: ٥/٣٤.

^٨ - المصباح المنير، الفيومي: ص ٣١١.

^٩ - سورة ص: ٢٤.

وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ ، أن الله يقول : " أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإن خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما " (١) .

والشركة قسمان : شركة أملاك ، وشركة عقود .

وشركة الأملاك : هي أن يمتلك أكثر من شخص عيناً من غير نقد ، وهي قسمان : إما اختيارية ، أو إجبارية .

والاختيارية : مثل أن يوهب شخصان هبة أو يوصي لهما وصية فيقبلاها ، وهنا يكون الموهوب الموصى به ملكاً لهما على سبيل الشركة .

والإجبارية : هي التي تثبت لأكثر من شخص جبراً من دون أن يكون لهم أثر في إحداثها كما في الميراث .

أما شركة العقود : فهي أن يعقد اثنان فأكثر عقداً على الاشتراك في المال وما ينتج منه من ربح ، وأنواعها :

- أولاً : شركة العنان .
- ثانياً : شركة المفاوضة .
- ثالثاً : شركة الأبدان .
- رابعاً : شركة الوجوه .
- خامساً : شركة المضاربة .

وفيما يلي بيان موجز بكل منها :

(أ) شركة العنان : والعنان لغةً : من عن الشيء إذا عرض ، فالشريكان كل واحد منهما تعني شركة الآخر ، وقيل مشتقة من عناني الفرسين في التساوي (٢) .

(ب) وفي الاصطلاح : هي أن يشترك اثنان في مالهما على أن يتجرا فيه والربح بينهما ، ولا يشترط فيها المساواة في المال ولا في التصرف ، ويكون الربح فيها بين الشريكين بحسب أسهمهم في رأس المال ، وكذلك الخسارة .

(ج) شركة المفاوضة : والمفاوضة هي المساواة والمخالطة ، وتفاوض الشريكان بمعنى تساوي (٣) .

وفي الاصطلاح : هي التعاقد بين اثنين فأكثر في عمل ما وفيها يفوض كل واحد من الشريكين للآخر كل تصرف مالي وبدني من أنواع الشركة ، فيبيع ويشترى ويوكل

١ - سنن أبي داود : ٦٧٧/٣ .

٢ - المصباح المنير ، الفيومي : ص ٤٣٤ .

٣ - أساس البلاغة ، الزمخشري : ص ٤٥٤ .

ويضارب ويرتهن ويكون الربح والخسارة بينهما على ما اتفقا عليه بحسب نصيب كل واحد منهما في المال.

(د) شركة الأبدان : والبدن هو الذات أو الجسم^(١) .

وفي الاصطلاح: هي أن يتفق اثنان فأكثر على أن يقبلا عملاً من الأعمال على أن تكون أجرة هذا العمل بينهما حسب الاتفاق، وهذا ما يحدث مع أصحاب المهن كالتجارين والحدادين وغيرهم، وتصح الشركة بين أصحاب الحرفة الواحدة أو الحرف المختلفة.

(هـ) شركة الوجوه: والوجه لغةً: هو الجاه والعرض والصحة^(٢).

وفي الاصطلاح: هي أن يشترك اثنان فأكثر في شراء سلعة بجاههما، ويبيعانها، وما يحصلان عليه فهو ربح بينهما، أما الخسارة فعليهما بالسوية.

(و) شركة المضاربة: والمضاربة لغة: من الضرب في الأرض، والسفر للتجارة^(٣)، قال تعالى: ﴿ وَأَخْرُوجُ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾^(٤).

وفي الاصطلاح: هي عقد بين طرفين على أن يدفع أحدهما ماله للآخر ليُتجر له فيه على أن يقسم الربح بينهما حسب ما يشترطانه. وإذا كانت المصارف الإسلامية تقوم أساساً على إلغاء فكرة الربا المحرم، فإنها لا بد أن تأخذ بمبدأ المشاركة ولاسيما عقد المضاربة كبديل للقرض بفائدة. وهذا العقد خاضع لمبدأ الربح والخسارة، وهكذا تكون المعاملة في الإطار الشرعي الصحيح.

(ز) عقد الوكالة : والوكالة لغةً : من وكل أي فوض أمره لغيره واكتفى به^(٥)، ومنه ﴿ حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ ﴾.

وفي الاصطلاح: استنابة الإنسان غيره فيما يقبل النياية.

(ح) عقد الضمان: والضمان لغة: من ضمنت الشيء أي أحرزته وحفظته وتكلفت فيه، وضمنته المال ألزمته إياه^(٦).

وفي الاصطلاح: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام بحق، فيثبت في ذمتها جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما.

^١ - بدن: سمن وتضخم، أساس البلاغة، الزمخشري: ص ٣٣.

^٢ - أساس البلاغة للزمخشري: ص ٦١٩ - ٦٢٠.

^٣ - المصباح المنير، الفيومي: ص ٣٥٩.

^٤ - المزمّل: ٢٢.

^٥ - المصباح المنير للفيومي: ص ٦٧٠.

^٦ - المصباح المنير للفيومي: ص ٣٦٤.

وعقد الضمان يعتبر حجر الأساس لكثير من العقود في الفقه الإسلامي وخاصة التي لها مساس بالتعامل المصرفي. وما ذكرناه من عقود هي أهم العقود التي تستند إليها المصارف الإسلامية في عملياتها المصرفية. والآن ننتقل لبيان أهم الخدمات التي تقدمها هذه المصارف.

الخدمات التي تقدمها المصارف الإسلامية:

(١) المشاركة المنتهية بالتمليك:

المصارف الإسلامية غالباً ما تقوم بمشاركة الزبون بالمعاملة المصرفية، ولكنها قد تلجأ إلى مشاركة من نوع آخر هي المشاركة في أدوات الإنتاج بين المصرف ومن يعمل على الآلات المنتجة للدخل كعربات النقل والحاصدات الزراعية وغيرها، وغالباً ما تنتهي هذه المشاركة بتمليك الآلات إلى العامل عليها زبون المصرف، وتتم هذه المشاركة باتفاق تقسيم عائدات الإنتاج إلى ثلاثة أقسام: ١- قسم للمصرف، ٢- قسم للعامل كأجرة على عمله، ٣- قسم يحفظ كمقابل لقيمة الآلة. وذلك بعد خصم نفقات الوقود والصيانة، حتى إذا ما بلغ ذلك الجزء المحفوظ مبلغ قيمة الآلة المنتجة، قام المصرف من جانبه بالتنازل عن ملكيتها للعامل زبون المصرف^(١)، وهذا النوع من الاستثمار له فوائد كثيرة، فهو من جهة أحد مصادر الربح للمصرف، ومن جهة أخرى فيه تنشيط للحركة الزراعية والصناعية والعمرانية، وذلك عندما يقوم المصرف الإسلامي بتمويل العاملين في هذه المجالات الإنتاجية، مما يساهم في التنمية الاجتماعية على نحو نافع ومفيد.

(٢) بيع السلم:

والسلم بيع موصوف في الذمة بثمن مقبوض في مجلس عقد البيع، ولا يصح إلا فيما يمكن ضبطه وتعيينه قدرًا ووصفًا، كالمكيلات والموزونات والمزروعات والعدديات. وشروطه: بيان جنس المسلم فيه، ببيان نوعه ووصفه وقدره وأجل ومكان التسليم، وبيان مقدار رأس المال إن تعلق العقد ببيان مقداره كالمكيل والموزون، وبناء على ذلك فكل بيع يكون فيه الثمن عاجلاً وتسليم السلعة آجلاً، فهو بيع السلم، وإن اختلفت الأوصاف. وهكذا صار بيع السلم أحد أوجه الاستثمارات التي تقوم بها المصارف الإسلامية، وهو استثمار يحقق للمصرف ربحاً جيداً، زيادة على كونه يعود بالنفع على زبائن المصرف.

(٣) بيع المربحة:

وهو بيع يمثل الثمن الأول للسلعة مع زيادة ربح على ذلك، وهناك من عرف المربحة: بأنها نقل المبيع بالثمن الأول وزيادة، ولومن غير جنسه أو بعضه بحصته وزيادة بلفظها أو لفظ البيع^(٢).

^١ - د. سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية: ص ٤٧٢ و ٤٧٣.

^٢ - التطبيقات المصرفية لبيع المربحة في ضوء الفقه الإسلامي، د. عطية فياض، دار النشر للجامعات، القاهرة، سنة ١٩٩٩: ص ٢٧.

وعلى أساس هذا البيع يقوم المصرف الإسلامي بشراء السلعة بناء على حاجة السوق بموجب دراسات وتوقعات المصرف ، أو بطلب من أحد الزبائن. وعندها يشتري المصرف السلعة ويبيعها مربحة في السوق أو للزبون، وذلك ببيان سعر الشراء، والمصروفات، ويزيد عليها ربحاً معلوماً.

(٤) بيع المربحة للأمر بالشراء:

وذلك بأن يطلب الزبون من المصرف شراء سلعة بمواصفات معينة، على أساس وعد منه بشراء تلك السلعة مربحة من المصرف، وعلى أن يدفع ثمن السلعة إلى المصرف بالتقسيط.

(٥) البيع بالتقسيط:

وهو بيع بالتقسيط، أو إلى أجل معين، وقد يكون بسعر السلعة التي تباع نقداً، أو بزيادة، كما لو قال البائع للمشتري هذه السلعة ثمنها مائة إذا دفعته الآن، ويصبح مائة وعشرة إذا دفعته بعد سنة، وقد أتبع بعض المصارف الإسلامية هذا الأسلوب في البيع بالنسبة للسلع المعمرة والأثاث والمساكن والسيارات.

(٦) الودائع:

والوديعة المصرفية تختلف عن عقد الوديعة، بسبب أن المصارف تستطيع استعمال النقود المودعة، ومادام المصرف مأذوناً في استعمال الوديعة ربما ينتج منه الهلاك. والملاحظ في الفقه الإسلامي أن الوديعة لا تخرج على كونها توكيلاً أو إستتابةً في حفظ المال إلا أن الإذن بالاستعمال والانتفاع قد يجعلها عقد عارية، وإذا كان الشيء نقوداً أو مثلياً فالعارية قد تنقلب إلى قرض.

أنواع الوديعة:

تنقسم الوديعة المصرفية إلى أربعة أقسام هي:

- (أ) الوديعة الادخارية - الحساب الادخاري .
- (ب) الوديعة تحت الطلب - الحساب الجاري .
- (ج) الوديعة الاستثمارية .
- (د) وديعة الوثائق والمستندات .

وفيما يلي تعريف موجز بكل منها:

(أ) **الوديعة الادخارية** : وهي فتح حساب ادخاري في المصرف، واستلام إيداعات وقيدها في الحساب، وتزويد عميل المصرف بدفتر ادخار.

ويلاحظ على الوديعة الادخارية، على الرغم من الأعباء المادية من إعداد نماذج وحملات التوعية التي يتكلفها المصرف، فالمصارف الإسلامية تؤدي هذه الخدمات بلا مقابل،

ولكن أحد الباحثين يقول: إن كان القصد من الوديعة الادخارية مجرد حفظها فعلى المصرف قبولها أمانة لديه، وبالتالي يمكن أن يأخذ أجراً مقابل الحفظ.^(١)

(ب) **الوديعة تحت الطلب** : حيث يتم فتح حساب لعميل المصرف بعقد يكون على صورة نموذج معد بشكل عام فيتم إملأه وتوقيعه من قبل العميل، وبموجبه يحصل العميل على خدمات مصرفية معينة مثل تأدية الشيكات المسحوبة وتقديم الكشوفات وغير ذلك.

ويلاحظ على الوديعة تحت الطلب ، كما يرى أحد الباحثين ، أنه يجوز للمصرف أن يتقاضى من العميل مصاريف مقابل فتح الحساب وإمساكه ، حيث يعتبر المصرف أجيراً^(٢)

(ج) **وديعة الاستثمار** : وصورتها أن يكون رأس المال من شخص والعمل من شخص آخر ، فالأول صاحب رأس المال والثاني هو المضارب، وهي من العقود الدائرة بين النفع والضرر وقد تكون المضاربة مطلقة أو مقيدة، والمطلقة هي التي لا تتقيد بزمان ولا مكان ولا نوع ولا تجارة معينة ، والمضاربة المقيدة هي التي تقيد بقيد معين.

(د) **وديعة الوثائق والمستندات**: وصورة ذلك بأن يتم تسليم المودع الوثائق إلى المصرف لحفظها بأعيانها بعد ضبطها بقائمة، حيث يعطي المصرف صاحب الوثائق إيصالاً بما استلمه، ويقوم المصرف بردها حين الطلب أو بانتهاء الأجل المتفق عليه، وذلك مقابل أجره معينة. وهذا عقد إجارة ، أما إذا طلب العميل أن يقوم المصرف بتحصيل أرباح الوثائق أو بيع محتوياتها، فهذا التفويض يعتبر عقد وكالة يجوز للمصرف أن يحصل على عمولة مقابل له.

(٧) **صندوق التوفير:**

هو حساب جار للتشجيع على الادخار، وذلك بأن يودع شخص نقوده في هذا الحساب، والمصارف غير الإسلامية تعطي فوائد على هذا الإيداع إلا المصارف الإسلامية، لا تفتح صناديق توفير بفوائد، بل تقبل الودائع الادخارية وللمصرف أن يأخذ أجره مقابل هذه الخدمة أولاً يأخذ تشجيعاً للادخار.

(٨) **الأوراق التجارية:**

وهي صكوك ثابتة للتداول تمثل حقاً نقدياً وتستحق الدفع بمجرد الاطلاع أو بعد أجل معين، ويجري العرف على قبولها كأداة للوفاء^(٣).

^١ - الربا والمعاملات المصرفية ، د. عمر المتروك ، رسالة دكتوراه : ص ٣٤٥.

^٢ - د. سامي حمود ، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية : ص ٣٦٩ .

^٣ - الأوراق التجارية ، د.مصطفى كمال طه : ص ٩ .

وأنواع الأوراق التجارية:

- (أ) الكمبيالة .
- (ب) السند الإذني أو لحامله .
- (ج) الصك .

وفيما يلي تعريف موجز بكل ورقة من هذه الأوراق:

- (أ) **الكمبيالة:** هي عبارة عن صك مكتوب يتضمن أمراً صادراً عن الساحب إلى المسحوب عليه بدفع مبلغ معين في تاريخ معين أو قابل للتعيين لإذن شخص ثالث أو للحامل يسمى المستفيد وتذكر فيه أن القيمة وصلت ويبين تاريخ السحب.
- (ب) **السند الإذني أو لحامله:** هو ورقة تجارية صادرة عن المدين في صيغة إقرار من قبله، حيث يتعهد بدفع معين في تاريخ معين لشخص معين أو لإذنه أو لحامله .
- (ج) **الصك:** وهو أمر من العميل إلى المصرف ليدفع إلى شخص ثالث المبلغ المدون في الصك من حساب العميل الجاري في المصرف.

ويبدو أنه لا محذور شرعاً من تحرير هذه الأوراق لأنها إما وثيقة بدين كما في السند الإذني ، وإما حوالة كما في الكمبيالة ، وإما حوالة أو وكالة كما في الصك وتحريرها يتفق وقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾^(١) .

(٩) تحصيل الأوراق التجارية:

والمقصود إنابة المصرف في تحصيل جميع الأموال المثبتة في الأوراق التجارية لصالح العميل ، والمصرف يقوم بها نظير عمولة وهذه أجرة على التحصيل.

(١٠) خصم الأوراق التجارية:

وصورتها أن يقوم حامل الورقة التجارية بنقل ملكيتها عن طريق التظهير إلى المصرف قبل موعد الاستحقاق مقابل حصوله على قيمتها مخصوماً منها مبلغ يسمى الخصم. ومن ظاهر المعاملة أن فيها عائد ربوي محرم وقد جرت محاولات متعددة للعدول عن الفائدة في خصم الأوراق التجارية بإقرار تدابير لتخريج الخصم على نحو مقبول شرعاً ، من ذلك تخريجها عن طريق الجعالة باعتبار أن تحصيل الدين من قبل المصرف مقابل جعل الشخص أو المصرف وكأجر عن القيام بالتحصيل. وهناك تخريج الخصم عن طريق القرض المماثل: أي يفترض أن نلغي ما يخصمه المصرف من قيمة الكمبيالة ، إلا ما كان منه لقاء خدمته ونستبدل الخصم الملغي بقرض مماثل ، بأن يشترط المصرف على صاحب الكمبيالة أن يقدم قرضاً للمصرف يساوي الفائدة المُلغاة^(٢) .

^١ - البقرة: ٢٨٢ .

^٢ - البنك اللاربوي في الإسلام ، محمد باقر الصدر : ص٧١ ، ٧٢ ، ٧٣ .

وغيرهم قال بتخريج الخصم على أساس البيع، أي تكييف خصم الورقة على أساس البيع وذلك بأن يقوم حامل الورقة ببيعها إلى المصرف بقيمة أقل مما تحمله الورقة من قيمة وهذا جائز باعتبار أن بيع الدين بأقل منه مقبول شرعاً^(١).

ولكن هناك من يرى أن خصم الورقة جائز شرعاً إذا كانت الورقة على المصرف الإسلامي الخاص فهذه تعتبر في حكم الصلح عن المبلغ المؤجل ببعضه حالاً. وإذا كانت الورقة على غير المصرف الإسلامي الذي تولى الخصم فهذا الخصم غير صحيح شرعاً^(٢).

(١١) الاعتماد المستندي :

حيث تقوم المصارف بتسهيل مهمة استيراد البضائع لأن البائع والمشتري في دول مختلفة لكل منها نظامها الخاص ولتسهيل ذلك يطلب البائع من المشتري توسط مصرف يتعهد بتأدية الثمن المحدد للبضاعة إلى البائع تعهداً معلقاً على تقديم البائع إلى المصرف الوثائق التالية:

١. مستندات ثمن البضاعة .
٢. وثيقة تأمين البضاعة .
٣. قائمة بمبلغ البضاعة وكميتها ووصفها بصورة كاملة .

ولتخريج خدمة الاعتماد المستندي قيل إنها تقوم على أساس الوكالة بمعنى أن طلب العميل من المصرف هو وكالة وبالتالي يجوز للمصرف استحقاق الأجرة عليها.

وهناك من قال بأن بائع البضاعة لا يقبل التخلي عنها لمشتري بعيد عنه لا يطمئن لذمته المالية بينما المصرف له ذمة مطمئنة لأطراف المعاملة التجارية ، وهكذا يحيل المشتري البائع على المصرف لاستيفاء الثمن من ذمة المصرف لا ذمة المشتري.

ورأى آخر أن الضمان هو أساس هذا الاعتماد المستندي، فالمصارف مضمونة أو أكثر ضماناً من بائع فرد أو مشتري فرد ، ويسار المصرف وتدخله ضمان لعقد صفقة البيع بين المصدر والمستورد فلا حرج من قيام المصرف الإسلامي بهذه المعاملات^(٣).

(١٢) خطابات الضمان:

وهو تعهد من المصرف بقبول دفع مبلغ معين لدى الطلب إلى المستفيد في ذلك الخطاب نياية عن طالب الضمان عند عدم قيام الطالب بالتزامات معينة قبل المستفيد^(٤).

^١ - البنك اللاربيوي في الإسلام ، محمد باقر الصدر : ص ١٥٨ ، ١٥٩ .

^٢ - المعاملات المصرفية ، سعود دريب : ص ٦٦ ؛ الربا والمعاملات المصرفية ، د. عمر المتروك : ص ٣١٢ .

^٣ - الأعمال المصرفية و الإسلام ، مصطفى عبد الله الهمشري : ص ١٤٩ .

^٤ - البنك اللاربيوي في الإسلام ، محمد باقر الصدر : ص ١٢٨ .

وخطاب الضمان يقدم إلى جهة معينة عند الدخول في مناقصات عامة وعند رسو المناقصة على شخص ما فيمكنه تقديم خطاب ضمان للجهة صاحبة مشروع المناقصة لكي تطمئن على الالتزام بالتنفيذ بشروط المناقصة ، والفرق بين خطاب الضمان والاعتماد المستندي أنه لا يتم دفع نقود في خطاب الضمان وإنما هو دليل على ضمان جدية تنفيذ المناقصة. هذا وقد اختلف الفقهاء والمسلمون بين مؤيد ومعارض لخطابات الضمان ، وهناك من أجاز للمصرف الإسلامي ذلك بشروط على أساس عقد مشاركة بين المصرف والزبون.

(١٣) التحويلات المصرفية:

وهي خدمة تقدمها المصارف تدر عائداً من الربح لا بأس به ، وهناك أنواع منها على سبيل المثال :

١. **التحويل الداخلي** : وصورته أن يقوم المصرف بتحويل النقود داخل حدود الدولة خدمة لعملائه وطريقة التحويل قد تتم بطرق منها :

(١) الصكوك المصرفية .

(ب) التحويلات البرقية. وبالطبع يأخذ المصرف عمولة مقابل ذلك.

٢. **التحويل الخارجي** : وصورته أن يقوم المصرف بتحويل النقود خارج حدود الدولة سواء أكان النقد وفاءً لثمن بضاعة أم القصد منه الإنفاق أو الانتفاع وهذا التحويل يتم بطرق منها :

١. الصكوك المصرفية .

٢. الصكوك السياحية وغيرها ، والمصرف يتقاضى عمولة مقابل ذلك.

ويلاحظ على خدمة التحويلات المصرفية: يبدو أنها عملية تبرز فيها صورة الوكالة والإنابة، والوكالة يمكن أن تكون مقابل أجر ، وعمولة المصرف بمثابة الأجر فهي جائزة شرعاً^(١) .

(١٤) تأجير الصناديق الحديدية:

وهو عبارة عن عقد يلتزم المصرف بمقتضاه أن يضع في العقار الذي يشغله خزانة حديدية تحت تصرف العميل وحده مقابل أجر يختلف باختلاف حجم الخزانة ومدة انتفاع العميل بها^(٢) ، ويمكن تكييف تأجير الصناديق الحديدية بعقد إجارة أو بعقد وديعة أوبهما معاً ، فهو عقد صحيح شرعاً ، وبالتالي فما يتقاضاه المصرف من أجره معلومة صحيح وجائز شرعاً.

^١ - الأعمال المصرفية و الإسلام ، مصطفى عبد الله الهمشري : ص ١٨٤ ؛ تطوير الأعمال المصرفية ، دسامي حمود: ص ٣٧١ .

^٢ - العقود وعمليات البنوك التجارية ، د. علي البارودي : ص ٢٦٥ .

(١٥) بيع الأسهم:

والسهم هو حصة في رأس مال شركة ما ، سواء أكانت شركة تجارية أم عقارية أو صناعية وغيرها. وقد فرّق بعضهم بين أسهم مؤسسات مباحة وقالوا إن شراءها وبيعها جائز شرعاً ، وحرّموا بيع وشراء أسهم شركات غير مباحة أصلاً. وهناك من أشار إلى وجود الجهل والغرر بالنسبة لمشتري الأسهم ، باعتبار عدم العلم بكل ممتلكات الشركة ، ولكن هناك من أجاز ذلك إذا كان الغرر يسيراً وليس جسيماً.

(١٦) بيع السندات:

والسند هو صك يتضمن تعهداً من المصرف والشركة ونحوهما لحامله بسداد مبلغ مقرر في تاريخ معين نظير فائدة مقدرة غالباً ما بسبب قرض عقده شركة مساهمة أو هيئة حكومية أو أحد الأفراد. ولمعرفة الحكم الشرعي لبيع السندات ، لابد من بيان الفرق بين الأسهم والسندات والموازنة بينهما تبين ما يلي:

١. السهم يعتبر جزءاً من رأس مال الشركة ، أما السند فهو جزء من دين على الشركة.
٢. السهم لا يسدد إلا عند تصفية الشركة أو بيع الجزء المتعلق بالسهم ، أما السند فله وقت محدد لسداده.
٣. صاحب السهم شريك في الشركة يتعرض للربح والخسارة أما صاحب السند فله فوائد ثابتة.
٤. عند تصفية الشركة فصاحب السهم لا يأخذ حصته إلا بعد تصفية السندات وقضاء ديون الشركة ، أما صاحب السند فله الأولوية في الاستيفاء لأنه دائن للشركة.
٥. وعلى وفق ما تقدم فالسند بمثابة قرض بفائدة ، لأنه يمثل ديناً على الشركة ، وصاحبه يستحق فائدة ثابتة ، سواء ربحت أم خسرت الشركة ، وعلى هذا النحو فشراء السندات وبيعها غير جائز شرعاً.

(١٧) بيع العملات الأجنبية:

تقوم المصارف ببيع وشراء العملات الأجنبية وذلك لسد حاجة العملاء والحصول على أرباح ، إذ عادة ما تكون أسعار الشراء اقل من أسعار البيع. وعلى هذا النحو لا يوجد ما يمنع المصارف الإسلامية من إجراء مثل هذه المعاملات.

وبعد أن انتهينا من عرض الخدمات التي تقدمها المصارف ، ننتقل لبيان بعض المشكلات التي نجمت في الواقع العملي للمصارف الإسلامية ، ونعرضها على النحو التالي:

١. مشاكل الودائع في المصارف الإسلامية:

ويمكن حصرها في مشكلتين رئيسيتين:

(أ) مشكلة المخاطر الاستثمارية .

(ب) مشكلة طلبات السحب اليومية .

(أ) مشكلة المخاطر الاستثمارية:

العلاقة بين أصحاب الودائع والمصارف مبنية على أساس المشاركة أو المضاربة، الأمر الذي ينتج نسبة معينة من الأرباح التي تتحقق من المشروعات التي يمولها المصرف، ونسبة من هذه الأرباح يأخذها المصرف، وهذه الحالة تظهر نتيجتين:

النتيجة الأولى: أن مشروعات المستثمرين المحولة إذا أعطت أرباحاً ضخمة على مدى قصير فالمصرف يستفيد هو والمودعين عنده، وإذا كانت الأرباح ضئيلة أو لم تتحقق فلن يحصل المصرف والمودعون على أي شيء.

والنتيجة الثانية: إن المودعين بصفقتهم مشاركين في عمليات المصرف، يتحملون نصيبهم من الخسارة إذا حصلت وهذه النتائج قد تجعل المودعين يحجمون من إيداع أموالهم في هكذا مصارف، خوفاً من الخسارة المحتملة ومخاطر الاستثمار. وهذا الأمر يؤثر بصورة سلبية على حجم الودائع في المصارف. ولمواجهة هذه المشكلة تختلف الطرق بحسب نوعية الوديعة فإذا كانت وديعة تحت الطلب يجب أن يتقرر لها تأمين يحميها من أي خسارة. وإذا كانت الوديعة استثمارية أو ادخارية فإن احتمال الخسارة يبقى قائماً.

وللتغلب على هذه المشكلة ربما تعتمد المصارف الإسلامية على سياسات استثمارية، قائمة على مبدأ توزيع المخاطر، جغرافياً واقتصادياً وقانونياً وذلك بالاعتماد على عناصر إدارية مؤهلة لتقدير إمكانية الربح والخسارة في المشروعات التي يقدم المصرف على تمويلها.

مشكلة طلبات السحب اليومية:

عادة ما تتلقى المصارف الودائع، سواء تحت الطلب أو لأجل، ومن المعلوم أن أصحاب الودائع لا يسحبونها كلها في وقت واحد، كما لا يسحبونها بكاملها في وقت واحد، فهناك بقية بعد عمليات السحب وهي ما تستخدمها المصارف في تقديم القروض وغيرها من المعاملات، وهذا الاحتياطي من السيولة له أهمية للعمل المصرفي، ومن المعروف أنه كلما كان حجم احتياطات المصارف أقل من حجم الودائع، كانت المخاطر المرتبطة بالسحب أكبر، وبالعكس كلما كان حجم الاحتياطات كبيراً كلما قلت تلك المخاطر.

وهذه المسألة تطرح على المصارف الإسلامية مشكلة ذات شقين :

الأول: هو استثمار الودائع تحت الطلب بشكل مريح.

والثاني: هو توفير السيولة اللازمة لمواجهة سحب هذه الودائع.

ولكن ازدياد فائض السيولة إذا لم يستخدم، فهذا يعني تحوله إلى احتياطي مجمد، وغير منتج، مما يلحق ضرراً بالمدعين. وهذه الحالة لا تعرفها المصارف غير الإسلامية، لأن هذه المصارف تحصل على الفائدة من الإيداع وهذا مالا يجوز للمصارف الإسلامية أن تقوم به من الناحية الشرعية.

وهناك من يتصور أن المصارف الإسلامية قد تتبادل في الودائع فيما بينها، الأمر الذي يسمح في التخلص من الفوائض، وأحياناً أخرى بتلقي الفوائض، وعندها تجري المقاصة بين الودائع محسوبة على أساس المبالغ والمدد ثم تحاسب الأرصدة على أساس العائد الذي يوزعه المصرف المدين، حيث يتم تبادل الودائع بعمليتين مختلفتين ويتم الحساب بين المصرفين، إما على أساس العائد الذي يحققه كل مصرف على العملة التي تلقاها، وإما على أساس أن تعتبر الودائع قروضاً حسنة لا تستحق أي عائد.

ولكن هذا الحل المتصور يتطلب مدة طويلة لإنجاز المعاملات وتصفية الحسابات لتحقيق عائدها. وهذا مما يفرض إيجاد أدوات للمصارف الإسلامية تتمكن بواسطتها من تحويل الودائع تحت الطلب إلى استثمارات على المدى الطويل مع محاولة احتفاظها بمعدلات سيولة نقدية أيضاً.

٢. مشاكل المصارف الإسلامية في استخدام المضاربة:

وهي تتمثل بالمخاطر المرتبطة بالتمويل عن طريق المضاربة وهذه المخاطر جعلت المصارف تتردد كثيراً في استعمالها. بالنظر إلى أنها لا تتوفر على أغلب المعايير الضرورية في أي مشروع طالب للتمويل، من ذلك المعرفة الكاملة بالمتعاملين من حيث الملاءة والوضعية في السوق وأخلاقيات التعامل المالي وفي غياب هذه المعطيات صارت المصارف الإسلامية تقتصر على دراسة قابلية المشروع للتنفيذ وبعد انجاز الدراسة تقدم لإدارة المصرف للترخيص بتمويل المشروع محل الدراسة بالمضاربة. وإذا كانت المصارف الإسلامية لا تأخذ ولا تطالب بالضمانات العادية المعروفة في مجال التمويل المصرفي، إلا أن هذه المصارف تلزم المضاربين بنوع آخر من الضمانات، كأن تحتفظ بالسلع تحت رقابتها أو في مخازن المصرف وهذه الحالة ناتجة من قلة المعلومات عن المضارب، مما تجعل مخاطر المضاربة ذات نسبة عالية، وهكذا قد يمتنع المصرف عن استخدام هذه الوسيلة التمويلية^(١).

ومن الضمانات التي تحاول المصارف الإسلامية اعتمادها للتغلب على مخاطر سوء تسيير المشروعات، اشتراط المصارف على المضاربين إمكانية تدخل المصرف في إدارة عملية

^١ - عبد الرحيم محمود حمدي، أشكال وأساليب الاستثمار الإسلامي ومجالاتها، الخرطوم، سنة ١٩٧٩: ص ٤٢.

المضاربة^(١)، وهذه الشروط قد تكون مقبولة لأن تسيير المضاربة بطريقة سيئة قد يؤدي إلى خسارة كبيرة وهذه تنعكس على المودعين باعتبارهم أصحاب الأموال في المضاربات ، فإذا لم تتدخل المصارف لتقويم تسيير المضاربة ، فإنها قد لا تستطيع الانسحاب من المشروع الذي مولته ، حيث لا تجد من تتنازل له عن دورها في المشروع وهي ملزمة شرعاً بدعمه لذلك لا بد من إعطاء المصارف إمكانية التدخل لتصحيح وضمان حسن تسيير المشروع ، إذ من غير المعقول المخاطرة بأموال الودائع من دون ضمانات كافية ، وليس من المعقول تحميل أصحاب الأموال مخاطر الضياع ، حتى وإن كان الأمر يقتضي الخروج على قاعدة فقهية ما .

أما عن موقف الفقه الحديث من المضاربة في العمل المصرفي الإسلامي:

فقد ذهب اتجاه إلى أن المضاربة قادرة على التكيف ونوعية التمويل الحديثة^(٢)، وذهب الاتجاه المعارض إلى أن تطبيق المضاربة مشوب بكثير من التعقيد ، إذا ما وازناه بنظام الفائدة الذي تعمل به المصارف غير الإسلامية ، والقائم على تحديد نسبتين من الفوائد إحداهما أقل من الأخرى حيث الفائدة القليلة تعطى للمودعين والفائدة المرتفعة تؤخذ من المقترضين لذلك فهو نظام سهل التطبيق ، أما المضاربة بصيغتها المنصوص عليها في الفقه الإسلامي فغير قابلة للتطبيق في العمل المصرفي الحديث ، ولا تتفق وفكرة الاستثمار الجماعي التي تمارسها المصارف بأموال المودعين واقترح أصحاب هذا الرأي إيجاد قواعد جديدة من مثل إحلال عقد المشاركة في الاستغلال بهدف الربح بدل المضاربة^(٣).

وهكذا يمكن القول بأن المضاربة القديمة تختلف عن الحديثة في عدة نقاط: منها أن المتعاملين في السابق كانوا يعرفون بعضهم بعضاً معرفة شخصية ، وكان حجم الأموال المضارب بها ضئيلاً بينما اليوم أصبحت المصارف الإسلامية تعتمد على المضاربة كوسيلة قانونية في التعامل مع أصحاب الودائع والمستثمرين برؤوس أموال ضخمة. ونحن نرى اليوم المصارف الإسلامية تتلقى الودائع حسب القوانين الوضعية المعروفة وتمول بالمضاربة حسب القواعد الفقهية ، ومن الأفضل أن توضع قوانين من قبل الدولة توحد القواعد المطبقة من طرف المصارف الإسلامية لحسم الخلافات بشأن المضاربة ، وبالنظر لوجود تفاصيل وخلافات فقهية تجعل من تطبيق المضاربة صعبة في الواقع العملي ، الأمر الذي قد يدفع المصارف الإسلامية إلى التخلي عن المضاربة والتعامل بأدوات أخرى من مثل التمويل بالمشاركة.

٣. مشاكل المصارف الإسلامية في استخدام المشاركة:

^١ - أبو عبد الله إدريس مقال في مجلة المسلم المعاصر ، عدد ٤٨ لسنة ١٩٨٧ : ص ١٧٧ .
^٢ - د. عبد الحليم ، مقال في فقه المضاربة في القديم والحديث ، جريدة الشرق الأوسط في ١٣/٥/١٩٨٥ .
^٣ - د. مجدي عبد الفتاح سليمان ، مقال أضواء على المضاربة و البنوك الإسلامية ، مجلة الوعي الإسلامي ، عدد ١٩٨ ، لسنة ١٩٨١ .

ممارسة المصارف الإسلامية لبعض من أعمالها بالاستناد لعقد المشاركة ، أثارت عدداً من المشاكل ، تمثلت أساساً بالإدارة وتعويض أصحاب رؤوس الأموال ، ومشاكل المتعاملين الأمر الذي جعل من الصعب التوسع في استخدام المشاركة كأحد البدائل الإسلامية للقروض والفوائد وفيما يلي توضيح لهذه المشاكل :

١ . بالنسبة لمشاكل الإدارة ، فهي تتركز في الصعوبات التي تواجهها المصارف في الإشراف على المشاريع التي تمولها بالمشاركة ، ومتابعة تنفيذها ، خاصة عندما يكون المشروع بعيداً عن المصرف الإسلامي .

٢ . أما مشاكل تعويض أصحاب رؤوس الأموال فتظهر خاصة بالنسبة للأشخاص الذين يقدمون أموالهم للتمول على المدى القصير ، وعند تطبيق نظام المشاركة تتشأ مشكلة اختلاف الأجل بين وقت التمويل ووقت تنفيذ وانجاز المشروعات التي مولتها المصارف مشاركةً بأموال هؤلاء الأشخاص .

٣ . أما مشاكل المتعاملين مع المصارف والمقترضين منها فهي أكثر المشاكل خطورة ، وذلك لأن الواقع قد كشف أن أغلب هؤلاء المتعاملين ليست لديهم الكفاءة المهنية المفترضة لانجاز مشاريعهم ، وربما تحايل بعضهم على المصارف ، من جهة امتناعهم عن الإعلان عن الأوضاع الحقيقية والواقعية لمشروعاتهم ، أو الإعلان عن خسائر وهمية ، وذلك بقصد دفع المصرف إلى المشاركة بتحمل نسبة من الخسائر في الوقت الذي يتمكن هؤلاء من تحقيق أعلى نسبة من الأرباح ، وربما عمد بعض أصحاب المشاريع إلى عدم مسك دفاتر حسابات ، أو مسكها بشكل غير دقيق ولا منضبط (١) .

كما يتعمد بعضهم إلى دفع رواتب عالية ، وهذه يهدفون منها التهرب الضريبي ، كذلك لوحظ أن أصحاب بعض المشاريع الناجحة ، يرفضون المشاركة مع المصارف الإسلامية إذا طلبوا قروضاً منها وبالنظر لأن هذه المصارف تصر على نظام المشاركة ، فيعزف أصحاب المشاريع الناجحة عن الاقتراض من المصارف الإسلامية ويضطرون للاقتراض من المصارف غير الإسلامية .

ومن الحلول المقترحة لمشاكل المشاركة أن يتم التأكيد على حسن تسيير المشاريع والإدارة وباعتبار أن المشاركة تقوم على شركة العنان . وهذه لها مفهوم الوكالة ، فالشركاء تجمعهم وكالة مشتركة ، وبالتالي يكون لكل شريك الحق في التسيير بشرط عدم تجاوز هذا الحق والالتزام بما ينص عليه العقد بين المصرف والزبون . وهناك من أجاز أن يؤجر المصرف حصته لشريك يقوم بالإدارة مقابل مبلغ معين يدفع للمصرف

١ - د.محمد أحمد سراج ، النظام المصرفي في الإسلام ، دار الثقافة ، القاهرة ١٩٨٩ : ص ١٨٢ و ١٨٣ .

وهذا ما أجازته بنك فيصل الإسلامي المصري في اجتماع هيئة رقابته الشرعية في اجتماعها رقم ٢٣ بتاريخ ٢٦ - ١ - ١٤١٠هـ.

وهناك حل آخر اتخذته الحكومة الباكستانية يقوم على القروض الطويلة المدى عن طريق المزايدة الاستثمارية، وذلك بأن تقوم المصارف عن طريق مزايدة علنية ببيع رخص الاستثمار، وهكذا تتحدد مردودية الأموال بناء على العرض والطلب عليها.

٤. مشاكل المصارف الإسلامية في استخدام بيع المربحة:

تعتبر المربحة من أهم الوسائل لعمل المصارف الإسلامية، ولعل السبب هو حصول كل طرف على ما يريده فالمصارف تحصل على مردود مالي سريع ومرتفع والزيون يحصل على ما يرغب من سلع ومواد وغيرها، ولكن على الرغم من هذه المميزات هناك مشاكل منها ما هو ناجم عن طبيعة العقد، باعتبار أن الوعد بالشراء الذي يقدمه الزبون ليس التزاماً نهائياً، كما يعتقد بعض الفقهاء، وهناك مشكلة تدخل بعض الدول والحكومات وتحديد أسعار السلع المباعة حيث يكون هامش الربح محدوداً، وهناك مشكلة تغير الأسعار بحد ذاتها بسبب عوامل تقلب أسعار السوق وغيرها من العوامل. وفيما يلي عرض سريع لهذه المشاكل:

١. مشكلة الالتزام بالوعد، هي أهم مشكلة تواجه استخدام المربحة، حيث من المتوقع امتناع الزبون الأمر بالشراء عن تنفيذ وعده، وهذه حالة لم تستطع المصارف الإسلامية إيجاد حل نهائي لها، فهناك من يرى أن يتحمل الزبون الضرر من مبلغ العيوب الذي يقدم، وهناك من قال بضرورة اشتراط المصارف ضمان مالي شخصي أو عيني يتم تحصيل مبلغ ضرر المصرف منه، وهناك من يرى عرض الأمر على لجنة تحكيمية يكون قرارها ملزماً للزبون والمصرف.

٢. مشكلة المصارف الإسلامية في دول يحدد قانونها هامش الربح للسلع، ففي هذه الحالة تواجه المصرف مشكلة كيفية تحديد ربح للمصرف، هل يكفي المصرف بالربح الذي تقرره الدولة، أم يضع ربحاً زائداً عليه بصورة علنية أو باتفاق خاص مع الزبون، ومن المتصور أن أي زيادة علنية قد تسبب المساءلة القانونية للمصرف.

٣. مشكلة تغيير الأسعار، إذ من المحتمل أن الأسعار تتغير في السوق خاصة إذا كانت المعاملة تتعلق بالاستيراد من الخارج، وهناك احتمال تبدل سعر صرف العملات بين يوم وآخر بل بين ساعة وأخرى، وبالنسبة لتغيير السعر في السوق أخذت المصارف تشترط البيع بصفة فورية بينها وبين البائع والمشتري، أما بالنسبة لتغيير سعر صرف العملات فهذه مشكلة قائمة ولمواجهتها يطرح بعضهم اقتراحاً له وجهان:

الأول: على مستوى كل مصرف إسلامي وهو تكوين احتياطي عملات أجنبية لمواجهة تقلبات سعر الصرف .

والثاني: هو إنشاء صندوق مشترك للمصارف الإسلامية لمواجهة مخاطر تغيير سعر صرف العملات الأجنبية.

ولتقدير استخدام بيع المربحة نقول : برهنت المصارف الإسلامية منذ تأسيسها عن رغبة في تحقيق أعلى معدلات الربح مثل المصارف غير الإسلامية ، وبالنظر لأن تحديد الثمن في عقد البيع لا يصطدم بقيود شرعية ما عدا ضرورة خلوه من الغبن والغرر ، لهذا السبب أثرت ضد المصارف الإسلامية انتقادات وتساؤلات بخصوص بيع المربحة الذي مارسته هذه المصارف (١). وهناك من تحدث عن شبهة ربا (٢). وهناك من قال بشبهة بيع ما ليس تحت اليد وبيع ما لم يضمن (٣). وغيرهم قال: بالشبهة المتعلقة بالثمن في بيع المربحة (٤). وبعضهم عرض وناقش وجود شبهة متعلقة بالتعامل عند التأخر في الأداء (٥). كما أثرت شبهة استخدام الاعتماد المستندة في بيع المربحة (٦). كذلك هناك من تحدث عن شبهة عدم تحمل المخاطر في بيع المربحة (٧).

٥. مدى ملائمة بيع المربحة للأمر بالشراء للمصارف الإسلامية:

لقد انقسم الباحثون المختصون على رأيين أساسيين بشأن بيع المربحة للأمر بالشراء، الأول: يرى أن المصارف الإسلامية باعتمادها على بيع المربحة خرجت على دائرة العمل المصرفي الحقيقي ، القائم على الوساطة المالية ، وأصبحت بمثابة وسيط تجاري ، وطريقة استخدامها لهذا البيع جعلتها تخلط بين الوساطتين، والرأي الثاني يقول: بأن أسلوب المصارف الإسلامية ملائم لطبيعتها ، باعتبارها مصارف استثمارية يحق لها استخدام مواردها في كل المجالات ومنها التجاري، وتأمل واقع بيع المربحة هذا يكشف أن اعتمادها من قبل المصارف الإسلامية له أسباب منها: أن المصرف الإسلامي ، غير مؤهل للحصول على البضائع مثل أي تاجر عادي ، حينما يعرض بضاعته للجمهور، قد يشتريها

^١ - لمزيد من التفاصيل راجع: د.احمد النجار، مقال حديث حول البنوك الإسلامية ، جريدة الشرق الأوسط في ١٧/٨/١٩٩٣ .

^٢ - د أحمد علي عبد الله ، بيع المربحة و الحملة على البنوك الإسلامية ، السلسلة العربية رقم ١١ ، مطبوعات بنك فيصل الإسلامي السوداني بدون تاريخ : ص ٣٠ .

^٣ - ناقشه د.يوسف القرضاوي ، بيع المربحة للأمر بالشراء كما تجربة المصارف الإسلامية ، مكتبة وهبة ، القاهرة ١٩٧٨: ص ٤٥ - ٦١ .

^٤ د.احمد علي عبد الله ، المربحة أصولها وأحكامها وتطبيقها في المصارف الإسلامية ، مطبوعات بنك فيصل الإسلامي السوداني ، الخرطوم ١٩٨٧ :ص٣٦- ٦٠ .

^٥ - الاستثمار في البنوك الإسلامية ، ندوة عقدت في عمان من ١٦ إلى ٢١/٦/١٩٨٧ ، طبع مؤسسة آل البيت ، الأردن ١٩٩٠ .

^٦ - حسين حسين شحاته ، في آفاق فتاوى و توصيات المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي ، مجلة الاقتصاد الإسلامي ، العدد (٢٠) ، الشهر الرابع ١٩٨٣ .

^٧ - د.احمد علي عبد الله ، بيع المربحة و الحملة على البنوك الإسلامية ، السلسلة العربية رقم (١١) ، مطبوعات بنك فيصل الإسلامي السوداني ، الخرطوم ، بدون تاريخ .

أولا يشتريها . فليس باستطاعة المصرف القيام بمثل هذه التجارة ، ولو فرضنا - جدلاً - أن المصرف أقدم على ذلك .

٦. مشاكل عقد القرض:

لبيان تقدير موضوعي عن عقد القرض المستخدم في المصارف الإسلامية نبين ما يلي:

أن المصارف الإسلامية تقدم القروض بضمانات في الغالب الأعم ، واستثناء من دون ضمانات للاستهلاك والإنتاج. والقروض الإنتاجية هي قرض حسن نادراً ما تقدمه هذه المصارف ، والسبب هو عدم وجود مردود مالي.

ولمعالجة تردد المصارف الإسلامية في تمويل القطاعات الإنتاجية بقروض حسنة ، قدمت عدة اقتراحات منها:

١. أن يتم التمويل من أموال الزكاة والتبرعات^(١).
٢. فتح المجال للقروض الاستهلاكية المجانية لذوي الحاجات الملحة ، على أن ينظر في تمويل القروض الإنتاجية^(٢).

٣. أن القرض الحسن لا يتوافق وهذا النوع من التمويل ، ولا مع ظاهرة التضخم التي يعاني منها العالم وطالما أن القروض الحسنة لا تدر على المقرضين أي مردود مالي ، وبالنظر للمشاكل التي واجهتها المصارف الإسلامية في استخدام المضاربة ، فالحل التوفيقى للقروض الحسنة هو تمويلها بالمشاركة للمصرف الإسلامي في رؤوس أموال المشروعات على أن يكون هناك تمييز بالنسبة لقروض حسنة في مجالات معينة ، كما لو كان الغرض من القرض مشروع طبي أو خدمات اجتماعية إنسانية وغيرها ، يمكن تقديم القروض الحسنة من أموال الزكاة والتبرعات لمثل هذه المشروعات . أما شراء سلع معمرة كالسيارات مثلاً ، فيمكن تمويلها بالبيع الآجل ، أو بالتأجير المقترن بخيار الشراء ، ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى أن المصارف الإسلامية من بداية تجربتها ولحد الآن قد أظهرت فجوة بين الأهداف التي تسعى إليها والتطبيق العملي حيث يلاحظ وجود قصور في الواقع الحقيقي وابتعاد عن الأهداف ، فقد نادى بعضهم بأن البديل الإسلامي للقروض بالفوائد هو المضاربة والمشاركة بينما يرى آخرون أن البديل المنطقي هو القروض بدون فوائد أي القروض الحسنة ، وهو ما لم تلتزم ولم تعمل به المصارف الإسلامية بدعوى صعوبة تطبيقه ، وعدم وجود مردود مالي من القرض الحسن ، والمصارف تسعى إلى تحقيق الربح والقروض الحسنة لا ربح فيها:

^١ - د. رفيع المصري ، مصرف التنمية الإسلامي أو محاولة جديدة في الريا و الفائدة و البنك ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ١٩٨ : ص ٤٢٢ .

^٢ - د. أحمد فهمي أبو سنة ، الحكم الفقهي للمسائل الواردة في الحوار الذي دار حول كتاب " نحو اقتصاد إسلامي " ، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي ، المجلد ١ ، عدد ٢ ، ١٩٨٤ : ص ١٢٢ .

ولهذا السبب فإن المصارف الإسلامية أصبحت لا تقدم القروض الحسنة أو أنها تقدمها على نطاق ضيق وبمبالغ مالية محدودة وضيئة إلى حد كبير، وربما تفرض المصارف على طالب القرض الحسن أن يفتح حساباً جارياً في المصرف وتشتترط عليه أن لا يأخذ عنه أي دخل، وبعد أن تعطيه ما يطلبه من تمويل قرضه الحسن تحتفظ له في حسابه بمبلغ ما (١)، ومن مجموع هذه الحسابات الجارية المحفوظة في المصرف الإسلامي تتكون لديه مبالغ طائلة ينتفع بها المصرف وحده، مع أنه من الناحية الشرعية لا يحق له ذلك، وهذه النتيجة تستدعي إلزام المصارف الإسلامية بتقديم المزيد من القروض الحسنة، حسب شروط معقولة طالما أن هناك مبالغ مالية طائلة موقوفة في الحسابات الجارية للزبائن وفي هذه الحالة لا مانع من الحصول على نفقات الإدارة والتسيير لشؤون المصرف.

٧. مشاكل عقد الإجارة:

تعتبر الإجارة المقرونة بخيار الشراء أو المنتهية بالتملك للآلات والمعدات، أهم مشكلة من مشاكل الإجارة المعمول بها في المصارف الإسلامية فالزبون المستأجر يكون مديناً بأقساط الإيجار التي عليه الوفاء بها في المواعيد المحددة، وهو مسؤول عنها، مهما كانت النتيجة مشروعة. كما أنه يتحمل مخاطر العملية كلها، وصيانة المعدات والآلات المؤجرة والحفاظ عليها، ويستفيد بالمقابل زيادة على الانتفاع بها خلال مدة الإيجار. وعقد الإجارة هذا يتصف بالأمان، وهكذا فالمصارف الإسلامية تحتفظ بملكية المحل، فتتجنب أي خسائر محتملة لأن من حقها استرجاع المحل، وفسخ العقد، إذا لم يوفّ الزبون بالتزاماته، وهذه المقدرة لا تتوفر مثلاً في بيع المرابحة التي مهما اتخذ المصرف من احتياطات لها لا يمكنه أن يضمن وفاء الزبون بالتزاماته في موعدها، والملاحظ أن علاقة المصارف الإسلامية والزيائن تخضع لأحكام الإجارة بصفة عامة، وإن كانت مسألة الخيار قد تختلف من مصرف لآخر، ومن رأي فقهي لآخر، فهناك اتجاه يذهب إلى أنه في نهاية العقد فالمستأجر له أن يمارس خياره من دون تدخل المؤجر، بينما يذهب اتجاه آخر إلى أن عقد الإجارة الذي يكتب فيه شرط ينص على نقل الملكية إلى المستأجر نهاية مدة الإجارة بواسطة هبته إليه تنفيذاً لوعده سابق بين المالك والمستأجر وهذا يعني أن خيار الشراء يفقد أهميته التي يراها أصحاب الاتجاه الأول.

وعموماً فإن الإجارة سواء المنتهية بالتمليك أو غير المنتهية به، تعد شكلاً خاصاً لاستخدام رؤوس الأموال الموجودة عند المصارف لتمويل التجارة والصناعة وإذا كانت المصارف غير الإسلامية تقدمه إلى شركات متخصصة لتقوم به، فإن المصارف الإسلامية

١ د. محمود شوقي الفنجري، ندوة المصارف الإسلامية بين الواقع والمستقبل، الحلقة الأولى، جريدة الأهرام في ١٩٩١/٤/٢.

تقوم به بنفسها، إلا أنها تنتقد لارتفاع التكلفة، ومع ذلك يمكن اعتبار عقد الإجارة هذا جائزاً شرعاً فهو وسيلة تساعد على تلبية احتياجات العمل المصرفي.

فبواسطة هذا العقد يمكن خلق مشروع ما والإجارة لزبون متعامل به، خاصة إذا كان هذا الزبون له خبرة علمية وعملية على استعمال الآلات والمعدات المستأجرة، ولكنه لا يتوفر على الرأس المال النقدي لإنشاء مشروعه الخاص، كما يمكن للمصارف من الإجارة للسلطات الحكومية أيضاً في مقابل أقساط تحصل عليها في آجال محددة، وبانتهاء مدة الإجارة يمكن أن تنتقل ملكية الآلات إلى الزبون بموجب الشروط المتفق عليها مبدئياً^(١)، وإذا لم ترغب المصارف الإسلامية في التمويل مباشرة، فباستطاعتها إصدار شهادات تأجير لتمويل استثماراتها، مقابل أقساط تتحدد حسب معايير معينة، تضمن للمؤجر ربحه مقابل استهلاك رأس ماله.^(٢)

والخلاصة أن عقد الإجارة وسيلة من الوسائل التي يمكن للمصارف الإسلامية ان تستخدمها مع مراعاة الحدود الشرعية.

٨. مشاكل استخدام البيوع لأجل:

البيع بالأجل هو البديل الإسلامي لعملية الشراء بتسهيلات في الدفع التي تمارسها المصارف غير الإسلامية^(٣) والبيع بالأجل، بيع بالتقسيط مع زيادة الثمن تستعمله المصارف الإسلامية في عمليات مع التجار أو عمليات ضخمة على المدى الطويل مثل بيع المساكن بالتقسيط، والمصارف تسوغ وتبيح هذا البيع باعتبار عدم وجود نص يحرمه، والأصل في الأشياء الإباحة، والبائع حر في أن يتعامل بالنقد حالاً أو بالأجل، والعلاقة بينه وبين المشتري تختلف عن علاقة الدائن بالمدين في القرض^(٤).

فالبائع كل الحرية في تحديد ثمن سلعته، وللمشتري الحرية نفسها في التفاوض معه حول الثمن، بحيث إذا لم يحصل توافق بينهما جاز له أن يتعامل مع بائع آخر. وإذا طلب البائع زيادة على سعر السلعة مقابل الأجل، يكون للمشتري الحق في أن يقبل أو يرفض. وهو مالا يتوفر للمقترض مع أي مؤسسة بنكية أو مالية أخرى، كما أن المقرض قد يضاعف الفوائد على مدينه إذا لم يسدد ما عليه من أجل الاستحقاق، بشكل قد يفوق مبلغ الدين الأصلي، وهو ما لا يحدث في الزيادة في ثمن السلعة المباعة لأجل، لأن البائع في هذا البيع إذا كان يجمع بين البيع النقدي والقرض بالزيادة فإنه يمارس عملاً تجارياً مشروعاً، يتمتع فيه بحق الحصول على هذه الزيادة، ولكن مرة واحدة عند إبرام العقد،

^١ - مصطفى كمال السيد طايل، التوظيف الاستثماري للبنوك الإسلامية في قطاعات الصناعات الصغيرة والحرفية، مقال في مجلة المال والاقتصاد، عدد ٥، ١٩٨٧.

^٢ - د. معبد علي الجارحي، نحو نظام نقدي ومالي إسلامي: ص ٣٩.

^٣ - الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية: ٣٨ / ٥.

^٤ - د. رفيق المصري، مصرف التنمية أو محاولة جديدة في الربا والفائدة والبنك، مؤسسة الرسالة بيروت، ١٩٨٧: ص ٣٨٥ و ٣٨٦.

أي عندما تكون إرادة كل طرف حرة في القبول أو الرفض. وتكرس المصارف الإسلامية موقفها من كونها تحترم كل الشروط المطلوبة في هذا البيع، وهي امتلاكها لمحلها، واتفاقها مع المشتري على ثمن واحد لا غير، وعلى آجال سداد هذا الثمن وأقساطه والحلول في حالة إخلاله ببند من بنود العقد.^(١)

وبعد الاتفاق على كل هذه التفاصيل يتم إبرام العقد، ويبدو أن البيع لأجل طريقة أسهل من بيع المرابحة للأمر بالشراء من حيث تنفيذ وانجاز العمل بها على الرغم من التدابير الاحتياطية التي يجب على المصرف الإسلامي اتخاذها لدرء مخاطر الامتناع عن الأداء في الآجال المحددة وهي تدابير أولية تتمثل بدراسة كل ملف بدقة وجدية، وفي مطالبة الزبون بالضمان إذا ارتأى المصرف ذلك مع احتفاظه بسلطة تقديرية في المسألة، فالبيع بالأجل أداة مصرفية تتمتع بفوائد متنوعة من حيث مرونتها واستفادة الأطراف منها، ومع ذلك هناك من يطالب بأن لا يطغى استعمالها على مبدأ المشاركة فهذه يفترض أن تكون أساس عمل المصارف الإسلامية، كذلك يرى بعضهم ضرورة تدخل المشرع بإصدار قوانين تنظم هذه المعاملات.

وبعد الذي عرضنا من مشكلات المصارف الإسلامية ننتقل فيما يلي لبيان الخاصية المميزة للمصارف الإسلامية، ونعني بها الرقابة الشرعية حيث سنتناولها بشيء من التفصيل على النحو التالي :

الرقابة الشرعية

تعتبر الرقابة الشرعية، من الأمور الجديدة، التي أتت بها "المصارف الإسلامية" وهي تمارس من قبل هيئة تعد من جهة، جزءاً من مكونات هيكل التسيير والعمل، ومن جهة أخرى، سلطة مكلفة بالرقابة، وهي رقابة خاصة بهذه المصارف، ويمكن اعتبارها استثنائية، إذا قورنت بأنواع الرقابة العادية، التي تخضع لها المصارف التقليدية، وإضافية بالنسبة للمصارف الإسلامية، باعتبارها تخضع لرقابة المصرف المركزي، ومدققي الحسابات. وسنحاول هنا، ضبط مفهوم الرقابة الشرعية من حيث تشكيل هيئاتها والمهام المنوطة بها، ثم تقدير عملها.

مفهوم الرقابة الشرعية

توجد في كل مصرف إسلامي، هيئة للرقابة الشرعية خاصة به، وهو ما سبق وقرره مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي^٢، وهي تستمد وجودها من الأنظمة الأساسية لهذه المصارف

^١ - د. عبد الحافظ عبد الرحيم، مقال الحرفيون وعودة القطاع الغائب إلى حظيرة التنمية، مجلة المال والاقتصاد، عدد ٢، ١٩٨٥، ص ٣٥.

^٢ انظر: "قرارات مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي، من ٢٠ إلى ٢٢/٥/١٩٧٥"، نشر مصرف دبي الإسلامي، ١٩٧٥، ص ١١.

. ولكي نضبط مفهومها وممارساتها، سنتحدث عن تشكيلها ومهامها، لنفهم من خلال ذلك طبيعتها ودورها وآثارها.

شكل وتكوين هيئة الرقابة الشرعية

تشكل هيئة الرقابة الشرعية مبدئياً، من المختصين في الفقه الإسلامي، لاسيما في المعاملات، وهناك من زكاهما بمختصين في الاقتصاد، والمصارف والقانون. والملاحظ أن تشكيل هيئة الرقابة الشرعية، يختلف من مصرف لآخر، وذلك تبعاً للقانون الأساسي، والنظام الداخلي لكل مصرف. ويمس هذا الاختلاف، التكوين ومن له الحق فيه، وإن كانت هذه الهيئات تتفق نسبياً في المهام المنوطة بها.

فقد تأخذ الهيئة شكلاً جماعياً، أي تتكون من عدة أشخاص، أو شكلاً فردياً، حيث يقتصر الأمر على شخص واحد. وفي الحالتين يتم تعيين أعضاء الهيئة، إما من طرف الجمعية العمومية، أو مجلس الإدارة. ويقول الباحث فادي محمد الرفاعي :

الرقابة الشرعية ما هي إلا امتداد لوظيفة المحتسب في الدولة الإسلامية، حيث كان للمحتسب سلطات وصلاحيات تخوله مراقبة الأسواق والموازن والمكاييل، فكان المحتسب يسأل التاجر في متجره عن أحكام الحلال والحرام في البيوع، فإن رآه عالماً بها أبقاه، وإلا أخرجته من تجارته، وسحب ترخيصه ليتعلم أولاً قبل أن يعمل في التجارة، حتى لا يطعم الناس الحرام وهو لا يدري، هذا وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: لا يدخل سوقنا إلا من تفقه في دينه.

وتستمد هيئة الرقابة الشرعية، وجودها القانوني، من القوانين المنظمة للمصارف الإسلامية. فمثلاً نجد أن القانون الأساسي لمصرف فيصل الإسلامي المصري، يلزمه في المادة ٤٠ منه، بإحداث هذه الهيئة، واشترط تكوينها من أشخاص يتم اختيارهم من طرف الجمعية العمومية، لمدة ٣ سنوات، وأن يكون عددهم ٥ على الأكثر، وأن يكونوا من "علماء الشرع وفقهاء القانون المقارن، المؤمنين بفكرة المصرف الإسلامي"^(١).

أما فيما يخص النمط الثاني، فأبرز مثال له، هو المصرف الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار، الذي اقتصر قانونه على النص، على مستشار شرعي واحد، يُعيّن من بين أهل العلم والتخصص بالأحكام الشرعية العلمية^(٢)، وجعل التعيين من اختصاص مجلس الإدارة^(٣)، والذي عليه بالمقابل، ألا يعزله إلا بقرار "معلل بأغلبية ثلثي الأعضاء على

^١ - انظر: مصرف فيصل الإسلامي المصري، النظام الأساسي، المادة ٤٠؛ وانظر: مصرف فيصل الإسلامي المصري،

١٠ سنوات من العطاء، مطابع الشروق: ص ٤٠، بدون توثيق آخر.

^٢ - راجع: المصرف الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار: قانون المصرف. المادة ٢٧ الفقرة أ.

^٣ - راجع: المصرف الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار: قانون المصرف. المادة ٢٧ الفقرة أ.

الأقل"^(١)، ويضاف لهذا المصرف، المصرف الإسلامي الدولي في الدنمارك، الذي تقرر أن تراقب أعماله من طرف مستشار، يقوم بمهمة المراقب الشرعي^(٢).

والملاحظ أن النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي، لم يشر إلى إحداث هيئة للرقابة الشرعية خاصة به، وإنما نص على تشكيل عدة هيئات استشارية "متخصصة في الدراسات الاقتصادية والمالية وفي الشؤون القانونية"^(٣).

مهام هيئة الرقابة الشرعية

يمكن القول بأن مهام هيئة الرقابة الشرعية في أي مصرف، على نوعين؛ المهام المعنوية وتتمثل باطمئنان المتعاملين مع "المصارف الإسلامية"، إلى كل ما تقدم عليه من أعمال، والمهام العملية، وهي النظر فيما يعرضه عليها المصرف، من عقود وأعمال، للتأكد من توافقها مع الشريعة الإسلامية، أو وضع عقود أخرى، أو إعادة صياغتها^(٤).

وإذا كانت أهم وظيفة لهيئة الرقابة الشرعية، واحدة بين مختلف "المصارف الإسلامية"، وهي إبداء الرأي السابق أو اللاحق، حول شرعية العمليات والعقود التي يتعامل بها المصرف^(٥)، فإن تطبيق هذه الوظيفة مختلف فيه من مصرف لآخر، فهي مطالبة مثلاً في مصرف فيصل الإسلامي السوداني، بتقديم نوعين من التقارير، الأول: دوري للمدير العام ومجلس الإدارة^(٦)، والثاني: سنوي للجمعية العمومية^(٧). وهي في مصرف فيصل الإسلامي المصري متمتعة بما "لمراقبي الحسابات من ووسائل واختصاصات"^(٨). وتقوم في مصرف التضامن الإسلامي السوداني، بالإضافة إلى ما سبق حتى بمراقبة المصالح المكلفة بالتوظيف، والتخزين، وغيرها من المصالح، للتأكد من شرعية كل العمليات التي تنجزها^(٩).

ويتمتع المراقب الشرعي، في المصرف الإسلامي الدولي في الدنمارك، بكل اختصاصات المراقب الداخلي، حسب ما يقتضيه القانون الدنماركي، بالنسبة للرقابة الداخلية، فهو يفتش الملفات، ويتأكد من التزامات المصرف ومردوديته، ويضمن

^١ - راجع: المصرف الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار، قانون المصرف . المادة ٢٧ الفقرة ب.

^٢ - راجع: د. جمال الدين عطية "المصارف الإسلامية بين الحرية و..." م.س. ص ٧١.

^٣ - راجع: بيت التمويل الكويتي، النظام الأساسي: الفصل الثاني: المادة ٦٢.

^٤ - راجع: بيت التمويل الكويتي: النظام الأساسي: الفصل الثاني: المادة ٦٢.

^٥ - راجع: مصرف فيصل الإسلامي السوداني: النظام الأساسي: المادة ٧١: الفقرة ٢. الفقرات أ.ب.ج.د؛ وراجع: مصرف فيصل الإسلامي المصري: "١٠ سنوات من العطاء" م.س. ص ١٤؛ وراجع: المصرف الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار: قانون المصرف. المادة ٢٨ الفقرة أ؛ وراجع: قانون المؤسسات المالية الإسلامية الإماراتي: المادة ٦.

^٦ - راجع: مصرف فيصل الإسلامي السوداني: النظام الأساسي المادة ٧١ الفقرة ٣.

^٧ - راجع: مصرف فيصل الإسلامي السوداني: النظام الأساسي المادة ٧١ الفقرة ٤. التي تضيف بأن هذا التقرير يجب أن يكون "مشتتلاً على رأيها في مدى تمشي المصرف في معاملاته مع أحكام الشرع، وما قد يكون لديها من ملحوظات في هذا الخصوص".

^٨ - راجع: مصرف فيصل الإسلامي المصري: النظام الأساسي: المادة ٤٠ الفقرة ٣.

^٩ - انظر: مصرف التضامن الإسلامي السوداني: النظام الأساسي: المواد ٦٠ إلى ٦٣.

توجيهاته، في تقرير يرفعه إلى مجلس الإدارة. والملاحظ، أن السلطة المحلية، لم تعارض في وجود هذا المراقب، ما دام ذلك لم يمس بقاعدة السرية، التي يجب أن يطبقها المصرف^(١).

ومنح قانون المصرف الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار، لمراقبه الشرعي، سلطات أوسع، فبالإضافة إلى ما يشترك فيه مع بقية المصارف، ألزم هذا القانون مجلس الإدارة بطلب رأيه في شرعية كل ما له علاقة بالغير^(٢)، بل وأن يدرس أيضاً الأسباب الموجبة لتحمل المصرف أية خسارة من خسائر الاستثمار، وذلك بهدف التحقق من وجود السند الفقهي المؤيد لما يقرره مجلس الإدارة بهذا الخصوص^(٣).

ويدخل بيت التمويل السعودي التونسي، في قائمة المصارف الإسلامية: التي تأخذ بنظام المراقب الشرعي الواحد، والمتمثل بشخص مفتي الجمهورية التونسية^٤. وهو يمارس الاختصاصات نفسها، وأهمها الحكم بشرعية العقود، والتصرفات التي تقوم بها المؤسسة.

وتنقسم الآراء حول كيفية ممارسة هيئة الرقابة الشرعية لمهامها، في أي "مصرف إسلامي"، بين من يوجب عليها البت في الناحية الشرعية للمسائل التي يطرحها عليها المصرف، وأن تبقى في ذلك مقيدة بحسب كل حالة على حدة، وبشروطها وظروفها، وأن تكون الإجابة تبعاً للشكل الذي طرح به التساؤل، بحيث لو طرح بشكل آخر لاختلف الجواب^(٥)، وأن يقتصر دورها على حل المشاكل المعروضة عليها، من دون أن يصل إلى ممارسة رقابة عملية تتبع بواسطتها، مطابقة كل أعمال المصرف للشرعية الإسلامية. وخلاصة هذا الموقف أنه على هذه الهيئة الحكم فيما يعرض عليها فقط، من دون الفصل فيما لم يطرح عليها. إلا أن بعض "المصارف الإسلامية"، تطرح عليها التدقيق في كل استثماراتها بشيء من التفصيل، فتتظرف في مطابقتها للشرعية الإسلامية، وتعطي تعليماتها التصحيحية بالنسبة لما لا يتطابق معها. وهذه الرقابة، التي تخرج من قوقعة الإجابة عن الأسئلة، وتمتد لتعايش كل أعمال المصرف، هي التي يرى اتجاه آخر^(٦)، وجوب توفرها، في كل "المصارف الإسلامية"، إذ بواسطتها تنزل الهيئة إلى المجال العملي وتدرس الملفات، وتجد الحلول. خاصة إذا كانت، تضم بين أعضائها أشخاصاً متخصصين، في الشرعية

^١ - راجع: د. جمال الدين عطية "المصارف الإسلامية بين الحرية و..." م.س.ص ٥٥ و ٥٦ و ٧١.

^٢ - راجع: المصرف الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار: قانون المصرف: المادة ٢٨. الفقرة أ.

^٣ - راجع: المصرف الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار: قانون المصرف. المادة ٢٨. الفقرة ب.

^٤ - راجع: بيت التمويل السعودي التونسي: التقرير السنوي ١٩٨٧ ص ٣٣.

^٥ - وذلك "بحيث لا تكاد تصلح الفتوى لحالة مشابهة، خشية أن يترتب على الفرق بين الحالتين فرق في الحكم، و بالفعل حدث أن استفتيت هيتان شرعيتان في مصرفين مختلفين في مسألة واحدة، وكانت الإجابة بالجواز من إحداها، والحرمة من الأخرى. وكان السؤال يتعلق بحالة الودائع المتبادلة بعملات مختلفة، إذ وجه السؤال مرة على أنها قرض حسن مشروط بأخذ وديعة بعملة أخرى، فكانت الفتوى أنها قرض جر نفعاً فهو ربا. بينما وجه السؤال إلى الهيئة الأخرى على أنها قرض حسن بضمناً وديعة بعملة أخرى، فكانت الفتوى بالجواز". راجع: د. جمال الدين عطية "المصارف الإسلامية بين الحرية و..." م.س. ص ٦٩ ، ٧٠.

^٦ - راجع: د. عبدالحميد محمود البعلي "المدخل لفقته..." م.س. ص ١٧١.

والقانون والاقتصاد ، ولكن شرط أن يقتصر دورهم على التأويل والتبيين ، إذ ليس لهم أن يحلوا أو يحرموا^(١).

والملاحظ أنه ، إذا كانت كل هيئة رقابة شرعية ، تملك سلطة الحكم ، على أي تصرف للمصرف ، الذي تنتمي إليه ، من حيث تناسبه والشريعة الإسلامية ، أو عدم تناسبه وإياها ، من دون أن يراقبها أحد داخل المصرف ، فإنها مع ذلك تخضع مبدئياً لنوع من الرقابة ، تمارسه عليها ، الهيئة العليا للرقابة الشرعية ، التي نصت على إنشائها المادة ١٦ من اتفاقية إنشاء الاتحاد الدولي للمصارف الإسلامية ، المبرمة سنة ١٩٧٧ وجعلتها تتكون من رؤساء هيئات الرقابة الشرعية لكل مصرف ، مع حق مجلس إدارة الاتحاد ، في زيادة أي شخص يراه ملائماً للعمل بها^(٢). وفي نفس السنة ، أدخل تعديل على هذه المادة ، أعطى لمجلس إدارة الاتحاد ، حق اختيار أعضاء الهيئة ، على أن يكون عددهم سبعة يزداد إليهم ، ممثلون للهيئات التابعة لكل مصرف عضو في الاتحاد. واقترن التعديل ، بإقرار مبدأ إلزامية قرارات الهيئة ، ولكن مع قيام أعضائها بعملهم بشكل تطوعي^(٣). ولكن في سنة ١٩٨٢ ، أعيدت هيكلة الهيئة ، وأصبحت تابعة لأمانة الاتحاد ، ومكونة من ١٥ عضواً ، منهم ١٠ من رؤساء الهيئات التابعة للمصارف الإسلامية ، و ٥ معينين من مجلس إدارة الاتحاد^(٤) ويرأس الهيئة إدارياً ، رئيس يساعده نائب وأمين للهيئة^(٥).

^١ - وذلك وحسب رأي د. جمال الدين عطية "ليس في الإسلام رجال دين - بالمفهوم الكهنوتي - يملكون وحدهم تفسير النصوص وتوضيح الأحكام ، ويصلون كما في بعض الأنظمة الدينية إلى حد التحليل والتحرير ، فسلطة التشريع اختص الله سبحانه بها ، فليس لأحد سواه قول في هذا المجال ، ولولا الازدواج المشؤوم في الثقافة والتعليم ، فما كان لدينا فئتان ، واحدة مصرفية ، وأخرى شرعية ، ولكانت أجهزة الإدارة في المصرف كفيلة بمعرفة الحلال والحرام ، ولكانت مهمة الرقابة الشرعية على التنفيذ جزءاً من عمل المدقق الداخلي والمراقب الخارجي وسلطات الرقابة الحكومية على المصارف".

^٢ - راجع: د. جمال الدين عطية "البنوك الإسلامية بين الحرية و..." م.س. ص ٦٨. ويرى د. أحمد النجار في هذا الشأن أن: "النص كان مرناً وقابلاً للتطبيق ، ومنطقياً في الوقت نفسه ، حيث أنه قد جرى العرف ، بغض النظر عن أنه غير مسوغ بقدر كاف ، أن يكون لكل مصرف هيئة رقابة شرعية ، كما كان النص عملياً في الوقت نفسه ، لأنه خلا من القيود التي سنرى فيما بعد أنها عطلت عمل الهيئة تماماً.

^٣ - راجع: د. أحمد النجار "حركة المصارف الإسلامية: حقائق..." م.س. ص ٤٧٤ ، ٤٧٥. ويلاحظ د. أحمد النجار أن هذا النص "جاء بقيدتين جديدين ، استحال علينا بسببهما أن نجعل الهيئة. على الرغم من كل المحاولات ، قادرة على أن تمارس مهمتها أو أن تقدم إنجازاً. أما القيد الأول: فهو مبدأ "الإلزامية" الرأي الصادر عن الهيئة لكل المصارف الأعضاء ،... أما القيد الثاني: فقد كان مبدأ "التطوعية..." راجع: د. أحمد النجار "حركة المصارف الإسلامية: حقائق" م.س. ص ٤٧٥ ، ٤٧٦ ، ٤٧٧.

^٤ - "ويشترط فيهم أن يكونوا من العلماء الثقات المتحلين بسعة الأفق الملمين بحاجات العصر ومتطلباته ، والقادرين على استنباط الحلول الإسلامية ، لما يواجه المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية ، من مشكلات ، بدون التعصب لمذهب أو رأي معين ، ويتم ترشيحهم بالاقتراع السري بواسطة أعضاء الهيئة المذكورين في البند (١) ويصدر بتعيينهم قرار من مجلس الاتحاد. انظر: الاتحاد الدولي للمصارف الإسلامية: اللائحة المنظمة لهيئة الرقابة الشرعية العليا: المادة ٧. من الباب الثاني. راجع: د. عبدالحميد محمود البعلي "المدخل لفقته..." م.س. ص ١٧٩. وراجع: د. أحمد النجار "حركة المصارف الإسلامية: حقائق..." م.س. ص ٤٧٨ وما بعدها.

^٥ - راجع: "اللائحة المنظمة لهيئة الرقابة الشرعية العليا": المادة ٩ من الباب الثاني: بالنسبة للرئيس. والمادة ١٠: من نفس الباب بالنسبة لنائب الرئيس. والمادة ١١: من الباب نفسه بالنسبة لأمين الهيئة.

وتتحدد اختصاصات الهيئة العليا للرقابة الشرعية، في النظر في الفتاوى والآراء، الصادرة عن مختلف هيئات الرقابة الشرعية، التابعة لكل مصرف من المصارف الإسلامية، الأعضاء في الاتحاد الدولي للمصارف الإسلامية، للتأكد من مطابقتها للمبادئ الشرعية. والرقابة على مختلف عمليات هذه المصارف، ولفت نظر من حاد منها عن الاسس الشرعية. ولها من أجل ذلك، حق الإطلاع على قوانين ولوائح المصارف والمؤسسات المالية الأعضاء، وعلى النماذج والعقود، مع ضمان المحافظة على السرية في جميع الأحوال^(١). ولها أيضاً، إصدار الفتاوى في القضايا التي ترفع إليها، والبت في المشاكل المالية والمصرفية، التي تطرح عليها، وإبداء الرأي، في مستجدات الحياة الاقتصادية، التي ترتبط بها مصالح المجتمع الإسلامي^(٢).

والملاحظ أن، ما تصدره الهيئة العليا من فتاوى وآراء، يعد ملزماً للمصارف والمؤسسات المالية، الأعضاء بالاتحاد، شرط أن تصدر بالإجماع، مع حق هذه المصارف والمؤسسات في المطالبة بإعادة النظر، في المشكل أساس الفتوى أو الرأي، وإذا لم يحصل الإجماع، وصدر عن الهيئة أكثر من رأي، كان من حق "أي مصرف أن يأخذ بأي الرأيين ما لم تقرر الهيئة أن المصلحة تقتضي الالتزام"^(٣)، أي الالتزام بأحدهما. علماً بأنه يمنع على الهيئة في إصدار آرائها، الأخذ بمذهب فقهي معين، وإنما عليها النظر في المقاصد العامة للشريعة الإسلامية^(٤).

وإذا كانت الهيئة العليا للرقابة الشرعية، تشرف على "المصارف الإسلامية" الأعضاء في الاتحاد، بصرف النظر عن انتماءاتها الجغرافية والقانونية، فإن هناك دواً، حاولت إنشاء هيئة عليا للرقابة الشرعية، ولكن على مستوى القطر للإشراف على المصارف الموجودة داخله، فقد نصت المادة ٥، من قانون المؤسسات المالية الإسلامية في دولة الإمارات العربية، على أنه سيصدر مجلس الوزراء قراراً بتكوين هيئة رقابة شرعية عليا، تابعة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، تتألف من أعضاء مختصين في الفقه الإسلامي، والقانون، والمصارف، لتراقب أعمال المؤسسات الإسلامية، وتتأكد من مطابقتها لقواعد الشريعة، وتقدم الاستشارات فيما تعرضه عليها هذه المؤسسات من مشاكل، ويجب على هذه الأخيرة أن تلتزم بالقرارات التي تصدرها الهيئة^(٥).

^١ - راجع: اللائحة المنظمة لهيئة الرقابة الشرعية العليا: "المادة ٢ الباب الأول. الفقرة ٣. وانظر: د. أحمد علي عبدالله "الرقابة الشرعية: دورها في إسلام الجهاز المصرفي في سياسات التمويل" مجلة المال والأعمال العدد ١. سبتمبر ١٩٩٥: ص ١٢١١.

^٢ - راجع: اللائحة المنظمة لهيئة الرقابة الشرعية العليا: "المادة ٢ الباب الأول.

^٣ - راجع: اللائحة المنظمة لهيئة الرقابة الشرعية العليا: "المادة ٢ الباب الأول.

^٤ - راجع: اللائحة المنظمة لهيئة الرقابة الشرعية العليا: "المادة ٣ الباب الأول

^٥ - راجع: د. جمال الدين عطية "المصارف الإسلامية بين الحرية و..." م س: ص ٥٢، ٥٣.

وتأسست في السودان، هيئة عليا سنة ١٩٩٢ بقرار إداري، من وزير المالية وهي هيئة مستقلة وحاكمة حتى لمصرف السودان^(١). ويدل تعريفها، على الأهداف والاختصاصات الواسعة، التي منحت لها، والتي تضم الجانب الشرعي والقانوني والمالي والفني والدراسي^(٢).

ويعني تمديد هذه الوضعية، إلى الدول، التي تعرف المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، أن هيئة الرقابة الشرعية، في أي مصرف أو مؤسسة عضو في الاتحاد الدولي للمصارف الإسلامية، تخضع لرقابتين: رقابة الهيئة العليا داخل الدول، ورقابة الهيئة العليا لدى الاتحاد.

ولكن، وعلى الرغم من هذه الرقابة المتعددة الدرجات، تطرح قضية، الفروع أو المصالح الإسلامية التابعة للمصارف التقليدية، من حيث مراقبتها الشرعية، ويذهب الاتجاه الغالب من الباحثين، إلى أنه لا بد من وجود رقابة على أعمال هذه الفروع، أو المصالح، على غرار ما هو كائن في المصارف الإسلامية، وهي مسألة غير متوفرة الآن، مما يضطر هذه المصالح، إلى عرض أعمالها أو ما تنوي القيام به، على مستشار شرعي خارجي^(٣). وهي ممارسة لا بأس بها، ولكنها غير كافية، إذ لكي تكون الرقابة أكثر فعالية، يجب أن تتصف بالدوام والاستقرار، وأن تكون قراراتها ملزمة، لاسيما عندما تختلف مواقفها مع مواقف الإدارة، وأن تتكون هيئاتها من أشخاص أكفاء علمياً ومهنياً، وهذه الضوابط لا تتوفر في المستشار الخارجي، زيادة على أن هيئة الرقابة الشرعية لكي تمارس أعمالها كما يجب، عليها أن تعقد اجتماعاتها بشكل منتظم، حتى تنظر بروية في العمليات المعروضة عليها، وتبدي رأيها فيما هو مطلوب منها، وأن تراقب تنفيذ العمليات التي أفتت فيها بصفة خاصة.

واقع الرقابة الشرعية:

يفترض تقدير عمل هيئات الرقابة الشرعية، الوقوف أولاً على واقعها في المصارف الإسلامية، ثم الحكم على هذا الواقع، من حيث ايجابياته وسلبياته.

واقع الرقابة الشرعية.

سنحاول الآن، الوقوف على دور الرقابة الشرعية، في المصارف الإسلامية، على أساس استقراء مواقفها، التي تصدر التقارير السنوية لهذه المصارف، معتمدين على النماذج المختارة. ونبدأ، بمصرف فيصل الإسلامي المصري، و تقارير هيئة الرقابة الشرعية لديه، حيث جاءت متشابهة على مدار السنين، فهي تؤكد على أنها اطلعت على الميزانية العامة، وحسابات المصرف، وحساب الأرباح والخسائر، وراجعت وناقشت، كل ما قام به

^١ - راجع: د. أحمد علي عبدالله "الرقابة الشرعية: دورها في..". م س : ص ١٢، ١٣.

^٢ - راجع: د. أحمد علي عبدالله "الرقابة الشرعية: دورها في..". م س : ص ١٢، ١٣.

^٣ - راجع: د. الغريب ناصر م س : ص ٧.

المصرف، من توظيفات واستخدامات، ودرست تقرير مدققي الحسابات، والكشوف الشهرية لارتباطات المصرف الاستثمارية. وأنها تؤكد، مطابقة ذلك كله للشريعة، وأن ما قام به المصرف، يدخل ضمن ما سبق، ووافقت عليه^(١). وهو ما نجده في التقارير التي تلت ذلك، مع اختلافات بسيطة، في ترتيب النقاط الواردة فيها^(٢).

ولقد سارت، كل من هيئة الرقابة الشرعية، لدى مصرف البحرين الإسلامي^(٣)، ومصرف فيصل الإسلامي في البحرين على النهج نفسه، إلا أن هذه الأخيرة، لا تتنظر إلا في مشروعية الميزانية، وعمليات المصرف ومشروعاته^(٤)، من دون بقية البنود التي تتنظر فيها هيئة الرقابة لدى مصرف فيصل الإسلامي المصري.

وبالنسبة لهيئة الرقابة الشرعية، أو كما يسميها مصرف التضامن الإسلامي السوداني، "إدارة الفتوى والبحوث"، فإن تقريرها عن سنة ١٩٨٤، جاء مبينا أكثر لطريقتها في العمل^(٥)، مع تأكيدها على شرعية العقود، التي استخدمها المصرف مع المتعاملين بعدما راجعت صيغها. وكذلك نظرها في "العدل بين المتعاقدين وحفظ حقوق كل طرف"^(٦).

أما المصارف التي اختارت نظام المراقب الشرعي، كالمصرف الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار مثلاً، فإنه ينظر في شرعية القواعد التي يعتمدها المصرف مع المتعاملين، ويعطي رأيه في كل عملية أو تصرف مستجد على المصرف. وبالنظر إلى سلطته، في تبرير أية خسارة قد تلحق بالمصرف، من الناحية الشرعية، درس مثلاً سنة ١٩٨٢ الخسارة التي تحملها المصرف^(٧)، وتبين له أنها حدثت بفعل قوة قاهرة، وبالتالي

^١ - راجع: مصرف فيصل الإسلامي المصري: التقرير السنوي ١٩٨٢ : ص ٢١.

^٢ - انظر مصرف فيصل الإسلامي المصري: التقرير السنوي ١٩٨٣ : ص ٢١. وانظر: مصرف فيصل الإسلامي المصري: التقرير السنوي ١٩٨٩ ص ٢٣. وانظر: مصرف فيصل الإسلامي المصري: التقرير السنوي ١٩٩٠ ص ٢٠.

^٣ - راجع: مصرف البحرين الإسلامي: التقرير السنوي ١٤٠٨ هـ : ص ١١.

^٤ - راجع: مصرف فيصل الإسلامي: البحرين: التقرير السنوي ١٩٨٧ م: ص ٢١.

^٥ - إذ يقول التقرير: أ - اكتمل خلال هذا العام تكوين الإدارة بأقسامها الثلاث: الشرعي والقانوني والاقتصادي، وتم بناء على ذلك ضبط وتأمين كل معاملات المصرف ونشاطه من الناحية الشرعية والقانونية، كما بدأ قسم البحوث الاقتصادية مزاوله أعماله مع القسمين الآخرين. ب - ركزت إدارة الفتوى والبحوث جل جهدها هذا العام على ضبط وتأصيل العمل الاستثماري باعتباره البديل للاستثمار الربوي الصريح، وذلك بغرض تخليص الناس من الربا في هذه المعاملات، فقامت على وجه الخصوص: ١ - بمراجعة صيغ العقود المستخدمة لضبط العلاقة بين المصرف وعملائه، مراعين في ذلك شرعية التعامل والعدل بين المتعاقدين وحفظ حقوق كل طرف. ب - ثم اتبعنا سياسة الوقاية خير من العلاج، فمثلت إدارة الفتوى والبحوث في كل اللجان والأجهزة الإدارية الأخرى المصدقة للعمليات الاستثمارية ضماناً لشرعية التعامل.

^٦ - راجع: مصرف التضامن الإسلامي السوداني: التقرير السنوي ١٩٨٤ : ص ٢٢ و ٢٣.

^٧ - فقد تحمل المصرف خسارة قدرها ٧٤٩ ديناراً و ٢٩٥ فلساً. ويقول المراقب الشرعي بشأنها ما يلي: وقد تبين لي أن تلك الخسارة نشأت عن تدهور شاحنة فيها أدوات صحية تكسر قسم منها، وأن هذا الحادث وقع أثناء نقل البضاعة من ميناء العقبة إلى عمان، بسبب قوة قاهرة، ولا علاقة للراغب في الشراء بهذا الحادث. وبمقتضى النصوص الفقهية التي ذكرتها في كتابي الجوابي للمدير العام بتاريخ ٥ ربيع الآخر ١٤٠٣ هـ الموافق ١٩٨٣/١/١٩، يكون الضمان في هذه الحالة على البائع، المصرف لذلك فإن قرار مجلس الإدارة للمصالحة بتضمين المصرف المبلغ المذكور أعلاه

فهي مشروعة بنظره. وبعد مرور عدة سنوات، بدأ ينظر أيضاً في حساب الأرباح والخسائر، وتوزيع الأرباح، ومراجعة السجلات المحاسبية، والإشراف على جرد موجودات المصرف، والتأكد من موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية^(١).

تقدير عمل الرقابة الشرعية:

عندما حاولنا، تقدير عمل هيئات الرقابة الشرعية بشكل عام، وقفنا على إيجابيات تحسب لها، وسلبيات تحسب عليها، فمن إيجابياتها، الأبحاث الفقهية والاقتصادية والمالية التي أصدرتها، والفتاوى العديدة، فيما يخص المشاركة، والمضاربة، والبيع الآجل، ومطالبتها للمسؤولين عن المصارف، بأن يقدموا لها كشوفاً بنتائج التطبيق العملي لما تعطيه لهم من آراء^(٢). كما أن قيام بعض المصارف الإسلامية، بطبع فتاوى هيئات الرقابة الشرعية، سهل على الباحثين مهمة موازنة بعضها بغيرها. إلا أنه لم تعمل أية هيئة في أي مصرف إسلامي، على وضع دليل يوضح الأعمال المسموح فيها مع تفصيل أحكامها، ولا نماذج للعقود التي يمكن التعامل بها، في النمط المصرفي الإسلامي كما هو الحال في النظام التقليدي^(٣). ولعل هذه هي بداية سلبيات عمل الرقابة الشرعية، التي تتكسر في الانتقادات الحادة، التي وجهت إليها، سواء من حيث وجودها أو مهامها، وقبل الدخول في تفاصيل هذه الانتقادات، نلاحظ أنه إذا كان تقدير ممارسات المصارف الإسلامية، بصفة عامة أمراً صعباً، فإن الأصعب منه هو تقدير موقف الفقهاء الذين تستخدمهم لمنحها الموافقة، لممارسة أنشطتها عن طريق آرائهم^(٤)، وارتباط الرقابة الشرعية بالفقهاء جعلها مسألة تتسم بالدقة والخطورة، لأنها تتعلق بهم كأشخاص، وبمصداقية ما يفتون به: فمن حيث وجود هذه الهيئات في كل مصرف، يذهب بعضهم^(٥)، إلى أنها مسألة سيئة لا تعود بأي نفع، لاسيما من حيث إقناع الجمهور، بأنها مؤسسات تتبع الأحكام الإسلامية، من جهة وبصحة الفتاوى الصادرة من جهة أخرى. زيادة على أن الأشخاص الذين يتولونها، وإن كانوا من العلماء الأكفاء فإنهم يبقون مجرد ماجورين لديها، مما يطرح عدة علامات استفهام، حول مصداقية ما يصدرونه من فتاوى. كما أن استخدام المصارف لهؤلاء

وقبده على حساب إيرادات الاستثمار المشترك صحيح شرعاً. انظر المصرف الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار: التقرير السنوي ١٩٨٢ : ص ١٩ ، ٢٠.

^١ - راجع: المصرف الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار: التقرير السنوي ١٩٨٩ : ص ٤١ ، ٤٢ ؛ وانظر: المصرف الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار: التقرير السنوي ١٩٩٠ : ص ٣٣ ، ٣٤.

^٢ - انظر: عبدالله كامل "فتاوى البيع" مجلة روز اليوسف ، ١٩٨٩/١١/٢٥ : ص ٢٧.

^٣ - راجع: د. جمال الدين عطية "المصارف الإسلامية بين الحرية و..." م س : ص ٧٠.

^٤ - وذلك بالنظر إلى الاستقلالية المفترضة في "أهل الفقه الذين تختارهم تلك المؤسسات لتولي مهمة الرقابة الشرعية، فيتحولون إلى منتفعين". انظر: د. فهمي هويدي "التمدين المنقوص" مركز الأهرام للترجمة والنشر. مؤسسة الأهرام ١٩٨٧. القاهرة : ص ١٧١.

^٥ - انظر: د. جمال الدين محمود "مداخلة في ندوة: الدين المعاملة" جريدة الأهرام في ١٩٩٠/١/٥ : ص ١٥ ، الذي يقول: "انه إذا تعلق الأمر بمصلحة عامة واحتاج الناس إلى الفتوى وجب أن يقوم بالفتوى من يعهد إليه المجتمع ولا أريد أن أقول الدولة، يعني الناس تثق فيه... أي ينبغي أن تعهد المؤسسات المالية بكل ما يعن لها أو بمشكلاتها لجهة عامة للفتوى يشعر الناس فيها بالأمان، ولكن أنا لا أفهم أن يكون لكل مصرف جهاز للفتوى."

الأشخاص، جعل الطلب على المختصين كبيراً، فأصبح بعضهم يتحارب من أجل هذه المناصب، نظراً للمقابل المادي الضخم الذي يحصلون عليه منها^(١)، مما أدى إلى فتح باب التنافس المشروع أو غير المشروع^(٢)، من أجل تقديم خدماتهم لمن يدفع أكثر، وبالمقابل محاربة كل من يقول بغير آرائهم، ومثالاً على ذلك محاولات التأثير التي قام بها بعضهم، لمنع مفتي مصر، من إصدار فتواه بجواز العمل بشهادات الاستثمار، وعندما اصدرها تحاملوا عليه، وعارضوه بعنف لا يليق بالعلماء^(٣)، بل إن بعض المصارف الإسلامية، تمنح الفقهاء المرتبطين بها، أجوراً عالية، جعلت بعضهم يتجاوز وضعيته كأجير، ليصل إلى مرتبة الشريك في عمليات المصرف^(٤). والملاحظ، أن هذه المخصصات المالية الهائلة، التي يحصل عليها أعضاء هيئات الرقابة الشرعية، لا تستبعد الشك في أن الفقيه المأجور بهذا الشكل، يقدم الفتوى التي تلائم المصرف، بصرف النظر عن قيمتها وصحتها من الوجهة الشرعية.

ويرد بعض الفقهاء على هذه الانتقادات، لاسيما العاملين في هيئات الرقابة الشرعية، لدى المصارف الإسلامية، كل من وجهة نظره، أن عمله داخل هيئة الرقابة الشرعية للمصرف الإسلامي الدولي في مصر، لا يقتصر على إعطاء الفتوى، وإنما يصل إلى إعداد مخططات لتدريب الأطر العاملة بالقطاع المصرفي الإسلامي، وإصدار كتب حول الاقتصاد الإسلامي، وأن ما قدمه كأبحاث في هذه الكتب كان بدون مقابل، ما دام يأخذ أجراً على عمله كمستشار وينتقد بالتالي اتحاد المصارف الإسلامية الذي يقول بأنه يمنح بعض الفقهاء مخصصات ضخمة، وأن هؤلاء هم الذي أسأروا إلى تجربة المصارف الإسلامية، ويقول آخر إن ما يتقاضاه مقابل عمله في هيئة الرقابة الشرعية، لمصرف فيصل الإسلامي المصري، مجرد مكافأة يسيرة لا تصل إلى حد الأجر، ويؤكد بأنه ليس أجيراً ولا بائع فتوى، وحتى على فرض، أنه يتقاضى أجراً، فمفتي الدولة يأخذ منها مرتباً على ذلك. ويرد عبدالله كامل، على هذه الآراء بقوله: إن ما يعتبره مكافأة يسيرة، يقع تحديدها في الواقع بناء على الميزانية العامة للمصرف، وحساب أرباحه، فهي تدخل ضمن التكاليف المالية للمصرف، والتي يتحملها المساهمون والمشاركون في عملياته على أساس المضاربة والمشاركة، ومع ذلك يعتبرها مشروعاً^(٥). ويذهب الشيخ صلاح أبو إسماعيل^(٦)، إلى أن

^١ - ويقول د. فهمي هويدي وعبدالله كامل: إن هؤلاء الأشخاص يحصلون على ٤٠٠٠ دولاراً شهرياً في المتوسط، راجع: د. فهمي هويدي "التدين المنقوص" م. س: ص ١٥٦، ١٥٧.

^٢ - راجع: د. فهمي هويدي "التدين المنقوص" م. س: ص ١٥٦، ١٥٧.

^٣ - راجع: عبدالله كامل م. س: ص ٢٥.

^٤ - راجع: عبدالله كامل م. س: ص ٢٥.

^٥ - ويرى عبدالله كامل: أن الفقيه بمعنى الكلمة هو "الذي لا يترشح من فقهه، ولا يجب أن يأخذ إلا ما يقيم أوده" ويرد قائلاً: "ولكن هذا لا يعني أنني أريد الإساءة إلى التجربة في بدايتها خاصة بعد تعثر شركات التوظيف وضياح الودائع تقريباً. ولقد عانت مسيرة المصارف الإسلامية من هؤلاء الذين لم يكونوا على المستوى النظري للفكرة وأسأوا لها من الداخل". راجع: عبدالله كامل م. س: ص ٢٥.

^٦ - وهو عضو سابق في هيئة الرقابة الشرعية لمصرف فيصل الإسلامي المصري.

المبدأ ، هو أنه يحرم على المفتي أن يأخذ مقابلاً عن فتواه، ولكن المفتي، إنسان يحتاج إلى المال، ليوافقه به متطلبات الحياة، وما دامت الدولة لا توفر له مورداً على عمله لدى هذه المصارف، فمن الجائز أن يحصل عليه منها، وهو يعترف بأن هيئة الرقابة الشرعية، في المصرف الذي يعمل به، سمحت بمحظور واحد، كان ضرورياً لكي يحصل المصرف على رخصة الإنشاء والعمل، وهو أن يودع النسبة المحددة لدى المصرف المركزي المصري بفائدة^(١). ويبين الدكتور يوسف القاسم^(٢)، أن ما كان يحصل عليه من المصرف الإسلامي الذي كان يعمل به، مجرد مكافأة ضئيلة، وأنه لا يمانع من العمل في أي مصرف بشروط معينة، ولا في أخذ مقابل عن عمله، لأنه لا مجال في رأيه للموازنة بين الفقهاء اليوم والفقهاء السابقين، الذين كانوا يمارسون أعمالاً أخرى، إلى جانب الإفتاء. ويذهب معه في الاتجاه نفسه، كل من الدكتور محمد محمود فرغلي^(٣)، والدكتور عبد الله المشد^(٤)، اللذان يذهبان إلى أن من حق الفقيه الحصول على أجر على فتواه، لأنه يمثل مقابلاً لما بذله من جهد، في البحث والتنقيب للوصول إليها، وأن من يقول بغير ذلك، لا يستوعب روح الشريعة.

و هناك من يرى أن إغداق الأموال على الفقهاء، قد يؤثر تأثيراً سلبياً على مواقفهم، ويقلل من مصداقية الفتاوى التي يقدمونها، بينما يأتي ضمان هذه المصداقية، من تمتعهم بالاستقلال الكامل في إصدار الفتاوى، التي تطلب منهم أي يجب أن يسري بحقهم، ما يمكن أن نسميه بمبدأ استقلالية الفقه. وبالنتيجة، فإن الشكل الحالي لهيئات الرقابة الشرعية، وطرقها في العمل، مسألة غير مقبولة لدى بعض الكتاب والباحثين وهم يرون أنه إذا أردنا من الرقابة الشرعية العمل بمصداقية، فيجب أن تتفصل عن المصارف الإسلامية، بمعنى أن لا تبقى مصلحة تابعة للمصرف، ولا يأخذ الأشخاص الذين تتكون منهم الرقابة الشرعية أجورهم، حسب ما يقدره لهم، كل مصرف إسلامي على حدة، بل لا بد من استقلالها، حتى عن المصارف المركزية، بل وكما اقترح أحد الباحثين^(٥)، تكوين هيئة للرقابة خاصة ومستقلة، كأن تكون هيئة مركزية، على غرار المصرف المركزي، أو أن تكون تابعة لجهة رسمية أخرى^(٦).

^١ - مبرراً ذلك بأنه من الضرورات التي تبيح المحظورات. راجع: عبدالله كامل. م. س : ص ٢٧.

^٢ - وهو مستشار سابق لدى المصرف الإسلامي الدولي بمصر.

^٣ - وهو عضو سابق في هيئة الرقابة لدى المصرف الإسلامي الدولي بمصر: وتخلّى عن وظيفته لأنه حسب قوله لم يكن ضامناً لتنفيذ المصرف لأرائه.

^٤ - وهو عضو في هيئة الرقابة في المصرف الإسلامي الدولي بمصر، ورئيس لجنة الفتوى بالأزهر.

^٥ - انظر: د: عبدالصبور مرزوق "مداخلة قدمت في ندوة المصارف الإسلامية بين الواقع والمستقبل" الحلقة ٣. جريدة الأهرام. في ١٩٩١/٤/٤: ص ١٠.

^٦ - راجع: إبراهيم أحمد البعثي "نتائج الحلقة الثالثة من ندوة المصارف الإسلامية بين الواقع والمستقبل" م. س : ص ١٢، الذي اقترح أن تتبع هيئة الرقابة الشرعية "جهة دينية رسمية لضمان التزام المصارف الإسلامية بتطبيق المبادئ الشرعية على الوجه الأكمل".

وعلى كل، ومهما كان الشكل، الذي يمكن أن يتصور لهيئة الرقابة الشرعية، ومهما كانت الجهة التي ستتبعها، فإن وظائفها، ستبقى في رأي بعضهم، هي إصدار الفتاوى، وممارسة الرقابة على أعمال المصارف الإسلامية^(١)، على أن تواكب هذه الأعمال، مرحلة التحضير لإقامة أي مصرف منها، ووضع نظامه الأساسي ولوائحه، وتوضيح السبل التي يجب على المصارف إتباعها^(٢)، ويمكن أن تسمى هذه المهمة مهمة الضبط الشرعي^(٣).

ولكن هناك من يعتقد، أن هذا الرأي يخرج هيئة الرقابة الشرعية عن مهمتها الأصلية، وهي النظر في تطابق أعمال التوظيف والاستثمار التي تقوم بها المصارف الإسلامية، والصيغ التي تستعملها في ذلك، مع المبادئ والقواعد الشرعية، أو عدم تطابقها، سواء كانت قديمة أو مستحدثة. ولقد أثبت الواقع العملي صحة هذا التوجه، عندما أغلقت السلطات البريطانية الباب بوجه العمل المصرفي الإسلامي. وأدلت بحجج من أهمها رفضها للسلطات الواسعة الممنوحة للجهاز الشرعي والتي تجعله يتدخل في الجانب الفني والمصرفي الصرف، ويؤثر بالقرارات المتخذة في مجال التوظيف والاستثمار. وهي سلطات خلقت تداخلاً في الاختصاصات والمهام، الشيء الذي لم يقبله المصرف المركزي البريطاني، الذي صرح محافظه قائلاً: "نريد أن نعرف إذا كان دور الرقابة الشرعية، هو فقط إقرار المنتجات وليس التأثير بقرارات تسليف بعينها... فنحن نجد في المصرف الإسلامي، أشخاصاً لا علاقة لهم بمهمة المصارف، يتدخلون في اتخاذ قرارات ذات طابع مصرفي^(٤)"، وهو يقصد هنا، أعضاء هيئة الرقابة الشرعية. وفضلاً عن حصر أعمال هيئة الرقابة الشرعية في النظر في شرعية أدوات المصارف الإسلامية في العمل، وهناك من يرى أنه إذا كتب لهذه المصارف البقاء، فإنه مع ترسيخ أعمالها وأدواتها، وتمرس العاملين بها، لن تبقى هناك حاجة لمثل هذه الرقابة الشرعية، لاسيما إذا وحدت المصارف الإسلامية جهودها، من أجل وضع عقود نموذجية لكل ما تقدمه من أعمال وخدمات.

وعموماً، وحتى إذا قبلنا جدلاً بالوضع الحالية لهيئات الرقابة الشرعية، فإنها غير كافية، على الرغم من وجود الرقابة المصاحبة لها، كرقابة المصرف المركزي، ومدققي الحسابات. لأن هناك رقابة غير موجودة حالياً، مع أن طبيعة عمل هذه المصارف والمبادئ التي قامت عليها، تفرض توفرها، وهي الرقابة التي يجب أن يمارسها أصحاب الودائع، فهم شركاء وليسوا مجرد مودعين، وهذه الصفة تعطيهم الحق في مراقبة أعمال المصرف، الذي ينتمون إليه ويوظف أموالهم، بناء على مبدأ المشاركة، وليس بناء على نظام الفوائد.

^١ - انظر: د. فهمي هويدي "فض الاشتباك الفقهي" جريدة الأهرام. في ١٠/٢/١٩٨٩: ص ٧. الذي يقول إن استقلال هيئة الرقابة الشرعية "ادعى لحيدتها وأمن لأعضائها من القيل والقال، ولمحيط الفقهاء عامة من اللفظ الذي تجدد الآن ويولغ فيه أكثر مما ينبغي".

^٢ - راجع: د. جمال الدين عطية "المصارف الإسلامية بين الحرية و..." م. س: ص ٧٣ و ٧٤.

^٣ - راجع: د. جمال الدين عطية "المصارف الإسلامية بين الحرية و..." م. س: ص ٧٣ و ٧٤.

^٤ - راجع: رشيد حسن. م. س: ص ١١.

والملاحظ، أن نجاح المصارف الإسلامية، لا يرتبط فقط بالإدارة الجيدة، والرقابة الفعالة، وإنما يرتبط أيضاً بالموارد المالية التي تتوفر عليها.

وبعد هذا العرض للرقابة الشرعية ننتقل لبيان المقترحات و الملاحظات التي نراها نافعة وذات جدوى لتطوير عمل المصارف الإسلامية والرقابة الشرعية وذلك على النحو التالي :

مقترحات تطوير المصارف

- عدم وجود جهاز مصرفي إسلامي متكامل في الدول الإسلامية حيث هناك ازدواجية بسبب وجود مصارف غير إسلامية وأخرى إسلامية الأمر الذي يجعل المصرف الإسلامي في حالة من الحرج عند تعامله مع المصارف غير الإسلامية وخاصة العلاقة بالمصرف المركزي الذي غالباً ما يفرض على المصرف الإسلامي قواعد غير مقبولة شرعاً.
- غياب وعي مصرفي إسلامي بين الجمهور، فالناس تنظر للربح فإن كان كبيراً في المصرف الإسلامي تعاملوا معه وإن كان العكس أحجموا عن التعامل معه وربما أودعوا أموالهم في مصارف غير إسلامية لغرض الحصول على الأرباح.
- ضعف التعاون بين المصارف الإسلامية من أكبر المعوقات التي تواجهها هذه المصارف، فالتعاون مازال ضعيفاً على الرغم من وحدة المنطلقات والأسس الفكرية والغايات المرجوة من إنشاء هذه المصارف، وضرورة إنشاء تكتلات مصرفية إسلامية كبيرة لتكون لها قوة تفاوضية وقيمة اعتبارية دولية.
- ضعف الكادر الوظيفي للمصارف الإسلامية وعدم تمكنه من المفاهيم التي يجب أن تحكم العمل المصرفي الإسلامي فكثير من الموظفين لهم خلفية ثقافية تعود للمصارف التقليدية.
- مشكلة الرقابة الشرعية، منها تعدد الفتاوى وتضاربها أحياناً، فهناك مسائل تطبقها بعض المصارف في دولة ما، بينما هناك دول أخرى لا تقبل بتطبيق هذه القواعد.
- ضرورة البت بالالتزام بفتاوى المجامع الفقهية بخصوص المعاملات المصرفية. و هل يبقى على ما هو عليه طوعياً أم لا بد من صيرورته إلزاماً جبرياً ؟
- معالجة الفتاوى غير الصحيحة، مثل فتوى اعتبار الفوائد المصرفية ليست من الربا المحرم التي أفتى بها د. سيد طنطاوي .
- معالجة المشاكل المستجدة عن فتاوى لجان شرعية في فروع مصارف إسلامية، مثل فتاوى صندوق أمانة تابع للبنك البريطاني للشرق الأوسط، حيث صدرت فتاوى بعيدة عن روح الشرع والقصد من إنشاء المصارف الإسلامية ولكن جرى تقديمها بعبارات مضللة.

- لا بد من إيجاد حلول لمشاكل السيولة النقدية ورأس المال التي تفرضها المعاهدات الدولية مثل (بازل ٣) وضرورة إشراك الفقهاء المسلمين في أي مفاوضات بشأن أي اتفاقيات دولية لغرض اطلاع الجهات الدولية على حقيقة الأحكام الشرعية وإيجاد صيغ توافقية بين ما يراه المسلمون وما تأخذ به المصارف غير الإسلامية، أو على الأقل السماح للمصارف الإسلامية بالتحفظ على قواعد المعاهدات الدولية التي لا تتفق وأحكام الشرع الإسلامي حتى لا تصبح المصارف الإسلامية مجبرة على الالتزام بما هو مخالف للشريعة.
- زيادة الاستثمارات المباشرة للمصارف الإسلامية على نطاق واسع ، وضرورة التخفيف من القيود على الودائع الاستثمارية من المخصصات النقدية.
- عدم اشتراط ضمان صريح للودائع الاستثمارية ، والاعتياض عن ذلك ببدائل مثل التأمين التعاوني.
- عدم إلزام المصارف الإسلامية الارتباط بمقدار الفائدة المحلية بناء على حجم المخاطرة التي يتحملها أصحاب الودائع في هذه المصارف.
- عدم حرمان المبلغ المسحوب قبل الأجل من الربح ، لأنه ليس للمصرف الإسلامي الاستئثار بربح هذا الجزء استناداً لقاعدة الغنم بالغرم.
- مواصلة الحوار مع المصارف المركزية في الدول الإسلامية لتمكين المصارف الإسلامية من أداء عملها على وفق أحكام الشريعة الإسلامية.
- اهتمام إدارات المصارف الإسلامية بتأهيل كوادر إدارية مثقفة ومدرّبة على القيام بالعمليات المصرفية بالاستناد لأحكام الشريعة الإسلامية ، وهكذا تتضح المعاملات الشرعية وتقل الحاجة لطلب المشورة والاستفسارات من الرقابة الشرعية.
- التقليل ما أمكن من معاملات المربحة للأمر بالشراء والتوسع بالصيغ الإسلامية كالمشاركة والمضاربة والتأجير.
- إيجاد سوق تجارية إسلامية بين الدول الإسلامية تعتمد في معاملاتها الأحكام الشرعية وتقليل التعامل مع الدول غير الإسلامية لتقليل المخالفات الشرعية المحتملة عند التعامل التجاري مع الدول الإسلامية.
- توجيه فائض السيولة بخدمة مشاريع التنمية في الدول الإسلامية وذلك بدعم صناديق الاستثمار الإسلامية.
- ضرورة إيجاد معايير موحدة متفق عليها بخصوص العقود الجائز العمل بموجبها شرعاً وكذلك بيان الأحكام الشرعية بشأن مجمل الخدمات التي تقدمها المصارف

الإسلامية الشرعية ، وتدرّسها لموظفي المصارف في دورات دراسية عن الاقتصاد الإسلامي.

- لا بد من تشريع القوانين التي تسمح في فتح مجالات جديدة لعمل المصارف الإسلامية بواسطة خدمات استثمارية جديدة ، وسد نقص الإجراءات التنظيمية لعمل المصارف الإسلامية.
- ربما من النافع إنشاء مركز تحكيم إسلامي يتولى البت في القضايا المتنازع فيها بين المصارف الإسلامية والمتعاملين معها من مصارف وشركات وأفراد.
- ربما من الضروري عدم تدخل الجامع الفقهي المباشر في كل جوانب عمل المصارف الإسلامية ، واقتصار أعمالها على الفتوى الشرعية في الوقت الذي تقوم فيه إدارة المصارف بتسيير العمل الإداري والقيام بالخدمات للزبائن.
- نرى إنشاء معهد لتدريس الاقتصاد الإسلامي وتدريب كفاءات على إدارة المصارف الإسلامية وتحديد مدة للدراسة النظرية والعملية لغرض الحصول على شهادة خبرة معترف بها.
- نرى ضرورة أن تكون هناك مرجعية فقهية شرعية واحدة للبت في المعاملات المالية الخاصة بالمصارف الإسلامية وتكون قراراتها ذات صفة إلزامية.
- إن مرجعية فقهية شرعية واحدة يمكن أن تكون سلطة على رأس هرم الهيئات الشرعية لجميع المصارف الإسلامية التي عليها التنسيق والتعاون مع المرجعية في جميع المشكلات المتعلقة بالأحكام الشرعية المطلوبة لعمل المصارف الإسلامية.
- نشر دليل مرجعي فقهي موحد لمصطلحات المعاملات المالية الإسلامية ، لأن المصارف الإسلامية مبادرة خاصة بنا كمسلمين فيجب أن تكون متكاملة من كل النواحي. ومصاغة من قبل الفقهاء المسلمين و ليس الأجانب .

و الله ولي التوفيق

كتبه المفتي الشيخ خليل الميس

لبنان - أزهر البقاع

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار رقم ١٩٠ (٢٠/٥)

بشأن

دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية: آليات وصيغ

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهراة (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من ٢٦ شوال إلى ٢ من ذي القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١٣ - ١٨ سبتمبر (أيلول) ٢٠١٢م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى أمانة المجمع في موضوع دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية: آليات وصيغ، واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،

فإنه يؤكد أن المجامع الفقهية والمؤسسات المالية والمصارف الإسلامية هي إحدى المنجزات العظيمة في العصر الحاضر. كما يثمن المجمع ما تقوم به هيئات الرقابة الشرعية والمؤسسات المالية الإسلامية اليوم من دور بارز في إحياء نظام المالية الإسلامية المعاصرة وتعزيز الثقة بها.

ويرى:

- (١) ضرورة التعاون بين هيئات الرقابة في المؤسسات المالية الإسلامية والمجامع الفقهية للتسيق والتعاون وتبادل الآراء.
- (٢) ضرورة التسيق فيما بين هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية.
- (٣) أن يهيئ المجمع الدراسات المفيدة لترسيخ دور المؤسسات المالية الإسلامية في تطبيق الشريعة وإيجاد الحلول المناسبة للمشكلات والأزمات.
- (٤) أن يعد المجمع قانوناً شاملاً في المعاملات المالية الإسلامية ليكون نبراساً يهتدى به في هذه المعاملات.

(٥) يذكر المجمع بما ورد في النقطة (١) الفقرة سادسا من القرار السابق ذكره ذي الرقم ١٨٨ (٢٠/٣) بشأن استكمال موضوع الصكوك الإسلامية، من أن القرارات التي تصدر عن المجمع تسري من حين صدورها، ولا تؤثر على ما سبقها من العقود التي صدرت باجتهاد أو فتوى معتبرة شرعا.

ويوصي بما يأتي:

- (١) مواصلة الحوار مع البنوك المركزية والجهات الإشرافية في الدول الإسلامية لتمكين المؤسسات المالية الإسلامية من أداء دورها في الحياة الاقتصادية والتنمية الوطنية ضمن قواعد الرقابة بما يلائم خصوصية العمل المالي الإسلامي.
- (٢) إبلاغ قرارات المجمع إلى جميع المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية والمؤسسات العلمية والتعليمية ومراكز البحث والدراسات المحلية والعالمية، وتعميمها بوسائل الإعلام ومواقع التواصل الاجتماعي.
- (٣) دعوة المؤسسات المالية الإسلامية إلى الأخذ بقرارات المجامع الفقهية.

والله أعلم



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

السياسة الشرعية في حقوق السجين دينياً وحقوقياً وسياسياً في النظام الإسلامي

إعداد

أ.د. حسن بن محمد سفر

أستاذ السياسة الشرعية والأنظمة المقارنة

نظم الحكم والقضاء والمرافعات الشرعية والعلاقات الدولية الإسلامية

بجامعة الملك عبد العزيز

المحكم القضائي الدولي المعتمد بوزارة العدل بالمملكة العربية السعودية

الخبير بمجمع الفقه الإسلامي الدولي بمنظمة التعاون الإسلامي

١٤٣٣هـ / ٢٠١٢م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، الذين قادوا مشعل الهداية وأنوار التشريع ، وخلفوا خير البرية ، وأوضحوا كفالة حقوق الإنسان في جميع مناحي حياته تفعيلاً وتطبيقاً ، وبعد

فإن من كمال الشريعة الإسلامية ومزاياها إتمامها الأحكام في شتى مجالات الحياة الإنسانية ، خصوصاً فيما تتسابق إليه الأمم في أقطار المعمورة بمختلف الفئات والمشارب في تحقيق العدالة وكفالة حقوق الإنسان . ومن هنا فإن إقامة العدل بكافة صورته ومسائله ، في البيت والمجتمع ، والحكم والدولة ، والدوائر القضائية ودور الإصلاح كالسجون وغيرها كفلته أحكامها . وحيث إن اختياري لموضوع حقوق السجناء في الفقه الإسلامي يعد من الموضوعات الهامة التي اختارني المجمع من ضمن كوكبة في الكتابة فيه ، ولكون هذا الموضوع من أهم الموضوعات والقضايا المعاصرة التي تتناولها المجتمعات الإسلامية وأدبيات السياسة الشرعية ، وقد اخترت الكتابة في الموضوع تحت عنوان : **السياسة الشرعية في حقوق السجناء دينياً وحقوقياً وسياسياً في النظام الإسلامي .**

ولتوضيح النظرية الحقوقية للسجين في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها من المنظور الشرعي والحقوقى والسياسي ، فإنه سيتم تناول الموضوع ، بمشيئة الله تعالى ، وفق المنهجية العلمية التي تشتمل على النقاط التالية :

أولاً مصطلحات الموضوع

تمهيد

من المقرر في عُرف أهل العلم الشرعي والحقوقي أنه لا سبيل إلى فهم واستيعاب وتحليل وتبيان أي موضوع يكتب فيه إلا بعد فهم ودراسة مصطلحاته الشرعية والقانونية . ولما كان عنوان البحث هو : السياسية الشرعية في حقوق السجين في النظام الإسلامي ، كان المقتضى إيضاح وتبيان مصطلحات الدراسة ، فأول هذا هو :

(١) السياسة الشرعية

(أ) عرفها الإمام ابن عقيل الحنبلي بقوله : " السياسة ما كان فعلاً من الأفعال بحيث يكون الناس معه أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد ، وإن لم يشرعه الرسول ﷺ ولا نزل به وحي " (١) .

(ب) وعرفها العلامة ابن نجيم وابن عابدين وخلاف بقولهم : " هي تدبير الشؤون العامة للدولة الإسلامية بما يكفل تحقيق المصالح ودفع المضار ، مما لا يتعدى حدود الشريعة وأصولها الكلية " (٢) .

ومن خلال هذه التعاريف يتضح أن السياسة الشرعية هي تدبير وتنظيم من قبل ولي الأمر للمحافظة على الحقوق والواجبات للإنسان والمجتمع والدولة (٣) .

(٢) السجن

عرفه الفقهاء بأنه عبارة عن تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه حيث شاء سواء كان في بيت أو في مسجد أو أي مكان (٤) ، وذكر ابن تيمية عن السجين أنه الذي يعوق ويمنع من التصرف بنفسه (٥) ، وأشار الإمام الكاساني بأنه منع الشخص من الخروج إلى أشغاله ومهامه الدينية والاجتماعية (٦) .

(١) انظر كتابنا السياسة الشرعية وأنظمة الدولة الإسلامية : ص ٩ ؛ المدخل إلى السياسة الشرعية . أستاذنا عبد العال عطوة : ص ٣٩ .

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية : ص ١٩ ؛ البحر الرائق : ١٨/٥ ؛ رد المحتار : ٢٠/٥ ؛ السياسة الشرعية ، البنا : ص ١٢ ؛ السياسة الشرعية والفقہ الإسلامي ، تاج : ١٩ .

(٣) راجع كتابنا السياسة الشرعية : ص ١٣ .

(٤) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، لابن القيم : ص ١٤٠ .

(٥) الفتاوى : ٣٩٨/٥ .

(٦) بدائع الصنائع : ١٧٤/٧ .

(٣) الإقامة الجبرية

هي عبارة عن عقوبة قانونية تلتقي بالمفهوم العام بالحبس ، ويمكن أن تستوفى تنفيذاً في غير السجن كالبيوت ونحوها ، وأكثر من يعامل بها السجناء السياسيون ومن يحتاط له بالمراقبة المستمرة^(١) .

(٤) العقوبة السالبة للحرية

ويطلق عليها في أدبيات السجن بأنها العقوبة المقيدة للحرية أو السالبة لها وفيها تخفيف في المفهوم من كلمة السجن ورفع من وقع الكلمة ، لكنها تستعمل في المؤتمرات والندوات الحقوقية الدولية في مجال العقوبات^(٢) .

(٥) حقوق الإنسان

يراد بها الأمور الثابتة له والتي يستحقها الإنسان بصفته إنساناً أو الأمور الثابتة الواجبة عليه بصفته مريباً^(٣) . فهي إذن تلکم القواعد والمبادئ التي تناولتها مصادر التشريع الإسلامي تقنياً تشريعياً في العبادات والمعاملات والحريات والعقوبات من المحافظة على كرامة الإنسان واحترامه والمحافظة على الكليات الخمس التي جاءت بها الشريعة الإسلامية في أحكامها^(٤) .

ومما تقدم يتضح أن هذه المصطلحات لها دلالات وصلة بصلب الموضوع ، ويراد بها في الشريعة الإسلامية السياسة الشرعية في التعاملات من المنظور الإنساني لتطبيق مفهوم التعويق للشخص عن التصرف لمصلحة يراها السائس الشرعي .



(١) راجع المجلة التونسية الحقوقية ، الفصل : ٢٣ - ٢٧ .
(٢) انظر مجموعة القواعد الدولية لمعاملة المسجونين : ص ٤١١ ؛ وراجع البدائل السالبة للحرية في الشريعة الإسلامية : ص ٤٥ .
(٣) انظر القانون الدولي لحقوق الإنسان مقارناً بالشريعة الإسلامية ، مصيلحي : ١٥ .
(٤) راجع دراسات لأحكام القانون الدولي وتطبيقاتها ، غانم : ص ٧٦ ، معهد الدراسات الحقوقية ؛ وانظر الإسلام مقاصده وخصائصه ، محمد عقلة : ص ١٣٦ .

ثانيا

اهتمام نظام الإسلام بحقوق الإنسان وكرامته الإنسانية

أضحى مفهوم حقوق الإنسان ضمن المقاييس الإنسانية التي تشير إلى تقدم المجتمعات وتأخرها ظلماً وعدلاً ، إذ إن هذا المفهوم وتطبيقاته بمثابة المؤشر الكلي الذي يختزل كل الأرقام التنموية والإحصائية فيه ، سيما بعد أن أصبحت التنمية في عمقها التي هي غاية المجتمعات بصنوفها وطوائفها جميعاً تحقيق حقوق الإنسان وكحفظ كرامته^(١) . فمنظومة حقوق الإنسان وإن كانت على الساحة السياسية حديثة ، لكن من خلال التتبع نجدها مأخوذة من كل دين^(٢) وإيديولوجيات خلال مراحل متعددة ، غير أن أهم حدث تكويني لمفهوم هذه الحقوق والعناية بالإنسان هو ظهور الإسلام ممثلاً في رسالة النبي ﷺ ونزول الوحي عليه مؤكداً كرامة الإنسان ، كما قال تعالى : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ ﴾^(٣) .

وتأكيد التشريعات القرآنية والهدي النبوي الشريف على عدم التمايز بين الناس ومنعها من أن تقوم على اللون أو الجنس أو اللغة أو على أي نوع من أنواع التمايز العنصري ، وإنما جعل قيام الروابط على التقوى والصلاح والأخلاق ، فقال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾^(٤) .

وإذا رجعت الأنظمة السياسية والقضائية في عالمنا الإسلامي إلى مصادر أحكام الشريعة الإسلامية وجدت بغيتها ولن تكون هناك مشكلات أو انتهاكات لحقوق الإنسان في مسيرة حياته وخصوصاً في تقاضيه أمام المحاكم أو في سجنه أو توقيفه بحكم قضائي .

^(١) انظر نحو رؤية جديدة لحقوق الإنسان في العالم العربي ، إعداد الناشط الحقوقي للفيدرالية الدولية لحقوق الإنسان : ص١٤ ، العدد ١٦٦٩٠ ، كانون الأول ، ٢٠٠٨م .

^(٢) راجع حقوق الإنسان بين الخصوصية والعالمية : ص٢٦ ، تراث ، إبريل ٢٠٠٦م .

^(٣) الإسراء : ٧٠ .

^(٤) الحجرات : ١٣ .

ثالثاً

حقوق الإنسان وحرياته وتقاضيه في الشريعة الإسلامية

من منطلق إرساء القواعد التشريعية والعدلية في الإسلام ، منحت الشريعة الإسلامية في أحكامها للإنسان حقوقاً ، تكريماً له ، من ذلك :

(١) الإسلام وكرامة الإنسان

إذا كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تناول في ديباجة مقدمته للحقوق ضرورة التأكيد على الاعتراف بكرامة الإنسان فإن القانون الإسلامي سبق هذا الإعلان مؤكدة مصادره التشريعية وفقهه القانوني الإنساني تكريم الإنسان وإغداق النعم التي لا تعد ولا تحصى عليه وتفضيله على كثير من خلقه تفضيلاً ، كما قال تعالى : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبُرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً ﴾^(١) .

ومن مظاهر الرعاية الإسلامية الإنسانية لهذا الإنسان إن خالقه أحسن صورته ، فقال ﷺ : ﴿ وَصَوَّرَكُمْ فَأَحْسَنَ صُوْرَكُمْ وَإِلَيْهِ الْمَصِيرُ ﴾^(٢) . ثم توالى التكريم لهذا الإنسان وتجلت صورته المتعددة في كثير من الأمور والأحوال منها عدم جواز إهانته أو تحقيره أو السخرية منه أو تنابذه بألقاب ممقوتة^(٣) ، مما يؤكد ترسيخ هذا التكريم والفضل قبل أربعة عشر قرناً من صدور الإعلان العالمي^(٤) .

(٢) تقرير العدالة في النظام الإسلامي

تعد العدالة أحد المبادئ الأساسية لنظام الدولة في الإسلام جاء بها التشريع الإسلامي وحثت عليها أدبيات السياسة الشرعية والأحكام السلطانية ، وهي تتعلق بمصلحة الجماعة التي قامت على تقرير مبدأ العدالة^(٥) النبوات السابقة والكتب المنزلة على الأنبياء والمرسلين صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين ، قال تعالى : ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴾^(٦) ، فالعدل يقوي بُنيان المجتمع ويقضي على المظالم ويصلح أمر المجتمع أفراداً وجماعات ، وبه يحصل الناس على حقوقهم والمتهمون يحاكمون بالعدل والإنصاف ويقضى بينهم بحكم الشريعة التي قامت عليها رسالة سيدنا محمد ﷺ . ومما نقل عن علماء التنمية وال عمران أنه بالعدل يُعمر العالم

(١) الإسراء : ٧٠ .

(٢) التغابن : ٣ .

(٣) راجع أركان حقوق الإنسان ، المحمصاني : ص ٤٠ .

(٤) انظر القانون الدولي وحقوق الإنسان ، وحيد رأفت : ص ١٣ .

(٥) انظر حقوق الإنسان في الإسلام ، الظاهر : ص ١٩٢ ؛ العلاقات الدولية في الإسلام ، أبو زهرة : ص ٣٤ .

(٦) الحديد : ٢٥ .

وتتقدم الحضارات وتُتمي الدول ، وبالظلم والفساد وسلب الحقوق تتقوض أركان الدول وأنظمة الحكم ويوذن بخراب العمران . ومن هنا جاءت المقولة المنقولة عن شيخ الإسلام الإمام ابن تيمية في قوله : " تبقى الدول العادلة وإن كانت كافرة ، وتسقط الدولة الظالمة وإن كانت مسلمة ، فالعدل متى انتشر عمرٌ ، والظلم متى عمر دمرٌ " (١) .

ولما كان تطبيق العدالة في أنظمة الحكم والقضاء يتناسب مع تكريم الله ﷻ للإنسان المستخلف في الأرض إذ به تحفظ كرامته وماله ونفسه وبدنه وعرضه ، أمر الحق تبارك وتعالى بإقامة ميزان العدالة في الحكم والقضاء بين الناس ، فقال ﷻ : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾ (٢) .

فالخطاب العدلي يتناول الولاية والعمال ومن يتولى أمور الناس المظلومين والمسجونين والمتقاضين وغيرهم ، وهو ما أشار إليه العلامة القرطبي رحمه الله في تفسيره (٣) . فالعدالة القانونية مطلب شرعي لتحقيق مبدأ المساواة بين الناس ، فالجميع أمام القانون القضائي سواء فلا تفاضل بين الناس في تطبيق العدالة القضائية التي جاء بها الإسلام .

(٣) تحقيق العدالة للمتهم وكفالة حق التقاضي

من المعلوم من الدين بالضرورة أن الشريعة الإسلامية جاءت بقواعد أساسية خالدة من أجل سلامة المجتمع وصون النفس والعرض والمال والكرامة الإنسانية للمتهم . ولبغية تحقيق هذه الأهداف حددت الشريعة الإسلامية ممثلة في النظام القضائي الإسلامي (٤) الجرائم ، ووضعت العقوبات المتراوحة بين الحد والتعزير ، وراعت العدالة القضائية في النظام الإسلامي تأمين حقوق المتهم وكفالة حق التقاضي له (٥) . فتستلزم المقاضاة الشرعية الشرعية المساواة في معاملة المتقاضين بلا محاباة أو تمييز بل تطبق الإجراءات لاستدعاء الخصوم ومساواتهم في مجلس القضاء (٦) . ولهذا فإن مسؤولية القاضي مسؤولية جسيمة ، فعليه الإنصات للمتهم ، وإعطائه فرصة الاستماع والدفاع ، وقد نقلت إلينا الصور المشرفة الوضاعة في عدالة النبي ﷺ في مجلس قضاائه بين الخصوم وأشارت إلى ذلك النماذج من أدبيات الأحكام القضائية له ﷺ (٧) ، كما صدرت منه التوجيهات للقضاة في الاستماع إلى

(١) حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية : ص ٥٥ ؛ النظام السياسي والقانون الدستوري في الإسلام : ص ٩٥ ؛ العدل فريضة الإسلام ، السحمراني : ص ٢٧ .

(٢) النساء : ٥٨ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن : ٢٥٦/٥ .

(٤) انظر كتابنا نظام القضاء وطريق الإثبات والمرافعات الشرعية : ص ٧١ .

(٥) انظر المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية : ١١١/١ ، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب ، الرياض ، ١٤٠٦ ؛ راجع إجراءات رفع الدعوى في نظام المرافعات الشرعية بالمملكة : ص ١٧٩ .

(٦) مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، عبد الغني بسيوني : ص ٥١ ، الإسكندرية ، ١٩٨٣ م .

(٧) انظر أقضية رسول الله ﷺ ، للإمام ابن الطلاع : ٢٣/١ ، دار السلام ، الرياض ، ١٤٢٤ هـ .

إلى الخصوم فقال ﷺ : « فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضي لأحدهما حتى تسمع كلام الآخر ، فإنه أحرى أن يتبين لك وجه القضاء »^(١) .

فمع ارتكاب المتهم للجريمة فهو لم يتجرد من صفتي الإنسان والمواطن ، وبالتالي يجب الإقرار له بالحقوق المرتبطة بهاتين الصفتين^(٢) ، وضمانات العدالة القضائية له حيث يقوم النظام القضائي في المملكة العربية السعودية على أسس تحقق العدالة واحترام حقوق المتهم وضمانات مقاضاته وفق أحكام الشريعة الإسلامية العادلة ، فمن النماذج الوضاعة لضمانات هذه الحقوق ما يلي :

(أ) سهولة التقاضي :

إذ في متناول كل صاحب حق أو متهم أو مسجون أن يلجأ إلى المحاكم ويرفع الدعوى دون أي إجراءات معقدة تحول بينه وبين سماع دعواه ، ويمكنه رفع الدعوى محررة في مذكرة كتابية ، كما يمكنه رفعها بطريقة شفوية ، وتتولى المحكمة اتباع الإجراءات اللازمة للنظر في القضية وضمان تحقيق الحكم القضائي العادل فيها^(٣) .

(ب) شروط توجيه الاتهام وتوقيف المتهم :

عملاً بمقتضى القاعدة الفقهية أن الأصل براءة الذمة فقد نص نظام الإجراءات الجزائية على أنه لا يتم توجيه التهمة إلى أي إنسان إلا بعد ثبوت ما يدينه بالأدلة الكافية الجزائية ، على أنه في غير حالات التلبس لا يجوز القبض على أي إنسان أو توقيفه إلا بأمر السلطة المختصة بذلك ، ويجب معاملته بما يحفظ كرامته ، ولا يجوز إيذاؤه جسدياً أو معنوياً ، ويجب إعلامه بأسباب إيقافه ، وله الحق في الاتصال بمن يرى لإبلاغه^(٤) .

(ج) عدم التعرض للمتهم بالإيذاء في النفس أو الجسد أو الكرامة :

في حال الظروف التي تقتضي إلقاء القبض على المتهم وفقاً للنظام فإن المعمول به في المملكة العربية السعودية وفق منظومة أحكام الشريعة الإسلامية النص على عدم جواز التعرض لأي متهم أو أي سجين بأي نوع من الأذى سواء في نفسه أو جسده أو كرامته ، فقد أوردت المادة الثانية من نظام الإجراءات ما نصه : " لا يجوز القبض على أي إنسان أو تفتيشه أو توقيفه أو سجنه ، إلا في الأحوال المنصوص عليها نظاماً ، ولا يكون التوقيف أو السجن إلا في الأماكن المخصصة لكل منهما ، وللمدة المحددة من السلطة المختصة ،

^(١) رواه الحاكم في المستدرک ، وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

^(٢) انظر ضمانات النظام العقابي دراسة مقارنة في النظام الجنائي الإسلامي والقوانين الوضعية ، عبد الرازق المواقفي : ص ٥٦ ، مجلة الحق ، جمعية الحقوقيين ، العدد ١٦ ، ٢٠١١م ؛ وراجع المبادئ القضائية في الشريعة ، آل الشيخ : ص ٥٣ .

^(٣) انظر الأنظمة القضائية في المملكة وضمانات حقوق الإنسان ، إبراهيم البشر : ص ٧١ ، كنوز إشبيلية ، الرياض .

^(٤) راجع المادة الخامسة والثلاثون من نظام الإجراءات الجزائية : ص ٢١ من نظام الإجراءات الجزائية ، المركز الوطني للوثائق والمحفوظات ، أبو ظبي ، ١٤١٤هـ .

ويحظر إيذاء المقبوض عليه جسدياً أو معنوياً ، كما يحظر تعريضه للتعذيب أو المعاملة المهينة للكرامة"^(١) . فيتضح من هذه المادة أن نصها الحقوقي يكفل حقوق المسجون ويتناسب مع إنسانيته وكرامته التي كفلتها الشريعة الإسلامية^(٢) .

(د) ضمانات حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية :

من ضمانات حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية والتي أكد على العمل بها النظام القضائي السعودي ألا وهي إعطاء الحق لكل متهم أو سجين في الاستعانة بوكيل أو محام يترافع بالنيابة عنه^(٣) فقد نصت المادة الرابعة من نظام الإجراءات الجزائية بأنه " يحق لكل متهم أن يستعين بوكيل أو محام للدفاع عنه في مرحلتي التحقيق والمحاكمة"^(٤) . كما نصت المادة الرابعة والستون من النظام على أن " للمتهم حق الاستعانة بوكيل أو محام لحضور التحقيق"^(٥) .

وتضمن النظام حق المتهم في الاستعانة بالوكيل أو المحامي خلال مرحلتي التحقيق والمحاكمة ، وتضمن التسهيلات اللازمة لكي يمارس الوكيل أو المحامي واجباته بيسر وسهولة ، كما ضمن النظام عدم تعرض جهات التحقيق لعمل الوكيل أو المحامي ، بما يسبب عرقلة المهمة المنوطة بهم من قبل المتهم أو السجين ، فقد نصت المادة الرابعة والثمانون على أنه " لا يجوز للمحقق أن يضبط لدى وكيل المتهم أو محاميه الأوراق والمستندات التي سلمها إليه المتهم أو السجين لأداء المهمة التي عهد إليه بها ، ولا المراسلات المتبادلة بينهما في القضية"^(٦) .

وهكذا يتضح من خلال هذه القواعد والأنظمة التي كفلتها الشريعة الإسلامية أن المتهم أو السجين لهما من الحقوق والضمانات والحريات التي تكفلت بها الأنظمة المرعية وفق أحكام الشريعة الإسلامية في معاملة المتهم والسجين أثناء الاعتقال^(٧) ، تفوق على ما تقرر في أنظمة العقوبات والجنائيات في القانون الغربي وإجراءاته الجزائية فيما يتعلق بمعاملة المتهمين والسجناء .

(١) نظام الإجراءات الجزائية : ص ٩ ، المركز الوطني للوثائق والمحفوظات ، ١٤٢٤هـ .
(٢) راجع الأنظمة القضائية في المملكة العربية السعودية و ضمانات حقوق الإنسان : ص ٧٣ .
(٣) انظر المحاماة في النظام القضائي في المملكة العربية السعودية والدول العربية : ص ١٥٤ ، المركز العربي للدراسات الأمنية ، الرياض .
(٤) نظام الإجراءات الجزائية : ص ١٠ .
(٥) نظام الإجراءات الجزائية : ص ٣١ .
(٦) نظام الإجراءات الجزائية : ص ٣٧ .
(٧) راجع كتابنا حقوق الإنسان وحرياته في النظام الإسلامي وتأصيله الشرعي في نظام الحكم في المملكة العربية السعودية : ص ٤٧ ، طبعة ١٤٢٣هـ .

(هـ) وضعية السجين في جلسات المحاكمة

من تكريم النظام الإسلامي لحقوق الإنسان كفالتة لحقوق المتهم أو السجين أثناء جلسات المحاكمة في المحاكم والدوائر القضائية . فقد أوجبت النصوص والقواعد التشريعية والجزائية أن يكون مثوله أمام هيئات التحقيق والادعاء العام والنيابة العامة والمحاكم على أنواعها المتعددة في وضعية تحفظ كرامته واطمئنان نفسيته ، ليتمكن من الدفاع والترافع والظعن في جو يتيح له ذلك ، فمن ذلك ما أوجبه الأنظمة الحقوقية له من أن يأتي إلى المحكمة وهو غير مقيد وليس فيه أغلال ، حيث نصت المادة الثامنة والخمسون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية على أن " يحضر المتهم جلسات المحاكمة بغير قيود ولا أغلال ، وتجري المحافظة عليه ، ولا يجوز إبعاده عن الجلسة في أثناء نظر الدعوى إلا إذا وقع منه ما يستدعي ذلك . وفي هذه الحالة تستمر الإجراءات ، فإذا زال السبب المقتضي لإبعاده مكن من حضور الجلسة ، وعلى المحكمة أن تحيطه علماً بما تُخذ في غيبته من إجراءات " (١) .

كما أن للمتهم والسجين الحق في حضور محاميها جلسات التحقيق والمحاكمة والتدخل نيابة عنهما فيما يتعلق بالدفاع أو توضيح المشكل ، وذلك حسب ما جاء في نظام القضاء في الشريعة الإسلامية وجرى تطبيقه في النظام القضائي السعودي ، حيث ورد في المادة التاسعة والستون من نظام الإجراءات الجزائية ما نصه " للمتهم والمجني عليه والمدعي بالحق الخاص ووكيل كل منهما أو محاميهما أن يحضروا جميع إجراءات التحقيق ، وللمحقق أن يجري التحقيق في غيبة المذكورين أو بعضهم متى رأى ضرورة ذلك لإظهار الحقيقة ، وبمجرد انتهاء تلك الضرورة يتيح لهم الاطلاع التحقيق " (٢) .

وجاء في نظام المحاماة ما ينص على وجوب التسهيلات اللازمة التي تقتضي قيام المحامي بواجبه نحو المتهم أو السجين في مرحلتي التحقيق والمحاكمة ، حيث أوجب النظام على المحاكم وديوان المظالم واللجان المشتركة في التحقيق ضرورة تمكن المحامي بالقيام بدوره على الوجه الأكمل دون عرقلة لسير كفالة حقوق المتهم والسجين (٣) ، وبعد تجميع كافة العناصر المؤثرة وذات القيمة في الدعوى ضد المتهم أو السجين وتحديد وجه النزاع بما يخدم مصلحة الموكل توجب الأنظمة عدم عرقلة دور المحامي في المرافعة عن الموكلين (٤) .

(و) علنية الجلسات للمتهم أو السجين

(١) نظام الإجراءات الجزائية : ص ٦٦ .

(٢) نظام الإجراءات الجزائية : ص ٣٣ .

(٣) راجع نظام المحاماة ، المادة التاسعة عشرة : ص ١٥ ، المركز الوطني للوثائق والمحفوظات ، الرياض ، ١٤٢٤ هـ .

(٤) انظر أصول المرافعة وإعداد المذكرات والتقارير : ص ٤٥ ، إصدار المركز الحقوقي الأوروبي للدراسات القضائية والمرافعات ، بيروت ، مراكش ، ٢٠٠٧ م .

جاءت أحكام الشريعة الإسلامية مراعية لحقوق الإنسان والمحافظة على تكريمه وعدم غمط حقوقه الإنسانية فأوجبت محاكمته محاكمة عادلة فيها صور من إشاعة مبدأ العدل وضمان الحقوق ، فنصت أنظمة الحكم والقضاء والمرافعات على علنية جلسات المحاكمة ، حيث جاء في المادة الحادية والستون من نظام المرافعات الشرعية ما نصه " تكون المرافعة علنية إلا إذا رأى القاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم إجرائها سراً ، محافظة على النظام أو مراعاة للأداب العامة أو لحرمة الأسرة"^(١).

ولا شك أن علنية الجلسات والمرافعات تدل دلالة قوية على مبدأ نزاهة القضاء في الشريعة الإسلامية واحترامه لحقوق الإنسان من متهم أو سجين خلافاً لما يدعيه بعض المفرضين في الطعن في نظام القضاء في الإسلام ، وأن من دلالات علنية الجلسات ومقاصدها وتحقيق المناط أنها تكفل إشراف الجمهور على أعمال المحاكم ، ومراقبة القضاء ، فيتعرفون على التهمة أو على الواقعة محل النزاع وعلى الحجج وعلى الدفوع وعلى الحكم ، وفي هذا تحقيق لمبدأ الشفافية والعدالة الشرعية ، وفي الوقت نفسه تذكر القاضي بأمانة المسؤولية واليقظة والمساواة في مجلس الحكم ويحمله على الحرص على أداء واجبه تجاه ربه ﷻ ، ثم تجاه المتهم أو السجين ومزيداً من الحرص على إظهار الحكم العادل^(٢) ، كما أن علنية جلسات التقاضي من أهم الأمور التي تحفظ وتكفل عدالة القضاء وتحقق النزاهة القضائية وتبعد التهم والحيث عن أطراف النزاع والاطمئنان على سلامة وصحة الأحكام القضائية^(٣) .

(ز) علنية النطق بالحكم

كما أشرنا إلى ضرورة كون جلسات المرافعات علنية لما لها من مقاصد وأهداف و ضمانات للعدالة ، فإن الأنظمة القضائية نصت على وجوب علنية النطق بالحكم أيضاً حتى في الأحوال التي تقتضي نظاماً سرياً جلسات الحكم لأسباب خاصة ، وعلى هذا فإن المادة الثالثة والستون بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية نصت على أنه " ينطق بالحكم في جلسة علنية بتلاوة منطوقه مع أسبابه ، ويجب أن يكون القضاة الذين اشتركوا في المداولة حاضرين تلاوة الحكم ، فإذا حصل لأحدهم مانع جاز تغيبه إذا كان قد وقّع على الحكم المدون في الضبط"^(٤) .

^(١) نظام المرافعات الشرعية : ص ٣٣ ، المركز الوطني للوثائق والمحفوظات ، ١٤٢٤هـ ؛ وراجع نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية وتطبيقاته في المحاكم والدوائر القضائية : ص ٦٢ ، جدة ، ١٤٢٨هـ .

^(٢) الأنظمة القضائية في المملكة و ضمانات حقوق الإنسان : ص ٨٤ .

^(٣) انظر علانية جلسات التقاضي في المملكة العربية السعودية ، الجوفان : ص ٣٠ ، مجلة العدل ، العدد الخامس ، ١٤٢١هـ .

^(٤) نظام المرافعات الشرعية : ص ٧٢ .

ونصت المادة الثانية والثمانون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية على أنه " يُتلى الحكم في جلسة علنية ولو كانت الدعوى نُظرت في جلسات سرية"^(١) .

ومن المعلوم في فقه الأنظمة والمرافعات أن علنية النطق بالحكم تُمكن الخصوم من طلب تصحيح ما قد يرد من أخطاء مادية في صك الحكم وتكون الأمور واضحة تُمكن المتهم أو السجين من الاعتراض على الحكم والطعن فيه وتقديم لائحة اعتراضه ، ويمكن رفع التظلم . وفي هذا تحقيق لمراعاة حقوق المتهم والسجين^(٢) .

(ح) الطعن في الأحكام

للمحافظة على حقوق المتهم أو السجين أتاح النظام القضائي رفع التظلمات من الأحكام ضد السجناء والمتهمين إلى محاكم التمييز والمجلس الأعلى للقضاء الذي له إنهاء الحكم بعد دراسة القضية من جميع جوانبها ، وهو السلطة القضائية العليا في النظر في مظالم المتهمين والسجناء^(٣) وتدقيق الأحكام وتحقيق العدالة في الحكم بعد مراجعة الأحكام القضائية وتدقيقها .

(١) نظام الإجراءات الجزائية : ص٧٢ .

(٢) راجع كتابنا نظام القضاء وطرق الإثبات والمرافعات الشرعية : ص١٦٥ ، جده ، ١٤٢٩هـ .

(٣) راجع نظام الطعن بالتمييز في المملكة ، اختصاصات المجلس الأعلى للقضاء : ص٢٧٤ ، معهد الإدارة مركز البحوث والدراسات ، الرياض ، ١٤١٩هـ ؛ وراجع اختصاصات المحكمة العليا في كتابنا نظام القضاء : ص١٧٥ .

رابعاً حقوق السجن في الإصلاحات

انطلاقاً من كماليات أحكام الشريعة الإسلامية وكفالتها لحقوق الفرد والجماعة من المنظور الإنساني فقد اهتمت بنزلاء السجون ، وسعت إلى تصنيفهم إلى فئات بحسب أحوالهم وجرائمهم ، بعكس ما كان وضعهم في أنظمة سجون غير المسلمين ، حيث كان يجتمع في المكان الواحد من السجن كل من يتهم على ذمة التحقيق ، ويختلط معهم المتمرسون في الجرائم الخطيرة ، مما يفرض سلوكيات وعنف ، الأمر الذي أدى إلى اتخاذ أسلوب الصرامة في التعامل ، والقسوة في المعاملة ، وتكليف فئات الشغب ودعاة الاضطرابات وزعزعة الأمن داخل السجن والفوضى إلى الانخراط في الأعمال الشاقة^(١) في أنظمة السجون والإصلاحات الغربية الأوروبية والأمريكية .

وقد تناول التشريع القرآني ما كان يجري منذ أربعة آلاف سنة في السجن من الحبس للفتيان اللذان دخلا السجن مع يوسف عليه السلام وهما من حاشية الملك ، وكان سبب الحبس لهما سياسياً إذ اتهما بمحاولة قتل الملك^(٢) . ومع هذا الجرم سجننا مع يوسف المتهم زوراً وبهتاناً بقضية جنائية به وتم التحفظ عليه بعد ظهور براءته عليه السلام كسجين ، احترازاً من ازدياد الخوض فيما وقع ، كما أشار إلى ذلك جهابذة المفسرين^(٣) . وإلى جانب هذا الخلط بين الأجناس في السجن كانت تُحبس أعداد أخرى من السجناء في قضايا متنوعة كاللصوص والقتلة وعتاولة الإجرام والفساد^(٤) ، وظلت السياسة العقابية في سجون غير المسلمين لا تكثر بالفصل بين أصناف المسجونين ، ولم يجر تمييز بينهم بحسب الفروق النوعية إلا في عام ١٨٧٠م حين تبنت الإصلاحات الوطنية لسجون الاتحادية الأمريكية إعلان مبادئ إصلاحية كان منها تصنيف السجناء بحسب تجانسهم في الجريمة والمستوى الثقافي والمهني^(٥) .

فصل السجناء في النظام الإسلامي

وأمام هذه الفوضى في الاختلاف والاختلاط في السجون عند غير المسلمين كانت النظرية الإسلامية فيما يتعلق بالفصل بين السجناء لها قصب السبق في هذا الشأن محافظة

^(١) انظر الموسوعة البريطانية : ١٠٩٨/١٤ ؛ وجدي ، دائرة : ٥١/٥ ؛ شرح قانون الجزاء : ص ٣٢٩ .

^(٢) الخازن : ٤٥/٣ ؛ تفسير ابن كثير : ٤٧٧/٢ .

^(٣) الجامع لأحكام القرآن ، للقرطبي : ١٢٦/١٢ ؛ الخازن : ٤٥/٣ .

^(٤) تفسير ابن كثير : ٤٧٧/٢ ؛ الجامع لأحكام القرآن : ١٢٨/١٢ ؛ فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون : ص ٤٨ .

^(٥) الموسوعة البريطانية : ١٠٩٩/١٤ ؛ فقه المعتقلات والسجون : ص ٣٢٨ .

على حقوق الإنسان ، حيث نصت على حرمة خلوة الرجل بالمرأة^(١) ، واعتبرت اختلاط الرجال بالنساء من المنكرات المنهي عنها^(٢) ، واتفق فقهاء السياسة الشرعية على وجوب الأخذ بمبدأ سد الذرائع ، وهو أصل معروف في الشرع المحمدي^(٣) . ومن أجل ذلك أوجبوا ما يلي :

(١) الانفراد السجني لعزل النساء عن الرجال

قدم التشريع الجنائي العقابي في الإسلام عملاً لم يكن مسبقاً وهو إفراد النساء بسجن منعزل وخاصاً بهن ، حيث حبس النبي ﷺ ابنة حاتم في حظيرة بباب المسجد كانت السبايا من النساء يُحبسن فيها^(٤) ، وفي فعل آخر أمر ﷺ بأسارى المريسيع فجعلوا في ناحية منفصلة واستعمل عليهم بريدة بن الحصيبي ، وحبس رجال بني قريظة في ناحية وجعل نساءهم وذريتهم في ناحية أخرى ، وبهذا فإن أول من أخطط سنة الفصل في الحبس بين الرجال والنساء المشرع عن الله ﷻ ورسوله ﷺ^(٥) .

ومن خلال هذه الأفعال النبوية الشريفة عملاً بفعله ﷺ بحكم الإمامة تم هذا الفصل وهو من أصول وقواعد السياسة الشرعية التي توجب الأخذ بالأحوط من الأمور ، وهذا ما أشار إليه الفقهاء في أدبيات المحبوسين من السجناء ، قال الإمام السرخسي : " ينبغي أن يكون للنساء محبس على حدة ، ولا يكون معهن رجل تحرزاً من الفتنة"^(٦) ، وذكر الإمام الإمام المرتضى في البحر : " يميز حبس النساء"^(٧) ، إجماعاً لوجوب سترهن واتقاء الفتنة ، وتتصب عليهم إشرافاً نسوة ثقات أمينات فإن تعذر ذلك يجوز استعمال الرجل المعروف بالصلاح على محبسهم ليحفظهن ، وهو المروي عن الأئمة الأعلام كأبي حنيفة وغيره^(٨) ، ويشهد له استعماله ﷺ مولاه شقران على سبايا المريسيع^(٩) ، وما ينسب إلى بعض خلفاء وسلطين الدولة الإسلامية في العهود السابقة من إجراء حبس الرجال والنساء في موضع واحد أمراً لا يقره شرع ولا قانون ولا آداب شرعية ، بل هو منكر من المنكرات الفاحشة ، ولا يمثل هذا الفعل إن حدث حقيقة الحكم الشرعي^(١٠) .

(١) المغني ، لابن قدامة : ٦٨٦/٦ ؛ ابن عابدين : ٢٣٥/٥ .
(٢) اللونشريسي : ٢٢٨/١١ ؛ المغني : ٣٧٦/٢ .
(٣) انظر الذرائع في السياسة الشرعية والفقہ الإسلامي ، لأستاذنا العلامة وهبة الزحيلي : ص ١٧ ؛ راجع سد الذرائع بين الإلغاء والاعتبار ، لأستاذي العلامة شعبان محمد إسماعيل : ص ٣٤٠ ، حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة قطر ، العدد السادس ، ١٤٠٨ هـ .
(٤) انظر المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء أفريقيا والأندلس والمغرب ، للونشريسي : ٢٢٨/١١ ؛ المغني : ٣٧٦/٦ .
(٥) السيرة ، لابن هشام : ٢٢٥/٤ ؛ التراتيب الإدارية في نظام الحكومة النبوية ، للكتاني : ٣٠٥/١ .
(٦) المبسوط : ٩٠/٢٠ ؛ فقه المعتقات : ص ٣٢٩ .
(٧) البحر الزخار : ١٣٨/٥ .
(٨) الفتاوى الهندية : ٤١٤/٣ .
(٩) الإصابة : ١٥٣/٢ .
(١٠) مروج الذهب ، للمسعودي : ١٦٦/٣ ؛ النظم الإسلامية ، لأستاذي أبو الحمد موسى : ص ٥٩ .

ولا شك أن تقرير الشريعة الإسلامية بإفراد المحبوسات بأماكن خاصة بهن يدل على مدى اهتمام الدولة بحفظ النساء وحقوقهن وكرامتهن ورعايتهن وسد الذرائع إلى إفسادهن ، وهذا هو المعمول به في سجون المملكة من فصل النساء عن الرجل . وإذا كانت الاتفاقيات الدولية طالبت الدول بوجوب حبس النساء في أماكن خاصة معزولة وبعيدة عن مواضع حبس الرجل ، فإن الشريعة الإسلامية حازت قصب السبق في ترسيخ وتطبيق هذه القواعد والمبادئ الشرعية والقانونية في تراث فقه المسلمين الجنائي وأدبيات السياسة الشرعية ، ويتفق معها القانون الدولي والاتفاقيات الدولية^(١) .

(٢) حقوق السجين من الأحداث

يعد الحدث الذي هو المراهق دون سن البلوغ ذكراً كان أو أنثى^(٢) في حاجة ماسة إلى إلى حماية ورعاية حقوقية وقانونية وتتمثل في وجوب تمكينه من التمتع بمجموعة من الحقوق والحريات التي تكفل له التمتع بحياة كريمة سعيدة ، وهي ما أشارت إليها أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالحقوق والواجبات في نظام الأسرة في الإسلام^(٣) ، وما سعت إلى تحقيقه اتفاقية حقوق الطفل التي تم تبنيها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٨٩م^(٤) ، وتكتسب هذه الوثيقة أهميتها ليس فقط مما احتوت عليه من قواعد مهمة لحماية الطفل أو الحدث فحسب ، بل أيضاً من القبول العالمي بهذه الوثيقة ، حيث وقعت ٦١ دولة عليها ، ودخلت حيز التنفيذ من سبتمبر ١٩٩٠م ، وتصديق المملكة العربية السعودية على هذه الاتفاقية عام ١٩٩٦م يؤكد اهتمام حكومة المملكة والتزامها بحماية هذه الحقوق وفقاً لما نصت عليه الاتفاقية من أحكام باستثناء تلك التي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية التي تحفظت المملكة عليها^(٥) ، حيث إن الشريعة الإسلامية تمثل دستور المملكة العربية السعودية وفقاً للمادة الأولى من النظام الأساسي للحكم^(٦) .

ونظراً لما أرسته قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية من أمور مهمة وقواعد حقوقية للسجناء والجانحين من الأحداث فلا يمنع المؤاخذة والتأديب والتوقيف لهم وسجنهم ، وبين الفقهاء أن حبس الأحداث يجري تحت إشراف الدولة الإسلامية ، ولما كان التأديب المحض هو الغاية الشرعية من حبس الحدث ، فإن قواعد السياسة الشرعية ترى عزل من يراد تأديبه عن يراد تعزيره ، ولما كان يُخشى على ما يفسده ينبغي حمايته من الأضرار

(١) مجموعة القواعد الدولية : القاعدة ٨ و ٥٥٣ .

(٢) انظر ابن عابدين : ١٥٣/٦ ؛ الفتاوى الهندية : ٦١/٥ ؛ المدونة : ٢٢١/٦ ؛ المغني : ٤٥٩ .

(٣) راجع كتابنا نظام الأسرة في الإسلام : ص ٦٩ .

(٤) انظر حقوق المتهمين الأحداث في اتفاقية حقوق الطفل ، الحرقان : ص ٢٨٣ ، المجلة العربية للدراسات الأمنية ، العدد ٥٢ ، سنة ١٤٣٢هـ .

(٥) راجع المفوضية السامية للأمم المتحدة لحقوق الإنسان ، المرجع السابق : ص ٢٨٤ .

(٦) انظر النظام الأساسي للحكم .

الجسيمة والنفسية وغيرها محافظة على حقوقه الإنسانية وأبعاده عن مظنة الفساد كإدخاله السجن مع الكبار والمجرمين ، فقد نص الفقهاء على حرمة خلو الرجال بالأحداث وغير الثقات كزج الأمرد بينهم لأن الفتنة متوقعة الحدوث من السجناء الفاسدين ، لذا وجب ضرورة العمل بالمبدأ المتفق عليه ألا وهو إبعادهم سداً للذرائع^(١) .

فالشريعة الإسلامية لا تمنع الأخذ بالإجراءات التي تُحيط بالأحداث وتحفظهم من الاعتداء عليهم ، وهذا ما جرى العمل به في إصلاحيات سجون المملكة^(٢) .

وقد أوجبت الاتفاقيات الدولية المعاصرة الفصل بين السجناء بقدر الإمكان وبخاصة أصحاب الماضي الإجرامي أو من يخشى إفسادهم أخلاق الآخرين كالصبية والغلمان والأحداث والمردان ، وهو ما سبقت به أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية الاتفاقيات والقوانين الدولية^(٣) .

(٣) حقوق السجن السياسي قانونياً واجتماعياً

كما أشرنا إلى أن النظام الإسلامي حرص على العمل بتطبيق عزل السجناء عن بعضهم وفق الفئات وحسب مراتبهم القانونية وجرائمهم ومكانتهم الاجتماعية ، وانطلقت أدبيات السياسة الشرعية في هذا الترتيب من المبدأ الشرعي المتمثل في توجيه النبي ﷺ ومع قوله ﷺ : « انزلوا الناس منازلهم »^(٤) . وعلى هذا أجرى الفقهاء التصنيف في الجريمة السياسية على هذه الجماعة انطلاقاً من المكانة القانونية والاجتماعية . فالجريمة السياسية عند القانونيين هي عبارة عن " الأفعال الموجهة بقصد سياسي ضد نظام الحكم في الدولة ووظيفتها"^(٥) .

ويشبهها في الفقه السياسي الدستوري البغي والبغياء وهم الظلمة الخارجون عن طاعة الإمام^(٦) المعتدون عليه ، الممتنعون عن طاعة من ثبتت إمامته في غير معصية^(٧) . وعرف العلامة الشيخ أبو زهرة الجريمة السياسية بأنها " الجريمة التي يكون فيها اعتداء على

(١) حاشية القليبي : ٣٠٨/٣ : ابن عابدين : ٢٧٣/١ : السياسة الشرعية ، لابن تيمية : ص١٤١ .

(٢) انظر ندوة الإصلاح والتأهيل الأولى ، الندوة العلمية : ص٣٦ ، المؤسسة العقابية والإصلاحية ، المديرية العامة للسجون ، وزارة الداخلية ، الرياض ، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م .

(٣) تجدر الإشارة إلى أن المملكة العربية السعودية عند مصادقتها على اتفاقية حقوق الطفل أدخلت تحفظاً عاماً نصه " تتحفظ حكومة المملكة العربية السعودية على جميع مواد الاتفاقية التي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية " ، راجع حقوق المتهمين الأحداث في اتفاقية حقوق الطفل ، حاشية رقم ٢ : ص٢٨٦ ، مرجع سابق .

(٤) أخرجه الإمام مسلم : ٣٢/١ .

(٥) المجرمين وتسليمهم : ص٢١٠ .

(٦) راجع كتابنا معجم المصطلحات الفقهية في الفقه السياسي الإسلامي : ص١٥ .

(٧) المرجع السابق : ص١٥ ؛ وانظر الجريمة السياسية في الشريعة والقانون ، لمنذر زيتون : ص١٩ .

نظام الحكم ، أو على أشخاص الحكام بوصف كونهم حكاماً ، أو قادة الفكر السياسي لآرائهم السياسية" (١) .

وعلى ضوء هذا التعريف الفقهي السياسي يجري التفريق في قانون الشريعة الإسلامية في المعاملة بين السجناء السياسيين وبين المجرمين ، نظراً لاختلاف البواعث والأهداف (٢) . وقد وضعت أنظمة السجون ، بتوجيه من حكام وولاة الدولة الإسلامية ، أماكن مخصصة لسجن السياسيين (٣) بعيدة عن سجون المجرمين واللصوص وقطاع الطرق ، وأوجبت السلطة الحاكمة في الإسلام أن يعامل السجناء السياسيون معاملة حسنة ، وجعلهم في بيئة تناسب أحوالهم والهدف من حبسهم . روي أن خارج عن السلطة في عهد الخليفة عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه كتبوا إليه بخبره ورفعوا إليه تهمة السياسية ، فكتب إليهم : أن استودعوه السجن واجعلوا أهله قريباً منه حتى يتوب من رأي السوء (٤) .

وبمثل المعاملة التي كان الحكام المسلمون يعاملون بها سجناءهم السياسيون عاملوا أصحاب الهيئة والمكانة والشخصيات الاعتبارية في الدولة الإسلامية وأفردوا لهم أماكن لحبسهم بعيداً عن المجرمين وأهل الريب والفساد والسقطه من الناس . وكانوا يوسعون عليهم ويسمحون لذويهم بالدخول عليهم مانحين إياهم حقوقهم وحررياتهم الشخصية بضوابط الحريات في النظام الإسلامي (٥) التي لا تهدر كرامتهم وتضيع حقوقهم التي كفلتها لهم الشريعة الإسلامية (٦) .

ومما سبق يتضح أسبقية الشريعة في معاملة السجناء ومنحهم حقوقهم قبل أن تدعوا إليها الاتفاقيات والمواثيق الدولية كاتفاقية جنيف المعقودة سنة ١٩٤٩م وغيرها (٧) .

(١) الجريمة والعقوبة : ص ١٥٨ .
(٢) المغني : ١٠٧/٨ ، ١١٧ : بداية المجتهد ، لابن رشد : ٤٥٤/٢ .
(٣) الخطط ، للمقريزي : ١٨٧/٢ .
(٤) مصنف عبد الرزاق : ١١٨/١٠ .
(٥) انظر كتابنا الحريات في النظام الإسلامي : ص ٩ ، ٧٢ .
(٦) راجع مفاهيم حقوق الإنسان والدولة في الإسلام ، للكيلاني : ص ١٠٩ ؛ وانظر حق الحرية في العالم ، لأستاذي وهبة الزحيلي : ص ٨١ .
(٧) انظر الإجرام الدولي ، لحومد : ص ٧١ ، ٤٧ ، جامعة الكويت ، ١٩٧٢م .

المقارنة التشريعية للقواعد النموذجية لمعاملة المسجونين التي اعتمدها الأمم المتحدة ، وما نصت عليه أحكام الشريعة الإسلامية

المقصود بالقواعد النموذجية هي تقديم وصف تفصيلي لنظام نموذجي للمسجون اعتمده مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في جنيف عام ١٩٥٥م وأقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراراته عام ١٩٥٧م ، وعام ١٩٧٧م ، وهو وضع تصور أُسس لنظام نموذجي للمسجون يقوم على مبادئ وقواعد وأصول علمية في معاملة المسجونين وإدارة السجون ، وبإلقاء نظرات على هذا النظام يتضح ما يلي :

أولاً : على الرغم من أهمية هذه القواعد في مجملها لشمولها على تطوير وتقنين أنظمة السجون وحقوق السجناء ، إلا أنه يتعذر تطبيق جميع القواعد التي أشار إليها النظام في كل مكان أو أي حين ، وذلك لاختلاف الظروف القانونية والاجتماعية والجغرافية في مختلف العالم ومتغيرات تركيبة السجون بين دولة وأخرى من مختلف الأوجه الدينية والاجتماعية والسياسية .

ثانياً : يمكن لهذه القواعد أن تكون حافزاً أو منهجاً وضاءً يُستفاد منه نحو بذل مزيد من الجهود وتحفيز الهمم للتغلب على المصاعب والعقبات في عالم السجون في العالم العربي والإسلامي .

ثالثاً : تُعد القواعد التي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة لمعاملة السجناء ميداناً للتطوير المستمر في تغيير نمط إصلاحيات السجون وتطبيق بعض القواعد المشار إليها في توصيات المؤتمرات ، لتحقيق المقاصد العامة مع النظرات العامة التي يحق للإدارات العليا للسجون أن تتخذها وفق المصلحة والبيئة للخروج الاستثنائي على هذه القواعد^(١) .

رابعاً : إن القواعد العامة التي جاءت في الجزء الأول من قواعد معاملة السجناء مثل عدم جواز أن يكون هناك تمييز في المعاملة بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي ، كلها قد كفلتها حقوق السجناء في الشريعة الإسلامية ، كما أن احترام المعتقدات الدينية والمبادئ الأخلاقية تؤكد على مراعاتها في ظل أحكام الشريعة الإسلامية والأحكام المرعية في نظام السجون في المملكة ، ويجري العمل بها شرعاً وعرفاً .

(١) انظر البرامج الإصلاحية والتأهيلية في المؤسسات في المملكة العربية السعودية ، اليوسف : ص ٦٠ ، ١٩٢ ، كلية الملك فهد الأمنية ، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٤م .

خامساً : إن القواعد التي ركز عليها مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين لا تختلف في مضمونها ومجملها مع ما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية والتي تحفظ للمتهم والموقوف والمسجون حقوقه وكرامته وإنسانيته حسب ما تناوله بحثنا إن لم تفوق عليها .

سادساً : إن المملكة العربية السعودية تطبق قواعد الحد الأدنى لمعاملة المذنبين بما يتناسب مع تركيبة وطبيعة المجتمع السعودي المسلم الذي يُطبق أحكام الشريعة الإسلامية في جميع مناحي الحياة : الدينية والاجتماعية والسياسية والحقوقية والأمنية .

سابعاً : إن من دلائل هذه الاهتمامات أن سمو ولي العهد ونائب رئيس مجلس الوزراء ووزير الداخلية بالمملكة العربية السعودية ، الأمير نايف بن عبد العزيز ، وفقه الله ، أصدر توجيهاته الكريمة ومتابعاته الشخصية التي تدعو إلى أن تكون سجون المملكة من أفضل السجون في العالم وصولاً إلى الاهتمام بالسجين ورعاية حقوقه وكرامته وإنسانيته والمحافظة عليها وعمل كل ما يمكن أن يؤدي إلى صلاحه وإعادته إلى أهله ومجتمعه صالحاً نافعاً^(١) ، وهي تطبق مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص بمتابعة وتوجيه من خادم الحرمين الشريفين ، وسمو لي العهد النائب الأول لرئيس مجلس الوزراء ووزير الداخلية حفظهم الله .

(١) انظر كلمة ولي العهد لجريدة عكاظ : " اهتموا بالسجناء وحافظوا على كرامتهم " العدد ١٦٥٣٦ ، ٢٠١١ م .

الخاتمة

الحمد لله الذي بحمده تتم الصالحات ، وبشكره تدوم النعمات ، وبعد فقد تم ،
ولله الحمد والمنة ، الفراغ من هذه الدراسة وأود أن أشير إلى أهم النقاط وهي :

أولاً : من خلال التمعن في الدراسة المتعلقة بحقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية ،
وما ورد في أحكامها من حقوق وحرّيات تستوجب أن توصف هذه الحقوق
بالعالمية ، كونها ربانية المصدر ، أساسها المبادئ والقواعد التي كرمت
الإنسان ومنحته الحقوق والحرّيات ، ولم تفرق بين البشر بنظرات مناطقية أو
عنصرية ، فالناس في ميزان هذه الحقوق يعيشون في عدل ومساواة وحرية .

ثانياً : إن حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية غائبة ومجهولة عند كثيرين حتى من
المسلمين ، لذلك يقتضي الأمر فرض تدريسها في مراحل التعليم ، وفق منهجية
توضح حقوق الفرد والجماعة والدولة .

ثالثاً : أبرزت الدراسة عناية واهتمام الإسلام نظاماً وتشريعاً ، تنفيذاً وتطبيقاً
بالسجناء ومنحهم حقوقهم وحرّياتهم وكفالة رعايتهم في جميع ما يحتاجون
إليه .

رابعاً : توعية السجناء بالقواعد والتعليمات واللوائح التي تُنظم حياتهم وتمنحهم
حقوقهم .

خامساً : أوجبت أحكام الشريعة الإسلامية للمتهم حق المحاكمة العادلة ومنحته حق
الدفاع عن نفسه أو بواسطة وكيله .

سادساً : راعت الشريعة الإسلامية العدالة القضائية للمتهم ، فمع ارتكابه للجريمة يجب
الإقرار بأن له حقوق مرتبطة بكونه إنساناً ومواطناً ، سهلت له التقاضي
واللجوء إلى المحاكم ورفع الدعوى وانتظار المحاكمة العادلة .

سابعاً : لا يتم توجيه الاتهام إلا بعد ثبوت ما يدينه بالأدلة الكافية ، وعدم جواز إلقاء
القبض عليه إلا بأمر من السلطة المختصة ، ويجب معاملته بما يحفظ كرامته .

ثامناً : عدم جواز إيذائه جسدياً أو معنوياً ومنحه معرفة أسباب إيقافه وإعطاءه الحق في
الاتصال بمن يرغب إبلاغه بحاله .

تاسعاً : كفلت الشريعة الإسلامية للمتهم والسجين حقوقه أثناء المحاكمة ، فقد
أوجبت النصوص والقواعد التشريعية والجزائية أن يكون مثوله أمام هيئات
التحقيق والنيابة العامة والمحاكم بأنواعها المتعددة في وضعية تحافظ على

كرامته واطمئنان نفسيته ، ليتمكن من الدفاع والترافع في جو صحي غير مشوب بالمضايقة والإهانة والنهر من كرامته .

عاشرًا : سهل النظام الإسلامي لمحاامي السجين أن يقوم بواجبه في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة ، فنص النظام السعودي للمحاماة على ضرورة تمكين المحامي من القيام بدوره دون عرقلة لسير كفالة حقوق المتهم أو السجين .

حادي عشر : أوجبت أحكام الشريعة الإسلامية ممثلة في نظام القضاء والمرافعات الشرعية على ضرورة محاكمته محاكمة عادلة ، وأن تكون الجلسات علنية ، ما لم يرى القاضي خلاف ذلك ، وهي دلائل على نزاهة القضاء في الشريعة الإسلامية ، واحترامه لحقوق الإنسان للمتهم والسجين .

اثني عشر : منح السجين أو المتهم بعد تلاوة الحكم القضائي والنطق به حق الطعن في الحكم والاعتراض عليه وتقديم لائحة اعتراضه تعرض على السلطات القضائية العليا حسب ما أشرنا إليه في البحث .

ثالثا عشر : انطلاقاً من كماليات الشريعة ومتابعتها في سير محكومية المتهم راعت أحواله وظروفه فأوجبت فصل السجناء في السجن عن بعضهم وفقاً لتصنيف الجرائم حسب ما اشرنا إليه في البحث .

رابع عشر : في سابقة متميزة أوجب الإسلام ، لكفالة حقوق الرجال والنساء على ، على ضرورة احترام خصوصية المتهم أو السجين ، فنصت الأنظمة والتعليمات على وجوب فصل السجناء من النساء عن الرجال مراعاة لجوانب متعددة ومتخذة مبدأ سد الذرائع في عدم الاختلاط كقاعدة معمول بها .

خامس عشر : راعت الشريعة الإسلامية أوضاع الأحداث الذين أوجبت عليهم محكوميات مراعية حاجاتهم الماسة إلى حماية ورعاية ، فأمرت بعزلهم في أماكن خاصة ، مراعية أوضاعهم الجسمية والنفسية ، وإبعادهم عن مظنة الفتنة والفساد ، وكتحرز واحتياط وضعت لهم نُزل في السجون خاصة بهم .

سادس عشر : راعت أحكام الشريعة أوضاع بعض السجناء ذي الحالات الخاصة كالسجناء السياسيين مخصصة أماكن لهذه الفئات من المساجين بعيد عن سجون المجرمين واللصوص وقطاع الطُّرق ومروجي المخدرات وغيرهم ، وأوجبت أن يعاملوا معاملة حسنة ، تناسب أحوالهم والهدف من حبسهم وفق ما جرت الإشارة إليه في بحثنا .

سابع عشر:

تم التطرق في البحث إلى القواعد النموذجية المعتمدة في مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين مبيناً أن هذه القواعد في مجملها تشمل تطوير وتقنين أنظمة السجون وحقوق السجناء في العالم ، ويمكن الاسترشاد بها والاستفادة منها ، غير أنه يتعذر تطبيقها لاختلاف الظروف القانونية والاجتماعية والأمنية في مختلف العالم ، مشيرين إلى أن ما جاءت به الشريعة الإسلامية من حقوق للسجناء يفوق عن هذه القواعد ولا تختلف في مضمونها ومجملها عن ما جاءت به من احترام المعتقدات ومراعاة الكرامة والأخلاقيات .

ثامن عشر:

وجوب قيام الجهات القضائية وهيئات حقوق الإنسان في عالمنا العربي والإسلامي بجولات تفتيشية على السجون في الدول الإسلامية ومتابعتها لأساليب معاملة السجناء والتأكيد من إعطائهم حقوقهم وحررياتهم التي كفلت الشريعة الإسلامية حقهم فيها وإعطائهم الحريات وفق العدالة القضائية والمعاملة الإنسانية.

تاسع عشر

تولي القيادة السياسية ممثلة في شخصية خادم الحرمين الشريفين وولي عهده الأمين حفظهم الله الاهتمام بأوضاع السجناء وحقوقهم ورعايتهم، وكرامتهم والمحافظة على إنسانيتهم وعمل كل ما يؤدي إلى صلاحهم وإعادةهم في تأهيل إصلاحي يعودون من بعده أفراداً وجماعات صالحين في مجتمعهم.

عشرون :

إعادة النظر في القراءة التجديدية لمختلف الأنظمة المتعلقة بالسياسات الجنائية والعقوبات المحكوم بها على السجناء فالشريعة الإسلامية في مجموع أحكامها تحمل الرقي والأصالة الروحية الإنسانية وتدعو المجتمعات إلى العمل بالمعاني والقيم الصالحة التي جاءت بها وهي التي ينشدها رواد المدنية المعاصرة في التطوير والإصلاح ومنها إصلاح السجون ومسارعة الخطى في تقويم الصورة المثالية التي دعى إليها فقهاء السياسة الشرعية كالإمام أبي يوسف القاضي وأن وثيقته وتوصياته إلى خلفاء وسلاطين عصره لا تزال نبراس وضياء في مجال الوثائق الدينية الإصلاحية ، ومتابعة دواوين الدولة الإسلامية ومؤسساتها العدلية من قبل الخليفة وأعوانه .

مشروع توصية

عملاً بالمقتضيات والوجوب الشرعي والحقوقى فإنني أقترح ما يلي:
انطلاقاً من اهتمام الدول العربية والإسلامية بحكومات وهيئات
بنزلاء المؤسسات الإصلاحية (السجون) ومنها المملكة العربية السعودية
التي تقوم مشكورة بأجورة بجهود جبارة في حفظ الأمن، وسلامة المجتمع
ورعاية شؤون المقيمين فيه ، أقترح أن تقام ندوة دولية عالمية خاصة
بموضوع : "السجون وحقوق السجناء والبدائل عن السجن" .

ولعل أصحاب الرأي من العلماء والفقهاء يشاركوني الرأي في أن
بقاء السجن في الإصلاحات مدة طويلة لا يقضي على مشكلة الجرائم ،
بل يساعد على زيادة معدلها حسب نسب الإحصائيات المدونة لدى أجهزة
الأمن .

لذلك فإن قيام هذه الندوة التي سيشترك فيها المتخصصون
ويحتضنها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بمنظمة التعاون الإسلامي
فيها خير وإنقاذاً كبيراً لشرائح متنوعة من المجتمعات في عالمنا والتي
تقع في السجون لمدد طويلة.

نسأل الله أن يجري الخير على أيدي الكوكبة من العلماء والفقهاء
والباحثين والدول الإسلامية الشقيقة.

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

- (١) أحكام القرآن للإمام ابن العربي.
- (٢) أحكام القرآن للإمام الجصاص.
- (٣) تفسير ابن كثير.
- (٤) الجامع لأحكام القرآن الكريم: الإمام القرطبي.

ثانياً: الحديث النبوي الشريف

- (١) صحيح الإمام البخاري.
- (٢) صحيح الإمام مسلم.
- (٣) عون المعبود شرح سنن أبي داود للإمام الأبادي.
- (٤) مسند الإمام أحمد.
- (٥) نيل الأوطار للإمام الشوكاني.

ثالثاً: المعاجم الفقهية والقانونية والسياسية

- (١) الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة للإمام زكريا الأنصاري.
- (٢) دستور العلماء للإمام النكري.
- (٣) الكليات للإمام أبي البقاء.
- (٤) المصباح المنير للإمام الفيومي.
- (٥) المصطلحات القانونية الجزائية في الأحكام والإجراءات والمحاکمات: أحمد جمال الدين، طبع. لبنان ١٩٦٩م.
- (٦) المطلع على أبواب المقنع للإمام البعلي.
- (٧) معجم مصطلحات أصول الفقه: قطب مصطفى سانو، دار الفكر المعاصر، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
- (٨) معجم المصطلحات السياسية والدولية: أحمد زكي بدوي، دار الكتاب اللبناني، ١٤١٠هـ.
- (٩) معجم المصطلحات الفقهية في الفقه السياسي الإسلامي: حسن بن محمد سفر، ١٣٣٢هـ.
- (١٠) معجم المصطلحات الفقهية في الفقه القضائي الإسلامي: حسن بن محمد سفر، ١٣٣٢هـ.
- (١١) معجم المصطلحات الفقهية والقانونية: جرجس جرجس، الشركة العالمية للكتاب، ١٩٩٦م.

رابعاً: الفقه الإسلامي

- (١) الأحكام السلطانية للإمام الماوردي.
- (٢) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: الإمام القرافي.
- (٣) البحر الرائق للإمام ابن نجيم.
- (٤) بداية المجتهد للإمام ابن رشد.
- (٥) بدائع الصنائع للإمام الكاساني.
- (٦) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام للإمام ابن فرحون.
- (٧) الفروق للإمام القرافي.
- (٨) مجلة الأحكام العدلية.
- (٩) مرشد الحيران: محمد قدرى باشا.
- (١٠) معين الحكام فيما تردد بين الخصوم من الأحكام: الإمام الطرابلسي.
- (١١) المغني للإمام ابن قدامة.
- (١٢) موجبات الأحكام وواقعات الأيام: الإمام قاسم بن قطلوبغا الحنفي.

خامساً: السياسة الشرعية والأنظمة

- (١) إجراءات التحقيق في نظام الإجراءات الجزائية السعودي: يوسف المحبوب، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
- (٢) أنظمة المجتمع والدولة في الإسلام: عبد المولى، الشركة التونسية، تونس ١٩٧٣م.
- (٣) تأصيل وتنظيم السلطة في التشريعات الإسلامية: الكيلاني، عمان، دار البشير.
- (٤) ترسيخ العمل بالسياسة الشرعية: جابر الشافعي، دار الجامعة، مصر، ١٤٢٧هـ.
- (٥) الجريمة السياسية في الشريعة والقانون: منذر عرفات، دار مجدلاوي. الأردن، ١٤٢٤هـ.
- (٦) السلطة التنظيمية في المملكة العربية السعودية: المرزوقي، مكتبة العبيكان، ١٤٢٥هـ.
- (٧) سلطة الدولة في تنظيم الحقوق: عمر زايد. الجديدة، المغرب، ١٤١٩هـ.
- (٨) سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي: المرزوقي، مكتبة العبيكان، ١٤٢٥هـ.
- (٩) السياسة الشرعية الضوابط والتطبيقات: عبد السلام الشريف العالم، جامعة قاريونس، بنغازي.
- (١٠) السياسة الشرعية دراسات في أنظمة الدولة الإسلامية: حسن بن محمد سفر، ١٤٣١هـ.
- (١١) السياسة الشرعية: الإمام ابن نجيم، دار المسلم، ١٤١٦هـ.

- (١٢) السياسة الشرعية: الإمام دادة أفندي، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، ١٤١١هـ.
- (١٣) قواعد السياسة الشرعية: مجيد أبو حجر، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٥م.
- (١٤) القيد الواردة على سلطة الدولة في الإسلام: الكيلاني، الأردن، ٢٠٠٨م.
- (١٥) المدخل إلى السياسة الشرعية: شيخي عبد العال عطوة، ١٤١٤هـ.
- (١٦) النظام السياسي والقانون الدستوري في الإسلام: حسن بن محمد سفر، جدة ١٤٣٢هـ.
- (١٧) نظام القضاء وطرق الإثبات والمرافعات الشرعية: حسن بن محمد سفر، ١٤٢٩هـ.

سادساً: السياسة الجنائية وأدبيات السجن وحقوق الإنسان

- (١) إجراءات رفع الدعوى: أمين البديوي، أحمد عز الدين، دار قباء للنشر، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- (٢) أصول المرافعة وإعداد المذكرات والتقارير: عمر عقل، دار رسلان، سوريا، ٢٠٠٨م.
- (٣) الأنظمة القضائية في المملكة وضمانات حقوق الإنسان: إبراهيم البشر، كنوز اشيليا، ١٤٢٥هـ.
- (٤) البرامج الإصلاحية والتأهيلية في المؤسسات الإصلاحية في المملكة: عبد الله اليوسف، كلية الملك فهد الأمنية، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
- (٥) التشريع الجنائي الإسلامي: الشيخ عبد القادر عودة.
- (٦) حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون الدولي: محمد الحسيني مصلحي، دار النهضة، القاهرة، ١٩٨٨م.
- (٧) حقوق الإنسان في الإسلام: راوية الظهار، دار المحمدي، ١٤٢٤هـ.
- (٨) حقوق الإنسان في المملكة العربية السعودية: عثمان التويجري، مركز الخليج للدراسات الاستراتيجية، ٢٠٠٩م.
- (٩) حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية: جابر الراوي، دار وائل، عمان، ١٩٩٩م.
- (١٠) حقوق المتهم في نظام الإجراءات الجزائية: نايف السلطان، دار الثقافة عمان، ٢٠٠٥م.
- (١١) سجون النساء: مصطفى التركي، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ١٤٢٥هـ.
- (١٢) السياسة الجنائية في التشريع الإسلامي: مصطفى محمد حسنين، جامعة الإمام، الرياض، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م.

- (١٣) ضمانات التحقيق الجنائي مع المرأة: عبد الله الشتوي، الدراسات الفقهية، كنوز اشبيليا، الرياض، ١٤٣١هـ.
- (١٤) فقه السجن والسجناء: سعيد الوداعي، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ١٤٢٥هـ.
- (١٥) فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون: حسن أبو غدة، مكتبة الرشد، ١٤٢٧هـ.
- (١٦) المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية: إعداد المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، ١٤٠٦هـ.
- (١٧) معايير حقوق الإنسان: عيسى الشامخ، مكتبة الرشد، ١٤٢٥هـ.
- (١٨) نظام المرافعات الشرعية في المملكة وتطبيقاته في المحاكم والدوائر القضائية: حسن بن محمد سفر، ١٤٢٨هـ.

سابعاً: الوثائق والأنظمة والدراسات.

- (١) الجرائم السياسية ، وثائق حقوقية ، ١٩٦٥م .
- (٢) الجرائم الماسة بأمن الدولة ، الوثائق القانونية ، ١٩٦٥م .
- (٣) خطر التعذيب في القانون الدولي لحقوق الإنسان ، الحقوقية ، ١٩٨٤م .
- (٤) دليل إجراءات السجون: وزارة الداخلية، الأمن العام، الإدارة العامة للسجون، ١٤١٣هـ.
- (٥) قرار مجلس الوزراء رقم ٢ في ١/١/١٤٢٢هـ بإنشاء اللجنة الوطنية لرعاية السجناء ونزلاء الإصلاحيات والمفرج عنهم ورعاية أسرهم، ١٤٢٢هـ.
- (٦) ندوة الإصلاح والتأهيل الأولى: توثيقي لفعاليات الندوة العلمية الأولى، المديرية العامة للسجون ، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م .
- (٧) نظام الإجراءات الجزائية: المركز الوطني للوثائق والمحفوظات، ١٤٢٤هـ.
- (٨) النظام الأساسي للحكم في المملكة: المركز الوطني للوثائق والمحفوظات، ١٤٢٤هـ.
- (٩) نظام السجن والتوقيف و لوائحه الداخلية - السعودية، الرياض، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
- (١٠) نظام المحاماة: المركز الوطني للوثائق والمحفوظات، ١٤٢٤هـ.
- (١١) نظام المرافعات الشرعية: المركز الوطني للوثائق والمحفوظات، ١٤٢٤هـ.

فهرس الموضوعات

السياسة الشرعية في حقوق السجين دينياً وحقوقياً وسياسياً في الفقه الإسلامي

١	❖ مقدمة
٢	❖ أولاً : مصطلحات الموضوع
٢	• تمهيد
٢	(١) السياسة الشرعية
٢	(٢) السجن
٣	(٣) الإقامة الجبرية
٣	(٤) العقوبة السالبة للحرية
٣	(٥) حقوق الإنسان
٤	❖ ثانياً : اهتمام نظام الإسلام بحقوق الإنسان وكرامته الإنسانية
٥	❖ ثالثاً : حقوق الإنسان وحرياته وتفاضيه في الشريعة الإسلامية
٥	(١) الإسلام وكرامة الإنسان
٥	(٢) تقرير العدالة في النظام الإسلامي
٦	(٣) تحقيق العدالة للمتهم وكفالة حق التقاضي
٧	(أ) سهولة التقاضي
٧	(ب) شروط توجيه الاتهام وتوقيف المتهم
٧	(ج) عدم التعرض للمتهم بالإيذاء في النفس أو الجسد أو الكرامة
٨	(د) ضمانات حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية
٩	(هـ) وضعية السجين في جلسات المحاكمة
١٠	(و) علنية الجلسات للمتهم أو السجين
١٠	(ز) علنية النطق بالحكم
١١	(ح) الطعن في الأحكام
١٢	❖ رابعاً : حقوق السجين في الإصلاحات
١٢	• فصل السجناء في النظام الإسلامي
١٣	(١) الانفراد السجني لعزل النساء عن الرجال
١٤	(٢) حقوق السجين من الأحداث
١٥	(٣) حقوق السجين السياسي قانونياً واجتماعياً
١٧	❖ المقارنة التشريعية للقواعد النموذجية لمعاملة المسجونين التي اعتمدها الأمم المتحدة ، وما نصت عليه أحكام الشريعة الإسلامية
١٩	❖ الخاتمة

٢٢
٢٣
٢٧

❖ مشروع توصية
❖ المصادر والمراجع
❖ فهرس الموضوعات



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

حقوق السجناء

إعداد

الشيخ محمد علي التسخيري

الأمين العام للمجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم

حقوق السجناء

يمكن أن نقول إن من أهم العيوب في العقوبات الوضعية عيبين هما:

(أ) التعطيل:

فإن هذه القوانين بعد أن شرّعت مختلف العقوبات أوكلت الأمر غالباً إلى القاضي ليقوم هو باتخاذ الرأي الأخير حتى ولو أدّى ذلك إلى تعطيل بعض العقوبات واللجوء إلى عقوبة أخف منها، خصوصاً وأنا نشاهد أنّ جهاز المحاماة - وبدافع شخصي ومالي في أكثر الأحيان - يقوم بتخفيف أكبر الجرائم، وتبسيط تأثيرها، وإثارة عواطف القاضي نحو المجرم. فإذا ترك الأمر للقاضي فهو إنسان يتأثر بما يثير لديه عواطفه، وقد لا يكون هذا المعنى شعورياً كما أن الإنسان بطبيعته يريد أن يتحلل من المسؤولية، فإذا وجد أمامه سبيلاً للتخفيف من حمل المسؤولية سلكه. فمثلاً قد لا يقدم على الحكم بالإعدام ما دام يستطيع أن يستبدل الإعدام بالأشغال الشاقة.

وهذا يؤدي بطبيعة الحال إلى عدم فعالية العقوبات الوضعية وعدم الحساب لها من قبل كثير من المجرمين، وقد يكون هذا نابعاً من اتجاه هذه القوانين لأخذ شخصية المجرم بنظر الاعتبار في كل العقوبات مما يفسح المجال للاجتهاد والتخفيف والتعطيل؛ كما هو واقع فعلاً في البلدان التي تحكمها هذه القوانين، وهذا ما يؤكده الأستاذ الشهيد عبد القادر عوده ويأتي لنا بمثل على نتائجه من المحيط المصري، فيقول:

"فعقوبة الإعدام وهي مقرّرة لحوالي عشرين جريمة يندر تطبيقها الآن، مع أن جريمة القتل هي إحدى الجرائم العشرين التي يعاقب عليها بالإعدام تقع بمعدل تسع جرائم يومياً؛ خمس منها جرائم تامّة، وأربع منها تقف عند الشروع. وفي سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ كانت جرائم القتل والشروع فيها ٣٠٩٣ جريمة، وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ بلغت ٣٢١١ جريمة فهي على خطورتها تزداد عاماً بعد عام. وهذه الزيادة سبب يدعو إلى التشدد في تطبيق عقوبة الإعدام وإن كانت خطورة الجريمة في ذاتها أدعى إلى هذا التشدد دون نظر إلى غير ذلك من العلل والأسباب.

ولكن الإحصائيات ترينا أن جرائم القتل تزداد باستمرار، والأحكام الرادعة تقل باستمرار، ففي ١٩٣٦ - ١٩٣٧ فصلت محاكم الجنايات بالإدانة في ١٤٨ قضية قتل من الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام، وكان عدد المتهمين في هذه القضايا هو ٢٢٢ شخصاً، ولكن محاكم الجنايات لم تحكم بالإعدام إلا على ١٧ شخصاً فقط،

واستبدلت للباقيين بعقوبة الإعدام عقوبات أخرى، ومعنى ذلك أن عقوبة الإعدام لم تطبّق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٦ - ٧٪ وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ قضت محاكم الجنابات بالإدانة في ١٢٧ قضية قتل من الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام، وكان عدد المتهمين في هذه القضايا ١٨١ شخصاً، حكم على ستة عشر شخصاً منهم بالإعدام، واستبدلت للباقيين بعقوبة الإعدام عقوبات أخرى، ومعنى ذلك أن عقوبة الإعدام لم تطبّق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٨.٨٪ ثم يتعرّض للسنتين التاليتين وينتهي إلى أن نسبة الأحكام التي قضت بعقوبة الإعدام في السنوات الأربع هي ٥.٩٪^١.

(ب) الحبس بصفته عقوبة عامّة:

إنّ القانون الوضعي يعاقب بالحبس غالباً، وحتى لو وجدت لديه عقوبات أخرى فإنها تنتهي غالباً إلى الحبس، وكان الحبس هو العقوبة الأساسية في مختلف الجرائم والتي يجازى بها المجرم المبتدئ والمجرم العائد والمجرم المدمن، ومختلف الناس رجالاً ونساءً وشباناً وشيباً، والمجرم العادي والمجرم جريمة خطيرة. وهذا يؤدّي إلى نتائج خطيرة يذكرها رجال القانون، ومنها ما يلي:

١ عدم فاعلية العقوبات:

فإن السجن لا يترك للأخرين عبرة في ذلك. فهم بالتالي يرون المجرم يعيش بينهم بعد مدة قد لا يُحسّون بها مما يفسح المجال للإجرام، خصوصاً فيما لو كانت المغريات كثيرة والتربية العقائدية ضعيفة الأثر، بل إن السجن لا يترك عبرة للمسجونين أنفسهم في كثير من الأحيان فحتى أولئك الذين يعاقبون بالأشغال الشاقّة (وهي أقصى أنواع الحبس) لا يكادون يخرجون من السجن حتى يعودوا لارتكاب الجرائم. وذلك ما دلت عليه إحصائية لمصلحة السجون المصرية عن سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩، فقد دلت على أن ٤٥٪ من هؤلاء عادوا لارتكاب الجرائم بعد الإفراج عنهم بمدد تتراوح بين خمسة عشر يوماً وسنة، بل إن هذه الإحصائية تؤكد أن ٤٣٪ من أرسلوا إلى إصلاحيات الرجال (وهي أشد العقوبات ردعاً) عادوا فارتكبوا جرائم في مدد تتراوح بين ٢١ يوماً وسنة من تاريخ خروجهم، ويشير تقرير برقم ٤٦ لهذه المصلحة في سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ إلى أن نصف عدد من في الإصلاحية تقريباً لهم سوابق في الإجرام من خمس مرّات إلى عشر، وأن حوالي الثلث لهم من عشر سوابق إلى خمس عشر سابقة، وأن أكثر الباقيين تتراوح سوابقهم بين خمس عشرة سابقة وأربعين سابقة.

٢ إرهاق خزانة الدولة وتعطيل الإنتاج:

وإن عدد المسجونين يتزايد باستمرار من سنة لأخرى ويصل إلى عشرات الألوف على اختلاف الظروف والمجتمعات.

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، ج ١، ص ٧٢٣ - ٧٢٤.

وحبس أعداد كبيرة من هؤلاء له مضار كبرى على الاقتصاد. فهو يؤدي إلى أن تعيش هذه الآلاف بلا عمل، كما يؤدي إلى حرمان الأمة من طاقاتهم الهائلة. ولم تنفع المحاولات - إلا نادراً - في الاستفادة منها وهم في سجونهم. على أن هؤلاء لو عاشوا حياة الشغل في سجونهم فإن من المؤكد أن العقوبة سوف لن تؤثر في نفوسهم كثيراً.

٣ الفساد :

والسجن مدرسة لتلقين الإجرام لأنه يجمع - كما رأينا - بين مختلف أنواع المجرمين ، ولم ينفع تقسيم السجن على أساس نوع العقوبة أو على أساس السن ، كما أن السجون الانفرادية لها أضرارها الاقتصادية الكبرى وغيرها .

٤ قتل الشعور بالمسؤولية:

إن حياة السجن تدرب على عدم الشعور بالالتزام تجاه أي شيء، وتحبب التعطل للمسجونين، ولذا نجد الكثيرين يعملون على أن يعودوا إلى السجن بعد الخروج لأنهم ألفوا حياته.

٥ ازدياد سلطان المجرمين:

لأن السجن بدل أن يحول بين الإنسان والجريمة يصبح أداة تعال وابتزاز وتخويف للناس بيد المسجونين المعروفين. إذ يستغلون سوابقهم في فرض نوع السلطان على الناس وابتزازهم.

٦ انخفاض المستوى الصحي والأخلاقي:

للسجن آثاره الكبرى على المستويين الصحي والأخلاقي للمسجونين، كما أن له الأثر الكبير على المستوى الأخلاقي لعوائل المسجونين وأولادهم.

إنها تربي الإنسان: النهار صحياً، الحقود، الضيق الأفق، المضيق لرجولته.

٧ الفساد العقائدي:

فإن المجرمين غالباً ما يلجؤون إلى العقائد المخالفة لمسيرة المجتمع، وذلك كتنفيس عن العقد الكامنة أو سد للنقص. ولذا فهم يلتزمون بها كما لو قام الدليل عليها، ويعملون على إشاعتها في محيطهم بعد أن لم يردعهم رادع. وجو السجن يساعد على تقبل مثل هذه الأفكار.

٨ تشكيل العصابات:

إذ يقرب السجن بين النماذج المختلفة من المجرمين، ويترك لهم وقتاً للتفكير في خططهم المستقبلية والتنفيس عن حقدهم. وما أكثر ما شاهدنا من سلاسل الإجرام التي بدأت أول حلقة لها في السجن.

فإنّ لحياة السجن أن تخلق تعقيداً نفسياً رهيباً في الإنسان، وخصوصاً ذلك المسجون سجنًا مؤبداً، وأشد ما ينتج من ذلك: القلق الذي يدفع بالكثيرين إلى الانتحار، أو إلى إدارة أعمال إجرامية من وراء القضبان، وأمثال ذلك.

ومن المناسب هنا أن نتعرّض إلى مقطع من كتاب (الإنسان ذلك المجهول) حيث يقول: (بقيت مشكلة ذلك العدد الهائل من المشوّهين والمجرمين التي لم تحل. إنهم عبء ثقيل على بقية السكان الذين ظلوا طبيعيين. ولقد أشرنا من قبل إلى المبالغ الخيالية التي تتطلبها الآن المحافظة على السجن، ومستشفيات المجاذيب، وحماية الجمهور من عصابات اللصوص والمجانين... فلماذا نحافظ على المخلوقات الضارة عديمة النفع؟ إن وجود غير الطبيعي يحول دون نمو الطبيعي. فيجب أن نواجه هذه الحقيقة بشجاعة... لِمَ لا يتخلّص المجتمع من المجرمين والمجانين بطريقة اقتصادية أكثر؟ إننا لا نستطيع أن نمضي في فصل المسؤولين عن غير المسؤولين، وأن نعاقب المجرمين ونعفو عن أولئك الذين يُظنُّ أنهم أبرياء أديباً برغم ارتكابهم إحدى الجرائم... إننا عاجزون عن الحكم على الناس... ومع ذلك يجب حماية المجتمع من العناصر مثيرة الشغب والخطرة، فكيف يمكن أن نفعل ذلك؟ بالطبع لن يكون ذلك ببناء سجون أكبر وأكثر راحة، كما أن الصحة الحقيقية لن تتحسن بإنشاء مزيد من المستشفيات العلمية الضخمة... وإنما يمكن منع الإجرام والجنون بمعرفة الإنسان معرفة أفضل، وتحسين النسل، وإحداث تغييرات في التعليم والأحوال الاجتماعية، وفي تلك الأثناء يجب التصرّف في المجرمين تصرّفاً فعّالاً... ولعلّه من الأفضل إلغاء السجن... ويمكن أن يستعاض عنها بمؤسّسات أصغر وأقل نفقات... ومن المحتمل أن تكييف المجرمين المنحطّين بالسوط أو بإجراء علمي آخر تعقبه فترة قصيرة في المستشفى تكفي لتوطيد الأمن... أمّا القتل والصوص المسلّحون، وخاطفوا الأطفال، والذين يخدعون الفقراء ويجردونهم مما اقتصدوه، أو يغرّرون بالجمهور في الشؤون المهمة، فيجب التخلّص منهم بطريقة أكثر إنسانية وأقل تكاليف، وذلك بقتلهم بالغاز المناسب في مؤسّسات صغيرة تعد لهذا الغرض. ويمكن تطبيق علاج مماثل على المجانين المجرمين)^١.

وبملاحظة هذا النص يظهر أن (كارليل) يؤكد ما يلي:

١. الخسارة الاقتصادية الكبرى التي تصيب المجتمع جرّاء السجن وطبعاً هو يلاحظ ما تصرفه الدولة عليها، في حين أن ما تخسره الأمة من حبس الطاقات هو أكبر من ذلك بكثير.
٢. إنّ الرحمة أمام الجريمة التي تضر بالنظام الاجتماعي لا معنى لها، إذ يقول (يجب حماية المجتمع من العناصر...).

(١) الإنسان ذلك المجهول، ص ٣٣٥، مطابع المجر - بيروت.

٣. إنّ العلاج من الأمراض الصحيّة والاجتماعية لا يكون بإنشاء السجون المريحة الصحيّة، بل بالتربية والمعرفة الأفضل وتحسين النسل. ولكنه نسي أن يؤكّد هنا ما أكّده في مكان آخر من أن الأساس في كل تربية وبناء إصلاحي هو التسامي الفكري بعقيدة ودين. وإنه يقول في موضع آخر متحدّثاً عن الإحساس الأدبي بالمسؤولية: (فقد أبرز الإحساس الأدبي نفسه في جميع الأحقاب، وظهرت أهميته الجوهرية منذ فجر تاريخ البشرية، وهو مرتبط بالإحساس العقلي والديني والشعور بالجمال).^١

ثم يقول: (إن عدم التناسق في دنيا الشعور ظاهرة مميزة لعصرنا... لقد نجحنا في منح الصحة العضوية لسكان المدينة العصرية، ولكن بالرغم من المبالغ الضخمة التي ننفقها على التعليم فقد فشلنا في تنمية نشاطهم الأدبي والعقلي نموّاً تاماً).^٢

وبعد أن تحدّث عن الصلاة ودورها التربوي قال: (إنّ لمثل هذه الحقائق مغزىً عظيماً... فإنها تدل على حقيقة علاقات معيّنة ذات طبيعة ما زالت غير معروفة بين العمليات السيكلولوجية والعضوية... وتبرهن على الأهميّة الواضحة للنشاط الروحي التي أهمل العلماء والأطباء والمربّون ورجال الاجتماع دراستها إهمالاً يكاد يكون تاماً... إنها تفتح للإنسان عالماً جديداً).^٣

٤. يدعو إلى استعمال السوط، وهو نفس العقوبة الإسلامية التي يدّعي البعض أنها عقوبة رجعيّة لا إنسانية... بل إنه يدعو إلى عقوبات بدنية أخرى ولعلها تشبه العقوبات الإسلامية عند السرقة وأمثالها... وهكذا نجدّه يؤكّد أن القتل أنفى للقتل، وأن القضاء على المجرمين أنفع للمجتمع.

٥. رغم أن هذا النص إنساني إلى حدّ ما، إلا أنه لم يستطع أن ينكر انتماءه، فدعا إلى معاملة المجانين المجرمين بنفس الأسلوب الذي يعالج به المجرمون الآخرون فيتلخّص منهم. وهذا أمر ينكره الدين، وتنكره كل نظريات العقاب الإنسانية. فالمجنون إنسان فاقد للاختيار، ولا معنى للمسؤولية مع عدمه كما مرّ، ولذا فمن الممكن أن يتحمّل المجتمع هذه الخسارة الاقتصادية لمستشفيات المجاذيب حفاظاً على قيمه الإنسانية.

إلا أننا نعتقد أنّ العيب المهم هو اعتماد القانون فقط في مجال العقوبات وهو عيب طبيعي في القوانين الوضعية، في حين أنّ الأمر يحتاج إلى تخطيط أوسع من القانون لكي يمكن تطويق الجريمة، فما أكثر التحايل على القانون، وما أكثر وسائل الفرار.

(١) ن.م ص ١٥١.

(٢) ن.م ص ١٦٣.

(٣) ن.م ص ١٧٣.

العلاج الإسلامي

لا نستطيع أن نتحدّث هنا عن العلاج الإسلامي المتناسق لمسألة الجريمة في المجتمع بالأساليب العقائدية والتربوية، فهي مسألة مفصّلة. أمّا بالنسبة لنظام العقوبات الإسلامية فإنّ من الفخر حقاً أن نقول إنه تخلص من عيوب النظم الوضعية الحاضرة فضلاً عن النظم الوضعية القديمة. بالإضافة إلى محسّناته التي لا تملكها هذه النظم.

فبالنسبة للتعطيل آنف الذكر نجد أن الإسلام لا يقبل تعطيل أي حكم بالنسبة للجرائم الخطيرة التي تمسّ كيان الجماعة. إذ أن المصلحة العامّة تغلب المصلحة الشخصية، في حين مُنح القاضي سلطة واسعة في جرائم التعزير - طبعاً ضمن خطوط عريضة معيّنة -.

أمّا بالنسبة للحبس فإنّ من الواضح ان جرائم الحدود - وهي تبلغ ثلثي الجرائم - ليس فيها حبس في رأي الأكثرية، وربما رأي البعض أنه قد يقع حداً عندما يفسّر النفي في الأرض في حدّ المحاربة على أنه حبس، ومثل الحكم بالمؤبد للسارق في بعض الحالات^١.

ويصر البعض على كونه من التعزيرات بأدلة من قبيل:

- ١ إنّ السجن عقوبة لم تحدّد من قبل الشريعة والحدّ محدّد.
- ٢ إنّ العفو يشمل السجن.
- ٣ إنّ النبي ﷺ كان يسجن في المسجد أحياناً ولم تكن تقام الحدود في المسجد^٢.

والظاهر إن تفسير النفي في الآية بالحبس يخالف الظاهر.

في حين يفضل في التعزير عقوبة الجلد على الحبس، وعلى أي حال فلا تبقى إلا نسبة حوالي ٥٪ من الجرائم يحبس عليها المجرم.

(وإذا قلّت الجرائم التي يحكم فيها بالحبس إلى هذا الحدّ فقد أصبح عدد المحبوسين قليلاً جداً، وبذلك تحل مشكلة اختلاط المسجونين وما ينشأ عنها من فساد الأخلاق والصحة ونشر وسائل الإجرام، كما تقل جرائم العود التي لا يشجع عليها إلا وجود المحابس والاستخفاف بعقوبة الحبس. وإذا علمنا أنّ الجرائم القليلة التي يحكم فيها بالحبس حسباً محدّد المدّة هي جرائم تافهة من مجرمين غير خطرين تأكّد لدينا أنّ الحبس في هذه الجرائم سيكون لمدد قليلة، ولن تؤدّي إلى نشر عدوى الإجرام، ولا إلى فساد

(١) راجع ولاية الفقيه، ج ٢، ص ٤٤٤.

(٢) التشريع الجنائي، ص ٧٤٣.

الأخلاق، وحتى إذا وجدت هذه المساوئ فلن يكون لها أثر خطير على المجرمين وعلى الأمن العام لقلّة المسجونين حسب الغرض – وقلّة خطورتهم، ولأنّ المجرم لا يضمن أن يعاقب مرّة ثانية بعقوبة الحبس، أمّا المجرمون الخطرون فلا تقضي عليهم الشريعة بالحبس غير المحدّد المدة مهما كان نوع الجريمة المنسوب إليهم، لأن ارتكاب الجاني لأية جريمة مهما كانت بسيطة معناه أنه لا يزال على استعداد للإجرام، وأن العقوبة السابقة لم تردعه).^١

السجن في القرآن والسنة:

جاء لفظا السجن والحبس بمعناهما في القرآن الكريم في موارد عديدة^٢ وكذا جاء في السنة النبوية الشريفة في موارد عديدة لا نطيل هنا بذكرها فهي معروفة، فالحبس المذكور مشروع كتاباً وسنة وإجماعاً.

ومن اللازم ذكره أنه لم ينقل أن النبي ﷺ أو خلفائه الثلاثة أبا بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم بنوا سجناً في حين بدأت فكرة بناء السجن في عهد الإمام علي (ع) حيث روي أنه بنى سجنين (نافع) و(مخيس).^٣

اتجاه الشريعة في العقوبة: وقد ركز العلماء على مبدئين:

الأول: محاربة الجريمة دون النظر لشخص المجرم وذلك في الجرائم التي تهدد المجتمع وهي التي يعاقب عليها بحد أو قصاص أو دية.

الثاني: التركيز على شخص المجرم دون إهمال لمحاربة الجريمة وهي موارد التعزير^٤. والمرونة الملحوظة فيها تحقق التوازن المطلوب عندما يكون القاضي واعياً عادلاً.

موارد السجن:

إنّ الإسلام لا يتجه إلى السجن إلا في موارد قليلة وباعتبارها تعزيرات تقبل العفو. ومما يلاحظ إضافة إلى ذلك، أن الاتجاه نحو السجن يتم باعتباره صيغة احتياطية أو تمهيدية للحكم النهائي – مع اختلاف كبير بين الفقهاء على الموارد، وتحبيذ متواصل للعفو أو التخفيف ومتابعة أحوالهم عندما لا يؤدي إلى تجرؤ المجرمين – وربما عد من حقوق السجناء.^٥

(١) أحكام السجون، للشيخ الوائلي، ص ٥٧.

(٢) راجع الآيات الشريفة: يوسف: ٢٥، ٣٢، ٣٣، ٣٥، ٣٦، ٣٩، ٤١، ٤٢، ٤٣، ١٠٠، المطففين: ٧، ٨، الشعراء: ٢٩، هود: ٨، المائدة: ١٠٩، وجاء بلفظ الوقوف في: الأنعام: ٢٧، ٣٠، سبأ: ٣١، الصافات: ٢٤ ولفظ المسك في النساء: ١٥، والحصير في الإسراء: ٨، البقرة: ١٩٦، ٢٧٣، التوبة: ٦، ولفظ النفي في المائدة: ٣٣، ولفظ الإثبات في الأنفال: ٣٠ (طبعاً مع الاختلاف بين المفسرين والفقهاء من شتى المذاهب ونحن قد ناقش في بعض الموارد إلا أن الحبس ثابت ومشروع إجمالاً في الكتاب).

(٣) شرح فتح القدير ج ٢، ص ٤٧١.

(٤) يراجع مثلاً: التشريع الجنائي ج ١ ص ٦٠٩. والقصاص للشيخ شلتوت ص ٨٥، وفلسفة العقوبة للشيخ أبي زهرة ص ٥، وعلل الشرائع للصدوق ص ١٦٠، وأحكام السجون بين الشريعة والقانون للشيخ الوائلي ص ٩٠.

(٥) راجع كتاب (القضاء) للإمام الأنصاري، نشر المؤتمر العالمي لتكريمه، ص ٨٢.

كما يلاحظ أيضاً أن الاتجاه يدعو إلى الفصل بين أصناف المساجين توجيهاً للحبيطة؛ وقد روى أنه ﷺ كان يخصص حضيرة لسجن النساء^١.

وأوجب ذلك الكثير من الفقهاء درءاً للفتنة واعتماداً على الأدلة التي تمنع الاختلاط، والخلوة بالأجنبية، وقال البعض بالاستحباب كما عن السرخسي في المبسوط وابن عابدين في رد المحتار^٢.

كما أوجب الفقهاء فصل الأحداث عن الكبار لأمر متووعة^٣. وسمى سجنهم بالإصلاحيات فإن حبسهم ليس إلا للتأديب^٤.

كما أن من المعمول به في القديم - كما تذكر الموسوعة الكويتية - : أن يتم التمييز بين حبس الوالي الذي يضم أهل الريبة والفساد عن حبس القاضي الذي يضم المحكومين، وكذلك تمييز الحبس في قضايا المعاملات عنه في قضايا الجرائم، بل التمييز بينهم على أساس جرائمهم. والأصل أن يكون الحبس جماعياً^٥. وبطبيعة الحال قد يتطلب الأمر الحبس الإنفرادي.

وسنذكر فيما يلي بإيجاز بعض موارد السجن ليتبين ما قلناه أعلاه:

- ١ - مورد حبس المتهم بالقتل. وقد أفتى به الإمام مالك وبعض فقهاء الإمامية وخالفهم البعض الآخر. ولا يشمل هذا تهمة الجرح^٦. وجاءت في المورد روايات أكثرها لم تثبت، ثم إن مدة الحبس قد لا تتجاوز ستة أيام^٧. وجاء في المدونة: "مالك: في المتهم بالدم إذا ردت اليمين عليه: أنه لا يُبرأ دون أن يحلف خمسين يمينا فأرى أن يحبس حتى يحلف خمسين يمينا"^٨.
- ٢ - مورد من دلّ على شخص يراد قتله. ورفض الإمام الشافعي هذا المورد^٩ ووضح أن المورد تعزيري، لأنه إعانة على الإثم.
- ٣ - مورد من أمسك شخصاً ليقتل. واتفقت عليه الإمامية^{١٠}، وقد وردت فيه لديهم روايات صحيحة، واختلف فيه فقهاء أهل السنة.

(١) التراتيب الإدارية، ج ١، ص ٣٠٠، السيرة النبوية، لابن هشام، ج ٤، ص ٢٢٥.

(٢) نقلاً عن موارد السجن، للطبسي، ص ٥١٤.

(٣) ولاية الفقيه، ج ٢، ص ٤٥٥، الدر المختار، ج ٤، ص ٣٤٧.

(٤) السجنون ص ١٠١، نقلاً عن غمز عيون البصائر للحموي.

(٥) ج ١٦، ص ٣٢٠.

(٦) جواهر الكلام، ج ٤٠، ص ٢٢٠.

(٧) راجع التفصيل في موارد السجن، ص ٤٤.

(٨) المدونة الكبرى، ج ٦، ص ٤١٦.

(٩) الأم، ج ٧، ص ٣٣١.

(١٠) الانتصار، للسيد المرتضى، ص ٢٧٠.

- ٤ - مورد من أمر بالقتل. وهو المشهور عند الإمامية بل ادعي الاجتماع عليه كما عن الشهيد الثاني وفيه روايات بعضها صحيحة^١ ويختلف فيه علماء أهل السنّة.
- ٥ - مورد من أنقذ القاتل من القصاص. وقد اختلف الفقهاء فيه.
- ٦ - حبس القاتل بعد عفو الأولياء. وقد اختلف فيه.
- ٧ - حبس الجاني حتى يستكمل الولي الشروط. وقد اختلف فيه وفي ظروفه.
- ٨ - حبس المولى الذي قتل عبده. وقد اختلف فيه.
- ٩ - حبس السارق في الثالثة. وقد اتفقت عليه الإمامية، ووافقهم بعض علماء السنّة، ولكن اختلفوا في المدّة.

ولا نريد أن نستقصي الموارد وإنما ذكرنا بعضها والخلاف فيها.

وقد ذكرت الموسوعة الكويتية^٢ أن الحبس إنما يتم للتهمة أو الاحتراز أو لتنفيذ عقوبة أخرى؛ فالحبس غير مقصود لذاته وإنما هو مقدّمة في أكثر الأحيان. نعم، قد يجد القاضي أنه أفضل من غيره فيأمر به، ولكن يجب أن لا ينسى أضراره التي مرّ ذكرها عندما يحاول تحديد الأولوية.

(^١) كرواية زرارة: الكافي، ج ٧، ص ٢٨٥.

(^٢) ج ١٦، ص ٢٩٤.

حقوق السجناء

وقد ذكرت مفصلاً في بعض الكتب^١ ومتفرقة في كتب أخرى^٢ وهي تعبر عن إقرار الإسلام لحقوق الإنسان وسماحته وواقعيتها. ونذكر هنا أهمها:

أولاً: حقوقه بعد ثبوت براءته. وقد تحدّث الفقهاء تارة عن ضمان فقدانه لعمله^٣. ومن هو الضامن؟ هل هو القاضي أم الشهود أم هو الحاكم؟

ثانياً: حقه في حضور الجمعة والعيدين، ومن الفقهاء من ألزم بذلك^٤ وتوقّف آخرون^٥ والظاهر أن الأمر يختلف تبعاً لنوع الجريمة ومدى الخطورة، وإلا فالأصل هو الحضور.

ثالثاً: حقه في ملاقاته أقربائه وهو كسابقه يتبع نوع الظروف ونوع الخطر، وقد روي بسند ضعيف: المنع من ملاقاته من يلقنه (اللدد في الخصومة والعناد)^٦.

رابعاً: حقه في التمتع بالرفاه. ذكر صاحب (أحكام السجون) ذلك واستشهد بحبس النبي ﷺ للأسرى في الدور الاعتيادية. واختلفت الآراء في سعة هذه الرفاهية^٧.

خامساً: حقه في منحه الإجازة لزيارة أقاربه^٨.

سادساً: الحق في تعجيل المحاكمة وهو مقتضى الأصل والعدالة وما أكد عليه جميع الفقهاء^٩.

سابعاً: حقه في حضور الزوجة معه. وهو حق أيدته رواية^{١٠} وذكره بعض الفقهاء^{١١} وذكرت الموسوعة الكويتية ثلاثة أقوال فيه:

^(١) كما في موارد السجن للطبسي؛ و(أحكام السجون) للوائي.

^(٢) كما في مختلف كتب القضاء الفقهية.

^(٣) راجع مثلاً: المختصر النافع، ج ٢، ص ٢٥٦، الشرح الصغير، ج ٣، ص ١٢٤، المكاسب، ج ٦، ص ١٤، الإنصاف، ج ١٠، ص ١٢١.

^(٤) الكافي في الفقه، للحلي، ص ٤٤٨، والروايات واضحة في ذلك. راجع الوسائل، ج ١٨، ص ٢٢١، وج ٥، ص ٣٦.

^(٥) السرخسي في المبسوط، ج ٢٠، ص ٩٠.

^(٦) دعائم الإسلام، ج ٢، ص ٥٣٢.

^(٧) ولاية الفقيه، ص ٤٦٩، أحكام السجون، ص ١١٧، فقه السنة، ج ١٤، ص ٨٤، الخراج، ص ١٥٠، موارد السجن، ص ٤٩٨.

^(٨) كما جاء في كتاب (القضاء والشهادة) ص ١٦٥، ولم يمانع فيه صاحب (موارد السجن) ص ٥٠٢، والظاهر أنه موكل لولي الأمر بملاحظة الظروف.

^(٩) يراجع: كتاب القضاء، للشيخ الأنصاري، ص ٨٢، المبسوط، للشيخ الطوسي، ج ٨، ص ٩١، التفریح، لابن الجلاب، ج ٢، ص ٢٤٧، التنبيه، للفيروز آبادي، ص ٢٥٣، المغني، لابن قدامة، ج ٩، ص ٤٦، المهذب، ج ٢، ص ٢٩٨.

^(١٠) الجعفریات، ص ١٠٨.

^(١١) راجع: المبسوط، للطوسي، ج ٤، ص ٣٢٢، ولاية الفقيه، ج ٢، ص ٤٧٠، المغني، لابن قدامة، ج ٧، ص ٣٤، رد المحتار، لابن عابدين، ج ٤، ص ٣١٤.

الأول: القبول به ونسبته للحنابلة وبعض الشافعية، والثاني: المنع ونسبته للمالكية وبعض الحنفية والشافعية، والثالث: ترك الأمر للقاضي ونسبته لبعض الشافعية^١.

ثامناً: ملاحظة الحالة الصحيّة. ركّز الفقهاء على لزوم ملاحظة الحالة الصحيّة ومسألة حبس المريض وإخراجه من الحبس، أو مداواته في داخل السجن^٢.

تاسعاً: حقّ التشغيل. وقد قبله البعض^٣ ورفضه آخرون، وهو المعتمد لدى الحنفية^٤.

عاشراً: حقّ الإنفاق عليه من بيت المال. وقد أكدته الروايات^٥ والكتب الفقهية المتوّعة.

حادي عشر: تحريم التعذيب وانتزاع الإقرار وانتقاص الكرامة، وهو ما أكدته الروايات^٦ والفقهاء^٧ وذكرت الموسوعة^٨ أن الفقهاء نصّوا على حرمة المعاقبة للمحبوس أو غيره بعدة أمور، منها:

أ - التمثيل بالجسم: وقد نهى النبي ﷺ عن التمثيل بالأسرى، فقال في وصيّته لأمرء السرايا (ولاتمّثلوا)^٩.

ب - ضرب الوجه ونحوه: لا يجوز للحاكم التأديب، بما فيه الإهانة كضرب الوجه وموضع المقاتل، وكذا جعل الأغلال في أعناق المحبوسين، وكذا لا يجوز مدّ المحبوس على الأرض عند ضربه، سواء كان للحدّ أو التعزير كما تقدّم^{١٠}.

ج - التعذيب بالنار ونحوها: يحرم التأديب بإحراق الجسم أو بعضه بقصد الإيلام والتوجيع إلا للمماثلة في العقوبة، فتجوز عند كثير من الفقهاء، ولا يجوز خنق المحبوس وعصره وغطّه في الماء.

د - التجويع والتعريض للبرد ونحوه: لا يجوز الحبس في مكان يمنع فيه المحبوس من الطعام والشراب أو في مكان حار أو تحت الشمس أو في

(١) ج ١٦، ص ٣٢٣ - ٣٢٤.

(٢) الموسوعة الكويتية نقلاً عن مصادر كثيرة، ج ١٦، ص ٣٢٠، العروة الوثقى، ج ٣، ص ٥٦، تحرير الوسيلة، للإمام الخميني، ج ٢، ص ٣٧٥.

(٣) موارد السجن، ص ٥١٨، أحكام السجن، ص ٣٧٥.

(٤) حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٢٧٨، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٤١٨.

(٥) كما في الكافي، ج ٧، ص ٢٢٤، الوسائل، ج ١٨، ص ٤٩٤، علل الشرائع، ج ٢، ص ٥٣٧، الخراج لأبي يوسف ص ١٥٠.

(٦) الكافي، ج ٧، ص ٢٦١، التهذيب، للطوسي، ج ١، ص ١٢٨، المصنف في روايات عديدة، ج ١٠، ص ١٩٢، ١٩٣، وغيرها.

(٧) النهاية، للشيخ الطوسي، ص ٧١٨، والشرائع، للحلي، ج ٤، ص ١٧٦، والجواهر، للنجفي، ج ٤١، ص ٢٨٠، الخراج، ص ١٥١، المحلى ج ١١، ص ١٤١.

(٨) الجزء ١٦، ص ٣٢٦.

(٩) أخرجه مسلم (٣/١٣٥٧ - ط الحلبي) من حديث بريده الأسلمي.

(١٠) الفتاوى الهندية.

مكان بارد أو في بيت تسد منافذه وفيه دخان، أو يمنع من الملابس في
البرد، فإن مات المحبوس فالدية على الحابس، وقيل القود^١.

هـ -التجريد من الملابس: تحرم المعاقبة بالتجريد من الثياب لما في ذلك من
كشف للورة.

و -المنع من الصلاة ونحوها: ينبغي تمكين المحبوس من الوضوء والصلاة، ولا
تجوز معاقبته بالمنع منهما.

ز -السب والشتم: لا يجوز للإمام أو غيره التأديب باللعن والسب الفاحش وسب
الآباء والأمهات ونحو ذلك، ويجوز التأديب بقوله: يا ظالم، يا معتدي،
وهكذا فصل الفقهاء في المنع من أنواع التعذيب الأخرى^٢.

نعم، ذكر بعض الفقهاء أنماطاً من التضييق على طوائف:

منها: من ظاهر زوجته ولم يراجع^٣.

ومنها: من حلف على ترك وطء زوجته ولم يرجع^٤.

ومنها: المديون يلتوي في السجن^٥.

وقد ذكرت الروايات أنماطاً أخرى.

ثاني عشر: امتلاك إدارة صالحة رحيمة يراقبها الحاكم الصالح. وهو ما ذكره الفقهاء
تحت عنوان صفات السجّان، فذكروا الأمانة والكياسة والصلاح، والرفق،
واللياقة البدنية،^٦ كما أكدوا على مراقبة الدولة للسجون وتتبع أحوالها^٧.

(١) المغني، ج ٧، ص ٦٤٣.

(٢) راجع الموسوعة الكويتية، ج ١٦، ص ٣٢٨.

(٣) تحرير الأحكام، ج ٢، ص ٦٢.

(٤) الوسائل، ج ١٥، ص ٥٤٥.

(٥) الكافي في الفقه، ص ٤٤٨.

(٦) الموسوعة، ج ١٦، ص ٣٣٠.

(٧) نفس المصدر، وراجع المبسوط، ج ٨، ص ٩١، والشرائع، للمحقق الحلّي، ج ٤، ص ٧٣، المنهاج، للنووي، ص ٥٩١، المهذب، للشيرازي، ج ٢، ص ٢٩٨.

خاتمة

نذكر فيها بضعة أمور:

الأول: باستعراضنا لتاريخ السجون في الإسلام تطالعنا انحرافات وصور مرعبة، كما نلاحظ صوراً مشرقة مشرقة: فهناك صور من سجون سياسية وتعذيب وحبس حتى الموت وسجن اختلاطي وغيرها^١. كما تحدثنا الكتب التاريخية عن صور مشرقة^٢ وهنا نسجل أن الإسلام دين رحمة وواقعية ولا يمكننا أن نحمله تبعات سلوك أتباعه المنحرفين ولكنه يحوز الفخر إذ أنجب العلماء الصالحين وقدم أروع الصور في الرحمة والواقعية سواء في تعامله مع الأسرى أو مع المجرمين.

الثاني: إن تاريخ أوروبا تاريخ فضيع ملئ بما يقرز النفوس وينقض حقوق الإنسان^٣ وتكفيها فضائح الكنيسة ومحاكم التفتيش بل وإن أوروبا اليوم التي تدعي التحضر وتصف أعداءها بالوحشية تقوم بأفزع الأساليب الوحشية، وهذا ما شهده العالم في سجن غوانتانامو في كوبا، وسجن أبي غريب في بغداد وغيرها من السجون السرية في أوروبا وغيرها.

الثالث: إن وضعنا الفعلي في العالم الإسلامي وضع يؤسى له ويؤسف بعد انتشار الاستبداد، والسجن السياسي والحكم الدكتاتوري التسلطي واستغلال أشد أنواع التعذيب^٤. ومن هنا فنحن ندعو إلى استصدار وثيقة جامعة في مجال حقوق السجناء ودعمها بما تم التصديق عليه بالإجماع في القاهرة وغيرها من الوثيقة الإسلامية لحقوق الإنسان والتي تصرح في مادتها العشرين بما يلي:

"ولا يجوز القبض على إنسان أو تقييد حريته أو نفيه أو عقابه بغير موجب شرعي، ولا يجوز تعريضه للتعذيب البدني أو النفسي أو لأي نوع من المعاملات المذلة أو القاسية أو المنافية للكرامة الإنسانية. كما لا يجوز إخضاع أي فرد للتجارب الطبية أو العلمية إلا برضاه، ويشترط عدم تعرض صحته وحياته للخطر، كما لا يجوز سن القوانين الاستثنائية التي تخول ذلك للسلطات التنفيذية".

والله تعالى هو الموفق

(^١) يراجع: البداية والنهاية لابن الأثير ج ٨، ص ٤٧ حوادث سنة (٥٠) فما بعدها، ومروج الذهب ج ٢، ص ١٥٧، أدباء السجون ج ١، ص ٥١ وغيرها.

(^٢) من قبيل ما روي عن علي (ع) في معاملته للمساجين (انظر تاريخ السجن الإصلاحي للفكيكي في مجلة الاعتدال السنة ٦ العدد ١ ص ١٣، وما روي عن القاضي أبي يوسف (رحمه الله) في وثيقة مهمة بعثها إلى الخليفة هارون الرشيد (لاحظ الخراج لأبي يوسف ص ١٥٠).

وما روي عن الخليفة عمر بن عبد العزيز في طبقات ابن سعد ج ٥ ص ٢٤٨، و٢٥٦، و٢٥٧، و٣٦٨، و٣٧٧ والخراج لأبي يوسف ص ١٤٩.

(^٣) يراجع ما جاء في دائرة معارف البستاني ج ٨ ص ٥٨ وفي دائرة معارف فريد وجدي ج ٥ ص ٥٠.

(^٤) وقد شهد كاتب هذه السطور صوراً منها بل عاناها بما يشيب لها الرضيع في عهد صدام لا لشيء إلا لأنه ألقى قصيدة إسلامية.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

حقوق السجين في الشريعة الإسلامية

إعداد
أ.د. جعفر عبد السلام
أستاذ القانون الدولي
الأمين العام لرابطة الجامعات الإسلامية

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد (ﷺ) الذي أرسله ربه رحمة للعالمين.. وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.. وبعد،،

تشغل قضايا حقوق الإنسان في وقتنا الحاضر، المجتمعات والدول.. الرجال والنساء على حد سواء، وشهد عصرنا الحاضر قيام الكثير من المنظمات والهيئات التي تهتم بهذه القضايا وتبذل جهداً كبيراً في تناولها، ليس بالدراسة فحسب؛ ولكن بإعداد التشريعات والقوانين والممارسات التي تسهم في علاج العديد من جوانبها.

ولما كان السجين من البشر وله حقوق أساسية، فإن الكثير من المنظمات قد قامت بالعناية بقضاياها، وعلى الرغم من ذلك فإن السجين وكفالة الحد الأدنى من حقوقه لم ترق إلى المطلوب، وأمست الممارسات الخاطئة إزاءه في كثير من الدول مستمرة..

وحسنا فعل مجمع الفقه الإسلامي العالمي عندما جعل قضية السجين وحقوقه في جدول أعماله في هذه الدورة، خصوصاً وأن الدين الإسلامي الحنيف، قد كفل للإنسان (طليقا كان أم سجيناً) حقوقاً أساسية، قبل المنظمات الدولية المعنية بحقوق الإنسان بمئات السنين..

ونحن نتعرض لدراسة حقوق السجين في الشريعة الإسلامية، نؤكد أن النبي ﷺ لم يتخذ السجن -بمفهومه الحالي- لإيواء المجرمين في بداية تكوين الدولة الإسلامية، كما لم تعرف السجون في الجزيرة العربية منذ وقت بعيد، وإنما عرف السجن في عصر الخلفاء الراشدين، وذلك لأسباب عديدة، منها: أن العقوبات التي وردت في القرآن الكريم وفي السنة النبوية الشريفة، كانت عقوبات بدنية سواء أكانت حدوداً أم تعزيرات، ولعل هذه العقوبات كانت وما زالت الأفضل حتى الآن، لاعتبارات عديدة:

- أن الدول لم تتجح حتى الآن في جعل السجون مؤسسات إصلاحية رغم أن الشعارات المكتوبة على السجون تقول بأنها (تأديب وتهذيب وإصلاح).
- أن السجين يختلط بشكل أو بآخر بسجناء آخرين أكثر منه إجراماً، ينقل عنهم سوء الأخلاق ويمارس معهم مختلف الرذائل، فبعد أن يكون مبتدئاً يصبح ضالماً وعريئاً في الإجرام.
- أن حياة المسجون حياة غير سوية تكسب الذي يعيش فيها أخط أنواع السلوكيات غير القويمة وتعودهم على الكذب والمماطلة.

ومن هنا نقدم هذه الورقة بعنوان: (حقوق السجين في الشريعة الإسلامية)، لنلقي الضوء على ما قرره فقهاء المسلمين من حقوق للسجين، وإبراز منهج الإسلام في إصلاح الكون والحياة، وصلاحية المنهج الإسلامي العالمي لقيادة الحياة إلى مرادها...

وتتناول هذه الورقة، عدة قضايا على النحو التالي:

- **أولاً:** مدخل لتحليل المفاهيم .
- **ثانياً:** فلسفة العقوبة والغرض منها .
- **ثالثاً:** تاريخ السجن في الإسلام .
- **رابعاً:** مشروعية السجن في الإسلام .
- **خامساً:** حق السجن في التعليم .
- **سادساً:** حق السجن في الرعاية الصحية والنظافة الشخصية .
- **سابعاً:** حق السجن في ممارسة العبادة .
- **ثامناً:** حق السجن في الصلوات الأسرية .
- **تاسعاً:** حق المسجون في الدفاع عن نفسه في الشريعة الإسلامية .

وبالله تعالى التوفيق

أ.د. جعفر عبد السلام

الأمين العام لرابطة الجامعات الإسلامية

أولا مدخل لتحرير المفاهيم

في البداية يجدر بنا أن نتعرف على مادة سجن ومدلولاتها في اللغة العربية، ومن ثم نقف على أصل المفردة..

سجن: جاء في المعجم الوسيط (١) أن مادة (سجن) تعني الحبس، يقال (سجنه) سجننا حبسه فهو مسجون وسجين (والجمع) سجناء وسجنى وهي مسجونة وسجينة (والجمع) سجنى وسجائن، ويقال سجن لسانه، وفي الحديث (ليس شيء أحق بطول سجن من لسان) وسجن الهم: لم ينشره و لم يظهره. (السجّين): السجن وهو واد في جهنم، وأيضا: كتاب جامع لأعمال الفجرة من الثقلين، والصلب الشديد. ويقال ضرب سجين: أي يثبت المضروب مكانه ويحبسه. و(السجن) المحبس (والجمع) سجون، وفي التنزيل العزيز: ﴿ قَالَ رَبِّ السُّجُنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ وَإِنِّي لَأَكُنُّ مِنَ الْجَاهِلِينَ ﴾ (٢).

السجن في الاصطلاح:

هناك عدة تعريفات للسجن في الاصطلاح، ولعل أشمل ما ذكر في هذا المجال ما قاله ابن تيمية (٣) في الفتاوى: (بن الحبس الشرعي: ليس هو السجن في مكان ضيق، وإنما هو: تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه، سواء كان في بيت أو مسجد أو كان بتوكيل نفس الخصم أو وكيل الخصم عليه).

وبناء على ما قاله شيخ الإسلام ابن تيمية فإن السجن الشرعي هو: الجزاء المقرر على الشخص لعصيانه أمر الشارع، بتعويقه ومنعه من التصرف بنفسه حساً كان أو معنى لمصلحة الجماعة أو الفرد إصلاحاً أو تأديباً.

وإذا انتقينا بعض التعريفات الغربية للسجن فنجد أن تعريف (بيفار)، يركز على قضية عزل الأشرار، فيقول: (إن السجن مؤسسة زجرية ووقائية تقوم بمهمة عزل الأشرار عن الأخيار لضمان حماية هؤلاء ووقايتهم).

وإذا تتبعنا كتب الفقه وأقوال الفقهاء وعلماء اللغة، نلاحظ أنهم يطلقون (السجن والحبس) كلا منهما بمعنى الآخر، ويطلقون كلمة الحبس أو المحبس أو السجن على المكان الذي تنفذ فيه عقوبة الحبس أو السجن ويقصدون بالكل نفس المعنى.

(١) إبراهيم مصطفى. أحمد الزيات. حامد عبد القادر. محمد النجار: المعجم الوسيط، مادة (سجن).

(٢) سورة يوسف: آية ٣٣.

(٣) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٥/٣٩٨.

ونرى مع ما قرره الدكتور محمد بن عبد الله الجريوي^(١) بأن الحبس عند استعماله بمعنى السجن يكون للتوقيف مدة قصيرة للاستفهام أو التحقق من الأمر.

أما السجن فيكون للتوقيف مدة طويلة وفي الجرائم الكبيرة ونحو ذلك. كما يكون إطلاق الحبس على دور التوقيف للأشخاص المجرمين في الجرائم أو المخالفات الصغيرة وهو ما يطلق عليه بالتوقيف الاحتياطي لأنه ربما يطلق من محبسه في أي لحظة، أما بعد الحكم أو الجرائم الكبيرة فإطلاق لفظ السجن أولى، وذلك ، لأن كلمة الحبس وردت في القرآن الكريم في موضعين فقط: الأول في قوله تعالى: ﴿ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنَّ آرْتَابِنَا مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾ (٢) أي توقيفونهما . والثاني في قوله تعالى: ﴿ وَلَئِنْ أَخْرْنَا عَنْهُمُ الْعَذَابَ إِلَىٰ أُمَّةٍ مَّعْدُودَةٍ لَيَقُولُنَّ مَا يَحْبِسُهُ إِلَّا يَوْمَ يَأْتِيهِمْ لَيْسَ مَصْرُوفًا عَنْهُمْ وَحَاقَ بِهِمْ مَا كَانُوا بِهِ يَسْتَهْزِئُونَ ﴾ (٣) أي أن شيء يمنعه من تعجيل العذاب. فكلمة الحبس هنا بمعنى التوقيف لمدة وجيزة جداً بقدر أخذ ما لدى الشاهدين من شهادة وإقسامهما عليها، والثانية بمعنى المنع. أما كلمة السجن فقد وردت في القرآن في عشرة مواضع وكلها وعيد وتهديد كقوله تعالى: ﴿ وَلَئِنْ لَمْ يَفْعَلْ مَا أَمَرْنَا لَيَسْجُنَنَّ وَيَكُونَا مِنَ الصَّاغِرِينَ ﴾ (٤) وقوله تعالى: ﴿ قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ (٥). وأيضا نجد أن سيدنا يوسف عليه السلام لما لبث في السجن بضع سنين لم يستعمل في حقه كلمة حبس في تلك المدة. وهكذا نلاحظ أن كلمة سجن أقوى من كلمة حبس وذلك واضح من سياق الكلمتين في القرآن الكريم وهي التي تتلائم مع حال المجرمين والجناة. وإذا انتقلنا للسنة النبوية نجد أن الأحداث الواردة عن النبي عليه الصلاة والسلام في هذا السياق، جاءت بكلمة حبس، أي لبضع ساعات أو أيام قليلة جدا، ولما أنه عليه السلام لم يتخذ أماكن للسجن الطويل، فإن السنة النبوية أيضا تؤكد ما ذهبنا إليه.

والسجان: هو الشخص الذي يتولى أمر المسجونين.

والسجين: هو الإنسان الذي ارتكب مخالفة أو جنائية أوجبت دخوله المكان ليقضي فيه العقوبة المقررة، وتتبع مدة العقوبة في السجن نوع المخالفة أو الجنائية التي ارتكبها، ليس في حق الفرد أو الأفراد الذين اعتدى عليهم فقط، وإنما في حق المجتمع بأسرة، الذي

(١) لمزيد من التفصيل، راجع: الدكتور محمد بن عبد الله الجريوي: السجن وموجباته في الشريعة الإسلامية، مقارنة بنظام السجن والتوقيف وموجبياتها في المملكة العربية السعودية، سلسلة نشر الرسائل الجامعية (٤)، الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، ص ٢٨ وما بعدها.

(٢) سورة المائدة آية ١٠٦ .

(٣) سورة هود آية ٨ .

(٤) سورة يوسف آية ٣٢ .

(٥) سورة يوسف آية ٢٥ .

يجب أن يقوم على الأمن والأمان والطمأنينة والاستقرار.. مجتمع تصان فيه الأعراض، وتحفظ في الأموال، وتحقق فيه الدماء...

هذه هي المقومات التي يجب أن تسود في المجتمعات الإنسانية... بيد أن هناك بعض الأفراد يشذوا عن ذلك، ويسهموا في تقويض فكرة الجماعة الإنسانية، بترويع الأمنين، والاعتداء على الأعراض، وسلب الأموال، وسفك الدماء.. ومن هنا جاءت فكرة حبس الجاني باعتباره شاذاً في سلوكه؛ لحصر آذاه في نطاق جغرافي صغير، يمكن السيطرة عليه، لتتجو الجماعة الإنسانية من خطره وأذاه، ولتمارس حقها في العيش في سلام يمكنها من العمل والإنتاج...

ثانياً

فلسفة العقوبة

والغرض منها على مدى التاريخ الإنساني نشأت مذاهب مختلفة في العقوبة، ويرمي كل مذهب إلى غاية ينبغي أن تحققها العقوبة.

فهناك مذهب يقول: إن العقوبة انتقامية، ومن ثم فلا بد للجاني أن ينال جزاء ما اقترفت يداه.

ومذهب آخر يرى أن العقوبة يجب أن تكون رادعة، فنحن نعاقب القاتل المخطئ - على سبيل المثال - لكيلا يعود مرة أخرى إلى فعلته التي أودت به إلى هذا المصير.

ومذهب ثالث يقرر أن العقوبة يجب أن تكون واعظة للغير، وعليه فنحن نعاقب القاتل لنحول دون وقوع القتل في المستقبل.

ومذهب رابع يرى أن العقوبة يجب أن تكون مُصلحة، وهكذا فنحن نعاقب لنصلح الجاني أولاً، لا لننتقم منه ولا لنكتفي شره، ولا لنعظ غيره، بل نساعد على الصلاح لنجعله أبعد عن النقص الأخلاقي، فالمخطئ لا يخالف القوانين الاجتماعية مخالفة عتيقة، فهو من غير أن يتعمد الخطأ مخطئ، وهو لا يسعى إلى غاية بعينها، خيرة كانت أو شريرة، بل تسوقه الريح حيث هبت، ويجتذبه التيار أينما سار (١).

السجن لحفظ المجتمع من الأخطار، وتهذيب الجاني وإعادة تأهيله:

على الرغم من أن الفرد المسجون قد دخل السجن ليقضي عقوبة، فإنه لا تسلب عنه حقوقه الإنسانية والمدنية، بل تبقى له حقوق لا بد من مراعاتها وعدم تجاوزها، لأن نظرة الإسلام إلى السجن باعتباره مكاناً لقضاء عقوبة المخالفة أو الجناية المرتكبة بحق أمن

(١) الدكتور مهدي علام: فلسفة العقوبة، القاهرة: مطبعة الكيلاني، ص ٢٥ وما بعدها.

المجتمع وسلامته، لا تتفصل أبداً عن انه مكان لحفظ كرامة الإنسان وعدم إهدار حقوقه المدنية والإنسانية، والإسهام في جعله إنساناً سوياً عندما يخرج إلى الحياة العامة بعد إنتهاء العقوبة.

ثالثاً

تاريخ السجون في الإسلام

على الرغم من أن أقوال عامة العلماء تدل على أنه لم يتخذ مكان للحبس في زمن النبي ﷺ ، وأبي بكر ﷺ ، وفي هذا نظر فيما يبدو؛ لما روى أن خيل رسول الله ﷺ أصابت سفانة بنت حاتم فقدم بها في سبايا طئ ، وجعلت في حظيرة باب المسجد كانت السبايا يحبسن فيها... والقصة معروفة ومشهورة وبناء عليه يمكن القول بأن المسلمين اتخذوا مكانا وحبسوا فيه في زمن النبي ﷺ . ولما كانت الحياة في بدء الإسلام بدائية، فلم يتخذ الناس بنياناً للسجن بالمعنى المفهوم، وإنما كان السجين يوضع في البيوت والدهليز والمسجد والخيام، فكان يتم حبس بعض الناس مقيدين إلى الأعمدة ومن هؤلاء أبو لبابة رفاعة بن عبد المنذر الذي مكث محبوساً ست ليال ، وآخرون حبسوا أنفسهم وربطوها بالأعمدة لتخلفهم عن الغزو مع النبي ﷺ ومن المحبوسين أيضاً ثمانية بن أثال الحنفي، وبقي محبوساً ثلاثة أيام . وتأكيد لخبر جواز الحبس في المسجد فقد كان (شريح القاضي) إذا قضى على رجل بحق أمر بحبسه في المسجد إلى أن يقوم بما عليه، فإن أعطى الحق وإلا أمر به إلى السجن في هذه البيوت التي بناها العرب لأنفسهم. وكان يتم حبس السجناء ضمن أماكن تتصف بالاتساع الكافي والإضاءة الطبيعية والتهوية والنظافة والمرافق الأخرى، والتي تستلزمها طبيعة الحياة ومبادئ الشريعة الإسلامية ومعاني الكرامة الإنسانية... وقد أكد الفقهاء هذه المعاني ووصفوا الحبس الشرعي بالسعة وجودة التهوية، وضرورة تجنب السجناء شدة الحر والبرد وقد ذكروا: أن من يتسبب في إيذاء السجناء بعكس ذلك يتحمل تبعات القصاص والدية ونحوها، هذا ومن البوت التي حبس فيها السجناء في العهد النبوي، بيت السيدة حفصة زوجة النبي ﷺ : وفيه حبس سهيل بن عمرو وجعل في حجرة من حجراته بعد غزوة بدر. ودار نسيبة بنت الحارث الأنصارية: وثبت أن رسول الله ﷺ حبس بعض يهود بني قريظة - بعد حكم سعد بن معاذ فيهم- ويبدو أن الدار كانت واسعة ممتدة كثيرة الحجرات لأن المنقول أن عدد المحبوسين كان حوالي ٦٠٠ سجين . ودار أسامة بن زيد ﷺ : روي أيضاً أن رسول الله ﷺ حبس مجموعة أخرى من بني قريظة بعد حكم سعد فيهم. أما الحبس في الدهليز فيبدو أن المحبوس كان يجعل في الممر الموصل ما بين باب الدار وساحتها أو غرفها. أما عن الحبس في الخيام فكان يتم

عقب الحروب ونحوها، وقد تستغرق مدته ثلاثة أيام أو أكثر، لأن الخيام وقتئذ هي المكان الوحيد لحفظ الأسري السجناء في ساحات المعارك حتى يتم الفصل في شأنهم(١).

على أية حال يبدو أن قضية السجون وإصلاح السجناء في الإسلام قد وجدت عناية خاصة من كبار الفقهاء، وأيضا من الخلفاء والحكام عبر التاريخ الإسلامي. ومن الأسس المهمة في رعاية المسجونين في الإسلام والذي يعتبر بحق وثيقة إسلامية يفخر بها كل مصلح أو مناد لإصلاح أوضاع السجون، ما قاله أبو يوسف مخاطبا هارون الرشيد: "لا تدعن في سجونهم أحدا من الماضي في وثاق لا يستطيع أن يصلي قائما، ولا تبيتن في قيد إلا رجلا مطلوباً بدم، وأجروا عليهم من الصدقة ما يصلحهم، فمر بالتقدير لهم ما يقوتهم في طعامهم وأدمهم، وصير ذلك دراهم تجري عليهم في كل شهر يدفع ذلك إليهم....ولرجل من أهل الخير والإصلاح يثبت أسماء من في السجن ممن يجري عليهم الصدقة، وتكون الأسماء عنده، ويدفع ذلك إليهم شهرا بشهر، ويكون للأجراء عشرة دراهم في الشهر، وكسوتهم في الشتاء قميص وكساء، وفي الصيف قميص وإزار، ويجري على النساء مثل ذلك وفي خطاب أبو يوسف لهارون الرشيد، قال أيضا: "ولم تزل الخلفاء يا أمير المؤمنين تجري على أهل السجون ما يقوتهم في طعامهم، وأدامهم، وكسوتهم للشتاء والصيف، وأول من فعل ذلك علي بن أبي طالب بالعراق، ثم فعله معاوية بالشام، ثم فعل ذلك الخلفاء من بعده"(٢).

رابعا

مشروعية السجن في الإسلام

مادة سجن ومشتقاتها في القرآن الكريم:

وردت مادة سجن في القرآن الكريم إحدى عشرة مرة، وجلها في سورتين الأولى: سورة يوسف عليه السلام (تسع مرات)، والثانية في سورة المطففين (مرتين)، وذلك بالمشتقات التالية:

- (السُّجُنُ: ٦ مرات) .
- (بُسْجَنَ: مرة واحدة) .
- (لِلسُّجُنِّ: مرة واحدة) .
- (لِلسُّجُنِّ: مرة واحدة) .
- (سِجِّينَ: وردت مرتين) .

(١) المراجع السابقة .

(٢) محمد بن عبد الله الجريوي، السجن وموجباته في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٩٥٧ .

وذلك على النحو التالي:

- قال تعالى: ﴿ وَاسْتَبَقَا الْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُ مِنْ دُبُرٍ وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَى الْبَابِ قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾^(١).
- قال تعالى: ﴿ قَالَتْ فَذَلِكُنَّ الَّذِينَ لُمْتُنِي فِيهِ وَلَقَدْ رَاوَدْتُهُ عَنْ نَفْسِهِ فَاسْتَعْصَمَ وَلَئِن لَّمْ يَفْعَلْ مَا أَمَرَهُ لَيُسْجَنَنَّ وَلَيَكُونَنَّ مِنَ الصَّاعِرِينَ ﴾^(٢).
- قال تعالى: ﴿ قَالَ رَبِّ السِّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ وَإِنِّي تَصْرَفْتُ عَلَى كَيْدِهِمْ أَصْأَبُ إِلَيْهِمْ وَأَكُنُّ مِنَ الْجَاهِلِينَ ﴾^(٣).
- قال تعالى: ﴿ ثُمَّ بَدَأَ لَهُمْ مِنْ بَعْدِ مَا رَأَوُا الْآيَاتِ لَيَسْجُنُنَّهُ حَتَّىٰ حِينٍ ﴾^(٤).
- قال تعالى: ﴿ وَدَخَلَ مَعَهُ السِّجْنَ فَتَيَانٍ قَالَ أَحَدُهُمَا إِنِّي أَرَانِي أَعْصِرُ خَمْرًا وَقَالَ الْآخَرُ إِنِّي أَرَانِي أَحْمِلُ فَوْقَ رَأْسِي خُبْرًا تَأْكُلُ الطَّيْرُ مِنْهُ نَبُنْنَا بَتَّوِيلِهِ إِنَّا نَرَاكَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ ﴾^(٥).
- قال تعالى: ﴿ يَا صَاحِبِي السِّجْنُ أَمَا أَحَدُكُمْ مَا فَيْسِقِي رَبَّهُ خَمْرًا وَأَمَّا الْآخَرُ فَيُصَلِّبُ فَتَأْكُلُ الطَّيْرُ مِنْ رَأْسِهِ قُضِيَ الْأَمْرُ الَّذِي فِيهِ تَسْتَفْتِيَانِ ﴾^(٦).
- قال تعالى: ﴿ يَا صَاحِبِي السِّجْنُ أَرَأَيْتَ أَزْرَابًا مُتَفَرِّقُونَ خَيْرًا أَمْ اللَّهُ الْوَاحِدُ الْقَهَّارُ ﴾^(٧).
- قال تعالى: ﴿ وَقَالَ لِلَّذِي ظَنَّ أَنَّهُ نَاجٍ مِنْهُمَا اذْكُرْنِي عِنْدَ رَبِّكَ فَأَنَسَاهُ الشَّيْطَانُ ذِكْرَ رَبِّهِ فَلَبِثَ فِي السِّجْنِ بِضْعَ سِنِينَ ﴾^(٨).
- قال تعالى: ﴿ وَرَفَعَ أَبْوَابَهُ عَلَى الْعَرْشِ وَخَرُّوا لَهُ سُجَّدًا وَقَالَ يَا أَبْتِ هَذَا تَأْوِيلُ رُؤْيَايَ مِنْ قَبْلُ قَدْ جَعَلْنَا رَبِّيَ حَقًّا وَقَدْ أَحْسَنَ بِي إِذْ أَخْرَجَنِي مِنَ السِّجْنِ وَجَاءَ بِكُمْ مِنَ الْبَدْوِ مِنْ بَعْدِ أَنْ نَزَغَ الشَّيْطَانُ بَيْنِي وَبَيْنَ إِخْوَتِي إِنَّ رَبِّي لَطِيفٌ لِمَا يَشَاءُ إِنَّهُ هُوَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ﴾^(٩).
- قال تعالى: ﴿ كَلَّا إِنَّ كِتَابَ الْفُجَّارِ لَفِي سِجِّينٍ . وَمَا أَدْرَاكَ مَا سِجِّينٌ ﴾^(١٠).

وباستقراء الآيات السابقة نجد أن مادة سجن وردت بجلاء في القرآن الكريم، ومعظمها في سورة يوسف وفي قصته عليه السلام، بما يدل على وجود السجن قبل مجيء

(١) سورة يوسف، آية: ٢٥ .

(٢) سورة يوسف، آية: ٣٢ .

(٣) سورة يوسف، آية: ٢٥ .

(٤) سورة يوسف، آية: ٣٥ .

(٥) سورة يوسف، آية: ٣٦ .

(٦) سورة يوسف، آية: ٤١ .

(٧) سورة يوسف، آية: ٣٩ .

(٨) سورة يوسف، آية: ٤٢ .

(٩) سورة يوسف، آية: ١٠٠ .

(١٠) سورة المطففين، الآيتان: ٧- ٨ .

النبي عليه الصلاة والسلام. وقد جاء السجن في حالات متعددة معظمها في سياق التعذيب، وقد جاء أيضا على لسان يوسف عليه السلام في سياق التمني هروبا من معصية الله عز وجل..

مشروعية السجن من السنة:

وردت أحاديث كثيرة تدل على مشروعية السجن والحبس، وسنورد بعضا منها تجنباً للإطالة في غير موضعها، قال أبو داود السجستاني حدثنا إبراهيم بن موسى الرازي أنبأنا عبد الرزاق عن معمر عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ (حبس رجلاً في تهمة).

وأخرج الحاكم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ (حبس رجلاً في تهمة يوماً وليلة استظهاراً واحتياطاً). وهكذا فإن ما سبق من حديث النبي عليه الصلاة والسلام يدل أن هناك رجلاً متهماً، أمر الرسول ﷺ بحبسه يوماً وليلة، أو ساعة من نهار، ثم أمر بتخليته وإطلاقه، وهذا دليل على وقوع الحبس من الرسول عليه الصلاة والسلام، وأنه فعله، وفعله سنة وحيث إن الحبس أحد معاني السجن فذلك دليل على مشروعية السجن.

كما دل الإجماع على مشروعية السجن أيضاً لوقوعه في زمن الصحابة، والتابعين ومن بعدهم إلى الآن في جميع الأمصار والأعصار دون إنكار. واتخذ عمر ان الخطاب رضي الله عنه سجناً، فقد اشترى نافع ابن الحارث - وكان عاملاً لعمر على مكة - داراً للسجن بها من صفوان بن أمية وروي عن عمر رضي الله عنه أيضاً: أنه سجن الحطيئة الشاعر لهجائه الزبيرقان ابن بدر وفعله عثمان ابن عفان رضي الله عنه ومن ذلك أنه سجن ضابيء بن الحارث حتى مات في السجن واتخذ علي بن أبي طالب رضي الله عنه في الكوفة سجناً من قصب فسماه نافعاً فنقبه للصوص ثم بنى سجناً من مدر وسماه مخيساً وسجن ابن الزبير بمكة من ذلك ما روى الفاكهي من طريق عمرو بن دينار عن الحسن بن محمد قال: أخذني ابن الزبير فحبسني بدار الندوة في سجن عارم فانفلت منه فلم أزل أتخطى الجبال حتى سقطت علي أبي بمنى. وقال الزيلعي في كتابه تبيين الحقائق: الحبس ثابت في الكتاب والسنة والإجماع.. أما الإجماع فلأن الصحابة ومن بعدهم أجمعوا عليه.

ولذا فإن الفقهاء لا يختلفون في جواز السجن وإنما اختلفوا في جواز اتخاذ بناية معدة للحبس، أي: سجناً تنفذ فيه تلك العقوبة في حق من تستدعي حاله ذلك، وكانوا في ذلك على فريقين: الأول: قالوا بعدم جواز اتخاذ السجن وأنه ليس للإمام أن يتخذ محبساً معداً لذلك، وإنما يجوز للإمام أن يعوق من يستدعي أمره ذلك بمكان من الأمكنة كالبيت والمسجد أو يقيم عليه حافظاً ويسمي ذلك بالترسيم. أما الثاني فهو الجمهور حيث قالوا:

بمشروعية اتخاذ مكان مخصص يكون سجنًا ويوقف فيه من يستدعي حاله ذلك، ولكل فريق منهما دليله الذي استند إليه..

ونتحدث في الصفحات التالية عن أهم الحقوق التي قررها الإسلام للسجين، على النحو التالي:

خامسا

حق السجين في التعليم

السجين إنسان يحتاج إلى الرعاية بشتى أصنافها بما تؤدي إلى تأهيله للعودة إلى المجتمع مرة أخرى بعد قضاءه العقوبة من خلال التعليم وممارسة أعمالاً بأجر داخل السجن، ويتم تدريبه على حرف وأشغال يدوية فنية وفي السطور التالية نوضح مدى أهمية التعليم والتعلم للمسجون، فمما لا شك فيه أننا إذ أردنا أن نقوم سلوك المسجون، فلا بد بداية أن نعلمه كيف يتخلص من الآفات التي جعلته يلقي هذا المصير وعلى رأس هذه الآفات آفة الجهل وكما قال المتنبي: (وأخو الجهالة في الشقاوة نعم).. لذلك نجد أن الإسلام اهتم اهتماماً بالغاً بالعلم ودعا إلى طلبه، ففي الحديث الشريف: (طلب العلم فريضة على كل مسلم)^(١) وقد حرص النبي عليه الصلاة والسلام على تعليم الناس أحكام الإسلام.

وإذا كان الفقهاء متفقين على أن الغاية من الحبس هي استصلاح السجين وتأديبه حق ينزجر عن مفسده، فإن العلم النافع من أهم العوامل المعينة على تحقيق ذلك، فهو ينمي مدارك السجين ويصحح أسلوب تفكيره الخاطئ، ويبعده عن الغفلة والجهل، ويعرفه مكانته في الحياة، ويدفعه إلى تحمل المسؤولية، قال الله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُوا الْأَلْبَابِ﴾. وقد قام النبي يوسف عليه السلام بمهمة التعليم والوعظ في سجنه، ودعا المحبوسين إلى توحيد الله وتعظيمه، وبذلك يتم تصحيح مسار حياتهم، ويعرفون الغاية الجليلة من خلقهم ووجودهم. قال تعالى: ﴿وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ مَا كَانَ لَنَا أَنْ نُشْرِكَ بِاللَّهِ مِنْ شَيْءٍ ذَلِكَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ عَلَيْنَا وَعَلَى النَّاسِ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَشْكُرُونَ﴾ يَا صَاحِبِي السَّجْنَ الْأَزْيَابُ مُتَفَرِّقُونَ خَيْرٌ أَمِ اللَّهُ الْوَاحِدُ الْقَهَّارُ ﴿ مَا تَعْبُدُونَ مِنْ دُونِهِ إِلَّا أَسْمَاءُ سَمَّيْتُمُوهَا أَنْتُمْ وَآبَاؤُكُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِهَا مِنْ سُلْطَانٍ إِنْ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ ﴾^(٢)

(١) أخرجه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما .

(٢) يوسف آية ٣٨ - ٤٠ .

لقد اهتم المسلمون بتعليم السجناء في السجون؛ لأنه من الأسباب المساعدة على الوصول إلى الغاية من الحبس وتغيير ما في نفس السجين، وفي قصة حبس النبي ﷺ ثامة في المسجد وتركه يتعرف إلى حياة المسلمين ليتأثر بهم وبأخلاقهم أصل في تعليم السجناء... بل روي أنه دفع به بعد ثلاث ليال إلى من علمه الإسلام فاغتسل ودخل المسجد مسلماً^(١).

وإن أولى الأمور معالجة بالتعليم ما كان سبباً في الحبس ذاته، وقد حفلت كتب الفقه والتاريخ بالنصوص والقصص المؤيدة لتعلم السجين وتعليمه وتمكينه، من أسباب ذلك:

(١) في محاولة للتعليم والإصلاح بالقدوة والأسوة الحسنة ذكر الفقهاء أنه يمكن حبس المرأة عند أمينة أو ذات زوج معروف بالخير والصلاح، وقد أتى إلى سحنون بامرأة كانت تجمع بين الرجال والنساء فأمر بضربها وحبسها ثم أخرجها وجعلها بين قوم صالحين^(٢).

(٢) كان يسمح للسجناء في السجون الإسلامية بإدخال الكتب والأقلام والأوراق للقراءة والكتابة كما فعل هارون الرشيد مع أبي العتاهية في حبسه^(٣).

(٣) كان علي بن أبي طالب (كرم الله وجهه) يتفقد السجون ويفحص أحوال المسجونين، ويبدو أن ذلك يشمل إرشادهم وتعليمهم...

(٤) وفي معالجة المرتد بالتعليم قالوا: إنه يحبس للاستتابة ويذكر بالإسلام ويعرض عليه ويكرر دعايته لعل قلبه يرجع إلى دينه.

(٥) حُبس إبراهيم الموصلي في أيام الخليفة المهدي وحين خرج قال: "حذقت الكتابة والقراءة في السجن"^(٤).

ولم يقتصر التعلم في السجن على غرس الفضيلة والمروءة والوعي الاجتماعي والحذق في الكتابة والقراءة وإنما جاوزه إلى أبعد من ذلك في أنواع العلوم والفنون والثقافات.

وإذا كان الإسلام قد دعا إلى إفساح المجال أمام تعلم السجناء وتعليمهم حتى لا يكونوا فريسة الفراغ والجهالة، فإنه شجعهم على بذل طاقاتهم في إفادة غيرهم وأثابهم على ذلك بتقليل مدة حبسهم والإفراج عنهم: روي أن أناساً من الأسرى يوم بدر لم يكن لهم

(١) ابن شبه: ٤٣٧/٢.

(٢) انظر أحكام السوق، يحيى بن عمر: ص ١٣٣.

(٣) انظر الأغاني للأصفهاني ٤: ٣٠، والبداية والنهاية لابن كثير: ١٤٠/١٤.

(٤) انظر الأغاني للأصفهاني: ١٦٠/٥.

فداء فجعل رسول الله عليه الصلاة والسلام لهم فداءهم أن يعلموا عشرة من أولاد المسلمين الكتابة ففعلوا فكان ممن تعلم منهم زيد بن ثابت.^(١)

ويعد التعليم الديني في غاية الأهمية للسجين، ذلك أن أشد ما يحتاجه السجين هو تقويم سلوكه وغرس كراهية الجريمة في نفسه وإعادة الثقة إليه، وإن أنجح العوامل في تحقيق ذلك التربية الدينية؛ لأنها باب كل الخير وقد أكدت القواعد الدولية في تنظيم السجون على أهمية تعليم السجناء أمور الدين وأوصت بوجود الاهتمام بالتربية الدينية في جميع برامج إصلاح السجناء... وتتفق هذه المعاني مع عموم قول النبي ﷺ: (من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين).

وقد حرص المسلمون على أولوية التربية الدينية في الإصلاح الاجتماعي وذكر الفقهاء: أن من حق المسلمين على الحاكم إقامة فقيه في كل قرية، يعلم أهلها أمر دينهم، وإذا كان كذلك فإن دخول المرشد الديني على السجناء من الواجبات الشرعية، ليبذل معهم جميع الوسائل العلاجية والتربوية والأخلاقية والروحية وغيرها من المؤثرات للوصول إلى هدف إصلاحهم. ولا شك أن أول ما ينبغي على السجناء تعلمه ما يعرف بالله تعالى ويوضح الحلال والحرام وتقوم به العبادات والطاعات، بل إن الفقهاء يقولون بتعزيز من ترك تعلم هذه الأمور عامة.

ومن الآثار الإيجابية للدعوة والتعليم الديني في السجون ما روي: أن ابن تيمية لما حبس في القاهرة وجد المحبوسين مشتغلين بأنواع من اللعب يلتهون به كالشطرنج والنرد، فأنكر عليهم الشيخ أشد الإنكار وأمرهم بملازمة الصلاة والتوجه إلى الله تعالى بالأعمال الصالحة والتسبيح والدعاء والاستغفار وعلمهم من السنة ما يحتاجون إليه، ورغبهم في أعمال الخير وحضهم على ذلك، حتى صار السجن بما فيه من الاشتغال بالعلم والدين خيراً من الزوايا والربط والمدارس.^(٢)

وقد ذكر: أن الوعاظ وعلماء الدين في السجون يقومون بجهود مكثفة لنشر الوعي الديني وتقويم سلوك المحبوسين والأخذ بأيديهم نحو الهداية والرشاد، وقد حققوا نتائج طيبة في هذا المجال، فصار كثير من السجناء يترددون على المساجد ويشتركون في مراكز تحفيظ القرآن الكريم ويزورون المكتبات العامة للمطالعة والدراسة.

هذا، وإن الإسلام يرغب في تعلم ما أمكن من أصناف العلوم ويدعو إلى العناية بتعليم الأميين والأحداث، ويشجع على استخدام جميع الوسائل الممكنة في ذلك كالإذاعة والتلفزيون والصحف والمكتبات الهادفة... ومن المفيد أن تكون الأخيرة حلقة

(١) البداية والنهاية لابن كثير : ج ٣ ص ٣٢٩ .

(٢) العقوبة الدرية لابن عبد الهادي ص ٢٦٩

متناسقة مع النظام التعليمي العام للدولة حتى يستكمل السجين دراسته بعد خروجه من السجن.^(١)

وهكذا يهدف التعليم في السجون إلى مكافحة الجريمة والتخفيف من أسباب العودة إلى الإجرام فهو لا يقل أهمية عن دور التعليم في المجتمع بصورة عامة، فبالعلم عمارة الكون وتمتع المجتمع بالحياة السعيدة الآمنة المطمئنة، وانخفاض مستوى الجريمة، ولذا نجد أن نسبة الإجرام تكثر عند غير المتعلمين أو من تعليمهم قليل، وكلما ارتفعت نسبة التعليم كلما قلَّ عدد المجرمين، فقلَّما تجد جامعياً بالسجن وربما يندر، ويكاد لا يوجد أحد ممن هو أعلى منه في حين يكثر عدد المجرمين كلما قلَّ مستوى التعليم.

وأغراض التعليم في السجون كثيرة من أهمها:

- تزويد السجين بالمعرفة والمعلومات وتأهيله إصلاحاً لذاته حتى يعود للمجتمع عضواً صالحاً مسلحاً بالعلم والمعرفة وتحرير عقله وذهنه من رواسب الجهل الذي هو مرتع الجريمة.
- تأهيل السجين وتمكينه من الحصول على فرص العمل بعد الإفراج عنه حتى يتمكن من القيام بعمل شريف يوفر له ولأفراد أسرته أسباب المعيشة الكريمة في حياته.
- تهيئة الفرص وفتح المجال أمام السجين لاستكمال تعليمه، أو الحصول على المستوى الأدنى من التعليم إذا كان أمياً.
- مساعدة السجين على الانتفاع من وقت فراغه بما يفيد ويثمر، والقضاء على أوقات الفراغ لديه التي قد تؤدي به إلى التبدل وعدم الإحساس بالمسئولية، أو التفكير فيما لا يفيد أو فيما يضر نفسه أو الآخرين.
- مساعدة السجين على اكتساب العادات الصحية المفيدة، إضافة إلى اكتساب الاتجاهات الخلقية والاجتماعية السوية.
- تنمية الإحساس الذاتي لدى السجين وإشعاره بالمسئولية أمام الله سبحانه وتعالى والجماعة المسلمة، فيدرك مغبة ما أقدم عليه ويقرر الإقلاع عن الجنايات، وغير ذلك.^(٢)

ومن هنا نرى أنه يجب على الدول إنشاء مدارس إصلاحية داخل السجون يتلقى فيها السجناء نفس البرامج التي تدرس في كافة مدارس التعليم خارج السجن، وأن تقوم إدارات السجون بتعيين المدرسين اللازمين لهذه المدارس وتزويدها بما تحتاجه من أثاث، وكتب،

(١) انظر حسن أبو غدة: أحكام السجن ومعاملة السجناء في الإسلام مكتبة المنار بالكويت.

(٢) انظر مجموعة قوانين السجون العربية: ج ١ ص ٤٦ - ٤٧، والجريمة والانحراف: ص ٢١٤ - ٢٢١.

وأدوات. مع التركيز على التعليم الفني والمهني الذي يضمن للسجين بعد خروجه عملاً محترماً، يساهم في إبعاده عن الجريمة... ولا شك أن مراعاة اهتمامات وقدرات ومواهب السجناء، وتوجيهها واستغلالها الاستغلال الأمثل من الأهمية بمكان، ومن هنا يلزم عمل دراسات تربوية ونفسية للسجناء للوقوف على تقديم العلوم النافعة لهم.. وكم من سجين دخل السجن أُمياً وخرج منه يحمل مؤهلاً علمياً أو مهنياً، أو يحفظ أجزاءً من القرآن الكريم. وأحاديث نبوية شريفة مما يؤهله للعودة إلى الحياة الطبيعية السوية فيكون نافع لنفسه أولاً ولأهله ومجتمعه ثانياً.

سادساً

حق السجين في الرعاية الصحية والنظافة الشخصية

ونتعرض في هذا الموضوع لدراسة حق السجين في الرعاية الصحية والطبية، وحقه في النظافة الشخصية من منظور إسلامي، على النحو التالي:

حق السجين في الرعاية الصحية:

أكدت الشريعة الإسلامية على ضرورة مراعاة السجين صحياً، ونفسياً مع تمكينه من ممارسة سبل النظافة الشخصية، من وضوء وغسل وطهارة وغير ذلك، وإذا كانت الشريعة قد حرّمت إيذاء الحيوان سواء في حبسه، أو منعه من المأكل والمشرب واعتبرته ظلماً يؤدي بمرتكبه للنار، فما بالناس بالإنسان الذي فضله الله عن سائر المخلوقات.

يقول الدكتور حسن أبو غدة: قرر الفقهاء ضرورة تتبع أحوال السجناء، وتفقد أوضاعهم، والعناية بأحوالهم الصحية، وقد أوصى النبي ﷺ بالإحسان إلى الأسرى، وحسن معاملتهم، فثبت عنه ﷺ أنه أمر أصحابه بالإحسان إلى ثامة والعناية به في محبسه، وكان عليلاً^(١).

ولما كانت العقوبة في الإسلام حفاظاً على المصالح والقواعد التي جاءت الشريعة لحمايتها، فقد كان السجن موضع عناية في أول الأمر في الإسلام^(٢). وللخلفاء الراشدين دور فعال في إرساء قيمة الاعتناء بالسجين، ومعالجتهم سواء داخل السجون أو خارجه.

فبينما كان الإمام علي رضي الله عن يتفقد أحوال السجون ويشاهد من فيها من المسجونين، ويفحص أحوالهم، نجد أن الخليفة عمر بن عبدالعزيز كتب إلى عماله يقول: انظروا من في السجون وتعهدوا المرضى، والتعهد في اللغة يعني التفقد وتجديد العهد بالشيء.

(١) حسن أبو غدة ٢٧٠

(٢) محمد بن عبد الله الجريوي، السجن وموجباته في الشريعة الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، الجزء الأول، ص ٩٥٥

وفي زمن الخليفة العباسي المقتدر الذي تولى حكمه في بدايه القرن الرابع الهجري، قام بحبس خصمه ابن مقلة الوزير، فلما ساء حاله أدخل إليه الطبيب المشهور ثابت بن سنان ابن ثابت ليعالجه في سجنه، فأوصى ثابت بفصده، وكان يطعمه بيده ويترفق به، وفعل هذا أيضا في زمن الخليفة الراضي بالله^(١).

لقد أتت الشريعة الإسلامية لتقرر حق المرض والأسير والمسجون في العلاج والرعاية الصحية التي تحفظ عليه انسانيته وكرامته. ولقد امتدح الله سبحانه وتعالى إطعام الطعام للأسرى، لقوله تعالى: ﴿ وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا ﴾^(٢). وإذا كان إطعام الطعام للأسير مشروعا فالأمر كذلك بالنسبة للرعاية الصحية بموجب الإحسان ودفع الضرر عنه، لاسيما وأن السجن في جانب كبير منه للتأديب والإصلاح، وليس للتشفي والانتقام، أو للانتقاص من آدمية السجين، مما يؤدي إلى تحسين وضعه وإصلاحه داخل السجن؛ ليخرج للمجتمع إنسانا سويا.

وقد وضع مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، المنعقد في جنيف سنة ١٩٥٥م بعض القواعد الدنيا لمعاملة السجناء، ومنها بالطبع ما يتعلق بالأمور الصحية للسجين والتي أقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي تموز/يوليو ١٩٥٧م^(٣).

(١) د. حسن أبو غدة ، ص ٣٧١ بتصرف

(٢) سورة الإنسان آية: ٨

(٣) أقر المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراريه ٦٦٣ جيم (د- ٢٤) المؤرخ في ٣١ تموز/يوليو ١٩٥٧ و ٢٠٧٦ (د- ٦٢) المؤرخ في ١٣ أيار/مايو ١٩٧٧ هذه القواعد الدنيا لمعاملة السجناء. ويمكن تلخيص أهمها على النحو التالي:

- توفر الإدارة لكل سجين، في الساعات المعتادة، وجبة طعام ذات قيمة غذائية كافية للحفاظ على صحته وقواه، جيدة النوعية وحسنة الإعداد والتقديم.
- توفر لكل سجين إمكانية الحصول على ماء صالح للشرب كلما احتاج إليه.
- في أي مكان يكون على السجناء فيه أن يعيشوا أو يعملوا:
- يجب أن تكون النوافذ من الاتساع بحيث تمكن السجناء من استخدام الضوء الطبيعي في القراءة والعمل، وأن تكون مركبة على نحو يتيح دخول الهواء النقي سواء وجدت أم لم توجد تهوية صناعية.
- يجب أن تكون الإضاءة الصناعية كافية لتمكين السجناء من القراءة والعمل دون إرهاق نظرهم .
- لكل سجين غير مستخدم في عمل في الهواء الطلق حق في ساعة على الأقل في كل يوم يمارس فيها التمارين الرياضية المناسبة في الهواء الطلق، إذا سمح الطقس بذلك.
- يجب أن توفر في كل سجن خدمات طبيب مؤهل واحد على الأقل، يكون على بعض الإمام بالطب النفسي. وينبغي أن يتم تنظيم الخدمات الطبية على نحو وثيق الصلة بإدارة الصحة العامة المحلية أو الوطنية... أما السجناء الذين يتطلبون عناية متخصصة فينقلون إلى سجون متخصصة أو إلى مستشفيات مدنية.
- يجب أن يكون في وسع كل سجين أن يستعين بخدمات طبيب أسنان مؤهل .
- في سجون النساء، يجب أن تتوفر المنشآت الخاصة الضرورية لتوفير الرعاية والعلاج قبل الولادة وبعدها.
- ويجب، حيثما كان ذلك في الإمكان، اتخاذ ترتيبات لجعل الأطفال يولدون في مستشفى مدني. وإذا ولد الطفل في السجن، لا ينبغي أن يذكر ذلك في شهادة ميلاده.
- ومما ذكرناه عن الحقوق التي يجب أن يتمتع بها السجين في الإسلام ما يفيد إقرار الإسلام لهذه الحقوق بشكل أوفى وأوسع

ولا شك أن الشريعة الإسلامية قد سبقت المواثيق والمعاهدات الدولية في إقرار حقوق السجين، وتمنع تعذيبه أو الإساءة إليه بحال..

فعلى سبيل المثال نرى أن الإسلام دعا إلى رعاية الحامل -التي سيطبق عليها حد الرجم- وعدم تنفيذ العقوبة عليها حال حملها، فروي عن سليمان بن بريدة عن أبيه أن النبي ﷺ جاءته امرأة من غامد من الأزرد فقالت: يارسول الله طهرني، فقال: ويحك ارجعي فاستغفري الله وتوبي إليه، فقالت: أراك تريد أن تردني كما رددت ماعز بن مالك، قال: وما ذاك؟ قالت: إنها حبلى من الزنى، قال أنت، قالت: نعم، فقال لها: أثيب أنت؟ قالت: نعم، قال: إذا لا نرجمك حتى تضعي ما في بطنك، قال فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت، فأتى النبي ﷺ فقال: قد وضعت الغامدية، فقال إذن لا نرجمها ونُدع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه، فقال رجل من الأنصار: إليّ رضاعه يا رسول الله فرجمها^(١). ومما سبق يتضح أن الشريعة قد اهتمت بحالة السجين الصحية بقدر ما اهتمت بصحته النفسية، وقد ذكر كثير من الفقهاء أنه: "لا يجوز قفل باب السجن على المحبوس ولا جعله في بيت مظلم، ولا إيذاؤه بحال. ومن الإيذاء: التعريض للحر والبرد الشديدين، والحبس في مكان سيء التهوية، وكذا اللعن والشتم وضرب الوجه، وغيره مما فيه إثارة الذعر في نفس السجين، أو تحقيره وهدم توازنه النفسي"^(٢).

حق السجين في النظافة الشخصية:

تعد النظافة الشخصية للأفراد ومظهرهم الخارجي عنوانا للجسم السليم، ودليلا سلامته من الأمراض، ومن مظاهر حرص الشريعة على نظافة المسلم قوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ ﴾^(٣) وقوله جل شأنه: (وَتِيَابَكَ فَطَهِّرْ)^(٤). وقد وردت أحاديث نبوية شريفة ترغب في الطهارة والنظافة وإسباغ الوضوء، والإكثار من تطهير الفم بالسواك، وتدعو إلى غسل اليدين بعد الاستيقاظ من النوم قبل غمسها في الإناء، وكذلك أحاديث تؤكد غسل الجمعة، وغير ذلك من الأسباب التي تحقق النظافة الشخصية التي تسد الطريق على العلل والأمراض. ولا شك أن محافظة السجناء على ما تقدم من أسباب الطهارة والنظافة جدير بحمايتهم من الأوبئة والأسقام.

وقد ذكر الفقهاء أن المسجون لا يمنع من الماء للوضوء ونحوه...ولا يخفي الأثر الصحي الناتج من إسباغ الوضوء وتعدده في كل يوم.. ونص الإمام محمد بن الحسن على أنه: ينبغي تمكين السجين من إزالة شعره في الحبس. وقد حرص أبو هبيرة الوزير على تجنب

(١) أخرجه مسلم، كتاب الحدود باب حد الزنى ٢٠١/١١ وما بعدها.

(٢) د. حسن أبوغدة، ص ٣٦٩

(٣) سورة البقرة، آية: ٢٢٢

(٤) سورة المدثر، آية: ٤

السجناء الازدحام في أماكن ضيقة وحارة تحقيقاً لأسباب النظافة والطهارة، ومنعاً من انتشار الأوساخ والأوبئة^(١).

وقد انتقد المقريري - مؤرخ الديار المصرية- الانحطاط والإهمال والاضطهاد، وسوء المعاملة التي كانت تعاني منها السجون في عصره بقوله: "وأما الحبس الذي هو الآن فإنه لا يجوز عند أحد المسلمين، ذلك أنه يجمع الجمع الكثير في موضع يضيق عنهم غير متمكنين من الوضوء والصلاة، وقد يرى بعضهم عورة بعض"^(٢).

ومن هنا فإننا نطالب بأن تكون المراحيض كافية ليتمكن كل سجين من تلبية احتياجاته الطبيعية وبصورة نظيفة ولائقة، وأن تتوفر منشآت الاغتسال بحيث يكون في مقدور كل سجين أن يغتسل، بدرجة حرارة متكيفة مع الطقس، بالقدر الذي تتطلبه الصحة العامة تبعاً للفصل والموقع الجغرافي للمنطقة، على ألا يقل ذلك عن مرة في الأسبوع، مع تحقيق صيانتها ونظافتها وتوفير الأدوات الخاصة بنظافة السجناء على أن تفرض على السجناء العناية بنظافتهم الشخصية. مع الأخذ في الاعتبار أن الفقهاء قد قرروا أن الأفضل للمسلم تقليم أظفاره وحف شاربه وحلق عانته وتنظيف بدنه بالاغتسال في كل أسبوع مرة.

سابعاً

حق السجناء في ممارسة العبادة

العبادة في اللغة: هي الطاعة. قال تعالى: "فادخلي في عبادي": أي في حزبي، فأضاف معنى جديداً وهو الولاء. ويقال للمسلمين: عباد الله، لأنهم يعبدون الله. ولذلك قالوا إن لفظ "العباد" مأخوذ من العبادة، فتكثر إضافته إلى الله تعالى، ولفظ "العبيد" تكثر إضافته إلى غير الله، لأنه مأخوذ من العبودية بمعنى الرق، وفرق بين العبادة والعبودية بذلك المعنى. ومن هنا قال بعض العلماء: إن العبادة لا تكون في اللغة إلا لله تعالى، لأنها خضوع وحب^(٣).

والعبادة اسم جامع لكل ما يحبه الله ويرضاه من الأقوال والأعمال، الباطنة والظاهرة، فالصلاة والزكاة والصيام والحج، وصدق الحديث، وأداء الأمانة، وبر الوالدين، وصلة الأرحام، والوفاء بالعهود، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والجهاد للكفار والمنافقين، والإحسان للجار واليتيم والمسكين وابن السبيل، والأسير والمملوك من آدميين، والبهائم، والدعاء والذكر والقراءة، وأمثال ذلك من العبادة. وكذلك حب الله

(١) أبو غدة، وما بعدها بتصرف، ص ٣٧٣.

(٢) محمد بن عبد الله الجريوي، السجن وموجباته في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٩٦٠.

(٣) لمزيد من التفصيل يراجع: يوسف القرضاوي، العبادة في الإسلام، الطبعة الثالثة، الناشر: مكتبة وهبة.

ورسوله ﷺ وخشية الله والإنابة إليه وإخلاص الدين له، والصبر لحكمه، والشكر لنعمه، والرضا بقضائه، والتوكل عليه، والرجاء لرحمته، والخوف من عذابه، وأمثال ذلك هي من العبادة لله^(١).

وللمحبوس أو السجين في الشريعة الإسلامية الحق في ممارسة العبادة والعمل حسب ديانته، ولا يتم بهذا الخصوص أي تمييز ضده. وبالإضافة إلى ذلك يجب توفير الغذاء له وفق تعليمات معتقده الديني ولا يصح أبدا إرغامه على تناول أطعة أو أشربة لا تتوافق مع تعاليم دينه. ويجب اجتناب الإساءة إلى مقدساته من: الشخصيات أو الكتب الدينية أو الأماكن المقدسة بالنسبة له. وذلك لأن الشريعة الإسلامية لها مقاصد سامية، تعمل على احترام الأدمية والهوية الدينية ومن أهدافها: تكوين المجتمع الفاضل المترابط المتراحم في السراء والضراء، مجتمع يحب الخير ويدعو إليه ويبغض الشر ويحذر منه، مجتمع تسوده الفضيلة وتقل فيه الرذيلة، مجتمع يتحلى بالفضائل وتضفي عليه صفة المجتمع الإسلامي من خلال الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، تلك الفضيلة التي بسببها تصدرت الأمة الإسلامية مراكز الصدارة بين الأمم: لقوله تعالى: ﴿ كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ﴾، ولما لهذه الفضيلة من مميزات، حيث أنها ستنشئ مجتمعاً فاضلاً يسوده الحياء وتقوى فيه صلة الفرد ومسؤوليته تجاه نفسه وأسرته ومجتمعه عندما يدرك الإنسان أنه مسؤول عن تصرفاته ومحاسب عليها من قبل أسرته أولاً ثم من قبل مجتمعه وهو ما يعرف بالضوابط الاجتماعي^(٢). عندما يتكون المجتمع الفاضل، فإن معدل انتشار الجريمة حتماً سيقبل. وذلك لأن الجريمة في معظم حالاتها ناتجة عن عدم الحياء لدى المجرم وعدم الاهتمام والمبالاة بردود أفعال المجتمع تجاه السلوكيات المنحرفة، لذلك فإننا ندرك مدى الحاجة إلى تكوين المجتمع الفاضل الذي يمقت الجريمة وينبذها ويعمل جاهداً على محاربتها بشتى الوسائل الممكنة ويمقت مرتكبيها الذين لا يابھون بشعور مجتمعهم ولا بوصمة العار التي تلصق بهم من جراء أفعالهم المشينة، وبذلك عندما يصبح المجتمع مجتمعاً فاضلاً، فإن المجرم سيتوارى عن الأنظار خجلاً ويؤنب نفسه، ويعقد العزم على عدم العودة حتى لا يחדش ذلك الشعور الفاضل. ومن هنا فإن العودة إلى منهج الله، وإتقان عبادة الله سواء في المجتمع أو في السجون كفيل بإصلاح المجتمع والقضاء على غوائله وتقليل نسبة الجريمة.. ذلك أن من آثار العبادة على النزلاء أنها تصلهم بخالقهم وتزكي نفوسهم وتطهرها من رجس المعاصي وهي من أعظم الأسلحة وأهمها في محاربة الجريمة ومعالجة نوازع الانحراف لدى النزلاء كالنقمة على المجتمع وسلب أموال الآخرين وانتهاك أعراضهم وغير ذلك من مظاهر الإجرام، والنزول متى ما صحا ضميره وفاق من غفلته بفضل العبادة التي تصله بخالقه

(١) ابن تيمية، رسالة العبودية، ص ٧٣..

(٢) البشري، العدالة الاجتماعية ومنع الجريمة، ص ٢٦٣، ٢٦٤.

وتقوي علاقته به، فإنه سوف يحاسب نفسه على كل خطوة خطاها وكل معصية اقترفها، ومن ثم يحصل الندم والتوبة والاستغفار والانكسار بين يدي الله وهو ساجد في صلاته معترف بخطيئته يرجو مغفرة ربه ويخشى عقابه^(١).

ولا شك أن تنمية الوازع الديني لدى نزلاء السجون يعد العامل المؤثر في نفس الإنسان لدفعه لعمل الواجبات والاستزادة من الخير ومنعه من الشر ومفارقته والوازع الديني هو العامل المعنوي والذي ينمو في شعور المسلم ووجدانه ويولد لديه مناعة قوية تحول بينه وبين مخالفة أوامر الله وذلك ابتغاء مرضاة الله أولاً والنجاة من عقابه ثانياً والفوز بثوابه في الدارين الدنيا والآخرة^(٢). ومن هنا تتعاضم قيمة الاهتمام بتنمية الجوانب التعبدية في السجون.

ثامنا

حق السجين في الصلات الأسرية

ولما كانت وظيفة الدولة في الإسلام تقوم أساساً على حراسة القيم الدينية والأخلاقية، التي تهذب الطباع، وتهدف إلى تكوين نوازع ذاتية وقائية في نفس كل فرد، وتغرس مراقبة الله في النفوس، وتأمّر بالتحلي بالمكارم، وتحث على التزام بالفضائل، وتقوي الترابط الأسري^(٣) فقد وردت روايات وفتاوى وآراء ترسم خطوط معاملة السجين بصورة حسنة وتحدد حقوقه، ومنها: تزويد السجن بأجهزة التدفئة والتهوية والإضاءة والسماح له بالتفرج في ساحة السجن، والالتقاء بزوجته وأهله وتعميق الصلة بهم خلال فترة محبسه، فذهب بعض الفقهاء إلى أن ذلك من حق السجين.

وقال ابن العابدین في ردّ المحتار: «وفي البحر عن الخلاصة فإذا حبست المرأة زوجها لا تحبس معه. وفيه: إذا خيف عليها الفساد استحسن المتأخرون أن تحبس معه» وقال أيضاً: «وإذا احتاج الجماع دخلت عليه زوجته أو أمته إن كان في سجنه موضع ستره».

وقد كتب عمر بن عبد العزيز: "إن كان جرح أحداً فاجرحوه، وإن قتل أحداً فاقتلوه، وإلا فاستودعوه السجن واجعلوا أهله قريباً منه حتى يتوب».

(١) د/ عبد الرحمن الخليلي، الدعوة إلى الله في السجون في ضوء الكتاب والسنة، ص ٣٤٨ - ٣٩١..

(٢) لمزيد من التفصيل، راجع:

- د/ مساعد الحديثي، مبادئ علم الاجتماع الجنائي، مكتبة العبيكان، المملكة العربية السعودية ١٤١٦هـ، ص ١٤٦.

- ميثب الحربي، الوازع الديني وأثره في الأمن، ص ٢ وما بعدها.

(٣) أ.د.حسن عبد الغني أبوغدة: فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، عرض وتقديم: فضل الله ممتاز.

وقال ابن قدامه في المغني: «وان حبس الزوج فأحب القسم بين نسائه بأن يستدعي كل واحدة في ليلتها فعليهن طاعته إن كان ذلك سكاني مثلهن، وان لم تكن، لم تلزمهن إجابته لأن عليهن في ذلك ضرراً»

وجاء في المبسوط «إذا كان محبوساً في موضع وله أربع زوجات وتمكن الدخول والوصول إليه وقد كان قد قسم في حال انطلاقه، فإنه وجب عليه أن يقسم للبواقي لأن ذلك حقهن».

وورد في قواعد الاحكام «..ولو حبس قبل القسمة، فاستدعى واحدة لزمه استدعاء الباقيات فإن امتعت واحدة سقط حقها» ومن هنا فقد صرح الفقهاء في إثبات حق لقاء المسجون زوجته تمهيدا لما تطلبه الغريزة الجنسية، وهذا حق للزوج والزوجة. والمقصود من حبس الزوجة معه في كلمات الفقهاء هو التمهيد لذلك، ومما يؤيد ذلك أنه قد تنشأ، من التفريق بين الزوجين لفترة طويلة، المفسدة، ودفعها بالطريق المشروع واجب، فلا بد من تهيئة المقدمات المطلوبة والتمهيد لذلك^(١).

وقد منع المالكية مبيت الزوجة مع زوجها المحبوس أو استمتاعه بها إلا إذا حبس بحقها وقد ذكروا أنه لا يفرق في السجن بين الزوجين المحبوسين في حق عليهما، وذلك بأن يسمح لها بأن تسلم عليه وتجلس عنده إذا خلا السجن من الرجال، ولا يمكن من وطئها منعا لإدخال الراحة عليه والرفق به، وإنما قصد بذلك استيفاء الحق من كل منهما، فكل منهما مهموم والتفريق ليس بمشروع ويبدو أن الهدف مما تقدم هو المحافظة على أدني حد من حقوق الزوجة في الصلة والألفة. وإن الأرجح هو وطء الزوج لزوجته^(٢).

ومن الحقوق التي كفلها الإسلام للمحبوس عدم التدخل التعسفي أو غير القانوني في خصوصياته أو بعائلته أو بمسكنة أو مراسلاته كما لا يجوز التعرض بشكل قانوني لشرفه أو سمعته وإفشاء أسراره، هذا بجانب حقه في حرمة مسكنه وفي عدم تفتيشه إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون ويعاقب القانون علي دخول المنازل دون رضا أو بدون مرعاه القواعد المقررة في القانون^(٣).

هذا بجانب الاهتمام بالمسجون وتوفير الرعاية له ولأسرته سواء في داخل المؤسسة الإصلاحية أو بعد الإفراج عنه، لأن برامج الرعاية الاجتماعية مع المسجونين والمفرج عنهم

(١) عبد الجبار الزر كوشي: دراسة فقهية مقارنة لحقوق السجناء ٢٠١٠م
(٢) الدكتور حسن أبو غدة، أحكام السجن ومعاملة السجناء في الإسلام، مكتبة المنار، الكويت. وهذا الحكم من أهم ما يمكن أن تتميز فيه الشريعة عن قوانيننا الوضعية، فحتى الآن لا يُسمح للسجين بإتيان زوجته، مما يؤدي إلى عواقب وخيمة أقلها الشذوذ الجنسي بين السجناء، والذي ينتشر بشكل واسع في السجن المصري.
(٣) الدكتور محمد محيي الدين عوض: الحق في العدالة الجنائية، الندوة العلمية حول حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الرياض ٢٠٠١ ص ٢٧

وأسرهم، تلعب دورا كبيرا في إعادة تكيف هذه الفئات مع الحياة الاجتماعية، وتوقي المجتمع من الخطورة الإجرامية المحتملة أو العودة للجريمة مرة أخرى^(١).

كما يجب رعاية أسرة المسجون والمفرج عنهم وذلك من خلال تمكين الأسرة من استمرار صلتها بالمسجون هذا بجانب تقديم المساعدة والدعم للأسرة ومعاونتها في حل مشكلاتها، وتدبير الموارد اللازمة لإعاشتها أو معاونتها عندما تنقطع مواردها بسبب سجن العائل، حيث يمكن أن تبادر هيئات ومؤسسات المجتمع (كما في حالة توفير المساعدات عن طريق برنامج الضمان الاجتماعي بوزارة الشؤون الاجتماعية)، وجمعيات رعاية المسجونين التي توفر المعاشات الشهرية والمساعدات المالية لأسر المسجونين، عندما تكون مدة الحكم السالب للحرية علي المسجون طويلة يترتب عليها انقطاع الدخل الشهري اللازم لإشباع الحاجات المعيشية للأسرة^(٢).

وبهذا نجد أن أمر رعاية أسرة المسجون حق وواجب تلتزم به المؤسسة الاجتماعية سواء كانت حكومية أم أهلية، فنتيجة جرم المذنب يجب أن تعود عليه هو فقط. والله عز وجل قال: (مَنْ اهْتَدَى فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا)^(٣).

وهكذا فإن الأسرة عندما تُدعم بالرعاية تقي المجتمع من خطورة إجرامية أو انحراف سلوكي أو أخلاقي قد يظهر في أي وقت عندما تترك الأسرة بعد سجن العائل واستمرار وقوعها تحت ضغط الحرمان والعوز والحاجة..

تاسعا

حق المسجون في الدفاع عن نفسه في الشريعة الإسلامية

يعد حق المسجون في الدفاع عن نفسه في الشريعة الإسلامية من أهم عناصر إقامة العدل الذي يعتبر من أعظم حقوق الإنسان المستمدة من الله عز وجل مباشرة، إذ قصر الله سبحانه وتعالى الحكم على نفسه فقال: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ لِلَّهِ﴾^(٤)، وحكم الله هو العدل المطلق، إذ لا يعرف الله المحاباة ولا المجاملة ولا التحامل، فيقول الله تعالى في كتابه الكريم: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾^(٥)، وقال تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ

(١) الدكتور محروس محمود خليفة : رعاية المسجونين والمفرج عنهم وأسرهم في المجتمع العربي، ج ٢ الرياض ١٩٩٧ ص ٣

(٢) المرجع السابق

(٣) سورة الإسراء، آية: ١٥

(٤) سورة يوسف آية ٦٧.

(٥) سورة الحديد آية ٢٥

اللَّهُ وَلَا تُكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا ^(١). وهكذا فإن حق الدفاع حق مقدس يهدف إلى تحقيق المساواة في المراكز الإجرائية بين الخضوع أمام القضاء، وحيث تختل هذه المساواة تختل فكرة العدالة ذاتها، ويؤدي هذا الاختلال إلى عواقب وخيمة على المجتمع، لأنه يجعل قواعد القانون الموضوعي التي تنظم العلاقات بين الأفراد في المجتمع عبثاً لا فائدة منها. وإن من أهم بواعث الأمن والاطمئنان والشعور بالسكينة والراحة النفسية أن يشعر الإنسان بأنه في مأمن من أي حيف قضائي، وأن ما يُنسب إليه من تُهم لا يصدق لأول وهلة، بل يأخذ طريقاً واضحاً من التحقيق والمحاكمة، في جو تسوده العدالة، وتُتاح له فرصة الدفاع عن نفسه، وتُحص فيه القضايا تمحيصاً يقوم على النزاهة والدقة والحيدة المطلقة، حتى لا يعاقب بريء ولا ينجو مجرم.

ومن هنا يتقرر حق المتهم السجين في الدفاع عن نفسه، إما بإثبات فساد دليل الاتهام أو بإقامة الدليل على نقيضه، فلا بد من السماح له بالدفاع عن نفسه وإلا تحول الاتهام إلى إدانة. فالشريعة الإسلامية قد كفلت للمسجون حق الدفاع عن نفسه أمام مجلس القضاء، وكل ما ورد من المبادئ والأسس التي تؤكد هذا الحق في إعلانات حقوق الإنسان، وما جسد في الدساتير العالمية، ما هي إلا أعمال كاشفة لما قررته الشريعة الإسلامية الصالحة لكل زمان ومكان.

وقد كفلت الشريعة الإسلامية للمسجون حق الوكالة لشخص آخر - متخصص وخبير وطيّق - للدفاع عنه أمام القضاء وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بـ (الوكالة). والوكالة معناها: التفويض، تقول وكلت أمري إلى الله تعالى أي فوضت أمري إليه تعالى، وتطلق أيضاً على الحفظ، ومنه قوله تعالى: ﴿حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾ ^(٢)، والمراد بالوكالة هنا هي: استتابة الإنسان غيره فيما يقبل النيابة عنه ^(٣). وقد شرعت الوكالة في الإسلام للحاجة إليها، فليس كل إنسان قادراً على مباشرة أموره والدفاع عن نفسه، ومن ثم يحتاج إلى توكيل غيره في هذه الأمور نيابة عنه ^(٤) وقد جاء في القرآن الكريم ما يدل على مشروعية الوكالة للغير في آيات عديدة منها، قوله تعالى في قصة سيدنا يوسف عندما سجن: ﴿وَقَالَ لِلنَّبِيِّ ظَنَّ أَنَّهُ نَاجٍ مِّنْهُمَا اذْكُرْنِي عِنْدَ رَبِّكَ فَأَنسَاهُ الشَّيْطَانُ ذِكْرَ رَبِّهِ فَلَبِثَ فِي السِّجْنِ بِضْعَ سِنِينَ﴾ ^(٥)، فوكل سيدنا يوسف صاحب السجن أن يذكره عن الملك بعد خروجه من السجن.

(١) سورة النساء آية ١٠٥.

(٢) سورة آل عمران آية ١٧٣.

(٣) السيد سابق، فقه السنة، دار التراث، القاهرة ج٣، ص ٢٢٦.

(٤) د/ سعد القبائلي، حق المتهم في الدفاع في الشريعة الإسلامية، المجلس الأعلى للقضاء، ليبيا.

(٥) سورة يوسف آية ٤٢.

وإن كانت الشريعة الإسلامية لم تتعرض لحق المتهم في الدفاع عن نفسه بنفسه بشكل صريح كما هو في القانون الوضعي فإن لهذا الحق في الشريعة الإسلامية مظاهر عديدة أهمها: حق المسجون في الاستعانة بغيره للدفاع عنه، حق المسجون في حضور المحاكمة، حق المسجون في سماع أقواله أمام القاضي، حق المسجون في المساواة، حق المسجون في إثبات براءته. ويمكن الإشارة إليها على النحو التالي:

أولاً: حق المسجون بالاستعانة بغيره للدفاع عنه.

قرر الإسلام للمسجين الحق في الدفاع عن نفسه عن طريق المطالبة من الغير المؤهل لذلك للدفاع عنه وينوب عنه في ذلك إذا كان لديه ما يمنعه من القيام بذلك بنفسه أو كان لا يستطيع القيام به لمانع معين - كما سبق - وأيضاً حقه في الدفاع عن نفسه والترافع إلى القاضي بنفسه وهذا باتفاق الفقهاء^(١)، وقد تمثل هذا الحق سلفنا الصالح ومنه القاضي الأندلسي ابن مخلد، فقد اختصم إليه رجلان، فنظر إلى أحدهما وهو يحسن ما يقول، والآخر لا يدري ما يقول، ولعله توسم فيه ملازمة الحق، فقال له: "يا هذا لو قدمت من يتكلم عنك فإني أرى صاحبك يدري ما يتكلم، فقال له: أعزك الله إنما هو الحق أقوله كائناً ما كان، فقال القاضي: ما أكثر من قتله قول الحق"^(٢).

ثانياً: حق المسجون في حضور المحاكمة

من الحقوق اللازمة للمسجين حضور محاكمته، ويجب على القاضي ألا يحكم عليه إلا في حضوره، لأنه مهما قُدم له من أدلة ضده فقد يأتي هو بما يدحض هذه الأدلة، كما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جاءه رجل قد فقئت عينه، فقال له عمر: تحضر خصمك، فقال له: يا أمير المؤمنين أما بك من الغضب إلا ما أرى، فقال له عمر: فلعلك فقأت عيني خصمك معاً، فحضر خصمه قد فقئت عيناه معاً، فقال عمر: إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء، قالوا: ولا يُعلم لعمر من ذلك مخالف من الصحابة.

غير أنه يشترط لتمتع السجين بهذا الحق أن يكون هذا السجين موجوداً في محل ولاية القاضي وغير متخف أو هارب، أما إذا كان المتهم غير موجود في ولاية القاضي أو متخف فقد اختلف الفقهاء بشأنه، فقد رأى الأحناف عدم القضاء على الغائب حتى يحضر، بينما أجازت الشافعية والمالية والحنابلة والظاهرية القضاء على الغائب إذا غاب عن البلد أو عن مجلس القضاء، أو استتر عن القضاء، واستدلوا بقوله تعالى: (يا أيها الذين

(١) د/ سعيد، فقه السجين مرجع سابق

(٢) د/ صباح بلحيمر، حقوق السجين في الشريعة الإسلامية، المغرب، ٢٠٠١م.

آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء الله) فقالوا: إن الأمر بإقامة القسط يُفيد العموم فيشمل الحاضر والغائب فيصبح بذلك القضاء على الغائب كالحاضر^(١).

ثالثاً: حق المسجون في سماع القاضي لأقواله

من أهم المبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية لتحقيق العدالة بين الخصوم، مبدأ حق المسجون في سماع أقواله أمام القضاء، وهو حق أصيل يجب ألا يصادر تحت أي مصوغ، لأن لكل صاحب حق مقالاً، والأصل في ضرورته تمكين المتهم من سماع مقاله قبل الحكم عليه، وذلك من حديث رسول الله ﷺ لعلي بن أبي طالب، كرم الله وجهه، عندما بعثه إلى اليمن قاضياً، قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً فقلت: يا رسول الله تُرسلني وأنا حديث السنن، ولا علم لي بالقضاء..؟ فقال: "إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء" قال: مازلت قاضياً، أو ما شككت في قضاء بعد" (٢).

وحق المتهم في الدفاع عن نفسه، يقتضي تمكينه من الإدلاء بأقواله في حرية تامة، وبدون تعذيب أو خديعة أو ضغط أو إكراه، أو أي شئ يؤثر على إرادته الحرة وله أيضاً الحق في الصمت، والامتناع عن الإجابة عن كل أو بعض أسئلة التحقيق، وإذا أقر على نفسه فله الرجوع عن إقراره. وإذا أكره السجين على إقراره فهنا لا يؤخذ بإقراره وذلك لانتهاء صفة الاختيار حيث إن من شروط قبول الإقرار أن يكون المقر حراً غير مكره، سواء أكان في ذلك مقراً بحق الله تعالى أم بحق العباد^(٣).

رابعاً: حق المسجون في المساواة

من المبادئ التي يقوم عليها حق الدفاع أن يتساوى الخصوم في دفعهم، فلا يُعطى أحدهما حقه في الدفاع عن دعواه، ويُحرم الآخر من هذا الحق، والمساواة بين الخصمين بصرف النظر عن اختلاف مكانتهما، أصل مهم من أصول العقيدة الإسلامية، فلا فرق بين المسلم وغير المسلم، ولا بين مسلم ومسلم فلا تحمل العداوة والبغضاء على ترك العدل، لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴾^(٤).

وحتى يتمتع كل خصم بالمساواة أمام القضاء، فإن الإسلام يلزم القاضي بضرورة مراعاة ما يؤدي إلى ذلك من إجراءات وأمور تستوجبها الخصومة القضائية، والاستماع

(١) د/ سعد القبائلي، حق المتهم في الدفاع في الشريعة الإسلامية.

(٢) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه.

(٣) المراجع السابقة

(٤) د/ سعد القبائلي، حق المتهم في الدفاع في الشريعة الإسلامية. والآية رقم ٨ من سورة المائدة.

إليهما، وتمكينهما من إبداء دفاعهما بحرية تامة من غير تمييز بين الغني والفقير، أو بين القوي والضعيف، أو بين المغمور وذو الجاه والنفوذ، وفي هذا يقول الرسول (ﷺ): (من أبتلي بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم في المجلس، والإشارة، والنظر، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر)^(١). وأكد على ذلك الرسول عليه الصلاة والسلام في وصيته لعلي بن أبي طالب (عليه السلام) حين بعثه قاضياً إلى اليمن كما سبق. خامساً: حق المسجون في إثبات براءته

إن القاعدة الافتراضية في القوانين الوضعية التي تنص على أن "المتهم بريء حتى تثبت إدانته" قد وجدت في الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على أربعة عشر قرناً، حيث جاءت بها نصوص القرآن والسنة، وبهذا فقد امتازت هذه الشريعة على القوانين الوضعية التي لم تعرف هذه القاعدة إلا في أواخر القرن الثامن عشر الميلادي، حيث أدخلت في القانون الوضعي الفرنسي كنتيجة من نتائج الثورة الفرنسية، وقررت لأول مرة في المادة ٩ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام ١٧٨٩م، ثم انتقلت القاعدة من التشريع الفرنسي إلى التشريعات الوضعية الأخرى، حتى أصبحت قاعدة عالمية في القوانين الوضعية لكافة الدول. وهكذا فليس معنى أن السجين وهو في محبسه عاجز عن إثبات براءته، بل خولت له الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية أن يثبت براءته بكل الوسائل المشروعة ويرفع عن نفسه الظلم بتقديم الأدلة والبيانات للقضاء، التي من شأنها نفي التهمة ودرء المسؤولية الجنائية عنه، أو التعبير عن قيام سبب من أسباب الإباحة، أو انعدام المسؤولية أو أي عذر من الأعذار الشرعية.

(١) أخرجه الدرافطني في سننه.

الخاتمة

وبعد فهذا بحث عن حقوق السجين في الشريعة الإسلامية، تناولنا فيه منهج الإسلام الرائد في إقرار حقوق السجين باعتباره جزءاً من حقوق الإنسان، حتى ولو كان محكوماً عليه، ذلك أن الله عز وجل كرم بني آدم كما جاء في قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبُرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾^(١).

وقد حرصت على أن تكون الرؤية الإسلامية حاضرة في بعض ثنايا البحث خصوصاً وأن الدراسة تُعني في الأساس بإبراز الرؤية الإسلامية في قضية حقوق السجين. وقد تعرضنا للمفاهيم المتعلقة بالسجين، وفلسفة العقوبة والغرض منها، ومشروعية السجن في الإسلام، وتاريخ السجون في الإسلام، حق السجين في التعليم والتأهيل والتدريب، الرعاية الصحية والنظافة الشخصية، وممارسة العبادة، وحقه في الصلات الأسرية، والمعاملة الحسنة، وحقه في الدفاع عن نفسه في الشريعة الإسلامية..

وفي النهاية أرجو الله عز وجل أن يتقبل مني هذا العمل، وأن يهيئ لنا من أمرنا رشداً. ﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾^(٢).

وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين . وبالله التوفيق

أ.د. جعفر عبد السلام

الأمين العام لرابطة الجامعات الإسلامية

(١) سورة الإسراء، آية: ٧٠.

(٢) سورة النمل آية: ١٩.

أهم المراجع

- القرآن الكريم .
- كتب السنة الشريفة .
- إبراهيم مصطفى - أحمد الزيات - حامد عبد القادر - محمد النجار: المعجم الوسيط
- مجموع فتاوى ابن تيمية .
- الدكتور محمد بن عبد الله الجريوي: السجن وموجباته في الشريعة الإسلامية، مقارنة بنظام السجن والتوقيف وموجبياتهما في المملكة العربية السعودية، سلسلة نشر الرسائل الجامعية (٤)، الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- الدكتور مهدي علام: فلسفة العقوبة، القاهرة: مطبعة الكيلاني .
- يحيى بن عمر : انظر أحكام السوق .
- الحافظ ابن كثير: البداية والنهاية .
- الدكتور حسن أبو غدة: أحكام السجن ومعاملة السجناء في الإسلام مكتبة المنار بالكويت.
- مجموعة قوانين السجون العربية الجزء الأول .
- يوسف القرضاوي، العبادة في الإسلام، الطبعة الثالثة، الناشر: مكتبة وهبة.
- شيخ الإسلام ابن تيمية، رسالة العبودية .
- البشري، العدالة الاجتماعية ومنع الجريمة .
- الدكتور عبد الرحمن الخليفي، الدعوة إلى الله في السجون في ضوء الكتاب والسنة.
- الدكتور مساعد الحديثي، مبادئ علم الاجتماع الجنائي، مكتبة العبيكان، المملكة العربية السعودية ١٤١٦هـ .
- ميثب الحربي، الوازع الديني وأثره في الأمن.
- الدكتور حسن عبد الغني أبو غدة :فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، عرض وتقديم: فضل الله ممتاز، الناشر: الرشد بالرياض .
- أ. عبد الجبار الزر كوشي: دراسة فقهية مقارنة لحقوق السجناء ٢٠١٠ .

- الدكتور محمد محيي الدين عوض: الحق في العدالة الجنائية، الندوة العلمية حول حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الرياض ٢٠٠١م.
- الدكتور محروس محمود خليفة : رعاية المسجونين والمفرج عنهم وأسرههم في المجتمع العربي، الجزء الثاني الرياض ١٩٩٧.
- الشيخ السيد سابق، فقه السنة، دار التراث، القاهرة ج٣.
- الدكتور سعد القبائلي، حق المتهم في الدفاع في الشريعة الإسلامية، المجلس الأعلى للقضاء، ليبيا.
- الدكتور صباح بلحيمر، حقوق السجين في الشريعة الإسلامية، المغرب، ٢٠٠١م.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

حقوق السجين في الفقه الإسلامي

إعداد

الدكتورة سهيلة زين العابدين حماد
عضو الجمعية الوطنية لحقوق الإنسان بالمملكة العربية السعودية
وعضو الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين

بسم الله الرحمن الرحيم

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

مقدمة

اختلفت المفاهيم والتصورات لماهية الإنسان وكنهه ، وترتب على هذه المفاهيم والتصورات حقوق الإنسان وواجباته ، فهناك من نظر إلى الإنسان وكأنه روح خالصة ، كالبودية والهندوكية التي تمخّضت عنها الفلسفة المثالية ، والنظريات التجريدية كنظرية المثل الأفلاطونية في العصور القديمة إلى فلسفة هيغل في القرن التاسع عشر؛ إذ تعاملت معه وفق هذا المنظور ، فحددت حقوقه وواجباته طبقاً له ، ونجده أثقل كاهل هذا الإنسان بواجبات تفوقه كالرهبانية ، في حين نجد تصورات ومفاهيم أخرى نظرت إلى الإنسان أنه مادة ، وتعاملت معه وفق هذا المنظور ، وحددت حقوقه وواجباته طبقاً لهذه النظرة ، كالداروينية التي نشأت عنها المذاهب المادية كالماركسية والفرويدية القائمة على التفسير الجنسي الحيواني للسلوك الإنساني ، وغير ذلك من المذاهب القائمة على مادية الإنسان وحيوانيته ، والتي شملت كل اتجاهات الفكر الغربي ، والتي اعتبرت الحرية الجنسية ، حق من حقوق الإنسان يمارسها متى شاء مع من شاء دون ضوابط شرعية طالما أنّ الطرفين راضيين ، معتدية بذلك على حقوق الآخرين من بني الإنسان .

وكلا التصورين انحرف عن الجادة والصواب لخطئهما في تحديد ماهية الإنسان ، وبالتالي تحديد متطلباته واحتياجاته وواجباته .

والله جلّ شأنه خالق هذا الكون وما فيه ، ومن فيه ، هو الأعم والأدري بصنعبته ، فحدد ماهية الإنسان ووضع التشريعات التي تحفظ لهذا الإنسان كينونته وحقوقه في الحياة دون الاعتداء على حقوق الآخرين ليؤدّي رسالته فيها طبقاً لما وضعها الخالق له محدداً له واجباته كما حدّد له حقوقه ، مسخراً كل ما في هذا الكون لخدمته.

وينظر الإسلام إلى الإنسان نظرة شاملة لم تقم على التجزئة ، فالإنسان في الإسلام مادة وروح ، فهو مزيج من قبضة من طين الأرض ونفحة من روح الله امتزج الاثنان في كيان واحد مترابط رغم اختلافهما ، ويوضح هذا قوله تعالى : ﴿ إِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَأِكَةِ إِنِّي خَالِقٌ بَشَرًا مِّنْ طِينٍ ، فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُّوحِي فَقَعُوا لَهُ سَاجِدِينَ ﴾^١ .

وقد تعامل الإسلام مع الإنسان وفق هذه النظرة ، ووضع تعاليمه له موازناً فيها بين المادة والروح فلم يبغض للجسد حقاً ليوفي حقوق الروح فيحرم المباح ، ولم يبغض للروح حقاً ليوفي حقوق الجسد فيبيح المحرمات ، وهنا تتجلى لنا معجزة الإسلام في موازنته بين

(^١) الآية ٧١ ، ٧٢ من سورة ص .

رغبات الإنسان المادية وحاجاته الروحية ، فالإنسان في التصور الإسلامي من حيث طبيعته موحد بين النواحي المادية والروحية والحاجات النفسية ، فهو لا يؤمن فقط بمادية الإنسان كالدروينية ، ولا يؤمن برهبانية الإنسان كالبودية والهندوكية ، يقول تعالى : **﴿وَرَهْبَانِيَّةً ابْتَدَعُوهَا مَا كَتَبْنَاهَا عَلَيْهِمْ﴾** ، إنما الإنسان مادة وروح معاً يوضح هذا قوله تعالى : **﴿وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا﴾** .

ولا تقتصر نظرة الإسلام إلى الإنسان من حيث طبيعته ومكوناته ، وإنما تمتد إلى تكريمه : **﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾** ، كما تمتد إلى كينونته ودوره في الحياة ، فالإنسان في القرآن مخلوق مكلف ذو رسالة هي الاستخلاف **﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾** ، فالإنسان لم يخلق عبثاً كما تقول الوجودية ، وإنما خلق لمهمة كبرى هي "عمارة الأرض" ، وذلك لتحقيق الغاية العليا من خلقه ، وهي عبادة الله **﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾** .

فالإنسان كائن مكلف ، ومناطق التكليف العقل ، فاشتراط التكليف بالعقل ، فإن انعدم العقل سقط التكليف ؛ لذا نجده سقط عن الصغير والمعتوه والمجنون ، فالإنسان مكلف لأنه ذو عقل ، ووجود عقل يعني وجود فكر ، ودور العقل في هذه القضية جد عظيم ، وهو موضع اعتبار الإسلام وتعظيمه ليكون في الدرجة الأولى من الأهمية والفعالية والعطاء ، ومن الوصول بالإنسان إلى مداخل الحق والخير ، وتمكينه من استيعاب الحقائق التي تملأ أرجاء هذا الكون المعمور ، وفي طبيعتها حقيقة الإيمان بالله الذي يملأ وجوده الكون ، فالإنسان العاقل يميز بين الخير والشر ، وبذلك فهو مسؤول عن اختياره ليحاسب ويعاقب ويُجازى إن أخطأ وتعدي على حقوق الغير ، قد يقول قائل أن الإنسان مسير ، وهذا قدره فكيف يحاسب عن أمر ليس له ؟

وهنا أقول : الإنسان في التصور الإسلامي مسير ومخير ، مسير في بعض جوانب حياته ، وفق طبيعته التي خلق عليها ، فهو مسير بخضوعه لسنن الكون التي لا يستطيع الخروج عنها كقوانين الجاذبية والضغط الجوي ، وقوانين الجسم من الهضم والدورة الدموية ، وقوانين الحرارة ، وغيرها من السنن الكونية ، وهذا من رحمة الله بالإنسان ؛ إذ لو لم يكن مسيراً في قوانين الجسم كيف يستطيع أن يُسير أجهزة جسمه لتؤدي وظائفها وهو نائم؟

فالإنسان في بعض جوانب حياته مسير يخضع لسنن الكونية ، ومن جهة أخرى له قدرة وإرادة حرة تختار ما تريد من الأفعال والتصرفات ومسؤولة عن هذا الاختيار **﴿وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا ، فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا﴾** **﴿وَهَدَيْنَاهُ النَّجْدَيْنِ﴾** ، فهنا يأتي الاختيار ، فمادام الإنسان قادراً على التمييز بين الخير والشر ، فهو حر الاختيار ؛ إذ يُبين الله جلَّ

شأنه له الخير والشر ، وطريق كل منهما ، وله أن يختار أيهما يسلك ، ثمَّ يتحمل بعدئذٍ مسؤولية اختياره ، فيُثاب ويُجازى خيراً على الخير ، ويُعاقب في الدُّنيا والآخرة إن سلك طريق الجريمة والشر ، وهنا يأتي دور المجتمع في معاقبة من أجرم في حق العباد وحق المجتمع ، فلا نقول إنَّ الإنسان مسؤول عن أخطائه ، ولا يتحمل المجتمع مسؤولية التحريم ، كما يقول واضعوا القوانين الوضعية ، وبعض دعاة حقوق الإنسان موجهين انتقاداتهم للعقوبات والحدود والتعازير في الشريعة الإسلامية ، لأنَّ إسقاط حق المجتمع المتمثل في سلطة الدولة في التحريم يسقط الحرام ، ويسقط معه العقاب ، وبالتالي تشيع الفوضى ، وتُرتكب الجرائم ، وتُنتهك الأعراض ، وتُسلب الأموال وتُراق الدماء ، فحفظاً لحقوق الإنسان أوجد الخالق القصاص والحدود والتعازير ، وهو أدري بخلقه ، وبما يصلح لهم : **﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذْنَ بِالْأُذْنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾** فأنت بهذه العقوبات تحفظ حقوق المجني عليهم ، المعتدى عليهم ليدرك كل إنسان قبل إقدامه على جريمة ما أنَّه سوف يُعاقب بالمثل ليكون هذا العقاب رادعاً له ولغيره ، فلا يقدم على جريمته ، وبالتالي تُحفظ حقوق الجميع ، ولكن الذي نراه الآن أنَّ منظمات حقوق الإنسان الدولية تدافع عن الجاني ، ولا تدافع عن المجني عليه ، وتُهاجم الشريعة الإسلامية لأنها تحفظ حقوق المجني عليه وحقوق المجتمع بقطع دابر الجريمة بفرضها العقاب عليها ^١.

^١ - سهيلة زين العابدين حماد: إحسان عبد القدوس بين العلمانية والفرويدية ، ص ٤٧٥ - ٤٨١ بتصرف واختصار ، دار الفجر الإسلامية للنشر والتوزيع ، المدينة المنورة ، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م

الفصل الأول

حفظ حقوق الكرامة الإنسانية في الإسلام

تعريف الحق

جمع الحق حقوق ، ولالحق معان كثيرة ، قال ابن منظور في لسان العرب : " الحق نقيض الباطل ، وحق الأمر يحق ويحقُ حقاً وحقوقاً صار حقاً وثبت. وقال الأزهري : "معناه وجب يجب وجوباً"^١

وفي تعريفات الجرجاني : "هو الشيء الثابت الذي لا يسوغ إنكاره " ، والحق في اللغة له إطلاقات تزيد على عشرة ، منها : يطلق على الله جل جلاله ، ويطلق صفة لله تعالى ، وعلى العدل ، وعلى الإسلام ، وعلى الصدق ، وعلى اليقين ، وعلى الحكمة ، وعلى الحظ والنصيب ، وعلى البعث بعد الموت ، والتام الكامل ، والبين الواضح.

الحق في الاصطلاح

يتفرع تعريف الحق في الاصطلاح إلى فرعين ، فرع فقهي شرعي ، وفرع قانوني وضعي.

تعريف الحق في المصطلح الشرعي

تعددت تعريفات الفقهاء في الشريعة الإسلامية للحق ، "فليس للحق تعريف جامع مانع يقطع بتحديدده على المعنى المراد منه ، وإنما يستعمل فيما وضع له ، ولا يختلف استعماله عند الفقهاء عن استعماله اللغوي ، فهم يستعملونه دائماً فيما ثبت لإنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه ، ولذا يطلق في الفقه الإسلامي على كل عين ، أو مصلحة تكون لك بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها ، أو منعها عن غيرك ، أو بذلها في بعض الأحيان ، أو التنازل عنها كذلك ، فيطلق على الأعيان المملوكة ، ويطلق على الملك نفسه ، ويطلق على المنافع ، أو المصالح على وجه عام."^٢

الحق في المصطلح القانوني الوضعي

اختلف المفكرون الغربيون المهتمون بفكرة الحق ، والمتمسكون بها في تعريف الحق ، إلى مذاهب ، أهمها : المذهب الشخصي ، والمذهب الموضوعي ، وأصحاب المذهب الشخصي ينظرون إلى الحق من زاوية صاحبه ، فيعرفونه بأنه " سلطة إرادية يستعملها صاحب الحق في حدود القانون ، وتحت حمايته." والمذهب الموضوعي : هو الذي ينظر إلى موضوع الحق لا إلى شخص صاحبه ، فالحق عند هذا المذهب هو " مصلحة يحميها القانون."^٣

^١ - ابن منظور : لسان العرب.

^٢ - د. راوية بنت أحمد الظهار : حقوق الإنسان في الإسلام ، ص ١١ ، نقلاً عن علي الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية.

^٣ - المرجع السابق : ص ١٤.

حفظ الكرامة الإنسانية في الإسلام

لقد كرم الإسلام الإنسان (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ) ^١. من مقاصد الشرائع السماوية قاطبة والإسلامية خاصة المحافظة على الضرورات الخمس: (الدين، النفس، العقل، النسل، المال)، يقول الإمام أبو حامد الغزالي: "إن حفظ الأصول الخمسة، يستحيل أن لا تشتمل عليه ملة من الملل، وشريعة من الشرائع في تحريم الكفر، والقتل، والزنا، والسرقه، وشرب المسكرات" ^٢

أولاً: حق الحياة والأمان

حق الحياة هو الحق الأول للإنسان، وبه تبدأ سائر الحقوق، وعند وجوده تطبق بقية الحقوق، وعند انتهائه تتعدم معظم الحقوق، وحق الإنسان في الحياة منحة من الله تعالى، وليس للإنسان فضل في إيجاده، و كل اعتداء عليه يعتبر جريمة في نظر الإسلام. وهذا الحق مكفول بالشريعة لكل إنسان، ويجب على سائر الأفراد والمجتمع والدولة حماية هذا الحق من كل اعتداء، وينبني على ذلك حرمة الاعتداء البدني والمعنوي.

الاعتداء البدني

من حرمة الاعتداء البدني اعتداء الإنسان على غيره بالقتل، أو التعذيب، وقد عدَّ القرآن الكريم إزهاق الروح الإنسانية مسلمة أو غير مسلمة جريمة ضد الإنسانية كلها وقرنها بأكبر الكبائر، وهو الشرك بالله، فجعل عقوبتها في الآخرة الخلود في النار، وحق الحياة ثابت لكل نفس فقتل واحدة منها اعتداء على حق الحياة ذاته، والقصاص في القتل هو صيانة لحق الحياة الذي تشترك فيه النفوس جميعاً، يقول تعالى: (مَنْ أَجْلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا) ^٣

وفي السنة المطهرة أحاديث كثيرة تبين حرمة القتل منها: (لن يزال المؤمن في فسحة من دينه ما لم يصب دماً حراماً) رواه البخاري، وروى البخاري أيضاً قوله عليه الصلاة والسلام: (أول ما يُقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء)، ولا يتعدى تحريم القتل على المسلمين، وإنما يشمل غير المسلمين، فيقول عليه الصلاة والسلام في رواية للبخاري: (من قتل نفساً معاهداً لم يرح رائحة الجنة)

ومن حرمة الاعتداء البدني أيضاً الإجهاض، فقد أجمع العلماء على حرمة قتل الجنين بعد نفخ الروح فيه إلا لعذر، وإن حصل الإجهاض، أو الاعتداء الخارجي على الجنين فنزل ميتاً ففيه الغرة، وهي عبد أو أمة قيمتها عُشردية أمه، وإن نزل حياً، ثم

^١ - الإسراء: ٧٠.

^٢ - أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الشاطبي، ص ٤٠، نشر وتوزيع الدار العالمية للكتاب.

^٣ - سورة المائدة: آية ٣٢.

مات فتجب فيه دية كاملة. واختلفوا في إسقاط الجنين قبل نفخ الروح ، فذهب بعضهم إلى الإباحة ، ومنعه آخرون ، لأنه صار مؤهلاً للقدره على الحياة واكتمال النمو.

ومن حرمة الاعتداء البدني التعذيب والإيذاء ، والذي يؤدي إلى تشويهه في الخلقة ، كسكب المواد الحارقة على الوجه ، أو الجسم بقصد تشويهه ، أو قطع أذن ، أو لسان ، أو بتريد ، أو رجل ، أو إسقاط أسنان ، أو إحداث عاهة مزمنة... إلخ

الاعتداء المعنوي :

هو أي عدوان يمس كرامة الإنسان واعتباره الذاتي والإنساني.

حق الأمان

وزيادة في حفظ الإسلام للحياة الإنسانية جعل الأمن حقاً أساسياً له بالحفاظ على المصالح الضرورية التي تقصد بها الأعمال والتصرفات التي تتوقف عليها صيانة الأركان الخمسة ، وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، فهذه الأمور الخمسة يتوقف عليها قيام مصالح الناس في حياتهم الدينية والدينية ، فإذا فقد بعضها اختلت الحياة الإنسانية.

ثانياً : الحفاظ على العقل

الإيمان في الإسلام القائم على العقل ، والدعوة إلى التدبر والتفكير ، واستعمال العقل في كل ما في الكون ، ومقومات الحياة ، فالقرآن الكريم يحوي على أكثر من مائتي آية تدعو إلى استعمال العقل والتدبر والتفكير في خلق الله ، حتى في النفس البشرية : (وفي أنفسكم أفلا تبصرون)

معنى العقل ومفهومه

من دلالات مادة "عقل" في اللغة كما في لسان العرب: الجامع لأمره، مأخوذ من عقلت البعير إذا جمعت قوائمه، وقيل "العقل" الذي يحبس نفسه ويردها عن هواها، أخذ من قولهم قد اعتقل لسانه إذا حُبس ومنع الكلام. والمعقول: ما تعقله بقلبك. والعقل: التثبت في الأمور. والعقل: القلب، والقلب العقل. وسُمي العقل عقلاً؛ لأنه يعقل صاحبه عن التورط في المهالك، وبهذا يتميز الإنسان من سائر الحيوان، ويقال: لفلان قلب عقول، ولسان سؤول، وقلب عقول: فهم. وعقل الشيء يعقله عقلاً أي فهمه. ويمكن القول إن المقصود بالعقل في التصور الإسلامي أمران:

(أ) الأداة الغريزية في الإنسان التي يدرك بها الأشياء على ما هي عليه من حقائق

المعنى، ويسمونها بعضهم "العقل الغريزي" فهو الطاقة الإدراكية في الإنسان.

(ب) ما توفره هذه الأداة الغريزية وتلك الطاقة الإدراكية من حصيلة معرفية وخبرة

وفكرة ويسمونها بعضهم العقل المكتسب فهو نتيجة للعقل الغريزي، وهو ينمو

أن استعمل وينقص أن أهمل، وهو ما ذهب إليه الماوردي في الفكر الإسلامي،

ويشبه مذهب (كانت) في الفلسفة الألمانية والذي يتحدث عن العقل المحض (الفطري)، والعقل التجريبي (العملي).

وينصرف معنى العقل أيضاً إلى "العقل الجمعي" لا عقل الإنسان الفرد فقط، فيكون معناه مجموع الطاقات الإدراكية للأمة والتي يدور حولها فكر الأمة وعلومها وخبرتها، حيث يعتد الإسلام بالقيمة الذاتية للفكر الإنساني باعتباره ناتج عقول الأمة وأهل النهى وأولي الألباب فيها. والتي ترسم مسار الفقه وحركته في التاريخ بين تواصل مع الأصول واجتهاد السابقين من ناحية، وتجديد واجتهاد من ناحية أخرى بما يحقق التراكم الفكري، ويستهدف تطوير حكمة الرؤية المقاصدية والفقهية بل والثقافية الحضارية التي تميز الأمة.

ضرورة العقل وأهميته في الشرع^١

لقد عُنِيَ الإسلام بالعقل عناية لم يسبقه إليها دين آخر من الأديان السماوية، فتقرأ قاموس الكتاب المقدس، فلا تجد فيه كلمة "العقل"، ولا ما في معناها من أسماء هذه الخاصية البشرية المتفردة التي فضل الإنسان بها على جميع المخلوقات، لا لأن هذه المادة لم تذكر في كتب العهدين مطلقاً، بل لأنها لم يعتد بها فيهما أساساً لفهم الدين ودلائله، والاعتبار به، فلم تتطور علوم حول النص كما تطورت في ظل الفقه والفكر الإسلامي، فلا الخطاب بالدين موجه إليه كما في الإسلام، أو قائم به وعليه، مثلما كان في هدي القرآن التفكير والتدبر والنظر في العالم من أعظم وظائف العقل. ومداخل العقيدة والإيمان.

أمّا ذكر العقل باسمه وأفعاله في القرآن الكريم فقد جاء زهاء ٥٠ مرة، وذكر أولي الألباب، أي العقول ففي بضع عشرة مرة، وكلمة أولي النهى (جمع نهيّة - بالضم - أي العقول)، فقد جاءت مرة واحدة في آخر سورة طه. وهذا دليل على اعتبار العقل ومنزلته في الرؤية الإسلامية، كما نهى الشرع عن الاستدلال بالاعتماد على الظنون؛ لأنّ الظنون لا تغني من الحق شيئاً، ونهى عن اتباع الهوى وتحكيمه في الاستدلال بالنصوص.

وترجع أهمية العقل إلى الآتي

(١) بالعقل ميز الله الإنسان؛ لأنه منشأ الفكر الذي جعله مبدأ كمال الإنسان ونهاية شرفه وفضله على الكائنات، ويميزه بالإرادة وقدرة التصرف والتسخير للكون والحياة، بما وهبه من العقل وما أودعه فيه من فطرة للإدراك والتدبر وتصريف الحياة والمقدرات وفق ما علمه من نواميسها وأسبابها ومسبباتها، فيعلو ويحسن طواعية والتزاماً بالحق، وينحط ويطفئ ويفسد باجتئاب الحق واتباع الهوى... فالعقل الإنساني أداة الإدراك والفهم والنظر والتلقي والتمييز والموازنة بين الخير والنفع والضرر، وهو

^١ - د. فوزي خليل :مقالة العقل والدين.. دوائر التوحيد والوجودية في التصور الإسلامي ، إسلام أون لاين .نت ، ٢٠٠٣/٠٨/٠٢

وسيلة الإنسان لأداء مسئولية الوجود والفعل في عالم الشهادة والحياة. والعقل بما أُودع من فطرة إلى جانب أنه الوسيلة الأساسية للإدراك فإنه يحوي في ذاته بديهيات المعاني والعلاقات بين الإنسان والحياة والوجود والكائنات، ويبني عليها منطقه ومفاهيمه الأساسية في هذا الوجود؛ ولأنه مناط تشريف وتكليف فهو مناط حساب ومسئولية.

(٢) العقل الإنساني وقدرته على الإدراك والتمييز والتمحيص هو وسيلة الإنسان إلى إدراك فحوى الوحي ووضعه موضع الإرشاد والتوجيه لعمل الإنسان، وبناء الحياة ونظمها وإنجازاتها بما يحقق غاية الوحي ومقاصده. فبغيره لا يتم تنزيل النص على الواقع، والعقل ابتداءً يميز بين الوحي الصحيح، وبين الدجل والخرافة والكهانة الكاذبة. فكما أنه وسيلة الإنسان إلى الفكر الصحيح والعلم النافع، فهو وسيلته قبل ذلك إلى الهداية وإلى الإيمان بالوحي ورسالات السماء.

(٣) كذلك فإنّ العقل بما يملك من طاقات إدراكية أودعها الله فيه ذات دور مهم في الاجتهاد والتجديد إلى يوم القيامة؛ وذلك بالنظر إلى انقطاع الوحي، فالعقل له دور في استقراء الجزئيات والأدلة التفصيلية التي يجمعها مفهوم معنوي عام، باعتباره مبنى من مباني العدل، وهى الأصول الكلية، والقواعد العامة التي تستشرف مقاصد ومصالح إنسانية مادية ومعنوية يعبر عنها بالحاجات والمطالب، والعقل يرد الفروع والجزئيات التي تنزل في الواقع، وليس لها نص إلى الأصول والكليات المنصوصة من خلال ما عُرف بالقياس وغيره. والعقل يقيم النظم والمؤسسات التي يتذرع بها لتحقيق هذه الكليات والأصول والقواعد العامة في الواقع المتغير، وإلا فإنّ هذه الكليات والأصول من حيث ذاتها لا تحقق لها في الخارج إلا عن طريق تلك النظم التي يؤسسها النظر العقلي. ومن ثم كان العقل أداة وصل الدين بقضايا الواقع.

(٤) العقل مناط التكليف بخطاب الشارع طلباً أو كفاً أو تخييراً أو وضعاً؛ لأنّ التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال، فالمجنون، والصبي الذي لا يميز، يتعذر تكليفه؛ لأنّ المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب، فهو يتوقف على فهم تفاصيله. إذن فعماد التكليف العقل؛ لأنّ التكليف خطاب من الله ولا يتلقى ذلك الخطاب إلا من يعقل ويدرك معناه.

وهكذا تبدو ضرورة العقل وأهميته المصلحية بوصفه أصلاً من أصول المصالح التي بدونها لا مجال لوجود الإنسان ولا لحياته الاجتماعية من بقاء، كذلك بدون العقل لا يوجد مجال للتلقي عن رسالة الوحي بوصفها مصدراً للمعرفة والعلم والتوجيه، ولا مجال لمسئولية الخلافة الإنسانية وإعمار الكون دون وجود العقل وإعمال دوره ووظيفته في الفهم والإدراك

والتمييز بين المصالح والمفاسد ، ومن هنا كفلت الشريعة أحكام حفظه باعتباره كياناً وجودياً في الإنسان، وضابطاً لدوره ووظيفته في الكون^١.

قواعد الشريعة في حفظ العقل

ومن هذا المنطلق يأتي منظور الشريعة في حفظ العقل ، فأخطر أنواع الانحراف هو انحراف الفكر والبعد به عن القصد إفراطاً أو تفريطاً ، ذلك أنّ السلوك نابع منه ومتأثر به ، ولهذا كانت العناية بتقويم الفكر وتصحيح الاعتقاد هي أول نقطة في أي برنامج من برامج الإصلاح التي جاء بها الأنبياء ، ولذلك يقول الرسول صلى الله عليه وسلم "ألا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله ، وإذا فسدت فسد الجسد كله ، ألا وهي القلب". والقلب أحد معاني العقل كما سبق.

والانحراف الفكري ينتج عن خلل في البناء الفكري ، وهذا الخلل قد يعود إلى الأمور الآتية أو إلى أحدها:

- (١) الجهل بأصول التشريع: الكتاب، السنة، الإجماع، القياس، أو الإعراض عن الأخذ بهذه الأصول أو إحداها، مثل من سموا أنفسهم بـ "القرآنيين" الذين لا يرون في غير القرآن حجة ، وينكرون حجة السنة.
- (٢) الجهل بمناهج التعامل مع هذه الأصول، كالجهل بماخذ الأدلة وأدوات الاستنباط أو الجهل باللغة العربية - لغة الوحي - وأساليبها، وإجمالاً بمنهج تحليل نصوص الوحي واستنباط الحكم منها.
- (٣) وجماع الأمرين السابقين صدور الاجتهاد من غير أهله مع الجهل بمقاصد الشريعة والمصالح المعتبرة شرعاً.

والانحراف الفكري والعقائدي كانت له آثار سياسية خطيرة في الممارسة السياسية في التاريخ الإسلامي ارتبطت بالموقف من النظام السياسي والقيادة السياسية، وعرفت فقهاً بقضية الخروج على الحكام، وتكفير المجتمع، وكانت قضية الإمامة هي المركز الذي استقطب أصحاب هذا الفكر في أول خلاف سياسي في تاريخ الإسلام ممثلاً في فكر الخوارج والشيعة. وظاهرة الانحراف والغلو الفكري لبعض تيارات لصحوة الإسلامية تعود في بعض أسبابها إلى الخلل في البناء الفكري والمنهجي، الذي أدى إلى كثير من السلبيات والمواقف التي تتناقض مع المقاصد والمصالح الشرعية العامة للأمة^٢.

ثالثاً : الحفاظ على الدين

الإسلام يقر حرية الفكر والدين والوجدان ، وقد أعلنها الله جل شأنه قبل أربعة عشر قرناً وثلاث في قوله تعالى : (لا إكراه في الدين)^٣ ، (لكم دينكم ولي دين)^٤ ،

^١ - المرجع السابق.

^٢ - المرجع السابق.

^٣ - البقرة : ٢٥٦.

^٤ - الكافرون : ٦.

ولكل الحرية في أداء شعائره دينه ، وقد تمتع غير المسلمين في ظل دولة الإسلام بالحرية الدينية ، وأداء شعائره الدينية بكامل حريتهم ، وقد نهى الله جل شأنه عن التعرض في الحروب للكنائس ، والمعابد ، وعلى رجال الدين ، وجعل لها حرمة كحرمة المساجد ، يجب حمايتها ، والدفاع عنها ، يقول تعالى: (وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَهْذَمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا وَلَيَنْصُرَنَّ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ) ^١ ، وقوله جل شأنه: (وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مَنْ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ) ^٢ وعن ابن عباس رضي الله عنه: أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا خطب في بعض جيوشه قال: " لا تقتلوا أصحاب الصوامع " ، كما عقد الرسول صلى الله عليه وسلم وثيقة المدينة مع سكان المدينة بمن فيهم اليهود ، ومع نصارى نجران ، ومنحهم حق حرية العقيدة ، وممارسة شعائره الدينية في معابدهم وكنائسهم ، كما أعطى الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه عهد الأمان لأهل بيت المقدس ، وأعطى عمرو بن العاص رضي الله عنه عهد الأمان لأهل مصر ، وحریتهم في العقيدة ، وممارسة شعائره الدينية ، كما أن السلطان محمد الفاتح أعطى - حين دخل القسطنطينية فاتحاً - لبطريك المدينة السلطة على رعيته من النصارى ، بحيث لا تتدخل الدولة في عقائدهم ولا في عباداتهم. وحرص إعلان القاهرة لحقوق الإنسان في الإسلام الذي تمّ إعلانه سنة ١٩٩٠م على حرية العقيدة انبثاقاً من مبدأ الإسلام الذي أوّل من نادى بحق الإنسان في حرية عقيدته في قوله تعالى (لا إكراه في الدين) ، وفي قوله جل شأنه : (لكم دينكم ولي دين) ، فجاء في المادة العاشرة من هذا الإعلان هذا النص : " الإسلام هو دين الفطرة ، ولا يجوز ممارسة أي لون من الإكراه على الإنسان ، أو استغلال فقره ، أو جهله لحمله على تغيير دينه ، إلى دين آخر ، أو إلحاده. وجاء في البند (أ) من المادة (١٨) من ذات الإعلان هذا النص : " لكل إنسان الحق في أن يعيش آمناً على نفسه ودينه وأهله وعرضه وماله."

كما نصّت المادة رقم (٣٠) من الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي أُعلن عنه سنة ١٩٩٧م :

- (١) " لكل شخص الحق في حرية الفكر والعقيدة والدين ، ولا يجوز فرض أية قيود عليها إلّا بما نصّ عليه التشريع النافذ"
- (٢) " لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه ، أو معتقده ، أو ممارسة شعائره الدينية بمفرده ، أو مع غيره ، إلّا للقيود التي ينص عليها القانون ، والتي تكون ضرورية في مجتمع متسامح يحترم الحريات ، وحقوق الإنسان لحماية السلامة العامة ، أو النظام العام ، أو الصحة العامة ، أو لحماية حقوق الآخرين وحررياتهم الأساسية."

لقد جاءت الآيات القرآنية والأحاديث النبوية لترسيخ العقيدة في قلوب العباد ، ودعوة الناس إلى توحيد الله سبحانه وتعالى ، وإفراده بالعبودية ، وللتنفير من الشرك واتخاذ

^١ - الحج : ٤٠ .

^٢ - يونس : ٩٩ .

الأرباب من دون الله ، وجعل ما دون هذا المقصد خادماً ووسيلة إلى إقامته ورعايته ، فقوله تعالى : (وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ)^١ ، وقوله (رُسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا) هذه الآيات تبين أن المقصود من بعثة الرسل تبليغ هذا الدين للناس حتى يفرّدوا الله بالعبادة ، وحتى لا يكون لهم حجة على الله يوم القيامة ، يقول سبحانه وتعالى في المحافظة على الدين : (وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ)^٢

عقوبة الردة في الإسلام

إن عقوبة الردة لا تتناقض مع حرية العقيدة ، ومع قوله تعالى : (لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِنَ بِاللَّهِ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ لَا انْفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)^٣ . فالخلاف في المادة (١٨) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حول الحرية في تغيير الدين ، والخلاف هنا فيما يختص بالمسلم ؛ إذ لا يحق له أن يغير دينه ، لأن الإسلام خاتمة الأديان السماوية ، وهو أتمها وأكملها (اليَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا)^٤ ، فهل يغير المسلم دينه المكتمل بدين لم يكتمل؟

إن غير المسلم دينه يعتد مرتدًا ، وعليه أن يُستتاب ويُناظر ، وإن أصر على ترك دينه يقتل ، والمسلم عندما يسلم ، فهو يعلم أن هذا الدين إن تركه بعد الدخول فيه يعد مرتدًا ، وعليه عقوبة ، وقبل بهذا ، وعليه الالتزام بما عاهد الله عليه لأنه يعد عهدًا بين العبد وخالقه.

وفي العصر الحديث الإنسان الذي يلتزم ، واخل بالتزاماته أمام الدولة له عقوبات قد تصل إلى الإعدام ، وفي الدول الشيوعية المعاصرة يعتبر أن من يعود إلى دين كان عليه قبل الشيوعية ، أو من يترك الحزب الشيوعي يعتبر خائنًا للحزب ، وتوقع عليه عقوبات قد تصل إلى الإعدام ، ومع هذا فإن تلك الدول تتكرر على من يؤمن بالله حقه في رد عبث العابثين ، واستهزاء المستهزئين عن دين الله عز وجل ، فقد قص الله تعالى من مواقف أهل الكتاب ما يؤكد هذه المعاني^٥. ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم " من بدل دينه فاقتلوه "^٦

^١ - الذاريات : ١٥٦ .

^٢ - النساء : ١٦٥ .

^٣ - آل عمران : ٨٥ .

^٤ - البقرة : ٢٥٦ .

^٥ - المائدة : ٣ .

^٦ - د. صالح بن عبد الرحمن الشريدة : حقوق الإنسان في المملكة العربية السعودية ، ١١/٢ ، ٦١١ ، ط١ ، سنة ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م .

^٧ - رواه البخاري في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما ، ابن ماجه : سنن ابن ماجه ، حديث رقم (٢٥٣٥) .

رابعاً : الحفاظ على العرض والنسل

حفاظاً على الأعراس والنسل حرم الله الزنا ، يقول تعالى : (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدُ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ) إضافة لعقوبة الجلد فإنّ القران يقرّر عقوبة الطرد من المنزل على الزانية المطلقة التي ما زالت في بيت زوجها لقضاء عدتها اذا ثبت ارتكابها لجريمة الزنا ، وهو ما ورد في الآية (١) من سورة الطلاق (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا).

وهناك أيضا عقوبة أخرى يضيفها القران للتي تزني بعد الطلاق بشرط ثبوت الجريمة عليها ، وهي أن يعضلها (يمنعها) زوجها من الزواج مرّة أخرى حتى ترد له بعضاً من المال الذي أعطاه لها في الصداق ، وهذا ما جاء في الآية (١٩) من سورة النساء (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ). أمّا اذا تزايدت الشواهد على انحراف امرأة دون ثبوت الزنا عليها بطريقة بيّنة فإنّ عقوبتها بعد أشهاد أربعة شهود هي الحبس في البيت حتى تموت أو يجعل الله لها مخرجاً ، وهذا ما قررته الآية (١٥) من سورة النساء (وَاللَّاتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا).

كذلك يتحدّث القران عن الفاحشة بين الرجال (اللواط)، والفاحشة بين النساء (السحاق)، ويذكر العديد من العقوبات في هاتين الحالتين (مثل الإمساك في البيوت).

كما حرّم الخالق جل شأنه قذف المحصنات بالزنا ، وجعل عقوبته ثمانين جلدة (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً)^٢ ، وقوله تعالى (إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ).^٣ والقذف قد يكون بالتصريح أو بالتلميح (أي بالتعريض أو الكناية) وإن كان التعريض عند عدد من الفقهاء لا يعتبر قذفاً إلا إذا اعترف القاذف بقصد القذف فيقام عليه الحد. والسبب في ذلك أن التعريض فيه احتمال ، "والاحتمال شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات كما ورد في حديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم: " ادروا الحدود بالشبهات". وكل مسلمة عفيفة تكون محصنة بالإسلام، وبالغفاف الذي يأمر به دينها، وبالعقل، وبالبلوغ، وبحرية الإرادة، وبالتزوج، وفي ذلك يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من أشرك بالله فليس بمحصن" (البخاري، ومسلم)

١ - النور: ٢.

٢ - النور: ٤.

٣ - النور: ٢٣.

خامساً : الحفاظ على المال

قال تعالى (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا) 'و قال جل شأنه :
(وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ)
أوقال صلى الله عليه وسلم " لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده" ٣ ، وقال عليه
الصلاة والسلام : " على اليد ما أخذت حتى تؤدي" ٤ فحرمت الشريعة السرقة والتبذير ،
وأوجبت الضمان حفظاً للمال . ٥

١ - النساء : ٥ .
٢ - المائدة : ٣٨ .
٣ - رواه البخاري في صحيحه .
٤ - أبو داود : سنن أبي داود ، ٨٢٢١٣ ، الترمذي : سنن الترمذي ، ٣١٣ ، وقال حسن صحيح .
٥ - د. يوسف أحمد محمد البدوي : مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ، ص ٦٥ ، ط ١ ، ١٤٣٠م/٢٠٠٩م ، الرياض : دار الصميعي للنشر والتوزيع .

الفصل الثاني السجن ومشروعيته في الإسلام

تعريف السجن

السَّجْنُ لغة :

هو بفتح السين مصدر سَجَنَ بمعنى حبس ، وبكسر السين مكان المحبس ، والجمع سجون ، وفي التنزيل العزيز (رَبِّ السَّجْنِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ) ويقال في المثل : ليس شيء أحق بطول سجن من لسان ، والقائل هو الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه .

والحبس ضد التخلية ، فهو بمعنى الربط ، يقال : أحبس فرساً في سبيل الله أي : وقف. ويُقال الرجل : سَجِين ، ومسجون . وجمعه : سَجْنَاءُ وسَجْنَى. ويُقال للمرأة : سَجِين وسجينة ومسجونة ، وللجماعة : سَجْنَى (بفتح السين وسكون الجيم) وسجائن .

والسجن : المحبس ، جمعه : سجون. ويُقال : سجنه سَجْنًا بمعنى : حبسه ، ويسمى من يتولى أمر المسجونين وحراستهم ساجن ، وجمعه : سَجَّان ، والسجَّان : مأمور السجن.

والسجَّين : موضع السَّجْن ، وهو من أسماء جهنم ، وقيل إنَّه موضع فيه كتاب الفجَّار^٢ ، قال تعالى : (كَلَّا إِنَّ كِتَابَ الْفُجَّارِ لَفِي سَجِّينٍ)^٣

السجن اصطلاحاً:

قليل من الفقهاء من عرّف السَّجْنَ (المصدر) ، ومن هؤلاء ابن تيمية والكاساني . قال ابن تيمية : " هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه. ^٤ وقال الكاساني : هو منع الشخص من الخروج إلى أشغاله ومهامه الدينية والاجتماعية.^٥

وكما يبدو - كما يقول الأستاذ الدكتور حسن أبو غدة - " فإنَّ المعنى الشرعي للسجن منقول عن المعنى اللغوي الدال على مطلق المنع ، وفي كلام ابن تيمية وغيره ما يفيد: أنَّ الربط بالشجرة سَجْن ، والجعل في البيت ، أو المسجد سجن ، وعليه فليس من لوازم السجن الشرعي الجعل في بنیان خاص معد لذلك ، وهذا أعم من المعنى المتعارف عليه الآن ، وخاصة في القانون ، حيث يُطلق السجن على تنفيذ الحكم في مكان معد للحبس.^٦

^١ - يوسف : ٣٣.

^٢ - ابن منظور : لسان العرب ، الفيروز أبادي: القاموس المحيط ، مجمع اللغة العربية : المعجم الوسيط ، الرازي : مختار الصحاح.

^٣ - المطفوفون : ٧.

^٤ - ابن تيمية : الفتاوى ، ٣٩٨\٣٥؛ وانظر : ابن القيم : الطرق الحكمية ، ص ١٠٢. فقد ذكر التعريف ، ولم ينسبه لشيخه ابن تيمية ، وهو له كما هو واضح . ل. أ. د. حسن عبد الغني أبو غدة : فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون.

^٥ - الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: المطبعة الجمالية بمصر ، ١٣٢٨هـ / ١٩١٠م.

^٦ - أ . د. حسن أبو غدة : فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون ، ص ٤٠.

تعريف الحبس لغة واصطلاحاً:

الحبس هو المنع والإمساك ، مصدر حبسته ، ويطلق على الموضع ، وجمعه " حُبُوس " مثل : " فُلُوس " ، ويُقال للرجل : محبوس وحبيس ، وللجماعة : محبوسون ، وحُبُس ، وللمرأة : حبيسة ، وللجمع : حبائس ، ولمن يقع منه الحبس : حابس.^١

هذا ولم يفرق القرآن الكريم والحديث الشريف بين السجن والحبس في الدلالة؛ لأن ما بمعنى المنع والتعويق مطلقاً ، قال تعالى : (قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ...)^٢ ، وقال أيضاً : (تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ) ^٣ وفي الحديث : " الدنيا سجن المؤمن " .^٤ ، وفي آخر " إنَّ الله حبس عن مكة الفيل " .^٥ وجاء نحو هذا في كتب الفقه^٦ والأدب^٧ ، والتاريخ.^٨

تعريف الحبس قانوناً:

أمّا في القانون فالأمر مختلف ، فالقانون المصري يريد بلفظ " السَّجْن " (المصدر) المدة التي لا تنقص عن ثلاثة سنين ، وبالحبس المدة التي لا تنقص عن أربع وعشرين ساعة ، ولا تزيد على ثلاث سنين.^٩

والقانون الكويتي يستعمل كلمة الحبس " المصدر " للعقوبة القليلة والكثيرة سواء كانت مدتها يوماً واحداً ، أو مؤبداً ، ولا يُستعمل لفظ السَّجْن (بالفتح) في ذلك للدلالة على العقوبة ، بل يُستعمل لفظ " السَّجْن " بالكسر للدلالة على مكان تنفيذ العقوبة.^{١٠} والقانون التونسي يقتصر على استعمال لفظ " السَّجْن " (المصدر) للدلالة على المدة التي لا تتجاوز عشرة أعوام ، فإذا زادت سمّاها الأشغال الشاقة مع بيان المدة ، ويطلق كلمة " السَّجْن " للدلالة على المكان.^{١١} فلا حرج علينا من استعمال لفظ " السَّجْن " (بالفتح) والحبس مصدرين بمعنى التعويق مطلقاً – بغض النظر عن الاستعمالات القانونية – اتباعاً لاستعمال أهل اللغة والفقه ، ولا بأس من استعمال كلمة " السَّجْن " (بالكسر) بمعنى

^١ - ابن منظور : لسان العرب ، إسماعيل بن حماد الجوهري لصحاح ، أحمد بن علي الفيومي : المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، مادة (حبس).

^٢ - يوسف : ٢٥ .

^٣ - المائدة : ١٠٦ .

^٤ - مسلم : ٢٢٧٢/٤ .

^٥ - محمد فؤاد عبد الباقي : اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ، طبع وزارة الأوقاف الكويتية ، ١٣٩٧هـ / ١٩٧٧م .

^٦ - حاشية ابن عابدين : ٦٦ / ٤ .

^٧ - الجاحظ: البيان ، ٢٨٧/٣ .

^٨ - ابن كثير : البداية والنهاية ، ٧/١٤ ، ابن الأثير : الكامل ، ٢٩٢/٣ .

^٩ - انظر عطية الله : دائرة المعارف ، مادة " سجن " و " حبس " .

^{١٠} - د. إبراهيم أحمد محمد إبراهيم : قانون الإجراءات الجنائية ، ص ٧٨٨ - ٧٨٩ ، مطبعة دار الشرق الأوسط بالقاهرة ، ١٩٦٥ .

^{١١} - انظر المجلة التونسية : الفصل : ٥ ، ١٠ ، ١٣ ، ٩٥ ، ٩٦ .

مكان الحبس ، واستعمال كلمة الحبس بمعنى " العقوبة " لأنّ ذلك هو المتبادر إلى الذهن غالباً.^١

الوقف لغة:

الحبس ، وجمعه أوقاف ووقوف بمعنى أحباس وحُبس.

الوقف اصطلاحاً:

إعطاء منفعة شيء مدة وجوده على ملك المعطي.^٢ والتوافق اللغوي بين الوقف والحبس. والحبس.

أمّا الصلة الفقهية : فإنّ الحبس يصدق على الأشخاص ، والوقف على الأعيان.

الوقف قانوناً:

يُقصد بالتوقيف والموقوف : الحالة والسجناء الذين لم يبيت القضاء في أحكامهم لعدم تجاوزهم مرحلة الاتهام . ويُعامل هؤلاء معاملة أقل تشدداً منها مع السجناء الآخرين " من حيث المكان واللباس والزيارة وغيرها.

الاعتقال لغة واصطلاحاً:

هو في اللغة : الحبس ، يُقال : اعتقلت الرجل : حبسته ، واعتقل لسانه : إذا حُبس ومنع عن الكلام^٣ ، ومن ذلك قول الشاعر أثير الدين أحد شعراء الحكمة في القرن السادس - وهو في حبسه :

أفادني السجن منه عقلاً لعقله سمي اعتقالاً^٤

الاعتقال قانوناً:

ويُراد بالشخص المعتقل في القانون : الموقوف قبل المحاكمة - كما تقدم آنفاً - لأنّ الاعتقال هو التوقيف ، ويصفونه أنّه : حبس المتهم عن مباشرة أموره حتى يُحاكم^٥ .

الأسر لغة:

هو مصدر " أسرته " ، ويُقال للواحد أسير، ويُجمع على أسرى وأسارى (بضم الهمزة وفتحها) ، والإسار: هو القيد الذي يُشد به الأسير. ويُسمّى كل أخيد : أسيراً ومسجوناً ، وكل محبوس في قيد ، أو سجن يُقال له : أسير^٦. قال مجاهد وابن العربي في تفسير الآية:

^١ - أ.د. حسن أبو غدة : مرجع سابق ، ص ٤١.
^٢ - صالح عبد السميع الأزهرى : جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ، ٢٢٠٥ : أبو الحسن : ٢١٧ \ ٢ ، ابن جزى : ٢٤٣.
^٣ - الفيومي : المعجم الوسيط ، مادة : " عقل".
^٤ - مزهر عبد السوداني: الشعر العراقي في القرن السادس الهجري ، ص ٧٧ ، نشر وزارة الثقافة العراقية ، طبع بيروت ، ١٩٨٠ م.
^٥ - المعجم الوسيط : مادة : " عقل".
^٦ - ابن منظور : الفيروزآبادي : مادة " أسر"

(وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا) الأسير : المسجون ^٢ ، وفي الحديث الشريف : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال لرجل حبس رجلاً في زريبة ^٣ استولى عليها : ما تريد أن تفعل بأسيرك؟ ^٤

الحجز:

من معانيه اللغوية: المنع ^٥ ، فهو بدأ يتفق مع الحبس إلا أنه يُراد به عند القانونيين: التدبير الاحتياطي، ويسمونه: الحجز الاحترازي ، أو الإيقاف التحفظي، وهو وسيلة أمن يتلافى بها اقتراح جرائم جديدة ، وقد تكون ضماناً لتنفيذ العقوبة ، أو طريقة لتوقيف سير البحث.

وهكذا نجد أن للسجن والحبس والأسر والحجز والاعتقال دلالة لغوية واصطلاحية متقاربة، يُراد بها تعويق الشخص عن التصرف بنفسه ، والخروج إلى أشغاله.

مشروعية عقوبة الحبس في الإسلام

يسود الاعتقاد لدى العديد من الباحثين بأن العقوبات الحبسية ليست ذات موضوع في ظل النظام الجنائي الإسلامي، خاصة وأن مسألة حقوق السجين لم تطرح إلا بعد تطور الفكر الجنائي والعقابي في القرن ، ١٨ لكن الشريعة الإسلامية اعتنت عناية دقيقة بالشروط العامة التي يتم فيها تنفيذ العقوبة ، سواء العقوبات السالبة للحرية أو العقوبات البدنية ، فكلاهما تحكمه مبادئ معينة هي بمثابة ضمانات لمرحلة التنفيذ ، كعدم الإيلام وتأجيل التنفيذ لأسباب إنسانية أو التنفيذ بالأسر، وكما هو معلوم فإن العقوبات السالبة للحرية هي تلك العقوبات التي تندرج ضمن إطار ما يعرف في الفقه الإسلامي بالعقوبات التعزيرية.

مشروعية عقوبة الحبس في القرآن الكريم

وقد استدلل العلماء على أصل مشروعية الحبس بهذه الآيات الكريمة :

• (وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فاسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَقَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ...) ^٦ ، وبيان هذا هذا : أنه كانت المرأة في صدر الإسلام إذا زنت ، وشهد عليها بذلك أربعة شهود حبست في البيت ^٧ ، ثم شرع الله لها أحكاماً أخرى. واختلف العلماء حول نسخ هذه

^١ - الإنسان : ٨.

^٢ - ابن كثير : ٤٤٥١٤ ؛ ابن العربي : ١٨٨٦ / ٤.

^٣ - زريبة : طنفسة .

^٤ - أبو داوود ، وهو حسن ، انظر : ابن الأثير : جامع ١٨٥١٠ ، ٢٠٠ .

^٥ - الفيروز آبادي : مادة : حجز.

^٦ - النساء : ١٥ .

^٧ - أحمد بن علي الرازي الجصاص (من علماء الحنفية ت ٣٧٠هـ) : أحكام القرآن ، ٢ / ٣٨٦ ، نشر دار الكتاب العربي ، بيروت .

الآية من حيث حبس الزانية فهو منسوخ بالرجم خاصة ، وبقي حكمه مع الجلد ^١ ، واختلفوا في الحبس المنسوخ : هل كان حداً بذاته ، أو توعداً بالحد الذي نزل بعدئذ؟ ، ومنهم من قال إنَّ الحبس نُسخ في الزنى فقط بالجلد والرجم ، وبقي مشروعاً في غير ذلك.^٢

• (**إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ ...**)^٣ ، وجه الاستدلال : قوله تعالى : (أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ) حيث فسّر النفي النفي بالسجن.^٤

• (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ الْآثِمِينَ**)^٥

• (**فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَأَحْضُرُوهُمْ**)^٦ ، وتقدم أن الحصر هو هو الحبس ، وهو المقصود بالآية عند جماعة من المفسرين ، وهي ليست منسوخة.^٧

• (**وَأَخْرَيْنَ مُقْرِنِينَ فِي الْأَصْفَادِ ..**)^٨

• (**قَالَ رَبِّ السِّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ..**)^٩ وذكر أن يوسف عليه السلام دخل السجن ولبت فيه بضع سنين (فلبث في السجن بضع سنين)^{١٠} ، والسجن ثابت بنص الكتاب والسنة والإجماع.

• (**وَلَكِنَّ لَمْ يَفْعَلْ مَا أَمَرُهُ لِيُسْجَنَ وَلِيَكُونَنَّ مِنَ الصَّاغِرِينَ**)^{١١} ، فالله تعالى عندما قص علينا هذه القصة أنكر إدخال يوسف عليه السلام السجن لما في ذلك من الظلم ، ولكنه لم ينكر الحبس ذاته ، بل أوردته وأقره.^{١٢}

^١ - الزمخشري : الكشاف ١١ / ٣٨٦ ، الجصاص : أحكام القرآن ، ١٠٦١٢ .

^٢ - ابن العربي : أحكام القرآن ، ١١ / ٣٧٦ ، السرخسي : المبسوط ، ٨٨١٢٠ ، ابن مفلح : الفروع ، ٥٧٦ .

^٣ - المائة : ٣٣ .

^٤ - الرفاعي : تيسير القدير لاختصار تفسير ابن كثير ، ٤٣١٢ ، والزليعي : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ٤ / ١٧٩ ، وصبحي المحمصاني : النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، ٥١٣ ، ٥١٢٢ .

^٥ - المائة : ١٠٦ .

^٦ - التوبة : ٥ .

^٧ - أ.د. حسن أبو غدة : فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون ، ص ٦٢ ..

^٨ - ص : ٣٨ .

^٩ - يوسف : ٣٣ .

^{١٠} - يوسف : ٤٢ .

^{١١} - يوسف : ٣٥ .

^{١٢} - أ.د. حسن أبو غدة : فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون ، ص ٦٣ .

- (فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَثْبَتْتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَتَأَقَ فَإِذَا مَنَّا بَعْدُ وَإِذَا فِئَاءٌ حَتَّىٰ تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا)^١ ، والآية محكمة غير منسوخة عند المحققين من المفسرين^٢ ، وفيها الأمر بمقاتلة الكفار وتقييد أسراهم منعاً لهم من الهرب ، والأسير في الحقيقة محبوس ، بل يسمى مسجوناً^٣.

مشروعية عقوبة الحبس في السنة النبوية

ما رواه أبو داود في سننه عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : "حبس رجلاً في تهمة"^٤

ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : "لي الواجد يحل عرضه وعقوبته"^٥ ، وجه الاستدلال قوله صلى الله عليه وسلم (يحل عرضه) فإن معناه : تغليظ العقوبة ، ومن ضمن ذلك العقوبة بالحبس.

وقوله صلى الله عليه وسلم : "مطل الغني ظلم"^٦ ، ووجه الاستدلال : إن امتناع المدين عن قضاء دينه مع القدرة عليه من الظلم ، وإن الظالم يحبس ، كما فسّر ذلك كثير من العلماء.^٧

مشروعية عقوبة السجن في الإجماع

ما نص عليه صاحب تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق بقوله : "وأما الإجماع فلأن الصحابة - رضي الله عنهم - ومن بعدهم أجمعوا عليه."^٨

الحكمة من مشروعية السجن في الإسلام الحصول على مزيد من نتائج المناقشات

١+ لهذا بشكل عام. [تراجع الحصول على مزيد من نتائج المناقشات](#)

إذا كانت العقوبة هي الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع ، حسب بعض الفقهاء ، فإن المقصود من فرض العقوبة على عصيان أمر التنازع هو إصلاح البشر وحمايتهم من المفسد واستفادهم من الجهالة وإرشادهم من الضلالة وكفهم عن المعاصي وبعثهم على الطاعة ، فالعقوبات ، كما يرى بعض الفقهاء هي : موانع قبل الفعل ، زواجر بعده ومن ثم فإن العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإقامتها بعده يمنع العودة إليها.

^١ - محمد : ٤ .

^٢ - انظر تفسير هذه الآية في تفسير ابن كثير وابن العربي.

^٣ - أ.د. حسن أبو غدة : فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون ، ص ٦٣ .

^٤ - أبو داود : سنن أبي داود > حديث رقم (٣٦٠٣) .

^٥ - ابن حجر العسقلاني : فتح الباري ، ١٠ / ١٣٧ ، وابن ماجه : سنن ابن ماجه ، ١٢ / ٨١١ ، حديث رقم (٢٤٢٧) .

^٦ - ابن حجر العسقلاني : فتح الباري ، ١٠ / ١٣٦ ، وابن ماجه : سنن ابن ماجه ، ١٢ / ٨١١ ، حديث رقم (٢٤٠٤) .

^٧ - السويلم ، ص ٨٤ .

^٨ - الزيلعي : ١٧٩ / ٤ .

وهكذا فإن العقاب في مقاصد الشريعة الإسلامية مقرر لإصلاح الأفراد وحماية الجماعة وصيانة نظامها الاجتماعي والحضاري ، كما أنّ حدها وتقنينها يتقرر بحسب حاجة الجماعة إليها ، وذلك بما يسهم في تحقيق أمنها واستقرارها ، يقول ابن تيمية بأنّ العقوبة : إنّما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده ، فهي صادرة عن رحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم ، ولهذا ينبغي لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة لهم ، كما يقصد الوالد تأديب ولده ، وكما يقصد الطبيب معالجة المريض ، ولذلك فإن تأنيب الجاني ينبغي ألا يخرج عن إطاره الصحيح الذي رسمته مقاصد الشريعة ، فالانتقام لا يعد هدفاً للعقوبة ، والعقاب لا يعني الانتقام من مرتكب الجرم ، بل يعني الاستصلاح أولاً ثم الزجر ثانياً ، وهكذا فإنّ حجم العقاب يختلف باختلاف الجرم المرتكب ، كما أنه يختلف باختلاف الأشخاص ، فالعقاب ليس واحداً بالنسبة للفعل الواحد ، بل يختلف حسب الأشخاص... فعلى عكس القوانين الوضعية ، فإنّ الشريعة الإسلامية لم تفرض لكل جريمة من جرائم التعازير عقوبة معينة ، بل تركت للقاضي الحرية في اختيار نوع العقوبة وكمها ، ذلك أنّ تقييد القاضي بعقوبة معينة قد يمنع العقوبة من بلوغ مقاصدها المتمثلة في الزجر والإصلاح.

ويعتبر الحبس من العقوبات التعزيرية التي يمكن للقاضي الحكم بها إذا رأى فيه تحقيق غاية العقوبة وهدفها ، وهو نوعان محدد المدة وغير محدد المدة.

السجن في الإسلام ومعاملة السجناء داخل السجن السجن في الإسلام

من الثابت أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وخليفته الراشد أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - لم يتخذوا سجنًا معينًا ، بل كان السجن عندهما : إمّا في البيت ، أو في المسجد بربط السجنين في سارية من سواري المسجد ، أو يكون بملازمة الخصم لخصمه حتى يقضيه حقه ، وهذا ثابت في هذا الحديث الذي رواه أبو داود وابن ماجه عن الهرماس بن حبيب عن أبيه ، قال : " أتيتُ النبي صلى الله عليه وسلم بغريم لي ، فقال : " الزمه " ، ثم قال : " يا أبا بني تميم ما تريد أن تفعل بأسيرك؟" فدل هذا على أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يتخذ سجنًا معينًا ، وقد بقي الحال على ما كان أثناء خلافة الصديق - رضي الله عنه - وعندما انتشرت الرعية ، وتوسعت رقعة الخلافة الإسلامية في زمن الفاروق - رضي الله عنه - أشتري داراً بمكة المكرمة من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم ، وجعلها سجنًا يحبس^٢ فيها ، ولما تولى الخلافة بعده أمير المؤمنين عثمان بن عفان - رضي الله عنه - بنى سجنًا وسماه " نافعاً " ، ولكنه لم يكن حصيناً ممّا سهل انفلات المساجين منه ، فبنى سجنًا آخر ، وسماه " مخيسا " ، وقال فيه شعراً ، حيث قال :

^١ - ابن ماجه : سنن ابن ماجه ، حديث رقم (٢٤٢٨) ، وأبو داود : سنن أبي داود ، ٣١٤٣ ، حديث رقم (٣٦٢٩) .
^٢ - ابن قيم الجوزية : الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، ص ١٤٠\١٤١ ، وابن فرحون ، تبصرة الحكام ٢\٢١٥ ، سيد سابق فقه السنة ، ٤٦٤٣ ، ٤٦٣ .

ألا تراني كَيْسًا مكيًّا بَنِيْتُ بعد نافع مخيسا

وبهذا يكون أمير المؤمنين علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أول من بنى سجن في الإسلام^١.

مشروعية الحبس الاحتياطي

أجاز الإسلام حبس المتهم، واعتبره من السياسة العادلة والتصرف الحكيم، وذلك إذا تآيدت التهمة بقريضة قوية أو ظهرت علامات الشك والريبة على المتهم، أو كانت له سوابق في الانحراف والجريمة^٢.

روى أبو داود والترمذي والنسائي بإسناد حسن: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً في تهمة بد م "دعوى قتل" يوماً وليلة^٣.

وروى الشيخان أن النبي - صلى الله عليه وسلم - حبس يهودياً اتهم في قتل فتاة، فلم يزل به حتى أقر أنه قتلها، فقتله^٤.

وقد أجازت القوانين المعاصرة عامة حبس المتهم، على خلاف بينها في تحديد طبيعة الأفعال المبررة لهذا الحبس: هل هي جنائية، أم جنحية، أم متلبس بها، أم مهيباً لها؟^٥

مدة الحبس الاحتياطي

يرى بعض الفقهاء: أن مدة حبس المتهم لا ينبغي أن تزيد على ثلاثة أيام، وأجازت جماعة أخرى أن تبلغ شهراً، وقال آخرون: ليس لها حد أعلى، بل هي حسب اجتهاد القاضي وتقديره لظروف التهمة، والمدة التي يمكن أن ينكشف فيها حال المتهم، واتفقوا جميعاً على أنه لا يجوز تأخير حبس المتهم عن الحد اللازم، بل يجب التعجيل قدر الإمكان في التحقيق معه والكشف عن الحقيقة، وإظهارها دون تأخير ولا مماطلة^٦.

وقد أشار بعضهم إلى أن المدة التي تكفي في التحقيق في تهمة قتل، ربما لا تكفي في التحقيق في تهمة تزيف أو سرقة أو غير ذلك، والعكس صحيح أيضاً^٧.

هذا، وقد ذهب بعض القوانين إلى أنه لا يُزاد على ثلاثة أيام في استتطاق المشتبه فيه، ولا يُزاد على عشرين يوماً في توقيف ومساءلة المظنون به، وأجازت قوانين أخرى حبس المتهم مدة خمسة عشر يوماً، يمكن تمديدها - حسب الحاجة - على فترتين إلى خمسة وأربعين يوماً^٨. مع ملاحظة عدم جواز التباطؤ في التحقيق حتى لا يترتب على ذلك بقاء المتهم في الحبس ظلماً دون حاجة إلى ذلك^٩.

ويقول المستشار صالح الحناوي: "اختلفوا في مدة الحبس الاحتياطي، فقليل شهر، وقليل ليس بمقدر، بل هو موقوف على رأي الإمام واجتهاده على ألا تكون المدة طويلة. والمروي

^١ - الزيلعي: تبين الحقائق، ١٨٠٤، ١٧٩.

^٢ - أ.د. حسن أبو غدة: مجلة الوعي الإسلامي، عدد رقم (٤٤١).

^٣ - المرجع السابق.

أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم حبسَ في تهمة " يوماً وليلة فقط" ، وفي رواية " ساعة من نهار" ، وحبسَ رجلاً مدة يسيرة ، ثمَّ أطلقه بعد أن ظهرت براءته ، هذا وإن صحَّت هذه الروايات ، فالقول الراجح أنَّ الحبس الاحتياطي ، أي الحبس في تهمة ، يجب أن يكون لأقصر مدة ممكنة ، والواجب أن يحددها النظام ، أو القانون المنظم ، للحبس الاحتياطي ، وأن لا تمدد إلَّا بعد الترافع مجدداً في الموضوع ، والنظر فيما جدَّ من القرائن والأدلة^١.

وفي نظام الإجراءات السعودي لا تزيد مدة إيداع المتهم دار التوقيف على (٢٤) ساعة ، فإذا مضت هذه المدة وجب على مأمور التوقيف إبلاغ رئيس الدائرة المختصة بهيئة التحقيق والادعاء العام التي يتبعها المحقق ، وعلى الدائرة أن تبادر إلى استجوابه حالاً ، أو تأمر بإخلاء سبيله.

تعويض المتهم المحبوس حال ظهور براءته

إنَّ المبدأ السابق المستخلص من المسائل الآتية يدعو إلى القول: إن على الدولة معاقبة أو تضمين من يتسبب في حبس المتهم ، أو يتأخر في الإفراج عنه بغير قرينة مقبولة أو موجب شرعي ، وكذا تعويض المتهم عن الأضرار الواقعة عليه في مدة حبسه ، وخصوصاً إذا تجاوزت الحد اللازم المشروع عرفاً للكشف عنه واستبراء حاله بحسب ما سبق بيانه .

هذا ، ومما يمكن اعتماده دليلاً مؤنساً لما نحن بصدد ما رواه عبد الرزاق في "المصنف" وأبو عبيدة في "الأموال" ، وابن حزم في "المحلى" وغيرهم: أن رجلين من قبيلة غفار نزلا بمياه حول المدينة ، وعليها ناس من قبيلة غطفان معهم ظهر " إبل " لهم ، فأصبح الغطفانيون قد أضلوا بعييرين من إبلهم ، فاتهما الغفاريين بهما ، فأقبلوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكروا أمرهم فحبس أحد الغفاريين ، وقال للآخر: اذهب فالتمس " البعيرين " وعاد بهما ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للمحبوس: استغفر لي ، فقال: غفر الله لك يا رسول الله ، فقال النبي: ولك ، وقتلك في سبيله ، قال الراوي: فقتل يوم اليمامة .

ووجه الدلالة: أنَّ الرجل حبس بتهمة ثم ظهرت براءته ، فأطلقه النبي صلى الله عليه وسلم وعوّضه بدعائه له بالشهادة في سبيل الله ، وأعظم بهذا الدعاء النبوي وبهذه الشهادة ذات المكانة العظيمة عند الله تعالى ،^٢ قال تعالى: (ولا تحسبن الذين قتلوا في سبيل الله أمواتاً بل أحياء عند ربهم يرزقون) (٣) .

وقائع أخرى تؤكد مبدأ التعويض عن الضرر

مما يمكن اعتباره منسجماً مع هذا المبدأ: ما رواه النسائي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقسم شيئاً بين أصحابه ، فأقبل رجل وأكبَّ عليه ، فطعنه النبي بعرجون "عود" كان معه فجرحه ، فقال: تعال فاستقد " اقتص " قال: بل عفوت يا رسول الله .

^١ - المستشار صالح الحناوي: حقوق السجين في الإسلام ، منتدى المستشار صالح الحناوي <http://salehelhrawy.yoo7.com/t1941-topic>

^٢ - أ.د. حسن أبو غدة : مجلة الوعي الإسلامي ، عدد رقم (٤٤١).

^٣ - آل عمران :١٦٩.

ومن هذا القبيل أن عمر - رضي الله عنه - نهى عن طواف الرجال مع النساء ثم رأى رجلاً يفعله فضربه بالدرّة، ولما علم أن نهيه لم يبلغه عزم عليه أن يقتصّ منه أو يعفو عنه، ومن المنقول عنه قوله: " رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يقصّ من نفسه" [رواه النسائي]²

التعويض يشمل الأضرار المادية والمعنوية

قد يتبادر إلى الذهن أن التعويض عن الأضرار المادية يسلم به في ضوء النصوص السابقة، بخلاف التعويض عما يعرف بالأضرار المعنوية أو الأدبية³.

والجواب على هذا: أن استسماح النبي صلى الله عليه وسلم المحبوس من الغفاريين - في قصة الأنفة - يصلح في التعويض عن الأضرار المعنوية، ويضاف إليه ما يلي:

(١) ما رواه أحمد والحاكم وابن ماجه وغيرهم من حديث النبي صلى الله عليه وسلم: لا ضرر ولا ضرار، ومن المعلوم أن الضرر يكون مادياً ومعنوياً، وقد يكون المعنوي أفظع وأشد من المادي، قال الشاعر:

جراحات السنان لها التّام ولا يلتئم ما جرح اللسان

(٢) من المقرر عند علماء المسلمين: وجوب إزالة الضرر شرعاً، وذلك اعتماداً على القاعدة الفقهية المتفق عليها: "الضرر يزال" وإزالة الضرر تكون بإزالة آثاره وتداعياته.

(٣) ذكر المالكية: أن من سجن غيره بقصد تفويت منفعة عليه يضمن ذلك، ويعلم قصده بقوله أو بالقرينة.

(٤) نص الحنابلة على أن من غصب حراً وحبسه فعليه أجرته¹.

مواقف إيجابية في هذا الصدد من بعض الدول

اتجهت بعض الدول إلى وجوب تعويض المتهم المحبوس عند ظهور براءته عن عامة الأضرار التي لحقت به، سواء كانت مادية أو معنوية، ومن هذه الدول: بلجيكا، وسويسرا، والولايات المتحدة، وفرنسا.

كما صدرت أحكام قضائية في بعض البلدان العربية منها: المملكة العربية السعودية²، والكويت فيها تعويض متهمين - كانوا قد حبسوا - عن أضرار معنوية لحقت بهم، وتعتبر هذه المواقف خطوات إيجابية في الطريق الصحيح.

وزيادة على ما سبق رأت بعض الدول وجوب إعلان براءة المتهم في الصحافة ووسائل الإعلام الأخرى، وذلك من أجل العمل على رد الاعتبار الأدبي والاجتماعي إليه، وتصحيح وضعه وصورته في أذهان الناس.

١ - أ.د. حسن أبو غدة: مجلة الوعي الإسلامي، عدد رقم (٤٤١).

٢ - في السعودية تُعطي هذا الحق المادتان (٣٨)، (١١٧) من نظام الإجراءات الجزائية، والمادة (٨) من نظام ديوان المظالم، والمادة ٨١٢ من المرسوم الملكي رقم م ٤٢١ وتاريخ ١١/٢٩/١٣٧٧هـ من نظام مديرية الأمن العام.

وهكذا يتضح مما سبق: أن الحبس بتهمة أمر مقرر في الشرائع والأنظمة عامة، وذلك لمحاصرة الجريمة والكشف عن الفاعلين والوصول إلى الحقيقة، غير أنه من الأهمية بمكان التعجيل في التحقيق مع المتهمين وعدم التماذي في حبسهم من غير قرينة قوية مقبولة ولا موجب مشروع.

فإذا تجاوزت جهة ما تلك المسلمات الإجرائية، فأطالت حبس المتهم من غير مسوّغ، توجب عليها أن تعوضه عما لحقه من أضرار مادية ومعنوية، وتسائل الأشخاص الذين باشرُوا هذه التجاوزات وتنزل بهم الجزاءات المناسبة، وبذلك يمكن ضمان ورعاية حرية كل إنسان وأمنه الفردي، وهذا في مجمله يلتقي مع تعاليم الشريعة الإسلامية والاتجاهات القانونية المعاصرة.

الفصل الثالث

حقوق المسجون والمحبوس والمعتقل والأسير

حقوق السجين في الإسلام

حرص الإسلام على حفظ حقوق السجين ، ومن هذه الحقوق :

أولاً : مكان الاحتجاز

الحبس الشرعي ليس هو الحبس في مكان ضيق ، وإنما ينبغي أن يكون الحبس واسعاً ، ولا يجوز قفل باب السجن على المحبوس ، ولا جعله في بيت مظلم ، ولا إيذاؤه بحال^١. ومن الإيذاء التعريض للحر والبرد الشديدين ، الحبس في مكان سيء التهوية.

ثانياً : الطعام والكساء

ينفق على من في السجن من بيت المال ، وأن يعطى كل واحد كفايته من الطعام واللباس^٢ ، ومنع المساجين مما يحتاجون إليه من الغذاء والكساء والمسكن الصحي جور يعاقب الله عليه^٣ ،^٤

ثالثاً : العناية بصحة السجين

(١) الاهتمام بصحة السجين وضمان سلامته يعد من العوامل الموصلة إلى تحقيق أهداف الحبس في إصلاح السجناء ، وتقويم سلوكهم ، فضلاً عن كون النصوص الشرعية العامة بموجب المحافظة على النفس الإنسانية ، وإبعادها عن أسباب المرض والعجز والهلاك ، وقد حفل التاريخ الإسلامي بأخبار النشاطات الصحية والطبية التي بذلت في السجون الإسلامية ، بالإضافة إلى النصوص الفقهية ، أمّا عن حبس المريض ، فقد بحث الفقهاء مسألة حبس المدين المريض ، فيرى أحد الشافعية : أن المريض لا يعتبر من موانع الحبس ، والقول الآخر المعتمد عند الشافعية : " أن المدين المريض لا يُحبس ، بل يوكل به ، ويُستوثق عليه^٥ ، أمّا من حُكم عليه بحد فيما دون النفس ، وهو معذور بمرض ونحوه حُبس حتى يزول عذره ، ثمّ حد^٦ ، فإن كان حده في النفس لم يؤخر إلّا الحامل تؤخر حتى تضع ، ويستغني عنها المولود^٧ ذلك القصاص^٨ ، فأصحاب الأعدار

^١ - الرملي : الحاشية ١٨٨/٢ ، ابن تيمية : الفتاوى ١٧٩/٣٤ .

^٢ - تعطي هذا الحق للسجين المادتان ٢٢ ، ٢٢ من نظام السجن والتوقيف السعودي .

^٣ - ابن القيم الجوزية : الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، ص ١٤٠ .

^٤ - ما جاء في القواعد الدنيا بهذا الصدد الآتي : (١) توفر الإدارة لكل سجين ، في الساعات المعتادة ، وجبة طعام ذات قيمة غذائية كافية للحفاظ على صحته وقواه ، جيدة النوعية وحسنة الإعداد والتقديم . (٢) توفر لكل سجين إمكانية الحصول على ماء صالح للشرب كلما احتاج إليه .

^٥ - ابن عابدين : الحاشية ، ٣٧٨/٥ ، الدردير : ٣ / ٢٨١ ، القليوبي : ٢٩٢/٢ ، السيوطي : الأشباه ، ص ٤٩١ ، الجمل : الحاشية ، ٣٤٦ / ٥ ، المرادوي : ٢٧٧/٥ - ٢٨٠ .

^٦ - الحصكفي وابن عابدين : ١٦٤ ، الإمام مالك : المدونة ، ٢٠٦/٥ ، الأنصاري : أسنى ، ١٣٣/٤ .

^٧ - الحصكفي : ١٦٤ ، الدردير : ٣ / ٣٢٢ ، ابن قدامة : المغني ١٧١/٨ ، البكري : ١٢٩/٤ ، ١٤٩ .

المعتبرة شرعاً هم : المريض^٢ ، والحامل^٣ ، والنفساء^٤ ، والمرضع^٥ ، والمظنون حملها حتى تستبرأ^٦ ، والمجروح ، والمضروب^٧. حبس المريض : من مسائل التعزير الاجتهادية ، التي رجع أمر البتّ فيها إلى القاضي ، من خلال تقديره لموجب الحبس وخطورة المرض ، وإمكان رعاية المحبوس في السجن ، أو التوصية بمعاملته معاملة مميزة تبعاً لحاله. فالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه حبس ثمامة في المسجد ، وكان عليلاً ، فقال لأصحابه : " أحسنوا إيساره"^٨ ، كما أوكل إلى بعض أصحابه القيام على حفظ امرأتين حليلين من الزنى حتى تضعا . وروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما حبسا في نحو ذلك . ثم إن قواعد الشريعة لا تقر أن يفضي الحبس من غير موجب شرعي إلى هلاك السجين ، على أن الفقهاء القائلين بحبس المريض نصوا على ضرورة توفير أسباب معالجته^٩ . وإذا مرض المحبوس في سجنه ، وأمكن علاجه فيه ، فلا يخرج لحصول المقصود ، ولا يُمنع الطبيب والخادم من الدخول عليه لمعالجته وخدمته ، لأنّ منعه ممّا تدعو الضرورة إليه يفضي إلى هلاكه^{١٠} ، وذلك غير جائز^{١١} ، بل يترتب عليه إهلاكه ، أو الإضرار به مسؤولية جزائية^{١٢}.

والذي يبدو من كلام الشافعية والمالكية ، وبه صرح بعض الحنفية كالخصاف والكمال بن الهمام : أنه يخرج من سجنه للعلاج والمداواة صيانة لنفسه^{١٣} ، بل إن الشافعية يعدون المرض مانعاً من موانع الحبس^{١٤} . ولا تفرق الشريعة الإسلامية بين الأمراض الجسمية ، وبين الأمراض النفسية ، لأنّ إبعادها عن المحبوس يسهم في إصلاحه ، وإشعاره بالمسؤولية.

-
- ١ - الآبي : ٢٦٣/٢ ، المحلى : ١٢٤ / ٤ ، الكرمي : غاية ٢٥٨/٣ .
 - ٢ - الكراييسي : الفروق ٢٩٥/١ ، ابن رشد : ٤٣٨/٢ ، ابن قدامة : ٨١٧٣ ، القليوبي : ١٨٣ / ٤ ، الشوكاني ك نيل الأوطار ، ١٢٧ ..
 - ٣ - الحصكفي : ١٦ / ٤ ، الدردير : ٣٢٢/٤ ، ابن قدامة : ١٧١/٨ .
 - ٤ - المواضع السابقة عند الحصكفي ، وابن قدامة والأنصاري والشوكاني .
 - ٥ - المواضع السابقة عند الحصكفي والآبي وابن قدامة .
 - ٦ - الصعيدي : ٢٦٠ / ٢ ، ٢٧٣ .
 - ٧ - الأنصاري : أسنى ١٣٣/٤ .
 - ٨ - ابن شبة : تاريخ المدينة ، ٤٣٦/٢ .
 - ٩ - ابن الهمام : ٤٧١ / ٥ ، الحصكفي وابن عابدين : ٣٧٨ / ٥ ، الدسوقي : ٢٨١/٣ .
 - ١٠ - تمنح هذا الحق للسجين لائحة الخدمات الطبية بالسجون السعودية بموجب القرار الوزاري رقم (٤٠٩٢) ، وتاريخ ١٠١٢٢/١١/١٣٩٨هـ ، والقرار الوزاري رقم (٩٨١٦) ، وتاريخ ١٣٩٨/٩/٢٢هـ ، وتعميم الإدارة العامة للسجون رقم ١٠٠٩/٩ ، وتاريخ ١٤١٥/٦/١٠هـ .
 - ١١ - ابن الهمام : الفتح ٤٧١/٥ ، الآبي : ٩٣/٢ .
 - ١٢ - القليوبي : ٩٧/٤ ، الأنصاري : ٤/٤ ، ابن قدامة : ٦٤٣ / ٧ ، الدردير : ٢٤٢/٤ ، الموصلبي : ٢٦/٥ .
 - ١٣ - الأنصاري : ١٣٣/٤ ، القليوبي : ٢٩٢/٢ ، الدسوقي : ٢٨١ / ٣ - ٢٨٢ . ابن الهمام : ٤٧١/٥ ، الخصاف : ٣٧٥/٢ .
 - ١٤ - في السعودية بموجب القرار الوزاري رقم (١٤٨) ، وتاريخ ١٤٠٠/١١/١٩هـ أعطي للسجين المريض حق الإفراج عنه مؤقتاً إذا ثبت أنه لا يمكن شفاؤه إلا بخروجه من السجن ، أو الإفراج الدائم عن النزيل المصاب بمرض ميؤوس من شفائه ، أو يهدد حياته بالخطر ، زو يعجزه عجزاً كلياً ، أو يهدد حياته وصحة المخالطين له .

ومما قرره الفقهاء المسلمون تتبع أحوال السجناء الصحية ، والسؤال عن مريضهم ، وإعداد مكان في الحبس ليقوم فيه الطبيب ، أو المرض ونحوه من المختصين في الأمور الطبية ، ورعاية السجناء المرضى ، وذلك يُغنينا عن إخراجهم للعلاج في المستشفيات العامة ، وهو ما أشار إليه الفقهاء حين قالوا : لا يخرج المحبوس للمعالجة لإمكان ذلك في السجن ، وفي إطار هذه المبادئ كان عمل المسلمين منذ القدم. وقد اهتم المسلمون برعاية السجن ، وتفحص السجناء ، والسؤال عن أحوالهم ، والعناية بصحتهم على النحو التالي :

- النبي صلى الله عليه وسلم ثبت عنه أنه عليه الصلاة والسلام أمر أصحابه بالإحسان إلى ثامة ، والعناية به في حبسه ، وكان علياً ، وكذا توصيته خيراً بامرأتين حبليين من الزنى حتى تضعاً حمليهما ، ومن المعلوم أن الحمل شبيه بالمرض ، لما فيه من الضعف المشار إليه في قوله تعالى : (حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَتْأَ عَلَى وَهْنٍ)^١
- علي بن أبي طالب رضي الله عنه : كان بالكوفة يتفقد السجن ، ويشاهد من فيها من المسجونين ، ويفحص عن أحوالهم^٢ ، ويلزم من ذلك عنايته بالسجناء المرضى ، وبذل وبذل المعالجة لهم .
- عمر بن عبد العزيز رحمه الله : كتب إلى عماله ، يقول : انظروا من في السجن وتعهّدوا^٣ المرضى^٤ .
- الخليفة العباسي المعتضد : فقد روي عنه أنه في سنة ٢٧٩هـ جعل في ميزانيته ١٥٠٠ دينار ذهبي في الشهر لنفقات السجن وأقواتها ومؤونها ومائها^٥ ، ويبدو أن النفقات المذكورة تتضمن العلاج والأدوية ، وما يُستلزم ذلك من أمور الطب.^٦
- الخليفة العباسي المقتدر : حكم في بداية القرن الرابع الهجري ، وحبس خصمه ابن مقلة الوزير ... فلماً ساءت حاله أدخل إليه الطبيب المشهور ثابت بن سنان بن ثابت بن قرّة ليعالجه في سجنه ، فأوصى ثابت بقصده ، وكان يطعمه بيده ، ويترفق به ، وفعل هذا أيضاً في زمن الخليفة الراضي بالله^٧ .^٨
- وإذا جنّ المحبوس في سجنه ، فجمهور الفقهاء يقولون بوقف تنفيذ حبسه ، وإخراجه من السجن.^٩

^١ - لقمان : ١٤ .

^٢ - المطرزي : المغرب ، ص ٢١٩ .

^٣ - التعهد في اللغة : التفقد وتجديد العهد بالشيء .

^٤ - ابن سعد : ٣٥٦/٥ ، الرفاعي : ١٥٢ .

^٥ - آدم متر : الحضارة ١٩٥٢ ، عاشور : ص ١٢٥ .

^٦ - تكلفة السجن في السعودية خمسمائة ريال يومياً .

^٧ - ابن أبي أصيبعة : ص ٣٠٥ - ٣٠٦ .

^٨ - وهنا نجد فقهاء الشريعة الإسلامية سبقوا فقهاء القانون الدولي الذين قرروا في القواعد الدنيا بشأن العناية بصحة السجن في القواعد ٢٢ - ٢٦ ، ٨٢ .

رابعاً :العناية بنظافة السجناء

يعتبر الإسلام النظافة قوام الصحة وعنوان قوة الجسم وسلامته من الأمراض ، فالمؤمن القوي خيراً وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف ، وهناك نصوص شرعية يمكن اعتبارها أصولاً في تقرير مبادئ النظافة الشخصية في جسم الفرد المسلم وملابسه ، وما ينبغي عليه الاتصاف به والمحافظة عليه في جميع أحواله ، بالإضافة إلي بعض النصوص والوقائع في نظافة المحبوسين خاصة ، وبيان ذلك فيما يلي :قال تعالى : (إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ)^١ ، وقد بيّن النبي صلى الله عليه وسلم أمور الفطرة - التي تُعتبر النظافة حقيقة أمرها - وهي : نتف الإبط ، وحلق العانة والاستتجاء ، وغسل البراجم^٢ ، وقصّ الأظفار ، وقصّ الشارب ، واستنشاق الماء ، والتسوُّك ، ونحو ذلك.^٣

ولذلك ذكر الفقهاء أنّ المسجون لا يمنع من الماء للوضوء ونحوه ، وكان البويطي - من أصحاب الشافعي - يغتسل كل جمعة ، ويتطيب ، ويغسل ثيابه في حبسه^٤ ، وقد حرص ابن هبيرة الوزير على تجنب السجناء الازدحام في أماكن ضيقة وحارة ، تحقيقاً لأسباب النظافة والطهارة ، ومنعاً من انتشار الأوساخ والأوبئة ، وقال : " لا أعرف أنّه يجوز عند أحد من المسلمين جمع الكثير في حبس يضيق عنهم ، غير متمكنين من الوضوء والصلاة ، ويُقل مثل ذلك عن الماوردي ، وهو مقتضى كلام ابن تيمية ، وابن القيم^٥ ،^٦

خامساً : العقاب

(١) يُمنع الإيذاء بالسجين ، ومن إيذائه اللعن والشتم وضرب الوجه وغيره مما فيه إثارة الذعر في نفس السجين ، أو تحقيره وهدم توازنه النفسي ونمو شخصيته كمنع أقاربه من زيارته.

(٢) اختلف الفقهاء في جواز ضرب المتهم المعروف بفسقه وفجوره حيث أنّ منهم من ذهب إلى عدم جواز ضربه ، ومنهم من قال بجواز ضربه ، وكان خلافهم على النحو التالي :

(٣) أولاً : القائلون بعدم جواز الضرب ، وهم : الإمام أصبغ من فقهاء المالكية والإمام ابن حزم الظاهري ، فهؤلاء ذهبوا إلى عدم جواز ضرب المتهم إطلاقاً ، أو مسّه بشيء من العذاب وحجتهم في هذا ما يلي :

• ما ثبت في الصحيحين وغيرهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنّه خطب بالناس ، فقال : " أمّا بعد : فإنّ دماءكم ، وأموالكم ، وأعراضكم ، وأبشاركم عليكم

^١ - البقرة : ٢٢٢ .

^٢ - البراجم : العقد التي في ظهور الأصابع .

^٣ - أخرج أحاديث أمور الفطرة الشيخان وأصحاب السنن ، انظر: ابن الأثير : جامع ٤ / ٧٧٣ ، ٧٧٥ .

^٤ - السبكي : الطبقات ١ / ٢٧٦ ، الشيرازي : طبقات : ص ٨٠ .

^٥ - الكتاني : التراتيب الإدارية ١ / ٢٩٥ ، ابن تيمية : الفتاوى ٣٥ / ٣٩٨ ، ابن القيم : الطرق ، ص ١٠٢ .

^٦ وهنا نجد واضعي القواعد الدنيا من فقهاء القانون الدولي لم يأتوا بجديد ، انظر: القواعد ١٥ - ١٩ .

حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا" ، ووجه الاستدلال : إنَّ الحديث صريح الدلالة في حرمة الدماء ، والأعراض ، والأبشار إلَّا بحقها ، المتهم لا زال بريئاً قبل ثبوت التهمة عليه ، فلا يحل ضربه ، ولا مسه بشيء من الأذى إلَّا بحق وتعذيب السجين المتهم بالضرب وغيره تعذيب بغير حق ، فلا يجوز^١.

ومن أدلتهم : ما ثبت في الصحيحين عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أنه قال في المرأة التي لا عنت : " لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها"^٢.

وجه الاستدلال .. أن ما يدور في النفس ، وما يُشاع بين الناس من سوء ظن بالآخرين يحتمل الخطأ والصواب ، ومن كان ذلك حاله ، فلا يُستباح به تعذيب المسلم ، كما أن الحد لا يُقام عليه إلَّا بالبينة ، أو الإقرار ، فكذلك التعزير ، لا ينبغي أن يتم بمجرد الظن والتخمين^٣.

سادساً : حق السجين في الطعن في الأحكام الصادرة ضده إذا توفرت مسوغات الطعن

ذكر الفقهاء أن الحكم الصادر على السجين إذا كان موافقاً لما في الكتاب والسنة ، وصادراً ممن له ولاية القضاء فإنه يكون حكماً قطعياً لا يحتمل المراجعة ، ولا يجوز نقضه طالما توفرت له هذه الشروط ، ولكن هناك حالات قد يجوز معها الطعن في الحكم ، وهذه الحالات ، هي : إذا كان الحكم مخالفاً لنص القرآن الكريم ، أو السنة الصحيحة ، أو الإجماع ، أو القياس ، أو للقواعد الشرعية فإنه يكون حكماً غير مستقر ، ولم تتوفر له شروط السلامة من النقض ، مثال ذلك : لو توجه الحق على المتهم في جناية بقلع عينيه ، أو سنه ، ولكن الحكم صدر من القاضي بقطع اليد بدل قلع العين ، أو بقلع العين بدل السن ، أو القتل بدل العضو التالف من المجني عليه ، فهذا حكم مطعون فيه لأنه مخالف لنص القرآن الكريم^٤ في قوله تعالى (وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ...) ^٥

وقد أخذ القضاة بأحد هذه الأسباب في الطعن في الأحكام شريطة عدم وجود الدليل المعارض والراجع لتلك المسوغات ، فإذا وجد الدليل الراجع والمعارض لمسوغات الطعن ، فلا يجوز نقض ذلك الحكم^٦.

^١ - البخاري : صحيح البخاري ، ٨ / ٩١ ، ومسلم ١٣٠٦١٣ ، حديث رقم (١٦٧٩).

^٢ - ابن حزم : المحلى ، ١٧١/١١١.

^٣ - البخاري : صحيح البخاري ، ١٨٠/٦ ، ٣٣٨ ، ومسلم ، ١١٣٥/٢ ، حديث رقم (١٤٩٧).

^٤ - ابن حجر : فتح الباري ، ١١٢ / ١٨١ ، والشوكاني : نيل الأوطار ١١٦٧ ، ١١٧.

^٥ - د. سعيد بن مسفر الوادعي : فقه السجن والسجناء ، ص ٥٨ ، ط ١ ، الرياض : ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.

^٦ - المائدة : ٤٥.

^٧ - د. سعيد بن مسفر الوادعي : فقه السجن والسجناء ، ص ٥٩.

سابعاً : حق السجين في الطعن في الشهادة ضده:

فإذا شهد الشهود ضد السجين بما يثبت عليه ما سُجن بسببه من تهمة ، أو حق لله ، أو حق لأدمي ، فإن من حق السجين أن يسأله القاضي عما إذا كان لديه جرح في شهادة الشهود ، فمن حقه أن يقدم المبررات ، أو الأدلة التي تسقط شهادتهم ، كعدم صحة شهادة الولد لوالده ، وعدم صحة شهادة العبد لسيدته ، وأعتقد يقابله الآن شهادة الخادم لمخدومه ، ومثله لو علم أنّ الشهادة تجر نفعاً للمشهود عليه أن يبين للقاضي ، والحجة في هذا ما روته أم المؤمنين السيدة عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرفوعاً أنّه قال : " لا تجوز شهادة خائن ولا مجلود حداً ، ولا ذي غمر على أخيه ولا ظنين في ولاء ولا قرابة ^١ ، فإن كان للمدعى عليه بينة نفي تنفي ما أثبتته بينة المدعي ، فهنا اختلف الفقهاء في حكم جواز تلك البينة ، ومدى الأخذ بها ، وحكم تأثيرها على بينة الإثبات ، فمنهم قال لا يؤخذ بها ، ومنهم الإمام أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والإمام مالك ، وبعض فقهاء المذهب الحنبلي ، ومن قال بقبول شهادة النفي بعض فقهاء الحنفية والمالكية ، وفقهاء الشافعية ، وجمهور فقهاء المذهب الحنبلي ، وحجتهم في الجواز : إحاطة علم شهادة النفي بعلم شهادة الإثبات ، حيث أنّها كانت على أمر معلوم فتُقبل ^٢.

وأرى أن يؤخذ بما ذهب إليه الفريق الثاني ، بجواز الأخذ بشهادة النفي متى كانت حائطة بعلم شهادة الإثبات ، لأنّها شهادة تحتمل الصدق ، كما أنّ شهادة الإثبات تحتمل الكذب .

ثامناً : الاتصال بالعالم الخارجي^٣

(١) **حق الزيارة :** من حق السجين في الشريعة الإسلامية أن يزوره أهله وأصدقائه بالقدر الذي لا يفوت المقصود من سجنه . والخروج للزيارة موقوف على نوع الجرم الذي سجن عليه ، ونظر الحاكم في مدى المصلحة من خروجه .

^١ - الدارقطني : سنن الدارقطني ، ٢٠٧/٤ ، البيهقي : السنن الكبرى ، ١٥٥/١٠ ، ١٥٦ ، موقوفاً على عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، ابن ماجه ، ٧٩٢/٢ ، حديث رقم (٢٣٦٦)

^٢ - ابن عابدين : ٨٢٧/٣ ، ابن عبد البر ، ٩١١/٢ ، البهوتي : كشف القناع ، ٤١٢/٦ . السيوطي : ٤٩٢ ، الطرابلسي : ص ١١٤ ، الزيلعي ، ١٥٣/٣ ، القرافي : ٦١/٤ .

^٣ - المشرع السعودي أعطى للسجين حقه في استحضار الكتب والصحف والمجلات المصرح بها على نفقته الخاصة ، وتنشأ في سجن ودار للتوقيف مكتبة تحوي كتباً دينية وعلمية وأخلاقية ليستفيد منها السجين ، كما أعطاه حق التعليم ومواصلة الدراسة ، والانتساب للجامعات ، وذلك بموجب المادة (١٨) من نظام السجن والتوقيف ، والقرار الوزاري رقم (٢٩٢٢) وتاريخ ١٩/٢٢/١٣٩٨هـ ، ورقم (١٤٥٩) وتاريخ ١١/٤/١٣٩٩هـ ، كما أعطاه حق زيارة أهله وغيرهم بموجب المادة (٢) من نظام السجن والتوقيف ، والقرار الوزاري رقم (٢٥١٧) وتاريخ ٢١/٧/١٤٠٦هـ ، مع إعطائه حق المراسلة مع أهله ، والاتصال بهم هاتفياً ، بموجب قرار صاحب السمو الملكي وزير الداخلية رقم (٢٩١٩) وتاريخ ١٩/٢٢/١٣٩٨هـ . ، وبلغ عدد اتصالات السجناء في سجون المباحث العامة السعودية في الفترة من ١١/١٤٣٠ - ٢٤/٣/١٤٣٣هـ (٤٣٣،٢٣٠) اتصالاً ، وبلغ عدد الزيارات في نفس الفترة (٨٤٨،٨٩٩) ، وذلك طبقاً لتقرير الجمعية الوطنية لحقوق الإنسان عن أول سجون المباحث العامة في المملكة المنشور في ١١/٤/١٤٣٣هـ الموافق ٢٠١٢/٣/٤م ، (<http://nshr.org.sa/tabid/141/Article/809/Default.aspx>)

وقد أكد الفقهاء المسلمون منذ القدم على أهمية إبقاء الصلة قائمة بين الحبوس وبين الجهات الأخرى في المجتمع ، لأن الأصل في وضع الحبس الشرعي تعويق السجين ، ومنعه من الخروج إلى أشغاله ومهامه فقط ، وذلك أمر مؤلم بذاته لمجرد كونه يحرم الحبوس من ممارسة كامل حريته ، وهذا ما أيّده الاتفاقيات الدولية الحديثة ، وإن هذا الحبس لا يؤثر في استمرار علاقات السجين الداخلية والخارجية^١.

(٢) **خروج المحبوس لعيادة قريبه المريض ، أو صلاة الجنازة عليه** ، فقد صحّ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال : " حق المسلم على المسلم خمس : وذكر منها : اتباع الجنائز^٢ ، وللفقهاء أربعة أقوال في السماح للسجين بالخروج من سجنه لحضور جنازة قريب ، أو صديق ، فمن الحنفية من قالوا بعدم خروجه ، ومنهم من قال بجواز خروج السجين بكفيل لجنازة أصوله وفروعه لا غيرهم ، وهو المفتى به عند الحنفية ، واستحسن بعض المالكية إخراجة بكفيل بوجه لحضور جنازة أحد أبويه إذا كان الآخر حياً ، وإلّا فلا يخرج ، واستحسنوا أيضاً إخراجة بكفيل بوجه لمرض أبويه وولده وأخيه وقريب القرابة لا بعيدها ، وقالوا : " المراد بالمرض ما كان شديداً^٣ . "

أمّا الشافعية : فيرون أنّ للحاكم إخراج المحبوس لحضور الجنازة وغيرها إن رأى في ذلك مصلحة ، فإن تعذر الخروج على المحبوس صلى في سجنه على الغالب ، ولو في البلد.

والذي يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية أن يُسمح للسجين بالخروج من سجنه لزيارة أحد والديه ، أو أحد أولاد ، أو زوجته ، أو أحد أخواته ، أو أخواته إن كان مرض أحدهم مرضاً شديداً ، أو حضور جنازة أحدهم ، وتقبل العزاء فيهم مع اتخاذ الإجراءات الضامنة لعودة السجين إلى سجنه^٤.

(٣) **مشاركة السجين في الشعائر الدينية** : من صلات السجين الاجتماعية المشروعة في داخل السجن مشاركته في أداء الشعائر الدينية كصلاة الجماعة والعيدين^٥.

(٤) **الترفيه والرياضة البدنية**^٦ : فقد حافظت الشريعة الإسلامية على صحة السجناء النفسية والبدنية من خلال حبس الأقرباء مع بعضهم ، والسماح للسجين بمحادثة السجناء الآخرين ، وترغيب الجميع في أداء الشعائر الدينية في جماعة داخل السجن ، والسماح لهم بالتجول في ساحات السجن للترويح عن النفس ، ويمثل ذلك حفظ

^١ - الكاساني : ١٧٤\٧ ؛ مجموعة قواعد الحد الأدنى : القاعدة ٥٧.

^٢ - عبد الباقي : رقم ١٣٩٧.

^٣ - الدردير : ٢٨٢\٤ ، الأبى : ٩٣ \٢ ، الوشرسي : ١٠ \٤١٦.

^٤ - في السعودية من السجين الخروج من السجن لزيارة عائلته (والديه ، وزوجته ، أو زوجاته وأبنائه) لمدة (٢٤) ساعة وفق ضوابط محددة (السجن المفتوح) وذلك في حالة عدم تمكنهم من زيارته في السجن ، أو الخروج مباشرة في دفن أحد أفراد أسرته ، وحضور العزاء فيه ، أو حضور زواج أحد ممن يعولهم شرعاً ، وذلك بموجب القرار الوزاري رقم (٢٩٢٢) ، وتاريخ ١٣٩٨\٩\٢٢هـ ، وقرارات وتعاميم أخرى.

^٥ - هذا الحق يتمتع به السجين في السعودية بموجب المادتين (١٢) ، (٢٢) من نظام السجن والتوقيف.

^٦ - هذا الحق يتمتع به السجين في السعودية بموجب القرار الوزاري رقم (٢٩٢٢) ، وتاريخ ١٣٩٨\٩\٢٢هـ.

السجناء من الوقوع في الأمراض العصبية والعاهاات العقلية والعجز البدني، ويُضمن لهم استمرار التفكير الصحيح والاعتماد على النفس في تحريك الجسم والانتفاع من سلامة الأعضاء، مع تمكين السجناء من القيام بالحفلات والتمثيلات الهادفة، والنشاطات الاجتماعية المفيدة، فقد روي أنّ النبي يوسف عليه السلام كان يرضى أهل السجن، ويعود مرضاهم، وإذا احتاج أحد منهم إلى إعانة قدمها له، وكان يتجول بين المحبوسين يبشرهم بالفرج، ويأمرهم بالصبر ويسليهم، ويحسن إليهم^١. وقد سبقت الشريعة الإسلامية الاتفاقيات الدولية في اتصال السجناء ببعضهم البعض، وبالعالم الخارجي، وفي ممارسة شعائرهم الدينية والرياضة البدنية، والترفيه والترويح عنهم^٢.

أمّا الموقوف وقفاً احتياطياً يعامل معاملة السجين من حيث زيارة غيره له وخروجه للزيارة، وأمّا الموقوف وقفاً مؤقتاً فالأقرب أن يمنع من الزيارة حتى انتهاء التحقيق معه حفاظاً على سير التحقيق وأخذ العدالة مجراها، ما لم تكن له ظروف خاصة.

تاسعاً : الحقوق الزوجية للسجين

ينبه الدكتور محمد رأفت عثمان أستاذ الفقه المقارن بجامعة الأزهر أنّ العقوبة التي يقضيها المسجون هي عقوبة شخصية نظير خطأ وقع منه هو أو مخالفة ارتكبها، وبالتالي يجب ألا يتعدى أثر العقوبة لأسرته خاصة الحقوق الجنسية للزوجة. ويلفت الدكتور رأفت عثمان الانتباه إلى ثلاثة أمور هامة لبيان الحكم في هذه المسألة:

(١) فمن المسلمات أنّ زوجة السجين لم تنقطع صلتها به، بل الزوجية قائمة باقية، ثم إنّ الغريزة الجنسية موجودة لدى الرجل المحكوم عليه بالسجن، وأيضاً لا يجوز أن يتعدى أثر العقوبة لأحد خلاف الجاني المستحق لها كالزوجة وغيرها، ويبين الدكتور رأفت أنّه من خلال ما سبق يتضح حق السجين في الخلوة بزوجه وضرورة توفير هذا الأمر له، لأنّ الرغبات والغرائز لا يصح إغفالها أو التغافل عنها. خاصة وأنّ تجاهلها وإهمالها يؤدي إلى تأثيرات نفسية وسلوكية غير سوية، وهو طريق آخر لانحراف السجناء، والحل الصحيح هو السماح بلقاء خاص في مكان مهياً بين السجين وزوجه؛ إذ ليس في الشريعة الإسلامية ما يمنع من ذلك وفق ظروف إنسانية لا تخذش حياء السجين أو زوجته.

(٢) الإهمال في حقوق السجين الزوجية طريق للانحراف وهذا الرأي الذي ذهب إليه الدكتور رأفت هو ما يراه الشيخ العباسي، حيث يضيف أنّ ما يحدث في كثير من السجون من انتشار اللواط بين السجناء وسائر الانحرافات الخلقية ما هي إلا نتيجة لإهمال مثل هذا الأمر وعدم مراعاته.

^١ - أ. د. حسن أبو غدة : فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون، ص ٥٢٤، ٥٢٥.

^٢ - انظر : ملحق رقم (١) القواعد الدنيا : ٣٧ - ٤٢، ٤٤.

(٣) أضف إلى ذلك نقطة أخرى خطيرة وهي أنّ الغريزة لا تقتصر على الرجل فقط ، بل هي أمر فطري في الزوجة ، وإهماله وعدم مراعاته قد يؤدي إلى انحراف الزوجة وطلب تلبية هذه الغريزة بغير الطريق الشرعي لها ، وهو يؤدي ولا شك إلى فساد المجتمع وظهور الزنى وغيره.

وقد عملت الشريعة الإسلامية على سد كل الطرق المفضية إلى انتشار الفحشاء بين الناس ، وعملت كذلك على حماية الفرد والمجتمع من طرق الغواية. ويؤكد كل من الدكتور رأفت والشيخ العباسي على ضرورة أن يكون هناك مكاناً آمناً مجهزة يجتمع فيه الرجل بزوجته ، بحيث لا يطلع عليهما أحد ، وأن يكون هذا بصفة دورية. الأفضل أن تتم الخلوة في غير السجن ومع موافقة الدكتور المسير للرأي السابق إلّا أنّه يعترض على إتمام الخلوة الشرعية بين السجين وزوجته داخل السجن ، لأنّ مثل هذا الأمر في نظر الدكتور المسير قتل للحياء وفضيحة أخرى لهما ، ويقترح الدكتور المسير أن يخرج السجين كل فترة ليعيش بين أسرته في ظل حراسة مشددة ، وهذا يشعره بالدفء الأسري الذي افتقده ، مما يدفعه للعمل على تهذيب نفسه وخلقه ، وفي هذا أيضاً تقويم للأسرة كلها لتكون مانعة له من الانزلاق في الجريمة مرة أخرى ، ونفس الشيء إذا كانت الزوجة هي السجينة.

فتوى مفتي مصر الأسبق بشأن الحقوق الزوجية للسجين

أصدر فضيلة الدكتور نصر فريد واصل مفتي مصر الأسبق ، فتوى بهذا الخصوص أثناء توليه منصب الإفتاء ، ومما جاء فيها : "إنّ السجن عقوبة شخصية وليس عقوبة جماعية لقوله تعالى: ولا تزرر وازرة وزر أخرى ، أي أن العقوبة لا تنتقل إلى شخص آخر ، ومن حق زوجة المسجون ألا تحرم من الحقوق الزوجية الخاصة؛ لأنّ الحياة الزوجية إذا استمرت بين الزوجين ولم تطلب الزوجة الطلاق بعد دخول زوجها السجن فمن المفروض أن تكون هناك حقوق زوجية شخصية خاصة بين الزوجين . أي المعاشرة الزوجية . حفاظاً على الأسرة والأبناء . وأضاف فضيلته أنّ الخلوة الشرعية بين المسجون وزوجته ليست نوعاً من الترفيه ، بل هي واجب مثلها مثل الصلاة؛ لأنّ العلاقات الزوجية أحق عبادة كالصلاة والزكاة ، وقمة العبادة هي ارتباط العلاقة الزوجية بما يحقق الغرض منها وهو بناء أسرة سليمة اجتماعياً ووجود النسل الصالح ، مشيراً إلى أنّ توفير الخلوة الشرعية بين المسجون وزوجته سوف يحقق غرضين:

الأول: توبة الشخص توبة نصوحاً ، لأنّه سيكون مرتبطاً بأسرته ، وبالتالي سيحرص على عدم العودة للسجن مرة أخرى.

الثاني: الحفاظ على الأسرة من التفكك والانحراف وخاصة الزوجة إذا كانت شابة صغيرة وليس لديها القدرة على الصبر على البعد عن زوجها.^١

^١ - http://www.bab.com/articles/full_article.cfm/id=8471

هذا وتطبق بعض الدول مبدأ خلوة السجين بزوجته هذا ومن المعلوم أن بعض الحكومات الإسلامية قد أخذت بمبدأ السماح باللقاء بين الزوج السجين وأسرته وإتاحة الخلوة بينهما ، كما هو معمول به في المملكة العربية السعودية حيث أقيمت ملحقات سكنية مجهزة بجانب السجون يتم من خلالها وفق جدول معين السماح بالخلوة بين الزوج السجين وزوجته ، والسجينة وزوجها. هذا وقد بلغ مجموع الخلوات الشرعية في سجون المملكة في الفترة من ١٤٣٠\١\١ - ١٤٣٣\٣\٢٥ هـ (٥٤,٢٦٦) ، وذلك طبقاً لما جاء في تقرير الجمعية الوطنية لحقوق الإنسان عن أحوال السجون والمباحث العامة الذي نشر في ١١\٤\١٤٣٣ هـ الموافق ٢٠١٢\٣\٤ م^١

تمييز السجون بحسب تجانس جرائم المحبوسين

انقسمت السجون في العصور الإسلامية الأولى إلى صنفين رئيسيين هما :

أولاً : سجون الحقوق المدنية : يُحبس فيها المحكومون بالديون المالية والتجارية ونحوها ، كسجن " شريح " بالكوفة ، وسجن العقيق باليمامة.

ثانياً : سجون الحقوق الجزائية : يحبس فيها المحكومون بجرائم الاعتداء على الأبدان والأعراض والأموال ونحوها ، كسجن مكة ، والمدينة ، واليمن ، وتبالة. وقد كتب عمر بن عبد العزيز إلى بعض ولاته : " انظر في أمر السجون ، ولا تجمع بين من حُبس في دين ، وبين أهل الدعارات في بيت واحد ، ولا حبس واحد^٢. وكانت السجون المدنية تتبع في بعض الأحيان سلطة القاضي ، أما السجون الجزائية ، فكانت تتبع سلطة الوالي^٣. ولقد صنّف الفقهاء نزلاء سجون الجرائم إلى ثلاثة أصناف :

(١) أهل الفجور (المفاسد الخلقية)

(٢) وأهل التلصص (السرقاات ونحوها).

(٣) وأهل الجنایات (الاعتداء على الأبدان).

وجعل أبو يوسف القاضي هذا التقسيم عنوان فصل أفرده في كتابه^٤.

هذا وقد منع الفقهاء أن يُحبس المدين ونحوه في سجن أهل الجرائم واللصوص خوفاً من العدوى ، إلّا إذا خشي منه الهرب فيُحوّل إلى حبس اللصوص إن أمن عليه منهم ، بالإضافة إلى ذلك : فإن لكل صنف من أصحاب السجون معاملة خاصة ، فسجين الحقوق المدنية لا يُضرب في سجنه إلّا إذا كان موسراً متعنّتا ، في حين يؤدب سجين الحقوق الجزائية في سجنه بالضرب والقيود ونحوه^٥.

^١ - الموقع الإلكتروني للجمعية الوطنية لحقوق الإنسان <http://nshr.org.sa/tabid/141/Article/809/Default.aspx>

^٢ - ابن سعد : الطبقات ٣٥٦\٥ ، الرفاعي : الإسلام وحضارته ، ص ١٥٢.

^٣ - أ. د. حسن أبو غدة : فقه السجون والمعتقلات ، ص ٣٤١.

^٤ - الموسوعة الفقهية الكويتية ،

^٥ - أ. د. حسن أبو غدة : فقه السجون والمعتقلات ، ص ٣٤١.

وقد اتجهت السجون الحديثة في تصنيف السجناء من أصحاب الجرائم الرئيسية إلى ما اعتمده المسلمون منذ اثني عشر قرناً ، وقامت بتخصيص أجنحة للمحكومين بجرائم الاعتداء علي النفس ، وما دونها ، وأجنحة للمحكومين بالجرائم الخلقية ، وأجنحة للمحكومين بالاعتداء على الأموال كالسرقات والاختلاسات .^١

ولما كان اللصوص سريعي الحركة وخفيضي الأجسام حتى سموا بالعياريين لكثرة تطوافهم وحركتهم ، كان لابد من التحفظ عليهم ، وعدم تمكينهم من الهرب ، ومن أجل ذلك كانوا يُحبسون في أماكن خاصة بهم دون غيرهم من أهل الجرائم الأخرى ، ومما يدل على ذلك قول الفقهاء : إذا خاف القاضي على المدين أن يفر من حبسه حوَّله إلى حبس اللصوص ، وذلك لجودة بنيانه ، وشدة حراسه ، ومن السجون الخاصة باللصوص وقطاع الطرق في القاهرة زمن المماليك ، والتي ذكرها المقرئ في خطه : حبس المعونة ، وحبس خزانة شمائل .^٢

أمّا السجناء الخطيرون فلا بد من عزلهم قدر الاستطاعة ، إذا لم يكن من المستطاع تخصيص موضع لكل صنف متجانس من السجناء لسبب من الأسباب ، فقد روي عن علي رضي الله عنه : أنه كان يقيد الدعار في سجنهم بقيود لها أفضال تُفتح عند أداء الصلاة ، وكان مالك رحمه الله يقول بحبس السلطان لمن عرفوا بالدعارة والفساد ، ويُثقلهم بالحديد ، فإنه خير لهم ولأهليهم وللمسلمين ، وقيد سحنون قاضي القيروان سنة ٢٠٣هـ امرأة داعرة بالحبس لاشتهار فسادها الخلقية .^٣ كما اهتم المسلمون بالتمييز بين السجناء بحسب تفاوت مدد عقوباتهم ، وخصصوا لهم بناء على ذلك أماكن في السجون .^٤

وقد أوجبت الاتفاقات الدولية المعاصرة الفصل بين أنواع السجناء بقدر الإمكان ، وبخاصة أصحاب الماضي الإجرامي ، أو من يخشى إفسادهم أخلاق الآخرين .^٥ وهنا نجد أيضاً فقهاء الشريعة الإسلامية سبقوا فهاء القانون الدولية في إقرار هذه المبادئ والأحكام .^٦

تمييز السجون بحسب مكانة السجناء القانونية والاجتماعية

حرص المسلمون على العمل بنظام الفصل بين السجناء بحسب مراتبهم القانونية والاجتماعية ، ويتفق هذا من حيث المبدأ ، مع قول النبي صلى الله عليه وسلم : " أنزلوا الناس منازلهم " .^٧

^١ - أ. د . حسن أبو غدة : فقه المعتقلات والسجون ، ص ٣٤٢ .

^٢ - المقرئ : الخطط ١٨٧/٢ - ١٨٩ .

^٣ - أ. د . حسن أبو غدة : فقه المعتقلات والسجون ، ص ٣٤٣ .

^٤ - د. سعيد عبد الفتاح عاشور : الحياة الاجتماعية في المدينة الإسلامية ، ص ١٢٥ ، مجلة عالم الفكر الصادرة من وزارة الإعلام الكويتية ، عدد شهر إبريل عام ١٩٨٠م .

^٥ - مجموعة قواعد الأدنى : القاعدة ٦٧ .

^٦ - انظر : القاعدة ٨ .

^٧ - أخرجه مسلم في مقدمته معلقاً ، ووصله أبو داود ، وغيره ، وهو حسن .

السجون السياسية

وهذا مصطلح حديث نسبياً ، وتعرف الجريمة السياسية عند القانونيين بأنها الأفعال الموجهة بقصد سياسي ضد تنظيم الدولة ووظيفتها^١. ويشبهه في الفقه الإسلامي " البغي " ونحوه من الأعمال الموجهة ضد نظام الدولة السياسي. والبغاة هم الخارجون على كل إمام عادل^٢. وقال: الطوسي فيه بالحبس، وإته يترك في الحبس إلى انقضاء الحرب^٣ وهو قول العامة أيضاً. وحبس البغاة مشروع ، وقد حبس علي رضي الله عنه بعض الخارجين عليه ، ففي رواية أوردها النوري عن شرح الاخبار، عن موسى بن طلحة بن عبيد الله، وكان فيمن أسري يوم الجمل وحبس مع من حبس من الأسارى بالبصرة ، فقال: "كنت في سجن علي بالبصرة...."^٤ "وروي عن معاوية رضي الله عنه أنه حبس جماعة من البغاة ، ثم خلى عنهم ، وفعل عمر بن عبد العزيز رحمه الله نحو ذلك. وقد توسع مفهوم السجناء السياسيين ونحوهم خلال العصور الإسلامية ، وكان الحكام يُفردون لهم أماكن خاصة يحبسونهم فيها بعيداً عن سجون المجرمين واللصوص وقطاع الطرق ، وكثيراً ما كانت سجونهم ملحقة بقصور الحكام والولاة كسجن الخضراء بدمشق ، وسجن قصر المسيرين بالبصرة ، أو هي منفردة عن غيرها كسجن المقشرة والعرقانة بمصر^٥. وفي سنة (٣٠٥هـ) حُبس أبو الهيجاء عبد الرحمن بن حمدان وجماعته بدار الخليفة الخليفة العباسي المقتدر لثورتهم عليه ، ثم أفرج عنهم. وفي نفس السنة حُبس الوزير علي بن عيسى في دار الخليفة المقتدر، وقد حافظ الحكام على تخصيص سجون للسياسيين حتى في عصور التأخر الاجتماعي والاضطراب السياسي، فكانت خزنة البنود وحبس الصيَّار في القاهرة سجنين للسياسيين في القرن السابع الهجري، وكانت الخزنة ملحقة بقصر الظاهر ابن الحاكم^٦. وكان الحكام المسلمون يعاملون السجناء السياسيين معاملة حسنة، ويجعلونهم في بيئة تناسب أحوالهم والهدف من حبسهم ، فروي أن خارجياً أخذ زمن عمر بن عبد العزيز فكتبوا إليه بذلك، فأجابهم: استودعوه السجن، واجعلوا أهله قريباً منه حتى يتوب من رأيه السوء^٧.

حقوق الأسرى

لقد أوصى الإسلام بالأسرى خيراً، فقد أرشد القرآن إلى معاملة الأسير بالمن، أو الفداء، كما في قوله تعالى: (فَإِذَا لَقِيْتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَتَخْتَمُوهُمْ

١ - د. فاضل نصر الله: تسليم المجرمين ، مجلة الحقوق الصادرة من كلية الحقوق بجامعة الكويت ، العدد رقم (٢) ، الصادر في يونيو عام ١٩٨٢م.
٢ - ابن كثير: البداية والنهاية
٣ - (المبسوط ٧: ٢٧١ - الخلاف ٥: ٣٤٠)
٤ - مستدرك الوسائل : ١١ \ ٥٧.
٥ - ابن الأثير: الكامل ٢٥٤٣.
٦ - ابن إياس: بدائع ١٨٤١ ، ١٨٧.
٧ - المقرئزي: الخطط ، ١٨٧ \ ٢ - ١٨٩.
٨ - عبد الرزاق بن همام الصنعاني: المصنّف ، ١١٨ \ ١ ، ط ١ ، بيروت : ١٩٧٠م.

فَشَدُّوا الْوُثَاقَ فَمَا مَنَّا بَعْدُ وَإِنَّمَا فِدَاءٌ حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا ذَلِكَ وَلَوْ يَشَاءُ اللَّهُ لَانْتَصَرَ مِنْهُمْ وَلَكِنْ لِيَبْلُوَ بَعْضَكُمْ بِبَعْضٍ وَالَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَلَنْ يُضِلَّ أَعْمَالَهُمْ^١ ، وقوله تعالى : (وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا)^٢ وأوصى رسول الله ﷺ بأسرى بأسرى بدر ، حتى كان المسلم يقدم أفضل طعامه وشرابه للأسير تنفيذاً لوصية رسول الله صلى عليه وسلم ، حيث قال : " استوصوا بالأسارى خيراً"^٣ ، وكان يقدم لهم الطعام والشراب واللبن ، وأمر يوم بدر بإعطاء أسير قميصاً ليكسو جسمه^٤ ، وقال في أسرى قريظة ، وكان الجو حاراً : لا تجمعوا عليهم حر الشمس ، وحر السلاح ، واسقوهم وقيلوهم^٥ وأحسنوا إيسارهم"^٦ وأمّا عن كسوة الأسير ، فقد روي جابر ، قال لما كان يوم بدر أتى بأسارى ، وأتى بالعباس ، ولم يكن عليه ثوب ، فنظر له قميصاً ، فلم يجدوا إلّا قميص عبد الله بن أبي ، فكساه النبي إياه لأنّ العباس كان طويلاً^٧ وقد ألزم الإسلام المقاتل والقائد المسلم بتوفير المأوى والمسكن المناسب للأسير ، ففي عهد النبي ﷺ ، لم يكن هناك دار خاصة للأسرى ، ولا للسجن ، ولهذا ربما سجن الأسير في المسجد ، أو عند أحد من الناس ، فحبس الرسول ﷺ " ثمامة " في مسجده ، وكان دائم الاتصال به ، يسأل عن حاله ويلاطفه ، وحبس آخرين في الخيام ونحوها عقب الحروب ، ثم نقلهم إلى البيوت العادية التي يسكنها عامة الناس ، فحبسهم فيها ، سواءً في بيوت النبي ﷺ ، أو في بيوت أحد من أصحابه ، وأفرد المسلمون بيتين كبيرين لحبس أسرى بني قريظة. والإسلام ينهى عن تعذيب الأسرى لأنهم قاتلونا ، فلم ينقل في الشرع أنّه أمر بتعذيبهم ، لأنّه إذا كان المسلم مأموراً بإكرامهم وإطعامهم وسقيهم ، والجمع بينهم ، فإنّ تعذيبهم يتنافى مع هذا الأمر.^٨ فقد روى البيهقي عن ابن عباس ، قال : لما أمسى رسول الله ﷺ يوم بدر ، والأسرى والأسرى محبوسون بالوثائق ، وبات رسول الله ﷺ ساهراً أول الليل لأنين عمه العباس في وثاقه حتى لحقه مؤمن رحيم القلب ، فخفف شيئاً من قيوده ، وعلم الرسول بالأمر ، ولم يكن يرى أن يلقي أفراد أسرته أي نوع من المحاباة ، فأمر بتخفيف قيود الأسرى على نحو ما كان بالنسبة إلى العباس.^٩ ولقد نص في اتفاقية جنيف سنة ١٩٤٩ على أنّ طعام الأسرى ولباسهم وسكناتهم يجب أن تكون في نفس المستوى المتبع لجيوش الدولة الآسرة^{١٠}. وقد سبق الإسلام المجتمع الدولي بإقرار هذه الحقوق بأكثر من أربعة عشر قرناً .

^١ - محمد : ٤ .

^٢ - الإنسان : ٨ .

^٣ - رواه الطبراني عن أبي عزيز (الفتح الكبير ١/١٨٢) .

^٤ - البخاري : ١٩١٤ ، ابن حجر : فتح الباري ٦/١٤٤٦ .

^٥ - قيلوهم : مكنوهم من راحة وسط النهار .

^٦ - المقرئزي : إمتاع الأسماع ٢٤٨١ .

^٧ - ابن حجر العسقلاني : فتح الباري ، ١٠٨١٦ .

^٨ - عبد العزيز محمد سندي : الأحكام في حقوق الإنسان في الإسلام ، ص ٥٥١ ، ط ١ ، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م ، مكة المكرمة .

^٩ - ابن كثير : البداية والنهاية ٢/٢٩٩ ..

^{١٠} - د. أحمد سويلم العمري العلاقات السياسية الدولية ، ص ٢٤٨ .

الفصل الرابع سجن الأحداث وحقوقهم

تعريف الأحداث

الأحداث جمع حدث ، وهو الغلام والفتى ، ويقصد به هنا : المراهق إذا كان دون سن البلوغ ذكراً كان أو أنثى ، ويعرف البلوغ بعلامات منها : الاحتلام والإنبات والحيض والحلم ، وبلوغ خمسة عشر سنة ، وغير ذلك مما يرجع إليه في مواضعه^١.

تأديب الحدث في الشريعة الإسلامية

الحدث ليس أهلاً للعقوبة أصلاً في الشريعة الإسلامية لعدم التكليف ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " رفع القلم عن ثلاثة ... وعن الصبي حتى يحتلم " ^٢ ، لكن الصغير لا يمنع يمنع المؤاخذه والتأديب ، وهذا ما قررتة الشريعة الإسلامية قبل أن يقرره رجال القانون في المؤتمرات الدولية المعاصرة وغيرها ، فقد ذهبوا إلى أن أحكام الحبس الصادرة على الأحداث لا ينبغي أن تأخذ الصفة العقابية ، بل الصفة التأديبية^٣.

واتفق معهم في هذا ؛ لذا وضعت العنوان تأديب الحدث ، ولم أقل معاقبة الحدث.

وقد ذكر الفقهاء : أن من دون عشر سنين يُزجر عن المنكرات والمفاسد ، فإذا تمّت له عشر سنين أدب وضُرب ، واستتدوا في ذلك على حديث : " مروا أولادكم بالصلاة ، وهم أبناء سبع ، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر " ^٤ ، وقد ضرب عمر بن الخطاب رضي الله عنه صبياً تأديباً له^٥ . وسئل أصبغ من كبار فقهاء المالكية : أيؤدب الصبيان في تعديهم وشتمهم وقذفهم وجراحاتهم العمد وقتلهم ؟ قال : نعم يؤدبون إذا عقلوا ، أو راهقوا^٦ . وذكر ابن مفلح : أنه إذا زنى ابن عشر ، أو بنت تسع عزراً^٧ ، ومعنى التأديب والتعزير : الوعيد والتعنيف والضرب ، لا فرق بين الذكر والأنثى^٨.

^١ - الفيروز آبادي ، القاموس المحيط الرازي : مختار الصحاح ، مادة " حدث " .
^٢ - ابن عابدين (ردّ المحتار على الدر المختار المشهور بحاشية ابن عابدين ، ١٥٣ / ٦ ، الدردير والدسوقي : الشرح الكبير لمختصر خليل ، وبالهامش حاشية الدسوقي ، ٢٩٣ / ٣ ، الإمام مالك بن أنس : المدونة ، ٦ / ٢٢١ ، ابن قدامة : المغني ، ٤ / ٤٥٩ ، ٨ / ٤٧٥ ، ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ١٥ / ٢٧٦ . زكريا بن محمد الأنصاري : أسنى المطالب شرح روض الطالب لابن المقري ١٢ / ٢٠٧ .
^٣ - أ. د. حسن أبو غدة : فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون ، ص ٣٣٣ ، ٣٣٢ .
^٤ - ابن قدامة : المغني ١١ / ٦١٥ ، ابن عابدين : ٤ / ٧٨ ، الأنصاري : أسنى ٤ / ١٦٢ ، المرادوي : ١٠ / ٢٤١ ، القراي : الفروق ١١٣ / ١ .
^٥ - النووي : شرح صحيح مسلم ١١ / ٢٢٢ .
^٦ - ابن فرحون : ٢٤٦ / ٢ .
^٧ - ابن مفلح : الفروع ١٠٦ / ٦ ، ١٦٩ .
^٨ - ابن قدامة : المغني ١١ / ٦١٦ .

تأديب الحدث بالحبس

مع اتفاق الفقهاء على مشروعية تأديب الأحداث فإنهم مختلفون في جواز تأديبهم بالحبس، ويُفرون بين حبسهم بالحقوق المدنية، وبين حبسهم بالحقوق الجزائية^١، وذلك فيما يلي:

أولاً: حبس الأحداث في القضايا المدنية

مذهب المالكية والشافعية، وأحد قولي الحنفية: أن غير البالغ إذا مارس التجارة، أو استهلك مال غيره، فلا يحبس بدين في معاملته لعدم التكليف، ولا يمنع هذا من تأديبه بغير الحبس. واتجه السرخسي من كبار فقهاء الحنفية إلى حبس الولي، لتقصيره في حفظ ولده، ولأنه المخاطب بأداء المال عنه^٢. والقول الآخر للحنفية: أن غير البالغ يحبس بالدين ونحوه تأديباً لا عقوبة؛ لأنه مؤاخذ بحقوق العباد، فيتحقق ظلمه، ولئلا يعود إلى مثل الفعل، ويتعدى على أموال الناس^٣، وعلق بعض هؤلاء حبسه على وجود أب، أو وصي له؛ ليضجر فيسارع إلى قضاء الدين عنه^٤.

ثانياً: حبس الأحداث في القضايا الجزائية

نص بعض الفقهاء على أن غير البالغ لا يحبس بارتكابه الجرائم ونحوها، ولكن هذا لا يمنع من تأديبه بغير الحبس. وعمم جماعة، فقالوا إن الصغر لا يمنع من وجوب التأديب فيجري بين الصبيان، ويُعزرون، ولا إثم عليهم فيما أصابوا، ومفهوم التعزير يشمل الحبس، كما هو معلوم عند الفقهاء^٥. وقال آخرون بجواز حبس الحدث الفاجر على وجه التأديب لا العقوبة، وبخاصة إذا كان الحبس أصلح له من إرساله، وكان فيه تأديبه واستصلاحه^٦. ومن الجرائم التي نصوا على الحبس فيها: الردة والبغي، فإذا ارتد الصبي المراهق اعتبرت رده، ويحبس حتى يتوب، وهو قول أبي حنيفة^٧.

مكان تنفيذ حبس الأحداث

اختلف الفقهاء في تحديد مكان حبس الأحداث، فمنهم رأى أن يكون حبس الحدث في بيت أبيه، وقالوا إذا خشي عليه ما يفسده توجب حبسه عند أبيه لا في السجن^٨، ويروى ويروى عن "سحنون" قاضي القيروان أنه أخذ غلاماً مردداً بطالين يفسدون بالدرهم،

^١ - أ. د. حسن أبو غدة: فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون، ص ٣٣٣.

^٢ - الأنصاري والرملي: ٣٠٦/٤، الدسوقي: ٢٨٠/٣، السرخسي: ٩١١٢٠.

^٣ - السرخسي: المبسوط ٩١١٢٠، ابن عابدين: حاشية ٤٢٦١٥.

^٤ - ابن عابدين: الحاشية ٢٧٥/٤، الفتاوى الهندية: ٣/٣١٣.

^٥ - أ. د. حسن أبو غدة: فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون، ص ٣٣٤.

^٦ - انظر ابن تيمية: السياسة، ص ١٣١، ابن فرحون: ٢٩٥/٢، النووي: منهاج ٢٠٥١٤.

^٧ - الآبي: ١٤٨/٢، الكاساني: ٦٣/٧، ابن عابدين: ٤٢٦/٥، الوئشريسي: ٢٥٨/٨.

^٨ - ابن عابدين: ٢٥٧/٤.

^٩ - الوئشريسي: ٢٥٢/٨.

فوضع في أرجلهم القيد ، وحبسهم عند آبائهم مقيدين^١ ويفضل الفقهاء حبس الحدث عند وليه على حبسه عند الدولة لاحتمال تعرضه للاستغلال والعدوان والإهمال ، وتلك أمور لا طاقة للحدث على تحملها ، وقد تؤثر في تكوين شخصيته فتصيبها بالاضطرابات والسلبية فضلاً عن أنّ الحدث أكثر استعداداً للتأثر وقبول الإصلاح خارج السجن^٢.

هذا وقد أجاز القانون التونسي وغيره للقاضي أن يحكم بتسليم الحدث إلى الديه ، أو إلى شخص موثوق ، وأن يحكم بوضع الحدث تحت نظام الحرية المحروسة^٣.

ثانياً : اتخاذ سجن خاص بالأحداث

مما لا شك فيه أنّ الردع والعقوبة من الغايات الشرعية المقصودة من حبس الكبار ، وأنّ التأديب المحض هو الغاية الشرعية من حبس الأحداث ، لذا حرصت الشريعة الإسلامية على عزل من يُراد تأديبه عن يراد تعزيره ، فقد ذكر الفقهاء أنّه إذا خشي على الحدث ما يفسده لم يحبس في السجن ، وإنّما يحبس عند أبيه ، فقد روي أنّه كان من غير المسموح به عند المسلمين حبس الصغار مع الكبار ، منعاً لما قد يتعرض له الصغار من فساد^٤.

وفي الوقت الذي سبق المسلمون غيرهم بإرساء مبدأ عزل الأحداث عن أصحاب الجرائم والفساد ، وعملوا لذلك بطرق تناسب تعاليم دينهم وأحوالهم الاجتماعية ظلت سجون الغرب حتى وقت قريب لا تهتم بأمور الأحداث ، ولا تخصص لهم أماكن للحبس ، ولا تراعي الفصل بين السجناء بحسب أعمارهم إلى أن بدأ مفهوم الحبس يتخذ شكلاً محدداً في أواخر القرن الثامن عشر^٥ ، فأفردت الحكومات للأحداث مراكز خاصة أشبه بالمدارس الإصلاحية الداخلية يُشرف عليها فنيون من ذوي الاختصاصات التربوية والدينية والثقافية والصحية والمهنية^٦. وأسماها " المؤسسات الإصلاحية " تمييزاً لها عن المؤسسات العقابية الخاصة بالكبار^٧.

تحديد سن الحدث

اختلف الفقهاء في تحديد سن الحدث ولا زال بعض علمائنا وقضائنا يستندون على اجتهادات فقهاء القرون الثلاثة الهجرية الأولى غير مراعين اختلاف زمنهم عن هذا الزمان الذي نعيش ، وما يوافق زمن ومجتمع قد لا يوافق مجتمع وزمن آخر ، فالقول بأن سن

^١ - الونشريسي : ٢٥٨٨ ، يحي بن عمر : أحكام السوق ، ص ١٣٥ .

^٢ - أ. د . حسن أبو غدة فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون ، ٣٣٥ .

^٣ - أ. د. حسن أبو غدة : فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون ، ص ٣٣٥ نقلًا عن مجلة الإجراءات الجزائية : الفصل (٢٤١) ، ٢٤٤ ، ٢٥١ ، جمال الدين : المصطلحات ، ص ٤٠ .

^٤ - د. أحمد علي مجدوب معالم الأصالة في النظام العقابي الإسلامي ، مقال نشور في صفحة ٣١ من مجلة الوعي الإسلامي الكويتية في رمضان ١٤٠٤هـ أيونيه ١٩٨٤م .

^٥ - الموسوعة البريطانية : ١٤ \ ١٠٩٨ .

^٦ - المصدر السابق : ١٤ \ ١١٠٢ .

^٧ - في المملكة العربية السعودية يُطلق عليها دور الملاحظة ، وتشرف عليها وزارة الشؤون الاجتماعية .

التكليف والمسؤولية الجنائية ١٥ سنة استناداً لأقوال الأئمة مالك والشافعي وابن حنبل ،
والتمسك بها في زمننا هذا واعتبار سن ١٨ سنة كسن المسؤولية الجنائية مخالف للشريعة
الإسلامية قول مردود مع احترامي لقاتليه ، فلا يوجد نص من القرآن ولا من السنة يحدد
سناً للرشد لأن سن الرشد يختلف من زمن إلى زمن؟

بل القرآن يؤكد على بلوغ الرشد لاكتمال الأهلية في قوله تعالى (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى
حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) فاشتراط بلوغ الرشد
على تسليم اليتامى على أموالهم لا يعني قصر هذا الشرط على أموال اليتامى ، كما
فسرها كثير من الفقهاء ، ولكن للتأكيد على حماية حقوق اليتامى المالية التي تكون
مطمعاً للأوصياء عليهم ، وإلا لكانت البيعة للنساء فقط ولا بيعة للرجال لأن آية البيعة
الوحيدة خصت النساء بالبيعة (يا أيها النبي إذا جاءك المؤمنات يبأيعنك...فبايعنهن)، وجاء
هذا التخصيص للتأكيد على حق المرأة للبيعة ، فأية (وابتلوا اليتامى) دليل على أن بلوغ
الرشد شرط أساسي في اكتمال الأهلية لتحمل المسؤولية مالية كانت أم أسرية
، اجتماعية أم جنائية، أما عن حديث " رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحلم" فنجدهم
يستشهدون بالروايات التي تشير إلى البلوغ مع وجود روايات صحيحة لهذا الحديث بـ
الصبي حتى يكبر " ، و" الصبي حتى يشب " ، وهذا الاختلاف يدل على أن البلوغ وحده
ليس شرطاً للمسؤولية الجنائية ، ولكن لكونهم يريدون ربط سن الرشد بالبلوغ
فيتمسكون برواية بعينها ، ويقصرون الآية على تسليم اليتامى أموالهم فقط!!

والغريب أنهم يعتبرون القول بسن الرشد ١٨ مخالف للشريعة ، والإمام أبو حنيفة اعتبر
سن ١٨ سنة هو سن التكليف ، وابن حزم أعتبره ١٩ سنة ، وجميع أنظمة المملكة العربية
السعودية اعتمدت سن ١٨ سنة سناً للرشد بها مستندة إلى رأي الإمام أبي حنيفة ، فقد
حدد سن الرشد بـ ١٨ سنة مجلس الشورى نفسه - الذي اعتبر بعض أعضائه أن هذا
مخالف للشريعة الإسلامية - بموجب قراره رقم (١١٤) وتاريخ ١١/٥/١٣٧٤هـ ، أي قبل
٥٧ عاماً ، وكذلك حددته بـ (١٨) سنة كل من الفقرة (ج) من المادة الأولى من اللائحة
التففيذية لنظام الجنسية ، والمادة (٤١) من نظام الإقامة الذي اعتبرت القاصر هو لم من لم
يبلغ سن الثامنة عشر عاماً ، نظام المرور الجديد الصادر عام ١٤٢٨هـ جعل إتمام سن ١٨
سنة من شروط دليل الإجراءات المرورية ، للالتحاق بمدارس تعليم قيادة السيارة ، والحصول
على رخصة القيادة ، وفي نظام العمل والعمال الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١
وتاريخ ٢٣ - ٨ - ١٤٢٦هـ بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم (٢١٩) وتاريخ ٢٢ - ٨ -
١٤٢٦هـ تعريف الحدث بـ " الشخص الذي أتم الخامسة عشرة من عمره ولم يبلغ الثامنة
عشرة" ، ومن شروط الالتحاق بالمعاهد والكليات العسكرية ألا يقل عمر المتقدم عن ١٦
سنة في بعضها ، و١٧ سنة في بعضها الآخر ، بمعنى أن سن الالتحاق بالخدمة العسكرية
لا يقل عن ١٨ سنة بأية حال من الأحوال ، والمادة الثالثة والثلاثون من نظام الأحوال المدنية

تشتراط على الأشخاص المكلفين بالتبليغ عن المواليد بعد الوالد الأقرب درجة للمولود من الأقارب الذكور المكملين من العمر سبعة عشر عاماً القاطنين مع الوالدة في مسكن واحد.

فهل كل هؤلاء خالفوا الشريعة الإسلامية ، أم لأنّ اتفاقية حقوق الطفل الدولية حددت ١٨ سنة لنهاية سن الطفولة فأصبح هذا السن مخالفاً للشريعة ؟

هذا دليل على عدم إعمال عقولنا والتمسك باجتهادات بعض الفقهاء دون غيرهم ، ومعارضة ما يخالفها ، ولا نعطي لأنفسنا فرصة التأمل بأنّ سن ١٥ سنة كسن المسؤولية الجنائية إن كان مناسباً في القرون الثلاث الهجرية الأولى فهو غير مناسب في زمننا ، وقد غاب عن المعارضين ارتفاع معدل متوسط عمر الإنسان ، فإنّ متوسط عمر الإنسان في السعودية ٧٣ سنة ، وكشف تقرير أممي حديث أن متوسط عمر الإنسان ارتفع خلال الـ ٦٠ عاماً الأخيرة بواقع ٢١ عاماً. فأصبح في معظم دول العالم ٦٨ عاماً بعد أن كان ٤٧ عاماً. ومع ارتفاع معدل متوسط العمر يوازيه ارتفاع سن الرشد ، لطول مرحلة الطفولة عما كانت عليه في تلك القرون ، فطفل هذا الزمان لا يكلف بتحمل أية أعباء أسرية ، أو أية مسؤوليات ليتفرغ لدراسته ، وعند بلوغه الـ ١٥ سنة يكون قد أنهى المرحلة المتوسطة ، وأمامه ٧ سنوات ليتم دراسته الجامعية ، بينما طفل القرون الماضية يتحمل مسؤولية إعالة أسرته وهو ابن الـ ١٢ سنة في المتوسط ، وتحمله المسؤولية في سن مبكرة يؤدي إلى نضج عقله ، فنجد محمد بن القاسم الثقفي فتح السند وتولى الحكم فيها ، وعمره سبعة عشر عاماً ، وكان هذا في القرن الأول الهجري ، بينما نحن الآن لا نستطيع تسليم ابن السابعة عشر مقود السيارة ليقودها وليس قيادة جيش ، ونظام المرور لدينا لا يمنح رخصة قيادة السيارة إلا لمن أتم ١٨ سنة ، ولا يُسمح الالتحاق بالخدمة العسكرية إلا بعد بلوغ الـ ١٨ سنة ، بل لا يُسمح تسجيل المولود طبقاً للمادة (٣٣) لنظام الأحوال المدنية بالمملكة العربية السعودية إلّا من أتم سن السابعة عشر من الذكور.

والإمام الطبري (٢٢٤ - ٣١٠هـ) لما كانت بلاده (طبرستان) لا تُرضي طموحه العلمي ، رحل وهو في الثانية عشرة من عمره في طلب العلم ، فسافر إلى "الري" بإيران الآن ، وإلى العراق ومصر وبيروت والمدينة المنورة ، فهل تستطيع الآن أن ترسل ابنك ابن الثانية عشرة بمفرده للدراسة في عدة بلدان ، مع ملاحظة عدم وجود مدارس داخلية آنذاك ولا طائرات ولا قطارات ولا حافلات يتقل بها ، وإنما كانت وسيلة الانتقال عبر الدواب ، ولا يخفى على القراء الكرام المخاطر التي كانت تواجه المسافرين في تلك القرون ، مع العلم بأنّ وزارة الداخلية في بلادنا^١ لا تسمح بسفر الأولاد الأقل من ٢١ سنة دون الحصول على تصريح سفر بناء على موافقة أولياء أمورهم ، فكيف نريد تحميل ابن الـ ١٥ سنة المسؤولية الجنائية وتطبيق عليه الحدود والقصاص كما تطبق على الراشدين؟

^١ - المقصود " ببلادنا " المملكة العربية السعودية.

فعندما اجتهد الإمام مالك (٩٣هـ/٧١٥م - ١٧٩هـ/٧٩٦م) و الشافعي (١٥٠هـ/٧٦٦م - ٢٠٤هـ/٨٢٠م) وابن حنبل (١٦٤هـ/٧٨٠م - ٢٤١هـ/٨٥٥م) بتحديد سن الرشد ١٥ سنة ، كان الصبي في هذه السن بالغاً رشيداً ، ومع هذا حدده أبو حنيفة ب١٨ سنة ، وابن حزم ب١٩ سنة ، ولكن ابن ال ١٥ سنة في زمننا هذا يعد طفلاً ، ويمر بمرحلة المراهقة التي تعني في علم النفس: "الاقتراب من النضج الجسمي والعقلي والنفسي والاجتماعي" ، ولكنه ليس النضج نفسه؛ ولا يصل إلى اكتمال النضج إلا بعد سنوات عديدة قد تصل إلى ١٠ سنوات. والمراهق لا يترك عالم الطفولة ويصبح مراهقاً بين عشية وضحاها ، ولكنه ينتقل انتقالاً تدريجياً ، ويتخذ هذا الانتقال شكل نمو وتغير في جسمه وعقله ووجدانه. ووصول الفرد إلى النضج الجنسي لا يعني بالضرورة أنه قد وصل إلى النضج العقلي ، وإنما عليه أن يتعلم الكثير والكثير ليصبح راشداً ناضجاً. ولذا جاء قوله تعالى (وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) وأتوقف عند الذين ربطوا البلوغ بالرشد معروف أن من علامات بلوغ الفتاة حيضها ، وهناك فتيات لا يحضن لعدة فيةن فهل هذا يعني أنهن لا يساءلن جنائياً ، والتي تحيض وهي في التاسعة من عمرها تطبق عليها الحدود والقصاص؟ وهذا ما حدث بالفعل لفتاة مكة وهي من أسرة فقيرة جداً ، تزوجت في سن ال ١١ من رجل ثلاثيني ، وكان مريضاً بالاكْتئاب ، لف شرشفاً حول عنقه ، وقال لها شدي من طرف وأنا أشد من الطرف الآخر ، فحسبتها لعبة واختنق الرجل ومات ، واتهمها أهله بقتلها له ، وحكم عليها بالقصاص على أن لا ينفذ إلا عند بلوغها ١٨ سنة ، وهذا تحايل من القضاء ، وقد أثيرت هذه القضية في الإعلام قبل سنوات ، فرغم أن سن المسؤولية الجنائية المعتمد في محاكمنا هو ١٥ سنة ، فبعض القضاة يعتبرون الفتاة طالما تحيض فهي امرأة بغض النظر إلى سنها ، مع أن المرأة في أنظمتنا وقوانيننا في السعودية قاصر حتى لو بلغت الستين وما فوق! والمحاكم هنا تخالف أنظمة الدولة التي اعتمدت سن ١٨ سنة كسن الرشد ، ليس لتصديقها على اتفاقية حقوق الطفل التي تعرف بالطفل بأنه دون الثامنة عشر ، ولكن لاعتمادها هذا قبل ٥٧ عاماً أي قبل أن توجد هذه الاتفاقية ، فما أحوجنا الآن وفي كل آن إلى استقلال عقولنا وإعمالها لإصلاح خطابنا الإسلامي وتجديده!!

الرأي الشرعي في القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة المسجونين

بعد هذا العرض لحقوق السجين في الفقه الإسلامي ، ومقارنته بالقواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء التي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في جنيف عام ١٩٥٥ ، وأقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراريه ٦٦٣ جيم (د -٢٤) المؤرخ في ٣١ تموز /يوليه ١٩٥٧ و ٢٠٧٦ (د - ٦٢) ٩ المؤرخ في ١٣ أيار / مايو ١٩٧٧ ، نجد أن هذه القواعد تتفق مع حقوق السجين في الفقه الإسلامي بصورة عامة

^١ - د. سهيلة زين العابدين حماد : جريدة المدينة . الثلاثاء ٢٠١٠/١١/٠٢ .

، بل نجد أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية قد سبقوا فقهاء القانون الدولي في ما وضعوه من قواعد ، وأحكام ، بل وتفوقوا عليهم في تقريرهم حق السجين في عدم حرمانه من حقوقه الزوجية ، وفي إيجاد عقوبات بديلة عن السجن ، وهذا ما أتطرق إليه في الفصل القادم ، وفي حقوق الأسرى والسجناء السياسيين .

الفصل الخامس

وسائل ضمان عدم حرمان السجين من حقوقه

حقوق الإنسان والسجين في الإسلام

من الحقائق التي علينا أن نسعى لإبرازها وبيانها أن الإسلام سبق المنظمات الدولية في حفظ حقوق الإنسان وحمايتها بتشريعات شرعها الخالق جلَّ شأنه ، وهي تشريعات شاملة وجامعة تطبق على الجميع لا يستثنى منها أحد مهما بلغ من القوة والجبروت .

إن الحديث عن حقوق الإنسان في الإسلام حديث طويل يحتاج إلى مؤلف كبير ، بل إلى موسوعة تشمل كل هذه الحقوق ، فالإسلام لم يترك كبيرة ولا صغيرة إلا وبينها ، ولم يغفل أي حق من حقوق الإنسان إلا وفصله ، لأنَّ الذي وضع هذه الحقوق ليس البشر، وإنما الخالق للبشر والكون وما فيه من كائنات ، والكمال له وحده ، فالمجال هنا لا يتسع لذكرها كلها بتفصيلاتها ، لكن سأحدث عنها إجمالاً ، وليس تفصيلاً .

من حقوق الإنسان :

حق الحياة والأمان والحرية والمساواة والعمل ، مع حماية بدنه ونفسه وعقله ودينه وماله وعرضه ، وعلى المجتمع والدولة حماية هذه الحقوق من أي اعتداء ، ومعاوية المعتدين عليها ، مع حفظ كرامتهم وحقوقهم الإنسانية أثناء وبعد تنفيذ العقوبة عليهم .

الأسس المبني عليها حقوق الإنسان في الإسلام

ترتكز هذه الحقوق على أسس أهمها :

أولاً : الناس سواسية في القيمة الإنسانية المشتركة

تتمثل هذه المساواة في الاعتقاد بأنَّ الناس جميعاً متساوون في طبيعتهم البشرية ، وأنَّ ليس هناك جماعة تفضل غيرها بحسب عنصرها الإنساني ، وخلقها الأول ، وانحدارها من سلالة خاصة ، وما انتقل إليها من أصلها هذا بطريق الوراثة ، فهذه أمور ليس بأيديهم ، وإنما التفاضل بينهم يقوم على أمور هم يتحكمون فيها ، وهي التقوى والعلم والأخلاق والأعمال إلى غير ذلك ، وقد حرص الإسلام على تقرير هذه المساواة في أكمل صورها ، وجعلها من العقائد الأساسية التي يجب على المسلم أن يدين بها ، وفي هذا يقول تعالى : (يا أيُّها النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ)^١ ، فهنا مقياس الأفضلية هو التقوى ، فأنتم جميعاً منحدرون من أب واحد وأم واحدة ، فلا فضل لأحدكم على الآخر بحسب عنصره وطبيعته وسلالته وجنسه ولونه ، وإذا كان الله تعالى قد جعلكم شعوباً وقبائل ، فإنه لم يجعلكم كذلك لتفضيل شعب على شعب ، أو قبيلة على قبيلة ، وإنما قسمكم هذا التقسيم لكون ذلك وسيلة للتعرف والتمييز والتسمية ، كشأن الأفراد يحمل كل منهم اسماً ليعرف به ،

^١ - سورة الحجرات : آية ١٣ .

ويتميز به عن سواه، والتفاضل بينكم عند الله إنما يجري على أساس أعمالكم، ومبلغ محافظتكم على حدود دينكم، فأكرمكم عند الله أتقاكم. ويقول تعالى في آية أخرى: (ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً)^١، فالله تعالى قد كرّم بني آدم على العموم، وفضلهم على كثير من خلقه، ولم يخص جماعة أو قبيلة دون أخرى، وتفسر السنة النبوية المطهرة هذه الجزئية وتفصل فيها لتوضيحها أكثر، فيقول عليه الصلاة والسلام في خطبة الوداع التي جعلها دستوراً للمسلمين من بعده: (أيها الناس إن ربكم واحد، وأباكم واحد، كلكم لآدم، وآدم من تراب، وليس لعربي على عجمي، ولا لعجمي على عربي، ولا لأحمر على أبيض، ولا لأبيض على أحمر فضل إلا بالتقوى، ألا هل بلغت؟! اللهم فاشهد. ألا فيبلغ الشهد منكم الغائب).

ويظهر سمو هذه المبادئ الإسلامية بالموازنة بينها وبين العقائد والشرائع التي كانت سائدة عند كثير من شعوب العالم المتحضر قبل الإسلام، وخاصة عند الهنود البراهمة واليونان والرومان واليهود الذين يعتبرون أنفسهم شعب الله المختار، والعرب في الجاهلية، والأوروبيون الذين يعتقدون أن الجنس الآري هو أفضل الأجناس، ولا يزال الغربيون بصورة عامة ينظرون إلى الأجناس الأخرى، ولا سيما العرب والمسلمين والأفارقة نظرة عنصرية دونية، ويستكثرون عليهم ما أنعم الله عليهم من ثروات فيحتلون بلادهم ليستحوذوا على خيراتها.

ثانياً: تسوية الإسلام بين الناس في الحقوق المدنية وشؤون المسؤولية والجزاء

في الإسلام يُعامل النَّاس جميعاً على قدم المساواة في شؤون المسؤولية والجزاء، وفي الحقوق المدنية كحق التعاقد والتملك، بدون تفرقة بين أمير وغبير، ولا بين شريف ووضيع، ولا بين غني وفقير، ولا بين محبوب ومكروه، ولا بين قريب وبعيد، فالعدالة الإسلامية لها ميزان واحد يطبق على جميع النَّاس.

وفي هذا يقول الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوْا أَوْ تَعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا)^٢، ويقول جل شأنه: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنَ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا) أي لا ينبغي أن تحملكم كراهيتكم لبعض الناس لسبب ما على مجانبة العدل في أحكامكم معهم (اعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله إن الله خبير بما تعملون)^٣.

^١ - سورة الإسراء: آية ٧٠.

^٢ - سورة النساء: آية ١٣٥.

^٣ - سورة المائدة: آية ٨.

ويقول تعالى : (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ)^١ ويقول عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : (لا تفلح أمة لا يؤخذ للضعيف فيها حقه من القوي) ، ويقول : (إنَّما أهلک الذین من قبلكم أنَّهُم كانوا إذا سرق الشریف تركوه ، وإذا سرق الضعیف أقاموا علیه الحد ، وأیم واللّه لو أنّ فاطمة بنت محمد سرقت لقطعتُ يدها).

ويقول أبو بكر الصديق رضي الله عنه في أول خطبة له بعد مبايعته بالخلافة : (ألا إنَّ أقواکم عندي الضعیف حتى آخذ الحق له ، وأضعفکم عندي القوي حتى آخذ الحق منه).

وحرص على تكرار هذا المعنى نفسه أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه في أول خطبة له بعد توليه الخلافة ، فقال : (أيها الناس : إنَّه واللّه ما فيکم أحد أقوى عندي من الضعیف حتى آخذ الحق له ، ولا أضعف عندي من القوي حتى آخذ الحق منه .)

وجاء في رسالة عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري ، وهي الرسالة التي جمع فيها معظم أحكام الإسلام في القضاء : (أس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك) أي سو بين المتقاضين في جميع هذه الأمور ، ويقول في وصيته للخليفة من بعده : (اجعل النَّاسَ عندك سواء ، لا تبال على من وجب الحق ، ثمَّ لا تأخذك في الله لومة لائم ، وإياك والمحابة فيما ولأك الله).

ثالثاً: تسوية الإسلام بين الناس في حق التعلم والثقافة

لقد ساوى الإسلام بين كل الأفراد في حق العلم والتعلم ، لكل فرد الحق في أن ينال العلم والثقافة ما يشاء ، وما تتيحه له إمكاناته وظروفه ، ويتيح له استعداداه ، بل جعل ذلك فرضاً عليه في الحدود اللازمة لأمر دينه وشؤون دنياه ، وفي هذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم (طلب العلم فريضة على كل مسلم) ، ولفظ مسلم هنا يشمل المسلمة أيضاً ، وجاء في بعض روايات هذا الحديث (طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة) ، ويشيد الله جل شأنه بالعلم والعلماء فيقول : (هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون)^٢ ، يقول تعالى : (إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ) ، وأول سورة نزلت في القرآن الكريم تحث على العلم (اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ . عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ) كما نجده جل شأنه قد أقسم بالقلم : (ن . والقلم وما يسطرون) .

رابعاً: تسوية الإسلام بين الناس في حق العمل

لقد أعطى الإسلام كل فرد الحق في أن يزاوِل أي عمل مشروع يروق له ، وتكون لديه الكفاية للقيام به ، وقد حث الإسلام على العمل أياً كان نوعه مادام داخل في نطاق الأعمال المشروعة ، وأمر به ، وأعلى شأنه ، يقول تعالى في كتابه العزيز : (هُوَ الَّذِي جَعَلَ

^١ - سورة النساء : آية ٥٨ .

^٢ - سورة الزمر آية ٥ .

لَكُمْ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ) ، وعليهم أن ينصرفوا إلى أعمالهم بعد أدائهم لصلاة الفريضة : (فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ كَثِيرًا وَادْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ)^١ ، ولقد أجاز القرآن مباشرة أعمال التجارة ، وما إليها أثناء أداء مناسك الحج ، قال تعالى : (لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ فَإِذَا أَفَضْتُمْ مِنْ عَرَفَاتٍ فَاذْكُرُوا اللَّهَ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ) قال المفسرون في هذه الآية إنها تحث على الأخذ بأسباب الرزق ومزاولة أعمال التجارة ، وما إليها في مواطن الحج نفسها ومواسمه. وقوله تعالى : (لِيَأْكُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ وَمَا عَمِلَتْهُ أَيْدِيهِمْ أَفَلَا يَشْكُرُونَ)^٢

وقد رغب الرسول صلى الله عليه وسلم في العمل ، فقال : (ما كسب الرجل كسباً أطيب من عمل يده ، وإن نبي الله داوود كان يأكل من عمل يده) رواه البخاري.

وبين مكانة التاجر الصدوق ، فقال : (التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء.) رواه الترمذي ، وقال هذا حديث حسن ، كما رغب الرسول صلى الله عليه وسلم في الزراعة ، فقال : (ما من مسلم يغرس غرساً ، أو يزرع زرعاً فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا وكان له به صدقة.) رواه البخاري. ومن حق الفرد أن تؤمن له الدولة العمل ، فقد كان العاطلون يأتون إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليدبر لهم عيشهم ، فتوفير أسباب العمل أمر تلزم به الحكومة ، ويفرض عليها.

وقد حفظ الإسلام حقوق العاملين ، فقد قرر الإسلام الأجر للعامل ، وأن يكون الأجر على قدر العمل لا ظلم فيه ، ولا غبن ، يقول تعالى : (وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ)^٣ و يقيم الإسلام مبدأ تفاوت الأجر على أساس قاعدة أهمية العمل يوضح هذا قوله تعالى : (وَلِكُلِّ دَرَجَاتٍ مِمَّا عَمِلُوا)^٤.

وقد ضمن الإسلام للعامل أجره المستحق : يقول النبي صلى الله عليه وسلم : (قال الله : ثلاثاً أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ، ولم يعط أجره.)^٥ وقوله صلى الله عليه وسلم : (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه.)

كما أعطى الإسلام كل فرد حق تكافؤ الفرص بينه وبين غيره في الحصول على العمل ، وتحريم أي امتياز يستمدده مدعيه من العرف ، أو من سيطرة ذوي السلطان ، والقاعدة هي أنه يجب اختيار الأصلح بنوع العمل دون اعتبار آخر ، فإن إسناد العمل لغير أهله هلاك للعمل لقوله صلى الله عليه وسلم : (إذا وسد الأمر إلى غير أهله فانتظر

^١ - سورة الجمعة : آية ١٠ .

^٢ - سورة ياسين : آية ٣٥ .

^٣ - سورة الأعراف : آية ٨٥ .

^٤ - رواه البخاري .

السَّاعَة) ^١ ، كما أعطى الإسلام لكل فرد عامل حق تأمينه من الإرهاق ، فلا يكلف العامل إلا بالعمل الذي في قدرته ، ويستطيع الاستمرار عليه ، يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : (ولا تكلفوهم ما يغابهم فإن كلفتموهم فأعينوهم) ^٢ .

ولا يحق لصاحب العمل أن يجبر العامل على العمل فوق الساعات المحددة له ، ولا يقدم العامل على ذلك إلا برضاه التام ، ويعطى أجرة الزيادة .

كما كفل الإسلام للعامل وأسرته عند عجزه لشيخوخة أو لعاهة .

خامساً : حق الحرية

الحرية هي إرادة الإنسان وقدرته على ألا يكون عبداً لغير الله . والحرية في الإسلام مقيدة ، لأن الحرية ليست انطلاقاً من القيود الضابطة للحرية هي في أصلها قيود نفسية ، وليست قيوداً خارجية ، وهي تتكون من حقيقتين : إحداهما : السيطرة على النفس والخضوع لحكم العقل لا الخضوع لحكم الهوى ، وثانيهما : الإحساس الدقيق بحق الناس على الفرد ، وإلا كانت الأنانية ، والحرية والأنانية لا يجتمعان . وقد حرص الإسلام على تطبيق مبدأ الحرية في هذه الحدود وبهذه المناهج في مختلف شؤون الحياة ، وأخذ به في جميع النواحي التي تقتضي كرامة الفرد أن يؤخذ به في شؤونها ، وهي النواحي المدنية ، والنواحي الدينية ، ونواحي التفكير والتعبير ، ونواحي السياسة والحكم ، ووصل به في كل ناحية من هذه النواحي الأربع إلى شأو رفيع لم تصل إلى مثله شريعة أخرى من شرائع العالم قديمه وحديثه ^٣ .

سادساً : حق التكافل الاجتماعي

يقصد بالتكافل الاجتماعي في معناه اللفظي أن يكون آحاد الشعب إلى كفالة جماعتهم ، وأن يكون كل قادر ، أو ذوي سلطان كفيلاً في مجتمعه يمدد بالخير ، وأن تكون كل القوى الإنسانية في المجتمع متلاقية في المحافظة على مصالح الآحاد ، ودفع الأضرار ، ثم في المحافظة على دفع الأضرار عن البناء الاجتماعي ، وإقامته على أسس سليمة .^٤ ولا تستقيم حياة يذهب فيها كل فرد إلى الاستمتاع بحريته المطلقة إلى غير حد ولا مدى ، يغذيها شعوره بالتححرر الوجداني المطلق من كل ضغط ، وبالمساواة المطلقة التي لا يحدها قيد ولا شرط ، فإنَّ الشعور على هذا النحو كفيلاً بأن يحطم المجتمع ، كما يحطم الفرد ذاته .

فلمجتمع مصلحة عليا لا بد أن تنتهي عندها حرية الأفراد ، ولل فرد ذاته مصلحة في أن يقف عند حدود معينة في استمتاعه بحريته ، لكي لا يذهب مع غرائزه وشهواته ولذائذه

^١ - صحيح البخاري : كتاب العلم ، باب فضل العلم .

^٢ - رواه البخاري .

^٣ - د . علي عبد الواحد وإي : حقوق الإنسان في الإسلام ، ص ١٩٨ .

^٤ - محمد أبو زهرة : التكافل الاجتماعي في الإسلام ، ص ٧ .

إلى الحد المردي ، ولكي لا تصطدم حريته بحرية الآخرين فتقوم المنازعات التي لا تنتهي ، وتستحيل الحرية جحيماً ونكالاً ، ولقد جاء الإسلام والناس في تدابر وتناحر وعصبية تقوم على رابطة الدم والنسب ، وأراد الإسلام أن يبني المجتمع مجنباً الإنسانية هذا الشقاء ، وذلك التمزق فحرر الإنسان من كل هذه العصبية ، وأبى عليه أن يستعبد لأرض أو للون أو لجنس ، وجمع البشر تحت ظل الأخوة الإيمانية ، وإذا بها أخوة تفوق أخوة النسب والدم والعصبية حتى أنستهم ما بينهم في الجاهلية من تارات وعداوات وقتل ، ولم يبق إلا التناصر والتآلف والمحبة والإخاء ، وهذا ما ذكره القرآن في حال المؤمنين ؛ إذ قال تعالى : (واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا وأذكروا نعمت الله عليكم إذ كنتم أعداء فألف بين قلوبكم فأصبحتم بنعمته إخواناً وكنتم على شفا حفرة من النار فأنقذكم منها كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تهتدون.) ، ويقول تعالى : (إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ) ، ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : (المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً) رواه البخاري ، وفي حديث آخر رواه البخاري يقول عليه الصلاة والسلام : (ترى المؤمنين في تراحمهم وتوادهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى عضواً تداعي له سائر جسده بالسهر والحمى)

هذا غاية ما تصبوا إليه المجتمعات في أمر التكافل أن يتحد الإحساس ويتضامن ، وأن تتوافق المشاعر وتتساند ، وأن يسعى الجميع إلى غاية واحدة هي تحقيق السعادة والأمن للمجتمع كله.

تسوية الإسلام في جميع هذه الحقوق بين المسلمين وغير المسلمين

لقد ساوى الإسلام بين المسلمين وغير المسلمين في تطبيق هذه المبادئ ، فيقرر أن الذميين في بلد إسلامي ، أو في بلد خاضع للمسلمين لهم ما للمسلمين من حقوق ، وعليهم ما على المسلمين ، ويجب على الدولة أن تُقاتل عنهم كما تقاتل عن رعاياها من المسلمين ، وتطبق عليهم القوانين القضائية التي تطبق على هؤلاء ، إلا ما يتعلق منها بشؤون الدين فتحترم فيه عقائدهم ، فلا توقع عليهم الحدود الإسلامية فيما لا يحرّمونه ، ولا يدعون إلى القضاء في أيام أعيادهم لقوله صلى الله عليه وسلم : (أنتم يهود عليكم خاصة ألا تعدوا في السبت.)

ولا يقف الأمر في معاملة الذميين عند نصوص الشرع والقانون ، بل إن الحاكم المسلم مطالب فوق المجاملة ، وحسن المعاملة في غير ما بيّنته النصوص وفصلته العهود ، وفي هذا يقول عليه الصلاة والسلام : (من قذف ذمياً حد له يوم القيامة بسياط من نار.) ، ويقول : (من آذى ذمياً فقد آذاني) ، ، يقول : (من ظلم معاهداً أو انتقصه حقه أو كلفه فوق طاقته أو أخذ منه شيئاً بغير طيب نفس فأنا خصمه يوم القيامة.)

ويقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه في كتاب له إلى عمرو بن العاص في أثناء

ولأيته على مصر مشيراً إلى الحديث السابق ذكره : " إنَّ معك أهل الذمة والعهد ، فاحذر يا عمرو أن يكون رسول الله خصمك " ، ويقول في عهده لأهل بيت المقدس عقب فتح المسلمين له : " هذا ما أعطى عمر أمير المؤمنين أهل إلباء من الأمان : أعطاهم أماناً لأنفسهم وأموالهم وكنائسهم ، ولا تهدم ، ولا ينتقص منها ، ولا من خيرها ، ولا من صلبهم ، ولا من شيء من أموالهم " . وروى يحيى بن آدم في كتاب الخراج أنَّ عمرأ لما تدانى أجله أوصى من يلي الخلافة بعده ، وهو على فراش الموت ، بقوله : " أوصي الخليفة من بعدي بأهل الذمة خيراً ، وأن يوفى لهم بعهدهم ، وأن يُقاتل من ورائهم ، وألاً يكلفهم فوق طاقتهم .)

مساواة الإسلام بين الرجل والمرأة في كل هذه الحقوق

المساواة بين المرأة والرجل في القيمة الإنسانية

وسواسية الناس في القيمة الإنسانية في الإسلام تشمل الذكور والإناث ؛ إذ أجاب الإسلام عن ما دار في المجامع الكنسية من جدل حول ماهية المرأة ، وكنهها ، وهل هي إنسان ذو نفس وروح خالدة ؟ وهل تُقبل منها العبادة ؟ ، وهل تدخل الجنة ، وأخيراً قرر المجتمعون : (أنَّ المرأة مجرد حيوان نجس لا روح له ولا خلود ، ولكن يجب عليها العبادة والخدمة ، كما يجب تكميم فمها كالبعير وكالكلب العقور لمنعها من الضحك والكلام لأنها أحبولة الشيطان) ولقد أجاب الإسلام عن هذه التساؤلات ، معلناً إنسانية المرأة في قوله تعالى : (يا أيُّها النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى) ، وقوله تعالى : (هو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا)^١ ، وقوله تعالى : (يا أيُّها النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً)^٢ وأوضح الرسول صلى الله عليه وسلم هذه الحقيقة في قوله : (إِنَّمَا النِّسَاءُ شِقَاتُ الرِّجَالِ) ، كما نفى عن المرأة تهمة الخطيئة الأزلية في قوله تعالى : (وعصى آدم ربه فغوى)^٣ كما أعلن مساواتها بالرجل في الأجر والثواب في قوله تعالى : (فاستجاب لهم ربهم أني لا أضيع عمل عامل منكم من ذكرٍ وأنثى بعضهم من بعض)^٤ ، وقوله تعالى : (وَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا)^٥ ، وقوله تعالى : (مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِّنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ)^٦

كما ساوى الإسلام بين الرجل والمرأة في الحرية السياسية والفكرية والدينية ، وحرية العمل ، ولم يفرق بينهما في أي منها ، فلكل فرد عاقل رشيد رجلاً كان أو امرأة أن يشترك في إدارة شؤون الدولة ، وأن يُراقب سيرها وينفذ أعمالها ، فلها حق مبايعة الإمام

١ - سورة الأعراف : آية ١٨٩ .

٢ - سورة النساء آية ١ .

٣ - سورة طه : آية ١٢١ .

٤ - سورة آل عمران : آية ١٩٥ .

٥ - سورة النساء : آية ١٢٤ .

٦ - سورة النحل : آية ٩٧ .

لقوله تعالى : ((يا أيها النبي إذا جاءك الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعُنكَ عَلَى أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئاً وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَادَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِبُهْتَانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلَا يَعْصِيَنَّكَ فِي مَعْرُوفٍ فَبَايِعُهُنَّ وَاسْتَعْفِرْ لَهُنَّ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)

هذا نص قرآني واضح وصريح ، ولا يحتاج إلى اجتهاد أو تأويل قد خصَّ الله جلَّ شأنه فيه النساءَ بالبيعةٍ تأكيداً على أنَّ بيعتهنَّ مستقلةٌ عن بيعة الرجال ، أي ليست تابعة لمبايعة الرجال ، وإنما متممة ومكملة لها ولا تكتمل البيعة إلاَّ بها . ومن هذا المنطلق فالمرأة لها حق مبايعة الحاكم في أنظمة الحكم القائمة على المبايعة ، وحق الانتخاب في الأنظمة القائمة على الانتخابات .

كما ساوى بين المرأة والرجل في حق الشورى يوضح هذا قوله تعالى في الآية ١٥٩ من سورة آل عمران : (فِيمَا رَحِمَةً مِّنَ اللَّهِ لَئِنَّ لَهُمْ وَلَوْ كُنتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ) واضح من الآية هنا أنَّ الخطاب جاء بصيغة العموم ، أي يشمل الذكور والإناث ، وإلاَّ لكانت دعوته صلى الله عليهم خاصة بالرجال دون النساء إن اعتبرنا أنَّ قوله جلَّ شأنه (وشاورهم في الأمر) قاصر على الرجال؛ إذ لا يمكن تجزئة الخطاب هنا إلى جزئين جزء يشمل الرجال والنساء ، وهو الخاص بالدعوة ، أمَّا الجزء المتعلق بالشورى فهو خاص بالرجال فقط ، وذلك من أجل أن نحرم المرأة من حق الشورى! ولو كان الأمر كذلك لاستثنى الله جلَّ شأنه النساء منها . وقوله تعالى في الآية ٢٨ من سورة الشورى : (وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ) فالخطاب جاء بصيغة العموم أيضاً ، ولو قصرنا قوله تعالى (وأمرهم شورى بينهم) على الرجال دون النساء ، فهذا يعني أننا قصرنا الصلاة والزكاة والصدقات التي هي من الإنفاق على الرجال أيضاً ، وأسقطنا ذلك عن النساء ، وهذا يتنافى عما جاء به الإسلام .

وساوى الإسلام بين المرأة والرجل في حق الولاية في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يوضح هذا قوله تعالى : (وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ) ، وقد ولي عمر بن الخطاب رضي الله عنه الشفاء من بني عدي الحسبة ، كما جعلها مستشارة له ، وقد اعتبر بعض الفقهاء الحسبة نوع من أنواع القضاء .

ومن هنا كان لها حق الإفتاء كالرجل دون تحديد من تفتي لهم فهناك من الفقهاء من قصر فتوى المرأة للنساء ، والسيدة عائشة رضي الله عنها كانت تفتي في زماني أبي بكر وعمر رضي الله عنهما في مختلف القضايا ، ولم تقتصر فتواها على الشؤون النسائية .

كما ساوى بين المرأة والرجل في حق إجارة المحارب ، يوضح هذا قوله تعالى : (وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ فَاجِرٌ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ) وقد مارست المرأة المسلمة هذا الحق في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكلنا يعرف قصة أم

هانئى أخت على بن أبى طالب رضى الله عنهما التى أجات محارباً يوم فتح مكة ، وأراد أخوها على بن أبى طالب كرم الله وجهه قتله ، فذهبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقالت له : هذا ابن أبى وأمى يريد قتل من أجاته ، فسألها عن أجات ، وسمته له ، فقال لها عليه الصلاة والسلام : (أجاتنا من أجات يا أم هانئ) ، ولم تُخفر إجات امرأة ، ويقابل الإجات فى عصرنا الحالى ما يُسمى بحق اللجوء السياسى .

التسوية بين المرأة والرجل فى الأهلية الحقوقية وفى التصرفات المالية

ويقصد بها ممارسة الشؤون المالية والمدنية من بيع وشراء ورهن وقرض وإقراض ووقف ، وإبرام للعقود وفسخها ، وعقد الشركات والقيام بالتجارة والوكالة والتوكيل ، ورفع الدعاوى ، محتفظة بحقها فى التملك تملكاً مستقلاً عن غيرها ، فللمرأة المتزوجة فى الإسلام شخصيتها المدنية الكاملة ، وثروتها الخاصة المستقلتان عن شخصية زوجها وثروته ، ولا يجوز للزوج أن يأخذ من مالها قل ذلك أو كثر ، قال تعالى : (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وَإِثْماً مُبِيناً وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنُ مِنْكُمْ مِيثاقاً غَلِيظاً)^١

وقال جل شأنه : (وَلَا يَجْلُ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً)^٢ ، وإذا كان لا يجوز للزوج أن يأخذ مما سبق أن آتاه لزوجته ، فإنه لا يحل له من باب أولى أن يأخذ شيئاً من مالها الأصيل إلا أن يكون برضاها ، وعن طيب نفس منها ، يقول تعالى : (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً)^٣ ، ولا يحل لزوج أو أخ أو ابن أو أى كائن كان أن يتصرف فى أموالها إلا إذا أذنت له بذلك ، أو وكَّلته فى إجراء عقد بالنيابة عنها ، وفى هذه الحالة يجوز أن تلغى وكالته ، وتوكل غيره إن شاءت .

هذا وقد انفردت الشريعة الإسلامية عن القوانين كلها بإعطاء المرأة كامل حقوق الأهلية التى يتمتع بها الرجل . هذه الحقوق يجب أن يعيها كل مسلم ومسلمة ، وأن تتضمنها المناهج الدراسية ، فكل فرد يعرف ما له وما عليه فىؤدى ما عليه ، ويُطالب بما له ويتمسك به ، ولا يفرط فيه ، فالتفريط فى الحقوق يُساعد على تفشي الظلم والفساد بين الناس^٤.

المسؤولية الجنائية والجزائية والعقوبة عليهما

حرصاً من الإسلام على حماية حقوق الإنسان من الانتهاك شرع العقوبات من قصاص وحدود وتعزيرات على من ينتهكها أياً كان ، هذه العقوبات ينبغى النظر إليها

^١ - سورة النساء : الآيتان ٢٠ ، ٢١ .

^٢ - سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

^٣ - سورة النساء : آية ٤ .

^٤ - لقد أعددت مشروع مادة حقوق الإنسان مشروع مقترح " يدرس فى الجامعات والمعاهد والكليات التابعة لوزارة التعليم العالى وكليات الشرطة والكليات الأمنية والعسكرية بتكليف من الجمعية الوطنية لحقوق الإنسان ، وهو محكم من قبل لجنة مختصة ومعتمد من قبل الجمعية الوطنية لحقوق الإنسان بالملكة العربية السعودية ، أرفقه مع البحث أمل أن يعتمده المجمع الفقهي الإسلامى الدولى ليدرس فى جامعات ومعاهد العالم الإسلامى .

نظرة شمولية متكاملة ، وذلك بالتدبير في المصالح العامة التي سيعود نفعها على المجتمع من جراء تشريعها قبل تنفيذها ، فهي وسائل لمنع الجريمة قبل وقوعها ، يقول تعالى: (وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ) وحفظ كرامة مرتكب الجريمة كإنسان : (ولقد كرمنا بني آدم) ، كما حفظ كامل حقوقه فترة تنفيذ عقوبته في السجن وبعد خروجه منه ، كما حفظ كامل حقوقه قبل ارتكابه جريمته ، أو جنحته ، أو مخالفته لتعاليم دينه ، أو نظم وقوانين مجتمعه. فالعقوبة هي الجزاء الذي يتبع تجريم سلوك معين يمنع الأفراد من إتيانه، وهي بذلك جزء هام من نظام قانوني متكامل ينطلق من الرغبة الجماعية في إضفاء الحماية للأفراد بمنع سلوكيات معينة وترتيب جزاءات للأفراد الذين يخالفون هذا المنع، هذه العقوبة التي تختلف باختلاف نوع الجريمة التي ارتكبت، فالعقوبة ليست للانتقام من المجرم ، وإنما هي وسيلة لتثديبه وإصلاحه وتأهيله ، فالمجتمع المسلم يقوم على دعائم العدل والإحسان والحرية والمساواة والرحمة والعضو ، قال تعالى : (وما أرسلناك إلا رحمةً للعالمين) ^٢ (... وأن تعفوا أقرب للتقوى) ^٣ ، وقوله تعالى : (... فمن عفا وأصلح فأجره على الله ...) ^٤

حقوق السجناء

وحقوق السجناء نالت حظاً وافراً واهتماماً خاصاً من فقهاء الأمة في مختلف العصور، ورأينا كيف سبقوا المنظمات الحقوقية الدولية وفقهاء القانون الدولي في حماية حقوق السجنين ، فأوصوا بتصنيف المحبوسين وفقاً لفئاتهم العمرية ، ونوعية جرائمهم من جنائية وجزائية ، كما أوصوا بفصل سجون النساء عن الرجال ، وبحبس الأحداث عند والديهم ، أو في دور خاصة بهم، كما أوصوا بالرعاية الصحية والاجتماعية والنفسية للسجين، وأن تكون السجون واسعة ونظيفة وجيدة التهوية، مع عدم تعريض المساجين للبرد والحر الشديدتين ، مع توفير جميع وسائل النظافة البدنية والمكانية للمسجونين ، وتأمين لهم الطعام والشراب والكساء ، وتمكينهم من أداء شعائرهم الدينية ، وتوفير لهم سبل التعليم والتثقيف والترفيه والاتصال بالعالم الخارجي ، والخلاوات الشرعية بأزواجهم للمتزوجين منهم ، وفي حالة مرض أحد الأقارب المقربين (كالأم ، أو الأب ، أو الزوجة ، أو أحد الأبناء ، أو الإخوة والأخوات) مرضاً شديداً يسمح للمسجون الخروج من السجن ، لزيارته ، كما يُسمح بحضور جنازة من توفى من أقاربه المقربين . وقد حرم الإسلام التعذيب واستعمال القسوة مع المسجونين ، بل نجد من فقهاء الإسلام من سبقوا المعاصرين في إيجاد عقوبات بديلة عن السجن تكون بالإقامة الجبرية (الحبس المنزلي) ، أو بالغرامة المالية ، أو بخدمة المجتمع.

^١ - البقرة : ١٧٩ .

^٢ - الأنبياء : ١٠٧ .

^٣ - البقرة : ٢٣٧ .

^٤ - الشورى : ٤٠ .

وأحاط المشرعون المسلمون المعاصرون حقوق السجين بنسيج من الحماية الدستورية والقانونية في ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء والمعايير الدولية لحقوق الإنسان ذات الصلة. فالمؤسسات العقابية والإصلاحية في معظم البلاد الإسلامية ركزت على إصلاح السجناء وإعادة تأهيلهم ، وحماية حقوقهم ونجد المشرع الجزائري فرض عقوبة السجن لمدة ثلاث سنوات كحد أقصى في حالة استعمال الموظف العام القسوة مع أي شخص.

ويجب توعية العاملين والعاملات في السجون بهذه الحقوق ، بتدريس مادة حقوق الإنسان في الكليات الشرطة والأمنية والعسكرية ، وبعمل دورات تدريبية وتأهيلية للعاملين والعاملات في المؤسسات العقابية بكيفية التعامل مع المسجونين بطريقة تحفظ كرامتهم الإنسانية، ولا تسلبهم حقوقهم، مع فرض عقوبات على من ينتهكها منهم.

وآمل من الدول العربية والإسلامية أن تلغي " صحيفة السوابق " التي يوصم بها كل من دخل السجن طوال حياته ، فيُحرم بموجبها من حقه في العمل ، مما يضطر من تغلق أبواب العمل الشريف أمامه إلى ارتكاب مختلف الجرائم ليؤمن لنفسه وأسرته لقمة العيش ، والمملكة العربية السعودية مقدمة على إلغاء صحيفة السوابق ، وهي قيد الدراسة الآن.

مقترح مشروع قانون للعقوبة التي يجب سنها يضمن عدم حرمان السجين من حقوقه

بعد البحث والاستقصاء وجدت في قانون تنظيم السجون الجزائري رقم ٠٤/٠٥ ، ما يضمن عدم حرمان السجين من حقوقه ؛ لذا أوصي بالاستفادة من التجربة الجزائرية في تطوير دور المؤسسة العقابية في إعادة إدماج المحبوس طبقاً لقانون تنظيم السجون ٠٤/٠٥ ؛ إذ تأخذ المؤسسة العقابية بموجب نص المادة (٢٥) شكلين إما شكل البيئة المغلقة أو شكل البيئة المفتوحة ، كما نص المشرع الجزائري في المادة ٢٨ من قانون تنظيم السجون على تصنيف مؤسسات البيئة المغلقة إلى مؤسسات ومراكز متخصصة كما يلي:

(١) **مؤسسة الوقاية:** وهي المؤسسة التي نجد لها بدائرة اختصاص كل محكمة و تخصص لاستقبال المحبوسين مؤقتاً ، و المحكوم عليهم نهائياً بعقوبة سالبة للحرية لمدة تساوي أو تقل عن سنتين ، كما تخصص لاستقبال المحبوسين الذين بقي لانقضاء مدة عقوبتهم سنتان أو أقل ، والمحبوسين لإكراه بدني.

(٢) **مؤسسة إعادة التربية:** وهي التي نجد لها بدائرة اختصاص كل مجلس قضائي ، وتخصص لاستقبال المحبوسين مؤقتاً ، و المحكوم عليهم نهائياً بعقوبة سالبة للحرية تساوي أو تقل عن خمس سنوات ، ومن بقي منهم لانقضاء عقوبته خمس سنوات أو أقل وكذلك المحبوسين لإكراه بدني.

(٣) **مؤسسة إعادة التأهيل :** وهي مخصصة لحبس المحكوم عليهم نهائياً بعقوبة الحبس لمدة تفوق خمس سنوات وبعقوبة السجن ، وكذلك المحكوم عليهم معتادي الإجرام والخطرين ، مهما تكن مدة العقوبة المحكوم بها عليهم وكذلك المحكوم عليهم

بالإعدام.

ثانياً: المراكز المتخصصة : وتنقسم إلى قسمين:

(١) **مراكز متخصصة للنساء:** وهي مخصصة لاستقبال النساء المحبوسات مؤقتاً، والمحكوم عليهن نهائياً بعقوبة سالبة للحرية مهما تكن مدتها، وكذلك المحبوسات لإكراه بدني.

(٢) **مراكز متخصصة للأحداث:** وهي مخصصة لاستقبال الأحداث الذين تقل أعمارهم عن ثماني عشر ١٨ سنة المحبوسين مؤقتاً، والمحكوم عليهم نهائياً بعقوبة سالبة للحرية مهما كانت مدتها .

ونظراً لأهمية الموضوع لاسيما في إطار التوجهات الجديدة للمشرع في تحقيق إعادة الإدماج الاجتماعي كهدف إصلاحي للمحبوس الذي عرف اهتماماً واسعاً بداية بتدعيم حقوقه داخل المؤسسة العقابية، وتحسين ظروف احتباسه وتطوير أنظمة الاحتباس. بالإضافة إلى تدعيم النشاطات التربوية التي يستفيد منها المحبوس أثناء الفترة التي يتواجد فيها بالمؤسسة إلى حين انقضاء مدة العقوبة، بغرض تأهيله إلى مرحلة ما بعد الإفراج عنه، ودمجه في المجتمع.

السياسة العقابية الجديدة في ضوء قانون تنظيم السجون الجزائري ١٠٥ / ٠٤

إن أسلوب تطبيق الجزاء الجنائي في المؤسسات العقابية يمثل نظاماً قائماً بذاته له فلسفة خاصة وشروط مقننة وأسس محددة وأهداف مرجوة، وهذا ما يؤكد أن نظام العقاب هو منظومة بحجم المنظومات الأخرى التي تحتاج بدورها إلى الكثير من العناية وتتطلب الإصلاح. ولعل تاريخ الفكر الجنائي شهد الكثير من الإنجازات التي ساهم بها مفكرون وباحثون و مشرعون في مجال تطوير أساليب رد الفعل الاجتماعي تجاه المحكوم عليهم، وطريقة إعادة تربيتهم وإعادة إدماجهم اجتماعياً، وبما أن الجزائر أعلنت دائماً تمسكها بالحرية الفردية ومبدأ المساواة في العقوبات التي تخضع في تطبيقها والمحافظة عليها للسلطة القضائية، فهي ترى أن تنفيذ العقوبة يهدف أساساً إلى إصلاح المحكوم عليهم وإعادة إدماجهم الاجتماعي مستوحية ذلك من توصيات منظمة الأمم المتحدة الخاصة بالقواعد المطبقة في معاملة المساجين

قاعدة سياسة إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين

بالرجوع إلى المادة الأولى من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين نجدها تنص على أنه: يهدف هذا القانون إلى تكريس مبادئ وقواعد لإرساء سياسة عقابية قائمة على فكرة الدفاع الاجتماعي التي تجعل من تطبيق العقوبة وسيلة لحماية المجتمع بواسطة إعادة التربية والإدماج الاجتماعي للمحبوسين."

فالمشرع هنا وضع سياسة عقابية جديدة، لها أسس وتقوم على قواعد وفق أنظمة جديدة، نظراً لما لها من أهمية في إعادة الإدماج الاجتماعي الفعلي للمحبوسين، والقواعد التي تتطلبها سياسة إعادة هذا الإدماج، فلقد اعتمد المشرع الجزائري اتجاهاً وسطياً في سن قانون العقوبات وكان ما بين الاتجاه الشخصي الذي يعتمد على مبدأ المسؤولية الأخلاقية وبين الاتجاه الموضوعي الذي يركز على المسؤولية الاجتماعية، وذلك فيما يتعلق بتقرير المسؤولية الجنائية وتحديد الجرائم، وتوقيع الجزاء وتبيان وظيفته والاهتمام بشخص الجاني.

دور المؤسسة العقابية في ظل السياسة العقابية الجديدة

أما عن السياسة العقابية الحديثة فقد تمسك بوضوح وبصفة صريحة بمبادئ الدفاع الاجتماعي؛ حيث اعتمد على أهم أساليبها وأحدثها ضمن قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين، بالأمر ٠٢/٧٢ الصادر في ١٠ فبراير ١٩٧٢؛ إذ جعل تنفيذ الأحكام الجزائية وسيلة للدفاع الاجتماعي، والعلاج العقابي وتشخيص المعاملة العقابية هي الأسس التي يركز عليها نظام تنفيذ العقوبات، لذلك يكون قد رسم لتنفيذ الجزاءات الجنائية هدفاً أساسياً يتمثل في تحقيق إعادة التأهيل الاجتماعي للمحكوم عليه. وبالتالي فإن إعادة التأهيل الاجتماعي للمحبوس كان هو هدف المشرع سابقاً، وحالياً وبناء على التوجهات الجديدة لبرنامج إصلاح السجون الذي احتل حيزاً كبيراً في برنامج إصلاح العدالة، فقد عرف تطوراً ملحوظاً في الأسس الجديدة لإعادة التربية والإدماج الاجتماعي والتي تتجلى أساساً في مجال إعادة تكييف المنظومة التشريعية والتنظيمية :

لعل القاعدة التي تقوم عليها السياسة العقابية الجديدة هي تلك المتعلقة بصور قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين في ٢٠٠٥/٢٦ م، والذي كان مجرد مشروع قانون، فإنه أصبح ساري المفعول والذي نص على أهم الأسس وتتمثل في:

- (١) توسيع صلاحيات إدارة السجون للتحكم أكثر في أمن المؤسسات وعصرنة تسييرها.
- (٢) رد الاعتبار لوظيفة قاضي تطبيق العقوبات وتوسيع صلاحياته في البت في عدة مواضيع.
- (٣) دعم التدابير المنظمة لأنسنة شروط الحبس ومعاملة المحبوسين.
- (٤) ترقية آليات إعادة التربية وإعادة الإدماج وذلك عن طريق إدخال المرونة في الإجراءات الخاصة بالاستفادة من أنظمة إعادة التربية، وإحداث مصالح خارجية تابعة لإدارة السجون تتولى متابعة المفرج عنهم ومساعدتهم في إعادة الإدماج.
- (٥) تفتح المؤسسات العقابية على المجتمع المدني والجمعيات وهيئات البحث العلمي والجمعيات الخيرية.

تصور لتطبيق نظام رقابي دائم من هيئات ومنظمات تنشأ لهذا الغرض لمراقبة تعامل القائمين على المؤسسات العقابية مع المسجونين والمحبوسين فيها

إنّ معظم قوانين وأنظمة السجون والتوقيف في دول العالم تحفظ حقوق المسجونين والموقوفين، ولكن مع هذا توجد تجاوزات وانتهاكات كثيرة لحقوق السجناء، وهذا يرجع إلى قصور في المؤسسات العقابية والعاملين فيها التي تتولى أمور السجناء، وتُشرف عليها، وجعلهم بحقوق الإنسان عامة، وحقوق السجناء خاصة؛ فالإشكالية ليست في التشريع والتقنين وإنما الإشكالية - في رأيي - في التنفيذ والتطبيق، فلضمان وحماية حقوق السجناء والمعتقلين والأسرى أقترح على مجمع الفقه الإسلامي الدولي أن يوصي في دورته هذه بالآتي :

(١) أن تدرس مادة حقوق الإنسان في الكليات الشرطة والأمنية والعسكرية على أن يشمل المنهج الآتي:

أولاً: حقوق الإنسان في الإسلام، وفي المواثيق والاتفاقيات الدولية والإقليمية، مع دراسة الأنظمة والقوانين المحلية للبلد التي تُدرّس فيه المادة.

ثانياً : حماية المسجونين والمحتجزين من قبل سلطات الدولة، ويتضمن :

- حقوق السجناء والمعتقلين والأسرى في الإسلام والمواثيق الدولية والإقليمية ، مع دراسة الأنظمة والقوانين المحلية المتعلقة بحقوق السجناء والموقوفين للبلد التي تُدرّس فيه المادة.
- إعلان حماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري.(١٩٩٢م).
- القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء (١٩٥٥م)، المبادئ الأساسية لمعاملة السجناء (١٩٩٠م).
- مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن.(١٩٨٨م)، القواعد المتعلقة بشأن حماية الأحداث المجرمين من حرمتهم (١٩٩٠م).
- مبادئ آداب مهنة الطب المتصلة بدور الموظفين الصحيين ، ولا سيما الأطباء في حماية المسجونين والمحتجزين من التعذيب، وغيره من ضروب المعاملة ، أو العقوبة القاسية ، أو اللإنسانية ، أو الحاطة بالكرامة.
- المعاهدة النموذجية بشأن نقل الإشراف على نقل المجرمين المحكوم عليهم بأحكام مشروطة ، أو المفرج عنهم إفرجاً مشروطاً (١٩٩٠م) ومنع التعذيب، وإعلان حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة ، أو العقوبة القاسية ، أو اللإنسانية ، أو الحاطة بالكرامة.(١٩٧٥م). واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من

ضروب المعاملة ، أو العقوبة القاسية ، أو اللإنسانية ، أو المهنية (١٩٨٤م).

● لجنة مناهضة التعذيب، المعايير الخاصة بشأن عقوبة الإعدام، والضمانات التي تكفل حقوق الذين يواجهون عقوبة الإعدام (١٩٨٤م)، ومبادئ المنع والتقصي الفعّالين لعمليات الإعدام خارج نطاق القانون والإعدام التعسفي والإعدام دون محاكمة (١٩٨٩).، والمقرر الخاص المعني بحالات الإعدام بلا محاكمة ، أو الإعدام التعسفي ، أو بإجراءات موجزة، والمبادئ الأساسية المتعلقة بإدارة العدالة الجنائية، مدونة لقواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين (١٩٧٩م)، المبادئ الأساسية لاستقلال السلطة القضائية (١٩٨٥م) ، ومعايير الأمم المتحدة حول دور المدعي العام (١٩٩٠م). والمبادئ الرئيسية حول دور المحامي (١٩٩٠)، والمبادئ الأساسية حول استخدام القوة والأسلحة النارية من جانب الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين (١٩٩٠م).

● قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون قضاء الأحداث (قواعد بكين) (١٩٨٥م)، إعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة (١٩٨٥م). ومشروع المبادئ الأساسية والخطوط التوجيهية بشأن الحق من الانتصاف والجبر لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان الدولية ، والقانون الإنساني الدولي. (٢٠٠٠م)، وأنظمة وقوانين الدولة الخاصة بالتوقيف والسجون والسجناء .

ثالثاً : الحماية الجنائية لحقوق الإنسان وتضمن الآتي :

● اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (١٥ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٠م).

● ميثاق المحكمة العسكرية الدولية " نورمبرج " (١٩٤٥م)

● ميثاق المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى (١٩٥٦م) .

● (المادة ٥ ج)، ومبادئ القانون الدولي المقرر في نظام محاكمة نورمبرج ، وفي حكم المحكمة (١٩٥٠م).

● اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (١٩٤٨م).

● النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة (١٩٩٣م) المادتان (٤، ٥).

● النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا (١٩٩٤م).نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (١٩٩٨م). اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية (١٩٦٨م)

- مبادئ التعاون الادولي في تعقب واعتقال وتسليم ومعاقة الأشخاص المذنبين بارتكاب جرائم حرب ، وجرائم ضد الإنسانية (١٩٧٣م). حقوق الأسرى في الإسلام ، ومقارنتها بقانون الأسرى الدولي .

رابعاً : آليات حماية حقوق الإنسان بين التنظير والممارسة،

وهو تدريب الطلبة والطالبات في سنوات التخرج على ممارسة تطبيق كل الأنظمة والقوانين والمواثيق الدولية والإقليمية التي تصون حقوق السجناء والمعتقلين ، وتحفظ كرامتهم ، وذلك بالعمل في المؤسسات العقابية لفترة لا تقل عن ستة أشهر بمتابعة وملاحظة أساتذتهم ، وكتابة تقارير عنهم ، ولا ينال شهادة التخرج من ينتهك حقوق السجناء ، ويسيء معاملتهم.

هذا ومرفق مع هذه الدراسة مشروع مقترح لمادة حقوق الإنسان لجميع الكليات والمعاهد على اختلاف تخصصاتها بما فيها الكليات الأمنية والعسكرية والشرطية لجميع مستوياتها الدراسية ، وهذا المشروع كلفني به الجمعية الوطنية لحقوق الإنسان بالملكة العربية السعودية ، وحكم وأجيز من قبل لجنة مختصة ، وآمل أن يتبناه مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته العشرين ، ليقرر في جامعات وكليات العالم الإسلامي.

(٢) عمل دورات تدريبية للعاملين والعاملات في السجون على كيفية التعامل مع السجناء بطرق تحفظ حقوقهم.

(٣) إنشاء جمعيات حقوقية متخصصة للمطالبة بحقوق المسجونين والمعتقلين والأسرى ، وحمايتهم ، ويُسمح لها بزيارة السجون والمعتقلات زيارات مفاجئة للوقوف على أوضاع المسجونين والمعتقلين ، وكيفية التعامل معهم ، واعتماد تقاريرها ، والأخذ بها.

(٤) تشجيع زيارات المنظمات الحقوقية المحلية غير الحكومية ووسائل الإعلام للسجون للاطلاع على أوضاع المؤسسات العقابية.

(٥) تفعيل دور قضاة تطبيق العقوبات (القضاة التنفيذيون) لمتابعتهم تنفيذ الأحكام القضائية ، مع إعطائهم صلاحيات مراقبة ومتابعة المؤسسات العقابية في كيفية تنفيذها للأحكام ، وعدم انتهاكها لحقوق السجناء والمعتقلين ، وعند ضبطهم لأية مخالفات ، أو انتهاكات يحول المخالفون والمنتهكون من موظفي ومسؤولي المؤسسات العقابية للتحقيق ، ومعاقتهم بعقوبات رادعة ، كما يكون من مهامهم إطلاق سراح من انتهت محكوميته فور انتهائها دونما مماطلة ، أو تأخير.

(٦) إنشاء لجان للبت في الطعون المقدمة لها من المحبوسين أو من النائب العام ، المتعلقة بمقرر التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة ، وكذلك الطعن في مقرر رفض التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة.

(٧) إنشاء لجان اجتماعية ونفسية يعمل بها متخصصون نفسيون واجتماعيون لمتابعة ودراسة أحوال السجناء النفسية والاجتماعية ، ويكونون حلقة وصل بينهم ، وبين أسرهم ، وإن مرض أحد أفراد الأسرة المقربين مرضاً شديداً يستدعي زيارة السجين له ، أو في حالة زفاف ابنته ، أو أخته ترفع اللجنة تقريراً بالحالة لإدارة السجن للسماح للسجين بالزيارة ، ويتبع نفس الإجراء في حالة وفاة أحد أقاربه المقربين ، لحضور جنازته ، وتقبل العزاء فيه.

(٨) أن تضع إدارات السجون كاميرات مراقبة في مراكز تجمع المساجين ، ومطابخ السجون ومستشفياتها ، لمراقبة كيفية تعامل موظفي السجون مع السجناء ، وما مدى اتباع قواعد النظافة في إعداد أطعمتهم ، وصلاحية اللحوم والخضروات للاستخدام الآدمي ، وكيفية تعامل الأطباء والممرضين مع السجناء المرضى لضبط المخالفين ومعاقتهم.

الخاتمة

بعد هذا العرض لحقوق الإنسان والسجين في الإسلام ، ومقارنتها بما نصت عليه القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء التي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في جنيف عام ١٩٥٥ ، وأقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراريه ٦٦٣ جيم (د -٢٤) ، المؤرخ في ٣١ تموز /يوليه ١٩٥٧ و ٢٠٧٦ (د - ٦٢) المؤرخ في ١٣ ، أيار / مايو ١٩٧٧ ، ومقارنتها كذلك بالمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق السجناء والمعتقلين والأسري نجد تفوق الشريعة الإسلامية على الشرائع والقوانين الوضعية وسبقها لها أيضاً في العقوبات البديلة التي لها دلائل من القرآن والسنة ، وبرفق هذا البحث مقترح لمشروع العقوبات البديلة أمل أن يتبناه المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في دورته العشرين.

كما أثبتت هذه الدراسة تفوق فقهاء الإسلام على فقهاء القانون الدولي ، في تقرير حقوق السجناء ، بل كانوا أسبق لعصورهم ، وهذا يرجع في المقام إلى عظمة التشريع الإلهي ، ثم إلى عناية الإسلام بالعقل عناية لم يسبقه إليها دين آخر من الأديان السماوية ، باعتبار العقل أساساً لفهم الدين ودلائله ، فلم تتطور علوم حول النص كما تطورت في ظل الفقه والفكر الإسلامي ، فلا الخطاب بالدين موجه إلى العقل كما في الإسلام ، أو قائم به وعليه ، مثلما كان في هدي القرآن التفكير والتدبر والنظر في العالم من أعظم وظائف العقل. ومداخل العقيدة والإيمان ، ولأنّ العقل بما يملك من طاقات إدراكية أودعها الله فيه ذات دور مهم في الاجتهاد والتجديد إلى يوم القيامة؛ وذلك بالنظر إلى انقطاع الوحي ، فالعقل له دور في استقراء الجزئيات والأدلة التفصيلية التي يجمعها مفهوم معنوي عام ، باعتباره مبنى من مباني العدل ، وهى الأصول الكلية ، والقواعد العامة التي تستشرف مقاصد ومصالح إنسانية مادية ومعنوية يعبر عنها بالحاجات والمطالب ، والعقل يرد الفروع والجزئيات التي تنزل في الواقع ، وليس لها نص إلى الأصول والكليات المنصوصة من خلال ما عُرف بالقياس وغيره. والعقل يقيم النظم والمؤسسات التي يتذرع بها لتحقيق هذه الكليات والأصول والقواعد العامة في الواقع المتغير، وإلّا فإنّ هذه الكليات والأصول من حيث ذاتها لا تحقق لها في الخارج إلا عن طريق تلك النظم التي يؤسسها النظر العقلي. ومن ثم كان العقل أداة وصل الدين بقضايا الواقع ، وهذا هو سر تفوق فقهاء الإسلام على فقهاء وصناديد القانون الدولي.

المصادر والمراجع

- (١) مالك : مالك بن أنس ، إمام المذهب المالكي (ت ١٧٩هـ) : المدونة الكبرى (برواية سحنون عن ابن القاسم) القاهرة : مصورة عن الطبعة الأولى بدار السعادة المصرية المطبوعة سنة ١٣٢٣هـ.
- (٢) ابن سعد : محمد بن سعد بن منيع (٢٣٠هـ) الطبقات الكبرى : مصورة ، دار صادر ، بيروت.
- (٣) الجاحظ : أبو عثمان عمرو (ت ٢٥٥هـ) البيان والتبيين ، ط ٣ ، القاهرة : ١٩٦٨م.
- (٤) البخاري : محمد بن إسماعيل ، أبو عبد الله (ت ٢٥٦هـ) صحيح البخاري .
- (٥) مسلم : مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري (ت ٢٦١هـ) : صحيح مسلم : تحقيق وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي ، القاهرة : ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م.
- (٦) الخصاص : أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف ، من فقهاء الحنفية (ت ٢٦١هـ) : أدب القاضي بشرح حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري ، بغداد : ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م.
- (٧) ابن شبة : عمر بن شبة النميري البصري (٢٦٢هـ) : تاريخ المدينة المنورة ، تحقيق فهيم محمد شلتوت ، طبع دار الأصفهاني بجدة ١٣٩٩هـ.
- (٨) ابن ماجة : الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٥هـ) سنن ابن ماجة ، تحقيق وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- (٩) أبو داود : سليمان بن الأشعث السجستاني : (ت ٢٧٦هـ) سنن أبي داود ، ط ٢ ، سنة ١٣٦٩هـ / ١٩٥٠م ، مصر : مطبعة السعادة.
- (١٠) محمد بن عيسى الترمذي : (ت ٢٧٩هـ) الجامع الكبير المعروف سنن الترمذي ط ١ ، حمص - سوريا : ١٣٨٧هـ / ١٩٦٧م.
- (١١) الطبراني : أبو القاسم ، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي الطبراني (ت ٣٦٠هـ) : الفتح الكبير
- (١٢) أحمد بن علي الرازي الجصاص (من علماء الحنفية ت ٣٧٠هـ) : أحكام القرآن ، نشر دار الكتاب العربي ، بيروت .
- (١٣) الدارقطني : الإمام علي بن عمر (ت ٣٨٥هـ) سنن الدارقطني ، تصحيح وتنسيق وتحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني ، القاهرة ، دار المحاسن للطباعة ،

١٣٨٦هـ \ ١٩٦٦م.

- (١٤) الجوهرى : إسماعيل بن حماد الجوهرى (ت ٣٩٣هـ) : الصحاح ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ، مصر : طبعة دار الكتاب العربى ، ١٣٧٧هـ.
- (١٥) ابن حزم : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الظاهري الأندلسي (٤٥٦هـ) : المحلى مصورة ، دار الفكر ببيروت عن المصرية بالقاهرة.
- (١٦) أحمد بن حسين البيهقي : (ت ٤٥٨هـ) السنن الكبرى ، الطبعة الأولى لمجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن في الهند ١٣٣٥هـ.
- (١٧) الشيرازي : إبراهيم بن علي بن يوسف ، جمال الدين أبو إسحاق ، فقيه شافعي (٤٦٧هـ) : طبقات الفقهاء ، طبع بغداد.
- (١٨) السرخسي : محمد بن أحمد شمس الدين أبو بكر ، فقيه حنبلي (ت ٤٨٣هـ) : المبسوط : الطبعة الثالثة ببيروت.
- (١٩) ابن عبد البر : ابن عبد البر يوسف بن عبد الله القرطبي النمري من علماء المالكية (ت ٤٦٣هـ) : الاستيعاب في معرفة الأصحاب : تحقيق علي محمد البجاوي ، القاهرة : نهضة مصر .
- (٢٠) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، تحقيق وتقديم ، تعليق : د. محمد أحمد ماديك الموريتاني ، ط ١ ، الرياض : مكتبة الرياض الحديثة.
- (٢١) جامع بيان العلم وفضله ، وما ينبغي في روايته وحملته ، مصورة في بيروت سنة ١٩٧٨م عن الطبعة المصرية.
- (٢٢) الزمخشري : محمود بن عمر ، جار الله أبو القاسم : (٥٣٨هـ) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل ، القاهرة : طبع مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٦٨هـ \ ١٩٤٨م.
- (٢٣) ابن العربي : محمد بن عبد الله أبو بكر (من علماء المالكية ، (ت ٥٤٣هـ) أحكام القرآن ، ط ١ ، عيسى البابي الحلبي ، مصر : ١٣٧٧هـ \ ١٩٥٧م.
- (٢٤) الكرابيسي : أسعد بن محمد بن حسين النيسابوري ، من فقهاء الحنفية ، (٥٧٠هـ) : الفروق : تحقيق د. محمد طموم ، ط ١ ، الكويت : وزارة الأوقاف الكويتية ، ١٤٠٢هـ \ ١٩٨١م.
- (٢٥) الكاساني : علاء الدين بن مسعود أبو بكر الكاساني (ت ٥٨٧هـ) : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : المطبعة الجمالية بمصر ، ١٣٢٨هـ \ ١٩١٠م.
- (٢٦) الميرغاني : علي بن أبي بكر الميرغاني ، برهان الدين ، فقيه حنفي (ت ٥٩٣هـ) :

- الهداية شرح بداية المبتدي ، ط ١ ، مصر: المطبعة الخيرية ، ١٣٢٦هـ .
- (٢٧) ابن رشد : محمد بن أحمد القرطبي ، من علماء المالكية (ت ٥٩٥هـ) : بداية المجتهد ونهاية المقتصد : ط ٦ ، بيروت : دار المعرفة ، ١٤٢٠هـ \ ١٩٨٢م .
- (٢٨) المطرزي : ناصر بن عبد السيد الخوارزمي ، أبو الفتح (ت ٦١٦هـ) : المغرب في ترتيب المغرب ، بيروت دار الكتاب العربي .
- (٢٩) ابن قدامة : من فقهاء الحنابلة (ت ٦٢٠هـ) المغني في الفقه ، طبع مكتبة الرياض الحديثة.
- (٣٠) ابن الأثير : علي بن محمد الشيباني الجزري (ت ٦٣٠هـ) الكامل في التاريخ ، ط ٣ ، بيروت : دار الكتاب العربي.
- (٣١) ابن الأثير: جامع الأصول في أحاديث الرسول : تحقيق عبد القادر الأرناؤط ، دمشق : ١٣٨٩هـ \ ١٩٦٩م .
- (٣٢) الرازي : محمد أبو بكر بن عبد القادر الرازي : (٦٦٦هـ) مختار الصحاح ، إخراج دائرة المعاجم ، مكتبة لبنان (١٩٨٧م)
- (٣٣) ابن أبي أصيبعة : أحمد بن القاسم ، موفق الدين (ت ٦٦٨هـ) : عيون الأنباء في طبقات الأطباء ، بيروت : ١٩٦٥م .
- (٣٤) النووي : يحيى بن شرف ، محي الدين أبو زكريا ، من علماء الشافعية (ت ٦٧٦هـ) : المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، المعروف بشرح صحيح مسلم ، القاهرة : ١٣٤٩هـ \ ١٩٣٠م .
- (٣٥) الموصلية : عبد الله بن محمود بن مودود ، أبو الفضل ، من فقهاء الحنفية (٦٨٣هـ) : الاختيار لتعليل المختار ، ط ٢ ، مصر : مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٧١هـ \ ١٩٥١م .
- (٣٦) القرافي : أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين ، فقيه مالكي (ت : ٦٨٤هـ) : الفروق (بهامشه تهذيب الفروق للمالكي) مصورة دار المعرفة ببيروت عن الطبعة الأولى بالقاهرة ١٣٤٤هـ .
- (٣٧) ابن منظور : محمد بن مكرم الأنصاري ، جمال الدين (ت ٧١١هـ) : لسان العرب ، ط ٣ ، الدار المصرية للتأليف (مصورة من طبعة بولاق) ١٤٠٠هـ \ ١٩٨٠م .
- (٣٨) ابن تيمية : أحمد بن عبد الحلیم تقي الدين أبو العباس ابن تيمية من علماء الحنابلة (ت ٧٢٨هـ) : مجموع فتاوى ابن تيمية ، جمع عبد الرحمن بن قاسم العاصمي وولده محمد ، مصورة بالرياض عن الطبعة الأولى فيها ، في سنة ١٣٩٨هـ .
- (٣٩) ابن تيمية : السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية : بيروت : دار الكتب

العربية ، ١٣٨٦هـ.

- (٤٠) ابن جُزِّي : محمد بن أحمد بن جزى الكلبي ، أبو القاسم من علماء المالكية (ت ٧٤١هـ) : القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، بيروت : دار القلم.
- (٤١) الزيلي : عثمان بن علي ، فخر الدين ، فقيه حنفي : (ت ٧٤٣هـ) : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، تصوير دار المعرفة ببيروت عن الطبعة الثانية بمصر.
- (٤٢) ابن القيم : محمد بن أبي بكر بن أيوب ، شمس الدين أبو عبد الله ، ابن قيم الجوزية ، من علماء الحنابلة (ت ٧٥١هـ) : الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، تحقيق محمد حامد الفقي ، مصورة ، دار الكتب العلمية ببيروت ، عن الطبعة الأولى عام ١٩٥٣م.
- (٤٣) ابن مفلح : محمد بن مفلح بن محمد المقدسي ، شمس الدين أبو عبد الله ، فقيه حنبلي (ت ٧٦٣هـ) : الفروع ، مراجعة عبد الستار فراج ، ط٣ ، سنة ٤٠٢هـ ، بيروت : عالم الكتب .
- (٤٤) الفيومي : أحمد بن علي الفيومي : (ت : ٧٧٠هـ) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي : ط٦ ، في المطبعة الأميرية ، القاهرة . مصر
- (٤٥) السبكي : عبد الوهاب بن علي ، تاج الدين ، فقيه شافعي (ت ٧٧١هـ) : طبقات الشافعية الكبرى ، بيروت : ط٢ .
- (٤٦) ابن كثير : إسماعيل بن كثير (ت ٧٧٤هـ) : البداية والنهاية ، ط٢ ، بيروت : ١٩٧٧هـ.
- (٤٧) ابن فرحون : إبراهيم بن علي من علماء المالكية (ت ٧٩٩هـ) : تبصرة الكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، ط٢ ، مصر : ١٣٥٦هـ / ١٩٣٧م.
- (٤٨) الفيروز آبادي : محمد بن يعقوب ، مجد الدين الفيروز آبادي (٨١٧ هـ) : القاموس المحيط ، طبع مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة ، ١٣٧١هـ / ١٩٥٢م.
- (٤٩) الطرابلسي : علاء الدين أبو الحسن ، فقيه حنفي (ت ٨٤٤هـ) : معين الحكام فيما تردد بين الخصمين من الأحكام ، ط٢ ، مصر : ١٣٩٣هـ / ١٩٧٣م.
- (٥٠) المقرئزي : أحمد تقي الدين ، أبو العباس (ت ٨٤٥هـ) : إمتاع الأسماع بما للرسول من الأبناء والأموال والحفدة ، والمتاع ، تعليق : محمود شاكر ، مصر : ١٩٤١م.
- (٥١) المواعظ والاعتبار بذكر الخطط والآثار المعروف بالخطط المقرئزية ، مصورة ببيروت عن البولاقية ، المطبوعة ١٢٧٠هـ.
- (٥٢) ابن حجر أحمد بن علي العسقلاني من علماء الشافعية (٨٥٢هـ) فتح الباري بشرح

صحيح البخاري ، المطبعة السلفية بالقاهرة سنة ١٣٧٩هـ.

- (٥٣) ابن الهمام : محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ، كمال الدين ، من فقهاء الحنفية (ت ٨٦١هـ) : فتح القدير شرح الهداية (بهامشه حاشية سعيد جلبي على العناية للبايرتي) ، القاهرة : طبع مصطفى محمد .
- (٥٤) المرادوي : علي بن سليمان بن أحمد ، علاء الدين ، من فقهاء الحنابلة (ت ٨٨٥هـ) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف : تحقيق محمد حامد الفقي ، بيروت : مصورة عن الطبعة الأولى بمصر ، ١٣٧٧هـ \ ١٩٥٧م .
- (٥٥) السيوطي : عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد ، جلال الدين أبو الفضل ، عالم شافعي (٩١١هـ) : الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، القاهرة - مصر : البابي الحلبي ، ١٣٧٨هـ \ ١٩٥٩م .
- (٥٦) الونشريسي : أحمد بن يحيى ، من فقهاء المالكية (ت ٩١٤هـ) : المعيار المغرب والجامع المغرب ، إخراج د. محمد حجي وآخرين ، بيروت : دار الغرب الإسلامي ، ١٤٠١هـ \ ١٩٨١م .
- (٥٧) الأنصاري : زكريا بن محمد . أبو يحيى ، فقيه شافعي (ت ٩٢٦هـ) : أسنى المطالب شرح روض الطالب لابن المقري : (بهامشه حاشية الرملي) ، مصورة ببيروت عن الطبعة الميمية بمصر سنة ١٣١٣هـ .
- (٥٨) الحنفي : محمد بن أحمد بن إياس الحنفي (٩٣٠هـ) : بدائع الزهور في وقائع الدهور ، تحقيق محمد مصطفى ، طبع القاهرة ، ١٣٧٩هـ \ ١٩٦٠م .
- (٥٩) الرملي : محمد بن أحمد شمس الدين ، فقيه شافعي (ت ١٠٠٤هـ) حاشيته على أسنى المطالب للأنصاري .
- (٦٠) الكرمي : مرعي بن يوسف ، فقيه حنبلي (ت ١٠٣٣هـ) : غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى ، ط ٢ ، الرياض : ١٤٠١هـ \ ١٩٨١م .
- (٦١) منصور بن يونس البهوتي من فقهاء الحنابلة (ت ١٠٥١هـ) كشاف القناع عن متن الإقناع للحجاوي ، نشر مكتبة النصر الحديثة بالرياض .
- (٦٢) القليوبي : أحمد بن سلامة ، شهاب الدين ، (ت ١٠٦٩هـ) : حاشية القليوبي على شرح جلال الدين المحلي لمنهاج الطالبين للنووي ، ط ٣ ، القاهرة : مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٧٥هـ \ ١٩٥٦م .

- (٦٣) الحصكفي : محمد بن علي بن محمد علاء الدين ، فقيه حنفي (ت ١٠٨٨هـ) :
الدر المختار شرح تنوير الأبصار
- (٦٤) الدردير : أحمد بن محمد العدوي ، أبو البركات ، فقيه مالكي (ت ١٢٠١هـ)
الشرح الكبير لمختصر خليل ، وبهامشه حاشية الدسوقي.
- (٦٥) الجمل : سليمان بن عمر بن منصور العجيلي ، المشهور بالجمل ، من علماء الشافعية
(ت ١٢٠٤هـ) : حاشيته على شرح المنهج المسمى بفتح الوهاب للشيخ زكريا
الأنصاري ، بيروت : دار إحياء التراث العربي ، مصورة عن الطبعة الميمنية بمصر
سنة ١٣٠٥هـ).
- (٦٦) الدسوقي : محمد بن أحمد بن عرفة (ت ١٢٣٠هـ) حاشية الدسوقي على الشرح
الكبير للدردير على مختصر خليل ، القاهرة : عيسى الحلبي.
- (٦٧) ابن عابدين : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ) : ردّ
المحتار على الدر المختار المشهور بحاشية ابن عابدين ، ط ٢ ، لمصطفى البابي الحلبي
بالقاهرة : ١٣٨٦هـ / ١٩٦٦م.
- (٦٨) الشوكاني : محمد بن علي : (ت ١٢٥٥هـ) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار لابن
تيمية ، ط ٣ ، القاهرة : ١٣٨١هـ / ١٩٦١م ،
- (٦٩) البكري : بكري بن محمد شطّا الدمياطي أبو بكر ، من علماء الشافعية (ت
١٣١٠هـ) : إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين ، مصورة دار إحياء التراث
بيروت ، عن الطبعة الرابعة في المطبعة الميمنية بمصر ، سنة ١٣١٩هـ.
- (٧٠) الآبي : صالح عبد السميع الأزهرى الآبي : من فقهاء المالكية (ت حوالي سنة
١٣٤٠هـ) جواهر الإكليل شرح مختصر خليل : مصورة دار المعرفة : بيروت عن طبعة
مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م.
- (٧١) الكتاني : عبد الحي (ت ١٣٨٣هـ) : التراتيب الإدارية ، بيروت : دار التراث العربي.
- (٧٢) عبد الباقي : محمد فؤاد عبد الباقي : اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ،
طبع وزارة الأوقاف الكويتية ، ١٣٩٧هـ / ١٩٧٧م.
- (٧٣) د. يوسف أحمد محمد البدوي : مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ، ص ٦٥ ، ط ١ ،
١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م ، الرياض : دار الصميعة للنشر والتوزيع .
- (٧٤) مجمع اللغة العربية : المعجم الوسيط .
- (٧٥) عطية الله : أحمد : دائرة المعارف الحديثة ، القاهرة : دار الجيل ، ١٩٥٢م.
- (٧٦) د. إبراهيم أحمد محمد إبراهيم : قانون الإجراءات الجنائية ، مطبعة دار الشرق

الأوسط بالقاهرة ، ١٩٦٥ .

- (٧٧) المجلة التونسية : الفصل : ٥ ، ١٠ ، ١٣ ، ٩٥ ، ٩٦ .
- (٧٨) مزهر عبد السوداني: الشعر العراقي في القرن السادس الهجري ، نشر وزارة الثقافة العراقية ، طبع بيروت ، ١٩٨٠ .
- (٧٩) الرفاعي : أنور : الإسلام في حضارته ونظمه ، دمشق : دار الفكر ، ١٩٧٣م .
- (٨٠) الرفاعي : محمد بن نسيب : تيسير العلي القدير لاختصار تفسير ابن كثير ، ط٢ ، بيروت : ١٣٩٨هـ \ ١٩٧٨م .
- (٨١) السيد سابق : فقه السنة ، ط٢ ، بيروت : ١٤٠٠هـ \ ١٩٨٠م .
- (٨٢) المحمصاني : صبحي المحمصاني : النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، ط٣ ، بيروت : دار العلم للملايين ، ١٤٠٣هـ \ ١٩٨٣م .
- (٨٣) السويلم : بندر بن فهد : المتهم معاملته وحقوقه في الفقه الإسلامي ، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب ، الرياض : ١٤٠٨هـ \ ١٩٧٨م .
- (٨٤) متز : آدم متز : الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري : ترجمة د. عبد الهادي أبو ريذة ، ط٣ ، مصر : ١٩٥٧م .
- (٨٥) الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكيرية ، منقولة عن جماعة من فقهاء الحنفية في الهند : (بهامشها فتاوى قاضي خان والفتاوى البزازية) مصورة في ديار بكر بتركيا سنة ١٩٧٣م عن الطبعة الثانية الأميرية بمصر سنة ١٣١٠هـ .
- (٨٦) الصنعاني : عبد الرزاق بن همام الصنعاني : المصنّف ، ط١ ، بيروت : ٣٩٠هـ \ ١٩٧٠م .
- (٨٧) أبو غدة : أ.د. حسن عبد الغني أبو غدة : فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون ، ط٢ ، ١٤٢٧هـ \ ٢٠٠٦م ، الرياض : مكتبة الرشد .
- (٨٨) د. سعيد بن مسفر الوادعي : فقه السجن والسجناء ، ط١ ، الرياض : ١٤٢٥هـ \ ٢٠٠٤م ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية .
- (٨٩) الظهّار : د. راوية بنت أحمد الظهّار : حقوق الإنسان في الإسلام ،
- (٩٠) الريسوني : أحمد الريسوني : نظرية المقاصد عند الشاطبي ، نشر وتوزيع الدار العالمية للكتاب .
- (٩١) الشريدة : د. صالح بن عبد الرحمن الشريدة : حقوق الإنسان في المملكة العربية السعودية ، ٦١١ \ ٢ ، ط١ ، سنة ١٤٢٢هـ \ ٢٠٠١م .
- (٩٢) العمري : د. أحمد سويلم العمري العلاقات السياسية الدولية .

(٩٣) سندي : عبد العزيز محمد سندي :الإحكام في حقوق الإنسان في الإسلام ، ص ٥٥١ ، ط١ ، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م، مكة المكرمة.

(٩٤) حمّاد :سهيلة زين العابدين حمّاد: إحسان عبد القدوس بين العلمانية والفرويدية ، دار الفجر الإسلامية للنشر والتوزيع ، المدينة المنورة، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

(٩٥) الموسوعة الفقهية الكويتية.

(٩٦) الموسوعة البريطانية .

مجلات ودوريات وصحف

(٩٧) أبو غدة:أ.د. حسن أبو غدة : مجلة الوعي الإسلامي ، عدد رقم (٤٤١).

(٩٨) عاشور:د. سعيد عبد الفتاح عاشور : الحياة الاجتماعية في المدينة الإسلامي ، مجلة عالم الفكر الصادرة من وزارة الإعلام الكويتية ، عدد شهر إبريل عام ١٩٨٠م.

(٩٩) نصر الله :د. فاضل نصر الله : تسليم المجرمين ، مجلة الحقوق الصادرة من كلية الحقوق بجامعة الكويت ، العدد رقم(٢) ، الصادر في يونيو عام ١٩٨٢م.

(١٠٠) مجدوب :د. أحمد علي مجدوب : معالم الأصالة في النظام العقابي الإسلامي ، مقال نشور في صفحة ٣١ من مجلة الوعي الإسلامي الكويتية في رمضان ١٤٠٤هـ أيونيه ١٩٨٤م.

(١٠١) زغلول :د. زغلول نجار: جريدة الأهرام ، بتاريخ 9/19/2011 .

(١٠٢) حمّاد :د. سهيلة زين العابدين حمّاد : جريدة المدينة . الثلاثاء ١١/٠٢/٢٠١٠.

مواقع على الإنترنت

(١٠٣) د. فوزي خليل : مقالة العقل والدين.. دوائر التوحيد والوجودية في التصور الإسلامي، إسلام أون لاين .نت ، ٢٠٠٣/٠٨/٠٢

(١٠٤) الجزيرة نت : من برنامج الشريعة والحياة ، الأربعاء ١٤٢٧/٨/٢٧ هـ - الموافق ٢٠٠٦/٩/٢٠ م (آخر تحديث) الساعة ١٣:١٣ (مكة المكرمة)، ١٠:١٣ (غرينتش)

(١٠٥) المستشار صالح الحناوي: حقوق السجين في الإسلام، منتدى المستشار صالح الحناوي <http://salehelhnawy.yoo7.com/t1941-topic>

(١٠٦) http://www.bab.com/articles/full_article.cfm/id=8471

(١٠٧) <http://nshr.org.sa/tabid/141/Article/809/Default.aspx> الموقع اليكتروني للجمعية الوطنية لحقوق الإنسان بالمملكة العربية السعودية.

أنظمة وقوانين ومواثيق دولية

- (١٠٨) نظام الإجراءات الجزائية بالمملكة العربية السعودية.
- (١٠٩) نظام السجن والتوقيف بالمملكة العربية السعودية.
- (١١٠) تعاميم الإدارة العامة للسجون بالمملكة العربية السعودية.
- (١١١) لائحة الخدمات الطبية بالسجون بالمملكة العربية السعودية.
- (١١٢) قانون تنظيم السجون الجزائري رقم ٠٤\١٠٥.
- (١١٣) القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء التي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في جنيف عام ١٩٥٥ ، وأقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراريه ٦٦٣ جيم (د - ٢٤) المؤرخ في ٣١ تموز / يولييه ١٩٥٧ و ٢٠٧٦ (د - ٦٢) المؤرخ في ١٣ أيار / مايو ١٩٧٧م.

ملحق رقم (١)

القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء

التي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة الأول

لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين

المعقود في جنيف عام ١٩٥٥ ، وأقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي

بقراريه ٦٦٣ جيم (د-٢٤) المؤرخ في ٣١ تموز/يوليه ١٩٥٧

و ٢٠٧٦ (د-٦٢) المؤرخ في ١٣ أيار/ مايو ١٩٧٧

القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء

أوصي باعتمادها مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في جنيف عام ١٩٥٥ وأقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراريه ٦٦٣ جيم (د- ٢٤) المؤرخ في ٣١ تموز/يوليو ١٩٥٧ و ٢٠٧٦ (د- ٦٢) المؤرخ في ١٣ أيار/مايو ١٩٧٧

ملاحظات تمهيدية

(١) ليس الغرض من القواعد التالية تقديم وصف تفصيلي لنظام نموذجي للسجون، بل إن كل ما تحاوله هو أن تحدد، على أساس التصورات المتواضع على قبولها عموما في أيامنا هذه والعناصر الأساسية في الأنظمة المعاصرة الأكثر صلاحا، ما يعتبر عموما خيرا المبادئ والقواعد العملية في معاملة المسجونين وإدارة السجون.

(٢) ومن الجلي، نظرا لما تتصف به الظروف القانونية والاجتماعية والجغرافية في مختلف أنحاء العالم من تنوع بالغ، أن من غير الممكن تطبيق جميع القواعد في كل مكان وفي أي حين. ومع ذلك يرجى أن يكون فيها ما يحفز على بذل الجهد باستمرار للتغلب على المصاعب العملية التي تعترض تطبيقها، انطلاقا من كونها تمثل، في جملتها، الشروط الدنيا التي تعترف بصلاحتها الأمم المتحدة.

(٣) ثم إن هذه القواعد، من جهة أخرى، تتناول ميدانا يظل الرأي فيه في تطور مستمر. وهي بالتالي لا تستبعد إمكانية التجربة والممارسة ما دامت متفقتين مع المبادئ التي تستشف من مجموعة القواعد في جملتها ومع السعي لتحقيق مقاصدها. وبهذه الروح يظل دائما من حق الإدارة المركزية للسجون أن تسمح بالخروج الاستثنائي على هذه القواعد.

(٤) (١) والجزء الأول من هذه المجموعة يتناول القواعد المتعلقة بالإدارة العامة للمؤسسات الجزائية، وهو ينطبق على جميع فئات المسجونين، سواء كان سبب حبسهم جنائيا أو مدنيا، وسواء كانوا متهمين أو مدانين، وبما في ذلك أولئك الذين تطبق بحقهم "تدابير أمنية" أو تدابير إصلاحية أمر بها القاضي. (٢) أما الجزء الثاني فيتضمن قواعد لا تنطبق إلا على فئات المسجونين الذين يتناولهم كل فرع فيه. ومع ذلك فإن القواعد الواردة في الفرع (ألف) منه بشأن السجناء المدانين تنطبق أيضا على فئات السجناء الذين تتناولهم الفروع (باء) و (جيم) و (دال) في حدود عدم تعارضها مع القواعد الخاصة بهذه الفئات وكونها في صالح هؤلاء السجناء.

(٥) (١) ولا تحاول القواعد تنظيم إدارة المؤسسات المخصصة للأحداث الجانحين (مثل الإصلاحيات أو معاهد التهذيب وما إليها)، ومع ذلك فإن الجزء الأول منها يصلح أيضا، على وجه العموم، للتطبيق في هذه المؤسسات. (٢) ويجب اعتبار فئة الأحداث

المعتقلين شاملة على الأقل لجميع القاصرين الذين يخضعون لصلاحيات محاكم الأحداث. ويجب أن تكون القاعدة العامة ألا يحكم على هؤلاء الجانحين الصغار بعقوبة السجن.

الجزء الأول: قواعد عامة التطبيق

المبدأ الأساسي

(٦) (١) تطبق القواعد التالية بصورة حيادية. ولا يجوز أن يكون هنالك تمييز في المعاملة بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو الدين، أو الرأي سياسيا أو غير سياسي، أو المنشأ القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر. (٢) وفي الوقت نفسه، من الضروري احترام المعتقدات الدينية والمبادئ الأخلاقية للفئة التي ينتسب إليها السجين.

السجل

(٧) (١) في أي مكان يوجد فيه مسجونين، يتوجب مسك سجل مجلد ومرقم الصفحات، تورد فيه المعلومات التالية بشأن كل معتقل: (أ) تفاصيل هويته، (ب) أسباب سجنه والسلطة المختصة التي قررتها، (ج) يوم وساعة دخوله وإطلاق سراحه. (٢) لا يقبل أي شخص في أية مؤسسة جزائية دون أمر حبس مشروع تكون تفاصيله قد دونت سلفا في السجل.

الفصل بين الفئات

(٨) توضع فئات السجناء المختلفة في مؤسسات مختلفة أو أجزاء مختلفة من المؤسسات مع مراعاة جنسهم وعمرهم وسجل سوابقهم وأسباب احتجازهم ومتطلبات معاملتهم. وعلى ذلك: (أ) يسجن الرجال والنساء، بقدر الإمكان، في مؤسسات مختلفة. وحين تكون هناك مؤسسة تستقبل الجنسين على السواء يتحتم أن يكون مجموع الأماكن المخصصة للنساء منفصلا كليا، (ب) يفصل المحبوسون احتياطيا عن المسجونين المحكوم عليهم، (ج) يفصل المحبوسون لأسباب مدنية، بما في ذلك الديون، عن المسجونين بسبب جريمة جزائية، (د) يفصل الأحداث عن البالغين.

أماكن الاحتجاز

(٩) (١) حيثما وجدت زنانات أو غرف فردية للنوم لا يجوز أن يوضع في الواحدة منها أكثر من سجين واحد ليلا. فإذا حدث لأسباب استثنائية، كالاكتظاظ المؤقت، أن اضطرت الإدارة المركزية للسجون إلى الخروج عن هذه القاعدة، يتفادى وضع مسجونين اثنين في زنانة أو غرفة فردية. (٢) وحيثما تستخدم المهاجع، يجب أن يشغلها مسجونون يعتنى باختيارهم من حيث قدرتهم على التعايش في هذه الظروف. ويجب أن يظل هؤلاء ليلا تحت رقابة مستمرة، موائمة لطبيعة المؤسسة.

- (١٠) توفر لجميع الغرف المعدة لاستخدام المسجونين، ولا سيما حجرات النوم ليلا، جميع المتطلبات الصحية، مع الحرص على مراعاة الظروف المناخية، وخصوصا من حيث حجم الهواء والمساحة الدنيا المخصصة لكل سجين والإضاءة والتدفئة والتهوية.
- (١١) في أي مكان يكون على السجناء فيه أن يعيشوا أو يعملوا:(أ) يجب أن تكون النوافذ من الاتساع بحيث تمكن السجناء من استخدام الضوء الطبيعي في القراءة والعمل، وأن تكون مركبة على نحو يتيح دخول الهواء النقي سواء وجدت أم لم توجد تهوية صناعية، (ب) يجب أن تكون الإضاءة الصناعية كافية لتمكين السجناء من القراءة والعمل دون إرهاق نظرهم.
- (١٢) يجب أن تكون المراحيض كافية لتمكين كل سجين من تلبية احتياجاته الطبيعية في حين ضرورتها وبصورة نظيفة ولائقة.
- (١٣) يجب أن تتوفر منشآت الاستحمام والاعتسال بالبدش بحيث يكون في مقدور كل سجين ومفروضا عليه أن يستحم أو يغتسل، بدرجة حرارة متكيفة مع الطقس، بالقدر الذي تتطلبه الصحة العامة تبعا للفصل والموقع الجغرافي للمنطقة، على ألا يقل ذلك عن مرة في الأسبوع في مناخ معتدل.
- (١٤) يجب أن تكون جميع الأماكن التي يتردد عليها السجناء بانتظام في المؤسسة مستوفاة الصيانة والنظافة في كل حين.

النظافة الشخصية

- (١٥) يجب أن تفرض على السجناء العناية بنظافتهم الشخصية، ومن أجل ذلك يجب أن يوفر لهم الماء وما تتطلبه الصحة والنظافة من أدوات.
- (١٦) بغية تمكين السجناء من الحفاظ على مظهر مناسب يساعدهم على احترام ذواتهم، يزود السجن بالتسهيلات اللازمة للعناية بالشعر والذقن. ويجب تمكين الذكور من الحلاقة بانتظام.
- (١٧) (١) كل سجين لا يسمح له بارتداء ملابس الخاصة يجب أن يزود بمجموعة ثياب مناسبة للمناخ وكافية للحفاظ على عافيته. ولا يجوز في أية حال أن تكون هذه الثياب مهينة أو حاملة بالكرامة.(٢) يجب أن تكون جميع الثياب نظيفة وأن يحافظ عليها في حالة جيدة. ويجب تبديل الثياب الداخلية وغسلها بالوتيرة الضرورية للحفاظ على الصحة.(٣) في حالات استثنائية، حين يسمح للسجين، بالخروج من السجن لغرض مرخص به، يسمح له بارتداء ثيابه الخاصة أو بارتداء ملابس أخرى لا تسترعى الأنظار.

(١٨) حين يسمح للسجناء بارتداء ثيابهم الخاصة، تتخذ لدى دخولهم السجن ترتيبات لضمان كونها نظيفة وصالحة للارتداء.

(١٩) يزود كل سجين، وفقا للعادات المحلية أو الوطنية، بسرير فردي ولوازم لهذا السرير مخصصة له وكافية، تكون نظيفة لدى تسليمه إياها، ويحافظ على لياقتها، وتستبدل في مواعيد متقاربة بالقدر الذي يحفظ نظافتها.

الطعام

(٢٠) (١) توفر الإدارة لكل سجين، في الساعات المعتادة، وجبة طعام ذات قيمة غذائية كافية للحفاظ على صحته وقواه، جيدة النوعية وحسنة الإعداد والتقديم. (٢) توفر لكل سجين إمكانية الحصول على ماء صالح للشرب كلما احتاج إليه.

التمارين الرياضية

(٢١) (١) لكل سجين غير مستخدم في عمل في الهواء الطلق حق في ساعة على الأقل في كل يوم يمارس فيها التمارين الرياضية المناسبة في الهواء الطلق، إذا سمح الطقس بذلك. (٢) توفر تربية رياضية وترفيهية، خلال الفترة المخصصة للتمارين، للسجناء الأحداث وغيرهم ممن يسمح لهم بذلك عمرهم ووضعهم الصحي. ويجب أن توفر لهم، على هذا القصد، الأرض والمنشآت والمعدات اللازمة.

الخدمات الطبية

(٢٢) (١) يجب أن توفر في كل سجن خدمات طبيب مؤهل واحد على الأقل، يكون على بعض الإلمام بالطب النفسي. وينبغي أن يتم تنظيم الخدمات الطبية على نحو وثيق الصلة بإدارة الصحة العامة المحلية أو الوطنية. كما يجب أن تشمل على فرع للطب النفسي تشخيص بغية حالات الشذوذ العقلي وعلاجها عند الضرورة. (٢) أما السجناء الذين يتطلبون عناية متخصصة فينقلون إلى سجون متخصصة أو إلى مستشفيات مدنية. ومن الواجب، حين تتوفر في السجن خدمات العلاج التي تقدمها المستشفيات، أن تكون معداتها وأدواتها والمنتجات الصيدلانية التي تزود بها وافية بغرض توفير الرعاية والمعالجة الطبية اللازمة للسجناء المرضى، وأن تضم جهازا من الموظفين ذوي التأهيل المهني المناسب. (٣) يجب أن يكون في وسع كل سجين أن يستعين بخدمات طبيب أسنان مؤهل.

(٢٣) (١) في سجون النساء، يجب أن تتوفر المنشآت الخاصة الضرورية لتوفير الرعاية والعلاج قبل الولادة وبعدها. ويجب، حيثما كان ذلك في الإمكان، اتخاذ ترتيبات لجعل الأطفال يولدون في مستشفى مدني. وإذا ولد الطفل في السجن، لا ينبغي أن يذكر ذلك في شهادة ميلاده. (٢) حين يكون من المسموح به بقاء الأطفال الرضع إلى جانب أمهاتهم في السجن، تتخذ التدابير اللازمة لتوفير دار حضانة مجهزة بموظفين

مؤهلين، يوضع فيها الرضع خلال الفترات التي لا يكونون أثناءها في رعاية أمهاتهم.

(٢٤) يقوم الطبيب بفحص كل سجين في أقرب وقت ممكن بعد دخوله السجن، ثم يفحصه بعد ذلك كلما اقتضت الضرورة، وخصوصا بغية اكتشاف أي مرض جسدي أو عقلي يمكن أن يكون مصابا به واتخاذ جميع التدابير الضرورية لعلاج، وعزل السجناء الذين يشك في كونهم مصابين بأمراض معدية أو سارية، واستبانة جوانب القصور الجسدية أو العقلية التي يمكن أن تشكل عائقا دون إعادة التأهيل، والبت في الطاقة البدنية على العمل لدى كل سجين.

(٢٥) (١) يكلف الطبيب بمراقبة الصحة البدنية والعقلية للمرضي، وعليه أن يقابل يوميا جميع السجناء المرضى. وجميع أولئك الذين يشكون من اعتلال، وأي سجين استرعى انتباهه إليه على وجه خاص. (٢) على الطبيب أن يقدم تقريرا إلى المدير كلما بدا له أن الصحة الجسدية أو العقلية لسجين ما قد تضررت أو ستتضرر من جراء استمرار سجنه أو من جراء أي ظرف من ظروف هذا السجن.

(٢٦) (١) على الطبيب أن يقوم بصورة منتظمة بمعينة الجوانب التالية وأن يقدم النصح إلى المدير بشأنها: (أ) كمية الغذاء ونوعيته وإعداده، (ب) مدى إتباع القواعد الصحية والنظافة في السجن ولدى السجناء، (ج) حالة المرافق الصحية والتدفئة والإضاءة والتهوية في السجن، (د) نوعية ونظافة ملابس السجناء ولوازم أسرتهم، (هـ) مدى التقيد بالقواعد المتعلقة بالتربية البدنية والرياضية، حين يكون منظمو هذه الأنظمة غير متخصصين. (٢) يضع المدير في اعتباره التقارير والنصائح التي يقدمها له الطبيب عملا بأحكام المادتين ٢٥ (٢) و ٢٦، فإذا التقى معه في الرأي عمد فورا إلى اتخاذ التدابير اللازمة لوضع هذه التوصيات موضع التنفيذ. أما إذا لم يوافق على رأيه أو كانت التوصيات المقترحة خارج نطاق اختصاصه فعليه أن يقدم فورا تقريرا برأيه الشخصي، مرفقا بآراء الطبيب، إلى سلطة أعلى.

الانضباط والعقاب

(٢٧) يؤخذ بالحزم في المحافظة على الانضباط والنظام، ولكن دون أن يفرض من القيود أكثر مما هو ضروري لكفالة الأمن وحسن انتظام الحياة المجتمعية.

(٢٨) (١) لا يجوز أن يستخدم أي سجين، في خدمة المؤسسة، في عمل ينطوي على صفة تأديبية. (٢) إلا أنه لا يجوز تطبيق هذه القاعدة على نحو يعيق نجاح أنظمة قائمة على الحكم الذاتي، تتمثل في أن تتاط أنشطة أو مسؤوليات اجتماعية أو تثقيفية أو رياضية محددة، تحت إشراف الإدارة، بسجناء منظمين في مجموعات لأغراض العلاج.

(٢٩) تحدد النقاط التالية، دائماً، إما بالقانون وإما بنظام تضعه السلطة الإدارية المختصة:
(أ) السلوك الذي يشكل مخالفة تأديبية، (ب) أنواع ومدد العقوبات التأديبية التي يمكن فرضها، (ج) السلطة المختصة بتقرير إنزال هذه العقوبات.

(٣٠) (١) لا يعاقب أي سجين إلا وفقاً لأحكام القانون أو النظام المذكورين، ولا يجوز أبداً أن يعاقب مرتين على المخالفة الواحدة. (٢) لا يعاقب أي سجين إلا بعد إعلامه بالمخالفة وإعطائه فرصة فعلية لعرض دفاعه. وعلى السلطة المختصة أن تقوم بدراسة مستفيضة للحالة. (٣) يسمح للسجين، حين يكون ذلك ضرورياً وممكناً، بعرض دفاعه عن طريق مترجم.

(٣١) العقوبة الجسدية والعقوبة بالوضع في زنزانة مظلمة، وأية عقوبة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة، محظورة كلياً كعقوبات تأديبية.

(٣٢) (١) لا يجوز في أي حين أن يعاقب السجين بالحبس المنفرد أو بتخفيض الطعام الذي يعطى له إلا بعد أن يكون الطبيب قد فحصه وشهد خطياً بأنه قادر على تحمل مثل هذه العقوبة. (٢) ينطبق الأمر نفسه على أية عقوبة أخرى يحتمل أن تلحق الأذى بصحة السجين الجسدية أو العقلية. ولا يجوز في أي حال أن تتعارض هذه العقوبات مع المبدأ المقرر في القاعدة ٣١ أو أن تخرج عنه. (٣) على الطبيب أن يقوم يومياً بزيارة السجناء الخاضعين لمثل هذه العقوبات، وأن يشير على المدير بوقف العقوبة أو تغييرها إذا رأى ذلك ضرورياً لأسباب تتعلق بالصحة الجسدية أو العقلية.

أدوات تقييد الحرية

(٣٣) لا يجوز أبداً أن تستخدم أدوات تقييد الحرية، كالأغلال والسلاسل والأصفاد ووثاب التكبيل كوسائل للعقاب. وبالإضافة إلى ذلك لا يجوز استخدام السلاسل أو الأصفاد كأدوات لتقييد الحرية. أما غير ذلك من أدوات تقييد الحرية فلا تستخدم إلا في الظروف التالية: (أ) كتدبير للاحتراز من هرب السجين خلال نقله، شريطة أن تفك بمجرد مثوله أمام سلطة قضائية أو إدارية، (ب) لأسباب طبية، بناء على توجيه الطبيب، (ج) بأمر من المدير، إذا أخفقت الوسائل الأخرى في كبح جماح السجين لمنعه من إلحاق الأذى بنفسه أو بغيره أو من تسبب خسائر مادية. وعلى المدير في مثل هذه الحالة أن يتشاور فوراً مع الطبيب وأن يبلغ الأمر إلى السلطة الإدارية الأعلى.

(٣٤) الإدارة المركزية للسجون هي التي يجب أن تحدد نماذج أدوات تقييد الحرية وطريقة استخدامها. ولا يجوز استخدامها أبداً لمدة أطول من المدة الضرورية كل الضرورة.

تزويد السجناء بالمعلومات وحقوقهم في الشكوى

(٣٥) (١) يزود كل سجين، لدى دخوله السجن، بمعلومات مكتوبة حول الأنظمة المطبقة على قفّته من السجناء، وحول قواعد الانضباط في السجن، والطرق المرخص بها

لطلب المعلومات وتقديم الشكاوى، وحول أية مسائل أخرى تكون ضرورية لتمكينه من معرفة حقوقه وواجباته على السواء، ومن تكييف نفسه وفقا لحياة السجن. (٢) إذا كان السجن أميا وجب أن تقدم له هذه المعلومات بصورة شفوية.

(٣٦) (١) يجب أن تتاح لكل سجين إمكانية التقدم، في كل يوم عمل من أيام الأسبوع، بطلبات أو شكاوى إلى مدير السجن أو إلى الموظف المفوض بتمثيله. (٢) يجب أن يستطيع السجناء التقدم بطلبات أو شكاوى إلى مفتش السجن خلال جولته التفتيشية في السجن. ويجب أن تتاح للسجين فرصة للتحدث مع المفتش أو مع أي موظف آخر مكلف بالتفتيش دون أن يحضر حديثه مدير السجن أو غيره من موظفيه. (٣) يجب أن يسمح لكل سجين بتقديم طلب أو شكوى إلى الإدارة المركزية للسجون أو السلطة القضائية أو إلى غيرهما من السلطات، دون أن يخضع الطلب أو الشكوى للرقابة من حيث الجوهر ولكن على أن يتم وفقا للأصول وعبر الطرق المقررة. (٤) ما لم يكن الطلب أو الشكوى جلي التفاهة أو بلا أساس، يتوجب أن يعالج دون إبطاء، وأن يجاب عليه في الوقت المناسب.

الاتصال بالعالم الخارجي

(٣٧) يسمح للسجين في ظل الرقابة الضرورية، بالاتصال بأسرته وبذوي السمعة الحسنة من أصدقائه، على فترات منتظمة، بالمراسلة وبتلقي الزيارات على السواء.

(٣٨) (١) يمنح السجن الأجنبي قدرا معقولا من التسهيلات للاتصال بالممثلين الدبلوماسيين والقنصليين للدولة التي ينتمي إليها. (٢) يمنح السجناء المنتمون إلى دول ليس لها ممثلون دبلوماسيون أو قنصليون في البلد واللاجئون وعديمو الجنسية، تسهيلات مماثلة للاتصال بالممثل الدبلوماسي للدولة المكلفة برعاية مصالحهم أو بأية سلطة وطنية أو دولية تكون مهمتها حماية مثل هؤلاء الأشخاص.

(٣٩) يجب أن تتاح للسجناء مواصلة الإطلاع بانتظام على مجرى الأحداث ذات الأهمية عن طريق الصحف اليومية أو الدورية أو أية منشورات خاصة تصدرها إدارة السجن أو بالاستماع إلى محطات الإذاعة أو إلى المحاضرات، أو بأية وسيلة مماثلة تسمح بها الإدارة أو تكون خاضعة لإشرافها.

الكتب

(٤٠) يزود كل سجن بمكتبة مخصصة لمختلف فئات السجناء تضم قدرا وافيا من الكتب الترفيهية والتثقيفية على السواء. ويشجع السجناء على الاستفادة منها إلى أبعد حد ممكن.

الدين

(٤١) (١) إذا كان السجن يضم عدد كافيا من السجناء الذين يعتقدون نفس الدين، يعين أو يقر تعيين ممثل لهذا الدين مؤهل لهذه المهمة. وينبغي أن يكون هذا التعيين للعمل كل الوقت إذا كان عدد السجناء يبرر ذلك وكانت الظروف تسمح به. (٢) يسمح للممثل المعين أو الذي تم إقرار تعيينه وفقا للفقرة ١ أن يقيم الصلوات بانتظام وأن يقوم، كلما كان ذلك مناسبا، بزيارات خاصة للمسجونين من أهل دينه رعاية لهم. (٣) لا يحرم أي سجين من الاتصال بالممثل المؤهل لأي دين. وفي مقابل ذلك، يحترم رأى السجن كليا إذا هو اعترض على قيام أي ممثل ديني بزيارة له.

(٤٢) يسمح لكل سجين، بقدر ما يكون ذلك في الإمكان، بأداء فروض حياته الدينية بحضور الصلوات المقامة في السجن، وبحيازة كتب الشعائر والتربية الدينية التي تأخذ بها طائفته.

حفظ متاع السجناء

(٤٣) (١) حين لا يسمح نظام السجن للسجين بالاحتفاظ بما يحمل من نقود أو أشياء ثمينة أو ثياب أو غير ذلك من متاعه، يوضع ذلك كله في حرز أمين لدى دخوله السجن. ويوضع كشف بهذا المتاع يوقعه السجن، وتتخذ التدابير اللازمة للإبقاء على هذه الأشياء في حالة جيدة. (٢) لدى إطلاق سراح السجن تعاد إليه هذه النقود والحوائج، باستثناء ما سمح له بإنفاقه من مال أو ما أرسله إلى الخارج من متاع أو ما دعت مقتضيات الصحية إلى إتلافه من ثياب. ويوقع السجن على إيصال بالنقود والحوائج التي أعيدت إليه. (٣) تطبق هذه المعاملة ذاتها على أية نقود أو حوائج ترسل إلى السجن من خارج السجن. (٤) إذا كان السجن، لدى دخوله السجن، يحمل أية عقاقير أو أدوية، يقرر مصيرها طبيب السجن.

الإخطار بحالات الوفاة أو المرض أو النقل، الخ

(٤٤) (١) إذا توفي السجن أو أصيب بمرض خطير أو بحادث خطير أو نقل إلى مؤسسة لعلاج الأمراض العقلية، يقوم المدير فورا، إذا كان السجن متزوجا، بإخطار زوجته، وإلا فأقرب أنسابه إليه، وفي أية حال أي شخص آخر يكون السجن قد طلب إخطاره. (٢) يخطر السجن فورا بأي حادث وفاة أو مرض خطير لنسيب قريب له. وإذا كان مرض هذا النسيب بالغ الخطورة يرخص للسجين، إذا كانت الظروف تسمح بذلك، بالذهاب لعيادته إما برفقة حرس وإما بمفرده. (٣) يكون لكل سجين حق إعلام أسرته فورا باعتقاله أو بنقله إلى سجن آخر.

انتقال السجناء

(٤٥) (١) حين ينقل السجن إلى السجن أو منه، يجب عدم تعريضه لأنظار الجمهور إلا بأدنى قدر ممكن، ويجب اتخاذ تدابير لحمايته من شتائم الجمهور وفضوله ومن العلنية بأي شكل من أشكالها. (٢) يجب أن يحظر نقل السجناء في ظروف سيئة من حيث التهوية والإضاءة، أو بأية وسيلة تفرض عليهم عناء جسديا لا ضرورة له. (٣) يجب أن يتم نقل السجناء على نفقة الإدارة، وأن تسود المساواة بينهم جميعا.

موظفو السجن

(٤٦) (١) على إدارة السجن أن تتقوى موظفيها على اختلاف درجاتهم بكل عناية، إذ على نزاهتهم وإنسانيتهم وكفاءتهم المهنية وقدراتهم الشخصية للعمل يتوقف حسن إدارة المؤسسات الجزائرية. (٢) على إدارة السجن أن تسهر باستمرار على إيقاظ وترسيخ القناعة، لدى موظفيها ولدى الرأي العام، بأن هذه المهمة هي خدمة اجتماعية بالغة الأهمية، وعليها، طلبا لهذا الهدف، أن تستخدم جميع الوسائل المناسبة لتتوير الجمهور. (٣) بغية تحقيق الأهداف السابقة الذكر، يعين موظفو السجن على أساس العمل طوال ساعات العمل المعتادة، بوصفهم موظفي سجون محترفين، ويعتبرون موظفين مدنيين يضمن لهم بالتالي أمن العمل دون أن يكون مرهونا إلا بحسن السلوك والكفاءة واللياقة البدنية. ويجب أن تكون الأجور من الكفاية بحيث تجتذب الأكفاء من الرجال والنساء، كما يجب أن تحدد مزايا احترافهم وظروف خدمتهم على نحو يراعى طبيعة عملهم المرهقة.

(٤٧) (١) يجب أن يكون الموظفون على مستوى كاف من الثقافة والذكاء. (٢) قبل الدخول في الخدمة، يعطى الموظفون دورة تدريبية على مهامهم العامة والخاصة، وعليهم أن يجتازوا اختبارات نظرية وعملية. (٣) على الموظفون، بعد مباشرتهم العمل وطوال احترافهم المهنة، أن يرسخوا ويحسنوا معارفهم وكفاءتهم المهنية بحضور دورات تدريبية أثناء الخدمة تنظم على فترات مناسبة.

(٤٨) على جميع الموظفين أن يجعلوا سلوكهم وأن يضطلعوا بمهامهم على نحو يجعل منهم قدوة طيبة للسجناء وبيتعت احترامهم لهم.

(٤٩) (١) يجب أن يضم جهاز الموظفين، بقدر الإمكان، عددا كافيا من الأخصائيين كأطباء الأمراض العقلية وعلماء النفس والمساعدين الاجتماعيين والمعلمين ومدرسي الحرف. (٢) يكفل جعل خدمات المساعدين الاجتماعيين والمعلمين ومدرسي المهن الحرة على أساس دائم، ولكن دون استبعاد العاملين لبعض الوقت أو العاملين المتطوعين.

(٥٠) (١) يجب أن يكون مدير السجن على حظ واف من الأهلية لمهمته، من حيث طباعه وكفاءته الإدارية وتدريبه المناسب وخبرته.(٢) وعليه أن يكرس كامل وقته لمهامه الرسمية، فلا يعين على أساس العمل بعض الوقت فحسب.(٣) وعليه أن يجعل إقامته داخل السجن أو على مقربة مباشرة منه.(٤) حين يوضع سجنان أو أكثر تحت سلطة مدير واحد، يكون عليه أن يزور كلا منهما أو منها في مواعيد متقاربة، كما يجب أن يرأس كلا من هذه السجون بالنيابة موظف مقيم مسؤول.

(٥١) (١) يجب أن يكون المدير ومعاونيه وأكثرية موظفي السجن الآخرين قادرين على تكلم لغة معظم السجناء، أو لغة يفهما معظم هؤلاء.(٢) يستعان، كلما اقتضت الضرورة ذلك، بخدمات مترجم.

(٥٢) (١) في السجون التي تبلغ من الاتساع بحيث تقتضي خدمات طبيب أو أكثر كامل الوقت، يجب أن تكون إقامة واحد منهم على الأقل داخل السجن أو على مقربة مباشرة منه.(٢) أما في السجون الأخرى فعلى الطبيب أن يقوم بزيارات يومية، وأن يجعل إقامته على مقربة كافية من السجن بحيث يستطيع الحضور دون إبطاء في حالات الطوارئ.

(٥٣) (١) في السجون المختلطة، المستخدمة للذكور والإناث معا، يوضع القسم المخصص للنساء من مبنى السجن تحت رئاسة موظفة مسؤولة تكون في عهدها مفاتيح جميع أبواب هذا القسم.(٢) لا يجوز لأي من موظفي السجن الذكور أن يدخل قسم النساء ما لم يكن مصحوبا بموظفة أنثى.(٣) تكون مهمة رعاية السجينات والإشراف عليهن من اختصاص موظفات السجن النساء حصرا. على أن هذا لا يمنع الموظفين الذكور، ولا سيما الأطباء والمعلمين، من ممارسة مهامهم المهنية في السجون أو أقسام السجون المخصصة للنساء.

(٥٤) (١) لا يجوز لموظفي السجن أن يلجأوا إلى القوة، في علاقاتهم مع المسجونين، إلا دفاعا عن أنفسهم أو في حالات الفرار أو المقاومة الجسدية بالقوة أو بالامتاع السلبي لأمر يستند إلى القانون أو الأنظمة. وعلى الموظفين الذين يلجأوا إلى القوة ألا يستخدموها إلا في أدنى الحدود الضرورية وأن يقدموا فورا تقريرا عن الحادث إلى مدير السجن.(٢) يوفر لموظفي السجن تدريب جسدي خاص لتمكينهم من كبح جماح السجناء ذوي التصرف العدواني.(٣) لا ينبغي للموظفين الذين يقومون بمهمة جعلهم في تماس مباشر مع السجناء أن يكونوا مسلحين، إلا في ظروف استثنائية. وبالإضافة إلى ذلك لا يجوز، أيا كانت الظروف، تسليم سلاح لأي موظف ما لم يكن قد تم تدريبه على استعماله.

التفتيش

(٥٥) يجب أن يكون هناك تفتيش منتظم لمؤسسات السجون وخدماتها، يكلف به مفتشون مؤهلون ذو خبرة تعينهم سلطة مختصة. وعلى هؤلاء المفتشين بوجه خاص واجب الاستيقان من كون هذه المؤسسات تدار طبقا للقوانين والأنظمة وعلى قصد تحقيق أهداف الخدمات التأديبية والإصلاحية.

الجزء الثاني: قواعد تنطبق على فئات خاصة

(ألف) السجناء المدنون

مبادئ توجيهية

(٥٦) تهدف المبادئ التوجيهية التالية إلى تبيان الروح التي ينبغي أن يؤخذ بها في إدارة السجون والأهداف التي يجب أن تسعى إليها، طبقا للبيان الوارد في الملاحظة التمهيدية رقم ١ من هذا النص.

(٥٧) إن الحبس وغيره من التدابير الآيلة إلى عزل المجرم عن العالم الخارجي تدابير مؤسسية بذات كونها تسلب الفرد حق التصرف بشخصه بحرمانه من حريته. ولذلك لا ينبغي لنظام السجون، إلا في حدود مبررات العزل أو الحفاظ على الانضباط، أن يفاقم من الآلام الملازمة لمثل هذه الحال.

(٥٨) والهدف الذي يبرر عقوبة الحبس وغيرها من تدابير الحرمان من الحرية هو في نهاية المطاف حماية المجتمع من الجريمة. ولا سبيل إلى بلوغ مثل هذا الهدف إلا إذا استخدمت فترة الحبس للوصول، حتى أقصى مدى مستطاع، إلى جعل المجرم وهو يعود إلى المجتمع لا راغبا في العيش في ظل احترام القانون وتدبير احتياجاته بجهد فحسب، بل قادرا أيضا على ذلك.

(٥٩) وطلبا لهذه الغاية، ينبغي لنظام السجون أن يستعين بجميع الوسائل الإصلاحية والتعليمية والأخلاقية والروحية وغيرها وبجميع طاقات وأشكال المساعدة المناسبة المتاحة له، ساعيا إلى تطبيقها على هدى مقتضيات العلاج الفردي للسجناء.

(٦٠) (١) ينبغي إذن لنظام السجون أن يلمس السبل إلى تقليص الفوارق التي يمكن أن تقوم بين حياة السجن والحياة الحرة، والتي من شأنها أن تهبط بحس المسؤولية لدى السجناء أو بالاحترام الواجب لكرامتهم البشرية. (٢) ومن المستحسن أن يعمد، قبل انتهاء مدة العقوبة، إلى اتخاذ التدابير الضرورية لكي تضمن للسجين عودة تدريجية إلى الحياة في المجتمع، وهذا هدف يمكن بلوغه، تبعا للحالة، من خلال مرحلة تمهد لإطلاق سراح السجن تنظم في السجن نفسه أو في مؤسسة أخرى ملائمة، أو من خلال إطلاق سراح تحت التجربة مع إخضاعه لضرب من الإشراف والرقابة ولا يجوز أن يعهد به إلى الشرطة بل ينبغي أن يشتمل على مساعدة اجتماعية فعالة.

(٦١) ولا ينبغي، في معالجة السجناء، أن يكون التركيز على إقصائهم عن المجتمع، بل - على نقيض ذلك - على كونهم يظلون جزءاً منه. وعلى هذا الهدف ينبغي اللجوء، بقدر المستطاع، إلى المؤازرة التي يمكن أن توفرها هيئات المجتمع المحلي لمساعدة جهاز موظفي السجن على إعادة التأهيل الاجتماعي للسجناء. ويجب أن يكون هناك مساعدون اجتماعيون يتعاونون مع كل مؤسسة احتجاز وتناط بهم مهمة إدامة وتحسين كل صلات السجن المستصوبة بأسرته وبالمنظمات الاجتماعية الجزيلة الفائدة. كما يجب أن تتخذ، إلى أقصى الحدود المتفقة مع القانون ومع طبيعة العقوبة، تدابير لحماية ما للسجين من حقوق تتصل بمصالحه المدنية وبتمتعته بالضمان الاجتماعي وغير ذلك من المزايا الاجتماعية.

(٦٢) وعلى الخدمات الطبية في مؤسسة السجن أن تحاول رصد أي علة أو أمراض جسدية أو عقلية لدى السجين، وأن تعالجها حتى لا تكون عقبة دون إعادة تأهيله. ويجب، على هذا الهدف، أن توفر للسجين جميع الخدمات الطبية والجراحية والنفسانية الضرورية.

(٦٣) (١) إن الإنفاذ الكامل لهذه المبادئ يتطلب إفرادية المعالجة، وبالتالي يقتضي الأخذ بنظام مرن لتصنيف السجناء في فئات. وعلى ذلك يستصوب أن توزع هذه الفئات على مؤسسات منفصلة تستطيع كل فئة أن تجد فيها العلاج الذي يناسبها. (٢) وليس من الضروري أن يتوفر في كل مؤسسة نفس القدر من متطلبات الأمن بالنسبة لكل فئة، بل إن من المستصوب أن تتفاوت درجات هذا الأمن تبعاً لاحتياجات مختلف الفئات. والسجون المفتوحة الأبواب، بسبب كونها لا تقيم حواجز أمن مادية تحول دون الهرب، بل تعتمد في ذلك على انضباط السجن نفسه، توفر، في حالة انتقاء السجناء المرشحين لهذه التجربة بعناية، أفضل الظروف موثوقة لإعادة تأهيلهم. (٣) ويستصوب، في حالة السجون المغلقة الأبواب، ألا يكون عدد المسجونين في كل منها من الكثرة بحيث يعرقل إفرادية المعالجة. والرأي في بعض البلدان أنه لا ينبغي لهذا العدد في السجون المذكورة أن يتجاوز الخمسمائة أما في السجون المفتوحة الأبواب فيجب أن يكون عدد المسجونين صغيراً بقدر المستطاع. (٤) على أنه ليس من المستصوب إقامة سجون تكون من فرط ضالة الحجم بحيث لا يستطيع أن توفر فيها التسهيلات المناسبة.

(٦٤) ولا ينتهي واجب المجتمع بإطلاق سراح السجين. ولذلك ينبغي أن تكون هناك هيئات حكومية أو خاصة قادرة على أن توفر للسجين الذي استرد حريته رعاية ناجعة، تهدف إلى تخفيف مواقف العداء العفوية ضده وتسمح بتأهيله للعودة إلى مكانه من المجتمع.

المعالجة

(٦٥) إن الهدف من معالجة المحكوم عليهم بالسجن أو بتدبير مماثل يحرمهم من الحرية يجب أن يكون، بقدر ما تسمح بذلك مدة العقوبة، إكسابهم العزيمة على أن يعيشوا في ظل القانون وأن يتدبروا احتياجاتهم بجهدهم، وجعلهم قادرين على إنفاذ هذه العزيمة. ويجب أن يخطط هذا العلاج بحيث يشجع احترامهم لذواتهم وينمى لديهم حس المسؤولية.

(٦٦) (١) وطلبا لهذه المقاصد، يجب أن تستخدم جميع الوسائل المناسبة، ولا سيما الرعاية الدينية في البلدان التي يستطيع فيها ذلك، والتعليم، والتوجيه والتكوين على الصعيد المهني، وأساليب المساعدة الاجتماعية الإفرادية، والنصح في مجال العمالة، والرياضة البدنية وتنمية الشخصية، تبعا للاحتياجات الفردية لكل سجين، مع مراعاة تاريخه الاجتماعي والجنائي، وقدراته ومواهبه الجسدية والذهنية، ومزاجه الشخصي، ومدة عقوبته، ومستقبله بعد إطلاق سراحه. (٢) ويجب أن يتلقى مدير السجن، بصدد كل وافد على السجن محكوم عليه بعقوبة طويلة بعض الطول، وفي أقرب موعد ممكن بعد وصوله، تقارير كاملة حول مختلف الجوانب المشار إليها في الفقرة السابقة، يتوجب دائما أن تشمل تقريرا يضعه طبيب، متخصص في الأمراض النفسانية إذا أمكن، حول حالة السجين الجسدية والذهنية. (٣) توضع التقارير وغيرها من الوثائق المناسبة المتعلقة بالسجين في ملف فردي. ويجب أن يستكمل هذا الملف بكل جديد، وأن يصنف على نحو يجعل الموظفين المسؤولين قادرين على الرجوع إليه كلما طرأت حاجة إلى ذلك.

التصنيف الفتوي وإفرادية العلاج

(٦٧) تكون مقاصد التصنيف الفتوي: (١) أن يفصل عن الآخرين أولئك المسجونون الذين يرجح، بسبب ماضيهم الجنائي أو شراسة طباعهم، أن يكونوا ذوي تأثير سيئ عليهم. (٢) أن يصنف المسجونون في فئات، بغية تيسير علاجهم على هدف إعادة تأهيلهم الاجتماعي.

(٦٨) تستخدم لعلاج مختلف فئات المسجونين، بقدر الإمكان، سجون مختلفة أو أقسام مختلفة في السجن الواحد.

(٦٩) يوضع من أجل كل سجين محكوم عليه بعقوبة طويلة بعض الطول، في أقرب وقت ممكن بعد وصوله وبعد دراسة شخصيته، برنامج علاج يتم إعداده في ضوء المعلومات المكتسبة حول احتياجاته الفردية وقدراته ومزاجه النفسي.

الامتيازات

(٧٠) تنشأ في كل سجن أنظمة امتيازات توائم مختلف فئات المسجونين ومختلف مناهج العلاج بغية تشجيع السجناء على حسن السلوك وتمتية حس المسؤولية لديهم وحفزهم على الاهتمام بعلاجهم والمؤازرة فيه.

العمل

(٧١) (١) لا يجوز أن يكون العمل في السجن ذات طبيعة مؤلمة. (٢) يفرض العمل على جميع السجناء المحكوم عليهم، تبعاً للياقتهم البدنية والعقلية كما يحددها الطبيب. (٣) يوفر للسجناء عمل منتج يكفى لتشغيلهم طوال يوم العمل العادي. (٤) يكون هذا العمل، إلى أقصى الحدود المستطاعة، من نوع يصون أو يزيد قدرة السجنين على تأمين عيشه بكسب شريف بعد إطلاق سراحه. (٥) يوفر تدريب مهني نافع للسجناء القادرين على الانتفاع به، ولا سيما الشباب. (٦) تتاح للسجناء، في حدود ما يتمشى مع الاختيار المهني السليم ومتطلبات إدارة السجن والانضباط فيه، إمكانية اختيار نوع العمل الذي يرغبون القيام به.

(٧٢) (١) يتم تنظيم العمل وطرائقه في السجن على نحو يقترب به بقدر الإمكان من الأعمال المماثلة خارج السجن، بغية إعداد السجناء لظروف الحياة العملية الطبيعية. (٢) إلا أن مصلحة السجناء وتدريبهم المهني لا يجوز أن يصيرا خاضعين لمقصد تحقيق ربح مالي من وراء العمل في السجن.

(٧٣) (١) يفضل أن تقوم إدارة السجن مباشرة، لا المقاولون الخاصون، بتشغيل مصانعه ومزارعه. (٢) حين يستخدم السجناء في أعمال لا تخضع لسلطان الإدارة، يتوجب أن يكونوا دائماً تحت إشراف موظفي السجن. وما لم يكن العمل لحساب إدارات حكومية أخرى، يتوجب على الأشخاص الذين يقدم لهم أن يدفعوا للإدارة كامل الأجر الذي يتقاضى عادة عنه، ولكن مع مراعاة إنتاجية السجناء.

(٧٤) (١) تتخذ في مؤسسات السجن نفس الاحتياطات المفروضة لحماية سلامة وصحة العمال الأحرار. (٢) تتخذ تدابير لتعويض السجناء عن إصابات العمل والأمراض المهنية، بشروط لا تكون أقل مواتاة من تلك التي يمنحها القانون للعمال الأحرار.

(٧٥) (١) يحدد العدد الأقصى لساعات العمل اليومي والأسبوعي بالقانون أو بنظام إداري، مع مراعاة الأنظمة أو العادات المحلية المتبعة في مجال استخدام العمال الأحرار. (٢) يشترط في تحديد الساعات المذكورة أن يترك يوماً للراحة الأسبوعية ووقتاً كافياً للتعليم وغيره من الأنشطة المقتضاه كجزء من علاج السجناء وإعادة تأهيلهم.

(٧٦) (١) يكافأ السجناء على عملهم وفقاً لنظام أجور منصف. (٢) يجب أن يسمح النظام للسجناء بأن يستخدموا جزءاً على الأقل من أجرهم في شراء أشياء مرخص بها

لاستعمالهم الشخصي وأن يرسلوا جزءاً آخر منه إلى أسرته. (٣) ويجب أن ينص النظام أيضاً على احتجاز الإدارة لجزء من الأجر بحيث يشكل كسباً مدخراً يتم تسليمه للسجين لدى إطلاق سراحه.

التعليم والترفيه

(٧٧) (١) تتخذ إجراءات لمواصلة تعليم جميع السجناء القادرين على الاستفادة منه، بما في ذلك التعليم الديني في البلدان التي يمكن فيها ذلك، ويجب أن يكون تعليم الأميين والأحداث إلزامياً، وأن توجه إليه الإدارة عناية خاصة. (٢) يجعل تعليم السجناء، في حدود المستطاع عملياً، متناسقاً مع نظام التعليم العام في البلد، بحيث يكون في مقدورهم، بعد إطلاق سراحهم، أن يواصلوا الدراسة دون عناء.

(٧٨) تنظم في جميع السجون، حرصاً على رفاه السجناء البدني والعقلي، أنشطة ترويحية وثقافية.

العلاقات الاجتماعية والرعاية بعد السجن

(٧٩) تبذل عناية خاصة لصيانة وتحسين علاقات السجين بأسرته، بقدر ما يكون ذلك في صالح كلا الطرفين.

(٨٠) يوضع في الاعتبار، منذ بداية تنفيذ الحكم، مستقبل السجين بعد إطلاق سراحه، ويشجع ويساعد على أن يواصل أو يقيم، من العلاقات مع الأشخاص أو الهيئات خارج السجن، كل ما من شأنه خدمة مصالح أسرته وتيسير إعادة تأهيله الاجتماعي.

(٨١) (١) على الإدارات والهيئات الحكومية أو الخاصة، التي تساعد الخارجين من السجن على العودة إلى احتلال مكانهم في المجتمع، أن تسعى بقدر الإمكان لجعلهم يحصلون على الوثائق وأوراق الهوية الضرورية، وعلى المسكن والعمل المناسبين، وعلى ثياب لائقة تناسب المناخ والفصل، وأن توفر لهم من الموارد ما يكفي لوصولهم إلى وجهتهم ولتأمين أسباب العيش لهم خلال الفترة التي تلي مباشرة إطلاق سراحهم. (٢) يجب أن تتاح للممثلين الذين تعتمدهم الأجهزة المذكورة إمكانية دخول السجن والالتقاء بالسجناء، ويجب أن يستشاروا بشأن مستقبل السجين منذ بداية تنفيذ عقوبته. (٣) يستصوب أن تكون أنشطة الهيئات المذكورة ممركرة أو منسقة بقدر الإمكان كي ينتفع بجهودها على أفضل وجه.

(باء) المصابون بالجنون والشذوذ العقلي

(٨٢) (١) لا يجوز احتجاز الشخص في السجن إذا ظهر أنه مختل العقل، بل يجب اتخاذ ترتيبات لنقله إلى مستشفى للأمراض العقلية بأسرع ما يمكن. (٢) يوضع المصابون بأمراض أو ظواهر شذوذ عقلية أخرى تحت المراقبة والعلاج في مصحات متخصصة تحت إدارة طبية. (٣) يوضع هؤلاء الأشخاص، طوال بقائهم في السجن، تحت إشراف

طبي خاص. (٤) على الإدارة الطبية أو النفسانية في السجن أن تكفل علاج جميع السجناء الآخرين الذين يحتاجون إلى مثل هذا العلاج.

(٨٣) من المستحسن أن تتخذ، بالاتفاق مع الأجهزة المختصة، تدابير لمواصلة العلاج النفساني للسجين ولتقديم مساعدة اجتماعية نفسانية له بعد إطلاق سراح عند الضرورة.

(جيم) الموقوفون والمحتجزون رهن المحاكمة

(٨٤) (١) في الفقرات التالية تطلق صفة "متهم" على أي شخص تم توقيفه أو حبسه بسبب مخالفة لقانون العقوبات ووضع في عهدة الشرطة أو السجن ولكنه لم يحاكم ولم يحكم عليه بعد. (٢) يفترض في المتهم أنه بريء ويعامل على هذا الأساس. (٣) دون المساس بالقواعد القانونية المتعلقة بحماية الحرية الفردية أو التي تنص على الإجراءات الواجبة الاتباع إزاء المتهمين، يجب أن يتمتع هؤلاء بنظام معاملة خاص تحدد القواعد الواردة أدناه عناصر الأساسية.

(٨٥) (١) يفصل المتهمون عن السجناء المحكوم عليهم. (٢) يفصل المتهمون الأحداث عن البالغين. ويجب من حيث المبدأ أن يحتجزوا في مؤسسات منفصلة.

(٨٦) يوضع المتهمون في غرف نوم فردية، ولكن رهنا بمراعاة العادات المحلية المختلفة تبعاً للمناخ.

(٨٧) للمتهمين إذا رغبوا في ذلك، في الحدود المتفقة مع حسن سير النظام في المؤسسة، أن يأكلوا ما يريدون على نفقتهم بأن يحصلوا على طعامهم من الخارج إما بواسطة الإدارة أو بواسطة أسرهم أو أصدقائهم. فإذا لم يطلبوا ذلك كان على الإدارة أن تتكفل بإطعامهم.

(٨٨) (١) يسمح للمتهم بارتداء ثيابه الخاصة إذا كانت نظيفة ولائقة. (٢) أما إذا ارتدى ثياب السجن فيجب أن تكون هذه مختلفة عن اللباس الموحد الذي يرتديه المحكوم عليهم.

(٨٩) يجب دائماً أن يعطى المتهم فرصة للعمل، ولكن لا يجوز إجباره عليه. فإذا اختار العمل وجب أن يؤجر عليه.

(٩٠) يرخص لكل متهم بأن يحصل، على نفقته أو نفقة آخرين، وفي الحدود المتفقة مع صالح إقامة العدل ومع أمن السجن وانتظام إدارته، على ما يشاء من الكتب والصحف وأدوات الكتابة وغيرها من وسائل قضاء الوقت.

(٩١) يرخص للمتهم بأن يزوره ويعالجه طبيبه أو طبيب أسنانه الخاص، إذا كان لطلبه مبرر معقول وكان قادرا على دفع النفقات المقتضاة.

(٩٢) يرخص للمتهم بأن يقوم فوراً بإبلاغ أسرته نبأ احتجازه، ويعطى كل التسهيلات المعقولة للاتصال بأسرته وأصدقائه وباستقبالهم، دون أن يكون ذلك مرهونا إلا بالقيود والرقابة الضرورية لصالح إقامة العدل وأمن السجن وانتظام إدارته.

(٩٣) يرخص للمتهم، بغية الدفاع عن نفسه، بأن يطلب تسمية محام تعينه المحكمة مجانا حين ينص القانون على هذه الإمكانية، وبأن يتلقى زيارات محامية إعدادا لدفاعه وأن يسلمه تعليمات سرية. وعلى هذا القصد يحق له أن يعطى أدوات للكتابة إذا طلب ذلك. ويجوز أن تتم المقابلات بين المتهم ومحاميه على مرمى نظر الشرطي أو موظف السجن، ولكن دون أن تكون على مرمى سمعه.

(دال) السجناء المدنيون

(٩٤) في البلدان التي يجيز فيها القانون السجن من أجل الديون أو بقرار من المحكمة في أية دعوى أخرى غير جزائية، لا يجوز إخضاع المسجونين على هذا النحو لأية قيود أو لأية صرامة تتجاوز ما هو ضروري لضمان عدم هربهم وللحفاظ على الأمن. ويجب ألا تكون معاملتهم أقل يسرا من تلك الممنوحة للسجناء غير المحاكمين باستثناء أنه يمكن إجبارهم على العمل.

(هاء) الأشخاص الموقوفون أو المحتجزون دون تهمة

(٩٥) دون الإخلال بأحكام المادة ٩ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يتمتع الأشخاص الموقوفون أو المحتجزون دون أن توجه إليهم تهمة بذات الحماية التي يضمنها الجزء الأول والفرع "جيم" من الجزء الثاني كذلك تنطبق عليهم الأحكام المناسبة من الفرع "ألف" من الجزء الثاني حينما كان من الممكن أن يعود تطبيقها بالفائدة على هذه الفئة الخاصة من المحتجزين، شريطة ألا يتخذ أي تدبير يفترض ضمنا أن إعادة التعليم أو إعادة التأهيل يمكن على أي نحو أن يكونا مناسبين لأشخاص لم يدانوا بأية جريمة جزائية.

• حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٣، رقم المبيع A.94.XIV-Vol.1, Part 1، ص ٣٣٧.

فهرس الموضوعات

مقدمة.

الفصل الأول

حفظ حقوق الكرامة الإنسانية في الإسلام

- تعريف الحق .
- الحق في الاصطلاح.
- تعريف الحق في المصطلح الشرعي .
- الحق في المصطلح القانوني الوضعي .
- حفظ الكرامة الإنسانية في الإسلام.
- أولاً – حق الحياة والأمان.
- الاعتداء البدني .
- الاعتداء المعنوي .
- حق الأمان.
- ثانياً : الحفاظ على العقل.
- معنى العقل ومفهومه.
- ضرورة العقل وأهميته في الشرع.
- قواعد الشريعة في حفظ العقل .
- حرية العقيدة في الإسلام.
- رابعاً : الحفاظ على العرض والنسل.
- خامساً : الحفاظ على المال .

الفصل الثاني

السجن ومشروعيته في الإسلام

- السجن ومشروعيته في الإسلام.
- تعريف السجن.
- السجن اصطلاحاً.
- تعريف الحبس لغة واصطلاحاً.
- تعريف الحبس قانوناً.
- الوقف لغة.
- الوقف اصطلاحاً .
- الوقف قانوناً.
- الاعتقال لغة واصطلاحاً.
- الاعتقال قانوناً.

الأسر لفة.

مشروعية عقوبة الحبس في الإسلام.

مشروعية عقوبة الحبس في القرآن الكريم.

مشروعية عقوبة الحبس في السنة النبوية.

مشروعية عقوبة السجن في الإجماع.

الحكمة من مشروعية السجن في الإسلام. الحصول على مزيد من نتائج المناقشات

أجريت + ١ لهذا بشكل عام. [تراجع الحصول على مزيد من نتائج المناقشات](#)

السجن في الإسلام ومعاملة السجناء داخل السجن.

السجن في الإسلام.

مشروعية الحبس الاحتياطي.

مدة الحبس الاحتياطي .

تعويض المتهم المحبوس حال ظهور براءته.

وقائع أخرى تؤكد مبدأ التعويض عن الضرر.

التعويض يشمل الأضرار المادية والمعنوية.

الفصل الثالث

حقوق المسجون والمحبوس والمعتقل والأسير

حقوق السجين في الإسلام.

أولاً : مكان الاحتجاز.

ثانياً : الطعام والكساء.

ثالثاً : العناية بصحة السجين.

رابعاً : العناية بنظافة السجناء.

خامساً : العقاب .

سادساً : حق السجين في الطعن في الأحكام الصادرة ضده إذا توفرت مسوغات الطعن.

سابعاً : حق السجين في الطعن في الشهادة ضده.

ثامناً : الاتصال بالعالم الخارجي.

تاسعاً : الحقوق الزوجية للسجين.

تميز السجون بحسب تجانس جرائم المحبوسين.

تميز السجون بحسب مكانة السجناء القانونية والاجتماعية.

السجون السياسية.

حقوق الأسرى.

الفصل الرابع

سجن الأحداث وحقوقهم

أولاً : حبس الأحداث في القضايا المدنية .
ثانياً : حبس الأحداث في القضايا الجزائية.
مكان تنفيذ حبس الأحداث.
ثانياً : اتخاذ سجن خاص بالأحداث.
تحديد سن الحدث .
الرأي الشرعي في القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة المسجونين.

الفصل الخامس

وسائل ضمان عدم حرمان السجين من حقوقه

حقوق الإنسان والسجين في الإسلام

أولاً : الناس سواسية في القيمة الإنسانية المشتركة .
ثانياً - : تسوية الإسلام بين الناس في الحقوق المدنية وشؤون المسؤولية والجزاء.
ثالثاً : تسوية الإسلام بين الناس في حق التعلم والثقافة .
رابعاً : تسوية الإسلام بين الناس في حق العمل .
خامساً : حق الحرية.
سادساً : حق التكافل الاجتماعي .
التسوية بين المرأة والرجل في الأهلية الحقوقية وفي التصرفات المالية .
المسؤولية الجنائية والجزائية والعقوبة عليهما .
حقوق السجناء.
مشروع قانون للعقوبة التي يجب سنها (مقترح) يضمن عدم حرمان السجين من حقوقه
قاعدة سياسة إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.
دور المؤسسة العقابية في ظل السياسة العقابية الجديدة .
تصور لتطبيق نظام رقابي دائم من هيئات ومنظمات تتشأ لهذا الغرض لمراقبة تعامل
القائمين على المؤسسات العقابية مع المسجونين والمحبوسين فيها.
ثبت المصادر والمراجع.

ملحق رقم (١)

القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء التي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع
الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في جنيف عام ١٩٥٥ ، وأقرها المجلس الاقتصادي
والاجتماعي بقراريه ٦٦٣ جيم (د -٢٤) المؤرخ في ٣١ تموز /يوليه ١٩٥٧ و ٢٠٧٦ (د -٦٢
١٩) المؤرخ في ١٣ أيار / مايو ١٩٧٧م.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

حقوق السجين في الإسلام

إعداد

أ.د. حمزة بن حسين الضعر الشريف

بيت الخبرة العالمي للاستشارات المصرفية الإسلامية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة:

الحمد لله ، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد ، فهذا بحث مقدم للدورة العشرين لمجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي والمنعقد بدولة الجزائر بتاريخ ٢٦/١٠/١٤٣٣هـ - ٢/١١/١٤٣٣هـ الموافق ١٣ - ١٨/٩/٢٠١٢م ، وهو يتناول بيان حقوق المسجون في الشريعة الإسلامية وما ينبغي اتخاذه لضمان هذه الحقوق بسبب التفريط الكبير الذي يقع في هذه الحقوق في مؤسسات عقابية في دول عديدة .

وتتأكد أهمية هذا البحث في ظل الاهتمام العالمي المتزايد من قبل منظمات حقوق الإنسان ، وهيئات الأمم المتحدة بشأن الحقوق الغائبة للسجين في كثير من المؤسسات العقابية ، والتي يجب حصوله عليها وتمكينه منها حسبما نصت على ذلك الشرائع السماوية ، وما هو مقرر في مبادئ العدالة ، ومقتضيات الفطرة الإنسانية السوية .

وقد رتبته على مقدمة وستة مباحث.

- **المقدمة** في التعريف بالبحث .
- **المبحث الأول** : في التعريف بالسجن وأهميته و تاريخه ، وبيان حكمه في الإسلام .
- **المبحث الثاني** : حقوق المسجون في الشريعة الإسلامية .
- **المبحث الثالث**: حقوق المسجون في ميثاق الامم المتحدة لحقوق الانسان
- **المبحث الرابع** : حقوق المسجون في المواثيق الاسلامية لحقوق الانسان
- **المبحث الخامس**: وثيقة الحقوق الدنيا لمعاملة السجين .
- **المبحث السادس** : مناقشة وتصور لنظام رقابي دائم لضمان تطبيق هذه الحقوق .

وبالله التوفيق .

الباحث

المبحث الاول

في التعريف بالسجن وأهميته وتاريخه، وبيان حكمه في الإسلام :

(أ) تعريف السجن :

تدل كلمة السجن بكسر السين على المنع ، قال ابن فارس : السين ، والجيم ، والنون : أصل واحد وهو الحبس .
والسجن : المكان الذي يسجن فيه^(١) .

ومنه ما جاء في كتاب الله الكريم في قصة يوسف : ﴿ قَالَ رَبِّ السُّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ ﴾^(٢) .

(ب) السجن في الاصطلاح :

عرف بتعريفات عديدة من أشهرها أنه : تعويق الشخص ، ومنعه من التصرف بنفسه والخروج إلى أشغاله ومهامه الدينية والاجتماعية^(٣) .

وعرفه د.بركو فروز بأنه :مكان لإيداع المحكوم عليه قضائياً ، أو بيئة مغلقة يتم من خلالها تنفيذ العقوبة المقررة^(٤) .

وبالنظر إلى هذين التعريفين يتضح أن الأول يعرف الفعل والثاني يعرف المكان الذي يحصل فيه تعويق الشخص ، ومنعه من التصرف بنفسه .

كما يتضح أن التعريف الثاني يحصر السجن في إيداع المحكوم عليهم قضائياً ، ليتم تنفيذ العقوبة في حقهم ، وهذا يخرج منه أنواع عديدة من السجن ، بينما التعريف الأول يندرج تحته كل أنواع السجن .

ولا شك أن تعويق الشخص ، ومنعه من التصرف بنفسه ، والخروج إلى أشغاله يقتضي وجود مكان يودع فيه ، وعلى هذا فالتعريف الأول أقرب إلى تحقيق المفهوم الشامل للسجن ، وهو المرجح .

• الألفاظ المرادفة للسجن :

توجد ألفاظ عديدة تماثل لفظ السجن ، أو تتلاقى معه في بعض الوجوه .

وقد أوصلها الدكتور/حسن أبوغدة إلى أربعة عشر لفظاً ، هي :

(١) معجم مقاييس اللغة ، ١٣٧/٣ : القاموس المحيط ، فصل السين باب النون ، ٢٣٥/٤ .

(٢) سورة يوسف ، الآية : ٣٣ .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ١٧٤/٧ ، ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص١٠٢ نقلا عن الموسوعة الكويتية ، ٢٤/

(٤) المدونة الإلكترونية للدكتور/بركوفروز .

١- الحبس ، ٢- الحجر ، ٣- الحصر ، ٤- الوقف ، ٥- الاعتقال ، ٦- الإمساك ، ٧- الإثبات ، ٨- النفي ، ٩- الأسر ، ١٠- الصبر ، ١١- الرهن ، ١٢- الحجر ، ١٣- الإقامة الجبرية ، ١٤- العقوبة السالبة للحرية .

والجامع بين هذه الألفاظ : منع الشخص ، وتقييد حريته ، وإن كانت هنالك فروقاً بينها من الناحية اللغوية ، أو الاصطلاحية عند القدماء وعند المعاصرين^(١) .

• أهمية وجود السجن :

وجد السجن ضرورة اجتماعية لا بد منها ؛ ذلك أن أمن المجتمع وتحصيل الحقوق ، وتنفيذ الأحكام القضائية ، وردع المجرمين واستصلاحهم ، والتحفيز على المتهمين وغير ذلك من المصالح لا يمكن تحقيقه بدون وجود هذه الأماكن المخصصة لهذه الأغراض .

وقد عرفت البشرية في كل أممها هذا الأمر ، وإن اختلفت وسائله ، أو اختلفت أنواعه وأهدافه ، فهو أحد أشق الأساليب العقابية التي توقع على أصحاب الجرائم التي تمس أمن المجتمع ، أو الدولة ، أو الأفراد ، بل إنه كان الوسيلة المتعينة لردع الجناة ، حيث يوضع أحدهم في مكان مغلق معزول ، لا تراعى فيه أدنى الشروط المطلوبة للحياة الإنسانية الكريمة ، إضافة إلى القسوة ، والغلظة في معاملة المسجونين ، وبمرور الزمن وتطور الحياة المدنية تطورت فكرة السجن ، فأصبح هنالك سجون للرجال ، وسجون للنساء ، وسجون للأحداث ، وأخرى بحسب أنواع الجرائم ، وفي العصر الحديث أصبح ينظر إلى السجن على أنها مؤسسات تربوية إصلاحية ، وإن كانت هناك دول ديدة لا تزال تعامل المساجين معاملة متدنية من الناحية الإنسانية ، يحرمون فيها من أبسط الحقوق المشروعة ، ويضيق عليهم وبخاصة السياسيين منهم ، مما حدا بمنظمات حقوق الإنسان ومنظمات الأمم المتحدة المعنية إلى السعي لاستصدار تشريعات خاصة للحفاظ على حقوق المساجين .

• حكم السجن في الإسلام :

السجن مشروع في الإسلام بأدلة عديدة :

(١) قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾^(٣) . وقد فسر النفي بالحبس^(٣) .

(١) احكام السجن ومعاملة السجناء ص٤٤

(٢) سورة المائدة ، الآية : ٣٣ .

(٣) تفسير الطبري ١٠/٢٧٤ ، تبين الحقائق شرح الكنز ٤/١٧٩ ، الإنصاف للمرداوي ١٠/٢٩٨ .

(٢) قوله تعالى : ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نَسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ﴾^(١) ، والإمساك هنا : الحبس .

(٣) ما رواه بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً في تهمة ثم خلى عنه^(٢) .

(٤) قوله ﷺ : «لي الواجد بحل عرضه وعقوبته»^(٣) . وهذا يفيد تغليظ العقوبة عليه ، ومن ذلك الحبس كما فسره به عدد من العلماء^(٤) .

(٥) حبس النبي ﷺ لثمامة بن أثال ﷺ في المسجد عندما أسرته خيل النبي عليه السلام^(٥) .

(٦) الإجماع عليه من غير نكير من أحد من العلماء^(٦) .

ولم يكن للسجن مكان محدد في زمن الرسول ﷺ وزمن أبي بكر ، ولكن بعد توسع الدولة في عهد أمير المؤمنين عمرا بن الخطاب ﷺ ، ظهرت الحاجة إلى وجود مكان مخصص لذلك فقام بشراء دار صفوان بن أمية في مكة بأربعة آلاف درهم وجعلها سجناً يحبس فيها .

وفي عهد أمير المؤمنين علي بن أبي طالب ﷺ بنى سجناً وسمّاه نافعاً ، ولكنه لم يكن حصيناً مما سهل هروب المساجين منه فبنى سجناً آخر سمّاه مخيساً ، وقال :
ألا تراني كيّساً مكيساً بنيت بعد نافع مخيساً

والفرق بين النظرة الإسلامية للسجن ، ونظرة القوانين المعاصرة هو أن السجن في هذه القوانين عقوبة أصلية ، بل هو العقوبة الوحيدة بينما هو في الشريعة الإسلامية عقوبة تعزيرية تأديبية احتياطية ، لما له من آثار سلبية على الحياة الاجتماعية وليس هو العقوبة الوحيدة^(٧) .

وقد أحصى الدكتور حسن أبوغدة (١٣٠) موجبات للحبس في الفقه الإسلامي ، منها ما هو ثابت بالنص عليه في أدلة الشريعة ، ومنها ما هو ثابت بالاجتهاد .

فليس السجن في الإسلام نوعاً واحداً ، بل هو متعدد بحسب الهدف منه ، وأهم أنواعه :

(١) سورة النساء ، الآية : ١٥ .

(٢) رواه أبو داود والترمذي والنسائي

(٣) رواه أحمد وأبو داود والنسائي من حديث عمرو بن الشريد الثقفي

(٤) بهذا فسره سفيان وغيره وانظر المنتقى شرح الموطأ ٤٥١/٣ .

(٥) رواه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة .

(٦) ابن عابدين ٣٧٦/٥ ، نقلا عن احكام السجن ص ٦٦

- (١) سجن الإيذاء ، لمن تعوّدوا ارتكاب المخالفات المضرة بمصلحة المجتمع أو الأفراد .
- (٢) سجن الإصلاح ، للأفراد الذين يقعون في الأمور السيئة كالمخدرات ونحوها .
- (٣) سجن التحوط ، وهذا في حال الإتهام الذي لم يتبين أمره بعد .
- (٤) سجن التأديب ، للصغار الذين يقعون في بعض الجرائم .
- (٥) السجن السياسي ، لمن يقومون بنشاطات معارضة لمصلحة المجتمع أو النظام .
- (٦) السجن لأجل الحقوق ، لأداء الحق الثابت المتعين .
- (٧) سجن الحفظ لكف من يخشى شره وضرره .^(١)

والمتبع للتاريخ يجد ان هناك انتهاكات لحقوق المساجين أو المعتقلين فيما مضى من التاريخ وفي هذا العصر يندى لها جبين الإنسانية وبخاصة في جانب السجناء السياسيين ، أو المخالفين في الدين والمعتقد .

ومن أشهر الصور التي حصلت فيها انتهاكات مقيتة للمخالفين المحتجزين في الماضي، ما كان يجري في محاكم التفتيش في إسبانيا ، والتي كانت وسيلة ملوك إسبانيا الصليبيين لتطهير إسبانيا من المسلمين ، وقد مورست في محاكم التفتيش معظم أنواع التعذيب ، وأزهقت فيها آلاف الأرواح ، ومن هذه الوسائل المستخدمة في التعذيب مل البطن بالماء حتى الاختناق ، وسحق العظام بآلات ضاغطة ، وإدخال الأسياخ المحماة إلى الجسد ، وتمزيق الأرجل ، وفسخ الفك ، والتحريق الذي كان يتم لجماعات من المساجين تقام له احتفالات جماعية ، وكان الملك فرديناندو الخامس من عشاق هذه الحفلات ، ومنها دفن المساجين أحياء ، أو جلدهم بسياط من حديد شائك ، أو قطع ألسنتهم ، يقول المؤرخ غوستاف لوبون : «يستحيل علينا أن نقرأ دون أن ترتعد فرائسنا من قصص التعذيب والاضطهاد التي قام بها المسيحيون المنتصرون على المسلمين المنهزمين»^(٢) .

ومن الصور الصارخة للانتهاكات التي تقع في السجون ، ما كان يجري في سجن الباستيل في فرنسا .

وإنه لما يؤسف له أنه حتى في هذا الزمن الذي علا فيه صوت الحرية ، ووجدت فيه منظمات حقوقية ، وهيئات عالمية ، وصدرت فيه موثيق خاصة لحقوق المساجين إلا أن هناك ممارسات عديدة تقل أو تكثر تهدم كل هذه التطلعات ، وتقوض كل هذه

(١) احكام السجن ومعاملة السجناء ص ٧١ .

(٢) حضارة العرب .

القوانين والمواثيق في دول عديدة حتى في الدول التي ترفع راية الحرية ، وتنادي بالديموقراطية وتشنع على غيرها لعدم التزامها بذلك .

ومن مجمل ذلك كله نتبين أن هذه الحقوق ليس لها في جانب التطبيق أثر كبير عند الدول المتقدمة ، فضلاً عن الدول التي هي في عداد العالم الثالث .

وإن من أجلى هذه الصور :

(١) معتقل جوانتانامو : (Guantanamo pay Detentionxomp) :

يقع هذا المعتقل في خليج جوانتانامو ، وهو سجن سيء السمعة ، بدأت السلطات الأمريكية باستعماله في عام ٢٠٠٢م ، لسجن من تشبه في كونهم إرهابيين ، ويعتبر هذا السجن سلطة مطلقة ؛ لوجوده خارج الحدود الأمريكية في أقصى جنوب شرق كوبا ، ويبعد ٩٠ ميلاً عن ولاية فلوريدا الأمريكية ، ولا ينطبق عليه أي من قوانين حقوق الإنسان ، إلى الحد الذي جعل منظمة العفو الدولية تقول : إن معتقل جوانتانامو الأمريكي يمثل همجية العصر . وكانت الولايات المتحدة الأمريكية في عهد الرئيس روزفلت استأجرت هذه القاعدة من رئيس كوبا (طرماسي) في ٢٣/فبراير/١٩٠٣م ، بأجر سنوي مقداره ٢٠٠٠ دولار أمريكي .

وقد احتج الثوار الكوبيون الوطنيون على هذا التأجير وعلى إثر ذلك لم تقم كوبا بصرف الشيكات مع أن الحكومة الأمريكية ترسل بها سنوياً إلى حكومة كوبا . وتتمسك بحقها في الاستئجار .

وقد نادت عدد من المنظمات الحقوقية بضرورة إغلاق هذا المعتقل باعتبار أنه تتمحي فيه جميع القيم الإنسانية وتعدم فيه الأخلاق ، ويعامل المعتقلون فيه بقساوة شديدة^(١) .

(٢) سجن أبوغريب في العراق :

يقع سجن أبوغريب قرب مدينة أبي غريب التي تبعد ٣٢ كم غرب بغداد ، وقد تم بناء هذا السجن من قبل متعهد بريطاني في خمسينيات القرن العشرين على مساحة ١,١٥ كيلو متر مربع ، وله ٢٤ برجاً أمنياً ، وقد تمت توسعته عام ٢٠٠٢م بإضافة ٦ أقسام أخرى فيه ، وتم استخدامه من قبل إدارة الأمن العام ووزارة الداخلية في عهد الرئيس السابق صدام حسين لتعذيب السجناء لأسباب جنائية ، وقد سجلت منظمات حقوق الإنسان انتهاكات عديدة في معاملة المسجونين فيه .

وبعد دخول القوات الأمريكية إلى العراق استخدمته قوات التحالف لتزج بالمعتقلين فيه ، و تفضن القائمون عليه والعاملون فيه في تعذيب السجناء ، وهتك حرمتهم وقتلهم

(١) معتقل جوانتانامو ، من ويكيبيديا الموسوعة الحرة ، ar.wikipedia.org/wiki

وتبين ذلك إثر نشر صور عديدة تبين المعاملة المريعة من قبل قوات التحالف داخل هذه السجن (١).

(٣) السجن السرية للولايات المتحدة الأمريكية (المواقع السوداء) :

أقامت الولايات المتحدة عبر وكالة استخباراتها (CIA) ووزارة دفاعها (البننتاجون) سجوناً سرية خارج بلادها في عدد من بلدان العالم تمارس فيه أفظع ألوان التعذيب في مأمّن من أن تطالها المطالبة القانونية ، التي تعكّر عليها عملها ، لبعدها عن مجال تطبيق القانون الأمريكي ، ويبلغ عدد من فيها الآلاف ، يقول نجيب النعيمي وزير العدل القطري السابق : إن عدد المحتجزين في العالم العربي بأمر من أمريكا يفوق كثيراً عدد المحتجزين في جوانتانامو .

وأغلب هذه الأماكن التي يحتجز فيها المعتقلون مخفية عن الأنظار ، وهي تنقسم إلى ثلاثة مجاميع :

(١) سجون تدار من قبل وزارة الدفاع الأمريكي (البننتاجون) في كل من العراق ، وأفغانستان ، وجوانتانامو ، وغيرها .

(٢) وحدات اعتقال صغيرة تديرها وكالة الاستخبارات (CIA) ويحتجز فيها كبار مسؤولي القاعدة وغيرهم من الشخصيات المهمة.

(٣) غرف التحقيق التابعة لأجهزة استخبارات دول أجنبية لها سجل حافل في مجال تعذيب السجناء ، وتعهد إليها الولايات المتحدة بالتحقيق مع المشتبه فيهم .

وتشير بعض التقارير إلى أن من تحتجزهم السلطات الأمريكية وراء البحار يزيد عددهم على تسعة آلاف معتقل يخضعون غالباً للسيطرة العسكرية .

وهناك عدد من السفن التي خصصت لهذا الغرض والتي تتم فيها عمليات التحقيق والتعذيب في عرض البحر بعيداً عن أعين المراقبين .

وقد أثار هذا التكتيك غضب الرأي العام العالمي فطالبت العديد من الحكومات الولايات المتحدة بتقديم إيضاحات حول هذه السجن الموجودة على أراضيها ، وحول حركة نقل المساجين واحتجازهم والتحقيق معهم (٢) .

(١) سجن أبو غريب، من ويكيبيديا الموسوعة الحرة ، ar.wikipedia.org/wiki

(٢) ويكيبيديا الموسوعة الحرة ، و موقع منظمة العفو الدولية ، www.amnasty.org

المبحث الثاني

الحقوق التي تجب للمساكين في الشريعة الإسلامية

لا توجد مدونة مجموعة لحقوق المساكين في الشريعة الإسلامية في نصوص الشريعة ، واجتهادات علمائها السابقين ، ولكن يمكن تعرف هذه الحقوق والاستدلال عليها من خلال عدد من

النصوص المتفرقة التي تفيد بمجموعها ثبوت عدد من هذه الحقوق ، ويقاس عليها ما يماثلها ، ومنها :

(١) سجن ثمامة بن أثال رضي الله عنه وربطه في المسجد بعد أن أسرته سرية النبي صلى الله عليه وسلم ، والأمر بإطعامه ، وحسن مخاطبة النبي صلى الله عليه وآله وسلم له ، ثم الأمر بإطلاقه^(١) .

وهذا يفيد عدة أمور :

❖ حق السجن في الطعام والشراب المناسب .

❖ حقه في إحسان معاملته .

❖ ويقاس على هذا حقه في كسوته ، وتدفنته من البرد ، وتظليله من الشمس ، ومداواته إذا احتاج .

(٢) قوله تعالى : ﴿ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴾^(٢) .

(٣) ما رواه الإمام مسلم من حديث أبي يعلى شداد بن أوس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته» .

وهذان نصان عامان يدخل تحتها كل ما يعد في العرف إحسان الشمول للفظ له .

(٤) ما رواه الإمام مسلم من حديث عمران بن حصين أن امرأة من جهينة أتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا ، فقالت : يا نبي الله ، أصبت حداً فأقمه عليّ ، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم وليها فقال : « أحسن إليها فإذا وضعت فأنتني بها» ففعل ، فأمر بها ، فشكت عليها ثيابها ، ثم أمر بها فرجمت ، ثم صلى عليها ، فقال عمر : أتصلي عليها يا نبي الله وقد زنت ، فقال : « لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم ، وهل وجدت أفضل من أن جادت بنفسها لله تعالى؟ »^(٣) .

(١) صحيح مسلم - رقم الحديث 1764 .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ١٩٥ .

(٣) صحيح مسلم - الحديث رقم 1695 :

وهذه المرأة محبوسة لدى وليها انتظاراً لإقامة الحد عليها ، وقد أمر النبي صلى الله عليه وآله وسلم وليها بالإحسان إليها ، ويدخل في ذلك عدم إيذائها بدنياً أو التثريب عليها بالقول .

(٥) نهى النبي عليه السلام عن التعذيب : روى مسلم وأبو داود وغيرهما من حديث هشام بن حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه مرَّ بالشام على أناس من الأنباط ، وقد أقيموا في الشمس ، وصب على رؤوسهم الزيت! فقال : ما هذا؟! قيل : يعذبون في الخراج ، وفي رواية : حبسوا في الجزية ، فقال هشام : أشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول : «إن الله يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا» ، فدخل على الأمير فحدثه ، فأمر بهم فخلوا (١).

(٦) قوله عليه السلام : «دخلت امرأة النار في هرة حبستها فلا هي اطعمتها ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض» (٢) فكيف بالإنسان الذي كرمه الله .

(٧) أمره عليه السلام بالرفق : روى الإمام مسلم من حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : «إن الرفق لا يكون في شيء إلا زانه ، ولا نزع من شيء إلا شانه» (٣).

(٨) نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن ضرب الوجه : «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن ضرب الوجه» (٤)

(٩) العدل : وقد جاءت فيه نصوص كثيرة في الكتاب والسنة منها : قوله تعالى : **﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾** (٥) ، وقوله سبحانه : **﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا﴾** (٦) ، وقوله جل وعز : **﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾** (٧) .

(١٠) تكريم الله لبيبي آدم : قوله تعالى : **﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ﴾** (٨) . وهذا التكريم لكل آدمي مسلم أو كافر، بر أو فاجر لا يجوز الاعتداء عليه ولا يستباح منه إلا ما ثبت بحق .

وهذه النصوص الجزئية ، والنصوص العامة وما ارتبط بها من قواعد ، فيها من السعة والمرونة ما يكفي لتفصيل وبيان الحقوق المشروعة للسجين ، وقد كانت هناك محاولات مشكورة لعدد من الباحثين في تفصيل هذه الحقوق ومن أهم ذلك :

(١) صحيح مسلم - الحديث رقم 2613 :

(٢) صحيح الجامع - الحديث رقم 3374 :

(٣) صحيح الجامع - الحديث رقم 5654 :

(٤) مسند أحمد - الحديث رقم 8/189 :

(٥) سورة المائدة ، الآية : ٨ .

(٦) سورة الأنعام ، الآية : ١٥٢ .

(٧) سورة النحل ، الآية : ٩٠ .

(٨) سورة الإسراء ، الآية : ٧٠ .

- (١) كتاب أحكام السجن ومعاملة السجناء للدكتور حسن أبوغدة .
- (٢) أحكام السجناء وحقوقهم في الفقه الإسلامي ، محمد راشد العمر .
- (٣) الخلاصة في أحكام السجن في الفقه الإسلامي ، علي نايف الشحود .
- (٤) فقه السجن والسجناء ، سعيد مسفر الوادعي .
- (٥) فقه السجون والمعتقلات ، د.محمد عبدالهادي .
- (٦) حكم الحبس في الشريعة الإسلامية ، محمد عبدالله الأحمد .
- (٧) موسوعة حقوق الإنسان، د.عدنان محمد وزّان .

إضافة إلى بحوث ودراسات كثيرة تتحدث عن جوانب محددة من حقوق السجن ، كحقه في التعلم ، أو حقه في الخلوة الشرعية ، أو حقوق المتهم ونحو ذلك .

ويحسن ان نشير هنا إلى ما ثبت عن بعض الخلفاء الراشدين من العناية بالمسجونين والأمر بتوفير الطعام والشراب والكساء لهم ، ونختم بما قاله الإمام ابن القيم رحمه الله في صفة السجن الشرعي وأهم حقوق السجن .

قال : «السجن ليس هو الحبس في مكان ضيق ، وإنما ينبغي ان يكون الحبس واسعاً ، وأن ينفق على من في السجن من بيت المال ، وأن يعطى كل واحد كفايته من الطعام واللباس ، ومنع المساجين مما يحتاجون إليه من الغذاء والكساء والمسكن الصحي جور يعاقب عليه الله^(١) .

(١) الطرق الحكمية ، ١٤٠ ، وانظر فقه السنة لسيد سابق ، ٤٦٣/٣ وما بعدها .

المبحث الثالث

حقوق السجين في مواثيق الامم المتحدة

هنالك نوعان من المواثيق التي تناولت حقوق السجين :

أولاً: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

وهو وثيقة حقوق دولية تمثل الإعلان الذي تبنته الأمم المتحدة و اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢١٧ ألف (د- ٣) في ١٠/١٢/١٩٤٨م ، ويتكون من ٣٠ مادة على النحو التالي :

الديباجة

لما كان الإقرار بما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم، ومن حقوق متساوية وثابتة، يشكل أساس الحرية والعدل والسلام في العالم، ولما كان تجاهل حقوق الإنسان وازدراؤها قد أفضيا إلى أعمال أثارت بربريتها الضمير الإنساني، وكان البشر قد نادوا ببزوغ عالم يتمتعون فيه بحرية القول والعقيدة وبالتحرر من الخوف والفاقة، كأسمى ما ترنو إليه نفوسهم،

ولما كان من الأساسي أن تتمتع حقوق الإنسان بحماية النظام القانوني إذا أريد للبشر ألا يضطروا آخر الأمر إلى اللياذ بالتمرد على الطغيان والاضطهاد، ولما كان من الجوهرى العمل على تنمية علاقات ودية بين الأمم،

ولما كانت شعوب الأمم المتحدة قد أعادت في الميثاق تأكيد إيمانها بحقوق الإنسان الأساسية، وبكرامة الإنسان وقدره، وبتساوي الرجال والنساء في الحقوق، وحرمت أمرها على النهوض بالتقدم الاجتماعى وتحسين مستويات الحياة في جو من الحرية أفسح،

ولما كانت الدول الأعضاء قد تعهدت بالعمل، بالتعاون مع الأمم المتحدة على ضمان تعزيز الاحترام والمراعاة العالميين لحقوق الإنسان وحياتته الأساسية، ولما كان التقاء الجميع على فهم مشترك لهذه الحقوق والحريات أمرا بالغ الضرورة لتمام الوفاء بهذا التعهد،

فإن الجمعية العامة تنشر على الملأ هذا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بوصفه المثل الأعلى المشترك الذي ينبغي أن تبلغه كافة الشعوب وكافة الأمم، كيما يسعى جميع أفراد المجتمع وهيئاته، واضعين هذا الإعلان نصب أعينهم على الدوام، ومن خلال التعليم والتربية، إلى توطيد احترام هذه الحقوق والحريات، وكيما يكفلوا، بالتدابير

المطردة الوطنية والدولية، الاعتراف العالمي بها ومراعاتها الفعلية، فيما بين شعوب الدول الأعضاء ذاتها وفيما بين شعوب الأقاليم الموضوعة تحت ولايتها على السواء .

المادة ١ :

يولد جميع الناس أحرارا ومتساوين في الكرامة والحقوق. وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضا بروح الإخاء .

المادة ٢:

لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان، دونما تمييز من أي نوع، ولا سيما التمييز بسبب العنصر، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسيا وغير سياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الثروة، أو المولد، أو أي وضع آخر،

وفضلا عن ذلك لا يجوز التمييز على أساس الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي للبلد أو الإقليم الذي ينتمي إليه الشخص، سواء أكان مستقلا أو موضوعا تحت الوصاية أو غير متمتع بالحكم الذاتي أم خاضعا لأي قيد آخر على سيادته .

المادة ٣

لكل فرد حق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه .

المادة ٤

لا يجوز استرقاق أحد أو استعباده، ويحظر الرق والاتجار بالرقيق بجميع صورهما .

المادة ٥

لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة .

المادة ٦

لكل إنسان، في كل مكان، الحق بأن يعترف له بالشخصية القانونية .

المادة ٧

الناس جميعا سواء أمام القانون، وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز ، كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الإعلان ومن أي تحريض على مثل هذا التمييز .

المادة ٨

لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون .

المادة ٩

لا يجوز اعتقال أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفا .

المادة ١٠

لكل إنسان، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنتظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة، نظرا منصفا وعلنيا، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جزائية توجه إليه .

المادة ١١

(١) كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن يثبت ارتكابه لها قانونا في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه
(٢) لا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل أو امتناع عن عمل لم يكن في حينه يشكل جرما بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا توقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي .

المادة ١٢

لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته، ولا لحملات تمس شرفه وسمعته. ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات .

المادة ١٣

(١) لكل فرد حق في حرية التنقل وفي اختيار محل إقامته داخل حدود الدولة .
(٢) لكل فرد حق في مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلده، وفي العودة إلى بلده .

المادة ١٤

(١) لكل فرد حق التماس ملجأ في بلدان أخرى والتمتع به خلاصا من الاضطهاد .
(٢) لا يمكن التذرع بهذا الحق إذا كانت هناك ملاحقة ناشئة بالفعل عن جريمة غير سياسية أو عن أعمال تناقض مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها .

المادة ١٥

(١) لكل فرد حق التمتع بجنسية ما .
(٢) لا يجوز ، تعسفا ، حرمان أي شخص من جنسيته ولا من حقه في تغيير جنسيته .

المادة ١٦

(١) للرجل والمرأة ، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين . وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله .

- (٢) لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاً كاملاً لا إكراه فيه.
- (٣) الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة .

المادة ١٧

- (١) لكل فرد حق في التملك، بمفرده أو بالاشتراك مع غيره .
- (٢) لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفاً .

المادة ١٨

لكل شخص حق في حرية الفكر والوجدان والدين، ويشمل هذا الحق حرئته في تغيير دينه أو معتقده، وحرئته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملأ أو على حده .

المادة ١٩

لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حرئته في اعتناق الآراء دون مضايقة، وفي التماس الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين، بأية وسيلة ودونما اعتبار للحدود .

المادة ٢٠

- (١) لكل شخص حق في حرية الاشتراك في الاجتماعات والجمعيات السلمية .
- (٢) لا يجوز إرغام أحد على الانتماء إلى جمعية ما .

المادة ٢١

- (١) لكل شخص حق المشاركة في إدارة الشؤون العامة لبلده، إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يختارون في حرية .
- (٢) لكل شخص، بالتساوي مع الآخرين، حق تقلد الوظائف العامة في بلده .
- (٣) إرادة الشعب هي مناط سلطة الحكم، ويجب أن تتجلى هذه الإرادة من خلال انتخابات نزيهة تجرى دورياً بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري أو بإجراء مكافئ من حيث ضمان حرية التصويت .

المادة ٢٢

لكل شخص، بوصفه عضواً في المجتمع، حق في الضمان الاجتماعي، ومن حقه أن توفر له، من خلال الجهود القومي والتعاون الدولي، وبما يتفق مع هيكل كل دولة ومواردها، الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي لا غنى عنها لكرامته ولتنامي شخصيته في حرية .

المادة ٢٣

- (١) لكل شخص حق العمل، وفي حرية اختيار عمله، وفي شروط عمل عادلة ومرضية، وفي الحماية من البطالة .
- (٢) لجميع الأفراد، دون أي تمييز، الحق في أجر متساو على العمل المتساوي .
- (٣) لكل فرد يعمل حق في مكافأة عادلة ومرضية تكفل له ولأسرته عيشة لائقة بالكرامة البشرية، وتستكمل، عند الاقتضاء، بوسائل أخرى للحماية الاجتماعية .
- (٤) لكل شخص حق إنشاء النقابات مع آخرين والانضمام إليها من أجل حماية مصالحه .

المادة ٢٤

- لكل شخص حق في الراحة وأوقات الفراغ، وخصوصا في تحديد معقول لساعات العمل وفي إجازات دورية مأجورة .

المادة ٢٥

- (١) لكل شخص حق في مستوى معيشة يكفى لضمان الصحة والرفاهة له ولأسرته، وخاصة على صعيد المأكل والملبس والسكن والعناية الطبية وصعيد الخدمات الاجتماعية الضرورية، وله الحق في ما يأمن به الغوائل في حالات البطالة أو المرض أو العجز أو الترميل أو الشيخوخة أو غير ذلك من الظروف الخارجة عن إرادته والتي تفقده أسباب عيشه .
- (٢) للأمومة والطفولة حق في رعاية ومساعدة خاصتين . ولجميع الأطفال حق التمتع بذات الحماية الاجتماعية سواء ولدوا في إطار الزواج أو خارج هذا الإطار .

المادة ٢٦

- (١) لكل شخص حق في التعليم. ويجب أن يوفر التعليم مجانا، على الأقل في مرحلتيه الابتدائية والأساسية. ويكون التعليم الابتدائي إلزاميا. ويكون التعليم الفني والمهني متاحا للعموم. ويكون التعليم العالي متاحا للجميع تبعا لكفاءتهم .
- (٢) يجب أن يستهدف التعليم التنمية الكاملة لشخصية الإنسان وتعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية. كما يجب أن يعزز التفاهم والتسامح والصدقة بين جميع الأمم وجميع الفئات العنصرية أو الدينية، وأن يؤيد الأنشطة التي تضطلع بها الأمم المتحدة لحفظ السلام .
- (٣) للآباء، على سبيل الأولوية، حق اختيار نوع التعليم الذي يعطى لأولادهم .

المادة ٢٧

- (١) لكل شخص حق المشاركة الحرة في حياة المجتمع الثقافية، وفي الاستمتاع بالفنون، والإسهام في التقدم العلمي وفي الفوائد التي تنجم عنه .
- (٢) لكل شخص حق في حماية المصالح المعنوية والمادية المترتبة على أي إنتاج علمي أو أدبي أو فني من صنعه .

المادة ٢٨

- لكل فرد حق التمتع بنظام اجتماعي ودولي يمكن أن تتحقق في ظلّه الحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الإعلان تحقّقاً تاماً .

المادة ٢٩

- (١) على كل فرد واجبات إزاء الجماعة، التي فيها وحدها يمكن أن تنمو شخصيته النمو الحر الكامل.
- (٢) لا يخضع أي فرد، في ممارسة حقوقه وحرياته، إلا للقيود التي يقرها القانون مستهدفاً منها، حصراً، ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحريات الآخرين واحترامها، والوفاء بالعدل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي .
- (٣) لا يجوز في أي حال أن تمارس هذه الحقوق على نحو يناقض مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها .

المادة ٣٠

- ليس في هذا الإعلان أي نص يجوز تأويله على نحو يفيد انطواءه على تخويل أية دولة أو جماعة، أو أي فرد، أي حق في القيام بأي نشاط أو بأي فعل يهدف إلى هدم أي من الحقوق والحريات المنصوص عليها فيه .

المبحث الرابع المواثيق الاسلامية لحقوق

(أ) إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام

تم إجازته من قبل مجلس وزراء خارجية منظمة مؤتمر العالم الإسلامي ، القاهرة ، ٥ أغسطس ١٩٩٠

الديباجة

تأكيدا للدور الحضاري والتاريخي للأمة الإسلامية التي جعلها الله خير أمة أورثت البشرية حضارة عالمية متوازنة ربطت الدنيا بالآخرة وجمعت بين العلم والإيمان، وما يرجى أن تقوم به هذه الأمة اليوم لهداية البشرية الحائرة بين التيارات والمذاهب المتناقضة وتقديم الحلول لمشكلات الحضارة المادية المزمنة.

ومساهمة في الجهود البشرية المتعلقة بحقوق الإنسان التي تهدف إلي حمايته من الاستغلال والاضطهاد وتهدف إلي تأكيد حريته وحقوقه في الحياة الكريمة التي تتفق مع الشريعة الإسلامية.

وثقة منها بأن البشرية التي بلغت في مدارج العلم المادي شأننا بعيدا، لا تزال، وستبقي في حاجة ماسة إلي سند إيماني لحضارتها وإلي وازع ذاتي يحرس حقوقها. وإيماننا بأن الحقوق الأساسية والحريات العامة في الإسلام جزء من دين المسلمين لا يملك أحد بشكل مبدئي تعطيلها كليا أو جزئيا، أو خرقها أو تجاهلها في أحكام إلهية تكليفية أنزل الله بها كتبه، وبعث بها خاتم رسله وتمم بها ما جاءت به الرسالات السماوية وأصبحت رعايتها عبادة، وإهمالها أو العدوان عليها منكرا في الدين وكل إنسان مسؤول عنها بمفرده، والأمة مسؤولة عنها بالتضامن، وأن الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي تأسيسا علي ذلك تعلن ما يلي:

المادة ١

(أ) البشر جميعا أسرة واحدة جمعت بينهم العبودية لله والنبوة لآدم وجميع الناس متساوون في أصل الكرامة الإنسانية وفي أصل التكليف والمسؤولية دون تمييز بينهم بسبب العرق أو اللون أو اللغة أو الجنس أو المعتقد الديني أو الانتماء السياسي أو الوضع الاجتماعي أو غير ذلك من الاعتبارات. وأن العقيدة الصحيحة هي الضمان لنمو هذه الكرامة علي طريق تكامل الإنسان.

(ب) أن الخلق كلهم عيال لله وأن أحبهم إليه أنفعهم لعياله وأنه لا فضل لأحد منهم علي الآخر إلا بالتقوى والعمل الصالح.

المادة ٢

- (أ) الحياة هبة الله وهي مكفولة لكل إنسان، وعلي الأفراد والمجتمعات والدول حماية هذا الحق من كل اعتداء عليه، ولا يجوز إزهاق روح دون مقتضى شرعي.
- (ب) يحرم اللجوء إلي وسائل تفضي إلي إفناء الينبوع البشري.
- (ج) المحافظة علي استمرار الحياة البشرية إلي ما شاء الله واجب شرعي.
- (د) سلامة جسد الإنسان مصونة، ولا يجوز الاعتداء عليها، كما لا يجوز المساس بها بغير مسوغ شرعي، وتكفل الدولة حماية ذلك.

المادة ٣

- (أ) في حالة استخدام القوة أو المنازعات المسلحة، لا يجوز قتل من لا مشاركة لهم في القتال كالشيخ والمرأة والطفل، وللجريح والمريض الحق في أن يداوي وللأسير أن يطعم ويؤوى ويكسى، ويحرم التمثيل بالقتلى، ويجب تبادل الأسري وتلاقي اجتماع الأسر التي فرقها ظروف القتال.
- (ب) لا يجوز قطع الشجر أو إتلاف الزرع والضرع أو تخريب المباني والمنشآت المدنية للعدو بقصف أو نسف أو غير ذلك.

المادة ٤

لكل إنسان حرمة والحفاظ علي سمعته في حياته وبعد موته وعلي الدول والمجتمع حماية جثمانه ومدفنه.

المادة ٥

(أ) الأسرة هي الأساس في بناء المجتمع، والزواج أساس تكوينها وللرجال والنساء الحق في الزواج ولا تحول دون تمتعهم بهذا الحق قيود منشؤها العرق أو اللون أو الجنسية.علي المجتمع والدولة إزالة العوائق أمام الزواج وتيسير سبله وحماية الأسرة ورعايتها.

المادة ٦

- (أ) المرأة مساوية للرجل في الكرامة الإنسانية، ولها من الحق مثل ما عليها من الواجبات ولها شخصيتها المدنية وذمتها المالية المستقلة وحق الاحتفاظ باسمها ونسبها.
- (ب) علي الرجل عبء الإنفاق علي الأسرة ومسئولية رعايتها.

المادة ٧

(أ) لكل طفل عند ولادته حق علي الأبوين والمجتمع والدولة في الحضانه والتربية والرعاية المادية والصحية والأدبية كما تجب حماية الجنين والأم وإعطاؤهما عناية خاصة.

(ب) للآباء ومن يحكمهم، الحق في اختيار نوع التربية التي يريدون لأولادهم مع وجوب مراعاة مصلحتهم ومستقبلهم في ضوء القيم الأخلاقية والأحكام الشرعية. للأبوين علي الأبناء حقوقهما وللأقارب حق علي ذويهم وفقاً لأحكام الشريعة.

المادة ٨

لكل إنسان التمتع بأهليته الشرعية من حيث الإلزام والالتزام وإذا فقدت أهليته أو انتقصت قام وليه - مقامه.

المادة ٩

(أ) طلب العلم فريضة والتعليم واجب علي المجتمع والدولة وعليها تأمين سبله ووسائله وضمان تنوعه بما يحقق مصلحة المجتمع ويتيح للإنسان معرفة دين الإسلام وحقائق الكون وتسخيرها لخير البشرية.

(ب) من حق كل إنسان علي مؤسسات التربية والتوجيه المختلفة من الأسرة والمدرسة وأجهزة الإعلام وغيرها أن تعمل علي تربية الإنسان دينياً ودينيوياً تربية متكاملة متوازنة تنمي شخصيته وتعزز إيمانه بالله واحترامه للحقوق والواجبات وحمايتها.

المادة ١٠

الإسلام هو دين الفطرة، ولا يجوز ممارسة أي لون من الإكراه علي الإنسان أو استغلال فقره أو جهله علي تغيير دينه إلي دين آخر أو إلي الإلحاد.

المادة ١١

(أ) يولد الإنسان حراً وليس لأحد أن يستعبده أو يذله أو يقهره أو يستغله ولا عبودية لغير الله تعالى.

(ب) الاستعمار بشتى أنواعه وباعتباره من أسوأ أنواع الاستعباد محرم تحريماً مؤكداً وللشعوب التي تعانيه الحق الكامل للتحرر منه وفي تقرير المصير، وعلي جميع الدول والشعوب واجب النصر لها في كفاحها لتصفية كل أشكال الاستعمار أو الاحتلال، ولجميع الشعوب الحق في الاحتفاظ بشخصيتها المستقلة والسيطرة علي ثرواتها ومواردها الطبيعية.

(ج) للأبوين علي الأبناء حقوقهما وللأقارب حق علي ذويهم وفقاً لأحكام الشريعة.

المادة ١٢

كل إنسان الحق في إطار الشريعة في حرية التنقل، واختيار محل إقامته داخل بلاده أو خارجها وله إذا اضطهد حق اللجوء إلي بلد آخر وعلي البلد الذي لجأ إليه أن يجيره حتى يبلغه مأمناً ما لم يكن سبب اللجوء اقتتراف جريمة في نظر الشرع.

المادة ١٣

العمل حق تكفله الدولة والمجتمع لكل قادر عليه، وللإنسان حرية اختيار العمل اللائق به مما تتحقق به مصلحته ومصلحة المجتمع، وللعامل حقه في الأمن والسلامة وفي كافة الضمانات الاجتماعية الأخرى. ولا يجوز تكليفه بما لا يطيقه، أو إكراهه، أو استغلاله، أو الإضرار به، وله - دون تمييز بين الذكر والأنثى - أن يتقاضى أجراً عادلاً مقابل عمله دون تأخير وله الاجارات والعلاوات والفروقات التي يستحقها، وهو مطالب بالإخلاص والإتقان، وإذا اختلف العمال وأصحاب العمل فعلي الدولة أن تتدخل لفض النزاع ورفع الظلم وإقرار الحق والإلزام بالعدل دون تحيز.

المادة ١٤

للإنسان الحق في الكسب المشروع، دون احتكار أو غش أو إضرار بالنفس أو بالغير والربا ممنوع مؤكداً.

المادة ١٥

أ- لكل إنسان الحق في التملك بالطرق الشرعية، والتمتع بحقوق الملكية بما لا يضر به أو بغيره من الأفراد أو المجتمع، ولا يجوز نزع الملكية إلا لضرورات المنفعة العامة ومقابل تعويض فوري وعادل.
ب- تحرم مصادرة الأموال وحجزها إلا بمقتضى شرعي.

المادة ١٦

لكل إنسان الحق في الانتفاع بثمرات إنتاجه العلمي أو الأدبي أو الفني أو التقني. وله الحق في حماية مصالحه الأدبية والمالية العائدة له علي أن يكون هذا الإنتاج غير مناف لأحكام الشريعة.

المادة ١٧

أ- لكل إنسان الحق في أن يعيش بيئة نظيفة من المفاصد والأوبئة الأخلاقية تمكنه من بناء ذاته معنوياً، وعلي المجتمع والدولة أن يوفر له هذا الحق.
ب- لكل إنسان علي مجتمعه ودولته حق الرعاية الصحية والاجتماعية بتهيئة جميع المرافق العامة التي تحتاج إليها في حدود الإمكانيات المتاحة.
ج- تكفل الدولة لكل إنسان حقه في عيش كريم يحقق له تمام كفايته وكفاية من يعوله ويشمل ذلك المأكل والملبس والسكن والتعليم والعلاج وسائر الحاجات الأساسية.

المادة ١٨

أ- لكل إنسان الحق في أن يعيش آمناً علي نفسه ودينه وأهله وعرضه وماله.
ب- للإنسان الحق في الاستقلال بشؤون حياته الخاصة في مسكنه وأسرته وماله

واتصالاته، ولا يجوز التجسس أو الرقابة عليه أو الإساءة إلي سمعته وتجنب حمايته من كل تدخل تعسفي.

ج- للمسكن حرمة في كل الأحوال ولا يجوز دخوله بغير إذن أهله أو بصورة غير مشروعة، ولا يجوز هدمه أو مصادرته أو تشريد أهله منه.

المادة ١٩

أ- الناس سواسية أمام الشرع، يستوي في ذلك الحاكم والمحكوم.

ب- حق اللجوء إلي القضاء مكفول للجميع.

ج- المسؤولية في أساسها شخصية.

د- لا جريمة ولا عقوبة إلا بموجب أحكام الشريعة.

هـ- المتهم برئ حتى تثبت إدانته بمحاكمة عادلة تؤمن له فيها كل الضمانات الكفيلة بالدفاع عنه.

المادة ٢٠

لا يجوز القبض علي إنسان أو تقييد حريته أو نفيه أو عقابه بغير موجب شرعي. ولا يجوز تعريضه للتعذيب البدني أو النفسي أو لأي من أنواع المعاملات المذلة أو القاسية أو المنافية للكرامة الإنسانية، كما لا يجوز إخضاع أي فرد للتجارب الطبية أو العلمية إلا برضاه وبشرط عدم تعرض صحته وحياته للخطر، كما لا يجوز سن القوانين الاستثنائية التي تخول ذلك للسلطات التنفيذية.

المادة ٢١

أخذ الإنسان رهينة محرم بأي شكل من الأشكال ولأي هدف من الأهداف.

المادة ٢٢

أ- لكل إنسان الحق في التعبير بحرية عن رأيه بشكل لا يتعارض مع المبادئ الشرعية.

ب- لكل إنسان الحق في الدعوة إلي الخير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وفقاً لضوابط الشريعة الإسلامية.

ج- الإعلام ضرورة حيوية للمجتمع، ويحرم استغلاله وسوء استعماله والتعرض

للمقدسات وكرامة الأنبياء فيه، وممارسة كل ما من شأنه الإخلال بالقيم أو إصابة المجتمع بالتفكك أو الانحلال أو الضرر أو زعزعة الاعتقاد.

د- لا يجوز إثارة الكراهية القومية والمذهبية وكل ما يؤدي إلي التحريض علي التمييز العنصري بكافة أشكاله.

المادة ٢٣

أ- الولاية أمانة يحرم الاستبداد فيها وسوء استغلالها تحريماً مؤكداً ضماناً للحقوق الأساسية للإنسان.

ب- لكل إنسان حق الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده بصورة مباشرة أو غير مباشرة، كما أن له الحق في تقلد الوظائف العامة وفقاً لأحكام الشريعة.

المادة ٢٤

كل الحقوق والحريات المقررة في هذا الإعلان مقيدة بأحكام الشريعة الإسلامية.

المادة ٢٥

الشريعة الإسلامية هي المرجع الوحيد لتفسير أو توضيح أي مادة من مواد هذه الوثيقة.

(ب) الوثيقة الإسلامية الثانية لحقوق الإنسان في الإسلام اعتمدت من قبل المجلس الإسلامي الدولي بتاريخ ٢١ من ذي القعدة ١٤٠١هـ، الموافق ١٩ سبتمبر ١٩٨١م بباريس

(١) حق الحياة:

(أ) حياة الإنسان مقدسة ... لا يجوز لأحد أن يعتدي عليها: ﴿ **مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا** ﴾ (المائدة: ٣٢) . ولا تسلب هذه القدسية إلا بسلطان الشريعة وبالإجراءات التي تقرها.

(ب) كيان الإنسان المادي والمعنوي حمى، تحميه الشريعة في حياته، وبعد مماته، ومن حقه الترفق والتكريم في التعامل مع جثمانه: " إذا كفن أحدكم أخاه فليحسن كفنه " (رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي) . ويجب ستره سوءاته وعيوبه الشخصية: " لا تسبو الأموات فإنهم أفضوا إلى ما قدموا " .

(٢) حق الحرية:

(أ) حرية الإنسان مقدسة - كحياته سواء - وهي الصفة الطبيعية الأولى التي بها يولد الإنسان: " ما من مولود إلا ويولد إلا ويولد على الفطرة " (رواه الشيخان). وهي مستصحبة ومستمرة ليس لأحد أن يعتدي عليها: " متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً " من كلمة لعمر بن الخطاب رضي الله عنه . ويجب توفير الضمانات الكافية لحماية حرية الأفراد، ولا يجوز تقييدها أو الحد منها إلا بسلطان الشريعة، وبالإجراءات التي تقرها.

(ب) لا يجوز لشعب أن يعتدي على حرية شعب آخر، وللشعب المعتدى عليه أن يرد العدوان، ويسترد حريته بكل السبل الممكنة: ﴿ **وَلَمَنْ انْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ** ﴾ (الشورى: ٤١). وعلى المجتمع الدولي مساندة كل

شعب يجاهد من أجل حريته ، ويتحمل المسلمون في هذا واجبا لا ترخص فيه :
**﴿ الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا
عَنِ الْمُنْكَرِ ﴾** (الحج: ٤١) .

(٣) حق المساواة:

(أ) الناس جميعا سواسية أمام الشريعة: "لا فضل لعربي على عجمي، ولا لعجمي على عربي، ولا لأحمر على أسود ، ولا لأسود على أحمر إلا بالتقوى" من خطبة للنبي ﷺ . ولا تمايز بين الأفراد في تطبيقها عليهم : " لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها" (رواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي). ولا في حمايتها إياهم: " ألا إن أضعفكم عندي القوي حتى آخذ الحق له، وأقواكم عندي الضعيف حتى آخذ الحق منه" من خطبة لأبي بكر ﷺ عقب توليته خليفة على المسلمين.

(ب) الناس كلهم في القيمة الإنسانية سواء: "كلكم لأدم وآدم من تراب" من خطبة حجة الوداع. وإنما يتفاضلون بحسب عملهم: **﴿ وَكُلُّ دَرَجَاتٍ مِمَّا عَمِلُوا ﴾** (الأحقاف: ١٩)، ولا يجوز تعريض شخص لخطر أو ضرر بأكثر مما يتعرض له غيره: "المسلمون تتكافأ دماؤهم" (رواه أحمد). وكل فكر وكل تشريع، وكل وضع يسوغ التفرقة بين الأفراد على أساس الجنس، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الدين، هو مصادرة مباشرة لهذا المبدأ الإسلامي العام.

(ج) لكل فرد حق في الانتفاع بالموارد المادية للمجتمع من خلال فرصة عمل مكافئة لفرصة غيره : **﴿ اَمْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ ﴾** (الملك: ١٥) . ولا يجوز التفرقة بين الأفراد في الأجر ، ما دام الجهد المبذول واحدا ، والعمل المؤدي واحدا كما وكيفا : **﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ﴿٧﴾ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ ﴾** (الزلزلة: ٧ ، ٨)

(٤) حق العدالة:

(أ) من حق كل فرد أن يتحاكم إلى الشريعة، وأن يحاكم إليها دون سواها : **﴿ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾** (النساء: ٥٩) ، **﴿ وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾** (المائدة: ٤٩) .

(ب) من حق الفرد أن يدفع عن نفسه ما يلحقه من ظلم: **﴿ لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوَاءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلِمَ ﴾** (النساء: ١٤٨) ومن واجبه أن يدفع الظلم عن غيره بما يملك : " لينصر الرجل أخاه ظلما أو مظلوما : إن كان ظلما فلينهه وإن كان مظلوما فلينصره " (رواه الشيخان والترمذي). ومن حق الفرد أن يلجأ إلى سلطة شرعية تحميه وتنصفه، وتدفع عنه ما لحقه من ضرر أو ظلم، وعلى الحاكم

- المسلم أن يقيم هذه السلطة، ويوفر لها الضمانات الكفيلة بحيديتها واستقلالها:
 "إنما الإمام جنة يقاتل من ورائه، ويحتمي به" (رواه الشيخان).
- (ج) من حق الفرد - ومن واجبه - أن يدافع عن حق أي فرد آخر، وعن حق الجماعة "حسبة": "ألا أخبركم بخير الشهداء؟ الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها" (رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي) - يتطوع بها حسبة دون طلب من أحد - .
- (د) لا تجوز مصادرة حق الفرد في الدفاع عن نفسه تحت أي مسوغ: "إن لصاحب الحق مقالاً" (رواه الخمسة)، "إذا جلس بين يدك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء" (رواه أبو داود والترمذي بسند حسن).
- (هـ) ليس لأحد أن يلزم مسلماً بأن يطيع أمراً يخالف الشريعة، وعلى الفرد المسلم أن يقول: "لا" في وجه من يأمره بمعصية، أيا كان الأمر: "إذا أمر بمعصية لا سمع ولا طاعة" (رواه الخمسة). ومن حقه على الجماعة أن تحمي رفضه تضامناً مع الحق: "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه" (رواه البخاري).

(هـ) حق الفرد في محاكمة عادلة:

- (i) البراءة هي الأصل: "كل أمي معافى إلا المجاهرين" (رواه البخاري). وهو مستصحب ومستمر حتى مع إتهام الشخص ما لم تثبت إدانته أمام محكمة عادلة إدانة نهائية.
- (ب) لا تجريم إلا بنص شرعي: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ (الإسراء: ١٥)، ولا يعذر مسلم بالجهل بما هو معلوم من الدين بالضرورة، ولكن ينظر إلى جهله - متى ثبت - على أنه شبهة تدرأ بها الحدود فحسب: ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ (الأحزاب: ٥).
- (ج) لا يحكم بتجريم شخص، ولا يعاقب على جرم إلا بعد ثبوت ارتكابه له بأدلة لا تقبل المراجعة، أمام محكمة ذات طبيعة قضائية كاملة: ﴿ إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾ (الحجرات: ٦). ﴿ وَإِنَّ الظَّنَّ لَأَ يَغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا ﴾ (النجم: ٢٨).
- (د) لا يجوز - بحال - تجاوز العقوبة، التي قدرتها الشريعة للجريمة: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ﴾ (البقرة: ٢٢٩)، ومن مبادئ الشريعة مراعاة الظروف والملابسات، التي ارتكبت فيها الجريمة درءاً للحدود: "أدرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله" (رواه البيهقي والحاكم بسند صحيح).
- (هـ) لا يؤخذ إنسان بجريرة غيره: ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ (الإسراء: ١٥)، وكل إنسان مستقل بمسئوليته عن أفعاله: ﴿ كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ ﴾ (الطور: ٢١)،

ولا يجوز بحال - أن تمتد المساءلة إلى ذويه من أهل وأقارب، أو أتباع وأصدقاء: ﴿مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَاعِنَا عِنْدَهُ إِنَّآ إِذَا لُظَّالِمُونَ﴾ (يوسف: ٧٩).

(٦) حق الحماية من تعسف السلطة:

لكل فرد الحق في حمايته من تعسف السلطات معه، ولا يجوز مطالبته بتقديم تفسير لعمل من أعماله أو وضع من أوضاعه، ولا توجيه اتهام له إلا بناء على قرائن قوية تدل على تورطه فيما يوجه إليه: ﴿وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بغيرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾ (الأحزاب: ٥٨).

(٧) حق الحماية من التعذيب:

(أ) لا يجوز تعذيب المجرم فضلا عن المتهم: "إن الله يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا" (رواه الخمسة)، كما لا يجوز حمل الشخص على الاعتراف بجريمة لم يرتكبها، وكل ما ينتزع بوسائل الإكراه باطل: "إن الله وضع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه" (رواه ابن ماجه بسند صحيح).

(ب) مهما كانت جريمة الفرد، وكيفما كانت عقوبتهما المقدرة شرعا، فإن إنسانيته، وكرامته الأدمية تظل مصونة.

(٨) حق الفرد في حماية عرضه وسمعته:

عرض الفرد، وسمعته حرمة لا يجوز انتهاكها: "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا" من خطبة الوداع. ويحرم تتبع عوراتها، ومحاولة النيل من شخصيته، وكيانه الأدبي: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا﴾ (الحجرات: ١٢)، ﴿وَلَا تَلْمِزُوا أَنفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَزُوا بِاللُّغَابِ﴾ (الحجرات: ١١).

(٩) حق اللجوء:

(أ) من حق كل مسلم مضطهد أو مظلوم أن يلجأ إلى حيث يأمن، في نطاق دار الإسلام. وهو حق يكفله الإسلام لكل مضطهد، أيا كانت جنسيته، أو عقيدته، أو لونه ويحمل المسلمين واجب توفير الأمن له متى لجأ إليهم: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ﴾ (التوبة: ٦).

(ب) بيت الله الحرام - بمكة المشرفة - هو مثابة وأمن للناس جميعا لا يصد عنه مسلم: ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾ (آل عمران: ٩٧). ﴿وَإِذْ جَعَلْنَا الْبَيْتَ مَثَابَةً لِّلنَّاسِ وَأَمْنًا﴾ (البقرة: ٢٥٦)، ﴿سَوَاء الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ﴾ (الحج: ٢٥).

(١٠) حقوق الأقليات:

(أ) الأوضاع الدينية للأقليات يحكمها المبدأ القرآني العام: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ (البقرة: ٢٥٦).

(١١) الأوضاع المدنية ، والأحوال الشخصية للأقليات تحكمها شريعة الإسلام إن هم تحاكموا إلينا : ﴿فَإِنْ جَاؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ﴾ (المائدة: ٤٢) . فإن لم يتحاكموا إلينا كان عليهم أن يتحاكموا إلى شرائعهم ما دامت تنتمي - عندهم - لأصل إلهي: ﴿وَكَيْفَ يُحْكُمُونَكَ وَعِنْدَهُمُ التَّوْرَةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ﴾ (المائدة: ٤٣) ، ﴿وَلِيَحْكُمَ أَهْلَ الْإِنجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ﴾ (المائدة: ٤٧).

(١٢) حق المشاركة في الحياة العامة:

(أ) من حق كل فرد في الأمة أن يعلم بما يجري في حياتها، من شؤون تتصل بالمصلحة العامة للجماعة، وعليه أن يسهم فيها بقدر ما تتيح له قدراته ومواهبه ، إعمالاً لمبدأ الشورى : ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ﴾ (الشورى: ٣٨) . وكل فرد في الأمة أهل لتولي المناصب والوظائف العامة، متى توافرت فيه شرائطها الشرعية، ولا تسقط هذه الأهلية، أو تنقص تحت أي اعتبار عنصري أو طبقي: "المسلمون متكافأ دماؤهم، وهم يد على من سواهم، يسعى بذمتهم أدناهم" (رواه أحمد) .

(ب) الشورى أساس العلاقة بين الحاكم والأمة، ومن حق الأمة أن تختار حكامها. بإرادتها الحرة ، تطبيقاً لهذا المبدأ، ولها الحق في محاسبتهم وفي عزلهم إذا حادوا عن الشريعة: "إني وليت عليكم ولست بخيركم فإن رأيتموني على حق فأعينوني، وإن رأيتموني على باطل فقوموني . أطيعوني ما أطعت الله ورسوله فإن عصيت فلا طاعة لي عليكم" من خطبة أبي بكر رضي الله عنه عقب توليته الخلافة.

(١٣) حق حرية التفكير والاعتقاد والتعبير:

(أ) لكل شخص أن يفكر، ويعتقد، ويعبر عن فكره ومعتقده ، دون تدخل أو مصادرة من أحد ما دام يلتزم الحدود العامة التي أقرتها الشريعة ، ولا يجوز إذاعة الباطل ، ولا نشر ما فيه ترويج للفاحشة أو تخذيل للأمة : ﴿لَنْ لَمْ يَنْتَهُ الْمُتَأَفِّقُونَ وَالَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ وَالْمُرْجُفُونَ فِي الْمَدِينَةِ لَنُغْرِيَنَّكَ بِهِمْ ثُمَّ لَا يُجَاوِرُونَكَ فِيهَا إِلَّا قَلِيلًا * مَلْعُونِينَ أَيْنَمَا ثُقِفُوا أُخِذُوا وَقَتُّلُوا تَقْتِيلًا﴾ (الأحزاب: ٦٠ و ٦١) .

(ب) التفكير الحر - بحثاً عن الحق - ليس مجرد حق فحسب، بل هو واجب كذلك: ﴿قُلْ إِنَّمَا أَعْظُمُكُمْ بِوَاحِدَةٍ أَنْ تَقُومُوا لِلَّهِ مِثْلَ خِزْفٍ ثُمَّ تَذَكَّرُوا﴾ (سبأ: ٤٦) .

(ج) من حق كل فرد ومن واجبه: أن يعلن رفضه للظلم، وإنكاره له، وأن يقاومه، دون تهيب مواجهة سلطة متعسفة، أو حاكم جائر، أو نظام طاغ .. وهذا أفضل أنواع الجهاد: " سئل رسول الله ﷺ: أي الجهاد أفضل؟ قال: كلمة حق عند سلطان جائر" (رواه الترمذي والنسائي بسند حسن).

(د) لا حظر على نشر المعلومات والحقائق الصحيحة، إلا ما يكون في نشره خطر على أمن المجتمع والدولة: ﴿ وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَّعُوا بِهِ وُكُوفَهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَ الَّذِينَ يُسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ ﴾ (النساء: ٣٨).

(هـ) احترام مشاعر المخالفين في الدين من خلق المسلم، فلا يجوز لأحد أن يسخر من معتقدات غيره، ولا أن يستعدي المجتمع عليه: ﴿ وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيْنًا لِّكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ ﴾ (الأنعام: ١٠٨).

(١٤) حق الحرية الدينية:

لكل شخص: حرية الاعتقاد، وحرية العبادة وفقا لمعتقده: ﴿ لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِي دِينِي ﴾ (الكافرون: ٦).

(١٥) حق الدعوة والبلاغ:

(أ) لكل فرد الحق أن يشارك - منفردا ومع غيره - في حياة الجماعة: دينيا، واجتماعيا، وثقافيا، وسياسيا، الخ، وأن ينشئ من المؤسسات، ويصطنع من الوسائل ما هو ضروري لممارسة هذا الحق: ﴿ قُلْ هَذِهِ سَبِيلِي أَدْعُو إِلَى اللَّهِ عَلَىٰ بَصِيرَةٍ أَنَا وَمَنِ اتَّبَعَنِي ﴾ (يوسف: ١٠٨).

(ب) من حق كل فرد ومن واجبه أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر، وأن يطالب المجتمع بإقامة المؤسسات التي تهيب للأفراد الوفاء بهذه المسؤولية، تعاوننا على البر والتقوى: ﴿ وَتَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ ﴾ (آل عمران: ١٠٤)، ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ (المائدة: ١٢)، " إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه أوشك أن يعمهم الله بعقاب" (رواه أصحاب السنن بسند صحيح).

الحقوق الاقتصادية:

(أ) الطبيعة - بثرواتها جميعا - ملك لله تعالى: ﴿ لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ ﴾ (المائدة: ١٢٠). وهي عطاء منه للبشر، منحهم حق الانتفاع بها: ﴿ وَسَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾ (الجاثية: ١٣). وحرم عليهم إفسادها وتدميرها: ﴿ وَلَا تَعْتُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ ﴾ (الشعراء: ١٨٣). ولا يجوز لأحد أن

يحرم آخر أو يعتدي على حقه في الانتفاع بما في الطبيعة من مصادر الرزق: ﴿ وَمَا كَانَ عَطَاءَ رَبِّكَ مَحْظُورًا ﴾ (الإسراء: ٢٠) .

(ب) لكل إنسان أن يعمل وينتج، تحصيلًا للرزق من وجوهه المشروعة: ﴿ وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا ﴾ (هود: ٦)، ﴿ فَاْمَشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ ﴾ (الملك: ١٥) .

(ج) الملكية الخاصة مشروعة - على انفراد ومشاركة - ولكل إنسان أن يقتني ما اكتسبه بجهد وعمله: ﴿ وَأَنَّهُ هُوَ أَغْنَىٰ وَأَقْنَىٰ ﴾ (النجم: ٤٨) . والملكية العامة مشروعة ، وتوظف لمصلحة الأمة بأسرها : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾ (الحشر: ٧) .

(د) لفقراء الأمة حق مقرر في مال الأغنياء، نظمته الزكاة، ﴿ وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ * لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ ﴾ (المعارج: ٢٤ و ٢٥). وهو حق لا يجوز تعطيله، ولا منعه، ولا الترخص فيه، من قبل الحاكم، ولو أدى به الموقف إلى قتال مانعي الزكاة: "والله لو منعوني عقالا، كانوا يؤدونه إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم عليه" من كلام أبي بكر ﷺ في مشاورته الصحابة في أمر مانعي الزكاة.

(هـ) توظيف مصادر الثروة، ووسائل الإنتاج لمصلحة الأمة واجب، فلا يجوز إهمالها ولا تعطيلها: "ما من عبد استرعاه الله رعية فلم يحطها بالنصيحة إلا لما يجد رائحة الجنة" (رواه الشيخان)، كذلك لا يجوز استثمارها فيما حرمته الشريعة، ولا فيما يضر بمصلحة الجماعة.

(و) ترشيدها للنشاط الاقتصادي، وضمانا لسلامته، حرم الإسلام:

١. الغش بكل صورته: "ليس منا من غش" (رواه مسلم) .
٢. الغرر والجهالة ، وكل ما يفضي إلى منازعات ، لا يمكن إخضاعها لمعايير موضوعية: " نهى النبي ﷺ عن بيع الحصة ، وعن بيع الغرر" (رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي) ، " نهى النبي ﷺ عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد " (رواه الخمسة) .
٣. الاستغلال والتغابن في عمليات التبادل: ﴿ وَيَلِّ لِلْمُطَفِّفِينَ * الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ * وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وُزُّوهُمْ يُخْسِرُونَ ﴾ (المطففين: ١ - ٣) .

٤. الاحتكار، وكل ما يؤدي إلى منافسة غير متكافئة: "لا يحتكر إلا خاطئ" (رواه مسلم).

٥. الربا، وكل كسب طفيلي، يستغل ضوابط الناس: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (البقرة: ٢٧٥).

٦. الدعايات الكاذبة والخادعة: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن غشا وكذبا محقت بركة بيعهما" (رواه الخمسة).

(ز) رعاية مصلحة الأمة، والتزام قيم الإسلام العامة، هما القيد الوحيد على النشاط الاقتصادي، في مجتمع المسلمين.

(١٦) حق حماية الملكية:

لا يجوز انتزاع ملكية نشأت عن كسب حلال، إلا للمصلحة العامة: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (البقرة: ١٨٨)، ومع تعويض عادل لصاحبها: "من أخذ من الأرض شيئا بغير حقه خسف به يوم القيامة إلى سبع أرضين" (رواه البخاري). وحرمة الملكية العامة أعظم، وعقوبة الاعتداء عليها أشد لأنه عدوان على المجتمع كله، وخيانة للأمة بأسرها: "من استعملناه منكم على عمل فكتمنا منه مغيظا فما فوقه كان غلولا يأتي به يوم القيامة" (رواه مسلم). "قيل يا رسول الله: إن فلانا قد استشهد! قال: كلا! لقد رأيته في النار بعباءة قد غلها. ثم قال: يا عمر: قم فناد: إنه لا يدخل الجنة إلا المؤمنون - ثلاثا -" (رواه مسلم والترمذي).

(١٧) حق العامل وواجبه:

"العمل": شعار رفته الإسلام لمجتمعه: ﴿وَقُلْ اعْمَلُوا﴾ (التوبة: ١٠٥)، وإذا كان حق العمل: الإتيان: "إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملا أن يتقنه" (رواه أبو يعلى، مجمع الزوائد، ج ٤). فإن حق العامل:

١. أن يوفى أجره المكافئ لجهده دون حيف عليه أو مماطلة له: "أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه" (رواه ابن ماجه بسند جيد).

٢. أن توفر له حياة كريمة تتناسب مع ما يبذله من جهد وعرق: "ولكل درجات مما عملوا" (الأحقاف: ١٩).

٣. أن يمنح ما هو جدير به من تكريم المجتمع كله له: ﴿اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ﴾ (التوبة: ١٠٥). "إن الله يحب المؤمن المحترف" (رواه الطبراني، مجمع الزائد، ج ٤).

٤. أن يجد الحماية التي تحول دون غبنه واستغلال ظروفه قال الله تعالى: ﴿ثَلَاثَةٌ أَنَا وَخِصْمُكَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حِرًّا

فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه حقه " (رواه البخاري (حديث قدسي) .

(١٨) حق الفرد في كفايته من مقومات الحياة:

من حق الفرد أن ينال كفايته من ضروريات الحياة .. من طعام، وشراب، وملبس، ومسكن .. ومما يلزم لصحة بدنه من رعاية، وما يلزم لصحة روحه، وعقله، من علم، ومعرفة، وثقافة، في نطاق ما تسمح به موارد الأمة - ويمتد واجب الأمة في هذا ليشمل ما لا يستطيع الفرد أن يستقل بتوفيره لنفسه من ذلك: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾ (الأحزاب: ٦) .

(١٩) حق بناء الأسرة:

(أ) الزواج - بإطاره الإسلامي - حق لكل إنسان، وهو الطريق الشرعي لبناء الأسرة وإنجاب الذرية، واعفاف النفس: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾ (النساء: ١) . لكل من الزوجين قبل الآخر - عليه وله - حقوق وواجبات متكافئة قررتها الشريعة ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ (البقرة: ٢٢٨)، وللأب تربية أولاده: بدينا، وخلقيا، ودينيا، وفقا لعقيدته وشريعته، وهو مسئول عن اختياره الوجهة التي يوليهم إياها: "كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته" (رواه الخمسة) .

(ب) لكل من الزوجين - قبل الآخر - حق احترامه، وتقدير مشاعره، وظروفه، في إطار من التواد والتراحم: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ (الروم: ٢١) .

(ج) على الزوج أن ينفق على زوجته وأولاده دون تقتير عليهم: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ (الطلاق: ٧) .

(د) لكل طفل على أبويه حق إحسان تربيته، وتعليمه، وتأديبه: ﴿وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْنَاهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾ (الإسراء: ٢٤)، ولا يجوز تشغيل الأطفال في سن باكرة، ولا تحميلهم من الأعمال ما يرهقهم، أو يعوق نموهم أو يحول بينهم وبين حقهم في اللعب والتعلم.

(هـ) إذا عجز والدا الطفل عن الوفاء بمسئوليتهم نحوه، انتقلت هذه المسؤولية إلى المجتمع، وتكون نفقات الطفل في بيت مال المسلمين - الخزانة العامة للدولة - : " أنا أولى بكل مؤمن من نفسه، فمن ترك دينا أو ضيعة أضيعة: أي ذرية ضعافا

يخشى عليهم الضياع] فعلي، ومن ترك مالا فلورثته" (رواه الشيخان وأبو داود والترمذي).

(و) ولكل فرد في الأسرة أن ينال منها ما هو في حاجة إليه: من كفاية مادية، ومن رعاية وحنان، في طفولته، وشيخوخته، وعجزه وللوالدين على أولادهما حق كفالتهما ماديا ورعايتهما بدنيا، ونفسيا: "أنت ومالك لوالدك" (رواه أبو داود بسند حسن).

(ز) للأمومة حق في رعاية خاصة من الأسرة: "يا رسول الله: من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال: أمك قال (السائل): ثم من؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أمك: قال: ثم من؟ قال: أبوك" (رواه الشيخان).

(ح) مسئولية الأسرة شركة بين أفرادها، كل بحسب طاقته، وطبيعة فطرته، وهي مسئولية تتجاوز دائرة الآباء والأولاد، لتعم الأقارب وذوي الأرحام: "يا رسول الله من أبر؟ قال: أمك! ثم أمك! ثم أمك! ثم أباك ثم الأقرب فالأقرب" (رواه أبو داود والترمذي بسند حسن).

(ط) لا يجبر الفتى أو الفتاة على الزواج ممن لا يرغب فيه: "جاءت جارية بكر إلى النبي ﷺ فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ" (رواه أحمد وأبو داود).

(٢٠) حقوق الزوجة:

(أ) أن تعيش مع زوجها حيث يعيش "أسكنوهن من حيث سكنتم" (رواه أحمد وأبو داود).

(ب) أن ينفق عليها زوجها بالمعروف طوال زواجهما، وخلال فترة عدتها إن هو طلقها: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ (الطلاق:٦). ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (النساء: ٣٤)، وأن تأخذ من مطلقها نفقة من تحضنهم من أولاده منها، بما يتناسب مع كسب أبيه ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦).

(ج) تستحق الزوجة هذه النفقات أيا كان وضعها المالي وأيا كانت ثروتها الخاصة.

(د) للزوجة: أن تطلب من زوجها: إنهاء عقد الزواج - وديا - عن طريق الخلع: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا [الزوجان] حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ (البقرة: ٢٢٩). كما أن لها أن تطلب التطلق قضائيا في نطاق أحكام الشريعة.

(هـ) للزوجة حق الميراث من زوجها ، كما ترث من أبويها ، وأولادها ، وذوي قرابتها :
﴿ وَلَهُنَّ الرِّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ ﴾ (النساء: ١٢) .

(و) على كلا الزوجين أن يحفظ غيب صاحبه، وألا يفشي شيئاً من أسرارهم، وألا يكشف عما قد يكون به من نقص خلقي أو خلقي، ويتأكد هذا الحق عند الطلاق وبعده: ﴿ وَلَا تَنسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ﴾ (البقرة: ٢٣٧) .

(٢١) حق التربية:

(أ) التربية الصالحة حق الأولاد على الآباء، كما أن البر وإحسان المعاملة حق الآباء على الأولاد: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٍّ وَلَا تَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا * وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبُّ أَرْحَمُهُمَا كَمَا رَبَّيْتَنِي صَغِيرًا ﴾ (الإسراء: ٢٣ و ٢٤) .

(ب) التعليم حق للجميع، وطلب العلم واجب على الجميع ذكورا وإناثا على السواء: "طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة" (رواه ابن ماجة) . والتعليم حق لغير المتعلم على المتعلم : ﴿ وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ لَتُبَيِّنُنَّهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُ فَنَبَذُوهُ وَرَاءَ ظُهُورِهِمْ وَاشْتَرَوْا بِهِ ثَمَنًا قَلِيلًا فَبَيَّسُوا مَا يَشْتَرُونَ ﴾ (آل عمران: ١٨٧) ، " ليلج الشاهد الغائب " من خطبة حجة الوداع .

(ج) على المجتمع أن يوفر لكل فرد فرصة متكافئة، ليتعلم ويستتير: "من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين. وإنما أنا قاسم والله - عز وجل - يعطي" (رواه الشيخان). ولكل فرد أن يختار ما يلائم مواهبه وقدراته: "كل ميسر لما خلق له" (رواه الشيخان وأبو داود والترمذي) .

(٢٢) حق الفرد في حماية خصوصياته:

سرائر البشر إلى خالقهم وحده: " أفلا شققت عن قلبه" رواه مسلم، وخصوصياتهم حمى، لا يحل التسور عليه: ﴿ وَلَا تَجَسَّسُوا ﴾ (الحجرات: ١٢). يا معشر من أسلم بلسانه، ولم يفض الإيمان إلى قلبه : " لا تؤذوا المسلمين ولا تعيروهم ولا تتبعوا عوراتهم ، فإنه من تتبع عورة أخيه المسلم ، تتبع الله عورته ، ومن تتبع الله عورته يفضحه ولو في جوف رحله" (رواه أبو داود والترمذي واللفظ هنا له) .

(٢٣) حق حرية الارتحال والإقامة:

(أ) من حق كل فرد أن تكون له حرية الحركة، التنقل من مكان إقامته وإليه، وله حق الرحلة والهجرة من موطنه ، والعودة إليه دون ما تضيق عليه ، أو تعويق له :

﴿ هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ دَلُوتًا فَاْمَشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ ﴾ (الملك: ١٥)، ﴿ قُلْ سِيرُوا فِي الْأَرْضِ ثُمَّ انظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُكْذِبِينَ ﴾ (الأنعام: ١١)، ﴿ أَلَمْ تَكُنْ أَرْضَ اللَّهِ وَاسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا ﴾ (النساء: ٩٧) .

(ب) لا يجوز إجبار شخص على ترك موطنه، ولا إبعاده عنه - تعسفا - دون سبب شرعي: ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ ﴾ (البقرة: ٢١٧) .

(ج) دار الإسلام واحدة .. وهى وطن لكل مسلم، لا يجوز أن تقيد حركته فيها بحواجز جغرافية، أو حدود سياسية .. وعلى كل بلد مسلم أن يستقبل من يهاجر إليه أو يدخله من المسلمين استقبال الأخ لأخيه: ﴿ وَالَّذِينَ تَبَوَّؤُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِن قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِّمَّا أُوتُوا وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَن يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾ (الحشر: ٩) .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

اكتفينا باستخدام لفظ "حقوق" ولم نستخدم معه لفظ "واجبات" لأن كل ما هو "حق" لفرد هو "واجب" على آخر (حق الرعية = واجب على الراعي، حق الوالد = واجب على الولد، حق الزوجة = واجب على الزوج، وبالعكس حق الراعي = واجب على الرعية، الخ). ومادامت حقوق الإنسان في الإسلام شاملة لجميع الأفراد، على اختلاف مواقعهم وعلاقاتهم فقد أصبح ما هو "الحق" من وجه .. هو "الواجب" من وجه آخر! (١).

(١) حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٣.

المبحث الخامس

القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء

أوصى باعتمادها مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في جنيف عام ١٩٥٥ وأقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراريه ٦٦٣ جيم (د- ٢٤) المؤرخ في ٣١ تموز/يوليو ١٩٥٧ و٢٠٧٦ (د- ٦٢) المؤرخ في ١٣ أيار/مايو ١٩٧٧ .

ملاحظات تمهيدية

أوصى باعتمادها مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في جنيف عام ١٩٥٥ م ، وأقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراريه ٦٦٣ جيم (د- ٢٤) المؤرخ في ٣١ تموز/يوليو ١٩٥٧ م ، و٢٠٧٦ (د- ٦٢) المؤرخ في ١٣ أيار/مايو ١٩٧٧ م .

(١) ليس الغرض من القواعد التالية تقديم وصف تفصيلي لنظام نموذجي للسجون، بل إن كل ما تحاوله هو أن تحدد، على أساس التصورات المتواضع على قبولها عموماً في أيامنا هذه والعناصر الأساسية في الأنظمة المعاصرة الأكثر صلاحاً، ما يعتبر عموماً خير المبادئ والقواعد العملية في معاملة المسجونين وإدارة السجون.

(٢) ومن الجلي، نظراً لما تتصف به الظروف القانونية والاجتماعية والجغرافية في مختلف أنحاء العالم من تنوع بالغ، أن من غير الممكن تطبيق جميع القواعد في كل مكان وفي أي حين. ومع ذلك يرجى أن يكون فيها ما يحفز على بذل الجهد باستمرار للتغلب على المصاعب العملية التي تعترض تطبيقها، انطلاقاً من كونها تمثل، في جملتها، الشروط الدنيا التي تعترف بصلاحتها الأمم المتحدة .

(٣) ثم إن هذه القواعد، من جهة أخرى، تتناول ميداناً يظل الرأي فيه في تطور مستمر. وهي بالتالي لا تستبعد إمكانية التجربة والممارسة ما دامت متفقتين مع المبادئ التي تستشف من مجموعة القواعد في جملتها ومع السعي لتحقيق مقاصدها. وبهذه الروح يظل دائماً من حق الإدارة المركزية للسجون أن تسمح بالخروج الاستثنائي على هذه القواعد .

(٤) (١) والجزء الأول من هذه المجموعة يتناول القواعد المتعلقة بالإدارة العامة للمؤسسات الجزائية، وهو ينطبق على جميع فئات المسجونين، سواء كان سبب حبسهم جنائياً أو مدنياً، وسواء كانوا متهمين أو مدانين، وبما في ذلك أولئك الذين تطبق بحقهم «تدابير أمنية» أو تدابير إصلاحية أمر بها القاضي .

(٢) أما الجزء الثاني فيتضمن قواعد لا تنطبق إلا على فئات المسجونين الذين يتناولهم كل فرع فيه. ومع ذلك فإن القواعد الواردة في الفرع (ألف) منه بشأن السجناء المدانين تنطبق أيضاً على فئات السجناء الذين تتناولهم الفروع (باء)

و(جيم) و (دال) في حدود عدم تعارضها مع القواعد الخاصة بهذه الفئات وكونها في صالح هؤلاء السجناء .

(٥) (١) ولا تحاول القواعد تنظيم إدارة المؤسسات المخصصة للأحداث الجانحين (مثل الإصلاحات أو معاهد التهذيب وما إليها) ، ومع ذلك فإن الجزء الأول منها يصلح أيضا ، على وجه العموم ، للتطبيق في هذه المؤسسات .
(٢) ويجب اعتبار فئة الأحداث المعتقلين شاملة على الأقل لجميع القاصرين الذين يخضعون لصلاحية محاكم الأحداث. ويجب أن تكون القاعدة العامة ألا يحكم على هؤلاء الجانحين الصغار بعقوبة السجن.

الجزء الأول: قواعد عامة التطبيق (المبدأ الأساسي)

(٦) (١) تطبق القواعد التالية بصورة حيادية. ولا يجوز أن يكون هنالك تمييز في المعاملة بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو الدين، أو الرأي سياسيا أو غير سياسي، أو المنشأ القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر .
(٢) وفي الوقت نفسه، من الضروري احترام المعتقدات الدينية والمبادئ الأخلاقية للفئة التي ينتسب إليها السجن .

السجل

(٧) (١) في أي مكان يوجد فيه مسجونين، يتوجب مسك سجل مجلد ومرقم الصفحات، تورد فيه المعلومات التالية بشأن كل معتقل :
(أ) تفاصيل هويته .
(ب) أسباب سجنه والسلطة المختصة التي قررتة .
(ج) يوم وساعة دخوله وإطلاق سراحه .

(٢) لا يقبل أي شخص في أية مؤسسة جزائية دون أمر حبس مشروع تكون تفاصيله قد دونت سلفا في السجل.

الفصل بين الفئات

(٨) توضع فئات السجناء المختلفة في مؤسسات مختلفة أو أجزاء مختلفة من المؤسسات مع مراعاة جنسهم وعمرهم وسجل سوابقهم وأسباب احتجازهم ومتطلبات معاملتهم .

وعلى ذلك :

(أ) يسجن الرجال والنساء، بقدر الإمكان، في مؤسسات مختلفة. وحين تكون هناك مؤسسة تستقبل الجنسين على السواء يتحتم أن يكون مجموع الأماكن المخصصة للنساء منفصلا كليا .

- (ب) يفصل المحبوسون احتياطيا عن المسجونين المحكوم عليهم .
- (ج) يفصل المحبوسون لأسباب مدنية، بما في ذلك الديون، عن المسجونين بسبب جريمة جزائية .
- (د) يفصل الأحداث عن البالغين .

أماكن الاحتجاز

- (٩) (١) حيثما وجدت زنانات أو غرف فردية للنوم لا يجوز أن يوضع في الواحدة منها أكثر من سجين واحد ليلا. فإذا حدث لأسباب استثنائية، كالاكتظاظ المؤقت، أن اضطرت الإدارة المركزية للمسجون إلى الخروج عن هذه القاعدة، يتفادى وضع مسجونين اثنين في زنزانة أو غرفة فردية .
- (٢) وحيثما تستخدم المهاجع، يجب أن يشغلها مسجونون يعتني باختيارهم من حيث قدرتهم على التعايش في هذه الظروف. ويجب أن يظل هؤلاء ليلا تحت رقابة مستمرة، موائمة لطبيعة المؤسسة .
- (١٠) توفر لجميع الغرف المعدة لاستخدام المسجونين، ولا سيما حجرات النوم ليلا، جميع المتطلبات الصحية، مع الحرص على مراعاة الظروف المناخية، وخصوصا من حيث حجم الهواء والمساحة الدنيا المخصصة لكل سجين والإضاءة والتدفئة والتهوية .
- (١١) في أي مكان يكون على السجناء فيه أن يعيشوا أو يعملوا :
- (أ) يجب أن تكون النوافذ من الاتساع بحيث تمكن السجناء من استخدام الضوء الطبيعي في القراءة والعمل، وأن تكون مركبة على نحو يتيح دخول الهواء النقي سواء وجدت أم لم توجد تهوية صناعية .
- (ب) يجب أن تكون الإضاءة الصناعية كافية لتمكين السجناء من القراءة والعمل دون إرهاق نظرهم .
- (١٢) يجب أن تكون المراحيض كافية لتمكين كل سجين من تلبية احتياجاته الطبيعية في حين ضرورتها وبصورة نظيفة ولأثقة .
- (١٣) يجب أن تتوفر منشآت الاستحمام والاعتسال بالبدش بحيث يكون في مقدور كل سجين ومفروضا عليه أن يستحم أو يغتسل، بدرجة حرارة متكيفة مع الطقس، بالقدر الذي تتطلبه الصحة العامة تبعا للفصل والموقع الجغرافي للمنطقة، على ألا يقل ذلك عن مرة في الأسبوع في مناخ معتدل .
- (١٤) يجب أن تكون جميع الأماكن التي يتردد عليها السجناء بانتظام في المؤسسة مستوفاة الصيانة والنظافة في كل حين .

النظافة الشخصية

- (١٥) يجب أن تفرض على السجناء العناية بنظافتهم الشخصية، ومن أجل ذلك يجب أن يوفر لهم الماء وما تتطلبه الصحة والنظافة من أدوات .
- (١٦) بغية تمكين السجناء من الحفاظ على مظهر مناسب يساعدهم على احترام ذواتهم، يزود السجن بالتسهيلات اللازمة للعناية بالشعر والذقن. ويجب تمكين الذكور من الحلاقة بانتظام .
- (١٧) (١) كل سجين لا يسمح له بارتداء ملابس الخاصة يجب أن يزود بمجموعة ثياب مناسبة للمناخ وكافية للحفاظ على عافيته. ولا يجوز في أية حال أن تكون هذه الثياب مهينة أو حاطة بالكرامة .
- (٢) يجب أن تكون جميع الثياب نظيفة وأن يحافظ عليها في حالة جيدة. ويجب تبديل الثياب الداخلية وغسلها بالوتيرة الضرورية للحفاظ على الصحة .
- (٣) في حالات استثنائية، حين يسمح للسجين، بالخروج من السجن لغرض مرخص به، يسمح له بارتداء ثيابه الخاصة أو بارتداء ملابس أخرى لا تسترعى الأنظار .
- (١٨) حين يسمح للسجناء بارتداء ثيابهم الخاصة، تتخذ لدى دخولهم السجن ترتيبات لضمان كونها نظيفة وصالحة للارتداء .
- (١٩) يزود كل سجين، وفقا للعادات المحلية أو الوطنية، بسرير فردي ولوازم لهذا السرير مخصصة له وكافية، تكون نظيفة لدى تسليمه إياها، ويحافظ على لياقتها، وتستبدل في مواعيد متقاربة بالقدر الذي يحفظ نظافتها.

الطعام

- (٢٠) (١) توفر الإدارة لكل سجين، في الساعات المعتادة، وجبة طعام ذات قيمة غذائية كافية للحفاظ على صحته وقواه، جيدة النوعية وحسنة الإعداد والتقديم .
- (٢) توفر لكل سجين إمكانية الحصول على ماء صالح للشرب كلما احتاج إليه.

التمارين الرياضية

- (٢١) (١) لكل سجين غير مستخدم في عمل في الهواء الطلق حق في ساعة على الأقل في كل يوم يمارس فيها التمارين الرياضية المناسبة في الهواء الطلق، إذا سمح الطقس بذلك .
- (٢) توفر تربية رياضية وترفيهية، خلال الفترة المخصصة للتمارين، للسجناء الأحداث وغيرهم ممن يسمح لهم بذلك عمرهم ووضعهم الصحي. ويجب أن توفر لهم، على هذا القصد، الأرض والمنشآت والمعدات اللازمة .

الخدمات الطبية

(٢٢) (١) يجب أن توفر في كل سجن خدمات طبيب مؤهل واحد على الأقل، يكون على بعض الإلمام بالطب النفسي. وينبغي أن يتم تنظيم الخدمات الطبية على نحو وثيق الصلة بإدارة الصحة العامة المحلية أو الوطنية. كما يجب أن تشتمل على فرع للطب النفسي تشخيص بغية حالات الشذوذ العقلي وعلاجها عند الضرورة .

(٢) أما السجناء الذين يتطلبون عناية متخصصة فينقلون إلى سجون متخصصة أو إلى مستشفيات مدنية. ومن الواجب، حين تتوفر في السجن خدمات العلاج التي تقدمها المستشفيات، أن تكون معداتها وأدواتها والمنتجات الصيدلانية التي تزود بها وافية بغرض توفير الرعاية والمعالجة الطبية اللازمة للسجناء المرضى، وأن تضم جهازا من الموظفين ذوي التأهيل المهني المناسب .

(٣) يجب أن يكون في وسع كل سجين أن يستعين بخدمات طبيب أسنان مؤهل .

(٢٣) (١) في سجون النساء، يجب أن تتوفر المنشآت الخاصة الضرورية لتوفير الرعاية والعلاج قبل الولادة وبعدها. ويجب، حيثما كان ذلك في الإمكان، اتخاذ ترتيبات لجعل الأطفال يولدون في مستشفى مدني. وإذا ولد الطفل في السجن، لا ينبغي أن يذكر ذلك في شهادة ميلاده .

(٢) حين يكون من المسموح به بقاء الأطفال الرضع إلى جانب أمهاتهم في السجن، تتخذ التدابير اللازمة لتوفير دار حضانة مجهزة بموظفين مؤهلين، يوضع فيها الرضع خلال الفترات التي لا يكونون أثناءها في رعاية أمهاتهم .

(٢٤) يقوم الطبيب بفحص كل سجين في أقرب وقت ممكن بعد دخوله السجن، ثم يفحصه بعد ذلك كلما اقتضت الضرورة، وخصوصا بغية اكتشاف أي مرض جسدي أو عقلي يمكن أن يكون مصابا به واتخاذ جميع التدابير الضرورية لعلاج، وعزل السجناء الذين يشك في كونهم مصابين بأمراض معدية أو سارية، واستنباه جوانب القصور الجسدية أو العقلية التي يمكن أن تشكل عائقا دون إعادة التأهيل، والبت في الطاقة البدنية على العمل لدى كل سجين .

(٢٥) (١) يكلف الطبيب بمراقبة الصحة البدنية والعقلية للمرضي، وعليه أن يقابل يوميا جميع السجناء المرضى. وجميع أولئك الذين يشكون من اعتلال، وأي سجين استرعى انتباهه إليه على وجه خاص .

(٢) على الطبيب أن يقدم تقريرا إلى المدير كلما بدا له أن الصحة الجسدية أو العقلية لسجين ما قد تضررت أو ستتضرر من جراء استمرار سجنه أو من جراء أي ظرف من ظروف هذا السجن .

(٢٦) (١) على الطبيب أن يقوم بصورة منتظمة بمعاينة الجوانب التالية وأن يقدم النصح إلى المدير بشأنها :

(أ) كمية الغذاء ونوعيته وإعداده .

(ب) مدى إتباع القواعد الصحية والنظافة في السجن ولدى السجناء .

(ج) حالة المرافق الصحية والتدفئة والإضاءة والتهوية في السجن .

(د) نوعية ونظافة ملابس السجناء ولوازم أسرته .

(هـ) مدى التقيد بالقواعد المتعلقة بالتربية البدنية والرياضية، حين يكون منظمو هذه الأنظمة غير متخصصين .

(٣) يضع المدير في اعتباره التقارير والنصائح التي يقدمها له الطبيب عملاً بأحكام المادتين ٢٥ (٢) و ٢٦ ، فإذا التقى معه في الرأي عمد فوراً إلى اتخاذ التدابير اللازمة لوضع هذه التوصيات موضع التنفيذ. أما إذا لم يوافق على رأيه أو كانت التوصيات المقترحة خارج نطاق اختصاصه فعليه أن يقدم فوراً تقريراً برأيه الشخصي، مرفقاً بآراء الطبيب، إلى سلطة أعلى .

الانضباط والعقاب

(٢٧) يؤخذ بالحزم في المحافظة على الانضباط والنظام، ولكن دون أن يفرض من القيود أكثر مما هو ضروري لكفالة الأمن وحسن انتظام الحياة المجتمعية .

(٢٨) (١) لا يجوز أن يستخدم أي سجين، في خدمة المؤسسة، في عمل ينطوي على صفة تأديبية .

(٢) إلا أنه لا يجوز تطبيق هذه القاعدة على نحو يعيق نجاح أنظمة قائمة على الحكم الذاتي، تتمثل في أن تتأط أنشطة أو مسؤوليات اجتماعية أو تثقيفية أو رياضية محددة، تحت إشراف الإدارة، بسجناء منظمين في مجموعات لأغراض العلاج .

(٢٩) تحدد النقاط التالية، دائماً، إما بالقانون وإما بنظام تضعه السلطة الإدارية المختصة :

(أ) السلوك الذي يشكل مخالفة تأديبية .

(ب) أنواع ومدد العقوبات التأديبية التي يمكن فرضها .

(ج) السلطة المختصة بتقرير إنزال هذه العقوبات .

(٣٠) (١) لا يعاقب أي سجين إلا وفقا لأحكام القانون أو النظام المذكورين، ولا يجوز أبدا أن يعاقب مرتين على المخالفة الواحدة .

(٢) لا يعاقب أي سجين إلا بعد إعلامه بالمخالفة وإعطائه فرصة فعلية لعرض دفاعه. وعلى السلطة المختصة أن تقوم بدراسة مستفيضة للحالة .

(٣) يسمح للسجين، حين يكون ذلك ضروريا وممكنا، بعرض دفاعه عن طريق مترجم .

(٣١) العقوبة الجسدية والعقوبة بالوضع في زنزانة مظلمة، وأية عقوبة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة، محظورة كليا كعقوبات تأديبية .

(٣٢) (١) لا يجوز في أي حين أن يعاقب السجين بالحبس المنفرد أو بتخفيض الطعام الذي يعطى له إلا بعد أن يكون الطبيب قد فحصه وشهد خطيا بأنه قادر على تحمل مثل هذه العقوبة .

(٢) ينطبق الأمر نفسه على أية عقوبة أخرى يحتمل أن تلحق الأذى بصحة السجين الجسدية أو العقلية. ولا يجوز في أي حال أن تتعارض هذه العقوبات مع المبدأ المقرر في القاعدة ٣١ أو أن تخرج عنه .

(٣) على الطبيب أن يقوم يوميا بزيارة السجناء الخاضعين لمثل هذه العقوبات، وأن يشير على المدير بوقف العقوبة أو تغييرها إذا رأى ذلك ضروريا لأسباب تتعلق بالصحة الجسدية أو العقلية .

أدوات تقييد الحرية

(٣٣) لا يجوز أبدا أن تستخدم أدوات تقييد الحرية، كالأغلال والسلاسل والأصفاد ووثاب التكبيل كوسائل للعقاب. وبالإضافة إلى ذلك لا يجوز استخدام السلاسل أو الأصفاد كأدوات لتقييد الحرية. أما غير ذلك من أدوات تقييد الحرية فلا تستخدم إلا في الظروف التالية :

(أ) كتدبير للاحتراز من هرب السجين خلال نقله، شريطة أن تفك بمجرد مثوله أمام سلطة قضائية أو إدارية .

(ب) لأسباب طبية، بناء على توجيه الطبيب .

(ج) بأمر من المدير، إذا أخفقت الوسائل الأخرى في كبح جماح السجين لمنعه من إلحاق الأذى بنفسه أو بغيره أو من تسبب خسائر مادية. وعلى المدير في مثل هذه الحالة أن يتشاور فورا مع الطبيب وأن يبلغ الأمر إلى السلطة الإدارية الأعلى .

(٣٤) الإدارة المركزية للسجون هي التي يجب أن تحدد نماذج أدوات تقييد الحرية وطريقة استخدامها ، ولا يجوز استخدامها أبدا لمدة أطول من المدة الضرورية كل الضرورة.

تزويد السجناء بالمعلومات وحققهم في الشكوى

(٣٥) (١) يزود كل سجين، لدى دخوله السجن، بمعلومات مكتوبة حول الأنظمة المطبقة على فئته من السجناء، وحول قواعد الانضباط في السجن، والطرق المرخص بها لطلب المعلومات وتقديم الشكاوى، وحول أية مسائل أخرى تكون ضرورية لتمكينه من معرفة حقوقه وواجباته على السواء ومن تكييف نفسه وفقا لحياة السجن .

(٢) إذا كان السجن أميا وجب أن تقدم له هذه المعلومات بصورة شفوية .

(٣٦) (١) يجب أن تتاح لكل سجين إمكانية التقدم، في كل يوم عمل من أيام الأسبوع، بطلبات أو شكاوى إلى مدير السجن أو إلى الموظف المفوض بتمثيله .

(٢) يجب أن يستطيع السجناء التقدم بطلبات أو شكاوى إلى مفتش السجون خلال جولته التفتيشية في السجن. ويجب أن تتاح للسجين فرصة للتحدث مع المفتش أو مع أي موظف آخر مكلف بالتفتيش دون أن يحضر حديثه مدير السجن أو غيره من موظفيه .

(٣) يجب أن يسمح لكل سجين بتقديم طلب أو شكوى إلى الإدارة المركزية للسجون أو السلطة القضائية أو إلى غيرهما من السلطات، دون أن يخضع الطلب أو الشكوى للرقابة من حيث الجوهر ولكن على أن يتم وفقا للأصول وعبر الطرق المقررة .

(٤) ما لم يكن الطلب أو الشكوى جلي التفاهة أو بلا أساس، يتوجب أن يعالج دون إبطاء، وأن يجاب عليه في الوقت المناسب.

الاتصال بالعالم الخارجي

(٣٧) يسمح للسجين في ظل الرقابة الضرورية، بالاتصال بأسرته وبذوي السمعة الحسنة من أصدقائه، على فترات منتظمة، بالمراسلة وبتلقي الزيارات على السواء .

(٣٨) (١) يمنح السجن الأجنبي قدرا معقولا من التسهيلات للاتصال بالممثلين الدبلوماسيين والقنصليين للدولة التي ينتمي إليها .

(٢) يمنح السجناء المنتمون إلى دول ليس لها ممثلون دبلوماسيون أو قنصليون في البلد واللاجئون وعديمو الجنسية، تسهيلات مماثلة للاتصال بالممثل الدبلوماسي

للدولة المكلفة برعاية مصالحهم أو بأية سلطة وطنية أو دولية تكون مهمتها حماية مثل هؤلاء الأشخاص .

(٣٩) يجب أن تتاح للسجناء مواصلة الإطلاع بانتظام على مجرى الأحداث ذات الأهمية عن طريق الصحف اليومية أو الدورية أو أية منشورات خاصة تصدرها إدارة السجون أو بالاستماع إلى محطات الإذاعة أو إلى المحاضرات، أو بأية وسيلة مماثلة تسمح بها الإدارة أو تكون خاضعة لإشرافها .

الكتب

(٤٠) يزود كل سجن بمكتبة مخصصة لمختلف فئات السجناء تضم قدرا وافيا من الكتب الترفيهية والتثقيفية على السواء. ويشجع السجناء على الاستفادة منها إلى أبعد حد ممكن.

الدين

(٤١) (١) إذا كان السجن يضم عدد كافيا من السجناء الذين يعتقدون نفس الدين، يعين أو يقر تعيين ممثل لهذا الدين مؤهل لهذه المهمة. وينبغي أن يكون هذا التعيين للعمل كل الوقت إذا كان عدد السجناء يبرر ذلك وكانت الظروف تسمح به .

(٢) يسمح للممثل المعين أو الذي تم إقرار تعيينه وفقا للفقرة ١ أن يقيم الصلوات بانتظام وأن يقوم، كلما كان ذلك مناسبا، بزيارات خاصة للمسجونين من أهل دينه رعاية لهم .

(٣) لا يحرم أي سجين من الاتصال بالممثل المؤهل لأي دين. وفي مقابل ذلك، يحترم رأى السجين كليا إذا هو اعترض على قيام أي ممثل ديني بزيارة له .

(٤٢) يسمح لكل سجين، بقدر ما يكون ذلك في الإمكان، بأداء فروض حياته الدينية بحضور الصلوات المقامة في السجن، وبحيازة كتب الشعائر والتربية الدينية التي تأخذ بها طائفته .

حفظ متاع السجناء

(٤٣) (١) حين لا يسمح نظام السجن للسجين بالاحتفاظ بما يحمل من نقود أو أشياء ثمينة أو ثياب أو غير ذلك من متاعه، يوضع ذلك كله في حزر أمين لدى دخوله السجن . ويوضع كشف بهذا المتاع يوقعه السجين، وتتخذ التدابير اللازمة للإبقاء على هذه الأشياء في حالة جيدة .

(٢) لدى إطلاق سراح السجين تعاد إليه هذه النقود والحوائج، باستثناء ما سمح له بإنفاقه من مال أو ما أرسله إلى الخارج من متاع أو ما دعت المقتضيات الصحية إلى إتلافه من ثياب. ويوقع السجين على إيصال بالنقود والحوائج التي أعيدت إليه .

(٣) تطبق هذه المعاملة ذاتها على أية نقود أو حوائج ترسل إلى السجين من خارج السجن .

(٤) إذا كان السجين، لدى دخوله السجن، يحمل أية عقاقير أو أدوية، يقرر مصيرها طبيب السجن.

الإخطار بحالات الوفاة أو المرض أو النقل، الخ

(٤٤) (١) إذا توفى السجين أو أصيب بمرض خطير أو بحادث خطير أو نقل إلى مؤسسة لعلاج الأمراض العقلية، يقوم المدير فوراً، إذا كان السجين متزوجاً، بإخطار زوجته، وإلا فأقرب أنسابه إليه، وفي أية حال أي شخص آخر يكون السجين قد طلب إخطاره .

(٢) يخطر السجين فوراً بأي حادث وفاة أو مرض خطير لنسيب قريب له. وإذا كان مرض هذا النسيب بالغ الخطورة يرخص للسجين، إذا كانت الظروف تسمح بذلك، بالذهاب لعيادته إما برفقة حرس وإما بمفرده .

(٣) يكون لكل سجين حق إعلام أسرته فوراً باعتقاله أو بنقله إلى سجن آخر .

انتقال السجناء

(٤٥) (١) حين ينقل السجين إلى السجن أو منه، يجب عدم تعريضه لأنظار الجمهور إلا بأدنى قدر ممكن، ويجب اتخاذ تدابير لحمايته من شتائم الجمهور وفضوله ومن العلنية بأي شكل من أشكالها .

(٢) يجب أن يحظر نقل السجناء في ظروف سيئة من حيث التهوية والإضاءة، أو بأية وسيلة تفرض عليهم عناء جسدياً لا ضرورة له .

(٣) يجب أن يتم نقل السجناء على نفقة الإدارة، وأن تسود المساواة بينهم جميعاً .

موظفو السجن

(٤٦) (١) على إدارة السجون أن تنتقى موظفيها على اختلاف درجاتهم بكل عناية، إذ على نزاهتهم وإنسانياتهم وكفاءتهم المهنية وقدراتهم الشخصية للعمل يتوقف حسن إدارة المؤسسات الجزائية .

(٢) على إدارة السجون أن تسهر باستمرار على إيقاظ وترسيخ القناعة، لدى موظفيها ولدى الرأي العام، بأن هذه المهمة هي خدمة اجتماعية بالغة الأهمية، وعليها، طلباً لهذا الهدف، أن تستخدم جميع الوسائل المناسبة لتتوير الجمهور .

(٣) بغية تحقيق الأهداف السابقة الذكر، يعين موظفو السجون على أساس العمل طوال ساعات العمل المعتادة، بوصفهم موظفي سجون محترفين، ويعتبرون موظفين مدنيين يضمن لهم بالتالي أمن العمل دون أن يكون مرهوناً إلا بحسن السلوك والكفاءة واللياقة البدنية. ويجب أن تكون الأجور من الكفاية بحيث تجتذب الأكفاء من الرجال والنساء، كما يجب أن تحدد مزايا احترافهم وظروف خدمتهم على نحو يراعى طبيعة عملهم المرهقة .

(٤٧) (١) يجب أن يكون الموظفون على مستوى كاف من الثقافة والذكاء.

(٢) قبل الدخول في الخدمة، يعطى الموظفون دورة تدريبية على مهامهم العامة والخاصة، وعليهم أن يجتازوا اختبارات نظرية وعملية .

(٣) على الموظفون، بعد مباشرتهم العمل وطوال احترافهم المهنة، أن يرسخوا ويحسنوا معارفهم وكفاءتهم المهنية بحضور دورات تدريبية أثناء الخدمة تنظم على فترات مناسبة .

(٤٨) على جميع الموظفين أن يجعلوا سلوكهم وأن يضطلعوا بمهامهم على نحو يجعل منهم قدوة طيبة للسجناء وبيتعت احترامهم لهم .

(٤٩) (١) يجب أن يضم جهاز الموظفين، بقدر الإمكان، عدداً كافياً من الأخصائيين كأطباء الأمراض العقلية وعلماء النفس والمساعدين الاجتماعيين والمعلمين ومدرسي الحرف .

(٢) يكفل جعل خدمات المساعدین الاجتماعيين والمعلمين ومدرسي المهن الحرة على أساس دائم، ولكن دون استبعاد العاملين لبعض الوقت أو العاملين المتطوعين .

(٥٠) (١) يجب أن يكون مدير السجن على حظ واف من الأهلية لمهمته، من حيث طباعه وكفاءته الإدارية وتدريبه المناسب وخبرته .

(٢) وعليه أن يكرس كامل وقته لمهامه الرسمية، فلا يعين على أساس العمل بعض الوقت فحسب .

(٣) وعليه أن يجعل إقامته داخل السجن أو على مقربة مباشرة منه.

(٤) حين يوضع سجنان أو أكثر تحت سلطة مدير واحد، يكون عليه أن يزور كلا منهما أو منها في مواعيد متقاربة، كما يجب أن يرأس كلا من هذه السجون بالنيابة موظف مقيم مسؤول .

(٥١) (١) يجب أن يكون المدير ومعاونه وأكثرية موظفي السجن الآخرين قادرين على تكلم لغة معظم السجناء، أو لغة يفهمها معظم هؤلاء .

(٢) يستعان، كلما اقتضت الضرورة ذلك، بخدمات مترجم .

(٥٢) (١) في السجون التي تبلغ من الاتساع بحيث تقتضي خدمات طبيب أو أكثر كامل الوقت، يجب أن تكون إقامة واحد منهم على الأقل داخل السجن أو على مقربة مباشرة منه .

(٢) أما في السجون الأخرى فعلى الطبيب أن يقوم بزيارات يومية، وأن يجعل إقامته على مقربة كافية من السجن بحيث يستطيع الحضور دون إبطاء في حالات الطوارئ .

(٥٣) (١) في السجون المختلطة، المستخدمة للذكور والإناث معا، يوضع القسم المخصص للنساء من مبنى السجن تحت رئاسة موظفة مسؤولة تكون في عهدها مفاتيح جميع أبواب هذا القسم .

(٢) لا يجوز لأي من موظفي السجن الذكور أن يدخل قسم النساء ما لم يكن مصحوبا بموظفة أنثى .

(٣) تكون مهمة رعاية السجناء والإشراف عليهن من اختصاص موظفات السجن النساء حصرا. على أن هذا لا يمنع الموظفين الذكور، ولا سيما الأطباء والمعلمين، من ممارسة مهامهم المهنية في السجون أو أقسام السجون المخصصة للنساء .

(٥٤) (١) لا يجوز لموظفي السجون أن يلجأوا إلى القوة، في علاقاتهم مع المسجونين، إلا دفاعا عن أنفسهم أو في حالات الفرار أو المقاومة الجسدية بالقوة أو بالامتناع السلبي لأمر يستند إلى القانون أو الأنظمة. وعلى الموظفين الذين يلجأوا إلى القوة ألا يستخدموها إلا في أدنى الحدود الضرورية وأن يقدموا فورا تقريرا عن الحادث إلى مدير السجن .

(٢) يوفر لموظفي السجون تدريب جسدي خاص لتمكينهم من كبح جماح السجناء ذوي التصرف العدواني .

(٣) لا ينبغي للموظفين الذين يقومون بمهمة تجعلهم في تماس مباشر مع السجناء أن يكونوا مسلحين، إلا في ظروف استثنائية. وبالإضافة إلى ذلك لا يجوز، أيا كانت الظروف، تسليم سلاح لأي موظف ما لم يكن قد تم تدريبه على استعماله .

التفتيش

(٥٥) يجب أن يكون هناك تفتيش منتظم لمؤسسات السجون وخدماتها، يكلف به مفتشون مؤهلون ذو خبرة تعينهم سلطة مختصة. وعلى هؤلاء المفتشين بوجه خاص واجب الاستيقان من كون هذه المؤسسات تدار طبقا للقوانين والأنظمة وعلى قصد تحقيق أهداف الخدمات التأديبية والإصلاحية.

الجزء الثاني: قواعد تنطبق على فئات خاصة

(ألف) السجناء المدانون

مبادئ توجيهية

(٥٦) تهدف المبادئ التوجيهية التالية إلى تبيان الروح التي ينبغي أن يؤخذ بها في إدارة السجون والأهداف التي يجب أن تسعى إليها، طبقا للبيان الوارد في الملاحظة التمهيدية رقم ١ من هذا النص .

(٥٧) إن الحبس وغيره من التدابير الآيلة إلى عزل المجرم عن العالم الخارجي تدابير مؤسسية بذات كونها تسلب الفرد حق التصرف بشخصه بحرمانه من حريته. ولذلك لا ينبغي لنظام السجون، إلا في حدود مبررات العزل أو الحفاظ على الانضباط، أن يفاقم من الآلام الملازمة لمثل هذه الحال .

(٥٨) والهدف الذي يبرر عقوبة الحبس وغيرها من تدابير الحرمان من الحرية هو في نهاية المطاف حماية المجتمع من الجريمة. ولا سبيل إلى بلوغ مثل هذا الهدف إلا إذا استخدمت فترة الحبس للوصول، حتى أقصى مدى مستطاع، إلى جعل المجرم وهو يعود إلى المجتمع لا راغبا في العيش في ظل احترام القانون وتدبر احتياجاته بجهد فحسب، بل قادرا أيضا على ذلك .

(٥٩) وطلبا لهذه الغاية، ينبغي لنظام السجون أن يستعين بجميع الوسائل الإصلاحية والتعليمية والأخلاقية والروحية وغيرها وبجميع طاقات وأشكال المساعدة المناسبة المتاحة له، ساعيا إلى تطبيقها على هدى مقتضيات العلاج الفردي للسجناء .

(٦٠) (١) ينبغي إذن لنظام السجون أن يهتم السبل إلى تقليص الفوارق التي يمكن أن تقوم بين حياة السجن والحياة الحرة، والتي من شأنها أن تهبط بحس المسؤولية لدى السجناء أو بالاحترام الواجب لكرامتهم البشرية .

(٢) ومن المستحسن أن يعمد، قبل انتهاء مدة العقوبة، إلى اتخاذ التدابير الضرورية لكي تضمن للسجين عودة تدريجية إلى الحياة في المجتمع، وهذا هدف يمكن بلوغه، تبعاً للحالة، من خلال مرحلة تمهد لإطلاق سراح السجين تنظم في السجن نفسه أو في مؤسسة أخرى ملائمة، أو من خلال إطلاق سراح تحت التجربة مع إخضاعه لضرب من الإشراف والرقابة ولا يجوز أن يعهد به إلى الشرطة بل ينبغي أن يشتمل على مساعدة اجتماعية فعالة.

(٦١) ولا ينبغي، في معالجة السجناء، أن يكون التركيز على إقصائهم عن المجتمع، بل - على نقيض ذلك - على كونهم يظلون جزءاً منه. وعلى هذا الهدف ينبغي اللجوء، بقدر المستطاع، إلى المؤازرة التي يمكن أن توفرها هيئات المجتمع المحلي لمساعدة جهاز موظفي السجن على إعادة التأهيل الاجتماعي للسجناء. ويجب أن يكون هناك مساعدون اجتماعيون يتعاونون مع كل مؤسسة احتجاز وتناط بهم مهمة إدامة وتحسين كل صلات السجن المستصوبة بأسرته وبالمنظمات الاجتماعية الجزيلة الفائدة. كما يجب أن تتخذ، إلى أقصى الحدود المتفقة مع القانون ومع طبيعة العقوبة، تدابير لحماية ما للسجين من حقوق تتصل بمصالحه المدنية وبتمتعته بالضمان الاجتماعي وغير ذلك من المزايا الاجتماعية .

(٦٢) وعلى الخدمات الطبية في مؤسسة السجن أن تحاول رصد أي علة أو أمراض جسدية أو عقلية لدى السجن، وأن تعالجها حتى لا تكون عقبة دون إعادة تأهيله. ويجب، على هذا الهدف، أن توفر للسجين جميع الخدمات الطبية والجراحية والنفسانية الضرورية .

(٦٣) (١) إن الإنفاذ الكامل لهذه المبادئ يتطلب إفرادية المعالجة، وبالتالي يقتضي الأخذ بنظام مرناً لتصنيف السجناء في فئات. وعلى ذلك يستصوب أن توزع هذه الفئات على مؤسسات منفصلة تستطيع كل فئة أن تجد فيها العلاج الذي يناسبها .

(٢) وليس من الضروري أن يتوفر في كل مؤسسة نفس القدر من متطلبات الأمن بالنسبة لكل فئة، بل إن من المستصوب أن تتفاوت درجات هذا الأمن تبعاً لاحتياجات مختلف الفئات. والسجون المفتوحة الأبواب، بسبب كونها لا تقيم حواجز أمن مادية تحول دون الهرب، بل تعتمد في ذلك على انضباط السجن

نفسه، توفر، في حالة انتقاء السجناء المرشحين لهذه التجربة بعناية، أفضل الظروف مواتاة لإعادة تأهيلهم .

(٣) ويستصوب، في حالة السجن المغلقة الأبواب، ألا يكون عدد المسجونين في كل منها من الكثرة بحيث يعرقل افرادية المعالجة. والرأي في بعض البلدان أنه لا ينبغي لهذا العدد في السجن المذكورة أن يتجاوز الخمسمائة أما في السجن المفتوحة الأبواب فيجب أن يكون عدد المسجونين صغيرا بقدر المستطاع .

(٤) على أنه ليس من المستصوب إقامة سجون تكون من فرط ضالة الحجم بحيث لا استطاع أن توفر فيها التسهيلات المناسبة .

(٦٤) ولا ينتهي واجب المجتمع بإطلاق سراح السجن. ولذلك ينبغي أن تكون هناك هيئات حكومية أو خاصة قادرة على أن توفر للسجين الذي استرد حريته رعاية ناجعة، تهدف إلى تخفيف مواقف العداء العفوية ضده وتسمح بتأهيله للعودة إلى مكانه من المجتمع .

المعالجة

(٦٥) ٦٥ - إن الهدف من معالجة المحكوم عليهم بالسجن أو بتدبير مماثل يحرمهم من الحرية يجب أن يكون، بقدر ما تسمح بذلك مدة العقوبة، إكسابهم العزيمة على أن يعيشوا في ظل القانون وأن يتدبروا احتياجاتهم بجهدهم، وجعلهم قادرين على إنفاذ هذه العزيمة. ويجب أن يخطط هذا العلاج بحيث يشجع احترامهم لذواتهم وينمي لديهم حس المسؤولية .

(٦٦) (١) وطلبا لهذه المقاصد، يجب أن تستخدم جميع الوسائل المناسبة، ولا سيما الرعاية الدينية في البلدان التي استطاع فيها ذلك، والتعليم، والتوجيه والتكوين على الصعيد المهني، وأساليب المساعدة الاجتماعية الإفرادية، والنصح في مجال العمالة، والرياضة البدنية وتنمية الشخصية، تبعا للاحتياجات الفردية لكل سجين، مع مراعاة تاريخه الاجتماعي والجنائي، وقدراته ومواهبه الجسدية والذهنية، ومزاجه الشخصي، ومدة عقوبته، ومستقبله بعد إطلاق سراحه .

(٢) ويجب أن يتلقى مدير السجن، بصدد كل وافد على السجن محكوم عليه بعقوبة طويلة بعض الطول، وفي أقرب موعد ممكن بعد وصوله، تقارير كاملة حول مختلف الجوانب المشار إليها في الفقرة السابقة، يتوجب دائما أن تشمل تقريرا يضعه طبيب، متخصص في الأمراض النفسانية إذا أمكن، حول حالة السجين الجسدية والذهنية .

(٣) توضع التقارير وغيرها من الوثائق المناسبة المتعلقة بالسجين في ملف فردي. ويجب أن يستكمل هذا الملف بكل جديد، وأن يصنف على نحو يجعل الموظفين المسؤولين قادرين علي الرجوع إليه كلما طرأت حاجة إلى ذلك.

التصنيف الفئوي وإفرادية العلاج

(٦٧) تكون مقاصد التصنيف الفئوي:

(١) أن يفصل عن الآخرين أولئك المسجونون الذين يرجح، بسبب ماضيهم الجنائي أو شراسة طباعهم، أن يكونوا ذوى تأثير سيئ عليهم .

(٢) أن يصنف المسجونون في فئات، بغية تيسير علاجهم على هدف إعادة تأهيلهم الاجتماعي .

(٦٨) تستخدم لعلاج مختلف فئات المسجونين، بقدر الإمكان، سجون مختلفة أو أقسام مختلفة في السجن الواحد .

(٦٩) يوضع من أجل كل سجين محكوم عليه بعقوبة طويلة بعض الطول، في أقرب وقت ممكن بعد وصوله وبعد دراسة شخصيته، برنامج علاج يتم إعداده في ضوء المعلومات المكتسبة حول احتياجاته الفردية وقدراته ومزاجه النفسي.

الامتيازات

(٧٠) تنشأ في كل سجن أنظمة امتيازات توائم مختلف فئات المسجونين ومختلف مناهج العلاج بغية تشجيع السجناء على حسن السلوك وتتمية حس المسؤولية لديهم وحفزهم على الاهتمام بعلاجهم والمؤازرة فيه.

العمل

- (٧١) (١) لا يجوز أن يكون العمل في السجن ذات طبيعة مؤلمة .
- (٢) يفرض العمل على جميع السجناء المحكوم عليهم، تبعاً للياقتهم البدنية والعقلية كما يحددها الطبيب .
- (٣) يوفر للسجناء عمل منتج يكفى لتشغيلهم طوال يوم العمل العادي .
- (٤) يكون هذا العمل، إلى أقصى الحدود المستطاعة، من نوع يصون أو يزيد قدرة السجين على تأمين عيشه بكسب شريف بعد إطلاق سراحه .
- (٥) يوفر تدريب مهني نافع للسجناء القادرين على الانتفاع به، ولا سيما الشباب .
- (٦) تتاح للسجناء، في حدود ما يتمشى مع الاختيار المهني السليم ومتطلبات إدارة السجن والانضباط فيه، إمكانية اختيار نوع العمل الذي يرغبون القيام به .

(٧٢) (١) يتم تنظيم العمل وطرائقه في السجن على نحو يقترب به بقدر الإمكان من الأعمال المماثلة خارج السجن، بغية إعداد السجناء لظروف الحياة العملية الطبيعية .

(٢) إلا أن مصلحة السجناء وتدريبهم المهني لا يجوز أن يصيرا خاضعين لمقصد تحقيق ربح مالي من وراء العمل في السجن .

(٧٣) (١) يفضل أن تقوم إدارة السجن مباشرة، لا المقاولون الخاصون، بتشغيل مصانعه ومزارعه .

(٢) حين يستخدم السجناء في أعمال لا تخضع لسلطان الإدارة، يتوجب أن يكونوا دائما تحت إشراف موظفي السجن. وما لم يكن العمل لحساب إدارات حكومية أخرى، يتوجب على الأشخاص الذين يقدم لهم أن يدفعوا للإدارة كامل الأجر الذي يتقاضى عادة عنه، ولكن مع مراعاة إنتاجية السجناء .

(٧٤) (١) تتخذ في مؤسسات السجون نفس الاحتياطات المفروضة لحماية سلامة وصحة العمال الأحرار .

(٢) تتخذ تدابير لتعويض السجناء عن إصابات العمل والأمراض المهنية، بشروط لا تكون أقل موثاة من تلك التي يمنحها القانون للعمال الأحرار .

(٧٥) (١) يحدد العدد الأقصى لساعات العمل اليومي والأسبوعي بالقانون أو بنظام إداري، مع مراعاة الأنظمة أو العادات المحلية المتبعة في مجال استخدام العمال الأحرار .

(٢) يشترط في تحديد الساعات المذكورة أن يترك يوما للراحة الأسبوعية ووقتا كافيا للتعليم وغيره من الأنشطة المقتضاه كجزء من علاج السجناء وإعادة تأهيلهم .

(٧٦) (١) يكافأ السجناء على عملهم وفقا لنظام أجور منصف .

(٢) يجب أن يسمح النظام للسجناء بأن يستخدموا جزءا على الأقل من أجرهم في شراء أشياء مرخص بها لاستعمالهم الشخصي وأن يرسلوا جزءا آخر منه إلى أسرهم .

(٣) ويجب أن ينص النظام أيضا على احتجاز الإدارة لجزء من الأجر بحيث يشكل كسبا مدخرا يتم تسليمه للسجين لدى إطلاق سراحه.

التعليم والترفيه

(٧٧) (١) تتخذ إجراءات لمواصلة تعليم جميع السجناء القادرين على الاستفادة منه، بما في ذلك التعليم الديني في البلدان التي يمكن فيها ذلك، ويجب أن يكون تعليم الأميين والأحداث إلزاميا، وأن توجه إليه الإدارة عناية خاصة .

(٢) يجعل تعليم السجناء، في حدود المستطاع عمليا، متاسقا مع نظام التعليم العام في البلد، بحيث يكون في مقدورهم، بعد إطلاق سراحهم، أن يواصلوا الدراسة دون عناء .

(٧٨) تنظم في جميع السجون، حرصا على رفاه السجناء البدني والعقلي، أنشطة تروحية وثقافية .

العلاقات الاجتماعية والرعاية بعد السجن

(٧٩) تبذل عناية خاصة لصيانة وتحسين علاقات السجين بأسرته، بقدر ما يكون ذلك في صالح كلا الطرفين .

(٨٠) يوضع في الاعتبار، منذ بداية تنفيذ الحكم، مستقبل السجين بعد إطلاق سراحه، ويشجع ويساعد على أن يواصل أو يقيم، من العلاقات مع الأشخاص أو الهيئات خارج السجن، كل ما من شأنه خدمة مصالح أسرته وتيسير إعادة تأهيله الاجتماعي .

(٨١) (١) على الإدارات والهيئات الحكومية أو الخاصة، التي تساعد الخارجين من السجن على العودة إلى احتلال مكانهم في المجتمع، أن تسعى بقدر الإمكان لجعلهم يحصلون على الوثائق وأوراق الهوية الضرورية، وعلى المسكن والعمل المناسبين، وعلى ثياب لائقة تناسب المناخ والفصل، وأن توفر لهم من الموارد ما يكفي لوصولهم إلى وجهتهم ولتأمين أسباب العيش لهم خلال الفترة التي تلي مباشرة إطلاق سراحهم .

(٢) يجب أن تتاح للممثلين الذين تعتمدهم الأجهزة المذكورة إمكانية دخول السجن والالتقاء بالسجناء، ويجب أن يستشاروا بشأن مستقبل السجين منذ بداية تنفيذ عقوبته .

(٣) يستصوب أن تكون أنشطة الهيئات المذكورة ممركرة أو منسقة بقدر الإمكان كيما ينتفع بجهودها على أفضل وجه.

(باء) المصابون بالجنون والشذوذ العقلي

(٨٢) (١) لا يجوز احتجاز الشخص في السجن إذا ظهر أنه مختل العقل، بل يجب اتخاذ ترتيبات لنقله إلى مستشفى للأمراض العقلية بأسرع ما يمكن .

(٢) يوضع المصابون بأمراض أو ظواهر شذوذ عقلية أخرى تحت المراقبة والعلاج في مصحات متخصصة تحت إدارة طبية .

(٣) يوضع هؤلاء الأشخاص، طوال بقائهم في السجن، تحت إشراف طبي خاص.

(٤) على الإدارة الطبية أو النفسانية في السجون أن تكفل علاج جميع السجناء الآخرين الذين يحتاجون إلى مثل هذا العلاج .

(٨٣) (١) من المستحسن أن تتخذ، بالاتفاق مع الأجهزة المختصة، تدابير لمواصلة العلاج النفساني للسجين ولتقديم مساعدة اجتماعية نفسانية له بعد إطلاق سراح عند الضرورة .

(جيم) الموقوفون والمحتجزون رهن المحاكمة

(٨٤) (١) في الفقرات التالية تطلق صفة "متهم" على أي شخص تم توقيفه أو حبسه بسبب مخالفة لقانون العقوبات ووضع في عهدة الشرطة أو السجن ولكنه لم يحاكم ولم يحكم عليه بعد .

(٢) يفترض في المتهم أنه بريء ويعامل على هذا الأساس .

(٣) دون المساس بالقواعد القانونية المتعلقة بحماية الحرية الفردية أو التي تنص على الإجراءات الواجبة الاتباع إزاء المتهمين، يجب أن يتمتع هؤلاء بنظام معاملة خاص تحدد القواعد الواردة أدناه عناصر الأساسية .

(٨٥) (١) يفصل المتهمون عن السجناء المحكوم عليهم .

(٢) يفصل المتهمون الأحداث عن البالغين. ويجب من حيث المبدأ أن يحتجزوا في مؤسسات منفصلة .

(٨٦) يوضع المتهمون في غرف نوم فردية، ولكن رهنا بمراعاة العادات المحلية المختلفة تبعاً للمناخ .

(٨٧) للمتهمين إذا رغبوا في ذلك، في الحدود المتفقة مع حسن سير النظام في المؤسسة، أن يأكلوا ما يريدون على نفقتهم بأن يحصلوا على طعامهم من الخارج إما بواسطة الإدارة أو بواسطة أسرهم أو أصدقائهم. فإذا لم يطلبوا ذلك كان على الإدارة أن تتكفل بإطعامهم .

(٨٨) (١) يسمح للمتهم بارتداء ثيابه الخاصة إذا كانت نظيفة ولائقة .

(٢) أما إذا ارتدى ثياب السجن فيجب أن تكون هذه مختلفة عن اللباس الموحد الذي يرتديه المحكوم عليهم .

(٨٩) يجب دائماً أن يعطى المتهم فرصة للعمل، ولكن لا يجوز إجباره عليه. فإذا اختار العمل وجب أن يؤجر عليه .

(٩٠) يرخص لكل متهم بأن يحصل، على نفقته أو نفقة آخرين، وفي الحدود المتفقة مع صالح إقامة العدل ومع أمن السجن وانتظام إدارته، على ما يشاء من الكتب والصحف وأدوات الكتابة وغيرها من وسائل قضاء الوقت .

(٩١) يرخص للمتهم بأن يزوره ويعالجه طبيبه أو طبيب أسنانه الخاص، إذا كان لطلبه مبرر معقول وكان قادرا على دفع النفقات المقتضاه .

(٩٢) يرخص للمتهم بأن يقوم فوراً بإبلاغ أسرته نبأ احتجازه، ويعطى كل التسهيلات المعقولة للاتصال بأسرته وأصدقائه وباستقبالهم، دون أن يكون ذلك مرهونا إلا بالقيود والرقابة الضرورية لصالح إقامة العدل وأمن السجن وانتظام إدارته .

(٩٣) يرخص للمتهم، بغية الدفاع عن نفسه، بأن يطلب تسمية محام تعينه المحكمة مجانا حين ينص القانون على هذه الإمكانية، وبأن يتلقى زيارات محامية إعدادا لدفاعه وأن يسلمه تعليمات سرية. وعلى هذا القصد يحق له أن يعطى أدوات للكتابة إذا طلب ذلك. ويجوز أن تتم المقابلات بين المتهم ومحاميه على مرمى نظر الشرطي أو موظف السجن، ولكن دون أن تكون على مرمى سمعه.

(دال) السجناء المدنيون

(٩٤) في البلدان التي يجيز فيها القانون السجن من أجل الديون أو بقرار من المحكمة في أية دعوى أخرى غير جزائية، لا يجوز إخضاع المسجونين على هذا النحو لأية قيود أو لأية صرامة تتجاوز ما هو ضروري لضمان عدم هربهم وللحفاظ على الأمن. ويجب ألا تكون معاملتهم أقل يسرا من تلك الممنوحة للسجناء غير المحاكمين باستثناء أنه يمكن إجبارهم على العمل .

(هاء) الأشخاص الموقوفون أو المحتجزون دون تهمة

(٩٥) دون الإخلال بأحكام المادة ٩ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يتمتع الأشخاص الموقوفون أو المحتجزون دون أن توجه إليهم تهمة بذات الحماية التي يضمنها الجزء الأول والفرع "جيم" من الجزء الثاني كذلك تنطبق عليهم الأحكام المناسبة من الفرع "ألف" من الجزء الثاني حينما كان من الممكن أن يعود تطبيقها بالفائدة على هذه الفئة الخاصة من المحتجزين، شريطة ألا يتخذ أي تدبير يفترض ضمنا أن إعادة التعليم أو إعادة التأهيل يمكن على أي نحو أن يكونا مناسبين لأشخاص لم يدانوا بأية جريمة جزائية .

تعليق ومناقشة ومقترح

أ- المواد المتعلقة بحقوق السجين في وثائق حقوق الإنسان:

هذه الوثائق تتفق في أمور كثيرة^(١) تتعلق بحقوق الإنسان عامة ، وتوجد فيها بعض مواد تتعلق بحقوق السجين على النحو التالي :

أ - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، وفيه (٤) مواد تتعلق بحقوق السجين :

المادة (٣) : لكل فرد الحق في الحياة ، والحرية ، وسلامة شخصيته .

المادة (٥) : لا يعرّض أي إنسان للتعذيب ، ولا للعقوبات ، أو المعاملات القاسية ، أو الوحشية ، أو الحاطة بالكرامة .

المادة (٩) : لا يجوز القبض على أي إنسان أو حجزه ، أو نفيه تعسفياً .

المادة (١١) : كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية ، تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه .

ب - إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام ، وقد وردت فيه بعض المواد ، أو فروعها تتعلق بالسجين :

المادة (٢) أ : الحياة هبة الله ، وهي مكفولة لكل إنسان ، وعلى الأفراد والمجتمعات والدول حماية هذا الحق من كل اعتداء عليه ، ولا يجوز إزهاق الأرواح دون مقتض شرعي .

د - سلامة جسد الإنسان مصونة ، ولا يجوز الاعتداء عليها ، كما لا يجوز المساس بها بغير مسوغ شرعي ، وتكفل الدولة حماية ذلك .

المادة (٢٠) : لا يجوز القبض على أي إنسان أو تقييد حريته أو نفيه ، أو عقابه بغير موجب شرعي ، ولا يجوز تعريضه للتعذيب البدني أو النفسي ، أو لأي من المعاملات المذلة أو القاسية أو المنافية للكرامة الإنسانية .

ج - البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام ، وفيه بعض المواد التي تتعلق بالسجين :

المادة (٥) : حق الفرد في محاكمة عادلة .

(١) هنالك عدد من المؤلفات تناولت حقوق الإنسان في الإسلام ، منها :

- حقوق الإنسان في الإسلام ، عدنان الخطيب .
- حقوق الإنسان في الإسلام ، د.عبدالله عبدالمحسن التركي .
- حقوق الإنسان في الإسلام من منظور معاصر ، د.محمد الشحات الجندي .
- حقوق الإنسان في كل النظام العالمي الجديد ، د.عبدالحفيظ عبدالرحيم محبوب .

المادة (٦) : حق الحماية من تعسف السلطة .

المادة (٧) : حق الحماية من التعذيب .

وهذه الحقوق المشار إليها في المواثيق الثلاثة ، وإن كانت لا تخص السجنين ولكنها تتناوله بشكل مباشر^(١) .

ثانياً : وثيقة القواعد النموذجية مقبولة وإن كان فيها شيء من المثالية التي لا تتناسب والأوضاع المادية لكثير من المجتمعات ، ويمكن بشيء من التنقيح والتحرير اعتمادها لتكون وثيقة إسلامية لمعاملة السجناء .

والملاحظ أن الوثائق المعدة لحقوق السجناء ومعاملتهم تنطلق من نظرة مثالية صيغت بعبارات منمقة جميلة لكنها في حقيقة الأمر تجعل كثيراً من هذه الحقوق بعيدة عن الواقع ، وبعضها بالغ في هذه الحقوق إلى الحد الذي لا يوجد ولا يتحقق عند كثير من الطلقاء غير المساجين ، وهذا لا يعني ردها ولا عدم اعتبارها ، بل على العكس من ذلك جهد محترم مقدر ؛ لأنها تنطلق من مبادئ العدالة وتسعى لتحقيق الكرامة الإنسانية والحفاظ عليها ، وهذه الأمور مما لا يختلف عليه عند العقلاء الأسوياء ، وهي أيضاً مما تقرر في الشريعة الإسلامية المطهرة ، ولكن لا بد من إعادة صياغتها ، وتهذيبها بما يصلها بالواقع ويسهل أمر تطبيقها .

وحتى نصل إلى ذلك فإنه لا بد من الأخذ بعين الاعتبار الأمور التالية :

(١) ان هنالك العديد من حكومات العالم تسيء إساءات بالغة إلى المساجين ، وتحرمهم من أقل الحقوق الإنسانية ، بل إن بعض هذه الحكومات شملت تصرفاتها المشينة هذه غير نزلاء السجون فاستحالت بلدانها إلى سجن كبير تمارس فيه أقصى أنواع العقوبات ، وتصادر فيه الحقوق المشروعة ، فكيف يتسنى في مثل هذه الأوضاع المطالبة بالمعاملة الحسنة للسجناء ، وتطبيق ما تقضي به المقررات الدولية؟!

(٢) ان بعضاً من هذه الحقوق لا يمكن تحقيقه ولا تطبيقه في عدد من بلدان العالم التي تعاني من الفقر ، وضعف الإمكانيات وشح الموارد ، واهلها -غير المساجين- في غالب أحوالهم وإن وجدوا بعضاً من حرياتهم ، لكنهم لا ينعمون بمثل هذه الحقوق ، كاشتراط أن يكون السجن نظيفاً ، خاصاً ، مجهزاً بوسائل الراحة ، مع توفير الوجبات الجيدة ، والرعاية الصحية المناسبة ، وغيرها مما تنادي به الوثائق المختصة بحقوق السجناء .

(١) هنالك تحفظات من بعض الدول الإسلامية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مسألة التدين ، واختيار دين الطفل وجريمة الزنى وغيرها .

إن كثيراً من سكان تلك البلاد لا يجدون ذلك في بيوتهم فضلاً عن أن يوجد في السجون ، ولهذا فالأمر محتاج لإعادة النظر في هذه المدونات وترتيبها وتهيئتها بما يتلاءم مع أوضاع البلدان المختلفة ، ويمكن بالتالي من التطبيق السلس ، والمتابعة من الجهات التي يناط بها هذا الأمر ، وإلا فإنها ستكون وثائق خاصة لمجتمعات معينة تنهياً فيها ظروف ومتطلبات التطبيق .

(٣) إن أكثر السجناء حرماناً من الحقوق ، وأكثرهم تعرضاً للقسوة في المعاملة ، هم السجناء السياسيون ، وهؤلاء وإن شملهم وصف السجين إلا أنهم ليسوا صنفاً واحداً ، فبعضهم خطر حقيقي على النظام العام في المجتمع ، وعلى وحدة البلاد الحقيقية ، وبعضهم سجين سياسي لأنه يختلف مع النظام القائم حتى وإن كان اختلافه معه بحق ، ولذا فإنه لا بد من العناية بهم ، والتأكيد على تطبيق ما تقتضي به العدالة ، والمسلمات الإنسانية التي تمكنهم من الحصول على حقوقهم المشروعة ، وإن لا تؤجل محاكمتهم ، والنظر في أمرهم ، مع وجوب أن يكون ذلك أمام القضاء النزيه ، وإن يمكنوا من الدفاع مما يوجه إليهم إما بأنفسهم أو بواسطة من ينوب عنهم ، ومن وجد منهم مستحقاً للعقوبة فإنه يطبق بحقه ما يتقرر قضاء .

(٤) إن المتتبع للتاريخ يجد أن هنالك دولاً ومؤسسات تميزت بالمعاملة البالغة السوء للمساجين ، كما تقدم في محاكم التفتيش ، وسجن الباستيل ، وحدثاً في غوانتانامو، وأبي غريب ، والسجون السرية الأمريكية ، وقد ابتكرت تلك المؤسسات العديد من وسائل التعذيب والتضييق على المساجين ، وللأسف فإن هذه الأساليب أعيد إنتاجها وطورت في العصر الحاضر ، وتفنتت بعض الدول في ابتكار مزيد من هذه الوسائل والأساليب المشينة للتضييق على المسجونين وانتزاع الأقفال منهم ، وأصبحت هذه الأدوات تجارة رائجة تدر دخلاً على مبتكريها ، أو تقدم هدية لبعض الدول الصديقة ، أو التي تربطها بها علاقات تجارية ، أو استراتيجية .

ولا تتورع بعض الدول التي تسمى بدول العالم المتقدم عن إنتاجها أو استخدامها في حين أنها تتادي بتطبيق الديمقراطية والحرية ، وتشجب وتتدد بما يجري في دول أخرى ، ولذا فإن الواجب المتعين يقضي بتحريم وتجريم إنتاج أو استعمال هذه الأدوات والأساليب سواء كانت مادية أو غيرها ، والوقوف أمامها بحزم وصرامة .

(٥) لا بد مع ذلك كله من النظر إلى السجن على أنه ضرورة لا بد منها لضبط المجرمين ، والحيلولة بينهم وبين الإفساد في المجتمع ، والعمل على إصلاحهم وتهذيبهم ، وهو كذلك مكان لانتظار تطبيق العقوبة على من صدرت بحقهم

أحكام قضائية ، ومكان لحجز المتهمين حتى يتبين أمرهم ، أو غير ذلك ، ولذا فإنه لا يمكن أن يكون السجن مهما توافر فيه من الحقوق أفضل من كون الإنسان حراً طليقاً ، مالكاً للقدرة على الحركة والتصرف في شؤونه ، فلا بد من التسليم بأن السجن مهما كان مهيباً فيه انتقاص من حرية المسجون ، وحرمان له من بعض حقوقه ، ولكن لا بد من كون ذلك في الحدود التي لا تهدر كرامته الآدمية ، ولا تعتدي على ما تقرره الأديان والشرائع .

ب- تصور لنظام رقابي دائم يضمن التطبيق السليم لحقوق السجناء :

من المعلوم أنه لا توجد جهة تستطيع إلزام دول العالم بتطبيق بنود المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق المساجين أو غيرهم .

وأقرب ما يصلح لذلك جهتان :

جهة عالمية ، وجهة إسلامية .

فالجهة العالمية تمثلها هيئة الأمم المتحدة ، والمنظمات التابعة لها ؛ لأنها من الناحية النظرية تجمع دول العالم كلها غالباً تحت مظلتها ، وتستطيع إسماع كلمتها لهم من خلال مؤتمراتها ، ومقرراتها ، ولكنها من الناحية العملية ليست على مستوى الآمال ، والتطلعات ؛ لأنها واقعة تحت تأثير الدول الكبرى في قراراتها وأعمالها ، وهي إلى ذلك ضعيفة في قدرتها على تنفيذ ما يصدر عنها من قرارات ؛ لأنها لا تملك قوة الإلزام الخاصة بها ، وقصارى جهدها في كثير من الأحيان : الشجب والتثديد ، وكتابة التقارير ، وحتى هذه لم تسلم من التلاعب والتأثير ، والتغيير ، ولعل في التقرير الذي كتبه القاضي جلاستون عن العدوان الإسرائيلي على غزة خير مثال .

ومما يزيد الأمر سوءاً مجلس الأمن الدولي الذي هو عبارة عن تجمع لعدد من الدول الكبار المؤثرة ، والذي تستطيع كل دولة فيه تعطيل القرار الأممي الذي لا يناسبها ، أو يضر بمصالحها ، أو يمس أصدقاءها ، وحلفاءها فيما يعرف بحق الفيتو .

فالأمل ضعيف في الإفادة من منظمة الأمم المتحدة في المتابعة والإشراف على تطبيق هذه الحقوق بالشكل المناسب .

وإذا أريد لها أن تنهض على النحو المطلوب فإنه لا بد من إعادة النظر في ميثاقها ورفع هيمنة المتسلطين عليها ، والعمل على إلغاء استبداد الدول دائمة العضوية في مجلس الأمن ، وإلغاء حقها في تعطيل القرارات ، والتأثير على تصرفات الدول الأخرى ، وحماية الظلمة والمجرمين من الدول أو الهيئات أو المؤسسات ، وهو أمر بعيد المنال في المنظور القريب .

ولكن لا بد من العمل الجاد في هذا الصدد ، وإلى أن يتم ذلك فإنه يمكن إنشاء هيئة عالمية تتابع ما يجري في دول العالم من خروقات ، وتقوم بالتفتيش على السجون ، وتحقق فيما يرفع إليها فيما يخص شكاوى المسجونين ، وأن تمكن هذه الهيئة من رفع الأضرار والتشهير بالمخالفين ، وإيقاع العقوبات الممكنة عليهم من أمثال العقوبات الاقتصادية ، والحرمان من بعض الأمور الاعتبارية كتعليق العضوية ، وعدم السماح بحضور جلسات المنظمة ونحو ذلك .

ثانياً : الجهة الرقابية الإسلامية :

وهذه يمكن أن تكون منظمة التعاون الإسلامي (منظمة المؤتمر الإسلامي سابقاً) ، وتستطيع المنظمة أن تقوم بهذا العمل الجليل من خلال جهاز متخصص ينشأ لهذا الغرض يتولى الإشراف على تطبيق المعايير الشرعية والدولية المتعلقة بحقوق المساجين في دول العالم الإسلامي ، التي يفترض فيها أن تكون أكثر دول العالم انضباطاً في هذا الباب ، وان تسعى لتقديم صورة ناصعة لتطبيق هذه الحقوق للعالم بأسره !.

ويمكن لهذا الجهاز المختص أن يتابع الأمور بالآلية المذكورة في الهيئة السابقة المقترحة في هيئة الأمم المتحدة ، فيكون له الحق في الإشراف والمتابعة ، والتدقيق والتحقق فيما يرفع إليه ، وكتابة التقارير ورفعها إلى المنظمة لتقوم بمخاطبة الدولة المعنية ، فإن لم تستجب فإنه يمكن تعليق عضويتها ، ونشر التقارير المتعلقة بها ونحو ذلك ، وبالله التوفيق .

الفهرس

الصفحة	البيان
١	• المقدمة في التعريف بالبحث
٩ - ٢	• المبحث الأول : في التعريف بالسجن واهميته و تاريخه ، وبيان حكمه في الإسلام
١٣ - ١٠	• المبحث الثاني حقوق المسجون في الشريعة الاسلامية
٢٠ - ١٤	• المبحث الثالث حقوق المسجون في ميثاق الامم المتحدة لحقوق الانسان
٤٠ - ٢١	• المبحث الرابع حقوق المسجون في المواثيق الاسلامية لحقوق الانسان
٦٣ - ٤١	• المبحث الخامس : وثيقة الحقوق الدنيا لمعاملة المسجون
٧٠ - ٦٤	• المبحث السادس مناقشة و تصور لنظام رقابي دائم لضمان تطبيق هذه الحقوق



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

حقوق السجناء في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في أنظمة المملكة العربية السعودية

إعداد

أ. د. أحمد بن يوسف الدريويش
وكيل الجامعة لشئون المعاهد العلمية
والأستاذ بقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء و سيد المرسلين ، نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجه واقتفى أثره إلى يوم الدين ، أما بعد :

فإن استتباب الأمن في المجتمع ، من أقوى عوامل الرخاء وازدهار الحياة بشتى جوانبها ونواحيها ، وحتى نصل إلى تلك الغاية وذلك الهدف ، لا بد لنا من سلوك السبيل الصحيح والطريق القويم ، وثمة عوامل كثيرة توصلنا لغايتنا هذه ، منها العناية بجانب الجريمة ومرتكبيها ووضع العقاب الرادع لفاعلها، ولكن لا بد من التثبت من فاعلها الحقيقي قبل الشروع في عقابه امتثالاً واستجابة لأمر الله عز وجل حين قال ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ ﴾^(١) .

وفي الوقت ذاته لا بد من مراعاة حقوق السجناء بجميع أصنافهم ، سواء السجناء سجناءً احتياطياً مؤقتاً ؛ بهدف البحث عن الحقيقة وإظهارها ليتقرر بعدها ما يجب تجاهه.أو سجناءً تنفيذياً ؛ بهدف تنفيذ العقوبة بعد الإدانة وصدور الحكم ، أو أي سجن آخر، فهناك قاسم مشترك يجمع الجميع يتمثل في آدمية هذا الإنسان ، وأنه مكرم من عند الله قال تعالى ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾^(٢) .

فيجب صون حقوقه حتى لو أخطأ في حق الآخرين ، أو المجتمع ، وأن تكون عقوبته تأديباً وتهذيباً وفق شرع الله المطهر ، بعد التحري والتثبت ، دون المساس بحرية الفرد التي هي حق من حقوقه للقيام بشؤونه وامتثال أوامره بربعه بعمارة الأرض وطلب الرزق والسعي في الكسب وغيرها قال تعالى : ﴿ هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ الْأَرْضِ وَأَسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا ﴾^(٣) ، وقال تعالى : ﴿ هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ ﴾^(٤) .

فالمساس بكرامة المرء وتعريض سمعته للاهتزاز لا سيما إن كان ذا مكانة عالية وقدر رفيع في المجتمع منهي عنه شرعاً، ناهيك عن تعارضه الظاهر مع مبدأ العدالة وقاعدة "الأصل براءة المتهم" كما هو متقرر لدى فقهاء الشرع والقانون على حدٍ سواء .

^١ - الحجرات: ٦ .

^٢ - الإسراء : ٧٠ .

^٣ - هود: (٦١) .

^٤ - الملك: ١٥ .

ومن الجدير ذكره في هذا المقام أن السجن تتعارض فيه مصلحتان:

الأولى : مصلحة الفرد وحقه في التمتع بحريته بلا قيود تفرض عليها ، وكذا حقه في الحفاظ على كرامته وعدم المساس بما يعرض سمعته للتشويه لأن الحرية مقصد أسمى من مقاصد الشريعة ، بل هي أساس المقاصد الشرعية كلها .

والثانية : مصلحة الجماعة وحقها في حفظ الأمن والعمل على استتبابه ، ولما كانت مصلحة الجماعة مقدمة على مصلحة الفرد كان لازماً ألا يكون هذا على الإطلاق بل لأبد من قيود وضوابط محددة تحفظ للجميع حقوقهم بما لا يؤدي إلى ظلم الآخر أو هضم حقوقه.

لهذا كله ، وللحاجة إلى بيان أهم حقوق السجناء في الشريعة الإسلامية ، وبيان جانب يسير من تطبيقاته في أنظمة المملكة العربية السعودية من الواقع من باب التدليل والتمثيل لا الحصر ، ، وأن المملكة في تطبيقاتها وأنظمتها في هذا الشأن ، سبقت القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء التي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة الأول ، لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقودة في جنيف عام ١٩٥٥م وما تلاه من قرارات وتوصيات وغيرها ، وقد جعلت هذا البحث في مقدمة ، وفصلين أشتمل كل فصل على مباحث على النحو الآتي :

❖ المقدمة

❖ الفصل الأول : مفهوم السجن وأدلة مشروعيته وتطوره التاريخي

وفيه خمسة مباحث:

- **المبحث الأول :** تعريف السجن في اللغة والاصطلاح
- **المبحث الثاني :** أدلة مشروعية السجن وغاياته
- **المبحث الثالث :** نبذة تاريخية عن السجن
- **المبحث الرابع :** فوائد السجن وعيوبه
- **المبحث الخامس :** العقوبات البديلة للسجن

❖ الفصل الثاني : حقوق السجناء في الشريعة الإسلامية وبيان عناية المملكة

العربية السعودية بهم

وفيه ثلاثة مباحث:

- **المبحث الأول :** نظرة الإسلام إلى السجن والسجين
- **المبحث الثاني :** حقوق السجناء في الشريعة الإسلامية
- **المبحث الثالث :** التطبيقات العملية لحقوق السجناء في أنظمة المملكة العربية السعودية .

❖ **الخاتمة :** وفيها أهم النتائج والتوصيات

❖ **فهرس المراجع**

❖ **فهرس الموضوعات**

الفصل الأول

مفهوم السجن وأدلة مشروعيته وتطوره التاريخي

هذا الفصل سنتناول فيه مفهوم السجن مع بيان جانب من أدلة مشروعيته ، وتطوره التاريخي قبل الإسلام وبعده ، وما تميز به الإسلام من حفظ كرامة الإنسان وإعلاء شأنه بخلاف ما كانت عليه السجون قبل الإسلام أو في الدول التي لا تدين به قديماً وحديثاً ، فالإسلام ينظر إلى السجن على أنه وسيلة تهذيب وإصلاح ويدخل في باب التعزير في الشريعة الإسلامية، وهو من العقوبات التي طبقت في العهد النبوي وعهد الخلفاء الراشدين مع تفاوت الأساليب والوسائل طبقاً لمتطلبات الزمان والمكان ، وسوف نتناول هذه القضايا في خمسة مباحث :

المبحث الأول : تعريف السجن في اللغة والاصطلاح.

المبحث الثاني : أدلة مشروعية السجن وغاياته

المبحث الثالث : نبذة تاريخية عن السجن .

المبحث الرابع : فوائد السجن وعيوبه

المبحث الخامس : العقوبات البديلة للسجن

المبحث الأول

تعريف السجن في اللغة والاصطلاح

يُعد مصطلح السجن من المصطلحات المعروفة قديماً وحديثاً ، وسوف نبين في هذا المبحث معنى السجن في اللغة والاصطلاح مع بيان ما يتفرع عنه وما يماثله من الألفاظ وذلك فيما يلي :

المطلب الأول

تعريف السجن في اللغة

السجن لغة: مأخوذ من مادة سجن فالسين والجيم والنون تدل على الحبس، قال ابن فارس: هي أصل واحد وهو الحبس، والسَّجْنُ بكسر السين المكان الذي يسجن فيه الإنسان، ومنه قوله تعالى ﴿ رَبُّ السُّجُنِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ ﴾^(١) ، وقد يجيء السجن بالفتح على المصدر، يقال سجنه يسجنه سجنًا، أي حبسه .

وهذه المادة فيها ثلاثة أطراف:

(١) السجن: وهو المكان .

^١ - يوسف : ٣٣ .

^٢ - انظر: الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، دار المأمون، الطبعة الرابعة ، الجزء الرابع ، ص ٢٣٣ .

(١)

(٢) المسجون: هو الذي يقع عليه السجن .

(٣) المنفذ: وهو الذي يقع منه السجن.

يقال للفرد سجين، وللجماعة سجناء، وسجنى.

(٢)

وهناك ألفاظ لها صلة لغوية بكلمة السجن وهي:

(١) الحبس: ويأتي بمعنى المنع والإمساك، والمحبس هو المكان الذي يتم فيه الحبس.

(٣)

(٢) الحصر: وهو المنع والحبس، ﴿ وَجَعَلْنَا جَهَنَّمَ لِلْكَافِرِينَ حَصِيرًا ﴾ .

(٣) الاعتقال: وهو في اللغة الحبس، واعتقلت الرجل أي حبسته.

(٤)

(٤) الإمساك: ويراد به المنع والتعويق، قال تعالى: ﴿ فَأَمْسِكُوهُمْ فِي الْبُيُوتِ ﴾ .

(٥)

(٥) الإثبات: الإثبات والحبس في اللغة بمعنى واحد، ومنه ﴿ يُثْبِتُوكَ أَوْ يَقْتُلُوكَ ﴾ .

(٦) الأسر: والأسير هو الأخيد يؤخذ في الحرب ويسمى أسيراً ومسجوناً.

المطلب الثاني

تعريف السجن في الاصطلاح

يرى علماء السياسية الشرعية أن السجن وسيلة من وسائل حماية المجتمعات وتقويم المعوج من سلوكيات بعض أفرادها أو جماعاتها ، فهو وسيلة ردع وتهذيب وإصلاح ، ولهذا نجد الفقهاء في تعريفاتهم ينصون على أن السجن يقيد حركة الشخص أو الجماعة من القيام بأشغالهم ومهماتهم حال إيداعهم السجن ، وهناك تعريفات كثيرة نقتصر على بعضها اختصاراً ومنعاً للإطالة :

■ فقد عرف شيخ الإسلام ابن تيمية السجن بقوله : "هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في بيت أو مسجد أو كان بتوكيل نفس الخصم أو وكيل الخصم عليه"^(٦) .

^١ انظر: ابن منظور ، لسان العرب ، طبعة دار الصادر ، بيروت ، الجزء الثالث عشر ، ص ٢٠٣ .

^٢ انظر: الرازي ، مختار الصحاح ، طبعة دار الفكر ، بيروت ، ص ٢١٧ .

^٣ الإسراء: ٨ .

^٤ النساء: ١٥ .

^٥ الأنفال: ٣٠ .

^٦ انظر: شيخ الإسلام تقي الدين ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، مجمع الملك فهد ، المجلد الخامس والثلاثون ، طبعة عام ١٤١٦ هـ ص ٣٩٨ .

- وعرفه بعض الباحثين بقوله السجن هو : "تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في سجن أو بيت أو مسجد أو كان بتوكيل الخصم أو وكيله عليه وملازمته له أو كان بنفسه أو تغريبه"^(١) .
 - وعرفه آخر بقوله : "هو الجزاء المقرر على الشخص لعصيانه أمر الشرع بتعويقه ومنعه من التصرف بنفسه حساً كان أو معنى لمصلحة الجماعة أو الفرد إصلاحاً أو تأديباً"^(٢) .
- وأما تعريف السجن باعتباره مكاناً للعقوبة وهو ما يضبطه علماء اللغة بكسر السين . فزرى بأنه: "المكان المعد لحبس المجرمين والمتهمين والمحجوزين لمصلحة معتبرة" .
- وهذا التعريف فيه بيان للغاية من السجن في الدين الإسلامي، وهو مصلحة الجماعة بحفظ الدين والنفس والمال والعرض والعقل والنسل.
- ومصلحة الفرد الجاني لإبراء ذمته وإصلاحه وتأديبه حتى يعود للمجتمع فرداً صالحاً، وحفظه من الاعتداء عليه حتى يرى ولي الأمر الإفراج عنه حسب ما تقتضيه المصلحة.
- والسجين هو : الإنسان الذي ارتكب مخالفة وحكم عليه بالسجن ليقتضي فيه العقوبة المقررة عليه . والسجن : هو العلاج الوحيد الأمثل للردع والمساهمة في إصلاح المجتمع وحمايته، لكن هذا السجين حتى لو ارتكب جريمة فهو يعتبر في النهاية إنساناً ويجب معاملته كإنسان^(٣) .

المبحث الثاني

أدلة مشروعية السجن وغاياته

هناك أدلة كثيرة على مشروعية السجن سوف اكتفي ببعضها اختصاراً ، فالسجن يكون ضرورة عند أكثر الفقهاء لحماية المجتمعات من أرباب الإجرام قديماً وحديثاً ، ومن ذهب إلى منع السجن نظراً لما يحصل فيه من بعض الانتهاكات والتصرفات الخاطئة ؛ فهذا قول مرجوح لا راجح ، ولا يمكن تعميمه وهي أخطاء في جانب التطبيق من بعض الأشخاص .

المطلب الأول

دليل مشروعية السجن

قامت الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول على مشروعية السجن ، وفيما يلي نذكر بعض هذه الأدلة :

^١ انظر محمد بن عبد الله الأحمد حكم ، الحبس في الشريعة الإسلامية ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ص ٣٨ .
^٢ انظر : محمد الجريوي ، السجن وموجباته في الشريعة الإسلامية ، الرياض ج ١ ، ص ١٥ .
^٣ انظر : ماجد محمد قاروب (حقوق السجناء والسجينات في نظام الإجراءات الجزائية) ، مقال منشور في الاقتصادية الأحد ٢٤ رجب ١٤٣٢ هـ . الموافق ٢٦ يونيو ٢٠١١ العدد ٦٤٦٧ .

أولاً : الدليل على مشروعية السجن من الكتاب :

دلت آيات كثيرة من الكتاب على مشروعية السجن ، وفيما يلي نذكر بعض هذه الآيات على سبيل التمثيل لا الحصر :

(١) قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ الْأَثِمِينَ ﴾^(١) .

وموضع الشاهد من هذه الآية قوله سبحانه (تحبسونهما) ووجه الاستشهاد ، أن الله أمر بحبس الشاهدين فيما يتعلق بالوصية ، والأمر يفيد المشروعية ، ومعنى تحبسونهما أي توقفونهما^(٢) .

قال القرطبي : " وهذه الآية أصل في حبس من وجب عليه حق " ^(٣) .

(٢) قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جَزَاءُ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾^(٤) .

وموضع الشاهد من الآية قوله تعالى : ﴿ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾ ، ووجه الاستشهاد هو: أن هذه الآية بينت عقوبات قطاع الطريق ، ونصت على أن إحداها هي النفي من الأرض ، والنفي هو أحد معاني السجن ، لأنه نفي من سعة الدنيا إلى ضيق السجن ، فأصبح المسجون بمثابة المنفي من الأرض ، التي هي أوطانهم التي تشق عليهم مفارقتها^(٥) .

والمقصود أنه لا يستقيم الاستدلال بهذه الآية إلا عند من يرى من العلماء أن المراد بالنفي في هذه الآية هو السجن ، ويتأكد قول هؤلاء بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : " أحبسه حتى أعلم منه التوبة ، ولا أنفيه إلى بلد يؤذيه " ^(٦) .

ونكتفي بالاستدلال بهاتين الآيتين طلباً للاختصار :

ثانياً : الدليل على مشروعية السجن من السنة :

دلت أحاديث كثيرة على مشروعية السجن ، نذكر فيما يلي بعضاً منها :

- ^١ - المائدة : ١٠٦ .
- ^٢ - انظر: محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ ، دار الخير- بيروت ، ص ٧٨ .
- ^٣ - انظر : أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٥ هـ ، الجزء السادس ص ٣٥٢ .
- ^٤ - سورة المائدة الآية ٣٣ .
- ^٥ - انظر: محمد الأمين بن محمد بن المختار الشنقيطي ، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ، دار الفكر ، ١٤١٥ ، الجزء الثاني ، ص ٩٨ .
- ^٦ - انظر : القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، مرجع سابق الجزء السادس ، ص ٣٥١ .

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : " بعث النبي ﷺ خيلاً قبل نجد ، فجاءت برجل من بني حنيفة يقال له ثمامة بن أثال ، فربطوه بسارية من سواري المسجد ، فخرج إليه النبي فقال : « ما عندك يا ثمامة ؟ » ، فقال : عندي خير يا محمد إن تقتلني تقتل ذا دم ، وإن تنعم علي تنعم على شاكر ، وإن كنت تريد المال فسل منه ما شئت ، فتركه حتى كان الغد ، ثم قال له : « ما عندك يا ثمامة ؟ » ، فقال : ما قلت لك ، إن تنعم تنعم على شاكر ، فتركه حتى كان بعد الغد ، فقال : « ما عندك يا ثمامة ؟ » ، فقال : عندي ما قلت لك ، فقال : « أطلقوا ثمامة » ، فانطلق إلى نخل قريب من المسجد فاغتسل ثم دخل المسجد فقال : أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله " الحديث^(١) .

ووجه الدلالة منه : أن ثمامة كان مربوطاً بإحدى سواري المسجد ، ويمر عليه الرسول أكثر من مرة ، في أيام متفرقة ، وفي ذلك إقرار منه وإقراره سنة .

(٢) ما ورد أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة^(٢) .

ووجه الدلالة فيه : أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة وهذا فعل منه وفعله سنة ، فدل على مشروعية السجن .

ونكتفي بإيراد هذين الحديثين على مشروعية السجن طلباً للاختصار .

ثالثاً : الدليل على مشروعية السجن من الإجماع :

دل الإجماع أيضاً على مشروعية السجن ، حيث وقع زمن الصحابة والتابعين ، ومن بعدهم إلى الآن في جميع الأعصار والأمصار دون إنكار .

قال الزيلعي^(٣) : " الحبس ثابت بالكتاب والسنة والإجماع .. أما الإجماع فلأن الصحابة ومن بعدهم أجمعوا عليه "^(٤) .

وقد حبس الخلفاء الراشدون أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم أجمعين^(٥) .

^١ - أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب المغازي - باب وفد بني حنيفة ، ومسلم في صحيحه - كتاب الجهاد - باب ربط الأسير وحبسه .

^٢ - أخرجه أبو داود في سننه - كتاب الأفضية - باب الحبس في الدين ، والترمذي في سننه - كتاب الديات - باب ما جاء في الحبس في التهمة ، والنسائي في سننه - كتاب السارق - باب امتحان السارق بالضرب ، وزاد الترمذي والنسائي ثم خلى عنه وهو حديث حسن صالح للاحتجاج . انظر : نصب الراية ج ٣ ص ١١٣ ، ١١٢ ، وتهذيب التهذيب الجزء الأول ، وحسنه الشيخ الألباني . انظر : صحيح سنن أبي داود الجزء الثاني ، ص ١٩٦ .

^٣ - هو : أبو محمد أو أبو عمر فخر الدين عثمان بن علي بن محجن الحنفي الزيلعي ، الفقيه - أشهر مصنفاته : (تبيين الحقائق) ، توفي سنة ٣٤٧هـ . انظر : الفوائد البهية ص ٥١١ ، وتاج التراجم ص ١٤ ، والجواهر المضيئة ج ٢ ص ٩١٥ .

^٤ - انظر : فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، نشر دار الكتاب الإسلامي ، مطبعة الفاروق الحديثة - القاهرة ، الطبعة الثانية ، الجزء الثاني ، ص ٩٧١ .

^٥ - انظر : ابن فرحون المالكي ، تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام ، تعليق الشيخ جمال مرعشلي ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ ، الجزء الثاني ، ص ١٣ .

قال الشوكاني رحمه الله: " الحبس وقع في زمن النبوة وفي أيام الصحابة والتابعين فمَن بعدهم إلى الآن في جميع الأعصار والأمصار، من دون إنكار. وفيه من المصالح ما لا يَخْفَى" (١).

المطلب الثاني

غايات السجن وأهدافه

شرع السجن لحكم عظيمة تعود مصالحها على الفرد والمجتمع، وقبل بيان هذه الحكم والغايات منه يحسن التنبه إلى أن السجن في الشريعة الإسلامية ليس مقصوداً لذاته، بل يتوصل به إلى غيره، وهي تلك المقاصد والغايات - والتي سنذكر بعضها في هذا المطلب - إضافة إلى ذلك فإن الشريعة الإسلامية لم تتوسع في موجبات السجن، كما هو في القانون، وجعلت عوضاً عنه إقامة الحدود، والتعزيرات البدنية، مما يخفف من السلبات الناتجة عن السجن على الدولة والفرد والأسرة، والتي تمثل نواة المجتمع.

وهذه بعض الحكم من مشروعية السجن:

(١) زجر الجاني وتأديبه: فعندما تقيد حرية الجاني بالسجن فإنه يحس بألم هذه العقوبة البليغة، فيرتدع عن الوقوع في المحرمات، والتعدي على حدود الله، وحقوق الناس.

(٢) إصلاح الجاني وتهذيبه وتقويمه، وتحقيق توبته: ويظهر هذا في السجن في أمور منها أن عقوبة السجن تقيد حرية الشخص فتخرجه من سعة الدنيا إلى ضيقها مما يدعوه إلى مراجعته لنفسه ومحاسبته لها، وهذا يفيد في استصلاحه وتقويمه، وتحقيق توبته، ومنها أن السجن يعزله عن مسرح الفساد، مما يدعو أيضاً إلى صلاح حاله حيث لا يخفى ما للمجاورة من تأثير في الطاعة أو المعصية، ومنها أنه يمكن استصلاحه في السجن عن طريق الوعظ والإرشاد والتوجيه حيث هو ملزم بالبقاء في المكان، ونفسه غالباً منكسرة بالسجن فيكون ذلك أدعى للقبول.

ومما يدل على هذه الحكمة من السجن، ما ورد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه حبس رجلاً وقال: أحبسه حتى أعلم منه التوبة (٢).

(٣) يقصد منه أيضاً ردع غيره من الناس، فإنهم إذا رأوا ما حل به من السجن كفوا عن الوقوع في المعاصي والمحرمات.

(٤) دفع الضرر عن المسلمين: وذلك بحفظ أهل الجرائم الذين ينتهكون المحارم ويتعدون على حدود الله، وحقوق المسلمين، وهذا من مقاصد الشريعة فإنها جاءت بالمحافظة

١ - الشوكاني في نيل الأوطار " ج ٩ ص ٢١٨.

٢ - محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق ومراجعة صدقي جميل عرفات، دار الفكر، بيروت - لبنان ١٩٩٨م، الجزء السادس، ص ٢٥١.

على المصالح الدينية والدنيوية ويظهر ذلك جلياً في المحافظة على الضروريات الخمس المعروفة .

- (٥) استيفاء الحقوق ممن وجبت عليهم ، ولم يؤدوها إلى أهلها .
- (٦) يقصد منه كشف حال المتهم ، والتحقق من أمره . فإما أن تثبت إدانته أو براءته ، وهذا يظهر جلياً في السجن لمدة قصيرة ، والذي يقابل التوقيف في التنظيمات المعاصرة^(١) .

المبحث الثالث

نبذة تاريخية عن السجن

سنورد في هذا المبحث نبذة مختصرة عن التطور التاريخي للسجن وما مر به عبر الحقب التاريخية من تطورات ، كان هدفها تحسين خدمة السجناء والموقوفين وذلك في المطالب التالية :

المطلب الأول

السجن قبل الإسلام

من يتأمل تاريخ السجن قبل الإسلام يدرك أنه وسيلة من وسائل العقاب ، فالقرآن الكريم عندما نتبعه فإننا نجده قد أخبر بوضوح عن السجن قبل الإسلام .

- كما في قوله تعالى عن سجن بعض الأنبياء وتهديد البعض الآخر بالسجن فقد سجن يوسف عليه السلام وذلك في قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ بَدَأَ لَهُمْ مِنْ بَعْدِ مَا رَأَوُا آيَاتِ لَيْسَجُتُّهُ حَتَّىٰ حِينٍ ﴾^(٢) . وكان يضم السجن مع يوسف غيره .
- كما ذكر سبحانه وتعالى تهديد موسى بالسجن في قوله تعالى : ﴿ لئن اتَّخَذْتَ إِلَهًا غَيْرِي لأَجْعَلَنَّكَ مِنَ الْمَسْجُونِينَ ﴾^(٣) . وهذا يدل على سوء حالة السجن في ذلك العهد .
- كما سجن به سليمان عليه السلام الجن وذلك في قوله تعالى : ﴿ وَالشَّيَاطِينَ كُلَّ بَنَّاءٍ وَغَوَّاصٍ ❖ وَآخَرِينَ مُقَرَّنِينَ فِي الْأَصْفَادِ ﴾^(٤) . فكان عليه الصلاة والسلام يجعل هذه الصفاد لمن تمرد وعصى وأساء في صنعه .^(٥)

^١ - انظر : ابن فرحون المالكي ، تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام ، تعليق الشيخ جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ ، الجزء الثاني ، ص ٢١٣ ، ٤١٣ - ٩١٣ ، بتصرف .

^٢ - يوسف : ٣٥ .

^٣ - الشعراء : ٢٩ .

^٤ - ص : ٣٨ ، ٣٧ .

^٥ - انظر : أبو الفداء عماد الدين ، إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي ، تفسير القرآن العظيم ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثامنة ١٩٩٦م ، الجزء الرابع ، ص ٣٨ .

وأما السجن عند الإمبراطوريات والأمم الأخرى فقد كان معروفاً ومعمولاً به ، ولكنه كان على أسوأ حال ، حيث يودع فيه أسرى الحرب والخصوم ، وكان معروفاً بقسوته وقوته التعذيبية ؛ يتضح ذلك من خلال إلقاء نظرة سريعة على بعض هذه الأمم والإمبراطوريات التي شهد السجن فيها أسوأ حالاته ^(١) ، وسنعرض نبذة موجزة عن كل منها بإيجاز :

فبالنظر إلى الإمبراطورية الكلدانية نجد أنهم كانت لديهم سجون يضعون فيها الأسرى الذين من البلاد التي يحاربونها ، وكان سجنهم معروفاً بقوته التعذيبية .

وأما عند اليونانيين فقد عرف السجن عندهم بقوته وإعداده لكل خارج عن نمطهم المألوف ، وقد سجن سقراط لعدم عبادته للأوثان ، وكانت سجونهم تمتاز بالهمجية في أساليب التعذيب ، فقد ذكر عنهم أنهم كانوا يدخلون السجن في جوف حيوان ميت حتى تأكل جسمه الديدان . ^(٣)

وأما الإمبراطورية الآشورية في بابل فقد قامت على تشغيل الأسرى في بنائها وخدمة أمورها الخاصة ، وكانوا يحجزون في الأماكن والكهوف وفي الشعاب والأودية . ^(٤)

ولقد عرفت الإمبراطورية الرومية بشدة البطش بسجنائها والتتكيل بهم فقد كانوا يسجونهم في سراديب مظلمة أعدت تحت الأرض ، وكانت سجونهم في كل مدنهم ففي كل مدينة سجنٌ مستقلٌ.

وأما السجن عند الفرس فقد كان معروفاً ومستعملاً لديهم يبين لنا ذلك ابن الأثير ^(٥) من خلال كلامه على هذا الموضوع فيقول : " إن سيف بن ذي يزن استتصر بكسرى لما غزا الأحباش اليمن ، فمده كسرى بثمانمائة سجين ، كانوا عنده في السجن ليحارب بهم ، مما يدل دلالة واضحة على أن السجن كان منتشراً عند الفرس وأن السجناء كانوا كثيرين حتى إنهم يستعملون في الجيش " ^(٦) .

كما كان السجن معروفاً ومعمولاً به عند العرب أيضاً قبل الإسلام ، فقد اشتهرت بعض السجون عند العرب حتى أصبحت أعلاماً ومن أشهر السجون العربية : ^(٧)

^١ انظر : بيروت هارت : التعذيب عبر العصور ، دار الحوار ، سوريا ، الطبعة الأولى ، ص٧.

^٢ انظر : بيروت هارت ، المرجع السابق ص٧.

^٣ انظر : موفق الدين أبو العباس أحمد بن سعيد الدين القاسم الملقب (ابن أبي أصيبعة) ، عيون الأنباء في طبقات الأطباء ، الجزء الأول ، دار الثقافة والنشر والتوزيع ، ١٩٩٨م ، بيروت ، ص ٦٨ - ٧١ . بتصرف .

^٤ انظر : بيروت هارت ، التعذيب عبر العصور ، مرجع سابق ص١٦٣ .

^٥ انظر : خير الدين الزركلي ، الأعلام ، طبعة دار الملايين ، الجزء الثالث ، ص٢١٨ .

^٦ انظر : علي بن محمد ابن الأثير ، الكامل في التاريخ ، تحقيق عمر تدمري ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، طبعة عام ١٩٩٧م ، الجزء الأول ، ص٢٦٣ .

^٧ انظر خير الدين الزركلي ، الأعلام ، مرجع سابق ص٢٨٦ .

(١) سجن النعمان بن المنذر بالعراق .

(٢) سجن المدينة.

(٣) سجن حصن المشقر.

(٤) سجن ساباط بالمدائن.

(٥) سجن مضارب طيئ.

وبعد هذا العرض الموجز يتضح لنا أن السجن كان معروفاً ومعمولاً به قبل الإسلام ، كما اتضح سوء استغلالها ، وأنها كانت تستعمل دون النظر إلى أهدافها وغاياتها الحقيقية التي وضعت من أجلها.

المطلب الثاني

تاريخ السجن في الإسلام

أولاً : السجن في عهد النبوة :

لقد بدأ الإسلام ولم يكن للسجن في بدايته رجال مختصون ، ولا أماكن محددة له مختصة به ، ففي عهد النبي ﷺ لم يتخذ بنياناً معيناً للسجن ؛ وإنما كان السجين يوضع في المسجد أو في البيوت أو في الخيام ، وهكذا كان السجن على هذه الحالة ، فقد سَجَن أبو لبابة رفاعة بن عبد المنذر نفسه ست ليال ، وحبس آخرون أنفسهم في أعمدة المسجد لتخلفهم عن الغزو مع نبينا ﷺ ، كما نرى رسول الله ﷺ حبس ثمامة بن أثال في المسجد ، وحبس ﷺ سهيل بن عمرو في بيت حفصة ، كما حبس ﷺ بعض اليهود من بني قريظة بعد أن حُكِمَ عليهم من قبل سعد بن معاذ ﷺ في دار نسيبة بنت الحارث ، حيث كانت البيوت أداة للسجن أيضاً ، وكان رسول الله ﷺ يحبس في الخيام أيضاً كما كان بعد غزوة بدر ، وغيرها من الغزوات .

ثانياً : السجن في عهد الخلفاء الراشدين :

لم يكن السجن في العهد الأول من عهد الخلفاء الراشدين يختلف كثيراً عن عهد النبي ﷺ ، فلقد انقضت خلافة الصديق ﷺ ، والشطر الأول من خلافة عمر الفاروق ﷺ وهم يسجنون في المسجد والبيوت والخيام ، وإن كان عمر يسجن في الآبار كما فعل مع الحطيئة ، عندما سجنه في بئر ، ولكن في الشطر الأخير من خلافة عمر اشترى داراً

^١ - انظر : ابن الهمام : كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ، فتح القدير شرح الهداية ، علق عليه وخرج أحاديثه: عبد الرازق غالب المهدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٤هـ ، الجزء الخامس ، ص٤٧١.

^٢ - انظر : الإمام ابن كثير : أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي ، البداية والنهاية ، تحقيق : علي شيري ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الخامسة ، ١٤٠٩هـ ، الجزء الرابع ، ص١١٦.

^٣ - انظر : المرجع السابق ، الجزء الثالث ص٣٠٣ - ٣٠٥ ، بتصرف.

واتخذها سجناً ، وكانت أوّل دار معدة للسجن في الإسلام ، كأول نواة للسجن ، وفي عهد الخليفة عثمان رضي الله عنه كان الأمر كما هو في عهد الخليفة عمر رضي الله عنه ، ولما كان في عهد الخليفة علي رضي الله عنه بنى داراً معدة للسجن ، وكان بذلك أوّل من بنى سجناً في الإسلام ، وسمي ذلك السجن نافعاً .

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أنّ اتخاذ السجن في الإسلام إنّما كان بعد عهد أبي بكر الصديق رضي الله عنه .^(١)

ثالثاً : السجن بعد عهد الخلفاء الراشدين :

لقد زادت السجون في عهد الأمويين والعباسيين واتخذت أشكالاً متعددة ليس هذا مجال بسطها وحصرها حيث أنّهم عمدوا إلى تصيير المباني القديمة سجناً ، فحولت كثير من الدور والقلاع إلى سجون ، وقد بنى في العهد الأموي كثير من السجون ، ومن أشهرها سجن دمشق ، وسجن خضراء دمشق ، وسجن حلب ، وسجن الكوفة .^(٢)

ومن خلال ذكر ما سبق عن السجون قبل الإسلام والسجون في الإسلام ، يتبين لنا أنّ هذه الأداة كانت عبر العصور ، وأنّها كانت قبل الإسلام أداة تعذيب وقهر وإعدام ، حيث نرى أنّ بعض الأمم كانت تترك السجناء من غير عناية حتى يموتوا ، وكانوا يستغلونها أسوأ استغلال دون النظر إلى الغاية منها وأهدافها .

وعندما جاء الإسلام جعل للسجن غاية وأهدافاً نبيلة ؛ بل جعل السجن في بعض الأحيان أداة دعوة ، كما فعل النبي صلى الله عليه وآله عندما سجن ثمامة بن أثال ليرى الإسلام عن قرب ، ويرى المسلمين وتعاملهم الذي تتضح فيه سماحة الإسلام ، فعندما رأى ذلك أسلم وحسن إسلامه .^(٣)

المبحث الرابع

فوائد السجن وعيوبه

السجن في الشريعة الإسلامية وسيله من وسائل التهذيب والتقويم والعقاب في الجرائم المنصوص عليها في الشرع ، وليس أداة قمع وقهر كما يصوره البعض خاصة من الحاقدين على الإسلام والمسلمين .

فالشريعة الإسلامية أولت السجن والسجين كما أسلفنا عناية خاصة ، وفي هذا المبحث سنتطرق إلى فوائد السجن ومساوئه وعيوبه وخاصة عند البلدان التي لا تحكم

^١ انظر : ابن خلكان : أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر ، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، تحقيق : إحسان عباس ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٩٤ ، الجزء الأول ، ص ١٢٣ ، بتصرف .

^٢ انظر : علي بن محمد ابن الأثير ، الكامل في التاريخ ، الجزء الرابع ، ص ١٥٦ ، مرجع سابق .

^٣ انظر : عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر : المشهور بابن عبد البر ، الاستيعاب في معرفة الأصحاب ، تحقيق : علي محمد البجاوي ، دار الجيل ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤١٢ هـ ، الجزء الأول ، ص ٧٩ .

بشرع الله، فكما للسجن فوائد فله مساوئ ومفاسد ولكن هذه المساوئ والمفاسد التي تنتج عن تطبيق عقوبة السجن لا توجد عندنا في البلاد الإسلامية، وخاصة المملكة العربية السعودية التي تحكم شرع الله في جميع شؤونها بما فيها عقوبات الجرائم.

أما الدول والبلدان التي درجت في عصرنا الحاضر على إيقاع عقوبة السجن على جميع المجرمين على اختلاف جرائمهم، فلم تفرق بين جريمة كبرى وجريمة صغرى، ولا بين نوع من الجرائم وغيره، فالقاتل يسجن، والسارق يسجن، والمرثشي يسجن، والمعتدي على حقوق الآخرين يسجن، إلى غير ذلك من الجرائم، فالعقوبة في جميعها السجن لا غير، فنتج عن ذلك أن اكتظت السجون بالمجرمين وضاق بهم، ونتج عن ذلك مساوئ سنذكر أبرزها بإيجاز

أما الشريعة الإسلامية فامتازت على الأنظمة الوضعية بأن جعلت عقوبات لأغلب الجرائم التي تحدث فجعلت لجريمة القتل أن يقتل القاتل، ولجريمة السرقة أن يقطع السارق وغير ذلك من العقوبات المحددة في الشرع الإسلامي ولم يبق إلا بعض الجرائم التي لم تحدد عقوبتها من الشارع فجعل للوالي أن يحدد العقوبة التي تناسبها من عقوبات التعزير، وهذا مما يجعل عقوبة السجن لا تطبق إلا في حالات نادرة من الجرائم أو لأجل الاحتياط والاستظهار إضافة إلى ما وضعه الفقهاء من نظام تسيير عليه السجون مما يظهر فائدة السجن ويجعله أداة للإصلاح والتهديب بدل نشر الجرائم وازديادها، وما سنذكره من عيوب ومفاسد لا توجد إلا في الدول التي تطبق القوانين الوضعية، والتي تجعل السجن هو العقوبة الوحيدة لجميع الجرائم التي تحدث على اختلافها سواءً كبرت هذه الجرائم أو صغرت.

المطلب الأول

فوائد السجن

إن للسجن فوائد كثيرة تعود على المجتمع وعلى الأفراد منها:

(١) أن فيه أمن للبلاد ومصلحة للعباد :

فإن إيقاف المجرم وحبسه يمنع شره عن الناس فلا يصل إليهم، يقول الشوكاني: " إن السجن وقع في زمن النبوة، وفي أيام الصحابة والتابعين فمن بعدهم إلى الآن، في جميع الأعصار والأمصار، من دون إنكار، وفيه من المصالح ما لا يخفى، لو لم يكن منها إلا حفظ أهل الجرائم المنتهكين للمحارم، الذين يسعون في الإضرار بالمسلمين ويعتادون ذلك، ويعرف من أخلاقهم ولم يرتكبوا ما يوجب حداً ولا قصاصاً حتى يقام عليهم فيراح منهم العباد و البلاد، فهؤلاء إن تركوا وخلي بينهم وبين المسلمين بلغوا من الإضرار بهم إلى كل غاية وإن كان سفك دمائهم بدون حقها فلم يبق إلا حفظهم في السجن والحيلولة بينهم وبين الناس بذلك حتى تصح منهم التوبة أو يقضي الله في شأنهم ما يختاره، وقد أمرنا الله تعالى

بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والقيام بهما في حق من كان كذلك لا يمكن بدون الحيلولة بينه وبين الناس بالسجن كما يعرف ذلك من عرف أحوال كثير من هذا الجنس" (١).

(٢) تهذيب المجرم وإصلاحه :

فإن السجن إذا أعتني بمن فيه من السجناء وجعل مدرسة للإصلاح وذلك بإقامة حلقات التحفيظ وإلقاء الدروس والمحاضرات من قبل علماء أجلاء يصلون بحديثهم إلى قلوب المسجونين ويرشدونهم إلى الأفضل في جميع شؤون الحياة، ويجيبون عن تساؤلاتهم، إذا حصل كل ذلك، فإن السجن سيكون مكاناً للتهذيب والإصلاح إضافة إلى كونه مكاناً للعقوبة والتعذيب.

وكذلك فإن مكث السجن في السجن يجعله يطيل التفكير والتأمل في المصالح التي ستذهب عليه بسبب إجرامه ودخوله السجن مما يدعو إلى التوبة وعقد العزم على عدم العودة لمثل ما بدر منه، فإن كل هذا يعتبر من فوائد السجن المرجوة.

(٣) فيه التثبت قبل إيقاع العقوبة بالمجرم

فإن المجرم إذا أمسك ووضع في السجن يجعل للوالي الفرصة في التثبت من اقتراف المجرم لهذه الجريمة وإدانتها بها، فإن الوالي قد يعاقب المجرم حال غضبه قبل التثبيت، ويتضح في النهاية براءته من الجريمة التي نسبت إليه، فقد روي أن مروان بن الحكم لما استخلف ابنه على بعض المواضع أوصاه ألا يعاقب في حين الغضب، وحضه على أن يسجن حتى يسكن غضبه، ثم يروي رأيه وكان يقول إن أول من اتخذ السجن كان حليماً ولم يرد مروان طول السجن، وإنما أراد السجن الخفيف حتى يسكن غضبه (٢).

المطلب الثاني

مساوئ السجن وعيوبه

(١) إرهاب خزانة الدولة وتعطيل الإنتاج

حيث يوضع المحكوم عليهم بعقوبة السجن على اختلاف أنواعها ويكونون في الغالب من الأشخاص الأصحاء القادرين على العمل فوضعهم في السجن هو تعطيل لقدرتهم على العمل، وتضييع لمجهود كبير كان من الممكن أن يبذلوه فيستفيد منه المجتمع لو عوقبوا بعقوبة أخرى غير السجن تكفي لتأديبهم وردع غيرهم، ولا شك أن هناك من العقوبات ما يمكن أن يؤدي وظيفة الزجر والردع ويكون له أثره في محاربة الجريمة دون أن يؤدي إلى تعطيل مجهود المحكوم عليه.

١ - انظر : محمد بن علي الشوكاني ، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار ، تحقيق: محمد صبحي بن حسن حلاق، دار ابن الجوزي ، ١٤٢٧ ، الجزء الثامن ، ص ٣٤٣ .

٢ - انظر : ابن فرحون المالكي ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، الجزء الثاني ، ص ٣١٥ ، مرجع سابق .

كذلك فإن الدولة يجب عليها أن تقوم بشئون المسجونين وتوفر لهم المأكل والمشرب والملبس.

قال أبو يوسف : " ولم تزل الخلفاء يا أمير المؤمنين تجري على أهل السجون ما يقوتهم في طعامهم وأدمهم ، وكسوتهم الشتاء والصيف ، وأول من فعل ذلك علي بن أبي طالب عليه السلام بالعراق ، ثم فعله معاوية عليه السلام بالشام ، ثم فعل ذلك الخلفاء من بعده " (١) .
وهذا ولا شك يرهق خزانة الدولة ويحملها عبئاً ثقيلاً خصوصاً إذا كثر عدد المسجونين.

(٢) إفساد المسجونين

وهو أن السجن غالباً ما يؤدي بالصالح إلى الفساد ، ويزيد الفاسد على فساد ، فالسجن يجمع بين المجرم الذي ألف الإجرام وتمرس بأساليبه ، وبين المجرم المتخصص في نوع من الإجرام ، وبين المجرم العادي واجتماع هؤلاء جميعاً في صعيد واحد يؤدي إلى تفشي عدوى الإجرام يلقت المتمرس ما يعلم لمن هم أقل علماً وخبرة والمتخصص لا يبخل بما يعلم عن زملائه ويجد المجرمون الحقيقيون في نفوس زملائهم السذج أرضاً خصبة يحسنون استغلالها دائماً فلا يخرجون من السجن إلا وقد تشبعت نفوسهم إجراماً.

(٣) انعدام قوة الردع

إن عقوبة السجن قد فرضت على أساس أنها عقوبة رادعة ، ولكن الواقع قد أثبت أنها لا فائدة منها ولا أثر لها في نفوس بعض المجرمين فالذين يعاقبون بالسجن وبالأشغال الشاقة في بعض البلدان المجاورة ، وهي أقصى أنواع السجن لديهم ، لا يكادون يخرجون من السجن حتى يعودوا لارتكاب الجرائم ولو كانت العقوبة رادعة لما عادوا لما عوقبوا عليه بهذه السرعة .

(٤) قتل الشعور بالمسئولية

فإن الكثير من المسجونين يقضون في السجن مدداً طويلة نوعاً ما ، ينعمون فيها بالتعطل ويكفون فيها مؤونة أنفسهم من مطعم وملبس وعلاج ، والمشاهد أن هؤلاء يكرهون أن يلقي بهم خارج السجن ليواجهوا حياة العمل والكد من جديد ، وأنهم يموت فيهم كل شعور بالمسئولية نحو أسرهم ، بل نحو أنفسهم فلا يكادون يخرجون من السجن حتى يعملوا للعودة إليه لا حياً في الجريمة ولا حرصاً عليها ، وإنما حياً في العودة إلى السجن وحرصاً على حياة البطالة ، وهذا حال البعض كما يذكر من يدرسون علم الإجرام في الجامعات وفق إحصائيات خاصة بهم .

^١ - انظر : أبو يوسف ، كتاب الخراج ، ص ١٦١ ، مرجع سابق .

(٥) ازدياد سلطان المجرمين

من المجرمين من يغادر السجن ليعيش عالة على الجماعة يستغل جريمته السابقة لإخافة الناس وإرهابهم وابتزاز أموالهم، ويعيش على هذا السلطان الموهوم، وهذا المال المحرم دون أن يفكر في حياة العمل الشريف والكسب الحلال، ولقد أصبح سلطان هؤلاء المجرمين على السكان الآمنين يزاحم سلطان الحكومات بل أصبح المجرمون في الواقع أصحاب الكلمة النافذة، والأمر المطاع، وقد أدى هذا المركز الخطير الذي يحتله المجرمون إلى زيادة المجرمين الشباب الذين يتطلعون بدافع طموحهم إلى نوال كل مركز ممتاز، وأدى ذلك إلى قلب الموازين والأوضاع، فبعد أن كانت الجريمة عاراً وذلة في القديم أصبحت اليوم مدعاة للتباهي والتفاخر، وبعد أن كان المجرم يطرد ذليلاً مهاناً، أصبح اليوم عزيز الجانب مسموع الكلمة نافذ السلطان.

(٦) انخفاض المستوى الصحي والأخلاقي

فإن تنفيذ عقوبة السجن يقتضي وضع عدد كبير من الرجال الأصحاء الأقوياء في مكان واحد عدد مختلفين يمنعون فيها من التمتع بحرياتهم ومن الاتصال بزوجاتهم، وإذا زاد عدد المحبوسين فقد يحشروا حشراً في السجن الضيقة إضافة إلى عدم توفر الوسائل الصحية في كثير من السجون، فإن هذا ولا شك يساعد على انتشار الأمراض السرية والجلدية والصدريّة وغيرها من الأمراض الخطيرة بين المسجونين. ولأجل تضادي مساوي السجن وعيوبه وآثاره السلبية على السجين وعلى المجتمع سنتكلم في المبحث التالي عن العقوبات البديلة وبيان مدى مساهمتها في القضاء على تلك العيوب .

المبحث الخامس

العقوبات البديلة للسجن

المطلب الأول

تعريف العقوبات البديلة

العقوبات البديلة مصطلح حديث لم يتفق الباحثون على تعريف محدد له إلا أن المقصود به في الجملة هو استبدال العقوبات المعتادة والمعمول بها في مجال القضاء من حبس وجلد وغرامة بتكاليف جديدة تختلف نوعاً وكيفاً وكماً عن تلك ، فهي تفرض على الجاني أداء برامج معينة والقيام بأعمال وأعباء تحقق مفهوم العقاب، وتؤدي إلى الزجر والردع ، وتعود بالجاني إلى الاستصلاح والتقويم بأسلوب مغاير يتضمن تقييد الحريات وإضافة الأعباء ، واستباحة حالة المعاقب بما يتوافق وروح العصر ، ويحافظ على الكيان الشخصي والمدني للمعاقب ، ويخفف عنه حدة التوابع والآثار للعقوبة ، بما يدفعه بشكل

إيجابي إلى الاستقامة والصلاح ، ويتيح له فرصة للعودة الإيجابية إلى الحياة الطبيعية لأمثاله من أفراد المجتمع .

وقد عرفت العقوبات البديلة بعدة تعريفات متقاربة في المعنى منها :

- (١) أنها : " اتخاذ وسائل وعقوبات غير سجنه بدلاً من استعمال السجن سواء كانت تلك الإجراءات المتخذة قبل المحاكمة أو أثناءها أو بعدها " (١) .
- (٢) وقيل هي : " اتخاذ عقوبات غير سجنية ضد المذنبين " (٢) .
- (٣) وقيل هي : " عقوبة يفرضها الشارع الجزائي على من ارتكب الجريمة أو ساهم فيها بدلاً من العقوبة الأصلية المتمثلة في الحبس لمدة قصيرة " (٣) .
- (٤) وقيل هي : " مجموعة من التدابير التي تحل محل السجن لإصلاح الجاني وحماية الجماعة ، أو التثبت من المتهم والكشف عن حاله " (٤) .
- (٥) وقيل هي : " مجموعة التدابير والإجراءات والتكليفات التي تتخذ بحق بعض مرتكبي الجرائم والمخالفات التعزيرية للمرة الأولى كبديل لإيداع المدان في السجن ، وتتم وفقاً للضوابط والأنظمة التي تحكم هذه الإجراءات ، بهدف تحاشي الآثار السلبية لعقوبة السجن على الفرد والأسرة والمجتمع " (٥) .
- (٦) وقيل هي : " أن يكلف المحكوم عليه بخدمة المجتمع الذي أضربه من خلال سلوكه غير القويم عن طريق تقديم الخدمات الاجتماعية أو غرامات مالية لصالح الخزينة العامة للدولة أو غيرها من العقوبات النافعة " (٦) .
- (٧) وقيل هي : " الأعمال والتدابير والإجراءات البديلة لعقوبة الجلد أو السجن الذي لا تتجاوز مدته ثلاث سنوات والتي تخضع لسلطة القضاء التقديرية ويكون من شأنها تحقيق المصلحة المرجوة من العقاب وضمان حق المجني عليه وحقوق المجتمع " (٧) .

وهذه التعريفات متقاربة في المعنى ولعل التعريف الأخير هو الراجح

المطلب الثاني

مشروعية العقوبات البديلة

عرفت الشريعة الإسلامية نظام للعقوبات البديلة وفقاً لضوابط شرعية تعمل على تحقيق الأهداف المبتغاة من العقوبة ، سواء كانت مقدرة أو غير مقدرة ، ومن ذلك في

^١ - أنواع العقوبات البديلة للدكتور محمد عبد الله ص / ٦

^٢ - الفكر الشرطي لأحمد الحويطي ص / ١٢٤

^٣ - العقوبات البديلة المطبقة على الصغار للدكتور كامل السعيد ص / ٦

^٤ - بدائل السجن؛ دراسة مقارنة؛ حجاب بن عائض الذيابي، رسالة ماجستير من جامعة الإمام ، ص / ١٦٥

^٥ - دور اللجنة الوطنية لرعاية السجناء لمحمد عايض الزهراني ص / ٢

^٦ - مشروعية العقوبات البديلة للدكتور عبد المحسن المسعد ص / ١

^٧ - وزارة العدل ملتقى الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة الرياض في ١٧ - ١٩ / ١١ - ١٤٣٢

مجال الجناية على النفس عمداً ، تقرير عقوبة الدية كبديل عن القصاص : ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ﴾^(١) .

وكذلك عقوبة التعزير عند سقوط القصاص ، وعقوبة الصوم : ﴿ فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ ﴾^(٢) ، وكذلك كانت العقوبة البديلة في الجناية على ما دون النفس الدية أو الأرش أو التعزير ، وكانت العقوبة البديلة في الشجاج والجراح ، الأرش ، وكذلك في إذهاب منافع الأطراف ، الأرش أو التعزير .

ومن هنا كانت الشريعة الإسلامية أسبق من كل النظم في وضع النظام الأمثل لبدائل العقوبات ، وتركت للقاضي السلطة التقديرية للحكم بالعقوبة البديلة التي تتناسب وحال الجاني وأهداف المجتمع وتحقق المقاصد الشرعية التي من أجلها شرعت العقوبات في الشريعة الإسلامية .

ومن هذا المنطلق صدرت أنظمة عديدة في المملكة العربية السعودية تقرر العقوبة البديلة من ذلك نظام الاستبدال الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٢٢ وتاريخ ٢٦/٨/١٣٨٠هـ ، وغيرها من الأنظمة التي تضمنت نصوصاً تقرر الأخذ بالعقوبة البديلة دون الأصلية ، منها نظام الجمارك ، ونظام أمن الحدود ، ونظام العقوبات العسكري ، ونظام مكافحة التزوير^(٣) .

والعقوبات البديلة من باب التعزير؛ والتعزير في الشريعة الإسلامية يدور مع المصلحة وجوداً وعدمياً ومدته لولي الأمر أو من ينيبه .

والشريعة الإسلامية لم تحصر التعزير في عقوبة محددة بل تدرجت به من التوبيخ والتقريع حتى القتل ، ولهذا يمكن اللجوء إلى عدة أمور يعزر بها المجرم ، فالتعزير يمكن أن يكون بالمال أو بالتشهير أو بالجلد والسجن وكل هذه موجودة في الشريعة الإسلامية ، والشريعة صالحة لكل زمان ومكان ، وبالتالي يمكن للمجتمعات المسلمة أن تبتكر عقوبات شرعية بديلة تناسب مجتمعاتها تكون محققة للمصلحة العامة والخاصة ومردداً للقضاء الشرعي ٤ .

فالعقوبات البديلة عن الأحكام التعزيرية تأتي تحت ما يسمى بالمصلحة العامة التي جاءت الشريعة بدعمها فيما لا يخالف الأحكام المحددة شرعاً .

وتقدير العقوبات التعزيرية في القضاء الشرعي متروك لاجتهاد القاضي وليس في الشرع تقييد لعقوبات محددة . كما تقدم . إلا أن هناك عقوبات منصوص عليها في بعض الأنظمة

^١ - سورة البقرة : ١٧٨

^٢ - سورة النساء : ٩٢

^٣ - ضوابط العمل بالعقوبات البديلة للدكتور رضا متولي وهدان : ص ٤ .

^٤ - ضوابط العمل بالعقوبات البديلة للدكتور رضا متولي وهدان : ص ٤ .

مثل نظام مكافحة الرشوة والتزوير والتزييف وجرائم الشيك وغيرها من الأنظمة الأخرى، التي نصت نظاماً على مقدار العقوبة ونوعها وهي مقننة والعقوبات البديلة تعتبر من الأحكام القضائية الجديدة لدى بعض القضاة التي يتوجب تفعيلها والآخذ بها نظراً للحاجة الماسة للاستفادة من طاقات الشباب في خدمة المجتمع، بدلاً من تعطيلها وكتبتها في السجن وحماية للأحداث وذوي الجناح الصغيرة من الاختلاط بأرباب السوابق والإجرام.

والأصل في العقوبات أنها للتأديب وتكون بقدر ما يردع للجاني فإن حصلت العقوبة ولو بعمل فيه خدمة للمجتمع وفيه مصلحة وردع للمعزز فهو المطلوب

والفقهاء المتقدمين قد تحدثوا عن بدائل السجن ، ومن ضمن ذلك أن الحنفية يرون أن الإنسان يرافق المديون ويسكن بجوار منزله وإن صلى صلى معه ، وإن غاب غاب معه حتى يعطيه حقه بدون أن يكون هناك عقوبة للسجن^(١) .

وبالنظر لم نجد أن أحداً من الفقهاء زاد أكثر من سنة كعقوبة سجن مما يدل على تشديد الفقهاء المتقدمين لعقوبة الجلد والغرامات ويخفقون في السجن حيث يترتب على السجن من مفساد على السجين ومشاكل على الأسرة.

وقد ذهب كثير من العلماء والباحثين إلى أن السجن أحد العوامل الدافعة إلى ارتكاب الجريمة ؛ لأنه في الغالب يفسد المبتدئين بدلاً من إصلاحهم ، ولا يكفل إزالة الميول الإجرامية المتأصلة لدى المعتادين من المجرمين، ولعل هذا ما يجعل غالبية الفقهاء يشكك بقيمة السجن كجزاء واستبداله ببدايل أخرى تجنب المحكوم عليه العيش في بيئة السجن، تؤهله بشكل يضمن إصلاحه، وعدم عودته للجريمة^(٢) .

المطلب الثالث

أنواع العقوبات البديلة عن السجن

ويقصد بأنواع العقوبات البديلة عن السجن: هو إحلال عقوبة من نوع معين محل عقوبة السجن.

ومن أبرز الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة للسجن إعفاء المؤسسات العقابية التقليدية من مسؤولية إصلاح المجرمين، والاستعانة ببعض مؤسسات الرعاية الاجتماعية القائمة في المجتمع لتقديم بعض الرعاية لبعض أنواع من أنواع السجناء الذين يعانون من مشاكل طبية ونفسية وعقلية.

^١ - حاشية ابن عابدين : ٣٨٧/٥ وهذا مذهب الحنفية خلافاً للجمهور أنظر : حاشية الدسوقي ٢٨٠/٣ الحاوي ٣٣٥/٦ المقنع ٢٤٤/١٣

^٢ - مشروعية العقوبات البديلة للكتور عبد المحسن المسعد ص / ٤ - ٧

ويقصد ببدائل السجن " مجموعة من التدابير التي تحل محل السجن لإصلاح الجاني وحماية الجماعة ، أو التثبيت من المتهم والكشف عن حاله "(1) .

وبدائل السجون بشكل عام:

(١) **المراقبة القضائية:** هي إجراء قضائي تتخذه المحكمة بحق المجرم بعد إدانته نهائياً عن الجريمة ما ، إذ تأمر المحكمة بإطلاق سراحه تحت شروط تحددها المحكمة ، وبإشراف ومراقبة شخصية من قبل هيئة أو إدارة المراقبة القضائية المختصة؛ إذ هي نوع من المعاملة الإصلاحية غير المؤسسية (خارج السجن) التي تهدف إلى إعادة بناء شخصية المجرم البالغ أو الحدث الجانح ومساعدته على تعديل مسيرة حياته، أما الحكم المعلق فهو تعليق إصدار الحكم النهائي في القضية بهدف الرأفة بالمجرم وتخفيف العقاب عنه.

(٢) **الإفراج الشرطي:** هو إطلاق سراح السجين من المؤسسة قبل استكمال مدة حكمه ، وذلك بوضعه تحت مراقبة أو إشراف معين بهدف مساعدته على اجتياز ما بقي من مدة حكمه بسلوك حسن خارج المؤسسة.

(٣) **الرقابة الإلكترونية:** تعتبر الرقابة الإلكترونية من بدائل السجن ، ويرتبط تطبيقها بنظام الحبس المنزلي، حيث يتم التأكد من احترام المطلق سراحه بتنفيذ شروط الوجود في مكان محدد له وعن طريق استخدام الكمبيوتر الذي يعمل على اختزان المعلومات التي ترسلها الإشارات لكل فرد على حده، وتستخدم برامج اتصال على فترات للتأكد من وجود المطلق سراحه في المكان المعني؛ حيث يعطي الكمبيوتر تقارير عن نتائج هذه الاتصالات .

والرقابة الإلكترونية كبديل للسجن ليست برنامجاً في حد ذاتها ، ولكنها الوسيلة التي تستخدم في تشغيل البرنامج ، وفي الوقت ذاته لا يمكن تشغيلها دون الأجهزة الرقابية التي يمكن لها مراقبة دخول أو خروج المجرم من البيت .

(٤) **الإلزام بالعمل لمصلحة المجتمع:** وهو إلزام المحكوم عليه بالعمل مقابل قليل من المال يسد حاجته وأسرته خدمة للمصالح العام في إحدى المؤسسات العامة أو المشروعات ، سواء أكانت زراعية أو صناعية أو خدمية أو الجمعيات أو غيرها ، عدداً من الساعات خلال مدة معينة تحدد في الحكم وقد يخصص جزء من أجر العمل الإلزامي لتعويض المجني عليه.

ومن المجالات المقترحة في مجال العمل لمصلحة المجتمع : المشاركة في أعمال يدوية أو مهنية مثل نظافة المسجد والاهتمام بها ولاسيما في رمضان ، وخدمة الصائمين في مشروع

^١ - بدائل السجن؛ دراسة مقارنة لحجاب بن عائض الذيابي، رسالة ماجستير- المعهد العالي للقضاء- قسم السياسة الشرعية ص/ ١٧٦

تفطير صائم، أو المساهمة في تنظيم ومراقبة الأسواق التجارية والمسالخ في الأيام المزدحمة كشهر رمضان أو أجازتي العيدين أو أيام العطل الأسبوعية، أو مساعدة المرضى والمعوقين ومن في حكمهم لمدة معينة، أو المشاركة في تدريب السجناء في المهن التي يتقنونها وغير ذلك، أو المساهمة في تنظيم أعمال المرور أثناء الأعياد وإقامة المباريات ونحوها^(١).

المطلب الرابع

ضوابط العمل بالعقوبات البديلة

من المهم في البداية تحديد الفئات التي من الممكن أن تطبق عليها العقوبات البديلة، وعموماً يمكن أن نصنف مرتكبي الجرائم الذين من الممكن أن تطبق عليهم العقوبات البديلة في التصنيفات التالية:

- (١) المتهمون الذين لم يرتكبوا جرائم كبرى تتسم بالإصرار أو ما يطلق عليها في القانون سبق الإصرار أو التردد.
 - (٢) المتهمون الذين لم يركبوا الجرائم الخطيرة سواء باستخدام سلاح أو بدونه.
 - (٣) المتهمون الذين لا يشكلون أخطاراً كبيرة على أنفسهم وعلى المجتمع.
 - (٤) الأطفال والمراهقين الذين ارتكبوا جرائم وهم فاقدون الأهلية في مرحلة التشبث الاجتماعية.
 - (٥) متعاطي أو مدمني المواد المخدرة أو الكحوليات وغيرها الذين يحتاجون إلى العلاج.
- وقد اتجه بعض الباحثين أن العقوبات البديلة لا يمكن أن تطبق إلا بضوابط وهي:

١. التقنين .
٢. تحديد معايير اللجوء إليها .
٣. القابلية للتنفيذ .
٤. التسبيب .
٥. آليات التنفيذ أو الجهة المسؤولة عن تنفيذ العقوبة البديلة .
٦. المراجعة الواقعية المستمرة^(٢) .

ويملك القاضي الجنائي عادة سلطة تقديرية واسعة في اختيار نوع العقوبة من الخيارات المتاحة ، وهو ما يسمى بالاختيار النوعي للعقوبة، كما يمكن له اختيار قدر العقاب بين

^١ - تجارب الدول الأخرى لبدائل عقوبة السجن؛ عبد الله بن عبد العزيز اليوسف؛ ضمن ندوة بدائل عقوبة السجن، (الجمعية الوطنية لحقوق الإنسان، الرياض، ط١، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م)، ص ٣٠ - ٣٦، مفهوم العقوبة وأنواعها في

الأنظمة المقارنة للدكتور فؤاد عبد المنعم ص/ ٢٤ .

^٢ - مشروعية العقوبات البديلة للدكتور عبد المحسن المسعد ص / ٧

حديه الأدنى والأقصى ، وهو ما يسمى بالاختيار الكمي ، بالإضافة إلى ذلك يمكن له التبدل النوعي للعقاب بتدبير أو أكثر من التدابير التهذيبية المقررة للأحداث على سبيل المثال ، وقد يخول القاضي في جرائم معينة استبدال تدبير بالعقوبة المقررة أصلاً للجريمة ، وقد أشرنا إلى بعض هذه التدابير .

وتخول التشريعات الحديثة للقاضي الجنائي سلطة تقديرية في استبعاد بعض العقوبات الأصلية لمدة قصيرة ، وهذه العقوبات البديلة تتمثل في العقوبات السالبة والمقيدة للحقوق .

بيد أن الإسراف في استعمال السلطة التقديرية للقاضي من شأنه أن تتلاشى معه صفة اليقين في العقوبة ، وبالتالي يضعف تأثيرها في تحقيق الردع العام ، بسبب التفاوت الذي يمكن حدوثه في الأحكام بين قاض وآخر في الأفعال المتشابهة ، أو عندما يتعدد المساهمون في الجريمة ، وهذا التفاوت قد ينعكس على مصداقية نظام إدارة العدالة الجنائية في الدولة فيقلل من درجة الاحترام والثقة في هذا النظام ، ويقلل أيضاً من النظام الجنائي كوسيلة لتحقيق الضبط الاجتماعي.

لذلك كان من الأهمية وضع الضوابط لهذه السلطة حتى تحول دون انحرافها عن مقصدها الأصلي، وهذه الضوابط يمكن للقاضي أخذها في الاعتبار عند استعمال سلطته التقديرية في البحث عن البدائل للعقوبة التي تتناسب مع الجريمة.

وهذه الضوابط منها ما يتعلق بالنطاق الموضوعي للجريمة كمدى المساس بالمصلحة محل الحماية ، والآثار التي تخلفها الجريمة بعد تنفيذها ، وكذلك الظروف المادية والملابسة للجريمة ، وطبيعة العلاقة بين الجاني والمجني عليه ، فمثل هذه العوامل يجب أن يراعيها القاضي عند الحكم بتنفيذ العقوبة تشديداً أو تخفيفاً أو عندما يلجأ إلى البدائل.

أما بالنسبة للضوابط المتعلقة بالجانب الشخصي لمرتكب الجريمة : فهي الصفات التي يكتشفها القاضي في المجرم ، مثل درجة الإثم الجنائي لدى الجاني ، والمرحلة النفسية التي تسبق تنفيذ الجريمة ، وكذا البواعث على الجريمة والغاية منها ، ومدى تمتع الجاني بإرادة حرة واعية وقت ارتكاب الجريمة ، كما يمكن للقاضي مراعاة مدى الاستجابة المتوقعة من قبل الجاني لتحقيق أغراض العقوبة معه. ومدة خضوعه لتأثير العوامل الإجرامية وخطورته.

فمثل هذه العوامل سواء في الجانب الموضوعي أو الشخصي تؤثر في استعمال السلطة التقديرية للقاضي تليظاً للعقوبة أو تخفيفاً أو عند استعمال البدائل ، فأى البدائل تأتي بشمارها مع حالة الجريمة وظروف الجاني.

ومن ضوابط تنفيذ بدائل العقوبة مراعاة التحديد القضائي لكيفية التنفيذ ، حيث يمكن للقاضي الذي ينطق بالحبس أن يأمر بتنفيذ بعضه خارج السجن وفقاً لنظام شبه الحرية ، أو يأمر بتشغيل المحكوم عليه خارج نطاق السجن.

كما يمكن أيضاً النطق بالعقوبة والأمر بتجزئة تنفيذها على فترات متعاقبة تتخللها بصفة منتظمة فترات إيقاف ولا تحسب ضمن مدة التنفيذ للعقوبة.

كما يمكن للقاضي أن يأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة وفق ضوابط بعضها يتعلق بالجريمة ذاتها وبعضها يتعلق بالمحكوم عليه ، والآخر يتعلق بالعقوبة سواء تعلق الأمر بالعقوبات الأصلية أم بالعقوبات التبعية والتكميلية أم بالآثار الجنائية الأخرى للحكم. وذلك بحسب سلطة القاضي التقديرية، بيد أنه يجب أن ينص على إيقاف التنفيذ في الحكم وإلا تم التنفيذ وفقاً للأصل العام ، وإذا قرر إيقاف التنفيذ عليه أن يذكر الأسباب التي تبرره .

وعلى ما سبق فإن التنفيذ للعقوبات البديلة يتم وفقاً للضوابط المنصوص عليها في الحكم القضائي ، ولا شك في أن من أولى أوليات هذه الضوابط مراعاة الأحكام الشرعية ، وأن يتم ذلك تحت الرقابة القضائية الكاملة وفقاً للهدف من العقوبة البديلة ، والعمل على عدم إهدار الطاقات وتعطيل الإنتاج وإرهاق ميزانية الدولة في تنفيذ العقوبات الأصلية التي قد تؤدي بانعكاسات خطيرة على الفرد والمجتمع^(١) .

ويرى بعض الباحثين أن ضوابط العقوبات البديلة تتمثل فيما يلي:

- (١) اتفاق البدائل المراد تطبيقها مع حقوق الإنسان الأساسية بحيث لا تلحق ضرراً جسيماً بمكانته في المجتمع .
- (٢) اتخاذ البدائل من قبل مرجع قضائي تظل تحت رقابته من أجل إعادة النظر فيها عند الحاجة ووقفها إذا تحققت الغاية منها أو إبدالها بالحبس إذا تبين أنها غير مجدية .
- (٣) موافقة المحكوم عليه على إخضاعه للبديل، ولاسيما إذا كان البديل عملاً لصالح المجتمع ونحو ذلك، إذ لا يمكن الأداء الصحيح للعمل إذا لم يكن الشخص موافقاً عليه ابتداءً .
- (٤) اعتبار الظروف الشخصية والاجتماعية بالنسبة للمحكوم عليه ، وكذلك اعتبار ظروف الجريمة ، كي يكون البديل متناسباً مع حجم الجريمة .
- (٥) البعد عن التشهير بالجاني، وعن كل ما يسبب آثاراً سلبية من وصم وإحراج أمام العائلة والأقران أو الجيران أو غيرهم^(٢) .

المطلب الخامس

أهمية تطبيق العقوبات البديلة وفوائدها

غالباً ما تعجز العقوبات التقليدية القائمة على سلب الحرية عن تحقيق هذا الهدف فالعقوبات التقليدية تعني ببساطة مصطلحات السجن أو الحبس أو إطلاق السراح لمرتكبي

^١ - ضوابط العمل بالعقوبات البديلة للدكتور رضا متولي وهدان ص / ٧ .

^٢ - التأهيل الاجتماعي مصطفى العوجي ص ١٩٦ - ١٩٧ .

الجرائم . وربما تؤدي هذه العقوبات التقليدية إلى تحقيق العدالة، إلا أن العقوبات البديلة تحقق لمرتكبي الجرائم وللمجتمع فوائد عديدة، حيث توفر لهم مهارات التوظيف، والعلاج من الإدمان وكل أشكال الإصلاح والعلاج المختلفة.

وعموما فإن العقوبات البديلة يمكن أن تحقق الكثير من الفوائد من أهمها:

- (١) التقليل من النفقات الباهظة لعقوبات الحبس أو السجن.
- (٢) تيسر من تفعيل العدالة من خلال توفير مدى واسع أمام المحاكم لاختيار العقوبة المناسبة لكل جريمة.
- (٣) التحقق أو التأكيد على الأمن العام من خلال توفير إجراءات الرقابة والمحاسبة.
- (٤) تحويل أو تغيير المجرمين أو المتهمين إلى مواطنين منتجين، وبتحديد أكثر انخراط المجرمين في عملية تسمح لهم بتغيير أنفسهم والتحول إلى مواطنين صالحين منتجين. فوائد العقوبات البديلة
- (٥) الاكتظاظ الموجود في السجون يسبب سوءاً للأحوال الصحية و النفسية و الاجتماعية.
- (٦) ضمان عدم مخالطة المقتربين لبعض الجرائم البسيطة أو المذنبين للمجرمين المعتادون، حتى لا تصبح السجون مدارس لتعليم الإجرام و تكوين العصابات الإجرامية .
- (٧) حماية الشخص وسلامته من النواحي الجسدية و النفسية و الاجتماعية .
- (٨) تقليل النفقات عن كاهل الحكومة .
- (٩) زيادة فرصة تطبيق البرامج الإصلاحية في السجون على المجرمين الخطرين .
- (١٠) جلب الفائدة على المجتمع من خلال الخدمات الاجتماعية التي تقوم بها الأشخاص المطبق عليهم العقوبات البديلة .
- (١١) المحافظة على الروابط الاجتماعية و الأسرية و ضمان توفير الإعالة للأسرة^(١) .
- (١٢) المساعدة على تلبية احتياجات المذنب والأسرة والمجتمع وفي هذا إشارة إلى نظرية تفريد العقوبة أي ضرورة مراعاة ظروف الجاني الشخصية والأسرية من جهة وحماية المجتمع من جهة أخرى .
- (١٣) تجنب إبعاد المذنب عن المجتمع: يعكس الاتفاق حول هذا السبب اقتناع الدول العربية بالنقد الموجه للسجن والمتمثل في التناقض بين ضرورة إصلاح المذنب لإدماجه في المجتمع، وما يؤدي إليه حبسه من فصله عن هذا المجتمع من جهة أخرى .

^١ - مشروعية العقوبات البديلة للدكتور للككتور عبد المحسن المسعد ص / ٥

(١٤) استخدام البدائل لا يؤدي إلى زيادة في الجريمة : تؤكد معظم البحوث و الدراسات التي أجريت في أمريكا و أوربا والتي قطعت أشواطاً لا بأس بها في هذا المجال أن استخدام البدائل لم يؤد إلى أية زيادة في معدل الجريمة، إلا أن حداثة استخدام البدائل في الدول العربية قد لا يسمح لها بالوصول إلى مثل هذه النتائج الآن، وخاصة أنه لم تتم دراسات معمقة في هذا الموضوع .

(١٥) التخفيض من عدد النزلاء بالسجون، يتضمن هذا السبب فائدتين الأولى عدم اللجوء إلى السجن إلا عند الضرورة القصوى والاستعاضة عنه بالبدايل ، والثانية أن التخفيض من عدد النزلاء يمكن من توفير برامج إصلاحية لإفادتهم .

(١٦) الأسباب الاقتصادية : استخدام البدائل سيسهم في حل المشكل الاقتصادي الذي يعاني منه كثير من الدول العربية حيث سيتمكن من التخفيف من الأعباء المالية المترتبة على زيادة أعداد النزلاء بالسجون و بناء السجون وصيانتها^(١) .

^١ - الفكر الشرطي لأحمد الحويتي ص / ١٢٦ ، أنواع العقوبات البديلة التي تطبق على الكبار للدكتور محمد عبد الله ولد محمدن الشنقيطي ص / ٩

الفصل الثاني

حقوق السجناء في الشريعة الإسلامية وبيان عناية المملكة العربية السعودية بهم

تُعد كرامة الإنسان وحفظ حقوقه من أهم المهمات وأوجب الواجبات في الشريعة الإسلامية، وفي هذا الفصل سنورد أهم الحقوق في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية بشيء من الإيجاز غي ثلاثة مباحث:

- **المبحث الأول:** نظرة الإسلام إلى السجن والسجين
- **المبحث الثاني:** حقوق السجناء في الشريعة الإسلامية
- **المبحث الثالث:** التطبيقات العملية لحقوق السجناء في أنظمة المملكة العربية السعودية .

المبحث الأول

نظرة الإسلام إلى السجن والسجين

عندما جاء الإسلام جعل للسجن غاية وأهدافاً نبيلة ؛ بل جعل السجن في بعض الأحيان مكاناً للدعوة ، كما فعل النبي ﷺ عندما سجن ثمامة بن أثال في المسجد ؛ ليرى الإسلام عن قرب، ويرى المسلمين وتعاملهم الذي تتضح فيه سماحة الإسلام، فعندما رأى ذلك أسلم وحسن إسلامه^(١).

من الأمور المسلم بها أن لكل شخص حقوقه التي لا يمكن أن نعتدي عليها و التي يجب أن توفر له ، ومهما يكن وظيفته ذلك الشخص أو موقعه ، فإن له حقوقاً تكفل إنسانيته و الدين الإسلامي كفل لكل أفراد حقوقاً يتمتعون بها ويمنع أن تُسلب منه أيّاً كان هذا الشخص ! و " السجن " وإن كان مُذنباً .. مُخطئاً .. إلا أن ذلك لا يمنعه من التمتع بحقوق خاصة له ولا تتسلخ منه حقوقه الإنسانية أو المدنية ، بل تبقى له حقوق لا بد من مراعاتها وعدم تجاوزها ، لأن نظرة الإسلام إلى السجن تنقسم إلى شقين أساسيين :

الأول: إنه مكان لقضاء عقوبة المخالفة أو الجناية المرتكبة بحق أمن المجتمع وسلامته

الثاني: أنه مكان لحفظ كرامة الإنسان وعدم إهدار حقوقه المدنية والإنسانية ، وهذا ما يمكن أن نعبر عنه بأن السجن في أحد قسميه هو تصحيح حال السجنين وتهذيبه في السجن بالطريقة التي تجعله إنساناً سوياً عندما يخرج بعد انتهاء فترة العقوبة.

ومن الجدير ذكره أن الدين الإسلامي له الصدارة في تقنين حقوق السجناء وهي كثيرة لا يسع المجال لذكرها بالكامل أو شرحها وسوف نذكر أهمها إجمالاً مع الإشارة إلى بعضها في المبحث الثاني وشرحها بإيجاز ومن أبرز هذه الحقوق ما يلي :

^{١-} انظر: ابن عبد البر ، الاستيعاب ، الجزء الأول ، ص ٧٩ مرجع سابق .

- (١) حق المسجون في حضور الشعائر الدينية وممارستها دون سلطة عليه
- (٢) حق المسجون في التعويض إذا ثبتت براءته
- (٣) حق المسجون في أن يزار في السجن
- (٤) حق المسجون في تعجيل محاكمته
- (٥) حق المسجون في حضور زوجته إليه (وهو ما يعرف في النظام بالخلوة الشرعية) .
- (٦) فصل الرجال عن النساء في السجن
- (٧) فصل المجرمين الخطرين عن مرتكبي الأمور الصغيرة
- (٨) فصل المسلمين عن غير المسلمين
- (٩) فصل الأحداث عن البالغين
- (١٠) وثمة حقوق اقتصادية وتعليمية وصحية واجتماعية ولأهمية بعض هذه الحقوق في تهذيب السجين وإصلاح حاله سأتناولها بالشرح في المبحث الثاني .

ومما يدل على عناية الإسلام والمسلمين بحقوق السجن ما جاء في الأثر الإسلامي في "رسالة القاضي أبي يوسف"^(١) التي بعث بها إلى الخليفة العباسي "هارون الرشيد" ، موصياً وموضحاً فيها أبرز حقوق السجين ، وكان مما قال فيها :

" فمُرُّ بالتقديم لهم - السجناء - ما يقوتهم في طعامهم وأدمهم ، وصير ذلك دراهم تجري عليهم في كل شهر ، فإنك إن أجريت عليهم الخبز ذهب به ولالة السجن ، وولّ رجلا من أهل الخير يثبت أسماء من في السجن ممن تجري عليهم الصدقة شهرا فشهرًا ، ويقعد ويدعو باسم رجل رجل ، ويدفع ذلك إليه في يده . وأمر بكسوتهم في الشتاء قميص وكساء ، وفي الصيف قميص وإزار ، وانها عن غلّ السجين وعن ضربه ، وأفسحوا له في المكان ، وهيئوا له الفراش المناسب ، ووفروا له ما يحتاجه للغسل ونحوه ، وقدموا له الكتاب والقرطاس ، ولا تحجبه عن زائريه يوما في الأسبوع ، وعينوا ساعيا يوصل رسائله إلى أهله ، وأذنوا له إذا كان عليه ديون أن يخرج فيخاصم " .

المبحث الثاني

حقوق السجناء في الشريعة الإسلامية

جاءت الشريعة الإسلامية بحفظ الضرورات الخمس ، ويكون حفظها أحيانا بمنع الجريمة قبل وقوعها ؛ وذلك بتحسين المجتمعات وعدم ترك أرباب الجريمة يسرحون ويمرحون دون رقيب أو حسيب وإنما لا بد من إعمال هيبة الدولة وأجهزتها الرقابية كهيئة

^١ - انظر : أبو يوسف ، كتاب الخراج ، مرجع سابق ، ص ١٥٠ .

الأمر بالمعروف وغيرها ، وأحياناً بالحجر على المجرم وتغييبه عن الناس ؛منعاً لشره ، ومن أجل تقويمه بعد تلبسه بالجريمة ومحاكمته بشكل عادل مع كفالة حقوقه المشروعة ، سواءً كان رجلاً أو امرأة ، ومن تلك الحقوق ما يلي :

أولاً : حق السجين في ممارسة شعائره الدينية :

لا يجوز لإدارة السجن منع المسجون من ممارسة شعائره الدينية من صلاة وصيام وغيرها من العبادات ، كما ينبغي أن يوفر له القرآن الكريم والكتب الدينية ككتب الأدعية والفقه والحديث ، وإذا أراد السجين سؤالاً دينياً فيمكن من الاتصال بعالم من علماء الشريعة يسأله ويرجع إليه فيما أشكل عليه من أمور دينه امتثالاً لقوله تعالى : ﴿ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾^(١) ؛ وهذا خطاب عام يشمل كل مكلف .

ومن حق السجين المسلم أن تكفل له إدارة السجن محافظته على إقامة الشعائر الدينية ، وأن تهيئ له الأماكن والوسائل اللازمة لأدائها^(٢) .

أما غير المسلم فله أحكام تخصه وهي مفصلة في كتب الفقه التي تختص بأهل الذمة ، وهذا ليس مجال التفصيل فيها ، ويُلبي لهم من الحقوق ما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية ، وهم بلا شك يشتركون مع بقية السجناء في الحقوق العامة المتعلقة بالإنسان بصفة عامة .

ثانياً : حق السجين في التعليم :

نظراً لما للعلم من فائدة كبرى وعظيمة فقد اهتمت الشريعة الإسلامية به ، ويدل لذلك الآيات الواردة في فضل طلب العلم ولا شك أن السجين من أحوج الناس إلى ذلك ؛ من أجل تهذيب أخلاقه وتقويم سلوكه ومن الآيات التي تحث على العلم والتعلم قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ ﴾^(٣) ، وقوله تعالى ﴿ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾^(٤) ، فالتسليح بسلاح العلم والمعرفة ؛ هو أولى الوسائل العملية في نفي الجهل وتقويم الأخلاق وتهذيبها وهو كذلك اللبنة الأولى في إعادة السجين إلى جادة الحق والصواب .

ومن الجدير ذكره أن المسلمين اهتموا بتعليم السجناء والاستفادة ممن أودع من العلماء والدعاة في السجن في تعليم الآخرين ، فعندما سُجن شيخ الإسلام ابن تيمية في قلعة دمشق ، خصصت له قاعة بها أوراق ودواة وقلم ، فكان يكتب فيها ويصنف^(٥) .

١ - النحل: ٤٣ .

٢ - انظر : ماجد محمد قاروب (حقوق السجناء والسجينات في نظام الإجراءات الجزائية) ، مرجع سابق .

٣ - فاطر: ٢٨ .

٤ - الزمر : ٩ .

٥ - انظر : ابن كثير ، البداية والنهاية ، مرجع سابق ، الجزء الرابع عشر ، ص ٤٥ .

كما سمح الخليفة هارون الرشيد (رحمه الله) بتمكين أبي العتاهية في حبسه ، من الكتب والأقلام والأوراق^(١) .

وسجن إبراهيم الموصلية ، في زمن الخليفة المهدي ، وبعد خروجه من سجنه قال: " حذقت الكتابة والقراءة في السجن"^(٢) ، فدل ذلك على اهتمام المسلمين بتعليم السجناء فخرج من السجن علماء ودعاة ومصلحين ؛ بشرط واحد وهو :حُسن إدارتها من القائمين عليها .

ثالثاً : حقوق السجين الصحية:

راعت الشريعة الإسلامية حق السجين وآدميته في رعايته الصحية والتي تعد أبسط حقوق الإنسان وهو حقه في حفظ النفس ؛ لأنه قد يترتب على مرض السجين موته ، لذلك أوجبت الشريعة الإسلامية رعاية السجين والمحافظة عليه من الأمراض والأوبئة . ولعل أبرز ما تتمثل فيه هذه الرعاية الآتي :

(i) **الرعاية الصحية الوقائية :** وتظهر في إيجاد أماكن خاصة للمرضى السجناء ، وتعقيم الأدوات المستخدمة في معالجتهم ، وتطعيم السجناء التطعيمات اللازمة لمكافحة انتشار الأمراض ، والكشف على السجناء بشكل دوري ، ومراقبة نظافة العنابر والسجن بصفة عامة والأغذية بصفة خاصة .

وإذا كانت الدعوات الإصلاحية في شخص المفكرين والمنظمات الحقوقية الدولية ، قد دعت إلى الموضوع ، فإن شريعتنا السمحة كعادتها سبقت إليه وإلى القارئ الكريم الأدلة وبعض التفاصيل في هذا الشأن .

• تغذية السجين :

- ثبت أن الرسول عليه السلام أسر يهود بني قريظة وكان الجو حاراً فأوصى بهم قائلاً: "لا تجمعوا عليهم حر هذا اليوم وحر السلاح، واسقوهم وقيلوهم"^(٣) .
- أسر الرسول عليه السلام رجلاً يقال له أبو عزيز، فكان الصحابة رضوان الله عليهم يقدمون له الطعام والشراب، حتى استحميا من كثرة ما قدموا له^(٤) .
- واقتدى به السلف الصالح رحمهم الله مثل : الطعام والشراب على السجناء ، وحتى على طاعنه ابن ملجم الذي أوصى به قائلاً : " أطعموه واسقوه وأحسنوا إيساره، فإن عشت فأنا ولي دمي"^(٥) .

^١ - انظر : أبو الفرج علي بن الحسين القرشي الأصبهاني أو الأصفهاني ، كتاب الأغاني ، القاهرة ، مطبعة دار الكتب المصرية ، ١٩٩٤م ، الجزء الرابع ، ص ٣٠ .

^٢ - المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ١٦٠ .

^٣ - انظر : الكاساني : بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، الجزء السابع ، ص ١٢٠ .

^٤ - انظر : ابن هشام ، السيرة النبوية ، تحقيق مصطفى السقا وآخرين ، طبعة دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الجزء الثالث ، ص ١٩٥ .

^٥ - انظر : عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥ ، الجزء الثامن ، ص ١٠٦ .

○ كان الخليفة هارون الرشيد يحرص على تغذية خصومه السياسيين ، وكان يحرص على تغذية يحيى البرمكي وولده الفضل ، مع توفير الماء لهما للشرب والوضوء^(١) .

● كسوة السجن: اهتم المسلمون بها ودليله:

○ أن العباس عليه السلام أسرى يوم بدر، ولم يكن عليه ثوب فكساه الرسول ﷺ : حدثنا عبد الله بن محمد حدثنا ابن عيينة عن عمرو سمع جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال لما كان يوم بدر أتى بأسرى ، وأتى بالعباس بن عبد المطلب ولم يكن عليه ثوب فنظر النبي ﷺ له قميصا فوجدوا قميص عبد الله بن أبي يقدر عليه فكساه النبي ﷺ إياه فلذلك نزع النبي ﷺ قميصه الذي ألبسه قال ابن عيينة كانت له عند النبي ﷺ يد فأحب أن يكافئه^(٢) .

○ أوصى عليه السلام بالإحسان إلى المرأة التي زنت وسيقام عليها حد الرجم ، ومن أوجه الإحسان الغذاء والكسوة ، وهي حادثة معروفة في كتب الفقه .

○ خصص علي بن أبي طالب كسوتين للسجناء: واحدة للشتاء وأخرى للصيف^(٣) .

○ واقترح أبو يوسف القاضي على هارون الرشيد ، بأن يخصص كسوتين للسجناء ، الثقيلة للشتاء والخفيفة للصيف^(٤) .

● **فراش السجن :** وقد وصفه الفقهاء في قولهم: ينبغي أن لا يكون لنا طريا ، حتى لا يفقد السجن غايته في التأديب والردع^(٥) .

● **نظافة السجن:** الإسلام دين النظافة ، ودليله النصوص الشرعية الكثيرة ومنها قوله سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾^(٦) ، لذلك دعا الفقهاء إلى الاهتمام بنظافة السجناء ، تطبيقا لتعاليم شريعتنا الغراء ، وحماية للمسجونين من الأوبئة والأمراض، ومن هؤلاء:

○ الإمام محمد بن الحسن، الذي أكد على وجوب تمكين السجن من إزالة شعره^(٧) .

^١ - انظر : محمد بن عبدوس الجهشياري ، الوزراء والكتاب ، صادر عن هيئة أبوظبي للثقافة والتراث ، ١٤٣٠ هـ ، ص ٢٤٦ .

^٢ - أخرجه البخاري في كتاب الجهاد والسير ، باب الكسوة للأسارى ، رقم الحديث (٢٨٤٦) .

^٣ - انظر : أبو يوسف : القاضي يعقوب بن إبراهيم ، كتاب الخراج ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٩٥ هـ ، ص ١٦١ .

^٤ - انظر : أبو يوسف : القاضي يعقوب بن إبراهيم ، كتاب الخراج ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٩٥ هـ ، ص ١٤٩ ، مرجع سابق .

^٥ - انظر : محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة ، ١٤٠٩ هـ ، الجزء العشرون ، ص ٩٠ .

^٦ - البقرة : ٢٢٢ .

^٧ - انظر : الفتاوى الهندية ، مجموعة من علماء الهند ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، الطبعة الرابعة ١٤٠٦ هـ ، الجزء الثالث ، ص ٤١٨ .

○ قال ابن هبيرة الوزير: "لا أعرف أنه يجوز عند أحد من المسلمين، جمع الكثير في حبس يضيق عليهم، غير متمكنين من الوضوء والصلاة"^(١).

(ب) **الرعاية العلاجية**: لا يُعفى المرض السجين من إتمام المدة المحكوم عليه بها ، لكن مع وجوب توفير العلاج له ، بل وتخصيص مكان في السجن للمرضى المسجونين ، وهو ما أشار إليه الفقهاء في قولهم : لا يخرج المحبوس للمعالجة لإمكان ذلك في السجن . وقد تجسد اهتمام المسلمين بالمرض المحبوسين في نماذج أذكر منها:

○ ما فعله الرسول عليه السلام مع ثمامة بن أثال ، وقد كان مريضاً، فأوصى به الصحابة رضوان الله عليهم وقد سبق الإشارة إلى هذه الحديث^(٢) .

○ عنايته عليه الصلاة والسلام بالمرأة الحامل من الزنى.

○ وصية الخليفة عمر بن عبد العزيز إلى عماله قائلاً: "انظروا من في السجون ، وتعهدوا المرضى"^(٣) .

رابعاً: حقوق السجين الاجتماعية والنفسية:

لا شك أن السجن له آثار سلبية وتبعات على السجين وأسرته ، تقع على الجانب الاجتماعي والنفسي لهذا السجين ، وتتضرر منها أسرته في الخارج ، لذلك نجد الشريعة الإسلامية اعتنت بالسجين فيما يتعلق بالرعاية الاجتماعية والنفسية له ، ولم تقف عند السجن فقط بل تعدته إلى أسرته كحق له لا يمكن التعدي عليه من قبل أي شخص أو جهة .

ومنذ أن اعتبر التأهيل والتهذيب غرضاً أساسياً للعقوبة ، أصبح من الضروري عدم حرمان النزلاء من سبل الحياة الكريمة ، وذلك بالسماح لهم بتنظيم حياتهم على نحو يساعدهم على تقبل حياتهم الجديدة ، وتنظيم صلاتهم الخارجية ، وتحقيق التأهيل والتهذيب لإعادة اندماجهم داخل المجتمع بعد الإفراج عنهم .

وتتمثل أساليب الرعاية الاجتماعية فيما يلي :

(i) **مساعدة السجين على حل مشاكله**: وهي مشاكل متعددة، منها ما يكون سابقاً على دخوله السجن مثل مشاكله مع والديه أو إخوته أو أبنائهم ما ترتب عن دخوله السجن، مثل مشكلة اندماجه في حياته الجديدة وتقبلها، وانسجامه مع زملائه النزلاء مثله .

^١ - انظر: الوزير بن هبيرة ، الإفصاح عن معاني الصحاح ، تحقيق: محمد حسن إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٤١٧ هـ ، الجزء الأول ، ص ٣٩ .

^٢ - أخرجه البخاري في - كتاب المغازي - باب وفد بني حنيفة ، ومسلم في - كتاب الجهاد - باب ربط الأسير وحبسه .

^٣ - انظر: محمد بن سعد أبو عبد الله البصري ، الطبقات الكبرى ، تحقيق: إحسان عباس ، دار صادر ، بيروت ، الجزء الخامس ، ص ٣٥٦ .

ويتحقق حل هذه المشاكل عن طريق الأخصائي الاجتماعي الذي يعمل على زيارة أسرة السجين لحل مشاكله معها، وطمأنته عليها، وإقناعه بضرورة الاستسلام للواقع وتقبل الحياة الجديدة، والاستجابة للتعليمات والقوانين الداخلية المنظمة للحياة السجنية.

(ب) **تنظيم حياته الجماعية :** من أجل تسهيل اندماجه وتأهيله وإعداده لحياة الحرية، ويتخذ تنظيم الحياة الجماعية للسجناء أشكالاً متعددة منها:

- عقد الندوات الثقافية والأدبية
- إقامة حفلات ترفيهية
- تتبع البرامج التلفزيونية
- تنظيم المباريات الرياضية .

(ج) **تنظيم اتصالاته الخارجية :** عن طريق الزيارات العائلية والمراسلات، وتصاريح الخروج المؤقتة حسب ما تسمح به الظروف ويتوافق مع الأنظمة المرعية في ذلك . كل هذا سبقت إليه الشريعة الإسلامية، فقد تحدث فقهاؤنا عن :

- حبس الأقارب مع بعضهم: إذ نص المالكية على عدم التفريق في الحبس بين الأقارب، حفاظاً على صلة الرحم^(١).
- عيادة السجين لأقاربه المرضى، أو حضور جنازتهم، وقد استحسن بعض المالكية إخراجه بكفيل^(٢)،
- زيارة أقاربه وأصدقائه له في سجنه: فلا يمنع السجين من ذلك كما نص عليه الفقهاء، وقد كانت ابنة يحيى بن خالد البرمكي تدخل على والدها السجن، وتستشيره في شؤونها^(٣).

هذه بعض الجوانب المضيئة التي تدل دلالة واضحة أن المسلمين سبقوا غيرهم في رعاية السجين .

خامساً : حقوق السجين الاقتصادية:

لم تكتف التشريعات بإعطاء السجين الحقوق سالفة الذكر فقط ، وإنما أُعطي حقوقاً اقتصادية تتمثل في حقه في حفظ متاعه ، وحقه في العمل ، وحقه في إدارة أعماله ، وحقه في حفظ ماله . وقد يستعجب البعض من أنواع هذه الحقوق إلا أنه بالنظر لهذه الحقوق سنجد أنها حقوق لصيقة بالإنسان فجميعها يدخل تحت ضرورة حفظ المال كما جاء في الشريعة الإسلامية .

^١ - انظر: أحمد الدردير ، الشرح الكبير ، تحقيق : محمد عيش ، دار الفكر ، بيروت ، الجزء الثالث ، ص ٢٨١ .

^٢ - انظر : أبي العباس بن أحمد الرملي الكبير ، حاشية الرملي المطبوعة مع أسنى المطالب شرح روض الطالب ، تحقيق د . محمد محمد تامر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٢هـ ، الجزء الثاني ، ص ١٨٩ .

^٣ - انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : محمد عرفة الدسوقي ، دار الفكر ، الجزء الثالث ، ص ٢٨٢ .

هذا فيما يتعلق بحقوق السجين التي يمكن تصنيفها ضمن بعض المجموعات مثل ما ذكر سالفاً كرؤوس أقلام في موضوعنا.

ولكن هذا لا يعني أنه ليس للسجين حقوق أخرى ، إنما للسجين حقوق لا تندرج تحت أي عنوان ونص عليها نظام السجن والتوقيف صراحة ، لذلك لا يمكن لأحد المساس بها وهي كالآتي :

- (أ) حقه في الاستعانة بوكيل أو محامي للدفاع عنه أثناء التحقيق والمحاكمة.
- (ب) حقه في قبول الهدايا داخل السجن والهبة وجميع التصرفات المالية ، ما لم يكن هناك سبباً مبرراً يمنع ذلك.
- (ج) حقه في استكمال تعليمه الجامعي وغيره بنفسه أو بواسطة الجهة التعليمية متى تطلب الأمر ذلك وقد سبق ذكره .

سادساً : حق السجين في الدفاع عن نفسه :

للسجين الحق في الدفاع عن نفسه ، ودفعه الاتهام الموجه له ، إما بإثبات فساد دليل الاتهام أو بإقامة الدليل على نقيضه ، فلا بد من السماح له بالدفاع عن نفسه وإلا تحول الاتهام إلى إدانة.

ودفاع السجين عن نفسه لا يعد حقاً للمتهم وحده ، بل هو حق للمجتمع وواجب عليه ، حتى لا يفلت المجرم الحقيقي من العقاب ، وأكد عليه الرسول عليه الصلاة والسلام في وصيته لعلي بن أبي طالب عليه السلام حين ولاه اليمن فقال له : " يا علي إن الناس سياتقاضون إليك فإذا أتاك الخصمان فلا تقضين لأحدهما حتى تسمع من الآخر ، كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء وتعلم لمن الحق" ^(١) .

وروي عن عمر بن عبد العزيز أنه قال لأحد قضاة : " إذا أتاك الخصم وقد فقئت عينه فلا تحكم له حتى يأتي خصمه ، فلعله قد فقئت عيناه جميعاً " .

والأصل في الدفاع أن يتولاه المتهم بنفسه لأنه حقه بشرط قدرته عليه ، فإن عجز عنه لم تصح إدانته ، لذلك رأى بعض الفقهاء منع معاقبة الأخرس على جرائم الحدود ، ولو اكتمل نصاب الشهادة ضده ، لأنه لو كان ناطقاً فلربما أتى بدليل يدفع عنه الاتهام ، ولو أقيم عليه الحد باكتمال الشهادة ، لم يعتبر ذلك عدلاً لأنه إقامة للحد مع الشبهة ^(٢) .

وقد يستعين المتهم بمن يدافع عنه سواءً كان محامياً أو وكيل ؛ لأن حق الدفاع أصلي ثابت للمتهم بياشره بنفسه أو يكلف من ينوب عنه فيه ، يحيطه علماً بالتهمة الموجهة إليه ، والأدلة المتوفرة ضده ، ويعينه على فهم ما أسند إليه وينبئه على ما له وما عليه ويساعده في

^١ - أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام ، باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلاهما ، رقم الحديث ١٣٣١ .

^٢ - انظر : شمس الدين السرخسي ، المبسوط الجزء الثامن عشر ، ص ١٧٢ ، مرجع سابق .

دفع أدلة الاتهام ، وقد مثل هذا الحق سلفنا الصالح ومنه القاضي الأندلسي بقي بن مخلد فقد اختصم إليه رجلان ، فنظر إلى أحدهما يحسن ما يقول ، والآخر لا يدري ما يقول ، ولعله توسم فيه ملازمة الحق ، فقال له : "يا هذا لو قدمت من يتكلم عنك فإني أرى صاحبك يدري ما يتكلم ، فقال له : أعزك الله إنما هو الحق أقوله كائنا ما كان ، فقال القاضي : ما أكثر من قتله قول الحق" (١) .

وحق المتهم في الدفاع عن نفسه ، يقتضي تمكينه من الإدلاء بأقواله في حرية تامة ، بدون تعذيب أو خديعة أو ضغط أو إكراه ، أو أي شئ يؤثر على إرادته الحرة وله الحق في الصمت ، و الامتناع عن الإجابة عن كل أو بعض أسئلة التحقيق ، وإذا أقر على نفسه فله الرجوع عن إقراره

إكراه السجين المتهم على الكلام : فلا يجوز إكراه المتهم لحمله على الإقرار ، قال ابن حزم : "فلا يحل الامتحان في شيء من الأشياء بضرب ولا بسجن ولا بتهديد ، لأنه لم يوجب ذلك قرآن ولا سنة ثابتة ولا إجماع ، ولا يحل أخذ شيء من الدين إلا من هذه الأصول الثلاثة بل قد منع الله تعالى ذلك على لسان رسوله ﷺ بقوله : " إن دماءكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام ، فحرم الله تعالى البشر والعرض ، فلا يحل ضرب مسلم ولا سبه إلا بحق أو جبه قرآن أو سنة ثابتة" (٢) .

ولذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الإكراه على الإقرار بحق أو جنابة باطل ، ولا يترتب عليه أمر من الأمور لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ **إِلَّا مَنْ أَكْرَهُ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ** ﴾ (٣) .

فيتضح إذن بأن العلماء لم يعتبروا الإكراه من باب السياسة الشرعية ، بل يترك أمره لولي الأمر إن شاء ترك .

وخالفهم بعض متأخري الحنفية الذين ذهبوا إلى تصحيح الإقرار مع الإكراه بضرب أو حبس إذا كان المتهم معروفاً بالفساد والفجور ، مستدلين بحديث ابن عمر رضي الله عنهما ، أن النبي عليه السلام قاتل أهل خيبر ، فغلب على الأرض والزرع والنخل ، فصالحوه على أن يجلوها منها ولهم ما حملت ركايبهم ورسول الله ﷺ الصفراء والبيضاء ، ويخرجوا منها واشترط عليهم أن لا يكتموا شيئاً ولا يغيبوا شيئاً فإن فعلوا فلا ذمة لهم ولا عهد ، فغيبوا مسكاً فيه مال وحلي لحيي بن أخطب كان احتمله معه إلى خيبر ، حين أجليت بنو النضير ، فقال رسول الله ﷺ لعم حيي : ما فعل مسك حيي الذي جاء به من النضير ؟ فقال : أذهبته النفقات والحروب ، فقال : العهد قريب والمال أكثر من ذلك . فدفعه الرسول عليه

١ - انظر : الخشبي القروى ، قضاة قرطبة ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ١٩٨٩ ، ص ١٧٠ .

٢ - انظر : ابن قدامة المقدسي ، المغني ، الجزء الخامس ، ص ٨٧ ، مرجع سابق .

٣ - النحل ١٠٦ .

السلام إلى الزبير فمسه بعذاب ، وقد كان حيي- قبل ذلك- دخل خربة فقال: قد رأيت حيبا يطوف في خربة ها هنا، فذهبوا وطاقوا فوجدوا المسك في خربة^(١) .

وفي نظري فإن استشهاد بعض متأخري الحنفية بهذا الحديث للقول بجواز الإقرار مع الإكراه ، مردود لأنه وارد في يهود محاربين نقضوا العهد الذي كان بينهم وبين المسلمين، ولا علاقة له بتعذيب متهم يتأرجح حاله بين البراءة والإدانة.

المبحث الثالث

التطبيقات العملية لحقوق السجناء في أنظمة المملكة العربية السعودية

لقد اعتنت المملكة العربية السعودية بالسجون عناية خاصة وشاملة، فأخذت السجناء بجانبه المادي والمعنوي، فالجانب المادي نظرت إليه هذه الدولة جانباً مهماً من جوانب الإنسان التي تجعله يستطيع دائماً أن يعطي عطاءه المطلوب منه ؛ ذلك أن الإنسان في حقيقته هو وحدة متكاملة ؛ فلو مرض أو جاع أو عطش لكان لكل ذلك تأثير حقيقي فيه، ومن هنا كان اهتمام المملكة بهذا الجانب، فاعتنت بالسجون عناية خاصة.

فمن حيث النظافة نجد أن هذه السجون تتمتع بنظافة جيدة، نظافة شاملة للسجين، سواء كانت في لبسه أو في فراشه أو في أكله، حتى إن بعض السجناء يقول إنَّه وجد في السجن ما لم يجده في غيره، كما تصرف له مبالغ لقضاء كمالياته الخاصة.

أما في الجانب المعنوي للسجين الذي يعد من أهم الجوانب التي يحتاجها السجناء ؛ وذلك لأنَّ إصلاح الجانب الروحي، وتغذيته هو عمدة الإصلاح ولبه .^(٢)

وهو ما لاحظته حكومة المملكة، فعمدت إلى العناية المركزة بهذا الجانب ؛ وذلك بتركيزها على ضرورة تسليح السجناء بسلح العلم النافع ؛ ليستطيع بذلك التمييز بين السلوك الصحيح والسلوك الخطأ.

ولعلنا نلقي نظرة سريعة بإيجاز على اهتمام المملكة بتعليم السجناء ، وذلك من جانبين.

(أ) البرامج التعليمية النظامية:

عمدت المملكة إلى إنشاء المدارس داخل السجون، وذلك لمختلف المراحل الدراسية، من محو أمية، ومتوسطة، وثانوية ، كما أنشأت مدارس تعليمية داخل سجون النساء لتعليمهن أيضاً فيها.

^١ - انظر ، ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط - عبد القادر الأرنؤوط ، الطبعة الرابعة عشر ، ١٤٠٧ ، الجزء الثالث ، ص٢٤٩.

^٢ - لمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع انظر: تقارير الشؤون الدينية بإدارة السجون، والمجلة الإحصائية التي تصدرها وزارة الداخلية في هذا الشأن.

وكل ذلك يهدف إلى شغل وقت السجين بما يعود عليه بالفائدة؛ وإدراكاً لأهمية التعليم وضرورة مواصلة المسجونين دراستهم، وتدريب غير الدارسين منهم، فقد نصت المادة رقم (١٨) من نظام السجن والتوقيف الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣١) بتاريخ ١٣٩٨/٦/٢١هـ^(١).

نصت على : " تضع وزارة الداخلية بالاتفاق مع الجهات المختصة المسؤولة عن التعليم والتوعية مناهج التعليم والتثقيف داخل السجون ودور التوقيف .

وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد وإجراءات الامتحانات بالنسبة للمسجونين والموقوفين في المراحل الدراسية المختلفة. وتتشأ في كل سجن ودار للتوقيف مكتبة تحوي كتباً دينية وعلمية وأخلاقية ليستفيد منها المسجونون والموقوفون في أوقات فراغهم " .

أن تضع وزارة الداخلية بالتعاون مع الجهات المختصة المسؤولة عن التعليم مناهج التعليم والتصنيف داخل السجون، ودور التوقيف، وأن تحدد اللائحة التنفيذية قواعد وإجراءات الامتحان بالنسبة للمسجونين والموقوفين .

فالتعليم يقضي على الفراغ الذي قد يورد السجين المهالك ، كما يساعده هذا التعليم في تحقيق رغباته المستقبلية في الحصول على شهادات تؤمن له العيش الكريم بعد خروجه واندماجه في المجتمع .

(ب) البرامج الدينية غير النظامية:

استشعاراً من المملكة العربية السعودية ممثلة في الإدارة العامة للسجون في تحمل مسؤوليتها الكبيرة أمام الله عز وجل ، ثم أمام ولاة الأمر ، فقد عمدت إلى وضع برامج توعية للسجناء وتشتمل على برامج في الوعظ والإرشاد وإقامة حلقات تحفيظ القرآن الكريم داخل السجون.

- أما برامج الوعظ والإرشاد: فيشتمل على الندوات والدروس والمسابقات الثقافية . وقد ساهمت جهات حكومية متعددة في تنظيم هذه البرامج، ومنها جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية وكان لمساهمتها دور بارز وفعال في إصلاح أحوال كثير من السجناء ولله الحمد والمنة.

- أما برامج تحفيظ القرآن الكريم: فيعدُّ برنامج حفظ القرآن الكريم للسجناء من أهم لبنات الإصلاح في السجون، وقد كان لقرار^(٢) صاحب السمو الملكي وزير الداخلية أكبر الأثر في التشجيع على حفظ كتاب الله، حيث خصصت مبالغ مالية في حلقات

^١ - انظر : نظام السجن والتوقيف ، المتوج بالمرسوم الملكي رقم م/٣١ وتاريخ ١٣٩٨/٦/٢١ هـ ، والمنشور في الجريدة الرسمية (أم القرى) العدد ٢٧٢٩ و تاريخ ١٣٩٨/٧/١١ هـ ، المادة الثامنة عشر .

^٢ - انظر : نظام السجن والتوقيف ، المادة (١٧) ، مرجع سابق .

التحفيظ قبل المكرمة الملكية، ثم كان لصدور مكرمة خادم الحرمين الشريفين أكبر الأثر في التشجيع على حفظ كتاب الله عز وجل في السجون .

حيث تكونت المكرمة من جزأين أولهما عام ١٤٠٨هـ حيث صدر الأمر الملكي السامي بإعفاء كل من حفظ كتاب الله عز وجل في السجن من نصف محكوميته وفي ١١/٢٧/١٤١١هـ صدر الأمر السامي المكمل لسابقه، والذي يتضمن توزيع حفظ كتاب الله عز وجل، حسب مدة المحكومية، وذلك بقسمة عدد الأجزاء التي يحفظها السجين على مجموع عدد أجزاء القرآن الكريم وضرب الناتج في نصف مدة المحكومية (بالأشهر) بشرط أن لا تقل مدة المحكومية عن ستة أشهر في الأصل ولا يقل الحفظ عن جزأين كاملين ولا ينظر في كسور الجزء .

وقد كان لمساهمة جمعيات التحفيظ في المملكة آثارها الحميدة، فقد وفرت المدرسين للسجون مما عاد على السجين بعظيم النفع والفائدة .

كما كانت توضع جوائز تحفيزية لحملة الكتاب ومقدارها خمسة آلاف ريال لمن يحفظ القرآن كاملاً، وقد أثبتت هذه التجربة الرائدة نجاحها في هذا المجال، حيث إن نسبة الحافظين للقرآن الكريم أو لبعض أجزائه العائدين إلى السجن تكاد تكون معدومة (١) .

ونظراً لما توليه هذه البلاد من اهتمام لإصلاح أبنائها وذلك من خلال غرس القرآن الكريم في نفوسهم، فقد عنيت بشكل خاص بالسجناء، وتحفيظهم كتاب الله تعالى، ومررت في سبيل ذلك بمرحلتين أساسيتين .

الأولى من بداية نشأتها إلى عام ١٤٠٨هـ، والثانية من عام ١٤٠٨هـ بعد صدور المكرمة الملكية، بإسقاط نصف المدة عن من يحفظ كتاب الله تعالى.

وبهذا العرض يتضح لنا أن المملكة العربية السعودية راعت جانب السجين والتزمت بالتعاليم في الواردة في شرع الله عز وجل والتي نصت عليها المواثيق الدولية كما هو حال (القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء) التي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في جنيف عام ١٩٥٥، وأقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراريه ٦٦٣ جيم (د -٢٤) المؤرخ في ٣١ تموز /يوليه ١٩٥٧م، و ٢٠٧٦ (د- ٩٦٢) المؤرخ في ١٣ أيار / مايو ١٩٧٧م .

فالشريعة الإسلامية حفظت كرامة الإنسان وعرضه ماله وعقله ونسله قبل أن توجد هذه المواثيق، وهذه المواثيق عندما ننظر في أصل وجودها، نجد أنها وجدت في بلدان

^١ - الأمر الملكي السامي الكريم رقم ٤/٢٠٨١م.

تفشيت فيها الجريمة فأرادوا تعميم الحكم على العالم منعاً لتكرارها وحرصاً على حقوق
السجناء من أن تنتهك .

والله أعلم

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ، ، ،

الخاتمة

لا شك أن العلاقة التي تربط أمن المجتمع بأفراده هي علاقة ترابط وتماسك وشمول ، تقوم على أساس تعاون الجميع فيما فيه الصالح العام ؛ ولأن تحقيق الأمن مرهون باحترام الإنسانية وإهدارها ضياع للأمن ، وبالتالي ضياع المجتمع ومكتسباته ، والجريمة تحصل في مجتمع محافظ أو غير محافظ لأن أرباب الإجرام لا يفرقون بين مجتمع وآخر ، وإنما تقودهم نزواتهم وشهواتهم إلى ارتكاب المخالفات وانتهاك الحرمات أحيانا ومخالفة الأنظمة والقوانين حيناً آخر ، فاستلزم ذلك وجود أماكن للتوقيف وسجون يودع فيها من ثبت جرمه وأخل بأمن المجتمع ، وثمة حقوق لا يمكن تجاهلها حتى لأصحاب الجريمة ، فالسجون من وجهة نظر الشريعة الإسلامية مكان للتقويم والتهديب والإصلاح ، وهي كذلك وسيلة من وسائل الردع والعقاب وقد ثبتت مشروعيتها بالكتاب و السنة والإجماع ، فوجدت بوجود الإنسان وتطورت بتطور الجريمة وبالتالي فلا مناص منها مع إعطاء السجين حقوقه التي كفلتها له الشريعة الإسلامية كإنسان وهو ما تطالب به المنظمات الدولية كالأمم المتحدة ومنظمات حقوق الإنسان ، فكان للإسلام السابق في كثير من الحقوق ومن أبرزها حق ممارسة الشعائر الدينية والتعليم والعمل والحقوق الصحية والاجتماعية والنفسية وغيرها ومبسوط الحديث عنها في البحث .

وثمة توصيات في هذا الجانب :

- (١) الزيارات الدورية من قبل ولاة الأمر والمعنيين على أماكن التوقيف والسجون من أجل تحسين الخدمة فيها ومحاسبة المقصرين والقائمين عليها إن كان هناك تقصير .
- (٢) تفعيل دور القطاع الخاص ومنظمات المجتمع المدني في خدمة السجناء وتأهيلهم وخدمة أسرهم بالخارج .
- (٣) تصنيف السجون بحسب نوع الجرائم ، وتوزيع السجناء بحسب سابقة الجريمة وتكرارها وخطورتها (فلا يجمع بين أرباب الإجرام ممن مارسوا الجريمة لأكثر من مرة ، ومن زلة به القدم مرة واحدة ؛ لأن الجمع قد يربي الجريمة في السجون فتتحول من محاضن إصلاح إلى محاضن تجميع للمجرمين الخطرين) .
- (٤) تطورت وسائل التكنولوجيا في الوقت الحاضر ، ولأن السجين جزء من المجتمع فينبغي تأهيله بكل ما يعود عليه بالنفع بعد قضاء محكوميته ؛ ويا حبذا لو وجدت ورش عمل للمهن الحرة (نجارة ، خياطة ، حياكة ، تطريز ، وغيرها) وتسوق منتجاتهم عبر إدارة السجن في مزادات علنية يعود ريعها على ذويهم بالخارج ومن هنا يصبحون فئة عاملة ومنتجة .

(٥) العمل على تنوع العقوبات البديلة ، ووضع الضوابط لها بما يعود بالنفع على الجاني وأسرته وعلى المجتمع ، فسياسة الإصلاح أهم من سياسة العقاب.

(٦) التوسع في سياسة تشغيل السجناء في المصانع والمزارع وأعمال المقاولات مما يكسبهم الخبرة العملية التي تعود عليهم بالمنفعة في المستقبل حتى لا يعودون لارتكاب الجرائم مرة أخرى .

ومن الأمور المسلم بها أن حرمان السجن من كل حقوقه التي كان يتمتع بها قبل سجنه قد يعود بالضرر على المجتمع فضلاً عن الضرر الذي يلحق السجن نفسه فيتحول إلى شخص عدواني ، لأن الإنسان اجتماعي بطبعة كما ذكر علماء الاجتماع ، ولا تكون حياة الإنسان طبيعية ، إلا إذا عاش في جماعة ينظم من خلالها حياته الخاصة وعلاقته بأسرته وبالعالم حتى لو كان يقضي عقوبة السجن .

وفي ديننا الإسلامي ما يفي بكل هذه الحقوق وأكثر ، ولا ننكر أن هناك عيوب للسجن ولكن كما قال الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه : " أحبسه حتى أعلم منه التوبة ، ولا أنفيه إلى بلد يؤذيهم " .

فالسجن في الإسلام له أهداف وغايات من أبرزها :

- (١) زجر الجاني وتأديبه .
- (٢) السعي إلى إصلاح حالة وتهذيبه وتقويمه ، وتحقيق توبته
- (٣) أن السجن وسيلة يقصد منه ردع غيره من الناس ، فإنهم إذا رأوا ما حل به من السجن كفوا عن الوقوع في المعاصي والمحرمات .
- (٤) دفع الضرر عن المسلمين : وذلك بحفظ أهل الجرائم الذين ينتهكون المحارم ويتعدون على حدود الله ، وحقوق المسلمين .
- (٥) استيفاء الحقوق ممن وجبت عليهم ، ولم يؤدوها إلى أهلها .
- (٦) ويقصد من السجن أيضاً كشف حال المتهم ، والتحقق من أمره . فإما أن تثبت إدانته أو براءته .

لذلك تفوق التشريع الإسلامي على جميع الشرائع الوضعية ، وسبقها إلى إحداث أسمى النظريات والمبادئ التي تصون كرامة الإنسان وتحفظ عرضه ، فالإسلام عدل كله .

هذا وبالله التوفيق وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله ، ، ،

فهرس المراجع

- القرآن الكريم .
 - كتب السنة النبوية :
- (١) ابن الهمام : كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ، فتح القدير شرح الهداية ، علق عليه وخرج أحاديثه: عبد الرازق غالب المهدي ، دار الكتب العلمية، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٤هـ .
 - (٢) ابن خلكان : أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر ، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، تحقيق : إحسان عباس ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٩٤م .
 - (٣) ابن فرحون المالكي ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام ، تعليق الشيخ جمال مرعشلي ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ .
 - (٤) ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط - عبد القادر الأرنؤوط ، الطبعة الرابعة عشر ، ١٤٠٧هـ .
 - (٥) ابن كثير : أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي ، البداية والنهاية ، تحقيق : علي شيري ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الخامسة ، ١٤٠٩هـ .
 - (٦) ابن منظور ، لسان العرب ، طبعة دار الصادر ، بيروت .
 - (٧) ابن هشام ، السيرة النبوية ، تحقيق مصطفى السقا وآخرين ، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان .
 - (٨) أبو الفداء عماد الدين، إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي ، تفسير القرآن العظيم ، دار المعرفة - بيروت - لبنان ، الطبعة الثامنة ١٩٩٦م .
 - (٩) أبو الفرج علي بن الحسين القرشي الأصبهاني أو الأصفهاني ، كتاب الأغاني ، القاهرة ، مطبعة دار الكتب المصرية ، ١٩٩٤م .
 - (١٠) أبو يوسف : القاضي يعقوب بن إبراهيم ، كتاب الخراج ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٩٥هـ .
 - (١١) أبي العباس بن أحمد الرملي الكبير ، حاشية الرملي المطبوعة مع أسنى المطالب شرح روض الطالب ، تحقيق: د . محمد محمد تامر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٢هـ .

- (١٢) أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٥ هـ .
- (١٣) أحمد الدردير ، الشرح الكبير ، تحقيق : محمد عيش ، دار الفكر ، بيروت .
- (١٤) الأمر الملكي السامي الكريم رقم ٢٠٨١/٤ م.
- (١٥) بيرت هارت : التعذيب عبر العصور ، دار الحوار ، سوريا ، الطبعة الأولى .
- (١٦) تقارير الشؤون الدينية بإدارة السجون، والمجلة الإحصائية التي تصدرها وزارة الداخلية في هذا الشأن..
- (١٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : محمد عرفة الدسوقي ، دار الفكر .
- (١٨) الخشبي القروي، قضاة قرطبه، دار الكتاب اللبناني، بيروت ١٩٨٩ .
- (١٩) خير الدين الزركلي ، الأعلام ، طبعة دار الملايين ، الجزء الثالث .
- (٢٠) الرازي ، مختار الصحاح ، طبعة دار الفكر ، بيروت .
- (٢١) شيخ الإسلام تقي الدين ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، مجمع الملك فهد ، طبعة عام ١٤١٦ هـ .
- (٢٢) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥ هـ .
- (٢٣) علي بن محمد ابن الأثير ، الكامل في التاريخ ، تحقيق عمر تدمري ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، طبعة عام ١٩٩٧ م .
- (٢٤) عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر : المشهور بابن عبد البر ، الاستيعاب في معرفة الأصحاب ، تحقيق:علي محمد البجاوي ، دار الجيل ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤١٢ هـ .
- (٢٥) الفتاوى الهندية ، مجموعة من علماء الهند ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان، الطبعة الرابعة ١٤٠٦ هـ .
- (٢٦) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، نشر دار الكتاب الإسلامي ، مطبعة الفاروق الحديثة - القاهرة ، الطبعة الثانية .
- (٢٧) الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، دار المأمون ، الطبعة الرابعة .
- (٢٨) ماجد محمد قاروب (حقوق السجناء والسجينات في نظام الإجراءات الجزائية) ، مقال منشور في الاقتصادية الأحد ٢٤ رجب ١٤٣٢ هـ . الموافق ٢٦ يونيو ٢٠١١ العدد ٦٤٦٧ .

- (٢٩) محمد الأمين بن محمد بن المختار الشنقيطي ، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ، دار الفكر ، ١٤١٥هـ .
- (٣٠) محمد الجريوي ، السجن وموجباته في الشريعة الإسلامية ، الرياض .
- (٣١) محمد بن احمد القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، تحقيق ومراجعة صدقي جميل عرفات ، دار الفكر ، بيروت - لبنان ١٩٩٨م .
- (٣٢) محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة ، ١٤٠٩هـ .
- (٣٣) محمد بن سعد أبو عبد الله البصري ، الطبقات الكبرى ، تحقيق : إحسان عباس ، دار صادر ، بيروت .
- (٣٤) محمد بن عبد الله الأحمد حكم ، الحبس في الشريعة الإسلامية ، مكتبة الرشد ، الرياض .
- (٣٥) محمد بن عبدوس الجهشياري ، الوزراء والكتاب ، صادر عن هيئة أبوظبي للثقافة والتراث ، ١٤٣٠هـ .
- (٣٦) محمد بن علي الشوكاني ، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار ، تحقيق: محمد صبحي بن حسن حلاق ، دار ابن الجوزي ، ١٤٢٧هـ ..
- (٣٧) محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ ، دار الخير- بيروت .
- (٣٨) موفق الدين أبو العباس أحمد بن سديد الدين القاسم الملقب (ابن أبي أصيبعة) ، عيون الأنبياء فى طبقات الأطباء ، الجزء الأول ، دار الثقافة والنشر والتوزيع ، ١٩٩٨م ، بيروت .
- (٣٩) نظام السجن والتوقيف ، المتوج بالمرسوم الملكي رقم م/٣١ وتاريخ ٢١/٦/١٣٩٨هـ ، والمنشور في الجريدة الرسمية ، (أم القرى) العدد ٢٧٢٩ وتاريخ ١١/٧/١٣٩٨هـ ، المادة الثامنة عشر .
- (٤٠) الوزير بن هبيرة ، الإفصاح عن معاني الصحاح ، تحقيق : محمد حسن إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٤١٧هـ .

الفصل الأول

مفهوم السجن وتطوره التاريخي وأدلة مشروعيته

- ٣ ■ المبحث الأول : تعريف السجن في اللغة والاصطلاح
- ٣ - المطلب الأول: تعريف السجن في اللغة
- ٤ - المطلب الثاني : تعريف السجن في الاصطلاح
- ٥ ■ المبحث الثاني : نبذة تاريخية عن السجن
- ٥ - المطلب الأول: السجن قبل الإسلام
- ٥ - المطلب الثاني : تاريخ السجن في الإسلام
- ٦ • أولاً : الدليل على مشروعية السجن من الكتاب
- ٦ • ثانياً : الدليل على مشروعية السجن من السنة
- ٧ • ثالثاً : الدليل على مشروعية السجن من الإجماع
- ٨ - المطلب الثاني: غايات السجن وأهدافه
- ٩ ■ المبحث الثالث : أدلة مشروعية السجن وغاياته
- ٩ - المطلب الأول : دليل مشروعية السجن
- ١١ - المطلب الثاني : غايات السجن وأهدافه
- ١١ • أولاً : السجن في عهد النبوة
- ١١ • ثانياً : السجن في عهد الخلفاء الراشدين
- ١٢ • ثالثاً : السجن بعد عهد الخلفاء الراشدين
- ١٢ ■ المبحث الرابع : فوائد السجن وعيوبه .
- ١٣ - المطلب الأول : فوائد السجن
- ١٣ (١) أن فيه أمن للبلاد ومصلحة للعباد
- ١٤ (٢) تهذيب المجرم وإصلاحه
- ١٤ (٣) فيه التثبيت قبل إيقاع العقوبة بالمجرم
- ١٤ - المطلب الثاني : مساوئ السجن وعيوبه
- ١٤ (١) إرهاب خزنة الدولة وتعطيل الإنتاج
- ١٥ (٢) إفساد المسجونين
- ١٥ (٣) انعدام قوة الردع

١٥	(٤) قتل الشعور بالمسؤولية
١٦	(٥) ازدياد سلطان المجرمين
١٦	(٦) انخفاض المستوى الصحي والأخلاقي
١٦	▪ المبحث الخامس : العقوبات البديلة للسجن
١٦	- المطلب الأول : تعريف العقوبات البديلة
١٧	- المطلب الثاني : مشروعية العقوبات البديلة
١٩	- المطلب الثالث : أنواع العقوبات البديلة
٢٠	• بدائل السجون بشكل عام
٢٠	(١) المراقبة القضائية
٢٠	(٢) الإفراج الشرطي
٢٠	(٣) الرقابة الالكترونية
٢٠	(٤) الإلزام بالعمل لمصلحة المجتمع
٢١	- المطلب الرابع : ضوابط العمل بالعقوبات البديلة
٢٣	- المطلب الخامس : فوائد العقوبات البديلة

الفصل الثاني

حقوق السجناء في الشريعة الإسلامية وبيان عناية المملكة العربية السعودية بهم

٢٦	▪ المبحث الأول : نظرة الإسلام إلى السجن والسجين
٢٧	▪ المبحث الثاني : حقوق السجناء في الشريعة الإسلامية
٢٨	- أولاً : حق السجن في ممارسة شعائره الدينية
٢٨	- ثانياً : حق السجن في التعليم
٢٩	- ثالثاً : حقوق السجن الصحية ..
٣١	- رابعاً : حقوق السجن الاجتماعية والنفسية
٣٢	- خامساً : حقوق السجن الاقتصادية
٣٣	- سادساً : حق السجن في الدفاع عن نفسه
٣٥	▪ المبحث الثالث : عناية المملكة بالسجن والسجين
٣٥	(أ) البرامج التعليمية النظامية ..
٣٦	(ب) البرامج الدينية غير النظامية

❖ **الخاتمة**

❖ **فهرس المراجع**

❖ **فهرس الموضوعات**



الدورة العشرون

لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

حقوق المسجون في الفقه الإسلامي

إعداد

الأستاذ الدكتور حسن عبد الغني أبوغدة

أستاذ الفقه المقارن والسياسة الشرعية

بقسم الدراسات الإسلامية

بكلية التربية بجامعة الملك سعود بالرياض

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

أولاً: أهمية الموضوع:

كثير الحديث في عصرنا عن التصرفات السلبية الكثيرة التي نتج عنها حرمان المسجون من حقوقه التي يجب أن يستوفيه ويتمتع بها، طبقاً لما جاءت به الشرائع السماوية، وما تقتضيه متطلبات الفطرة الإنسانية، في ضوء المعطيات الحضارية المعاصرة.

وهذا ما دعا مؤتمر الأمم المتحدة الأول المنعقد في جنيف عام ١٩٥٥ م، من أجل منع الجريمة وإصلاح المجرمين، إلى التوصية باعتماد مجموعة القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، التي أقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي المتفرع عن هيئة الأمم المتحدة بقراريه: الأول برقم (٦٦٣ ج. د. ٢٤) المؤرخ في ٣١ تموز / يوليو من العام ١٩٥٧ للميلاد، والثاني برقم (٢٠٧٦ د. ٦٢) المؤرخ في ١٣ أيار / مايو من العام ١٩٧٧ للميلاد.

ولأهمية هذا الموضوع في الواقع الذي يعيشه العالم اليوم، من خلال عدم أداء السجون لدورها المنشود في الإصلاح والحد من انتشار الجريمة، جاءت توصيات ودعوات متكررة لاستخراج وإبراز الأحكام والمبادئ التي اشتمل عليها الفقه الإسلامي في هذا الصدد، وبيان معاملة المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة، من منظور فقهي شرعي باعتبار الشريعة الإسلامية رنانية المصدر.

ومن ذلك ما صدر عن الندوة العلمية الأولى للمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض، وما يقوم به الآن مجمع الفقه الإسلامي الدولي من تنظيم هذا المؤتمر، باعتبار أن الإسلام دين عالمي، جاء بشريعة كاملة وشاملة لجميع جوانب الحياة، كما قال الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ المائدة: ٣ .

هذا، وسيتبين في هذا البحث بالدلائل الكثيرة النظرية والعملية أن الفقه الإسلامي وتطبيقاته، أسبق وأسمى وأشمل من مجموعة قواعد الحد الأدنى الدولية في إرساء الكثير من حقوق السجناء في جميع جوانب الحياة الإنسانية، وأن هذا الفقه يذخر بكثير من الكنوز والنفائس ذات الصلة بحقوق السجناء المتنوعة، التي يمكن أن يُستخرج منها قواعد معتمدة مميزة في معاملة السجناء، تنافس الاتفاقيات الدولية في هذا الصدد وتتفوق عليها.

ثانياً: منهج البحث: أتبع في هذا البحث المنهج الاستقرائي الوصفي، مع التحليل والاستنتاج، وذلك في ضوء ما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية، وما جاء في كتابات العلماء على تنوع تخصصاتهم ومذاهبهم، وتمّ توثيق المعلومات من مصادرها، مع الاكتفاء غالباً. في الهوامش. بذكر اسم المرجع والموضع المراد فيه، ومراعاة التسلسل الزمني في ذكر مراجع المذاهب الفقهية الأربعة، علماً بأنني سأذكر في فهرس خاص بالمراجع، معلومات كاملة عن كل مرجع ومؤلفه وطبعته.

ثالثاً: خطة البحث: اقتضت طبيعة البحث ومادته العلمية أن تكون في مقدمة وأربعة عشر مبحثاً وخاتمة، على النحو التالي:

- المقدمة: وفيها: أهمية الموضوع، ومنهج البحث فيه، وخطته.
- المبحث الأول: التعريف بمصطلحات العنوان، وفيه ثلاثة مطالب.
- المبحث الثاني: حكم السَّجْنِ وأنواعه وأهدافه وموجباته، وفيه أربعة مطالب.
- المبحث الثالث: اهتمام الإسلام بحقوق الإنسان وبخاصة حقوق المسجون، وفيه مطلبان.
- المبحث الرابع: حق المسجون في عزله عن غيره بحسب جنسه وعُمره وجريرته، وفيه ثلاثة مطالب
- المبحث الخامس: حق المسجون في توفير قواعد السلامة له في مكان حبسه ورعاية صحته ونظافته، وفيه ثلاثة مطالب.
- المبحث السادس: حق المسجون في إنفاق الدولة على طعامه وكسوته وفرشه ونحو ذلك، وفيه ثلاثة مطالب.
- المبحث السابع: حق المسجون في أداء شعائره الدينية داخل السجن وخارجه، وفيه أربعة مطالب.
- المبحث الثامن: حق المسجون في توفير أسباب التعليم والثقافة له.
- المبحث التاسع: حق المسجون في تمكينه من العمل في سجنه والرفق به وإعطائه الأجر على ذلك، وفيه مطلبان.
- المبحث العاشر: حق المسجون في التواصل الاجتماعي داخل السجن وخارجه، وفيه مطلبان.
- المبحث الحادي عشر: حق المسجون في ممارسة التصرفات المدنية والجنائية ونحوها مما له صلة به، وفيه أربعة مطالب.
- المبحث الثاني عشر: حق المسجون في عدم التعدي عليه في تأديبه وحُقه في مجازاة المتعدِّين وتعويضه عن الضرر، وفيه أربعة مطالب.
- المبحث الثالث عشر: حق المسجون في الإفراج عنه لوجود موجباته وتهيئته للخروج، وفيه مطلبان.
- المبحث الرابع عشر: مراقبة السجون للتحقق من احترام حقوق المسجون وعدم الاعتداء عليه.
- الخاتمة: أبرز معالم البحث ونتائجه.

أسأل الله تعالى التوفيق والسداد والقبول، إنه نعم المولى ونعم النصير.

أ.د. حسن عبد الغني محمد أبوغدة

المبحث الأول
التعريف بمصطلحات العنوان
(حقوق المسجون في الفقه الإسلامي)
وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: تعريف الحقوق

أولاً: الحقوق في اللغة: جمع حَقٌّ، وهو ضد الباطل، ومن معانيه أيضاً: الوُجُوب والتُّبُوت، يقال: حَقَّ الأمرُ يَحِقُّ: ثَبَتَ وَوَجَبَ، وَحَقُّ الإنسان: ما ثَبَتَ له عند غيره واستوجبه^(١).

ثانياً: الحقوق في الاصطلاح: استُعمل لفظاً: " الحق " و " الحقوق " في القرآن الكريم، والسنة النبوية، وكتابات الفقهاء المسلمين.

أما استعمال لفظ " الحق " في القرآن الكريم: فقوله تعالى عن قوم لوط **الَّذِينَ كَفَرُوا قَالُوا لَقَدْ عَلِمْتُمْ مَا لَنَا فِي بَنَاتِكُمْ مِنْ حَقٍّ وَإِنَّكَ لَنَعْلَمُ مَا تُرِيدُ** هود: ٧٩..

وأما استعمالهما في السنة النبوية: فقول النبي ﷺ: " ثلاثة لهم أجران " . وذكر منهم: " العبد المملوك إذا أدَّى حَقَّ الله وحَقَّ مواليه " (٢).

وأما استعمالهما في كتابات الفقهاء المسلمين، فكثيرة هي ألفاظ: الحق، والحقوق، وحقوق الناس^(٣). بل صار من القواعد الفقهية المُقَرَّرَة والمُسَلَّم بها عندهم، القاعدة المشهورة: " حَقُّ اللهِ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمُسَاحَاةِ، وَحَقُّ الْآدَمِيِّ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمُسَاحَاةِ " (٤).

وكانت مدلولات لفظي: " الحق والحقوق " وأبعادها وآثارها العملية واضحة ومُمارَسَة في حياة المسلمين، ومما يدل على هذا: أن الفقهاء المسلمين . وبخاصة الحنفية . استعملوا مصطلح " الحق " في مواضع كثيرة، وذلك عند كلامهم على حق الله تعالى، وحق الآدمي . الإنسان .، وحق الزوج، وحق الزوجة، وحقوق الزوجين معاً، وحق الولي، وحقوق المتبايعين، والحق في الشُّفْعَة، والحق في الشُّرْب، والحق في سَقْي الزرع، والحق في شُرْب

-
- (١) انظر: مادة: " حَقَّ " في: لسان العرب وتاج العروس والمعجم الوسيط، وانظر: معجم ألفاظ القرآن الكريم ٢٨٩-٢٨٨/١
- (٢) صحيح البخاري: باب: تعليم الرجل أمته وأهله، رقم الحديث ٩٧، وصحيح مسلم: باب: وجوب الإيمان برسالة نبينا محمد ﷺ إلى جميع الناس، رقم الحديث ١٥٤
- (٣) البحر الرائق ٢١/٧ والقوانين الفقهية ص ٢٠٥ والأم ١٤/٧ وكشاف القناع ١٦٠/٦، وقد ورد هذا اللفظ في المصادر التشريعية الإسلامية حوالي ٣٥٠ مرة، وكثيرة هي مفرداته وفروعه ومسائله المتصلة بالعقائد، والعبادات، والمعاملات المالية، وشؤون الأسرة، وشؤون القضاء والدعاوي والعقوبات، وشؤون الحكم والسياسة، والعلاقات الدولية، ومعاملة غير المسلمين، ووردت صيغة " حقوق الناس " في السنة النبوية في قول النبي ﷺ: " القضاة ثلاثة: قاضيان في النار، وقاضٍ في الجنة: رجل قضى بغير الحق فعلم ذلك فهو في النار، وقاضٍ لا يعلم فأهلك حقوق الناس فهو في النار، وقاضٍ قضى بالحق فذلك في الجنة "، رواه الترمذي في السنن: باب: ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي، رقم الحديث ١٣٢٢ والبيهقي في السنن الكبرى: باب: إثم من أفتى أو قضى بالجهل، رقم الحديث ٢٠١٤٢ والطبراني في المعجم الأوسط رقم الحديث ٦٧٨٦ وقال ابن حجر في مجمع الزوائد ١٩٦/٤: رجال الطبراني رجال الصحيح.
- (٤) إعانة الطالبين ٢٨٠/٢ وانظر: حاشية ابن عابدين ٥٨٦/٦ وحاشية الدسوقي ٣٢٤/١ وشرح منتهى الإرادات ٢٤٥/٣

الإنسان الماء . حق الشُّفَّة .، والحق في المرور في المرافق العامة والعقار المشترك، وحق المؤجَّر والمستأجر، وحق المدَّعي والمدَّعى عليه، وحق المجني عليه، وحق الحاكم، وحق المحكوم، وحقوق أهل الذمة ... إلخ^(١).

وقد عرَّفوا الحق بتعريفات عدة:

. فهو عند الجرجاني والمنائي: الأمر الثابت الذي لا يسوغ إنكاره^(٢).

. وقال الكفوي: حقُّ الإنسان: ما كان نافعاً له، رافعاً للضرر عنه^(٣).

. والحق عند الشيخ علي الخفيف: الأمر الثابت الموجود شرعاً، وهو عنده أيضاً: ما ثبت بإقرار الشارع وأضفى عليه حمايته^(٤).

. وهو عند القانونيين: كل صالح مشروع، يحميه الشرع أو النظام^(٥).

المطلب الثاني

تعريف المسجون وبيان الألفاظ ذات الصلة

أولاً: المَسْجُون في اللغة: هو: اسمٌ مفعول من سَجَنَ: أي: حَبَسَ، والمصدر منهما: السَّجْنُ . بفتح السين . والحَبْسُ، ويراد بهما المنع الذي هو: ضد التَّخْلِيَةِ، ومثل المسجون السَّجِينُ، على وزن فَعِيلٍ، والجمع سُجَّانَاءُ، وسَجْنِي، ويقال للمرأة: سَجِينٌ، وسَجِينَةٌ، ومَسْجُونَةٌ، ولجماعة النساء: سَجْنِي، وسَجَّانَتْنِ، ويُسمَّى من يتولى أمر المسجونين وحراستهم: سَجَّاناً. والسَّجْنُ . بفتح السين .: مصدر للفعل سَجَنَ بمعنى حَبَسَ كما تقدم، أما السَّجْنُ . بكسر السين . فهو: مكان الحَبْسِ، والجمع: سُجُونٌ^(٦)، وفي التنزيل العزيز: ﴿ قَالَ رَبِّ السَّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ ﴾ يوسف: ٣٣ ، فُرئ " السجن " بفتح السين على المصدر، وبكسرها على المكان، والأشهر الكسر^(٧).

ثانياً: المسجون في الاصطلاح: تقدم أن لفظ " المسجون " اسم مفعول، وأن " السَّجْنُ " مصدر، وقد عرَّف الكاساني السَّجْنَ بأنه: منع الشخص من الخروج إلى أشغاله ومهامه الدينية والاجتماعية^(٨).

وعرَّفه ابن تيمية بقوله: " هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه " ^(٩).

وبناء على ما تقدم يمكن تعريف المسجون بأنه: الشخص المَعْوَّقُ في مكان، الممنوع من التصرف بنفسه والخروج إلى أشغاله ومهامه.

(١) بدائع الصنائع ٢/٢٣٢ و ٢٦٦ و ٢٦٩ و ٢٩١ و ٤/٣٧ و ٥/١٦٤ وحاشية ابن عابدين ٦/٤٣٨ وحاشية الدسوقي ٣/٥٠٣ و ٤/٣٤٥ وروضه الطالبيين ٤/٣٧٢ و ٤/٤٢٨ و ٥/٣٠ و ٣٨ و ٩٦ و الفروع ١/١٠٥ و ٣/١١١ و ١٣٢ و ٣١٤ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٩ و ٢٠ و ٣٣ و ٤٧ و ١٠٨ و ١٠٩ و تهذيب الأسماء واللغات ٣/٦٤

(٢) التعريفات ص ١٢٠ والتوقيف ص ٢٨٧

(٣) الكلبيات ص ٣٩١

(٤) الملكية في الشريعة الإسلامية للشيخ علي الخفيف ص ١٠٩ وانظر: حقوق الإنسان في الإسلام للدكتور محمد الزحيلي ص ٩

(٥) الحق في العدالة الجنائية للدكتور محيي الدين عوض ص ٤٨٧

(٦) انظر: مادة: " حبس " و " سجن " في لسان العرب والقاموس المحيط والمعجم الوسيط.

(٧) تفسير الطبري ١٢/٢١٠ و زاد المسير ٤/٢٢٠

(٨) بدائع الصنائع ٧/١٧٤

(٩) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٥/٣٩٨ وانظر: الطرق الحكيمة لابن القيم ص ١٤٨ فقد ذكر هذا التعريف ولم ينسبه لشيخه ابن تيمية، وهو له كما هو واضح.

ثالثاً: الألفاظ ذات الصلة: ظهرت أثناء البحث ألفاظ ذات صلة لغوية أو اصطلاحية بالسجن والمسجون، ومن ذلك ما يلي:

١. الحَبْس: هو: المنع والإمساك، مصدر حَبَسَهُ، ويُطلق أيضاً على موضع الحبس، ويقال للواحد: حَبَسَ، وحَبِيس^(١)، وفي التنزيل العزيز: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ﴾ المائدة: ١٠٦، ومعنى الحبس في الآية: الآفة: المنع والتعويق.

٢. الاعتقال: من معانيه: الحبس، وهو مصدر اعتقله، ويقال للشخص الواحد: مُعتقل. على اسم المفعول، ويقال هذا أيضاً لموضع الاعتقال^(٢).

ويُراد بالمعتقل عند القانونيين: الشخص الموقوف. قبل المحاكمة. الذي لم يبتَّ القضاء في الحكم عليه، ويصفون الاعتقال بأنه: حبس المتهم عن مباشرة أمورهِ حتى يُحاكَم^(٣).

٣. النَفْي: من معانيه: الحبس، وفي التنزيل العزيز: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ المائدة: ٣٣، ويُراد بالنفي هنا عند الحنفية، وجماعة من الشافعية، ومن الحنابلة، وابن العربي من المالكية: الحبس؛ لأن نفي قُطَاع الطريق. موضوع الآية. من جميع الأرض مُحال، ونفيهم إلى بلد آخر فيه إيذاءً لأهلها، وهو ليس نفيّاً من الأرض كما ذُكر في الآية، بل من بعضها، فلم يَبْقَ سوى أن النفي المراد هو الحبس؛ لأن المحبوسَ في حقيقته بمنزلة المخرُج من الأرض كما قال صالح بن عبد القدوس:

خَرَجْنَا مِنَ الدُّنْيَا وَنَحْنُ مِنْ أَهْلِهَا فَلَسْنَا مِنَ الْأَمْوَاتِ فِيهَا وَلَا الْأَحْيَا
إِذَا جَاءَنَا السَّجَّانُ إِنْ يَوْمًا لِحَاجَةٍ عَجَبْنَا وَقَلْنَا جَاءَ هَذَا مِنَ الدُّنْيَا^(٤)

٤. الأَسْر: مصدر أَسْرَهُ، ومن معانيه: الحبس، ويقال أسير: لكل محبوس في قيد أو سجن^(٥). قال مجاهد وابن وابن عباس في تفسير الآية: ﴿وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾ الإنسان: ٨ : الأسير: المسجون^(٦).

٥. العقوبة المقيدة أو السالبة للحرية: أطلق بعض الكاتيب المعاصرين على الحبس اسم العقوبة المقيدة للحرية، أو السالبة لها^(٧).

المطلب الثالث: تعريف الفقه

- (١) انظر: مادة: " حبس " في الصحاح والقاموس المحيط والمصباح المنير.
- (٢) انظر: مادة: " عقل " في لسان العرب والمصباح المنير والمعجم الوسيط.
- (٣) انظر: مادة: " عقل " في المعجم الوسيط، ومجموعة قواعد الحد الأدنى: القاعدة ٤ ومشروع النظام الداخلي لأحد السجون التونسية الفصل ٢ و ٤٤
- (٤) أحكام القرآن للجصاص ٥٩/٤ وأحكام القرآن لابن العربي ٩٩/٢ وحاشية البجيرمي ٢٢٩/٤ والإنصاف للمرداوي ٢٩٨/١٠، وقيل: إن البيتين للفضل البرمكي حين حبسه هارون الرشيد انظر: مروج الذهب ٣/٣٨٣، وقيل: بل هما لعبد الله بن حسن المطلبي انظر: المحاسن والأضداد ص ٤٧ وحصاد السجن ص ٣٢
- (٥) انظر: مادة: " أسر " في لسان العرب والقاموس المحيط.
- (٦) أحكام القرآن لابن العربي ٣٥٤/٤ وتفسير ابن كثير ٤/٥٦٦
- (٧) التعزير ص ٣٦٠ ونظام الشرطة في الإسلام ص ١٨٠ وشرح قانون الجزاء الكويتي ص ٣٦٦

أولاً: الفقه في اللغة: الفَهْم والعِلْم بالشيء، يقال: فَهَّمَهُ . بكسر القاف . الرجلُ يَفْهَمُه . بفتحها .: فَهَمَ، يَفْهَمُ، وفي التنزيل العزيز: ﴿وَإِنْ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا يُسَبِّحُ بِحَمْدِهِ وَلَكِنْ لَأَنْفَقَهُونَ تَسْبِيحَهُمْ﴾ الإسراء: ٤٤ .
ثانياً: الفقه في الاصطلاح: " العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية " (١).
وبناء على ما تقدم يمكن القول: بأن التعريف الإجمالي لحقوق المسجون في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي هو: المصالح الثابتة للسجين، المقررة له في الفقه الإسلامي، أو الأنظمة الوضعية، المحيية منهما، التي لا يسوغ حرمانه منها أو الاعتداء عليها.

(١) نّاية المحتاج ٣١/١ وأنيس الفقهاء ص ٣٠٨

المبحث الثاني
حكم السجن وأنواعه وأهدافه وموجباته
وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول: حكم السجن

اتفق الفقهاء على مشروعية السجن^(١)، واستدلوا بالعديد من الأدلة^(٢)، منها ما يلي:

١. قول الله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَأْتِيكِ الْفَحِشَةُ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّهِنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ النساء: ١٥، وقد ذهب العديد من الفقهاء إلى أن الحبس المذكور في هذه الآية نُسَخَ في الزنى فقط، وبقي مشروعاً في غير ذلك^(٣).

٢. قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ المائدة: ٣٣، وتقدم آنفاً تفسير طائفة من الفقهاء هذا النفي. المذكور في الآية. بالحبس.

٣. قول النبي ﷺ: "يُؤْتَى الْوَاجِدَ . مِمَّا ظَلَمَ الْمَدِينِ الْمُوَسِّرَ . يُجْلُ عَرْضَهُ وَعَقُوبَتَهُ" ^(٤)، ويُقصد بِجَلِّ العَرَضِ: إغلاظ القول والشكاية، وبِجَلِّ العقوبة: الحبس^(٥)، وهذا قول طائفة من فقهاء السلف، منهم: سفيان الثوري، ووكيع بن الجراح^(٦)، وزيد بن علي^(٧)، وابن المبارك^(٨)، وبه استدل العديد من الفقهاء على مشروعية حبس المدِينِ الموسر المماطل^(٩).

٤. الإجماع: نُقِلَ عَنِ الصَّحَابَةِ وَمَنْ بَعْدَهُمْ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَبَسَ فِي الْبُيُوتِ وَالْخِيَامِ وَالْمَسْجِدِ، وَحَبَسَ أَيْضاً بَعْدَهُ الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ ﷺ، وَاشْتَرَى عَمْرُ بْنُ الْعَاصِ ﷺ بَيْتاً فِي مَكَّةَ لِيَسْجُنَ فِيهِ، وَبَنَى عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ ﷺ حَبْساً فِي الْعِرَاقِ

(١) حاشية ابن عابدين ٣٧٦/٥ وتبصرة الحكام ٣١٢/٢ وبداية المجتهد ٤٧٤/٢ وأسنى المطالب ١٨٨/٢ والفروع ١٠٥/٦
(٢) ينظر: فقه المعتقات والسجون بين الشريعة والقانون ص ٦٩٠-٦١ وفيه الكثير من الأدلة على مشروعية الحبس.
(٣) أحكام القرآن لابن العربي ٣٥٧/١ والمبسوط ٨٨/٢٠ والفروع ٥٧/٦
(٤) صحيح البخاري ورواه معلقاً في باب: إن لصاحب الحق مقالاً ٨٤٥/٢ ومستدرک الحاكم: كتاب الأحكام، رقم الحديث ٧٠٦٥ وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه وصحيح ابن حبان: باب: عقوبة المماطل، رقم الحديث ٥٠٨٩ وسنن أبي داود: باب: الحبس في الدين وغيره، رقم الحديث ٣٦٢٨ وفيه وفي صحيح البخاري: باب: مَطَّلُ الغني ظلم ٨٤٥/٢ عن ابن المبارك: أن عقوبته الحبس، وقد صحح بعض العلماء هذا الحديث كما في فيض القدير ٥٣١/٢
(٥) فتح الباري ٦٢/٥ وبداية المجتهد ٢٨٥/٢
(٦) فتح الباري ٦٢/٥ وتفسير القرطبي ٢٦٠/٣
(٧) نيل الأوطار ٣١٦/٨ وسبل السلام ٥٥/٣
(٨) ذكر البخاري في صحيحه: باب: مَطَّلُ الغني ظلم ٨٤٥/٢ وأبو داود في سننه: باب: الحبس في الدين وغيره ٣١٣/٣، عن ابن المبارك: أن عقوبته الحبس.
(٩) فتح الباري ٦٢/٥ وبدائع الصنائع ١٧٣/٧ والاستذكار ٤٩٢/٦ وأسنى المطالب ١٨٧/٢ والفروع ٢٢٦/٤

سماه مَحْيَساً ثم نافعاً، وحبس ابن الزبير، وحبس الخلفاء والقضاة من بعدهم في جميع الأعصار والأمصار من غير إنكار، فكان ذلك إجماعاً على مشروعية الحبس^(١).

٥. المعقول: وبيان هذا: أن الحاجة تدعو إلى إقرار عقوبة الحبس؛ لا فرق في هذا بين حبس المتهم لاستظهار حاله حتى لا يضيع الحق، وبين حبس المحكوم عليهم من أهل الجرائم المنتهكين للمعاصي، للحيلولة بينهم وبين إيذاء الآخرين...^(٢). بل يرى بعض الفقهاء: أن الحبس يكون واجباً إن تعيّن وسيلة لإيصال الحقوق إلى أصحابها...^(٣).

ويتضح مما سبق: أن الحبس مشروع في الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، مع ملاحظة أن أكثر المواضع التي ذُكر الفقهاء فيها الحبس، إنما هو في القضاء، والتفليس، وحبس المدّين، وذكره أيضاً في التعزير، وحبس أصحاب الجرائم ونحوهم، وذكره في كتب الأحكام السلطانية والسياسة الشرعية^(٤).

هذا، ولا بد من القول: بأن الحبس في الإسلام أشبه بالعقوبة الاحتياطية، فليس له الصدارة والأولوية من بين أنواع العقوبات التعزيرية الأخرى. كما هو الحال في القوانين. إلا إذا تعيّن وسيلة لردع الجاني وإصلاحه؛ لأن وطأته شديدة، وآثاره السلبية كثيرة على الفرد وأسرته وذويه، وعلى الدولة أيضاً^(٥)، فضلاً عن أنه لا يجوز يجوز الحكم به وإهمال الحدود والقصاص^(٦).

المطلب الثاني: أنواع السّجن

يُقسّم الفقهاء الحبس إلى نوعين رئيسيين: حبس التعزير، وحبس الاستيثاق^(٧).

أما النوع الأول: . حبس التعزير . فيقال له أيضاً: حبس العقوبة، وهو: إمضاء حكم بالحبس على وجه الردع والتقويم، بعد ثبوت التهمة بالبيئة^(٨)، كحبس أهل الجرائم الذين يعتدون على حقوق الله تعالى، كالإفطار في رمضان، أو يعتدون على حقوق الناس، كالسب والشتم والضرب^(٩).

وأما النوع الثاني: . حبس الاستيثاق . فهو: تعويق الشخص عن التصرف بنفسه، بقصد التوثيق من وجوده وضمان عدم هربه^(١٠)، وينقسم هذا إلى ثلاثة أقسام:

- (١) تفسير القرطبي ١٥٣/٦ وفتح الباري ٧٦/٥ ونيل الأوطار ٢١٦/٨ وحاشية ابن عابدين ١٧٦/٥ وتبصرة الحكام ٣١٧/٢ والطرق الحكمية ص ١٠٣ والتراتيب الإدارية ٢٩٨-٢٩٩ وانظر: فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون ص ٣٠١، ٢٩٦ و ٦٩، ٦١
- (٢) تفسير القرطبي ٣٥٢/٦ ونيل الأوطار ٣١٦/٨ والطرق الحكمية ص ١٠٤، ١٠١
- (٣) الاختيار ٨٩/٢ والبحر الزخار ١٣٨/٥ و٢١١
- (٤) حاشية ابن عابدين ٣٧٦/٥ وبداية المجتهد ٤٧٤/٢ وتبصرة الحكام ٣١٥/٢ وأسنى المطالب ١٨٨/٢ والإفصاح ٣٨/١ والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٥٨ والطرق الحكمية ص ١٠١ والسياسة الشرعية ص ١١٢
- (٥) فتح القدير ٢١٣/٤ وتبصرة الحكام ٣٠١/٢ وأسنى المطالب ١٦٢/٤ والفروع ١٠٥/٦ والتشريع الجنائي الإسلامي ٦٩٥/١ وانظر آثاره السلبية في فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون ص ٦٢٩، ٦٣٨
- (٦) الخراج لأبي يوسف ص ١٦٣
- (٧) بدائع الصنائع ٦٥/٧ وتبصرة الحكام ٤٠٧/١ والفروق للكرائيسي ٢٨٦/١
- (٨) معالم السنن للخطابي ١٧٩/٤ والفروق للكرائيسي ٢٨٦/١
- (٩) حاشية ابن عابدين ٦٧/٤ و٢٩٨/٥ والفروق للقراني ٧٩/٤ وحاشية الرملي ٣٠٦/٤ والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٥٩
- (١٠) انظر: فقه المعتقلات والسجون بين الشريعة والقانون ص ٩٩

القسم الأول: الحبس في تهمة: وهو: تعويق الشخص ذي الرّيبة عن التصرف بنفسه، حتى يبين أمره فيما ادّعى عليه من حقّ لله تعالى أو من حقّ الآدمي، ويقال له أيضاً: حبس الاستظهار^(١).

وهو عند القانونيين: إسناد القاضي إلى المتهم فعلاً يُعاقب عليه القانون بعد إجراءات قضائية^(٢)، ويطلقون عليه أحياناً: الإيقاف التَحْفُظِي، وحبس ذي الشبهة، والحبس الاحتياطي^(٣).

القسم الثاني: الحبس بقصد الاحتراز: وهو بحسب ما ساقوه من أمثلة^(٤): تعويق الشخص عن التصرف بنفسه بالتحفظ عليه للمصلحة لا لتهمة، كحبس نساء البغاة وصبيانهم تحفظاً عليهم من المشاركة في الثورة، مع أنهم ليسوا من أهل القتال^(٥).

وهو عند القانونيين: إجراء وقائي يُقيّد حرية الأشخاص واتّصالهم بغيرهم^(٦).

القسم الثالث: الحبس بقصد تنفيذ عقوبة أخرى: وهو بحسب ما ساقوه من أمثلة^(٧): تعويق الشخص عن التصرف بنفسه حتى يتم استيفاء الحق الثابت منه، كحبس الحامل من زنا لثُحدّ بعد ولادتها واستغناء ولدها عنها، كما ثبت في السنة النبوية في امرأة من غامد^(٨).

المطلب الثالث: أهداف السّجن

سبقت الإشارة إلى أهداف حبس الاستيثاق بأقسامه الثلاثة، وأن الحبس فيها ليس غاية لذاته، بل يُتوصّل به إلى غيره في ضوء ما يدل عليه اسم كل قسم، وكذلك يقال في حبس التعزير، فهو غير مقصود لذاته، بل يُتوصّل به إلى غيره، أي: استصلاح المحبوس وتصحيح سلوكه وتوجيهه إلى التوبة، وذلك بحسب النصوص المنقولة عن الصحابة ومن بعدهم من الفقهاء، ومما يدل على ذلك ما يلي:

١. روي أن عمر رضي الله عنه حبس رجلاً وقال: أحبسه حتى أعلم منه التوبة، ولا أنفيه من بلد إلى بلد فيؤذيه^(٩).

٢. روى المُقْبِرِي عن جده قال: شهدتُ علياً رضي الله عنه بالكوفة يعرض السجناء ويفحص عن أحوالهم^(١٠)، وهذا يعني أنه كان يتتبع ما يطرأ على سلوكهم من تغيير، إذ ليس من الصّدفة أن يُسمي علي رضي الله عنه أول سجن بناه في الإسلام. وكان في العراق. نافعاً، ثم يسميه مُحْيِيساً^(١١).

٣. ذكر أبو يوسف القاضي المتوفى سنة ١٨٢ للهجرة: أن الغاية من الحبس: التأديب والتوبة^(١٢).

(١) تفسير القرطبي ٣٥٣/٦ ومعالم السنن ١٧٩/٤

(٢) المصطلحات القانونية الجزائرية لأحمد جمال الدين ص ٣٢

(٣) مجلة الإجراءات الجزائية التونسية: الفصل ٨٠ و ٨٤ والمصطلحات القانونية الجزائرية ص ١٦

(٤) بدائع الصنائع ١٤١/٧ وتبصرة الحكام ٣٣٩/٢. ٢٤٠. ومغني المحتاج ١٢٧/٤ والإنصاف ٢٤٩/١٠

(٥) مغني المحتاج ١٢٧/٤

(٦) انظر: قانون العقوبات السوري ص ٩ والمادة ٧٠. ٧٣. ومشروع النظام الداخلي لأحد السجون التونسية: الفصل ٢

(٧) حاشية ابن عابدين ١٦/٤ والمدونة ٢٠٦/٥ وأسنى المطالب ١٣٣/٤ ومطالب أولي النهى ١٦٥/٦

(٨) صحيح مسلم: باب: من اعترف على نفسه بالزنى، رقم الحديث ١٦٩٥

(٩) تفسير القرطبي ١٥٣/٦

(١٠) انظر: مادة: " سجن " في المغرب للمطرزي، ولم أجد عند غيره فيما رجعت إليه من المراجع ذات الصلة.

(١١) تفسير القرطبي ١١٢/١٠ ومصنف ابن أبي شيبة: باب الرخصة في الشّعْر، رقم ٢٦٠٣٤ ومعجم ما استعجم ١١٩٩/٤ والعقد الفريد ١٦٨/٤ وتخريج الدلالات السمعية ص ٣٢٤ وانظر: مادة: " خيس " و " نفع " في لسان العرب والصحاح والقاموس المحيطة والمعجم الوسيط.

٤. نُقل عن القاضي أبي عبد الله الزبيري . من كبار فقهاء الشافعية . المتوفى سنة ٣١٧ للهجرة: أن الحبس القصير للاستبراء، وغير القصير للتأديب والتقويم^(٢).
٥. ذكر القاضي الماوردي . من كبار فقهاء الشافعية . المتوفى سنة ٤٥٠ للهجرة: أن الغاية من التعزير . والحبس نوع من أنواعه . الاستصلاح والزجر والتقويم والتهديب^(٣).
٦. ذكر الكاساني . الفقيه الحنفي . المتوفى سنة ٥٨٧ للهجرة: أن الحبس من التعزير، ويقصد به الزجر والتوبة^(٤).
٧. بيّن ابن تيمية . الفقيه الحنبلي . المتوفى سنة ٧٢٨ للهجرة: أنه يقصد من التعزير . والحبس نوع من أنواعه . الردع والتأديب^(٥).
٨. ذكر ابن فرحون . الفقيه المالكي . المتوفى سنة ٧٩٩ للهجرة: أن غاية الحبس هي الزجر، وثمرته التوبة^(٦).
٩. قال المرتضى . من فقهاء الزيدية . المتوفى سنة ٨٤٠ للهجرة: ونُدب اتخذ سجن للتأديب واستيفاء الحقوق^(٧).
١٠. جاء في كلام الحصكفي . الفقيه الحنفي . المتوفى سنة ١٠٨٨ للهجرة: أن الحبس للتأديب والزجر^(٨).
١١. جاء في كلام الدردير . الفقيه المالكي . المتوفى سنة ١٢٠١ للهجرة: أنه يقصد بالحبس التأديب والردع^(٩).
١٢. قال الشوكاني المتوفى ١٢٥٥ للهجرة: يقصد بالحبس حفظ أهل الجرائم، الذين ينتهكون المحارم، ويضربون بالمسلمين، حتى تصحّ منهم التوبة^(١٠).
١٣. قال الآبي . الفقيه المالكي . المتوفى سنة ١٣٤٠ للهجرة: إن السجن من التعزير، ويقصد به التأديب والعقوبة^(١١).
- أما غاية الحبس عند غير المسلمين فلم تخرج منذ القديم عن دائرة إذابة إنسانية السجن بالتعذيب والإهمال والانتقام، إلى دائرة الإصلاح والتقويم وإعادة التأهيل، إلا بعد منتصف القرن الثامن عشر الميلادي، كما تذكر المراجع الغربية نفسها^(١).

(١) الخراج لأبي يوسف ص ١٦٣
(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٦ ومعالم القرية لابن الأخواص ص ١٩٢، والحبس القصير عندهم ما كان أقل من سنة، والحبس الطويل سنة فأكثر كما في تبصرة الحكام ١/٢٦٦
(٣) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٦. ٢٣٧
(٤) بدائع الصنائع ٧/٦٤ و٨٦
(٥) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١١٢
(٦) تبصرة الحكام ٢/٣٠١
(٧) البحر الزخار ٥/١٣٨
(٨) الدر المختار ٤/١٧٦ و٨١
(٩) الشرح الكبير ٤/٣٥٤
(١٠) نيل الأوطار ٩/٢١٩
(١١) جواهر الإكليل ٢/٢٩٦

المطلب الرابع: موجبات السّجن

ذكر الفقهاء: أن الحبس كان قليل الاستعمال بالنسبة إلى أنواع التعزير الأخرى في زمن النبي ﷺ (٢)، غير أنه لما ازدادت الحوادث والجرائم بعد العهد النبوي، برزّ الحبس إلى جانب العقوبات الشرعية الأخرى. الحدود والقصاص وأنواع التعزير. دون انتقاص لها أو إهمال، ويوضح هذا قول عمر بن عبد العزيز رحمه الله: " تُحَدَّث للناس أفضية على قدر ما أحدثوا من فجور "(٣).

ثم قام الفقهاء بوضع ضوابط لموجبات الحبس. على نحو موجبات الحدود والقصاص. جمعتهما على النحو التالي:

١. حبس الجاني لغية المجني عليه حفظاً لمحل القصاص.
٢. حبس الآبق سنة حفظاً للمالية؛ رجاءً أن يُعرف مالكه.
٣. حبس الممتنع من دفع الحق إلقاءً إليه.
٤. حبس من أشكل أمره في العسر واليسر؛ اختباراً لحاله، فإذا ظهر حاله حُكِم عليه بموجبه: عسراً أو يسراً.
٥. حبس الجاني تعزيراً وردعاً عن معاصي الله تعالى.
٦. حبس من امتنع من التصرف الواجب الذي لا تدخله النيابة، كمن أسلم على أختين أو امرأة وابنتها وامتنع من ترك ما لا يجوز له.
٧. حبس من أقرّ بمجهول عينٍ أو في الذمة، وامتنع من تعيينه، فيُحبس حتى يعينه.
٨. حبس الممتنع من حق الله تعالى الذي لا تدخله النيابة كالصوم والصلاة، فيحبس ثم يقتل إن أصرّ على امتناعه. ولهم تفاصيل ذكروها. ولا يحبس الممتنع من الحج عند المالكية والشافعية، لأنه عندهم على التراخي.
٩. حبس من يُنسب إليه الفساد والسرقه حتى يُختبر أمره ويُكشَف.
١٠. حبس المتداعى فيه حفظاً له، حتى تظهر نتيجة الدعوى، كحبس امرأة عند أخرى ثقة حفظاً لها، إذا ادّعى رجلان نكاحها.
١١. حبس الجاني انتظاراً لتنفيذ العقوبة، كالحامل الزانية حتى تضع حملها (٤).

وقد انضوى تحت هذه الضوابط كثير من الفروع والمسائل والحوادث التي أفتى الفقهاء وحكم القضاة فيها بالحبس.

(١) انظر: الموسوعة البريطانية ١٠٩٧/١٤-١٠٩٨ وتراث العصور لجاكوب ٥٠١/٢ والحضارة البيزنطية لستيفن رنسمان ص ٢٦٤ وقصة الحضارة لديورانت ٨٥/٢/١ و ٢٨٢.٢٨٠ و ٤١٩ و ٤٥/٥/١

(٢) انظر: معين الحكام ص ١٩٦ ومجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٩٨/٣٥ والطرق الحكيمة ص ١٠٣

(٣) الفروق للقراني ٢٥١/٤ والاعتصام ١٨١/١

(٤) انظر: معين الحكام ص ١٩٩ وتبصرة الحكام ٣١٩/٢ و ٣٣٩ والفروق للقراني ٧٩/٤. وهو أشملها. وتهديب الفروق للملكي ١٣٤/٤ وحاشية الرملي ٣٠٦/٤ والإفصاح لابن هبيرة ٣٩/١

المبحث الثالث
اهتمام الإسلام بحقوق الإنسان وبخاصة حقوق المسجون
وفيه مطلبان
المطلب الأول

اهتمام الإسلام بحقوق الإنسان عموماً ورعايته لها

كثر الحديث في عصرنا عن حقوق الإنسان التي صدرت في ثلاثين مادة، نظمتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ١٩٤٨ للميلاد، وتوافقت عليها دول العالم، ووقّعت عليها فيما سُمّي: " الإعلان العالمي لحقوق الإنسان " (١).

ثم جاء " الإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان " الذي اشتمل على خمس وعشرين مادة موجزة مركزة، قامت بصياغتها منظمة المؤتمر الإسلامي، وتمّ إقرار هذا الإعلان في مؤتمر القمة الإسلامي المنعقد عام ١٩٩٠ للميلاد، وقُصد به بَحْث ما اشتمل عليه " الإعلان العالمي لحقوق الإنسان " مما لا يتفق مع تعاليم الإسلام في أمور العقيدة والأسرة، والجزاءات العقابية وغيرها... (٢).

وقد اشتمل الإعلانان على العديد من الحقوق والحريات الأساسية التي لا غنى للإنسان عنها، كحقوقه في الحياة، والحرية، والمساواة، وحقوقه في الأمان من القهر والتعذيب، وحقوقه في التملك، وفي التعلم، وفي الحفاظ على شُمعته وأسراره... إلخ (٣).

وإن الناظر في النصوص والمصادر التشريعية الإسلامية الأولى يظهر له: أن مُجْمَل هذه الحقوق وغيرها ترجع إلى أصولٍ كَلِيَّة أجمع عليها علماء المسلمين منذ القديم مفادها: أن الإسلام جاء لتحقيق وحماية المقاصد الشرعية الخمسة، التي تُعتبر أصولاً ثابتة وراسخة لحقوق الإنسان عامة أبد الدهر، وهذه المقاصد هي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال (٤)؛ وذلك لأن للإنسان منزلة رفيعة خصَّه الله تعالى بها دون كثير ممن خلق، وأمر ملائكته بالسجود له، قال الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ الإِشْرَاء: ٧٠ .

وأبرزُ هذه الحقوق هو: حَقُّ الإنسان في الحياة، وفي وجوب الحفاظ على نفسه، ويدل على ذلك تحريم الإسلام الاعتداء على أرواح الآخرين، واعتباره قتل نفسٍ واحدةٍ قتل الناس جميعاً، قال الله تعالى: ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ المائدة: ٣٢ .

ومن أبرز هذه الحقوق أيضاً: حَقُّه في الحفاظ على ماله ومنع الاعتداء عليه، ويدل ذلك الآية: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ﴾ النساء: ٢٩ .

- (١) انظر: الغرب والعرب وحقوق الإنسان للدكتور غانم النجار ص ١٠-١١ وحقوق الإنسان في الإسلام للدكتور صالح آل الشيخ ص ١٩٦
- (٢) انظر: حقوق الإنسان في الإسلام للدكتور محمد الزحيلي ص ١١٤ وما بعدها وحقوق الإنسان وحياته الأساسية للدكتور جابر الراوي ص ٨٢ و٨٣ و٨٦ والمملكة العربية السعودية وحقوق الإنسان للأستاذ عزت مراد ص ٥١٤٧،
- (٣) حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان للأستاذ أحمد حافظ نجم ص ٩٦٨٥
- (٤) المستصفى ص ١٧٤ وروضة الناظر ص ١٧٠

ومن أبرزها كذلك: حَقُّه في الحفاظ على عِرْضِهِ، ويدل عليه تحريم القذف والزنى، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَةَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ الإسراء: ٣٢ ، وقال أيضاً: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ النور: ٤ .

وتأكيداً لما سبق من حقوق الإنسان الثلاثة المهمة الآنف ذكرها يقول النبي : " كل المسلم على المسلم حرام: دمه، وماله، وعرضه " (١).

ومن أبرز هذه الحقوق أيضاً: حق الإنسان في الكرامة الإنسانية، بَعْضُ النظر عن جنسه، أو لونه، أو دينه، أو لغته، أو مكانته الاجتماعية.

ومن التطبيقات العملية لمعنى حق الكرامة الإنسانية: أنه حينما عَيَّرَ الصحابيُّ " العريُّ " أبو ذر الغفاريُّ، الصحابيُّ " الحبشيُّ " بلالَ بنَ رباحٍ بقوله: يا ابنَ السوداء، غَضِبَ النبي ﷺ منه وأتَّبه قائلاً: " يا أبا ذر، أَعَيَّرْتَهُ بِأُمَّه!! إنك امرؤُ فيك جاهلية " (٢).

هذا، وقد شرع الله تعالى العقوبات الزاجرة؛ للإبقاء على حقوق الإنسان هذه وغيرها محفوظةً ومصانة من كل تجاوز أو عدوان، فشرع القصاص للحفاظ على الأنفس وما دونها، وشرع الرجم والجلد للحفاظ على الأعراس من الزنا والقذف، وشرع قطع اليد للحفاظ على الأموال من السرقة، وشرع غير ذلك من العقوبات المعروفة في مواضعها بالحدود والقصاص والتعزير، لكل ما يمس بقية حقوق الإنسان.

المطلب الثاني

اهتمام الإسلام بحقوق المسجون ورعايته لها

لا يخفى أن حقوق الإنسان التي قررها الإسلام تشمل السجين أيضاً باعتباره إنساناً، بل إن الإسلام خصَّه بمزيد من الاهتمام والرعاية والوصية به؛ لما يصاحب حاله غالباً من ضعف وقهر وعزلة عن الآخرين.

هذا، ومن حقوق المسجون التي تستحق التقديم على غيرها ما نعرضه في الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول

حق السجين في التحقق من اتهامه ، وتعجيل محاكمته والدفاع عن نفسه

تبدأ حماية حقوق السجين . المتهم . في الإسلام من اللحظة الأولى التي تُوجَّه فيها إليه التهمة ويودَّع بسببها في السجن، ومعنى هذا أنه يجب أن يُطبَّق فيه المبدأ القائل: " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص "، ويظهر هذا المبدأ في قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ الإسراء: ١٥ .

ولا يخفى أن من أهم وظائف القضاء تحري الحق والعدل بين الخصوم، وذلك بتمكنهم من الحصول على محاكمة عادلة، يُعبَّر فيها كل منهم عن موقفه، ويدافع عن نفسه ويُدلي بحجته.

(١) صحيح مسلم: باب: تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، رقم الحديث ٢٥٦٤
(٢) صحيح البخاري: باب: المعاصي من أمر الجاهلية، رقم الحديث ٣٠ وصحيح مسلم: باب: إطعام المملوك مما يأكل، رقم الحديث: ١٦٦١ وانظر تفاصيل القصة في فتح الباري ١/٨٦

ويكاد يجمع الفقهاء على أن أول عمل يبدؤه القاضي حين توليه القضاء، هو النظر في السجون، والبحث في أحوال المحبوسين والتحقق من أتهامهم وأسباب حبسهم^(١)، بل ذهب بعضهم إلى وجوب ذلك؛ لأن الحبس عذاب، فيُقدّم على ما سواه^(٢).

وذكروا: أن على القاضي أن يتسلم نسخة بأسماء المحبوسين، وأخبارهم، وما حُيس به كلٌّ منهم، ويتحقق من سبب حبسه بوجود خصمه، ويكون تصرفه معه بحسب الوجه الذي يقتضيه الشرع فيما حُيس به من إرسال أو إبقاء^(٣).

وله أن يسأل كلَّ محبوس عن جريرته، ويتحقق مما عليه، فإن أنكر استمع إليه، وتفحص عن أمره وتثبت، وجمع بينه وبين خصمه، وسأل عن القضية حتى يتبين له وجه الحق، فإن كان حبسه بحق أبقاه، وإن كان تعدياً وظلماً أطلقه^(٤)، وينفذ ذلك لأنه حكم قضائي^(٥).

والأصل في الجمع بين الخصمين للتحقق من التهمة، ما قاله النبي ﷺ لعلي عليه السلام: "إذا تقاضى إليك رجلان، فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر، فسوف تدري كيف تقضي"^(٦).

وهناك تفصيلات أخرى ذكرها الفقهاء في حق السجين - المتهم - في التحقق من أتهامه، وتعجيل محاكمته، وتمكينه من الدفاع عن نفسه^(٧).

الفرع الثاني

حق المسجون في الحفاظ على نفسه وما دونها ، وعلى كرامته

حرم الإسلام الاعتداء على النفس البشرية وقتلها بغير حق، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ الإسراء: ٣٣ ، وهذا يشمل السجين وغيره، وبناء على هذا: إذا قُتل السجين بنية العمد المحض وجب القصاص من قاتله؛ لقوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ نَعْلَمُ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ المائدة: ٤٥ ، وإن قُتل بشبه العمد، أو بالخطأ، ففيه الدية، كما هو مقرر في مواضعه^(٨).

ومن الحالات المنصوص عليها بخصوص السجين، ما ذكره الجمهور أنه: إذا حُيس الرجلُ ومُنِع من الطعام والشراب حتى مات في مدة يموت مثله فيها غالباً بسبب الجوع أو العطش، فهذا قتلٌ عمدٌ يوجب القود على الحابس، وهو عند الحنفية قتلٌ شبه عمد فيه الدية، ويُعزَّر الحابس؛ لأن الموت حصل - كما يقولون - بالجوع أو

-
- (١) الاختيار ٨٥/٢ والدر المختار ٣٧٠/٥ وجواهر الإكليل ٢٢٣/٢ وشرح المحلّي ٣٠١/٤ وغاية المنتهى ٤١٩/٣
 - (٢) لهداية ٨٢/٣ والشرح الكبير للدردير ١٣٨/٤ وتبصرة الحكام ٤٠/١
 - (٣) فتح القدير لابن الهمام ٤٦٣/٥ وحاشية ابن عابدين ٣٧٠/٥ وحاشية الدسوقي ١٣٨/٤ وأسنى المطالب ٢٩٤/٤ والمغني ٩٧/١٠
 - (٤) حاشية ابن عابدين ٣٧٠/٥ والفتاوى الهندية ٣٤٦/٢-٣٤٨ والقوانين الفقهية ص ١٩٦ وأدب القضاء لابن أبي الدم ص ٩٨.٩٧/١٠ والمغني ٧٤.٧٢
 - (٥) الإنصاف ٢٢٠/١١
 - (٦) سنن الترمذي وقال: هذا حديث حسن: باب: ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما، رقم الحديث ١٣٣١
 - (٧) فتح القدير لابن الهمام ٤٦٣/٥-٤٦٤ وشرح منهج الطلاب للأصاري ٣٤٤/٥ والمغني لابن قدامة ٩٨.٩٧/١٠
 - (٨) الاختيار ٢٤/٥ والقوانين الفقهية ص ٢٢٦ وشرح المحلّي ٩٧.٩٦/٤ وغاية المنتهى ٢٤٦/٣

العطش لا بالحبس^(١). ويعود سبب هذا الخلاف إلى ما يعرف عند الفقهاء بالقتل بالتسبب أو بالمباشرة^(٢).

ومثل هذا عند الجمهور أيضاً: إذا عُرِضَ السجين للبرد أو الحر حتى يموت، أو سُلِّطَ عليه حيوان قاتل عادة، أو غُطِسَ في ماء يعجز عن التخلص منه، أو ضُرِبَ بِمُثْقَلٍ يقتل عادة، كحديدة وحجر، أو ضُرِبَ في موضع المقاتل فمات، لزم القصاص، وقال الحنفية: القتل بالمثل شبيه عمد وفيه الدية^(٣).

ومما يتصل بهذا: تحريم الإسلام الاعتداء على المسجون فيما دون نفسه، وكذا إهانة كرامته، وقد ذكر الفقهاء أنه: لا يجوز تجريدته من ثيابه، ولا التعرض له بتشويه جسمه، أو التمثيل به، أو كيّه بالنار، أو حلق لحيته، أو إتلاف أطرافه، أو جزء من جسمه، أو منافعه، أو تسليط حيوان عليه لينهشه أو يجرحه، ونحو تلك التصرفات المضرة به^(٤)، التي تحكم فيها النصوص الشرعية العامة بالقصاص فيما دون النفس من الفاعل إن أمكنت المساواة، أو الأثر إن تعذر القصاص، كما هو مقرر في مواضعه^(٥).

ومما يتصل بهذا ما ذكره أيضاً: أنه لا يجوز تعذيب المسجون وإهانة كرامته الإنسانية، بالطم، أو الوكز، أو الضرب بالسوط والعصا، أو الترويع والتخويف، أو وضع الخنافس على بطنه، وفي ذلك القصاص إن نشأ أثر ضار في جسمه، وأمكنت المساواة، وإلا ففيه التعزير^(٦)، والأصل في هذا قول الله تعالى: ﴿وَحَزَنًا وَسَيِّئَةً سَيِّئَةٌ مِثْلَهَا﴾ الشورى: ٤٠.

كما لا يجوز المساس بعرض المسجون أو المسجونة بالقذف والاتهام بالزنى ونحوه، إلا بينة شرعية، وإلا ففي ذلك عقوبة القذف؛ لعموم قوله تعالى: ﴿لَوْلَا جَاءَ وَعَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شَهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشَّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾ النور: ١٣.

ولا يجوز الاعتداء على المحبوس بالسبِّ ِ والشتم، وسبِّ الآباء والأمهات ونحوه مما يمس الشرف والعرض والكرامة الإنسانية، وفي ذلك التعزير^(٧).

وجاء عن عمر رضي الله عنه أنه قال: إني والله ما أبعث عُمالي ليضربوا أشاركم ويأخذوا أموالكم، ولكني أبعثهم ليعلموكم دينكم ويعدلوا بينكم، ألا من فعل به شيء من ذلك فليرفعه إلي، والذي نفس عمر بيده لأقصنه منه، فقال عمرو بن العاص رضي الله عنه: يا أمير المؤمنين، أرايت لو أن رجلاً من المسلمين كان على رعيته، إنك لمقصه منه؟! قال: وما لي لا أقصه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه، ألا لا تضربوهم فتدلوهم، ولا

(١) بدائع الصنائع ٢٣٤/٧ والقوانين الفقهية ص ٢٢٦ وشرح المحلّي ٩٧/٤ وشرح منتهى الإرادات ٢٥٦/٣ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٥٦٠.

(٢) العقوبة لأبي زهرة ص ٤٦١ فما بعدها.

(٣) حاشية ابن عابدين ٥٤٤/٦ والخراج لأبي يوسف ص ١١٨ و ١٣٥ والشرح الكبير للدردير ٢٤٣/٤ وأسنى المطالب ٤/٤ و٩ و٤٦ وشرح منتهى الإرادات ٢٥٦/٣ والإنصاف ٤٥٧/٩ والتعزير في الشريعة الإسلامية لعامر ص ٣٧٣ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٥٦٢.٥٦١.

(٤) الاختيار ٣١-٣٠/٥ والخراج لأبي يوسف ص ١١٨ وبداية المجتهد ٤٠٥-٤٠٦ وجواهر الإكليل ٥٩/٢ وأسنى المطالب ٩/٤ و٣٢.٢٢ وغاية المنتهى ٢٦٣/٣ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٥٦٤.٥٦٠.

(٥) البحر الرائق ٣٨٤/٨ والثمر الداني ص ٥٧٥ وروضة الطالبين ٢٠١/٩ والمغني ٢٥٣/٨ و٢٥٧، ومعنى الأثر. كما في الاختيار ٣٩/٥: الواجب من المال فيما دون النفس تعويضاً عن النقص.

(٦) بدائع الصنائع ٢٩٩/٧ والفتاوى الهندية ٤١٤/٣ والشرح الكبير للدردير ٢٥٢-٢٥٣ وتبصرة الحكام ١٤٧/٢ و٣٠٤ وأسنى المطالب ٦٧/٤ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٩ والإنصاف ١٥/١٠.

(٧) حاشية سعدى جلي ٢١٢/٤ والشرح الكبير للدردير ٣٥٤/٤ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٦.

تمنعوهم حقهم^(١). قال ابن تيمية . بعد أن ساق هذا الأثر . ومعنى هذا: إذا ضرب الحاكم رعيته ضرباً غير جائز اقتضت منه، أما الضرب المشروع فلا قصاص بالإجماع^(٢).

وقد ذكر الفقهاء: أن من واجبات المحتسب تفقد السجن، والتأكد من عدم العدوان على السجين وتعريضه للإهانة والأذى^(٣).

هذا، وقد حظرت الاتفاقيات الدولية العقوبات القاسية وغير الإنسانية مما يهدر آدمية المسجون ويسيء إلى كرامته^(٤).

الفرع الثالث

حق المسجون في الحفاظ على ماله عموماً

حَرَّمَ الإسلام الاعتداء على مال الغير وأخذَه بغير حق، قال الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ النساء: ٢٩ ، وجاء في الحديث الشريف: " كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه "^(٥)، وجاء في حديث آخر: أن رسول الله ﷺ " كان ينهى عن قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال "^(٦)، وهذه النصوص تشمل السجين وغيره.

وبناء على هذا: فإن الحبس وإن كان يمنع السجين من الخروج إلى أشغاله ومهماته، لكنه لا يجوز الاعتداء على ماله عموماً بأي صورة من صور الاعتداء، بل إن الحفاظ عليه وحمايته وعدم تعريضه للتلف والضياع من الواجبات الشرعية، ومن هذا تمكينُ السجين من ممارسة حقوقه المالية وتصرفه فيها، في حال عدم إخلالها بما حبس من أجله، وذلك للحديث النبوي الآنف الناهي عن إضاعة المال، ومما ذكره الفقهاء في هذا الصدد ما يلي:

كتب أبو يوسف القاضي إلى الخليفة هارون الرشيد يوصيه بإطعام السجناء، أو تخصيص مبالغ من المال لهم، تُسَلَّم إليهم بأيديهم في كل شهر؛ مخافة أن يسطو عليها أصحاب النفوس الضعيفة من موظفي السجن^(٧).

ومما ذكروه في هذا الصدد: أن أثمان المصنوعات الخفيفة التي كان يصنعها المحبسون في السجن الإسلامية كالسلال والتكك وغيرها . كانت تعود لحساب السجناء دون غيرهم^(٨)، وفي هذا من المحافظة على على حقوقهم المالية ما لا يخفى.

(١) المستدرک للحاکم وصححه على شرط مسلم: کتاب: الفتن والملاحم، رقم الحديث ٨٣٥٦ وسنن أبي داود: باب: القود من

الضربة وقص الأمير من نفسه، رقم الحديث ٤٥٣٧ ومسند أحمد: مسند عمر بن الخطاب ﷺ، رقم الحديث ٢٨٦

(٢) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٥٠-١٥١، ويقصد بالضرب المشروع: ضرب المتهم المعروف بالفجور والفساد، وضرب المسجون المؤذي المتمرد في سجنه... إلخ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ١٠٦ و٥٤٣

(٣) معالم القرية لابن الأخوة ص ١٥٥ و١٦٧ و١٨٤

(٤) مجموعة قواعد الحد الأدنى: القاعدة ٣١

(٥) صحيح مسلم: باب: تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، رقم الحديث ٢٥٦٤

(٦) صحيح البخاري: باب: ما يكره من قيل وقال، رقم الحديث ٦١٠٨ وصحيح مسلم: باب: النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة، رقم الحديث ١٧١٥

(٧) الخراج لأبي يوسف ص ١٦٢

(٨) معاملة المسجونين في الإسلام للفحام ص ٣٧، والسلال والسلالات: جمع سلّة، وهي وعاء من حوص ونحوه مضمفور، يحمل فيه الطعام والفاكهة، انظر: مادة: " سل " في تاج العروس والمصباح المنير. أما التّكّك: فجمع تكّة، وهي الخبيل الرفيع يُشد به

ومما ذكره أيضاً: أن المحبوس يُمنع من الإسراف في الطعام والشراب والكسوة، وبخاصة إذا حُبس بسبب الدَّين، ويؤمر بالاقتصاد في ماله؛ لأن الإسراف منهى عنه هو وغيره أيضاً، فالأُن يُمنع منه المحبوس في الدَّين أولى^(١).

وأن الإنسان إذا أكره بالحبس على بيع ماله، أو على الشراء، أو التأجير، فله الفسخ لانعدام الرضا^(٢). وأن العامل إذا سُجن قبل فراغه من العمل، فإنه يستحق أجر ما عمل^(٣)؛ قلت: وذلك لأن المانع اضطراري وهو خارج عن إرادة العامل المحبوس، فيحفظ له حقه في المال.

وأن حق الشفعة يثبت للمحبوس ولو كان مفلساً، إذا التزم ثمنها في ذمته ورضي شريكه بذلك، وله أن يطالب بها ويُشهد على طلبه^(٤).

وهكذا يمكننا القول: إنَّ فيما تقدم سبق أكرم وأشمل مما تضمنته مجموعة قواعد الحد الأدنى الدولية لمعاملة المسجونين، التي اقتصررت توصيتها: على أن تحتفظ إدارة السجن بما للسجين من مال يُسلم إليه عند الإفراج عنه^(٥).

السُّزوال، انظر: مادة: " تك " في تاج العروس والمعجم الوسيط. وذكر الجاحظ في المحاسن والأضداد ص ٤٨: أن الخليفة المخلوع ابن المعتز أنشد في سجنه قائلاً:

وكنْتُ امرءاً قبل حبسِي ملك

تعلمت في السجن صنْع التَّك

(١) أدب القاضي للخصاف ٣٩٣/٢ والفتاوى الهندية ٦٣/٥

(٢) الاختيار ١٠٥/٢ والهداية ٢٢٢/٣ وجواهر الإكليل ٣٤٠/١، وانظر تفاصيل حكم الإكراه بالحبس الطويل وبالحبس القصير في: فقه المعتقلات والسجون ص ٤٧٣

(٣) شرح المحلّي مع حاشية القليوبي ٦٥/٣

(٤) بدائع الصنائع ١٧٤/٧ والفتاوى الهندية ١٧٥/٥ وبداية المجتهد ٢٦٢/٢ والمدونة للمالك ٤١٨/٥ والشرح الكبير للدردير ٢٦٥/٣ ومنهاج الطالبين ٢٨٥/٢ وشرح ابن القاسم مع حاشية الباجوري ١٩/٢ و٢٨٥ والمغني لابن قدامة ١٩٢/٥ والإنصاف ٢٨٥/٥، ويذكر هنا: أن الحقوق المعنوية أموال عند الفقهاء كالحقوق المادية وخالف في هذا الحنفية، ويعرف هذا في مواضعه.

(٥) مجموعة قواعد الحد الأدنى: القاعدة: ٧٦

المبحث الرابع

حق المسجون في عزله عن غيره بحسب جنسه وعُمره وجريته

لم يكن لغير المسلمين في القديم اهتمام كبير بحق المسجون في عزله عن غيره بحسب جنسه وعُمره وجريته، " فكان يجتمع في المكان الواحد من السجن المحبوسون بجرائم جنائية، ومدنية، وسياسية، وقد يكون بينهم المحبوس مؤقتاً بتهمة، والمتمرس في الجريمة، وكان جُلُّ اهتمامهم موجهاً إلى ضبط السجن بصرامة، والتنكيل بالسجناء، وتكليفهم بالأعمال الشاقة" (١).

أما المسلمون فكانت الغاية الإصلاحية من السجن عندهم واضحة في وقت مبكر من تاريخهم؛ لذا عمدوا إلى تصنيف السجون والسجناء بما يتناسب مع الغاية من السَّجْن، ويسرع في تحقيقها، وبمنح السجين حقه في المواءمة مع خصوصياته والمحيط الذي يعيش فيه، وبيان ذلك في المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول

حق المسجونات في فصلهن عن المسجونين

حرم الإسلام خلوة الرجل بالمرأة (٢)، واعتبر اختلاط الرجال بالنساء من الأمور المنكرة المنهي عنها (٣)، وذهب الفقهاء في هذه القضية إلى الأخذ بمبدأ سد الذرائع، وهو أصل معروف في الشرع (٤)، وبناء على هذا قرروا بالإجماع: أنه يجب أن يكون للنساء حبس خاص يهنّ على حِدّة، لوجوب سترهنّ عن الرجال، ولا يكون معهن رجل مُحرّماً من الفتنة (٥)، وتقوم على سجنهن نساءً مثلهن، فإن تعدّر ذلك جاز أن يُستعمل عليهن الرجل المعروف بالصلاح (٦).

وقد كتب عمر بن عبد العزيز إلى بعض ولاته: " واجعل للنساء حبساً على حِدّة" (٧). وذكروا: أنه إن لم يكن هناك سجن مُعدّ للنساء، حُبست المرأة عند امرأة أمينة منفردة عن الرجال، أو ذات رجل أمين، كزوج أو أب أو ابن معروف بالخير والصلاح (٨).

ومن الطريف هنا ذكر ما نص عليه بعض الفقهاء: أن الخنثى المشكّل يُحبس وحده، فلا يكون مع الرجال ولا مع النساء، أو يُحبس عند مُحَرَّم (٩)، وهذا يدل على مبلغ اهتمام الفقه الإسلامي بتصنيف السجون والفصل بين غير المتجانسين، وإعطاء كل ذي حق حقه وتمكينه من خصوصياته.

- (١) الموسوعة البريطانية ١٠٩٨/١٤ ودائرة المعارف لوجدي ٥١/٥ ودائرة المعارف لعطية الله ص ٢٨٠
- (٢) حاشية ابن عابدين ٥٣٨/٣ و٦٦٦/٤ و٣٦٨/٦ وشرح المحلّي ٢١٢/٣ والمغني ٧٤٨/٤ و٧٤/٧ وجاء في الحديث الشريف: " لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم " انظر: صحيح البخاري: باب: لا يخلون رجل بامرأة، رقم الحديث ٤٩٣٥ وصحيح مسلم: باب: سفر المرأة مع محرم، رقم الحديث ١٣٤١
- (٣) المعيار ٢٢٨/١١ وجواهر الإكليل ٨٠/١ وحاشية القليوبي ٢٩٧/٢ والمغني ٣٢٨/١
- (٤) انظر: الذخيرة ١٥٢/١ والإنصاف ٣٣٧/٥ وإعلام الموقعين ١٣٥/٣
- (٥) المبسوط ٩٠/٢٠ والدر المختار ٥٧٩/٥ والشرح الكبير للدردير ٢٨١/٣ والبحر الزخار ١٣٨/٥
- (٦) الفتاوى الهندية ٤١٤/٣
- (٧) الطبقات الكبرى لابن سعد ٣٥٦/٥
- (٨) المدونة لمالك ٢٠٦/٥ والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٢٨٠/٣ وجواهر الإكليل ٩٣/٢
- (٩) حاشية الدسوقي ٢٨٠/٣ وحاشية الصعدي على كفاية الطالب ٢٠١/٢

هذا، ويمكن أن يُستدل لأصل الفصل بين النساء والرجال في السجن، بإفراد النبي ﷺ محبساً خاصاً للنساء، حيث حبس سَفَّانة بنت حاتم الطائي في حظيرة كانت السبايا يجسن فيها قرب باب مسجده ﷺ (١).

وفي حادثة أخرى أمر النبي ﷺ بأسارى المريسيع فجعلوا في ناحية، وجعل عليهم بُرَيْدة بن الحَصِيب، وجُعِلت الذرية . النساء والصغار . في ناحية أخرى، واستعمل عليهن شقران مولاه (٢).

وقد استمر العمل بذلك عبر العصور الإسلامية دون انقطاع (٣)، في الوقت الذي ظل فيه الغرب حتى أواخر القرن الثامن عشر، لا يهتم بإفراد أماكن لسجون النساء، ولا يفرق بينهن وبين الرجال في كثير من السجون (٤).

وفي عصرنا الحالي أوجبت الاتفاقيات الدولية على الحكومات حبس النساء في مواضع خاصة معزولة وبعيدة عن مواضع الرجال، وأن تشرف عليهن موظفات مسؤولات في السجن، وأن لا يُسمح لأحد من الموظفين الذكور بأداء واجباته المهنية إن تعيّن ذلك عليه، إلا بصحبة إحدى الموظفات (٥)، وهذه كما لا يخفى يخفى أمور سبق الإسلام إلى تقريرها والعمل بها منذ قرون عديدة؛ وفيها انسجام مع المبادئ الإنسانية الكريمة، التي تراعي حق النساء في العيش بخصوصياتهن بعيداً عن مخالطة الرجال.

المطلب الثاني

حق الأحداث في فصلهم عن المسجونين الكبار

الأحداث جمع حَدَث، وهو المراهق ذكراً كان أو أنثى، إذا كان دون سن البلوغ (٦)، وهو ليس أهلاً للعقوبة؛ لأنه غير مكلف أصلاً؛ لحديث: " رُفِعَ القلم عن ثلاثة: ... وعن الصبي حتى يحتلم " (٧)، لكن الصَّغَرَ لا يمنع تأديب الحدث وتقويم سلوكه، لحديث: " واضربوهم عليها . أي: الصلاة . وهم أبناء عشر " (٨)، وهذا ما قرره الإسلام قبل أن يقرّر رجال القانون في المؤتمرات الدولية: أن الحدث ليس أهلاً للعقوبة بالسجن، وإنما يوضع في مؤسسات إصلاحية ومعاهد تهذيب يفصل فيها عن البالغين (٩).

هذا، ومن خلال تتبُّعي لكتابات الفقهاء، وحدث أن الأصل عندهم وعند القضاة المسلمين، حبس الأحداث في دور آبائهم ومنعهم من الخروج، فقد ذكروا: أن الحدث إذا خُشِيَ عليه ما يُفسده، توجَّب حبسه

- (١) السيرة النبوية ٢٢٥/٤ والبداية والنهاية ٦٤/٥ والإصابة ٣٢٩/٤ والحظيرة: موضع يُحاطُ بالخشب أو القصب أو الشجر انظر: مادة: " حطر " في الصحاح والقاموس المحيط.
- (٢) الإصابة ١٥٣/٢ والتراتب الإدارية ٣١٣/١ قلت: وربما استعمل النبي ﷺ مولاه شقران على النساء لكثرة مخالطة شقران للنبي ﷺ وخدمته له ومعرفة النبي ﷺ بأحواله ودخيلة أمره.
- (٣) الطبقات الكبرى ٣٥٦/٥ وبدائع الزهور ٣٠٣/٤ والحياة الاجتماعية في المدينة الإسلامية ص ١٢٥ والإسلام في حضارته ونظمه ص ١٥٢
- (٤) دائرة المعارف لعطية الله ص ٢٨٠ وعلم الإجرام والعقاب لعبود السراج ص ٢٤٨ ومعالم الأصالة في النظام العقابي الإسلامي مجلد ٣ ص ٣٢
- (٥) مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين: القاعدة ٥٣ و٨
- (٦) مادة: " حدث " في الصحاح والقاموس المحيط.
- (٧) سنن أبي داود: باب: في المنون يسرق أو يصيب حداً، رقم الحديث ٤٤٠٣، وصححه النووي في شرح صحيح مسلم ١٤/٨
- (٨) سنن أبي داود: باب: متى يؤمر الغلام بالصلاة، رقم الحديث ٤٩٥ وإسناده حسن كما في فيض القدير ٥٢١/٥
- (٩) مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين: القاعدة: ٨ و٥

عند أبيه لا في السجن^(١). وروي عن سحنون قاضي القيروان: أنه أمر بحبس غلمان فاسدين، مقيدين عند آبائهم^(٢)، وهذا يشبه نظام الإقامة الجبرية.

وأجاز بعض فقهاء المذاهب الأربعة، حبس الحدّث المراهق. أي: في غير بيت أبيه. لفجوره، أو لبغيه. لكونه من أولاد البغاة. أو لردّته. أي: بالحقوق الجزائية كما يقال في عصرنا. إذا كان الحبس أصلح له من إرساله، وكان فيه حفظه وتأديبه وإصلاحه^(٣).

وأجاز بعض الحنفية حبس الحدّث المراهق بالدين. أي: بالحقوق المدنية كما يقال في عصرنا. لا عقوبة، وإنما تأديباً له وزجراً؛ لئلا يعود إلى التعدي على حقوق الناس، وعلق بعض هؤلاء الفقهاء حبسه على وجود أب أو وصي؛ ليُسارع إلى قضاء الدين عنه^(٤).

ولم أفد خلال البحث على نص يدل على أن المسلمين اتخذوا محبساً خاصاً بالأحداث، لكن المروي: أنه كان من غير المسموح به عند المسلمين حبس الأحداث مع الكبار؛ منعاً لما قد يتعرضون له من ضرر وفساد^(٥).

وبعد ما تقدم: فإني أرى وجهة القول بحبس الأحداث في "الحقوق الجزائية والمدنية" إذا رآه القاضي، وأن يكون ذلك فيما يطلق عليه في عصرنا: "المعاهد الإصلاحية" أو "دور الرعاية الاجتماعية" أو نحو ذلك، وبخاصة أن الأوضاع الاجتماعية والإعلامية والأسرية المعاصرة تُعجز الأسرة في كثير من الأحيان عن السيطرة على الحدّث، ورعايته وضبط سلوكه واستصلاحه. أما تحديد سن الحدّث عند القانونيين فيختلف من دولة إلى أخرى.

المطلب الثالث

حق المسجونين في فصل بعضهم عن بعض

بحسب أحوالهم وجرائمهم

يتفرع الحديث في هذا الموضوع على النحو التالي:

١. **حق المتهمين الموقوفين في فصلهم عن السجناء المحكومين:** كانت السجون في العصور الإسلامية الأولى تتبع سلطة القاضي، الذي كان يتولى الشرطة أيضاً وينظر في أمور المتهمين، ثم يحكم على من تثبت إدانته منهم، وكان يعزل هؤلاء عن أولئك في أماكن خاصة^(٦).

ثم أدخلت تعديلات إدارية تنظيمية، فزيد في سلطات الوالي، الذي صار ينظر في أمور أهل الريبة والتهمة، واتخذ سجناً خاصاً أطلق عليه: "سجن الوالي"، هو أشبه بسجن الموقوفين، الذين يتم تحويلهم بعد

(١) الدر المختار ٢٥٣/٤ والمعيان ٢٥٢/٨

(٢) أحكام السوق ليحيى بن عمر الأندلسي ص ١٣٥ والمعيان ٢٥٨/٨

(٣) بدائع الصنائع ٦٣/٧ و١٣٤ و١٣٥ وحاشية ابن عابدين ٢٥٧/٤ و٤٢٦/٥ ومعين الحكام ص ١٧٤ والمعيان ٢٥٨/٨ وجواهر الإكليل ١٤٨/٢ ومغني المحتاج ١٢٧/٤ والإنصاف ٣١٥/١٠

(٤) المبسوط ٩١/٢٠ وحاشية ابن عابدين ٤٢٦/٥ والفتاوى الهندية ٤١٣/٣ ومعين الحكام ص ١٧٤

(٥) معالم الأصالة في النظام العقابي الإسلامي لمجدوب ص ٣٢

(٦) تاريخ قضاة الأندلس ص ٥ وأخبار القضاة ١٨١/١ و٢٢٧.٢٢٥/٣ والحياة الاجتماعية في المدينة الإسلامية ص ١٢٥

إدانتهم إلى ما أطلق عليه: " سجن القاضي " (١)، ولهذا ذكر بعض الفقهاء: أنه ليس للقاضي الحبس بتهمة إنما ذلك للوالي (٢)، أما القاضي فلا يجلس أحداً إلا في حق وجب (٣).

وذكروا: أن توزيع هذه الصلاحيات والاختصاصات وأمثالها من الأمور التنظيمية، التي تختلف باختلاف الأزمان والأحوال والعرف، وليس لذلك حدٌ في الشرع (٤).

هذا، وقد نصت الاتفاقيات الدولية: على فصل المسجونين احتياطاً عن المسجونين المحكوم عليهم (٥)، وهو ما سبق إليه المسلمون وعملوا به قبل قرون عديدة.

٢. حق المسجونين بديون مائية في فصلهم عن المسجونين بجرائم جنائية: من حقوق المسجونين بديون مالية أن لا يُسجنوا مع المجرمين المسجونين بجرائم " جنائية "؛ نظراً لما بينهما غالباً من فروق جوهرية في الأخلاق وفي موجبات السجن؛ فالمدين الموسر مرهون بقاؤه في السجن بسداد ما عليه من ديون، أما المجرم فهو مرغم على البقاء في السجن، تنفيذاً لحكم على جرم فعله أو فاحشة وقع فيها، وبحسب الوقائع المشاهدة فإن اختلاط المجرم بغيره يؤثر فيه في كثير من الأحيان.

وقد تنبه المسلمون في وقت مبكر إلى هذا الأمر، فראؤا التفريق بين الصنفين، ومنعوا حبس المدين مع المجرمين، وقد كتب عمر بن عبد العزيز إلى بعض ولاته: أنظر مَنْ في السجن، ولا تجمع بين من حبس في دين، وبين أهل الدعارات في بيت واحد، ولا في حبس واحد (٦).

ونص الفقهاء على أنه: يُمنع أن يجلس المدين في سجن أهل الجرائم واللصوص؛ خوفاً من العدوى (٧).

وكان المعمول به في العصور الإسلامية، تخصيص الدولة سجناً للمدنيين، كسجن شريح في الكوفة، وسجن العقيق باليمامة (٨)، وتخصيص سجون أخرى للمجرمين، كسجن مكة، وسجن المدينة وسجن تبالة باليمن (٩).

هذا، وقد نصت الاتفاقيات الدولية: على فصل المسجونين لأسباب مدنية، بما في ذلك الديون، عن المسجونين بسبب جريمة جزائية (١٠)، وهو ما سبق إليه المسلمون وعملوا به قبل قرون عديدة.

(١) الخراج لأبي يوسف ص ١٦٣ و١٩٠ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢١٩-٢٢١ والطرق الحكمية ص ١٠٣-١٠٥، وتعبير

آخر: كانت سلطة القاضي سابقاً تتبع " قاضي القضاة " الذي هو بمثابة " وزير العدل " في عصرنا، أما سلطة الوالي أو " المحافظ " فكانت تتبع ما يطلق عليه في عصرنا: " وزير الداخلية "، وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٣٣٩ و٣٥٧

(٢) تبصرة الحكام ١٤١/٢-١٤٢ و١٤٣ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢١٩-٢٢٠ والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٥٨ والطرق الحكمية ص ١٠٣

(٣) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٢٠-٢١٩

(٤) حاشية ابن عابدين ١٥/٤ ومواهب الجليل ٦/٦ ومجموع الفتوى لابن تيمية ٦٨/٢٨

(٥) مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين: المادة: ٨

(٦) الطبقات الكبرى لابن سعد ٣٥٦/٥ والإسلام في حضارته ونظمه ص ١٥٢

(٧) أدب القاضي للخصاف ٣٧٥/٢ والدر المختار ٣٧٩/٥ والفتاوى الهندية ٤١٤/٣ وروضة الطالبين ١٥٥/١١ وأسنى المطالب ٣٠٦/٤

(٨) انظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٣١٥ و٣٢٠

(٩) انظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٣١٩ و٣٢٠

(١٠) مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين: المادة: ٨

٣. حق المسجونين الشباب في فصلهم عن المسجونين الشيوخ: نص المالكية على أن: الأمرد البالغ أو الشاب الذي يخشى عليه يجبس وحده^(١)، وفي هذا إشارة إلى مشروعية حقهم في عزلهم عن الشيوخ؛ لأن ذلك يُعين على معالجة أحوالهم؛ لكونهم مبتدئين في الجريمة غير متمرسين فيها.

وقد أوجبت بعض القوانين تخصيص أجنحة للسجناء الشباب دون سن ٢٥ عاماً، وفصلهم عن أجنحة الكبار الذين جاوزوا تلك السن؛ مراعاة للتفريق بين المبتدئ في الجريمة والعائد إليها...^(٢)

٤. حق المسجونين السياسيين في فصلهم عن غيرهم: من حق السجناء السياسيين أن لا يُسجنوا مع غيرهم من المجرمين وقطاع الطرق واللصوص، نظراً لاختلاف البواعث والأهداف فيما بينهم.

والسجن بجريمة سياسية مصطلح حديث نسبياً، وقد عُرِّفت الجريمة السياسية بأنها: أفعال موجهة بقصد سياسي ضد نظام الدولة ووظيفتها^(٣)، ومن أشباهها في الفقه الإسلامي: حبس البغاة الذين يحملون السلاح السلاح ضد الدولة ولهم تأويل سائغ وَمَنَعَةٌ^(٤)، وقد حبس علي عليه السلام البغاة المسلحين الخارجين عليه ثم أطلقهم، وفعل نحو ذلك معاوية وعمر بن عبد العزيز^(٥).

وقد توسع مفهوم "السجناء السياسيين" خلال العصور الإسلامية، فشمل كل معارض سياسي للحاكم. ولو لم يكن مسلحاً. من الأمراء، والوزراء، والولاة، والقضاة، والشعراء، فكان الحكام يُفردون لهم أماكن خاصة يجسسونهم فيها بعيداً عن سجون المجرمين واللصوص وقطاع الطرق^(٦)، وغالباً ما كانت أماكن سجنهم ملحقة بقصور الحكام، كسجن الخضراء بدمشق، وسجن قصر المسيرين بالبصرة، وسجن المقشرة والعرقانة بالقاهرة^(٧).

غير أني لا أوافق على هذا التوسع في حبس كل ذي رأي معارض، غير مسلح، له تأويل سائغ؛ لأن الإسلام كفل حرية التعبير السلمي، وقد روي أن رجلاً من الخوارج نادى في المسجد وعلي عليه السلام يخطب: لا حكم إلا لله، فقال علي عليه السلام: كلمته حقٌّ أريد بها باطل، لكم علينا أن لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله، ولا نبدؤكم بقتال^(٨). وكتب عدي بن أرطاة إلى عمر بن عبد العزيز عليه السلام: إن الخوارج يسبُّونك؟ فكتب إليه: إن سبُّوني فسبُّوهم أو اغفوا عنهم، وإن شهروا السلاح فاشهروا عليهم؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يتعرَّض للمنافقين الذين معه في المدينة، فلا يُتعرَّض لغيرهم أولى إلا إذا حمل السلاح^(٩).

٥. حق المسجونين العسكريين في فصلهم عن غيرهم: ينقسم المسجونون العسكريون إلى صنفين: الأول: أفراد الجند المسلمون، والثاني: أسرى العدو.

- (١) حاشية الدسوقي ٢٨٠/٣ وحاشية الصعيدي ٣٠١/٢
- (٢) مشروع النظام الداخلي لأحد السجون التونسية: الفصل ٣
- (٣) تسليم المجرمين لنصر الله ص ١٩٧
- (٤) البغاة في اصطلاح الفقهاء: من يخرجون على الإمام بتأويل سائغ ولهم مَنَعَةٌ وشَوْكَةٌ، انظر: بدائع الصنائع ١٤٠/٧ والقوانين الفقهية ص ٢٣٨
- (٥) انظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٢٥٨ و٣٤٥
- (٦) انظر: البداية والنهاية ٥١/١٤ وخطط القرظي ١٨٧/٢-١٨٩ والحياة الاجتماعية في المدينة الإسلامية لعاشور ص ١٢٥ وفقه المعتقلات والسجون ص ٣٤٦
- (٧) انظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٣٤٦
- (٨) معرفة السنن والآثار للبيهقي ٢٨٦/٦
- (٩) معرفة السنن والآثار ٢٨٧/٦

ومن حق هؤلاء وأولئك أن يُسجنوا في أماكن خاصة بهم، معزولة عن غيرهم من أصناف السجناء؛ نظراً لاختلاف حال كلٍّ منهم وخصوصياته وموجبات سجنه:

أ. أما السجن من أفراد الجند المسلمين: فغالباً ما يكون سبب حبسه ارتكابه جرائم ومخالفات تنظيمية مسلكية عسكرية، كالفرار من المعركة، ومخالفة الأوامر، وإفشاء الأسرار العسكرية... إلخ.

ويعود الفصل والقضاء في هذه الأمور إلى " أمير الجهاد " أو " أمير الجيش " أو " والي الجيش " بحسب تعبيرات الفقهاء^(١)، وهو يمثّل " وزير الدفاع " في عصرنا، وقد يندب قاضياً يسمى: " قاضي العسكر " يفصل الخصومات بين العسكريين، ويصدر الأحكام، ويشرف على تنفيذها^(٢)، وبذلك عمل المسلمون منذ منذ القدم حتى عصور متأخرة^(٣).

والمبتدأ إلى الذهن بحسب توزيع الاختصاصات، أن المسلمين كانوا يُفردون أماكن خاصة للمسجونين من أفراد الجند؛ ليقضوا مُدّد الحكم عليهم بعيداً عن المدنيين.

ويمكن القول: إن أول حبس وقع في التاريخ الإسلامي، بسبب مخالفة عسكرية مسلكية هو ربط أبي لبابة رضي الله عنه وحبسه في مسجد النبي صلى الله عليه وآله لقيامه بإفشاء سر من أسرار المسلمين عند يهود بني قريظة، وتحريضهم ضمناً على عدم الاستسلام للنبي صلى الله عليه وآله الذي كان يحاصره، وفيه نزلت الآية: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمْنَكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ الأنفال: ٢٧^(٤).

ومن الحبس العسكري: ما قام به قائد جيش القادسية سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه حين سجن أحد الجند، وهو أبو محجن الثَّقَفِي؛ لامتداحه الخمر في شعره، وتكراره شربها، فجعله في سجن ملحق بقصره^(٥).

ب. وأما السجناء من أسرى العدو: فكانوا يُسجنون مؤقتاً في زمن النبي صلى الله عليه وآله في الخيام كما فعل بالعباس وغيره من أسرى غزوة بدر، وكانوا سبعين أسيراً^(٦)، وسُجن بعضهم أيضاً في المسجد النبوي كما فعل النبي صلى الله عليه وآله بثُمَامَةَ بن أثال^(٧)، وسُجنوا في البيوت كما فعل بأسرى غزوة بدر وغيرها من الغزوات حين أُتي بهم إلى المدينة المنورة^(٨)؛ والسبب في حبسهم في تلك الأماكن ما كانوا عليه من بساطة الحياة وقلة الإمكانيات المالية وقتذاك.

- (١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٦ و٣٧ وكشاف القناع ٦٥/٣ والإنصاف ٢٣٣/١١ والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٦٧ و٤٤
- (٢) البحر الرائق ١٩٣/٧ والفتاوى الهندية ٤٤٨/٣ وحاشية القليوبي ١٨٨/٣ و٢١٨/٤ وحاشية الباجوري ٢٧٣/٢
- (٣) البداية والنهاية ١٣/٩٨ و١٤/١٧٥ و٢٤٦ وتاريخ الإسلام للذهبي ٢٣٥ و٩٦/٤٠ وصحيح الأعشى للقلقشندي ٩٦/١١ وتاريخ الدولة العلية العثمانية ص ١٩٤
- (٤) انظر القصة في: تفسير الطبري ٢٢١/٩ ومسند أحمد: حديث السيدة عائشة رضي الله عنها، رقم الحديث ٢٥١٤٠ ومستدرک الحاكم: ذُكر أبي لبابة بن عبد المنذر رضي الله عنه، رقم الحديث ٦٦٥٨ وسكت عنه العسقلاني في فتح الباري ٤١٤/٧ وذكر الهيثمي في مجمع الزوائد ١٣٨/٦: أنه يجتج به.
- (٥) المصنف لعبد الرزاق: باب: من خد من أصحاب النبي صلى الله عليه وآله، رقم الحديث ١٧٠٧٧ والخراج لأبي يوسف ص ٣٣ والمغني لابن قدامة ٢٤٨/٩ والإصابة ١٧٤/٤ والكامل في التاريخ ٣٣٠/٢ والبداية والنهاية ٤٤/٧ وفتح البلدان ص ٢٥٨
- (٦) السنن الكبرى، للبيهقي: باب الأسير يوثق، رقم الحديث ١٧٩٢٤ والبداية والنهاية ٢٩٩/٢ والكامل في التاريخ ٨٩/٢
- (٧) انظر: صحيح البخاري: باب: ربط الأسير في المسجد، رقم الحديث ٤٥٠ وصحيح مسلم: باب: ربط الأسير وحبسه، رقم الحديث ١٧٦٤ والتراتب الإدارية ١٧٨/١
- (٨) السنن الكبرى للبيهقي: باب الأسير يوثق، رقم الحديث ١٧٩٢٥ و١٧٩٢٦ والسير النبوية ٢٩٩/٢ والبداية والنهاية ٣٠٧/٣ وانظر: فقه المعتقات والسجون ص ٢٩٨

وتشير كتابة أبي يوسف القاضي . المتوفى عام ١٨٢ للهجرة . إلى أن المعمول به في زمانه، فصل سجون الأسرى عن سجون غيرهم من المجرمين والمحكوم عليهم وغيرهم^(١).

وظل الأمر كذلك إلى عهود متأخرة، حيث تُذكر الروايات التاريخية: أنه في القرن الثامن الهجري كانت خزانة البنود في القاهرة موضع سجن الأسرى من الفرنج^(٢).

وكان يختص بالفصل في أمر السجناء من أسرى العدو والخليفة، أو من ينييه كأمير الجهاد أو أمير الجيش بحسب تعبيرات الفقهاء^(٣).

وقد حظي الأسرى عند المسلمين بمعاملة كريمة بشهادة الله تعالى في قوله: ﴿وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حَيْثُ مَسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾ الإنسان: ٨ ، ومن الثابت في الصحيح أن النبي ﷺ أوصى خيراً بأسرى بدر وغيرهم، فكان يُقدّم إليهم الطعام والشراب واللبن^(٤)، وأمر بإعطاء بعضهم قميصاً يكسو به جسمه عوضاً عن قميصه الممزق^(٥)، وأمر بعلاج ثمامة بن أثال وكان عليلاً^(٦)، وقال في أسرى يهود بني قريظة . مع أنهم غدروا بالمسلمين وآذوهم .: لا تجعلوهم تحت الشمس، واسقوهم، وقيلوهم، وأحسنوا إسارهم، فجيء إليهم بأكياس التمر ليأكلوا منه^(٧).

هذا، وقد دعت الاتفاقيات الدولية إلى حبس الأسرى ورعايتهم في مناطق آمنة، مع الاهتمام بأحوالهم الصحية والغذائية^(٨)، وهذا ما سبق إليه المسلمون ومارسوه عملياً منذ قرون عديدة.

-
- (١) الخراج لأبي يوسف ١٦١ و٢١٢
 - (٢) الخطط المقرينية ٢٨٠/٢ طبعة الساحل ببيروت.
 - (٣) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٣٧ و٢٦ وكشاف القناع ٦٥/٣ والإنصاف ٢٣٣/١١ والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٦٧ و٤٤
 - (٤) انظر: صحيح مسلم: باب: لا وفاء لنذر في معصية الله، رقم الحديث ١٦٤١ وفتح الباري ٨٨/٨ والسير النبوية ٢٨٧/٤ و٣٠٠/٢
 - (٥) صحيح البخاري: باب الكسوة للأسارى، رقم الحديث ٢٨٤٦ وفتح الباري ١٤٤/٦
 - (٦) تاريخ المدينة المنورة لابن شبة ٤٣٦/٢
 - (٧) السير الكبير للشيباني ٥٩١/٢ وبدائع الصنائع ٧/١٢٩ والبداية والنهاية ٣٢١/١٢ وإمتاع الأسماع للمقريزي ٢٤٨/١ ومعنى قيلوهم: مكّنوهم من راحة وسط النهار في وقت القيلولة، كما هي العادة عند العرب، انظر: مادة: " قيل " في تاج العروس.
 - (٨) الإجماع الدولي للدكتور حومد ص ٧٤٠٧١

المبحث الخامس
حق المسجون في توفير قواعد السلامة له
في مكان حبسه ورعاية صحته ونظافته
وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

حق المسجون في توفير قواعد السلامة له في مكان حبسه

من أهم حقوق السجين التي ينبغي توفيرها له والمحافظة عليها، أن يسجن في مكان يأمن فيه على نفسه، بعيداً عن الأخطار والأضرار، التي ليست من أهداف السّجن، كما سبق بيانه في تعريف السّجن وبيان أهدافه.

وقد كان المسلمون حريصين على توفير تلك القواعد من السلامة البدنية والنفسية للمسجون في مكان حبسه، ومما يدل على ذلك ما يلي:

١. الحبس في الخيام: ثبت أن النبي ﷺ كان إذا ظهر على عدوه في الحرب أقام في العرصة . المكان . ثلاثة أيام، فعل هذا في بدر وغيرها^(١)، وهذا يستلزم حبس الأسرى في الخيام، ولا يخفى أن الخيام تُوفّر لمن فيها قدراً جيداً من التهوية والضوء ورؤية الناس، وهذه من جملة أسباب صحّة السجين البدنية والنفسية.

٢. الحبس في المسجد النبوي: صح عن النبي ﷺ أنه حبس في مسجده بالمدينة^(٢)، وكانت مساحة مسجده ٣٢٨١ متراً مربعاً، وهي مساحة واسعة مستوية مكشوفة أكثرها للسماء، تميزت بالنظافة والطهارة؛ لأنها مكان لأداء العبادة وغرس الفضيلة، فصار الحبس في المسجد أشبه ما يطلق عليه في عصرنا: " السجن المفتوح " الذي تتوفر فيه للسجين السلامة البدنية والصحة النفسية؛ لأن المسجد كان مركز اجتماع ولقاء دائم بين المسلمين، يؤدون فيه صلواتهم الخمسة، وينهلون من حُطَب النبي ﷺ ومواعظه لهم^(٣).

٣. الحبس في البيوت: ثبت عن النبي ﷺ وأصحابه أنهم حبسوا في البيوت^(٤)، وكانت بيوتهم تتكون من من ساحات مكشوفة للسماء، تحيط بها حجرات من جهتين أو أكثر، تعلو جدران الحجرات أروقة أمامية، تحمي من حرارة الشمس في الصيف، ومن برودة الطقس في الشتاء^(٥)، وكانت جدرانها من اللّين، جُعِلت فيها فيها أبواب ونوافذ تسهّل وصول أشعة الشمس باعتدال إلى داخلها، وتمكّن من دخول الهواء وخروجه، أما أسقفها فكانت من جذوع النخل والأخشاب، إضافة إلى وجود أماكن ومرافق أخرى للمؤونة، والطبخ، والخيل والدواب، وقضاء الحاجة...^(٦).

(١) صحيح البخاري: باب: قتل أبي جهل، رقم الحديث ٣٧٥٧ والترتيب الإدارية ٣١٢/١ و٣٨٠ و٤٤٣
(٢) صحيح البخاري: باب: ربط الأسير في المسجد، رقم الحديث ٤٥٠ وصحيح مسلم: باب: ربط الأسير وحبسه، رقم الحديث ١٧٦٤ والترتيب الإدارية ١٧٨/١
(٣) انظر: إعلام الساجد ص ٢٢٣ وتخريج الدلالات السمعية ص ٧١٩ والمساجد في الإسلام ص ٥٧-٦٣ وفقه المعتقلات والسجون ص ٢٩٧-٢٩٦
(٤) انظر: سيرة ابن هشام ٢/٢٩٩ و٣٠٠ و٣٠٨ والبداية والنهاية ٣/٣٠٧ و٤/١٢٦ والترتيب الإدارية ١/٢٩٥ و٤٤٦ وفقه المعتقلات والسجون ص ٢٩٩-٢٩٨ و٢٠٣-٢٠٢
(٥) دراسات في العمارة والفنون الإسلامية ص ٩٧
(٦) الترتيب الإدارية ٢/٧٩٧٨

وتذكر الروايات: أن عمر رضي الله عنه اشترى بيتاً. أي: جاهزاً. وخصَّصه للسجن^(١)، وأن علياً رضي الله عنه أول من بنى سجناً في الإسلام، وسماه مخيِّساً ثم نافِعاً^(٢)، ثم تبعه الخلفاء والحكام^(٣).

وكانوا يراعون في هندسة بناء السجون الصفات الآنف ذكرها في البيوت، وغالباً ما كانت السجون تبنى قريباً من الأماكن السكنية، حيث كان السجناء يسمعون الأذان من المساجد القريبة^(٤).

وبناء على هذا يمكن القول: إن الإسلام ضمن للمسجون حقه في توفير قواعد السلامة له في مكان حبسه، من حيث الاتساع الكافي، والإضاءة الطبيعية، وحسن التهوية، وسهولة الحركة، والاتصال بالآخرين، مع تجنيبه شدة الحر والبرد، وغير ذلك من الأحوال المناخية الصعبة.

وهذا ما أكد عليه الفقهاء حيث ذكروا: أنه لا يجوز جمع الكثير من السجناء في موضع يضيق عنهم، يُمنعون من المرافق ويُؤذون في الحر والصفير... وأن من يتسبب في إيذائهم بنحو ذلك، يتحمل تبعات العقوبة الشرعية، من قصاص وتعزير ودية^(٥).

هذا، وقد دعت الاتفاقيات الدولية المعاصرة إلى وجوب توفير قدر مقبول من الأوصاف المناسبة في الأماكن التي يقيم فيها السجناء، مع التسليم بأن من حق كل شعب مراعاة العرف المحلي فيما يصلح لكل عصر، ويحقق الهدف من السجن^(٦)، وذلك أمر سبق إليه المسلمون وفرغوا من إقراره منذ قرون عديدة.

المطلب الثاني

حق المسجون في الرعاية الصحية والطبية

توجب النصوص الشرعية حماية النفس الإنسانية من المرض والخطر والهلاك، وفي التنزيل العزيز: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ البقرة: ١٩٥، كما توجب الحجر الصحي ومنع انتشار الأمراض، وبخاصة المعدية، يقول النبي ﷺ: " إذا سمعتم بالطاعون بأرضٍ فلا تدخلوها، وإذا وقع بأرضٍ وأنتم بها فلا تخرجوا منها " ^(٧)، وهذا يشمل السجين، بل إن رعاية صحته حق من حقوقه على الدولة، وواجب عليها؛ لكون ذلك مما يوصل إلى تحقيق الهدف في إصلاحه وتقويم سلوكه.

وقد ذكر الفقهاء: أنه ينبغي معالجة المسجون في السجن^(٨)، ولا يُمنع الطبيب والحادِم من الدخول عليه لمعالجته وخدمته حتى لا يهلك؛ لأن ذلك غير جائز^(٩)، ونص بعضهم على أنه: إذا اضطر السجين إلى

- (١) صحيح البخاري ورواه معلقاً: باب الرِيط والحبس في الحرم ٨٥٣/٢ وانظر: تفسير القرطبي ١٥٣/٦ والطرق الحكمية ص ١٠٣ ومجموع الفتاوى ٣٩٨/٣٥ والتراتب الإدارية ٢٩٨/١
- (٢) تفسير القرطبي ١١٢/١٠ ومصنف ابن أبي شيبة: باب الرخصة في الشَّعر، رقم الحديث ٢٦٠٣٤ وانظر: فتح القدير ٤٧١/٥ والبحر الرائق ٣٠٨/٦ ومعجم ما استعجم ١١٩٩/٤ والعقد الفريد ١٦٨/٤ وتخريج الدلالات السمعية ص ٣٢٤ ومادة: " خيس " و " نفع " في لسان العرب والصحاح والقاموس المحيط و المعجم الوسيط.
- (٣) انظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٣١٣ وما بعدها
- (٤) انظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٣٢٥-٣٢٦
- (٥) انظر: الاختيار ٢٦/٥ وأسنى المطالب ٤/٤ وحاشية الباجوري ٣٣٠/٢ والطرق الحكمية ص ١٠٢ والإنصاح ٣٩/١
- (٦) مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين: القاعدة: ١١ و١٢ و١٣ و١٤ و١٥ و١٦ و١٧ و١٨ و١٩ و٢٠ و٢١ و٢٢ و٢٣ و٢٤ و٢٥ و٢٦ و٢٧ و٢٨ و٢٩ و٣٠ و٣١ و٣٢ و٣٣ و٣٤ و٣٥ و٣٦ و٣٧ و٣٨ و٣٩ و٤٠ و٤١ و٤٢ و٤٣ و٤٤ و٤٥ و٤٦ و٤٧ و٤٨ و٤٩ و٥٠ و٥١ و٥٢ و٥٣ و٥٤ و٥٥ و٥٦ و٥٧ و٥٨ و٥٩ و٦٠ و٦١ و٦٢ و٦٣ و٦٤ و٦٥ و٦٦ و٦٧ و٦٨ و٦٩ و٧٠ و٧١ و٧٢ و٧٣ و٧٤ و٧٥ و٧٦ و٧٧ و٧٨ و٧٩ و٨٠ و٨١ و٨٢ و٨٣ و٨٤ و٨٥ و٨٦ و٨٧ و٨٨ و٨٩ و٩٠ و٩١ و٩٢ و٩٣ و٩٤ و٩٥ و٩٦ و٩٧ و٩٨ و٩٩ و١٠٠
- (٧) صحيح البخاري: باب: ما يذكر في الطاعون، رقم الحديث ٥٣٩٦
- (٨) الخراج لأبي يوسف ص ١٣٥ وحاشية ابن عابدين ٣٧٨/٥ وأدب القاضي للخصاف ٣٧٤/٢
- (٩) فتح القدير لابن الهمام ٤٧١/٥ وجواهر الإكليل ٩٣/٢

الرعاية الطبية والعلاج في خارج السجن فإن الحاكم يخرجها، واشترط بعضهم إخراجها بكفيل^(١)، ولا لزوم لهذا لهذا الشرط في عصرنا إذا تمت معالجته في مستشفيات الدولة وتحت حراستها.

وإضافة إلى هذا: فقد قرر العلماء العديد من المبادئ والأحكام الداعية إلى العناية بالسجين المريض والرفق به، كإرسال الفحم إليه في وقت اشتداد البرد، وعدم تقييده في حبسه، وعدم تفتيش موجودات غرفته، والعمل على توفير أسباب النقاها والشفاء له، كتمكينه من التَّجُول في السجن، وشَمِّ الرياحين، ونحو ذلك مما فيه منفعته^(٢).

هذا، ولا ينبغي التفريق فيما تقدم بين الأمراض الجسمية والأمراض النفسية، ولهذا ذكروا: أنه لا يجوز جعل الحبوس في بيت مظلم، ولا قفل باب الغرفة عليه، ولا إيذاؤه بحال^(٣).

والأصل في مشروعية تأمين الرعاية الصحية والطبية للسجين ما ورد: أن النبي ﷺ حبس ثمامة بن أثال وكان عليلاً فقال لأصحابه: "أحسنوا إيساره"^(٤). كما أوكل إلى بعض أصحابه القيام على حفظ امرأة حبلى حبلى من الزنى وتعهدتها حتى وضعت حملها، ثم رجمها^(٥)، ولا يخفى أن الحامل كالمريض، تحتاج فيها إلى الرعاية الصحية والمتابعة الطبية.

ومن التطبيقات اللاحقة في هذا الصدد: ما نقل عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما أتيا كلٌّ منهما في خلافته بامرأة حبلى من الزنى، فأمر برعايتها حتى وضعت حملها، ثم نُقِدَ فيها الحد^(٦).

وكتب عمر بن عبد العزيز رحمه الله إلى عماله: أنظروا من في السجون، وتعهدوا المرضى^(٧).

وكتب الوزير علي بن عيسى الجراح إلى سنان بن ثابت بن قره " مدير مستشفيات العراق " في زمن الخليفة العباسي المقتدر: فكَّرتُ مدَّ الله في عمرك، في أمر المرضى في الحبوس، فأفرد لهم أطباء يطوفون عليهم كلَّ يوم، ويعالجونهم ويُريجون عِلَّهم، واحملوا إليهم الأدوية والأشربة، وأقيموا لهم المزورات . لعلها موائد الحساء ونحوه^(٨).

المطلب الثالث

حق المسجون في رعاية نظافته الشخصية والموضعية

يعتبر الإسلام النظافة الشخصية قِوام الصحة وعنوان قوة الجسم وسلامته من الأمراض، فالمؤمن القوي خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف، وهناك العديد من النصوص الشرعية العامة، التي يمكن اعتبارها أصولاً

- (١) أدب القاضي للخصاف ٣٧٥/٢ وفتح القدير ٤٧١/٥ وحاشية ابن عابدين ٣٧٨/٥ والفتاوى الهندية ٤١٢/٤ و٦٣/٥ وحاشية الدسوقي ٢٨١/٣ وأسنى المطالب ١٣٣/٤ وحاشية القليوبي ٢٩٢/٢ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٣٨٨
- (٢) انظر: حاشية الرملي ١٨٩/٢ وحاشية القليوبي ٢٩٢/٢ و٩٧/٤ ومعيد النعم ص ١٤٢ و الفرج بعد الشدة للتوخحي ١٣٥/١ وعيون الأنبياء في طبقات الأطباء ص ٣٠٢
- (٣) حاشية الرملي ١٨٨/٢ ومجموع الفتاوى ١٧٩/٣٤
- (٤) تاريخ المدينة المنورة لابن شبة ٤٣٦/٢
- (٥) صحيح مسلم: باب: من اعترف على نفسه بالزنى، رقم الحديث ١٦٩٥
- (٦) انظر: مصنف عبد الرزاق: باب: الرجم والإحصان، رقم الحديث ١٣٣٥٠ وكنز العمال ١٦٣/٥ و١٦٦
- (٧) الطبقات الكبرى ٣٥٦/٥ والإسلام في حضارته ونظمه ص ١٥٢
- (٨) عيون الأنبياء ص ٣٠١ وإخبار العلماء ص ١٩٣ والإسلام في حضارته ونظمه ص ٦٠٩ والحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري لآدم متر ١٩٦/٢

في تقرير مبادئ النظافة الشخصية لكل المسلمين بما فيهم السجناء ، قال الله تعالى :
﴿إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾ البقرة: ٢٢٢ .

وقد بين النبي ﷺ أمور الفطرة التي تُعتبر النظافة الشخصية حقيقة أمرها فقال: عشر من الفطرة: قصُّ الشارب، وإعفاء اللحية، والسَّوَّك، واستنشاق الماء، وقص الأظفار، وغسل البرَّاجم . العُقْد في ظهور الأصابع . ونَثْف الإبط، وحلق العانة، وانتقاص الماء . الاستنجاء . والمضمضة^(١)، وقال أيضاً: " من لم يأخذ من شاربهِ فليس منا "^(٢) .

أما النظافة المؤسسية أو البيئية فقد وردت فيها أحاديث أخرى تأمر المسلمين كافة بالمحافظة على طهارة الأماكن، وبخاصة المأهولة بالناس، وتعتبر الإخلال بذلك إساءةً إلى الصحة العامة، كالتخلّي في مجاميع الناس وأماكن ظلّاهم وجلوّسهم، والتبوُّل في الماء الراكد والمُعْتَسَل الذي ليس فيه مسكك^(٣) .

وإنَّ إهمال النظافة المؤسسية والبيئية لا يقلُّ خطراً عن إهمال النظافة الشخصية، لذا نهى النبي ﷺ عن توسيخ المحالِّ والساحات ونحوها من المرافق العامة؛ خوف انتشار الأوبئة والأمراض، واعتبر التساهل في نظافتها من صفات غير المؤمنين فقال: إنَّ الله طيِّب يُحِبُّ الطيِّب، نظيفٌ يُحِبُّ النظافة، فنظّفوا أنفسكم . ساحات البيوت ونحوها . ولا تشبّهوا باليهود^(٤) .

ولا شكَّ أن محافظة السجناء على ما تقدم من أسباب النظافتين: الشخصية والبيئية، جديرةٌ بحماية صحتهم وسلامة أبدانهم .

وفضلاً عما تقدم فقد نُقلت مجموعةٌ من الأحكام والأخبار التي كانت تُراعى في السجون الإسلامية، ومن ذلك ما يلي:

١. تمكين المسجون من الماء للوضوء ونحوه^(٥) .
٢. توفير الماء للسجناء من أجل الوضوء والاعتسال^(٦)، ولا يخفى ما للماء من أثر فعّال في تحقيق النظافة، وبخاصة أنه يتكرّر استعماله يومياً في الوضوء خمس مرات غالباً مع الصلوات .
٣. كان البويطي . الفقيه الشافعي . يغتسل كل جمعة في سجنه، ويتطيّب، ويغسل ثيابه^(٧)، وتُقل نحو هذا هذا عن يحيى البرمكي^(٨) .

(١) صحيح مسلم: باب: خصال الفطرة، رقم الحديث ٢٦١
(٢) سنن الترمذي: باب: ما جاء في قص الشارب، رقم الحديث ٢٧٦١
(٣) انظر: صحيح البخاري: باب: البول في الماء الدائم، رقم الحديث ٣٣٦ وصحيح مسلم: باب: النهي عن التخلّي في الطرق والظلال، رقم الحديث ٢٦٨ وباب: النهي عن البول في الماء الراكد، رقم الحديث ٢٨٢
(٤) سنن الترمذي وقال: هذا حديث غريب: باب: ما جاء في النظافة، رقم الحديث ٢٧٩٩
(٥) حاشية ابن عابدين ٣٧٩/٥ والشرح الكبير للدردير ٢٨٢/٣ وحاشية القليوبي ٢٠٥/٤ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٩ والإنصاف ٢٤٨/١٠ والتراتب الإدارية ٢٩٥/١
(٦) أحكام القرآن لابن العربي ١١٩٠/٣ والحياة الاجتماعية في المدينة الإسلامية لعاشور ص ١٢٥
(٧) طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٣٧٦/١ وطبقات الفقهاء للشيرازي ص ٨٠
(٨) الوزراء والكتاب للحهشباري ص ٢٤٦

٤. حرص ابن هبيرة الوزير على تجنب السجناء الازدحام في أماكن ضيقة وحارة، ودعا إلى تسهيل أسباب النظافة والطهارة لهم، ومنع انتشار الأوساخ والأوبئة^(١). ونُقِلَ نحو هذا عن قاضي بغداد الماوردي^(٢). الماوردي^(٢).

هذا، وقد تم التوصل دولياً منذ عهد قريب إلى قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين، التي أوجبت على الدول إيجاد هيئة طبيّة في كل سجن، وتنظيم الخدمات اللازمة لذلك، ورعاية السجناء المرضى، والتحقُّق من ملائمة أمكنة الحبس للصحة العامة، كالتهووية والإضاءة والنظافة...^(٣).

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٣٩/١

(٢) التراتيب الإدارية ٢٩٥/١

(٣) مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين: القاعدة: ٢٢ و٢٦ و٨٢

المبحث السادس

حق المسجون في إنفاق الدولة على طعامه وكسوته وفرشه ونحو ذلك

من أهم حقوق المسجون التي تجب المحافظة عليها الإنفاق عليه، وتأمين ما يحتاج إليه من مأكل ومشرب وملبس وفُرْش وأغْطية، ولعل هذه الحقوق من أكثر الحقوق انتهاكاً وإهمالاً؛ إذ كثيراً ما تُستخدم كوسيلة لتعذيبه وامتهان كرامته، إما بحرمانه منها وإما بانتقاصه من بعضها، على خلاف ما شرعه الإسلام وأكد عليه في هذا الصدد، وبيان ذلك في المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول

الجهة المنفقة على المسجون

للفقهاء قولان فيمن ينفق على المسجون:

القول الأول: أن المسجون يُنفق على نفسه من ماله الخاص إذا كان له مال، وبخاصة إذا كان له صنعة في السجن؛ لأنه مُتَعَدِّ، والنفقة من متعلقات جنائته، فإن لم يكن له مال، فيُنْفَق عليه من بيت مال المسلمين؛ لأن ذلك من المصالح العامة، فإن لم يُمكن فنفقته على المسلمين الموسرين^(١).

القول الثاني: يُنفق على المسجون من بيت المال؛ لأنه سُجِن دفعاً لضرره عن الناس، فإن لم يمكن فَمِمَّنْ حُجِس له. بدین ونحوه.، فإن لم يُمكن فمن مال المسجون نفسه^(٢).

وإني أرى أن من حق المسجون على الدولة أن تنفق عليه؛ لأنه لم يثبت عن النبي ﷺ، ولا عن الخلفاء الراشدين ﷺ، أنهم كلّفوا أسيراً أو مسجوناً بالإنفاق على نفسه، يقول الشوكاني في قصة الأسير الذي أمر النبي ﷺ له بطعام وشراب: يُسْتَفَاد منها: القيام بما يحتاج إليه الأسير من طعام وشراب^(٣).

ثم إن من المقرر عند الفقهاء: أن من تسبّب في منْع غيره من الكسب فنفقته عليه؛ قياساً على المملوك الذي يُنفق عليه مولاه، وعلى حبس المرأة الهرة: لا هي أطعمتها ولا هي تركتها تأكل من خَشَّاش الأرض^(٤). ومن المقرر أيضاً عندهم: أن الإنفاق على المصالح العامة من بيت المال^(٥).

المطلب الثاني

حق المسجون في إنفاق الدولة على طعامه وشرابه

تقدم آنفاً أنه لم يثبت عن النبي ﷺ، ولا عن الخلفاء الراشدين ﷺ، أنهم كلّفوا أسيراً أو مسجوناً بالإنفاق على نفسه، بل كانت سيرتهم مع الأسرى والمسجونين غير ذلك، فقد كانوا هم الذين ينفقون على طعامهم وشرابهم، وبيان هذا فيما يلي:

- (١) حاشية ابن عابدين ٣٧٠/٥ وحاشية الدسوقي ٣٢٢/٤ و٣٣٣ وتبصرة الحكام ٣٢٠/٢ وحاشية الجمل ٤٧/٥ و١٦٥ والأحكام السلطانية لأبي يعلى الطبعة الأولى ص ٤٣
- (٢) الإنصاف ٢٤٩/١٠ والبحر الزخار ١٣٨/٥ و٨٢/٥ وعجائب أحكام أمير المؤمنين للعالمي ص ٨٥
- (٣) نيل الأوطار ٣٢٦/٧ وانظر قصة الأسير في: صحيح مسلم: باب: لا وفاء لنذر في معصية الله، رقم الحديث ١٦٤١
- (٤) نيل الأوطار ١٤٤/٧-١٤٥ و١٤٤/٧ وانظر حديث الهرة في: صحيح البخاري: باب: خمس من الدواب فواسق، رقم الحديث ٣١٤٠ وصحيح مسلم: باب: تحريم قتل الهرة، رقم الحديث ٢٢٤٣
- (٥) الأحكام السلطانية للماوردی ص ٢١٣ والمغني ٢٤٤/٨ و٣٣٢ والسياسة الشرعية لابن تيمية ص ٤٥

١. قال الله تعالى مبيّناً صفات المؤمنين ممتدحاً فعلهم: ﴿وَيُطْعَمُونَ أَلْطَعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِمْ مَسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾ الإنسان: ٨ ، وجاء في تفسير ابن كثير: الأسير: أسيرُ المشركين إذا أمسكه المسلمون، وقال مجاهد: هو الحبوس (١).

٢. ورد أن أصحاب النبي ﷺ أسروا رجلاً من بني عقيل، فنادى رسول الله ﷺ: يا محمد، يا محمد، وكان رسول الله ﷺ رحيماً رقيقاً، فأتاه فقال: ما شأنك؟ قال: إني جائع فأطعمني، وظمان فاسقني، قال: هذه حاجتك (٢).

٣. ورد أن أصحاب النبي ﷺ أسروا ثمامة بن أثال وربطوه في المسجد، فقال لهم النبي ﷺ: اجمعوا ما عندكم من طعام فابعثوا به إلى ثمامة، وأمر بلقحته . ناقته . فكان يُغذى عليه بها ويُراح ليشرب منها اللبن (٣).

٤. ورد عن معاوية رضي الله عنه أنه كان يجري على أهل السجون ما يقوئهم (٤).

٥. كتب عمر بن عبد العزيز إلى عماله: أجروا على السجناء ما يصلهم في طعامهم وأدبهم (٥).

٦. تذكر الروايات التاريخية: أن الخليفة العباسي المعتضد جعل في ميزانيته عام ٢٧٩ للهجرة ١٥٠٠ ديناراً ذهبياً لنفقات السجون وأقواتها ومؤمها ومائها (٦).

٧. استمر الخلفاء والحكام اللاحقون في الإنفاق على طعام المسجونين وشرابهم (٧).

المطلب الثالث

حق المسجون في إنفاق الدولة على كسوته وفرشه وغير ذلك

تطبيقاً لمبدأ الإنفاق على المسجون من بيت المال، حرص المسلمون على مرّ التاريخ على توفير ما يحتاج إليه السجناء من لباس، وفرش، وشموع إضاءة، وخطب شتاء، وغير ذلك مما يحتاجون إليه، وبيان هذا فيما يلي:

١. حق المسجون في توفير اللباس له: ثبت في الحديث الصحيح: أنه لما كان يوم بدر أُتي بأسارى، وأُتي بالعباس ولم يكن عليه ثوب، فنظر النبي ﷺ له قميصاً فكساه إياه. وقد جعل البخاري عنوان ذلك قوله: باب الكسوة للأسارى (٨).

وتذكر الروايات التاريخية: أن علياً رضي الله عنه كان يكسو المسجون مرتين في كل سنة: في الصيف، وفي الشتاء (٩).

(١) تفسير ابن كثير ٤/٤٥٥

(٢) صحيح مسلم: باب: لا وفاء لنذر في معصية الله، رقم الحديث ١٦٤١

(٣) انظر القصة في: فتح الباري ٨/٨٨ والسيرة النبوية ٤/٦٣٨ وتاريخ المدينة المنورة ٢/٤٣٦

(٤) الخراج لأبي يوسف ص ١٦١

(٥) الخراج لأبي يوسف ص ١٦٢ والطبقات الكبرى ٥/٣٥٧،٣٥٦

(٦) الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري لآدم متر ٢/١٩٥ و الحياة الاجتماعية في المدينة الإسلامية، لعاشور ص ١٢٥

(٧) انظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٣٦٩

(٨) صحيح البخاري: باب: الكسوة للأسارى، رقم الحديث ٢٨٤٦

(٩) الخراج لأبي يوسف ص ١٦١

وقد التزم معاوية رضي الله عنه هذه المأثرة الكريمة هو ومن بعده من الخلفاء^(١).

ولما جاء عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه زاد فيها فأمر بكسوة المسجونين ثوبين في الصيف، وثوبين في الشتاء^(٢).
الشتاء^(٢).

واقترح قاضي القضاة أبو يوسف على الخليفة الرشيد: أن يصرف للمسجونين ملابس ثقيلة تحميهم من برد الشتاء، وملابس خفيفة ترّوح عنهم حرّ الصيف، ويُجْرِي على النساء مثل ذلك مما يستر عامة أجسادهن^(٣).

هذا ومما قرره الفقهاء: أن من حق السجين أن لا يُضَيَّق عليه القاضي في لباسه إذا بذله من ماله، لكنّ يمنعه من الإسراف في الثياب؛ لأن السجن ليس مكاناً للترفّه^(٤).

٢. حق المسجون في توفير الفراش واللحاف له: دعت النصوص الشرعية إلى أفراد الصغير بفراش خاص به إذا قارب سنّ المراهقة^(٥)، ففي الحديث الشريف: " مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع، واضربوهم واضربوهم عليها وهم أبناء عشر، وفرقوا بينهم في المضاجع "^(٦)، وإذا كان هذا في الصغار ففي الكبار أولى، وبخاصة السجناء، لتجنيبهم الإثارة الجنسية، وحتى تكتمل الغاية من حبسهم وتهذيب سلوكهم.

وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم دعوته إلى تخصيص فراش لكل فرد، وكراهة ما زاد على الحاجة، ففي الحديث الشريف: " فراش للرجل، وفراش لامرأته، والثالث للضيف، والرابع للشيطان "^(٧)، ولا يخفى أن هذا النص عام عام يشمل السجن وغيره.

وفي ضوء هذه النصوص يمكن القول: بأن من حق المسجون أن يُؤمّن له فراشٌ ولحافٌ ومُخَدَّةٌ ونحوها مما يحتاجه للنوم. كما جرت عادة الناس في هذا بحسب ما ذكره الفقهاء^(٨). وذلك حفاظاً على كرامته الإنسانية، الإنسانية، وتحقيقاً للوصايا الشرعية. وكان هذا هو المعمول به سنة ٣١٣ للهجرة، في زمن الخليفة العباسي المقتدر^(٩).

وقد بيّن الفقهاء وصّفَ فراش المسجون فقالوا: ينبغي أن لا يكون ليّنًا طريًّا؛ لئلا ينقلب السجن إلى موضع للترفّه والاستحمام، فيفقد غايته في الزجر والتأديب^(١٠).

٣. حق المسجون في توفير ما يحتاجه من أمور أخرى: لم يتوان المسلمون في توفير الأمور الضرورية الأخرى للمسجونين، التي تساعد على حفظ أنفسهم، وصيانة كرامتهم الإنسانية، واستصلاح سلوكهم، والأخذ بأيديهم نحو التوبة والاستقامة، وقد رويت قصص فيها: أنهم بذلوا للسجناء الماء للشرب والوضوء

(١) الخراج لأبي يوسف ص ١٦١

(٢) الطبقات الكبرى ٣٥٦/٥ والإسلام في حضارته ونظمه ص ١٥٢

(٣) الخراج لأبي يوسف ص ١٦٢

(٤) الفتاوى الهندية ٦٣/٥

(٥) كشاف القناع ١٧/٥

(٦) سنن أبي داود: باب: متى يؤمر الغلام بالصلاة، رقم الحديث ٤٩٥ وإسناده حسن كما في فيض القدير ٥٢١/٥

(٧) صحيح مسلم: باب: كراهة ما زاد على الحاجة من الفراش، رقم الحديث ٢٠٨٤

(٨) روضة الطالبين ٤٨/٩ والفروع ٤٤٠/٥

(٩) عيون الأنباء لابن أبي أصيبعة ص ٣٠٥

(١٠) المبسوط للرخسي ٩٠/٢٠ وحاشية ابن عابدين ٣٧٧/٥ والفتاوى الهندية ٤١٩/٣

والاغتسال^(١)، وأوقدوا لهم الشُّمُوعَ والسُّرُجَ^(٢)، ولا يُستبَعَدُ أَنَّهُمْ كانوا يرسلون إليهم الفحم في وقت الشتاء الشتاء واشتداد البرد، كما كانوا يفعلون مع المرضى في المستشفيات^(٣)، وبخاصة أن الفقهاء ذكروا: أنه لا يجوز يجوز منع الدَّفء عن المسجون في البرد خوفاً من تلفه، ولأنه كمنع الطعام عنه^(٤).

وفي عام ١٩٥٧ للميلاد تم الاتفاق الدولي على وجوب العمل بمجموعة الحد الأدنى لمعاملة المسجونين، ومن ضمنها: إلزام الدول بالإنفاق على ما يحتاجه السجناء من غذاء وكسوة وإضاءة وتدفئة... مع مراعاة العرف المحلي لكل دولة^(٥)، وهذا ما سبق إليه المسلمون ومارسوه فعلياً قبل قرون عديدة.

-
- (١) أحكام القرآن لابن العربي ١١٩٠/٣ وطبقات الشافعية للسبكي ١٦٥/٢
 - (٢) أحكام القرآن لابن العربي ١١٩٠/٣ والفرج بعد الشدة ١٢٦/١ والكامل ٢٣٢/٥
 - (٣) عيون الأنباء ص ٢٠٢٣٠١
 - (٤) أسنى المطالب ٤/٤
 - (٥) مجموعة قواعد الحد الأدنى للقاعدة: ١٠ و١٧ و١٩ و٢٠

المبحث السابع

حق المسجون في أداء شعائره الدينية داخل السجن وخارجه

أولى الإسلام عنايته بالعبادة، وأمر بأدائها والمحافظة عليها، قال الله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾ الذاريات: ٥٦ ، وإن المسجون من أحوج الناس إلى تقويم السلوك والالتزام بالنظام الاجتماعي، لذا اهتم الفقهاء ببيان حق المسجون في أداء شعائره الدينية، ونصوا على أن من واجب المحتسب مراقبة السجون؛ للتأكد من تمكين السجناء من أداء فروضهم والقيام بعباداتهم^(١)، وبيان هذا في المطالب الأربعة التالية:

المطلب الأول

حقوق المسجون فيما يتعلق بالطهارة والصلاة

اهتم الفقهاء ببيان أحكام الصلاة المتصلة بالمسجون؛ لأنها أفضل عبادات البدن^(٢)، ولا يخفى أن الطهارة الطهارة مثلها في الأهمية؛ لأنها وسيلة إلى سلامة الصلاة وصحتها، وبيان هذا فيما يلي:

١. حق المسجون في تمكينه من الطهورين: الطهوران: الماء والتراب يُنظَّرُ بهما للصلاة ونحوها^(٣)، وقد ذكر الفقهاء: أنه يجب تمكين المسجون من الماء للوضوء ونحوه، وإعانتة على تحصيله ولو من خارج السجن، ويحرم منعه من ذلك^(٤).

واختلفوا في وجوب صلاته بالتيتم حال منعه من الماء، فلم يوجب أبو حنيفة وزفر عليه التيمم ولا الصلاة؛ لأنه ممنوع من الماء بفعل آدمي فلا تجب عليه الصلاة، كما لو مُنِع مُكْرَهًا من فعل الصلاة، وأوجب الجمهور عليه التيمم والصلاة للآية: ﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ النساء: ٤٣^(٥).

ولهم قولان أيضاً. فيهما تفصيل. في وجوب الصلاة على المسجون، إذا مُنِع من التيمم، أو كان مصلوباً، أو مُعْلَقًا بالسَّقْف من أرجله^(٦)، ولهم قولان مفصّلان أيضاً في صلاته إذا كان على بدنه نجاسة غير مَعْفُوفٍ عنها ولم يجد ما يغسلها به^(٧).

٢. حق المسجون في الصلاة مستوراً بثوب طاهر وفي مكان طاهر: من حق المسجون أن يُمَكَّن من ستر عورته، وأن يصلي بثوب طاهر، وفي مكان طاهر؛ لأن هذه الأمور من شروط الصلاة التي لا تصح

(١) معالم القرية في أحكام الحسبة لابن الأخوة ص ١٨٤

(٢) المجموع للنووي ٤٩٧/٣

(٣) قواعد الفقه للبركتي ص ٤٠٦

(٤) حاشية ابن عابدين ٣٧٨-٣٧٩ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢٨٢/٣ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٩ وحاشية القليوبي ٢٠٥/٤ والإفصاح ٣٩/١ والإنصاف ٢٤٨/١٠ والتراتب الإدارية ٢٩٥/١

(٥) أحكام القرآن للحصاص ٣٨٠/٢ وتفسير القرطبي ٢٢٨ و ٢١٨/٥ والطبعة الثانية والمبسوط ١٢٣/١ وحاشية ابن عابدين ٢٣٥/١ وجواهر الإكليل ٢٦/١ وأسنى المطالب ٩٣.٩٢/١ ومنتهى الإرادات ٣٣/١

(٦) المبسوط ١٢٣/١ وحاشية الدسوقي ١٦٢/١ والمجموع ٣٠٥/٢ ومجموع الفتاوى ٢٨٧/٣ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٤١٣ ، هذا، ولا يخفى أن الإسلام يحرم هذه الأعمال وأمثالها لما فيها من الأذى والمساس بكرامة الإنسان وحقوقه.

(٧) المجموع ١٤٣/٣ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٤١٥

بدونها، ولذلك ذكر الفقهاء: أنه لا يجوز عند أحد من المسلمين تجريد السجين من ثيابه، أو حبسه مكشوف العورة، بل يجب تمكينه من سترها ومن أسباب الصلاة الأخرى^(١).

وذكر الفقهاء: أن المسجون إذا لم يجد ما يستر به عورته يصلي عرياناً، لكن يستحب له الجلوس، وهل يعيد الصلاة إذا زال عذره؟ قال بعض الحنفية والمالكية بإعادتها، خلافاً لغيرهم^(٢).

هذا، وللفقهاء ثلاثة أقوال في صلاة من لم يقدر إلا على ثوب فيه نجاسة غير مغفوّ عنها ولا يُمكن غسلها:

القول الأول: يصلي بثوبه النجس.

والقول الثاني: يصلي عرياناً.

والقول الثالث: هو بالخيار^(٣).

والأصل في هذه الأقوال قوله تعالى: ﴿فَأَنْقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ التغابن: ١٦.

٣. حق المسجون في معرفة وقت الصلاة وجهة القبلة: من حق المسجون معرفة وقت الصلاة ليتمكن من أدائها على الوجه المشروع، والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا﴾ النساء: ١٠٣

وذكر الفقهاء: أنه إذا عُمِّيَتْ على المسجون معرفة وقت دخول الصلاة، كأن سُجِنَ في مكان مظلم، فإنه يصلي بحسب اجتهاده، ولهم تفصيلات في إعادته الصلاة إن تبين أنها أُدِّيت قبل وقتها لا بعده؛ لأنها تقع قضاء، والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿فَأَنْقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ التغابن: ١٦^(٤).

ومن حق السجناء على من عَلم دخول وقت الصلاة، أن يرفع صوته بالأذان إن أمكنه ذلك؛ ليُعلم غيره من السجناء المضيق عليهم^(٥).

ومن حق السجين أيضاً: معرفة جهة القبلة؛ لأن ذلك من شروط الصلاة المأمور بها، لقوله تعالى: ﴿قَوْلٍ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ البقرة: ١٤٩، فإن جهل السجين جهة القبلة تحزى وصلّى، وللفقهاء ثلاثة أقوال إذا تبين له خطؤه بعد الصلاة:

القول الأول: يعيد فعلها، وهو قول الشافعية.

- (١) حاشية ابن عابدين ١٣/٤ و٣٧٩/٥ والفتاوى الهندية ٤١٤/٣ وتبصرة الحكام ٣٠٤/٢ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٩ والإفصاح ٣٩/١ والتراتب الإدارية ٢٩٥/١
- (٢) الهداية ٣٠/١ والدر المختار ٤١٤/١ والقوانين الفقهية ص ٤٠ وحاشية الدسوقي ٢١٧/١ والمجموع ١٤٩/٣ وحاشية القليوبي ١٧٦/١ ومنتهى الإرادات ٦٢/١
- (٣) الهداية ٣٠/١ والدر المختار ٤١٤/١ والمعيار ١٨٨/١ و١٨٦/١ وحاشية الدسوقي ٢١٧/١ والمجموع ١٤٩/٣ والإنصاف ٤٦٠/١
- (٤) حاشية ابن عابدين ٣٧٠/١ وحاشية الصعيدي ٢١١/١ والمجموع ٧٧/٣ والمغني ٢٣٢-٢٣٣ وانظر: فقه المعتقات والسجون ص ٤١٧
- (٥) الاختيار ٤٢/١ والمجموع ٨٩/٣ وكفاية الطالب ٢٢١/١ وغاية المنتهى ٩٤/١

والقول الثاني: لا يعيد فعلها، وهو قول الحنفية والحنابلة.

والقول الثالث: يعيد فعلها إذا لم يخرج الوقت، وهو قول المالكية^(١).

٤. حق المسجون في تمكينه من أداء أركان الصلاة: القيام والركوع والسجود من أركان صلاة الفريضة

التي لا تصح بدونها، وعلى المسلم غير المعذور أدائها، قال الله تعالى: ﴿وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾ البقرة: ٢٣٨، وهذا يشمل المسجون وغيره.

وتذكر الروايات: أن علي بن أبي طالب، وعمر بن عبد العزيز، وأبو يوسف القاضي، كانوا يأمرهم بعدم تقييد السجناء بما يمنعهم من أداء أركان الصلاة، إلا أهل الدعارات وأهل الدم . القتل . ومن يُخشى هربهم، فهؤلاء يُصلون كيف تيسر لهم، وهم في عُذر^(٢).

٥. حق المسجون في تمكينه من صلاة الجماعة والجمعة والعيدين والجنائز على قريبه وقصر الصلاة في السفر: لا يخفى أنه وردت العديد من النصوص التي تؤكد على المسلمين أداء الصلاة في جماعة، وتوجب عليهم صلاة الجمعة، وتدعوهم إلى أداء صلاة العيدين، وصلاة الجنائز، ولأن تلك النصوص عامة فهي تشمل المسجون أيضاً، وللفقهاء فيها تفصيل على النحو التالي:

أ. حق المسجون في تمكينه من صلاة الجماعة: مما ذكره الفقهاء في هذا الصدد: أن من خاف على نفسه الحبس ظلماً، فهو معذور في تركه الجماعة^(٣).

ولهم قولان في تمكين السجين من صلاة الجماعة:

القول الأول: ينبغي تمكينه منها، وليس له التخلف عنها، وذلك لعموم النصوص المؤكدة لها، وهو قول طائفة من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

والقول الثاني: لا ينبغي تمكينه منها؛ ليضجر قلبه وينزجر عن المعاصي، وهو قول طائفة أخرى من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٤).

هذا، وقد نص بعض القوانين العربية على السماح للمسجونين بأداء الصلوات الخمس جماعة في مسجد السجن كلما أمكن ذلك^(٥).

ب. حق المسجون في تمكينه من صلاة الجمعة: للفقهاء قولان في ذلك:

القول الأول: ينبغي تمكينه من أداء صلاة الجمعة، وذلك لعموم النصوص الموجبة لها، وهو قول طائفة من الشافعية والحنابلة.

(١) حاشية ابن عابدين ٤٣٣/١ وجواهر الإكليل ٤٥/١ وحاشية القليوبي ١٣٨/١ والإنصاف ١٦/٢ وانظر: فقه المعتقات والسجون ص ٤٢٥

(٢) الخراج لأبي يوسف ص ١١٨ و١٦٢ وطبقات ابن سعد ٣٥٧/٥ والبحر الزخار ١٣٨/٥ و٢١١ وانظر: فقه المعتقات والسجون ص ٤٢٨

(٣) إعانة الطالبين للدمياطي ٥٠/٢ والفروع ٣٣/٢

(٤) فتح القدير لابن الهمام ٤٧١/٥ وحاشية ابن عابدين ١٥٧/٢ والفتاوى الهندية ٤١٨/٤ والميعار ٤١٦/١٠ وجواهر الإكليل ٩٩/١ ومنهاج الطالبين ٢٢٧/١ وأسنى المطالب ١٨٨/٢ وغاية المنتهى ٢٠٦/١

(٥) مشروع النظام الداخلي لأحد السجون التونسية: الفصل ٦٣

والقول الثاني: يمنع المحبوس من الخروج إلى صلاة الجمعة؛ ليضجر قلبه وينزجر عن المعاصي، وهو قول أكثر فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(١)، مع ملاحظة أن المعمول به قديماً إقامة صلاة الجمعة في المساجد خارج السجون^(٢).

وكان الفقيه الشافعي البويطي الذي حبسه الوثائق في مسألة خلق القرآن، يقف كل جمعة إذا سمع النداء عند باب السجن ويقول: اللهم إني أجبثُ داعيتك فمنعوني^(٣).

وقد نص بعض القوانين العربية على الترخيص للسجناء بإقامة صلاة الجمعة في مسجد السجن كلما أمكن ذلك، وقرّر لهم واعظاً دينياً يؤمهم ويرشدهم^(٤).

ج. حق المسجون في قصر الصلاة في السفر ديانة: للفقهاء قولان في قصر الأسير أو المحبوس ظلماً الصلاة ديانة إذا خرج إلى السفر البعيد مكرهاً:

القول الأول: له القصر، وهو قول المالكية والحنابلة؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾ النساء: ١٠١.

والقول الثاني: ليس له القصر، وهو قول الشافعي؛ لأنه غير ناوٍ للسفر ولا مرید له^(٥).

د. حق المسجون في تمكينه من صلاة العيدين: من الجدير القول بأن صلاة العيدين فرض كفاية عند الحنابلة، وسنة مؤكدة عند المالكية والشافعية، وهي عند الحنفية واجبة وجوباً عينياً تسقط عن أهل الأعدار^(٦).

وقد ذكر الفقهاء: أنه لا يجب على المسجون بدئين السعي إلى صلاة العيد خارج السجن، وهو معذور في ذلك، وللحاكم منعه كما يمنعه من الخروج إلى صلاة الجمعة^(٧).

هذا، وقد نص بعض القوانين العربية على الترخيص للسجناء بإقامة صلاة العيدين في مسجد السجن كلما أمكن ذلك، برعاية مرشد ديني من طرف إدارة السجن^(٨).

هـ. حق المسجون في الخروج لعيادة قريبه المريض أو حضور جنازته: صح عن النبي ﷺ قوله: حَقُّ المسلم على المسلم خمس... وذكر منها: إتيان الجنائز^(٩)، وهذا يشمل المسجون وغيره، فهل يسمح للمسجون بالخروج لحضور جنازة قريب أو صديق؟

- (١) المسبوط للسرخسي ٣٦/٢ و ٩٠/٢٠ وحاشية ابن عابدين ٣٧٧/٥ والمعيار ٤١٦/١٠ والقوانين الفقهية ص ٥٥ وروضة الطالبين ١٤٠/٤ وحاشية الباجوري ٢١٢/١ والمغني ٩٥/٢ وغاية المنتهى ٢٠٦/١ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٤٣٢-٤٣٤
- (٢) انظر: حاشية الباجوري ٢١٢/١ وطبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٢٧٦/١ وطبقات الفقهاء للشيرازي ص ٨٠
- (٣) طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٢٧٦/١ وطبقات الفقهاء للشيرازي ص ٨٠
- (٤) مشروع النظام الداخلي لأحد السجون التونسية: الفصل ٦٣
- (٥) جواهر الإكليل ٨٩/١ وأسنى المطالب ٢٣٩/١ وحاشية الباجوري ٢١٢/١ والمغني ٤٩/٢ و ٦٧ والإنصاف ٣١٦/٢ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٤٣١
- (٦) الهداية ٦٤-٦٣/١ وحاشية ابن عابدين ١٦٦/٢ وكفاية الطالب ٣٣٠/١ والمجموع ٣/٥ والمغني ١١١/٢
- (٧) الهداية ٦٤-٦٣/١ والمسبوط ٩٠/٢٠ وفتح القدير ٤٧١/٥ والفتاوى الهندية ٤١٨/٤ والمعيار ٤١٦/١٠ والقوانين الفقهية ص ٥٦٥٥ وجواهر الإكليل ٩٤/٢ وأسنى المطالب ٢٦٢/١ و ٢٧٩ و ١٨٨/٢
- (٨) مشروع النظام الداخلي لأحد السجون التونسية: الفصل ٦٣
- (٩) صحيح البخاري: باب الأمر بآتيان الجنائز، رقم الحديث ١١٨٣ وصحيح مسلم: باب: من حق المسلم للمسلم، رقم الحديث ٢١٦٢

للفقهاء أربعة أقوال:

القول الأول: لا يخرج لحضور أيّ جنازة ولو بكفيل، وهو قول طائفة من الحنفية والأظهر عند المالكية ومقتضى كلام الحنابلة، وزاد الحنفية: إنه يمنع من الخروج لعيادة المرضى.

القول الثاني: يخرج بكفيل لجنازة أصوله وفروعه لا غيرهم، وهو المفتى به عند الحنفية.

القول الثالث: يستحسن خروجه بكفيل لجنازة أحد أبويه إن كان الآخر حياً، وإلا لا يخرج، ويستحسن خروجه بكفيل لمرض شديد أُمٌّ بأحدِ والديه أو ولده أو أخيه، وهذا قول بعض المالكية.

القول الرابع: للحاكم إخراجهم لحضور صلاة الجنازة وغيرها إن رأى المصلحة في ذلك، فإن تعذر الخروج على السجين صلّى على الميت صلاة الغائب ولو في البلد، وهذا مقتضى كلام الشافعية^(١).

هذا، ونص بعض القوانين العربية على الترخيص للسجين في حضور جنازة الأصل والفرع والأخ والزوج وأبوي الزوج وإخوته، وأن يرافق السجين عند الاقتضاء حارس حكومي في ثياب مدنية، وأن تتعهد أسرته بإرجاعه إلى السجن عند انتهاء الرخصة التي لا تتجاوز أسبوعاً واحداً^(٢).

و. حق المسجون في الصلاة عليه إذا مات: تقدم آنفاً أن أتباع الجنازة حقٌّ للمسلم على المسلم، وورد عن النبي ﷺ أنه كان يأمر بالصلاة على الجنازة إذا حضرت^(٣)، وهذا عام في حق السجين وفي غيره.

وقد ذكر الفقهاء في هذا الصدد: أن الأسير إذا مات . أي في بلاد العدو . يُصلّى عليه^(٤)، وأن المسلم إذا إذا مات في سجون المسلمين ينبغي الإسراع في إعلام أهله بموته وتمكينهم من تغسيله وتكفينه ودفنه، فإن لم يُعلم له أهل فعل الحاكم ذلك، وأنفق عليه من بيت المال^(٥).

وقد أوجبت الاتفاقيات الدولية معاملة المسجون المتوفى معاملة إنسانية، وإعلام أهله بموته فوراً^(٦).

المطلب الثاني

حقوق المسجون فيما يتعلق بفريضة الصوم

من حق المسجون تمكينه من صيام شهر رمضان ومعرفة أوقاته؛ وذلك ليؤدّي هذه الفريضة على الوجه المشروع، والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ البقرة: ١٨٥، والخطاب عام يشمل السجين وغيره، وقد بحث الفقهاء ما يتصل بالحبس من أحكام الصوم، وبيان هذا على النحو التالي:

١. حق المسلم في ترك صوم الفريضة إذا هُدّد بالحبس: ذكر الفقهاء: أن التهديد إكراه، ويكون بوعيد القادر على الفعل، بحيث يغلب على ظن المكره وقوع الضرر^(١)، فهل يحق للمسلم المكلف ويجوز له ترك صوم رمضان إذا هُدّد وأكراه على ذلك بالحبس؟ للفقهاء أربعة أقوال في هذا:

(١) الميسوط ٩٠/٢٠ وفتح القدير ٤٧١/٥ وبدائع الصنائع ١٧٤/٧ والدر المختار ٣٧٨/٥ وحاشية ابن عابدين ٣٧٨/٥ و٣٨٧/٥ والفتاوى الهندية ٤١٨/٤ والمعيار ٤١٦/١٠ وحاشية الدسوقي ٢٨٢/٣ وجواهر الإكليل ٩٣/٢ وأسنى المطالب ٣٢٢/١ وحاشية القليوبي ٢٩٢/٢ والإنصاف ٢٧٥/٥ وانظر: فقه المعتققات والسجون ص ٤٣٨-٤٣٩

(٢) مشروع النظام الداخلي لأحد السجون التونسية: الفصل ٩٥

(٣) صحيح البخاري: باب: الدّين، رقم الحديث ٢١٧٦ وصحيح مسلم: باب: من ترك مالا فلورثته، رقم الحديث ١٦١٩

(٤) شرح المحلّي ٣٣٥/١ والمغني ١٩٥/٢ والروض المربع ١٠٢/٣، ولا يخفى أن هذا خاص بالشافعية والحنابلة القائلين بمشروعية الصلاة على الغائب خلافاً للحنفية والمالكية.

(٥) الخراج لأبي يوسف ص ١٦٣

(٦) مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين: القاعدة: ٤٤

القول الأول: لا يحقُّ للمكروه ولا يحلُّ له ترك صوم الفريضة؛ لأن الحبس في حد ذاته ليس إكراهاً مُلجئاً، وهذا قول بعض الحنفية.

القول الثاني: يحلُّ للمكروه ويحقُّ له ترك صوم الفريضة بالحبس ولو كان يسيراً، وهذا قول المالكية وآخرين من الحنفية.

القول الثالث: يحلُّ للمكروه ويحقُّ له ترك صوم الفريضة بالحبس غير اليسير فقط، وهذا قول بعض الشافعية.

القول الرابع: ذكره الحنابلة وبعض الشافعية، ومفاده: أن المكروه على الأكل بالحبس وغيره يحلُّ له الأكل ولا يُفطر بهذا الأكل بل يبقى صائماً؛ لعدم وجود القصد منه، ولأن الإكراه قادح في الاختيار، فأشبهه الناسي، وذلك لحديث: " تجاوز الله عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (٢).

واختلف الفقهاء في تحديد الحبس غير اليسير، فقال بعضهم: ما كان ثلاثة أيام فأكثر. وقالت طائفة: ما كان أكثر من يوم. وقالت آخرون: ما كان يوماً واحداً؛ وذلك لما أحدثوه في السجون من أذى (٣).

٢. حق المسجون في معرفة أوقات الصوم كشهره ونهاره: قدّر الشارع أوقاتاً للصيام ينبغي وقوعه فيها، قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ البقرة: ١٨٥، وقال أيضاً: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَبَيِّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتُمُوا الصَّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ البقرة: ١٨٧، ومن حق المسجون معرفة هذه الأوقات ليتمكن من أداء الفريضة على الوجه المشروع، وإذا كان كذلك، فماذا يصنع السجين إذا اشتبه عليه شهر رمضان، أو اشتبه عليه نهاره بليله؟

أ. صوم المسجون أو الأسير إذا اشتبه عليه شهر رمضان: للفقهاء قولان في ذلك:

القول الأول: لا يجب عليه الصوم، ومن حقه الإفطار؛ لأن الله تعالى علّق الصوم على شهادة الشهر ولم تقع، فلا يكلف المسجون أو الأسير بما استحال عليه، فإن صام فلا اعتداد بصومه لعدم التكليف، سواء عرف بعدئذ أنه وافق وقت شهر رمضان أو لم يوافق، وهذا قول الظاهرية (٤).

القول الثاني: لا يسقط الصوم عن اشتبه عليه شهره، وليس من حقه إفطاره؛ وذلك لبقاء التكليف وتوجّه الخطاب إليه، فإن أخبره ثقة بدخوله عن مشاهدة أو علم وجب العمل بخبره، وليس له أن يأخذ باحتجاده، بل يجتهد هو في معرفة دخول الشهر، وهذا قول الجمهور، ولا يخلو الأمر من خمس أحوال من

(١) الهداية ٢١٣/٣ والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٣٦٨/٢ وأسنى المطالب مع حاشية الرملي ٩/٤ والمغني ٢/٣ والبحر الزخار ٩٩/٥

(٢) حاشية ابن عابدين ٤٢١/٢ وحاشية الدسوقي ٢٠٠/١ و٣٦٨/٢ وتبصرة الحكام ١٧٧/٢ وأسنى المطالب ٤١٧/١ والمغني ٢/٣ وانظر الحديث في: مستدرك الحاكم وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه: كتاب الطلاق، رقم الحديث ٢٨٠١ وسنن ابن ماجه: باب: طلاق المكروه والناسي، رقم الحديث ٢٠٤٣

(٣) حاشية ابن عابدين ١٢٨-١٣٢ والفتاوى البرازية ١٢٩/٦ وحاشية الدسوقي ٢٠٠/١ و٣٦٨/٢ وتبصرة الحكام ١٧٧/٢ وفتح الباري ٣١٢/١٢ والبحر الزخار ٩٩/٥

(٤) المحلى لابن حزم ٢٦١/٦

حيث استمرار الإشكال أو عدم استمراره، وهل يجب عليه الصيام أو لا إذا زال الإشكال وتبين أنه صام قبله أو بعده؟ يرجع في معرفة تفاصيل لذلك إلى مواضعها^(١).

ب. صوم المسجون أو الأسير إذا اشتبه عليه نهار رمضان بليله: قال النووي: هذه مسألة مهمة قلَّ من ذكرها، وفيها ثلاثة أوجه:

الأول: يصوم ويقضي لأنه عذر نادر.

الثاني: لا يصوم لأن الجرم بالنية لا يتحقق مع جهالة الوقت.

الثالث: يتحرَّى ويصوم ولا يقضي إذا لم يظهر له خطؤه فيما بعد، وهذا هو الراجح^(٢).

وقال النووي أيضاً: يجب القضاء على السجين الصائم بالاجتهاد إذا صادف صومه الليل ثم عرف ذلك فيما بعد، وهذا ليس موضع خلاف بين العلماء؛ لأن الليل ليس وقتاً للصوم كيوم العيد^(٣).

٣. هل من حق المسجون الإضراب عن الطعام؟ من الجدير بالذكر هنا بيان حكم إضراب السجين عن الطعام، ومعناه: إضرابه عن الطعام وامتناعه من تناوله، وذلك من أجل تحسين ظروف الحبس، أو الإفراج عن السجين، أو غير ذلك من الأهداف السياسية أو الفكرية، ومثل ذلك الامتناع من شرب السوائل التي يحتاج الجسم إليها، ومن تناول العلاج، وقد يكون هذا الأخير أخطر وأسرع في إنهاء الحياة مما قبله.

لم ينص الكتاب والسنة على حكم الإضراب عن الطعام بذاته بل بوصفه، ومن ذلك ما يلي:

أ. قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ البقرة: ١٩٥، ولا يخفى أن الإضراب عن الطعام فيه تعريض للنفس للتهلكة ولو بعد حين.

ب. ما صح عن النبي ﷺ: أنه نهى عن الوصال في الصوم، وقال: " إياكم والوصال " مرتين^(٤)؛ وذلك لما فيه من المشقة والضعف، مع أنه يتضمن العبادة، وقد ذهب الأكثرون من الفقهاء إلى القول بتحريم الوصال في الصوم^(٥)، وإذا كان الحكم كذلك في عبادة الصوم فهو في الإضراب عن الطعام من باب أولى؛ لما فيه من مشقة وضعف وإيذاء للنفس، وربما كان مآل ذلك الموت انتحاراً.

وقد ذكر الفقهاء إضافة إلى ما تقدم: أن من صام ولم يأكل حتى مات أثم^(٦)، وأن الأكل للغذاء والشرب للتعطش فرض على الإنسان بمقدار ما يدفع الهلاك أو الأذى عن نفسه، كتعطيل منفعة السمع أو البصر أو غيرهما^(٧)، وأنه لا يجوز تقليل الطعام بحيث يُضعف عن أداء الفرائض، لأن ترك العبادة لا يجوز،

(١) المبسوط ٥٩/٣ وحاشية ابن عابدين ٣٧٩/٢ والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٥١٩/١ و٥٢٠ وجواهر الإكليل ١٤٨/١ والمجموع ٣١٦/٦-٣١٧ وأسنى المطالب ١٣/١-١٤/١ وحاشية الباجوري ٢٨٦/١ والمغني ٥٠/٣-٥١ والإفصاح ٢٥٠/١ وانظر: فقه المعتقات والسجون ص ٤٤٧-٤٤٩

(٢) المجموع ٣١٩/٦

(٣) المجموع ٣١٧/٦

(٤) صحيح البخاري: باب: التنكيل لمن أكثر الوصال، رقم الحديث ١٨٦٤ و١٨٦٥ وصحيح مسلم: باب: النهي عن الوصال في الصوم، رقم الحديث ١١٠٢، والوصال في الصوم: أن يبقى الصائم دون طعام ولا شراب يومين فأكثر، انظر: النهاية لابن الأثير ١٩٢/٥

(٥) فتح الباري ٢٠٤/٤

(٦) الاختيار ١٧٤/٤

(٧) الدر المختار ٣٣٨/٦ ولسان الحكام ص ٣٨٧ والشرح الكبير للدردير ٥٣٥/١ وأسنى المطالب ٤٢٢/١ والإنصاف ٢٨٦/٣

فكذا ما يفضي إليه^(١)، وأقل ذلك ما يتكمن به المرء من أداء الصلاة قائماً^(٢)، فإذا تركه ولم يأكل حتى ضعف أو مات أثم لإتلاف نفسه^(٣).

وهكذا يتضح أن إضراب السجين عن الطعام حرام، وهو آثم بفعله ذلك، فإن مات فهو قاتل نفسه منتحر، وجاء في الحديث الشريف: أن قاتل نفسه في نار جهنم خالدًا مخلدًا فيها أبداً^(٤).

وقد أحسن بعض القوانين العربية حين نص على منع السجناء من الإضراب عن الطعام، ورتب على من يفعل ذلك عقوبات تأديبية، فضلاً عن اتخاذ إجراءات توقيفه عن إضرابه^(٥).

المطلب الثالث

حقوق المسجون فيما يتعلق بفريضة الزكاة

الزكاة ركن من أركان الإسلام، وفرض من فرائضه على كل مسلم توفرت فيه شروطها، لا يستثنى المسجون من ذلك، ومن حقه تمكينه من إخراجها كما يُمكن من أداء الشعائر الدينية الأخرى إبراء لذمته، بل من حقه أن يُعطى منها إن كان مستحقاً لها؛ للآية: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴿٢٤﴾ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾^(٦) المعارج: ٢٤ - ٢٥ .

ومما ذكره المالكية والحنابلة في هذا الصدد: أنه إذا تعدد الوصول إلى المكلف بالزكاة بسبب حبسه، جاز للساعي أخذها من ماله، وتُجزئ عنه النية باطنياً^(٦).

وذكر بعض المالكية: أن المفقود المنقطع خبره أو الأسير، لا تسقط عنه الزكاة؛ حملاً له على البقاء والحياة، وذكر آخرون من المالكية: أن الأسر يؤخر وجوب إخراج زكاة مال الأسير لاحتمال موته^(٧).

وذكروا أيضاً: أنه يجوز دفع الزكاة للمحبوس في دين من أجل قضاء دينه، وهو من الغارمين^(٨)، كما يجوز دفعها إلى المحبوسين في الجنائيات ونحوها، إذا لم يكن لهم مال^(٩).

وفي كلام أبي يوسف القاضي ما يفيد: أن من حق المسجون المحتاج أن يُعان بأموال الصدقات ونحوها، وإن فُعل ذلك من بيت المال فهو أحبُّ وأكرم، وأنكر إخراج المسجونين إلى الطرقات مقيدين ليتصدق عليهم الناس^(١٠).

-
- (١) الاختيار ١٧٣/٤
 - (٢) الدر المختار ٣٣٨/٦
 - (٣) الاختيار ١٧٤.١٧٢/٤
 - (٤) انظر: صحيح البخاري: باب: من شرب السم، رقم الحديث ٥٤٤٢ وصحيح مسلم: باب: غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه، رقم الحديث ١٠٩
 - (٥) مشروع النظام الداخلي لأحد السجون التونسية: الفصل ٤٧
 - (٦) حاشية الدسوقي ٤٨١/٢ وغاية المنتهى ٣٢٦/١ ومنتهى الإرادات ٢٠٤/١
 - (٧) حاشية الدسوقي ٤٨١/٢ وجواهر الإكليل ١٣٤/١
 - (٨) حاشية ابن عابدين ٣٤٣/٢ وحاشية الدسوقي ٤٩٦/٢ وجواهر الإكليل ١٣٩/١ وحاشية الباجوري ٢٨٤/١ والإنصاف ٢٣٣/٣
 - (٩) الخراج ص ١٦٢.١٦١
 - (١٠) الخراج ص ١٦٢.١٦١ وانظر: الخطط المقرزية ١٨٧/٢

أما ما يتعلق بزكاة الفطر: فإن من حق المسجون على أسرته إخراجها عنه، فقد نص الحنابلة: على أن زكاة الفطر تُخْرَج عن السجين أو الأسير إذا كان من عيال المزكي، سواء رُجيت رجعته من الحبس أو الأسر أو يُجَس منها، وإن مضى وقتها لم تسقط عنه بل تُخْرَج، وهذا مقتضى كلام الفقهاء الآخرين^(١).

(١) حاشية ابن عابدين ٣٦٢/٢ وكفاية الطالب ٤٢٨/١ والمجموع ١٠٣/٦ وغاية المنتهى ٣٢١/١

المطلب الرابع حقوق المسجون فيما يتعلق بشعيرة الحج

الحج ركن من أركان الإسلام، وفرض من فرائضه على كل مسلم توفرت فيه شروطه؛ للآية: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حُجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ آل عمران: ٩٧ .

وقد ذكر الفقهاء في هذا الصدد: أن من خاف على نفسه الحبس أو الأسر فليس عليه الخروج للحج؛ لأن الطريق في حقه غير آمن^(١)، ومن باب أولى فإن الحج لا يجب على المحبوس حقيقة؛ وهو ليس حقاً من حقوقه، لتعارضه مع حقوق أخص، ولفقده شرطاً من شروط الأداء، وهو: القدرة بالنفس، ويعتبر حبسه عذراً شرعياً مانعاً كالمرض^(٢).

لكن هل من حق المسجون سواء كان مئوساً من الإفراج عنه أو غير مئوس، أن يُنيب من يحج عنه للفريضة أو للنافلة؟ وهل يجب عليه أن يحج للفريضة بعد إطلاقه إذا كان قد حُجَّ عنه؟ للفقهاء أقوال في ذلك وكلام طويل يرجع إليه في مواضعه^(٣).

أما من أحرم بالحج ثم سُجن ولم يُمكن من إتمام مناسكه، كالطواف بالكعبة، أو الوقوف بعرفة، أو رمي الجمرات، أو إتمام العمرة... فهل يحق له أن يتحلل؟ وهل عليه شيء من الهدي؟ وهل يقضي النسك المتحلل منه؟ للفقهاء أقوال وتفصيلات يرجع في معرفتها إلى مواضعها^(٤).

(١) الدر المختار ٤٥٩/٢ والشرح الكبير للدردير ٦/٢ وحاشية القليوبي ٨٨/٢ والمغني ٢١٨/٣ طبعة مكتبة الرياض الحديثة.
(٢) حاشية ابن عابدين ٤٥٨/٢-٤٥٩ والبحر الرائق ٣٣٥/٢ والقوانين الفقهية ص ٩٤ والشرح الكبير للدردير ٦/٢ والمجموع ٩٢/٧ وحاشية الرملي ٤٤٦/٢ والمغني ٢٢٩/٣ طبعة مكتبة الرياض الحديثة والإنصاف ٤١٨/٢
(٣) انظر: المراجع السابقة وفقه المعتقات والسجون ص ٤٥٤:٤٥٣
(٤) الاختيار ١٦٨/١-١٧١ وحاشية الدسوقي ٩٣/٢ وأسنى المطالب ٥٢٤/١ وحاشية الروض المربع ١٧٨/٤ وانظر: فقه المعتقات والسجون ص ٤٥٨:٤٥٥

المبحث الثامن

حق المسجون في توفير أسباب التعليم والثقافة له

اهتم الإسلام بالعلم ودعا إلى طلبه، وذلك في أول آية من القرآن الكريم نزلت في باكورة تاريخ الإسلام، تدعو إلى القراءة، وتبين أهمية العلم والقلم الذي هو من أدواته، قال الله تعالى: ﴿اقْرَأْ بِأَسْمَائِكَ الَّذِي خَلَقَ ۝١ خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ ۝٢ اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ ۝٣ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ ۝٤﴾ العلق: ٤.١ .

وجاء في الحديث الشريف: ما بال أقوام لا يُفقهون حيرائهم ولا يُعلمونهم ولا يعظونهم؟! وما بال أقوام لا يتعلمون من حيرائهم ولا يتفقهون ولا يتعظون؟! والله ليُعلمن قوم حيرائهم، وليتعلمن قوم من حيرائهم، أو لأعجلنهم العقوبة، فقال قوم: من ترؤنه عني بهؤلاء؟ فقالوا: عني الأشعريين، هم قوم فقهاء وهم حيران حفاة جهلة من أهل المياه والأعراب... فاستمهل الأشعريون رسول الله ﷺ سنة يُعلمون فيها حيرائهم فأمهلهم، فعلموا حيرائهم (١)، وكان إذا هاجر أحد من الأعراب إلى المدينة وكل به رجلاً من الأنصار ليُعلمه ويفقهه (٢).

وإذا كان الأمر كذلك فإن المسجونين من أحق الناس بالتعليم وأحوجهم إليه وإلى التقويم والإرشاد والتذكير بالله تعالى؛ لأن سبب إجرامهم وحبسهم يعود في الغالب إلى الغفلة والجهل، وقد نص الفقهاء على أن تعليم أحكام الدين لمن يجهلها واجب، وبخاصة ما يُعرف بالله تعالى ويوضح الحلال والحرام (٣).

وتقدّم أن الفقهاء متفقون على أن الغاية من الحبس هي إصلاح السجين وتأديبه (٤)، ولا شك في أن العلم النافع من العوامل المعينة على تحقيق ذلك، فهو يُنمي مدارك السجين، ويصحح أسلوب تفكيره الخاطيء، ويبيده عن الغفلة والجهل...

وقد قام النبي يوسف عليه السلام بمهمة تعليم السجناء وإصلاحهم، ودعاهم إلى توحيد الله وتعظيمه، وبذلك يتم تصحيح مسارات حياتهم، ويعرفون الغاية الحليمة من خلقهم، كما في قوله تعالى: ﴿يُصَدِّقِي السَّجْنَاءَ أَرْيَابٌ مُتَفَرِّقُونَ خَيْرٌ أَمِ اللَّهُ الْوَّاحِدُ الْقَهَّارُ ۝٣٩ مَا تَعْبُدُونَ مِنْ دُونِهِ إِلَّا أَسْمَاءٌ سَمَّيْتُمُوهَا أَنْتُمْ وَآبَاؤُكُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِهَا مِنْ سُلْطَانٍ إِنْ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾ يوسف: ٣٩ - ٤٠ .

كما قام المسلمون بتعليم السجناء في السجون؛ لأنه من الأسباب المساعدة على تحقيق الغاية من الحبس وتغيير ما في نفس السجين، وفي قصة حبس النبي ﷺ ثمانية بن أثال في المسجد النبوي، ليطلع عن قُرب على حياة المسلمين، ويتعرف على سلوكهم وأخلاقهم ويتأثر بها أصلًا في تمكين السجناء من حق التعلم (٥)، وفي رواية: أن النبي ﷺ دفع بثمامة بعد ثلاث ليال إلى من علمه الإسلام، فاغتسل ودخل المسجد مسلماً (٦).

(١) أخرجه الطبراني وابن راهويه والبخاري في الوجدان وابن السكن وابن منده وغيرهم انظر: كنز العمال ٢٧٢/٣ والترغيب والترهيب ١٢٢/١ ومجمع الزوائد ١٦٤/١ وذكر: أن أحد رواته مختلف فيه.

(٢) تاريخ المدينة المنورة لابن شبة ٤٨٧/٢

(٣) الفتاوى الهندية ٣٧٨/٥ والمعيان ٢١٨/١١

(٤) انظر: أهداف السجن في المبحث الثاني.

(٥) انظر القصة في: صحيح البخاري: باب: ربط الأسير في المسجد، رقم الحديث ٤٥٠ وصحيح مسلم: باب: ربط الأسير وحبسه، رقم الحديث ١٧٦٤ وفتح الباري ٨٨/٨ والسير النبوية ٦٣٨/٤ وتاريخ المدينة المنورة ٤٣٦/٢ والترغيب والإدارة ١٧٨/١

(٦) تاريخ المدينة المنورة لابن شبة ٤٣٧/٢

وتذكر المراجع الإسلامية: أن العديد من مشاهير العلماء والمفكرين والشعراء الذين سجنوا لمواقفهم من الحكام، كانوا يُمَكَّنون من إدخال الكتب والأوراق والأقلام والأحبار إلى أماكن سجنهم، ومن هؤلاء: الشاعر أبو العتاهية، والطبيب حنين بن إسحاق، والفقير السرخسي الذي أَلَّف كتابه: "المبسوط" في ثلاثين جزءاً في السجن، والعلامة ابن تيمية، وكان يُسمح لهم ولغيرهم بمزاولة الكتابة والتدريس والوعظ والإرشاد بين السجناء. كما في القصص المروية عن ابن تيمية وغيره. كما يسمح لهم بدخول أساتذتهم وتلاميذهم إليهم لتدريس العلوم والمعارف فيما بينهم^(١).

وإذا كان الإسلام قد دعا إلى إعطاء السجن حق في التعلم والارتقاء الفكري، فهو أيضاً قد شجَّعه على بذل طاقاته في تعليم غيره وإفادته، وجعل من حقه على الدولة أن تُنقص مدة حبسه أو تفرج عنه، والأصل في هذا أن أناساً من أسرى بدر لم يكن لهم فداء، فجعل رسول الله ﷺ فداءهم أن يُعلِّم الواحد منهم عشرة من أولاد المسلمين الكتابة والقراءة، ففعلوا وأطلق سراحهم، فكان ممن تعلَّم منهم زيد بن ثابت رضي الله عنه^(٢).

وفي عصرنا هذا جاءت الاتفاقيات الدولية لتؤكد على أهمية تعليم السجناء وتثقيفهم، وتوصي بوجود الاهتمام بأمور الدين والتربية الدينية في جميع برامج إصلاح السجناء^(٣)؛ لأنها تقف على رأس الأسلحة الأخرى وُقفة ناجحة في وجه العوْدة إلى الجريمة^(٤)، وهذا ما أدركه المسلمون وسبقوا إليه ومارسوه قولاً وفعلاً.

(١) البداية والنهاية ٤/١٤ و٤٣ و١٢٣ و١٤٠ و١٤٠، والأغاني ٤/٣٠ و١٦٠/٥، وإخبار العلماء ص ١٣١ وعيون الأنباء ص ٢٩٥ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٤٠٦-٤٠٤
(٢) نيل الأوطار ٧/٣٢٣ والبداية والنهاية ٣/٣٢٩ والترتيب الإدارية ١/٤٨
(٣) مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين: القاعدة ٧٧
(٤) دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن للدكتور عبد الوهاب حومد ص ٥٠

المبحث التاسع

حق المسجون في تمكينه من العمل في سجنه

والرفق به وإعطائه الأجر على ذلك

وفيه مطلبان

المطلب الأول

حق المسجون في تمكينه من العمل في سجنه

تقدم أن عقوبة السجن لم تشرع لذاتها، بل لإصلاح المسجون وتقويم سلوكه، وإذا كان الأمر كذلك، فما حكم تشغيل السجين وتعليمه مهنة في السجن؟ وهل من حقه ذلك؟ وهل يُسهم تشغيله في تحقيق الغاية من حبسه أم لا؟

للفقهاء ثلاثة أقوال في حكم تشغيل السجين وتمكينه من ممارسة مهنة أو حرفة في سجنه، وبيان ذلك على النحو التالي:

القول الأول: يمنع السجين من العمل في السجن؛ وهو ليس حقاً له؛ وذلك لثلاث أسباب: يهون عليه الحبس، وليضجر قلبه فينجزر، وإلا صار السجن له بمنزلة الحانوت، وهذا هو المعتمد عند الحنفية، وبه قال آخرون من الفقهاء.

القول الثاني: لا يُمنع السجين من العمل في السجن؛ وهو حق من حقوقه؛ لما فيه من أسباب النفقة الواجبة ووفاء الدين، وهذا قول الشافعية والحنابلة وآخرين من الفقهاء، وبه أفتى بعض الحنفية.

القول الثالث: إن اشتغال السجين في سجنه يعود إلى تقدير الحاكم واجتهاده، فإن رأى السماح له به فعل، وإن رأى منعه من العمل فله ذلك، وبه قال المرتضى^(١).

وإني أرى وجاهة القول بتشغيل السجين بوجه عام، والسجين في ذنن بوجه خاص، واعتبار ذلك حقاً له على الدولة المسؤولة عنه، لما يلي:

١. ما جاء عن النبي ﷺ: أنه أعمل . شغل . بعض أسرى معركة بدر في تعليم أولاد المسلمين القراءة والكتابة مقابل الإفراج عنهم، كل بمقدار فدايته، كما ذكر ابن كثير^(٢).

٢. ما كان يحدث فيما بعد العهد النبوي في سجون المسلمين، من تمكين السجناء من العمل، وبخاصة في عصر الحضارة الذهبية أيام العباسيين، فكان المحبسون يصنعون السلال، وينسجون التِّكَّك، ويقومون بغيرها من الأعمال الخفيفة، وكانت أثمان تلك السلع المصنوعة تعود لحساب السجناء لا لحساب الدولة^(٣)، ومما يدل على انتشار الأعمال اليدوية في السجون الإسلامية، قول الخليفة العباسي المخلوع ابن المعتز:

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٣٧٨/٥ و٣٧٩. والفتاوى الهندية ٤١٨/٣ و٦٣/٤ وأسنى المطالب مع حاشية الرملي ١٨٨/٢ و١٨٩ و١٩٤ والبحر الزخار ٨٢/٥ والمغني ٤٩٥/٤ طبعة مكتبة الرياض الحديثة.

(٢) نيل الأوطار ٣٢٣/٧ والبداية والنهاية ٣٢٩/٣ والتراتيب الإدارية ٤٨/١

(٣) معالم الأصلة في النظام العقابي الإسلامي ص ٣٢ وأدباء السجون ص ١٠، والسلال والسلالات: جمع سلَّة، وهي وعاء من خوص ونحوه مضاف، يُحمل فيه الطعام والفاكهة، انظر: مادة: " سل " في تاج العروس والمصباح المنير. أما التِّكَّك: فجمع تكَّة، وهي الخبل الرفيع يُشد به السُّرُوال، انظر: مادة: " تك " في تاج العروس والمعجم الوسيط.

تعلّمت في السّجن صنْع التّكك

وكنْتُ امرءاً قبل حبسي مَلِكاً^(١).

٣. قيمة العمل في الإسلام: فقد دعا الإسلام إلى العمل وبارك جهود العاملين، ونهى عن الكسل وحارب البطالة، قال الله تعالى: ﴿ أَنْ أَعْمَلَ سَبِيغَتٍ وَقَدَّرَ فِي السَّرِّ وَأَعْمَلُوا صَٰلِحًا إِنِّي بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ سبأ: ١١، وجاء في الحديث الصحيح: " لأن يحتطب أحدكم حزمة على ظهره، خير من أن يسأل أحداً، فيعطيه أو يمنعه " (٢).

٤. الإسهام في تحقيق الغاية من الحبس: من الملاحظ أن تشغيل السجين يتضمن تحميله المسؤولية، وهذا يسهم في تقويم سلوكه وكفّه عن مفاصده، وتأهيله للخروج إلى المجتمع بحرفة أو صنعة قد عمل فيها وخبرها، وتلك من غايات الحبس، وبخاصة أن كثيراً ممن يدخلون السجن بطالون ليس لهم صنعة يتكسبون بها، وقد قال الأول: " حِرْفَةٌ يُعَاشُ بِهَا خَيْرٌ مِنْ مَسْأَلَةِ النَّاسِ " (٣).

٥. قيام السجين بالتزاماته المالية: لا يخفى أن على السجين . كحال بقية الناس . التزامات مالية واجبة تجاه نفسه وأسرته ومجتمعه، وربما وفاء ديونه، فإذا لم يُمكن من العمل أو تعلّم صنعة تساعد على الكسب الشريف وسداد ديونه، وقع هو وأوقع غيره في خلل كبير وفساد عظيم، ولهذا قال بعض فقهاء السلف كعمر بن عبد العزيز، وسوّار العنبري، وإسحاق بن راهويه، بإجبار المفلس على العمل ليقضي دينه، وهذا أحد قولي الحنابلة (٤).

٦. تحنّب الفراغ وما ينشأ عنه من مفاصد: إن عيش السجناء في فراغ دائم أو طويل، يبعث في نفوسهم التفكير في الشرور والآثام، ويُغدّي فيهم السلوك العدواني، ويجفّزهم على تكوين العصابات، وتعلّم الاحتيال، وإبرام الخطط الإجرامية، ونحو ذلك مما يعارض غايات الحبس.

المطلب الثاني

حق المسجون في تشغيله بصنعة كريمة والرّفق به وإعطائه الأجر على عمله

قرّر الإسلام مجموعة من المعاني الإنسانية الكريمة التي ينبغي مراعاتها في تشغيل المسجون ومن ذلك ما يلي:

١. حق المسجون في تشغيله في المهن والصناعات المهمة واحترام كرامته الإنسانية: دعا الإسلام المسلمين . والسجين واحد منهم . إلى تعلّم الحِرْف والصناعات، واعتبر ذلك من فروض الكفاية (٥)، وحثّ على مباشرة الحِرْف والصناعات الكريمة، وكره العمل في الرديء منها مع إمكان غيره (٦)، وعليه فينبغي مراعاة ذلك مع السجناء، وتدريبهم على الصناعات والمهن المهمة التي يحتاجها أغلب المجتمع، مع مراعاة التطور

(١) المحاسن والأضداد للجاحظ ص ٤٨ والحياة الاجتماعية في المدينة الإسلامية ص ١٢٥

(٢) صحيح البخاري: باب: كسب الرجل وعمله بيده، رقم الحديث ١٩٦٨ وصحيح مسلم: باب: كراهة المسألة للناس، رقم الحديث ١٠٤٢

(٣) البيان والتبيين للجاحظ ص ٢٥٣ ونسبه إلى عمر ؓ.

(٤) المغني ٢٨٩/٤

(٥) الاختيار ١٧٢/٤ والشرح الكبير للدردير ١٧٤/٢ ومنهاج الطالبين ٢١٥/٤ ومجموع الفتاوى ٨٢/٢٨

(٦) منهاج الطالبين ٢١٥/٤ والآداب الشرعية ٣٠٤/٣

الزمني في ذلك، وليس من المشروع في الإسلام تشغيل السجين في الأمور التافهة الخسيسة، احتقاراً له وإهانة لشخصه.

٢. حق المسجون العامل في الرفق به وعدم تكليفه ما لا يطيق: دعا الإسلام إلى الرفق بالرقيق والخدم، ونهى عن تكليفهم ما لا يطيقون، وفي الحديث الصحيح: " ولا تُكَلِّفُوهم ما يَغْلِبُهُم، فإن كَلَّفْتُمُوهم ما يَغْلِبُهُم فأَعْيَنُوهم "(١)، ويلتحق بهم من في معانهم من الضعفاء والمقهورين والسجناء، فلا يجوز تكليفهم بالأشغال الشاقة التي تُضعف الجسم وتذهب بالعافية، وتُعرض السلامة والصحة للخطر، ويُقصَد بها الانتقام والتعذيب والإيلاء، كما لا يجوز تجويعهم، ولا إكراههم على العمل ساعات طويلة، أو تحت أشعة الشمس المؤذية، أو في البرد الشديد، أو في الظروف القاسية.

وقد ذكر الفقهاء: أنه يُتَّبَع مع العامل العادة التي يَقْدِر عليها عامة الناس، وإلا أُعِين بغيره (٢)، ومن هذا المعنى ما رُوي أن عمر رضي الله عنه كان يذهب إلى العوالي. كان مكاناً للزراعة في المدينة المنورة. كلَّ يوم سبت، فإذا وجد عبداً في عمل لا يُطيقه وضع عنه منه (٣).

٣. حق المسجون العامل في إعطائه أجراً يُنصِفُه حقُّه: حذر الإسلام من انتقاص العاملين أجورهم، ففي الحديث القدسي: " ثلاثة أنا خصمهم: ... ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره "(٤)، وقد عاب القرآن الكريم على فرعون وقومه إكراهه بني إسرائيل على العمل سُخْرَةً وحرمانهم من حقوقهم.

لهذا الذي تقدم، فإنه لا يجوز حرمان السجين من أجره، أو بخسُه حقه المكتسب، أو إعطاؤه أقل مما يستحق، والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ ءَلَّا تَعْدِلُوا ءَاعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ المائدة: ٨ .

كما أنه لا ينبغي الاحتجاج لحرمانه من أجره أو تقليله بأنه يعمل في مدة حبسه، وأنه يجوز تعزيره بهذا؛ لأن التعزير بأخذ المال غيرُ مسلَّم به عند جمهور الفقهاء، بمن فيهم فقهاء المذاهب الأربعة (٥)، وليس للدولة سلطان على حقوق السجناء وأموالهم، وإنما لها أن تُقَيِّد حرياتهم، وتقدِّم أنفأ أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يُجْرِ أسرى بدر على تعليم أولاد المسلمين مجاناً، بل كان أجرهم مفاداة أنفسهم وإطلاق سراحهم، كما تقدم أن السجناء في العصور الإسلامية، كانوا يبيعون السلع التي يصنعونها لحسابهم لا لحساب الدولة.

هذا، وقد دعت الاتفاقيات الدولية إلى تمكين السجناء من العمل، وإلحاقهم بالمهن والحرف التي تعينهم على استكمال حياتهم الكريمة بعد الإفراج عنهم، وأن تكون ساعات عملهم محددة، والأعمال غير شاقة، وبأجور مُنصَّفة بعيداً عن السُّخْرَةِ، وأن يُعَوِّضوا عن إصابات العمل والأمراض المهنية (٦)، وهذا في مجمله ما يتوافق مع ما دعا إليه الإسلام ومارسه المسلمون.

- (١) صحيح البخاري: باب: فضل من أدب جاريته وعلمها، رقم الحديث ٢٤٠٧ وصحيح مسلم: باب: إطعام المملوك مما يأكل، رقم الحديث ١٦٦١
- (٢) فتح الباري ١٧٥/٥ وأسنى المطالب ٤٥٥/٣
- (٣) موطأ مالك: باب: الأمر بالرفق بالمملوك، رقم الحديث ١٧٧٠
- (٤) صحيح البخاري: باب: إثم من منع أجر الأجير، رقم الحديث ٢١٥٠
- (٥) سبل السلام ١٢٧/٢ وحاشية ابن عابدين ٦٢-٦١/٤ والشرح الكبير للدردير ٣٥٤/٤ وتبصرة الحكام ٢٩٧/٢-٢٩٨ وحاشية الشيراملسي ١٧٤/٧ وغاية المنتهى ٣١٧/٣ والروض المربع ٣٥٠/٧
- (٦) انظر: مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين: القاعدة ٧٦٧١

المبحث العاشر حق المسجون في التواصل الاجتماعي داخل السجن وخارجه

يُعتبر إصلاح السجين وإعادة تأهيله للتوافق مع المجتمع ونظامه العام الهدفَ الأهم في حبسه، فإذا ما تحققت هذا بنجاح عاد السجين إلى مجتمعه عنصراً بنياً يشارك في تقدّمه وازدهاره؛ لذا كان من المهم المحافظة على صلات السجين الاجتماعية المتوازنة بمن هم في داخل السجن، ومن هم في خارجه، وهذا يسهل دمجهم في المجتمع بعد الإفراج عنه، وتفصيل ذلك في المطالبين التاليين:

المطلب الأول

حق المسجون في التواصل الاجتماعي داخل السجن

الأصل في السجن أن يكون جماعياً^(١)، مع مراعاة التماثل في الجنس، والتقارب في العمر، والتجانس في الجريمة، ونحو ذلك من الأوصاف الأخرى الصحية وغيرها التي سبق الحديث عنها^(٢)، علماً بأنه لا مانع من السجن الانفرادي عند الحاجة إلى ذلك، باعتباره علاجاً لحالات خاصة^(٣)، ويترتب على كون الحبس جماعياً عدّة أمور ذكرها الفقهاء، وبيانها فيما يلي:

١. حق المسجون في اتّصاله بالسجناء الآخرين: نص الفقهاء: على أن السجن لا يُمنع من السلام على أصدقائه والحديث معهم، إلا من يُخشى أن يُعلّمه الحيلة فيمنع^(٤).

٢. حق المسجون أن يُحبس مع قريبه إن وُجد: نص المالكية: على أنه لا يُفترق في السجن بين الأقارب، كالأب وابنه، والأخوين^(٥).

٣. حق المسجونة أن تُحبس مع زوجها إن أمكن ذلك: نص بعض الفقهاء: على أنه لا يُفترق بين الزوجين المحبوسين في حقّ عليهما، وذلك بأن يُسمح لها بالسلام عليه والجلوس معه، إن أمكن ذلك بعيداً عن الرجال^(٦).

وجدير بالذكر هنا: أن للفقهاء ثلاثة أقوال مفصّلة في حق السجين في وطء زوجته في السجن:

القول الأول: ليس من حقه وطء زوجته في السجن، ويُمنع من ذلك ليضجر قلبه، ولأن السجن ليس موضعاً للترهّ و الأئس، وهذا مذهب المالكية، وقول طائفة من الحنفية والشافعية.

(١) ومن مثله حبس النبي ﷺ العديد من يهود بني قريظة في دار كبيرة لامرأة يقال لها: ابنة الخارث، وحبسه العديد منهم أيضاً في دار لأسامة بن زيد رضي الله عنه انظر: السيرة النبوية ٢٥١/٣ والكامل ١٢٧/٢ وزاد المعاد ٧٤/٢ والتراتب الإدارية ٢٩٤/١ وفقه المعتقالات والسجون ص ٦٨ و٣٥٣.

(٢) انظر فيما سبق: مبحث: حق المسجون في عزله عن غيره بحسب جنسه وعُمره وجريرته.

(٣) وهذا ما قرره الفقه الإسلامي وعمل به المسلمون انظر: حاشية ابن عابدين ٣٧٧/٥ و٣٧٩ وحاشية الدسوقي ٢٨١/٣ ومجموع الفتاوى ٣١٠/١٥ وحاشية القليوبي ٢٩٢/٢ والتراتب الإدارية ٢٩٨/١ وهو ما قرره القوانين الوضعية كما في مجموعة قواعد الحد الأدنى: القاعدة: ٩ وهو ما تعمل به العديد من البلدان في أوربا الغربية والولايات المتحدة الأمريكية وغيرها، وانظر: فقه المعتقالات والسجون ص ٣٥٦.

(٤) المبسوط ٩٠/٢٠ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢٨١/٣ وحاشية القليوبي ٢٩٢/٢

(٥) التاج والإكليل ٤٩/٥ والشرح الكبير للدردير ٢٨١/٣

(٦) التاج والإكليل ٤٩/٥ والشرح الكبير للدردير ٢٨١/٣

القول الثاني: من حقّه وطء زوجته في السجن، ولا يُمنع من ذلك إن أمكن بعيداً عن الرجال؛ قياساً على عدم منعه من شهوة البطن، فكذا شهوة الفرج، وهذا مذهب الحنابلة، وقول أكثر الحنفية، وطائفة من الشافعية.

القول الثالث: من حقّه وطء زوجته في السجن، ولا يُمنع من ذلك إلا إذا اقتضت المصلحة وآه القاضي، كما لو منعه من محادثة أصدقائه، وهذا قول بعض الشافعية^(١).

وأرى ترجيح القول الثالث وترك تقدير ذلك للقاضي؛ لما في النكاح من سكن وطمأنينة أُسرية، وتجنب لإيذاء زوجة السجين، وبخاصة إذا كانت شابة يُحشى عليها من الفتنة.

٤. حق المسجون في المشاركة في الشعائر الدينية داخل السجن: من حق المسجون أن يشارك في أداء الشعائر الدينية في داخل السجن، كصلاة الجماعة، وصلاة الجمعة، وصلاة العيدين، وفي هذا من التواصل الاجتماعي في داخل السجن ما لا يخفى، وتقدّم ذكره وبيان فوائده النفسية والدينية والاجتماعية^(٢).

٥. حق المسجون في التَّجَوُّل في ساحة السجن وشمّ الرياحين: ذكر الشافعية: أن السجين لا يُمنع من شمّ الرياحين، وهذا يقتضي السماح له بالتَّجَوُّل في ساحة السجن للوصول إلى مكانه وقطفه، وقالوا: إذا شاء القاضي تأديبه في حبسه فيمنعه من شمّ للترّفُّه، لا لحاجة مرض ونحوه^(٣).

وقد قررت الاتفاقيات الدولية مجموعة من القواعد المؤيدة لإبقاء السجين على شعوره الاجتماعي، من خلال السماح باتصال السجناء بعضهم ببعض، والسماح لهم بالتَّجَوُّل في ساحات السجن في أوقات محددة، والمشاركة في أداء الشعائر الدينية، والنشاطات الرياضية والاجتماعية الأخرى، التي تُسهم في تحقيق الغاية من الحبس في الإصلاح وتقوم السلوك^(٤)، وتلك أمور تتفق في مجموعها مع ما قرره الإسلام وعمل به المسلمون.

المطلب الثاني

حق المسجون في التواصل الاجتماعي بمن هم خارج السجن

حرص الإسلام على تقرير مجموعة من الأمور التي تُشعر السجين بأنه لا يزال جزءاً من المجتمع العام، غير منبوذ منه ولا مرفوض، وأن حقوقه المتنوعة التي له في خارج السجن مضمونة ومرعية، وهذا ما يحفظ له صحته البدنية والنفسية، ويساعد على تحقيق الغاية من السجن، ومن تلك الأمور ما يلي:

(١) حاشية ابن عابدين ٣٧٨/٥ والشرح الكبير للسردري ٢٨١/٣ وأسنى المطالب مع حاشية الرملي ١٨٨/٢ و٣٠٦/٤ وحاشية القليوبي ٣٠٠/٣ والمغني ٣٤-٣٥ طبعة مكتبة الرياض الحديثة، وقد أجهت العديد من إدارات السجون في الدول المتقدمة وغيرها إلى السماح للسجين بمعايشة زوجته في أوقات من الشهر محددة، وفي جناح خاص مُعدّ لذلك، وقد لوحظ تغيير سلوك كثير من السجناء إلى الأفضل، انظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٤٨٧-٤٨٩.

(٢) انظر: مبحث: حق المسجون في أداء شعائره الدينية داخل السجن وخارجه.

(٣) حاشية الرملي ١٨٩/٢ وحاشية القليوبي ٢٩٢/٢ ومعيد النعم للسبكي ص ١٤٢.

(٤) مجموعة قواعد الحد الأدنى: القاعدة: ٩ و٢١ و٣١ و٣٧ و٤١ و٤٢ و٦١ و٧٩.

١. حق المسجون في زيارة أقرباه له وكذا جيرانه وأصدقائه: ذكر الفقهاء: أن المسجون لا يُمنع من دخول أهله، وزوجته، وجيرانه، وأصدقائه، للسلام عليه ومحادثته، لكن لا يُطيلون المكثَّ عنده؛ لأن دخولهم قد يُفضي إلى المقصود من الحبس، وذكروا: أنه يُمنع أن يزوره من يُخشى أن يُعلّمه الحيلة في خلاصه^(١).

٢. حق المسجون في مراسلة الآخرين والاطّلاع على الأخبار ووسائل الإعلام: يبدو مما تقدم أنّاً أن من حق السجين ألا يُمنع من الاطّلاع على الأخبار ووسائل الإعلام، ولا من مراسلة أقرباه وأصدقائه الصالحين؛ لأن ذلك من الوسائل المعينة على توثيق روابط القرابة والصحبة، واستمرار الشعور بالانتماء الاجتماعي.

ومما ذُكر في هذا الصدد: أن المسلمين كانوا يُمكنون السجناء من التعلّم والتعلّم، ويسمحون لهم بإدخال الأقلام، والأخبار، والكتب، والأوراق، وهي . كما لا يخفى . من أبرز وسائل الإعلام وأدواته في ذلك الوقت^(٢).

٣. حق المسجون في متابعة حقوقه الاجتماعية والمدنية والجنائية من داخل سجنه: لئن كان الحبس يمنع السجين من الخروج إلى أشغاله ومهامه الاجتماعية، كما ذكر الكاساني في تعريفه له^(٣)، فإنه لا يُبطل أهلية المسجون، بل لا يُنقصها، ولا يمنعه من المطالبة بحقوقه الاجتماعية والمدنية والجنائية وغيرها، ومتابعتها وممارستها، ولو بخروجه من الحبس مؤقتاً^(٤)، من غير إخلال بما وُضِع له، ولا شك في أن متابعة هذه الأمور واستيفاءها، يستلزم استمرار التواصل الاجتماعي بين السجين وبين الأطراف الأخرى في المجتمع.

٤. حق المسجون في الخروج من سجنه مؤقتاً لموجبات تقتضيه: ذكر الفقهاء حالات يُخرَج فيها السجين من سجنه مؤقتاً؛ تعبيراً عن بقاء انتمائه الاجتماعي وحفظاً ورعايةً لحقوقه المتنوعة مهما كانت، ومن ذلك ما يلي:

أ. إخراج المسجون بتهمة حتى تثبت إدانته: ذكر أبو يوسف القاضي: أنه ينبغي على الوالي الجمع بين المدعى والمدعى عليه، فإن كانت له بيّنة على ما ادّعى حكم بها، وإلا أخذ من المدعى عليه كفيلاً وخلّى سبيله، وكذلك كل من كان في الحبس من المتّهمين فليُفعل ذلك به وبخصمه^(٥).

ب. إخراج المسجون لأداء بعض العبادات مؤقتاً: نص المالكية على إخراج السجين للوضوء إذا كان لا يُمكنه فعله في السجن، ويُخرَج لقضاء حاجته أيضاً ثم يُعاد إلى السجن، وهذا مقتضى كلام الجمهور^(٦)،

(١) المسبوط ٩٠/٢٠ وبدائع الصنائع ١٧٤/٧ وفتح القدير ٤١٧/٥ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٣٧٧/٥ والشرح الكبير للردديري ٢٨١/٣ وجواهر الإكليل ٩٣/٢ وشرح الخريشي ٢٨٠/٥ وأسنى المطالب ١٨٨/٢ وحاشية الجمل ٣٤٦/٥
(٢) انظر: مبحث: حق المسجون في توفير أسباب التعليم والثقافة له.
(٣) بدائع الصنائع ١٧٤/٧
(٤) حاشية ابن عابدين ٣٨٠/٥ و٥١٢ وبداية المجتهد ٢٨٤/٢ وتبصرة الحكام ٣٠٤/١ و٢٠٥/٢ وأسنى المطالب ١٨٧/٢ ومجموع الفتاوى ٣٤/٣٠
(٥) الخراج ص ١٩١.١٩٠
(٦) حاشية ابن عابدين ٣٧٩-٣٧٨/٥ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢٨٢/٣ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٩ وحاشية القليوبي ٢٠٥/٤ والإفصاح ٣٩/١ والإنصاف ٢٤٨/١٠ والتراتب الإدارية ٢٩٥/١

وذكروا أيضاً: أن المحبوس بدين يُخْرَج إلى صلاة الجماعة، والجمعة، والعيدين، بإذن الغريم^(١)، ولا يخفى أن بعض هذه المذكورات ربما كانت غير متوفرة في سجونهم، على عكس ما هو موجود في عصرنا.

ج . إخراج المسجون لمتابعة حقوقه الاجتماعية والمدنية والجنائية مؤقتاً^(٢): تقدم آنفاً أن الحبس لا يمنع السجين من المطالبة بحقوقه الاجتماعية والمدنية والجنائية وغيرها ومتابعتها، وفي هذا ذكر الفقهاء: أن للسجين الخروج مؤقتاً من حبسه لمتابعة بعض حقوقه وأداء ما عليه، وذلك كخروج المحبوس بدين من السجن لبيع ماله وقضاء دينه^(٣)، وخروجه لسماع الدعوى عليه بالخصومة^(٤)، ولأداء شهادة عند القاضي^(٥). ومثل ذلك ومثل هذا: خروجه لإسماعه القاضي إقراره على نفسه^(٦)، ولاستيفاء حد شرعي فَعَلَ موجبَه في الحبس، كسرقة كسرقة وقذف^(٧).

د . إخراج المسجون لمعالجته من مرضه مؤقتاً: ذكر الفقهاء: أنه إذا اضطُر السجين إلى الرعاية الطبية والعلاج في خارج السجن، فإن الحاكم يُجرِّه، واشتَرَط بعضهم إخراجَه بكفيل^(٨)، ولا لزوم لهذا الشرط في عصرنا إذا تَمَّت معالجته في مستشفيات الدولة وتحت حراستها.

هـ . إخراج المسجون مؤقتاً لعيادة قريبه أو صديقه المريض أو حضور جنازته: تقدم الحديث عن هذا الموضوع بالتفصيل^(٩)، وهو من وسائل التواصل الاجتماعي بين السجين وبين مَنْ هُمَّ في خارج السجن.

هذا، وقد قررت الاتفاقيات الدولية مجموعةً من القواعد المؤيِّدة لإبقاء السجين على شعوره بالانتماء الاجتماعي، من خلال السماح لأهله وأصدقائه ذوي السمعة الطيبة بزيارته أو مراسلته تحت الرقابة الضرورية، ودعت إلى إعلام السجناء بصورة منتظمة بأهم الأنباء، بواسطة إطلاعهم على المطبوعات ووسائل الإعلام الأخرى، ودعت إلى تشجيع وتقوية الصلّات بين السجين وبين الأشخاص والهيئات الخارجية التي يُمكنها إفادة مصالح أسرته وتأهيله اجتماعياً^(١٠).

-
- (١) حاشية ابن عابدين ١٣٩/٥ والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٩١ والبحر الزخار ١٣٩/٥ وانظر ما سبق في مبحث: حق المسجون في أداء شعائره الدينية داخل السجن وخارجه، وانظر فقه المعتقلات والسجون ص ٤٣٦-٤٢٩
 - (٢) انظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٤٨١ و ٥٠٥
 - (٣) حاشية ابن عابدين ٣٨٠/٥ وبداية المجتهد ٢٨٤/٢ وتبصرة الحكام ٣٠٤/١ و ٢٠٥/٢ وأسنى المطالب ١٨٧/٢ ومجموع الفتاوى ٣٤/٣٠
 - (٤) حاشية ابن عابدين ٥١٢/٥ وتبصرة الحكام ٣٠٤/١
 - (٥) حاشية ابن عابدين ٥١٢/٥ وتبصرة الحكام ٣٠٤/١ و ٢٩٥/١ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٤٨١ و ٥٠٥
 - (٦) بدائع الصنائع ١٧٤/٧ وحاشية القليوبي ٤/٣ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٥٠٦
 - (٧) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢٨٢/٣ وجواهر الإكليل ٩٣/٢
 - (٨) أدب القاضي للخصاف ٣٧٥/٢ وفتح القدير ٤٧١/٥ وحاشية ابن عابدين ٣٧٨/٥ والفتاوى الهندية ٤١٢/٤ و ٦٣/٥ وحاشية الدسوقي ٢٨١/٣ وأسنى المطالب ١٣٣/٤ وحاشية القليوبي ٢٩٢/٢ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٣٨٨
 - (٩) انظر: مبحث: حق المسجون في أداء شعائره الدينية داخل السجن وخارجه.
 - (١٠) مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين: القاعدة ٣٧ و ٣٩ و ٤٠ و ٤٤ و ٦١ و ٧٩ و ٨٠

المبحث الحادي عشر حق المسجون في ممارسة التصرفات المدنية والجنائية ونحوها مما له صلة به

لئن كان الحبس يمنع السجين من الخروج إلى أشغاله ومهامه الاجتماعية، كما ذكر الكاساني في تعريفه له^(١)، فإنه لا يُطَلَّ أهلية المسجون، بل لا يُنْقَصُها، ولا يمنعه من ممارسة التصرفات التي تعتبر حقاً خاصاً به، به، ولا المطالبة بحقوقه المالية والاجتماعية والمدنية والجنائية ومتابعتها، من غير إخلال بما وُضِعَ له الحبس، ومما ذكره الفقهاء في هذا الصدد أيضاً ما يأتي بيانه في المطالب الأربعة التالية:

المطلب الأول

حق المسجون في ممارسة التصرفات المالية الخاصة به

يرى أبو حنيفة أن المحبوس بدين لا يُمنَع من التصرف في ماله، وقال الجمهور: يمنع بما يُضِرُّ دائنيته^(٢). وذكروا: أن المحبوس المحكوم عليه بالقتل تصحُّ هبته أو عطيته من ثلث ماله، كالمريض مرض الموت^(٣). كما ذكروا: أن الحبس لا يجرم السجين من حقوقه المالية أو بعضها، ولا يمنعه من إجراء كافة المعاملات المالية، فله أن يبيع، ويشترى، ويؤجر، ويطلب بالشفعة، ويهب، ويرهن، ويوصي، ويكفل بماله، ويبرئ غيره من الدين، ويصالح على مال، ويوكل غيره بالخصومة، ويقبل الهدية ونحو ذلك من التصرفات^(٤)، وقد يحتاج في ممارسة بعضها إلى الخروج من السجن مؤقتاً. كما تقدم ذكره قريباً. فلا يُمنَع من ذلك، كما لو طلب المحبوس بدين الخروج من السجن لبيع ماله وقضاء دينه^(٥).

المطلب الثاني

حق المسجون في ممارسة حقوقه المتصلة بالأحوال الشخصية

ذكر الفقيه الحنفي الخصاف: أن المحبوس لا يُمنَع من عقد الزواج^(٦)، وهو أيضاً لا يُمنَع من وطء زوجته عند الحنابلة وأكثر الحنفية وطائفة من الشافعية^(٧)، ولا يُمنَع من تزويج من له حق الولاية عليه، إن أمكن الاتصال به في سجنه^(٨)، ولا من العدل بين زوجاته بأن يستدعي كل واحدة في ليلتها إلى الحبس، إن أمكن

-
- (١) بدائع الصنائع ١٧٤/٧
 - (٢) الهداية ٢٣٠/٣ والشرح الكبير ٢٦٥٢٦٤/٣ ومنهاج الطالبين ٢٨٥/٢ والمغني ٢٩٢/٤ و٢٦٥/٤ و٢٨٣/٤ و٢٩٣/٢٩١
 - (٣) حاشية ابن عابدين ٦٦١/٦ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣٠٦/٣-٣٠٧/٣ وأسنى المطالب ٨٣/٣ وحاشية القليوبي ١٦٣/٣ وكشاف الفناع ٣٢٥/٤
 - (٤) انظر: أهلية السجين وصحة تصرفاته في: بدائع الصنائع ١٧٤/٧ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣٥٣/٢ وأسنى المطالب ٣٨/٣ ومجموع الفتاوى ٤٣/٣٠
 - (٥) حاشية ابن عابدين ٣٨٠/٥ وبداية المجتهد ٢٨٤/٢ وتبصرة الحكام ٣٠٤/١ و٢٠٥/٢ وأسنى المطالب ١٨٧/٢ ومجموع الفتاوى ٣٤/٣٠ وانظر هذه الحقوق أيضاً في: فقه المعتقلات والسجون ص ٤٨٤-٤٧١
 - (٦) أدب القاضي للخصاف ٣٩٤٣٩٣/٢
 - (٧) انظر: مبحث: حق المسجون في التواصل الاجتماعي في داخل السجن وخارجه.
 - (٨) الهداية ١٥٧/١ والاختيار ٩٦/٣ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢٣٠/٢ وشرح المخلفي مع حاشية القليوبي ٢٢٨/٣ والإنصاف ٧٧/٨

ذلك بعيداً عن الرجال^(١). ولا يُمنع من تطليق زوجته^(٢)، ولا من مخالفتها^(٣)، ولا من ملاعتها^(٤)، ولا غير ذلك مما يتصل بمسائل الأحوال الشخصية^(٥).

المطلب الثالث

حق المسجون في ممارسة حقوقه المتصلة بالأمر الجنائية

مما ذكره الفقهاء في هذا الصدد: أن المحبوس لا يُمنع من حقه في المطالبة بالقصاص لنفسه، كقطع يده أو فقه عينه من محبوس آخر جنى عليه، أو من السجنان، وقد سئل مالك عن رجل قتل آخر عمداً فحُبس القاتل ليقتل، فوُتّب عليه رجل في السجن ففقاً عينه عمداً أو خطأ؟ فقال: يُستقاد له ممن وُتّب عليه، ويُستقاد منه للمقتول عمداً^(٦).

وإذا قُتل المحبوس عمداً إقتص لأوليائه من القاتل، وإذا قُتل خطأ استحقّ أولياؤه ديتته ممن قتله^(٧).

المطلب الرابع

حق المسجون في ممارسة حقوقه المتصلة بالأمر القضائية

مما هو مقرر عند الفقهاء: أنّ للمسجون المطالبة بحقوقه المتصلة بالأمر القضائية، وأنّ حبسه لا يمنع الرجوع إليه للتوثق من حقوق الآخرين القضائية، وينبغي على الحاكم إعانتته على ما تعيّن عليه، كتحمّل شهادة^(٨).

ومما ذكروه في هذا الصدد: أنه إذا عُيّن قاضي جديد فادّعى سجيناً في سجن ولايته أنه حُبس ظلماً، أحضره القاضي مع خصمه إلى مجلس الحكم للتحقق من عدالة حبسه^(٩). وأن المسجون لا يُمنع من الخروج لسماع الدعوى عليه والمخاصمة فيها عند القاضي^(١٠)، ومن حقه أداء الشهادة أمام القاضي ثم العودة إلى السجن، ولو كانت الشهادة على أمر وقع في السجن^(١١)، ولا يُمنع حبسه من صحة إقراره على نفسه^(١٢).

- (١) أسنى المطالب ٣٠٦/٤ وحاشية القليوبي ٣٠٠/٣ والمغني ٢٣٤/٧
- (٢) الهداية ٣٥/٢ وحاشية الدسوقي ٥١٩/٣ وأسنى المطالب ٤٥١.٤٤٨/٣ وغاية المنتهى ٢٣١/٣
- (٣) بدائع الصنائع ١٧٤/٧ والشرح الكبير ٣٥٢/٢ وحاشية القليوبي ٣٠٣/٢ و٣٠٧/٣ والإنصاف ٣٨٥/٨
- (٤) الاختيار ١٧١/٣ وحاشية الدسوقي ٤٦٣/٢ وأسنى المطالب مع حاشية الرملي ٣٨٧/٣ والإنصاف ٢٥٧/٩
- (٥) انظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٥٠٠.٤٨٥
- (٦) المدونة لمالك ٢٨٨/٦ و٤٣٨ وانظر: أسنى المطالب ٤/٤ وحاشية القليوبي ٩٧/٤ والإنصاف ٤٣٩/٩
- (٧) النقاية شرح الهداية للعيبي ٣٥٨.٣٥٧/١٠ وانظر هذه الحقوق أيضاً في: فقه المعتقلات والسجون ص ٥٠٣.٥٠٢
- (٨) غاية البيان للبرهان الحلبي ص ٢٤٠ والقوانين الفقهية ص ٢٠٥ وأحكام القرآن لابن العربي ٢٥٧/١ والمغني ١٥٥.١٥٤/١٠
- (٩) فتح القدير ٤٦٣/٥ والشرح الكبير ١٣٨/٤ ومنهاج الطالبين ٣٠١/٤ والمغني ٩٧/١٠
- (١٠) المتوسط ٨٩/٢٠ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٣٧٨/٥ و٥١٢ وشرح الخرشبي ٢٨١/٥ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣٤٤/٤ وتبصرة الحكام ٣٠٤/١ وروضة الطالبين ١٤٠/٤ وأسنى المطالب ١٨٩/٢ و١٩٢ والمغني ٤٩/٩ طبعة مكتبة الرياض الحديثة وغاية المنتهى ٤٢٣/٣ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٥٠٥
- (١١) حاشية ابن عابدين ٥١٢/٥ وتبصرة الحكام ٢٩٥/١ و٣٠٤ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٤٨١ و٥٠٥
- (١٢) بدائع الصنائع ١٧٤/٧، وانظر هذه الحقوق أيضاً في: فقه المعتقلات والسجون ص ٥١٠.٥٠٥

المبحث الثاني عشر
حق المسجون في عدم التعدي عليه في تأديبه
وحقه في مجازاة المتعديين وتعويضه عن الضرر
وفيه أربعة مطالب
المطلب الأول

تأديب المسجون وموجباته وحدوده

١. **تأديب المسجون:** تقدم أن الغاية من الحبس زجر المسجون عن مفسده، وتأديبه وإصلاحه، ويكون هذا. كما يقول أهل اللغة. بالترويض على مكارم الأخلاق ومحاسن العادات^(١)، بالترغيب أحياناً وبالتهيب، وبالتهيب، قال ابن تيمية: كما أن العقوبات شُرعت داعية إلى فعل الواجبات وترك المحرمات، فقد شُرِع أيضاً كلُّ ما يعين على ذلك بالترغيبِ على فعل الخير والطاعة بكل ممكن^(٢).
٢. **الجهة المختصة بتأديب المسجون:** منح الإسلام سلطة ذلك للإمام أو من ينوبه من الجهات المختصة كالوالي والقاضي، فله أن يأمر وينهى^(٣)، وفي هذا المعنى كتب أبو يوسف إلى الخليفة هارون الرشيد: الرشيد: أن يأمر ولاته: أن لا يُشرفوا في تأديب السجناء^(٤)، وفي عصرنا الحالي يقوم بالإشراف على السجون وزير الداخلية أو من ينوبه كمدير السجن...
٣. **موجبات تأديب المسجون:** لتأديب المسجون موجبات وتصرفات معينة، ومن ذلك ما ذكره الفقهاء^(٥):

- أ. ظهور مئله إلى الفساد وإخافته الآخرين.
ب. امتناعه من قول الحق أو الدلالة عليه.
ج. اعتداؤه على الآخرين وامتناعه من أداء حقوقهم.
د. تركه الفرائض والواجبات الشرعية.
هـ. تمرُّده على إدارة السجن وخروجه على الطاعة.
و. تهيبُّه للهرب أو تلبُّسه به.

وقد ترك الفقهاء الباب مفتوحاً أمام ولاة الأمر في ترتيب نظام تأديب السجناء، فقالوا: للحاكم تأديب السجنين إذا اقتضت المصلحة^(٦).
وأوجبت الاتفاقيات الدولية أن تحدّد كلُّ دولة في قوانينها ولوائحها السلوك الذي يُعتبر مخالفة يستحق السجنُ التأديب عليها، ونوع الجزاء التأديبي الجائز إيقاعه، ومدَّته، مع إعلام السجنين بذنبه، وتمكينه من الدفاع عن نفسه^(٧).

(١) مادة: " أدب " في المصباح المنير والمعجم الوسيط.
(٢) السياسة الشرعية ص ١٣٥ و ١٤٠.
(٣) الهداية ٩٩/٢ وحواهر الإكليل ٢٩٦/٢ والشرح الكبير ٣٥٥/٤ والأحكام السلطانية ص ٢١٩-٢٢١ والطرق الحكيمية ص ٢٣٩.
(٤) الخراج ص ١٦٣، وكان أبو يوسف قاضي قضاة هارون الرشيد، وهو بمثابة وزير العدل في عصرنا.
(٥) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٣٧٩/٥ وتبصرة الحكم ١٦٢/٢ وأسنى المطالب ٣٠٦/٤ والسياسة الشرعية ص ٩١ والبحر الزخار ١٣٨/٥ و١٣٩ و٢١١ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٥٣٨، ٥٣٧.
(٦) حاشية القليوبي ٢٩٢/٢ وحاشية الرملي ١٨٩/٢ والبحر الزخار ٤٧٢/٥.
(٧) مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين: القاعدة ٣٠.٢٩.

وحددت بعض القوانين العربية موجبات تأديب السجناء، كعدم امتثال الأوامر والتعليمات، وتسريب الرسائل، وارتكاب الضوضاء، وإهمال النظافة، والتمارض، والإضرار عن الطعام، والاعتداء على الغير، والتحضير للهروب أو مباشرته^(١).

٤. المشروع في تأديب المسجون: شرع الإسلام العديد من الطرق والوسائل المتدرّجة في تأديب السجين، ومما ذُكر في هذا الصدد: توبيخه، وتهديده، والتشهير به للتحذير منه، وحلق رأسه، وحرمانه من بعض الأمور كزيارة غيره له، وخروجه إلى ساحة السجن، ومن ذلك أيضاً: تقييده لمنع ضرره، وضربه ضرباً غير مؤذي في غير مواضع المقتل، وحبسه منفرداً لمنع شره وضرره عن الآخرين^(٢).

وذكروا: أنه لا يجوز للحاكم أن يعاقب بالأشد قبل أن يبذل الأخص منه، فلا يُقدّم الضرب على التوبيخ أو التهديد^(٣).

٥. الممنوع في تأديب المسجون: الممنوع في تأديب السجين أمور عديدة، ومما ذكره: التمثيل بجسمه بقطع أو جرح، وتشويهه، وحرقه، وضرب وجهه، وتجويعه، وتعريضه للحر والبرد الشديدين، وتجريده من ملابسه، وسبّه، وشتمه، وحلق لحيته، ومنعه من أداء الفرائض كوضوء وصلاة، وضربه ضرباً مؤذياً، وإغراء الحيوان به ليؤذيه...^(٤).

والأصل في منع التأديب بهذه الأمور قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ الإسراء: ٧٠، وما ورد أن النبي ﷺ نهى عن المثلة^(٥)، ونهى عن التعذيب بالنار^(٦).

وقد أجازت الاتفاقيات الدولية تأديب السجين بالقيّد في حالات ذكرتها توجب ذلك، كما أجازت حرمانه من بعض الأمور كالزيارة والمراسلة، وحبسه منفرداً بمعرفة طبيب، وحظرت العقوبات القاسية وغير الإنسانية التي تهدر آدمية السجين وتسيء إلى كرامته^(٧).

كما أجازت بعض القوانين تأديب السجين بالإندار ونحوه^(٨)، وبحلق رأسه^(٩)، وبجرمانه من الزيارات والمراسلات واستعمال أدوات الخلافة^(١٠)، وبتقييد اليدين أو الرجلين^(١١)، وبالضرب بما لا يزيد على ٣٦ جلدة^(١٢)، وبالحبس الانفرادي بما لا يزيد على ١٥ يوماً^(١٣).

-
- (١) انظر: اللوائح الداخلية للسجون الكويتية: المادة ٢٢ ومشروع النظام الداخلي لأحد السجون التونسية: الفصل ٥٣.٢٤
 - (٢) حاشية ابن عابدين ٣٧٨/٥ والمعيار ٣١٨/٢ وأسنى المطالب ١٦٢/٤ و١٨٨ وحاشية الجمل ٣٤٦/٥ والسياسة الشرعية ص ٤٣ و١١٢ والإصناف ٢٤٨/١ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٥٥٩.٥٤٠
 - (٣) فتح القدير ٢١٢/٤ وتبصرة الحكام ٢/٢٩٩ و٣٠٥ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٦
 - (٤) حاشية ابن عابدين ١٣/٤ و٣٧٩/٥ والفتاوى الهندية ٤١٤/٣ وتبصرة الحكام ٢/٣٠٤ والشرح الكبير ٤/٣٥٤ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٩ وشرح المحلّي مع حاشية القليوبي ٤/٩٧ و٢٠٥ والبحر الزخار ٥/٢١٢ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٥٦٤.٥٦٠
 - (٥) انظر: صحيح البخاري: باب: قصة عُكْلٍ وعُرَيْبَةَ، رقم الحديث ٣٩٥٦
 - (٦) انظر: صحيح البخاري: باب: لا يُعَذَّبُ بعذاب الله، رقم الحديث ٢٨٥٤
 - (٧) مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين: القاعدة ٣١ و٣٢ و٣٣
 - (٨) قانون تنظيم السجون المصرية: المادة ٤٣ وقانون تنظيم السجون الكويتية: المادة ٥٨ ومشروع النظام الداخلي لأحد السجون التونسية: الفصل ٩٩
 - (٩) مشروع النظام الداخلي لأحد السجون التونسية: الفصل ٩٩
 - (١٠) مشروع النظام الداخلي لأحد السجون التونسية: الفصل ٩٩
 - (١١) قانون تنظيم السجون الكويتية: المادة ٦٠.٥٨
 - (١٢) قانون تنظيم السجون المصرية: المادة ٤٣
 - (١٣) قانون تنظيم السجون المصرية: المادة ٤٣ وقانون تنظيم السجون الكويتية: المادة ٥٨ ومشروع النظام الداخلي لأحد السجون التونسية: الفصل ٩٩.٩٨

المطلب الثاني

تضرر المسجون بالتأديب المشروع وأثره

ذكر الفقهاء: أن الحاكم - ومثله السَّجَّان - إذا أتلف المعاقب - ومثله السجين - أو بعضه بالعقوبة المشروعة، ولم يتجاوز في ذلك، فليس عليه قصاص؛ لأن فعله مأذون فيه شرعاً، وقد يكون واجباً لتحقيق مصلحة التأديب^(١)، وقد سُئِلَ سعيد بن المسيَّب عن تأديب السلطان رعيته فقال: لا قَوْد في ذلك قَلَّ الضَّرْبُ أو كَثُرَ كَثُرَ إلا أن يَعْتَدِي^(٢).

وللفقهاء قولان في تضمين الحاكم - ومثله السَّجَّان - الدية أو الأَرْشَ بما تَلَفَ بتأديبه المشروع إذا لم يَتَعَدَّ: **القول الأول:** لا يضمن التالف؛ لأنه فَعَلَ المَأْذُونَ فيه شرعاً ولم يقصد التعدي، وهذا قول الحنفية والمالكية والحنابلة^(٣).

القول الثاني: يضمن التالف بتأديبه المشروع؛ لأن فِعْلَ الحاكم مشروطاً بسلامة العاقبة؛ إذ المقصود التأديب لا الإهلاك، فإذا حصل الهلاك أو التلف تَبَيَّنَ أنه تجاوز الحدَّ المشروع، فيضمن الدية أو الأَرْشَ، وهذا قول الشافعية، واحتجوا بما روي أن عمر رضي الله عنه أرسل إلى امرأة ذُكِرَتْ عنده بسوء لتأتي، فخافت وأجهضت ما في بطنها، فقال علي رضي الله عنه: أرى أنَّ عليك الدية، فقال عمر: أقسمتُ عليك لتفرقنَّها في العاقلة^(٤)، وللشافعية وللشافعية قولان فيمن يتحمل الدية: الأول: تكون على عاقلة الحاكم، لقصة عمر رضي الله عنه الآتية. والثاني: تكون في بيت المال؛ لأنه نائب فيه عن كافة المسلمين^(٥).

المطلب الثالث

تضرر المسجون بالتعدي عليه وأثره

إن سماح الشريعة بتأديب السجين لا يعني جواز الاعتداء عليه وإنزال العقوبة المحظورة به، بل يترتب على فعل ذلك عقوبات "مدنية أو جزائية"، لا فرق في ذلك بين وقوعها من الرعية بعضهم على بعض، وبين وقوعها من الولاة على الرعية، قال الحصكفي: "والخليفة الذي لا والي فوقه يؤخذ بالقصاص والأموال؛ لأنها من حقوق العباد، فيستوفيه ولي الحق، إما بتمكينه، أو بمنعة المسلمين^(٦)"، وقال ابن قدامة: "ويجري القصاص القصاص بين الولاة والعمال وبين رعيته؛ لعموم الأخبار، ولأن المؤمنين تتكافأ دماؤهم، ولا نعلم في هذا خلافاً"^(٧).

-
- (١) الهداية ١٠٠/٢ وحاشية الدسوقي ٣٥٥/٤ وشرح الخرشبي ١١٠/٨ وأسنى المطالب ١٦٣/٤ والسياسة الشرعية ص ١٥١ والإنصاف ٥٣/١٠
 - (٢) مصنف عبد الرزاق: باب: ضمان الرجل إذا تعدى في عقوبته، رقم ١٨٥٣٦، ومن الجدير القول: أنه ينبغي الاستماع إلى آراء المختصين في أمور الطب وغيره؛ في تحديد المسؤولية ومعرفة التعدي من غيره.
 - (٣) الهداية ١٠٠/٢ وحاشية ابن عابدين ٧٨/٤ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣٥٥/٤ والمغني ٢٣٠/١٠
 - (٤) انظر الخبر في: السنن الكبرى للبيهقي: باب: ما جاء في تضمين الأجراء، رقم ١١٤٥٣ ومصنف عبد الرزاق: باب: من أضرعه السلطان، رقم ١٨٠١٠
 - (٥) الحاوي الكبير ٤٣٦.٤٣٤/٧ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٨ وأسنى المطالب ١٦٣/٤
 - (٦) الدر المختار ٣١/٤
 - (٧) المغني ٢٢٥/٨

وقد ورد العديد من النصوص العامة وقواعد الشريعة التي فيها بيان عقوبة التعدي على الآخرين . وهي تشمل السجين . بالإضافة إلى أنه يجب إعمال النصوص الخاصة في موضوعات مشابهة، وبيان هذا على النحو التالي:

١. **التعدي على المسجون بالقتل وأثره:** أجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق^(١)، فإذا قُتِلَ السجينُ بنية القتل العمد وجب القصاص من القاتل؛ لقوله تعالى: ﴿وَكَبِّنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ المائدة: ٤٥ ، وإن قُتِلَ بشبهه العمد أو بالخطأ ففي ذلك الدية، كما هو مقرر في مواضعه^(٢) ، ويستحقها ورثته لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ أَهْلِيهِ﴾ النساء: ٩٢ .

ومن النصوص الخاصة في مسؤولية التعدي على السجين بالقتل أنه: إذا حُيس الرجلُ ومُنِع من الطعام والشراب، حتى مات في مدة يموت مثله فيها غالباً بسبب الجوع أو العطش، فهذا قتلٌ عمدٌ يوجب القصاص من الحابس، وتختلف المدة باختلاف حال المحبوس قوة وضعفاً، واختلاف الزمان حرّاً وبرداً، فقُد الماء في الحرّ ليس كفقده في البرد، وهذا قول الجمهور، إلا أن الحنفية اعتبروه قتلاً غيرَ عمد وفيه الدية، على تفصيل بينهم؛ لأن الموت حصل بالجوع والعطش لا بالحبس، لكنهم قالوا أيضاً بتعزيز القاتل^(٣).

وبنحو ما تقدم يُقال في تعريض السجين للبرد والحرّ حتى يموت، أو تسليط حيوان عليه يؤذيه ويؤدّي إلى قتله، أو غطّسه في ماءٍ يعجز عن التخلص منه^(٤).

٢. **التعدي على المسجون بالقطع والجرح وأثره:** من المتفق عليه عند الفقهاء أنه: إذا أحدث إنسان . وهذا يشمل السجّان . عمداً في غيره ما أتلّف عضواً من أعضائه، أو حاسّة من حواسّه، أو منفعةً ذلك، أو مثّل به بسكين، أو بكّي جسمه بالنار ونحو ذلك، أو سلّط عليه حيواناً فجرحه، أو نهش منه، أو فعل به نحو ذلك من الأضرار الواقعة على ما دون النفس، فمن حقّ المعتدى عليه . السجين . أن يقتص من الفاعل^(٥)، فإن تعدّر القصاص لفوات شروطه عُديلاً إلى الأثرش، كما هو مفصّل في مواضعه^(٦).

٣. **التعدي على المسجون باللطم ونحوه وأثره:** ذكر فقهاء المذاهب الأربعة أنه: لا قصاص في تعدي الرجل . وهذا يشمل السجّان . على غيره باللطم والوكز والضرب بالعصا، إذا لم ينشأ منه أثرٌ في الجني عليه؛ لأنه لا تُمكن المساواة في ذلك، وإنما فيه التعزير^(٧).

غير أن ابن تيمية قال: إن المأثور عن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة والتابعين أن القصاص مشروع في ذلك، وبذلك جاءت السنة، ومن هذا أن النبي ﷺ ضرب سواد بن عزيّة رضي الله عنه بقضيبٍ فُبئِل معركة

(١) المغني ٢٠٧/٨
(٢) الاختيار ٢٤/٥ والقوانين الفقهية ص ٢٢٦ وشرح المحلّي ٩٧.٩٦/٤ وغاية المنتهى ٢٤٦/٣
(٣) بدائع الصنائع ٢٣٥.٢٣٤/٧ وجواهر الإكليل ٢٥٦/٢ وشرح المحلّي ٩٧/٤ والمغني ٢١١/٨
(٤) حاشية ابن عابدين ٥٤٤/٦ والشرح الكبير ٢٤٣/٤ وأسنى المطالب ٩/٤ والمغني ٢١٠/٨
(٥) الاختيار ٣٢٣.٣٠/٥ وبداية المجتهد ٤٠٦.٤٠٥/٢ وأسنى المطالب ٢٢/٤ وغاية المنتهى ٢٦٢/٣
(٦) الاختيار ٤٣-٣٨/٥ وجواهر الإكليل ٢٥٩/٢ وأسنى المطالب ٣٢-٢٢/٤ وكشاف الفتناء ٥٤٧/٥ وما بعدها، والأثرش . كما في الاختيار ٣٩/٥ .: الواجب من المال فيما دون النفس تعويضاً عن النقص.
(٧) بدائع الصنائع ٢٩٩/٧ والشرح الكبير ٢٥٣.٢٥٢/٤ وأسنى المطالب ٦٧/٤ والإنصاف ١٥/١٠

بدر ليستقيم في صف القتال، فقال له: أوجعتني يا رسول الله ﷺ، فكشف النبي ﷺ له عن بطنه ليستقيده، فقبّل سواد بطن النبي ﷺ، والقصة مشهورة^(١).

٤. **التعدي على المسجون بالسب ونحوه وأثره:** ذكر ابن تيمية: أن القصاص في الأعراس مشروع، وهو أن الرجل إذا لَعَن رجلاً، أو شتمه، أو دعا عليه، فله أن يفعل به كذلك؛ لقول الله تعالى: ﴿وَحَزَنًا وَسَيِّئَةً سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ الشورى: ٤٠ (٢).

هذا، ومن المقرر عند عامة الفقهاء: أن المعاصي والاعتداءات والجرائم التي ليس فيها حد ولا كفارة، يشرع فيها التعزير بحسب ما يراه الإمام أو نائبه^(٣).

وإذا كان كذلك فإنه يُعزَّر المعتدي على السجين بالسب، أو التجويع، أو التجريد من الملابس، أو الإيذاء بتسليط الحيوان عليه، أو حرمانه من حقوقه الأخرى التي تقدم ذكرها؛ لأن ذلك تعسّف وظلم، وهو ليس من التأديب المشروع كما سبق بيانه.

المطلب الثالث

حق المسجون في تعويضه عما لحقه من ضرر دون وجه حق

لا يخفى أن من أصول الحياة الكريمة للإنسان الحرية والعدل، وأن حبسه ظلماً أو العدوان عليه في حبسه يُعتبر خلافاً لتلك الأصول، التي ينبغي أن تكون وفقاً لموجبات شرعية سبق ذكر بعضها، فإذا تخلّفت تلك الموجبات أو حدث عدوان أو خطأ، ونتج عن ذلك إضرار بهذا المسجون وانتهاك لحيته وحقوقه ومنافعه، وجب تعويضه عن ذلك، سواء كان الضرر مادياً أو معنوياً، ولو وقع من أشخاص يتصرفون بصفتهم الرسمية، وبيان هذا فيما يلي:

١. **تعريف التعويض: هو في اللغة:** مصدر عَوَّض، أما العَوَّض فهو: اسم مصدر، ويُراد بالتعويض: كل ما أُعْطِيَتْهُ من شيء فكان خُلْفاً^(٤).

وللتعويض في الاصطلاح تعريفات عديدة^(٥)، ومن مجموعها يمكن القول بأنه: عقوبة أو مأل يُجَبَّر به الضرر الذي نزل بالمصاب.

٢. **مشروعية التعويض:** شرع الإسلام " التعويض العقابي أو المالي " عن كل ضرر مادي أو معنوي يلحق بالمقاصد الكلية الخمسة: الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وهذا أمر يوجبه النظر السليم، وتدل عليه العديد من الآيات والأحاديث والآثار، ومنها ما يلي:

أ. **قول الله تعالى:** ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ البقرة: ١٩٤، فهذه الآية وأمثالها تدل بعمومها على مشروعية التعويض عن الضرر^(٦).

(١) انظر القصة في: تاريخ الطبري ٣٢/٢ والإصابة ٩٥/٢

(٢) السياسة الشرعية ص ١٥١

(٣) معين الحكام ص ١٩٥ وتبصرة الحكام ٢٩٣/٢ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٦ والسياسة الشرعية ص ١١٣-١١

(٤) انظر: مادة: " عوض " في الصحاح وتاج العروس.

(٥) انظر: التعويض عن السَّجْن دون وجه حق للنجدي ص ٩٦٨٦ فقد أورد فيه عدة تعريفات للفقهاء والقانونيين.

(٦) انظر فكرة التعويض عن الضرر في: الموافقات ٣٠٥/٢ و٣٥٢ و٣٠٥/٣ و١٦/٣

ب . قول الله تعالى: ﴿ وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴾ الأنبياء: ٧٨ ، وقد ذكر المفسرون لهذه الآية: أن النبي داوود عليه السلام أخذ باقتراح ابنه سليمان عليه السلام، وحكم لأهل الزرع الذي أتلفته غنم القوم، بأن ينتفعوا بألبان الغنم وأصوافها مدة عامٍ حتى يرجع الزرع كما كان^(١)، وفي هذا من التعويض عن الضرر ما لا يخفى.

ج . قول النبي صلى الله عليه وسلم: " طَعَامٌ بَطْعَامٍ وَإِنَاءٌ بِإِنَاءٍ "، وذلك حين كسرت عائشة . رضي الله عنها . وهي غَيْرِي، قِصْعَةً فِيهَا طَعَامٌ أُرْسِلَتْ بِهَا ضَرْثُهَا زَيْنُ بْنُ جَحْشٍ . رضي الله عنها . إلى النبي صلى الله عليه وسلم وهو في بيت عائشة^(٢)، وهذا الحديث أصل في مشروعية ما يسميه الفقهاء: الضمان^(٣)، ويسمى في عصرنا: التعويض.

د . حديث النبي صلى الله عليه وسلم: وفيه: أنه صلى الله عليه وسلم حبس أحد رجلين من غفار أتهمهما ناسٌ من غطفان بسرقة بعيرين لهم، وأمر الآخر أن يأتي بهما، فذهب يبحث عنهما حتى عاد بهما، فأطلق النبي صلى الله عليه وسلم المحبوس وقال له: استغفر لي، فقال: غفر الله لك يا رسول الله، فقال: ولك، وقتلك في سبيله، فقتل يوم اليمامة^(٤)، ووجه الاستدلال: الاستدلال: أن النبي صلى الله عليه وسلم استسمح المحبوس المتهم بعد ظهور براءته، ودعا له بالشهادة في سبيل الله، وأعظم بهذا الدعاء تعويضاً للرجل عن حبسه.

هـ . حديث النبي صلى الله عليه وسلم: وفيه: أنه صلى الله عليه وسلم تحمّل عن أحد عماله الأرش وذلك بتعويض من اعتدي عليه، فقد بعث النبي صلى الله عليه وسلم أبا جهم رضي الله عنه على الصدقات، فضرب رجلاً فشجّه، فأرضى النبي صلى الله عليه وسلم المضروب بالأرش^(٥).

و . ما روي عن علي رضي الله عنه من التعويض من ماله: جاء في الأثر: أن علياً رضي الله عنه قال: " ما كنت لأقيم حداً على أحد فيموت فأجد في نفسي، إلا صاحب الخمر، فإنه لو مات ودَيْتُهُ، وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنّه " ^(٦).

أما النصوص الفقهية في المجازاة والتعويض فكثيرة، ومن ذلك ما يلي:

أ . قال الشافعي: " وإذا أمر الإمام الرجل بقتل الرجل . أي: بغير حق . فقتله المأمور، فعلى الإمام القود، إلا أن يشاء ورثة المقتول أن يأخذوا الدية " ^(٧).

ب . قال الحصكفي: " والخليفة الذي لا والي فوّه يؤخذ بالقصاص والأموال؛ لأنها من حقوق العباد، فيستوفيه ولي الحق، إما بتمكينه، أو بمنعة المسلمين^(٨)،

٣. تأصيل مبدأ تعويض المسجون عما لحقه من أضرار: يعتبر تعويض المسجون عما لحقه من ضرر دون وجه حق أمراً حديث العهد نسبياً بالبحث العلمي، إلا أنه توجد صلة بينه وبين التعويض عن منافع

-
- (١) أحكام القرآن للخصاص ٥٣/٥ وتفسير القرطبي ٣٠٨/١١ وسبق في مبحث حكم السجن بيان أن شرع من قبلنا شرع لنا عند طائفة من الفقهاء، منهم: أصحاب أبي حنيفة، وبعض أصحاب الشافعي، والإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه.
- (٢) انظر: صحيح البخاري: باب: العَيْرَة، رقم الحديث ٤٩٢٧ وسنن الترمذي وقال: هذا حديث حسن صحيح: باب: ما جاء فيمن يكسر له الشيء، رقم الحديث ١٣٥٩، وانظر: فتح الباري ١٢٤/٥ وما بعدها.
- (٣) انظر: عمدة القاري ٣٦/١٣ وفتح الباري ١٢٤/٥ ونيل الأوطار ٧٠/٦.
- (٤) مصنف عبد الرزاق: باب التهمة، رقم الحديث ١٨٨٩٢ وقال ابن حزم في المحلّي ١٣٢/١١: هو مرسل.
- (٥) مصنف عبد الرزاق: باب: القود من السلطان، رقم الحديث ١٨٠٣٢ و١٨٠٣٣ و١٨٠٣٤.
- (٦) صحيح البخاري: باب: الضرب بالجريد والنعال، رقم ٦٣٩٦.
- (٧) الأم ٤١/٦.
- (٨) الدر المختار ٣١/٤.

المغصوب الذي بحثه الفقهاء السابقون، وهذه الصلة هي: أن كُلاً من الاستيلاء على الشخص عن طريق الغصب، والاستيلاء عليه عن طريق السَّجْن، تعطيل لمنافعه واستيلاء عليها، فكما أن الغاصب يحول بين الشخص وبين استفادته من نفسه، أو يستغله ويستولي على منافعه، فكذلك السَّجَان يحول بين الشخص وبين استفادته من نفسه ويعطل منافعه، وربما يلحق به أضراراً أخرى في بدنه أو سمعته...

٤. أقوال الفقهاء في التعويض عن منافع المغصوب: للفقهاء السابقين ثلاثة أقوال في هذه المسألة:

القول الأول: يجب التعويض عن منافع المغصوب مطلقاً، سواء استغلَّ الغاصبُ المغصوب أو لم يستغله، وهذا قول الشافعية والحنابلة^(١).

قال في نهاية المحتاج: " وتضمن منفعة الدار والعبد ونحوهما من كل ماله منفعة يستأجر عليها، بالتفويت بالاستعمال والفوات، وهو ضياع المنفعة من غير انتفاع، كإغلاق الدار تحت يد عادية؛ لأن المنافع مُتَقَوِّمَةٌ، فضُمنَت بالغصب كالأعيان"^(٢).

وقال في المغني: " متى كان للمغصوب أجرة فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده، سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب"^(٣).

القول الثاني: يجب التعويض عن منافع المغصوب إن استغله الغاصب، ولا يجب إن لم يستغله، وهذا قول المالكية^(٤).

قال في جواهر الإكليل: " وإن غصب شخصاً حراً أو استعمله في عمل، فيضمن منفعة الشخص الحر بالتفويت، أي: بالاستعمال"^(٥).

القول الثالث: لا يجب التعويض عن منافع المغصوب مطلقاً، سواء استغلَّ الغاصبُ المغصوب أو لم يستغله، وهذا قول الحنفية^(٦).

قال في حاشية ابن عابدين: " لا تُضمَّن منافع الغصب استوفائها أو عطلها"^(٧)، وسبب ذلك أن المنافع المنفعة عند الحنفية ليست كالأعيان أموالاً، بينما هي عند الجمهور أموال كالأعيان^(٨).

وبعد التأمل في الأقوال الثلاثة يظهر لي رجحان القول الأول، وهو وجوب التعويض عن منافع المغصوب مطلقاً، سواء استغلَّ الغاصبُ المغصوب أو لم يستغله؛ لما هو مقرر في الإسلام من تعظيم الحقوق وجبر الأضرار التي تقع دون وجه حق، ولو على سبيل الخطأ.

(١) نهاية المحتاج ١٧٠/٥ ومغني المحتاج ٢٨٦/٢ والمغني ١٦٩/٥ ومنتهى الإرادات لابن النجار ٥٠٨/١ وإعلام الموقعين ٣١٨/٣
(٢) نهاية المحتاج ١٧٠/٥
(٣) المغني ١٦٩/٥
(٤) الكافي لابن عبد البر ص ٤٣٤ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/٤٥٢ و٥٠/٤ وجواهر الإكليل ١٥١/٢
(٥) جواهر الإكليل ١٥١/٢
(٦) تبيين الحقائق ٢٣٣/٥ وحاشية ابن عابدين ٤٠٨/٤ و٣٥/٦ و٧٥ و١٨٦ و٢٠٦
(٧) حاشية ابن عابدين ٤٠٨/٤
(٨) انظر: تبيين الحقائق ٢٣٣/٥ وحاشية الدسوقي ٤٤٨/٣ ومغني المحتاج ٢٨٦/٢ والإنصاف ١٢٩/٦

يضاف إلى هذا: وجود مجموعة من القواعد الفقهية ذات الصلة، التي تعتبر من الأصول الشرعية المسلّم بها عند جميع الفقهاء، ومن ذلك قاعدة: "الضرر يزال" (١)، التي تستند إلى قول النبي ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار" (٢)، ومعنى ذلك: أنه يحظر إيقاع الضرر، فإن وقع وجبت إزالته، لكنّ إزالته بعد وقوعه غير ممكنة، فنزّل آثاره قدر الإمكان كما جاء في القاعدة الفقهية الأخرى: "الضرر يدفع بقدر الإمكان" (٣).

٥. مجازاة الحاكم وتعويضه المسجون عما لحقه من ضرر دون وجه حق: بناء على ما سبق في ترجيح القول بتعويض السجين عما لحقه من إضرار الحاكم به، يجدر القول: بأنه لا فرق في وجوب التعويض عن الضرر، الواقع من أفراد عاديين، أو من الحاكم. أفراد يتصرفون بصفتهم الرسمية. لأن الشريعة الإسلامية لا تفرق في الخضوع لأحكامها بين الحاكم والمحكوم، ولا بين الشريف والوضيع.

والثابت عملياً عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهم عوّضوا وأقادوا من أنفسهم بوصفهم حكاماً، وعوّضوا وأقادوا من عمالهم لتعديهم على الرعية، وتقدم ذكر بعض هذا، ويضاف إليه ما يلي:

أ. إقادة النبي ﷺ من نفسه وتعويضه تعدي أحد عمّاله: كان النبي ﷺ يقسم شيئاً، فأقبل رجل وأكبّ عليه، فطعنه النبي ﷺ بعُرْجُون. عُود. كان معه فجرحه، فقال له: تعال فاستقِدْ، قال: بل عفوتُ يا رسول الله ﷺ (٤)، وهناك وقائع أخرى فيها أن النبي ﷺ أقاد من نفسه (٥)، وعوّض تعدي عماله كما تقدم آنفاً في قصة قصة أبي جهم رضي الله عنه.

ب. إقادة أبي بكر رضي الله عنه من نفسه ومن عمّاله: جاء في الأثر: أن أبا بكر رضي الله عنه أقاد من نفسه (٦)، وقال لرجل شكاً إليه أن عامله قطع يده ظلماً: لكن كنت صادقاً لأقيدنك منه (٧).

ج. إقادة عمر رضي الله عنه من نفسه ومن عمّاله: جاء في الأثر: أن عمر رضي الله عنه أقاد سعداً من نفسه (٨)، وورد في في حادثة أخرى: أنه نهي عن طواف الرجال مع النساء، ثم رأى رجلاً يفعل، فضربه بالدرة، ولما علم أنه لم يبلغه نهيّه عزم عليه أن يقتص منه أو يعفو، فعفا الرجل عن عمر (٩).

هذا وبناء على ما سبق، قرر الفقهاء مشروعية القصاص والتعويض فيما يقع من تعدي الحكام على الرعية، ومن ذلك ما يلي:

أ. قال الشافعي: "وإذا أمر الإمام الرجل بقتل الرجل، فقتله المأمور، فعلى الإمام القود، إلا أن يشاء ورثة المقتول أن يأخذوا الدية" (١٠).

-
- (١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ١٢٥
 - (٢) المستدرک للحاكم وصححه على شرط مسلم: كتاب البيوع، رقم الحديث ٢٣٤٥ والسنن الكبرى للبيهقي ورواه مراسلاً: باب: لا ضرر ولا ضرار، رقم الحديث ١١١٦٧
 - (٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٠٧
 - (٤) انظر: سنن النسائي: باب: القود في الطعنة، رقم الحديث ٦٩٧٥ وسنن أبي داود: باب: القود من الضربة وقص الأمير من نفسه، رقم الحديث ٤٥٣٦
 - (٥) مصنف عبد الرزاق: باب: قود النبي ﷺ من نفسه، رقم الحديث ١٨٠٣٧ و١٨٠٣٨
 - (٦) مصنف عبد الرزاق: باب: قود النبي ﷺ من نفسه، رقم ١٨٠٤٢
 - (٧) تفسير القرطبي ٢/٢٥٦ ومصنف عبد الرزاق: باب: قطع يد السارق، رقم ١٨٧٧٤
 - (٨) مصنف عبد الرزاق: باب: قود النبي ﷺ من نفسه، رقم ١٨٠٤٢
 - (٩) فتح الباري ٣/٤٨٠ وأخبار مكة للفاكهي ١/٢٥٢
 - (١٠) الأم ١/٦٤

ب . قال الحصكفي: " والخليفة الذي لا والي فوّه يؤخذ بالقصاص والأموال؛ لأنها من حقوق العباد، فيستوفيه ولي الحق، إما بتمكينه، أو بمنعة المسلمين^(١)،

ج . قال ابن قدامة: " ويجري القصاص بين الولاة والعمال وبين رعيتهم؛ لعموم الآيات والأخبار، ولأن المؤمنين تتكافؤ دماؤهم، ولا نعلم في هذا خلافاً^(٢) .

د . وقال القرطبي: " وأجمع العلماء على أنّ على السلطان أن يقتص من نفسه، إن تعدى على أحد من رعيته، إذ هو واحد منهم، وإنما له مزية النظر لهم... وليس بينه وبين العامة فرق في أحكام الله عز وجل^(٣) ."^(٣)

٦ . مقدار تعويض المسجون عما لحقه من ضرر دون وجه حق: تقدم في تعريف التعويض أنه: " عقوبة أو مالٌ يُجبر به الضرر الذي نزل بالمصاب "، وأن هناك سوابق عملية في " التعويض العقابي " عن الضرر، منها: أن النبي ﷺ أقاد من نفسه، وأن الخلفاء الراشدين ﷺ أقادوا من أنفسهم ومن عمّالهم.

هذا، ومن المقرر أن الأصل في " التعويض العقابي " المماثلة والمساواة في القصاص؛ لقوله تعالى: ﴿ وَكُنْتُمْ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ المائدة: ٤٥ ، فإن تعدد القصاص فيما دون النفس، عدل إلى الأرش كما هو مقرر في مواضعه^(٤) . وكذلك " التعويض المالي " يقوم على المماثلة؛ لأن فيها العدل:

قال ابن عبد البر في الكافي: " ومن غصب حراً نفسه فاستخدمه فعليه أجره مثله، وكذلك هو إن اغتصب خدمة عبد أو صنعة يده وهو مُقَرَّرٌ بالرقبة لسيده، كان عليه أجره مثله^(٥) .
وقال القليوبي: " وَمَنْ مَنَعَ الْعَامِلَ مِنَ الْعَمَلِ فَعَلَيْهِ أَجْرُهُ الْمِثْلُ "^(٦) .

وقال ابن قدامة في الكافي: " وإن حبس المكاتب أجنبي عن التصرف فعليه أجره مثله؛ لأنه فوّت منافعه فلزمه عوضها كالعبد^(٧) ."

وإني أرى: أن الأولى ترك تقدير التعويض إلى اجتهاد الحاكم؛ مراعاة لحال كل مسجون وما يلحقه من أضرار مادية ومعنوية إصابته بأذى ومفسدة في جسمه، أو في سمعته وكرامته وشعوره، والأصل في هذا قول رسول الله ﷺ: " أنزلوا الناس منازلهم "^(٨) .

وحاصل فقه ما سبق: أن تعويض المسجون عما لحقه في سجنه من عدوان وضرر دون وجه حق، وتضمن المتعدي عليه أو المقصّر في حقه بدل الأضرار الناشئة من تصرفاته، مبدأ مشروع في الإسلام، سواء في

(١) الدر المختار ٣١/٤

(٢) المغني ٢٢٥/٨

(٣) تفسير القرطبي ٢٥٦/٢

(٤) البحر الرائق ٣٨٤/٨ والشمرداني ص ٥٧٥ وروضة الطالبين ٢٠١/٩ والمغني ٢٥٣/٨ و٢٥٧

(٥) الكافي لابن عبد البر ص ٤٣٤

(٦) حاشية القليوبي ١٣٤/٣

(٧) الكافي لابن قدامة ٦٠٤/٢

(٨) سنن أبي داود: باب: في تنزيل الناس منازلهم، رقم الحديث ٤٨٤٢ وأورد مسلم في مقدمة صحيحه ٦/١ الحديث عن عائشة رضي الله عنها موقفاً دون القصة.

العقوبات أو في الأموال، قال ابن القيم: إن تضمين الشرع لجنايات الناس أفعال أيديهم هو من باب ربط الأحكام بأسبابها^(١).

وهذا المبدأ يدعونا إلى القول بأن على الدولة معاقبة أو تضمين من يتسبب في حبس شخص بغير قرينة مقبولة راجحة، أو يطيل حبسه من غير موجب؛ وذلك لتفويته منافع كالمغصوب المفوتة منفعه، وكذا تعويض المسجون عن الأضرار الواقعة عليه مدة حبسه دون وجه حق.

ولئن رأى الفقيه المالكي أصبغ وغيره من الفقهاء معاقبة وتأديب من يتهم الأبرياء صيانة لهم^(٢)، فإن معاقبة وتضمين من يتسبب في إيذاء المسجون دون وجه حق أوجب في الإسلام.

هذا، وتعتبر القوانين الوضعية السجناء أمانة في يد الحكومة، تُسأل عن حياتهم وسلامتهم وصحتهم وحقوقهم في داخل السجن^(٣)، وإذا ما ارتكب أحد المسؤولين في السجن خطأ جسيماً أو أخلّ بالواجبات المهنيّة، فعلى رئيسه المباشر إيقافه حالاً عن مباشرة عمله، حتى يتمّ البتُّ في شأنه طبقاً لأحكام القانون^(٤).

وجاء في المواد: ٣ و٥ و٨ و٩ و١١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ما مفاده: أن لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه، ويعتبر بريئاً حتى يردان قانوناً، ولا يجوز القبض عليه ولا حجزه تعسفاً، ولا تعريضه للتعذيب أو المعاملة القاسية الحاطة بالكرامة، وله حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية لإنصافه ومنحه حقوقه^(٥).

وجاء نحو هذا في المواد: ٥ و٨ و١٤ من الميثاق العربي لحقوق الإنسان، وجاء فيه أيضاً: أن لكل شخص كان ضحيةً توقيفٍ، أو اعتقال تعسفي، أو غير قانوني، الحق في الحصول على التعويض^(٦).

(١) إعلام الموقعين ١٧١/٢
(٢) المعيار ٥١٥/٢ وتبصرة الأحكام ١٥٣/٢ و٣٠٨.٣٠٧ والطرق الحكمية ص ١٠١
(٣) المصطلحات القانونية الجزائرية لجمال الدين ص ٣٩
(٤) مشروع النظام الداخلي لأحد السجون التونسية: الفصل ٢١
(٥) انظر: موقع إدارة شؤون الإعلام بالأمم المتحدة على الشبكة العنكبوتية.
(٦) انظر: موقع حقوق الإنسان في الدول العربية على الشبكة العنكبوتية.

المبحث الثالث عشر
حقُّ المسجون في الإفراج عنه لوجود موجباته وتهيئته للخروج
وفيه مطلبان

المطلب الأول

حق المسجون في تهيئته للخروج من السجن قبيل الإفراج عنه

من الأمور التي ينبغي الاهتمام بها قبيل الإفراج عن السجين إذا تحققت موجباته . التي يأتي الحديث عنها .
حقُّه في إعداده تدريجياً للتوافق مع الحياة الاجتماعية خارج السجن، وذلك من خلال التأكيد على صلاته
الاجتماعية، كالإكثار من زيارة أهله له، وتهيئته للارتباط بأعمال مهنيَّة خارج السجن، وتقوية صفاته الخلقية،
وما يستتبع ذلك من حقه في ستر ماضيه السلبي، وتزويده بوثيقة عند الإفراج عنه، وإحاطته بالرعاية المادية
والمعنوية، وغير ذلك من المعالجات الهادفة، وفيما يلي بيان لأبرزها:

١. حق المسجون في إعلاء نفسيته قبيل الإفراج عنه: ينبغي إشعار السجين قبيل الإفراج عنه بأن ما
مرَّ به مرض كبقية الأمراض التي تصيب الإنسان بغفلته، وأنه يؤجر عليها بالصبر، وأن عليه أن يبدأ حياة
جديدة يكون فيها عنصراً إيجابياً في بناء المجتمع، ويُذكر له النبيُّ يوسف عليه السلام وخروجه من السجن إلى
الرئاسة، ومبادرته إلى تولي المسؤولية عن خزائن الأرض لتقديم الخير لكافة الناس، وتُضرب له الأمثال لمن خرجوا
من الضيق إلى السَّعة، ومن الشَّدة إلى الفرج^(١).

ويُشرع الدعاء له وتبشيره بالمغفرة والرحمة، والأصل في هذا نهي النبي ﷺ أصحابه عن سبِّ المعاقب بعد
حدِّه من شرب الخمر، وقوله لهم: إذا رأيتم أحداً قد أصاب حدًّا فلا تلعنوه ولا تُعينوا عليه الشيطان، ولكن
قولوا: اللهم اغفر له، اللهم ارحمه^(٢).

وينبغي حثُّه على التصريح بالتوبة الصادقة، والأصل في هذا أن سارقاً أتى به إلى النبي ﷺ فقطع يده، ثم
قال له: تُبِّ إلى الله عز وجل، فقال: أتوب إلى الله، فقال النبي ﷺ: اللهم تُبِّ عليه^(٣). وما روي في هذا: أن
الخليفة العباسي المعتضد أطلق ثلاثة سجناء بعدما استتابهم^(٤).

ولا بأس في توجيه السجين إلى أن يغتسل ويتنظف ويلبس ثياباً جديدة قبل الإفراج عنه، ويُودَّع أصحابه
السجناء، ويدعو لهم بالخلاص، كما فعل النبي يوسف عليه السلام^(٥).

ويستحب إرشاده إلى صلاة ركعتي التوبة لعموم قول النبي ﷺ: " ما من رجل يُذنب ذنباً ثم يقوم فينظِّه،
ثم يصلِّي ركعتين، ثم يستغفر الله، إلا عُفِرَ له، ثم قرأ هذه الآية: ﴿ وَالَّذِينَ إِذْ فَعَلُوا فَحِشَةً أَوْ ظَلَمُوا
أَنْفُسَهُمْ ذَكَرُوا اللَّهَ فَاسْتَغْفَرُوا لِذُنُوبِهِمْ وَمَنْ يَغْفِرُ اللَّهُ لَهُ وَلَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَلَمْ يُصِرُّوا عَلَىٰ مَا فَعَلُوا وَهُمْ

(١) ينظر كتاب: الفرج بعد الشدة للتونجي، ففيه أخبار كثيرة ومفيدة في ذلك.

(٢) سنن أبي داود: باب: الحد في الخمر، رقم الحديث ٤٤٧٧ و ٤٤٧٨ وأصله في صحيح البخاري: باب: ما يكره من لعن
شارب الخمر، رقم الحديث ٦٣٩٨

(٣) مستدرک الحاكم وصححه: كتاب: الحدود، رقم الحديث ٨١٥٠ والسنن الكبرى للبيهقي: باب: السارق يسرق أولاً فقطع
يده اليمنى، رقم الحديث ١٧٠٣١ وذكر في مجمع الزوائد ٦/٢٧٦: أن رجاله ثقات.

(٤) البداية والنهاية ١١/٩٣

(٥) تفسير الخازن ٣/٥١ وتفسير البيضاوي ٣/٢٩٥

يَعْلَمُونَ ﴿ آل عمران: ١٣٥ (١) ، وقد ذكر الفقهاء: أن للحاكم أخذ أهل الجرائم بالتوبة إجباراً، ويُظهر من الوعيد عليهم ما يقودهم إليها طَوْعاً (٢).

٢. حق المسجون في أخذه وثيقة الإفراج عنه: من حق المسجون المُفْرَج عنه أن يأخذ وثيقة يُذَكَّر فيها انتهاءُ تنفيذ العقوبة، ووقتُ إطلاق سراحه، ويستحسن إعطاؤه وثيقة أخرى فيها بيان المهن والصناعات التي تعلَّمها أو أجادها.

وقد أشار الفقهاء إلى الأمر الأول فذكروا: أنه إذا استوفى الحقُّ من المحكوم عليه مجبس أو غيره، فعلى الحاكم أن يكتب له مَخْضَرًا بما جرى ليُخْلَص من المحذور الذي يخافه (٣).

هذا، وإن كتابة الوثائق عادة قديمة عند المسلمين، وبخاصة في مجال الحقوق والأقضية والأحكام (٤)، ومن الثابت أن المسؤولين عن السجون الإسلامية كانوا يكتبون الوثائق عند إطلاق سراح السجين ويذكرون فيها اسمه، ووصفه، وسبب حبسه، والوقت الذي أُفْرَج عنه فيه، من حيث اليوم والشهر والسنة، ويذكرون اسم الكاتب، وقد عُثِرَ على وثيقة إطلاق سراح سجين يرجع تاريخها إلى سنة ٣٤٨ للهجرة، وصُوِّرَت ونُشِرَ مضمونها في كتاب: " نظام الشرطة في الإسلام " (٥).

٣. حق المسجون في رد أمواله إليه وإعانتته مادياً قبيل الإفراج عنه: من هدي الإسلام في معاملة السجين إذا أُفْرَج عنه ردُّ أمواله وممتلكاته التي وُضِعَت أمانة في السجن أو أُخِذت منه قهراً؛ لعموم قول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾ البقرة: ١٨٨ .

أما إعانة المسجون مادياً قبيل الإفراج عنه فالأصل فيه ما جاء في السنة النبوية: أَنَّ خَيْلَ الْمُسْلِمِينَ أَمْسَكَتْ بِسَفَانَةَ بِنْتِ حَاتِمِ الطَّائِي، فَأُتِيَ بِهَا إِلَى الْمَدِينَةِ، فَخُبِسَتْ فِي حَظِيرَةِ بَابِ الْمَسْجِدِ، فَمَرَّ بِهَا النَّبِيُّ ﷺ فَقَامَتْ إِلَيْهِ تَقُولُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، هَلَكَ الْوَالِدُ وَغَابَ الْوَالِدُ. تَعْنِي أَخَاهَا عَدِيًّا الَّذِي كَانَ يَقُومُ بِشَأْنِهَا. فَامْنُنْ عَلَيَّ مَنْ أَلَهُ اللَّهُ عَلَيْكَ، أَنَا ابْنَةُ حَاتِمِ كَرِيمِ الْعَرَبِ، فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ: قَدْ فَعَلْتُ، ثُمَّ أَمَرَ لَهَا بِكَسَاءٍ وَظَهْرٍ. بَعِيرٍ. يَحْمِلُهَا إِلَى وَافِدِهَا، وَأَعْطَاهَا نَفَقَةً، فَانْطَلَقَتْ إِلَى أَخِيهَا فِي الشَّامِ تَنْقُلُ إِلَيْهِ مَشَاعِرَ الْإِعْجَابِ بِمَعَامَلَةِ الْمُسْلِمِينَ، وَمَا عَلَيْهِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مِنْ مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ، وَحَثَّتْهُ عَلَى اللَّحَاقِ بِهِ، فَجَاءَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَسْلَمَ (٦).

وفي هذا المعنى ورد أن الخليفة العباسي الظاهر أمر في سنة ٦٢٢ للهجرة بالإحسان إلى السجناء، وأن يعيدوا إليهم إذا أُفْرَجَ عنهم ما أُخِذَ منهم (٧).

-
- (١) سنن الترمذي وقال: حديث حسن: باب: ما جاء في الصلاة عند التوبة، رقم الحديث ٤٠٦
 - (٢) تبصرة الحكام ١٤٦/٢ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٢٠
 - (٣) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٣٨٦/٥ وأسنى المطالب ٩٩/٤ وشرح المحلّي ٣٠٣/٤ والمغني ١٠/٢٨ و١٢٩ و٢٦١
 - (٤) انظر: تبصرة الحكام ١٢٠/١ و٢٣٦٢٣٥
 - (٥) انظر: نظام الشرطة في الإسلام ص ١٨٧ و٣٦٦
 - (٦) السيرة النبوية ٢٢٥/٤ وتاريخ الطبري ١٨٧/٢ والبداية والنهاية ٦٤/٥ وتاريخ مدينة دمشق ٦٩/١٩٣ و١٩٩ والإصابة ٣٢٩/٤ وأصله في صحيح ابن حبان: ذكر عدي بن حاتم الطائي، رقم الحديث ٧٢٠٦ وذكر في مجمع الزوائد ٦/٢٠٨: أن رجاله ثقات.
 - (٧) البداية والنهاية ١١٦/١٣ والكامل في التاريخ ٣٦٢/٩

٤. حق المسجون في رعايته والاهتمام به مادياً ومعنوياً بعد الإفراج عنه حتى يستغني: ينبغي على الدولة والمجتمع الاهتمام بالمسجون المفرج عنه ورعايته حتى يتمكن من الاعتماد على نفسه في أموره المادية والمعنوية، لثلا تضييع الجهود التي بذلت في إصلاح سلوكه وتذهب سدى، وفي الحديث الصحيح: " كلكم راع فمسؤول عن رعيته "(١).

وقد ذكّرت الاستبيانات والإحصائيات: أن نبدأ المجتمع وهيئته للمسجون المفرج عنه، ومقاطعته وعدم تشغيله في الأعمال والمهن، والحيلولة بينه وبين أسباب الحياة الشريفة، من أبرز أسباب عودته إلى ممارسة الجريمة ثم الرجوع إلى السجن(٢).

كما ينبغي إبعاده عن البيئة السابقة التي أفسدته أو أعانته على الجريمة، والعمل على ضمه إلى بيئة اجتماعية صالحة، يجد فيها الرعاية السليمة الصادقة والتوجيه الديني والخلقي، وقد ذكروا: أن سحنون قاضي القيروان أُنِّي بامرأة تجمع بين الرجال والنساء فأمر بحبسها، ثم أخرجها بعد أن طَيَّن باب دارها بالطَّين والطوب، وجعلها بين قوم صالحين(٣).

ومن الأهمية بمكان تعاون الهيئات الحكومية والأهلية وأجهزتها على رعاية المفرج عنه، وتشغيله في الأعمال والمهن التي تعلّمها داخل السجن، وتزويده بالنفقة اللازمة لعيشه ومن يعول حتى يستغني، وتقدم أنفاً إعطاء النبي ﷺ لسفانة بنت حاتم نفقة وظهراً. بعيداً. لتستعين بهما بعد الإفراج عنها وتصل إلى أخيها عدي الذي كان يقوم بأمر معيشتها.

هذا، وقد ذكر الفقهاء: أنه يُندب تسليئة المحبوس ومواسأته وتهنئته بخروجه من الحبس(٤)، وإذا كان الأمر كذلك فإن بذل المال له يُعتبر من المواساة المندوب إليها، وتشغيله يعتبر من المواساة المندوب إليها، وكذلك رعايته اجتماعياً ومعنوياً، والستر على ماضيه السلبي.

هذا، وقد دعت الاتفاقيات الدولية إلى اتخاذ كل دولة برنامجاً خاصاً للمسجونين الذين سيُفرج عنهم، لتقوية صلاتهم بالمجتمع، وضمان عودتهم تدريجياً إلى التكيف المتوازن معه، كما دعت إلى تزويد المفرج عنهم بالوثائق والمستندات الضرورية عند خروجهم من السجن، وتحديد هيئات المجتمع للتعاون معهم ومساعدتهم(٥).

ومساعدتهم(٥).

وبنحو هذا أوصى رؤساء المؤسسات العقابية العربية في مؤتمرهم الذي عقده بتونس(٦)، بينما نصت بعض القوانين على تسليم المسجون المفرج عنه بطاقة السراح عند الإفراج عنه مُوقَّعة من مدير السجن، مع

(١) صحيح البخاري: باب: كراهية التطاول على الرقيق، رقم الحديث ٢٤١٦ وصحيح مسلم: باب: فضيلة الإمام العادل، رقم الحديث ١٨٢٩

(٢) الموسوعة البريطانية ١٤/١١٠٢-١١٠٣ ونظرية العؤد للمجدوب ص ٣٠

(٣) أحكام السوق ليجي بن عمر الأندلسي ص ١٣٣

(٤) حاشية الباجوري ٢٥٨/١

(٥) مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين: القاعدة ٦٠ و٦١ و٦٦ و٨١

(٦) مجلة البقطة الكويتية ص ٦ العدد ٩٥٢

إمكان منحه أدوات مهنية تتلاءم مع الأعمال التي مارسها في السجن، إذا كان من العمال الممتازين^(١)، وأقرت قوانين أخرى صرفاً ملابس داخلية وخارجية للسجين المفرج عنه إن احتاج إلى ذلك^(٢).

المطلب الثاني

حق المسجون في الإفراج عنه لوجود موجباته

نص الفقهاء على مجموعة من موجبات الإفراج عن السجين، هي من أهم حقوقه التي يجب الوفاء بها وتنفيذها دون تباطؤ، من مثل: ثبوت براءته، والحكم بوقف تنفيذ عقوبة حبسه، وسداد الدين الذي حُبس به، وظهور توبته التي عُلق عليها حبسه، والعفو عنه، وانتهاء المدة التي حُكِمَ بها عليه... إلخ^(٣).

والتاريخ الإسلامي حافل بالتطبيقات التي تؤكد التزام المسلمين بهذا الحق، ومن أول ذلك: التزام النبي ﷺ بإطلاق أسرى معركة بدر، الذين قاموا بتعليم أولاد المسلمين القراءة والكتابة^(٤).

أما عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقد أمر بالإفراج عن الشاعر الخطيئة حينما أرسل إليه قصيدة استعطف ظهرت فيها توبته وندمه^(٥).

وأما أبو يوسف القاضي فكتب إلى الخليفة الرشيد يوصيه أن يأمر ولاته بالنظر في أمر أهل الحبوس في كل يوم، فمن كان عليه أدب وأدب وأطلق، ومن لم يكن له قضية خُلِّي سبيله^(٦).

وقد أكد الفقهاء على أن أول عمل يبدؤه القاضي حين توليه القضاء تفقد السجون وإطلاق من يستحق ذلك ممن لم تثبت عليه تهمة، أو وثق دينه، أو استوفى الغاية من حبسه^(٧).

هذا، ويتم في القانون الإفراج عن السجناء المتهمين بأمر النيابة العامة ونحوها، إذا رأت ذلك بعد التحقيق مع المتهم^(٨)، أو بمضي مدة العقوبة المحكوم بها من قبل القضاء، أو بصدر عفو خاص أو عام من رئيس الدولة كما هو معلوم، وربما ارتبط ذلك بمناسبة دينية أو وطنية ونحوها...

-
- (١) مشروع النظام الداخلي لأحد السجون التونسية: الفصل ١٠٥ و١٠٠
 - (٢) قانون تنظيم السجون المصرية: المادة ٥١ ومشروع النظام الداخلي لأحد السجون التونسية: الفصل ٢٩
 - (٣) انظر: الميسوط ١٠٧/٢٠ وحاشية ابن عابدين ٨١ و٦٠/٤ و٣٧٨/٥ و٣٧٩ وتبصرة الحكام ٢٠٣/٢ و٢٦٠ و٣٠٧ و٣١٩ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٦ و٢٣٨ ومعالم القرية ص ١٩١-١٩٢ وإعلام الموقعين ٤/٣٧٠ والبحر الزخار ٢٣/٥ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٧٦ و٩١ و٩٣ و٢٠٦
 - (٤) نيل الأوطار ٣٢٣/٧ والبداية والنهاية ٣/٣٢٩ والترتيب الإدارية ٤٨/١
 - (٥) البداية والنهاية ٨/٩٧ وأفضية رسول الله ﷺ لابن فرج القرطبي ص ١١ وتاريخ المدينة المنورة ٣/٧٨٥ وتخريج الدلالات السمعية ص ٣٢٣
 - (٦) الخراج لأبي يوسف ص ١٦٣ و١٩٠ وانظر: البحر الرائق ٦/٣٠٠
 - (٧) حاشية ابن عابدين ٥/٣٧٠ والذخيرة ١٠/٦١ وروضة الطالبين ١١/١٣٢ وأدب القضاء لابن أبي الدم ص ٧٢-٧٧ والمغني ٩٧/١٠
 - (٨) مجلة الإجراءات الجزائية التونسية: الفصل ٨٦

المبحث الرابع عشر مراقبة السجون للتحقق من احترام حقوق المسجون وعدم الاعتداء عليه

وردت العديد من النصوص والوقائع الداعية إلى احترام حقوق السجين، ومنع التعدي عليه، ومحاسبة المسؤولين عن ذلك، وبيانها كما يلي:

١. توجيه النبي ﷺ أصحابه إلى الاعتدال في تقييد السجين: مع أن تقييد السجين أمر مشروع أحياناً . كما سبق بيانه . إلا أنه لا ينبغي أن يتسبب في تعذيبه وإيذائه، ويروى في هذا: أن العباس ابن عبد المطلب ﷺ بات مأسوراً في وثاق عقب غزوة بدر، فسمع النبي ﷺ أنينه، فعرف الصحابة ذلك، فقاموا إلى العباس فأرخوا وثاقه حتى سکن^(١).

٢. منع عمر ﷺ تجويع السجين وإيذاءه: حرص عمر ﷺ على استيفاء السجين حقوقه في الطعام والشراب ونحوه، وأن لا يُكره على الاعتراف بشيء من خلال حرمانه من الطعام والشراب، وقد نُقل عنه أنه قال في ذلك: ليس الرجل بمأمون أن يُقرَّ على نفسه، إن أنت أجمعتُه، أو أخفَّته، أو حبستُه^(٢).

٣. منع عليّ ﷺ تجويع السجين وإيذاءه: لما طعن عبدُ الرحمن بن ملجم علياً ﷺ وأمسكه الناس، خشي أن ينتقموا منه ويسرفوا في عقوبته، فقال لهم وجرحه ينزف دماً: أطعموه واسقوه وأحسنوا إساره، فإن عشتُ فأنا وليُّ دمي، وإن متُّ فقتلتموه فلا تُثملوا به^(٣).

٤. منع عمر بن عبد العزيز التعدي على السجناء: كتب عمر بن عبد العزيز إلى عماله يقول: انظروا من في السجون، ولا تتعدوا في العقوبة، وتعهدوا المرضى...^(٤).

وكثيرة هي مثل هذه الوقائع التي أكد فيها الخلفاء والحكام والقضاة على وجوب التحقق من احترام حقوق السجناء وحمايتهم، وتجنب الاعتداء عليهم، ولو فيما هو مقرر لتأديبهم وإصلاح سلوكهم^(٥).

٥. دعوة القضاة والمحاسبين إلى تفقد السجون والتحقق من حماية حقوق السجناء أن يعتدى عليها: كثيرة هي النصوص الفقهية الداعية إلى وجوب التحقق من حماية حقوق السجناء من أن يُعتدى عليها، ومن ذلك ما ذكره العديد من الفقهاء: أن على القاضي الجديد النظر في سجن القاضي قبله، لئلا يكون فيه مظلوم أو معذب، أو معاقب بغير ذنب، وإن احتاج القاضي إلى سؤال كل محبوس بنفسه عن جريته فعل^(٦)، أما المحبوسون في سجن الوالي فعلى الإمام النظر في أحوالهم^(٧).

(١) السنن الكبرى للبيهقي: باب: الأسير يوثق، رقم الحديث ١٧٩٢٤ ومصنف عبد الرزاق: باب: من أسر النبي ﷺ من أهل بدر، رقم الحديث ٩٧٢٩ والبدية والنهاية ٢٩٩/٣

(٢) الخراج لأبي يوسف ص ١٩٠

(٣) السنن الكبرى للبيهقي: باب: لا عقوبة على كل من كان عليه قصاص فُعفي عنه، رقم ١٥٨٣٨، وذكر في فيض القدير ٣٣١/١: أن رواه ثقات.

(٤) الطبقات الكبرى لابن سعد ٣٥٦/٥

(٥) انظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٥٧٤.٥٧١

(٦) حاشية ابن عابدين ٣٧٠/٥ والذخيرة ٦١/١٠ وروضة الطالبين ١٣٢/١١ وأدب القضاء لابن أبي الدم ص ٧٢-٧٧ والمغني ٩٧/١٠

(٧) الدر المختار ٣٧٠/٥

وقال ابن الأخوة مبيِّناً واجبات المحتسب: من واجب المحتسب التأكد من عدم ظلم السجين، أو جلده بغير حق، وأن يعرف الآلة التي يُعاقَب بها، فلا تكون غليظة تشير الدم، وأن تكون بعيدة عن موضع المقتل، وأن يراقب السجناء في أنهم لا يتعرضون للسهب والشتم من السجان^(١).

(١) معالم القرية ص ١٥٥ و١٦٧ و١٨٤ وانظر: فقه المعتقلات والسجون ص ٥٧٥

الخاتمة

أبرز معالم البحث ونتائجه

من أبرز معالم هذا البحث ونتائجه ما يلي:

١. التأكيد على مشروعية السَّجْن في الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول، وبيان اتفاق الفقهاء على ذلك، وأن المراد بالسجن: " تعويق الشخص ومنعه من الخروج إلى أشغاله ومهامه "، وليس له الصدارة والأولوية بين أنواع العقوبات التعزيرية الأخرى كما هو في القوانين، كما أنه لا يجوز تعطيل الحدود والمعاقبة على جرائمها بالسجن.

٢. السَّجْن نوعان: الأول: للاستيثاق، كالحبس للتهمة، وللاحتراز من وقوع ضرر، ولاستيفاء عقوبة الحدّ. والثاني: للتعزير، وهو الأبرز في موضوع السجن عامة، وغايته تأديب المسجون وإصلاحه، وله موجبات وأسباب وقواعد وأصول ذكرت في موضعها في هذا البحث.

٣. للإسلام وللفقهاء والقضاة المسلمين اهتمام مبكّر بحقوق المسجون مع العمل على تنفيذها بصدق وحزم.

٤. يراد بحقوق المسجون في الفقه الإسلامي: المصالح الثابتة للمسجون، المقررة له في الشرع، التي يجب حمايتها، ولا يسوغ إهمالها أو الاعتداء عليها.

٥. من حقوق المسجون طلبُ التحقُّق من اتِّهامه، وتعجيلُ محاكمته، وتمكينُه من الدفاع عن نفسه.

٦. للمسجون حقُّ الحفاظ على نفسه وما دونها، وعلى كرامته الإنسانية، فلا يجوز الاعتداء على جسمه، ولا أعضائه، ولا تعذيبه، ولا إهانته بالضرب والتجويع والسب والشتم وحرمانه من حقوقه ...

٧. من حقوق المسجون على الجهات المختصة المحافظة على أمواله وممتلكاته من التعدي عليها، أو تضييعها، أو إهمالها، ويجب تنفيذ طلبه في تسليمها لمن يريد، أو إعادتها إليه عند الإفراج عنه.

٨. من حقوق المسجونين في الفقه الإسلامي فصلُ النساء عن الرجال في سجون خاصة، وفصلُ الأحداث عن الكبار، وفصلُ المتهمين الموقوفين عن السجناء المحكومين، وفصلُ المحكومين بديون مالية عن السجناء المحكومين بجرائم جنائية، وفصلُ السجناء السياسيين عن غيرهم، وفصلُ السجناء العسكريين عن غيرهم، وكذا الأسرى، ولكلِّ صنفٍ معاملَةٌ تناسب الغاية من حبسه.

٩. للسجين حقُّ توفير قواعد السلامة له في موضع سجنه، من حيث الاتصاف بالسعة، والإضاءة الطبيعية أو الاصطناعية، والتهوية، والنظافة، واعتدال الجو... وقد كانت هذه الأمور متوفرة في أماكن الحبس في العصر النبوي وما بعده.

١٠. للمسجون الحقُّ في تأمين أسباب النظافة الشخصية والموضعية له، وتأمين الرعاية الصحية والطبية، ومعالجته ولو في خارج السجن.

١١. من حقوق المسجون قيامُ الدولة بالإنفاق عليه، وتأمين ما يحتاج إليه من لباس وفراش وماء وإضاءة وأسباب الدفء في البرد الشديد...

١٢. للمسجون الحقُّ في تمكينه من أداء الشعائر الدينية، وتمكينه من أسباب الطهارة، وصلاة الجماعة، والجمعة، والعيدين، والجنائز، ومعرفة أوقات الصوم... ولا يُمنَع من أداء بعضها خارج السجن إن لم يترتب على ذلك مفسدة، كعيادة قريبه المريض، وصلاة الجنائز عليه...

١٣. للمسجون الحقُّ في تمكينه من أسباب العلم والثقافة؛ لما لذلك من أثر في صلاحه وتعديل سلوكه.

١٤. من حق المسجون تمكينه من العمل في السجن بأجرٍ عادل في مهنة أو صنعة كريمة تنفعه، وتؤمّن له موردَ رزق بعد الإفراج عنه، ومن حقه احترام كرامته الإنسانية وعدم تكليفه بالأشغال الشاقة.

١٥. للمسجون الحقُّ في التواصل الاجتماعي داخل السجن وخارجه، كاتصاله بالسجناء الآخرين، وحضوره صلاة الجماعة، والجمعة، والعيدين، وخلوته بزوجه في موضع خاص، وزيارة أقربائه وأصحابه له، وتمكينه من مراسلتهم، وحضور جنازتهم، ومن الاطلاع على وسائل الثقافة والعلم والإعلام، ومن متابعة حقوقه الاجتماعية والمدنية وغيرها في داخل السجن وخارجه...

١٦. للمسجون الحقُّ في ممارسة التصرفات المدنية والجنائية المتصلة به من غير إخلال بما سُجن له، وذلك كالبيع، والشراء، والتأجير، والتوكيل، والوصية، وعقد الزواج لنفسه ولغيره ممن له الولاية عليه، وكذا التطليق والمخالعة، والمطالبة بالقصاص لنفسه أو لوليه، والمخاصمة عند القاضي، والقيام بالشهادة أو الإقرار أمامه...

١٧. يُمنَع التعدي في تأديب المسجون بغير المشروع، كحبسه بغير حق، وتأخير الإفراج عنه، والإساءة إلى سمعته، وشتمه، والتمثيل بجسمه، وضربه ضرباً غير مبرّر، وتجويعه، وتجريده من ملابسه، ومنعه من أداء الفرائض، وتعريضه للحرّ والبرد الشديدين، وإغراء الحيوان به ليؤذيه، فإن فُعل به شيءٌ من ذلك، فله الحقُّ في المطالبة بالقصاص والتعويض المادي والمعنوي عن الأضرار التي نزلت به.

١٨. من حقوق المسجون تهيئته للخروج من السجن قبيل الإفراج عنه بإعلاء نفسيته، وزيادة تواصله الاجتماعي بمن هم خارج السجن من الأقرباء، والأصدقاء، والمؤسسات الاجتماعية والاقتصادية، وتزويده بما يحتاج إليه من مال ولباس، وبوثائق تتضمن مشروعية الإفراج عنه، وما تعلّمه من صنعة أو مهنة...

١٩. من حقوق السجين عدم تأخير الإفراج عنه إذا وُجدت موجباته الشرعية، كثبوت براءته، وظهور علامات التوبة التي عُلق عليها حبسه، وكالعفو عنه، وانتهاء المدة التي حُكم بها عليه...

٢٠. من حقوق المسجون على الدولة قيامها بالتحقق من احترام حقوق السجناء وعدم الاعتداء عليهم، ومجازاة المخالفين لذلك.

٢١. بيان أن التاريخ الإسلامي حافل بالتطبيقات العملية التي تؤكد التزام المسلمين بهذه الحقوق، التي أخذت طريقها إلى عالم الواقع، وكان لها أثر في استصلاح المسجونين.

انتهى البحث

فهرس المصادر والمراجع

أ.

١. الآداب الشرعية والمنح المرعية، لابن مفلح. مطبعة المنار بمصر ١٣٤٨ هـ.
٢. الإجرام الدولي، للدكتور عبد الوهاب حومد. ط ١ لجامعة الكويت ١٩٧٨ م.
٣. الأحكام في أصول الإحكام، للآمدني. مصورة دار الكتب العلمية بيروت. د.ت.
٤. الأحكام السلطانية، للماوردي، ط ٣ لمصطفى البابي الحلبي بالقاهرة ١٣٩٣ هـ / ١٣٧٣ م. وطبعة دار الكتب العلمية بيروت.
٥. الأحكام السلطانية، لأبي يعلى، تحقيق محمد حامد الفقي. دار الكتب العلمية بيروت ١٤٢١ هـ / ٢٠٠٠ م.
٦. أحكام السوق، ليحيى بن عمر الأندلسي، تحقيق حسن حسني. طبع الشركة التونسية للتوزيع ١٩٧٥ م.
٧. أحكام القرآن، للحصاص، تحقيق محمد الصادق قمحاوي. نشر دار إحياء التراث العربي بيروت ١٤٠٥ هـ.
٨. أحكام القرآن، لابن العربي، تحقيق محمد عبد القادر عطا. نشر دار الفكر للطباعة والنشر ببلناب. د.ت. .
٩. أخبار القضاة، لوكيع بن الجراح، تعليق عبد العزيز المراغي. ط ١ لمطبعة الاستقامة بالقاهرة ١٣٦٦ هـ.
١٠. إخبار العلماء بأخبار الحكماء، للقفطي. مصورة بيروت عن الطبعة الأوربية. د.ت. .
١١. أخبار مكة في قديم الدهر وحديثه، للفاكهي، تحقيق الدكتور عبد الملك ابن دهب، ط ٢ لدار خضر بيروت ١٤١٤ هـ.
١٢. الاختيار في تعليل المختار، للموصلي. ط ٢ لمصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٧١ هـ / ١٩٥١ م.
١٣. أدباء السجون، لعبد العزيز الحلفي. طبع دار الكاتب الريبي بيروت. د.ت. .
١٤. أدب القاضي، للحصاف مع شرحه لابن مازة (شرح أدب القاضي). طبع بغداد ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م.
١٥. أدب القضاء (المسمى: الدرر المنظومات في الأفضية والحكومات) لابن أبي الدم، تحقيق الدكتور محمد الزحيلي. طبع مجمع اللغة العربية بدمشق ١٣٩٥ هـ.
١٦. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للشوكاني، تحقيق محمد البدري. ط ١ نشر دار الفكر بيروت ١٤١٢ هـ.
١٧. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، لابن عبد البر، تحقيق سالم عطا ومحمد معوض. ط ١ لدار الكتب العلمية بيروت.
١٨. الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، تحقيق علي البحراوي. ط ١ لدار الجيل بيروت ١٤١٢ هـ.
١٩. الإسلام في حضارته ونظمه، لأنور الرفاعي. طبع دار الفكر بدمشق ١٩٧٣ م.
٢٠. أسنى المطالب شرح روض الطالب، لتركيا الأنصاري (بهامشه حاشية الرمي) الطبعة الميمية بمصر ١٣١٣ هـ.
٢١. الإصابة في تمييز الصحابة، لابن حجر العسقلاني. مصورة بيروت عن الطبعة الأولى بالقاهرة ١٣٢٨ هـ.
٢٢. إغاثة الطالبين على حلّ ألفاظ فتح المعين، لأبي بكر بن محمد شطأ الشافعي الدماطي. نشر دار الفكر بيروت. د.ت. .
٢٣. الاعتصام، للشاطبي. طبع دار عمر بن الخطاب بالإسكندرية. د.ت. .
٢٤. إعلام الساجد بأحكام المساجد، للزركشي، تحقيق أبي الوفاء المراغي. طبع المجلس الوطني للشؤون الإسلامية بمصر ١٣٨٤ هـ.
٢٥. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد. نشر دار الجيل بيروت ١٩٧٣ م.
٢٦. الأغاني، للأصفهاني. مصورة بيروت عن طبعة دار الكتب بالقاهرة. د.ت. .
٢٧. الإفصاح عن معاني الصحاح، لابن هبيرة الوزير. نشر مؤسسة السعيد بالرياض، طبع مطبعة الدجوي بالقاهرة ١٨٧٨ م.
٢٨. أفضية رسول الله ﷺ، لابن فرج القرطبي. ط ١ لمطبعة المجد بالقاهرة ١٣٩٦ هـ.
٢٩. الأم، للإمام الشافعي. ط ٢ لدار المعرفة بيروت ١٣٩٣ هـ.
٣٠. إمتاع الأسماع بما للرسول من الأبناء والأموال والخفدة والمتاع، للمقرئ، تعليق محمود شاك. طبع مصر ١٩٤١ م.
٣١. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، تحقيق محمد حامد الفقي. نشر دار إحياء التراث العربي بيروت. د.ت. .
٣٢. أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، للقنوني، تحقيق الدكتور أحمد الكبيسي ط ١ لدار الوفاء بجدة عام ١٤٠٦ هـ. وأيضاً ط ١ لنفس المحقق، نشر دار ابن الجوزي بالمملكة العربية السعودية ١٤٢٧ هـ.
٣٣. أيام من حياتي، لزينب الغزالي. ط ٤ بصر ١٩٨٠ م.

ب.

٣٤. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم. ط ٢ لدار المعرفة بيروت. د.ت. .
٣٥. البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار (بهامشه جواهر الأخبار للصعدي) بإشراف عبد الله الغماري وزميله. ط ١ بمصر
٣٦. بدائع الزهور في وقائع الدهور، لابن إياس، تحقيق محمد مصطفى. طبع القاهرة ١٣٧٩ هـ / ١٩٦٠ م.
٣٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني. ط ٢ لدار الكتاب العربي بيروت ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م، وأيضاً ط ٢ لدار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م.
٣٨. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد. طبع دار الفكر بيروت. د.ت. . و ط ٦ لدار المعرفة بيروت ١٤٠٢ هـ
٣٩. البداية والنهاية: لابن كثير. ط ٢ بيروت ١٩٧٧ م.
٤٠. البيان والتبيين، للجاحظ. ط ٣ بالقاهرة ١٩٦٨ م، وطبعة دار صعب بيروت تحقيق فوزي عطوي. د.ت.

ت.

٤١. تاج العروس من جواهر القاموس، للزبيدي. تحقيق مجموعة من المحققين. نشر دار الهداية. د.ت.
٤٢. التاج والإكليل شرح مختصر خليل، للمواق. ط ٢ لدار الفكر بيروت ١٣٩٨ هـ.
٤٣. تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، للذهبي، تحقيق الدكتور عمر عبد السلام تدمري. ط ١ لدار الكتاب العربي بيروت.

٤٤. تاريخ الدولة العلية العثمانية، محمد فريد بك المحامي. تصوير دار الجيل بيروت ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م.
٤٥. تاريخ الطبري (تاريخ الأمم والملوك) نشر دار الكتب العلمية بيروت . د.ت ..
٤٦. تاريخ قضاة الأندلس، للنباهي، تحقيق ليفي بروفنسال. ط ١ لدار الكتاب المصري بالقاهرة ١٩٤٨م.
٤٧. تاريخ مدينة دمشق وذكر فضلها وتسمية من حلها من الأماثل، لابن عساكر، تحقيق محب الدين العمري نشر دار الفكر بيروت
٤٨. تاريخ المدينة المنورة، لابن شبة. تحقيق فهد محمد شلتوت. طبع دار الأصفهاني بمكة ١٣٩٩ هـ.
٤٩. تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون (بمامش فتح العلي المالك). ط ٢ بمصر ١٣٥٦ هـ
٥٠. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي. نشر دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة ١٣١٣ هـ.
٥١. تخرىج الدلالات السمعية، للخزاعي، تحقيق د. إحسان عباس ط ١ لدار الغرب الإسلامي بيروت ١٤٠٥هـ.
٥٢. التراتيب الإدارية (نظام الحكومة النبوية) للكتاني. نشر دار الكتاب العربي بيروت . د.ت ..
٥٣. تراث العصور الوسطى، لجاكوب وزميله كرامب. ترجمة محمد زيادة وزملائه. إصدار المجلس الأعلى لرعاية الآداب بالقاهرة
٥٤. الترغيب والترهيب، للمنذري، تحقيق مصطفى عمارة. طبع مصطفى الباي بمصر ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م.
٥٥. التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، لعبد القادر عودة. طبع القاهرة ١٩٤٨ م.
٥٦. التعريفات، للجرجاني. طبع مصطفى الباي الحلبي بمصر ١٣٥٧ هـ/١٩٣٨م.
٥٧. التعزيز في الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد العزيز عامر. ط ٥ بالقاهرة ١٣٩٦ هـ / ١٩٧٦ م.
٥٨. التعويض عن السجن دون وجه حق، لعثمان النجدي. رسالة دكتوراه. غير مطبوعة. نوقشت بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بتاريخ ٧ / ٦ / ١٤٢٩ هـ الموافق ١١ / ٦ / ٢٠٠٨ م.
٥٩. تفسير البغوي، تحقيق خالد عبد الرحمن العك. نشر: دار المعرفة بيروت . د.ت ..
٦٠. تفسير البيضاوي (أنوار التنزيل وأسرار التأويل). نشر دار الفكر بيروت . د.ت ..
٦١. تفسير الخازن (لباب التأويل في معاني التنزيل). المطبعة النبوية بمصر ١٣٤٧هـ.
٦٢. تفسير الرازي (مفاتيح الغيب). ط ١ لدار الكتب العلمية بيروت ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.
٦٣. تفسير الطبري. (جامع البيان عن تأويل آي القرآن). نشر دار الفكر بيروت ١٤٠٥ هـ.
٦٤. تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن). ط ١ لدار الكتب المصرية بالقاهرة ١٣٥٧ هـ. وطبعة دار الشعب بالقاهرة . د.ت
٦٥. تفسير ابن كثير (تفسير القرآن العظيم)، نشر دار الفكر بيروت ١٤٠١ هـ.
٦٦. تهذيب الأسماء واللغات، للنووي. المطبعة المنيرية بالقاهرة. د.ت .. و ط ١ لدار الفكر بيروت ١٩٩٦م.
٦٧. تهذيب الفروق، للمالكي (بمامش: الفروق للقراي) مصورة دار المعرفة بيروت . د. ت .
٦٨. تهذيب اللغة، للأزهري، تحقيق محمد عوض مرعب. ط ١ لدار إحياء التراث العربي بيروت ٢٠٠١ م.
٦٩. التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي، تحقيق الدكتور محمد رضوان الداية، ط ١ لدار الفكر بدمشق ١٤٢٣ هـ.
٧٠. الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، للآبي. نشر المكتبة الثقافية بيروت . د. ت
- ج .
٧١. جامع الأصول في أحاديث الرسول، لابن الأثير الجزري، تحقيق عبد القادر الأرناؤوط. طبع دمشق ١٣٨٩ هـ / ١٩٦٩ م.
٧٢. جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، للآبي الأزهري. مصورة دار المعرفة بيروت عن طبعة مصطفى الباي الحلبي ١٣٦٦ هـ
- ح .
٧٣. حاشية الباجوري (الإقناع على شرح ابن القاسم الغزي لمتن أبي شجاع) طبع عيسى الباي الحلبي بمصر . د. ت ..
٧٤. حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد) نشر المكتبة الإسلامية بديار بكر بتركيا . د. ت ..
٧٥. حاشية الجمل على شرح المنهج (المسمى: فتح الوهاب، لتركيا الأنصاري) الطبعة الميمية بمصر ١٣٠٥هـ.
٧٦. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير. نشر دار الفكر بيروت . د. ت ..
٧٧. حاشية الرملي على أسنى المطالب (بمامش أسنى المطالب للأنصاري) الطبعة الميمية بمصر ١٣١٣ هـ.
٧٨. حاشية سعدي جلي على شرح العناية للبابرتي على الهداية للمرخنياني (مطبوعة بمامش فتح القدير لابن الهمام) طبعة مصطفى محمد بالقاهرة . د. ت ..
٧٩. حاشية الشيراملسي على شرح الرملي. طبع بولاق ١٢٩٢ هـ.
٨٠. حاشية الصعدي على شرح أبي الحسن الشاذلي (المسمى كفاية الطالب الرباني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني). طبعة شركة الطباعة الفنية بالقاهرة، وطبعة محمد عاطف سيد بالقاهرة . د. ت ..
٨١. حاشية القليوبي (مطبوعة مع شرح الميخلي على منهاج الطالبين المسمى: كنز الراغبين) ط ٣ لمصطفى الباي الحلبي بالقاهرة
٨٢. حاشية ابن عابدين (رد المختار على الدر المختار). مصورة ط ١ لدار إحياء الكتب العلمية بيروت . د. ت .. و ط ٢ لدار الفكر بيروت ١٣٨٦ هـ.
٨٣. حاشية عميرة . أحمد البرلّسي . على شرح منهاج الطالبين، مطبوعة في أسفل حاشية القليوبي، ط ٣ لمصطفى الباي الحلبي بالقاهرة ١٣٧٥ هـ/١٩٥٦م.
٨٤. حصاد السجن، لأحمد الصافي النجفي، نشر مكتبة المعارف بيروت . د.ت ..
٨٥. الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري، لأدم متز، ترجمة د. محمد عبد الهادي أبو ريذة ط ٣ بمصر ١٩٥٧ م.

٨٦. الحضارة البيزنطية، لستيفن رنسمان، ترجمة عبد العزيز جاويد. سلسلة الألف كتاب، طبع القاهرة ١٩٦١ م.
٨٧. الحق في العدالة الخائبة، للدكتور محيي الدين عوض. بحث ضمن ندوة حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أقيمت في جامعة نايف للعلوم الأمنية بالرياض عام ١٤٢٢ هـ.
٨٨. حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان، للأستاذ أحمد حافظ نجم. طبع دار الفكر العربي ببيروت.
٨٩. حقوق الإنسان في الإسلام، للدكتور صالح بن عبد العزيز آل الشيخ، مقال في العدد الخامس من مجلة دراسات إسلامية صادرة عن وزارة الشؤون الإسلامية بالرياض عام ١٤٢٣ هـ.
٩٠. حقوق الإنسان في الإسلام. دراسة مقارنة مع الإعلان العالمي والإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان. أ.د. محمد الزحيلي. ط ٢ لدار ابن كثير بدمشق وبيروت ١٩٩٧ م.
٩١. حقوق الإنسان وحرياته الأساسية بين القانون الدولي والشريعة الإسلامية، للدكتور جابر إبراهيم الراوي. ط ١ لدار وائل للطباعة والنشر ١٩٩٩ م.
٩٢. الحياة الاجتماعية في المدينة الإسلامية، للدكتور عبد الفتاح عاشور. دراسة منشورة في ص ٨٥ من عدد شهر إبريل ١٩٨٠ م من مجلة عالم الفكر الصادرة عن وزارة الإعلام الكويتية.
٩٣. حياة الصحابة، للكاتب هادي. طبع دار القلم بدمشق ١٩٦٨ م.
- خ.
٩٤. الخراج، لأبي يوسف القاضي. ط ٤ للمطبعة السلفية بالقاهرة ١٣٩٢ هـ.
٩٥. الخطط المقرنية (المسماة: المواعظ والاعتبار بذكر الخطط والآثار) للمقرني. مصورة بيروت عن الطبعة البولاقية ١٩٩٩ م.
- د.
٩٦. دائرة المعارف الحديثة، لأحمد عطية الله. طبع دار الجيل بالقاهرة ١٩٥٢ م.
٩٧. دائرة معارف القرن الرابع عشر الهجري = العشرين، لمحمد فريد وجدي. ط ٣ ببيروت ١٣٩١ هـ/ ١٩٧١ م.
٩٨. الدر المختار شرح تنوير الأبصار، للحصكفي. ط ٢ لدار الفكر ببيروت ١٣٨٦ هـ.
٩٩. دراسات في العمارة والفنون الإسلامية، للأستاذ محمد الحسيني عبد العزيز، طبع الكويت. د.ت. .
١٠٠. دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، للدكتور عبد الوهاب حومد. طبع جامعة الكويت ١٩٨٣ م.
- ذ.
١٠١. الذخيرة، للقرافي. تحقيق محمد حجي. طبع دار الغرب ببيروت ١٣٩٤ هـ.
- ر.
١٠٢. رسائل. ابن تيمية. من السجن، لمحمد العبدية. ط ٣ بالرياض ١٤٠٣ هـ/ ١٩٨٣ م.
١٠٣. روضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي. ط ٢ للمكتب الإسلامي ببيروت ١٣٠٥ هـ.
١٠٤. روضة الناظر وجنة المناظر، لابن قدامة المقدسي، تحقيق د. عبد العزيز السعيد. ط ٢ لجامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض ١٣٩٨ هـ.
١٠٥. الروض المربع شرح زاد المستقنع، للبهوتي. ط ١ بالرياض ١٣٩٨ هـ.
- ز.
١٠٦. زاد المسير في علم التفسير، لابن الجوزي. ط ٣ للمكتب الإسلامي ببيروت ١٤٠٤ هـ.
١٠٧. زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم. طبع القاهرة ١٣٧٩ هـ/ ١٩٥٩ م.
- س.
١٠٨. سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، للصنعاني. ط ٤ بمصر ١٣٧٩ هـ/ ١٩٦٠ م.
١٠٩. سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر. نشر دار إحياء التراث العربي ببيروت. د.ت. .
١١٠. سنن الدارقطني، تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني. نشر دار المعرفة ببيروت ١٣٨٦ هـ/ ١٩٦٦ م.
١١١. سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد. نشر دار الفكر ببيروت. د.ت. .
١١٢. السنن الكبرى، للبيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا. نشر دار الباز بمكة ١٤١٤ هـ/ ١٩٩٤ م.
١١٣. سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. نشر دار الفكر ببيروت. د.ت. .
١١٤. سنن النسائي الكبرى، تحقيق الدكتور عبد الغفار البنداري وزميله. ط ١ نشر دار الكتب العلمية ببيروت
١١٥. السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، لابن تيمية، تقدم الأستاذ محمد المبارك. طبعة دار الكتب العربية ببيروت ١٣٨٦ هـ. والطبعة الرابعة بمصر ١٩٦٩ م.
١١٦. السير الكبير، للشيباني، (مطبوع مع شرحه للسرخسي)، تحقيق الدكتور صلاح الدين منجد. مطبوع بمصر ١٩٥٨ م.
١١٧. السيرة النبوية، لابن هشام، تحقيق مصطفى السقا وزميله. ط ١ لمصطفى الباي الحلبي بمصر ١٣٥٥ هـ/ ١٩٣٦ م.
- ش.
١١٨. شرح الحرشي على متن خليل (بمهامه حاشية العدوي عليه) طبعة بولاق بمصر ١٣١٨ هـ.
١١٩. شرح صحيح مسلم، للنووي (المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج). ط ٢ لدار إحياء التراث العربي ببيروت
١٢٠. شرح ابن القاسم الغزي لمتن أبي شجاع (مطبوع مع حاشية الباجوري . الإقناع . على شرح ابن القاسم الغزي لمتن أبي شجاع) انظره في: حاشية الباجوري.
١٢١. شرح قانون الجزاء الكويتي، للدكتور عبد الوهاب حومد. طبع جامعة الكويت ١٩٧٢ م.

١٢٢. شرح القواعد الفقهية، لأحمد الزرقاء. ط ١ لدار الغرب الإسلامي بيروت ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣ م.
١٢٣. الشرح الكبير، للددير، (مطبوع مع حاشية الدسوقي) نشر دار الفكر بيروت . د.ت ..
١٢٤. شرح المخلي على منهاج الطالبين المسمى: كنز الراغبين، مطبوع بمهامش حاشية القليوبي، فانظره هناك.
١٢٥. شرح منتهى الإرادات (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى)، للبهوتي. ط ٢ لدار عالم الكتب بيروت ١٩٩٦ م.
١٢٦. شرح منهج الطلاب (المسمى: فتح الوهاب)، لتركيا الأنصاري. المطبعة الميمنية بمصر عام ١٣٠٥ هـ.
١٢٧. شرح المواهب اللدنية، للزرقاني. تصوير بيروت ١٣٧٣ م.
- . ص .
١٢٨. صبح الأعشى في صناعة الإنشاء، للقلقشندي. الطبعة الأميرية بالقاهرة. د.ت ..
١٢٩. الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية) للجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور العطار. طبع دار الكتاب العربي بمصر
١٣٠. صحيح البخاري، تحقيق الدكتور مصطفى ديب البغا. ط ٣ لدار ابن كثير بيروت ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م
١٣١. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط. ط ٢ مؤسسة الرسالة بيروت ١٤١٤ هـ / ١٩٩٣ م.
١٣٢. صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. نشر دار إحياء التراث العربي بيروت. د.ت ..
- . ط .
١٣٣. طبقات الشافعية الكبرى، للسبكي. ط ٢ بيروت. د.ت ..
١٣٤. طبقات الفقهاء، للشيرازي. طبع بغداد. د.ت ..
١٣٥. الطبقات الكبرى، لابن سعد. مصورة دار صادر بيروت. د.ت ..
١٣٦. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن قيم الجوزية، تحقيق محمد حامد الفقي، مصورة دار الكتب العلمية بيروت عن الطبعة الأولى عام ١٩٥٣ م. والطبعة الأخرى بتحقيق الدكتور محمد جميل غازي. نشر مطبعة المدني بالقاهرة. د.ت ..
- . ع .
١٣٧. عجائب أحكام أمير المؤمنين (علي بن أبي طالب عليه السلام) لمحسن العاملي. مطبعة الإتقان بدمشق ١٩٤٧ م.
١٣٨. العقد الفريد، لابن عبد ربه، ط ٣ لدار إحياء التراث العربي بيروت ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩ م.
١٣٩. العقوبة، للشيخ محمد أبي زهرة. مطبعة الدجوي بالقاهرة. د.ت ..
١٤٠. علم الإجماع والعقاب، للدكتور عمود السراج. مقال منشور في ص ٢١٣ في العدد الثاني من مجلة الحقوق والشرعية الصادرة من كلية الحقوق بجامعة الكويت في شهر يونيو ١٩٧٨ م.
١٤١. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، للعيني. نشر دار إحياء التراث العربي بيروت. د.ت .
١٤٢. عندما غابت الشمس، لعبد الحليم الخفاجي. ط ٢ بالكويت ١٩٨٠ م.
١٤٣. عيون الأخبار، لابن قتيبة الدينوري. مصورة عن طبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة ١٩٦٣ م.
١٤٤. عيون الأنباء في طبقات الأطباء، لابن أبي أصيبعة. طبع بيروت ١٩٦٥ م.
- . غ .
١٤٥. غاية البيان في تمة لسان الحكام، للبرهان الحلبي، (مطبوع بذيل أصله: لسان الحكام لابن الشحنة، وهذا مطبوع بذيل معين الحكام للطرابلسي). ط ٢ بمصر ١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣ م.
١٤٦. غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، للكرمي. ط ٢ بالرياض ١٤٠١هـ / ١٩٨١ م.
١٤٧. الغرب والعرب وحقوق الإنسان، للدكتور غانم نجار. ط ١ للجمعية الكويتية لحقوق الإنسان بالكويت ١٩٩٧ م.
- . ف .
١٤٨. الفتاوى البزازية (المسماة: بالجامع الوجيز) لابن شهاب البزاز الكردي. مطبوع مع الفتاوى الهندية. مصورة ديار بكر بتركيا عام ١٩٧٣ م.
١٤٩. الفتاوى الهندية (الفتاوى المالكية) لجماعة من فقهاء الحنفية بأهند. مصورة ديار بكر بتركيا عام ١٩٧٣ م.
١٥٠. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني، تحقيق: محب الدين الخطيب. طبعة المطبعة السلفية بالقاهرة ١٣٧٩ هـ. وطبعة دار المعرفة بيروت. د.ت ..
١٥١. فتح القدير، لابن الهمام. ط ٢، لدار الفكر بيروت. د.ت. وطبعة مصطفى محمد بالقاهرة. د.ت .
١٥٢. فتوح البلدان، للبلاذري، تحقيق رضوان محمد رضوان. نشر دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٣ هـ.
١٥٣. الفرج بعد الشدة، للتونخي. ط ١ بمصر ١٣٧٥ هـ / ١٩٥٥ م.
١٥٤. الفروع، لابن مفلح، مراجعة عبد الستار فراج. ط ٣ لدار عالم الكتب بيروت ١٤٠٢ هـ. و ط ١ لدار الكتب العلمية بيروت تحقيق أبي الزهراء حازم القاضي ١٤١٨ هـ.
١٥٥. الفروق، للقرافي. (بمهامشه: تهذيب الفروق للمالكي) مصورة دار المعرفة بيروت. د.ت ..
١٥٦. الفروق، للكرائيسي، تحقيق د. محمد طوموم. ط ١ لوزارة الأوقاف الكويتية ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م.
١٥٧. فقه المعتقالات والسجون بين الشريعة والقانون، للدكتور حسن أبوغدة. ط ٢ لمكتبة الرشد بالرياض ١٤٢٧ هـ.
١٥٨. فيض القدير شرح الجامع الصغير، للمناوي. ط ١ للمكتبة التجارية الكبرى بمصر ١٣٥٦ هـ.
- . ق .
١٥٩. القاموس المحيط، للفيروز آبادي. طبع مصطفى الباوي الحلبي بالقاهرة ١٣٧١ هـ.
١٦٠. قانون تنظيم السجون الكويتية، طبع مطبعة حكومة الكويت. د.ت ..

١٦١. قانون تنظيم السجون المصرية، صادر من وزارة الداخلية المصرية ١٩٥٦م.
١٦٢. قانون العقوبات السوري، المطبعة الحكومية الرسمية بالجمهورية العربية السورية بدمشق. د. ت ..
١٦٣. قصة الحضارة، ول ديورانت، ترجمة د. زكي نجيب محفوظ. ط ٢ بالقاهرة ١٩٥٦ م.
١٦٤. قواعد الفقه، للبركتي. ط ١ لدار الصدق ببلشرز بكراتشي بباكستان ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٦م.
١٦٥. القوانين الفقهية، لابن جزى المالكي، طبعة دار القلم ببيروت. د. ت ..
ل.ك.
١٦٦. الكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة. نشر المكتب الإسلامي ببيروت. د.ت ..
١٦٧. الكافي في فقه أهل المدينة، لابن عبد البر، ط ١ لدار الكتب العلمية ببيروت ١٤٠٧ هـ.
١٦٧. الكامل في التاريخ، لابن الأثير. ط ٣ لدار الكتاب العربي ببيروت. د.ت ..
١٦٩. كشاف الفناع عن متن الإقناع، للبهوتي، تحقيق هلال مصيلحي. طبع دار الفكر ببيروت ١٤٠٢ هـ.
١٧٠. كفاية الطالب الرباني شرح رسالة أبي زيد القيرواني، لأبي الحسن الشاذلي (بمهامش حاشية الصعيدي) طبعة محمد عاطف وزميله بالقاهرة. د. ت ..
١٧١. الكليات، للكفوي، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري، نشر مؤسسة الرسالة ببيروت ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨م، نسخة الكترونية ضمن الجامع الكبير.
١٧٢. كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، للمتقي الهندي، تحقيق محمود عمر الدمياطي. ط ١ لدار العلمية ببيروت
ل.ل.
١٧٣. لسان الحكام في معرفة الأحكام، لابن الشحنة (مطبوع بديل معين الحكام للطرابلسي). ط ٢ بمصر
١٧٤. لسان العرب، لابن منظور. طبع الدار المصرية للتأليف ١٤٠٠ هـ.
١٧٥. اللوائح الداخلية للسجون الكويتية، صادر من وزارة الداخلية الكويتية. د.ت ..
١٧٦. المسوسط، للسرخسي. ط ٣ ببيروت. د.ت ..
١٧٧. مجلة الإجراءات الجزائية التونسية. طبع المطبعة الرسمية بتونس ١٩٦٨ م.
١٧٨. المجلة الجنائية التونسية. طبع المطبعة الرسمية بتونس ١٩٨٢ م.
١٧٩. مجلة اليقظة الكويتية ص ٦ العدد ٩٥٢ يوم ١٠/١٠/١٩٨٦م.
١٨٠. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لابن حجر الهيتمي. نشر دار الريان للتراث بالقاهرة ودار الكتاب العربي ببيروت ١٤٠٧ هـ.
١٨١. المجموع شرح المذهب، للنووي، (ومعه تكملة السبكي وتكملة المطيعي) نشر وطبع زكريا يوسف بالقاهرة. د.ت ..
١٨٢. مجموع الفتاوى، لابن تيمية، تحقيق عبد الرحمن العاصمي. ط ٢ مكتبة ابن تيمية بالرياض. د.ت ..
١٨٣. مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين، طبع المنظمة الدولية العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة بالقاهرة ١٩٦٥ م.
١٨٤. المحاسن والأضداد، للحافظ. مطبعة الساحل الجنوبي ببيروت. د.ت ..
١٨٥. المحلّي، لابن حزم، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي. نشر دار الأفاق الجديدة ببيروت. د.ت ..
١٨٦. المدونة الكبرى، للإمام مالك (برواية سحنون عن ابن القاسم) ط ١ بدار السعادة المصرية المطبوعة سنة ١٣٦٧ هـ.
١٨٧. مروج الذهب ومعادن الجوهر، للمسعودي. ط ٤ ببيروت ١٩٨١م.
١٨٨. المساحد في الإسلام، للدكتور حسين مؤنس، مقال في العدد ٣٧ من سلسلة عالم المعرفة الصادرة عن المجلس الوطني للثقافة والفنون في الكويت في شهر يناير ١٩٨١م.
١٨٩. المستدرک علی الصحیحین، للحاكم، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا. ط ١ نشر دار الكتب العلمية ببيروت
١٩٠. المستصفي في علم الأصول، للغزالي، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي. ط ١ لدار الكتب العلمية ببيروت ١٤١٣ هـ.
١٩١. المسند، للإمام أحمد بن حنبل. نشر مؤسسة قرطبة بمصر. د.ت ..
١٩٢. مشروع النظام الداخلي لأحد السجون التونسية الصادر عن وزارة الداخلية التونسية. د.ت ..
١٩٣. المصباح المنير، للفيومي. ط ٦ للمطبعة الأميرية بالقاهرة ١٩٢٥ هـ.
١٩٤. المصطلحات القانونية الجزائرية في الأحكام والإجراءات والمحاكمات، لأحمد جمال الدين. طبع صيدا بلبنان ١٩٦٥ م.
١٩٥. المصنف في الأحاديث والآثار، لابن أبي شيبة، تحقيق كمال الحوت. ط ١ مكتبة الرشد بالرياض ١٤٠٩ هـ.
١٩٦. المصنف، لعبد الرزاق الصنعاني، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي. ط ٢ للمكتب الإسلامي ببيروت ١٤٠٣ هـ.
١٩٧. معالم الأصاله في النظام العقابي الإسلامي، للدكتور أحمد علي مجدوب. مقال منشور في ص ٣١ من مجلة الوعي الإسلامي الصادرة من وزارة الأوقاف الكويتية في شهر رمضان ١٤٠٤ هـ / يونيو ١٩٨٤م.
١٩٨. معالم السنن (شرح سنن أبي داود)، للخطابي. طبع بيروت ١٤٠١ هـ.
١٩٩. معالم القرية في أحكام الحسبة، لابن الأخوة. طبع دار الفنون بكمبرج ١٩٣٧ م.
٢٠٠. معاملة المسجونين في الإسلام، لإبراهيم محمد الفحام. مقال منشور في ص ٥٧ من مجلة الوعي الإسلامي الكويتية في عدد شهر شوال ١٣٩٢ هـ / نوفمبر ١٩٧٢ م.
٢٠١. معجم ألفاظ القرآن الكريم، لمجمع اللغة العربية بالقاهرة. ط ٢ للهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر بالقاهرة ١٣٩٠ هـ.
٢٠٢. المعجم الأوسط، للطبراني، تحقيق طارق عوض الله وزميله. نشر دار الحرمين بالقاهرة ١٤١٥ هـ
٢٠٣. المعجم الكبير، للطبراني، تحقيق حمدي بن عبد الحميد السلفي. ط ٢ مكتبة الزهراء بالموصل ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٣م.

٢٠٤. معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع، لأبي عبيد الأندلسي، تحقيق مصطفى السقا. ط ٣ لدار عالم الكتب ببيروت
٢٠٥. المعجم الوسيط، إعداد مجمع اللغة العربية بالقاهرة. ط ٢ لدار المعارف بالقاهرة ١٤٠٠ هـ.
٢٠٦. معرفة السنن والآثار، للبيهقي، تحقيق سيد كسروي حسن. نشر دار الكتب العلمية ببيروت. د.ت. .
٢٠٧. المعيار العرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقيا والأندلس والمغرب، للونشريسي، إخراج الدكتور محمد حجي وزملائه. طبع دار الغرب الإسلامي ببيروت ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م.
٢٠٨. معيد النعم ومبيد النقم، للسبكي. طبع دار الكتاب العربي بمصر ١٩٤٨ م.
٢٠٩. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، للطرابلسي. ط ٢ بمصر ١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣ م.
٢١٠. المغرب في ترتيب العرب، للمطرزي. طبع دار الكتاب العربي ببيروت. د.ت. .
٢١١. المغني، لابن قدامة الحنبلي. ط ١ لدار الفكر ببيروت ١٤٠٥ هـ.
٢١٢. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للخطيب الشربيني، النشر دار الفكر ببيروت. د.ت. .
٢١٣. الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، للشيخ علي الخفيف. طبع دار النهضة العربية بمصر ١٩٩٠ م.
٢١٤. المملكة العربية السعودية وحقوق الإنسان، للأستاذ عزت مراد. ط ١ بالرياض ١٤٢٢ هـ / ٢٠٠١ م.
٢١٥. منتهى الإيرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، لابن النجار. مطبعة السنة المحمدية بمصر ١٣٨١ هـ / ١٩٦١ م.
٢١٦. منهاج الطالبين، للنووي. مطبوع مع حاشية القليوبي، فانظره هناك.
٢١٧. الموافقات في أصول الفقه، للشاطبي، تحقيق عبد الله دراز. نشر دار المعرفة ببيروت. د.ت. .
٢١٨. الموطأ، للإمام مالك، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. نشر دار إحياء التراث العربي بمصر. د.ت. .
٢١٩. موقع إدارة شؤون الإعلام بالأمم المتحدة على الشبكة العنكبوتية.
٢٢٠. موقع حقوق الإنسان في الدول العربية على الشبكة العنكبوتية.
٢٢١. الموسوعة البريطانية (في الجزء ١٤ عن السجن) ط ١٥ للعام ١٩٧٤ م.
- . ن .
٢٢٢. نظام الشرطة في الإسلام إلى أواخر القرن الرابع الهجري، للدكتور محمد الشريف الرحموني. طبع الدار العربية للكتاب بتونس
٢٢٣. نظرية العود إلى الجريمة، للدكتور أحمد علي مجدوب. مقال منشور في ص ٢٨ من مجلة الوعي الإسلامي الكويتية في عدد شهر ذي القعدة ١٣٩٣ هـ / نوفمبر ١٩٧٣ م.
٢٢٤. النقاية في شرح الهداية، للعيني. طبع دار الفكر ببيروت ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م.
٢٢٥. النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير. تحقيق طاهر أحمد الزاوي وزميله. نشر المكتبة العلمية ببيروت
٢٢٦. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للرملي، نشر دار الفكر للطباعة ببيروت ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م.
٢٢٧. نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، للشوكاني. طبعة دار الجيل ببيروت ١٩٧٣ م. والطبعة ٣ بالقاهرة
- . ه .
٢٢٨. الهداية شرح بداية المبتدي، للمرغيناني. ط ١ للمطبعة الخيرية بمصر ١٣٢٦ هـ.
- . و .
٢٢٩. الوزراء والكتاب، للجهشياري، تحقيق الأبياري وزملائه. مطبعة الباوي الحلبي بمصر ١٤٠١ هـ / ١٩٨٠ م.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار رقم ١٩١ (٢٠/٦)

بشان

حقوق المسجون في الفقه الإسلامي

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهراڤ (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من ٢٦ شوال إلى ٢ من ذي القعدة ١٤٣٣هـ، الموافق ١٣ - ١٨ سبتمبر (أيلول) ٢٠١٢م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى أمانة المجمع في موضوع: **حقوق المسجون في الفقه الإسلامي**، واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،

يوصي مجلس المجمع بما يأتي:

- (١) أن تقوم أمانة المجمع بوضع مشروع وثيقة لحقوق السجناء بالتعاون مع الخبراء من الدول الأعضاء.
- (٢) أن يتولى الإشراف على السجون في كل دولة جهة مستقلة ترعى حقوق السجناء، مع السعي الحثيث لمراقبة السجون وعقاب من يعتدي على تلك الحقوق.
- (٣) قيام مختلف الدول الإسلامية ببناء السجون وفقاً لأنظمة تراعي حقوق الإنسان وكرامته، وأن يتضمن تصميمها كافة الوسائل التي تضمن سلامة السجناء وتكفل حقوقهم.
- (٤) عدم تقييد حرية الأشخاص إلا بموجب حكم قضائي يصدر وفق الضمانات القضائية التي تحقق العدالة وتجنب الظلم والتعسف.
- (٥) العناية بالجوانب الاقتصادية للسجناء وتأهيلهم وتدريبهم على حرف مفيدة يستفيدون منها أثناء قضاء مدة العقوبة وبعد انتهائها مع كفالة أجر عادل مقابل ما يقومون به من أعمال.

- (٦) كفالة حق المسجون في اللقاء الاجتماعي مع أسرته وأصدقائه المعروفين بالاستقامة، والسماح بتنظيم لقاءات بين الزوج وزوجته، مع المحافظة على خصوصيتهما.
- (٧) كفالة جميع الحقوق التي قررتها الشريعة للسجناء، ومن ذلك حقهم في المأكل المناسب والملبس اللائق ودورات المياه النظيفة، مع تمكين السجناء من الطهارة.
- (٨) تمكين السجناء من ممارسة شعائرهم الدينية بحرية مع الاهتمام بتعليمهم بشكل عام، والتركيز على التعليم الديني، وتيسير تواصلهم في داخل السجون مع الوعاظ والمرشدين.
- (٩) الحد من العقوبات السالبة والمقيدة للحرية ما أمكن ذلك، بالاستعانة بالعقوبات البدنية والعقوبات البديلة للسجن؛ لتجنب النتائج السلبية لتقييد الحرية.
- (١٠) عدم التوسع في الحبس الاحتياطي والاعتقال وغيره من صور التوقيف التي تلجأ إليها الدول دون حكم قضائي مع سن التشريعات الكافية التي تضمن حقوق الأشخاص المطلوب القبض عليهم، ووضع حد زمني أقصى للحبس الاحتياطي.
- (١١) سن تشريعات في مختلف الدول الإسلامية لتعويض السجناء الذين تُثبت براءتهم، وكذلك تعويض السجناء المعتدى عليهم، مع محاسبة المسؤولين عن الإساءات.
- (١٢) تنظيم دورات للسجناء والمسؤولين عن السجون للتعريف بحقوق كل منهم وواجباته والتبنيه لكل مقصر أو مخالف على ما يمكن أن يلحق به من عقوبات جراء تقصيره عن أداء مسؤولياته.

والله أعلم



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

عقوبة الإعدام في النظر الإسلامي

إعداد

أ.د خليفة بابكر الحسن

أستاذ جامعي وخبير أول بمعلمة القواعد الفقهية والأصولية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلي آله وصحبه أجمعين ، وبعد
فهذا بحث عن "عقوبة الإعدام في النظر الإسلامي" أعدته لمجمع الفقه الإسلامي في دورته العشرين .

وقد جعلت بحثي في:

- (١) **تمهيد** عن : عقوبة الإعدام مع دراسة تاريخها من حيث النشأة والتطور .
- (٢) **مبحث أول** عن " الجرائم التي تطبق فيها عقوبة الإعدام مع المقارنة بالشرعية الإسلامية ."
- (٣) **مبحث ثان** عن " تنفيذ الإعدام من حيث الوسائل والأدوات مع المقارنة بالشرعية الإسلامية ."
- (٤) **مبحث ثالث** عن " عقوبة الإعدام بين الإبقاء والإلغاء وعقوبة الإعدام وحقوق الإنسان في الشريعة والقانون ."
- (٥) **الخاتمة والتوصية.**

أسأل الله التوفيق فيما أنا بصدده ، كما أسأله أن يجعل جهدي في حسناتي يوم الدين ﴿ يَوْمَ لَا يَنْفَعُ مَالٌ وَلَا بَنُونَ ﴾ إِلَّا مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ ﴿ صدق الله العظيم .

أ.د خليفة بابكر الحسن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تمهيد عن: " عقوبة الإعدام مع دراسة تاريخها من حيث النشأة والتطور "

الإعدام في اللغة مصدر أعدم، والإثم العدم وهو فقدان الشيء وذهابه وغلب على فقد المال وقتله وعدمه^(١). وفي الاصطلاح القانوني هو ضرب من العقوبات البدنية تعمد إلى إزهاق روح المحكوم عليه، وإحالتها إلى العدم باستئصاله واستبعاده من أفراد المجتمع على نحو نهائي لا رجعة فيه^(٢)، وينتقد الدكتور محمود السقا - وهو من فقهاء القانون- لفظة الإعدام ويرى استبدالها بعقوبة الموت^(٣).

في القرآن الكريم ورد ما يقابل هذه العقوبة بلفظ القتل كما في قوله تعالى: ﴿ فَلَمَّا أَنْ أَرَادَ أَنْ يَبْطِشَ بِالَّذِي هُوَ عَدُوٌّ لَهُمَا قَالَ يَا مُوسَى أَتُرِيدُ أَنْ تَقْتُلَنِي كَمَا قَتَلْتَ نَفْسًا بِالْأَمْسِ إِنْ تُرِيدُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ جَبَّارًا فِي الْأَرْضِ وَمَا تُرِيدُ أَنْ تَكُونَ مِنَ الْمُصْلِحِينَ ﴾^(٤).

وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذِكُمْ وَصَاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴾^(٥).

وقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾^(٦).

وفي حديث الرسول ﷺ: "إذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته"^(٧).

هذا مع ملاحظة أن المصطلح في الفقه الإسلامي يختلف باختلاف الجريمة المعاقب عليها فهو في القتل العمد القصاص، وفي الحرابة القتل وتتضح مجاري هذه التقسيمات فيما هو آت إن شاء الله.

(١) لسان العرب ابن منظور مادة "عدم".
(٢) زياد على "عقوبة الإعدام بين الإلغاء والإبقاء" ص ١٣ منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية ليبيا الطبعة الأولى ١٩٨٩م.
(٣) د.محمود السقا فلسفة عقوبة الإعدام، وعقوبة الإعدام بين الإلغاء والإبقاء، مرجع سابق هامش ص ١٣.
(٤) القصص آية ١٩
(٥) الأنعام آية ١٥١
(٦) المائدة آية ٣٣
(٧) الحديث في الأربعين النووية.

ومن هنا فقد نخلص إلى أن هذا المصطلح "عقوبة الإعدام" مصطلح غير دقيق، وتغلب عليه النزعة المادية بتركيز النظر فيه على الاستئصال والاستبعاد من أفراد المجتمع من غير النظر فيه إلى نتيجته الطبيعية وهي الموت أو القتل^(١). والله أعلم.

أما تاريخ هذه العقوبة فيمتد إلى فجر البشرية عندما قتل قابيل أخاه هابيل قال تعالى: ﴿وَأْتَلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنَيْ آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتُقْبِلَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَّلْ مِنَ الْآخَرِ قَالَ لَأَقْتُلَنَّكَ قَالَ إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ * لئن بَسَطْتَ إِلَىٰ يَدِكَ لِتَقْتُلَنِي مَا أَنَا بِبَاسِطٍ يَدِيَ إِلَيْكَ لَأَقْتُلَنَّكَ إِنِّي أَخَافُ اللَّهَ رَبَّ الْعَالَمِينَ * إِنِّي أُرِيدُ أَنْ تَبُوءَ بِإِثْمِي وَإِثْمِكَ فَتَكُونَ مِنْ أَصْحَابِ النَّارِ وَذَلِكَ جَزَاءُ الظَّالِمِينَ * فَطَوَّعَتْ لَهُ نَفْسُهُ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ فَأَصْبَحَ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾^(٢). كما ورد ذكرها في التوراة عن جرائم القتل والاغتصاب والزنا وبعض الجرائم الدينية كالسحر وعبادة الأوثان، وبعض الجرائم الجنسية المختلفة^(٣) وعلي صعيد صعيد الواقع فقد كانت هذه العقوبة في المراحل الأولى من مراحل حياة البشرية تابعة للقوة البدنية المباشرة وكان الفرد هو قاضي نفسه في ذلك، وحينما انضم الأفراد في شكل جماعات غدا الاعتداء على الفرد اعتداء على الجماعة، وترتب على ذلك قيام الجماعة بنصرة المجني عليه والانتقام له من الجاني وجماعته مع ملاحظة أن المحافظة على كيان الجماعة أوجب التمييز بين سلوك الفرد داخل الجماعة وكان حكمه القصاص من الجاني إذا استتكرت الجماعة فعله، أما خارج الجماعة فقد كان الاعتداء لا يشكل - في حد ذاته - جريمة لأن السلب كان مسلماً متبعاً جالباً للفخر عوضاً عن أن يستأهل العقوبة كما كان الانتقام واجباً تحتّمه المروءة^(٤).

وقد انعكست هذه العقوبة في الفلسفات والقوانين القديمة إذ عرفها قدماء "الإغريق" عقوبة لجريمة القتل العمد كما عاقبوا بها الخونة والسحرة والنساء سيئات السلوك، ورغم ما كان عليه حكماء الإغريق وفلاسفتهم من دعوة لحرية الفكر إلا أن هذا لم يحل بينهم وبين تأييد عقوبة الإعدام والمناداة بها كما في تعاليم سقراط وأفلاطون^(٥).

وفي مصر الفرعونية عرفت عقوبة الإعدام بقيام الدولة الموحدة على يد الملك "ميناء" وكانت تطبق على الجرائم العامة وهي جرائم الاعتداء على أمن الدولة، وجرائم الاعتداء على الآلهة، وعلي الجرائم الخاصة كالقتل العمد، وقد كانت تمتد عندهم إلى شاهد

(١) د.علي إبراهيم حمو، "عقوبة الإعدام دراسة تحليلية مقارنة مع التركيز على السودان" ص ٢ الطبعة الثالثة ١٩٩٩م.

(٢) المائة الآيات ٢٧، ٢٨، ٢٩، ٣٠

(٣) د.عمار عباس كاظم، "وظائف العقوبة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" ص ١١٥ رسالة دكتوراه مخطوطة جامعة النهرين بالعراق كلية الحقوق.

(٤) د.محمد عبد اللطيف عبد العال، "عقوبة الإعدام دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية" ص ٣ طبعة دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٩م.

(٥) د.عمار كاظم، "وظائف العقوبة" مرجع سابق ص ١١٥، د.محمد عبد اللطيف عبد العال "عقوبة الإعدام دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية" مرجع سابق ص ٣٠.

الزور الذي تؤدي شهادته إلى إعدام بريء كما كانت عقوبة الزنا أن تحرق المرأة حية، وفي مرحلة لاحقة استبدلت بتشويه المرأة الزانية بجذع أنفها^(١). وفضلاً عن ذلك فقد عرفت هذه العقوبة أيضاً في القوانين العراقية كقانون "اشنونا" وقانون حمورابي^(٢)، وفي الجملة فإن الفلسفات والشرائع القديمة عرفت عقوبة الإعدام مع تفاوت بينها فيه فبعضها تقتصره على جرائم أمن الدولة والجرائم الخاصة، وبعضها يتبالغ فيه حتى يطال شهادة الزور، وبعضها الآخر يمتد به إلى جرائم خطف الأطفال والمساعدة في هروب الرقيق خارج المدينة ومن يخفي مغتصب فتاة مخطوبة دون رضاها، ومن يعجز عن إقامة الدليل الشرعي على حيازة أموال يعتقد أنها مسروقة^(٣) وكانت الوسائل التي تنفذ بها عقوبة الإعدام مختلفة تشمل الإعدام بالخازوق، والحرق، والصلب، وإلقاء المحكوم عليه من فوق الصخور أو دفعه للحيوانات المفترسة أو إلقائه في الزيت المغلي أو بالسسم أو تمزيق الجسم والضرب بالفأس والتعليق بالحبل والرمي بالسهم وغير ذلك من الصور البشعة الشنيعة.

وفيما وراء ذلك كانت تصحب هذه العقوبات أحياناً الشعائر والطقوس الدينية للإشعار بأن الحكم إنما يأتي وحيّاً من عند الآلهة. كما أن هذه العقوبة كانت تدور بين الاعتداء على أمن الدولة أو الآلهة وبين السحر والشعوذة والجرائم الجنسية كما تقدم عرضه، وأن بعضها كان يتسم بالشدّة والقسوة وكانت هذه أظهر ما تكون في حالة الاعتداء على الدولة أو التمرد عليها، وحالة الاعتداء على الآلهة، والمساس بالمقدسات الدينية، وفي بعض الأحوال على جرائم الزنا الخاصة بالملكات. ولم يتخل نظام عقوبة الإعدام عن حاله في المراحل اللاحقة إن لم يزد سوءاً ففي العصور الوسطى التي اتسعت فيها سيطرة الإقطاع في أوروبا تمازج الحكم السياسي بالطابع الديني وسيطرة الكنيسة والكهنوت فكانت عقوبة الإعدام هي السيف المسلط لقمع المعارضين وإرهاب الخصوم تدعيماً لسلطان الكنيسة والإقطاع؛ ولهذا كان الغالب على الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام الجرائم الدينية التي تهدف إلى تدعيم سلطان الحاكم وحمايته، وإضفاء القدسية الدينية على أحكامه وتصرفاته، ولهذا امتدت هذه العقوبات إلى الموتى، وبالغت في الإسراف في التعذيب حتى شمل لدغ الحشرات والذباب القاتل بطريقة قادت إلى أن يكون في الإعدام تسلية شعبية كبيرة، وقد عرف في هذا الصدد عن الملك هنري الثامن أنه شهد تنفيذ إعدام أكثر من (٧٢٠٠٠) شخصاً كما حكم به في إنجلترا على ثلاثة أطفال لم تتجاوز أعمارهم الحادية عشر لسرقتهم زوج حذاء، وحكم على آخر لم يبلغ الثالثة عشر من العمر لإدانته باقتحام منزل وسرقة ملعقة، ويذكر في هذا الصدد أن القانون الإنجليزي

(١) د. محمد عبد اللطيف عبد العال، "عقوبة الإعدام"، مرجع سابق ص ١٨... الطبعة الأولى مطبعة العاني بغداد ١٩٧٢م ص ٢١٤.

(٢) د. هاشم الحافظ، "تاريخ القانون" الطبعة الأولى مطبعة بغداد ١٩٧٢م ص ٢١٤ ووظائف العقوبة ص ١١٩.

(٣) وظائف العقوبة ص ١١٩.

لسنة ١٨٧٠م تضمن أكثر من (٣٥٠) جريمة يعاقب عليها بالإعدام ولم يكن شأن "فرنسا" في هذا الصدد خيراً من إنجلترا إذ أنها عمدت قبيل الثورة الفرنسية إلى تدعيم سلطانها السياسي بالمظهر الديني، ومن صور ذلك حكمها على شاب في الثامنة عشر من عمره بقطع لسانه من جذوره وبتر يده على باب الكنيسة ثم حرقه حياً على نار هادئة لاتهامه بإهانة الدين^(١).

وفي هذا المجال نشأت في هذا العصر محاكم التفتيش والإعدام في الجرائم الدينية التي نظمتها الكنيسة والتي كان يمثل أمامها كل من حامت الشبهات حول عقيدته الكاثوليكية، وكانت تمارس وسائل قاسية في التعذيب والإعدام للحد الذي أفضى إلى إفراد وسائل هذا التعذيب بمؤلفات خاصة^(٢). وفي كل الأحوال فقد عجلت هذه المظالم بعهد "التتوير" الذي بدأ في إطار جهود الفلاسفة والمفكرين المصلحين الذين نددوا بهذه العقوبات وقسوتها وبشاعتها، والتوسع فيها مع المناداة بحرية الإرادة وضرورة الإصلاح، وأعقب ذلك أن خفضت حالات الإعدام إلى اثنين وثلاثين حالة فقط بعد أن كانت أكثر من "١١٥" حالة، وتوالت التعديلات على القوانين الأوروبية في هذا الصدد حتى وصلت إلى المناداة بإلغاء عقوبة الإعدام^(٣). ودارت في هذا الإطار حوارات عنيفة سوف نتناولها في مكان لاحق في إطار تناولنا للقضية برمتها مع الإشارة والتبنيه هنا إلى أن هذا المدخل التاريخي قصد منه في الأساس:

(١) الكشف عن طبيعة عقوبة الإعدام ومسوغاتها في الحضارة الإنسانية وبخاصة الحضارة الغربية والتي انتهت أخيراً إلى محاولات إلغاء هذه العقوبة بل وألغائها بالفعل في بعض البلدان كما سوف يأتي بيانه، وأن الأمر في جملته لا يعدو أن يكون ردود أفعال لتاريخ قديم، ولمظاهر قسوة بشعة تآزرت فيها الكنيسة مع السلطات الحاكمة حماية لها وإضفاء للقدسية على تصرفاتها وأفعالها، وبذلك قادت المفكرين والفلاسفة إلى اتجاهات ما كان لها أن تكون لو كانت بواعث هذه الحضارة ومنطلقاتها سليمة ومتوازنة ومتسقة مع الفطرة السليمة.

(٢) قيام النظام الأنجلو ساكسوني وبخاصة النظام الإنجليزي على تقدير القضاة ، وتقدير القضاة في عمومهم قد يفوته الانضباط لعدم وحدة المعيار الذي يتم الاحتكام إليه في هذا الصدد، فضلاً عن أن الاستئناس بالسوابق القضائية وهي سوابق قد تتسم بنوع من التوسع في عقوبة الإعدام قد يؤدي بدوره - هو الآخر - إلى كثرة تلك الحالات.

(١) أ.د محمد نجيب حسني "القانون الجنائي القسم العام" هامش ص ٦٩١
(٢) د.محمد عبد اللطيف عبد العال "عقوبة الإعدام دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية" مرجع سابق ص ٤٥.
(٣) وظائف العقوبة ص ١١٨.

(٣) تراوح دوافع وموجبات عقوبة الإعدام في الحضارة الغربية بين القضايا الغيبية كالسحر والشعوذة، والاتجاهات الدينية الكنسية الممعة في التطرف أحياناً، والإقطاع الذي تحمله رغباته على التسلط والإرهاب اللذين تمليها طبيعته وبين الرغبات البشرية الطبيعية التي ينتهي بها واقعها إلى مجاهل الشذوذ والانفلات.

(٤) الانقسام الفكري والأيدلوجي الذي ساد العالم- فيما بعد- بفعل انشطاره إلى اتجاهين: اتجاه رأسمالي يركز على الفرد والاستجابة المطلقة لرغباته في الحرية السياسية والشخصية، ونظام اشتراكي يركز على الجماعة وحمايتها متجاوزاً- في سبيل ذلك- حقوق الفرد أحياناً، وفي هذا الصدد ركزت القوانين الجنائية الروسية- في بعض مراحلها- على حماية طبقة العمال "البرولتاريا" فقضت بعقوبة الإعدام على رجال ونساء الطبقات البرجوازية إذا ما رفضوا العمل الإجباري كما أكثر من مقادير عقوبة الإعدام ذات الطابع السياسي والاقتصادي^(١).

(١) د.محمد عبد اللطيف عبد العال، "عقوبة الإعدام في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية" ص٢٩٨.

المبحث الأول

الجرائم التي تطبق فيها عقوبة الإعدام مع المقارنة بالشريعة الإسلامية

تتمثل الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة الإعدام في التشريعات الجنائية المعاصرة عموماً في:

أولاً : جرائم الاعتداء على الحياة:

القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد، الحريق العمد إذا أفضى إلى الوفاة ، قتل الأصول، قتل الوليد بعد ولادته مباشرة إذا تم القتل مع سبق الإصرار، القتل بالسم، القتل بقصد تسهيل السرقة أو الإفلات من العقاب، القتل بوحشية، قتل موظف عام أثناء الخدمة أو بسببها، القتل العمد من محكوم عليه بالسجن المؤبد، القتل العمد أو المرتبط بجناية أو جنحة أخرى ، القتل بسبب شهادة الزور ، التحريض لفاقد الأهلية أو ناقصها على الانتحار. هذا مع ملاحظة أن هذه الجرائم يتراوح وضعها وضبطها بين قانون وآخر، من حيث أن بعض القوانين تنزل ببعضها إلى ما هو أقل من الإعدام، وإن بعضها ترتفع بها إلى عقوبة الإعدام مع إقرار الجميع على تقرير عقوبة الإعدام بشأن الاعتداء الكامل على الحياة مما يجعل الاختلاف اختلافاً في التفاصيل، هذا مع ملاحظة أن القوانين العربية لا تختلف في هذا المبدأ عن القوانين الغربية^(١).

ثانياً: جرائم الاعتداء على المصلحة العامة:

الجرائم ضد المصلحة العامة أو جرائم الاعتداء على المصلحة العامة في جملتها جرائم تمس المصلحة العامة في جوانبها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، ويمكن تقسيمها - في إطار طبيعتها - إلى ما يمس المصلحة العامة من جهة الخارج، وما يمسها من جهة الداخل، أما ما يمسها من جهة الخارج فيتمثل في:

(١) حمل السلاح ضد الدولة في صفوف العدو:

عقوبة الإعدام على هذه الجريمة تنص عليها غالب التشريعات العربية على أن بعضها تجعل العقوبة اختيارية بين الإعدام أو السجن المؤبد مدى الحياة^(٢).

(٢) التخابر مع دولة أجنبية ضد الوطن:

وهذه العقوبة تنص عليها غالب التشريعات العربية أيضاً إلا أن بعضها تجعل العقوبة اختيارية بين الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة في حين تتجه بعضها إلى اشتراط إفضاء ذلك التخابر إلى نتيجة كما أن بعضها تشترط نشوب الحرب نتيجة لهذا التخابر.

(١) محمد عبد اللطيف عبد العال، عقوبة الإعدام دراسة مقارنة ص ٣٠٩ - ٣٢١
(٢) انظر هذا التفصيل في عقوبة الإعدام دراسة مقارنة "مرجع سابق" ص ٣١٠ - ٣٣٨.

وأن بعضها تفرق بين حالتي السلم والحرب في ذلك، وأن بعضها تقرر عقوبة أقل من الإعدام في حالة السلم.

(٣) تسهيل دخول العدو للبلاد:

وهذه العقوبة تتفق فيها التشريعات العربية.

(٤) إتلاف وسائل الدفاع:

ورصد عقوبة الإعدام لهذه الجريمة تذهب إليه بعض التشريعات العربية في حين تتجه معظمها إلى رصد عقوبة أقل من الإعدام وأن بعضها تشترط أن يكون ذلك في حال الحرب دون حال السلم وأن بعضها تسوي بين الحالتين ، كما أن بعضها يجعل العقوبة خيارية بين الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة .

(٥) تحريض الجنود زمن الحرب على الالتحاق بالعدو:

وهذه العقوبة تنص عليها معظم التشريعات العربية.

(٦) جمع الجنود بقصد غزو دولة أجنبية:

وهذه العقوبة دائرة بين الإعدام والسجن المؤبد ووردت في القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٧٣ .

(٧) إضعاف الروح المعنوية للجيش أو الشعب:

وعقوبة الإعدام على هذه الجريمة تقرها معظم التشريعات العربية ولا تفرق في ذلك بين حالتي السلم والحرب في حين تذهب بعضها إلى أن يكون ذلك في زمن الحرب دون السلم.

(٨) الحصول على أسرار الدفاع بقصد إفشائها أو إتلافها أو تسليمها لدولة أجنبية أو

معادية:

وهذه العقوبة متفق عليها في التشريعات العربية.

(٩) الإخلال في تنفيذ العقود المبرمة مع الحكومة بقصد الإضرار بالدفاع عن البلاد زمن

الحرب:

تقرر عقوبة الإعدام على هذه الجريمة معظم التشريعات العربية على أن بعضها قد تشترط أن يؤدي الإخلال في التنفيذ إلى التأثير على نتائج العمليات الحربية.

(١٠) المساس باستقلال البلاد أو وحدتها أو سلامة أراضيها:

وتنص على هذه الحالة استقلالاً بعض القوانين العربية ، وتدمجها أخرى مع مثيلاتها كما تخير بعض التشريعات في هذا الصدد بين الإعدام والإشغال الشاقة المؤبدة، والأشغال المؤقتة إذا اقتصر الجاني على التحريض بوسائل النشر فقط وقد تشترط بعضها أن يكون الإعدام في حال الحرب لا السلم.

وما يمسهها من جهة الداخل فيتمثل في:-

(١) الاعتداء على الحاكم أو سلامته الشخصية أو صلاحياته، وهذه النقطة قد تنفرد بها بعض التشريعات العربية دون غيرها.

(٢) الاعتداء على الدستور ونظام الحكم في البلاد: وهذه الحالة تتفق عليها التشريعات العربية.

(٣) اغتصاب السلطات السياسية أو القيادة العسكرية أو التمسك بها مخالفة لأوامر الحكومة، والتشريع في نوع هذه الحالة تأخذ به بعض التشريعات العربية دون غيرها.

(٤) التمرد في القوات النظامية: والتشريع في هذا الشأن يرد في بعض التشريعات العربية دون غيرها.

(٥) العصيان المسلح ضد سلطة الدولة: العقوبة بالإعدام على هذا الصنيع تأخذ به بعض التشريعات العربية على أن بعضها الآخر يشترط في ذلك أن يترتب على التحريض صدام مسلح فعلي بين قوات الدولة.

(٦) الاعتداء على جماعة من الناس أو عرقلة تنفيذ القوانين بالسلاح أو الشروع في احتلال المباني والمرافق العامة بالقوة. وهذه العقوبة توجد في بعض التشريعات العربية.

وتتبع عقوبات الإعدام السالف ذكرها عقوبات الإعدام الماسة بالمصلحة العامة الاجتماعية والاقتصادية، حيث تقرر بعض التشريعات العربية عقوبات الإعدام في حالات:

القتل جزافاً والتخريب والتدمير، الحرق أو الهدم أو التخريب للمنشآت العامة بمتفجرات، الفتنة الطائفية والحرب الأهلية، نشر الأوبئة وتلويث المياه والأطعمة إذا أفضى إلى موت شخص أو أكثر، تزيف العملة أو تزويجها، تزعم عصابات الاعتداء على المصالح العامة أو الجماعة من الناس^(١).

وفيما يتصل بهذا النوع الأخير من جرائم الإعدام وهو جرائم الاعتداء على المصلحة العامة قد نلاحظ الآتي:

(١) أن هذه الجرائم يقل عددها في البلدان التي تأخذ بالنظام الرأسمالي عن تلك التي تأخذ بالنظام الاشتراكي عالمياً.

(٢) أن بعض التشريعات العربية قد تتوسع في هذا النوع فتقرب في ذلك من دول النظام الاشتراكي.

(٣) أن بعض التشريعات العربية تدخل في تفصيلات في هذا النوع قد لا يسعف الزمن ولا يساعد في تطبيقها بل يتجاوزها في بعض الأحوال بفعل التغيرات السياسية الكثيرة

(١) راجع الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٩٢، والتشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ عبد القادر عودة ص ٦٦/١.

التي تجتاح هذا العالم مما يستدعي أن يقف المتخصصون وأصحاب الشأن لدراسة هذه الظاهرة ورفع التفاصيل التي من شأنها الدخول تحت طائلة التغيير لتعالج بأوامر مؤقتة تتفق مع طبيعتها والله أعلم.

ولعل هذه الملاحظات الأخيرة خير مدخل للحديث عن الجرائم التي تطبق فيها عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية التي جاءت عن الشارع الحكيم نقية طاهرة، لا يشوبها اختلاف البشر، ولا تتقاذفها أهواؤهم ولا تحيط بها تناقضاتهم. وحينما نأتي إلى هذا المفصل من الحديث نجد أن نظام الفقه الإسلامي يقوم على تقسيم الجرائم إلى:

(١) جرائم الحدود.

(٢) جرائم القصاص والديات.

(٣) الجرائم التعزيرية^(١).

وعقوبة الإعدام تدخل في بعض جرائم الحدود، وفي القصاص، وفي بعض الجرائم التعزيرية هذا مع ملاحظة اختلاف المصطلحات والتقسيمات بين الشريعة والقانون الوضعي في هذا الصدد، ونبدأ ذلك بأن الفقهاء يستخدمون مصطلح الجنائية عوضاً عن مصطلح الجريمة وهي اسم لفعل محرم شرعاً سواء وقع الفعل على النفس أو المال أو غير ذلك^(٢).

وهذا التعريف يأتي بشيء من التوسع وإلا فإن بعضهم يطلق الجنائية على خصوص الأفعال الواقعة على نفس الإنسان وأطرافه وهي القتل والجراح، وبعضهم يطلقها على جرائم الحدود والقصاص^(٣). وفي كل الأحوال فإن عقوبة الإعدام تدخل في بعض جرائم الحدود، وفي القصاص وفي التعازير على النحو الآتي:

أولاً: عقوبة الإعدام في جرائم الحدود:

الحدود جمع حد، والحد هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى^(٤)، وهي: ١- حد السرقة، ٢- حد القذف، ٣- حد شرب الخمر، ٤- حد الردة، ٥- حد الزنا، ٦- حد الحرابة والبغي.

والحدود التي تجري فيها عقوبة الإعدام منها هي حد الزنا والردة والحرابة والبغي، أما حد الزنا فيكون بالجلد مائة جلدة للزاني البكر، أما الثيب فحده الرجم الثابت

(١) المرجع السابق.

(٢) راجع التشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ عبد القادر عودة: ٦٧/١.

(٣) راجع البحر الرائق ٢٨٦/٨، وتبصرة الحكام ٢١/٢، والتشريع الإسلامي ٦٧/١.

(٤) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ١٦٣/٣.

بقوله ﷺ : ((لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة)) (١) .

وغيره من الأحاديث وبالسنة العملية الثابتة في هذا الصدد. كما أن الرجم ورد في القرآن الكريم ونسخ لفظه وبقي حكمه كما يشير إلى ذلك حديث ابن عباس الذي جاء فيه " وأنزل عليه الكتاب فكان مما أنزل فيه عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها وعقلناها فرجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده" (٢) ، ولا بد من الإشارة إلى أن الخوارج يرون أن حد الزنا الجلد مطلقاً ، ويأخذ بذلك الكتاب المحدثون . وحد الردة يكون بالقتل لقوله ﷺ : « لا يحل دم أمريء مسلم إلا بإحدى ثلاث » ، ومنها « التارك لدينه المفارق للجماعة » ، وقوله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » (٣) .

وحد الحرابة ثابت بقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ (٤) .

على أنه لا بد من الإشارة هنا إلى أن العقوبات الواردة في الآية مقسمة بحسب ما يقع من الجاني والجناة وهذا رأي جمهور الفقهاء كما يذهب آخرون إلى أن هذه العقوبات على التخيير، ويجوز للإمام أن يختار ما يراه من بينها حسب حالة الجاني أو الجناة ودرجة خطورتهم (٥) .

ثانياً: عقوبة الإعدام قصاصاً:

القصاص في اللغة هو تتبع الأثر والمماثلة، وقد استعمل في معنى العقوبة لأن المقتص يتبع أثر جنائية الجاني فيجرحه بمثلها وهو المماثلة أي مجازاة الجاني بمثل فعله (٦) . ويكون في الجنائية على النفس والجنائية على ما دون النفس ، قال تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ (٧) .

ويهمنا هنا القصاص في الجنائية على النفس لأنه هو الذي يقابل عقوبة الإعدام في القوانين الوضعية كما أنه يدخل في باب الجرائم الخاصة في مقابل الجرائم العامة المتعلقة

(١) الحديث رواه البخاري في الدييات ؛ ومسلم في القسامة ؛ وأبو داود في الحدود؛ والترمذي والنسائي في التحريم ؛ والدارمي في السير ؛ والإمام أحمد في مسنده .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي والحديث متفق عليه.

(٣) الحديث رواه البخاري في الجهاد ؛ وأبو داود والترمذي وابن ماجه في الحدود ؛ والنسائي في التحريم ؛ والإمام أحمد في مسنده .

(٤) المائدة آية ٣٣ .

(٥) أد. وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته ٥٦٤٧/٧ .

(٦) المرجع السابق ٥٦١/٧ ؛ وأحمد فتحي بهنسي "القصاص في الفقه الإسلامي" ص ١١ ، طبعة الشركة العربية للطباعة والنشر ١٩٨٤ .

(٧) المائدة : ٤٥

بالمصالح والأنظمة والسياسات العامة. والجنائية على النفس التي يكون عقوبتها القصاص هي القتل، وتعريفه أنه هو القتل المزهق للنفس أو المميت ، أو ما تزول به الحياة^(١) . وهو ثابت في الشريعة الإسلامية بأدلة قطعية الثبوت والدلالة في القرآن الكريم منها قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾^(٢) . وقوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾^(٣) . وأكدت ذلك السنة النبوية: " لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة"^(٤) .

وفيما وراء ذلك فقد كان القصاص مقرراً في الشرائع السماوية السابقة إذ حكي القرآن الكريم ذلك عن التوراة بقوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾^(٥) .

ولعله من الجدير بالتنويه إليه أن هذه العقوبة لم تأت في الإسلام مجردة عن زواجر أخرى إذ نص القرآن الكريم على العذاب الأخروي للقاتل عمداً في قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَكَعَنَتْهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾^(٦) .

بل وجعل قتل النفس بمثابة قتل الناس جميعاً ، قال تعالى : ﴿ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ ، كما عدّه الرسول ﷺ من السبع الموبقات مع الشرك بالله، والسحر وشدد الرسول ﷺ في تحريمه فكان من وصاياه في حجة الوداع: "إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا"^(٧) . (١).وفوق ذلك فقد قرر التشريع الإسلامي حرمان القاتل من الميراث وجاء في ذلك حديث الرسول ﷺ " لا يرث القاتل شيئاً"^(٨) . والقتل الذي يجب فيه القصاص في الشريعة الإسلامية باتفاق الفقهاء هو القتل العمد ، والعدوان كالقتل بالسلاح ، وفي ذلك جاء حديث الرسول ﷺ : " العمد قود إلا أن يعفوا ولي الدم"^(٩) . وقد أعتد الفقهاء في إثبات العمد على الآلة المستعملة في القتل العمد باعتبارها دليلاً مادياً على توافر القصد، لأن

(١) رد المحتاج ٣/٤ ؛ والفقهاء الإسلامي وأدلته ٥٦١٣/٧.

(٢) البقرة : ١٧٨ .

(٣) البقرة: ١٧٩.

(٤) رواه الجماعة عن ابن مسعود رضي الله عنه .

(٥) المائدة : ٤٥ .

(٦) النساء: ٩٣.

(٧) متفق عليه بين البخاري ومسلم.

(٨) رواه أبو داود وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٩) رواه ابن أبي شيبة واسحق بن راهويه عن ابن عباس رضي الله عنهما.

القصد أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه إلا بدليل وهو استعمال الآلة القاتلة، ومن المقرر في أصول الفقه الإسلامي أن الأحكام تتاط بالعلل التي يشترطون فيها أن تكون ظاهرة ومنضبطة ومفضية إلى الحكمة المقصودة من تشريع الحكم^(١).

وللفقهاء بسط واسع في أنواع القتل عموماً، وقد اتفقوا على بعض حالات القتل العمد، وعلي حالة القتل الخطأ واختلفوا في حالات ثلاث، هي: القتل شبه العمد وما أجري مجري العمد، وما أجري مجري الخطأ، والقتل بسبب. كما بينوا أركان القتل العمد وهي أن يكون القتل آدمياً، حياً، معصوم الدم، وأن يحدث القتل نتيجة لفعل الجاني، وأن يقصد الجاني إحداث الوفاة. وفي كل الأحوال فإن اختلافاتهم في هذا الشأن مصدر ثراء للتقنين المعاصر في إطار تفاقم وكثرة الجرائم وتنوعها وحدوث أفضية جديدة لم يكن للأقدمين بها عهد أو تصور "تحدث للناس أفضية بقدر ما يحدثون من الفجور"^(٢).

ثالثاً: القتل في التعازير:

أصل التعزير في اللغة المنع، وأشتهر في التأديب والإهانة لما فيه من منع الجاني من معاودة الذنب، وفي اصطلاح الفقهاء هو "العقوبة المشروعة على معصية أو جناية لا حد فيها ولا كفارة"^(٣). (١). والعقوبة في جرائم التعزير موكولة للحاكم يقدرها حسب الجريمة وظروفها، وتتراوح العقوبة فيه في الفقه الإسلامي بين الجلد والضرب والحبس والوعظ، وقد ترتفع للقتل عند بعض الفقهاء إذ أجاز الحنفية والمالكية ذلك في حال تكرار الإجرام أو اعتياده أو الواقعة في الدبر "اللواط"، أو القتل بالمثل عند الحنفية ويسمونه بالحكم سياسة إذا رأى الحاكم المصلحة فيه، وكان جنس الجريمة يوجب القتل^(٤). (٢). وأجاز المالكية والحنابلة قتل الجاسوس المسلم إذا تجسس للعدو على المسلمين، ولم يجز أبو حنيفة والشافعي هذا الضرب من القتل كما جوزت طائفة من أصحاب الشافعي وأحمد وغيرهما قتل الداعية إلى البدع لمخالفة الكتاب والسنة، وقتل الجاسوس الحربي الكافر متفق عليه بين الفقهاء أما المعاهد والذمي ففيه خلاف، وكذلك من لم يندفع فساده في الأرض إلا بالقتل يقتل^(٥).

وفي كل الأحوال فإن التعزير الأصل فيه ألا يرتفع إلى القتل وإنما أجازته بعض الفقهاء استثناء من القاعدة العامة إذا اقتضته المصلحة العامة أو كان فساد المجرم لا يزول إلا بقتله كقتل الجاسوس، والداعي إلى البدعة ومعتادي الجرائم الخطيرة.

(١) راجع شروط العلة في باب القياس في كتب أصول الفقه الإسلامي.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ٥٦١٣/٧ - ٥٦٦٠.

(٣) المرجع السابق ٥٥٩١/٧

(٤) المرجع السابق ٥٥٩٤/٧

(٥) المرجع السابق ٥٥٩٥/٧

وترتيباً على ذلك فإن هذا النوع من القتل ينبغي عدم التوسع فيه لأنه ثبت استثناء من الأصل كما أن بعض ما ورد عن الفقهاء فيه يمكن رده إلى الحدود المقررة فالقتل بالمثل واللواط عند الحنيفة يرى المالكية والشافعية والحنابلة رد القتل بالمثل القصاص واللواط إلى حد الزنا كما يري بعض الفقهاء قتل الداعية إلى البدعة من باب الردة، أما من لا يندفع فسادَه في الأرض إلا بالقتل فيمكن دخوله في الحُرابة^(١).

ويؤيد عدم التوسع في عقوبة القتل تعزيراً أمران:

أولهما : مبدأ الشرعية وأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وأن النص ثابت في القصاص لا محالة، وفي الحدود المقررة الحُرابة والردة والبغي والزنا مع ملاحظة ما سلف فيها من خلاف في التفسير أحياناً، وفي الشروط والضوابط أحياناً أخرى .

وثانيهما : أن التعزير نفسه يعتبر وقاية للقصاص والحدود حماية لها؛ ولهذا ينبغي أن يدور في حدود وظيفته وألا يفسح المجال للتوسع فيه والله أعلم.

تعقيب:

وبناءً على هذا العرض للجرائم التي تطبق فيها عقوبة الإعدام في القانون الوضعي والشرعية الإسلامية نستطيع الوصول إلى نظرة الإسلام إلى عقوبة الإعدام من خلال ما يلي:

(١) إقرار الشرعية الإسلامية لمبدأ عقوبة الإعدام لاعتبارين:

أولهما: أن الشرعية الإسلامية طبقت عقوبة الإعدام في حدود الزنا والردة مع خلاف فقهي لا يمس المبدأ وإنما يتعلق بالضوابط والشروط، وفي الحُرابة والبغي مع اختلاف بين الفقهاء في التفسير أحياناً.

ثانيهما: أن الشرعية الإسلامية طبقت من الناحية الموضوعية القصاص- فيما يتعلق بالحق الخاص- كما طبقت عقوبة القتل في الحُرابة والبغي : وارتفعت ببعض التعازير إلى درجة القتل فيما يمس قضايا المصالح العامة.

(٢) أن الاتجاه إلى إلغاء عقوبة الإعدام لا يتفق مع أحكام الشرعية الإسلامية :

لأن القصاص ثابت بنصوص قطعية الورود والدلالة، والحُرابة أيضاً كما أن الخلاف في الحُرابة والبغي اختلاف في التفسير وليس اختلافاً في المبدأ، وأن حد الزنا ثابت في القرآن الكريم حكماً لا لفظاً وأن السنة العملية في زمن الرسول ﷺ ومن بعده الصحابة ، رضوان الله عليهم ، قد شرعته إما استقلالاً أو تأكيداً . على أنه لا بد من أن يتم في إطار شروطه و ضماناته وهي شروط و ضمانات وافية ودقيقة محوطة بانقلابه إلى حد آخر هو حد القذف ثمانين جلدة هو الآخر ثابت بنصوص قطعية الثبوت والدلالة .

(٣) أن القتل في الإسلام قصاصاً كان أو رجماً يأتي في إطار منظومة أخلاقية عالية تحمل على الاعتراف أحياناً طلباً لرضا الله واطمئنان النفوس.

(١) التشريع الجنائي الإسلامي ٥٨٦/١.

(٤) أن الإسلام هو دين الفطرة الذي يشرع الحكم في إطار موازنة طبيعية بين حقوق الفرد والجماعة كما يتجاوز أهواء النفوس، ويتخطى إسقاطاتها بما فيه من نزعة روحية فاعلة.

المبحث الثاني

تنفيذ الإعدام من حيث الوسائل والأدوات مع المقارنة بالشريعة الإسلامية

أشرنا في تمهيد هذا البحث إلى أن وسائل تنفيذ الإعدام وأدواته كانت وحشية وقاسية وبشعة، ومشتتة ومتداخلة بحيث لا يمكن ضبطها بمعيار يهدي إلى ضابط يحكمها إلا أن هذا الوضع تغير بعد الثورة الفرنسية، وفي إطار وثيقة الحقوق المعلنة في إنجلترا وغيرها من المنابر والأفكار التي كانت تهدف إلى رفع المظالم، وإعادة الحياة العامة إلى مستوى معقول من التوازن والانضباط.

وقد أسفر ذلك - بطريقة متدرجة - إلى تبلور تنفيذ وسائل الإعدام وأدواته الآتية:

(١) الإعدام شنقاً وهو الأكثر شيوعاً وتطبيقاً، والدول التي تأخذ به هي إنجلترا قبل إلغاء عقوبة الإعدام ودول الكومنولث والسودان وليبيا والعراق ومصر وسوريا ولبنان، والجزائر والأردن وشمال نيجيريا، والهند وإيران وتركيا وبورما، وهونج كونج، وتشيكوسلوفاكيا، وأفغانستان وجزر مورشيوس، وتنزانيا وجنوب إفريقيا.

والشنق يعني الشنق بالحبل، وقد اتبعت فيه إنجلترا قبل إلغاءها له فصل الفقرات وهي طريقة تؤدي للموت في الحال وبدون ألم.

(٢) الإعدام رمياً بالرصاص وتأخذ به مجموعة من الدول: المغرب والصومال وروسيا وبلغاريا وولاية "أيوا" الأمريكية، وساحل العاج، وجمهورية أفريقيا الوسطى، وتوجو والسلفادور، وأندونيسيا، وكمبوديا واليونان، أما قطر والكويت فتخبر بين الشنق والإعدام رمياً بالرصاص.

(٣) الإعدام بالمقصلة وهذه الطريقة عرفت بها فرنسا قبل أن تلغي عقوبة الإعدام وداهومي، وفيتنام ولاوس وفيه يتم فصل رأس المحكوم عليه عن جسده بواسطة شفرة المقصلة.

(٤) الإعدام بالكروني الكهربائي، ويطبق هذا الأسلوب في الفلبين والصين وبعض الولايات الأمريكية وبدأ استخدامه في سنة ١٩٨٠م.

(٥) الإعدام داخل غرفة الغاز وأول من استخدمته ولاية نيفادا الأمريكية، وتبعتها في ذلك أريزونا ودايومي وشمال كورولانيا وكاليفورنيا.

(٦) الإعدام بالحقن، وقد استخدمته ولاية أكلاهوما بأمريكا^(١).

(١) د.عبد اللطيف عبد العال "عقوبة الإعدام دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية" ص ٢١٧ - ٢٢٢ مرجع سابق

وقد كان تنفيذ الإعدام يتم علانية بداية الأمر إلا أن تجارب الدول أسفرت عن شواهد وقرائن تدين هذه العلنية منها إثارة هذه العلنية لفضول الجمهور بطريقة تؤدي إلى تزاممهم وتدافعهم لحضوره مع ما يصحب ذلك في بعض الأحوال من إرسال عبارات السخرية والتهكم في وجه المساقين للإعدام، وأحياناً التصفيق للجلاد الماهر، والشرب من دماء المجرمين المنفذ فيهم الإعدام، وفوق ذلك فقد أدت هذه العلنية إلى أن تكون ساحات الإعدام نفسها مكاناً للجريمة والنشل، وفسح المجال لبعض المحكوم عليهم بادعاء البطولة، والتهجم على الجهات التي أدانتهم وحكمت عليهم.

وقد تكاثف ذلك كله فأدى إلى إلغاء العلنية في تنفيذ الإعدام إلا في قليل من الدول التي تحبذ تنفيذ الإعدام في المكان الذي تم فيه ارتكاب الجريمة^(١). وفيما يخص الفقه الإسلامي فإن عقوبة الإعدام كما سبقت الإشارة تتمثل في القصاص من الجرائم الخاصة، والرجم في الزنا، والقتل في الحراة والبغي والردة من الجرائم العامة.

أما القصاص فصاحب الحق فيه هو وليُّ الدم لأنه من حقوق العبد وهو عند الحنفية والحنابلة، والصحيح عند الشافعية كل من يرث المجني عليه سواء كان من ذوي الفروض أم العصابات، وحصره المالكية في العاصب الذكر فقط، وتستحق المرأة الولاية كالبنات والأخت بشرط ألا يساويها عاصب في الدرجة والقوة معاً، وأن تكون عصابة فيما لو فرض كونها ذكراً^(٢). وبناء على أن صاحب الحق في القصاص هو ولي الدم فهو الذي يستوفيه، قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴾^(٣).

أما كيفية استيفاء القصاص فيرى الحنفية فيه وهو الأصح عند الحنابلة ألا يكون إلا بالسيف سواء ارتكبت جريمة القتل نفسها بالسيف أم بغيره من الوسائل، سواء كان القتل بحز الرقبة أم لسراية جرح، أو نتيجة لخنق أو تغريق أو حرق^(٤).

واستدلوا على ذلك بحديث الرسول ﷺ "لا قود إلا بالسيف"^(٥). والإعدام بالسيف هو الأسلوب المتبع في المملكة العربية السعودية التي تطبق الشريعة الإسلامية.

ويرى المالكية والشافعية قتل القاتل بما قتل به إلا أنهم يعينون السيف في حال ما إذا كان القتل بسحر أو خمر وغيرهما مما لا يمكن ضبطه، كما يتعين عندهم إذا طال تعذيب الجاني بمثل فعله وعند ثبوت القصاص بالقسامة، أما القتل بالنار والسم ففيه

(١) المرجع السابق ٢٠٧ - ٢١٠

(٢) الفقه الإسلامي وادلته ٥٦٧٨/٧ وما بعدها.

(٣) الإسراء: ٣٣

(٤) الفقه الإسلامي وادلته ٥٦٨١ / ٧ ، ٥٦٨٥ .

(٥) رواه ابن ماجه والبخاري في مسنده.

خلاف عندهم حيث قيل يقتل بالسيف، وقيل يقتل بما قتل به وهو المشهور^(١). واستدلوا على ذلك بآيات العقوبة بالمثل، كقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلَهَا﴾^(٤). كما استدلوا على ذلك بالسنة والمعقول^(٥) والمعقول^(٥).

والاستيفاء يكون بواسطة "الجلاد" المتخصص إذا عزف عنه وليُّ الدم على أن ولي الدم إذا باشره فإن ذلك يكون بإشراف الحاكم؛ لأن المبدأ الشرعي المتفق عليه أن تنفيذ العقوبات من حدود وقصاص وتعزير من اختصاص الإمام؛ ولهذا يشترط وجوده أو من ينوبه فيه^(٦).

بقي - بعد ذلك - بيان أن استعمال وسيلة غير السيف ليس أمراً ممنوعاً لأن استعمال السيف عند من قال به هو اليسر والسرعة في تفادي الألم والعذاب، وقد أفتت لجنة الفتوى بالأزهر بأنه لا مانع من استيفاء القصاص بالمقصلة والكروسي الكهربائي وغيرهما مما يفضي للموت بسرعة ولا يصحبه تمثيل بالقاتل ولا مضاعفة تعذيبه^(٧) والله أعلم. والإعدام بالرجم يكون في زنا المحصن، والذي يقيمه هو الإمام أو نائبه على أنه إذا كان ثابتاً بالإقرار فيبدأه الإمام، وإذا كان بالشهادة فيبدأه الشهود، ويرجم الرجل وهو قائم ولا تحضر له حفرة، أما المرأة فترجم قاعدة ويحضر لها لأن ذلك استر لها، والشافعية يستحبون الحفر فيما إذا ثبت زناها بالبينة درءاً لانكشافها، أما إذا ثبت زناها بالإقرار فلا يحضر لها لتتمكن من الهروب إذا أرادت فيكون ذلك رجوعاً عن إقرارها، والرجل مثلها في ذلك. أما المالكية والحنابلة فيرون عدم الحفر للمرأة لعدم ثبوته وأن الأحاديث فيه مختلفة. ويكون "الرجم" بالضرب بالمدر وهو الطين المتحجر، وبالحجارة المعتدلة، والميت بالرجم يغسل ويكفن ويصلى عليه، ويدفن؛ لأن الرسول ﷺ قال في ماعز: "أصنعوا به ما تصنعون بموتاكم"، ويسري هذا الحكم على من قتل قصاصاً^(٨). أما تنفيذ القتل في الحرابة فيخضع لاختلاف العلماء في كيفية هذه العقوبة الناتج عن اختلافهم في تفسير آية الحرابة، وفي ذلك قال الحنفية والشافعية والحنابلة: إن حد قاطع الطريق - أي المحارب - على الترتيب المذكور في الآية وإن اختلفوا في كيفية الترتيب، وقال الإمام مالك: الأمر في قطع الطرق راجع إلى اجتهاد الإمام ونظره بما يراه يحقق المصلحة. أما

(١) أ.د. وهبة الزحيلي "الفقه الإسلامي وأدلته" ٥٦٨٥/٧، ٥٦٨٦.

(٢) النحل: ١٢٦.

(٣) البقرة: ١٩٤.

(٤) الشوري: ٤٠.

(٥) الفقه الإسلامي وأدلته ٥٦٨٦/٧.

(٦) أ.د. وهبة الزحيلي "الفقه الإسلامي وأدلته" ٥٦٨٦/٧، ٥٦٨٧.

(٧) أ.د. عبد القادر عوده "التشريع الجنائي الإسلامي" ١٥٤/٢.

(٨) أ.د. وهبة الزحيلي "الفقه الإسلامي وأدلته" ٥٣٩١/٧، ٥٣٩٢ والحديث رواه ابن أبي شيبة في وصنفه.

الصلب فيرى بعض الفقهاء أن يكون حال الحياة ، وقال آخرون : يكون بعد القتل لأن الله تعالى قدم القتل على الصلب ، ومدة الصلب عند بعض الفقهاء ثلاثة أيام ولا يبقى المحكوم عليه مصلوباً أكثر من ذلك ، وقال بعضهم : يصلب بقدر ما يقع عليه اسم الصلب^(١) .

أما المرتد فلا يقتل إلا إذا كان بالغاً عاقلاً ولم يتب عن رده مع ثبوتها بإقرار أو شهادة، وتقتل المرأة المرتدة عند جمهور العلماء، وعند الحنفية لا تقتل ولكنها تجبر على الإسلام وإجبارها يكون بالحبس حتى تسلم أو تموت. وفي كل الأحوال فإن المرتد يستتاب استحباباً عند الحنفية، ووجوباً عند الجمهور وتكون الاستتابة ثلاث مرات ولا يقتل المرتد إلا الإمام أو نائبه^(٢) .

ويعاقب الباغي في الشريعة بالقتل ، لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتُ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ ﴾^(٣) .

وقول الرسول ﷺ : " من أعطى إماماً صفعاً يده وثمره فؤاده فليطعه ما استطاع فإن جاء أحد ينازعه فاضربوا عنقه الآخر". وعقوبة البغي من العقوبات التي تشدد فيها الشريعة درءاً للفتن والاضطرابات وعدم استقرار حال الناس. وفي نهاية المقال فهناك أمران يرتبطان بقضية تنفيذ العقوبة رجماً كان أو قتلاً هما:

أولاً: علنية العقوبة :

العقوبة في الشريعة تكون علنية، وفي ذلك قرر الحنفية أن تقام الحدود في ملأ من الناس لقوله تعالى: ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾^(٤) . وجعل الشافعية والمالكية ذلك، استحباباً واشتراطاً أن يكون الحضور أربعة على الأقل كما قال جمهور الفقهاء بعدم إقامة الحدود في المساجد لقوله ﷺ " لا تقام الحدود في المساجد"^(٥) ، ولأن المساجد تعظيمها واجب، ولذا جاء النهي عن سل السيوف فيها، وتجنيبها الصبية والمجانين، وعدم رفع الصوت فيها، وتنزيها عما ينجسها ويلوثها^(٦) .

ثانيهما: أن عقوبة الإعدام قصاصاً أو حداً لا تكون إلا وفق شروط وضعها فقهاء المسلمين،

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٥٤٧٢/٧، ٥٤٧٣، والتشريع الجنائي الإسلامي ٦٥٦/٢ وعقوبة الإعدام دراسة مقارنة ص ٢٢٨.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ٥٥٧٨/٧ - ٥٥٨٠.

(٣) الحجرات: ٩.

(٤) النور: ٢.

(٥) الفقه الإسلامي وأدلته ٥٤٧٢/٧، ٥٤٧٣، والتشريع الجنائي الإسلامي ٦٥٦/٢ وعقوبة الإعدام دراسة مقارنة ص ٢٢٨. والحديث رواه ابن ماجه والترمذي.

(٦) المراجع السابقة مرتبة ٥٣٩٢/٧، و١٥٦/١، ٦٦١ .

والمتأمل لبحوث أولئك الفقهاء في هذا الصدد يلاحظ أنهم قلبوا وجهات النظر، متنبهين للرأي وللرأي الآخر ولكل دليله وسنده ويتوسط بعضهم فيوفق بين هذه الآراء أو يسند واحداً منها بالدليل القوي الذي تطمئن إليه النفس ويثلج به الصدر.

وقبل ذلك فإن عقوبة الإعدام قد تسقط في بعض الأحوال فحد الحرابة يسقط بتوبة المحارب قبل القدرة عليه لقوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرُبُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(١). وحد الردة تسبقه الاستتابة كما سلف بيانه، وحد الزنا إذا كان ثابتاً بالإقرار يسقط بالرجوع عن ذلك الإقرار ولو بعد البدء في تنفيذ العقوبة، وممارسة حق الدفاع الشرعي يبيح الفعل، والمكره وعديم التمييز والمضطر لا يعاقب، وأن الحدود تدرأ بالشبهات لقول الرسول ﷺ "أدرؤوا الحدود بالشبهات ما استطعتم"^(٢). والمرأة الحامل تؤخر إقامة الحد عليها حتى تضع وليدها^(٣). وغير ذلك من اعتبارات تحيط بالقصاص والحدود التي تطبق من خلال عقوبة الإعدام.

(١) المائة: ٣٤

(٢) رواه الترمذي في كتاب الحدود، والدارقطني في الحدود والديانة.

(٣) راجع أ.د. وهبة الزحيلي "الفقه الإسلامي وأدلته" ٥٣٣٨/٧ و٥٣٨٢، وأ.د. عبد القادر عوده "التشريع الجنائي الإسلامي" ٦٥٩/٢ - ٦٦٢ ود. أحمد على إبراهيم حمو "عقوبة الإعدام دراسة تحليلية مقارنة مع التركيز على السودان" ٢١ - ٣٣

المبحث الثالث عقوبة الإعدام بين الإبقاء والإلغاء

و

عقوبة الإعدام وحقوق الإنسان في الشريعة والقانون

يدور هذا المبحث في محورين:

المحور الأول

عقوبة الإعدام بين الإبقاء والإلغاء

انفردت عقوبة الإعدام من بين سائر العقوبات الأخرى في القوانين الجنائية المعاصرة وربما لأنها أهمها إلى دوران جدل كثيف وعنيف حول إلغائها، وقد حدث ذلك في أوروبا منذ منتصف القرن الثامن عشر الميلادي^(١).

وقد ابتدر هذا الجدل الفلاسفة والمفكرون وعدد من أهل القانون وانتهى إلى إلغاء هذه العقوبة في عدد من البلدان الأوروبية منها رومانيا سنة (١٨٦٤م)، والبرتغال في سنة ١٨٦٧م، وهولندا ١٨٧٠م، وإيطاليا ١٨٨٩م، والنرويج ١٩٠٥م، وأيسلندا ١٩٣٠م، وإسبانيا ١٩٣٢م، وسويسرا ١٩٤٢م، وبروسيا السوفيتية ١٩٤٧م^(٢). غير أن الإلغاء لم يستمر من الناحية الفعلية إذ وقفت إزاءه حركة أخرى مناهضة تدعو إلى الإبقاء على هذه العقوبة ونتج عن ذلك أن تعرضت حركة الإلغاء لنكسات حيث رجعت بعض الدول عنه إلى تطبيق هذه العقوبة مرة أخرى، وأن بعضها اكتفت بإلغاء هذه العقوبة جزئياً لا كلياً، كما أن بعضها أخذت بها نصاً لا عملاً. ومن الدول التي تأخذ بهذه العقوبة نصاً لا عملاً بلجيكا أما الدول التي ألغتها ثم عادت إليها فمنها روسيا وولاية كاليفورنيا والأرجنتين^(٣).

وفيما عدا ذلك فإن بقية الدول وهي كثيرة تأخذ بعقوبة الإعدام وتطبقها والدول العربية كلها في هذا الاتجاه ومثلها كثير من الدول الأوروبية ومن بينها "تركيا" وهي دولة إسلامية.

وقد استند الذين قالوا بإلغاء هذه العقوبة إلى حجج تسند موقفهم، وقابلها المبقون للعقوبة بحجج مماثلة، ومن أقوى حجج الملغين عدم مشروعيتها لمساسها بحياة الناس، والحياة لم يمنحها المجتمع لأفراده، وبالتالي لا يملك حرمانهم منها، وأنها عقوبة قاسية

(١) د. زياد علي "عقوبة الإعدام بين الإبقاء والإلغاء" مرجع سابق ص ٢٩، والقسم العام في كتب القوانين الجنائية.

(٢) المرجع السابق ص ٢٩

(٣) د. محمد عبد اللطيف عبد العال "عقوبة الإعدام دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية" ص ٢٣٢-

وتتم عن وحشية لا تتفق مع التقدم المدني كما أن الخطأ فيها لا يمكن إصلاحه بعد وقوعه، وأن المجتمع لا يستفيد منها^(١).

أما المؤيدون فقد جاءت أغلب حججهم في سياق الرد على الراضين لها، ومن أبرزها الرد على فكرة أن المجتمع لم يمنح الإنسان الحياة وبالتالي فإنه لا يملك حرمانه منها، ويدافع "جان جاك روسو" في هذا الصدد "بأن سلطة التصرف في الحياة واحدة من الرخص الطبيعية للأفراد وبمقتضى العقد الاجتماعي أعطيت هذه السلطة للمجتمع ككل"^(٢). كما ردوا على قسوة هذه العقوبة بأنها لا تطبق إلا على مرتكبي الجرائم الخطيرة، وهي تناسب جرمهم المرتكب، وأن حياة الجاني لا ينبغي احترامها إن لم يحترم حق المجني عليه في الحياة، كما ردوا على احتمال الخطأ في هذه العقوبة بأن هذا الاحتمال وارد في كل مجالات النظام الاجتماعي، فالعمليات الجراحية الخطيرة التي يحتمل أن ينتج عنها موت المريض لم تحل دون إجراء تلك العمليات، كما أن المجتمع لم يطالب بإلغائها، كما ردوا على بعض المناقشات الإجرائية الأخرى في هذا الصدد.

ومما تمسك به المبوقون لعقوبة الإعدام أن هذه العقوبة يطمئن الناس إليها: لأنها تطبيق سليم وطبيعي لشريعة القصاص القائمة على مبدأ أساسي هو العدالة^(٣).

وعلي كل حال فإن الراجح من الاتجاهين هو اتجاه المدافعين عن عقوبة الإعدام الداعين إلى إبقائها أو على الأقل الاحتفاظ بها كعقوبة تهديدية يمكن الاحتفاظ بها واستخدامها عند حالات الخطر الداهم^(٤).

وجهة نظر الإسلام في إبقاء أو إلغاء عقوبة الإعدام:

وجهة نظر الإسلام في هذه القضية الكبيرة هي انحيازه لعدم إلغاء هذه العقوبة في الجرائم الخاصة كجرائم القتل لسبب مباشر ويسير هو أن الإسلام يعتبر القصاص حياة للمجتمع كله بقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٥). وتعتبر المسألة هنا برمتها من باب تعارض مصلحتين مصلحة الجاني وهو فرد، ومصلحة المجتمع وهو جماعة، والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة في مقاصد الشرع وموازينه فضلاً عن أن القصاص أمر مقرر وثابت في الشرائع السابقة - كما سلفت الإشارة - قال تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ

(١) د.زياد على "عقوبة الإعدام بين الإبقاء والإلغاء" مرجع سابق.

(٢) د.عمار كاظم "وظائف العقوبات دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" ص ١٢٩.

(٣) المرجع السابق ص ١٣٢، ١٣٣.

(٤) المرجع السابق ص ١٣٥.

(٥) البقرة ١٧٩

يَحْكُمُ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿١﴾ ، وشرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يرد في شرعنا ما ينسخه ، ولم يرد في شرعنا ما ينسخه بل جاء فيه ما يثبتته ويؤكدته^(١) .

وفوق كل هذا وذاك فإن المتأمل في حجج القائلين بالإبقاء على عقوبة الإعدام يجد في ثناياها منطق الشريعة الإسلامية في القصاص ممثلاً في:

(أ) تحقيق القصاص للعدالة من حيث أساس فكرته، ومن حيث المماثلة فيه بين الجريمة والعقوبة.

(ب) أنه قانون طبيعي يستند إلى الفطرة الإنسانية قال تعالى: ﴿فَطَرَتِ اللَّهُ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾^(٢) . نجد هذه الفكرة عند توماس الأكويني الذي يقول "إن كل قانون يصنعه الإنسان لا يكون له من صفة القانون إلا بالقدر الذي يستمد من قانون الطبيعة فإذا هو تعارض معه في أي نقطة لم تعد له صفة القانون إذ هو قانون زائف"^(٣) .

(ج) نجد مقاصد الإسلام في القصاص عند فلاسفة الغرب أنفسهم من جهة أن فلسفة الدفاع الاجتماعي تجد سندها في تقديم المصلحة العامة على الخاصة، وأن من بين المناقشات التي ساقها فقهاء الغرب قولهم بأن العقوبات بما فيها الإعدام حق أدبي يرجع للمجتمع ككلية، ويحق لأي فرد من أفراد المجتمع أن يطالب بإنزال العقوبة بالخارجين على قواعده فيما لو تلاكأت السلطات المعنية في التنفيذ^(٤) .

(د) أن استناد الداعين لإلغاء عقوبة الإعدام لما فيها من مساس بحياة الإنسان والحياة لم يمنحها المجتمع لأفراده حتى يحرمهم منها، في هذا المنطق رجوع غير مراد إلى أن الحياة منحة من الخالق الأعظم - جل شأنه - وهذا ما تقرره بديهيات عقيدة الإسلام قال تعالى: ﴿أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ تَبَارَكَ اللَّهُ رَبُّ الْعَالَمِينَ﴾^(٥) . وقال تعالى: ﴿الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا وَهُوَ الْعَزِيزُ الرَّحِيمُ﴾^(٦) . هذا فوق ما فيه من نقض فكرة العقد الاجتماعي الذي تركز عليه فلسفتهم في الاجتماع والاقتصاد والسياسة؛ ولهذا قابله المعارضون بما ينقضه من جهة أن الحفاظ على المجتمع حفاظاً على الأفراد أنفسهم، وهذا أيضاً فيه رجوع للفكر الإسلامي الذي يقدم المصلحة العامة على مصلحة الفرد في حال تضارب المصلحتين.

(١) أ.د. خليفة بابكر الحسن "الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين" ص ٧٢ وما بعدها ، طبعة مكتبة وهبة ١٩٨٧م.

(٢) الروم: ٣٠.

(٣) عقوبة الإعدام بين الإبقاء والإلغاء ، مرجع سابق ص ٥١.

(٤) وظائف العقوبات دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، ص ١٣٤ مرجع سابق.

(٥) الأعراف: ٥٤ .

(٦) الملك: ٢٠ .

(هـ) أن إلغاء عقوبات القصاص والحدود كلية لم يقل بها أحد من المسلمين، وأن الاختلاف في هذا الإطار اختلاف في بعض الجزئيات ، وفي التفسير والضوابط والشروط كما سلفت الإشارة إلى ذلك.

(و) أن فلسفة الإسلام فيما يخص عقوبات الإعدام فلسفة طبيعية ومتوازنة ومتسقة مع الفطرة الإنسانية لأنها موحى بها، أما فلسفة الغربيين في هذا الصدد فلسفة مضطربة، وهي مزيج من ردود أفعال وعقد ولدها تاريخ هذه العقوبة عندهم، وصاحبها في ذلك الأصول الوثنية لتفكيرهم القائمة على تشاكس الأصول لا على وحدتها وانسجامها وغدّي ذلك حدة العواطف التي تزيغ عن المنطق والموضوعية.

أما الإسلام فنجد في هذا الإطار- واضحاً منذ البداية حينما ميّز بين العقوبات الخاصة " القصاص " وعقوبات جرائم الاعتداء على المجتمع التي سمّاها حدوداً ، قال تعالى : ﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾^(١) . وجعل العقوبة في الأولى لأصحاب الحق وهم الأولياء، وجعل الثانية للمجتمع ممثلاً في الدولة ، وربّب على ذلك أن حقوق الأفراد يمكن للأفراد العفو عنها بل وحبب في هذا العفو ، قال تعالى : ﴿ فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ﴾^(٢) . وقضى بأن حقوق المجتمع " الحدود " لا يمكن العفو عنها والتنازل عنها بل ولا الشفاعة فيها.

المحور الثاني

عقوبة الإعدام وحقوق الإنسان في الشريعة والقانون

لا يغيب عن البال أن هذا المحور لا ينفصل كثيراً عن المحور الأول- الذي سبقه- من جهة أن أساس حجة الذين دعوا إلى إلغاء عقوبة الإعدام ومرتكزها كان هو الإنسان في الحياة. وقد تطورت هذه الفكرة حتى غدت جزءاً من المواثيق الدولية لحقوق الإنسان مع ملاحظة أن هذه المواثيق في عمومها نشأت في إطار نشأة الأمم التي جاءت نتيجة طبيعية ومباشرة للحرب العالمية الثانية، وما خلفته من أضرار ونكبات اقتضت بالضرورة انبثاق هذه الهيئة الأولى في العالم التي تحمي حقوق الإنسان ومقدراته المادية والمعنوية.

وقد سبقتها في هذا الطريق - كما هو معلوم- عصبة الأمم التي نشأت بعد الحرب العالمية الأولى لكنها فشلت في أداء مهامها .

وفي كل الأحوال فإن نشوء الأمم المتحدة وما تلاه من نشاط في مجال حقوق الإنسان تمثل في المواثيق والإعلانات والاتفاقات والمعاهدات الدولية منذ سنة ١٩٤٨م وهي السنة التي صدر فيها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فنقل بذلك حماية حقوق الإنسان من أفقها

(١) الطلاق: ١.

(٢) الشورى: ٤٠.

الإقليمي المحدود إلى ساحة العالمية كما نقلها من بعدها النظري المجرد إلى الواقع العملي المعيش .

وقد كانت أهداف ميثاق الأمم المتحدة في هذا الصدد تتمثل في:

(١) إنقاذ الأجيال القادمة من ويلات الحروب ، وكفالة الحقوق الأساسية في تحقيق العدالة.

(٢) احترام الالتزامات الناشئة عن المعاهدات.

(٣) العمل على الرقي الاجتماعي ورفع مستوى الحياة .

(٤) ما تستلزمه هذه الأهداف والغايات من التسامح والتعايش السلمي وحسن الجوار.

(٥) المحافظة على السلم والأمن الدوليين وعدم استخدام القوة إلا في المصلحة المشتركة^(١) .

وفي خصوص حق الحياة ينص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على حق الفرد في الحياة والحرية والأمان على نفسه كما ينص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بأن حق الحياة حق ملازم لكل إنسان مع إلزام القوانين بحماية هذا الحق وعدم حرمان أحد من حياته تعسفاً، وفضلاً عن ذلك فقد ورد هذا الحق في الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان(٢).

غير أن هذا الحق وغيره من الحقوق الأخرى التي نص عليها ميثاق الأمم المتحدة كانت ولا زالت رهينة لخلفيات عملية ونظرية مقلقة هي:

(١) خضوع وجود الأمم نفسها إلى إرادة الدول القوية وهي الدول التي وضعت الخطوات الأولية لمنظمة الأمم المتحدة، الممثلة في الإرادة المنفردة لدول مؤتمر "سان فرانسيسكو" وهي الولايات المتحدة، الاتحاد السوفيتي، الصين، المملكة المتحدة ، وما تبع ذلك من امتيازات لهذه الدول دون غيرها مثل المقاعد الخمسة في مجلس الأمن وحق النقض "الفيتو".

(٢) خلفية هذه الحقوق من الناحية التاريخية ودينونتها للثقافة الأوروبية في هذا الشأن وهي ثقافة يعتمدها صراع طويل بدأ التجاذب فيه منذ الحضارات الأولى التي شكلت الوجود الغربي ، ومن ثم الصراع بين الكنيسة وخصومها الذي انتهى إلى فصل الدين عن الدولة ، بالإضافة إلى دوران النظام السياسي القديم في الحكم بين الملكية والارستقراطية والشعبية ، وانقسام النظام الاجتماعي إلى رأسمالي واشتراكي ،

(١) د.عوض حسن النور "حقوق الإنسان في المجال الجنائي في ضوء الفقه الإسلامي والقانون السوداني والمواثيق الدولية دراسة مقارنة" ص ٧١.

(٢) د.عوض حسن النور ، المرجع السابق : ص ٢٠٩.

والصراع الإقليمي المسلح ومحاوره في الحريين العالميتين الأولى والثانية ، وغير ذلك من الخلفيات التي لا بد من أن يكون لها أثر كبير وفاعل في مبادئ حقوق الإنسان.

(٣) أن مبادئ حقوق الإنسان عند التنفيذ والتطبيق تغلب عليها خلفياتها فلا ينظر عند تطبيقها إلى ثقافة الآخر، وطريقة حياته وأعرافه ودياناته.

ومن النقطة الأخيرة تأتي إدانة الجهات العلمية والاجتماعية في أوساط الغرب للحدود الشرعية ووصمها بأنها تتنافى مع حقوق الإنسان في الحياة والحرية والكرامة الإنسانية، وتطالب منظمة العفو الدولية بإلغاء عقوبة الإعدام من قوانين العقوبات في الدول المعاصرة^(١).

وقد يردد بعض رجال القانون مثل هذه الدعاوى كما تروج أجهزة الإعلام لها ويتعلق بها بعض المفكرين الذين لا يتبصرون أصولهم وثقافتهم القانونية، ويجرون وراء ما يأتيهم من خارج حدود بلادهم ولو كان سطحياً ومغرضاً، ولو أمعنوا النظر لألفوا أن شريعتهم شرعية أصيلة وأن أحكامها دقيقة ومتوازنة ووافية، وأن تطبيقها للقصاص والحدود هو الأسلم والأوفى والأدعى إلى استقرار المجتمع وسلامته ، لأن أحكام الشريعة في هذا الإطار قوية ونفاذة في نشر الأمن والسلام يدل على ذلك واقع الدول الإسلامية التي تطبق فيها الشريعة الإسلامية فهي أكثر سلامة ووقاية من الجرائم الكبيرة بفارق كبير عن دول الغرب التي تزداد فيها نسبة الجرائم بطريقة لافتة بل تتطور فيها لتكون في صورة جماعات مسلحة، وتواطآت منظمة فضلاً عن أن الغرب نفسه لم يستطع إلغاء عقوبة الإعدام وكلما اتجهت دولة منه إلى ذلك عدلت بعد قليل عن المسلك الذي سلكته، أما محافظة الإسلام على حقوق الإنسان في الحياة فهي محافظة أصيلة، وواجب شرعي مقرر لأن الحياة منحة من الله لهذا لا يصح تجاوزها والاعتداء عليها بل ويلزم الحال باحترامها وتقديسها كما أنها حق مكفول لكل البشر ولا تعرف النسبية والعنصرية وإنما مبسوطة للإنسان- من حيث هو إنسان- مادام في دائرة التقوى بمعناها الواسع وهو الإصلاح في الأرض ، قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾^(٢).

وأحكام الإسلام في شأن حياة الإنسان تبدأ من كونه جنيناً في بطن أمه إلى أن يلقي الله سبحانه وتعالى فيكرم بغسله وتكفينه ودفنه، وبين هذا وذاك تدور أحكام الشريعة وتفسيرات فقهاء المسلمين في أمر رعاية هذا الإنسان في كل مناشط حياته.

وأخيراً فإن ما تحتاجه الدول الإسلامية ليس هو إلغاء عقوباتها الشرعية المقررة وإنما ضرورة تفهم ثقافتها المحلية والاعتراف بها لانتقال العالم إلى مرحلة متقدمة في إطار القيم

(١) أ.د. وهبة الزحيلي "فقه الإسلامي وأدلته" ٥٢٢٣/٧

(٢) الحجرات: ١٣

الإنسانية المشتركة، والتفاعل الإيجابي بين الدول الذي يشجب الحروب، وينفي الصراعات ويجمع البشر على كلمة سواء ، قال تعالى : ﴿ **وَاللَّهُ غَالِبٌ عَلَى أَمْرِهِ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ** ﴾^(١).

(١) يوسف: ٢١

الخاتمة

تناول هذا البحث "عقوبة الإعدام في النظر الإسلامي" من خلال تمهيد وثلاثة مباحث، أما التمهيد فقد اهتم بتعريف عقوبة الإعدام في الاصطلاح القانوني ثم غطى تاريخها من حيث النشأة والتطور، ومثل هذا التمهيد لازم وضروري لأن البحث منصبٌ على عقوبة الإعدام في قوانين العقوبات المعاصرة فلا بد من تحديدها بالتعريف لأن "الحكم على الشيء فرع عن تصوره"، ولأن تاريخها وتطوراتها تكشف عن طبيعتها ومسوغاتها عبر التاريخ لتأسيس الحكم على ذلك، ومن ثم مقارنتها بالعقوبات المماثلة في الشريعة الإسلامية.

أما المبحث الأول فقد تناول الجرائم التي تطبق فيها عقوبة الإعدام مع المقارنة بالشريعة الإسلامية، وفي هذا الإطار توفر البحث على عرض جرائم الاعتداء على الحياة، وجرائم الاعتداء على المصالح العامة مع إيراد بعض الملاحظات عليها، ثم بين ما يقابلها في الشريعة من عقوبات وهي القصاص في القتل العمد، والرجم في الزنا، والقتل حداً في الحرابة والردة والبغي، والقتل سياسة في الجرائم العامة.

وبعد أن عرّف بكل جريمة من تلك الجرائم وعقوبتها في الشريعة وطبيعة تلك العقوبة عَقِبَ على ذلك بإقرار الشريعة الإسلامية لمبدأ عقوبة الإعدام لأنها شرعته في الزنا والردة وفي الحرابة والبغي وفي القصاص خالصاً من ذلك إلى أن الشريعة الإسلامية لا توافق على إلغاء عقوبة الإعدام؛ لأن العقوبات الواردة بشأنها ثابتة بنصوص قطعية مع الإشارة إلى تفاصيل الخلافات الواردة في بعض تلك العقوبات.

وفي المبحث الثاني غطى البحث "تنفيذ الإعدام من حيث الوسائل والأدوات مع المقارنة بالشريعة الإسلامية" وعرض في ذلك طرق عقوبة الإعدام المختلفة في القانون الجنائي المعاصر كما تناول القصاص واستيفاءه ووسائل تنفيذه ولمن يكون؟ والرجم وطريقة تنفيذه، والقتل والصلب، كما تناول علنية العقوبة في الشريعة وموقف القانون الوضعي منها مع بيان أن عقوبة الإعدام قصاصاً في الشريعة لا تتم إلا وفق شروط دقيقة وضمانات كافية وضعها علماء المسلمين كما بين حالات سقوط هذه العقوبة سواء كان ذلك بالقصاص أم بغيره.

جاء - بعد ذلك - المبحث الثالث والأخير الذي دار حول محورين أولهما: "عقوبة الإعدام بين الإبقاء والإلغاء" وفي هذا الإطار تناول البحث حجج المثبتين لعقوبة الإعدام والداعين لإلغائها، كما بين الدول التي ألغت عقوبة الإعدام والتي استبقتها، وتلك التي عادت إليها بعد إلغائها والتي استبقتها شكلاً لا تنفيذاً ثم بين وجهة نظر الإسلام المؤيدة لإبقاء عقوبة القصاص مع إيراد التبريرات المؤيدة لذلك.

وفي المحور الثاني تعرض البحث لقضية عقوبة الإعدام وحقوق الإنسان في الشريعة والقانون، وبيّن في هذا الاتجاه أن حقوق الإنسان مرعية بكفاية في الشريعة الإسلامية من خلال العقوبات الشرعية محل البحث والنظر، لأن الشريعة تقوم على الموازنة الطبيعية والوسطية التي تحقق مصلحة المجتمع وهي مقدمة عندها على مصلحة الفرد ، كما تقتضي بذلك قواعدها ومقاصدها، وأنه إذا كان ثمة قصور في هذا الجانب فهو في القوانين الوضعية التي تعود مرجعيتها إلى أصول وضعية تتحيز في نظرتها لحقوق الإنسان فتضعف من تلك الحقوق بل وتسقطها- في بعض الأحوال بالنسبة لنظرتها للثقافات الأخرى- عوضاً عن أن تحميها. والله من وراء القصد وهو الهادي إلى سواء السبيل. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

أ.د خليفة بابكر الحسن



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

عقوبة الإعدام بين تأييد المسلمين ومناهضة الغربيين

إعداد

الدكتور عبد القاهر محمد أحمد قمر
مدير إدارة الفتوى والتشريعات المقارنة
مجمع الفقه الإسلامي الدولي، جدة

رقم الصفحة	الفهرس
٣	تقديم.
١٠ - ٥	فكرة عامة عن العقوبات في الإسلام، وموقع عقوبة الإعدام منها.
١١	مشروعية عقوبة الإعدام.
١٣ - ١٢	حكم إقامة الحدود والقصاص في الشريعة الإسلامية.
١٤	الإخلاص لله عز وجل عند إقامة العقوبات في الإسلام.
١٧ - ١٦	أساليب تنفيذ عقوبة الإعدام في السابق والآن.
٢٣ - ١٨	الأساليب المعتمدة في الشريعة الإسلامية لتنفيذ الإعدام.
٢٧ - ٢٤	سياسة الإسلام في إيقاع عقوبة الإعدام.
٢٧ - ٢٤	الغايات التي تسعى إليها العقوبات الشرعية، ومنها عقوبة الإعدام.
٣٥ - ٢٨	منهج الإسلام في توطيد الأمن.
٣٦	التعزيز بالإعدام في الشريعة الإسلامية.
٤٠	الجرائم التي يعاقب فيها بعقوبة الإعدام تعزيراً.
٤٠	تشريع عقوبة الإعدام في الأنظمة الوضعية وترددها بين الإقرار والإلغاء.
٤٢	موقف بعض غير المسلمين من عقوبة الإعدام.
٤٣	الاتحاد الأوروبي والمطالبات بإلغاء عقوبة الإعدام.
٤٥	الإشكالات التي يثيرها المطالبون بإلغاء عقوبة الإعدام، والرد عليها.
٥٢	خلاصة القول في تشريع عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية.
٥٣	الموقف من التطبيقات العملية لعقوبة الإعدام.
٥٤	سوء استغلال عقوبة الإعدام.
٥٥	الاحترازاات اللازمة لتلافي سوء تطبيق عقوبة الإعدام.
٥٦	توصيات عامة في مجال العقوبات الشرعية.
٥٨	توصيات خاصة لمواجهة النشاط المطالب لإلغاء عقوبة الإعدام.
٥٩	مشروع القرار الجمعي.
٦٥ - ٦٢	المصادر والمراجع.

تقديم

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الأولين
والآخرين، وعلى آله وصحبه، ومن سار على نهجهم، واقتفى أثرهم إلى يوم الدين، وبعد:

من يملك الحقيقة المطلقة ؟ ولماذا نرضى بأحكام العقوبات التي توصف في زماننا
بالشدة والغلظة؟

السؤال الأول يطرح في الشرق وفي الغرب، ويجاب عليه بأنه لا أحد يملك الحقيقة
المطلقة. ولكننا نحن المسلمون الموحدون نؤمن ونجهر بأن من يملك الحقيقة المطلقة هو الله
عز وجل، خالق هذا الكون الذي يتجلي فيه الإبداع والكمال والحسن، فهذا إنسان خلقه
الله جل وعلا في أحسن تقويم، وهذه حيوانات وتلك جمادات، كل قد خلقه الخالق في
أنسب هيئة وأفضل حال، وهذه الأرض وهناك الكواكب والنجوم والأفلاك، كل شيء
مخلوق بقدر، منها ما قد أدرك البشر الحكمة والفوائد والمقاصد من خلقها بتلك الهيئات،
ومنها ما سيدركونها في المستقبل، ما دام الباحثون يتبعون الحق ويتجردون عن الهوى،
﴿وَإِذَا أَنْعَمْنَا عَلَى الْإِنْسَانِ أَعْرَضَ وَنَأَى بِجَانِبِهِ وَإِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ فَذُو دُعَاءٍ عَرِيضٍ {٥١} قُلْ
أَرَأَيْتُمْ إِنْ كَانَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ ثُمَّ كَفَرْتُمْ بِهِ مَنْ أَضَلُّ مِمَّنْ هُوَ فِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ {٥٢} سَنُرِيهِمْ
آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ
شَهِيدٌ {٥٣} أَلَا إِنَّهُمْ فِي مَرِيئَةٍ مِّنْ لِّقَاءِ رَبِّهِمْ أَلَا إِنَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ مُّحِيطٌ {٥٤}﴾ [سورة
الشورى].

إن الخالق الذي خلق هذا الكون هو نفسه الذي شرع لنا الإسلام ديناً، وهو أعرف
بنا نحن البشر بما يصلح لنا، وما فيه سعادتنا، وقد شرع لنا أحكاماً شاملة وعادلة تحقق
مصالحنا في كل زمان ومكان، وكما خلق الإنسان في أحسن تقويم شرع له أحكام
منهاج، وخص أمة سيدنا محمد ﷺ بأحسن تشريع، وما دامت الشريعة قد نزلت من عند
من يملك الحقيقة المطلقة فهي الحقيقة المطلقة في سائر أحكامها وتشريعاتها، وأيم الله
إنها ليست بمكابرة أو تعصب منا لديننا، بل إنها الحقيقة.

وشريعتنا الإسلامية شريعة ربانية وسطية محكمة، وهي خالية من أي تطرف أو
غلو، لم تخالطها أية شوائب من عنصرية أو عرقية، فهي لم تشرع من قبل بشر، تحيط
بهم الرغبات وتزعزعهم الشهوات، وتخالجهم الشكوك والأوهام، لا يعلمون الغيب،
مداركهم محدودة، يعز عليهم ترك التقاليد والعادات، ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الرَّ
كِتَابُ أَحْكَمَتْ آيَاتُهُ ثُمَّ فُصِّلَتْ مِنْ لَدُنْ حَكِيمٍ خَبِيرٍ﴾ [١، سورة هود]، وقد أنزل المولى عز
وجل هذا الكتاب ليهدي أتباعه إلى السعادة وتحقيق أعلى النماذج الإنسانية على المستوى
الفردى، وأرقى هيئات التمدن الحضاري على المستوى الجماعي، والغاية الأساسية لهذه
الشريعة هي توجيه الناس إلى عبادة الله عز وجل وإقامة شرعه وتحذيرهم مما يناقض
ذلك، قال تعالى: ﴿فَأَمَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ فَيُوَفِّيهِمْ أُجُورَهُمْ وَيَزِيدُهُمْ مِّنْ

فَضْلِهِ وَأَمَّا الَّذِينَ اسْتَنكَفُوا وَاسْتَكْبَرُوا فَيُعَذِّبُهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا وَلَا يَجِدُونَ لَهُمْ مِّن دُونِ اللَّهِ وَلِيًّا وَلَا نَصِيرًا {١٧٣} يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَكُمْ بُرْهَانٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكُمْ نُورًا مُّبِينًا {١٧٤} فَأَمَّا الَّذِينَ آمَنُوا بِاللَّهِ وَاعْتَصَمُوا بِهِ فَسَيُدْخِلُهُمْ فِي رَحْمَةٍ مِّنْهُ وَفَضْلٍ وَيَهْدِيهِمْ إِلَيْهِ صِرَاطًا مُسْتَقِيمًا {١٧٥} [سورة النساء].

وعلماء الإسلام حينما يتكلمون عن الإسلام، فإنهم لا يعنون بذلك ما بعث الله عز وجل به نبيه محمد ﷺ فحسب، بل يقصدون به ما أنزله الله ﷻ على جميع أنبيائه ورسله من لدن أبي البشرية آدم حتى اكتمال رسالة خاتم الأنبياء والمرسلين نبينا محمد، عليهم جميعا أفضل الصلاة والسلام، قال الله ﷻ في كتابه: ﴿ شَرَعَ لَكُمْ مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَنَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ ﴾ [١٣]، سورة الشورى]، وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: (مثلي ومثلي الأنبياء من قبلي كمثل رجل بنى بنيانا فأحسنه وأجمله إلا موضع لبنة من زاوية من زواياه، فجعل الناس يطوفون به ويعجبون له، ويقولون: هلا وضعت هذه اللبنة! قال: فأنا اللبنة، وأنا خاتم النبيين)^١.

وهذه الأحكام الشرعية محدودة بنصوص يجب علينا التحاكم إليها، شئنا أم أبينا، كانت الأحكام موافقة لهوانا أو مخالفة لها، ولو بلغ بنا العطف والرأفة إلى الإحساس بأن بعض الأحكام فيها شدة وقسوة، فإننا مأمورون بها ﴿ وَنَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾ لمن الآية (١) سورة النور]. وكثير من الأحكام قد بين الشارع الحكم من تشريعها، كما في قوله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ {١٧٩} [سورة البقرة]، وما لم يبينها، فقد استفاض في بيانها العلماء، وما لم ندرك حكمها ومقاصدها وعللها إلى الآن فهي على غرار الآيات الكونية سيدركها البشر فيما بعد، وسينطق بها الكون وسيعيها أولو العلم والأبصار، ﴿ سَتْرِيهِمْ أَيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ ﴾ {٥٣} [سورة النساء]. وهذا جواب السؤال الثاني.

فكرة عامة عن العقوبات في الإسلام، وموقع عقوبة الإعدام منها:
معنى العقوبة في اللغة:

العقوبة على وزن فُعُولَة، مصدر للفعل الثلاثي المزيد عَاقَبَ، وهو مزيد بحرف الألف على وزن فاعَلْ، ومصدره القياسي يأتي على وزن «فِعال» أو «مُفاعلة» فيقال: «عَقَابَ»، أو «معاقبة»، وأصل الفعل عَقَب.

١ - متفق عليه، البخاري، كتاب بدء الوحي، باب خاتم النبيين، ج٤ ص٢٢٦. : مسلم، باب ذكر كونه خاتم النبيين، ج٧ ص٦٤. واللفظ له.

والمعنى الذي له علاقة بموضوعنا للعقوبة هو: المجازاة على الأمر، قال الجوهري: "العقاب: العقوبة. وأعقبه بطاعته، أي جازاه. والعُقْبَى: جزاء الأمر". وفي لسان العرب: "عَقِبُ كُلِّ شَيْءٍ وَعَقْبُهُ وَعَاقِبَتُهُ وَعَاقِبُهُ... وَاعْتَقَبَ الرَّجُلَ خَيْرًا أَوْ شَرًّا بِمَا صَنَعَ كَأَنَّهُ بِهِ وَالْعُقَابُ. وَالْمُعَاقِبَةُ: أَنْ تَجْزِيَ الرَّجُلَ بِمَا فَعَلَ سُوءًا. وَالاسْمُ الْعُقُوبَةُ، وَعَاقَبَهُ بِذَنْبِهِ مُعَاقِبَةٌ وَعِقَابًا أَخَذَهُ بِهِ. وَتَعَقَّبْتُ الرَّجُلَ إِذَا أَخَذْتَهُ بِذَنْبٍ كَانَ مِنْهُ". وجاء في المعجم الوسيط: "عاقب فلاناً بذنبه معاقبة وعقاباً: جزاه سوءاً بما فعل".^١

ويكثر الفقهاء من استخدام مرادفات كلمة العقوبة، والتي هي: الجزاء والنكال والزجر، والحد، والجلد، ولا مشاحة في ذلك، فهذه أبلغ وأفصح، كما في آية السرقة: ﴿ **وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** ﴾ [المائدة: ٣٨].

والشاهد ما قلناه: يقول العز ابن عبدالسلام: "وأما الزواجر فنوعان: أحدهما: ما هو زاجر عن الإصرار على ذنب حاضر أو مفسدة ملابسة لا إثم على فاعلها. وهو ما قصد به دفع المفسدة الموجودة ويسقط بانفعالها. النوع الثاني: ما يقع زاجراً عن مثل ذنب ماض منصرم أو عن مثل مفسدة ماضية منصرمة ولا يسقط إلا بالاستيفاء".^٢

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "العقوبة نوعان: (أحدهما) على ذنب ماض، جزاء بما كسب نكالاً من الله، كجلد الشارب والقاذف، وقطع المحارب والسارق. (والثاني) العقوبة لتأدية حق واجب، وترك محرم في المستقبل، كما يستتاب المرتد حتى يسلم".^٣

ويقول الماوردي: "والحدود زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر به لما في الطمع من مغالبة الشهوات الملهية عن وعيد الآخرة بعاجل اللذة، فجعل الله تعالى من زواجر الحدود ما يردع به ذا الجهالة حذراً من ألم العقوبة وخيفة من نكال الفضيحة ليكون ما حظر من محارمه ممنوعاً وما أمر به من فروضه متبوعاً".^٤

١ - الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية: لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبدالغفور عطار، صور على نفقة السيد حسن الشربتلي، (١٤٠٢هـ = ١٩٨٢م) باب العين، (ع ق ب).
٢ - لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، ط ١، (بيروت: دار صادر)، باب العين ج ٢ ص ٦١٣.
٣ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، الملقب بسلطان العلماء، تحقيق: محمود الشنقيطي، (بيروت: دار المعارف)، ج ١ ص ١٥٧.
٤ - السياسة الشرعية، لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، ط ١، (المملكة العربية السعودية: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد)، ١٤١٨هـ، ص ١٠٧.
٥ - الأحكام السلطانية، للماوردي، (دار الكتب العلمية) ص ٢٧٦.

وعرف القانونيون العقوبة بقولهم: "العقوبة جزاء وعلاج يفرض باسم المجتمع على شخص مسؤول جزائياً عن جريمة بناء على حكم قضائي صادر من محكمة جزائية مختصة".^١

ولا تخلو المجتمعات من أفراد يعكرون الأمن بارتكاب جرائم واعتداءات. والجرائم^٢ جميعها فعل محرّم معاقب عليه. وقد بحث الفقهاء الجرائم، ورتبوا عليها العقوبات الشرعية المناسبة وفق ما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، وتنقسم الجرائم بحسب جسامة العقوبة المقررة عليها إلى ثلاثة أقسام، وهي:

- القسم الأول: جرائم الحدود: وهي الجرائم المعاقب عليها بعقوبة محددة معينة مقدرة حقاً لله تعالى لا تقبل الإسقاط. وهي سبع جرائم: الزنا، والقذف، والشرب، والسرقعة، والحراية، والردة، والبغي. وعقوباتها تسمى الحدود أيضاً.
- القسم الثاني: جرائم القصاص والدية: وهي التي يعاقب عليها بقصاص أو دية، وهما عقوبتان مقدرتان بحد واحد حقاً للأفراد، فللمجني عليه أن يعفو عنها. وجرائم القصاص والدية خمس: القتل العمد، والقتل شبه العمد، والقتل الخطأ، والجناية على ما دون النفس خطأً. والجناية على ما دون النفس هو: الاعتداء الذي لا يؤدي للموت كالجرح والضرب. ويتكلم الفقهاء عن هذا القسم تحت عنوان الجنايات، والجراح أو الدماء.
- القسم الثالث: جرائم التعزير، والتعزير: التأديب دون الحد على معصية لا حدّ فيها ولا كفارة^٣. ومعنى التعزير: التأديب. وقد جرت الشريعة على عدم تحديد وتقدير عقوبات الجرائم التعزيرية، واكتفت بتقرير مجموعة من العقوبات لها تبدأ بأخف العقوبات وتنتهي بأشدّها، وتركت لولي الأمر اختيار العقوبة بما يلائم الظروف، وبحسب ما تقتضيه حال الجماعة وتنظيمها وتوجيهها والدفاع عن نظامها العام، ومعالجة الظروف الطارئة، ويشترط فيه أن لا يكون مخالفاً لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة. وسنتناول التعزير لاحقاً بمزيد من التفصيل، إن شاء الله تعالى.

١ - مفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة، لأستاذنا المستشار الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد، (بحث مقدم إلى الملتقى العلمي بعنوان " الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة" ضمن مشروع الملك عبد الله بن عبدالعزيز - حفظه الله - لتطوير مرفق القضاء حول موضوع " مفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة)، ومرجعه: قانون العقوبات لعبود سرج.

٢ - تعرف الجرائم في الشريعة الإسلامية بأنها: "محظورات بالشرع، زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير". [الأحكام السلطانية، للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي، صححه: محمد حامد الفقي، (تصوير: دار الفكر، ١٤٠٦). ص٢٥٧.

٣ - التوقيف على مهمات التعاريف، للشيخ محمد عبدالرؤوف المناوي، تحقيق: د. محمد رضوان الداية، الطبعة الأولى، (سوريا: دار الفكر؛ لبنان: دار الفكر المعاصر، ١٤١٠هـ)، باب التاء، فصل العين، ص١٨٦.

والشريعة الإسلامية من خلال جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعزير من السعة والشمول والكمال بحيث تحيط بكل الجرائم التي تمس أمن المجتمعات الإسلامية سواء من الداخل أو الخارج^١.

والفرق بين الجريمة التي نصت عليها الشريعة والعمل الذي يحرمه أولو الأمر أن ما نصت عليه الشريعة محرم دائماً فلا يصح أن يعتبر فعلاً مباحاً، أما ما يحرمه أولو الأمر اليوم فيجوز أن يباح غداً إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة^٢. إضافة إلى أن جرائم التعزير تكون عادة وسائل لجرائم الحدود والقصاص والدية ولا يمكن أن يكون عقاب الوسيلة كعقاب الجريمة التي كانت هذه وسيلة لها^٣.

ويلاحظ في العقوبة التي تكون حقا لله تعالى هو أن يقدر الشارع الحد الأعلى لها، فلا يترك ذلك لولي الأمر؛ إذ إنَّها في أصلها بتقدير الشارع، والتقدير فيها مقدر بما نزل بالمجتمع والفضيلة من أذى^٤.

ولابن رشد الحفيد تقسيم بديع، بدأ به كتاب الجنائيات في كتابه بداية المجتهد، فقال: "والجنائيات التي لها حدود مشروعة أربع:

- (١) جنائيات على الأبدان والنفوس والأعضاء وهو المسمى قتلًا وجرحًا.
- (٢) وجنائيات على الفروج وهو المسمى زنا وسفاحًا.
- (٣) وجنائيات على الأموال وهذه ما كان منها مأخوذاً بحرب سمي حراية، إذا كان بغير تأويل، وإن كان بتأويل سمي بغيا، وإن كان مأخوذاً على وجه المغافصة من حرز يسمى سرقة، وما كان منها بعلو مرتبة وقوة وسلطان سمي غصبا.
- (٤) وجنائيات على الأعراض وهي المسمى قذفاً.
- (٥) وجنائيات بالتعدي على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب، وهذه إنما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الخمر فقط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه^٥.

١ - تلخيص أ.د. محمد فتحي محمود لبحث: الإرهاب، الفهم المفروض للإرهاب المفروض، تأليف: د. علي بن فايز الجعني، مطبوع ضمن "ملخصات إصدارات الجامعة في مجال مكافحة الإرهاب". ص ٥٩ - ٦٢.

٢ - التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، للأستاذ عبدالقادر عودة، ط٤، (لبنان: دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٥) ج ١ ص ٧٨ - ٨١.

٣ - ينظر: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي. العقوبة، للإمام محمد أبي زهرة، ط: د (مصر: دار الفكر الإسلامي) ص ٦٦.

٤ - ينظر: الجريمة والعقوبة، ص ٦٦.

٥ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد، ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد بن محمد، القرطبي، ط٤، (مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م) ج ٢ ص ٣٩٣، ٣٩٤.

وتتربع عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع السماوية والوضعية سنام الذرورة، فهي أشد العقوبات؛ لكونها إعدام الإنسان من حياته، وإزهاق نفسه، وأثر هذه العقوبة يعدو إلى ذويه ومجتمعه فيحرمون منه، ولكنها دواء لا بد من تجرعه على مرارته؛ لما يترتب عليه من صلاح المجتمع وإقامة العدل وتنفيذ شرع الله، وتوفير الأمن والاستقرار.

معنى الإعدام في اللغة:

الإِعدامُ على وزن إفعال، مصدرٌ قياسيٌّ للفعل الثلاثي المزيد أَعَدَمَ، وهو مزيد بحرف الهمزة على وزن أَفْعَلْ؛ وهو هنا للتعدية، وأصل الفعل عدم. وللإعدام في اللغة معان منها:

• الإِذهاب والإفقاد، قال الجوهري: "عدم (بالكسر) أَعَدَمَهُ (بالفتح) عَدَمًا (بالتحريك)، على غير قياس، أي: فقدته". يقال: أَعَدَمَنِي الشَّيْءُ: لم أَجِدْهُ. قال الشاعر: مُتَهَلَّلٌ بِنَعَمٍ يَلَا مُتَبَاعِدٌ ... سَيَّانٍ مِنْهُ الْوَفْرُ وَالْعَدَمُ.

• الإفقار، قال الجوهري: "العَدَم (بفتح العين والبدال): الفقر. وكذلك العُدَم إذا ضمنت أوله وسكنت ثانيه". أَعَدَمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، أي: أَفْقَرَهُ. وَأَعَدَمَ الرَّجُلُ: افتقر، فهو مُعْدِمٌ وَعَدِيمٌ. وَقَدْ غَلَبَ اسْتِعْمَالُ الْعَدَمِ عَلَى فَقْدَانِ الْمَالِ وَقَلْبَتِهِ. وَبِهِ فُسْرٌ قَوْلُ لَيْبِدٍ: (وَلَقَدْ أَغْدُو وَمَا يُعْدِمُنِي صَاحِبٌ غَيْرُ طَوِيلِ الْمُحْتَبَلِ) يَقُولُ: لَيْسَ مَعِيَ أَحَدٌ غَيْرُ نَفْسِي وَفَرَسِي^٢. ويجوز جمعُ العديم على العُدَماء، كما يقال فقير وفُقراء^٣.

• الإِفاة: "يقال: أَعَدَمَهُ اللَّهُ تَعَالَى كَذَا، أي أفاته"^٤.

• التغييب بموت أو فقد بما لا يمكن العودة منه، يقال: عَدِمْتُ فَلَانًا أَعَدَمُهُ عَدَمًا، أي: فقدته أفقده فقدًا وفقدانًا، أي: غاب عنك بموت أو فقدٍ لا يقدر علي^٥.

ويظهر من هذه المعاني أن سبب إطلاق كلمة الإعدام للعقوبة المعروفة هو إفقاد الجسم للروح وإذهابه عنه. ولهذا فقد قرر المعاصرون اعتبار الإعدام علمًا عليها، ففي

١ - الصحاح، (عدم) ج ٥ ص ١٩٨٢.

٢ - المصدر السابق.

٣ - معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، تحقيق: عبد السلام محمد هارون لدار الفكر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م] (عدم) ج ٤ ص ٢٤٨.

٤ - معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، ج ٤ ص ٢٤٨.

٥ - راجع كتب اللغة الآتية: كتاب العين، للفراهيدي، تحقيق: د.مهدي المخزومي ود.إبراهيم السامرائي لدار ومكتبة الهلال، (باب العين والبدال والميم) ج ٢ ص ٥٦. ؛ الصحاح (عدم) ج ٥ ص ١٩٨٢. ؛ معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، (عدم) ج ٤ ص ٢٤٨.

المعجم الوسيط: "الإعدام، يقال: قضى القاضي بإعدام المجرم: قضى بإزهاق روحه قصاصاً".

ولكن قرارات مجمع اللغة العربية بالقاهرة، توحى بأن المعاصرين لا يستخدمون هذه الكلمة فيما استخدمها السابقون، فجاء في القرارات: "أَعْدَمَ الْمُجْرِمَ: يقول المحدثون: أَعْدَمَ الْجَلَادُ الْمُجْرِمَ: شنقه، والمسموع عن العرب: أَعْدَمَ الرَّجُلُ: افتقر، وأَعْدَمَ فَلَانًا: منعه، وأَعْدَمَ اللَّهُ فَلَانًا الشَّيْءَ: جعله عادماً له".^٢

ويصعب التوافق من هذا القرار، فليس هذا الاستخدام خاص بالمحدثين، بل استخدمه العرب - كما مر ذكره - فقد ورد في كتاب الفروق اللغوية، لأبي هلال العسكري، (ت ٣٣٤هـ)، ما نصه: "والفرق بين الإهلاك والإعدام: أن الإهلاك أعم من الإعدام؛ لأنه قد يكون بنقص البنية، وإبطال الحاسة، وما يجوز أن يصل معه اللذة والمنفعة، والإعدام نقيض الإيجاد، فهو أخص، فكل إعدام إهلاك، وليس كل إهلاك إعداماً".^٣ وهذا صريح في أن كلمة الإعدام استخدمت بمعنى: الإماتة والإهلاك بإزهاق الروح.

والإعدام باللغة الإنجليزية: execution.

تعريف الإعدام:

- تعريف الموسوعة العربية العالمية: "عقوبة الإعدام: العقوبة التي تؤدي إلى موت الجاني".^٤
 - تعريف الإعدام في الموسوعة الحرة: عقوبة الإعدام، عقوبة الموت، أو تنفيذ حكم الإعدام هو: قتل شخص بإجراء قضائي من أجل العقاب أو الردع العام والمنع.^٥
 - تعريف الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية: "الإعدام في الاصطلاح الجنائي: معاقبة الإنسان بإزهاق روحه بالموت".^٦
- تعريف القانونيين: "الإعدام هو إزهاق روح المحكوم عليه، وهو من حيث خصائصه عقوبة جنائية فحسب، وهو من حيث دوره في السياسة الجنائية عقوبة استئصال؛ إذ يؤدي إلى استبعاد من ينفذ فيه من عداد أفراد المجتمع، وذلك على نحو نهائي لا رجعة

١ - ج ٢ ص ٥٨٨.

٢ - قرارات مجمع اللغة العربية، كلمة: أَعْدَمَ الْمُجْرِمَ.

٣ - رقم الفرق ٣٣٤، ص ٨٥.

٤ - مصطلح عقوبة الإعدام، في الموسوعة المشار إليها أعلاه.

٥ - ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، عنوان الصفحة: الإعدام <http://ar.wikipedia.org/wiki/الإعدام>.

٦ - الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية، لسعود بن عبد العالي البارودي العتيبي، ط ٢، (١٤٢٧)، ص ١٢٩.

فيه".^١

وهذه التعريفات متشابهة ولا يترتب فرق أو خلاف.

مشروعية عقوبة الإعدام:

قررت الشريعة الإسلامية عقوبة الإعدام لبعض الجرائم، مثل عقوبات القصاص في النفس، وعقوبات عدد من الحدود بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

قال الله عز وجل: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ {١٧٨} وَلكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ {١٧٩} ﴾ [سورة البقرة]. كتب عليكم: أي فرض وأوجب، فهذه الآية تدل على مشروعية الإعدام قصاصا.

وقال رسول الله ﷺ: (لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأتى رسول الله إلا بإحدى ثلاث الثيب الزان والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة)^٢. وهذا الحديث صريح في إباحة دم من يأتي بإحدى هذه الجرائم وإيقاع عقوبة الإعدام عليه.

وقد أجمعت الأمة على إثبات الإعدام قصاصا وحداً، وطبقته في سائر عصورها تنفيذاً لما ورد من آيات كريمة وأحاديث صحيحة، بل حصل إجماع علمائها على مسائل جزئية في الإعدام، وهي بيّنة وواضحة.

حكم إقامة الحدود والقصاص في الشريعة الإسلامية:

اعتبرت الشريعة الإسلامية إقامة الحدود والقصاص واجباً أساسياً وفرضاً على الحاكم في كل زمان ومكان، وهي عبادة بمنزلة الجهاد في سبيل الله، وعليه فلا يمكن لأحد حاكم أو محكوم عليه؛ الحيدة أو الخيرة، ويجب على الوالي أن يكون عادلاً في إقامة الحد، فلا يعطل حداً من الحدود رأفة بالمجرم وشفقة عليه، لأنه بذلك يعطل ما فيه رحمة بالناس، وكف للمنكرات عنهم، ولا يجاوز الحق في تطبيق الحد. فإن كانت الجريمة من الحدود قد وقعت فلا يصح العفو عنها بوجه من الوجوه، فعن أبي

١ - مفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة، ص ٨. ومرجع فضيلته في البحث: شرح قانون العقوبات لمحمود نجيب، ص ٦٩٠.

٢ - متفق عليه، عن عبد الله بن مسعود، رضي الله تعالى عنه، واللفظ لمسلم، ٤٤٦٨، ج ٥ ص ١٠٦. باب ما يباح به دم المسلم. البخاري ٦٨٧٨، ج ١ ص ٦، كتاب بدء الوحي.

هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (حد يعمل به في الأرض، خير لأهل الأرض من أن يُمطروا أربعين صباحاً)^١.

والأحكام في الشريعة الإسلامية ثابتة لم ولن تتغير، فهي مبنية على نصوص محكمة، وحيث إنها تتميز بالشمولية والتكامل فقد أوجب المولى عز وجل على المسلمين الأخذ بجميع ما جاءت بها من أحكام، عقائد كانت أو تشريعات، والتحاكم إليها كلها، وعدم التفريق بينها، بحيث يعملوا ببعضها ويتركوا غيرها، وقد ذم الله عز وجل بعض من كان قبلنا عندما اتخذوا هذا المسلك سبيلهم، قال تعالى: ﴿أَفْتَوْمُنُونِ بِبَعْضِ الْكِتَابِ وَتَكْفُرُونَ بِبَعْضٍ﴾ [البقرة].

فضلا عن أن الحدود والقصاص جزء من تشريعات الإسلام التي شرعت لحكم ومقاصد عظيمة، حيث يؤول أمر إقامتها إلى المحافظة على الضروريات التي جاءت الشريعة بحفظها، وهي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والعرض، والمال.

الإخلاص لله عز وجل عند إقامة العقوبات في الإسلام:

فلا تكون غاية الحاكم بإقامة عقوبة الإعدام الاستكبار في الأرض أو شفاء غيظ قلبه؛ لأنه بمنزلة الوالد إذا أدب ولده، إنما يؤدبه رحمة به، وإصلاحا لحاله، ومتى كان قصد الحاكم صلاح الرعية والنهي عن المنكرات، وابتغى بذلك وجه الله تعالى، وطاعة أمره لأن الله له القلوب، وتيسرت له أسباب الخير، وكفاه العقوبة البشرية، وأما إذا كان الأمر على نقيض ذلك انعكس عليه مقصوده^٢. يقول الماوردي في قتال أهل البغي: "وأن يقصد بالقتال ردعهم ولا يعتمد به قتلهم"^٣. وهذا ابن العربي يرشد الحكام إلى إصلاح نياتهم في إقامة الحدود القصاص قائلًا: "فإن الله ما وضع الحدود إلا مصلحة عامة كافة قائمة بقوام الحق، لا زيادة عليها ولا نقصان معها، ولا يصلح سواها، ولكن الظلمة خاسوا بها، وقصروا عنها، وأتوا ما أتوا بغير نية منها، ولم يقصدوا وجه الله في القضاء بها؛ فذلك لم يرتدع الخلق بها. ولو حكموا بالعدل؛ وأخلصوا النية، لاستقامت الأمور، وصلح الجمهور؛ وقد شاهدتم منا إقامة العدل والقضاء والحمد لله بالحق، والكف للناس بالقسط، وانتشرت الأمانة، وعظمت المنعة، واتصلت في البيضة الهدنة، حتى غلب قضاء الله بفساد الحسدة، واستيلاء الظلمة"^٤.

١ - أخرجه الإمام أحمد، ٩٢١٥، ج ٢ ص ٤٠٢. "تعليق شعيب الأرنؤوط: إسناده ضعيف لضعف جرير بن يزيد". وأخرجه ابن ماجة في السنن، ٢٥٢٨، كتاب الحدود، ج ٣ ص ٥٧٥. والحديث صححه السيوطي في الجامع الصغير، ٣٦٨٩، ج ١ ص ٣٣٩.

٢ - ينظر: السياسة الشرعية، ص ٨٦.

٣ - الأحكام السلطانية، للماوردي، ص ٧٥.

٤ - أحكام القرآن، للقاضي ابن العربي المالكي، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، ط ٣، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م)، ج ٣ ص ٤٧٤.

وفي قول عثمان رضي الله تعالى عنه: (ما يزع الناس السلطان أكثر مما يزعمهم القرآن)، يقول ابن العربي: "قال مالك: يعني يفهمهم، وقال ابن وهب مثله، وزاد ثم تلا مالك: {فهم يوزعون} [النمل: ١٧] أي يكفون. وقد جهل قوم المراد بهذا الكلام، فظنوا أن المعنى فيه أن قدرة السلطان تردع الناس أكثر مما تردعهم حدود القرآن. وهذا جهل بالله وحكمه وحكمته ووضعه لخلقه"^١.

أساليب تنفيذ عقوبة الإعدام في السابق والآن:

تعددت طرق تنفيذ عقوبة الإعدام، واختارت الأنظمة الحاكمة - سابقا وحاليا - طرق إعدام مختلفة، ووضعت لها إجراءات وأساليب متعددة، منها ما يلي:

(١) الشنق، وهي طريقة من أكثر طرق تنفيذ عقوبة الإعدام شيوعاً، ويعمل بها في بعض الدول العربية، مثل مصر والعراق والكويت وسوريا، وفي غيرها مثل: المملكة المتحدة، وأستراليا ونيوزيلندا، وتكون بتعليق المعدم من رقبتة بواسطة حبل غليظ، ويحصل الموت بواسطة الشنق عندما يحصل ضغط على شرايين العنق من الطرفين مما يؤدي إلى نقص وصول الدماء إلى الدماغ وتوقف الدم عن الدماغ بفعل انضغاط الشرايين الثابتة على طرفي العنق، مما يؤدي لنقص التروية الدموية عن الدماغ والمراكز القلبية والتنفسية، مما يؤدي إلى الموت بفعل الانضغاط الوعائي والعصبي، وهناك من يعتبر الشنق أرحم وأخف ألماً من أنواع تنفيذ الإعدام المختلفة الأخرى^٢.

ولكن أغلب الظن أن قطع الرقبة بالسيف وجزها أخف إيلا ما حيث إن الحبل الشوكي ينقطع ويبطل معه الإحساس فوراً، كما أن التجارب على الذبائح أثبتت أن قطع المريء والشرايين يعطل الإحساس بالألم، ولو لم يكن فيه قطع الحبل الشوكي.

(٢) الخازوق، وكان يعمل به في الدولة العثمانية.

(٣) الحرق، وقد وجد لدى قوم إبراهيم عليه السلام فألقوه في النار، وقد جعلها الله عز وجل برداً وسلاماً عليه، وقد تمادت الأمم الأوربية في العمل به في العصور الوسطى. وقد ورد النهي عنه في الشريعة الإسلامية.

(٤) سقي السم، وكان يجري العمل به في اليونان القديمة، ويستخدم حالياً فيما يسمى بالقتل الرحيم في مصحات بعض الدول التي تجيزه.

(٥) الحقن القاتل بالسم (Lethal injection)، ويعمل بهذه الوسيلة في عدّة دول منها الولايات المتحدة الأمريكية، يتم فيها حقن شخص بجرعات من مواد كيميائية تؤدي

١ - أحكام القرآن، لابن العربي، ج ٣ ص ٤٧٤.

٢ - ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، الصفحة في الشبكة: <http://ar.wikipedia.org/wiki/شنق>.

إلى الموت، ويمكن أن تستخدم هذه الوسيلة أيضا في القتل الرحيم، وتكون بمزج ثلاثة محاليل كيميائية، وهي: صوديوم البينتوثال الذي يسبب فقدان الوعي وكلوريد البوتاسيوم الذي يؤدي إلى توقف القلب، وبروميد البانكورونيوم لإيقاف عملية التنفس. وهذه الوسيلة وجهت لها انتقادات بسبب اتهامها بأنها عقوبة قاسية وتسبب الكثير من الآلام^١.

- (٦) التسميم بالغاز السام، ويعمل به أيضا في بعض الولايات الأمريكية.
- (٧) الصعق بالكروني الكهربائي، وينفذ أيضا في بعض الولايات الأمريكية.
- (٨) الرمي بالرصاص، ويطلق عادة في إعدام العسكريين، وينفذ في بعض الولايات الأمريكية.
- (٩) قطع الرؤوس تحت المقصلة (Guillotine)، وهي آلة استخدمت بكثرة عقب الثورة الفرنسية، وتتكون من شفرة حديدية حادة تسقط من عل فتتهوي على رقبة الذي يراد إعدامه وتقطع رقبته^٢.
- (١٠) الخنق بالآلة الخانقة، وكان يطبق في الماضي.
- (١١) الرمي من شاهق، وهذه العقوبة مذكورة في كتب الفقه الإسلامي.
- (١٢) الصلب، وقد كان يعمل بها في الدولة الرومانية.
- (١٣) الرجم بالحجارة حتى الموت، كانت هذه العقوبة شائعة في اليونان القديمة، ويعمل بها في التعاليم اليهودية وفي الشريعة الإسلامية، حيث إنها عقوبة الزاني والزانية المحصنين، وتطبق في إيران وأفغانستان - سابقا في حقبة حكم طالبان - وفي باكستان والسودان والمملكة العربية السعودية وبعض ولايات نيجيريا^٣.
- (١٤) القصاص بالسيف، وتنفذ هذه العقوبة في الدول التي تحكم بالشريعة الإسلامية^٤.

الأساليب المعتمدة في الشريعة الإسلامية لتنفيذ الإعدام:

من الطرق السابق ذكرها اتخذت الشريعة الإسلامية الطرق الرحيمة فقط لتنفيذ هذه العقوبة وهي ما يلي:

- (أ) الرجم بالحجارة حتى الموت، وهي عقوبة على الزنا بعد الإحصان. قال ابن قدامة: وجوب الرجم على الزاني المحصن رجلا كان أو امرأة، هو قول عامة أهل العلم من

١ - ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، الصفحة في الشبكة: http://ar.wikipedia.org/wiki/حقن_قاتل

٢ - ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، الصفحة في الشبكة: <http://ar.wikipedia.org/wiki/مقصلة>

٣ - ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، الصفحة في الشبكة: <http://ar.wikipedia.org/wiki/رجم>

٤ - ينظر عدد من هذه الأنواع في: الموسوعة العربية العالمية، تحت عنوان عقوبة الإعدام.

الصحابة والتابعين ومن بعدهم من علماء الأمصار في جميع الأعصار، ولا نعلم فيه مخالفا إلا الخوارج. ولنا أنه ثبت الرجم عن رسول الله ﷺ بقوله وفعله في أخبار تشبه المتواتر، وأجمع عليه أصحاب رسول الله ﷺ، وقد أنزله الله تعالى في كتابه، وإنما نسخ رسمه دون حكمه، فروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: (إن الله تعالى بعث محمدا ﷺ بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأتها وعقلتها ووعيتها، ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده، فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل: ما نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله تعالى، فالرجم حق على من زنى إذا أحصن من الرجال والنساء إذا قامت البينة، أو كان الحبل، أو الاعتراف، وقد قرأ بها: (الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم) [متفق عليه]. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن المرجوم يُدام عليه الرجم حتى يموت، ولأن إطلاق الرجم يقتضي القتل به كقوله تعالى: ﴿لَتَكُونَنَّ مِنَ الْمَرْجُومِينَ {١١٦}﴾ [الشعراء]. وقد رجم رسول الله ﷺ اليهوديين اللذين زنيا وماعزا والغامدية حتى ماتوا^١.

(ب) القصاص بالسيف لما سوى ذلك. وقد اختلف الفقهاء في القصاص بالسيف إلى قولين^٢:

الأول: إن القصاص لا يستوفى إلا بالسيف، وهو قول الحنفيّة، ورواية عن الحنابلة، ودليلهم قول النبي ﷺ: « لا قود إلا بالسيف ». أخرجه ابن ماجة^٣ بسنده إلى النعمان بن بشير. وإسناده ضعيف^٤.

وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده إلى إبراهيم النخعي في الرجل يقتل الرجل بالحصى، أو يمثل به، قال: إنما القود بالسيف، لم يكن من أمرهم المثلة. وروى أيضا بسنده إلى الشعبي، قال: لا قود إلا بحديدة^٥.

قال الطحاوي بعد تخريجه للحديث بسنده: "فدل هذا الحديث أن القود لكل قتيل ما كان، لا يكون إلا بالسيف وقد جاء عن رسول الله ﷺ ما قد دل على ما ذكرنا أيضا، والقود هو القصاص، فكان هذا نفي استيفاء القصاص بغير السيف. وإن أراد الولي أن

١ - المغني، ط١، (بيروت: الناشر، ١٤٠٥) ج١٠ ص١١٧.

٢ - راجع في القولين: الموسوعة الفقهية الكويتية، (الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، من عام ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ) ج٤ ص١٥٠، وج٥ ص٣١٢.

٣ - رقم الحديث ٢٦٦٧. و٢٦٦٨، كتاب الديات، باب لا قود إلا بالسيف. (مؤسسة الرسالة) ج٣ ص٦٧٧.

٤ - قال البيهقي: "الحديث تفرد به جابر الجعفي وهو ضعيف لا يحتج به، واختلف عليه في لفظه، وروي عن مبارك بن فضالة عن الحسن بن النعمان بن بشير. وقيل عن أبي بكره وكلاهما ضعيف. وروي من أوجه أخر كلها ضعيفة، والله أعلم". لمعرفة السنن والآثار، تحقيق: سيد كسروي حسن، (بيروت: دار الكتب العلمية)، ج٦ ص١٨٧.

٥ - المصنف لابن أبي شيبة، ج٩ ص٣٥٤، رقم الحديث ٢٨٢٩٥، وما بعده.

يقتل بغير السيِّف لا يمكن للحديث، ولو فعل يعزَّر، لكن لا ضمان عليه؛ لأنَّ القتل حقّه، فإذا قتله فقد استوفى حقّه بأيّ طريقٍ كان، إلاّ أنّه يَأْتُم بالاستيفاء بطريقٍ غير مشروع، لمجاوزته حدّ الشرع" ^١.

الثاني: أنّ القاتل يُقتل بمثل ما قتل به، وهو قول المالكيّة والشافعيّة، وهو إحدى روايتين للحنابلة، ودليلهم: ما أخرجه الترمذي بسنده إلى أنس رضي الله تعالى عنه قال: خرجت جارية عليها أوضاع، فأخذها يهودي فرضخ رأسها بحجر، وأخذ ما عليها من الحليّ. قال: فأدركت وبها رمق، فأتى النبي ﷺ، فقال: (من قتلك أفلان؟ قالت برأسها: لا، قال: ففلان حتى سمي اليهودي. فقالت برأسها أي نعم. قال: فأخذ فاعترف، فأمر به رسول الله ﷺ فرضخ رأسه بين حجرين). والحديث صحيح ^٢.

قال البيهقي: "فهذا كله يدل على أنه ﷺ اعتبر المماثلة في قتله بها حكماً يقتضيه لفظ القصاص الذي ورد به الكتاب، ولا يجوز معارضته بحديث أبي قلابة عن أنس أن النبي ﷺ أمر به أن يرحم حتى يموت فرجم، فإن هذا لا يخالفه فإن الرجم والرضخ والرض؛ كله عبارة عن الضرب بالحجارة... ولا تجوز دعوى النسخ فيه بنهي النبي ﷺ عن المثلة؛ إذ ليس فيه تاريخ ولا يستدل على النسخ، ويمكن الجمع بينهما، فإنه إنما نهى عن المثلة ممن وجب قتله ابتداء لا على طريق المكافأة والمساواة" ^٣.

(ج) عقوبة الصلب، وهي تطبق بعد تنفيذ عقوبة القصاص، ويجري فيه تعليق من نفذ عليه القتل لأيام معدودة لتحصيل للناس مزيد من الردع، وهي تطبق في حالات نادرة في جرائم الحرابة، قال تعالى: ﴿ **إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ** {٣٣} ﴾ [المائدة].

سياسة الإسلام في إيقاع عقوبة الإعدام:

لا يخلو مجتمع إنساني من جرائم مختلفة تعالج بعقوبات متناسبة مع قدرها وخطورها وشدتها، كما يعالج المريض بالدواء، فقد يكون الدواء حلواً أو مرّاً، كثيراً أو قليلاً، وقد يكون فيه إصلاح للعضو المريض، وقد يكون بترا له خشية سريان المرض إلى غيره من الأعضاء. وتتميز الشريعة الإسلامية بأنها أرحم في إيقاع عقوبة الإعدام وألين من غيرها

١ - شرح معاني الآثار، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي المعروف بالطحاوي، ط١، تحقيق: محمد زهري النجار، ومحمد سيد جاد الحق، (عالم الكتب، ١٤١٤ هـ، ١٩٩٤ م)، ج ٣ ص ١٨٤.

٢ - قال أبو عيسى الترمذي: "هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم، وهو قول أحمد وإسحق". "قال الشيخ الألباني: صحيح". اسنن الترمذي (الجامع الصحيح)، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، (بيروت: دار إحياء التراث العربي) (الأحاديث مذيبة بأحكام الألباني عليها) ج ٤ ص ١٥.

٣ - سنن البيهقي، ج ٦ ص ١٨٦، وما بعدها.

من القوانين والأنظمة، فالطرق المؤدية إلى العفو فيها أكثر بكثير من الطرق المؤدية إلى التنفيذ، دليل ذلك ما يلي:

(أ) إيجاب المحافظة على حق الحياة لكل إنسان، والتحذير من أي اعتداء عليه، والتشجيع على من سلب حياة غيره بغير حق، واعتباره جريمة عظمى، وتأتي جريمة سفك الدم الحرام بعد الإشراك بالله في الإثم والجرم، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَنَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَكَانُوا يَقْتُلُونَ أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [سورة الفرقان: ٦٨]. وعن عبد الله بن عمرو: (أن النبي ﷺ قال: لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم)^١. وعن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة يذكران عن رسول الله ﷺ قال: (لو أن أهل السماء وأهل الأرض اشتركوا في دم مؤمن لأكبهم الله في النار)^٢. وعن ابن عباس، رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ خطب الناس يوم النحر فقال: (يا أيها الناس أي يوم هذا؟ قالوا يوم حرام. قال: فأى بلد هذا؟ قالوا: بلد حرام. قال: فأى شهر هذا؟ قالوا: شهر حرام. قال: (فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا، في شهركم هذا، فأعادها مرارا، ثم رفع رأسه، فقال: اللهم هل بلغت! اللهم هل بلغت! قال ابن عباس رضي الله عنهما: فولذي نفسي بيده، إنها لو صيته إلى أمته، فليبلغ الشاهد الغائب، لا ترجعوا بعدي كفارا يضرب بعضكم رقاب بعض)^٣.

(ب) تسهيل أمر التقاضي العادل لكل شخص ومجانبة القضاء، ميزتان للمحاكم في الإسلام، ونرى في المقابل أن القوانين الوضعية، المدونة منها أو غير المدونة، فإنها تحتاج إلى إجراءات معقدة جدا يصعب على الفرد أن يحمي نفسه فيها، فلا بد له من الاستعانة بفوج من المحامين والمدافعين، وهو ما لا يقدر عليه إلا الأغنياء. وأولئك المحامون في غالب الأحوال يستطيعون تمديد فترات التقاضي وتقليب الحقائق حتى يخرج الظالم مظلوما والمظلوم ظالما. وقد آل الأمر كما تحدث عنه بعض المعنيين في دول عدة إلى أن الإعدام لم يعد يطبق إلا على الفقراء الذين لا يملكون نفقات المحاماة. إضافة إلى إن ما يعرف بهيئة المحلفين المتكون من اثني عشر فردا من عامة الناس المعمول به في كثير من الدول الغربية، فمثلها كمثل الطبيب الذي يقال له: استعن باثني عشر رجلا من العامة ليقررروا مرض المريض أو يقررروا علاجه هل سيكون بجراحة أو بدواء.

١ - أخرجه الترمذي في سننه، تحقيق: أحمد شاكر وآخرون، (بيروت: دار إحياء التراث العربي)، باب تشديد قتل المؤمن، رقم الحديث ١٢٩٥، ج ٤ ص ١٦. وصححه الشيخ الألباني.

٢ - أخرجه الترمذي في سننه، باب الحكم في الدماء، رقم الحديث ١٢٩٨، ج ٤ ص ١٧. وصححه الشيخ الألباني.

٣ - أخرجه البخاري في صحيحه، باب الخطبة أيام منى، رقم الحديث ١٧٣٩، ج ٢ ص ٢١٥.

ج) المساواة بين الجميع فردا فردا أمام الأحكام الشرعية، ودون تفریق بين شعب أو قبيلة، وشريف أو وضيع، صغير أو كبير، ذكر أو أنثى، "فعن عائشة زوج النبي ﷺ أن قريشا أهمهم شأن المرأة التي سرقت في عهد النبي ﷺ في غزوة الفتح، فقالوا من يكلم فيها رسول الله ﷺ، فقالوا: ومن يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد حب رسول الله ﷺ! فأتى بها رسول الله ﷺ، فكلّمه فيها أسامة بن زيد، فتلوّن وجه رسول الله ﷺ، فقال: « أتشفع في حد من حدود الله؟ فقال له أسامة: استغفر لي يا رسول الله. فلما كان العشي قام رسول الله ﷺ فاختطب، فأثنى على الله بما هو أهله، ثم قال: « أما بعد فإنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وإني والذي نفسي بيده لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها. » ثم أمر بتلك المرأة التي سرقت فقطعت يدها".

د) ترغيب المؤمنين في الستر والتسامح والعفو والصلح قبل الرفع إلى الحاكم، قال رسول الله ﷺ لرجل أرشد ماعزا إلى الإخبار النبي ﷺ بفعلته: (لو كنت سترته بثوبك كان خيرا لك)^٢.

ه) جعلت الشريعة حق إيقاع عقوبة الإعدام خارج إطار التعزير لورثة القتل عند إصرارهم مجتمعين على إيقاع هذه العقوبة، وبعد تجاوز مراتب عديدة يبتغى فيها الاستعطاف والعفو، إضافة إلى التنازل لوجه الله ابتغاء للأجر الكبير الذي كتبه الله عز وجل للعافين عن الناس وحبه عز وجل للمحسنين، ووعده الأجر الجزيل لمن عفى وأصلح، هناك الصلح على مال، وهناك التنازل إلى الدية، فإذا تنازل واحد من الورثة فعندئذ لا بد للحاكم الامتثال لرغبتهم، ولورثة القتل الحق في العفو بسهولة وفي أي وقت ولو كان قبل التنفيذ بلحظة واحدة، وهذا أرحم بالنفس الإنسانية، ويتمثل فيه إقرار لمبدأ الرحمة والمسامحة بين الناس. أما القوانين الوضعية فقد منحت هذا الحق للدولة، فلا يمكن العفو عنه إلا بإجراءات معقدة جدا^٣.

و) حماية النفس الإنسانية بأقصى درجة، ويتمثل ذلك بإلزام القاضي بضمانات محكمة وشديدة لا يمكنه بحال تجاوزها؛ للتحقق من وجود ركن الاعتداء كشرط لتنفيذ العقوبة، وقد سبق بها الإسلام الديمقراطية بأكثر من ألف عام، ومنها^٤:

١ - متفق عليه، رواه مسلم في صحيحه بسنده إلى عائشة أم المؤمنين، رضي الله تعالى عنها، باب قطع السارق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود، ج ٥ ص ١١٤، واللفظ له؛ والبخاري في صحيحه، باب كراهية الشفاعة في الحد إذا رفع إلى السلطان ج ٤ ص ٢١٣.

٢ - أخرجه الإمام أحمد، رقم الحديث ٢١٩٤١ ج ٥ ص ٢١٧. للسند، للإمام أحمد، (القاهرة: مؤسسة قرطبة)، مذيّل بأحكام شعيب الأرنؤوط على الأحاديث.

٣ - ينظر مقال عثمان الرواف في صحيفة الشرق الأوسط، بعنوان عقوبة الإعدام وموقف الإسلام منها، ذكر فيه ما ورد في محاضرة الشيخ محمد بن جبير، رحمه الله، عنوان المقال:

<http://www.aawsat.com/leader.asp?section=3&article=44637&issueno=8246>

٤ - هذه الضمانات المذكورة في كتاب: مذاهب فكرية معاصرة، للشيخ محمد قطب، ص ٢٧٩.

● الحكم بشريعة الله التي يجلو فيها العدل الرباني الشامل ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [سورة المائدة]، دون تجاوز.

● أن لا يقضي القاضي بحد أو قصاص إلا إذا استوثق تماما أن المتهم غير معذور في الجرم الذي ارتكبه، وإلا فالحكم هو درء الحد أو العقوبة بالشبهة، لقوله ﷺ: (ادرعوا الحدود بالشبهات)^١، وعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه أنفذ هذا المبدأ عندما رفع إليه من سرق وهو جائع، في موطأ الإمام مالك (أن رقيقا لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب، فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم، ثم قال عمر: أراك تجيعهم! ثم قال عمر: والله لأغرمنك غرما يشق عليك. ثم قال للمزني: كم ثمن ناقتك؟ فقال المزني: قد كنت والله امنعها من أربعمئة درهم. فقال عمر: أعطه ثمانمئة درهم)^٢. كما أوقف عمر حد السرقة عام الجوع تطبيقا للمبدأ ذاته: ادرعوا الحدود بالشبهات، وقال: (لا يُقَطَّعُ فِي عِدَّتِكَ وَلَا عَامِ السَّنَةِ)^٣.

● ومن الضمانات: أن لا يقضي القاضي بعلمه، وإنما بالقرائن والأدلة وشهادة الشهود العدول. ولا يقضى القاضي وهو غضبان، ولا يقضى وهو معرض لأي عارض يؤثر في قدرته على الحكم الصحيح.

● ولأن الأصل براءة الذمة لا يحلف المتهم في القضايا الجنائية المتعلقة بحق الله تعالى، بل يذهب بعض العلماء إلى عدم تحليف المتهم في القضايا الجنائية المتعلقة بحق العبد^٤.

١ - قال العلامة ابن حجر العسقلاني في كتابه تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: "حديث (ادرعوا الحدود بالشبهات): الترمذي والحاكم والبيهقي من طريق الزهري عن عروة عن عائشة، بلفظ: (ادرعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة)، وفي إسناده يزيد بن زياد الدمشقي وهو ضعيف، قال فيه البخاري: منكر الحديث. وقال النسائي: متروك. ورواه وكيع عنه موقوفا وهو أصح، قاله الترمذي، قال: وقد روي عن غير واحد من الصحابة أنهم قالوا ذلك. وقال البيهقي في السنن: رواية وكيع أقرب إلى الصواب، قال: ورواه رشدين عن عقيل عن الزهري، ورشدين ضعيف أيضا. ورويناه عن علي مرفوعا: (ادرعوا الحدود ولا ينبغي للإمام أن يعطل الحدود)، وفيه المختار بن نافع وهو منكر الحديث، قاله البخاري، قال: وأصح ما فيه حديث سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود قال: (ادرعوا الحدود بالشبهات ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم)، وروى عن عقبة بن عامر ومعاذ أيضا موقوفا، وروي منقطعا وموقوفا على عمر. قلت: ورواه أبو محمد بن حزم في كتاب الإيصال من حديث عمر موقوفا عليه، بإسناد صحيح، وفي ابن أبي شيبة من طريق إبراهيم النخعي عن عمر: (لأن أخطئ في الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات)، وفي مسند أبي حنيفة للحارثي من طريق مقسم عن ابن عباس بلفظ الأصل مرفوعا. لطا، (دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ - ١٩٨٩م)، رقم الحديث ١٧٥٤ - ج ٤ ص ١٦٢.

٢ - موطأ الإمام مالك، رواية يحيى الليثي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (مصر: دار إحياء التراث العربي)، رقم الحديث ١٤٣٦ ج ٢ ص ٧٤٨.

٣ - المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط: ٢، (بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٣)، رقم الحديث ١٨٩٩٠، ج ١٠ ص ٢٤٢.

٤ - ينظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر الزرعي، (مكتبة دار البيان)، ص ٦١، وما بعدها.

● إبطال أخذ الاعتراف بالإكراه، ولا خلاف بين الفقهاء في أن الضرب والتعذيب والحبس والقيود داخله كلها في الإكراه، وأن اختلفوا في التهديد والوعيد فرأي الجمهور أنه داخل في الإكراه، ورأي البعض أنه لا يكون إكراها إلا إذا صدر من قادر علي تنفيذه، وغلب علي ظن المتهم وقوع ما هدد به إذا لم يقر وكان المهدد به ضارا بحيث يعدم الرضا أو يفسده، وكون المتهم عاجزا عن مقاومته، ولا يعتبر إقرار المكره صحيحا لقوله ﷺ: (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) ١، ولقول عمر رضي الله عنه: "ليس الرجل بأمين علي نفسه إذا جوعته أو ضربته أو أوثقته" ٢.

● وكذلك قرر الإسلام ضمانات التنفيذ، وزاد فيها ضمانه لم يتضمنها أي قانون أرضي حتى هذه اللحظة، وهي رد الاعتبار الكامل للمجرم بعد تطبيق الحد عليه.

● وفي التنفيذ لا يجوز تعدى العقوبات المقررة شرعا، فعن أبي بردة الأنصاري رضي الله تعالى عنه، أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: (لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله) ٣.

● وأما فيما بعد التنفيذ فيكفي هذان المثالان لتقرير تكريم الإسلام للإنسان وإن هبط في لحظة عابرة مادام قد كفر عنها بالعقوبة التي وقعت عليه وبالتوبة إلى الله عز وجل:

(١) عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ أتى برجل قد شرب، فقال: اضربوه. قال أبو هريرة: فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه. فلما انصرف قال بعض القوم: أخزاك الله! فقال رسول الله ﷺ: (لا تقولوا هكذا. لا تعينوا عليه الشيطان) ٤.

(٢) جاء في قصة ماعز بن مالك: "... فأمر برجمه فرجم فسمع النبي صلى الله عليه و سلم رجلين يقول أحدهما لصاحبه: ألم تر إلى هذا ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رُجم رجم الكلب؟ فسار النبي ﷺ شيئا ثم مرَّ بجيفة حمار فقال: أين فلان وفلان؟ انزلا فكلا من جيفة هذا الحمار. قالوا: غفر الله لك يا رسول الله، وهل يُؤكل هذا؟ قال: فما نلتما من أخيكما أنفا أشد أكلًا منه، والذي نفسي بيده إنه الآن في أنهار الجنة يتقمص فيها" ٥.

١ - أخرجه ابن ماجة في السنن، رقم ٢٠٤٣، ج ٣ ص ١٩٩، وابن حبان في صحيحه، ٧٢١٩، ج ١٦، ص ٢٠٢، لترتيب: الأمير علي بن بلبان الفارسي، تحقيق: شعيب أرنؤوط، (مؤسسة الرسالة)، وقال بعض العلماء: وللحديث شواهد من الكتاب والسنة تدل على صحته.

٢ - مذاهب فكرية معاصرة، للشيخ محمد قطب، ص ٢٧٩. وينظر: الشرح الكبير، لابن قدامة المقدسي، ج ٥ ص ٢٧٣.

٣ - أخرجه مسلم في صحيحه، باب قدر أسواط التعزير، رقم الحديث: ٤٥٥٧، ج ٥ ص ١٢٦.

٤ - أخرجه البخاري في صحيحه، رقم الحديث ٦٧٧٧، ج ٨ ص ١٩٦.

٥ - مسند أبي يعلى الموصلي، تحقيق: حسين سليم أسد، ط ١، (دمشق: دار المأمون للتراث، ١٤٠٤، ١٩٨٤) رقم الحديث ٦١٤٠، ج ١٠ ص ٥٢٤. قال محقق الكتاب: الحديث ضعيف.

الغايات التي تسعى إليها العقوبات الشرعية، ومنها عقوبة الإعدام:

١- تحقيق العدالة المطلقة (Absolute justice) بين جميع أفراد المجتمع:

العدل خلاف الجور^١، وهو من الأسس التي قام عليها عمار الكون وصلاح العباد، لذا حث عليها الإسلام، وجعله أساساً للحكم بين الناس، قال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [من الآية ٢٥، سورة الحديد]. وقال ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾ [الآية ٨، سورة المائدة]. وهو ﷺ الحكم العدل المقسط، فلا يحكم ﷺ إلا بالحق، ولا يقول إلا الحق، ولا يقضي إلا بالحق، قال ﷺ: ﴿وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ وَالَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِهِ لَأَيْقِضُونَ بِشَيْءٍ إِنَّ اللَّهَ هُوَ السَّمِيعُ الْبَصِيرُ﴾ [الآية ٢٠، سورة غافر]. وقد نفى سبحانه الظلم عن نفسه، وحرمه على عباده، قال تعالى: ﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ﴾ [الآية ٤٦، سورة فصلت]، وقال في الحديث القدسي: "يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي، وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا"^٢، وعلى هذا، فلا يمكن لامرئ أن يرقى درجات التقوى والورع دون أن يكون عادلاً.

وتحقيق العدل في الشريعة الإسلامية يكون باتباع أوامر الله ﷻ وأحكامه، ووضع كل شيء في موضعه من غير إفراط ولا تفريط، وكل ميل عن الشرع يترتب عليه ميل عن العدل وإقرار للظلم الذي هو ظلمات يوم القيامة. ودستور المسلمين حينما يحث على العدل والإحسان ينهى عن المنكر والبغي، قال جل شأنه: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ [سورة النحل، الآية ٩٠]. وهو سبحانه وتعالى الحكم الملزم حكمه كوناً وشرعاً، وشرائعه عز وجل عدل كلها، فلا خير إلا فيها، ولا عدل إلا بها، ﴿قُلْ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي وَكَذَّبْتُمْ بِهِ مَا عِنْدِي مَا تَسْتَعْجِلُونَ بِهِ إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ يَقْضُ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ﴾ [الآية ٥٧، سورة الأنعام]. ومن الحق القول بأنه قد لا يساوي العدل في الشريعة الإسلامية في علو المكانة وعظم الأهمية أية فضيلة أو قيمة أخرى، وهو المقصود الأعظم للقضاء في الإسلام.

والعدل: الأمر المتوسط بين الإفراط والتفريط. وقال الراغب العدالة والمعدلة لفظ يقتضي المساواة. والعدل: التسيط على سواء. وعليه روي: بالعدل قامت السموات

١ - "العدل: خلاف الجور. يقال: عدل عليه في القضية فهو عادل. وبسط الوالي عدله ومعدلته ومعدلته. وفلان من أهل المعدلة، أي من أهل العدل. ورجل عدل، أي رضا ومقنع في الشهادة. وهو في الأصل مصدر. وقوم عدل وعدول أيضاً، وهو جمع عدل. وقد عدل الرجل بالضم عدالة." [الصحاح للجوهري].

٢ - رواه مسلم، ك البر والصلة.

والأرض. تنبئها على أنه لو كان ركن من الأركان الأربعة في العالم زائداً على الآخر أو ناقصاً على مقتضى الحكمة لم يكن العالم منتظماً^١.

وقول الراغب الأصفهاني أن العدالة تقتضي المساواة غاية في الروعة، ويعني ذلك أن العدالة أعمّ منها. وشريعتنا الغراء تقدّم العدالة على المساواة، يظهر أثر ذلك في نذر يسير من الأحكام التي لا تتساوى الأنثى فيها بالذكر، وليتجلّى الفرق الدقيق بين العدالة والمساواة يمكننا أن نضرب مثلاً بسباق جري يقام على جائزة ثمينة بين أربعة: طفل وشاب يافع وآخر أعرج وامرأة بدينة، وتساوى فيه المسافة والجائزة والوقت وغير ذلك من شروط المسابقات، فهل يوافق عاقل على صحة هذه المسابقة؟ نعم إنَّها حققت المساواة، لكنها لم تتحقق فيها العدالة، لأن من العدالة أن يقام السباق بين أناس متساوين في القدرات والطاقات والطباع، وإلا اعتبر ظلماً، ومن هنا يتضح أن الفروق التي ظهرت في نذر يسير جداً من الأحكام الشرعية كانت غايتها تحقيق العدالة التي تقتضي المساواة الحقيقية بين المكلفين جميعاً، وهو ما أعنيه بالعدالة المطلقة.

٢- إخماد نار الثأر وإطفاء جذوة الانتقام في قلوب أولياء الدم في حال إقامة العقوبة، أما في حال العفو فالأمر ينعكس تماماً ويترتب عليه كثير من معاني الحب والوئام بين سائر الأطراف.

٣- إذهاب غيظ قلوب المتحسرين على انتهاك حرمت الله، والمتخوفين من تمادي بعض المجرمين في الإخلال بالأمن، وانتهاك أعراضهم وحرمتهم وممتلكاتهم، إن لم توقع العقوبات اللائقة بالجرائم على المجرمين.

٤- توطيد الأمن المستدام (Sustainable security) في سائر ربوع البلاد:

حرصت الشريعة الإسلامية على إقامة ركائز أساسية تعد بمثابة القواعد الصلبة في المجتمع الإسلامي، بغية توفير الأمن وتحقيق الاستقرار والطمأنينة في الأنفس والأموال والأعراض والعقول وإقرار دين التوحيد الحق، ومنع الرذيلة، ودرء المفسدة، واستئصال نزعة الشر، وبث أسباب المنازعات والأمراض والفوضى الأخلاقية عن الناس في أخطر ما يمس جوهر حياتهم الاجتماعية التي لا بد لها من وجود نظام ثابت صحيح، غير معوج^٢، "تطمئن إليه النفوس، وتنتشر فيه الهمم، ويسكن فيه البريء، ويأنس به الضعيف؛ فليس لخائف راحة، ولا لحاذر طمأنينة"^٣.

١ - التوقيف على مهمات التعريف، باب العين فصل الدال، ص ٥٠٦.

٢ - الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، ط ٤، (دمشق: دار الفكر)، ج ٧، موضوع شرعية الجريمة والعقوبة.

٣ - أدب الدنيا والدين، للماوردي، شرح وتعليق: محمد كريم راجح، ط ٤، (بيروت: دار إقرأ، ١٤٠٥، ١٩٨٥) ص ١٥٧.

والأمن منحة ونعمة إلهية كبرى تفضل بها الخالق عز وجل "ليتصرف الناس في المعاش وينتشروا في الأسفار آمنين من تغرير بنفس أو مال"^١. "قال بعض الحكماء: الأمن أهنأ عيش، والعدل أقوى جيش؛ لأن الخوف يقبض الناس عن مصالحهم، ويحجزهم عن تصرفهم، ويكفهم عن أسباب المواد التي بها قوام أودهم وانتظام جملتهم؛ والأمن من نتائج العدل، والجور من نتائج ما ليس بعدل"^٢.

وجعل المولى عز وجل تحقيق الأمن مرهونا بالاستقامة على منهجه وبالعدل بين الناس ومكافحة الظلم والاعتداء. وقد امتن الله به في كتابه في عدة مواضع فقال: ﴿وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ وَلَيُمَكِّنَنَّ لَهُمْ دِينَهُمُ الَّذِي ارْتَضَى لَهُمْ وَلَيُبَدِّلَنَّهُم مِّن بَعْدِ خَوْفِهِمْ أَمْنًا يَعْبُدُونَنِي لَا يُشْرِكُونَ بِي شَيْئًا﴾ [من الآية ٥٥، سورة النور] ﴿الَّذِي أَطْعَمَهُم مِّن جُوعٍ وَأَمَّنَّهُم مِّن خَوْفٍ﴾ [قريش، ١٤]. وقوله: ﴿وَإِذْ جَعَلْنَا الْبَيْتَ مَثَابَةً لِّلنَّاسِ وَأَمْنًا﴾ [البقرة، من الآية ١٢٥]. وقوله: ﴿الَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَلْبِسُوا إِيمَانَهُمْ بِظُلْمٍ أُولَئِكَ لَهُمُ الْأَمْنُ وَهُمْ مُّهْتَدُونَ﴾ [الأنعام، ٨٢]. وقوله: ﴿وَضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا قَرْيَةً كَانَتْ آمِنَةً مُّطْمَئِنَّةً يَأْتِيهَا رِزْقُهَا رَغَدًا مِّن كُلِّ مَكَانٍ فَكَفَرَتْ بِأَنْعُمِ اللَّهِ فَأَذَاقَهَا اللَّهُ لِبَاسَ الْجُوعِ وَالْخَوْفِ بِمَا كَانُوا يَصْنَعُونَ﴾ [النحل، ١١٢].

والأمن مقصد من المقاصد التي جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيقه بين العباد، وأحاطته بالدعوة إلى التحلي بمكارم الأخلاق والتعاون والتقوى والاستقامة ونبذ كل ما تعكير للصفو، حتى حرمت الغيبة وهي مجرد ذكر المرء بما يكرهه حال غيابه، والإرشاد إلى، والتحذير من الفتن والفساد ورعاية مصالح الفرد والجماعة.

منهج الإسلام في توطيد الأمن:

يتسم منهج الإسلام في توطيد الأمن بالواقعية والثبات، ويتم من خلال محاور عدة لا غنى عنها لإصلاح الفرد والجماعة، وهي:

- ١ حاجة الفرد إلى تربية وإصلاح ذاتي حتى يصبح الإنسان سوياً يأمنه الآخرون بما يتكون لديه من وازع ديني وضمير يقظ.
- ٢ إصلاح أوجه الحياة الإسلامية لكونها إحدى دعائم تحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع.
- ٣ تشريع عقوبات رادعة زاجرة كضرورة اجتماعية لحماية المجتمع من كل من يتعدى حدوده ويسعى في الأرض فساداً بعد إصلاحها. وتهدف العقوبات التي شرعها الإسلام

١ - الأحكام السلطانية، للماوردي، ص١٩.

٢ - أدب الدنيا والدين، للماوردي، ص١٥٧.

إلى حماية المجتمع بالحق والعدل وصون مبادئه ووحدته وأمنه وتماسكه وتلاحمه^١. يقول أبو الحسن الماوردي: "والحدود زواجر وضعتها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر به لما في الطمع من مغالبة الشهوات الملهية عن وعيد الآخرة بعاجل اللذة، فجعل الله تعالى من زواجر الحدود ما يردع به ذا الجهالة حذرا من ألم العقوبة وخيفة من نكال الفضيحة؛ ليكون ما حظر من محارمه ممنوعا، وما أمر به من فروضه متبوعا، فتكون المصلحة أعم والتكليف أتم، قال الله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ {١٠٧} سورة الحج، يعني: في استتقاذهم من الجهالة، وإرشادهم من الضلالة، وكفهم عن المعاصي وبعثهم على الطاعة"^٢.

وفي عصرنا الحديث عرفت المملكة العربية السعودية بتطبيقها للعقوبات الشرعية، وقد كان أثر ذلك انتشار الأمن والأمان، حتى ضرب بها المثل في ذلك. التعزير بالإعدام في الشريعة الإسلامية:

معنى التعزير:

- التعزير لغة مصدر عَزَّرَ. يقال: عَزَّرَ يعزِّرُ، تعزيراً، فهو مُعَزِّرٌ. وله معان^٣:
- التعظيم والتوقير، قال تعالى: ﴿لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ﴾ [من الآية ٩، الفتح]. "أي تتصروه برد الأعداء عنه قال ذلك في شرح الغريبين"^٤.
- التأييد والإعانة والنصر والتقوية، يقال: "عَزَّرَ الولدُ أباه، عَزَّرَتِ المرأةُ زوجها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَعَزَّرْتُمُوهُمْ وَأَقْرَضْتُمُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا﴾ [من الآية ١٢، سورة المائدة].
- "المنع والردُّ، وهذا أصلُ معناه. ومنه أخذُ معنى النَّصْرِ، لأنَّ مَنْ نَصَرْتَهُ فقد رَدَدْتِ عنه أَعْدَاءَهُ وَمَنَعْتَهُمْ من أذاه. ولهذا قيل للتأديب الذي دُونَ الحدِّ: تعزيرٌ، لأنه يَمْنَعُ الجَانِي أَنْ يُعَاوِدَ الدَّنْبَ. وفي الأبنية لابن القطّاع: عَزَّرْتُ الرَّجُلَ عَزْرًا: مَنَعْتَهُ من الشيء"^٥. "وقال في مجمل اللغة: "التعزير الضرب دون الحد، يقال: عززت الحمار، أي: أوقرته. وعزرت البعير أي شددت خياشيمه بخيط ثم أوجرتة يشير بذلك أن التعزير تشديد على الجاني ومنع له عن العود"^٦.

١ - تلخيص أ.د. محمد فتحي محمود لبحث: الإرهاب، الفهم المفروض للإرهاب المفروض، تأليف: د. علي بن فايز الجعني، مطبوع ضمن "ملخصات إصدارات الجامعة في مجال مكافحة الإرهاب". ص ٥٩- ٦٢.

٢ - الأحكام السلطانية ص ٤٣٣.

٣ - تراجع: الصحاح (ع ز ر). ؛ تاج العروس من جواهر القاموس، لمرتضى الزبيدي، تحقيق: مجموعة من المحققين، (دار الهداية)، (ع ز ر)، ج ١٣ ص ٢٤. ؛ المحيط في اللغة، للصاحب ابن عباد، تحقيق: الشيخ محمد حسن آل ياسين ط ١، (بيروت: عالم الكتب، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤ م)، العين والزاي والطاء، ج ١ ص ٣٨٣.

٤ - طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، لنجم الدين عمر النسفي، (دار الطباعة العامرة)، (ع ز ر).

٥ - تاج العروس، ج ١٣ ص ٢٤.

٦ - طلبة الطلبة، (ع ز ر).

• اللوم والعتاب والتأديب والتأفيف: عزَّر القاضي المذنب: عاقبه بما دون الحدِّ الشرعيِّ، لامه، أدَّبه.

• "الإجبارُ على الأمرِ . يُقال : عزَّره على كذا، إذا أجبره عليه، أوَّده"^١.

وفي اصطلاح الفقهاء:

"التعزير تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود"^٢. "وليس فيه شيء مقدر بل مفوض إلى رأي القاضي"^٣.

"والعقوبات التعزيرية أنواع، منها:

- ما يتعلق بالجاء كالتوبيخ، والتشهير، والعزل عن المنصب.
- ما يتعلق بتقييد الإرادة كالحبس والنفي.
- ما يتعلق بالأموال كالإتلاف والغرامة ومنع التصرف.
- ما يتعلق بالأبدان كالقيد والجلد والقتل.
- ما يتعلق بالأبدان والأموال كجلد السارق من غير حرز مع إضعاف الغُرم عليه.
- والتعزير يكون بحسب المصلحة، وعلى قدر الجريمة، ولكل شخص تعزير يؤديه ويردعه.
- والتعزير بالقتل إذا لم تدفع المفسدة إلا به، مثل قتل المفرِّق لجماعة المسلمين، والداعي إلى غير الكتاب والسنة، والداعي للبدعة، والجاسوس"^٤.

وفيما يلي تفصيل الكلام في التعزير بالقتل:

المذهب الأول: ذهب قلة من الفقهاء إلى عدم جواز القتل تعزيراً، ومنهم بعض المالكية وبعض الشافعية:

- "وفي الجواهر: وقدره فلا حد له، فلا يقدر أقله ولا أكثره، بل بحسب اجتهاد الإمام على قدر الجنائية، ويلزم الاقتصار على دون الحدود، ولا له النهاية إلى حد القتل"^٥.
- قال في منح الجليل شرح مختصر خليل: "قالوا ليس للإمام التعزير بالقتل فكيف يقال يجوز التعزير بما يؤدي إليه، ومن المعلوم أن الوسيلة تعطى حكم ما يترتب عليها فيلزم

١ - تاج العروس، (ع ز ر)، ج ١٣ ص ٢٤.

٢ - الأحكام السلطانية، ص ٢٩٤.

٣ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم، ابن نجيم، ط ٢، (دار الكتاب الإسلامي)، ج ٥ ص ٤٥.

٤ - موسوعة الفقه الإسلامي، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، ط ١، (بيروت: بيت الأفكار الدولية، ١٤٣٠ هـ، ٢٠٠٩ م)، ج ٥ ص ١٩٧.

٥ - الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، (بيروت: دار الغرب، ١٩٩٤ م)، ج ١٢ ص ١١٨.

من امتناع التعزير بالقتل امتناع التعزير بما يؤدي إليه على أن الضرب المنتهي للموت قتل، وقد قالوا لا ينتهي الإمام في التأديب للقتل^١.

• قال إمام الحرمين: " ثم التعزيرات لا تبلغ الحدود على ما فصله الفقهاء^٢، "ولست أرى للسلطان اتساعا في التعزير إلا في إطالة الحبس، وهو صعب الموقع جدا"^٣.

المذهب الثاني: الراجح وما عليه العمل: أن للإمام أن يقيم عقوبة الإعدام تعزيرا في الحالات التي لا يمكن معالجتها إلا بذلك، وفيما يلي نصوص من كتب المذاهب الأربعة:

أ) مذهب الحنفية:

• قال في الدر المختار: " (للإمام قتل السارق سياسة^٤) لسعيه في الأرض بالفساد - درر- وهذا إن عاد، وأما قتله ابتداء فليس من السياسة في شيء - نهر- قلت: وقدمنا عنه معزيا للبحر في باب الوطاء الموجب للحد: أن التقييد بالإمام يفهم أنه ليس للقاضي الحكم بالسياسة فليحفظ"^٥.

• قال في الاختيار: (ولا قصاص في التخنيق والتغريق) خلافا لهما، وهي مسألة القتل بالمثل، فإن تكرر منه ذلك فللإمام قتله سياسة؛ لأنه سعى في الأرض الفساد"^٦.

• قال في رد المحتار نقلا عن التمهيد، في مطلب/ في الأهواء إذا ظهرت بدعتهم: " فأما في بدعة لا توجب الكفر فإنه يجب التعزير بأي وجه يمكن أن يمنع من ذلك، فإن لم يمكن بلا حبس وضرب يجوز حبسه وضربه، وكذا لو لم يمكن المنع بلا سيف - إن كان رئيسهم ومقتداهم- جاز قتله سياسة وامتناعا. والمبتدع لو له دلالة ودعوة للناس إلى بدعته ويتوهم منه أن ينشر البدعة وإن لم يحكم بكفره جاز للسلطان قتله سياسة وزجرا؛ لأن فساده أعلى وأعم حيث يؤثر في الدين والبدعة لو كانت كفرا يباح قتل أصحابها عاما ولو لم تكن كفرا يقتل معلمهم ورئيسهم زجرا وامتناعا"^٧.

-
- ١ - منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن أحمد عليش، (دار الفكر، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م)، ج ٩ ص ٣٦١.
 - ٢ - الغياثي، غياث الأمم في التياث الظلم، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني، مكتبة إمام الحرمين، (١٤٠١هـ)، ص ٢٢٠.
 - ٣ - الغياثي ص ٢٢٧. وينظر: التعزير بالقتل، لسعد السبر، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، على الرابط: <http://www.alsaber.net/articles.php?action=show&id=193>
 - ٤ - قال ابن عابدين: "الظاهر أن السياسة والتعزير مترادفان"، "والسياسة: استصلاح الخلق بإرشادهم إلى الطريق المنجي في الدنيا والآخرة". "وهي فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي". لحاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لمحمد علاء الدين ابن عابدين، (بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م)، ج ٤ ص ١٥.
 - ٥ - الدر المختار شرح تنوير الأبصار، علاء الدين بن علي الحصكفي، (بيروت: دار الفكر، ١٣٨٦) ج ٤ ص ١٠٣.
 - ٦ - الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصل الحنفي، تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، ط ٣، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٦ هـ، ٢٠٠٥ م، ج ٥ ص ٣٣.
 - ٧ - حاشية رد المحتار، ج ٤ ص ٢٤٣.

- قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "ومن أصولهم - يعني الحنفية - أن ما لا قتل فيه عندهم مثل القتل بالمثل والجماع في غير القبل إذا تكرر فلإمام أن يقتل فاعله وكذلك له أن يزيد على الحد المقدر إذا رأى المصلحة في ذلك ويحملون ما جاء عن النبي ﷺ وأصحابه من القتل في مثل هذه الجرائم على أنه رأى المصلحة في ذلك ويسمونه القتل سياسة، وكان حاصله أن له أن يعزر بالقتل في الجرائم التي تعظمت بالتكرار وشرع القتل في جنسها ولهذا أفتى أكثرهم بقتل من أكثر من سب النبي من أهل الذمة وإن أسلم بعد أخذه وقالوا يقتل سياسة وهذا متوجه على أصولهم".^١

(ب) مذهب المالكية:

- " (وضرب بسوط أو غيره) ابن شاس : جنس التعزير لا يخص بسوط أو يد أو حبس أو غيره. (وإن زائداً على الحد) ابن عرفة: المشهور صحة الزيادة عن الحد باجتهاد الإمام لعظم جرم الجاني. وضرب عمر مائة لمن نقش على خاتمه. (أو أتى على النفس) ابن شاس: لا يلزمه في التعزير الاقتصار على ما دون الحد ولا له انتهاء به إلى القتل، وأمر مالك بضرب شخص أربعمئة سوط وجد مع صبي مجرداً فانتفخ ومات ولم يستعظم ذلك مالك".^٢
- وفي البيان والتحصيل: "وسئل مالك عن الجاسوس من المسلمين يؤخذ وقد كاتب الروم وأخبرهم خبر المسلمين، ماذا ترى فيه؟ قال: ما سمعت فيه شيئاً، وأرى فيه اجتهاد الإمام. قال ابن القاسم: أرى أن تضرب عنقه، وهذا مما لا تعرف له توبة. قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم صحيح؛ لأن الجاسوس أضر على المسلمين من المحارب، وأشد فساداً في الأرض منه؛ وقد قال الله تعالى في المحارب: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله﴾ الآية. فللجاسوس حكم المحارب إلا أنه لا تقبل له توبة باستخفافه بما كان عليه، كالزنديق، وشاهد الزور؛ ولا يخير الإمام فيه من عقوبات المحارب، إلا في القتل والصلب؛ لأن القطع أو النفي لا يرفعان فساده في الأرض وعاديته على المسلمين عنهم".^٣
- " (وغصب حرة مسلمة) قتل عمر نصرانيا اغتصب مسلمة. ابن حبيب: وصادقها في ماله، والولد مسلم لا أب له. ولو أسلم غاصبها لم يقتل؛ لأن قتله للنقض لا للزنا. وقاله أصبغ. اللخمي: ووطؤه الأمة المسلمة بملك أو زنا غير نقض إن طأوعته وإلا

١ - الصارم المسلول على شاتم الرسول، لشيخ الإسلام ابن تيمية، دراسة وتحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، (المملكة العربية السعودية: الحرس الوطني السعودي)، ص ١٤٠. ونقل هذا القول ابن عابدين في حاشية رد المختار لابن عابدين، ج ٤ ص ٢١٥. وقال بعد نقله للقول عنه: "نقله عن مذهبنا وهو ثبت فيقبل".

٢ - التاج والإكليل لمختصر خليل، للمواق، محمد بن يوسف العبدري، ج ٨ ص ٤٢٨.

٣ - البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: د. محمد حجي وآخرون، ط ٢ (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨ هـ، ١٩٨٨ م)، ج ٢ ص ٥٣٦، ٥٣٧.

فقال محمد: إذ لا يقتل حرب بعد. انظر ابن عرفة، (وغرورها) اللخمي: وطؤه الحرة المسلمة إن كان زنا طوعا منها ففي كونه نقضا قولاً ربيعة، وإن كان بنكاح فغير نقض مطلقاً. وقال ابن نافع: إن غرها فنقض ويضرب عنقه. (وتطلع عورات المسلمين) سحنون: إن وجدنا بأرض الإسلام ذمياً كاتب لأهل الشرك بعورات المسلمين قتل ليكون نكالا لغيره".^١

ج) مذهب الشافعية:

• جاء في حاشية: "قوله: (في قبضتهم) أي: أهل العدل، قوله: (فلا نتعرض لهم) سواء كانوا بيننا أم امتازوا بموضع عنا، لكن لم يخرجوا عن طاعة الإمام، كما قاله الأذري - مغني ونهاية - قوله: (ما لم يقاتلوا) أي: فإن قاتلوا فسقوا. ولعل وجهه أنهم لا شبهة لهم في القتال، وبتقديرها فهي باطلة قطعاً. اه. - ع ش - قوله: (نعم إن تضررنا بهم إلخ) أي: مع عدم قتالهم. وقوله: حتى يزول الضرر، أي: ولو بقتلهم. اه. - ع ش - "٢. قلت: وهذا واضح في جواز في جواز قتل الخارجين.

د) مذهب الحنابلة:

• قال في الإنصاف: "وجوز ابن عقيل قتل مسلم جاسوس للكفار. وزاد ابن الجوزي إن خيف دوامه. وتوقف فيه الإمام أحمد رحمه الله تعالى، وقال ابن الجوزي في كشف المشكل دل حديث حاطب بن أبي بلتعة رضي الله عنه على أن الجاسوس المسلم لا يقتل. وردّه في الفروع، وهو كما قال... وقال في الفنون للسلطان سلوك السياسة وهو الحزم عندنا ولا تقف السياسة على ما نطق به الشرع"^٣.

• قال البهوتي في كشف القناع: "ويكون التعزير (بالضرب والحبس والصفع والتوبيخ والعزل عن الولاية) وقال في الاختيارات: إذا كان المقصود دفع الفساد ولم يندفع إلا بالقتل قتل، وحينئذ فمن تكرر منه جنس الفساد ولم يرتدع بالحدود المقدرة، بل استمر على الفساد فهو كالصائل لا يندفع إلا بالقتل فيقتل"^٤.

ويلخص شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى مذاهب الفقهاء هذه في التعزير بالقتل وما استدلوا بها، قائلاً:

"وأما أكثر التعزير ففيه ثلاثة أقوال في مذهب أحمد وغيره: أحدها: عشر جلدات. والثاني: دون أقل الحدود؛ إما تسعة وثلاثون سوطاً؛ وإما تسعة وسبعون سوطاً. وهذا قول

١ - التاج والإكليل، ج ٥ ص ٢٦٥.

٢ - حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج بشرح منهاج النووي لابن حجر الهيتمي، ج ٩ ص ٦٧.

٣ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، ط ١، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٤١٩هـ)، ج ١٠ ص ١٨٨.

٤ - كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي، (دار الفكر، ١١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م)، ج ٦ ص ١٢٥.

كثير من أصحاب أبي حنيفة والشافعي وأحمد. والثالث: أنه لا يتقدر بذلك. وهو قول أصحاب مالك وطائفة من أصحاب الشافعي وأحمد وهو إحدى الروايتين عنه؛ لكن إن كان التعزير فيما فيه مقدر لم يبلغ به ذلك المقدر، مثل التعزير: على سرقة دون النصاب لا يبلغ به القطع، والتعزير على المضمضة بالخمير لا يبلغ به حد الشرب، والتعزير على القذف بغير الزنا لا يبلغ به الحد. وهذا القول أعدل الأقوال؛ عليه دلت سنة رسول الله ﷺ وسنة خلفائه الراشدين؛ فقد أمر النبي ﷺ بضرب الذي أحلت له امرأته جاريتها مائة ودرأ عنه الحد بالشبهة^١. وأمر أبو بكر وعمر بضرب رجل وامرأة وجدا في لحاف واحد مائة مائة^٢. . . . ومن لم يندفع فساد في الأرض إلا بالقتل قتل مثل المفرق لجماعة المسلمين والداعي إلى البدع في الدين، قال تعالى: ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَهُمْ رَسُولُنَا رُسلًا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُمْ بَعَدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ ﴾ {٣٢} [سورة المائدة]، وفي الصحيح عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا بويع لخليفتين فاقتلوا الآخر منهما»^٣. وقال: «من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم أو يفرق جماعتكم فاقتلوه»^٤. وأمر النبي ﷺ بقتل رجل تعمد عليه الكذب^٥، وسأله ابن الدلمي عن من لم ينته عن شرب الخمر؟ فقال: من لم ينته عنها فاقتلوه^٦. فلهذا ذهب مالك وطائفة من أصحاب أحمد إلى جواز قتل الجاسوس. وذهب مالك ومن وافقه من أصحاب الشافعي إلى قتل الداعية إلى البدع^٧.

- ١ - مسند الإمام أحمد، رقم الحديث ١٨٤٢١، ج ٤ ص ٢٧٢. تعليق شعيب الأرنؤوط: إسناده ضعيف.
- ٢ - وفي مصنف ابن أبي شيبة: عن عبد الرحمن بن أبي ليلى: أن رجلا كان له عسيف، فوجده مع امرأته في لحاف، فضربه عمر أربعين. برقم ٢٨٩٢١. وعن ظبيان بن عمارة، قال: أتى علي برجل وامرأة، وقال رجل: إنا وجدناهما في لحاف واحد، وعندهما خمر وريحان، قال: فقال علي: مريبان خبيثان فجلدتهما، ولم يذكر حدا، برقم ٢٨٩٢٢. ج ٩ ص ٥٢٨.
- ٣ - أخرجه مسلم بسنده عن أبي سعيد الخدري، رضي الله تعالى عنه، باب إذا بويع لخليفتين برقم ٤٩٠٥ ج ٦ ص ٢٣.
- ٤ - أخرجه مسلم بسنده إلى عرفجة، رضي الله تعالى عنه، باب حكم من فرق أمر المسلمين وهو مجتمع، برقم ٤٩٠٣، ج ٦ ص ٢٣.
- ٥ - أخرج الطبراني في المعجم الكبير بسنده إلى صحابي من أسلم يقول: أن رسول الله ﷺ بعث رجلا إلى حي من العرب، فلما أتاهم، قال: إن رسول الله ﷺ أمرني أن أحكم في نسائكم بما شئتم، فقالوا: سمعنا وطاعة لأمر رسول الله ﷺ، وبعثوا رجلا إلى رسول الله ﷺ، فقالوا: إن فلانا جاءنا، فقال: إن النبي ﷺ أمرني أن أحكم في نسائكم بما شئتم، فإن كان أمرك فسمعنا وطاعة، وإن كان غير ذلك فأحبنا أن نعلمك، فغضب رسول الله ﷺ، وبعث رجلا من الأنصار، وقال: اذهب إلى فلان فاقتله وأحرقه بالنار، فانتهى إليه وقد مات وقبر، فأمر به فنبتش، ثم أحرقه بالنار، ثم قال رسول الله ﷺ: "من كذب علي متعمدا فليتبوأ مقعده من النار". رقم الحديث ٦٠٩٠، ج ٢ ص ٩٥.
- ٦ - أخرج الإمام أحمد في مسنده إلى "الدلمي أنه سأل رسول الله ﷺ قال: إنا بأرض باردة، وأنا لنستعين بشراب يصنع لنا من القمح، فقال رسول الله ﷺ: أيسكر؟ قال: نعم. قال: فلا تشربوه، فأعاد عليه الثانية، فقال له رسول الله ﷺ: أيسكر؟ قال: نعم. قال: فلا تشربوه. قال: فأعاد عليه الثالثة. فقال له رسول الله ﷺ: أيسكر؟ قال: نعم. قال: فلا تشربوه. قال: فإنهم لا يصبرون عنه. قال: (فإن لم يصبروا عنه فاقتلهم)". تعليق شعيب الأرنؤوط: إسناده صحيح. لرقم الحديث ١٨٠٦٣، ج ٤ ص ٢٣١.
- ٧ - الحسبية لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية، تحقيق: علي بن نايف الشحود، ط ٢، ص ٣٣٨-٣٤٢.

ومما سبق يتبين أن القول بجواز التعزير بعقوبة الإعدام هو الراجح لدى فقهاء المذاهب، وهو المعتمد وعليه العمل.

الجرائم التي يعاقب فيها بعقوبة الإعدام تعزيراً:

من أهم الجرائم المعاقب عليها بعقوبة الإعدام تعزيراً هي: قضايا السطو المسلح والخطف، وقضايا تهريب المخدرات والمسكرات وترويجها، وقد صدر بها قراران من هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية، هما:

- قرار رقم ٨٥^(١) وتاريخ ١١/١١/١٤٠١هـ.

١ - نص القرار رقم ٨٥ وتاريخ ١١/١١/١٤٠١هـ: الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد: ففي الدورة السابعة عشرة لمجلس هيئة كبار العلماء المنعقدة بمدينة الرياض في شهر رجب عام ١٤٠١هـ، اطلع المجلس على كتاب جلالة الملك خالد بن عبد العزيز - حفظه الله - الذي بعثه إلى سماحة الشيخ عبد الله بن محمد بن حميد رئيس المجلس الأعلى للقضاء، وإلى سماحة الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز الرئيس العام لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، يطلب فيه جلالته دراسة موضوعين هامين فيهما إفساد للأخلاق وإخلال بالأمن:

أحدهما: قيام بعض المجرمين بحوادث السطو والاختطاف داخل المدن وخارجها بقصد الاعتداء على العرض أو النفس أو المال.

الثاني: تعاطي المسكرات والمخدرات على اختلاف أنواعها، وترويجها وتهريبها، مما سبب كثرة استعالمها، وإدمان بعض المنحرفين على تعاطيها حتى فسدت أخلاقهم، وذهبت معنوياتهم وقاموا بحوادث جنائية.

وذكر جلالته أنه لا يقضي على هذه الأمور إلا عقوبات فورية رادعة، في حدود ما تقتضيه الشريعة الإسلامية المطهرة: لأن إطالة الإجراءات في مثل هذه المسائل يسبب تأخير تنفيذ الجزاء ونسيان الجريمة.

وقد أحاله سماحتهما إلى المجلس للقيام بالدراسة المطلوبة، ولما نظر المجلس في الموضوع رأى أنه ينبغي دراسته دراسة وافية متأنية، وأن تعد اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بحثاً فيه، ثم يناقش في الدورة الثامنة عشر - وأصدر قراره رقم ٨٣ وتاريخ ٢٣/٧/١٤٠١ هـ يتضمن الوصية بالتعميم على الدوائر المختصة بمكافحة الجرائم، والتحقيق فيها، ودوائر القضاء، بأن يهتم المختصون في تلك الدوائر بإعطاء هذه الجرائم أولوية في النظر والإنجاز، وأن يولوها اهتماماً بالغاً من الإسراع الذي لا يخل بما يقتضيه العمل من إتقان.

وفي الدورة الثامنة عشرة لمجلس هيئة كبار العلماء المنعقدة بمدينة الطائف من ٢٩/١٠/١٤٠١ هـ حتى ١١/١١/١٤٠١ هـ نظر المجلس في الموضوع واطلع على البحث الذي أعدته اللجنة الدائمة، وبعد المناقشة المستفيضة وتداول الرأي انتهى المجلس إلى ما يلي:

أولاً: ما يتعلق بقضايا السطو والخطف:

لقد اطلع المجلس على ما ذكره أهل العلم من أن الأحكام الشرعية تدور من حيث الجملة على وجوب حماية الضروريات الخمس، والعناية بأسباب بقائها مصونة سالمة، وهي الدين، والنفس، والعرض، والعقل، والمال، وقدر تلك الأخطار العظيمة التي تنشأ عن جرائم الاعتداء على حرمان المسلمين في نفوسهم أو أعراضهم أو أموالهم، وما تسببه من التهديد للأمن العام في البلاد والله - سبحانه وتعالى - قد حفظ للناس أديانهم، وأبدانهم، وأرواحهم، وأعراضهم وعقولهم؛ بما شرعه من الحدود والعقوبات التي تحقق الأمن العام والخاص، وأن تنفيذ مقتضى آية الحرابة، وما حكم به ﷺ في المحاربين، كفيل بإشاعة الأمن والاطمئنان، وردع من تسول له نفسه الإجرام والاعتداء على المسلمين؛ إذ قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفِهِمْ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [٢٣، المائدة]، وفي الصحيحين واللفظ للبخاري عن أنس رضي الله عنه قال: (قدم رهط من عكل على النبي ﷺ، كانوا في الصفة فاجتووا المدينة فقالوا: يا رسول الله أبغنا رسلاً. فقال: ما أجد لكم إلا أن تلحقوا بإبل رسول الله ﷺ. فأتوها فشربوها من ألبانها وأبوالها حتى صحوا وسمنوا؛ وقتلوا الراعي، واستاقوا الذود، فأتى النبي ﷺ الصريخ، فبعث الطلب في آثارهم، فما ترجل النهار حتى أتى بهم، فأمر بمسامير فأحميت فكلهم وقطع أيديهم وأرجلهم، وما حسمهم، ثم ألقوا في الحرة يستسقون فما سقوا حتى ماتوا. قال أبو قلابة: سرقوا وقتلوا وحاربوا الله ورسوله. ا هـ.

وبناء على ما تقدم فإن المجلس يقرر الأمور التالية:

أ- إن جرائم الخطف والسطو لانتهاك حرمان المسلمين على سبيل المكابرة والمجاهرة من ضروب المحاربة والسعي في الأرض فساداً، المستحقة للعقاب الذي ذكره الله سبحانه في آية المائدة، سواء وقع ذلك على النفس أو المال أو العرض، أو أحدث إخافة السبيل

=

وقطع الطريق، ولا فرق في ذلك بين وقوعه في المدن والقرى أو في الصحاري والقفار، كما هو الراجح من آراء العلماء - رحمهم الله تعالى. -

قال ابن العربي يحكي عن وقت قضائه: رفع إلي قوم خرجوا محاربين إلى رفقة؛ فأخذوا منهم امرأة مغالبة على نفسها من زوجها، ومن جملة المسلمين معه فيها، فاحتملوها، ثم جد فيهم الطلب فأخذوا وجيء بهم، فسألت من كان ابتلاني الله به من المفتين؟ فقالوا: ليسوا محاربين؛ لأن الحرابة إنما تكون في الأموال لا في الفروج، فقلت لهم: إنا لله وإنا إليه راجعون، ألم تعلموا أن الحرابة في الفروج أفحش منها في الأموال، وأن الناس كلهم ليرضون أن تذهب أموالهم، وتحرب من بين أيديهم، ولا يحرب المرء من زوجته وبنته؟ ولو كان فوق ما قال الله عقوبة لكانت لمن يسلب الفروج أ. هـ.

ب- يرى المجلس في قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفِهِمْ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾ أن (أو) للتخيير كما هو الظاهر من الآية الكريمة. وقول كثيرين من المحققين من أهل العلم - رحمهم الله. -

ج- يرى المجلس بالأكثرية أن يتولى نواب الإمام- القضاة - إثبات نوع الجريمة والحكم فيها، فإذا ثبت لديهم أنها من المحاربة لله ورسوله والسعي في الأرض فساداً؛ فإنهم مخيرون في الحكم فيها بالقتل، أو الصلب، أو قطع اليد والرجل من خلاف، أو النفي من الأرض، بناء على اجتهادهم، مراعيين واقع المجرم، وظروف الجريمة وأثرها في المجتمع، وما يحقق المصلحة العامة للإسلام والمسلمين إلا إذا كان المحارب قد قتل؛ فإنه يتعين قتله حتماً كما حكاه ابن العربي المالكي إجمالاً، وقال صاحب الإنصاف من الحنابلة " : لا نزاع فيه. "

ثانياً: ما يتعلق بقضايا المسكرات والمخدرات:

نظراً إلى أن للمخدرات آثاراً سيئة على نفوس متعاطيها، وتحملهم على ارتكاب جرائم الفتك وحوادث السيارات والجري. وراء أوهام تؤدي إلى ذلك، وأنها توجد طبقة من المجرمين شأنهم العدوان، وأنها تسبب حالة من المرح والتهيج مع اعتقاد متعاطيها أنه قادر على كل شيء، فضلاً عن اتجاهه إلى اختراع أفكار وهمية تحمله على ارتكاب الجريمة، كما أن لها آثاراً ضارة بالصحة العامة، وقد تؤدي إلى الخلل في العقل والجنون، وحيث إن أصحاب هذه الجرائم فريقان:

أحدهما: من يتعاطاها للاستعمال فقط، فهذا يجري في حقه الحكم الشرعي للسكر، فإن أدمن على تعاطيها ولم يجد في حقه إقامة الحد؛ كان للحاكم الشرعي الاجتهاد في تقرير العقوبة التعزيرية الموجبة للزجر والردع ولو بقتله.

الثاني: من يروجها سواء كان ذلك بطريق التصنيع أو الاستيراد بيعاً وشراءً أو إهداء، ونحو ذلك من ضروب إشاعتها ونشرها، فإن كان ذلك للمرة الأولى فيعزز تعزيراً بليغاً بالحبس، أو الجلد، أو الغرامة المالية، أو بها جميعاً حسبما يقتضيه النظر القضائي، وإن تكرر منه ذلك فيعزز بما يقطع شره عن المجتمع ولو كان ذلك بالقتل؛ لأنه بفعله هذا يعتبر من المفسدين في الأرض، وممن تأصل الإجرام في نفوسهم، وقد قرر المحققون من أهل العلم أن القتل ضرب من التعزير، قال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله تعالى - : ومن لم يندفع فساده في الأرض إلا بالقتل قتل، مثل قتل المفرق لجماعة المسلمين الداعي للبدع في الدين إلى أن قال: وأمر النبي ﷺ بقتل رجل تعمد الكذب عليه. وسأله ابن الديلمي عن من لم ينته عن شرب الخمر، فقال: (من لم ينته عنها فاقتلوه). وفي موضع آخر قال رحمه الله في تعليل القتل تعزيراً ما نصه: وهذا لأن المفسد كالصائل، وإذا لم يندفع الصائل إلا بالقتل قتل.

ثالثاً: نظراً إلى أن جرائم الخطف والسطو وتعاطي المسكرات والمخدرات على سبيل الترويج لها من القضايا الهامة التي قد يحكم فيها بالقتل تعزيراً؛ فإنه ينبغي أن تختص بنظرها المحاكم العامة، وأن تنظر من ثلاثة قضايا كما هو الحال في قضايا القتل والرجم، وأن ترفع للتمييز ثم للمجلس الأعلى للقضاء لمراجعة الأحكام الصادرة بخصوصها؛ براءة للذمة واحتياطاً لسفك الدماء.

رابعاً: ما يتعلق بالنواحي الإدارية:

نظراً لما لاحظه المجلس من كثرة وقوع جرائم القتل والسطو والخطف وتناول المخدرات والمسكرات وضرورة اتخاذ إجراءات وتدابير وقائية تعين على ما تهدف إليه حكومة جلالته الملك - حفظه الله - من استتباب الأمن وتقليل الحوادث فإنه يوصي بالأمور التالية: ١- ستقوم الحكومة وفقها الله بتقوية أجهزة الإمارات ورجال الأمن، وخاصة في كون المسؤولين فيها من الرجال المعروفين بالدين والقوة والأمانة، ويشعر كل أمير ناحية بأنه المسئول الأول من ناحية حفظ الأمن في البلاد التي تقع تحت إمارته، وأن على الشرطة ورجال الإمارات الجد والاجتهاد في سبيل تأدية واجباتهم، والقيام بمتابعة الجميع ومعاينة المقصر في أداء واجبه بما يكفي لردع أمثاله.

٢- تؤكد الدولة - وفقها الله - على الإمارات بأنه إذا وقعت جريمة القتل أو السطو أو الاعتداء على العرض ونحو ذلك من الجرائم المخلة بالأمن؛ فإن إمارة الجهة التي وقعت فيها مسئولة عن القضية من ابتدائها حتى يتم تنفيذ

مقتضى الحكم الصادر فيها، فتقوم ببذل جميع الأسباب والوسائل للقبض على الجاني وسرعة إنهاء الإجراءات الضرورية مادامت لديها، ثم تتابعها وتكلف مندوباً من جهتها يقوم بالتعقيب عليها لدى الجهات الأخرى، ويطلب من كل أمير ناحية أن يكتب تقريراً عن القضية بعد انتهائها وتنفيذ الحكم الصادر فيها يبين سيرها وملاحظاته بشأنها.

٣- يرى المجلس تأليف لجنة من مندوبين، أحدهما من وزارة الداخلية، والثاني من وزارة العدل؛ لدراسة مجرى المعاملات الجنائية والروتين الذي تمر به، والبحث عن الطريقة المثلى لذلك مما لا يؤثر على الإجراءات الضرورية في التحقيق والنظر القضائي.

وصلى الله وسلم على عبده ورسوله نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

رئيس الدورة: عبد العزيز بن صالح. الأعضاء: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، عبد الله بن حميد، عبد الله خياط، عبدالرزاق عفيفي، محمد علي الحركان، عبدالمجيد حسن، سليمان بن عبيد، إبراهيم بن محمد آل الشيخ، محمد بن جبير، راشد بن خنين، صالح بن غصون، عبد الله بن غديان، صالح بن لحيدان، عبد الله بن منيع، عبد الله بن قعود. لمجلة البحوث العلمية، العدد الثاني عشر، الإصدار من ربيع الأول إلى جمادى الثانية، لسنة ١٤٠٥هـ، ج ١٢ ص ٧٥، وما بعدها.

١- نص القرار رقم ١٣٨ في حكم مهرب ومروج المخدرات: "الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين، ولا عدوان إلا على الظالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين وبعد: فإن مجلس هيئة كبار العلماء في دورته التاسعة والعشرين المنعقدة بمدينة الرياض بتاريخ ١٤٠٧/٦/٩هـ وحتى ١٤٠٧/٦/٢٠هـ قد اطلع على برقية خادم الحرمين الشريفين الملك فهد بن عبد العزيز - حفظه الله - ذات الرقم س / ٨٠٣٣ وتاريخ ١١ / ٦ / ١٤٠٧هـ. والتي جاء فيها: (نظرنا لما للمخدرات من آثار سيئة، وحيث لاحظنا كثرة انتشارها في الأونة الأخيرة ولأن المصلحة العامة تقتضي إيجاد عقوبة رادعة لمن يقوم بنشرها وإشاعتها، سواء عن طريق التهريب أو الترويج... نرغب إليكم عرض الموضوع على مجلس هيئة كبار العلماء بصفة عاجلة، وموافقنا بما يتقرر)، وقد درس المجلس الموضوع، وناقشه من جميع جوانبه في أكثر من جلسة، وبعد المناقشة والتداول في الرأي واستعراض نتائج انتشار هذا الوباء الخبيث القتال تهريباً وتجاراً وترويجاً واستعمالاً المتمثلة في الآثار السيئة على نفوس متعاطيها وحملها إياهم على ارتكاب جرائم الفتك وحوادث السيارات والجري وراء أوهاام تؤدي إلى ذلك وما تسببه من إيجاد طبقة من المجرمين شأنهم العدوان وطبيعتهم الشراسة وانتهاك الحرمات، وتجاوز الأنظمة وإشاعة الفوضى لما تؤدي إليه بمتعاطيها من حالة من المرح والتهيج واعتقاد أنه قادر على كل شيء فضلاً عن اتجاهه إلى اختراع أفكار وهمية تحمله على ارتكاب الجريمة. كما أن لها آثاراً ضارة بالصحة العامة، وقد تؤدي إلى الخلل في العقل والجنون نسأل الله العافية والسلامة لهذا كله. فإن المجلس يقرر بالإجماع ما يلي:

أولاً: بالنسبة للمهرب للمخدرات فإن عقوبته القتل لما يسببه تهريب المخدرات وإدخالها البلاد من فساد عظيم لا يقتصر على المهرب نفسه وأضرار جسيمة وأخطار بليغة على الأمة بمجموعها، ويلحق بالمهرب الشخص الذي يستورد أو يتلقى المخدرات من الخارج فيمونها المروجين.

ثانياً: أما بالنسبة لمروج المخدرات فإن ما أصدره بشأنه في قراره رقم (٨٥) وتاريخ ١١/١١/١٤٠١هـ كاف في الموضوع ونصه كما يلي: (الثاني: من يروجها سواء كان ذلك بطريق التصنيع أو الاستيراد بيعة وشراء أو إهداء ونحو ذلك من ضروب إشاعتها ونشرها، فإن كان ذلك للمرة الأولى فيعزر تعزيراً بليغاً بالحبس أو الجلد أو الغرامة المالية أو بها جميعاً حسبما يقتضيه النظر القضائي وإن تكرر منه ذلك فيعزر بما يقطع شره عن المجتمع ولو كان ذلك بالقتل لأنه بفعله هذا يعتبر من المفسدين في الأرض وممن تأصل الإجرام في نفوسهم، وقد قرر المحققون من أهل العلم أن القتل ضرب من التعزير، قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى: (ومن لم يندفع فساده في الأرض إلا بالقتل قتل مثل المارق لجماعة المسلمين الداعي للبدع في الدين)، إلى أن قال: وأمر النبي ﷺ بقتل رجل تعمد الكذب عليه. وسأله ابن الدلمي عن من لم ينته عن شرب الخمر فقال: من لم ينته عنها فاقتلوه. وفي موضع آخر قال رحمه الله في تعليل القتل تعزيراً ما نصه: (وهذا لأن المفسد كالصائل وإذا لم يندفع الصائل إلا بالقتل قتل) اهـ

ثالثاً: يرى المجلس أنه لا بد قبل إيقاع أي من تلك العقوبات المشار إليها في فقرتي (أولاً، وثانياً) من هذا القرار من استكمال الإجراءات الثبوتية اللازمة من جهة المحاكم الشرعية وهيئات التمييز ومجلس القضاء الأعلى براءة للذمة واحتياطاً للأنفس.

رابعاً: لا بد من إعلان هذه العقوبات عن طريق وسائل الإعلام قبل تنفيذها إعداراً وإنذاراً. هذا وبالله التوفيق وصلّى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم.

تشريع عقوبة الإعدام في الأنظمة الوضعية وترددها بين الإقرار والإلغاء:

كما عهدنا في الأنظمة الوضعية أنها تتأرجح في تقريرها للأحكام بين الإفراط والتفريط، تاركة الشعوب والمحكومين تعاني المشاق والآلام بما تفرضه عليهم، فروسيا اتخذت الأنظمة الاشتراكية الكريهة دهرا، وحرمت على سكانها الملكية الفردية، وقادتهم بالحديد والنار، حتى ثار على الاشتراكية كهنة الكرملين وألغوها بالبروسترويكا. والدول الغربية اتخذت الأنظمة الرأسمالية المبنية على المتعة والشهوات، فأدخلت دولها ومواطنيها في أنفاق الأزمات المالية ودهاليز الديون المتراكمة فذاقوا مرارة الفقر حتى رقصوا في دُله، وخرجوا ثائرين على نظامهم المالي ودعوا لاحتلال شارع المال والبورصة وول استريت بمنهاتن، وستي أوف لندن مركز المال والاقتصاد بالعاصمة البريطانية، وانتهى بالغربيين الأمر إلى كبح جماح الرأسمالية وتقييد مبادئها، وتأميم عدد من الشركات والمصانع، وتخفيض سعر الفائدة على الديون إلى حد يقارب سعر التكاليف.

والحال نفسه يتكرر مع تشريع عقوبة الإعدام، "فقد ظهرت الموجة التشريعية لإلغاء عقوبة الإعدام منذ بداية القرن العشرين يشوبها نوع من التردد، ففي إيطاليا ألغيت هذه العقوبة في عام ١٨٩٩م، ثم أعيدت في عام ١٩٣٠، ثم ألغيت مرة أخرى ١٩٧٤. وفي نيوزيلندا ألغيت هذه العقوبة سنة ١٩١١، ثم أعيدت سنة ١٩٥٠، ثم ألغيت مرة أخرى ١٩٦١، وفي أسبانيا ألغيت هذه العقوبة سنة ١٩٣٢ ثم أعيدت سنة ١٩٣٤ ثم ألغيت مرة أخرى بتعديل دستوري سنة ١٩٧٨م في غير حالات الجرائم العسكرية في زمن الحرب. وفي بعض الدول ظهر اتجاه نحو الحد من عقوبة الإعدام مثل روسيا السوفيتية؛ فقد ألغت عقوبة الإعدام سنة ١٩٤٧ ثم أعادتها في بعض الجرائم مثل الجاسوسية والرشوة والقتل المشدد والاعتصاب. وفي بعض الدول الأخرى ظهر بادئ الأمر الاتجاه نحو الحد من عقوبة الإعدام عن طريق إلغائها في عدد كبير من الجرائم؛ ثم ساد الاتجاه نحو إلغائها كلية، مثل ما كان في المملكة المتحدة ففي عام ١٩٥٧ ظهر قانون القتل مبقيا على عقوبة الإعدام إذا اقترن القتل بأحد ثلاثة ظروف، ثم صدر قانون ١٩٦٤ يلغي هذه العقوبة في تلك الظروف مع جواز توقيعها إذا كان القتل مع سبق الإصرار، وفي سنة ١٩٦٤ صدر قانون قرر إلغاء عقوبة الإعدام كلية ونص على وجوب صدور قانون جديد بعد خمس سنوات ينظم هذا الموضوع، وفي سنة ١٩٧٠ صدر قانون يؤكد إلغاء عقوبة الإعدام، وفي السويد ألغيت عقوبة الإعدام سنة ١٩٢١ عدا بعض الحالات الاستثنائية، ثم صدر قانون سنة ١٩٧٢ بإلغاء هذه العقوبة

هيئة كبار العلماء. رئيس الدورة: إبراهيم بن محمد آل الشيخ. الأعضاء: عبد الرزاق عفيضي، عبد العزيز بن صالح، عبد العزيز بن عبد الله بن باز، محمد بن جبير، سليمان بن عبيد، عبد الله خياط، صالح بن غصون، عبد المجيد حسن، راشد بن خنين، عبد الله بن منيع، صالح اللحيدان، عبد الله بن غديان. [مجلة البحوث الإسلامية، العدد الحادي والعشرون، الإصدار من ربيع الأول إلى جمادى الثانية لسنة ١٤٠٨هـ، ص ٣٣٥].

كلية. وقد اتجهت بعض الدول إلى إلغاء عقوبة الإعدام كلية دون عودة كما في سويسرا سنة ١٩٣٧، وفي ألمانيا الاتحادية سنة ١٩٤٩^١. وقد آل أمر الأوروبيين بعد اتحادهم إلى التوافق على منع الإعدام، بعد توقيعهم مجتمعين على ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي الذي تنص المادة الثانية منه على منع تطبيق هذه العقوبة^٢. ولا ندري متى سيعيدون إقرارها مرة أخرى، فالأمر خاضع للقوى الاقتصادية والإعلامية والمسيطرة على زمام الأمور.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية، فإن أكثر من ٣٠ ولاية ظلت تصدر أحكاماً بالإعدام حتى أواخر الثمانينيات من القرن العشرين الميلادي. ويطبق هذا الحكم غالباً على جرائم القتل، وأيضاً على بعض الجرائم الأخرى مثل الاختطاف والنهب المسلح الذي يؤدي إلى الموت. وتحدد قوانين الولايات الظروف والملابسات التي تُخوّل للقاضي أو المحلفين سلطة إصدار حكم الإعدام. وقد ألغت المحكمة العليا حكم الإعدام عام ١٩٧٢م، على أساس عدم دستوريته بالطريقة التي كان يطبق بها. ولكنها تركت الباب مفتوحاً لإعادة الدستورية له إذا طُبّق بالتساوي على جرائم معينة. ثم أُعيد إصدار حكم الإعدام مرة أخرى عام ١٩٧٦م بعد إدانة بعض المجرمين بجريمة القتل في ولايات فلوريدا وجورجيا وتكساس^٣.

وهذا العرض يبين أن تشريع عقوبة الإعدام وإلغائها لم يكن مبنيًا على وعي تشريعي شامل، بل كان تأرجحاً بين التشريع والإلغاء، فأحلت العقوبة زمناً وحرمت في زمن، وعُمل بها في بلدة ومنعت فيما سواها، وهذا ما يدخل في الاستهانة بالنفس البشرية، بل يؤدي إلى الحكم بالإعدام على جناب العدالة نفسها، وتبعاً لذلك يستحيل إقامة العدل بين المجرمين فمنهم من يعدم ومنهم من يحبس. وهو ما يعطي الفسحة لهم بالابتعاد عن المناطق التي تحكم بالإعدام، والتريص لتنفيذ جرائمهم في الولايات والبلدان والأماكن التي لا يطبق فيها حكم الإعدام، كما كان عليه حال بعض الدول عندما نقلت السجناء إلى سجونها التي هيئتها خارج بلادها؛ هروباً من الملاحقات القضائية في حال ارتكاب الجرائم السابقة الترصّد على المسجونين.

موقف بعض غير المسلمين من عقوبة الإعدام:

وبالرغم من أن عقوبة الإعدام ظاهرة عالمية، تحكم بها أغلب الدول غير الإسلامية، وهي وإن تواطأت كثير منها على إلغائها في العقود الأخيرة إلا أن هناك أسباباً وجيهة وفعالية دعوتها إلى ذلك، منها أنها:

١ - مفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة، للمستشار أستاذنا الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد، ص ٦٩٠.
2 - CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION (2000/C 364/01) "Article 2 : Right to life: 1- Everyone has the right to life. 2- No one shall be condemned to the death penalty, or executed". [18.12.2000 Official Journal of the European Communities C 364/9].

٣ - الموسوعة العربية العالمية، مصطلح عقوبة الإعدام.

- كانت تطبق بشكل مبالغ فيه، دون مراعاة لحياة الإنسان وكون دمه حراما.
- استخدمتها الأنظمة الاستبدادية التسلطية القاصرة.
- كانت تطبق وفق الهوى والإرادة الفردية لولاة الأمر.
- لم تكن قائمة على هدى أو كتاب منير.
- كانت تختلف أحكام الإعدام من مقاطعة إلى أخرى ومن مدينة إلى أخرى، ومن سنة لأخرى.
- اتخذت ذريعة للتصفيات الجسدية للمنافسين والمعارضين ومن يتوهم الحذر منه.
- طبقت على كثير ممن أبدعوا في المجالات العلمية حال استنتاجهم ما يخالف الكتب المحرفة والمبدلة.

"وقد كان حكم الإعدام يصدر على نطاق واسع أثناء القرون الوسطى، خاصة للجرائم التي ترتكب ضد الدولة، أو الكنيسة. وقد حدثت في بريطانيا أكثر من ٢٠٠ جريمة تنطبق عليها عقوبة الإعدام خلال القرن الثامن عشر الميلادي، وأُلغي معظمها في القرن التاسع عشر الميلادي. وقد ألغت بريطانيا حكم الإعدام لجرائم القتل على أساس تجريبي عام ١٩٦٥م، ثم ألغته نهائياً عام ١٩٦٩م. ولكنه مازال يصدر عقوبة لجرائم الخيانة وبعض أشكال القرصنة".

وكانت هذه الأخطاء الكارثية الظالمة الجائرة سبباً في إلغاء العقوبة في عدد من الدول الغربية، ومع تزامن صدور عهود ومواثيق واتفاقات دولية شددت على أهمية كرامة الإنسان وحقوقه، تعمل عدد من التنظيمات على إلغاء هذه العقوبة في جميع دول العالم، وفي مقدمتها الدول التي تحكم بالشريعة الإسلامية، وهي تعمل جاهدة في ذلك عبر وسائل الإعلام وفي المحافل الدولية، وتقدم لذلك مبررات نطلع عليها لاحقاً، وسنرد عليها بعون الله وفضله.

الاتحاد الأوروبي والمطالبات بإلغاء عقوبة الإعدام:

يعتبر الاتحاد الأوروبي من أكثر الناشطين لإلغاء عقوبة الإعدام وعلى وجه الخصوص في الدول الإسلامية، وغرضه الرئيس هو إلغاء العقوبات الشرعية، وتتناقل المنظمات الأوروبية الرسمية والغير رسمية أدبيات هذه القضية بمبالغيات ونشر تقارير ذات عناوين مثيرة، مستخدمة لذلك مختلف وسائل الإعلام لتصل إلى المسلمين كافة، وخصوصاً إلى المهتمين بالقضايا القضائية والعدلية الإسلامية، بغية إيصال رسالة معينة وتكوين رأي عام أراد ممولو ومعدو التقارير إيصالها لخدمة أغراض إستراتيجية للسياسات الأوروبية،

١ - الموسوعة العربية العالمية، مصطلح عقوبة الإعدام.

وَجُنِّدَتْ لَهَا مَرَاكِزُ أبحاثٍ ومشاريعٍ معتبرة، وقد وظفت هذه التقارير لأغراضٍ عديدة، منها: التخويف والإحباط والتهديد للضغط على الحكومات الإسلامية لوقف تنفيذ عقوبة الإعدام.

فمن أساليب التخويف تأكيد كاتبَي التقارير على أن الاستمرار في تنفيذ هذه العقوبة يعني الاعتداء السافر على حق الحياة، وانتهاك كامل لحقوق الإنسان وفيه ظلم له بغير حق، وهو وضع لا يمكن احتمالُه من دول الاتحاد الأوروبي مجتمعة، وأنها ستعمل لاحقا على ترتيب عقوبات صارمة على الدول وستعمل على ملاحقة المسؤولين.

ومن أساليب التهديد تذكير الحكومات بأن استمرارها في تنفيذ العقوبة بالوتيرة الحالية تخالف التزاماتها في المنظمات الدولية وشروط عضويتها في هيئات دولية.

ومن أساليب الإحباط وتثبيط الهمم التي لجأ إليها معدو التقارير عدم التفريق في العقوبات بين الدول التي تحكم بالشريعة الإسلامية وبين غيرها من التي لا تقوم بذلك، والحكم بالفشل مسبقا على كافة الإجراءات القضائية المعمول بها في الدول الإسلامية التي تطبق حاليا الحكم بالشريعة الإسلامية.

ويرون أنه لا بد من القبول والاستجابة لتوصياتهم المعدة سلفا، والتي تنصب على تجنب تطبيق الأحكام الشرعية في أحكام الجرائم وقوانين العقوبات، والابتعاد بأقصى قدر ممكن من تطبيق الشريعة الإسلامية نفسها، فالمهم أن تبقى الدول الإسلامية بعيدة كل البعد عن الإسلام ما بقيت؛ بدليل أن التقارير لم تلجأ للتحليل والإطلاع على القضايا والجرائم التي ارتكبها أولئك المتهمون أو المجرمون، فهي تتعامل فقط مع جماعات من المعارضين للأنظمة وللحكومات القائمة، والذين يفيدون غالبا بمعلومات عارية عن الصحة لتشويه سمعة الإسلام والمسلمين وحكومات الدول الإسلامية بشتى الطرق والوسائل، ومن دون الرجوع إلى الدراسات العلمية أو الاستناد إلى المصادر القضائية والأمنية، وتكتفي منها بالبرهنة على ضرورة إلغاء نظام عقوبة الإعدام.

والمغالطات في التقارير تكون عادة كثيرة لا يتسع المجال لإيرادها بالتفصيل هنا. ولكن يلاحظ أن الأنباء تفيد بأن تلك الجهات تتجاوب أحيانا مع الملاحظات التي تبديها الدول الإسلامية، وتتجاوب بإجراء التعديلات اللازمة وإعادة إصدار التقارير من جديد.

والخلاصة هي أن الدول الغربية تتوسع في تأسيس وتمويل هيئات ومراكز البحوث (Think Tanks) ذات الصبغة المستقلة في مختلف المجالات السياسية والاقتصادية والأمنية لتوظيفها في خدمة مصالحها القومية العليا، ومن أهم تلك المراكز معهد راند الأمريكي الذي يصدر سنويا تقارير عن الحريات الدينية.

ولكم رأينا كيف تم توظيف مثل هذه المراكز في التنظير ورسم الإيديولوجيات والسياسات وتوجيه الرأي العام العالمي باتجاهات تخدم مصالح دولها العليا. وإن تجاوبها

مع الردود والانتقادات من الدول الإسلامية متوقع عادة، وذلك لأن الهدف الأساسي من تلك التقارير هو جذب الانتباه الرسمي الذي يتبعه في العادة تمويل سخي لمشاريع بحثية جديدة.

ولذلك يجب الإسراع في تأسيس مراكز البحوث والدراسات في الدول الإسلامية؛ لخدمة مصالح الدول الإسلامية العليا، والرد على البحوث وبحوث وعلى الدراسات بدراسات بدلاً من الركض خلف هذا وخلف ذلك لإقناعهم بوجهات نظرنا؛ لأنهم يعلمون مقدماً بالحقائق ولكنهم يتجاهلوننا عمداً لإجبارنا على الدفاع عن مواقفنا وتمويل ذلك الدفاع^١.

الإشكالات التي يثيرها المطالبون بإلغاء عقوبة الإعدام، والرد عليها:

يستند المطالبون بإلغاء عقوبة الإعدام إلى الوثائق التالية:

أ) المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، نصت على أنه "لكل فرد الحق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه".

ب) كما نصت المادة الخامسة من الإعلان نفسه على أنه "لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة"، وعليه فإن تطبيق عقوبة الإعدام يشكل خرقاً وانتهاكاً لأهم حق من حقوق الإنسان، ألا وهو الحق في الحياة، كذلك فإن هذه العقوبة تمثل أقصى درجات التعذيب والمعاملة الوحشية التي من شأنها أن تحط من كرامة الإنسان.

ج) وقد جاءت العديد من المعاهدات والوثائق الدولية لتؤكد على حق الإنسان في الحياة، فلقد أكدت المادة السادسة في فقرتها الأولى من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على الحق في الحياة حيث تنص المادة على أن "الحق في الحياة حق ملازم لكل إنسان، وعلى القانون أن يحمي هذا الحق، ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفاً".

وبناء عليها يثير المطالبون بإلغاء عقوبة الإعدام عدداً من الإشكالات، وقد وردت في بيان^٢ صادر عن تحالف (الحياة حق)^٣، ننقلها فيما يلي مع الرد عليها:

١ - ينظر المقال الرائع بعنوان: تقرير «تشاتام» عن استهلاك النفط السعودي، للأستاذ علي بن حسن التواتي، نشر بصحيفة عكاظ، وموجود على الرابط:

<http://www.okaz.com.sa/new/Issues/PDA/Con20120411493609.htm>

٢ - موجود على صفحة الإنترنت:

http://www.alhayahaque.net/index.php?option=com_content&view=article&id=76&Itemid=34#

٣ - "الحياة حق" مشروع ممول بكامله من قبل الاتحاد الأوروبي من خلال الأداة الأوروبية للديمقراطية وحقوق الإنسان، ينشط هذا التحالف في عدد من الدول العربية ويسعى إلى إلغاء عقوبة الإعدام فيها، ويحقق أهدافه من خلال:

١- تعبئة وبناء شبكات إقليمية ومحلية من الشباب الناشطين والمناهضين لعقوبة الإعدام. ٢- نشر وإتاحة المعرفة المتعلقة بإلغاء عقوبة الإعدام في قالب عربي. ٣- تنظيم نشاطات محلية وإقليمية لكسب التأييد والمناصرة.

الرد عليها	الإشكالات على عقوبة الإعدام
<ul style="list-style-type: none"> ● الحق في الحياة مكفول للإنسان، وقد راعته الشريعة أشد رعاية، وحيث إن العقوبة لا تنفذ ابتداء على الناس بل هي مرتبة على جرائم فادحة يكون ضحيتها الأبرياء، وهي معلن عنها، وليس المجرم بأكثر براءة من المجني عليهم، وقد ذكرنا أن الشريعة الإسلامية تحترم الجنس البشري كله فردا فردا بمساواتهم دون تفریق بين شعب أو قبيلة، وشريف أو وضيع، صغير أو كبير، ذكر أو أنثى، وذكرنا قوله ﷺ : (، وإنني والذي نفسي بيده لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها). 	<ul style="list-style-type: none"> ● تشكل انتهاكاً لحق الإنسان الأصيل في الحياة، دون تمييز من أي نوع كان مثل العرق، أو الجنس، أو اللون، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي السياسي أو غيره من الآراء، أو الجنسية.
<ul style="list-style-type: none"> ● المعاهدات والمواثيق الدولية تحدثت عن الحق في الحياة لكل إنسان، ومن غير نظر إلى الجرائم التي يرتكبها المجرمون، وإلا فإن حبس المجرم في السجن، فهي أيضاً تشكل انتهاكاً صارخاً لحرية التي كفلتها أيضاً المعاهدات والمواثيق الدولية، وكذلك التفرغ بالغرامل المالية، فإنه أيضاً اعتداء على الأموال وسلبها قهراً. 	<ul style="list-style-type: none"> ● تشكل انتهاكاً صارخاً وغير مبرر للحق في الحياة الذي كفلته المعاهدات والمواثيق الدولية.
<ul style="list-style-type: none"> ● هذا الكلام بإطلاقه فيه جهل بفقهاء العقوبات وحكماتها، فالعقوبات في الإسلام وإن بدا في بعضها شدة فهي بعيدة عن أراداة التنكيل والتعذيب، وقد علم بأن الشريعة الإسلامية متميزة عن غيرها بالرحمة والرأفة الشاملتين للجميع ودون ضعف أو تفریط لحقوق الآخرين ومصالح المجتمع المسلم. ● وإذا قارنا بين الجريمة والعقوبة في الشريعة من الناحية الشكلية فنجد أن العقوبة مع كونها قاسية إلا أنها أخف بكثير من الجريمة المرتكبة عادة، والمتخصصون في علم العقوبات حول العالم متفقون على وجوب كون العقوبة على قدر الجريمة. ولهذا ترتب بعض المحاكم عقوبات 	<ul style="list-style-type: none"> ● تمثل أقصى أنواع التعذيب والمعاملة القاسية واللاإنسانية والحاطة بالكرامة التي من الممكن أن يتعرض إليها الإنسان.

<p>حبس تصل إلى قرون لتوازي العقوبة بالجريمة، ويعيب تلك العقوبات الطويلة الأمد أنها غير قابلة للتطبيق.</p>	
<p>• هذا غير مسلم، والواقع ينكر ذلك، بدليل أن عدد الجرائم تنخفض جدا في الدول التي تطبقها، وتزداد في البلاد التي ألغتها، بل إن هذه العقوبة تشكل رادعا مهيبا جدا، فعندما يعلم المقدم على الجريمة يضع في حسبانها ألف مرة هذه العقوبة، ويرتد عن ارتكاب الجرائم، ولهذا نجد أن المجرمين يتحاشون ارتكاب جرائم الإعدام في الولايات التي ترتب العقوبة ويترصدون ضحاياهم في الولايات التي لا تطبقها.</p>	<p>• هذه العقوبة لا تشكل رادعا للجريمة، بدليل أن عدد الجرائم المعاقب عليها بالإعدام لم تنخفض في الدول التي أبقى هذه العقوبة، ولم تزد في البلاد التي ألغتها.</p>
<p>• معلوم أن عقوبة الإعدام تطبق في حالات نادرة، وفي المرحلة النهائية التي يصل فيها الأمر إلى اليأس من المجرم، فالشريعة قد أحاطت الفرد والمجتمع بمراحل عديدة من الإصلاح بدءا بالعبادات ومرورا بالتربية على الأخلاق الحسنة والإرشاد إلى الصبر على المصاعب وحسن المعاملة والتحذير من أذى الآخرين، ضمن منظومة متكاملة من الأحكام التي تترتب عليها الحسنات والسيئات والوعد جزاء أخروي عظيم. فبعد هذا إذا ارتكب المجرم ما يستحق به هذه العقوبة فإنه يعلن بذلك أن أوان إصلاحه قد فات، وحين وقت عقابه حتى يكون عظة وعبرة وزجرا على المستوى الجماعي.</p>	<p>• إن هدف المجتمع من فرض عقوبة على الجاني هو لإصلاحه بالدرجة الأولى وهذا الهدف لا يتحقق إذا تم إعدامه. فتتفقد عقوبة الإعدام تحرم الجاني من إمكانية التأهيل والمصالحة.</p>
<p>• القول بأن الجريمة مهما كانت طبيعتها لا تتناسب مع عقوبة الإعدام غير عادل، فقائله يجرّد الضحية المعتدى عليه من أي حرمة أو احترام أو حق للحياة، وهل من العدالة الموافقة على سلب حق الحياة من المعتدى عليه والسكوت على الجريمة، والتنادي بحق الحياة للمجرم المعتدي؟! ما الفرق إذا بين قانون البشر وقانون الغاب!! ولهذا نقول إن حق تحديد العقوبات ومقاديرها لا ينبغي أن يسمح به للناس وميولهم</p>	<p>• إن الضرر الذي ينتج عن تنفيذ عقوبة الإعدام لا حد له وهو لا يتناسب بأي حال من الأحوال مع الجريمة التي ارتكبتها المحكوم عليه مهما كانت طبيعتها.</p>

<p>ورغباتهم، فإنها خاضعة للهوى والرغبات والمصالح والنزعات، بل يعطى لخالقهم وربهم، وهو أعلم بما يصلح لهم.</p> <ul style="list-style-type: none"> • ومع الإقرار بأن الضرر الناتج عن تطبيق عقوبة الإعدام كبيراً فإن هذه العقوبة المشروعة في الدين الإسلامي تحقق العدالة المطلقة، وتتوازن معها، وتتناسب مع الجرائم، كما إنَّها مدعاة لإخماد دافع الانتقام من الجرم في حوادث القتل والتي يمكن أن تتوالى وتتعاظم بين الأقارب والقبائل. 	
<ul style="list-style-type: none"> • إن عقوبة الإعدام تحييطها ضوابط وشروط، وإجراءات تقاضي عديدة، وضمانات مشددة، كما إنها لا تنفذ فور صدور الحكم في المرة الأولى بل ترفع لمجالس عدّة ويكرر النظر فيها من مجالس قضائية عديدة. وهي إعجاز تشريعي أثبت فعاليته في إصلاح الفرد والجماعة، وفيما تجلبه للمجتمع من عموم الأمن من حماية للأنفس وللأموال، وما تدفعه عنه من فوضى وأذى. • أما شبهة وقوع الخطأ في إيقاع العقوبة فلا يبرر إلغائها نهائياً. بل يمكن علاج ذلك بتوقي الحذر الشديد في التطبيق. 	<ul style="list-style-type: none"> • إن تطبيق عقوبة الإعدام يؤدي إلى نتائج لا يمكن تلافيتها أو إصلاحها إذا ما نفذت بحق المحكوم عليه، ثم تبين بعد ذلك خطأ في الحكم وثبتت براءة المحكوم عليه، فالإعدام حكم نهائي لا رجعة فيه، وما دامت عدالة الإنسان غير معصومة عن الخطأ، لا يمكن أبداً القضاء على خطر إعدام الأبرياء.
<ul style="list-style-type: none"> • نؤمن نحن المسلمون بأن من خلق الإنسان ومنح الحياة له هو الله الخالق البارئ الواحد الأحد، وهو ذاته الذي شرع لنا الإسلام ديناً وشرع فيه هذه العقوبة، وأوجب تطبيقها وفق تعاليمه التي جاء بها الإسلام. فنحن لم نخالف في هذا المبدأ. 	<ul style="list-style-type: none"> • إن الهيئة الاجتماعية لم تهب الفرد الحياة وعليه ليس من حقها سلب الفرد إياها.
<ul style="list-style-type: none"> • هذا غير مسلم بل إن إلغاء عقوبة الإعدام فيها مساندة لعتاة المجرمين ومؤازرتهم، واستهانة بالضحايا وازدراء بهم وبالمجتمع كله كباراً ونساءً وأطفالاً. • وإن إلغائها يماثل رفض المريض قرار طبيبه ببتتر عضو من جسمه انقاء لسريان المرض إلى سائر الجسم. لذا يقول جل وعلا: ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ 	<ul style="list-style-type: none"> • إن إلغاء عقوبة الإعدام لا يعني التسامح مع المدانين بجرائم خطيرة، ولكن يجب استبدالها بعقوبات تسمح بإصلاح المدانين كما وتحافظ على إنسانيتنا كمجتمع وأفراد.

<p>حَيَاة يَا أُولِي الْأَبْأَبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ {١٧٩} [البقرة].</p>	
<ul style="list-style-type: none"> ● كلنا نأسف لذلك، ولكن المجرم كان مخيراً بين الإقدام على الجريمة وبين اتقائها، ولكنه ارتكبها بمحض إرادته وبكامل وعيه مع الإدراك التام بترتب العقوبة عليه. 	<ul style="list-style-type: none"> ● تمثل ذروة الحرمان من حقوق الإنسان. وهي قتل عمد وبأعصاب باردة لإنسان على يد الدولة باسم العدالة.
<ul style="list-style-type: none"> ● هذا غير مسلم فهناك فرق بين التعذيب وبين العقوبة، ويمكن التخفيف من مقدار الألم الجسدي في عقوبة الإعدام باتخاذ أرحم الطرق في إيقاعها. ويعتبر القصاص بالسيف هو أقل الطرق إيلاماً باعتبار أنه يُقطع فيه الحبل الشوكي المسؤول عن نقل الإحساس إلى المخ. والمعاناة النفسية لها علاج في الدين الإسلامي، ويتمثل في الصبر والرضا بالقضاء والقدر، كما إن إقامة العقوبة على الجاني طهرة له من الذنوب ورحمة له، ويتجلى ذلك في مغفرة الله التي تشملته بعد إقامة العقوبة، فالعقوبات كفارات للآثام وجوابر لها، تمحو الذنب وتغسل الأثر، قال صلى الله عليه وسلم بعد أن أقيم الحد على ماعز الصحابي: (والذي نفسي بيده إنه الآن في أنهار الجنة يتقمص فيها). وقد سبق ذكره. 	<ul style="list-style-type: none"> ● إنه لا يمكن أن يكون هناك أي مبرر للتعذيب أو للمعاملة القاسية، وأسوة بالتعذيب، يشكل الإعدام اعتداءً جسدياً وعقلياً شديداً على الفرد. ولا يمكن تحديد مقدار الألم الجسدي الذي يسببه قتل إنسان ولا المعاناة النفسية التي تسببها المعرفة المسبقة بالإعدام على يد الدولة.
<ul style="list-style-type: none"> ● إن سوء استخدام العقوبة من قبل البعض أو تطبيقها بشكل غير صحيح أو لوجود قصور في الضمانات القضائية وفي إجراءات التقاضي لديهم لا يبرر إلغائها لدى الجميع، فينبغي التمييز بين من يطبق بشكل صحيح وبين من يخطئ في التطبيق. وإلا فليطالب بإلغاء العقوبات كلها وبإقفال السجون وتسريح المجرمين المدانين. ونحن المسلمون نطالب بأن تطبق بصورة صحيحة عادلة من قبل الجميع. 	<ul style="list-style-type: none"> ● إن عقوبة الإعدام قائمة على التمييز وغالباً ما تُستخدم بصورة غير متناسبة ضد الفقراء والأقليات وأبناء الجماعات العرقية والإثنية والدينية وهي تُفرض وتُنقذ بصورة تعسفية.
<ul style="list-style-type: none"> ● نعم فيجب على الدول التي تستخدم هذه العقوبة كأداة للقمع ولإسكات المعارضة السياسية، 	<ul style="list-style-type: none"> ● إن في بعض الدول تُستخدم هذه العقوبة كأداة للقمع

<p>وعلى الدول التي تتفاقم فيها العيوب في إجراءات التقاضي وسوء سلوك النيابة العامة والتمثيل القانوني القاصر أن تصحح عاجلاً تلك العيوب وأن لا تستخدم هذه العقوبة إلا في غرضها الصحيح.</p>	<p>ولإسكات المعارضة السياسية. وفي دول أخرى، تتفاقم العيوب في الإجراءات القضائية بفعل التمييز وسوء سلوك النيابة العامة والتمثيل القانوني القاصر.</p>
<p>• نعم، ولكن يجب عليهم في ذلك الصبر، وعلى الدول وذوي المعاقب بالإعدام تحمل مسؤوليات النفقة والإعالة وغيرها من الواجبات الشرعية، وما ذوو الضحايا الأبرياء بأولى بالصبر من هؤلاء، فهم جميعاً يعانون. كما إن هذه العقوبة تريح في كثير من الأحيان أقارب المجرم من عواقب الانتقام وغيرها من المضايقات إذا لم يعاقب المجرم بعقوبة مناسبة له.</p>	<p>• إن هذه العقوبة تطيل أمد معاناة عائلة ضحية القتل، وتوسع تلك المعاناة لتتطال أحياء السجين المدان.</p>
<p>• هذا غير مسلم فتنفيذ هذه العقوبة يخفف كثيراً من الأعباء والنفقات اللازمة لرعاية السجين مدى الحياة، على سبيل المثال، كما إن عقوبة الإعدام تعمل من تلقاء نفسها في الزجر، فتمنع وقوع كثير من الجرائم والخسائر وتحفظ للمسؤولين الأمنيين والقضائيين أوقاتهم وجهودهم. يقول الفقهاء: العقوبات زواجر وجوابر. زواجر لزجر الناس عن ارتكاب الجرائم، وجوابر تجبر عن المسلم عذاب الله تعالى يوم القيامة.</p>	<p>• إن هذه العقوبة تُحوّل وجهة الموارد والطاقت التي يمكن أن تُستخدم بطريقة أفضل للعمل ضد جرائم العنف ومساعدة المتضررين منها.</p>
<p>• هذا كلام غير مسلم، ويصدر مثله ممن ليس من أهل الاختصاص في الأمن والقضاء والعقوبات. من أمن العقوبة أساء الأدب، سواء كانت قولاً أو فعلاً. وقد دأبت المجتمعات والفطر السوية على مر التاريخ وما زالت تطالب بإقامة عقوبة الإعدام على من يستحقه. والمسلمون في سائر الدول الإسلامية مجمعون على قبول عقوبة الإعدام ويؤمنون بوجوب إقامتها.</p>	<p>• أن عقوبة الإعدام هي من أعراض ثقافة (ظاهرة) العنف، وليست حلاً لها، وتشكل إهانة لكرامة الإنسان.</p>

وإننا إذ نرد على هذه الإشكالات نرجو من المهتمين بإلغاء عقوبة الإعدام أن يوجهوا مناشداتهم ضد الغرب الذي ما فتئ أن أهلك الحرث والنسل في عدد من الدول العربية

والإسلامية، فقد دمرت دولة العراق وقتل فيها ملايين الناس شبابا وكهولا ونساء وأطفالا - بعد حصارهم وتجويعهم عقدا من الدهر- بحثا عن أسلحة الدمار الشامل المزعومة، ودمرت دولة أفغانستان وقتل فيها الملايين وشردوا هناك؛ انتقاما من الاعتداءات على برجى مركز التجارة العالمي بنيويورك، والتي لم يقد دليل قانوني حتى الآن أن من قام به كان لهم صلة بأفغانستان، بل ظهرت البراهين بأن الحادث كان مدبرا من قبل وكالات المخابرات.

والفرصة ما زالت سانحة أمام هؤلاء الناشطين في المطالبة بوقف عمليات قتل واغتيال العشرات بصفة يومية بطائرات موجهة بدون طيار ودون أية محاكمات في دول إسلامية عديدة بحجة مكافحة الإرهاب.

كما أن الفرصة عظيمة أمامها للمطالبة بإلغاء قوانين استحدثت بعد ١١ سبتمبر ٢٠٠١، أهمها قانون باتريوت آكت الأمريكي (USA Patriot Act) والذي لا يعد إلا أسلوب إرهابي لمكافحة الإرهاب، والذي إثره أذيت كل الخطوط الفاصلة بين حريات المواطنين وسلطات الدولة^١.

خلاصة القول في تشريع عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية:

وإذا كان موقف الإسلام من عقوبة الإعدام فيما سبق ذكره، والذي يبين أن عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية عقوبة موزونة تحقق العدالة المطلقة وتشد الأمن المستدام، تحيطها ضوابط وشروط، وإجراءات تقاضي عديدة، فهي إعجاز تشريعي أثبت فعاليته في إصلاح الفرد والجماعة، ولا يمكن للفقهاء أو الحكام أو القضاة أو كائنا من كان تغيير أي حكم شرعي في المنظومة التشريعية الإسلامية، بالهوى والتشهي. فهي بمثابة البناء الكامل الباهر، وتغيير أية لبنة أو إنقاصها أو زيادتها فيه يؤدي إلى نقص فيه لا يمكن ترميمه.

﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَجَعَلَ الظُّلُمَاتِ وَالنُّورَ ثُمَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بِرَبِّهِمْ يَعْدِلُونَ ﴾ {١}، ﴿ مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ

١ - قانون باتريوت آكت أو قانون مكافحة الإرهاب، أو قانون الوطنية، هو قانون قد تم إقراره بعيد اعتداءات ١١ سبتمبر ٢٠٠١، وهو خاص بتسهيل إجراءات التحقيقات والوسائل اللازمة لمكافحة الإرهاب، مثل إعطاء أجهزة الشرطة صلاحيات من شأنها الاطلاع على المقتنيات الشخصية للأفراد ومراقبة اتصالاتهم والتنصت على مكالماتهم بغرض الكشف عن المؤامرات الإرهابية. وهذا القانون يعطي الهيئات التنفيذية المتمثلة في أجهزة الشرطة ومكتب التحقيقات الفيدرالي FBI صلاحيات واسعة في مجال مراقبة وفتيش المشتبه فيهم دون أن يكون لديهم أدلة ملموسة تدينهم بشكل مباشر ودون فرض رقابة كافية على تلك الصلاحيات، اللهم فقط بإعطاء القضاء الأمريكي صلاحية مراقبة عمل أجهزة الشرطة مع عدم تبني مزيد من التدابير التي تدعم هذه الصلاحية، مثل إنشاء وكالة مستقلة للحريات المدنية تعمل على مراقبة ال FBI. شبكة المعلومات القانونية العربية، على الرابط: <http://eastlaws.blogspot.com/2010/01/blog-1>

يُحْشَرُونَ {٣٨} وَالَّذِينَ كَذَّبُوا بِآيَاتِنَا صُمْ وَيُكَمِّمْ فِي الظُّلُمَاتِ مَنْ يَشَاءُ اللَّهُ يُضِلُّهُ وَمَنْ يَشَاءُ
يَجْعَلْهُ عَلَىٰ صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ {٣٩} ﴿ [سورة الأنعام].

الموقف من التطبيقات العملية لعقوبة الإعدام:

وإننا حينما ندافع عن إبقاء عقوبة الإعدام فإننا ندافع عنها لكونها حكم شرعي ثابت - كما سبق ذكره - بأدلة من الكتاب والسنة، مع الإيمان بها، واحترام تطبيقها وفق الضوابط والإجراءات. أما في الجانب التطبيقي لهذه العقوبة فلسنا ندافع عن سائر صورها التطبيقية، ولا يحق لأي مؤمن أن يرضي بأي تجاوز أو سوء تطبيق أو ظلم قد يقع بأي شكل أو صورة، لأن ذلك يعدّ هو الآخر جريمة نكراء وظلماً عظيماً وعدواناً سافراً، وقد نهت الشريعة عنه أشدّ نهياً، ورتبت عليه إثماً عظيماً. وعلى هذا فإن أي انتقاد بناءً إذا وجه إلى الحاكمين بشريعة الله عز وجل، المخلصين له فإنهم يقبلونه بصدر رحب؛ ويصححون الخطأ فور التبيان.

هذا فضلاً عن أن ولاية الأمر من قضاة وحكام في الدول التي تطبق الشريعة الإسلامية تطبيقاً واعياً شاملاً، لا يألون جهداً في الاستفادة من الضمانات والاحتياطات التي اهتمت بها العهود والاتفاقيات والضمانات الدولية، فالحكمة ضالة المؤمن أينما وجدها أخذها^١.

١ - ومن أهم تلك المقررات الدولية:

- "ضمانات تكفل حماية حقوق الذين يواجهون عقوبة الإعدام، والتي اعتمدت بقرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي، ١٩٨٤/٥٠، المؤرخ في ٢٥ أيار ١٩٨٤:
- (١) في البلدان التي لم تلغ عقوبة الإعدام، لا يجوز أن تفرض عقوبة الإعدام إلا في أخطر الجرائم على أن يكون مفهوماً أن نطاقها ينبغي ألا يتعدى الجرائم المتمدة التي تسفر نتائج مميتة أو غير ذلك من النتائج البالغة الخطورة.
 - (٢) لا يجوز أن تفرض عقوبة الإعدام إلا في حالة جريمة ينص القانون وقت ارتكابها على عقوبة الموت فيها، على أن يكون مفهوماً أنه إذا أصبح حكم القانون يقضي بعد ارتكاب الجريمة بفرض عقوبة أخف، استفاد المجرم من ذلك.
 - (٣) لا يحكم بالموت على الأشخاص الذين لم يبلغوا سن الثامنة عشرة وقت ارتكاب الجريمة ولا ينفذ حكم الإعدام بالحوامل أو بالأمهات الحديثات الولادة ولا بالأشخاص الذين أصبحوا فاقدين لقواهم العقلية.
 - (٤) لا يجوز فرض عقوبة الإعدام إلا حينما يكون ذنب الشخص المتهم قائماً على دليل واضح ومقنع لا يدع مجالاً لأي تفسير بديل للوقائع.
 - (٥) لا يجوز تنفيذ عقوبة الإعدام إلا بموجب حكم نهائي صادر عن محكمة مختصة بعد إجراءات قانونية توفر كل الضمانات الممكنة لتأمين محاكمة عادلة، مماثلة على الأقل للضمانات الواردة في المادة ١٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، بما في ذلك حق أي شخص مشتبه في ارتكابه جريمة يمكن أن تكون عقوبتها الإعدام أو متهم بارتكابها في الحصول على مساعدة قانونية كافية في كل مراحل المحاكمة.
 - (٦) لكل من يحكم عليه بالإعدام الحق في الاستئناف لدى محكمة أعلى، وينبغي اتخاذ الخطوات الكفيلة بجعل هذا الاستئناف إجبارياً.
 - (٧) لكل من يحكم عليه بالإعدام الحق في التماس العفو، أو تخفيف الحكم، ويجوز منح العفو أو تخفيف الحكم في جميع حالات عقوبة الإعدام.
 - (٨) لا تنفذ عقوبة الإعدام إلى أن يتم الفصل في إجراءات الاستئناف أو أية إجراءات تتصل بالعفو أو تخفيف الحكم.
 - (٩) حين تحدث عقوبة الإعدام، تنفذ بحيث لا تسفر إلا عن الحد الأدنى الممكن من المعاناة".
- احقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، (الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٣)، رقم المبيع A.94.XIV-Vol.1, Part 1، ص ٤٣.

سوء استغلال عقوبة الإعدام:

لا بد من الاعتراف بأنه قد تم سوء استغلال هذه العقوبة واتخاذها وسيلة من وسائل القتل العمد للغير لمصالح وأهواء^١، والحالات وإن كانت نادرة ولا تدخل ضمن الإطار التطبيقي للشريعة الإسلامية إلا أنها تحتاج من فقهاء الإسلام وعلمائه إلى فصل القول فيها، وبيان الحكم الشرعي فيها، مع التحذير منها؛ صونا لجناب الشرع من أن يستغل وحفاظا على الأنفس من تسفك، نوردها فيما يلي:

- تم استخدام عقوبة الإعدام من قبل جماعات تدّعي بأنها إسلامية ولم تتول بشكل كامل زمام السلطة وليس لديها قضاء موثوق وقامت بإصدار أحكام الإعدام وطبقتها من لدنها بعد تشكيل محاكم شكلية، مثل ما حدث من بعض الجماعات بالصومال وأفغانستان ومالي وغيرها، فإن هذه الجماعات تصدر سريعا حكم الإعدام بتهمة الخيانة أو المحاربة أو الزنا أو السرقة أو غيرها من التهم، وما تلبث أن تنفذ العقوبة خلال لحظات من نطق الحكم بها.
- تم استخدام عقوبة الإعدام من قبل البعض في مصالح سياسية والتخلص من المعارضين، وفي النزاع على الولايات.
- تم استخدام عقوبة الإعدام من خلال المحاكمات العسكرية التي قد لا تراعى فيها الإجراءات القضائية المعهودة.
- تم استخدام عقوبة الإعدام بمحاكمات قاصرة الضمانات.
- طالب بعض المتخصصين بإعادة دراسة الأنظمة والقوانين والفتاوى التي تجيز إيقاع عقوبة الإعدام تعزيرا على الجرائم غير المنصوصة، بل بنيت على اجتهادات فقهية وتشريعات قانونية؛ لتتناسب مع تطور صور الإجرام، ودعوا إلى تحديث أنظمة الأمن والرقابة، مع الاستفادة القصوى من التجارب السابقة بغية تلافي التجاوزات، وعلى سبيل المثال عقوبة تهريب المخدرات والمسكرات^٢.

الاحترازمات اللازمة لتلافي سوء تطبيق عقوبة الإعدام:

خشية من سوء استغلال هذه العقوبة ومناشدة لتطبيقها بشكل صحيح وعادل وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، فيمكننا اقتراح تصحيحات؛ فهي لا تستعصي على الحل، وخاصة الأسباب الإجرائية، وفيما يلي أخص بالذكر أهم ما ينبغي في هذا المجال:

١ - فضلا عن حرمة الإقدام على هذه الشنائع والآثام، فإن من الآثار السيئة لها هو تسارع وسائل الإعلام الغربية بشن الحملات الإعلامية لتشويه صورة أحكام الشريعة في الحدود والقصاص، ثم تستخدم تلك الصورة في تشويه صور سائر الدول التي تطبق العقوبات الشرعية، وتتوالى الانتقادات ويتكرر التلوم حتى يصل الأمر إلى المطالبة دوليا إلى تعطيل تلك الأحكام كليا، إضافة إلى إثارة الناس على المطالبة بإلغائها في البلدان الإسلامية، وربطها بالعنف والهمجية والجمود وضيق الأفق والغلو والتشدد.

٢ - أوصي بالاطلاع على مقال بعنوان: لهذه الأسباب: أوقفوا قتل مهرب المخدرات" للدكتور عبدالوهاب بن منصور الشقحاء، (باحث في مجال حقوق الإنسان والعدالة الجنائية)، المقال منشور في صحيفة الجزيرة، على الرابط الإلكتروني: <http://www.al-jazirah.com/2008/20080125/ar3.htm>.

أولاً: ربط عقوبة الإعدام بالعقوبات المنصوص عليها بها في الشريعة، وعدم اللجوء إليها في عقوبات التعزير، إلا في الحالات الشديدة الحاجة.

ثانياً: درء إيقاع عقوبة الإعدام تعزيراً بأقل الشبهات؛ خشية من سفك الدم الحرام. قال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه: (لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها في الشبهات). وعن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر رضي الله تعالى عنهم قالوا: (إذا اشتبه عليك الحد فادرأه)^١.

ثالثاً: تنفيذ عقوبة الإعدام بحذر ودقة بعد التأكد من أن جميع الأحكام القضائية الصادرة فيها مرت على درجات التقاضي المختلفة، وأتيح فيها للمتهم كل ما يمكن أن يدافع به.

رابعاً: أن تكون الحدود والعقوبات الشرعية آخراً ما يطبق من الإسلام عند الشروع بتطبيق الشريعة الإسلامية، وذلك بعد إكمال متطلبات الحياة الكريمة التي توجبها الأحكام الشرعية على الدولة، وبعد الاطمئنان على استقرار تطبيق الشريعة فيها.

خامساً: الأخذ في أحكام الإعدام وإتلاف الأعضاء بما أجمع عليه الفقهاء، مراعاة للخلاف، واحتياطاً في حفظ النفس والأعضاء.

توصيات عامة في مجال العقوبات الشرعية:

ينبغي على المجتمع الإسلامي أن يكون مجتمعاً مثالياً، قدوة لغيره من المجتمعات البشرية، فليديه كتاب ينطق بالحق، ومكلف بتبليغ الرسالة الإلهية للناس جميعاً. وما دمنا الآن لسنا المجتمع المثالي الذي يشار إليه بالبنان، فحتماً يوجد خلل وقصور في جوانب عديدة يجب علينا تلافيه، وفيما يخص مجال العقوبات الشرعية نقترح ما يلي:

أولاً: تقوية دور مؤسسات العدل والأمن:

إن القانون وحده لا يكفي لتحسين الأداء القضائي والأمني، بل يجب اتخاذ تدابير من خلال النقاط الآتية:

١. ضرورة الإسراع بإتمام إجراءات التحقيق والمحاكمة وإصدار الأحكام وتنفيذها على الوجه الأكمل والأفضل.

٢. اتخاذ تدابير لتحديث أجهزة القضاء والعدلية وتزويدها بالعناصر البشرية المنتقاة والمدربة تدريباً راقياً، وإمدادها بالإمكانات العلمية والمادية والفنية والتقنية التي تجعلها قادرة على معرفة الحق وإحقاقه^٢.

١ - الأثران في مصنف ابن أبي شيبة، باب في درء الحدود بالشبهات، ج ٩ ص ٥٦٦.
٢ - تلخيص اللواء الدكتور محمد فتحي عيد لكتابه: واقع الإرهاب في الوطن العربي، مطبوع ضمن "ملخصات إصدارات الجامعة في مجال مكافحة الإرهاب". ص ٣٢٤.

٣. اهتمام مؤسسات العدل والأمن بمخاطبة الجماهير مباشرة، لتوضيح الحقائق المتعلقة بالأحكام الصادرة منها، وبالأدلة والبراهين، مع عرض انتهاكات المجرمين ومعاونة الضحايا مع ستر ما ينبغي ستره، لتمكين أفراد المجتمع من تكوين رأيها بكل شفافية وشفقة على الضحايا الأبرياء، والوقوف صفا واحدا ضد الجناة والمجرمين، وضد المطالبين بإلغاء العقوبات الشرعية، وضد ما تثيره منظمات حقوق الإنسان أو العفو أو غيرها من شبكات. علما بأن التنظيمات العاملة على إلغاء عقوبة الإعدام وعقوبات الحدود الشرعية في السابق كانت تواجه الحكومات عبر السلك الدبلوماسي، أو تحت مظلة مناقشات الحقوقيين الدوليين، ولكن الأمر اختلف الآن، فإن تلك الهيئات تعمل على مخاطبة الجماهير مباشرة عبر ما أتيح لها من وسائل إلكترونية حديثة تصل إلى كل فرد.

ثانياً: تقوية دور المؤسسات الدبلوماسية والمنظمات الدولية الإسلامية:

إن العهود والإعلانات والوثائق التي صدرت من قبل منظمة الأمم المتحدة التي ناشدت برعاية حقوق الإنسان والشعوب والسكان قد صدرت منذ عقود بعيدة، وأغلبها لم تلب فيها رغبات الشعوب الإسلامية مع كثرة عددها، وبهذا الصدد أوصي بما يلي:

(١) يجب تحديث العهود والإعلانات والوثائق الصادرة من المنظمات الأممية على غرار ما هو معمول به في كثير من الدول ويسمى بتحديث الأنظمة (Law Update)؛ لتتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) ينبغي على المنظمات الدولية الإسلامية الاستعانة بجيش من القانونيين والمفكرين والفقهاء لدراسة الوثائق والعهود، وتهيئتهم للمشاركة في المؤتمرات الدولية، وإيصال أصوات المسلمين إلى مراكز صنع القرار؛ لتخرج تلك العهود والوثائق موافقة لمصالح المسلمين، ولا تتعارض مع أحكام دينهم.

(٣) مناشدة منظمة التعاون الإسلامي ببذل المساعي اللازمة لما سبق ذكره في الفقرتين السابقتين.

(٤) مواكبة التطورات ومتابعة السياسات والخطط التي يتم وضعها من قبل الاتحاد الأوروبي على وجه الخصوص، حيث إنه بعد أن ألغى العقوبة في دوله يسعى الآن بقوة إلى إلغائها على المستوى العالمي، وقد اعتمد "الخطوط التوجيهية لسياسة الاتحاد الأوروبي حيال البلدان الأخرى بشأن عقوبة الإعدام" بشكل مفصل ويجري الآن العمل بها.

١ - هذه الخطط منشورة برقم متسلسل ٣٧٣٠/٠٤، ونسختها العربية موجودة على الرابط:
[http://www.fco.gov.uk/resources/ar/pdf/pdf1/postab_eudeathpenalty.](http://www.fco.gov.uk/resources/ar/pdf/pdf1/postab_eudeathpenalty) □

ثالثاً: تقوية دور المؤسسات الدينية والتعليمية:

لا شك أن الدين هو العنصر الأساس في تقبل الناس أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها وما ورد فيها من قيم وأخلاق، لذا ينبغي توجيه الناس إلى جادة الخير وحمائيتهم من الشر، وأمرهم بالمعروف ونهيهم عن المنكر، وتقوم المؤسسات الدينية بأداء دور مهم في كل ذلك من خلال وظائف عدة هي: الإفتاء، والوعظ والإرشاد، والدعوة ونشر مفهوم الوسطية. فإن من أهم أسباب الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام هو قلة الفقه في الدين والوعي بأحكامه ومبادئه وأخلاقه، وبُعد المجتمع عن الإسلام وغياب القدوة الصالحة، لذا ينبغي على العلماء والدعاة والمعلمين والمدرسين، ومن هم قدوة لغيرهم أن يقدموا للامة نماذج تقرب من درجة كمال، وأن يعملوا على هداية أجيال المسلمين الناشئة، وعلى ترسيخ منهج الوسطية والابتعاد عن سلوك التطرف والغلو، مع الإخلاص التام لله وحده والتجرد الكامل من إرادة حظ النفس أو العمل للآخرين من دون الله عز وجل.

توصيات خاصة لمواجهة النشاط المطالب لإلغاء عقوبة الإعدام:

لابد لتجفيف المستنقع الإيديولوجي المطالب لإلغاء عقوبة الإعدام والعقوبات الإسلامية من ردّ وحوار على أسس علمية رصينة، حتى يتسنى حماية واسترداد أولئك المرشحين للتأثر بتلك الأفكار المعارضة لأحكام الدين الإسلامي، ولتحذير المتلبسين به والشفقة عليهم ونصحهم وبيان الحق بالكتاب والسنة، فإن حال المتلبسين فيه لا يخلو من أقسام:

- (١) قسم قد أخذهم التأثير بالثقافات الأجنبية بما فيها من انحلال من القيم وانحطاط في الخلق وتسهيل الاستمتاع بالشهوات وإطلاق الحريات وما يغطيها من تلميع إعلامي لها، دون التزام بأي أحكام دينية أو اجتماعية إلا ما يوافق هوى الناس عبر أنظمة ديمقراطية مسيرة بتوجيهات إعلامية فضللوا، فيجب أن ينبه هؤلاء، ويجب أن يبين لهم، لكي يعودوا إلى الحق وأهله.
- (٢) قسم ما زالوا متدينين لكن الغزارة الإعلامية وكثرة المضللين تأثروا بتلك الأبواق فهؤلاء يجب إرشادهم وتوجيههم بالأدلة.
- (٣) وقسم امتلأت قلوبهم بالكبر والحقد، فالواجب أن تقام الحجة عليهم.

مشروع القرار الجمعي (يتضمن ملخصا للبحث)

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورته العشرين في مدينة وهران (الجزائر) من

بعد الاطلاع على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع: عقوبة الإعدام، وبعد استماعه إلى المناقشات المستفيضة التي دارت حوله،

قرر ما يلي:

أولاً: إن عقوبة الإعدام عقوبة شرعية منصوص عليها في القرآن الكريم والسنة النبوية، واستمر عمل السلف والخلف على تطبيقها، وهي في جرائم الحدود والقصاص مقدرة وموزونة بقدر الجرم وعظمه، تحقق العدالة المطلقة، وتتشد الأمن المستدام، وأحيطت بضوابط وشروط يلزم مراعاتها في إجراءات التقاضي. وهي إعجاز تشريعي أثبت فعاليته في إصلاح الفرد والجماعة دهوراً منذ فجر الإسلام إلى الآن. وقد شرعت لحكم ومقاصد عظيمة، ويؤول أمر إقامتها إلى المحافظة على الضروريات التي جاءت الشريعة بحفظها، وهي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والعرض، والمال. وهي عبادة لا يمكن الحيطة عنها أو تعطيلها، أو مجاوزة الحق في تطبيقها، كما لا يصح العفو عنها بعد البت فيها في الحدود.

ثانياً: يؤكد على وجوب توخي الحذر والحيطه عند الحكم بعقوبة الإعدام، وأن لا تقام إلا بعد محاكمة عادلة، والتأكد من مرورها على درجات التقاضي المختلفة، وأتيح فيها للمتهم كل ما يمكن أن يدافع به.

ثالثاً: العمل في عقوبة الإعدام وإتلاف الأعضاء بما أجمع عليه الفقهاء، مراعاة للخلاف، واحتياطاً في حفظ النفس والأعضاء.

رابعاً: يناشد المجمع بعدم اللجوء إلى إقامة عقوبة الإعدام في جرائم التعزير، إلا في الحالات الشديدة الإجرام؛ حفظاً للنفس وحقناً للدم، واحتراماً من شبهة الإساءة في استغلال هذه العقوبة .

ويؤكد المجمع على ما يلي:

(١) درء إيقاع عقوبة الإعدام تعزيراً بأقل الشبهات؛ خشية من سفك الدم الحرام. لقول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه: (لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها في الشبهات). وعن معاذ وعبدالله بن مسعود وعقبة بن عامر رضي الله تعالى عنهم قالوا: (إذا اشتبه عليك الحد فادرأه).

٢) يطالب بإعادة دراسة الأنظمة والقوانين والفتاوى التي تجيز إيقاع عقوبة الإعدام تعزيراً على الجرائم غير المنصوصة، بل بنيت على اجتهادات فقهية وتشريعات قانونية؛ لتتناسب مع تطور صور الإجرام، ويدعو إلى تحديث أنظمة الأمن والرقابة، مع الاستفادة القصوى من التجارب السابقة بغية تلافي التجاوزات، وعلى سبيل المثال عقوبة تهريب المخدرات والمسكرات.

٣) أن تكون الحدود والعقوبات الشرعية آخراً ما يطبق من الإسلام عند الشروع بتطبيق الشريعة الإسلامية، وذلك بعد إكمال متطلبات الحياة الكريمة التي توجبها الأحكام الشرعية على الدولة، وبعد الاطمئنان على استقرار تطبيق الشريعة فيها.

٤) التحذير من اتخاذ عقوبة الإعدام وسيلة من وسائل القتل، في أغراض ونزاعات سياسية، كما يدعو المجمع إلى تجنب إيقاعها من خلال المحاكمات العسكرية التي قد لا تراعى فيها الإجراءات القضائية المعهودة.

توصيات عامة:

- ١ يدعو المجمع الدول الإسلامية إلى بذل المزيد من الجهود في إحلال الشريعة الإسلامية محل القوانين التي لا تتناسب مع المجتمعات المسلمة.
- ٢ يدعو المجمع حكومات الدول الإسلامية إلى اتخاذ التدابير اللازمة لتحديث أجهزة القضاء والعدلية، والاهتمام بمخاطبة الجماهير مباشرة لتوضيح الحقائق، وبيان الأسباب الواقعية لإقامة عقوبات الإعدام؛ تفويتنا للفرصة أمام المناهضين لها.
- ٣ يدعو المجمع الهيئات الدبلوماسية الإسلامية وفي مقدمتها منظمة التعاون الإسلامي المطالبة بتحديث العهود والإعلانات والوثائق الصادرة من المنظمات الأممية على غرار ما هو معمول به في كثير من الدول ويسمى بتحديث الأنظمة (Law Update)، مع الاستعانة بالمتخصصين لتتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- ٤ يدعو المجمع المسلمين عموماً والعلماء والباحثين خصوصاً إلى أن الدفاع عن الأحكام الشرعية ومنها عقوبة الإعدام في المحافل الدولية، ويرشدهم إلى مواكبة التطورات ومتابعة السياسات والخطط التي يتم وضعها من قبل غير المسلمين، والرد على الاتهامات والإشكالات التي يثيرها أعداء الإسلام بالطرق العلمية المناسبة.

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه ومن اتبعه بإحسان إلى

يوم الدين



المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

- (١) الأحكام السلطانية، للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي، صححه: محمد حامد الفقي، (تصوير: دار الفكر، ١٤٠٦).
- (٢) الأحكام السلطانية، للماوردي، علي بن محمد بن حبيب، (دار الكتب العلمية).
- (٣) أحكام القرآن، للقاضي ابن العربي المالكي، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، ط٣، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م).
- (٤) الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلني الحنفي، تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، ط٣، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٦ هـ، ٢٠٠٥ م).
- (٥) أدب الدنيا والدين، للماوردي، شرح وتعليق: محمد كريم راجح، ط٤، (بيروت: دار إقرأ، ١٤٠٥، ١٩٨٥).
- (٦) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، ط١، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٤١٩ هـ).
- (٧) أوقفوا قتل مهرب المخدرات، للدكتور عبد الوهاب بن منصور الشقحاء، (باحث في مجال حقوق الإنسان والعدالة الجنائية)، منشور في صحيفة الجزيرة، على الرابط الإلكتروني: <http://www.al-jazirah.com/2008/20080125/ar3.htm>
- (٨) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم، ابن نجيم، ط٢، (دار الكتاب الإسلامي).
- (٩) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد، ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد بن محمد، القرطبي، ط٤، (مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١٣٩٥ هـ/١٩٧٥ م).
- (١٠) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: د. محمد حجي وآخرون، ط٢ (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨ هـ، ١٩٨٨ م).
- (١١) تاج العروس من جواهر القاموس، لمرتضى الزبيدي، تحقيق: مجموعة من المحققين، (دار الهداية).

- (١٢) التاج والإكليل لمختصر خليل، للمواق، محمد بن يوسف العبدري.
- (١٣) التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، للأستاذ عبدالقادر عودة، ط٤، (لبنان: دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٥).
- (١٤) التعزير بالقتل، لسعد السبر، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، على الرابط: <http://www.alsaber.net/articles.php?action=show&id=193>
- (١٥) تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، للعلامة ابن حجر العسقلاني، ط١، (دار الكتب العلمية، ١٤١٩ هـ ١٩٨٩ م).
- (١٦) تلخيص أ.د. محمد فتحي محمود لبحث: الإرهاب، الفهم المفروض للإرهاب المرفوض، تأليف: د. علي بن فايز الجحني، مطبوع ضمن "ملخصات إصدارات جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية في مجال مكافحة الإرهاب".
- (١٧) تلخيص اللواء الدكتور محمد فتحي عيد لكتابه: واقع الإرهاب في الوطن العربي، مطبوع ضمن "ملخصات إصدارات الجامعة في مجال مكافحة الإرهاب".
- (١٨) التوقيف على مهمات التعاريف، للشيخ محمد عبدالرؤوف المناوي، تحقيق: د. محمد رضوان الداية، الطبعة الأولى، (سوريا: دار الفكر؛ لبنان: دار الفكر المعاصر، ١٤١٠ هـ).
- (١٩) الجامع الصغير للسيوطي.
- (٢٠) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - العقوبة، للإمام محمد أبي زهرة، ط: د (مصر: دار الفكر الإسلامي).
- (٢١) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لمحمد علاء الدين ابن عابدين، (بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، ١٤٢١ هـ، ٢٠٠٠ م).
- (٢٢) الحسبة لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية، تحقيق: علي بن نايف الشحود.
- (٢٣) حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، (الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٣)، رقم المبيع A.94.XIV-Vol.1, Part 1.
- (٢٤) حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج بشرح منهاج النووي لابن حجر الهيتمي.
- (٢٥) الخطوط التوجيهية لسياسة الاتحاد الأوروبي حيال البلدان الأخرى بشأن عقوبة الإعدام. على الرابط: http://www.fco.gov.uk/resources/ar/pdf/pdf1/postab_eudeathpenalty

- (٢٦) الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، (بيروت: دار الغرب، ١٩٩٤م).
- (٢٧) ردّ المحتار شرح تنوير الأبصار، علاء الدين بن علي الحصكفي، (بيروت: دار الفكر، ١٣٨٦).
- (٢٨) سنن ابن ماجه، (مؤسسة الرسالة).
- (٢٩) سنن الترمذي (الجامع الصحيح)، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، (بيروت: دار إحياء التراث العربي).
- (٣٠) السياسة الشرعية، لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، ط ١، (المملكة العربية السعودية: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد).
- (٣١) الشرح الكبير، لشمس الدين، أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي) المتوفى سنة ٦٨٢ هـ.
- (٣٢) شرح معاني الآثار، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي المعروف بالطحاوي، ط ١، تحقيق: محمد زهري النجار، ومحمد سيد جاد الحق، (عالم الكتب، ١٤١٤ هـ، ١٩٩٤ م).
- (٣٣) الصارم المسلول على شاتم الرسول، لشيخ الإسلام ابن تيمية، دراسة وتحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، (المملكة العربية السعودية: الحرس الوطني السعودي).
- (٣٤) الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية: لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، صور على نفقة السيد حسن الشربتلي، (١٤٠٢هـ = ١٩٨٢م).
- (٣٥) صحيح ابن حبان، ترتيب: الأمير علي بن بلبان الفارسي، تحقيق: شعيب أرنؤوط، (مؤسسة الرسالة).
- (٣٦) صحيح البخاري.
- (٣٧) صحيح مسلم.
- (٣٨) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر الزرعي، (مكتبة دار البيان).
- (٣٩) طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، لنجم الدين عمر النسفي، (دار الطباعة العامرة).
- (٤٠) الغياثي، غياث الأمم في التياث الظلم، لأبي المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني، (مكتبة إمام الحرمين، ١٤٠١هـ).

- (٤١) الفروق اللغوية، لأبي هلال العسكري، (ت ٣٣٤هـ).
- (٤٢) الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، ط ٤، (دمشق: دار الفكر).
- (٤٣) كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي، (دار الفكر، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م).
- (٤٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، الملقب بسلطان العلماء، تحقيق: محمود بن التلاميذ الشنقيطي، (بيروت: دار المعارف).
- (٤٥) كتاب العين، للفراهيدي، تحقيق: د.مهدي المخزومي ود.إبراهيم السامرائي لدار ومكتبة الهلال.
- (٤٦) لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، ط ١، (بيروت: دار صادر).
- (٤٧) المحيط في اللغة، للصاحب ابن عباد، تحقيق: الشيخ محمد حسن آل ياسين ط ١، (بيروت: عالم الكتب، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م).
- (٤٨) مذاهب فكرية معاصرة، للشيخ محمد قطب.
- (٤٩) المسند، لأبي يعلى الموصلي، تحقيق: حسين سليم أسد، ط ١، (دمشق: دار المأمون للتراث، ١٤٠٤، ١٩٨٤).
- (٥٠) المسند، للإمام أحمد، (القاهرة: مؤسسة قرطبة)، مذيّل بأحكام شعيب الأرنؤوط على الأحاديث.
- (٥١) المصنف، لابن أبي شيبة، (الهند: الدار السلفية).
- (٥٢) المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط: ٢، (بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٣).
- (٥٣) المعجم الكبير، للطبراني، سليمان بن أحمد اللخمي، أبو القاسم.
- (٥٤) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، تحقيق: عبد السلام محمد هارون لدار الفكر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- (٥٥) معرفة السنن والآثار، للبيهقي، تحقيق: سيد كسروي حسن، (بيروت: دار الكتب العلمية).
- (٥٦) مفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة، لأستاذنا المستشار الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد، (بحث مقدم إلى الملتقى العلمي بعنوان "الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة" ضمن مشروع الملك عبد الله بن عبدالعزيز - حفظه الله - لتطوير مرفق القضاء حول موضوع "مفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة").

- (٥٧) منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن أحمد عيش، (دار الفكر، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م).
- (٥٨) الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية، لسعود بن عبد العالي البارودي العتيبي، ط٢، (١٤٢٧).
- (٥٩) الموسوعة العربية العالمية.
- (٦٠) موسوعة الفقه الإسلامي، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، ط١، (بيروت: بيت الأفكار الدولية، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م).
- (٦١) الموسوعة الفقهية الكويتية، (الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، من عام ١٤٠٤ - ١٤٢٧هـ).
- (٦٢) الموطأ للإمام مالك، رواية يحيى الليثي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (مصر: دار إحياء التراث العربي).
- (٦٣) ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، على الشبكة العالمية.
- (٦٤) قرارات مجمع اللغة العربية.
- (٦٥) مجلة البحوث الإسلامية، العدد الحادي والعشرون، الإصدار من ربيع الأول إلى جمادى الثانية لسنة ١٤٠٨هـ.
- (٦٦) مجلة البحوث العلمية، العدد الثاني عشر، الإصدار من ربيع الأول إلى جمادى الثانية، لسنة ١٤٠٥هـ.
- (٦٧) تقرير «تشاتام» عن استهلاك النفط السعودي، مقال للأستاذ علي بن حسن التواتي، نشر بصحيفة عكاظ، وموجود على الرابط:
<http://www.okaz.com.sa/new/Issues/PDA/Con20120411493609.htm>
- (٦٨) بيان تحالف الحياة حق حول عقوبة الإعدام، موجود على الرابط: موجود على الرابط:
http://www.alhayahaque.net/index.php?option=com_content&view=article&id=76&Itemid=34#
- (٦٩) صحيفة الشرق الأوسط.
- (٧٠) Official Journal of the European Communities 18.12.2000 C 364/9
- (٧١) شبكة المعلومات القانونية العربية، على الرابط:
http://eastlaws.blogspot.com/2010/01/blog-post_23.html



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

عقوبة الإعدام في الإسلام

إعداد
الدكتور فؤاد كاظم المقدادي
العضو المناوب عن الوقف الشيعي
جمهورية العراق

بسم الله الرحمن الرحيم

عقوبة الإعدام في الاسلام

إن من أهم قوانين وتشريعات الردع للظلم والفساد وجرائم القتل والترويع والإرهاب للناس التي شرعها الله تعالى وأمر أنبياءه بإقامتها والحكم بها : هي القصاص وهو قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِعَدْوٍ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾^(١) ، وقوله تعالى : ﴿ الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴾^(٢) ، وقوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾^(٣) ، وقوله تعالى : ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾^(٤) ، وقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾^(٥) وقال رسول الله ﷺ : « أيها الناس أحيوا القصاص وأحيوا الحق ولا تفرقوا ، واسلموا تسلموا »^(٦) .

من خلال الايات الكريمة السالفة يستدل على ان عقوبة الاعدام حكم شرعي اسلامي في صنفين من الجرائم :-

الصنف الاول

الجرائم الخاصة :- وتشمل الحالات الفردية والشخصية ومن أبرزها قتل الانسان البريء لقوله تعالى : ﴿ . كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى ﴾^(٧) ، وقوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾^(٨) .

(١) البقرة : ١٧٨ .

(٢) البقرة : ١٩٤ .

(٣) المائدة : ٤٥ .

(٤) المائدة : ٣٢ .

(٥) المائدة : ٣٣ .

(٦) أمالي المفيد : ١٥/٥٣ .

(٧) البقرة : ١٧٨ .

(٨) المائدة : ٤٥ .

لقد جعلت الشريعة القصاص عقوبة للقتل العمد والجرح العمد ، ومعنى القصاص ان يعاقب المجرم بمثل فعله فيقتل كما قتل ويجرح كما جرح ومصدر عقوبة القصاص هو القران والسنة فالله جل شأنه يقول : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ فَمَنْ عُصِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١﴾ وَكُتِبَ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ لِّأُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿٢﴾ ، ويقول جل شأنه : ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٣﴾ ، وجاءت السنة مؤكدة لما جاء به القران فالرسول ﷺ يقول : « من قتل له قتيلا فاهله بين خيرتين ، إن أحبوا فالقود ، وإن أحبوا فالعقل - أي الدية - » (٣).

وليس في العالم كله قديمه وحديثه عقوبة تفضل عقوبة القصاص ، فهي أعدل العقوبات اذ لا يجازى المجرم إلا بمثل فعله ، وهي أفضل العقوبات للأمن والنظام ؛ لان المجرم حينما يعلم أنه سيجزى بمثل فعله لا يرتكب الجريمة غالباً .. (كما سيأتي بيانه لاحقا) .

القتل العمد :-

هو ما كان ظلما من حيث كونه مزهقا للروح بغير حق . وهو أن يقصده المعتدي بمحدد أو ما يقتل غالبا. والقتل العمد بغير حق معتبر في شريعة الاسلام من اكبر الكبائر التي توعده الله فيها القتل الجناة بأشد العذاب . قال سبحانه فيما يؤذن بعظمة الجريمة واشتداد الغضب على الذين يجترئون على الدماء البريئة فيهرقونها ظلما وعدوانا : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴿٤﴾ .

وفي السنة النبوية أبلغ تنديد بالقتل ظلما ، وفيها من الكشف عن فظاعة العدوان على الدماء البريئة ما يُرعب المشاعر ويقرع القلوب قرعا .

ومن جملة ذلك ما أخرجه النسائي والبيهقي بإسنادهما عن بريدة قال : قال رسول الله ﷺ : « قتل المؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا » (٥).

وأخرج الترمذي بإسناده عن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال : « لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم » (٦).

(١) البقرة : ١٧٨ ، ١٧٩ .

(٢) المائدة : ٤٥ .

(٣) أبو داود : ٤ / ١٦٩ ، والترمذي : ٤ / ٢١ .

(٤) النساء : ٩٣ .

(٥) انظر الترغيب والترهيب : ٣ / ٢٩٤ .

(٦) سنن الترمذي : ٤ / ١٦ .

وروى الطبراني في الصغير من حديث أبي بكرة عن النبي ﷺ قال : « لو أن أهل السموات والأرض اجتمعوا على قتل مسلم لكبهم الله جميعاً على وجوههم في النار »^(١) .

القصاص في اللغة :-

القصاص من اقتصاص الأثر ، ثم غلب استعماله في قتل القاتل وجرح الجرح وقطع القاطع . وهو بمعنى القود . نقول : أقصَّ السلطان فلاناً إقصاصاً أي قتله قوداً ، وأقصه من فلان أي جرحه مثل جرحه^(٢) . وتحرير المسألة هنا فيمن له حق استيفاء القصاص بعد قتل إنسان . فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا قُتِلَ إنسان استحقَّ القصاصَ ورثته كلهم . ذلك أن القصاص موروث فكان لورثة القتل حقُّ استيفاء القصاص من جهة موروثهم ؛ لأنه حقهم كالمال . يُستدل لذلك من السنة بما رواه أبو داود أن النبي ﷺ قال : ((مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ : إِمَّا أَنْ يُؤَدِّيَ^(٣) أَوْ يُقَادَ))^(٤) ، وكذلك ما أخرجه النسائي في سننه أن النبي ﷺ قال : ((مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ : إِمَّا أَنْ يُقَادَ وَإِمَّا أَنْ يُفَدَى))^(٥) .

القصاص منوطٌ بإذن (ولي الأمر) :-

ذهبت الشافعية والحنبلية والشيعة الإمامية إلى أنه لا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة (ولي الأمر) وإذنه . وعليه ؛ فلا بدُّ لصاحب القصاص أن يتلقى إذناً من الحاكم بتنفيذ القصاص ، وأن يكون ذلك بحضرة . والمراد بولي الأمر هو الفقيه الجامع لشرائط ولاية الأمر ، أو مَنْ ينوب منابه في تنفيذ الأحكام ، كالقصاص والحدود وغيرها ، ثم الاشراف على ذلك بنفسه .

وتوجيه هذا القول أن استيفاء القصاص أمر يفترق إلى المعرفة والخبرة حشيةً وقوع الحيف ، ومعلوم أن ولي القتل تحفزه رغبة في إشفاء غليله . أمّا والحالة هذه ، فلا يؤمن أن يحيف الوكيُّ على الجاني حين القصاص ، إذا كان ذلك في غياب ولي الأمر أو بغير إذنه . ومع ذلك فلو استوفى الوليُّ حقه في القصاص من غير حضرة ولي الأمر ، كان له ما صنع إلا أنه يُعزَّرُ ؛ لافتياتِه^(٦) على الحاكم بفعله ما منع من فعله .

وفي الرفق عند القتل مع النهي عن التعذيب عموماً يقول الرسول ﷺ : ((إن الله كتب الاحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة))^(٧) .

^(١) الترغيب والترهيب : ٢٩٤/٣ .

^(٢) المصباح المنير : ١٦٤/٢ ، ومختار الصحاح للرازي : ص ٥٣٨ .

^(٣) يودي : يعطي الدية .

^(٤) يقاد : يعطي حقه في القود وهو القصاص . والحديث رواه أبو داود : ١٧٢/٤ .

^(٥) سنن النسائي : ٤ / ٣٨ .

^(٦) لإفتياته : أي لسبقه .

^(٧) رواه احمد ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه . انظر الجامع الصغير للسيوطي : ١ / ٢٧٠ .

وينبغي للامام أن يعين شخصاً ذا خبرة ومقدرة لتنفيذ العقوبات على الجناة ، سواءً كان ذلك في القصاص أو الحدود أو التعازير .

القصاص والمرأة الحامل :-

إذا كان الجاني امرأة وكانت حاملاً ، كان لولي الدم أو صاحب الاستيفاء أن يطالب حبسها حتى تضع ، ولا يحق له أن يستوفي منها القصاص على الفور وهي حامل ؛ وذلك لئلا يهلك الجنين ، وفي ذلك من التجاوز والإسراف ما هو معلوم . قال سبحانه : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ﴾^(١) وفي قتل الحامل إسراف ؛ لأن في قتلها قتلًا لها ولغيرها معاً . وعلى هذا ، لا يجوز تنفيذ القصاص في المرأة الحامل حتى وإن كان حملها من حرام ؛ لأن الجنين لا علاقة له بمعصية الأبوين الزانيين .. وتأخير القصاص هنا إلى الوضع قد ثبت بالإجماع إن كان القصاص في النفس .. وفي رأي الامامية الاثني عشرية^(٢) : لا يُقتص من المرأة الحامل حتى تضع ولو كان حملها حادثاً بعد الجناية أو كان الحمل عن زناً ، ولو توقفت حياة الطفل على إرضاعها إياه مدة ، لزم تأخير القصاص إلى تلك المدة .

موجب القتل العمد :-

موجب بفتح الجيم ، وتعني مقتضي . أي : أن القتل العمد بغير حق ، يقتضي من الحكم ما نعرض له هنا تفصيلاً ، فقد اختلفت كلمة الفقهاء في موجب القتل العمد على قولين :

القول الاول : وهو أن موجب القتل العمد القصاص عيناً . فلا تجب الدية إلا بالاختيار . وهو أن يختار ولي القتل الدية مباشرة من غير أن يسقط القصاص مطلقاً . فله ان يقول : أختار الدية . أو يقول : عفوت عن الدية . أما إن قال : عفوت عن القصاص مطلقاً من غير تقييد ، فليس له بعد ذلك شي ، لا قصاص ولا دية . ولأن موجب القتل العمد بالنسبة له هو القصاص فقط . وعلى هذا لو عفا الولي عن القصاص مطلقاً سقط القصاص ولم تجب الدية ؛ لانه لا يجب له غير القصاص وقد اسقطه بالعفو ، وكذلك لو مات القاتل لا تجب الدية للولي ؛ لأن الموجب - وهو القصاص - قد سقط أصلاً بموت الجاني .. وهو قول الامام أبي حنيفة ومالك وأحمد في رواية عنه والثوري والأوزاعي وجماعة^(٣) ؛ واستدلوا لذلك بقوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾^(٤) ، وموضوع الاستدلال في هذه الآية أنه لم يذكر الدية فعلم أنها لم تجب بالقتل ، بل بالعفو كما هو مبين في بقية الآية .

(١) الاسراء : ٣٣ .

(٢) الخوئي ، ابو القاسم : منهاج الصالحين - المعاملات / ص ٨٦ .

(٣) احكام القرآن لابن العربي : ٦٦/١ ، وبداية المجتهد : ٢/ ٤٠١ ، وبدائع الصنائع : ٢٥١/٧ ، والكا في

لا بن قدامة : ٣٠٠ / ٥٠ ، وحاشية الخرشي على مختصر خليل : ٥/٨ .

(٤) البقرة : ١٧٨ .

واستدلّوا كذلك من السنة بحديث أنس بن مالك في قصة سنّ الربيع أن رسول الله ﷺ قال : ((كتابُ الله القصاص))^(١) ، فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له إلا القصاص ، وكذلك قوله ﷺ فيما رواه البيهقي عن ابن عباس : ((من قتل عمداً فقتلُ يده))^(٢) وقالوا : إن القصاص بمثابة بدلٍ يجب حقاً لأدمي فوجب معيناً كبذل ماله ، وبعبارة أخرى فإنّ ما ضُمن بالبدل في حق الأدمي ضُمن ببذل معين كالمال .

القول الثاني : هو أن موجبَه أحد الأمرين من القصاص أو الدية ، وذلك على التخيير . وعلى هذا : فالقصاص ليس بواجب على التعيين ، بل الواجب أحد شيئين غير عين . فإمّا القصاص ، وأمّا الدية ، وللولي خيار التعيين . فهو إن شاء استوفى القصاص وإن شاء أخذ الدية من غير رضا القاتل .

وعلى هذا إذا مات القاتل يتعين المال واجبا ، فإذا عفا الولي سقط الموجب أصلاً . وبعبارة أخرى فإن الواجب على القاتل عمداً أحد شيئين : القود أو الدية . فان استقاد الولي علمنا أن الواجب كان القود . وإن عفا عن القود على الدية علمنا أن الواجب كان هو الدية^(٣) .

وقد استدلوا لهذا القول بما رواه أبو شريح الكعبي أن النبي ﷺ قال : ((ثم انكم - معشر خزاعة - قتلتم هذا الرجل من هذيل ، وإني عاقله ، فمن قتل له قتيل بعد اليوم فأهله بين خيرتين إما أ يقتلوا أو يأخذوا العقل))^(٤) . وكذلك ما أخرجه أبو داود عن أبي شريح أن النبي ﷺ قال : ((من أصيب بقتل أو حبل فإنه يختار إحدى ثلاث : إما أن يقتص ، وإما أن يعفو ، وإما أن يأخذ الدية ، فان أراد الرابعة فخذوا على يديه ، ومن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم))^(٥) وهو ما ذهب إليه الشافعي وأحمد في إحدى روايتين عنه ، وكذلك أهل الظاهر^(٦) .

ورأى البعض أن القول الثاني هو الراجح لنتحقق من أن ولي القتيل له الخيار بين القتل أو العفو ، ويتضمن العفو هنا أحد أمرين ؛ أحدهما : ما كان بإطلاق كما لو عفا عن القصاص والدية معاً ، أو ما كان مقيداً بالعفو عن القصاص وحده دون الدية ، يعزز ذلك ما رواه البيهقي عن مجاهد وغيره : ((كان في شرع موسى ﷺ تُحتم القصاص جزماً ، وفي شرع عيسى ﷺ الدية فقط ، فخفض الله تعالى عن هذه الأمة وخيرها بين الأمرين))؛ وذلك

(١) النسائي : ٢٨ / ٤ .
(٢) سنن البيهقي : ٢٥ / ٨ ، وقود يده : أي يقاد الجاني من يده الى موضع القتل ، وسمي قوداً : لانهم يقودون الجاني بحبل أو غيره الى محل الاستيفاء ، حيث العقاب بالمثل . انظر تاج العروس للزبيدي : ٤٧٨ / ٢ ، والمغني لابن قدامة : ٧ / ٦٨٣ .
(٣) تكملة المجموعة الثانية : ٢٨ / ٤٧٤ .
(٤) أبو داود : ١٦٩ / ٤ ، والترمذي : ٢١ / ٤ .
(٥) أنظر نيل الأوطار للشوكاني : ٨ / ٧ ، والخبل معناه : فساد الاعضاء .
(٦) المجموع : ١٨ / ٤٧٤ ، والكايفي : ٥٠ / ٣ ، والمحلى لابن حزم : ١٠ / ٣٦١ .

لما في الالزام بأحدهما من المشقة والحرَج ، ولأن الجاني محكوم عليه فلا يعتبر رضاه كالمحال عليه والمضمون عنه^(١) .

وفي رأي الامامية الاثنا عشرية^(٢) ، يثبت القصاص بقتل النفس المحترمة المكافئة عمداً وعدواناً ويتحقق العمد بقصد البالغ العاقل للقتل ، ولو بما لا يكون قاتلاً غالباً فيما إذا ترتب القتل عليه بل الأظهر تحقق العمد بقصد ما يكون قاتلاً عادة ، وإن لم يكن قاصداً القتل ابتداءً ، وأما إذا لم يكن قاصداً القتل ولم يكن الفعل قاتلاً عادةً ، كما إذا ضربه بعود خفيف أو رماه بحصاة فاتفق موته لم يتحقق به موجب القصاص .

كما يتحقق القتل العمدي فيما إذا كان فعل المكلف علة تامة للقتل أو جزءاً أخيراً للعلة بحيث لا ينفك الموت عن فعل الفاعل زماناً ، كذلك يتحقق فيما إذا ترتب القتل عليه من دون أن يتوسطه فعل اختياري من شخص آخر ، كما إذا أطلق رصاصة نحو من أراد قتله فأصابه فمات بذلك بعد مدة من الزمن ومن هذا القبيل ما إذا خنقه بحبل ولم يُرخه عنه حتى مات أو حبسه في مكان ومنع عنه الطعام والشراب حتى مات أو نحو ذلك ، فهذه الموارد وأشباهها داخلة في القتل العمدي .

وفيما يلي أبرز موارد ثبوت القصاص بالقتل العمد :-

- (١) لو ألقى شخصاً في النار أو البحر متعمداً فمات ، فإن كان متمكناً من الخروج ولم يخرج باختياره فلا قود ولا دية وإن لم يكن متمكناً من الخروج وإنجاء نفسه من الهلاك ، فعلى الملقى القصاص .
- (٢) لو أحرقه بالنار قاصداً به قتله أو جرحه كذلك فمات فعليه القصاص ، وإن كان متمكناً من إنجاء نفسه بالمداواة وتركها باختياره .
- (٣) إذا جنى عمداً ولم تكن الجناية مما تقتل غالباً ولم يكن الجاني قد قصد القتل ولكن اتفق موت المجني عليه بالسراية فالمشهور بين الأصحاب ثبوت القود ولكنه لا يخلو من إشكال ، بل لا يبعد عدمه ، فيجري عليه حكم القتل الشبيه بالعمد .
- (٤) لو ألقى نفسه من شاهق على إنسان عمداً قاصداً به قتله أو كان مما يترتب عليه القتل عادةً فقتله ، فعليه القود . وأما إذا لم يقصد به القتل ولم يكن مما يقتل عادةً فلا قود عليه .
- (٥) ليس للسحر وما في حكمه حقيقة موضوعية ، بل هو إراءة غير الواقع بصورة الواقع ، ولكنه مع ذلك لو سحر شخصاً بما يترتب عليه الموت غالباً أو كان بقصد القتل ، كما لو سحره أو صور له فتراءى له أن الأسد يحمل عليه فمات خوفاً ، كان على الساحر وما في حكمه القصاص .

(١) مغني المحتاج : ٤ / ٤٨ .

(٢) الخوئي ، ابو القاسم : منهاج الصالحين - المعاملات / ص ٥٩ - ٦٢ .

(٦) لو حفر بئراً عميقة في معرض مرور الناس متعمداً وكان الموت يترتب على السقوط فيها غالباً ، فسقط فيها المار ومات فعلى الحافر القود بلا فرق بين قصده القتل وعدمه . نعم لو لم يترتب الموت على السقوط فيها عادةً وسقط فيها أحد المارة فمات اتفاقاً فعندئذ إن كان الحافر قاصداً القتل فعليه القود وإلا فلا ، وكذلك يثبت القصاص لو حفرها في طريق ليس في معرض المرور، ولكنه دعا غيره الجاهل بالحال لسلكه قاصداً به القتل أو كان السقوط فيها مما يقتل عادةً فسلكه المدعو وسقط فيها فمات .

(٧) لو أغرى به كلباً عقوراً قاصداً به قتله أو كان مما يترتب عليه القتل غالباً فقتله فعليه القود وكذا الحال لو ألقاه إلى حيوان مفترس كذلك وكان ممن لا يمكنه الاعتصام منه بفرار أو نحوه (وإلا فهو المعين على نفسه فلا قود عليه ولا دية) ومثله ما لو أنهش حية قاتلة أو ألقاها عليه فنهشته فعليه القود بلا فرق بين قصده القتل به وعدمه .

(٨) لو أمسكه وقتله آخر قتل القاتل وحُبس المسك مؤبداً حتى يموت بعد ضرب جنبيه ويُجلد كل سنة خمسين جلدة . ولو اجتمعت جماعة على قتل شخص فأمسكه أحدهم وقتله آخر ونظر إليه ثالث فعلى القاتل القود وعلى المسك الحبس مؤبداً حتى الموت وعلى الناظر أن تفتق عيناه .

أفضلية العفو على القصاص :-

بالرغم من أن القصاص حق لصاحب الدم ، وهو بذلك مخول أن يستوفي هذا الحق بإنزال عقوبة القصاص على الجاني ، لكنه مع ذلك يجب التنبه على أن العفو خير وأفضل من القصاص ، وذلك لما في العفو من إحياء لنفس عسى أن تؤوب إلى ربها بصالح الأعمال ، وتجتهد ما استطاعت في صنع الخيرات والحسنات . وفي أفضلية العفو يقول الله سبحانه : ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ﴾^(١) ، وقوله عز من قائل : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ﴾^(٢) . ﴿ وَكَمَنْ صَبَرَ وَعَفَرَ إِنَّ ذَلِكَ لَمِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ ﴾^(٣) . وقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾^(٤) . والمقصود : أحيائها بالعفو .

ومن أدلة السنة ما أخرجه أحمد ومسلم والترمذي عن النبي ﷺ قال : ((ما عفا رجل عن مظلمة إلا زاد الله بها عزاً))^(٥) . وروى ابن ماجه والترمذي عن أبي الدرداء قال : سمعت

(١) الشورى : ٤٠ .

(٢) المائدة : ٤٥ .

(٣) الشورى : ٤٣ .

(٤) المائدة : ٣٢ .

(٥) انظر نيل الأوطار للشوكاني : ٣٢/٧ .

رسول الله يقول: ((ما من رجل يُصاب بشيء في جسده ، فيتصدق به إلا رفعه الله به درجة وحطّ عنه خطيئة))^(١).

يُستدل بهذه النصوص على أفضلية العفو وأنه خير من القصاص ، إلا أن يكون صاحب القصاص مظلوماً . فان كان كذلك ففيه قولان :

أحدهما : أن إيقاع العقاب بالظالم مع ما يرافق دفع الظلامة عن المظلوم يُعتبر أفضل .

الثاني: العفو أفضل ؛ فإن الأدلة على الترغيب فيه واردة بإطلاق من غير أن تُفترق بين ظلم وآخر^(٢). ولو عفا الولي عن الجاني ثم قتله بعد العفو ، فإنه يجب القصاص في حق القاتل الثاني، سواء عفا مطلقاً أو إلى مآل .. وقد ذهب إلى ذلك جمهور أهل العلم ، منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد وأهل الظاهر، وقد استدلوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿ فَمَنْ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾^(٣). وفي تفسير هذه الآية قال ابن عباس وعطاء والحسن البصري وقتادة : أي اعتدى بالقتل على الجاني بعد أن عفا عنه إلى الدية .

واستدلوا كذلك بحديث جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله ﷺ: ((لا أعفي مَنْ قَتَلَ بَعْدَ أَخْذِهِ الدِّيَةَ))^(٤). وقالوا أيضاً : إن القاتل الثاني قد قتل مَعْصوماً مُكافئاً ؛ فوجب عليه القصاص كما لو لم يكن قتل^(٥).

وذكر عن عمر بن عبد العزيز قوله : إن الحكم في ذلك إلى السلطان ، فهو يقرر ما إذا كان القاتل بعد العفو يستوجب القتل أم لا.. وثمة رواية عن الحسن البصري بعدم قتله بل تُؤخذ منه الدية استناداً إلى الآية السابقة : ﴿ فَمَنْ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ فقد جعل جزاء المعتدي - وهو القتل بعد العفو - العذاب الأليم وهو العذاب في الآخرة ؛ للحديث : ((السيف مَحَاءٌ لِلذُّنُوبِ))^(٦).

ويرجح البعض ما قاله الجمهور. يؤيد ذلك عمومات القصاص من غير فصل بين شخص وآخر أو بين حال وآخر. وكذلك فإن الحكمة التي من أجلها شُرِعَ القصاص معروفة وهي الحياة : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾ يضاف إلى ذلك مدلول الآية الواضح في إيجاب العذاب الدنيوي على المعتدي: ﴿ فَمَنْ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ .

وفي رأي الامامية الاثنا عشرية^(٧): الثابت في القتل العمدي القود دون الدية فليس لولي لولي المقتول مطالبة القاتل بها ، إلا إذا رضي بذلك ، وعندئذ يسقط عنه القود وتثبت الدية

(١) انظر نيل الأوطار للشوكاني: ٣٢/٧ .

(٢) نيل الأوطار : ٣٢ / ٧ ، والكافي : ٤٩ / ٧ ، وبيدائع الصنائع : ٢٤٧ / ٧ .

(٣) البقرة : ١٧٨ .

(٤) سنن البيهقي : ٥٤ / ٨ .

(٥) المغني : ٧٤٥ / ٧ ، وبيدائع الصنائع : ٢٤٧ / ٧ ، والمحلّى : ١٠ / ٤٩٢ .

(٦) ورد مثل هذا الحديث في سنن الدارمي بلفظ (السيف مجاء للخطايا) ، وقد جاء ذلك في باب الجهاد في معرض

الحديث عن الشهداء وفضلهم . انظر سنن الدارمي : ٢٠٦ / ٢ ، ٢٠٧ ، ومسنند الإمام أحمد : ١٨٥ / ٤ .

(٧) الخوئي ، ابو القاسم : منهاج الصالحين - المعاملات / ص ٨٣ .

ويجوز لهما التراضي على أقل من الدية أو على أكثر منها ، نعم إذا كان الاقتصاص يستدعي الرد من الولي ، كما إذا قتل رجل امرأة ، كان ولي المقتول مخيراً بين القتل ومطالبة الدية .

ولو تعذر القصاص لهرب القاتل أو موته أو كان ممن لا يمكن الاقتصاص منه لمانع خارجي ، انتقل الأمر إلى الدية فان كان للقاتل مال ، فالدية في ماله ، وإلا أخذت من الأقرب فالأقرب إليه وإن لم يكن ، أدى الامام عليه السلام الدية من بيت المال .

ولو أراد أولياء المقتول القصاص من القاتل فخلصه قوم من أيديهم حبس المخلص حتى يتمكن من القاتل ، فان مات القاتل أو لم يقدر عليه فالدية على المخلص .

أما هل يرفع القصاص في الدنيا العذاب عن القاتل في الآخرة ؟ ثمّة خلافٍ للعلماء في ذلك نوجزه في القولين التاليين :

أحدهما: إن للجاني إن عوقب قصاصاً في الدنيا ، فإن ذلك يرفع عنه العذاب في الآخرة ، وهو قول الحنفية وأحد القولين للشافعية . وقد احتج هؤلاء بالحديث : ((السيف معاً للذنوب)) .

ثانيهما: إن الجاني سوف يلقى حظه من العذاب يوم القيامة بالرغم من القصاص الذي عوقب به في الدنيا^(١) .

وتحقيق القول: إن تعذيب الجاني في الآخرة أو عدم تعذيبه مرهون بصدق التوبة منه ، سواء عوقب قصاصاً في الدنيا أو لم يعاقب ، فإن هو تاب توبة صادقة مخلصه قبل أن يقتل قصاصاً ، كان له في الله رجاء بالمغفرة والعفو. وإذا لم يتب وظل على حاله من الإصرار وعدم الاستغفار حتى قتل فأئى له العفو والغفران ؟!

الصنف الثاني

الجرائم العامة :- وتشمل حالات جرائم الحرب والسعي للفساد في الارض بالقتل وترويع الناس الأبرياء وقطع الطرق وهتك الاعراض وسلب الامن والأموال ، والذي يحصل عادة من قبل الطغاة الظالمين والعصابات والمنظمات الارهابية ، لقوله تعالى : ﴿ **أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا** ﴾^(٢) ، وقوله تعالى : ﴿ **إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا** ﴾^(٣) .

المحارب : المحارب هو من يرتكب جريمة الحرابة أي الإفساد في الأرض أو قطع الطريق كما يسميها البعض أو السرقة الكبرى كما يسميها الآخر. ولجريمة الحرابة أكثر من عقوبة واحدة وذلك ظاهر من قوله تعالى : ﴿ **إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ**

(١) بدائع الصنائع : ٢٤٧/٧ ، ومغني المحتاج : ٢ / ٤ .

(٢) المائدة : ٣٢ .

(٣) المائدة : ٣٣ .

وَرَسُولُهُ وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴿١﴾ فعقوبة الحرابة هي القتل والصلب وقطع الأيدي والأرجل من خلاف والنفي ، وأول ما يلاحظ على هذه العقوبات المتعددة أنها ليست جميعاً متلفة .

وقد اختلف الفقهاء في أمر هذه العقوبات هل هي مرتبة على قدر الجريمة أم هي على التخيير؟ وأساس اختلافهم هو تفسير الحرف (أو) فمن رأي البعض أنه جاء للتفصيل والترتيب، ومن رأي البعض أنه جاء للتخيير .

ويرى الفقهاء في مذهب أبي حنيفة والشافعي وأحمد أن العقوبات مرتبة على حسب الجنائية التي وقعت، فمن قتل ولم يأخذ مالا قُتل، ومن أخذ المال ولم يُقتل قُطع ، ومن قتل وأخذ المال قُتل وصلب^(٢) ، ومن أخاف السبيل ولكنه لم يُقتل ولم يأخذ مالا نُفي^(٣) .

وعند مالك أن المحارب إذا قُتل فلا بد من قتله، وليس للإمام تخيير في قطعه ولا في نفيه، وإنما التخيير في قتله أو صلبه، وأما إن أخذ المال ولم يُقتل فلا تخيير في نفيه وإنما التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف، وأما إذا أخاف السبيل فقط فالإمام مخير في قتله أو صلبه؛ أو قطعه أو نفيه، ومعنى التخيير عند مالك أن الأمر راجع في ذلك إلى اجتهاد الإمام، فإن كان المحارب ممن له الرأي والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه ؛ لان القتل لا يرفع ضرره وإن كان لا رأي له ، وإنما هو ذو قوة وبأس من قطعه خلاف ، وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو النفي والتعزير^(٤) .

والحرابة جريمة من جرائم الحدود وعقوبتها حدود ، والقاعدة أن عقوبة الحد لازمة فلا تسقط بإهمال تنفيذها ولا بالعمو عنها . ولكن عقوبات الحرابة تسقط استثناءً بالتوبة لقوله تعالى: ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾^(٥) فإذا تاب المحارب سقطت عنه عقوبات القتل والصلب والقطع والنفي أي العقوبات المقررة حداً لجريمة الحرابة بشرط أن تكون التوبة قبل القدرة عليه ، فان تاب بعد القدرة لم يسقط عنه شيء^(٦) .

وفي رأي الامامية الاثنا عشرية^(٧) : المحاربة تعني من شهر السلاح لاختافة الناس ، وحكمه النفي من البلد ، ومن شَهَرَ فَعَقَرَ اقْتَصَّ منه ثم نفي من البلد ومن شَهَرَ وَأَخَذَ الْمَالَ قُطِعَتْ يَدُهُ وَرِجْلُهُ ، ومن شَهَرَ وَأَخَذَ الْمَالَ وَضُرِبَ وَعَقِرَ وَلَمْ يُقْتَلْ ، فَأَمْرُهُ إِلَى الْإِمَامِ إِنْ شَاءَ

(١) المائدة : ٣٣ .

(٢) لا يرى أبو حنيفة بأساً من الجمع بين القطع والقتل في هذا حاله ، ويخالفه في هذا صاحبه ، ولأحمد رأى يتفق مع رأي أبي حنيفة في هذه النقطة ، راجع بدائع الصنائع : ٧ / ٩٣ ، والمغني : ١٠ / ٣٠٥ .

(٣) المغني : ١٠ / ٣٠٤ ، ٣٠٥ ، وبدائع الصنائع : ٧ / ٩٣ ، وأسى المطالب : ٤ / ١٥٤ ، ١٥٥ .

(٤) بداية المجتهد : ٢ / ٣٨١ ، ٣٨٠ .

(٥) المائدة : ٣٤ .

(٦) المغني : ١٠ / ٣١٥ ، وبداية المجتهد : ٢ / ٣٨٢ .

(٧) الخوئي ، ابو القاسم : منهاج الصالحين - المعاملات / ص ٥١ - ٢٥ .

قتله وصلبه ، وإن شاء قطع يده ورجله ، ومن حارب فقتل ولم يأخذ المال كان على الامام أن يقتله ومن حارب وقتل وأخذ المال فعلى الامام أن يقطع يده اليمنى بالسرقة ، ثم يدفعه إلى أولياء المقتول فيتبعونه بالمال ثم يقتلونه وإن عفا عنه أولياء المقتول كان على الامام أن يقتله ، وليس لأولياء المقتول أن يأخذوا الدية منه فيتركوه .

ولو قتل المحارب أحداً طلباً للمال ، فلولي المقتول أن يقتله قصاصاً إذا كان المقتول كفواً ، وإن عفا الولي عنه قتله الامام حداً ، وإن لم يكن كفواً فلا قصاص عليه ولكنه يُقتل حداً .. ويجوز للولي أخذ الدية بدلاً عن القصاص الذي هو حقه ، ولا يجوز له ذلك بدلاً عن قتله حداً .. وإذا تاب المحارب قبل أن يُقدر عليه سقط عنه الحد. ولا يسقط عنه ما يتعلق به من الحقوق كالقصاص والمال ولو تاب بعد الظفر به لم يسقط عنه الحد ، كما لا يسقط غيره من الحقوق .

التحول عن إجراء عقوبة الاعدام الى دفع الدية :-

(١) لأولياء الدم - وهم أهل القتل في الجرائم الخاصة (الفردية والشخصية) - حق التنازل عن عقوبة الاعدام إلى الدية بشرط رضا القاتل المحكوم بالاعدام ، وهو أمرٌ مرجحٌ ومستحب في الاسلام .

(٢) في الجرائم العامة فإن ولي الدم هو الفقيه الحاكم الجامع للشرائط وله وحده الحق في اتخاذ القرار وفق المصلحة العليا للإسلام والمسلمين.

كيفية تنفيذ عقوبة الاعدام : القاضي الجامع لشرائط القضاء في الاسلام مخير في طريقة تنفيذ عقوبة الاعدام بين الاعدام بالشنق المتعارف حتى الموت أو الاعدام بالرمي بالرصاص أو الاعدام بقطع الرأس بالمقصلة وما شابهها وأمثال ذلك .

شروط القاضي في الإسلام لضمان اجراء العدالة في القضاء يشترط الاسلام في القاضي شروطاً أهمها :-

أولاً - الفقهية: وتعني القدرة على استنباط الحكم الشرعي من مصادر الاسلام الاساسية (القرآن الكريم والسنة الشريفة) والقدرة على تشخيص موضوع الجريمة وخصوصياتها بالدقة الواقعية ولو بالاستعانة بالخبراء الجنائيين من ذوي الاختصاص ، ومن ثم تطبيق الحكم الشرعي المستنبط على موضوع الجريمة المشخصة .

ثانياً - العدالة: وتعني الاستقامة على الدين وأحكامه الشرعية ، والأمانة والنزاهة بحيث لا تُسجل عليه مخالفة عمدية في تشخيص موضوع الجريمة وفي إصدار الحكم على المتهم، ولا مرتشياً أو محابياً، ولا يتجاوز على حقوق المدعي أو المدعى عليه .

وعليه فعند عدم توفر أحد أو كلا هذين الشرطين في من تصدى للقضاء لا يعتبر قاضياً شرعياً ويبطل كل حكم يصدر عنه .

ما البديل الذي تراه الانظمة الوضعية عن عقوبة الاعدام في الجرائم التي حكمها الاعدام؟

إن البديل الذي تطرحه بعض الانظمة الوضعية عن عقوبة الاعدام يتمثل بعقوبة السجن المؤبد أو لفترات طويلة تستغرق أكثر سني عمر الانسان. والجواب في عدم قبول هذا البديل يتمثل بالادلة الآتية:-

- (١) إن العقوبة بالسجن لمن يستحق عقوبة الاعدام هو خلاف العدالة الانسانية القائمة على أن العقوبة يجب أن لاتكون أدنى من مستوى الجريمة، فليس من العدل أن تكون عقوبة جريمة القتل في الجرائم الخاصة (الشخصية) والقتل الجماعي وجرائم الحرب والافساد في الارض في الجرائم العامة هي السجن مهما كانت مدته .
- (٢) عدم شفاء غليل ذوي القتل بعقوبة السجن بدلاً من عقوبة الاعدام سواء في الجرائم الخاصة أو الجرائم العامة ، وهو تأكيدٌ لإدراك العقلاء أن العقوبة بالسجن لا تساوي مستوى الجريمة، وبالتالي سيبقى الشعور لديهم بأنّ حقهم لم يؤخذ بعقوبة السجن وسيتربصون الفرصة لاخذ حقهم بالقصاص من المجرم القاتل في أية فرصة سانحة مما يؤدي إلى الفوضى وعدم حسم الخصومات .
- (٣) يرى العقلاء أن الجرأة على ارتكاب الجرائم التي يستحق فاعلها عقوبة الإعدام سواء كانت خاصة أو عامة ستزداد عندما يأمن المجرم القاتل على حياته بالسجن بدل الاعدام، ويتأكد هذا في مجرمي الحرب والمفسدين في الارض من عصابات ومنظمات الارهاب والقتل والترويع الجماعي . خصوصاً إذا أحتمل المجرم القاتل أنه يمكن أن يهرب من السجن أو تتوفر بعض العوامل لتخفيف الحكم عليه أو العفو عنه . وقد أشار القرآن الكريم الى أن فلسفة تشريع القصاص هو حفظ الحياة الكريمة ؛ بردع سفاكي الدماء والمفسدين في الارض في قوله تعالى : ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَبْصَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ** ﴾^(١) فقد جاء عن الامام زين العابدين عليه السلام في تفسير قوله تعالى : ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ** ﴾ : (لان من هم بالقتل فعرف أنه يُقتص منه فكف لذلك عن القتل كان حياة للذي هم بقتله ، وحياة لهذا الجاني الذي أراد أن يقتل وحياة لغيرهما من الناس إذا علموا أن القصاص واجب فلا يجرؤون على القتل مخافة القصاص)^(٢) وعن أمير المؤمنين علي عليه السلام قال : (قلت أربعاً أنزل الله تصديقي بها كتابه ... قلت القتل يفلّ القتل (إي القتل يحد من القتل) فأنزل الله : ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ** ﴾^(٣) وقال الامام علي عليه السلام أيضاً : (فَرَضَ اللَّهُ الْقِصَاصَ حَقًّا لِلدَّمَاءِ)^(٤) .

(١) البقرة : ١٧٩ .

(٢) التفسير المنسوب الى الامام العسكري u : ٥٩٥ ، وبحار الانوار : ١٠٤ / ٣٨٨ .

(٣) نور الثقلين : ١ / ١٥٨ .

(٤) نهج البلاغة : الحكمة / ٢٥٢ .

(٤) إفساد المسجونين : كان من الممكن أن تتحمل الجماعة هذه الخسارة الكبيرة سنوياً بالسجن لو كانت عقوبة الحبس تؤدي إلى صلاح المسجونين ، ولكنها في الواقع تؤدي بالصلاح إلى فساد وتزيد الفاسد فساداً على فساد، فالسجن يجمع بين المجرم الذي ألف الإجرام وتمرس بأساليبه، وبين المجرم المتخصص في نوع من الاجرام وبين المجرم العادي ، كما يضمّ السجن أشخاص ليسوا بمجرمين حقيقيين وإنما جعلهم القانون مجرمين اعتباراً ، كالمحكوم عليهم في حمل الأسلحة وكالمحكوم عليهم في جرائم الخطأ والإهمال، واجتماع هؤلاء جميعاً في صعيد واحد يؤدي إلى تفشي عدوى الإجرام بينهم ، فالمجرم الخبير بأساليب الإجرام يُلقن ما يعلمه لمن هم أقلّ منه خبرة ، والمتخصص في نوع من الجرائم لا يبخل عن زملائه ، ويجد المجرمون الحقيقيون في نفوس زملائهم السذج أرضاً خصبة يحسنون استغلالها دائماً فلا يخرجون من السجن إلا وقد تشبعت نفوسهم إجراماً.

فالسجن الذي يُقال عنه إنه إصلاح وتهذيب ليس كذلك في الواقع وإنما هو معهد للإفساد وتلقين أساليب الإجرام .

وقد شعرت بعض الحكومات بوطأة هذه الحالة فهي تحاول أن تُصلح من هذا العيب .. ولكن أساس الإصلاح يدلّ على أنه لن يكون ناجحاً ، إذ أنها تريد أن تقسمّ السجون على أساس نوع العقوبة وأسنان المحكوم عليهم ، وهذا التقسيم سيبقى الحالة على ما هي عليه؛ لأنه يجمع بين ذوي العقوبة الواحدة في محبس واحد وبعضهم قد يكون مبتدئاً لا يعلم كثيراً عن الإجرام والبعض من عتاة المجرمين ، واختلاط هؤلاء هو نفس العيب الذي يُراد علاجه .



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

عقوبة الإعدام في النظر الإسلامي

إعداد

الدكتور إبراهيم أحمد عثمان
قاضي المحكمة العليا بجمهورية السودان
عضو مجمع الفقه الإسلامي السوداني

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين حمداً كثيراً طيباً مباركاً كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه . والصلاة والسلام على رسول الله الأمين وعلى آله وصحبه وسلم .

أما بعد ،

فقد كفلت جميع النظم الاجتماعية والإنسانية منذ أقدم العصور حق العقاب شداً وليناً بتطور المجتمعات والقوانين . واعتبرت عقوبة الإعدام أقسى عقوبة يقررها أي قانون . لأنها تقتضي استئصال المحكوم عليه كلياً من عداد أفراد المجتمع على نحو لا رجعة فيه جزاء الجرم الذي اقترفه .

ومع التطور الذي حدث في المجتمعات تغيرت وجهة النظر في هذه العقوبة . وتعرض لها الكتاب والفلاسفة ، ومنهم من اعترض عليها ، وطالب بإلغائها ومنهم من قال : إنه لا بد منها ومن وجودها .

وفي القرن الماضي كثرت وعلت أصوات الذين ينادون بإلغاء عقوبة الإعدام وحتى في بعض الدول العربية والإسلامية بحجة أن عقوبة الإعدام قاسية تتنافى مع القيم الإنسانية وكثير من الدول بالفعل قد ألغت هذه العقوبة .

وقد أحسنت الأمانة العامة للمجمع عندما طرحت عقوبة الإعدام للبحث لإجلاء موقف التشريع الجنائي الإسلامي منها ببيان مشروعيتها وحكمها والقواعد الحاكمة لها . ومن خلال هذه الصفحات سنعالج بإذن الله عقوبة الإعدام في المنظور الإسلامي .

الدكتور إبراهيم أحمد عثمان

قاضي المحكمة العليا

عضو مجمع الفقه الإسلامي السوداني

المبحث الأول العقوبة تعريفها وحكمة مشروعيتها

المطلب الأول تعريف العقوبة

عرّف الحنفية العقوبة بأنها الحدّ ، والحدّ هو العقوبة المقدرة من الله تعالى ولهذا لا يسمى القصاص حداً لأنه حق للعبد . وقد عرّفها الطحاوي بأنها : الألم الذي يلحق الإنسان على الجنائية^(١) ، فالعقوبة تكون على فعل محرّم ، أو ترك واجب أو ترك سنة أو فعل مكروه^(٢) . وقد عرّفها الشافعية أنها : زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر به .

وعرّفها البعض على أنها "زواجر قبل الفعل جواير بعده" ، فأما كونها زواجر فلأنها تزجر لقسوتها من يفكر بارتكاب المخالفة وتذره بعاقبة فعله ، فهي زاجرة رادعة ، وأما كونها جواير فلأن العقوبة المعجّلة في الدنيا تجبر - أي تلغي - العقوبة في الآخرة أي تسقطها ، لأن مقتضى الرحمة الإلهية من عذب في الدنيا فقد نال جزاءه وذلك بشرط التوبة والإنابة والندم على ما اقترف .

وقد عرّف العلماء المعاصرون العقوبة بأنها : "الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع"^(٣) ، فالعقوبة هي جزاء وضعه الشارع للردع عن ارتكاب ما نهى عنه وترك ما أمر به ، فهي جزاء مادي مفروض سلفاً يجعل المكلف يحجم عن ارتكاب الجريمة . فالعقوبة هي الجزاء العادل للجريمة وهي ترمي وتؤدي إلى منع الجريمة في المستقبل ، وهي إجراء تقويمي في المستقبل وتؤدي إلى إصلاح المجرم فلا يعود إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى .

ويعرّفها بعضهم بأنها : "جزاء ينطوي على إيلاء مقصود يقرره القانون ويوقعه القاضي باسم المجتمع على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة ويتناسب معها"^(٤) .

يستنتج من هذه التعريفات أن العقوبة هي جزاء من خالق البشر وضعت لمن ينتهك حقاً من حقوق الله تعالى أو حقوق البشر ، وهي لإصلاح حال البشر .

فما دامت العقوبة من الله عز وجل فهي جزاء عادل غير قابل للشك . فالعقوبة إما أن تكون عقوبة قصاص أو أن تكون محدّدة مثل عقوبات الحدود وهي غير قابلة للزيادة أو النقص.

^(١) حاشية الطحاوي على الدر المختار : ج ٢ ص ٣٨٨ .

^(٢) الأحكام السلطانية للماوردي : ص ٢٢١ و .

^(٣) التشريع الجنائي الإسلامي . عبد القادر عودة : ص ٦٠٩ .

^(٤) عمر سعيد . قانون شرح العقوبات المعدل : ص ٥٤٧ .

وإما أن تكون مفوضة لولي الأمر مثل عقوبات التعازير فقد فوض الله تعالى ولي الأمر الاجتهاد فيها.

فالعقوبات رادعة لعصيان أمر الشارع ، ومخالفة أمره وارتكاب ما نهى الله تعالى عنه أو ترك ما أمر الله تعالى به.

إن العقوبات الدنيوية مكفرة للعقوبات الأخروية ، إن صاحبها التوبة الصادقة والاستغفار لأن عدالة الله عز وجل أنه لا يعاقب إلا مرة واحدة.

ومع أن العقوبات في ظاهرها إهانة وتجريح لشخص المجرم ولكنها في باطنها حياة لباقي أفراد المجتمع ، فهي تؤدّب المجرم وتصلحه في نفس الوقت وتمنع الجريمة في المستقبل لباقي أفراد المجتمع فهي زاجرة للمجرم رادعة له ولغيره ، كما قال الله تعالى في كتابه العزيز : ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ** ﴾ . فالقصاص عقوبة للمجرم حياة لباقي المجتمع ، فدللت الآية الكريمة أن موت المجرم بالقصاص يُبقي الحياة آمنة مطمئنة لباقي البشر. فشرعت العقوبات للحفاظ على المصالح المعتبرة شرعاً لحماية مقاصد الشريعة الإسلامية.

فإن التعريفات الاصطلاحية للعقوبة عند الفقهاء أكثر شمولاً من التعريفات القانونية وذلك لأن العقوبات الإسلامية عاقبت الفرد لمصلحة الجماعة.

فالتعريفات الاصطلاحية اهتمت بفكرة الردع الخاص لتحقيق الردع العام ، وأما القانون فقد اقتصر على فكرة الردع الخاص^(١) .

المطلب الثاني

حكمة مشروعية العقوبة

الحكمة من مشروعية العقوبة ذكرها الله عز وجل في كتابه العزيز حين قال عز وجل : ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ** ﴾ فقد بين هنا عز وجل مشروعية العقوبة وهو أن القصاص وإن كان في الظاهر قد يكون موتاً لشخص المجرم ، ولكنه في الحقيقة يكون حياة لباقي المجتمع ، فإذا علم من أراد القتل أنه سوف يقتل إذا قتل إنساناً فإن ذلك سوف يدفعه إلى الامتناع عن القتل خوفاً من العقوبة التي سوف تتاله ، وبذلك يحفظ حياته وحياة من كان يريد قتله^(٢) .

يقول ابن قيم الجوزية: " الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لا يتم إلا بالعقوبات الشرعية ، فإن الله يزع بالسلطان ما لم يزع بالقرآن فإقامة الحدود واجبة على ولاة الأمور ، والعقوبة تكون على فعل محرّم أو ترك واجب^(٣) .

(١) وائل لطفي صالح . عقوبة الإعدام وموقف التشريع الجنائي الإسلامي منها .

(٢) عبد الله العلي ، القصاص في النفس : ص ١٩ .

(٣) الطرق الحكمية : ص ٢٠٦ .

وذلك لأن بعض البشر لا يكون عندهم وازع ديني أو رقابة داخلية، فتردعهم الرقابة الخارجية والعقوبة الرادعة الصارمة.

وإن من أهم الحكم من مشروعية العقوبة توطيد الأمن وحماية المجتمع واستئصال الفوضى والفساد والاضطراب والمنع من الجريمة، وأن يحل محلها الأمان وتتحقق الحياة المطمئنة لجميع أفراد المجتمع ولكل طبقات المجتمع ويستوي في ذلك القوي والضعيف، ولعل أقوى هذه العقوبات تأثيراً في النفس ورادعاً عقوبة الإعدام، وذلك لما لها من هيبة وتخويف للنفس البشرية. فعقوبة الإعدام تحمي المجتمع من الجريمة، والتاريخ يشهد لذلك.

فالعقوبات في الحقيقة ليست غاية في حد ذاتها، وإنما هي وسيلة إلى أهداف نبيلة، بل وسيلة إلى إصلاح المجتمع، فالعقوبات ليس هدفها إثبات الجرائم على المجرمين والانتقام منهم، فعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال ﷺ: " ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"

وحاولت الشريعة الإسلامية أن تجد مخرجاً للعاصي لإعطائه الفرصة للتوبة والرجوع إلى الله تعالى، فالشريعة ليس غايتها إيقاع العقوبة، ولكن تقويم المجرمين لانخراطهم في المجتمع من جديد، فالعقوبات شرعت للحفاظ على المقاصد الشرعية فشرعت عقوبة قتل المرتد لحفظ الدين، وعقوبة القصاص لحفظ النفس وحفظ النوع البشري، وعقوبة الزنا لحفظ النسل، وعقوبة حد السرقة لحفظ المال، وعقوبة شرب الخمر لحفظ العقل. فهذه هي الحكم النبيلة والغايات المثلى والمصلحة المرجوة من تشريع العقوبات في الشرع الإسلامي.

إن الأحكام الشرعية مقيدة بالحكم والغايات، قال العز بن عبد السلام: "فأحكام الإله كلها مضبوطة بالحكم ومعالجة على الأسباب والشرائط التي شرعت كما أن تدبيره وتصرفه في خلقه مشروط بالحكم المبينة المخلوقة"^(١).

فالعقوبات في حقيقتها تجلب المصلحة وتدرأ المفسدة، بل بنيت على جلب المصالح للعباد، كما قال ابن القيم: "فإن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل"^(٢).

ومن حكمة تشريع العقوبات في الدنيا أنها رحمة من الله تعالى إلى المجتمع الإسلامي بما أنها تمحو عنهم عقوبة الآخرة، وتطهرهم من الخطايا.

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ج ١ ص ١٥٣.
(٢) إعلام الموقعين: ج ٣ ص ٣.

قال ابن القيم : " ثم بلغ من سعة رحمة الله تعالى إلى وجود أن جعل تلك العقوبات كفارة لأهلها وطهرة تزيل عنهم المؤاخذة بالجنايات إذا أقدموا عليها، ولا سيما إذا كان منهم بعدها التوبة النصوح والإنابة فرحمهم بهذه العقوبات في الدنيا والآخرة" (١) .

فالعقوبات تعتبر مكفرة للذنوب والآثام التي اقترفها الجاني، قال ﷺ : " أبايعكم على أن لا تشركوا بالله شيئاً، ولا تسرقوا، ولا تقتلوا أولادكم، ولا تأتوا ببهتان تفترونه بين أيديكم وأرجلكم، ولا تعصوني في معروف، فمن وفى منكم فأجره على الله، ومن أصاب من ذلك شيئاً فأخذ به في الدنيا فهو كفارة له وطهور، ومن ستره الله، فذلك إلى الله إن شاء عذبه وإن شاء غفر له" .

(١) المرجع السابق .

المبحث الثاني فلسفة العقوبة في الإسلام

إن فلسفة العقوبة في التشريع الجنائي الإسلامي هي منع الإنسان من القيام باقتراء الجرائم واجتناب شرورها ، لأن هدف الإسلام من تشريع العقوبات سواء في الحدود أو في التعزير هو ردع من تضعف عقيدتهم ويسعون في الأرض فساداً لتحقيق رغباتهم وشهواتهم^(١).

إن العقوبة في الشريعة الإسلامية جاءت لحفظ مقاصدها الرئيسية ، وهي حفظ النفس ، وحفظ الدين ، وحفظ النسل ، وحفظ المال ، وحفظ العقل ، فالعقاب في الشريعة الإسلامية إنما هو لإصلاح الفرد ولحماية المجتمع ونظامه من الإهدام.

فالإنسان المتدبر لأحكام الإسلام وتعاليمه ، يرى محاسن الشريعة الإسلامية وتفوقها على القوانين الوضعية ، فهي الشريعة التي تصلح لكل زمان ومكان ، لأنها من صنع الله تعالى فهي غير قابلة للتغيير أو التبديل أو التحريف.

والقوانين الوضعية لا تقوم على أساس العقاب الأخروي أو عالم الآخرة وما وراء هذا العالم ، بل تقوم على أساس الجزاء الدنيوي والعقوبة الدنيوية فحسب. أما فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية فتقوم على أساس العقوبة الدنيوية والأخرية فيكون الجزاء في الشريعة الإسلامية سواء كان ثواباً أو عقاباً ، يكون في الدنيا والآخرة ، بل يعتبر الجزاء أو العقاب الأخروي هو الأعظم أثراً في طبيعته من الجزاء الدنيوي . فهذا الاقتران بين الجزاء الدنيوي والأخروي يعتبر سبباً من الأسباب التي تبعث في الإنسان على طاعة الشريعة الإسلامية فبوجود الوازع الديني وهو القناعة بالثواب وبالعقاب الأخروي يجعل الإنسان أن يحترم القوانين والأخلاق من تلقاء نفسه ودون رقابة خارجية مكثفياً بالرقابة الداخلية.

"ولقد اتخذت العقوبة على مر العصور صوراً وأشكالاً مختلفة ، تختلف في طبيعتها من مجتمع لآخر ومن الصور التي اتخذتها العقوبة هي الحرمان ، وقد أخذ بعض الفلاسفة الذين عالجوا مسألة العقاب فكرة الحرمان أساساً لكل عقوبة ، أي اعتبروا الحرمان أساساً للفلسفة التي يقوم عليها مبدأ العقوبة ، فقالوا : " إن الجرم الذي يرتكبه أحد الأشخاص يجلب له بعض المتعة ، ولكي يشعر المجرم بتفاهته يجب أن يفرض عليه عقاب يحرمه من المتعة التي حصل عليها بوسائل غير مشروعة ، وهذا الحرمان إما بتعذيبه وبتحمله الآلام ، وإما بنزع جريمته وعدم تمكينه من الاستفادة منها وتجد أن الانتقام الفردي هو الأساس لحق العقاب في المجتمعات الأولى ، ثم تقدمت المجتمعات وأصبحت فكرة الانتقام العام (الحق العام) في القوانين الوضعية بدل الانتقام الفردي. فهذه هي الفلسفة في العصور القديمة ، وفي القوانين الوضعية فهي إما أن تكون انتقاماً فردياً وانتقاماً من المجرم ، وإما أن تكون انتقاماً عاماً وهو الحق العام.

(١) الشيخ شلتوت . الإسلام عقيدة وشريعة : ص ٣١٢ .

وأما في العصر الإسلامي فقد راعت العقوبات الإسلامية كلا الطرفين : الحق الفردي والحق العام ، ووازنت بينهما فتغيرت من الانتقام الفردي والعام إلى العدل ، والحفاظ على الحق الفردي والعام بطريقة مختلفة كلياً^(١) .

وأصبحت تقوم على الموازنة بين المجرم والعقوبة فعلى حسب الجرم تكون العقوبة من غير حيف أو تعد ، ويهدف من ورائها إصلاح الجاني لا للانتقام منه ، بل قامت على أساس الرحمة في تنفيذ العقوبة ، فالمجرم في نظر الشريعة هو إنسان مكرم كما قال الله تعالى : **﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبُرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾** .

فالإنسان في نظر الشريعة ، سواء أكان مجرماً أو غير مجرم ، مكرم له إنسانيته ، ولكن الإنسان الذي انحرف عن مساره وأصبح مجرماً واجتابته الشياطين إلى طريق الانحراف فإن الشريعة الإسلامية توقفه عند حده ، فتقيم عليه العقوبة والحد المناسب حسب جرمه ، وذلك لكي يتعلم هو ويتعلم غيره ويصبح عنصراً صالحاً إيجابياً في المجتمع ، فهذه هي فلسفة الإسلام في العقاب لإصلاح الناس وتقويمهم وليست لمجرد العقاب فحسب^(٢) .

(١) العقوبة في التشريع الجنائي الإسلامي والوصفي لحيدر المصري ، بهامش كتاب عقوبة الإعدام وموقف التشريع الجنائي منها . وائل لطفى مصطفى .

(٢) عقوبة الإعدام وموقف التشريع الجنائي منها . وائل لطفى مصطفى .

المبحث الثالث العقوبة وحماية المقاصد الشرعية

إن الإسلام شرع العبادات والعقيدة والأخلاق ولم يتركها دون ضمانات، وذلك لكي تؤدي على أكمل وجه، فقد جعل لها ضمانات لحمايتها، وعدم التهرب منها، أو انتهاكها، فقد جعل الإسلام نظام العقوبات ضمانات لعدم انتهاك نظام الإسلام، وعدم الاستهتار بها، وذلك لتستقر الحياة على أكمل وجه، ونظام العقوبات على ما فيه من عدالة للفرد والمجتمع يضمن للفرد والمجتمع حياة مستقرة آمنة مطمئنة سوية، كما قال ابن القيم: " فإن الله يزع بالسلطان ما لم يزع بالقرآن"^(١) فإن العابثين الذين لا يردعهم وازعهم الداخلي فإن العقوبة تردعهم.

وقد حرص الإسلام على حماية المقاصد الشرعية، وعلى حماية مصالح البشر، وحقق لهم الأمن على المستوى الفردي والجماعي، فقد جعل الإسلام ضمانات لحماية مقاصد الشريعة الإسلامية الضرورية، وشرع عقوبات صارمة رادعة لحفظ الدين، وهو المقصد الأول" ولما كان الإسلام دين ودولة، وعقيدة وشريعة فإن حماية الدين هنا تعني حماية الكيان الاجتماعي في ذات الوقت"^(٢).

وقد شرع الإسلام عقوبات لكل من يعتدي على الدين بقول أو عمل أو يشكك في دين الإسلام، قال رسول الله ﷺ: " من بدل دينه فاقتلوه " ، فشرع عقوبة الردة وهي القتل والإعدام في الدنيا عقاباً، وشرع في الآخرة عقوبة أخرى لمن أفلت من عقوبة الدنيا فقال الله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴾ .

فالعقوبة الأخروية هي إحباط العمل ودخول النار، والعقوبة الدنيوية القتل على اختلاف بين العلماء هل يستتاب المرتد أو يقتل من غير أن يستتاب، قال القرطبي في أحكامه: " اختلف العلماء في المرتد هل يستتاب أم لا ؟ فقال : وقالت طائفة يستتاب شهراً، وقال آخرون يستتاب ثلاثاً على ما روي عن عمر وعثمان"^(٣)، فهذه العقوبات تكون حامية للمقصد الشرعي وهو حفظ الدين.

وجعل الإسلام أيضاً ضمانات لحماية النفس وهو المقصد الثاني فحفظ النفس هو المحافظة على حق الحياة الكريمة ويدخل في عمومها المحافظة على كل أجزاء الجسم كما يدخل فيها الأمور المعنوية كالمحافظة على الكرامة والابتعاد عن مواطن الإهانة،

(١) الطرق الحكمية : ص ٢٠٦ .

(٢) عبد الرحيم صدقي ، الجريمة والعقوبة : ص ٨٠ .

(٣) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن : ج ٣ ص ٤٧ .

والحرية ومنع الاعتداء على أي أمر يتعلق بها ومن ذلك حرية العمل وحرية الفكر وحرية الإقامة^(١).

فشرع الإسلام عقوبة القصاص في النفس وهي عقوبة الإعدام للذي يعتدي على النفس البشرية بالقتل دون سبب شرعي والسبب الشرعي هو كما قال رسول الله ﷺ: " لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس والثيب الزاني والمفارق لدينه التارك للجماعة".

وشرع عقوبة القصاص فيما دون النفس في حق المعتدي على أي طرف من أطراف الإنسان بالضرب أو الشتم أو الكرامة أو حريته الفكرية، فهذه العقوبات المشروعة تحقق حماية النفس البشرية من الاعتداء وأن الشارع جعل عقوبة أخروية على من يعتدي على نفسه بالانتحار، فقال رسول الله ﷺ: " من حلف على ملة غير الإسلام فهو كما قال، وليس على ابن آدم نذر فيما لا يملك، من قتل نفسه بشيء في الدنيا عذب به يوم القيامة، ومن لعن مؤمناً فهو كقتله، ومن قذف مؤمناً بكفر فهو كقتله"^(٢).

قال ابن القيم: " ولولا عقوبة الجناة والمفسدين لأهلك الناس بعضهم بعضاً وفسد نظام العالم، وصارت حال الدواب والأنعام والوحوش أحسن من حال بني آدم"^(٣).

ووضع الإسلام ضمانات لحماية المقصد الضروري وهو حفظ العقل، ووضع عقوبات لكل من يعتدي على نعمة العقل سواء اعتدى المعتدي على نفسه أو غيره، فالعقل هو الذي يميز الإنسان عن الحيوان، فالعقل هو مناط التفكير الإنساني الذي يسمو به ويرتقي وهو مناط التكليف.

ووضع الإسلام ضمانات لحماية النسل وذلك لاستمرار الحياة مستقيمة دون أي رذائل فقد شرع الإسلام الزواج، وهو الطريق السليم لبقاء النوع الإنساني وتكاثره، قال تعالى: ﴿ وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾، وقال تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾. فبالزواج تستمر الحياة نظيفة طاهرة خالية من أي رذيلة أو أي دنس، وبها تتناسل البشر وتكثر المجتمعات النبيلة وتحفظ بها الأنساب والأحساب وتتكون الأسر التي تنتج الإنسان المؤمن، ولكي يتحقق ذلك فقد حرصت الشريعة على المحافظة على النسل بكل الوسائل والطرق.

فالمال هو وسيلة جعلها الله تعالى في يد الإنسان واستخلفه عليه ليكتسبه من وجوه الحلال، وينفقه في وجوه الحلال. فحياة الإنسان لها متطلبات متعددة من مأكل ومسكن

(١) مروان القدومي، فقه العقوبات: ص ٢٩.

(٢) صحيح البخاري، حديث رقم: ٦٩٢٢.

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم: ج ٢ ص ١٠٦.

وملبس، ومشرب، وحاجيات، وهذه الأمور لا تتم إلا بالمال، وحب المال لدى الإنسان هو غريزة في نفس الإنسان، قال تعالى: ﴿ وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا ﴾ . وقال تعالى: ﴿ الْمَالُ وَالْبُنُوتُ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ﴾ .

ولهذا قرر الإسلام قوانين للتعامل في المال ووضع عقوبات في الاعتداء على المال بأي وسيلة سواء بالسرقة أو الاغتصاب أو قطع الطريق أو بالنصب والاحتيال، وبأي طريقة بأخذ مال الناس بغير حق، وذلك عن طريق أخذ الرشوة أو عن طريق الربا والقمار والاختلاس، فشرع عقوبة القطع على السارق، قال تعالى: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا تَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ .

فالإسلام بتشريع العقوبات حقق مقاصد الشريعة وحماها كما رأينا من الضياع، فتشريع العقوبات تحقيق الأمن والاستقرار بين الناس على كافة الصعد، على الصعيد الفردي والجماعي.

والحدود من جملة العقوبات التي فرضها الله تعالى لتكون زواجر رادعة عن ارتكاب المحظورات، وعن ترك أوامر الله تعالى، وفي ذلك ما يصون للمجتمع الإسلامي كرامته وأمنه واستقراره، وقد حفظ عليه تماسكه ودرأ عنه كل أسباب الشر والسوء والفتنة، ليكون المجتمع طاهراً نقيماً سليماً من عيوب التخلخل والتفكك والوهم، وهذه هي الغاية المقصودة التي جاء من أجلها الإسلام وهي أن يكون المسلمون على الدوام في تواد وتراحم وانسجام، لينالوا السعادة في هذه الدنيا العاجلة (١).

(١) الفقه الجنائي في الإسلام. أمير عبد العزيز: ص ٢٣٤.

المبحث الرابع الإعدام تعريفه وحكمة مشروعيته

المطلب الأول تعريف الإعدام

الإعدام : يقال قضى القاضي بإزهاق روحه قصاصاً في مجال العقوبة تعني أن المحكوم عليه بعد التنفيذ يصبح عدماً لا وجود له .

في الإصطلاح الإعدام هو إزهاق روح المحكوم عليه واستئصاله من المجتمع ، وهو سلب المحكوم عليه حقه في الحياة .

وكلمة الإعدام من الألفاظ المعاصرة وهي تعني إزهاق الروح ، فهي في الحقيقة تعبر عن معنى القصاص في النفس والقتل العمد ، واستعمل الفقهاء القدامي لفظ القصاص والقتل واستعمل المعاصرون لفظ الإعدام جاء بنفس المعنى ولا مشاحة في الاصطلاح ، إلا أنه يوجد بعض الفروق بعمومها وخصوصيتها ، وفي النهاية تؤدي إلى معنى إزهاق الروح .

وقيل القصاص في القتل يعني عقوبة الإعدام ولكن عقوبة الإعدام أعم من عقوبة القصاص في النفس ، فعقوبة القصاص في النفس يمكن أن تسمى دائماً إعداماً ، وليس كذلك عقوبة الإعدام، فبينهما عموم وخصوص من وجه فكل قتل قصاصاً يمكن أن يسمى إعداماً وليس كل إعدام يمكن أن يسمى قصاصاً^(١) ، وذلك لأن المشرع قد شرع القتل في جرائم القتل وغير القتل.

وقد ذكر العلماء المعاصرون بعضاً من الفروق بين الإعدام وهو اللفظ المعاصر، وبين القصاص في النفس المعروف بالقود، وهو أن الإعدام يعد حقاً عاماً للدولة، فليس للأفراد عامة أو أولياء الدم خاصة أن يتدخلوا بتغييره أو إلغائه ، ولقد نبع هذا التصور من الفلسفة الأوروبية التي سارت في القرون الوسطى، حيث كانت حياة الفرد حقاً خالصاً للحاكم فهو واهب الحياة، ومن ثم يملك سلبها، في حين أن القود في الإسلام هو حق خالص لأولياء الدم بغاية محدودة، وصاحب الحق في الإعدام هو الحاكم وفي القود هم أولياء الدم، كما أن صاحب الحق في إقرار العفو هو الحاكم بالنسبة للإعدام وولي الدم بالنسبة للقود^(٢) .

والقصاص في الشريعة الإسلامية لا ينفذ إلا بعد ارتكاب جريمة قتل النفس عمداً والإعدام بشكل عام مقرر لكافة الجرائم سواء جريمة القتل العمدية، أو الحدية المقدر فيها حكم الإعدام والجرائم التعزيرية على اختلاف بين العلماء وفي أي الجرائم تكون عقوبة الإعدام.

(١) فكري أحمد ، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون : ص ٢٣٥ .

(٢) عقوبة الإعدام وموقف التشريع الجنائي منها ، وائل لطفي : ص ٤٠ .

ولفظ الإعدام لفظ جرى تداوله ليدل على إزهاق روح المحكوم عليه واستئصال حياته نهائياً من الوجود وذلك بسبب جرم استحق عليه هذه العقوبة، فيكون لفظ الإعدام أعم من لفظ القصاص في النفس، فهو يشمل القصاص في النفس والقتل في الجرائم الحدية، وفي القتل سياسة في الجرائم التي يعاقب عليها تعزيراً.

المطلب الثاني

مشروعية عقوبة الإعدام

تقررت عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية لبعض الجرائم، وتمثلت عقوبة الإعدام وتكيفت في عقوبات القصاص في النفس، وعقوبات بعض الحدود، وعقوبات بعض أنواع التعازير، واذكر الآن أدلة على مشروعيتها

الفرع الأول

مشروعية الإعدام قصاصاً

مشروعية الإعدام قصاصاً، ثبتت بالكتاب والسنة.

أولاً: الكتاب الكريم:

قال الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبِ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ * وَكُفُّمٌ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ .

وجه الدلالة: هذه الآية تدل على مشروعية الإعدام قصاصاً، فالله تعالى فرض وألزم، فقولته تعالى " كتب عليكم "معناه فرض وألزم، فكيف يكون القصاص غير واجب؟ قيل: معناه إذا أردتم، فاعلم أن القصاص هو الغاية عند التشاح^(١).

والله تعالى أوجب الاقتصاص من القاتل العامد بغير حق، وذلك بالقتل إعداماً جزاءً على فعله، والآية تدل على ذلك، فإيا أولي العقول فيما فرض عليكم وأوجبت لبعضكم على بعض من القصاص في النفوس، والجراح والشجاج، ما منع به بعضكم من قتل بعض فحييتهم بذلك فكان لكم في حكمي بينكم بذلك حياة^(٢).

ثانياً: السنة النبوية:

قال رسول الله ﷺ: " لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمفارق لدينه التارك للجماعة".

(١) الجامع الكبير لأحكام القرآن، القرطبي: ج ٢ ص ٢٤٦.

(٢) تفسير الطبري: ج ٢ ص ١١٤.

ووجه الدلالة : أن الحديث صريح في إحلال دم الإنسان المسلم، إذا ارتكب جريمة القتل ، أي إذا قتل نفساً بريئة أعدم بها قصاصاً، وقد أحل الإسلام دمه. وقد دل هذا الخبر على إيجاب القود في كل عمد وأوجب ذلك القود على قتل القاتل^(١) .

الفرع الثاني

مشروعية الإعدام في جرائم الحدود

مشروعية الإعدام في جريمة الزنا بعد الإحصان

قال رسول الله ﷺ : " لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمفارق لدينه التارك للجماعة"

فهذا الحديث الصحيح الذي أخرجه البخاري ومسلم دل على أن الله تعالى أحل دم الزاني المحصن، وذلك برجمه إعداماً، ودلت عليه أحاديث مشهورة كثيرة فإن هذه الخصال الثلاثة هي حق الإسلام التي يستباح بها دمه، فالزاني الثيب أجمع المسلمون على أن حدّه الرجم حتى الموت^٢.

٢. مشروعية الإعدام في جريمة الحرابة:

قال الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ .

وجه الدلالة :الآية هي الأصل في عقوبة المحارب أو قطاع الطرق، فأوجبت هذه الآية عقوبة الإعدام بالقتل، والصلب وذلك في حق قاطع الطريق، وهي خاصة بأهل الإسلام لا الكفار ، وذلك بدليل . قال تعالى : ﴿إِنَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ .

وجه الدلالة :الإسلام يحقن الدم، سواء دم المسلم قبل القدرة عليه أو بعدها، وإنما أضاف الحرب إلى الله ورسوله. وظاهر القرآن الكريم أن من صدق عليه أنه محارب لله ورسوله وسعى في الأرض فساداً فإن عقوبته القتل أو الصلب ، أو القطع من خلاف أو النفي من الأرض^(٣) .

٣. مشروعية عقوبة الإعدام في جريمة الردة :

إن القرآن الكريم لم يحدّد للردّة عقوبة دنيوية وإنما توعدت الآيات التي فيها ذكر الردة عقوبة أخروية كبيرة للمرتد ، وهي الخلود في نار جهنم خالداً مخلداً فيها، فهذه العقوبة الأخروية لا تكون إلا على جريمة خطيرة لا يقل الحكم فيها أقل من القتل في

(١) أحكام القرآن للحصاص : ص ١٦٨ .

(٢) جامع العلوم والحكم . البغدادي بهامش كتاب عقوبة الإعدام وموقف التشريع الجنائي الإسلامي ، مرجع سابق .

(٣) الروضة الندية شرح الدرر البهية بهامش المرجع السابق : ص ٤٤ .

الدنيا، فقد قال الله تعالى في كتابه : ﴿ وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴾ .

وجه الدلالة: الآية توعدت المرتدين عن دين الله تعالى بالعذاب الشديد، وإحباط العمل، والخلود في النار، وذلك من شدة هذه الجريمة وقبحها، وأن الفقهاء يستتدون إلى أحاديث نبوية صحيحة لبيان حكم المرتد، ويذهبون بصفة عامة إلى أن المرتد يقتل لردته وذلك بعد أن يستتاب لثلاثة أيام .

وقد قال رسول الله ﷺ: " من بدل دينه فاقتلوه " ، فهنا الحديث صحيح وصريح في أن المرتد يعاقب بعقوبة الإعدام قتلاً وهو محمول على دين الإسلام إذ هو الدين المعتبر^(١) .

^(١) الشرح الكبير تحقيق محمد عيش ج٤ ص٢٠٤

المبحث الخامس موجبات عقوبة الإعدام

المطلب الأول الإعدام في جرائم القتل قصاصاً

من موجبات الإعدام جريمة القتل العمد سواء بالإنفراد أو بالاشتراك، وهذه العقوبة وهي الإعدام قصاصاً قد قدرها الله عز وجل في كتابه العزيز، فهي عقوبة ثابتة لا تتغير ولا تتبدل ولا تقبل الإلغاء إلا إذا عفا ولي المجني عليه، فهذه العقوبة الصارمة تبين مدى تحقيق عدالة الله سبحانه وتعالى بعباده ورحمته بخلقه، فصرامة العقوبة إنما كانت بسبب جسامة الجريمة.

الفرع الأول الإعدام قصاصاً

العمد عند جمهور من المالكية والشافعية والحنابلة أن يكون الإنسان قاصداً القتل ، وأن يستعمل آلة تقتل غالباً ، أو أي فعل فعله يقتل غالباً ، فيدل على قصد القتل سواء آلة معدة للقتل أو غير معدة للقتل ، فقصود القتل هو الدال على العمد بغض النظر عن الآلة المستعملة فكل ما يصلح أن يكون دليلاً على عمدية القاتل وقصده سواء كان سلاحاً أو غيره محددًا أو غير محددٍ معداً للقتل أو غير معد فهو عمد^(١) .

أما الحنفية فقد خالفوا الجمهور فقالوا إن العمديّة لا يدل عليها القصد فقط ، بل الآلة المستخدمة هي التي تدل بالإضافة مع القصد إلى العمدية فلا بد عنده أن يوجد دليل على العمديّة في القتل ، فالآلة المستخدمة هي الدليل على القصد ، أما غير الآلات المعدة للقتل كالإلقاء من شاهق فهي لا تصلح أن تكون دليلاً على العمدية ، وعند أبي حنيفة يعتبر قتلاً شبه عمد . واحتج الحنفية بالحديث : " ألا إن في قتيل الخطأ شبه العمد قتيل السوط والعصا الديه مغلظة مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها " (٢) .

الفرع الثاني مشروعية الإعدام قصاصاً

أولاً : من الكتاب : قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ * وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ .

(١) المدونة للإمام مالك : ج ١٦ ص ٣٠٨ ، المهذب : ج ٢ ص ١٧٦ ؛ المفتي : ج ٢ ص ٢٤٨ .

(٢) فتح القدير لابن الهمام : ج ١٠ ص ٢٠٥ .

وذكر ابن كثير في تفسيره للآية أن شرع القصاص وهو قتل القاتل حكمة عظيمة وهي بقاء النفس وصونها لأنه إذا علم القاتل أنه يقتل انكف عن صنعه فكان في ذلك حياة للنفس (١) .

وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴾ .

ووجه الدلالة حرّم الله تعالى قتل النفس بغير حق والحق هو القتل قصاصاً أو قتل الزاني بعد إحصان أو كفر بعد إسلام ، قال الطبري في تفسيره : يقول جل ثناؤه : " وقضى أيضاً أن لا تقتلوا أيها الناس النفس التي حرّم الله قتلها إلا بالحق وحقها ألا تقتل إلا بكفر بعد إسلام ، أو زنا بعد إحصان ، أو قود نفس" (٢) .

وقال تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ ﴾ .

وذكر القرطبي أيضاً هذا دليل على جواز التماثل في القصاص ، فهو أيضاً أوجب الله تعالى المجازاة بالمثل فالقاتل يقتل قصاصاً جزاء فعله (٣) .

ثانياً : مشروعيته من السنة النبوية:

قال رسول الله ﷺ : " لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله إلا بإحدى ثلاث النفس بالنفس والشيب الزاني والمفارق لدينه التارك للجماعة"

وجه الدلالة أن قاتل النفس البشرية المؤمنة أحل الله تعالى دمه وذلك لاعتدائه على الآخرين دون وجه حق ، قال ﷺ : " من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى وإما أن يقاد" .

ووجه الدلالة أن رسول الله ﷺ أوجب القتل للقاتل بالإعدام قصاصاً وذلك بين أن يقتل القاتل وبين أن يعفوا عنه ، فأولياء المقتول لهم الخيار فلهم أن يختاروا الاقتصاص من القاتل بقتله من غير تدخل من أحد فهذا هو حقهم الشرعي وإن أرادوا من أنفسهم أن يعفو لهم ذلك .

وقال ﷺ : " من قتل عمداً دفع إلى ولي المقتول فإن شاء قتله وإن شاء أخذ الدية ووجه الدلالة أن القاتل العمداً يقاد إلى أولياء القتيل ليقتصوا منه وذلك بالإعدام قصاصاً أو إن شاء أولياء القتيل أخذوا الدية بدل القصاص .

(١) تفسير ابن كثير : ج ١ ص ٢١٢ .

(٢) تفسير الطبري : ج ١٥ ص ٨٠ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : ج ٢ ص ٣٥٨ .

القتل بالاشتراك يوجب الإعدام قصاصاً

فالاشتراك في القتل هو التمالؤ من عدة أشخاص أو جماعة معينة على شخص فيقتلوه تعمداً ، فإنه يقتص منهم جميعاً W فيقتل الجميع على المماثلة قصاصاً . فعلى كل واحد منهم القصاص إذا كان كل واحد منهم لو انفرد بفعله وجب عليه القصاص .

قال العلماء في الاشتراك ، وقد أجمعوا على قتل الجماعة بالواحد^(١) .

المطلب الثاني

الإعدام في جرائم الحدود

الفرع الأول

الإعدام في جريمة الردة بعد الإسلام

الردّة: كفر المسلم للإسلام بقول أو فعل أو نية كفر، أو استهزاء أو اعتقاد كالشك في وجود الله تعالى، أو شك في سيدنا محمد عليه الصلاة والسلام أو بالقرآن، أو الاستهزاء به أو استحلال محرّم أو تحريم حلال، وهو الرجوع عن دين الإسلام إلى دين الكفر، فمن أشرك بالله أو جحد ربوبيته أو صفة من صفاته أو بعض كتبه أو رسله أو سبّ الله أو رسوله فقد كفر.

أدلة مشروعية عقوبة الإعدام بسبب الردة

إن الفقهاء يذهبون بصفة عامة إلى أن المرتد يقتل لردته وذلك بعد أن يستتاب ثلاثة أيام، فقد قال تعالى في كتابه العزيز : ﴿ وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴾ .

فالذي يرتد عن دينه عقابه في الآخرة الخلود في النار واحباط العمل في الدنيا . ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى توعّد المرتد بالعذاب الشديد والخلود في النار والمرتد يستحق القتل بإقامته على الكفر وذلك بالاتفاق.

وذكر البخاري في صحيحه ، أن رسول الله ﷺ قال : " من بدلّ دينه فاقتلوه " فهنا الحديث صريح في أن المرتد يعاقب بعقوبة الإعدام قتلاً وهو محمول على دين الإسلام إذ هو الدين المعتبر

وروى البخاري حديثاً عن رسول الله ﷺ قال : " لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأتى رسول الله إلا بإحدى ثلاث ، النفس بالنفس والثيب الزاني والمفارق لدينه التارك للجماعة " . والمفارق للدين هو دين الإسلام إلى دين آخر غير الإسلام هو المرتد وبناء على ذلك فإن المرتد يقتل حداً بنص الحديث ، وأجمع الصحابة رضوان الله عليهم والعلماء

(١) المدونة الكبرى للإمام مالك : ج١٦ ص ٢٠١ : الأم للشافعي : ج٦ ص ٢٢ : المغني لابن قدامة : ج٨ ص ٢٥٠ .

على وجوب قتل المرتد أي بإعدامه قتلاً^(١) . وبهذه الأحاديث يتبين مشروعية الإعدام بقتل المرتد حداً.

آراء العلماء في المرتد:

ذكر الحنفية أنه يعرض على المرتد الإسلام بعد أن يحبس ثلاثة أيام فإن أبى قتل حداً^(٢) . وذكر المالكية في أن المرتد يقتل بعد أن يستتاب ثلاثة أيام^(٣) . وقال الشافعي : القتل على الردة حدّ وذلك حفظاً لدين الإسلام من الضياع أو الاستهتار به وحفظاً على ضروريات الإسلام فليس للإمام أن يعطله^(٤) ، ورأى الحنابلة أن من ارتد عن الإسلام من الرجال والنساء وكان بالغاً عاقلاً دعي إليه ثلاثة أيام وضيّق عليه فإن رجع وإلا قتل^(٥) .

ورغم هذه النصوص الصريحة فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الردة في حدّ ذاتها لا تعتبر حداً واعتمدوا على أن الأحاديث الواردة بهذا الشأن إنما هي خبر آحاد وأحاديث الآحاد لا تفيد قطعية الورود عن الرسول ﷺ بل تؤخذ على محمل الظن ، ونسبة لخطورة الحكم ونتائجه (الإعدام) لا يجوز أن يسند الأمر إلى نص ظني ومنهم :

الشيخ عبد الوهاب خلاف^(٦) ، ومحمد سليم العوا^(٧) يخرج جريمة (الردة) من جرائم الحدود ، الشيخ محمد شلتوت^(٨) ، والخبير القانوني المصري د. محمد فتحي عثمان في مقاله بمجلة العربي ، ولحق بهم العام الماضي د. طارق السويدان عبر قناة الرسالة الفضائية .

الفرع الثاني

عقوبة الإعدام لإرتكاب جريمة الزنا بعد الإحصان

والزنا شرعاً هو إيلاج فرج في فرج حي محرّم قبل أو دبر -بلا شبهة وذكر الحنفية أنه وطء في قبل خال عن الملك وشبهته ، فخرج الوطء في الدبر ، فهو وطء المرأة في القبل في غير الملك^(٩) . وعند المالكية والشافعية فإن الزنا هو : إيلاج حشفة أو ق درها في فرج محرّم بعينه مشتهي طبعاً بلا شبهة سواء في قبل أو دبر ذكر أو أنثى^(١٠) .

^(١) كشف القناع للبهوتي بهامش كتاب عقوبة الإعدام وموقف التشريع الجنائي الإسلامي مرجع سابق : ص ٩٠ .
^(٢) الجامع الصغير للشيباني : ج ١ ص ٣٠٦ ، بهامش كتاب عقوبة الإعدام وموقف التشريع الجنائي الإسلامي منها ، مرجع سابق : ص ٩١ .
^(٣) الشرح الكبير : ج ٣ ص ٤٧٤ .
^(٤) الأم للشافعي : ج ٦ ص ١٦٥ .
^(٥) المغني لابن قدامة : ج ٩ ص ١٦ .
^(٦) السياسة الشرعية : ص ٢٠ .
^(٧) أصول النظام الجنائي الإسلامي ، د.محمد سليم العوا : ص ١٥١ .
^(٨) الإسلام عقيدة وشريعة : ص ٣٠١ .
^(٩) حاشية ابن عابدين : ج ٤ ص ٤ .
^(١٠) الشرح الكبير : ج ٤ ص ٣١١ .

وجاء في كُتب الحنابلة : أن الزنا هو فعل الفاحشة في قبل أو دبر فإذا زنا المحصن وجب رجمه حتى يموت والمحصن هو من وطئ زوجته وطئاً في قبلها بنكاح صحيح وهما حرّان مكلفان

فالمحصن هو : الحرّ المكلف المسلم وطئ بنكاح صحيح ، وقد أحصنت إذا عفت ، وأحصنها زوجها أعفها فهي محصنة ، والمحصنات ذوات الأزواج وشرائط الإحصان عند الحنفية والمالكية ستة وهي : الإسلام ، والحرية ، والعقل ، والبلوغ ، والتزويج بنكاح صحيح ، والدخول .

أدلة مشروعية عقوبة الإعدام في ارتكاب فاحشة الزنا بعد الإحصان:

ورد حكم الإعدام بالرجم لعقوبة لارتكاب فاحشة الزنا بعد الإحصان، وقد أجمع على ذلك جماهير العلماء وجماهير الصحابة - رضوان الله عليهم - وقد استدلوا بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة القولية، والفعلية، وإجماع الصحابة - رضوان الله عليهم - ، وقد اتفق الأئمة الأربعة أن الزاني المحصن حدّه الرجم حتى يموت، فإنها أعظم جناية حتى شرع فيها الرجم فهو حدّ بالإجماع^(١) ، فإن عقوبة الرجم ثابتة بالأدلة القاطعة التي لا تحمل شكاً ولا تدع مجالاً للتأويل، ولم يشذّ عنهم إلا بعض فرق الخوارج والمعتزلة.

أدلة جماهير العلماء والصحابة على وجوب الرجم:

إن رجم الزانيين المحصنين دلت عليه آية من كتاب الله نسخت تلاوتها وبقي حكمها ففي قوله تعالى " الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم"

ويدل على ذلك قول عمر رضي الله عنه في حديثه المشهور الصحيح ، عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه قال : سمعت عمر رضي الله عنه وهو على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب ويقول : " إن الله بعث محمداً بالحق وأنزل عليه الكتاب، فكان مما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها وعقلناها ووعيناها ورجم رسول الله ورجمنا بعده، فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل والله ما نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله، والرجم في كتاب الله حق على من زنى إذا أحصن من الرجال والنساء، وإذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف وأيم الله لولا أن يقول الناس زاد في كتاب الله لكتبته"^٢.

وقد أراد عمر رضي الله عنه بآية الرجم وهي " الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة " وهذا مما نسخ لفظه وبقي حكمه، ففي هذا الحديث اتفق عليه الشيخان عن هذا الخليفة الراشد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه دليل صريح صحيح على أن الرجم ثابت بآية من كتاب الله تعالى.

(١) بدائع الصنائع للكاساني : ج ٧ ص ٣٧ .

(٢) صحيح البخاري كتاب الحدود ، حديث رقم ٦٤٢٩ .

ووجه الدلالة أن هذا الحديث المشهور يدل بصراحة على حكم الإعدام بطريقة الرجم للزانيين المحصنين إذا ثبت ذلك عليهما ، فهنا كما قال إن الرجم حق ، أي واجب على الزاني المحصن ، ويقوله : إذا قامت البيينة ، وذلك بالثبوت القطعي الذي لا مجال فيه للشك وهو الحمل أو الاعتراف أو الشهود الأربعة.

وقد روى في صحيح مسلم عن عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله ﷺ : " خذو عني خذو عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم" (١) .

ومعنى أن يجعل الله لهن سبيلا ذكر الطبري وهو الجلد والرجم ثم جعل الله لهن سبيلا فكان سبيل من أحصن جلد مائة ثم رمي بالحجارة ، وسبيل من لم يحصن جلد مائة ونفي سنة ، والفاحشة الزنا والسبيل الرجم والجلد (٢) .

ودلالة الحديث أن الله تعالى أوجب في هذا الحديث للذي يزني وهو متزوج أي محصن أن يرمى بالحجارة إعداماً لحياته حتى الموت جزاءً لفعله ، فيتبين هنا أيضاً مشروعية عقوبة الإعدام عن طريق الرمي بالحجارة (الرجم) وقد فعل ذلك رسول الله ومن بعده أصحابه - رضي الله عنهم أجمعين - .

وعن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال لما عز بن مالك حيث أتاه فأقر عنده بالزنا : "لعلك قبّلت أو غمزت أو نظرت ، قال : لا يا رسول الله ، قال : فنكثتها قال : نعم ، فأمر به فرجم" (٣) .

ففي أمره ﷺ للصحابة برجم ما عز دليل قوي على مشروعية الإعدام رجماً .

وعن عمران بن حصين ، أن امرأة من جهينة اعترفت عند النبي إني حبلى فدعا النبي وليها فقال : " أحسن إليها ، فإذا وضعت حملها فأخبرني ، ففعل فأمر بها فشدت عليها ثيابها ، ثم أمر برجمها فرجمت ثم صلى عليها ، فقال عمر بن الخطاب : يا رسول الله رجمتها ثم تصلي عليها ، فقال : تابت توبة لو قُسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم ، وهل وجدت شيئاً أفضل من أن جادت بنفسها لله ."

وهذا الحديث أيضاً يدل على مشروعية الإعدام رجماً حتى الموت .

وروي في الصحيحين قال : رسول الله ﷺ : " لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله ، وإني رسول الله إلا بإحدى ثلاث : النفس بالنفس والثيب الزاني والمفارق لدينه التارك للجماعة" .

(١) كتاب الحدود ، حديث رقم ١٦٩٠ .

(٢) تفسير الطبري : ج ٤ ص ٢٩٢ .

(٣) صحيح البخاري ، حديث رقم ٦٨٢٤ .

وهذا الحدّيث الصحيح يدل على أن الله تعالى أحل دمه وذلك بقتله إعداماً إذا كان الزاني محصناً . وهذه الأحاديث الصحيحة والمشهورة تؤكد على مشروعية الإعدام بالرجم حتى الموت بل توجب الإعدام بالرجم ، وقد نصّت هذه الأحاديث عقوبة الإعدام بالرجم للزاني المحصن والذي قد سبق له أن تزوج زوجاً صحيحاً ، وقد ثبت عليه ذلك الزنا بالبيّنة الشرعية وذلك من حمل أو اعتراف أو أربعة شهود ثقّات . وهذه الأدلة الشرعية على مشروعية الإعدام لا تقوى أي أدلة أخرى على منافاتها ، وذلك لصحتها وكثرتها وكثرة طرقها وعلى ذلك فإن علماء المسلمين قد أجمعوا على ذلك من غير شك أو تأويل على وجوب الإعدام رجماً .

وأما الفريق النافي للرجم فلم يذهب إلى نفي الرجم إلا فرقة الخوارج ، فقالوا : إن الحدّ في الزاني المحصن وغير المحصن هو الجلد فقط وذلك لأنهم لا يعتدون بخبر الآحاد الذي قرر عقوبة الرجم للمحصن^(١) .

وأجمع العلماء على وجوب جلد الزاني البكر مائة ورجم المحصن وهو الثيب ولم يخالف في هذا أحدٌ من أهل السلف إلا ما حكى القاضي عياض ، وغيره من الخوارج وبعض المعتزلة كالنظام وأصحابه فإنهم لم يقولوا بالرجم^(٢) ، وقد قالوا ذلك لقوله تعالى : ﴿ **الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ** ﴾^(٣) ، وقالوا : لا يجوز ترك كتاب الله تعالى الثابت بطريق التواتر وهو القطع واليقين إلى أخبار الآحاد التي جوز بها الكذب ولأن هذا يقضي إلى نسخ الكتاب بالسنة وهو غير جائز .

وهم أيضاً لا ينكرون السوابق المتعلقة بـرجم الرسول ﷺ لليهوديين إذ يقولون Y نه رجمهما بما ورد في نصوص التوراة ، وكذلك لا ينكرون رجم ماعز والغامدية إذ تواترت الروايات على صحة ذلك ، ولكن قالوا إن هذه الأفعال والأحكام قد تكون منسوخة بآية النور ، وقد سأل صحابي صحابياً آخر : هل كان رجم رسول الله ﷺ لـماعز والغامدية قبل نزول سورة النور أم بعدها ؟ فقال لا أدري ، وفي رواية أخرى قال لا أدري ولعله قبلها^(٤) .

كما أسلفنا فلا خلاف بين الفقهاء في أن المحصن عقابه حدّاً الرجم رمياً بالحجارة حتى هلاكه وموته ، وفقهاء الخوارج لهم رأي مخالف يستند على عدم ورود نص به في القرآن الكريم ، بخلاف الفقهاء من جماعة أهل السنة ، ولقد عاب الخوارج على الإمام عمر بن عبد العزيز قوله بالرجم في كونه ليس في كتاب الله فسألهم عن عدد ركعات الصلاة هل هي مذكورة في القرآن الكريم ؟ وعن مقدار نصاب الزكاة وشروط وجوبها هل هي مذكورة في القرآن الكريم ؟ فلما أقروا بأن هذا ثابت عن رسول الله ﷺ قولاً وعملاً أقام عليهم الحجة بذلك .

^(١) المغني لابن قدامة : ج ٩ ص ٣٩ .

^(٢) شرح النووي صحيح مسلم : ج ١١ ص ١٨٩ .

^(٣) سورة النور ، آية رقم : ٢ .

^(٤) صحيح البخاري ، كتاب الحدود رقم ٦٨١٣ .

وفي عالمنا المعاصر أثير الموضوع ولا زال يثار من وقت إلى آخر ولقد تعرض فقهاء معاصرون لعقوبة الرجم بالدراسة والتحليل وتركز الحوار والنقاش حول أهم الأحاديث التي استند إليها الفقهاء في التدليل على رجم الزاني المحصن وهو حديث عبادة بن الصامت، ومن بين هؤلاء المرحوم محمد أبو زهرة فقد تناول أحاديث الرجم بالنقد التاريخي الداخلي والخارجي المتعلق بالمتن والسند ، وقال إنها مشكوك فيها ، وانتهى إلى عدم الأخذ بها كعقوبة للزاني المحصن وهو الرجم للشك في ثبوت دليله ولقسوته (١).

الأستاذ مصطفى الزرقا أثار مقالة الشك في ثبوت دليل الرجم ، ووافق على عدم الأخذ به كحد للزاني المحصن ، وهو مع من يقولون بأن الرجم الذي أمر به الرسول ﷺ فقد كان استعمالاً منه لسلطته التعزيرية ، أما الحد في جريمة الزنا فهو الجلد في جميع الأحوال (٢).

ويرى الأستاذ مصطفى الزرقا (٣) ، بأن يفوض الأمر للقاضي فإن شاء طبق عقوبة الرجم وإن شاء جمعها حداً وتعزيراً كل ذلك بحسب ما يرى من وجه المصلحة ، والحاجة الزمنية والشخصية وفقاً لقاعدة التعزيرات كما هو الحال في قانون العقوبات الليبي من تخيير القاضي بين حدين أعلى وأدنى ، وعليه أن يطبق كليهما أو أحدهما وهذا يتفق مع قاعدة التعزير في الإسلام .

وفي الفترة الأخيرة في السودان عقدت مجموعة من ورش العمل لمناقشة القانون الجنائي من زوايا ومن ضمنها توقيع عقوبة الإعدام رجماً وكان الرأي أن يستبدل الرجم بالإعدام شنقاً.

الفرع الثالث

عقوبة الإعدام لمرتكب جريمة الحرابة

اصطلاحاً : هي قطع الطريق لمنع السلوك أو أخذ المال المعصوم من صاحبه ، على وجه يتعذر معه الغوث . والمحاربون هم قطاع الطريق وهم الذين يتعرضون للناس بالسلاح ولو عصا أو حجراً ، في الصحراء أو البنيان ، أو البحر فيغصبونهم المال مجاهرة أو للقتل وإخافة الناس مكابرة اعتماداً على الشوكة (٤).

وحقيقة قطع الطريق لمنع السلوك أو أخذ المال المعصوم من يد صاحبه على وجه يتعذر معه الغوث أو القتل غيلة وخيفة.

(١) النظام العقابي في التشريع الإسلامي ، محمد عبد السلام محمد الشريف : ص ١٢٨ .

(٢) ندوة التشريع الإسلامي التي عقدت في ليبيا عام ١٩٧٢ .

(٣) نظام التجريم والفعل في الإسلام ، علي علي منصور : ص ١٨٢ .

(٤) الأم للشافعي : ج ٧ ص ٢٦٥ .

دليل مشروعيتها من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: ﴿ **إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ** ﴾ .

ووجه الدلالة : دلّت هذه الآية على مشروعية قتل المحاربين أو قطاع الطرق فهذه الآية أوجبت عقوبة الإعدام بالقتل والصلب وذلك في حق قاطع الطريق وهي خاصة بأهل الإسلام لا الكفار وذلك بدليل قوله : ﴿ **إِنَّمَا الَّذِينَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَنْ تَقْرُبُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ** ﴾ .

فالعقوبة الحرابة الأصل فيها الإعدام فيجب القتل على قاطع الطريق إذا أزهق روح إنسان، وهي جريمة حدّ لا قصاص لأنها لا تسقط بعفو ولي المجني عليه . وقد أوقعت هذه العقوبة تماشياً مع نفسية المجرم الميالة للشر والإجرام ، وهنا أصبحت حدّاً لا قصاصاً ، لأن قاطع الطريق أربح الناس وخوفهم ، ومنه الأمن والأمان فأصبح هنا حقاً لله وحقاً للعبد .

ويجب الإعدام قتلاً وصلباً وذلك إذا قتل المحارب وسرق، ويقطع المحارب إذا سرق ولم يقتل وينفى من الأرض ويسجن إذا أربح الناس وأخافهم دون أن يقتل أو يسرق وإن هذه العقوبة من القتل والصلب والقطع والنفي يوقعها الإمام إما على سبيل التخير وهو أن يختار العقوبة المناسبة على ما يراه مناسباً للجريمة التي ارتكبها أو على سبيل الترتيب حسب ترتيب الآية حسب قدر الجريمة، وسبب الخلاف في ذلك هو رأي الفقهاء في لفظ (أو) الواردة في الآية الكريمة هل هو للتخيير أو هو للبيان ، فمن رأى أن حرف (أو) جاء للبيان والتفصيل قال إن العقوبات مرتبة على قدر الجريمة، وجعل لكل جريمة عقوبة بعينها، ومن قال بأن حرف (أو) جاء للتخيير ترك للإمام أن يوقع أية عقوبة على أية جريمة بحسب ما يراه ملائماً^(١) .

فالحنفية قالوا : إن أخذوا وقتلوا تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، ثم قتلهم وصلبهم، وإن شاء لم يقطع وإنما يقتل أو يصلب وإن أخافوا الطريق فقط دون القتل ولا أخذ مال ينفوا من الأرض أو يحبسوا أو يعزروا، أما إن قتل ولم يأخذ مالا فعقوبته أن يقتل دون أن يقطع منه أي طرف^(٢) .

وأما المالكية، فعندهم حدّ المحارب هو القتل أو الصلب أو القطع أو النفي أو الحبس، وذلك موكل إلى اجتهاد الحاكم على ما يراه أردع له والأمثل ويسقط عنه إن جاء تائباً قبل القدرة عليه لأنه حق الله تعالى، وذلك لأنه بالتوبة تسقط حقوق الله تعالى ولا تسقط حقوق

(١) التشريع الجنائي الاسلامي ، عبد القادر عوده : ج ٢ ص ٧٤٢ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني : ج ٧ ص ٩٣ .

الآدميين، أما إن قتل فعقابه القتل أو القتل والصلب، والخيار للإمام، فالقتل في الحراية ليس بقتل قصاص وإنما هو حدّ لأنه حق لله تعالى^(١).

أما الشافعية والحنابلة فقالوا: إن أخذوا المال فقط قُطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف، وإن قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا، وإن قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا، وإن أخافوا ينفوا من الأرض^(٢).

دليل السنة النبوية:

عن أنس رضي الله عنه قال: "قدم على النبي صلى الله عليه وسلم نفر من عكل فأسلموا فاجتووا المدينة، فأمرهم أن يأتوا إبل الصدقة فيشربوا من أبوالها وألبانها، ففعلوا فصحوا فارتدوا وقتلوا رعاتها واستاقوا الإبل فبعث في آثارهم فأتي بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم ثم لم يحملهم حتى ماتوا". قال أبو قلابة: هؤلاء قوم سرقوا وقتلوا وكفروا بعد إيمانهم، وحاربوا الله ورسوله، فهذا دليل على حدّ المحارب من السنة الفعلية التي أقامها عليهم رسول الله، فهذه عقوبة من حارب الله ورسوله وسعى في الأرض فساداً، فحكم عليهم بالقتل، فهي عقوبة إعدام قتل وصلب وذلك حدّ لله تعالى وجزاء لهم على ما ارتكبوا من جرائم قطع الطريق وإرهاب الناس والفساد في الأرض.

فهذا الحديث الشريف والآية الكريمة قررت ثلاثة أنواع من العقوبات: الإعدام بطريقة القتل مع الصلب وتقطيع الأيدي والأرجل من خلاف والنفي في الأرض^(٣).

المطلب الثالث

الإعدام في جرائم التعزيز

التعزيز شرعاً: العقوبة المشروعة على جنائية أو جريمة أو معصية لا حدّ فيها ولا كفارة، فهو تأديب: لأنه يمنع من تعاطي القبيح وذلك كوطء أجنبية دون الفرج أو سرقة ما دون النصاب، أو من غير حرز أو النهب أو النصب، أو الاختلاس، أو الجنائية على إنسان بما لا يوجب حدّاً ولا قصاصاً ولا دية، أو شتمه ونحو ذلك، فالتعزيز هو الردع والمنع لعدم معاودة القبيح^(٤). فالتعزيز عقوبة غير مقدرة حقاً لله تعالى ويختلف مقدارها وصفاتها بحسب كبر الذنب وصغره وحسب حال المذنب، وهو مشروع في كل معصية لا حدّ فيها ولا كفارة، ويكون بالضرب والحبس والتوبيخ، أو أكثر من ذلك حسب ما يراه الإمام مناسباً.

^(١) الشرح الكبير للدرديري: ج ٤ ص ٣١١.

^(٢) المهذب للشيرازي: ج ٢ ص ٢٨٤؛ المغني لابن قدامة: ج ٩ ص ١٢٥.

^(٣) الفقه الجنائي المقارن، أحمد مواج: ص ٤٧.

^(٤) إعانة الطالبين، الدمياطي بهامش كتاب عقوبة الإعدام وموقف التشريع الجنائي منه، مرجع سابق: ص ١٠٧.

الفرع الأول القتل تعزيراً عند العلماء

الحنفية لم يعرف عندهم مصطلح التعزير بالقتل ولكن عرف عندهم مصطلح القتل سياسة ، وذكر ابن عابدين في حاشيته أن ما لا يجوز القتل فيه عندهم هو كالقتل بالمثل والجماع في غير القبل وسرقة المنازل ، وممارسة الشذوذ الجنسي ، والقتل الذي تخلف فيه شرط توقيع القصاص عليه إذا تكرر منه ذلك الفعل ، فلإمام أن يقتله وأن له أن يزيد على الحد إذا ظهرت له فيه مصلحة فيرى الحنفية أن لولي الأمر أن يعزر بالقتل في الجرائم التي شرع القتل في جنسها إذا تكرر ارتكابها وذهب أكثرهم إلى قتل من سب النبي ﷺ من أهل الذمة وسموه بالقتل سياسة ، ومن يعتاد السرقة ومن يسعى في الأرض فساداً(١).

أما عند المالكية فإنه لا يوجد عندهم هذا المصطلح ولكن توسعوا في مفهوم الإفساد فأجازوا القتل تعزيراً في بعض الجرائم ، فقاموا بتطبيق مبدأ ملاءمة العقوبة للجريمة ، فإما بسبب الجريمة التي تكون طبيعتها بالغة الخطورة ؛ كجريمة التجسس على الوطن لحساب الأعداء أو لسبب طبيعة المجرم كأن يكون معتاداً على الإجرام الذي لا ينكف ، أو الداعي إلى البدع . قال مالك رب محارب لا يقتل وهو أكثر فساداً وأعظم من القتل(٢).

أما الشافعية فيرون أنه لا يوجد في باب التعزير القتل كعقوبة تعزيرية ، ولكن أجاز بعضهم القتل تعزيراً ، كما في جريمة اللواط ، والدعوة إلى البدع ، المخالفة للكتاب والسنة(٣).

وعند الحنابلة أن ما لم يندفع فساده إلا بعقوبة الإعدام قتلاً أو تكرر منه فعل الفساد ولم يرتدع بالحدود المقدره فإنه يقتل ، ومثلاً له بالجاسوس المسلم الذي يتكرر منه الفعل وتارك الواجب والداعي إلا البدع في الدين(٤) .

فالحنابلة جمعوا بين القتل سياسة عند الحنفية ، وتوسعوا في معنى الفساد عند المالكية فجمعوا بين المذهبين.

ومما يجب ذكره أن الإعدام بصفته عقوبة تعزيرية تؤيده بعض الروايات الثابتة عن الرسول ﷺ كأمره بقتل شارب الخمر في الرابعة ، وأمره بقتل الجاسوس المسلم وأمره بقتل الذين كانوا يؤذون المسلمين عند فتح مكة.

ومع ذلك فإن عقوبة الإعدام في جرائم التعزير يجب أن تبقى في أضيق نطاق ممكن فلا يتوسع في تطبيقها وفي هذا النطاق يمكن العمل في التعزير بعقوبة الإعدام .

(١) حاشية ابن عابدين : ج٤ ص٢٧ .

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون : ج٢ ص٢٠٥ .

(٣) المهذب للشيرازي : ج٢ ص٢٦٨ .

(٤) فتاوى ابن تيمية : ج٢٨ ص١٧٨ .

الفرع الثاني الإعدام في جريمة التجسس

والتجسس اصطلاحاً : فهو قريب من المعنى اللغوي، فالتجسس هو البحث عن الشيء، وهو البحث عما يكتتم عنه، وهو البحث عن دقائق الأخبار وحقائق الأسرار، وهو تتبع عيب أخيك لتطلع على سره، والبحث عن العورات وهو التفتيش عن بواطن الأمور في الشر غالباً . والتجسس هو طلب الإمارات المعرفة^(١) .

مشروعية الإعدام في جريمة التجسس والأدلة في النهي عن التجسس من القرآن الكريم :

قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ ﴾ .

فقد نهى الله سبحانه وتعالى عن التجسس على أي مستوى كان سواء على المستوى الضيق وهو تتبع عورات الناس أو على المستوى الواسع وهو تتبع أخبار المسلمين لصالح الأعداء، فالنهي عن تتبع العورات مطلقاً، عدوه من الكبائر^(٢) .

قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ ﴾ فنزلت الآية في النهي عن التجسس أو اتخاذ الأعداء أولياء ، فقد نهى عز وجل عن اتخاذ الأعداء أولياء ضد المسلمين، وعن زيد بن وهب ، قال : أتى رجل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فقال : هل لك في الوليد بن عقبة ولحيته تقطر خمراً، فقال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا عن التجسس إن يظهر لنا نأخذه^(٣) .

دليل السنة النبوية

روي عن علي رضي الله عنه قال : بعثني الرسول أنا والزبير والمقداد بن الأسود وقال : انطلقوا حتى تأتوا روضة خاغ فإن بها ظعنة ومعها كتاب فخذوه منها فانطلقنا فعاد بنا خيلنا حتى انتهينا إلى الروضة فإذا نحن بالظعينة فقلنا أخرجي الكتاب، فقالت : ما معي من كتاب فقلنا : لتخرجين الكتاب أو لتلقين الثياب فأخرجته من عقاصها فأتينا به الرسول صلى الله عليه وسلم فإذا فيه من حاطب بن أبي بلتعة إلى أناس من المشركين من أهل مكة يخبرهم ببعض أمر رسول الله يا حاطب ما هذا ؟ قال يا رسول الله لا تعجل علي ، إني كنت امرأةً ملصقة في قريش ولم أكن من أنفسها وكان من معك من المجاهدين لهم قرابات بمكة يحمون بها أهليهم وأموالهم فأحببت إذا أفاتني ذلك من النسب فيهم، وما فعلت كفراً ولا ارتداداً ولا رضا بالكفر بعد الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لقد صدقكم، فقال عمر، يا رسول الله

(١) تفسير ابن كثير : ج ٤ ص ٢١٤ .

(٢) تفسير الألوسي بهامش كتاب عقوبة الإعدام وموقف التشريع الجنائي الإسلامي ، مرجع سابق : ص ١١٢ .

(٣) المستدرک على الصحيحين للنيسابوري بهامش ، المرجع السابق : ص ١١٢ .

دعني أضرب عنق هذا المنافق، قال : إنه قد شهد بدرًا وما يدريك لعل الله أن يكون قد اطلع على أهل بدر فقال اعملوا ما شئتم فقد غفرت لكم" (١).

ووجه الدلالة في هذا الحديث أنه عندما طلب عمر رضي الله عنه أن يقتل حاطبًا لم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم قتله ليس لأنه لا يجوز أن يقتل الجاسوس ولكن بين الرسول صلى الله عليه وسلم سبب عدم قتله وهو أنه شهد بدرًا لا لكونه أنه مسلم فقط ، وهذه العلة لا توجد في غير حاطب فلو كان الإسلام مانعاً من قتله لم يعلل بأخص منه وهو كونه شهد بدرًا ، لأن الحكم إذا علل بالأخص كان الأعم عديم الأثر.

وعلى ذلك يكون عدم قتل الجاسوس خاصاً بأهل بدر ، وذلك لما قدموه لنصرة الإسلام في بادئ الأمر .

وأما غيرهم من المسلمين فيقتل منهم من تجسس لصالح العدو لأضراره بالمسلمين وسعيه بالفساد في الأرض وهو بعمله يعتبر أضر على المسلمين من الأعداء المحاربين (٢) .

والسبب الثاني أن حاطباً عندما بين للرسول صلى الله عليه وسلم سبب عمله هذا فقد بين له أنه لم يكن ذلك ارتداداً ولا كفراً ولا حياً للكفار أو تعاوناً معهم أو أنه أخذ على ذلك أجراً منهم ولكن كان ذلك حماية لأقربائه في مكة فقط ، وصدق الرسول صلى الله عليه وسلم بذلك فهذا السبب وهو أن نيته لم تكن خيانة لله . والرسول وبشهوده بدرًا منع الرسول صلى الله عليه وسلم عمر من قتله ، فأصبح ذلك الحكم خاصاً فيه . ومع ذلك فإن حاطباً لم ينكر منه ذلك الفعل ، فإن لم يكن المرء جاسوساً حقيقة إلا إذا اتخذ التجسس عادة ومهنة له ، فبذلك تكون عقوبته القتل (٣) .

أقوال الفقهاء في قتل الجاسوس:

الرأي الأول عند الحنفية والشافعية إذا صار المسلم عيناً للكفار لا يقتل بل يعززه الإمام من ضرب أو حبس، ويعاقب عقوبة منكرة، واستدلوا بقصة حاطب بن أبي بلتعة ، هو أن عمل حاطب يستوجب القتل فتركه صلى الله عليه وسلم ولم يقتله ، أما إذا كان الجاسوس كافراً حربياً فإنه يقتل بالإجماع والمعاهد والذمي في ذلك سواء (٤) .

واستدلوا أيضاً بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : " لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله إلا بإحدى ثلاث النفس بالنفس والثيب الزاني ، والمارق من الدين التارك للجماعة"

فقالوا إن هذا الحديث يدل على أنه لا يحل دم من ثبتت له حرمة الإسلام، إلا أن يقتل أو يزني بعد إحصان أو يكفر كفراً بيناً بعد إيمان ثم يثبت على الكفر، فإن الجاسوس لم

(١) صحيح البخاري : ج ٣ ص ١٠٣٥ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : ج ١٨ ص ٥٣ .

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون : ج ٣ ص ١٩٤ .

(٤) شرح صحيح مسلم للنووي : ج ١٢ ص ٦٧ .

يفعل أيا منها فلا يخرجته تجسسه عن الإيمان إذا كان اعتقاده سليما كما كان حاطب حيث قصد حماية أقاربه^(١) .

الرأي الثاني وهو مذهب مالك رحمه الله وأحد الوجهين في مذهب أحمد بن حنبل وبعض الصحابة، وهو أن المسلم إذا صار عينا للكفار يقتل أو أنه اتخذه عادة وكرر ذلك وأصر عليه واستدلوا بقصة حاطب بن أبي بلتعة وقد ذكرت وجه الدلالة فيما سبق، أما الجاسوس فإن كان كافرا فإنه يقتل . قال مالك : يصير ناقضا للعهد فإن رأى استرقاقه أرقه ويجوز قتله^(٢) .

المطلب الثالث

عقوبة الإعدام في جريمة اللواط

اصطلاحا عند الحنفية هو مباشرة الرجل الرجل بشهوة وهو في الدبر فاللواط هو الوطء في الدبر^(٣) .

أما عند المالكية والشافعية والحنابلة فهو تغييب الفرج بالدبر سواء الذكر أم الأنثى . فيستوي بذلك عند مالك والشافعية وأحمد أن يكون الوطء بالدبر من أنثى أو رجل فالدبر مشارك للزنا في المعنى الذي يستدعي الحد^(٤) .

أدلة مشروعية الإعدام في جريمة اللواط

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : " من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به "^(٥) ، وعنه رضي الله عنه أيضاً أن النبي ﷺ قال : " اقتلوا الفاعل والمفعول به أحصنا أو لم يحصنا "^(٦) .

عقوبة اللواط عند العلماء:

اختلفت آراء الفقهاء في عقوبة اللواط وهي كما يلي:

الحنفية : يرى أبو حنيفة أن اللواط ليس بزنا ، فلا يعاقب عليه عقوبة الزاني بل يعاقب بعقوبة تعزيرية ، فلا حد فيه عنده وذلك لأن الإتيان في القبل يسمى زنا والإتيان في الدبر يسمى لواطاً ، فاختلفت الأسماء دليل على اختلاف المعاني، وذلك لاختلاف أصحاب الرسول ﷺ في حكمه ولأن الزنا يوجد فيه اختلاط في الأنساب، وليس الأمر كذلك في اللواط، فاختلفت عن الزنا وجعل له حكماً منفصلاً ففي الزنا وجد الداعي من الجانبين

^(١) الأم للشافعي ج٤ ص ١٦٦

^(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ١٨ ص ٥٣

^(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٣٩٦

^(٤) المهذب للشيرازي ج ٢ ص ٢٦٨ - المغني لابن قدامة ج ١٠ ص ١٦٠

^(٥) المستدرک على الصحيحين للنيسابوري ج ٤ ص ٣٩٥

^(٦) المستدرک على الصحيحين للنيسابوري ج ٤ ص ٣٩٥

جميعا وهو الشهوة المركبة فيهما وكذلك اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم دليل على أن الواجب لهذا الفعل هو التعزير^١.

أما الملكية ، فقد سوا في العقوبة بين المحصن وغير المحصن فعقوبة اللائط هو الرجم مطلقا أحسن أم لم يحصن^٢.

واستدلوا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : " اقتلوا الفاعل والمفعول به أحصنا أم لم يحصنا " .

ويرى الشافعية والحنابلة ومعهم محمد أبو يوسف من الحنفية أن حد اللواط هو أن الفاعل والمفعول به زانيان لقوله : "إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان"

واستدلوا بأن لفظ الزاني فاحشة ولفظ اللواط فاحشة فهما متفقان من حيث اللفظ فلا بد أن يكونا متطابقين من حيث المعنى لقوله تعالى : ﴿ **وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ الْعَالَمِينَ** ﴾ ، وفي الزنا قال تعالى : ﴿ **وَالثَّلَاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِّسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا** ﴾ فجعل الوطاء في القبل فاحشة والوطء في الدبر فاحشة فسمي احدهما بما سمي بها الآخر .

ويوجد قول آخر عندهم وهو أنه يجب قتل الفاعل والمفعول به لقوله صلى الله عليه وسلم : " من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به " لأن تحريمه أغلظ فكان حده أغلظ سواء كان محصنا أو غير محصن فإنه يقتل^٣.

الفرع الرابع

الإعدام في تجارة المخدرات

المخدر اصطلاحا : هو ما يغيب العقل دون الحواس فالمخدر منه ما هو مسكر ، أو مفسد للعقل أو مشوش للعقل وهو للجسم من خمول وكسل وضعف .

أدلة تحريم المخدرات ومفاسدها وأقوال العلماء في ذلك:

لم يرد في القرآن الكريم ، أو في السنة النبوية المطهرة تحريم صريح بلفظ المخدرات ولم ينقل عن الأئمة ذلك لأنه لم يكن معروفا في زمانهم ، أما العلماء في أواخر العقد السادس الهجري ، اجتهدوا في استنباط الحكم الشرعي ، وقد قاسوا تحريمه على الخمر، لأنه اشترك معه في علة التحريم واعتبروه أشد ضررا على الإنسان من الخمر ، واعتبروه من الإفساد في الأرض فاستدلوا بما يلي :

^١ بدائع الصنائع للكاساني : ج ٧ ص ٣٤ .

^٢ حاشية العدوي : ج ١ ص ١٨٤ .

^٣ المهذب للشيرازي : ج ٢ ص ٢٦٨ .

قال رسول الله ﷺ : إن الذي حرّم شرب الخمر هو الباري سبحانه وتعالى ، وحرّم بيعها وإن كانت حلالاً في صدر الإسلام قال تعالى : ﴿ وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا ﴾ .

ثم بعد ذلك حرّمت في وقت دون وقت ، يقول تعالى : ﴿ لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ﴾ .

ثم حرّمت على الدوام وعلى التأييد لقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ ﴾ .

وإن كلاً من الخمر والحشيش والمخدرات تخامر العقل فبسبب اشتراكها في العلة اشتركت في التحريم ، فبالقياس يمكن أن تأخذ حكم تحريم المخدرات على الخمر ، وذلك أن القياس أحد مناهج التشريع ، فالقياس هو إلحاق أمر لم يرد في حكمه الشرعي نص من القرآن أو السنة بأمر آخر ورد في حكمه الشرعي نص لاشتراكهما في علة الحكم فهو إثبات أو تحصيل حكم الأصل في الفرع وذلك لاشتباهما في علة الحكم^(١) .

فالعلة واضحة كما رأينا وهي الإسكار فقد قال الغزالي^(٢) في قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ ﴾ أنه تعليل الخمر في كل مسكر^(٣) ، قال النووي فما أسكر فهو حرام بإجماع المسلمين.

قال ابن تيمية مجيباً على من سأله عن حكم من تناول الحشيش وعن شأنها أن فيها من المفسد ما ليس في الخمر ، أي بها مضار أكثر فهي أولى بالتحريم ، ومن استحل ذلك وزعم أنه حلال فإنه يستتاب فإن تاب وإلا قتل مرتداً^(٤) .

ما ذكر سابقاً يتعلق بالتناول استعمالاً وتوقيع عقوبة الإعدام يتعلق بالترجيع .

ورأى المشرع السوداني توقيع عقوبة الإعدام في بعض الحالات الخطيرة ونجملها فيما يلي :

(١) المادة (١٥) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية جريمة الاتجار بالمخدرات والمؤثرات العقلية حيث نصت الفقرة (٢) من المادة على ثلاث حالات هي :

(أ) العود - بعد الحكم عليه بالسجن المؤبد والغرامة لارتكابه لأي من الأعمال المنصوص عليها في البند (١) من المادة و يشمل الأحكام القضائية الأجنبية المشابهة .

^(١) الرازي ، المحصول في علوم أصول الفقه : ج ٥ ص ٥ .

^(٢) الحنبلي ، شذرات الذهب : ج ٤ ص ١٠ .

^(٣) الغزالي ، المستقصى من علم الاصول : ج ٥ ص ٢٩٥ .

^(٤) فتاوى ابن تيمية : ج ٣٤ ص ١٠٤ .

- (ب) كون الجاني من الموظفين العموميين المنوط بهم مكافحة الجرائم المتعلقة
بالمؤثرات العقلية...الخ
- (ج) إذا ارتكبت الجريمة المذكورة بالمادة (١٥) بالاشتراك مع أي شخص صغير أو
مريض عقلياً أو مدمن أو استخدمه له في ارتكابها .
- (٢) المادة (١٦) جريمة تقديم المخدرات والمؤثرات العقلية وعقوبتها ، حيث نصت الفقرة
(٢) من المادة على أربع حالات تستوجب إنزال عقوبة الإعدام وهي :
- أ. العود بعد الحكم عليه ويشمل ذلك الأحكام القضائية الأجنبية المشابهة.
ب. كون الجاني من الموظفين العموميين المنوط بهم مكافحة المخدرات والمؤثرات
العقلية...الخ
ج. ارتكاب الجريمة بالاشتراك مع الصغير..أو تقديمها لصغير .
د. تقديم المخدرات أو المؤثرات العقلية لطلاب المدارس أو توزيعها في أماكن
الدراسة.
- (٣) المادة (١٧) عُنيت بمعاقبة ارتكاب الجريمتين المنصوص عليهما في المادتين (١٥)
و(١٦) بالاشتراك مع عصابة عالمية وحددت المادة حالتين هما :
- أ. الاشتراك في الجريمة مع عصابات عالمية ممن تتعامل في المخدرات والمؤثرات
العقلية أو تداولها ..الخ
ب. كون الجريمة المعينة مقترنة بجريمة عالمية أخرى .تهريب السلاح ، الأموال ،
تزييف النقد ،...الخ

المبحث السادس إعدام كبار السن والمرأة الحامل

الإعدام والشيخوخة

بالرجوع إلى القوانين الجنائية السودانية السابقة وقوانين الإجراءات الجنائية المصاحبة لها نجد أنها عرضت نصا يتحدث عن الشيخوخة وإيقاف تنفيذ العقوبة فإذا ثبت لمدير السجن أن المحكوم عليه قد بلغ السبعين قبل تنفيذ العقوبة يجب وقف التنفيذ وإبلاغ ذلك إلى رئيس المحكمة العليا وفي هذه الحالة لا يجوز تنفيذ عقوبة الإعدام وفقا لأحكام القانون . لم تكن تقابل تلك القوانين مشكلة قانونية مثل الوضع الساري الآن حيث أن جميع الجرائم (تعزيرية) تستطيع السلطة التشريعية أن تضع لها العقاب الذي تراه مناسباً وفي نفس الوقت تعطي قمة السلطة التنفيذية رأس الدولة الحق في تخفيف العقوبة بالإضافة إلى العفو ويجب ملاحظة أنه بعد القانون الجنائي لعام (١٩٩١م) وسريان أحكام الشريعة لتغطية مواد القانون أختلف الوضع ولم تعد السلطة على إطلاقها كما في الماضي فسلطته في إسقاط الإدانة أو العقوبة أصبحت مقيدة بعدم كون الجريمة تدخل في نطاق جرائم الحدود أما بالنسبة لجرائم القصاص إلا بعد الحصول على موافقة المضرور أو أوليائه أو بعد استيفاء الحق المحكوم عليه (١) .

حكومة السودان ضد سعيد الطيب الحاج

" حكمت المحكمة الكبرى بإدانة المتهم تحت طائلة نص المادة (٢٥١) من قانون العقوبات لسنة (١٩٢٥م) القتل العمد وأن توقع عليه عقوبة الإعدام إلا أن محكمة الاستئناف أيدت الإدانة وخففت الحكم إلى السجن مدى الحياة ، اعتماداً على أن المحكوم ضده قد تجاوز الخامسة والسبعين من عمره ، وذلك تطبيقاً للمنشور الجنائي رقم (٢٦) ."

المحكمة الدستورية السودانية وإعدام الشيخوخة:

المادة (٢/٢٧) من القانون الجنائي النافذ والمادة (٢/٣٦) من دستور السودان (٢٠٠٥) تتفقان على أن الشيخوخة لا تكف لتكون سبباً مخففاً للمسئولية الجنائية بالنسبة لهم في جرائم الحدود والقصاص المعاقب عليها بالإعدام والسبب الكامن وراء ذلك أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تجيز العفو في حدود الله وبالنسبة للقصاص فهو حق أولياء المجني عليه الذين لهم الحق في القصاص وهم ورثته وقت وفاته (٢) ولقد أرست المحكمة الدستورية السودانية مجموعة من السوابق منها قضية : الفكي منيفي هشابة ضد - ١ - حكمو السودان و ٢ - ورثة المرحوم - حسين الدود الزبير(٣) .

(١) المادة (٢٠٨/١ - ٢) سلطة رأس الدولة في الإسقاط ، والمادة (٢١١) سلطة رأس الدولة في العفو العام ، قانون الإجراءات الجنائية (١٩٩١م) .

(٢) المادة (١/٣٢) القانون الجنائي (١٩٩١) .

(٣) قضية دستورية رقم ٢٠٠١/٤

" هل تجاوز المدان للسبعين من العمر من مستقطات العقوبة بالإعدام ؟ لقد طلب الدفاع عدم توقيع عقوبة الإعدام على المتهم الذي أربى عمره السبعين ولكن هذا الطلب لا يجد سنداً في الدستور أو القانون فالمادة (٢/٣٣) من الدستور تنص على أنه لا تجوز عقوبة الإعدام على الشخص الذي أربى لعمر السبعين وذلك في غير القصاص والحدود وعقوبة الإعدام جاءت قصاصاً على المدان . والمادة (١/١٩٣) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة (١٩٩١م) هو " إذا تبين لمدير السجن أن المحكوم عليه في غير جرائم الحدود والقصاص قد بلغ السبعين من عمره قبل تنفيذ الحكم فعليه إيقاف التنفيذ وإبلاغ ذلك فوراً لرئيس القضاء للنظر في تبديل العقوبة " فلا وجه للقول باستفادة المدان من واقعة تجاوز السبعين من عمره " .

القانون الدولي وإعدام الأشخاص فوق السبعين :

اهتم العالم بالموضوع ونسوق المادة (٥/٤) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والتي اهتمت بالنص على عدم إمكانية إنزال عقوبة الإعدام على الشخص الذي تجاوز السبعين من عمره ، ومن الواضح أن بقية الاتفاقيات الدولية أغفلت إيراد نص مماثل بالرغم من أهميته . يجب ملاحظة الاختلاف بين القانون الجنائي السوداني (١٩٩١م) والوضع الدولي من حيث التزام القانون السوداني بأحكام الشريعة جعله يفرق في المعاملة بين من يقترب جريمة حدية أو قصاصية ، ومن يقترب جريمة تعزيرية فمن اندرج تحت المجموعة الأخيرة استفاد من النص وبالعدم تقع أصحاب المجموعة الأولى تحت طائلة عقوبة الإعدام . ولقد نص دستور جنوب السودان الانتقالي (٢٠٠٥) صراحة على عدم إمكانية إعدام من بلغ السبعين من العمر طبقاً لنص المادة (٢/٢٥) والمادة (٢٦/ج) قانون عقوبات جنوب السودان (٢٠٠٣).

وقد أثير موضوع تنفيذ حكم الإعدام على كبار السن في مصر من خلال محاكمة الرئيس حسني مبارك . إذ يقول الفقيه الدستوري المصري د . إبراهيم درويش : المادة ٤٧٦ من قانون الإجراءات الجنائية تنص على وقف تنفيذ عقوبة الإعدام علي الحبلى وإلى ما بعد شهرين من وضعها . ولا يوجد في القانون المصري نص خاص بكبار السن .

المرأة الحامل وعقوبة الإعدام عالمياً :

المرأة عندما تكون حاملاً فإن كافة الشرائع السماوية والقوانين الوضعية تنص على عدم إنزال العقوبة ، لأنها سوف تتعدى المحكوم عليها إلى شخص بريء آخر داخل رحم أمه ، وفي السودان مثله مثل بقية دول العالم لا تنفذ عقوبة الإعدام أو الإعدام مع الصلب على أولات الحمل قبيل وضع حملهن ، وبالنسبة للمرضعات من الأمهات أيضاً يؤجل التنفيذ في حقهن إلى بعد مرور عامين على بدء الرضاعة إذا كان الجنين قد ولد حياً وظل كذلك.

المجموعة العربية وإعدام الحامل :

اتفقت الدول العربية في تناول هذا الموضوع في قوانينها العقابية ، وأن اختلفت في المدة التي تبقى فيها الحامل . فمثلاً نجد أن القانون المصري وبعض القوانين الأخرى قد أخذوا بخلاف إجماع الدول العربية الأخرى و تبنوا نظراً شاذاً إذ نص على وقف تنفيذ عقوبة الإعدام على الحبلى إلى ما بعد شهرين فقط من تاريخ الوضع عملاً بأحكام المادة (٤٧٦) من قانون الإجراءات الجنائية والتي تنص على " توقف تنفيذ عقوبة الإعدام على الحبلى إلى ما بعد شهرين من وضعها " والمادة (٦٨) من قانون تنظيم السجون (١) .

والقانون الجنائي المغربي يضع في نظرنا أقصر مدة بين قوانين الدول العربية إذ تنص المادة (٢١) " المرأة المحكوم عليها بالإعدام إذا ثبت حملها فإنها لا تعدم إلا بعد أن تضع حملها بأربعين يوماً. "

ولمزيد من المقارنة نجد أن قانون عقوبات قطر بالمادة (٣٦)(٢) ينص على أنه إذا ثبت أن المرأة المحكوم عليها بالإعدام حامل يستبدل الإعدام بالحبس المؤبد . أما القانون الكويتي(٣) فيقول بأنه إذا تبين حمل المرأة المحكوم عليها بالإعدام ووضعت جنيناً استبدل بالحبس المؤبد . وفي الأردن تستوجب أحكام القانون عملاً بأحكام (١٧) استبدال عقوبة الإعدام بالأشغال الشاقة المؤبدة متى ما ثبت الحمل دون ربط بين الحمل والوضع ، أما المادة (٤٣) من القانون السوري(٤) واللبناني والمادة (٩) تونسي لم تحدّد المدة التي يجب استنفادها عقب الولادة وقبل إنزال العقوبة . اليمن قبل الوحدة نجد أن باليمن الديمقراطية سابقاً كان القانون ينص على أن تستبدل العقوبة بالحبس لمدة خمسة عشر سنة(٥) ، وبالنسبة للشق الآخر من اليمن العربية فتتص المادة (٤٢٦) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه إذا كان المحكوم عليه امرأة حبلى يكون التأجيل حتى تلد وتمضي مدة شهرين على الوضع ، وبعد توحيد شطري اليمن تنص المادة (٤٨٤) من قانون الإجراءات الجزائية لسنة (١٩٩٤ م) " يوقف التنفيذ في المرأة الحامل حتى تضع حملها والمرضع حتى تتم رضاعة ولدها في عامين ويوجد من يكفله وتحبس إلى أن يحين وقت التنفيذ " وتكمل المادة (٤٨٧) الصورة بالنسبة للمرأة المحكوم عليها بالإعدام رجماً فتقول " وتعامل المرأة الحامل أو المرضعة المحكوم عليها بالرجم معاملة المحكوم عليها بالإعدام " .

المرأة الحامل وعقوبة الإعدام من نظر الشريعة :

الفقه الإسلامي له موقف واضح وصريح تبناه الفقهاء بعدم إمكانية إقامة الحدّ مطلقاً على المرأة الحامل حتى تضع حملها سواء أن كان الحمل مشروعاً أو من طريق غير

(١) قانون السجون المصري رقم (١٩٦) لسنة (١٩٥٦م) .

(٢) قانون عقوبات قطر ١٩٧١م قانون رقم (١٤) لسنة (١٩٧١م) .

(٣) المادة (٩١/سجون/١٩٦٢) .

(٤) د. عبد الوهاب حومد ، "المفصل في شرح قانون العقوبات -القسم العام" : صفحة (٧٩٠)

(٥) المادة (٦٥) من قانون (١٩٧٦م) .

مشروع كالزنا أو الاغتصاب أو من غيره . وفي هذا اتفاق واضح بين فقهاء الإسلام والقوانين الوضعية ، ويمكن القول بأنه لا يقتص من المرأة الحامل حتى تضع حملها .

ونقل عن ابن المنذر إجماع أهل العلم على أن الحامل لا ترجم حتى تضع ، وساق بعض الأحاديث استشهدا على ذلك الأمر فقال : " ولأن إقامة الحدّ عليها في حال حملها إتلاف لمعصوم ولا سبيل إليه وسواء كان الحدّ رجماً أو غيره ، ولأنه لا يؤمن تلف الولد من سرية لا ضرب ولا قطع ، وربما سرى إلى نفس المضروب والمقطوع فيفوت الولد بفواته ..."^١

خلاصة الرأي في المسألة في ظل أحكام الشريعة الإسلامية والقانون يلخصها لنا الأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور ، في كلمات موجزات فيما يلي :

"وبعد فإن روح الشريعة الإسلامية عدم تنفيذ عقوبة الإعدام على الحامل فيما يضر حملها كما هو روح الفقه الإسلامي وقواعده العامة ، ولما ورد في هذا من سنة الرسول عليه السلام المتمثلة في الحديث الوارد بشأن التي جاءت تعترف بالزنا وهي حامل فقال عليه السلام : إذهبي حتى تضعي حملك . كما أن عليه السلام زجر من تنفيذ العقوبة على الحامل أثناء حملها بقوله : أن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها وهذا مبدأ مجمع عليه بين الفقهاء ، وإنما يختلفون بعض الشيء في مدى تطبيقه"^٢

المبحث السابع

أسلوب ووسائل تنفيذ عقوبة الإعدام في العالم

أسلوب تنفيذ إنزال العقوبة كان ولا زال مثار جدل منذ أن عرف الإنسان العقوبة نفسها بل وتعد الوسيلة المستخدمة من أهم النقاط المثيرة للجدل عندما يطرح أمر عقوبة الإعدام في أي محفل .

الإعدام شنقا

الأسلوب الأكثر شيوعاً وانتشاراً في التطبيق ، وتأخذ به مجموعة مقدره من المنظومة العالمية وخلال حقبة تاريخية كان لها الصدارة في التطبيق ، ولقد بدأت تتقلص الأرضية الواسعة التي كانت تقف عليها ، وهناك عدد مقدر من منظومة دول المعمورة وخاصة بالنسبة لدول عالمنا العربي .

الشنق كان ينفذ في المملكة المتحدة ليس عن طريق الخنق بالحبل كما هو الحال في عدد من الدول وإنما بفصل الفقرات ويطلق على هذه الطريقة (السقطه) ويقال إنها تؤدي إلى الموت الحال وبدون ألم . وفي الماضي كان يتم التنفيذ بالشنق في مكان عام كالميادين وتتصب المشنقة أعلى سلم خشبي يرتفع عن الأرض إلى أربع أمتار وعند التنفيذ يفتح الباب الذي يقف عليه المحكوم عليه والمعلق في عنقه الحبل فيسقط إلى أسفل فيتمزق وينكسر

(١) أ. محمد سلام مذكور ، " الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي - بحث مقارن " : صفحة (٢٣٨) .
(٢) المرجع السابق : صفحة (٢٤١) .

عاموده الفقري ويتهتك النخاع الشوكي وتحدث الوفاة ، وفي وقتنا المعاصر تنفذ العقوبة داخل غرفة الإعدام وبنفس الأسلوب الذي يطلق عليه السقطة .

حالياً نجد أن (٥٨) دولة تستخدم المشنقة كوسيلة لتنفيذ عقوبة الإعدام و (٣٣) دولة منها تعتبر هذه الوسيلة الوحيدة لإنزال العقوبة بينما بقية الدول تجمع بين الشنق ووسائل أخرى .

الإعدام رمياً بالرصاص:

نتيجة للتطور العلمي الكبير واستخدام الأسلحة النارية في الحروب كان أن رأى البعض أن تلك الوسيلة الجديدة وهي الإعدام من خلال تنفيذ رمياً بالرصاص وهي الأنجع والأفضل ولا سيما أن الوسيلة قد صنعت أساساً كوسيلة للقتل ، ونجد أن بعض الدول العربية وغيرها قد أخذت بهذا الأسلوب ومن المجموعة الأخيرة الكويت والمغرب والصومال وقانون الإجراءات الجزائية اليمني .

الإعدام رمياً بالرصاص ارتبط كوسيلة لتنفيذ العقوبة في الغالب الأعم على العسكريين بل أن عدم إيقاع العقوبة بهذا الأسلوب يعد تحقيراً وإهانة للعسكريين وحط من قدرهم .

التخيير بين الشنق أو الرمي بالرصاص :

مجموعة من الدول رأت الأخذ بهذا الأسلوب المختلط فمثلاً نجد القانون القطري قد تبنى هذا النمط المتميز إذ خير بين الشنق والإعدام رمياً بالرصاص وأيضاً أجازت المادة (٥٨) من القانون الكويتي هذا الأسلوب . والقانون السعودي (النظام أي القانون) أن يتم القتل بالآلة التي ينص عليها في الحكم الشرعي ، فإذا لم ينص على آلة معينة ، تكون آلة الإعدام الرمي بالرصاص أو القتل بالسيف ، حسبما يراه ولي الأمر المشرف على التنفيذ . وقانون الإجراءات الجزائية اليمني يبيح أن يتم الإعدام إما بحدّ السيف أو رمياً بالرصاص .

" الإعدام بالرصاص طبقاً لإحصائيات من منظمة العفو الدولية بأنه لا تزال (٧٣) دولة تستخدم أسلوب الرمي بالرصاص كوسيلة لإنزال العقوبة ، وأن من بين هذه المجموعة توجد (٤٥) دولة تعتبرها الوسيلة الوحيدة للإعدام لديها " .

الإعدام بحدّ السيف :

ارتبط هذا النمط ببعض الدول التي تطبق أحكام الشريعة الإسلامية أو على الأقل استقت أحكامها الجنائية منها ، ومنها المملكة العربية السعودية واليمن . ويقول الشيخ محمد أبو زهرة^(١) معلقاً على هذا الأسلوب من الناحية الشرعية :

^(١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي : ص ٥٨٤ .

ويلاحظ أن الشارع الإسلامي إنما أختار السيف لأنه كان أسهل طريق للقصاص ، ولقول النبي ﷺ " إذا قتلتم فأحسنوا القتلة " ، وإحسان القتلة تحرى أسهلها ، وما يمنع التعذيب قبيل الوفاة ، فإذا كان هناك طريق أسهل من القتل بالسيف ، يكون أولى من القتل بالسيف ، ويكون داخلا في الأمر في قوله ﷺ : " إذا قتلتم فأحسنوا القتلة " .

والقصاص في النفس يراعى فيه أن يكون بأسهل آلة تؤدي إلى القتل ولذلك قال أبو حنيفة وأحمد والشيعة الزيدية أن القصاص لا يكون إلا بالضرب بالسيف في العنق ، لأن هذا أسهل طريقة للقتل كما كان معروفا في عصر التنزيل ، وليس الأمر تعبديا ، حتى يكون القتل بغيره محرماً إذا كان أسهل منه . ويقول مالك والشافعي بأن المحكوم عليه بالقتل يقتل بالشيء الذي قتل به ، فيغرق إذا أغرق ويقتل بحجر إن قتل بحجر ، ولكنهما اشترطا ألا يطول تعذيبه ، فان طال قتل بالسيف (١) .

ولقد جاءت المادة (١/١٢٧) من القانون الجنائي السوداني (١٩٩١ م) تنص على : " يكون الإعدام ، إما شنقا أو رجما أو بمثل ما قتل به الجاني " ، أي أنه ولو من زاوية نظرية يمكن الحكم بالإعدام عن طريق السيف إذا كان الجاني قد قتل المجني عليه بالسيف .

الإعدام بالكروسي الكهربائي

هذا الأسلوب هو نتاج التقدم العلمي للبشرية ووصولها إلى عصر الكهرباء فأرأوا الاستفادة من تلك الطاقة بالإضافة إلى الاستخدامات الأخرى في تحقيق العدالة البشرية عند إنزال العقاب ، ويمارس هذا الأسلوب قلة من الدول في العالم وعلى رأسهم الولايات المتحدة الأمريكية صاحبة الاختراع وكان هذا في عام (١٨٩٠م) والذي يطبق لديها في معظم الولايات والبعض الآخر لا يستخدمها كوسيلة لإنزال عقوبة الإعدام (٢) .

الإعدام بالغاز:

الإعدام داخل غرفة الغاز أسلوب أمريكي هو الآخر وكان لولاية نيفادا الأمريكية قصب السبق فيه ، ولقد تعرض هذا الأسلوب في بداية تطبيقه لنقد شديد عنيف على أساس أنه أسلوب قاسي ووحشي ، وكان أول استعمال له وأوله ضحية لهذا النظام المجرم جي جون في يوم (١٩٢٤/١٢/٨م) ولقد أصدرت المحكمة العليا بولاية نيفادا حكماً بأن هذه الوسيلة ليست وحشية أو قاسية أو غير دستورية (٣) .

الإعدام رجماً

(١) المرجع السابق : ص ٥٨٤ .

(٢) محاضرات في علم العقاب ، احمد علي حمو : ص ٩٤ .

(٣) المرجع السابق : ص ٩٥ .

الرجم وسيلة متميزة عن بقية الأساليب المنهية للحياة البشرية ، وهي مرتبطة بأحكام الشريعة الإسلامية وهي لا تطبق إلا في مجموعة من الدول الإسلامية ، ولهذا سوف نتحرى الحديث عنها في تلك الدول .

(١) الرجم في المملكة العربية السعودية : (١)

الرجم هو أسلوب قتل الزاني المحصن رجلاً أو امرأة رمياً بالحجارة وعقوبة الرجم حكم شرعي. وأحكام الرجم ترفع لهيئة التمييز وجوبا وتراجع مع الهيئة الدائمة بمجلس القضاء الأعلى . ويجري التنفيذ وفقا لما ينص عليه في الحكم ، حيث يوضح في الحكم كيفية تنفيذه ، وإمكانية إيقاف التنفيذ حال توافر الشرائط الشرعية ، كعدول المراد رجمه عن إقراره أو هروبه . ولا يجمع بين الجلد والرجم في حق من أحصن إذا زنا ، ووقف التنفيذ عند الهروب يكون في حال ثبوت الجريمة بالإقرار. أما إذا كانت بالبينة فلا يكف عنه .

(٢) الرجم في السودان :

عقوبة الرجم نصت عليها المادة (٦٤/ب) من قانون العقوبات (١٩٨٣م) بعد إلغائها من قبل المستعمر بانتهااء الدولة المهدية عام (١٨٩٨م). إلا أن قانون العقوبات ١٩٨٣ ثم من بعده القانون الجنائي وقانون الإجراءات الجنائية سنة (١٩٩١م) اغفلا الحديث عن كيفية إنزال هذه العقوبة ، وفي هذا إهدار لمبدأ الشرعية لا سيما أن الجريمة المعاقب عليها وهي الزنا من المحصن تعد حداً من حدود الله والعقوبة هي إزهاق روح بشرية ، وصحيح لم يصدر حكم من المحاكم الجنائية يضع التجربة أمام الأمر الواقع من وجوب تطبيق هذه العقوبة ، ولكن الخطورة والمشكلة فيما إذا صدر الحكم بالرجم فكيف سيكون التنفيذ ، لأن الاجتهاد لا يصح في مثل هذه الحالات لاختلاف الناس فيها وتضارب آرائهم والأفضل أن تكون النصوص قاطعة وسابقة وليست لاحقة لها .

(٣) الرجم في اليمن :

عقوبة الرجم في القانون اليمني للجرائم والعقوبات (١٩٩٤م) تختص بجريمتين : الأولى الزنا عملاً بأحكام المادة (٢٦٣) ، والثانية جريمة اللواط (٢٦٤) . ونلاحظ هنا أن المشرع اليمني عامل جريمة اللواط إذا اقترفت من محصن معاملة الزنا ، وهو في هذا الوضع يخالف أحكام القانون الجنائي السوداني لسنة (١٩٩١م) ويتفق مع قانون العقوبات السوداني الملغى لعام (١٩٨٣م).

المادة (٤٨٧٩) من قانون الإجراءات اليمني لسنة (١٩٩٤م) تنص على : " تنفذ عقوبة الرجم رمياً بالحجارة حتى الموت ، ويدعى الشهود لحضور التنفيذ ويبدأون في الرجم ويشهد

(١) د. سعد بن محمد بن علي بن ظفير ، " الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود في المملكة العربية السعودية وأثرها في استتباب الأمن ، دراسة فقهية للنظام الجنائي السعودي " : ج ٢ .

ذلك طائفة من المؤمنين ، وتعامل المرأة الحامل أو المرضع المحكوم عليها بالرجم معاملة المحكوم عليه بالإعدام ."

(٤) الرجم في الإمارات العربية المتحدة :

نصت المادة الأولى من قانون العقوبات رقم (٣) لسنة (١٩٨٧م) على أنه " تسري في شأن جرائم الحدود والقصاص والدية ، أحكام الشريعة الإسلامية ، وتحدد الجرائم والعقوبات التعزيرية وفق أحكام هذا القانون ، والقوانين العقابية الأخرى " .

خمس دول من عالمنا المعاصر تستخدم هذا الأسلوب كواحد من أساليب إنزال العقوبة وبالطبع لجريمة بعينها وهي الزنا من المحصن ولدى دولة الإمارات واليمن اللواط يأخذ حكم الزنا ويتعين على القاضي تطبيق أحكام الشريعة حداً ، يعاقب مرتكبها بالقتل في حال ثبوتها .

الإحصان وارتباطه ببقاء الزوجية :

المشكلة القانونية التي تواجه العمل في التطبيق هو تعريف من هو " المحصن " ولقد اشترط هذا الركن القانون الجنائي السوداني (١٩٩١م) (١) ، وجاءت الفقرة الثالثة من المادة (١٤٦) من القانون الجنائي لتقول : " يقصد بالإحصان قيام الزوجية الصحيحة وقت ارتكاب الزنا ، على أن يكون قد تم فيها الدخول " .

الرأي الغالب عند فقهاء المسلمين أن الشخص المحصن هو الشخص الذي تزوج وتمتع بحياته الزوجية سواء ظل متزوجاً ، أو افترق عن زوجته بالطلاق أو الوفاة ، وهناك رأي للإمام محمد أبو زهرة يقول فيه : " ولكن عند النظر العميق لا نجد نصاً صريحاً يقرر أن المرأة المطلقة تعتبر محصنة ، وكذلك الرجل الذي ماتت زوجته أو طلقها يعتبر محصناً ... " (٢) .

ذهب إلى هذا الرأي أيضاً العلامة الشيخ رشيد رضا ، حيث ذكر في كتابه المنار : " أن المحصنة بالزواج هي التي لها زوج محصنها فإذا فارقتها لا تسمى محصنة بالزواج - كما لا تسمى متزوجة كذلك المسافر إذا عاد لا يسمى مسافراً ولكن ما بال الثيب التي فقدت كلا الحصنين تعاقب بأشد العقوبتين إذا حكموا عليها بالرجم ؟ هل يعدون الزوج السابق لها محصناً لها وما هو إلا إزالة لحصن البكارة وتعويد لممارسة الرجال فالمعقول الموافق للفطرة هو ألا يكون عقاب الثيب التي تأتي الفاحشة عقاب المتزوجة " .

القضاء السوداني تصدى لمشكلة الإحصان وتعريفه بعد ميلاد قانون العقوبات الرابع (١٩٨٣م) بعد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مواده ، فجاءت السابقة الأولى المنشورة ، ونسوق الرأي الفقهي الذي قدمه للساحة القاضي حنفي إبراهيم أحمد :

(١) المادة (١٤٦ / ١ / أ - ب) القانون الجنائي (١٩٩١م) .

(٢) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي : ص ١١٣ .

حكومة السودان ضد آمنة بابكر أحمد^(١)

" القاضي(الشرعي)- حنفي إبراهيم أحمد يقول: " وعليه بما أن المتهمه في البلاغ قد طلقها زوجها قبل ارتكاب الجريمة وكما هو واضح من أشهاد الطلاق الصادر من الجهات الرسمية (مستند اتهام - ٣) وهذا يعني أنه لم يوجد نكاح قائم ساعة ارتكاب الحادث وبالتالي لا تعتبر محصنة ويكون قد انتفى شرط من شروط جريمة الزنا المعاقب عليها بالرجم حدًا كما أنها لا تعتبر بكرا لسبق الدخول عليها في نكاح صحيح " .

^(١) مجلة الأحكام القضائية السودانية (١٩٨٥م) : ص ١٢٩ .

المبحث الثامن حجج المنادين بإلغاء عقوبة الإعدام

أثارت عقوبة الإعدام ، وما زالت خلافاً بين اتجاهين ، يرى الأول إلغائها في حين يدافع الثاني عن الإبقاء عليها ، وقد قامت مجموعة من الدول بإلغاء هذه العقوبة القصوى ، أما غالبية الدول فلا تزال تنص في تشريعاتها على الأخذ بها.

حجج المنادين بإلغاء عقوبة الإعدام :

أولاً : إن المجتمع لا يستفيد شيئاً من إعدام الجاني بل إن من مصلحته إصلاح حاله واستعادته عضواً صالحاً فيه ، فهي غير مجدية وغير نافعة سواء من جهة فردية أو من جهة اجتماعية ، فهي تحول دون أن يشرع المحكوم عليه - تحت رقابة الدولة - في إصلاح آثار الجريمة ما كان ذلك ممكناً ، كما أن العقوبة تعدم الدولة من قوة كاملة يمكن أن تسهم في الإنتاج ، خاصة بعد أن أصبح العمل في السجون عاملاً في زيادة الإنتاج.

ثانياً : إن العقاب حق تملكه الدولة باسم المجتمع الذي تدود عنه وتقتضيه ضرورة المحافظة عليه وحمايته ، والمجتمع لم يهب الحياة للفرد حتى يمكنه بإنهائها ، بل هي هبة الخالق ونعمته ، فلا يحق لأحد أن يأخذها منه.

ثالثاً : إن عقوبة الإعدام لم تحقق زجراً للمجرمين في البلاد التي تأخذ بعقوبة الإعدام وأنه لم تقل فيها نسبة الجرائم التي يحكم فيها بالعقوبة ، هذا في الوقت الذي لم تتزايد فيه نسبة الجرائم في البلاد التي لم تأخذ بها . كما أن كثيراً من الدول قد عادت لإلغائها بعد أن ثبت لها عدم جدواها وانعدام تأثيرها.

رابعاً : إمكانية خطأ القاضي وبذلك يذهب الأمل في إرجاعه ، فهذه العقوبة يستحيل إصلاح آثارها حيث يبدو أن العدول عنها حق وواجب فقد تظهر براءة المحكوم عليه بعد تنفيذ العقوبة ، وذلك أن الأخطاء القضائية ليست نادرة ، والعدالة الإنسانية نسبية حتى إن أغلب التشريعات الوضعية تقر الحق في تصحيح أخطاء الأحكام.

خامساً : إن عقوبة الإعدام تتسم بالضراوة والبشاعة فهي وحشية وخطيرة ولا تفي بالتأديب ، ويشمئز منها الضمير ، وتأخذ صفة الانتقام ، وهي أقرب إلى أن تكون نوعاً من القتل ترتكبه الدولة ، وقد أطلق البعض على الإعدام أنه جريمة مشروعة من قبل الدولة ولا شك أن للإعدام تأثيره السيئ على أهل المحكوم عليه ، ينمي لديهم الشعور بالعنف والقسوة وأحياناً الإحساس بالميل إلى الانتقام.

سادساً : إن عقوبة الإعدام غير عادلة ولا تناسب بينها وبين كثير من الجرائم فهي غير قابلة للتدرج وفقاً لمدى مسؤولية الجاني أو مدى خطورته أو مدى ما حققه من ضرر فمن

الصعب بلوغ هذا التناسب فالتعادل بين الجريمة وبين عقوبتها المقدره قانوناً أمرٌ نسبي دائماً.

فهي لا تقبل التجزئه فيه إما أن يحكم بها أو لا يحكم بها فلا يستطيع القاضي أن ينصرف في مقدارها بالقدر الذي يستحقه المحكوم عليه^(١).

سابعاً : إن المجتمع ليس بحاجة إلى عقوبة الموت للدفاع عن نفسه، فالقتل لا يمكن اعتباره هدفاً لتحقيق العدالة^(٢).

ثامناً : إن كانت الغاية من العقوبة هي الزجر والردع، فهناك طرق أخرى أي عقوبات أخرى يمكن أن تحقق وبنجاح تلك الغاية المنشودة، حيث الواقع والحقيقة يمكن أن تكون العقوبات الأخرى أكثر فعالية في مجال الزجر والردع من القضاء على حياة الإنسان^(٣).

موقف الإسلام من هذه الحجج السابقة

أولاً : قال مؤيدو الإلغاء : إن المجتمع لا يستفيد شيئاً من إعدام الجاني ولكن في الحقيقة على العكس، فإن المجتمع قد استأصل الشر واستأصل العضو الفاسد في المجتمع وذلك لكي لا يفسد الباقون.

(فإن عقوبة الإعدام تحقق أقصى قدر من الزجر والإرهاب في النفس خشية سلب الحق في الحياة، وبالتالي فهي أكثر الوسائل فاعلية في تحقيق أهداف الدولة والمحافظة على نظامها الاجتماعي، فإن عقوبة الإعدام ضرورية اجتماعية، تبررها المجتمع والدولة)^(٤).

وعقوبة الإعدام لا توقع إلا في الجرائم البشعة التي تدل بذاتها على خطر الجاني وتأصل روح الشر فيه وأن الأمر ليس وفقاً على التكفير عن خطأ الجاني ولكنه أيضاً للدفاع عن حق المجتمع في البقاء وذلك ببتير كل عضو يهدد كيانه ونظمه.

وأرى أن القرآن الكريم عندما ذكر قوله تعالى : ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ** ﴾ ، كان يقصد بذلك أن موت الشخص المجرم حياة لباقي البشر، فهنا استفاد المجتمع أنه ضمن الحياة المستقيمة لكافة المجتمع، وأما بالنسبة أن يسهم المسجون في زيادة الإنتاج فإن ذلك مستبعد لأن العضو الفاسد في المجتمع الذي لا يرجى برؤه ولا يمكن أن يكون عضواً منتجاً في المجتمع لأن أكثر السجون قد يتخرج منها محترفو الإجرام فلا بد من استئصال العضو الفاسد لكي ينصلح وينزجر الفرد والمجتمع.

^(١) علم الإجرام والعقاب ، مرجع سابق : ص ٣٥١ .

^(٢) عقوبة الإعدام بين الإبقاء والإلغاء لسامي سالم : ص ١١٢ .

^(٣) فلسفة عقوبة الإعدام للسقا : ص ٢٨٢ .

^(٤) علم الإجرام والعقاب لياسر علي : ص ٣٤٨ .

ثانياً : قالوا : إن المجتمع لم يهب الحياة للفرد كي يستطيع أن يأخذها منه ، وأقول : إن الذي يهب الحياة يستطيع أن يأخذها ، فالله عز وجل هو واهب الحياة للبشر وهو يعلم ما يصلحهم وقد أقام الله عز وجل المجتمع ومنهم القضاة أو الحكام أو من ينوب عنهم وذلك لكي يطبقوا حكم الله عز وجل في الإعدام ، فكما وهبها يستطيع أن يأخذها ، قال تعالى : ﴿ هُوَ يُحْيِي وَيُمِيتُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ ﴾ ، وقال تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يُحْيِي وَيُمِيتُ ﴾ ، وإذا كان المجتمع لم يهب الفرد الحياة حتى يملك حق سلبه لها فهو أيضاً لم يهبه الحرية حتى تسمح لنفسه بسلبه لها ، ولو أخذنا بهذا المنطق لأدى حتماً إلى إلغاء جميع العقوبات على اختلاف أنواعها"

ثالثاً : ويقولون : إن عقوبة الإعدام لم تحقق ردعاً للمجرمين بل على العكس فإن عقوبة الإعدام هي أكثر العقوبات ردعاً للمجرمين وذلك لأنها من أقصى العقوبات زجراً وذلك خشية سلب الحق في الحياة ، فهي أكثر الوسائل فعالية في تحقيق أهداف الزجر والردع وباتت هذه الأهداف على مر العصور ، وتدل البيانات الإحصائية على أن عدد أحكام الإعدام التي نفذت فعلاً في تناقص مستمر في الدول التي تحتفظ بهذه العقوبة في حين زادت الجرائم في بعض الدول التي ألغتها على نحو جعلها ترى أن من مصلحتها إعادة هذه العقوبة.

وفي الحقيقة إن التشكيك في هذه العقوبة تشكيك في كافة العقوبات ، فإذا كانت عقوبة الإعدام لا تشكل أي ردع فأبي العقوبات تستحق الردع إذن ؟ وأجريت دراسات في الولايات المتحدة تشير أن تنفيذ عقوبة الإعدام لردع جريمة القتل . وأن نسبة جرائم القتل زادت في السنوات التي منعت المحكمة العليا الأمريكية فيها عقوبة الإعدام^(١) .

ولقد دلت كل هذه الأبحاث التي تناولت هذا الموضوع بالإحصائيات الحقيقية ، حيث أجريت مقارنة بين السنوات التي كانت عقوبة الإعدام سائدة وبين السنوات التي ألغيت فيها تلك العقوبة.

وفي دراسة أجريت عام 2005 م وأخرى أجريت بتاريخ 2006 م أوضحت الدراسة بأننا حينما نلغي عقوبة الإعدام فإننا بطريقة غير مباشرة سوف نضيف لكل جريمة مرتكبة نحو خمسة جرائم قتل أخرى ، والنتيجة قاسية جداً ، ويقول البروفيسور موكان : " إنني شخصياً أعارض عقوبة الإعدام للجاني ولكن هذا لا يعني أنني أؤيد مضاعفة الجرائم ببلدي وبكل بلاد العالم^(٢) .

وفي عام 2001 م قام البروفيسور بجامعة ايمروني بدراسة مفادها بأن تنفيذ عقوبة الإعدام تمنع حدوث ما يوازي 18 جريمة قتل في حين أكدت دراسة أخرى لعلماء آخرين بأنها تمنع حدوث ما بين 5 - 14 جريمة قتل .

(١) عقوبة الإعدام في فلسطين لعماد الدويك : ص ١٠ .

(٢) عقوبة الإعدام وموقف التشريع الجنائي الإسلامي : ص ١٧٥ .

وأن عملية الإلغاء التي نفذتها ولاية الينوي قد شجعت المجرمين على ارتكاب نحو 150 جريمة قتل في أربع سنوات، وفي عام 2005 م ارتكب نحو 16692 جريمة قتل توصل البوليس لمرتكبيها في حين نجد نحو 601 جريمة لم يتوصل البوليس للجنة حتى الآن، وفي هذا العدد شرح بول روبن محاضر الاقتصاد بجامعة امدوي" بدلاً من أن يجلس الناس ويقولوا إن إلغاء عقوبة الإعدام خطأ ويجب أن يصحح، فإن بعض العلماء لا يودون الخضوع للحقيقة بينما للبعض مناصب لا يودون مغادرتها"^(١).

أما المفكر الاقتصادي العالمي اسحق هيرشي فقد كتب تقريراً حول هذا الموضوع في عام 1975 مما جاء فيه: " إن إلغاء عقوبة الإعدام قد ساهم في تعدد جرائم القتل بصورة كبيرة وإنني أتوقع أن تزداد هذه الجرائم مستقبلاً"^(٢).

فنرى هنا أن عقوبة الإعدام في الواقع تحقق أقصى درجات الردع والزجر إذ تنقص الجرائم في البلاد التي ما زالت تعمل بهذه العقوبة.

وأرى عندما أقيم حدّ القصاص والرجم على زمن الرسول ﷺ فإن ذلك قد أدب المجتمع وقلل من الجريمة لمئات السنين وذلك لأن تلك العقوبة تعتبر زاجرة وراذعة للمجتمع ولل فرد فهي موانع قبل الفعل وزاجرة بعده^(٣)، فإن الله تعالى يزغ بالسلطان ما لم يزغ بالقرآن فإقامة الحدود واجبة على ولاة الأمور^(٤).

رابعاً: إن إمكانية الخطأ في الحكم من قبل القاضي وبذلك يذهب الأمل في إرجاعه، أقول: إن الخطأ ليس سبباً لإلغاء عقوبة الإعدام، فاحتمال الخطأ يصب في كل نظام اجتماعي، فإن كان نظاماً ضرورياً فإنه يكفي أن تتخذ الاحتياطات التي من شأنها توخي الأخطاء التي تصحبه، فإن حدث خطأ ما فإنه على الرغم من ذلك تعين النظر إليه بأنه نوع من المخاطر الاجتماعية، واحتمال الخطأ يصعب كذلك تنفيذ العقوبات المانعة للحرية، فهو ليس من المتعذر تصور حدوث ذلك بالنسبة لمن يحكم عليه بالسجن مثلاً، فقد يصاب مسجون بعاهة في أثناء عمله بداخل السجن أو بمرض وبائي داخل السجن فيموت، فهنا يتعذر إصلاح ما نشأ عن تنفيذ عقوبة السجن من الضرر إذا كان الحكم بها مشوباً بالخطأ.

فكما أن القاضي يخطئ فإن الطبيب أيضاً ممكن أن يخطئ عندما يعمل عملية لمريض، فأصبح الخطأ مرفوعاً عن الجميع لأن الخطأ موجود في جميع العقوبات الأخرى، ولا سبيل لتدارك ما تم تنفيذه خطأ، على أن حالات الإعدام الخطأ تكاد تكون معدومة إذ إن القضاة يتخرجون من الحكم بتلك العقوبة، ما لم تكن أدلة الاتهام صادقة، وقد وضع

^(١) عقوبة الإعدام وموقف التشريع الجنائي الإسلامي: ص ١٧٥.

^(٢) عقوبة الإعدام وموقف التشريع الجنائي الإسلامي: ص ١٧٥.

^(٣) حاشية ابن عابدين: ج ٤ ص ٣.

^(٤) الطرق الحكمية لابن القيم: ص ٢٠٦.

الإسلام ضمانات لتفادي أي خطأ يقع فيه القاضي وخاصة في هذه العقوبة الصارمة ، وذلك بالتشدد في وسائل الإثبات المشددة^(١) .

ووضع الإسلام ضمانات في ميل الإمام إلى الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة حيث قال ﷺ : " أدرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير له أن يخطئ في العقوبة " .

فإذن الخطأ ليس في ذات العقوبة بل في تطبيقها من قبل من يطبقها ، فالخطأ في إثبات الجريمة على المجرم من ناحية طرق الإثبات لتفادي تلك الأخطاء يأخذ بأثر الضمانات والتحريات الدقيقة في إثبات الجريمة لإيقاع تلك العقوبة.

خامساً : قالوا إن عقوبة الإعدام تتسم بالبشاعة والوحشية فهي عقوبة غير عادلة ولا تناسب بينهما أقول : إن الجريمة التي اقترفها المحكوم عليه بالإعدام خطيرة جداً وبشعة جداً يشتمز منها الشعور الإنساني ولهذا كان جزاؤه من جنس العمل ، إذ أن في إعدام المجرم حياة الأبرياء الذين يسلمون بموته من أذاه وشره ، وإذ كان المحكوم عليه بالإعدام قد سولت له نفسه الشريرة قتل غيره بغير محاكمة فإن إعدامه بعد محاكمته قانونية يكون أقرب إلى العدل وذلك لأن الله عز وجل هو الذي وضع هذه العقوبة ، فلا يوجد أعدل من هذه العقوبة على وجه الأرض ، وهذا هو التناسب والعدل بين الجريمة وعقوبتها لأن القاتل حيث حرّم المقتول من حقه في الحياة ، فإن من العدل والتناسب أن يحرم من حقه في الحياة ، لأن نفس القاتل ليس بأحسن من نفس المقتول ، فقد قال تعالى في كتابه العزيز : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ ، فهنا كل نفس إنسان تساوي غيرها من النفوس ، وكما أنها تحقق الإنصاف لعائلات الضحايا الذين فقدوا أبناءهم وأقاربهم ، فإنها تخلق نوعاً من الاستقرار الاجتماعي^(٢) .

وقولهم : إنها صفة الانتقام الفردي فهذا الكلام بعيد عن الحقيقة و شتان بين شريعة القصاص وبين الانتقام ، فالانتقام يدفع إلى الحقد ، والقصاص يدفع إلى طلب العدل . والانتقام يباشره المعتدي وغالبا ما يكون بأشد مما وقع من اعتداء ، أما للقصاص فيتولى أمره الحاكم وبعد حكم القضاء والتحقق من استيفاء شروط القصاص .وقد رسمت الشريعة القصاص حدوداً لا ليتجاوزها تجعل منه عقوبة أساسها العدل وليس الانتقام ، وفضلاً على أنها تميل إلى العفو واختيار الدية بدلاً من القصاص وبذلك جعلت نطاق القصاص محدوداً جداً ، وبذلك انحصرت جرائم القصاص في أضيق نطاق ممكن يجعل من تطبيقه أمراً استثنائياً لا يكون إلا في الحالات التي تستوجبه حقاً ولا يكون في توقيعه أدنى حيف على المجرم^(٣) .

(١) العقوبة لإسماعيل محمود إبراهيم : ص ١٥ .

(٢) علم الإجرام والعقاب ، مرجع سابق : ص ٣٤٩ .

(٣) نظام التجريم والعقاب في الإسلام ، على منصور : ص ٢٩٦ .

سادساً : قالوا إن المجتمع ليس بحاجة إلى عقوبة الموت للدفاع عن نفسه بل على العكس فالمجتمع في أمس الحاجة إلى عقوبة رادعة وزاجرة ومؤدية للمجتمع مثل تلك العقوبة الصارمة فلا بد أن تكون العقوبة متناسبة مع الجريمة، فالقتل لا يردعه إلا القتل، وهو أعلى أنواع العدل فقد ذكر الله تعالى أن المجتمع لا بد له من مؤيدات وعقوبات تحميه من الفاسدين والعاثين وقد قال عز وجل : ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ** ﴾ فجعل الله عز وجل القصاص الذي هو نوع من أنواع الإعدام حامياً للمجتمع من القتل والفساد.

سابعاً : قالوا يمكن أن تحل محل عقوبة الإعدام عقوبات أخرى يمكن أن تحقق بنجاح تلك الغاية المنشودة، ولكن في الحقيقة الذي خلق البشر يعلم ما يصلحهم ويعلم مدى درجة العقوبات الرادعة لكل جريمة على حسب خطورتها، فمن الصعب أن تحل عقوبة محل عقوبة لتؤدي الردع المطلوب، فهناك ثمة أشخاص يفعلون أكثر الجرائم خطراً ولكن تفشل أمامهم كافة أنواع العقوبات الأخرى وليس من سبيل للحماية من خطرهم وبذلك تصبح عقوبة الإعدام الأكثر فعالية لتجسيد هذه الغاية. وإن عقوبة الإعدام في الحقيقة لا ينصلح بها حال المحكوم بها عليهم، بل ينصلح حال الآخرين فهي بذلك تجسيد لمفهوم الردع العام، وإن القول بأن الأخذ بعقوبات بديلة عن عقوبة الإعدام ليتصادم وجسامة جرم الجاني، فالسجن المؤبد بصفته عقوبة بديلة عن عقوبة الإعدام لا يتناسب وفداحة الضرر الناجم عن الجريمة من ناحية ولا يتناسب وإثم الجاني من ناحية أخرى^(١)، فهل من المعقول أن إنسان قتل إنساناً أن يكون السجن رادعاً له ولغيره بل على العكس يمكن أن يكون السجن له هو الغاية المنشودة أو أن يكون له مأوى، أو يمكن أن يكون السجن له بمثابة مدرسة لتعلم الإجرام كما هو الحال في أغلب السجون اليوم.

(١) النظام الجنائي الإسلامي، مصطفى محمد: ص ٣٤٦.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، أما بعد؛

فإن الأحكام الشرعية سواء أكانت في العقائد أم في العبادات أم في العقوبات مصدر تشريعها من الله عز وجل ، فهو خالق البشر محييهم ومميتهم عارفاً بما يصلحهم في دينهم وديانهم ، وذلك لأن عقول بني البشر تبقى قاصرة في تفكيرها فلا تعرف خفايا الأمور . فيمكن للإنسان أن يضع قانوناً يصلح لبعض الناس ولا يصلح لبعضهم الآخر ، ليصلح لزمان ولا يصلح لزمان غيره ، يصلح لمكان معين ولا يصلح لغيره ، فيه مصلحة لبعض الفئات وفيه مضرة لغيرها . فإذن أصبح الإنسان مخلوقاً مثل باقي بني البشر فلا يستطيع أن يخرج بنتيجة صحيحة يجمع عليها باقي البشر ، فهنا لا بد من قوة قاهرة عالمة لأمر البشر ، عالمة لمواطن الغيب ، عالمة بأحوال البشر وطبيعتهم تنظم حياتهم ، وتضع القوانين اللازمة لكي يصبح به العالم نظيفاً من الشوائب خالياً من الفساد والردائل ، ينعم بالأمن والأمان ، والراحة والاطمئنان ، فقوة الله عز وجل القادرة على وضع القوانين الصالحة لكل زمان ومكان مناسبة لكل إنسان وعادلة بين جميع بني البشر.

فترى في الأزمنة السابقة والعصور السالفة أنه كانت تحكمهم شريعة الغاب القوي يأكل الضعيف إلى أن جاءت البشرية ببعض القوانين لتنظيم حياتهم ، فوضعت القوانين، ولكنها بقيت هذه القوانين قاصرة، فأصبح إسراف في تقدير العقوبة وخاصة عقوبة الإعدام فجعلوها عقوبة لجرائم كثيرة ومتنوعة.

فمثلاً كانت القوانين الوضعية إلى أواخر القرن الثامن عشر تسرف في تقدير هذه العقوبة إلى حد بعيد كان القانون الإنجليزي يعاقب على مائتي جريمة في كل منها بالإعدام، والقانون الفرنسي يعاقب على مائة وخمسة عشر جريمة بالإعدام، كذلك كما يجعل الذين يحكمون بالإعدام عددهم كثير جداً بل حتى على أتفه الأسباب، فقد حكم على ثلاثة أطفال بالإعدام بسبب سرقة زوج حذاء، وفي عام 1814 م أيضاً أعدم أحد الأشخاص لقطعه شجرة .

وبالإضافة إلى الطرق الوحشية في تنفيذ هذه العقوبة إذ كانت تنفذ بالحرق أو بالزيت المغلي أو بدفن الأحياء أو بالتمثيل بهم حتى الموت.

ولكن عندما جاء الإسلام وقرر العقوبات ومنها عقوبة الإعدام لم يقررها عبثاً لأي جريمة بل قدرها لأخطر الجرائم الموجودة ، بل حصرها في عدة جرائم تهدد كيان المجتمع وتهدد مقاصد الشريعة الكلية ، وحتى في تنفيذ هذه العقوبة أمر الإسلام أن تنفذ دون تعذيب وتمثيل فقد قال الرسول ﷺ : " إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتل وإذ ذبحتم فأحسنوا الذبح " . فهذه العقوبة الشرعية التي أنزلت لصالح

البشر لا يكمن فيها أي عيب أو شر من ناحية أهدافها ، ولكن إذا كان يوجد مشكلة في تلك العقوبة فالمشكلة ليست بها كعقوبة ولكن في طرق تطبيقها من حيث الجرائم الموجبة لها ، أو الطرق في تنفيذها ، أو من حيث إثبات تلك الجرائم على مجرميها.

وأقول إذا كانت تلك العقوبة قد طبقت بشكل عادل ودون تمييز وكانت مستمدة من الشريعة وقد طبقت على مستحقها الذي ثبت عليه يقيناً فهي تعتبر أعظم الله عقوبة عند تعالى وعند العباد لأنها أنصفت البشر جميعاً وجعلت طريقاً منيراً في المجتمع قد نعم بالأمن والأمان والطمأنينة وخلت من أي منغصات .

مشروع توصية

تمتد جذور عقوبة الإعدام إلى معظم الحضارات والشرائع السماوية السابقة وكانت تطبق في أعداد كبيرة من الجرائم التافهة .

وحتى أواخر القرن الثامن عشر كانت الجرائم المعاقب عليها بالإعدام في بريطانيا تبلغ مائتين وعشرين جريمة من بينها جريمة السرقة وقطع الأشجار. وفي فرنسا مائة وخمسين جريمة . وكان السبق للشريعة الإسلامية في إلغاء عقوبة الإعدام في كثير من الجرائم وحدت من غلوئها عما كان عليه الحال في كثير من الدول .وجعلتها عقوبة لجرائم محدّدة. وأحاطتها بكل الضمانات حتى لا يكون هناك خطأ في الحكم بها .

والمشروع لهذه العقوبة هو الله الخالق العليم بمصالح عباده وهو الرحيم بهم.

وهي ثابتة بكتاب الله تعالى وسنة النبي ﷺ لا يقبل التعديل ولا الإبطال ، فمن طالب بالإلغاء من المسلمين فهو ضال .

وما تسعى إليه الدول الغربية لغرض الإلغاء على الدول الإسلامية انتهاك لمواثيق الأمم المتحدة التي تنص على حرية الأديان . وهذا الأمر من صميم ديننا الحنيف .

الدكتور إبراهيم احمد عثمان

قاضي المحكمة العليا

عضو مجمع الفقه الإسلامي السوداني

المراجع

- (١) أحكام القرآن الكريم ، الجصاص ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٥هـ.
- (٢) تفسير الطبري ، الطبري ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٥هـ .
- (٣) الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.
- (٤) تفسير ابن كثير ، ابن كثير ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠١هـ .
- (٥) صحيح البخاري ، البخاري ، دار السلام ، الرياض ، دار الفيحاء ، دمشق ، ط٢ ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م .
- (٦) صحيح مسلم ، مسلم ، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
- (٧) حاشية الطحاوي ، الطحاوي ، طبعت الاوفست ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٩٥هـ ، ١٩٧٥م.
- (٨) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه الأمام أبو حنيفة النعمان ، ابن عابدين ، مكتب مصطفى البابي الحلبي ، ط٢ ، مصر ، ١٩٦٦م .
- (٩) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الكاساني ، دار الكتاب العربي ، ط٢ ، بيروت ، ١٩٨٢م.
- (١٠) الشرح الكبير ، الدرديري ، دار الفكر ، بيروت
- (١١) الأم ، الشافعي ، ط٢ ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٣هـ .
- (١٢) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، الشربيني ، دار الفكر ، بيروت .
- (١٣) المهذب في فقه الشافعية ، الشيرازي ، دار الفكر ، بيروت .
- (١٤) فتاوى ابن تيمية في الفقه ، ابن تيمية ، مكتبة ابن تيمية ، ط٢ .
- (١٥) المغني ، ابن قدامة ، دار الفكر ، بيروت ، ط١ ، ١٤٠٥هـ .
- (١٦) إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ابن القيم ، دار الحديث ، القاهرة ، ط١ ، ١٩٩٧ ، تحقيق عصام الدين ، دار الكتاب العربي ، ط١ ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م .
- (١٧) زاد الميعاد في هدى خير العباد ، ابن القيم ، طبعة القاهرة ، ١٣٧٩هـ .
- (١٨) العقوبة في الفقه الإسلامي ، احمد فتحي بهنسي ، مطابع دار الكتاب العربي ، مصر ، ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م .
- (١٩) علم الإجرام والعقاب ، على محمد جعفر ، المؤسسة الجامعية للدراسات ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، ١٩٩٧م .
- (٢٠) القصاص في النفس ، عبد الله العلي الركبان ، مؤسسة الرسالة ، ط١ ، ١٩٨٠ .

- (٢١) الفقه الإسلامي وأدلته الفقه العام ، الزحيلي ، دار الفكر للطباعة والتوزيع ، دمشق ، ط٢، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- (٢٢) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، محمد أبو زهرة ، القاهرة ، دار الفكر العربي .
- (٢٣) فلسفة عقوبة الإعدام بين النظرية والتطبيق ، محمود السقا ، دار المغرب ، الرباط، ١٩٧٧ م.
- (٢٤) الإسلام عقيدة وشريعة ، محمود شلتوت ، ط٦، ١٩٧٢.
- (٢٥) الفقه الجنائي في الإسلام، أمير عبد العزيز ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط٣، ٢٠٠٧م.
- (٢٦) في أصول النظام الجنائي الإسلامي ، محمد سليم العوا ، دار المعارف ، القاهرة .
- (٢٧) التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، عبد القادر عودة ، مكتبة دار التراث ، القاهرة .
- (٢٨) الموسوعة الفقهية ، الأوقاف ، وزارة الأوقاف والشئون الإنسانية بالكويت، نشر وزارة الأوقاف الكويتية .
- (٢٩) عقوبة الإعدام بين الإبقاء والإلغاء، ساسي سالم الحاج ، دار الكتاب الجديدة المتحدة ، ط١، ٢٠٠٥م.
- (٣٠) النظام الجنائي الإسلامي ، القسم العام العقوبة البنيان القانوني وعقوبة الحدود ، مصطفى محمد عبد المحسن ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٧ م .
- (٣١) فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون ، فكري أحمد عكاز، شركة مكاتب عكاظ للنشر والتوزيع ، ط١، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- (٣٢) التجريم والعقاب في الإسلام مقارناً بالقوانين الوضعية ، علي منصور ، مؤسسة الزهراء للإيمان والخير بالمدينة المنورة ، ط١، ١٩٧٦م .
- (٣٣) الوجيز في عقوبة الإعدام القاضي الدكتور غسان رباح ، منشورات الحلبي الحقوقية ط١، ٢٠٠٨م.
- (٣٤) عقوبة الإعدام وموقف التشريع الجنائي الإسلامي منها ، وائل لطفي صالح ، أطروحة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع ، جامعة النجاح

المواقع على شبكة الإنترنت :

- (35) <http://www.tetouanhadit.com/showthread.php?t=10327>
- (36) <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=128513>
- (37) <http://www.dialogueonline.org/q2.htm>
- (38) http://ahlalquran.com/arabic/printpage.php?main_id=5009&doc type=1
- (39) http://qanouni.blogspot.com/2010/11/blog-post_02.html
- (40) <http://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/old/economics/2003/19-2/koudsi1.pdf>
- (41) <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=200923>
- (42) http://ar.wikipedia.org/wiki/تاريخ_عقوبة_الإعدام

- (43) [http://scholar.najah.edu/sites/scholar.najah.edu/files/all thesis /5171854 . pd f](http://scholar.najah.edu/sites/scholar.najah.edu/files/all%20thesis%205171854.pdf)
- (44) <http://amagh5.topgoo.net/t964-topic>



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

عقوبة الإعدام في النظر الإسلامي

للأستاذ الدكتور عبد الله مبروك النجار
أستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
كلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر
عضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف
عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة

بسم الله الرحمن الرحيم

عقوبة الإعدام في النظر الإسلامي

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده. سيدنا ونبينا محمد بن عبد الله الرحمة المهداة، والنعمة المسداة، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه واتباعه ومن سار على منوال شريعته واتبع منهاج دينه إلى يوم الدين وبعد.

فقد كانت عقوبة الإعدام منذ أن عرفت البشرية طريقها للتنفيذ علي من يرتكبون الجرائم الموجبة لها محل جدل كبير من جهة مدى مناسبتها للجريمة التي توجب توقيعها، أو أثرها في الحد من وقوع الجرائم المقتضية لتطبيقها، أو من جهة النظر إليها في الإطار الإنساني الذي يميل إلى الاعتدال، وينأى بنفسه عن التشفي والانتقام. وقد زاد ذلك الجدل في الآونة الأخيرة بعد أن كثر تدخل المجتمع في تنظيم حركة الفرد والتأثير فيها، وأصبح من الخطأ أن ينظر إلى السلوك الإجرامي للفرد بعيداً عن التأثير بالدوافع الاجتماعية التي قد تكون حافزاً له علي ارتكاب الجريمة الموجبة لتطبيق عقوبة الإعدام، ومنها علي سبيل المثال لا الحصر، الظلم الاجتماعي والتفاوت الطبقي الذي يعطي بعض طوائف المجتمع كل شئ ويحرم غالبية من أبسط الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الأفراد في المجتمع الإنساني وهي حفظ الكرامة الإنسانية وتوفير أدنى أسباب المعيشة الكريمة، ومن تلك الأسباب أن يقع الظلم ولا يجد من يردده عن المظلوم، وذلك بتواطؤ المجتمع مع الظالم، وغل يد القضاء عن الحكم النزيه وقد قيل قديماً: إن العدل هو أساس الملك، وما زال هذا القول صادقاً وسارياً، ومن أسس الملك التي يبقيها العدل: الأمن الاجتماعي الذي تحفظ فيه الحياة وينحسر وقوع الجرائم المهددة لها، أو المقتضية لتطبيق عقوبة الأعدام، ومن المعلوم أنه لا يمكن تجاهل تلك الأسباب وأمثالها في التأثير علي بعض الأفراد، وتؤدي بهم إلى الجنوح للجريمة.

وبين النوازع الإجرامية الكامنة في الذات البشرية، وتلك التي تبدو في التأثيرات الاجتماعية أشد الجدل واحتد، وأدي الخلاف حول عقوبة الأعدام إلى إيجاد بيئة فكرية تستوجب إعادة النظر في السياسية العقابية علي وجه العموم، وعقوبة الإعدام علي وجه الخصوص، بما يقتضي بيان أمرين:

أولهما: مدي ملاءمة تلك العقوبة في مجال الإصلاح العقابي وردع المجرمين عن ارتكاب موجبها.

ثانيهما: مدي موافقتها للعدل المجرد عند مقابلة المصالح التي تحميها، بالمصالح التي تستهلكها تلك العقوبة، ومنها إتلاف النفس البشرية التي ارتكبت الجناية بحق الأفراد أو بحق المجتمع علي وجه العموم.

وحول هذين المبحثين يدور موضوع هذا البحث:

بيد أن الشرع فيه يقتضي - بداهة - التقديم له ببيان المصلحة التي تطيح بها عقوبة الإعدام، فمن المعلوم أنها تستهدف الزجر والردع لمنع المجرمين من ارتكاب مثل الجريمة التي أعدم الجاني بسببها، وهذه مصلحة اجتماعية تبرر وجود تلك العقوبة في قائمة العقوبات الجنائية، بل وعلي الرأس من تلك القائمة، إلا أن تحقيق تلك المصلحة الاجتماعية لا يتم بسهولة، ولكنه يستهلك نفساً إنسانية تحمل سر الله ونفخته القدسية، ولها حرمة أوجب الله صيانتها وعدم إهدارها إلا بالحق، كما قال الله سبحانه في محكم كتابه: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ (١)، وقال سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ (٢)، وبهذه المقابلة بين مفاصد الجريمة، ومفاصد ما ينطوي عليه العقاب فيها بالإعدام، غدا من الضروري عقد موازنة بين المفسدتين لبيان أيهما أقل فساداً من الأخرى وتكون - لذلك الاعتبار - أولى بالرعاية، وهو ما يتعين بيانه في مقدمة تسبق مبحثي الدراسة المشار إليهما، ويحسن أن يكون ذلك في مبحث تمهيدي كما يلي:

(١) سورة الإسراء، من الآية ٣٣.

(٢) سورة الفرقان، من الآية ٦٨.

مبحث تمهيدي

نطاق المصلحة في مجال عقوبة إهدار حياة الجاني

لا مرأى في أن عقوبة الإعدام إذا جاءت في إطار العدل الذي أمر الله به، وتحققت المساواة فيها بين نفس الجاني، ونفس المجني عليه التي أزهقها بجريمته، علي نحو ما سماه الله قصاصاً، فإنها تكون بتلك المساواة مثلاً يحتدى به لإقامة العدل بين الناس وتحقيق الأمن في المجتمع، وردع من تسول لهم أنفسهم الاعتداء علي المصالح العليا التي أوجب الشارع المحافظة عليها وعاقب من ينتهك حرمتها، ولهذا المعنى أخبر الله - عز وجل - في محكم كتابه أن في القصاص حياة، فقال سبحانه: ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ** ﴾^(١)، فجعل تلك العقوبة مصدراً للحياة مع أنها لا تقوم إلا بإعدام نفس الجاني، وقتل نفس الجاني وإن كان مفسدة في حد ذاته، إلا أنه لا يجوز النظر إليها مجردة عن مآلاتها، والمقاصد التي تؤدي إلي تحقيقها، ومنها تحقيق الردع الذي يدفع خطر التعدي بالقتل عن أنفس كثيرة، وذلك بما يحدثه الردع العقابي من تخويف الجاني وتحذيره من مغبة جريمته، وأنه إذا لم يكف أذاه عن أنفس الآخرين فإنه سوف يفقد نفسه بسببها.

وذلك من شأنه أن يكفل حماية الحق في الحياة علي وجه العموم، وحماية الجاني نفسه علي وجه الخصوص، فإنه إذا كف عن القتل حفظ حياة غيره، وحياة نفسه، وذلك هو الحفاظ الحقيقي للحياة كما أخبر الله تعالى في كتابه الكريم، فإن من يعلم سلفاً أنه سيقتل بغيره إذا قتله، وأن القصاص في انتظاره ولا سبيل له من الفرار إذا حل العقاب عليه، امتنع عن الإقدام علي هذه الجريمة فتسلم نفسه من القصاص، وتسلم نفوس الآخرين من القتل، وفي هذا حياة^(٢).

والإعدام ينتهي إلي التضحية بنفس الجاني، وهذه النفس يتنازعها نوعان من الحقوق: أحدهما حق الله، والثاني حق العبد، وحق الله هو الذي يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد، فينسب إلي الله - تعالى - لعظم خطره وشمول نفعه، وإلا فباعتبار التخليق الكل سواء في الإضافة إلي الله تعالى الذي له ما في السموات وما في الأرض، وباعتبار الضرر أو الانتفاع فإنه متعال عن الكل^(٣).

وأما حق العبد فإنه هو الذي يتعلق به مصلحة خاصة، مثل حرمة ماله، وحقه في الولايات الخاصة والعامة والطاعة ممن تجب عليهم طاعته شرعاً كالزوجة مع زوجها، والأمة مع ولي أمرها^(٤).

(١) سورة البقرة. من الآية رقم ١٧٩.

(٢) د. فكري عكاز، فلسفة القصاص في الشريعة الإسلامية، والقانون الوضعي، ص ٣٥، الطبعة الأولى، سنة ١٩٧٣، مطبعة السعادة.

(٣) شرح التلويح علي التوضيح، للإمام التفتازاني، ج ٢، ص ٤١٩، طبعة المكتبة التوفيقية.

(٤) المرجع نفسه.

غير أن هذين الحقيقتين يتفاوتان في نسبة وجودهما بنفس الجاني وغيره، حيث يجتمع في القصاص منه حق الله وحق العبد، وحق العبد فيه غالب، فإن لله تعالى حق الاستعباد، وللعبد حق الاستمتاع، ففي مشروعية القصاص إبقاء للحقين وإخلاء للعالم عن الفساد، إلا أن وجوبه بطريق المماثلة التي تنبئ عن معنى الجبر، وفيه معنى المقابلة بالمحل، فكان حق العبد فيه راجحاً ولهذا فوض استيفاؤه إلي الولي، وجري فيه الاعتياض بالمال^(١).

وحق العبد وإن كان غالباً في نفس الجاني، إلا أنه عند إزهاق روح غيره ظلماً يكون قد أهدر حقه في مقابل جريمته التي أطاحت بما للمجني عليه في نفسه من حقوق، وبما لله في نفس المجني عليه منها، حيث فوت حق الاستعباد لله، وأشاع الفزع والرعب في المجتمع الإنساني فعطله عن إخلاص العبودية لربه، وأفسد عليه كمال نيته في التوجه له بالطاعات والعبادات علي نحو ما أوجبه علي عباده حين قال: ﴿ وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءً ﴾^(٢)، وفي ظل الإطاحة بتلك المصالح الخاصة والعامة، يكون الجاني قد أهدر نفسه، وفرط في حياته، ولا يكون للالتفات إلي أهميتها عند توقيع العقاب عليه أثر أو اهتمام.

ذلك في حال القصاص، أما في حال قتل الجاني في الحدود الموجبة لذلك وعند ارتكاب مقتضياتها، فمن المعلوم أن الحدود عقوبات تجب حماية لحقوق الله تعالى، التي يعم نفعها الجميع والتي يجب علي الكافة حمايتها والمحافظة عليها، ويحظر عليهم إهدارها أو التفريط فيها، وقد قرر الشارع عقوبة قتل النفس حداً في بعض الجرائم كما في حد جريمة الزنا من المحصن الذي سبق له الزواج، وكما في حد الحرابة حيث يقول الله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾^(٣)، وكما في حد الردة، وحد البغي.

وحق الله الذي تطيح به جريمة القاتل إذا ما قوبل بحقه الخاص علي بدنه، فإن حق الله هو الذي يقدم، وذلك ما دلت عليه السنة الصحيحة فيما رواه البخاري والنسائي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن امرأة من جهينة جاءت إلي النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أمتي نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت أفأحج عنها، قال: نعم، حجي عنها أرايت لو كان عليها دين أكنت قاضيته، أقضوا الله، فالله أحق بالوفاء^(٤)، ووجه الشاهد في هذا الحديث قوله ﷺ: الله أحق بالوفاء، فإن فيه دلالة علي أن حق الله إذا تنازع في وجوب الوفاء به مع حق العبد، فإن حق الله هو الذي يقدم، وذلك تخريجاً علي القاعدة الفقهية

(١) المرجع نفسه، ص ٤٣٠.

(٢) سورة البينة، من الآية ٥.

(٣) سورة المائدة، آية ٣٣.

(٤) التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول ﷺ، للشيخ منصور ناصف، ج ٢، ص ١١١، طبعة جريدة صوت الأزهر.

التي تقضي بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام^(١)، ومن ثم يكون الأساس الذي تقوم عليه عقوبة الإعدام له ما يبرره شرعاً.

والقانون الوضعي لا يبتعد عن تلك الغاية فإن قصد العقوبة فيه أن يتحقق الردع العام، وهو يعني إنذار الجاني والناس كافة بسوء عاقبة الإجرام، حتى يجتنبوه، وفي هذا يقول الفقيه الألماني: (فويرباخ): إن فكرة الإكراه النفسي الذي يخلق لدى المجرمين بواعث مضادة للبواعث الإجرامية تتوازن معها، أو تفوقها كفيلاً بأن تنأى بهم عن سبيل الجريمة، ويؤيد الفقيه الإنجليزي (بنتام) ذلك المقصد العقابي باعتبار أنه يحقق منفعة اجتماعية تفوق الغنم الذي حصل عليه الجاني من ارتكابها، فيحمله ذلك في المستقبل، ويحمل كل أقرانه علي تجنب الإقدام عليه^(٢)، ومن ثم يبدو أن رجحان الحق العام علي الاعتبارات الخاصة للجاني أمر لا يختلف فيه النظر القانوني عن التوجه الشرعي.

(١) لأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٩٥، المكتبة التوفيقية.

(٢) الوجيز في علم الإجرام والعقاب، د. حسنين عبيد، ص ١٩٠، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٦م.

المبحث الأول

عقوبة الإعدام ودورها في الإصلاح العقابي

الإعدام لغة: هو الحكم بإزهاق روح المجرم قصاصاً^(١)، وهو من العدم أي الفقد والضياع^(٢)، وفي اصطلاح فقهاء القانون: يعرف الإعدام بأنه: حرمان المحكوم عليه من أغلي ما يملكه وهو حقه في الحياة^(٣)، أو هي العقوبة التي تؤدي إلي المساس بسلامة جسم الجاني وتؤدي إلي موته^(٤)، أو هي إزهاق روح المحكوم عليه شنقاً^(٥).

وهي في التشريع الإسلامي: تمثل عقوبة شديدة، تجب في حالات ارتكاب جرائم القصاص والحدود ولذلك تعرف بأنها العقوبة التي يحكم بها القاضي في قصاص أو حد عند استيفاء شروط تطبيقها^(٦).

وعهد البشرية بعقوبة الإعدام قديم، حيث عرفتها الشرائع القديمة، وشهد تطبيقها إسرافاً في التنفيذ حتى اقترنت بتعذيب المحكوم عليه قبل إزهاق روحه، وذلك تغليباً لنوازع التشفي والانتقام منه، وربما كان ذلك الإسراف في تطبيقها والتعذيب الذي اقترنت بها هو الذي استثارت الشعور الإنساني العام لدي بعض الفلاسفة والمصلحين والباحثين في مجال التجريم والعقاب إلي ضرورة مراجعة النظر في تلك العقوبة وما يقترن بها من الأذى البدني الذي يمثل مساساً غير أخلاقي بجسد المحكوم عليه، وهو مساس تشرف عليه الدولة بنفسها فتضرب بذلك مثلاً سيئاً في الاعتداء علي سلامة أجسام مواطنيها، ويقول المعارضون لتلك العقوبات التي تمس ببدن المحكوم عليه: إن تنفيذها يقترن (بسادية) من يقوم به، والجمهور الذي يشاهده، وهذا مما يجافي تحقيق المقاصد التي تعترف بها الأمم المتحضرة في العقاب^(٧)، وقد تنازع عقوبة الإعدام واقعان كل منهما يقدر في جدواها، وهما الواقع النظري، والواقع العملي، ويحسن الإشارة لكل منهما في مطلب علي حدة.

المطلب الأول

الواقع النظري لجدوي عقوبة الإعدام

حظيت العقوبات الماسة بجسم المحكوم عليه، ومنها عقوبة الإعدام باهتمام كبير من المفكرين والفلاسفة لهذه العقوبة، وعلي رأسهم: روسو، وبيكاريا وبنطام، واختلفت

(١) المعجم الوجيز، ص ٤١٠، طبعة وزارة التربية والتعليم.

(٢) المرجع نفسه.

(٣) مبادئ قانون العقوبات، القسم العام، د. أحمد بلال، ص ٧٩٠، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٩.

(٤) الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، د. أحمد فتحي سرور، ج ١، ص ٦٣٩، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٥.

(٥) الوجيز في علم الإجرام والعقاب، د. حسنين عبيد، ص ١٨٤.

(٦) في هذا المعنى: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج ١، ص ٦٨٧ وما بعدها، طبعة نادي القضاة.

(٧) د. أحمد بلال - السابق - ص ٧٧٦ وما بعدها.

أفكارهم حولها ما بين مؤيد بها ومعارض لتطبيقها، وكان لكل فريق مبرراته فيما يميل إليه.

أولاً: حجج القائلين بعدم جدوى عقوبة الإعدام:

قال المعارضون لعقوبة الإعدام: إن المجتمع لم يهب الإنسان حق الحياة، ومن ثم لا يكون له الحق في سلبها، وللنفس البشرية قدسية في جميع الأديان، كما أنها عقوبة غير عادلة، لأنها لا تتناسب مع الضرر الناتج عن الجريمة، وعدم إمكان تلافي آثارها إذا ما تم تنفيذها في المحكوم عليه، ثم ثبتت براءته بعد ذلك، وهي غير فاعلة في ردع المجرمين، بدليل ازدياد نسبة الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام رغم الحكم بها، ناهيك عن فضاة هذه العقوبة - في نظرهم-، وقسوتها، وما تسببه من أذى للشعور الإنساني، كما قالوا: إن وجودها في التشريع يعوق حسن إدارة العدالة الجنائية وتطويع قواعد الإثبات لإيجاد الثغرات المانعة من تطبيقها، وأنها قد لا تطبق إلا على الضعفاء والمهمشين، وتقوم على مبدأ اليأس من الجاني^(١) مع أنه من الممكن إصلاحه.

تقييم هذه الحجج:

وهذه الحجج مردود عليها من أصحاب الاتجاه القانوني والفلسفي الذي يري غير هذا الرأي: بيد أن النظر الأولي فيها يدل على أن تلك الحجج لا تصدق على هذه العقوبة في مجال التشريع الإسلامي؛ لأن العقوبة مقررة بشرع الله الذي خلق الإنسان، وهو الذي وهبه الحياة وجعل حقه فيها مرهوناً بعدم سلب حياة الآخرين، فإذا حكم بسلب حياته لما قرره لذلك من الأسباب يكون ذلك من قبيل الحقوق الواجبة له، وهي عادلة، لأنها تقوم على موازنة دقيقة بين الحقين الخاص والعام - كما رأينا - وهذه الموازنة تنتهي حتماً لصالح تلك العقوبة لرجحان المصالح المحمية بها، ولهذا سميت قصاصاً في حالة التعدي على نفس الآخرين لتأكيد معني العدل والمساواة، وفي حالة الحدود تقوم على العدالة وزيادة، تلك الزيادة التي تصب في صالح المحكوم عليه، وتحول دون التسرع في الحكم عليه بالإعدام، حتى صار دفع العقاب بالشبهة من مبادئ تلك العقوبة، وأن تنفيذها محدد بالشروط التي تجعل تنفيذها أمراً دونه خطر القتاد، وما قيل من أنها غير فاعلة، فمرد ذلك ليس إلى العقوبة في ذاتها، بل إلى أساليب تنفيذها، والالتفاف عليها والتماس الأعذار للجاني حتى لا يحكم عليه بها، ومن ثم كان ذلك هو سبب عدم فاعليتها وليست العقوبة في ذاتها^(٢).

طرق تنفيذ عقوبة الإعدام في الشرائع الوضعية:

وقد يكون من أخطر الأسباب التي حدثت بالمفكرين الذين اتخذوا موقفاً معارضاً لعقوبة الإعدام ما ارتبط بها في الأزمنة الماضية من الأساليب البشعة في تنفيذها، حيث كانت تنفذ بالحرق أو بالنزيت المغلي، أو بالكسر على العجلة، أو بالكفن الحديدي، أو

(١) د. أحمد فتحي سرور، السابق، ص ٦٤١، د. أحمد بلال، السابق، ص ٧٩٠ وما بعدها.

(٢) د. فكري عكاز، السابق ص ١٠٠ وما بعدها.

بالخازوق، أو بالفرق، أو دفن الجاني حياً، وفي أواخر القرن الثامن عشر كان تنفيذ عقوبة الإعدام في فرنسا يتم بتمزيق الجاني إلى أربعة أجزاء، حيث يربط بأربعة خيول تتحرك كل منها إلى جهة معاكسة للأخرى، والدولاب بقطع أطراف المحكوم عليه وتركه علي الدولاب الدوار حتى الموت والحرق و قطع الرأس والشنق، والسلق في غلاية، وكانت الجثة بعد إعدام الجاني تعرض علي الملاء وتبقي معلقة في السلاسل، وكانت تغمس أحيانا في القطران حتى يبقى مدة أطول كإنداز للشر، وكان الشنق أو تقطيع الجاني حياً ونزع الأمعاء و قطع الرأس وتجزئة الجسم من العقوبات المقررة لجريمة الجناية العظمي في ألمانيا^(١).

ولم تكن تلك الأساليب البشعة تقابل جريمة تبررها، أو تبرر مجرد العقاب بالإعدام في كثير من الحالات، فقد كانت تلك العقوبة تطبق بهذا الأسلوب القاسي علي عدد من الجرائم التافهة حيث حكم علي ثلاثة أطفال في سن ٨، ٩، ١١ سنة بالإعدام لقيامهم بسرقة حذاء، وفي سنة ١٨١٤ أعدم شخص لقيامه بقطع شجرة، وفي سنة ١٨٣٣، حكم علي صبي عمره تسع سنوات بالإعدام لقيامه بسرقة كمية من الصمغ قيمتها لا تتجاوز خمسين جنيها كما حكم علي تسعة وثلاثين شخصاً بالإعدام لأنهم تخلفوا عن حضور جلسة محاكمة^(٢)، ومثل هذه البشاعة في التنفيذ، كما أن تلك التافهة في التطبيق لا يوجد لهما أدنى أثر في التشريع الجنائي الإسلامي ومن ثم فإنه لا يسوغ الاحتجاج عليه بهما. وقد تطورت طرق تنفيذ عقوبة الإعدام حتى أصبحت تتمثل في بعض الصور التي لا تؤلم المحكوم عليه وتعجل بموته مثل الكرسي الكهربائي، والحقن القاتل، والرمي بالرصاص، والشنق و قطع العنق بالسيف وهو المعمول، في التشريع الإسلامي.

ثانياً: حجج المؤيدين لجدوى عقوبة الإعدام:

والذين يرون جدوى عقوبة الإعدام يقولون: إنها أنسب العقوبات لأخطر المجرمين الذين لا يجدي معهم سوى البتر من المجتمع لعدم جدوى إصلاحهم، وأن فيها كفاية لتحقيق الردع العام والتخويف الاجتماعي بما تحمله من التهديد بإزهاق الروح، وأنها تحقق الوظيفة الأخلاقية للعقوبة باعتبار أنها شريتكافاً مع شر الجريمة، وأن العقوبة التالية لها في الشدة، وهي سلب الحرية مدى الحياة لا تصلح كبديل لها، وأنها قليلة التكلفة، وترضي المشاعر العامة، وتحد من الانتقام والتأثر^(٣).

وليس بشرط أن يهب المجتمع حقوقاً معينة للإنسان حتى يحق له سلبها، وما يقال عن حق الحياة يقال عن حق الحرية، وحق تملك المال اللذان يسلبان بالعقاب المقيد للحرية، والغرامات، والمصادرة التي تطيح بالمال. ولأن العقاب حق للمجتمع حتى يحفظ مقومات

(١) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ص ١٣٠، طبعة ١٩٦٨، د. فكري عكاز، السابق، ص ١٠٢.

(٢) د. فكري عكاز، السابق، ص ١٠٣، والمراجع المشار إليها بالحاوية.

(٣) د. أحمد بلال، السابق، ص ٧٩٢.

حياته من نوازع الشرالتي قد تكون طاغية وجامحة عند بعض بني أفراده، وما يقال عن عدم تناسبها مع الجريمة مردود عليه، بأن التناسب أمر نسبي، والأفكار الفلسفية الحديثة تقر وجود ذلك التناسب مع خطورة المجرم، وليس مع الجريمة، كما أن ما يقال عن عدم إمكان تبادلي أثرها إذا تم تنفيذها، فإن هذا الأمر لا يرد علي عقوبة الإعدام وحدها، بل يرد علي جميع العقوبات غير الإعدام فإنها إذا نفذت خطأ علي المحكوم عليه، يصعب تدارك آثارها، ولو قيل يمنع تنفيذ العقاب لذلك، فإنه يسري علي كافة تلك العقوبات ومن ثم يتعطل نظام العقاب في المجتمع ويهناً المجرمون بما يقومون به من تخريب لمقوماته، وهذا ما لا يستقيم عقلاً. وإذا كانت الإحصاءات تشير إلي أن الجرائم الخطيرة تزيد رغم الإبقاء علي عقوبة الإعدام فإن نفس الإحصاءات تشير إلي زيادة هذه الجرائم الخطيرة عند توقف العمل بها، ولهذا فإن كثيراً من الدول لم تكفد توقف العمل بها حتى بادرت إلي العودة إليها عندما لاحظت زيادة عدد الجرائم التي تهدد أمنها، وما يقال عن بشاعتها وقسوتها، فتلك حجة عاطفية لا تصمد أمام الفزع الذي يحدث من ارتكاب الجرائم المبررة لها، ومن ثم يكون وجودها في النظام العقابي أمراً مطلوباً بل وضرورياً^(١).

تقييم مدى دور الإعدام في الإصلاح العقابي؛

واختلاف الرأي حول جدوى عقوبة الإعدام في الإصلاح العقابي وإن كان قديماً إلا أنه سيظل متجدداً، وسوف تسمع بين الحين والحين مثل تلك الدعوات التي تتنادي بإعادة النظر في جدوى عقوبة الإعدام، والمطالبة بإلغائها، ثم العودة إلي المطالبة بتطبيقها بعد ذلك الإلغاء، أن مرد ذلك التردد مرتبط ببعض التحولات الاجتماعية التي قد تطرأ علي مجتمع (ما) في بعض الظروف التي قد تري في العقاب نوعاً من المساس بالحقوق الإنسانية التي يتعين حمايتها بالتشريع، وأن أنواع الحقوق المحمية بتلك العقوبة قد يتغير النظر إليها في المجتمعات الإنسانية من مكان آخر، وفي المجتمع الواحد من زمان إلي زمان، وذلك بناء علي تغير الثقافات والأفكار، وتأثير القوى الشعبية التي تصل بالوسائل الديمقراطية إلي مكن صنع القانون وصياغته في التوجه نحو إبقاء عقوبة الإعدام أو إلغائها.

بيد أن هذا التقلب في الأخذ بالعقوبة أو الانصراف عنها لا يسوغ أن يكون مؤثراً في قيمة العقوبة ذاتها، ومدى ما تتسم به من قدرة علي الردع العام الذي يحمي المصالح العليا المناسبة لحفظها بتلك العقوبة الشديدة، فإن ذلك مما لا مرأى فيه، ولأن التوجه نحو إلغاء العقوبة غالباً ما يكون مرهوناً باعتبار العدالة التي قد تفتقد عند تقرير العقوبة أو عند تنفيذها. فعند تقرير العقوبة نجد أنها واجبة التطبيق لعدد من الجرائم التي يكثر عددها، وأن كثرة تطبيقها علي تلك الجرائم المتعددة غالباً ما يرتبط بنزعة الانتقام ورفض المجرمين تماماً، وافتقاد الأمل في أي إصلاح لهم، وهذا المسلك يدل علي إحساس بالعجز عن تحمل انحرافهم بالعلاج الاجتماعي والنفسي الذي يصلح سلوكهم مع المحافظة علي

(١) د. أحمد فتحي سرور، السابق، ص ٦٤٣، د. فكري عكاز، السابق، ص ١٠٤ وما بعدها.

حياتهم، إن لم يكن باستبعاد عقوبة الإعدام، فليكن بتقرير عقوبة مقيدة للحرية مكانها.

المطلب الثاني

الواقع العملي لجدوى عقوبة الإعدام

ولو أن عقوبة الإعدام قد استخدمت وفقاً للمعايير القائمة في التشريع الإسلامي عند تطبيق عقوبة القصاص لكانت تلك العقوبة علاجاً ناجعاً بالمخاطر التي تهدد المصالح التي تحميها، إلا أن تطبيقها في القانون مازال حتى وقتنا هذا مشوباً بثلاثة عيوب كبيرة يمكن أن تكون هي السبب في قبح تلك العقوبة والمناداة بإلغائها. وهذه العيوب

أولها: الإسهاب في تطبيق تلك العقوبة الشديدة في عدد من الجرائم التي يتسم تطبيقها فيها بالمبالغة والشطط، والخضوع لأهواء بعض الفئات التي تري أن في المحيط التي تقوم عليه نوعاً من المصالح العليا التي تستأهل الحماية بها، ولذلك تقرر عقوبة الإعدام لكل من يعتدي أو يفكر في الاعتداء عليها مع أن تلك المصالح لا تعدو أن تكون من النوع العادي الذي يمكن أن يحمي بما عدا تلك العقوبة الشديدة.

وثانيها: افتقاد الدقة في تحديد أركان العمل الإجرامي في الجرائم التي تتقرر تلك العقوبة لها، فيرد توصيفها بعبارات فضفاضة غير محددة.

وثالثها: افتقاد التعادل بين الجريمة والعقوبة: ويكون من المفيد تفصيل الكلام في هذين الأمرين بما يبرز مكان العيب ومداه فيهما فيما يأتي:

أولاً: الإسهاب في توقيع عقوبة الإعدام:

لقد أسهبت النظم القانونية الوضعية - ومنها القانون المصري - في تقرير عقوبة الإعدام في عدد من القوانين التي نصت علي تلك العقوبة وهي: قانون العقوبات وقانون مكافحة المخدرات، وقانون الأحكام العسكرية، وقانون الأسلحة والذخائر وقد تضمن كل من تلك القوانين جملة من الجرائم الكثيرة المعاقب عليها بالإعدام، وذلك كما يلي:

(١) قانون العقوبات المصري:

أجاز القانون المصري توقيع عقوبة الإعدام في بعض الجرائم، ومنها: القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد. (مادة ٢٣٠) والقتل العمد بالسهم (مادة ٢٣٣)، والقتل العمد المرتبط بجناية أو المقترن بجنحة. (مادة ٢/٢٣٥)، والحريق العمد إذا نشأ عنه موت شخص كان موجوداً في الأماكن المحروقة. (مادة ١٥٧) وشهادة الزور إذا حكم علي المتهم بناء عليها بالإعدام ونفذ فيه (مادة ٢٩٥)^(١). وجريمة تعريض وسائل النقل للخطر إذا نشأ عنه موت

(١) د. أحمد فتحي سرور، السابق، ص ٦٤٥.

إنسان (مادة ١٦٧)، وجريمة خطف الأنثى المقترن بمواقعتها من غير رضاها (مادة ٢٩٠) وجريمة البلطجة المقترنة بالقتل العمد. (مادة ٢٣٥ مكرر/ أ) وجريمة تعذيب المتهم لحمله علي الاعتراف إذا أدي تعذيبه إلي الوفاة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٢٦ / ٢ من قانون العقوبات^(١).

(٢) الإعدام كعقوبة لجرائم الاعتداء علي أمن الدولة من جهة الخارج:

يعاقب المشرع المصري علي عدد من جرائم الاعتداء علي أمن الدولة من جهة الخارج وهي كالآتي:

جريمة العمل علي المساس باستقلال البلاد، أو وحدتها، أو سلامة أراضيها (مادة ٧٧ عقوبات). وجريمة الالتحاق بقوات دولة في حالة حرب مع مصر (مادة ٧٧ "أ" عقوبات). وجريمة السعي أو التخابر لاستعداد دولة أجنبية علي مصر (مادة ٧٧ "ب" عقوبات). وجريمة السعي أو التخابر مع دولة معادية لمصر لمعاونتها في عملياتها الحربية (مادة ٧٧ "ج" عقوبات). وجريمة التدخل لمصلحة العدو لزعزعة إخلاص القوات المسلحة، أو إضعاف روحها أو روح الشعب المعنوية أو قوة المقاومة عنده (مادة ٧٨ "أ" عقوبات). وجريمة تحريض الجند علي الانخراط في خدمة دولة معادية (مادة ٧٨ "ب" عقوبات). وجريمة تسهيل دخول العدو في البلاد (مادة ٧٨ "ج" عقوبات). وجريمة الإتلاف أو التعييب أو التعتيل المتعمد لوسائل الدفاع (مادة ٧٨ "هـ" عقوبات). وجريمة تسليم أسرار الدفاع لدولة أجنبية، أو التوصل إليها بقصد إفشائها أو إتلافها لمصلحتها (مادة ٨٠ عقوبات). وجريمة الإخلال المتعمد بعقد توريد أو أشغال ارتبط به مع الحكومة لحاجات القوات المسلحة (مادة ٨١ عقوبات). وجريمة الاتفاق الجنائي، أو التحريض علي الاتفاق علي جرائم الاعتداء علي أمن الدولة الخارجي (مادة ٨٢ "ب" عقوبات).

ويعاقب بالإعدام كجزاء لارتكاب أية جريمة مما نص عليه في الباب الثاني من الكتاب الثاني لقانون العقوبات إذا وقعت بقصد المساس باستقلال البلاد أو وحدتها أو سلامة أراضيها، أو إذا وقعت في زمن الحرب بقصد إعانة العدو، أو الإضرار بالعمليات الحربية وكان من شأنها تحقيق الغرض المذكور، وكذلك الجنائيات والجنح المنصوص عليها في الباب الأول متى كان قصد الجاني منها إعانة العدو أو الإضرار بالعمليات الحربية للقوات المسلحة، وكان من شأنها تحقيق الغرض المذكور (مادة ٨٣ "أ" عقوبات)^(٢).

(١) د. عماد الفقي، مدى اتفاقية التشريعات الوطنية مع المواثيق الدولية بشأن عقوبة الإعدام، بحث مقدم لورشة عمل حول عقوبة الإعدام والحق في الحياة، القاهرة ١٣ - ١٤ أبريل سنة ٢٠١١، ص ٨ وما بعدها والمراجع المشار إليها بالحاشية المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة.

(٢) د. عماد الفقي، السابق، ص ٩ وما بعدها.

(٣) الإعدام كعقوبة لجرائم الاعتداء علي أمن الدولة من جهة الداخل:

جريمة تكوين تنظيمات غير مشروعة يكون الغرض منها الدعوة بأية وسيلة إلي تعطيل أحكام الدستور أو القوانين، أو منع إحدى مؤسسات الدولة أو إحدى السلطات العامة من ممارسة أعمالها، أو الاعتداء علي الحرية الشخصية للمواطن، أو غيرها من الحريات والحقوق العامة التي كفلها الدستور والقانون، أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلام الاجتماعي.. متي كان الإرهاب من الوسائل التي تستخدم في تحقيق أو تنفيذ الأغراض التي تدعو إليها المنظمة غير المشروعة (مادة ٨٦ مكرراً "أ" عقوبات). وجريمة إجبار إنسان علي الانضمام إلي منظمة غير مشروعة أو منعه من الانفصال عنها التي يترتب عليها موت المجني عليه (مادة ٨٦ مكرراً "ب" عقوبات). وجريمة السعي، أو التخابر للقيام بأعمال إرهابية ضد مصر (مادة ٨٦ مكرراً "ج" عقوبات). وجريمة تأليف عصابة مسلحة، أو تولي زعامة أو قيادة فيها لمحاولة قلب نظام الدولة بالقوة (مادة ٨٧ عقوبات). وجريمة القبض علي إنسان دون وجه حق، بغية التأثير علي السلطات العامة إذا نجم عنها موت إنسان (مادة ٨٨ مكرراً عقوبات). وجريمة التعدي علي أحد القائمين علي تنفيذ أحكام الباب الأول من الباب الثاني لقانون العقوبات إذا نجم عنها موت المجني عليه (مادة ٨٨ مكرراً "أ" عقوبات). وجريمة تأليف عصابة هاجمت طائفة من السكان، أو قاومت بالسلاح رجال السلطة العامة في تنفيذ القوانين (مادة ٨٩ عقوبات). وجريمة التخريب المتعمد للمباني والأماكن العامة إذا نجم عنها موت شخص كان موجوداً في تلك الأماكن (مادة ٩٠ عقوبات). وجريمة محاولة احتلال المباني والأماكن العامة بالقوة إذا وقعت من عصابة مسلحة (مادة ٩٠ مكرراً عقوبات). وجريمة قيادة فرقة أو قسم من الجيش أو قسم من الأسطول أو سفينة حربية أو طائرة حربية أو نقطة عسكرية أو ميناء أو مدينة بغير تكليف من الحكومة أو بغير سبب مشروع (مادة ٩١ عقوبات). وجريمة طلب من له حق الأمر من أفراد القوات المسلحة أو البوليس تعطيل أوامر الحكومة لغرض إحرامي (مادة ٩٢ عقوبات). وجريمة رئاسة عصابة مسلحة بقصد اغتصاب الأراضي والأموال (مادة ٩٣ عقوبات). وجريمة استعمال مفرقات بنية ارتكاب جرائم معينة (مادة ١٠٢ "ب" عقوبات). وجريمة استعمال مفرقات ينتج عنها موت شخص أو أكثر (مادة ١٠٢ "ج" عقوبات)^(١).

(٤) عقوبة الإعدام في قانون مكافحة المخدرات:

قرر المشرع المصري عقوبة الإعدام في القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ بشأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها، والاتجار فيها المعدل بالقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٩ لارتكاب العديد من الجرائم نشير إليها فيما يلي:

جريمة جلب وتصدير المواد المخدرة (مادة ٣٣ مكرراً "أ" مكافحة مخدرات). وجريمة إنتاج واستخراج الجواهر المخدرة (مادة ٣٣ "ب" مكافحة مخدرات). وجريمة زراعة النباتات

(١) د. عماد الفقي، المرجع نفسه.

المخدرة الواردة بالجدول رقم (٥) (مادة ٣٣ مكرراً "ج" مكافحة مخدرات). وجريمة تأليف عصابة أو إدارتها أو الاشتراك فيها بغرض غير مشروع (مادة ٣٣ مكرراً "د" مكافحة مخدرات). وجريمة حيازة أو إحراز جوهر مخدر أو التعامل أو الوساطة فيه بقصد الاتجار (مادة ٣٤ مكرراً مكافحة مخدرات). وجريمة استعمال جوهر مخدر في غير الغرض المصرح باستعماله (مادة ٣٤ "ب" مكافحة مخدرات). وجريمة إدارة أو تهيئة مكان لتعاطي المخدرات بمقابل (مادة ٣٤ "ج" مكافحة المخدرات). وجريمة الدفع لتعاطي الكوكايين أو الهيروين وأي من المواد الواردة في القسم الأول من الجدول رقم "١" (مادة ٣٤ مكرر مكافحة مخدرات). وجريمة التعدي علي أحد الموظفين القائمين علي تنفيذ قانون مكافحة المخدرات إذا نتج عنها موت المجني عليه (مادة ٤٠ مكافحة مخدرات). وجريمة القتل العمد لأحد الموظفين القائمين علي تنفيذ أحكام قانون مكافحة المخدرات (مادة ٤١ مكافحة مخدرات)^(١).

(٥) عقوبة الإعدام في قانون الأحكام العسكرية:

ورد النص علي عقوبة الإعدام في قانون الأحكام العسكرية كعقوبة في أربع عشرة مادة وإذا علمنا أن جميع الجرائم في قانون الأحكام العسكرية ورد حصرها في المواد من (١٣٠ - ١٦٦) فإن ذلك يعني أن عقوبة الإعدام تطبق علي حوالي ثلث الجرائم المنصوص عليها في قانون الأحكام العسكرية.

الجرائم المرتبطة بالعدو (مادة ١٣٠ أحكام عسكرية وتعاقب هذه المادة علي ١٢ سلوكاً بالإعدام). وجريمة عدم الإخبار عن إحدى الجرائم المنصوص عليها في الباب الأول من قانون الأحكام العسكرية (مادة ١٣٢ أحكام عسكرية). وجريمة دخول العدو إلي موقع حربي، أو إلي مركز عسكري أو مؤسسة عسكرية... (مادة ١٣٣ أحكام عسكرية). وجرائم الأسر وإساءة معاملة الجرحى (مادة ١٣٤، ١٣٥، ١٣٦ أحكام عسكرية). وجرائم الفتنة والعصيان (مادة ١٣٨ أحكام عسكرية). وجرائم مخالفة واجبات الخدمة والحراسة (مادة ١٣٩ أحكام عسكرية). وجرائم النهب والإفقاد والإتلاف (مادة ١٤٠ - ١٤١ أحكام عسكرية). وجرائم إساءة استعمال السلطة (مادة ٤٨ أحكام عسكرية). وجريمة عدم إطاعة الأوامر (مادة ١٥١ أحكام عسكرية). وجرائم الهروب والغياب (مادة ١٥٤ أحكام عسكرية)^(٢).

(٦) عقوبة الإعدام في قانون الأسلحة والذخائر:

أضاف المشرع فقرة أخيرة لنص المادة ٢٦ من قانون الأسلحة والذخائر بموجب القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٨١ بشأن تعديل أحكام القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤. وبذلك تكون هذه

(١) د. عماد الفقي، المرجع نفسه.

(٢) د. عماد الفقي، المرجع نفسه.

المادة هي الوحيدة التي تقرر عقوبة الإعدام في هذا القانون. وقد جري نص الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة علي النحو الآتي:

"ومع عدم الإخلال بأحكام الباب الثاني مكرراً من قانون العقوبات تكون العقوبة السجن المشدد أو المؤبد لمن حاز أو أحرز بالذات أو بالواسطة بغير ترخيص سلاحاً من الأسلحة المنصوص عليها في المادة (١) من هذا القانون، أو ذخائر مما تستعمل في الأسلحة المشار إليها أو مفرقات، وذلك في أحد أماكن التجمعات أو وسائل النقل العام أو أماكن العبادة. وتكون العقوبة الإعدام إذا كانت حيازة أو إحراز تلك الأسلحة أو الذخائر أو المفرقات بقصد استعمالها في أي نشاط يخل بالأمن العام أو النظام العام أو بقصد المساس بنظام الحكم أو مبادئ الدستور أو النظم الأساسية للهيئة الاجتماعية أو بالوحدة الوطنية أو السلام الاجتماعي^(١).

ومجمل هذه الجرائم التي يعاقب المشرع المصري عليها بالإعدام يبلغ (٥٥) خمساً وخمسين جريمة، وهذا العدد من تلك الجرائم التي يعاقب فيها بالإعدام كثيرة إذا ما قورنت بشدة العقوبة المقررة فيها، ومن المؤكد أن كثرته تعطي مبرراً قوياً لتلك الأفكار الفلسفية التي تقدر في موضوعية تطبيق تلك العقوبة وتؤثر في مدى صلاحيتها وجدواها.

ثانياً: افتقاد الدقة في تحديد الجرائم المعاقب عليها بالإعدام

ولا يقتصر الكلام في مثالب عقوبة الإعدام في النظر القانوني عند التطبيق علي كثرة الجرائم التي يعاقب فيها بالإعدام، وهي قد بلغت - كما رأينا - خمساً وخمسين جريمة تتوزع بين حماية حقوق الأفراد وحماية حقوق الدولة وأمنها في الداخل والخارج، وتتوزع بين أربعة قوانين مختلفة، وإنما يتعدى ذلك الإسهاب إلي افتقاد الدقة في تحديد الجريمة التي يناط بها تطبيق تلك العقوبة الشديدة، حيث يشوبها الإبهام، وعدم دقة التحديد في العبارات التي تصاغ بها مواد العقاب بما يسمح للشطط في التطبيق واختلال ميزان العدل في عقاب لا يسمح بمثل هذا التلاعب اللفظي والعبارات الفضفاضة لأننا بصدد نفس ستهدر وحياة ستسلب، وللنفس والحياة من الحرمة مالا يسمح بمثل هذا التلاعب اللفظي.

ويبدو افتقاد الدقة في صياغة النصوص المكونة للجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام واضحاً في بعض جرائم الاعتداء علي أمن الدولة من جهة الخارج، ومثل جريمة العمل علي المساس باستقلال البلاد أو وحدتها أو سلامتها أراضيها، فإن لفظ المساس غير محدد ولا منضبط ولا يمكن تحديد الوقائع المكونة له بدقة، وجريمة التدخل لمصلحة العدو لزعة أحلامي القوات المسلحة حيث يغلب علي تلك العبارة طابع الإنشاء والخطابة الذي لا يليق بنص يحدد جريمة يعاقب عليها بالإعدام، ومن ذلك النص علي الإعدام كجزاء

(١) المرجع نفسه.

لارتكاب أية جريمة بما نص عليه في الباب الثاني من الكتاب الثاني لقانون العقوبات إذا وقعت بقصد المساس باستقلال البلاد أو وحدتها أو سلامة أراضيها، أو الإضرار بالعمليات الحربية، فهذا النص عام غير محدد، ويفتقد تحديد اللفظ وتفريد العبارة بما لا يثير لبسها عند التطبيق، ولا يسمح للقضاة بأن يتجاوزوا حدود الاعتدال إلى الاعتبارات الشخصية أو الخاصة التي تبتز الضعيف وتفتدي الشريف، ويطيح بميزان العدالة فلا تقوم له قائمة.

وفي مجال الجرائم الماسة بأمن الدولة من جهة الخارج يبدو ذلك الإسهاب اللفظي في تحديد الجرائم المعاقب عليها بالإعدام واضحاً حين يركز على النية وهي مما لا يعلم به إلا الله، وذلك فيما ورد من تلك الجرائم متعلقاً بجريمة طلب من له حق الأمر من أفراد القوات المسلحة أو البوليس تعطيل أوامر الحكومة لغرض إجرامي (مادة ٩٢ عقوبات)، وجريمة رئاسة عصابة مسلحة بقصد اغتصاب الأراضي والأموال (مادة ٩٣ عقوبات) وجريمة استعمال مفرقات بنية ارتكاب جرائم معينة (مادة ١٠٢ / ب، عقوبات)، وحياسة أو إحراز أسلحة، أو ذخائر، أو مفرقات بقصد استعمالها في أي نشاط يخل بالأمن أو النظام العام، أو المساس بنظام الحكم، أو مبادئ الدستور.

وفي قانون الأحكام العسكرية، يعاقب بالإعدام على الجرائم المرتبطة بالعدد (مادة ١٣٠) أحكام عسكرية، وارتباط الجرائم بالعدد يفترق إلى التجريد والدقة، ولا ينال من افتقار الدقة فيه أن يورد النص اثنتا عشر سلوكاً يعاقب فيها بالإعدام، ومن ذلك إساءة معاملة التحرض حيث إن لفظ الإساءة فيه من المرونة ما يجعله غير قابل للتطبيق على نحو دقيق، ومن ذلك جرائم الفتنة والعصيان (مادة ١٣٨) أحكام عسكرية وجرائم إساءة استعمال السلطة (مادة ٤٨) أحكام عسكرية حيث إن لفظ الإساءة هو الآخر يفترق إلى دقة التحديد.

ومن ذلك: ما تقضي به المادة (٢٦) من قانون الأسلحة والذخائر حين قضت بأن العقوبة تكون هي الإعدام إذا كانت حياسة أو إحراز الأسلحة، أو الذخائر، أو المفرقات بقصد استعمالها في أي نشاط يخل بالأمن العام، أو النظام العام، أو بقصد المساس بنظام الحكم أو مبادئ الدستور أو النظم الأساسية للهيئة الاجتماعية أو بالوحدة الوطنية أو السلام الاجتماعي.

وهذه العبارات الأخيرة: المساس بنظام الحكم، أو مبادئ الدستور، أو النظم الإنسانية للهيئة الاجتماعية - أو الوحدة الوطنية، أو السلام الاجتماعي، كلها عبارات فضفاضة تصعب تفسيرها على حالة بعينها أو سلوك محدد، ولكنها تحتمل أكثر من معني، ويستوعب أكثر من تصرف، وهو ما يجعل توقيع عقوبة الإعدام فيها نوعاً من التلاعب التشريعي بحياة الناس.

ثالثاً: افتقاد التعادل بين الجريمة والعقوبة:

ومن المؤكد أن الإسهاب في إيراد الجرائم المعاقب عليها بالإعدام علي نحو ما سلف بيانه إنما يجئ كنوع من الانفلات الذي يجب أن يحكم تشريع العقوبات. وهو التعادل بين الجريمة والعقوبة ولو تم الالتزام بهذا المبدأ المجمع عليه في التشريعات الوضعية، وفي التشريع الإسلامي لما تطاول النقد إلي تلك العقوبة، ولتحولت من أداة فزع إنساني إلي وسيلة من وسائل حماية الأمن في المجتمعات الإنسانية.

ومن يستقرئ مفردات الجرائم التي تطبق فيها عقوبة الإعدام لا يجد فيها نوعاً من التعادل مع عقوبة الإعدام، اللهم إلا فيما يتعلق بجريمة القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد أو في الحالات التي يكون قصد القتل فيها واضحاً من خلال إدارة الجريمة أو طريقة ارتكابها كالقتل بالسم، وأساس ذلك أن المساواة بين المفسدتين في الجريمة والعقاب بالإعدام واضحة.

لا تقبل شكاً ولا تأويلاً؛ لأن نفوس الناس متساوية في شرع الله، وفي المواثيق الدولية والخاصة للبشر، وإذا قتل إنسان لأنه قتل إنساناً معصوم الدم، فإن قتله به يكون هو العدل المقرر في شرع الله والقانون، وهو العدل الذي لا يسمح بأن يماري فيه أحد، ولذلك قررت الشريعة الإسلامية عقوبة القصاص، ولم تقررها بأطلاق، ولكنها أحاطتها بجملة من الشروط والضمانات التي تجعل تطبيقها في مآمن من الجور والشطط أو الميل إلي الانتقام والبطش بالجاني مع المحافظة علي كرامته والتعامل معه بالعدل والرحمة منذ بداية محاكمته، وحتى نهاية الحكم الصادر بحقه وليس في العالم كله - قديمه وحديثه - عقوبة تفصل عقوبة القصاص فهي أعدل العقوبات إذ لا يجازي المجرم إلا بمثل فعله، وهو أفضل العقوبات للأمن والنظام، لأن المحرم حينما يعلم أنه سيجزي بمثل فعله لا يرتكب الجريمة غالباً، والذي يدفع المجرم بصفة عامة للقتل والجرح، هو تنازل البقاء وحب التغلب والاستعلاء، فإذا علم المجرم أنه لن يبقى بعد فريسته أبقى علي نفسه بإبقائه علي فريسته، وإذا علم أنه إذا تغلب علي المجني عليه اليوم، فهو متغلب عليه غداً إذا لم يتطلع إلي التغلب عليه عن طريق الجريمة.

وتلك هي طبيعة البشر التي وضعت الشريعة علي أساسها عقوبة القصاص، فكل دافع نفسي يدعو إلي الجريمة، يواجه من عقوبة القصاص دافعاً نفسياً مضاداً يصرف عين الجريمة، وذلك ما يتفق مع ما انتهى إليه علم النفس الحديث^(١). ولو أن القوانين الوضعية قد أخذت في تطبيق عقوبة الإعدام بما قررتة الشريعة الإسلامية لسلم مأخذها من النقد الذي جره عليها ذلك الافراط والإسهاب والتجاوز والشطط في الأخذ بعقوبة الإعدام، وفي هذا يقول مونتسيكو في كتابه روح الشرائع: إذا أخذ المقنن عقوبة من طبيعة الجريمة،

(١) عبد القادر عودة - السابق - ص ٦٦٤ وما بعدها.

فقد انتصرت العدالة وارتفع الهوى في العقاب وصار العقاب غيرأت من الواضع، بل من الجناية نفسها، فلا يكون المرء معاقباً من عند أخيه^(١)، ومن هذا القول يبدو مشرق الإسلام وهدى التشريع السماوي الذي رشد الناس إلي مثل هذا الأسلوب الناجع في حفظ مصالح الحياة.

(١) مونتسيكو في كتابه روح الشرائع، ج٣، ص٢٢٩، مشار إليه في د. فكري عكاز، السابق، ص١٩.

المبحث الثاني

ضمانات تطبيق الإعدام في القانون والشريعة

المطلب الأول

ضمانات تطبيق عقوبة الإعدام في القانون الوضعي

أوجب القانون في بعض القوانين الوضعية ومنها تشريع العقوبات المصري عدداً من الضمانات التي تصاحب الحكم بإعدام الجاني، ومن تلك الضمانات: أنه لا يجوز للمحكمة التي تقضي في الجناية أن تحكم بالإعدام إلا بإجماع آراءها (مادة ٢/٣٨١) إجراءات، ويجب أن تبين المحكمة في حكمها توافر هذا الإجماع، وإلا كان حكمها باطلاً.

كما أوجب إرسال أوراق المحكوم عليه بالإعدام إلى المفتي، وإذا لم يصل رأيه خلال عشرة أيام تالية لإرسال الأوراق إليه حكمت المحكمة في الدعوى دون وجوده (مادة ٣/٣٨١) إجراءات، بيد أن المحكمة لا تتقيد برأي المفتي وهي غير مقيدة بالرد عليه، ولها أن تطرح رأيه إذا رأي غير ما تراه المحكمة، وعلي المفتي أن يبدي رأيه وفق أحكام الشريعة الإسلامية، في حدود الوقائع التي ظهرت أمام المحكمة^(١).

وليس لأخذ رأي المفتي عند الحكم بإعدام الجاني من فائدة سوى أن يكون القاضي علي بينة مما إذا كانت أحكام الشريعة تجيز الحكم بالإعدام في الواقعة الجنائية المطلوب فيها أخذ رأي المفتي قبل الحكم بهذه العقوبة أم لا، ودون أن يكون المقصود بذلك تعرف رأي المفتي في تكييف الفعل المستند إلي الجاني، وإعطائه الوصف القانوني^(٢)، كذلك فإن أخذ رأي المفتي قبل صدور الحكم بالإعدام من شأنه أن يدخل في روع المحكوم عليه بالإعدام اطمئناناً إلي أن الحكم الصادر بإعدامه إنما يجئ وفقاً لأحكام الشريعة التي أنزلها الذي منحه حق الحياة وهو الله سبحانه، ولهذا الشعور أثر كبير في تقبل الرأي العام لتلك العقوبة^(٣)، وقد ألف هذا الأجراء طويلاً، فأستقرت أذهانه علي أن هذه العقوبة، وهي أقسى عقوبات القانون، إنما هي الهدف الذي نزلت من أجله الآية الشريفة: ولكم في القصاص حياة^(٤).

كما أوجبت علي النيابة العامة أن تعرض القضية التي صدر فيها حكم حضوري لعقوبة الإعدام علي محكمة النقض مشفوعة برأيها في الحكم خلال أربعين يوماً من تاريخ الحكم وفقاً لما تقضي به المادة (٤٦) من قانون حالات وإجراءات الطعن بالنقض

(١) د. أحمد فتحي سرور- السابق- ص: ٦٤٥

(٢) محكمة النقض في الطعن ٢٣٤٤ لسنة ٢٠٠٨ ق، نقض ١٩٣٩/١/٩ مجموعة القواعد- ج٤- ص: ٤٢٤- رقم ٣٢٧

(٣) د. رمسيس بهنام- النظرية العامة للقانون الجنائي- ص: ١١١٠- طبعة ١٩٩٧، د. عماد ألفقي- السابق

(٤) د. أحمد عوض بلال- السابق- ص: ٧٩٦، والآية رقم ١٧٩ من سورة البقرة.

الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ - وعليه هذه الضمانة واضحة، وهي توفير وسيلة إضافية للتأكيد من صدور الحكم بعقوبة الإعدام طبقاً للقانون حتى ولو لم يطعن المحكوم عليه في الحكم الصادر ضده، وحتى ولو لم تجد النيابة العامة فيه ما يصلح للطعن من الناحية القانونية^(١).

ووضع القيد الزمني (أربعين يوماً من تاريخ الحكم)، ليس مقصوداً لذاته، وإنما لحث النيابة العامة على المبادرة للطعن في الحكم، فإذا انقضت تلك المدة فإن واجبها في الطعن لا يسقط، وتفحص محكمة النقض القضية المعروضة عليها، حتى ولو تم العرض بعد فوات المدة^(٢).

وإذا كان المحكوم عليها حاملاً لا ينفذ عليها الحكم إلا بعد شهرين من تاريخ ولادتها (مادة ٤٧٦) إجراءات والمادة (٦٨) من قانون تنظيم السجون رقم ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ كما يجب تأجيل الحكم بالإعدام عند صدور حكم بات بها في أيام الأعياد الرسمية، أو الأعياد الخاصة بزيارة المحكوم عليه (مادة ٤٧٥) إجراءات جنائية^(٣). وإن تم إرسال الحكم إلى رئيس الدولة بواسطة وزير العدل، أملاً في عفو أو إبدال عقوبة الإعدام بعقوبة أخف منها وإذا لم يصدر عفو، أو أمره بإبدال العقوبة في ظرف أربعة عشر يوماً ينفذ الحكم^(٤).

تقييم هذه الضمانات:

ومن يتأمل في الضمانات المقررة لعقوبة الإعدام يري أنها قد جاءت في وقت التنفيذ، ولم تتطرق إلى منطقة الاتهام أو إسناده إلى الجاني. وتركت ذلك للضمانات العامة التي تحكم عقوبة الإعدام وغيرها من أقل العقوبات وهي الحبس، وكان من الأجدى أن تكون الإجراءات سابقة لمنع الوصول إلى تلك النتيجة الحارقة، فذلك أجدى وأولى، ولعل هذا ما يميز منهج التشريع الإسلامي في تقرير عقوبة القصاص، حيث لم يجعل الضمانات لاحقه عند النطق بالحكم بها، ولكنه في الوقت الذي يراعي فيه ضمانات التنفيذ، ومنها إرجاء تنفيذ العقوبة على المرأة الحامل والمريض، إلا أنه لم يهمل ضمانات الإسناد مع ضمانات التنفيذ وحتى يتم الحسم النهائي للعقوبة، وقد دل على إرجاء التنفيذ على الحامل حتى تضع حملها، وتفطم طفلها ما رواه مسلم والدارقطني عن سليمان بن بريده عن أبيه أن امرأة من عامد بن الأزد قالت يا رسول الله: طهرني، فقال: ويحك، توبي إلى الله واستغفري، فقالت: أراك تريد أن تردني كما رددت ماعز بن مالك قال وما ذلك؟ قالت: إنها حبلى من الزنا: قال: أنت؟ قالت نعم، فقال لها: أذهبي حتى تضعي ما في بطنك، فلما وضعت أتى بها النبي - صل الله عليه وسلم، فقال: إذاً لا نرجمها وندع ولدها صغيراً ليس

(١) د. حسن بلال - السابق - ص: ٧٩٧

(٢) المرجع نفسه.

(٣) د. أحمد فتحي سرور - المرجع نفسه - ص: ٦٤٨

(٤) المرجع نفسه - ص: ٦٤٧، د. أحمد بلال المرجع نفسه - ص: ٧٩٧

له من يرضعه، فأملها حتى فطم الصغير، فلما جاءت وفي يده كسرة من خبز أمر بها فأقيم عليها الحد^(١).

وعن علي عليه السلام أن أمة زنت فأمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أجلدها فأتينها فإذا هي حديثه عهد بنفاس فخشيت إن جلدها أن أقتلها. فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: أحسنت اتركها^(٢) حتى تتماثل للبرء. وفي الحديث دليل علي أن المريض يمهل حتى يبرأ. وقد حكى الشوكاني الإجماع علي أن المريض مرضاً يرجي شفاؤه يمهل حتى يتم شفاؤه، وأما المريض بمرض لا يرجي شفاؤه ففيه قولان أرجحهما أن لا يقام عليه حد القتل^(٣)، حيث قام القدر فيه مقام ما سيفعله البشر، وفي سنة الله الكونية التي ابتلاه بها ما يغني عن سنته الشرعية التي تقف له بالمرصاد؛ لأن الله أرحم بعبده من أن يجمع عليه مصيبتين.

وما أورده القانون من الضمانات الأخرى موجودة في التشريع الإسلامي بيد أن أخذ رأي المفتي إذا كان إجراء شكلياً يُستجلب به رضا المحكوم عليه وأهله والمجتمع فإن في التشريع الإسلامي حقيقة تشريعية يحاكم وفقاً لأحكامها ابتداء من نظر الدعوى وحتى نهايتها، وما ينفذ فيه إنما هو حكم الله الثابت بكتابه وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم وإجماع علماء أمته، وأما غيره من الإجراءات الإنسانية فإنها لا تخالف مبادئ الشريعة التي تقوم علي الرحمة والرفقة والوقوف بجانب المنكوبين عند الشدة.

المطلب الثاني

ضمانات تطبيق عقوبة القصاص في التشريع الإسلامي

عقوبة القصاص في التشريع الإسلامي شأنها كشأن عقوبة الإعدام المقررة في التشريع الوضعي من جهة الهدف العقابي المرجو من وراء توقيعها والمتمثل في تحقيق الزجر لشخص استباح أعظم قيمة في الدنيا وهي الحياة واعتدى عليها ظلماً وعدواناً بما يسلبها من صاحبها الذي أودعها الله فيه، بحيث تكون عقاباً مناسباً لفعله وجزاء مساوياً لجريمته وفي تقريرها ابتداء وقبل أن يفعل تلك الفعلة النكراء ما يزجره عن الإقدام علي هذا الفعل الشنيع، وإن تجاسر عليه فسيبقي ذلك الزجر لمن تسول له نفسه أو أن يقلده فيما فعل، كما أن في تلك العقوبة ما يضمن تحقيق الردع العام الذي يجعل المجتمع يقدر الحياة ويعمل من أجل المحافظة عليها، ويشعر بالرضا حين يرى من تناول علي تلك القيمة ينال من الجزاء ما يناسب فعله، ويشرب من نفس الكأس الذي سقى منه ضحيته، ورغم الأهمية القصوى للعقاب والردع من جهة أنه يمثل عنصراً من عناصر الأمن في المجتمع

(١) نيل الإوطار للشوكاني - ج٧ - ص: ١٢٥ وما بعدها

(٢) المرجع نفسه، ص: ١٢٦

(٣) المرجع نفسه، ص: ١٢٨، عبد القادر عودة - السابق - ص: ٧٦١ وما بعدها

الإنساني، وأداة فعالة من أدوات المحافظة علي قيمه ومقومات وجوده ومن بين ذلك العقاب - بالقطع - عقوبة القصاص، أو ما يقابلها في التشريعات الوضعية وهو الإعدام.

حقيقة عقوبة القصاص:

والقصاص لغة: التتبع والمساواة^(١)، وفي اصطلاح الفقهاء: عقوبة مقدرة بالمماثلة تجب حقا للعبد^(٢)، وهو بهذا المعنى مشروع بالكتاب والسنة وبالإجماع:

(١) أما الكتاب:

(أ) فبقوله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾^(٣)، والآية وإن كانت حكاية عن شرع من قبلنا، إلا أنها شرع لنا حيث لم يرد في شرعنا ما ينسخها، بل العمل فيه علي وفقها بدليل ما ثبت من الآيات الكريمة الأخرى في الكتاب، وبما ثبت في السنة والإجماع، وهي تفيد مشروعية قتل النفس بالنفس قصاصا.

(ب) وبقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾^(٤)، والآية تدل علي أن القصاص في القتل مطلوب منا، وهذا دليل علي مشروعيته، والآيات في هذا المعنى كثيرة.

(٢) وأما السنة:

فبما روى أنه ﷺ قال: "من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودي، وأما أن يقاد"^(٥)، فقد دل هذا الحديث علي أن القود من موجبات القتل العمد العدوان، وأنه من حقوق ولي المقتول التي يجوز له استعمالها، والقود هو القصاص، فدل ذلك علي مشروعيته.

(٣) وأما الإجماع:

فقد أجمع علماء الأمة علي أن القصاص عقوبة مشروعة، وأنها من أصول العقاب الإسلامي، ومعلوم من الدين بالضرورة، وأنها كانت مقررة في جميع الديانات والشرائع السماوية السابقة^(٦).

مبادئ عقوبة القصاص وشروطها وبيان ذلك في فرعين:

-
- (١) لسان العرب - ج٨ - ص: ٣٤١ وما بعدها
 - (٢) فتح القدير - ج٨ - ص: ٢٤٧، د. مصطفى الرزقا - المدخل الفقهي العام - ج١ - ص: ٤٠٤
 - (٣) سورة المائدة، من الآية ٤٥
 - (٤) سورة البقرة، من الآية ١٧٨
 - (٥) نيل الأوطار للشوكاني - ج٧ - ص: ٢٠ - طبعة الحلبي
 - (٦) راجع في حكاية الإجماع: المغني لابن قدامه - ج٩ - ص: ٢٥٥ - وفلسفة العقوبة للشيخ محمد أبو زهرة - ج١ - ص: ٧٦ وما بعدها، الإسلام عقيدة وشريعة - للشيخ محمود شلتوت - ص: ٣١١ وما بعدها.

الفرع الأول مبادئ عقوبة القصاص

عقوبة القصاص تقوم علي جملة من المبادئ التي تضمن إنزالها في مجال العقاب المنزل الملائم لها وعدم الشطط فيها، وتلافي الآثار الشديدة التي يمكن أن تترتب عليها في حالة ما إذا ظهر خطأ في تطبيقها، وهذه المبادئ تتمثل فيما يلي:

أولاً: أن تكون الجناية عمدية:

من مبادئ عقوبة القصاص، أنها لا تطبق إلا في حالة ما إذا كانت جريمة القتل الموجبة لها عمدية، وتتحقق العمدية في جريمة القتل العمد، بأن يكون القاتل متعمداً للفعل الذي يؤدي إلى القتل، ويقصد معه النتيجة التي تؤدي إليها وهي إزهاق روح المجني عليه.

ولما كان القصد أمراً خفياً، لأنه من أعمال القلوب التي لا يطلع عليها سوى الله سبحانه، أقام الفقهاء الآلة أو الوسيلة مقام ذلك القصد^(١)، إذ من المقرر أن القصد مهما خفي أمره علي الناس من جهة مستقرة في أعماق نفس صاحبه، إلا أنه لا يخلو من علامات تدل عليه ومؤشرات تفيد وجوده في عالم الظاهر، ويستطيع أن يدركها من يراه أو يحكم علي نتائج فعله، فمن يضرب شخصاً بمسدس محشو بالذخيرة الحية، أو يضربه بسيف قاطع فيقتله لا يمكن حمل فعله هذا إلا علي قصد القتل، ومن يقتل إنساناً بالسم، فإن طريقة القتل في ذاتها تتم عن قصده، لأن السم يحتاج إلى دراسة تقدر خطورته ومداه وسرعته في إحداث القتل، كما يحتاج إلى دراسة لظروف دسه في طعام المجني عليه أو شرابه، وذلك كله لا يكون إلا بعد قصد ودراسة وإذا لم يتوافر العمد - بهذا المعنى - في جانب الجاني، فلا تطبق تلك العقوبة.

ثانياً: أهلية الجاني للعقوبة:

ومن مبادئ عقوبة القصاص أنها لا توقع إلى علي شخص تتوافر فيه أهلية توقيعهما عليه، ذلك أنها لما كانت تلك العقوبة قائمة علي القصد من الفاعل، كما مما يترتب علي ذلك وجوب أن يكون الفاعل مكلفاً بالبلوغ والعقل، فإذا لم يكن الفاعل مكلفاً، بأن كان صبياً أو مجنوناً فإنه لا يعاقب بالقصاص، ضرورة أن القصد لا يتصور منهما، ولأنهما لا يدركان مطلقاً إذا لم يكونا مميزين أصلاً، أو لا يدركان إدراكاً كاملاً إذا كان لديهما شيء من التمييز وفي جميع الحالات لن يثمر العقاب معهما ما يرجي منه من الردع المطلوب، ومن ثم يكون إنزال العقوبة بهما غير ذي جدوى، وهذا لا يحول دون جبر الضرر الحاصل عن تلك الجريمة من مالهما عن طريق الدية.

ثالثاً: المساواة الكاملة بين الجاني والمجني عليه:

(١) حاشية ابن عابدين علي الدار المختار - ج ٥ - ص: ٥٢١

ومن مبادئ تلك العقوبة أنه يجب أن تقوم المساواة الكاملة بين الجاني والمجني عليه، ويقصد بالمساواة هنا، المساواة في مكونات عصمة الدم، فلا يجوز أن توقع عقوبة القصاص في شخص قتل إنسانا كان مطلوباً لقتله في جريمة محكوم نهائياً بإدائته فيها، أو قامت به ظروف حد الزنا للمحصن، أو يغلب علي الظن قيام خطورة خاصة به، كمن يقتل وهو يرتكب جريمة، أو يتأهب لارتكابها، وفي ظروف ترجح جانب خطورته علي من يقتله، والمساواة في ملابسات الجريمة، فلا يقاد من الوالد لولده، ولا ممن يقتل حربياً أو مستأماً دخل البلاد بطريق غير مشروع، كما لا يقاد من شخص لاذ بالحرم، لأن الحرم الشريف يحمي من يحتمي بحماه حتى يخرج منه.

ولا يقصد بالمساواة هنا المساواة في الإنسانية، لأن الناس جميعاً متساوون في الحقوق والواجبات، وليس هناك ما يفضل به إنسان أخاه الإنسان إلا بالتقوى والعمل الصالح وصدق الله العظيم حين قال: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾^(١)، وقد أكد النبي - صل الله عليه وسلم - هذا المعنى الجليل بقوله وفعله، وذلك فيما روى عنه: "الناس سواسية كأسنان المشط، لا فضل لعربي علي عجمي إلا بالتقوى وقال في حجة الوداع: "أيها الناس: إن ربكم واحد، كلكم لأدم وأدم من تراب، إن أكرمكم عند الله أتقاكم ليس لعربي فضل علي عجمي إلا بالتقوى"^(٢)، اللهم هل بلغت اللهم فاشهد"^(٣)، ومن ثم يكون المقصود بالمساواة هنا ليس مراداً به المساواة في الإنسانية، فذلك مما يتفق فيه جميع الناس، ولكن المراد بها المساواة في مكونات عصمة الدم، وفي ملابسات الجريمة بما يجعلها متشابهة مع ملابسات العقاب.

رابعاً: شخصية العقوبة:

ومن مقومات عقوبة القصاص: أنه لا يعاقب بها إلا الجاني، فلا يقتل غيره كما في حالة الثأر، وكما في الجرائم الإرهابية التي يكون ضحاياها من غير الأثمين غالباً، وربما كانوا من الأطفال أو النساء أو المرضى أو الشيوخ الذين لا حيلة لهم، وأساس ذلك قوله تعالى: ﴿ قَالُوا يَا أَيُّهَا الْعَزِيزُ إِنَّ لَهُ أَبَا شَيْخًا كَبِيرًا فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ إِنَّا نَرَاكَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ ﴾ قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِنْدَهُ إِنَّا إِذًا لَنظَالِمُونَ^(٤)، فقد طلب إخوة يوسف أن يؤخذ بدل أخيهم الذي ضبط صواع الملك في رحلة أخ آخر بجريمته، فلم يقرهم علي ما طلبوا، فدل ذلك علي أن العقوبة شخصية، والآية وإن كانت حكاية عن شرع من قبلنا إلا أنها شرع لنا حيث لم يرد في شرعنا ما يخالفها، بل العمل عندنا علي

(١) سورة الحجرات ، من الآية ١٣

(٢) الإسلام عقديّة وشريعة - ص: ٣٢٢

(٣) المرجع نفسه

(٤) سورة يوسف، الآيتان: ٧٨، ٧٩

وفقها، بدليل قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾^(١)، وبدليل ما ورد في السنة مؤكدا هذا المعنى، فقد روى عن عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: إن أعدى الناس على الله ﷻ من قتل في الحرم، أو قتل غير قاتله^(٢)، وقال ﷺ لأبي رمثة وكان معه ولده: "إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه"^(٣)، أي أن كل إنسان مسئول عن جنايته.

خامساً: جواز العفو عن الجاني:

حين أقر التشريع الإسلامي عقوبة القصاص لجريمة القتل العمد، لم يشأ أن يجعل القصاص واجبا متعينا لا بد منه، ولا مناص من إنزاله بالجاني، وإنما خير ولي الدم بينه وبين الدية أو العفو عنها أيضا، وذلك إثارة لما عند الله، وتقوية لعاطفة الأخوة الإسلامية التي هي أقوى عند الله من إخوة النسب، وفي هذا يقول الله تعالى: ﴿ فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٍ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ﴾^(٤)، وقد روي عن أنس رضي الله عنه قال: "ما رفع إلى رسول الله ﷺ أمر فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو"، ومن المقرر عند الفقهاء أن العفو أفضل من الصلح، والصلح أفضل من القصاص^(٥)، وحسب من يلتزم أمر الشارع بالعفو قوله تعالى: "فمن عفا وأصلح فأجره على الله"، ومن ثم يبدو أن عقوبة القصاص غير لازمة إذا رأى ولي القاتل العفو، وهذه المقومات الخمسة إذا اختل واحد منها فإن عقوبة القصاص لا توقع.

الفرع الثاني

شروط عقوبة القصاص

شروط عقوبة القصاص، إما أن تكون شروط إسناد، أو شروط وجوب، أو شروط استيفاء، وفي جميع الأحوال يجب أن تتوافر هذه الشروط كاملة وبجميع أنواعها، وهي كما يلي:

الفصل الأول

شروط إسناد الجريمة

لا يجوز توقيع عقوبة القصاص إلا إذا تم إسناد الجريمة لفاعلها علي نحو قاطع، فإذا لم يتم الإسناد علي نحو قاطع لا مجال فيه للشك، فإن العقوبة لا توقع، وأساس القطع هنا واجب لأن الاتهام يجب أن يرفعه لمحو البراءة الأصلية، وهي ثابتة بيقين، وما لم يرق ما يزلها

(١) سورة الإسراء - من الآية ١٥

(٢) نبيل الأوطار للشوكاني - ج٧ - ص: ٤٦

(٣) بداية المجتهد - ج٢ - ص: ٤٠٤

(٤) سورة البقرة - من الآية ١٧٨

(٥) الإسلام عقيدة وشرعية - ص: ٣٢٠

إلى درجة اليقين، فإنه لا يصلح لمحوها لما هو مقرر أن الثابت بيقين لا يزول بالشك، ومن المعلوم أن الجريمة يتحقق الإسناد فيها إذا تم ثبوت الفعل للفاعل بوسائل الإثبات التي تفيد هذا الإسناد، ومنها الإقرار وشهادة الشهود، وذلك كما يلي:

أولاً: الإقرار:

الإقرار هو اعتراف الجاني علي نفسه بأنه قد ارتكب جريمة القتل العمد العدوان علي إنسان حي معصوم الدم تعدياً بدون حق، وقد روي مسلم والنسائي أن النبي - صل الله عليه وسلم - اقتص من قاتل اعترف بأنه قتل ضحيته.

بيد أنه ينبغي تدارك ما طرأ علي الإقرار كدليل تغير النظر إليه من جهة قوة الإثبات بما ينزل به عما كان معروفاً عنه من قبل وهو أنه سيد الأدلة، حيث لم يعد الإقرار - في نظر الفقه الوضعي المعاصر - سيد الأدلة أو حتى أقواها، وذلك لما ينطوي عليه من مجافاة لأصل الفطرة، حيث لا يتصور صدور إقرار من الإنسان علي نفسه بما يضره، دون أن يكون ذلك الإقرار مجرداً من التهمة الحاصلة من مجافاة طبع المقرحين يعترف بما يضره أو يناه في سلامة حياته، ولأنه من الوجهة العملية البحتة قد يقع في مجال الجرائم ستراً لحقيقة أو إخفاء لجريمة أخرى أو إعفاء لشخص من العقاب، وهذا مما يمكن أن يقع ويحصل ولهذا أصبح النظر إلى الإقرار علي أنه دليل تقديري وليس دليلاً مطلقاً كما كان معهوداً من قبل، لاسيما في هذا العصر الذي كثرت فيه وسائل الضغط علي إرادة الأفراد بالتعذيب وغيره حتى يقرؤا بجرائم قد لا يكون لها ظل في الواقع، وهذا التطور في الفقه الوضعي هو الذي يتفق مع جهة نظر الفقه الإسلامي في الإقرار الجنائي، وذلك استئناساً بما فعله الرسول - صل الله عليه وسلم - في إقرار ماعز والغامدية حين ردهما عن إقرارهما عشرات المرات.

ثانياً: شهادة الشهود:

والشهادة التي تستوجب القصاص ليست إخباراً بواقعة مادية يكفي فيها مطلق الإخبار المطابق للواقع، ولكنها إخبار ذو طبيعة محددة يجب توافرها بكيانها المقرر شرعاً وهي في القتل العمد يجب أن تكون من رجلين عدلين، فلا يقبل فيها شهادة رجل وامرأتين ولا شاهد ويمين الطالب، وذلك مما انعقد عليه الإجماع، لأن القصاص إراقة دم عقوبة علي جنائية، فيحتاط له باشتراط الشاهدين العدلين، وذلك لأن العقوبات يحتاط لدرئها ما أمكن.

ومع استيفاء شروط الشهادة في القصاص تبقي دليلاً تقديرياً يكون القاضي عقيدته بمقتضاه حسبما يتراءى له من الظروف والملابسة والقرائن القادحة وتعارض الأدلة علي نحو يقدر في الشهادة أو يشكل فيها، ليكون الأخذ بها في النهاية راجعاً إلى عقيدة القاضي.

ثالثاً: أن يرد الإثبات علي جريمة كاملة:

ويشترط أن يرد الإثبات علي جريمة عمدية مكتملة الأركان من شخص كامل المسؤولية الجنائية، وعلي إنسان كامل الحماية، وتام العصمة وله وجود مشروع في النطاق الإقليمي للدولة، فإذا لم يكن القتل عمداً، أو كان قتلاً بالتسبب أو عن طريق الاشتراك، فإن في تلك الحالات خلافاً بين أهل العلم يتعلق بوجوب القصاص وعدمه أرجحه عدم الوجوب مراعاة لعصمة النفس.

رابعاً: أن يكون وجوب القصاص قائماً:

ويجب أن يكون حق القصاص من الجاني قائماً لم يسقط بالعمو عنه، أو بموت صاحبه أو بتجوله إلى وارث حق الاستيفاء، كما لو ورث أخ القصاص عن أخيه الذي كان حق القصاص قد تقرر له بسبب قتله لأبيه، فلو مات الأخ صاحب الحق في القصاص وورثه فيه أخوه القاتل، فإن حق القصاص يسقط لأنه لا يجوز أن يكون الشخص مطالباً بالقصاص ومطالباً له في وقت واحد، وكذلك فإن القصاص يسقط بموت الجاني، كما يشترط أن لا يكون القصاص قد سقط بالصلح عنه والاكتفاء بالدية تعويضاً عن الجريمة، أو أن يكون المقتول عمداً قد عفا عن دمه قبل موته، فإن كان قد عفا عن دمه قبل موته فلا يجب القصاص من الجاني^(١).

الفصل الثاني

شروط استيفاء القصاص

ويجب أن يتوافر لاستيفاء القصاص شروط وهذه الشروط هي:

أولاً: أهلية مستحق القصاص:

يجب أن يكون مستحق القصاص أهلاً لاستيفائه، وذلك بأن يكون بالغاً عاقلاً، فإذا لم يكن بالغاً عاقلاً، فإنه لا يصلح للاستيفاء ولا تصح النيابة في الاستيفاء لأنه مرتبط بشفاء الغليل وهو أمر شخصي بحث لا يتصور قيام النيابة فيه، فإذا كان ولي الدم صغيراً يحبس الجاني حتى يبلغ الصغير ويقرر ما إذا كان يريد المضي في الاستيفاء أو العفو عن الجاني، أو الصلح معه.

ثانياً: أن يتفق أولياء الدم جميعاً علي الاستيفاء:

ويجب أن يتفق أولياء الدم جميعاً علي الاستيفاء إذا تعددوا بحسب قواعد الميراث، فإذا لم يتفقوا بأن رأي بعضهم القصاص ورأي البعض الآخر العفو أو الصلح، فإنه لا يستوفي وليس لبعض الورثة أن ينفردوا باستيفاء القصاص لأنه ثابت لكل واحد منهم كمالاً حيث لا يتصور فيه قبول التبويض أو التجزئة، ولما هو مقرر فيما لا يقبل التبويض

(١) بدائع الصنائع للكاساني- ج٧- ص: ٢٤٧، مغني المحتاج- ج٤- ص: ٥٠- والمغني لابن قدامة- ج٧- ص: ٧٥.

أن القصد إلي بعضه كالقصد إلى كله، والقصد عند عدم اتفاق الجميع مسلط علي بعض القصاص فيسرى إلى جميعه، ومن ثم لا يجوز استيفاءه، فإذا كان بعض ورثة الدم غائباً أو صغيراً أو مجنوناً، فإنه يتعين الانتظار إلى حين قدوم الغائب وبلوغ الصغير، وإفاقة المجنون.

ثالثاً: اقتصار القصاص علي الجاني دون غيره:

ويجب أن لا يتعدى القصاص الجاني إلى غيره لأن العقوبة شخصية وقاصرة علي شخص من توقع عليه، وبالبناء علي ذلك، فإنه إذا كان القصاص قد وجب علي امرأة وكانت حاملاً، فإنه لا يجوز إيقاع القصاص عليها حتى تضع حملها، ويستغني عنها وليدها، لأن قتلها قبل وضعه يتعدى إليه، وقبل فطامه واستغنائها عنها يضره، كما يجب أن يوجد من يحضنه إلى حين مدة انفصاله عن أمه، وهي عامان كما ورد في القرآن الكريم حين قال: ﴿وَفَصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾^(١).

رابعاً: أن يكون ولي القصاص معلوماً:

ويشترط أن يكون ولي القصاص معلوم الصلة بالمجني عليه، فإن كان مجهول الصفة أو لا يوجد ما يدل علي قرابته التي ترقى به للمطالبة بالقصاص من الجاني، فإنه لا يصلح للمطالبة به، ويمكن القول في هذا الشرط: إنه يجب أن يتوافر في ولي الدم الصفة التي يكون بها أهلاً لاستيفاء القصاص، ولأن الاستيفاء من المجهول متعذر فيتعذر وجوب القصاص له^(٢).

تقييم ضوابط عقوبة القصاص إجمالاً:

وكما يبدو من استقراء الضوابط التي تحكم عقوبة القصاص فإن شروط توقيع تلك العقوبة كثيرة ومتعددة وذلك التعدد مقصود شرعاً، حتى يتيح لإنزال تلك العقوبة القدر الكافي من الظروف التي تمحص توقيعها وتفسح المجال واسعاً للتريث فيها وعدم التسرع في تنفيذها، وإتاحة الفرصة للعدول عنها إلى غيرها، وذلك يؤكد المعنى الذي ذكرناه في مستهل تلك الدراسة، وهو أن التشريع الإسلامي حين اختار العمل بتلك العقوبة، فإنه قد أحاطها بكثير من الشروط التي تمثل ضمانات أكيدة تمنع الشطط في تنفيذها وتقلل من المخاطر التي أخافت البعض وجعلتهم يطالبون بإلغائها، وهذا يؤكد وسطية التشريع الإسلامي واشتماله علي كافة المحاسن التي تترتب علي توقيع تلك العقوبة وغيرها، في الوقت الذي تلافي فيه مخاوف المترددين في موقفهم منها، وليس هذا بغريب علي التشريع الذي أكمله الله تعالي وجعله شاملاً لخيري الدنيا والآخرة، فالحمد لله الذي أكرمنا به، وهدانا إليه وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

(١) سورة لقمان k من الآية ١٤ .

(٢) بدائع الصنائع ، ج ٧ ، ص: ٢٤٠ .

مشروع قرار مقترح لموضوع عقوبة الإعدام

عقوبة الإعدام تقوم علي أساس شرعي صحيح في الجرائم التي أناطها الشارع بها، ويتعين علي المجتمعات الإنسانية أن تطبق تلك العقوبة في الجرائم التي يمثل التعدي عليها خطراً كبيراً علي المجتمع دون توسع في تطبيقها علي الجرائم التي يمكن الإصلاح العقابي فيها بعقوبة أقل، ويجب الالتزام الدقيق بالشروط الشرعية المقررة لإسناد التهمة في الجرائم المعاقب عليها بالإعدام، والشروط المقررة لتنفيذ الحكم بها.

أ.د. عبد الله النجار



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

عقوبة الإعدام في النظر الإسلامي

إعداد

د/ مجدي محمد عاشور

المستشار الأكاديمي لمفتي الديار المصرية

عقوبة الإعدام في النظر الإسلامي

مقدمة :

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم . أما بعد؛

فإن حفظ النفس والدين والعرض والمال من المقاصد العظمى للشريعة الإسلامية، وقد ذكرت في القرآن والسنة النبوية الشريفة الدلائل الكثيرة على هذه المقاصد؛ ورتبت الشريعة الإسلامية على المساس بهذه المقاصد عقوبات شديدة، وتواترت الأدلة على الحفاظ عليها والتحذير من الاقتراب للوقوع فيها، وكان الحفاظ على النفس من أهم هذه المقاصد، ولذلك لم يشرع القتل عقوبة إلا في أمور معدودة؛ فقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [الإسراء:33]، وقال ﷺ: "لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ: الثَّيِّبِ الزَّانِي، وَالنَّفْسِ بِالنَّفْسِ، وَالتَّارِكِ لِدِينِهِ الْمَفَارِقِ لِجَمَاعَةٍ"⁽¹⁾.

وقد حذر الله سبحانه وتعالى من قتل المؤمنين، وجعل الدماء أول ما يقضى فيه بين الناس؛ قال عز وجل: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَكَفَعَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾ [النساء:93]، وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: "لَنْ يَزَالَ الْمُؤْمِنُ فِي فُسْحَةٍ مِنْ دِينِهِ، مَا لَمْ يُصِْبْ دَمًا حَرَامًا"⁽²⁾.

وشدد النبي ﷺ في الترهيب من قتل المؤمن متعمداً؛ فقتل المؤمن بغير حق عند الله عز وجل أمر عظيم وجرم كبير؛ فعن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: "لزوال الدنيا أهون على الله من قتل مؤمن بغير حق"⁽³⁾. وعن أبي سعيد ﷺ أن النبي ﷺ قال: "لَوْ أَنَّ أَهْلَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ اشْتَرَكُوا فِي دَمِ مُؤْمِنٍ لَأَكْبَهُمُ اللَّهُ فِي النَّارِ"⁽⁴⁾.

وجعل الله سبحانه وتعالى القصاص عقوبة على إزهاق النفس فقال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة:179]؛ فالآية الحكيمة قررت أن الحياة هي المطلوبة بالذات، وأن القصاص وسيلة من وسائلها؛ لأن من علم أنه إذا قتل نفساً يُقتل بها يرتدع عن القتل؛ فيحفظ الحياة على من أراد قتله وعلى نفسه، والاكتفاء بالدية لا يردع كل أحد عن سفك دم خصمه إن استطاع، وإن من الناس من يبذل الكثير لأجل الإيقاع بعده؛ فالقصاص جزاء وفاق للجريمة؛ فالجريمة اعتداء متعمد على النفس، والعدالة أن يؤخذ الجاني بمثل فعله؛ إذ لا يُعقل أن يفقد والد ولده ويرى قاتله يروح ويغدو بين الناس، وقد حُرِمَ من رؤية ولده.

(1) متفق عليه؛ أخرجه البخاري (6/2521)، ومسلم (3/1302).

(2) أخرجه البخاري (6/2517).

(3) أخرجه الترمذي (4/16)، والنسائي (7/82)، وابن ماجه (2/874).

(4) أخرجه الترمذي (4/17).

ورغم عظم قتل النفس عند الله تعالى؛ فإنه قد شرع القتل عقوبة على جرائم تمس الحياة الإنسانية والنظام الاجتماعي، وفي هذا البحث نتناول العقوبة بالقتل والتي يمثلها في القانون الوضعي (عقوبة الإعدام) وفي التشريع الإسلامي تتمثل في (القصاص وبعض الحدود). وستكون خطتنا في تناول هذا الموضوع من خلال ثلاثة فصول :

الفصل الأول: يشمل التعريف بمفهوم (عقوبة الإعدام) من حيث المراد بها، وذكر الجرائم المعاقب عليها بالإعدام، مع التركيز على القتل العمد الذي يمثل السبب الرئيس للحكم بعقوبة الإعدام في القانون الوضعي وبالقصاص في الشريعة الإسلامية، ثم ذكر صور تنفيذ الإعدام في الشريعة والقانون، ونخصص مبحثاً لتناول الفرق بين الإعدام والقصاص بعد التعريف بالقصاص وأحكامه.

وفي الفصل الثاني: نبين أهمية عقوبة الإعدام وما يترتب عليها من مصالح وما ينجم عن عدمها من مفسد.

والفصل الثالث: نخصصه للحديث عن حكم عقوبة الإعدام والاستثناءات الواردة على تطبيقها، ثم نختم بنتيجة البحث ومشروع مقترح لقرار يصدر عن المؤتمر.
وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



الفصل الأول

مفهوم عقوبة الإعدام

العقوبة لغة: مصدر عاقب، تقول: عاقبه بذنبه معاقبة وعقاباً أخذه به، وتعقبت الرجل إذا أخذته بذنبه⁽¹⁾، وفي التنزيل: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ النحل: 126

والعقوبة في اصطلاح الفقهاء: الألم الذي يلحق الإنسان مستحقاً على الجناية⁽²⁾. وعرفت بأنها: زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر به⁽³⁾؛ فالعقوبة تكون على فعل محرّم أو ترك واجب⁽⁴⁾. وعرفها بعض المعاصرين بأنها: "الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع"⁽⁵⁾.

أو أنها: "جزاء ينطوي على إيلام مقصود يقرره القانون ويوقعه القاضي باسم المجتمع على من تثبت مسؤليته على الجريمة ويتناسب معها"⁽⁶⁾.

ويمتد تاريخ العقوبة بامتداد التاريخ البشري على وجه الأرض؛ فمنذ وقوع الجريمة الأولى، وهي: قتل قابيل لأخيه هابيل تأسس مبدأ العقوبة، وعوقب قابيل على جريمته، وجاءت الرسائل السماوية من بعد ذلك متضمنة لتشريعات وأحكام حددت بموجبها العقوبات المترتبة على من اقترف جرماً أو ارتكب جناية؛ ففي الشريعة اليهودية نصّت التوراة على عقوبات كثيرة بحق الجناة والمعتدين، منها: القتل لمن قتل "من ضرب إنساناً فمات يقتل قتلاً"⁽⁷⁾.

ولا يكاد يخلو مجتمع قديماً أو حديثاً من شريعة ونظام يحدد بموجبه قانون العقوبات والقصاص المستحق لمن ارتكب جرماً، وهذا ما نلاحظه في الشريعة الإسلامية من خلال الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الواردة في ذلك.

(1) لسان العرب لابن منظور، مادة: (عقب).

(2) حاشية الطحطاوي على الدر المختار (2/388).

(3) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام لعلاء الدين الطرابلسي، ص195.

(4) يفرق بعض الفقهاء بين العقوبة والعقاب؛ بأن العقوبة هي ما يوقع على الإنسان إن كان في الدنيا، والعقاب ما يلحقه في الآخرة. انظر: حاشية الطحطاوي على الدر المختار (2/388).

(5) التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي لعبدالقادر عودة (1/609).

(6) شرح قانون العقوبات - القسم العام، لعمر السعيد رمضان، ص 547.

(7) سفر التكوين، الإصحاح (2- 21).

خصائص العقوبة في الإسلام :

تقوم فلسفة العقوبة في الإسلام على خصائص عدة، أهمها :

(1) حفظ المصالح العامة والفردية في المجتمع، وهي تستمد وجودها وشرعيتها من خلال النص القطعي الذي يبين ماهيتها، وكيفية تطبيقها في الحدود والقصاص ويحدد أيضا المساحة التي يستطيع من خلالها الحاكم أو القاضي أن يجتهد في باب التعزيرات.

(2) العقوبة في الإسلام شخصية: بمعنى أنها لا تطال إلا مرتكب المخالفة وحده ولا تتعداه إلى غيره، وذلك تحقيقاً للعدالة التي على أساسها قام مبدأ العقوبة، يقول تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِيْنَةٌ﴾ [المائدة: 38]، ويقول: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ [النجم: 39]، ويقول: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: 164].

(3) العقوبة في التشريع الجنائي الإسلامي عامة لا يستثنى منها أحد؛ فلا ميزة لأحد أيا كان أن يُعفى من العقوبة المستحقة عليه مهما عظم شأنه وارتفع مقامه، قال ﷺ حين أراد أسامة بن زيد رضي الله عنهما أن يشفع في المخزومية: " أَمَا بَعْدُ، فَإِنَّمَا أَهْلَكَ النَّاسَ قَبْلَكُمْ: أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ، وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الْحَدَّ، وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ، لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا " [□].

(4) يقرر الإسلام المساواة بين جميع الناس أمام القانون فإنه أيضاً يساوي في تشريع العقوبة نفسها بما يتناسب مع حجم وطبيعة الجرم الذي اقترفه المستحق للعقوبة؛ فمن العدالة أن تتساوى العقوبة مع الجريمة فلا يشعر المخالف بالظلم جراء قسوة العقوبة التي نزلت به قصاصاً على مخالفة بسيطة، ولا يشعر المعتدى عليه بأن حقه قد هضم وحرمته قد هتكت؛ لأن العقوبة على الجاني لم تكن بالمستوى الذي يحقق له الاستيفاء أو تشعره بالرضا والتسليم؛ يقول تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: 40]، ويقول: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [المائدة: 45]

والعقوبة في المجتمعات القديمة كانت قائمة على أساس الانتقام الفردي، ثم تقدمت المجتمعات وأصبحت فكرة الحق العام في القوانين الوضعية بدلا للانتقام الفردي، وأما في العصر الإسلامي فقد راعت العقوبات الإسلامية كلا الطرفين: الحق الفردي والحق العام

(1) متفق عليه؛ أخرجه البخاري (3/ 1282)، ومسلم (3/ 1315).

ووازنت بينهما، فتغيرت من الانتقام الفردي والعام إلى العدل والحفاظ على الحق الفردي والعام بطريقة مختلفة كلياً^(□).

وبذلك صارت العقوبات في التشريع الإسلامي موانع قبل الفعل زواجر بعده؛ أي العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع من العودة إليه^(□)، وفيما يلي نتحدث عن مفهوم إحدى العقوبات المقررة شرعاً وقانوناً وهي عقوبة الإعدام.

المبحث الأول المراد بالإعدام

الإعدام لغة: من العدم، والعدم هو فقدان الشيء، تقول: "عدمت فلاناً أعدمه": أفقده فقداً، أي غاب عنك بموت أو فقد^(□).

فالإعدام مصدر أعدم يُعديم، وأعدم الشَّخصُ: صار فقيراً، يقال: أعدم من بعد غنى، قال الشاعر:

كَمْ تشتكى وتقول إنك مُعْدَمٌ ... والأرضُ ملكك والسَّما والأُنجمُ

وفي قراءة لابن مسعود^(□): {وَوَجَدَكَ عَدِيمًا فَأَغْنَى}. وأعدمه الشيء: أفقده إياه، يقال: "لا أعدمني الله إحصانك"^(□)، وإعدام الشيء: إتلافه^(□).

ومن معنى إفقاد الروح وإتلافها وُلد مصطلح الإعدام، جاء في المعجم الوسيط: "ويقال: قضى القاضي بإعدام المجرم: قضى بإزهاق روحه قصاصاً، وهو من المولد"^(□). فالإعدام يعني أن المحكوم عليه بعد التنفيذ يصبح عدماً لا وجود له.

وبناء على ذلك عُرف الإعدام بأنه: "إزهاق الروح عقوبة على جريمة"^(□)، أو "إزهاق روح المحكوم عليه واستئصاله من المجتمع"؛ فهو سلب المحكوم عليه حقه في الحياة^(□). يقول الأستاذ/ عبد القادر عودة: "وعقوبة الإعدام هي: إزهاق روح المحكوم عليه"^(□□).

-
- (1) انظر: العقوبة في التشريع الجنائي الإسلامي والوضعي لحيدر البصري، مجلة النبأ عدد 41، والعقوبة في الفقه الإسلامي لأحمد فتحي بهنسي، ص 13 وما بعدها.
 - (2) انظر: فتح القدير للكمال بن الهمام (5/ 212).
 - (3) لسان العرب، مادة (عدم).
 - (4) الدر المنثور في التفسير بالمأثور، للسيوطي (8/ 545) وعزاها لابن الأنباري في المصاحف.
 - (5) معجم اللغة العربية المعاصرة (2/ 1469).
 - (6) معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعه جي، ص 87.
 - (7) المعجم الوسيط، مادة: (عدم).
 - (8) معجم لغة الفقهاء، ص 87.
 - (9) فلسفة عقوبة الإعدام بين النظرية والتطبيق لمحمود السقا، ص 17.
 - (10) التشريع الجنائي الإسلامي (1/ 716).

وعلى ذلك استقر المعنى الاصطلاحي للكلمة، وطبقاً لقانون السجون المصري رقم 396 لسنة 1956 تعرف عقوبة الإعدام بأنها: "إزهاق روح المحكوم عليه بالإعدام شنقاً".

وذكر في بعض المعاجم عدة استعمالات لهذا المعنى المولد؛ منها: أعدم القاتل: نفذ فيه حكم الموت قصاصاً، ومنها: "جريمة تستحق الإعدام"، و"يحكم على نفسه بالإعدام سياسياً"، ومنها: "أمر إعدام": وهو إذن رسمي يُصرح بإعدام شخص، و"الحكم بالإعدام": الحكم بالموت قصاصاً، و"عقوبة الإعدام": القصاص القاضي بقتل المجرم، و"كتيبة الإعدام": فرقة مكلفة بتنفيذ حكم الإعدام رمزياً بالرصاص⁽¹⁾.

والناظر في تاريخ المجتمعات البشرية قديماً وحديثاً يجد أنها قد عرفت عقوبة الإعدام وطبقته في تشريعاتها، وقد تنوعت الاجتهادات القانونية حول الجرائم الموجبة لهذه العقوبة؛ ففي بعض الدول يعتبر القتل والتجسس والخيانة موجبات لهذه العقوبة، وفي بعضها تعتبر الجرائم الجنسية كالزنا والاعتصاب واللواط جرائم مستوجبة للإعدام، وفي دول أخرى يعتبر الاتجار بالبشر أو تجارة المخدرات من الجرائم التي يعاقب عليها بإعدام مرتكبها. وتفصيل ذلك في المبحث التالي.

المبحث الثاني

محل عقوبة الإعدام (الجرائم المعاقب عليها بالإعدام)، وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

الجرائم المعاقب عليها بالإعدام في الشريعة الإسلامية

من مقاصد التشريع الإسلامي ما سماه الفقهاء بالضروريات الخمس، وهي: حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل، وبالأستقراء وجد أن هذه الضروريات الخمس مراعاة في تشريع كل ملة.

وفي سبيل حفظ هذه الضروريات شرعت العقوبات، وهي كما جاءت في استنباط الفقهاء من مصادر الشريعة تتنوع إلى ما يأتي:

أولاً: الحدود، والحد هو العقوبة المقدرة بنص الشارع، وهي حق الله تعالى لا يقبل العفو عنها، والمقصود من عقوبات الحدود المصلحة العامة للمجتمع.

ثانياً: جرائم الجنائية على النفس وما دون النفس وما يتبعها من الدية والأرش.

ثالثاً: جرائم التعازير، وهي التي جرت الشريعة على عدم تحديد عقوبة كل جريمة منها مكتفية بتقرير أنواع من العقوبات لهذه الجرائم.

(1) معجم اللغة العربية المعاصرة (2/ 1469).

"والأصل المجمع عليه في جميع الأديان أنه إنما يجوز القتل لمصلحة كلية لا تتأتى بدونه ويكون تركها أشد إفساداً منه ، ومنه قوله تعالى: ﴿وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ﴾ [البقرة: 191] □

ولذلك جعلت الشريعة الإسلامية القتل عقوبة في خمس جرائم:

- (1) الزنا من الثيب: قال رسول الله ﷺ: "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: زنا بعد إحصان وكفر بعد إيمان وقتل نفس بغير نفس" □ ، وقد رجم رسول الله ﷺ ماعزاً والغامدية وكانا محصنين.
- (2) الارتداد عن الإسلام: لقوله ﷺ: "من بدل دينه فاقتلوه" □ ، وللأحاديث الواردة في ذلك.
- (3) قتل نفس الغير عمداً: فإن من قتل غيره عمداً يقتل به ، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ..الآية﴾ [البقرة: 178] ، وقال جل شأنه: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ..الآية﴾ [المائدة: 45].
- (4) البغي: قال تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَت إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَنْفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [الحجرات: 9].
- (5) الحرابة: قال تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة: 33].

وقد حصر الدهلوي أسباب عقوبة القتل في ثلاثة أجناس ويندرج تحتها ما يشبهها فقال: "فعندما تصدى النبي ﷺ للتشريع وضرب الحدود وجب أن يضبط المصلحة الكلية المسوغة للقتل ، ولو لم يضبط وترك الأمر سدى لقتل منهم قاتل من ليس قتله من المصلحة الكلية ظناً أنه منها فضبط بثلاث:

القصاص فإنه مزجرة ، وفيه مصالح كثيرة قد أشار الله تعالى إليها بقوله: ﴿وَأَكْفُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةً يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: 179].

والتَّيْبُ الزَّانِي لأن الزنا من أكبر الكبائر في جميع الأديان ، وهو من أصل ما تقتضيه الجبلة الإنسانية؛ فإن الإنسان عند سلامة مزاجه يخلق على الغيرة أن يزاحمه أحد على موطوءته كسائر البهائم؛ إلا أن الإنسان استوجب أن يعلم ما به إصلاح النظام فيما بينهم ، فوجب عليهم ذلك.

(1) حجة الله البالغة لشاه ولي الله الدهلوي ، ص 748.

(2) سبق تخريجه.

(3) أخرجه البخاري (6/2537).

والمرتد اجترأ على الله ودينه، وناقض المصلحة المرعية في نصب الدين وبعث الرسل. وأما ما سوى هؤلاء الثلاث مما ذهب إليه الأمة مثل الصائل ومثل المحارب من غير أن يقتل أحداً عند من يقول بالتخيير بين أجزية المحارب فيمكن إرجاعه إلى أحد هذه الأصول"⁽¹⁾.

ثانياً: التعزيرات

مما سبق تبين أن النص قصر القتل على هذه الخمسة فحسب، وقد اختلف الفقهاء في التعزير، هل يجوز بالقتل؟

والتعزير في اصطلاح الفقهاء: هو عقوبة غير مقدرة شرعاً، تجب حقاً لله، أو لأدمي، في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة غالباً"⁽²⁾.

وجرائم التعزير هي المعاصي التي قرر التعزير جزاء لها، وإنما وجدت الحاجة إلى التعزير؛ لأن النصوص الخاصة بالعقوبات محدودة وأفعال العباد التي تستدعي العقوبة غير محدودة فتنشأ جرائم جديدة ومتنوعة وكان لابد من مواجهتها بعقوبات وذلك مثل: الإتجار بالمخدرات في العصر الحديث.

والشريعة الإسلامية لم تنص بالنسبة لهذه الجرائم المستجدة على عقوبات بخصوصها؛ فهنا كان لولي الأمر أن يضع لهذه الجرائم المستجدة عقوبات.

وقد حددت الشريعة ضوابط وأسس لهذه العقوبات التي سميت بالتعزيرية حتى لا ينحرف ولي الأمر ولا يستبد؛ فيظلم العباد بأحكام وعقوبات قاسية لا تتناسب مع الفعل المرتكب، وكان من هذه الأسس المساواة بين الفعل والعقوبة، وكذا تحري العدالة وغيرها، ومن هذا المنطلق كان الخلاف في التعزير هل له مقدار محدد أو يجوز التعزير ولو بالقتل؟

قال ابن حزم: "مسألة: التعزير. قال أبو محمد رحمه الله: اختلف الناس في مقدار التعزير؛ فقالت طائفة: ليس له مقدار محدود، وجائز أن يبلغ به الإمام ما رآه، وأن يجاوز به الحدود بالغاً ما بلغ، وهو قول مالك وأحد أقوال أبي يوسف، وهو قول أبي ثور والطحاوي من أصحاب أبي حنيفة"⁽³⁾.

ولم يقتصر القول بجواز التعزير بالقتل على من ذكرهم (ابن حزم)؛ بل ذكر فقهاء المذاهب أحوالاً عدة جوزوا فيها القتل فيما ليس فيه حد أو قصاص تعزيراً.

(1) حجة الله البالغة، ص 748.

(2) المبسوط للسرخسي 9 / 36، وفتح القدير 7 / 119 ط الميمنية، وكشاف القناع 4 / 72 ط المطبعة الشرقية بالقاهرة، والأحكام السلطانية للماوردي ص 224 مطبعة السعادة، ونهاية المحتاج 7 / 72، وقلبيوبي 4 / 205. قال القليوبي: هذا الضابط للغالب فقد يشرع التعزير ولا معصية، كتأديب طفل وكافر، وكمن يكتب بآلة لهو لا معصية فيها. (الموسوعة الفقهية الكويتية)

(3) المحلى بالآثار لابن حزم (12 / 401).

فقد قرر فقهاء الحنفية عقوبة القتل: سياسة في الجرائم التي تمس أمن المجتمع وتهدد مصالح الإنسان؛ خاصة إذا وقعت من معتاد الإجرام، فقالوا: إن السارق إذا تكرر منه فعل السرقة قتل سياسة، والجاسوس الذي ينقل أسرار الدولة للأعداء يقتل سياسة؛ وذلك لسعيه بالفساد في الأرض؛ جاء في شرح فتح القدير تعليقاً على عبارة صاحب الهداية: (لأنه صار ساعياً في الأرض بالفساد): "وكل من كان كذلك فيدفع شره بالقتل"⁽¹⁾؛ فجعلوا كل جرم ترتب عليه الإضرار بأمن الناس وأمانهم على أنفسهم وأموالهم وأعراضهم إفساداً في الأرض؛ فإذا لم يصادفه عقوبة حد مقرر جاز عقابه بالقتل سياسة وتعزيراً؛ لأن في مثل هذه العقوبة الحازمة ردعاً للغير وزجرًا عن سلوك هذا الطريق⁽²⁾.

واتفق فقهاء المالكية على أن أقل عقوبة التعزير غير مقدرة، واختلفوا في أقصاها، والمشهور عن مالك أنه يجيز التعزير بما فوق الحد، وأن هذه العقوبة بحسب الجناية والجاني والمجني عليه، وأجاز المالكية: قتل الجاسوس المسلم إذا كان يتجسس للعدو، وقتل المفسدين في الأرض⁽³⁾.

وذهب بعض فقهاء الشافعية إلى جواز قتل صاحب البدعة المخالف للكتاب والسنة، والقتل في اللواط للفاعل والمفعول به قتلاً بالسيف، كما قالوا: إن قطع الطريق كما يكون في الصحراء أو الخلاء يكون في المصر، وأضاف الشافعية في أحكام الصيال أن ضمان الولاية دفع كل صائل على نفس أو طرف أو منفعة أو بضع (عرض) أو مال ومقتضى دفع الصائل قتله⁽⁴⁾.

قال العز بن عبدالسلام: "الدفع، وهو أنواع: أحدها: القتل والقطع والجرح لدفع ضرر الصيال على الأرواح والأبضاع والأموال..." إلى أن قال: "الخامس: إتلاف لدفع المعصية كقتال الظلمة دفعاً لظلمهم وعصيانهم، وكذلك تخريب ديارهم وقطع أشجارهم وقتل دوابهم إذا لم يمكن دفعهم إلا بذلك"⁽⁵⁾.

ويستفاد من عبارة العز بن عبدالسلام أن الإتلاف - أي القتل - لدفع المعصية من حق ولي الأمر؛ لأن قتال الظلمة يقتضي قتلهم.

وذهب بعض فقهاء المذهب الحنبلي إلى جواز التعزير بقتل الجاسوس وقتل المبتدع في الدين، وكل من لم يندفع فساده إلا بالقتل ومن تكرر منه الفساد ولم تردعه الحدود، وقالوا: إن قطع الطريق كما يكون في الصحراء يكون في المصر لتناول الآية بعمومها

-
- (1) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام، (5/ 432).
 - (2) انظر: الهداية وفتح القدير (5/ 432)، والبحر الرائق لابن نجيم، (8/ 332)، والدر المختار مع حاشية رد المحتار لابن عابدين (4/ 62) وما بعدها.
 - (3) انظر: الفروق للقراي، (4/ 319 - 326)، وتبصرة الحكام لابن فرحون (2/ 302) على هامش فتاوى عليش.
 - (4) انظر: المهذب للشيرازي (2/ 269)، وتحفة المحتاج لابن حجر، وحواشيه في التعزير ودفع الصائل (9/ 175) وما بعدها.
 - (5) قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام (2/ 74).

كل محارب، ولأن ذلك إذا وجد في المصر كان أعظم خوفاً وأكثر ضرراً؛ فكان بذلك أولى، وأضافوا أن المفسد في الأرض كالمصائل إذا لم يندفع إلا بالقتل قتل، وقد جاء في كتاب (السياسة الشرعية) لابن تيمية في التعزير ما ملخصه: أنه قد حكى عن مالك وغيره أن من الجرائم ما يبلغ به القتل، ووافق بعض أصحاب أحمد، وكذلك أبو حنيفة يعزر بالقتل فيما تكرر من الجرائم إذا كان جنسه يوجب القتل، كما يقتل من تكرر منه التلوط أو اغتيال النفوس لأخذ المال ونحو ذلك⁽¹⁾.

وفي رسالة (الحسبة) لابن تيمية في فصل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر: "ومن لم يندفع فساد في الأرض إلا بالقتل قتل؛ مثل المفرق لجماعة المسلمين والداعي إلى البدع في الدين؛ قال تعالى: ﴿مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ﴾ [المائدة: 32]"⁽²⁾.

وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجوز للحاكم أن يزيد في التعزير بالضرب على عشرة أسواط مستدلين بما جاء عن رسول الله ﷺ أنه قال: "لا يضرب فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله"⁽³⁾، فظاهر هذا الحديث يدل على أن عقوبة غير الحد لا يجوز أن تزيد على عشرة أسواط.

وقد أوجب عن هذا: بأن الحدود التي تطلق على العقوبات تطلق أيضاً على نفس الجناية والمعصية، والمراد بها في الحديث: المعصية، لا العقوبة، فمعنى الحديث: لا تجوز العقوبة بالضرب زيادة على عشرة أسواط إلا في الجنايات بأن يختلي بامرأة محرمة أو يشهد زوراً أو يغش شخصاً أو يخدعه أو يحتال عليه أو يقامر أو يبذر ماله فيما يؤذي الناس أو يسعى بالنميمة بين الناس أو يطفف الكيل والميزان أو يصرف وقته في الملاهي أو غير ذلك مما لا يمكن حصره هنا؛ فكل جناية لم يضع لها الشارع حداً ولا كفارة فإن للحاكم أن يعاقب عليها بالسجن أو الضرب بحسب ما يراه زاجراً للمجرم.

أما غير الجنايات من المخالفات؛ كمخالفة الابن لأبيه ونحو ذلك مما يقع من الصبيان فإنه يصح التأديب عليها بالضرب بشرط ألا يزيد عن عشرة أسواط. فهذا هو معنى الحديث⁽⁴⁾.

(1) انظر: السياسة الشرعية لابن تيمية، ص 97.

(2) الحسبة لابن تيمية، ص 58. وانظر ما سيأتي في فتوى فضيلة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق الصادرة عن دار الإفتاء المصرية في شأن خطف الأطفال والإناث في جمادى الآخرة 1399هـ/ 14 مايو 1979م.

(3) السنن الكبرى للبيهقي لرقم 17589.

(4) انظر: إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية (48/2).

وخلاصة الأمر: أن باب التعزير باب واسع يمكن للحاكم أن يقضي به على كل الجرائم التي لم يضع الشارع لها حداً أو كفارة، على أن يضع العقوبة المناسبة لكل بيئة ولكل جريمة، حتى ولو بلغت العقوبة القتل.

ومن هذا المنطلق صدرت عن دار الإفتاء المصرية في جمادى الآخرة 1399هـ/ 14 مايو 1979م في عهد فضيلة الشيخ/ جاد الحق علي جاد الحق⁽¹⁾ فتوى تجيز تنفيذ عقوبة الإعدام في حق من يخطف الأطفال والإناث؛ بناء على أن العقوبات في الحدود مقدره بالشرع أما عقوبات التعازير فمتروكة للإمام، وقد تصل إلى القتل سياسة متى رأى الإمام ذلك.

يقول رحمه الله: "معيار العقوبة في جرائم التعزير مرن غير ثابت عكس الحدود فإنها ثابتة، وإذا كانت الجرائم المسئول عنها لا تدخل في نطاق الحدود بمعناها الشرعي كما لا تندرج تحت عقوبات الاعتداء على النفس وما دون النفس فهل تدخل في نطاق التعزير؟"، وبعد أن عرض أقوال فقهاء المذاهب في أمثال هذه الجرائم يقول: "ونخلص من هذا العرض إلى أن القتل تعزيراً يجيزه فقهاء مذهب أبي حنيفة سياسة، وأنه مشروع في الجرائم التي لا يمكن فيها دفع شر الجاني؛ سيما إذا كان معتاداً.

وأيضاً الجرائم التي تعتبر إفساداً للمجتمع وتكرر من المقترف لها الإفساد، وقد وافق على هذا الرأي من الحنابلة ابن عقيل وابن تيمية وابن القيم.

ومبدأ القتل تعزيراً مسلم به في الفقه المالكي، كما جاء في قتل الجاسوس والمفسد في الأرض، وجرى بذلك قول بعض الشافعية سيما في أحكام دفع الصائل.

ويستأنس بقول الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: "تحدث للناس أفضية بقدر ما يحدثون من فجور" ما يشير إلى ضرورة الأخذ بقول جمهور فقهاء المذاهب على نحو ما سبق بيانه من جواز القتل تعزيراً سيما هؤلاء المجرمين الذين يثبت احترافهم للقتل والسطو على الناس في الشوارع والسيارات والقطارات بل وفي المنازل، وهؤلاء الذين يخطفون الأطفال والإناث متى ثبت عليهم هذا الجرم يجوز عقابهم بالقتل؛ باعتبارهم خطراً على المجتمع ولا يرجى صلاحهم، وباعتبار أن فعلهم مناف لمقاصد الشريعة التي تدعو لحفظ النفس والدين والعرض...

هذا ولما كانت الجرائم المسئول عنها تمس أمن المجتمع وسلامته إذ فيها ما يهز الأمن، وفيها ترويع الأطفال والنساء والاعتداء على الأعراض التي صانها الإسلام - بل إنه حرم مجرد النظر إلى النساء الأجنبية- وفيها إشاعة الفوضى والاضطراب في البلاد، وإضاعة الثقة في قدرة الحكام على ضمان الأمن العام؛ فإن المجرمين الذين اعتادوا الإجرام ولا يرجى منهم التوبة والإقلاع عن القتل والخطف والسرقة والزنا، كل هؤلاء

(1) شيخ الأزهر السابق وكان وقت صدور الفتوى مفتياً للديار المصرية رحمه الله تعالى .

يجوز أن تشرع لهم عقوبة القتل سياسة، على أن توضع الضوابط الكفيلة بالتطبيق العادل حماية للإنسان الذي حرم الله قتله إلا بحق؛ فلا يؤخذ في مثل هذه العقوبة بالظن والشبهة؛ بحيث يكون ملحوظاً في التشريع الحيطة في الإثبات؛ سيما إذا لم يتم القبض على الجاني متلبساً بجرمه"^(□).

وخلاصة القول: إن الشريعة الإسلامية جعلت القتل عقوبة في أربع جرائم من جرائم الحدود وهي: الزنا والحراية والردة والبغي، وجعلته عقوبة في جريمة واحدة من القصاص، وهي القتل العمد؛ والقصاص غير الحد؛ لأنه عقوبة مقدره وجبت حقاً للعباد^(□).

فإذا قدرنا أن الجرائم التعزيرية التي يمكن العقاب عليها بالقتل تصل إلى خمس جرائم أيضاً؛ كانت كل الجرائم المعاقب عليها بالقتل في الشريعة لا تزيد على عشر جرائم عند من يجيزون القتل تعزيراً، وكان عددها لا يزيد على خمس جرائم عند من لا يبيحون القتل تعزيراً، وتلك ميزة انفردت بها الشريعة الإسلامية من يوم نزولها، فهي لا تسرف في عقوبة القتل ولا تفرضها دون مقتض، ونستطيع أن نحيط بمدى تفوق الشريعة في هذه الوجهة إذا علمنا أن القوانين الوضعية كانت إلى أواخر القرن الثامن عشر تسرف في عقوبة القتل إلى حد بعيد بحيث كان القانون الإنجليزي مثلاً يعاقب على مائتي جريمة بالإعدام، والقانون الفرنسي يعاقب على مائة وخمس عشرة جريمة بالإعدام^(□)!

المطلب الثاني

الجرائم المعاقب عليها بالإعدام في القانون

الجرائم المعاقب عليها بالإعدام في العصر الحديث هي^(□):

أولاً: الجرائم الموجهة ضد الأشخاص:

- (1) القتل مع سبق الإصرار: وهو معاقب عليه بالإعدام في أغلبية البلاد المختلفة بعقوبة الموت.
- (2) القتل العمد^(□): وهو يعاقب عليه بالموت في بلاد قليلة أكثرها أفريقية.
- (3) القتل في أثناء مبارزة: وهو مقصور على عدد من الولايات الأمريكية.
- (4) جريمة الغش: وهي موجودة في بعض الولايات الأمريكية.

(1) فتوى فضيلة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق الصادرة عن دار الإفتاء المصرية في جمادى الآخرة 1399هـ/ 14 مايو 1979م.

(2) والعلاقة بين العقوبة والقصاص عموم وخصوص مطلق، فالقصاص ضرب من العقوبة. انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (33/ 260).

(3) التشريع الجنائي الإسلامي (1/ 689).

(4) الموسوعة العربية العالمية (2/ 763) مادة: إعدام.

(5) وسيأتي معناه والفرق بين كل من القتل العمد والقتل مع سبق الإصرار.

- (5) التسميم: في فرنسا والعراق واليابان والمغرب ومصر وبعض الجمهوريات الجديدة.
- (6) قتل الأب أو الأم أو الولد: معاقب عليها بالإعدام في فرنسا وتركيا ولبنان والمغرب والعراق واليابان وغيرها.
- (7) القتل الذي يرافق أو يعقب ارتكاب جريمة أخرى: مصر ولبنان ودول أخرى.
- (8) قتل الشرطي أو موظف في أثناء الخدمة.
- (9) ضرب أو جرح ولد بصورة عنيفة حتى الموت.
- (10) الحريق المتعمد الذي ينجم عنه موت أحد: مصر ويوغسلافيا ودول أخرى.
- (11) الاشتراك في انتحار ولد أو مخدر أو مجنون: السودان والهند ودول أخرى.
- (12) إجهاض امرأة تسبب في موتها.
- (13) اغتصاب امرأة بالعنف: وتكون عقوبة الإعدام في حالتين: أ- إذا نشأ عنه موت: كما في اليابان وتركيا. ب- الاغتصاب العادي: كما في الصين وبعض الولايات الأمريكية.
- (14) المتاجرة بالمخدرات في بعض الحالات الخطيرة.
- (15) الاعتقال التعسفي مع التعذيب الجسدي: الصين وتشيكوسلوفاكيا ودول أخرى.
- (16) الشهادة الكاذبة التي تتسبب في صدور حكم بالإعدام: الهند والعراق ودول أخرى.
- (17) خطف القاصر: لكن بعض البلاد تشترط موت المخطوف كفرنسا والمغرب، وبعضها لا تشترط ذلك فقط، بل يوقعونه عليه في أمور أخرى كطلب فدية كما في شيلي.
- (18) الأضرار الخطيرة التي تتسبب للمواصلات: بعض الولايات الأمريكية.

ثانياً: الجرائم الموجهة ضد الأموال والجنايات الاقتصادية.

- (1) السرقات الموصوفة أو المشددة؛ خاصة مع استعمال السلاح، كما هو الحال في بعض الولايات الأمريكية وفرنسا واليونان.
- (2) القرصنة مع العنف: أستراليا وكندا وشيلي وإسبانيا وجواتيمالا وغيرها.
- (3) الاحتكار أو رفع الأسعار بصورة غير مشروعة وخطيرة واختلاس أموال الدولة.
- (4) تزيف النقد والمضاربة بالعملات الصعبة.
- (5) الاعتداء الخطير على الملكية الاشتراكية.

ثالثاً: الجرائم الموجهة ضد الدولة والنظام العام.

- (1) الخيانة؛ كما في العديد من الدول.
- (2) التجسس: كما في الصين وإسبانيا وفي القانون الفيدرالي بالولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا واليونان وإيران والمغرب ومصر وتشيكوسلوفاكيا.
- (3) الاتصال بالعدو أو التعاون معه: كما في دول عديدة.

رابعاً: الاعتداء على السلامة الداخلية للدول، ويكون ذلك في الحالات التالية:

- (1) العصيان المسلح والثورة أو التآمر على الدولة.
- (2) القتل المرتكب في أثناء اضطرابات أو ثورة: بعض الولايات الأمريكية.
- (3) الاعتداء على سلامة رئيس الدولة وبعض الشخصيات العامة.
- (4) النهب والقتل الجماعي والتخريب.
- (5) الزنا.

عقوبة الإعدام في الدول العربية:

تجمع الدول العربية على فرض عقوبة الإعدام في الجرائم التالية: الخيانة، والقتل مع سبق الإصرار، والقتل المترافق بجناية تسهيلات أو تمهيداً أو إخفاء لها، وقتل الأصول والفروع.

وتتوسع بعض التشريعات العربية في فرض عقوبة الإعدام على بعض الجرائم؛ مثل:

- القتل بالتسميم (العراق والكويت ومصر والمغرب).
- ضرب أو جرح ولد بصورة عنيفة تؤدي إلى موته (المغرب).
- الخطف المشدد (الكويت).
- خطف القاصر إذا أدى الخطف إلى موته (المغرب).
- الشهادة الكاذبة إذا أدت إلى حكم بالإعدام على المتهم (العراق والمغرب ومصر والسودان).
- زنا المحصن والردة والحراية والبغي (المملكة العربية السعودية).
- الاغتصاب (المملكة العربية السعودية والكويت).
- الاتجار بالمخدرات (العراق).

- الاتجار بالمخدرات في حالة التكرار (سوريا ومصر).
- تهريب المخدرات إلى داخل الدولة (المملكة العربية السعودية).

ولا تنفذ عقوبة الإعدام في الدول العربية إلا وفق إجراءات قانونية دقيقة؛ ضماناً لحقوق المحكوم عليه؛ ففي سوريا مثلاً تلزم النيابة العامة بعرض الحكم بالإعدام على محكمة النقض وإن لم يطعن به المحكوم عليه؛ فإذا صدقته هذه المحكمة يعرض على لجنة العفو، وهذه اللجنة تبين رأيها فيه وترفعه بتقرير إلى رئيس الجمهورية؛ فإذا أقر الرئيس العقوبة أصدر مرسوماً بذلك. وللرئيس أن يلغي عقوبة الإعدام ويستبدل بها عقوبة أخرى؛ كالأشغال الشاقة المؤبدة أو الاعتقال المؤبد، وذلك بمرسوم يصدر لهذا الغرض.

ووضع كذلك المشرع المصري مجموعة من الضمانات الإجرائية التي تكفل تجنب الخطأ في القضاء بهذه العقوبة، وتتمثل هذه الضمانات في ضرورة صدور الحكم بالإعدام بإجماع آراء أعضاء المحكمة استثناء من القاعدة المقررة بأن الأحكام تصدر بأغلبية الآراء، ووجوب أخذ رأي مفتي الجمهورية كراي استشاري، ويقع حكم الإعدام باطلاً إذا كانت المحكمة قد أصدرته دون أن ترسل الأوراق إلى المفتي أو كانت قد أصدرته قبل أن تنتضي عشرة أيام تالية لإرسال الأوراق إليه، كما يوجب القانون عرض القضية التي صدر فيها الحكم بالإعدام على محكمة النقض ولو لم يتم الطعن في الحكم من قبل المحكوم عليه^(□).

وهكذا تأخذ جميع التشريعات العربية بعقوبة الإعدام، ولكن باعتدال شديد، فهذه التشريعات لا تنص عليها إلا في بعض الجرائم الخطيرة. وإذا ما تقرر تنفيذها فعلاً فإن التنفيذ يحاط بضمانات عدة. وفي واقع الحال لا تنفذ عقوبة الإعدام في بعض الدول العربية إلا نادراً، وتنفذ في بعضها الآخر في عدد محدود؛ "ولا يكاد تقع في حياتنا اليومية جرائم يعاقب عليها بالإعدام إلا جرائم القتل"^(□)؛ فإن التشريعات العربية، بل وأكثر الأجنبية، تجمع على تشريع الإعدام كعقوبة لقتل النفس عمداً، وهي في ذلك تتوافق مع حكم القصاص في الشريعة الإسلامية؛ ولذلك نخص القتل العمد بمطلب منفرد.

المطلب الثالث

القتل العمد بين الشريعة والقانون

القتل العمد هو ما اقترن فيه الفعل المزهق للروح بنية قتل المجني عليه؛ وقد اختلف القانون الوضعي والشريعة الإسلامية في تحديد ما يدل على هذه النية؛ وفيما يلي بيان هذا الاختلاف.

(1) شرح قانون العقوبات - القسم العام؛ لرفعت رشوان، ص 79 وما بعدها.
(2) التشريع الجنائي الإسلامي (1/ 731).

أولاً: القتل العمد في الشريعة الإسلامية:

أما عن مفهوم القتل العمد في الاصطلاح: فقد اختلف الفقهاء في تعريف القتل العمد ، فذهب المالكية والشافعية والحنابلة ، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى أن القتل العمد : هو قصد الفعل والشخص بما يقتل قطعاً أو غالباً .

وعند أبي حنيفة القتل العمد : هو أن يتعمد ضرب المقتول في أي موضع من جسده بآلة تفرق الأجزاء كالسيف ، والليطة^(□) ، والمروة والنار ، لأن العمد فعل القلب ، لأنه القصد ، ولا يوقف عليه إلا بدليله ، وهو مباشرة الآلة الموجبة للقتل عادة.^(□)

وعرفه بعض فقهاء القانون: أن يتعمد الجاني ضرب المجني عليه بسلاح أو نحوه لإزهاق روح المجني عليه، قال بعض الفقهاء: لأن العمد هو القصد ، ولا يوقف عليه إلا بدليله ، وهو استعمال الآلة القاتلة؛ فكان متعمداً فيه عند ذلك^(□) .

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الآلة القاتلة؛ فقال بعضهم : إن القتل العمد لا يكون إلا بالمحدد كالسيف والسكين ونحوهما لا بالمثل ، وقال آخرون: إنه بهما ، وذكروا منه الخنق والحرق والحبس مع المنع عن الطعام والشراب والسحر ونحو ذلك^(□) .

ويعتبر القتل العمد في الشريعة من أكبر الكبائر وأعظم الجرائم ، وقد جاء القرآن والسنة بتحريمه وتعظيم شأنه وتحديد عقوبته؛ قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ [الإسراء: 33] ، وعن رسول الله ﷺ قال: "لا يحل قتل امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس"^(□) .

وقد نص القرآن الكريم على عقوبة القتل في قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ المائدة: 45.

وإذا كانت هذه الآية تذكر أن هذا الحكم كتب على من قبلنا فإن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقد دليل على نسخه؛ فضلا على أن القرآن جاء بنص صريح في أنه مكتوب

-
- (2) الليطة : قشرة القصب ، والجمع ليط بوزن ليف. انظر: مختار الصحاح ، ص 225.
 - (3) الاختيار لتعليل المختار 5 / 22 ، 25 ط دار المعرفة ، وابن عابدين 5 / 339 ط دار إحياء التراث العربي ، والبدائع 7 / 233 ط دار الكتب العلمية ، والشرح الصغير 4 / 338 وما بعدها ، والقوانين الفقهية ص 339 ، والقليوبي 4 / 96 ، وروضة الطالبين 9 / 123 ، 124 ، والمغني 7 / 639 ، ونيل المأرب 2 / 313 - 314 ، وكشاف القضاء 5 / 504 - 505 .
 - (3) انظر: القصاص في الفقه الإسلامي لأحمد فتحي بهنسي ، ص 71.
 - (4) انظر: بدائع الصنائع (7/ 233) ، ومواهب الجليل (6/ 240) ، ومغني المحتاج للخطيب الشربيني ، (4/ 3) ، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (3/ 267).
 - (5) سبق تخريجه.

علينا، وذلك في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ [البقرة: 178].

وحتى يتم إيقاع عقوبة الإعدام على القاتل لابد من توافر شروط حددها التشريع الإسلامي، وهي:

- أن يكون القاتل مُكلفاً؛ فالصبي والمجنون لا قصاص عليهما.
- أن يكون متعمداً؛ أي قاصداً إزهاق روح المجني عليه؛ فلا قصاص على المخطئ.
- يشترط التكافؤ بين القاتل والمقتول عند الجمهور؛ فلا يقتل مؤمن بكافر^(□)؛ أما عند الحنفية فلا يشترط؛ بل يقتل المسلم بالذمي^(□).
- يشترط أن يكون المقتول معصوم الدم؛ فلا يقتل المسلم بالحربي الكافر ولا بالمرتد ولا بالباغي حال القتال^(□)، ولا يقتل والد بولده لقوله ﷺ: "لا يقاد الوالد بولده"^(□).

ثانياً: القتل العمد في القانون:

أغفل المشرع المصري تعريف القتل العمد؛ ولكنه نص على عقوبته فقال في المادة "230" ع: "كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار والترصد يعاقب بالإعدام"، وفعل مثل هذا المشرع العراقي مادة 212 ع: "كل من قتل نفساً قاصداً مع سبق الإصرار على ذلك يعاقب بالإعدام"، والمشرع الليبي مادة 386 ع: "كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالإعدام"، والمشرع السوري في المادة 353 ع كذلك.

ولكن فقهاء القانون عرفوا القتل عمداً بأنه: "القتل المقترن بنية إعدام المجني عليه"، ثم بينوا أركان هذه الجريمة^(□)، وهي ثلاثة عندهم:

الأول: أن يكون المجني عليه إنساناً على قيد الحياة.

الثاني: أن يقع القتل بفعل من الجاني من شأنه إحداث الموت.

الثالث: أن يكون الجاني قد قصد إحداث الموت^(□)، فيجب أن تكون نية الجاني

موجهة إلى القتل لا إلى الاعتداء فقط؛ فإذا لم تكن نية القتل مقترنة بفعل الاعتداء مهما ترتب عليها من نتائج لا يعتبر الاعتداء قتلاً عمداً ولو ترتب على ذلك موت المجني عليه^(□).

(1) انظر: حاشية الدسوقي (4/ 250)، وإعانة الطالبين لشطا الدمياطي (4/ 117)، والمغني لابن قدامة (8/ 218).

(2) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (7/ 237).

(3) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (7/ 236)، والمغني لابن قدامة (8/ 218).

(4) أخرجه الترمذي (4/ 18)، وابن ماجه (2/ 888).

(5) انظر: الجنايات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون لحسن علي الشاذلي، ص 112.

وانظر: الجرائم الماسة بسلامة جسم الإنسان لعمرو الوقاد، ص 7.

(6) انظر: الجنايات في الفقه الإسلامي، ص 113.

(7) انظر: الجرائم في الفقه الإسلامي لأحمد فتحي بهنسي، ص 167.

وقد جعل القانون المصري عقوبة القتل العمد هي الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة "م 1/234 ع1". وإذا اقترن القتل العمد بظروف مشددة كانت عقوبته الإعدام، والظروف المشددة التي أخذ بها المشرع المصري ستة: سبق الإصرار، والترصد، والقتل بالسم، واقتران القتل بجناية، وارتباطه بجنحة، ووقوع القتل أثناء الحرب على الجرحى حتى من الأعداء^[1].

واقتران جناية القتل بجناية أخرى جعل ظرفاً مشدداً سواء تقدمتها أو اقترنت بها أو تلتها؛ فجعل العقوبة حينئذ الإعدام. ويستوي في هذا أن تكون الجناية المعاصرة للقتل جناية قتل مثلها أو شروعاً فيه أو أن تكون من طبيعة أخرى كسرقة بإكراه "مادة 314" أو سرقة توافرت لها الظروف المشددة التي تجعلها معدودة من الجنایات "المواد: 313، 315، 316" أو من الشروع فيها، أو إسقاط امرأة حبلى بالضرب ونحوه "مادة 26" أو هتك عرض إنسان بالقوة أو بالتهديد "مادة 268"^[2].

المبحث الثالث

صور تنفيذ الإعدام، وفيه عدة مطالب

المطلب الأول

صور تنفيذ الإعدام في الفقه الإسلامي

تستمد عقوبة الإعدام مشروعيتها من خلال النصوص والأدلة القطعية من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وقد استدلت على مشروعيتها بقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [المائدة: 45].

ودلالة الآية واضحة؛ فالله تعالى قضى وفرض وألزم أن تؤخذ النفس بالنفس، ومقتضى العبودية الالتزام بما أمر الله والامتنال لحكمه أمراً ونهياً والتزاماً وتعبداً؛ يقول تعالى: ﴿مَن أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ﴾ [المائدة: 32].

(1) انظر: الجنایات في الفقه الإسلامي، ص 347.

(2) انظر: الجنایات في الفقه الإسلامي، ص 327، وانظر: الجرائم الماسة بسلامة جسم الإنسان، ص 145 وما بعدها.

وتظهر صور تنفيذ الإعدام في التشريع الإسلامي في ما يلي:

أولاً: عقوبة الرجم:

والرجم طريقة الإعدام في جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية إذا كان الزاني محصناً.

ويشترط في الزاني حتى تطبق عليه عقوبة الإعدام رجباً شروط:

(1) أن يكون محصناً، والمحصن شرعاً: كل مكلف حر وطئ أو وطئت في قبل حال الكمال بتكليف وحرية في نكاح صحيح. فلا رجم على من زنى وهو غير مكلف ليس بسكران؛ لأن فعله لا يوصف بتحريم. ولا على من فيه رق.

(2) أن يكون مكلفاً مختاراً.

(3) أن يكون عالماً بتحريم الزنا.

وربما يشكل على البعض عقوبة الرجم التي يتبناها التشريع الإسلامي؛ لأن الموت البطيء المسبوق بإيلام وتعذيب ينطبق عليها، إلا أن هذه الطريقة مخصوصة بارتكاب جريمة واحدة وهي زنا المحصن، وحكمة التشريع اقتضت تشديد العقوبة في هذا المجال حفظاً لطهارة الأنساب، وتحقيق الزجر الشديد لمن تسوّل له نفسه ارتكاب هذا الفعل، إلا أن إثبات هذه الجريمة ليس بالأمر السهل بحيث يشترط في ثبوت الحد إقرار (الزاني أو الزانية) أو شهادة أربعة من الشهود العدول شهادة حسيّة هي الرؤية ولا يمكن إثبات هذه الجريمة إلا بهذين الطريقتين.

ثانياً: استيفاء القصاص (القود):

اختلف علماء المسلمين في كيفية استيفاء القود على قولين: الأول: أنه يفعل بالقاتل مثلما فعل بالمقتول، والثاني: أنه لا يستوفى إلا بالسيف.

القول الأول:

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن القاتل يقتل بمثل ما قتل به المقتول إلا إذا كان قتله بشيء محرم شرعاً فإنه لا يجوز أن يقتل بذلك.

وقال المالكية إن ذلك إذا ثبت القتل بالبيينة أو الاعتراف، أما لو ثبت بقسامة فإنه يقتل بالسيف كما لو ثبت أن القتل بخمر فهو محرم، وكذلك لو كان القتل بالسم، فيقتل بالسيف في ظاهر المذهب، وكذلك إذا قتله بمنعه عن الطعام أو الماء أو قتله بكثرة الأكل والشراب أو نخسه بإبرة حتى مات على الراجح، فلا يفعل بالجاني ذلك، بل يتعين قتله بالسيف.

قالوا: فإن صدر منه القتل بالغرق يغرق، وإن صدر منه القتل بالخنق يخنق، وإن قتل بحجر فإنه يقتل بضرب حجر، ويكون الضرب في موضع خطر حتى يموت بسرعة، وإذا قتل آخر بالضرب بعضا فإنه يضرب بعضا حتى يموت^(□).

والشافعية والحنابلة في إحدى الروايتين قالوا: يجب أن يقتص من القاتل على الصفة التي قتل غيره بها، وبآلة تشبه الآلة التي استعملها في مباشرة القتل؛ حتى يتحقق القصاص ويشعر بالألم الذي شعر به القتيل، إن كان قتله بفعل مشروع؛ فإن مات بهذه الوسيلة التي استعملها وإلا تحز رقبتة بالسيف قتلا؛ فمن قتل غيره تغريفاً قتل تغريفاً بالماء، ومن قتل بضرب حجر قتل بمثل ذلك، إلا أن يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له أروح، فإن قطع يد رجل فمات بسبب السراية فعل به مثل ذلك، ويمهل تلك المدة التي مكثها المقتول، فإن مات وإلا تحز رقبتة بالسيف، وإن كان القتل بشي غير مسموح به شرعاً؛ كأن أكرهه على شرب الخمر حتى قتله بها أو لاط بصغير فقتله، أو اعتدى على صغيرة وزنى بها فقتلها، فإنه يجب قتله في هذه الحالة بالسيف؛ لأن المماثلة ممتنعة لتحريم الفعل^(□).

وقد استدل أصحاب هذا القول على مذهبهم بالقرآن والسنة:

فمن القرآن استدلو بظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: 179]؛ فإن كلمة القصاص تنبئ عن معنى المماثلة والمساواة، وبقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾ [النحل: 126] ، وبقوله سبحانه: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: 40]، وبقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 194].

ومن السنة استدلو بأحاديث؛ منها:

ما رواه الجماعة أَنَّ يَهُودِيًّا رَضَّ رَأْسَ جَارِيَةٍ بَيْنَ حَجْرَيْنِ، قِيلَ مَنْ فَعَلَ هَذَا بِكَ، أَفُلَانٌ، أَفُلَانٌ؟ حَتَّى سُمِّيَ الْيَهُودِيُّ، فَأَوْمَأَتْ بِرَأْسِهَا، فَأَخَذَ الْيَهُودِيُّ، فَاعْتَرَفَ، «فَأَمَرَ بِهِ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَرَضَ رَأْسُهُ بَيْنَ حَجْرَيْنِ»^(□)

فالحديث دليل على أنه يجب القصاص بالمثل كالمحدد، وأنه يقتل الرجل بالمرأة وأن القاتل يقتل بما قتل به.

وما أخرجه البيهقي عنه رضي الله عنه من حديث البراء وفيه: "ومن حرق حرقناه ومن غرق غرقناه"^(□).

(1) انظر: التاج والإكليل (6/ 256).

(2) انظر: مغني المحتاج (4/ 44)، والمغني لابن قدامة (9/ 389- 391).

(3) متفق عليه؛ أخرجه البخاري (2/ 850)، ومسلم (3/ 1299).

(4) أخرجه البيهقي في الكبرى (8/ 43).

ولأن المقصود من القصاص التثفي، وإنما يكمل إذا قُتِلَ بمثل ما قُتِلَ.

قالوا: فدلّت ظواهر الآيات الكريمة وما ورد من الأحاديث على أنه يثبت لولي القتل حق استيفاء القود بمثل ما قتل به المقتول.

وقد وضع هذا الفريق عددا من الضوابط وقرر بعض الأمور التي تقلل من إمكان القود بالمماثلة وتزيد من إمكان القود بالسيف؛ منها:

- اشتراط عدم حرمة طريقة القتل، كما ذكرنا سابقاً.
 - اشتراط مراعاة المماثلة التامة في طريق القتل؛ فيشترط أن تراعى المماثلة في الكيفية والمقدار؛ ففي التجويع يحبس مثل تلك المدة ويمنع عنه الطعام، وفي الإلقاء في الماء أو النار يلقي في ماء ونار مثلهما ويترك تلك المدة، وتشد قوائمه عند الإلقاء في الماء إن كان يحسن السباحة، وفي الخنق يخنق بمثل ما خنق بمثل تلك المدة، وفي الإلقاء من الشاهق يلقي من مثله، وتراعى صلابة الموضع، وفي الضرب بالمثل يراعى الحجم وعدد الضربات، وإذا تعذر الوقوف على قدر الحجر أو النار أو على عدد الضربات أخذ باليقين، وقيل: يعدل إلى السيف⁽¹⁾. وفي كل هذه القيود تقليل لإمكانية المماثلة في طريقة القتل؛ فيؤول الأمر إلى السيف.
 - جواز عدول أولياء الدم إلى السيف؛ فمن عدل من أولياء الدم عما تجوز فيه المماثلة إلى الضرب بالسيف فله ذلك؛ سواء أرضي الجاني أم لا؛ فإنه أرحم وأسهل، بل هو أولى للخروج من الخلاف؛ فإن كان الجاني قتل بالسيف ويريد ولي المقتول قتل الجاني بغير السيف فإنه لا يمكن من ذلك⁽²⁾.
- والملاحظ مع وضع القائلين بهذا الرأي لهذه الضوابط والأمور أن الكثير من حالات القصاص تؤول إلى السيف؛ فإنه كما ذكر: "أرحم وأسهل".

القول الثاني:

ذهب الحنفية إلى أن القصاص لا يكون إلا بالسيف⁽³⁾، واستدلوا ببعض الأحاديث من السنة النبوية المشرفة؛ منها:

قوله ﷺ "لا قود إلا بالسيف"⁽⁴⁾، قال في بدائع الصنائع: "ولنا) قوله عليه الصلاة والسلام: «لا قود إلا بالسيف»، والقود هو القصاص، والقصاص هو الاستيفاء؛ فكان هذا نفي استيفاء القصاص إلا بالسيف"⁽⁵⁾.

(1) انظر: روضة الطالبين (229/9 - 230)، ط. المكتب الإسلامي.

(2) المصدر السابق.

(3) ورد بمنلا خسرو (95 / 2) أن المراد بالسيف: السلاح؛ هكذا فهمت الصعابة، وقال ابن مسعود رضي الله عنه: لا قود إلا بالسلاح. وإنما كنى بالسيف عن السلاح. كذا في الكافي. انظر: العقوبة لأحمد فتحي بهنسي، ص 133.

(4) أخرجه ابن ماجه (889 / 2).

وقوله ﷺ: "إن الله عز وجل كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليجد أحدكم شفرته وليمح ذبيحته" (□)؛ قالوا: إن النبي ﷺ قد أمر في هذا الحديث بأن يحسنوا القتلة، وإحسان القتلة لا يكون بغير ضرب العنق بالسيف، كما أمر أن يريحوا ما أحل الله ذبحه من الأنعام؛ فما الظن بالأدمي المكرم المحترم.

قال الكاساني: "وأما بيان ما يستوفى به القصاص وكيفية الاستيفاء؛ فالقصاص لا يستوفى إلا بالسيف عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: يفعل به مثلما فعل، فإن مات وإلا تحز رقبتة. حتى لو قطع يد رجل عمداً فمات من ذلك فإن الولي يقتله وليس له أن يقطع يده عندنا، وعنده تقطع يده؛ فإن مات في المدة التي مات الأول فيها وإلا تحز رقبتة" (□).

وقد رد الأحناف على استدلال الفريق الأول بظواهر الآيات الكريمة بأن المراد بالمثلية فيها هو المثلية في مجرد إزهاق الروح، ولا تتناول الآلة؛ لأن استعمال غير السيف يؤدي إلى الاعتداء المنهي عنه في غير مآربه؛ فإذا قتل شخص آخر بالضرب مثلاً فمات بضربتين واستوفينا القصاص بالضرب أيضاً وضرب القاتل حتى مات فجاز ألا يموت إلا بأكثر من ضربتين؛ وفي ذلك مجاوزة للحد، ولو ضربناه ضربتين وقتلناه بالسيف كان في ذلك مجاوزة للحد أيضاً، قال في الهداية: "ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف، وقال الشافعي: يفعل به مثلما فعل إن كان فعلاً مشروعاً؛ فإن مات وإلا تحز رقبتة؛ لأن مبنى القصاص على المساواة.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: "لا قود إلا بالسيف"، والمراد به السلاح، ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم" (□).

ورُدَّ الاستدلال بحديث اليهودي الذي رض رأسه بأنه يحتمل وجهين:

أحدهما: أن يكون هذا الرض كان مشروعاً ثم نسخ، كما نسخت المثلة بالنهي عنها.

الثاني: أن يكون اليهودي ممن سعى في الأرض بالفساد فيقتل كما رآه الإمام ليكون أردع، وهذا هو الظاهر؛ فإن قصد اليهودي كان أخذ المال؛ فقد روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: "عدا يهودي على جارية فأخذ أوضاحاً حلياً كانت عليها" (□)؛ فيكون القتل على هذا ليس من باب القصاص الذي نحن بصددده.

-
- (1) بدائع الصنائع (7/ 245 - 246).
 - (2) أخرجه مسلم (3/ 1548).
 - (3) بدائع الصنائع (7/ 245 - 246).
 - (4) الهداية للمرغيناني شرح بداية المبتدي، (4/ 161).
 - (5) أخرجه أبو داود (4/ 180).

وأما حديث: "ومن حرق حرقناه... إلخ"؛ فقال البيهقي: "إن في إسناده بعض من يجهل، وإنما قاله زياد في خطبته"⁽¹⁾.

ولذا خلصت الحنفية إلى: أن الثابت حينئذ من الآيات ومن السنة هو إتلاف نفس القاتل بأيسر الوجوه وأسرعها، وليس ذلك إلا بالسيف؛ فلا يجوز استيفاء القصاص بالتحريق والتغريق والرضخ وما جرى مجرى ذلك.

هذه خلاصة أقوال فقهاء المسلمين في هذا الموضوع.

والفقهاء مجمعون على أن يتم التنفيذ دون تعذيب أو تمثيل؛ فأداة القتل يجب أن تكون قاطعة، والجلاد يجب أن يكون خبيراً بعمله، والتنفيذ يجب أن يتم بطريقة موحدة على جميع الناس مهما اختلفت مراتبهم وجرائهم كما سبق.

وتقضي الشريعة أن تسلم جثة القتيل لأهله بعد التنفيذ؛ ليدفنوه كما يشاءون، لقوله عليه الصلاة والسلام: "افعلوا به كما تفعلون بموتاكم"⁽²⁾، فيصح إذن أن يُدفن القتيل باحتفال كما يُدفن غيره، ولكن لولي الأمر إن شاء أن يمنع الاحتفال إن رأى أنه يؤدي إلى المساس بالأمن والنظام⁽³⁾.

وقد اعتبرت الشريعة عدة ضوابط يشترط تحققها حتى تنفذ عقوبة الإعدام على المجني:

الأهلية الجنائية: وهي أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانيها ونتائجها؛ فمن عمل عملاً محرماً وهو مكره أو مغمى عليه فإنه لا يتحمل مسؤولية فعله جنائياً، كذلك فإن من عمل عملاً محرماً ولكن لا يدرك معناه كالطفل والمجنون فإنه لا يسأل عنه لأنه غير مدرك له⁽⁴⁾.

إثبات الجريمة لثبوت العقوبة: فلا يحكم التشريع الجنائي الإسلامي باستحقاق العقوبة على المتهم ما لم تثبت إدانته بالطرق القطعية المفيدة للعلم والاطمئنان؛ ولهذا فإن الحدود في الإسلام تدرأ عند عدم اكتمال الأدلة وكفايتها، يقول ﷺ: "ادرعوا الحدود ما استطعتم عن المسلمين"⁽⁵⁾. ففي تهمة القتل لابد لثبوت العقوبة من إثبات الجريمة بالإقرار من مختار كامل الأهلية، أو بالبينة بأن يشهد رجلان بالغان عاقلان عدلان بالقتل، ويعتبر في الشهادة على القتل أن تكون عن حس أو ما يقرب منه وإلا فلا تقبل، كما يعتبر في قبول شهادة الشاهدين توارد شهادتهما على أمر واحد؛ فلو اختلفا في ذلك لم تقبل كما إذا

(1) تحفة الأحوذى للمباركفوري، (4/ 542).

(2) السنن الكبرى للبيهقي (4/ 19).

(3) التشريع الجنائي الإسلامي (1/ 765).

(4) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي (1/ 392).

(5) أخرجه الدارقطني في سننه (2/ 84).

شهد أحدهما أنه قتل في الليل وشهد الآخر أنه قتل في النهار، أو شهد أحدهما أنه قتله في مكان وشهد الآخر أنه قتله في مكان آخر.

التخيير في القتل العمدي: فإن التشريع الإسلامي يعتبر أنه من حق أولياء المقتول الاقتصاص من القاتل في جريمة القتل العمدي، ومقتضى الاقتصاص العادل وبناء على شخصية العقوبة فإن الحاكم الشرعي - وحفظاً لحق أولياء الدم- ينفذ عقوبة الإعدام بالقاتل، ولكن لو أن أولياء الدم تنازلوا عن مطلبهم بقتل القاتل ورضوا بالتعويض المالي (الدية) الذي نصت عليه الشريعة حكماً بديلاً عن الإعدام على نحو التخيير؛ فإن عقوبة الإعدام تسقط في هذه الحالة، هذا إذا كانت العقوبة قصاصاً، أما عقوبة الإعدام في الحدود فلا مجال لسقوطها لأنها حقوق الله المفترضة ولا يجوز للحاكم تضييعها أو التهاون بها، ومنها حدّ الحراة على تفصيلات واردة في مطولات الحدود والقصاص؛ قال تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة: 33].

وانطلاقاً من اعتبار عقوبة الإعدام قصاصاً عادلاً مستوجباً لتحقيق الإنصاف في المجتمع وزاجراً عن التهاون والاستخفاف بأرواح الناس وكراماتهم، ولأن المشرع لهذه العقوبة هو الله الخالق العليم بمصالح عباده وهو الرحيم بهم، ولأن إعدام الجاني هو محض امتثال لأمر الله عز وجل وليس تشفياً أو انتقاماً بشرياً؛ فقد أكد التشريع الجنائي الإسلامي على أهمية اختيار الأداة أو الوسيلة التي يتم من خلالها تنفيذ العقوبة والابتعاد عن الطرق التي يكون فيها الإعدام مسبوقاً بالتعذيب أو ملحوقاً بالمثلثة.

وتنفذ عقوبة القتل في الشريعة - بناء على الراجح بين الفقهاء - بالرجم إذا كانت عقوبة زان محصن، وبقطع الرقبة إن لم تكن عقوبة زنا^(□)، وأما القصاص فقد اختلف العلماء فيه.

المطلب الثاني

صور تنفيذ الإعدام في القانون

قررت الشريعة الإسلامية مبادئ الرحمة والبعد عن التعذيب والتمثيل حتى في القصاص من القاتل، ولكن القوانين الوضعية لم تعرف هذه المبادئ إلا أخيراً؛ فقد كانت عقوبة القتل في القوانين الوضعية على درجات كعقوبة الحبس، وكان يصحبها أنواع مختلفة من التعذيب تختلف بحسب نوع الجريمة؛ فقاتل والده مثلاً كانت تقطع يده قبل

(1) التشريع الجنائي الإسلامي (1/ 764).

القتل، وكان التنفيذ يختلف بحسب درجة الأشخاص؛ فالشريف يعدم بقطع رقبتة بالسيف، والعامي يعدم شنقاً.

ولما جاءت الثورة الفرنسية تغيرت هذه الأوضاع وصدر قانون في فرنسا يسوي بين المحكوم عليهم في التنفيذ ويجعل عقوبة القتل بإزهاق الروح فقط، وانتشر هذا المبدأ من فرنسا إلى غيرها من البلاد، ثم بدأت الأمم بعد ذلك تبحث عن الطريقة المثلى لتنفيذ عقوبة الإعدام بإزهاق روح المحكوم عليه دون تعذيب؛ فاختلفت قوانين البلاد المتمدينة في كيفية تنفيذ العقوبة.

فالمشعر الفرنسي اهتدى إلى طريقة قطع الرقبة بآلة حادة (قبل إلغاء عقوبة الإعدام رسمياً)، والمصري والإنجليزي إلى طريقة الشنق، وفي إيطاليا يطلق الرصاص على المحكوم عليه بالقتل، وفي بعض الولايات المتحدة الأمريكية يصعق المحكوم عليه بالكهرباء^(□).

وحسب دراسة لمنظمة العفو الدولية مؤرخة في آذار 1989 توجد سبعة طرق رئيسية للإعدام في العالم: الشنق وقطع الرأس والرجم وغرفة الغاز والكرسي الكهربائي والحقنة المميته والرمي بالرصاص.

وهناك وسائل أخرى أقل استخداماً منتشرة في بعض بقاع العالم؛ ففي أفغانستان أُعدم خمسة رجال متهمين باللواط بوضعهم قرب بعض الجدران وهدمها فوقهم؛ ليدفنوا تحت أنقاضها؛ وقد ظل رجلان على قيد الحياة حتى اليوم الثاني^(□).

ومما هو معروف أن عقوبة الإعدام تنفذ في غالبية الدول العربية بالشنق للمدنيين، ورمياً بالرصاص للعسكريين.

ومعظم التشريعات العربية لا تجيز الحكم بالإعدام على أحداث السن، كما لا تجيز تنفيذ عقوبة الإعدام على الحامل إلا بعد الوضع بفترة قد تطول أو تقصر، وكل هذه التشريعات توجب حضور محام عن المتهم في القضايا التي يعاقب عليها بالإعدام، ولا تضع حداً أقصى لعمر من يصدر بحقه الحكم بعقوبة الإعدام، وتصدر الأحكام بالإعدام في الدول العربية من قبل القضاء النظامي والقضاء العسكري، وتتوزع الجرائم التي يُعاقب عليها بالإعدام ما بين الجرائم الجنائية العادية والجرائم الماسة بأمن الدولة مثل: الخيانة العظمى والتجسس. وتطبق بعض البلدان الأحكام وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية مثل: السعودية والسودان واليمن في بعض الفترات.

(1) التشريع الجنائي الإسلامي (1/ 716، 765).

(2) الموسوعة العربية (2/ 763)، مادة: إعدام.

المطلب الثالث

وسائل تنفيذ عقوبة الإعدام

(1) الشنق

وهو أكثر الوسائل استخداماً في العالم؛ فيستخدم في مصر والسودان وسوريا والعراق وسنغافورة وبنغلاديش وإيران واليابان وماليزيا وكوريا الشمالية وباكستان وغينيا الجديدة⁽¹⁾.

ويختلف نظام تنفيذ العقوبة من مكان لآخر؛ فعملية الشنق في سوريا مثلاً تتم داخل السجن، أو في أي مكان آخر يحدده مرسوم تنفيذ العقوبة، ويحضر التنفيذ عدد من الأشخاص منهم رئيس المحكمة وممثل النيابة العامة وأحد رجال الدين والطبيب الشرعي، ويُسأل المحكوم عليه قبل التنفيذ: هل يريد أن يقول شيئاً قبل موته؟ وبعد إتمام إجراءات الإعدام تُدفن الجثة من قبل السلطة وعلى نفقتها؛ إلا إذا رأت تسليمها إلى ذويه، ويحظر تنفيذ الإعدام في أيام الجمع والآحاد والأعياد الوطنية أو الدينية، ويؤجل تنفيذ الإعدام بالمرأة الحامل إلى أن تضع حملها.

وكان تنفيذ عقوبة الإعدام في مصر يتم علناً في ميدان باب الخلق بالقاهرة، وذلك لتحقيق الردع العام؛ إلا أن تنفيذها على هذا النحو أدى إلى الكثير من السلبيات؛ منها حشد أهل المجني عليه في مواجهة أهل الجاني، وما يثيره هذا الحشد من مشاحنات واشتباكات مما يتنافى مع رهبة الموقف. الأمر الذي أثار العديد من الانتقادات؛ مما أدى إلى تغيير مكان تنفيذ عقوبة الإعدام بموجب قانون العقوبات الصادر عام 1904 الذي اشترط أن يتم تنفيذها داخل السجن⁽²⁾.

وقضى القانون المصري بتسليم الجثة لورثة القتل على أن يكون الدفن بغير احتفال⁽³⁾، وكذلك أوجب القانون المصري إيقاف تنفيذ حكم القتل على الحامل إذا ظهر أنها حبل، ولا ينفذ عليها إلا بعد الوضع⁽⁴⁾.

وقد قررت المؤسسة الدينية في مصر جواز الإعدام بالشنق منذ بدايات استخدام هذه الوسيلة؛ فقد أفتى مفتى الديار المصرية الشيخ عبدالمجيد سليم بجواز القتل بالمشنقة إذا كان أسرع وأسهل من القتل بالسيف. يقول: "والذي يظهر لنا أن الحنفية ومن قال بمقاتلهم لا يريدون إلا أنه لا يجوز القصاص بغير السيف مما يكون مظنة التعدي وتجاوز الحد في القاص من التحريق والتغريق والضرب وما جرى مجرى ذلك، ولا يريدون أن يمنعوا استيفاء القود بغير السيف إذا كان غير السيف أيسر وأسهل وأسرع في إزهاق روح القاتل؛ ويتبين

(1) أحكام الإعدام وما نفذ من أحكام في 2010م، ص9، منظمة العفو الدولية.

(2) انظر: شرح قانون العقوبات لرفعت رشوان، ص85.

(3) المادة 262 من قانون تحقيق الجنايات المصري.

(4) المادة 263 من قانون تحقيق الجنايات المصري.

هذا من استدلالهم بحديث: "إن الله عز وجل كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة... إلخ" (□).

وكما يتبين أيضاً من حديث: "لا قود إلا بالسيف"؛ وذلك لأن هذا الحديث يفيد بمنطوقه أمرين:

أولهما: أنه يجب استيفاء القصاص بالسيف.

ثانيهما: أنه لا يجوز استيفاءه بغيره مما لا يكون في مثل سهولته ويسره.

ويفيد أيضاً بطريق دلالة النص جواز القتل بغير السيف إذا كان غيره مثله في سرعة إزهاق الروح ويسره أو أولى منه في ذلك؛ فإنه يفهم لغة من هذا الحديث أن العلة في وجوب استيفاء القصاص بالسيف هي أن القتل به أيسر وأسهل؛ فإذا وجد نوع من القتل بطريقة لم تكن معهودة وكانت هذه الطريقة أسرع في إزهاق الروح وأسهل فظاهر أنه يجوز القتل بها بدلالة نص هذا الحديث.

وحيث أن القصر في قوله عليه الصلاة والسلام: "لا قود إلا بالسيف" من قبيل القصر الإضافي، والمقصود به أنه لا يستوفى القصاص بغير السيف مما فيه احتمال مجاوزة الحد.

والحاصل أن الأدلة التي استدلت بها الحنفية يظهر منها أنه يجوز القتل بغير السيف إذا كان القتل بغيره أسهل وأسرع في إزهاق روح القاتل؛ وعلى ذلك إذا كان القتل بالمشنقة على وجه يكون أسرع وأسهل من القتل بالسيف جاز ذلك بمقتضى الأدلة التي استدلت بها الحنفية، ويظهر من كلامهم أنهم يجوزون القتل بهذه الطريقة (□).

(2) الحزب بالسيف (قطع الرأس).

وهو الأكثر استخداماً في الدول العاملة بالشريعة الإسلامية، وخاصة في المملكة العربية السعودية وبعض مقاطعات نيجيريا (□). وقد مر الحديث عن استيفاء القود بالسيف ومذاهب العلماء فيه.

(3) الرجم.

وهو يطبق في الدول العاملة بالشريعة الإسلامية، وخاصة في الجرائم الجنسية. وسبق الحديث عن رجم الزاني في الشريعة الإسلامية، وقد جاء في تقرير منظمة العفو الدولية: "ولم ترد تقارير عن إعدام قضائي بواسطة الرجم حتى الموت رغم التقارير التي تشير إلى إصدار أحكام جديدة بالإعدام رجماً في إيران وولاية بوتشي النيجيرية وباكستان.

(1) سبق تخريجه.

(2) فتاوى دار الإفتاء المصرية، بتاريخ 31-10-1937م، الموافق شهر شعبان سنة 1356هـ.

(3) أحكام الإعدام وما نفذ من أحكام في 2010م، ص9.

وبقي ما لا يقل عن عشر نساء وأربعة رجال تحت طائلة عقوبة الإعدام رجماً حتى الموت في إيران في نهاية العام"⁽¹⁾.

(4) غرفة الغاز.

وفيه يتم حبس الضحية في الغرفة الخاصة والمعدة للإعدام، ثم يفتحون أنبوب الغاز القاتل، وهو غاز مرئي، وينصحون الضحية باستنشاقه سريعاً حتى يفقد الوعي فلا يتعذب، وهي وسيلة مطبقة في الولايات المتحدة الأمريكية⁽²⁾.

(5) الكرسي الكهربائي.

وفيه يثبت الشخص على الكرسي الخاص بذلك ويوصل جسمه بالكهرباء ويتم صعقه، وهي وسيلة مطبقة في الولايات المتحدة الأمريكية⁽³⁾.

(6) الحقنة المميته.

وتتم بحقن مادة سامة في الوريد تؤدي إلى الموت السريع، وتُستخدم هذه التقنية في الصين والفيليبين والولايات المتحدة الأمريكية⁽⁴⁾.

(7) الرمي بالرصاص.

وهي الأكثر استخداماً في فترات الحروب، وتطبق على العسكريين خاصة، وهي مستعملة في الصين وكوريا الشمالية وتايلاند وإندونيسيا وأرمينيا والفيتنام.

والإعدام رمياً بالرصاص تختلف طرقه في البلدان التي يطبق فيها؛ ففي بيلاروس يكون بالرمي عن قرب في مؤخرة الرأس، وفي اليمن يكون بالرمي في القلب، وفي البحرين والصين وغينيا الاستوائية وكوريا الشمالية وفلسطين والصومال وتايوان والولايات المتحدة الأمريكية وفيتنام يكون بواسطة فرق الإعدام رمياً بالرصاص⁽⁵⁾.

وقد فضل بعض الباحثين هذه الطريقة لاعتباره إياها أكثر الطرق رحمة بالمحكوم عليه، فطريقة الإعدام شنقاً مثلاً لا يحصل الموت بها - كما يفيد - إلا بعد مرور (4 إلى 20 دقيقة)⁽⁶⁾، وهذا يعني أن المحكوم عليه يتعرض لعملية تعذيب من جراء الاختناق التدريجي والكسور في الفقرات الثالثة والرابعة أو الرابعة والخامسة من فقرات الرقبة، كذلك فإن الإعدام عن طريق الكرسي الكهربائي أو غرفة الغاز أو الحقن بالإبر المميته كلها طرق لا تخلو من تعذيب سابق للموت.

(1) المصدر السابق.

(2) المصدر السابق.

(3) المصدر السابق.

(4) المصدر السابق.

(5) المصدر السابق.

(6) الطب الشرعي النظري والعملي لمحمد عبدالعزيز سيف النصر، ص 279.

مما سبق يتبين أن المقصود باستيفاء القصاص في الشريعة الإسلامية أمران:

أولهما: وهو أهمهما هو إزهاق روح الجاني كما أزهاق روح المجني عليه، وإزهاق الروح يتحقق بأي وسيلة من وسائل الإزهاق، وتتساوى في هذا المعنى كل الوسائل؛ إلا أن الوسيلة السريعة أقرب إلى روح الشريعة التي تدعو إلى الإحسان حتى مع الحيوان.

وثانيهما: إذاقة الجاني الألم الذي أذاقه للمجني عليه، والشعور بالألم والإحساس به أمر متفاوت، فهو يختلف من شخص إلى شخص، فالاعتداد به في هذا المجال هو اعتداد بأمر باطني يصعب كشف حقيقته وتقدير مداه حتى تتأتي المساواة في هذا المجال.

وإذا صعب ذلك كان المعنى الأول -وهو إزهاق الروح- هو المقصود باستيفاء القصاص، وإذا كان هو المقصود به فما كان من الوسائل مزهقاً للروح كان محققاً لهذا المعنى.

ووسائل إزهاق الروح كثيرة، وإذا كان الخبر قد ورد بأنه: "لا قود إلا بالسيف"؛ فإن ذلك لتمييز السيف من بين هذه الوسائل بالسرعة في الإزهاق، فلا مانع من قياس هذه الوسائل على السيف، وحينئذ يصح استيفاءه بكل وسيلة يتحقق فيها ما يتحقق في السيف من سرعة الإزهاق بأقل ألم⁽¹⁾، وقد أصدرت لجنة الفتوى بالأزهر رأياً في ذلك فنصت على أنه "لا مانع شرعاً من استيفاء القصاص بالمقصلة والكروسي الكهربائي وغيرهما مما يفضي إلى الموت بسهولة وإسراع ولا يتخلف الموت عنه عادة ولا يترتب عليه تمثيل بالقاتل ولا مضاعفة تعذيبه، أما المقصلة فلأنها من قبيل السلاح المحدد، وأما الكروسي الكهربائي فلأنه لا يتخلف الموت عنه عادة مع زيادة السرعة وعدم التمثيل بالقاتل دون أن يترتب عليه مضاعفة التعذيب"⁽²⁾.

يقول الشيخ/ رشيد رضا: "وكيفية القتل التي كانت معهودة في عصر التشريع الديني هي قطع الرأس بالسيف، ومن مباحث الاجتهاد فيها هل هي واجبة ديناً يمتنع أن يستبدل بها ما يكون أسهل منها وأقل تعذيباً وإيلاماً للمقتول كالشنق والقتل بالكهرباء عملاً بقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ الْإِحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ، وَإِذَا دَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الدَّبْحَةَ، وَلْيُجِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ، وَلْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ»⁽³⁾، فالقتلة والذبيحة في الحديث بكسر أولهما اسم لكيفية القتل أو الذبح، وهو يدل على وجوب ترجيح أحسن الكيفيات،"⁽⁴⁾.

(1) انظر: الجنايات في الفقه الإسلامي، ص 253 - 355.

(2) فتاوى لجنة الفتوى بالأزهر مع موسوعة فتاوى دار الإفتاء المصرية.

(3) سبق تخريجه.

(4) مجلة المنار (34 / 401).

وبناء على أقوال العلماء فيمكن تحديد عدة شروط إذا توافرت في وسائل الإعدام فإنها تعتبر جائزة شرعاً، وهي:

- 1 - أن تؤدي إلى الموت بسرعة؛ بحيث يكون فيها راحة للمعدّم.
- 2 - أن تكون غير محرمة في ذاتها كالقتل بشرب الخمر.
- 3 - ألا يكون فيها تمثيل بالمقتول كتقطيعه مثلاً.
- 4 - ألا تؤدي إلى اهتراء الجسم كالقتل بالإذابة في محلول كيميائي.
- 5 - ألا تكون مُذهبة للكرامة الإنسانية كالقتل بالخازوق^(□).

المبحث الرابع

القصاص والإعدام

وتحتة مطلبان:

المطلب الأول

القصاص

تعريف القصاص ومشروعيته:

القصاص بكسر القاف - لغة: تتبع الأثر؛ يقال: قصصت الأثر: تتبعته^(□). قال في مقاييس اللغة: " (قص) القاف والصاد أصل صحيح يدل على تتبع الشيء. من ذلك قولهم: اقتصصت الأثر، إذا تتبعته. ومن ذلك اشتقاق القصاص في الجراح، وذلك أنه يفعل به مثل فعله بالأول، فكأنه اقتص أثره"^(□).

وفي الاصطلاح: أن يُفعل بالجاني مثلما فعل^(□)؛ أي بالقتل بإزاء القتل وإتلاف الطرف بإزاء إتلاف الطرف، قال بعده في طلبه الطلبة: "وقد اقتص ولي المقتول من القاتل؛ أي: استوفى قصاصه. وأقصه السلطان من القاتل؛ أي: أوفاه قصاصه، وهو من قولك: قص الأثر واقتصه. أي: اتبعه. وقص الحديث واقتصه. أي: رواه على جهته، وهو كذلك أيضاً - أي من الاتباع".

(1) انظر: القصاص في الإسلام، للشرياصي، ص146. وعقوب الإعدام : دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، للككتور محمد عبد العال، ص228، دار النهضة العربية، القاهرة، ديسمبر 1409هـ - 1989م.

(2) معجم مقاييس اللغة، مادة: (ق ص ص).

(3) المصدر السابق.

(4) انظر: التعريفات للجرجاني ص225، ط. دار الكتاب العربي، والموسوعة الفقهية، مادة: (حدود)، (17/130).

وقال في تعريف القود: "والقود: القصاص أيضاً؛ بفتح الواو، وقد أقاد السلطان من قاتل
وليه واستقاد هو من قاتل ولية؛ فهو كالأول في الإيفاء والاستيفاء"⁽¹⁾.

وقال في تحرير ألفاظ التنبية: "قال الأزهري القصاص: المماثلة، وهو مأخوذ من القص
وهو القطع. قال الواحدي وغيره من المحققين: هو من اقتصاص الأثر وهو تتبعه؛ لأن المقتص
يتبع جناية الجاني فيأخذ مثلها. يقال: اقتص من غريمه، واقتص السلطان فلاناً من فلان؛
أي أخذ له قصاصه. ويقال: استقص فلان فلاناً: طلب منه قصاصة. القود بفتح القاف
والواو: مأخوذ من قود المستقيد الجاني بحبل وغيره ليقصص منه. والقود والقصاص
بمعنى"⁽²⁾.

ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾، وقوله
تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ
وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ
مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِعَدْوٍ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة: 178].

والقصاص في الشريعة هو العقوبة الأصلية للقتل والجرح العمد، ومعنى القصاص أن
يُعاقب الجاني بمثل فعله، والقصاص عقوبة مقدرة كما أنه عقوبة متلفة، ويقع القصاص
على النفس وعلى ما دون النفس، فإذا وقع على النفس كان قتلاً، وإذا وقع على ما دون
النفس كان جرحاً أو قطعاً⁽³⁾.

وأخص ما يميز القصاص أنه يفترض أن ينزل بالجاني من الأذى مثل ما أنزله بالمجني
عليه؛ فإذا كانت الجريمة قتلاً قتل الجاني، وإن كانت إيذاءً فإيذاء الجاني، وهو بنفس
الأذى. ولقد نص القرآن الكريم على القصاص وعقوبته في قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ
فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ
قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ
الظَّالِمُونَ﴾ [المائدة: 45]؛ فلقد أوجب القصاص في هذه الآية.

والقصاص - كما ذكرنا - يكون في الأطراف ويكون في النفس، والذي يتعلق
بموضوع الإعدام هو القصاص في النفس، ولقد قرر الله تعالى عقوبة القصاص في النفس
نظراً لخطر الاعتداء على الحياة، ولخطر هذه الجريمة على المجتمع؛ لأنها تضعف من
المجتمع وتقلل من قدرته على التقدم والازدهار، ولتبع تفشي جرائم الثأر؛ لأنها تؤدي إلى
اضطراب الأمن وشيوع الفوضى في المجتمع، وقد أوضح الله تعالى جسامة جريمة القتل
العمد وخطورته وجدارته بعقوبة شديدة فقال تعالى: ﴿مِنَ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ

(1) طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية لنجم الدين النسفي، ص 327، وانظر: التعريفات للجرجاني، ص 225،

وتاج اللغة وصحاح العربية، والمحكم والمحيط الأعظم، مادة: (قصص).

(2) تحرير ألفاظ التنبية للنووي، ص 293.

(3) التشريع الجنائي الإسلامي (1/ 546).

أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعَدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ ﴿المائدة: 32﴾.

أحكام القصاص:

رتبت الشريعة على قتل معصوم الدم عددا من الأحكام، وهي:

(1) إهدار دم القاتل للولي المجني عليه، فمن قتل معصوم الدم يعتبر مهدر الدم، والإهدار في القصاص إهدار نسبي؛ فلا يهدر الجاني إلا للمجني عليه أو وليه وفيما عدا ذلك فهو معصوم في حق الكافة، وعلة نسبية الإهدار في القصاص أن القصاص حق لا واجب فلا يهدر الجاني إلا لصاحب الحق إن شاء استعماله؛ فالقتل لا يبيح دم القاتل إلا لولي القتل؛ فإذا جاء أجنبي فقتل القاتل ولو بعد الحكم عليه بالقصاص فقد ارتكب جريمة قتل متعمد؛ لأنه قتل شخصاً معصوم الدم في حقه؛ ولأن من المحتمل أن يعفو ولي الدم عن المحكوم عليه فيمتنع تنفيذ الحكم، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء (□).

(2) جواز استيفاء ولي المجني عليه العقوبة، فإن الأصل في الشريعة أن إقامة الحدود واستيفاء العقوبات للسلطان، ولا يستثنى من هذا الأصل إلا القصاص فلمجني عليه أو وليه أن يستوفي العقوبة بنفسه؛ فمن المتفق عليه أن لولي الدم أن يستوفي القصاص بنفسه في القتل بعد الحكم بالعقوبة وتحديد ميعاد التنفيذ؛ بشرط أن يكون الاستيفاء تحت إشراف السلطان وبشرط أن يكون ولي الدم قادراً على الاستيفاء ومحسناً له، فإن كان عاجزاً عن الاستيفاء أو لا يحسنه جاز له أن يوكل من يتوفر فيه هذان الشرطان، وليس ثمة ما يمنع من أن يكون الوكيل موظفاً مخصصاً لهذا الغرض (□). والأصل في تقرير حق القصاص للمجني عليه أو وليه قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ﴾ [الإسراء: 33]، والمفروض أن مستحق القصاص ليس له أن يستعمل حقه إلا بعد الحكم بالعقوبة وفي الوقت المحدد للتنفيذ (□).

(3) جواز عفو ولي المقتول عن الجاني، ففي الوقت الذي منحت فيه الشريعة ولي الدم حق القصاص فإنها منحته حقاً آخر هو حق العفو عن القصاص، وجعلت له أن يعفو على مال أو مجاناً؛ فإذا عفا امتنع القصاص ولكن للسلطات العامة أن تعاقب الجاني بما تراه من عقوبة أخرى. وقد حضت الشريعة ولي الدم على العفو بمختلف الأساليب،

(1) المغني لابن قدامة (9/ 356).

(2) التشريع الجنائي الإسلامي (1/ 546، 547).

(3) التشريع الجنائي الإسلامي (1/ 548).

فجعلت للعافئ أن يعفو على مال يأخذه، ووعدته بالثواب في الآخرة وبرضا الله جل شأنه، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ﴾ [الشورى: 40]، وقوله: ﴿وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [آل عمران: 134]، واعتبرت الشريعة العفو رحمة من الله للناس، وذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾ [البقرة: 178]، ويؤثر عن الرسول ﷺ فيما روى عنه أنه ما رفع إليه أمر فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو^(□). وحق القصاص حق لا يتجزأ، أما حق العفو فحق قابل للتجزئة، وهذا هو رأي أبي حنيفة والشافعي وأحمد، ويترتب على هذا الرأي أنه لو عفا أحد أولياء الدم سقط حق الباقي في القصاص. ولكن مالكا يرى أن حق العفو حق لا يقبل التجزئة أيضاً ويترتب على ذلك أن العفو لا يكون له أثر ما لم يكن من جميع أولياء الدم، فإذا عفا أحدهم كان للآخر أن يقتص^(□).

(4) عدم التعدي في الاستيفاء، فقد فرض الإسلام على القاتل إذا أراد الولي القتل الاستسلام لأمر الله والانقياد لقصاصه المشروع، وفرض على الولي الوقوف عند قاتل وليه وترك التعدي على غيره، كما كانت العرب تتعدى فتقتل غير القاتل. ومن هنا كان الفرق بين القصاص والثأر؛ فالقصاص يدل على المساواة في القتل أو الجرح، أما الثأر فلا يدل على ذلك بل ربما دل على المغالاة لما في معناه من انتشار الغضب وطلب الدم وإسأله^(□). والقصاص يقتصر فيه على الجاني فلا يؤخذ غيره بجريرته، في حين أن الثأر لا يبالي ولي الدم في الانتقام من الجاني أو أسرته أو قبيلته وبذلك يتعرض الأبرياء للقتل دون ذنب جنوه. والقصاص يردع القاتل عن القتل لأنه إذا علم أنه يقتص منه كف عن القتل بينما الثأر يؤدي إلى الفتن والعداوات^(□).

المطلب الثاني

الفرق بين الإعدام والقصاص

هناك فروق عدة بين عقوبة القصاص في الشريعة وعقوبة الإعدام في القانون؛ وهي:

(1) أن كلمة "الإعدام" من الألفاظ المعاصرة، وهي تعني إزهاق الروح؛ وهي في الحقيقة تعبر عن معنى القتل بحق؛ ومنه القصاص في النفس، فاستعمال الفقهاء القدامى لفظ القصاص والقتل واستعمال المحدثين لفظ الإعدام جاء بنفس المعنى، إلا أن عقوبة الإعدام أعم من عقوبة القصاص في النفس؛ فعقوبة القصاص في النفس يمكن أن

(1) المصدر السابق.

(2) التشريع الجنائي الإسلامي (1 / 550).

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية (15 / 5).

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية (15 / 7 - 8).

تسمى دائماً إعداماً، وليس كذلك عقوبة الإعدام، وذلك لأن المشرع قد شرع الإعدام في جرائم القتل وغير القتل⁽¹⁾.

(2) أن القصاص لا يمكن الحكم به إلا بناء على دعوى المجني عليه، وفي القانون الإعدام كعقوبة للقتل العمد يطبق ولو لم تكن هناك دعوى من المجني عليه في سبيل المصلحة العامة⁽²⁾.

(3) أن الأصل في الشريعة هو أن يعاقب بالقصاص على القتل العمد؛ سواء كان القتل مقترناً بسبق إصرار وترصد أو غير مقترن، وسواء كانت هناك ظروف مخففة أو لم تكن، ولا تجيز الشريعة للقاضي أن يخفف العقوبة أو يستبدل بها غيرها.

وفي القانون يعاقب في جنايات الاعتداء على النفس بالإعدام على القتل المقترن بسبق إصرار وترصد⁽³⁾، وعلى القتل بالسم، وعلى القتل المقترن بجريمة أخرى، وفيما عدا ذلك فالعقوبة على القتل هي الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة، ويجيز القانون المصري في كل الأحوال تخفيف العقوبة واستبدال غيرها بها إذا كانت الظروف تدعو للتخفيف.

(4) تجيز الشريعة لولي المجني عليه أن يعفو عن القصاص، فإذا عفا سقطت عقوبة القصاص، ولولي الدم إما العفو مجاًئاً وإما على الدية أو مقابلها؛ فإذا عفا على الدية وجبت الدية على الجاني، وكان على القاضي أن يحكم بها، ويجب في حالة العفو على الدية والعفو مجاًئاً أن يحكم على الجاني بعقوبة تعزيرية طبقاً لرأي مالك⁽⁴⁾؛ أما أبو حنيفة⁽⁵⁾ والشافعي⁽⁶⁾ وأحمد⁽⁷⁾ فلا يوجبون التعزير في حالة العفو، ولكن ليس لديهم ما يمنع من التعزير إن اقتضته المصلحة العامة.

وفي القانون لا يجعل لعفو أولياء المجني عليه أثراً على العقوبة المقررة، ولكن العفو يمكن اعتباره ظرفاً قضائياً مخففاً يؤدي إلى تخفيف العقوبة أو استبدال غيرها بها طبقاً للمادة (17) من قانون العقوبات المصري، وهذا الذي أخذ به القانون المصري يتفق مع مذهب الإمام مالك حيث يرى عند العفو أن تستبدل بعقوبة القصاص عقوبة التعزير؛ فكأن المشرع المصري قد أخذ بمذهب مالك في هذه المسألة⁽⁸⁾. وليس هناك ما يمنع من أن يصل التعزير إلى القتل - كما قررنا سابقاً - إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك. يقول

(1) عقوبة الإعدام وموقف التشريع الجنائي الإسلامي منها لوائل لطفي، ص 39.

(2) الدية في الشريعة الإسلامية لعلي صادق أبو هيف، ص 23.

(3) وسبق الإصرار هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب الجريمة، والترصد هو أن يتربص الإنسان لشخص في جهة أو جهات كثيرة مدة من الزمن طويلة كانت أو قصيرة ليتوصل إلى قتله أو إيذائه. انظر: الجرائم في الفقه الإسلامي، ص 183.

(4) انظر: مواهب الجليل للحطاب، (6/ 268).

(5) انظر: بدائع الصنائع (7/ 246).

(6) انظر: المهذب (2/ 21) وما بعدها.

(7) انظر: المغني لابن قدامة (9/ 467).

(8) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي (1/ 244)، والجنايات في الفقه الإسلامي، ص 347.

الدكتور/ علي صادق أبو هيف: "حقيقة أن الجزاء المحدد في الشريعة قد شرع في مصلحة المجني عليه وحده، وأن القاضي لا يملك الحكم به إلا بناء على طلب ذاك أو أوليائه؛ ولكن إجراء العدل لا يقف عند هذا الحد. فقد كان الشارع الإسلامي متدبراً كي لا يترك في قانونه نقصاً كهذا، وكي لا يقرر أمراً تتلأفي به حالة تنازل المجني عليه عن متابعة الجاني أو عدم كفاية الجزاء المشروع في مصلحة ذاك. فاعتبر أنه بجانب حق الفرد توجد سلامة المجتمع وأن الجاني لا يضر فقط بفعله من اعتدى عليهم مباشرة بل يهدد أيضاً الطمأنينة العامة، ولذا وجب عليه أن يكفر عن جرمه لصالح الجماعة كافة ولو عفا عنه من أضر بهم خاصة. ولتحقيق ذلك الغرض خولت الشريعة للقاضي نيابة عن ولي الأمر أن يحكم بعقوبات قضائية -تعزير- على مستحقيها كلما ارتأى في ذلك صالحاً لجماعة المسلمين.

وفي الواقع لما كان غرض الشارع الإسلامي أن يؤبد قانونه ويجعله صالحاً في تطبيقه لكل زمان ومكان فقد أعطى ولي الأمر سلطة واسعة يستطيع بمقتضاها معالجة كل الأمور التي لم ينص عليها وتذليل العقبات التي قد تحول دون تنفيذ أحكام الشريعة تبعاً لاختلاف الظروف في كل حين وبلد"^(□).

المطلب الثالث

أقرب صور الإعدام إلى القصاص

يشترك القصاص والإعدام في الصور التي جعل القانون فيها عقوبة قتل العمد هي الإعدام؛ فقد جعل القانون عقوبة قتل العمد في كثير من الأحيان هي الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة، و لكن إذا اقترن قتل العمد بظروف مشددة كانت عقوبته الإعدام، والظروف المشددة التي أخذ بها المشرع المصري هي: سبق الإصرار والترصد، والقتل بالسهم، واقتتان القتل بجناية، وارتباطه بجنحة، ووقوع القتل أثناء الحرب على الجرحى حتى من الأعداء^(□).

هذا من جهة أقرب الجرائم التي يحكم فيها بالإعدام إلى الأحوال التي يحكم فيها بالقصاص؛ أما من حيث أقرب صور تنفيذ الإعدام إلى القصاص؛ فقد سبق وذكرنا أن الأصل في القصاص في الشريعة الإسلامية إنما هو بالسيف على رأي الحنفية، ولكن الإعدام بالشنق أو بغيره من الأساليب الحديثة لا يخرج عن طرق استيفاء القصاص في الشريعة.

ومع السيف هناك وسائل حديثة كثيرة ومتجددة يمكن أن تتحقق بها عقوبة الإعدام بالشروط والضوابط التي ذكرناها قبل ذلك.

(1) الدية في الشريعة الإسلامية لأبو هيف، ص 21، 22.

(2) انظر: الجنائيات في الفقه الإسلامي، ص 347.

"والأصل في اختيار السيف أداة للقصاص أنه أسرع في القتل، وأنه يزهد روح الجاني بأيسر ما يمكن من الألم والعذاب، فإذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل إيلاًماً فلا مانع شرعاً من استعمالها، فلا مانع شرعاً من استيفاء القصاص بالمقصلة والكروسي الكهربائي وغيرهما مما يفضي إلى الموت بسهولة وإسراع ولا يتخلف الموت عنه عادة ولا يترتب عليه تمثيل بالقاتل ولا مضاعفة تعذيبه، أما المقصلة فلأنها من قبيل السلاح المحدد، وأما الكروسي الكهربائي فلأنه لا يتخلف الموت عنه عادة مع زيادة السرعة وعدم التمثيل بالقاتل دون أن يترتب عليه مضاعفة التعذيب"⁽¹⁾.

والشئق كذلك مما يفضي إلى الموت بسهولة وإسراع لعدم إسالة الدم فيه والاعتماد على إيقاف القلب به، وكذلك الإعدام بغاز معين شبيه بالمخدر⁽²⁾.



(1) التشريع الجنائي الإسلامي (1/ 760).
(2) الفقه الإسلامي وأدلته (6/ 285).

الفصل الثاني أهمية عقوبة الإعدام

تهدف الشريعة الإسلامية من وراء تشريع عقوبة الإعدام أو قتل الجاني تحقيق المصلحة العامة وحماية المجتمع؛ فليس في الشريعة الإسلامية حكم إلا وله غاية، وإنما شرعت العقوبة، ومنها القتل، لتحقيق مصالح الناس ودفع المعايير لإقامة مجتمع العدل والتسامح؛ فعقوبة قتل الزاني المحصن إنما تهدف إلى زجر الإنسان عن الفاحشة واختلاط المياه واشتباها الأنساب، وعقوبة قتل المرتد إنما تهدف إلى الحفاظ على سلامة الاعتقاد الذي يتميز به الإنسان عن سائر المخلوقات، وردة الإنسان المسلم إنما تعني خروجه عن أمته وهدمه لأسس المجتمع وكيانه ومحاربته للنظام العام الذي ارتضته الدولة، أما عقوبة قتل المحارب فهي لا تختلف عن عقوبته في القوانين الوضعية لأنه إنما اعتدى على أهم عناصر رقي المجتمع وهو أمنه؛ فأرهاب الناس وقطع طريقهم وقتلهم في وقت ومكان يقل فيه العون ويمتتع السلطان من أشد ما يتعرض له الإنسان في المجتمع، والتشدد في مثل هذه الحالة ضروري لئلا تضيع الحقوق وتنتشر الفوضى⁽¹⁾.

وقد يحسب البعض أن تقرير حق القصاص لولي الدم إنما هو إقرار للعادات الأولية التي كانت سائدة في الشعوب الهمجية، ولكنها فكرة خاطئة لا تقوم على أساس صحيح، فإن الشريعة حين قررت هذا الحق لولي الدم لم تكن تقر عادات سائدة كما يظن البعض وإنما كانت تنظر قبل كل شيء إلى طبيعة البشر وغرائزهم، وإلى مصلحة الأفراد والجماعة، شأنها في ذلك مثل كل ما جاءت به من مبادئ وما قررت من حقوق أو فرضته من واجبات.

ومن المبادئ المسلم بها أن تقرير القصاص عقوبة للقتل من مصلحة الجماعة؛ لأن القتل أنفى للقتل، ولأن في القصاص حياة، ومن المبادئ المسلم بها أيضاً أن العفو عن القصاص بنية صحيحة يؤدي إلى حفظ الأمن وصيانة الدماء وتقليل الجرائم.

فالشريعة إذن قصدت من إعطاء ولي الدم حق القصاص إصلاح النفوس وإحلال الوئام محل الخصام وحفظ الأمن والنظام وتقليل الجرائم، وحمل الناس على احترام الأحكام ومنعهم من التفكير في الانتقام لأنفسهم وأهليهم، كما أنها قصدت فوق هذا كله حفظ الدماء والأرواح وعدم الإسراف في عقوبة الإعدام بقدر الإمكان⁽²⁾.

يقول ابن القيم: "فإن قيل: كيف تدعون أن هذه العقوبات لاصقة بالعقول وموافقة للمصالح، وأنتم تعلمون أنه لا شيء بعد الكفر بالله أفضح ولا أقبح من سفك الدماء، فكيف تردعون عن سفك الدم بسفكه؟ وهل مثال ذلك إلا إزالة نجاسة بنجاسة؟"

(1) التشريع الجنائي الإسلامي (1/ 663).

(2) المرجع السابق (1/ 550).

ثم يجيب عن ذلك بقوله: "أما قوله: "كيف تردعون عن سفك الدم بسفكه، وأن ذلك كإزالة النجاسة بالنجاسة" سؤال في غاية الوهن والفساد، وأول ما يقال لسأله: هل تراه ردع المفسدين والجناة عن فسادهم وجنایاتهم وكف عدوانهم مستحسنًا في العقول موافقًا لمصالح العباد أو لا تراه كذلك؟ فإن قال: "لا أراه كذلك" كفانا مؤنة جوابه بإقراره على نفسه بمخالفة جميع طوائف بني آدم على اختلاف مللهم ونحلهم ودياناتهم وآرائهم، ولولا عقوبة الجناة والمفسدين لأهلك الناس بعضهم بعضًا، وفسد نظام العالم، وصارت حال الدواب والأنعام والوحوش أحسن من حال بني آدم، وإن قال: "بل لا تتم المصلحة إلا بذلك"؛ قيل له: من المعلوم أن عقوبة الجناة والمفسدين لا تتم إلا بمؤلم يردعهم، ويجعل الجاني نكالا وعظة لمن يريد أن يفعل مثل فعله، وعند هذا فلا بد من إفساد شيء منه بحسب جريمته في الكبر والصغر والقلة والكثرة.

ومن المعلوم ببدائه العقول أن التسوية في العقوبات مع تفاوت الجرائم غير مستحسن؛ بل مناف للحكمة والمصلحة؛ فإنه إن ساوى بينها في أدنى العقوبات لم تحصل مصلحة الزجر، وإن ساوى بينها في أعظمها كان خلاف الرحمة والحكمة؛ إذ لا يليق أن يقتل بالنظر والقبلة ويقطع بسرقة الحبة والدينار.

وكذلك التفاوت بين العقوبات مع استواء الجرائم قبيح في الفطر والعقول، وكلاهما تأباه حكمة الرب تعالى وعدله وإحسانه إلى خلقه، فأوقع العقوبة تارة بإتلاف النفس إذا انتهت الجناية في عظمها إلى غاية القبح كالجنائية على النفس أو الدين أو الجنائية التي ضررها عام؛ فالمفسدة التي في هذه العقوبة خاصة، والمصلحة الحاصلة بها أضعاف أضعاف تلك المفسدة، كما قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: 179]؛ فلولا القصاص لفسد العالم، وأهلك الناس بعضهم بعضًا ابتداء واستيفاء، فكان في القصاص دفعًا لمفسدة التجرؤ على الدماء بالجنائية وبالاستيفاء. وقد قالت العرب في جاهليتها: "القتل أنفى للقتل"، وبسفك الدماء تحقن الدماء؛ فلم تغسل النجاسة بالنجاسة، بل الجنائية نجاسة والقصاص طهرة" (□).

المبحث الأول

ما يترتب على عقوبة الإعدام من مصالح

لقد سجلت الشريعة الإسلامية في مجال العقوبات -كغيره من المجالات- عمق نظر وواقعية متناهية فيما يصلح شأن البشر، فقررت جعل جل العقوبات بدنية ومتجانسة مع الجرم؛ حيث يتأذى التجانس، وسائرة معه ارتفاعاً وانخفاضاً؛ حتى يشعر الجاني بأن ما يصدر منه من مثالب سيعود عليه مرة أخرى، فكما اكتوى الغير بناره سيكتوي هو أيضاً، وكما أضر بالغير سيقع الضرر عليه أيضاً، وكما تعدى على حرمان الله ونال من

(1) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم، (2/ 119) وما بعدها.

حقوقه سينال جسمه حقه من العقاب؛ فإذا شعر الجاني بذلك راجع نفسه ألف مرة قبل الإقدام على جنايته، وحاسب نفسه حساباً عسيراً، وهذا ما يهدف إليه التشريع من تربية النفس وصقلها وشفافيتها وإشعارها بأن أذى إنسان ما هو إلا أذى للناس جميعاً، وأن الرحمة والمودة لإنسان ما هي إلا رحمة ومودة للناس جميعاً، وهذا يظهر في قوله تعالى: ﴿مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: 32].

ولا شك أن عقوبة القتل أقدر العقوبات على صرف الناس عن الجريمة، ومهما كانت العوامل الدافعة إلى الجريمة فإن عقوبة القتل تولد غالباً في نفس الإنسان العوامل الصارفة عن الجريمة وما يكبت العوامل الدافعة إليها ويمنع من ارتكاب الجريمة في أغلب الأحوال.

وأكثر الدول اليوم تحمي نظامها الاجتماعي بأشد العقوبات تفرضها على من يخرج على هذا النظام أو يحاول هدمه أو إضعافه، وأول العقوبات التي تفرضها القوانين الوضعية لحماية النظام الاجتماعي هي عقوبة الإعدام؛ أي القتل، فالقوانين الوضعية اليوم تعاقب على الإخلال بالنظام الاجتماعي بنفس العقوبة التي وضعتها الشريعة لحماية النظام الاجتماعي الإسلامي.

وليس في العالم كله قديمه وحديثه عقوبة تفضل عقوبة القصاص؛ فهي أعدل العقوبات؛ إذ لا يجازي المجرم إلا بمثل فعله، وهي أفضل العقوبات للأمن والنظام؛ لأن المجرم حينما يعلم أنه سيجزى بمثل فعله لا يرتكب الجريمة غالباً.

"والذي يدفع المجرم بصفة عامة للقتل والجرح هو تنازع البقاء وحب التغلب والاستعلاء؛ فإذا علم المجرم أنه لن يبقى بعد فريسته أبقى على نفسه بإبقائه على فريسته، وإذا علم أنه إذا تغلب على المجني عليه اليوم فهو متغلب عليه غداً لم يتطلع إلى التغلب عليه عن طريق الجريمة... تلك هي طبيعة البشر وضعت الشريعة على أساسها عقوبة القصاص؛ فكل دافع نفسي يدعو إلى الجريمة يواجه من عقوبة القصاص دافعاً نفسياً مضاداً يصرفه عن الجريمة، وذلك ما يتفق تمام الاتفاق مع علم النفس الحديث"^[1].

وقد حاولت بعض الدول الأوروبية في العهد الأخير أن تلغي عقوبة القتل ولكن حركة الإلغاء وقفت تحت تأثير النظرية الإيطالية التي ترى في عقوبة القتل وسيلة حسنة لاستئصال من لا يرجى صلاحهم من المجرمين؛ بل إن بعض البلاد التي ألغت عقوبة القتل فعلاً كإيطاليا وروسيا والنمسا عادت فقررت القتل عقوبة في قوانينها.

(1) التشريع الجنائي الإسلامي (1/ 664، 665).

وعقوبة القتل كانت مقررة في كل الدول الكبرى كإنجلترا وألمانيا وفرنسا وأمريكا، وأهم ما يبرر به شرح القوانين عقوبة القتل : أنها وسيلة صالحة لمقاومة الإجرام ولاستئصال المجرمين الخطرين على الجماعة، وهذه هي نفس المبررات التي تؤيد موقف فقهاء الشريعة.

فعقوبة الإعدام لا بد من وجودها في النظام القانوني وهي من ضمن العقوبات التي لا غنى عنها في أي نظام، وذلك لما يلي:

(1) أثر عقوبة الإعدام في مواجهة الخطر الجريمة؛ فهي لا توقع إلا على مجرمين خطرين، والتي لا تجدي معهم أساليب الإصلاح ولا التهذيب ولا الأساليب العقابية؛ فهي عقوبة استئصالية تستأصل العضو الفاسد من المجتمع؛ وذلك لحماية المجتمع من شرهم. "وتعد عقوبة الإعدام ضرورة اجتماعية لحماية المجتمع من الإجرام ولا يمكن تصور عقوبة أخرى تتساوى معها في تحقيق هذا الهدف"^(□).

(2) أثر عقوبة الإعدام في تحقيق الردع العام؛ فعقوبة الإعدام تتضمن قدرًا من الزجر والإرهاب في النفس؛ فهي تقع على أهم حق من حقوق الإنسان على الإطلاق، وهو الحق في الحياة، وهي بذلك تحقق الردع العام؛ فكلما تفتشت في المجتمع ظاهرة إجرامية جاء في المقابل بتوقيع عقوبة الإعدام لمواجهة هذه الجريمة؛ فنرى تقلص هذه الجريمة وتأخرها في المجتمع^(□).

(3) تحقيق المساواة ما بين الجريمة والإيلاء؛ فعقوبة الإعدام لا تتقرر إلا في الجرائم الخطرة؛ مثل القتل وغيره من الجرائم التي تمس كيان المجتمع ككل؛ فمثلا في جريمة القتل لا يتحقق التناسب ما بين الجريمة والإيلاء إلا بسلب الحق في الحياة، وهذا يحافظ على المجتمع من إثارة غريزة الانتقام الفردي^(□).

(4) صعوبة إيجاد بديل لعقوبة الإعدام يؤدي دورها في السياسة الجنائية؛ فعقوبة الإعدام لا تقابل إلا جرائم في الغالب سلبت حق الحياة من المجني عليه، فلا بد من تقريرها، ولا تغني عنها أي عقوبة أخرى حتى ولو كانت السجن مدى الحياة.

المبحث الثاني

ما ينجم عن عدم تطبيق عقوبة الإعدام من مفساد

نشطت في السنوات الأخيرة الحركات والجمعيات المطالبة بإلغاء عقوبة الإعدام؛ ففي عام 1996م أعلنت لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة أن عمليات الإعدام العلنية منافية للكرامة الإنسانية، وفي عام 1998م بدأت منظمة العفو الدولية حملة كبرى متعلقة

(1) علم الإجرام والعقاب لفتوح الشاذلي وعلي القهوجي، ص112.

(2) انظر: مقدمة في علم الإجرام والعقاب لمحمد إبراهيم زيد، ص284.

(3) انظر: شرح قانون العقوبات لرفعت رشوان، ص75.

بحقوق الإنسان سلّطت فيها الضوء على عقوبة الإعدام، وقد تباهت المنظمة أنه في سنة 2000م بلغ عدد الدول التي ألغت هذه العقوبة في القانون أو في التطبيق 108 من أصل 195 دولة، والتحققت بدعوة اللجنة الدولية بعض الجمعيات في الدول العربية.

وتتظر منظمات حقوق الإنسان الغربية إلى عقوبة الإعدام على: أنها حرمان الإنسان من حقه في الحياة مستندة في ذلك إلى المادة الثالثة⁽¹⁾ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كما تعتبر هذه المنظمات عقوبة الإعدام عنفاً مقنناً تمارسه الدولة المطبقة لهذه العقوبة ضد مواطنيها، ولا تستثني هذه المنظمات أي تطبيق لعقوبة الإعدام حتى وإن كان المحكوم عليه قاتلاً معترفاً بجريمته⁽²⁾.

وحجة هذا الفريق: أنه لا يجوز للمجتمع سلب حياة الفرد؛ لأن المجتمع ليس هو من يهبها للفرد، ويقولون: إن عقوبة الإعدام هي عقوبة غير شرعية، ولا يجوز أن تلجأ إليها الدولة؛ لأن الفرد لا يتصور أن يكون قد تنازل عن حقه في الحياة بموجب العقد الاجتماعي، وهو أساس حق الدولة في العقاب.

ويُردُّ عليه: بأن أساس حق الدولة في العقاب هو أنه ضرورة اجتماعية أولية سابقة على وجود المجتمع⁽³⁾، والمجتمع لم يمنح الجاني حياته، وإنما الحياة وهبها الله عز وجل للجاني وللضحية، والله تعالى هو الذي أمرنا بالقصاص من القاتل عمداً وعدواناً بغير حق، فلا شأن لغير الله عز وجل في الإحياء، ولا راد لأمره في توقيع القصاص على من يستحقه، كما أن الجاني في القتل قد تعدى على الحق في الحياة لدى الشخص المتوفى أو المجني عليه فلا بد لكي تتحقق العدالة أن يعاقب بمثل ما اعتدى به.

كما احتجوا: بأن عقوبة الإعدام عقوبة قاسية وفضة تتسم بالبشاعة والوحشية. ونقول: إنما كانت عقوبة الإعدام قاسية لأنها وقعت بسبب اعتداء أكثر وحشية وأكثر فظاظة من العقوبة، والدعوة إلى إلغاء عقوبة الإعدام رافة بالإنسان وصوناً لكرامته وإبقاء على حقه في الحياة هو انفعال عاطفي أحادي الوجهة؛ إذ إن التعاطف مع الجاني إنما يكون على حساب الضحية وهدراً لحقوقها وتنازلاً عن حقها في الحياة؛ فكيف تستقيم الدعوة إلى إلغاء عقوبة الإعدام للقاتل الذي حرم إنساناً مثله من الحياة وحكم عليه بالموت مع المطالبة بحق الحياة لجميع البشر⁽⁴⁾.

واحتجوا: بأن عقوبة الإعدام لا تحقق الأهداف الحديثة في العقاب، وهي إصلاح المتهم وإعادة تأهيله ليعود إلى المجتمع مرة أخرى عضواً صالحاً في المجتمع. ويجاب: بأنه إن كانت هذه العقوبة لا تحقق الردع الخاص إلا أنها تحقق الردع العام.

(1) (لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه).

(2) انظر: حقوق الإنسان في المنظور الغربي لعلاء الدين صبيحي، مجلة البيان (165 / 57).

(3) انظر: علم الإجرام والعقاب، ص115.

(4) انظر: الفطرة وأسباب الترقى في الكون لحسين سليمان، مجلة المنار، (13 / 445).

واحتجوا أيضاً: باستحالة الرجوع عن عقوبة الإعدام إذا ما اتضح براءة المحكوم عليه بها ونفذت فيه.

ويجاب: بأن العدالة الإنسانية نسبية، ولكن لتفادي هذا الإشكال كان لابد من إحاطة عقوبة الإعدام بكثير من الضمانات لكي يصدر الحكم بها، وهو ما فعلته الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية؛ فإن التشدد في الإثبات، وهو مبدأ الشريعة الإسلامية في كل الجرائم حتى يمكن توقيع العقوبة، يكفل أعظم درجات الاحتياط؛ فاحتمال الخطأ في الإثبات الشرعي والقانوني نادر، والنادر لا حكم له (□).

وإن كانت المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تنص على أن "لكل فرد حقاً في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه"؛ فإن تأويل هذه المادة ليصبح لصالح القتل يعني إنكار نصها على القتل الذي سلبه القاتل حقه في الحياة والأمان على شخصه.

ومن رحمة التشريع الإسلامي أنه لم يرفض العفو عن ارتكاب جريمة قتل، بل أوجد الدية والعفو من قبل أسرة القتيل، وفي الوقت ذاته - وبالأصل - حفظ حق الضحية بالقانون فأمر بالقصاص من القاتل، وإنكار مثل هذا الحق بالنسبة للضحية يكون موالاة للقتلة وإهداراً لدم الضحايا.

وفي تطبيق عقوبة الإعدام صوباً لأرواح الناس وبقاء للنوع الإنساني؛ لأن القاتل إذا علم أنه سيُقتل إذا قتل ارتدع فأحيا نفسه وأحيا غيره؛ لذلك كانت المطالبة بمنع عقوبة الإعدام خطأً بيناً لا يتفق مع المصلحة العامة والتي تُعد مقصداً من مقاصد الشريعة الإسلامية؛ لاسيما بعد تنوع الجرائم وتفنن المجرمين فيها في العصر الحاضر؛ فارتكبوا جرائم لا تكاد تخطر على بال؛ كاختصاب المرأة وهي تسير في الشوارع العامة، وخطف الأطفال والنساء للاتجار بهم، وهو ما يسمى (الرقيق الأبيض).

ففي الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً - كما ينشر في أجهزة الإعلام - تقع آلاف من جرائم الاغتصاب سنوياً، وعشرات الآلاف من جرائم السرقة والاعتداء على الناس، ويُشر الكثير عن أرقام المبالغ والأرباح التي يحققها النشاط الإجرامي في تجارة البشر، وفي الدعارة، وفي أنواع الفواحش، وفي تجارة المواد المخدرة.

ولا أحد يجهل في هذا العصر صرخات كثير من المجتمعات المتقدمة مدنياً، مثل المجتمع الأمريكي أو الأوروبي بوجه عام، من تفاقم ظاهرة الجريمة، التي ترتبت على الحرية المطلقة والتي يعيش في ظلها الناس، حرية التنافس والتقاتل على تحصيل المال واللذة والسلطان، حرية لا تحدها الأديان ولا قيم الأخلاق، ولا يكاد يقف في طريقها إلا مصلحة الآخرين في المنافسة.

(1) انظر: الأمن في حياة الناس وأهميته في الإسلام لعبدالله بن عبدالمحسن التركي، ص 102.

وفي عصر حقوق الإنسان، الذي تعترف فيه كثير من المجتمعات بكرامته وحقه في الحياة وفي التكافل الاجتماعي والمشاركة العامة، تنتهك الأعراض وتسرق الأموال ويشدد ساعد عصابات الإجرام، وتقف كثير من الحكومات عاجزة عن التصدي للفساد، على الرغم من أن الحكومات تعد الخطط تلو الخطط للقضاء على الجريمة أو تقليل آثارها؛ ولكن يحول دون ذلك: أن عقوبة الإعدام للقاتل لا يعترف بها عند بعضهم، وأن الزنا والفواحش كلها من قبيل ممارسة الحرية الفردية⁽¹⁾.

إن السياسة الجنائية في الإسلام هي في الأصل سياسة وقاية من الجريمة، وحماية للمجتمع، وصيانة للأنفس والأموال والأعراض؛ ومن الحكمة أن تكون العقوبة من جنس الجريمة كالقصاص، أو أشد منها تحقيقاً للمصلحة العامة بالحفاظ على الأموال والأعراض والدماء والعقول، ولن تكون المطالبة بإلغاء عقوبة الإعدام في مصلحة أحد سواء المجتمع أو أقارب المجني عليه⁽²⁾؛ إذ إن مقاصد الشرع الكلية لم يُنظر في الحفاظ عليها إلى نفس الفرد فحسب، بل شملت النظرة والاعتبار فيها الفرد والجماعة والأمة، طالما حافظ الجميع على التوازن والاعتدال بين الحقوق والواجبات على مستوى الفرد والمجتمع.



(1) انظر: الأمن في حياة الناس وأهميته في الإسلام، ص 104 - 106.
(2) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته (7 / 258)، الطبعة الرابعة.

الفصل الثالث

حكم عقوبة الإعدام

وتحتة مبحثان:

المبحث الأول

حكم تطبيق عقوبة الإعدام على من يرتكب سببها

لقد كرم الله الإنسان وفضله على جميع مخلوقاته وجعل حرمة أعظم من حرمة الكعبة الشريفة؛ فالإنسان عند خالقه محترم الدم والمال والعرض، وهذه الحرمات لا يجوز التعدي عليها أو التفريط بها؛ فمن خلال هذه المكانة وباعتبار الحدود التي رسمها الله تعالى فإن الاعتداء على النفس البشرية بأي طريقة كانت يعتبر من أعظم الكبائر، وعليه فإن من تسول له نفسه الاستخفاف بحياة البشر وإزهاق أرواحهم عمداً وظلماً أو الاتجار فيما يعم ضرره فيهم أو غير ذلك مما يؤثر في حفظ دمائهم أو أموالهم أو أعراضهم أو عقولهم فلا بد أن يرتقب العقوبة الرادعة الزاجرة التي لا تهادن المجرم ولا تمرر جريمته كأن شيئاً لم يكن؛ ولذا فإن الإسلام يرى أن تشديد العقوبة أمر ضروري حفاظاً على السلامة الاجتماعية العامة، وبتراً لكل يد آثمة ونفس مستهترتة تعيث في المجتمع الأمن قتلاً وفساداً وانحرافاً، ولذا فإن حفظ الأمن الاجتماعي قد يتوقف في كثير من الأحيان على تطهير المجتمع من أصحاب الأنفس الشريرة التي تميل إلى الظلم والاعتداء؛ فكما أن الطبيب قد يحكم بضرورة بتر عضو من الأعضاء حفاظاً على سلامة المريض وإبقاء على حياته، فكذلك الإسلام يرى أن الصالح العام يقضي بتطهير المجتمع من القتلة والمجرمين والعابثين حفاظاً على أمن المجتمع وكرامة الناس الآمنين، كذلك فإن في عقوبة الإعدام للقاتل صيانة لحقوق المقتول وحفظاً لحقه وكرامة دمه المسفوح وتهديئة لخواطر أولياء المقتول وامتصاصاً لنقمتهم ودرءاً لتوسع دائرة القتل والثأر.

ولذلك فإن تطبيق عقوبة الإعدام على من يرتكب سببها واجبويقوم به ولي الأمر، ولا صلاح للمجتمع إلا به، ويتضح ذلك إذا ضربنا مثالا بأشهر وأقرب أسباب تطبيق الإعدام إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهو القصاص الذي ثبت حكمه في الشرع بالكتاب والسنة وفعل الرسول ﷺ وإجماع الأمة:

أما الكتاب ففي قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءً إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِعَدْوِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة: 178] ومعنى كتب: فرض وأثبت، وقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: 179]؛ [البقرة: 179]، وقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ

النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿45﴾
 [المائدة: 45]. وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد فيه نسخ من الشارع الحكيم، ولم يرد نسخ ذلك، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لوكِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ [الإسراء: 33]

وأما السنة فقوله ﷺ: "كتاب الله القصاص"^[□]، وقوله عليه الصلاة والسلام: "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة"^[□].

وعلى ذلك إجماع الأمة من غير مخالف منها، ويؤيده العقل السليم، لأن المال لا يصلح موجباً في القتل العمد لعدم المماثلة؛ لأن الأدمي مالك مبتذل لما سواه، والمال مملوك مبتذل له، فأنى يتمثلان، بخلاف القصاص، فإنه يصلح موجباً للتماتل، وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الحياء زجراً للغير من وقوعه فيه، وجبراً للورثة فيتعين، وإنما وجب المال في الخطأ أولاً ضرورة صون الدم عن الهدر؛ فإنه لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم لو لم يجب المال والأدمي مكرم لا يجب إهدار دمه، على أن ذلك ثابت بنص القرآن الكريم^[□].

المبحث الثاني

حكم الاستثناءات الواردة على تطبيق عقوبة الإعدام في بعض القوانين

القصاص إذا استوفى شروطه في الشريعة الإسلامية وجب إيقاعه، ولكن قد يسقط القصاص في حالات، وهي:

- (1) فوات محل القصاص أو انعدامه؛ كتعذر إيقاع القصاص بسبب موت الجاني بحيث يستحيل تنفيذ العقوبة.
- (2) العفو، وهو تنازل ولي المقتول عن حقه في القصاص؛ لأن القصاص حق شخصي يسقط بإسقاط المجني عليه أو وليه لحقه؛ قال تعالى: {فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة} [البقرة: 178].
- (3) الصلح، وقد اتفق الفقهاء على أن القصاص يسقط بالصلح كما يسقط بالعفو، ومقتضى الصلح أن يتفق ولي المجني عليه مع الجاني على سقوط القصاص لقاء مال يدفعه الجاني لهم سواء كان هذا المال أقل من الدية أو أكثر منها.

(1) أخرجه البخاري (2/ 961).

(2) سبق تخريجه.

(3) انظر: التقرير والتحرير لابن أمير الحاج (2/ 171)، وكشف الأسرار لعلاء الدين البخاري، (1/ 260).

أما في القانون المصري فإن الحالة الوحيدة التي يجوز فيها إلغاء حكم الإعدام هي أن يكون ذلك الإلغاء من قبل رئيس الدولة، أنه: (متى صار الحكم بالإعدام نهائياً وجب رفع أوراق الدعوى فوراً إلى رئيس الجمهورية بواسطة وزير العدل، وينفذ الحكم إذا لم يصدر الأمر بالعفو أو بإبدال العقوبة في ظرف أربعة عشر يوماً).

وأما تأجيل تنفيذ عقوبة الإعدام فإنها لا تكون كذلك إلا في حالة واحدة - وفقاً للقانون المادة (476)- وهي خاصة بالسيدة الحامل؛ إذ يتعين الانتظار حتى تضع حملها وترضعه لمدة شهرين فقط؛ ثم ينفذ فيها الحكم، أما بالنسبة لعمر أو مرض المحكوم عليه أيّاً كانت درجته فلا يوقف تنفيذ عقوبة الإعدام⁽¹⁾.

وترجع العلة من وراء تأجيل عقوبة الإعدام إذا كانت المحكوم عليها حاملاً إلى ضرورة إنقاذ الجنين؛ وذلك تطبيقاً لمبدأ شخصية المسؤولية الجنائية؛ فالجنين مخلوق بريء لا ذنب له، أما مدة الشهرين فالهدف منها تمكين الأم من رعاية وليدها في بداية حياته.



(1) انظر: شرح قانون العقوبات لرفعت رشوان، ص 87 وما بعدها.

نتيجة البحث

ختاماً نقول: إن ما قصد إليه الإسلام من خلال تشريعاته وأنظمته وقوانينه هو إقامة الحياة الهانئة والأمنة لبني الإنسان، والرسالة الإسلامية الخاتمة تؤكد على مفهوم الإنسانية وتعتبره حاكماً على كل العلاقات في المجتمع الإسلامي، وفي سبيل ذلك قررت الشريعة عقوبات رادعة على خرق السلام الاجتماعي، وقد تحدثنا في هذا البحث عن عقوبة الإعدام وتوصلنا إلى ما يلي:

- 1- نظام العقوبات الإسلامي جمع بين الردع العام والردع الخاص.
 - 2- عقوبة الإعدام مشروعة من عند الله تعالى.
 - 3- عقوبة الإعدام صالحة لكل زمان ومكان.
 - 4- عقوبة الإعدام تحقق الأمن والاستقرار والعدالة الاجتماعية.
 - 5- عقوبة الإعدام رادعة للمجرمين أكثر من غيرها إذا طبقت في صورتها.
 - 6- طريقة الإعدام خاضعة لضوابط تقوم على الرحمة وحفظ الكرامة الإنسانية.
 - 7- جواز التعزير بعقوبة الإعدام في حالة حدوث جريمة كبيرة الضرر بالأمة.
 - 8- إلغاء عقوبة الإعدام قول واه يؤدي إلى فساد النظام الاجتماعي، وهو مخالف لصريح القرآن والسنة ومنقول الإجماع ومقتضى العقل السليم.
- وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.



مشروع قرار للمؤتمر بخصوص تطبيق عقوبة الإعدام

- (1) لا يصح القول بإلغاء عقوبة الإعدام؛ لما يترتب على ذلك من الفساد الاجتماعي وتعطيل أحكام الشريعة الصريحة.
- (2) لا بد من إحاطة عقوبة الإعدام بكل الضمانات التي تكفل عدم توقيعه على الأبرياء ويعدل عنها في حالة وجود الشبهة.
- (3) ضرورة عدم تطبيق عقوبة الإعدام على غير كامل الأهلية حين إيقاعه جريمته.
- (4) لا يجوز إسقاط حق أولياء الدم في العفو عن الجاني إما ببديل أو مجاناً. إلا إذا كان الجاني يمثل خطراً ملحوظاً على المجتمع.
- (5) يجب استخدام الوسائل الميسرة والسريعة في إزهاق الروح عند تنفيذ عقوبة الإعدام على الجاني.
- (6) يجب حفظ حرمة الجاني (المقتول من تنفيذ العقوبة عليه) من التمثيل بالجثة ونحوه مما لا يليق بالكرامة الإنسانية.



أهم المصادر والمراجع

- (1) أسنى المطالب شرح روض الطالب للشيخ زكريا الأنصاري، ط. دار الكتاب الإسلامي.
- (2) إغاثة الطالبين لشطا الدمياطي، ط. دار الفكر.
- (3) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم، ط. دار الجيل - بيروت.
- (4) البحر الرائق لابن نجيم، ط. دار المعرفة - بيروت، الطبعة الثانية.
- (5) بدائع الصنائع للكاساني، ط. دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة الثانية، 1982م.
- (6) التاج والإكليل، ط. دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية.
- (7) تحرير ألفاظ التنبيه للنووي، ط. دار القلم - دمشق، الطبعة الأولى.
- (8) تحفة المحتاج لابن حجر وحواشيها، ط. المكتبة التجارية الكبرى.
- (9) التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي لعبد القادر عودة، ط. دار الكاتب العربي - بيروت.
- (10) التعريفات للجرجاني، ط. دار الكتاب العربي.
- (11) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج، ط. دار الفكر - بيروت.
- (12) الجامع الصحيح لمحمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: مصطفى الديب البغا، ط. دار ابن كثير، اليمامة، الطبعة الثالثة، 1407هـ / 1987م.
- (13) الجرائم الماسة بسلامة جسم الإنسان لعمره الوقاد، كلية الحقوق - جامعة طنطا، 1997م.
- (14) الجرائم في الفقه الإسلامي لأحمد فتحي بهنسي، ط. الشركة العربية للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1959م.
- (15) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي لمحمد أبو زهرة، ط. دار الفكر العربي - القاهرة.
- (16) الجنايات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون لحسن علي الشاذلي، ط. دار الكتاب الجامعي، الطبعة الثانية.
- (17) حاشية الدسوقي، ط. دار الفكر.

- (18) حجة الله البالغة لشاه ولي الله الدهلوي، ط. دار الكتب الحديثة - القاهرة.
- (19) الدر المختار مع حاشية رد المحتار لابن عابدين، ط. دار الفكر - بيروت، 1421هـ/ 2000م.
- (20) الدية في الشريعة الإسلامية وتطبيقها في قوانين وعادات مصر الحديثة لعلي صادق أبو هيف، ط. مطبعة علي عناني، الطبعة الأولى 1351هـ/ 1932م.
- (21) سنن ابن ماجه، لمحمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط. دار الفكر - بيروت.
- (22) سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ط. دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- (23) السياسة الشرعية لابن تيمية، ط. دار المعرفة.
- (24) شرح قانون العقوبات - القسم العام، لعمر السعيد رمضان، ط. القاهرة.
- (25) شرح قانون العقوبات - القسم العام؛ لرفعت رشوان، ط. دار النهضة العربية، 2002م.
- (26) شرح منتهى الإرادات للبهوتي، ط. مكتبة الرياض الحديثة.
- (27) صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط. دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- (28) الطب الشرعي النظري والعملي لمحمد عبدالعزيز سيف النصر، ط. مكتبة النهضة المصرية، 1960م.
- (29) طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية لنجم الدين النسفي، ط. دار النفائس - عمان.
- (30) العقوبة في التشريع الجنائي الإسلامي والوضعي لحيدر البصري، مجلة النبأ عدد 41.
- (31) العقوبة في الفقه الإسلامي لأحمد فتحي بهنسي، ط. مكتبة دار العروبة، الطبعة الثانية، 1381هـ/ 1961م.
- (32) علم الإجرام والعقاب لفتوح الشاذلي وعلي القهوجي، ط. دار الهدى للمطبوعات - الإسكندرية، 2005م.
- (33) فتح القدير للكمال بن الهمام، ط. دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية.
- (34) الفروق للقرايف، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.
- (35) الفقه الإسلامي وأدلته، ط. دار الفكر، الطبعة الرابعة.

- (36) القصاص في الفقه الإسلامي لأحمد فتحي بهنسي، ط. مكتبة الأنجلو المصرية، الطبعة الثانية، 1388هـ/1969م.
- (37) قواعد الأحكام للعزبن عبد السلام، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.
- (38) كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.
- (39) المجتبى لأحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ط. مكتب المطبوعات الإسلامية، الطبعة الثانية، 1406هـ/1986م.
- (40) المحلى بالآثار لابن حزم، ط. دار الآفاق الجديدة - بيروت.
- (41) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام لعلاء الدين الطرابلسي، ط. مصطفى الحلبي.
- (42) مغني المحتاج للخطيب الشربيني، ط. دار الفكر - بيروت.
- (43) المغني لابن قدامة، ط. دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ.
- (44) مقدمة في علم الإجرام والعقاب لمحمد إبراهيم زيد، ط. دار الهدى للمطبوعات - الإسكندرية، 2008م.
- (45) المهذب للشيرازي، ط. دار الفكر - بيروت.
- (46) مواهب الجليل للخطاب، ط. دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية.
- (47) الموسوعة العربية العالمية، ط. مؤسسة أعمال الموسوعة، الطبعة الثانية.
- (48) الموسوعة الفقهية الكويتية، ط. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت.
- (49) الهداية للمرغيناني شرح بداية المبتدي، ط. المكتبة الإسلامية.

فهرس الموضوعات

1	مقدمة.....
3	الفصل الأول: مفهوم عقوبة الإعدام.....
6	المبحث الأول: المراد بالإعدام.....
7	المبحث الثاني: محل عقوبة الإعدام (الجرائم المعاقب عليها بالإعدام).....
91	المطلب الأول: الجرائم المعاقب عليها بالإعدام في الشريعة الإسلامية:
10	التعزيز بالقتل:.....
12	المطلب الثاني: الجرائم المعاقب عليها بالإعدام في القانون:
14	عقوبة الإعدام في الدول العربية:
15	المطلب الثالث: القتل العمد بين الشريعة والقانون.....
15	القتل العمد في الشريعة الإسلامية:
16	القتل العمد في القانون:
18	المبحث الثالث: صور تنفيذ الإعدام.....
18	المطلب الأول: صور تنفيذ الإعدام في الفقه الإسلامي:.....
18	أولاً: عقوبة الرجم:
18	ثانياً: استيفاء القود:.....
23	المطلب الثاني: صور تنفيذ الإعدام في القانون:
24	المطلب الثالث: وسائل تنفيذ عقوبة الإعدام.....
24	1- الشنق.....
25	2- الحز بالسيف (قطع الرأس).....
25	3- الرجم.....
26	4- غرفة الغاز.....
26	5- الكرسي الكهربائي.....
26	6- الحقنة المميته.....

26	7- الرمي بالرصاص.....
28	المبحث الرابع: الإعدام والقصاص
28	المطلب الأول: القصاص.....
28	تعريف القصاص ومشروعيته:.....
29	أحكام القصاص:
31	المطلب الثاني: الفرق بين الإعدام والقصاص.
31	المطلب الثالث: أقرب صور الإعدام إلى القصاص.....
34	الفصل الثاني: أهمية عقوبة الإعدام
35	المبحث الأول: ما يترتب على عقوبة الإعدام من مصالح.....
37	المبحث الثاني: ما ينجم عن عدم تطبيق عقوبة الإعدام من مفسد
40	الفصل الثالث: حكم عقوبة الإعدام.....
40	المبحث الأول: حكم تطبيق عقوبة الإعدام على من يرتكب سببها.....
41	المبحث الثاني: حكم الاستثناءات الواردة على تطبيق عقوبة الإعدام في بعض القوانين.
43	نتيجة البحث.....
44	مشروع قرار للمؤتمر
47	الفهارس.....



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

عقوبة الإعدام في النظر الإسلامي

إعداد
الدكتور حمداتي شبيها ماء العينين
عضو المجمع
المملكة المغربية

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله وسلم على نبي الرحمة ومنقذ من أراد الله له الهداية من الضلال وتداركه من بهيمية الجاهلية إلى عدل الإسلام ورحمته .

هذا وإن تباين الحضارات وتفاوت أحكامها واختلاف أذواق أجيالها، وتعارض معتقداتها وتشاكس فحوى أحكامها على ظواهر تقلب أنماط حياتها، واستبدال الأقوياء من بني البشر في كل فترة عبر التاريخ، من شأنه أن يقنع كوكبة المفكرين طيلة تعاقبهم على درب إنتاج الظاهرة المعرفية، بواقعة حتمية التدافع والتجاذب بين عطاء المجهود البشري، وما ينجم عن ذلك من تشاكس وتحاسد جرّ إلى الحروب بين الأمم والاعتداءات الظالمة في كثير من مجالات الحياة بين الأفراد، من بداية خلق الإنسان على وجه الأرض، هذه الظاهرة التي ترويتها قصة ولدي آدم عليه الصلاة والسلام: ﴿ **وَإِثْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنِي آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتُقْبِلَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَّلْ مِنَ الْآخَرِ قَالَ نَأْقْتْلُكَ قَالَ إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ * لَئِن بَسَطْتَ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِي مَا أَنَا بِبَاسِطٍ يَدِيَ إِلَيْكَ نَأْقْتْلُكَ إِنِّي أَخَافُ اللَّهَ رَبَّ الْعَالَمِينَ * إِنِّي أُرِيدُ أَنْ تَبُوءَ بِإِثْمِي وَإِثْمِكَ فَتَكُونَ مِنْ أَصْحَابِ النَّارِ وَذَلِكَ جَزَاءُ الظَّالِمِينَ * فَطَوَّعَتْ لَهُ نَفْسُهُ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ ۗ** ﴾^١.

من هذه الآيات ندرك كيف بدأت الجريمة على وجه الأرض وما هي البواعث التي أملتها والآثار النفسية التي خلفتها، والمتطلبات التي استلزمها، وإذا كان المسار التاريخي لسجل الإجرام يصعب حصره في موسوعات أو مجلدات، فإن استخلاص العبر من قليله كفيل بتبرير الجزاء الذي يضرب على بعضه.

ورغم اتحاد النتائج في كثير من صورته فإن طبيعة الجزاء عليه، ظلت تكيفها رغبة الإنسان في الحياة واحترامه لحقوق غيره رغبة منه في الالتزام المقابل برعاية حقوقه، ولعل منطوق حكم واحد ظل مصاحبا للتجمعات البشرية كمبدأ نشبت عنه حروب، فزُهِقَتْ أرواح بريئة ونهبت أموال جماعات لا جريرة لهم، ألا وهو القصاص المعبر عنه في القوانين الوضعية بعقوبة الإعدام، فما هو تاريخه. وكيف شرعه الإسلام؟ وما هي أحكام البدائل عنه؟ وهل يقبل الإسلام التخلي عن تلك العقوبات؟ لهذا ولنتمكن من تحديد مسار هذا العرض فسأقسمه إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: تاريخ نشوء القصاص وتعريفه

المبحث الثاني: الشروط التي يتطلبها تطبيق عقوبة القصاص

المبحث الثالث: تشابه عقوبة القصاص مع عقوبة الإعدام في القوانين الوضعية،
والجرائم التي تستوجب ذلك في كل من التشريعين

المبحث الرابع: هل يمكن للإنسانية الاستغناء عن فرض العقوبة بالإعدام أو ما
يسميه المسلمون بالقصاص؟

خاتمة: نستخرج بواسطتها النتائج التي نراها صالحة أو أصبحت مفروضة.

المبحث الأول تاريخ نشوء القصاص وتعريفه

القتل هو أول جريمة ارتكبت على وجه الأرض، بسبب تأجج حقد الحسد في نفس الإنسان، وذلك عندما قرب إبننا آدم قريانا فتقبل من هابيل ولم يتقبل من قابيل، فأقدم هذا الأخير على قتل أخيه ظلما وعدوانا، تلك الجريمة التي وصفها الله جل جلاله في الآيات ٢٧ إلى ٣٠ من السورة المتقدم ذكرها، ومن ذلك التاريخ ارتبط اقتراف الجرائم بوجود الإنسان على أديم الأرض حتى اليوم؛

وقد شكلت عقوبة القصاص جزءا يكاد يكون متفقا عليه، فلقد عرفته الحضارات القديمة، مما يضع سؤالا لازال أساتذة تاريخ نشوء النظريات القانونية والحضارات الإنسانية لم يستخرجوا من أعماق السجلات القديمة التي وصلت إليها أيديهم جوابا عليه، والسؤال هو هل قواعد الجزاء المتبعة في قوانين الشعوب القديمة ظلت تتوارث هذا الجزاء حتى وصل إلى الديانات السماوية لتقتبسه منها القوانين الوضعية لكن الثابت في الموضوع أن عقوبة القصاص عرفت على أنماط مختلفة في تطبيقات أحكام ضوابط حياة الشعوب القديمة، وإذا كانت تعتبر أقسى عقوبة، فإنها تأتي أكبر معز لذوي المقتول لإطفاء حرقة الألم التي حلت بهم جراء ظلم القاتل؛

ولقد استخدم في كثير من الحالات في قتل النفس بالنفس، أو مخالفة الاختيارات الكبرى لأي أمة من الأمم، مما عبر عنه الدكتور محمد زكي أبو عامر بالخارجين على العادات والأصول والأعراف المتبعة؛

وقد كانت التشريعات القديمة تطبق هذه الجريمة على نطاق واسع، وتقرها لعدد كبير من الجرائم^١.

ومن الفلاسفة والكتاب من نادى من قديم بالاستغناء عن عقوبة الإعدام واستبدالها بغيرها، ومنهم من طالب بالإبقاء عليها لكن في حدود ضيقة تنحصر في النفس بالنفس، لأن بعض الحالات لا بد من إبقاء القصاص فيها ردعا للظالمين وحفاظا على أمن المجتمعات وتجنبها للحروب والأحقاد والشحناء^٢؛

وبهذا تأصل الإعدام في القوانين الشرقية والغربية القديمة، فجُل الحضارات التي دونت أهم القواعد ذات الأهمية البالغة لديها، كلها تضمنت عقوبة الإعدام، (مثل مجموعة "أكيو" باللغة السومرية، ومن بين ما نظمته عقوبة الإعدام)^٣، قانون (بلالاما) من

^١ - مجلة جامعة دمشق، المجلد ٩ العدد الثاني ٢٠٠٣.

^٢ - نفسه، ص. ٥.

^٣ - د. غسان رباح، تاريخ القوانين والنظم الاجتماعية، دراسة مقارنة، ص. ٢٠.

التشريعات الأكاديمية في بلاد ما بين النهرين، وقد سبق هذا القانون، قانون حمورابي، بقرنين، ثم قانون حمورابي الذي يعود إلى ١٧٠٠ قبل الميلاد^١، ثم القانون الآشوري، الذي خصص عقوبة الإعدام لكثير من الأفعال التي تجسد جرائم شنيعة، ويرى غسان أن القوانين الهندية الصادرة ١٢٠٠ قبل الميلاد من أبرز القوانين القديمة حرصا على استخدام عقوبة الإعدام جزاء على جرائم كثيرة ومتنوعة، أما المصريون القدامى فسنوا عقوبة الإعدام على بعض الجرائم التي تمس بأمن المجتمع وتهدد أركانه^٢.

عقوبة الإعدام في القوانين الغربية القديمة:

- (١) في الإغريق قننتها قوانين (سولون) (٥٢٤ ق.م).
 - (٢) قوانين (داركون) (عام ٦٢٤ ق.م) وقامت محاكم التفتيش بها بإنزال عقوبة الإعدام على من يتهم بالإلحاد في أثينا.
 - (٣) أما الرومان فاعتبروا جريمة القتل جزاء على كل جرم يمس بالنظام العام وقرروا عقوبة الإعدام عليه، وأول قانون اهتم بتنظيم أحكام جرائم القتل هو قانون (نوما)، فيعاقب بالإعدام على جريمة القتل، كما عاقبوا بالإعدام على الخيانة والسحرة .
- أما في القرون الوسطى فقد اتسمت جل القوانين بالقسوة ومن بينها عقوبة الإعدام رغم انتشار الديانة المسيحية التي دعت إلى التسامح والرحمة والصفح ، حتى إن عقوبة الإعدام في تلك الفترة استخدمت على بعض الحيوانات.
- أما الشرائع السماوية، فقد تعرضت كلها إلى عقوبة الإعدام، بحسب تطبيقات تتفاوت في القسوة وأساليب التطبيق، والحالات التي يجب أن يكون القصاص هو العقاب عليها:

فوجوده في الديانة اليهودية أخبر به القرآن الكريم في الآية: ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّيَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ بِمَا اسْتُحْفِظُوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ فَلَا تَخْشَوُا النَّاسَ وَاخْشَوْنِي وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴿٦٠﴾ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٦١﴾^٣، كما أتى في الديانة المسيحية أن السيد المسيح عليه السلام كان يقول: «إذا أردت أن تدخل الحياة فاحفظ الوصايا لا تقتل لا تزن لا تسرق لا تشهد بالزور أكرم أباك وأمك وأحب قريبك كنفسك»^٤.

^١ - غسان رباح، تاريخ القوانين والنظم الاجتماعية، ص. ٤٦.

^٢ - زياد علي: عقوبة الإعدام بين الإبقاء والإلغاء، جمعية الدعوة الجماهيرية الليبية "قديمًا".

^٣ - المائدة: ٤٤ ، ٤٥ .

^٤ - د. ساسي سالم الحاج، ص. ٢١.

هذه الشرائع والقوانين كلها قررت عقوبة النفس بالنفس، وإن كانت تفاوتت الجرائم الأخرى التي يعتبر الإعدام "القصاص" جزاء لها فإنها كلها اتفقت عليه إما توارداً أو اقتباساً ذلك سر لم يصدر فيه حكم نهائي بعد؛ بهذا التمهيد يمكن أن ندخل في صلب الموضوع من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، أما التعريف لغويًا قال الأزهري القص إتيان الأثر، ويقال: خرج فلان قصصاً في أثر فلان وقصا وذلك إذا اقتص أثره، إلى أن قال: وتقاص القوم إذا قاص كل واحد منهما صاحبه في حساب أو غيره، والاقتصاص وأقصصته على الموت أي ادنيته، والاقتصاص أخذ القصاص، والاقتصاص أن يؤخذ لك القصاص، وقد أقصه، وأقص الأمير فلانا من فلان، إذا اقتص له، منه فجرحه مثل جرحه، أو قتله قوداً^١.

وأصله في القرآن الكريم: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ﴾^٢.

إن النص في هذه الآية على النفس جعل القصاص شرعاً إنزاله بالقاتل عن إزهاق النفس من الأصناف الذين تقرر تمكين أوليائهم من القصاص بقطع النظر عن الأعطاب النازلة بالحسم قبل تنفيذ جريمة القتل، قال شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: «يقتل الصحيح بالسقيم والأجذم الأبرص المقطوع اليدين والرجلين، إنما هي النفس بالنفس، لقوله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾»، ثم قال ما معناه أن هذا شرع من قبلنا شرع لنا، وعزى لابن نافع «يخير المسلم في القصاص والدية» وكل من اشترك في السبب يطبق عليه القصاص عند المالكية، واختلف في القسامة ففي الجواهر لا يقتل لأنه لا يتحقق من الفاعل، وقال المغيرة يقتل بها الجماعة، وللشافعي تقتل الجماعة بها (أعني القسامة)، وجعله النبي ﷺ يستحق بالبينة، قال الله تعالى: ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا ﴾ قال القرافي: «ووكّل تعالى بيان هذا السلطان للنبي ﷺ فبينه بقسامة، وكان أول تطبيقها في قضية عبد الله بن إسماعيل ومحبيصة خرجا إلى خيبر من جهد أصابهم، فأتى محبيصة فأخبر أن عبد الله بن إسماعيل قد قتل وطرح في فقير بئر، فأتى يهود فقال أنتم والله قتلتموه قالوا: والله ما قتلناه، فأقبل حتى قدم على قومه فذكر لهم ذلك، ثم أقبل هو وأخوه عبد الرحمن وهو أكبر منه على رسول الله ﷺ، فذهب محبيصة ليتكلم وهو الذي كان بخيبر فقال رسول الله ﷺ: «كبر، كبر، يريد: السن»، وبعد^٣ إنكار اليهود، وعدم قبول المسلمين لقسم اليهود وأداه رسول الله ﷺ من عنده، وعند قول الله: ﴿ وَلكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾ الآية، المقصود لغة المماثلة وذلك مبين في الآية الأخرى

^١ - مادة قص من لسان العرب للكلمة عدة معاني.

^٢ - المائدة: ٤٥.

^٣ - الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ١٢، ص. ٢٨٨.

^٤ - البقرة: ١٧٩.

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى ﴾^١

ذهب القرافي إلى أنها نزلت في بطلان ما كانت عليه العرب من تفضيل سلالة على سلالة وعدم التكافؤ وقيل المراد بالحر جنسه الشامل للذكر والأنثى، إنكارا لما كانت الجاهلية عليه^٢.

ثم أتى الخطاب في الآية الكريمة ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا ﴾ موجها لنبينا عليه الصلاة والسلام عندما حكمه اليهود وعندهم التوراة فيها حكم الله لكنهم جحدوه ونكروه فكرس لهم الله صدق نبوة محمد عليه الصلاة والسلام، بنزول الوحي بالحكم الكائن في التوراة ليتم تطبيق العدل، وليبرهن للمخادعين الجاحدين أن أمر رسالة النبي حقيقة إلهية، أقوى من تكتمهم وحيلهم، وأصدق من ادعاءاتهم وهذا إخبار من الله تعالى لنبيه الكريم بما جحد اليهود، فأصبحت الآية كاشفة لواقعة ومقررة لشريعة من قبلنا في هذه النازلة.

قال الطبري: يقول الله جل جلاله ما تأويله: «وكيف يرضى هؤلاء اليهود يا محمد بحكمك إذ جاؤوا يحكمونك وعندهم التوراة التي يقرون بأنها كتابي، ووحىي إلى رسولي موسى عليه الصلاة والسلام فيها حكمي بالرجم على الزناة المحصنين، وقضائي بينهم أن من قتل نفسا ظلما، فهو بها قودٌ، ومن فقأ عينا بغير حق فعينه بها مفقوءة، قصاصا، ومن جدد أنفا، فأنفه مجدوع بها، ومن قلع سنا، فسنة بها مقلوعة – ومن جرح غيره جرحا فهو مقتص منه^٣» إلى آخر توضيحه لتملص اليهود من أحكام الله في التوراة، فما بالك بحكم سيدنا محمد ﷺ في القرآن الكريم؛

وإلى هذه المعاني ذهب ابن العربي في أحكام القرآن مستعرضا توضيح القرآن لبيان ما جحد اليهود لما في التوراة، وتكافؤ الدماء ورفع حيف التعالي بالسلالات، ثم وضع الخلاف الحاصل في هذا مبينا أن الحنفية اتخذت علة النفس بالنفس فساوت من خلالها بين الرجل والمرأة وبين الحر والعبد وبين الوضيع والرفيع، وإن كان أصحاب بقية المذاهب خالفوها في عدة حالات، فإني أرى أن أخذ عموم لفظ الآية التي قالت به الحنفية أقرب لما أصبحت عليه أحوال الإنسانية اليوم، وبما أننا مبلغون لشريعة نأمل أن تستقطب كل الإنسانية، لذا فكل ظاهرة أصبحت منتشرة وعليها إجماع جل البشرية ولا تتعارض مع نص ظاهر، ونستطيع أن نستخرج لها حكماً يوافق مقاصد الشريعة من خلال فهم أحد أئمتنا، علينا ترجيحه وإظهار تبني سابقة الإسلام من خلاله إلى الحكم المطبق للعدل بين أفراد البشرية .

^١ - سورة البقرة، الآية ١٧٨.

^٢ - الذخيرة، ج. ١٢، ص. ٣٣٧.

^٣ - أنظر تفسير الطبري للآية ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا ﴾ المتقدم ذكرها.

ثم استعرض ابن العربي الخلاف الحاصل في قتل الجماعة بالواحد، وتكلم عن الجروح والخلاف الحاصل في شأن المثلة وكونها هل هي التي تستوجب القصاص عند البعض أم لا؟ ومن المسائل التي انفرد بها ما عبر عنه بالمسألة العاشرة فقال: « لو فقاً أعور عين صحيح، قيل لا قود عليه، وعليه الدية » روي ذلك عن عمر وعثمان، وقيل عليه القصاص، وهو قول الشافعي، وقال مالك إن شاء فقاً عينه وإن شاء أخذ دية كاملة. ومتعلق عثمان أنه في القصاص منه أخذ جميع البصر ببعضه^١ وذلك ليس بمساواة، ومتعلق الشافعي قوله تعالى ﴿ **الْعَيْنَ بِالْعَيْنِ** ﴾، ومتعلق مالك أن الأدلة لما تعارضت خير المجني عليه، والأخذ بعموم القرآن أولى، فإنه أسلم عند الله تعالى وإذا فقاً صحيح عين أعور فعليه الدية كاملة عند المالكية وللشافعي وأبي حنيفة نصف الدية، وهو القياس الظاهر^٢؛ قال الفخر الرازي في تفسير ﴿ **وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ** ﴾^٣ تعليقات عليها: ذكر المفسرون والمتكلمون أجوبة^٤ منها: أن هذه الآية نزلت في اليهود فتكون مختصة بهم، وهذا ضعيف لأن الاعتبار بعموم اللفظ لا بخصوص السبب وبعد استعراضه لمعنى الكفر الوارد هنا مبينا أن الآية أتت موضحة جرائم اليهود في التحايل على كتاب الله الذي عندهم، إذ في التوراة رجم المحصن الزاني فجحدوه، وفيها المساواة بين الأنفس في القتل وغيره اليهود فضلوا بني النضير على بني قريظة، فخصصوا إيجاب القود ببني قريظة دون بني النضير، فهذا يقول الرازي هو وجه النظم في الآية .

بعد أن اتضح لنا السياق الذي وضع فيه القرآن الكريم، أسباب نزول آية القصاص نرى أن المبادئ العامة تشكل تطابقاً بين جميع التأويلات التفسيرية، وبعد هذا نحاول إيجاز الشروط التي تم اتفاق الجمهور عليها لتطبيق جريمة الإعدام عن طريق القصاص، الذي أقره الإسلام بشروط دقيقة وواضحة ويجب توافرها كلها، ويتبين من خلال تقصي آثار المفسرين والمحدثين أن الإسلام أكثر الحيطة والتشدد في تنفيذ عقوبة القود احتراماً لحق كل إنسان في الحياة، وأيضاً يتضح لكل متتبع للتفاسير والمحدثين والفقهاء أن الشريعة فتحت نافذة لاستبدال الإعدام بغيره، من التعويضات المتفق عليها عرفاً أو المتداول في شأنها بين ولي الدم وعاقلة الجاني، وهذه مجالات تُمكنُ العلماء وأهل الرأي من ولاة الأمور من سن قواعد اجتهادية تستقي من فحوى نصوص القرآن في الصور التي تدفع فيها الدية، وترغب القرآن في العفو، وترك الإعدام عند الشك ودفع الدية عندئذ، هذه مبادئ سبق إليها الإسلام فشرعها في زمن لم تكن معروفة فيه، وحتى نتمكن من جمع ما أمكن من شتات حكم الإسلام في المسألة لتسهيل المقارنة بين الشريعة الإسلامية في الموضوع وبين القوانين الجنائية، فسنورد بعضاً من المبادئ من أمهات كتب الحديث، ففي

^١ - هكذا في الأصل.

^٢ - أحكام القرآن لابن العربي، ص. ابتداء من ٦٩٥ إلى نهاية الآية المتقدمة من سورة المائدة.

^٣ - المائدة: ٤٤ .

^٤ - التفسير الكبير للإمام محمد الرازي، ج. ١١ - ١٢، ص. ٩.

عمدة القاري على صحيح البخاري عن ابن عباس: «أن بني إسرائيل كان فيهم القصاص ولم تكن فيهم الدية^١»، وكانوا يميزون بين الأشخاص في الجزاء، فأنزل الله تعالى مقرراً ومنبهاً على تأسيس حكم هذا الجرم، الذي أصبحت بنوا إسرائيل تُحرّف طريقة تطبيقه، كما أشار إلى أن عفو ولي الدم أو بعض المجني عليهم ممن لهم حق المطالبة بالقصاص، يمكنهم تحويله إلى وجوب التقيد بطلب التعويض "الدية".

إن هذه الإشارات التي تضمنتها كتب التفسير والحديث ترشدنا إلى إمكانيات تحويل عقوبة "الإعدام" إلى استبدالها بعقوبة أخرى يتفق عليها المسلمون في سياق وضع الأسس العلمية لمحاربة الجريمة وتبادل رعاية أمن جميع الدول، وحفظ أرواح الأفراد ومالهم وحرّيتهم، مع مراعاة حق المقتول في الحياة وتأثير إزهاق روحه على أهله وبلده، إذن فمرونة نظريات الإسلام والبدائل التي يضعها في كثير من صور تشريعه، يمكن أن تستخرج منها اجتهادات إسلامية غير مستوردة ولا مملّاة من طرف غير المسلمين، الذين أصبح لا يفيدهم الاستسلام في كل شيء إلا غضب الله، ولن يجنوا من ذلك إلا المذلة والصغار، وإن التجارب السالفة من عهد الاستعمار إلى اليوم وضحت بما لا يقبل البينة المعاكسة أن كل منهج استخلص من النظريات الإسلامية ساهم مساهمة فعالة في جمع شمل الأمة ووحدة صفوفها، وكل النظريات المستوردة ساهمت في إشاعة الفرقة والضعف والتأخر والتخاذل؛

وفيما يرجع لمحاولة البعض استبدال القتل بالدية فقد وردت فيه آثار تمكن من استنباطات تلبّي الرغبة في الاجتهادات المطلوبة من أحكام الشريعة، إذا كانت مصلحة الأمة واختياراتها أصبحت تدعو إلى ذلك.

يؤيد هذا حديث أبي شريح الخزاعي قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول: «من أصيب بدم أو خبل والخبل الجرح فهو بالخيار بين إحدى ثلاث إما أن يقتص أو يأخذ العقل أو يعفو فإن أراد رابعة فخذوا على يديه» رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه^٢.

وليس في الشريعة ما يمنع مراعاة بعض الأحوال واستخلاص ظروف النازلة بما يجعل تطبيق العدل يمكن عن طريق التخلي عن عقوبة القتل واستبدالها بالعقل تطبيقاً للحديث النبوي الشريف والذي رواه أبو داود ونصه: «حدثنا مُسَدَّدُ بْنُ مَسْرُودٍ حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا شَرِيحٍ الْكَعْبِيَّ يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَلَا إِنَّكُمْ مَعْشَرَ خُرَاعَةَ قَتَلْتُمْ هَذَا الْقَتِيلَ مِنْ هُدَيْلٍ، وَإِنِّي عَاقِلُهُ، فَمَنْ قُتِلَ لَهُ بَعْدَ مَقَالَتِي هَذِهِ قَتِيلٌ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خِيَارَيْنِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذُوا الْعُقْلَ أَوْ يَقْتُلُوا».

^١ - عمدة القاري على صحيح البخاري المسمى بالعيني للإمام بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج. ١٨، ص. ١٠٠.

^٢ - من نيل الأوطار للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ج. ٤، ص. ٧٤.

من هذا القول أقر المالكية والحنفية أن دية العامد برضا الفريقين.

ويؤسس لهذا المبدأ حديث أبي هريرة عندما قال: لما فتحت مكة قام رسول الله ﷺ فقال: « مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ، إِمَّا أَنْ يُوَدِّيَ وَإِمَّا أَنْ يَقَادَ » فقام رجل من أهل اليمن يقال له: أبو شاه فقال: يا رسول الله أُكْتُبُ لِي فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: « أُكْتُبُوا لِأَبِي شَاهٍ » هذا لفظ حديث أحمد^١.

^١ - جميع روايات العقل أو القتل استوفاهما أبو داود في سننه وأكملتها تعليقات بذل المجهود في سنن أبي داود للإمام خليل أحمد السهارنفوري اعتنى به وعلق عليه تقي الدين الندوي، ج. ١٢، ص. ٥٨٦ إلى ٦٠٤.

المبحث الثاني الشروط التي يتطلبها تطبيق عقوبة القصاص

يكاد يجمع جل الذين تعرضوا إلى تطبيق عقوبة القصاص "الإعدام" على أنه يشترط لجريان القصاص ما يلي:

أولاً: أن يكون الجاني بالغاً عاقلاً مختاراً معصوماً الدم .

ثانياً: لا فرق بين أن يكون الجاني واحداً أو جماعة .

ثالثاً: الكفاءة بين الجاني والمجنى عليه في الدين والحرية، فلا يقتصر من الأدنى للأعلى، وهذه من المسائل التشريعية التي أصبحت متجاوزة لاتفاق البشرية على زوالها فإيراد هذا الحكم هنا هو من أجل التذكير ببعض المبادئ التي كانت محل اتفاق .

رابعاً: أن تكون الجناية عمداً، فلا قصاص في شبه العمد، ولا في الخطأ، ولا فيما أجري مجرى الخطأ ولا قصاص على من قتل "ذمياً" نقض عهده ولا محارباً أثناء حرايته .

خامساً: لا قود على مجنون فيما أصاب في جنونه ولا على سكران فيما أصاب في سكره، ولا ضمان على أحد هذه الأصناف أثناء تلبسه بفقد العقل¹.

وأرى أن هذه المسائل ينبغي أن ينظر إليها بشيء من البحث عن العلة، فالسكران إذا كان بمحرم فهل من العدل أن يعفى من المسؤولية، بل الذي ينبغي أن يكون سكره ظرفاً مشدداً، إذا أزال عقله بسكر من محرم، فانتهك حرمة الله وأزال عقله باختياره وأزهق نفساً فارتكب جرمين إزهاق النفس وإزالة العقل بمحرم من غير حق، وتطبق في شأنه ظروف التخفيف، لا أرى هذا خادماً للعدل في شيء إن لم يكن مناقضاً له .

قال أبو محمد بن حزم: «والحق المتيقن في هذا أن الأحكام لازمة لكل بالغ حتى يوقن أنه ذاهب العقل بجنون أو سكر» فلو قيد السكر بغير محرم كمن زال عقله بدواء، فهذا أسلم وأقرب في نظري إلى العدل (ويحتمل أن تكون سقطت لفظة بحلال من كلام ابن حزم)، الذي ذكره سميح عاطف الزين في موسوعته.

سادساً: أن لا يكون الجاني أباً للمجنى عليه وأن لا يكون المجنى عليه مشتركاً في الجناية مع غيره في الجناية على نفسه، فإن اشترك سقط القصاص عن الغير.

¹ - المحلى لابن حزم أبو محمد ج. السابع، ص. ٣٤٤.

سابعاً: أن لا يكون القصاص فائتاً فى الجاني، فإن فات حقيقة أو معنى سقط القصاص ووجبت الدية.

ثامناً: أن لا يكون المجني عليه صائلاً.

واعتباراً لكون أحكام هذه الواقعة لا تشكل خلافات جوهرية استخرجت منها نظريات متباينة من شأن نقاشها أن يرشدنا إلى استنباطات تتعكس على واقعنا أو تشاكسه، فإن ذلك يشفع لنا في عدم تقصي كثير المصادر الفقهية لما ينتج عن ذلك من التكرار دون فائدة جديدة، فسنكتفي بنقاش أوجه الخلاف العالي في الموضوع من خلال ما تضمنه كتاب القصاص عند ابن رشد الحفيد في كتابه "بداية المجتهد ونهاية المقتصد". لقد نظر في أول هذا الكتاب في القصاص في النفوس فتعرض في أوله إلى الأسباب المفضية إلى القصاص، وإلى النتائج المترتبة على هذا السبب، وفي إبداله إن كان له بديل.

أما الموجب فينظر من خلاله في الصفة التي يتم عليها القصاص، والشخص الذي يقتص منه، فليس كل قاتل يقتص منه، وليست كل صفة تستوجب القصاص، ولا من أي مقتول يتم تطبيق هذا الإجراء، إذ المطلوب من خلال هذه الصفات هو تحقيق العدل بين الناس، وهذه الأصناف هي التي ينبثق من توافرها ضرورة الشروط المطلوبة ليتم القصاص على الوجه الذي تطلبه تحقيق إنزال عقوبة القصاص على الجاني، وقد اتفق أئمة الشريعة على أن القاتل الذي يقاد منه، "يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلاً بالغاً مختاراً، مباشراً للقتل غير مشارك فيه غيره"¹ ولا يمكن رفع شره إلا بقتله؛

ثامناً: إذا تعذرت المماثلة في القصاص سقط.

ولابد من إذن ولي الأمر في تنفيذ هذه العقوبة لأن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان كتب إلى أمراء جهات دولته أن لا يقيم أحدهم عقوبة القصاص إلا بعد إعلامه بذلك وأخذ رأيه، ثم إنه منع القصاص في البيت فقال كلمته المشهورة لو وجدت قاتل الخطاب داخل البيت لما مسسته حتى يخرج، لقول الله عز وجل: ﴿ **مَقَامُ إِبْرَاهِيمَ وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا** ﴾.

ولقد وقعت تطبيقات في الصدر الأول للإسلام منها: أن الأمير هو الذي يطبق القصاص، إلا إذا كان ولي الدم يستطيع ذلك ورغب في تنفيذ عقوبة الإعدام جاز له ذلك، وصح أن رجلاً أتى يعلى بن أمية فقال: قاتل أخي، فدفعه إليه يعلى، فجدعه بالسيف حتى ظن أنه قد مات، غير أن الرجل بقي به رمق فعالجه أهله حتى شفي، فلما رآه الضارب ولي دم المقتول، قال قاتل أخي، فقال له يعلى أو ليس قد دفعته إليك؟ فأخبره خبره، ثم استدعى يعلى ابن أمية الجاني، فإذا به تم شفاؤه فقال لولي الدم إن شئت فادفع إليه ديته واقتله،

¹ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج. ٢، ص. ٣٧٧ حتى ٣٩٠.

وإلا فدعه، فالحق ولي الدم بعمر فكتب عمر إلى يعلى أن أقدم علي، فقدم، عليه، فأخبره الخبر، فاستشار عمر علي ابن أبي طالب، فأشار عليه بما قضى به يعلى، فاتفق عمر وعلي على قضائه يعلى، وهو أن يدفع ولي الدم الدية ويقتل الجاني، أو يدعه فلا يقتله^١.

ويرى المالكية أن الجنايات على ضربين: ضرب لا قود فيه، وضرب فيه القود، فلا قود فيما لا تمكن فيه المماثلة، وقسم يمتنع فيه لما يترتب عليه من التلف، فضربة اليد أو السوط لا قود فيها لصعوبة حصول المماثلة في قوة أو ضعف الضربة، وتفاوت الأشخاص في القوة والتكافؤ، والقسم الذي لا قصاص فيه، فكالجائفة والمأمومة والمنقلة وكسر الفخذ والحلقوم، فقد عزي لابن القاسم القول بمنع القصاص في هذه الحالات، لإمكانية إزهاق النفس بواسطتها وذلك فيه اختلال بين فعل الجاني والاقتصاص منه، وأما الضرب الثالث الذي فيه القصاص فكل جرح لا يخشى منه القتل^٢، هذه التفاصيل التي تتبع للقصاص فيما دون النفس وضحاها الباجي بتفاصيل بينت كثير من مختلف أحكامها بما فيه الكفاية، وهي تشابه التفاصيل القانونية بين المخالفات والجنايات، ومن حيث الخلاف العالي فقد اختلفوا في المكروه حتى يرتكب جريمة القتل هل يقتص منه أم لا؟ والمكروه فيه شخصان الأمر والمنفذ، فلمالك والشافعي والثوري وأحمد وأبي ثور وجماعة من أهل الأمصار القتل على المباشر دون الأمر، وقالت طائفة يقتلان معا، هذا إذا لم يكن هناك إكراه، ولا سلطان للأمر على المأمور وإن كان للأمر سلطان على المأمور، فاختلفوا على ثلاثة أقوال بعضهم قال يقتل الأمر دون المأمور، ويعاقب المأمور (أعني المباشر للقتل)، وبه قال داود وأبو حنيفة، وهو أحد قولي الشافعي، والقول الثاني للشافعي يقتل المأمور دون الأمر، وقال مالك وجماعة يقتلان جميعا، والخلاف في هذه الحالة يتركز على وجود علة الاختيار أو غيابها، ومن رأى الحد على غير المباشر اعتمد أنه لا يطلق عليه إسم قاتل إلا بالاستعارة، ومن أمثلة ذلك لا يبيح المالكية للإنسان إن أشرف على الموت أن يقتل إنسانا ليأكل لحمه.

وللمالكية إذا اشترك عامد ومخطئ فعلى العامد القصاص وعلى المخطئ الدية، وكذلك إن اشترك عامد ومن اختل فيه شرط من شروط القصاص فإن العامد المستكمل للشروط يقاد منه، والمختل فيه شرط يلزمه العقل وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة إذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص، فلا قصاص على واحد منهما وعليه الدية، وعمدة الحنفية أن هذه شبهة، لأن القتل لا يتبعض، ويمكن أن يكون إزهاق النفس من الذي لا قصاص عليه، كإمكان ذلك ممن عليه القصاص، وقد قال عليه الصلاة والسلام "إدراؤا الحدود بالشبهات"^٣، وإذا لم يكن الدم وجب بدله، وهو الدية.

^١ - موسوعة فقه عمر بن الخطاب للدكتور محمد رواس قلعه جي، ص. ٢٧٦.

^٢ - المنتقى، شرح موطأ الإمام مالك جزء ٧، ص. ١٢٨ و١٢٩.

^٣ - نفسه.

وأما الصفة التي يجب بها القصاص فهي العمد، لأنهم أجمعوا أن القتل صنفاً عمد وخطأ ففي العمد النفس بالنفس وفي الخطأ الدية، واختلفوا هل بينهما وسط أم لا؟ وهو الذي يسمونه شبه العمد، وقال به جمهور فقهاء الأمصار، والمشهور عن مالك نفيه ووردت عنه رواية ترجح أنه قال به. وبإثباته قال عمر بن الخطاب وعلي وعثمان وزيد ابن ثابت وقال أبو حنيفة؛ كل ما عدى الحديد من القضيبي أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد، وقال أبو يوسف ومحمد شبه العمد ما لا يقتل مثله، وقال الشافعي "شبه العمد ما كان عمداً في الضرب خطأ في القتل أي ما كان ضرباً لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل".

ويجدر التركيز على أن الجمهور يكاد يصل إلى إجماع في الأحكام الفقهية إلى أن السكران بمحرم يجب الاقتصار منه قياساً على إضافة الضرب عليه، وسداً لذريعة اعتداء المفسدين الجناة، إذ لو لم يقتصر ذلك ممن أذهب عقله لمسكر لجر إلى ارتكاب أشنع الجرائم من قتل، وسرقة، وزنى، لأمنه من العقوبة^١؛ وهذا يكرس أرجحية ملاحظتي على كلام ابن حزم السابق.

أما المقتول فكما تقدم فإن من شروطه يكون معصوم الدم، والعصمة عند الجمهور على قسمين مسلم يحرم دمه وماله، وذمي دخل في حماية المسلمين فله ما لهم وعليه ما عليهم من التزامات متبادلة، مفصلة أحكامها في محلها وليس هذا مكان تفصيلها، ومن أهمها الإسلام والأمان فالأول دائم والثاني مؤقت.

وللحيفية مفهوم في العصمة يحصرها في الإسلام والإقامة، في دار الإسلام، فمن أسلم في دار الكفر وقتله آخر فلا يقتص منه، وللجمهور يستوجب الأمان بدخول الإسلام، أو الأمان بعقد الذمة أو الهدنة^٢.

نستنتج من كل ما سبق أن القصاص حق لولي المقتول ثابت بالكتاب والسنة، وأنه يمكن استبداله بالدية العقل إذا رضي من له ولاية الدم بذلك، كما نستنتج أنه شرع لإطفاء حرقه أفئدة أهل المقتول، وأنه شرع قديم تأصل في الإنسانية، لكن الإسلام أحاطه بشروط ترتقي به إلى استئلال فتيل التقاتل والحروب بين أبناء البشرية، كما يمكن أن يقال أن اتفاق الإنسانية اليوم على ميثاق تكوين الأمم المتحدة، وتوقيع جل الدول الإسلامية على ميثاق حقوق الإنسان، خارج ما تم التحفظ في شأنه، يجعل كل إنسان دخل أرض دولة إسلامية عبر الضوابط المسنونة لتسهيل التنقل والتبادل بين رعايا الدول، يجعل إقامة الأجانب داخلية في حكم الحماية المشار إليها أعلاه، وكل أجنبي مهما كان دينه تواجد على أرض دولة إسلامية موقعة يكون معصوم الدم والمال، في حدود الضوابط القانونية أو الشرعية التي تنظم بها الحياة والأمن على أرضها، طبق ما وضعته من شروط لدخول

^١ - موسوعة الأحكام الفقهية لسميح عاطف الزين، ج. ٤، ص. ٦٣٦.

^٢ - موسوعة الأحكام الشرعية الميسرة في الكتاب والسنة، لسميح عاطف الزين، ص. ٦٣٦.

أرضها وهذا التصور يكرس تسارع وتيرته تنامي التواصل وتضاعف الوسائل المتخذة لذلك، ثم إكراهات الحاجات المتبادلة، إضافة إلى ما يؤسف له من تخلف المسلمين عامة عن المشاركة في وسائل الإنتاج العلمي والصناعي، مما يجعلهم مستهلكين راضين بتبعيتهم في جل إنتاج متطلبات العصر لغير المسلمين، وذلك يرغم جلهم على إكراهات تشريعية، يرتبط بمقتضاها إما تأمين الحاجات المادية اليومية، وإما الأمنية، وكلاهما تفقد القرار الاختياري كثيرا من حريته واستقلالته؛

ولكي يتم الربط عن طريق القواسم المشتركة بين المجالات التي يمكن سن قواعد متقاربة في شأنها فإني أعرض إلى نماذج من القواعد المنظمة لعقوبة الإعدام في القوانين الجنائية الوضعية.

المبحث الثالث

تشابه عقوبة القصاص مع عقوبة الإعدام

في القوانين الوضعية، والجرائم التي تستوجب ذلك في كل من التشريعين

من بين النظريات والوقائع القانونية التي تعيش نقاشا حادا على امتداد الساحات التشريعية هي عقوبة الإعدام، إذ كما أسلفت يحتدم الصراع حولها عبر ثلاثة محاور هي: مطالبون بزوالها متخذون لذلك عدة تبريرات منها ظنية الأدلة التي يبنى عليها الحكم، وإمكانية ظهور القاتل الحقيقي بعد موت المعدم، أو ظهور براءته، حتى ولو لم يكتشف الفاعل المرتكب للجرم الذي أزهقت بسبب ظنية مرتكبه روح بريئة أصبح من المستحيل رفع الحيف عنها، وهذا لا يخرج كثيرا عن نظريات الشريعة الإسلامية التي جعلت القصاص جزاء على القتل العمد والحراة والزنا في إحدى صوره، والاعتداء العمد المتكرر على جماعة المسلمين والمرتد عن دينه، لكنها أحاطت إثباته بكثير من الضمانات للجاني قبل أن تزهق روحه، فإن اعترف ثم تراجع لا يقتل "قضية ماعز"، وإن لم يعترف فإن الشهود تشترط في شهادتهم، مشاهدات يرجح إمكانية تحقيقها، لأن الديانات السماوية هدفها حماية الإنسان في حياته ومماته، وتبقى البراءة عندها هي حتى تتوفر بينة قطعية تثبت ما يطلق عليه في القوانين ثبوت العنصرين المادي والمعنوي؛

وحسب الدكتور غسان رباح في كتابه الإعدام حل أم مشكلة، فإنه ورد تقرير لمنظمة العفو الدولية (امنستي) لعام ١٩٨٨ يتضمن دراسة هذه العقوبة، فقال ذلك التقرير أن ١٧٦ دولة تبين أن ١١٠ منها تؤيد عقوبة الإعدام وتطبقها، بينما ٣٢ دولة ألغت هذه العقوبة، و١٨ دولة لا تطبقها بالنسبة للجرائم العادية، و١٦ دولة لم تطبق عقوبة الإعدام على الإطلاق^١؛ ومن أجل اكتشاف أوجه التشابه أو التخالف بين التشريعين السماوي والوضعي نستعرض بعض التطبيقات التي استعرضتها الدكتورة بارعة القدسي، فلقد بينت أن القانون الفرنسي تأرجح في شأنها بين ٣٢ واقعة قرر عليها عقوبة الإعدام في قانون ١٧٩١ ثم بلغت عنده ٣٦ حالة في قانون ١٨١٠، ثم جاء قانون ١٨٣٢ وألغى عقوبة الإعدام لتسع جرائم ومن بينها تزوير المسكوكات، والسرققة المقرونة بظروف مشددة، وفي سنة ١٨٣٢، أصبح للمحلفين حق استبعاد هذه العقوبة باستعمال الرأفة وفي عام ١٩٤٨ ألغيت عقوبة الإعدام في الجرائم السياسية، وأصبح القانون الفرنسي لا يعاقب بالإعدام إلا على الاعتداءات التي تقع بشكل مباشر أو غير مباشر على حياة الإنسان، وفي الوقت الحالي، فإن قانون ٢ شباط ١٩٨١، استمر في تطبيق عقوبة الإعدام على بعض الجرائم الخطيرة،

^١ - لقد أوردت الدكتورة بارعة القدسي هذه التقسيمات في بحثها تحت عنوان عقوبة الإعدام في القوانين الوضعية والشرائع السماوية، وقد رجعت لجل مراجعها العربية، ولكونها قامت بالسبق في تجميع المواضيع فقد اعتمدت على بحثها في هذه المقارنة إضافة إلى كثير من المراجع الحديثة لتسهل الحكم على العلاقة بين التشريعين.

ومنها جرائم القتل، وقتل الوالدين، والتسميم، وبعض السرقات الخطيرة، وبعض الجرائم السياسية كالخيانة العظمى والتجسس والفرار إلى العدو^١.

هذه المبادئ التي توصل إليها القانون الفرنسي بعد ترددات كثيرة هي التي أقرتها الشريعة الإسلامية في شأن القتل العمد والفرار إلى العدو، والتسميم، والمفارقة للجماعة وهي التي تطلق عليها الخيانة؛

وفي ألمانيا تعالت صيحات من حركات ألمانية تدعو إلى إلغائها ابتداء من سنة ١٨٤٨، وحصرتها في الجرائم التي تشكل خطورة كبيرة، وبقيت تتأرجح بين النقص والزيادة والتردد حتى سنة ١٩٤٩ فتم إلغاؤها نهائياً.

أما القانون البريطاني، فبعد نقاش مرير ومنتشر وصل إلى ضرورة إلغائها سنة ١٩٥٧، حيث صوت مجلس العموم بأغلبية كافية لصالح إلغائها، "وفي سنة ١٩٦٥ صوت مجلس العموم على قانون آخر ألغيت بموجبه عقوبة الإعدام من أجل أفعال القتل العمد في بريطانيا مع إمكانية توقيعها بشكل نظري على الأقل بالنسبة لجناية الخيانة"^٢.

وفي القانون الأمريكي، كان السائد عندهم في أول الأمر أن عقوبة الإعدام لا تتسم بالقسوة عند بعضهم وبعضهم يصفها بالقسوة وعدم العدل عند تطبيقها، وبهذا بقيت الولايات المتحدة غير متفقة هي نفسها على الحكم الذي يخصص لهذه الجريمة لأن هناك ٣٦ ولاية من أصل ٥٠ ولاية من بينها كاليفورنيا وفلوريدا فهذه الولايات ألغت جريمة الإعدام من تشريعاتها، والذي يدرك من شتى المراجع والتقارير التي رجعت إليها أن جل الدول الغربية، وبالخصوص الدول الأوروبية، إما ألغتها وإما تميل إلى إلغائها مثل الولايات المتحدة، وبعض الدول الأخرى التي أشرت إلى بعضها أعلاه.

^١ - الدكتوراة بارعة القدسي مترجمة في كتاب جان بارديل حول القانون الجنائي صفحة ٢١ في بحثها لمجلة جامعة دمشق مع تصرف في الألفاظ.

^٢ - سامي سالم، ص. ١٧٦ وقد رجعت إليه أيضا الدكتوراة بارعة القدسي في بحثها المذكور، ص. ٢٣.

المبحث الرابع

هل يمكن للإنسانية الاستغناء عن فرض العقوبة بالإعدام أو ما يسميه المسلمون بالقصاص؟

لابد من الإشارة إلى التأكيد على خطورة الأفعال التي جعلت الشريعة الإسلامية تقرر الإعدام جزاء عليها، فخطورة جرم مرتكبها تنزع من قلوب الناس أي رحمة عليه إلا أن أي خطأ في تنفيذ القصاص على غير الجاني أشد قسوة من وقع جرم القاتل الأول الذي في الغالب تقوده إلى جُرمه بواعث معينة، بينما الخطأ في التنفيذ تدفع إليه ملاسبات قد تكون تدليسية أو ظنية لم تستند إلى حقيقة فتحصل حينئذ جريمتان مقتول نجا قاتله وبريء نزل به ظلم القتل، وهذا هو الدافع إلى التحري في الشروط التي حفته الشريعة الإسلامية بها والغايات التي توختها من خلال تلك الشروط، فإذا كانت تجاوزت في استهداف تنظيم المجتمع الآمن والطمأنينة بين أفرادها حسب أوضاع الإنسانية آنذاك، فإن ذلك كرس اليوم صلاحية هذه الشريعة لكل زمان ومكان ومن الأدلة على ذلك نصوصها المتعلقة بالقصاص والتي مازالت تمثل الاستجابة لأهم التطبيقات المتبعة أو التي أصبحت تتطلع إليها بعض التشريعات المعاصرة بعد مسار تأرجحاتها بين البقاء عليها أو منعها وما صاحب منعها من تفشي الجرم داخل المجتمعات التي استغنت عنها، فكل تلك التطلعات، وجميع الاختيارات المستجدة لن تصل إلى مبدأ ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾.

إن مجرد إلقاء نظرة على بعض التأويلات التي توصل إليها المفسرون من هذه الآية كفيل بأن يبرهن على أن العلاج الإسلامي لهذه الواقعة هو وحده الذي يمكن أن يحقق المقصد الأسلم من هذا الجزاء، ومن حكم موحد ودائم لأي قتل لن يحقق العدل، بسبب عدم تساوي الحالات التي يتم بها القتل، صحيح أن النتائج واحدة وهي إزهاق نفس بريئة من طرف جاني صمم على ذلك وحرص على نمط سبق تبيينه، لكن طرق تحضير وصفة التنفيذ تخلف آلاما متباينة في أنفس أولياء المقتول، ومن ثم فإن النظر إلى الموضوع من خلال النسبية بتقدير كل حالة على حدة من شأنه أن يكون أنفى للقتل، وإن استعراض الآراء والمبادئ التالية من شأنه أن يكرس أرجحية هذا الافتراض.

يرى الدكتور هاني السباعي في بحث تحت عنوان من مكتبة المقريري أن القوانين الوضعية دأبت على الحيرة حول تطبيق عقوبة الإعدام، مبينا أن طبيعة الأنظمة أملت تطبيقات متباينة لهذه الجريمة، إذ ضيقت من مجال تطبيقاتها الأنظمة الرأسمالية فخصصتها من خلال جل تطبيقاتها على جريمة القتل، بينما الأنظمة الاشتراكية وسعت المجالات التي كانت تطبق في شأنها، والسؤال المطروح اليوم هل تبقى على مسطرتها القديمة أم ستتخلى عنها؟ مبينا أن "قانون المصلحة البشرية هو الذي يحكم التشريع

الإنساني كله، فكل مجتمع له نظام معين وفلسفة معينة واقتصاد معين يحمي نفسه، ومن بين وسائل الحماية عقوبة الإعدام".

فمثلا الاتحاد السوفييتي السابق كان يجعلها جزاء لكثير من الجرائم من بينها جريمة الرشوة، والتزوير والمضاربات المالية، بينما في رومانيا سابقا شملت أكثر من عشرين عنوانا كلها كانت عقوبتها الإعدام جزاءً عليها وفي تشيكوسلوفاكيا (سابقا) تخلت عن التقسيم الثلاثي المخالفات والجناح والجرائم، لتجعله بالنص على الخطر على المجتمع، وهذا يصل إلى الإعدام في حالات عديدة، ولا يخفى أن ترك الأمور على عموميتها ينزع الصفة القانونية المجردة، لينتقل إنزالها إلى أمزجة الحكام، ولعل هذا من بين الدوافع التي جعلت تيارا كبيرا من أبناء البشرية ينادون بضرورة التخلي عن هذه العقوبة؛

ثم قال إن الاختلاف في الأصول ذاتها يبرز لنا فضل الشريعة الإسلامية، ذلك أن الشريعة الإسلامية تتطرق لجميع التطبيقات فيها من حتميتين لا تتركان مجالاً لتفشي الظلم، إذ لا يمكن حدوثه إلا في حالة الخطأ وبصفة نادرة جدا، وتلك الصفتان هما:

(١) النص فالتحكم في إعراض الناس وأموالها وأرواحها، لا يتعامل معه بواسطة الاجتهاد.

(٢) التحري والحذر والدقة في إتباع وسائل الإثبات مبينا أن الدول الغربية بجناحيها الامبريالي والاشتراكي استهدفت في الموضوع "ليس النفس الإنسانية ذاتها ولكنه النظر إلى المصلحة المحدودة بالزمان والمكان، بينما الشريعة الإسلامية التي يقابل لفظ الإعدام فيها كلمة القصاص، مع اعتبار أن النتيجة واحدة، فإنها قررتها أعني الشريعة لجريمة القتل رعيًا لمبدأ النفس بالنفس وهذا مبدأ أساسي في مراعاة المساواة بين بني البشرية وإمعانا في تأسيس أصل الحقوق الإنسانية، والتشبه بحق الإنسان في الحياة وسلامة الأعضاء والكرامة والأمن، فمادمنا سلمنا على مختلف أدياننا ومناهجنا السياسية، منذ وتواجد البشر على أديم الأرض بأن الحياة منحة من الخالق للمخلوق، وجعل القصاص أعظم واق يؤمن الإنسان من أخيه الإنسان، بمجرد تأكده أنه إذا اعتمد قتله سيقتل فإنه لا محالة سيتهيب قتلا يبني عليه إنزال القتل به هو نفسه، وأحسن تعبير شخص كل مشمولات هذا التدافع هو قول الله جل جلاله: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^٢.

قال الطبري في جامع البيان "يعني تعالى ذكره" فيما أوجبت لبعضكم على بعض من القصاص في النفوس والجراح والشجاج ما منع به بعضكم من قتل بعض فكان لكم حكمي بينكم بذلك حياة، وروى هذا المعنى عن سعيد عن قتادة جعل الله القصاص حياة

^١ - ص. ١ من التقرير المذكور.

^٢ - البقرة: ١٧٩؛ انتهى بتصريف من كتاب القصاص، دراسة في الفقه الإسلامي للشيخ الدكتور هاني السباعي.

عظة لأهل السفه والجهل من الناس، فكم من رجل هم بداية بجريمة القتل ولم يحل بينه مع ارتكابها إلا فراره من جزاء القصاص، وقال قتادة أيضا قد جعل الله القصاص حياة لأنه يُذكر الظالم أنه ستتزل به عقوبة القصاص فيكف عن ظلمه^١.

وفي روح المعاني للألوسي استنتاجات جيدة لمختلف المعاني اللفظية ونقاشها مع "القتل أنفى للقتل" بين أن الحياة المرادة في الآية تعني معاني دقيقة، إذ تهم الحياة في الدنيا لأنها جعلت حدا للظلم الذي كان سائدا في الجاهلية من قتل الجماعة البريئة بالواحد وما ينجم عن ذلك من الحروب والتقاتل هذا وجه، ووجه آخر أن القصاص تشكل خشيته سلامة نفسين الجاني الذي هم بالقتل فرجع حفاظا على حياته والآخر الذي كانت ستزهق روحه، أما في الآخرة فإن "القاتل إذا اقتص منه في الدنيا لم يؤخذ بحق المقتول في الآخرة"^٢.

وإذا كان المعارضون لتنفيذ عقوبة الإعدام يميلون إلى تبريرات أخرى منها ما جاء في كتاب "نظام التجريم والعقاب"^٣ بأن الجدل محتدم داخل أصحاب القوانين الجنائية الوضعية بين الإبقاء على تلك العقوبة وبين إلغائها، فالمطالبون بزوالها يرون أنها عقوبة سيئة الأثر، وإذا تمت عن طريق الخطأ في قتل غير الجاني الحقيقي فلا يمكن تداركها، أنها تحدث غليانا في نفس نزلاء السجون ممن ينتظرون أن تصير الأحكام القاضية عليهم بالإعدام نهائية، كذلك التوتر النفسي الذي يصاب به من شاهدها حتى من غير المجرمين في أغلب الأحوال، ومن ذلك عندما يشعر القاضي بأنه يرجح أن يحكم بالإعدام فإنه لا يتردد في تطويل أمد المحاكمة تحرجا من إزهاق النفس.

ونورد في ختام هذا المبحث تلخيصا لخاتمة كتاب عقوبة الإعدام في القوانين الوضعية والشرائع السماوية جاء فيه: "ليس من شك في أن عقوبة الإعدام هي أخطر العقوبات وأقساها لما ينجم عنها من إزهاق روح إنسان، وليست هذه العقوبة وليدة العصور الحديثة...".

مبيننا أن الإنسان عرف هذه العقوبة في فجر التاريخ كما قلنا في أول هذا البحث ولخطورتها فقد انبرى بعض الفلاسفة والفقهاء والمؤسسات الدولية إلى المطالبة بإلغاء هذه العقوبة، مبينا أن الشريعة الإسلامية في هذا الصدد اشتملت على أحكام لحفظ المقاصد الشرعية الضرورية وفي مقدمتها حفظ النفس الإنسانية^٤ إذ جعل الإسلام في القصاص حياة للجاني نفسه، لأنه عند تأكده من أنه سيقتل إن قتل أي نفس غيره، فحفاظا على نفسه في أغلب الأحوال عن قتل غيره؛

^١ - من تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل القرآن لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، ج. ٢، ص. ١١٤ بتصرف في العبارات.

^٢ - روح المعاني تفسير الآية ١٧٩ من سورة البقرة ج. ٢، ص. ٥٢ لصاحبه الألوسي البغدادي.

^٣ - "نظام التجريم والعقاب في الإسلام مقارنا بالقوانين الوضعية"، علي علي منصور، نشر من قبل الزهراء للإيمان والخير، ١٩٧٦.

^٤ - عقوبة الإعدام في القوانين الوضعية والشرائع السماوية مصدر سابق، ص. ٣٦.

الخاتمة

لابد أن أوضح في نهاية هذا البحث ملاحظة أساسية لا يختلف عليها أي مجتمع منصف، ألا وهي أننا استطعنا عن طريق حرفية تطبيق الإسلام أن ننشر عدله في أكبر رقعة عالمية، عاشت تحت راية واحدة وظللتها أحكام شريعة واحدة فقفزت بها في أقل من قرن من الزمن إلى تأسيس الأسس الأولى للخطوات الرائدة للحضارة العالمية، من خلال مبادئها الراقية، وذلك عندما جعلنا تطبيق القرآن والسنة هما التشريع المطبق في الساحة والمرجع التي تستخلص منه النظريات والتوجهات والتصويرات والتطبيقات، وعندما نزعنا من أنفسنا أحقية الإسلام في أن يكون مقلداً وليس مقلداً (بحفظ اللام) ومتبوعاً وليس تابعاً وأصبح تصورنا وتطلعنا نحاول حشرهما فيما يرضي أو يسكت أعداء الإسلام عنا، عند ذلك انتقلنا من قادة المسار الإنساني إلى شرادم تُبَاع لمن يريد نسف قيمنا واجتثاث ديننا، وأصبح تملقنا له لا يرضيه عنا لأنه لم يصل بعد إلى هدفه والمتمثل في طمس معالم قيم ونصوص الشريعة الغراء، إذن سكوت عالم اليوم عن أي جريمة مرتكبة في حق المسلمين، واختلافه لتجريم كل تطبيق يستخلص من نصوص الإسلام، من شأنه أن يرشد إلى الرجوع إلى طريق الإسلام، السوي والتي لا وجود لنا بدون سلوكها، مهما تخبطنا في التيه خارج محجته فإن ذلك لم يرشدنا ولو إلى بصيص صغير خارج أحوال التأخر الذي نتخبط فيه؛

لذا فإن كل تشريع دولي اتجه نحو تغيير مبدأ من المبادئ المشرعة في النصوص القانونية، يجب علينا تطبيقاً لحكم الله فينا أن ننظر في الجوانب التي تم النص عليها من خلاله فإذا وجدناها غير مخالفة لنصوص أو مقاصد الشريعة الإسلامية تجاوزنا معها وصغنا تطبيقها في قالب إسلامي ضمن الحدود الجائزة في النص الإسلامي، وإن تبين التضاد فنحن ملزمون بإتباع القرآن والسنة، وتجاهل العالم لقضايانا ومحاولة تمزيق دولنا وتشتيت صفوفنا والتغاضي عن تقتيل أبنائنا (قضية فلسطين الحبيبة)، لا يجعلنا مشاكسين لقرارات أمم تغض طرفها عن أبشع ظلم عرفه التاريخ، وتريد منا التخلي عن المبادئ في أقدم تشريع نتبعه، لذا فإن عقوبة القصاص يجب أن نتعامل معها من خلال نصوص الكتاب والسنة وآراء أئمة الإسلام من خلال سعة صدر النصوص الإسلامية لاستخراج الحكم العادل لكل الوقائع المستجدة على نمط يكفل للمسلمين الحفاظ على هويتهم واستقلالهم بصفاتهم حملة رسالة لا تقبل الاستسلام والتبعية ولا الخنوع.

وأي تطبيق أو اجتهاد استخلص من نظريات الشريعة يجب أن يكون تطبيقه تكريسا للهوية الإسلامية، بعيدا عن التبعية العمياء، والانسحاب على مناخر المسلمين انجرارا وراء من يترصب بهم الدوائر ليستل من نفوسهم عقيدتهم، أو يحدث قطيعة بينهم مع

كتابهم وسنة نبيهم ﴿ وَكَانَ تَرْضَىٰ عَنْكَ الْيَهُودُ وَالنَّصَارَىٰ حَتَّىٰ تَتَّبِعَ مِلَّتَهُمْ ﴾^١ صدق
الله العظيم.

بقلم: الدكتور حمداتي شبيها ماء العينين
المغرب

^١ - البقرة : ١٢٠ .



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

عقوبة الإعدام وعلاقتها بالقصاص

إعداد

الدكتور محمد رأفت عثمان
أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون
بجامعة الأزهر بالقاهرة
عضو مجمع البحوث الإسلامية
عضو هيئة كبار العلماء

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله وخاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد، فمن الأمور التي لا تحتاج إلى تأكيد أنه لا توجد عقوبة أقسى من عقوبة الإعدام، فمهما بلغت الغرامات المالية، أو كثرت سنوات السجن للمتهمين، فإن هذا لا يصل في الشدة والقسوة إلى درجة إزهاق الروح.

وقد عانت الإنسانية عبر عصور كثيرة، من صور تطبيق هذه العقوبة، التي بلغت في كثير من الأحيان بل في كلها منتهى بالغ الوحشية والقسوة والفظاعة، ووصل تطبيقها إلى حد ليس من السهل تصور أن يفعل ذلك إنسان بإنسان مثله بل إن وصفها بالوحشية وصف بعيد عن تعامل أي نوع من الوحوش مع أفراد جنسه.

إن الوحوش قد فطرت على أن تفتك بغيرها من الحيوانات الأضعف لاحتياجها الطبيعي إلى الغذاء حتى تبقى على قيد الحياة، لكننا لم نشاهد حيواناً عذب حيواناً آخر من جنسه أو من غير جنسه.

إن العقوبة لا تكون تشفياً من المحكوم عليه بها، ولا هي وسيلة انتقام منه وهي في الإسلام وكل الشرائع الإلهية والنظم التي تحترم إنسانية الأفراد والجماعات وتحرص على حقوق الإنسان استثناء في معاملة من يتكبدون الطريق السليم في العلاقات الطيبة التي يجب أن تسود بين الأفراد والجماعات، وبالصورة التي لا تمحو إنسانيتهم.

وقد حفل تاريخ العقوبة بألوان من صور الإعدام بلغت الغاية في البشاعة والفظاعة والوحشية، ولعلنا لا نكون مبالغين إذا قلنا إنها كانت تصدر من حكام قلوبهم قلوب الشياطين في جثمان إنس، كما بين رسول الله صلى الله عليه وسلم في وصفه لسلوك بعض الطغاة والظالمين من الحكام بعد عصره.

أسأل الله عز وجل أن لا تعود إلى الإنسانية هذه الصور المقيتة الفظيعة أو ما هو قريب منها، وكلما ارتفع وعي الشعوب بحقوقهم السياسية والاجتماعية، واشتدت جرأتهم في طلب العدل قلَّت هذه الجرائم المتخفية في صورة العقوبات من الحكام الطغاة.

د. محمد رأفت عثمان

المراد بالإعدام

أصل كلمة (الإعدام) هو الحروف الثلاثة: العين والذال والميم، ويتضح من استعمال الكلمة في اللسان العربي وضوح معنى الفقدان، فإذا فقد أي شيء صح التعبير عنه بهذه الحروف الثلاثة وما يشتق منها ففقدان المال يعبر عنه بالعدم، يقال: عَدِمَ فلان ماله أي فقده، ويقال: أعدم فلان فلانا الشيء: أفقده إياه، ويقال: عدمت الشيء أي فقدته وأعدمني الشيء أي لم أجده، ويقال: أعدم فلان إعداماً وعُدماً - بضم العين - أي افتقر، ويقال: لا أعدمني الله فضلك: أي لا أذهبه عني ويعبر بكلمة (العدم) عن الأحمق، والمجنون، والفقير^(١) وكل هؤلاء يفقدون شيئاً، فالأحمق يفقد كثيراً من العقل، يقال: حَمِقَ فلان: قلَّ عقله فهو أحمق، والمجنون ذاهب العقل أو فاسده، والفقير فاقد لما يسد حاجته".

وعلى هذا فإنه يصح أن نقول إن كلمة الإعدام هي "إزهاق روح المجرم بالوسيلة التي يحددها قانون كل دولة" لأن إزهاق الروح لا يخرج عن معنى الفقدان، فإذا أزهقت روح المحكوم عليه بالإعدام فقد حصل له فقدان حياته، وإذا حكم القاضي بإعدام المجرم فقد قضى بأن يتم فقدانه لحياته بواسطة الجلاد.

ويتضح من ما ذكرناه أن كلمة (الإعدام) وكلمة (القتل) في الأصل كلمتان مترادفتان، فإن إزهاق الروح قتل وهو أيضاً إعدام، غير أن العرف القانوني قد استقر في العالم كله على أن يفرق بين الكلمتين، فالقتل فعل يحصل به زهوق روح تعدياً من الجاني على المجني عليه أو شبه عمد، أو خطأ منه^(٢)، وأما الإعدام فلا يطلق إلا على إزهاق روح الإنسان بواسطة الجلاد وبوسيلة يحددها القانون تنفيذاً لقضاء القضاة، جزاء لجريمة ارتكبها المحكوم عليه بنص القانون غالباً.

وبهذا ننهي إلى تعريف للإعدام هو: (إزهاق الروح بوسيلة خاصة يحددها القانون، بواسطة الجلاد، تنفيذاً لحكم قضائي عقوبة لجريمة ينص عليها القانون غالباً).

وقلنا (غالباً) لأن كثيراً من أحكام الإعدام التي تحدث في بلاد الحكام الطغاة لا تكون جزاء لجريمة نص القانون على عقوبة مقترفها بالإعدام، وإنما هذه الأحكام بالإعدام تكون في حقيقتها تصفيات جسدية لمن يناوئون الحاكم الطاغية أو يقاومون

(١) القاموس المحيط، للفيروز أبادي فصل العين باب الميم والمعجم الوسيط، إصدار مجمع اللغة العربية بالقاهرة.
(٢) القتل ثلاثة أنواع: القتل العمد، وشبه العمد، والخطأ، فالعمد هو أن يقصد الفعل والشخص المعين بشيء يقتل غالباً وشبه العمد هو أن يقصد الفعل والشخص معاً بما لا يقتل غالباً، كما لو ضربه بسوط أو عصا ضربة خفيفة، أو رماه بحجر صغير ولم يوال الضرب، ولم يكن المضروب ضعيفاً أو صغيراً. والخطأ هو أن يفعل ما له فعله: مثل أن يرمي صيداً فيصيب أدمياً لم يقصده بالقتل فيقتله، وكذا عمد الصبي والمجنون، ولكل نوع من هذه الأنواع الثلاثة أحكام خاصة مبينة في كتبه الفقه الإسلامي لا مجال هنا لذكرها كفاية الأختار، للحصني ج ٢ ص ١٥٥، والروض المربع لمنصور بن يونس البهوتي ص ٤٠٦.

استبداده ومفاسده لكنها تتغلف بغلاف قانوني هو حكم محكمة تشكل في الغالب حسب هوى هذا الطاغية ورغبته.

وهناك تعريف آخر لعقوبة الإعدام، فطبقاً لقانون السجون المصري رقم (٢٩٦) لسنة ١٩٥٦ هو: "إزهاق روح المحكوم عليه بالإعدام شنقاً"^(١).

ويلاحظ على هذا التعريف أن فيه دوراً، والدور باطل، ببيان الدور أن التعريف لأي شيء من الأشياء إنما يقصد به توضيح حقيقة المعرف، فالمعرف لا يفهم معناه إلا إذا فهم التعريف، فلو كان التعريف هو الآخر لا يفهم إلا إذا فهم المعرف حصل الدور. وهذا ما حدث في هذا التعريف للإعدام، لأنه ذكر في تعريف (الإعدام) كلمة (بالإعدام) وهي نفسها الكلمة التي يراد تعريفها، فصار فهم التعريف متوقفاً على فهم المعرف، ولأن فهم المعرف متوقف على فهم التعريف، فإنه يحدث الدور، والدور باطل، لأنه يستلزم أن يكون الشيء سابقاً لشيء آخر ولاحقاً في نفس الوقت، وهذا تناقض، لأن السابق يقتضي الوجود أولاً، واللاحق يقتضي الوجود ثانياً.

وهناك تعريف ثالث للإعدام هو أنه: "قتل عمد يستند إلى قانون أو شرعية" وهذا تعريف مقبول.

^(١) العقوبة بين الإبقاء والإلغاء. لحافظ أبو سعدة مجلة الهلال، عدد إبريل ٢٠٠٧.

صور تنفيذ الإعدام

تتوعد صور تنفيذ الإعدام، وبلغت منتهى البشاعة والوحشية في سائر المجتمعات عبر العصور المختلفة، وكانت في كل صورها بعيدة كل البعد عن المعنى الحقيقي للعقوبة، فالعقوبة ليست انتقاماً ولا تشفيماً واستماتاً بتعذيب الإنسان وهذا ما كان يحدث.

وكثير من صور العقوبات التي كانت في العصور السابقة بل كلها تتسم كما قلنا بمنتهى البشاعة والوحشية، بل إن سُمها بالوحشية لم يعطها الوصف الحقيقي لها، بل كانت أكثر قسوة وبشاعة وانحطاطاً عن تصرفات الوحوش، فلم نجد وحشاً تعامل مع وحش من جنسه أو غير جنسه بالصورة التي كانت تحصل بتعذيب الإنسان في كثير من العصور فمع أن الوحوش قد فطرت على أن تفتك بغيرها من الحيوانات فإن ذلك إنما هو لاحتياجها الطبيعي إلى الغذاء، ولم نشاهد أو نسمع أن حيواناً عذب حيواناً آخر من جنسه أو من غير جنسه بطريقة من الطرائق الشنيعة التي حدثت في تاريخ الإنسان أو بصورة قريبة منها، والطرق المتنوعة التي حدثت في تطبيق عقوبة الإعدام في العصور الماضية لا تتبى إلا عن أن مرتكبيها كانت قلوبهم قلوب الشياطين في جثمان إنس، كما أخبرنا رسول الرحمة محمد صلى الله عليه وسلم عن أنه سيوجد بعض الحكام الذين نزعوا من قلوبهم كل فضائل الإنسان.

وسنذكر بعض هذه الصور التي تتم عن نفوس مريضة، بعيدة كل البعد عن الرحمة، التي جاءت بها شرائع الله عز وجل.

ونذكر في هذا السياق ما أخبرنا به رسول الرحمة محمد صلى الله عليه وسلم من أن الله كتب الإحسان في كل شيء حتى في عقوبة القتل التي توقع على مستحقها، بل في ذبح الحيوان قال صلى الله عليه وسلم: إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته، فيرح ذبيحته^(١).

قال النووي عند شرحه لهذا الحديث: "وقوله صلى الله عليه وسلم فأحسنوا القتلة عام في كل قتيل من الذبائح والقتل قصاصاً وفي حد، ونحو ذلك" وتابع فقال: "وهذا الحديث من الأحاديث الجامعة لقواعد الإسلام"^(٢).

من صور الإعدام:

من صور الإعدام البدائية الشنيعة ما يسمى الإعدام بالخازوق، وهي وسيلة شاعت في الحضارات القديمة، والخازوق سيخ مدبب يخترق الجسم من أسفل إلى أعلى، ويترك في

(١) صحيح مسلم لشرح النووي ج ١٣ ص ١٠٦.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٣ ص ١٠٧.

جسد البائس الذي استعملت معه هذه الطريقة الجهنمية حتى يفارق الحياة، وتسقط رأسه على رقبتة بعد مضي عدة أيام يقضيها في منتهى الآلام والعذاب.

ويذهب بعض المؤرخين إلى أن هذه الطريقة فارسية الأصل، وأن أول من استعمل هذه الطريقة الشيطانية هو ملك الفرس (دارا الأول) الذي يحكى عنه أنه قام بإعدام ثلاثمائة من أهالي بابل (العراق قديماً) بوضع كل منهم على الخازوق، كما تقول رواية (هيرودوت) اليوناني أبو التاريخ.

ونقل الأتراك العثمانيون من العراق إلى مصر هذه الصورة من الإعدام ولعل أشهر حالة إعدام استعمل فيها الخازوق كانت هي حالة الطالب الأزهري سليمان الحلبي السوري الذي أقدم على قتل (كليبر) الذي تولى أمر الحملة الفرنسية في مصر بعد (نابليون بونابرت).

ويذكر المؤرخ المصري الشهير عبد الرحمن الجبرتي أن رئيس محاكمة سليمان الحلبي طلب أن تكون عقوبة الجاني من العقوبات التي يسوغها عرف البلاد المصرية، فقضت المحكمة بأن تحرق يد سليمان الحلبي اليمنى، ثم يعدم فوق الخازوق، وتترك جثته فوق تل العقارب حتى تفترسها الجوارح^(١).

ومن صور الإعدام إحراق المحكوم عليه بهذه العقوبة وتتم هذه العملية البالغة في الشناعة بأن يربط المحكوم عليه بالحرق في وتد ضخم، وتوضع الأخشاب والقش حوله، ثم تشعل النار، ويتم حرق البائس تدريجياً ابتداءً من بداية قدمه والأفخاذ، والأيدي، ثم الجذع، والصدر، والوجه، حتى تتم الوفاة بعد هول العذاب.

وكان الحرق وسيلة للإعدام في العديد من المجتمعات القديمة، فكانت سلطات روما تنفذ هذه الطريقة عقوبة لمن تتهم بالزندقة وكانت عقوبة الحرق في إنجلترا توقع على النساء المتهمات بالخيانة الزوجية في القرن السابع عشر^(٢).

وكان من أشهر من أحرقوا (جان دارك) من فرنسا، وهي صبية ريفية ولدت سنة ١٤١٢م في إقليم (اللورين) بفرنسا وقالت (جان دارك) إنها عندما كانت في الثالثة عشر من عمرها سمعت صوتاً ملائكياً يطلب منها الحفاظ على عذريتها وبالرحيل إلى مدينة "أورليانز" مع جنود المقاومة الفرنسيين لفك الحصار الإنجليزي عن هذه المدينة.

وفعلاً قامت بإثارة مشاعر الفرنسيين، وارتدت زي الرجال المقاتلين، ورفعت علمها الخاص بها، ونجحت في فك حصار الإنجليز لمدينة (أورليانز) وتخليصها من مخالب المحاصرين، بعد أن اقتحمت نهر (اللوار) وتمكنت هي وأعاونها من طرد الحاكم الإنجليزي بعيداً عن المدينة المحاصرة سنة ١٤٢٩م.

(١) جدل الغاية والوسيلة د. عاصم الدسوقي - مجلة الهلال، عدد إبريل ٢٠٠٧ ص ١٤.

(٢) الموت مقال، أحمد البكري. مجلة الهلال إبريل ٢٠٠٧ ص ٣٩، ٤٠.

وكان لنصر مدينة (أوليانز) الأثر الكبير في ثبات مركز ملك فرنسا (شارل السابع) وقادت (جان دارك) الجماهير الفرنسية للتتويج (شارل السابع) وكرمها الملك خير تكريم، إلا أنه سرعان ما تنكر لها، فقد راح يسعى لعقد اتفاق مع الإنجليز وحلفائهم على حساب المصالح والأراضي الفرنسية، وهنا قررت (جان دارك) أن تواصل الحرب هي وأتباعها ضد الإنجليز ومن يحالفهم، إلا أن حظها أوقعها أسيرة في يد حليف الإنجليز وطلب الإنجليز تسليمها إليهم لمحاكمتها بتهمتي السحر والهرطقة والتشبه بالرجال في ملابسها.

وحاكمها قضاة من كبار الأساقفة الفرنسيين والإنجليز وحلفائهم وأدانتها المحكمة وحكمت عليها بالإحراق بالنار، وأحرقت بالفعل في يوم الأربعاء الموافق ٣٠ من مايو سنة ١٤٣١م^(١).

وقطع الرقبة بواسطة الفأس، والسيف، والسكين، كان وسيلة للإعدام أيضاً ولا زال الإعدام بالسيف مطبقاً إلى الآن في المملكة العربية السعودية^(٢).

ومن صور الإعدام المقصلة الفرنسية التي استمر العمل بها في فرنسا سنوات تناهز مائة وأربعة وتسعين عاماً، وهي تعتبر توأم الثورة الفرنسية، فقد بدأت الجمعية الوطنية في سنة ١٧٨٩م المناقشة في أمر إحلال تلك الأداة التي اخترعها أحد الأطباء الفرنسيين ويدعى (جيوتان) وقام الفرنسيون باشتقاق كلمة في اللغة الفرنسية من اسم هذا الطبيب لتعريف هذه الآلة في الإعدام، وكان الاشتقاق هو كلمة (جيوتين) لتحل محل وسائل الإعدام التقليدية والأشد إيلاماً كالحرق، وكتقييد كل طرف من أطراف بدن المحكوم عليه الأربعة إلى حضان، ثم دفع كل من هذه الخيول بأقصى قوة إلى جهة من الجهات الأصلية الأربع، وتشاء الأقدار أن يساق مخترع الجيوتين إليها بالذات فتنتهي حياته بها^(٣).

وظلت المقصلة هي العقوبة الرسمية في فرنسا إلى أن تم إلغاء عقوبة الإعدام في فرنسا سنة ١٩٨١م، وظلت أيضاً في ألمانيا إلى أن ألغيت عقوبة الإعدام فيها سنة ١٩٤٩م.

وفي عهد المماليك الذين حكموا مصر لم يكونوا يكتفون بقطع رقبة المراد إعدامه، وإنما ابتكروا طريقة جديدة أطلق عليها (التوسيط) وهي قطع المحكوم عليه نصفين من تحت السرة.

ومن صور الإعدام أن يتم بالشنق، وهي طريقة للإعدام منذ وقت طويل في مصر القديمة، وإمبراطورية الفرس، وفي إنجلترا بدأت في عام ٤٠٠ بعد الميلاد، وهي تعتبر أشهر طريقة في العالم بعد الإعدام بإطلاق النار، ولا زالت بلاد كثيرة تطبقها فهي مطبقة في مصر، وليبيا، والعراق، والكويت، وسوريا، وإيران، وكوريا الشمالية، وسنغافورة،

(١) الإعدام في العصور الوسطى، د. إسحاق عبيد. مجلة الهلال، إبريل ٢٠٠٧م.

(٢) الموت مقال، أحمد البكري. مجلة الهلال، إبريل ٢٠٠٧ ص ٤١، ٤٢.

(٣) المقصلة الفرنسية، أحمد علي بدوي، مجلة الهلال إبريل ٢٠٠٧م.

والهند، والباكستان وقد أوقفت إنجلترا عقوبة الإعدام بالشنق منذ سنة ١٩٦٤م، ولازال معمولاً بها في اليابان وإن كانت لا توقع إلا نادراً فيها.

ومن صور الإعدام الرمي بالرصاص، وهذه الطريقة هي الأكثر شيوعاً في العالم، وتطبق في المغرب، والصين، وكوريا الشمالية، وتايلاند، وأندونيسيا، وأرمينيا، وفيتنام.

والكرسي الكهربائي وسيلة للإعدام متبعة في الغالب في الولايات المتحدة الأمريكية، للدرجة التي أصبح هو رمز عقوبة الإعدام هناك، وإن كانت هذه الوسيلة يقل استعمالها الآن تدريجياً، فللمحكوم عليه بالإعدام الآن الحق في أن يختار الموت بوسيلة (الحقنة القاتلة) بدلاً من إعدامه بالكرسي الكهربائي، لكن في ولاية (نبراسكا) هو الطريقة الوحيدة للإعدام.

وغرفة الغاز أيضاً من وسائل الإعدام، ولازال مطبقة في العديد من الولايات المتحدة الأمريكية.

وكذلك الحقنة القاتلة التي تبنتها ولاية (أوكلاهوما) منذ سنة ١٩٧٧م، وبدأت بعد ذلك تنتشر في الولايات المتحدة، واستخدمتها الصين، وجوا تيمالا، والفلبين، واكتسبت شعبية كبيرة خلال القرن العشرين، حتى سميت (حقنة الرحمة)^(١).

ويكفي ما ذكرناه من صور الإعدام لأن صورته كثيرة، وهي تدل على المستوى الرديء الذي يتردى فيه الإنسان حين يعاقب إنساناً آخر ولم يكن الهدف من توقيع عقوبة الإعدام في هذه الصور المروعة تطبيقاً لمبدأ العدالة على المجرم، وإنما كان الدافع إلى إتباع هذه الوسائل الفظيعة هو الانحراف النفسي الذي أدى بهم إلى الرغبة في شدة التعذيب، وروح الانتقام.

ونستعيد مرة أخرى قول رسول الإسلام، رسول الرحمة، صلى الله عليه وسلم (إن الله كتب الإحسان في كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته، فليرح ذبيحته).

(١) الموت مقال، لأحمد البكري مجلة الهلال العدد إبريل ٢٠٠٧، مصدر سابق ص ٣٨ وما بعدها.

الفرق بين الإعدام والقصاص الوارد ذكره في الكتاب والسنة

سبق أن عرفنا الإعدام بأنه (إزهاق الروح بوسيلة خاصة يحددها القانون، بواسطة الجلاد، تنفيذاً لحكم قضائي عقوبة لجريمة ينص عليها القانون غالباً).

وأما القصاص فالأصل اللغوي للكلمة أنها مأخوذة من قص الأثر أي تتبعه، من باب رد، ومنه القاص، لأنه يتبع الآثار والأخبار، وقص الشعر هو اتباع أثره.

فكأن القاتل سلك طريقاً من القتل فقص أثره فيها، ومشى على سبيله في ذلك، ومنه قوله تبارك وتعالى: (فارتدا على آثرهما قصصاً) أي رجعا من الطريق الذي سلكاه يقصان الأثر.

وقيل: القص القطع، يقال: قصصت ما بينهما، قيل: ومنه أخذت كلمة القصاص، لأنه يجرحه مثل جرحه أو يقتله به.

ثم غلب استعمال القصاص في قتل القاتل، وجرح الجارح، وقطع القاطع فالقصاص ليس في تعمد إزهاق الروح عدواناً فقط، وإنما هو أيضاً في إبانة الأعضاء، والجروح وعلى هذا فالقصاص هو أن يوقع على الجاني مثل ما جنى، النفس بالنفس، والجرح بالجرح (١). أو هو: "عقوبة مقدره وجبت حقاً للإنسان".

الألفاظ ذات الصلة بكلمة القصاص:

أولاً: الثأر:

الثأر في اللغة يستعمل بمعنى الدم والطلب به، يقال ثأر القاتل، وثأر بالقتيل: أخذ بدمه، وثأر القاتل: أخذه بقتله (٢).

وهذا المعنى هو الذي يتبادر من هذه الكلمة، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي للكلمة.

والعلاقة بين الثأر والقصاص، هي أنه يمكن أن تجمعهما صورة ويفترقان في صورة أخرى، فيجتمعان فيما لو كان الثأر من القاتل نفسه، فهذا ثأر لأنه أخذ بدم القاتل من القاتل، وهو قصاص لأن الشريعة توجب أن يكون طلب الدم من نفس القاتل في القتل العمد.

(١) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ج ٢ ص ٢٤٥، ومختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر الرازي، مادة: قصص، والمعجم الوجيز، إصدار المجمع اللغوي بالقاهرة والقاموس المحيط، للفيروز أبادي، فصل القاف باب الصاد.
(٢) مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر الرازي، مادة: ثأر، والقاموس المحيط، للفيروز أبادي، فصل الثاء باب الراء.

ويفترقان فيما لو طلب الدم من غير القاتل، فهو ثأر في عرف بعض المجتمعات التي لا تلتزم بما يوجبه الإسلام في عقوبة القتل، وليس قصاصاً لأن القصاص هو قتل القاتل وجرح الجارح.

ثانياً: الحد:

استعملت كلمة (الحد) في لغة العرب بمعان متعددة، فاستعملت بمعنى الحاجز بين الشئيين، وتستعمل بمعنى منتهى الشئ، واستعملت بمعنى المنع، ولهذا يقال للبواب: حداد، لأنه يمنع عن الخروج^(١).

وأما في الاصطلاح الفقهي فهو عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى، وإن كان فيها حق للإنسان^(٢). كجلد الزاني غير المتزوج، وقطع يد السارق، وجلد من يرمي غيره بالزنا من غير بينة.

والعلاقة بين الحد والقصاص أن كلا منهما عقوبة على جنائية، إلا أن الحد يجب حقاً لله عز وجل وإن كان فيه حق للإنسان، والقصاص يجب حقاً للإنسان، سواء كان المجني عليه، أو أولياءه.

ثالثاً: الجنائية:

الجنائية في اللغة: الذنب يؤخذ به، وغلب استعمالها في السنة الفقهاء على الجرح والقطع^(٣).

وهي في القانون الجريمة التي يعاقب عليها القانون أساساً بالإعدام، والأشغال الشاقة المؤبدة، أو الأشغال المؤقتة^(٤).

وفي الاصطلاح الفقهي عرفت بأنها اسم لفعل محرم حلّ بمال أو نفس^(٥).

وعند كلام الفقهاء عن الجرائم على الجسم الإنساني، نجد البعض يُعنون للكتاب المخصص لذلك، فيكون العنوان: كتاب الجراح، وهو بكسر الجيم جمع جراحة، وهي إما أن تزهق الروح، أو تبين عضواً، أو لا تحصل واحداً منهما، ومع أن البعض يرى أن التعبير بالجنائيات أولى لشمولها الجنائية بالجرح وغيره كالقتل بالسم أو السحر، فالبعض الآخر يرى أن الجراحة لما كانت هي الأغلب في طرق القتل كان التعبير بها حسناً^(٦).

(١) مختار الصحاح، مصدر سابق، مادة: حد، والمصباح المنير، للفيومي.

(٢) فتح القدير، للكمال بن الهمام ج٤، ص١١٣.

(٣) المصباح المنير، مادة: جن.

(٤) المعجم الوجيز، إصدار مجمع اللغة العربية بالقاهرة.

(٥) حاشية ابن عابدين ج٥ ص٣٣٩.

(٦) مغنى المحتاج، ج٤ ص٢.

والعلاقة بين الجناية والقصاص علاقة سببية، فالجناية هي سبب لوجوب القصاص^(١).

وأركان القصاص في النفس ثلاثة هي: قتل، وقتيل، وقاتل، ويشترط في القاتل أن يكون مكلفاً أي بالغاً عاقلاً، وكون المجني عليه معصوم النفس، فإن كان غير معصوم كالحربي فلا قصاص، وكون الجناية عمداً عدواناً^(٢).

الفرق بين الإعدام والقصاص الوارد ذكره في القرآن والسنة:

يفترق الإعدام عن القصاص في الأمور الآتية:

الأمر الأول: أن كلمة القصاص أعم من كلمة الإعدام، فمع أن الإعدام لا يكون إلا في إزهاق النفس، فإن القصاص يكون في إزهاق النفس، وإبانة الأعضاء، والجروح، وإذهاب منافع الأعضاء.

ويجب أن نلاحظ أنه يشترط في القصاص في الأعضاء والجروح الإمكان دون مجاوزة للمقدار الكائن في المجني عليه.

فأما إذا كان القصاص في الأعضاء أو الجروح لا يمكن إلا بحدوث التجاوز للمقدار، أو بمخاطرة وإضرار بجسم الجاني فهذا ممنوع، لأن الأدلة الشرعية التي تبين تحريم دم المسلم وتحريم الإضرار به بما هو خارج عن القصاص مخصصة لأدلة القصاص^(٣).

والحكم الشرعي أن كل طرف له مفصل معلوم فيه القصاص، فلو جنى إنسان على آخر بقطع إصبعه من أصلها أو اليد يقطعها من الكوع أو من المرفق، أو قطع رجله من المفصل، فكل ذلك يوجب القصاص، وكذلك لو تعدى عليه بقلع سنه، أو قطع أنفه أو أذنه، أو فقأ عينه أو قطع عضو الذكورة منه، أو قطع خصيتيه، وكذلك لو جرحه في رأسه أو وجهه، وهي ما تسمى الشجّة ولا يجري فيها القصاص إلا إذا كشفت العظم.

وتسمى في هذه الحالة "مُوضحة" لأنها أوضحت العظم، والعلماء يبينون أنه لا قصاص قصاص في شيء من الشجاج إلا في الموضحة وأما غير الموضحة فالواجب فيها الدية^(٤).

هذا في الشريعة الإسلامية وأما في القانون الوضعي، فلا يوجد قصاص في الأعضاء ولا في الجروح، ولا في إذهاب منافع الأعضاء وإنما هناك عقوبة الأشغال الشاقة أو السجن، فنصت المادة رقم (٢٣٦) في قانون العقوبات المصري على أن: "كل من جرح أو ضرب أحداً عمداً، أو أعطاه مواد ضارة ولم يقصد من ذلك قتلاً ولكنه أقضى إلى الموت يعاقب

(١) موسوعة الفقه الكويتية ج ٢٣ ص ٢٥٩، ٢٦٠ وذكرت: بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٢٣٤.

(٢) الروضة الندية لصديق بن حسن بن علي القنوجي، شرح الدرر البهية للشوكاني ج ٢ ص ٣٠٢، ٣٠٣.

(٣) الروضة الندية، لصديق بن حسن بن علي القنوجي، شرح الدرر البهية، للشوكاني ج ٢ ص ٣٠٢، ٣٠٣.

(٤) المصباح المنير، للفيومي، مادة: وضع.

(٥) كفاية الأخيار، لمحمد الحسيني الحصني ج ٢ ص ١٦٤.

بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى سبع. وأما إذا سبق ذلك إصرار أو ترصد فتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن.

وتنص المادة (٢٤٠) على أن : "كل من أحدث بغيره جرحاً أو ضرباً نشأ عنه قطع أو انفصال عضو أو فقد منفعته أو نشأ عنه كف البصر، أو فقد إحدى العينين أو نشأت عنه عاهة مستديمة يستحيل برؤها يعاقب بالسجن من ثلاث سنين إلى خمس سنين، أما إذا كان الضرب أو الجرح صادراً عن سبق إصرار أو ترصد أو تربص فيحكم بالأشغال الشاقة من ثلاث سنين إلى عشر سنين".

الأمرا الثاني : من الأمور التي يفترق فيها الإعدام عن القصاص، أن الإعدام يتم بوسيلة يحددها قانون كل دولة ويتم بهذه الوسيلة وحدها، فالدولة التي يوجب قانونها أن يكون الإعدام مثلاً بالمشنقة لا يجوز فيها أن ينفذ حكم الإعدام في القاتل إلا بهذه الوسيلة.

وأما القصاص فالفقهاء مختلفون في صفة القصاص في النفس، على رأيين:

الرأي الأول : يجب أن يكون القصاص من القاتل على الصفة التي قتل بها، فإذا كانت عملية القتل تمت عن طريق التبريق، فلا بد أن يقتل القاتل تبريقاً، ومن قتل غيره بضرب بحجر وجب أن يقتل بمثل ذلك.

وهذا ما يراه جمهور الفقهاء^(١)، ومنهم مالك والشافعي، قالوا: إلا أن يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له أروح.

ومع أن الفقهاء المالكية يتفقون مع إمامهم في التزام صورة القتل إلا أنهم مختلفون في صورة ما إذا كانت جريمة القتل تمت بالحرق، هل يحرق القاتل أم لا. وكذلك إذا كانت الجريمة تمت بالسم.

وحجة أصحاب هذا الرأي:

أولاً : قول الله ﷻ : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾^(٢) والقصاص يقتضي المماثلة.

ثانياً : قول الله ﷻ : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾^(٣).

ثالثاً : قول الله ﷻ : ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾^(٤).

رابعاً : قول الله ﷻ : ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا ﴾^(٥).

(١) نيل الأوطار، للشوكاني ج٧ ص١٦٤.

(٢) سورة البقرة الآية ١٧٨.

(٣) سورة النحل الآية ١٢٦.

(٤) سورة البقرة الآية ١٩٤.

(٥) سورة الشورى الآية ٤٠.

خامساً : ما رواه البيهقي من حديث البراء عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من غرَّض غرضنا له، ومن حرق حرقناه، ومن غرق غرقناه" ومعنى (من غرَّض) من اتخذ غرضاً للسهام.

سادساً : ما رواه أنس بن مالك رضي الله عنه "أن جارية وجد رأسها قد رُضَّ بين حجرين فسألوها: من صنع بك هذا؟ فلان؟ فلان؟ حتى ذكروا يهودياً فأومأت برأسها، فأخذ اليهودي فأقرَّ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يُرضَّ رأسه بين حجرين" رواه البخاري ومسلم^(١).

وبيَّن الصنعاني أن القصاص بمثل ما قتل به يجب أن يقيَّد بما إذا كان السبب الذي قتل به يجوز فعله شرعاً، وأما إذا كان لا يجوز فعله كمن قتل بالسحر فإنه لا يقتل به، لأن السحر محرم. ثم اختلف أصحاب هذا الرأي فقال بعض الفقهاء الشافعية: إذا قتل باللواط أو بإيجار الخمر أنه يدس فيه خشبة، ويوجر الخل وقيل: في هذه الحالة يسقط اعتبار المماثلة^(٢).

الرأي الثاني : أن القاتل لا يقتص منه إلا بالسيف مهما تنوعت صور القتل .

وهذا ما يراه الهادوية إحدى فرق الزيدية، والكوفيون، ومنهم أبو حنيفة وأصحابه^(٣) واحتجوا بما يأتي:

أولاً : ما أخرجه البزار، وابن عدي من حديث أبي بكرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا قود إلا بالسيف".

ورد الصنعاني على هذا الدليل بأن الحديث ضعيف، ونقل عن ابن عدي أنه قال فيه: "طرقه كلها ضعيفة"، وأما الشوكاني فبعد أن ذكر عدة طرق لحديث: "لا قود إلا بالسيف" قال: "وهذه الطرق كلها لا تخلو واحدة منها من ضعيف أو متروك، حتى قال أبو حاتم: "حديث منكر" وقال عبد الحق وابن الجوزي: "طرقه كلها ضعيفة" وقال البيهقي: "لم يثبت له إسناد" ثم قال الشوكاني بعد ذلك: "ويؤيد معنى هذا الحديث الذي يقوي بعض طرقه بعضاً حديث شداد ابن أوس عند مسلم وأبي داود والنسائي وابن ماجه "أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا قتلتهم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة" وإحسان القتل لا يحصل بغير ضرب العنق بالسيف كما يحصل به، ولهذا كان صلى الله عليه وآله وسلم يأمر بضرب عنق من أراد قتله، حتى صار ذلك هو المعروف في أصحابه، فإذا رأوا

(١) سبل السلام، للصنعاني ج ٣ ص ٢٣٦.

(٢) سبل السلام، للصنعاني ج ٣ ص ٢٣٧.

(٣) نيل الأوطار، للشوكاني ج ٧ ص ١٦٥ بداية المجتهد ج ٤٩٥ وسبل السلام ج ٣ ص ٢٣٧.

رجلاً يستحق القتل قال قائلهم: يا رسول الله دعني أضرب عنقه، حتى قيل: إن القتل بغير ضرب العنق بالسيف مثله، وقد ثبت النهي عنها^(١).

ثانياً: النهي عن المثلة بقوله ﷺ: "إذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وأجيب عن هذا الاستدلال بأنه مخصص بالأدلة التي استند إليها الجمهور"^(٢).

الأمر الثالث: من الأمور التي تفرق بين الإعدام والقصاص أن عقوبة الإعدام لا تطبق على القاتل إلا إذا كان القتل قد تم مع سبق الإصرار، أو التردد أو تم بالتسميم أو ما يعد مثله وهو القتل العمد بالجواهر التي يتسبب عنها الموت عاجلاً أو آجلاً فإذا تم القتل دون سبق إصرار أو تردد ولا بالتسميم ولا بالجواهر التي تؤدي إلى الموت عاجلاً أو آجلاً فلا على الجاني عقوبة الإعدام، ولهذا نصت المادة (٢٣٤) من قانون العقوبات المصري على: "من قتل نفساً عمداً من غير سبق إصرار ولا تردد يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة.

ومن الواضح أن هذا مما يشجع من يريد قتل آخر، أن يفتعل موقفاً لا يكون فيه سبق إصرار ولا تردد، كالتشاجر الذي ينتهي بأن يقتل فيه من يراد قتله، ولن يعاقب على هذه الجريمة الشنعاء إلا بسنوات يقضيها في الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة وأصبحت حياة الإنسان لا تساوي في القانون الوضعي إلا هذه السنوات فما أرخص حياة الإنسان في القوانين الوضعية وما أغلاها في شريعة الله عز وجل.

وأما القصاص الشرعي فلا يشترط فيه ذلك، وإنما الشرط أن تقع الجناية من مكلف أي بالغ عاقل مع العمدية فلو قتل إنساناً عمداً عدواناً من غير تريض ولا سبق إصرار فقد وجب القصاص منه.

ولهذا فإننا نطالب بإلغاء المادة (٢٣٤) من قانون العقوبات المصري وكل مادة في قوانين العقوبات في الدول الإسلامية عربية أو غير عربية تقول بالعقوبة التي تنص عليها هذه المادة، وأن تكون العقوبة هي الإعدام إذا كان القتل عمداً عدواناً.

الأمر الرابع: من الأمور التي تفرق بين الإعدام والقصاص: أن كل دولة من دول العالم أعطت لنفسها الحق في أن تلغي عقوبة الإعدام، وحدث هذا من دول كثيرة، لكن القصاص لا يجوز لنا نحن المسلمين إلغائه، لأنه شرع بنصوص قطعية الثبوت قطعية الدلالة، منها قول الله عز وجل: "كتب عليكم القصاص في القتلى"^(٣) ومعنى (كتب) فرض وأثبت، وقوله تبارك وتعالى: "ولكم في القصاص حياة"^(٤).

(١) نيل الأوطار، للشوكاني ج٧ ص١٦٥.

(٢) سبل السلام، للصنعاني ج٣ ص٢٣٧.

(٣) سورة البقرة الآية ١٧٨.

(٤) سورة البقرة الآية ١٧٩.

الأمر الخامس : من الأمور التي تفرق بين الإعدام والقصاص أن القاتل في القتل العمد يستحق القصاص، إلا إذا كان القاتل من والد لولده عمداً فلم يتفق الفقهاء على وجوب القصاص من الوالد، واختلفوا على رأيين:

الرأي الأول : أنه لا قصاص على الوالد ويجب عليه ديته وهذا ما يراه الشافعي، وأحمد، وإسحاق بن راهويه والحنفية، وهو مروى عن عطاء ومجاهد واستند رأيهم على حديث نسب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا يقاد الوالد بولده" وقد علق القرطبي على هذا فقال: "وهو حديث باطل"^(١).

الرأي الثاني : أنه يجري القصاص بينهما فيقتل الوالد إذا قتل ابنه عمداً، وهذا ما يراه مالك، وابن نافع، وابن عبد الحكم.

ونقل القرطبي عن ابن المنذر أنه يرى هذا الرأي، قال القرطبي: "وقال ابن المنذر: وبهذا نقول - يعني أن الوالد يقتل بقتله ولده - لظاهر الكتاب والسنة".

"فأما ظاهر الكتاب فقولته تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ﴾ ، والثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله: "المؤمنون تتكافأ دماؤهم" ولا نعلم خبراً ثابتاً يجب به استثناء الأب من جملة الآية، وقد روينا فيه أخباراً غير ثابتة"^(٢).

وعلى الشاشي للقول بأن الوالد لا يقتل بابنه بأن الأب كان سبب وجوده، فكيف يكون هو سبب عدمه.

ويرد القرطبي على هذا التعليل بأنه يبطل بما إذا زنى رجل بابنته فإنه يرجم مع أنه كان سبباً في وجودها وتكون هي سبب عدمه.

وإذا كان الفقهاء مختلفين في وجوب القصاص من الأب إذا قتل ابنه، فإن عقوبة الإعدام لا خلاف حولها في هذه الناحية، فالإعدام يجب تطبيقه ولو كان مرتكب جريمة القتل هو الأب ما دامت شروط تطبيق عقوبة الإعدام متوفرة وهي أن يكون القتل العمد العدوان مع سبق الإصرار على ذلك أو الترصد.

الأمر السادس : من الأمور التي تفرق بين الإعدام والقصاص: أن أولياء الدم في القصاص وهم ورثة المجني عليه القاتل أو عصبته - على اختلاف في المذاهب الفقهية في معنى أولياء الدم - لهم الحق في العفو عن القاتل إلى الدية، أو مجاناً.

(١) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي ج ٢ ص ٢٥٠، ٢٥١، وحاشية البرماوي على شرح ابن قاسم الغزي ص ٣٦٧.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٢ ص ٢٥٠.

ويعتمد هذا الحكم على قول الله عز وجل بعد أن بين حكم القصاص في النفس:
(فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم
ورحمة)^(١) وقوله تعالى: (فمن تصدق به فهو كفارة له)^(٢).

وأما في عقوبة الإعدام فليس في قوانين العقوبات من حق أولياء الدم العفو فيها، فولى
الدم في القوانين الوضعية لا شأن له بالدعوى الجنائية الناشئة عن جريمة القتل عمداً، فلم
يعطه القانون الحق في طلب تطبيق عقوبة الإعدام على الجاني أو العفو عنه، لأن ذلك من
اختصاص النيابة العامة دون غيرها، وليس له في ذلك حق إلا أن يطلب تعويضاً مدنياً متى
ناله ضرر بسبب الجريمة، وهذا لا يزيد عن حق أي شخص أصابه ضرر من الجريمة في
طلب التعويض المدني، لأن العبرة بوقوع الضرر بسبب الجريمة وليس بولاية الدم التي
يراعها التشريع الإسلامي^(٣).

أنسب صور الإعدام إلى القصاص المنصوص عليه في شريعة الإسلام:

هل توجد صورة من صور الإعدام التي حدثت على مدار التاريخ الإنساني أنسب إلى
القصاص المنصوص عليه في شريعة الإسلام؟

أرى أنه لا يوجد صورة من صور الإعدام التي حدثت وعلمنا بها على مدار تاريخ
البشرية أنسب إلى القصاص إلا الإعدام بالسيف إذا أخذنا برأي القائلين بأن القصاص لا
يكون إلا به، وهو ما يراه أبو حنيفة والزيدية، ومع أن الإعدام كان في بعض العصور
كان يتم بوساطة الفأس، والسكين، والمقصلة، وهي صور قريبة من استعمال السيف فإن
في طريقة السيف إحسان القتل التي أمرنا بها رسول الله صلى الله عليه وسلم.

لكنني أرى أن العدالة في القصاص أو الإعدام أن تتم عقوبة الجاني بالوسيلة التي
نفذ بها جريمته، فإذا قتل بالسيف يقتل بالسيف وإذا قتل بالشنق يقتل بالشنق، وإذا قتل
بالتغريق يقتل بالتغريق وإذا قتل بالحرق يقتل بالحرق وهكذا، قال عز وجل: (فمن اعتدى
عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم).

فإذا علم من يفكر في قتل غيره أنه سيقتص منه أو يعدم بنفس الصفة التي تمت بها
جريمته، فإن ذلك من شأنه أن يكون رادعاً له، إلا إذا ظن أنه ناج من العقوبة، وهو ظن
يخيب كثيراً عند المجرمين.

وإذا كانت بعض جرائم القتل العمد تتم بصورة بشعة فإنه يجب أيضاً أن يكون
القصاص أو الإعدام كذلك، ويجب أن يلاحظ أن ذلك قليل جداً، ونعده استثناء من
إحسان القتل يقتضيه الزجر والردع.

(١) سورة البقرة الآية ١٧٨.

(٢) سورة المائدة الآية ٤٥.

(٣) نظام التجريم والعقاب في الإسلام، علي منصور ج ١ ص ٧٩، ٨٠.

الجرائم التي تطبق على مرتكبيها عقوبة الإعدام:

تحدد قوانين كل دولة الجرائم التي يطبق على مرتكبيها عقوبة الإعدام، فتذكرها على سبيل الحصر ولأنه من العسير استيعاب هذا البحث كل الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام في العالم أو معظمه، فإننا سنكتفي بذكر الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام في قانون العقوبات المصري وقد حدد قانون العقوبات المصري الجرائم التي يعاقب مرتكبيها بالإعدام على الصورة الآتية:

مادة (٧٧): يعاقب بالإعدام كل من ارتكب عمداً فعلاً يؤدي إلى المساس باستقلال البلاد أو وحدتها أو سلامة أراضيها.

مادة (٧٧) (أ): يعاقب بالإعدام كل مصري التحق بأي وجه بالقوات المسلحة لدولة في حالة حرب مع مصر.

مادة (٧٧) (ب): يعاقب بالإعدام كل من سعى لدى دولة أجنبية أو تخابر معها، أو مع أحد ممن يعملون لمصلحتها للقيام بأعمال عدائية ضد مصر.

مادة (٧٧) (ج): يعاقب بالإعدام كل من سعى لدى دولة أجنبية معادية أو تخابر معها، أو مع أحد ممن يعملون لمصلحتها لمعاونتها في عملياتها الحربية، أو للإضرار بالعمليات الحربية للدولة المصرية.

مادة (٧٨) (أ): يعاقب بالإعدام كل من تدخل لمصلحة العدو في تدبير لزعة إخلاص القوات المسلحة، أو إضعاف روحها أو روح الشعب المعنوية، أو قوة المقاومة ضده.

مادة (٧٨) (ب): يعاقب بالإعدام كل من حرض الجند في زمن الحرب على الانخراط في خدمة أية دولة أجنبية أو سهل لهم ذلك، وكل من تدخل عمداً بأية كيفية في جميع الجند أو رجال أو أموال أو مؤن أو عتاد أو تدبير شيء من ذلك لمصلحة دولة في حالة حرب مع مصر.

مادة (٧٨) (ج): يعاقب بالإعدام كل من سهل دخول العدو في البلاد أو سلحه مدناً أو حصوناً أو منشآت أو مواقع أو موانئ أو مخازن أو ترسانات أو سفناً أو طائرات أو وسائل مواصلات أو أسلحة مما أعد للدفاع أو مما يستعمل في ذلك أو خدمة بأن نقل إليه أخباراً أو كان له مرشداً.

مادة (٧٨) (هـ): نصت هذه المادة على المعاقبة بالأشغال الشاقة المؤبدة لجرائم ذكرتها، والمعاقبة بالإعدام إذا وقعت الجريمة في زمن الحرب.

نص المادة (٧٨) (هـ) هو: يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة كل من أتلف أو عيَّب أو عطل عمداً أسلحة أو سفناً أو طائرات أو مؤناً أو أدوية أو غير ذلك مما أعد للدفاع عن البلاد أو مما يستعمل في ذلك، ويعاقب بالعقوبة ذاتها كل من أساء عمداً صنعها أو

إصلاحها وكل من أتى عمداً عملاً من شأنه أن يجعلها غير صالحة ولو مؤقتاً للانتفاع بها فيما أعدت له أو أن ينشأ عنها حادث وتكون العقوبة الإعدام إذا وقعت الجريمة في زمن حرب.

مادة (٨٠) : يعاقب بالإعدام كل من سلم لدولة أجنبية أو لأحد ممن يعملون لمصلحتها أو أفشى إليها أو إليه بأية صورة وعلى أي وجه وبأية وسيلة سراً من أسرار الدفاع عن البلاد أو توصل بأية طريقة إلى الحصول على سر من هذه الأسرار بقصد تسليمه أو إفشائه لدولة أجنبية أو لأحد ممن يعملون لمصلحتها وكذلك كل من أتلف لمصلحة دولة أجنبية شيئاً يعتبر سراً من أسرار الدفاع أو جعله غير صالح لأن ينتفع به.

مادة (٨١) : يعاقب بالسجن كل من أخل عمداً في زمن الحرب بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد توريد أو أشغال ارتبط به مع الحكومة لحاجات القوات المسلحة أو لوقاية المدنيين أو تموينهم، أو ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد، ويسري هذا الحكم على المتعاقدين من الباطن والوكلاء والبائعين إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزام راجعاً إلى فعلهم.

وإذا وقعت الجريمة بقصد الإضرار بالدفاع عن البلاد أو بعمليات القوات المسلحة فتكون العقوبة الإعدام.

مادة (٨٧) (٢) : يعاقب بالأشغال المؤبدة أو المؤقتة كل من حاول بالقوة قلب أو تغيير دستور الدولة أو نظامها الجمهوري أو شكل الحكومة.

فإذا وقعت الجريمة من عصابة مسلحة يعاقب بالإعدام من ألف العصابة، وكذلك من تولى زعامتها أو تولى فيها قيادة ما.

مادة (٨٩) : يعاقب بالإعدام كل من ألف عصابة هاجمت طائفة من السكان أو قاومت بالسلاح رجال السلطة العامة من تنفيذ القوانين، وكذلك كل من تولى زعامة عصابة من هذا القبيل، أو تولى فيها قيادة ما.

مادة (٢٣٠) : كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار على ذلك أو التردد يعاقب بالإعدام.

مع تفسير الإصرار السابق في المادة التالية لها هي مادة (٢٣١) بأنه "القصد المصمم عليه قبل الفعل".

وتفسير التردد في المادة (٢٣٢) بأنه تريض الإنسان لشخص في جهة أو جهات كثيرة مدة من الزمن طويلة كانت أو قصيرة، ليتوصل إلى ذلك الشخص أو إلى إيدائه بالضرب ونحوه.

مادة (٢٣٣) : من قتل أحداً عمداً بجواهر يتسبب عنها الموت عاجلاً أو آجلاً يعد قاتلاً بالسم أياً كانت كيفية استعمال تلك الجواهر ويعاقب بالإعدام.

وهناك مواد أخرى في قانون العقوبات المصري تنص على عقوبة الإعدام لجرائم يحدث بذكرها التطويل في هذا البحث الموجز، مثل جريمة التخريب العمدي للمباني والأماكن العامة إذا نجم عن الجريمة موت شخص كان موجوداً في تلك الأماكن، وجريمة من يقلد نفسه رياسة عصابة حاملة للسلاح وكان ذلك بقصد اغتصاب أو نهب الأراضي أو الأموال المملوكة للحكومة أو الجماعة من الناس، أو مقاومة القوة العسكرية المكلفة بمطاردة مرتكبي هذه الجنايات.

وجريمة من استعمل مفرقات بغرض ارتكاب قتل سياسي أو تخريب المباني أو المنشآت المعدة للمصالح العامة، وغير ذلك.

حكم تطبيق هذه العقوبة على من يرتكب سببها:

ذكرنا النصوص القانونية في قانون العقوبات المصري التي بينت الجرائم التي تطبق على مرتكبيها عقوبة الإعدام وأشرنا إلى غيرها. وإذا بحثنا عن الحكم الشرعي فسنجد أنه لا يختلف عن حكم القانون في هذه الجرائم التي ذكرت على سبيل الحصر في القانون وذلك لأنها جرائم إما أن تكون قتل نفس وهذه عقوبتها القصاص، ومن الواضح أن الإعدام يقوم مقام القصاص في بعض صورته وإما أن تكون جرائم من شأنها أن تؤدي إلى الإضرار بالدولة ضرراً مباشراً، أو مساعدة العدو على الدخول في البلاد، إلى آخر ما ذكرناه من هذه الجرائم التي يجمعها جميعاً الإضرار الشديد بالدولة.

ومع أن هذه الجرائم لا تدخل في باب القصاص أو الحدود، وإنما هي داخلية في باب التعزير، فإنه يجوز أن تكون العقوبة التعزيرية قتل مرتكب الجريمة التي أدت إلى الإضرار الشديد بالدولة كالتجسس ومعاونة العدو بأية صورة من الصور، فقد ذهب فريق من العلماء إلى جواز قتل الجاسوس المسلم إذا اقتضت المصلحة قتله، وهو ما يراه مالك، وبعض أصحاب أحمد^(١).

ويدل على أن عقوبة التعزير يمكن أن تصل إلى القتل في الجرائم الكبيرة ما روى البراء بن عازب قال: لقيت خالي ومعه الراية فقلت: أين تريد؟ قال: بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه وأخذ ماله^(٢).

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن قيم الجوزية ص ١٢٤، ٣١٢. الناشر المؤسسة العربية للطباعة والنشر بالقاهرة.

(٢) نيل الأوطار، للشوكاني ج ٧ ص ٢٨٢.

ما يترتب على تطبيق عقوبة الإعدام من فوائد للمجتمعات الإنسانية:

لا توجد عقوبة بدنية أو غيرها أشد قسوة من عقوبة الإعدام، وليس هناك خسارة للإنسان مهما عظمت أشد من فقدانه حياته، ولو خيّر الإنسان بين أن يفقد أملاكه وأمواله الكثيرة أو يفقد حياته لاختار إبقاء نفسه، ولهذا فالتعادل موجود بين جريمة التعدي على حياة إنسان بالقتل، ومعاقبة المتعدي بعقوبة الإعدام.

وعقوبة الإعدام مع التحفظ عليها في أكثر من ناحية تؤدي وإن كان بصورة غير كاملة إلى زجر الناس وردعهم عن قتل النفس.

وقد بينت النصوص القرآنية أن قتل القاتل قصاصاً يؤدي إلى حفظ حياة الأفراد والجماعات، قال عز وجل: (ولكم في القصاص حياة) فالقاتل ما دام يعلم أنه سيعدم - والإعدام قريب من القصاص في أن كلاهما إزهاق للنفس - ولن يفلت من عقوبة الإعدام، فإن العاقل لا يقدم على ارتكاب هذه الجريمة، وبهذا تستمر حياة الاثنين: "حياة من كان يفكر في القتل، وحياة من فكر في قتله".

ولو تلافيت القوانين الوضعية التقصير الموجود فيها، وهو شرطاً التريص وسبق الإصرار في استحقاق عقوبة الإعدام، تقربت هذه العقوبة جداً من عقوبة القصاص وكان تأثيرها في المجتمع تأثيراً شديداً مقللاً بصورة واضحة لجريمة القتل.

لكن مع هذا لا يصح الادعاء بأن عقوبة الإعدام - وهي تؤثر ولو بصورة غير كاملة تأثير القصاص - ستقضي على جريمة قتل النفوس، فالجريمة ستقع في كل المجتمعات لكون الإنسان يحمل نوازع الشر، كما يحمل نوازع الخير، وإنما هي تؤدي إلى الإقلال من هذه الجريمة، ولا تستشري في المجتمعات الإنسانية فلا تعظم وتتفاقم.

إن هناك من ينادون بإلغاء عقوبة الإعدام، وأقوى ما يعتمدون عليه أمران:

١ - أن هذه العقوبة شديدة جداً.

٢ - أنه لا يمكن تدارك الخطأ فيها بعد تنفيذها بعكس العقوبات الأخرى.

ولو نظرنا إلى الجريمة التي وقعت من الجاني الذي استحق عقوبة الإعدام لأدركنا أن العدل والحكمة والإحسان في الجزاء هو في إزهاق روحه كما أقدم على إزهاق روح إنسان مثله، فكيف يتحقق العدل إذا كانت عقوبة القتل العمد أخف من هذه الجريمة؟!، إنه يرمز للعدالة بالميزان ولو تخيلنا أنه قد وضعت روح المجني عليه في إحدى كفتي الميزان فإن العدالة تقتضي أن توضع في الكفة الأخرى روح الجاني، فتكون روح مقابل روح، وليست أشغال شاقة أو سجنًا مقابل روح، وإلا كان الميزان مختلاً.

إن القول بأن عقوبة الإعدام شديدة جداً من غير نظر إلى جريمة الجاني هو قول قاصر، فإذا نظرنا إلى جريمة القتل فسنجد أنها فظيعة جداً فلا بد لكي يحصل الردع

والزجر أن تكون العقوبة أيضاً فظيعة جداً، وهي عقوبة الإعدام، ففضاعة الإعدام تساوي فضاعة إزهاق روح المجني عليه، وعند التساوي بين الجريمة وما وضع لها من عقوبة لا يصح الاعتراض بل بذلك يتحقق الزجر والردع.

وأما أنه لا يمكن تدارك عقوبة الإعدام إذا اكتشف الخطأ بعد التنفيذ، فإن الرد على هذا أن هذه العقوبة يحتاط في الحكم بها احتياطاً شديداً، فلا بد من أن يستقر في وجدان أعضاء المحكمة جميعاً أن الجريمة قد وقعت من المتهم، ولا تشوب ذلك أية شائبة عند جميع أعضاء المحكمة، وهو نفس ما تشترطه الشريعة الإسلامية في عقوبة القصاص والحدود، فإن الحدود ومثلها القصاص تدرأ بالشبهات والقاعدة الحاكمة هي: لأن يخطئ الحاكم في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة.

ما تحققه عقوبة الإعدام من مقاصد شرعية:

تهدف شريعة الإسلام بأحكامها إلى تحقيق مصالح الفرد والجماعة، وهو ما يعبر عنه بمقاصد الشريعة.

ومصالح الناس محصورة في الضروريات والحاجيات والتحسينات، فأما الضروريات فهي حفظ الدين والنفوس والنسل والعقل والمال، وهي ضروريات لكل مجتمع إنساني كامل، ولو فقدت فإن ذلك يؤدي إلى اختلال المجتمع، يقول الشاطبي في تعريفها: "ما لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهاجر وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين"^(١).

وأما الحاجيات فهي التي يحتاج إليها الإنسان ليوسع على نفسه ويدفع المشقة التي تلحقه لو فقدت، بحيث لا تبلغ المشقة درجة الفساد الذي يحدث من فقد الضروريات، فلو لم تشرع الرخص كجواز إفطار الحامل والمريض والمسافر في رمضان لترتب على ذلك مشقة، فرفعها الشرع بتخفيف الحكم.

وكإباحة الإجازة، لحاجة الناس إليها.

وأما التحسينات وتسمى أيضاً الكماليات فيعرفها الشاطبي بأنها: "الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المندسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق"^(٢).

ومثالها تطهير الإنسان جسمه وملابسه، وستر العورة، وإباحة الزينة والتطيب، وآداب الأكل والشرب، وتجنب الإسراف والتبذير في المأكل والملبس والعلاقات العامة.

(١) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٨.

(٢) الموافقات ج ٢ ص ١١.

ولما كان حفظ النفس أحد الضروريات الخمس فإن الشريعة شرعت من الأحكام ما يحفظ هذا الأمر الضروري سواء من جانب الوجود أو جانب العدم، فمن ناحية حفظ النفس من جانب الوجود وجدنا الشريعة توجب على كل إنسان أن يأكل ويشرب ما لا بد منه لحفظ حياته بحيث لو قصر في ذلك كان آثماً، كما أوجبت عليه أيضاً أن يلبس الملابس التي لا بد منها لحفظ حياته أيضاً وكذلك السكن الذي يستتره ويقيه شر البرد والحر، ولا يجوز له أن يترك المقدار الذي يحفظ حياته وحياة أسرته المسئول عنها.

وأما حفظ النفس من جانب العدم فنجد الله عز وجل يشرع من الأحكام ما يؤدي إلى حمايتها، فحرم الله عز وجل القتل بغير حق، قال عز وجل: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(١) وحرّم الانتحار فقال تبارك وتعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾^(٢) وحرّم تعريض الإنسان نفسه للهلاك فقال تبارك وتعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾^(٣) وأوجب القصاص، قال عز وجل: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقصاصُ فِي الْقَتْلِ﴾^(٤).

ولما كان القصاص قد شرع للحفاظ على النفس فإن عقوبة الإعدام – وفيها شبه بالقصاص – مع التحفظ على بعض شروط تطبيقها تؤدي أيضاً إلى حفظ النفس وهو أمر ضروري وهو أحد مقاصد الشريعة الإسلامية.

ما ينجم عن عدم تطبيق عقوبة الإعدام من مفساد اجتماعية:

لو لم تطبق عقوبة الإعدام على قاتل النفس وعلى مرتكبي الجرائم التي تؤثر تأثيراً شديداً في الدولة كالجاسوسية ومساعدة الأعداء للانتصار علينا بأية صورة من الصور لأدى ذلك إلى تجرؤ الكثيرين على هذه الجرائم غير هيابين للعقوبة التي يمكن أن توقع عليهم ما دامت بعيدة عن عقوبة الإعدام، ولكثر الفساد في الأرض بقتل النفوس، وقد ألغت بعض الدول وبعض الولايات داخل الولايات المتحدة الأمريكية هذه العقوبة، ثم عاد البعض منها إلى النص عليها من جديد بعد أن ثبت لديها مثالب إلغاء العقوبة^(٥).

وهذا دليل واقعي يبين أنه عند عدم تطبيق عقوبة الإعدام فإن جريمة الاعتداء على حياة الإنسان يكثر التجرؤ عليها، وإلا ما عادت هذه الدول والولايات داخل الولايات المتحدة إلى تشريعها مرة أخرى، يقول ابن قيم الجوزية: "إن عقوبة الجناة والمفسدين لا تتم إلا بمؤلم يردعهم، ويجعل الجاني تكالاً وعظة لمن يريد أن يفعل مثل فعله"^(٦) ويبين أن في

(١) سورة الأنعام الآية ١٥١.

(٢) سورة النساء الآية ٢٩.

(٣) سورة البقرة الآية ١٩٥.

(٤) سورة البقرة الآية ١٧٨.

(٥) هل تلغي عقوبة الإعدام، أحمد عبد الحفيظ، مجلة الهلال، عدد إبريل ٢٠٠٧.

(٦) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية ج ٢ ص ١٢٢.

القصاص طُهْرَةً للمقتول، وحياة للنوع الإنساني، وتَشْفٌ للمظلوم، وعدل بين القاتل والمقتول^(١).

حكم الاستثناءات الواردة في بعض القوانين على تطبيق عقوبة الإعدام:

هناك بعض حالات نص عليها قانون العقوبات المصري لا تطبق عليها عقوبة الإعدام، مع أن الحكم الشرعي فيها هي وجوب القصاص، أو بالبديل القانوني في بعض صورها وهو عقوبة الإعدام:

الحالة الأولى: المادة (٢٣٤) من قانون العقوبات المصري تقول: "من قتل نفساً عمداً من غير سبق إصرار ولا ترصد يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة".

وهي مادة سبقتها المادة (٢٣٠) التي نصت على: "كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالإعدام" فهذه المادة حددت شرط استحقاق عقوبة الإعدام، والمادة (٢٣٤) بينت الحكم عندما لا يوجد ما يشترط في استحقاق هذه العقوبة.

واشترط سبق الإصرار أو الترصد في توقيع عقوبة القتل العمد العدوان يتنافى مع ما يوجبه الشرع من وجوب القصاص في القتل العمد العدوان، ولا يشترط في وجوب القصاص هذا الذي اشترطه القانون، وإنما الشرط في القاتل في وجوب القصاص هو:

أولاً: أن يكون القاتل مكلفاً أي بالغاً عاقلاً وهو شرط لا خلاف فيه بين الفقهاء، استناداً إلى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يبلغ أو يحتلم" ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلم يجب على الصبي والمجنون كما لم يجب عليهما الحدود، والقتل بالكفر^(٢)، وبهذا لا يجوز القصاص من الصبي ومن المجنون" وأما البالغ العاقل فيجب أن يقتص منه إذا ارتكب جريمة القتل العمد العدوان.

والشرط الثاني في القاتل في وجوب القصاص، هو شرط مختلف فيه بين العلماء: فيرى بعض الفقهاء اشتراط أن يكون القاتل مختاراً فإذا كان القاتل مكرهاً، فلا يجب عليه القصاص عند أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن تلميذه.

وأما المالكية والحنابلة والشافعية فيرون وجوب القصاص من المكره لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"، ولأن جريمة القتل قد وقعت منه عدواناً إرادة استبقاء حياته على حساب حياة المقتول^(٣).

(١) المصدر السابق ج٢، ص١٢٣.

(٢) المهذب، لإبراهيم علي الشيرازي ج٢ ص١٧٣.

(٣) الخرشي ج٨ ص٢، وتحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ج٤ ص١١ والمغني لابن قدامة ج٩ ص٣٣١ والروض المربع بشرح زاد المستقنع، لمنصور بن يونس البهوتي ص٤٠٨.

وهذا الرأي هو ما نختاره، فلا يجوز القتل بالإكراه، فلا يشترط - إذن - أن يكون القاتل مختاراً، فإذا أكره وجب عليه القصاص لأن النفوس كلها متساوية، فلا يجوز قتل نفس لإحياء نفس.

وعلى هذا يكون كل ما يشترط في القاتل في عقوبة القصاص هو أن يكون بالغاً عاقلاً.

فاشترط قانون العقوبات المصري في توقيع عقوبة الإعدام في جريمة القتل العمد العدوان عدم التردد وعدم سبق الإصرار لا التفاف إليهما في الحكم الشرعي للقصاص.

وهذان الشرطان اللذان اشترطهما قانون العقوبات لتوقيع عقوبة الإعدام يؤديان إلى أن يفلت كثير من القتلة من العقاب العادل المستحق على جريمتهم، وكما قلنا سابقاً من السهل جداً على من يريد قتل إنسان ويريد أن لا تطبق عليه عقوبة الإعدام، أن يختلق مشاجرة بينه وبين من يريد قتله، ثم يقتله أثناء المشاجرة بأية آلة تقتل، وبهذا ينجو القاتل من عقوبة الإعدام، وفي هذا فتح لباب واسع أمام من يريد أن يرتكب جريمة القتل، وتضيع حياة إنسان في مقابل سنوات يقضيها القاتل في أشغال شاقة مؤبدة أو مؤقتة، وهكذا ترخص الحياة الإنسانية.

الحالة الثانية : في قانون العقوبات المصري لا يحكم بعقوبة الإعدام على الحدث، والمقصود بالحدث كما نص القانون المصري رقم (٣١) لسنة ١٩٧٤ بشأن الأحداث: "من لم تجاوز سنه ثمانية عشر سنة ميلادية كاملة وقت ارتكاب الجريمة أو عند وجوده في إحدى حالات التعرض للانحراف".

وتنص المادة (٧) من هذا القانون على أنه: "فيما عدا المصادرة وإغلاق المحل، لا يجوز أن يحكم على الحدث الذي لا يتجاوز سنه خمس عشرة سنة ويرتكب جريمة، أية عقوبة أو تدبير مما نص عليه في قانون العقوبات، وإنما يحكم عليه بأحد التدابير الآتية:

- (١) التوبيخ.
- (٢) التسليم .
- (٣) الإلحاق بالتدريب المهني.
- (٤) الإلزام بواجبات معينة. (٥) الاختبار القضائي.
- (٦) الإيداع في إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية.
- (٧) الإيداع في إحدى المستشفيات المتخصصة.

وتنص المادة (١٥) من هذا القانون على أنه: "إذا ارتكب الحدث الذي تزيد سنه على خمس عشرة ولا تجاوز ثمانية عشر سنة جريمة عقوبتها الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة يحكم بالسجن مدة لا تقل عن عشرة سنوات، وإذا كانت العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة يحكم بالسجن.

فالقانون لا يعاقب بالإعدام من ارتكب جريمة قتل عمد عدوان، ما دام لم تتجاوز سنه ثماني عشرة سنة، مع أن سن البلوغ عند جمهور الفقهاء إذا لم يتبين البلوغ بالعلامات الطبيعية كالشعر الداخلي والحيض، وإنزال المنى هي سن خمس عشرة سنة، سواء كان ذكراً أو أنثى، وما دام قد بلغ لوصوله إلى هذه السن فلا بد أن تسري عليه الأحكام التي تسري على كل بالغ عاقل.

بهذا الرأي قال الأوزاعي، والشافعي وأحمد بن حنبل، وأبو يوسف ومحمد بن الحسن تلميذاً أبي حنيفة، ويراه أيضاً بعض فقهاء المالكية، ويراه عمر بن عبد العزيز، وجماعة من أهل المدينة، واختاره ابن العربي.

فتجب عقوبات الحدود وفرائض الشرع عند هؤلاء العلماء على من بلغ هذه السن.

قال أصبغ بن الفرغ أحد فقهاء المالكية القائلين بهذا الرأي: "والذي نقول به إن حد البلوغ الذي تلزم به الفرائض والحدود خمس عشرة سنة، وذلك أحب ما فيه إلى، فأحسنه عندي، لأنه الحد الذي يسهم فيه في الجهاد ولمن حضر القتال"^(١).

وقد استدلل للرأي القائل بأن البلوغ في الذكر والأنثى بخمس عشرة سنة، بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عندما عرض على النبي صلى الله عليه وسلم ليشارك مع جيش المسلمين فيقاتل معهم في معركة أحد، وكانت سنة في ذلك الوقت أربع عشرة سنة، فلم يسمح له النبي صلى الله عليه وسلم بالاشتراك مع الجيش في الحرب، ولما بلغ خمس عشرة سنة سمح له النبي صلى الله عليه وسلم بالاشتراك في الحرب يوم الخندق، روى الجماعة: البخاري ومسلم، وأحمد بن حنبل، والترمذي والنسائي، وأبو داود، وابن ماجه عن ابن عمر قال: عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني.

ومعنى الإجازة: الإذن بالخروج للاشتراك في القتال، قال عمر بن عبد العزيز لما بلغه هذا الحديث: إن هذا الفرق بين الصغير والكبير^(٢).

وبناء على ما ذكرنا فإنه يجب أن ينص في قوانين العقوبات على أن عقوبة الإعدام توقع على من قتل عمداً عدواناً وكان وقت الجريمة قد بلغ خمس عشرة سنة.

وبعد، فهذا ما يسر الله عز وجل كتابته في هذا الموضوع، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وسلم.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

د. محمد رأفت عثمان

(١) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي ج ٥ ص ٣٥، وتكملة فتح القدير لقاضي زاده ج ٩ ص ٢٧٠.

(٢) تفسير ابن كثير ج ١ ص ٤٥٣.

مصادر البحث

- ١ - القرآن الكريم.
- (أ)
- ٢ - الإعدام في العصور الوسطى د. إسحاق عبيد، مجلة الهلال عدد إبريل ٢٠٠٧.
- (ب)
- ٣ - إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية.
- ٤ - بداية المجتهد، لابن رشد (الحفيد).
- (ت)
- ٥ - تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي.
- ٦ - تفسير القرآن العظيم، لابن كثير.
- ٧ - تكملة فتح القدير، لقاضي زاده.
- (ج)
- ٨ - الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي.
- ٩ - جدل الغاية والوسيلة، د. عصام الدسوقي، مجلة الهلال عدد إبريل ٢٠٠٧.
- (ح)
- ١٠ - حاشية البرماوي على شرح ابن قاسم الغزي.
- ١١ - حاشية ابن عابدين.
- (د)
- ١٢ - الروض المربع بشرح زاد المستقنع، لمنصور بن يونس البهوتي.
- ١٣ - الروضة الندية، لصديق بن حسن بن علي القنوجي، شرح الدرر البهية، للشوكاني.
- (س)
- ١٤ - سبل السلام، للصنعاني.
- (ص)
- ١٥ - صحيح مسلم بشرح النووي.
- (ط)
- ١٦ - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن قيم الجوزية.
- (ع)
- ١٧ - العقوبة بين الإبقاء والإلغاء، لحافظ أبو سعدة، مجلة الهلال، عدد إبريل ٢٠٠٧.
- (ف)
- ١٨ - فتح القدير، للكمال بن الهمام.
- (ق)
- ١٩ - القاموس المحيط، للفيروز أبادي.
- ٢٠ - قانون العقوبات المصري.

(ك)

٢١ - كفاية الأخيار، لمحمد الحسيني الحصري.

(م)

٢٢ - الموت، أحمد البكري، مجلة الهلال، عدد إبريل ٢٠٠٧.

٢٣ - مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر الرازي.

٢٤ - المصباح المنير، للفيومي.

٢٥ - المعجم الوجيز، إصدار مجمع اللغة العربية بالقاهرة.

٢٦ - مغنى المحتاج، لمحمد الشريبي الخطيب.

٢٧ - المغنى، لابن قدامة.

٢٨ - المقصلة الفرنسية، أحمد بن علي بدوي، مجلة الهلال، عدد إبريل ٢٠٠٧.

٢٩ - المهذب، لإبراهيم بن علي الشيرازي.

٣٠ - الموافقات للضاطبي.

٣١ - موسوعة الفقه الكويتية.

(ن)

٣٢ - نيل الأوطار، للشوكانى.

٣٣ - نظام التجريم والعقاب في الإسلام، علي علي منصور.

(هـ)

٣٤ - هل نلغي عقوبة الإعدام، أحمد عبد الحفيظ، مجلة الهلال، عدد إبريل ٢٠٠٧.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

عقوبة الإعدام في النظر الإسلامي

إعداد

الشيخ أحمد بن سعود السيابي
أمين عام مكتب الإفتاء بسلطنة عُمان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه
أجمعين أما بعد :

فهذا بحث بعنوان : "عقوبة الإعدام في النظر الإسلامي" ، أعدته لمؤتمر مجمع
الفقه الإسلامي الدولي في دورته العشرين ، وقد جعلته في ثلاثة أقسام وخاتمة ، وهي :

- القسم الأول: الإعدام الحدي .
- القسم الثاني : الإعدام القصاصي .
- القسم الثالث: الحكمة من عقوبة الإعدام .
- الخاتمة : وفيها خلاصة البحث ونتيجته .

وعسى الله أن ينفع به ، وأن ينفعني به دنيا وأخرى ، زيادة علم في الدنيا ، وثوابا
وأجرا في الآخرة.

والله ولي التوفيق.

أحمد بن سعود السيابي

تعريف الإعدام

لفظ الإعدام كتعبير عن القتل هو تعبير معاصر، وكان القتل هو التعبير السابق المعروف في هذا المعنى، في قوله عز وجل : ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾^(١) .

وقد عرف إمام اللغة الخليل بن أحمد الفراهيدي القتل قائلًا : " القتل معروف ، يقال قتلته إذا أماته بضرب أو جرح أو علة " (٢) ، وبمثل هذا عرفه أيضا الفيروز أبادي، نقلا عن ثعلب^(٣) .

كما عرف الفراهيدي الإعدام بقوله : " العدم فقدان الشيء والعدم لغة ، عدمت فلانا أعدمه عدما ، أي فقدته قصدا وفقد أنا ، أي غاب عنك بموت ، أو فقد لا يقدر عليه ، وأعدمه الله مني أي إفاته"^(٤) .

وهكذا يدل التعريف اللغوي للقتل والإعدام بأنه الإماتة والإفاته ، أي إفاته النفس وإماتها من الحياة ، أي سلب الحياة.

وعرف القتل شرعاً : بأنه فعل من العباد تزول به الحياة^(٥) . وهو التعريف القانوني للقتل أيضا ، أي انه إزهاق روح آدمي بفعل آدمي آخر^(٦) .

أما التعريف القانوني للإعدام ، فهو: إزهاق روح المجرم بسلبه حقه في الحياة^(٧) .

كما عرف بأنه عقوبة توقع على من اقترف فعلاً يشكل جريمة طبقاً لنصوص الشريعة الإسلامية التي نص منها عقوبة تلك الجريمة^(٨) .

البداية التاريخية للقتل

على أن جريمة القتل وجدت على ظهر هذه الأرض منذ أن وجدت الخليقة البشرية عليها حين قتل أحد ابني آدم أخاه حيث يقول الله عز وجل : ﴿ وَأَنْتُمْ عَلَيْهِمْ ثَبَاتٌ ابْنِي آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتُقُبِّلَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَّلْ مِنَ الْآخَرِ قَالَ لَأَقْتُلَنَّكَ قَالَ إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ * لَنْ بَسَطَ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِي مَا أَنَا بِبَاسِطٍ يَدِيَ إِلَيْكَ لَأَقْتُلَنَّكَ إِنِّي أَخَافُ اللَّهَ رَبَّ الْعَالَمِينَ * إِنِّي أُرِيدُ أَنْ تَبُوءَ بِإِثْمِي وَإِثْمِكَ فَتَكُونَ مِنْ

(١) المائدة : المائدة/٣٢

(٢) كتاب العين، مادة، قتل.

(٣) القاموس المحيط، مادة قتل .

(٤) كتاب العين، مادة عدم.

(٥) يوسف بن علي غيطان، عقوبة القتل في الشريعة الإسلامية، ص ج، دار الفكر.

(٦) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج٢، ص٩، دار الحديث بالقاهرة .

(٧) السيد احمد طه، علانية تنفيذ حكم الإعدام، ص١٦، دون ذكر دار نشر

(٨) شحاتة محمد أحمد، الإعدام في ميزان الشريعة الإسلامية والقانون، ص١٥، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة.

أَصْحَابِ النَّارِ وَذَلِكَ جَزَاءُ الظَّالِمِينَ ﴿١٠﴾ فَطَوَّعَتْ لَهُ نَفْسُهُ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ فَأَصْبَحَ مِنَ الخَاسِرِينَ ﴿١١﴾ فَبَعَثَ اللَّهُ غُرَابًا يَبْحَثُ فِي الْأَرْضِ لِيُرِيَهُ كَيْفَ يُوَارِي سَوْءَةَ أَخِيهِ قَالَ يَا وَيْلَتَا أَعَجَزْتُ أَنْ أَكُونَ مِثْلَ هَذَا الْغُرَابِ فَأُوَارِيَ سَوْءَةَ أَخِي فَأَصْبَحَ مِنَ النَّادِمِينَ ﴿١٢﴾ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ ﴿١٣﴾ .

وتذكر كتب التاريخ والتفسير ان اسمي ابني آدم قابيل وهابيل ، وأن القاتل قابيل ، والمقتول هابيل .

ولكن الرابط في الآيات المذكورة بين ما جرى لابني آدم من قتل، وبين بني إسرائيل وما فرض عليهم من عقوبة القتل، لكثرة سفك الدماء بينهم يقول الإمام القرطبي "وخص بني إسرائيل بالذكر ، وقد تقدمتهم أمم ، أو كان قبل ذلك قولاً مطلقاً فغلظ الأمر على بني إسرائيل بالكتاب بحسب طغيانهم وسفكهم للدماء" (١) .

ويقول الإمام أطفيش: " وجرى على منوال قابيل وفسقة بني إسرائيل ، كفره هذه الأمة بالقتل وغيره" (٢) .

(١) المائدة : ٢٧ - ٣٢ .
(٢) محمد بن أحمد الأنصاري، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد الثالث، ص١٤٦، دار علم الكتب، الرياض المملكة العربية السعودية.
(٣) أطفيش، محمد بن يوسف تيسير التفسير، ج٤، ص١٨، والمقصود بكفرة هذه الأمة كفسار النعمة، حيث أن الكفر ينقسم إلى كفر شرك مخرج من الملة وكفر نعمة وهو يعادل الفسوق والفجور والعصيان.

القسم الأول : الإعدام الحدي

الإعدام الحدي هو ما كانت فيه عقوبة القتل أو الإعدام حدية، ومن المعلوم أن العقوبة الحدية لا يجوز فيها التنازل ولا السقوط لأنه حق الله فيها هو الغالب، والإعدام الحدي .

(١) حد الحراية.

(٢) حد الردة.

(٣) حد زنا المحصن.

وهؤلاء نحن نشرع في ذكرها، وذكر أحكامها بصورة مختصرة لتبين الحكمة منها ومن مشروعيتها، وما تحققه من أمن اجتماعي واستقرار إنساني.

﴿ وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ﴿١﴾ أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْتَغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴿٢﴾ ﴾ .

حد الحراية :

الحراية والمحاربة مأخوذة من الحرب، وأصل الحرب أخذ المال وترك صاحبه بلا شيء والمراد قطع الطريق باجتماع وقوة وشوكة وتعرض لمن عصم دمه ومال من عصم ماله من أهل التوحيد وغيرهم^(٢) .

وقيل هي قطع الطريق أو السرقة الكبرى، وإطلاق السرقة على قطع الطريق مجاز لا حقيقة، لأن السرقة هي أخذ المال خفية، وفي قطع الطريق يأخذ المال مجاهرة، ولكن في قطع الطريق ضرب من الخفية هو اختفاء القاطع عن الإمام ومن أقامه لحفظ الأمن، ولذا لا تطلق السرقة على قاطع الطريق، إلا بقيود فيقال السرقة الكبرى ولو قيل السرقة فقط لم يفهم منها قطع الطريق، ولزوم التقييد من علامات المجاز فالسرقة اخذ المال خفية، والحراية هي الخروج لأخذ المال على سبيل المغالبة^(٣) .

على أن الحراية في حقيقتها جريمة موجهة إلى المجتمع أو إلى أفراد في المجتمع، لزعزعة الأمن والاستقرار، كأن يقوم شخص بتخويف الناس ونهب أموالهم وقتلهم في الطرقات وترويعهم وهم الذين يطبق عليهم اليوم قطاع الطرق وقراصنة السفن ومختطفوا الطائرات وتصدق جريمة الحراية على الأعمال الإرهابية^(٤) .

(١) المائدة : ٤٩ - ٥٠ .

(٢) أطفيش محمد بن يوسف، المصدر السابق، ص ١٩

(٣) عبد القادر عودة، المصدر السابق، ج ٢، ص ٤٩٣ .

(٤) شحاتة، محمد احمد، مصدر سابق، ص ٢٢ .

وفي رأينا كذلك أن ترويج المخدرات وتهريبها أيضا تعتبران جريمة حرايبية نظرا لخطورتها على المجتمع ولعل بعض الدول الإسلامية نظرت إليها بهذا المنظور، واعتبرتها جريمة حرايبية، فطبقت على مروجي ومهربي المخدرات حد الحرايبية.

وشرط تحقق جريمة الحرايبية ، هي قطع الطريق ، والقوة والشوكة والمنعة ، والمغالبة والمكابرة ، وهل تكون داخل المدن والقرى أي داخل العمران حرايبية ؟ خلاف ، ويتوجه إلى الرأي القائل بتحقيق الحرايبية داخل الأمصار أو داخل العمران ، لا سيما بعد توسع مفهوم الحرايبية وتعدد مفرداتها في العصر الحاضر ، إذا ما قيل بشمولها ، أي جريمة الحرايبية على الأعمال الإرهابية وترويج وتهريب المخدرات ، ولعل تتضمن إليها بعض أشكال العنف الأخرى التي من شأنها زعزعة الأمن والاستقرار في المجتمع ، والحرايبية أربعة أنواع :

الأول: إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخاف السبيل ولم يأخذ مالا ، ولم يقتل أحدا .

الثاني : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة ، فأخذ المال ولم يقتل أحدا.

الثالث: إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فقتل ولم يأخذ مالا .

الرابع: إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخذ المال وقتل^(١) .

وكل نوع من هذه الأنواع

أهل الطريق ، وإرهاب الناس فهذا حكمه النفي ، وهل الحبس أو السجن يعتبران نفيًا ؟ في ذلك خلاف ، ولعل الراجح اعتبارهما نفيًا ، أو يقومان مقام النفي في العصر الحاضر، نظرا لتعذر النفي من دولة إلى دولة بحكم وجود الحدود، وما عليها من قيود وليس ببعيد اعتبار إسقاط الجنسية أحد أوجه النفي، غير أنه لا يتحقق إسقاط الجنسية بالنسبة للمواطن الأصلي، وإنما يتحقق فقط في ممنوحي الجنسية.

النوع الثاني : الذي فيه أخذ المال ، فهذا حكمه القطع من خلاف لليد والرجل، لأن فيه اخذ المال بالسلب والإخافة.

النوع الثالث : الذي فيه القتل، فهذا حكمه القتل.

النوع الرابع : الذي فيه القتل واخذ المال ، فهذا حكمه القتل والصلب ، وهل على مسلم صلب ؟ فيه خلاف .

والأصل الأصل لهذه الأحكام أو العقوبات الآية الكريمة التي يقول الله عز وجل فيها : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ

(١) عبد القادر عودة، مصدر سابق، ج٢، ص٤٩٣.

يُصَلِّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا
وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿١١﴾ .

وقد جرى الخلاف في لفظة ((أو)) هل هي للتخيير أو للتتويج، فالذي يقول أنها للتخيير يجعل الحاكم مخيرا في تطبيق أي حكم من الأحكام المذكورة على أي نوع من أنواع جريمة الحرابة، أما من يقول بان "أو" للتتويج فانه يجعل الحاكم ملزما بتطبيق كل حكم من الأحكام المذكورة آنفا، مقابل كل نوع من أنواع تلك الجريمة وفق الترتيب الآتي.

الجريمة	الحكم
• الإخافة والترويج	• النفي
• السلب (اخذ المال)	• القطع من خلاف بين اليد والرجل
• القتل	• القتل
• القتل والسلب	• القتل أو القتل والصلب.

على أن جعل لفظة "أو" للتتويج، يفيد الترتيب المذكور وهو مأخوذ عن ابن عباس، فقد روى الإمام الشافعي بسنده إلى ابن عباس قال: "إن قتلوا واخذوا مالا قتلوا وصلبوا، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلوا، وإذا أخذوا ولم يقتلوا قطعوا من خلاف وإذا أخافوا السبيل نفوا من الأرض" (٢) .

وأرى أن جعل "أو" للتتويج الذي يفيد الترتيب يجعل هذه الآية الكريمة أصلا لتقنين الأحكام الشرعية.

وهناك أحكام تفصيلية متعلقة بالحرابة وتطبيق الحد عليها، تركتها خوف الإطالة من جهة، ومن جهة ثانية فإن هذا البحث لم يخص لذلك.

على انه من الملاحظ أن الكتب الفقهية تجمع في بعض الصور بين البغي والحرابة، كما أن كتب التشريع الجنائي الحديثة تجعل البغي جريمة حدية، الأمر الذي يجعل عقوبتها معهم حدية.

وفي نظري أن هناك فرقا بين البغي والحرابة، فالبغي خروج على النظام السياسي (الدولة) إذا كان ذلك النظام عادلا وقائماً بأمر الله ومنفذا لشرع الله (٣) .

وتدخل أحكام قتل البغاة في أبواب الجهاد باعتبارهم حربيين لا محاربين .

(١) المائة : ٣٣ .

(٢) أطفيش، محمد بن يوسف، شرح النيل، ج١٤، ص ٧٨٩، الناشر مكتبة الإرشاد، جدة المملكة العربية السعودية.

(٣) هناك خلاف بين المذاهب الإسلامية في الخروج على الحكم الجائر، فالبعض أوجبه، والبعض أجازته، والبعض لم يجوزه .

أما الحُرابة فهي خروج على النظام الاجتماعي (المجتمع) على أن هذه الأحكام تطبق على المحاربين قبل القدرة عليهم ، أي قبل السيطرة والاستيلاء وإلقاء القبض عليهم ، أما إذا تابوا واستسلموا قبل ذلك فهناك أحكام أخرى لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرُبُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾^(١) .

حد الردة:

والردة في اللغة هي الرجوع، وشرعا هي الرجوع عن الإسلام أو قطع الإسلام^(٢) .
وتتحقق الردة بالآتي: -

- ترك الإسلام أو قطعه بالكلية.
- الاستخفاف والاستهزاء.
- إنكار ما يعلم من الدين بالضرورة^(٣) .

وهي جريمة حدية ، وعقوبتها حدية هي القتل ، لأنها تمثل خروجاً على النظام الإسلامي العام بقسميه السياسي والاجتماعي ، ولا شك أن في ذلك تهديداً للنظام العام مما يزعزع أمنه ، ويقوض أركانه .

كما أن من الملاحظ والمعروف أن الذي يترك دينه يكون اشد عداوة للدين المتروك وأتباعه ، لذلك كان الإسلام صارماً في حكمه تجاه المرتدين دنياً وأخرى ، يقول الله عز وجل : ﴿ يَحْلِفُونَ بِاللَّهِ مَا قَالُوا وَلَقَدْ قَالُوا كَلِمَةَ الْكُفْرِ وَكَفَرُوا بَعْدَ إِسْلَامِهِمْ وَهُمْ أُولُو قُرْبَىٰ لِمَا كَانُوا يَكْفُرُونَ وَمَا يَنْتَظِرُونَ إِلَّا أَنْ أَعْتَابَهُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ مِنْ فَضْلِهِ فَإِنْ يَتُوبُوا يَكُ خَيْرًا لَهُمْ وَإِنْ يَتَوَلَّوْا يُعَذِّبُهُمُ اللَّهُ عَذَابًا أَلِيمًا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَمَا لَهُمْ فِي الْأَرْضِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ ﴾^(٤) .

وصدر الأمر من النبي صلى الله عليه وسلم بقتل المرتد بقوله : "من بدل دينه فاقتلوه"^(٥) . ولعل العذاب الدنيوي في الآية معناه إقامة الحد على المرتد.

على أن هناك خلافاً في تنفيذ حد الردة وتطبيقه فقد قيل فيه ما يلي:

- يقتل المرتد رجلاً كان أو امرأة .
- يقتل الرجل ولا تقتل المرأة بل تحبس ، وقيل تسترق .
- الأمة المرتدة على سيدها جبرها على الإسلام.

(١) التوبة : ٧٤ .

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي ، ج٢ ، ص٥٤٣ .

(٣) محمود شلتوت ، الإسلام عقيدة وشرعية ، ص٢٨٠ ، دار الشرق القاهرة ، وانظر التشريع الجنائي الإسلامي ،

ج٢ ، ص٥٤٣ .

(٤) المائدة : ٣٤ .

(٥) رواه البخاري وأبو داود.

- الاستتابة قبل القتل واجبة.
- الاستتابة قبل القتل مستحبة.
- الاستتابة في الحال.
- الاستتابة شهرا.
- الاستتابة ثلاثة أيام.
- الاستتابة أبدا.^(١)

غير أنه ظهر رأي معاصر يقول بإلغاء عقوبة الإعدام على المرتد، بحجة أنه لم يرد في القرآن نص بذلك، كما أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقتل من ارتد عن دينه، وإنما اكتفى بالقول: "أن المدينة كالكير تنفي خبثها".

قاله للإعرابي الذي استقاله عن بيعة الإسلام، فخرج من المدينة دون إذن النبي صلى الله عليه وسلم، ولم يتبعه صلى الله عليه وسلم، ولم يحكم عليه بالقتل وقد قرأت مقالا لدولة الدكتور محمد معروف الدواليبي رئيس وزراء سوريا الأسبق نشره في جريدة الشرق الأوسط التي تصدر من لندن، أنكر فيه عقوبة قتل المرتد^(١).

وإلى هذا الرأي يفهم كلام الشيخ محمود شلتوت بقوله بعد ذكره أحكام الردة والمرتد "وقد يتغير وجه النظر في هذه المسألة إذا لوحظ أن كثيرا من العلماء يرى أن الحدود لا تثبت بحديث الآحاد، وأن الكفر بنفسه ليس مبيحا للدم، وإنما المبيح للدم هو محاربة المسلمين والعدوان عليهم، ومحاولة فتنهم عن دينهم، وأن ظواهر القرآن الكريم في كثير من الآيات تأبى الإكراه على الدين، فقال تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾^(٢)، وقال سبحانه: ﴿أَفَأَنْتَ تُكْرَهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾^(٣).

زنا المحصن :

الزنا في اللغة : هو الدخول في مضيق ، لقول الشاعر

ولست بزنان في مضيق لإنني ❖❖❖ أحب وساع العيش والخلق الرحبا^(٤) .

وفي الشرع : هو الوطء المحرم المتعمد^(٥)، وهناك تعريفات فقهية كثيرة لأصحاب المذاهب الفقهية، غير أن هذا التعريف أجمعها، لأن تلك المذاهب تلتقي تعريفاتها عنده وحوله، على أن الزاني إما أن يكون محصنا أو غير محصن فان كان غير محصن

(١) لعدد ٤٠٥١، بتاريخ ٣/جمادي الثانية ١٤١٠هـ.

(٢) البقرة : ٢٥٦ .

(٣) يونس : ٩٩ .

(٤) أبو محمد ابن بركة، كتاب الجامع، ج ١، ص ١٢٠، وزارة التراث والثقافة) سلطنة عمان.

(٥) التشريع الجنائي الإسلامي، ج ٢، ص ٢٧٢.

فعقوبته الجلد وهو عقوبة حدية لقوله عز وجل : ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ ^(١) .

وإن كان محصنا فعقوبته الرجم بالحجارة عقوبة حدية بالسنة الفعلية والقولية ، يقول الإمام جابر بن زيد : " الوتر والرجم والاختتان والاستتجاء سنن واجبات " ^(٢) . على انه تتحقق معرفة جريمة الزنا بإحدى طريقتين:

الأولى : الاعتراف من الزاني اعترافاً صريحاً لا باس فيه ولا غموض في الوقت الذي يكون فيه مؤهلاً بكامل قواه العقلية ، وهل يكفي الاعتراف مرة واحدة أم لا بد من تكراره أربعاً في ذلك خلاف ^(٣) .

الثانية: الشهود الأربعة ، على أن تكون شهادتهم مبنية على رؤيتهم المباشرة للفعل والمتحقة للمعاينة وان تكون شهادتهم صريحة واضحة ، فإن لم تكن تلك الشهادة مشتملة على العدد المذكور أو ليست بتلك الصورة الواضحة ، فان الأمر ينقلب على الشهود فيصبحون قذفة يقام عليهم حد القذف لقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ ^(٤) .

وهناك من يقول بإنكار الرجم وينسب هذا إلى الخوارج ، ولا ندري مقدار صحة هذا النسبة إليهم ، لأنهم لم يتركوا مؤلفات تخبر عن أقوالهم وتعتبر عن فقهم . بيد أنه أصبح إنكار الرجم رأياً معاصراً ، يقول به عدد من المعاصرين ^(٥) .

وهو جريمة كبيرة وفاحشة من الفواحش ، وهي جريمة حدية ، والعقوبة عليها حدية ، لأن فيه هتكا للأعراض ، ويعتبر ماساً بكيان الجماعة وسلامتها ، إذ انه اعتداء شديد على نظام الأسرة ، والأسرة هي الأساس الذي تقوم عليه الجماعة ، ولأن في إباحة الزنا إشاعة للفاحشة ، وهذا يؤدي إلى هدم الأسرة ، ثم إلى فساد المجتمع وانحلاله ، والإسلام يحرص على بقاء الجماعة متماسكة قوية ^(٦) ، حتى قيل إن كل فحشاء في القرآن فهي الزنا ^(٧) ، إلا في قوله تعالى : ﴿ الشَّيْطَانُ يُعِدُّكُمْ الْفَقْرَ وَيَأْمُرُكُمْ بِالْفَحْشَاءِ ﴾ ^(٨) .

ونظراً لخطورتها فان الإسلام لم يكتف بالنهي عن فعل الزنا فقط ، وإنما نهى حتى عن مقدماته والاقتراب منها لقوله : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانِي ﴾ ، والآيات الناهية بشدة

(١) النور : ٢ .

(٢) رواه الربيع بن حبيب ، في باب فرض الصلاة ، وفي باب الرجم والحدود .

(٣) أبو محمد ابن بركة ، كتاب الجامع ، ج ٢ ، ص ٥٢٧ .

(٤) النور : ٤ .

(٥) سمعت الشيخ يوسف القرضاوي يقول عن الشيخ محمد أبو زهرة إنه يميل إلى تقوية رأي الخوارج .

(٦) التشريع الجنائي الإسلامي ، ج ٢ ، ص ٢٦٩ .

(٧) حسنين محمد مخلوف ، صفوة البيان ، ص ٦٦ ، وزارة الشؤون الإسلامية ، الكويت .

(٨) البقرة : ٢٦٨ .

عن ارتكاب فاحشة الزنا كثيرة ، كما أن الأحاديث النبوية المحذرة عنه كثيرة جدا ،
يعلمها العالمون ، ويفهمها العاقلون أولوا الألباب .

القسم الثاني: الإعدام القصاصي

بعد أن تحدثت عن الإعدام الحدي ، ها أنا ذا أشرع في التحدث عن الإعدام القصاصي، واقصد به الإعدام الكلي المتلف للنفس .

تعريف القصاص:

القصاص في اللغة هو التقاص في الجراحات والحقوق شيء بعد شيء ، ومنه الاقتصاص والاستقصاص ، والاقصاص لكل معنى ، اقتص منه ، أي أخذ منه ، واقتص منه أي طلب ان يقص منه ، وقصه به^(١) .

والقصاص : أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل^(٢) .

وهو مأخوذ من قص الأثر ، وهو إتباعه ، ومنه القاص لأنه يتبع الآثار والأخبار ، وقص الشعر اتباع أثره ، فكأن القاتل سلك طريقا من القتل فقص أثره ومشى على سبيله فقتله ، وقيل القص القطع ، يقال قصصت ما بينها ، أي قطعت ما بينها ، ومنه أخذ القصاص لأنه يجرحه مثل جرحه ، أو يقتله مثل قتله ، ويقال اقتص منه^(٣) .

والقصاص، حق مقدر للإفراد ، أي انه ليس عقوبة حدية وإنما القصاص يجب بارتكاب جريمة القتل العمد^(٤) ، لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا ﴾^(٥) .

والأصل في مشروعية القصاص قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِعَدْوٍ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ❖ وَلكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾^(٦) .

ولكون القصاص حقا مقدار للأفراد، فانه يجوز التنازل عنه من قبل ولي القتل اما بأخذ الدية أو بالعفو.

بيد انه يجب ان يكون إيقاع الحكم به من قبل ولي الأمر، كفا للفتن، وضمانا للاستقرار، وحرصا على عدم الفوضى.

سبب القصاص:

سبب القصاص : هو قتل العمد ، وهو أن يقصد إلى قتل إنسان ، فيقتله فهو عمد ، وعليه القود ، وليس في ذلك دية إلا أن يشاء أهل المقتول فذلك لهم وهي في مال الجاني

(١) الفراهيدي، الخليل بن احمد ، كتاب العين، مادة قصّ.

(٢) الجرجاني كتاب التعريفات ، ص ١٨٣ ، مكتبة لبنان ، لبنان .

(٣) شحاتة ، محمد أحمد ، الإعدام في ميزان الشريعة والقانون وأحكام القضاء ، ص ٣٦ .

(٤) التشريع الجنائي الإسلامي، ج ٢، ص ٢١، وص ٩٠ .

(٥) الإسراء : ٣٣ .

(٦) البقرة : ١٧٨ ، ١٧٩ .

خاصة^(١) ، وهو ما تعمد فيه الجاني الفعل المزهق قاصدا إزهاق روح المجني عليه ، واقترن فيه الفعل المزهق للروح بنية قتل المجني عليه^(٢) ، وهو من أعظم الجرائم ، وأمره عند الله عظيم يقول المولى جل شأنه : ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾^(٣) .

وقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَكَعَنُوهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾^(٤) .

على أن قصد القاتل الإمامة من المقتول شرط أساسي في قتل العمدة ، قال العلامة الشقسي "والعمد هو العمدة المعروف، أن يتعمد الرجل أن يضرب الآخر بقصد منه اليه"^(٥) اليه"^(٥) .

محل القصاص:

ومحل القصاص، هو القاتل المتعمد القاصد للقتل المفضي إلى الوفاة، شريطة أن يكون القاتل حرا بالغا عاقلاً وعلى أساس التكافؤ والمماثلة يقول الشيخ خلفان بن جميل السيابي : ((القصاص مطلقا يكون بين الأحرار الموحدين البُلَّغ العقلاء فيما بينهم، ويكون بين العبيد فيما بينهم، وكذا بين المشركين فيما بينهم على أنهم ملة واحدة، وعلى أنهم ملل فلا يكون إلا فيما بين أهل كل ملة منهم على حدة، فلا يقتص يهودي من نصراني كعكسه، وهكذا في سائر الملل، ويقتص موحد من مشرك مطلقا لشرف الإسلام، دون العكس مطلقا، وقيل يقتص المعاهد من الموحد بعد أن يرد على الموحد ما تزيد جارحة الموحد عليه من الدية ، وكذا في القتل وإتلاف النفس))^(٦) .

على أن القول بعدم قتل الموحد بالمعاهد هو قول الجمهور ، أما القول بقتله فهو للإمام أبي حنيفة قال الأستاذ عز الدين التتوخي في تعليقه على كتاب جلاء العمى : ((وحكى الشافعي الإجماع على خلاف قول الحنفية))^(٧) .

واختلف في أداة القتل ووسيلته ، فمنهم من رأى أنها مما يقتل في الغالب والعادة ، ومنهم من قال بأية أداة وأية وسيلة ولو كانتا في الغالب والعادة لا يقتلان لكن توفرت نية القتل عند القاتل ، فيعتبر ذلك القتل عمدا، والقاتل متعمدا، وقد نقل الشيخ أبو المؤثر الصلت بن خميس الخروصي في ذلك ما يلي :

(١) الشقسي خميس بن سعيد ، منهج الطالبين، ج ١١، ص ١٩٥، وزارة التراث، سلطنة عمان.

(٢) التشريع الجنائي الاسلامي، ج ٢، ص ١٠.

(٣) المائة : ٣٢ .

(٤) النساء : ٩٣ .

(٥) منهج الطالبين، ج ٢، ص ٢٣٢.

(٦) جلاء العمى ، ص ٢٣٩.

(٧) نفس المصدر، ن، س، هامش.

- لو أن رجلا رمى رجلا ببعرة أو نواة أو نفكة أو صوفة متعمدا لرميه ثم مات كان فيه القود"
 - إن مثل هذا لا يقتل في التعارف ، وقد مات هذا بأجله ، لأن الله قد علم انه لم يعن على قتله ، والمات ما عنه موئل .
 - وكذلك كل ما خرج من التعارف انه لا يقتل ، ولا يعين على القتل فهذا حكمه ، والقول فيه بالاختلاف"
- واختار الإمام محمد بن محبوب القول بأنه ((لو رمى رجل رجلا ببعرة متعمدا أنها أراد بها قتله فهو عمد ، وفيه القود))^(١) .
- وقال الأستاذ عبد القادر عودة موضحا أدوات القتل ووسائله ((وأدوات القتل على ثلاثة أنواع :
- نوع يقتل غالبا بطبيعته كالسيف والسكين والرمح والإبرة المسممة والبندقية والمسدس وعمود الحديد والعصا الغليظة.
- ونوع يقتل كثيرا بطبيعته ولا يقتل غالبا كالسوط والعصا الخفيفة.
- ونوع يقتل نادرا بطبيعته كالإبرة غير المسممة واللطمة واللكمة^(٢) .

حكم القصاص:

باعتبار القصاص عقوبة أصلية للقتل العمد ، وكونه حقا مقدرًا للأفراد من العباد ، فان حكمه الوجوب لقول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾^(٣) ، بمعنى انه فرض والكتب الفرض ، لأنه روع للجاني ، وبقاء للحياة الإنسانية ، وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لوكِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴾^(٤) .

وقد حكى الشيخ خلفان السيابي الاتفاق على وجوب القصاص ، حيث قال : ((ويجب القصاص في العمد باتفاق وفي شبه العمد خلاف))^(٥) .

وتوضيح هذا الأمر وشرحه لدى ماتن^(٦) النيل وشارحه^(٧) ، فقد قالوا : " لزمت بقتل العمد الكفر^(٨) ، والقود ، ولا يصلي على مقيد به إلا من تاب ، أي لا يصلي عليه

(١) منهج الطالبين، ج ١١، ص ١٩٦.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي، ج ٢، ص ٢٥.

(٣) البقرة : ١٧٨ .

(٤) الإسراء : ٣٢ .

(٥) جلا ، العمى ص ٢٤٠.

(٦) هو الشيخ عبد العزيز الثميني

(٧) هو الشيخ محمد بن يوسف أطفيش.

(٨) المقصود كفر النعمة ، وقد تقدم الكلام عليه

المنظور إليه، ويأمر المنظور إليه من يصلي عليه وإن لم يجد صلى هو عليه ، أي لا يصلي على من أقاد نفسه بقتله من يقتل هو به ، ولا سيما إن أقيد قهراً))^(١) .

واجد من المناسب أن انقل ما قاله مصححه والمعلق عليه وهو الشيخ أبو إسحاق إبراهيم أطفيش موضحاً عبارتهما حيث قال ((المنظور إليه من له مقام في الدين كالعالم ومن يرجع إليه شيء من أمر الأمة ، كأهل الحل والعقد ورجال الدين، لما ذلك من تعظيم قاتل النفس التي حرم الله ظلماً ومن كان بهذه المثابة فإنه لا يقوم بشأنه أصحاب الهيئة المعتبرة في الأمة ردعا لغيره من أصحاب الشر والإجرام ، إما ترك الصلاة مطلقاً على أحد من أهل القبلة فلا يحل وذلك لما في المسند الصحيح قال الربيع بن حبيب رضي الله عنه سمعت جابر بن زيد عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الصلاة جائزة خلف كل بار وفاجر، وصلوا على كل بار وفاجر، وفي المسند أيضاً قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الصلاة على موتى أهل القبلة المقربين بالله ورسوله واليوم الآخر واجبة فمن تركها فقد كفر^(٢) .

وهناك أحكام تفصيلية كثيرة ومتشعبة في أبواب العقوبات بقسميها الحدي والقصاصي، ويرجع فيها إلى المطولات الفقهية العامة أو في كتب التشريع الإسلامي، لأن هذا البحث يتعلق بأهمية وفلسفة وحكمة عقوبة الإعدام من المنظور الإسلامي ، وإنما ذكرت تلك العقوبات الحدية والقصاصية كتمهيد أو مدخل إلى الحكمة من عقوبة الإعدام التي شرعها الله وفرضها وقررها على العباد : ﴿ وَأَن اِحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِن تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُصِيبَهُم بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ﴿٥٠﴾ أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴿٥١﴾ ﴾^(٣) .

(١) شرح النيل، ج١٥، ص١٩٠ .

(٢) شرح النيل، ج١٥، ص١٩٠، هامش.

(٣) المائدة : ٤٩ ، ٥٠ .

القسم الثالث: الحكمة من عقوبة الاعدام

خلق الله الخلق، ولم يخلقهم عبثا ولم يجعلهم هملا، وإنما أنزل ابا البشرية آدم عليه السلام الى هذه الارض ليكون خليفة له ، ولتكون هذه الأرض مقاما للبشرية من بعده لكي يعمرها، وركب سبحانه وتعالى فيهم حب التنافس والمشاحة من اجل عمارتها، بل وحب التدافع بالقوة في سبيل المغالبة والاستحواذ، كل ذلك لاستصلاح هذه الارض حتى تعمروا وتزدهروا: ﴿ وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ وَلَكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ ﴾^(١) .

وذلك من فضل الله على الناس بذلك التدافع ولولاها لما حصل تعمير الارض واستعمارها كما قال عز وجل في ختام الآية الكريمة: ﴿ وَلَكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ ﴾^(٢) .

بيد أنه لا بد لذلك التدافع على عمارة الارض والتنافس فيها من أحكام ضابطة لتصرف الناس مع بعضهم البعض، وترددتهم عنبغي بعضهم على بعض، فارسل الرسل، وانزل معهم الكتب، يقول الحق عز وجل: ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴾^(٣) .

وقوله عز وجل: ﴿ وَإِنْ يُكَذِّبُوكَ فَقَدْ كَذَّبَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُهُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَبِالزُّبُرِ وَبِالْكِتَابِ الْمُنِيرِ ﴾^(٤) .

ولا شك ولا ريب أن اولئك الرسل الذين أرسلهم الله من الناس وإلى الناس، وأن تلك الكتب التي انزلها اليهم، كان ذلك لهداية الناس، وأمرهم بعبادة ربهم خالقهم ورازقهم ﴿ وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴾ ما أريد منهم من رزقٍ وما أريد أن يطعمون ﴿ إِنَّ اللَّهَ هُوَ الرَّزَّاقُ ذُو الْقُوَّةِ الْمَتِينُ ﴾^(٥) .

وكذلك لضبط تصرفات الناس حتى لا يتعدى بعضهم على بعض والحكم عليهم بما انزل الله ﴿ وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾^(٦) .

ومن تلك الأفعال والتصرفات ما كان يحدث بين الناس من قتل، والذي كان مبدأه ومنشأه على يد احد ابني آدم، الذي قتل اخاه فاصبح من الخاسرين والنادمين، ولا شك ان الاعتداء بالقتل تطور بين الناس بتطورهم وبتطور ظروف ازمانهم حتى بلغ مبلغا عظيما بين بني اسرائيل، حيث وقع بينهم الكثير والكثير من القتل والاعتداء، من اجل

(١) البقرة : ٢٥١ .

(٢) البقرة : ٢٥١ .

(٣) الحديد : ٢٥ .

(٤) فاطر : ٢٥ .

(٥) الذاريات : ٥٦ _ ٥٨ .

(٦) المائدة : ٤٩ .

ذلك شدد الله عليهم وغلظ عليهم بالأمر بالقتل مقابل القتل ، حيث يقول المولى جل شانهُ : ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَ نَهُمْ رَسُولُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ ﴾ ^(١) . ويقول عز وجل : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ ^(٢) .

ومنذ ذلك الوقت كان القصاص بالقتل في الأنفس والقصاص بالجروح في الأعضاء شرعا محكما لبني اسرائيل ولمن كان بعدهم.

والقران الكريم لم ينص على نسخ هذه الاحكام القصاصية في الأنفس والاعضاء بل ساقها في مساق التشريع لهذه الأمة، وزادها تأكيدا بقوله : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى ﴾ ^(٣) ، وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَن قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴾ ^(٤) .

ولقد كانت الحكمة الالهية من تقرير عقوبة القتل بقسميها الحدي والقصاصي ، والقصاصي بقسميه أيضا ، القصاص في الأنفس ، والقصاص في الأعضاء ظاهرة واضحة في كف الناس بعضهم عن بعض ، وردعهم عن الإعتداء ، على بعضهم البعض .

وقد ابدع العرب في وصف عقوبة القتل بكونها رادعة وزاجرة عن الإعتداء بالقتل او التسبب فيه ، وذلك لما أوتوا من بلاغة القول وفصاحة الكلام ، حيث عبروا عن ذلك بقولهم "القتل انفى للقتل" ، "وقتل البعض إحياء للجميع" ، " أكثروا القتل ليقل القتل " ، واجمعوا على أن كلمة "القتل انفى للقتل" ابلغها ^(٥) .

وقد توج تلك الأقوال العربية الحكيمة والبليلة ، سيد الشعر العربي ، امرؤ القيس الكندي بقوله :

بسفك الدما يا جارنا تحقن الدما وبالقتل تتجو كل نفس من القتل ^(٦)

(١) المائة : ٣٢ .

(٢) اذا المائة : ٤٥ .

(٣) البقرة : ١٧٨ .

(٤) الإسراء : ٣٣ .

(٥) السيد محمد رشيد رضا ، تفسير المنار ، المجلد الاول ، ص ١٠٥ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة .

(٦) هذا البيت لا يوجد في ديوان امرئ القيس الموجود والمطبوع ، وإنما حفظته القائلة "حيى بابنه امرئ القيس الكندي الشاعر في السبايا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا محمد من أفصح من أبي وربك فقال النبي صلى الله عليه وسلم ماذا قال أبوك ؟ قالت قال : بسفك الدماء يا جارنا تحقن الدماء ❖ وبالقتل يتجو كل نفس من القتل . قالها لها أفصح ربي ، وقالت وما قال ؟ قال لها قال ربي ، ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون ، فاسلمت وأذعنت لفصاحة الكتاب العزيز) السبايا خلفان بن جميل ، جلاء العمى ، ص ٢١١ .

حتى جاء القران الكريم فبرزهم بفصاحته وبلاغته وسحب منهم البساط اللغوي والبلاغي بقوله : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾^(١) . {البقرة/١٧٩}

فهو كما يقول الامام ابن بركه : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاء به قوما كانوا هم الغاية في الفصاحة والعلم باللغة والمعرفة باجناس الكلام جيده ورديئه"^(٢) .

غير ان العرب اسرفوا في أخذ الثأر زيادة على المقدار((ومن ذلك ما يروى في اسباب نزول آية القصاص، أن واحدا قتل آخر من الأشراف، فاجتمع اقارب القاتل عند والد المقتول، وقالوا له ماذا تريد؟ قال احدى ثلاث قالوا وما هي؟ قال اما ان تحيوا ولدي، او تملأوا داري من نجوم السماء، او تدفعوا الى جملة قومكم حتى اقتلهم ، ثم لا ارى اني اخذت عوضا"^(٣) .

وهناك روايات اخرى في سبب نزول آية القصاص، يرجع اليها في كتب التفسير المطولة.

وقصة مقتل كليب وما فعله اخوه مهلهل بيكر بن وائل معروفة.

ولذلك كان مجيء الاسلام رحمة لهم، كما كان رفعة وعزة، كما ان تشريعاته كانت رحمة ولطفا ورأفة، ولا نشك لحضة واحدة انه لولا تلك التشريعات المقررة للعقوبات لكانت البشرية في مهامه الهلاك اكثر بكثير عما هي عليه سواء كان ذلك في الماضي او في الحاضر، وما حصل ماضيا، وما نراه يحصل حاضرا من التعديات بالقتل والاجرام بين بني البشر ما هو الا نتيجة الابتعاد عن تشرب الاحكام الالهية، على ان الناس لو طبقوا احكام الاسلام كما انزلها الله تعالى في كتابه العزيز، وكما اوحاها الى نبيه الكريم محمد صلى الله عليه وسلم، لعاشوا في سلام وأمن ووئام واطمئنان، لان الله الخالق هو العليم باحوال البشر وما فيه صلاحهم : ﴿ أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴾^(٤) .

ومن هناك تتجلى الحكمة في تقرير عقوبة الاعدام في العديد من البنود وهي:

أولا: بقاء الحياة واستمرارها ، فان في إقامة عقوبة الاعدام استمرارا لحياة الناس، لأن في إعدام شخصية قاتل ، حياة أمة كاملة ، حيث يملأ الخوف قلوب الكثير من الناس ، فلا يقدمون ولا يتجرأون على الاعتداء عندما يعلمون ان مصير القاتل القتل ، لأن الناس من طبعهم ظلم بعضهم بعضا، فهم كما يقول المتبي.

والظلم من شيم النفوس فان تجد ذا عفة فلعله لا يظلم

(١) البقرة : ١٧٩ .

(٢) كتاب الجامع ج ٢، ص ٥٢.

(٣) الإسلام عقيدة وشريعة، ص ٣٠٨.

(٤) الملك : ١٤ .

والعلة هي ، اما دين وازع او سلطان رادع ، وهو المعنى الذي قررته الآية الكريم من القصاص: ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾^(١) .

وقد تبارى علماء التفسير في ابراز منطوق ومفهوم هذه الآية العظيمة وقد أتى العلامة الزمخشري المعروف ببراعته اللغوية والبلاغية بالعجب العجاب في السقوط على معناها العظيم ، حيث قال : ((كلام فصيح لما فيه من الغرابة ، وهو من القصاص قتل وتفويت الحياة ، وقد جعل مكانا وظرفا للحياة ، ومن إصابة محز البلاغة بتعريف القصاص وتنكير الحياة لان المعنى، ولكم في هذا الجنس من الحكم الذي هو القصاص حياة عظيمة ، وذلك أنهم كانوا يقتلون بالواحد الجماعة ، وكم قتل مهلهل باخيه كليب ، حتى كاد يفني بكر بن وائل ، وكان يقتل بالمقتول غير قاتله ، فتثور الفتنة ويقع بينهم التناحر ، فلما جاء الإسلام بشرع القصاص ، كانت فيه حياة اي حياة او نوع من الحياة ، وهي الحياة الحاصلة بالارتداد عن القتل لوقوع العلم بالاعتصام من القاتل ، لأنه إذا هم بالقتل فعلم انه يقتض منه فارتدع سلم صاحبه من القتل ، وسلم هو من القود فكان القصاص سبب حياة نفسين^(٢) .

من هذا يعلم الانسان ان الله سبحانه وتعالى انما شرع القصاص بين بني آدم لبقاء الحياة، ووصونا لنفس الانسان لشرفها على نفوس سائر الحيوانات^(٣) ، وذلك الشرف راجع الى ما ركب الله فيه من عقل وناط به التكاليف الشرعية ، وميزه بذلك عن سائر الحيوانات.

ثانيا: إيلام الجاني ، فان عقوبة القصاص سواء بالقتل او بالجروح فان في ذلك كله إيلام للجاني ، ولا شك أن القصاص ومقدماته من القبض على الجاني ومحاكمته وتنفيذ حكم الإعدام ، كل هذه المراحل فيها إيلام شديد للجاني ، وربما تجعله يتمنى أن لو كان لم يحدث منه ذلك الاعتداء ، ولعل ذلك الإيلام يكون أكثر ظهورا في قصاص الاطراف أي الاعضاء وهو القصاص فيما دون النفس ((لأنه قد يفضي الى الموت ، كقلع عين رجل اذا قلع هو عينه قصاصا قد يموت المقتص منه من ذلك ، فينكف عن التعدي ، فيبقان حيين))^(٤) ..

وتوقع الجاني للعقوبة وإيلامها يجعله يشعر ((ان الجزاء الذي ينتظره هو مثل فعله ، وأن ذلك يلقي بالاضطراب في نفسه ، اذ يحس أنه لا فكاك من انزال هذه العقوبة))^(٥) .

(١) البقرة : ١٧٩ .

(٢) الزمخشري ، محمود بن عمر ، الكشاف ، ج١ ، ص٣٣٣ ، دار الفكر ، لبنان .

(٣) السيباني ، خلفان بن جميل ، المصدر السابق ، ص٢١٠ .

(٤) نفس المصدر ، ن ، ص ، شرح النيل ، ج١٥ ، ص٢٦٩ .

(٥) غيطان ، يوسف علي محمود ، مصدر سابق ، ص١١ .

ثالثاً: إذهاب الغيظ وشفاء الصدور ، وذلك أن المجني عليه أو عليهم متى ما علموا أنهم يأخذون حقهم بالقصاص من الجاني فإن ذلك أذهب لغيظ قلوبهم ، وأشفى لصدورهم ، أما إذا رأوا الجاني حراً طليقاً ، أو حتى مسجوناً فإن ذلك لا يشفي لهم علة الانتقام ، ولا يروي لهم غلة الراحة ، بل يجعلهم يسعون الى الانتقام ، ولا شك أن في ذلك إشعالاً لنار الفتنة ، وأسعاراً لأوارها ، ودائماً فإن اخذ الحق فيه اذهاباً للسخائم والأحقاد ، سواء كان ذلك على المستوى الفردي أو على المستوى الجماعي ، ولعل هذا المعنى يلحظ من قول الله تعالى : ﴿ قَاتُلُوهُمْ يُعَذِّبُهُمُ اللَّهُ بِأَيْدِيكُمْ وَيُخْزِهِمْ وَيَنْصُرْكُمْ عَلَيْهِمْ وَيَشْفِ صُدُورَ قَوْمٍ مُّؤْمِنِينَ ﴾ وَيُذْهِبُ غَيْظَ قُلُوبِهِمْ ﴿^(١) ، وذلك لأن المؤمنين كانوا مظلومين ومستضعفين، أما المشركون ولا سيما مشركي قريش فقد كانوا ظالمين ومستعلين.

رابعاً: صيانة المجتمع ، وذلك ان القصاص فيه صيانة للمجتمع من الهلاك والافناء، لان ترك المجرم الجاني القاتل من غير عقوبة القصاص يجعل المجتمع في اقتتال وحروب أهلية لانهاية لها ، كما كان حاصل عند القبائل العربية التي كان قتل شخص واحد عندهم يؤدي الى افناء قبائل بأسرها، ولا ريب أن وجود عقوبة الاعدام قصاصاً أو حدا يجعل المجتمع في أمن واستقرار، وهذان الأمران يؤديان إلى نماء المجتمع، ويعززان فيه روح البقاء ، يقول الشيخ مصطفى الزرقا : " إن نماء الحياة الاجتماعية الطيبة بحقن الدماء، ووضون النفوس والاجسام من العدوان يتوقف على القصاص الذي فيه تحقيق للعدالة الكاملة ، وحماية للبنية الإنسانية من ان يستهان بالعدون عليها ، كي يعلم المعتدي على حياة غيره او جسمه أنه كانما يعتدى في النهاية بنظير ذلك على نفسه عن طريق القصاص" إلى أن قال : "فجاء نظام القصاص علاجاً شافياً واقعياً مانعاً من التجاوز"^(٢) .

خامساً: الردع والزجر ، وذلك أن عقوبة الاعدام تثمر الردع والزجر في نفوس الجناة ، بل وفي المجتمع فلا تسول لافراد المجتمع نفوسهم بفعل ما فعله أولئك الجناة القتل المعتمدون ، فوجود الرادع الحكمي ضروري عند عدم وجود الرادع الأخلاقي والوازع الديني، يقول الدكتور صبحي المحمصاني : " ولكن القصاص وإن كان فيه التشفي او الجبر على هذا الوجه الا انه عقوبة تقصد في الاصل إلى الارهاب والزجر للمصلحة العامة"^(٣) .

سادساً: نداء أولي الأبواب ، وهم أهل العقول الخالصة من الكورارث والملوثات ، وهم المخاطبون بتطبيق وتنفيذ هذه الاحكام الشرعية الربانية ، لانهم يقدرون حق الحياة

(١) التوبة : ١٤ ، ١٥ .

(٢) المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص ٦١٤ ، دار الفكر ، سوريا - لبنان .

(٣) عقوبة القاتل في الشريعة الإسلامية ، ص ١٢ ، نقلاً عن كتاب ، النظرية العامة للعقوبات والعقود ، ص ١٣٨ .

حق قدرها، ويعرفون قيمتها جيدا، وذلك لما في الاعتداء بالقتل وازهاق الارواح من اثاره للفتن والاضطرابات الاجتماعية ان لم تكن تعالج باحكام الشرع، لانه من الملاحظ والمعلوم والمفهوم ان الفتن اذا اقبلت لم يبصرها الا الخاصة والعلماء، وإذا أدبرت أبصرتها العامة لذلك خص الله العقلاء أولي الابواب بالنداء ليهيجهم الى درء الفتن ودفعها ، لان العلم والثقافة هما العقل الثاني في الانسان ، وهو مكمل ومقو للعقل الاول الذي هو العقل الفطري، قال الشيخ محمد يوسف اطفيش "وكل المكلفين يجب عليهم تعاطي خلوص العقل"^(١).

سابعاً: التقوى هي جماع كل خير ، ورأس العمل الصالح ، بل هي البوتقة التي تصب وتلتقي فيها الاعمال الصالحة، وفي النهاية هي المقصودة، من تطبيق احكام الله تعالى وتنفيذ شرعه، حيث جاءت خاتمة لايتي القصاص ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١﴾ وَلكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾^(٢). ولعل في قول الله تعالى هي للتعليل على الصحيح، وليست للترجي، فان الحق سبحانه وتعالى لا يترجى ، ولكنه يعلل احكامه لعباده تقريبا لأفهامهم، وتوضيحا لمراده من كلامه عز وجل، يقول العلامة الزمخشري ((اي أريتكم ما في القصاص من استبقاء الارواح وحفظ النفوس لعلكم تتقون، تعملون عمل اهل التقوى في المحافظة على القصاص والحكم به))^(٣).

هذه البنود السبعة هي التي تتجلى فيها الحكمة واضحة وجلية من عقوبة الاعدام بقسميها الحدي والقصاصي.

على ان الآية الكريمة ﴿ وَلكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾^(٤). وإن كانت نصا في عقوبة القصاص، إلا ان حكمها يشمل العقوبة الحدية أيضا نظرا لما يجمع بين العقوبتين من استبقاء الحياة واستتباب الأمن، واستقرار المجتمع، ولا ريب أن هذه الآية هي الأصل الاصيل، والمعتمد الاساس لعقوبة الاعدام في الشريعة الإسلامية، وفي النظر الاسلامي .

وفي رأيي ان الآية الكريمة جاءت بهذا الاسلوب البليغ القوي - وكلام الله كله بليغ - إنما جاءت لتعالج اوضاعا كان القتل هو سيد الموقف فيها لذلك جاءت لتكون تشريعا جامعا مانعا محكما ، وضمت معاني كثيرة بالفاظ قليلة ، وحروف اقل.

(١) تيسير التفسير، ج٢، ص٣٧٤.

(٢) البقرة : ١٧٩ .

(٣) الكشاف، ج١، ص٣٣٣.

(٤) البقرة : ١٧٩ .

من هناك كانت عقوبة الاعدام في الحكم الاسلامي حكما ثابتا رادعاً لا يتطرق اليه الوهن، لانه من لدن حكيم خبير ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾^(١).

بينما القوانين الوضعية اكتتفها الكثير من الاضطراب والتشويش، بين اقرارها حيناً ، وإلغائها حيناً آخر، أو إقرارها في بعض الحالات وإلغائها في حالات أخرى^(٢).

لذلك كما يقول المستشار علي منصور : " بدأت المحافل الدولية في العالم تقدر الشريعة حق قدرها ، وتعتبران اختلاف الآراء في الفروع من مختلف المذاهب دليل على صلاحية تلك الشريعة لمواجهة وحل مشاكل البشرية))^(٣) . وذكر عددا من المؤتمرات التي عقدت في اوروبا في القرن الماضي، أي القرن العشرين الميلادي، أقرت تلك المؤتمرات فيها بعظمة الشريعة الإسلامية وصلاحيتها، واشادوا باحكامه

(١) الملك : ١٤ .

(٢) السيد أحمد طه ، علانية تنفيذ حكم الإعدام ، ص ١٥ .

(٣) شرح النيل ، ج ٢ ، ص ٢٩ ، المقدمة .

خاتمة البحث

تناولت في هذا البحث عقوبة الإعدام وما قررته فيها احكام الشريعة الإسلامية الغراء، حيث ذكرت عقوبة الاعدام الحدية والقصاصية ، بعد أن " أوردت تعريفا للقتل والإعدام ، والبداية التاريخية للقتل، وجعلت الإعدام الحدي في ثلاث عقوبات أو ثلاثة حدود وهي :

(١) حد الحرابة.

(٢) حد الردة .

(٣) ٣- حد زنا المحصن.

كما جعلت الإعدام القصاصي، ينبني على تعريف وسبب، ومحل وحكم.

وبعد ذلك تناولت الحكمة من عقوبة الاعدام وما فيها من أمن اجتماعي واستقرار سياسي واطمئنان انساني، معتمدا على الآية الكريمة حيث يقول عز وجل : ﴿ وَلكُمْ فِي القِصاصِ حِياةٌ يا اُولِي الألباب لعلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾^(١) ، لان هذه الآية العظيمة هي التي بينت الحكمة العظيمة من عقوبة الاعدام للقاتل، وعللت الحكم بالقصاص من القاتل، وذلك لان لعل في قوله تعالى هي التعليل وليست للترجي ، أي لتتقوا ، على اعتبار أن التقوى هي الغاية القصوى من العمل الصالح ، وهي البوتقة التي تصب وتلتقي فيها الأعمال الصالحة.

واستخرجت سبعة بنود هي تجليات للحكمة من تقيز عقوبة الاعدام في الشريعة الإسلامية ، استنادا إلى منطوق ومفهوم آية القصاص المحكمة والبليغة :
وتلك البنود السبعة هي:

(١) بقاء الحياة واستمرارها.

(٢) إيلاء الجاني.

(٣) إذهاب الغيظ وشفاء الصدور.

(٤) صيانة المجتمع.

(٥) الردع والزجر.

(٦) نداء اولي الالباب

(٧) التقوى.

(١) البقرة : ١٧٩ .

على أن عقوبة الإعدام بقسميها الحدي والقصاصي ، احتوت على الكثير من الخلاف في أحكامها التفصيلية ، سواء كان على المستوى المذهبي أو على مستوى العلماء داخل المذهب الواحد ، الأمر الذي يعسر معه إيراد تلك الخلافات ، نظراً لكثرتها وتشعبها وذلك يجعل البحث طويلاً ومملاً .

لذا كان الاكتفاء بالإطار العام لتلك الأحكام أمراً مناسباً من وجهة نظرنا.

واسأل الله التوفيق والسداد في القول والعمل

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

احمد بن سعود السيابي



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

عقوبة الإعدام في الفقه الإسلامي

إعداد

أ.د/حامد محمد أبو طالب

عميد كلية الشريعة والقانون الأسبق

عضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله حكم فعدل، وقضى فأبرم، لا راد لقضائه، ولا معقب لحكمه. نحمده سبحانه وتعالى ونشكره، ونتوب إليه ونستغفره، ونثني عليه الخير كله، فهو أهل الحمد والمجد، لا نحصي عليه ثناءً، ولا نبلغ حقه توقيراً وإجلالاً.

أشهد ألا إله إلا الله وأن سيدنا محمداً رسول الله اللهم صل عليه وعلى آله وأصحابه وأتباعه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد

فهذا بحث بعنوان "عقوبة الإعدام في الفقه الإسلامي" كتبتة استجابة لطلب مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة تناولت فيه هذه العقوبة لأبين مدى الأخذ بها في الفقه الإسلامي والجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام فيه وحكم تطبيق هذه العقوبة وبيان ضرورتها وتنفيذ شبهات القائلين بإلغائها وخلو العالم الإسلامي من أسباب القول بإلغائها وعدم إمكان تبديلها أو تغييرها.

أهمية هذا البحث

ترجع أهمية هذا البحث إلى تصديه للرد على الأصوات التي ارتفعت هذه الأيام في دول العالم الإسلامي تنادي بإلغاء عقوبة الإعدام بدعوى قسوتها وعدم جدواها في إصلاح الجاني والمجتمع.

وهذا البحث يبين أن هذه الدعوى أن كان لها محل في دول أوروبا وأمريكا وغيرها فلا محل لها في الدول الإسلامية ويكشف للمرردين لهذه الدعوى في الدول الإسلامية عدم الحاجة إليها أولاً وعدم إمكانها ثانياً، لأمر واضح جداً وهو أن تطبيق هذه العقوبة عندنا دين وإلغائها إلغاء جزء من الدين.

فضلاً عن انتفاء الأسباب التي جعلت الأوروبيين وغيرهم يطالبون بإلغائها فلا توجد لدينا، وسنرى أنه لا محل في الدول الإسلامية لإلغائها أو تبديلها أو تعديلها.

ومن ثم فهذا البحث يتصدى للرد عليهم وقيم الحجة على ضرورة بقاء نظام العقوبات عندنا وفقاً لما ورد في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ.

كما يكشف هذا البحث الحقيقة أمام الدول الإسلامية التي تتكبت الطريق ونقلت أنظمتها من القوانين الغربية وحصرت تطبيق الشريعة الإسلامية في نطاق ضيق وقد وجب علينا بيان خطأ هذا السلوك.

وقد حانت الفرصة وانقضت الغمة وقامت الشعوب بثوراتها تريد شرع الله وبقي دور الفقهاء والمجالس التشريعية.

منهج البحث:

تناولت هذا الموضوع في الفقه الإسلامي معتمداً على الكتب المعتمدة فيه، كما تناولت بعض النقاط معتمداً على الكتب القانونية بقدر الحاجة إلى ذلك لبيان بعض المصطلحات وتاريخ العقوبات في الأزمنة القديمة ونحو ذلك بما يفيد البحث والباحث ويضئ له الطريق فقط.

خطة البحث:

تناولت الموضوع في مقدمة بينت فيها أهمية هذا البحث ومنهجه وخطته ثم ألحقتهها بتمهيد تحدثت فيه عن العقوبة وبيان الهدف منها وتطورها وأنواعها وشروطها في الفقه الإسلامي. ثم تناولت الموضوع في نقاط متتالية لتوصل القارئ إلى نتيجة البحث فعرفت الإعدام والقصاص وأوجه الفرق بينهما وطرق تنفيذ الإعدام قديماً ثم حددت الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام في الفقه الإسلامي وبينت حكم تطبيق هذه العقوبة في الفقه الإسلامي والهدف من الإعدام وضرورة تطبيق هذه العقوبة ثم أوردت شبهات القائلين بإلغاء عقوبة الإعدام والأسباب التي دعتهم إلى القول بمنع عقوبة الإعدام وبراءة الفقه الإسلامي منها وبحثت مدى إمكانية إحلال العقوبات السالبة للحرية بدلاً عن الإعدام في الفقه الإسلامي ثم بينت نتيجة إلغاء هذه العقوبة.

ثم أوردت قائمة بأهم نتائج البحث واقتراح توصية من المجمع ثم أوردت قائمة بأهم مصادر البحث.

هذا والله أسأل أن يوفق الأمة الإسلامية لما فيه خيرها وخير شعوبها وأن يبصرها بأعدائها وينصرها عليهم، إنه ولي ذلك والقادر عليه، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

أ.د/حامد محمد أبوطالب

عميد كلية الشريعة والقانون الأسبق بالقاهرة

عضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف

محمول: 00201005273381

dr.hamed_abotaleb@yahoo.com

تمهيد

أتحدث فيه عن العقوبة والهدف منها وتطورها وأنواعها وشروطها.

تعريف العقوبة والهدف منها

تعريف العقوبة

العقوبة لغة: العقاب، عَاقَبَ فلاناً بذنبه معاقبة وعقاباً جزاءً سوءاً بما فعل^(١). العقاب والعقوبة بمعنى واحد تقول عاقبته بذنبه^(٢).

اصطلاحاً: عرف بعض الفقهاء^(٣) العقوبات بأنها "زواجر الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر به".

وعرفها بعض الفقهاء المحدثين^(٤) بأنها "الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع"

وعرفها آخر^(٥) بأنها "الجزاء العادل المشروع لمصلحة الفرد والجماعة عند اقتراف جريمة"

وفي ضوء ذلك يمكن تعريف العقوبة بأنها جزاء وضعه الشارع لمصلحة الفرد والجماعة لفعل محظور^(٦).

والعقوبة في القانون "الجزاء الذي يقرره القانون ويوقعه القاضي من أجل الجريمة ويتناسب معها"^(٧).

الهدف من العقوبة

العقوبة مفسدة في نفسها، ولذلك لم تكن هدفاً في ذاتها ولكن إذا قورنت بالجريمة تبين أن الجريمة أفسد منها، فظهر أن فساد العقوبة إصلاح عندما وقعت جزاءً لما هو أفسد منها.

(١) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، عَقَبَ، ص ٤٢٥، ٤٢٦.

(٢) الصحاح، للجوهري، عقب، ١/١٨٦.

(٣) الماوردي في الأحكام السلطانية، ص ٢٢١.

(٤) أ.د/أحمد الحصري، السياسة الجزائرية، ص ٢٥٥.

(٥) أ.د/محمد عبد المنعم القيعي، في كتابه القيم نظرة القرآن إلى الجريمة والعقوبة، ص ٢٠٧.

(٦) أما الجرائم فهي "محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحدٍ أو تعزير" (الأحكام السلطانية، للماوردي، ص ٢١٩) وقريب منه قول الفراء عنها "محظورات بالشرع زجر الله تعالى عنها بحدٍ أو تعزير" (الأحكام السلطانية، لأبي يعلى الفراء، ص ٢٥٧) أو هي "كل فعل محظور يتضمن ضرراً" (الاختيار لتعليق المختار، للموصلي، ٧٢/٤) أو هي "كل فعل عدوان على نفس أو مال" (المغني، لابن قدامة، ٤٤٣/١).

(٧) شرح قانون العقوبات، القسم العام، أ.د/محمود نجيب حسني، ص ٦٦٧.

وقد يستفيد المرء من جريمته، لكن بإيقاع الضرر على غيره ولذلك حرمت عليه هذه الاستفادة، كما قد يتضرر المرء بالعقوبة لكن من أجل حماية غيره وضعت العقوبة لكل معتدٍ أثيم، حماية للفرد في نفسه وللمجتمع من كل ما هو خطر عليه^(١).

لذلك فالهدف من العقوبة عموماً^(٢) هو إصلاح الأفراد وحماية المجتمعات من الجريمة ولذلك فإن الإسلام العظيم يهدف من تشريع العقوبات حماية المصالح الأساسية للفرد والمجتمع وهي ترجع إلى حفظ الضرورات الخمس وهي:

- (١) حفظ الدين، حيث وضع عقوبة للخروج على الدين والارتداد عنه وسب الله أو الملائكة أو الأنبياء أو الصحابة..... الخ.
- (٢) حفظ النفس، حيث وضع الإسلام عقوبة لقتل الإنسان أو جرحه أو الاعتداء عليه بأي صورة من صور الاعتداء^(٣).
- (٣) حفظ العقل، فقد وضع الإسلام عقوبة لمن يتلف العقل أو يعطل وظيفته بشرب مُسكر ونحوه، لأن في ذلك إذهاباً لعقله وإتلافاً له.
- (٤) حفظ النسل، حيث وضع الإسلام عقوبة لمن يتسبب في خلط الأنساب بالزنا ويتسبب في نشر الأمراض الجنسية بالمجتمعات المسلمة.
- (٥) حفظ المال، فقد وضع الإسلام عقوبة لمن يأخذ مال غيره بغير حق وبغير الطرق التي شرعها للوصول لما في أيدي الآخرين^(٤).

كما يلاحظ أن العقوبات التي وضعها الإسلام العظيم ترمي إلى أغراض لم تنتبه لها القوانين الوضعية إلا حديثاً، من ذلك:

- (١) العدالة في تحديد الجزاء حيث لا توقع العقوبة إلا على من اقرتف الجريمة، قال تعالى: ﴿ أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ * وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ * وَأَنَّ سَعْيَهُ سَوْفَ يُرَىٰ * ثُمَّ يُجْزَأُ الْجَزَاءَ الْأَوْفَىٰ ﴾^(٥).
- (٢) تحقيق الزجر العام بواسطة العقاب كأن ينفذ العقاب علناً، وحتى لا يقدم أحد على ارتكاب هذه الجريمة، وجعل عقاباً أخروياً يناله الجاني حتى ولو نجا من عقاب الدنيا، مما يوقظ ضمائر الناس ويبعدهم عن الجرائم مراعاةً لله تعالى.
- (٣) تحقيق تقويم الجاني، وذلك بمنعه من اقرتاف الجريمة. ذلك أن العقوبات التي وضعها الشارع من شأنها ردع ذي الجهالة خوفاً من ألم العقوبة وخيفة من نكال الفضيحة^(٦) فيمتنع عن ارتكاب الجريمة.

(١) نظرة القرآن إلى الجريمة والعقوبة، أ.د/محمد عبد المنعم القبيعي، ص ٢٠٧.

(٢) الجنائية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث من اعداد، مسفر غرم الله الدميني، ص ١١٩، ١٢٠، معين الحكام، للطرابلسي، ص ١٨٠ وما بعدها، لسان الحكام، لابن الشحنة، ص ٢٨٩ وما بعدها.

(٣) المغني، لابن قدامة، ٤٤٣/١١.

(٤) بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٦١/٢.

(٥) الآيات ٢٨ - ٤١ من سورة النجم.

(٦) الأحكام السلطانية، للماوردي، ص ٢٢١.

تطور العقوبة

تنبهت البشرية منذ أقدم العصور إلى خطورة الجريمة وضرورة العقاب لكبتها ومنعها، واجتهد المصلحون في كل عصر لوضع عقوبات للجرائم تكون كفيلة بالقضاء عليها لكنهم لم يوفقوا باعتبارهم بشراً - حتى الآن - في استئصال الجرائم بعقوبات مناسبة^(١).

ومن الصعب تحديد التاريخ الذي ظهرت فيه العقوبة لأول مرة ولكن يمكن القول بأنها ظهرت مع ظهور التجمعات البشرية الصغيرة في صورة الأسرة، ثم تكاثرت فأصبحت عشيرة فقبيلة مما يشير إلى أن العقوبة ظهرت قبل ظهور فكرة الدولة كتنظيم سياسي.

وقد سادت في المجتمعات البدائية القديمة فكرة الانتقام الفردي من الجاني حيث كان الفرد يدفع الأذى الواقع عليه في صورة انتقام من الجاني وثأر منه، وأحياناً يستعين على ذلك بعائلته لنصرته ودفع الأذى والانتقام من الجاني. وقد يستعين الأخير بعائلته مما يؤدي إلى نشوب حروب بين العشائر والقبائل تفوق في أضرارها ما أصاب الجاني.

وغالباً ما يكون الانتقام أو الثأر غير متناسب مع الضرر الناتج عن الجريمة حيث كان يقدر بمعرفة المجني عليه أو عائلته، وهم يتولون الانتقام من المجني عليه أو عائلته دون معقب، مما يؤدي إلى التجاوز في العقاب أو الانتقام من المعتدي أو من عشيرته.

ورغم ضخامة العقوبة وجسامتها فلم تفلح في اقتلاع الجريمة، بل على العكس فتحت الباب واسعاً للحروب والغارات بين القبائل مما ألزم المصلحين بالبحث عن نظام جديد للعقوبة^(٢).

ثم تطورت العقوبة ومالت المجتمعات إلى فكرة التحكيم حسماً للدماء، كما اتجهوا إلى ضرورة المساواة بين الجريمة والعقوبة فظهر نظام القصاص وهو يقتضي أن يُفعل بالجاني مثل ما فعل بالمجني عليه. كما ظهر نظام الصلح بأن يؤدي الجاني إلى المجني عليه مالاً معيناً عُرف باسم الدية وقد كان اختيارياً للمجني عليه ثم صار إجبارياً^(٣) واتفقت الجماعات ولا سيما بعد ظهور الدولة كنظام سياسي وظهور الأديان وارتقت الجماعات في تفكيرها وأصبحت العقوبات مقدرة ومعروفة. ففي الديانة اليهودية حُددت الجرائم وعقوباتها وانحصرت العقوبات عندهم في القتل، والجلد والحرمان الكبير والحرمان الصغير والغرامة^(٤).

واتسمت العقوبات بالشدة في الشريعة اليهودية، فقد كان يُقضى بعقوبة السخط أو الحرمان الصغير - وهي تقضي أن من ينزل عليه هذا السخط والعذاب الأليم يصير شقياً

(١) نظرة القرآن إلى الجريمة والعقاب، أ.د/محمد عبد المنعم القبيعي، ص ٢٠٧.

(٢) علم العقاب، أ.د/ أحمد حسني طه، ص ٤٨، ٥٩، تاريخ القانون، د/ مختار القاضي، ص ٢٣، ٢٤.

(٣) السياسة الجزائية، أ.د/ أحمد الحصري، ص ٢٥٩، ٢٦٠.

(٤) محاضرات في تاريخ القانون، أ.د/ عبد الحكم شرف، أ.د/ حامد أبو طالب، ص ٨٠ - ٨٣.

عاصياً كافراً ويجب على الناس الهرب والفرار منه والامتناع عن مخاطبته ولا يستحق أن يحكم له بالعدل في قضاياها ولا يصح تقليده أي منصب ولا توليه أي عمل من أعمال اليهود ولا يكمل به عدد جماعة المصلين في الصلوات التي لا تصح إلا باجتماع عشرة من اليهود.

ويحكم بهذه العقوبة على من تعدى على يهودي برفع اليد !!! أو من عصى الحكام أو قاوم أعوان القضاة أو لم ينفذ أحكامهم أو أساء الأدب ضد والديه أو معلمه أو أحبار اليهود .

أما عقوبة الحرمان الكبير - وهي تقتضي أن من يحكم عليه بهذه العقوبة يحرم دخول داره والسلام عليه ولو في الطريق العام ومداواة أسقامه إذا مرض، ويحرم الدنو منه أقل من أربعة أذرع وعلى من يبلغ ثمانية عشر عاماً من أولاده الخروج من داره والسكن بعيداً عنه وأمواله مباحة ولا يجوز التأجير له ولا إعارته شيئاً ولا البيع له ولا إعطاؤه شيئاً ما ولا شراء أي شيء منه ولا قبول شيء منه، وإذا مات لا يكفن ويلقى به خارج المقابر ويصبح جسده غنيمة لمخالب الطيور وجزاؤه جهنم.

وواضح أن هذه العقوبة تقتضي القضاء على من يستحقها حياً وميتاً ويقضى بها عند التعدي على أرملة أو يتيم أو يحلف زوراً أو يتردى في جريمة الرشوة أو امتنع القاضي عن الحكم بغير عذر أو تعدى بالضرب والجرح أو سبب أو قذف أحداً أو لعب الميسر أو اشتغل بالسحر وتحضير الأرواح والشياطين وتفسير الأحلام أو ادعى معرفة الغيب أو التنجيم وجس البطون لمعرفة ما في الأرحام!!!

وهكذا اصطبغت العقوبات عند اليهود بالشدة الشديدة والغلظة والقسوة . ومن هنا جاءت المسيحية بعد اليهودية لكنها لم تأت بجديد يضاف إلى أحكام التوراة وأرسل المسيح إلى اليهود مصداقاً لما بين يديه من التوراة، قال تعالى : ﴿ وَإِذْ عَلَّمْتُكَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَالتَّوْرَةَ وَالْإِنْجِيلَ ﴾^(١) والله لا يعلمه التوراة إلا ليعمل بها.

ويقول الله تعالى : ﴿ وَمُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيَّ مِنَ التَّوْرَةِ وَأَلْحَلَّ لَكُمْ بَعْضَ الَّذِي حُرِّمَ عَلَيْكُمْ وَجِئْتُكُمْ بِآيَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَبَّكُمْ فَاعْبُدُوهُ هَذَا صِرَاطٌ مُسْتَقِيمٌ ﴾ فلما أحس عيسى منهم الكفر قال من أنصاري إلى الله قال الحواريون نحن أنصار الله آمننا بالله وأشهد بأننا مسلمون^(٢). فلم تُسَخَّ أحكام التوراة وإنما جاء سيدنا عيسى معدلاً لها. قال تعالى " وَأَلْحَلَّ لَكُمْ بَعْضَ الَّذِي حُرِّمَ عَلَيْكُمْ "^(٣) وتمثل هذا التعديل في المنهج فنادى المسيح بالتسامح المفرط والرفقة والرحمة بدل الشدة والغلظة والقسوة . قال تعالى : ﴿ ثُمَّ قَفَّيْنَا عَلَى آثَارِهِم بِرُسُلِنَا وَقَفَّيْنَا بِعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ وَآتَيْنَاهُ الْإِنْجِيلَ وَجَعَلْنَا فِي قُلُوبِ الَّذِينَ اتَّبَعُوهُ رَأْفَةً وَرَحْمَةً وَرَهْبَانِيَّةً ابْتَدَعُوهَا مَا كَتَبْنَاهَا عَلَيْهِمْ إِلَّا

(١) جزء من الآية ١١٠ من سورة المائدة

(٢) الآيات ٥٠، ٥١، ٥٢ من سورة آل عمران

(٣) جزء من الآية ٥٠ من سورة آل عمران

ابْتِغَاءَ رِضْوَانِ اللَّهِ فَمَا رَعَوْهَا حَقَّ رِعَايَتِهَا فَآتَيْنَا الَّذِينَ آمَنُوا مِنْهُمْ أَجْرَهُمْ وَكَثِيرٌ مِنْهُمْ فَاسِقُونَ ﴿١﴾.

والأحكام التي جاء بها الإنجيل معدلة لأحكام التوراة ورد معظمها في وصية السيد المسيح - عليه السلام - المعروفة بوصية الجبل أو خطبة الجبل ألقاها وهو جالس على قمة الجبل على حواربيه وتلاميذه وهي تشمل فيما يقولون:

(١) منع الطلاق: ذكر المسيح - عليه السلام - في وصيته أن اليهود لقساوة قلوبهم أباحوا الطلاق أما هو فيقرر أن الزوجين بعد زواجهما يصبحان جسماً واحداً فلا يعودان بعد ذلك اثنين، فالذي جمعه الله لا يصح أن يفرقه الإنسان (فقرة ٨، ٩، إصحاح ١٠ إنجيل مرقس).

(٢) إلغاء مبدأ القصاص: ذكر المسيح - عليه السلام - أنه تقرر فيما سبق - مشيراً إلى التوراة - أن العين بالعين والسن بالسن. أما أنا فأقول أنه لا ينبغي أن تقاموا من يتصدى لكم بالأذى وأنه إذا صفعك أحد على خدك الأيمن فأدر له خدك الأيسر، وإذا نازعك أحد في إزارك وادعى ظلماً أنه له فاعطه إزارك ورداءك (فقرة ٣٨ - ٤٠ إصحاح ٥ إنجيل متى).

(٣) إلغاء رجم الزانية: جاء جماعة من الفريسيين وهم طائفة من اليهود إلى المسيح - عليه السلام - بامرأة ضبطت متلبسة بالزنا، وذكروه بحكم التوراة وهو الرجم، فأطرق قليلاً وأخذ يخط بيده على الأرض ثم رفع بصره وقال لهم ليبدأ برجمها من لم يرتكب منكم خطيئة، ثم عاد وأطرق مرة أخرى وهو يخط بيده على الأرض، ثم رفع بصره أخرى فلم يجد إلا المرأة فقال لها أين هؤلاء الذين يتهموك، ألم يبدأ أحد برجمك فقالت لا يا سيدي، فقال لها وأنا أيضاً لا أعاقبك اذهبي لسبيلك ولا ترجعي إلى ما اقترفتيه (فقرة ١ - ١١ إصحاح ٨ إنجيل يوحنا)^(١).

ثم جاء الإسلام خاتماً للرسالات وتضمنت شريعته نظاماً للعقوبات يتناسب وحالة المجتمعات وأمر أتباعه بأن يحكموا بالعدل. قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً﴾^(٢). وقال تعالى: ﴿قَالَ رَبِّ احْكُم بِالْحَقِّ وَرَبُّنَا الرَّحْمَنُ الْمُسْتَعَانُ عَلَىٰ مَا تَصِفُونَ﴾^(٣).

ولا شك أن من هذا الحق والعدل القصاص الذي يقتضي التسوية بين الجريمة والعقوبة فشرع الإسلام القصاص، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي

(١) الآية ٢٧ من سورة الحديد

(٢) تاريخ القانون، أ.د/ مختار القاضي، ص ١٠٥، ١٢٣، وقد تصدى يرحمه الله للرد على هذا الكلام وبين ضعف دلالاته على المطلوب.

(٣) الآية ٥٨ من سورة النساء.

(٤) الآية ١١٢ من سورة الأنبياء.

الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْتَى بِالْأُنْتَى فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعٌ
بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ
عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١﴾ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١﴾.

وفرق الإسلام العظيم في وسطية رائعة بين الزلة والجريمة، قال تعالى "إِنَّ الْحَسَنَاتِ
يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ ذَلِكَ ذِكْرَى لِلذَّاكِرِينَ"^(٢) وقال تعالى "إِنْ تَجْتَبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ
نُكْفِرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَنُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا كَرِيمًا"^(٣). وأتناول العقوبات التي شرعها
الإسلام فيما يلي:

أنواع العقوبات في الفقه الإسلامي

تختلف العقوبات من جماعة لأخرى تبعاً لظروف كل جماعة من حيث عقائدها وطبائع
أفرادها ونظمها السياسية والاجتماعية والاقتصادية، ومع هذا فقد خضعت العقوبات
عموماً للتطور والتغيير تبعاً لتطور المجتمعات وتغير الثقافات.

ومن هنا فقد جاء الإسلام بعقوبات تتسم بالتوسط على النحو الآتي:

أولاً: القصاص: وهو المساواة بين الجريمة والعقوبة قتلاً أو جرحاً أو ضرباً ويشمل عقوبة
القتل (الإعدام)^(٤) وتهدف إلى إنهاء حياة المجرم وتخليص المجتمع من شروره عندما
يتردى المجرم في أفعال إجرامية خطيرة على المجتمع.

وقد طبقت المجتمعات المختلفة قديماً وحديثاً هذه العقوبة على النحو الذي سأتناوله
بالتفصيل، لأنه موضوع البحث.

ثانياً: الرجم: ويطبق جزاءً لزنا المحصن.

ثالثاً: الدية: وهي مبلغ من المال يدفع لولي الدم في بعض الأحوال، كعفوه عن القصاص،
وفي القتل الخطأ.

رابعاً: عقوبة الجلد: وهي عقوبة توقع على مشهد من الناس جزاءً على زنا غير المحصن
وجزاءً على جريمة القذف وفي التعزير.

خامساً: القطع وهو جزاء يطبق عقوبة على السرقة وجزء من جزاء جريمة الحرابة.

سادساً: الكفارة وهي عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين وهي عقوبة للقتل الخطأ بجانب
الدية.

(١) الآيتان ١٧٨، ١٧٩ من سورة البقرة.

(٢) جزء من الآية ١١٤ من سورة هود.

(٣) الآية ٣١ من سورة النساء.

(٤) التشريع الجنائي الإسلامي، للشهيد عبدالقادر عودة، ٦٠٨/٥ وما بعدها

سابعاً: الحرمان من الميراث والوصية وهو عقوبة لمن قتل مورثه أو من أوصى له كعقوبة تبعية^(١).

ثامناً: التعزير وهو يعني التأديب وله أساليب تتدرج وفقاً للجريمة ما بين التوبيخ والقتل ومن ثم تشمل القتل والحبس والجلد والنفي ومصادرة الأموال والتشهير وحلق الشعر والتوبيخ وما يراه القاضي كافياً لعقوبة المخطئ.

شروط العقوبة

يشترط الفقه الإسلامي شروطاً معينة في العقوبة حتى تتحلى بوصف العقوبة الشرعية على النحو التالي:

أولاً: أن تكون العقوبة منصوصاً عليها في مصادر التشريع^(٢) حيث يرد النص على الجريمة وعلى عقوبتها ، لأن " الأفعال قبل ورود الشرع على الإباحة "^(٣)، وأنه " لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع بل الأمر موقوف على وروده "^(٤)، " والتكليف لا يلزم العباد إلا من الشرع لا من مجرد العقل "^(٥). ويقول الله تعالى : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً ﴾^(٦)، وقال تعالى : ﴿ وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾^(٧) ، وكل هذا يدل بلا شك على عدم اعتبار أي فعل جريمة يعاقب عليها إلا بعد بيان ذلك، بل إن الإسلام العظيم قبل اعتبار أي فعل جريمة يبين الطريق واضحاً لتحقيق هذه المصلحة ثم يبين العقاب عند مخالفة منهج الإسلام في تحقيق هذه المصلحة، فهو لا يعاقب الناس إلا بعد أن يبين ما يحل وما يحرم.

ثانياً: عمومية التطبيق: بمعنى أن العقوبة في الإسلام تسري على جميع الناس على حد سواء ولا يستثنى منها أحد، لا فرق بين غني وفقير، كبير وصغير، متمتع بحصانة أو غيره أو كونه من ولادة الأمر أو غير ذلك. قال تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنْ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾^(٨) وهي تدل بعمومها على وجوب تطبيق الحد عند وجود الجريمة.

^(١) الجنائية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، اعداد مسفر غرم الله الدميني، ص ١٣٩ وما بعدها. من الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون، المستشار أحمد موافي، ج ١/٧٤ وما بعدها.

^(٢) وفي القانون "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" (انظر الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، العقوبة ، للإمام محمد أبي زهرة، ص ١٠٤).

^(٣) المستصفي، للغزالي، ٦٣/١.

^(٤) الأحكام للأمدي، ٦٩/١.

^(٥) التسهيل لأحكام التنزيل، لابن جزى، ١٦٩/٢.

^(٦) جزء من الآية ١٥ من سورة الإسراء.

^(٧) جزء من الآية ٤٩ من سورة المائدة.

^(٨) الآية ٣٨ من سورة المائدة.

وقال تعالى : ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾^(١). وقد ورد هذا النص بعمومه فينطبق على كل من وقع في هذه الجريمة وفقاً لشروطها دون تمييز بين شخص وآخر.

وقال ﷺ : " أيها الناس إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها "^(٢). وهكذا يقرر الرسول ﷺ تطبيق الجزاء على كل من تردى في الجريمة حتى ولو كانت بنته فاطمة وهذا يقرر عمومية التطبيق.

ثالثاً: شخصية العقوبة: بمعنى أن العقوبة تنصب على الجاني نفسه ومن ثم لا تمس أي شخص آخر مهما كانت صلته بالجاني كابنه وأبيه وأخيه. قال تعالى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾^(٣) وتقرر هذه الآية بكل وضوح شخصية العقوبة حيث "لا يؤخذ أحد بذنب أحد"^(٤) ويقول الله تعالى : ﴿ كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِيْنٌ ﴾^(٥) ، ويقول تعالى : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِيْنَةٌ ﴾^(٦) ، ويقول تعالى : ﴿ وَكُلُّ إِنْسَانٍ أَلْمَنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ ﴾^(٧).

وهكذا يقرر الإسلام العظيم بما لا يدع مجالاً للشك شخصية العقوبة وأنها لا تنال إلا من تردى في الجريمة.

رابعاً: مناسبة العقوبة للجريمة: العقوبات في الفقه الإسلامي مناسبة للجرائم التي توجبها فإذا كانت الجريمة شنيعة كان عقابها شديداً وإذا كانت الجريمة قليلة الخطر كانت عقوبتها كذلك. ولا شك في تناسب العقوبة للجريمة ، لأنها من شرع الله – سبحانه وتعالى – خالق الإنسان.

وقد قرر الله سبحانه وتعالى ذلك في قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ﴿٦٠﴾ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ ﴾^(٨). وليس هناك معيار أدق من ذلك.

غير أنه يجب أن نراعي في التناسب مقدار الأذى الذي ينزل بالمجني عليه من جراء الجريمة ، ومقدار الترويع والإفزاز العام الذي أحدثته الجريمة ، ومقدار ما اشتملت عليه من

(١) جزء من الآية الثانية من سورة النور.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب قطع السارق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود ، الحديث رقم ١٦٨٨/٨ ج ٢٠١/٦.

(٣) جزء من الآية ١٥ من سورة الإسراء.

(٤) التسهيل لعلوم التنزيل ، لابن جزي ، ١٦٨/٢.

(٥) جزء من الآية ٢١ من سورة الطور.

(٦) الآية ٤٨ من سورة المدثر.

(٧) جزء من الآية ١٣ من سورة الإسراء.

(٨) الآيتان ٨ ، ٧ من سورة الزلزلة.

هتك لحمى الفضيلة الإسلامية، ومقدار الزجر والردع في العقوبة فإن الزجر العام وأثر تطبيق العقوبة في ردع المعتدين حتى لا يقترب أحد مثل هذه الجريمة^(١).

وإذا راعينا هذه الأمور في الموازنة بين الجريمة والعقوبة فسيتبين لنا مدى عدالة الإسلام المطلقة.

مرونة عقوبات التعزير:

التعزير هو عقوبات مرنة على جرائم لم تشرع فيها حدود . ويمتاز هذا النوع من العقوبات في الفقه الإسلامي بالمرونة ومراعاة حال المذنب وجسامته الذنب وطروفه.

وتختلف عقوبات التعزير عن عقوبات الحدود في أوجه منها :

(١) للقاضي في عقوبات التعزير سلطة تقديرية في قدر العقوبة زيادة ونقصاً تبعاً لجسامته الجريمة ولوضع الجاني وظروف الجريمة بخلاف الحدود فهي مقدرة وليس للقاضي سلطة تقديرية في تقديرها.

(٢) الحدود لا يجوز لولي الأمر العفو عنها بخلاف عقوبة التعزير فهي تتميز بالمرونة ولذلك يملك ولي الأمر العفو عنها عندما تتمحض العقوبة حقاً للمجتمع ولا تطول حق آدمي ورأى ولي الأمر أن العفو أصلح للمجتمع من العقوبة.

(٣) أما إذا تعلق التعزير بحق آدمي فليس لولي الأمر أن يعفو.

(٤) ما يحدث من التلف عن إقامة الحد هدر بخلاف التعزير فإنه لبساطته وعدم خطورته يوجب ضمان ما حدث عنه من تلف^(٢).

(١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، العقوبة، أ.د/محمد أبوزهرة، ص ٨.
(٢) الأحكام السلطانية، للماوردي، ٢٣٦ - ٢٣٩. لسان الحكام، لابن الشحنة، ٤٠١. معين الحكام، للطرابلسي، ١٩٥، ١٩٤. الأحكام السلطانية، لأبي يعلى الفراء، ٢٧٩ - ٢٨٢.

تعريف الإعدام

الإعدام لغة: إزهاق الروح "يقال حكم القاضي بإعدام المجرم: قضى بإزهاق روحه قصاصاً"^(١).

اصطلاحاً: عرف القانونيين الإعدام بتعريفات متعددة منها: "استئصال المحكوم عليه بإزهاق روحه"^(٢)

وعرفه بعضهم^(٣) بأنه "إزهاق روح المحكوم عليه"

كما عرفه غيرهم^(٤) بأنه "إنهاء حق الجاني في الحياة وذلك بإزهاق روحه"

والمعنى اصطلاحاً لا يخرج عن المعنى اللغوي، فهما يتفقان في أن المراد بالإعدام إنهاء حياة المحكوم عليه وتخليص المجتمع من شروره.

وسائل تنفيذ عقوبة الإعدام^(٥)

تهدف عقوبة الإعدام إلى تخليص المجتمع من شرور المجرم باستئصاله، ومن ثم تعددت الأساليب والصور في تنفيذ هذه العقوبة تبعاً لاختلاف المجتمعات وطبائع الشعوب وأحياناً كانت تحاط بالتعذيب كعنصر أساسي في أسلوب تنفيذها ويختلف مقدار التعذيب تبعاً لجسامة الجريمة^(٦)، وكان للقاضي سلطة اختيار طريقة الإعدام التي تتناسب مع جسامة جريمته^(٧). وقد سادت هذه العقوبة في المجتمعات السحيقة والقديمة والمتوسطة والحديثة باعتبار الإعدام وسيلة من وسائل التكفير عن الذنب من ناحية، وللتخلص من المجرم من ناحية أخرى. وقد اختلفت وسائل تنفيذ حكم الإعدام من زمان لآخر ومن مكان لآخر، على النحو التالي:

(١) المعجم الوجيز، لمجمع اللغة العربية، ع د م، ص ٤١٠.

(٢) علم العقاب، أ.د/أحمد حسني طه، ص ٦٩.

(٣) أ.د/محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص ٦٩٠.

(٤) أ.د/سامح جاد، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص ٤٣٩.

(٥) راجع في هذا الموضوع علم الجريمة، د/حسن شحاته سعفان، ص ٢٢١، ٢٢٤.

(٦) من ذلك مثلاً ما ورد في نظام العقاب عند الفراعنة، فقد كان جزاء جريمة القتل الإعدام في حالة القتل العمد، وإذا وقعت الجريمة من ابن على أبيه فتقطع أصابعه ثم يُعدم حرقاً بعد ذلك، بخلاف ما إذا كان الجاني الوالد على ولده فلا يُعدم ولكن يستبدل الإعدام بأن يُؤمر الوالد باحتضان جثة ولده ثلاثة أيام متصلة بلياليهم على مشهد من الناس وبإشراف السلطة المختصة (محاضرات في تاريخ القانون، أ.د/عبد الحكم شرف، أ.د/ حامد أبوطالب ص ١٤١).

(٧) حكم في فرنسا سنة ١٧٧٦ على شاب في الثامنة عشرة من عمره اتهم بإهانة الدين، بقطع لسانه من جذوره وبتر يده اليمنى على باب الكنيسة الرئيسية في المدينة ثم حرقه حياً على نار هادئة. وقد اجتهد القضاة في تحديد كيفية تنفيذ الإعدام في هذا الشاب على النحو الذي رأوه ينزل به القدر من العذاب المتناسب مع جسامة جريمته ومقدار إثمه بإرتكابها. وقد خفف هذا الحكم بعد النطق به إلى قطع رأس المحكوم عليه وحرقه بعد إعدامه. (شرح قانون العقوبات، أ.د/محمود نجيب حسني، القسم العام، هامش ص ٦٩١).

- (١) الضرب أو التكسير وكان يستخدمه الآشوريون القدماء، فقد كانوا يكسرون رأس المحكوم عليه بالإعدام بمطرقة حديدية ضخمة.
- (٢) قطع الرأس وفصلها عن الجسم أو الذبح، وقد استخدم الآشوريون والفرس واليونان والرومان والمصريون القدماء هذه الطريقة.
- (٣) الحرق وقد استخدمه العبرانيون وكانوا يعاقبون به الزناة إذا كانوا من رجال الدين، كما كانوا يعاقبون به من يتزوج من المحارم. كما استخدمه البابليون للتكفير عن جريمة الزنا، كما استخدمه اليهود والرومان.
- (٤) تقطيع الأطراف وأعضاء الجسم حتى الموت، أو نشر أجزاء الجسم بالمنشار وسادت هذه الوسيلة عند الفرس والعرب واستخدمها الفراعنة.
- (٥) الصلب، حيث يصلب الجاني إلى أن يموت وقد استخدمه الرومان لإعدام غير المدنيين الرومان أو الأجانب، واستخدمه لاسكندر الأكبر في إعدام كثير من أعدائه، واستخدمه الفينيقيون والقرطاجيون والفراعنة.
- (٦) إلقاء المحكوم عليه بالإعدام للحيوانات المفترسة لتقطعه وتأكله واستخدم الرومان هذه الطريقة ضد كثير من ضحايا المسيحيين.
- (٧) السلخ، وقد استخدمه الآشوريون والفرس القدماء.
- (٨) الطعن بآلة حادة، وقد استخدمه الآشوريون والفرس والرومان والعرب.
- (٩) إلقاء المحكوم عليه بالإعدام من مكان مرتفع، وقد استخدمها الرومان في قتل الرقيق.
- (١٠) الرجم وهو رمي المحكوم عليه بالإعدام بالحجارة حتى الموت وقد استخدمه العبرانيون واليهود والمسيحيون والعرب قبل الإسلام وبعده.
- (١١) الخنق: وذلك بالضغط على رقبة المحكوم عليه بالإعدام حتى الموت، وقد استخدمه اليهود والفرس.
- (١٢) الضحك: وذلك بأن تثار في المحكوم عليه بالإعدام مشاعر الضحك "بالزغزغة" إلى أن يتوقف قلبه من الضحك ويموت(١)، وقد استخدمته بعض الجهات في الصين.
- (١٣) الجلد حتى الموت، وقد استخدمته أمم كثيرة مثل الرومان واليونان والعرب.
- (١٤) الجلوس على الخازوق، وذلك بأن يجلس المحكوم عليه بالإعدام على مقعد فيخرج عامود من أسفله به آلات حادة تقطع أمعاء المحكوم عليه وأجزاءه كلما صعد الخازوق إلى أن يموت.

(١) ومنه ما يقال عند المصريين مات من الضحك.

- (١٥) الفرق، وذلك بأن تغمس رأس المحكوم عليه في الماء إلى أن ينقطع نفسه ويموت.
- (١٦) وقد تطورت أساليب الإعدام بحيث تجري بدون ألم للمحكوم عليه، ومن ثم أصبحت الأمم تنفذ هذه العقوبة في صورة:
- (١٧) الشنق: وهو يشبه الخنق - سالف الذكر - إلا أنه أسرع منه في إنهاء حياة المحكوم عليه بالإعدام.
- (١٨) القتل بالصعق بالكهرباء، بأن يوصل جسم المحكوم عليه بالإعدام بمصدر كهربائي ثم يطلق عليه التيار الكهربائي فيصعق ويموت.
- (١٩) القتل بالغازات الخائقة: حيث يوضع المحكوم عليه بالإعدام في حجرة وتملاً بالغازات الخائقة فيموت.
- (٢٠) القتل بإطلاق الرصاص، وذلك بأن يوقف المحكوم عليه بالإعدام، وتغمى عيناه، ثم يطلق عليه الرصاص في مقتل كقلبه أو مخه مما يؤدي لموته فوراً.
- (٢١) المقصلة: وهي جهاز يفصل رقبة المحكوم عليه بالإعدام عن جسمه بسرعة، وقد اخترعه الدكتور جيونان في عهد الثورة الفرنسية.
- وكان ولا يزال الهدف من تطوير وسائل الإعدام هو الوصول إلى الهدف ألا وهو إنهاء حياة المحكوم عليه بالإعدام بطريقة بعيدة عن التعذيب قدر الإمكان.

تعريف القصاص

لغة: لكلمة قصاص معان متعددة في اللغة منها تتبع الأثر يقال قصصت الأثر تتبعته، ومنها المقاصة يقال قاصصته "مقاصة وقصاصاً من باب قاتل إذا كان لك عليه دين مثل ما له عليك فجعلت الدين في مقابلة الدين مأخوذ من اقتصاص الأثر ثم غلب استعمال القصاص في قتل القاتل وجرح الجرح وقطع القاطع"^(١). ومنها المماثلة لذلك فإن القصاص في اللغة أن يُفعل بالجاني مثل ما جنى، القتل بالقتل والجرح بالجرح والقطع بالقطع^(٢).

اصطلاحاً: القصاص أن يُفعل بالفاعل الجاني مثل ما فعل^(٣).

وقال ابن تيمية: القصاص هو المساواة والمعادلة في القتل^(٤).

وعرفه الأستاذ الدكتور حسن الشاذلي بأنه "أن يُفعل بالجاني مثل ما فعل بالمجني عليه، فإن قتل قُتل وان جرح جُرح"^(٥).

(١) المصباح المنير، للفيومي، قصص، ص ٦١٠.

(٢) المعجم الوجيز، لمجمع اللغة العربية، قص، ص ٥٠٤.

(٣) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، ٢٥٩/٣٣.

(٤) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ص ١٤٧.

(٥) الجنایات في الفقه الإسلامي، ص ٩٥.

وعلى ذلك فإن القصاص في القتل معاقبة القاتل بمثل فعله. ويسمى القصاص قوداً هنا ولعله سُمي بذلك لأن المقتص منه في الغالب يقاد بشئ يربط فيه أو بيده إلى القتل فسمي القتل قوداً^(*).

أدلة مشروعية القصاص

القصاص مشروع بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول^(١).

أما الكتاب فممنه أولاً قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِعَدْوٍ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١٧٨﴾ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٧٩﴾﴾^(٢).

وجه الدلالة: أن قوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ﴾ أي شرع لكم وليس بمعنى فرض، لأن ولي المقتول مخير بين القصاص والدية والعفو، وقيل بمعنى فرض أي فرض على القاتل الانقياد على القصاص وعلى ولي المقتول ألا يتعداه إلى غيره كفعل الجهلة وعلى الحاكم التمكين من القصاص^(٣). كما أن هذه الآية نزلت فيمن كان من العرب لا يرضى أن يأخذ بعبد إلا حراً، وبوضيع إلا شريفاً وبامرأة إلا رجلاً ذكراً ويقولون القتل أنفى للقتل فردهم الله عز وجل عن ذلك إلى القصاص وهو المساواة مع استيفاء الحق فقال "كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ" وقال تعالى "وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ" (٤).

ولا شك أن سبب النزول يبين أن التشريع يؤكد حتمية المساواة بين الجريمة والعقوبة حتى يقضى على الظلم الذي يسبب الحقد والكراهية بين الناس ويتسبب في القتال والحروب.

وهذا يدل على أن الله سبحانه وتعالى شرع لنا القصاص.

ثانياً: قول الله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٥٠﴾﴾^(٥).

(*) المغني، لابن قدامة، ٥٠٦/١١.

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، للشهيد عبدالقادر عودة، ١/٦٦٤.

(٢) الآيتان ١٧٨، ١٧٩ من سورة البقرة.

(٣) كتاب التسهيل لعلوم التنزيل، لابن جزى ٧٠/١. وقال ابن العربي "قال علماؤنا: معنى (كتب) فرض وألزم، وكيف يكون هذا والقصاص غير واجب! وإنما هو لخيرة الولي ومعنى ذلك كتب وفرض إذا أرتم استيفاء القصاص فقد كتب عليكم، كما يقال كتب عليك - إذا أردت التفضل - الوضوء وإذا أردت الصيام النية" (أحكام القرآن، لابن العربي ٦٤/١).

(٤) أحكام القرآن، لابن العربي، ٦١/١.

(٥) الآية ٤٥ من سورة المائدة.

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى يخبرنا أنه فرض وألزم بني إسرائيل في التوراة أن النفس بالنفس أي تقتل النفس إذا قتلت نفساً، وإذا كان هذا إخباراً بما في التوراة، إلا أنه حكم في شريعتنا بالإجماع^(١)، لأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ.

وأما السنة فمنها أولاً: قول رسول الله ﷺ (ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودي وإما أن يقاد)^(٢).

وجه الدلالة: بين هذا الحديث أن ولي المقتول بالخيار إن شاء قتل القاتل وإن شاء أخذ فداءه.

ثانياً: ما رواه أنس بن مالك أن جارية وجد رأسها قد رض بين حجرين فسألوها من صنع هذا بك؟ فلان؟ فلان؟ حتى ذكروا يهودياً فأومأت برأسها فأخذ اليهودي فأقر فأمر به الرسول ﷺ أن يرض رأسه بالحجارة^(٣).

وجه الدلالة: دل الحديث على أن رسول الله ﷺ قتل اليهودي الذي ثبت بإقراره أنه قتل الجارية وهذا يدل على أن جزاء القاتل القتل.

أما الإجماع: فقد اجمع الفقهاء على مشروعية القصاص^(٤).

وأما المعقول: فإن العقل يقتضي شرعية القصاص، لأن الطباع البشرية والأنفس الشريرة تميل إلى الظلم والاعتداء وترغب في استيفاء الزائد لاسيما سكان البوادي وأهل الجهل العادلين عن سنن العقل والعدل. فلو لم تشرع الجزاءات الزاجرة عن التعدي والقصاص من غير زيادة ولا انتقاص لتجراً ذوو الجهل والحمية على القتل والفتك في الابتداء وإنصاف ما جنى عليهم في الاستيفاء فيؤدي ذلك إلى التفاني وفيه من الفساد ما لا يخفى، فاقتضت الحكمة شرع العقوبات الزاجرة عن الابتداء في القتل والقصاص المانع من استيفاء الزائد على المثل فورد الشرع بذلك حسماً عن مادة هذا الباب^(٥) قال تعالى "وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ"^(٦).

الفرق بين الإعدام وقتل النفس قصاصاً

القصاص باعتباره عقوبة يتنوع إلى نوعين باعتبار موجهه:

^(١) كتاب التسهيل لعلوم التنزيل، لابن جزي ١٧٨/١.

^(٢) جزء من خطبة النبي ﷺ عند فتح مكة أخرجها مسلم في صحيحه في كتاب الحج، باب تحريم مكة ١٣٥/٥ الحديث رقم ١٣٥٥/٤٧٧.

^(٣) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب القسامة باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره ١٧٢/٦ حديث رقم ١٦٧٢/١٧.

^(٤) الاختيار لتعليق المختار، للموصلي، ٧٢/٤، بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٦٧/٢.

^(٥) الاختيار لتعليق المختار، للموصلي، ٧٣/٤، ٧٢.

^(٦) الآية ١٧٩ من سورة البقرة.

فإن كان موجبه القتل العمد فهو القصاص في النفس وإن كان موجبه جراح أي اعتداء على ما دون النفس فهو القصاص في الجوارح^(١) أو القصاص في الأطراف^(٢).

وينصرف الحديث إلى النوع الأول وهو القصاص في النفس.

وإذا قارنا بين القصاص في النفس والإعدام نجد أنهما يتفقان في أمور ويختلفان في أخرى.

أوجه الاتفاق:

يتفق القصاص في النفس مع الإعدام فيما يأتي:

- (١) كل منهما يهدف لإزهاق روح الجاني.
- (٢) كلاهما عقوبة على جرائم خطيرة تهز كيان المجتمع كقتل النفس، أو الجنايات المضرة بأمن الحكومة من جهة الداخل أو الخارج، أو الجرائم التي أدت إلى قتل النفس كالقتل بالسم، والحريق العمد إذا أدى إلى موت شخص كان موجوداً بالأماكن المحترقة.
- (٣) كلاهما يعتبر جزاءً على قتل النفس - في الجملة -، ذلك أن من يدقق النظر في الجرائم التي يحكم فيها بالإعدام في القانون المصري يجد أنها أدت إلى قتل نفس بغير حق^(٣) ومن ثم إذا طبقنا أحكام الشريعة الإسلامية على هذه الجرائم لاشك أننا سنجد عقوبتها إزهاق روح الجاني وهو ما يعني الإعدام.
- (٤) يمكن القول بأن الحالات التي يحكم فيها بالإعدام في القانون المصري تتفق مع الحالات التي يحكم فيها بالقتل قصاصاً في الشريعة.
- (٥) العفو عن القاتل من أولياء الدم يؤثر في العقوبة - على تفصيل في ذلك - سواء على عقوبة الإعدام أو قتل النفس قصاصاً.

أوجه الاختلاف

- (١) إزهاق روح الجاني لا يسمى قصاصاً إلا إذا كان جزاءً لقتل نفس ويطلق عليه الفقهاء لفظ "القتل". أما إذا كان إزهاق روح الجاني جزاءً للزنا وهو محصن فهو حد الزنا ويسمى رجماً.

^(١) بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٦١/٢.

^(٢) الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، ٨٣/٤.

^(٣) حيث يقرر القانون المصري عقوبة الإعدام جزاءً على ارتكاب جنایات جسيمة منها ما يمس أمن الدولة من جهة الخارج أو من جهة الداخل، ومنها القتل العمد مع سبق الإصرار أو التردد، والقتل بالسم والقتل المقترن بجناية أو المرتبط بجنحة وتعرض وسائل النقل العامة للخطر إذا نشأ عنه موت إنسان، والحريق العمد إذا أدى إلى موت إنسان كلن في الأماكن المحترقة، وشهادة الزور إذا حكم على متهم بناءً عليها بالإعدام (انظر المواد ٢٩٥، ٢٥٧، ١٦٨، ٢٣٤، ٢٣٣، ٢٣٠، ٨٩، ٧٧، عقوبات وانظر الجريمة والمجرم، أ.د./ رمسيس بهنام ٥٩٤، شرح قانون العقوبات، القسم العام، أ.د./ محمود نجيب حسني ٦٩٧)

وإذا كان إزهاق روح الجاني جزاءً للارتداد عن الإسلام بعد الإيمان وهو حد الردة ويسمى قتلاً.

ومن ثم فلا يجوز إزهاق روح المسلم إلا في حالة من الحالات الثلاث^(١) إلى جانب حالة رابعة وهي القتل للحرابة، عملاً بقول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾^(٢).

(٢) دائرة إزهاق الروح في الفقه الإسلامي أوسع منها في القانون المصري حيث تطبق هذه العقوبة في الفقه الإسلامي على من تثبت عليه جريمة الزنا وهو محصن وعلى من يرتد عن الإسلام بعد الدخول فيه. وهذه الجرائم لا يعاقب عليها بالإعدام في القانون المصري، بل قد لا يعاقب عليها القانون في بعض الحالات.

(٣) يضع القانون المصري ضوابط للحكم بالإعدام حيث خص هذه العقوبة بضوابط تخالف القواعد العامة في إصدار الأحكام، حيث أوجب على المحكمة ألا تصدر الحكم بالإعدام إلا بإجماع آراء أعضائها.

كما أوجب عليها قبل إصدار هذا الحكم أن تأخذ رأي مفتي الجمهورية، ويجب على المحكمة إرسال أوراق القضية لفضيلة المفتي لأخذ رأيه وفقاً للشريعة الإسلامية، وإذا لم يصل رأيه للمحكمة خلال عشرة الأيام التالية لإرسال الأوراق إليه حكمت المحكمة في الدعوى. (المادة ٢/٣٨١ إجراءات جنائية).

والمحكمة وإن كانت ملزمة بضرورة أخذ رأي فضيلة المفتي إلا أنها غير ملزمة برأيه ولها أن تحكم بما يخالفه دون أن يترتب على ذلك بطلان.

كما أوجب القانون على النيابة العامة عرض القضية الصادر فيها حكم بالإعدام على محكمة النقض حتى ولو لم يطعن أحد في الحكم غيرها (المادة ٤٦ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩)^(٣).

كما وضع المقتن بعض الضمانات أيضاً في تنفيذ عقوبة الإعدام مثل رفع الأوراق إلى رئيس الدولة قبل تنفيذ الحكم وله أن يعفو أو يبذل العقوبة، الخ^(٤).

(١) هذه هي الحالات التي يجوز فيها إهدار دم المسلم، ويحل تعمد قتله وهي النفس بالنفس، والثيب الزاني، والتارك لدينه المفارق للجماعة عملاً لحديث الرسول ﷺ حيث قال "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة" (أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب القسامة، باب ما يباح به دم المسلم، الحديث رقم ١٦٧٦/٢٥، ج ١٧٩/٦)

(٢) الآية ٣٣ من سورة المائدة.

(٣) علم العقاب، أ.د/ أحمد حسني طه، ص ٧٥، ٧٤. شرح قانون العقوبات، القسم العام، أ.د/ محمود نجيب حسني، ص ٦٩٩، ٦٩٨. الجريمة والمجرم والجزاء، أ.د/ رمسيس بهنام، ص ٥٩٤.

(٤) المراجع السابقة.

(٤) لرئيس الدولة أن يعفو عن المحكوم عليه بالإعدام أو يخفف الحكم ويستبدل العقوبة ولكن ليس لولي الأمر أن يعفو عن القاتل في القصاص فلا يملك ولي الأمر ذلك ولا يكون العفو إلا من ولي الدم^(١).

(٥) يمتنع القتل قصاصاً في الفقه الإسلامي في بعض الحالات وعلى تفصيل في المذاهب، ولا يسري هذا على الإعدام مثل قتل الوالد بولده، وقتل المسلم بغير المسلم^(٢) - على تفصيل واختلاف واسع في المذاهب^(٣).

(٦) الإعدام يعد حقاً للدولة ومن ثم لا يملك ولي الدم أو غيره من أفراد الشعب التدخل لإلغائه أو تغييره وأساس ذلك في القوانين أن الفلسفة الأوربية التي سادت في العصور الوسطى كانت تعتبر حياة الفرد حقاً خالصاً للحاكم فهم واهب الحياة - في فكرهم - ومن ثم يملك سلبها.

بخلاف القصاص لقتل النفس (القود) فهو حق لولي الدم يملك العفو والعدول عنه إلى بدل وهو الدية.

وينبني على ذلك أن صاحب الحق في الإعدام هو الحاكم أما صاحب الحق في القصاص لقتل النفس (القود) فهو ولي الدم^(٤).

(١) من الفقه الجنائي المقارن بالقانون، المستشار أحمد موايبي، ص ٧١.

(٢) بخلاف أهل الذمة، لأن النبي ﷺ أقاد مسلماً بذمي وقال أنا أحق من وفى بذمته، ولأنه معصوم الدم على التأييد، (انظر المغني، لابن قدامة، ٤٦٦/١١. الاختيار لتعليل المختار، ٧٩/٤، بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٦٤/٢).

(٣) المراجع السابقة.

(٤) الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية، د. عبدالرحيم صدقي ص ١٩٥.

الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام في الفقه الإسلامي

لاشك أن الشريعة الإسلامية اعتمدت في نظامها العقابي مجموعة من العقوبات التي تحمي المصالح الأساسية للمجتمعات من حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال ومن بين هذه العقوبات عقوبة تؤدي إلى إزهاق روح الجاني بصورة أو بأخرى^(١).

ومن هنا يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية اعتمدت الإعدام عقوبة من العقوبات.

وتعتمد الشريعة الإسلامية هذه العقوبة جزاءً لجرائم شديدة الخطورة على الفرد والمجتمع، ومن ذلك ما يلي:

(١) جريمة قتل النفس بغير حق، وعقوبتها إزهاق روح الجاني وهو ما يطلق عليه الآن الإعدام، ذلك أن قتل النفس في الإسلام جريمة شديدة الشناعة وتبلغ في جسامتها حجم قتل الناس جميعاً. قال تعالى: ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾^(٢).

(٢) جريمة الزنا من المحصن: وعقوبتها إزهاق روح الجاني، حيث دل بجريمته على النحو الذي رسمته الشريعة^(٣) على أنه عضو فاسد في المجتمع وسيفسد غيره إن لم يبت، ذلك أن الإسلام رسم له طريق العفة في قضاء شهوته وسلك هذا الطريق وقضى شهوته حلالاً ومع هذا يميل إلى الحرام ويقترفه مما يدل على دناءة نفسه وفجور سلوكه حيث مارس هذا الفعل على وجه من العلانية والفجور والمجاهرة حتى رآه أربعة أشخاص يفعل هذا على وجه التفصيل في صورة فجة مما يدل على خروج صريح وواضح على نظام المجتمع مما يدعو قطعاً إلى بتره وإخراجه حتى يطهر المجتمع منه، ولذلك يقول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشْهَدَ عَدَاؤُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾^(٤).

(٣) جريمة الحرابة: ولها معان قطع الطريق وتفسير الناس في كل مكان وإظهار الفساد في الأرض، أو أنها الزنا والسرقه والقتل، أو قطع الطريق علناً وسرقه الناس وإرهابهم، وواضح أن جميع هذه الصور تدل على جسامه هذه الجريمة وخطورتها على المجتمع

(١) إما أن تزهد روحه بذات الأسلوب الذي أزهد به روح المجني عليه، وإما أن تزهد روحه بقطع رقبتة بالسيف أو بالرمح أو بالقتل أو بالصلب أو قطع الأيدي والأرجل في الجرائم شديدة الخطورة والتي تهدد كيان المجتمع بأكمله.

(٢) جزء من الآية ٣٢ من سورة المائدة والآية وإن كانت تنص على أن هذا المكتوب على بني إسرائيل إلا أن الأصل أن شرع من قبلنا شرع لنا علمنا الله به وأمرنا باتباعه، ومعنى قول الله تعالى " فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا " أن عليه إثم من قتل جميع الناس أو أن من قتل واحداً فهو متعرض لأن يقتل جميع الناس..... (أحكام القرآن، لابن العربي، ٥٩١/٢، ٥٩٢، ٥٩٣)

(٣) انظر تفصيل ذلك في الأحكام السلطانية، للماوردي، ص ٢٢٣ وما بعدها، المغني، لابن قدامة، ٣٠٧/١٢، الروض المربع، للبهوتي، ٢٤٦/٢، الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، ٢٧٠/٣ وما بعدها.

(٤) جزء من الآية ٢ من سورة النور

وتهديد أمنه وكيانه وهي في أبسط صورها قطع الطرق على الناس وسلب أموالهم والزنا بنسائهم وإرهابهم فهي جريمة تشتمل على عدد من الجرائم كقطع الطريق وإشهار الأسلحة وسرقة الأموال والزنا وخطف الأفراد وهكذا.

ومن هنا جعل الإسلام العظيم عقوبة هذه الجريمة من أشد العقوبات قال تعالى : ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾^(١).

وهناك خلاف واسع بين الفقهاء في عقوبة هذه الجريمة هل هو القتل أو الصلب أو قطع الأيدي والأرجل أو النفي أم يجمع بينها أم تكون على حجم الجريمة القتل عند القتل، والقتل والصلب عند القتل وأخذ المال، والنفي عند إخافة الناس... على التفصيل الوارد في كتب الفقه^(٢).

(٤) جريمة الردة: والردة الخروج من الإسلام أو هي الكفر بعد الإسلام^(٣). ونظراً لخطورة هذه الجريمة على المجتمع جعل الإسلام عقوبتها القتل. ذلك أن المرتد الذي دخل الإسلام وتقدم إلى الأمام ثم كفر وارتد إلى الخلف يفت في عضد المجتمع ويمثل هزيمة للمجتمع المسلم ويضعف ثقة الذين لم يستقر الإسلام في قلوبهم ويمثل نوعاً من التلاعب بالدين ومحاربة ومعاداة لله ولرسوله وللمؤمنين جهاراً. أما إذا لم يعلن المرتد ذلك ولم يجاهر به ولم يؤثر بارتداده على المجتمع ولم يعرف بذلك أحد فأمره إلى الله ونعامه بالظاهر.

ولا شك أن حفظ الدين من أهم مطالب ومصالح المجتمع ومن ثم فمن يعيث بهذا المطلب أو يضيع هذه المصلحة يكون جزاؤه القتل. قال تعالى : ﴿وَلَا يَزَالُونَ يُقَاتِلُونَكُمْ حَتَّى يَرُدُّوكُمْ عَنْ دِينِكُمْ إِنِ اسْتَطَاعُوا وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾^(٤).

وقال ﷺ : " لا يحل دم امرئ مسلم يشهد ألا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث الشيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة"^(٥).

وعلى ذلك يمكن القول بأن الفقه الإسلامي اعتمد إزهاق روح الجاني جزاءً على جريمته وهو ما يعرف بالإعدام في عدد من الجرائم الخطيرة التي تهز كيان المجتمعات

(١) الآية ٣٣ من سورة المائدة

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي، ٥٩٩/٢. معين الحكام، للطرابلسي، ص ١٩٠، الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، ٣١٦/٣ وما بعدها. بداية المجتهد، لابن رشد، ٤١٦/٢ ما بعدها. المغني، لابن قدامة، ٤٧٣/١٢ وما بعدها.

(٣) معين الحكام، للطرابلسي، ص ١٩١. الروض المربع، للبهوتي، ٣٥٤/٢.

(٤) جزء من الآية ٢١٧ من سورة البقرة.

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب القسامة، باب ما يباح به دم المسلم، حديث رقم ١٦٧٦/٢٥، ج ١٧٩/٦.

وتمثل تهديداً لمصالحه الأساسية في حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال على النحو سالف الذكر.

حكم تطبيق هذه العقوبة في الفقه الإسلامي

عرفنا أن الفقه الإسلامي وضع عقوبة إزهاق روح الجاني وهو ما يعرف بالإعدام جزاءً لعدد من الجرائم على النحو سالف الذكر. فما حكم تطبيق هذه العقوبة على من اقترف واحدة منها.

أبادر بالقول بأن تطبيق هذه العقوبة على مرتكبي هذه الجرائم متى توافرت عناصرها على وجه القطع واليقين هو واجب شرعاً على ولي الأمر.

فقد وردت الآيات والأحاديث التي تدل على وجوب انزال هذه العقوبة على مرتكبي هذه الجرائم على النحو التالي:

أولاً: جريمة القتل العمد وعقوبتها إزهاق روح الجاني وجوباً على ولي الأمر - عند توافر الشروط - ، يدل على ذلك قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٥٧﴾ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿٥٨﴾^(١).

وجه الدلالة من الآية أن لفظ كتب بمعنى فرض وألزم إذا أردتم القصاص فقد كتب عليكم. والقصاص قتل من قتل فالآية تدل على وجوب قتل من قتل متى توافرت الشروط^(٢).

وقال ﷺ : " ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يؤدي وإما أن يقاد "^(٣).

وجه الدلالة من الحديث: بين الرسول ﷺ أن من قتل له قتيل فوليه بالخيار إن شاء قتل القاتل وإن شاء أخذ فداءه^(٤). فالقاتل عمداً يجب عليه أحد الأمرين القصاص أو الدية والخيار لولي الدم ويجب على ولي الأمر أن ينفذ ما يختاره ولي الدم.

ونخلص من هذا إلى وجوب قتل القاتل عند توافر شروطه ويجب ذلك على ولي الأمر.

ثانياً: جريمة زنا المحصن وعقوبتها إزهاق روح الجاني وجوباً على ولي الأمر رمياً بالحجارة . (وهذا قول عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من علماء

(١) الآيتان ١٧٩، ١٧٨ من سورة البقرة.

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي، ٦٠/١ - ٦٦.

(٣) جزء من خطبة النبي ﷺ عند فتح مكة أخرجها مسلم في صحيحه في كتاب الحج، باب تحريم مكة، الحديث رقم ١٣٥٥/٤٧٧ ج ١٣٥/٥.

(٤) شرح النووي على صحيح مسلم، ١٤٠/٥.

الأمصار في جميع الأعصار ولا نعلم فيه مخالفاً إلا الخوارج^(١) فإنهم قالوا: الجلد للبكر والثيب لقول الله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^(٢) وقالوا لا يجوز ترك كتاب الله تعالى الثابت بطريق القطع واليقين لأخبار آحاد يجوز الكذب فيها، ولأن هذا يفضي إلى نسخ كتاب الله بالسنة وهو غير جائز^(٣).

واستدل عامة أهل العلم بأن الله تعالى أنزله في كتابه وإنما نسخ رسمه دون حكمه واستدلوا على ذلك بقول "عمر بن الخطاب وهو جالس على منبر النبي ﷺ إن الله قد بعث محمداً ﷺ بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان مما أنزل عليه آية الرجم قرأناها ووعيناها وعقلناها"^(٤) فرجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل ما نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله وإن الرجم في كتاب الله حق على من زنا إذا أحسن من الرجال والنساء إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف"^(٥).
وجه الدلالة من قول سيدنا عمر أن عقوبة الزاني المحسن إزهاق روحه (الإعدام) رجماً بدليل الآية المنسوخة لفظاً والباقية حكماً.

كما يدل على ذلك قطعاً الأحاديث الواردة في الرجم فقد ثبت الرجم عن رسول الله ﷺ بقوله وفعله الرجم لماعز والغامدية والمرأة الأسلمية التي زنا بها الغلام الأجير وقد ورد ذلك في أخبار تشبه التواتر، وأجمع عليه أصحاب رسول الله ﷺ^(٦).

وهذا يدل على وجوب الرجم عقاباً للزاني المحسن وهو واجب على ولي الأمر متى علم بذلك وتوافرت شروط توقيع الجزاء.

ثالثاً: جريمة الحرابة وعقوبتها إزهاق روح الجاني قتلاً (الإعدام) والصلب وقطع الأيدي وقطع الأرجل من خلاف والنفي وهذه العقوبة حق لله تعالى وحق للآدميين . وفقاً لقول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٧﴾ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَنْ تَقْرَبُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾^(٧).

(١) أجمع العلماء على وجوب رجم الزاني البكر مائة ورجم المحسن وهو الثيب ولم يخالف في ذلك أحد من أهل القبلة إلا ما حكى القاضي عياض وغيره من الخوارج وبعض المعتزلة" (شرح النووي على صحيح مسلم ٢٠٥/٦)

(٢) جزء من الآية ٢ من سورة النور.

(٣) المغني، لابن قدامة، ٣٠٩/١٢، التشريع الجنائي الإسلامي، للشهيد عبدالقادر عودة، ٦٤٠/١ وما بعدها.

(٤) قال النووي شرحاً لقول سيدنا عمر "فكان مما أنزل عليه آية الرجم قرأناها ووعيناها وعقلناها" أراد بآية الرجم "الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة" وهذا مما نسخ لفظه وبقي حكمه. (شرح النووي على صحيح مسلم، ٢٠٧/٦).

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب رجم الثيب في الزنا، رقم ١٦١٩/١٥ ج ٢٠٧/٦.

(٦) المغني، لابن قدامة، ٣٠٩/١٢.

(٧) الأيتان ٣٤، ٣٣ من سورة المائدة.

وجه الدلالة ما قاله الجمهور مع ابن عباس أن هذه الآية في المحاربين، وقال بعض الناس أنها نزلت في النفر الذين ارتدوا في زمان النبي ﷺ فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم. والصحيح أنها في المحاربين لقوله تعالى " إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ " وليس عدم القدرة عليهم مشترطة في توبة الكفار فتبقى أنها في المحاربين^(١). وقد بينت الآية جزاء المحاربين، على خلاف بين الفقهاء في هذه العقوبات هل هي على التخيير أم على قدر جناية المحارب.

وعلى ذلك يجب على ولي الأمر إقامة هذا الحد عند توافر أسبابه وهو حق لله تعالى وللأدمنين، وليس لولي الأمر العفو عنه حيث "لا يصح العفو عن حقوق الله تعالى" كما لا يسقط الحد بعفو أولياء المجني عليه^(٢).

رابعاً: جريمة الردة وعقوبتها إزهاق روح الجاني (الإعدام) قتلاً. يدل على ذلك قول الرسول ﷺ: "من بدل دينه فاقتلوه"^(٣).

وجه الدلالة يأمر رسول الله ﷺ ولاة الأمر بأن يقتلوا من يبدل دينه من الإسلام إلى الكفر.

ولقوله ﷺ: " لا يحل دم امرئ مسلم يشهد ألا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة"^(٤).

وجه الدلالة بين الحديث أن دم المسلم لا يحل إلا لسبب من ثلاثة أسباب، زنا المحسن، وقتل النفس، وترك الدين. فهو يدل على وجوب قتل المرتد.

وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتد، وروي ذلك عن أبي بكر وعثمان وعلي ومعاذ وأبي موسى وابن عباس وخالد وغيرهم ولم يُنكر ذلك فكان إجماعاً. وإن كان هناك خلاف في قتل المرتدة والراجح أنه لا فارق بين الرجل والمرأة في تطبيق الحد^(٥).

وعلى ذلك يجب على ولي الأمر تطبيق حد الردة جزاءً للخروج عن الدين وهو حق لله تعالى ولا يجوز لولي الأمر أن يعفو عن حق من حقوق الله تعالى.

ونخلص من هذا إلى وجوب تطبيق هذه العقوبات عند وقوع الجرائم التي توجبها، والأمر منوط بولي الأمر، وهو أمر واجب شرعاً.

ونظراً لأن هذه العقوبات وجبت حقاً لله تعالى أو فيها حق لله تعالى فلا يجوز لولي الأمر العفو عنها أو تخفيفها أو تبديلها، لأنه لا يصح العفو عن حقوق الله تعالى^(٦).

(١) بداية المجتهد، لابن رشد، ٤١٧/٢، ٤١٦. المغني، لابن قدامة، ٤٧٤/١٢، ٤٧٣.
(٢) الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، ٣١٦/٣. التشريع الجنائي الإسلامي، للشهيد عبد القادر عودة، ٦٥٧/١.
(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب الجهاد، باب لا يعذب بعذاب الله، الحديث رقم ٣٠١٧ ج ١٤٩/٦.
(٤) أخرجه مسلم في صحيحه، في كتاب القسامة، باب ما يباح به دم المسلم، الحديث رقم ١٦٧٦/٢٥، ج ١٧٩/٦.
(٥) المغني، لابن قدامة، ٢٦٥/١٢، ٢٦٤. بداية المجتهد، لابن رشد، ٤٢٠/٢. معين الحكام، للطرابلسي، ١٩١. الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، للعقوبة، للإمام محمد أبي زهرة، ١٨٨ وما بعدها.

الهدف من الإعدام

يهدف الإسلام العظيم من تقرير عقوبة إزهاق روح الجاني (الإعدام) إلى أهداف أساسية تحمي المجتمع وتضمن بقاءه في حالة هدوء واقتلاع أسباب الشر فيه، حيث قرر هذه العقوبة على جرائم شديدة الخطورة على المجتمع ومن شأن بقائها أو تكرارها تهديد النظام العام في المجتمع ومصالحه الأساسية، وهي حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ العقل وحفظ النسل وحفظ المال وعقوبة الإعدام تحقق الأهداف التالية:

أولاً: منع القتل

قتل القاتل يمنع القتل فقد قال تعالى "وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ....."^(٢). "يريد - والله أعلم - أن وجوب القصاص يمنع من يريد القتل منه شفقة على نفسه من القتل فتبقى الحياة فيمن أريد قتله وقيل إن القاتل تنتقل العداوة بينه وبين قبيلة المقتول فيريد قتلهم خوفاً منهم ويريدون قتله وقتل قبيلته استيفاءً ففي الاقتصاص منه بحكم الشرع قتل لسبب الهلاك بين القبيلتين"^(٣). وهو ما يطلق عليه القانونيون الردع العام أي منع وقوع هذه الجريمة خوفاً من عقوبتها.

ثانياً: تحقيق العدالة والمساواة

يهدف إعدام الجاني إلى تحقيق العدالة بين الجريمة والعقوبة حيث تطبق هذه العقوبة غالباً في حالة قتل المجني عليه وليس من العدالة أبداً أن يعاقب بالسجن المؤبد أو السجن المشدد ويبقى حياً وقد تصل هذه العقوبة أحياناً إلى ستة أشهر جزاءً لإزهاق روح إنسان^(٤) ولا يقول عاقل بتحقيق العدالة بهذا الاتجاه.

ولا تتحقق المساواة بين الجريمة وهي إزهاق روح إنسان عمداً والعقوبة إلا إذا كانت بإزهاق روح الجاني فهذه هي المساواة، ولا تتحقق المساواة أبداً بين إزهاق روح المجني عليه عمداً، ومعاقة الجاني بالسجن المؤبد أو المشدد.

ثالثاً: ترضية أولياء الدم:

تهدف عقوبة الإعدام إلى ترضية أقارب المقتول ونزع الغل من صدورهم وتهديئة خواطرهم حتى لا تملأ صدورهم حقداً وغيظاً للمجتمع وللجاني وأسرته. ذلك أنهم إذا شاهدوا القاتل يرفل في نعيم هو وأبناؤه بينما هم فقدوا أباهم وعائلهم وأصبحوا من

(١) الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، ٣/٣١٦.

(٢) جزء من الآية ١٧٩ من سورة البقرة.

(٣) المغني، لابن قدامة، ١١/٤٥٨.

(٤) "ذلك أن السجن المشدد عقوبة تتراوح بين حد أقصى مقداره خمسة عشر عاماً وحد أدنى مقداره ثلاثة أعوام، ومعنى هذا أن عقوبة القتل العمد قد تصل في حدها الأدنى إلى ثلاث سنوات وتطبيق أحكام المادة ١٧ نجد أنه يجوز في مواد الجنائيات أن تستبدل عقوبة الحبس الذي لا ينقص عن ستة أشهر بعقوبة الأشغال المؤقتة، أي أنه يجوز مع استعمال الرأفة أن تصل عقوبة القتل العمد غير المقترن بظروف مشددة إلى الحبس ستة أشهر....." (من الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون، المستشار أحمد مواهي، ص ٦٣).

الضعفاء المحتاجين في المجتمع فكيف يرضون ببقاء هذا الوضع ويترتب على ذلك أن يسعى هؤلاء جاهدين لقتل من قتل أباهم وهو ما يعرف بالثأر. ولا شك أن الأنظمة الوضعية الظالمة كانت سبباً مباشراً لانتشار هذه العادة الذميمة حيث أبقّت أولياء دم القتل مظلومين بعد ظلم أبيهم بقتله.

ومن هنا عالج الفقه الإسلامي هذه الحالة الواقعية بالقصاص الذي لا يستوفيه إلا ولي الدم لما فيه من شفاء غليله والانتقام من قاتل والده^(١).

ضرورة تطبيق عقوبة الإعدام

يدور في العالم جدل شديد حول بقاء عقوبة الإعدام . فقد نادى فريق من الباحثين بإلغائها ، واستجابت بعض الدول وأسقطت الإعدام من قائمة عقوباتها ورفضت دول أخرى هذا الاتجاه ، وإن كانت الأخيرة قد ضيّقت من نطاق تطبيق هذه العقوبة وأحاطت توقيعتها بقيود وإجراءات لم تقررها بالنسبة لعقوبات أخرى^(٢).

ولكن هذا الاتجاه بدأ في الانحسار الآن تحت ضغط الواقع المشاهد حيث وقعت جرائم إرهابية شديدة أوجدت لدى الرأي العام عداءً تجاه مرتكبيها مما دعا الكثيرين إلى الميل إلى بقاء عقوبة الإعدام ، فضلاً عن تعقد العلاقات الدولية مما جعلهم يميلون إلى تطبيق هذه العقوبة على الجرائم شديدة الخطورة وكل هذا جعل الباحثين من الاتجاهات المتعددة يؤيدون اتجاه بقاء عقوبة الإعدام^(٣).

وتتمثل ضرورة بقاء عقوبة الإعدام في الأسباب التالية:

أولاً: إنهاء حياة الجاني (الإعدام) هو العقوبة الوحيدة المؤكدة التي يمكن بها التخلص من المجرمين شديدي الخطورة الذين قست قلوبهم واقترفوا هذه الجرائم التي تهز كيان المجتمع وتهدد نظامه العام ومصالحه الأساسية. والواقع المشاهد أن هؤلاء في ظل القوانين الوضعية الظالمة يحكم عليهم في القتل العمد - في غير حالات الظروف المشددة - بالسجن المشدد من ثلاث سنوات إلى خمس عشرة سنة. وفرضاً حكم عليه بالحد الأقصى خمس عشرة سنة فإذا قضى ثلاثة أرباع المدة - وفقاً للقانون المصري - أو نصفها وفقاً للقانون الفرنسي فإنه يفرج عنه ويعفى من بقية المدة متى توافرت شروط معينة أهمها حسن السلوك^(٤). ومعنى ذلك أنه إذا حكم عليه بالحد الأدنى ثلاث سنوات فإنه يفرج عنه بعد سنتين وثلاثة أشهر وإذا حكم عليه بالحد الأقصى

(١) الروض المربع، للبهوتي، ٣٣٣/٢.

(٢) من هذه القيود عدم جواز صدور الحكم بالإعدام إلا بإجماع القضاة الذين يشكلون المحكمة التي تنظر القضية، وعرض الحكم على المفتي قبل صدور الحكم، لبحث مدى مطابقته للشريعة الإسلامية، وضرورة الطعن على الحكم أمام محكمة النقض من النيابة العامة حتى ولو لم يطعن أصحاب الشأن ولا ينفذ الحكم النهائي إلا بعد عرضه على رئيس الدولة.

(٣) شرح قانون العقوبات، القسم العام، أ.د/محمود نجيب حسني، ص ٦٩٢، ٦٩١.

(٤) علم العقاب، أ.د/أحمد حسني طه، ٢٤١.

خمس عشرة سنة يفرج عنه بعد أحد عشر عاماً وأربعة أشهر وهذا هو الحد الأقصى جزاءً لقتل إنسان.

والواقع العملي ما أن يفرج عنه حتى يعود إلى اقلق المجتمع وإثارة المشكلات فيه وتهديد أمنه وسلامته.

ومن هنا فإن إزهاق روح هذا الجاني هو الوسيلة الوحيدة التي تتقذ المجتمع من شروره.

ثانياً: الإعدام أقوى وسيلة تخيف المجرم، فهو أكثر فاعلية من العقوبات الأخرى وقد رأينا إنها تعطيه الأمل في الخروج للمجتمع وتصفية الحسابات مع من أبلغ عنه ومن شهد عليه وتصل أحياناً إلى المحكمة التي حكمت عليه.

ثالثاً: الإعدام لا يصدّم المجتمع ولا يجرح شعوره، بل إذا طبق بعدل ودقة كان مؤدياً إلى راحة المجتمع، حيث يطمئن إلى العدالة ويتأكد أن أقارب المجني عليه أخذوا حقهم في قتل من قتل ومن ثم لا يلجأون هم لقتله.

رابعاً: الإعدام جزاء للجرائم شديدة الخطورة أكثر اقتصاداً من الحبس، فمن المعروف أن حجز المجرم وسجنه يتطلب مجهوداً ضخماً ونفقات كبيرة والأفضل إنفاقها في أغراض أخرى.

خامساً: الإعدام جزاء للجرائم السالف ذكرها يفلق أبواب الانتقام الفردي، ذلك أن أبناء المقتول وأقاربه وعائلته لا يمكن لهم بحال - كما هو مشاهد - أن يتركوا دم قتلهم، بل لابد من أخذ حقهم في إنهاء حياة القاتل، ثم تعود أسرة القاتل لتقتل من قتل أو خيراً منه وهكذا مما أوقع المجتمعات في مشكلات تكلفها مئات الأرواح سنوياً^(١).

سادساً: وقبل هذا كله وبعده، فللمسلمين موقف خاص من هذا الموضوع وهو أن إنهاء حياة الجاني في الحالات التي ذكرناها تمثل واجباً شرعياً على ولي الأمر في الفقه الإسلامي ومن ثم لا يملك ولي الأمر في أي دولة إسلامية أن يلغي عقوبة الإعدام في الحالات التي ذكرناها، لأنها شرع الله.

ولذلك فإن الدول الإسلامية التي ضيقت من تطبيق عقوبة الإعدام - كمصر وغيرها - لا شك أنها آثمة بترك شرع الله وترك دينها وتطبيق أحكام بشرية تحت ضغط الاستعمار وأعدائه وتلاميذه.

أما وقد ظهرت بوادر الخلاص من هذا البلاء بقيام الثورات الشعبية بصبغة إسلامية فلا شك أن ذلك سوف يعود قريباً وقريباً جداً بمشيئة الله تعالى وقدرته.

^(١) علم الجريمة، د/حسن شحاته سغفان، ٢٢٦، ٢٢٥. القصاص في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون الجنائي الوضعي، أ.د/منصور أبو المعاطي، ٤٣٩، ٤٣٨.

شبهات القائلين بإلغاء عقوبة الإعدام والرد عليها

ذهب فريق من العلماء إلى وجوب إلغاء عقوبة الإعدام واستندوا في قولهم هذا إلى حجج ناقشها القائلون بإبقاء هذه العقوبة وأبطلوها، لأنها ليست حججاً تلزم الفريق الآخر بالتسليم بالدعوى، ويمكن وصف هذه الحجج بأنها شبهات في أذهان القائلين بإلغاء عقوبة الإعدام على النحو التالي:

أولاً: قولهم: المجتمع لم يهب الفرد الحياة، بل هي هبة الخالق ونعمته، فلا يحق للمجتمع أن يحرم الفرد منها.

ويرد عليهم بأن هذا الاعتراض يمكن توجيهه لجميع العقوبات السالبة للحرية التي تمس الحق في الحياة وهو حق لم يمنحه المجتمع للأفراد وإنما ولدوا أحراراً ومع ذلك لم يعترض أحد على توقيع العقوبات السالبة للحرية مع أن أساس حق العقاب واحد بالنسبة لكافة العقوبات، وإلا لو قيل بهذا الاعتراض لأدى ذلك إلى تعطيل تطبيق جميع العقوبات^(١).

ونرد نحن فقهاء المسلمين أننا نسلم أن حياة الفرد ليست هبة من المجتمع حتى يحرم الفرد منها ونؤكد ونؤمن بأن حياة الفرد هبة من الله سبحانه وتعالى - فما قولكم وواهب الحياة هو الذي حكم بسلبها من هذا المجرم في هذه الحالات التي ورد بها الشرع الحكيم. اعتقد أنكم ستسلمون بوجوب تطبيقها وعدم تغييرها، لأن تغييرها يعني العصيان لأوامر الله - سبحانه وتعالى - واهب الحياة.

ثانياً: قولهم: عقوبة الإعدام بالغة القسوة ولا تتناسب مع جسامه أية جريمة، فالجريمة تلحق بالمجتمع ضرراً محدداً والضرر الناتج عن عقوبة الإعدام ليس له حدود^(٢).

ويمكن الرد على هذه الشبهة ببيان جسامه وخطورة الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام في الفقه الإسلامي - بإيجاز - جريمة قتل النفس وعقابها القتل وقد سماها الله سبحانه وتعالى القصاص أي المساواة بين الجريمة والجزاء، ولا صعوبة في الحكم بمساواة الجريمة مع العقاب هنا لأن الفعل في الحالتين قتل نفس غاية الأمر أنه في الجريمة قتل بغير حق وهو تعد وظلم وفي الثانية قتل بحق وهو عدل.

أما جريمة زنا المحصن: فهو فعل يؤدي إلى اختلاط الأنساب ومعنى اختلاط الأنساب عدم معرفة القرابات.

^(١) علم العقاب، أ.د/أحمد حسني طه، ص ٧٠. شرح قانون العقوبات، القسم العام، أ.د/سامح السيد جاد، ص ٤٤٠. القصاص في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، أ.د/منصور أبو المعاطي، ص ٤٣٩ - ٤٤٩. من الفقه الجنائي الإسلامي المقارن بين الشريعة والقانون، المستشار أحمد موافي، ص ٥٨، ٥٩، ٥٧.

^(٢) شرح قانون العقوبات، القسم العام، أ.د/سامح السيد جاد، ص ٤٤٠. علم العقاب، أ.د/أحمد حسني طه، ص ٧١. شرح قانون العقوبات، القسم العام، أ.د/محمود نجيب حسني، ص ٦٩٢.

ذلك أنه في المجتمعات التي تسود فيها هذه الجريمة قد يتزوج شاب بفتاة وكلاهما لأب واحد وهم لا يدرون فيؤدي ذلك إلى اختلاط الجينات ووجود مواليد مشوهة ومريضة وهو ما اكتشفه الطب حديثاً.

فضلاً عن ذلك ظهر بما لا يدعو للشك أن هذه الجريمة سبب رئيسي لانتشار الأمراض الخطيرة التي تدمر المجتمعات وعلى رأس قائمة هذه الأمراض مرض الإيدز.

وشدد الإسلام العظيم العقوبة على الجاني المحسن، لأنه اعتبر الإحصان ظرفاً مشدداً لأن المحسن يستطيع قضاء شهوته في حلال فإذا قضاها في حرام دل ذلك على نفس خبيثة وجعل عقوبته الإعدام رجماً حتى تذوق جميع أجزاء الجسم عقوبة الجريمة كما ذاق لذة الفعل.

بخلاف زنا غير المحسن، حيث لم يوجد الظرف المشدد وجعل عقوبته الجلد فقط حتى تذوق أجزاء الجسم العقوبة كما ذاق لذة الفعل المحرم.

أما جريمة الحرابة وعقابها القتل أو الصلب أو تقطيع الأيدي والأرجل أو النفي من الأرض على تفصيل سبق ذكره فلا يقول عاقل منصف أن جريمة الحرابة - وهي تعني قطع الطرقات وأخذ الأموال والأعراض باستعمال السلاح وإخافة الناس ونشر الرعب - هي أقل من عقوبة قتل الجاني أي الإعدام.

وإن كان فلاسفة أوروبا وغيرهم لم يتذوقوا مثل هذه الجرائم التي تهز المجتمعات فليس لهم أن يشرعوا لدول وشعوب تجرعوا الآلام ومصائب هذه الجرائم.

أما جريمة الارتداد عن الإسلام وعقوبتها الإعدام فلأن هذه الجريمة تمثل جريمة الخيانة العظمى في العصر الحالي، ذلك أن دولة الإسلام قائمة على الدين فمن خرج منها فقد ناوأها، وذلك خيانة عظمى^(١). وتتفق دول العالم الآن على أن الخيانة العظمى عقوبتها الإعدام ومن ثم لا خلاف بين الدولة الإسلامية وغيرها من دول العالم في ذلك وإنما الخلاف في أساس الدولة، فإذا عرفوا أن الدولة الإسلامية تقوم على دين الإسلام ومن ينقض هذا الدين يهدم أساس الدولة ومن يهدم أساس الدولة يعاقب بالإعدام، ومن ثم يسلمون بما انتهى إليه الفقه الإسلامي في ذلك ونخلص من هذا أن عقوبة الإعدام في الفقه الإسلامي هي "جَزَاءٌ وَفَاقًا"^(٢) "لأفعالهم" وَمَا ظَلَمَهُمُ اللَّهُ وَلَكِنْ كَانُوا أَنْفُسَهُمْ يَظْلِمُونَ"^(١) ومن ثم فلا قول لبشر في هذا المجال.

(١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، العقوبة، الإمام محمد أبو زهرة، ١٨٩.
(٢) الآية ٢٦ من سورة النبا أي جزاءً موافقاً "وما ظلمهم ربنا ولكن جازهم جزاءً موافقاً لما اجترحوا من كفران وطغيان وشرور وفجور أفسدوا وأذوا في العاجلة فحق عليهم النكال والحسرة والخبال في الآجلة" (فتح الرحمن في تفسير القرآن، للشيخ عبد المنعم تليوب، ٣٨٤٩/٧). وقال البيضاوي "جزاءً وفاقاً" أي جوزوا بذلك جزاءً ذا وفاقاً لأعمالهم أو موافقاً لها أو وافقها وفاقاً" (تفسير القرآن الكريم، للبيضاوي، المسمى أنوار التنزيل وأسرار التأويل، للقاضي البيضاوي، ص ٥٥٧)

ثالثاً: قولهم إن عقوبة الإعدام لا يمكن الرجوع فيها أو إزالة آثارها - بعد تنفيذها - فإذا نفذت استحالة إصلاح ما عسى أن يكون قد وقع من خطأ القضاء بالإعدام على برئ^(٢).

والرد على هذا التخوف يمكن تصوره أيضاً بالنسبة للعقوبات السالبة للحرية حيث يصعب تعويض حرته، فضلاً عن أن عقوبة الإعدام تحاط بضمانات كفيلة بعدم الوقوع في خطأ.

وفوق ذلك لا يمكننا كمسلمين أن نترك أحكام ربنا وشرعه لمجرد أوهام كهذه.

رابعاً: قولهم عقوبة الإعدام غير مجدية وغير نافعة من ناحية الفرد المحكوم عليه أو المجتمع حيث لا يتحقق بها إصلاح المحكوم عليه وتقويمه ولا يستفيد منه المجتمع بل تؤذي الشعور الإنساني لاتسامها بالضراوة والبشاعة. كما أن الدول التي ألغت هذه العقوبة لم تزد فيها نسبة الجرائم والدول التي أبقت عليها لم تقلل من تلك الجرائم^(٣).

ويُرد على هذه الشبهة بعدم التسليم بعدم جدوى هذه العقوبة وعدم نفعها بل هي مجدية ونافعة والدول التي تطبق الإعدام وفقاً لشرعية الإسلام ونصوصه استفادت تماماً وساد الأمن في ربوعها.

أما إيذاء شعور المجتمع لتوقيع العقوبة فلماذا لم نقل بإيذاء شعور المجتمع بقتل المظلوم وتحطيم أسرته وتشريد أولاده؟

إن العدل والإنصاف يقتضي أن يتألم المجتمع لمن قتل مظلوماً لا من قتل لظلمه.

وأما دعواهم عدم تغيير النسب فإنه من الصعب ضبط معدل الجريمة بالإلغاء أو الإبقاء عليها، كما أنه ليس هناك بيان عن الجرائم التي لم تقع بسبب الخوف من توقيع عقوبة الإعدام حتى يمكن القول بأن الإبقاء عليها لم يؤدي إلى نقص الجرائم الخطيرة ويكفي أن نشير إلى أن كثيراً من الدول التي ألغت عقوبة الإعدام اضطرت إلى العودة إليها وإن كانت في نطاق ضيق وكذلك النظريات التي تدعو إلى إلغاء عقوبة الإعدام اضطرت إلى التخفيف من هذا الطلب وأصبح كلاهما ينصب إما على تضيق الحالات التي يحكم فيها بالإعدام أو استعمال وسيلة مريحة لإنهاء حياة الجاني^(٤).

(١) جزء من الآية ٣٣ من سورة النحل.

(٢) علم العقاب، أ.د./أحمد حسني طه، ص ٧١. شرح قانون العقوبات، القسم العام، أ.د./سامح السيد جاد، ص ٤٤٠.

(٣) علم العقاب، أ.د./أحمد حسني طه، ص ٧١. شرح قانون العقوبات، القسم العام، أ.د./محمود نجيب حسني، ص ٦٩٣.

شرح قانون العقوبات، القسم العام، أ.د./سامح السيد جاد، ص ٤٤٠.

(٤) من الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون، المستشار أحمد موابي، ص ٥٩.

الأسباب التي دعت إلى القول بمنع عقوبة الإعدام وبراءة الفقه الإسلامي منها^(١)

لا شك أن هناك أسباباً دفعت الفلاسفة والقانونيين للقول بإلغاء عقوبة الإعدام.

وأتناول هنا هذه الأسباب لأبين أن الفقه الإسلامي بعيد عن كل هذه الأسباب والدوافع مما ينتهي بنا حتماً إلى ضرورة القول بعدم إلغاء عقوبة الإعدام في الفقه الإسلامي ذلك أن هذه الأسباب أو الدوافع ترجع إما إلى الإسراف في استعمال الإعدام كجزاء لجرائم في غاية التفاهة، مما أزعج ضمير العلماء والفلاسفة والمصلحين، وإما إلى بشاعة الطرق التي يتم بها تنفيذ العقوبة وما تشتمل عليه من تعذيب للمحكوم عليه قبل موته.

أولاً: الإسراف في استعمال الإعدام جزاء لجرائم تافهة. أسرف الأوربيون في القرون الوسطى في استعمال الإعدام جزاء لجرائم تافهة، ففي الفترة ما بين ١٢٤٦م - ١٢٤٨م أي في عامين حكمت محاكم التفتيش في تولز على ثلاثة وأربعين شخصاً بالإعدام، لأنهم رفضوا المثول أمام المحكمة!!!

وفي عام ١٨١٤م حكم على ثلاثة أطفال في إنجلترا بالإعدام لمجرد سرقة زوج من الأحذية!!! وفي نفس العام أعدم أحد الأشخاص لقطعه شجرة!!!

وفي عام ١٩٦١م قررت روسيا عقوبة الإعدام جزاء لترويج العملة المزيفة، والمضاربين على العملة في حالة العود.

ومن يدقق النظر في هذه الجرائم التي كان يحكم فيها بالإعدام في أوروبا وغيرها يجد أن هذا اتجاه مستفز لمشاعر البشر وظلمه واضح لكل ذل عينين. ومن هنا تضافرت الأقوال في ضرورة إبطال عقوبة الإعدام.

كما أن الواقع أن هذه الجرائم وإعدام مقترفيها لا يتفق مع التشريع الإسلامي الذي لا يقرر الإعدام إلا لجرائم شديدة الخطورة على المجتمعات وجسامتها واضحة وضوح الشمس وإذا كان للفلاسفة والمصلحين وجهة سليمة في إلغاء عقوبة الإعدام التي أسرفوا في تقريرها في قوانينهم فليس لهم وجهة في إلغائها في الفقه الإسلامي الذي لم يقرر هذه العقوبة إلا لجرائم تهز كيان المجتمع وتهدد أركانه وأسسها.

ثانياً: بشاعة الطرق التي يتم بها تنفيذ العقوبة ذلك أن تنفيذ هذه العقوبة لدى الأوربيين وغيرهم في العصور الوسطى كان يتم بطرق تكفل قدرًا كبيراً مبالغاً فيه من التعذيب للجاني قبل موته فقد كان العقاب عندهم "حديقة من التعذيب"^(٢) فقد كان الإعدام يتم مثلاً بالخازوق وهو عامود حلزوني مسنن الرأس كانوا يستعملونه

^(١) القصاص في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون الجنائي الوضعي، أ.د/منصور أبو المعاطي، ص ٤٥٠ وما بعدها.

^(٢) علم الجريمة، د/حسن شحاته سغفان، ص ٤١.

في الأزمان الغابرة في عقاب المذنب^(١). أو يتم الإعدام بدفن المجرم حياً ويترك إلى أن يموت، أو يتم بالحرق أو يلقي المجرم في الزيت المغلي.

وللأسف لما تقدمت هذه الدول ومالت إلى التخفيف في هذه العقوبة في فرنسا أصبحوا ينفذون هذه العقوبة بسلق المجرم في غلاية أو يحرقونه أو يقطعون رأسه أو يمزقونه إلى أربعة أجزاء حيث تربط أجزاء المحكوم عليه بأربعة خيول يتحركون في وقت واحد في اتجاهات معاكسة.

هذا ما دفع الفلاسفة والقانونيين إلى المناداة بإلغاء الإعدام وهم محقون في ذلك.

لكن الإسلام العظيم الذي جاء رحمة للعالمين وفقاً لقول الله تعالى: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾^(٢) وتأمل في كلمة (العالمين) ومن تشملهم هذه الكلمة الذين يدخلون في رحمة الله .

وقال تعالى: ﴿ وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَى لِّلْمُسْلِمِينَ ﴾^(٣). فقد بين لنا القرآن الكريم كل شيء بما فيها العقوبات وهو هدى ورحمة وبشرى للمسلمين.

وقال تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴾^(٤). فقد نهى الله تعالى عن قتل النفس التي حرم قتلها إلا بالحق، "لأن قتل النفس قد يصير حقاً بعد ان لم يكن حقاً وذلك قتله على وجه القود وبالردة والرجم للمحصن والمحاربة ونحو ذلك"^(٥).

وجعل لولي المقتول بغير حق سلطاناً وهو القصاص أو الدية أو العفو ونهاه عن الإسراف في القتل بأن يقتل غير قاتل وليه أو يقتل اثنين بواحد وغير ذلك من وجوه التعدي^(٦).

وفوق ذلك نهى عن التمثيل بالجثث حتى وإن كان جثة مجرم.

ونبه رسول الله ﷺ إلى ضرورة عدم تعذيب الجاني المستحق للقتل واختيار الوسيلة السريعة المريحة في إزهاق روحه. قال ﷺ: " إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة....."^(٧).

(١) المعجم الوجيز، لمجمع اللغة العربية، خزق، ص ١٩٤.

(٢) الآية ١٠٧ من سورة الأنبياء.

(٣) جزء من الآية ٨٩ من سورة النحل.

(٤) الآية ٣٣ من سورة الإسراء.

(٥) أحكام القرآن، للجصاص، ٢٠٠/٣.

(٦) كتاب التسهيل، لعلوم التنزيل، لابن جزى، ١٧١/٣.

(٧) جزء من حديث أخرجه مسلم في صحيحه، في كتاب الصيد والذبائح، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل، الحديث رقم ١٩٥٥/٥٧، ج ٧ ص ١١٩، ١١٨.

وبعد هذه هي أحكام الفقه الإسلامي في تقرير وتنفيذ عقوبة الإعدام في الفقه الإسلامي فهل بقيت حجة للقائلين بإنهاء عقوبة الإعدام.

إذا كان لهم حجة فعلى قوانينهم وعلى بلادهم أما الفقه الإسلامي فقد وضحت بما لا يدعو مجالاً للحديث في هذا الموضوع.

مدى إمكانية إحلال العقوبات السالبة للحرية بدلاً عن الإعدام في الفقه الإسلامي

وضع القانونيون نظاماً للظروف القضائية المخففة وهي ظروف تستخلص من وقائع كل دعوى أو من حالة كل مجرم وتدعو إلى أخذه بالرفقة وتخفيف العقوبة وهي كثيرة ولذلك ترك القانون أمر تقديرها للقاضي، مثل تهاة شأن الجريمة، أو عدم جسامة الضرر المترتب عليها، أو أن يكون الجاني عجزاً، أو صغيراً، أو مريضاً، أو كان باعته على ارتكاب الجريمة شريفاً... الخ.

وأجازت المادة ١٧ عقوبات مصري تبديل عقوبة الإعدام بعقوبة السجن المؤبد أو السجن المشدد^(١). رافة بالجاني لكبر سنه أو لمرضه ونحو ذلك.

فهل يمكن تخفيف عقوبة الإعدام في الفقه الإسلامي في الحالات التي تطبق فيها هذه العقوبة، واستبدالها بعقوبة أخرى أخف؟

أفرق في الحديث هنا بين عقوبة القصاص وعقوبات الحدود وعقوبات التعازير^(٢).

أولاً: الإعدام قوداً هذه العقوبة لا مجال لتغييرها وتبديلها بغيرها وليس لولي الأمر أن يخففها أو يبديلها وإنما الرحمة والرفقة بالجاني أو العفو عنه سلطة أولياء الدم وحدهم ومن ثم فلهم أن يرحموا الجاني ويرأفوا به ويعفوا عنه مقابل الدية، أو بلا مقابل، أو على مبلغ أكبر من الدية برضاء القتال^(٣). لقول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾^(٤). أي كتب عليكم العدل في القصاص أيها المؤمنون ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ ﴾ فالعفو أن يقبل الدية في العمد بعد استحقاق الدم وذلك العفو^(٥). وأجمع المسلمون على جوازه^(٦) والخيار بين القود والدية لولي الدم

(١) وأجازت تبديل العقوبة في حالات أخرى كتبديل عقوبة السجن المؤبد بالسجن المشدد أو السجن، أو تبديل عقوبة السجن المشدد بعقوبة السجن أو الحبس الذي لا يجوز أن ينقص عن ستة شهور، أو تبديل عقوبة السجن بعقوبة الحبس التي لا يجوز أن ينقص عن ثلاثة شهور، واقتصرت في المتن على ذكر تبديل عقوبة الإعدام فقط لأنها محل الحديث.

(٢) راجع في هذا الموضوع، من الفقه الإسلامي المقارن بين الشريعة والقانون، المستشار أحمد مواهي، ص ٧٤، ٦٥. الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية، د/عبد الرحيم صدقي، ص ١٩٥ وما بعدها.

(٣) السياسة الجزائية، أ.د/أحمد الحصري، مجلد ٣/٢٧١ وما بعدها. المغني، لابن قدامة، ٤٥٧/١١، ٤٥٧.

(٤) الآية ١٧٨ من سورة البقرة.

(٥) تفسير القرآن العظيم، لابن كثير، ٢١٦/١.

لحديث "من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يفدي وإما أن يقتل" (٢) وعفوه مجاناً أفضل لقول الله تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ (٣) ولقول الرسول ﷺ: "وما زاد الله عبداً بعفو إلا عزاً...." (٤).

ولولي الدم أن يعفو مقابل الدية بدون رضا القاتل على خلاف في المذاهب حول اشتراط رضاه أو عدمه (٥) ، وإذا عفا أولياء الدم عن القاتل فليس لولي الأمر أن يعزره على خلاف بين الفقهاء (٦).

والخلاصة أن الإعدام جزاء على القتل (القتود) لا يجوز لولي الأمر أن يغير فيه أو يبذل وليس للقاضي سلطة في ذلك وإنما الأمر منوط بأولياء الدم.

ثانياً: الإعدام حداً في جرائم زنا المحصن والحراية والردة. والإعدام جزاء لهذه الجرائم هو حد من حدود الله ثبت بالكتاب أو السنة الصحيحة التي لا يتطرق إليها شك.

ورغم أن إقامة هذه الحدود لولي الأمر إلا أن هذه الحدود وجبت حقاً لله تعالى، لأن الحد "عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى" وما كان حقاً لله تعالى فلا يصح العفو عنه (٧). وترتيباً على ذلك فلا يجوز لولي الأمر أو القاضي أو غيرهما أن يغير أو يبذل في هذه الحدود بدعوى الرحمة أو الرأفة أو الشفقة أو كبر السن أو صغره، أو المرض أو نحو ذلك.

والسبب في ذلك أن هذه العقوبة - وهي الإعدام - في هذه الجرائم مأمور بها من الله سبحانه وتعالى في الفقه الإسلامي فليس للبشر تغييرها بدافع الرحمة أو الرأفة أو غير ذلك.

يقول سبحانه وتعالى العليم بما كان وما سيكون عقب بيان حد الزنا لغير المحصن: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدْ عَدَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (٨). ينهانا الله سبحانه وتعالى أن تأخذنا رأفة عند إقامة الحد إن كنا نؤمن بالله واليوم الآخر، وهذا دليل واضح بأن من ينعي على هذه الحدود بأنها قاسية أو بأنها لا رحمة فيها وما إلى ذلك فهو غير مؤمن بالله الذي فرض هذه الحدود وغير مؤمن باليوم الآخر.

وفضلاً عن ذلك هذه العقوبات لا تقبل التغيير والتبديل بدعوى استعمال الرأفة، لأنها ذات حد واحد وهو الإعدام بخلاف القانون فأكثر عقوباته ذات حدين حد أعلى وحد أدنى وللقاضي سلطة النزول بالعقوبة إلى الحد الأدنى عند استعمال الرأفة.

(١) الروض المربع، للبهوتي، ٣٣٤/٢.

(٢) جزء من حديث أخرجه مسلم في صحيحه، في كتاب الحج، باب تحريم مكة، الحديث رقم ١٣٥٥/٤٤٧، ج ١٣٥/٥.

(٣) جزء من الآية ٢٣٧ من سورة البقرة.

(٤) جزء من حديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والأدب، باب استحباب العفو والتواضع، الحديث رقم

٢٥٨٨/٦٩ ج ٨ ص ٣٨٦.

(٥) بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٦٧/٢.

(٦) المرجع السابق، ٣٦٩/٢.

(٧) الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، ٣١٦/٣، ٢٧٠. الأحكام السلطانية، للماوردي، ص ٢٣٧.

(٨) جزء من الآية الثانية من سورة النور.

كما أن تذبذب العقوبة بين حدين يؤدي إلى الظلم قطعاً حيث تختلف عقوبة فعل واحد بين شخصين هذا يحكم عليه بالحد الأدنى، وذلك يحكم عليه بالحد الأقصى لمجرد أن القاضي رأى سبباً لذلك ولا مجال لذلك في عقوبات الحدود في الفقه الإسلامي زيادة أو نقصاناً.

كما أن الفقه الإسلامي أحاط توقيع الحدود بضمانات^(١) تكفل صحة الحكم وتضييق تطبيقه بحيث يكون ذلك في محله تماماً.

كما أن العقوبات السالبة للحرية مؤبدة أو مؤقتة لا تصلح أساساً جزاء على القتل حيث أنها لا تقضي على ظاهرة الانتقام الشخصي وهو ما يعرف بالتأثر ذلك أن أولياء الدم لن يهدأوا طالما كان الجاني علي قيد الحياة، وكثيراً ما ينتظر أولياء الدم مضي المدة حتى يظفروا بالجاني - وهذا إذا تحروا العدل في قتل القاتل ولكن الغالب عندما تطول المدة يقتلون شخصاً آخر من عائلة الجاني وتدور رحى القتل بين العائلتين^(٢).

ثالثاً: عقوبات التعزير وهي عقوبات للتأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود^(٣). وهذا النوع من العقوبات يتسم بالمرونة إلى حد بعيد وهو يقبل العفو عنه في بعض الحالات ويقبل تبديل العقوبة زيادة ونقصاً ذلك أن التعازير عقوبات على جرائم بسيطة لا تهدد كيان المجتمع، كالشتم، والتحرش بالمرأة بكلمة أو لمس، أو السير خلفها ونحو ذلك وقد اختلف الفقهاء في الإعدام هل يكون تعزيراً أم أن التعزير لا تزيد عقوبته عن عقوبات الحدود^(٤).

وعلى ذلك فعقوبات التعزير تقبل الزيادة والنقصان والعفو في بعض الحالات إذا رأى ولي الأمر أو القاضي ذلك.

وهذا يدل على عظمة نظام العقوبات في الفقه الإسلامي، فالعقوبات الشديدة المقررة للجرائم الخطيرة لا تقبل التغيير أو التبديل زيادة ونقصاناً أو العفو من ولي الأمر لأي سبب كان أما العقوبات البسيطة المقررة للجرائم قليلة الخطورة فهي تقبل العفو على النحو سالف الذكر وتقبل التبديل والتغيير زيادة ونقصاناً وفقاً لظروف الحال على ما يراه ولي الأمر والقاضي.

(١) من هذه الضمانات مثلاً درأ الحد لمجرد وجود شبهة لقوله ﷺ: " ادروا الحدود بالشبهات ما استطعتم" وتأمل كلمة ما استطعتم أي أنه على القاضي أن يدفع الحد قدر إمكانه بمجرد شبهة، بل يجوز للقاضي أن يستقصل من الجاني عن أمور قد تؤدي إلى براءته، وقد قال رسول الله ﷺ لماعز لعلك قبلت لعلك كذا لعلك كذا كل هذا ليدفع الحد. ويندب للقاضي ولغيره دعوة ولي الدم للعفو بعد ثبوت القصاص اقتداءً برسول الله ﷺ فإن أنس بن مالك قال: ما رأيت رسول الله ﷺ رفع إليه شيء في قصاص إلا أمر فيه بالعفو" (رواه أبوداود، انظر مختص سنن أبي داود، للحافظ المنذري، ٢٩٨/٦. انظر المغني، لابن قدامة، ٥٨٠/١١). كما أنه اشترط لهذه الجرائم شروط قاسية يصعب توافرها في كثير من الحالات كشهادة أربعة على جريمة الزنا بالأوصاف التي وردت في كتب الفقه ويصعب تحقيقها.

(٢) الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية، د/عبدالرحيم صدقي، ١٩٧، ١٩٦.

(٣) الأحكام السلطانية، للماوردي، ص ٢٣٦.

(٤) الأحكام السلطانية، لابي يعلي، ٢٧٩ وما بعدها. المغني لابن قدامة، ٥٢٦/١٢، ٥٢٣.

نتيجة إلغاء عقوبة الإعدام في الفقه الإسلامي

قبل الحديث في هذا الموضوع يجب الانتباه إلى عدم جواز ذلك شرعاً في الفقه الإسلامي، لأن عقوبة الإعدام في الفقه الإسلامي في الحالات التي ذكرناها سابقاً هي أحكام شرعية واجبة التطبيق كالصلاة والصيام والزكاة، فهي ليست من وضع البشر حتى نخضعها لآرائنا واتجاهاتنا ولكنها دين من وضع الله الحكيم الخبير وقد وردت الأوامر بها في القرآن الكريم أو السنة المطهرة الثابتة ثبوتاً لا يتطرق إليه شك، وتقع المسؤولية عن عدم تنفيذ هذه العقوبة على ولي الأمر وسوف يسأل أمام الله تعالى^(١).

ولكن كما يقول الأصوليون سلمنا جدلاً بإلغاء هذه العقوبة مع حرمة ذلك فما الذي يترتب على ذلك؟

أول ما يتبادر إلى الذهن في ذلك - وببساطة شديدة - أن ولي الدم لن يستكين ولن يسكت على حقه وأبناء المقتول كذلك حتى وإن كانوا صغاراً أو حتى نساءً فسيحاولون أخذ حقهم بيدهم ويثأرون ممن قتل قريبهم وينتقمون من عائلته ويأخذون حقهم عادة - كما هو مشاهد - ليس من الجاني، ولكن من أفضل شخص في عائلته.

وهؤلاء أيضاً لن يسكتوا نتيجة التجاوز في القتل الذي حدث وسيقتلون مرة أخرى من قبيلة المقتول الأول ويتجاوزون أيضاً وهكذا دواليك مما يؤدي إلى انتشار القتل بحق وبغير حق وتضطرب المجتمعات ويسود الخوف وتضيع الأموال في شراء الأسلحة ونفقات القضايا في المحاكم وتترمل النساء ويتيم الأطفال وغالباً ما يتشردون من العائلتين وبدلاً من الاهتمام بالعبادة والإنتاج يهتمون بالقتل وتدمير الأموال والمعدات للفتك بخصومهم وتأمل مجتمعاً على هذا النحو.

وكثيراً ما يحدث التجاوز - عادة - في الأخذ بالثأر وتسعى كل قبيلة إلى إبادة خصومها حتى لا تقوم لهم قائمة.

ويكفي أن نعرف أنه في محافظتي سوهاج وأسيوط بجنوب مصر لا يقل عدد المقتولين أخذاً بالثأر عن مائتي قتيل سنوياً.

بل قامت عائلة بغارة على أخرى أخذاً بالثأر في أغسطس (آب) ٢٠٠٢ وقتلت منها في ساعة واحدة ثلاثة وعشرين رجلاً من خيرة شباب العائلة الأخرى حتى لا تقوم لهم قائمة ولا يأخذوا بثأرهم وأنى ذلك^(٢).

^(١) نظرة القرآن إلى الجريمة والعقاب، أ.د./محمد عبدالمنعم القيعي، ص ٢٢١.

^(٢) حدث ذلك في قرية بيت علام التابعة لمركز جرجا محافظة سوهاج وفي عام ١٩٩٥ قتل خمسة وعشرون شخصاً في إطلاق نار بين عائلتين أخذاً بالثأر في محافظة المنيا، وفي مارس ٩٨ قتل شخص سبعة أشخاص وجرح تسعة أخذاً بالثأر وهكذا دواليك (انظر بيت علام قرية جنوب مصر تابعة لمركز جرجا محافظة سوهاج.
www.alo5owah.ahlamontada.com/t3539-topic)

وعلى ذلك فإذا أُلغيت عقوبة الإعدام فسينتشر بلا جدال الانتقام الجاهلي والأخذ
بالتأثر على نحو واسع^(١).

^(١) القصاص في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون الجنائي الوضعي، أ.د/منصور أبوالمعاطي، ص ٤٥٥.

خاتمة بأهم نتائج البحث

ظهر من هذا البحث النتائج التالية:

- (١) أن للفقهاء الإسلامي نظاماً في العقوبات يتفرد بأحكام تخالف ما عليه القوانين.
- (٢) يأخذ الفقهاء الإسلامي بعقوبة الإعدام جزاءً لجرائم محددة هي قتل النفس ، وزنا المحصن ، والحرابة ، والردة.
- (٣) عقوبة الإعدام في الفقهاء الإسلامي - شأنها شأن بقية العقوبات - ثابتة بالكتاب أو السنة الصحيحة الثابتة التي لا يتطرق إليها شك.
- (٤) يتفق الإعدام في القوانين مع قتل النفس قصاصاً في الفقهاء الإسلامي في أمور ويختلف في أمور.
- (٥) الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام في الفقهاء الإسلامي محدودة وشديدة الخطورة بخلاف ما كان سائداً في القوانين الوضعية من الإسراف في عقوبة الإعدام.
- (٦) الإعدام في الفقهاء الإسلامي ينفذ وفقاً لضمانات تضمن صحة الحكم ولشروط محكمة لإثبات الجريمة ، ومحاط بعوامل الرحمة كدعوة ولي الدم للنفوس وإجراء الإعدام بوسيلة تكفل عدم تعذيب المجرم.
- (٧) تطبيق هذه العقوبة في الفقهاء الإسلامي واجب على ولي الأمر وهو دين لا يخضع لأقوال أحد من البشر.
- (٨) وصف هذه العقوبات بأنها قاسية أو تهز كيان المجتمع وغير ذلك من الأوصاف يدل على نقص في الدين.
- (٩) تطبيق هذه العقوبة ضرورة اجتماعية لحماية المجتمعات واستقرار أمنها.
- (١٠) لا محل في الفقهاء الإسلامي للشبهات التي دفعت الفلاسفة والقانونيين للقول بإلغاء عقوبة الإعدام.
- (١١) براءة الفقهاء الإسلامي من الأسباب التي دعت إلى إلغاء عقوبة الإعدام.
- (١٢) لا يجوز شرعاً إلغاء عقوبة الإعدام في الفقهاء الإسلامي
- (١٣) لا يجوز شرعاً إحلال العقوبات السالبة للحرية محل الإعدام في الفقهاء الإسلامي.
- (١٤) لا يجوز تغيير أو تبديل عقوبة الإعدام في الفقهاء الإسلامي وليس لولي الأمر أن يخففها أو يبدلها.
- (١٥) الرحمة والرأفة بالجاني في الفقهاء الإسلامي تكون من أولياء الدم بعضوهم ومن غيرهم بدعوتهم للنفوس.

(١٦) يترتب على إلغاء عقوبة الإعدام انتشار الانتقام الفردي واضطراب المجتمعات وزوال أمنها.

توصية

اقترح على السادة أعضاء المجمع المحترمين التوصية الآتية:

ينظر مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة بقلق شديد إلى الدعوات الصادرة عن بعض القانونيين ومن يصفون أنفسهم بالمصلحين ممن تلقوا ثقافتهم خارج الدول الإسلامية وتشبعوا بأقوال ونزعات غير المسلمين ولم يحيطوا علماً بأنظمة المسلمين وثقافتهم وقاموا يرددون الدعوة إلى إلغاء عقوبة الإعدام.

وهذه الدعوة إن كان لها مبرر ولها وجهة نظر ولها محل فهذا كله بعيد عن الدول الإسلامية ونظام العقوبات فيها.

ذلك أن نظام العقوبات في الدول الإسلامية، ومنها الإعدام نظام ينبع من الدين، ويمثل جزءاً منه ومن ثم لا يجوز لمسلم ولا لغيره أن يطلب إلغاء هذه العقوبة أو تعديلها أو تخفيفها، لأن معنى ذلك - ببساطة - أنه يطلب ترك جزء من ديننا.

وفضلاً عن ذلك لا توجد في نظامنا الجزائي ما يبرر هذا الطلب ودفع غيرنا للقول بذلك.

وننبه من يطلب ذلك منا أنه يطلب ترك الدين وحل عروة من عرى الإسلام.

ونناشد أولياء أمور المسلمين التصدي لهذه الدعوات التي تتناسب ودول من يرددها وليس لها أي مبرر في الدول الإسلامية.

والله ولي التوفيق

قائمة بأهم المراجع

- القرآن الكريم
- الأحكام السلطانية، لأبي يعلى، محمد بن الحسين الفراء الحنبلي المتوفى ٤٥٨هـ، تصحيح وتعليق الشيخ محمد حامد الفقي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م، نشر مكتبة مصطفى البابي الحلبي بمصر.
- الأحكام السلطانية، للماوردي، أبي الحسين محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي المتوفى ٤٥٠هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، الطبعة (بدون) ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م، نشر دار الكتب العلمية ببيروت.
- أحكام القرآن، لابن العربي، أبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي، ٤٦٨ - ٥٤٣هـ، تحقيق علي محمد البيجاوي، طبع ونشر دار المعرفة للطباعة والنشر ببيروت لبنان.
- أحكام القرآن، للجصاص، أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي المتوفى سنة ٣٧٠هـ، مطبعة الأوقاف الإسلامية بالقسطنطينية عام ١٣٣٨هـ نشر دار الكتاب العربي ببيروت لبنان.
- الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، طبع الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية بمصر، الطبعة (بدون)، ١٩٩٧ - ١٩٩٨م، نشر قطاع المعاهد الأزهرية بمصر.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد، أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المطبعة (بدون)، الطبعة (بدون)، نشر المكتبة التجارية الكبرى بمصر.
- بعض صور العقوبة في الفقه الإسلامي، شبهات حولها والرد عليها، أ.د/إبراهيم عبدالرازق الخولي، الطبعة (بدون) المطبعة (بدون) الناشر (بدون).
- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، للشهيد عبد القادر عودة، مطبعة دار التراث العربي للطباعة بمصر، الطبعة الثالثة ١٩٧٧م، نشر دار التراث بمصر.
- تفسير القرآن العظيم، لابن كثير الأمام الحافظ أبي الفداء اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفى ٧٧٤هـ، طبع ونشر دار المعرفة للطبع والنشر ببيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية، دراسة تحليلية لأحكام القصاص والحدود والتعزير، د/عبد الرحيم صدقي، طبع دار الشباب للطباعة، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م، نشر مطبعة النهضة المصرية.

- الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، العقوبة، للإمام محمد أبي زهرة، طبع دار الثقافة العربية للطباعة بمصر، الطبعة (بدون)، نشر دار الفكر العربي بمصر.
- الجريمة والمجرم والجزاء، أ.د./رمسيس بهنام، طبعة ١٩٧٦م، مطبعة أطلس بالقاهرة، نشر منشأة المعارف بالأسكندرية.
- الجناية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أ / مسفر غرم الله الدميني، طبع المكتبة السلفية بشركة المدينة للطباعة والنشر بجدة، الطبعة (بدون).
- الروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر المقنع، للبهوتي، منصور بن يونس البهوتي، طبع ونشر المطبعة السلفية ومكتبها بالقاهرة، الطبعة السابعة ١٣٨٥هـ.
- السياسة الجزائرية، جرائم القصاص، الديات، العصيان المسلح، أ.د./أحمد الحصري، المطبعة (بدون)، الطبعة الثالثة ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، نشر دار الجيل ببيروت.
- شرح قانون العقوبات، القسم العام، أ.د./سامح السيد جاد، طبعة ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨، مطابع الدار الهندسية بالقاهرة، الناشر (بدون).
- شرح قانون العقوبات، القسم العام، أ.د./محمود نجيب حسني، الطبعة الخامسة، ١٩٨٢م، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، نشر دار النهضة العربية بمصر.
- صحيح مسلم بشرح النووي، تحقيق عصام الصبابطي وآخرين، طبع دار أبي حيان للطبع والنشر والتوزيع بمصر.
- علم الجريمة، أ.د./حسن شحاته سعفان، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بالقاهرة، طبعة ١٩٥٥م نشر مكتبة النهضة المصرية بمصر.
- علم العقاب، أ.د./أحمد حسني طه، المطبعة (بدون) الطبعة (بدون)، الناشر (بدون).
- القصاص في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون الجنائي الوضعي، رسالة دكتوراة بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة، أعدها أ.د./منصور أبو المعاطي، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م (غير مطبوعة).
- كتاب التسهيل لعلوم التنزيل، لابن جزى، محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي الأندلسي، ٧٤١ - ٧٩٢هـ، المطبعة (بدون)، الطبعة (بدون)، نشر دار الفكر (هكذا).
- لسان الحكام في معرفة الأحكام، لابن الشحنة، الإمام أبي الوليد إبراهيم بن أبي اليمن محمد بن أبي الفضل المعروف بابن الشحنة، نسخة ضمن كتاب معين الحكام، طبع مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م، نشر مكتبة مصطفى البابي الحلبي بمصر.

- مبادئ تاريخ القانون، أ.د/صوفي حسن أبوطالب، المطبعة العالمية بالقاهرة، الطبعة (بدون) ١٣٨١هـ - ١٩٦١م، نشر دار النهضة العربية بمصر.
- مختصر سنن أبي داود، للحافظ المنذري، تحقيق محمد حامد الفقي، المطبعة (بدون)، الطبعة (بدون)، نشر مكتبة السنة المحمدية بمصر.
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، للفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي المتوفى ٧٧٠هـ، المطبعة الأميرية بمصر، الطبعة الثانية ١٣٢٤هـ - ١٩٠٦م، نشر وزارة المعارف بمصر.
- المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية بمصر، طبع الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، الطبعة (بدون)، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم عام ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، للطرابلسي، علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، طبع مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م، نشر مكتبة مصطفى البابي الحلبي بمصر.
- المغني، لابن قدامة، عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، ٥٤١ - ٦٢٠هـ، تحقيق أ.د/عبدالله بن عبدالمحسن التركي ود/عبدالفتاح محمد الحلو، مطبعة هجر للطباعة والنشر والتوزيع بالقاهرة، نشر مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية بالسعودية.
- من الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون، للمستشار أحمد موايف، طبع دار ومطابع الشعب بالقاهرة ١٣٨٤هـ - ١٩٦٥م نشر المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بالقاهرة.
- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع بمصر، الطبعة الرابعة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، نشر وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت.
- نظرة القرآن إلى الجريمة والعقاب، أ.د/محمد عبد المنعم القيعي، طبع دار التوفيق النموذجية بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، نشر دار المنار للطبع والنشر والتوزيع بالقاهرة.
- الهداية في تخريج أحاديث البداية (بداية المجتهد لابن رشد) لأبي الفيض أحمد بن محمد بن الصديق الغماري الحسني ١٣٢٠ - ١٣٨٠هـ، تحقيق عدنان علي شلاق، طبع ونشر عالم الكتب ببيروت.

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
١	● مقدمة
١	○ أهمية البحث
٢	○ منهج البحث
٢	○ خطة البحث
٣	● تمهيد
٣	● تعريف العقوبة والهدف منها
٣	○ تعريف العقوبة
٣	○ الهدف من العقوبة
٥	● تطور العقوبة
٨	● أنواع العقوبات في الفقه الإسلامي
٩	● شروط العقوبة
١١	○ مرونة عقوبات التعزير
١٢	● تعريف الإعدام
١٢	● وسائل تنفيذ عقوبة الإعدام
١٤	● تعريف القصاص
١٥	○ أدلة مشروعية القصاص
١٦	○ الفرق بين الإعدام وقتل النفس قصاصاً
٢٠	● الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام في الفقه الإسلامي
٢٢	● حكم تطبيق هذه العقوبة في الفقه الإسلامي
٢٥	● الهدف من الإعدام :
٢٥	○ أولاً : منع القتل
٢٥	○ ثانياً : تحقيق العدالة والمساواة
٢٦	○ ثالثاً : ترضية أولياء الدم
٢٦	● ضرورة تطبيق عقوبة الإعدام
٢٨	● شبهات القائلين بإلغاء عقوبة الإعدام
٣١	● الأسباب التي دعت إلى القول بمنع عقوبة الإعدام وبراءة الفقه الإسلامي منها
٣٣	● مدى إمكانية إحلال العقوبات السالبة للحرية بدلاً عن الإعدام في الفقه الإسلامي
٣٦	● نتيجة إلغاء عقوبة الإعدام
٣٨	● خاتمة بأهم نتائج البحث
٤٠	● توصية
٤١	● قائمة بأهم المراجع
٤٤	● فهرس

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار رقم ١٩٢ (٢٠/٧)

بشان

عقوبة الإعدام في النظر الإسلامي

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهراڤ (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من ٢٦ شوال إلى ٢ من ذي القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١٣ - ١٨ سبتمبر (أيلول) ٢٠١٢م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى أمانة المجمع في موضوع: **عقوبة الإعدام في النظر الإسلامي**، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،

وبعد التأكيد على أن الإسلام من منطلق أصوله الأخلاقية الحامية لحقوق الإنسان، قام بدور تاريخي فاعل ومؤثر في تقليل وتقليص حالات الإعدام وسيما في الظروف القاسية التي كانت تسع دائرتها عند الكثير من الأمم، وذلك عبر تأصيل وتأسيس قواعد كقاعدة حرمة الدم وقاعدة درء الحدود بالشبهات، وقاعدة الاحتياط في الدماء،

قرر ما يأتي:

(١) عقوبة الإعدام تُمثل أحد عناصر النظام العقابي اللازم لحماية المصالح العليا في المجتمعات الإنسانية، وتتناسب مع الجرائم التي يقترفها الجاني حسب القواعد الشرعية، ولهذا كانت الشبهات المطالبة بإلغائها مطلقاً ليس لها ما يبررها شرعاً ولا عقلاً.

(٢) الإعدام هو سلب الجاني حق الحياة بحكم قضائي عادل.

(٣) لا يُحكم بعقوبة الإعدام إلا إذا ثبت أن الجاني قد ارتكب ما يوجبها وفق قواعد الإثبات المقررة شرعاً.

(٤) يجب أن يستند حكم الجريمة الموجبة للإعدام إلى نص تشريعي صريح مستمد من الشريعة الإسلامية.

- (٥) يجب توافر الضمانات التي تمنع الإسراف في تطبيقها أو الخطأ في الحكم بها.
- (٦) يجب اتخاذ كافة التدابير الوقائية من ارتكاب الجرائم الموجبة لعقوبة الإعدام، كي لا يكون للجاني عذر عند تطبيق العقوبة بحقه.
- (٧) يُترك اختيار وسيلة تنفيذ عقوبة الإعدام لتشريعات الدول الإسلامية في إطار القواعد العامة للشريعة الإسلامية ومقاصدها.

والله أعلم



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الجينوم البشري من النظرية للتطبيق رؤية إسلامية

إعداد

الدكتور / أحمد رجائي الجندي

الأمين العام المساعد للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية

الجينوم البشري من النظرية للتطبيق - رؤية إسلامية

قال تعالى ﴿ **وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ** ﴾^(١) ، وقال جل شأنه ﴿ **سُنِّرِهِمْ آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ** ﴾^(٢) .

حفل القرن العشرون بإنجازات هائلة في جميع مجالات الحياة ، وشاءت حكمة الله أن ينظر الإنسان - مكتشف هذه المعجزات - في كتاب الله المفتوح ، فنظر حوله في الكون وحاول أن يفك الطلاسم حول ما قد يعتره ليصل إلى الحقيقة ، فكان عليه أن يطور الوسائل المختلفة ليتمكن من فهم ما حوله من حقائق ، فانطلق إلى القمر ووصل إلى المريخ. الغاية لم تكن المريخ أو القمر ، ولكنها التقدم الكبير في وسائل الاستطلاع والاتصالات ، وتحول العالم إلى قرية صغيرة يمكنك مشاهدة الحدث ساعة وقوعه بكل تفاصيله ، ولم تعد هناك أية أسرار يمكن الاحتفاظ بها .

وبرغم ذلك التقدم التكنولوجي إلا أن الإنسان تأخر كثيرا في النظر إلى نفسه فالآية الكريمة في صدر البحث جاءت للدعوة إلى أن ننظر إلى أنفسنا ، إلى ذلك الإنسان البسيط والمعقد بساطته في شكله وحركته وأسلوب حياته حتى ظن بعض العاملين في مجال تكنولوجيا الروبوتات (الرجل الآلي) امكانية تقليده والاستغناء عنه ، لكنهم وجدوا ان الأمر أكثر تعقيدا مما كانوا يعتقدون ، فحركة بسيطة من حركات الإنسان البشري مثل حركة اليدين أو الرجلين ، كلفتهم الكثير من الأجهزة والمعدات والمال ، كل ذلك لتقليد حركة بسيطة يقوم بها الإنسان تلقائيا وبسرعة وبصورة متعددة إذا لزم الأمر ، فما بال الحركات المعقدة ، إن الأمر ليس بهذه البساطة ولكنها قدرة الله سبحانه وتعالى ونعمه الكثيرة التي أنعم بها على الإنسان الذي كان دائما أكثر جدلا مستهينا بقدرة خالقه ، ومن هنا تظهر عظمة الخالق سبحانه وتعالى بتوجيهه في هذه الآية الكريمة من سورة الذاريات ﴿ **وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ** ﴾ ليؤمن من لم يؤمن بأن هذا المخلوق البسيط العظيم من خلق رب كريم ويدحض نظريات كثيرة حول خلق الإنسان .

موضوع الجينوم عبارة عن تُعرَّف الإنسان على نفسه وقراءته لذاته ، ليتأمل كيف يعمل هذا الجهاز المعقد الذي يحتوي على بلايين البلايين من الخلايا ، كيف يعمل بشكل متوازن ومتضامن ومتوافق مع بعضه البعض وكيف يتحكم في هذا الكم الهائل من الخلايا ، عدد بسيط من الجينات والذي يصل من ٢٠ إلى ٢٥ ألف جين - ليس فقط من ناحية العمل مع بعضه البعض ولكن اذا حدث عطب لأي منها تظهر الأعراض سريعا في أشكال مرضية مختلفة ، بل إذا تغير مكان أي منها من مكانه الأصلي أو لم يؤد أي من

(١) الذاريات ٢١ .

(٢) فصلت ٥٣ .

هذه الجينات عمله المنوط به لأي سبب سيؤدي ذلك إلى مشاكل جمة ، وسنتعرض لذلك بالتفصيل فيما بعد. لذلك اخترت الآية الكريمة في صدارة البحث لأن العلم دخل حيز دراسة " وفي أنفسكم أفلا تبصرون " لذلك يمكن اطلاق إسم " كتاب الحياة " على مشروع " الجينوم البشري " .

التعريف بالجينات والكروموسومات :

كل إنسان له خصائصه الجينية المتفردة عن غيره ، وبرغم هذا فيجب ألا يختصر الإنسان من حيث هو إنسان على صفاته الجينية فقط ، فالإنسان مجموعة معقدة من الخصائص الروحية، والاجتماعية ، والنفسية ، والثقافية ، والبيئية ، وغيرها التي تؤثر في سلوكياته وشخصيته وعلاقاته بنفسه والآخرين ، بما في ذلك قدرته على الإرادة والاختيار، لكن الجينات لها وضع خاص في تركيب الإنسان ، فمن الواضح الآن أن لها تأثيرات كثيرة (بجانب العوامل الأخرى) على حياته ، وتؤثر فيه وتتأثر به ، ويمتد هذا التأثير إلى الأسرة والأجيال التالية من هذه الأسرة .

والأبحاث الحديثة أثبتت أن الجينات تحوى أسراراً كثيرة تستكشف وبياح بها يوماً بعد يوم يمكن أن تقدم خدمات جليلة في التعرف على الصحة والمرض وتساهم في إيجاد حلول لبعض الأمراض سواء في الدول الغنية أو الفقيرة .

وقد أثبتت الأبحاث على الجينات وجود فوارق وتميزات في بعض القبائل أو المجموعات أو الشعوب عن بعضها البعض وهذا إثراء للحياة الإنسانية .

وقد تغير المعلومات حول الجينات مفاهيم كثيرة حول تفسير أية عملية مرضية ، فهي في نهاية المطاف في صيغة كيميائية حيوية ، وهذه بدورها تعكس أثر وأفعال الجينات ، كما أن الجينات تلعب دوراً هاماً وتبايناً ملحوظاً بين الأفراد في التأهب للعوامل البيئية الضارة ، وعلى هذا فإن فهم عمل الجينات المسئولة سيؤدي إلى فهم أفضل للباثولوجيا التي يقوم عليها المرض .

ولا يجب أن يتبادر إلى الأذهان فكرة الحتمية وتعني أننا رهينة لجيناتنا ولا نتحكم في مصائرنا ، إنما نحن نتيجة لتفاعل معقد بين تركيبنا الوراثي وبيئتنا والمناخ الثقافى الذى نشأ به ، والجينات التى تحمل التعليمات للعمليات البيوكيميائية المعقدة المقررة لكل الأنشطة البيوكيميائية بالكائنات الحية هي جزء واحد من المحيط الذى يعيش فيه الإنسان وقد تكون عنصراً رئيسياً في هذا التفاعل وقد تكون عاملاً مساعداً⁽¹⁾ .

ما هو الجينوم البشرى :

الجينوم البشرى مكون من حوالى ٣ بلايين وحدة بتسلسل خاص ، وتسمى القواعد النيوكلوتيديه وتكون هذه حامض الدنا في شكل سلم حلزونى أو شكل لولبى ،

والنيوكلوטיديّة تعتبر الحروف الأبجدية للحياة مكونة من أربع قواعد نيتروجينية وستذكر فيما بعد بالتفصيل.

ما هو الجين :

من المعروف أن الخلية هي الوحدة الرئيسية العاملة في الكائن الحي [إنسانا كان أو نباتا أو حيوانا] ، وبداخلها النواه التي تحتوى على الجينات المكونة من عدد كبير من الأحماض النووية المرتبة بترتيب خاص وكل جين له شفرة خاصة ، وهذه الشفرة هي التي تحدد نوع المركب الكيميائي الذي ينتج عن هذا الجين ، وقد تبين أن الجينات هي التي تصدر المعلومات المطلوبة لتشغيل كل خلية لتقوم بعملها المطلوب منها . وثبت أن التركيب الكيميائي والفيزيائي واحد في جميع الكائنات الحية ، ودلت الأبحاث على أن تسلسل الدنا وترتيب النيوكلوטיديات (القواعد) المكونة للدنا هو أحد الصفات الهامة لكل كائن حي ، حيث يتولى هذا الترتيب والتسلسل إصدار الأوامر لإنتاج البروتين المطلوب إفرازه لكل مكان يوجد فيه هذا الترتيب ، وهذا ما يفرق الكائنات عن بعضها البعض ، فلكل كائن حي ترتيبه الخاص به ويختلف عن بقية الكائنات والأجناس الأخرى .

وعليه فإن الجين هو جزء من الحامض النووي الدنا منزوع الأكسجين والموجود في الكروموسوم الصبغي (والدنا عبارة عن سلسلة طويلة جدا مكونة من أربع قواعد نيتروجينية (Nitrogenous basis) هي [ثيامين T ، جوانين G وسيتوزين C وأدينين A] وهي الحروف الهجائية لكتاب الحياة البشرية ، ويتصل الأدينين دوما بالثيامين والجوانين بالسيتوزين بواسطة قواعد هيدروجينية ثم يتصل كل واحد من هذه القواعد بأحد السكريات الخماسية ناقصة الاكسجين Deoxy Ribose كما يتصل من جهة أخرى بمجموعة فوسفورية وتسمى المجموعة المكونة من القاعدة النيتروجينية وتوابعها بالنيكلوتيد (Nucleotide) .

ومن المعلوم أن كل ثلاث من القواعد النيتروجينية تتحكم في تكوين حامض أميني واحد ، وتسمى هذه القواعد الثلاثية الكودون أو الشفرة أو الراموز^(٢) .

وقد ثبت أن عدد الجينات في كل خلية ٢٠٠٠٠ إلى ٣٠٠٠٠ جين وليست كما كان يظن سابقا من أنها أكثر من ذلك ، وكلها توجد على الصبغيات التي يصل عددها إلى ٢٣ زوجا في نواة الخلية ، كما يوجد الميتوكوندريم في السيتوبلازم وتتوزع الجينات البشرية بصورة غير منتظمة على الكروموسومات وثبت أن هناك منطقتان على الكروموسومات منطقة يوجد بها الجينات الفعالة أو النشطة وتمثل حوالي ١,٥ - ٢٪ من مجموع الجينات ، ومنطقة أخرى تسمى منطقة الجينات الخاملة أو ما يطلق عليها الدنا الخرد Genes Junk ولم تعرف حتى الآن الوظائف المنوطة بهذه الجينات ، البعض يرى بأنها تتحكم في فتح وإغلاق الكمية ومتى وأين تبدأ الجينات الفعالة لتكوين البروتين المشفر ، والبعض

الأخر يرى بأنها جزء من التاريخ الإنساني موجود في هذه المنطقة ويمكن عن طريقها التعرف على هجرة الإنسان وتطور تحركه .

الصبغيات الموجودة في داخل الخلية عددها ٢٣ زوجا (٢٣ من الأب و ٢٣ من الأم) ما عدا كروموسومات الجنس فمكونه من ٢٢ زوجا كروموسوم والكروموسوم الآخر يحدد الذكورة XY أو الأنوثة XX .

ما هو مشروع الجينوم البشري :

هو عبارة عن مجموع حامض الدنا داخل جسم الكائن سواء أكان بشريا أم غير ذلك ، ويختلف حجم الجينوم من كائن لآخر فأصغر طول لحامض الدنا موجود في البكتريا ويحتوي على ٦٠٠,٠٠٠ زوج من الدنا بينما نجد أن الجينوم البشري يحتوى على ٣ بليون زوج من الدنا وباستثناء كرات الدم الحمراء البالغة فإن جميع خلايا جسم الإنسان تحتوى على جينوم بشري .

وقد تبين أن الجينوم البشري مرتب في ٢٤ منطقة على الكروموسوم وكل منهم مفصول عن الآخر ويحتوي على كل منطقة ما بين ٥٠ مليون إلى ٢٥٠ مليون زوج من القواعد ، وبعض الأنواع القليلة يوجد بها شذوذ في الصبغيات ويشمل ذلك زيادة أو نقصان أو طفرات أو خلل في المكان المفروض أن يتواجد فيه ، كل ذلك يسبب خلايا يظهر في شكل مرض على الشخص المصاب بذلك .

وقد لفتت الجينات الانتباه لكونها تقوم بإصدار التعليمات لتصنيع البروتينات المشفرة ذات القواعد المختلفة والتي تؤدي الوظائف الحياتية المختلفة التي إن أصيب أى منها بخلل ينعكس على الإنسان في صورة مرض ما .

ومن عظمة قدرة الله سبحانه وتعالى فإن تركيب هذه البروتينات يتغير من دقيقة لأخرى ويؤثر فيها عشرات الآلاف من التفاعلات الداخلية والخارجية^(٣) .

كل نواة في داخل كل خلية في جسم الإنسان تحتوى شريط الدنا يبلغ طوله ٦ أقدام وإذا تم فرد الدنا الموجود في جسم الإنسان فسيصل طوله إلى ٣ بليون ميل أى مائة مرة المسافة بين الأرض والشمس ذهابا وإيابا .

أهداف المشروع والمكاسب المتوقعة :

(١) التعرف على حوالى ٢٠ ألفا إلى ٣٠ ألف جين في الدنا البشرية ، خصائصه ، تفاعلاته مع محيطه ومع الجينات الأخرى .

(٢) التعرف على تسلسل ٣ بليون قاعدة زوجية التي تكون الدنا الإنسانية .

(٣) دراسة تسلسل وترتيب القواعد المكونة للدنا حول الكروموسومات .

(٤) دراسة الخواص والمؤثرات في الجينات للاستفادة من ذلك بإنتاج أدوية خاصة بكل مرض قليلة المضاعفات وفعالة وآمنة وإدخال علم جديد اسمه أقرباذين الجينات .Pharmacogenomics

(٥) التشخيص السريع للأمراض وإمكانية التنبؤ بالإصابة بالأمراض أو احتمال الإصابة بها .

(٦) التعرف على الأسباب الحقيقية للأمراض وإمكانية الوقاية منها أو علاجها أو حتى الشفاء لآلاف من الأمراض وإدخال العلاج الجيني .

(٧) إنتاج الكواشف المتعلقة بالأمراض لتشخيصها بطريقة سريعة .

(٨) إمكانية استخدام الجينوم في الطب الشرعي للتعرف على الجناة في الحالات الجنائية عن طريق البصمة الوراثية .

(٩) إثبات أو نفي الأبوة .

(١٠) التعرف على الدنا للحيوانات والنباتات وتحويلها للحصول على حيوانات ذات إنتاجية عالية من اللحوم والألبان وكذلك النباتات لإنتاج محاصيل ذات عائد كبير ومقاومة للأمراض والفيروسات والأحوال الجوية السيئة .

(١١) التعرف على أنواع البكتيريا المختلفة التي يمكن أن تسبب تلوثا للهواء والماء والتربة .

(١٢) التأكد من أصالة السلالات النباتية والحيوانية .

(١٣) التعرف على الكائنات الحية والفصائل المعرضة للانقراض للحفاظ عليها والحفاظ على الحياة البرية .

(١٤) تطوير تكنولوجيا البحث والتحليل والجمع والتحليل الإحصائي للمعلومات .

(١٥) خلق كوادر بشرية مدربة تدريباً خاصاً للدخول إلى هذا المجال

(١٦) إمكانية تحويل النتائج إلى مستحضرات صيدلانية تستخدم في العلاج .

(١٧) اقتصاديات المشروع نحو خلق وظائف جديدة للعمل في المشروع من عائداته .

(١٨) اكتشاف مصادر جديدة للطاقة عن طريق تطوير أنواع معينة من البكتيريا لإنتاج الطاقة.

(١٩) تحديد الجينات الخاصة بالأجناس المختلفة والهجرة من مكان لآخر أي من أين جئنا وكيف جئنا إلى هنا .

(٢٠) دراسة الجوانب الأخلاقية والفقهية الإسلامية والقانونية والاجتماعية والاقتصادية والعلمية وانعكاسات ذلك على المجتمع ، ولتحقيق هذا الهدف الهام تم تخصيص ٣,٥.

٥٪ من ميزانية مشروع الجينوم في الولايات المتحدة الأميركية ويعكس هذا الأهمية الكبرى لانعكاس هذا المشروع على الجوانب المذكورة تحت هذا البند.

من الأهداف التي وضعت للمشروع يمكن تخيل حجم المشروع بأنه هائل ويحتاج إلى تضافر الجهود العالمية ، فحجم الميزانية المقررة كان ١٥ بليون دولار ، تحملت الولايات المتحدة منفردة ٣,٥ بليون دولار ويعتبر هذا المشروع أكبر مشروع بحثي في تاريخ البشرية، واشتركت ثمانى عشرة دولة في المشروع هي ، اميرিকা ، انجلترا ، فرنسا ، ألمانيا، اليابان ، الصين ، الهند ، المكسيك ، البرازيل ، استراليا ، اسرائيل ، الدانمارك ، ايطاليا ، روسيا ، السويد ، كوريا الجنوبية ، كندا ، هولندا ، وكان مقررا أن يتم المشروع بعد خمسة عشر عاما حيث بدأ عام ١٩٩٠ على ان ينتهى عام ٢٠١٥ ، ولكنه انتهى في عام ٢٠٠٠ بصورة مبدئية ، واعلن ذلك كل من الرئيس الأمريكى كلينتون ، ورئيس وزراء بريطانيا تونى بليير في نفس التوقيت ، وكانت فرحة عارمة لدخول الطب والبشرية إلى عصر جديد من التطور المعرفي والعلمي ، وانتهى العمل منه عام ٢٠٠٣ ومازالت الأبحاث جارية حتى الآن .

وفي بداية المشروع أسند إلى هيئة الطاقة الأميركية عام ١٩٨٦ ثم ما لبث أن دخل المعهد الوطني للصحة عام ١٩٨٧ كشريك لهيئة الطاقة للقيام بالأبحاث المطلوبة .

ولكن لماذا هيئة الطاقة الأميركية هي التي أو كل إليها هذا الأمر ؟ (ويطلق اسم DOE على الهيئة) .

بعد تفجير قبليتي هيروشيما ونكازاكا قررت الولايات المتحدة إنشاء هذه الهيئة وأوكل إليها جميع المشاريع المتعلقة بالطاقة والتي يمكن أن تؤثر على الجينات سواء البشرية أو الكائنات الحية الأخرى ، خاصة المواد المشعة والكيماويات السامة والنفائيات الناتجة عن الطاقة التي يمكن أن تؤثر على الجينات وعلى الإنسان ، وإيجاد بدائل للطاقة الآمنة والنظيفة بدلا من الملوثة للبيئة ، وبالتالي كان لزاما ان يعهد إليها لعمل الدراسات اللازمة على الجينوم البشرى والكائنات الأخرى لمعرفة التسلسل والترتيب والمؤثرات الداخلية والخارجية على عمل الجينوم ، وبدأ العمل الفعلى بالتعاون بين الجهتين عام ١٩٩٠ ، وبعد خمس سنوات من العمل تم كتابة مذكرة التفاهم لتقاسم الأعباء وتنسيق الأعمال بينهما .

لماذا أنجز المشروع بأسرع مما كان مخططا له :

(١) تم تقسيم المشروع على جهات علمية عالمية مختلفة في أقطار مختلفة على أن يتم اللقاء على فترات متقاربة لتبادل الخبرات والإنجازات . فعلى سبيل المثال تم إيكال فحص خريطة الكروموسومات الآتية ٢ ، ٥ ، ١١ ، X ، ١٦ ، ١٩ ، ٢١ ، إلى الولايات المتحدة الأمريكية .

(٢) تم الاهتمام بتطوير الأجهزة المستخدمة سواء في التحاليل أو الكمبيوترات أو الأشعات وغير ذلك مما سهل المهمة أمام الباحثين بحيث أصبح من السهل إنجاز الأعمال في وقت قياسي فعلى سبيل المثال: الأبحاث لاكتشاف التليف الحوصلى cystic fibrosis استغرق خمس سنوات وبتكلفة بلغت ٥٠ مليون دولار قبل اكتشاف الجينوم بينما يمكن أن يتم مثل هذا المشروع فى أيام ويكلف مبالغ زهيدة ولايحتاج إلى خبرات كثيرة أو تجهيزات باهظة بعد اكتشاف الجينوم البشرى^(٤).

(٣) إدخال الكائنات ذات الخلية الواحدة (البكتيريا) والفئران بدلا من الإنسان الذى كان يمثل مشكلة في جمع العينات وندرته والصعوبة في العمل في المراحل الأولى ، وبعد إدخال هذه الكائنات تم التغلب على كل المشاكل في هذه الناحية .

نتائج مشروع الجينوم البشرى :

أولاً: تبين ان كل إنسان له جينومه الخاص به ولا يوجد تشابه بينه وبين أي شخص على الأرض ما عدا التوائم السياميه والمستسخين [إن وجدوا] وهناك ثلاث عشرة منطقة يمكن الاستعانة بهم للتعرف أو التفريق بين شخص وآخر.

ثانياً : الجينوم البشرى يحتوى على ٣١٦٤,٦ مليون قواعد نيكلوتيدية من [A , C , T, G]

ثالثاً : متوسط مكونات الجين ٣٠٠٠ قاعدة ولكن الحجم يختلف بصورة كبيرة بين أصغر جين وأكبر جين بشرى يسمى ديستروفين مكون من ٢,٤ مليون قاعدة .

رابعاً : وجد بأن ٩٩,٩% من القواعد النيكلوتيدية هي نفسها في جميع البشر .

خامساً : لم يتم التعرف على وظائف حوالي ٥٠% من الجينات المكتشفة^(٥).

كيفية ترتيب القواعد :

(١) المناطق المزدحمة والغنية بالجينوم البشرى (Urban Center) مكونة من كتل من الدنا من القواعد جوانين (G) وسيتوزين (C) .

(٢) المناطق الفقيرة أو المتصحرة غنية بالدنا المكون من كتل الأدينين A و الثيامين (T) ويمكن مشاهدة (GC) و (AT) كل منطقة على حدة تحت الميكروسكوب في شكل خطوط مضيئة ومظلمة على الكروموسوم .

(٣) تظهر الجينات مركزة بصورة عشوائية في الجينوم ويوجد بينها مسافات من الدنا غير المشفر .

(٤) تبين أن تسلسلا معنيا للجينات تظهر معه أمراض معينة واختلالات مختلفة من بينها مرض سرطان الثدي ومرض العضلات

(٥) تبين أن حوالي ٣٠٠٠٠٠ قاعدة من C&G تتبسط وتتكرر العديد من المرات وتوجد بجوار المنطقة الغنية بالجينات وتشكل حاجزا أو عائقا بين الجينات الفعالة والخاملة أو الخردة (Junk genes) ويعتقد أن هذه العوائق أو الحاجز من C,G يساعد في تنظيم عمل الجينات كما سبق وذكرنا .

(٦) الكروموزوم رقم (١) يحتوي على أكبر عدد من الجينات (2968) وفي مرجع آخر ٣١٦٨ بينما Y كروموزم يحتوي على اقل عدد (٢٣١) وفي مرجع آخر ٣٤٤ .

كيف يمكن مقارنة الجينوم البشري والكائنات الأخرى :

(١) وجد أن كثيرا من الكائنات الأخرى تختلف عن الإنسان في ترتيب الجينات ففي الإنسان عشوائية الترتيب بينما في الكائنات الأخرى مرتبة ترتيبا واضحا والمسافة بين الجينات متساوية إلى حد كبير .

(٢) الجينوم البشري ينتج حوالي ثلاثة أضعاف من أنواع البروتينات المختلفة عن الكائنات الأخرى وبهذا فإن الجين الواحد في الاثنين يمكن أن ينتج بروتينا مختلفا .

(٣) يشترك الإنسان مع الكائنات الأخرى في أنواع معينة من البروتينات ولكن يتميز الإنسان بوجود بروتينات خاصة متعلقة بالمناعة والنمو^(٦) .

الاختلافات والطفرات :

(١) لقد تعرف العلماء على حوالي ١,٤ مليون موقع على الدنا توجد خلافا في ترتيب هذه المواقع من شخص لآخر وتسمى single nucleotide polymorphism وتسمى الشكل المختلف لنيكلوتيد واحد داخل الخلية (A.T.C&G) ويطلق عليه اختصارا (SNPS) ، فعلى سبيل المثال لمثل هذا التغيير (AAGGCTAA) إلى ... (ATGGCT AA) وقد تبين أن SNPS تحدث من ١٠٠ إلى ١٠٠٠ من القواعد النيكلوتيدية في الدنا التي تبلغ حوالي ٣ بلايين قاعدة ، وهذه التغييرات يمكن أن تحدث في الجينات المشفرة وغير المشفرة ، ومن المتوقع بأن هذه المعلومات قد تساعد في التعرف على العلاقة بين موقع الكروموسوم والتسلسل للجينات والمرض .

(٢) وجد أن الطفرات التي تحدث في الحيوانات المنوية إلى البويضات ٢ : ١ وقد عزا العلماء ذلك بكثرة انقسام الخلايا الذكرية لإنتاج عدد كبير منها على العكس من البويضات.

(٣) بينت الأبحاث بأن سبب التفاعلات المختلفة للأشخاص عند تناولهم للأدوية هو الاختلاف في تفاعل الـ SNP (سناب) مع الدواء ، وبالتالي فإن تحليل الجينوم البشري لكل شخص يمكن أن يؤدي إلى الوصول لدواء خاص به عن طريق SNP .

(٤) في مبادرة من كوريا بالتعاون مع المعهد القومي للصحة بأمريكا قامت كوريا الجنوبية بعمل خريطة للكوريين وتبين أن من بين ١,٤ مليون SNP فإن الكوريين لديهم ١٠٠٠٠ (عشرة آلاف) موقع على الدنا موحدة للكوريين وبالتالي يمكن التعرف على الجنس الكوري بمقارنة هذه الخريطة بالخرائط العامة . وقد تم تعميم هذا العمل في الولايات المتحدة واليابان وأوروبا وكل دولة من هذه الدول لديها خريطتها العامة لأبنائها وأطلق على هذا المشروع Hap Map هاب ماب أو (الخريطة المفردة) .

(٥) وجد أن موقع الجين وطول انواع معينة من الدنا والتسلسل مختلفة بشكل كبير من شخص لآخر وهي الأساس في البصمة الوراثية ونفي أو اثبات الأبوة .

(٦) في دراسة مقارنة بين الجينوم البشري وجينوم الشامبانزي وجد الآتي :

(أ) ثبت من مقارنة جينوم الشامبانزي والجينوم البشري بأن الأول يختلف عن الثاني بحوالي ١,٢٣٪ وذلك بالمقارنة المباشرة للتسلسل والتتالي .

(ب) وتبين ان ٢٠٪ من النسبة السابقة هي فرق الجينوم البشري من بقية الفقرات ويبقى فقط ١,٠٦٪ فروق ثابتة بين الجينوم البشري وجينوم الشامبانزي .

(ج) الفرق ليس فقط في الترتيب ولكن في عدد القواعد الجينية ، والوظائف والتعبير في تكوين الاحماض الأمينية المشفرة .

(ء) وفي المجموع فإن جينات الإنسان المشفرة تختلف عن مثيلاتها في الشامبانزي في حامضين امينيين وتبين بأن ثلث الجينات البشرية مطابقة لجينات الشامبانزي ولها نفس القدرة على إنتاج تلك الأحماض الأمينية .

(هـ) بالإضافة إلى ما سبق فإن أكبر فرق بينهما في الكروموسوم رقم ٢ في الانسان المساوي ناتج اندماج كل من الكروموسوم ١٢ ، ١٣ في الشامبانزي وتم تسميتها بعد ذلك 2A , 2B .

(و) الجينوم البشري يحتوي على ميزة خاصة عن بقية الثدييات الأخرى فإنه موزع على ثنائيات تقريبا متماثلة ومكررة لأجزاء الدنا وقد يتم الاكتشاف قريبا بأن هذه إحدى مميزات (primate –specific genes)^(٧) .

(ز) يمكن تخيل الحجم الكبير والهائل لنتائج تحليل الجينوم البشري ويشمل ٣,٣ بليون خلية في جسم الانسان . لو وضعت في كتاب يحتوي في كل صفحة ١٠٠٠ قاعدة ثنائية تم رصدها وكل كتاب يحتوي على ١٠٠٠ صفحة فإن ذلك سيحتاج إلى ٣٣٠٠ كتاب مماثل للسابق لكتابة الجينوم وسوف يستغرق قراءته حوالي ٩,٥ سنة قراءة دون توقف لحوالي ٣,٣ بليون قاعدة في كل جينوم بشري

وتم حساب ذلك على اساس أن متوسط سرعة القراءة بمعدل ١٠ قواعد بالثانية أي ٦٠٠ قاعدة بالدقيقة أي ٣٦٠٠٠ قاعدة بالساعة أي ٨٦٤٠٠٠ قاعدة في اليوم أي ٣١٥٣٦٠٠٠٠ قاعدة بالسنة ، كذلك يمثل تخزين هذه المعلومات تحديا لخبراء الكمبيوتر وأخصائي المعلومات الحيوية حيث يحتاج إلى سعة كبيرة للتسجيل على الكمبيوتر تصل إلى ٣ جيجا بايت مع ما يصاحب ذلك من تنسيق وترتيب للنتائج^(٨).

الإختلالات الجينية^(٩) Genetic Disorders ما هي الإختلالات الجينية :

في بعض الأحيان تحتوى الخلايا تغيرات أو بعض الاختلافات في المعلومات في جيناتها، وهذه يطلق عليها " الطفرة الجينية " وهي إما أن تورث أو تحدث غالبا في حالة تقدم الخلايا في العمر أو تعرض الشخص للإشعاعات بأنواعها المختلفة أو تعرضها للكيمواويات السامة وغير ذلك ، ومن حسن الحظ فإن الخلايا تحاول إصلاح تلك الطفرات بنفسها ، ولكن في بعض الأحيان تفشل ، وفي هذه الحالة تمرض تلك الجينات وينعكس ذلك على الشخص في ظهور الأمراض عليه .

ووجود الطفرات لا يعني ظهور الأمراض ولكن حاملها يعتبر حاملا لذلك المرض وقد يورثه لذريته وقد يظهر عليه المرض . اما في حالة الزواج من امرأة لا تحمل هذا الخلل فإن النتيجة يمكن أن تكون مثل ما ذكرنا سابقا ، أما إذا كانت الأم حاملة لنفس الجين المعطوب أو الذى به خلل فإن ظهور المرض على الذرية ... أكيد^(١٠).

أما اذا كانت الطفرة موجودة على أحد جينات الكروموسوم X فإن هناك احتمال اصابة الأطفال بالمرض من أبويهم .

وبهذا يمكن تعريف الاختلالات الجينية بأنه مرض بسبب أوضاع شاذة أو غير طبيعية في الجينات الخاصة بالفرد ، وتوجد أربعة أنواع من الاختلالات الجينية :

(١) خلل في جين واحد .

(٢) خلل بسبب اختلالات في جينات مختلفة .

(٣) خلل في الكروموسومات

(٤) خلل في الميتوكوندريا .

(١) الخلل في جين واحد (Monogenic) أو أحادية الجين أو مندليان (Mendelian)

عندما تحدث طفرة لجين واحد فإن البروتين المشفر الخاص بهذا الجين لا يحمل المكونات الصحيحة التى من المفروض أن يحملها وبالتالي فإنه لايقوم بالوظائف التى خلق من أجلها ويمرض صاحب هذا الجين .

وقد ثبت وجود أكثر من ٦٠٠٠ مرض سببه أختلالات في جين واحد ويظهر هذا في واحد من كل ٢٠٠ مولود ، وعلى سبيل المثال التليف الحوصلي ، الانيميا المنجلية ، مرض هنتجوتون ، متلازمة مرفان .

والخلل في الجين يتم توارثه بصورة واضحة إما عن طريق الخلل في الجين الجسدي السائد أو المتنحي أو بسبب خلل جيني على X .

(٢) **الخلل الناتج بسبب عدد من الجينات (polygenie)** : وينتج هذا بتضافر العوامل البيئية المختلفة والطفرات في عدد من الجينات ؛ على سبيل المثال : الجينات التي تؤثر في احتمالات الإصابة بسرطان الثدي وجدت على كروموسومات ٦ ، ١١ ، ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٧ ، ٢٢ ، وينتج عن هذا تعقيدات كثيرة في الاحتمالات بالمقارنة مع مثيلاتها في الجين الواحد.

ونفس الشيء يحدث في معظم الأمراض المزمنة ، أمراض القلب ، ضغط الدم المرتفع ، مرض الزهيمار ، السكري ، والسمنة ، والسرطان .

(٣) **خلل الكروموسومات (الصبغيات)** : الكروموسومات لها تركيب واضح ومميز من الدنا والبروتينات ، وعددها في كل خلية ٢٣ زوجا أي ٤٦ ما عدا الحيوانات المنوية والبويضات فيها ٢٣ كروموسوما بالإضافة إلى كروموسوم يحتوى على XX في البويضة XY في الحيوان المنوى ، وحيث إن الكروموسومات حاملة للمادة الجينية فإن وجود أى تركيب غير طبيعي للكروموسوم مثل زيادة النسخ أو نقصها أو القطع العيني (gross breaking) والاتصال مرة أخرى أو تغير مكانها فإن هذا يتسبب في ظهور الأمراض ، ولعل أشهرها هو متلازمة الداون على الكروموسوم ٢١ ، بسبب زيادة نسخة منه فيصبح ثلاثة بدلا من اثنتين.

(٤) **خلل الميتوكوندريا** : الميتوكوندريا جسم صغير مستدير أو في شكل قضبان وتلعب دورا في تنفس الخلية وتوجد في سيتوبلازم الخلية وكل ميتوكوندريون يحتوي ما بين ٥ إلى ١٠ قطع من حامض الدنا^(١) .

يوجد الخلل بنسبة قليلة بل نادرة نتيجة طفرات في الدنا غير الكروموسومي أو غير الصبغي .

وقد وجد أن معظم الوظائف البيولوجية تدخل فيها العوامل الجينية (الموروثة) وغير الجينية (البيئة) ، وبعض العوامل الموروثة تمثل اختلافات جسدية وليست ذات طبيعة طبيعية (مثل الطول ، لون العينين ، والشعر والقدرة على التذوق والشم) ويقرر كثير من العلماء العاملين في مجال الجينات أن اسباب الخلل الجيني المنعكس في شكل مرض ، يعزوه إلى خلل في التسلسل والتتالي في القواعد الجينية أو خلل في تركيب القواعد أو العدد بالزيادة أو النقصان . وقد يكون هذا الخلل في جين واحد ، وعلى سبيل المثال فإن مرض التكيف

الحوصلي سببه طفرة في جين CFTR ، ويعتبر هذا الجين أكثر العوامل الجينية المتتحية العامة في سكان القوقاز التي تبلغ حوالي ١٣٠٠ طفرة معروفة ، وقد ثبت أن الأمراض التي تنتج عن طفرة في جينات معينة عادة ما تكون حادة في انعكاسها على المرض ، ولكن لحسن الحظ فهي نادرة ، ومع ذلك يوجد العديد من الجينات التي يمكن أن تسبب خللا جينيا وفي العموم تمثل تلك الجينات عاملا مسببا للعديد من الأمراض خاصة في طب الأطفال ، وعلى المستوى الجزيئي للتعرف على الخلل الجيني وتسبب أمراضا تم التعرف حتى الآن على ما يقرب من ٢٢٠٠ عنصر وكلها منشورة على صفحة معينة في الانترنت . Online Mendelian inheritance in man

وتعتمد دراسات الخلل الجيني على التاريخ الوراثي العائلي ، وفي بعض الحالات يتم إجراء مسوحات استكشافية أو دراسات وبائية على مجموعات في بعض الشعوب التي يطلق عليها الشعوب المؤسسة مثل فنلندا ، والجزء الفرنسي في كندا أتواه ، سردينيا الخ ..

وقد نتج عن دراسة الجينوم البشري العديد من الاختبارات الجينية لمعرفة ما إذا كان هناك خلل جيني أم لا ؟ كذلك يمكن تحليل الآباء للتعرف عن مدى وجود خلل جيني في الأسرة أم لا ؟ ويمكن إسداء النصح لهما أو تقديم العلاج في بعض الحالات التي يمكن علاجها في الأجنة أو الأطفال .

ويتراوح الخلل الجيني بين الاختلاف في التسلسل للدنا أو بزيادة أو اختفاء بعض الكروموسومات وفي أقلها خلا في نيكلوتيد واحد ، وقد توجد الأعطاب في الجينوم ولكن لا يظهر لها أثر ظاهري في شكل مرض ، ولكن قد ينعكس ذلك على الصحة الجثمانية أو المناعة أو غير ذلك من الأمراض البسيطة .

ونظرا للتقدم في الأبحاث على الجينوم البشري وإنجاز خريطة الهاب ماب HapMap (الخريطة المفردة) فإن سرعة التشخيص للخلل الجيني أصبح حقيقة واقعة بعد مقارنة خريطة الشخص المصاب مع الخريطة السليمة ، والفرق بينهما يمكن رؤيته وإقراره بوجود الخلل ومكانه ، وعلى الرغم من أن هذه الطريقة قد سهلت الكثير في كشف الخلل خاصة في الأمراض التي سببها جين واحد بعينه ولكن في معظم الأمراض كما سنبين ذلك فيما بعد أسبابها عوامل متداخلة يدخل الجين كعنصر فيها ، وقد لا يكون جينا واحدا ولكن يشترك معه جينات أخرى بجانب العوامل البيئية المختلفة ، لذلك هناك الكثير من عدم الاتفاق على عدم إطلاق على الأمراض في بعض الحالات بأنها خلل جيني^(١٢) .

هل هناك اختبارات للكشف عن الخلل الجيني :

نتيجة التقدم الكبير والأبحاث الكثيرة في هذا المجال تم الوصول إلى العديد من الاختبارات التي يمكن إجراؤها والكشف عن بعض تلك الأمراض الجينية ، وتعتمد هذه

الاختبارات على الكشف عن المواد الكيميائية أو الانزيمات التي تفرزها تلك الجينات المعطوبة، فإذا كانت النتائج إيجابية يعتبر هذا دليلاً على الإصابة خاصة إذا كانت هناك بعض أعراض المرض، كذلك يمكن اكتشاف مدى تطور بعض الأمراض خاصة في حالات الكبر للأمراض الخطيرة مثل مرض الهنتجيتون الخطير، الزهيمر، السرطان بمعظم أنواعه، حاملي الأمراض الذين لا يظهر عليهم المرض مثل حاملي نسخة واحدة من الجينات للأمراض التي تتطلب نسختين وكذلك للأجنة سواء قبل الانغراس أو بعده أو الأطفال حديثي الولادة.

وقد تم حتى الآن الوصول إلى ١٠٠٠ اختبار للجينات ومتوافرة في الأسواق التجارية للكشف عن وجود أي خلل أو عطب في الجينات، وقد أثبتت النتائج بأن هذه الاختبارات أنقذت العديد من الوقوع في براثن المرض بطريقة أو بأخرى. ولكن هناك بعض المحاذير العلمية والأخلاقية التي يجب مراعاتها^(١٣).

يقول فرانسيس كوليز مدير مشروع الجينوم البشري معقبا على سهولة الحصول على نتائج الجينوم البشري "إن الحصول على نتائج ترتيب الجينوم البشري وجعلها متوافرة تحت أيدي العلماء سهل عليهم العمل في هذا المجال، فعلى سبيل المثال فإن البحث عن جين التليف الحوصلي بدأ عام ١٩٨٩ ونجحوا في اكتشافه بعد سنين عديدة وبمساهمة العديد من المختبرات وتكليف ما يزيد عن ٥٠ مليون دولار بينما في ظل المعلومات عن الجينوم البشري يمكن أن يتم المشروع في أيام ويكلف مبالغ زهيدة ولا يحتاج إلى خبرات بشرية بل طالب دكتوراه يكفى ولا تجهيزات بالغة التكاليف^(١٤).

وبمجرد الانتهاء من الخريطة الجينية البشرية تم تحديد حوالي ٣٠ جينا تساهم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في سرطان الثدي، أمراض العضلات، الصمم والعمى، كما تم التوصل إلى أن ترتيب حامض الدنا بصورة معينة قد يؤدي إلى أمراض القلب، السكري، التهاب المفاصل والسرطان.

وسوف يؤدي ذلك كله إلى معرفة مسببات الأمراض ويمكن تحديد أسلوب الوقاية والعلاج لمثل تلك الأمراض وقد تصل حتى إلى الشفاء.

كما أن التعرف على تسلسل الجينات واكتشاف الأنزيمات التي يمكن استخدامها في قطع ووصل الجينات مع بعضها البعض، واستخدام البكتريا في الأبحاث أمكن التغلب على المشاكل القديمة فأمكن للعلماء إجراء الأبحاث على العديد من الجينات في وقت واحد للتعرف على مدى علاقة كل جين بالآخر في وجود الخلل، أي ظهور الأمراض^(١٥).

التشخيص وإمكانية التنبؤ بالإصابة بالأمراض أو احتمال الإصابة بها .

ثبت أن معظم إن لم تكن جميع الأمراض لها علاقة بالجينات سواء أكانت مباشرة مثل : التأثير على جين واحد أو أثر العوامل الخارجية البيئية على مجموعة من الجينات لإحداث خلل يظهر في شكل مرض ، وقد استطاع العلماء إلى حد كبير تحديد مكان العلة في الجينات وذلك عن طريق المعلومات الغزيرة التي وفرها الجينوم البشري وما نتج عنه من معرفة المواد البروتينية التي يفرزها الجين في حالة الصحة والوضع السليم الصحيح وما يفرزه في حالة المرض ومقارنة الاثنين لتحديد الخلل الذي حدث ، كل ذلك تم بعد التعرف على التسلسل للنيكلوتيد داخل الخلية واكتشاف SNP ثم استخدام الأنزيمات لقطع الأماكن التي يتوقع أن بها جينات معطوبة وزرعها والكشف عما تفرزه من بروتينات مشفرة ومدى إمكانية علاجها .

والهدف من ذلك تطوير طرق الاختبارات والتشخيص للوصول إلى سبل الوقاية والعلاج وقد يصل إلى الشفاء ، وبرغم الآمال الكثيرة في هذا المجال إلا ان الطريق طويل ومعقد ومشحون بالمصاعب الكثيرة .

وقد نجحت شركات التكنولوجيا الحيوية بخطى سريعة نحو إيجاد كواشف (واسمات) تعتمد على التفاعل مع المواد الجينية للكشف عن وجود أي جين عرضة للإصابة بمرض أو حدوث خلل به يؤدي إلى الإصابة بمرض معين أو أنه في مرحلة مخاطرة المرض ، وقد ظهر عدد كبير من الكواشف أو الواسمات على الجينات وتوافرت في الأسواق مما أدى إلى انزعاج علماء الأخلاقيات والمجتمع المدني بسبب سوء استخدام مثل تلك الاختبارات في مجتمعات غير مهيأة علميا لمعرفة انعكاسات نتائجها التي قد تكون خطيرة على الفرد والأسرة والمجتمع .

وبالرغم من هذه الضجة فإن هذه الاختبارات استطاعت أن تتقذ آلاف الأسر والأشخاص من مخاطر صحية كادت تودي بحياتهم ، إلا أن السؤال الأخلاقي الذي يثار هنا هو: ما مدى اخلاقية اكتشاف إصابة أو احتمال إصابة هذا الشخص بمرض ما لا يوجد له علاج حتى الآن ماذا سيقدم له الطب ؟ هل كتب عليه أن يعيش تعيسا يائسا بسبب التشخيص المبكر للمرض وهو يعيش الآن في حالة صحية جيدة ؟ هل عليه أن يهجر الحياة منتظرا الموت؟ والسؤال الثاني : ماذا يحدث إذا اكتشفنا أن التحليل لم يكن دقيقا وكان العلاج المقترح إجراء عملية جراحية وهو ليس في حاجة إلى ذلك ؟ وسوف نتعرض لاحقا إلى أمور أخلاقية أخرى عند الحديث عن الجوانب الأخلاقية خاصة أن وقع الأسى لن يكون على الشخص فقط بل على أسرته وقد ينزعج بقية أفراد العائلة والأقارب له للخوف من إصابتهم بنفس المرض، وقد ينعكس ذلك على استمرار يته في العمل وشركات التأمين وغيرها⁽¹⁷⁾ .

العلاج الجيني^(١٨) : Gene Therapy

لقد دخل علم الطب حقبة تاريخية جديدة في التشخيص والوقاية والعلاج ، وقد ذكر ذلك الرئيس بيل كلينتون في ٢٦ يونيو ٢٠٠٠ م في إعلانه في نفس الوقت مع رئيس وزراء بريطانيا توني بليز بأن العالم قد ودع حقبة تاريخية اعتادت على طرق تشخيص وعلاج ستصبح جزءا من التراث الطبي في القريب العاجل ، فلن يعتمد الطب بعد اليوم على التاريخ المرضى والأعراض لكنه سيصل إلى جذور المشكلة والتعرف على أسبابها ومسبباتها عن طريق التسلسل للنيوكلوتهيدات وترتيب القواعد داخل الخلية ، ومعرفة وظائفها ، وطرق عملها ، وكيف تعمل ، وتأثير كل جين على الجين الآخر والمحيط الذي يعمل به ، وبذلك سندخل عصرا جديدا في عالم الطب .

ونتيجة لهذا ظهرت علوم جديدة بعد الانتهاء من الجينوم البشري ، فعلى سبيل المثال، فقد أسس قسم الطاقة والمعهد القومي للصحة حقلا جديدا أطلقوا عليه اسم الجينوميك (أي علم الجينومات) ويقوم على أساس المادة الوراثية على نطاق واسع ، وبالسرية المعهودة استطاع قطاع صناعة الدواء وضع أسس جديدة لصناعة الدواء مصادرها والتكنولوجيا الخاصة بها تعتمد على مخرجات مشروع الجينوم البشري ، وبناء على التوسع في استخدام الجينوميكس في الصحة فإن حقل " الطب الجينومي " قد ولد ، وحتى الآن يظهر بأن علم الوراثة يلعب وسيلعب دورا هاما في التشخيص والمراقبة وعلاج الأمراض . وقد ظهر علم آخر أطلق عليه أقرباذين الجينومات^(١٩) pharmacogenomico في السابق ومازال حتى الآن يوجد علم الأقرباذين أو علم الأدوية وهو علم يبحث في تأثير الأدوية وميكانيكية تفاعلها مع الأعضاء الداخلية والخارجية لحيوانات التجارب وتحديد الجرعة الفعالة للدواء ودرجة سميتها الحادة والمزمنة ، والتفاعلات الجانبية للدواء وغير ذلك.

هذه الأبحاث تجرى على حيوانات التجارب بفصائلها المختلفة ولاتسمح الجهات المسؤولة عن الدواء في أي دولة ببدء إجراء التجارب على الإنسان إلا بعد التأكد من سلامة وفعالية الدواء على حيوانات التجارب ، وتجرى تلك الأبحاث على المواد الكيميائية أو النباتية.

أما في حالة الجينات ، كان لابد من إيجاد وسيلة فعالة تتناسب مع وضع الجينات ، فتم إدخال هذا العلم الجديد والذي أطلق عليه أقرباذين الجينات .

ما هو علم أقرباذين الجينومات ؟

دراسة كيف تؤثر الجينات الموروثة على استجابة الجسم للأدوية ، والهدف هو الوصول إلى صنع دواء لكل شخص حسب حالته الصحية بناء على مكونات جيناته الخاصة ، وبرغم أن العوامل البيئية المختلفة ، والسلوكيات الشخصية ، من أكل

ومشرب، والاهتمام بالرياضة، وعمر الشخص ، كلها عوامل تؤثر فى فاعلية الدواء ، ولكن إذا تم التعرف على كيفية قيام الجينات بعملها وطرق تفاعلها وتأثيرها مع بعضها البعض وما تفرزه من بروتينات فى حالة الصحة والمرض يمكن ان يؤدي إلى الوصول إلى جذور المشكلة من أقصر طريق دون استخدام أدوية لها مضاعفات كثيرة ليس فقط على الجين المسئول ولكن على بقية الأعضاء والجينات المسئولة عنها ، وهذا يتطلب التزاوج بين العلوم الصيدلانية القديمة مثل الكيمياء الحيوية والمعلومات حول الجينات والبروتينات ، والأهم من ذلك كله SNP (تعددات الشكل الأحادي النيوكلوتيدي في الخلية) حيث ستحدد هذه الترتيبات الأسباب وراء الخلل إذا كان طارئاً على الخلية .

ومن المتوقع أن يؤتى هذا العلم ثماراً متميزة في هذا المجال منها :

(١) إنتاج أدوية قوية ، حيث بدأت شركات صناعة الأدوية الأبحاث لإنتاج أدوية من البروتينات والانزيمات والرنا (RNA) وعلاقة هذه المواد بالجينات والأمراض لتصل هذه الأدوية مباشرة إلى الأهداف المرسومة لها .

(٢) إنتاج أدوية أحسن ، آمنة وأكثر فاعلية ، حيث يتفادى الطبيب كتابة أدوية بطريقة قد لا تؤدي النتائج المطلوبة ، بل قد يصاب المريض بأعراض جانبية خطيرة قد تؤدي بحياة المريض ، حيث دلت الإحصائيات في أميركا ان حوالي ١٠٠٠٠٠ (مائة ألف) مريض يموتون سنويا ويصاب حوالي مليون شخص بأعراض مرضية خطيرة بسبب أخطاء في وصف الدواء أو مضاعفات الدواء الكيميائي . أما في حالة العلاج الجيني فإن الطبيب سيقراً تحاليل جيناته ويتعرف على الجين المعطوب ويصف مباشرة الدواء لإصلاح هذا الجين إن كان ذلك ممكناً .

وهناك تفاصيل كثيرة حول هذا الموضوع من ناحية دقة التشخيص والدواء .

والمتوقع أن الأبحاث في هذا المجال لن تكون باهظة بالمقارنة مع الطرق القديمة الأخرى، ولعل من أفضل النتائج هو الحصول على أمصال ولقاحات من المواد الجينية سواء من الدنا أو الرنا ، والنتائج مبشرة في هذا المجال حيث ستتشط الجهاز المناعي وفي الوقت نفسه لن تؤدي إلى إحداث عدوى كما هو موجود حالياً في بعض الحالات ، بالإضافة إلى ذلك فإن التكلفة لن تكون مرتفعة وتتميز تلك الأمصال بثباتها وسهولة تخزينها كما يمكن عمل أمصال بها العديد من الجينات للأمراض المختلفة . كل هذا سينعكس على خفض ميزانية الصحة .

هل علم اقرباذينيات الجينات يستعمل الآن ؟

مما لا شك فيه فإن هذا العلم يتوسع بصورة كبيرة خاصة في ظل المعلومات الكثيرة التي يتم نشرها حول الجينوم البشري ، ودخلت شركات البيوتكنولوجي برؤوس أموال كبيرة للأبحاث في هذا المجال ، والتركيز الآن على استخدام الانزيمات خاصة في مجال

الكبد (سيتوكروم ٤٥٠ ب) الخاص بانزيمات الكبد وأنزيم آخر اسمه IPMT الذى يعلب دورا هاما في مرض سرطان الدم (اللوكيميا) ، القائمة طويلة ولايتسع المجال لذكرها (٢٠) .

طرق العلاج الجيني (٢١) : Methods of Gene Therapy

من المعروف أن الكروموسومات (الصبغيات) حامله للمورثات (الجينات) والجينات هي التي تقوم بتصنيع البروتين المتخصص المشفر للقيام بالوظيفة المحددة له ، ومجموع هذه الوظائف تعبر عن وظائف الحياة الإنسانية ، فإذا ما عجز أي جين عن تصنيع البروتين المناسب أو البروتين المصنع لم يقد بوظائفه المنوطة به فإن ذلك يعتبر خلافا في عمل الجينات ، وبهذا يحتاج إلى تدخل للعلاج لإصلاح ذلك الخلل وهو ما يطلق عليه العلاج الجيني .

ويمكن أن يتم ذلك بواسطة إحدى الطرق الآتية :

أولاً : علاج عن طريق اصلاح الخلل الجيني الجسدى (somatic Treatment)

- (أ) إدخال جين صحيح فى مكان غير محدود ليحل محل الجين المعطوب وهذا الأمر الأكثر شيوعا .
- (ب) ادخال جين صحيح ليتحد مع الجين المعطوب ليقوم بالعمل من جديد بالصورة الصحيحة ليفرز البروتين المطلوب .
- (ج) يمكن معالجة الجين المعطوب بطرق عكسية خاصة لتطفيره (Mutation) لكي يعود الجين لحالته الصحيحة .
- (د) التدخل في تنظيم عمل الجينات من ناحية متى ينشط لإفراز البروتين المطلوب ومتى يتوقف .

ويتم ذلك بطرق مختلفة ، إما عن طريق تحميل الجينات الصحيحة على فيروسات خاملة والتي لها الإمكانية على اختراق الجينات وإيداع الجين الصحيح مكان المعطوب أو بحقن كميات كبيرة من الدنا مباشرة إلى الخلايا المطلوب إصلاحها ، وعيب هذه الطريقة أنها تستخدم فقط في علاج الأنسجة مثل الكبد والبنكرياس وغير ذلك ، ومن المتوقع أن تصل الأبحاث إلى طرق أسرع وأكثر دقة وغير مكلفة .

ثانياً : العلاج عن طريق الخط الجرثومى (أو الخلايا الجنسية) :

وذلك عن طريق اصلاح الخلل الجيني في الحيوانات المنوية أو البويضات أو بعد التلقيح.

ما هو الوضع الحالى في العلاج باستخدام الجينات ؟ :

حتى اغسطس ٢٠١١ لم تصدر منظمة الأغذية والأدوية الأميركية أي موافقة لتداول أي علاج حتى هذا التاريخ والنتائج مازالت في مراحلها البدائية .

ولكن العلاج الجيني أصيب بصدمة عام ١٩٩٩ حيث توفى شاب كان يعاني من نقص في إنزيم معين وتم حقنه إلا أنه توفى بعد أربعة أيام نتيجة لفشل معظم أعضاء الجسم الحيوية لأداء وظائفها ، ويعتقد بأن سبب الوفاة كانت نتيجة تفاعلات مناعية شديدة وحادة، وهناك حوادث أخرى متفرقة في فرنسا وانجلترا مما استدعى منظمة الأغذية والأدوية بعقد اجتماع مع العلماء العاملين في هذا المجال لوضع معايير أكثر دقة للحفاظ على سلامة المرضى .

ما هي الأسباب التي وراء عدم نجاح العلاج الجيني للأمراض الجينية ؟

- (١) قصر عمر الجينات الحية المعدة للعلاج .
 - (٢) مشكلة المناعة خاصة وان هذه المواد بروتينية بطبيعتها والجهاز المناعي مهياً للهجوم بسرعة على أي جسم غريب يدخل إليه ويؤدي ذلك إلى وقف مفعول العلاج ، كما أنه يؤدي إلى مضاعفات خطيرة قد تكون مميتة لصاحبها .
 - (٣) مشاكل المواد الفيروسية الخاملة الحاملة للدنا ، وتمثل مشاكل مناعية وتفاعلات داخلية غير مرغوب فيها مثل الالتهابات ، والخوف من عوده الفيروسات الخاملة إلى طبيعتها رغم أنها غير فعالة وقد تؤدي إلى إصابة الإنسان بأي مرض من الأمراض الفيروسية .
 - (٤) ثبت بما لا يدع مجالاً للشك بأن الكثرة الكاثرة من الامراض الجينية تنتج عن خلل في العديد من الجينات ، وبالتالي فإن دراسة العوامل المختلفة لجينات عديدة وأثر العوامل البيئية الخارجية عليها يُصعّب المشكلة بصورة معقدة وينطبق ذلك على أمراض القلب - ضغط الدم - الزهيمار - التهابات المفاصل - السكري - السرطان .
- بينما الأمراض ذات الخلل الجيني الواحد مشكلاتها أسهل بكثير من السابقة وتمثل في معظمها أمراضاً نادرة مثل الهنتجتون وغيرها .

ما هي آخر التطورات الحديثة في العلاج الجيني :

- (١) ادخال النانوتكنولوجي
- (٢) العلاج لأول مرة لنوع معين من العمى الموروث في معهد UCL للعيون ومستشفى مورفيلد التابع لمعهد NIHR للأبحاث البيولوجية وقد أذيعت النتائج التي كانت موفقة وتعطي آمالاً كبيرة لمرضى هذا النوع من العمى حيث تحسنت الرؤية عند المريض .
- (٣) استخدام الجينات لإخماد الأورام ، وذلك عن طريق استخدام النانوتكنولوجي وقد أظهرت النتائج تقدماً هائلاً في وقف نمو بعض أنواع سرطانات الرئة في الفئران وقد أجريت هذه التجارب في مركز السرطان في جامعة تكساس .

(٤) وهناك تجارب كثيرة تجرى في المعهد القومي للسرطان بواشنطن بتعديل جينات بعض خلايا المناعة لتهاجم الخلايا السرطانية والنتائج مبهرة حتى الآن .

(٥) كذلك تجرى الآن أبحاث على مرض الزهيمار والنتائج جيدة حيث تغلبوا على العقبة الرئيسية باختراق الغشاء المحيط بالمخ لإيصال ما يريدون إيصاله كما ان نتائج علاج الصمم الوراثي جيدة وكذلك مرض الهيبتجيتون .

الأبحاث تجرى على قدم وساق منها الناجح ومنها ما يحتاج إلى تعديل ومنها ما يتم إيقافه ، لكن عجلة البحث دارت وتسير في الطريق الصحيح خاصة إذا ما علمنا أن الفترة الزمنية التي مرت على انتهاء اكتشاف الخريطة الجينية لم تتعد عشر سنوات وهي فترة قصيرة نسبيا إذا ما عرفنا أن في السابق تم اكتشاف علاج لمرض السل بالاستربتومايسن بعد خمسين عاما من اكتشاف المرض ، وبرغم ذلك فيوجد حوالى ٨٠٠ منتج من جينات مهندسة لدى منظمة الأغذية والأدوية الاميريكية للموافقة عليها معظمها للعلاج والجزء الآخر واسمات للتشخيص^(٢٢) .

برغم ما يعترى العلاج الجيني المباشر بالطرق السابقة من صعوبات فإن العلماء دخلوا إلى مجال آخر للاستفادة مما لديهم من معلومات حول الجينوم في محاولة لكسب الوقت إلى أن يتم التغلب على المشاكل التي يواجهها العلاج الجيني المباشر وذلك بأن تدارسوا العوامل المرضية (أى المسببة للأمراض) بتحليل الجينوم الخاص بكل منهم ، وقد يكون لهذه الجينومات مضامين أكثر أهمية للصحة في العالم في المدى القصير على الأقل ، وقد أحرز تقدم كبير في سلسلة جينومات عدد من العوامل المرضية للإنسان ، ولما كان لهذه تطبيقات مباشرة في الوقاية من الأمراض المعدية في تشخيصها وتديرها فقد تكون لها فائدة أكثر مباشرة في تحسين الصحة بالنسبة للسكان في العالم النامي^(٢٣) .

قامت مشاريع مختلفة لجينومات العوامل المرضية بالفعل بالسلسلة الكاملة أو الجزئية لجينومات أكثر من ثلاثين من أهم أنواع البكتيريا والطفيليات ، كما تم تحديد المتواليات في سلسلة العديد من الجينومات الفيروسية أيضا ولقد قدر أنه ستم خلال سنتين إلى أربع سنوات دراسة أكثر من مائة عامل ممرض آخر .

ومن المتوقع الحصول على بيانات عن أكثر من ٣٠٠٠٠٠٠ جين من مشاريع جينومات العوامل المرضية ، وهذه قد توفر مصدرا محتملا لتطوير ضروب جديدة تماما من اللقاحات والوسائل العلاجية ، ويحرز أيضا تقدما في تفهم جينومات ناقلات أمراض وبائية هامة ، فمن المتوقع على سبيل المثال أن تحديد المتواليات في (سلسلة) الجينوم الكامل للبويضة الناقلة للملاريا.

ومن بين المكاسب الهامة استخدام الدنا في الطب الشرعي (أو الطب العدلي)^(٢٤) .

لم يقتصر دور الجينوم على الصحة بل تعداه إلى أمر خطير وهام آخر لأداء وظائف هامة واعدة منها :

- (١) التعرف على المجرمين بمقارنة أية مواد بيولوجية مثل الشعر أو دم أو آثار جرح توجد في مسرح الجريمة مع المشتبه به.
- (٢) تبرئة الأشخاص المشتبه بهم ولم تثبت ادانتهم وتم القبض عليهم بالخطأ
- (٣) التعرف على الجرائم والمجرمين خاصة في مجال جرائم الزنا والاعتداء الجنسي .
- (٤) يؤسس للأبوة والبنوة أي يثبت أو ينفي الأبوة في حالات الاشتباه .
- (٥) التعرف على الفصائل من الكائنات الحية المعرضة للانقراض للحفاظ عليها في الحياة البرية .
- (٦) التعرف على أنواع البكتيريا المختلفة التي يمكن أن تسبب تلوثا للهواء أو الماء أو التربة والغذاء لمحاولة تفاديها أو التغلب عليها .
- (٧) مقارنة تطابق الأعضاء البشرية عند زراعتها أو الحصول عليها من المتبرع قبل زراعتها للمريض للتأكد من مطابقتها .
- (٨) التأكد من أصالة السلالات النباتية والحيوانية .

وفي سبيل إنجاز ما سبق عن طريق الجينوم البشري فقد استطاع العلماء تحديد ١٣ منطقة او موقع على الجينوم البشري للفرقة بين شخص وآخر ، فمن المستحيل أن يتوافق شخص مع آخر في تلك الثلاث عشرة منطقة فيما عدا التوائم السيامية المتماثلة والمستسخة" .

كذلك يمكن استخدام SNP وهي عبارة عن تغير لنيكلوتيد واحد في الخلية بشكل مختلف ، وقد وجد أن الجينوم البشري يحتوي على حوالي ١,٨ مليون خلية من SNP موزعة على الثلاث عشرة منطقة وبذلك يمكن بسهولة التعرف على الاختلافات بين الشخص تحت الاختبار والشخص الأصيل .

ويعتبر الجينوم البشري وسيلة فعالة جدا وسهلة ورخيصة التكاليف في الطب العدلي ويمكن الاعتماد عليها .

ومن المتفق عليه الآن وجود بنوك للدانا خاصة في كل أنحاء العالم لاستخدامها في تحقيق الاغراض التي سبق ذكرها آنفا " وتسمى البنوك الوطنية للدانا " .

ونظراً لأهمية هذا المشروع فإن الرئيس بوش الابن اعتمد ميزانية تقدر بحوالي بليون دولار عام ٢٠٠٣ لمدة خمس سنوات لإجراء الأبحاث بطريقة أسهل وأسرع لاستخدام الدنا للكشف عن الجريمة والتدريب على ذلك للحصول على أدق النتائج ، ومن حسن الحظ

فإن الدنا يقاوم التحلل تحت درجات حرارة ورطوبة مرتفعة ، فيمكن اكتشافه في الشعر أو قطعة من الجلد أو قطعة من العظم أو نقطة دماء أو أي أثر من آثار الجاني في مسرح الجريمة .

وفي الأعوام الأخيرة اعتمدت الولايات المتحدة الأميركية بالتعاون مع مركز التابع لمؤسسة برونز ولكم لعمل خريطة لتحديد الهوية الجينية العامة لبعض الدول وهي أميركا ، وأوروبا ، وشرق آسيا ، وأفريقيا ، وأطلقوا عليها الخريطة الفردية HapMap (هاب ماب) لتحديد الاختلافات العامة لكل من الجهات السابقة على خريطة الجينوم البشري وبالتالي يمكن تحديد هوية الشخص بوضع خريطته الجينية على خريطة HapMap وبذلك يتم معرفة هويته ، وعلى سبيل المثال فإن الخريطة الجينية لكوريا (كيم سونج) وجد بها ١.٥٨ مليون SNP ولم يتم اكتشافها من قبل وتبين أن ٦ من كل ١٠٠٠٠ قاعدة دانا هي خاصة بالكوريين ، ولذلك فإن خريطة كيم سونج يمكن أن تؤسس لخريطة عامة للكوريين الجنوبيين ويمكن مقارنتها مع الكوريين الآخرين للتفرقة بين الكوريين وغيرهم من الأجناس الأخرى كما تشمل الفروق في عدد النسخ من الجينات لكل شخص في جينات معينة أو اختفاء آخر أو تغيير مكانها أو التحولات في الجينات^(٢٥).

الجينات والسلوكيات^(٢٦) :

من الصعوبة بمكان تعريف السلوكيات تعريفا علميا دقيقا بمعايير يمكن استخدامها كأسس للتقييم ، لكن في عام ١٩٩٩ قام أحد العلماء من جامعة برنستون بحقن أحد الفئران بجين خاص بإنتاج نوع معين من البروتين المشفر للذاكرة في المخ ووجد أن الفئران قد تحسنت قدرتهم التعليمية والسلوكية بالمقارنة بمجموعة المراقبة (الكنترول) وأطلق على هذا الجين اسم جين الذكاء .

وذكر علماء الوراثة أن السلوك لا يختص به جين واحد يمكن مراقبته وقياسه والتعرف عليه والكشف عن الخلل فيه ، لكنهم وجدوا أن السلوك يتحكم فيه العديد من الجينات بالإضافة إلى العوامل البيئية المختلفة والتي يقال بأن لها تأثيرا كبيرا جدا ، وهذا يضيف تعقيدا كبيرا في الدراسة ، كما أن دراسة السلوكيات تحتاج إلى إجراء مسح واسع لمعرفة مدى تواجد المرض أو السلوك في الأسرة المحيطة به ، وإن كان من قبيلة يمتد المسح إليها أيضا للتأكد من أن هذه الظاهرة ليست عارضة في هذا الشخص بل لها أصول وجذور عائلية.

ويجب التزام الدقة والمعايير العالمية خاصة في الدراسات الإحصائية للتأكد من سلامة النتائج ومعرفة ما إذا كان هذا السلوك مرتبطا بالجينات أم أنها ظاهرة نتيجة العوامل الاجتماعية والنفسية داخل الأسرة أو الظروف البيئية المحيطة بتنشئة هذا الفرد ، ومن المهم ، فلا توجد حتى الآن دراسة جينية يمكن الاعتماد عليها بما يفيد بأن الجينات وراء هذا السلوك أو غيره كما لا يمكن التوقع بمثل هذه الأمور .

ما هي الدلائل التي تؤيد أن العلاقة بالسلوك لها أسس بيولوجية ؟

- (١) السلوك غالبا مرتبط بكل نوع من المخلوقات ويختلف من جنس لآخر .
 - (٢) السلوك غالبا ما يلد الحقيقة ، فيمكن أن تنتج سلوكيات معينة في أجيال متعاقبة في أي من المخلوقات .
 - (٣) السلوك يتغير استجابة للتغير البيولوجي فمثلا: إذا أصيب شخص ما في عقله فإن سلوكه يختلف قبل الإصابة وبعدها ، وهناك تجربة جيدة حيث تم حقن فأر بجين يغير سلوكه من احتضان أبنائه إلى هجرهم وقد حدث ذلك .
 - (٤) توجد سلوكيات معينة نجدها في أسرة بذاتها ... فمثلا : نجد أن بعض العائلات يوجد بها عدد كبير مصابون بأمراض عقلية .
 - (٥) من الدراسات الهامة في مجال علاقة الجينات بالسلوك تبين وجود من ١ : ١٠٠٠ من الذكور يعانون من وجود كروموسوم Y زائد في الخلايا الجنسية للذكر ، وهؤلاء الأشخاص يتميزون بضخامة أجسامهم وقد يوجد لدى البعض منهم تشوه في هيكل الجسد ومصابون إصابة شديدة بحب الشباب ومصابون بتخلف عقلي ، ويميز سلوكهم بالعنف الشديد ، واتجاههم إلى الجريمة وسلوكيات ضد المجتمع .
- وقد أجريت أبحاث كثيرة في أماكن متعددة مع الأخذ بالاحتياطات اللازمة للتفريق بين أثر البيولوجيا (الجينات) والعوامل البيئية وتم استخدام الأجنة المتشابهة تماما أو الأطفال المتبنون في الملاجئ وبدلوا جهودا كبيرة ولكن لم يتوصلوا إلى نتائج ملموسة نظرا لتعدد الجينات وصعوبة التعرف على المتسبب الرئيسي للسلوكيات .

ما هي انعكاسات الأبحاث في السلوكيات الجينية على المجتمع ؟

What implications does behavioural genetics research have for society ?

هذه الأبحاث شملت السلوكيات العديدة التي تشمل الإدمان على المخدرات والكحوليات ، والإجرام ، والشذوذ الجنسي ، والعدوانية الشخصية وغيرها من السلوكيات التي تظهر على الأفراد في حياتهم الشخصية ، وقد نتج عن الحديث بين عامة الناس وخاصتهم أن انبعث ميلاد جديد أطلق عليه " حتمية السلوكيات الجينية " مما أعطى الانطباع بأن للجينات دورا رئيسيا في السلوكيات .

ويثار سؤال هام وهو : هل السلوك أمر نظري ومكتوب ولا يمكن أن يمحي من جيناتنا كأمر حيوي ثابت غير قابل للتغيير ؟ أو هل البيئة أكثر أهمية في تشكيل وجداننا وأفكارنا وأفعالنا ؟ هذا السؤال يثار من حين لآخر ووراءه مقاصد سياسية واجتماعية وقانونية ، واخترعوا عبارة يريدون بها إثبات ما يرونه هل الطبيعة في مقابل التنشئة أو التربية متعارضتان ؟ إلا ان البيولوجيين كانوا أكثر العلماء حسما لهذا الأمر وأقروا بأن سلوكنا هو نتاج لأثر البيئة على الإنسان أو الحيوان .

ما هي العواقب على المجتمع من اكتشاف سمة ما مثل الذكاء أو الشذوذ الجنسي أو الصفة الإجرامية ؟ إذا وجدنا جين الشذوذ الجنسي أو الصفة الإجرامية هل يعنى ذلك بأن المجتمع يتساهل أو يتسامح معهم ؟ ، هل يعنى ذلك بأن هذا الشخص مصاب بخلل جيني ويجب ان يأخذ رعاية أكثر ويُقدّم له العلاج ويجب ان تعالج جيناته حتى لا ترثها ذريته ؟ وهل يجوز للمحكمة أن تأخذ ذلك بعين الاعتبار أم إن المسؤولية تبنى على الإرادة الحرة ؟ فهل هؤلاء إرادتهم حرة ؟ .

تبين ان الأبحاث فى مجال السلوكيات والجينات تحدث آثارا بالغة داخل المجتمعات ، فيستغلها البعض في أغراض سياسية ومحاولات يائسة للاعتراف بها ، لإخضاع مثل هؤلاء لتمييزات اجتماعية خاصة ومعاملات مبالغ فيها ، خاصة الشواذ جنسيا كمنحهم حقوق الزواج المثلى ، والضغط على المجتمع للاعتراف بهم دون النظر إليهم نظرة احتقار ، وكان من الممكن بدلا من ذلك تقديم العلاج النفسي والجيني لهم على فرض بأن الجينات لها أثر في هذا الأمر وأن هذه السلوكيات خارجة عن إرادتهم ... ، ومن المعلوم ايضا ، فإن الجينات الخاصة بالسلوك إذا ما اكتشفت وتم تحديد مكانها فإنها ليست المسئولة الوحيدة ، بل إن البيئة المحيطة بهذا الشخص تلعب دورا هاما في تحفيز هذه الجينات على الظهور بطريقة غير طبيعية ، فمثلا إذا كان شخص عنده جين يحفز الإمفيزيما (ضيق في الشعب الهوائية بالصدر) بسبب التدخين ، فإذا امتنع الشخص عن التدخين فإنه لن يصاب بالإمفيزيما^(٢٦) .

مشروع جينوم الميكروبات^(٢٧)

ويهدف المشروع إلى دراسة جينوم الميكروبات المختلفة بهدف إيجاد مصادر بديلة للطاقة من المخلفات وكيف يمكن الاستفادة من تلك الميكروبات في هذا الغرض ، التعرف على دورة الكربون للوصول لحل للتلوث البيئي ، استخدام بعض هذه الميكروبات لإنتاج مواد دوائية كما هو حاصل الآن في إنتاج الانسولين البشرى من البكتيريا المحورة ، وبعض الهرمونات .

لكن هناك مشاريع خطيرة تجرى في سرية تامة لإنتاج سلالات من هذه البكتيريا ذات جينوم محور لاستخدامها في أسلحة الدمار الشامل كما يتم استخدام مثل هذه البكتيريا أو الفيروسات المحورة جينيا لتدمير الزراعات بإصابتها بمثل هذه الميكروبات التي لا تتأثر بالمبيدات العادية .

كذلك تم استخدام المعلومات حول الجينوم للاستفادة منها في المحاصيل الزراعية بزيادة إنتاجها ومقاومتها للأمراض وسوء الأحوال الجوية ، والحيوانات لزيادة لحومها وشحومها وألبانها ، وذلك عن طريق تحويل الجينوم الخاص بتلك المحاصيل والحيوانات ، وقد نجحت هذه التجارب بصورة كبيرة إلا ان دراسة مخاطرها لم تتم بصورة واسعة وبطريقة آمنة لمعرفة ماذا يمكن أن يؤثر ذلك على الإنسان ، حيث كارثة جنون البقر التي

اجتاحت العالم ، كانت بسبب تغيير طبيعة غذاء البقر وإضافة بعض المواد مثل الدم والعظام المطحونة وغيرها إلى الأعلاف ، وكانت النتيجة حدوث طفرة في أحد الأحماض الأمينية وانتقلت إلى المخ وأدت إلى وفاة الأبقار ، والأخطر أن هذا المرض يمكن أن ينتقل إلى الإنسان ، لذلك فإن هذه الأغذية المحورة جينيا يجب أن تدرس بعناية فائقة قبل الموافقة على تعميم استخدامها خوفا من آثارها التي قد تكون مدمرة .

الجوانب الاقتصادية لمشروع الجينوم^(٣٨) :

قد يبدو الحديث عن هذا الموضوع خروجاً عن مسار البحث لكن الواقع غير ذلك ، فرغم أن موضوع الجينوم يظهر لأول وهلة أنه موضوع نظري بحت إلا أن السياق يدل على أن الأبحاث النظرية لها مردود كبير جداً على التنمية الاقتصادية ، ومن المفيد ان نبين ذلك لشحذ همم الجميع للاهتمام بدعم الأبحاث في كل مجالات الحياة ، فهي مصدر غني للاقتصاد لرفع مستوى المعيشة وتنمية المهارات وإدخال التكنولوجيا الحديثة والمفيدة والتي لاتتناقض مع مبادئ الشريعة الإسلامية لامتلاك أسلحة العصر وتأخذ دولنا العربية والإسلامية مكانتها تحت الشمس .

فقد قام معهد باتل موموريا في اوهايو في الولايات المتحدة الأمريكية بدراسة عائد ما تم إنفاقه على المشروع منذ عام ١٩٩٠ حتى عام ٢٠١٠ م فكان حوالى ٣,٥ بليون دولار والمساوي لحوالى ٥,٦ بليون دولار عام ٢٠١٠ وهو العام الذى أنتهت فيه الدراسة وقد تبين ان هذا المبلغ كان عائد ٧٩٦ بليون دولار ما بين عام ١٩٨٨ وعام ٢٠١٠ وفي عام ٢٠١٠ فقط تم دعمه ٣١٠٠٠٠ (ثلاثمائة وعشرة آلاف) وظيفة تحت هذا المشروع ، وبرغم وجود بعض الانتقادات للدراسة السابقة إلا أن أحد أكبر خبراء الاقتصاد والمحليلين الاقتصاديين يسمي Gruber استخدم طريقة أخرى ليصل إلى نتيجة أن العائد يقدر بحوالى ٢٤٤ بليون دولار وخلق المشروع حوالى ٣,٨ مليون (ثلاثة ملايين وثمانمائة ألف) وظيفة منذ ساعة إنشائه حتى ٢٠١٠ بمعنى ان عائد كل دولار أنفق كان مقابله ١٤١ دولارا وفي نفس السنة دفع المشروع ٦ بلايين دولار ضرائب دخل للخزينة الأمريكية وعلق Gruber على أن المكاسب من وراء المشروع كثيرة وكبيرة ومفيدة جدا من الناحية الصحية والاقتصادية ، فهذا المشروع استطاع أن يخلق كوادر بشرية متخصصة عالية القيمة وعمالة ماهرة وصناعات جديدة ، سواء في مجال التحليل أو الكمبيوتر وصناعات البيوتكنولوجية في الولايات المتحدة الأمريكية التي تعلى عرش البحث في هذا المجال ، لقد خلق هذا المشروع جيلا جديدا من العلماء في مجالات مختلفة ، البيولوجين ، الكيمائيين ، الفزيائيين ، والوراثيين ، والأطباء ، والمهندسين في الكمبيوتر وبقية التخصصات لامثيل لهم في العالم .

تلك المكاسب المادية والعينية هي مكاسب آنية ، بمعنى العائد في فترة الأبحاث فما بالنا إذا عرفنا ما سيوفره المشروع في اقتصاديات الدواء والعلاج لوقف نزيف صرف أدوية كيميائية في غير محلها ومضاعفات استعمال تلك الأدوية والأخطاء نتيجة سوء الوصف

والوفيات الناتجة عن ذلك ، كل هذا النزيف سيتوقف إن شاء الله ، وسينعكس على اقتصاديات العلاج وتنخفض فاتورة العلاج .

من جانب آخر فإن الكشف المبكر لبعض الأمراض مثل : أمراض القلب ، وسرطان الثدي ، وسرطان القولون قبل أن يبدأ المرض ويستفحل ويصبح علاجه إما مستحيلا أو تكلفته باهظة على المريض أو الجهة التى تتحمل تلك النفقات ... الوقاية هنا أهم من العلاج إذا أمكنا ذلك.

ناهيك عن إنشاء شركات البيوتكنولوجي التى ستتولى إنتاج الأدوية الجديدة باستخدام التكنولوجيا الحديثة وتوظيف العديد من الفنيين والعمالة اللازمة في هذا المجال.

إضافة إلى ذلك فإن هناك مجالات كثيرة سيدخل الجينوم أساسا هاما فيها مثل: الزراعة ، والمحاصيل الغذائية والحيوانية والبيئية ومكوناتها ، والتوصل إلى حلول لتلوث التربة والهواء والماء ، واستخدام الميكروبات لتصنيع الأدوية والطاقة ، كما أن تكنولوجيا الجينوم فتحت آفاقا جديدة في مجال اكتشاف الجريمة عن طريق البصمة الجينية وإثبات أو نفي الأبوة وعلم الأجناس .

تلك نبذة مختصرة عن دور الأبحاث في التنمية المجتمعية البحثية العلمية ، والاقتصادية والاجتماعية .

كل ما سبق من انعكاسات اقتصادية حدثت خلال فترة استكشاف الجينوم ، أما ما بعد ذلك فالمتوقع أكثر وأكثر ، وهكذا تمضى الحياة يسير فيها الغرب بخطى سريعة ليصل إلى محطات لم يسبقه إليها أحد ، ويتوقف قطار الدول النامية في محطات الانتظار أملا في أن ينظر إليه الغرب بعين العطف والشفقة عله يمد يد العون .

المحاذير الأخلاقية :

هذا التقدم العلمي يحتاج إلى ضبط أخلاقي حتى لا يختلط الحابل بالنابل ويفقد الإنسان أعز مقوماته من حيث هو إنسان ، يفقد كرامته وحرية ، وخصوصيته وحفظ أسراره، ليعيش هائنا مطمئنا ، والإسلام مرشح بلا مبالغة ليقود العالم إلى بر الأمان قبل أن نصحو على كوارث لا قبل لنا بها ، فلديه القدرة على احتواء مثل هذا التقدم لأنه من عند رب العالمين خالق الإنسان ويعلم ما يبدي وما يخفى ، وهو الذى كرمه ونعمه وأمره أن يسير في الأرض ليكتشف ما فيها من أسرار ، ليزداد إيمانا على إيمانه وينعم بما يكتشفه من أسرار الكون .

ونظرا لأهمية الجوانب الأخلاقية فإن مؤسسة الطاقة الأميركية والمعهد القومي للصحة خصصا 3 إلى 5% من ميزانية المشروع للجوانب الاخلاقية ويشمل ذلك الأبحاث

ومدى مشروعيتها وعقد مؤتمرات لمناقشة الجديد وأثره على الفرد والمجتمع ، وإدخال هذا الموضوع في المدارس والجامعات ، وعقد لقاءات مع الهيئات القضائية والأبحاث الجنائية .

بعد أن استعرضنا جزءا يسيرا مما فتح الله به على علمائه باكتشافهم الجينوم وإجراء الأبحاث عليه كان لابد أن تُرشد هذه المسيرة بوضعها في ميزان الأخلاقيات الإسلامية.

فإذا نظرنا إلى منظور البحث العلمي فإن العلم ورد في القرآن أكثر من ستمائة مرة ، وقد حرص الإسلام على دعوة أصحابه إلى البحث في مكنونات الكون لعله يجد فيها ما يشفى قلبه ونفسه من أمراض قد تعتريه ، وقد يجد فيها الغذاء أمام زيادة السكان التي تزداد يوما بعد آخر ، فالإسلام يجيز الأبحاث العلمية ومن ضمنها الأبحاث في الجينوم البشري وغير البشري طالما كانت محاطة بسياسات من الأخلاقيات تحترم كل حقوق الإنسان التي نصت عليها الشريعة الإسلامية .

ولكن يبدو أن السؤال المنطقي قبل بداية الحديث عن المحاذير الأخلاقية هو :

من يملك الجينات ؟ والإجابة أن صاحب الجينات هو مالكها الأصلي والأساسي وبناء على ذلك فإن صاحب تلك الجينات هو المحور الرئيسي في المحاذير الأخلاقية للجينوم .

بما أن هذه الجينات لها تأثير قد يمتد إلى أفراد العائلة خاصة إذا كان صاحب تلك الجينات مريضا بمرض جيني فإن أفراد الأسرة لهم حق في تلك الجينات ، ومن حق الأجيال القادمة أن تولد في صحة وعافية .

هل يجوز لأي شخص أن يطلب تحليل جيناته وأن يطلب من الطبيب ألا يخبره إذا ظهر في جيناته مرض خطير ؟

والإجابة يجوز لأي شخص أن يطلب تحليل جيناته بعد أخذ موافقته الحرة المستتيرة كتابة ، أما طلبه من الطبيب ألا يخبره إذا كان مصابا بمرض خطير فهذه النقطة اختلف حولها إلى رأيين : الأول يرى ان هذا حق صاحب العينة ألا يخبره الطبيب بالنتائج خاصة إذا كان المريض مصابا بمرض لاعلاج له حتى الآن وأن يستخدم حقه هذا تحت بند " الحق في عدم المعرفة " ويؤسس ذلك على أنه ما فائدة إخطار الشخص بمرض ليس له علاج الآن وانعكاس ذلك على حالته النفسية وقد يصاب باكتئاب وقد يصحب ذلك إقدامه على الانتحار ، أو العيش بائسا يائسا في انتظار الموت ، ثم هل يقع ذلك ضمن الآية القرآنية الكريمة ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءٍ إِنْ تُبَدَ لَكُمْ تَسْؤُكُمْ ﴾^(١) .

الرأي الثاني : يرفض ذلك تماما ويصر على ضرورة إخطاره ، ولكن عن طريق تخفيف الأمر عليه وزيادة جرعة الإيمان له وإفادته أن ما اصابه لم يكن ليخطأه فكل من

(١) المائدة آية ١٠١ .

عند الله ، وأن المؤمن مصاب ليختبر عمق إيمانه ، وأن ذلك تخفيف عنه يوم القيامة وغير ذلك ، كما أن الإنسان لا يملك جسده وقد استودعه الله فيه ليقوم على رعايته والعناية به مصداقا لقوله تعالى ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ ^(١) ، وكذلك ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ﴾ ^(٢) ، فاعل هناك من العلاج أو الوقاية ما يمكن أن يؤخر ظهور المرض أو حتى الوقاية .

ويتفرع من ذلك سؤال آخر ، هل يجوز للطبيب ان يخبر عائلته إذا كان المريض مصابا بمرض وراثي للقيام بالكشف عليهم ومعرفة مَنْ المصاب وَمَنْ السليم حتى يمكن أخذ خطوات وقائية للمصابين وغيرهم ؟.

اتفقت الآراء بوجود ذلك إذا وافق المريض بعد أخذ الإقرارات اللازمة عليه ، ولكن المشكلة إذا ما رفض المريض إفشاء سره لأي من أقاربه ، اختلفت الآراء فمنهم من يرى أن حق الإفشاء لا يملكه الطبيب فهذا السر استودعه المريض للطبيب ، والنظم الأخلاقية الإسلامية وغير الإسلامية حرمت إفشاء الأسرار إلا في حالات خاصة تتعلق بصحة وأمن المجتمع ، وجاءت الاستثناءات على سبيل الحصر وليست على سبيل المثال ، ولم تذكر تلك القواعد الأخلاقية موضوع الجينوم البشري ضمن هذه الاستثناءات ، لذا يرى هذا الفريق أن الإفشاء خيانة للأمانة ويعاقب عليه الطبيب لأن الإفشاء سيؤدى إلى ضرر أكبر من المنفعة ويجب الالتزام فيما ورد من التعريف التزاما بالقاعدة الشرعية « أن الضرر يزال ، والضرر الأصغر لا يزال بالضرر الأكبر » .

أما الفريق الثانى فيرى أن من واجب الطبيب حفظ حياة المريض والمجتمع بل يُعتبر مقصرا إذا لم يُخطر أقارب المريض من عائلته لحمايتهم وقدم مصلحة الأسرة على مصلحة الفرد وهي من الأسباب التى من أجلها وضعت الاستثناءات ، واتخاذ الإجراءات اللازمة نحو ذلك ، وعلى الطبيب ان يبذل قصارى جهده لإقناع المريض بالموافقة على أن يخطر أقاربه بالأمر حماية لهم وحفاظا عليهم .

أمر آخر هل يجوز للطبيب أن يطلب إجراء فحص جيني لأي شخص خاصة إذا ما عرفنا أن شعرة من الإنسان او قطعة صغيرة من جلده او عينة من الدم او غير ذلك كافية لإجراء الفحص الجيني ؟ .

إن هذا ممكن بشرط موافقة الشخص موافقة " حرة مستتيرة " على ذلك مع إخطاره بكل الحقائق حول الموضوع ومآلاته والهدف منها ، ومن حق المريض أن يضع شروطه من ناحية الأشخاص الذين لهم الحق في الاطلاع على النتائج وله الحق في رفض أن يطلع على

(١) البقرة ١٩٥ .

(٢) النساء : ٢٩ .

تلك النتائج من يراه غير أهل لذلك ، كما أن من حقه أن يكون له نصيب في عائد الأبحاث إذا كان لها مردود تجارى وأن يعالج من مرضه إذا ظهر بأن هناك علاج لمرضه .

هل يجوز ذلك إذا لم تكن حالة المريض لا تحتاج إلى مثل هذا التحليل ؟

كما لا يجوز للطبيب أن يطلب تحليل جين أى مريض لا يحتاج مرضه إلى تحليل جيناته، ولا يجوز للطبيب أن يطلع على نتائج تحليل جينات المريض إذا كانت مرفقة ومرضه لا يحتاج إلى ذلك .

ولكن مَنْ لَهُمْ حق الاطلاع على نتائج التحليل الجيني ؟ ولماذا يختص التحليل الجيني بهذه الخصوصية عن بقية الأمراض الأخرى ؟

التحليل الجيني أو الجينوم البشرى يعتبر من أخص خصوصيات الفرد لأنه سر الأسرار ولا يمكن لأحد أن يطلع عليه ، فعليه كم هائل من الأسرار الشخصية لصاحبه فيحكى الماضى وبه الحاضر والمستقبل ويمكن أن يدخل المستقبل إلى مجرد توقعات وتحليل الدنا تتحول هذه المعلومات المطلسة إلى كتاب مفتوح ليعطى صورة لقارئه عن حالة صاحبه خاصة من النواحي الجسدية وما يمكن ان يصيبه ، بجانب النواحي النفسية والعقلية ، وتعتبر هذه المعلومات حساسة جدا للشخص نفسه للأسباب الآتية :

(١) هذه المعلومات غير معلومة للآخرين فإذا ما وصلت هذه المعلومات لشخص آخر دون إذن من صاحبها فإن تلك الأسرار ستباح وقد يعانى المريض أثر ذلك بما لا يحبه ولا يرضاه مثل : فصله من العمل ، ورفض شركات التأمين التأمين عليه صحيا أو حياتيا ، أو تعرض عليه أقساطا باهظة التكاليف لا يمكن للفرد البسيط أن يقوم بسدادها .

(٢) تتيح هذه المعلومات لقارئها التعرف على مستقبل هذا الشخص الصحي وعائلته وأولاده ، بمعنى آخر فإن أفرادا آخرين ستنالهم آثار سيئة بسبب الاطلاع على نتائج التحليل .

(٣) نظرا لأن الدنا ثابت ولا يتأثر بالعوامل الجوية المختلفة ويقاومها فإن تخزين عينات من الأفراد يمكن استغلالها أسوء استغلال في التحريض أو الإساءة إليهم من قبل السلطات الحاكمة .

(٤) بعض الحكومات تستغل هذه المعلومات للتفرقة العنصرية بين افراد المجتمع خاصة في الجوانب السياسة واستغلال الأمراض الجينية للتشهير بهم .

وهذا امتهان لكرامة الإنسان الذى كرمه ربه سبحانه وتعالى وفضله على كثير ممن خلق مصداقا لقوله تعالى: ﴿ **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبُرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا** ﴾^(١) ، لذلك سارعت

(١) الإسراء ٧٠ .

الدول الكبرى خاصة الولايات المتحدة الأمريكية وكندا وأوروبا بإصدار قانون يحدد العلاقة بين الخصوصية الفردية وتحليل الجينوم البشري .

(كما أن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حرصت على وضع) تعريف السر الطبي كما جاء في الميثاق الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية^(٢٩) : كل ما يفضى به إنسان إلى آخر مستكتما إياه من قبل أو من بعد ويشمل ما حفت به قرآن دالة على طلب الكتمان أو كان العرف يقضى بكتمانها كما يشمل خصوصيات الإنسان وعيوبه التي يكره أن يطلع عليها الناس ، ويجب ألا يستثنى من افشاء الأسرار إلا ما هو مقرر فيما ورد من التعريف على أن يكون ذلك على سبيل الحصر لا على سبيل المثال ، وهي الحالات التي يؤدي فيها كتمان المرض إلى ضرر يفوق ضرر إفشائه بالنسبة لصاحبه أو يكون في إفشائه مصلحة ترجح على مضرة .

أما المجتمع الغربي فيعرف الخصوصية^(٣٠) بأنها درجة الحفاظ على المعلومات المعلومة لدى الغير عن أى شخص لكى يعيش الإنسان بكرامة ويمارس حياته الشخصية دون الشعور بالدونية أو الوصمة أو العار ، وأن حرمتنا وحقوقنا الأساسية وحرية التفكير والتعبير مرتبطة إلى حد كبير بالخصوصية الشخصية .

وللأسف الشديد فإن التقدم التكنولوجى يأخذ منا كل هذه الخصوصية ، إن التقدم الكبير في مجال علم الاتصالات والتتصت والطب الحيوي والكمبيوتر وغيرهم يستطيع أن ينتهك الكثير من الخصوصيات الفردية سواء رغبتنا في ذلك أم لا ، والطامة الكبرى أن الأسرار الشخصية الآن ستتداول بين من نحب ومن لا نحب أن يطلعوا عليها بسبب تحليل الجينوم البشري خاصة أن الجانب التجارى دخل طرفا في الموضوع فيمكنك معرفة الكثير عن حياتك وحيات الآخرين ليس فقط الآن ولكن في المستقبل .

وبرغم المخاطر الأخلاقية والمعنوية والمادية نتيجة الأبحاث على الجينوم المحدقة بالبشرية وهي غير منظورة حتى الآن ومثلها مثل الأبحاث على انشطار الذرة في الأربعينيات ، فإن المقارنة بين الاثنين ، نجد أن كلا منهما يحمل آمالا عريضة في التعرف على أسرار محجوبة قد تؤدي إلى إسعاد البشرية وفي كلتا الحالتين (الجينوم البشري والذرة) لم نوافق على وضع حد أو سقف أعلى للأبحاث في انتظار تلك السعادة الموعودة وألا تتحول إلى كابوس محطم لآمال البشرية كما حدث في تدمير كل من هيروشيما وناجازاكي . فماذا تحمل الخريطة الجينية للبشرية ؟ مازالت الآمال معقودة عليها وعلى ما ستسفر عنه نتائج الأبحاث ، إننا عندما نصنع الأشياء يجب أن تكون لدينا الوسائل والعلماء للسيطرة عليها لا أن نتركها تسيطر علينا ولا نفقد استقلالنا ، فيجب أن نهتم بذلك قبل أن تهاجمنا جيوش التكنولوجيا ثم نُحوّلنا إلى عبيد لها .

لذلك فإن التحليل الجيني له خصوصية كبيرة وصاحبه هو الوحيد الذى له الحق في الموافقة من عدمها على تحديد الأشخاص الذين لهم الحق في الاطلاع عليه بناء على ما يقدم له من قرائن وأسباب لضرورة أن يقوم هؤلاء الأشخاص بالاطلاع عليه مثل الأطباء المشاركين في العلاج .

بعد أن يوقع صاحب العينة بالموافقة على إقرار حر مستنير ، هل من حق أصحاب الأعمال وشركات التأمين على الصحة والحياة الاطلاع على التحليل الجيني ؟

ليس من حق أصحاب الأعمال طلب اجراء أو الاطلاع على التحاليل الجينية وإن اطلعوا بطريقة أو بأخرى فليس من حقهم أن يضار المريض بسبب ذلك ، فلا نجد للفقهاء إشارة حول كون المرض مانعا من التوظيف إلا في الوظائف العليا التي تتطلب درجة من الكفاية كالخلافة والقضاء ، وهذا كله في المرض الذي ظهر فعلا في الإنسان ، أما ما يتوقع ان يصيب الانسان او يظهر من مكمته فلا عبرة به ، فالإنسان عرضة للأمراض لظهور الأعراض عليه إن أخطأه هذا نهشه ذلك ، وعلى الجهات المنوطة منع ذلك والحيولة دون أداء متطلبات العمل الوظيفية ، وإذا ساء تنظيم قطاع التوظيف والعمل فإنه لا يلائم القطاع الحر الذي يقوم على الاستئجار الفردي للخدمات والتعاقدات النوعية^(٣١) ويرى فقيه آخر^(٣٢) أن الاعتبارات المصلحية المحتملة ملغاة في حكم الشرع فالإنسان مسئول عما يصدر عنه من أفعال " كل نفس بما كسبت رهينة " المدثر آية ٣٨ ويعامل حسب ما يظهر عليه من أحوال مرضية فالصحيح يعامل معاملة الصحيح والمريض يأخذ أحكامه ، كما أن البصير له حكمه والأعشى له حكمه والأعمى له حكمه ولا يجوز أن يؤاخذ الإنسان أو يشترط عليه ما ليس من فعله أو لم يتسبب في وقوعه ، لكن إذا ظهر مستقبلا ما كان متوقعا فيأخذ حكمه وقتئذ لا قبله .

ولا تبني الأحكام على الاحتمالات إذا تطرق إليها الشك ، فليس كل حامل للمرض مريضا ، أما بالنسبة لشركات التأمين فيرى أحد الفقهاء^(٣٣) بأن شركات التأمين لايسعها غض النظر عن حكمها الشرعى في الرفض أو تشدد في الشروط بالعلاقة التعاقدية ، فالعلاقة التعاقدية وإن كانت في الأصل اختيارية إلا أن التأمين على الأنفس في كثير من الدول إجباري ، وتتضمن شروط التأمين شروط إذعان واستغلال ، والتأمين قبل ذلك عقد غرر للطرفين لكنه في الأغلب يلحق الضرر بالطرف الثاني المؤمن عليه فلا يجوز مع هذا كله أن تطلع هذه الشركات على جينوم طالب التأمين ويجب أن تنص النظم على ذلك.

ويرى فقيهه^(٣٤) آخر حول التأمين أن الحال يختلف بين كونه تقليديا قائما على المعاوضة والاسترباح والالتزامات المتبادلة وهو فيه شرعا ما فيه فإنه ينطبق عليه ما سبق من الحالات حسب بروز الحاجة إليه من عدمه ، أما التأمين التعاوني القائم على التكافل والذي يندمج فيه المؤمن والمستأمن وتتحصر التعويضات في حصيلة جمع واستثمار الأقساط

فإنه لآمانع فيه من وضع القيود التي يظن أنها تؤدي لاستمرار هذا الوعاء التكافلي ، ومن لم يدخل فيه لشيخوخة أو مرض متوقع يجد في وجوه البر والتعاون الخيري ما يلبي حاجته .

لذلك لا يحق لأى من العاملين في الدولة أو القطاع الخاص سواء أكان طبيبا أو جهة تأمين أو المستخدمين أو المسؤولين عن التعيين في الوظائف الاطلاع على نتائج الاختبارات الجينية إلا بعد الحصول على إذن من صاحب العينة ، كما لا يجوز أن يضار أى شخص بسبب نتائج تحليل جيناته ولا يوسم بأى وصمة تؤذى مشاعره أو حياته أو يعاقب أو يحرم من أى ميزة يتمتع بها الآخرون بسبب نتائج تحليلاته الجينية .

ملحوظة : لا ينطبق هذا عند أخذ عينة للتحليل في الحالات الإجرامية وسيناقش ذلك بالتفصيل عند التعرض له .

أثر اكتشاف الجين الوراثى في الإعفاء من العقوبة :

سبق أن ذكرنا بأن السلوك له جينات مسئولة عنه لكن ليست المسئولة بالكامل عن ظهور السلوك المنحرف عند أى شخص ، فالعوامل البيئية لها دور كبير في إظهار الصفة الشاذة في السلوك لدى الشخص ، لكن هذا الموضوع يأخذ بعدا سياسيا ويظهر في مناسبات محدودة مثل محاولة كسب ود الشاذين جنسيا واكتساب تعاطفهم مع هذا المرشح أو ذاك ، وهذه التجمعات تمثل قوة كبيرة داخل تلك المجتمعات ، كذلك في الجرائم يحاول محامو المتهمين اللجوء إلى مثل تلك الحيل بمحاولة إقناع المحكمة بأن المتهم ليس له ذنب في ارتكابه لجرائمه لأنه مصاب بجين معين يدفعه إلى القيام بهذه الجرائم أو الإدمان وأن حالته النفسية تعفيه من العقوبة ، هذا الأمر إذا أخذ به فإنه سيفتح بابا من أبواب جهنم ، لقد ثبت أن هذه العلاقة ليست ارتباطا كاملا ، بمعنى إمكانية وجود شخص مدمن وليس لديه جين إدمان وشخص آخر لديه جين إدمان وغير مدمن ، وقد أجمع العلماء والفقهاء والمهتمون بالأخلاقيات على أن اعتماد وجود جينات تؤثر على السلوك لا يمكن اعتماده مسوغا للإعفاء من العقوبة .

هل العلاج الجيني جائز أم لا ؟

سبق أن بحثنا الطرق المختلفة في العلاج الجيني ، وهي إما عن طريق إصلاح الخلل عن طريق الخلايا الجسدية بإحدى الطرق التي سبق الحديث عنها ، أو عن طريق إصلاح جينات الخلايا الجرثومية [الخلايا الجنسية] .

ما هو أصل ومقرر في الشريعة رعاية المصالح ، فالشريعة الإسلامية كلها مصالح كما قال ابن القيم الجوزية " الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها" ^(١) وأيضا فإنها تمنع المفسد وتدفعها ، فحيثما كانت المصلحة فثمة شرع الله ، وحيثما كانت

(١) اعلام الموقعين ١٤/١ .

المفسدة فشرع الله يدفعها ويرفع خبثها فيمنعها أو يرحح عليها ما هو أقل مفسدة تحملا لأقل المفسدتين .

فالحكم الشرعي في العلاج عن طريق الخلايا الجسدية الأصل فيه جواز المعالجة إذا أمن عدم تخلف شرط من الشروط السابق ذكرها .

أما العلاج عن طريق إصلاح الجينات في الخلايا الجنسية (الجرثومية) :

فهذا تحوطه محاذير جمة تخوف منها المختصون لأن ذلك سيحدث تغيرا في الحقيقية الوراثية ويمتد ذلك إلى السلوك والأجيال التالية .

لذلك يرى أحد الفقهاء عدم جواز تطبيق العلاج الجيني على الخلايا الجنسية مطلقا^(٣٥) لكنه عاد وقرر الآتي : " وعليه يمكن القول : إن التغيير أو التبديل في الجينات قد يكون مشروعاً مقبولاً إذا كان في حيز العلاج أو كان توكياً لمرض متوقع ، ويكون محرماً إذا كان في حيز العبث ، ومن العبث التغيير أو التبديل في الهيئة والشكل واللون والطول والقصر ، ومنه التغيير أو التبديل في الخلق التي هي فطرة وسجاء كالشجاعة والجبين والندالة إن تصور إمكان التغيير الجيني فيها^(٣٦) .

ويؤكد على ذلك في موقع آخر فالتداوى مبناه على الإباحة أو الندب أو بالوجوب كما قال الشافعية ، فليس منه إلزام المريض جينه العلاج الجيني وقاية لمرض وراثي يصيب ذريته أو غيرهم في المستقبل القريب أو البعيد على سبيل الاحتمال أو الظن الغالب ، فلا إلزام شرعاً على المسلم يقى غيره مرضاً قد يصيبه بسببه لكن أن يفعل ذلك ندباً فهذا أولى له لنفسه أولاً ولغيره ثانياً .

وأضاف إلى ذلك فأورد بأنه يتعين على ولي الأمر الإلزام بالعلاج الجيني لحامل المرض أو المتوقع حمله وسراً به مرضه في نفسه وإلى عقبه ، وليس هذا على إطلاقه حتى لا يكون الإلزام تحكماً وتضييقاً على حرية الناس ، فيكون الإلزام في الأمراض الوبائية أو الشائعة المستعصية التي قد تنتقل بالوراثة كأمراض السرطان والقلب . مما يعيق الحياة السوية ، ويجعل المصاب عبئاً على نفسه وأهله ومجتمعه^(٣٧) .

أما ما كان المرض من باب التحسينات فلا حكمة في الإلزام به^(٣٨) .

أما الدكتور عبد الستار أبو غدة^(٣٩) فقد أشار إلى ندوة المنظمة الإسلامية الثالثة التي ناقشت إزالة الخلل البدني المسبب لإيذاء مادي أو معنوي وكذلك عمليات التجميل ، والذي ذكرته ندوة المنظمة تغيير الحلقة للوصول للشكل السوي للعضو المصاب بالآفة أو القبح أما العلاج الجيني بالخلايا الجنسية فالتغيير يحصل في الأجهزة التي يتسبب عنها المرض أو الخلل وذلك بالتدخل في الجينات بالتبديل فيها أو في أجزائها وأورد عدة قضايا تتوارد حول الموضوع .

(١) عدم التفرقة بين المعالجة للعضو المصاب او لما وراءه من مؤثرات لأن المسوغ هو العلاج وجلب المنفعة .

(٢) وجوب التحرز من مضاعفات العلاج إذا كانت تلحق ضررا أشد من المرض والقاعدة ارتكاب أهون الضررين .

وذكر بأن المخاوف الوراثية أشد كثيرا منها في المعالجات المعروفة . وهنا يحصل مالا تحمد عقباه ، لذا يؤثر غلبة الظن بالسلامة والموازنة بين المصالح والمفاسد ، وواضح بأنه لم يذكر أي العلاجين يقصد ، هل علاج الخلايا الجسدية أم العلاج الجيني ؟ كما أن تحفظه جاء بسبب التخوف من المضاعفات ، والحقيقة الهامة إذا كانت الشريعة الإسلامية قد أباحت العلاج فمن حق أي مريض أن يقدم على العلاج إذا لم يكن بمحرم ولذلك فلا خلاف على العلاج للخلايا الجسدية .

أما العلاج الجيني فرغم الخلاف حوله إلا أن الأمر هنا يجب النظر إليه من زاوية حق المريض في أن يحمى أسرته وذريته من المرض ، فالوقاية تقرها الشريعة كما في حديث الطاعون ، وفي حديث لا يوردن ممرض على مصح وفي حديث " تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس " ، كما أن الأجيال القادمة من حقها على الآباء أن يحرصوا أنفسهم من الأمراض الجينية الخطيرة إن كان ذلك ممكنا وبالوسائل المشروعة مع أخذ الاحتياطات الواجبة والضرورية حول هذا الموضوع ، وأن تتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية .

على أن الغرب لا يوافق على استخدام العلاج الجيني باستخدام الخلايا الجنسية لإصلاح الخلل خوفا من العودة إلى الاستصفاء الجيني والتفرقة الإثنية واعتبار بعض الشعوب خاصة الآرية بسيادتها على العالم والنظرة الدونية لبقية الشعوب وقد مورست هذه التفرقة العنصرية بصورة قسرية بالتعقيم والإجهاض الإجباري أو عدم الزواج إلى غير ذلك من إجراءات لا إنسانية .

هل يجوز لولى الأمر أن يصدر تشريعات تلزم الجميع بإجراء تحليل الجينوم البشري ؟ التداوى في أصله مباح ، وجاز لولى الأمر أن يلزم به في أمراض خاصة وفي ظروف خاصة للضرورة أو الحاجة المنزلة منزل الضرورة تحقيقا لمصلحة عامة ، وما شرع لذلك لا يتوسع فيه وإنما يتقيد بالقدر الضروري المحقق للمصلحة الدافع للمفسدة ، والإلزام بعمل خريطة وراثية لكل فرد الزام ما لا يلزم مع خفاء المصلحة أو انعدامها في كثير من الأمراض مع ظرف الاحتمال ، فالمفسدة ظاهرة بإلحاق الضرر اجتماعيا ونفسيا ، وهتك الأسرار عن خصوصيات الناس وكل ذلك يأتي على أصل الإباحة بالبطلان ، ويحتمل اعتبار عمل الخريطة الوراثية تجسسا محرما لما فيه من تطفل وكشف لما حقه الستر من غير ما ضرورة ما ، ويشمل ذلك الجنين فقد اعتبر الاسلام له أهلية وجوب ناقصة وحرم الاعتداء عليه ، وولاية الأبوين على الجنين ولاية حفظ ورعاية وتنمية ، فكل ما يناه في ذلك محرم

عليهما وعلى غيرهما ، والإذن بأمر يخص الجنين يرجع إلى الأبوين بعد بيان الأطباء وتقرير المختصين ولكل حالة ما يحكمها^(٤٠) .

هناك اتفاق على ما ذكر سابقاً ولكن هناك إضافات لهذا الموضوع :

(١) يجب على ولي الأمر إلزام العاملين في الأماكن الخطرة مثل الإشعاعات أو مصانع الكيماويات أو السموم بضرورة الكشف عليهم دورياً لمراقبة التطور في جيناتهم ومدى تأثرهم بالمحيط الذي يعملون فيه .

(٢) كذلك الفحص قبل الزواج وتقديم النصح للزوجين إذا ما ظهرت جينات بها خلل أو احتمال الإصابة بأمراض مستقبلية ظاهرة في بعض الجينات على أن يتم النصح لهم بطريقة سهلة ولينة والتهوين عليهم إما بفسخ الخطبة أو إذا ما أصروا على الزواج فيجب عليهم أخذ الاحتياطات الواجبة نحو عدم الانجاب إما بتعقيم أحدهما أو باستخدام موانع للحمل انقاءً لجنين مصاب بمرض جيني لا يوجد علاج له .

(٣) لا يجوز استخدام الاختبارات الجينية لاختيار جنس الجنين إلا إذا كان الوالدان كلاهما أو أحدهما مصاباً بمرض وراثي يمكن أن ينتقل إلى جنس دون غيره ، ويمكن تفادي ذلك بالكشف على الوالدين للتعرف على الإصابة قبل أن يتم تلقيح البويضة .

أما إذا تم تلقيح البويضة وظهر أن الجنين مصاب بأحد الأمراض الوراثية فالمقترح أن يتم اللجوء إلى توصية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام والتي تذكر الآتي :استعرضت الندوة آراء الفقهاء السابقين وما دلت عليه من فكر ثاقب ونظر سديد وأنهم أجمعوا على تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح أي بعد أربعة أشهر ، وأن آراءهم في الإجهاض قبل نفخ الروح اختلفت ، فمنهم من حرم بإطلاق أو كراهة ، ومنهم من حرمه بعد أربعين يوماً وأجازه قبل الأربعين على خلاف في وجود العذر ، وقد استأنست الندوة بمعطيات الحقائق العلمية الطبية المعاصرة والتي بينتها الأبحاث والتقنية الطبية الحديثة فخلصت بأن الجنين حي من بداية الحمل وأن حياته محترمة في كافة أدوارها خاصة بعد نفخ الروح ، وأنه لا يجوز العدوان عليها بالإسقاط إلا بالضرورة الطبية القصوى ، وخالف بعض المشاركين فرأى جوازه قبل تمام الأربعين يوماً خاصة عند وجود الأعذار^(٤١) .

استخدام الجينوم البشري في الطب الشرعي (في الكشف عن الجرائم) وإثبات أو نفي الأبوة :

مما سبق يتبين أن الجينوم البشري وسيلة ممتازة للتعرف على المجرمين من أصغر أثر يتركوه في مسرح الجريمة ، وبهذا يستطيع أن يبرأ المشتبه بهم إذا لم تثبت إدانتهم وصار الوسيلة الفعالة الآمنة السريعة والتي لا يمكن التلاعب فيها مثل البصمة اليدوية ...

وفي حالة إبراء ذمة المشتبه بهم يجب رفع أسمائهم من بنوك الجهات الأمنية حرصا على كرامتهم خوفا من تسرب المعلومات المحفوظة لدى الجهات الأمنية وعدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة في عدم وصول المتطفلين إلى تلك المعلومات .

عقدت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ندوة حول " حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب " وتوصل المجتمعون إلى ما يلي :-

(١) أن كل إنسان يتفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده، لا يشاركه فيه أي شخص آخر في العالم ويطلق على هذا النمط اسم "البصمة الوراثية" ، والبصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية ، والتحقق من الشخصية ولاسيما في مجال الطب الشرعي. وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء، في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثل تطورا عصبيا عظيما في مجال القيافة الذي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه، ولذلك ترى الندوة أن يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى.

(٢) ترى حلقة النقاش أن يؤخذ بالبصمة الوراثية في حال تنازع أكثر من واحد في أبوة مجهول النسب إذا انتفت الأدلة أو تساوت.

(٣) استلحاق مجهول النسب حق للمستلحق إذا تم بشروطه الشرعية. وترتبا على ذلك فإنه لا يجوز للمستلحق أن يرجع في إقراره ، ولا عبرة بإنكار أحد من أبنائه لنسب ذلك الشخص ولا عبرة بالبصمة الوراثية في هذا الصدد.

(٤) إقرار بعض الإخوة بأخوة مجهول النسب لا يكون حجة على باقي الأخوة ولا يثبت النسب وآثار الإقرار قاصرة على المقر في خصوص نصيبه من الميراث ولا يعتد في ذلك بالبصمة الوراثية.

(٥) عند عرض هذا الموضوع اختلفت وجهات النظر وتشعبت الآراء وطال النقاش في مضمون جواز استلحاق المرأة المجهول النسب على نحو رؤى معه إعطاء هذه المسألة مزيدا من الوقت للدراسة والتأمل.

(٦) لا تعتبر البصمة الوراثية دليلا على فراش الزوجية - إذ الزوجية تثبت بالطرق الشرعية.

(٧) يرى المشاركون ضرورة توافر الضوابط الآتية عند إجراء تحليل البصمة الوراثية: -

(أ) أن لا يتم إجراء التحليل إلا بإذن من الجهة الرسمية المختصة.

(ب) أن يجرى التحليل في مختبرين على الأقل ومعترف بهما على أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة لضمان عدم معرفة أحد المختبرات التي تقوم بإجراء الاختبار بنتيجة المختبر الآخر.

(ج) يفضل أن تكون هذه المختبرات تابعة للدولة وإذا لم يتوافر ذلك يمكن الاستعانة بالمختبرات الخاصة الخاضعة لإشراف الدولة ، ويشترط على كل حال أن تتوافر فيها الشروط والضوابط العلمية المعتبرة محليا وعالميا في هذا المجال.

(د) يشترط أن يكون القائمون على العمل في المختبرات المنوطة بإجراء تحليل البصمة الوراثية ممن يوثق بهم علما وخلقا وألا يكون أي منهم ذا صلة قرابة أو صداقة أو عداوة أو منفعة بأحد المتداعين أو حكم عليه بحكم مغل بالشرف أو الأمانة.

بنوك المعلومات عن الدنا :

يقصد ببنك المعلومات بأنه شخصية اعتبارية يقوم بجمع وتخزين وتحليل والرقابة على عينات الدنا والمعلومات التي تظهر نتيجة تحليل الدنا ، وفي بعض التعاريف لبنك المعلومات ، هو تخزين العينات فقط ، أو تخزين المعلومات عن الدنا فقط ، وقد عبر جيمس واطسن عن استنكاره لتخزين هذا الكم الهائل من المعلومات والعينات في مكان واحد مبديا تحفظاته بسبب عدم وجود نظم قوية لتأمين المعلومات والعينات ، وبيروقراطية نظم إدخال المعلومات عن تحليل العينات وكشفها أمام العديد من العاملين الذين ليس لهم الحق في الاطلاع عليها مما ينتهك سريتها وخصوصيتها والذي قد يؤدي إلى التفرقة العنصرية أو الوصمة في المجتمع للشخص وأسرته لاحتوائها على معلومات منذ الولادة حتى المستقبل .

كما أن هذه المعلومات قد تصل إلى أيدي شركات التأمين ، والبنوك، والمدارس ، وجهات العمل ، وقد تُتخذ قرارات ضد من لديهم أمراض جينية ، وهو أمر مرفوض ويبدل على معاملة معلومات الدنا مثلها مثل بقية المعلومات الشخصية التي ليس لها نفس الأهمية والخصوصية التي تتمتع بها نتائج الدنا .

لذلك فإن موضوع خصوصية وسرية المعلومات الجينية يحتاج إلى نظم خاصة ، وإعادة النظر في الطرق المتبعة حاليا للتأكد من صلاحيتها لجمع المعلومات وتخزينها وإعادة استخدامها للاستخدام الآمن لها ، حتى يشعر أصحاب هذه المعلومات بالاطمئنان وبأنها في أيدي أمينة .

لكن الأمر ليس بهذه السهولة لتعدد الجهات التي تتداول هذه المعلومات ، وهي جهات هامة وخطيرة ، مثل : الأمن القومي الخارجي ، والأمن الداخلي ، والقضاء ، والإدارات المحلية، وإدارات الأبحاث حول الجينوم ، والهلال الأحمر وبنوك الدم ، وبنوك حفظ الحيوانات المنوية والبويضات ، وقد يمتد العمل مستقبلا لدخول جهات أخرى للاطلاع على هذه المعلومات ، لذلك يجب وضع قواعد محكمة بشروط واضحة لجمع وتحليل وتخزين العينات والمعلومات الجينية وقواعد الإفصاح عنها .

وللتأكيد على ذلك يجب إصدار قانون يحرم جمع العينات أو تحليلها إلا بطريقة رسمية وتحديد الأشخاص المنوط بهم القيام بهذه الأعمال ، كما أن العينة لا تؤخذ إلا إذا تم إخطار صاحبها بأنها ستستعمل في التحليل الجيني ، مع إعلامه بكل جوانب العمل في هذا الموضوع ، وأخذ الموافقة الحرة المستنيرة كتابة منه إن كانت له القدرة على الإدراك والاستيعاب واتخاذ القرار ، وإن كان غير ذلك فصاحب الأهلية يمكن أن ينوب عنه وسبق أن ذكرنا ذلك .

كما يجب أن يتم إعلام الجميع خاصة العاملين في هذا المجال والالتزام بكل ما ذكر سابقا ولاحقا .

ويجب على جامعي العينات الالتزام بالآتي :-

(١) إخطار المريض بالمعلومات اللازمة وأن يجيبوا على جميع الأسئلة التي يوجهها إليهم صاحب العينة .

(٢) كما يجب إعطاء صاحب العينة فكرة عن حقوقه والتأكيد على ذلك قبل جمع العينة .

(٣) التعهد بعدم اطلاع أي شخص على نتائج التحليل إلا بموافقة صاحب العينة إلا في حالات الطب الشرعي أو في حالات نفي أو إثبات الأبويه بناء على أمر قضائي .

(٤) الالتزام بتعليمات صاحب العينة فيما يقرر عن مصيرها بالحفظ أو الإعدام بعد التحليل.

(٥) على الجهات المنوطة بالاطلاع على نتائج تحليل الدنا الاطلاع على المعلومات التي تخصها فقط دون التطرق إلى بقية المعلومات والالتزام بهذا ضمانا للخصوصية والسرية فمثلا الجهات الجنائية تنظر إلى أماكن البصمة الوراثية فقط دون بقية النتائج .

(٦) يجب وضع قواعد للحالات الخاصة عن جمع العينات مثل الأقليات والمعاقين ذهنيا والحوامل والأجنة .

وفي بعض الحالات تؤخذ العينات للفحص الجنائي بقوة القانون أو التعرف على الموتى والتي لاتخضع لقانون الخصوصية .

كما يمنع أخذ عينات من أشخاص معروفين بهدف إجراء الأبحاث ، إلا إذا تم تجهيل العينة برفع الاسم أو ما يدل على شخصيته مع اتباع الإجراءات السابق ذكرها ، وقد يستثنى من ذلك إذا كانت العينة تمثل نوعا نادرا من الأمراض وغير متوافر بكثرة ، فإن الأبحاث قد تحتاج صاحب العينة وتستدعيه أكثر من مرة ، ويمكن إجراؤه بعد أخذ موافقته الحرة المستنيرة وبالشروط السابق ذكرها ، ولا يعتبر هذا انتهاكا لخصوصية المريض أو إفشاء لسره ، وفي هذه الحالة من حقه أن يحصل على تشجيع مالي وجزء من عائد تلك الأبحاث إذا دخلت حيز التنفيذ التجاري .

ويذكر بأن الولايات المتحدة الأميركية لديها ٣٠٧ ملايين عينة من أنسجة ، ومن المتوقع أن يزداد هذا العدد بمقدار عشرين مليون عينة كل عام ، وتجمع وتخزن بهدف إجراء الأبحاث والعلاجات الطبية بأوامر قانونية وتمثل جهات كثيرة داخل الدولة منها: القوات المسلحة ، والطب الشرعي ، وغيرهما ، وجميع العينات مخزنة ومسجلة على الحاسوب ومتصلة بنتائج تحليل الدنا وبالسجلات الطبية الخاصة بأصحابها^(٤٢) .

وفي حادثة هامة تبين أهمية الالتزام الأخلاقي نحو العينات المحفوظة والبيانات حولها في بنوك الدنا .

ففي عام ١٩٩٨ وافق البرلمان الأيسلندي على إنشاء بنك لحفظ الجينات ، وفي عام ١٩٩٩ بدأ العمل به وتم حفظ ٢٧٥٠٠٠ عينة ، وهو نفس عدد سكان أيسلندا ، وتم تزويده بالمعلومات الجينية لكل عينة ، وتعتبر أيسلندا أول دولة في العالم تنشئ هذا البنك ، وتمتاز بتجانس سكانها ، وفي الوقت نفسه تتعرض لمخاطر طبيعية عدة ، وسوف ينعكس ذلك بوضوح على السكان ، كما أن الدولة لديها تأمين صحي على مواطنيها ، وبالتالي فإن لديها سجلا كبيرا للأحوال الصحية لهم منذ عام ١٩١٥ ، والخط الوراثي لمعظم العائلات هناك معروف منذ ٥٠٠ عام ، وأمام هذا الوضع المثالي المغري تقدمت الولايات المتحدة الأميركية بطلب شراء هذا البنك لاستخدامه في اكتشاف أمراض جديدة واستخراج أدوية جديدة ، وفي نظير ذلك تعهدت الولايات المتحدة الأميركية بتقديم أي تشخيص أو علاج أو دواء جديد ينتج عن الأبحاث على الجينات الأيسلندية مجانا وبدون مقابل للأشخاص طوال حياتهم ، وتقدمت بمبلغ ٢٠٠ مليون دولار نظير هذا العمل ، وأمام إغراء الأموال وافق البرلمان الأيسلندي على الصفقة ، ولكن في عام ٢٠٠٤ رفضت المحكمة الدستورية الأيسلندية الصفقة لعدم دستوريته ومخالفتها لقواعد الخصوصية والسرية وعدم الحصول على موافقة أصحاب العينات ، على صفقة بيع عيناتهم وأسرارهم لأي جهة أخرى .

كما أن ذلك يثير مشكلة أخرى ، ما هو الموقف الأخلاقي إذا ما أفلس أحد تلك البنوك، وتم بيعه لآخرين ، خاصة بأن أصحاب العينات وافقوا على تخزينها أمام جهات معروفة لديهم ؟ وماذا عن أصحاب البنك الجدد ؟ هل يجوز أن يطالب أصحاب العينات بسحبها أو إعدامها ؟ وماذا عن المعلومات عن الدنا لديهم ؟

وظهرت في الآونة الأخيرة مطالبات بفصل بنوك معلومات الدنا للأشخاص العاديين وإنشاء بنوك خاصة بالطب الشرعي والأدلة الجنائية ، حيث يتم تزويد الأخير بالبيانات المطلوبة في مثل هذه الحالات فقط دون غيرها من البيانات الأخرى الموجودة على الجينوم البشري لعدم اختراق الخصوصية وإفشاء السرية .

ويرى البعض بأن الرأي الأخير هذا ليس له قيمة ، مستنديين في ذلك على أن الجزء الخاص من الدنا المستخدم في التعرف على أصحاب العينات تحت الفحص الجنائي هو من

المنطقة غير الفعالة (أو الخاملة) من الدنا (Junk DNA) التي لا تنتج بروتينا مشفرا أو موسوما ، ولكن قد يظهر في المستقبل بأن له دورا في اكتشاف احتمالات إصابة الفرد بأمراض معينة أو أن لديهم جينا معيناً لمرض معين أو سلوكا معيناً .

مميزات وعيوب بنوك الدنا للموقوفين :

- (١) من المعروف بأن الجرائم الكبرى يقوم بها مجرمون عتاة سبق لهم الاشتراك في جرائم أخرى ، ووجود بنك خاص للموقوفين سيسهل التعرف عليهم من مقارنة أي أثر بيولوجي في مسرح الجريمة بصفحته في بنك الدنا وبذلك يمكن التعرف عليه بأسرع وقت ممكن .
- (٢) بعض الأبرياء يحجزون أو يسجنون في جرائم لم يشاركو فيها ولكن الظروف وضعتهم في طريقها ، لذلك فإذا ما تم أخذ عينات منهم ساعة إيقافهم فسرعان ما ستظهر براءتهم ويتم الإفراج عنهم .
- (٣) وجود بنك خاص للمشتبه بهم فقط فإن ذلك سيوفر الوقت والجهد والمال في التحرى والسجن والحجز والمقاضاة أو المراقبة القضائية .
- (٤) غالبا ما يكون معظم الموقوفين برآء من الجرائم ، لكن إدراج أسمائهم في بنوك الموقوفين له عواقب أخلاقية واجتماعية ضارة بهم وبأسرهم .
- (٥) في حالة وجود اسم شخص ما على الدنا الخاص به في مركز البوليس لسبب أو لآخر يمكن أن يؤدي ذلك إلى استدعائه للمساءلة رغم عدم مشاركته في أي جريمة مما يؤثر عليه وعلى أسرته .
- (٦) وجود الجينوم البشري الشخصي للموقوفين سواء كانوا مدانين أو غير مدانين يعطى الفرصة للضباط والنفسيين والاجتماعيين ، ورجال الطب الشرعي ، والباحثين الاطلاع عليه دون إذن من صاحب العينة وهذا مخالف للقوانين والنظم المرعية في آداب المهن الطبية ويعتبر ذلك انتهاكا لحقوقهم .
- (٧) برغم كل الاحتياطات الواجب اتخاذها لتأمين المعلومات ، ففي الغالب تنتهك كل هذه الأسرار والحجب وحقوق الإنسان بتبادل المعلومات عن جينوم هؤلاء الأشخاص .

حقوق الملكية الفكرية للجينوم البشري :

هل يجوز تسجيل الملكية الفكرية للجينوم البشري لأي جهة ؟

ما هي الملكية الفكرية ؟

لتسجيل أى شئ كملكية فكرية يجب توافر أربعة عناصر :

(١) أن يكون نافعا من الناحية العملية .

(٢) أن يكون جديداً وغير مسبق .

(٣) ألا يكون مجرد تعديل بسيط لاختراع سابق يمكن إجراؤه ببساطة .

(٤) يجب أن يوصف الاختراع بصورة تفصيلية شاملة ، بحيث يمكن لأي شخص

لديه خبرة في مجال الاختراع استخدامه للأغراض التي من أجلها تم اختراعه .

وإذا ما أردنا أن نطبق المعايير السابقة على الجينوم البشري فإننا سنجد أن الإنسان ليس له دخل فيه ، فلم يقد بتصنيعه ، وكل ما قدمه إزاحة الستار عنه فأكتشفه ووصفه وقام بتحليله ومحاولة التعرف عليه ، وأنه من صنع الخالق سبحانه وتعالى ، فليس للإنسان فضل في إيجاده من عدم ، لذلك فلا يجوز تسجيله كما هو .

لكن طرق تحليله وطرق القطع واللصق ، والإضافات إليه كل هذه يمكن تسجيلها كبراءة اختراع .

ولذلك فقد أصدر الرئيس بيل كلينتون عام ٢٠٠٠ قراراً بعدم تسجيل الجينوم البشري كما هو كبراءة اختراع ، وتوفير جميع المعلومات لتستفيد منه البشرية جميعاً ، ويكون وسيلة من وسائل رحمة الله بالعباد ، ونتيجة لذلك خسر قطاع التكنولوجيا الحيوية حوالي ٥٠ بليون دولار ، ويوجد الآن حوالي ٣ ملايين طلب تسجيل براءات اختراع في الولايات المتحدة الأمريكية حول مشتقات للجينوم البشري ، وكلها تحت الفحص في جهاز تسجيل براءات الاختراع ولم يصدر أي منها حتى الآن ، والسبب في ذلك الخلاف بين العلماء حول أحقية تسجيل تلك البراءات خاصة وأنه مازال البحث في المهد ، فتسجيل أي براءة اختراع سيتم احتكارها لمن سجلها ويوقف البحث عليها ويعتبرون ذلك أمراً غير عادل للبشرية جمعاء سيعانى منه الفقراء في الدول النامية ، وستزداد الفجوة الصحية بين الدول الغنية والفقيرة ، فالأدوية الجديدة من الجينات ومشتقاتها غالباً للأمراض التي تعانى منها الدول الغنية ، فهم الأكثر قدرة على الإنفاق على الأدوية الغالية ، أما الدول الفقيرة فالنسيان سيد الموقف ولن تجد دواءً خاصاً بها فهي غير قادرة على تسديد فاتورة العلاج العادي البسيط .

التوصيات

وفى النهاية عام ١٤١٩ هـ الموافق ١٩٩٨ عقدت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ندوة طبية فقهية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشرى والعلاج الجيني وقد اصدرت التوصيات الآتية :-

أولاً : مبادئ عامة :

- (١) خلق الله الإنسان في أحسن تقويم، وكرمه على سائر المخلوقات، ولذا فإن العبث بمكونات الإنسان وإخضاعه لتجارب الهندسة الوراثية بلا هدف أمر يناهز الكرامة التي أسبغها الله على الإنسان مصداقاً لقوله تعالى ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ ﴾^(١).
- (٢) الإسلام دين العلم والمعرفة كما جاء في قوله تعالى: ﴿ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾^(٢) ، وهو لا يحجر على العقل الإنساني في مجال البحث العلمي النافع، ولكن حصيلة هذا البحث ونتائجه لا يجوز أن تنتقل تلقائياً إلى مجال التطبيقات العملية حتى تعرض على الضوابط الشرعية ، فما وافق الشريعة منها أجزى، وما خالفها لم يجز، وإن علم الوراثة بجوانبه المختلفة هو - ككل إضافة إلى المعرفة - مما يحض عليه الإسلام، وكان أولى بعلماء المسلمين أن يكونوا فيه على رأس الركب.
- (٣) إن الحرص على الصحة والتوقي من المرض مما يوصي به الإسلام ويحض عليه: ﴿ وَلَا تُلقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾^(٣) ، ومن يتوق الشريوقه ، والتداوي في أصله مطلوب شرعاً لا فرق في ذلك بين مرض مكتسب ومرض وراثي - ولا يتعارض ذلك مع فضيلة الصبر واحتساب الأجر والتوكل على الله.
- (٤) لكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه أياً كانت سماته الوراثية ،
- (٥) لا يجوز إجراء أي بحث أو القيام بأي معالجة أو تشخيص يتعلق بمجين (جينوم) شخص ما إلا بعد إجراء تقييم صارم ومسبق للأخطار والفوائد المحتملة المرتبطة بهذه الأنشطة مع الالتزام بأحكام الشريعة في هذا الشأن ، والحصول على القبول المسبق والحر والواعي من الشخص المعني، وفي حالة عدم أهليته للإعراب عن هذا القبول يجب الحصول على القبول أو الإذن من وليه مع الحرص على المصلحة العليا للشخص المعني، وفي حالة عدم أهلية الشخص المعني للتعبير عن قبوله لا يجوز إجراء أي بحوث تتعلق بمجينه (جينومه) ما لم يكن ذلك مفيداً لصحته فائدة مباشرة وبموافقة وليه.

(١) الإسراء : ٧٠ .

(٢) الزمر : ٩ .

(٣) البقرة : ١٩٥ .

- (٦) ينبغي احترام حق كل شخص في أن يقرر ما إذا كان يريد أو لا يريد أن يحاط علماً بنتائج أي فحص وراثي أو بعواقبه.
- (٧) تحاط بالسرية الكاملة كافة التشخيصات الجينية المحفوظة أو المعدة لأغراض البحث أو لأي غرض آخر ، ولا تفضى إلا في الحالات المبينة في الندوة الثالثة من ندوات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بتاريخ ١٨ إبريل ١٩٨٧م حول سر المهنة.
- (٨) لا يجوز أن يعرض أي شخص لأي شكل من أشكال التمييز القائم على صفاته الوراثية والذي يكون غرضه أو نتيجته النيل من حقوقه وحرياته الأساسية والمساس بكرامته.
- (٩) لا يجوز لأي بحوث تتعلق بالمجين (الجينوم) البشري أو لأي من تطبيقات هذه البحوث، ولاسيما في مجالات البيولوجيا وعلم الوراثة والطب، أن يعلو على الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية واحترام حقوق الإنسان التي يعترف بها الإسلام ولا أن ينتقص من الحريات الأساسية والكرامة الإنسانية لأي فرد أو مجموعة أفراد.
- (١٠) ينبغي أن تدخل الدول الإسلامية مضمار الهندسة الوراثية بإنشاء مراكز للأبحاث في هذا المجال، تتطابق منطلقاتها مع الشريعة الإسلامية، وتتكامل فيما بينها بقدر الإمكان، وتأهيل الأطر البشرية للعمل في هذا المجال.
- (١١) ينبغي للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية أن تقوم بتشكيل لجان تهتم بالجوانب الخلقية للممارسات الطبية داخل كل دولة من الدول الإسلامية تمهيدا لتشكيل الاتحاد الإسلامي للأخلاق الطبية في مجال التكنولوجيا الحيوية.
- (١٢) ينبغي لعلماء الأمة الإسلامية نشر مؤلفات لتبسيط المعلومات العلمية عن الوراثة والهندسة الوراثية لنشر الوعي ودعمه حول هذا الموضوع.
- (١٣) ينبغي للدول الإسلامية إدخال الهندسة الوراثية ضمن برامج التعليم في مراحلها المختلفة مع زيادة الاهتمام بهذه المواضيع في الدراسات الجامعية والدراسات العليا،
- (١٤) ينبغي للدول الإسلامية الاهتمام بزيادة الوعي بموضوع الوراثة والهندسة الوراثية عن طريق وسائل الإعلام المحلية مع بيان الحكم الإسلامي في كل موضوع من هذه المواضيع.
- (١٥) توصي الندوة بتكليف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بمتابعة التطورات العلمية لهذا الموضوع وعقد ندوات مشابهة لاتخاذ التوصيات اللازمة إن جد جديد.

ثانياً : الجينوم (المجين) البشري :

إن مشروع قراءة الجينوم البشري وهو: (رسم خريطة الجينات الكاملة للإنسان) هو جزء من تعرف الإنسان على نفسه واستكناه سنة الله في خلقه وإعمال للآية الكريمة

سنريهم آياتنا في الآفاق وفي أنفسهم ٥٣ فصلت، ومثيلاتها من الآيات ، ولما كانت قراءة الجينوم وسيلة للتعرف على بعض الأمراض الوراثية أو القابلية لها، فهي إضافة قيمة إلى العلوم الصحية والطبية في مسعاها لمنع الأمراض أو علاجها، مما يدخل في باب الفروض الكفائية في المجتمع.

ثالثاً: الهندسة الوراثية:

تدارست الندوة موضوع الهندسة الوراثية وما اكتتفها منذ ميلادها في السبعينات من هذا القرن من مخاوف مرتقبة إن دخلت حيز التنفيذ بلا ضوابط، إذ هي سلاح ذو حدين قابل للاستعمال في الخير أو في الشر.

ورأت الندوة جواز استعمالها في منع المرض أو علاجه أو تخفيف أذاه، سواء بالجراحة الجينية التي تبدل جينا بجين، أو تولج جينا في خلايا مريض، وكذلك إيداع جين من كائن في كائن آخر للحصول على كميات كبيرة من إفراز هذا الجين لاستعماله دواء لبعض الأمراض، مع منع استخدام الهندسة الوراثية على الخلايا الجنسية *germ cells* لما فيه من محاذير شرعية .

وتؤكد الندوة ضرورة أن تتولى الدول توفير مثل هذه الخدمات لرعاياها المحتاجين لها من ذوي الدخل المتواضعة نظرا لارتفاع تكاليف إنتاجها.

وترى الندوة أنه لا يجوز استعمال الهندسة الوراثية في الأغراض الشريرة والعدوانية - أو في تخطى الحاجز الجيني بين أجناس مختلفة من المخلوقات، قصد تخليق كائنات مختلطة الخلقة بدافع التسلية أو حب الاستطلاع العلمي.

كذلك ترى الندوة أنه لا يجوز استخدام الهندسة الوراثية سياسة لتبديل البنية الجينية فيما يسمى بتحسين السلالة البشرية، ولذا فإن أي محاولة للعبث الجيني بشخصية الإنسان أو التدخل في أهليته للمسئولية الفردية أمر محظور شرعا.

وتحذر الندوة من أن يكون التقدم العلمي مجالا للاحتكار وأن يكون الحصول على الربح هو الهدف الأكبر، مما يحول بين الفقراء وبين الاستفادة من هذه الإنجازات، وتؤيد توجه الأمم المتحدة في هذا المجال إلى إنشاء مراكز للأبحاث للهندسة الوراثية في الدول النامية وتأهيل الأطر البشرية اللازمة وتوفير الإمكانيات اللازمة لمثل هذه المراكز.

ولا ترى الندوة حرجا شرعيا في استخدام الهندسة الوراثية في حقل الزراعة وتربية الحيوان ، ولكن الندوة لا تهمل الأصوات التي حذرت مؤخرا من احتمالات حدوث أضرار على المدى البعيد تضر بالإنسان أو الحيوان أو النبات أو البيئة.

ترى الندوة أن على الشركات والمصانع المنتجة للمواد الغذائية ذات المصدر الحيواني أو النباتي أن تبين للجماهير فيما يعرض للبيع ما هو محضر بالهندسة الوراثية مما هو طبيعي

مائة بالمائة ليتم استعمال المستهلكين لها عن بينة - كما توصي الندوة الدول باليقظة العلمية التامة في رصد تلك النتائج ، والأخذ بتوصيات وقرارات منظمة الأغذية والأدوية الأميركية ، ومنظمة الصحة العالمية ، ومنظمة الأغذية العالمية في هذا الخصوص.

وتوصي الندوة بضرورة إنشاء مؤسسات لحماية المستهلك وتوعيته في الدول الإسلامية.

رابعاً : البصمة الوراثية :

تدارست الندوة موضوع [البصمة الوراثية] ، وهي البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه ، والبصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية ، والتحقق من الشخصية ولا سيما في مجال الطب الشرعي ، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية ، وتمثل تطورا عصريا ضخما في مجال القيافة الذي تعدد به جمهرة المذاهب الفقهية في إثبات النسب المتنازع فيه ، على أن تؤخذ هذه القرينة من عدة مختبرات .

أما بالنسبة لإثبات النسب بهذه الوسيلة ، ونظرا لما يخالط هذا الموضوع من آراء فقهية تدعو الحاجة لتعميق الدراسة في جوانبها المختلفة ، فقد رأت المنظمة عقد حلقة نقاشية من المختصين من الفقهاء والعلماء للوصول إلى توصيات مناسبة حول الموضوع.

خامساً : الإرشاد الوراثي (الإرشاد الجيني) :

الإرشاد الجيني genetic counseling يتوخى تزويد طالبه بالمعرفة الصحيحة ، والتوقعات المحتملة ونسبتها الإحصائية تاركا اتخاذ القرار تماما لذوي العلاقة فيما بينهم وبين الطبيب المعالج ، دون أية محاولة للتأثير في اتجاه معين.

وقد تدارست الندوة هذا الموضوع وأوصت بما يلي :

(أ) ينبغي تهيئة خدمات الإرشاد الجيني للأسر أو المقبلين على الزواج على نطاق واسع ، وتزويدها بالأكفاء من المختصين مع نشر الوعي وتثقيف الجمهور بشتى الوسائل لتعم الفائدة.

(ب) لا يكون الإرشاد الجيني إجباريا ، ولا ينبغي أن تفضي نتائجه إلى إجراء إجباري.

(ج) يجب حيطة نتائج الإرشاد الجيني بالسرية التامة.

(د) ينبغي توسيع مساحة المعرفة بالإرشاد الجيني في المعاهد الطبية والصحية والمدارس وفي وسائل الإعلام والمساجد بعد التأهيل الكافي لمن يقومون بذلك.

(هـ) لما كانت الإحصاءات تدل على أن زواج الأقارب (في حدود ما أباحه الإسلام) قد يكون معدل انتقال العيوب الخلقية فيه أعلى ، فيجب تثقيف الجمهور في ذلك حتى يكون الاختيار على بصيرة ، ولا سيما الأسر التي تشكو ظهور مرض وراثي في بعض أفرادها.

سادساً : الأمراض التي يجب أن يكون الاختبار الوراثي فيها إجباريا أو اختياريا :

(١) ترى الندوة أنه يجب السعي إلى التوعية بالأمراض الوراثية والعمل على تقليل انتشارها.

(٢) تدعو الندوة إلى تشجيع إجراء الاختبار الوراثي قبل الزواج وذلك من خلال نشر الوعي عن طريق وسائل الإعلام المسموعة والمرئية والندوات والمساجد.

(٣) تتأشد الندوة السلطات الصحية أن تزيد أعداد وحدات الوراثة البشرية لتوفير الطبيب المتخصص في تقديم الإرشاد الجيني وأن تعمم نطاق الخدمات الصحية المقدمة للحامل في مجال الوراثة التشخيصية والعلاجية بهدف تحسين الصحة الإنجابية.

(٤) لا يجوز إجبار أي شخص على إجراء الاختبار الوراثي.

وفي النهاية ، كانت تلك رحلة طويلة حول " كتاب الحياة " مع كلماته ومفرداته ، حاولت أن أضع بعض الحقائق عن الجينوم البشري ولكن لم أحط بكثير منها ، رحلة رغم مشقتها لكنها ممتعة في أن ترى عظمة الخالق في خلقه في وحدة الكون من أصغر كائن إلى أعظم كائن وهو الإنسان ، سيؤرخ المؤرخون المهتمون بالصحة بأنه في عام ٢٠٠٠ دخلت الصحة والطب عصرا جديدا في أسس التشخيص والوقاية والعلاج وصناعة الدواء .

حاولت وبذلت كل جهدي فإن كنت قد وفقت فمن الله سبحانه وتعالى وإن لم يكن غير ذلك فمن نفسي .. أدعو الله أن نوفق جميعا إلى ما يحبه ويرضاه .

المراجع

- (١) الجينومات والصحة في العالم . نشرة منظمة اليونسكو ص ٦ .
- (٢) نظرة خاصة للفحوصات الطبية د. محمد على البار . ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني رؤية إسلامية . الجزء الأول ص ٦١٩ المحرر الدكتور أحمد رجائي الجندي
- 3) *U.S. Department of Energy Genome Program's Biological and Environmental Research Information System (BERIS); Office of Biological and Environmental Research; Human Genome Project Information - The Science Behind the Human Genome Project (Basic Genetics, Genome Draft Sequence, and Post-Genome Science)*
- 4) *Ker Than, for National Geographic News, Published March 31, 2010 - Human Genome at Ten, Breakthrough, 5 Predictions*
- 5) *From Wikipedia, the free encyclopedia - Human Genome P.4*
- 6) *U.S. Department of Energy Genome Program's Biological and Environmental Research Information System (BERIS); Office of Biological and Environmental Research; Human Genome Project Information - The Science Behind the Human Genome Project (Basic Genetics, Genome Draft Sequence, and Post-Genome Science)*
- 7) *U.S. Department of Energy Genome Program's Biological and Environmental Research Information System (BERIS); Office of Biological and Environmental Research; Human Genome Project Information - The Science Behind the Human Genome Project (Basic Genetics, Genome Draft Sequence, and Post-Genome Science)*
- 8) *Louis E. Bartoszesky, MD, MPH - The basic on Genomes and Genetic Disorders*
- 9) *U.S. Department of Energy Genome Program's Biological and Environmental Research Information System (BERIS); Office of Biological and Environmental Research; Human Genome Project Information - The Science Behind the Human Genome Project (Basic Genetics, Genome Draft Sequence, and Post-Genome Science)*
- 10) *Louis E. Bartoszesky, MD, MPH - The basic on Genomes and Genetic Disorders*
- 11) *From Wikipedia, the free encyclopedia - Genetic Disorder*
- 12) *U.S. Department of Energy Genome Program's Biological and Environmental Research Information System (BERIS); Office of Biological and Environmental Research; Human Genome Project Information—pronto! - Genetic Disease Information P.2,3,4*
- 13) *From Wikipedia, the free encyclopedia - Human Genome P.4*
- 14) *U.S. Department of Energy Genome Program's Biological and Environmental Research Information System (BERIS); Office of Biological and Environmental Research; Human Genome Project Information - Gene Testing*
- 15) *Ker Than, for National Geographic News, Published March 31, 2010 - Human Genome at Ten, Breakthrough, 5 Predictions*
- 16) *U.S. Department of Energy Genome Program's Biological and Environmental Research Information System (BERIS); US Department of Energy Office of Science; Office of Biological and Environmental Research; Human Genome Project Information - Insights Learned from the Human DNA Sequence*
- 17) *U.S. Department of Energy Genome Program's Biological and Environmental Research Information System (BERIS); US Department of Energy Office of Science; Human Genome Project Information - Diagnosing and Predicting Disease and Disease Susceptibility*
- 18) *U.S. Department of Energy Genome Program's Biological and Environmental Research Information System (BERIS); US Department of Energy Office of Science; Office*

of Biological and Environmental Research; Human Genome Project Information - Diagnosing and Predicting Disease and Disease Susceptibility

19) *U.S. Department of Energy Genome Program's Biological and Environmental Research Information System (BERIS); US Department of Energy Office of Science; Office of Biological and Environmental Research; Human Genome Project Information - Gene Therapy*

20) *U.S. Department of Energy Genome Program's Biological and Environmental Research Information System (BERIS); US Department of Energy Office of Science; Office of Biological and Environmental Research; Human Genome Project Information - Pharmacogenomics*

21) *U.S. Department of Energy Genome Program's Biological and Environmental Research Information System (BERIS); US Department of Energy Office of Science; Office of Biological and Environmental Research; Human Genome Project Information - Pharmacogenomics*

22) *U.S. Department of Energy Genome Program's Biological and Environmental Research Information System (BERIS); US Department of Energy Office of Science; Office of Biological and Environmental Research; Human Genome Project Information - Gene Therapy*

23) *The Privacy Commissioner of Canada, Ottawa, Ontario, KIA 1H8 - Genetic Testing & Privacy*

٢٤) الجينومات والصحة في العالم .

25) *U.S. Department of Energy Genome Program's Biological and Environmental Research Information System (BERIS); US Department of Energy Office of Science; Office of Biological and Environmental Research; Human Genome Project Information - DNA Forensics*

26) *From Wikipedia, the free encyclopedia - Human Genome P.3*

27) *U.S. Department of Energy Genome Program's Biological and Environmental Research Information System (BERIS); US Department of Energy Office of Science; Office of Biological and Environmental Research; Human Genome Project Information - Behavioural Genetics*

28) *U.S. Department of Energy Office of Science, Office Biological and Environmental Research; US Department of Energy Office of Science; Office of Biological and Environmental Research; Human Genome Project Information - Microbial Genome Project*

29) *Center for Biomolecular Science & Engineering; 1156 High St, Mail Stop CBSE/ITI, Santa Cruz, CA 95064 - What is Human Genome?*

٣٠) السري الطبي الميثاق الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية . ص٧٧ . المحرر الدكتور أحمد رجائي الجندي .

31) *The Privacy Commissioner of Canada, Ottawa, Ontario, KIA 1H8 - Genetic Testing and Privacy*

٣٢) المواكبة الشرعية لمعطيات الهندسة الوراثية . الدكتور عبد الستار ابو غدة ص ٥٧٣ ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني . رؤية إسلامية . المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية . تحرير الدكتور أحمد رجائي الجندي

٣٣) الوصف الشرعي للجينوم البشري الدكتور عجيل النشمي ص ٥٦١ ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني . رؤية إسلامية . المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية . تحرير الدكتور أحمد رجائي الجندي

٣٤) الدكتور عجيل النشمى نفس الموضوع ونفس الندوة ص ٥٦٢ ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني . رؤية إسلامية . المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية . تحرير الدكتور أحمد رجائي الجندي

٣٥) الدكتور عبد الستار أبو غدة نفس الموضوع ونفس الندوة ص ٥٨١ ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني . رؤية إسلامية . المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية . تحرير الدكتور أحمد رجائي الجندي

٣٦) د . عجيل النشمى نفس البحث ونفس الندوة ص ٥٥٩ ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني . رؤية إسلامية . المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية . تحرير الدكتور أحمد رجائي الجندي

٣٧) د . عجيل النشمى نفس البحث ونفس الندوة ص ٥٦٧ ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني . رؤية إسلامية . المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية . تحرير الدكتور أحمد رجائي الجندي

٣٨) د . عجيل النشمى نفس البحث ونفس الندوة ص ٥٦٨ ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني . رؤية إسلامية . المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية . تحرير الدكتور أحمد رجائي الجندي

٣٩) المرجع السابق ص ٥٦٩

٤٠) توصية في ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام . المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية . المحرر د . أحمد رجائي الجندي

٤١) بنوك المعلومات عن الدنا .

42) *Electronic Privacy Information Center, 1718 Connecticut Ave. NW
Washington, DC 20009 - Genetic*

///



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الوصف الشرعي للجينوم البشري والعلاج الجيني

إعداد

الأستاذ الدكتور عجيل جاسم النشمي
الأستاذ بكلية الشريعة جامعة الكويت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، ومن سيئات 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 ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ﴾⁽¹⁾ ، ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾⁽²⁾ ، ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴾⁽³⁾ ، وبعد

فإن قوام الدول اليوم يقاس بقدر ما لديها من معلومات (تقنية) ونحن نعيش عصر المعلومات ، ومن الأسى أن بين المسلمين وثورة المعلومات حجاباً كثيفاً ، وعقبات كأداء ، وبوناً شاسعاً .

وإن بدء مآسينا حين تنحى المسلمون عن شريعة ربهم ، وأحلوا القوانين البشرية مكانها ، فأحلوا أنفسهم وقومهم دار البوار حتى انتهوا إلى واقع مرير سياسياً وثقافياً واقتصادياً ، وأصبحوا في ذيل الأمم بعد أن كانوا بالإسلام وحضارته في الريادة والقيادة . ولا سبيل لوقف المأساة ، ولا سبيل للنهوض والخروج من هذا الواقع الأسن إلا بالتغيير الشامل إلى هدى الإسلام وشريعة رب الأنام الشاملة لكل ما يصلح العباد .

وإن البحث العلمي ماض اليوم أو غداً ، ولا يعنى أهله بالمسلمين في قليل أو كثير ، ما دامت أدوات البحث ومقوماته بأيديهم ، ونتائجه مفروضة على من رغب أو لم يرغب ، وموقع المسلمين هو التعامل مع الواقع المفروض ولا حول ولا قوة لهم في فرض ما يريدون ، أو الامتناع عن كثير مما لا يريدون من ثمرات البحث العلمي المجرد .

وقد يصادم كثير من نتاج البحث العلمي أصول أو فروع شريعتنا وعقيدتنا ، ولا غرابة إذ العلوم نتاجها بأيدي من لا يضبطه هدي سماوي يحدد له الحسن والقبيح في الأخلاق والسلوك ، بل هو تبع لهواه ، ومن كان كذلك فقد غوى لا محالة ، وهذه الغواية استمرأها كثير من المسلمين حتى غدت عندهم أصلاً ، خلافه تخلف ومنكر من القول وزور .

⁽¹⁾ آل عمران : 102 .

⁽²⁾ النساء : 1 .

⁽³⁾ الأحزاب : 70 ، 71 .

وإن مما يجب أن يؤمن به المسلمون ويقنوا به يقيناً راسخاً أن كل ما يتوصل إليه العلم الحديث في أخطر نتائجه وهي مجال الهندسة الوراثية ، ومشروع الجينوم ، والعلاج الجيني وما إلى ذلك إنما يتوصلون إليه بإرادة الله ومشيتته ، ولا مشيئة لهم إلا ما شاء الله فما شاء كان وما لم يشأ لم يكن ، فلا يحدث في ملك الله : كونه وخلقه إلا ما أراد ، ومتى أراد ، وكيفما أراد . قال تعالى : ﴿ وَمَا تَشَاؤُونَ إِنَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾⁽¹⁾ ، وقال سبحانه : ﴿ وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ مَا فَعَلُوهُ ﴾⁽²⁾ ، وقال عز وجل : ﴿ وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مِنَ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا ﴾⁽³⁾ ، ولو شاء الله ألا يصلوا إلى شيء لم يصلوا ، فالله أقدرهم على الفعل ، وهو خالق الإنسان وخالق أفعاله ، قال تعالى : ﴿ ذِكْرُ اللَّهِ رَبُّكُمْ خَائِقُ كُلِّ شَيْءٍ نَا إِلَهَ إِنَّا هُوَ فَأَنَّى تُؤْفَكُونَ ﴾⁽⁴⁾ ، وما يتوصلون إليه من نتاج التجارب والمعامل هو فعلهم وكسب أيديهم ، باشره بإرادتهم واختيارهم ، والله مكنهم من ذلك لعله الابتلاء والاختبار والجزاء ، فيتحملون كسب أيديهم في حياتهم الدنيا وفي الآخرة . قال تعالى : ﴿ كُلُّ أَمْرٍ إِذَا مَا كَسَبَ رَهِيْنٌ ﴾⁽⁵⁾ ، وقال سبحانه : ﴿ ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ ﴾⁽⁶⁾ ، وقال عز وجل : ﴿ وَمَنْ يَكْسِبْ إِثْمًا فَإِنَّمَا يَكْسِبُهُ عَلَى نَفْسِهِ ﴾⁽⁷⁾ . ولا شك أن هذا الكسب العلمي الضخم يفرز الصالح والمفسد .

والإسلام مع هذا الركام الكثيف ، والكم الهائل من نتاج الأبحاث وآثارها الأخلاقية والاجتماعية والفكرية والسلوكية ، يفرض على المسلمين أن يتعاملوا معه واقعاً ، وأن يأخذوا الأهبة له مستقبلاً ، ويضع لهم الضوابط الواجب التزامها ، ويضفي على كل فعل أو نتاج علمي حكمه الشرعي ، لأن الشأن ألا حدث إلا وله في كتاب الله أو سنة رسوله ﷺ حكم بطريق مباشر أو غير مباشر .

من هنا فإن إضفاء الحكم الشرعي على موضوع الجينوم البشري ومشروع الجينوم واجب كي ينبنى عليه التعامل وحدود الجائز وغير الجائز منه في الحكم الشرعي التكليفي ، أو الآثار المترتبة في الحكم الشرعي الوضعي .

أما المشروع فإنه ماض بغض النظر عن حكم الشرع ، ومن حق أهله أن يمضوا في سبيلهم تطويراً وتقدماً ، فالعلم سلاحهم وسبب قوتهم وعزتهم - وإن لم يُحكموا علمهم بهدي سسماوي- وحياسة المعلومات ، والتطوير مجبول عليه الإنسان فلا يكتفي باكتشاف وإنما يبحث عن جديد ، وقطار العلم والحضارة لا يتوقف لأحد ، فالتوقف تأخر .

¹ الدهر : 3 .

² الأنعام : 112 .

³ يونس : 99 .

⁴ غافر : 62 .

⁵ الطور : 21 .

⁶ الروم : 41 .

⁷ النساء : 111 .

ومشروع الجينوم البشري في أصله مشروع إنساني نبيل - أو هكذا ينبغي أن يكون- فإن الغايات التي يحققها هذا المشروع لا شك في فوائدها الجمة للإنسانية جمعاء.

وأما الحكم الشرعي على موضوع هذا المشروع وهو " الجينوم البشري والعلاج الجيني الفوائد والمحاذير " فمبنى على مقدمات نتناولها بالبحث حتى نصل إلى نتائجها ثم الحكم الشرعي المنطبق عليها . وسنتابع في البحث النقاط التالية :

- الجينوم وموقع بحثه الشرعي .
- المصالح المتوخاة من العلاج الجيني .
- التداوي بالعلاج الجيني .
- المفسدات المتوقعة من العلاج الجيني ومشروع الجينوم البشري .
- الحكم الشرعي في التساؤلات المطروحة .

الجينوم وموقع بحثه الشرعي

الجينات : هي وحدات الوراثة وهي التي تقرر أداء الخلية لوظيفتها الحيوية ، وهي دلائل صفات التكوين والسلوك لدى الكائن الحي . ويتحكم الجين في الصفات الوراثية من الطول والقصر والشكل واللون والصوت ولون العين وحدة الشم وغير ذلك⁽¹⁾ .

الجينوم : هو مجموع المورثات -الجينات- التي تكوّن صفات الإنسان ، ويقدر عددها في الخلية الأدمية الواحدة بين 50 - 70 ألف كلها داخل النواة⁽²⁾ .

مشروع الجينوم : هو مشروع لتحديد موقع كل جين على أي كروموزوم ، ولفكك الشفرة الخاصة بكل جين .

ويحاول العلماء أن يسبروا غور الجينات وهم في أول مراحلهم ولم يظهر لهم الله من أسرار الجينات إلا القليل وكل ما عند الإنسان من علم قليل ، قال تعالى : ﴿ وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ﴾⁽³⁾ . يقول البروفيسور الفرنسي دانيال كوهن (1993) وهو واضع خارطة العوامل الوراثية الإنسانية ، ومدير مركز التعدد الشكلي للدراسات الوراثية بباريس ، ورئيس مؤسسة جان دوسيه لكتلة العوامل الوراثية : " ما نعرفه تماماً ، أي يمكننا قراءته واستيعابه علمياً حتى الآن تقدر نسبته بـ 1% من الـ DNA (الحامض النووي) وما هو فعال في جسم الإنسان فيقدر بـ 5 - 10% منه ، في الوقت الذي تبقى فيه النسبة المتبقية وهي بين 90 - 95% قيد الفرضيات"⁽⁴⁾ .

⁽¹⁾ للتفصيل انظر بحث قراءة الجينوم البشري للدكتور حسان تحتوت : 4 ؛ وبحث الكائنات وهندسة الموروثات

للدكتور صالح عبد العزيز كريم : 6 .

⁽²⁾ للتفصيل انظر بحث قراءة الجينوم البشري للدكتور عمر الألفي : 1 .

⁽³⁾ الإسراء : 85 .

⁽⁴⁾ الكائنات وهندسة المورثات للدكتور صالح عبد العزيز كريم : 4 .

ويظهر من هذا أن بحث موضوع الجينوم البشري يقع في دائرة النسل ، فهي أقرب ما يمكن أن يشمل موضوعاته من الضرورات الخمس الباقية : الدين والنفس والعقل والمال ، وإن أفضى إلى غير النسل من الضرورات بنوع إفضاء وبخاصة النفس .

ولقد أولى الإسلام حفظ النسل أهمية بالغة فوضعه موضع الضرورات التي الأصل فيها الحظر والحفظ والصون عن الاعتداء ، وقرر العقوبات الرادعة على من اعتدى .. ولذا فإن بحث موضوع الجينات ، أو الجينوم البشري ينبغي أن يكون في دائرة الحظر والحفظ والصون هذا هو الأصل ، ولا يخرج عنه إلا بمبرر أو سبب ظاهر الحجة ، محقق لمصلحة ، دافع لمفسدة ، يصلح أن يكون استثناء من الأصل . ولا يجوز بحال أن يخرج به عن هذا إلى ساحة العبث والإهانة وما إليهما مطلقاً .

وعليه فإن بحث موضوع الجينوم يرتكز على الموازنة بين المصالح والمفاسد ، والضرورات والحاجيات ، والضرر العام والخاص .

المصالح المتوخاة من العلاج الجيني ومشروع الجينوم البشري :

مما هو أصل وقارٌّ في الشريعة رعاية المصالح ، فالشريعة الإسلامية كلها مصالح كما قال ابن قيم الجوزية : " الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها " (1) .

وكما أن الشريعة كلها مصالح تقصدها وتراعيها في الأحكام فهي كذلك تمنع المفاسد وتدفعها ، فحيثما كانت المصلحة فثم شرع الله ، وحيثما كانت المفسدة فشرع الله يدفعها ، ويرفع خبثها فيمنعها ، أو يرجح عليها ما هو أقل مفسدة تحملاً لأقل المفسدتين .

ولننظر فيما يلي للمصالح والمفاسد ، حتى يمكن الحكم على الموضوع جملة وعلى أفراده ومجالاته ، مع النظر فيما لا ينفك الحكم عنه في أي حالة من الحالات وهو أساليب وطرق العلاج أو المعالجة الجينية وتطبيقاتها ، فقد يكون الأصل مشروعاً ، وسبيل الوصول إليه أو وسيلته غير مشروعة .

وقد ورد ذكر المصالح والمفاسد في الأبحاث الثلاثة التي تمكنت منها واطلعت عليها وأفدت منها تصور الموضوع ومتعلقاته وهي للعلماء الأطباء الكرام : الدكتور حسان تحوت ، والدكتور عمر الألفي ، والدكتور صالح عبد العزيز كريم ، كما طرحوا في أبحاثهم بعض التساؤلات التي يتعين الجواب عنها وصولاً لمعرفة الحكم الشرعي .

¹ إعلام الموقعين : 14/1 .

المصالح المتوقعة من مشروع الجينوم البشري أهداف المشروع

يهدف مشروع الجينوم إلى عدة أهداف أهمها :

- (1) تحديد موقع كل جين على أي كروموزوم .
- (2) فك الشفرة الخاصة بكل جين .
- (3) تطبيق تقنية مماثلة لفك شفرات جينات عدد كبير من الجراثيم التي تصيب الإنسان والحيوان والنبات .
- (4) تغيير وتعديل التركيب الوراثي للكائنات أو ما يعرف بـ " هندسة المورثات في الكائنات " من مثل التحور الجيني في النبات والاستزراع الجيني في الكائنات الدقيقة مثل البكتيريا وهندسة الحيوانات وراثياً .

المصالح المتوقعة

- (1) معرفة أسباب الأمراض الوراثية ، وتحسين الوضع الصحي للمرضى المصابين وراثياً ببعض الأمراض .
- (2) معرفة التركيب الوراثي لأي إنسان ، بما فيه القابلية لحدوث أمراض معينة كضغط الدم ، والنوبات القلبية ، والسكر ، والسرطانات ، وغيرها .
- (3) إنتاج مواد بيولوجية ، وهرمونات يحتاجها جسم الإنسان للنمو والعلاج .
- (4) من تطبيقات هندسة الحيوانات وراثياً : الحصول على أغنام أو أبقار تحتوي الجين المسؤول عن الحليب البشري . واستزراع بعض الجينات الخاصة ببعض الأنسجة والأعضاء البشرية ضمن التكوين الجيني لبعض الحيوانات الثديية ، ومن ثم استخدامها كقطع غيار في حالة زراعة الأعضاء في الإنسان .
- (5) تحقيق العلاج لما تعاني منه البشرية من أمراض وراثية بلغت نحو ستة آلاف مرض وراثي تصيب الإنسان حالياً أو مآلاً في مستقبل أيامه .. وسيستفيد من العلاج الجيني الملايين من مرضى العالم خاصة أمراض السرطانات والتهاب الكبد الفيروسي ، والإيدز والأمراض التي تصيب القلب من ارتفاع نسبة الكولسترول ، وتصلب الشرايين والأمراض العصبية وغيرها .

ولا شك بظهور المصالح الشرعية جلية في مجال المعالجة الجينية فيما ذكر ، وأن من المقرر شرعاً أن كل ما كان فيه نفع للإنسان حالاً أو مآلاً ، له مباشرة أو لعقبه أو لغيره بسببه فهو داخل في المصالح المطلوب تحصيلها ، فإن توقفت عليه حياة الإنسان كان تحصيلها ضرورة واجبة .

وهذه المصالح المذكورة آنفاً محلها حفظ النفس من الأمراض الحالة ، أو تحصيلها من أمراض متوقعة ، وكل ما كان كذلك فهو مصلحة شرعية لأنه من مقصود الشرع . قال الإمام الغزالي : " المصلحة المحافظة على مقصود الشرع من الخلق خمسة ، وهو أن

يحفظ عليهم دينهم ، ونفسهم ، وعقلهم ، ونسلهم ، ومالهم ، فكل ما يتضمن هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة" (1) .

التداوي بالمعالجة الجينية

ووجه آخر لمشروعية العلاج الجيني دخوله في باب التداوي في الجملة ، والتداوي لا خلاف في مشروعيته . قالت الأعراب : " يا رسول الله ألا نتداوى ؟ قال : نعم عباد الله تداو ، فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء ، إلا واحداً . قالوا : يا رسول الله وما هو ؟ قال : الهرم" (2) . وقال صلوات الله وسلامه عليه : " لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله تعالى" (3) .

وقد تداوى النبي ﷺ . روى أبو إمامة بن سهل بن حنيف ؓ أن رسول الله ﷺ داوى وجهه يوم أحد بعظم بال ، وفي رواية أنه ﷺ داوى وجهه بقطعة حصير قد احترقت (4) .

وعن عائشة ؓ قالت : " كثرت الأمراض برسول الله ﷺ قبل موته بخمس سنين أو ست سنين وكنا ندعو الأطباء للتداوي" (5) .

وقد ذهب الحنفية والمالكية إلى أن التداوي مباح ، غير أن عبارة المالكية لا بأس بالتداوي ، وذهب الشافعية والقاضي أبو يعلى وابن عقيل وابن الجوزي من الحنابلة إلى استحبابه ، وجمهور الحنابلة أن تركه أفضل (6) .

وإنما كان حكم التداوي ما سبق ، لأن الشفاء فيه مظنون فقد يعالج المريض ولا يصح . قال تاج الدين الحنفي نقلاً عن العمادي : " أعلم أن الأسباب المزيلة للضرر تنقسم إلى مقطوع به كالماء المزيل لضرر العطش والخبز المزيل لضرر الجوع ، وإلى مظنون كالفصد والحجامة وشرب المسهل ، وسائر أبواب الطب ، وإلى موهوم كالكي والرقية" (7) .

ولا ريب أن الأمراض الوراثية من جملة الأمراض ، بل من أخطرها ، وعلاج الجينات الوراثية علاج من هذه الأمراض ، وهو من أدق العلاج وأصعبه .

ومن المشروعية العامة هذه كانت مشروعية علاج مرضى السكر بالأنسولين ، وهو جين مسبب لإفراز الأنسولين يؤخذ من الإنسان ويزرع في نوع من البكتريا ، ويترك ليتكاثر ، فينتج كميات كبيرة من الأنسولين البشري الذي يفوق بكثير الأنسولين ذي الأصل الحيواني في علاج مرضى السكر ، أو الحصول على هرمون النمو من الجين الذي

(1) المستصفي : 286/1 .

(2) أخرجه الترمذي 363 ، باب ما جاء في الدواء والحث عليه . وقال : حديث حسن صحيح .

(3) أخرجه مسلم . انظر شرح مسلم للنووي : 190/14 .

(4) السير الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني : 127/10 ؛ والترمذي : 411/4 عن هامش كتاب أحكام

المرضى للشيخ أحمد بن إبراهيم بن خليل المعروف بابن تاج الدين الحنفي : 352 .

(5) الطب النبوي للحافظ الذهبي عن المرجع السابق : 353 ؛ وأخرجه أحمد : 67/6 .

(6) الموسوعة الفقهية : 117/11 .

(7) أحكام المرضى : 355 .

يفرزه لعلاج الأطفال ذوي قصور النمو ، أو تحضير المادة المفقودة في مرض الهيموفيليا الذي يعوق تجلط الدم فيؤدي إلى النزيف ، أو العلاج بالجينات الخاصة لوقاية خلايا الثدي من الأمراض السرطانية ، كما أن هناك تطبيقات عديدة يستفيد منها الإنسان مما له علاقة بمعالجة الأجنة قبل ولادتها ، ومنها ما يستخدم في الدراسات الجنائية من خلال معرفة البصمة الوراثية ، ومنها ما له علاقة بتشخيص الأمراض الوراثية قبل الزواج⁽¹⁾ . وغير ذلك من التطبيقات التي تجعل المصالح حقيقية و يقينية و ضرورية و كلية . ولا شك حينئذ أن تحصيلها مشروع و مطلوب .

المفاسد المتوقعة من العلاج الجيني ومشروع الجينوم البشري

كما أن مشروع الجينوم البشري يحقق مصالح معتبرة مآلها حفظ النفس من أمراض حالة أو متوقعة وغير ذلك من مصالح ، فإن لهذا المشروع - بما فيه من معالجة للجينات- مفاصد محتملة الوقوع .

ويمكن تقسيم هذه المفاسد إلى : مفاصد في طرق وتطبيقات العلاج الجيني ، ومفاصد أخلاقية ، وأخرى اجتماعية ونفسية .

وقد ورد ذكر هذه المفاسد ، والتبنيه عليها في الأبحاث الثلاثة القيمة سألفة الذكر .

أولاً : مفاصد في طرق وتطبيقات العلاج الجيني

(أ) طريقة العلاج الجيني

الأمراض الوراثية تحدث في الإنسان نتيجة خلل في أحد الجينات ، وهذا الخلل يُسبب مرضاً وراثياً ، وعلاجه يتم بإدخال مورثات سليمة ، أو بتعديل في الجين ، أو رفعه واستبدال مورث سليم به ، وكما يصلح هذا العلاج للجينات يصلح أيضاً لأنواع من الأمراض مكتسبة مثل السرطان ، ومرض الإيدز .

ويشمل هذا العلاج الجيني نوعين من الخلايا الأدمية : الخلايا الجسدية ، والخلايا الجنسية .

ويلزم لنجاح العلاج الجيني أمور :

أ. تحديد دقيق للمورث الذي يلزم تعديله ، أو استبداله .

ب. معرفة تركيبه الكيميائي .

ج. استنساخ المورث .

د. إدخال المورث المستنسخ في خلايا الإنسان .

⁽¹⁾ بحث الدكتور حسان حتوت : 8 ، 9 ؛ وبحث الدكتور عمر الألفي : 4 ؛ وبحث الدكتور صالح عبد العزيز كريم : 2 .

وإدخال المورث المستنسخ يتم عن طريق حامل المورث ، وهو إما حامل فيروسي ، أو غير فيروسي ، وينبغي أن تكون حوامل المورثات قادرة على توصيل المورث ، وأن تكون غير سريعة التحلل وألاً تُسبب التهاباً للخلايا ، وألاً يرفضها الجهاز المناعي للجسم .

ولإدخال الحامل وبه المورث المرغوب طريقتان : مباشرة ، وغير مباشرة . والطريق الثاني أسلم من الأول ، حيث تؤخذ الخلايا المستهدفة من المريض ، وتخلط في المختبر مع الفيروسات التي تحمل المورث المرغوب ، فتتم هذه الخلايا بالفيروس وفيه المورث ، ثم يعاد حقنها ثانية في المريض⁽¹⁾ .

(ب) طريقة العلاج الجيني

إن آثار تطبيقات العلاج الجيني المستقبلية يكتنفها شيء من الغموض والخوف من أن تكون آثاراً سلبية أو مدمرة . وتظهر هذه الخطورة في الآتي :

(1) أخطار تتعلق بتطبيقات الهندسة الوراثية في النبات والحيوان والأحياء الدقيقة خاصة بعد انتشارها ، حيث لا يوجد في المجتمع العلمي أية رقابة فيما يخص الأخطار الكامنة المرتبطة باستخدام الكائنات المهندسة وراثياً .

وإن بعض الحيوانات المحورة وراثياً تحمل جينة غريبة يمكن أن تعرض الصحة البشرية أو البيئة للخطر ، إن استخدامات النباتات والحيوانات المحورة وراثياً تخدم أغراضاً بشرية ، إلا أن عدم وضع ضوابط للعمل في هذا المجال قد يقود إلى أن تتحول التقنية إلى خطر ، لأن بعض الحالات يمكن أن تكون الجينة المنقولة المدمجة في المجموع الجيني للحيوان خطرة بحد ذاتها .

ويمكن أن تنتج عمليات التبادل الوراثي في خلايا الحيوان بين الجينة المنقولة وجينات الفيروسات الأخرى فيروساً جديداً أكثر خطورة .

ويذكر العلماء أن بيئات متباينة مثل الماء والهواء والتربة والحيوانات يمكن أن تغدو معرضة للخطر ؛ وذلك لأن البكتيريا مثلاً تحقق تضاعفها بالتكاثر الخلوي في أحد الأوساط الخلوية ، ويكون تضاعفها بطريقة سريعة ، بيد أن تأثير هذه الكائنات المهندسة وراثياً في النظام البيئي لا تزال غير واضحة تماماً .

(2) هناك تخوف كبير من أن تقوم شركات الأدوية بإجراء تقانة نقل الجينات وبالتالي يحول إلى عقار (دواء) وليس منتجاً بيولوجياً مرتبطاً بهيئات ومنظمات تتمتع بشروط محددة وضوابط .

(3) هناك خطورة في النقل الجيني في الخلايا الجرثومية **germ cells** التي ستولد خلايا جنسية لدى البالغين (حيوانات منوية وبويضات) لأن في التلاعب الوراثي لهذه الخلايا

⁽¹⁾ ينظر للتفصيل بحث الدكتور عمر الألفي : 1 وما بعدها ؛ وبحث الدكتور صالح عبد العزيز كريم : 11 وما بعدها .

قد يوجد نسلاً جديداً غامض الهوية ضائع النسب ، وإن كان تطبيق هذه التقنية قد تحقق بنجاح في الحيوانات الثديية وأظهر فعالية كاملة إلا أن تطبيقه على الإنسان يجب أن يحكم بضوابط خاصة .

- (4) إن الدمج الخلوي بين خلايا الأجنة في الأطوار المبكرة بحاجة إلى تصور علمي أدق .
- (5) الدراسة وتجارب المعالجة الجينية على الإنسان يتوقع منها الأخطار التالية :
 - (أ) احتمالية الضرر أو الوفاة بسبب الفيروسات التي تستخدم في النقل الجيني .
 - (ب) الفشل في تحديد موقع الجينة على الشريط الصبغي للمريض قد يسبب مرضاً آخر ربما أشد ضرراً .
 - (ج) هناك احتمال أن تسبب الجينة المزروعة نمواً سرطانياً .
 - (د) عند استخدام المنظار الجيني في معالجة الأجنة قبل ولادتها قد يؤدي إلى مضاعفات خطيرة على حياة الأم أو الجنين .
 - (هـ) عدم توفر أخصائيين على درجة عالية من التدريب في مجال الهندسة الوراثية قد يجعل الباب مفتوحاً أمام الأطباء وبالتالي ارتفاع نسبة النتائج السلبية الخطيرة .
 - (و) قد تفقد الجينة المزروعة شيئاً من وظائفها مما يؤدي إلى أمراض أخرى غير معروفة⁽¹⁾ .

الحكم الشرعي

ينبغي أن تعامل الجينات معاملة أعضاء جسم الإنسان من حيث الجملة ، فكما يصيب الأعضاء أمراض أصلية أو طارئة ، وقد تصيبه أمراض متوقعة ، وقد تكون مزمنة أو مؤقتة ، فتعالج في جميع الأحوال ، فكذلك الجينات قد يصيبها ذلك أيضاً لكن الجينات لها خصوصيات ينبغي مراعاتها ، كما يختلف حكم المعالجة تبعاً لما يلي :

الخلايا الجسدية المتعلقة بالدم والأنسجة المختلفة

هذه الأصل فيها جواز المعالجة إذا أمن عدم تخلف شرط من الشروط السابق ذكرها في طريقة العلاج .

فيجوز إدخال جين سليم مكان جين مريض ، أو أخذ جين إنسان وزرعه للحصول على إفرازاته لتعطي لمريض قد تعطل جينه ، فيجوز غرس الإنسان الذي يفرز الأنسولين في نوع من البكتيريا لإنتاج الأنسولين الذي هو أهم علاج لمرضى السكر حتى الآن .

كما يجوز الحصول على هرمون النمو من الجين الذي يفرزه لعلاج ذوي قصور النمو ، أو تحضير المادة المفقودة في مرضى الهيموفيليا الذي يعوق تجلط الدم فيؤدي إلى النزف أو الحصول على مادة الإنتروفيرون التي تستعمل في علاج بعض السرطانات⁽²⁾ .

⁽¹⁾ تراجع مخاطر التطبيقات في بحث الدكتور صالح عبد العزيز كريم : 21 وما بعدها .
⁽²⁾ ينظر للتفصيل بحث الدكتور حسان حتوت : 6 .

ولا مانع من استتساخ الجين بعد إصلاحه وعلاجه ليستخدم بعد ذلك في العلاج .

علاج الخلايا الجنسية

وهذا تحوطه محاذير جمة تخوف منها المختصون أنفسهم لأن تطبيق العلاج الجيني على الخلايا الجنسية سيحدث تغييراً في " المجموع الجيني " ويمتد ذلك إلى السلالة ، وبالتالي سيحدث تعديلاً في نسب المورثات بعضها لبعض في المجتمع ، وأن الأجيال اللاحقة لمن عولجت خلاياه الجنسية عليها أن تعيش بهذا التعديل الذي أدخل على مورثاتها⁽¹⁾ .

ولا ريب أن الدخول في علاج الخلايا الجنسية يفضي إلى مفاسد راعى الشارع الحكيم درءها تتعلق بالأنساب ، والصفات الوراثية . فلا يجوز تطبيق العلاج الجيني على الخلايا الجنسية مطلقاً .

أما مفاسد تطبيقات الجينوم والمعالجة الجينية فهي أخطر ما في الموضوع لما قد يترتب عليها من مخاطر جسيمة لا على المستوى المحلي ، بل على المستوى العالمي بما يطل البشر والحيوان والبيئة ، وما قد يهدد الحياة بأسرها .

وتعظم الخطورة إذا خضعت الجينات الجنسية للمعالجة والعبث، فإنها لا ريب تهدد حينئذ النسل والاجتماع السكاني بأسره.

إن وجود أكثر من 250 مختبراً متخصصاً في الوراثة تتسابق في إنتاج الجديد وتنتشر في العالم بلا رقابة مركزية حقيقية فاعلة لا شك أنها تثير الرعب في العالم، وقد تتحول إلى معامل أو معاول هدم ودمار للبشرية.

وهذا كله إذا ظل الجينوم ومعالجاته في حوزة الهيئات والمنظمات العلمية الدولية، وهي تخضع لرقابة محدودة وتتضبط بضوابط أخلاقية محدودة أيضاً. أما إذا أصبح الجينوم قضية عقار ودواء، وتسابقت إليه شركات الأدوية التجارية، فإن الزمام لا شك منفلت.

ولو كان الأمر بيد مسلمين يضعون رقابة الله أولاً ويلتزمون بأمر حاكم مسلم لأمكن القول بالتحوّط، والمنع، والتحرّيم، ولأمكن الإلزام بالرقابة الشرعية المركزية، ولكن شيئاً من ذلك غير موجود البتة، بل قد تستعمل الدول المتقدمة الدول الإسلامية الفقيرة لتقييم معاملها وتجري تجاربها على أرضها، كما يحدث في تجارب الأمراض الخطيرة كالإيدز ونحوه.

إننا نحن المسلمين ممثلين بأهل الفقه والعلم نملك التنبه على المخاطر الجسام، كما يملك أولياء الأمور منع استخدام بلاد المسلمين حقول تجارب، ومنع دخول التقنيات التي تغلب مخاطرها وأضرارها مصالحها. وواجب الفقهاء والأطباء خاصة أن يحددوا مبكراً مساحة الحلال والحرام، ويضعوا الأحكام الشرعية والضوابط الأخلاقية والفنية للوقائع

⁽¹⁾ ينظر بحث الدكتور عمر الألفي : 2 .

الحالة، ويأخذوا أهبتهم لما قد يستجد، فالأيام حبلى بالمستجدات الشاذة أخلاقياً والكوارث العلمية المدمرة، ما لم ترجع الريادة العلمية الحضارية إلى الأيدي المتوضئة، والقلوب المؤمنة.

ثانياً: المفاسد الاجتماعية والنفسية:

إذا أصبح لكل شخص جينومه الخاص، فإن قراءة هذا الجينوم قد يؤثر على عمله الوظيفي، فقد تكشف القراءة عن قابلية الشخص لمرض يعيق عمله مستقبلاً كمرض السرطان، أو أمراض القلب، أو نحو ذلك مما يترتب عليه تفضيل غيره السليم عليه، وقد ترفضه، أو تتشدد في شروط قبوله شركات التأمين التجارية. أو غيرها مما يسبب مضاعفات قد تكون كبيرة ومؤثرة في حياته وحياة أسرته.

وقد يكون ذلك عائقاً في الحياة الخاصة كأن يرفض تزويج شخص تتضمن قراءة الجينوم الخاص به مرضاً في المستقبل.

وهذه الاعتبارات المصلحية المحتملة ملغاة في حكم الشرع. فالإنسان مسؤول عما يصدر عنه من أفعال: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾⁽¹⁾ ، ويعامل حسب ما يظهر عليه من أحوال مرضية ، فالصحيح يعامل معاملة الصحيح، والمريض يأخذ أحكامه، كما أن البصير له حكمه، والأعمى له حكمه، والأعشى له حكمه، ولا يجوز أن يؤاخذ الإنسان أو يشترط عليه ما ليس من فعله أو ما لم يتسبب في وقوعه. وإنما يمكن اشتراط التوقي، والأخذ بأسباب الصحة والسلامة. لكن إن ظهر مستقبلاً ما كان متوقعا، فيأخذ حكمه وقتئذ لا قبله. وهذه الطوارئ تحكمها النظم التي تكفل للموظف حقوقه كاملة.

ولا تبنى الأحكام على الاحتمالات إذا تطرق عليها الشك فليس كل حامل لمرض مريضاً. وليس كل مرض متوقع يتحتم وقوعه. ((فجين الأنيميا المنجلية لا يظهر على المريض إلا عندما يحمل الشخص هذا الجين المعطوب من كلا الأبوين، أما إذا كان لديه جين واحد مصاب والجين الآخر سليم فإنه يعتبر حاملاً للمرض فقط، ولا تظهر عليه أي أعراض مرضية، بل وجد أن هذا الحامل أكثر مقاومة لطفيلي الملاريا وخاصة من النوع الخبيث.. ولا يظهر المرض إلا عندما يتزوج حامل للجين من امرأة حاملة لهذا الجين، وتكون نسبة ظهور المرض في الذرية واحد إلى أربعة، ومع ذلك فقد تتجو الذرية كلها ولا يظهر فيها المرض⁽²⁾ .

⁽¹⁾ المدثر: 38 .

⁽²⁾ بحث نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية للدكتور محمد علي البار6 .

ومن جانب آخر ((فليس من اللازم أن يصاب كل ذي جين معيب بالمرض، ففي حالات كثيرة يحدث المرض بسبب تفاعل هذا الجين مع مؤثرات خارجية (بيئة) قد لا تصادف المريض فينجو بذلك من المرض))⁽⁴⁾.

((وهناك العديد من الأمراض التي تنتقل عبر جين واحد، وهذا الجين إما أن يكون منتقلاً من أحد الأبوين أو كليهما، أو أن هناك طفرة وراثية حدثت في تركيب هذا الجين حتى تحول من الوضع السليم إلى الوضع المعيب. وهذه الطفرات الوراثية كثيرة الحدوث إلا أن الجسم بإذن باريه سبحانه وتعالى لديها آلية لإصلاح معظم هذه الطفرات، كما أن بعض هذه الطفرات لا تسبب مرضاً))⁽²⁾.

ولا يسع شركات التأمين التجارية - بغض النظر عن حكمها الشرعي هنا - أن تحتج في الرفض أو تتشدد في الشروط بالعلاقة التعاقدية، فالعلاقة التعاقدية وإن كانت في الأصل اختيارية، إلا أن التأمين على الأنفس في كثير من الدول إجباري، وتتضمن شروط التأمين شروط إذعان واستغلال، والتأمين قبل ذلك عقد غرر للطرفين، لكنه في الأغلب يلحق الضرر بالطرف الثاني وهو المؤمن عليه.

فلا يجوز مع هذا كله أن تطلع هذه الشركات على جينوم طالب التأمين، ويجب أن تنص النظم على منع شركات التأمين وغيرها منه، ولا تُمكن أصلاً من الاطلاع على الجينوم ويترك هذا لجهات الاختصاص الصحية في الإطار المحدد المنضبط السابق ذكره.

ثالثاً: المفساد الأخلاقية

(أ) **مفساد امتهان كرامة الإنسان وهدر السرية الشخصية:** فإن إخضاع الخلايا الجسدية، والجنسية أيضاً لتجارب المعامل امتهان لكرامة الإنسان في كثير من الحالات غير الضرورية، والتي يكون غرضها إثراء التجارب العلمية. كما أن ميدان التجارب قد يدخله من لم يتأهل له وإنما يدفعه الكسب التجاري والشهرة.

والأهم من هذا إهدار سرية المعلومات، وهي خصوصيات يأبى الناس إفشاءها وتداولها، أو وقوعها تحت أصحاب الأغراض المصلحية كشركات التأمين التجارية وغيرها.

ولقد كرم الإسلام الإنسان، ورفع شأنه وصانه من الامتهان فعلاً أو قولاً، فقال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾⁽³⁾، فالواجب أن توضع كرامة الإنسان فوق كل اعتبار غير ضروري إجراؤه أو فحصه.

⁽¹⁾ بحث قراء الجينوم البشري للدكتور حسان حتوت 8 .

⁽²⁾ بحث نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية للدكتور محمد علي البار .

⁽³⁾ الإسراء : 70 .

ومن كرامة الإنسان حفظ أسراره وخصوصياته وقد ورد في الندوة الثالثة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية تحديد معنى السر بأنه: ((ما يفضي به الإنسان على آخر مستكتماً إياه من قبل أو من بعد ، ويشمل ما حفت به قرائن دالة على طلب الكتمان ، أو كان العرف يقضي بكتمانها ، كما يشمل خصوصيات الإنسان وعيوبه التي يكره أن يطلع عليها الناس)) .

وأسرار وخصوصيات المريض يجب شرعاً حفظها في الأمراض العادية ، وأولى منها الأمراض الجينية ، وأولى من الاثنين الخريطة الجينية الشاملة؛ لما في إفشاء السر من آثار كبيرة على الفرد اجتماعياً ووظيفياً ونفسياً . ولا يستثنى من سرية هذه المعلومات سوى ما استثنته الندوة الثالثة ، وهي: ((الحالات التي يؤدي فيها كتمان المرض إلى ضرر يفوق ضرر إفشائه بالنسبة لصاحبه ، أو يكون في إفشائه مصلحة ترجح على مضرة كتمانها)).

وفي سبيل الحفاظ على السرية ينبغي أن يتشدد في الأمراض الجينية فتتص النظم على من له حق الإطلاع ، وهو الطبيب المختص المباشر للمريض ، أو من يرى الطبيب المختص إطلاعه لحاجة أو ضرورة العلاج . وينبغي أن تتخذ كافة الوسائل العلمية لحفظ المعلومات ، والحيلولة دون إمكان الإطلاع عليها عبر الكمبيوتر ونحوه .

(ب) مفسد التحكم في الصفات الوراثية: فإن العلاج الجيني قد يكون في غير المصالح المعتبرة ، فقد تعالج جينات التحكم في الصفات من الطول والقصر والشكل واللون والحواس وغير ذلك ، وهذا باب واسع قد يلج منه يدعي المعالجة الجينية استجابة لبعض ضعاف النفوس ، أو لمكاسب مادية أو نحو ذلك .

والشرع الحكيم يصون الإنسان عن كل عبث في صفاته القويمية التي خلقه الله عليها ، فليس في هذه الصفات عيب أو نقیصة تلحق الإنسان ، فلا يدخل ذلك في العلاج الجيني الذي لا يجدي غيره ، وإن اعتبر من التحسينات أو التكميلات فهو من جنسها البعيد بل ليس منها في شيء ، بل هو عبث محض ، فواجب سده عن ذريعة الفساد ، وهو قبل هذا داخل في النهي عن تغيير خلق الله عز وجل .

ولقد ناقشت الندوة الثالثة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية موضوع جراحة التجميل وحدود ما يعتبر علاجاً جائزاً وما لا يعتبر كذلك ، فنصت على ما يلي:

- (1) الجراحات التي يكون الهدف منها علاج المرض الخَلقي والحادث بعد الولادة لإعادة شكل أو وظيفة العضو السوية المعهودة له ، جائز شرعاً ويرى الأكثرية أنه يعتبر في حكم هذا العلاج إصلاح عيب أو دمامة تسبب للشخص أذى عضوياً أو نفسياً .
- (2) لا تجوز الجراحات التي تخرج بالجسم أو العضو عن خلقته السوية ، أو يقصد بها التكراراً من العدالة ، أو التدليس ، أو لمجرد اتباع الهوى .

(3) ما ظهر في بعض المجتمعات من جراحات تسمى عمليات تغيير الجنس استجابة للأهواء المنحرفة حرام قطعاً، ويجوز إجراء عمليات لاستجلاء حقيقة الجنس في الخنثى.

الحكم الشرعي في التساؤلات المطروحة

وردت في الأبحاث تساؤلات هامة من أطباء مختصين ينبغي الجواب عنها توصلاً للحكم الشرعي لموضوع البحث.

أولاً: إن الله خلق كل إنسان بمجموعة معينة من المورثات (المجموع الجيني للإنسان) وإن العلاج الجيني يتدخل في تغيير خلق الله.

التغيير والتبديل لفظان أولهما أعم من الثاني قال ابن عطية: ((التبديل يقع موضعه التغيير، وإن كان التغيير أعم منه))⁽¹⁾. فالتغيير أن تغير شيئاً مع بقاءه أو تغيره مع إقصائه. والتبديل وضع شيء بدل شيء. فكل تبديل تغيير ولا عكس.

وتغيير خلق الله، وتبديل خلق الله، عبارتان وردتا في القرآن الكريم ولهما دلالة محددة. قال تعالى: ﴿إِنْ يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ إِلَّا إِنَّا وَإِنْ يَدْعُونَ إِلَّا شَيْطَانًا مَرِيدًا﴾ {117} لَعَنَهُ اللَّهُ وَقَالَ لَأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا * وَلَا ضَلَالَةٌ لَهُمْ وَلَا مَرْتَبَةٌ فَلْيَبْتَئِكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَا مَرْتَبَهُمْ فليغيرن خلق الله⁽²⁾ ، وقال تعالى: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقِيمُ وَلَكِنْ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾⁽³⁾.

وجمهور المفسرين على أن المراد من تغيير خلق الله في الآية الأولى تغيير دين الله محتجين بالآية الثانية، بأن معنى ﴿لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ﴾ أي لا تبديل لدين الله⁽⁴⁾. وقال بعضهم: المراد من تغيير خلق الله إخصاء البهائم والوشم وما شاكله ((ولا بيان في الآية له))⁽⁵⁾. وأجاد ابن عطية حيث قال: ((ملاك تفسير هذه الآية: أن كل تغيير ضار فهو في الآية، وكل تغيير نافع فهو مباح))⁽⁶⁾. وقال في الآية الثانية: ((الذي يعتمد عليه في تفسير هذه اللفظة - فطرة الله - أنها الخلقة والهيئة التي في نفس الطفل التي هي معدودة مهياً لأن يميز بها مصنوعات الله تعالى، ويستدل بها على ربه جل وعلا، ويعرف شرائعه، ويؤمن به، فكأنه تعالى قال: أقم وجهك للدين الذي هو الحنيف فطرة الله الذي على الإعداد له فطر البشر، لكن تعرضهم العوارض، ومنه قول النبي ﷺ: ((كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء - أي

¹ المحرر الوجيز 231/4.

² النساء: 117 - 119.

³ الروم: 30.

⁴ تفسير الطبري 41/21 والقرطبي 29/14.

⁵ أضواء البيان للشيخ محمد الأمين الشنقيطي 367/1.

⁶ المحرر الوجيز 232/4.

سليمة - هل تحسون فيها من جدعاء) متفق عليه. وذكر الأبوين إنما مثال للعوارض التي هي كثيرة. ويشهد لهذا ما رواه مسلم قال رسول الله ﷺ عن ربه : ((إني خلقت عبادي حنفاء فجاءتهم الشياطين فاجتالتهم - أي صرفتهم عن الهدى - عن دينهم، وحرمت عليهم ما أحللت لهم))⁽¹⁾ .

واختلف المفسرون في معنى ((لا تبديل لخلق الله)) فقال بعضهم: المراد: أن تعلم أن هذه الفطرة لا تبديل لها من جهة الخالق، ولا يجيء الأمر على خلافها بوجه، أو أن المراد: إنحاءً على الكفرة، وأنهم على الكفر وأنهم لا يفلحون، وقال كثيرون المراد: لا تبديل لدين الله، أو لا تبديل للمعتقدات التي هي الدين الحنيف أو المراد الملة. وقيل غير ذلك⁽²⁾ .

ومن هذا يعلم أمران: الأول: أن التغيير أو التبديل يكون مقبولاً إذا كان لغرض مشروع ضار - كما قال ابن عطية. والثاني: أن التغيير أو التبديل قد يكون خلقياً، أو بمعنى آخر تغيير أو تبديل في الصفات من الهيئة والشكل، وتغيير أو تبديل في المعاني - من إيمان إلى كفر، أو من هدى وسلامة إلى هوى وانحراف، ويحتمل شمول التغيير أو التبديل للخلق التي هي سجايا كصفة الشجاعة والجبن والخوف والذكاء والغباء - إن تصور إمكان ذلك - .

وعليه يمكن القول: إن التغيير أو التبديل في الجينات قد يكون مشروعاً مقبولاً إذا كان في حيز العلاج، أو كان توكيلاً لمرض متوقع، ويكون محرماً إذا كان في حيز العبث، ومن العبث التغيير أو التبديل في الهيئة والشكل واللون والطول والقصر - ومنه التغيير أو التبديل في الخلق التي هي فطرة وسجايا كالشجاعة والجبن والندالة - إن تصور إمكان التغيير الجيني فيها - .

ثانياً: ما هو الواجب الأخلاقي الشرعي تجاه الأجيال المقبلة لمنع وصول مورث مريض إليهم؟

الأصل في الشرع أن الإنسان مكلف ومسؤول عما يصدر منه أو يتسبب به من أفعال بحيث ينسب الفعل إليه مباشرة أو تسبباً بل ولو كان تسبباً بالترك. ولقد قرر المالكية والشافعية والحنابلة أن من يترك شخصاً يستقي، فلم يسفوه حتى مات عطشاً، كان ذلك قتلاً إن ثبت قصد ذلك، وقال المالكية : إن الأمام إذا منعت ولدها الرضاع حتى مات فقد قتلتته إن قصدت ذلك . وهذا إذا كان الترك في ذاته جريمة ومن الفقهاء من قرر أن الترك الذي يؤدي إلى جريمة ، لا يعد الترك في ذاته جريمة إذا لم يكن الفعل واجباً وإن أدى إلى القتل . إنما يعد الترك موجباً لعقاب الجريمة التي تترتب عليه إذا كان الترك في ذاته ترك واجب ، وقد أدى ترك الواجب إلى جريمة أخرى إيجابية هي القتل مثلاً ، فيكون على التارك إثم الترك ، وعقوبة الجريمة التي تترتب عليه .

⁽¹⁾ المحرر الوجيز 453/11 وأضواء البيان للشيخ الأمين الشنقيطي 366/1.

⁽²⁾ القرطبي 27/14 والطبري 41/21 والمحرر والوجيز 454/11 .

ويخرج عن هذا الأصل العلاج الجيني إذ بابه التداوي ، والتداوي مبناه على الإباحة أو الندب ، ولو قلنا بالوجوب كما قال الشافعية " بوجوب عصب محل الفصد إن قطع بإفادته "(1) ، فليس منه إلزام المريض جينه العلاج الجيني وقاية لمرض وراثي يصيب ذريته أو غيرهم في المستقبل القريب أو البعيد على سبيل الاحتمال أو الظن الغالب ، فلا إلزام شرعياً على المسلم بقي غيره مرضاً قد يصيبه بسببه . لكن أن يفعل ذلك ندباً فهذا أولى له لنفسه أولاً ولغيره ثانياً .

وإنما يأتي الإلزام هنا من ولي الأمر ، فمن واجب ولي الأمر أن يعزل أصحاب الأمراض المعدية لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ (2) ، ولقوله ﷺ عن الطاعون : " إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فراراً منه "(3) . ولولي الأمر أن يلزم بالمباح ابتداء على المصلحة العامة ، إذ هي مقدمة على المصلحة الخاصة ، وإن ألحق الإلزام الضرر ببعض الأفراد ، لأنه ضرر خاص ، فيقدم عليه دفع الضرر العام ، فيتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام .

وعليه فيتعين على ولي الأمر الإلزام بالعلاج الجيني لحامل المرض أو المتوقع حمله وسراية مرضه في نفسه ، وليس هذا على إطلاقه حتى لا يكون الإلزام تحكماً وتضييقاً على حرية الناس ، فيكون الإلزام في الأمراض الوبائية ، أو الشائعة المستعصية التي قد تنتقل بالوراثة كأمراض السرطان وأمراض القلب ، وتشوهات الأجنة ونحو ذلك مما يعيق الحياة السوية ، ويجعل المصاب عبئاً على نفسه وأهله ومجتمعه .

ثالثاً : حق الإذن في العلاج الجيني

إذن العلاج الجيني يرجع في الأصل إلى صاحبه سليماً كان أو مريضاً ما دام متمتعاً بأهلية كاملة ، أو يأذن الولي أو الوصي على الصغير أو السفية تحقيقاً لمصلحة المريض . ولولي الأمر أن يأذن كذلك بناء على تقدير المصلحة .

رابعاً : هل لولي الأمر أن يلزم الناس بالخريطة الوراثية ؟

التداوي في أصله مباح وجاز لولي الأمر أن يلزم به في أمراض خاصة ، ولظروف خاصة للضرورة أو الحاجة المنزلة منزلة الضرورة تحقيقاً لمصلحة عامة . وما شرع لذلك لا يتوسع فيه وإنما يتقيد بالقدر الضروري المحقق للمصلحة الدافع للمفسدة ، والإلزام بعمل خريطة وراثية شاملة لكل فرد إلزام ما لا يلزم مع خفاء المصلحة أو انعدامها في كثير من الأمراض ، مع ظرف الاحتمال ، فالمفسدة ظاهرة بإلحاق الضرر اجتماعياً ونفسياً . وهتك الأستار عن خصوصيات الناس ، وكل ذلك يأتي على أصل الإباحة بالبطلان . ويحتمل

(1) حاشية الدسوقي : 385 ؛ والمهذب : 188 ؛ وكشاف القناع : 336/3 ؛ عن كتاب الجريمة والعقوبة للشيخ محمد أبي زهرة : 130 و 133 .

(2) البقرة : 195 .

(3) متفق عليه . اللؤلؤ والمرجان : 578/3 .

اعتبار عمل الخريطة الوراثية تجسساً محرماً لما فيه من تطفل وكشف لما حقه الستر من غير ما ضرورة أو حاجة .

ويشمل ذلك الجنين ، فقد اعتبر الإسلام له أهلية وجوب ناقصة . وحرّم الاعتداء عليه ، وولاية الأبوين على الجنين ولاية حفظ ورعاية وتنمية ، فكل ما ينال ذلك محرماً عليهما ، وعلى غيرهما ، والإذن بأمر يخص الجنين يرجع إلى الأبوين بعد بيان الأطباء وتقدير المختصين ، ولكل حالة ما يحكمها مما ليس هنا محل تفصيله .



الدورة العشرون

لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني (رؤية فقهية)

إعداد

أ. د . عبد الرحمن بن أحمد الجرعي

أستاذ الدراسات العليا - كلية الشريعة

جامعة الملك خالد

المملكة العربية السعودية

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة :

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وبعد :

فإن من العلوم الحديثة التي كان لها شأن كبير في تقدم الطب وغيره من العلوم : علم الوراثة ، وما طوره العلماء فيما يسمى بالهندسة الوراثية التي فتحت مجالاً هائلاً لكثير من التطبيقات العلاجية وغير العلاجية في الطب وغيره ، وما يسمى بمشروع الجينوم البشري الذي يمثل حقبة الشفراء الوراثية للإنسان بكل جيناته .

كل هذه المستجدات العلمية فتحت آفاقاً وميادين هائلة للعلم والمعرفة ، واستتبع ذلك وجود متغيرات وأحوال وقضايا وتساؤلات حول الموقف الشرعي والأخلاقي والقانوني .

وفي هذا البحث محاولة لبيان الموقف الشرعي تجاه المسائل التي سيتناولها البحث ، وقد تفضل القائمون على أمانة مجمع الفقه الإسلامي الدولي بطلب الكتابة في هذا الموضوع الثامن وعنوانه : (الهندسة الوراثية ، والجينوم البشري الجيني) وهذا الموضوع كما يظهر من عنوانه - كثيرة مسأله ، ومتشعبة مسالكه ، بالإضافة إلى أن بعض معامله لم تتضح بعد ، فما زلنا بعد نسمع بين الفينة والأخرى بأن ما قدره العلماء قبل سنين قليلة كان غير دقيق^(١) بالنظر إلى ما توصلوا إليه أخيراً ، وقل مثل ذلك في تقدير الضرر ، أو حساب المصلحة أو المفسدة . وهذا ما يجعل البحث في مثل هذه المسائل الجديدة محتاجاً إلى التروي مع التركيز عند إصدار الحكم الشرعي على وضع الضوابط المستندة إلى النصوص والقواعد الشرعية .

وقد قسمت البحث في ضوء المحاور التي وضعتها أمانة المجمع إلى أربعة مباحث على النحو الآتي :

المبحث الأول : علم الوراثة (رؤية تاريخية)

المبحث الثاني : تعريف الهندسة الوراثية ، وتاريخها والإنجازات الحاصلة فيها ، وتطبيقاتها ،

المبحث الثالث : العلاج الجيني وكيفية العلاج به ، وسلبياته ، والأحكام الشرعية المتعلقة به

المبحث الرابع : الجينوم البشري ، تعريفه ، مشروع الجينوم البشري ، (أهداف المشروع - تطبيقاته - مخاطره - الأحكام المتعلقة به)

والله أسأل التوفيق والسداد ، في القول والعمل ، إنه على كل شيء قدير ، وبالإجابة

جدير

١. أنظر على سبيل المثال تقدير العلماء لعدد الجينات . (الهندسة الوراثية ، د. سعد الشويخ ص ٥٧)

المبحث الأول علم الوراثة (رؤية تاريخية)

الوراثة : تعني انتقال الصفات من الأصول (الآباء والأجداد) إلى الفروع (الأولاد) بحيث يحمل كل مولود نصف صفاته الوراثية من قبل الأب والنصف الآخر من قبل الأم .

وعلم الوراثة : هو العلم الذي يبحث في تركيب المادة الوراثية ، ووظيفتها ، وطريقة انتقالها ، وكيفية انتقال الصفات والأمراض من جيل لآخر .^(١)

ولم يغفل القدامى من الأطباء والفقهاء مثل هذا العلم خاصة من كتب منهم في موضوعات لها علاقة بالوراثة^(٢) لا سيما وقد أشار إليها الحديث الصحيح الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه : أن أعرابياً أتى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاماً أسود ، وإنني أنكرته ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل لك من إبل ؟ قال : نعم ، قال : وما ألوانها ؟ قال : حمر ، قال : فهل فيها من أورك ؟ (يميل إلى الغبرة) ؟ قال : نعم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فأنى هو ؟ قال : لعله يا رسول الله يكون نزع عرق له ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : وهذا لعله يكون نزع عرق له) .^(٣) وهذا ما توصل إليه علم الوراثة ، فقد أثبتت الأبحاث العلمية أن المولود قد تظهر عليه صفات ليست في أبويه بل تعود إلى بعض أجداده ، وهذا ما يسمى بالصفات الوراثية المتنحية ، فهي لا تظهر في الأجداد ولا في الآباء ، ولكنها ربما ظهرت في بعض الأبناء .^(٤)

وفي العصور المتأخرة اكتشف العلماء العديد من قوانين الوراثة وأسرارها كما فعل جريجور مندل الذي وضع حجر الأساس لعلم الوراثة في القرن التاسع عشر الميلادي ، وذلك بوضع قوانينه الشهيرة التي تستخدم إلى الآن في حساب معدلات انتقال الصفات والأمراض ، وكذلك استنباط بعض التعاريف كالصفات السائدة والمتنحية ، وأن هناك عوامل وراثية مسؤولة عن نقل هذه الصفات عبر الأجيال وسمي فيما بعد ذلك بالتوارث المنديلي^(٥) .

ومن هنا سمي مندل أبا علم الوراثة^(٦) ومنذ العام ١٩٩٠ م كان العلماء يدركون أن الصفات الوراثية تنتقل من خلال عوامل مادية أطلق عليها العوامل الوراثية أو الجينات ، وهي موجودة على ما يسمى بالكروموسومات (الصبغيات) الموجودة في نواة كل خلية ،

١. انظر : بحوث في الفقه الطبي ، د. عبدالستار أبو غدة ص ٧٢ نشر دار الأقصى - القاهرة ، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ .
وأحكام الهندسة الوراثية ، د. سعد الشويخ ص ٣٣ .
٢. انظر : بحوث في الفقه الطبي ، ص ٧١ .
٣. أخرجه البخاري في صحيحه ، بتحقيق : محب الدين الخطيب ، ومحمد فؤاد عبدالباقي ، ٤٥٣/٣ ، وأخرجه مسلم في صحيحه بتحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، ١١٣٧/٢ .
٤. انظر : خلق الانسان بين الطب والقرآن ، د. محمد علي البار ، ص ١٥٣ ، وأحكام الهندسة الوراثية ، ص ٤٦ .
٥. بحث العلاج الجيني والانعكاسات الأخلاقية ، د. صديقة العوضي ص ١٠١ ، ضمن ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني ، كلية العلوم - جامعة قطر ، من ٢٠ - ٢٢ أكتوبر ٢٠٠١ م .
٦. موسوعة ويكيبيديا على شبكة الانترنت : مادة (مندل) .

والأجناس المختلفة تحمل أعداداً مختلفة من هذه الكروموسومات . والجنس البشري بشكل عام يحمل ٤٦ كروموسوماً في كل خلية من خلايا الجسم ، تكون على شكل ٢٣ زوجاً في نواة الخلية البشرية ، ما عدا الحيوان المنوي والبويضة ، اللذين يحملان نصف هذا العدد من الكروموسومات من الأم والنصف الآخر من الأب .^(١)

وتم اكتشاف التركيب الكيماوي للحمض النووي (الدنا) في منتصف القرن العشرين ، والحمض النووي يحتوي على التعليمات الجينية التي تصف التطور البيولوجي للكائنات الحية ومعظم الفيروسات . كما أنه يحوي التعليمات الوراثية اللازمة لأداء الوظائف الحيوية لكل الكائنات الحية .^(٢)

-
١. انظر : الجينوم والهندسة الوراثية ، د. عبدالباسط الجمل ، ص ٣٠ ، وبحث العلاقة بين الهندسة الوراثية وحقوق الإنسان ، د. سعيد سالم جويلي ، ص ١٢٨٩ ، ضمن أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون - كلية الشريعة والقانون - جامعة الامارات العربية المتحدة ، في الفترة من ٢٢ - ٢٤ / صفر / ١٤٢٣ هـ . وبحث : نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية ، د. محمد بن علي البار ، ص ٦٢٢ ، ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية الجينوم البشري ، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية - الكويت .
 ٢. انظر : العلاج الجيني ، د. صديقة العوضي ص ١٠١ ، وموسوعة ويكيبيديا ، مادة (الدنا) .

المبحث الثاني

تعريف الهندسة الوراثية ، وتاريخها والإنجازات الحاصلة فيها ، وتطبيقاتها ، والأحكام الشرعية المتعلقة بها .

عرفت الهندسة الوراثية بتعريفات كثيرة ^(١) ومن أحسن تعريفاتها أنها : " التعامل مع المادة الوراثية باستخلاص معلومات عنها أو التغيير فيها " ^(٢).

- فالمادة الوراثية : هي محل الهندسة الوراثية .
- واستخلاص المعلومات عنها يكون بدراسة المادة الوراثية في وظائفها وتركيبها ؛ للحصول على نتائج مفيدة للعلاج والبحث العلمي .
- والتغيير فيها يكون بنقل المادة الوراثية من خلية لأخرى متفقة معها في الجنس أو مختلفة . ويشمل التغيير كذلك إجراء التعديل في الخلية وهي في مكانها دون نقل ^(٣).

الهندسة الوراثية رؤية تاريخية :

منذ عام ١٩٥٣ م عندما اكتشف العالمان واطسون وكريك تركيب DNA ثم تلا ذلك معرفة الطرق التي كتبت بها المعلومات الحيوية للوراثة على صورة شفرة كيميائية ، منذ ذلك الحين والتقدم العلمي يوضح لنا إمكانيات متزايدة لدى المادة الوراثية يمكن أن تخدم الإنسان ^(٤).

ومنذ بداية السبعينات الميلادية بدأ العلماء في الاكتشاف العميق لكيفية عمل الجينات الوراثية ، وكيفية انتقال الصفات الوراثية من خلال تركيب معين للقواعد النيتروجينية التي تعطي الأمر لتكوين نوع معين من البروتينات ^(٥) من بين ٢٠ نوعاً من الأحماض الأمينية ، فتكسب الإنسان الصبغة التي ينبغي أن تنتقل إليه ، بناءً على الترتيب الموجود على الحمض النووي أو ما يسمى بالشفرة الوراثية الجينية .

وبناءً على ذلك تمكن العلماء من الوصول إلى أدوات تمكنهم من التدخل لإعادة ترتيب هذه الجينات ، ومعالجة الخلل الذي يمكن أن يحدث فيها نتيجة حصول الخلل في تركيب القواعد النيتروجينية في الحمض النووي ، وسمي هذا التدخل لاكتساب صفة جديدة ، أو إزالة صفة مرضية بعلم الهندسة الوراثية ^(٦).

١ . انظر بعض هذه التعريفات في : أحكام الهندسة الوراثية ، د. سعد الشويرخ ، ص ٢٣ - ٣٦ .

٢ . المصدر السابق ، ص ٣٧ ، ٣٨ .

٣ . المصدر السابق ، ص ٣٧ ، ٣٨ .

٤ . انظر : الكائنات وهندسة الموروثات ، د. صالح عبدالعزيز كريم ، ص ١١١ بحث ضمن ندوة (الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري..) سلسلة مطبوعات المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية - الكويت ١٤٢١ هـ .

٥ . البروتين : يتكون من الاحماض الأمينية في ترتيب معين ، وهو ضروري لقيام خلايا الجسم بوظائفها ، ولكل بروتين وظائف معينة (الهندسة الوراثية ، د. سعد الشويرخ ص ٤١) .

٦ . انظر: العلاقة بين الهندسة الوراثية وحقوق الإنسان ، ص ١٢٩٠ .

وللهندسة الوراثية أهداف غير مباشرة على الإنسان وأخرى مباشرة وكلاهما له أثر كبير في حياة الإنسان . فالأهداف غير المباشرة هي ما له علاقة كبيرة بتغيير وتعديل التركيب الوراثي في الكائنات كالتحور الجيني في النباتات وهندسة الحيوانات وراثياً ، إما باستحداث سلالات من الحيوانات المعدلة وراثياً ، أو بغرض الحصول على ما ينفع الإنسان^(١) من بروتينات ، وانزيمات دوائية ، أو حتى مستقبلاً أعضاء بشرية ، وقد يكون استخدام الكائنات الدقيقة كالبكتيريا ؛ لإنتاج سلالات جديدة إنما هو لأغراض حربية .

أما الأهداف المباشرة على الإنسان :

فيقصد بها الدراسات التي تتضمن في مشاريعها ماله علاقة بخلايا وجينات الإنسان ، وتتركز هذه الدراسات في محاولة العلماء تحسين الوضع الصحي للمرضى المصابين وراثياً ببعض الأمراض ، أو الدراسة المبكرة للأجنة من خلال الاستقصاء الوراثي المبكر للأجنة. وجميع هذه الدراسات تقع تحت مفهوم المعالجة بالجينات.^(٢)

الأحكام الشرعية لتطبيقات الهندسة الوراثية

سبقت الإشارة بإيجاز إلى بعض تطبيقات الهندسة الوراثية ، وهنا نشير إلى هذه التطبيقات بشيء من التفصيل.

ويمكن تقسيم هذه التطبيقات إلى قسمين ، وكل قسم من هذه الأقسام يحتوي على مسائل على النحو الآتي :

القسم الأول

تطبيقات الهندسة الوراثية على النبات والحيوان

المسألة الأولى

تطبيقات الهندسة الوراثية على النبات

تمكن الباحثون من إجراء بعض التعديلات على المادة الوراثية للنبات وذلك بنقل الجينات التي تحمل الصفات المطلوبة من بعض الخلايا إلى خلايا أخرى ثم تشبيتها في النبات لاكتساب صفات وراثية لم تكن موجودة من قبل باستخدام فيروسات أو أجزاء من الحمض النووي كنواقل للمادة الوراثية مما يؤدي إلى إنتاج متميز إما بطول العمر أو مقاومة الآفات أو يتميز بالوفرة في الإنتاج.^(٣)

١ . انظر الكائنات وهندسة المورثات ، ص ١١٢ .

٢ . انظر : الكائنات وهندسة المورثات ص ١١٤ ، ١١٥ .

٣ . انظر: الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، د. عبدالناصر أبو البصل، ص ٧٠٩ ، ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا معاصرة، دار النفائس - الأردن ط : ١ ، ١٤٢١هـ ، أحكام الهندسة الوراثية ، د. سعد الشويرخ ، ص ٣٦٢ ، ٣٧١ . والهندسة الوراثية في النبات والحيوان، د. أحمد شوقي، ص ١٧٤ ، ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري ، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، الكويت.

وكذلك إنتاج نباتات خالية من الفيروسات ومسببات الأمراض وتحسين خصائص ما بعد الحصاد أي بعد التخزين أو لشحن واستخدام التحوير الوراثي لإنتاج مواد صناعية ودوائية كما تنتج هذه التطبيقات حفظ الأصول الوراثية النباتية على شكل بنوك الجينات لمواجهة خطر انقراض هذه الأصول وتقليل تكاليف الإنتاج النباتي^(١).

المسألة الثانية

تطبيقات الهندسة الوراثية في الحيوان

بدأ الاتجاه إلى الهندسة الوراثية في الحيوان بشكل مطرد، وتمثلت البداية باستخدام تقنية (دنا) (DNA) بإيلاج الجين الخاص بهرمون النمو للجرذان في البرنامج الوراثي للفئران حيث أدت زيادة هذا الهرمون إلى إنتاج (فئران عملاقة) تصل إلى ضعف حجم الفأر العادي، وهذه التجربة أثارت انتباه الرأي العام على اعتبارها أول مثال للتعديل عبر الجينات، ومن الطرق الناجحة للحصول على حيوانات معدلة وراثياً عبر الجينات هي الحقن بواسطة (الدنا) النقي في الأنوية الأولية للبويضات المخصبة ثم تنتقل هذه البويضات إلى أرحام الحيوانات المعدة هرمونياً لأن تكون أمهات بديلة للأجنة الناشئة عن نمو هذه البويضات.

ومن الطرق كذلك استخدام القاذفات الجينية والفيروسات مع الإشارة إلى محدودية هذه الطريقة نظراً لمحدودية فهم كيفية تنظيم تعبير الجينات في الحيوانات الراقية وكذلك ضعف ثبات وتوارث الجينات المنقولة^(٢).

وتستهدف الهندسة الوراثية للحيوان استخدام الحيوانات كمصانع أو مفاعلات حية لإنتاج الدواء، وأيضاً تستهدف زيادة كفاءة اللحم واللبن والبيض وتحسين نوعيته، وتهدف إلى تقليل التكلفة لإنتاج المواد الحيوانية.

وكذلك تستهدف إمكانية إنتاج حيوانات مؤلفة وراثياً أو عبر جينية تقاوم الأمراض. وأيضاً تستهدف الهندسة الوراثية هنا السعي إلى نقل أعضاء حيوانية مهندسة وراثياً إلى جسم الإنسان لغرض التداوي.

المسألة الثالثة

مخاطر تطبيقات الهندسة الوراثية على النبات والحيوان

(١) الأضرار الصحية التي تسببها منتجات الهندسة الوراثية إما مباشرة أو نتيجة للتفاعل بين الجينات المنقولة وجينات العوائل، مع صعوبة توقع الآثار البعيدة المدى.

١. الهندسة الوراثية في النبات والحيوان، د. أحمد شوقي ص ١٧٤ - ١٧٦، والهندسة الوراثية في النبات والحيوان وحكم الشريعة فيها، د. أحمد الحجى الكردي، ص ٢٣١، ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، ط ١، ١٤٢١هـ.
٢. الهندسة الوراثية في النبات والحيوان، د. أحمد شوقي، ص ١٧٧ - ١٧٩.
٣. انظر: الهندسة الوراثية في النبات والحيوان، د. أحمد شوقي ص ١٧٧ - ١٨٠، والهندسة الوراثية في النبات والحيوان، د. أحمد الحجى الكردي، ص ٢٣٢.

(٢) الآثار الاقتصادية المتمثلة في تهميش المزارعين الذين لا يستطيعون مواكبة منتجات الهندسة الوراثية، بالإضافة إلى عدم ثبات هذه المنتجات مما يهدد بفشل المحصولات تحت العديد من الظروف .

(٣) ومن المخاطر كذلك إنتاج حشائش زراعية فائقة المقاومة وغير مرغوبة، ويصعب التحكم بها .

(٤) ظهور نوع خطير من التلوث وهو التلوث الوراثي القابل للتكرار والانتقال والانتشار(١).

المسألة الرابعة

حكم الاستفادة من تطبيقات الهندسة الوراثية على النبات والحيوان

بعد أن ذكرنا مجالات استخدام الهندسة الوراثية (التطبيقات) على النبات والحيوان، وما يتوخى من ذلك من المصالح وما يكتنفه ذلك من المخاطر يمكن القول بأن الأصل في الاستفادة من الهندسة الوراثية في النبات والحيوان : الجواز والإباحة، ما لم يصحبها أضرار معتبرة فتحرم عندئذ .

وهذا القول هو الذي مال إليه عدد كبير من المعاصرين وصدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي وقرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي ، وندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري التي أشرفت عليها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بالاشتراك مع مجمع الفقه الإسلامي الدولي.(٢)

ومن الأدلة على هذا الجواز ما يلي :

(١) عموم الأدلة الشرعية الواردة بإباحة التداوي لقوله ﷺ «إن الله تعالى خلق الداء والدواء، فتداووا ولا تتداوا بحرام».(٣)

(٢) فقد دل الحديث على مشروعية التداوي ، ومنع فيه التداوي إذا أدى إلى أمر محرم كالإضرار أو الإفساد ، وذلك بقوله (ولا تداووا بحرام).

(٣) عموم إباحة الأنعام وما في حكمها من الحيوان ، فالتصرف فيها عن طريق الهندسة الوراثية بالتعديل والتحويل بما فيه مصلحة كل ذلك من لوازم الإباحة.

١. انظر : الهندسة الوراثية في النبات والحيوان ، د. أحمد شوقي ، ص ١٨١ ، ١٨٣ .
٢. قرارات مجمع الفقه الإسلامي التابع للرابطة في دورته الخامسة عشرة (صفر - ١٤١٩هـ) القرار الأول . وقرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرار رقم ٩٤ (٢- ١٠) أنظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص٢١٦. وتوصيات ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري، ص ١٠٤٩ ، ضمن أعمال الندوة، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، الكويت ، ١٤٢١هـ . وانظر : الاستفادة من الهندسة الوراثية في الحيوان والنبات وضوابطها الشرعية. د. محمد الروكي، ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجين البشري . والهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، د. عبدالناصر أبو البصل ، ص ٧١٠ .
٣. الحديث أخرجه الطبراني في المعجم الكبير كما في مجمع الزوائد ٨٩/٥. وقال: (ورجاله ثقات) ، وصححه الشيخ الألباني في صحيح الجامع برقم ١٧٦٢ ج١/٣٦٢.

(٤) ما تهدف إليه الشريعة من تحصيل المصالح ودرء المفسد ومن ذلك قاعدة (جلب المصلحة ودرء المفسدة) كل ذلك يؤيد القبول بإباحة تطبيق الهندسة الوراثية على النبات والحيوان بضوابطها الشرعية. وكذلك قاعدة (الضرر يزال)^(١) فمن الضرر الذي يزال الجوع والمرض .

(٥) أن الإسلام يدعو إلى العلم ويقر بنتائج الصحة والهندسة الوراثية علم وهي وسيلة لتطوير إنتاج الحيوان والنبات طالما كانت وفق الضوابط الشرعية^(٢).

ضوابط استعمال الهندسة الوراثية في النبات والحيوان :

سبق أن ذكرنا جواز استخدام الهندسة الوراثية في النبات والحيوان ولكن هذا الجواز مقيد بضوابط معينة لا بد من أخذها في الاعتبار بسبب ما يكتنف هذه التطبيقات من محاذير وأخطار سبقت الإشارة إليها وأهم هذه الضوابط ما يلي :

(١) ألا يؤدي هذا الاستعمال إلى الضرر سواء أكان الضرر على البدن أو العقل ، سواء أكان الضرر عاجلاً أو آجلاً أي في المآل.

(٢) أن يكون مجال الاستفادة من الهندسة الوراثية في الطيبات لا في الخبائث فلا يحل أن يسعى في إنتاج نبات أو حيوان خبيث .

(٣) ألا يؤدي هذا الاستعمال إلى تغيير الخلقة حسب الأهواء لأنه منهي عنه شرعاً . فإن إنتاج حيوان بمواصفات عبثية لا يحقق مصلحة ولا يدفع مفسدة وفيه إضاعة للمال والجهد فضلاً عما يقترفه من تغيير لخلق الله.

(٤) أن يكون هذا الاستعمال لغرض صحيح تقود إليه الضرورة أو الحاجة كعلاج مرض أو تحسين غذاء ، وليس للعبث المفضي إلى اختلال التوازن في إيجاد النبات والحيوان فالإنتاج بكميات غير متوازنة مضر بالإنسان وبالبيئة فضلاً عن دخوله في الإسراف المهني عنه بالنصوص الشرعية ، كقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ ﴾^(٣).

(٥) ألا يفضي هذا الاستعمال إلى تعذيب الحيوان حالاً أو مآلاً لكونه داخلاً في إهلاك الحرث والنسل . وللأمر بالرفق بالحيوان وعدم تعذيبه وألا يؤدي أيضاً إلى إتلاف النبات وتدميره دون مبرر شرعي.

(٦) التأكد من توفر الخبرة والثقة والدقة في العمل فيمن يتولى استعمال الهندسة الوراثية في النبات والحيوان حتى لا تتعكس المسألة وتقلب المصلحة إلى مفسدة.

١. الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٨٦.
٢. الاستفادة من الهندسة الوراثية في الحيوان النبات ، د. محمد الروكي ص ٢١٧ - ٢٢٠ ؛ والهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، د. عبد الناصر أبو البصل ، ص ٧١٠.
٣. الأنعام جزء من الآية ١٤١ .

(٧) على الشركات والمصانع المنتجة للمواد الغذائية ذات المصدر الحيواني أو النباتي أن تبين للجمهور فيما يعرض للبيع ما هو محضر بالهندسة الوراثية مما هو طبيعي مائة بالمائة ليتم استعمال المستهلكين لها عن بينة^(١).

القسم الثاني

تطبيقات الهندسة الوراثية على الإنسان

إن محور الهندسة الوراثية - كما تبين سابقاً - بعد التعرف على الجينات (المورثات) وعلى تركيبها ، والتحكم فيها من خلال حذف بعضها لمرض أو غيره . أو إضافتها أو دمجها بعضها مع بعض لتغيير الصفات الوراثية الخلقية^(٢).

ويمكننا بحث هذه التطبيقات من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

استخدام الهندسة الوراثية في التشخيص (التشخيص الجيني)

فالتشخيص من أهم المراحل في العلاج ، والعلاج بالجينات ينظر إليه من خلال اعتبارين : الاعتبار الأول : اعتبار عام من حيث هو علاج للأمراض ، والاعتبار الثاني: اعتبار خاص فيما يتعلق بخصوصيته وما له من آثار وإجراءات^(٣).

فأما الاعتبار الأول : من حيث هو علاج للأمراض الوراثية فيطبق عليه عموم الحكم الشرعي التكليفي للتداوي^(٤) وهناك ثلاثة اتجاهات فقهية في ذلك . أولها : المنع من التداوي، الاتجاه الثاني: الوجوب ، والثالث : جواز التداوي ومشروعيته، والقول الأخير هو قول الجمهور وفي داخل هذه الاتجاهات عدة أقوال ، ولكل قول أدلته^(٥).

وليس هذا الموضوع موضع بسط الأقوال بأدلتها ومناقشتها فهي معلومة ويمكن الرجوع إلى مظاهرها .

أما الاعتبار الثاني : فهو النظر للعلاج بالجينات من حيث ما له من خصوصية ، وبالنظر كذلك لآثاره . وما يترتب عليه من مصالح أو مضار أو مخالفة للنصوص الشرعية^(٦).

١. انظر: الاستفادة من الهندسة الوراثية في الحيوان والنبات. د. محمد الروكي ص ٢٢١ - ٢٢٥ ، والهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، د. عبدالناصر أبو البصل ، ص ٧١٠ . وتوصيات ندوة الوراثة والهندسة الوراثية ص ١٠٤٩ . والهندسة الوراثية في النبات والحيوان وحكم الشريعة فيها . د. أحمد الحجى الكردي، ص ٢٤٠ - ٢٤١ .
٢. قرار المجمع الفقهي التابع للرابطة . في الدورة (١٥) والتي بدأت في ١١/٧/١٩٤١هـ (القرار الأول).
٣. انظر: العلاج الجيني من منظور الفقه الإسلامي ، د. علي القره داغي، ص ١٢ .
٤. انظر: العلاج الجيني من منظور إسلامي ، د. علي القره داغي ص ١٢ ، والإرشاد الجيني ، د. محمد الزحيلي، ص ٧٧٩ ، ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت.
٥. أحكام الإذن الطبي، د. عبدالرحمن الجرعي ، ص ٣٢ ، بحث منشور في مجلة الحكمة، بريطانيا، العدد ٢٩.
٦. العلاج الجيني من منظور الفقه الإسلامي ، د. علي القره داغي، ص ١٥٠ .

أما التشخيص الجيني العلاجي فيستهدف علاج أمراض جينية أو الوقاية منها من خلال اكتساب الجين المسؤول عن المرض وعلاجه، وقد استطاع العلماء كشف بعض الأطقم الوراثية السليمة والمرضية ومن ثم إمكانية التحكم فيها من خلال قصها ونزعها خارج (الجينوم البشري) إذا كانت ضارة.

ويتم ذلك من خلال أنزيمات محددة يمكنها التعرف على التتابع الوراثي محل الدراسة وقصه عند الموضع المراد.^(١)

المطلب الثاني

الفحص الجيني وأحكامه

وتحته صورتان:

الصورة الأولى : حكم المسح الوراثي :

يتمثل المسح الوراثي : في تشخيص الأمراض الوراثية على نطاق واسع من المجتمع في مراحل مختلفة من العمر باستخلاص عينة دم للتشخيص الوراثي ويهدف هذا المسح إلى الحد من اقتران حاملي المورثات المعتلة ، وبالتالي الحد من الولادات المصابة بالمرض.

حكم المسح الوراثي :

بما أن المسح الوراثي يهدف إلى تقليل الأمراض الوراثية ويساعد الأطباء على وضع البرامج الوقائية لحماية الإنسان ويسهم في دفع الأضرار قبل وقوعها فإن مقاصد الشريعة والمصالح المرسله وقواعد الشريعة عموماً تجيز هذا المسح الوراثي، بشرط أن تكون الوسيلة المستعملة لذلك مباحة وآمنة ولا تلحق الضرر بالإنسان ولا بالبيئة مع وجوب الحفاظ على سرية نتائج هذا المسح إلا بمقدار الحاجة لحماية لأسرار الناس .

ويصح الإيجاب على هذا المسح الوراثي في حالتين :

الأولى : إذا انتشر وباء في بلد معين.

الثانية : أن يأمر الإمام بهذا المسح تحقيقاً لمصالح عامة^(٢).

الصورة الثانية : الفحص الجيني قبل الزواج :

ولذلك فوائدها أهمها : الوقاية من الأمراض الوراثية المنتشرة في المجتمع كالثلاسيميا أو الأنيميا المنجلية وذلك لمعرفة حاملي هذه الجينات المعتلة فينصح الراغبان في الزواج بالعدول عنه إذا كان أحدهما حاملاً لجين معتل، حتى لا تصاب ذريتهما بالأمراض الوراثية أو ينصحان بإجراء فحوصات الحمل عند الرغبة في الإنجاب^(٣).

١. انظر: العلاقة بين الهندسة الوراثية وحقوق الإنسان، د. سعيد جويلي، ص ١٢٩٣.

٢. انظر: الإرشاد الجيني، د. ناصر الميمان، ص ٨٢٠، ٨٢١. والعلاج الجيني من منظور إسلامي، د. علي القره داغي، ص ١٧. والاختبار الجيني والوقاية من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، د. عازف علي عارف، ص ٧٨٠، ٧٨٤، ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة.

٣. انظر: الجوانب الطبية للإرشاد الجيني، د. محمد علي البار، ص ٦٣٣، ٦٣٤.

ولهذا التشخيص والفحص محاذير منها :

- (١) إيهام الناس أن الفحص الطبي سيقيهم من الأمراض الوراثية وهذا غير صحيح لأن الفحص الطبي الوراثي لا يكشف إلا عن عدد قليل من الأمراض المنتشرة في المجتمع.
 - (٢) عدم التحكم في سرية نتائج الفحوصات.
 - (٣) تأثير هذا الفحص على إحجام الشباب عن الزواج .
 - (٤) ظهور صفة وراثية غير مرغوب فيها^(١).
- ولكن هذه المحاذير لا تعود إلى الفحص أو التشخيص لذاته وإنما يعود لفهم المقصود به أو لخلل في التطبيق .

المطلب الثالث

حكم الفحص الجيني قبل الزواج

اختلف العلماء المعاصرون في هذا الحكم على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى أن الأولى ترك الفحص (الكشف) الجيني لأن الأولى أن يحسن العبد ظنه بربه جل وعلا ، ولأن هذا الفحص يعطي نتائج غير صحيحة.

وأجيب : بأن الأخذ بالأسباب لا يتعارض مع إحسان الظن بالله عز وجل فكلاهما مأمور به ، ولا يسلم بعدم دقة نتائج الفحص الجيني وإن حصل خطأ في ذلك فهذا راجع إلى الوسيلة لا إلى الفحص ذاته أو التشخيص ذاته^(٢).

القول الثاني : وذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى وجوب الفحص الجيني قبل الزواج مطلقاً فيما يتعلق بالأمراض الوراثية . ولا يعتبر ذلك افتتاً على الحرية الشخصية ، لأن فيه مصلحة تعود على الفرد أولاً ، وعلى المجتمع والدولة والأمة ثانياً ، كما هو الحال في وضع الدول للقوانين والأنظمة التي تحقق المصلحة العامة في القبول للوظائف ، أو المدارس والجامعات. وإن نتج عن هذا الإلزام ضرر خاص بفرد أو أفراد لم يعتبر هذا الضرر لأن الضرر العام مقدم على الضرر الخاص ، فيرتكب أهون الشرين لدفع أعظمهما^(٣).

وقد أجيب عن هذا : بأن فيه إيجاب حق لم يأت به الشرع ، وفيه حرج على المكلفين نفسياً ومالياً ، وقد يحدث المرض بعوامل وراثية أخرى^(٤) بالإضافة إلى أن الفحوصات ليست قطعية النتائج.

١ انظر: الجوانب الطبية للإرشاد الجيني، د. محمد علي البار، ص ٦٤٢، ٦٤٣ .
٢ ممن قال بهذا الشيخ عبدالعزيز بن باز والشيخ عبدالله بن جبرين (انظر : جريدة المسلمون ، ص ١١ ، العدد ٥٩٧ ، بتاريخ ١٧/٢/٢٦هـ ، وانظر : أحكام الهندسة الوراثية ، د. سعد الشويرخ ، ص ١٢٧ .
٣ انظر: الإرشاد الجيني، د. محمد الزحيلي ، ص ٧٨٢ .
٤ انظر : الإرشاد الجيني ، د. ناصر الميمان ، ص ٨٢١ ، ونظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية ، ص ٦٤٩ .

القول الثالث : مشروعية الفحص الجيني^(١)، وذهب إليه كثير من المعاصرين وبه صدرت توصية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية^(٢)، وأدلتهم كثيرة ومن أهمها :

- (١) الأحاديث الواردة في التوقي من الأمراض كحديث: (لا يورد ممرض على مصح)^(٣) .
- (٢) الأحاديث الواردة في التداوي كحديث (إن الله خلق الداء والدواء، فتداووا ولا تتداووا بحرام)^(٤) .

(٣) قاعدة : (الضرر يزال) (٥) وغيرها من قواعد رفع الحرج.

(٤) أن الفحص الجيني قبل الزواج فيه حماية للأسرة من الأمراض الوراثية وهو وسيلة لإيجاد السكن والمودة والنسل السليم وما أدى إلى المشروع فيكون مشروعاً^(٦).

والراجع مما تقدم هو القول الثالث – إن شاء الله – لوجاهة استدلالهم ويمكن أن يقال بوجوب الفحص الجيني في حالتين :

الأولى : إذا انتشر الوباء في مجتمع معين أو مجموعة عرقية معينة.

الثانية : إذا ألزم به ولي الأمر ، فإن طاعته واجبة في هذا بالمعروف لأنه تصرف منوط بالمصلحة ويتحمل الضرر الحاصل فيه ، لأنه من باب تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام^(٧).

١ أخرج البخاري في كتاب الطب ، باب: لاهامة ص٥٠/٤ ، ومسلم في كتاب السلام ، باب لا دعوى ولا طيرة ، ١٧٤٣/٤ .

٢ سبق تخريجه .

٣ الأشباه والنظائر ، لجلال الدين السيوطي ، ص ٨٣ .

٤ انظر أحكام الهندسة الوراثية ، د. سعد الشويرخ ، ص ١٣٧ .

٥ انظر: الإرشاد الجيني ، د. محمد الزحيلي ص ٨٢١ .

٦ انظر : الكائنات وهندسة الموروثات ، د. صالح كريم ص ١١٠ ، أحكام الهندسة الوراثية ، د. سعد الشويرخ ص ٥٧ .

٧ الهندسة الوراثية للشويرخ ، ص ٢٨٧ .

المبحث الثالث

العلاج الجيني وكيفية العلاج به ، وسلبياته ، وحكمه

أولاً : المقصود بمصطلح الجين :

يستخدم هذا المصطلح لوصف الوحدات القاعدية للوراثة ، ويتحكم الجين في الصفات الوراثية المختلفة من طول الجسم وقصره وشكله أو لونه بل بنبرة الصوت ولون العين وحدة شم الأنف أو الإصابة بمرض وراثي معين ، ويشترك في إبراز كل صفة من الصفات الماضية جينات متعددة .

وأول من أطلق لفظ جين Gene هو العالم (جوهانسن) عام ١٩٠٩ م . وتختلف عدد الجينات في الخلية الواحدة من كائن لآخر . ورغم أن هذه الجينات موجودة في كل خلية من خلايا الجسم إلا أن جزءاً يسيراً منها يعمل في كل خلية معينة قدرت بحوالي ٢٠٪ فقط أي أن هناك جينات نشطة والأخرى غير نشطة ، وذلك حسب حاجة الخلية ووظيفتها .

ثانياً : المقصود بالعلاج الجيني :

يعد نقل الجينات أحد أهم تطبيقات الهندسة الوراثية التي سبق الحديث عنها ، والمقصود بالعلاج الجيني : نقل جزء من الحمض النووي إلى خلية لإعادة الوظيفة التي يقوم بها هذا الجين إلى عملها .

وقد أمكن تحديد موقع كل جين على أي صبغي (كروموسوم) وكذا معرفة طبيعته الكيميائية التي تتسبب في إظهار المرض الوراثي ، وعلاقته بما قبله وما بعده من الجينات ، وذلك عن طريق الجينوم البشري .

وقد فتح العلاج الجيني باباً واسعاً لعلاج الكثير من الأمراض الوراثية التي نشأت بسبب الخلل في الجينات وكذلك الحد من تشوهات المواليد الخلقية ، وذلك عن طريق معرفة الجين المسبب للمرض ، ونقل المورث الذي يقوم بوظيفته إلى الخلية عن طريق العلاج بالجينات .^(١)

ثالثاً : كيفية العلاج الجيني :

ويمكن أن يتم العلاج الجيني بأحد الطرق التالية :

(أ) إحلال الجين : أي أن تحل جينات سوية مكان الجينات المعطوبة ، وهي التي تفضل في أن تقوم بوظيفتها على الوجه السليم ، وبالتالي فإن مثل هذه الحالات التي يتم علاجها بهذه الطريقة ، يجب أن تكون تلك التي تنتج عن جين وحيد معيوب ، ويجب أن يكون الجين معروفاً ويمكن استخلاصه وعزله بصورة نقية ، وبعد ذلك يتم طرد الجين الشاذ .

١ . أنظر : الكائنات وهندسة المورثات ص ١٢١ ، ١٢٣ وأحكام الهندسة الوراثية للشويخ ، ص ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، أساسيات الوراثة والعلاج الجيني ، د. عبدالعزيز السعيد البيومي ، ص ١١ ، ١٢ ، بحث منشور ضمن أعمال ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني المنعقدة بجامعة قطر في الفترة من ٢٠ - ٢٢ أكتوبر / ٢٠٠١ م .

(ب) تصحيح الجين : أي تعديل الجين المختل وظيفياً باستخدام التقنيات الوراثة الحديثة ، مثل الطفرات ^(١) الموجهة إلى موقع معين بحيث يتم تصحيح الرسالة الوراثة المعيبة .

(ج) زيادة الجين : ويتضمن إدخال جين يقوم بوظيفته بالكامل داخل الخلية ، دون إزالة أو تغيير الجين المعطوب الموجود بالخلية ^(٢) .

والعلاج الجيني يختلف عن غيره من العلاجات الأخرى كالعقاقير ، فهما يختلفان في أن تأثير العلاج الجيني مستمر . فمثلاً نقل الجين الذي يقوم بوظيفة إنتاج الأنسولين لمريض ، سيمكن خلاياه من إنتاج الأنسولين اللازم بصفة دائمة ، وهذا بخلاف العلاج بالعقاقير الذي يكون تأثيره وقتياً ما دام الجسم تحت تأثير الدواء .

والفرق الثاني : أن مادة العلاج هي استخدام جزئيات الحمض النووي بدلاً من المواد الكيميائية ^(٣) .

رابعاً : مستقبل العلاج الجيني :

تشير العديد من الدراسات إلى أن هناك مستقبلاً زاهراً ينتظر العلاج الجيني وذلك لعلاج أمراض واسعة الانتشار ، يعاني منها الملايين ، كالسرطان والتهاب الكبد الفيروسي والإيدز وغيرها ، بالإضافة إلى معالجة الأجنة قبل ولادتها ، وتشخيص الأمراض الوراثة قبل الزواج ، والاكتشاف المبكر للأمراض الوراثة تمهيداً لعلاجها قبل وقوعها أو الحد من خطورتها ، وإثراء المعارف العلمية عن طريق التعرف على المكونات الوراثة ، ومعرفة التركيب الوراثة للإنسان ، وإنتاج مواد بيولوجية وهرمونات يحتاجها جسم الإنسان للنمو والعلاج ^(٤) .

وبالرغم من كل الفوائد المذكورة للعلاج الجيني فإن المردود الإيجابي والملاحظ لا زال ضئيلاً حتى الآن ، حيث إن العلاج الجيني ما زال يتطلب التغلب على كثير من المشكلات والعقبات ، حتى يمكن استخدامه كوسيلة ناجحة لعلاج الأمراض الوراثة .

خامساً : سلبيات العلاج الجيني ما يلي :

(١) أن الغموض لا زال يكتنف الكثير من معالمه وحقائقه ، ولم يخضع لتجارب طويلة تضمن سلامة استخدامه .

١. الطفرة : تغير يطرأ على المادة الوراثة قد ينتج عنه أمراض وراثية (أحكام الهندسة الوراثة للشويخ ص ٢٩) .
٢. انظر : أساسيات الوراثة والعلاج الجيني ، للبيومي ، ص ١٢ .
٣. انظر : أحكام الهندسة الوراثة ، د. سعد الشويخ ، ص ٢٨٨ ، ٢٨٩ .
٤. العلاج الجيني من منظور إسلامي ، د. علي القره داغي ، ص ٩ ، ١٠ ، منشور ضمن أبحاث ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني ، جامعة قطر ، ٢٠٠١ م وبحث " الإرشاد الجيني (أهمية آثاره - محاذيره) للدكتور ناصر ابن عبدالله الميمان ، ص ٨١٠ ، ٨١١ ، وبحث " الاسترشاد الوراثة : أهمية التوعية الوقائية ومحاذيره الطبية والأخلاقية ، د. محسن بن علي الحازمي ، ص ٦٨٨ ، وكلاهما ضمن أبحاث ندوة الوراثة والهندسة الوراثة والجينوم البشري والعلاج الجيني ، من مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، ١٤٢١ هـ .

- (٢) أن تحضير الناقلات الفيروسية وإدخالها إلى الخلايا قد يترتب عليه تهديد لحياة الإنسان .
- (٣) احتمال الخطأ في تحديد موقع الجين على الصبغي بدقة، ويترتب عليه الخطأ في عملية النقل، وربما ترتب على ذلك خطر أشد، فالعمل في العلاج الجيني يقع في ظلام كامل وفي معيار يقاس بالجزء من المليون من المليمتر .
- (٤) احتمال أن تسبب الجينة المزروعة نموا سرطانيا .
- (٥) استخدام المنظار الجيني في معالجة الأجنة قبل ولادتها قد يؤدي إلى مضاعفات خطيرة على حياة الأم أو الجنين .
- (٦) قد ينشأ بسبب عملية النقل للجين أمراض غير معروفة^(١) وغيرها من السلبيات.

سادساً : حكم العلاج الجيني :

سبق بيان مفهوم العلاج الجيني وذكر مزاياه ومخاطره فيما تقدم من هذا البحث .
وتقدم في البحث سابقاً حكم التشخيص الجيني وأنه يدخل في عموم مشروعية التداوي ، وكذلك العلاج الجيني هنا من حيث المبدأ .
وفي هذا المطلب ، نتحدث عن بعض الأحكام التفصيلية فيما يتعلق بالعلاج الجيني من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

أنواع العلاج الجيني

ينقسم العلاج الجيني باعتبار الخلية المعالجة إلى نوعين:

النوع الأول : العلاج الجيني للخلايا الجسدية.

ويقصد به : إصلاح الخلل الجيني على مستوى جميع الخلايا ما عدا الجنسية منها (الحيوان المنوي في الذكر والبويضة في الأنثى) ويستثنى أيضاً الخلية الجنسية (البويضة بعد تلقيحها بالحيوان المنوي).

النوع الثاني : العلاج الجيني للخلايا الجنسية (التناسلية) والجنينية:

ويقصد به علاج الخلايا الجنسية والجنينية التي ينشأ عنها الإنسان ولها حالتان :

(١) أن تكون غير مخصبة وهي الحيوان المنوي والبويضة .

(٢) أن تكون مخصبة، وهي البويضة الملقحة (الزيجوت).^(٢)

١ . أنظر : الكائنات وهندسة المورثات ، د. صالح كريم ، ص ١٢٦ ، ١٢٧ ، والإرشاد الجيني ، د. ناصر الميمان ، ص ٨١١ ، وأحكام الهندسة الوراثية ، د. سعد الشويرخ ، ص ٢٩١ ، والعلاج الجيني والانعكاسات الأخلاقية ، د. صديقة العوضي ، ص ١٣ ، ١٤ ، الجينوم البشري وحكمه الشرعي ، د. نور الدين الخادمي ، ص ٣١ .
٢ . انظر: العلاج الجيني للخلايا البشرية في الفقه الإسلامي، ابتهاج محمد رمضان أبو جزر، ص ١٨. بحث مقدم لاستكمال درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون بغزة، ١٤٢٩هـ، غير منشور. وانظر: أحكام الهندسة الوراثية ، د. سعد الشويرخ ، ص ٩٧ .

المسألة الثانية

كيفية العلاج الجيني للخلايا الجسدية

يحتاج العلاج الجيني إلى التعرف على موقع الخلل الجيني الذي يراد تعويضه أو تحفيزه، والخلايا الجذعية (الأصلية) هي أنسب الخلايا المعالجة، وذلك لأنها تعمل على تقويم الخلل في الخلية الأم التي تنقسم بعد ذلك لتعطي خلايا سليمة، ومع تقدم العمر فإن النجاحات التي تحققها الخلايا الجذعية (الأصلية) أقل لأنه يقل عدد انقسامها نظراً لعدم حاجة الجسم لها بالإضافة إلى تعرضها للإصابة بالسموم ونحوها . كما يحتاج العلاج الجيني إلى توفير الجين السليم المراد إعطاؤه مكان المعطوب .

ويحتاج العلاج الجيني كذلك إلى توفير آلية يصل بها الجين إلى الخلايا المستهدفة بالتحديد وذلك النقلات الفيروسية أو غيرها من الطرق الكيميائية أو الفيزيائية^(١).

المسألة الثالثة

الفرق بين نقل الجينات للخلايا الجسدية وبين نقلها للخلايا التناسلية

رغم أن نقل الجينات إلى الخلايا الجسدية والتناسلية فيه توافق كبير لكن بينهما بعض الفروق المهمة ومنها :

(١) النقل الجيني للخلايا الجسدية يكون لخلايا بعينها مثل الكبد والرئة أما النقل للخلايا التناسلية فينتقل الجين إلى الحيوان المنوي أو البويضة أو اللقيحة وبالتالي فينتقل الجين إلى جميع خلايا الجنين. وبالتالي فإن نقل الجين إلى الخلية الجسدية يحدث تغييراً محدوداً في خلايا عضو معين بخلاف النقل للخلية التناسلية فيحدث تغييراً في جميع التركيبة الوراثية لخلايا الجنين ويؤثر على نسله أيضاً.

(٢) علاج الخلايا الجسدية يكون بعد ولادة الإنسان ومرضه، أما في الخلايا التناسلية فيكون النقل إلى الجنين في بداية تكونه إذ خشي أن يصاب بالمرض^(٢).

المسألة الرابعة

حكم استخدام العلاج الجيني للخلايا الجسدية

يختلف الغرض من استخدام العلاج الجيني للخلايا الجسدية فأحياناً يكون الغرض علاج الأمراض وأحياناً يكون الغرض منه الوقاية من الأمراض وأحياناً يكون الغرض منه التحسين واكتساب صفة معينة.

١. انظر: العلاج الجيني واستنساخ الأعضاء البشرية ، الدار المصرية اللبنانية ، القاهرة، ١٩٩٩م، والعلاج الجيني للخلايا البشرية ، ابتهاج أبو جزر، ص ٢٥ - ٢٦. وأفق وحدود تكنولوجيا العلاج الجيني في المجتمعات الإسلامية، د. محمد الطيبي ص٣٤٨، بحث منشور ضمن ندوة الانعكاسات الأخلاقية للأبحاث المتقدمة في علم الوراثة، جامعة قطر، كلية العلوم، الدوحة ١٤١٣هـ.

٢. انظر: أحكام الهندسة الوراثية ، د. سعد الشويرخ ، ص ٢٢٨، وأفق وحدود تكنولوجيا العلاج الجيني، د. محمد الطيبي ص ٣٤٩.

وتفصيل الحكم فيها على النحو الآتي :

الغرض الأول : أن يستخدم العلاج الجيني للخلايا الجسدية بغرض العلاج من الأمراض

وقد اختلف في حكمه على قولين :

القول الأول : يمنع استخدام العلاج الجيني هنا وقال به بعض الباحثين وذلك كما في العلاج الجيني من تغيير الخلقة، وتغليب القاعدة : (درء المفسد مقدم على جلب المصالح)، ولما يخشى من عواقب هذا العلاج وآثاره حيث يخشى أن تكون أشد مما يعانيه المريض^(١). ويمكن أن يجاب عن أدلة هذا القول بأن النهي عن تغيير الخلقة إنما يكون عند العبث وعدم المصلحة، بخلاف ما يكون علاجاً فليس بمنهي عنه واستدلالهم بقاعدة: (درء المفسد مقدم على جلب المصالح) يجاب عنها بأن القائمين بالجواز اشترطوا رجحان المصالح على المفسد ، فإن رجحت المفسد فالصواب المنع ويجاب بهذا أيضاً عن قولهم: بأنه يخشى أن تكون عواقب العلاج الجيني أشد من المرض الذي يعالج منه المريض.

القول الثاني : الجواز . وبه قال كثير من الباحثين، وصدر به قرار المجمع الفقهي التاسع للرابطة وصدرت به توصية ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية^(٢) . وغيرها من الندوات .

وهذا القول بالجواز مشروط بما يلي :

- (١) ألا يؤدي العلاج الجيني هنا إلى ضرر أعظم من الضرر الموجود أصلاً .
- (٢) أن يحقق هذا العلاج - بحسب غلبة الظن - مصلحة بالشفاء من المرض المراد علاجه أو بالتخفيف من آلامه .
- (٣) أن يتعذر وجود البديل.
- (٤) عدم حصول الضرر على المتبرع^(٣) ، مع الإشارة هنا إلى استيفاء الشروط في نقل الأعضاء.
- (٥) أن يجري عملية العلاج أطباء متخصصون ذوو خبرة عالية وإتقان.

١ انظر: الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، د. علي المحمدي ، ص ١١٦ ، حولية كلية الشريعة والقانون، جامعة قطر، العدد (١٥)، ١٤١٨هـ.

٢ انظر : القرار الأول للدورة (١٥) في رجب ١٤١٩هـ، من قرارات مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، وتوصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، الكويت ص ١٠٤٨ . الهندسة الوراثية من منظور شرعي، د. عبدالناصر أبو البصل ، ص ٧٠٥، والعلاج الجيني للخلايا البشرية د. ابتهاج أبو جزر ص ٣٠ ، ٣٣ ، وأحكام الهندسة الوراثية للشويخ، ص ٣٣١.

٣ الهندسة الوراثية من منظور شرعي، د. عبدالناصر أبو البصل ص ٧٠٦. والعلاج الجيني في ضوء الضوابط الشرعية، د. عبدالناصر أبو البصل ص ٦ ، بحث مقدم لندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني، كلية العلوم، جامعة قطر (٢٠٠١).

(٦) أن يكون الاستخدام للعلاج الجيني في إطار العلاجات التي تمت المصادقة عليها وإقرارها من الجهات المعنية.

(٧) ألا يستخدم علاج منها في طور التجريب.

(٨) أن تكون المختبرات الخاصة بالعلاج الجيني تحت رقابة الدولة وإشرافها، لخطورة هذا النوع من العلاج .

(٩) وجوب أخذ الإذن الطبي بشروطه المعتبرة.(١)

وأدلة هذا القول كثيرة ومن أهمها :

(١) الأدلة على إحسان خلق الإنسان وهي كثيرة ومنها قوله تعالى: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾ (٢) . وفي العلاج بالجينات إعادة لخلق الإنسان في أحسن تقويم بعد الآفات التي طرأت عليه.

(٢) الأدلة على مشروعية التداوي ، وقد سبقت الإشارة إليها.

(٣) قواعد رفع الضرر، والقواعد العامة للإباحة .

(٤) قياس النقل الجيني هنا على نقل الدم ونقل الأعضاء.(٣)

وبناء على القول بالجواز هنا : فيشمل ذلك أخذ جين إنسان وزرعه للحصول على إفرزاته ؛ لتعطى لمريض قد تعطل جينه . فيجوز غرس جين الإنسان الذي يفرز الأنسولين في نوع من البكتيريا لإنتاج الأنسولين الذي هو أهم علاج لمرض السكر حتى الآن ، كما يجوز الحصول على هرمون النمو من الجين الذي يفرزه ؛ لعلاج ذوي قصور النمو (٤) .

الغرض الثاني : أن يستخدم العلاج الجيني للخلايا الجسدية بغرض الوقاية من الأمراض:
ويتم ذلك حين يطلع الإنسان على خارطته الجينية (الجينوم البشري) فيظهر له أنه قد يصاب بمرض وراثي واحد أو أحد من نسله فيرغب في إعطائه العلاج الجيني المناسب لوقايته من هذا المرض وهذا كله لا زال في طور المحاولات.(٥)

ويمكن أن يقال في حكم هذا الغرض أنه ينقسم إلى حالتين :

الحالة الأولى : أن يكون حاملاً لجين مريض يظهر أثره في سن متأخرة من حياته.

فالظاهر – والله أعلم – أنه في حكم المقدم على المرض وإن لم تظهر عليه علامات المرض فيمكن أن يقال بإلحاقه بحكم استخدام العلاج الجيني من أجل العلاج.

١. انظر: العلاج الجيني من منظور الفقه الإسلامي، د. علي القره داغي، ص ٢٤، ٢٥، والاستفادة من الهندسة الوراثية، د. محمد الروكي، ص ٢٢٥، والعلاج الجيني للخلايا البشرية، ابتهاج أبو جزر ص ٥٥، ٥٦.

٢. التين الآية ٤

٣. انظر: العلاج الجيني في ضوء الضوابط الشرعية، د.أبوالبصل ص٥، والعلاج الجيني للخلايا البشرية، أبو جزر ص٣٣، ٣٦، وأحكام الهندسة الوراثية، للشويخ ص٣٣٤ وما بعدها

٤. انظر : الوصف الشرعي للجينوم البشري والعلاج الجيني ، د. عجيل النشمي، ص ٥٥٨، ٥٥٩.

٥ انظر: عصر الجينات ، د. عبدالباسط الجمل، ص ٧٦.

وقد ترجح جوازه عند ذكر الغرض الأول .

الحالة الثانية : أن يكون الإنسان حاملاً لجين يحمل المرض ولكنه لا يظهر إلا بتأثره بعوامل أخرى كالبئة والإشعاعات أو أنه سيظهر في الأجيال القادمة. وقد ذهب بعض الباحثين إلى التفصيل في حكم هذه الحالة بين ما إذا كان يُجزم بأن الجين الحامل للمرض سيصيب الجسم بمرض أو يصيب الأجيال القادمة . ففي هذه الحالة يجوز العلاج الجيني ويلحق ذلك بالوقاية المشروعة في الإسلام.

وبين ما إذا الجين الحامل للمرض يتوقع أن يؤدي للمرض ولكن ليس بنسبة كبيرة تصل إلى الجزم أو ما يقرب منه . وفي هذه الحالة لا يجوز العلاج الجيني ، لأن الأصل عدم جواز التدخل في الجسم البشري إلا لضرورة ولا ضرورة هنا ، ولأن العلاج الجيني فيه مخاطر حقيقية أجزت لأجل الضرورة بدفع ضرر أكبر^(١).

والذي يظهر لي - والله أعلم - أن الحالة الثانية بتفصيلها تمنع من العلاج الجيني ، وذلك لما للعلاج الجيني من محاذير ومخاطر ، ولا يدري ما الذي يستجد مستقبلاً فلا يتدخل الإنسان بعلاج نفسه لأمر لا يدري هل يتعرض له أم لا ؟ ولأجيال قد تأتي أو لا تأتي ولا يدري ماذا يستجد من أنواع العلاج فيما يستقبل من الوقت ، مع عدم تحقق الضرورة أو الحاجة هنا. والله أعلم.

الغرض الثالث : أن يستخدم العلاج الجيني للخلايا الجسدية التحسين واكتساب صفات معينة مثل : اللون والشكل والقوة والذكاء .

فينتقل الجين السليم إلى خلايا الشخص السليم لتحسين صفة معينة كما سبق دون حاجة أو ضرورة . وقد اختلف الباحثون في حكم هذا الغرض على قولين :

القول الأول : الجواز ، وبه قال بعض الباحثين .^(٢)

واستدل لهذا القول بالآيات والأحاديث التي تمتدح الصحة والقوة والكمال والجمال كما في قوله تعالى: ﴿ **وَزَادَهُ بَسْطَةً فِي الْعِلْمِ وَالْجِسْمِ** ﴾^(٣) ، وكما في الحديث : (إن الله جميل يحب الجمال)^(٤) . واستدل كذلك بأن الأصل في الأشياء الإباحة. فالعلاج الجيني هنا لم يرد فيه منع فيبقى على أصل الإباحة.

وقد أجب عن استدلال أصحاب القول الأول بما يلي :

(١) أن الآيات والأحاديث التي جاءت تمتدح الصحة والكمال والقوة والجمال ، منها ما يقصد به الأوصاف الخلقية وليست المكتسبة حتى يسعى الإنسان لتغييرها ، فهذا أمر

١. انظر: العلاج الجيني للخلايا البشرية، ابتهاج أبو جزر ، ص ٥٣ - ٥٥.

٢. انظر: رأي الدكتور محمد رأفت عثمان بالجواز ، ضمن مناقشات أعمال ندوة : (الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري، ص ٨٣٤).

٣. البقرة من الآية ٢٤٧

٤. أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الايمان، باب تحريم الكبر وبيانها، ٩٣/١.

منهي عنه ، ومنها ما جاء بمعنى أن هذه الصفات تعني: الجمال الباطن وهو جمال العقل والعلم ونحوها . وكذلك القوة تعني: القوة في أمر الله وتنفيذه.

(٢) وأما استدلالهم بقاعدة: (الأصل في الأشياء الإباحة) فالأصل هنا المنع لما فيه من تغيير الخلقة.^(١)

القول الثاني : المنع ، وهو قول أكثر الباحثين الذين تناولوا هذه المسألة . وبه صدر قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي ، وتوصية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية وغيرها من الندوات.^(٢)

الأدلة :

استدل لهذا القول بأن هذا النوع من العلاج يشتمل على تغيير خلق الله وهذا منهي عنه بقوله تعالى: ﴿ **وَلَا مُرْتَهُمُ فَلْيُغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ** ﴾^(٣) .

فقد وردت الآية في سياق الذم والوعيد ، وبيان أن هذا التغيير في الخلق ، إنما هو بأمر الشيطان.

واستدل لهذا القول كذلك بالآيات التي تدل على تكريم الإنسان وتحسين خلقه كما في قوله تعالى : ﴿ **لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ** ﴾^(٤) . وإذا كان كذلك فلا يصح العبث بخلقه بتغيير صفاته على سبيل التشهي .

بالإضافة إلى الأموال الطائلة التي تصرف في هذا العلاج دون غرض صحيح . بل هو عبث وامتهان للإنسان كما أن هذا النوع من العلاج لا يخلو من ضرر قد ينشأ عنه دون وجود حاجة ولا ضرورة فيكون ممنوعاً^(٥) .

والراجع - والعلم عند الله - هو القول الثاني لوجهة أدلته ولموافقه لمقاصد الشريعة وقواعدها العامة.

المسألة الخامسة

حكم استخدام العلاج الجيني للخلايا التناسلية (الجنسية) والجنينية

توطئة :

الخلايا الجنسية هي المسؤولة عن عملية التكاثر والإنتاج وهي على نوعين :

١. انظر: أحكام الهندسة الوراثية، د. سعد الشويرخ، ص ٣٤٧ - ٣٥٠.
٢. انظر: القرار الأول من قرارات المجمع في دورته الخامسة عشرة بتاريخ رجب ١٤١٩هـ، مكة المكرمة، وتوصيات ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني ص ١٠٤٩، والعلاج الجيني من منظور الفقه الإسلامي. د. علي القره داغي، ص ١٨، والجينوم البشري وحكمه الشرعي، د. نور الدين الخادمي، ص ٤٥.
٣. النساء، جزء من الآية ١١٩
٤. التين: الآية ٤
٥. انظر: الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، د. عبدالناصر أبو البصل، ص ٧١١. وأحكام الهندسة الوراثية، د. سعد الشويرخ، ص ٣٥٠، ٣٥١، وبحوث في الفقه الطبي، د. عبدالستار أبو غدة، ص ٨٠.

١. الحيوان المنوي في الذكر .
٢. البويضة في الأنثى.

أما في الخلايا الجينية فهي عبارة عن الخلية الناتجة عن تلقيح الحيوان المنوي للبويضة ، أو ما يسمى باللقحة أو البويضة الملقحة أو الزيجوت.

وكيفية العلاج الجيني للخلايا الجنسية والجينية لا تكاد تختلف عن العلاج الجيني للخلية الجسدية كما ذكرنا سابقاً مع الإشارة إلى أن العلاج للخلايا الجنسية لا يقتصر أثره على الخلية المعالجة وإنما يؤثر على النسل فيما بعد.^(١)

وقد تم بيان ذلك عند ذكر مسألة الفرق بين نقل الجينات للخلايا الجسدية وبين نقلها للخلايا التناسلية (الجنسية).

ومن هنا تكمن خطورة العلاج الجيني في الخلايا الجنسية فالعلاج به يغير صفات كاملة في الإنسان ويمتد أثره إلى الذرية ، كما أن هذا التغيير لا يظهر أثره في الحال وإنما بعد نمو الجنين^(٢).

ومعنى هذا أنه لو كان هناك آثار للعلاج الجيني في الخلية الجنسية مثل حدوث طفرات^(٣) وراثية بالخلية .

فإن هذه الطفرات لا يقتصر أثرها الضار على من تتم معالجته فقط وإنما يمتد هذا الأثر ليشمل ذريته كذلك ، والذي قد يصل إلى درجة إحداث التشوهات الخلقية المميتة أو المعوقة لهذه الذرية^(٤).

وهذا ما حدا بالكثير من الأطباء أن يمنع استخدام العلاج الجيني في الخلايا الجنسية (التناسلية).^(٥)

وقد ذكرنا محاذير وسلبيات العلاج الجيني عموماً فيما تقدم من البحث.

حكم استخدام العلاج الجيني للخلايا التناسلية (الجنسية) والجينية:

كما قدمنا في استعمال العلاج الجيني للخلايا الجسدية فإن الأغراض من الاستعمال للعلاج الجيني في الخلايا الجنسية تختلف فأحياناً يكون الغرض هو التحسين واكتساب

١. انظر: العلاج بالجينات، د. سفيان محمد العسولي ، مجلة الإعجاز العلمي ، العدد التاسع ، صادرة عن هيئة الإعجاز العلمي في الكتاب والسنة ، التابعة لرابطة العالم الإسلامي ، مكة المكرمة ، والوصف الشرعي للجينوم البشري والعلاج الجيني، د. عجيل النشمي، ص ٥٥٩ ، ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية ، الكويت.
٢. انظر: العلاج الجيني للخلايا البشرية ، ابتهاج أبو جزر ، ص ٦٩.
٣. الطفرة : تغير يطرأ على المادة الوراثية قد ينتج عنه أمراض وراثية، وهذا التغيير يحل محل الأصل ، وينتقل أثناء عملية انقسام الخلية إلى النسل بصورة مطابقة للأصل وتظهر آثاره عليه (آحكام الهندسة الوراثية ص ٣٩).
٤. العلاج الجيني رؤية شرعية وعلمية. د. عبدالفتاح إدريس ، في موقع خصوصية دوت كوم على شبكة الانترنت. www.khosoba.com.
٥. انظر: أفق وحدود تكنولوجيا العلاج الجيني . د. محمد الطيبي، ص ٣٤٩ ، وأساسيات الوراثة والعلاج الجيني ، د. عبدالعزيز البيومي، ص ١٣.

صفات معينة، وأحياناً يكون الغرض هو الوقاية من الأمراض والآفات وأحياناً يكون الغرض منه علاج الأمراض.

وتفصيل الحكم في هذه الأغراض على النحو الآتي :

الغرض الأول : أن يكون استعمال العلاج الجيني في الخلايا التناسلية تحسينياً. فيجري تعديل الصفات الوراثية لا لمرض أو عاهة بل لاكتساب صفات معينة لذلك المولود المتكون من هذه الخلايا وهي أيضاً تمتد لنسله كذلك ومن هذه الصفات : الطول والقوة ولون البشرة .. الخ فما حكم العلاج الجيني في هذه الحالة؟

هذه الصورة منعها جميع من كتب في هذا الموضوع فيما اطلعت عليه، وبها صدر العديد من القرارات والتوصيات للهيئات العلمية ومنها : مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي ، وتوصية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، وتوصية ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني.^(١) وغيرها.

وأدلة المنع هنا هي نفس الأدلة التي ذكرناها سابقاً في حكم استخدام العلاج الجيني في الخلايا الجسدية بالنسبة للمانعين وهم الأكثر، فالمنع هنا أظهر . لأن الضرر أشد، والتغيير أكثر، والعبث والامتهان أوضح، والله أعلم.^(٢)

الغرض الثاني : أن يستخدم العلاج الجيني للخلايا الجنسية بقصد الوقاية من الأمراض :

ويتم العلاج الجيني هنا بإضافة جزء أو جزئيات جينية تحمل صفات خاصة مثل تقوية المناعة ضد الفيروسات ، أو جينات مقاومة للسموم ونحو ذلك وذلك بإحدى طريقتين :

الطريقة الأولى: أن تزرع هذه الجينات في البويضة في أطوارها الأولى خارج الرحم، لتحسين الجنين .

الطريقة الثانية: أن يتم العلاج الجيني عن طريق حقن الجين السليم في الحبل السري للجنين وهو في بطن أمه لمعالجة المرض الوراثي.^(٣)

والمعالجة بالجينات هنا كما هو معلوم لا تستهدف مرضاً معيناً ولكنها تستهدف التحسين وتقوية المناعة.

١. انظر: القرار الأول للدورة (١٥) في رجب ١٤١٩هـ، من قرارات مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، وتوصيات ندوة الوراثة والهندسة الوراثية ص ١٠٤٩ ، وتوصيات ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني ، ص٧، ضمن أعمال الندوة التي أقيمت بكلية العلوم ، جامعة قطر (٢٠٠١) ، والهندسة الوراثية من منظور شرعي ، د. عبدالناصر أبو البصل ص ٧٢٤. والعلاج الجيني من منظور إسلامي ، د. علي القره داغي، ص ١٨.

٢. انظر ص ٣٥ ، ٤٥ ، من هذا البحث.

٣. انظر: العلاج بالجينات ، د. محمد العسولي، العدد (٩) من مجلة الإعجاز العلمي والعلاج الجيني للخلايا البشرية، ابتهاج أبو جزر، ص ٩٤.

ويظهر أن الأصوب هنا المنع وذلك لما في العلاج الجيني هنا من مخاطر وإنما أبيع للضرورة أو الحاجة خاصة إذا علمنا أن الخلايا الجنسية أكثر خطورة من الخلايا الجسدية لأن الضرر فيها متعدٍ إلى النسل.^(١) والله أعلم.

الغرض الثالث : أن يستخدم العلاج الجيني للخلايا الجنسية والجنينية بقصد علاج الأمراض الوراثية. وله حالتان :

الحالة الأولى : نقل الجين السليم من أحد الزوجين إلى الخلية الملقحة المراد علاجها .

الحالة الثانية : نقل الجين السليم من غير الزوجين إلى الخلية الملقحة المراد علاجها سواء أكان الجين مأخوذاً من رجل أجنبي أو امرأة أجنبية أو زوجة ثانية لمعالجة البويضة الملقحة من الزوج والزوجة الأولى.

وتفصيل الحكم فيها كما يلي :

الحالة الأولى : نقل الجين من أحد الزوجين إلى الخلية الملقحة المراد معالجتها وقد اختلف العلماء في حكم هذا النقل والعلاج الجيني به على قولين :

القول الأول : الجواز بشرط القيام بذلك أثناء عقد الزوجية. وبموافقة الزوجين مع وجوب التحرز من اختلاط الخلايا الخاصة بالزوجين بغيرها وبشرط وجود الضرورة أو الحاجة لذلك. وألا يكون ضرر هذا النقل أعظم من نفعه.

وإلى هذا القول ذهب بعض الباحثين.^(٢)

واستدلوا : بعموم الأدلة على التداوي ، وبالقياس على التلقيح بين ماء الزوجين خارج الرحم، وبأن هذا النقل فيه مصلحة فما المانع من ذلك كما احتجوا بالقياس على نقل الأعضاء .

وأجيب بأن التداوي بهذا النقل لا زال في بدايته وفي طور التجريب كما أن القياس على التلقيح خارج الرحم والقياس على نقل الأعضاء كلاهما قياس مع الفارق فلا يعتبر لما في النقل للجينات من الأضرار المعتبرة.^(٣)

القول الثاني : المنع من نقل الجين السليم من أحد الزوجين إلى الخلية الملقحة المراد علاجها وبه قال كثير من الباحثين وصدرت به بعض القرارات والتوصيات. مثل توصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني ، وندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني.^(٤)

١. انظر ص (٣٠ ، ٣١) من هذا البحث وانظر: العلاج الجيني للخلايا البشرية، ص ٩٥.
٢. انظر: الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي .د.أبو البصل، ٧٠٧/٢، وأحكام الهندسة الوراثية، د. الشويرخ، ٣٠٢، ٣٠٣، والعلاج الجيني في ضوء الضوابط الشرعية .د. أبو البصل ، ص ١٠ ، ١١ .
٣. انظر: أحكام الهندسة الوراثية ، د. الشويرخ، ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ .
٤. انظر : توصيات ندوة الوراثة والهندسة الوراثية ص ١٠٤٨ . وتوصيات ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني ص ٧. والوصف الشرعي للجينوم البشري والعلاج الجيني ، د. عجيل النشمي، ص ٥٥٩.

واستدل أصحاب هذا القول : بأدلة أهمها :

- (١) أن هذا النقل يحيطه الغموض في النتائج ولا يصح المغامرة بالعلاج به حرصاً على الإبقاء على المورثات البشرية على نظرتها دون عبث وربما امتد هذا العبث لأجيال.
- (٢) عموم القواعد الشرعية التي تنهى عن الضرر كقاعدة: (لا ضرر ولا ضرار)(١) ولا شك أن الضرر هنا متوقع إما في ذات النقل أو في آثاره بعد ذلك .
- (٣) أن النقل الجيني هنا يستلزم الاحتفاظ بالخلايا التناسلية في المختبرات مدة من الزمن حتى يتم المعالجة بها . وهذا قد يؤدي إلى اختلاطها بغيرها ومن ذلك من الفساد ما لا يخفى.(٢)

والقول الأخير هو الراجح إن شاء الله لوجاهة أدلته، ولتحقيقه لمقاصد الشريعة في دفع الضرر والحفاظ على النفس والنسل والعرض والله أعلم.

الحالة الثانية : نقل الجين السليم من غير الزوجين سواء أكان رجلاً أو امرأة إلى الخلية الملقحة لعلاجها .

وقد اختلف الباحثون المعاصرون في حكم هذه الحالة على قولين :

القول الأول : الجواز بشرط عدم تغيير التكوين الوراثي للخلية وقال به بعض الباحثين^(٣) .

واستدلوا : بأن هذا العلاج يعيد الخلية إلى خلقتها السوية التي أوجدها الله عليها، فحقيقتها أنها تختص بإدخال جين أجنبي جديد يحل محل جين لا يعمل، أما باقي التكوين والترتيب الوراثي فهو على حاله لم يتغير.^(٤)

وأجيب بعدم التسليم بذلك إذ يلزم من عملية النقل تغيير بعض الصفات الوراثية للمولود.^(٥)

القول الثاني : المنع . وبه قال كثير من الباحثين وقد استدلوا بحديث : (لا يحل لامرئٍ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره)^(٦) وقالوا بأن إدخال الجين من الأجنبي إنما هو بمثابة التلقيح أو هو جزء منه، فهو كإدخال المني بجامع انتقال الصفات الوراثية في الجميع، وهذا يؤدي لاختلاط الأنساب.^(٧)

١. الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٨٦.
٢. انظر : الوصف الشرعي للجينوم البشري ، د. عجيل النشمي، ص ٥٥٩. وأحكام الهندسة الوراثية ، د. سعد الشويرخ، ص ٣٠٩.
٣. انظر: العلاج الجيني في ضوء الضوابط الشرعية، د. عبدالناصر أبو البصل ، ص ١٠ ، ١١ .
٤. انظر: المرجع السابق ص ١٠.
٥. أحكام الهندسة الوراثية ، د. سعد الشويرخ ، ص ٣٢٠.
٦. أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب النكاح ، باب وطء السبايا ، ٦١٥/٢ ، وحسنه الشيخ الألباني في صحيح الجامع ، بإشراف زهير الشاويش ١٢٦٧/٢ .
٧. انظر: الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي ، د. أبو البصل ٧٠٨/٢ ، والعلاج الجيني رؤية شرعية وعلمية ، د. عبدالفتاح إدريس (مرجع سابق) والعلاج الجيني للخلايا البشرية ، ابتهاج أبوجزر ص ٨٥.

وهذا القول الأخير هو الصواب إن شاء الله . وأدلته أظهر ، خاصة وأنا قد علمنا احتياط الشريعة في أمر الفروج ، والأنساب ، والله أعلم.

المبحث الرابع

الجينوم البشري (تعريفه - مشروع الجينوم البشري أهدافه - تطبيقاته - مخاطره - الأحكام المتعلقة به)

أولاً: تعريف الجينوم البشري :

مصطلح الجينوم هو مصطلح جديد في علم الوراثة يجمع بين جزئي كلمتين انجليزييتين هما (Gen) وهي الأحرف الثلاثة الأولى لكلمة (Gene) التي تعني المورث (أي الجين) والجزء الثاني هو الأحرف الثلاثة الأخيرة من كلمة كروموسوم (Chromosome) وهي (Ome) وتعني الصبغيات .

ومعنى مصطلح الجينوم بالنسبة للإنسان :

الحقيبة الوراثية البشرية ، القابعة داخل نواة الخلية البشرية ، وهي التي تعطي جميع الصفات والخصائص الجسمية .^(١)

والجينوم البشري هو الذخيرة الوراثية التي تتواجد في كل خلية من خلايا الإنسان ، وتحدد صفاته العضوية وغير العضوية . فهو الهوية الحقيقية للإنسان أو البصمة التي تميز كل إنسان عن غيره .^(٢)

ويطلق على الجينوم أسماء وألقاب عدة منها : الخريطة الجينية للإنسان ، وخريطة الشريط الوراثي ، والشفرة الوراثية البشرية .^(٣)

ومجموع جينات الفرد تشكل الجينوم الخاص بهذا الفرد ، فالجينوم البشري هو مجموع الجينات الموجودة على الصبغيات في الخلية الإنسانية .^(٤)

ثانياً: مشروع الجينوم البشري :

بدأ العمل في هذا المشروع عام ١٩٩٠م بمشاركة أكثر من ألف متخصص في هذا المجال من (١٨) دولة من دول العالم ليس من بينها أية دولة عربية ، ورصد له حوالي ثلاثة مليارات من الدولارات ، وكان من المقرر أن ينتهي المشروع بعد (١٥) عاماً ، ولكن دعم المشروع مالياً وتقنياً عجل بالانتهاء منه قبل مواعده . فتم الإعلان عن الصيغة النهائية لتسلسل حلقات القواعد النيتروجينية التي تكوّن الحمض النووي عام ١٤٢٤ هـ (٢٠٠٣م) وأعلن في عام ٢٠٠٧م عن الانتهاء من المشروع بواقع واحد في كل ٢٠,٠٠٠ نيكلوتيدة^(٥) في

١ . الجينوم البشري كتاب الحياة ، د. صالح بن عبدالعزيز كريم ، مجلة الإعجاز العلمي ، العدد السابع ، ١٤٢١ هـ .
٢ . الجينوم البشري وتقنيات الهندسة الوراثية مقاربات فقهية ، أحمد محمد كنعان ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد (٦٠) ، ص ٧٢ ، وخريطة الجينوم البشري والإثبات الجنائي ، تأليف : مريع بن عبدالله آل جارالله ، ص ٤٤ .
٣ . الجينوم البشري وحكمه الشرعي ، د. نور الدين الخادمي ، ص ٢٢ .
٤ . انظر خريطة الجينوم البشري ، مريع آل جارالله ، ص ٤٨ ، وأحكام الهندسة الوراثية د. سعد الشويخ ، ص ٦٥ .
٥ . النيكلوتيدة : هي وحدة البناء الأساسية التي تدخل في تركيب جزئيات (DNA) و (RNA) .

في كل الكروموسومات^(١) وكانت التكلفة عندما أنجز الباحثون التعرف على شفرة أول جينوم بشري عام ٢٠٠١ تبلغ ٣ مليارات دولار - كما سبق - وتراجع السعر إلى ٣ ملايين دولار عام ٢٠٠٣ م ، وفي هذا العام ٢٠١٢م تم الكشف عن تقنية جديدة قادرة على مسح كل الجينوم البشري للشخص في غضون ٨ ساعات فقط ، وبتكلفة مقدارها ١٠٠٠ دولار فقط.^(٢)

وتوصل الباحثون بعد الفراغ من هذا المشروع إلى أن عدد الجينات ما بين ٣٠ - ٣٥ ألفاً خلافاً لما يظن قبل ذلك من أنها فوق هذا العدد بكثير .

والمقصود بهذا المشروع : جملة النتائج والحقائق التي توصل إليها العلماء حالياً تجاه ماهية بعض المادة الوراثية وليس كلها.^(٣)

وعلى الرغم من أن هذا الإنجاز العلمي بإتمام المشروع قد فتح آفاقاً واسعة أمام العلماء من الأطباء وغيرهم لعلاج الأمراض والوقاية منها إلا أن بعض العلماء يذكرون أن العمل في المشروع لم ينته بعد ، ولا زال الطريق طويلاً من أجل كشف ماهية هذا الجينوم المعقد .

وذكر بعضهم أن نهاية المشروع ستكون عندما تحدد هوية كل الجينات البشرية ، بمعنى أن المهمة تعد منتهية عندما نكون قد حددنا التتابعات المشفرة ، وعندما نتمكن من تحديد الجينات .

ولخص بعضهم المهمة الباقية بأنها ترتيب خارطة الحياة الكبرى ، ووضع تعريف لكل مورثة مع تحديد وظيفتها ، والمهمة الأخيرة هي الأصعب والأطول.^(٤)

ثالثاً : أهداف مشروع الجينوم البشري :

(١) معرفة جميع الجينات الوراثية ، وتحديد أماكنها على الكروموسومات (الصبغيات) ، وعلاقة كل جين بما قبله وبما بعده ؛ لرسم خريطة متكاملة بمواقعها ووظائفها وتركيبها .

(٢) معرفة أسباب الأمراض الوراثية ، وذلك عن طريق ضبط الجينات المسؤولة عن الأمراض والعاها ، ومعرفة مدى إمكانية الإصابة بها مستقبلاً ، وذلك للوصول إلى العلاج أو الوقاية منها .

١. موسوعة الويكيبيديا على شبكة الانترنت ، مادة (علم الجينوم) .

٢. نقلاً عن صحيفة الوطن بتاريخ ١٣/٠١/٢٠١٢ م .

٣. انظر : الجينوم البشري وحكمه الشرعي ، د. الخادمي ، ص ٢٣ ، ٢٤ ، والعلاج الجيني والانعكاسات الأخلاقية ، د. صديقة العوضي ، وأحكام الهندسة الوراثية ، د. سعد الشويرخ ، ص ٦٦ ، وقراءة في الجينوم البشري ، د. حسان تحتوت ، ص ٢٧٨ ، ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية - الكويت - ١٤٢١ هـ . والجينوم البشري د. عمر الألفي ، ص ٢٩٠ ، ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري ، الأنفة الذكر .

٤. الجينوم البشري وحكمه الشرعي ، د. الخادمي ، ص ٢٤ ، ٢٥ ، وخريطة الجين البشري ، مريع آل جاراالله ، ص ٧١ ، ٧٢ .

- (٣) تخزين المعلومات المتعلقة بالجينات في قواعد بيانات (معلومات) سهلة الاستعمال ،
وتعميم البرامج اللازمة لتحليل هذه المعلومات والاستفادة منها .
- (٤) تحويل تلك التقنيات إلى القطاع الخاص للاستفادة منها .
- (٥) متابعة الاصدارات الأخلاقية والتنظيمية والاجتماعية للمشروع^(١).

رابعاً : تطبيقات الجينوم البشري :

- (١) معرفة الأمراض الوراثية التي تحدث بسبب خلل في مورثة واحدة ، فيعرف المرض ،
ويشخص بدقة للوقاية منه أو علاجه بصورة أحسن . وهذا ما أتاح للعلماء القيام
بالفحص الجيني للمقدمين على الزواج ، وفحص الأجنة بأخذ عينة من المشيمة أو من
السائل المحيط بها لمعرفة كون الجنين مشوهاً أو غير مشوه .
- (٢) العلاج بالمورثات : وذلك بإدخال جين إلى الكروموسومات في الخلية من موقع محدد ،
ليقوم بوظيفة الجين المعطوب ، وهذا النوع من العلاج يحتاج لدقة وتأن ، ولازال العلاج
محفوف بكثير من الصعوبات والمخاطر ، ومنها أنه قد ينشط جينات ورمية ساكنة .
- (٣) استخدام الجينوم البشري في إثبات الحقوق والواجبات لأصحابها أو نفيها عنهم عن
طريق البصمة الوراثية أو التحليل الجيني .
- (٤) إمكانية الكشف عن الأسباب الوراثية لكثير من الأمراض الشائعة .
- (٥) فتح المجال لمعرفة التباين بين الأفراد في المادة الوراثية ، وذلك يمهد لظهور مفهوم
الطب الشخصي ، الذي يقصد به كون الوصفة الطبية تتبع بنية المريض الوراثية ،
وهذا مما يساعد في كون العلاج أكثر أو أقل تكلفة وخطورة .
- (٦) تطوير ما يعرف بطب الجينات ، والعمل على إيجاد وتأسيس ما يعرف ببنك الجينات
أو البنك الجيني ، الذي يودع فيه المنخرطون شفراتهم الجينية الوراثية ليستفاد منها
في معرفة الأمراض المحتملة .
- (٧) محاولة الوصول إلى إنسان مهندس وراثياً عن طريق التحكم أو التلاعب بالجينات أو
الاستنساخ بغية إيجاد كائن بشري وفق الطلب ، وحسب التخيل والرغبة ، فبواسطة
الجينوم يمكن في المستقبل البعيد - لا في القريب العاجل - التدخل في تطوير

١. انظر : الاستنساخ البشري جريمة العصر ، الشيخ عرفان بن سليم حسونة ، ص ٩٥ ، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٦ م ،
الجينوم البشري ، د. عمر الألفي ، ص ٢٩٠ ، ٢٩١ ، وأحكام الهندسة الوراثية ، د. سعد الشويرخ ، ص ٦٧ ، ٦٨ ،
والجينوم البشري وحكمه الشرعي ، د. الخادمي ، ص ٢٦ ، ٢٩ ، والجينوم البشري ... كتاب الحياة ، د. صالح
كريم ، مجلة الإعجاز العلمي ، العدد السابع .

الكائن البشري على الرغم من الفوضى التي ستتج على مثل هذا التحكم والتلاعب، والتي لا تعرف نتائجها. (١)

وبشكل عام يمكن القول بأنه من المتوقع أن يحدث مشروع الجينوم البشري نقلة نوعية في مجالات : العلوم الطبية ، والهندسة الوراثية ، وعلم التطور ودراسة الهجرات البشرية ، والطب الشرعي ، والزراعة والثروة الحيوانية ، وصناعة الدواء .^(٢)

خامساً: مخاطر الجينوم البشري وسلبياته :

الجينوم البشري كما هو حال المكتشفات العلمية الجديدة ، يحوي الفوائد والمنافع ، كما ينطوي على مفاسد ومخاطر كبيرة ، تبعاً لطبيعة استخدامه وكيفية الاستفادة منه .

وقد ذكرنا سابقاً في سلبيات العلاج الجيني العديد من هذه المخاطر ، وهي تأتي هنا ، على اعتبار أن الجينوم البشري هو مجموع الجينات الموجودة على الصبغيات في الخلية البشرية ، أو هو الحقيبة الوراثية كما مر معنا سابقاً .

ومما يمكن إضافته هنا من المخاطر والسلبيات ما يأتي :

(١) إشاعة الأسرار الشخصية ومخالفة حق السرية ، وهنا تثور مشكلة من له الحق في معرفة نتائج فحص الجينوم ، على اعتبار أن الجينات ليست ملكاً لصاحبها ، بل هي مشتركة بين الأبناء والوالدين والأجداد والإخوة والأخوات .

(٢) إشاعة الرعب والقلق والاضطراب في النفوس والمجتمعات ، وذلك من خلال التعرف على الأمراض المستقبلية وإفشائها ونشرها وبيان مخاطرها واستحالة علاجها ، فما مذاق الحياة إن علم المرء ذلك وخاض حياته يترقب ذلك المصير .

(٣) تفويت حق العمل والاكتمال وحق الاشتراك في شركات التأمين أو معاشات التقاعد ، وذلك بسبب قراءة جينوم الشخص طالب الوظيفة ، أو الاشتراك في هذه التأمينات ، أو المعاشات ، إذا وجد لديه جين ينبئ عن القابلية لمرض القلب أو السرطان ونحوه ، فيكون هناك تمييز له عن غيره أشبه ما يكون بالتمييز العنصري .

(٤) تتيح قراءة جينوم الجنين معرفة عاهات الجنين الحالية ، ومعرفة آفاقه التي تنتظره مستقبلاً ، ولو بعد سنين طويلة ، وهذا يفضي إلى زيادة إجراء الإجهاض ، حتى ولو كانت العلة هينة ، وبعد زمن طويل ، وفي ذلك من المفاسد ما لا يخفى .

١. الجينوم البشري ... كتاب الحياة ، د. صالح كريم ، مجلة الإعجاز العلمي ، العدد السابع ، وأحكام الهندسة الوراثية ، د. سعد الشويرخ ، ص ٦٨ ، ٧٣ ، وخريطة الجينوم البشري ، مريع آل جارالله ، ص ٥٥ ، ٥٦ ، والجينوم البشري وحكمه الشرعي ، د. الخادمي ، ص ٢٥ - ٣٠ ، والجينوم البشري ، د. عمر الألفي ، ص ٢٩١ - ٢٩٣ .
٢. خريطة الجينوم البشري ، مريع آل جارالله ، ص ٦٩ .

(٥) تعميق ظاهرة الاحتكار المادي والاستغلال الاقتصادي بسبب توظيف تقنيات الجينوم البشري ، واستخدامها في كسب الأموال الطائلة ، ورفع تكاليف العلاج ، وابتزاز الدول النامية والشعوب المستضعفة التي أقصيت عن معرفة واكتشاف تقنيات الجينوم (٦) تفويت حق التنوع والاختلاف ، والسعي إلى جعل الموالي كإنهم مصنوعات تحضر حسب المواصفات المختارة ، وهذا السعي خلاف نوااميس الكون القائم على التنوع ، وربما أدى ذلك إلى الهلاك وفوات المنافع ، بالإضافة إلى أن ذوي المواصفات غير المختارة سيتعرضون للظلم والتمييز .

مع الأخذ في الاعتبار أن هذه التجارب مشكوك في أمرها من الناحية الإنسانية ؛ لكونها لا زالت في بداية الطريق ، وجرى تطبيقها على بعض الحيوانات ، وإجراؤها على الإنسان غير مضمون النتائج ؛ للفارق الكبير في التكوين والقدرات بين الإنسان وغيره من الحيوانات .

سادساً: الأحكام الشرعية المتعلقة بالجينوم البشري

وتحته مسألتان:

المسألة الأولى

حكم اكتشاف الجينوم البشري والمساهمة في ذلك

يعد اكتشاف الجينوم البشري من أعظم المكتشفات العلمية في هذا القرن وهو يدل على عظمة الخالق جل وعلا وعلى بديع صنعه ، وبناء على ذلك فإن اكتشاف الجينوم يعد طريقاً إلى تقوية الإيمان في القلوب وهو من هذه الناحية مرغوب فيه بل مندوب إليه. ومما يدل على ذلك ما يلي :

(١) النصوص الدالة على النظر في الكون والنفس والتأمل في مخلوقات الله عز وجل كقوله تعالى: ﴿ وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ ﴾ (١) ، وقوله تعالى: ﴿ سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ ﴾ (٢) ، وقوله تعالى: ﴿ قَلِّ انظُرُوا مَاذَا فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ ﴾ (٣) .

(٢) فالجينوم البشري جزء من تعرف الإنسان على نفسه واستكناه سنة الله في خلقه.

(٣) أن المقصود من مشروع الجينوم البشري هو تشخيص الأمراض بصورة دقيقة ليكون ذلك طريقاً لعلاجها ، فيكون داخلاً في مقصد حفظ النفس ، ودرء الضرر عنها ، وذلك من المصالح المطلوبة شرعاً وقال بهذا جمع من أهل العلم(٤).

١. الذاريات ، الآية ٢١

٢. فصلت جزء من الآية ٥٣

٣. سورة يونس ، جزء من الآية ١٠١

٤. انظر: الجينوم البشري وحكمه الشرعي ، د. نور الدين الخادمي ، ص ٣٧ ، ٣٨ وتوصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري ، ص ١٠٤٨ .

وبناء على ما سبق فإن العالم الإسلامي والأمة المسلمة مدعوة للمساهمة في إكمال المعرفة بالجينوم البشري ، وإتمام حقائقه وأسراره وضبط استخداماته وتطبيقاته ، وهي مدعوة لأن تشارك الجهات العالمية التي سبقت في هذا المجال بالأبحاث والتجارب ولتسهم أيضاً في وضع الضوابط الشرعية والأخلاقية التي ينبغي مراعاتها .

والتأكيد على هذه المساهمة تأتي من طريقتين :

الطريق الأول : الواجب الشرعي للمشاركة في الاكتشافات العلمية النافعة استجابة للأوامر الشرعية الداعية للنظر والتفكير والتعلم.

الطريق الثاني : التدافع الحضاري والتسابق نحو السيادة للتمكين للأمة المسلمة في هذه الأرض لا سيما إذا علمنا أن الدول التي سبقت للمساهمة في مشروع الجينوم البشري قد حرصت على استثمار هذا المشروع والاستئثار بكثير من أسراره ، وينبغي على أولي الأمر اتخاذ الوسائل المؤدية للقيام بهذا الواجب الشرعي الكفائي^(١).

المسألة الثانية : حكم استخدام الجينوم البشري والاطلاع عليه:

سبق أن ذكرنا أن الجينوم له مجالات متعددة منها النافع كتشخيص الأمراض وعلاجها والتعرف على شخصية الإنسان بدقة متناهية ومنها الضار مثل التعدي على حقوق الآخرين وهتك أسترارهم والتمييز بينهم على أساس أسرارهم الوراثية.

وبناء على ذلك فيمكن القول بأن استخدام الجينوم البشري في المجالات النافعة مشروع لما يحققه من مصالح جاءت الشريعة بالحث على تحصيلها كالتداوي والوقاية من الأمراض وأيضاً فإن الأصل في المنافع الإباحة فهو مباح طالما حقق المصالح والفوائد أما إذا استخدم الجينوم استخداماً سيئاً فإنه يكون محرماً لأنه حينئذ بمثابة الوسيلة للمحرم. فالتحريم هنا تحريم لغيره وليس تحريماً لذاته^(٢).

ومما جاء في توصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني ما يلي :

- (١) لكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه أياً كانت سماته الوراثية.
- (٢) لا يجوز إجراء أي بحث أو القيام بأي معالجة أو تشخيص يتعلق بمجين (جينوم) شخص ما إلا بعد إجراء تقييم صارم ومسبق للأخطار والفوائد المحتملة المرتبطة بهذه الأنشطة مع الالتزام بأحكام الشريعة في هذا الشأن، والحصول على القبول المسبق والحر والواعي من الشخص المعني، وفي حالة عدم أهليته للإعراب عن هذا القبول

١. انظر: الجينوم البشري، حكمه الشرعي ، د. الخادمي ص ٣٩ - ٤١. وتوصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري ص ١٠٤٨.

١. انظر : توصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري ص ١٠٤٦ وأحكام الهندسة الوراثية ، د. الشويرخ، ص ٧٧ ، ٧٩ ، الجينوم وحكمه الشرعي ، د. الخادمي، ص ٤٦ ، ٥٧.

يجب الحصول على القبول أو الإذن من وليه مع الحرص على المصلحة العليا للشخص المعني . وفي حالة عدم أهلية الشخص المعني للتعبير عن قبوله لا يجوز إجراء أي بحوث تتعلق بمجينه (جينومه) ما لم يكن ذلك مفيداً لصحته فائدة مباشرة وبموافقة وليه.

(٣) ينبغي احترام حق كل شخص في أن يقرر ما إذا كان يريد أو لا يريد أن يحاط علماً بنتائج أي فحص وراثي أو بعواقبه.

(٤) تحاط بالسرية الكاملة كافة التشخيصات الجينية المحفوظة أو المعدة لأغراض البحث أو لأي غرض آخر ، ولا تفضى إلا في الحالات المبينة في الندوة الثالثة من ندوات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بتاريخ ١٨ إبريل ١٩٨٧م، حول سر المهنة.

(٥) لا يجوز أن يعرض أي شخص لأي شكل من أشكال التمييز القائم على صفاته الوراثية والذي يكون غرضه أو نتيجته النيل من حقوقه وحرياته الأساسية والمساس بكرامته.

(٦) لا يجوز لأي بحوث تتعلق بالمجين (الجينوم) البشري أو لأي من تطبيقات هذه البحوث، ولا سيما في مجالات البيولوجيا وعلم الوراثة والطب أن يعلو على الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية واحترام حقوق الإنسان التي يعترف بها الإسلام ، ولا أن ينتقص من الحريات الأساسية والكرامة الإنسانية لأي فرد أو مجموعة أفراد.(١)

ويمكن أن يضاف إلى ما سبق : عدم المبالغة في الاستشراف المستقبلي لصحة الإنسان فإن هذا من شأنه أن يضع الإنسان في قلق دائم ويفسد عليه طمأنينته إذا علم ببعض الأمراض التي تنتظره^(٢)

١. ص ١٠٤٦ ، وانظر: الجينوم وحكمه الشرعي، د. الخادمي، ص ٤٦ ، ٥٧.

٢. انظر: الجينوم وحكمه الشرعي، د. الخادمي، ص ٥٧.

مشروع قرار لموضوع

"الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني"

- علم الوراثة هو العلم الذي يبحث في تركيب المادة الوراثية ، ووظيفتها ، وطريقة انتقالها ، وكيفية انتقال الصفات والأمراض من جيل لآخر .
- الهندسة الوراثية تعني : التعامل مع المادة الوراثية باستخلاص معلومات عنها أو التغيير فيها .
- الأصل في الاستفادة من الهندسة الوراثية في النبات والحيوان: الجواز والإباحة ، ما لم يصحبها أضرار معتبرة فتحرم عندئذ . وهذا ما أكدته قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته العاشرة ، وقرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة . وهذا الجواز مقيد بضوابط أهمها : ألا يؤدي هذا الاستعمال إلى ضرر عاجل أو آجل ، وأن يكون هذا الاستعمال لغرض صحيح مباح ، دون عبث أو إسراف ، وأن يتولاه أصحاب الخبرة والثقة ، وأن يبين للجمهور فيما يعرض للبيع أن هذا المنتج محضر بالهندسة الوراثية .

• المسح الوراثي:

يقصد به استخلاص عينة دم من أجل تشخيص الأمراض الوراثية . ويجري ذلك على نطاق واسع من المجتمع في مراحل عمرية مختلفة . والغرض منه : الحد من اقتران حاملي المورثات المعتلة ، وبالتالي الحد من الولادات المصابة بالمرض .

وحكمه : الجواز ؛ لما يحققه من مصلحة الوقاية من الأمراض قبل وقوعها ، ويشترط للجواز أن تكون الوسيلة المستعملة لذلك مباحة وآمنة ، ولا تلحق الضرر بالإنسان ولا بالبيئة ، مع الحفاظ على سرية نتائج المسح إلا بقدر الحاجة . ويصح الإجبار على هذا المسح في حالة انتشار وباء معين ، أو في حالة أمر الإمام به تحقيقا لمصلحة عامة .

الفحص الجيني قبل الزواج : مشروع لعموم الأحاديث الواردة في التداوي ومشروعية التوقي من الأمراض ، ولكونه وسيلة لحماية الأسرة من الأمراض الوراثية المتوقعة ، وهو وسيلة لإيجاد السكن والمودة والنسل السليم ، ويمكن القول بوجوبه في حالة انتشار وباء معين ، أو في حالة أمر الإمام به تحقيقا لمصلحة عامة .

• العلاج الجيني يقصد به : نقل جزء من الحمض النووي إلى خلية لإعادة الوظيفة التي يقوم بها هذا الجين إلى عملها .

وينقسم باعتبار الخلية المعالجة إلى نوعين . النوع الأول: العلاج الجيني للخلايا الجسدية وهي جميع خلايا الجسم ما عدا الجسدية منها . والنوع الثاني: العلاج للخلايا الجنسية .

وحكم النوع الأول (نقل الجين للخلايا الجسدية) يختلف بحسب الغرض منه ، فإن كان الغرض العلاج فيجوز على الأرجح بشروط أهمها ألا يؤدي العلاج إلى ضرر أعظم من الضرر الموجود أصلاً ، وأن يغلب على الظن أن هذا العلاج يحقق مصلحة الشفاء أو تخفيف الآلام . وأن يتعذر وجود البديل ، وأن تراعى شروط نقل الأعضاء في المتبرع والمتبرع له ، وأن يجري عملية نقل الجين متخصصون ذوو خبرة عالية وإتقان ، ويدل على الجواز عموم الأدلة على خلق الإنسان ، والأدلة على مشروعية التداوي ، وقواعد رفع الضرر والقواعد العامة للإباحة ، والقياس على نقل الأعضاء .

وأما إذا كان الغرض من العلاج الجيني للخلايا الجسدية هو الوقاية من الأمراض وليس علاجها ، فله حالتان:

الحالة الأولى: أن يكون حاملاً لجين مريض يظهر أثره في سن متأخرة من حياته. فيلحق باستخدام العلاج الجيني من أجل العلاج ، وحكمه الجواز.

الحالة الثانية: أن يكون الإنسان حاملاً لجين يحمل المرض ولكنه لا يظهر إلا بتأثره بعوامل أخرى كالبيئة والإشعاعات أو أنه سيظهر في الأجيال القادمة ، وحكم هذه الحالة: المنع ؛ لما للعلاج الجيني من محاذير ومخاطر ، مع عدم تحقق الضرورة أو الحاجة هنا .

أما إن كان الغرض من العلاج الجيني للخلايا الجسدية هو: التحسين واكتساب صفات معينة مثل : اللون والشكل والقوة والذكاء ، فلا يجوز ؛ لما فيه من تغيير الخلقة المنهي عنه شرعاً ، ولما فيه من العبث ، وامتهان كرامة الإنسان ، فضلاً عن عدم وجود الضرورة أو الحاجة المعتبرة شرعاً .

أما حكم النوع الثاني: وهو العلاج الجيني للخلايا الجنسية (التناسلية) فهو المنع في جميع أغراض هذا العلاج لما لهذا النوع من الخطورة التي تفوق خطورة الخلايا الجسدية لأن الضرر فيها متعدد إلى النسل ، وسواء أكان الغرض للعلاج أو للوقاية من الأمراض الوراثية أو لقصد التحسين .

- الجينوم البشري : هو الحقيبة الوراثية البشرية ، القابعة داخل نواة الخلية البشرية ، وهي التي تعطي جميع الصفات والخصائص الجسمية .
- لمشروع الجينوم البشري تطبيقات نافعة تتمثل في معرفة الأمراض الوراثية والعلاج بالمورثات(الجينات) وإثبات الحقوق لأصحابها أو نفيها عنهم ، كما أن له مخاطر تتمثل في كشف الكثير من الأسرار الشخصية ، وإشاعة الخوف والقلق بسبب التعرف على الأمراض المستقبلية ، وتفويت حق العمل والاكتساب ، وتعميق ظاهرة الاستغلال الاقتصادي من خلال قراءة جينوم الشخص المستغل .

- يعد اكتشاف الجينوم البشري أمر مرغوب فيه شرعاً ، بل يعد مندوباً إليه ؛ لما فيه من تحقيق مصلحة تشخيص الأمراض ، تمهيداً للوقاية منها أو علاجها ، ولما فيه من الاستجابة الشرعية للأمر بالتفكير والنظر والتعلم ، ولما في ذلك من السعي لتمكين الأمة المسلمة في هذه الأرض ، وعدم استئثار الدول السابقة للمشروع بكثير من أسراره .
- استخدام الجينوم البشري في المجالات النافعة مشروع ؛ لما يحققه من مصالح جاءت الشريعة بالحث على تحصيلها كالتداوي والوقاية من الأمراض ، وأيضاً فإن الأصل في المنافع الإباحة ، فهو مباح ، طالما حقق المصالح والفوائد ، أما إذا استخدم الجينوم استخداماً سيئاً فإنه يكون محرماً ؛ لأنه حينئذ بمثابة الوسيلة للمحرم .
- التأكيد على الضوابط الشرعية – الخاصة بالجينوم البشري- الواردة في توصية (ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني) التي نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالتعاون مع مجمع الفقه الإسلامي الدولي عام ١٤١٩ هـ .
والله الموفق .

الباحث

أ.د. عبدالرحمن بن أحمد الجرعي

المصادر والمراجع

- (١) القرآن الكريم .
- (٢) أحكام الإذن الطبي، د. عبدالرحمن الجرعي ، ص ٣٢ ، بحث منشور في مجلة الحكمة ، بريطانيا، العدد ٢٩.
- (٣) أحكام الهندسة الوراثية ، د. سعد الشويرخ ، نشر دار كنوز اشبيليا - الرياض .
- (٤) الاختبار الجيني والوقاية من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، د. عارف علي عارف ، ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس ، الأردن .
- (٥) الإرشاد الجيني ، د. محمد الزحيلي، ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني ، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت ، ١٤٢١هـ.
- (٦) الإرشاد الجيني، د. ناصر الميمان، ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني ، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت ، ١٤٢١هـ.
- (٧) أساسيات الوراثة والعلاج الجيني ، د. عبدالعزيز السعيد البيومي ، بحث منشور ضمن أعمال ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني المنعقدة بجامعة قطر في الفترة من ٢٠ - ٢٢ أكتوبر / ٢٠٠١ م .
- (٨) الاستفادة من الهندسة الوراثية في الحيوان والنبات وضوابطها الشرعية. د. محمد الروكي ، ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني ، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، الكويت ، ١٤٢١هـ.
- (٩) الاستنساخ البشري جريمة العصر ، الشيخ عرفان بن سليم العشا حسونة ، المكتبة العصرية ، صيدا - بيروت .
- (١٠) الأشباه والنظائر ، لجلال الدين السيوطي ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي ، مصر.
- (١١) أفق وحدود تكنولوجيا العلاج الجيني . د. محمد الطيبي . ضمن أبحاث ندوة الإنعكاسات الأخلاقية للأبحاث المتقدمة في علم الوراثة ، المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة - كلية العلوم - جامعة قطر (٢١ - ٢٣ شعبان/١٤١٣هـ)
- (١٢) الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، د. علي المحمدي ، ص ١١٦ ، حولية كلية الشريعة والقانون، جامعة قطر، العدد (١٥)، ١٤١٨هـ.
- (١٣) بحوث الفقه الطبي ، د. عبدالستار أبو غدة ، نشر: دار الأقصى - القاهرة .

(١٤) توصيات ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري ، ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني ، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، الكويت ، ١٤٢١هـ.

(١٥) جريدة المسلمون ، العدد ٥٩٧ ، بتاريخ ١٧/٢/٢٦هـ .

(١٦) الجينوم البشري د. حسان حتوت . ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني ، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، الكويت ، ١٤٢١هـ.

(١٧) الجينوم البشري وتقنيات الهندسة الوراثية مقاربات فقهية ، أحمد محمد كنعان ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد (٦٠) ، مطابع دار البحوث الرياض .

(١٨) الجينوم البشري وحكمه الشرعي ، د. نور الدين الخادمي ، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة ، سلسلة إصدارات جامعة الإمارات ، العين ، ٢٠٠٢ م .

(١٩) الجينوم والهندسة الوراثية ، د. عبدالباسط الجمل ، دار الفكر العربي بالقاهرة .

(٢٠) خريطة الجينوم البشري والإثبات الجنائي ، تأليف : مريع بن عبدالله آل جارالله ، دار كنوز إشبيليا – الرياض .

(٢١) خلق الانسان بين الطب والقرآن ، د. محمد علي البار ، الدار السعودية للنشر والتوزيع – جدة .

(٢٢) سنن أبي داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني ، دار الحديث ، بيروت ،

(٢٣) صحيح البخاري ، محمد بن اسماعيل البخاري ، بتحقيق : محب الدين الخطيب ، ومحمد فؤاد عبد الباقي ، المكتبة السلفية – القاهرة .

(٢٤) صحيح الجامع ، محمد ناصر الدين الألباني ، بإشراف زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ، بيروت .

(٢٥) صحيح مسلم ، مسلم بن الحجاج النيسابوري ، بتحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الحديث – القاهرة .

(٢٦) صحيفة الوطن بتاريخ ١٣/٠١/٢٠١٢ م .

(٢٧) عصر الجينات ، د. عبدالباسط الجمل ، ص ٧٦ ، دار الرشد – القاهرة .

(٢٨) العلاج الجيني رؤية شرعية وعلمية . د. عبدالفتاح إدريس ، في موقع خصوبة دوت كوم على شبكة الانترنت. www.khosoba.com

(٢٩) العلاج الجيني للخلايا البشرية في الفقه الإسلامي، ابتهاج محمد رمضان أبو جزر، بحث مقدم لاستكمال درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون بغزة، ١٤٢٩هـ، غير منشور.

(٣٠) العلاج الجيني من منظور الفقه الإسلامي، د. علي القره داغي. بحث منشور ضمن أعمال ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني المنعقدة بجامعة قطر في الفترة من ٢٠ - ٢٢ أكتوبر / ٢٠٠١ م.

(٣١) العلاج الجيني واستتساخ الأعضاء البشرية، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، ١٩٩٩م.

(٣٢) العلاج الجيني والانعكاسات الأخلاقية، د. صديقة العوضي، بحث ضمن ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني، كلية العلوم - جامعة قطر.

(٣٣) العلاج بالجينات، د. سفيان محمد العسولي، مجلة الإعجاز العلمي، العدد التاسع، صادرة عن هيئة الإعجاز العلمي في الكتاب والسنة، التابعة لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة.

(٣٤) العلاقة بين الهندسة الوراثية وحقوق الإنسان، د. سعيد سالم جويلي، ضمن أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون - كلية الشريعة والقانون - جامعة الامارات العربية المتحدة.

(٣٥) قرارات مجمع الفقه الاسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي. ضمن إصدارات المجمع

(٣٦) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص ٢١٦، دار القلم، دمشق.

(٣٧) الكائنات وهندسة الموروثات، د. صالح عبدالعزيز كريم، ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، ١٤٢١هـ.

(٣٨) مجمع الزوائد، للهيثمى، الناشر: مؤسسة المعارف، بيروت.

(٣٩) موسوعة ويكيبيديا على شبكة الانترنت.

(٤٠) نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية، د. محمد بن علي البار، ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، ١٤٢١هـ.

(٤١) الهندسة الوراثية في النبات والحيوان وحكم الشريعة فيها، د. أحمد الحجي الكردي، ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، ١٤٢١هـ.

(٤٢) الهندسة الوراثية في النبات والحيوان، د. أحمد شوقي . ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني ، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، الكويت ، ١٤٢١هـ.

(٤٣) الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، د. عبدالناصر أبو البصل، ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا معاصرة، دار النفائس - الأردن .

(٤٤) الوصف الشرعي للجينوم البشري والعلاج الجيني ، د. عجيل النشمي ، ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني ، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، الكويت ، ١٤٢١هـ.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الإدراك في العلوم من الوراثة والهندسة الوراثية ومشروع الجينوم

إعداد

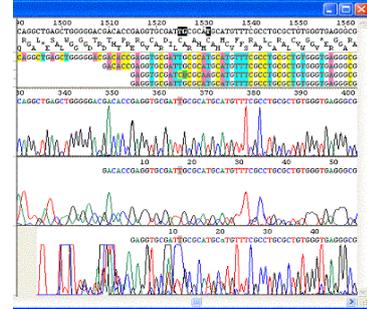
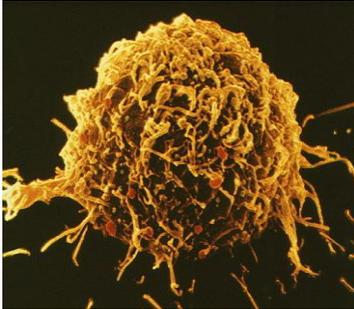
أ.د. محمد الدهماني فتح الله

مدير برنامج التقنية الحيوية

جامعة الخليج العربي



الإدراك في العلوم من الوراثة والهندسة الوراثية ومشروع الجينوم



إعداد

أ.د. محمد الدهماني فتح الله

مدير برنامج التقنية الحيوية

جامعة الخليج العربي

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على نبينا محمد سيد المرسلين ومنيع العلم والمعرفة .

أما المتأمل في تاريخ البشرية فهو يدرك أن همّة الإنسان منذ خلقه ونزوله على الأرض كانت متعلقة فطريا بالعلم والمعرفة ولقد مني الإنسان بنعمة العقل ليتسنى له شقّ الطرق الصعبة للحصول على نصيب من العلم والمعرفة. وتحقيق هذه الغاية يتطلب السعي الجدّي والمتواصل.

وجاء القرآن الكريم ليؤكد قداسة العلم والمعرفة ويرفعها إلى درجة العبادات إذ يأمرنا الله جل جلاله في قوله تعالى : ﴿ **اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ * الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ * عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ** ﴾^(١) ، وكذلك في قوله تعالى : ﴿ **وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا** ﴾^(٢) بالسعي وراء التزود بالعلم وفى هذا حكمة إلهية بالغة ما فتأت تتضح جليا للإنسان. و قد أكّدت السنة أيضا هذه الحكمة ، إذ جاء في الحديث النبوي قول محمد ﷺ " طلب العلم فريضة على كل مسلم " .

وكلّ مطلع على تاريخ العلوم الطبيعية منها أوالبشرية يدرك أيضا أن تطور كل العلوم حصل حسب أسس التراكم عبر الأحقاب فكل اكتشاف مهد السبيل للذي تلاه كما يدرك الباحث في هذا المجال أن تقدم العلوم الإنسانية تميز أولا بعدم الاستمرارية الزمنية والتكافؤ ما بين الفترات فقد كان النهوض بالعلوم أكبر في بعض العهود من غيرها ويعكس هذا مدى ازدهار الحضارات التي توالى وإهتمامها بالعلوم. أما العلوم الطبيعية التي تتولد منها التقنيات الحيوية فقد كان تطورها أكثر تواسلا عبر الأزمان ويرجع ذلك في الأساس إلى مدى الانتفاع المباشر والفوري الذي يمكن أن يجنيه الإنسان من تقدمها ، فهو ما يزال في سعي دائم لضمان قوته وحل مشاكله الكونية وتحسين سبل عيشة ، و لقد جعلت الحكمة الإلهية من تطوير العلوم سبيلا له إلى إدراك هذه الغايات .

كما يمكن أيضا أن نقف على انعكاسات تقدم العلوم على كل جوانب حياة الإنسان ومدى تأثيرها على نمط عيشه ، فاكتشاف النار وأساليب الزراعة ثم العجلة ، قد غير جذريا كل ما شب عليه الجنس البشرى من معرفة.

أما إذ ركزنا اهتمامنا على دراسة التاريخ الحديث للعلوم فسوف نلاحظ أن تطورها يحصل وفق نسق تتزايد سرعته يوما بعد يوم ، كما أن كمية المادة العلمية والتقنيات الموازية قد تكاثرت بنسب هائلة وذلك لما عرفته هذه المجالات من نشاطات حثيثة وإنتاج غزير.

(١) العلق : ٣ - ٥ .

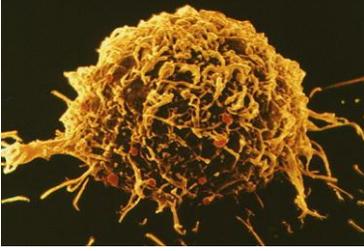
(٢) طه : ١١٤ .

ومن العلوم التي عرفت تطورا لا سابق له منذ أواسط القرن التاسع عشر؛ علم الوراثة الذي شهد اكتشافات باهرة بلغت حدودا غير متوقعة خلال القرن العشرين، ويرجع الفضل في هذا إلى الثورة العلمية التي أحدثها تطور علم الأحياء الجزيئية وابتكار تقنيات الهندسة الوراثية. وجاءت التطبيقات الكثيرة لتشمل العديد من المجالات وبدأ يتضح مدى التأثير الذي أحدثته ومازالت تحدثه هذه العلوم على معظم النواحي الحساسة من حياة الإنسان لدرجة أن كل الأخصائيين وكل المهتمين بالموضوع اجتمعوا على أن هذه العلوم التي لم تبلغ ذروتها بعد، سوف تضع بصمتها على القرن الواحد والعشرين لتجعل منه منعطفًا هامًا في تاريخ البشرية.

يحتوى هذا النص على خمسة محاور:

- (١) تطوّر علوم الوراثة والتقنيات الجينية الحديثة
- (٢) مشروع الجينوم البشرى ومدى تأثيره على تقدّم علم الوراثة
- (٣) تطبيقات مشروع الجينوم البشرى والتقنيات الحديثة لعلوم الوراثة
- (٤) المسائل القضائية والأخلاقية التي تطرحها العلوم الوراثية الحديثة
- (٥) القراءة الإستراتيجية والانعكاسات الاقتصادية لعلوم الوراثة الحديثة

المحور الأول تطور علم الوراثة والتقنيات الجينية الحديثة



من علم الوراثة إلى علوم الوراثة الحديثة:

أصبح علم الوراثة واحداً من أهم فروع علوم الأحياء بل ربما الأهم إذ أن مفهومه عرف تطوراً تدريجياً من أواسط القرن التاسع عشر إلى مطلع القرن الواحد والعشرين من حيث كونه:

(١) **العلم الذي يدرس الصفات الوراثية ونظم انتقال هذه الصفات عبر الأجيال لإدراك أسباب التشابه والاختلاف بين الأفراد التي بينها صلة القرابة** كما أبرزته الأبحاث الشهيرة التي قام بها الراهب النمساوي "قريقورجوهان مندل ١٨٢٢ - ١٨٨٤ في القرن التاسع عشر" والذي كان أول من طرح مفهوم الصفات (Traits) ذا العلاقة بالنوع والكيفية كلون البشرة أو العين، أو الصفات الكمية التي يمكن قياسها كالوزن والطول، واستخلص من تجاربه القوانين الأساسية لتوارث الصفات بين الكائنات الحية التي تتكاثر عبر التناسل والمعروفة بقوانين "مندل للتشكيلات الوراثية المستقلة" (Mendel's Law of Independent Assortment) كما أوضح عمل "مندل" أن الصفات الوراثية منها السائدة وهي الصفات التي تظهر في الطراز الشكلي للجيل الأول، ومنها المتنحية وهي الصفات الوراثية التي تظهر في الجيل الثاني. وقد تم لاحقاً تحديد الصفات المرتبطة بالجنس والتي تحددها جينات متنحية محمولة على الكروموسوم الجنسي X. وقد طرحت نظريات مندل مسألة السند المادي لقوانين التوارث (العنصر أو العامل المادي للوراثة) ليبقى الأمر معلقاً إلى أوائل القرن العشرين عندما تطور علم الوراثة إلى:

(٢) **العلم الذي يدمج علم الوراثة وعلم الخلايا** : وذلك بعد الاكتشافات التي توصل إليها علماء الخلايا المتخصصون في سيتولوجيا الصبغيات (Chromosomes) في نواة الخلية، وقد تم هذا الدمج على يدى العالم الأمريكى "والتر سوتن" الذى كان أول من أدرك الصلة بين الهيكلة الملموسة للصبغيات (الكروموزومات التي عددها ٤٦ فى الخلية البشرية) ووسط نواة الخلية وانتقالها من الخلية الأم إلى الخلايا الجديدة (علماء بأن الخلية الجديدة تتحصل على نسختين من كل كروموزوم: نسخة من خلية أبوية

ونسخة من بويضة الأم بعد التناسل) والطبيعة المجردة لقوانين الوراثة التي وضعها "مندل" في منتصف القرن التاسع عشر التي كانت تفتقد إلى العامل المادي للوراثة. وقد وضع "سوتن" النظرية الكروموزومية أو الصبغية للوراثة (Chromosomal law of inheritance) التي أكدت قوانين "مندل" للوراثة وأعطتها الدليل المادي الذي تستند عليه إلى يومنا هذا. وقد دوّن هذا العمل العلمي في مقالتين شهيرتين نشرتا في عامي ١٩٠٢ و ١٩٠٣م. وتمخض عن أعمال "سوتن" ولادة فرع جديد لعلم الوراثة يعرف اليوم تحت مسمى علم الوراثة الخلوية (Cytogenetics). وفي منتصف القرن العشرين وفي سنة ١٩٥٢م بالتحديد، توصل العالمان " ألفرد هرشى ومرثا تشايز" إلى ما أظهر أن مادة الحمض النووي منزوع الأكسجين "الدنا" (DNA) هي العامل الوراثي الذي يفضلته يتم انتقال الصفات التي يتوارثها الأجيال عند كل الكائنات الحية. ومادة الدنا هي المكون الأساسي للكروموزومات. ولم تمض سنتان (١٩٥٤) حتى توصل "جيمس واطسن وفرنسيس كريك" إلى فك رموز تركيبية الحامض النووي وشكله الحلزوني المزدوج. وتتألف خيوط الحمض النووي الطويلة من سلسلة من أربعة أنواع من الوحدات الفرعية نوكلئوتيد، تتألف كل منها من : سكر خماسي الكربون (٢ - ديوكسي ريبوز)، ومجموعة فوسفات ، وواحدة من أربع قواعد نتروجينية : أدينين (A) ، سيتوزين (C) ، جوانين (G) وثايمين (T) ، مع العلم أن الموروث البشري (الجينوم Genome أو شفرة الحياة) يتألف من ٣ مليارات من هذه الوحدات أو الأزواج القاعدية من الحامض النووي (الدنا). وما أدركه علماء الوراثة الجزيئية هو أن تسلسل تلك القواعد على طول خيوط المادة الوراثية هو شيء بالغ الأهمية إذ أنه العامل الوحيد الذي يؤدي لاختلاف المادة الوراثية وبالأحرى اختلاف الصفات التي يحددها تسلسل القواعد النتروجينية، ومن ثم إلى توصيف الوحدة الوراثية : الجين الذي يمكن تعريفه بأنه قطعة من الدنا محددة الطول وذات تسلسل مضبوط للقواعد النتروجينية ترمز إلى بروتين معين عبر رسالة الرنا (mRNA) أو إلى حامض الرنا الريبوزومي (rRNA) والانتقالي (tRNA) الذي يقوم بمهام أخرى في الخلايا. وبينما لقب مجموع الجينات في الخلية الحية "بالجينوم" أطلق اسم "البروتيوم" على مجموع البروتينات (الزلايات) التي يرمز لها الجينوم. وبهذا التقدم العلمي والتقني شهدنا ولادة مولود جديد في سلالة علوم الوراثة هو علم "الجينوم" الذي أحدث طفرة علمية نحن بصدد البداية في إدراك وقائعها الهائلة ومدى تأثيرها العميق على حياة الإنسان.

(٣) **علم الجينوم:** يمكن تعريفه على أنه العلم الذي يدرس الجينات ويحدد وظائفها. وقد أصبح لهذا العلم صدى كبير لدى معظم علوم الأحياء، فبقدرته على تفسير وظائف الجينات يمكننا فهم الوظائف الدقيقة للخلايا عند كل الكائنات الحية. إن علم

"الجينوم" مع تقنيات الهندسة الوراثية يسمح اليوم بدراسات تبدأ من الكل لاستقصاء الجزء والانطلاق من الجزء لتفسير الكل. وفى فترة وجيزة من الزمن تطور علم "الجينوم" وأصبحت له تشعبات ومجالات مختلفة أهمها:

- **الجينومية الهيكلية (Structural Genomics)** : وهو المجال الذي يعتني بالتوصيف الفيزيائي للجينوم ووضع الخرائط الجينية الدقيقة والمفصلة التي تميز كل نمط من أنماط الكائنات الحية.
- **الجينومية الوظيفية (Functional Genomics)**: وهو المجال الذي يعتني بضبط وظائف الجينات وكيفية ترجمة المعلومة الجينية إلى بروتينية في مختلف الظروف الفسيولوجية، كما يعتني بتفسير الفروق بين نشاط الجينات في خلايا مختلف الأنسجة ودراسة آليات تعامل الجينات مع محيطها الخارجي وبالأخص مع العوامل والظروف البيئية الخاصة.
- **الجينومية المقارنة (Comparative Genomics)** : وهو المجال الذي يختص بالمقارنة بين جينومات الكائنات الحية بمختلف أنماطها من حيث التركيبية الفيزيائية ودراسة الفوارق بين وظائف الجينات والبروتينات مع وضع تخطيطات شجرية للعلاقات الجينية والوراثية (Phylogenetic trees) لمختلف الكائنات وتسلسلها حسب نظرية التطور، كما يهتم هذا المجال بضبط علاقة المخزون الوراثي الخاص لكل كائن حي بقدرته على الانسجام والتأقلم مع البيئة التي يعيش فيها.
- **المعلوماتية الحيوية (Bioinformatics)**: تزامن تطور علوم الوراثة مع بروز علوم المعلوماتية وتم إدماج هذه القدرات التقنية وتوظيفها لتطوير علم الجينوم وإحداث مناهج جديدة لتخزين الكم الهائل من المعلومات التي تم التوصل إليها للتصرف فيها واستغلالها أحسن الاستغلال في كل المجالات الأخرى. وقد عرف هذا المجال اهتماما بالغاً قاد إلى تطوير عدد يصعب إحصاؤه من برامج الحاسوب والخوارزميات وتقنيات الإحصاء المخصصة لدراسة الجينوم والبروتيوم والتي تتيح تحصيل وجمع المعلومات من مجموعات ضخمة من البيانات وتقوم بتحليل وتفسير الأنماط المختلفة من البيانات التي تتضمن سلاسل الأحماض الأمينية و الأنوية والقطع والبنى البروتينية. وبفضل الجهود الكبيرة التي بذلت في هذا الحقل العلمي أصبحت المعلوماتية الحيوية تغطي العديد من مجالات الأبحاث المتقدمة منها التراصيف التسلسلي (Sequence alignment) إيجاد المورثات ، مشروع الجينوم البشري، ترصيف البنية البروتينية (Protein structure alignment) ، تنبؤ البنية البروتينية (Protein structure prediction) ، التنبؤ بالتعبير الجيني (Gene expression) ، وتأثيرات بروتين- بروتين، بالإضافة الى نمذجة التطور.

كما أحدث هذا المستوى العالي من الرقي الذي بلغته المعلوماتية الحيوية طفرة لا سابق لها في تاريخ علوم الأحياء، إذ أن بإمكاننا اليوم أن نقوم بالدراسات في معظم علوم الأحياء مكتفين باستعمال الحاسوب بديلاً عن التجارب العملية الطويلة والمعقدة التي لا يمكن الإستغناء عنها بل إختصارها واللجوء إليها لتأكيد أو نفي ما تم التوصل إليه عبر إستعمال ما يعرف اليوم بعلم الأحياء الحاسوبي (البيولوجيا الحاسوبية) (Computational biology) وهو توظيف أحدث تقنيات الرياضيات التطبيقية، والمعلوماتية (Informatics)، والإحصاء، وعلوم الحاسب لدراسة وحل مسائل بيولوجية حيوية. ونحن الآن نعيش بداية هذا المنهج العلمى المثير.

لقد أصبحت المعلوماتية الحيوية اليوم من التقنيات التي لا يمكن الاستغناء عنها في جميع علوم الأحياء وما ينجم عنها من تطبيقات هامة ومفيدة في مجالات الصحة والزراعة والتغذية وكذلك البيئة وكل مجالات التقنيات الحيوية (Biotechnologies). ويجب هنا التأكيد على أهمية بناء القدرات في مجال المعلوماتية الحيوية من حيث القدرات البشرية واللوجستية واعتمادها في برامج التعليم والتكوين وسوف نتعرض إلى الأهمية الإستراتيجية لهذا الموضوع في المحور الخامس.

تقنيات الهندسة الوراثية (الجراحة الجزيئية): الهندسة الوراثية عبارة عن مجموعة من التقنيات الحيوية التي يمكن من خلالها التحكم في/وتعديل المادة الوراثية بما في ذلك من تغيير للجينات وإعادة صياغتها ونقلها واستنساخها (Cloning) للتعبير عن رسائلها في محيط خلوي غير المحيط الذي تنشأ فيه طبيعياً. ويتم هذا لأن هذه التقنيات تمكن من نسخ مادة الدنا وقصها باستخدام إنزيمات التحديد (enzymes Restriction) وتغيير تسلسل النكليوتيدات التي تكون الجين وربطها بمادة (دنا) أخرى مصدرها غالباً ما يكون تركيبة وراثية خاصة بالبكتيريا تسمى البلازميد (Plasmid) أو أحيانا ب"دنا" مصدره الفيروسات. وبعد تكملة هذه الجراحة على مستوى الجزيئات الوراثية، يتم زرع التركيبة الجينية التي تمت هندستها في بكتيريا. ولعل أشهرها "أشريشيا كولاى *Escherichia Coli*"، وأنواع من الخمائر (Yeast)، أو في خلية حيوانية بما فيها الخلايا البشرية. وقد نسب إختراع وتطوير تقنيات الهندسة الوراثية أو بالأحرى هندسة المادة الوراثية "الدنا" فى أوائل السبعينيات من القرن العشرين إلى مجموعة من العلماء من بينهم (بول برغ) و(هربرت بوير) و(ستانلي كوهين) و(كورنبرغ) و(كهورانا) و(مكسام وقلبرت) وغيرهم.

المراحل الأساسية للهندسة الوراثية

تعتمد عملية الهندسة الوراثية على العديد من الخطوات وتستعمل في كل خطوة جملة من التقنيات التي عرفت تقدماً كبيراً منذ سبعينيات القرن الماضي لتصبح عملية هندسة الجينات سهلة نسبياً عما كانت عليه، وفي متناول كل من يدرسها ويهتم بإتقانها :

(١) تحديد الجين المرغوب فى هندسته وحصر سلسلة النكليوتيدات الخاصة بهذا الجين . ويمكن اليوم الحصول بدون مقابل على التسلسل لأي جين تم تخزينه من بنوك المعلومات الجينية المتعددة وأشهرها بنك الجينات (Gene Bank) .

(٢) عزل مادة الدنا المكونة للجين باستعمال واحدة من عديد التقنيات المتوفرة لعزل الجينات. وأقدم هذه التقنيات تتمثل في الانطلاق من مادة الرنا العاكسة للدنا المعبر (mRNA) لخلية يكون فيها الجين المرغوب فيه ناشطا لتحضير مكتبات للجينات المنسوخة فى الخلية الأم cDNA Library ومن ثم عزل مادة الدنا الموافقة للجين عبر واحدة من تقنيات العزل التي منها ما يستعمل سلسلة نكليوتيدات مقتبسة من سلسلة الجين المرغوب فيه والتي تحتوى على مادة الفسفور ٣٢ المشعة. أما التقنيات الجديدة للعزل فترتكز على استعمال سلاسل صغيرة من النكليوتيدات تسمى برايمرز (Primers) يأخذ تسلسلها من سلسلة الجين المرغوب فيه وأنزيمات تتسخ هذا الجين من مادة الرنا التي تعكسه، و تكثير الدنا للجين باستخدام تقنية تفاعل سلسلة البوليميرز، وتعرف هذه الطريقة لعزل الجينات بتقنية RT-PCR . أما أحدث التقنيات فتتمثل فى التحضير الكيمائى للجينات (Gene synthesis) إذ أنه توجد اليوم مكائن تصنع خيوط الدنا تبعا لسلسلة النكليوتيدات لأي جين حتى ما يبلغ طوله آلاف النكليوتيدات، وبهذا يمكن أن نتحصل على جين إصطناعى لا يختلف البتة عما يتم عزله من الخلايا الحية إذ أنه يمكن إستعماله للتعبير عن نفس البروتينة وإنتاجها بكميات وجودة عاليتين.

(٣) إدخال أى تحوير على سلسلة النكليوتيدات المكونة للجين لتحسين البروتين المرغوب الحصول عليه وذلك بإدخال طفرات جينية في أماكن معينة من السلسلة (Site Directed mutagenesis) أو حتى إدخال بعض الطفرات العشوائية (Random mutagenesis) لدراسة مفعولها على البروتين.

(٤) ربط الجين الذى تم عزله وتعديله ب"دنا" حامل (vector) كالبلازميد الذى يتضمن عادة علامة تمييز (Selection marker) تكسب الخلية المضيفة صفة مقاومة مضاد حيوى أو دنا فيروسى حامل وفى بعض الحالات تركيبات بيولوجية كالليبوزم (Liposomes) أو غيرها مثل (nanoparticules). وأحيانا يتم الالتجاء إلى طرق فيزيائية كبندقية الجينات (GeneGun) لنقل الجين إلى خلية جديدة.

(٥) نقل التركيبة الجديدة : الجين + الحامل إلى الخلية المضيفة أو العائله وغالبا ما تكون بكتيريا (E.Coli) أو خميرة أو خلية حيوانية أو حتى خلية من بعوضة ويتم النقل أما

باستعمال التيار الكهربائي أو بعرض الخلية المضيفة على مواد كيميائية تجعل غشائها قابلاً للغزو الخارجي لمادة الدنا.

(٦) فصل الخلايا التي تحصلت فعليا على الحامل للجين وبذلك تكون قد تعدلت وراثيا لتصبح مقاومة للمضاد الحيوي بتحصلها على الجين الذي أكسبها هذه الصفة أو أي صفة أخرى تكتسب باحتواء الدنا الحامل، و من ثم التحري عما إذا كان الجين المرغوب فيه قد تم نقله أما باستعمال مسبار الدنا أو بوضع الخلية المضيفة في ظروف فيزيولوجية تؤدي إلى التعبير على الجين المكتسب.

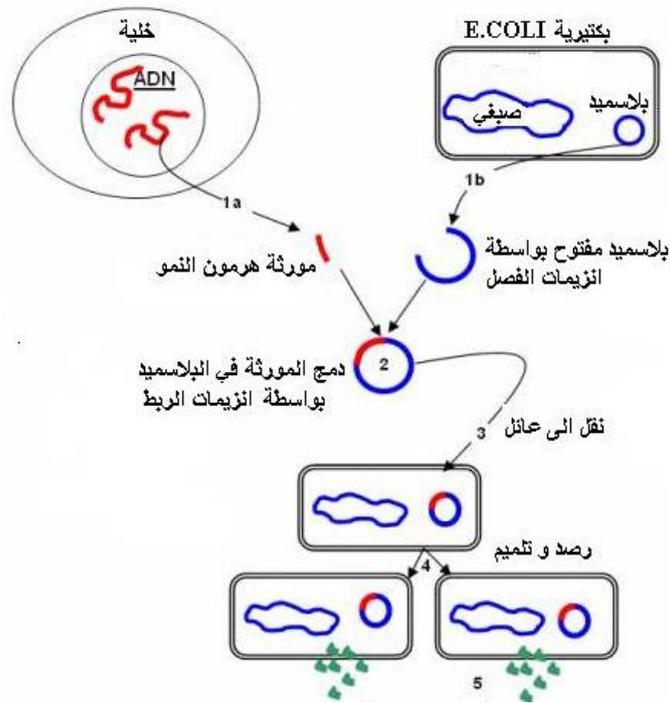
(٧) تنقية البروتينة المشفرة في الجين الذي تم نقله ودراسة صفاتها الفزيو كيميائية وتقدير نسبة إنتاج الخلية المضيفة لهذه البروتينة (Recombinant protein) وتقدير مدى نجاعتها في أداء وظيفتها (Functional study).

إن ما تقدم ليس سوى نبذة عن تقنيات أصبحنا نمسي ونصبح على تقدمها الهائل وقدراتها العالية على المضي بالعلوم الحيوية إلى مرحلة تغيير جذري لحياتنا المادية، و أيضا لقيمنا ونظرتنا إلى حياتنا الروحية. فهذا القسط من العلم الذي أنعم الله به علينا يجعلنا أكثر قدرة على التمعن في آياته الجليلة ويجعلنا أقرب من سبل اليقين إن شاء الله.

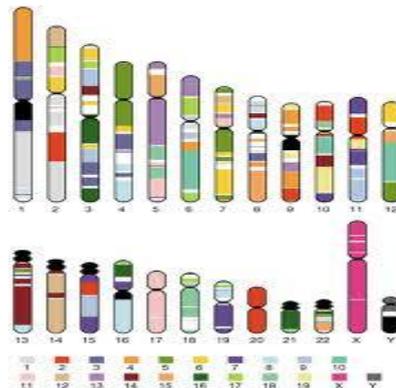
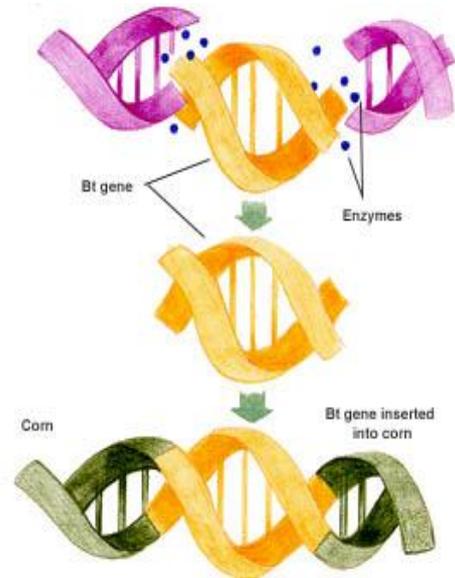
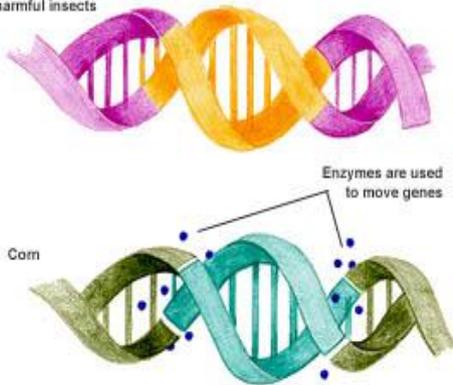
كما أن الهندسة الوراثية عبر قدرتها على نقل الجينات والمعلومات الوراثية التي تحتوي عليها بين مجموعات متباعدة من الكائنات الحية إلى البكتيريا، تصنع منها أداة معدلة وراثيا تتضاعف بسرعة فائقة وهي سهلة الإستنساخ ويمكن تخزينها عند درجات حرارة على مستوى تحت الصفر من - ٢٠ إلى - ٨٠ لآجال طويلة جدا. كما أن تكلفة زراعتها ونموها رخيصة، ومن هذا المنظار فإن للهندسة الوراثية مزايا اقتصادية كبيرة سوف نقف عندها في المحور الخامس إن شاء الله

وما يجب أيضا الوقوف عنده والتمعن في معانيه عند التعرض لعلوم الوراثة الحديثة وتقنيات الهندسة الوراثية هو أنها أعطت الإنسان بسلطان من الله عز وجل، القدرة على تجاوز الحواجز الطبيعية إذ أنه ما عدا في حالات نادرة أو حالات مرضية لا تتناقل مادة الدنا الوراثية بين الكائنات الحية إلا عبر التناسل وفي النطاق المقنن والمحدود جدا بين الأنواع الطبيعية (Species) أو الأجناس (Genus). إن نقل الجينات البشرية وتفعيلها في البكتيريا عبر تقنيات الهندسة الوراثية ليس تجاوزاً للأنواع أو الأجناس فحسب بل هو تجاوز كلي للشعب والصفوف والرتب والفصائل.

الهندسة الوراثية ونقل الجينات بين مختلف الكائنات الحية



Bt gene will help corn resist harmful insects



المحور الثاني

مشروع الجينوم البشري ومدى تأثيره على تقدم علم الوراثة

منذ أن تمّ التعرف على "الدنا" بأنه المادة الوراثية وأن المورث البشري أو الجينوم يحمل شفرة الحياة، بدأ العمل على إحصاء الجينات ووضع الخرائط الجينية الدقيقة للإطلاع على المنظومة الوراثية على المستوى الجزيئي، لكن سرعان ما أدرك العلماء أن هذه العملية شاقة وتتطلب وقتا طويلا يصعب تحديده، و غدا من الواضح أن الحل يكمن في التعرف على التركيبية الدقيقة و الكاملة للمادة الوراثية عبر معرفة تسلسل (ال ٣) مليارات من الوحدات أو الأزواج القاعدية من الدنا التي يتألف منها المورث البشري (المجين).

وما إن تعلقته همة العلماء بهذا الحلم العلمى حتى أصبح تحقيقه هدفا وموضوع تفكير ونقاش ثرى داما سنتين كاملتين إمتدت من سنة ١٩٨٥ إلى سنة ١٩٨٧ توالى فيهما المؤتمرات والإستشارات التي تولدت عنها فكرة مشروع المورث البشري أو مشروع الجينوم. وتنسب بلورة هذه الفكرة إلى العالم " روبرت سينهايمر ". وقد إنطلق هذا المشروع الهائل فعليا فى سنة ١٩٩٠ في الولايات المتحدة الأمريكية وتم التصميم على العديد من المراحل والأجزاء شارك فى إنجازها عدد من الدول المتقدمة منها بريطانيا وفرنسا وألمانيا واليابان وتم تقسيم العمل على ٢٠ فريق عمل ترأسهم الأستاذ " ويليام هيزلتاين " وقد رصد المعهد القومى لأبحاث الجينوم البشري (NHGRI National Human Genome Research Institute) لهذا المشروع ميزانية قيمتها ٣ مليارات من الدولار، وقدرت مدة إنجازها ب ١٥ عام. وقد تم بالتوازي برمجة دراسة مجين البكتيريا إشريشيا كولاى ومجين الفأر وذبابة الخل لتطوير وإجادة تقنيات جديدة لتحديد تسلسل النكليوتيدات والقواعد النتروجينية للدنا (Sequencing) والفهم الدقيق لوظائف الجينات.

أهداف مشروع الجينوم:

- (١) التعرف الكلى على تسلسل القواعد النتروجينية للثلاثة بليون من النكليوتيدات المكونة للدنا البشري (الهدف الرئيسى)
- (٢) الإحصاء الدقيق والتعرف على كل الجينات التي يحتويها المورث (المجين) البشري.
- (٣) التخزين المنظم للمعلومات وبناء بنوك معلومات مخصصة لهذا الغرض.
- (٤) تطوير آليات ونظم لتحليل المعلومات.
- (٥) نقل التقنيات التي يتم تطويرها إلى القطاع الخاص.
- (٦) الضبط والاهتمام بالأبعاد الأخلاقية والاجتماعية والمسائل القضائية المتولدة عن المشروع.

المراحل التقنية لتحقيق الهدف الرئيسى لمشروع الجينوم البشري:

- (١) عزل وتحضير الصبغيات الواحدة تلوى الأخرى وتتراوح أحجام الصبغيات من ٥٠ مليون إلى ٢٥٠ مليون نكليوتيد تحتوى على نفس العدد من القواعد النتروجينية ، ثم تفكيكها إلى قطع ذوات أحجام أصغر ودمج كل القطع بدنا حامل من نوع البلاسميد أو بالأحرى الكوسميد.
 - (٢) استعمال كل قطعة كنموذج لتحضير مجموعة من القطع يختلف طول الواحدة عن الأخرى بنكليوتيد واحد أو قاعدة واحدة ويتم التعرف على كل من هذه القواعد عند مرحلة تحديد التسلسل (sequencing step)
 - (٣) فصل القطع عن بعضها واستخدام مواد كيميائية تلون كل قطعة بلون مختلف حسب القاعدة النتروجينية التي تحدد إختلاف حجم القطع ويتم الفصل باستعمال التيار الكهربائي وتقنية الإلكتروفوريز (Gel Electrophoresis)
 - (٤) بعد قراءة تسلسل القواعد لكل قطع الدنا يتم استعمال الحاسوب ليربط التسلسلات في وحدات حدد طولها إلى ٥٠٠ قاعدة تسمى الأحجام المقروءة كما يتم التثبيت في هذه المرحلة من صحة التسلسلات وتحديد التسلسلات التي ترمز إلى بروتينة وتمثل ما يمكن أن تكون وحدة جينية (جين).
 - (٥) إدخال التسلسلات فى بنوك معلومات عمومية مثل Gene Bank يمكن للعامّة تفحصها بدون أدنى مقابل في جميع أنحاء المعمورة.
- وفي العام ٢٠٠١ توصل العلماء لقراءة سلسلة الثلاثة مليارات من الأزواج الأساسية التي تؤلف جزىء الدنا البشرى وبدأ فك شفرة الجينوم البشرى يتقدم بخطى ثابتة ونهائية. وظهرت أولاً الخرائط البدائية للصبغيات (٥ و ١٦ و ١٩) ، تلتها الخريطة الدقيقة و الكاملة لصبغى (٢١) المعروف بارتباطه بمتلازم "داون" أو المنغوليزم (Mongolism) التي تتميز بتثليث صبغى (٢١). وقد تم التحقق من حجم هذا الصبغى الذي يبلغ (٣٣) مليون زوج من أزواج قواعد مادة الدنا.

الحصاد المبدئي لمشروع الجينوم عبر الأرقام

- يحتوى المورث البشرى أو الجينوم على ٣١٦٤,٧ قاعدة نتروجينية A,C,G, T
- يحتوى الجينوم على ٣٠٠٠٠ جين (وحدة جينية) وهذا العدد أدنى بكثير من العدد الذي تم تقييمه قبل إنجاز مشروع الجينوم إذ قدر آنذاك عدد الجينات ما بين ٨٠٠٠٠ و ١٤٠٠٠٠.
- نسبة ما يقارب ٩٩,٩ من نفس النكليوتيدات توجد عند كل مخلوق من الجنس البشرى ويعنى هذا أن اختلاف مادة الدنا بين الناس يقدر ب ٠,١٪.
- أقل من ٢٪ من الجينوم يرمز مباشرة إلى بروتين محددة.

- يبلغ معدل حجم الوحدة الجينية ٣٠٠٠ نكليوتيد وقاعدة نتروجينية، لكن أحجام الجينات تختلف. وأكبر جين هو الذي يرمز إلى بروتينة العضلات الدستروفين (Dystrophin) و يبلغ حجمه ٢,٤ مليون نكليوتيد.
- توجد بالجينوم مراكز كثافة للجينات تكثر فيها القواعد النترجينية G و C مراكز أخرى تفتقر إلى وجود الجينات تكثر فيها قواعد A و T .
- تحتوى الصبغة رقم 1 على أكبر عدد من الجينات: ٢٩٦٨ بينما تحوى صبغة تحديد جنس الذكر Y على أقل عدد من الجينات: ٢٣١
- نسبة ٥٠% من الجينوم تكمن فى تسلسلات نكليوتيدية متكررة (Repeated sequence) لا ترمز إلى بروتينات، ووظائف هذه التسلسلات المتكررة غير معروفة بدقة لكن لها دور فى هيكلية الصبغيات وديناميكتها ، ومع مرور الزمن و تعاقب الأجيال تلعب هذه التسلسلات المتكررة دورا في إعادة تشكيل حصة الجينوم وترتيبه وخلق جينات جديدة أو تغيير الجينات الموجودة وإعادة هيكلتها.
- توجد بالجينوم تكتلات تحتوى على ٣٠٠٠٠ قاعدة من نوع C و G تتكرر بكثافة وتتمركز قرب التكتلات الجينية وتكون حاجزا بين الجينات وبقية الدنا الذى لا يرمز للبروتينات. تسمى هذه التكتلات بجزر CpG ويعتقد أن لها مفعولا على الأنشطة الجينية.
- إكتشاف ١,٤ مليون موقع فى المجين البشرى تتغير فيها القواعد النترجينية، وهذه المواقع للتنوع تسمى Single Nucleotide: SNP Polymorphism. ولهذا الاكتشاف أهمية بالغة لأنه يسهل البحث عن المواقع الكروموزومية التي تحتوى على جينات لها علاقة بالأمراض البشرية و تسلسلات للدنا تخبرنا بدقة عن التطور البيولوجى للجنس البشرى عبر التاريخ. وسوف نتعرض لانعكاسات هذه الاكتشافات فيما يلي من المحاور.

بنوك الجينات التي تحتوى على كل معلومات الجينوم البشرى:

الموقع الإلكتروني	البنك
www.ncbi.nlm.nih.gov/projects/genome/guide/human/	NCBI Human Genome Sequencing Progress
http://genome.ucsc.edu/	University of California at Santa Cruz
www.ensembl.org/	Ensembl Genome Browser at the Wellcome Trust Sanger Institute and the EMBL-European Bioinformatics Institute
www.ebi.ac.uk/embl/index/html	EMBL-Bank at the European Molecular Biology Laboratory's Nucleotide Sequence Database

وفى تأكيد مشروع الجينوم البشرى على أن حوالي ٠,١٪ أو ما يقارب ثلاثة ملايين إلى ستة ملايين زوج من القواعد النروجينية تختلف بين الأشخاص، تثبتت للحجة العلمية فى أن الأشكال الجينية متعددة، وتفسير لعدم وجود تطابق تام بين الناس وإثبات لخصوصية المادة الوراثية وتفرد كل إنسان تفرداً مطلقاً بمخزونه الوراثة. و لقد تمخض عن هذا الجانب من المعرفة والإدراك تطبيقات أعطت قدرات جديدة وبالغة الجدوى فى مجالات الطب الشرعي والبحوث الجنائية سوف نتعرض لها فى المحور الثالث. كما تولد من هذا الاكتشاف الذي هو من جملة ما حصده مشروع الجينوم البشرى مشروع ثانوى أطلق عليه إسم مشروع "الفاريوم البشرى".

وقد صمم هذا المشروع لدراسة التباين الوراثة على المستوى الجزيئى أى على مستوى المجين و"الدنا" بين كل شعوب العامرة. والأهداف الأساسية لهذا المشروع اثنان :

(١) دراسة إنتشار الأمراض الوراثية بين الشعوب وتصنيفها وربطها ربطاً محكماً بالمادة الوراثية بتحديد الجينات والأشكال الجينية التى تلعب الأدوار المهمة فى حصول وتطور المرض وفى هذا فائدة عالية للتوصل إلى التشخيص الدقيق والسريع وكذلك الوقاية والعلاج المجديان مع تخفيض التكاليف.

(٢) النظر فى الفوارق الأنتروبولوجية بين الشعوب من الجانب الوراثة الجزيئى ودراستها عبر التاريخ والمناخ البيئى الذي عاشت فيه.

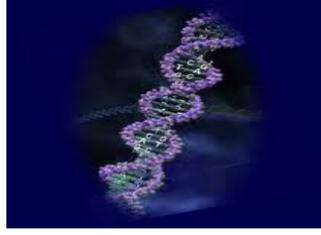
والجدير بالذكر أن نجاح مشروع الجينوم البشرى كان رهينة وضع خطة عمل وخارطة طريق فى منتهى الإحكام كما يجب الإشادة بدمج القطاع الخاص وتشريكه فى إنجاز المشروع وقد تمخضت هذه الإستراتيجية على تطوير قدرات تكنولوجية هائلة هى الآن بصدد إحداث تغيير جذرى لكل المناهج العلمية التى كان يجرى بها العمل فى مجال البحوث العلمية. فقد عرفت تقنيات تسلسل قواعد "الدنا" تطورا وإتقانا لا سابق له ومازالت هذه التقنيات والمعدات التى تسخر له تتحسن وتجدد بتوالى الأيام. كما لعب توظيف إمكانيات الحاسوب ل تخزين المعلومات الهائلة التى أفرزها مشروع الجينوم وما يتبعه اليوم من إنتاج علمى غزير دورا كبيرا فى إنجاز المشروع وتتجلى هذه الأهمية فى بروز المعلوماتية الحيوية ومدى تأثيرها الإيجابى على كل العلوم الطبيعية. و لولا مشروع الجينوم لما جنى الإنسان كل هذه القدرات بهذه السرعة الفائقة. وبقدر ما ينتفع اليوم المجال العلمى من مشروع الجينوم بقدر ما يتم تحصيله على المستوى الإقتصادى والإجتماعى من هذا العمل الرائد كما سنرى لاحقا.

عدد من الجينات المرتبطة ببعض الأمراض المستعصية والتي تم اكتشافها بعد إكمال مشروع الجينوم البشري .

رابط المصدر	اكتشاف الجينات المرتبطة ببعض الأمراض والصفات المورثة
http://www.tbbeb.net/news/articles.php?id=483	سرطان الرئة
www.albawaba.com/ar/الص-وجمالك/داء-صحتك	داء الصدفية
http://www.alarabiya.net/articles/2012/06/12/220137.html	انتشار سرطان الجلد
http://nile.eg/%D8%A7%D9%83%D8%AA%D8%B4%D8%A7%D9%81	الصداع النصفي
http://www.altabib.net/show_topic.php?c=652&t=studies&tt=one_topic	الشيذوفرنيا
http://www.islammemo.cc/monawaat/2012/03/20/146253.html	المسؤول عن "الشراة"
http://www3.youm7.com/News.asp?NewsID=654342&SecID=245&IssueID=0	جينات جديدة تزيد من حجم المخ وترفع معدل الذكاء
http://www.dw.de/dw/article/0,,1601856,00.html	الجين المسؤول عن إيقاع النوم
majdah.maktoob.com/vb/majdah79741/	جينات للطول
http://www.tbbeb.net/ask/showthread.php?t=150310	جينات جديدة لمرض السكري
http://www.okaz.com.sa/new/Issues/20120423/Con20120423497007.htm	التوحد والأمراض العصبية
http://www.medislam.com/index.php?option=com_content&task=view&id=3029&Itemid=43	جينات مرتبطة بمرض آلزهايمر
http://7awa.roro44.com/magazine/9441	المسؤول عن اضطرابات وصعوبة القراءة
http://health.msharkat.com/886/	سرطان الدم
http://news.bbc.co.uk/hi/arabic/sci_tech/newsid_4342000/4342733.stm	المسؤول عن نصف أمراض العيون

المحور الثالث

تطبيقات مشروع الجينوم البشرى والتقنيات الحديثة لعلوم الوراثة



لقد كانت الإعاقات والأمراض المتوارثة معروفة منذ زمن طويل و هذه الأمراض غالبا ما كانت مستعصية لا مجال للتعامل معها على كل المستويات الوقائية منها أو التشخيصية والعلاجية. ومع ما تم إدراكه من علوم الوراثة فى العقود الخمسة الأخيرة والتطور المبهر للتقنيات الحيوية مع الكم الهائل من المعلومات التى جاء بها مشروع الجينوم أصبحت الأمراض الوراثية أمرا يمكن النظر فيه على الثلاثة مستويات التى ذكرناها بتفاوت فى معرفة الجين أو الجينات التى لها علاقة بمرض ما ويمدى إدراكنا بهيكلها ووظائفها فى الحالات الفزيولوجية العادية وما قد يحصل عند انعدامها (deletion) أو تغييرها من جراء طفرة وكذلك العلاقات التى تربط هذا الجين مع محيطه البيئى. فجل الأبحاث الجارية تعمل أولا على تحديد الجينات التى لها علاقة بالأمراض. إن ما تم التوصل إليه أن المرض يمكن أن تكون له علاقة جينية تتراوح من جين واحد (Monogenic Disease) إلى مجموعة من الجينات (Polygenic disease) و تركز الأبحاث على تحديد العلاقة بين هيكل البروتينة التى يرمز لها الجين ووظيفتها. ومن إحدائيات مشروع الجينوم أنه قلب منهج البحث على الجينات المرتبطة بوظائف فيزيولوجية. لقد كنا فى السابق نطلق من وظيفة نهتم بدراستها للوصول إلى الجين المسئول عنها لعزله واستساخه ثم دراسته (Forward genetics) أما اليوم فإن المعلومات التى تخص ال ٣٠,٠٠٠ جين الموجودة فى المجين البشرى متوفرة فى بنوك المعلومات العمومية والمنهج البحثى أصبح هدفه الرئيسى التوصل إلى إسناد وظيفة لكل الجينات ثم التحري فى ارتباطها بالأمراض (Reverse Genetics). فمن الطبيعى إذا أن تكون أول تطبيقات هذه المكاسب العلمية هى :

(١) **التشخيص الجينى للأمراض:** يعتمد التشخيص الجينى على طريقتين : الطريقة المباشرة وتتطلب معرفة الجين المرتبط بالمرض وتكمن فى البحث عن التغيرات التى قد تحصل على هذا الجين وذلك بكشف التغيرات التى قد تحصل على مستوى الكروموزوم أو الطفرات التى قد تحصل فى مادة "الدنا" ويمكن الكشف عن الخلل الجينى فى البروتينة التى يرمز لها الجين. ويمكن إجراء التشخيص الجينى فى هذه الحالات أما بتحليل الكروموزومات أو باختبار مادة "الدنا" أو باستعمال الإختبارات الكيماوية.

أما الطريقة الثانية والغير مباشرة فهي لا تتطلب المعرفة الدقيقة للجين المرتبط بالمرض بل المنطقة الجغرافية من الجينوم التي لها علاقة هيكلية أو جغرافية بالمرض. وفي هذه الحالة يكمن التشخيص بدراسة مواقع تنوع النكليوتيدات **SNP Single Nucleotide polymorphism** الموجودة فى المنطقة المستهدفة من الجينوم.

ويمكن القيام بالتشخيص الجينى على الأجنة أو حتى على خلية لجنين قبل زرعها فى رحم أمه. لكن هذه التطبيقات هى الآن موضوع نقاشات وجدل كبير يخص جوانبها الأخلاقية التى يجب حسمها حسب ما شرعه الله وبالتوافق مع كل تطور علمي أو إجتماعي يمكن النظر فيه.

وفى ولاية كونكتكت الأمريكية تمت دراسة الأمراض الوراثية الشائعة وتقرر بعد هذه الدراسة وجوب إجراء التشخيص الجينى لـ ٤٣ مرضاً وراثياً للصغار. وجعل مستشفى جامعة "يال" من هذا الفحص الجينى عملية مسح روتينية.

وما يمكن إضافته أن التشخيص الجينى أصبح اليوم يشمل الجينوم كله. فأخر التقنيات تمكن الفرد من التحصل على معلومات مورثه الخاص "جينوم" فى يوم واحد وبتكلفة معقولة. وبهذا الفحص الشامل الذى يجب إجراءه مرة واحدة لكل فرد يمكن تقدير نسبة التعرض إلى الأمراض التى قد تحدث فى المستقبل لمن لا يعانى من الأمراض وبذلك يتم فتح محور الوقاية من الأمراض بالتأهب أو الاستعداد لحدوث مرض ما كتجنب الحالات البيئية التى يمكن أن تثير المرض والحمية وغيرها.

(٢) البصمة الوراثية: أو بصمة "الدنا" (DNA Fingerprint) تولدت من إكتشاف

إختلاف التركيبة الوراثية على مستوى مواقع فى الجينوم حيث توجد التسلسلات النكليوتيدية المتكررة (VNTR, STR) ومواقع تنوع النكليوتيدات (SNP). ويكمن الإختلاف فى هذه المواقع وعدد تكرار التسلسلات من شخص إلى آخر، الشيء الذى يميز بدقة فائقة كل شخص على إنفراد فهذه الصفات الجينومية تورث من الأبوين طبقاً لقوانين مندل الوراثية. وتبلغ نسبة التمييز بين الأشخاص باستخدام بصمة الجينات حسب عدد المواقع والتسلسلات التى يتم إعتبارها من حوالى ١ من ٣٠٠ مليون لتبلغ ما فوق البليون (بعد إكمال مشروع الجينوم البشرى) أى أن شخص من بين ٣٠٠ مليون أو بليون أو أكثر يمكن أن يحمل نفس بصمة "الدنا". كما أن بصمة "الدنا" تميز الأجناس البشرية بين شعوب العالم إذ يختلف الجنس الأبيض (Caucasoid) مع الأسود (Negroid) والأصفر (Asian) أو المغولى بنسبة عامة لا تتعدى ٠,٠١٪ لكنها كافية لتحديد بصمة وراثية مميزة.

وبالرغم من حداثة تقنية البصمة الجينية، إلا أنها سرعان ما تحولت إلى أداة أحدثت طفرة نوعية لا سابق لها فى مجالات الطب الشرعى والأبحاث الجنائية. فبالبصمة الوراثية

يمكن تحديد الهوية بدون أدنى شك والإثبات أو النفي القطعى للأبوة وليس هناك سبيل علمى آخر للطعن فى النتائج . وقد أعطت النتائج والإكتشافات التى حصلت بعد إتمام الجينوم البشرى وخاصة بعد وضع خرائط (SNP Single Nucleotide polymorphism) طريقة بصمة الدنا بدقة بالغة كما عززت التقنيات الجديدة لعزل مادة الدنا ونسخها إلى ملايين النسخ، مجال البصمة الوراثية إذ أنه يمكن اليوم عزل "الدنا" وفحص بصمة "الدنا" من قطرة دم أو بقعة دم مجفف، عينة صغيرة من أى نسيج حتى العظام ، عينة من الحيوان المنوى من سائل منوي مجمد أو جاف، شعيرات من الجسم تحتوى على الجذور، عينة من اللعاب، قطعة جلد من تحت الأظافر. وبهذا يمكن إثبات الأبوة والتحرى فى قضايا الإغتصاب وجرائم السطو، والتعرف على ضحايا الكوارث. ويمكن أن يبلغ نجاح تعيين بصمة الدنا إلى مستوى عال يبلغ ٩٩,٩٩٩٪ ولكن يجب إجراءها فى مخابر مختصة على أيادى أخصائيين متدربين تدريباً عالياً على كل جوانب ومتطلبات هذا الفحص الجينى بما فيها خاصة أعلى معايير الجودة وإستعمال الطرق المعملية (البروتوكولات) المعتمدة عالمياً. وإذا إكتملت هذه الشروط يمكن استخدام بصمة "الدنا" كدليل جنائى كما هو الحال اليوم فى الدول المتقدمة وبعض الدول النامية التى طورت سياسات تطبط إستعمال بصمة "الدنا".

(٣) **العلاج الجينى: (Gene Therapy)** هونتيجه تطبيق تقنيات الهندسة الوراثية وآخر ما توصل إليه الطب الجزيئى. وهو علاج الجينات بالجينات لما يستهدف الأمراض الوراثية وخاصة منها الأمراض المتنحية وهو بمثابة عملية زرع أو دمج لجين معين سليم فى الخلايا المريضة لإستبدال الجين الغائب أو إصلاح العطب الجينى وبذلك تصبح هذه الخلايا قادرة على التعبير عن الصفة المرادة وتتقهر العلة وتسود العافية. وبحسب الخلايا المستهدفة ينقسم العلاج الجينى إلى قسمين :

- القسم الأول تعالج فيه جينات الخلايا الجسدية (Somatic Gene Therapy) ويشمل إصلاح الخلل الجينى كل خلايا المريض بإستثناء الخلايا الجنسية

- القسم الثانى :تعالج فيه جينات الخلايا الجنسية (Germline Gene Therapy) إذ تعالج بويضة الأنثى أو الحيوان المنوى للذكر أو البويضة الملقحة (الزيجوت) فى مراحل النمو الأولى وقبل أن أن تخصص الخلية لأداء وظيفة محددة. وفى هذه الحالة يتم إنتقال النمط الجينى والصفة التى يحددها من المريض إلى ذريته.

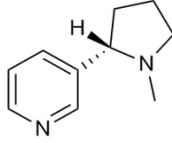
وبينما يركز العلاج التقليدى غالباً على مقاومة الأعراض المرضية يستهدف العلاج الجينى الجذور السببية للمرض ويحاول إستئصاله كلياً مما يجعله أرقى طرق العلاج التى يمكن تطويرها. وقد تطور العلاج الجينى فى العقدين الماضيين ليصبح "العلاج بالجينات" ويشمل الأمراض التى لا تطفى عليها العوامل الوراثية بل تكون من العناصر الهامة فى ظهورها

كأمراض السرطان والعوز المناعى والإلتهابات وحتى الأمراض المعدية. فأصبح إستعمال الجينات واردا لتقوية الجهاز المناعى أو لتصحيح أو تعديل وظيفة ما.

ولكن ولحد يومنا هذا تتفاوت نتائج العلاج الجينى من مريض إلى آخر وإذا أردنا إحصاء عدد المرضى الذين إنتفعوا فعليا بهذا النوع من العلاج فهو لا يتجاوز بعض العشرات بل إنه قد سجل عدد قليل من الوفايات نسبت للعلاج الجينى. إن العلاج الجينى اليوم بمثابة حقل علمى تجريبى ثرى يبشر بالخير إلا أن التراخيص لإجرائه على المرضى من البشر تدرس فى كل حالة على إنفراد للتحقق من خضوعها للمعايير المناسبة للإستخدام. وفى هذا المساق قررت الهيئة الأمريكية للغذاء والدواء (Food & Drug Administration FDA) فى سنة ٢٠٠٣ منع للعلاج الجينى حتى أكملت سنة ٢٠٠٦ وضع معايير وإجراءات جديدة للسماح بمواصلة التجارب على البشر ووظبطت آليات علمية وإدارية وشروط قضائية تتماشى مع الحقائق العلمية الدقيقة التى تميز المريض الذى قد يخضع أو لا يخضع للعلاج الجينى.

(٤) الصيدلة الوراثية "الفرمكوجينوميكس" (Pharmacogenomics) والعلاج المشخص:

إنبتقت "الفرمكوجينوميكس" من تطبيق علوم الوراثة فى علوم الصيدلانيات. وهى المادة الجديدة التى تدرس العلاقة بين الخصوصية الوراثية للأفراد ومدى ونوعية الإستجابة الفسيولوجية مع الأدوية. وتعبّر مصطلحة "الفرمكوجينوميكس" عن التقاطع بين مجالات الوراثة والجينوم كما سبق وتعرضنا لها والعلوم الصيدلانية. وقد تطور هذا المجال بعد أن تمّ إكتشاف أن إستجابة الأفراد لمختلف الأدوية من حيث النجاعة العلاجية (أو الإستفادة الإكلينيكية) و الأعراض الجانبية التى قد تظهر، تختلف بين الأفراد حسب تركيبتهم الجينية الخاصة. فقد لوحظ أنه إذا أعطى نفس الدواء إلى مريضين يعانىان من نفس الداء وبنفس الطريقة يمكن أن تكون النتيجة العلاجية مختلفة تماما، فبينما يستفيد أحدهم ويتعافى، لا تسجل أى نتائج إيجابية عند الآخر. ومع أنه كان من المعروف سابقا أن الإستجابة للأدوية يمكن أن تتأثر بالعوامل البيئية والسن والأكل والحالة الصحية للمريض إلا أنه إتضح أن العامل الوراثى هو أكثر فاعلية بكثير حتى فى التجريع (تحديد الجرعة الدوائية Drug Dosage). وبنفس التقنيات التى يمكن أن نميز بها الأفراد على مستوى التنوع الوراثى (Polymorphism) يمكن دراسة التنوع الجينى الذى يرتبط مع إستعمال دواء ما. وقد يكون التنوع الجينى فى موقع محدد واحد أو فى عدة مواقع من الجينوم. وللفرمكوجينوميكس تطبيقات ذات أهمية خاصة فى علاج الأورام لأن الأدوية الأكثر إستعمالا : أدوية العلاج الكيماى (Chemotherapy) لها أعراض جانبية كثيرة ويكون التجريع المناسب للمريض بالغ الأهمية للإستفادة من الدواء. وعلى سبيل المثال توجد لدى الإنسان أنزيمه تسمى TPMT (thiopurine methyltransferase) تلعب دورا هاما فى العلاج الكيماى لسرطان الدم عند الأطفال وتقوم بتحويل الأدوية التى تحتوى على مادة



thiopurine إلى مادة مركب يعالج المرض. وقد عثر بنسبة قليلة على نوع جيني عند الجنس البشرى الأبيض لهذه الأنزيمية غير قادرٍ على القيام بهذه العملية التحويلية المهمة وبهذا لا نسجل أى نجاعة لـ thiopurines عند المرضى الذين يحملون هذه التركيبة الجينية. ويلجأ الأطباء اليوم لمعرفة النمط الجيني لهذه الأنزيمية وإلى تقدير نشاطها للتجريب المناسب لكل مريض. كما أن لمجموعة أنزيمات الكبد من نوع cytochrome P450 (CYP) family دور فى التعامل مع ما لا يقل عن ٣٠ من أنواع الأدوية ويختلف هذا التعامل مع كل نمط من الأنماط الجينية الموجودة عند كل شخص.

أما بالنسبة للتدخين وإمكانية الإقلاع عنه فقد تم التوصل إلى أن الجين المعروف بإسم CYP2A6 يلعب دورا هاما فى الدورة الإستقلابية لمادة النيكوتين وأن لهذا الجين تنوعات مرتبطة بمدى النشاط الإستقلابى للنيكوتين وبذلك يتم اختلاف كل فرد فى تعامله مع التدخين. فمن يحملون الأنواع ٢,٤,٩ و ١٢ من هذا الجين لهم نشاط إستقلابى بطئ للنيكوتين وهم قادرون على الإقلاع عن التدخين على عكس من يحملون تنوعات أخرى من الجين CYP2A6، الذين لهم نشاط إستقلابى عادى لمادة النيكوتينو، وما إن استكمل الجينوم البشرى حتى برزت فكرة العلاج المشخص وإمكانية ربط إستعمال الأدوية بالفحوصات الجينية وحتى تطوير أدوية مشخصة. كما أصبحت البحوث عن التنوعات الجينية التى لها علاقة مكثفة مع الإستجابة مع الأدوية خاصة عند الشركات العالمية المصنعة للأدوية. أما عن مزايا تطبيقات علوم الجينوم والهندسة الوراثية فى المجال الصيدلى فهى كالتالى:

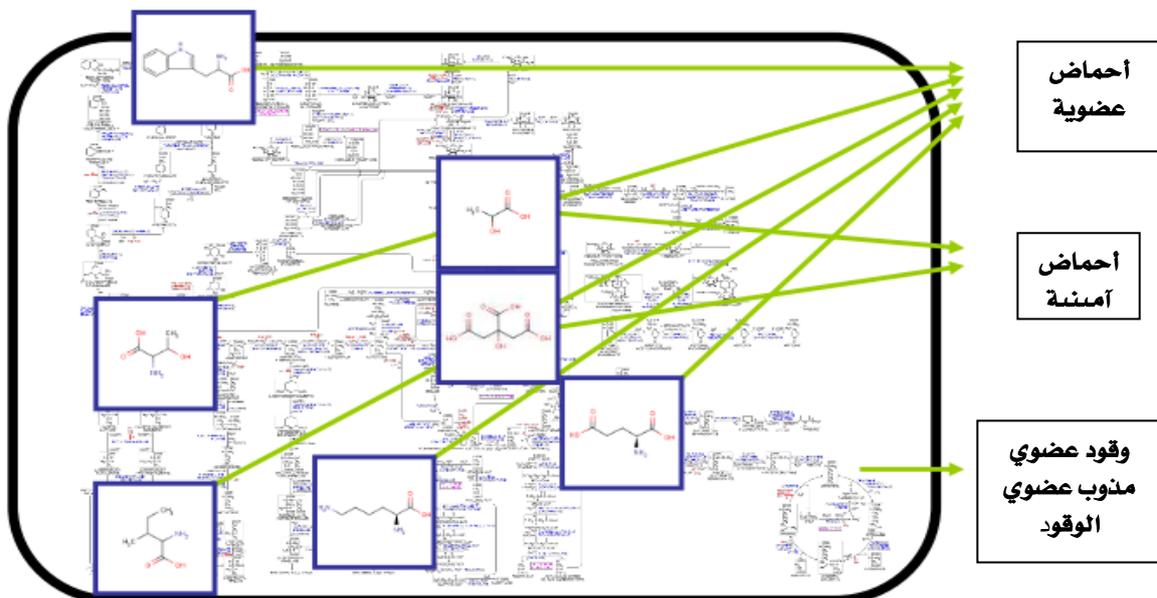
١. تحسين فعالية الأدوية باستعمال طرق تحديد الجرعات حسب التركيبة الجينية للمريض.
٢. تطوير أدوية أكثر نجاعة والتقليل أو إزالة الأعراض الجانبية.
٣. تطوير مناهج الوقاية بتغيير أسلوب عيش المرضى الذين لهم تركيبة وراثية لا تتسجم مع البيئة المحيطة.
٤. تطوير أمصال ولقاحات جديدة أكثر فعالية وبتكلفة معقولة.
٥. التركيز على إكتشاف أدوية للأمراض المستعصية عبر إستعمال المعلومات الجينية المتوفرة فى بنوك المعلومات الجينية.
٦. التخفيض فى التكاليف و التحكم فى النفقات فى مجال الصحة العمومية.

(٥) **التطبيقات الصناعية** : لم تقتصر تطبيقات التقدم العلمى والتقنى الهائل الذى عرفه علم الوراثة والهندسة الوراثية والذى عززه مشروع الجينوم البشرى على مجال الخدمات فى الميدان الطبى بل تعدت ذلك لتكتسح المجال الصناعى وتشمل الميادين الفلاحية والغذائية. ويمكن القول أن الصناعات الصيدلانية أخذت نصيب الأسد إذ تم تطوير صناعة الأدوية البولوجية (Biopharmaceuticals) وهو جيل جديد من الأدوية

يصنع بتقنيات الهندسة الوراثية وقد أحدث طفرة فى علوم الصيدلانيات ومن المنتظر أن تكتسح هذه الأنواع الجديدة من الأدوية الأسواق وتصبح المهيمنة على الصناعات الصيدلانية. نقدر اليوم أن مايفوق الـ ٥٠٪ من الأدوية فى حيز التطوير هى أدوية البيولوجية بينما تصل نسبة تواجدتها الحالي فى الأسواق إلى ما يقرب من ٢٠٪. ويرجع هذا إلى النتائج المبهرة التى تحققها هذه الأدوية لعلاج أمراضا كانت تشكو من قلة نجاعة الأدوية. وهذه الأدوية هى عبارة عن بروتينات وإنزيمات ومضادات أجسام (Antibodies) يتم إنتاجها باستخدام البكتيريا أو الخمائر ومن أهمها الإنسولين وهرمون النمو البشري والأنترفرونات الثلاثة (α, β, γ) ولقاح الإلتهاب الكبدى الفيروسى ب.

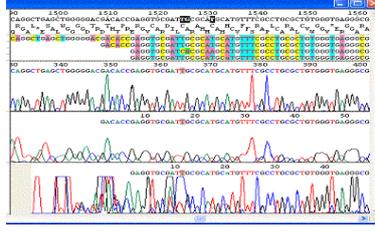
أما التطبيقات الصناعية الأخرى فهى تشمل صناعة الطعام من المحاصيل الفلاحية المعدلة وراثيا. وعادة ما تكون هذه المحاصيل عالية المنتوجية إذ تم تعديلها وراثيا لمقاومة الأمراض الناتجة عن الفيروسات والطفيليات كما أصبحت مقاومة للحشرات ومبيدات الأعشاب. ومن مزايا فلاحه المواد المعدلة وراثيا أنها يمكن أن تقلل هذه من استخدام الأسمدة والمبيدات وغيرها من الكيماويات وتضع حدا للتلوث والأضرار الناتجة عن استعمال الكيماويات. إلا أن صناعة الطعام المعدل وراثيا تلقى مقاومة من بعض أطراف المجتمع المدنى وتثيرا جدلا علميا حادا تختلف فيه الأطراف. وسوف نناقش المخاوف الناتجة عن إستهلاك الأطعمة المعدلة وراثيا عندما نتعرض للمسائل الأخلاقية التى تثيرها تطبيقات التقنيات الجينية.

تقوم صناعات التقنيات الحيوية على مسارات مشتقة من الطبيعة



المحور الرابع

المسائل الأخلاقية والقضائية التي تطرحها العلوم الوراثية الحديثة



نظرا لما أتى به التقدم الهائل لعلم الوراثة من إدراك علمى وتطبيقات فاقت التوقعات وكذلك إلى القدرات التقنية العالية التي قد تمس بقوانين الحياة كما سبحانه، فإنه من الطبيعى أن تطرح وتناقش المسائل الأخلاقية ويضبط إطار قانونى لكل الجوانب. فالتقدم العلمى والتقنى لا يجوز بدون اعمال التفكير العميق والمستمر فى معانيه وفى منافعه ونتأجه وإلا يكون بمثابة جسد بلا روح.

والهدف من دراسة المسائل القضائية والأخلاقية لكل العلوم هو وضع أسس الحوكمة السليمة والناجحة التى تسن القوانين المناسبة وتضبط الأمور فى إطار أخلاقى يأخذ من الشريعة ويتلاءم مع السنن. وقبل أن نبدأ فى التعرض إلى البعض من هذه المسائل يمكن لنا التذكير بمقولة للعالم والمفكر الفرنسى جون سلمون الذى يقول: "العلوم والتقنيات فى حد ذاتها ليست حسنة أو سيئة، فالكل يرجع إلى ما يسخرها له الإنسان".

والمسألة الأخلاقية الأولى التى أود التوقف عندها هى مسألة التغيير التلقائى للمخزون الوراثى للكائنات الحية بجميع أنواعها بما فيها البشر. وبما أننا سبق أن ذكرنا أن قوانين الوراثة بين الأحياء ثابتة وأن الله تعالى ضبط قوانين انتقال المادة الوراثية بين الكائنات الحية، إلا أن هذه القوانين أصبح من الممكن خرقها على العديد من المستويات باستعمال تقنيات الهندسة الوراثية، فيتوجب إذا التمعن الدقيق فى ما وراء هذا الخرق إذ يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿ وَمَا أُوتِيتُمْ مِّنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ﴾^(١). فما توصل إليه الإنسان هو قليل من العلم الذى لا يعجز الله، بل ولم يتم التوصل إليه إلا لأن همة الإنسان تعلقت به وأن الله جعل له سلطانا وسمح له بذلك. ويجمع علماء العلوم الوراثية على أن كل إكتشاف جديد يحمل فى طياته المزيد من التساؤلات العويصة فالمادة العلمية لا نهاية لها إذ أن علم الغيب هو أفق كل العلوم.

وإذا نظرنا إلى الإنجازات التى تم تحقيقها فى ميدان علوم الوراثة من الناحية العلمية فيمكن القول أنها جائزة بما أن الله سمح لها وسخر للإنسان سبل إدراكها، أما من الناحية التطبيقية فيمكن النظر إليها كإمتحان إلهي وبلاء لبني آدم. فالتركيز يجب أن يكون حول

(١) الإسراء: ٨٥.

ما سوف يسخر له الإنسان المكاسب العلمية الجديدة. وهنا يمكن دراسة كل حالة على انفراد لأن التقنيات وأبعاد التطبيقات تختلف من مجال إلى آخر.

والمستوى الأول الذى يمكن الحديث فيه هو مستوى الاستفادة. وفى هذا السياق ومهما كان مجال التطبيق يجب أن نستند على المعطيات العلمية والاجتماعية ثم نحصى الإيجابيات والسلبيات ثم نحسب بدقة إذا كانت الإيجابيات تفوق السلبيات بإستعمال أحدث طرق الإحصاء وبهذا يصح القول إذا كانت هناك إستفادة من أى تطبيق لعلم الوراثة والهندسة الوراثية كما يزعمه الإنسان.

أما المستوى الثانى فهو التلاؤم وعدم التعارض مع الشريعة والسنن وهنا نؤكد على أهمية تواصل الحوار بين أخصائيي العلوم الطبيعية وعلماء الفقه ليتمكن البت فى الأمور الأخلاقية والقضائية التى تتولد عن إستعمال أحدث التقنيات الحيوية. وبالإضافة فإن كل ما يمكن التوصل إليه يجب أن لا يكون نهائياً إلا فى بعض الحالات إذ يتوجب ترك باب الإجتهد مفتوحاً على ما تدركه العلوم لإعادة النظر وإمكانية الرجوع فى أى قرار سابق فى أى إتجاه كان. وفكرة التمعن فى الإستفادة أو المضرة واضحة لمن يعرف تاريخ الأديان السماوية ، فالله عز وجل لم يحرم الخمر والميسر فيما نزله على موسى وعيسى لكى يجيء القرآن لينهينا الله عنهما بقوله تعالى: ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾^(١). والإثم هنا هو المضرة التى تغلوا على الفائدة والأمور يمكن حسمها حسب هذه الآية الإلهية العظيمة.

وإذا نظرنا إلى التشخيص الجينى والمبكر للأمراض يتجلى لنا أن مزاياه ومدى الاستفادة منه كبيرة جداً ، فعلى دقته العلمية فهو يسهل عمليات المسح ويخفف فى تكاليفها ويمكن من الإسراع بالعلاج المناسب و يفتح أبواب الوقاية . كما أنه يمكن من إجتتاب العديد من السلبيات المرتبطة بالداء الذى تم تشخيصه. وعلى سبيل المثال يمكن تفادي تكليف الأشخاص الذين تم عندهم تشخيص نسبة احتمال التعرض إلى بعض الأمراض كالأمراض القلبية والعصبية بوظائف حساسة كالملاحة الجوية أوسياقة الطائرة أو القطار وما شابهها من الأشغال. ويجب هنا الطبط الدقيق للأمراض والوظائف المعنية وتحديد نسبة خصوصية هذه المعلومات والمسؤولية القانونية لكل من يتناولها حتى لا يكون هناك مجال إلى التجاوزات والوصول إلى التمييز الوراثى من قبل أرباب العمل أو شركات التأمين الصحى . ومن باب آخر فللتشخيص الجينى المبكر جوانب أخرى تشمل التأثيرات النفسية والاجتماعية ، ويصح التساؤل فى جدوى إجراء هذا النوع من الاختبارات عندما لا تتوفر أى سبل للعلاج أو الوقاية؟ أما عن الكشف الجينى للأجنة فهو بالإضافة إلى قدرته على الحدّ من نسبة الإعاقات الوراثية، باب مفتوح على إختيار جنس المولود إذا ما تمّ إجراؤه فى حالة الإنجاب وقبل زرع

(١) البقرة: ٢١٩ .

الجنين فى رحم الأم بما فى ذلك من إمكانية واردة للإخلال بنسبة الذكور والإناث.ويمكن كذلك أن نفكر فى التشخيص الجينى لصفات غيرمتعلقة بالأمراض وقد تكون صفات شكلية تخص تنوعات جينية ترتبط بنسبة الذكاء أو الذاكرة السلمية والإنصياح وغيرها من الصفات التى يحبذها الإنسان وإمكانية الإحتفاظ بالأجنة التى تم فيها الكشف الجينى على هذه الصفات على غرار الأجنة التى تفتقر إلى هذه الصفات. وهنا تتعدى عملية البت بين الفائدة والضرر ويحتاج علماء الفقه والوراثة إستشارة أخصائى علوم الإجتماع والتاريخ والسياسة والمجتمع المدنى لإثراء الحواروأخذ كل الآراء بعين الإعتبار قبل الرجوع إلى الشريعة.

وفى خصوص العلاج الجينى فإن بالرغم من تأخره النسبى عن التطبيقات الأخرى لعلوم الوراثة الحديثة ونظرا للقدرات الفائقة التى يتمتع بها والتى سوف تفجر فى القريب وتصبح واقعا ملموسا ، إلا أننا ينبغى أن نوليه إهتماما خاصا . إن قضية العلاج الجينى اليوم هى قضية علمية وطبية فى الأساس وبما انه لا يمكن إلى حد اليوم التحكم بالدقة الكافية فى غرس الجين فى مكان محدد من الجينوم تبقى إمكانية إدخاله فى موضع جين سليم وإصابته خطأ احتمالا واردا. وقد يصبح المريض عرضة إلى الإصابة بأى نوع من أنواع الأورام ► بنسب عالية غير مقبولة فى حالة كون هذا الجين السليم الذى أصيب من الجينات المثبطة للسرطان (Tumor Suppressor gene) أو من الجينات التى إذا نشطت تتحول إلى جينات مورمة (Proto-oncogene Oncogene) . كما أن احتمال وصول الجين المنقول إلى الخلايا التناسلية يطرح مشكلة الإنتقال إلى الأجيال الموالية وهذا يكون عادة غير مرغوب إذ فيه تغيير للنمط البشرى لا يمكن حصر سلبياته فى الوقت الحالى. من هنا نرى وجوب الحذر الفائق والتروى. ومن ناحية أخرى وإستنادا على مدى التعقيد العلمى والتقنى للعلاج الجينى والحاجة إلى الزيادة من التطوير والعديد من الكشوفات على المرضى فإن تكاليفه سوف تبقى عالية ولا نتوقع أن تتراجع هذه التكاليف بأى حالة وسوف تكون هناك أخطار تميز مآدى بين المرضى للتمتع بهذا النوع من العلاج وكذلك ضغوطات كبيرة على ميزانيات الصحة من جميع الأطراف المعنية العامة والخاصة.

أما عن البصمة الوراثية أو بصمة "الدنا" فالإستفادة منها تكمن خاصة فى الطب الشرعى بتحديد هوية ضحايا الكوارث الطبيعية والحوادث وحروب الإبادة العرقية التى تزايدت عبرالتاريخ الحديث وفى تحديد الأبوة إذ يضمحل الشك وتسهل النسبة إلى الأب الشرعى (البيولوجى) وتحفظ الأعراض. أما عن التبعات الجنائية فباستعمال بصمة "الدنا" لا يمكن لأى كان أن ينجو بفعلة إذ إتضح أن الإنسان أينما وجد لا بد أن يترك وراءه مادة بيولوجية يمكن إستغلالها لتحضير بصمة الوراثة وفى ذلك دليل قاطع على تواجده فى مكان الجريمة. لكن أجهزة القانون يمكن أن تستعمل بصمة "الدنا" لسبر الإنسان عبر هويته أو "بصمته" الوراثة و إدخالها فى بنوك معلومات. وإن يمكن أن نبرر بنوك المعلومات

التي تحتوى على البصمة الوراثية للمجرمين المدانين لا نجد سند قانونيا او إجتماعيا يسمح فى الإحتفاظ بالمعلومات الوراثية الخاصة للعموم. وهنا ندخل ميدان المسائل الأخلاقية والقضائية التي تتعلق بالحريات والحقوق الشخصية. وقد كثرت بعد إكمال مشروع الجينوم البشرى المخاوف وارتفعت أصوات تحذر حول تسريب المعلومات الوراثية إلى جهات كالمحاكم والمدارس و الجيوش التي قد تستعملها للتمييز بين البشر من حيث أفضلية بعض الصفات الوراثية على حساب أخرى. ومن بين الجهات التي قد تهتم بإستغلال المعلومات الوراثية الخاصة مؤسسات التأمين الصحى ليكون التأثير سلبيًا على حصول الأفراد على الرعاية الصحية المناسبة، و بهذا يفتح باب التمييز بمصراعيه على مختلف الأصعدة والخوف كل الخوف من أن يصبح هذا معيارا إجتماعيا تعتمده الأجيال القادمة خاصة و أن العالم تسوده المعايير المادية أكثر فأكثر.

ومن ناحية أخرى أبرز مشروع الجينوم بحكم الكم الهائل والمهم من المعلومات العلمية التي تمس ليس فقط بصحة الإنسان بل بكيانه البشرى وخصوصيته الروحانية من بين كل الكائنات الحية، موضوع الملكية الفكرية العامة والخاصة. وكما سبق أن ذكرنا توجد خصوصيات وراثية عرقية تخص الشعوب وأخرى على مستوى الفرد، والسؤال الذى يطرح نفسه هو : هل يمكن إمتلاك هذه المعلومات من طرف ثان يختلف عن الطرف الذى تخصه هذه الصفات حتى ولو كان هذا الطرف الثانى هو من إكتشفها؟ (هل إكتشاف ثروة فى بلد ما على يد أطراف خارجية يجعلهم يمتلكون هذه الثروة أو يكونون شركاء فيها؟). مثل هذا السؤال بالكاد يطرح، و من الواجب ان نذكر انه من الأهداف الأولى لمشروع الجينوم البشرى هو جعل كل ما ينتجه ملكا للبشرية جمعاء وهذا ما حدث: إذ يمكن لأى منا الدخول إلى البنوك التي تؤمن المعلومات التي أفرزها المشروع وإستعمالها فيما نشاء. و قد خصص المشروع ما يقارب من (5%) من ميزانيته الإجمالية لدراسة المسائل الأخلاقية و القانونية و الإجتماعية التي تتعلق بخلفياته. و لكن الأمور عرفت تطورا مختلفا كان، في رأينا المتواضع متوقعا، و ذلك إذا ما أخذنا بعين الإعتبار التقاليد الإقتصادية والإجتماعية للبلدان التي جاءت بفكرة مشروع الجينوم البشرى وقامت بإنجازه :

وللتذكير فإن من خصوصيات مشروع الجينوم البشرى العام أنه أشرك القطاع الخاص فى تنفيذه وقد قدم هذا القطاع الذى إنتفع ماديا إضافة تقنية هامة للمشروع أفضت بإعتراف كل الأطراف إلى إكمال العمل فى وقت قياسى. وبما أن هذا القطاع ساهم فى إنتاج هذه المعلومات، وبما أن هذه المعلومات هى اليوم ملك عمومى فإنه ليس هناك عائق قانونى يمنع القطاع الخاص الذى يمتلك التقنيات التي طورها من إستعمال هذه المعلومات لتطوير سبل جديدة تنبثق عنها يكون له فيها الحق الكامل للملكية الفكرية والتجارية. وهذا ما بدأ يحدث، ويمكن التنبأ بأن الأمور سوف تتعقد، عندما نفهم إستعمال الخصوصيات الجينية

للسعوب والأشخاص فى تطبيقات تخصها من تشخيص جينى للأمراض أو إنتاج أدوية حسب قواعد "الفرمكوجنوميا" التى تحتاج إلى معرفة دقيقة للتركيبية الجينية العامة والخاصة.

وكما هو الأمر بالنسبة لغيرنا فإن هذا الموضوع فى غاية الأهمية بالنسبة إلينا نحن أمة الإسلام، فقد أدركنا منذ أن بدأنا دراسة الخصائص الجينية عند شعوبنا وإرتباطها بالأمراض، وبدأنا فى صناعة بنوك المعلومات التى تخصنا، أدركنا التساؤل : من ياترى سيملك المعلومات الوراثية الخاصة بأممتنا ومن سيستفيد منها ؟ عندما انتبهنا الى وجود الفراغ القانونى يحيط بنا فى مجال الملكية الفكرية مع ضعف الحوكمة وقلة الدعم فى مجال له أبعاد إستراتيجية فى قمة الأهمية سوف نتعرض إليها فى المحور القادم.

وفى مجال زراعة واستهلاك الغذاء المعدل وراثيا فالأمور يسودها الاختلاف والإختلاق : أما الإختلاف فهو يكمن فى عدم الحسم العلمى للموضوع المتعلق بسلامة الكائنات الحية المستعملة فى المجال الفلاحي بالنسبة للبيئة او المستهلك. فهناك فريق من العلماء يرشح الفائدة وينفى الضرر وفريق آخر يرى أن السلبيات تفوق بكثير أى نفع ويحذر من مغبة التلاعب بقوانين الطبيعة ويشر بمصائب بيئية إذا لم تحسم الأمور من هذا المنطلق. والمواجهة بين هذين الشقين على أشدها إذ يتهم أتباع الفريق الثانى الفريق الأول بأنهم ينظرون إلى الأمر بمنظور ديمغرافى مغلوطن ومنهج إقتصادى ليبرالى غير صالح وأنهم أعداء للطبيعة و هم يخاطرون بإستدامة الكون بينما ينعت أتباع الفريق الأول الفريق الثانى بالفلاسفة العاطفيين غير مسؤولين والذين لا يفقهون الأمور. وتدوم هذه الحالة من إنعدام التوافق أكثر من العقدين ويبقى كل طرف متمسك بمواقفه فى حين تقف الأغلبية حائرة لتحديد المسار الصحيح الذى يجب ان تسلكه. وما يمكن أن نضيفه أنه من الناحية العملية وبعد أكثر من عقدين من الممارسة لم تسجل إلى يومنا هذا لا فى المجال البيئى ولا فى المجال الصحى البشرى أى حالة شاذة أو ما يمكن إعتباره حادثاً قد ينسب إلى زراعة أو إستهلاك المحاصيل المعدلة وراثيا. إلا أنه من الواجب أن نذكر أن المستوى التقنى الذى يسمح بالتعديل الوراثى للكائنات الحية يفوق المعرفة العلمية البحتة الذى تم التوصل إليها فى ما يخص التحكم الطبيعى فى نشاط الجينات (Gene Expression regulation) والانتقال والتبادل التلقائى لمادة "الدنا" فى نفس الجينوم (DNA Transposition) أو بين جينومات كائنات مختلفة. كما أن هذا المستوى من الإدراك العلمى لا يسمح لنا بأن نصرح (نجزم) قطعيا أنه ليس هناك إمكانية أن تحدث حادثة ما من جراء إستعمال الكائنات الحية المعدلة وراثيا كما انه لو حصلت أى حادثة لا سمح الله لا يمكن لنا أن نتنبأ بحجمها أو مخلفاتها فى الظروف الحالية. وبما أن الأمر رهينة تقدم المعرفة العلمية التى لا شك أنها ستصل بنا إلى مستويات يمكن بفضلها أن نحسم المواضيع علميا الواحد تلو الآخر، فالمسألة مسألة وقت ولذا فإن التحلى بالصبر وإتباع مبدأ التريث يفرضان نفسيهما.

وبالنسبة للإختلاق فهو يكمن فى سياسة الأمر المقضى والهيمنة التجارية والقانونية التى تفرضها بعض الشركات العالمية وأولها شركة منسانتو الأمريكية (Monsanto) العالمية التى جعلت من نشر إستعمال الكائنات المعدلة وراثياً فى جميع أنحاء المعمورة أكثر من مجرد هدف تجارى بل حرب اقتصادية لفرض رؤيتها السياسية المتعجرفة على القطاع الفلاحى العالمى بأجمله. فالقطاع الخاص وهذه الشركة بالذات كانت سبّاقة لتطوير المحاصيل الزراعية والغذاء المعدل وراثياً مستغلة فى ذلك الفراغ القانونى الذى كان يعم جلّ دول العالم. وهى تملك براءات الإختراع لعدد كبير من البذور المعدلة وغير المعدلة وراثياً التى يتم إستعمالها عبر جميع أنحاء العالم. أما أوروبا فقد قاومت الإنتشار العشوائى للفلاحة والغذاء المعدل وراثياً و قد نجحت نسبياً فى الحدّ من إنتشار هذه الزراعة على نطاق كبير ولم تنجح فى منع تجارة هذه المواد وإستهلاكها، لكنها توصلت إلى وضع إطار قانونى معتدل فى هذا المضمار يجبر المصنعين على إرشاد المستهلكين بالكتابة الواضحة على المنتج إذا كان يحتوى أم لا على كائنات معدلة وراثياً. وفى سنة ٢٠١١ حاولت ولاية فرمونت (Vermont) بأمريكا سنّ قانون فى نفس المساق إلا أن شركة منسانتو هددتها بمقاضاتها أمام المحمة الدستورية وتم التراجع عن مشروع القانون.

وأوضحت إستكشافات قامت بها منظمة قرين بيس سنة ٢٠٠٨ (Green peace) أن الأسواق العربية تعج بالمواد الغذائية وذلك فى غياب تام للإرشاد وفى وضع يملؤه فراغ قانونى كبير بالرغم من أن معظم الدول الإسلامية قد وقعت معاهدة ريو (Rio) وغيرها من المعاهدات للمحافظة على البيئة والتنوع البيولوجى الذى قد تهدده زراعة المحاصيل الفلاحية المعدلة وراثياً. ويمكن القول أن التعقيد فى هذا الموضوع يصل إلى حد التشعبات السياسية ويجب حتما إعلاء كلمة العلم والرأى الشرعى لما لذلك من انعكاسات هامة على حياة البشر. ويمكننا إضافة عنصر قد يفيد الحوار ألا وهو طرح بعض الأسئلة البسيطة وإيجاد الإجابات الشفافة و الشافية التى تعكس الواقع العلمى : ١- هل العالم حقاً فى حاجة ماسة إلى الغذاء المعدل وراثياً؟ ٢- هل أن المحصول الفلاحى العالمى موزع بصفة عادلة؟ ٣- هل الأراضى الخصبة حول العالم على وشك الإنقراض؟ ٤- ماهى نسبة الأراضى الفلاحية التى يتم إستغلالها بطرق علمية وإدارة بيئية حديثة وماهى نسبة مردودها الفلاحى مقارنة بالأراضى التى لا تستعمل فيها الطرق العلمية ومناهج الإدارة الحديثة. ٥- هل من بدائل علمية للكائنات المعدلة وراثياً؟

كما نشيد بالإستراتيجية التى تتبعها أوروبا فى مجال الفلاحة والغذاء المعدل وراثياً لما فيها من منهجية أقرب للصواب ونوصى بدراستها والتأمل فيها والله أعلم.

المحور الخامس

القراءة الإستراتيجية والانعكاسات الاقتصادية لعلوم الوراثة الحديثة



كلمًا تم التطرق إلى إستحداثات علوم الوراثة والتقنيات الحيوية، تداول عامة الناس دائماً نفس السؤال وهو: لماذا نولي اليوم أهمية بالغة لموضوع العلوم الوراثية والتقنيات الحيوية ومدى تقدمها ؟

والإجابة يمكن ان تكون أن إستحداثات هذه العلوم والتقنيات هي بصدد إدخال تغييرات جذرية فى معظم جوانب حياة الإنسان وقد حصل هذا فى وقت وجيز نسبيا ليفتح أبعادا إستراتيجية جديدة فى سياسة كل دول العالم تقريبا. إذ أن علوم الوراثة الحديثة والتقنيات الحيوية شملت قطاعات سبق أن تأكدت أهميتها الإستراتيجية كقطاعات الصحة العمومية والفاحة والتغذية والصناعات التابعة لها وكذلك البيئة والقطاع التربوى. وسعت كل الحكومات مهما كان نظامها السياسى إلى وضع المنظومات القومية للابتكار (National System of Innovation) التى ترمى إلى تطوير التقنيات الحيوية وعلوم الوراثة وتعزيز قدراتها فى جميع القطاعات المذكورة أعلاه. وأحكمت الخطط الإستراتيجية لتتجاوب مع الأولويات وتركزت على المشاكل القومية التى تختلف من بلد إلى آخر علاوة على المشاكل المزمنة التى تواجه كل بلدان العالم والتى قد توفر لها علوم الوراثة والتقنيات الحيوية الحلول المناسبة. وإذا تطلعنا الى القطاع الصحى الذى لا تخفى أهميته على أى فرد أو مجموعة، من منظورالطفرة التى أدخلتها الهندسة الوراثية وعلوم الوراثة الجديدة على هذا الميدان كالتشخيص الجينى والفرمكوجينوميكس، فإن معرفة التركيبة الجينية التى يتشارك فيها المجموعات البشرية وكذلك المعلومات الخاصة بالأفراد يجب أن يتم فحصها وتخزينها محليا نظرا للمسائل الأخلاقية والقضائية التى تعرضنا لها. وكذلك توفير الأدوية المناسبة فى الحالات العادية وحالات الطوارئ كإنتشار الأوبئة والكوارث، فهذه المسؤولية هى مسؤولية الدولة ويجب على الحكومات القيام بها بدون الإعتماد الكلى على الأطراف الأجنبية فهى أمور تخص كل دولة لحالها. والمتوقع أن كبار الشركات الصناعية ستركز إمكانياتها على توفير الأدوية واللقاحات المناسبة لأسواقها القومية وحتى ولو قبلت توفير الدواء المناسب لغير أسواقها الأولى فسوف يكون ذلك بثمن فى غاية التكلفة وبعد الإلمام بالتركيبات الجينية الخاصة. ومن المتوقع أن تحاول هذه الشركات استملاك وتسجيل براءات اختراعات حصرية

لتطوير هذه الأدوية المفصلة وراثيا. وقد يؤدي هذا إلى حرمان الدول الفقيرة من الأدوية المناسبة لمواطنيها لغلاء أسعارها، و الوصول إلى وضع تتحكم فيه أعداد صغيرة من الشركات فى تجارة الأدوية المفصلة وراثيا عبر العالم.

وهنا يتوضح بعد من الأبعاد الإستراتيجية العديدة للهندسة الوراثية وعلوم الوراثة. وينطبق نفس هذا المنطق على تأمين وسلامة الغذاء فى كل الظروف العادية والعاجلة وإحتمال تحكم بعض الشركات والأفراد فى المؤونة الغذائية العالمية عبرقوانين الملكية الفكرية . ولا يعنى هذا أنه يجب إنكماش كل مجموعة أو دولة على نفسها، بل أن ذلك يدعو بالأحرى إلى إعادة النظر فى المعاهدات الدولية وأساليب التعاون والتبادل بين الدول والمجموعات. وهنا تبرز مدى أهمية ضبط السياسات والخطط الإستراتيجية للنجاح فى إدماج التقنيات الحيوية فى المسار التقدّمى للأمم مع المحافظة على السيادة الوطنية. وللذكر فإنه إلى جانب الدول الكبرى والرائدة فى هذه التقنيات فإن بعض الدول النامية وحتى بعض الصغيرة منها تعرف تجارب ناجحة، نذكرمن بينها تجربة دولة كوبا التى نجحت فى بناء سمعة طيبة فى مجال التطبيقات الطبية للتقنيات الحيوية، وكذلك كوريا وجنوب إفريقيا والأرجنتين مع الهند وروسيا والبرازيل. وهذه الأخيرة اليوم أكبر مصنع عالمى لنوع من أنواع الطاقة البديلة التى طوّرت بالتقنيات الحيوية وهى مادة البيوايثول (BioEthanol). وسر نجاح هذه الدول يرجع أولا لنجاح حوكماتها فى تطوير وتنفيذ خطط وطرق الحوكمة الرشيدة. والحوكمة الرشيدة هى التى تهئى وتضمن السبل العلمية والمالية والإدارية للنجاح. وتتضمن السياسات الناجحة لتطوير التقنيات الحيوية محورا يتمثل فى بناء القدرات. فالطاقة البشرية لما لها من قدرات إبداعية هى المادة الخام التى بدونها لا يمكن وضع مخططات تطوير التقنيات الحيوية فىجب صقلها وتهيئتها تهئية خاصة على مستوى عال من الجودة مع ضمان الكتلة الحرجة (Critical Mass) لتحقيق الأهداف المبرمجة.

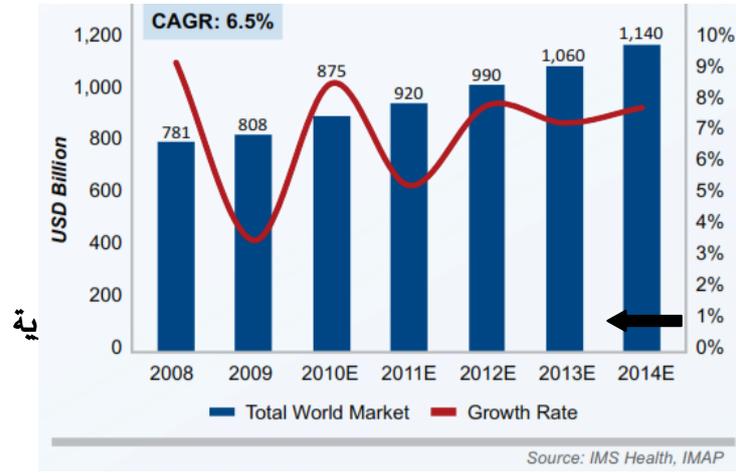
كما يمكن القول أنه علاوة على التطورالمبهر للتقنيات الحيوية والكسب العلمى الثرى الذى حصل فى علوم الوراثة مع الإضافة الهائلة التى قدمها مشروع الجينوم البشرى، فإن الأبعاد الإستراتيجية لهذا الموضوع ترتبط أيضا بالإنعكاسات الإقتصادية التى فاقت كل التوقعات. ولعل هذه أول مرة يتسبب فيها التقدم العلمى فى تطور إقتصادي بهذه السرعة و بحجم كبير مع قدرة عالية على النمو، إلى درجة أنّ كل الأخصائيين فى الإقتصاد إنفقوا على أنّ القرن ٢١ سوف يكون قرن الإقتصاد الحيوي (Bio Economy). وإقترن مصطلح "إقتصاد المعرفة" الذى يكثر اليوم تداوله فى الأوساط الرسمية، بالتقنيات الحيوية. ولقد اكتسح ما يطلق عليه اليوم اسم الصناعات الحيوية (Biotechnologies industries) بورصات الأوراق المالية التى تتداول التكنولوجيات ذات القيمة المضافة العالية وأشهرها مؤشر DowJones فى بورصة نيويورك الأمريكية. وفى مجال الإستثمارات، إستفادت هذه الطفرة الإقتصادية من منظومة رأس الأموال المخاطرة (Venture Capital) وتعدت

الشركات الصغيرة وإشتهرت بمسمى "Biotech Start Up" فى الولايات المتحدة الأمريكية يرتفع عدد شركات التقنيات الحيوية إلى ما يفوق ١٥٠٠ شركة بلغت إيراداتها لسنة ٢٠١٢ أكثر من ٩٠ بليون دولار، وأشهر هذه الشركات عالميا هي : Amgen, Biogen, Monsanto, Idec, Genentech, Genzyme, Life Technologies.

أما المؤشرات الإقتصادية العامة فى هذه المجالات التقنية فهى لا تحتاج إلى الكثير من التعليق أو التوضيح. فعلى سبيل المثال وبعد مضى ما يقارب من ثلاثة عقود عن تطوير المحاصيل الزراعية المعدلة وراثيا، أصبحت ٢٩ دولة تنتج الكائنات المعدلة وراثيا بينما هناك ٣٠ دولة تستورد هذا النوع من الغذاء. وبلغ حجم التجارة فى هذه الاغذية نسبة ٥٣٪ للصويا و ٣٠٪ للذرة و ١٢٪ للقطن. وذكر موقع أشقاء للتنمية عن مصدر "للخدمة الدولية لحيازة تطبيقات التكنولوجيا الحيوية الزراعية" فى تقريرها السنوي أن المساحة المزروعة بالمحاصيل المعدلة بالتقنية الحيوية ارتفعت عالمياً بنسبة ثمانية بالمئة فى العام الماضي ٢٠١١ لتصل الى مساحة قياسية بلغت ١٦٠ مليون هكتار بانخفاض طفيف عن ارتفاع نسبته عشرة بالمئة فى عام ٢٠١٠. وبلغ متوسط إجمالي حجم السوق السنوى العالمى للمحاصيل المعدلة وراثيا حوالى ١٥٠ بليون دولار.

وأما مجال الخدمات الصحية فقد عرف تطورا لا سابق له، فعلاوة على بروز المعامل المختصة فى التحاليل الجينية بكل أنواعها فى كل من القطاعين العام والخاص، تطورت صناعة وتجارة المواد والأجهزة التى تستخدم لهذه الأغراض مع إعتبار صناعة برامج الحاسوب والخدمات المعلوماتية التى تلزمها. وفى القطاع الصيدلى، صاحب ظهور الأدوية البيولوجية إنتعاشة إقتصادية جديدة لشركات الأدوية. وبعد مضى أكثر من عشرين سنة على ظهور أول أدوية بيولوجية وهى الأنترفرون والأنسولين يوجد اليوم ما يقرب من ٣٠٠ مركب حيوى فى الأسواق كما أن أضعاف هذه الكميات من مركبات بيولوجية جديدة توجد فى مراحل التطوير. والقطاع بالرغم من الأزمات المالية لم يعرف أى تراجع حقيقى بل أن نسبة الإستثمار والأرباح حتى وإن تراجعت نسبيا إلا أنها ظلت عالية عبر العقدين الماضيين. وللإشارة فإنه هناك ما يفوق الخمسين شركة عالمية فى هذا المجال لديها فائض فى الإيرادات يفوق ٣ مليارات دولار سنويا، وتتجاوز فيها نفقات الأبحاث والتطوير الـ ٥٠٠ مليون دولار سنويا. وقد بلغ حجم السوق فى سنة ٢٠١٠ ، ٨٧٥ بليون دولار أمريكي مع معدل نسبة نمو متوقع حتى سنة ٢٠١٤ يعادل ٦,٥٪ سنويا ليفوق الحجم الإجمالى للسوق ١٠٠٠ بليون.

وفى هذا دلائل واضحة على أن النشاط العلمى فى مجالات علوم الوراثة والهندسة الوراثية يفوق كل المجالات العلمية من حيث قدراته على خلق نشاطات إقتصادية مكثفة تتمتع بقيمة مضافة عالية وتقدم خدمات عالية للمجتمع. وقد أصبح التأثير الإيجابى لهذا النوع من الأنشطة على نسبة نمو الإقتصاد العام واضحا فى العديد من البلدان.



الربح الصافي بليون \$	الإنفاق في البحث والتطوير بليون \$ (% من الإيرادات)	إيراداتها لسنة ٢٠٠٩ بليون \$	إسم الشركة
٦,١	٧,٧ (١٥%)	٥٠	Pfizer
٧,٩	٥,٦ (٢٠,٥%)	٢٧,٤	Merck & Co
٩,٨	٧,٥ (١٦,٩%)	٤٤,٣	Novartis
8.5	م غ	40.9	Sanofi-Aventis
٦,٢	٦,٢ (١٣,٩%)	٤٤,٤	Glaxosmithkline
٨,١	٤,٤ (١٣,٤%)	٣٢,٨	Astrazeneca
٩,٢	٩,١ (٢٠,١%)	٤٥,٣	Roche
١٣,٣	٧ (١١,٣%)	٦١,٩	Johnson & Johnson
5.1	4.3 (١٩,٨%)	21.8	Lilly
٤,٦	٢,٧ (٨,٩%)	٣٠,٨	Abbot

حوصلة لنشاط ١٠ أكبر شركات أدوية عالمية تنتج وتسوق الأدوية البيولوجية (٢٠٠٩)

المعلومات مشتقة من IMAP Pharma report 2011 م غ = غير معرف

الخاتمة

حسن الخواتم هو كل ما يدعو إليه كل مسلم ومسلمة توكل على الله لا على غيره . أما بالنسبة لموضوعنا هذا فإن حسن الخاتمة التي ندعوا لها نحن كمسلمين أولاً ثم كممارسين للتقنيات الحيوية ودارسين لعلوم الوراثة أو كفقهاء في الدين أو غير ذلك من العلماء مع أولى الأمر و عامة الأمة أن يوفقنا الله في الإلمام بالتقنيات الحيوية وعلوم الوراثة الحديثة وأن ييسر لنا سبل إدراكها. ولكن يجب أن نعرف أنّ علينا الكد والعطاء الغزير وبذل الجهود اللازمة لوضع إستراتيجيات محكمة ومخططات نراعى فيها الجوانب العلمية والمسائل الأخلاقية والقضائية التي تتناسب شرعنا وثقافتنا الإسلامية وتأخذ بعين الإعتبار الفوائد الإقتصادية والإجتماعية لأمتنا. وبهذا قد يمكننا إن شاء الله اللّحاق بالركب. إذ يؤسفنا القول بأن مشاركة المسلمين على مستوى الدول في ما نقلناه من تطور لعلوم الوراثة والهندسة الوراثية تكاد لا تذكر ولن يسجلها التاريخ حتى وأنه قد ساهم نضر من المسلمين في بعض الإنجازات. كما يجب علينا إذ إكتفينا أن نكون مستهلكين لهذه العلوم والتقنيات، أن نحسن إستعمالها حتى نستفيد منها بأحسن قدر مستثنين في ذلك على شريعة الله ورسوله ثم إلى العقل والتعقل.

وما يمكن التذكير به أن كتاب الله فيه من الإعجاز العلمى ما يبهرالعقل، لكنه يجب أن نشير في نفس الوقت أن الإكتشافات العلمية التي حدثت هي التي لفتت أنظارنا إلى هذا الإعجاز القرآنى وليس العكس. ولكن علينا أن ندرك بسرعة أننا نلعم بنعمة إلهية تتمثل في كنز علمي ثمين مدفون في طيات قرآننا العظيم والمنهج الذى يمكن أن نوصى بسلوكه هو تطوير الدراسات والبحوث العلمية إنطلاقاً من القرآن العظيم وإستعمال كل ماجدّ من التقنيات والأليات والمعلوماتية لنكون سباقين في إستخراج الدرر من العلوم والتقنيات التي أكرمنا بها الله جل وعلا.

﴿ رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي * وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي * واحْلُلْ عُقْدَةً مِّنْ لِّسَانِي * يَفْقَهُوا قَوْلِي ﴾^(١) .

(١) طه : ٢٨-٢٥ .

المراجع

1. Lindley Darden Theory Change in Science: Strategies from Mendelian Genetics (Monographs on the History and Philosophy of Biology)
2. Peter J. Russell: iGenetics: a Mendelian approach.
3. Walter. S. Sutton, 1902 On the morphology of the chromosome group in *Brachystola magna*. Biol Bull. 4:24-39
4. Walter. S. Sutton, 1903, the chromosomes in heredity. Biol. Bull 4:231-251
5. Francis S. Collins,* Ari Patrinos, Elke Jordan, Aravinda Chakravarti, Raymond Gesteland, LeRoy Walters, and the members of the DOE and NIH planning group: New Goals for the U.S. Human Genome Project: 1998-2003. SCIENCE, 1998 VOL 282
6. Francis S. Collins, MD, PhD; Victor A. McKusick : Implications of the Human Genome Project for Medical Science. JAMA , Journal of the American Medical Association 2001, Vol 285, No. 5
7. Pharmacogenomics **الفرمكوجنوميكس** :
<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/About/primer/pharm.html>
8. Genetic testing: **الكشف الجيني**
<http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/testing/genetic-testing>
9. Genetic Engineering: **الوراثة الهندسة**
<http://www.imarksweb.net/book/chapter+15+genetic+engineering+worksheet+answers/>
10. Gene therapy review: **العلاج الجيني**
<http://www.androidpit.fr/fr/android/market/applications/application/com.ap.pmakr.app529918/Gene-Therapy-Review>
11. DNA fingerprinting **الوراثة: البصمة**
<http://protist.biology.washington.edu/fingerprint/dnaintro.html>
12. Ethical issues in biotechnologies: <http://www.genethik.de/ethical.htm>,
<http://biotech.about.com/od/glossary/g/bioethicsdef.htm>
13. *Brian Edgar*: Biotheology: ethics and biotechnology: <http://brian-edgar.com/themes/science-and-faith/biotheology-theology-ethics-and-new-biotechnologies/>
14. A. Karjala, Dennis S: Legal Research Agenda for the Human Genome Initiative 32 *Jurimetrics Journal*. 121 (1991-1992)
15. C. P. Hodgson. Social and Legal Issues Of Biotechnology: An Educational Perspective1. *OHIO Journal of science*. 87 (5): 148-153, 1987
16. Biotechnology Strategic & Economic issues: IMAP Biotech Industry Global Report — 2011
17. **روابط أخرى** www.kumc.edu/research/medicine/anatomy/sutton;
[http://www.ias.ac.in/resonance/April2009/p312-315.pdf;](http://www.ias.ac.in/resonance/April2009/p312-315.pdf)
[http://www.ashiqqa.org/developmental/poverty/177.html;](http://www.ashiqqa.org/developmental/poverty/177.html)
[http://helalbakis.com/al-arabia-4-11-198.html;](http://helalbakis.com/al-arabia-4-11-198.html)
<http://pharmgkb.blogspot.com/2012/04/how-can-genetic-variants-of-single-gene.html>



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

موقف الإسلام من الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والجيني

إعداد

الأستاذ محمد صلاح الدين المستاوي
عضو المجلس الإسلامي الأعلى

بسم الله الرحمن الرحيم

يتميز العصر الحاضر بأنه عصر العجائب والغرائب وان ما كان قبل عقود من السنين من قبيل المستحيلات ومن مجرد الخيال السابح في الأحلام هو اليوم واقع ملموس في كثير من المجالات والميادين وما كان يقف أمامه الإنسان عاجزا خاضعا أصبح اليوم مسخرا ومستغلا أوسع استغلال من قبل الإنسان.

ولا يختلف اثنان ان الذي يقف وراء هذا التحول والانقلاب الجذري إنما هو العلم . فمسيرة العلم في تقدمها لم تتوقف منذ ان انطلقت في فجر التاريخ ومنذ ان وجد الإنسان على وجه البسيطة.

نعم لقد شهدت مدا وجزرا وازدهارا وانكماشاً وتكاد كل الشعوب والأمم ساهمت في مسيرة تقدم العلوم وازدهارها.

غير ان ما يلاحظ ومنذ بداية النصف الثاني من القرن العشرين هوان نسق تقدم العلوم والمعارف في مختلف الميادين شهد من حيث الكم والكيف قفزة كبيرة هي في ازدياد كل يوم وكل ساعة فالفارق في أي ميدان من ميادين العلم والمعرفة بين بداية عشرية من السنين ونهايتها هو أكثر من الفارق بين بداية ونهاية قرن من الزمان في ما مضى من العصور.

ولقد جنت البشرية الخير العميم من جراء هذا التقدم في ميادين العلم والمعرفة فالإنسان اليوم ينعم ويستفيد الاستفادة القصوى مما سخر الله وبث في هذا الكون ومما أتاحه له. ولقد انعكس ذلك على كل شيء في حياة الإنسان بما فيها العبادات التي يتقرب بها إلى الله تبارك وتعالى فكم كان يعاني الإنسان من المشاق والأتعاب في سبيل ان يصل إلى بيت الله الحرام لأداء فريضة الحج وها هو اليوم يخرج من بيته وقد صلى الصبح ليؤدي صلاة الظهر في الحرم المكي أو الحرم المدني وقد كانت رحلة الذهاب إلى البقاع المقدسة تستغرق عاما كاملا كما تستغرق رحلة العودة عاما كاملا وبين العاميين مشاق وأتعاب وأهوال ومخاطر . أليس العلم وما تحقق من تطور في ميادين المواصلات هو الذي وراء هذا التيسير؟

وقس على ميدان المواصلات كل الميادين الأخرى بدون استثناء فسترى العجب العجاب وسترى ما يكاد يذهب بالعقول والألباب ومع ذلك فإننا لا نملك إلا ان نصدق ما نرى ونلمس ونسمع إن تطور العلوم والمعارف في هذا العصر يزيدنا يقينا وتسليما بأهلية الإنسان ليكون خليفة الله في الأرض وصدق العظيم الذي يقول في كتابه العزيز : ﴿ **وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً** ﴾^(١) .

(١) البقرة : ٣٠٠ .

لقد اثبت الإنسان بما آتاه الله من ملكات وقدرات انه المؤهل أكثر من سواه لعمارة هذا الكون وإصلاحه وفي تعليم الله تبارك وتعالى لأدم الأسماء كلها ألف مغزى على ان العلم الذي أهل الإنسان لاكتسابه هو المفتاح لكل أبواب الصلاح والفلاح فلا عجب ولا غرابة ان يكون العلم الذي له كل هذه الأهمية وبه تحقق للإنسان كل ما أراد في هذه الحياة لا عجب أن يكون أول ما ينزل من القرآن الكريم على سيدنا محمد عليه الصلاة والسلام وهو في غار حراء هو قوله تعالى : ﴿ اِقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ * خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ * اِقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ * الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ * عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ ﴾^(١).

- إن دين الإسلام الذي هو خاتم الأديان وآخرها لا بد أن يكون موقفه من العلم تقديمياً إلى أبعد الحدود لأن إحدى مميزات الإسلام واحد أسباب بقائه ومواكبه للمستجدات هو انه لا يعارض طبائع الأمور والأشياء كما انه لا يواجه التيار الجارف الزاحف وإنما يجاريه ويجانبه ولا يصطدم به ، ان الإسلام يعدل ما يحتاج إلى التعديل ويهذب ما يحتاج إلى التهذيب إلا انه لا يتجاهل الواقع فهو إذا فعل ذلك كتب على نفسه ان تتجاوز الأحداث وهذا ما لا يريده الله منه باعتباره الدين الذي اختاره لعباده أجمعين ﴿ إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ ﴾^(٢) . ولا يعني هذا البتة الإحاطة بالصغيرة والكبيرة من الأمور في كل العلوم مثلما يذهب إلى ذلك البعض ويستدلون بقوله جل من قائل : ﴿ مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ﴾^(٣) .

إن ميزة الإسلام في جوهره ومقاصده وخطوطه العامة هو في تحديد المفاهيم وضبط الحدود حتى لا تلتبس على الناس الأمور.

الدين والعلم يتكاملان

- فمجال الدين هو غير مجال العلم، إنهما يتكاملان ولا يتعارضان ولا يتناقضان إلا عندما يقحم احدهما في المجال الآخر تمحلاً وسرعان ما تبدو للعيان الآثار السلبية لذلك على الدين وعلى العلم معاً.

أما عندما يفهم الدين فهماً عميقاً بعيد المدى يضع في الاعتبار المقاصد والغايات فان كل ما تحقق في ميادين العلم من قفزات لا ضير فيه ولا ضرر منه على الدين ذلك ان كل ما يسعد الإنسان وتتحقق له به المصالح العاجلة والآجلة والفردية والجماعية والبدنية والنفسية يصبح من مقاصد الشرع الحنيف وما أروعها على كثرة تردها على الألسنة تلك القاعدة الذهبية المخصصة لموقف الإسلام مما يستجد في حياة الناس وما أصدقها وما أبلغها (حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله) .

(١) العلق : ١ - ٥ .

(٢) آل عمران : ١٩ .

(٣) الأنعام : ٣٨ .

- والقاعدة في الإسلام هي الإباحة وليس التحريم والذي يحرم هو الذي ينبغي عليه ان يقدم البرهان والدليل من النقل والعقل، والدين ونقصد بذلك الإسلام الأصل فيه التيسير ونفي الحرج ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ (١)، ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ ﴾ (٢).

بهذه الرؤية المتبصرة المستتيرة والمتحررة يصبح لا خوف على الإسلام من التقدم العلمي في كل مجالاته وميادينه شريطة ان تكون مسيرة العلم وهي تتقدم وترتاد المجهول وتقتحمه لا هدف لها ولا غاية إلا إسعاد الإنسان وجعله يستفيد أكثر ما يمكن مما وهبه الله وسخره له في هذا الكون عند ذلك يكون العلم محراباً لعبادة الله وصدق الله العظيم الذي يقول ، ﴿ سُنُّرِهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ ﴾ (٣).

- إن الخطر على الدين وعلى القيم والمثل والأخلاق لا يكون من العلم ومن جرائه إلا إذا وقع الانحراف بالعلم والمعرفة عن طريقهما القويم وصراطهما المستقيم الذي هو إسعاد الإنسان وتحقيق مصالحه والحفاظ على توازنه بحيث لا يطفئ علمه فيرويه ولا يكون وسيلة بين يديه يظلم بها عباد الله ويتهدهم وي رهيبهم ويلحق بهم الأضرار المادية والمعنوية فيعرض حياتهم إلى المخاطر والمهالك ولكي نجنب العلوم والمعارف هذه المخاطر لابد أن يكون اكتسابنا لها وتبحرنا فيها لغاية شريفة وهدف نبيل لا نحيد عنهما قيد أنملة.

ومن الميادين والمجالات التي اقتحمها العلم - وذلك من حقه ومن طبيعة مساره- ما يتعلق بذات الإنسان في نشأته ونموه وتطوره فلا يزال أهل الذكر من العلماء يتوغلون في بحوثهم وتجاربهم المخبرية وقد أثار هذا التماس أهل الدين من مختصين ومتعلقين ممارسين وتسبب في الإزعاج بالنسبة للبعض وفي كل مرة يدعى وبإلحاح أهل الذكر من علماء الدين للإدلاء برأي الدين فيما اقتحمه العلم والطب من مجالات وميادين ظلت بمنأى عنهما لقرون طويلة فبعد أطفال الأنابيب وزراعة الأعضاء جاء دور الاستتساخ .

وعندما ولدت قبل سنوات قليلة النعجة "دولي" قال البعض إن شمس الدين قد غربت وان عهد المحظورات قد ولى وان الإنسان ها هو ذا قد وصل إلى مضاهاة خلق الله ومشاركته فيما ظل من خصائصه جل وعلا ! ولم تلبث أن هدأت هجمة الاستتساخ حيث تصدى لها الجميع : ساسة ورجال دين ورأيا عاما بمختلف مكوناته وانكب علماء الدين ومجامع الفقه ودور الإفتاء ولجان الأخلاقيات في العالم الإسلامي والعوالم الأخرى على الموضوع لأن التحدي عام وشامل لكل الديانات ولكل المثل والقيم وحاول الجميع ان يبينوا للمؤمنين بالخصوص: الجائز والممنوع من الاستتساخ وأجمعت تقريبا كلمة العلماء المسلمين على مختلف مذاهبهم وبلدانهم على ان الاستتساخ في مجال النبات والحيوان من اجل

(١) الحج : ٧٨ .

(٢) البقرة : ١٨٥ .

(٣) فصلت : ٥٨ .

تحسين النوعية والارتقاء بجودتها والزيادة من كميتها لا إشكال فيه ، وان المصلحة واضحة جلية فيه وأن ذلك لا يخالف أي مقصد من مقاصد الدين البعيدة والقريبة وهو بما يحققه من مصالح يرتقي من درجة المباح إلى درجة المندوب أو حتى الواجب باعتباره ضرباً من ضروب الأخذ بالأسباب من أجل الارتفاع بمستوى عيش الإنسان وتجنبيه المهالك والمخاطر وقد أصبحت بادية للعيان متمثلة في هذه الندرة وتلك المجاعات وهذا الانفجار الديمغرافي والتلوث البيئي وهي كلها مخاطر ينبغي الاحتياط لها والعمل على تجنب الوقوع فريسة لها.

ومسألة الهندسة الوراثية والخريطة الجينية التي تعرض على أنظار العلماء والفقهاء والمجامع الفقهية والهيئات الشرعية لبيان الحكم الشرع من القضايا المستجدة والمستحدثة التي أصبحت في حكم الحقيقة العلمية التي تفرض نفسها على واقع حياة المجتمعات البشرية في عالم أصبح قرية ليس بين أحيائها حدود ولا قيود .

وحسنا فعلت الأمانة العامة للمجمع الفقه الإسلامي الدولي عندما قررت عرض هذا الموضوع الدقيق على أنظار أهل الذكر من العلماء الأعضاء والخبراء ليتداولوا الرأي فيما بينهم ولتصدر عن المجتمع قرارات تبين الحكم الشرعي في الهندسة الوراثية والجينوم البشري وحدود وغايات الأبحاث والتجارب فيها في ضوء النظر في المصالح والمفاسد وتوضيح مجالات الاستفادة من تطبيقات الهندسة الوراثية والجينوم البشري والحكم الشرعي لما ينتج بطريقة التعديل الوراثي ومدى الحاجة لمثل هذه التطبيقات كما أن أعضاء المجمع وخبرائه مدعوون للنظر في المحاذير العلمية والشرعية لتطبيقات الهندسة الوراثية والتدخل في الخريطة الجينية وضوابطها الشرعية وحدود المسؤولية عن الأخطار التي تنجم عن التطبيق ولاشك أن الأمانة العامة يسرت على الباحثين الذين استكثبتهم في الموضوع الثامن لدورة هذا المجمع الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني وحددت النقاط التي ينبغي التطرق إليها والتعرض بها في هذه الأبحاث .

ومنذ أن بدت جلية النتائج الأولية لاكتشاف على الخريطة الجينية بادر كثير من الباحثين والعلماء المختصين في هذا المجال الى كتابة بحوث ودراسات اكتست بصيغة الوضوح والتيسير جعلت من الرؤية والتصوير لهذه المسألة العلمية المستجدة تبولوجية واضحة مما ييسر تبعاً لذلك لأهل الذكر من العلماء والفقهاء كي يدلوا برأيهم التطبيقات الفعلية العملية وما وقع التوصل إليه من أبحاث علمية في مجال الهندسة الوراثية والجينوم الجيني ولا بأس كتوطئة ومدخل لهذا البحث أن نورد بعض ما عرف له أهل الذكر من العلماء أو المختصين في مجال الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني وذلك بالاعتماد على التعريفات والمصطلحات الواردة في آخر كتاب العصر الجينوم (إستراتيجيات المستقبل البشري) تأليف الدكتور موسى الخلف^(١) ، حيث جاء ما يلي جينوم (Genome)

(١) الصفحة ٢١٣ وما بعدها .

الجينوم هو مجموع المادة الوراثية التي تحتويها الخلية وهي تتضمن على المورثات (Genes) يضاف إليها جميع المادة الوراثية المحيطة بالمنطقة المورثات يحتوى الجينوم البشري على ما يقارب ٣٠ الى ٤٠ مورثة وهي تعادل ١ % من مجموع المادة الوراثية المتمثلة في الجينوم البشري والتي تساوي 3,2 بليون زوج وأساس قاعدي (base PAIR).

- جينوميكس (genomics) العلم الذي يدرس بنية ووظيفة الجينوم ويهدف الى تحديد وظيفة كل مورثة .
- البروتيكوم (Protomics) العلم الذي يدرس بنية ووظيفة البروتينات التي تنتجها الجينوم .
- أنزيم (Enzyme) بروتين يعمل كحافز يزيد في سرعة تفاعل بيو كيميائي ولكنه لا يغير اتجاه التفاعل وطبيعته وقد ورد اللفظ " انظيم " و" أنظيمات " في بعض الكتب والمراجع العربية .
- أنزيم بلمرة لل" د ن أ " (DNA polymerase) إنزيم يعمل كحافز (مسبب) في تضاعف ال" د ن أ "
- أنزيم قاطع لل" د ن أ " (DNA restriction Enzyme) بروتينات خاصة بالبكتيريا يستخدمها العلماء لقطع ل" د ن أ " في أماكن محددة حيث يستطيع كل منها أن يتعرف على تتابعات نوتدية قصيرة وهناك الآن المئات منها سلسلة أو تتابع « sequence » ترتيب النوتيدات في حمض نووي أوترتيب الأحماض الأمينية في بروتين.
- بروتين (protein) جزيء كبير يتكون من سلسلة أو أكثر من الأحماض الامينية في تتابع معين يحدد تتابع الأحماض الامينية في البروتين عن طريق تتابع النوتينات في المنطقة المشفرة من الجينوم (الأكسونات) وهي لازمة لبناء الخلية ولها وظائف أخرى تتحكم بموت أو حياة الخلية
- التعبير الجيني (Gene Expression) العملية التي تترجم بها المعلومات المشفرة في مناطق الجينوم (المناطق الفاعلة) لتعطي الحمض النووي الريبسي الرسول (م ، ز ، ن ، أ) الذي بدوره يتم ترجمته بواسطة الريبوزومات إلى بروتين نوعي .
- حيوان أونيات عبر الوراثة (Transgenic) حيوان تحمل خلاياه مادة وراثية من كائن حي آخر وتنتقل باستمرار الى ذريته عن طريق خلاياه التكاثرية على سبيل المثال قد يحمل الفئران مادة وراثية أومن البشر وأن الجراثيم ويخشى العلماء أن طرق التحسين الوراثي التي يطالب بها البعض قد تؤدي الي تحول الجنس البشري الى معبر جيني

• خارطة وراثية (genetic Map) خارطة التي تحمل المواقع الدقيقة للحنات في الحنوم وتحدد احداثياتها بالضبط على كل صبغي وقد تمكن العلماء بعد فك الشفرة الوراثية من رسم خارطة مقبولة توضح أماكن معظم المورثات التي توجد في الحنوم ولكن هذه الخارطة ليست نهائية حيث يتم التغير والإضافة في بعض المواقع في كل يوم يمر.

• د، ن، أ (DNA) أو الحمض النووي الريبي المنقوص الأكسوجين وهو بشكل المادة الموحدة في داخل نواة الخلية وهو الذي يحمل المعلومات الوراثية المسؤولة عن بعث الحياة في الكائن الحي

• ر، ن، أ (RNA) أو الحمض النووي الريبي وهو عادة يتكون من شريطة واحدة وهو بذلك يختلف عن ال " د ن أ " الذي يتكون من شريط حلزوني مضاعف ، أما البنية الكيميائية فهي تشابه بنية ال " د ن أ " ماعدا السكر الذي يدخل في تركيبه وهو الريبوز Ribose وكذلك فهو يحتوي على الأساس المسمى ثايمين ولكنه يحتوي على الأساس الخامس المسمى يوراسيل uracil ويرمز له بحرف "U" ر ن أ " الخلية يجرى إنتاجه من المورثات أي من ال د ن أ خلال ما يسمى بعملية النسخ transcription وبشكل عادي فإنه يتم نسخ نوع معين من ر، ن، أ ابتداءً من كل مورثة وهكذا يمكن التصور أنه يوجد على أقل تقدير ألف مليون نوع من ال ر، ن، أ في الخلية الإنسانية ويجب العلم أن كل نوع من الأنواع سيتم ترجمته البروتين خاص وتجدر الإشارة إلى طول هذه الجزئيات يكون أقصر بكثير من جزئيات ال د ن أ وهو يقدر بمئات إلى بضعة آلاف نكليوتيد .

• الحلزون المضعف double helix يتألف جزأي ال د ن أ من حلزون مزدوج الشريط (السلسلة) وتتكون كل شريطة من وحدات أساسية تسمى بالنكليوتيدات يتألف الواحد منها من أحد القواعد الأزوتية الأربعة (أدنين ، غوانين ، ثايمين ، أوسايتوزين) وسكر الريبوز المنقوص الأكسوجين بالإضافة إلى زمرة فسفاط ويوصف جزئي ال د ن أ بالحلزون المزدوج لأن الشريطين يلتفان أحدهما على الآخر حول محور وهمي .

• المورث gene وهي تمثل الوحدة الأساسية المسؤولة عن وراثية الصفات هي تحتوي على الصفات الوظيفية والبنوية التي تنتقل من الآباء إلى الأبناء والمورثة وهي عبارة عن قطعة صغيرة من ال د ن أ ومعظم المورثات تحتوي على المعلومات المسؤولة عن إنتاج وصنع بروتين خاص ومحدد أنه في داخل الخلية يوجد هناك مورثة واحدة لكل بروتين .

• مورثة سرطانية oncogene وهي نوع من المورثات التي اكتشفت لأول مرة لدى الفيروسات التي تصيب الإنسان والحيوان وتسبب لهما السرطان وقد اكتشف العلماء أن الجينوم البشري يحتوى على بعض المورثات التي إن حصل عليها طفرة (أو تغير في الكم والنوع) proto-oncogées فإنها تكتسب وظيفة جديدة وتساهم في توليد السرطان في الخلية ولذلك سميت مورثات السرطان الإنسانية .

• معالجة المورثات أو المعالجة الجينية (Genetherapy) وفيها يتم زرع مورثة سليمة لتحل محل أولتصحح عمل مورثة مصابة عند شخص مريض يعاني إصابة تلك المورثة بطفرة عطل في عملها الوظيفي بغاية تصحيح حالته المرضية ويجري زرع ودمج المورثة السليمة في صبغي الشخص المصاب بطرق عديدة ومنها استخدام بعض الفيروسات بعد أن تعدل وراثيا حيث تزال المورثات الفيروسية الضارة وتترك الكمية الكافية من مورثات الفيروس التي تمكنه من نقل المورثة السليمة المراد إدخالها الى صبغي المريض.

بعد تقديم هذه التعريفات المختصرة أو الضرورية لتصور حسن المسائل المتعلقة بالوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني ، يجدر بنا أن نزيد هذه المسألة ووضوحا وذلك بالعودة إلى أهل الذكر من العلماء المختصين في هذا المجال الذين استعرضوا مشار هذه الاكتشافات العملية عبر عقود من السنوات حيث تسارعت خطى هذه الاكتشافات العملية المخبرية لتصل الى غايتها ومنتهاها وهي اكتشاف الخريطة الجينية لكل الكائنات الحية من نبات وحيوان و إنسان وتمكن العلماء من إجراء تجارب بدأت بالنبات والحيوان وظهرت نتيجتها للعيان وبرزت ثمارها التي تتمثل في تحسين وتخصيب هذه الكائنات نتجت عنه وفرة بالخصوص في المجال النباتي والزراعي وهو المجال الذي تشدد الحاجة اليه نظرا لمحدودية المساحات الصالحة للزراعة وكذلك التناقص في كميات المياه التي زاد نسق استهلاكها على نطاق واسع في مجالات وميادين عديدة صناعية وسياحية وبيئية فضلا عن الزراعية مما يدفع إلى الاستجداء بالتقنيات الحديثة والتي منها الهندسية والوراثية

يقول الدكتور وجدي عبد الفتاح سواحل الباحث بالمركز القومي للبحوث (القاهرة) مبنيا الأساس الذي تقوم عليه الهندسة الوراثية : " لا يوجد تشابه دقيق بين أى إثنين من البشر سواء كانوا من النساء أو الرجال أو الأطفال ممن يعيشون في كوكب الأرض وينطبق الشيء نفسه على النباتات أو الحيوانات والكائنات الدقيقة ، وذلك التنوع الاحيائي اللانهائي الموجود في كل الكائنات الحية أو بمعنى أدق المخزون الجيني هو حجر الأساس الذي تقوم عليه الهندسة الوراثية وقد ساعدت إعادة اكتشاف قوانين "جريجويوهان مندل" للوراثة على زيادة فهم اصل التنوع الجيني والظواهر الاساسية في هذه العملية والتي هي انفصال وتغير ثم إعادة تجميع الجينات التي تولد فرصا للتنوع الجيني

الهائل في الكائنات الحية ووجود هذا التنوع مكن الإنسان من اختيار نباتات مثل القمح والشعير والأرز لزراعتها وتم بعد ذلك تحسين هذه المحاصيل عن طريق الانتقاء من التنوع الذي ينتج بشكل طبيعي .

ومنذ الأربعينات من القرن الماضي استخدمت تقنيات التهجين المخصب وأدخلت التغيرات الوراثية والبيولوجية بهدف تخليق تكوينات جديدة وقد أمكن التهجين من الزيادة في المحاصيل والحيوانات ، وكان ذلك وراء الثورة الخضراء التي شهدتها آسيا في أواخر الستينات .

وفتح " جيمس واتسون ، وفرانسيس كريك " مجال الهندسة الوراثية عندما وصفا التركيب الحلزوني المزدوج الجزئي الحامض النووي الريبوي المختزل DNA ومنذ ذلك الحين إنتقل الاهتمام إلى دراسة الأساس الجزئي للتنوع الجيني وإلى توحيد الأساليب التي يمكن أن تساعد على تكوين مجموعات جينية جديدة عن طريق التحكم بالجينات وتقنيات إعادة اتحاد المادة الوراثية Recombinant DNA والاستنتاج الحيوي Cloning وقد فتحت هذه التقنيات عالما جديدا من الهندسة الوراثية يؤدي إلى إنتاج كائنات حية معدلة وراثيا إي تحتوي على مادة وراثية (DNA) أدخلت فيها بطريقة صناعية من كائن حي آخر غير منتسب اليها

ويمضي الدكتور وجدي عبد الفتاح قائلاً : جاءت الهندسة الوراثية كمحصلة طبيعية لثورتين علميتين هما : ثورة اكتشاف المادة الوراثية (DNA) وثورة اكتشاف أنزيمات التحديد (restriction enzymes) التي تقوم بقص (DNA) من مواقع محددة وقد بدأت الثورة الأولى عندما اكتشف العلماء أن الحامض النووي DNA هو المادة الوراثية .

تم اكتشاف تركيبية الكيميائي (عبارة عن شريطين متكاملين من السكر والفوسفات والقواعد النيتروجينية الأربعة وهي (ال د ن أ) والجوانين والسيستوسين والثيامين . وقد مر البحث العلمي بمراحل عديدة وشهد قفزات عملاقة وكانت بدايتها في أول النصف الثاني من القرن التاسع عشر وبالتحديد سنة ١٨٦٦ عندما أجرى الراهب النمساوي جريجوريوهان مندل تجارب على نبات البازل من خلال عمليات التهجين الى اكتشاف قوانين تفسر وراثه الخصائص البيولوجية في الكائنات الحية .

وبداية من سنة ١٩٠٠ تحول علم البيولوجيا الى علم تجريبي دقيق وفي سنة ١٩٢٢ أعد مرجان أولى خريطة للجينات الموجودة على رسومات حشر الفاكهة الدوسوفيليا Dorosophila في سنة ١٩٢٨ بدأت تجارب التحويل الوراثي genetic transformation في البكتيريا واعتبرت الحجر الأساس للهندسة الوراثية في صورتها الحديثة وفي سنة ١٩٤٠ ظهرت نظرية " جين لكل انزيم " التي ربطت الكيمياء الحيوية وعلم الوراثة في سنة ١٩٦٠ تم اكتشاف الحامض الرسول N R NA . وفي سنة ١٩٦٦ تم فك الرموز الشفرة الوراثية

وفي سنة ١٩٧٤ كان ظهور لأول مرة تعبير جين غريب في البكتيريا وفي سنة ١٩٧٧ تم إنشاء أول شركة للهندسة الوراثية (جينتيك) في أمريكا ووقع إنتاج أول بروتين أدمي بواسطة البكتيريا وهو هرمون المخ السوماتوستاتين somatostatin وفي سنة ١٩٧٨ تم إنتاج الأنسولين البشري من البكتيريا "اشيريشيا كولاي Ecoli في سنة ١٩٨٢ تم إنشاء أول مصنع للإنتاج الأنسولين الأدمي بطرق الهندسة الوراثية في إنجلترا وفي سنة ١٩٨٣ تم النجاح الجمع بين جنس العنز و جنس الخروف وظهر ما سمي بالعنزوف وفي سنة ١٩٨٥ تم اكتشاف البصمة الجينية DNA Finger print وفي ١٩٨٧ تم استخدام البصمة الجنسية كدليل جنائي في المحاكم الأمريكية وفي سنة ١٩٨٩ تم عزل الجين المسؤول عن مرض التليف الكيسي cysti fibrosis وتم وضع أول نظام لنقل الجينات في الانسان وفي سنة ١٩٩٤ تم ظهور سلاح الجينات الانتحارية كعلاج السرطان وفي سنة ١٩٩٥ تم العلاج الجيني لتبقع الجلد الوراثي وفي سنة ١٩٩٨ بدأ إنتاج السمك الذكري المتفوق الكبير الحجم باستخدام تقنيات التحويل الوراثي وفي سنة ١٩٩٩ بدأ إنتاج العسل الدوائي عن طريق النباتات تم تعديل أزهارها وراثيا وفي سنة ٢٠٠٠ تم إنتاج نبات قطن مهندس وراثيا له القدرة على إنتاج البلاستيك وفي سنة ٢٠٠١ تم إنتاج الأرز الذهبي المضاد للعفاء وذلك عن طريق إدخال جينات لها القدرة على تكوين مادة اليتيكاكروتين وهي المادة الأساسية لفتامين المسئولية عن الاصابة بالعفاء والمزاوجة الجينية بين العنكبوت والماعز وإنتاج النعجة "ميل" وأختها "موسكاد" التين لهما القدرة على إنتاج بروتين حرير العنكبوت في حليهما والإعلان عن الخريطة الجينية وفي سنة ٢٠٠٢ تم إنتاج نبات السبانخ فيه جينات من الخنازير وفي نهاية هذا الغرض التاريخي لمسيرة هذه الاكتشافات في حقل الجينات والمورثات وما أجرى عليها من تعديلات يذكر فيها الدكتور وجدي عبد الفتاح سواحل ببعض المنجزات في مجال النباتات والزراعات وفي الطب حيث تم إنتاج الهرمونات مثل الانسولين وهرمون النمو ومواد لإذابة تجلطات الدم ومواد مسببة لتجلط الدم ومنبه لتكوين الخلايا الليفوية والانترفيون (مضاد للسرطان) وأمغال مضادة للأمراض الناشئة عن الفيروسات والبكتيريا والطفيليات على سبيل المثال الالتهاب الكبدي الوبائي الناشئ عن فايريس والبلهرسيا والملاريا .

أما في المجال الحيواني فإنه يوجد وسائل للتشخيص وللإستغلال التجاري لأمصال عقاقير جديدة وتخصيب الأنابيب ونقل الجنين في الحيوانات المنزلية وإعطاء هرمونات النمو لزيادة النمو وإدرار اللبن والأغذية وفي مجال السمكي تم عزل جينات هرمونات النمو من سمك السلمون المرقط ونقلها الى عدد من أنواع الأسماك التجارية الأخرى أما في المجال الصناعي فقد تم تحويل النشا الى منتجات سكرية وإنتاج مكسبات طعم ورائحة ومحسنات وعصائر فاكهة معالجة واستخلاص الأحماض الأمينية والمواد الغذائية الأخرى

والمواد الملونة والفيتامينات من الطحالب الدقيقة كما تم استخلاص أطعمة جديدة من التخمر وانزيمات صناعة الجبن ومنتجات الألبان الخالية من اللاكتوز ومهجنات الخميرة.

وإذا كانت للهندسة الوراثية التي استعرضنا فوائدها ومسار البحث في مجالها وما تحقق فيه من إنجازات ومكتسبات في الميادين الأنفة الذكر في المجال النباتي والزراعي والمجال الطبي الصحي والمجال الحيواني والدوائي والمجال البيئي وهي مكاسب لا يمكن إنكار مردودها الإيجابي على حياة الإنسان من حيث درء المفسد والمضار عنه ومن حيث جلب العديد من المصالح التي لا اختلاف حولها فإن للهندسة الوراثية والتعديل الجيني مخاطرها تقول الدكتورة نجوى عبد المجيد محمد أستاذة ورئيسة قسم الوراثة بالمركز القومي بالبحوث بالقاهرة (هناك كابوس ينتظر مستقبل البشرية خصوصا بعدة أن تمت ولادة أول قرد في العالم أستخدم في تكوينه جينات معدلة وراثيا فإذا تم استخدام هذه الوسيلة في البشر فقد تؤدي إلى حدوث مزيد من الأمراض في مرحلة متقدمة من العمر خصوصا مع وقوع تلوث جيني وقد يكون فيريس الإيدز من إنتاج تجارب بالهندسة الوراثية فقد تسربت باكتيريا مصنعة وراثيا إلى مجارى أحد الأبحاث في ألمانيا وحتى الآن لا يعرف مدى أضرارها وقد تحمل الأغذية المصنعة بالهندسة الوراثية مخاطر صحية في المستقبل كالسرطان مثلا والجدير بالذكر أن الهدف من فحص الحامض النووي ليس لإثبات خلو الجنين من الأمراض الموروثة فحسب ولكنه أيضا لبيان مدى قابلية الإنسان للإصابة بالأمراض المختلفة في مراحل العمر المتقدمة وبالتالي فتصبح هذه الفحوصات مصدرا للقلق والإزعاج وتكون هناك بعض السلبيات الخطيرة لهذا المشروع وهي السلبيات النفسية وذات الأثر على القيم والعلاقات الاجتماعية ، إذ عند التنبؤ بوجود مرض وراثي في العائلة هل سيتم انتشار الخبر بين افراده ؟ ومن هو الذي يجب أن يعرف ومن يجب أن لا يعرف ؟ وهل سيكون هناك تمييز بين الناس في الأمراض الوراثية ؟ هل هذه العائلات ستكون منعزلة ولا يتم التزاوج معها ؟ وهل أصحاب العمل عند تعيين الموظفين سيكون لهم حق الإطلاع على الشريط الوراثي للعاملين ضمن مسوغات التعيين ؟ وهل سيؤدي هذا إلى التمييز ورفض من سيصاب بالأمراض وراثية أو سرطانية ؟ وبعد ٣٠ عاما أو بعد ١٠ سنوات مثلا ؟ وما الحالة النفسية للشخص إذا علم أنه سيصاب بمرض ما في سن ما ؟ هل سيعيش سعيدا ؟ أما سيعاني وهو في انتظار الحدث السيء في حياته ؟^(١).

يبدو كما يذهب الى ذلك الدكتور موسى الخلف " أن التقدم الكبير الذي يطرأ على مسار العلوم خاصة في مجال التقنيات الحيوية وتطبيقاتها على الإنسان " يطرح تساؤلات مهمة تتعلق بحقيقة المستقبل البشري ومن أهم هذه الأسئلة السؤال المتعلق بما إذا كانا سنرضى بالصفات الحالية التي تميز بين الإنسان أو بما إذا كان هناك رغبة لتغيير أو تحسين وتطوير الصفات والملكات التي يتمتع بها الجنس البشري " الصفات الجسمية

(١) انظر العدد ٤٧٠ وشوال ١٤٢٥ مجلة الوعي الإسلامي .

والصفات العقلية " والسؤال المطروح هو لو استخدمنا العلم وغيرنا في ملكات الإنسان العقلية الجسمية أو الثنيتين معا فهل سنحول الإنسان الى كائن أكثر إنسانية من الإنسان الذي عرفه العالم ؟ أم أن ذلك الإنسان المعدل أو المحسن سيكون أقل إنسانية من الإنسان الذي عرفته هذه الأرض منذ وجودها ؟ ويعتقد بعضهم أن هذه التحولات ستؤدي في حالة حدوثها إلى تحول الجنس البشري إلى جنس يكون أقل إنسانية من الإنسان الحالي حيث يرى أن الحياة غير الإنسانية التي ستحل محل الحياة الإنسانية الحالية ستكون أكثر قوة واستعلاء ويرى بول رمي Paul Ramsey أن استخدام التقنيات الحيوية المتوافرة حاليا بهدف تطوير أو تحسين الجنس البشري سيؤدي إلى خاتمة محزنة للجنس البشري قد تنتهي بانتحاره الإرادي وهو يعتقد أن التغيير سيؤدي إلى التأثير على التوازن بين الروح والعقل وهو يذهب إلى أن هذا النوع من التوازن يوجد في طبيعة الإنسان الحالي ويرى أن أي محاولة لتغيير ذلك التوازن الحساس الذي خلقنا عليه يمثل اعتداء سافرا على حرية الإنسان وكرامته وهو يرى أيضا أن الإنسان لن يكون حكيما بما يكفي لاستثمار جل معارفه في الطريق الصحيحة خاصة حين يتعلق الأمر بتغيير صفاته الجسدية ثم يقول أنه لا يوجد حدود لأطماع الإنسان وخاصة إذا توفرت لديه كل الإمكانيات لتحقيق ذلك الطمع^(١).

يقول الدكتور موسى الخلف " وكل ما أريد أن أقوله هو أن المجتمعات الإنسانية ومنها المجتمع العربي الإسلامي يجب أن تفكر بواقعية وموضوعية وهنا أخص علماء الفقه الإسلامي وعلماء الاجتماع وأصحاب القرار السياسي لبدأ النقاش من الآن قبل أن يتأخر الوقت فقد يحقق العلم بتقدمه الهائل وخاصة في السنوات القليلة القادمة كثيرا من الأمور التي توجه مسارات حياتنا وقد بدأ الجدل من الآن حول ما إذا كنا نستطيع أو يجب علينا أن نتبنى خيارات أخرى غير التي تقوم على أساس علم الجينوم وبعبارة أخرى فهل نحن أمام تهديد جديد يلوح في الأفق ويمكن أن نسميه القنبلة الجينومية وذلك على ما جرى طرحه سابقا من أخطار أخرى ومنها القنبلة الذرية التي رأينا أثارها على هيروشيما وناغازكي وما يسمى القنبلة السكانية التي نرى على بعض أثارها في النزاعات المرعبة التي نراها في إفريقيا^(٢).

ويرى بعضهم أن أهم ما يهدد البشرية في مستقبلها هوناتج عن التهديدات التي تواجه التنوع البيولوجي الإنساني وخاصة إذا استخدمت التقنيات الحديثة (اللعب بالمورثات) بهدف التطوير الموجه حيث سيؤدي إلى تحديد التنوع البشري إلى درجة تؤدي إلى هلاكه^(٣).

(١) انظر مجلة طبيبك الخاص عدد فبراير شباط فبراير ٢٠٠ الهندسة الوراثية أمل جديد لعلاج الأمراض المستعصية

الأستاذة الدكتورة نجوى عبد المجيد محمد ..

(٢) انظر الصفحة ٨٤ / ٨٥ من العصر الجينومي تألف الدكتور موسى الخلف

(٣) العصر الجينومي تأليف الدكتور موسى الخلف الصفحات ٨٠ / ٨١ / ٨٢ .

ورغم هذه الصرخات المحذرة مما يمكن أن ينحرف به الإنسان في مجال الجينوم البشري والهندسة الوراثية وما يمكن أن يتسبب به الإنسان لنفسه ولل بشرية جمعاء فإن النظر العميق في مثل هذه القضايا المستحدثة يقتضي المزيد من التروي والتثبت وعدم المسارعة في الحكم بالحرمة والدعوة إلى المنع في تعميم يأباه العقل السليم الرشيد الذي يتوخى الوسطية والتوازن والاعتدال ويسلك مسلك التدقيق والتحقيق .

فما حققه العلم من قفزات في جميع الاختصاصات لا سيما في ميدان الجينوم والهندسة الوراثية حيث تم الانتهاء من قراءة أكثر من ٩٧ بالمائة من الحروف التي يتألف منها الجينوم البشري في شهر حزيران يونيو من عام ٢٠٠٠ وأطلق العلماء أسماء كثيرة تصف الجينوم بأنه " الكتاب المجهول " أو " الكتاب العظيم " أو " كتاب الحياة " أو " الوجيز " أو " شفرة الشفرات " كل ذلك وغيره يدعوننا عند بيان حكم الشرع.

في هذه المسال لا نغلق الباب بإطلاق ونحكم بحرمة كل ما وقع التوصل إليه في هذا العلم والذي تعددت وتشعبت مجالات تدخله فرائدنا ومنطلقنا هو ما بنيت عليه الشريعة الإسلامية من درء للفسدة وجلب المصلحة ورفع للحرج وتيسير على المسلمين فحيثما وجدت المصلحة فتم شرع الله ولا ضرر ولا ضرار و الضرر يزال ولا تخفى الفائدة المتحققة من التقدم الحاصل في مجالات علم الوراثة وتقنية الجينية في الوقاية من الأمراض ومعالجتها وكل ذلك ينبغي أن يكون بالتقييد والالتزام لأحكام الشريعة وعدم إلحاق الضرر بالإنسان والحيوان والبيئة ولا يختلف اثنان في حرمة وعدم إباحة استخدام الهندسة الوراثية في الشر والعدوان وكل ما فيه العبث بالإنسان بمختلف مكوناته بدعوة تحسين السلالة البشرية

وبالعودة إلى ما طرحته الأمانة العامة للمجمع وما رسمته للباحثين في النقطة الثامنة من جدول الأعمال لهذه الدورة وبعد بيان المراد بالوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني وحدود وغايات الأبحاث والتجارب فيها والبحث في الحكم الشرعي .

وفي ضوء النظر إلى المصالح والمفاسد فإن الهندسة الوراثية في النباتات والحيوانات والبيئة تدخل في مجال الجائز والمباح الذي يتحقق به للناس مصالح هي من صميم مقاصد الشريعة الإسلامية وهو ما جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي حيث ورد ما يلي " يجوز استخدام أدوات علم الهندسة الوراثية في حقل الزراعة وتربية الحيوان شريطة الأخذ بكل الاحتياطات ومنع حدوث كل ضرر ولوعلى المدى البعيد بالإنسان أو الحيوان أو البيئة "

يقول الدكتور أياد أحمد إبراهيم " وبإمعان النظر في المصالح والمفاسد المترتبة على الهندسة الوراثية نرى أن المصالح أرجح من المفاسد المترتبة عليها خاصة أن أغلب المفاسد غير متحقق الوقوع بل هي عبارة عن ظنون وتخوفات غير واقعية ومع أنه قد توجد بعض الأضرار من جراء الهندسة الوراثية إلا أنها موجودة بالنسبة لما تحققه من مصالح معتبرة تقع

في رتبة الضروريات أو الحاجيات... وما كان من الأفعال مؤديا الى مفسدة نادرة الوقوع فهو على أصل الإباحة لأن المصلحة إذا كانت غالبية فلا عبرة من المفسدة النادرة المرجوحة حيث لا توجد مصلحة محضة خالية من المفسد حتى في العبادات ولكن العبرة لما غلب فما غلبت مصلحته توجهها الطلب إليه ولا يلتفت إلى المفسدة الحاصلة معه مادامت مرجوحة وهذا جار في العبادات والعادات(١) .

أما الاستفادة مما توصل إليه علم الوراثة والهندسة الوراثية في تشخيص الأمراض ومعرفة حقيقتها واستئصال الضار منها وتعويضها بالسليم الصحيح من أجل العودة الى حالة الصحة والعافية فذلك ما دعا إليه الهدي النبوي فقد أخرج الإمام الترمذي عن أسامة ابن شريك قال : " قالت الأعراب يا رسول الله ألا نتداوى ؟ قال نعم يا عباد الله تداووا فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء ، وقال دواء إلا داء واحدا ، قالوا : يا رسول الله ما هو ؟ قال الهرم"(٢) .

الأستاذ محمد صلاح الدين المستاوي
E-mail: mestaoui.s@gnet.tn
www.mestaoui.com

(١) انظر الصفحة ٦٩ من كتاب الهندسة الوراثية بين معطيات العلم وضوابط الشرع للدكتور إياد أحمد إبراهيم .
(٢) انظر الصفحة ٦٣ من كتاب الهندسة الوراثية بين معطيات العلم وضوابط الشرع للدكتور إياد أحمد إبراهيم .



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الهندسة الوراثية والاستنساخ من المنظور الشرعي

إعداد

الأستاذ الدكتور عبد الناصر موسى أبو البصل
رئيس جامعة العلوم الإسلامية العالمية
عمان - المملكة الأردنية الهاشمية

أولاً

الهندسة الوراثية

ملخص

يتناول هذا البحث مسألة من المسائل المستجدة في هذا الزمان في مجال الطب وعلوم الحياة، هي مسألة الهندسة الوراثية .

وقد شمل البحث التعريف بالعملية الوراثية والهندسة الوراثية لتكون التعريفات تمهيداً لبيان مجالات استخدام الهندسة الوراثية وأحكامها الشرعية.

ومن أهم المجالات التي تطرق إليها البحث، مجال صناعة الدواء والعلاج، ومجال زيادة وتحسين الإنتاج النباتي والحيواني، ثم ختم البحث بذكر بعض استعمالات الهندسة الوراثية المتعلقة بالإنسان، مثل اختيار جنس الجنين، وتعديل الصفات الوراثية.

وظهر من خلال البحث أن أكثر المسائل التي تحتوي على المصلحة ودفع المفسدة عن بني الإنسان تجيزها الشريعة بضوابط معقولة، كما أن المسائل التي تحتوي على المفسد والعبث والضرر وتغيير خلق الله، لا تجيزها الشريعة لعدم توافر الضوابط الشرعية لإجازة مثل تلك المسائل.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد: فلا يكاد يمر يوم إلا وتطلع علينا مراكز الأبحاث في العالم، بالجديد من الاكتشافات والاختراعات، مما لم نكن نظن من قبل أنهم سيصلون إلى ما وصلوا إليه، من تقدم وتطور في مختلف حقول العلم والمعرفة.

وهذه الاكتشافات والابتكارات الجديدة تنقسم إلى قسمين بالنظر إلى ماهية كل منها:

القسم الأول:

وهو عبارة عن إظهار حقيقة كونية تتمثل بكشف سرٍ من أسرار الوجود التي بثها الله في هذا الكون، ومثال ذلك اكتشاف تركيب جزيء الماء المكون من أكسجين وهيدروجين بنسب معينة، أو أن البشر لا يستطيعون العيش على ظهر القمر، أو أن الجنين يمر بعدة مراحل حتى يولد بهذا الشكل، فهذه المسائل وما شابهها عبارة عن وصف لمخلوقات الله، هذا الوصف لا يغير من حقيقة الأشياء، ولكنه يظهر ما كان خفياً غائباً عنا.

القسم الثاني:

وهو أكثر أهمية، حيث يشمل الاكتشافات والاختراعات التي تتضمن وسائل ومعالجات مبتكرة جديدة، لم تكن مستخدمة من قبل، مثاله اكتشاف وتصنيع دواء جديد لمرض ما، أو ابتكار عملية جراحية جديدة بوسائل جديدة، أو صناعة جهاز جديد، يمكن من خلاله القيام بأعمال معينة، بسهولة ويسر، بعد أن كان القيام بها غير ممكن.

والذي يهمنا في هذا البحث هو القسم الثاني: وذلك لأننا نحتاج قبل استخدام الوسيلة أو إجراء العملية معرفة الحكم الشرعي فيها، أما القسم الأول فلا يحتاج إلى فتوى، لأنه تقرير للواقع فقط، باستثناء ما لو أخبر الباحثون عن نتائج واكتشافات وصلوا إليها تعارض وتناقض ما جاءت به الأدلة النقلية الصحيحة، مما ورد في الكتاب والسنة، وفي هذه الحالة، وعلى الرغم من أننا ننفي وجودها حيث لا تعارض بين العلم وحقائق الدين، ينبغي تقديم ما ورد في الأدلة النقلية على النظريات العلمية، خاصة وأننا نسمع بين الحين والآخر بطلان نظرية سابقة باكتشاف لاحق، وفي هذا تنبيه أيضاً لأولئك الذين يسارعون في إيجاد تفسيرات من خلال بعض الآيات والأحاديث لبعض المكتشفات والنظريات العلمية، ثم إذا تغيرت تلك النظريات عمدوا إلى تغيير تفسيراتهم ومناقضتها.

وإن من أهم العلوم التي تلقى اهتماماً وعناية من الدول والأفراد كافة، العلوم والاكتشافات الطبية؛ وذلك لتعلقها بالإنسان ووجوده على هذا الكوكب؛ ولما تعانيه البشرية من مناطق مختلفة من الأرض من انتشار الأمراض المتنوعة، التي تكلف الأموال الطائلة والجهود المضنية، لمواجهتها وعلاجها، علاوة على الخسائر في الأرواح والأنفس.

هذا كله جعل الأمم والأفراد يعلقون آمالهم على مراكز البحوث العلمية، لاكتشاف الأدوية الناجعة، والوسائل المفيدة، التي تخلصهم من شبح الأمراض المستعصية، والأمراض الوراثية، والأمراض القاتلة وغيرها.

والبحث الذي بين أيدينا يتعلق بجانب من جوانب الاكتشافات الطبية الحديثة، وهو جانب العملية الوراثية، وبالتحديد إمكان التحكم بالعملية الوراثية للكائن الحي بالدخول إلى الخلية التناسلية وتعديل بعض المورثات الحاملة للصفات الوراثية فيها، وهو ما يعرف بالهندسة الوراثية.

ولكون العمليات التي تجري في هذا المضمار، لا تختص بالخلية التناسلية فحسب، بل تتعداها إلى محاولة التحكم بالمورثات (الجينات) في الخلايا الجسدية لحثها على أداء عملها إذا تعطلت وفي هذه الحالة يقتضينا المقام التطرق لبحثها وبيان أحكامها.

وهذه العمليات المتنوعة تندرج تحتها مسائل متعددة تحتاج منا إلى وقفة تأمل، لنخرج بعد ذلك بالحكم الشرعي لكل مسألة، وبناء على ذلك تطرقت لبحث موضوع الهندسة الوراثية من الوجهة الشرعية وفق الخطة الآتية:

خطة البحث:

المطلب الأول: التعريف بعلم الوراثة والهندسة الوراثية:

الفرع الأول: التعريف بعلم الوراثة.

الفرع الثاني: التعريف بالهندسة الوراثية.

المطلب الثاني: مجالات استخدام الهندسة الوراثية وأحكامها الشرعية.

الفرع الأول: تشخيص الأمراض.

الفرع الثاني: العلاج وصناعة الدواء ويتضمن المسائل الآتية:

أولاً: الصناعات الدوائية

١- الأنسولين

٢- هرمون السوماتوتروبيين.

ثانياً: العلاج بواسطة الهندسة الوراثية

١- العلاج بالمورثات بعد تكون الشخص.

٢- علاج الخلية التناسلية الملقحة.

الفرع الثالث: التدخل في العملية الوراثية من أجل زيادة وتحسين الإنتاج النباتي والحيواني.

الفرع الرابع: مسائل متفرقة تتعلق بالإنسان.

أولاً: تعديل الصفات الوراثية للإنسان.

ثانياً: اختيار جنس الجنين.

الخاتمة والنتائج

قائمة المصادر والمراجع

وبعد فهذا ما قدرني الله على فعله فإن أحسنت فبفضل الله وكرمه، وإن أسأت أو أخطأت فبتقصير مني، والله ورسوله منه براء، وعذري فيما قدمت أنني ابتغيت وجه الحق، والرجوع إلى الحق خير من التماسي في الباطل، ولنشرع في بيان المطلوب، والله الموفق للصواب.

المطلب الأول التعريف بعلم الوراثة والهندسة الوراثية

الفرع الأول التعريف بعلم الوراثة

على الرغم من أن علم الوراثة حديث النشأة، حيث لم تظهر الدراسات الدقيقة والموضحة لقواعد هذا العلم إلا في أواسط القرن العشرين (النجار ص ١٥) إلا أن مسألة انتقال صفات الأباء للأبناء، وملاحظة أوجه الشبه بين الجيل السابق واللاحق، مسألة معروفة، منذ عصور بعيدة، وفي أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم إشارات واضحة تدل على اهتمامهم بهذه المسألة ومن ذلك:

(١) أن النبي ﷺ أمر سودة بنت زمعة أن تحتجب من ابن أبيها الذي ولد على فراشه، وادعاه سعد بن أبي وقاص لأخيه عتبة لأنه عهد به إليه قبل موته، ولكن النبي صلى الله عليه وسلم قضى به لعبد بن زمعة تطبيقاً للقاعدة «الولد للفراش» وقد قال النبي لسودة: «احتجبي منه، لما رأى من شبهه بعتبه، فما رآها حتى لقي الله»^(١).

(٢) حينما تلاعن عويمر العجلاني وامرأته لما قذفها بشريك بن السحماء، وفرق النبي صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين، قال النبي بعد ذلك: أنظروها، فإن جاءت به أحمر قصيراً مثل وحره فلا أراه إلا قد كذب، وإن جاءت به أسحم أعين ذا أليتين فلا أحسب إلا قد صدق^(٢). ففي هذا الحديث التفات إلى مسألة الشبه بين الأصل والفرع، فإذا ورث الفرع صفة كذا فهو لفلان وإن ورث صفة كذا فلآخر.

(٣) اعتماد علم القيافة من أسباب وطرق إثبات النسب، والقيافة علم معرفة النسب بالنظر إلى أوجه الشبه بين الأب والابن، ومن ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل مسروراً، على عائشة رضي الله عنها تبرق أسارير وجهه، فقال: «ألم تري أن مجزراً - المدلجي - نظر أنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»^(٣). فالرسول ﷺ سر لأن مجزراً المدلجي الذي كان يعمل قائفاً شهد بخبرته أن أقدام أسامة من أقدام زيد أي أن هذا ابن هذا؛ مع العلم أنهما كانا مغطيين ولم يبرز منهما إلا الأقدام.

والأمثلة على هذه المسألة كثيرة نكتفي بما أوردناه، ونعود إلى تعريف علم الوراثة، وكيفية انتقال الصفات الوراثية عند الإنسان.

(١) البخاري، كتاب البيوع، حديث رقم ١٩١٢.

(٢) البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، حديث رقم ٦٧٦٠.

(٣) البخاري، كتاب الفرائض، رقم ٦٢٧٢.

علم الوراثة (Genetics) هو العلم الذي يبحث في انتقال الصفات الوراثية من جيل لآخر، وما يؤثر على عملية الانتقال من عوامل.

فعلم الوراثة يهتم بتفسير آلية انتقال الصفات الوراثية، فهو يفسر سبب التشابه بين الأب وابنه، بل يفسر أيضاً لماذا ينتج النبات نباتاً مثله، والحيوان حيواناً مثله.

أما عملية الانتقال وآليتها فتتلخص بما يأتي:

اقتضت سنة الله في الخلق، أن جعل التزاوج بين الذكر والأنثى سبباً في حصول الذرية وبقاء الجنس البشري في الأرض، ومعلوم أن الجنين لا يتكون في رحم المرأة ولا يوجد^(١)، إلا بالتقاء ماء الرجل مع ماء المرأة، لتتم عملية الإخصاب، ومن ثم تبدأ مراحل التكوين التي ذكرها الله سبحانه، في أكثر من موضع من كتابه الكريم، حيث يقول سبحانه: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُّخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ آجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلاً ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ ﴾^(٢).

ولقاء ماء الرجل مع ماء المرأة، يعني في لغة علم الأجنة والأحياء، التقاء حيوان منوي من الرجل (حويين) مع بويضة من المرأة، والحيوان هو عبارة عن خلية تناسلية مذكرة، والبويضة خلية تناسلية مؤنثة، وبالتقاء الخليتين التناسليتين واندماجهما، تبدأ عملية الانقسام^(٣) والنمو إلى نهاية المراحل، ولكن كيف يتم نقل الصفات من الإنسان الأصل إلى الفرع بواسطة هذه الخلية التناسلية؟ هذا ما يجيب عنه تحليل تركيب الخلية نفسها.

فكل خلية في جسم الكائن الحي تتكون من غشاء أو غلاف يحتوي بداخله على مادة سائلة تسمى (الجبلة) (Cytoplasm) وفي وسط السائل جسم صغير يسمى بالنواة (Nucleus)، والخلايا التناسلية لها نفس تركيب الخلية الحية فالحويين المنوي خلية والبويضة أيضاً خلية .

وفي نواة الخلية يكمن سر الوراثة، حيث إن النواة تحتوي على جسيمات صغيرة خيطية الشكل تسمى (كروموسومات) وعربت إلى مسمى الصبغيات^(٤). وفي كل نواة خلية حية ٤٦ صبغية، وفي الخلية التناسلية ٢٣ صبغية، وباتحاد الخلية الذكرية مع الأنثوية يصبح العدد ٤٦ صبغية.

(١) يستثنى من ذلك ما ورد على سبيل الإعجاز كخلق سيدنا عيسى دون أب، وخلق آدم دون أب وأم.

(٢) الحج: ٥.

(٣) حينما تندمج الخليتان التناسليتان بخلية واحدة، تنقسم هذه الخلية إلى اثنتين ثم أربع ثم ثمان ثم ست عشرة وهكذا، على شكل متوالية حسابية.

(٤) سميت صبغية، لأن هذه الجسيمات قابلة للتلون . النجار : ص ٢٩ .

وهذه الصبغيات تحتوي على المادة الوراثية التي تأتي من الأب ومن الأم، ولكن تركيب الصبغية (الكروموسوم) وآلية عمله، ظل سراً من الأسرار المستعصية، حتى عام ١٩٥٣م، حيث اكتشف العالمان واطسن وكريك (Watson and Crick) تركيب وتكوين الحمض النووي الريبوزي الذي يتكون منه (الكروموسوم) والذي يسمى بـ(DNA) فكل صبغية (كروموسوم) يحتوي على سلسلتين حلزونيتين على شكل سلم لولبي .

ولا يهمنا في هذا المقام أن نعلم المادة التي يتكون منها عمود السلم، ولكن يهمنا معرفة كيف تحمل العوامل الوراثية في تركيب الصبغ.

فالسلم كما نرى، يتكون من عمودين، ودرجات تربط بين العمودين، والعمودان مكوّنان من اتحاد مادة سكرية فسفورية، والدرجات هي: عبارة عن روابط أو قواعد نيتروجينية، ففي كل درجة ركنان يتكوّنان من اتصال قاعدتين نيتروجينيتين والقواعد هي (أدينين A، وجوانين G، وسائتوسين C، وثايمين T) ويرتبط A مع T دائماً، و C مع G كذلك كما هو واضح في الشكل السابق.

إن ترتيب هذه القواعد على هذا السلم الحلزوني، هو المسؤول عن وظيفة الخلية، وفي الخلية التناسلية يكون ترتيب هذه القواعد مشكلاً لما يسمى بالجينات التي تحمل الصفات الوراثية، وقد أطلق على الجين (Gene) مصطلح المورثة فالمورثة (الجين) هي عبارة عن مجموعة من القواعد النيتروجينية (تبلغ الآلاف) هذه المجموعة مرتبة ترتيباً خاصاً (ضمن سلسلة الحامض النووي DNA)^(١).

فالأهمية الأساسية في ركن الوراثة وركن عمل الخلية أياً أكانت؛ إنما يكون لترتيب القواعد النيتروجينية على ذلك السلم الحلزوني، وأي خلل في ترتيب هذه القواعد يؤدي إلى خلل في أداء الخلية، وإذا كانت خلية تناسلية فيؤدي حينئذ الخلل إلى حدوث الطفرة أو التشوه في خلقة الجنين الذي تكون من تلك الخلية. فالمورثة (الجين) إذن يحتوي على الصفات الوراثية، من طول وقصر ولون، وغير ذلك، وهذه الصفات تكون مترجمة على شكل رموز (شيفرة) من ترتيب القواعد النيتروجينية.

والعلم الذي نستطيع بواسطته الوصول إلى معرفة تلك الرموز، وإلى ترتيب القواعد ومعرفة معانيها ودلالاتها، لنتمكن بعد ذلك من التحكم بتلك القواعد وتغييرها يطلق عليه علم «الهندسة الوراثية» وهو ما سنتحدث عنه في الفروع والمباحث الآتية.

(١) انظر الصالح ١٩٩٠:ص١٥، البار ١٩٩١:ص١٧٢، واطسون ١٩٨٣:ص١٨-٢٠.

الفرع الثاني التعريف بالهندسة الوراثية

الهندسة الوراثية Genetic Engineering

يطلق العلماء عدة مصطلحات للدلالة على موضوع الدراسة، ومن ذلك: الهندسة الوراثية، التقنية الوراثية، تطويع الجين Gene manipulation وغير ذلك.

ولعل مصطلح تعديل الجينات Recombinant أو تطويع الجينات أقرب إلى الصواب من استخدام هندسة الجينات لما في هذا المصطلح الأخير من المبالغة^(١)، وإن كنا سنتبع المصطلح الشائع وهو الهندسة الوراثية.

ويقصد بهذه المصطلحات: القدرة على إجراء عمليات التحكم بالصفات الوراثية للكائن الحي، وبعبارة أخرى: هي عبارة عن مجموعة وسائل تهدف إلى إجراء تعديل أو تعديل أو إضافة انتقائية للمادة الوراثية عن طريق الدخول للحمض النووي DNA في الخلايا الحية^(٢).

ويكون هذا التعديل أو التحكم أو التغيير عن طريق وسائل مخبرية بواسطتها يتم الدخول إلى ترتيب القواعد النيتروجينية، أي إلى الجينات الحاملة للصفات الوراثية، فإذا استطعنا الوصول إلى (الجين) الذي يحمل صفة لون العين مثلاً وغيرنا فيه فلسوف يختلف لون عين الجنين مستقبلاً، وكذلك الأمر إذا استطعنا معرفة (الجين) الذي يحمل الطول أو القصر أو الذكاء، أو أي صفة كانت، فباستطاعتنا التحكم بها على حد قول علماء هذا الاختصاص.

ولكن هذه المسألة ليست بالبساطة والسهولة التي نتحدث عنها، فالجينات (المورثات) التي تحمل الصفات الوراثية تصل إلى حوالي مائة ألف مورثة، ١٠٠,٠٠٠، واستطاع العلماء بعد جهود مضيئة الوصول إلى ٤٥٠٠ منها فقط، وهذه الكمية (٤٥٠٠) لم تعرف مواقعها على الصبغ (الكروموسوم) إلا ١٥٠٠ جملة فقط، ومعرفة حروف المورثات جميعها وطريقة تسلسلها يحتاج إلى كتاب من (مليون) ١,٠٠٠,٠٠٠ صفحة تقريباً^(٣).

(١) انظر البكري: ص١٣، الصالح: ص١٣.

(٢) انظر سارة ١٩٩٢ ص١٢٨، الصالح ص١٣، البكري ص١٣، خلف د.ت، ٢، Compton,s Encyclopedia, 1994.

(٣) انظر البار ١٩٩١: ص١٧٣، ١٧٤ بتصرف.

المطلب الثاني

مجالات استخدام تطويع الجينات (الهندسة الوراثية) وأحكامها الشرعية

سنتحدث في هذا المطلب عن مجالات استعمال عملية التعديل للجينات الحاملة للصفات الوراثية، وكيفية الاستعمال؛ لننظر بعد ذلك في الحكم الشرعي لاجراء تلك العملية، وبما أن هذا العلم يتعلق بالكائنات الحية، وهي الإنسان والحيوان والنبات، فمن الممكن تقسيم الموضوع إلى ثلاثة أقسام: ما يتعلق بالإنسان ثم الحيوان ثم النبات، لكن واقع المسألة ينبىء عن وجود عمليات متشابهة، تخص الأنواع الثلاثة معاً؛ لهذا ينبغي معالجتها مرة واحدة خشية التكرار.

وبعد استقراء حالات استخدام تطويع الجينات والتحكم بها، وجد أنها لا تتجاوز المجالات الآتية، سواء تعلق بالإنسان أو الحيوان أو النبات:

المجال الأول: العلاج والدواء، وتشخيص الأمراض.

المجال الثاني: الإنتاج وزيادته في مجال الحيوان والنبات.

المجال الثالث: تعديل الصفات الوراثية وتغييرها.

المجال الرابع: مسائل متفرقة متعلقة بالإنسان.

وكل من المجالات الأربعة، يحتوي على عدة مسائل، وعند كل مسألة يشار إلى الوسيلة المتبعة في إجراء التعديل إن لزم ذكرها، مع بيان الحكم المتعلق بها.

الفرع الأول

تشخيص الأمراض

إذا أمكن أخذ عينة من خلايا الجنين ودراستها، بتحليل الصبغيات (الجينات) الحاملة للصفات الوراثية، فإننا والحالة هذه نحصل على معلومات عن هذا الجنين، من حيث وجود أمراض وراثية خطيرة أو عدم وجودها، وخاصة إذا كانت تلك الأمراض موجودة في الأبوين من قبل.

وهذه المسألة تقيّد الأبوين عند اتخاذ قرار بإجهاض الجنين في مثل تلك الحالة، على وفق الضوابط الشرعية التي تحكم مسألة الإجهاض (كأن لا يتجاوز الحمل ١٢٠ يوماً مثلاً)^(١).

وقد أثبتت الدراسات أن هناك أكثر من ١٥٠ مرضاً وراثياً يصيب الإنسان، منها أمراض خطيرة ينبغي الاهتمام بها، ولا يوجد لها علاج مكتشف الآن، وهناك اختلافات

(١) البارص ٣٤٣-٣٥٤، البكري ٣١٢، النجار ١١٢، ١١١.

تحدث في العملية الوراثية، تجعل الجنين مشوهاً كحالة الطفل المنغولي مثلاً التي تحدث نتيجة زيادة صبغية واحدة في الخلية فتكون ٤٧ بدلاً من ٤٦.

وكما كان اكتشاف المرض مبكراً جداً، كانت المسألة أسهل من الناحية الشرعية والقانونية.

أما عن طريق أخذ العينة التي ستخضع للفحص المخبري فتتم عن طريق تنظير الجنين، بواسطة إبرة دقيقة تدخل إلى الحبل السري أو المشيمة، ويشترط لجواز مثل هذه الاختبارات أن تكون مأمونة الجانب من حيث إلحاق الضرر بالأم والجنين، وقد ذكر العلماء المتخصصون في هذا المجال أن نسبة حدوث الإسقاط نتيجة أخذ العينة هي من ٣- ٤ / تقريبا وهي نسبة ضئيلة لا تؤدي إلى منع تلك الفحوص^(١).

وهناك حالة تشخص فيها الأجنة المصابة بالأمراض الوراثية الخطيرة، إذا تم التلقيح خارج رحم المرأة، وهو ما يسمى بطفل الأنبوب، فإذا ظهر بالتحليل أن هذه البويضة الملقحة تحتوي على أمراض وراثية خطيرة، فمن الممكن إجهاض ذلك الجنين أو تلك البويضة في مهدها^(٢)، وذلك عملاً برأي فريق من الفقهاء الذين أجازوا الإجهاض قبل نفخ الروح إذا كان هناك سبب مشروع، وولادة جنين مصاب بأمراض خطيرة سبب مشروع إذا أكد الأطباء الثقات ذلك.

الفرع الثاني

العلاج وصناعة الدواء

أولاً: الصناعات الدوائية:

هناك عدة استعمالات لعملية تعديل المورثات (الهندسة الوراثية) في مجال صناعة الدواء، وصناعة الهرمونات، والأنزيمات، ومن أشهر هذه الصناعات ما يأتي:

١- صناعة الأنسولين لمرضى السكري:

ينتج مرض السكري (Diabetes milltus) عن تحطيم وتعطل الخلايا التي تفرز مادة (الانسولين) في البنكرياس، مما يؤدي هذا التعطل إلى انخفاض نسبة الأنسولين أو فقدانها، ومعلوم أن مادة الأنسولين (هرمون) هي المسؤولة عن تنظيم تركيز السكر (الجلوكوز) في الدم، فانخفاض تلك المادة يؤدي إلى ارتفاع نسبة السكر، الذي يؤدي إلى الوفاة في بعض الحالات.

(١) سارة، المعجم المصور، ص ١١٠- ١١١.

(٢) نجم عبد الواحد ١٩٩٦.

وقد كانت طريقة العلاج في الغالب تكمن في اتباع نظام خاص بالطعام عند من يصاب بنوع معين من أمراض السكر، بينما يحتاج القسم الآخر من المرضى إلى استخدام حقن الأنسولين ليحدث التنظيم والتعادل وبدون ذلك تتعرض حياتهم للخطر.

وقد كان العلماء يحضرون الأنسولين للاستعمال البشري من بنكرياس الحيوانات المذبوحة، وعلى الخصوص الخنازير والمواشي، وينتج من كل واحدة من المواشي ما يقارب ٢٠٠ - ٢٥٠غم.

أما الآن فقد تم استخراج وصناعة هرمون الأنسولين بواسطة التقنية الوراثية (هندسة الجينات) بكميات أكبر وأضمن من حيث المخاطر التي كانت تحدث من جراء استخدام الأنسولين الحيواني.

أما طريقة الاستخراج فتتم عن طريق دمج (جين) الأنسولين المستخلص من خلايا حيوان (قريب للإنسان) من حيث المناعية أو من الإنسان نفسه، مع خلايا بكتيرية معينة (E. coli) بواسطة جزيئات ناقلة، ثم تكثير (جين) الأنسولين الذي دخل ضمن الخلايا البكتيرية وتضاعفها وفق قوانين تسيل ومضاعفة خلايا البكتيريا.

ومن خلال هذه العملية تقوم المورثة (الجين) الحاملة بحث الخلايا على إفراز الأنسولين كما كانت الخلية الأم التي استخلص منها (الجين) المورثة تفرزه، وهنا يأتي دور المعامل التي تستخلص مادة الأنسولين المفروزة ومعاملتها لتستخدم في الاستعمال^(١).

وطريقة التحضير بواسطة هذه العملية الوراثية جائزة شرعاً إذا تم أخذ عينة المورثة (الجين) من خلية حيوانية يشرع أكلها، وكذلك الأمر إذا أخذت من إنسان؛ لأن الأنسولين سيدخل عن طريق الحقن في الدم، وتأخذ حكم استعمال الحقن بالدم، مع ملاحظة أن الجزء الذي يؤخذ من الإنسان أو الحيوان أياً كان، إنما هو جزء يسير جداً لا يرى بالعين المجردة ولهذا يمكن القول بالتسامح به، نظراً لضآلته ولطبيعته استعماله، مع ملاحظة أن هذه المسألة تدخل في باب الأمر بالتداوي المشروع، وأن الله جعل لكل داء دواء، أما استعمال مورثة إنسان فدلليها الضرورة القاضية بهذا الاستعمال وانتفاء الضرر بالنسبة للمتبرع، أما وجه الضرورة فهي توفير علاج لمريض بمرض خطر يعرضه عدم استعماله لخطر الموت مما يجعل استعمال هذا العلاج محققاً لمقصد من مقاصد الشريعة في المحافظة على الحياة.

وفي هذه الحالة نتجنب الحرج من استعمال الأنسولين المستخرج من الحيوانات المذبوحة كالخنزير وبقيّة المواشي، حيث إن كثيراً بل معظم ما يستخرج منه من الحيوان إنما يذبح

(١) انظر: حلمي يوسف ١٩٩٣ ص ٢٥، وما بعدها .

بطريق غير مشروعة من وجهة النظر الإسلامية، ويتعامل معه على وفق قاعدة الضرورات تبيح المحظورات^(١).

٢- صناعة هرمون السوماتوتروبين (Somatotropin)

هذا الهرمون تفرزه الغدة النخامية في الجسم، وهو المسؤول عن نمو الإنسان، ولهذا يؤدي نقص هذا الهرمون إلى حدوث حالة التقزم.

وقد كانت تستخرج هذه المادة من الغدة النخامية للجثث ثم تستخلص وتعالج وتعطى للمريض بمرض التقزم النخامي.

أما الآن وبواسطة الهندسة الوراثية أمكن صناعة هذا الهرمون، عن طريق البكتيريا ذاتها، التي تستخدم لصناعة الأنسولين، ولكن بدمجها بمورثات (جينات) تحمل صفات وراثية تحث الخلايا على إفراز هذا الهرمون، وتأخذ هذه الحالة حكم سابقتها من حيث الجواز الشرعي، وحكمها حكم صناعة الدواء الحلال.

وهناك تجارب لإنتاج وصناعة العديد من البروتينات والهرمونات واللقاحات، التي تستخدم في علاج الكثير من الأمراض، وهذه المواد تستخلص بطرق مشابهة لطريقة استخراج الأنسولين وصناعته عن طريق الخلايا، واستخدام تعديل الجينات أو الهندسة الوراثية في مثل هذه الحالات جائز شرعاً؛ لما يحققه من مصالح وما يدفعه من مفسدات، ولعدم وجود ما يدل على المنع من استعمالها شرعاً، والله سبحانه أعلم.

ثانياً: العلاج بواسطة الهندسة الوراثية

هناك نموذجان للعلاج بواسطة المورثات (الجينات) يتحدث عنهما المتخصصون بعلم الهندسة الوراثية هما:

- ١- علاج الشخص المصاب بمرض ما.
- ٢- معالجة الخلية التناسلية الملقحة، وبيان هذين النموذجين على النحو الآتي:

النموذج الأول: العلاج بالموروثات بعد تكون الشخص:

من المعلوم أن جسم الإنسان يتكون من خلايا، وكل خلية في الجسم لها عمل خاص، بها فالخلايا الجسدية لها وظائف تختلف عن وظائف الخلايا التناسلية، ولهذا قد تتعطل بعض الخلايا عن عملها نتيجة اختلال في (الجين) المورثة التي بداخل نواة تلك الخلية.

ومن الأمثلة على هذه المسألة أن خلايا الرئة تنتج (بروتيناً) معيناً يمنع من تكثف سوائل الرئة، وتعطل إنتاج هذا البروتين ينتج عن خلل في (الجين) الذي يحفز الخلية على إصداره، وبسبب هذا الخلل تتعرض الرئة للإصابة بأمراض قد تؤدي في النهاية إلى الموت.

(١) الزحيلي، نظرية الضرورة ص٧٤، ٨٢- ٨٦.

ومن تجارب العلاج بواسطة الهندسة الوراثية لعلاج هذه المشكلة، أن يؤخذ صبغي (جين) سليم من شخص آخر ويعمل له عملية تكاثر، ثم يدخل هذا العدد في مادة ترش في مجرى التنفس للشخص المريض لتدخل هذه الصبغيات السليمة إلى خلايا الرئة وتلتحق بالسلم الحلزوني (DNA) وتأخذ موقعها لتحت الخلايا على إنتاج ذلك البروتين^(١).

والنقطة الشرعية في هذه العملية تتركز في (الجين) السليم الذي أخذ من جسم آخر غير جسم المريض، وهنا لا بد من ذكر احتمالات لهذه المسألة:

الاحتمال الأول:

إمكان أخذه من شخص ميت بعد إذنه قبل الموت، وهذا جائز للضرورة؛ ولأن مصلحة الحي أولى من الميت، وجه الضرورة ظاهر في المشقة والضرر الحاصل للشخص المريض حيث إن حياته في شقاء وعنت وتغيب وعدم استقرار بل إن حياته مهددة، والشخص الميت الذي أخذ منه (الجين السليم) لا يتأثر ولا يتضرر بزواله بينما ينتفع الأول به، المصلحتان اللتان تعارضتا هنا هما مصلحة الميت بعدم المساس بجسده، ومصلحة الحي بانتفاعه (بالجين) ذلك الجزء الضئيل الذي لا ينظر إليه لضالته.

الاحتمال الثاني:

أخذه من شخص حي بإذنه، ويمكن تخريج هذه الحالة على مسألة التبرع بالدم، حيث إن الجزء الذي سيؤخذ من الشخص السليم سيكون ضئيلاً جداً بحيث يتسامح فيه لضالته. فإذا تحققت مصلحة الآخذ وانتفى الضرر على المأخوذ منه بتقرير الأطباء المعتبرين، فلا وجه لمنع التبرع حينئذ، مع ما ترشد إليه أصول الشريعة وقواعدها من وجوب التعاون بين المسلمين. بما لا يشكل خطراً ولا ضرراً، خاصة في هذا الزمان الذي أدى تطور العلوم الطبية وتقدمها إلى إزالة كثير من الأخطار والأضرار التي يمكن توقعها في مثل هذه المسائل في الزمان السابق^(٢).

مع ملاحظة اشتراط وجود المصلحة الراجعة، بغلبة الظن، وفقدان البديل، وعدم حصول ضرر المتبرع، ولا يخفى دخول هذه المسألة تحت أبحاث نقل الأعضاء الأدمية.

ويقال مثل هذا الكلام في حالة معالجة المرض المنجلي في الدم بزرع (جينات سليمة) في خلايا العظام، وكذلك في علاج سرطان الدم، وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي^(٣). المتعلق باستزراع خلايا المخ في مزارع للإفادة منها، جواز ذلك إذا كان المصدر للخلايا المستزرعة مشروعاً وتم الحصول عليها على الوجه المشروع.

النموذج الثاني للعلاج الخلوية التناسلية الملقحة:

(١) النجار ١١٤ .

(٢) السعدي ص ٢٧- ٢٩، الحامد ٢٣ .

(٣) القرار رقم: ٦/٥/٥٦، الدورة السادسة، جدة، شعبان ١٤١٠/١٩٩٠م، .

يتم استخدام الهندسة الوراثية في علاج الخلية التناسلية التي تحتوي على جينات بها خلل أو مرض ما ، عن طريق حقن الخلية التناسلية (بجين) سليم^(١) .

ولهذه العملية ثلاثة احتمالات:

الاحتمال الأول:

أن يؤخذ (الجين) السليم من نفس الزوج الذي لقحت البويضة بخليته التناسلية (حال قيام الزوجية) وهذه حالة جائزة بعد تطبيق ضوابط مسألة طفل الأنبوب حيث إن مثل هذه العمليات تختص بحالة التلقيح في الأنبوب ثم زرعها في رحم المرأة.

وإذا كان من الممكن استخدام (جين) من خلية تناسلية من المرأة نفسها لعلاج الخلل في جين في الخلية الملقحة فهذا جائز أيضاً لحصوله بين زوجين.

الاحتمال الثاني:

أن يؤخذ (جين) سليم من زوجة ثانية للرجل بحيث يتم إدخال (الجين) إلى الخلية التي بها عيب ما ، وهنا تخرج هذه الحالة على حالة إجراء تلقيح بين بويضة رجل وزوجته الأولى ثم زرع هذه الخلية الملقحة في رحم الزوجة الثانية.

وقد اختلفت آراء العلماء المحدثين في مسألة طفل الأنبوب إذا أخذت بويضة إحدى الزوجتين ثم لقحت وزرعت في رحم زوجته الثانية ، فرأى بعضهم أن هذه الحالة جائزة وليس فيها ما يسوغ حظرها^(٢) .

أما الفريق الآخر من العلماء وعلى رأسهم مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي فقد رأوا أن هذه العملية محظورة وغير جائزة شرعاً^(٣) .

وبتخريج مسألتنا على هذين الرأيين يكون الاحتمال الثاني جائزاً بناءً على الرأي الأول؛ لأنهم يجيزون أخذ البويضة كاملة وزرعها في رحم الزوجة الأخرى ومن باب أولى يجوز أخذ جزء ضئيل جداً من تلك البويضة أو الخلية.

وتكون العملية (الاحتمال الثاني) حراماً وغير جائزة بناءً على الرأي الثاني (رأي مجمع الفقه الإسلامي).

ومع القول بأن هذه العملية تخرج على مسألة طفل الأنبوب وتأخذ أحكامها على وفق الخلاف الفقهي فيها ، إلا أننا نرى أن بين العمليتين فرقاً واختلافاً خلاصته: أن المرأة التي أخذت منها البويضة - في طفل الأنبوب - لن تعود إليها بعد إخصابها من زوجها ، وإنما

(١) سارة، المعجم ص١٢٠ .

(٢) الإبراهيم ١٩٨٩ ، ١٥٤/١ .

(٣) قرار المجمع رقم ١٦ (٣/٤) ، عمان ، المملكة الأردنية الهاشمية ١١ ، - ١٦ أكتوبر ١٩٨٦ م .

ستوضع في رحم الزوجة الثانية التي ستكون بمثابة وعاء لنمو الجنين، يتغذى وينمو في رحمها ثم يخرج حاملاً الصفات الوراثية من الأولى صاحبة البويضة.

أما في مسألة علاج الخلية حاملة المرض التي نحن بصددتها فالبويضة التي ستؤخذ من الزوجة ستعود إليها مع تعديل طفيف لصفة وراثية واحدة هي الصفة الحاملة للمرض حيث عدلت وألغيث تلك الصفة بصفة أفضل.

ومع هذا كله أرى عرض المسألة من جديد على المجامع الفقهية فإن أقرته عمل به، وإن منعه التزمنا بالجماعة وقرار الجماعة، مع احتفاظنا برأينا من أن المسألة تتعلق بالعلاج لا أكثر والله أعلم.

الاحتمال الثالث:

أن يؤخذ (الجين) السليم من رجل أو امرأة، أجنبي عن الزوجين صاحبي الخلية الملقحة، وهذه الحال لا شك في حرمتها، لأنها في حكم التلقيح بين خلية امرأة، وماء رجل أجنبي، فالتلقيح إنما هو لتكوين الجنين بصفات أبويه الشرعيين، وإدخال (الجين) السليم في شخص آخر إنما هو جزء من التلقيح أو تعديل الصفات مع ملاحظة أن (الجين) السليم لا يمكن أخذه إلا من خلية تناسلية، الأمر الذي يؤكد الحرمة، وهو من باب لا تسق ماءك زرع غيرك. والله أعلم؟

ومن هنا نؤكد على ضرورة وضع القيود والضوابط، واتخاذ الاحتياطات اللازمة، التي تؤكد على منع التلاعب بالخلية التناسلية والتعديل فيها من غير خلايا الزوجين التناسلية، وخلال الحياة الزوجية، وإلا حدث اختلاط الأنساب، وتضيع الحقوق وتهدر كرامة الإنسان.

الفرع الثالث

التدخل في العملية الوراثية من أجل زيادة وتحسين الإنتاج النباتي والحيواني

اثبتت التجارب العلمية، نجاح استخدام تعديل الجينات للحصول على إنتاج وفير ومحسن، لأنواع متعددة من النباتات والحيوانات.

ومن أهم النباتات التي دخلتها هذه العملية شجرة النخيل، حيث إن معظم الأشجار المنتشرة في البلاد العربية هي من النوع غير الجيد، وهناك أنواع جيدة جداً، ولكنها قليلة العدد، وانتظار فروخها وزراعتها يتطلب وقتاً طويلاً، وقد استطاعت مراكز الأبحاث في بعض الدول الغربية كأمریکا وفرنسا وانكلترا إنتاج كميات كبيرة من أشتال النوع المحسن وبيعه للدول العربية بسعر مرتفع^(١). ويتم استخدام الهندسة الوراثية في حالتين:

(١) النجار ص ٩٣ - ٩٥ .

الأولى: استتساخ وتيسيل خلايا تحمل صفات مرغوبة، عن طريق تكاثر ونمو الخلايا وانقسامها ومعالجتها بالطرق المخبرية.

وبخصوص الإنتاج الحيواني، يتم التكاثر بواسطة فصل خلايا نامية منقسمة من الخلية الأم التي تتكاثر بالإنقسام، ثم زرع هذه الخلايا الجاهزة للنمو في أرحام حيوانات قادرة على الحمل.

الثانية: الدخول إلى الخلية التتاسلية (الوراثية)، وبالتحديد إمكان تعديل المورثات (الجينات) الحاملة لبعض الصفات، لإلغاء صفات غير مرغوبة أو تعديل (الجين) الذي يحتوي على خلل أو عيب غير مقبول. أو إدخال (جين) يحمل صفات مرغوبة لتعديل (الجين) الأصلي.

وحكم الحالة الأولى التتسيل (الاستتساخ)، هو الجواز الشرعي في النبات والحيوان، لمشروعية المقصد والوسيلة، ولما يترتب على هذه المسألة من مصالح الخلق، حيث تزيد هذه العملية من إمكانية الاستفادة من الخبرات التي بثها الله في هذه الأرض.

أما الحالة الثانية: فمن حيث إلغاء الصفات المرضية وغير المرغوبة، يمكن القول بالجواز، لأنه من باب العلاج، وخاصة في كثير من النباتات والحيوانات التي تحمل أمراضاً مضرّة بنوعية وكمية الإنتاج وبالتالي مضرّة بالإنسان الذي يتغذى عليها، وكذلك الأمر بالنسبة لتحسين النوعية وإدخال (جينات) محسنة لظهور نسل مفيد ومحقق لأكبر قدر من مصلحة الناس.

ولكن يشترط في جميع الحالات، أن تكون هذه العملية مأمونة من التغيير المؤدي للعبث أو لما لا فائدة منه، كأن تجعل للدجاجة جناحي نسر، أو لبعض الحيوانات أعضاء من غيرها، وهكذا فمثل هذه التعديلات والتغييرات لا تحقق مصلحة ولا تدفع مفسدة، بل فيها إضاعة للمال والجهد، وفيها تغيير لخلق الله، كما يشترط أن تكون التغييرات مأمونة من الانقلاب إلى سموم قاتلة أم مضرّة أو منشئة لأمراض فتاكة حيث يتخوف بعض العلماء من الآثار السلبية لعمليات الهندسة الوراثية والتي منها حدوث الطفرة الوراثية التي تؤدي إلى عكس النتائج المرجوة، إمكان التلاعب بالصفات الوراثية نتيجة التجارب فتحدث اختلالات خطيرة قد تنتقل إلى الأجيال اللاحقة. ولا ننسى أن نذكر بأن بعض الشركات التي قامت بزراعة أنواع من المزروعات المصنعة بطريقة الهندسة الوراثية، في أوروبا أجبرت على قلع مزروعاتها نتيجة ضغط المجتمع وتخوفه منها، ومثل ذلك يقال في أمريكا حيث صدرت أوامر تجبر الشركات على وضع جملة أو ملاحظة على كل مادة غذائية مصنعة بطريقة الهندسة الوراثية، حتى يعلم مشتريها طريقة تصنيعها^(١).

(١) النجار: ص ١٢٠ .

الفرع الرابع مسائل متفرقة تتعلق بالإنسان

أولاً: تعديل الصفات الوراثية للإنسان عن طريق التحكم في المورثات وتغييرها:

تحدثنا من قبل عن تعديل الصفات الوراثية للحيوان والنبات، وذكرنا جواز ذلك، إذا كان للحصول على نسل محسن محقق لمصلحة الناس، وخال من الأمراض، وأن لا يكون من قبيل العبث العلمي والتلاعب بالمخلوقات.

أما تعديل الصفات وتغييرها والتحكم فيها بالنسبة للإنسان، فالحديث عنها أكثر خطورة وأهمية، وذلك لحرمة النفس الإنسانية وصيانتها عن العبث والامتهان. وبالنظر لما تتحدث عنه الأبحاث المتعلقة بالإنسان، يمكن تقسيم العمليات المختصة بالإنسان إلى ما يأتي:

(١) تعديل صفة وراثية تحتوي على خلل ما أو مرض وراثي، أو مرض ناتج عن خلل في المورثات، كالتخلف العقلي أو العمى أو السرطان، أو أي مرض آخر.

وهذا أمر جائز شرعاً لأنه من باب التداوي « وما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء » كما قال النبي ﷺ^(١)، وتعديل الصفة الحاملة للمرض، هي من باب الدواء، بل قد لا يكون هناك دواء معروف إلا هذه الطريقة، بإذن الله وقدره.

ولخطورة هذه العملية وحساسيتها، ينبغي ذكر بعض الضوابط التي ينبغي مراعاتها وهي:

(أ) وجود مرض وراثي أو مرض ناتج عن خلل في المورثات، صفة هذا المرض الخطورة على حامله أو إحداث شين كبير فيه، ومن ذلك التخلف العقلي، التشوه الشديد، تعدد العاهات، سرطان الدم... الخ.

أما المرض الذي لا يؤثر كثيراً على حياة المريض، ويمكنه العيش معه دون حرج كبير، فلا داعي للمخاطرة بمثل هذه العمليات فيها.

(ب) أن يتفق على الإخبار بوجود المرض الوراثي فريق من الخبراء، أقلهم اثنان ممن تقبل شهادتهم من حيث العدالة.

(ج) أن يغلب على الظن نجاح العملية، بمعنى أن لا تحدث ضرراً أكبر من الضرر الموجود أصلاً، كأن تحدث عاهة وراثية جديدة خطيرة أو مرضاً يؤثر على الأجيال اللاحقة.

(١) البخاري، مع الفتح، ج ١٠/١٣٥، حديث رقم ٥٦٧٨ .

(د) عدم استعمال مورثات (جينات) من خلايا تناسلية مستخلصة من غير الزوج صاحب الخلية الأصل، لأنّ هذا يأخذ حكم التلقيح بماء أجنبي، فالخلية الوراثية تختلف عن الخلية الجسدية، وإذا تسومح في الثانية فلا يتسامح ولا يؤذن باستعمال خلايا تناسلية بين غير الزوجين.

(٢) تعديل صفات وراثية في الإنسان من أجل الحصول على نسل محسن، كزيادة صفة الذكاء، أو تغيير لون البشرة، أو العين، أو طول اليدين، أو ما شابه ذلك. وهذه العملية محظورة شرعاً لما يأتي:

(أ) أن الأصل في الدخول لخلية الإنسان التناسلية الحظر، إلا لسبب مشروع وهو دفع الضرر، وليس في هذه الأشياء دفع ضرر.

(ب) أن الله سبحانه وتعالى خلق الإنسان في أحسن تقويم، ولهذا لا يجوز التدخل لتغيير خلق الله، بل إن تغيير الصفة التي خلق الله الناس عليها، إنما يكون بوسوسة الشيطان، كما ذكر الله سبحانه وتعالى في سورة النساء: ﴿ وَإِنْ يَدْعُونَ إِلَّا شَيْطَانًا مَّرِيدًا ۖ لَعَنَهُ اللَّهُ وَقَالَ لَأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا ۖ وَلَا ضَلَالَتَهُمْ وَلَا أَمْنِيَّتَهُمْ وَلَا مَكْرَهُمْ فَلْيَغْيِرْنِ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا ۙ ﴾^(١).

فتقطع آذان الأنعام، وتغيير خلق الله بغير الصفة التي خلق عليها، مذموم، لأنه من أمر إبليس الذي لعن وأبعد من رحمة الله.

وقد يقال هنا إن كل حالات الدخول إلى تعديل المورثات (الجينات)، يعد من قبيل تغيير خلق الله فنقول: إن المقصود بخلق الله هنا هو الصفة الأصلية التي خلق عليها الإنسان والتي ذكرت في مقام آخر، وهو خلق الإنسان في أحسن تقويم، ولهذا بكون إصلاح الخلل إعادة إلى أصل خلقة الإنسان.

(ج) أن الله سبحانه وتعالى قد قسم بين الناس أرزاقهم، ومن هذا الرزق ما وهبهم الله من ذكاء، وقوة حافظة، ومن لون أو جمال على هيئة معينة، وأصل معين، وتغيير هذه الصفات، التي ليست بأمراض متفق عليها، يكون من باب عدم الرضا بقدر الله، بخلاف الصفات التي تعد أمراضاً خطيرة، فعلاجها من باب التداوي المأمور به كما سبق.

(د) أن هذه المسائل التي نتحدث عنها هنا، إنما هي من باب التحسينات أو الحاجيات العادية، وليست من باب الضروريات، والسماح بتعديل المورثات والدخول إلى الخلية التناسلية، أمر حساس وخطير لا يسمح فيه إلا في حالة الضروريات.

(١) النساء: ١١٦ - ١١٩ .

(٥) لا يخفى أن مثل هذه الصفات، إنما تعبر عن رغبات شخصية، ولأهداف قد لا تكون مقبولة عند أكثر الناس، بل هي متغيرة تبعاً لأمزجة الناس، وما يرضي هذا قد لا يرضي غيره، ومن هنا كان السماح بإجراء مثل تلك العمليات، فتحاً لباب شر لا بد من إغلاقه: ﴿وَلَوْ أَتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ﴾^(١).

كما لا ننسى أن مثل هذه العمليات، قد تستغل لأغراض تهدر كرامة الإنسان، وتجعله لعبة يلهو بها بعض الباحثين، أو السياسيين أو العسكريين.

وفي الغرب ثارت ضجة عالمية واحتجاجات واسعة النطاق على تجارب الهندسة الوراثية المتعلقة بتعديل صفات الإنسان والتلاعب بالمورثات والخلايا التناسلية، اشتركت في هذه الاحتجاجات الكنيسة، وجمعيات حقوق الإنسان وغيرها، مما يعكس مدى خطورة إجراء مثل تلك العمليات.

ثانياً: اختيار جنس الجنين:

يقرر علماء الوراثة بأن عملية تحديد جنس الجنين من الناحية التكوينية، تعود إلى التقاء زوج من الصبغيات (الكروموسوم)، على وفق ترتيب معين، ينتج عنه المولود الذكر، وترتيب آخر ينتج عنه المولود الأنثى وذلك على النحو الآتي:

إذا كانت الخلية الملقحة تحتوي على صبغيين يحملان الرمز (XX) فالخلية انثوية.

وإذا كانت الخلية تحتوي على صبغيين مختلفين (Y.X) فالخلية ذكورية ، أي المولود ذكر.

ويجتمع الصبغيان في الخلية الملقحة، من جراء التقاء خلية الرجل (حويين منوي) يحمل أحد هذين الصبغيين (X) أو (Y) مع خلية المرأة (بويضة) تحمل الصبغي X.

ومعلوم أن الخلية التناسلية تحمل ٢٣ زوجاً من الصبغيات (الكروموسومات) فالبويضة تحمل على سبيل الدوام الصبغي X لأن خلية المرأة تحمل صبغيين متشابهين XX وعند انقسام الخلية إلى النصف تحمل كل خلية منقسمة، المورث X.

أما الرجل فتحمل خلية الأساسية (YوX) وعند الانقسام، نصف الخلايا تحمل X ونصفها الآخر يحمل Y.

فإذا حدث أن التقى حويين (خلية) تحمل مورث X مع خلية المرأة فالناتج أنثى XX وإذا التقى الحويين الحامل لـ Y مع خلية المرأة، فالناتج XY أي أن الجنين سيكون ذكراً.

فإذا أمكن معرفة الخلية (الحويين) الذي يحمل الصبغي (Y)، أمكن حينئذ دمجها بخلية أنثى (بويضة) ليحصل الجنين على صبغيين مختلفين (YX) ويكون ذكراً،

(١) المؤمنون : ٧١ .

وكذلك الحال إذا عرف أنه X أمكن الحصول على جنين (مولود) أنثى. (انظر تفصيلاً لهذه المسألة: عبدالمحسن صالح ص ٦٠ - ٦١). وتدخّل الهندسة الوراثية في مثل هذه الحالات يكون بعدة صور أهمها:

(١) الكشف عن الصبغيات التي تحتويها الخلية بعد التلقيح، ليعرف الجنين أهو ذكر أم أنثى ويفيد هذا الكشف، إذا كانت المرأة تلد المولود مشوهاً تشوهاً كبيراً أو مختلاً إذا كان ذكراً، وتلده سليماً إذا كان أنثى، فبالإمكان هنا القول بجواز الإجهاض المبكر إذا كان المولود ذكراً مع مراعاة الأحكام الخاصة بالإجهاض في الشريعة الإسلامية.

(٢) أن تكشف الخلايا الأنثوية الملقحة من الحيوانات الذكرية، فما وجد منها محتويًا على الجنس المطلوب أخذ وزرع في الرحم، والأخرى تتلف وتهمل، ففي هذه الحالة تكون المسألة عبارة عن انتقاء الذكور، أو انتقاء الإناث حسب الطلب.

(٣) أن يبحث في الخلايا الذكرية عن الخلية الحاملة للصبغي Y ليوزع أو يدمج مع خلية الأنثى (البويضة) لينتج ذكراً، أو يؤخذ الصبغي X لينتج أنثى. وفي هاتين الحالتين تظهر عملية التحكم في جنس الجنين ظهوراً تاماً، مما أثار جدلاً ومحاوره حول شرعية هذه العملية.

وأول ما أثير واعترض به على هذه العملية مخالفتها لبعض قواعد العقيدة الإسلامية، وتتمثل هذه المخالفة في ناحيتين: ^(١).

الأولى:

معارضتها لمفهوم ومنطوق قوله سبحانه: ﴿إِنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَيُنزِّلُ الْغَيْثَ وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ﴾ ^(٢). وقوله سبحانه: ﴿اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ﴾ ^(٣).

ففي هذه الأدلة إخبار أن علم ما في الأرحام مختص بالله سبحانه، وادعاء البشر ذلك مصادم لهذه الأخبار.

الثانية:

أن التدخّل في اختيار جنس الجنين، تناول على مشيئة الله سبحانه، فقد اقتضت حكمة الله، أن يتم التوزيع بين الجنسين دون تدخل من الإنسان، ليحفظ توازن المجتمع.

(١) القرضاوي ١/٥٧٥ - ٥٧٦.

(٢) لقمان: ٣٤.

(٣) الرعد: ٨.

والبشرية منذ أن وجد الإنسان على الأرض إلى يومنا هذا ، تسير بتوازن وعناية وتدبير، وهذا من أكبر الأدلة على العناية الربانية ببني البشر^(١).

وعلى وفق هذا الفهم اتجه فريق من العلماء إلى تكذيب الأخبار التي تقول بإمكان التحكم بتحديد جنس الجنين. وعدم تصديقها، وعلى رأس هذا الفريق اللجنة الدائمة للإفتاء في المملكة العربية السعودية، حيث أجابت اللجنة على سؤال يتعلق بتحديد نوع الجنين وأن الرجل هو الذي يحدد النوع ما نصه:

الجواب:

« أولاً: إن الله سبحانه وتعالى هو وحده الذي يصور الحمل في الأرحام كيف يشاء، فيجعله ذكراً أو أنثى، كاملاً أو ناقصاً، إلى غير ذلك من أحوال الجنين، وليس ذلك إلى أحد سوى الله سبحانه، قال تعالى: ﴿ هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ ﴾. وقال تعالى: ﴿ لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ * أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاءً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴾. فأخبر سبحانه أنه وحده الذي له ملك السماوات والأرض، وأنه الذي يخلق ما يشاء، فيصور الحمل في الأرحام كيف يشاء من ذكورة وأنوثة، وعلى أي حال شاء من نقصان أو تمام ومن حسن وجمال أو قبح ودمامة إلى غير ذلك من أحوال الجنين، ليس ذلك إلى غيره ولا إلى شريك معه. ودعوى أن زوجاً أو دكتوراً أو فيلسوفاً يقوى على أن يحدد نوع الجنين دعوى كاذبة، وليس إلى الزوج ومن في حكمه أكثر من أن يتحرى بحماة زمن الإخصاب، رجاء الحمل، وقد يتم له ما أراد بتقدير الله، وقد يتخلف ما أراد، إما لنقص في السبب، أو لوجود مانع من صديد أو عقم أو ابتلاء من الله لعبده. وذلك أن الأسباب لا تؤثر بنفسها، وإنما تؤثر بتقدير الله أن يرتب عليها مسبباتها. والتلقيح أمر كوني ليس إلى المكلف أكثر من فعله بإذن الله. وأما تصريفه وتكليفه وتسخيره وتدبيره بترتيب المسببات عليه، فهو إلى الله وحده لا شريك له. ومن تدبر أحوال الناس وأقوالهم وأعمالهم، تبين له منهم المبالغة في الدعاوى والكذب والافتراء في الأقوال والأفعال، جهلاً منهم وغلواً في اعتبار العلوم الحديثة، وتجاوزاً للحد في الاعتداد بالأسباب، ومن قدر الأمور قدرها، ميز بين ما هو من اختصاص الله منها، وما جعله الله إلى المخلوق بتقدير منه لذلك سبحانه^(٢).

وقد حاول بعض العلماء الإجابة على هذه الإشكالات الواردة على هذه المسألة، ليتمكنوا من إجازة عملية الاختيار والتحكم.

فبالنسبة للاعتراض الأول وهو التعارض بين هذه العملية وبين إقرارنا وإيماننا بأن الله عنده علم الساعة ويعلم ما في الأرحام، فالجواب عنها يكون بحمل علم ما في الأرحام على

(١) انظر: القرضاوي ص ٥٧٦: شبير، مجلة الحكمة عدد ١٤١٦/٦هـ، ص ٢١٣.

(٢) انظر فتاوى إسلامية، جمع محمد المسند ٤٠/١ - ٤١.

العلم التفصيلي، فالله سبحانه وتعالى يعلم كل ما يتعلق بالجنين الموجود في الرحم، ومن ذلك عمره وحياته، قدرته سيرته وأعماله، شقاؤه وسعادته في الجنة أم في النار؟^(١).

وأؤيد هذا التفسير بوجه عام بدليل ما ورد في كتب السنة الصحيحة عن تكوين الإنسان ونفخ الروح فيه كما في صحيح مسلم عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً، ثم يكون في ذلك علقة مثل ذلك، ثم يكون في ذلك مضغة مثل ذلك، ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات: يكتب رزقه، وعمله وشقي أو سعيد»^(٢).

إذن نستنتج من منطوق الحديث، أن الذي يكتبه الملك بأمر الله هو (١) رزق المولود. (٢) عمله. (٣) أجله. (٤) شقي أو سعيد.

وهذه أمور غيبية فعلاً، ولا يمكن لأحد مهما أوتي من قوة وعلم أن يصل إلى واحدة منها، ونلاحظ أن مسألة كون الجنين ذكراً أو أنثى غير مذكورة في النص؛ وذلك لكون الذكورة والأنوثة مسألة تنمو مع الجنين منذ التلقيح، وليس عند نفخ الروح كما يوحي بذلك الحديث.

ومن هنا نستطيع القول بأن معرفة جنس الجنين مبكراً ليس مناقضاً للآيات والأحاديث لأنها غيب من وجه دون وجه، ولا تعد من الغيب الذي استأثر الله بعلمه، وذلك لأن الطبيب لا يعدو عمله إجراء كشف لما بداخل تجويف جسم المرأة (الرحم أو البطن) وليس في هذا اطلاع على الغيب.

وبالنسبة للاعتراض المتعلق بالتطاول على المشيئة والحكمة الربانية التي نظم الكون على وفقها، فالإجابة عن هذا تتلخص بأن هذا الكون بما فيه إنما يسير بمشيئة وإرادة الله، ولا يكون فيه إلا ما أَرَادَهُ سبحانه، فالذي يختار جنساً معيناً (في طور الخلية) يكون تحت المشيئة وتحت الإرادة ﴿وَمَا تَشَاءُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾^(٣).

وقد قال أحد الأساتذة المختصين بما يعرف بأطفال الأنابيب^(٤): «إننا أحياناً نحضر خلية أنثوية (بويضة) سليمة تماماً وجاهزة للإخصاب، ونحضر أيضاً (حويئاً) منويماً من الرجل (خلية ذكورية) ونقوم بدمجها ليتم التلقيح فلا يتم، وتكرر المحاولة وتآبى الخليتان ثم يقول: نقوم حينئذ بإدخال الحوين إلى البويضة بواسطة إبرة دقيقة مجهرية ولكن البويضة لا تتقبل ذلك الحوين، مع العلم أن الخليتين سليمتان تماماً. ولكن لا ندري لماذا لا يتم هذا

(١) القرضاوي ص ٥٧٦.

(٢) صحيح مسلم، كتاب القدر، حديث رقم ٤٧٨١.

(٣) التكوير: ٢٩؛ انظر القرضاوي ص ٥٧٦، شبير ص ٢١٣ - ٢١٤.

(٤) من محاضرة الدكتور نجم عبد الواحد في جامعة اليرموك، تاريخ ١٧/٢/١٩٩٦.

التلقيح، وهنا نعلم أن هذه البويضة لم يكتب لها التلقيح، وأن الله سبحانه قد قدر أمراً لا بد وأن يتم ولو قدر لها التلقيح لتم ذلك بمجرد الالتقاء.

وقد قال بعض العلماء المعاصرين، بجواز عملية اختيار الجنس، ولكن بشرط الضرورة أو الحاجة المنزلة منزلة الضرورة، وإن كان الأولى تركها لمشيئة الله وحكمته، وزاد بعضهم اشتراط اقتصار العملية على النطاق الفردي، وليس على مستوى الأمة، وإلا حدث الاختلال وعدم التوازن^(١).

والقول بمنع هذه وتقييدها وجعلها تحت الرقابة المشددة وقصرها على الضرورة أمر مهم جداً ينبغي الاهتمام به، لما سيسببه التحكم من مخاطر فيما لو ترك وأهواء الناس بل إن الظاهر من سلوك الناس في هذه الأيام عدم إمكانية ضبطهم، وادعائهم للحاجة والضرورة دون سبب أو مسوغ يجعلنا نقول بالمنع والتأكيد على قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الاسلامي والذي جاء فيه:

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده ؛ نبينا محمد ، وعلى آله وصحبه ، أما بعد :

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته التاسعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من ٢٧.٢٢/شوال/١٤٢٨هـ التي يوافقها ٨.٣/نوفمبر/٢٠٠٧م قد نظر في موضوع: (اختيار جنس الجنين) ، وبعد الاستماع للبحوث المقدمة، وعرض أهل الاختصاص، والمناقشات المستفيضة.

فإن المجمع يؤكد على أن الأصل في المسلم التسليم بقضاء الله وقدره، والرضى بما يرزقه الله؛ من ولد ، ذكراً كان أو أنثى، ويحمد الله تعالى على ذلك، فالخيرة فيما يختاره الباري جل وعلا، ولقد جاء في القرآن الكريم ذم فعل أهل الجاهلية من عدم التسليم والرضى بالمولود إذا كان أنثى قال تعالى : ﴿ وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ ﴾ ♦ **يَتَوَارَىٰ مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَبِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ** ﴿٤١﴾ ، ولا بأس أن يرغب المرء في الولد ذكراً كان أو أنثى، بدليل أن القرآن الكريم أشار إلى دعاء بعض الأنبياء بأن يرزقهم الولد الذكر، وعلى ضوء ذلك قرر المجمع ما يلي:

أولاً: يجوز اختيار جنس الجنين بالطرق الطبيعية؛ كالنظام الغذائي، والغسل الكيميائي، وتوقيت الجماع بتحري وقت الإباضة؛ لكونها أسباباً مباحة لا محذور فيها .

ثانياً: لا يجوز أي تدخل طبي لاختيار جنس الجنين، إلا في حال الضرورة العلاجية في الأمراض الوراثية، التي تصيب الذكور دون الإناث، أو بالعكس، فيجوز حينئذٍ التدخل،

(١) شبير: ٢١٤ ؛ القرضاوي: ٥٧٦ .

بالضوابط الشرعية المقررة، على أن يكون ذلك بقرار من لجنة طبية مختصة، لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة من الأطباء العدول، تقدم تقريراً طبياً بالإجماع يؤكد أن حالة المريضة تستدعي أن يكون هناك تدخل طبي حتى لا يصاب الجنين بالمرض الوراثي ومن ثم يُعرض هذا التقريرُ على جهة الإفتاء المختصة لإصدار ما تراه في ذلك .

ثالثاً: ضرورة إيجاد جهات للرقابة المباشرة والدقيقة على المستشفيات والمراكز الطبية؛ التي تمارس مثل هذه العمليات في الدول الإسلامية، لئلا يتم أي مخالفة لمضمون هذا القرار. وعلى الجهات المختصة في الدول الإسلامية إصدار الأنظمة والتعليمات في ذلك .

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه. انتهى

وهناك صيحات من بعض الدول تنذر بمخاطر قد تحدث من جراء عملية التحكم، فقد قال المجلس الأعلى للصحة التابع لوزارة الصحة التركية «أنه يتعين منع تحديد نوع الجنين قبل الحمل، ما لم تكن ثمة ضرورة طبية لذلك، وإن نوع الجنين ليس مرضاً يجب تحديده والقضاء عليه قبل الحمل، ووفقاً للقيم الشائعة فإنه يتعين على الأسر أن تقبل دون شروط، جنس المولود المقبل، كما أن هذا الأمر قد يؤدي إلى إفساد التوازن الطبيعي بين تعداد الذكور والإناث في العالم»^(١).

(١) عن صحيفة الرأي الأردنية ١٩٩٥/١/٤ بتصرف .

الخاتمة والنتائج

بعد دراسة وتحليل مسألة الهندسة الوراثية من حيث مجالاتها وطبيعتها عملها، يمكننا استخلاص النتائج التي تم الوصول إليها في النقاط الآتية:

أولاً: الهندسة الوراثية أو تطويع الجينات أو التقنية الوراثية، مصطلحات تستخدم للدلالة على معنى واحد تقريباً هو «القدرة على إجراء عمليات التحكم بالصفات الوراثية للكائن الحي عن طريق مجموعة وسائل علمية تمكن من إجراء تعديل أو تبديل للمادة الوراثية».

ثانياً: تمكن العلماء من استخدام الهندسة الوراثية في مجالات متعددة تتعلق بالإنسان والحيوان والنبات.

ثالثاً: تشخيص الأمراض بواسطة الهندسة الوراثية أمر جائز شرعاً إذا توافرت الحاجة الداعية للتشخيص وانتفى الضرر الحاصل منه، أو كانت المصلحة المرتجاة أكبر من الضرر المتوقع حدوثه.

رابعاً: صناعة الدواء والعلاج بواسطة الهندسة الوراثية أمر جائز شرعاً لما فيه من دفع الضرر وتحقيق مصالح الناس.

خامساً: زرع (جينات) سليمة في الخلايا الجسدية غير السليمة، لعلاج بعض الأمراض، أمر جائز شرعاً وفق ضوابط إجازة زراعة الأعضاء، فيجوز أخذ هذه الخلايا المحتوية على (الجينات) من شخص ميت بشرط إذنه قبل وفاته) كما يجوز أخذها من شخص حي شريطة أن لا تلحق به ضرراً تخريبياً على نقل الدم ونقل الكلية...

سادساً: علاج الخلية التناسلية إذا كانت تحمل أمراضاً خطيرة بواسطة المورثات (الجينات) التناسلية له حالتان:

الأولى: أن تؤخذ المورثات (الجينات) من خلايا تناسلية أجنبية، أي من غير الزوجين (صاحبي الخلية الأصل)، وهذه الحالة محرمة، وغير جائز التعامل بها، لأنها في حكم إخصاب البويضة بحوين أجنبي، أو الحوين ببويضة أجنبية، وفيها من اختلاط الأنساب والمفاسد الشيء الكثير.

الثانية: أن تؤخذ المورثات من خلية تناسلية تعود لأحد الزوجين، أو من زوجة ثانية للرجل صاحب الخلية، وهذه جائزة في الشق الأول، وفي الشق الثاني تجوز عند من يجيز أخذ البويضة من إحدى زوجتي الرجل، لزرعها في رحم الأخرى قياساً، وتحرم عملاً بقرار مجمع الفقه الإسلامي قياساً أيضاً.

سابعاً: استخدام الهندسة الوراثية من أجل زيادة وتحسين الإنتاج النباتي والحيواني، وللقضاء على الأمراض التي تسببها أمراضاً شرعاً بطريقة التيسيل أو تعديل المورثات، شريطة انتفاء الضرر ووجود الحاجة الداعية لهذه العمليات.

ثامناً: كل عملية يكون الهدف منها العبث والتسلية، أو مجرد البحث دون مسوغ مشروع غير جائز، وخاصة ما يتعلق بالإنسان أو الحيوان.

تاسعاً: تعديل الصفات الوراثية التي تحتوي على أمراض مزمنة وخطيرة لتصبح المورثات سليمة وغير حاملة لتلك الأمراض أمر جائز شرعاً إذا دعت الحاجة أو الضرورة لذلك. شريطة أن لا تستخدم خلايا تناسلية من غير الزوجين صاحبي الخلية الملقحة، وإذا تم العلاج دون الحاجة لإدخال مورثات (جينات) جديدة فهو أولى بالجواز.

عاشراً: تعديل الصفات الوراثية بما لا يدخل تحت الضروريات غير جائز، مثال ذلك تغيير لون العين أو زيادة الذكاء أو الطول أو القصر، أو لون البشرة أو ما فيه عبث وامتهان للإنسان، وذلك لعدم الضرورة والحاجة الداعية، ولما فيه من تغيير لخلق الله.

حادي عشر: اكتشاف جنس الجنين في مرحلة مبكرة ليس محرماً، وليس فيه خرق لما استأثر الله بعلمه، والأولى عدم البحث والسؤال عن جنس الجنين إلا في حالات الاشتباه (وفق ضوابط طبية صحيحة) بأن الجنين يحمل مرضاً وراثياً أو عضوياً خطيراً تبعاً لجنس الجنين.

ثاني عشر: اختيار جنس الجنين ليس فيه تناول على مشيئة الله لأن إرادة الله فوق كل شيء، ولن يتم أمر في هذا الكون دون إرادة الله. والأصل ترك هذه المسألة وعدم التدخل فيها، ولا تجوز في غير حالات الضرورة الطبية، وهي الحالات التي يترتب عليها حياة أو موت أو حمل الجنين لمرض ما إن كان ذكراً أو أنثى بحسب الحالة التشخيصية طبيياً.

أما حالات اختيار جنس الجنين بغير التدخل الطبي مثل الأغذية واختيار توقيت المعاشرة الزوجية وما شابه ذلك فلا يدخل في المنع.

وفي الختام أوصي بأن تولي الحكومات والجامعات اهتماماً بمراكز الأبحاث، وإخضاعها للرقابة المستمرة وإصدار قوانين تنظم عمليات الهندسة الوراثية والمراكز التي تتعامل بهذه التقنية، حتى تضبط بالموازن الشرعية، لئلا يمتحن الإنسان، ويصبح ألعوبة تستغل لأغراض كثيرة غير مشروعة، مما يعود على البشرية بالضرر والفساد.

والحمد لله رب العالمين

ثانياً الاستنساخ

مقدمة

الحمد لله الذي خلق فسوى، وقدر فهدى، خلق الإنسان في أحسن تقويم، وهداه إلى السبيل القويم، والصراط المستقيم. والصلاة والسلام على نبيه الكريم، ورسوله الأمين، وعلى من تبعه بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فقد شغل الناس منذ فترة - ولا يزالون - بنازلة جديدة، وكائنة غريبة، ما تزال موضع اهتمامهم، وشغلهم الشاغل، تحدثت عنها وسائل الإعلام، وأقيمت من أجلها الندوات والمحاضرات، وكثرت حولها وعنهما التكهانات والاستفتاءات، هذه النازلة، هي التي يطلق عليها مصطلح "الاستنساخ"

وقد كنت أتتبع مسائل هذه النازلة، منذ أكثر من سنة، وذلك من خلال دراستي التي قمت بها حول موضوع الهندسة الوراثية من وجهة النظر الشرعية، حيث تطرق البحث فيها إلى مسألة "الاستنساخ" تلك المسألة التي صدرت فيها بعض المؤلفات، منذ بضع سنوات وأكثر، ولكن على شكل قصص خيال علمي^(١) ولكنها عادت في هذه الأيام، لتطرح بقوة وجدية، حينما أعلنت بعض المجالات العلمية والسياسية^(٢) في بريطانيا نجاح عملية "استنساخ لاجنسي" لحيوان ثديي (نعجه) أطلق عليها اسم (دوللي).

وقد كانت مراكز الأبحاث من قبل، قد نجحت في عمليات مشابهه، أجريت على الضفادع، ومن هنا أثير موضوع تطبيق مثل هذه التجارب على الإنسان، ومدى إمكان حدوثه، فصرح كثير من العلماء بإمكان ذلك نظرياً فقط، أما على الصعيد العملي فلم تجر أي تجربة ناجحة ماثلة للعيان إلى الآن - في حدود علمنا على الأقل - ، بل إن الضجة الإعلامية والنداءات المتكررة من جهات متعددة، جعلت كثيراً من الدول تحظر وتمنع أي تجربة على الإنسان، وتمنع دعم مثل تلك البحوث.

وفي هذا البحث بذلت وسعي في تبسيط مفاهيم ومصطلحات هذه النازلة، وبيان الأحكام الشرعية لكل جزئية منها، بحسب ما ظهر لي من خلال الأدلة والقواعد الشرعية، التي يمكن أن تدرج المسألة تحتها، ثم ختمت البحث بتصحيح بعض المفاهيم والاستنتاجات غير الصحيحة، مما تتداوله الألسنة عند الحديث عن هذا الموضوع.

وقد جاءت خطة البحث في أربعة مطالب وخاتمة، على النحو الآتي:

(١) انظر على سبيل المثال: تناسخ الأجساد، تأليف دافيدوروفيك، ترجمة ديكرن جمنجيان، طبع دار الحكمة ١٩٩١م.
(٢) مثل مجلة نيشن العلمية البريطانية في عددها الصادر في شهر فبراير الماضي ومجلة التايم اللندنية.

- **المطلب الأول:** في التعريف ب (الاستتساخ) (التتسيل)
- **المطلب الثاني:** التتسيل الجنيني (تكثير النطفة) وأحكامه الشرعية.
- **المطلب الثالث:** التتسيل اللاجنسي، وأحكامه الشرعية وفيه فرعان:
 - **الفرع الأول:** أحكام تتسيل النبات والحيوان
 - **الفرع الثاني:** أحكام تتسيل الإنسان
- **الخاتمة:** في تصحيح بعض المفاهيم التي وقع الخلط والغلط فيها.
- **نتائج البحث** ، ثم فهرست المصادر والمراجع.

وبعد ، فهذا البحث وما فيه من آراء وأفكار ، هو وجهة نظر شرعية ، ليس بالضرورة أن تكون هي وجهة النظر الشرعية ، فالمسألة اجتهادية ، والرأي مشترك ، وإن " كنت قد أحسنت فيما جمعت وكتبت ، وأصبت في الذي صنعت ، ووضعت ، فذلك من عميم ممن الله ، وجزيل فضله علي ، وإن أسأت فيما فعلت ، وأخطأت إذ وضعت ، فما أجدر الإنسان بالإساءة والعيوب ، إذا لم يعصمه ويصنه علام الغيوب " ، وليشفع لي أنني ابتغيت فيما أتيت الحق وحده ، والرجوع إلى الحق خير من التماذي في الباطل ، والله سبحانه وتعالى أعلم ، وعليه أتوكل وإليه أنيب.

المطلب الأول التعريف بالتنسيل (الاستنساخ)

يعد مصطلح "الاستنساخ" هو المصطلح الشائع، والترجمة المنتشرة بين الناس لما يطلق عليه باللغة الإنجليزية "Cloning" وبالرجوع إلى معاجم اللغة العربية، نجد أن الاستنساخ من المصدر نسخ، وللنسخ معنيان:

الأول: الأزالة، ومنه قولهم: نسخت الشمس الظل أي أزالته.

والثاني: النقل، يقال: نسختُ الكتاب نسخاً نقلته، وانتسخه واستنسخه سواء، والنسخة اسم (المنتسخ) منه، قال المناوي: "نسخ الكتاب: نقل صورته المجردة إلى كتاب آخر، وذلك لا يقتضي إزالة الصورة الأولى، بل إثبات مثلها في مادة أخرى، كإيجاد نقش الخاتم في شموع كثيرة"^(١).

وقال الراغب الأصفهاني: "الاستنساخ: التقدم بنسخ الشيء، والترشح للنسخ. وقد يعبر بالنسخ عن الاستنساخ قال تعالى ﴿ إِنَّا كُنَّا نَسْتَنْسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾"^(٢).

فالذي يفهم من مجموع ما تقدم أن الاستنساخ يطلق على عملية النسخ، أي عملية النقل، فالكتاب المنقول يسمى نسخة.

وإذا عدنا إلى علم الهندسة الوراثية الذي يتم من خلاله إجراء عمليات ما يسمى بـ "الاستنساخ" لوجدنا أن معنى "الاستنساخ" يطلق على تلك العملية أو العمليات التي نستطيع الحصول بواسطتها على "جنين" أو "أجنة" متطابقة أو مطابقة لمصدرها من حيث الشكل والصفات الوراثية.

ونظراً للمطابقة بين مصدر تكون الجنين، والجنين نفسه، من حيث الصفات الوراثية تماماً، كما في نقل الكتاب ونسخه، سميت تلك العملية بالاستنساخ، وسمي الجنين أو المولود بالنسخة.

ولكننا نرى أن استخدام مصطلح "الاستنساخ" بالنسبة للإنسان غير مقبول؛ لما فيه من تشبيه الإنسان بالآلة والجماد والكتاب، وغير ذلك، والإنسان مكرم منذ أن خلق، لقوله سبحانه: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ ﴾"^(٣). ومن هنا أقترح استبدال مصطلح الاستنساخ،

(١) التوقيف: ص ٦٩٧.

(٢) الجاثية: ٢٩؛ الأصفهاني، ١٩٩٢م؛ ص ٨٠١؛ الفيومي، مادة نسخ ٢: ٦٠٢؛ الرازي، ١٩٨٨م؛ مادة نسخ: ص ٦٥٦.

(٣) الإسراء: ٧٠.

بمصطلح التتسيل، المأخوذ من النسل، والنسل هو الولد، لكونه نسلاً عن أبيه، قال تعالى: ﴿ وَيُهْلِكُ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ ﴾^(١) .

وتتاسلوا توادوا، وأصل النسل: الانفصال عن الشيء^(٢)، ولقوله تعالى: ﴿ ثُمَّ جَعَلْ نَسْلَهُ مِنْ سُلَالَةٍ مِّنْ مَّاءٍ مَّهِينٍ ﴾^(٣) .

ومما يؤيد اعتماد هذا المصطلح، استعمال الفقهاء والأصوليين لكلمة النسل، للدلالة على الذرية والولد ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر، قول الإمام الشاطبي وهو يعدد الضروريات الخمس " ومجموع الضروريات خمسة وهي: حفظ الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل....."^(٤) ، ونظرا لشيوع مصطلح الاستتساخ سنستعمل المصطلحين .

إذا أردنا أن نعرّف بالتتسيل (الاستتساخ) من الناحية الاصطلاحية العلمية، فيمكن القول بأنها " العملية التي يتم من خلالها الحصول على نسل متطابق مع بعضه، أو مع مصدره في الصفات الوراثية".

ومن خلال التعريف يتضح أن النسل الحاصل من العمليه تلك، يشابه أصله لدرجة التطابق في الصفات التي تورث، من شكل خارجي، وتكوين جسدي، وأقرب مثال لدينا في هذا الباب حالة التوائم التي تثير استغرابنا درجة الشبه بينهم.

ومن خلال التعريف أيضاً اتضح لنا أن التتسيل نوعان : نوع يتشابه مع بعضه، ونوع آخر يشبه مصدره وأصله، وهو ما سنبيّنه في المطالب الآتية.

(١) البقرة: ٢٠٥ .

(٢) راجع: الرازي: ٦٥٧؛ الأصفهاني: ٨٠٢؛ الفيومي: ٦٠٤؛ المناوي: ٦٩٨ .

(٣) السجدة: ٨ .

(٤) الموافقات ١٠/٢ .

المطلب الثاني

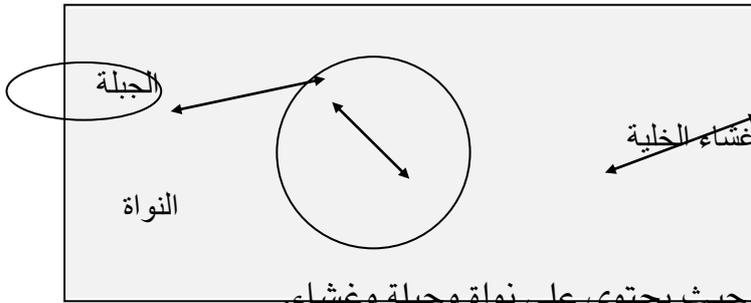
التمهيد (الاستنساخ) الجنيني (تكاثر النطفة) وأحكامه الشرعية

تمهيد: في بيان أصول عملية تكون الجنين^(١)

من المعلوم أن تكون الإنسان ينتج من التقاء الرجل بالمرأة، وحصول عملية الإخصاب والحمل، ثم الولادة.

وهذه العملية تعني من الناحية العلمية إجراء عملية التلقيح، بين بويضة المرأة، والحيوان المنوي من الرجل (الحوين).

ومعلوم أيضاً، أن البويضة خلية تناسلية أنثوية، تحتوي من حيث المبدأ على ماتحتويه الخلية الحية من مكونات، وهي: غشاء الخلية، ومادة الجبلة (السييتوبلازم) والنواة، كما في الشكل الآتي:



وكذلك الأمر في الحوين حيث يحتوي على نواة وجبلة وغشاء.

وفي نواة الخلية يكمن سر الوراثة، حيث تحتوي النواة على الشريط الحامل للصفات الوراثية لصاحب الخلية، وفي كل نواة خلية جسدية ستة وأربعون زوجاً من الصبغيات (الكروموسومات) ولكن في الخلية التناسلية (البويضة، الحوين) تحتوي النواة في كل واحدة منهما على ثلاثة وعشرين صبغياً فقط.

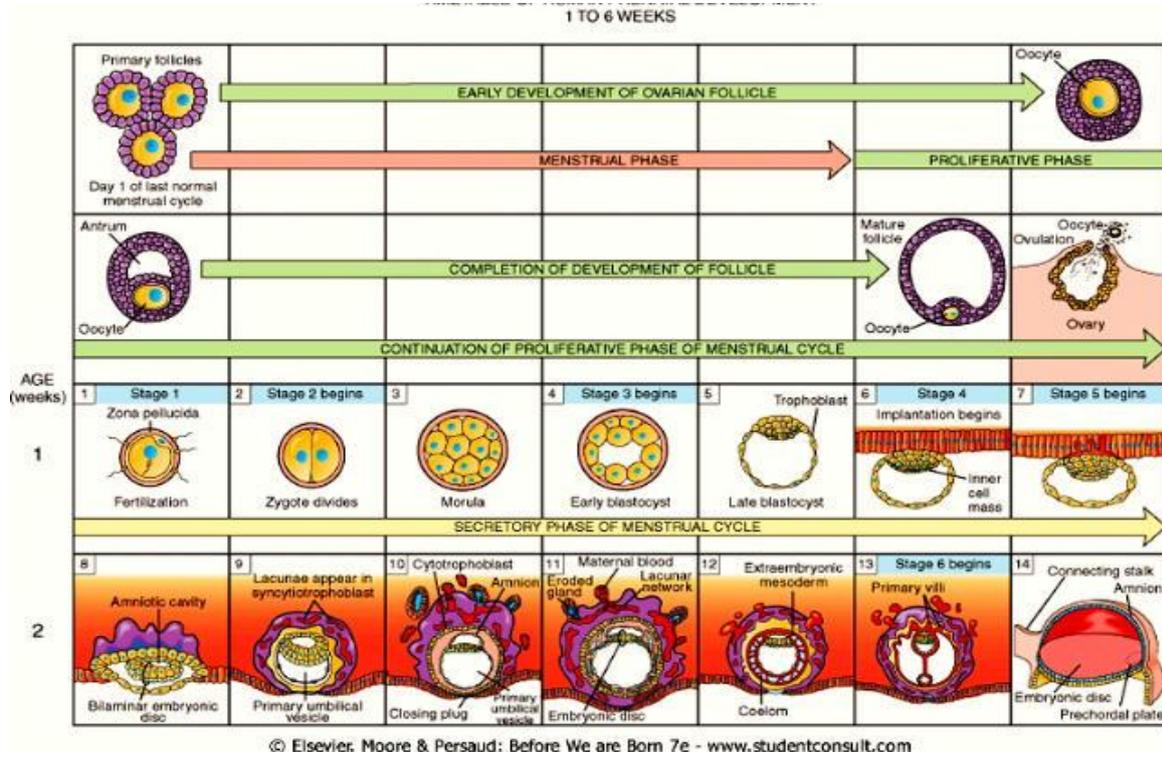
فالبويضة بها ٢٣ صبغياً (كروموسوم) والحوين به ٢٣ صبغياً، فإذا تمت عملية الإخصاب، بدخول الحوين إلى البويضة تتحد نواة البويضة مع نواة الحوين في خلية واحدة، تحتوي نواتها على ستة وأربعين صبغياً، وبهذا يتكون الجنين في مرحلته الأولى، والتي تسمى بالنطفة الأمشاج.

وفي مرحلة النطفة هذه تبدأ الخلية التناسلية الملقحة بالانقسام على شكل متوالية حسابية، حيث تصبح هذه الخلية خليتين، ثم أربع، ثم ثمان، ثم ست عشرة خلية، ثم اثنتان وثلاثون خلية، وهكذا لمدة ثلاثة أيام، ثم تزداد حتى تصبح كالكرة المجوفة في اليوم

(١) من الضرورة بمكان وضع هذا التمهيد وإن كنت قد ذكرت بعضاً منه في بحثي السابق عن الهندسة الوراثية .

الخامس، وفي السادس تعلق بجدار الرحم وتصبح علقه، وتستمر في النمو حتى الولادة كما في الشكل الآتي^(١).

جدول يبين مراحل نمو الجنين بالأمشاج



التنسيل الجنيني:

ترتبط عملية التنسيل الجنيني بعملية تكون الجنين، التي تحدثنا عنها آنفاً، وبالتحديد بمرحلة النطفة بعد الإخصاب.

ففي هذه المرحلة، تنقسم الخلية الملقحة إلى اثنتين، ثم أربع، ثم ثمان، وهكذا، وهذه الخلايا بمجموعها هي الجنين في مرحلته الأولى، وهذه الخلايا أيضاً متطابقة مع بعضها تماماً، لأن أصلها خلية واحدة ثم انقسمت، فالخلايا المنقسمة عنها بمثابة نسخ عن الخلية الأولى.

وفي هذه المرحلة، إذا فصلنا خلية من مجموع الخلايا المذكور، وزرعت هذه الخلية في رحم مستعد لاستقبالها، فإنها ستنمو، وتنقسم، وتكون جنيناً مطابقاً للجنين الذي فصلنا منه تلك الخلية المنزوعة، وإذا كررنا العملية، وفصلنا أكثر من خلية، من مجموع الخلايا المنقسمة عن الخلية الأولى في طورها الأول، وزرعناها في أرحام متعددة، أو زرعتها في الرحم نفسه، فلسوف نحصل على أجنة متطابقة في الصفات الوراثية.

(١) هذا الشكل مأخوذ عن كتاب د. محمد البار عن الجنين المشوه، وقد نقله عن كتاب كيث مور «الإنسان النامي»: البار، ١٩٩١: ٣٥ - ٣٩.

وأسهل طريقة تتم فيها هذه العملية، إجراء الإخصاب عن طريق طفل الأنبوب خارج الرحم، حيث يسهل التعامل مع الخلية الملقحة، ونزع خلايا منقسمة عنها، دون التأثير عليها.

وتمهيداً لبيان الحكم الشرعي في هذه المسألة، وهذا النوع من التسييل، نؤكد بأن هذا النوع من التسييل، إنما يبنى على أساس وجود خلية تناسلية ملقحة، ولهذا يكون البحث في مشروعية، أو عدم مشروعية هذه الخلية الملقحة (الجنين في مرحلة النطفة الأمشاج) خارجاً عن محل النزاع، ولنفترض أنه جنين تكون بين زوجين.

ومن هنا ينحصر البحث فيما يتعلق بهذا النوع من التسييل، بالمسائل الآتية:

الأولى: مسألة فصل الخلية عن مجموع الخلايا المنقسمة (فصل الخلية عن النطفة)

الثانية: فصل الخلية، وزرعها في رحم الأم التي أخذت منها النطفة (الخلية الملقحة)

الثالثة: فصل الخلية، وزرعها في رحم الزوجة الثانية لزوج صاحبة النطفة.

الرابعة: نسل الخلية، وزرعها في رحم أجنبية عن الزوجين صاحبي النطفة.

وبالنسبة للمسألة الأولى، لا يمكننا القول بإباحة التصرف، والتعامل مع الخلية الملقحة؛ لأنها تشكل أصل تكون الإنسان، والإنسان مكرم وهو جنين منذ تكونه، فالنطفة جزء من بدن الإنسان، لا يصح العبث بها، ولا مساسها دون حاجة داعية لذلك، قال الغزالي: "وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم، وتختلط بماء المرأة، وتستعد لقبول الحياة، وإفساد ذلك جناية...." (١).

واحتمال إجهاض النطفة أثناء العملية وارد، ولهذا يتجه القول بجعل التعامل مع النطفة محرماً كقاعدة عامة، وتستثنى منها حالة الضرورة، ومنها العلاج (٢).

وجهة نظر أخرى:

وقد يعترض معترض على هذا الاتجاه الذي قرر آنفاً، بأن العلماء مختلفون في حكم إجهاض النطفة، وكثير منهم يجيز إجهاضها وإتلافها، وإذا كان الأمر كذلك، أفلا يجوز حينئذ أخذ جزء منها، لتميمته وتكثيره من باب أولى ؟ مع تذكيرنا بأن أصول الإسلام وقواعده، تحث على النسل وتكثيره، كما ورد في أحاديث متعددة عن النبي ﷺ، بل أكثر من ذلك، عد علماء أصول التشريع الإسلامي المحافظة على النسل، وتكثيره، وحفظه، من مقاصد الشريعة الإسلامية، التي تسمى بالكليات الخمس (٣).

(١) الإحياء ٦٥/٢ .

(٢) أي علاج النطفة إذا كانت مصابة أو حاملة لمرض وراثي معين ويمكن علاجه وهي في طور التكوين بواسطة عمليات الهندسة الوراثية .

(٣) راجع الشاطبي: ١٠/٢؛ والعالم: ص ٣٩٣ .

وبناءً على الفرض الأول القاضي بالمنع، تُمنع المسائل الثلاث الباقية، لأنها مبنية على الأولى، أما على فرض صحة القول الثاني، فيكون للبحث في المسائل الباقية مجال.

حكم المسألة الثانية:

إن أقرب مسألة تقاس عليها أحكام هذه المسألة، هي حالة طفل الأنبوب، إذا لقحت البويضة بحوين من الزوج وأعيدت البويضة الملقحة إلى رحم الزوجة نفسها، ولكن في مسألتنا هذه يكون الخلاف في تعدد الأجنة، بسبب التيسيل، ولهذا ستلد المرأة الحامل عدة توأم.

وينبغي ملاحظة ضوابط وشروط طفل الأنبوب، من الناحية الشرعية، وإضافة قيد جديد، وهو أن المرأة ربما تتضرر بزيادة الأجنة، وكذلك الخلية الأم الأولى، ربما تضعف أو تتأثر بسبب التيسيل، وبناءً على هذه الاحتمالات إذا رجح أصحاب الاختصاص، أن زيادة الحمل سيؤثر سلباً على المرأة، أو على الجنين الأصلي، أو على بقية الأجنة، من حيث الضعف، أو نقص الغذاء، أو حدوث مرض، أو طفرة وراثية، فينبغي حينئذ القول بالمنع والحظر.

حكم المسألة الثالثة:

تيسيل النطفة وزرع النسيطة (الخلية) في رحم الزوجة الثانية لزوج صاحبة النطفة (الخلية الأم)، وهذه المسألة أيضاً تأخذ أحكام طفل الأنبوب حالة زرع البويضة في رحم الزوجة الثانية، ومعلوم أن بعض الفقهاء المعاصرين يقولون بجواز ذلك في طفل الأنبوب (عقلة ١٥٤/١) في حين أعلن المجمع الفقهي حرمة هذه الحالة^(١)، مع ملاحظة أن المجمع نفسه أجازها في قراره الذي سبقه، ثم رجع عن هذا الرأي، واستقر على المنع، نظراً لما يمكن أن يسببه من مشكلات، من حيث النسبة لأمه، أو غيرها^(٢). والذي أراه في هذا المقام الالتزام بقرار المجمع الفقهي من باب الاحتياط، وسد الذريعة، فيمنع زرع طفل الأنبوب في رحم الزوجة الأخرى، وتخريجاً على هذا، يمنع زرع نسيطة النطفة في رحم

(١) مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم (٤) د ٨٦/٧/٣، عمان عام ١٩٨٦ م.

(٢) قال أستاذنا الشيخ مصطفى الزرقا حفظه الله في مناقشته لموضوع طفل الأنبوب الذي بحثه المجمع الفقهي في دورة عمان ١٩٨٦ ما نصه "إخواني الكرام:

مجمع مكة في دورته السابعة أباح الحالتين اللتين كنت قدمت في حلهم تقريراً وهما اللتان ذكرنا الآن في التلقيح الداخلي بين الزوجين والتلقيح الخارجي أيضاً. هناك وهو الشيخ عبد الله العثيمين هو الذي طرح الحالة الثالثة بين الضرتين، وقال: نحن في المجتمع الإسلامي لدينا طريق، وهي تعدد الزوجات، فيا ترى لو أن إحدى الزوجتين رحمها منزوع وضرتها رحمها سليم، والأولى مبيضها سليم فهل ممكن أن تؤخذ البويضة منها؟ أي من الضرة منزوعة الرحم أو المعطل رحمها، وأن تزرع بعد تلقيحها في وعاء الاختبار في رحم ضرتها.

بحث المجمع هذه النقطة ورأى أنها مبدئياً لا مانع منها باعتبار أن الاثنتين زوجتان لرجل واحد، وهنا تطرق بالمناسبة ويحكم الضرورة إلى نتيجة الولد ونسبه فقرر المجمع أنه في هذه الحالة إذا تم الحمل وولدت الضرة هذا الولد المزروع من بذرة ضرتها يكون نسب الولد الحقيقي لصاحبة البويضة، أي لضرتها وتكون الضرة التي زرع في رحمها تأخذ حكم الأم المرضعة بالأولوية لأنها أكثر من رضاع. هذا ماقرره المجمع إذ ذاك وكان هذا بالإجماع.

وأحب أن أقول هذا بالنسبة لما تفضل به فضيلة الرئيس من أن قرار المجمع كان بالأكثرية....." مجلة المجمع ص ٤٩٧ وفيها بقية المناقشة ثم القرار النهائي.

الزوجة الثانية، لعدم الحاجة الملحة أو الضرورة ؛ لما تسببه تلك العملية من نزاعات ومشكلات.

وحجة المخالفين الذين أجازوا زرع طفل الأنبوب في رحم الزوجة الأخرى، وجود صلة بين البويضة وصاحبة الرحم والزوج، وفي الحالتين سينسب الولد لأبيه ولأمه صاحبة البويضة، أما صاحبة الرحم التي حملت به فحكمها حكم الأم المرضع بالأولوية، فالتحريم ثابت من هذه الناحية^(١).

حكم المسألة الرابعة:

أما المسألة الرابعة وهي التي تتعلق بزرع النسيلة (الخلية) في رحم أجنبية عن الزوجين صاحبي الخلية الأم، فهذه مقطوع بحرمتها، ومنع محاولتها بلاخلاف بين العلماء؛ لما تشتمل عليه من مفساد، ومحاذير، بخصوص النسب، وحصول حمل من غير زواج، وغير ذلك، وتخريج هذه المسألة على طفل الأنبوب واضح^(٢).

قرار المجمع الفقهي:

وقبل صدور هذا البحث مطبوعاً ، صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٠٠/٢/د/١٠٠ القاضي بتحريم الاستنساخ البشري بجميع صورته ، ومنها هذه التي نتحدث عنها .

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي : ص٤٩٧؛ عقلة ١٥٤/١ .
(٢) راجع في طفل الأنبوب: (أبوزيد ، طرق الإنجاب، مجلة المجمع عدد ٣ ج ١٩٧٨م ص٤٢٣ وما بعدها. البار: القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب، مجلة المجمع ص٤٥٩. محمد عقلة: نظام الأسرة/١٥٢ وما بعدها. السنبهلي، ١٩٨٨، ص٦٩)

المطلب الثالث التنسيل اللاجنسي

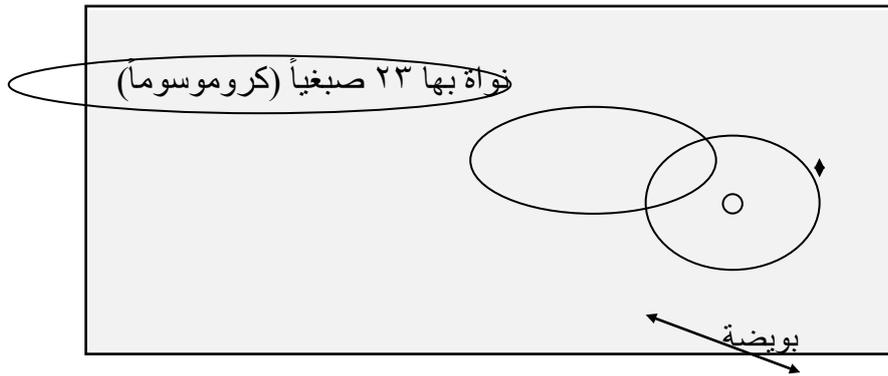
هذا النوع من التنسيل يتم بالاستغناء عن الحوين (الحيوان المنوي) واستبداله بنواة خلية جسدية، وبيان هذا النوع على النحو الآتي :

سبق أن ذكرنا في المطلب السابق، أن الجنين في مرحلة تكوينه، يبدأ نتيجة التقاء الحوين (خلية تناسلية ذكرية) مع بويضة (الخلية التناسلية الأنثوية).

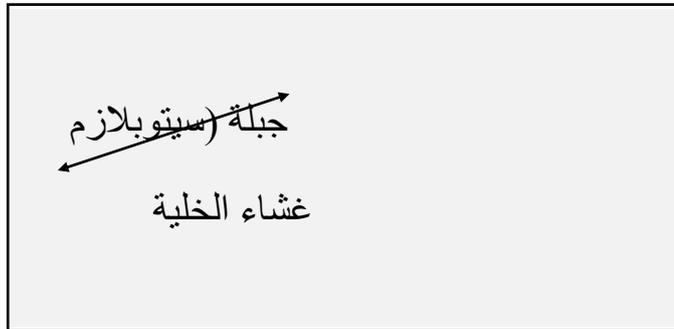
ومعلوم أيضاً، أن الحوين يحتوي في نواته على ٢٣ صبغياً كروموسوماً، وكذلك البويضة تحتوي على العدد نفسه، وباجتماعهما يحدث الإخصاب، ونحصل على نواة تحتوي على ٤٦ صبغياً (كروموسوماً).

وفي التنسيل اللاجنسي (الجسدي) الذي جرب على الضفادع سابقاً، وعلى الخراف حالياً، تتم اجراءات العملية على النحو الآتي:

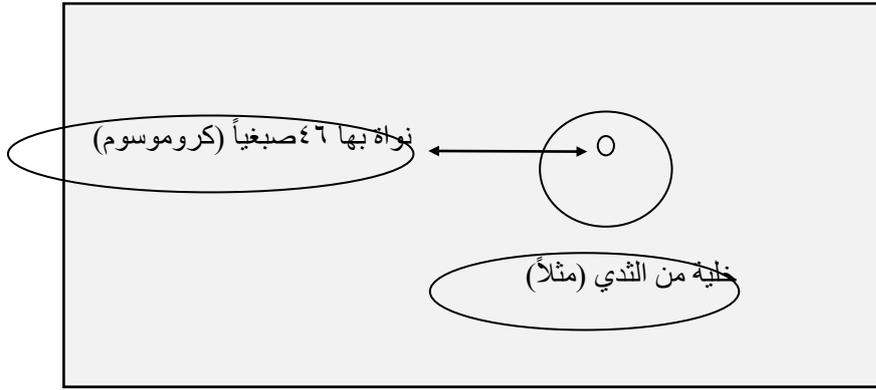
(١) إحضار بويضة



(٢) تنزع نواة هذه البويضة (بأي وسيلة يعرفها أهل الاختصاص) فتصبح البويضة حينئذ، منزوعة النواة، هكذا:

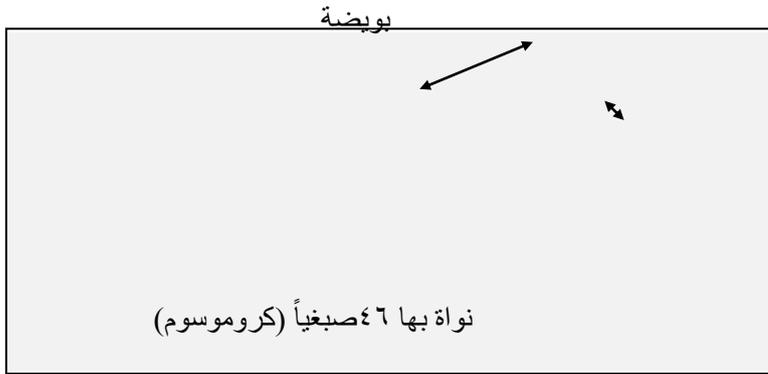


(٣) تحضر خلية جسدية، من أي جزء من أجزاء الجسم، شريطة أن تكون تلك الخلية مما يقبل الانقسام (كالشدي).



(٤) تنقل نواة الخلية. (بطريقة علمية)

(٥) تنقل النواة المنزوعة من الخلية الجسدية، وتزرع في البويضة منزوعة النواة، فتصبح البويضة كاملة الأجزاء ونواتها تحتوي على ستة وأربعين صبغياً (كروموسوماً) هكذا



(٦) تنقل البويضة الجاهزة، للرحم لتنمو، وتتقسم، حتى تصبح جنيناً، ثم مولوداً مطابقاً في الصفات الوراثية، لصاحب الخلية الجسدية، التي زرعت نواتها في البويضة.

تحليل هذه الخطوات العلمية والعملية:

إن وضع نواة الخلية الجسدية داخل البويضة المنزوعة النواة، يجعلها خلية كاملة، تحتوي نواتها على العدد المطلوب من الصبغيات (٤٦ صبغياً)، لتستمر عملية الانقسام والنمو الجنيني، تماماً كما لو لقحت البويضة بالحيوان المنوي، فالحيوان نواته بها ٢٣ صبغياً، والبويضة بها ٢٣ صبغياً، فالمجموع ٤٦ صبغياً، وهنا ما يقام به من نزع نواة البويضة، وزرع نواة خلية جسدية مكانها، المقصود به؛ الاستغناء عن نواة الحيوان المنوي ونواة البويضة أيضاً، فلافرق في النتيجة بين وضع نواة خلية جسدية، وبين ضم نواة الحيوان إلى نواة البويضة، وقد يسأل سائل: لماذا نزرع نواة البويضة؟ فيجاب على هذا، بأن جمع النواتين لا يتم؛ لأن نواة الخلية الجسدية بها ٤٦ ونواة البويضة ٢٣، فيكون المجموع ٦٩، وهذا

يلغي العملية بأجمعها، وأي خلل في عدد الصبغيات زيادة ونقصاناً، ولو صبغياً واحداً يعني تكون جنين مشوه، أو مخلوق آخر، فلا بد إذن من نزع نواة البويضة.

بقي أن نذكر بأن نواة الخلية الجسدية، تحتوي على (الشفرة الوراثية الكاملة) لجميع صفات الكائن الحي صاحب الخلية، فالنواة بمثابة صورة مصغرة عنه، ومن هنا يخرج الجنين مطابقاً لصاحب نواة الخلية الجسدية، في الصفات الوراثية، من حيث الشكل والصورة.

وكل ما في المسألة، أن العملية هذه تتم دون حيوان منوي (حوين)، ثم إذا نجحت الخلية في الانقسام ومن ثم الحياة، فلا بد من زرعها في رحم امرأة، لكي تأخذ دورها وأطوارها الحيوية في النمو: من مضغة، إلى علقة، إلى آخر مدة الحمل ونفخ الروح في موعدها، كأي جنين آخر تم دون تنسيل جسدي.

إن هذه العملية تشبه إلى حد كبير، عمليات تنسيل النبات بتجذير وزرع الفسائل الصغيرة، المأخوذة من بعض الشجر، وزرعها مستقلة عن أصلها، لتنتج شجراً مشابهاً لأصله الذي أخذ منه.

وقبل أن أنقل إلى بيان الأحكام الشرعية، المتعلقة بهذا النوع من التنسيل، أحب أن أذكر بأن الضجة الإعلامية المفتعلة، أو غير المفتعلة، قد جعلت للموضوع أبعاداً أكثر مما وصل إليه التقدم العلمي، كما أنه - أي الإعلام - قد ساهم ببث بعض بل كثير من المفاهيم غير الصحيحة، المتعلقة بالموضوع، وذلك كله بسبب الرغبة بتسجيل السبق الصحفي أو الإعلامي في هذا المجال.

نظرة شرعية للتنسيل اللاجنسي :

هناك حقيقتان تتصلان بهذا الموضوع، ولا بد من ذكرهما قبل الشروع في المقصود:

الحقيقة الأولى: أن عمليات التنسيل قد جربت على النبات والحيوان، ونجحت فعلاً، في النبات، وفي بعض أنواع الحيوانات المتقدمة (الثدييات) علماً بأن التنسيل اللاجنسي هو وسيلة التكاثر في المخلوقات وحيدة الخلية، حيث تتم عملية (الاستساخ) ذاتياً دون تزاوج.

الحقيقة الثانية: إن تنسيل الإنسان لم يتم على أرض الواقع للآن، والأمر لا يعدو نظريات علمية، يفترض أنها ممكنة الحدوث.

وتفريعاً على هاتين الحقيقتين، نذكر أحكام التنسيل (الاستساخ) بالنسبة للنبات والحيوان، ونتبعها بأحكام التنسيل بالنسبة للإنسان في الفرعين الآتين:

الفرع الأول أحكام تنسيل النبات والحيوان

لقد تجلت حكمة الله سبحانه بأن سخر ما في الكون من النبات والحيوان والجماد لخدمة الإنسان، يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿ أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ ﴾^(١).

وقوله سبحانه: ﴿ وَالْبُدْنَ جَعَلْنَاهَا لَكُمْ مِّنْ شَعَائِرِ اللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافٍ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبَهَا فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعَمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ كَذَلِكَ سَخَّرْنَاهَا لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾ لن ينال الله لحومها ولا دماؤها ولكن يناله التقوى منكم كذلك سخرها لكم لتكبروا الله على ما هداكم^(٢).

فهذه الآيات - وغيرها كثير - تتعلق بتسخير الحيوان لخدمة الإنسان، وهناك أدلة كثيرة تدل على تسخير النبات للإنسان، ومن ذلك قوله سبحانه: ﴿ أَمَّنْ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَأَنْزَلَ لَكُمْ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَنْبَتْنَا بِهِ حَدَائِقَ ذَاتَ بَهْجَةٍ ﴾^(٣).

وقوله سبحانه: ﴿ يُنْبِتُ لَكُمْ بِهِ الزَّرْعَ وَالزَّيْتُونَ وَالنَّخِيلَ وَالْأَعْنَابَ ﴾^(٤).

وبما أنها مسخرة لمصلحة الإنسان، وتلبية حاجاته منها، فإن كل ما يُعينه على الانتفاع بها، أو تحسين الانتفاع وتكثيره، يكون مشروعاً ومطلوباً، وخاصةً إذا كانت حاجة الناس ماسة وقائمة لمثل ذلك الانتفاع.

فإذا كان تنسيل النبات والحيوان من أجل زيادة النسل وتكثيره، ومن أجل إنتاج أنواع محسنة خالية من الأمراض، وتحقيق مصلحة البشرية، فلا مانع منه شرعاً، والمقاصد العامة للشريعة وروحها، تؤيد وتشجع ما فيه الخير والمصلحة للناس، وكما قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: « إن الله تعالى بعث الرسل بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها»^(٥). ومن قبله قرر هذه القاعدة الإمام العز بن عبد السلام^(٦).

ولكن ينبغي تقييد عمليات التنسيل المتعلقة بالنبات والحيوان بقيدين:

الأول: أن لا يؤدي هذا التنسيل إلى الضرر، بنشوء مرض جديد، أو طفرة مغيرة لبعض الصفات من النفع للضرر وهكذا، ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح كما هو معلوم.

(١) لقمان: ٢٠ .

(٢) الحج: ٣٦ - ٣٧ .

(٣) النمل: ٦٠ .

(٤) النحل: ١١ .

(٥) الفتاوى ٩٦/١٣ .

(٦) الفوائد في اختصار المقاصد ص ٣٢ .

والثاني: أن لاتتخذ هذه العملية للعبث وتغيير خلق الله وخاصة في الحيوان، حيث نسمع كثيراً عن بعض التجارب، التي تهدف إلى إخراج حيوان من حيوانات أخرى بمواصفات جديدة وأشكال غريبة.

ولا ننسى أن الفقهاء قد رتبوا أحكاماً على بعض أنواع التكاثر بين الحيوانات التي تنتج عن التقاء حيوان بآخر من غير نوعه، وإن تشابهاً إجمالاً، ومن الأحكام التي تثار حينئذ: مسألة حل الأكل من عدمها، ومسألة النجاسة، ومسألة الزكاة، وأذكر للمثال لا للحصر ما ذكره الإمام السيوطي^(١)، حيث يقول وهو يعدد الأحكام المتعلقة بالولد "ما يعتبر بالأبوين معاً وذلك وفيه فروع:

منها: حل الأكل، فلا بد من كون أبويه مأكولين.

ومنها: ما يجرى في الأضحية .

ومنها: ما يجرى في جزاء الصيد.

ومنها: الزكاة، فلا تجب في المتولد بين النعم والظباء.

ومنها: استحقاق سهم الغنيمة، فلا سهم للبغل المتولد بين الفرس والحمار... إلخ"

فمثل هذه الأحكام وتفصيلها تؤخذ بعين الاعتبار عند تنسيل الحيوان.

والله سبحانه أعلم .

الفرع الثاني

أحكام تنسيل الإنسان لا جنسياً

تعد هذه المسألة من أكثر المسائل حساسية وأهمية ؛ وذلك لأنها تمس أكرم المخلوقات (الإنسان)، ولما يترتب عليها من آثار وتبعات ومشكلات ، إذا أطلقنا العنان للباحثين عن الشهرة من المهتمين بهذه العلوم .

وقبل أن أُلج في تأصيل الحكم الشرعي لهذه المسألة، أنبه إلى أن البحث في حكمها الشرعي، مبني على فرض صحة النظرية العلمية القائلة بإمكان حدوث هذا التنسيل، وبحثنا في المسألة من باب الاستعداد للبلاء قبل نزوله . كما قال الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان رحمه الله^(٢)، الذي أثار عنه الفقه الافتراضي.

(١) الأشباه والنظائر : ص ٢٧٦ .

(٢) راجع في هذا مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثامن الهجري لمحمد بلتاجي.

ومع التحفظ على إمكان حصول التنسيل اللاجنسي بالنسبة للإنسان، إلا أننا نمهد لبيان الحكم الشرعي في هذه النازلة بذكر قاعدتين من قواعد التشريع الإسلامي العامة، تحكمان مسائل البحث العلمي، وغيرها من المستجدات :

القاعدة الأولى: ليس كل ما هو ممكن علمياً هو جائزاً شرعاً، فهناك الكثير من القضايا والأمور العلمية، بل والعملية الممكنة الحدوث، بل يتعامل فيها في أماكن مختلفة من العالم، ولكن هذه المسألة محظورة شرعاً، ولا يجوز التعامل بها.

القاعدة الثانية: إن التشريع الإسلامي علم تقويمي وليس تقريرياً، هدف التشريع تحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة، ولن يتحقق هذا إلا بطاعة الناس للتشريع، وليس تطويع التشريع ليوافق رغبات الناس، يقول الامام الشاطبي - رحمه الله - : المقصد من وضع الشريعة إخراج المكلف عن داعية هواه، حتى يكون عبداً لله اختياراً، كما هو عبد لله اضطراراً^(١) .

وتفريعاً على هذه القاعدة لسنا ملزمين بما هو مباح وجائز في شريعة غير شريعتنا ، أو مجتمع غير إسلامي ، فكل وجهة هو مواليها.

الحكم الشرعي للتنسيل اللاجنسي للإنسان :

لهذه النازلة المفترضة عدة صور هي :

(١) أن تؤخذ بويضة المرأة (بعد نزع نواتها) وتزرع فيها نواة خلية جسدية منتزعة من رجل أجنبي .

(٢) أن تؤخذ بويضة المرأة (بعد نزع نواتها) وتزرع فيها نواة خلية جسدية منتزعة من امرأة أخرى .

(٣) أن تؤخذ بويضة المرأة (بعد نزع نواتها) وتزرع فيها نواة خلية جسدية منتزعة من المرأة نفسها .

(٤) أن تؤخذ بويضة المرأة (بعد نزع نواتها) وتزرع فيها نواة خلية جسدية منتزعة من زوج المرأة صاحبة البويضة .

أما مصير البويضة بعد تلقيحها، فهذه مسألة خارجة عن موضوع بحثنا هنا، وهي متفرعة ومبنية على الحكم في هذه الصور .

وبما أن هذه الصور، وهذه النازلة، لم يسبق فيها القول من فقهاءنا السابقين، لعدم وقوعها أو افتراضها، فينبغي ردها إلى نظائرها، فإن لم توجد في القواعد والضوابط العامة.

(١) الموافقات ٢/١٦٨ .

وبما أن هذا النوع من التنسيل هدفه النهائي: الحصول على جنين، ينمو في رحم امرأة، ليولد فيما بعد إنساناً كاملاً له حقوقه وواجباته؛ فلا بد من الالتفات إلى أحكام الحمل، والنسب، والتلقيح، والأبوة، وغيرها مما له تعلق بالولد وأحكامه .

وبناءً على هذه المعطيات؛ تكون الصورة الأولى والثانية، والثالثة، محرمة لذاتها، فالأولى: نتیجتها حمل بين رجل وامرأة أجنبية عنه، فهو سفاح، لعدم وجود الرابطة الزوجية بينهما.

والصورة الثانية حمل بين امرأة وامرأة، فعلى فرض وقوعه لا يحل لامرأة أن تحمل من غير زوجها الذي ترتبط به بعقد شرعي، وكذلك الحال في الصورة الثالثة .

أما الصورة الرابعة فهي محرمة، أيضاً، لخلل في ذات طريق التنسيل، ولمخالفتها مجموعة من القواعد الشرعية التي سنذكرها بعد قليل، ولكن قد يعترض شخص على تحريم هذه الصورة ويرى أنها جائزة ولا محظور فيها، وأفترض قول هذا المعترض وحججه فيما يأتي:

" إن هذه الصورة تختلف عن مثيلاتها، فهي تتم بين زوجين، يرتبطان بعقد شرعي؛ ولذا يكون الحمل الناتج حملاً شرعياً، تثبت له حقوقه الشرعية التامة، فالبويضة من أمه والنواة من أبيه .

ومن المسوغات لهذا الرأي: أن الزوج قد يكون عقيماً لتلف في خلاياه التناسلية، ومعلوم أن حب الولد غريزة في النفس الإنسانية، فما المانع من أخذ نواة من خلايا جسده، ثم زرعها في بويضة زوجته، لتحمل وتلد له ولداً ؟!..

وكل ما في المسألة أنها ستلد شخصاً يشبه أباه تماماً، إذا قدرت له الحياة، فالحاجة داعية لهذا التنسيل، لمن كان عقيماً ويرغب بالولد ...

وهذا الرأي كما قلت لم يقل به أحد، وإنما افترضته افتراضاً ليشمله الرد من خلال عرض الأدلة القاضية بحظر التنسيل اللاجنسي للإنسان، سواء تم ذلك بين الزوجين، أو غيرهما أو من المرأة نفسها .

إن فتح باب التنسيل اللاجنسي يخالف القواعد والاعتبارات الشرعية الآتية:

أولاً: أن مسألة الانجاب والنسل مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بنظام الأسرة، وأحكام الزواج، وأي نسل أو ولد ينتج عن غير طريق الزواج، غير معتمد به على وجه العموم، قال العلامة محمد الطاهر بن عاشور رحمه الله^(١)، مؤكداً هذا المقصد بقوله: "تبتدئ آصرة القرابة بنسبة البنوة والأبوة، ولكن النسل المعتبر شرعاً هو الناشئ عن اتصال الزوجين بواسطة عقدة النكاح المتقدمة، المنتفي عنها الشك في النسب . واستقراء مقصد الشريعة في النسب

(١) محمد الطاهر ابن عاشور . مقاصد الشريعة الإسلامية : ص ١٦١ .

أفادنا أنها تقصد إلى نسب لا شك فيه، ولا محيد به عن طريق النكاح، بصفاته التي قررناها " اهـ.

وفي عملية التنسيل مخالفة لهذه القاعدة وهذا المقصد. وتكون المحافظة على نظام الزواج، محافظةً على مقصد من مقاصد الشريعة العامة، وفتح باب التنسيل إهدار لهذا المقصد .

ثانياً : أن في التنسيل اللاجنسي مخالفة للطريق الفطري الذي قدره الله للحصول على النسل والولد ، فقد خلق الله للزوجين وسائل الإنجاب ، وهياً كلاً منهما لدوره في هذه العملية ، والعدول عن الطريق الفطري إلى غيره ، تغيير لهذا النظام ، وتغيير لما خلقه الله ، وكل ما كان كذلك يدخل في عموم قوله سبحانه حكاية عن الشيطان الرجيم الذي تعهد بأن يبذل جهده لإغواء وإضلال الناس ﴿ **وَأَضِلُّهُمْ وَلَآمَنِيَّهُمْ وَلَآمُرُهُمْ فَلْيُبَيِّتْ كُنْ أَدَانَ الْأَنْعَامِ وَلَآمُرُهُمْ فَلْيُغَيِّرُنْ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا** ﴾ ^(١) .

ثالثاً : أن في التنسيل معالجة ومساساً بجزء من الإنسان ، وهذا الجزء يتمثل بالبويضة أولاً والخلية ثانياً ، وليس هناك سبب يدعو لأن يُكشف على الإنسان ، أو يُمس جسده ، فالإنسان لا يملك جسده ، ولا جزءاً منه ، ولا يصح المساسُ به إلا لسبب موجب ، كضرورة ، أو حاجة ملحة ، وليس في التنسيل شيء من ذلك ، وإذا قلنا بأن العقم يشكل ضرورة ، فما هو مستند الضرورة ووجهها ، هل انقطع النسل ، ولم يبق أحد حتى نلجأ إلى هذا النوع من التناسل ؟ .

فالجسد وأجزاؤه أمانة، والسماح بالتنسيل فيه مساس بتلك الأمانة دون سبب، وإن كرامة الإنسان محفوظة حياً و ميتاً، وينبغي حفظها كذلك، وهو نطفة، وفي جميع مراحل حياته.

وإن مجرد تفكير العلماء بمحاولة التجربة على الإنسان، يجعل البشر في مقام الحيوان، والامتهان لإجراء التجارب عليه .

رابعاً: قاعدة اعتبار المصالح والمفاسد : فإذا طبقنا هذه القاعدة، رأينا ما يترتب على عملية التنسيل من مصالح ومفاسد، وبالموازنة بين طرفي المعادلة يتضح الحكم .

أما المصالح التي يمكن أن توجد: فهي الحصول على الولد والنسل، وهذه مصلحة معتبرة، وكفى بها لإجازة المسألة، وخاصة لمن يعاني من العقم ^(٢) .

وأما المفاسد التي يمكن أن تترتب فتتمثل بالآتي :

(١) النساء: ١١٩ .

(٢) مجلة العلم : ص ٥ .

(١) عدم إمكانية ضبط هذه العملية، وخضوعها للهوى والرغبات، وما كان كذلك فممنوع، يقول الشاطبي رحمه الله: " إن كل عمل كان المتبع فيه الهوى بإطلاق من غير التفات إلى الأمر أو النهي أو التخيير فهو باطل بإطلاق، لأنه لا بد للعمل من حامل يحمل عليه، وداع يدعو إليه . فإذا لم يكن لتلبية الشارع في ذلك مدخل، فليس إلا مقتضى الهوى والشهوة وما كان كذلك، فهو باطل بإطلاق، لأنه خلاف الحق بإطلاق...." (١) .

(٢) إمكان حدوث خلل أثناء العملية، ينتج أجنة مشوهة . وهذا ما صرح به أهل الاختصاص (٢) .

(٣) إمكان نقل الأمراض من جيل إلى آخر، حيث إن الشخص صاحب الخلية، إذا كان مصاباً بمرض، أو ناقلاً له، فليسوف يجعل هذا المرض على وجه الحتم في النسل المطابق له؛ لأنه نسل من خليته .

(٤) إمكان التلاعب بالأجنة والخلايا وارد، حيث لا تحتاج المسألة لأكثر من مجموعة خلايا لتزرع في البويضات، ومن ثم إنتاج الأجنة، وفي هذا مسخ للإنسان وامتهان لكرامته .

(٥) إمكان الاستغناء عن الأسرة إذ لا يُحتاج لإنتاج الجنين إلا الأم صاحبة البويضة، ويمكن أن تكون النواة منها أيضاً .

(٦) إذا نجحت التجربة، وأمكن الحصول على مجموعة من الأشخاص المتشابهين حتماً في بصماتهم، فمن الممكن استخدامهم لبعض الجرائم، وبعض الاستخدامات التي لا تخدم المجتمع، بل لنقل إن اكتشاف صاحب البصمة منهم أمر عسير .

(٧) إن المضي في هذا النوع من التنسيل، يؤدي إلى تجميع البشر أو مجموعات كبيرة منهم، بصفات وأشكال واحدة (٣) ، ومعلوم أن هذه الحالة تسبب مشكلات أمنية واجتماعية، المجتمع في غنى عنها.

(٨) قد يحدث خلل في نسبة الذكور، إذا ما قورنت بنسبة الإناث أو العكس؛ وذلك لأن تنسيل الذكور ذكور، وتنسيل الإناث إناث .

وبالموازنة بين المصالح المفترضة والمفاسد المتوقعة، نجد أن المفاسد تربي على المصالح، بل إن المصالح لا تكاد تذكر، ومن هنا تُمنع هذه المسألة، درءاً للمفاسد، ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وهذا إذا تساوت المصلحة مع المفاسد، فكيف إذا كانت المفاسد أكثر!؟ مع ملاحظة أن أهل الاختصاص من الأطباء، وعلماء الأحياء، وأكثر

(١) الموافقات : ١٧٣/٢ .

(٢) بيومي ، المجتمع : ص ٢٨٩ .

(٣) مجلة العلم : ص ٥ .

الهيئات الدينية، بشتى اتجاهاتها، ترى حظر هذه المسألة^(١) ، فإذا كان المشتغلون بهذا العلم يرون منعه، وعدم استخدامه على الإنسان، لما يترتب عليه من مفسد ومشكلات، فمن باب أولى أن يتقرر منعه لمنع وقوع الضرر ، ولدفع المفسدة عن الإنسان .

خامساً : إن المضي في عملية التنسيل، تعني مجيء جيل متشابه، ومطابق لسلفه وأصله الذي أخذ منه، وهذا يعني أيضاً أن الخلايا التي أخذت من الذكور ستنتج ذكوراً- حسب النظرية- والخلايا التي ستؤخذ من الإناث ستنتج إناثاً ، وإذا قلنا بمنع استخدام الخلايا من الإناث واكتفينا بخلايا الزوج مثلاً فإن المجتمع سيمتلئ بالذكور ، وهنا سيختل نظام التوازن بين الذكور والإناث .

كما أن نظام التوازن المبني على سنة الاختلاف في الأجيال، وصفاتهم، وطبائعهم، سيختل أيضاً ؛ لأن الحكمة الربانية تكمن في اختلاف الناس ، وأنهم ليسوا متماثلين ، يقول الله سبحانه : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْعَالَمِينَ ﴾^(٢) ، وقد جاءت هذه الآية بعد آية الزواج مباشرة ، وهي قوله تعالى : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾^(٣) .

فالزواج آية من آيات الله ونعمة أنعمها الله علينا ، والنسل نتيجة لهذه النعمة ، وقد قدر الله أن يكون النسل حاملاً لصفات من أبيه وأمه، وليس مطابقاً لهما أو لأحدهما تماماً، والعلماء المشتغلون بهذا العلم يقررون: أن الجنين يحمل نصف العوامل الوراثية من الأب، والنصف من الأم، لأن كل خلية تناسلية من أحدهما تحمل ٢٣ زوجاً صبغياً (كروموسوماً) وفي هذا الاختلاف حكمة وفي التنوع حكمة ، ولو كان الناس شكلاً واحداً لفسدت الحياة، والناس متفاوتون في رغباتهم ومطالبهم، فهذا يحب اللون الأبيض، وآخر يحب الأزرق، وثالث يحب الأحمر ، وهذا يشرب شرابه حلواً، والآخر يحبه دون أي قدر من السكر ، وهكذا يفعل الناس بل جبلوا على أمزجة مختلفة، فمن يكون أو تكون جميلة في نظر شخص ما، لا يكون أو تكون كذلك في نظر آخر، أو آخرين، فالمسألة نسبية وشخصية، لا تتعلق بقانون للأشكال، أو الألوان، ولا ببلد أو شعب، أو فئة والتدخل فيها يفسدها.

استنباط الحكم الشرعي من الدليل العلمي :

حينما قلنا سابقاً بأن الجنين يتكون من بويضة (٢٣ صبغياً) ولنفترض أنها من المرأة B ، وحيوان منوي (٢٣ صبغياً) ، ولنفترض أنها من الرجل A .

(١) راجع مجلة العلم : ص ٦، ٥، ٤ : المجتمع : ٢٢ - ٢٦ .

(٢) الروم : ٢٢ .

(٣) الروم : ٢١ .

ومن التقاء بويضة B مع حوين A ينتج الجنين (أ) الذي يحتوي على (٤٦ صبغياً) . عند انقسام (أ) ونموه إلى عدة خلايا متشابهة، وأخذنا واحدة منها فكانت هذه الواحدة توأمًا لـ(أ) وهذا التوأم هو ابن لـ B+A ولتُسمَّ هذا التوأم (ب).

الآن لو تركنا (أ) ينمو ليصبح إنساناً كاملاً يولد ويكبر ثم أخذنا منه خلية جسدية ونزعا نواتها وزرعناها في بويضة منزوعة النواة لأصبح لدينا بويضة ملقحة كاملة تحتوي على العدد الكامل من الصبغيات (٤٦) ولنطلق عليها رمز (ج) ، ثم نظرنا إلى التركيب الوراثي للخلية (أ) ثم (ب) ثم (ج) لوجدنا أنها متطابقة ، فإذا كان ذلك يكون (أ) هو ابن لـ (B+A) وكذلك (ب) ابن لـ (B+A) ومن الناحية الوراثية (ج) هو ابن لـ (B+A) وليس لـ (أ) ، لأن نواه الخلية التي تكون منها (ج) هي نفسها التي تشكلت من (B+A) وبالتالي تكون حقاً لـ (B+A) وليس لـ (أ).

العالم ومنع الاستنساخ :

أضف إلى هذا ، أن قمة الدول الأوروبية الشرقية والغربية (الدول الأربعون) المجلس الأوروبي في ستراسبورغ قررت في ١١/١٠/١٩٩٧م تحريم الاستنساخ البشري احتراماً للإنسانية ولتضمن كرامة كل فرد وتميزه دون فرض قيود على البحث العلمي . كما أن المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي قرر تحريم الاستنساخ كما أسلفنا .

وبالإضافة إلى هذا كله أرى أن الاستنساخ (التسلي) اللاجنسي يعارض الآيات

الآتية :

أولاً : قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ﴾ ^(١) .

فهذه الآية تقرر أن بث الرجال والنساء (وهم الذرية) ، ناتج عن الزوجين ، لقوله سبحانه : ﴿ وَبَثَّ مِنْهُمَا ﴾ والقول بأن الإنجاب يصح من المرأة نفسها يعارض هذه الآية .

ثانياً : قوله سبحانه : ﴿ وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾ ^(٢) .

ثالثاً : قوله سبحانه : ﴿ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَمِنَ الْأَنْعَامِ أَزْوَاجًا يَذُرُّكُمْ فِيهِ ﴾ ^(٣) . قال ابن عباس عن معناها " نسلٌ بعد نسل " ^(٤) .

رابعاً : قوله سبحانه : ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيًّا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْتَنَا صَالِحًا لَنُكَوِّنَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴾ ^(٥) .

(١) النساء: ١ .

(٢) الذريات: ٤٩ .

(٣) الشورى: ١١ .

(٤) البخاري ، الجامع الصحيح كتاب تفسير القرآن .

(٥) الأعراف: ١٨٩ .

خامساً : قوله سبحانه : ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَةِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ ﴾^(١) .

ووجه الدلالة من الآية واضح كآيات التي قبلها.

سادساً : ﴿ لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إناثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ * أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإناثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴾^(٢) .

ففي هذه الآية كما قال الإمام ابن كثير رحمه الله : جعل الله " الناس أربعة أقسام منهم من يعطيه البنات ، ومنهم من يعطيه البنين ، ومنهم من يعطيه من النوعين ذكورا وإناثا ، ومنهم من يمنعه هذا وهذا ، فيجعله عقيماً لانسل له ولاولد له"^(٣) .

أما وجه التعارض بين الآية وبين عملية التتسيل اللاجنسي، فتتمثل في الجزء الأخير، وهو حالة العقم فبناء على قولهم بإمكان الحصول على جنين من الخلية الجسدية، فهذا يعني أنه لن يكون هناك شخص عقيم.

سابعاً: قوله سبحانه : ﴿ أَلَمْ يَكُنْ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُمْنَى * ثُمَّ كَانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّى * فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى ﴾^(٤) . قال ابن كثير في تفسيرها " أي أما كان الإنسان نطفة ضعيفة من ماء مهين، بمني يراق من الأصلاب في الأرحام؟"^(٥) .

ثامناً: قوله سبحانه : ﴿ فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ * خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ * يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴾^(٦) ، قال ابن كثير في تفسير هذه الآيات^(٧) : " وقوله تعالى : ﴿ خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ ﴾ يعني المني يخرج دافقاً من الرجل ومن المرأة فيتولد منهما الولد بإذن الله عزوجل، ولهذا قال : ﴿ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴾ يعني صلب الرجل وترائب المرأة وهو صدرها. وقال شبيب بن بشر عن عكرمة عن ابن عباس ﴿ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴾ صلب الرجل وترائب المرأة أصفر رقيق لا يكون الولد، إلا منهما...اهـ.

ففي هاتين الآيتين تقرير إلهي بأن الولد يكون نتيجة لقاء مشترك بين الرجل والمرأة، وفي التتسيل استبعاد للرجل في بعض حالاته، وهذا نقض للآية.

ويمكن الإجابة على التساؤلات السابق ذكرها، وحل التعارض الظاهري بين الاستتساخ والآيات القرآنية بأن القرآن يعرض الطريق الفطري الطبيعي الذي تسير عليه الحياة، وليس فيها ما يدل على منع الاستتساخ أو عدم إمكان حصوله.

(١) النحل: ٧٢ .

(٢) الشورى: ٥٠ .

(٣) ابن كثير: ١٢١/٤ .

(٤) القيامة: ٣٩ .

(٥) ابن كثير: ٤٥٢/٤ .

(٦) الطارق: ٥ - ٧ .

(٧) ابن كثير: ٤٩٨/٤ .

تاسعاً: في قوله سبحانه " ﴿ بَلَى قَادِرِينَ عَلَى أَنْ نُسَوِّيَ بَنَانَهُ ﴾ ^(١) ، إذا اعتمدنا التفسير المعاصر القائل بأن البنان مقصود به بصمة الأصبع التي ثبت علمياً أنها لا تتشابه مع غيرها ^(٢) .

فإذا قلنا بجواز التسهيل اللاجنسي المؤدي إلى تشابه وتطابق البصمات، فإن ذلك سيؤدي حتماً إلى إلغاء تفسير البنان بالبصمة أو شمولها لها.

(١) القيامة: ٤ .

(٢) راجع في هذا المقام : عزازية : ٦٨ - ١٧٣ ، ١٧٧ ؛ هند شلبي ، ١٩٨٥ : ١٢٠ - ١٤٠ ؛ جوهري : ٣١٨/٢٤ .

الخاتمة

في بيان بعض المفاهيم التي وقع الخطأ والخلط فيها

من خلال تتبعي لموضوع التتسيل (الاستتساخ)، وما أقيم حوله من ندوات ومحاضرات، وتحقيقات صحفية، واستفتاءات شرعية، وعلمية، لاحظت بعض المتحدثين يخلطون في فهم بعض المسائل، أو الاستنتاجات، والتي تتبعها بعض فتاوى غير صحيحة؛ لأنها بنيت على تصور غير صحيح، وقد رأيت أن أنبه في هذه الخاتمة إلى بعض ما وقع، لتصحيح المفاهيم لا محبة في النقد وإظهار أخطاء الآخرين، مع أننا نلتمس العذر لبعضهم، فمسألة التتسيل اللاجنسي نازلة تشبه الغلوطات، التي نهى النبي ﷺ عنها^(١).

والغلوطة: هي المسألة الصعبة التي يغلط بها العلماء فتحدث بها فتنة .

أولاً: أن هذه الاكتشافات العلمية، ما هي إلا كشف لحقيقة وماهية عملية التكاثر، ولهذا لاتعد خلقاً ولاتحدياً لإرادة الله ، فكل ما يحدث في هذا الكون إنما يتم بقدر الله وإرادته ﴿ إِنَّ الَّذِينَ تَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ لَنْ يَخْلُقُوا ذُبَاباً وَلَوْ اجْتَمَعُوا لَهُ وَإِنْ يَسْلُبْهُمُ الذُّبَابُ شَيْئاً لَا يَسْتَنْقِذُوهُ مِنْهُ ضَعُفَ الطَّالِبُ وَالْمَطْلُوبُ ﴾^(٢).

بل على العكس ، هذه الاكتشافات تزيدنا إيماناً بالله ، وبعظمته وقدرته ، مصداقاً لقوله سبحانه : ﴿ سُنُرِهِمْ آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ ﴾^(٣) ، وقوله سبحانه : ﴿ فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ﴾^(٤) .

وإذا أراد الله لنسمة أن تتكون ستكون، وإذا لم يقدر لها ذلك فلن تكون، ولواجتمع لها كل من في الأرض والسماء ، لأن الإرادة الإلهية لم تشأ أن تكون تلك النسمة.

قال رسول الله ﷺ لما سئل عن العزل : " فإنه ليست نسمة كتب الله أن تخرج ، إلا هي كائنة"^(٥) .

ثانياً: لقد تردد على ألسنة بعض المتكلمين في الموضوع مسألة إمكان الاستفادة من التتسيل (الاستتساخ) لإنتاج قطع غيار للإنسان، كالكلى والقلب والقرنية، وغيرها بمعنى أن الإنسان يجعل منه أكثر من (نسخة)، واحدة يعيش بها، وأخرى تحفظ، فإذا أراد منها قطعة استبدلها بها!!

ولو فرضنا أن (الاستتساخ) ممكن، فهل هذه المقولة الأغلوطة مقبولة؟!

(١) أحمد ، المسند، رقم ٢٢٥٧٥ : أبو داود ، كتاب العلم رقم ٣١٧١ .

(٢) النحل : ٢٠ .

(٣) فصلت : ٥٣ .

(٤) الطارق : ٥ .

(٥) البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب القدر، رقم ٦١١٣ .

أقول : إن مجرد ترديدها من قبل المشتغلين بهذا العلم، والمتحدثين عنه في الندوات والمحاضرات، لهو نوع من العبثية والتضليل، كما أنه ينزل بمستوى الحديث العلمي إلى الحضيض.

ولنفرض أن العملية تمت، وهناك عدة أنسال مطابقة للشخص صاحب الخلية الأم، ألا يعلم كل الناس أن كل نسيلة ستكون، إنساناً كاملاً له شخصيته، وحياته، واستقلاليتها وحقوقه وواجباته؟ أليس بشراً له روح، وله حق في الحياة، ثم متى سيستطيع أخذ القطعة منه؟ وهو نطفة أم وهو رجل له كيانه. إن مسألة التنسيل مرتبطة فقط بعملية تلقيح البويضة أما المراحل التي ستليها، فالجنين الطبيعي والمستسل حكمهما واحد تماماً، فمن أراد القطعة سينتظر عشرين عاماً، ليولد الجنين وتتمو أعضاؤه ثم نحكم عليه بالموت لنأخذ المطلوب!!.

هل وصلت أخلاقنا إلى الحد الذي نتحدث فيه عن الإنسان وكأنه (سيارة) أو جهاز خياطة، أو قطعة أثاث.

والأعجب من هذا أن يُلبس بعض المتخصصين بهذا العلم، على بعض علماء الشريعة ويوهموهم بأن هذا الأمر ممكن، فيرى بعضهم حرمة الاستنساخ ولكن " إذا كان من الممكن أن تتجه الدراسات لنفع البشرية وحل مشكلاتها في قضية استنساخ العضو المطلوب فقط فهذا جائز^(١) .

ثالثاً: ذكر بعض المتحدثين في الموضوع وبعض الذين ذكروا حكمه الشرعي أن بالإمكان (استنساخ) الأشرار، والذين عانت منهم البشرية، كما أنه بالإمكان (استنساخ) الأخيار والعباقرة كآينشتاين ونيوتن وغيرهم^(٢) . وهذه المقولة تحمل في طياتها مغالطة كبيرة حيث ينبني على هذا أمران :

الأول: إمكانية (استنساخ الأموات) مع أننا لم نتلق خبراً أكيداً بأن التجربة نجحت على الأحياء فكيف بالأموات؟

مع العلم أن بعض أساتذته علم الوراثة الطبية يحكمون باستحالة استنساخ الأموات^(٣) . وعلى فرض صحة المسألة علمياً وحرمة شرعياً كما تقدم فإن المغالطة باقية وهي الأمر الثاني .

الأمر الثاني: أن عملية التنسيل (الاستنساخ) تشمل كل شيء!! حتى الفكر والأخلاق والعلم والميول والنزعات، وعلى ذلك نسل المجرم مجرم، ونسل الغبي غبي، والعبقري

(١) والكلام لسماحة مفتي مصر، ولو أراد ما يتعلق بالهندسة الوراثية من إنتاج الأنسولين وغيره مما يفيد الإنسان عن طريق الهندسة الوراثية لكان أولى من الكلام عن استنساخ عضو من الجسم : المجتمع : ص ٢٤ .

(٢) انظر : صحيفة الرأي ١٩٩٧/٣/٢٥، ص ٤٠، مجلة المجلة، ١٩٩٠/٩/٣ ص ١٠ .

(٣) المجتمع : ص ٢٤ .

عبقري، ونسي هؤلاء أن التسييل لا ينقل إلا الصفات الوراثية فقط، أي ما يورث ، دون ما يكتسب من السلوك والعلم والخبرة . وما يتأثر به الإنسان من احتكاكه بالبيئة والمجتمع.

نتائج البحث

يمكن تلخيص النتائج التي وصلنا إليها في هذا البحث في النقاط الآتية:

المصطلح الصحيح لما يسمى بـ (الاستساخ) هو التسييل.

التسييل نوعان : جنيني ، وتسييل لاجنسي.

التسييل الجنيني يكون بأخذ خلية من النطفة الملقحة بعد انقسامها و زرع الخلية المأخوذة في الرحم نفسه ، أو غيره لنحصل على نسل متشابه مع بعضه.

التسييل الجنيني إذا زرعت النسيلة في غير رحم صاحبة البويضة محرم لذاته تخريجاً على مسألة طفل الأنبوب ، أما زرع في رحم الأم نفسها والحصول على توأم متشابهة فالقول فيها مختلف ، والأولى منعه سداً للذريعة ، وعند القول بالجواز تلتزم الضوابط الشرعية.

التسييل اللاجنسي يكون بأخذ بويضة منزوعة النواة ، و زرع نواة لخلية جسدية فيها ليخرج الجنين مطابقاً لصاحب الخلية الجسدية في الصفات الوراثية.

التسييل اللاجنسي حرام شرعاً لمخالفته للفطرة ولقاصد الشريعة ، ولما قد يسببه من ضرر على فرض نجاحه علمياً .

تسييل النبات والحيوان جنينياً ولا جنسياً جائز بشرط عدم العبث وتغيير الخلق. وتحقيق المصلحة المعتبرة شرعاً. وأن لا يؤدي إلى ضرر.

التسييل ينقل الصفات الوراثية فقط ، ولا ينقل السلوك. ولا ما يكتسبه الإنسان بالخبرة ومن البيئة المحيطة.

هناك مفاهيم تتعلق بالتسييل اللاجنسي تحتاج إلى تصحيح بعد شيوعها من خلال وسائل الإعلام التي سارعت بنشر الأخبار دون تثبت ولا تمحيص .

من الخير للبشرية أن تلتزم بأوامر ربها وتجتنب نواهيه ، فلا خير في علم بلا تقوى.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني

إعداد

الدكتور حسان شمسي باشا

استشاري أمراض القلب

في مستشفى الملك فهد للقوات المسلحة بجدة

زميل الكليات الملكية لأطباء في لندن

زميل الكليات الملكية لأطباء في غلاسجو

زميل الكليات الملكية لأطباء في أيرلندا

زميل الكلية الأمريكية لأطباء القلب

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد ، وعلى الآل والصحاب الكرام ..

الهندسة الوراثية .. ما هي ؟ وما آثار تطبيقها على الإنسان؟ وهل يجوز شرعاً العلاج باستخدام الهندسة الوراثية ؟

ما هي الخريطة الجينية (الجينوم البشري) ؟ وهل يجوز إجراء فحص الجينوم على أي شخص دون أن يطلب ذلك ؟

هل يجوز إجراء ذلك على الزوج والزوجة بطلب أحدهما أو كليهما ؟ وما هي انعكاسات الخريطة الجينية على أولادهما ؟

ما هي ضرورة ومخاطر الإرشاد الوراثي ؟ وفي أي الأمراض يمكن أن يكون الإرشاد الوراثي واجباً ؟ وهل يجوز إفشاء سر التحاليل الوراثية الخاصة لأحد الزوجين ؟

من الذي له حق تداول معلومات الجينوم البشري ؟ وهل يجوز معاملة الشخص بناء على الخريطة الجينية من تعيين في الوظائف أو الفصل منها ؟

أسئلة كثيرة تطرح في كل حين وتحتاج إلى جواب!!.

وتعتبر الهندسة الوراثية علماً له أصوله وقواعده وأهدافه، وهو يبحث في قضايا دقيقة، تكشف المزيد من أسرار هذا الكون ومن فيه.

وفي كل يوم يخرج علينا هذا العلم بما هو جديد ومثير، مما يؤكد عظمة الخالق وقدرته في الكون، وقصور العلم الحديث بوسائله وعلمائه في إدراك الأسرار التي أودعها الله في خلقه.

وقد حدثت بعض التجاوزات العلمية والأخلاقية في تطبيقات الهندسة الوراثية، مما أثار ضجة كبيرة على مستوى العالم كله، واعتبره البعض تجاوزاً لحدود المشروعية ، وعبثاً بالحياة الإنسانية، واعتداء على كرامة البشر.

وللأسف فإن معظم الدول الإسلامية تدخل في نطاق الدول النامية التي لا تزال بعيدة عن أكثر مجالات الهندسة الوراثية. فالهندسة الوراثية محتكرة في الدول الصناعية الكبرى ويمكن أن تكون سلاحاً مدمراً لو أساء البعض استخدامها. وهذا ما يدفعنا إلى المطالبة بضرورة دخول العالم الإسلامي هذا المجال الحيوي المهم ، حتى لا يعتمد على

علماء الغرب وحدهم، في توظيف هذا العلم الجديد في بعض القضايا الحيوية في بلاد المسلمين؛ فقد لا تكون الضوابط الأخلاقية في هذه الحالة مضمونة!.

وقد بُحث موضوع الوراثة والهندسة الوراثية من قبل مجمع الفقه الإسلامي الدولي في مؤتمره الحادي عشر بالمنامة في مملكة البحرين، من ٢٥ - ٣٠ رجب ١٤١٩هـ، الموافق ١٤ - ١٩ تشرين الأول (نوفمبر) ١٩٩٨م. وقرر المجمع حينها تأجيل إصدار قرار في موضوع الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني لمزيد من البحث والدراسة.

وقد ارتأى مجمع الفقه الإسلامي الدولي بحث هذا الموضوع المهم مجدداً، فطلبت مني أمانة المجمع الكتابة في موضوع " الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني" تحت المحاور التالية :

- (١) بيان المراد بالوراثة والهندسة الوراثية، والجينوم البشري الجيني ، وحدود وغايات الأبحاث والتجارب فيها، والحكم الشرعي لها، في ضوء النظر إلى المصالح والمفاسد.
- (٢) توضيح مجالات الاستفادة من تطبيقات الهندسة الوراثية والجينوم البشري ، والحكم الشرعي لما ينتج بطريق التعديل الوراثي، ومدى الحاجة إلى مثل هذا الإنتاج.
- (٣) بيان المحاذير العلمية والشرعية لتطبيقات الهندسة الوراثية والتدخل في الخريطة الجينية وضوابطها الشرعية .
- (٤) بيان حدود المسؤولية عن الأخطاء والأضرار التي قد تنجم عن التطبيق، والجهة التي تتحملها".

وقد جعلت البحث في سبعة فصول ، وحاولت تبسيط الأمور الطبية قدر الإمكان، فإن وفقت فله الحمد والمنة ، وإن قصرت فمن نفسي .

والله الهادي إلى سواء السبيل .

الفصل الأول الجينوم البشري

يبدل العلماء جهوداً مكثفة لمعرفة الجينات البشرية، واكتشاف المزيد من أسرارها، ويستعينون لتحقيق هذا الهدف العظيم بالمختبرات الحديثة المزودة بأحدث التقنيات.

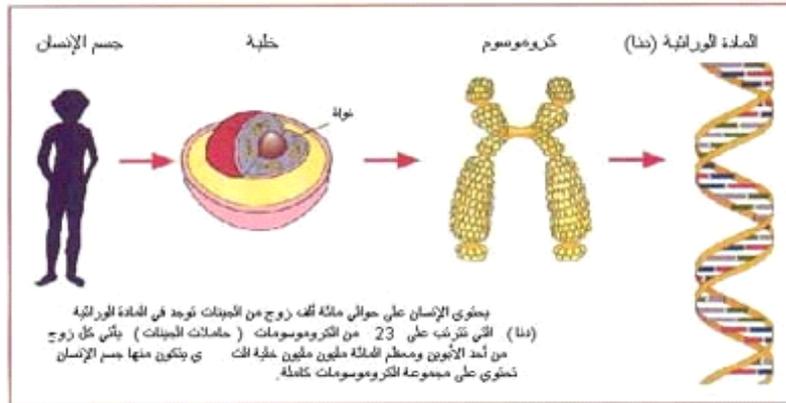
والجينوم البشري¹ هو كتاب الحياة الذي يمكن من خلاله أن يتعرف البشر على طبيعة خلقهم المادية، التي أودع الله سرّها في هذه التركيبة الكيميائية DNA.

ومصطلح جينوم genome هو مصطلح جديد في علم الوراثة يجمع بين جزئي كلمتين إنجليزيّتين هما gen وهي الأحرف الثلاثة الأولى لكلمة gene التي تعني باللغة العربية المورث (الجين)، والجزء الثاني هو الأحرف الثلاثة الأخيرة من كلمة chromosome وهي ome وتعني باللغة العربية الصبغيات (الكروموسومات).

أما الدلالة العلمية لهذا المصطلح فهي للإنسان: "الحقبة الوراثية البشرية القابعة داخل نواة الخلية البشرية"، وهي التي تعطي جميع الصفات والخصائص الجسمية والنفسية.

مشروع (الجينوم):

تحوي نواة الخلية البشرية على ٤٦ صبغاً (كروموسوماً) قد جمعها الله مناصفة (٢٣ صبغاً من كل من الأب والأم) من البيضة والحوين المنوي. ويبلغ عدد المورثات (الجينات) الموجودة في نواة الخلية الواحدة ما يقرب من ثلاثين ألف مورثة، وتترتب هذه المورثات بطريقة تتابعية وعلى شكل صيغ كيميائية ذات تسلسل بين أربع قواعد نيتروجينية هي الأدينين (A) والثيمين (T)، والسيتوزين (C)، والجوانين (G).



¹ كلمة جينوم مركب من كلمة جين وكروموسوم، ويعبر بها عن كتلة المادة الوراثية جميعها، ولكنها مسجلة تفصيلاً بحروف هجائها الأساسية

وقد قامت مؤسسة في الولايات المتحدة الأمريكية بمتابعة هذا العمل أطلقت على نفسها (Human Genome Organization (Hugo) و خصصت لذلك مبلغاً قدره (٣,٠٠٠) مليون دولار بهدف قراءة الخارطة الوراثية فقط Genetic Mapping ، وذلك يعني بالدرجة الأولى قتل الكروموزومات وفك تلك الصيغ الكيميائية للجينات على كل كروموزوم، ومعرفة ترتيب المعلومات الوراثية الكاملة عند الإنسان من خلال تحديد نوع وتسلسل الجينات الموجودة في الحقيبة الوراثية "genome".

بدأ تنفيذ مشروع الجينوم البشري عام ١٩٩٠م وكان من المقرر أن ينتهي خلال خمسة عشر عاماً (٢٠٠٥م)، لكن اشترك عدة دول فيه ودعم المشروع مالياً وتقنياً سرّع في خطوات فك رموز المورثات، والانتهاه منه ونشره كأطلس وراثي للخصائص والصفات البشرية، في مساء ٢٦ يونيو من عام (٢٠٠٠م).

أهداف المشروع:

- (١) التعرف على الثلاثين ألف مورث (جين) في DNA الإنسان.
- (٢) تحديد تسلسل الثلاثة بلايين صيغة كيميائية للكروموزومات
- (٣) تخزين تلك المعلومات في قاعدة بيانات (معلومات).
- (٤) تطوير ذلك من خلال تحليل تلك المعلومات.
- (٥) تحويل تلك التقنيات إلى القطاع الخاص للاستفادة منها.
- (٦) متابعة الإصدارات الأخلاقية والتنظيمية والاجتماعية للمشروع^١.

ويتوقع العلماء أن يهدف هذا المشروع إلى تحقيق الغايات التالية :

- (١) التعرف على أسباب الأمراض الوراثية .
- (٢) التعرف على التركيب الوراثي لأي إنسان من حيث خريطته الجينية ومن حيث القابلية لحدوث أمراض معينة كضغط الدم والنوبات القلبية والسكر ونحوها .
- (٣) العلاج الجيني للأمراض الوراثية .
- (٤) إنتاج مواد بيولوجية وهرمونات يحتاجها الإنسان للنمو والعلاج.

ومنذ بداية القرن الحادي والعشرين أصبح بالإمكان معرفة تسلسل الثلاثة بلايين صيغة كيميائية للكروموسومات لأي فرد (وجينومه الخاص) بمبلغ ألف دولار فقط. وقد تعهدت شركة صينية بأن تقوم بذلك لأي فرد بمبلغ ١٠٠ دولار فقط وذلك منذ عام ٢٠١٥

^١ الجينوم البشري البشري ... كتاب الحياة : د. صالح عبد العزيز الكريم ، مجلة الإعجاز العلمي في القرآن والسنة ، بتصرف

!!، وهو أمر مذهل في تخفيض الكلفة، حيث كلف هذا المشروع ٣٠٠٠ بليون دولار، ولكن التقدم في هذا المجال أصبح مذهلاً للغاية.

ما هي تطبيقات الجينوم البشري المحتملة ؟

- (١) التعرف على الأمراض الوراثية التي تحدث بسبب خلل في مورثة واحدة بشكل أفضل.
- (٢) اكتشاف المورثات (الجينات) التي تهيئ الإنسان للإصابة بأمراض شائعة مثل : أمراض القلب وارتفاع ضغط الدم ومرض السكر وغيرها ..
- (٣) التعرف على المورثات التي يمكن أن تزيد من احتمال إصابة الإنسان بالسرطان .
- (٤) استحداث طرق جديدة في معالجة العديد من الأمراض الشائعة، ومن ذلك : العلاج بالخلايا الجذعية ، والعلاج بالمورثات . ويكتنف هذا النوع الأخير من العلاج الكثير من المخاطر والمصاعب .
- (٥) دراسة آثار الاختلاف بين الناس في تركيبتهم الوراثية ، ومدى استجابتهم للعلاجات المختلفة .
- (٦) التعرف على المادة الوراثية في العديد من الجرائم المسببة للأمراض الإنتانية .
- (٧) تحديد شخصية الإنسان .

هل في المشروع ثورة طبية؟

هناك تهويل فيما يخص الناحية الطبية لهذا المشروع ، فقد صوّر للناس على أنه ثورة طبية سوف تقضي على جميع الأمراض الوراثية، وأنه سيتحكم في الحدّ من أي مرض ذي علاقة بالناحية الوراثية كالسرطان وغيره، وقد يكون هو الخطوة الأولى لبوابة العلاج أو منع حدوث هذه الأمراض.

والحقيقة أن الانتهاء من المشروع نفسه لا يمثل ثورة طبية سحرية سوف تقضي على جميع الأمراض! . وليس صحيحاً أن معرفة مواقع الجينات للأمراض الوراثية سوف ينهي تلك الأمراض ، بدليل أن بعض الأمراض مثل مرض الأنيميا المنجلية **Sickle cell anemia** ، والذي يموت بسببه ثمانون ألف طفل كل عام، وهو من أشهر الأمراض الوراثية المتنحية ، وكذلك مرض الثالاسيميا **Thalassemia** وهو من أكثر الأمراض الوراثية انتشاراً في العالم ، وكلاهما - المنجلية والثالاسيميا - أمكن التعرف على الجين المسبب لكل واحد منهما منذ ما يزيد على عشرين عاماً، أي قبل بدء مشروع الجينوم بوقت طويل، ومع ذلك لم يكتشف لهما أي علاج حاسم وسريع حتى الآن!.

ولا يمر شهر واحد دون أن يظهر خبر في وسائل الإعلام عن وجود جين أو سبب وراثي محتمل لأحد الأمراض.

وهذا لا يقلل بأي شكل من الأشكال من أهمية هذا المشروع العملاق (مشروع الجينوم)، بل هو يعتبر خطوة، لها من المستقبل ما لها، و يجب أن تتبعها خطوات توصل إلى مزيد من الاكتشافات، كي تتم السيطرة على الأمراض الوراثية.

(الجينوم) والأخلاقيات:

جعل الله في النطفة الأمشاج، وعلى مستوى المورثات (الجينات)، كل أجهزة الجنين شكلاً ووظيفة .



ولكن لماذا يختلف البشر عن بعضهم البعض رغم أن الجميع من آدم وحواء؟!

تجيب على هذا السؤال النظرية الحديثة في التمايز الخلوي ، وهي أنه في حالة تمايز خلية من الخلايا ، يحدث تنشيط لبعض الجينات ، في حين يحدث تثبيط لباقي الجينات، أي أن جميع الجينات تصبح مثبطة وغير نشطة **Inactive genes** ما عدا الجزء المسؤول عن صفات الخلية المتمايزة .

وبمعنى آخر فإن كل خلية بشرية بها جميع الصفات البشرية، لكنها تظهر عند أناس وتختفي عند آخرين. وعلى ضوء هذا فإن الله سبحانه وتعالى جعل الناس شعوباً وقبائل، مختلفين في اللون والأشكال والصفات ، قال تعالى: ﴿ أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ أَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَخْرَجْنَا بِهِ ثَمَرَاتٍ مُخْتَلِفًا أَلْوَانُهَا وَمِنَ الْجِبَالِ جُدَدٌ بَيْضٌ وَحُمْرٌ مُخْتَلِفٌ أَلْوَانُهَا وَغَرَابِيبُ سُودٍ ﴾ **وَمِنَ النَّاسِ وَالدَّوَابِّ وَأَلْأَنْعَامِ مُخْتَلِفٌ أَلْوَانُهُ** ﴿ (فاطر: ٢٧، ٢٨) .

ويخشى من الانحراف الأخلاقي في التعامل مع الجينوم البشري ، فقد تنحصر الاستفادة منه للعالم الأول وتهمل بقية الشعوب، خاصة تلك الشعوب التي تعاني من الأمراض الوراثية الكبيرة.

كما أن فك الرموز الوراثية للمجموعات البشرية مستقبلاً ، قد يفسح المجال للعب بالمورثات البشرية؛ ولهذا جاء التحذير بإضافة فقرة في المشروع ألا وهي: "متابعة الإصدارات الأخلاقية والتنظيمية والاجتماعية للمشروع حتى لا تنعدم الأخلاق، فيكون هناك من يفكر في إعادة برمجة الجنس البشري أو يخلط بين الكائنات الحية"^١ ، وينطبق عليهم بالتالي قول الله تعالى: (وَلَا مَرْئَهُمْ فَلْيَغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ) النساء (١١٩).

ولا شك في أن إدراك أسرار الجينات يحقق مصالح كبيرة للبشرية، ولكن إذا أُطلق عنان تلك الأبحاث من دون ضوابط ، فسوف تنشأ مشاكل كثيرة وخطيرة. فلو اشترطت جهات العمل -مثلاً- إجراء الكشف الجيني، لأدى ذلك إلى عدم تعيين المصابين بالأمراض الوراثية المحتملة ، والأمر أشد في التأمين الصحي، أو التأمين على الحياة .

حكم استخدام الجينوم البشري :

ليس ما فعله الباحثون في مشروع الجينوم البشري إلا اكتشاف سنّة من سنن الله في خلقه ، ثم استخدام ذلك لبعض الأغراض المفيدة للإنسان .

وللجينوم البشري استخدامات متعددة ، كتشخيص الأمراض، وتطوير سبل الوقاية منها وعلاجها ، ومنها ما يتعلق بتصنيع عقاقير جديدة تستخدم في معالجة الأمراض المستعصية .

وقد ذهب الباحثون المعاصرون إلى مشروعية استخدام الجينوم البشري في هذه المجالات^٢.

^١ المرجع السابق

^٢ أحكام الهندسة الوراثية :د. سعد بن عبدالعزيز الشويرخ، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع ،الرياض ٢٠٠٧ ص ٧٧

الفصل الثاني الهندسة الوراثية (Genetic Engineering)

الهندسة الوراثية البشرية هي إحدى الفروع التطبيقية لعلم الوراثة. وتعتبر ثورة تقنية جبارة تهدف إلى إضافة جينات جديدة ، تحمل إلى الكائن الحي صفات لم تكن موجودة من قبل، وتتجاوز التراكيب الوراثية الموجودة إلى تراكيب جينية أفضل ، بقصد إصلاح عيب أو خلل في المادة الوراثية أو تحسين الصفات العامة للأفراد عن طريق إعادة صياغة الخريطة الجينية.

وقد أُطلق على عملية نسخ و تعديل و زرع الجينات اسم "الهندسة الوراثية" و هو اسم عام لا يحدد فكرة معينة أو تقنيه محددة، ولكنه يعني (كل ما يقام به في تغيير أو تعديل المادة الوراثية).

وتعددت العبارات في تعريف الهندسة الوراثية .

ومنها : " توجيه المسار الطبيعي لعوامل الوراثة إلى مسار آخر بقصد تغيير واقع غير مرغوب ، أو تحقيق وصف مطلوب"^١

ومنها " التحكم في وضع المورثات وترتيب صيغتها الكيميائية فكاً ووصلاً باستخدام الطرق العملية"^٢

ومنها " علم يهتم بدراسة التركيب الوراثي للخلية الحية، ويستهدف معرفة القوانين التي تتحكم بالصفات الوراثية ، من أجل التدخل فيها وتعديلها وإصلاح العيوب التي تطرأ عليها"^٣

وقد يكون من المناسب تعريف الهندسة الوراثية بأنها " التعامل مع المادة الوراثية باستخلاص معلومات عنها أو التغيير فيها " .

وتعتبر الهندسة الوراثية أداة قوية تحمل في طياتها آمالاً كبيرة للطب والزراعة والصناعة والأمن الغذائي والبيئة، حيث تقدمت الأبحاث تقدماً كبيراً حتى انتشر الحديث عن "ثورة الهندسة الوراثية"، ومع ذلك فهي تثير الكثير من المسائل الحساسة أخلاقياً وقانونياً واجتماعياً.

وظهرت في الأسواق بعض الأدوية التي تدخل فيها مواد معدلة وراثياً. ويشترط على الشركات المصنعة لهذه الأدوية تبيان ذلك بوضوح على عبوات الدواء.

^١ الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر : د. محمود مهران ص ١٢٢

^٢ الهندسة الوراثية وتكوين الأجنة الحقيقية والمستقبل : د. صالح كريم ص ٣٥

^٣ الموسوعة الطبية الفقهية : د. أحمد كنعان ص ٩٢١

وقد صدر بهذا الشأن قرار عن مجلس المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشر جاء فيه : " يدعو المجلس الشركات والمصانع المنتجة للمواد الغذائية والطبية وغيرها من المواد المستفاد من علم الهندسة الوراثية على البيان عن تركيب هذه المواد، ليتم التعامل والاستعمال على بينة، حذراً مما يضر أو يحرم شرعاً"^١

مخاطر الهندسة الوراثية:

يجب أن تستخدم الهندسة الوراثية لصالح البشرية، ولا تتحرف لخدمة مصالح بعض الأفراد أو المجتمعات المتطرفة؛ إذ إن الاستخدام غير الحكيم للتقنيات البيولوجية الجديدة يمكن أن يفرز نتائج مفرجة.

ولقد حدث جنوح بالهندسة الوراثية عن مسارها الصحيح من جانب أصحاب المذاهب والفلسفات التي تخلت عن الإيمان والسمو الروحي، وبالغوا في تقديسها وتمجيدها؛ مما أدى إلى ظهور أصحاب "النزعة العلمية المتطرفة" الذين يردون كل شيء إلى العلم البشري، ولا يسلّمون إلا بمنهجه والحقائق التي يتوصل إليها؛ سواء أكانت نظرية أم عملية".

كما ظهر أصحاب "النزعة التقنية المتطرفة" الذين يحسبون أنفسهم الأقدر في التحكم في هندسة المعرفة وإدارة المجتمع البشري والسيطرة عليه.

وإذا ما غرق العلم والتقنية في ذاتية الإنسان على هذا النحو - بعيداً عن القيم الإنسانية والإسلامية الهادية - فإنّ كلاهما سوف يخفق لا محالة في مهمته، وينحرف بالناس عن جادة الطريق المستقيم^٢.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو: كيف يمكن للعالم الإسلامي أن يلحق بركب ثورة الهندسة الوراثية دون أن يؤثر ذلك في ثوابتنا؟

وكيف يمكن الخروج من التخلف العلمي والتقني الذي يعاني منه المسلمون ، ومواجهة روح العصر بلغة إسلامية تستند في مضمونها إلى القرآن والسنة؟

وهذا ما يفرض على العالم الإسلامي أن تكون لديه رؤية مستقبلية في مجال الهندسة الوراثية والتقنية الحيوية تركز على الأسس الآتية:

(١) وضع منهجية إسلامية رشيدة للأخلاقيات، بحيث تلتزم تعاليم الإسلام، وتمثل مقاصده وقيمه وغاياته دون أن تعطل العقل أو تعوق حرية البحث والتفكير؛ لأنّ مادة البحث التي تتعرض لها الهندسة الوراثية هي كل الكائنات الحية التي خلقها الله سبحانه وتعالى، ولأنّ واجب البحث فيها فريضة إسلامية من أجل إعمار الحياة على الأرض وترقيتها.

^١ رابطة العالم الإسلامي . قرارات مجمع الفقه الاسلامي ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٢ م ص ٣١٣ .

^٢ تحديات الهندسة الوراثية - رؤية إسلامية : د.وجدي عبد الفتاح سواحل (إسلام أون لاين) بتصرف .

(٢) توضيح موقف الشريعة الإسلامية من مختلف قضايا الهندسة الوراثية لحماية المجتمعات المسلمة من أخطارها وما تجلبه من مفاسد وشرور، وإبراز البعد الإسلامي في خدمة الإنسان والمجتمع، ووقايته وتحصينه ضد اندفاعات الغرب المتهورة، التي تضر بالإنسان وفطرته السليمة وتتافى مع تعاليم الإسلام^١.

حرب الجينات:

لم يكتف الإنسان بالكائنات التي تتحور وتتحوّل إلى كائنات ممرضة، بل أخذ يبحث عن طرق صناعية لتخليق كائنات ممرضة جديدة. فهندسة الجينات كعلم حديث سلاح ذو حدين: فكما أمكن استخدامه في العديد من المجالات المفيدة للإنسان يمكن استخدامه لتدمير الحياة على سطح هذا الكوكب.

والاستخدام الخاطئ لثمار هذه الثورة العلمية لم يعد مجرد أفكار وخواطر، بل إن الأبحاث غير الأخلاقية أصبحت حقيقة لا يمكن إنكارها، ومن الاستخدامات الخاطئة للتقدم التقني في علم الجينات صناعة ما يمكن أن نسميه "أسلحة الدمار الوراثية الشاملة".

فأسلحة الدمار الوراثية الشاملة يمكن عملها بعدة طرق، ومن أبرزها طريقتان، أولاهما: عزل المورثة الممرضة وحملها في كائنات جرثومية، والطريقة الثانية: ما يمكن أن يطلق عليه عملية "التطهير الوراثي".

فالطريقة الأولى: تتمثل في تطوير عناصر هذه الأسلحة بواسطة عزل المورثة الممرضة، وحملها بواسطة كائنات جرثومية صغيرة جداً هي البكتيريا. ويمكن جعل هذه الجراثيم مقاومة لأشد المضادات الحيوية فتكاً بالبكتيريا.

أما الطريقة الأخرى التي قد تستخدم في بناء أسلحة الدمار الوراثية الشاملة فهي ما يمكن أن نسميه "التطهير الوراثي". فمن الممكن القيام بالتصميم الهندسي الوراثي كسلاح فتاك، يقوم بمهاجمة مورثة معينة خاصة بعرق أو فئة معينة، والتأثير عليها تأثيراً ممرضاً أو مميتاً بشكل يؤدي إلى القضاء على هذا العرق أو الفئة من الناس، دون الحاجة إلى عمليات القتل والتشريد وهدم المنازل وغير ذلك مما يحصل عادة في عمليات التطهير العرقي!!

و يكفي للدلالة على مدى خطورة هذه الأسلحة البيولوجية أن نشير إلى أن أول عملية استخدام لأسلحة الدمار الشامل وأكثرها فتكاً عبر التاريخ قد استخدمها الأمريكان عند قدومهم إلى أمريكا ضد سكانها الأصليين عندما تم نشر داء الجدري بينهم، و تسبب في قتل الملايين.

^١ المرجع السابق

ومن الأمثلة الحديثة ما حصل من فضيحة علمية شابها الكثير من العمل غير الأخلاقي ، ومن قبل أحد أكبر المراكز العلمية المرموقة في العالم ، حين قام فريق بحثي من جامعة هارفارد في الولايات المتحدة الأمريكية بجمع مئات الآلاف من العينات الحيوية لمواطنين صينيين عام ١٩٩٧م ، بعد تواطؤ أحد الباحثين الصينيين مع ذلك الفريق البحثي، حيث عمل على إقناع أولئك المواطنين بأن البحث سوف يساهم في الرقي بالرعاية الصحية المقدمة لهم . وبعد افتضاح الأمر عام ٢٠٠٠م اكتفى مدير جامعة هارفارد بالاعتذار لحكومة الصين عن هذا العمل غير الأخلاقي، بينما بقيت تلك العينات في مكان مجهول حتى اليوم. وهذا جعل العالم الصيني " د. يانغ " يبكي عند طرحه لهذه الحادثة في المؤتمر العالمي الثالث للعينات الوراثية والذي عقد في مونتريال بكندا في شهر سبتمبر ٢٠٠٢م.

ولا شك أن هناك حاجة ماسة لإيجاد مصرف وراثي في كل دولة عربية ، يمنع الباحثين من إرسال العينات إلى المراكز البحثية خارج حدود بلادهم، وجعل ذلك في أضيق الحدود ووفق ضوابط يتم مراقبتها بشكل صارم.

وللأسف فإن بعض الأبحاث الوراثية التي تم إجراؤها في بعض البلاد العربية لم تتقيد بسرية المعلومات حيث نشرت بعض المجلات الطبية العلمية أن القبيلة الفلانية في المنطقة كذا لديها استعداد وراثي للمرض الفلاني، وهذا يعتبر إفشاء للسرو نوعاً من الوصمة ضد تلك القبيلة!.

وقد اعتبر الجينوم البشري بأكمله ملكاً للإنسانية ولا يجوز احتكاره والتحكم فيه وبيعه وتسويقه. وبالتالي لا يجوز بيع المعلومات الوراثية لشركات متخصصة تبحث عنها لتقوم باحتكارها وتسويقها.

هل يمكن لدولة أن تبيع أسرار شعبها لإحدى الشركات ؟

نعم هذا ما حصل بالفعل فقد باعت الحكومة الأيسلندية قبل أعوام أسرار شعبها مقابل ثمانية ملايين جنيه!! و أقدمت الحكومة الأيسلندية على بيع الأسرار الجينية الوراثية التي تميز شعبها الذي يبلغ تعداده ٢٧٠ ألف نسمة، و منحت رخصة لشركة تجارية تمكّنها من دراسة السجلات الطبية والمعلومات الوراثية التي تتعلق بشجرة العائلة الخاصة بكل مواطن آيسلندي. فالشعب الأيسلندي الذي يسكن على مسافة قصيرة من القطب الشمالي له ميزة خاصة، حيث يعتبر أكثر المجتمعات تجانساً على وجه الأرض.

وبسبب هذه الحقيقة يتوقع العلماء نجاحاً في تعقب أسباب الأمراض، وسيقوم العلماء بعد جمع هذه المعلومات بتخزينها في قاعدة بيانات على الحاسوب لاستخدامها مستقبلاً. ورغم أن هذه التجربة قد حصلت على إشارة البدء من الحكومة إلا أن صيحات المعارضة

لم تهدأ حتى الآن، فليس هناك دولة في العالم أقدمت من قبل على بيع الميراث الجيني لشعبها مثلما فعلت آيسلندا !!.

قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي بشأن الهندسة الوراثية

وقد أصدر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة قراراً بشأن استفادة المسلمين من علم الهندسة الوراثية، وقرر المجلس ما يلي:

أولاً: تأكيد القرار الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، بشأن الاستتساخ برقم ١٠٠ / ٢ / د / ١٠ في الدورة العاشرة المنعقدة بجدة في الفترة من ٢٣ - ٢٨ صفر ١٤١٨هـ.

ثانياً: الاستفادة من علم الهندسة الوراثية في الوقاية من المرض أو علاجه، أو تخفيف ضرره، بشرط أن لا يترتب على ذلك ضرر أكبر.

ثالثاً: لا يجوز استخدام أي من أدوات علم الهندسة الوراثية ووسائله في الأغراض الشريرة والعدوانية، وفي كل ما يحرم شرعاً.

رابعاً: لا يجوز استخدام أي من أدوات علم الهندسة الوراثية ووسائله، للعبث بشخصية الإنسان ومسئوليته الفردية، أو للتدخل في بنية المورثات - الجينات - بدعوى تحسين السلالة البشرية.

خامساً: لا يجوز إجراء أي بحث، أو القيام بأية معالجة أو تشخيص يتعلق بمورثات إنسان ما إلا للضرورة، وبعد إجراء تقويم 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 الإنسان وكرامته.

سادساً: يجوز استخدام أدوات علم الهندسة الوراثية ووسائله في حقل الزراعة وتربية الحيوان، شريطة الأخذ بكل الاحتياطات لمنع حدوث أي ضرر -ولو على المدى البعيد - بالإنسان أو الحيوان أو البيئة.

سابعاً: يدعو المجلس الشركات والمصانع المنتجة للمواد الغذائية والطبية وغيرهما من المواد المستفادة من علم الهندسة الوراثية، إلى البيان عن تركيب هذه المواد؛ ليتم التعامل والاستعمال عن بينة حذراً مما يضر أو يحرم شرعاً.

ثامناً: يوصي المجلس الأطباء وأصحاب المعامل والمختبرات بتقوى الله تعالى، واستشعار رقابته، والبعد عن الإضرار بالفرد والمجتمع والبيئة.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً، والحمد لله رب العالمين.

الفصل الثالث الوراثة والقرابة

الأمراض الوراثية:

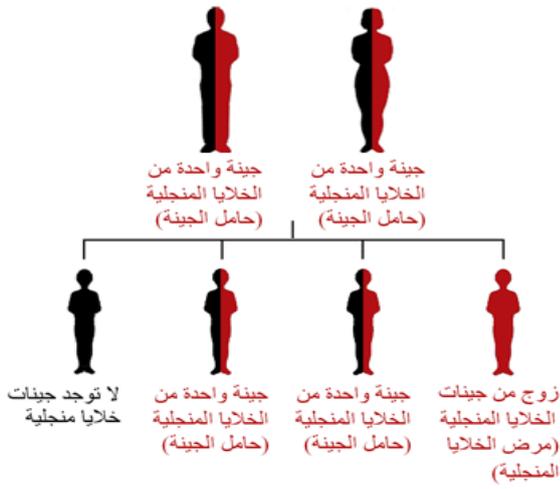
يقسّم الأطباء أسباب العيوب الخلقية و الأمراض الوراثية إلى أربعة أقسام رئيسة:

القسم الأول: الأمراض المتعلقة بالكرموسومات (الصبغيات):

وهذا النوع في العادة ليس له علاقة بالقرابة، و أسباب حدوثها في الغالب غير معروفه. ومن أشهر أمراض هذا القسم "متلازمة داون" (أو كما يعرف عند العامة بالطفل المنغولي). و متلازمة داون ناتجة عن زيادة في عدد الكروموسومات إلى ٤٧ بدلاً من العدد الطبيعي ٤٦.

القسم الثاني: الأمراض الناتجة عن خلل في الجينات :

ويتفرّع من هذا القسم أربعة أنواع من الأمراض :الأمراض المتحّية، الأمراض السائدة ، و الأمراض المرتبطة بالجنس المتحّية ، و الأمراض المرتبطة بالجنس السائدة .



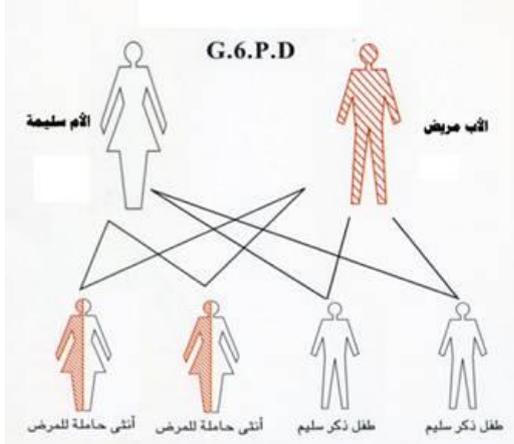
(١) **الأمراض المتحّية** هي أمراض تصيب الذكور و الإناث بالتساوي ويكون كلا الأبوين حاملاً للمرض مع أنهما لا يعانيان من أي مشاكل صحية لها علاقة بالمرض ،وعادة ما يكون بين الزوجين صلة قرابة. ولذلك تنتشر هذه الأمراض في المناطق التي يكثر فيها زواج الأقارب كـ بعض المناطق في العالم العربي . ومن أشهر هذه الأمراض أمراض الدم الوراثية، وخاصة مرض فقر الدم المنجلي (الأنيميا المنجلية)

وفقر دم البحر المتوسط (الثلاسيميا) وأمراض التمثيل الغذائي بأنواعها.

(٢) **الأمراض السائدة:** (و ليس لها علاقة بزواج الأقارب) ، وتتميز بإصابة أحد الوالدين بنفس المرض. وأشهر أمراض هذا النوع "متلازمة مارفان". ومع أن هذا النوع من الأمراض ليس له علاقة بزواج الأقارب ، إلا أنه في حال زواج اثنين مصابين بنفس المرض (وقد يكون بينهما صلة نسب) ، فقد تكون الإصابة في أطفالهم أشد وأخطر ، وذلك لحصول الطفل على جرعتين من المرض من كلا والديه.

وفي الغالب تكون هذه الأمراض السائدة نتيجة طفرة في الجينات.

(٣) الأمراض المرتبطة بالجنس المتتحية: وهذا النوع من الأمراض ينتقل من الأم الحاملة للمرض فيصيب أطفالها الذكور فقط. وأشهر هذه الأمراض مرض نقص خميرة G6PD (أو ما يسمى بأنيميا الفول). وليس لهذا النوع عادة علاقة بزواج الأقارب،



ولكن المرض قد يصيب البنات إذا تزوج رجل مصاب بالمرض بإحدى قريباته الحاملة للمرض.

(٤) الأمراض المرتبطة بالجنس السائدة : وهي من الأمراض النادرة التي تنتقل عادة من الأم إلى أطفالها الذكور والإناث، وقد يكون شديداً في الذكور مقارنة بالإناث.

القسم الثالث: الأمراض المتعددة الأسباب :

ومعظم الأمراض تدخل تحت هذا القسم، كمرض السكر، وارتفاع ضغط الدم ، والربو والصلب المشقوق، و الشفة الأرنبية ، وغيرها من الأمراض .

ولا تحدث هذه الأمراض إلا في الأشخاص الذين لديهم استعداد وراثي، وتعرض أحدهم إلى عوامل بيئية معينة.

و ليس لزواج الأقارب عادة علاقة بحدوث هذه الأمراض ، إلا أنه إذا تزوج شخصان مصابان بأي نوع من هذه الأمراض ، فقد يزداد احتمال إصابة الأطفال مقارنة بإصابة أحد الوالدين فقط بالمرض.

القسم الرابع:مجموعه من الأمراض المتفرقة: والتي يصعب حصرها

ومن أشهر هذه الأمراض تلك المرتبطة بالميتوكوندريا والتي تنتقل من الأم فقط إلى بقيه أطفالها^١.

علاقة الأمراض الوراثية بالقرابة:

يشعر بعض الآباء بالذنب عندما يولد لهم طفل مصاب بمرض وراثي. ويشتد هذا الإحساس قوة عندما يكون الوالدان أقارب لبعضهما (أي عندما يكون لديهما قرابة دم). ويرجع هذا لاعتقادهم أن زواج أبناء العم والخال تزيد من احتمال إنجابهم لأطفال مصابين بأمراض وراثية .

صحيح أن زواج الأقارب من بعضهم البعض يزيد من نسبة حدوث الأمراض الوراثية بشكل عام ، ولكن هذه النسبة محدودة .

^١ الفحص الطبي قبل الزواج : د. عبد الرحمن السويد ، موقع الوراثة الطبية على الإنترنت

فنسبه احتمال ولادة طفل لديه عيب خلقي هو ٣٪ لكل المواليد(أي في كل ١٠٠ حالة ولادة يولد ثلاثة أطفال مصابون بعيب خلقي). ولو نظرنا إلى أولئك الأطفال الذين يولدون من أبوين يربطهم عرق قرابة ، فإن نسبة حدوث العيوب الخلقية لديهم تصل إلى ٤٪، وفي أقصى الإحصائيات تصل إلى ٦٪.

وهذه الزيادة (٦٪) تبدو لأول وهلة قليلة ، ولكن لو قارناها ب ٣٪ أو ٤٪ لاتضح لنا أن النسبة وصلت إلى الضعف . أي أن نسبة احتمال حدوث العيوب الخلقية قد تزيد إلى الضعف عند المواليد الذين يولدون لأبوين قريبين من بعضهما البعض بالنسب.

وهذه الأرقام لاتصل بأية حال إلى الأرقام العالية التي يعتقد بها بعض الناس خطأً ، فالبعض يظن أن زواج الأقارب يؤدي حتماً لولادة طفل به عيوب خلقية.

وأكثر الأمراض الوراثية شيوعاً بين مواليد المتزوجين من أقاربهم هي الأمراض التي يطلق عليها الأطباء "الأمراض المنقولة عن طريق الوراثة المتنحية".

ويرجع السبب في هذه الزيادة لانتقال مورثات معتلة من أحد الأجداد المشترك بين الأبوين، وينتقل هذا المورث المعتل (المعطوب) من ذلك الجد إلى أبنائه ثم إلى أحفاده. وإذا تزوج هذان الحفيديان من بعضهما البعض فكل واحد منهما يمكن أن يعطي النسخة المعطوبة لأحد أبنائه عند التخصيب ، فيصبح لدى هذا الطفل مورثان معطوبان ، مما يؤدي لحدوث مرض وراثي يختلف نوعه باختلاف نوع المورث المنقول.

فوراثياً ، لدى كل إنسان بغض النظر عن عمره أو حالته الصحية حوالي ١٠ - 65 جيناً معطوباً . وهذه الجينات المعطوبة لا تسبب مرضاً لمن يحملها ، لأن الإنسان لديه نسخة أخرى سليمة من الجين. وعند زواج طرفين لديهما نفس الجين المعطوب ، فقد يحصل الأطفال على جرعة مزدوجة من هذا الجين المعطوب (أي أن الأب يعطي جيناً معطوباً و الأم أيضاً تعطي نفس الجين المعطوب) ، وهنا تحدث مشكلة صحية حسب نوع الجين المعطوب.

وتختلف أنواع الجينات المعطوبة من شخص لآخر، و يندر أن يلتقي شخصان لديهما نفس الجين المعطوب!!ولكن هذه الجينات المعطوبة تتشابه عادة بين الأقارب، فهناك احتمال كبير لأن يكون لدى أبناء العم و العمة أو الخال و الخالة نفس الجينات المعطوبة! .

والحقيقة أنه حتى في الأمراض التي تنتقل بالوراثة المتنحية لا يكون احتمال تكرار المرض في العائلة ١٠٠٪ إطلاقاً، ولكن قد يصل إلى نسبة ٢٥٪ في كل حمل.

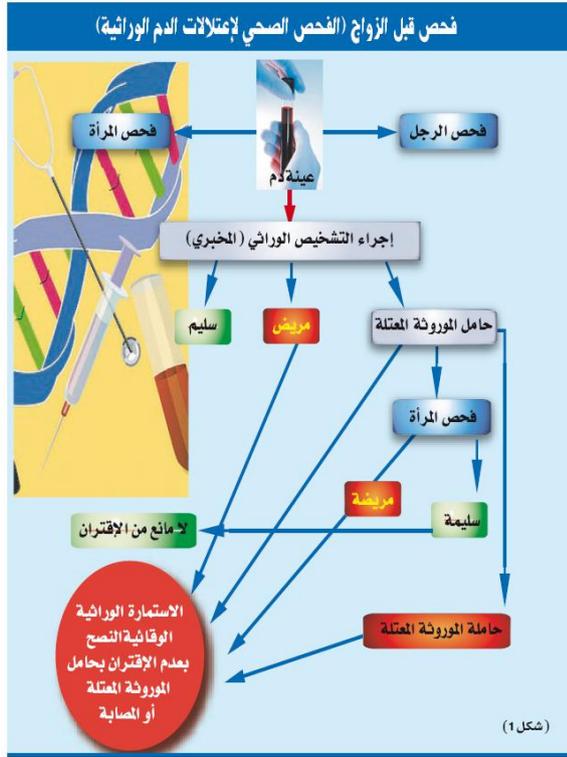
والخلاصة: أنه إذا لم يوجد في العائلة أي مرض وراثي ، فإن نسبة احتمال ولادة طفل لديه عيوب خلقية من أبوين تربطهما علاقة نسب(أبناء العم أو أبناء العمة أو الخال أو الخالة) تكون حوالي ٤٪ إلى ٦٪. وهذه النسبة بالطبع أعلى من تلك التي في طفل يولد لأبوين لا تربطهما علاقة نسب، وهي كما ذكرنا ٣٪ .

ويعتقد الكثير ممن تزوجوا من أقاربهم وليس في عائلاتهم مرض وراثي معروف، أن زيادة احتمال إنجاب طفل مصاب بمرض وراثي ليس كافياً لمنعهم من ذلك الزواج. وبالطبع لا يستطيع أحد منعها من الزواج وإنجاب الأطفال¹.

¹ الوراثة والقرابة د.عبد الرحمن السويد موقع الوراثة الطبية على الإنترنت بتصرف

الفصل الرابع الفحص الطبي الوراثي قبل الزواج

الزواج في الإسلام ركيزة أساسية في بناء الأسرة والمجتمع وميثاق غليظ له حقوقه وواجباته. ومن الأمور المعروفة شرعاً أنه يجب عدم كتم العيوب الظاهرة والخفية في الزوجين ، ويستدل على ذلك بقول أم سلمة رضي الله عنها ، عندما خطبها الرسول صلى الله عليه وسلم "إني امرأة قد أبدر سني وإني أم أيّام وأنا شديدة الغيرة" ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم لرجل خطب امرأة حيث قال له : " انظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئاً " ¹ .



ولقد ورد في الأثر عن الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه، حينما رأى أناساً ضعاف البنية يظهر فيهم الهزال، فهاه ما هم فيه فسألهم عن السبب فقالوا: "إننا نتزوج من قرابتنا"، فقال عمر: "اغتربوا ولا تزواوا" أي لا يحدث فيكم الضعف والهزال.

ويهدف الفحص الطبي بصفة عامة إلى التوصل إلى تشخيص المرض، أو الكشف عن إمكانية الإصابة ، أو احتمال حمل الصفة المرضية بمرض ما ، لدى الشخص الذي يجري له الفحص، مما قد يعرض الذرية لهذا المرض.

والفحص الطبي قبل الزواج قضية

شائكة لها أبعاد متباينة، فقد تكون سبباً في نجاح المعاملة الزوجية وتقويتها، وبالمقابل يمكن أن تساعد في الانفصال .

ومهما كانت تلك النتائج فالحقيقة التي لا تقبل الجدل هي أن الفحص الطبي قبل الزواج أمر مهم لتفادي حدوث مشاكل مستقبلية تؤثر بشدة على العلاقة الزوجية، فالفحص الطبي قبل الزواج هو للوقاية من الأمراض وتقليلها، تحقيقاً لقوانين الخليفة العادل عمر بن الخطاب رضي الله عنه (نفر من قدر الله إلى قدر الله).

ولكن ما زال المجتمع يرفض وبشدة هذه الفحوصات، ويعتبرها مجالاً لا ينبغي الخوض فيه، لأنه يحمل في داخله إهانة للطرف الآخر!!.

¹ صحيح النسائي 3247 .

ففي فترة الخطوبة يهتم كل من الطرفين بطباع الطرف الآخر ، وفيما إذا كان هو الشخص الذي يبحث عنه ويتوافق مع طباعه!، إلا أنهما يتجاهلان الجانب الصحي ومدى التوافق بينهما ، رغم ما يمكن أن يسبب بعد ذلك ، من مشاكل قد تؤدي إلى الانفصال¹.

أهمية الفحص الطبي الوراثي قبل الزواج:

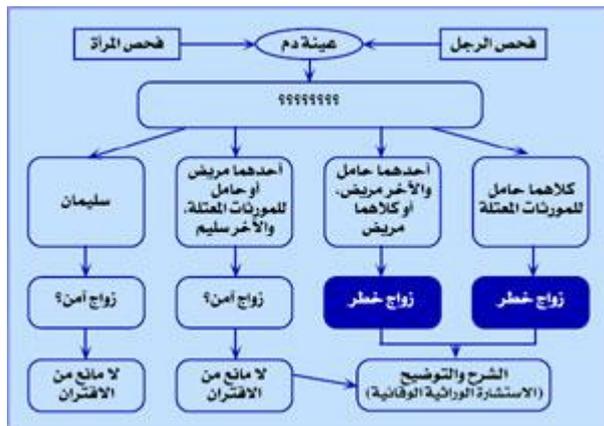
وتأتي أهمية هذا الفحص من نواحٍ متعددة :

- فالأمراض الوراثية في مجملها أمراض مستعصية يصعب علاجها ، وتستمر مدى الحياة ، كما أنها تحتاج إلى رعاية طبية مستمرة. ويأتي مرض الأنيميا المنجلية والثلاسيميا في مقدمة هذه الأمراض التي تحتاج إلى الكثير من العناية والجهد المستمر لعلاجها.
- إن انتشار هذه الأمراض في أي مجتمع يؤثر سلباً على إنتاجية هذا المجتمع وصحته، ويشكل عبئاً مالياً كبيراً على القطاعات الصحية المختلفة.

الأهداف المرجوة من الفحص الطبي الوراثي قبل الزواج:

- نشر الوعي بين الناس عن وجود هذه الأمراض وضرورة الوقاية منها.
- الحد من انتشار هذه الأمراض في المجتمع والعمل على بناء مجتمع صحي سليم.
- الحد من الأعباء الاقتصادية لهذه الأمراض على الفرد والأسرة والمجتمع والدولة.
- تجنب الأسر المعاناة النفسية والاجتماعية المصاحبة لهذه الأمراض.

أنواع الفحص الطبي :



ويمكن تقسيم الفحوصات التي تتم لراغبي الزواج إلى ثلاثة أقسام:

- (1) فحوصات لمعرفة إن كان أي من الطرفين يحمل أمراضاً قابلة للنقل من طرف إلى آخر عبر الاتصال الجنسي أو المخالطة اللاصقة.
- (2) فحوصات للكشف عن الأمراض الوراثية.

- (3) فحوصات لمعرفة قدرة الخاطبين على الزواج وانجاب الأطفال .

¹ الفحوصات الطبية قبل الزواج : الطيب بو حالة ، دراسة مقارنة . دار الفكر والقانون ، المنصورة ٢٠١٠ .

وفي الفحص الطبي الوراثي يقوم الرجل والمرأة المقبلين على الزواج بإجراء فحوصات معينة يكون الغرض الأساسي منها تجنب إنجاب ذرية مصابة بأمراض وراثية وهذا النوع لا يخلو من أحد الحالات التالية:

(١) معرفة إذا كان الرجل أو المرأة أو كلاهما حاملين لصفة وراثية مرضية قد تنتقل منهما إلى الذرية بإرادة الله، وهناك نسب معينة للإصابة بالمرض لدى الذرية بناء على نوع الصفة الوراثية المرضية، وهذا النوع من الفحص هو الأكثر شيوعاً.

(٢) معرفة إذا كان الرجل أو المرأة أو كلاهما مصابين بمرض وراثي معين، وذلك أن بعض الأمراض الوراثية قد لا تظهر بشكل واضح حتى عند البالغين ما لم يتم إجراء فحص سريري ومخبري دقيق.

الأمراض الوراثية التي يمكن فحصها بصفة عامة:

الأمراض الوراثية كثيرة جداً، ولكن هناك حقائق مهمة لا بد أن نعرفها:

- لا يمكن لأي فحص مهما بلغت دقته أن يضمن خلو الشخص من جميع الأمراض الوراثية وبالتالي لا يمكن لأي فحص أن يستثني احتمال حدوث جميع الأمراض الوراثية في الذرية.



- كما ذكرنا سابقاً فإن فحوصات ما قبل الزواج هي في الغالب للكشف عن حمل الشخص لمرض وراثي ما، وهذا يعني بالضرورة أن الأمراض التي يمكن فحصها هي التي يمكن لنا تحديد الشخص الحامل لها بفحص مخبري دقيق. وقد يكون هذا سهلاً لبعض الأمراض الوراثية مثل: "الأنيميا المنجلية" وقد يكون في غاية الصعوبة في مرض مثل "ضمور العضلات الخلقي" حيث يتطلب تحليلاً جينياً دقيقاً يصعب توفره حتى في المراكز الطبية المتقدمة.

- من المهم مراجعة الطبيب المختص وخاصة أطباء الأمراض الوراثية قبل عمل الفحص حتى يتم أخذ التاريخ المرضي لعائلة طالب الفحص الأمر الذي يساعد على معرفة الأمراض الموجودة، وبالتالي توجيه الفحص في المسار الصحيح.



أما الأمراض الوراثية الأكثر شيوعاً والتي يمكن فحصها قبل الزواج فهي مرض "الأنيميا المنجلية" و"الاعتلالات الثلاسيمياية" ، وهي أمراض وراثية متنحية . وهناك أمراض أخرى يمكن الفحص عنها إذا كان بالإمكان تحديد حاملي المرض بدقة مثل "أمراض التمثيل الغذائي" ، وهي منتشرة أيضاً في بلادنا بنسب أقل من أمراض الدم الوراثية.

اعتراضات على إجراء الفحص الطبي:

هناك بعض الاعتراضات على إجراء الفحص الطبي قبل الزواج منها:

- إيهام الناس أن الفحص الطبي قبل الزواج سيقينهم من الأمراض.. وهذا غير صحيح.
- وكذا إيهامهم أن زواج الأقارب هو السبب المباشر لهذه الأمراض، وهو غير صحيح،
- كما قد يؤدي إجراؤه إلى نوع من الإحباط الاجتماعي نظراً لخوف تسرب نتيجة الفحص الطبي، كما قد يجعل حياة بعض الناس قلقة مكتئبة، إذا ما تم إخبار الشخص أنه سيصاب بمرض عضال لا شفاء منه، وكذا تكلفته المادية التي لا يقدر عليها كل الناس.
- وقد يؤدي مرضه إلى حرمان بعض الناس من فرص العمل والخدمات والتأمينات الاجتماعية إذا ما تبين وجود المرض فيهم.¹

إخبار الخاطبين:

قد تظهر نتائج غير مرغوبة في هذه الفحوصات. وهذا أمر عصيب ليس فقط على الطرفين و أهلهم ، بل على الطبيب الذي عليه أن يوصل تلك المعلومات بطريقة ملائمة.

فالفحوصات التي سوف تجرى للكشف عن الأمراض الوراثية هي للكشف عما إذا كان الشخص حاملاً للمرض أم لا.

والشخص الحامل للمرض ليس شخصاً مريضاً، بل هو شخص سليم و لكنه يحمل صفات

¹ المرجع السابق.

وراثية يمكن أن ينقلها لذريته إذا حدث أن كانت زوجته أو كان زوجها أيضاً حاملاً لنفس المرض.



وليس هناك بإذن الله مشكلة إن كان أحد الطرفين حاملاً للمرض و الطرف الآخر ليس حاملاً. فالمشكلة تحدث فقط إذا كان الطرفان حاملين للمرض.

فلو حدث أن كان كلا الطرفين حاملين لنفس المرض فانهما يبلغان بشكل سري عن نتيجة التحليل، و يشرح لهما الاحتمالات التي يمكن أن تحدث لذريتهما لو تزوجا.

وينبغي على الطبيب ألا يتدخل في القرار النهائي، فللخاطبين الحرية التامة في اتخاذ القرار المناسب لهما. و ما عليهما إلا أن يستخيرا في قرار الزواج . و لو حدث و تزوجا مع علمهما بإمكانية أن يرزقا بأطفال مصابين بمرض وراثي، فان معرفتهما بهذا الاحتمال بإذن الله قد يقوي من ترابطهما¹.

وليس للأطباء - حتى أخصائيي الوراثة - الحق في منعهما من ذلك ، ويظل القرار لهما وحدهما ولوليئهما قبل الزواج.

أما دور الطبيب فيتمثل فقط في إعطاء الاحتمالات (بالأرقام إن أمكن) ، وشرح بعض الأمراض التي يترجح لديه أنه من الممكن أن يصيبهما ، ويساعدهما إن أمكن في تجنب هذه الأمراض.

الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية:

والفحص الطبي قبل الزواج مشروع بأدلة من السنة النبوية والآثار، مع اشتراط الوسيلة المباحة الآمنة، ويؤيده الطب الحديث.

ووقت اجراء الفحص الطبي، هو بعد العزم على النكاح وقبل إعلان واشهار الخطبة. ولا بأس من طلب الفحص الطبي قبل الزواج إذا انتشر مرض معين في منطقة معينة، وكان المتزوجون من أهل المنطقة المصابة معرضون لانتقال الأمراض الوراثية والمعدية.

حكم الفحص الطبي الوراثي قبل الزواج:

وقد اختلف أهل العلم في حكم إجرائه على قولين :

¹ الفحص الطبي قبل الزواج : د. عبد الرحمن السويد بتصرف

القول الأول : أن إجراء الفحص الجيني قبل الزواج جائز شرعاً ، وبذلك صدرت توصية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية^١ وقال به جمعٌ من أهل العلم^٢.

والقول الثاني : لا حاجة لإجراء الفحص الجيني وأن الأولى تركه ، وهذا قول بعض أهل العلم^٣.

ولا مانع من أن يشترط أحد الخاطبين على الآخر إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، لأنه شرط لا يخالف الحكم الشرعي، كما أن في تحقيقه مصلحة لكليهما وفائدة تعود عليهما وعلى أجيالهما^٤.

ما حكم كشف سر الفحص الجيني :

ماذا لو قام الخاطب والمخطوبة بإجراء الفحص الجيني في أحد المراكز المتخصصة ثم أراد أحدهما الإطلاع على نتيجة الآخر ؟ فهل يكون إخبار الطبيب لذلك الطرف من قبيل النصيحة ، أو أنه يعدّ من قبيل كشف سر المريض ؟

والحقيقة أن نتائج الفحص الجيني تعتبر من خصوصيات الشخص المفحوص وأسراره التي لا يجوز نشرها لأحد أو إبلاغها غيره دون موافقة صاحب الشأن .

ويجب على الطرف المعيب مصارحة الطرف الآخر بحقيقة مرضه قبل الزواج، لأن من حق الطرف الآخر أن يعرف هذه الحقيقة، ولا يجوز له أن يكتف من هذا الأمر شيئاً، وإلا اعتبر في هذه الحالة غشاً وتدليساً، والإسلام ينهى عن ذلك.

حالة:

• إذا حضر رجل وامرأة مقبلان على الزواج، وطلبا فحص ما قبل الزواج، وتم اكتشاف مرض معين في أحدهما قد يؤدي إلى احتمال إنجاب طفل مشوّه؛ فهل يقوم الطبيب بإخبار الطرف السليم؟ وهل يستتبع ذلك شرعاً مساءلة ما؟ وهل يتم إخبار الطرف المريض نفسه؟

قدوم الطرفين جميعاً للفحص يقتضي إخبارهما بالنتيجة، وإلا فإن الطبيب يكون قد خدعهما ولم يؤد واجبه في إطلاعهما على حقيقة وضعهما.

ولكن يكفي منه أن يقول: أنصحكما بعدم إتمام الزواج، فلا يجوز له كشف الستر عما زاد^٥.

^١ ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري ، رؤية اسلامية (٢ \ ١٠٥١)

^٢ أحكام الهندسة الوراثية ، للدكتور سعد بن عبدالعزيز الشويرخ ص ١٢٦

^٣ المرجع السابق ص ١٢٧

^٤ الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به (رسالة ماجستير) : د.عبدالفتاح أحمد أبو كيلة ، . دار

الفكر الجامعي ، الاسكندرية ٢٠٠٨

^٥ إفشاء السر في الشريعة الإسلامية" للدكتور : محمد سليمان الأشقر ، www.islamset.com

ويقول فضيلة الشيخ محمد المختار السلامي : "إذا أظهرت الفحوصات الطبية إصابة أحد الطرفين بمرض، أو احتمال إصابته في المستقبل، فإنه يجوز للطبيب أن يكشف سر الفحص الطبي، لأنهما قد قدما إليه ليتأكدا من سلامة بناء العائلة التي هي غرضهما الأساسي"^١

وإذا لم يخبرهما الطبيب يكون قد خدعهما ولم يؤد واجبه في إطلاعهما على حقيقة وضعهما.

ويجب عدم الإفصاح عن العيب الموجود عند الشخص الآخر، بل يكتفي بنصحه بعدم إتمام الزواج دون تفصيل^٢

ويجب على الطبيب إذا أفشى سر الفحوصات الطبية أن يكتفي بالتعريض في النصح والاستشارة ولا يعدل إلى التصريح.

وهنا يثور سؤال : هل يجوز للمريض أن يفشي سر مرضه لمن له مصلحة في ذلك؟

فالجواب على الخاطب ذكر ما فيه من العيوب كالعقم الذي ثبت عدم الشفاء منه، أو الأمراض التي تؤدي بضرر الزوجة كالأمراض المعدية، حتى يكون كل منهما على علم بحالة الآخر، وهو ما يتفق مع مقاصد الشريعة في دفع الضرر.^٣

ولابد من التنبه إلى استعمال ألفاظ في التعبير، ولنا في رسول الله صلى الله عليه وسلم أسوة حسنة، فيتلفظ الطبيب بالعبارات المؤدية للغرض فقط.

فكلمة "غير لائق" مثلاً تكفي للإخبار عن حالة الشخص مثلاً دون ذكر تفاصيل المرض.

وأخيراً نقترح ما يلي:

(١) لا بد من التركيز على إبراز أهمية الفحص الطبي قبل الزواج من الناحية الشرعية والطبية والاجتماعية والاقتصادية، وذلك من خلال برامج التثقيف المختلفة التي يجب أن تشمل المدارس والكلية والجامعات والجمعيات، ومن خلال وسائل الاعلام المختلفة المقروءة والمسموعة والمرئية.

(٢) التركيز على أهمية مرضين ظاهرين، لأن آثارهما السلبية معروفة للعامة والخاصة - كمنادج - وجعل الفحص لهما مجاناً وسرياً، بحيث يتعود الناس على الأمر من حيث المبدأ، ويتلاشى الحاجز النفسي عند الناس تجاه الفحص الطبي قبل الزواج.

(٣) عدم إلزامية اجراء جميع الفحوصات في المرحلة الراهنة، ريثما يتم تهيئة المجتمع نفسياً لمثل هذا الأمر، من خلال برنامج تثقيفي طويل الأمد، ينتهي بالاقبال الطوعي

^١ الطب في ضوء الإيمان للشيخ محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت ٢٠٠١ ص ٢٠٦

^٢ نظرة فقهية في الأمراض الوراثية: د. محمد رأفت عثمان ج٢ ص ٩٢٦

^٣ إفشاء السر الطبي وأثره في الفقه الإسلامي: د. علي محمد علي أحمد، دار الفكر الجامعي ص ٢٣٩

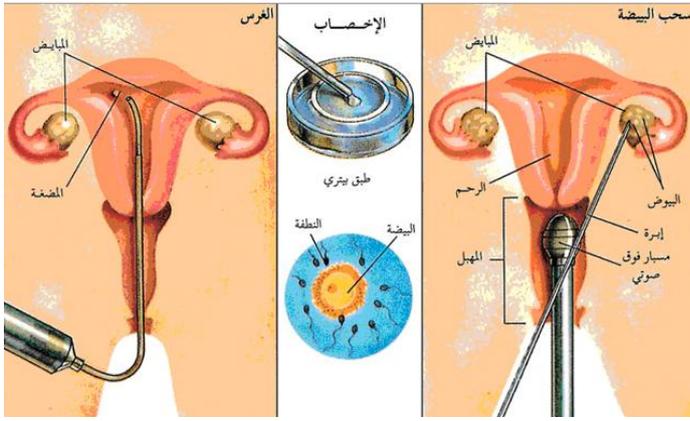
- والتلقائي على اجرائها ، لأن جعلها إلزامية بدون قناعة لا تجدي ، إذ لا يعدم بعض الناس القدرة على التحاليل والالتفاف على النص.
- (٤) رفع مستوى الصحة العامة وتحديث برامج التطعيم وخاصة ضد الأمراض المعدية التي لها مساس بالذرية والتشوهات الخلقية كالحصبة الألمانية مثلاً.
- (٥) على الجامعات أن تجعل دراسات مبرمجة ومكثفة حول الثقافة الطبية.

الفصل الخامس الفحص الجيني بعد الزواج

يقسم الفحص الجيني بعد الزواج إلى نوعين : فمنه ما يكون قبل الحمل ، ومنه ما يكون بعد الحمل .

أ) الفحص الجيني قبل الحمل :

وقد انتشر هذا النوع بعد انتشار طرائق التلقيح خارج الرحم في تحقيق الإنجاب، وهذا ما يعطي فرصة تشخيص بعض الأمراض في اللقيحة -خارج الجسد- ..



ويقوم الطبيب بتلقيح بويضات الزوجة بمني الزوج في أنبوب الاختبار، وبعد حدوث التلقيح وتكاثر خلايا اللقيحة تؤخذ خلية واحدة لإجراء الفحص الجيني عليها، والتعرف فيما إذا كانت مصابة بالمرض الوراثي المطلوب فحصه أم لا .

ومن مزايا هذه الطريقة تمكين الأسر التي سبق أن وُلد فيها طفل مصاب بمرض وراثي من تجنب هذا المرض ، كما يُتقى فيها مخاطر إجراء الفحص الجيني أثناء الحمل . واختلف أهل العلم في حكم إجراء الفحص الجيني على الخلية الجنسية للتعرف على وجود مرض وراثي فيها أم لا على قولين :

القول الأول : أنه يجوز إجراء الفحص الجيني على البويضة الملقحة لمعرفة ما إذا كانت تحمل مرضاً وراثياً معيناً موجوداً عند أحد الزوجين أو كليهما ، ويمكن له أن ينتقل إلى الذرية ، وهو قول بعض الباحثين^١.

والثاني : أنه يحرم إجراء الفحص الجيني على الخلية الجنسية، وهو قول بعض الباحثين أيضاً^٢.

آثار الفحص الجيني قبل الحمل :

قد ينجم عن إجراء الفحص الجيني آثار معينة كفسخ عقد النكاح ، ومنع الحمل واختيار جنس الجنين.

^١ الهندسة الوراثية بين معطيات العلم وضوابط الشرع : د. إياد أحمد إبراهيم دار الفتح للدراسات والنشر، ٢٠٠٣ : ص ٨٠ - ٨١ .

^٢ نظرة فقهية للإرشاد الجيني : د. ناصر الميمان ، مجلة جامعة أم القرى ، المجلد ١٢ صفر ١٤٢١ ص ٥٠٨ .

فقد تؤدي معرفة المصاب بالمرض الوراثي إلى أن يطلب الطرف السليم فسخ عقد النكاح بسبب إصابة الآخر .

وأما اختيار جنس الجنين ، فمن المعروف أن من الأمراض الوراثية ما ينتقل عن طريق الصبغي الجنسي ، فيصاب به الذكور دون الإناث أو العكس .

وهناك طرق عديدة قد يلجأ لها الطبيب لاختيار جنس الجنين، وذلك لتجنب ولادة طفل مصاب بمرض وراثي .

وقد اختلف أهل العلم في حكم ذلك على قولين:

الأول : جواز اختيار جنس الجنين لوجود الحاجة إلى ذلك، وهو أن المرض الوراثي يصيب جنساً دون آخر، وهذا قول أكثر الباحثين^١ .

الثاني : أنه يحرم اختيار جنس الجنين ، وهو رأي بعض أهل العلم^٢ .

(ب) الفحص الجيني أثناء الحمل :

مع تقدم الوسائل التقنية الحديثة ، تمكّن الباحثون من تشخيص بعض الأمراض الوراثية التي يحملها الجنين، وذلك بأخذ عينة من خلايا الجنين ودراسة جيناتها .

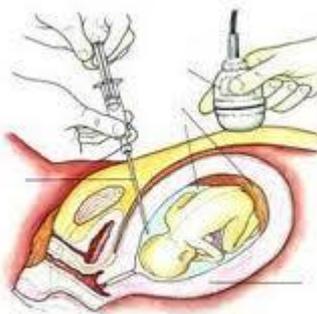
ويهدف الباحثون من وراء إجراء الفحص الجيني أثناء الحمل إلى اكتشاف المرض الوراثي عند الجنين مبكراً ، ومن ثم تزويد الوالدين بالاستشارة الوراثية لاتخاذ القرار المناسب .

وهناك ثلاث وسائل للكشف المبكر عن الأمراض الوراثية أثناء الحمل ، وهي :

(١) فحص السائل الأمنيوسي المحيط بالجنين .

(٢) أخذ عينة من المشيمة .

(٣) أخذ عينة دم من الحبل السري للجنين .



عملية بزل السائل الامنيوسي باستخدام الموجات فوق الصوتية

(١) فحص السائل الأمنيوسي :

وهو السائل الذي يحيط بالجنين في الرحم ، وفيه أنواع من خلايا جسم الجنين ، ويمكن سحب عينة من هذا السائل التعرف على التركيب الوراثي للجنين، ولا يسمح بإجراء هذا الفحص إلا حين تكون هناك دلائل

^١ اختيار جنس الجنين ، دراسة فقهية طبية : د. عبدالرشيد قاسم ، ص ٧١ ، قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الاسلامية (٢ / ٣١٠ - ٣١٦) ، أحكام الهندسة الوراثية ص ٢٠٨ .

^٢ اختيار جنس الجنين ، دراسة فقهية طبية ، ص ٦١ - ٦٢ ، وقضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الاسلامية (٢ / ٢٩٦ - ٢٩٨)

قوية تشير إلى أن الجنين مصاب بتشوه خلقي أو بأحد الأمراض الوراثية ، حيث أن هذه الطريقة قد تزيد قليلاً من نسبة الاجهاض .

وتتميز هذه الطريقة بأنها سهلة متوفرة في أكثر المراكز الطبية ، إلا أن إجرائها قد يكون في وقت متأخر من الحمل ، وقد لا تظهر النتائج إلا بعد مضي أكثر من ٤ أشهر على الحمل .



(٢) أخذ عينة من المشيمة:

من المعروف أنه يوجد في المشيمة خلايا من الجنين، وبالتالي يمكن أخذ عينة منها بإدخال قسطار عبر عنق الرحم أو من خلال جدار البطن ، ومن ثم التعرف على الجينات (المورثات) المعتلة الحاملة للمرض الوراثي .

ويجرى هذا الفحص عادة في الأسبوع السابع أو الثامن من الحمل .

وتمتاز هذه الطريقة بأنها تعطي نتائجها في مرحلة مبكرة من الحمل (أي قبل الأسبوع الثاني عشر من الحمل) ، إلا أنها قد تزيد نسبة الاجهاض بنسبة ٢٪ فوق المعدل الطبيعي .

(٣) أخذ عينة دم من الحبل السري :

وتعتبر هذه الطريقة أسهل من غيرها ، وفيها يتم أخذ عينة من دم الجنين من الحبل السري ، إلا أنها لا تُجرى عادة إلا في وقت متأخر من الحمل (أي بعد ١٢٠ يوم من الحمل)^١

حكم الفحص الجيني أثناء الحمل :

اختلف أهل العلم في هذا الحكم على قولين:
الأول : التحريم ، وهو رأي بعض الباحثين^٢ .

والثاني: الجواز بشرطين :

(١) أن تتوفر الحاجة الداعية للتشخيص ، كأن توجد دلائل قوية تشير إلى إصابة الحمل بمرض وراثي.

(٢) انتفاء الضرر من الفحص على الأم والجنين ، وهو قول جمع من الباحثين^٣ .

^١ الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية : د. محمد علي البار ص ٢٣ - ٢٦ ، التشخيص المبكر للأمراض الوراثية : د. محسن الحازمي ضمن بحوث ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني .

^٢ الفحص الجيني في نظر الاسلام : د. عبدالفتاح محمود ادريس ، مجلة البحوث الطبية الفقهية المعاصرة العدد ٥٩ (١٤٢٤هـ) ص ١٢١

^٣ الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي : د. عبدالناصر أبو البصل ، ضمن " دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة " ، نظرة فقهية للإرشاد الجيني: د. ناصر الميمان ، و أحكام الهندسة الوراثية: د. سعد الشويرخ ص ٢٤٩ "

الفصل السادس العلاج الجيني

لا شك أن مجال الهندسة الوراثية هو تشخيص الأمراض الوراثية وعلاجها . ويتم الأمر الأول بالفحص الجيني الذي تعرضنا إليه في فصل سابق ، والغرض منه معرفة حاملي المورثات المعتلة للوقاية من الإصابة بها ، وذلك بعدم الزواج فيما بين المصابين بها .

والأمر الثاني هو معالجة المرض الوراثي بنقل الجينات ، ويقصد بـ"العلاج الجيني" نقل جزء من الحمض النووي إلى خلية لإعادة الوظيفة التي يقوم بها هذا الجين إلى طبيعتها". ويأمل الباحثون أن يتمكنوا في المستقبل من معالجة أكثر من ٤٠٠٠ مرض يصيب الانسان بسبب خلل في الجينات .

ورغم ذلك ، لا بد من التأكيد على أن تجارب العلاج الجيني مازالت تتطوي على مخاطر كبيرة ، وإن عملية نقل الجينات تتعرض لعدة انتقادات منها :

- (١) أنه ليست هناك خبرة كافية وتجارب طويلة .
- (٢) قد يترتب على بعض الحالات مخاطر تهدد الانسان ، وخاصة في تحضير الناقلات الفيروسية.
- (٣) احتمال ظهور أمراض جديدة قد لا يعرف لها علاج طبي .^١

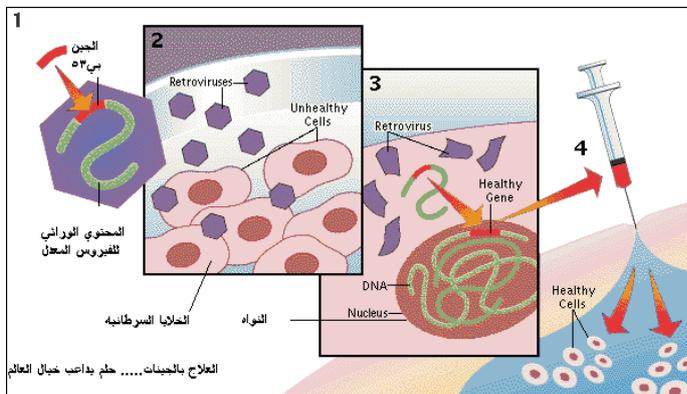
ولهذا فلا ينبغي النظر إلى أن نقل الجينات سيشفى الأمراض الوراثية دون احتمال حدوث أضرار أثناء تطبيقها . ولهذا لم تظهر فاعلية العلاج بالمورثات حتى الآن .

طرق العلاج الجيني:

والعلاج الجيني يعني إصلاح الخلل في الجينات، أو تطويرها، أو استئصال الجين

المسبب للمرض واستبدال جين سليم به، وذلك بإحدى الطريقتين التاليتين :

الطريقة الأولى: عن طريق الخلية العادية : وذلك بإدخال التعديلات المطلوبة وحقنها للمصاب، فإدخال الجين إلى



^١ العلاج الجيني والانعكاسات الأخلاقية : د. صديقة العوضي " ضمن بحوث ندوة الانعكاسات الأخلاقية في العلاج الجيني ص ١٣ - ١٤ "

الكروموسوم في الخلية يجب أن يكون في موقع محدد، لأن الإدخال العشوائي قد يترتب عليه أضرار كبيرة. ومن المعلوم أن توصيل الجينات يمكن أن يتم بطرق كيميائية، أو فيزيائية، أو بالفيروسات

الطريقة الثانية: عن طريق إدخال تعديلات مطلوبة على الحيوان المنوي، أو الببيضة .

وقد اتفقت جميع الدوائر على منع هذه الطريقة في الوقت الحاضر حتى يتم حدوث تقدم علمي يضمن عدم حدوث ضرر في الأجيال القادمة.

وقد أثبتت الشبهات حول الطريقتين، حيث أثبتت على الطريقة الأولى شبهة أخلاقية، وهي: هل البصمة الوراثية لهذا الشخص ستكون مطابقة لابنه؟

كما أثبتت على الطريقة الثانية شبهة تأثير إدخال التعديلات على الحيوان المنوي أو الببيضة^١

ولذلك لا بدّ من التأكيد على هذا الجانب الأخلاقي وهو أن العلاج في الحالتين لا بدّ ألا يؤدي بأي حال من الأحوال إلى التأثير في البنية الجينية، والسلالة الوراثية^٢.

منافع العلاج الجيني:

هناك فوائد كبيرة ومنافع كثيرة تتحقق من خلال العلاج الجيني يمكن أن نذكر أهمها :

- (١) الاكتشاف المبكر للأمراض الوراثية، ويمكن حينئذ منع وقوعها أصلاً بإذن الله، أو الإسراع بعلاجها، حيث بلغت الأمراض الوراثية المكتشفة أكثر من ٦ آلاف مرض، وبالتالي يستفيد الملايين من مثل هذا العلاج الجيني .
- (٢) تقليل دائرة المرض داخل المجتمع، وذلك عن طريق الاسترشاد الجيني، والاستشارة الوراثية .
- (٣) إثراء المعرفة العلمية عن طريق التعرف على المكونات الوراثية، ومعرفة التركيب الوراثي للإنسان، بما فيه القابلية لحدوث أمراض معينة كارتفاع ضغط الدم والنوبات القلبية، والسكري ونحوها .
- (٤) الحد من اقتران حاملي الجينات المريضة، وبالتالي الحد من الولادات المشوهة .
- (٥) إنتاج مواد بيولوجية، وهرمونات يحتاجها جسم الإنسان للنمو والعلاج .

^١ د. محمد علي البار " نظرة فاحصة للفحوصات الطبية "، ود. حسان حتوت " قراءة الجينوم البشري "، ود. ناصر الميمان " الإرشاد الجيني " بحث مقدم إلى الندوة الحادية عشرة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة في الكويت عام ١٩٩٤هـ، ود. عجيل النشمي " الوصف الشرعي للجينوم البشري " بحث مقدم إلى الندوة الأنفة الذكر، ود. عمر الألفي " الجينوم البشري."

^٢ العلاج الجيني.. من منظور الفقه الإسلامي : أ.د. علي محيي الدين القرّة داغي ، بحث على الإنترنت.

سلبيات العلاج الجيني وأخطاره:

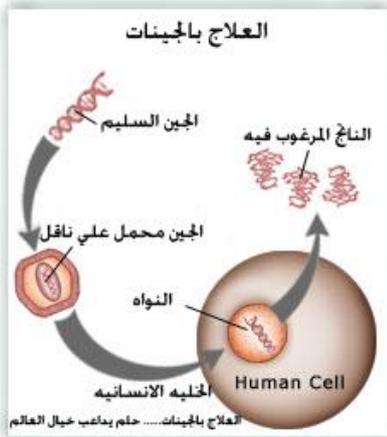
تترتب على العلاج الجيني بعض السلبيات في نواحي اجتماعية ونفسية، منها :

(١) قد يتعرض الفرد من خلال كشف بعض الأمراض الوراثية، لعدم القبول في الوظائف، أو التأمين بصورة عامة، والامتناع عن الزواج منه رجلاً كان أو امرأة؛ مما يترتب عليه إضرار به دون ذنب اقترفه. وقد لا يصبح هذا الشخص مريضاً رغم أنه حامل للجين المريض، فليس كل حامل للمرض مريض، ولا كل مرض متوقع يتحتم وقوعه .

(٢) التأثير على ثقة الإنسان بنفسه، والخوف من المستقبل المظلم؛ مما يترتب عليه أمراض نفسية خطيرة.

(٣) هناك عوامل أخرى إلى جانب الوراثة ، لها تأثير كبير على إحداث الأمراض كنمط الحياة وغيره. إضافة إلى الطفرات الجينية التي قد تحدث في البيضة أو الحيوان المنوي .

(٤) وهناك مفسد أخرى إذا ما تناول العلاج الجيني الصفات الخلقية من حيث الطول والقصر، والبياض والسواد، ونحو ذلك، أو ما يسمى بتحسين السلالة البشرية، مما يدخل في باب تغيير خلق الله وهو محرّم أصلاً.



أنواع العلاج الجيني:

ويقسم العلاج الجيني إلى نوعين :

أولاً : نقل الجين إلى الخلايا الجنسية (التناسلية).

ثانياً : نقل الجين إلى الخلايا الجسدية.

أولاً : نقل الجين إلى الخلايا الجنسية (التناسلية):

ويتم فيه نقل الجين (المورث) السليم إلى الخلايا التناسلية المذكورة أو المؤنثة قبل تمايز خلاياها، ويؤدي ذلك إلى انتقال الجين إلى جميع خلايا الجسم .

وهذا ما جعل كثيراً من الأطباء يرى ضرورة منع استخدام هذه التقنية، كما أن القوانين الطبية الدولية تمنع المساس بها .

^١ د. صالح عبد العزيز كريم :الكائنات وهندسة المورثات " بحث مقدم إلى ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الحادية عشرة

ويهدف نقل الجين إلى الخلية التتاسلية إما إلى معالجة الأمراض الوراثية التي يمكن أن تصيب المولود في المستقبل، أو إلى تحسين صفات المولود كأن يكون أكثر طولاً أو أعظم قوة !!.

حكم نقل الجين من أحد الزوجين لغرض علاجي :

اختلف أهل العلم في حكم نقل الجين من أحد الزوجين إلى الخلية الجنسية إذا كان القصد منه علاج الأمراض الوراثية إلى قولين :

القول الأول : يحرم نقل الجين إلى الخلية التتاسلية ، وهو قول كثير من الباحثين ، وبه صدرت توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية^١ وندوة الإنعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني^٢

والقول الثاني : يجيز نقل الجين من أحد الزوجين إلى الخلية التتاسلية بشروط، وبه قال بعض الباحثين.^٣

حكم نقل الجين من أحد الزوجين لغرض غير علاجي :

اتفق أهل العلم على حرمة نقل الجين المأخوذ من أحد الزوجين إلى الخلية التتاسلية إذا كان الغرض من ذلك تعديل صفات المولود، وبه صدرت قرارات وتوصيات المجمع الفقه الاسلامي التابع لرابطة العالم الاسلامي^٤ والمنظمة الاسلامية للعلوم الطبية^٥ وندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني .

حكم نقل الجين من غير الزوجين :

أ) أن يكون النقل لغرض علاجي :

من ذهب إلى تحريم نقل الجين المأخوذ من أحد الزوجين ، فقد رأى أيضاً تحريم نقل الجين المأخوذ من غير الزوجين من باب أولى .

أما من قال بجواز نقل الجين المأخوذ من أحد الزوجين ، فقد اختلفوا فيما إذا كان من غير الزوجين على قولين :

القول الأول : يحرم نقل الجين المأخوذ من غير الزوجين إلى الخلية التتاسلية، وهذا هو رأي جمع من الباحثين .

القول الثاني : يجيزه بشروط .

^١ ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني : رؤية اسلامية - جمادي الآخرة ١٤١٩ هـ
^٢ أعمال ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني ٢٠ أكتوبر ٢٠٠١
^٣ الهندسة الوراثية بين معطيات العلم وضوابط الشرع : د. إياد أحمد ابراهيم ١٤٢٣ هـ ، وأحكام الهندسة الوراثية د.سعد الشويرخ ص ٢٠٢ - ٢٠٣
^٤ الدورة الخامسة عشرة رجب ١٤١٩ هـ
^٥ ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - جمادي الآخرة ١٤١٩ هـ

ب) أن يكون النقل لغرض تحسيني :

اتفق أهل العلم على تحريم نقل الجين المأخوذ من غير الزوجين إلى الخلية التناسلية إن كان بقصد تغيير صفات المولود ، وبه صدرت فتاوى من مجمع الفقه الاسلامي التابع لرابطة العالم الاسلامي^١ والمنظمة الاسلامية للعلوم الطبية^٢.

ثانياً : نقل الجين إلى الخلايا الجسدية :

ويتم ذلك بأخذ الجين السليم من إنسان آخر غير مصاب بالمرض، ثم يستنسخ في المختبر لإنتاج كميات أكبر منه، ومن ثم ينقل بواسطة ناقل مناسب إلى خلايا الإنسان المريض .

ويختلف نقل الجين إلى الخلية الجسدية عن نقله إلى الخلية التناسلية في عدة أمور :

- (١) في حالة النقل الجيني للخلايا الجسدية ، يكون النقل لخلايا معينة كخلايا الكبد أو القلب أو غيره .
- (٢) أن هذا النقل يحدث تغييراً في التركيب الوراثي لخلايا عضو معين كالكبد أو القلب مثلاً ، أما في حالة نقل الجين إلى الخلايا التناسلية، فإن التغيير يحدث في التركيب الوراثي لخلايا الجنين كلها .
- (٣) تتم عملية نقل الخلايا الجسدية بعد ولادة الإنسان وإصابته بالمرض ، أما في حالة الخلايا التناسلية فتتم في بداية تشكل الجنين .
- (٤) جميع التجارب المتعلقة بالعلاج الجيني تجرى على الخلايا الجسدية ، ويمنع طبياً إجراؤها على الخلايا التناسلية .^٣

حكم نقل الجين إلى الخلايا الجسدية :

(١) نقل الجين لغرض علاجي :

حيث ينقل الجين السليم إلى خلايا المريض ليؤدي وظيفة الجين المتعطل ، ويعود العضو إلى أداء وظيفته الطبيعية . ويعود العضو إلى أداء وظيفته الطبيعية . واختلف أهل العلم في حكم نقل الجين من خلية سليمة إلى أخرى مريضة بقصد العلاج إلى قولين :

^١ الدورة الخامسة عشرة رجب ١٤١٩ هـ
^٢ ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - جمادى الآخرة ١٤١٩ هـ
^٣ قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الاسلامية ٢ / ١٨٤ - ١٨٥ ، نظرة في العلاج الجيني ص ١٤ ، أحكام الهندسة الوراثية ص ٣٢٨ بتصرف .

القول الأول : يجيز نقل الجين إلى الخلية الجسدية، وهو قول جمهور الباحثين، وبه صدرت توصيات كل من مجمع الفقه الاسلامي التابع لرابطة العالم الاسلامي بالأكثرية^١ ، والمنظمة الاسلامية للعلوم الطبية^٢ ، وندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني^٣ .
وذلك بشرط ألا يؤدي إلى ضرر أعظم ، وأن تتحقق المصلحة من إجرائه وأن يكون الوسيلة الوحيدة لعلاج المرض .

القول الثاني : يحرم نقل الجين إلى الخلية الجسدية، وهو قول بعض الباحثين.

(٢) نقل الجين لغرض تحسيني :

ويكون الغرض منه إحداث تغيير في صفات الإنسان من حيث الشكل أو القوة أو الذكاء ، واختلف أهل العلم في حكمه على قولين :

القول الأول : يحرم نقل الجين إلى الخلية الجسدية ، وهو قول أكثر أهل العلم ، وبه صدرت توصية كل من مجمع الفقه الاسلامي التابع لرابطة العالم الاسلامي بالأكثرية^٤ والمنظمة الاسلامية للعلوم الطبية^٥ وندوة الانعكاسات الاخلاقية للعلاج الجيني^٦ .

القول الثاني : يجيز نقل الجين إلى الخلية الجسدية وهو قول بعض الباحثين^٧.

الضوابط الشرعية التي ينبغي في إطارها مباشرة العلاج الجيني :

- الجواز الشرعي مرتبط بأخذ كل الاحتياطات العلمية والتقنية والفنية والمعملية والاحترازية؛ لتفادي كل الأضرار التي يمكن أن تترتب على العلاج الجيني. وضرورة تفادي ما يترتب على الحيوانات المحورة وراثياً من الجينات الغريبة. فالشريعة الإسلامية مبنية على تحقيق المصالح ودرء المفسد، فأينما تكن المصلحة الحقيقية فنمَّ شرع الله تعالى.
- أن تكون المنافع المتوخاة من العلاج محققة في حدود الظن الغالب، أما إذا كانت آثاره الإيجابية مشكوكاً فيها، أو كانت بعبارة الفقهاء: "مصالح موهومة"، فلا يجوز إجراؤه على الإنسان .
- أن تكون نتائج العلاج الجيني مأمونة لا يترتب عليها ضرر أكبر، فلا تؤدي إلى هلاك أو ضرر بالبدن، أو العقل، أو النسل، أو النسب .

^١ الدورة الخامسة عشرة رجب ١٤١٩ هـ

^٢ ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - جمادي الآخرة ١٤١٩ هـ

^٣ أعمال ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني ٢٠ أكتوبر ٢٠٠١

^٤ الدورة الخامسة عشرة رجب ١٤١٩ هـ

^٥ ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - جمادي الآخرة ١٤١٩ هـ

^٦ أعمال ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني ٢٠ أكتوبر ٢٠٠١

^٧ الهندسة الوراثية ومقاصد الشريعة ص ١٩٦ وأحكام الهندسة الوراثية د. سعد الشويرخ

- أن يكون العلاج في حدود الأغراض الشريفة، وأن يكون بعيداً عن العبث والفضوى؛ وذلك بألا يكون لأجل إثبات قوة العلم فقط، دون أن يترتب عليه منافع للبشرية .
- ألا يكون العلاج الجيني في مجال التأثير على السلالة البشرية وعلى فطرة الإنسان السليمة شكلاً وموضوعاً، وبعبارة أخرى لا يؤدي إلى تغيير خلق الله.
- أن يكون العلاج بالطبيبات لا بالمحرّمات إلا في حالات الضرورة التي تقدر بقدرها .
- أن لا يؤدي العلاج إلى الإضرار بالبيئة، وإلى تعذيب الحيوان.
- ألا يتجاوز التعامل بالعلاج الجيني حدود الاعتدال فلا يصل إلى حدود التبذير والإسراف .
- ألا يجرى أي علاج جيني على الإنسان إلا بعد التأكد من نجاحه بنسبة كبيرة .
- أن يكون القائمون بهذه التجارب وبالعلاج الجيني من ذوي الإخلاص والاختصاص والتجربة والخبرة .
- أن تكون المختبرات الخاصة بالجينات والعلاج تحت مراقبة وإشراف الدولة، أو الجهات الموثوق بها؛ وذلك لخطورة هذه الاختبارات الجينية وآثارها المدمرة إن لم تكن تحت المراقبة¹ .

¹ العلاج الجيني من منظور الفقه الإسلامي أ.د. علي محيي الدين القرّة داغي ، بحث على الإنترنت بتصرف.

الفصل السابع الأبحاث الوراثية

الأبحاث في مجال الوراثة والجينات (المورثات):

اتفقت الهيئات الدولية ومنها منظمة الصحة العالمية ومنظمة اليونسكو وغيرها من الهيئات الدولية على الإعلان العالمي للمجين 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 أيضاً كانت سماته الوراثية.

وتنص المادة الرابعة على: عدم جواز استخدام المجين البشري في حالته الطبيعية للحصول على مكاسب مالية.

وتنص المادة الخامسة على أنه: لا يجوز إجراء أي بحث أو القيام بمعالجة أو تشخيص يتعلق بمجين (موروثات) شخص ما ، إلا بعد إجراء تقييم صارم ومسبق للأخطار والفوائد المحتملة المرتبطة بهذه الأنشطة مع الالتزام بأحكام التشريعات الوطنية في هذا الشأن ، كما ينبغي الحصول على الإذن الواعي والمتبصر من الشخص المعني. وفي حالة عدم أهليته 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 ترجى 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 من تلك المنطقة من العالم. ولا بد من الحفاظ على سرية البيانات الوراثية الخاصة بشخص يمكن تحديد هويته. وإذا حدث إفشاء لهذا السر خارج مجال البحث 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 ، كمل لا يجوز إجراء أبحاث متعلقة بالاستتسال (الاستتساخ) البشري التي تؤدي إلى استتساخ البشر وتكاثرهم بهذه الطرق العلمية.

وعلى الباحثين في مجالات المجين البشري (المورثات) أن يدركوا مدى التبعات الأخلاقية والاجتماعية الملقاة على عاتقهم المترتبة 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 من تقييم هذه الأبحاث قبل أن تجرى 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 المحلية، 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 الدول النامية على امتلاك القدرات العلمية والبحثية في هذا المجال، وتشجيع التبادل الحر للمعلومات والمعارف العلمية، وعدم احتكارها في مجالات البيولوجيا، والمجين البشري (الوراثة)، والطب.

كما ينبغي لكل دولة أن تعمق نشر المعلومات عن المورثات (الجينات) في المدارس والجامعات وأجهزة الإعلام دون تهويل، والعمل على نشر الروح العلمية في هذه المجالات، وإحاطة الجمهور بالمزايا العلمية في هذه المجالات، مع تعريفه بالمخاطر والمزالق، والسماح بإجراء حوار على مستويات متعددة حول هذه القضايا الشائكة¹.

وقد أقيمت ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري العلاج: رؤية إسلامية في دولة الكويت في الفترة من (٢٣ - ٢٥) جمادى الآخرة ١٤١٩هـ / 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 للمجين البشري وحقوق الإنسان.

¹ أخلاقيات البحوث الطبية: د. محمد علي البار ود. حسان شمسي باشا، دار القلم، دار البشير جدة، ٢٠٠٨ م

وفي مجال الهندسة الوراثية منعت استخدام الخلايا الجنسية (البويضات والحيوانات المنوية) أو اللقاح لأن أي تغيير في تركيبها الوراثي (الجينومي) سينتقل عبر الأجيال.. وبما أن الأبحاث في هذا المجال لا تزال في بدايتها فإن بحث الخلايا الجنسية (Germ Cell) وتغييرها بواسطة الهندسة الوراثية قد يؤدي إلى أضرار بالغة الخطورة. ولذا ينبغي أن تنحصر هندسة الجينات البشرية على الخلايا الجسدية العامة، بمنع استعمال الهندسة الوراثية في الإنسان لغير هدف التداوي من الأمراض الوراثية الخطيرة، كما نادى بمنع استعمال 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 / ٣١ أكتوبر - ٤ نوفمبر ١٩٩٨م). وقد أكد القرار الأول على تأكيد ودعم القرار الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بشأن الاستنساخ البشري والتأكيد على منع الأبحاث فيه.

وأكد المجمع على الاستفادة من علم الهندسة لوراثية في الوقاية من المرض أو علاجه أو تخفيف 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 وفي كل ما يحرم شرعاً. ومنع منعاً باتاً أي بحث أو إجراء يؤدي إلى العبث بشخصية الإنسان ومسؤوليته الفردية أو أي تدخل في بنية 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.

الحفاظ على سرية المعلومات في الأبحاث الوراثية:

السِر هو الذي يفضي به إنسان إلى غيره، أو يطلع عليه بحكم معاشرته أو مهنته ويستكتم عليه أو دلت القرائن على طلب الكتمان، أو كان من شأنه في العادة أن يُكتم، أو تضمن ضرراً، أو عيباً يكره اطلاع الناس عليه، أو تضمن إفشاؤه الإفساد بينه وبين غيره.

وإفشاء السر محرّم في الأصل، ويزداد التحريم إن تضمن إفساداً أو ذكراً لعيب فيه.

ولا فرق في إذاعة السر بين الطبيب وغيره، ولكنه في الطبيب أكد وألزم، لأنه قد آمنه الناس على أعراضهم وعوراتهم وأسرارهم. فيكون بذلك مع إثمه خائناً للأمانة ومفرطاً في الواجب الذي نيّط به، ويأخذ حكمه من كان في مثل وضعه¹.

وينبغي على الباحث مراعاة أحكام السر الطبي خلال كل مراحل البحث، واتخاذ إجراءات أمان وقائية لحماية سرية المعلومات المتعلقة بالمرضى الذين يُجرى عليهم البحث، ويجب عليه إبلاغهم بذلك.

وفيما يتعلق بالبحث العلمي على المواد الوراثية، فإن الأمر فيه أشد.

وقد حددت المادة ٧٢ من "نظام مزاولة البحث على المخلوقات الحية" في المملكة العربية السعودية شروط القيام بالبحث العلمي على المواد الوراثية على الشكل التالي:

"يجب أن يتم البحث العلمي المتعلق بالمادة الوراثية بالأسلوب الذي يضمن مطابقة البحث للأسس العلمية المقبولة والمتعارف عليها دولياً. وعلى الباحث (أو فريق البحث) إعداد خطة تفصيلية تتضمن هدف البحث وأسلوب المعالجة والنتائج المحتملة والقيود التي ترد عليه قبل عرضه على اللجنة المحلية لمراجعته وتحكيمه، وإعطاء موافقتها النهائية على المباشرة فيه. وعلى اللجنة المحلية أن تتأكد من أن فريق البحث العلمي يملك الخبرة والتدريب اللازمين لنوعية البحث خاصة فيما يتعلق بالطرق والتقنيات المخبرية، وأن تكون خطة البحث قد تضمنت كافة الإجراءات الوقائية والتقييمية العلمية الضرورية في مثل هذه الحالات المعمول بها في المختبرات العالمية.

ونصت المادة الرابعة والسبعون على أهمية الحفاظ على سرية المعلومات في الأبحاث الوراثية: "يجب على الباحث مراعاة السرية التامة وخصوصية النتائج المترتبة على البحث، خاصة عندما يتم الحصول على عينات البحث من قبل مرضى أو أسر أو قبائل".

وأكدت المادة الخامسة والسبعون على أن: "جميع النتائج المستخلصة من إجراء البحث على المادة الوراثية (خاصة إذا كانت ذات صبغة علاجية وتشخيصية) تعتبر ملكاً وطنياً لا

¹ الدكتور هاني عبد الله الجبير: الرؤية الشرعية لقضايا سرية المرضى، موقع صيد الفوائد، د. حامد الجدعاني: حكم إفشاء السر الطبي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراة، جامعة أم القرى

يحق للباحث (الباحثين) منحه ، أو التصرف به لأي جهة داخلية أو خارجية بدون إذن رسمي من اللجنة الوطنية للأخلاقيات الحيوية والطبية مع المحافظة التامة على حقوق الباحث (الباحثين) المادية والعلمية".¹

الاختبارات الوراثية:

إذا كان من المقرر إبلاغ نتائج الاختبارات الوراثية للمريض أو للطبيب المعالج، فيجب إعلام المريض بهذا قبل الشروع في البحث و يجب ابلاغه بأن العينات التي سيتم اختبارها ستدون عليها بياناته بشكل جلي.

ولا يجوز للباحثين إفشاء نتائج الاختبارات الوراثية أو التشخيصية إلى أقارب المرضى دون موافقتهم، أما في الأماكن التي يتوقع فيها عادة أقارب المرضى الذين تربطهم بهم علاقة وثيقة أن يطلعوا على مثل هذه النتائج ، فيجب أن تشير خطة البحث إلى الاحتياطات الملائمة التي يتعين اتخاذها لمنع إفشاء النتائج دون موافقة المرضى ، كما توضح هذا لجنة مراقبة آداب المهنة . وعلى الباحثين شرح هذه الاجراءات بشكل واضح أثناء عملية الحصول على موافقة مبنية على إدراك كامل بالعواقب المترتبة عليها.

أهمية سرية المعلومات عن الفرد والقبيلة والمجتمع في الأبحاث الوراثية والجينية:

لقد تضمن القرار السابق للمجمع الفقهي (رابطة العالم الإسلامي) المحافظة على سرية المعلومات الكاملة للنتائج ورعاية أحكام الشريعة الإسلامية الغراء القاضية باحترام الإنسان ورعايته (تحت بند خامساً).

وللأسف فإن بعض الأبحاث الوراثية التي تم إجراؤها في بعض البلاد العربية لم تتقيد بهذا الشرط الهام حيث نشرت بعض المجلات الطبية العلمية أن القبيلة الفلانية في المنطقة كذا لديها استعداد وراثي للمرض الفلاني، وهذا يعتبر إفشاء لسر ونوعاً من الوصمة ضد تلك القبيلة.

والشيء ذاته يُقال عن كشف المعلومات الوراثية لشركات التأمين الصحي ، وإذا تم ذلك فإن شركة التأمين إما أن ترفض التأمين الصحي على مثل ذلك الشخص وأسرتة الحاملين لتلك المورثات (الجينات) أو تطلب مبالغ إضافية كبيرة حتى تواجه الاحتمال الكبير بالإصابة بمرض وراثي خطير يكلف مبالغ باهظة في علاجه.

وكذلك تفعل بعض الشركات في بعض البلاد المتقدمة حيث تفرض على المتقدم على العمل إجراء فحوص اللياقة الطبية، ومن ضمنها الأبحاث الوراثية التي توضح أن هذا الشخص لديه استعداد بالإصابة بمرض القلب أو نوع من السرطان أو أمراض وراثية أخرى خطيرة. وبالتالي تفرض الشركة قبول هذا الشخص للتوظيف رغم أنه كفؤ لها، ولا يعاني

¹ "نظام مزاولة البحث على المخلوقات الحية"

من أي مرض عضال في ذلك الوقت، وهناك مجرد احتمال للإصابة بمرض وراثي عضال في مستقبل الأيام. وبما أن بعض الدول تفرض على الشركة أو جهة العمل أن تداوي منسوبها فإن جهة العمل تلك تقوم برفض توظيف مثل تلك الحالات.

وقد قامت الدول التي يتم فيها مثل هذا الإجراء بفرض قوانين تعاقب من يقوم بذلك من جهات العمل باعتباره تمييزاً ضد هؤلاء الأشخاص الذين لم يذنبوا ولم يكن لهم دور في حمل هذه الجينات التي تجعلهم معرضين للإصابة بهذه الأمراض في مستقبل الأيام. ولكن تلك الإصابة غير مؤكدة وقد لا تحدث أبداً، والجدل الحاد لا يزال محتدماً في بعض البلاد الأخرى، بحيث تتخلى الشركة عن هذه المسؤوليات وتُحال إلى الدولة أو جهات مختصة تقوم بعلاج مثل هذه الحالات عند حدوثها.

بنوك المعلومات الوراثية :

لا شك أن هناك حاجة ماسة لإيجاد مصرف وراثي في كل دولة إسلامية ، وهذا ما سيكبح جماح الباحثين والفاحصين من إرسال العينات إلى المراكز البحثية والتشخيصية خارج حدود بلادهم، وجعل ذلك في أضيق الحدود ووفق ضوابط وأنظمة يتم مراقبتها بشكل صارم. وسيوفر معلومات عن كيفية انتقال المادة الوراثية بين الأجيال وتأثيرات المواد الكيميائية وغيرها من العوامل على المادة الوراثية .

ولعل من العوامل المؤثرة التي تسهم - إلى حد كبير - في الحد من هذه الظاهرة هو إنشاء مراكز للأبحاث والفحوصات الوراثية المتخصصة على المستوى المحلي ، خاصة وأن لدى الدول الإسلامية من الكوادر، ما يسهل ليس فقط إنشاءها ، بل حتى نقل وتوطين الكثير من التقنيات الوراثية العالمية الحديثة . إن الإرسال العشوائي لعينات المادة الوراثية وبصورة غير مبررة قد يصل إلى حد اعتباره نوعاً من العقوق والجحود ليس لشعوبنا وبلادنا فحسب ، بل هو نوع من العقوق والجحود لمستقبل ذواتنا وأسرنا. بل إن الأسوأ من ذلك هو أن يصل بنا الأمر أن نجني على الكثير من أجيالنا القادمة ، لرغبة أو نزوة علمية قد يشوبها الكثير من تحقيق الشهرة بأقصر الطرق فضلاً عن كون الدور الرئيس لبعض الباحثين هو توفير العينات فقط ثم يُنعت - بعد ذلك - جهده هذا بأنه نوع من التعاون العلمي مع المراكز العالمية ١.

وقد أنشئ في مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية بنك مركزي لحفظ المعلومات المتعلقة بالمادة الوراثية وتنظيم الاستفادة منها وفق أسس مستمدة من الشريعة الإسلامية، بما يضمن حماية الحقوق الفردية للأشخاص والمجتمع. وتقوم مصارف المادة الوراثية والأنسجة المختلفة بربط أنظمتها آلياً بقواعد معلومات موحدة بمدينة الملك عبدالعزيز

١ د. إبراهيم برجس العبد الكريم : أمننا الجيني هل فات الأوان؟ مقال على الإنترنت

للعلوم والتقنية. وبعد استكمال إنشاء المصارف يتم توعية العاملين في القطاعات الصحية بأهمية حفظ عينات لجميع أنماط الأمراض في مصارف المنطقة.

إيجاد بنوك وراثية وبيع المعلومات الوراثية:

يُعتبر إيجاد بنوك وراثية في بلد ما أمراً ذا فائدة لمعرفة المخاطر والأضرار المحتملة، ولوضع سياسة صحية في هذا الجانب تعتمد على المعلومات الميدانية، بحيث تقوم الجهات المختصة بوضع السياسة الصحية المطلوبة لمعالجة تلك المشكلة والتي تختلف من منطقة إلى أخرى في تلك الدولة.

ولكن أمر البنوك الوراثية أيضاً يحتاج إلى حزم في تطبيق السرية الكاملة بالنسبة للأشخاص والقبائل والمجتمعات بحيث لا تتعرض للمخاطر والأضرار والوصمة الاجتماعية.

وتعتبر المادة الوراثية ملكاً للأمة ولا تستطيع شركة أو هيئة خاصة احتكارها وتسويقها. وهو ما يتم للأسف الشديد في الولايات المتحدة بصورة خاصة، باعتبار أن ذلك يشجّع البحث العلمي، ويشجّع الباحثين والشركات في هذا المجال لإيجاد فحوص جديدة تستطيع التعرف على مزيد من المورثات (الجينات) التي تحمل الاستعداد للعديد من الأمراض الوراثية.

وهناك نقاش حاد في الولايات المتحدة حول هذه النقطة، وقد اعتبر الجينوم البشري بأكمله ملكاً للإنسانية ولا يجوز احتكاره والتحكّم فيه وبيعه وتسويقه.

وبالتالي لا يجوز بيع المعلومات الوراثية لشركات متخصصة تبحث عنها لتقوم باحتكارها وتسويقها. وينبغي التنبه لما يتم من أبحاث في هذا المجال بين الدول النامية (العالم الثالث) والدول المتقدمة تكنولوجياً حيث تقوم الشركات الضخمة في تلك الدول بالاستفادة من المواد الوراثية الموجودة في العالم الثالث وإيجاد فحوص تحتكرها تلك الشركات للتعرف على تلك الجينات الممرضة أو المؤهبة للمرض ثم تقوم ببيعها إلى مختلف دول العالم بأثمان باهظة وتستفيد منها مالياً في مجالات متعدّدة.

وتستفيد هذه الشركات الاحتكارية العالمية مادياً بينما لا يستفيد الأشخاص الذين تمّ جمع مادتهم الوراثية ودراستها، كما لا تستفيد دولهم ومجتمعاتهم من هذه المكتشفات. وتقتضي أصول العدالة في البحث العلمي أن يكون المردود لأي مكسب مادي عادلاً وموزعاً بين الأشخاص الذين أُجري البحث عليهم ومجتمعاتهم والشركات الاحتكارية الكبرى.

كما أن أي علاج يكتشف لهذه الأمراض ينبغي أن يقدم مجاناً للأشخاص الذين أُجري عليهم البحث وبثمن رمزي لمجتمعاتهم، وهي في الغالب مجتمعات فقيرة لا تستطيع أن تقدم الثمن الباهظ الذي تطلبه تلك الشركات.

وهذا الأمر ينطبق على كل البحوث سواء كانت متعلّقة بالجينات أو غيرها من الأبحاث.

وينبغي بصورة خاصة أن تستفيد الدول الفقيرة في العالم الثالث من الأبحاث التي تُجرى على أرضها وسكانها، وذلك بالحصول على فوائد طبية من تلك الأبحاث، وعلى الحصول على العلاج إذا تمّ اكتشافه أو اختراعه بثمن رمزي لتلك الدولة التي ساهمت في الوصول إليه، وأن يحصل الأشخاص الذين اشتركوا في التجربة على العلاج لهذا المرض مجاناً.

ويجب تعويض أي فرد أو مجموعة أفراد تعرّضوا للضرر المادي أو المعنوي نتيجة هذه الأبحاث أو كشف معلومات عنهم أدّت إلى الضرر المادي أو الاجتماعي أو النفسي.¹

¹ أخلاقيات البحوث الطبية: د. محمد علي البار ود. حسان شمسي باشا، دار القلم، دمشق، مرجع سابق

توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية

عقدت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ندوة بعنوان "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية"، وذلك بمشاركة مجمع الفقه الإسلامي بجدة والمكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية بالإسكندرية والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة ، وذلك في الفترة من ٢٣ - ٢٥ جمادى الآخرة ١٤١٩هـ الذي يوافق ١٣ - ١٥ من شهر تشرين الأول/ أكتوبر ١٩٩٨م . وتوصلت الندوة في ختام عملها إلى التوصيات التالية :

أولاً : مبادئ عامة

(١) خلق الله الإنسان في أحسن تقويم ، وكرّمه على سائر المخلوقات ، وإن العبث بمكونات الإنسان وإخضاعه لتجارب الهندسة الوراثية بلا هدف أمر يتنافى مع الكرامة التي أسبغها الله على الإنسان مصداقاً لقوله تعالى : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ ﴾ (الإسراء : ٧٠) .

(٢) الإسلام دين العلم والمعرفة كما جاء في قوله تعالى : ﴿ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ (الزمر : ٩) ، وهو لا يحجر على العقل الإنساني في مجال البحث العلمي النافع ، ولكن حصيلة هذا البحث ونتائجه لا يجوز أن تنتقل تلقائياً إلى مجال التطبيقات العملية حتى تعرض على الضوابط الشرعية ، فما وافق الشريعة منها أجزى ، وما خالفها لم يجز . وإن علم الوراثة بجوانبه المختلفة هو - ككل إضافة إلى المعرفة - مما يحض عليه الإسلام ، وكان أولى بعلماء المسلمين أن يكونوا فيه على رأس الركب .

(٣) إن الحرص على الصحة والتوقي من المرض مما يوصي به الإسلام ويحض عليه ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ (البقرة : ١٩٥) ، " ومن يتوقّ الشر يوقه " . والتداوي في أصله مطلوب شرعاً لا فرق في ذلك بين مرض مكتسب ومرض وراثي . ولا يتعارض ذلك مع فضيلة الصبر واحتساب الأجر والتوكل على الله

(٤) لكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه أياً كانت سماته الوراثية .

(٥) لا يجوز إجراء أي بحث أو القيام بأي معالجة أو تشخيص يتعلق بمجين (جينوم) شخص ما ، إلا بعد إجراء تقييم صارم ومسبق للأخطار والفوائد المحتملة المرتبطة بهذه الأنشطة مع الالتزام بأحكام الشريعة في هذا الشأن ، والحصول على القبول المسبق والحر والواعي من الشخص المعني ، وفي حالة عدم أهليته للإعراب عن هذا القبول ، ويجب الحصول على القبول أو الإذن من وليه مع الحرص على المصلحة العليا للشخص المعني . وفي حالة عدم قدرة الشخص المعني على التعبير عن قبوله لا يجوز

إجراء أي بحوث تتعلق بمجينه (جينومه) ما لم يكن ذلك مفيدا لصحته فائدة مباشرة .

(٦) ينبغي احترام حق كل شخص في أن يقرر ما إذا كان يريد أو لا يريد أن يحاط علما بنتائج أي فحص وراثي أو بعواقبه

(٧) تحاط بالسرية الكاملة كافة التشخيصات الجينية المحفوظة أو المعدة لأغراض البحث أو لأي غرض آخر ، ولا تفضى إلا في الحالات المبينة في الندوة الثالثة من ندوات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بتاريخ ١٨ إبريل ١٩٨٧م حول سر المهنة .

(٨) لا يجوز أن يعرض أي شخص لأي شكل من أشكال التمييز القائم على صفاته الوراثية والذي يكون غرضه أو نتيجته النيل من حقوقه وحرياته الأساسية والمساس بكرامته .

(٩) لا يجوز لأي بحوث تتعلق بالمجين (الجينوم) البشري أو لأي من تطبيقات هذه البحوث، ولا سيما في مجالات البيولوجيا وعلم الوراثة والطب أن يعلو على الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية واحترام حقوق الإنسان والحرريات الأساسية والكرامة الإنسانية لأي فرد أو مجموعة أفراد .

(١٠) ينبغي أن تدخل الدول الإسلامية مضمار الهندسة الوراثية بإنشاء مراكز للأبحاث في هذا المجال ، تتطابق منطلقاتها مع الشريعة الإسلامية ، وتتكامل في ما بينها بقدر الإمكان ، وتأهيل الأطر البشرية للعمل في هذا المجال .

(١١) ينبغي على المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الاهتمام بتشكيل لجان تهتم بالجوانب الخلقية للممارسات الطبية داخل كل دولة من الدول الإسلامية تمهيدا لتشكيل الاتحاد الإسلامي للأخلاق الطبية في مجال التكنولوجيا الحيوية .

(١٢) ينبغي لعلماء الأمة الإسلامية نشر مؤلفات لتبسيط المعلومات العلمية عن الوراثة والهندسة الوراثية لنشر الوعي وتدعيمه عن هذا الموضوع .

(١٣) ينبغي للدول الإسلامية إدخال الهندسة الوراثية ضمن برامج التعليم في مراحلها المختلفة مع زيادة الاهتمام بهذه المواضيع بالدراسات الجامعية والدراسات العليا .

(١٤) ينبغي على الدول الإسلامية الاهتمام بزيادة الوعي بموضوع الوراثة والهندسة الوراثية عن طريق وسائل الإعلام المحلية مع بيان الحكم الإسلامي في كل موضوع من هذه المواضيع .

(١٥) تكليف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بمتابعة التطورات العلمية لهذا الموضوع وعقد ندوات مشابهة لاتخاذ التوصيات اللازمة إن جد جديد .

ثانيا - الجينوم (المجين) البشري :

إن مشروع قراءة الجينوم البشري وهو رسم خريطة الجينات الكاملة للإنسان ، هو جزء من تعرف الإنسان على نفسه واستكناه سنة الله في خلقه وإعمال للآية الكريمة : **﴿ سَتُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ ﴾** (فصلت : ٥٣) ومثيلاتها من الآيات ، ولما كانت قراءة الجينوم وسيلة للتعرف على بعض الأمراض الوراثية أو القابلية لها ، فهي إضافة قيّمة إلى العلوم الصحية والطبية في مسعاها لمنع الأمراض أو علاجها ، مما يدخل في باب الفروض الكفائية في المجتمع .

ثالثا : الهندسة الوراثية :

تدارست الندوة موضوع الهندسة الوراثية وما اكتتفها منذ ميلادها في السبعينات من هذا القرن من مخاوف مرتقبة إن دخلت حيز التنفيذ بلا ضوابط ، فإنها سلاح ذو حدين قابل للاستعمال في الخير أو في الشر .

ورأت الندوة جواز استعمالها في منع المرض أو علاجه أو تخفيف أذاه ، سواء بالجراحة الجينية التي تبدل جينا بجين أو تولج جينا في خلايا مريض ، وكذلك إيداع جين في كائن آخر للحصول على كميات كبيرة من إفراز هذا الجين لاستعماله دواء لبعض الأمراض ، مع منع استخدام الهندسة الوراثية على الخلايا الجنسية **germ cells** لما فيه من محاذير شرعية

وتؤكد الندوة على ضرورة أن تتولى الدول توفير مثل هذه الخدمات لرعاياها المحتاجين لها من ذوي الدخل المتواضعة نظرا لارتفاع تكاليف إنتاجها.

وترى الندوة أنه لا يجوز استعمال الهندسة الوراثية في الأغراض الشريرة والعدوانية ، أو في تخطي الحاجز الجيني بين أجناس مختلفة من المخلوقات ، قصد تخليق كائنات مختلطة الخلقة ، بدافع التسلية أو حب الاستطلاع العلمي .

كذلك ترى الندوة أنه لا يجوز استخدام الهندسة الوراثية سياسة لتبديل البنية الجينية في ما يسمى بتحسين السلالة البشرية ، وأي محاولة للعبث الجيني بشخصية الإنسان أو التدخل في أهليته للمسئولية الفردية أمر محظور شرعا .

وتحذر الندوة من أن يكون التقدم العلمي مجالا للاحتكار والحصول على الربح هو الهدف الأكبر ، مما يحول بين الفقراء وبين الاستفادة من هذه الإنجازات ، وتؤيد توجه الأمم المتحدة في هذا المجال في إنشاء مراكز للأبحاث للهندسة الوراثية في الدول النامية وتأهيل الأطر البشرية اللازمة وتوفير الإمكانيات اللازمة لمثل هذه المراكز ولا ترى الندوة حرجا شرعيا باستخدام الهندسة الوراثية في حقل الزراعة وتربية الحيوان ، ولكن الندوة لا تهمل الأصوات التي حذرت مؤخرا من احتمالات حدوث أضرار على المدى البعيد تضر

بالإنسان أو الحيوان أو الزرع أو البيئة . وترى أن على الشركات والمصانع المنتجة للمواد الغذائية ذات المصدر الحيواني أو النباتي أن تبين للجمهور ما يعرض للبيع مما هو محضر بالهندسة الوراثية ليتم الشراء عن بيعة . كما توصي الندوة الدول باليقظة العلمية التامة في رصد تلك النتائج ، والأخذ بتوصيات وقرارات منظمة الأغذية والأدوية الأميركية ومنظمة الصحة العالمية ومنظمة الأغذية العالمية في هذا الخصوص .

توصي الندوة بضرورة إنشاء مؤسسات لحماية المستهلك ونوعيته في الدول الإسلامية .

رابعا : البصمة الوراثية :

تدارست الندوة موضوع البصمة الوراثية ، وهي البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه . والبصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية ، والتحقق من الشخصية ولا سيما في مجال الطب الشرعي . وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية ، وتمثل تطورا عصريا ضخما في مجال القيادة الذي تعتد به جمهرة المذاهب الفقهية ، على أن تؤخذ هذه القرينة من عدة مختبرات .

أما بالنسبة لإثبات النسب بهذه الوسيلة ونظرا لما يخالط هذا الموضوع من آراء فقهية تدعو الحاجة لتعميق الدراسة في جوانبها المختلفة ، فقد رأت المنظمة عقد حلقة نقاشية من المختصين من الفقهاء والعلماء للوصول إلى توصيات مناسبة حول الموضوع .

خامسا : الإرشاد الوراثي (الإرشاد الجيني) :

الإرشاد الجيني genetic counseling يتوخى تزويد طالبيه بالمعرفة الصحيحة والتوقعات المحتملة ونسبتها الإحصائية تاركا اتخاذ القرار تماما لذوي العلاقة في ما بينهم وبين الطبيب المعالج ، دون أي محاولة للتأثير في اتجاه معين. وقد تدارست الندوة هذا الموضوع وأوصت بما يلي :

(أ) ينبغي تهيئة خدمات الإرشاد الجيني للأسر أو المقبلين على الزواج على نطاق واسع وتزويدها بالأكفاء من المختصين مع نشر الوعي وتثقيف الجمهور بشتى الوسائل لتعم الفائدة.

(ب) لا يكون الإرشاد الجيني إجباريا ، ولا ينبغي أن تفضي نتائجه إلى إجراء إجباري .

(ج) ينبغي حيطة نتائج الإرشاد الجيني بالسرية التامة .

(د) ينبغي توسيع مساحة المعرفة بالإرشاد الجيني في المعاهد الطبية والصحية والمدارس وفي وسائل الإعلام والمساجد بعد التحضير الكافي لمن يقومون بذلك .

(٥) لما كانت الإحصاءات تدل على أن زواج الأقارب (رغم أنه مباح شرعا) مصحوب بمعدل أعلى من العيوب الخلقية ، فيجب تثقيف الجمهور في ذلك حتى يكون الاختيار على بصيرة ، ولا سيما الأسر التي تشكو تاريخا لمرض وراثي .

سادسا : الأمراض التي يجب أن يكون الاختبار الوراثي فيها إجباريا أو اختياريا :

- (١) السعي إلى التوعية بالأمراض الوراثية والعمل على تقليل انتشارها .
- (٢) تشجيع إجراء الاختبار الوراثي قبل الزواج وذلك من خلال نشر الوعي عن طريق وسائل الإعلام المسموعة والمرئية والندوات والمساجد .
- (٣) تتأشد السلطات الصحية بزيادة أعداد وحدات الوراثة البشرية لتوفير الطبيب المتخصص في تقديم الإرشاد الجيني وتعميم نطاق الخدمات الصحية المقدمة للحامل في مجال الوراثة التشخيصية والعلاجية بهدف تحسين الصحة الإنجابية .
- (٤) لا يجوز إجبار أي شخص لإجراء الاختبار الوراثي .

الفهرس

الصفحة	الموضوع
١	• مقدمة
3	• الفصل الأول : الجينوم البشري
٣	• مشروع الجينوم
٤	• أهداف المشروع
٥	• ما هي تطبيقات الجينوم البشري المحتملة
٥	• هل في المشروع ثورة طبية
٦	• الجينوم والأخلاقيات
٧	• حكم استخدام الجينوم البشري
٨	• الفصل الثاني : الهندسة الوراثية (genetic engineering)
٩	• مخاطر الهندسة الوراثية
١٠	• حرب الجينات
١١	• هل يمكن لدولة أن تبيع أسرار شعبها لإحدى الشركات ؟
١٢	• قرار المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي
١٣	• الفصل الثالث : الوراثة والقرابة
١٣	• الأمراض الوراثية
١٤	• القسم الأول : الأمراض المتعلقة بالكروموسومات (الصبغيات)
١٣	• القسم الثاني : الأمراض الناتجة عن خلل في الجينات
١٤	• القسم الثالث : الأمراض المتعددة الأسباب
١٤	• القسم الرابع : مجموعة من الأمراض المتفرقة والتي يصعب حصرها
١٤	• علاقة الأمراض الوراثية بالقرابة
١٧	• الفصل الرابع : الفحص الطبي الوراثي قبل الزواج
١٨	• أهمية الفحص الطبي الوراثي قبل الزواج
١٨	• الأهداف المرجوة من الفحص الطبي الوراثي قبل الزواج
١٨	• أنواع الفحص الطبي
١٩	• الأمراض الوراثية التي يمكن فحصها بصفة عامة
٢٠	• اعتراضات على إجراء الفحص الطبي
٢٠	• أخيار الخاطبين
٢١	• الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية
٢١	• حكم الفحص الطبي الوراثي قبل الزواج
٢٢	• ما حكم كشف سر الفحص الجيني
٢٥	• الفصل الخامس : الفحص الجيني بعد الزواج
٢٥	• الفحص الجيني قبل الحمل

٢٥	• آثار الفحص الجيني قبل الحمل
٢٦	• الفحص الجيني أثناء الحمل
٢٦	• فحص السائل الأمنيوسي
٢٧	• أخذ عينة من المشيمة
٢٧	• أخذ عينة دم من الحبل السري
٢٧	• حكم الفحص الجيني أثناء الحمل
٢٨	• الفصل السادس : العلاج الجيني
	• طرق العلاج الجيني
٢٩	• منافع العلاج الجيني
٣٠	• سلبيات العلاج الجيني وأخطاره
٣٠	• أنواع العلاج الجيني
٣٠	• نقل الجين إلى الخلايا الجنسية (التتاسلية)
٣١	• حكم نقل الجين من أحد الزوجين لغرض علاجي
٣١	• حكم نقل الجين من أحد الزوجين لغرض غير علاجي
٣١	• حكم نقل الجين من غير الزوجين
٣٢	• نقل الجين إلى الخلايا الجسدية
٣٢	• حكم نقل الجين إلى الخلايا الجسدية
٣٣	• الضوابط الشرعية التي ينبغي في إطارها مباشرة العلاج الجيني
٣٥	• الفصل السابع : الأبحاث الوراثية
٣٥	• الأبحاث في مجال الوراثة والجينات (المورثات)
٣٨	• الحفاظ على سرية المعلومات في الأبحاث الوراثية
٣٩	• الاختبارات الوراثية
٣٩	• أهمية سرية المعلومات عن الفرد والقبيلة والمجتمع في الأبحاث الوراكية والجينية
٤٠	• بنوك المعلومات الوراثية
٤١	• إيجاد بنوم وراثية وبيع المعلومات الوراثية
٤٣	• توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية
٤٨	• الفهرس

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار رقم ١٩٣ (٢٠/٨)

بشأن

الهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني من المنظور الإسلامي

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهراة (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من ٢٦ شوال إلى ٢ من ذي القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١٣ - ١٨ سبتمبر (أيلول) ٢٠١٢م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى أمانة المجمع في موضوع: **الهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني**، وعلى التوصيات الصادرة عن الندوة الطبية الفقهية الحادية عشرة التي انعقدت بالتعاون بين مجمع الفقه الإسلامي الدولي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت حول موضوع **الهندسة الوراثية والعلاج الجيني من المنظور الإسلامي** عام ١٤١٩ هـ الموافق ١٩٩٨، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،

قرر ما يأتي:

أولاً: تأجيل البت في هذا الموضوع إلى دورة قادمة للمجمع.

ثانياً: يعهد لأمانة المجمع بعقد ندوة متخصصة لدراسة الموضوع دراسة وافية ورفع ما تخرج به من توصيات إلى مجلس المجمع في دورة قادمة.

والله أعلم



الدورة العشرون

لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدات)

إعداد

أ.د محمد بن يحيى بن حسن النجيمي

الأستاذ بالمعهد العالي للقضاء

المملكة العربية السعودية

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

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 محمد عبده ورسوله صلى الله عليه وسلم .أما بعد .

فإن الدراسات المتعلقة بالقضاء من أهم الدراسات المعاصرة التي نحتاج إليها حالياً والذي تتسارع فيه المستجدات وتتغير الظروف الطارئة على الناس ولا بد للقاضي الإحاطة بتلك التغيرات ويكون القضاء على معرفة بما استجد من قرائن وأدلة ، وهذا البحث الذي أتقدم به للمجمع الفقهي الدولي في دورته العشرين هو في هذا السياق وهو النظر في إثبات دعاوى بقرائن جديدة يتغير الحكم بها ، وبها تحفظ الأنفس والأعراض والأموال والنسل وقبل هذا يحفظ للمرء دينه .

إن معالجة كثير من الأدلة المعاصرة يحتاج لمثل هذه الدراسات والأبحاث وقد شرعت بتوفيق الله تعالى وكتبت بحثاً في هذا الموضوع يحتوي على مقدمة فيها بيان سبب الموضوع وتمهيد في تعريف القرائن وحجيتها ، ومبحثان ، الأول في القرائن القديمة عند الفقهاء ، والثاني في القرائن المعاصرة ، وخاتمة فيها أهم النتائج ، وفهارس وقائمة بالمراجع . وفي الختام نسأل الله تعالى أن يوفق لما يحبه ويرضى .والله أعلم وأعلى وأجل .

تمهيد

في تعريف القرائن وأقسامها وحجيتها

تعريف القرينة:

لغة: مؤنث القرين وجمعها قرائن من المقارنة وهي الملازمة و المصاحبة قال تعالى "وقال قرينه هذا ما لدي عتيد" وقال "ومن يعيش عن ذكر الرحمن نقيض له شيطانا فهو له قرين". أي ملازم ومصاحب. وقرن الشيء بالشيء وصله وشده "ترى المجرمين يومئذ مقرنين في الأصفاد" أي مكتفين مشدودين.

واصطلاحا: لم يعرفها الفقهاء الأوائل لكن أشاروا لها في الدعاوى والبيانات وعنوا بها العلامة والأمانة.

وعرفها المتأخرون منهم فقالوا : **أمر يشير إلى المطلوب.**

وهذا التعريف: ١- غير جامع لأنه عرف القرينة عموما في اللغة. ٢- أنه مبهم لم يبين حقيقة القرينة بل أشار للقرينة الضعيفة التي دلالتها مجرد إشارة.

وعرفها الزرقا : كل أمانة ظاهرة تقارن شيئا خفيا فتدل عليه. وعليه ما على السابق. مع ما فيه من دور لاستخدامه تقارن. كما أنه عرف القرينة بالأمانة وهما مترادفان . وعرفتها مجلة الأحكام العدلية: القرينة القاطعة: هي الأمانة البالغة حد اليقين.

وهو غير جامع لأنه حصرها في القاطعة. وعرفها بالمرادف.

وعرفها شلتوت: الأمانة التي يفهمها القاضي مقارنة للحق دالة عليه. ويؤخذ عليه ما سبق .

وقيل: الأمانة التي نص عليها الشارع أو استتبها أئمة الشريعة باجتهادهم أو استتجها القاضي من الحادثة وظروفها وما يكتنفها من أحوال. وهو قاصر.

والتعريف المختار: هو تعريف الزرقاء مع تعديله فيكون: كل أمر ظاهر يصاحب شيئا خفيا فيدل عليه.

وهذا جامع مانع مثال: سكوت البكر قرينة رضاها والرضا أمر خفي دل عليه قرينة ظاهرة هي السكوت.

أقسام القرائن:

(١) باعتبار مصدرها أو الجهة المستخلصة منها:

(أ) نصية:

ثابتة بالكتاب أو السنة ، كقوله تعالى : ﴿ إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلِ فَصَدَقْتَ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبْتَ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿ ، فشق القميص

من الخلف قرينة على صدق يوسف وكذب المرأة وقوله ﷺ: ﴿ **إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّمُتَوَسِّمِينَ** ﴾ K والتوسم هو التفلع من الوسم وهو العلامة وهو العلامة. والسنة: عن عائشة رضي الله عنها قالت دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو مسرور فقال يا عائشة ألم تري أن مجززا المدلجي دخل فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رأسيهما وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض. متفق عليه.

(ب) فقهية:

ما استتبطها الفقهاء باجتهادهم واستدلوا بها ومثالها:

- (١) منع المدين المفلس من التصرف في ماله المحجور عليه لقرينة سوء القصد لاحتمال تلجئة أمواله أو يؤجرها بقصد إخفائها فأجاز الجمهور خلافا للحنفية وابن حزم الحجر على المدين المفلس.
- (٢) قولهم في الركاز: إن كان عليه علامة المسلمين فهو كنز وإن علم بعلامة الصليب أو بصورة أو اسم ملك من ملوك الروم فهو ركاز.
- (٣) قبول قول المرأة في الاستكراه على الزنا إن وجدت أمانة تدل عليه كالصياح والاستغاثة.

(ج) قضائية:

هي ما استتبطه القاضي بفطنته من أحوال المدعي والمدعى عليه وظروف الدعوى ولا بد من ضبط تلك القرائن بالشرع. قال ابن القيم: "هذه مسألة كبيرة عظيمة النفع جليلة القدر إن أهملها الحاكم أو الوالي أضع حقا كثيرا وأقام باطلا كثيرا وإن توسع فيها وجعل معوله عليها دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد." وقال: "ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم:

أحدهما فهم الواقع والفقه فيه واستتباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما والنوع الثاني فهم الواجب في الواقع وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع ثم يطبق أحدهما على الآخر"

عناصر القرينة القضائية:

- (١) المادي: وهو الواقعة الثابتة التي يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى تبعا لسلطته ليستخلص منها قرائنه القضائية.
- (٢) المعنوي: أن يستتبط من تلك الوقائع الثابتة قرائن تدل على المجهول. وبهذا فالقرائن القضائية دليل في إثبات يقين القاضي للوصول للحكم الصحيح. وهي كثيرة متعددة بتعدد الدعوى ومن أمثلتها:

(أ) ادعى رجل أنه سلم غريماً له مالا وديعة فأنكره فقال له القاضي أين سلمته إياه قال بمسجد ناء عن البلد قال اذهب فجئني منه بمصحف أحلف عليه فمضى واعتقل القاضي الغريم ثم قال له أترأه بلغ المسجد قال لا فألزمه بالمال.

(ب) قصة أبي خازم الحنفي القاضي وفيها "فقال القاضي: إنني أعرف في أكثر الأحوال في وجوه الخصوم وجه المحق من المبطل وقد صارت لي بذلك دربة لا تكاد تخطئ".

(٢) تقسيمها باعتبار علاقتها بمدلولها:

(أ) قرائن عقلية: وهي ما تكون العلاقة بينها وبين مدلولها ثابتة لا تتغير في جميع الظروف كوجود الحمل من غير المتزوجة قرينة الزنا. والجرح قرينة الآلة في القتل. ولهذا القرائن الشرعية غالباً عقلية وليست عرفية لأنها ثابتة لا تتغير.

(ب) قرائن عرفية: تكون العلاقة فيها راجعة للعرف والعادة وهي غير ثابتة كشراء شاة يوم الأضحى قرينة الأضحية وشراء الصائغ خاتماً قرينة التجارة.

(٣) تقسيمها بحسب قوتها في الإثبات:

القرينة في الإثبات توصل بين الأمور الثابتة وما يستتج منها لكشف واقعة مبهمة وهي ليست بدرجة واحدة فتنقسم إلى:

(أ) قرينة دلالتها قوية: وهي أمانة يقينية تصير الأمر مقطوعاً به. كخروج رجل من دار بسكين عليها دماء مضطرباً خلف في الدار قتيلاً وليس فيها غيرهما فهذه قرينة قطعية على أنه القاتل واحتمال غيره بعيد. والقرينة التي قامت على غلبة الظن لأن طرق الإثبات مهما قويت فهي ظنية واليقين قليل تحققه وقوة القرينة في حصول الطمأنينة بها.

(ب) ضعيفة: وهي ما تقبل إثبات عكسها. ولا يكفي الاعتماد عليها بل تحتاج لقرائن أخرى. مثالها: كالزوجين تنازعا في متاع البيت فالقرينة هنا اليد فكلاهما مالك لكن لا تكفي هذه القرينة فيلجأ لقرينة المناسبة فما ناسب الرجل كالعمائم يقبل قوله وما ناسب المرأة كالحلي والمغازل فيقبل قولها فيه وما يصلح لهما يقسم.

(ج) الكاذبة: مالا تفيد شيئاً من العلم ولا الظن كقصة يوسف "وجاءوا على قميصه بدم كذب" فالدم على القميص دليل لهم يصدق دعواهم بأكل الذئب له لكنها قرينة كاذبة لمعارضتها قرينة أقوى منها وهي استحالة عدم تمزق القميص مع الافتراس لذا قال عليه السلام "بل سولت لكم أنفسكم أمراً" فقطع بكذبهم.

فالمعتبر من القرائن ما كان قويا في دلالته على الحق والضعيف مفتقر لأخرى وهو مرجح لجانب على آخر والكاذبة لا يلتفت لها.

حكم العمل بالقرائن:

عمل بها أئمة المذاهب الأربعة والقضاء لا يمكن أن يستغني عنها فلا يبرأ المتهم مطلقا إلا إن لم يكن مستند لاتهامه ولم تذكر القرائن في طرق الإثبات لحاجتها لذكاء وفطنة حتى لا تكون وسيلة للظلم لذلك وقع الخلاف في اعتبارها من وسائل الإثبات على قولين:

- (١) جواز العمل بها قال به من الحنفية: ابن الغرس وابن عابدين والطرابلسي ومن المالكية ابن فرحون وابن جزى ومن الشافعية العزواين أبي الدم ومن الحنابلة ابن القيم. ومن سبق من الفقهاء لم يعدوها صراحة من طرق الإثبات لكنهم عملوا بها عمليا كالزليعي والكاساني من الحنفية والماوردي من الشافعية وابن قدامة وابن تيمية وابن رجب من الحنابلة ولا يخلو كتاب فقه من اعتبار القرينة.
- (٢) منع العمل بالقرائن: قاله بعض متأخري الحنفية كالرمللي ومحمد بن عابدين ومن المالكية القرافي.

أدلة المجيزين : استدلو بما يلي:

(١) الكتاب: "وجاءوا على قميصه بدم كذب." ووجه الدلالة: أن يعقوب عليه السلام اعتمد القرينة في كذبهم وهذه القرينة هي:

- (أ) عدم تمزق قميص يوسف عليه السلام قرينة كذبهم في افتراس الذئب لهم.
 - (ب) علمه السابق بأنهم يضمرون له الحسد "قال يا بني لا تقصص رؤياك على إخوتك فيكيدوا لك كيدا".
 - (ج) اضطرابهم بعدما أنكر عليهم فقال بعضهم قتله اللصوص فأجابهم كيف تركوا قميصه وهم أحوج إليه من قتله. فهذه أقوى من قرينة الدم لظهورها.
- (٢) قال تعالى "وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين" فالقرائن فصلت في تبيين المتهم من البريء لأن جهة شق القميص تكون تبعا للجهة التي شد منها فإذا شد من الخلف كان تمزيقه من الخلف وأيضا إذا شد من الخلف كان صاحبه مدبرا غالبا وهكذا في عكسه فتميز بقدر القميص الصادق في الدعوى من الكاذب فالقدر قرينة مرجحة قررها الله تعالى لذا احتج بها من قال بالأمارات كما قال ابن الغرس. واعترض على هذين الدليلين بأنه شرع من قبلنا وهو ليس شرعا لنا.

الجواب:

- (أ) كل ما قصه الله علينا وأنزله هو لفائدة ومنفعة وقال "فبهذا هم اقتده".
- (ب) الجمهور يرونه حجة ما لم يرد دليل يمنع أو ناسخ ولم يرد ما ينسخ ولا دليل يمنع من الاستدلال بهاتين الآيتين بل ورد اعتبار القرائن في شرعنا بالسنة.

(٣) قال تعالى : ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِي الْأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُمْ بِسَيِّمَاتِهِمْ لَا يُسْأَلُونَ النَّاسَ إِحْصَاءً ﴾^(١) ،
للفقراء الذين أحصروا في سبيل الله لا يستطيعون ضربا في الأرض يحسبهم الجاهل
أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم لا يسألون الناس إحصاء.. فيها دليل جواز العمل
بالقرائن من وجهين:

(أ) جعل تعفف الفقراء عن السؤال مع القدرة عليه قرينة على الغنى لمن جهل
حالهم.

(ب) قوله : ﴿ تَعْرِفُهُمْ بِسَيِّمَاتِهِمْ ﴾ ، أي بعلامتهم التي تظهر عليهم من أثر الجهد
والتواضع وضعف البنية فهذه قرينة اعتبرها دليل فقرهم. فليسيما أثر في اعتبار
ما يظهر فمن مات وعليه زنار غير مختون في ديار الإسلام فلا يدفن مع
المسلمين فزناره قرينة

(٤) ومثل تلك الآية كثير : ﴿ وَ لَوْ نَشَاءُ لَأَرَيْنَاكُمْ فَلَعَرَفْتَهُمْ بِسَيِّمَاتِهِمْ وَلَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي
لَحْنِ الْقَوْلِ ﴾ ، و ﴿ وَعَلَى الْأَعْرَافِ رِجَالٌ يَعْرِفُونَ كُلًّا بِسَيِّمَاتِهِمْ ﴾ ، و ﴿ سَيِّمَاتِهِمْ
فِي وُجُوهِهِمْ مِّنْ أَثَرِ السُّجُودِ ﴾ ، و ﴿ يُعْرِفُ الْمُجْرِمُونَ بِسَيِّمَاتِهِمْ ﴾ ، فهذه كلها
تجوز الأخذ بالقرائن.

(٥) قوله تعالى : ﴿ وَعَلَامَاتٍ وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ ﴾ . فالنجوم وضعت علامات للاهتداء
فكذا القرائن تهدي للحكم.

(٦) قوله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ فجعل الشرع القرء علامة
على عدم الحمل وهو قرينة.

(٧) قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا تُلِيَتْ عَلَيْهِمْ آيَاتُنَا بَيِّنَاتٍ تَعْرِفُ فِي وُجُوهِ الَّذِينَ كَفَرُوا الْمُنْكَرَ ﴾
فظهر المنكر من العبوس والتبرم على وجوه الكافرين حين تلاوة الآيات عليهم قرينة
على بغضهم للإسلام. فهذا عمل بالقرينة الظاهرة وجعلها حجة شرعية.

(٨) وقال تعالى : ﴿ وَقَالَ لَهُمْ نَبِيُّهُمْ إِنَّ آيَةَ مُلْكِهِ أَنْ يَأْتِيَكُمُ التَّابُوتُ فِيهِ سَكِينَةٌ مِّنْ رَبِّكُمْ ﴾
فرجوع التابوت لبني إسرائيل قرينة على صدق نبيهم. وهذا أمانة شرعية حجة.

(٩) وقال عز وجل : ﴿ وَقُلِ الْحَمْدُ لِلَّهِ سَيُرِيكُمْ آيَاتِهِ فَتَعْرِفُونَهَا ﴾ و ﴿ سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي
الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ ﴾ و ﴿ وَفِي الْأَرْضِ آيَاتٌ لِلْمُوقِنِينَ ﴾ و ﴿ فِي
أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ ﴾ . فالآيات في الكون تدل على توحيد الله تعالى فوجب الانقياد
لشرعه.

(١) البقرة : ٢٧٣ .

(١٠) قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأُزْوَاجِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ وَنِسَاءَ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَيْنَ ﴾ . فالحجاب أمانة العفة والحرية فلا طمع.

أدلة المجيزين للعمل بالقرائن من السنة:

(١) حديث زيد بن خالد الجهني قال "جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشانك". فرتب رد اللقطة لصاحبها على وصف العفاص والوكاء وهذا تنزيل الوصف مقام البينة وحكم بالقرائن. واعترض: بأن الأوصاف تتشابه فلا تيقن في معرفة الحق فلا بد من البينة.

وأجيب:

(١) اتفق الفقهاء على اعتبار العفاص حجة لرد اللقطة لصاحبها. لكن اختلفوا في الإلزام بتلك القرينة فيجبر على الأداء بها دون بينة أم لا يجبر؟ والحديث صريح في رد اللقطة بالعفاص والوكاء وهو اعتبار القرائن أدلة. ومالك الشيء أعرف به وأجرى المالكية السرقة على حكم اللقطة فحكموا بدفع الشيء المسروق لمن يدعيه ويذكر صفته.

(٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كانت امرأتان معهما ابناهما فجاء الذئب فذهب بابن إحداهما فقالت صاحبته إنما ذهب بابنك وقالت الأخرى إنما ذهب بابنك فتحاكمتا إلى داود عليه السلام فقضى به للكبرى فخرجتا على سليمان بن داود عليهما السلام فأخبرته فقال اتتوني بالسكين أشقه بينهما فقالت الصغرى لا تفعل يرحمك الله هو ابنها فقضى به للصغرى. الشيخان وجه الدلالة: أن سليمان عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام استدل من قرينة رفض الصغرى شق الطفل أنها أمه للشفقة ورضى الكبرى أنها ليست أمه وقدم تلك القرينة على إقرارها وقولها هو ابنها ورسول الله صلى الله عليه وسلم أقر وسكت. ولا يعترض على هذا بأنه شرع من قبلنا. فهو شرع لنا ما لم ينسخه شرعنا ولا دليل على اختصاصه بهم ودليل تلك القرينة العقل الذي عرف فطرة الناس وشفقة الأم على ولدها وهي لا تختلف في أي شرع قال ابن حجر فيه: جواز استعمال الحيل في الأحكام لاستخراج الحقوق. وتوسع ابن القيم قال: ولم يزل حذاق الحكماء يخرجون الأحكام بالفراسة والأمانة.

(٣) عن عبد الرحمن بن عوف قال بينا أنا واقف في الصف يوم بدر فنظرت عن يميني وشمالي فإذا أنا بغلامين من الأنصار حديثا أسنانهما تمنيت أن أكون بين أضلع منهما فغمزني أحدهما فقال يا عم هل تعرف أبا جهل قلت نعم ما حاجتك إليه يا ابن أخي قال أخبرت أنه يسب رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده لئن رأيته لا يفارق سوادى سواده حتى يموت الأعجل منا فتعجبت لذلك فغمزني الآخر فقال لي

مثلها فلم أنشب أن نظرت إلى أبي جهل يجول في الناس قلت ألا إن هذا صاحبكما الذي سألتماني فابتدراه بسيفيهما فضرباه حتى قتلاه ثم انصرفا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبراه فقال أيكما قتله قال كل واحد منهما أنا قتلته فقال: هل مسحتما سيفيكما قال لا فنظر في السيفين فقال كلاكما قتله سلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح.

وجه الاستدلال:

قضاء النبي بالسلب لمعاذ بن عمرو بن الجموح دون صاحبه لأنه أكثر إثخانا وأعمق ضربا لما نظر في سيفيهما فاستدل بالقرينة على الحكم.

(٤) عن هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا يا رسول الله وكيف إذن قال أن تسكت. م. ع. ووجه الدلالة: اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم سكوت البكر دليلا على رضاها لما عرف من حياتها. فإن اعترض على أن السكوت قد يكون خوفا أو هيبة. قيل إن السكوت هو قرينة الرضا بالخاطب غالبا لا مطلقا .

(٥) عن عائشة ، رضي الله عنها قالت إن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل علي مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال ألم تري أن مجززا نظر أنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض. ووجه الدلالة: فرح النبي صلى الله عليه وسلم بإحراق نسب أسامة لزيد من مجزز المدلجي بقرينة التشابه بين الأرجل مع تغطية وجوههما واختلاف الألوان وفرحه تقرير للأخذ بالقرينة.

(٦) قصة الملاعنة وفيها: ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انظروا فإن جاءت به أسحم أدعج العينين عظيم الأليتين خدلج الساقين فلا أحسب عويمرا إلا قد صدق عليها وإن جاءت به أحيمر كأنه وحره فلا أحسب عويمرا إلا قد كذب عليها فجاءت به على النعت الذي نعت به رسول الله صلى الله عليه وسلم من تصديق عويمر فكان بعد ينسب إلى أمه. ووجه الدلالة: اعتبار الشبه في ثبوت لحوق النسب.

واعترض على هذا الدليل: لا دلالة فيه لأنه صلى الله عليه وسلم لم يحكم بالشبه مع وجود الشبه ولم يحد المرأة فالشبه ملغى في الأنساب.

الجواب:

قول النبي صلى الله عليه وسلم أبصرو هادليل وإرشاد للعمل بالقافة وأن الشبه له مدخل في الحكم ولذلك فقال فهو لعويمر وتقديم اللعان على الشبه ليس إلغاء للشبه مطلقا بل تقديم الأقوى والشبه حجة ما لم يعارض. وترك الحد للأيمان قال لولا الأيمان لكان لي ولها شأن. وإن ضعف الشبه عن إقامة الحد لا يضعف عن إحراق النسب. والنسب ليس

كالزنا لا يثبت الحد إلا بأقوى البيئات وهو الإقرار أو أكثرها عددا بل النسب يثبت بقول امرأة واحدة عند الحنفية والحنابلة بل بمجرد الدعوى. فلا يستوي إقامة الحد ونفي الشبه.

(٧) عن عطية القرظي يقول: عرضنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم قريظة فكان من أنبت قتل ومن لم ينبت خلي سبيله. أحمد.

وجه الدلالة:

جعل الشرع الإنبات علامة على البلوغ. اعترض على هذا: بأن الإنبات لو جعل علامة للبلوغ لأدى لكشف العورات وهو ممنوع فلا يصح الإنبات قرينة. الجواب: أبيح ذلك للحاجة وللضرورة كالمرأة إذا مرضت لكن الضرورة تقدر بقدرها.

(٨) عن جابر بن عبد الله قال أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقلت له إنني أردت الخروج إلى خيبر فقال إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته. فهذا دليل على اعتبار القرينة وأقام الشارع العلامة مقام الشاهد. فترك العمل بالقرائن مظنة ضياع الحقوق بل بعضها يقوي ليصل لدرجة الشهادة والإقرار.

الإجماع:

استدل المجيزون للعمل بالقرائن بالإجماع: حكى ابن قدامة الإجماع على العمل بالقرائن عن الصحابة: "هذا قول سادة الصحابة ولم يظهر لهم في عصرهم مخالف فيكون إجماعاً"

المعقول:

استدلوا بالمعقول كذلك من وجوه:

(١) القرائن داخلية في نطاق البينة لأن البينة هي الحجة لغة واصطلاحاً اسم لكل ما يبين الحق ويوضحه ويظهره. والبينة اسم لما يبين الحق. ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد لم يوفها حقها والبينة لم تحصر في الشاهدين بل هي الحجة والبرهان والدليل "قل إنني على بينة من ربي" وقوله البينة على المدعي هو ما يصح دعواه ويبين أن الحق له كدلالة الحال والشهود وقد تقوى الدلالة على الشهود قال ابن تيمية: والأصل عند جمهورهم أن اليمين مشروعة في أقوى الجانبين والبينة اسم لما يبين الحق.

(٢) ترك أعمال القرائن مضيعة للحقوق وهذا فتح باب شر فالمرء قد يترك الجريمة مخافة الاستدلال عليه بالقرينة التي خلفتها جريمته والعدل لم يحصر طريقه بل كل طريق أبان واستخرج العدل فثم شرع الله. والعبرة هي إظهار الحق ولا يتوقف على طريق بعينه كمن معه عمامة وعلى رأسه عمامة وخلفه مكشوف رأسه يجري خلفه ليس عادته كشف رأسه فقرينة الحال تقدم بينة اليد.

أدلة المانعين العمل بالقرائن:

(١) عن أبي هريرة أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ولد لي غلام أسود ، فقال : هل لك من إبل قال نعم قال ما ألوانها قال حمر قال هل فيها من أورك قال نعم قال فأنى ذلك قال لعله نزع عرق قال فاعل ابنك هذا نزع. ووجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعتبر قرينة الشبه في اختلاف اللون بين الولد وصاحب الفراش. وهذا إلغاء لها. الجواب: ألغى قرينة الشبه لوجود قرينة الفراش الأقوى منها في ثبوت النسب وأيضا الحديث لم يلغ الشبه بل أحال على شبه آخر وهو نزع العرق وهو أليق بالفراش.

(٢) عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها وجهه الدلالة: أنه لو جاز العمل بالقرينة لرجم المرأة لوضوح قرينة الزنا.

الجواب وجهان:

١. ترك الحد ليس لعدم اعتبار القرينة من طرق الإثبات بل دل الدليل على اعتبار القرائن وهذه القرينة الدالة على الزنا ليست قوية لخصوصية الزنا واعتماده على أقوى القرائن وأكثر الشهود عدداً وقد قال صلى الله عليه وسلم "فقد ظهر منها الريبة والريبة هي التهمة والشك ولا تصلح دليلاً للحد بل صارت شبهة يدرأ بها الحد والحدود تدرا بالشبهات.

(٢) لو سلمنا بأن الحديث يمنع من العمل بالقرائن فلا يمنع مطلقاً بل غايته المنع في الحدود فقط ويبقى إعمال القرائن في غير الحدود كالحقوق لثبوت الفرق بين الحدود والحقوق فالحدود تدرا بالشبهات والحقوق ليست كذلك.

(٣) واستدلوا بالمعقول من وجهين: أ- بأن القرائن تقوم على الظن والتخمين وليس دليلاً قال تعالى "إن يتبعون إلا الظن وما تهوى الأنفس" و"إن الظن لا يغني عن الحق شيئاً" وقال صلى الله عليه وسلم "إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث" الجواب عن هذا الوجه: أن الظن هو الضعيف الذي يقوم على الشك وليس كل الظن مذموماً بل بعضه "إن بعض الظن إثم" وصدق الظنون غالب وكذبها نادر فلو ترك العمل بها خوف النادر لتعطلت مصالح والظن يذم العمل به في موضع العلم كمعرفة الله تبارك وتعالى والنهي ليس عن كل ظن بل بعضه. والقرائن المعتبرة هي المفيدة لغلبة الظن وهو ملحق باليقين في وجوب العمل والحاجة داعية لقبول الحجة الظنية قضاء وإن لم نصر لهذا اقتضي أمرين:

١. إهمال النظر في حوادث لم يقم عليها دليل قطعي لدى القاضي وهذا فساد في الأرض وضياع للحقوق.

٢. النزول عن القطعي للظني مصالحة أكبر من مفسده وصوابه أكثر. وارتكاب أخف الضررين متعين. ولا تضيق دائرة الإثبات وهذا هو يسر الشريعة وسهولتها في سهولة وصولها للحق لتحقيق المصالح. ب- الوجه الثاني من معقولهم في نفي الحجة في القرائن: أن القرائن ليست مضطردة ولا منضبطة بل تقوى في حين وتضعف في حين آخر.

الجواب:

القرائن يشترط للعمل بها : الاحتياط القوي لتطمئن نفس القاضي إليها وهذا لا يناه في كونها حجة لأن كل دليل يتطرق إليه الاحتمال كالإقرار والشهادة مع قوتها تطرق لها الاحتمال فاحتمال كذب الشهود قائم وعدم مطابقة الإقرار للواقع قائم ومع ذلك يعمل بها فالقرينة أولى والعبرة بقوة القرينة وقت القضاء بها ووسائل الإثبات ظنية ترجح جانب الصدق فيعمل بالمتاح مع الحاجة.

الترجيح:

جواز العمل بالقرائن لقوة الأدلة ولوجوه أربعة: ١- تضييع الحقوق إن أهملت القرائن فلو لم يكن للمدعي إلا قرينة وترك العمل بها ضاع حجة خاصة في هذا العصر فالشهود قد لا يدركون حقيقة الجريمة للسرعة والتقنيات الحديثة في الجريمة والإقرار قد يصعب مع المتمرسين في الجرائم فتعدد وسائل الإثبات معين على التحقق. ٢- تناقض القائلين بعدم الجواز: فقد منعوها ثم عملوا بها. فالخير الرملي أنكروا على ابن الغرس ذكره القرينة فقال "ما ذكره ابن الغرس غريب عن الجادة فلا ينبغي التعويل عليها" ولما سئل عن رجل تلقى بيتا عن والده وتصرف فيه كوالده دون منازع خمسين سنة ثم ظهر جماعة ادعوا البيت لجدهم الأعلى مع علمهم بتصرفه في البيت ولا مانع يمنعهم من الدعوى فهل تسمع دعواهم قال لا تسمع الدعوى. وأيضا محمد بن ابن عابدين قال القرينة مما انفرد به ابن الغرس. وعمل بها في فتاويه. وأيضا القرائن الذي نفي كون قرائن الأحوال يثبت بها حكما ثم لما عدد حجاج الحاكم قال هي سبعة عشرة ثم ذكر منها القرائن. فمن أنكروا القرائن فقد ذهل عن أقوال أهل العلم جميعا.

(٤) دخول القرائن في مفهوم البينة. ٤- تحقيق العدالة من كل سبلها واجب مقصود للشرع "لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط" فترك العمل بالقرائن فتح باب للشر وغلقه من مقاصد الشريعة وقد تطورت الجريمة وبلغت مبالغ من الدقة والخطورة فلا بد من اعتبار وسائل الإثبات الممكنة. فيجب العمل بالقرائن كما قال الجمهور ويعملون بالقرائن القوية عند عدم البينة أو عدم كفايتها. وترك العمل بالقرائن إضعاف للشريعة. ويجب التأني في الأخذ

بالقرينة والتدقيق الشديد والقاضي لأبد له من إمام بعلم النفس العام وارتباطه
بالقضاء.

المبحث الأول

القرائن ووسائل الإثبات عند الفقهاء قديما .

قد تنوعت القرائن عند الفقهاء قديما فذكروا :

(١) الإقرار: هو الاعتراف.

اصطلاحا: الإخبار بثبوت الحق على النفس ولو في المستقبل^١.

والإقرار إخبار من وجه^٢ وإنشاء من وجه: قال في الأشباه والنظائر: "الإقرار إخبار لا إنشاء ؛ فلا يطيب له لو كان كاذبا إلا في مسائل ، فإنشاء يرتد بالرد ولا يظهر في حق الزوائد المستهلكة" ، وقال الشارح في غمز عيون البصائر: اختلف مشايخنا في الإقرار هل هو إخبار أو إنشاء والصحيح الأول"

أثر الاختلاف: يبتني على الاختلاف المذكور سماع دعوى الأموال والأعيان بناء على الإقرار وعدمها فمن قال بأنه إخبار قال لا تسمع وهو الصحيح المفتى به كما ذكره ابن الفرس ومن قال بأنه إنشاء قال تسمع .

قال في درر الحكام شرح مجلة الأحكام : "قد حصل خلاف بين الفقهاء في هل أن الإقرار إخبار ، أو إنشاء ، فقال بعضهم بأنه إخبار ، وقال الآخرون : إنه تمليك في الحال أي إنشاء ، وقد جمع الدمرداش وغيره من الفقهاء بين هذين القولين ، وقال بأن الإقرار هو من وجه إخبار ومن وجه إنشاء وفرع عن الجهتين بعض المسائل"^٣.

ويظهر الفرق جليا: لو أقر رجل لامرأة بالزوجية صح الإقرار باعتباره إخبارا ولو اعتبرناه إنشاء لا يصح لأن الزواج لا يكون إلا بولي وشهود، وأيضا: لو أقر لوارثه بدين في مرض الموت لا يقبل لأنه تبرع في مرض الموت ولا يصح ويأخذ حكم الوصية ولا وصية لوارث لأن الإقرار يكون هنا إنشاء ولو كان إخبارا صح ذلك الإقرار.

ركن الإقرار: هو اللفظ الدال على ثبوت الحق. وفي الأخرس الإشارة المفهومة والكتابة.

حجية الإقرار: ثبتت حجيته بالكتاب والسنة قال تعالى (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم) والشهادة على النفس هي الإقرار. ومن السنة قبول النبي صلى الله عليه وسلم من ماعز إقراره، .

^١ بدائع الصنائع ج٧/ص٢٠٩

^٢ الإنصاف للمرداوي ج١١/ص٢٥٦ و المغني ج٥/ص٨٧ و الإقناع للشرييني ج٢/ص٣٢٨ و حاشية الرملي ج٢/ص٣٠٧ و الحاوي الكبير ج١٠/ص٢٢٠ و المبسوط للسرخسي ج٦/ص١٤٠ و درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج١/ص١١٨ قال الإقرار إخبار وليس بإنشاء.

^٣ ج٤٩٠/١٠

والإجماع: انعقد على حجيته ولأن العاقل لا يقر على نفسه ما ليس عليه.
الإقرار: حجة قاصرة على المقر لا يتعداه لأنه لا ولاية له إلا على نفسه..

شروط الإقرار:

أولاً: المقر.

١- يكون بالغاً عاقلاً مختاراً فلا يصح من الصبي والمجنون والمكره.٢- ولا يصح من السكران عند الجمهور إلا الحنفية في إقرار الذي شرب الخمر طائفاً إلا في الردة أو الحد لأنهما من حقوق الله الخالصة.٣- لا يكون متهماً كما لو أقر في مرض الممت بمال لوارثه لتهمة المرض والمحابة.

ثانياً: المقر به.

لا يكون محالاً عقلاً وشرعاً والعقلي كأن يستحيل الإقرار به كمن أقر لشخص مالا ديناً وقد مات قبل وقت الدين والشرعي كتسوية البنت بالولد في الميراث.

ثالثاً: المقر له.

أن يصح ثبوت الحق له فلا يصح الإقرار لبهيمة، ولا لدار بمال. ويكون أهلاً للاستحقاق.

رابعاً: ادعاء المقر بما لا يبطل إقراره.

لو ادعى الإكراه لزمه البينة ولو ادعى غياب العقل لزمه البينة؛ لأن الأصل عدم غياب العقل وعدم الإكراه.

(٢) الشهادة:

وهي أكد الحجج في الإثبات، وإذا أطلقوا البينة أرادوا الشهادة.

تعريفها: إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير.

حكم تحملها:

من فروض الكفاية (ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا) وقوله (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه) وإذا قام بها اثنان سقط عن الباقيين وإن لم يقوموا بها آثم من يقدر ولا يضر بسببها لقوله (ولا يضار كاتب ولا شهيد) ولا ضرر ولا ضرار.

أما إذا لم يكن عليه ضرر في تحمل الشهادة وامتنع عن أدائها مع وجود غيره فهل يأثم:

(أ) نعم يأثم لأن يتعين عليه حمل الشهادة لقوله (ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا).

(ب) لا يأثم لوجود غيره فلم تتعين عليه.

ولا يجوز كتم الشهادة (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه) البقرة

شروط قبول الشهادة:

- (١) شروط في الشاهد.
- (٢) ٢ تقدم الدعوى بالحق المشهود به. إلا في شهادة الحسبة فإنه يتقدم بالشهادة وتكون دعوى وشهادة.
- (٣) طلب المدعي أداء الشهادة من الشاهد.
- (٤) ٤ إذن القاضي للشاهد بأداء شهادته.
- (٥) ٥ النطق بلفظ أشهد واختار ابن حزم بأنه لا يلزم.
- (٦) ٦ الاقتصار في شهادته على ما ادعاه المدعي.
- (٧) ٧ أن يصرح بما يشهد به ولا يجمل الكلام.
- (٨) ٨ لا تكون الشهادة عن استنتاج أو فهم أو ظن بل يشهد بما رأى.

شهادة الحسبة:

كما قيل لا تقدم بدعوى الحق بل تكون دعوى وشهادة وتقبل في حقوق الله تعالى كالزنا والخمر والسرقة وقطع الطريق والزكاة والعتق والوصية والوقف والطلاق والعدة والخلع.

الشهادة على الشهادة:

هي أن يشهد شاهد أن غيره يشهد بالأمر كذا وكذا وهي جائزة إجماعاً في الأموال لا في الحدود عند النخعي والحنابلة والحنفية وعند مالك والشافعي وأبي ثور تقبل في الحدود لثبوتها بشهادة الأصل فتثبت بالشهادة على الشهادة، وفي القصاص ظاهر كلام أحمد وهو المذهب وأبو حنيفة عدم قبولها فيه وخالف مالك والشافعي وأبو ثور

شروط الشهادة على الشهادة:

- (١) أن تتعذر شهادة الأصل لموت أو مرض مقعد أو حبس عند الحنابلة ومالك وأبي حنيفة والشافعي وخالف محمد بن الحسن بجوازها مع القدرة على شهادة الأصل قياساً على الرواية.
- (٢) تتحقق شروط الشهادة الأصلية من عدالة في الأصل والفرع.
- (٣) أن يشهد على كل شاهد للأصل شاهدان في الفرع أو رجل وامرأتان.
- (٤) أن ينيبه الأصل ليشهد على شهادته.
- (٥) أن يعين شاهد الفرع شاهد الأصل.

الشهادة على النفي:

لا تقبل الشهادة على النفي إلا إذا كان النفي شرطاً لإثبات الشهادة وإذا تواتر النفي.

الجعل على الشهادة:

يجوز أخذ الجعل على الشهادة إذا لم تكن له كفاية وتعينت عليه الشهادة.

شروط الشاهد :

يشترط في الشاهد أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً غير متهم بصيراً متكلماً.

(١) البلوغ والعقل : لقوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وقوله (وأشهدوا ذوي عدل منكم) فلا يقبل شهادة المجنون اتفاقاً والصبي عند الجمهور إلا مالكا ورواية عن أحمد جوزا شهادة الصبي في الجراح بينهم قبل تفرقهم.

(٢) يكون عالماً بما شهد به: لقوله (إلا من شهد بالحق وهم يعلمون) و(ولا تقف ما ليس لك به علم) وهذا يعتمد على الرؤية:

أما السماع قد يكتفى بالسماع إلا أبا حنيفة والشافعي لم يجوزا الاكتفاء بالسماع ولا بد من الرؤية.

الشهادة بما تواتر: من الأخبار واستفاض في النكاح والملك والطلاق والوقف والموت والعتق والولاء والولاية ما عدا النسب والولادة.

(٣) أن يكون الشاهد مسلماً: باتفاق يشترط الإسلام في الشاهد إن كان المشهود عليه مسلماً، إلا في وصية المسلم في السفر لقوله (أو آخرا من غيركم) وبعضهم جوز شهادة غير المسلم في كل ضرورة.

أما إن كان المشهود عليه غير مسلم فتجوز شهادة غير المسلم عند الحنفية ومنعها غيرهم.

(٤) أن يكون الشاهد عدلاً: وهو من عدلت أحواله في دينه وأفعاله فلا كبيرة ولا صغيرة وأكثر حاله الطاعة كما عند المالكية، وتعرف عدالة الشاهد بأمور:

(أ) علم القاضي بحاله قبل الشهادة أو أن يثبت المشهود عليه جرحاً فيه، أما المسلم المستور: فأبو حنيفة يقبل شهادته لأن المسلمين بعضهم عدول على بعض وهو الظاهر. وأما مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف ومحمد أوجبوا أن يزكى مستور الحال لقوله (ممن ترضون من الشهداء) فلا بد من ارتضائه ولا يكون إلا بمعرفته.

إجراء تزكية الشهود من القاضي:

يقوم القاضي بسماع الشهادة ثم يكتب أسماء الشهود وينتسبون له ويرفعون في النسب بما يميزهم ويكتب كنانهم وما يتميزون به من ملامح ويكتب الشاهد والمشهود عليه وبه

ومقدار الحق ويسلم القاضي الرقاع لأرباب المسائل أو أصحاب المسائل الذين يشترط فيهم ألا يعرفوا.

نصاب الشهادة:

- يختلف النصاب من حيث عدد الشهود وجنسهم باختلاف ما تتعلق به الشهادة:
- شهادة الزنا: لا يقبل إلا أربعة رجال عدول مسلمين وأن تثبت عدالتهم بالحث والتحري على قول أبي حنيفة ومن وافقه.
- نصابها في باقي الحدود والقصاص:
- وفي بقية الحدود كالسرقة والقذف والحراية وشرب الخمر والقصاص فنصابها شهادة رجلين عدلين مزكيين على طريقة أبي حنيفة.
- نصابها في غير الحدود والقصاص والأموال:
- وفي غير ما سبق كالنكاح والطلاق والرجعة والعتاق والإيلاء والظهار والتوكيل فالمعول عليه عند الحنابلة شهادة رجلين ولا تقبل شهادة النساء وهو مذهب الشافعية أيضا وقال الحنفية نصابها رجلان أو رجل وامرأتان .
- نصابها في الأموال: كالقروض والاتلاف والأروش والديات والبيوع والإجازات والماليات وقتل الخطأ وكل جراحات توجب مالا فنصابها رجلان أو رجل وامرأتان وهو مذهب الحنابلة والشافعية والمالكية وغيرهم. قال تعالى (إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه واستشهدوا شهيدين من رجالكم الآية) البقرة.
- الشاهد الواحد ويمين المدعي: ذهب أكثر أهل العلم ثبوت شهادة المال مدعيه بشاهد واحد ويمين المدعي وهو قول الخلفاء الأربعة: عمر بن عبد العزيز وشريح والشافعي وأحمد وقال الشعبي والنخعي والحنفية لا يجوز أن يقضي في المال بشاهد ويمين المدعي وحجتهم الآية (واشتشهدوا شهيدين من رجالكم... فرجل) والحكم بشهادة الواحد زيادة على نص الآية وهو نسخ. والراجح قول الجواز بالشاهد الواحد ويمين المدعي في الأموال لأدلة: "ابن عباس أن رسول الله قضى بالشاهد الواحد ويمين المدعي" مسلم أحمد وابن ماجه. وعن علي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم "قضى بالشاهد الواحد مع يمين المدعي.. وقضى به علي في العراق. أحمد والدارقضي.
- شهادة النساء منفردات: لا خلاف في قبولها وحدهن دون أن يكون معهن رجال ومنها عند الحنابلة الولادة والاستهلال والرضاع والعيوب كالرتق والقرن وانقضاء العدة.¹

¹ - راجع المغني ١٤٧/٩ والطرق الحكمية ٦٦ ونيل الأوطار ج ٨ ص: ٢٨٢ والمحلّى لابن حزم ٧٩ ج ١١ ص ١٤٣... وابن أبي الدم ص ٣٩٥.

اليمين والنكول عنها:

اليمين: إذا نكل المدعي عليه عن اليمين يكون نكوله إقرار دلالة ولكنه فيه شبهة لأن المدعي عليه عن حلف اليمين يعطي دليلا وإن لم يكن قاطعا على كذبه إذ لو كان صادقا لما امتنع عن اليمين الصادقة المشروعة لكن فيه شبهة لأنه ليس قاطعا لأنه قد يكون محمولا على البذل بذل الحق المدعى به مع عدم وجوبه عليه للورع عن الحلف أو خوفا من عاقبة اليمين أو ترفعا عنها مع علمه بصدقه. ولوجود ذلك الاحتمال قال أبو حنيفة النكول يحتمل الإقرار والبذل لذلك اشترط في الحق المدعى عليه أن يكون الحق مما يصح فيه البذل والإقرار أما صاحبيه فقد غلبا جانب فته معنى الإقرار فاشترط في الحق الذي يجري فيه الحلف أن يكون مما صح فيه الإقرار فقط وهو قول الجمهور.

رد اليمين على المدعي:

إذا نكل المدعى عليه عن اليمين فهل يقضى بالحق المدعى به فلهم آراء ثلاثة:

١. يقضى بالحق المدعى به على المدعى عليه ولا يرد اليمين على المدعي وهذا قول أحمد إذا كان المدعى به مالا أو مقصودا به المال أما القصاص لا يقضى به بالنكول بل يرد اليمين على المدعي فإن حلف حكم له وإن نكل رد القاضي دعواه وعند مال في قضايا الأموال خاصة. ٢.
٢. لا ترد اليمين على المدعى عليه في الأموال أما القصاص يقضى فيما دون النفس بالنكول أما في النفس فإن المدعى عليه لا يحلف بل يحبس حتى يقر عند أبي حنيفة. أما الصحابان فيرون أن القاضي يقضى بالنكول ولا يرد اليمين والقضاء هنا لا يحكم بالقصاص من القاتل بل بأداء الدية لأن القصاص يسقط بالشبهات.
٣. ترد اليمين على المدعي عند الشافعي في جميع الدعاوي وإن نكل المدعى عليه عن اليمين قال له القاضي لك رد اليمين على المدعي فإن طلبها المدعي أجابه القاضي فإن حلف المدعي حكم القاضي له وإن نكل رد القاضي دعواه. واستدل بحديث: "أن النبي رد اليمين على طالب الحق". ولعل الراجح أن الأمر يعود لاجتها القاضي^١.

رابعا: علم القاضي:

علمه بوقائع الدعوى وأسباب ثبوتها وأحوال أصحابها. فهل يقضى بعلمه بأصحاب الدعوى؟

يفرق بين حالتين الأولى: علم القاضي المتحصل في مجلس القضاء لا خلاف في صحة حكم القاضي بعلمه المتحصل لديه في مجلس القضاء من وقائع الدعوى والبيانات والأدلة المقدمة من أطراف الدعوى.

^١ - انظر فيما سبق المغني ٢٣٥/٩ - ٢٣٨ وتبصرة الحكام ١٩١/١ والفتاوى الهندية ١١٤/٤.

الثانية:علمه المتحصل خارج القضاء ، وهي علم القاضي خارج مجلس القضاء كمن سمع رجلا يطلق امرأته خارج مجلس القضاء أو رأى من يتلف مالا خارج القضاء، فاختلف الفقهاء والراجع:عدم جواز حكم القاضي بعلمه المتحصل خارج القضاء لما يلي:

(١) لقوة أدلة المانعين ولوجود نصوص تمنع إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم ألحن بحجته... فقال على نحو مما أسمع لا بما أعلم.

(٢) آثار الصحابة الدالة على منع الحاكم من الحكم بعلمه وهم أعلم بما دلت عليه النصوص كأبي بكر وعمر وابن عوف وابن عباس المنع من ذلك ولا مخالف لهم.فكان إجماعا.

(٣) اعتبار التهمة فيقام لها وزن واعتبار وتؤثر في ترتيب الأحكام في الشهادات والإقرار وطلاق المريض ومن هنا لا تقبل بعض الشهادات مع عدالة أصحابها لا يقدح فيهم إلا تهمة التأثير بالقرابة والعداوة ولا يقضي القاضي لمن لا تقبل شهادته له خوفا من الانحياز لقرابة بينهما ونحو ذلك كما لا يقبل حكم القاضي لنفسه للتهمة ومريض مرض الموت للتهمة وقول المرأة على ضررتها بالرضاعة للتهمة، ولقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يعلم من المنافقيه ما يبيح دمائهم وأموالهم ولا يحكم بعلمه مع براءته من كل تهمة لئلا يقال إنه يقتل أصحابه.

(٤) ومنعه من الحكم بعلمه يحكم الطريق على حكام السوء ويمنعه من الحكم على البريء المستور لعداوة بينهم وبينه أو تنفيذ لأهوائهم أو طاعة لولي الأمر الظالم بحجة علمهم قال الشافعي:لولا قضاء السوء لقلنا إن الحاكم يحكم بعلمه وهو قول ابن عابدين قال:"وأصل المذهب الجواز بعمل القاضي بعلمه والفتوى على خلافه لفساد القضاة" وهو كلام ابن حجر في الفتح:"رجح قول المانعين فيتعين حسم مادة تجويز القاضي بالعلم أي بعلم القاضي".^١

سادسا :القسامة:

وهي الأيمان المكررة في دعوى القتل بشروط معينة.لا تجب القسامة إذا عرف القاتل وشهد الشهود على جرمه وتجب إذا لم يعرف القاتل ووجدوا اللوث أو الشبهة . واختلفوا في الشبهة التي تثبت بها القسامة على أقوال : منهم من قال شاهد واحد على إقرار المقتول بأن فلانا قتله.أو يشهد شاهدان بوجود عداوة بين القتيل والمدعى عليهم أو وجود تهديد بينهما ونحوه من الشبهات أو يوجد في محلة أو قبيلة أو قرية خارج المصر ولا يعرف قاتله والصواب أن كلها نوع من اللوث وللقسامة كيفية معروفة في كتب الفقه وقد أجاد الصنعاني في سبل السلام ٣٤٣١٣ فلتراجع.

^١ - فتح الباري ج١٣/١٣٩ و١٦٩.

القيافة:

هي الاستدلال بشبه الإنسان لغيره على النسب والذي يعرف بها قائف. واختلفوا في اعتبارها في إثبات النسب فالجمهور من مالكية والشافعية والحنابلة يقرون بها وخالف أبو حنيفة فلا يعدها لأنها حرز وتخمين لا يجوز. والجمهور يحتجون بحديث عائشة أن النبي قال مسرورا رأيت مجززا المدلجي نظر أنفا إلى زيد وأسامة وقد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما قال هذه من هذه. ولولا صدقها ما فرح بها. وعمر قضى به بحضرة الصحابة فكان إجماعا وهو حكم بظن غالب وظن راجح. كالخبراء^١.

القرعة:

هي مشروعة ودليها أن النبي صلى الله عليه وسلم قد استعملها فيمن يبدأ بالحلف قبل غيرهم وكالقرعة في السفر. ولكن متى يجوز الأخذ بها: قال القرافي اعلم أن من تعينت المصلحة أو الحق في جهته فلا يجوز الإقراع بينه وبين غيره وإذا تساوت الحقوق والمصالح أقيمت القرعة. وقال: مشروعة في الحضانة والزوجات في السفر والخصوم عند الحكام وعتق العبيد إذا أوصى بعتقهم^٢..

^١ - المغني ٦٩٩/٥ وتبصرة الحكام ١٠٨/٢ وبدائع الصنائع ٢٥٠/٦ ومغني المحتاج ٤٢٠/٢ والفروق ١٢٥/٣.
^٢ - الفروق ١١٤/٤.

المبحث الثاني أنواع القرائن المعاصرة

القرائن المعاصرة مرتبطة بنوعية الجرائم وبتطور العلم وهي ترجع للاستشارات الفنية والبحوث والخبرات والبحث الجنائي وتتنوع وترتبط بكافة جوانب المعرفة ويمكن ذكر بعضها: ١- مقارنة الخطوط والكتابات عند التزوير بناء على تقرير الخبير الفني المتبع لمبادئ ثابتة كطريقة كتابة الحروف واتجاهها وانخفاضها والمسافات بينها وبين كل كلمة وأخرى ووضع النقاط. ٢- الفحص الطبي كعرفة وجود الكحول والسموم في الدم ومعرفة سبب الوفاة. ٣- التحاليل المعملية لماديات الجريمة الظاهرة والخفية كآثار الشعر والمقذوفات النارية والأقدام والآلات والبصمات والروائح وفحص الدم والمني. ٤- الأجهزة الالكترونية كأجهزة التصوير والتسجيل.

الأول: القضاء بقريئة المستندات الخطية

أولاً: مكانة الكتابة في الإسلام: أصبحت الكتابة من أهم وسائل الإثبات لشيوعها وسهولتها ولما يلي:

- (١) إمكانية بقاءها واستمرارها دون ارتباطها بكتابتها خلاف الوسائل الأخرى.
- (٢) فساد الذمم الباعث على شهادة الزور مع إمكان النسيان. ولم يفرد الفقهاء الكتابة استقلالاً كالشهادة والإقرار واليمين وقد اختلفوا في كونها من طرق الإثبات على قولين:

١. أنها وسيلة يعتمد عليها في إثبات الدعوى أو نفيها وقال به بعض الحنفية وبعض المالكية ورواية عن أحمد. ٢.
٢. الخط ليس حجة قاله بعض الحنفية وبعض المالكية والشافعية ورواية عن أحمد.

أدلة المميز كونها من أدلة الإثبات: من الكتاب والسنة والمعقول ١- الكتاب: "يأبىها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق" ووجه الدلالة أن الأمر بالكتابة صريح يشمل الدين وغيره. فالكتابة قريئة قوية في إثبات مضمونها كالكتابة على الدار أنه وقف أو على الكتاب وقد سئل أحمد عن بلد يستولي عليه الكفار ثم يفتحه المسلمون فيوجد فيه أبواب عليها كتابة المسلمين أنها وقف فأجاب يحكم بذلك.

ثمرة الخلاف: تظهر في مسائل: ١- لو حكم قاض في قضية ودون ما حكم به ثم عرض عليه حكمه بعد مدة فنسي ولم يتذكره فعلى القاضي إنفاذ ما في السجل على القول بأن الخط قريئة. وعلى الثاني ليس عليه ذلك حتى يتذكر. ٢- لو شهد شاهد في

حادثة وسجلت في كتاب ثم احتيج إليها بعد مدة وعرف أنه خطه ولم يتذكر فعلى الجواز له أن يشهد اعتمادا على الكتاب. وعلى القول بالمنع فلا يشهد حتى يتذكر. ٣- إذا وجد الوارث في دفتر مورثه أن له عند فلان كذا وكذا أو أنني أدت لفلان ما علي فهل يحلف على ذلك: لو كانت الكتابة حجة حلف. وإلا فلا. ٤- لو ادعى شخص على آخر مبلغا فأنكر المدعى عليه هذا المال فأبرز المدعي ما يثبت حقه بموجب ورقة كتبها المدعى عليه بيده. فيحكم بها على القول الأول ولا يحكم بها على الثاني.

القضاء بقريئة المستندات الخطية المعدة للتوثيق:

مستندات التوثيق قسمان: رسمية وغير رسمية.

أولاً: الرسمية: حقيقتها: هي ما يصدر من موظف عام يختص اختصاصا موضوعيا واختصاصا مكانيا وزمانيا. والسند الرسمي هو: الكتابة التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم بين يديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته. وقيد: أو شخص مكلف بخدمة عامة. قيد يشمل الإسناد التي لها حجية الإسناد الرسمية في الإثبات ولا يقوم بها موظف عام لكن يقوم بها شخص عادي ينتدب بخدمة عامة كالخبير الذي يستعان به كالفني الهندسي والمعماري فلو أعد تقريراً فهو سند رسمي ولذا قيل: المحررات الكتابية التي تصدر من الدوائر الرسمية الحكومية وما في حكمها من المؤسسات العامة التي تخضع لسلطة الدولة وأنظمتها. والمستندات ترادف الحجج أو المحررات أو الأدلة الكتابية.

أنواعها:

(١) الأوراق الرسمية الصادرة من الدوائر الشرعية أي المحاكم ومن أهمها: الصكوك بأنواعها سواء تضمنت حكماً أو صلحاً أو إثبات ولاية. والمكاتبات والخطابات الشرعية الصادرة من الدوائر الشرعية كعرائض الدعوى وأوراق المحضرين والإعلانات القضائية.

(٢) الأوراق الرسمية الصادرة من مكاتب التوثيق (كتاب العدل) وسموا كذلك للآية (وليكتب بينكم كاتب بالعدل).

(٣) الأوراق الرسمية الصادرة عن الدوائر غير القضائية كقيود المواليد والوفيات وشهادات الميلاد والدراسة وحفائظ النفوس وجواز السفر وما يصدر عن جهات حكومية كالإقرارات الإدارية والمذكرات الرسمية بشرط ختمها بالختم الرسمي وموقعة من الموظف المختص.

(٤) الصور الفوتوغرافية للأوراق الرسمية والمختوم عليها طبق الأصل بشرط تصديقها واعتمادها من جهة رسمية وبختم الدائرة المحررة للورقة الأصلية وتوقيع موظف مسئول فيها مع الشرح بما يفيد تطابقها للأصل ولا يكون في شكلها ما يريب.

مدى الاعتماد على المستندات الرسمية في إثبات الدعوى أو نفيها: إذا توفرت الشروط السابقة مع سلامة المظهر من كشط ولا تحشر مع توقيع الموظف العام فتكون حجة ولا يطلب معها إقرار. لما يلي:

(١) لأننا نقبل الشهادة وهي إخبار بحق على غيره ولا يستفيد الشاهد منها شيئاً فالكتابة كذلك يدونها موظف عام ثالث لا علاقة له بالموضوع وهو قوله تعالى "وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب...." لكن تلك الحجة ليست قاطعة لجواز تزويرها لكن من زعم تزويرها فعليه الدليل. ومتمى ظهر برهان الخلل فيه رده الحاكم والورقة الرسمية حجة على الجميع.

(٢) نصت المادة ٩٦ من نظام القضاء والمادة ٩٣ من نظام تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية أن الأوراق الرسمية لها قوة الإثبات ويجب العمل بمضمونها لدى المحاكم بلا بينة إضافية ولا يطعن فيها إلا تأسيساً على مخالفتها لمقتضى الأحوال الشرعية أو تزويرها.

(٣) أن حجية الأوراق من أمر ولي الأمر وقد أمرنا بطاعته (وأولي الأمر منكم) وقوله صلى الله عليه وسلم من أطاع أميري فقد أطاعني... وقد جعل أبو يعلى طاعة ولي الأمر لازمة قال: ما يلزمهم في حق الأمير أربعة:

- (أ) التزام طاعته والدخول في ولايته.
- (ب) يفوضوا الأمر إليه ولتديبره لئلا تختلف الآراء.
- (ج) امتثال أمره ونهيه.
- (د) لا ينازعوه فيما قسم بينهم من غنائم.

ثانياً: غير الرسمية: تعريفها: "هي التي يحررها الأفراد من دون توسط أحد الموظفين".

أنواعها:

(١) مستندات عرفية من الأفراد دون تدخل موظف عام أو يحررها موظف بصفته الشخصية لا الوظيفية. وهي عمل من الأفراد دون وساطة السلطة وهي ترجع للعادة والعرف ولها شروط:

(أ) توجد كتابة تدل على الغرض المقصود من المحرر لأن التوقيع على المكتوب ولا يشترط لها شروط أخرى كلفة معينة أو صياغة خاصة باليد أو الآلات يكتبها الدائن أو المدين أو شخص آخر. ولا يؤثر الشطب والإضافات.

(ب) يكون المحرر المكتوب موقعا عليه ممن صدرت منه وهو شرط أساسي لأنه نسب الكتابة. وشروط التوقيع: يكون بخط الموقع يشمل اسمه ولقبه كاملين لا يكفي العلامة الرمزية فلا بد لا يشترط مطابقة التوقيع للاسم في شهادة الميلاد بل اسم الشهرة وقد يكون بالختم أو بصمة الإصبع لأنها لا تتشابه. ولو تعددت

الأطراف في الورقة فلا يلزم توقيعهم في وقت واحد أو مكان واحد والورقة دليل على من وقعها أما من لم يوقعها فليست دليلاً عليه

(٢) الأوراق التجارية وهي تحريرات التجار من دفاتر وهي أهمها ورسائل وفواتير وسندات وتحاويل ويلزم التاجر بدفاتر معينة لبيان مركزه المالي وهي أنواع:

(أ) الدفتر اليومي وهو المحضر اليومي المفصل لجميع الأعمال التي يمارسها التاجر في حياته. وهو ما تركز عليه جميع أعمال التجار يشمل بيان ماله وديونه ومعاملاته ويتضمن جميع ما يدخل للتاجر من مال حتى وإن لم يكن عن طريق التجارة كالإرث.

(ب) دفتر صور الرسائل: وهي ما ترتبط بأعمال التجارة دون المراسلات الخاصة فيقيد فيها صور المراسلات كالإنذارات والبرقيات لأنها قد تكون إثباتاً.

(ج) دفتر الجرد هو الحصر السنوي لأموال التاجر المنقولة والثابتة والديون ٣.

(٣) الأوراق الشخصية: هي الدفاتر والمذكرات التي يتخذها كل فرد لضبط أعمال نفسه من بيع وشراء واستقراض وتعهدات.

مدى الاعتماد على المستندات غير الرسمية في إثبات الدعوى:

أولاً : حجية المحررات العرفية عموماً: إذا قدمت ورقة فيها توقيع شخص فلها حالات:

(أ) أن يعترف بصدورها منه وبسلامتها فتكون حجة عليه في قوة الورقة الرسمية ولا يقبل منه إنكار إلا أن يدعي التزوير.

(ب) اعترف بأن بصمة الختم الموقع بصمة ختمه لكن أنكر التوقيع كأن يضع ختمه أو تقع خيانة فالاعتراف ببصمة الختم يعتبر المحرر حجة فلا يطالب بدليل آخر.

(ج) ينكر كامل الورقة أو بعضها فيلزم المحتج أن يثبت صحة صدور الورقة منه وهذا يرجع للتحقيق في التوقيع بناء على تقرير خبير الخطوط ولو صدق على التوقيع يعتبر التصديق ورقة رسمية.

ثانياً: حجيتها في الأحوال الشخصية:

(١) في عقد الزواج: وعقد الزواج بالكتابة إما بين حاضرين أو غائبين. فإن كان بين حاضرين اتفق الفقهاء على عدم صحته إلا في الأخرس أما بين غائبين فالجمهور على عدم صحته لأن الكتابة كناية ولا تصح في النكاح فالكتابة العرفية لا تثبت النكاح. إلا عند الحنفية فقد أجازوها قياساً للكتاب على الخطاب فالكتاب ممن بعد كالخطاب ممن دنا. فلو كتب الخاطب للمخطوبة كتاباً يذكر عبارة الإيجاب زوجيني نفسك وفيه الشهود ولما بلغ المخطوبة الكتاب أحضرت شاهدي الورقة أو

غيرهما وقرأت عليه الورقة ثم قبلت الزواج في المجلس فقد تم العقد. فلو أنكر الزوج فلها إثباته بالورقة وبشهودها وليس له الإنكار والحكم للشهادة لا للورقة. فأما إن لم تتضمن الورقة الشهود وأنكرها صاحب الكتاب فلا تسمع الدعوى. فالرسالة كما ذكر الكاساني تقوم مقام الإيجاب باللفظ عند غيبة أحد المتعاقدين على أن يسمعا الشاهدان كلام الرسول وقراءة الكتاب والقبول من الطرف الآخر. فإن لم يتوفر الشرط فلا.

(٢) في عقد الطلاق: وله ثلاثة أوجه:

- (أ) يكون الطلاق بالكتابة على وجه الرسالة مصدرا بالعنوان.
(ب) أن يكون الطلاق بالكتابة على ما يتبين به الخط ليس على وجه الرسالة.
(ج) يكون على ما لا يتبين فيه الكتابة كالهواء والماء. الأول: الكتابة بالطلاق على وجه الرسالة اختلفوا :

١. هي من الطلاق الصريح يقع به الطلاق وإن زعم أنه لم ينو قاله الحنفية والمالكية ووجه عند الشافعية ورواية عند الحنابلة.
٢. الطلاق بالكتابة على وجه الرسالة يرجع لنية الشخص فإن نواه وقع وإلا فلا قال به الشافعية في أصح الوجهين ورواية عند الحنابلة.

أدلة وقوع الطلاق:

أن البيان بالكتابة كاللسان هما حروف تدل على معنى مفهوم والنبي صلى الله عليه وسلم بالرسالة وباللسان.

أدلة عدم وقوع الطلاق:

لاحتمال الكتابة بالطلاق أو امتحان الخط فلا يعتد بها والاحتمال يسقط الاستدلال. ويجاب عن هذا الاستدلال بأن الكتابة إذا حررت وصدرت بالعنوان يستبعد أن تكون لتجربة الكتابة بل هو الطلاق. والراجع: أن الطلاق بالكتابة إن كان على وجه الرسالة صريح في الطلاق لأن:

١. - ما استدلت به المانعين لا حجة لهم .
٢. هذا يؤدي للعبث بالأحكام الشرعية لذلك يقع طلاق الهازل والجاد وإن كان الهازل لا يقصده لكن الأحكام تربط بأسبابها الشرعية. الثاني: يكون الطلاق بالكتابة على ما يتبين فيه الخط لكن لا على وجه الرسالة فلا تكون مصدرة بالعنوان ففي مثلها لا يقع الطلاق إلا إذا نواه لأنها تحتمل الطلاق أو التجربة فتكون كالكنية.

٣. حجية المحررات العرفية في إثبات النسب: حفظ النسب من الضروريات الخمس لذلك منع التبني وأن يدعى كل إنسان لأبيه ولخطر النسب هل يثبت بالورقة كأن تدعى امرأة على رجل أنه تزوجها ولها أطفال منه وليس له بينة إلا ورقة مكتوبة تدل على تزوجه إياها بزواج شرعي صحيح ثم ولد له الأولاد. فقد سبق أن النكاح لا يثبت بالورقة المجردة عن الإشهاد أما التي فيها إشهاد فهي حجة لأن الحكم للشهادة لا للكتابة. وإذا ثبت النكاح بشهادة الشاهدين ثبت النسب. والبينة هنا أقوى من الإقرار لأنه لو ألحق نسب طفل إلى رجل بالإقرار وأقام الآخر بينة على صحة نسبه له ولا يشترط معاينة واقعة الولادة بل يكفي أن تدل على توافر الزواج والفراش الشرعي بالتسامع وقد أجازها الفقهاء في النسب. أما الورقة المجردة عن الإشهاد: إن ادعى أن كاتب الورقة ميت فليست دليلاً في الإثبات لأنه باب فساد أما البلاغ عن الولادة فهي شهادة لأن شهادة الميلاد تقوم مقام شهادة المبلغ والتبليغ له أحوال:

(أ) من الأب فهذا إقرار بالنسب.

(ب) من جهة الطبيب أو القابلة فهي شهادة على الولادة. أما لو كان كاتب الورقة حياً فإن أقر بما كتب حكم بثبوت النسب إن توفرت الشروط المعتبرة ويكون الحكم للإقرار لا للكتابة والإقرار حجة في ثبوت النسب وإن أنكر فيلجأ لتحليل الدم.

حجية الدفاتر التجارية في الإثبات:

ويفرق بين حالتين بين حجيتها في الإثبات لمصلحة التاجر أو ضد مصلحة التاجر:

أولاً: ضد مصلحة التاجر كأن يدعى الخصم على التاجر دعوى يثبتها بدفتر التاجر فللدفاتر التجارية حجية كاملة ضد التاجر أياً كان الخصم لأنها إقرار كتابي منه وهو حجة وإن كانت هذه لا تعدو إلا أن تكون دليلاً يجوز الطعن فيه كالشهود.

ثانياً: حجيتها في الإثبات لمصلحة التاجر: ولها حالان:

(١) يكون الاحتجاج بها ضد تاجر آخر يجوز الاعتداد بها بشروط ثلاث:

(أ) يكون الخصمان تاجرين ليسهل المضاهاة بين الدفاتر.

(ب) النزاع يكون بسبب عمل تجاري لا شخصي وتكون الدفاتر منتظمة .

(٢) يكون الاحتجاج بها ضد آخر غير تاجر فالأصل أن الدفاتر التجارية ليست حجة لأنها ليست مما يستخدمها إلا استثناء لو تعلق النزاع بأشياء وردها التاجر لغير التاجر الحاجيات المنزلية وكان الالتزام يمكن إثباته بالبينة بالنسبة إلى العميل غير التاجر.

الترجيح:

أن دفاتر التاجر حجة إثبات لمصلحته هذا فيه خطورة وفتح باب للتزوير والاحتيال فقد يكتب في دفتر نفسه ما ليس صحيحا فلا تكون إثباتا إلا عليه ضد مصلحته قال ابن عابدين هذا كله فيما يكتبه على نفسه بخلاف ما كتبه لنفسه.

حجية الأوراق الشخصية أو المنزلية:

الدفاتر والأوراق الشخصية المنزلية قد يكون التزاما لصاحبها أو إقرارا بدين فلا تكون دليلا يطلب به اليمين في صالح صاحبها كإثبات له على غيره أو براءة من دين عليه. لكن لا يعني ذلك ترك النظر فيها مطلقا بل ينظر استرشادا ليخرجوا قرائن وإن حوت التزاما التزم به صاحبها لآخر تكون حجة: أ- إذا أثبت حصول أداء دين له أو جزء منه. ب- أو أثبت وجوب دين أو تعهد عليه لغيره بشرط التصريح بأنها حررت لتحل محل الوثيقة لأنها إقرار ولا يقر الشخص بما ليس له أو عليه. وأيضا كونها حجة لا يلزم منه أن يلزم خصمه بتقديم الأوراق إلا الأوراق المشتركة بين الخصمين كالشركات ودفاتر المورث وأوراقه الشخصية الحقوقية وما يتعلق بالتركة.

القضاء بقريضة المستندات الخطية غير المعدة للتوثيق:

المستندات غير المعدة للتوثيق كالرسائل والبرقيات والتلكس والفاكس ما يلي:

الأول: الرسائل: هي محرر يوجهه شخص هو المرسل إلى آخر هو المرسل إليه وفي الغالب تذييل الرسالة بتوقيع المرسل. وقد تتضمن إثبات حق أو استيفائه فإن كانت بخط صاحبها وتوقيعه تلحق بالمستندات العرفية وإلا لم تكن بخطه أو بلا توقيعه فلا يعتد بها كالأوراق العرفية إلا إن أنكرها. وهذا عند عدم التفريق بين الرسالة والسند العرفي وهو الراجح. وأما عند التفريق فالرسالة أساسا لم تعد للتوثيق فیتأملها القاضي ويجتهد فيها ليخرج بقريضة فهي لا يحتاط في كتابتها كالمستندات المعدة لذلك فلو تضمنت إثباتا كانت دليلا لرفع المشقة وحفظ الحقوق.

الثاني: البرقيات: أو التلبرنتر: رسالة مختصرة بين نقطتين موصلتين معا بخط تلبرنتر ولها برمجة خاصة. وهي ترسل بواسطة البريد وتحفظ بأصلها وترسل صورة منها. والرسالة تخالف البرقية في أمور: أ- الرسالة من نسخة واحدة والبرقية من نسختين أصل المرسل وصورة يكتبها الموظف وترسل الصورة ويبقى الأصل. ب- الصورة مطولة والبرقية مختصرة.

مدى الاعتماد على البرقيات في إثبات الدعوى: البرقية ليست حجة لأن صاحبها لا يوقع عليها بحضور الموظف وقد يبرق الإنسان عن غيره فقد تزور ويقع بها خطأ أحيانا ولو أقر بها يحكم بالإقرار لا بالبرقية. وإن وقع عليها أمام الموظف المختص.

فهي كالرسالة الموقعة بشرط توقيع الأصل ويكتبه المرسل فإن تلف الأصل وأنكره المرسل فلا حجة فيها. وقد لا يتحقق الموظف المختص من شخصية المرسل وإن اعترف المرسل بالأصل ونازع في بعض العبارات فيعتمد بالصورة كمبدأ للثبوت ويجتهد القاضي والمرسل إليه له حق الاحتجاج بها بشرط التوقيع. لكن هذا رأي الباحثين قديماً قبل تطورات كثيرة وبزيارة أحد مراكز البرقيات تبين الآتي:

١. قيام المرسل بكتابتها في نموذج رسمي في مكتب القبول.
٢. يكتب المرسل عنوان المرسل إليه بشكل دقيق وكامل وإن لم يستوف لا تقبل إلا إذا وقعها على مسؤوليته.
٣. التوقيع باسم المرسل أو بصمته على نهاية البرقية أو أي مسح وشطب أو تصحيح أو إضافة.
٤. - تقبل البرقية من صاحبها شخصياً.
٥. لغتها واضحة وواحدة من الثلاث.
٦. إذا كانت من مجموعة لا ترسل حتى يحضروا أو يوقعوا أو وكالة شرعية.
٧. يدون رقم هوية المرسل وتاريخها ومن ينوب عنه مع مطابقة العناوين خارج المملكة.
٨. يقرأ المأمور البرقية ويراجعها ويتسلم المرسل الإيصال الرسمي. فبكل تلك الإجراءات تصبح مثل الأوراق الرسمية.

مدى الاعتماد على رسائل التلكس في إثبات الدعوى:

جهاز التلكس برقية مطورة لكنه أقل منها إن كان من غير جهة حكومية لأنها قد لا يكون لها أصل وقد لا توقع فقد يقع التزوير فيرسلها أي شخص. فعلى هذا تصبح رسالة التلكس دليلاً عند التنازع إلا إن أنكر المرسل. وأما إن كان جهة حكومية مختصة كقسم البرق والتلكس فهي ورقة رسمية.

رسائل الفاكس ملي ومدى الاعتماد عليه في الإثبات:

وطريقة عمله كالتالي: أ- مرحلة الإعداد: ١- يتأكد من ظهور كلمة المستند على الشاشة. ٢- توضع المستندات وتوجه لأسفل في المغذي الأتوماتيكي. ٣- اختيار النصوص المطلوبة بالضغط على زر مرارا. ٤- يختار بيانات الإرسال ويضغطها مرارا. ب- مرحلة الإجراء: ١- رفع سماعة الهاتف. ٢- الاتصال بالطرف الآخر. ٣- يطلب من المتصل عليه تشغيل مفتاح التشغيل حتى يسمع نغمة الرد. ٤- وضع السماعة عند الإضاءة. ٥- المتصل به يزيل أي مستند من المغذي. وبهذا تحصل المعلومات المرسله دون زيادة أو نقصان مع توقيع المرسله. فجهاز الفاكس ملي مبرقة مطورة فيرسل صورة طبق الأصل من المستند حتى التوقيع وهذه قوة في الإثبات مثل الصورة الموجودة لدى الخصم.

الاعتماد على محاضر الشرطة في إثبات الجريمة:

المحاضر ليست حجة تدل على ما فيها يجوز للقاضي أن لا يعتد بما فيها ويعتمد أدلة أخرى لكن له أن يستفيد منها ففيها شهود يمكن إحضارهم وقد يكون فيها قرائن مادية أو معنوية كتقارير المرور تعتمد إن رضيها الطرفان أو لم يرضيا أو أحدهما إن وافق حيثيات الواقع أما إن خالفت حيثيات الواقع فيعدل عنها القاضي

ومثالها قضية حادث مروى ملخصه: مات شخص بصدمة سيارة وبعد وقوف طرفي النزاع أمام القاضي وسمعت الدعوى وأثبت محضر الدعوى نسبة الخطأ ٧٥٪ على المتوفى ولم يقنع بها القاضي فطلب البينة من المدعى عليه بأن المتوفى عبر الطريق فجأة فأحضر شاهدين وشهد كل منهما وتبين للقاضي وقوع الخطأ من المدعى عليه ٧٥٪: لا اعتراف المدعى عليه بالصدمة بالجانب الأيمن بعد النفق بمائتي متر وتوفي من أثرها واستعد لدفع الدية. وأنه شاهده وهو يعبر الشارع ولم يحتط للأمر ويتقاضي وزرع عجلات السيارة متآكل وكان مسرعا في وسط شارع تجاري به مشاة. فهذا عدول عن تقرير المرور لتناقضه للحيثيات والأصول والقواعد الشرعية مثل إذا اجتمع مباشر ومتسبب تعلق الضمان بالمباشر دون المتسبب.

الاعتماد على الفحوص الطبية في إثبات العيوب بين الزوجين:

أجاز الفقهاء العمل بالقرائن في العيوب كالعينين إن أنكر وادعت الزوجة وامتنع عن اليمين فيحكم عليه بالعنة للنكول عند الحنفية وبعض الشافعية والحنابلة فالنكول قرينة صدق المدعي. وبعض المالكية وبعض الشافعية يردون اليمين على الزوجة إن حلفت صدقت بل في فتح القدير: يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العينين فإن نقص ذكره وانزوى علم أنه لا عنة به وإلا علم أنه عين. وقال في المغني: فحكى الخرقى فيها روايتين إحداهما أنه يخلى معها ويقال أخرج ماءك على شيء فإن أخرجته فاقول قوله لأن العينين يضعف على الإنزال فإذا أنزل تبينا صدقه فنحكم به وهذا مذهب عطاء فإن ادعت أنه ليس بمني جعل على النار فإن ذاب فهو مني لأنه شبيه ببياض البيض وذلك إذا وضع على النار تجمع ويبس وهذا يذوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به وعلى هذا متى عجز عن إخراج مائه فالقول قول المرأة لأن الظاهر معها. والفحوصات الطبية تقوم على قواعد سليمة فيحكم بها وصرح في المبدع بالأخذ بقول أهل الخبرة. وأيضا الجنون.

إقامة حد المسكر استنادا على قرينة الفحوص الطبية:

اختلف الفقهاء في إقامة الحد للقرينة: ١- القرائن كالقيء والرائحة والسكر لا يعتمد عليها في حد الشرب عند الحنفية والشافعية والحنابلة في المشهور. ٢- القرائن يعتمد عليها عند المالكية والحنابلة في رواية. أدلة المانعين: ما ورد من درأ الحد بالشبهة. واستدل المجيزون بأن السكر والقيء قرينة الشرب فيحد. ونوقش ذلك: بأن السكر دليل الشرب

لكن الشرب الذي يستوجب الحد يحتاج لدليل آخر لتطرق الاحتمالات كالإكراه أو الجهل وهي شبه تدرأ.

الراجع: لا تعتبر تلك القرائن في الحد وهو قول الجمهور فالقيء يحتمل الإكراه والجهل والرائحة ربما يكون شربها ثم مجها لما علمها وبعض الأشربة رأتحتها كالخمر والسكر قد يكون من مرض. أما الفحوص الطبية فالحد يقام بموجبها بشرط تبين أن ما شربه خمر مع قرائن أخرى: ١- كظهور السكر على تصرفاته. ٢- انتفاء الإكراه والجهل بما شرب كأن يظهر صلاحه. يظهر عليه الفسق والفساد وعلم أمره. وهذا فيه سد لباب الفساد والشهادة غالباً لا تتوفر في الشرب. والمخدرات كالمسكر لدخولها في حرمه الله تعالى ولنتيجه عن كل مسكر ومفتر ، ونصت المادة الرابعة من قرار مجلس الوزراء ١١ في ١٣٧٤/٢/١. من تعاطي المخدرات: ١- السجن لمدة سنتين. ٢- يعزر بنظر الحاكم. ٣- يبعد عن البلاد إن كان أجنبياً.

اعتبار الفحوصات الطبية قرينة في إثبات جريمة الإجهاض:

يعتمد الطبيب على أسس لإثبات الإجهاض: ١- الفحص الخارجي للبحث عن علامات الحمل. وأعضاء التناسل بحثاً عن الإفرازات والكدمات والتمزقات والأجسام الغريبة في المهبل وعنق الرحم والرحم ثم تفحص لاحتمال أمراض عامة تكون سبباً في الإجهاض. ٢- إن توفيت المجهضة فيشرح الحوض والرحم والعنق والمهبل للبحث عن بقايا المشيمة أو جنين ويفحص الرحم والمهبل مجهرياً ثم المبيضان للجسم الأصفر والمعدة والأمعاء للسموم وآثارها. ٣- ويفحص محصلات الإجهاض إن وجدت جيداً ويميز الجلطات الدموية بوضعها في الماء فترة ليذاب الدم وتبقى الأنسجة سليمة وإذا تحقق من الجنين يبحث فيه عن التمزقات وآثار الجروح التي تكون نقطا سوداء ويعلم طبيعة هذه الجروح وخزية أو نافذة في جلدة الرأس. ٤- إذا لم يجد بالمرأة والجنين علامات الإجهاض الجنائي يمكن عن طريق البحث عن سوابق الإجهاض ووقائع القضية ومناظرة مسكن المتهم لوجود أدوات الإجهاض. فإذا قرر الطبيب وجوده الجنائي فهو قرينة قوية ضده

الاستناد إلى قول الطبيب في براء المصاب وتبين خلاف ذلك:

خطر عمل الطبيب من مسؤوليته وتوقي الدقة والحظر قد يخطئ في تقدير براء المريض وهذا له حالات: ١- تعمد الجور فيضمن ما أتلّف ويعزر للخيانة كما قرر الفقهاء إسقاط قول القائف إن قامت بينة تعارض قوله. ٢- لا يتعمد الجور ويضمن إن أتلّف. لحديث علي في الرجلين شهدا على آخر بالسرقة فقطعه ثم أتياه بآخر وقال هذا الذي سرق وأخطأنا على الأول فلم يقبل شهادتهما على الثاني وأخذاً بديّة الأول وقال لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما. ومن تطبّب ولم يعلم منه طب فهو ضامن. ولا خلاف أنه ضامن.

القضاء بقريئة الآثار المادية الظاهرة:

هي ما يمكن مشاهدته بالعين المجردة أو الإحساس بها مباشرة بإحدى الحواس دون الاستعانة بأي من وسائل الكشف والتكبير. كآثار الشعر والأقدام والآلات، وأهمها: آثار الشعر: يفحص الشعر ليعرف فصيلة دمه ونوع البروتين لكن لا تقطع في الإثبات إذا تطابق مع شعر المتهم لكن في النفي تكون قريئة قوية لنفي التهمة عن المتهم. وبصمة الحمض النووي DNA يعتبر قريئة قوية ١٠٠٪ فنجزم بأن هذا شعر المتهم نفيًا وإثباتًا ، مثاله : ١- قضية سيارة دهست طفلًا وأنكر قائدها وبعد الفحص وجدت شعرة في إطار السيارة وقورنت بشعر الطفل فكانت بشرتيهما وقشريتهما ونخاعهما متشابهين تمامًا فاعترف المتهم. ٢- عند تشريح جثة المجني عليه وجد تحت ظفره الأوسط الأيمن أربع شعرات تخالف شعر المجني عليه وقورنت بعينات لأربعة عشر متهمًا فشابهت شعر اثنين منهما حتى الصَّبَّان مع وجود سحجات في ركبتي أحدهما قريب وقتها من وقت الجريمة فاعترفًا.

آثار المقذوفات النارية قريئة:

الأسلحة النارية من أهم الوسائل الحديثة انتشارًا وتقذف طلقات نارية وظروفًا تدل على عياره ونوع الآلة والمسافة وكمية البارود وصفات الجروح وتاريخها: أولاً: معرفة نوعية السلاح المستخدم من المقذوف المستخرج من جسم المجني عليه مع العيار الناري: بإجراء الاختبارات المجهرية يتبين نوع السلاح من خلال طرق: ١- فحص أثر المقذوف المنطلق: وهي الآثار المنطبعة على محيط مخروط المقذوف المعدني الرصاصية بتأثير الخطوط الحلزونية المتكونة داخل سبطانة السلاح وبالفحص يتبين السلاح لأن لكل سلاح خصائصه. ٢- فحص آثار الظرف الفارغ: وهي الآثار المنطبعة على قاعدة الظرف الفارغ وهي بالفحص المجهرية يظهر: أ- أثر الصحن الدافع: لأن الضغط المتولد عن انفجار عبوة الطلقة أقسام: يدفع بالمقذوف للأمام عبر سبطانة السلاح. - يتسرب بعد الفراغات الموجودة في حجرة الانفجار - يؤدي إلى ارتداد الظرف الفارغ فتصطدم قاعدته بصحن المغلاق فيؤدي لآثار في منطقة الكبسولة لأنها من معدن طري فيحدث به شحذات. ب- أثر الإبرة: الإبرة تحريرها لتطرق عقب الطلقة في منطقة الكبسولة لتشتعل العبوة الدافعة ليتم انفصال المقذوف من جسم الطلقة وينقذف بفعل ضغط الغاز عبر السبطانة ورأس الإبرة يترك آثاره. ج- أثر النازع على الحافة الداخلية لمحيط قاعدة الظرف الفارغ على صورة شحذات تنشأ عن ظفر النازع الذي يسحب ظرف الطلقة من حجرة الانفجار وهو هام جدًا. د- أثر اللاقطة: يتكون على سطح قاعدة الظرف الفارغ بعد الإطلاق بتأثير اصطدام عقد الظرف برأس اللاقطة وهو قطعة معدنية صغيرة تبرز عند عودة القسم المتحرك للخلف وهي تلفظ الظرف الفارغ للخارج وله أهمية في تحديد نوع السلاح. وبهذا الفحص المجهرية يتبين السلاح وبشم رائحة البارود في اليدين والنترات فلو تبين أنها ليست للمتهم كان قطعًا في النفي وإن ادعى الطلقة خرجت عند تنظيف السلاح فيعرض السلاح على الخبراء يفحصه كالتالي: ١- يفحص

الظرف جيداً. ٢- يفحص صلاحية الإطلاق: أ- يحضر ظرف خرطوشة بكبسولة صالحة للعمل ويدخله في حجرة السلاح. ب- ينصب طارق السلاح ن كان من النوع الظاهري كما في الأسطوانات. ج- يتم إسقاط السلاح من ارتفاعات مختلفة مع المحاولة أن يكون السقوط على الطارق. د- إن وجدت آثار دكس على الكبسولة وبدون أن تصعق دل ذلك على أنه تقدم الإبرة للأمام ولو قليلاً بدون ضغط على الزناد.

قرينة آثار الأقدام في إثبات الجريمة:

• ظهور الخطوط الحلمية التي في باطن القدم على الأثر المتروك وهذا غلبة ظن لعدم وضوحها غالباً لاختلاف طبيعة الأرض. فلا يعتمد عليها لكنه قرينة قاطعة إذا اختلفت الآثار مع المشتبه. - اعتبار آثار الأقدام قرينة مرجحة تساعد في كشف المجرم لأن أ- لا يوجد قواعد علمية واضحة تنفي التطابق بين الأقدام فاحتمال التشابه كبير بين مختلفين

• قد يكون الشخص لابساً حذاء وهو متشابه. وقد يلبس المجرم حذاء شخص آخر. - الحكم بها قد يكون تخميناً وظناً وقال صلى الله عليه وسلم إياكم والظن. - النقط في الأثرين يعتمد على المقاسات وهي تخطئ في نفسها أو بسبب التربة. - قصة العرنيين ليس فيها اعتبار فعل القاص والأخذ برأيه لعلم النبي صلى الله عليه وسلم بهم فحكم لشاهد الحال لا للقاص. وكل ذلك إن كانت القدمين عاريتين. وقد صدر تعميم بتوقيع رئيس القضاة رقم ٣٨٧ تاريخ ١١/٥/١٣٨٠ بعدم الاعتماد على الأثر بل قرينة.

القضاء بقرينة الآثار المادية الخفية:

وهي الآثار التي لا ترى بالعين المجردة بل تحتاج لوسائل كبصمات الأصابع وآثار الدم والمني والروائح. ١.

(١) مدى قرينة البصمات في الإثبات أو النفي:

لم يذكرها الفقهاء لاكتشافها ١٢٧٨ - ١٨٥٨ وأصبح من الأدلة الكبيرة المهمة فلا يمكن أن تنطبق بصمتان لشخصين بل بصمة أصبعين لشخص والخطوط الحلمية ثابتة لا تتغير إن لم تتأثر بالجروح والحروق فهي دليل لا يشك فيه والخطأ فيها نادر من حيث العمل البشري لأن الخبير يعملها بطريقة كيميائية ليس له دور إلا المتابعة وقراءة النتائج. وإن لم تتطابق البصمتان فقاطع بأن المتهم بريء والقرينة هي ما أوصلت للحق فهي حجة. قال ابن القيم: البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره وجاءت البينة في القرآن بمعنى الحجة والبرهان والدليل. والبينة على المدعي أي أن عليه من الأدلة ما يصح دعواه. وإذا ظهرت أمارات الحق والعدل بأي طريق كان فثم شرع الله. ولم يحصر الله تعالى طرق العدل وأماراته ودلائله فكل طريق يخرج بها الحق والعدل وجب الحكم به. والطرق غايات ووسائل ليست

مقصودة لذاتها. وترك حجية البصمة يؤدي للفساد لقلّة الشهود والإقرار والدين لا يهمل الحقيقة متى ظهرت.

(٢) القضاء بقريضة آثار بقع الدم:

آثار الدم في جرائم القتل في المتهم من المجرم أو في المجرم من المتهم ويمكن بعلم التحليل الاستفاد منها ومضان بقع الدم هي: ١- مظان وجود الدماء في مكان الجريمة. ٢- كيفية رفع الآثار الدموية. ٣- مراحل فحص البقع الدموية. ٤- مدى قوة قريضة آثار البقع. - بصمة الحمض النووي DNA تعد البصمة قريضة نفي وإثبات لا تقبل الشك وهذا طبق في السعودية وبطابق أحدث التقنيات في العلوم الجنائية في المعامل الجنائية في المملكة ولها خصائص: ١- تطبق على التلوثات الدموية القديمة والجافة والسائلة والحديثة والتي مضى عليها أربع سنوات لأن الحمض يقاوم العوامل الجوية. ٢- قريضة نفي وإثبات بخلاف غيرها قد تكون نفيًا فقط. ٣- تظهر بصورة خطوط عريضة يسهل قراءتها وحفظها وتخزينها في الحواسيب بعكس البصمات. ٤- هي أصل كل العلامات الوراثية وهي المكون لكل صفات الإنسان. واستخدام الدم كقريضة من الشريعة حيث قال النبي صلى الله عليه وسلم هل مسحتما سيفيكما قال لا... "فالدم قريضة وحكم بالسلب لأحدهما أيضا بأثر الدم في النصل.

البصمة الوراثية هي المادة الموروثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية كبصمات الأصابع تبين التشابه بين الأشياء والاختلاف بينها وهي تعتمد على الجينوم البشري بمعرفة التركيب الوراثي للإنسان وهي الأحماض الأمينية عند الإنسان وعددها في البشر عشرون وكل نواة في الخلية الحية يتكون من ستة وأربعين كروموسوما ثلاث وعشرون من الأم ومثلها من الأب.

وقد دلت الاكتشافات الطبية أنه يوجد في داخل النواة التي تستقر في خلية الإنسان (٤٦) من الصبغيات (الكروموسومات) وهذه الكروموسومات تتكون من المادة الوراثية - الحمض النووي الريبوزي للأكسجيني - والذي يرمز إليه ب (دنا) أي الجينات الوراثية ، وكل واحد من الكروموسومات يحتوي على عدد كبير من الجينات الوراثية قد تبلغ في الخلية البشرية الواحدة إلى مائة ألف مورثة جينية تقريباً وهذه المورثات الجينية هي التي تتحكم في صفات الإنسان ، والطريقة التي يعمل بها ، بالإضافة إلى وظائف أخرى تنظيمية للجينات .

وقد أثبتت التجارب الطبية الحديثة بواسطة وسائل تقنية في غاية التطور والدقة : أن لكل إنسان جينوماً بشرياً يختص به دون سواه ، لا يمكن أن يتشابه فيه مع غيره أشبه ما يكون ببصمة الأصابع في خصائصها بحيث لا يمكن تطابق الصفات الجينية بين شخص وآخر حتى وإن كانا توأمين .

ولهذا جري إطلاق عبارة (بصمة وراثية) للدلالة علي تثبيت هوية الشخص أخذاً من عينة الحمض النووي المعروف بـ (دنا) الذي يحمله الإنسان بالوراثة عن أبيه وأمه ، إذ أن كل شخص يحمل في خليته الجينية (٤٦) من صبغيات الكروموسومات ، يرث نصفها وهي (٢٣) كروموسوماً عن أبيه بواسطة الحيوان المنوي ، والنصف الآخر وهي (٢٣) كروموسوماً يرثها عن أمه بواسطة البويضة وكل واحد من هذه الكروموسومات والتي هي عبارة عن جينات الأحماض النووية المعروف باسم (دنا) ذات شقين ويرث الشخص شقاً منها عن أبيه والشق الآخر عن أمه فينتج عن ذلك كروموسومات خاصة به لا تتطابق مع كروموسومات أبيه من كل وجه ن ولا مع كروموسومات أمه من كل وجه وإنما جاءت خليطاً منهما ، وبهذا الاختلاط أكتسب صفة الاستقلالية عن كروموسومات أي من والديه مع بقاء التشابه معهما في بعض الوجوه ، لكنه مع ذلك لا يتطابق مع أي من كروموسومات والديه ، فضلاً عن غيرهما . والحامض النووي عبارة عن بصمة جينية لا تتكرر من إنسان إلي آخر بنفس التطابق ، وهي تحمل كل ما سوف يكون عليه هذا الإنسان من صفات وخصائص ، وأمراض وشيخوخة ، وعمر ، منذ التقاء الحيوان المنوي للأب ببويضة الأم وحدوث الحمل) ، وعلماء الطب الحديث يرون أنهم يستطيعون إثبات الأبوة ، أو البنوة لشخص ما أو نفيه عنه من خلال إجراءات الفحص علي جيناته الوراثية حيث قد دلت الأبحاث الطبية التجريبية علي أن نسبة النجاح في إثبات النسب أو نفيه عن طريق معرفة البصمات الوراثية يصل في حالة النفي إلي حد القطع أي بنسبة ١٠٠ ٪ أما في حالة الإثبات فإنه يصل إلي قريب من القطع وذلك بنسبة ٩٩ ٪ تقريباً .

مميزات البصمة الوراثية:

١. لا يمكن أن تتطابق من شخص لآخر إلا في توأمين.
٢. نتائجها شبه قطعية فلا تقل عن ٩٨٪.
٣. يمكن التعرف على الشخص حتى بعد وفاته من خلال تحليل هيكله.
٤. يقوم الحمض النووي أسوأ الظروف والتلوث البيئي.
٥. يمكن الاحتفاظ به لأمد بعيد.

مجالات العمل بالبصمة الوراثية :

يمكن استخدام البصمات الوراثية في مجالات كثيرة ، ترجع في مجملها إلي مجالين رئيسيين هما :

- ١- المجال الجنائي : وهو مجال واسع يدخل ضمنه :الكشف عن هوية المجرمين في حالة ارتكاب جنائية قتل ، أو اعتداء ، وفي حالات الاختطاف بأنواعها ، وفي حالة انتحال شخصيات الآخرين ونحو هذه المجالات الجنائية .

٢- مجال النسب : وذلك في حالة الحاجة إلى إثبات البنوة أو الأبوة لشخص ، أو نفيه عنه ، وفي حالة اتهام المرأة بالحمل من وطء شبة ، أو زنا .

إثبات أو نفي النسب اعتماداً على البصمة الوراثية :

تمهيد في عناية الشريعة بالنسب :

النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة ، أولت الشريعة الإسلامية النسب مزيداً من العناية فهو من الضروريات الخمس التي اتفقت الشرائع السماوية علي وجوب حفظها ورعايتها . قال تعالى (وهو الذي من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا . الفرقان ٥٤) .

ومنع الإسلام إنكار الآباء لأبنائهم وحرّم على النساء نسبة ولد لغير أبيه ، وبالغ في ذلك التهديد للآباء والأمهات ، قال صلى الله عليه وسلم : (أيما امرأة أدخلت علي قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ، ولن يدخلها الجنة ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه ، احتجب الله منه يوم القيامة ، وفضحه علي رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة^١ . ومنع الانتساب لغير الآباء فقال صلى الله عليه وسلم (من ادعي إلي غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام^٢ .

و حرم التبني ، بعد أن كان في الجاهلية وفي صدر الإسلام ، يقول عز وجل (ادعوهم لأبائهم هو أقمسط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم فأخوانكم في الدين ومواليكم) الأحزاب(٥) .

الطرق الشرعية لإثبات النسب:

الولادة هي الأساس في ثبوت النسب فتظهر جهة الأمومة ، فمجرد الولادة تثبت الأمومة ، وجهة الأبوة مهمة جدا وأولتها الشريعة اهتماما كبيرا وأظهر محددات لها :

أولاً : الفراش : هو الزوجية وولادة الحمل لستة أشهر أقل شيء وإمكان التلاقي بين الزوجين ، قال العلامة بن القيم : (فأما ثبوت النسب بالفراش فأجمعت عليه الأمة) والمراد بالفراش : فراش الزوجة الصحيح وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : "الولد للفراش"^٣

ثانياً : الإقرار . وسيلة فقهية شرعية بل أقواها وقد وضع الفقهاء شروطاً لصحته :

١- أن يكون المقر مكلفاً بالغاً عاقلاً ، فلا يصح إقرار الصغير ، ولا المجنون ، لعدم الاعتداد بقولهم لقصورهم عن حد التكليف .

^١ - أخرجه أبو داود كتاب الطلاق باب تغليظ الانتفاء ج١/ص: ٦٨٨ ح(٢٢٦٢) والنسائي في اللعان باب التغليظ الانتفاء من الولد ج٦ ص: ١٧٩ - ١٨٠ والحاكم في المستدرک ج٢ ص: ٢٠٢ ، ٢٠٣ وفي سننه عبد الله بن يونس لم يوثقه غير ابن حبان .

^٢ - أخرجه البخاري في الصحيح كتاب المغازي باب غزوة الطائف ج٢/ص: ١٥٧ ح(٤٢٢٦)

^٣ - البخاري في الصحيح برقم (٦٧٦٥) ومسلم في صحيحه .

- ٢- أن يكون المدعى به ممكن الثبوت من المدعى لا يكذبه الحس وأن يولد لمثله.
- ٣- أن يكون للمدعى مصلحة في دعوى النسب.
- ٤- أن يكون المدعى به نسبه مجهول .

ثالثا: البينة. وهي الشهادة من شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عند الأحناف^١.

رابعا: شهادة السماع أو التسامع: والمراد به استفاضة الخبر واشتهاره بين الناس واتفق أصحاب المذاهب على إثبات النسب بذلك لئلا يؤدي للحرج وتعطيل المصالح المترتبة عليه. والتسامع عند أبي حنيفة والشافعية والحنابلة تواتر الأخبار ليحصل للسامع اليقين ومال الصاحبان إلى أنه خبر رجلين عدلين أو رجل وامرأتان والمالكية قالوا يكون المنقول غير معين ولا محصور ويقول الشهود سمعنا كذا^٢

خامسا: القيافة: وهي تتبع الآثار الموجودة في شخصين أو أكثر للوصول إلى إثبات قرابة بينهما أو بينهما وبينهم. والقيافة عند القائلين بالحكم بها في إثبات النسب ، إنما تستعمل عند عدم الفراش ، والبينة ، والتنازع. وقد اختلف العلماء في حكم إثبات النسب بها علي قولين مشهورين :

القول الأول : لا يصح الحكم بالقيافة في إثبات النسب ، وبه قال الحنفية والمالكية في أولاد الحرائر على مشهور مذهبهم^٣.

القول الثاني : يصح إثبات النسب عند الاشتباه والتنازع . وبه قال جمهور العلماء ، من الشافعية والحنابلة والظاهرية والمالكية في أولاد الإماء في المشهور من مذهبهم ، وقيل : في أولاد الحرائر أيضاً^٤.

ويشترط في القائف العدالة والذكورية والحرية والمعرفة..

سادسا: القرعة . ذهب إلى القول بها الظاهرية والمالكية في أولاد الإماء فقط وهو نص الشافعي في القديم وفيها قال بعض الشافعية عند تعارض البينتين وقال بها الإمام أحمد في روايته وابن أبي ليلى ، وإسحاق بن راهوية . عند عدم المثبتات السابقة من فراش وبينة وإقرار وقيافة ولا مرجح. ولم يعمل بها الجمهور^٥.

طرق نفي النسب شرعا (اللعان):

عناية الإسلام في إثبات النسب بأدنى سبيل وتشدده في نفيه وإبطاله متى ما ثبت بأحد الطرق المشروعة ، حيث لا تقبل الشريعة الإسلامية نفي النسب بعد ثبوته مهما كان

^١ بدائع الصنائع ج٦ص: ٧٧ والتاج والإكليل للمواق ج١٦/١٨٠ والمهذب للشيرازي ج١٢/٣٣٤.

^٢ المبسوط ١١١/١٦ وبدائع الصنائع ٢٦٦/٦ وحاشة الدسوقي ١٩٨/٤ ومغني المحتاج ٤٤٨/٤ والمغني ١٦١/٩.

^٣ المبسوط ٧٠/١٧ وبدائع الصنائع ٢٤٤/٦ وبداية المجتهد ٢٧٠/٢.

^٤ الأم ٣٠/٥ ومغني المحتاج ٤٨٨/٤ وشرح منتهى الإرادات ٥٠٢/٢ والتاج والإكليل ١٤٧/٥ وبداية المجتهد ٢٧٠/٢.

^٥ مواهب الجليل ٣٥٩/٦ والمحلى ٥٠١/١ والإنصاف ٤٥٨/٦ والمهذب ٤٣٧/١.

الحامل عليه أو الداعي إليه غملا عن طريق واحد ، وهو اللعان وهو في الشرع شهادات مؤكدات بإيمان من زوجين مقرونة بلعن أو غضب...

واشترط الفقهاء في اللعان في اللعان أن يكون أمام القاضي أو نائبه وقيام الزوجية حقيقة أو حكما ولا يسبق نفيه بلعان ولا يكذب الزوج نفسه ويكون بعيد الولادة^١.

ويترتب على اللعان ما يلي:

- ١- سقوط حد القذف عن الزوج إن كانت زوجته محصنة ، وسقوط التعزيز عنه إن لم تكن محصنة ، وسقوط حد الزنا عن المرأة ، بنص القرآن علي ذلك .
- ٢- حرمة الاستمتاع والوطء بعد التلاعن من الزوجين ولو قبل تفريق القاضي.
- ٣- وقوع الفرقة المؤبدة بين الزوجين وتحريم نكاحها عليه علي التأبيد .
- ٤- انتفاء الولد من الزوج إذا صرح بنفيه ، ولحوق نسب الولد بأمه.

ثبوت النسب بالبصمة الوراثية:

اختلف المعاصرون على قولين:

الأول: الجمهور جعلوها طريقا شرعيا صحيحا لإثبات النسب بعد المثبتات المتفق عليها كالفراش والإقرار والبينة والسماع فلو وجد شيء منها لا يلتفت للبصمة الوراثية.

أدلتهم:

- ١- الجمهور قبلوا القيافة طريقا لإثبات النسب والقائف يعتمد على الحدس والتخمين والفراسة والشبه وقد يخطئ والبصمة لا تخطئ في الغالب لدقة ما تعتمد عليه. فهي أولى.
- ٢- النسب من الحقوق الشرعية للمكلف يسعى في إثباته بأي وسيلة والشريعة تتشوف لإثبات النسب بالبينة والإقرار والبصمة قرينة شبه قطعية للإثبات والخطأ فيها نادر.
- ٣- إثبات النسب بالبصمة مما تتشوف له الشريعة وفيها درء لمفاسد كثيرة كضياع الأنساب ونسبة لغير أهله.
- ٤- الأمة ومنها فقهاؤها قبلت في إثبات الشخصية وسائل كثيرة كبصمة الأصابع والتوقيع الخطي والصورة الشخصية ولا ينكر العمل بها وهو إجماع عملي يؤثر في إثبات الحكم فكذلك البصمة الوراثية. خاصة مجهولي النسب.^٢

^١ - أحكام النسب ص: ٤١١.

^٢ - إثبات النسب بالبصمة د الأشقر والبصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي. د ناصر الميمان ج٢ص: ٦١٢- ٦١٥ ضمن بحوث الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون.

القول الثاني: أن البصمة تحقق ما يحققه الفقه الإسلامي من طرق الإثبات وزيادة فتكون دليلاً مقمداً على الأدلة التقليدية. ولهم أدلة:

- ١- أنها يقينية في إثبات الارتباط بين الوالد ووالده والشرع يقيني ولا يمكن أن يعارض اليقين باليقين.
- ٢- بنيت معظم أحكام النسب على اجتهادات في تحقيق المناط وعلى الاستحسان وعلى القواعد العامة فنطمئن في البصمة الوراثية لنفي وثبوت النسب وتقبل نتيجة المختبر العلمي أولى من غيرها لقوله (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين) النور ٦. فالقرآن يشير إلى أن الزوج الذي ليس له شهيدا إلا نفسه يمكن من اللعان أما إذا كان له ما يشهد له لا يلتعن والاختبار الجيني قرره العلماء المختصون بيقين وهو أقوى من الشهادة التي لا تتجاوز الظن.^١
- ٣- أن الحق كما يثبت بالبيانات يثبت بالقرائن القاطعة وهي التي تدل على المطلوب دون احتمال والبصمة كذلك.
- ٤- الأمة ومنها فقهاؤها قبلت في إثبات الشخصية وسائل كثيرة كبصمة الأصابع والتوقيع الخطي والصورة الشخصية ولا ينكر العمل بها وهو إجماع عملي يؤثر في إثبات الحكم فكذلك البصمة الوراثية. خاصة مجهولي النسب.^٢

الترجيح:

هو رأي الجمهور المعاصرين أن البصمة طريق صحيح لإثبات النسب ولكنها بعد طرق الإثبات الشرعية المتفق عليها وهي الفراش والإقرار والبينة والسماع لقوة أدلتهم ولما يصحب البصمة من سلبيات تؤثر على نتائجها كتلوث العينة المشتبه فيها عند جمع الأثر أو لعدم تغير القفازات عند فحص أكثر من عينة أو الإحصاء أو نقص المعدات العلمية في المختبرات كما يكون الأمر صعباً في التقارب العائلي بل يتعذر في التوأمين^٣

وأما القول الثاني فهو مرجوح لأن: الطرق التقليدية كالقراش والبينة والإقرار قد أجمع عليها فكيف نقدم عليها البصمة وهي ما زالت في طور التجربة والاختبار وقد يعترها الخلل أثناء إجراء التحاليل.^٤

^١ التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجته في الإثبات دم محمد المختار الإسلامي ج٢ ص: ٤٥٦.

^٢ البصمة الوراثية ودورها في الإثبات وهبة الزحيلي ج٢ ص: ٥٧١. وإثبات النسب بالبصمة د الأشقر والبصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي. د ناصر الميمان ج٢ ص: ٦١٢ - ٦١٥ ضمن بحوث الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون.

^٣ البصمة الوراثية كدليل فني أمام المحاكم د إبراهيم الجندي مقدمه حسين الحسيني مجلة تالبحوث الأمنية تصدر عن مركز البحوث والدراسيات بكلية الملك فهد الأمنية عدد ١٩ ص ٤٨.

^٤ راجع العلاج الجيني واستنساخ الأعضاء البشرية د عبد الهادي مصباح ص: ٩٥ - ١٠٠.

كما أن البصمة تثبت قياساً على القيافة فالأولى تكون بمنزلتها.

نفي النسب اعتماداً على البصمة الوراثية:

قد حصر الشارع الحكيم نفي النسب في طريق واحد هو اللعان ولا يساوى اللعان بالبصمة الوراثية في نفي النسب فضلاً عن أن تتقدم عليه وهو قرار المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في الدورة السادسة عشرة قال: "لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان" وهو مذهب دجمهور المعاصرين^١ لكن يمكن الاستفادة منها كالتالي:

- ١- في حالة نفي النسب يتأكد بها في نفي النسب فتؤكد اللعان وتثبت صدق ادعاء الزوج..
 - ٢- لإقرار الحقيقة في حالة الإثبات فإذا أثبتت البصمة نسب الابن من أبيه مع نفيه له ثبت النسب في الحقيقة وانتفى في الظاهر وظهر خطأ الأب.
 - ٣- يعتصم بالسكوت عن الأمر إذا تم اللعان فيكون اللعان مقدماً عليها ونقض النظر عن نتيجة البصمة الوراثية والعمل بظاهر اللعان بأدلة الشرع أولاً وتأخذ بالأدلة العلمية الموافقة لأدلة الشرع فإذا صار تعارض قدم الدليل الشرعي في حالة السكوت دون نفي ولا إثبات في أدلة الشرع يؤخذ بالدليل العلمي في تكوين قناعة القاضي في نفي النسب أو إثباته^٢.
- وذهب بعض المعاصرين^٣ إلى جواز الاكتفاء بمعرفة نتيجة البصمة الوراثية والعمل بمقتضاها عن اللعان وقد سبقت أدلتهم.

الترجيح:

لا تساوى البصمة الوراثية باللعان في نفي النسب فضلاً عن أن تتقدم عليه وأن القول الثاني مرجوح لما يلي:

- ١- يؤدي لإهمال العمل بحكم ثابت في الكتاب والسنة.
- ٢- أن فيه تساويًا بين طريق شرعي ثابت وطريق لم نقطع بثبوتة وصحته. فما زالت معرضة للخطأ البشري.
- ٣- البصمة مقيسة على القيافة فلها حكمها والقيافة تعتمد على الشبه والنبي صلى الله عليه وسلم أهدر الشبه مقابل اللعان.

^١ البصمة الوراثية ودورها في الإثبات د هبة الزحيلي ٥٢٤٢ والبصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب د ناصر الميمان ٦١٧٢ - ٦١٨ - ٦١٩.

^٢ البصمة الوراثية ودورها في الإثبات د هبة الزحيلي ٥٢٤٢.

^٣ الشيخ محمد المختار السلامي في بحثه التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجته في الإثبات ٤٦٦٢.

٤- أن القرآن يضعف ذلك لقوله تعالى (ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم)النور ٦. والبصمة ليست من الشهداء.^١

فيمكن الاستفادة من البصمة في تقليل حالات اللعان كأن يشك الزوج في ولد ولد على فراشة ويريد اللعان فيوجه لإجراء تحاليل البصمة الوراثية فقد تثبت البصمة فيعدل عن هذا ولو أصر على اللعان فله الحق لكنه يوعظ وينبه لوعيد جحد الولد وهو ينظر إليه.^٢ والخلاصة أن تحاليل الفصائل الدموية تعطي نتائج يقينية في حالة النفي أما النتائج الإيجابية لإثبات النسب فهي غير تأكيدية ولذلك تستخدم طريقة البصمة الوراثية تعزيزاً للنتيجة الإيجابية عند تحليل الفصائل الدموية.

إثبات ونفي النسب اعتماداً على البصمة الوراثية في القانون:

القانون المقارن:

يجوز الاستعانة بالبصمة الوراثية لإثبات النسب وفقاً للقانون الفرنسي في حالتين محددتين هما:

- ١- صدور الأمر بذلك من جهة قضائية.
- ٢- إذا تم القيام بها لأغراض طبية أو علمية.

كما في المادة (١٦ - ١١) مدني فرنسي لا يجوز القيام بها إلا بأمر القاضي لدعوى تتعلق بالنسب أو النفقة. ويلزم في كل الحالات الحصول على رضا صاحب الشأن للقيام بها سواء في إثبات النسب أو الأمور الطبية والعلمية ويكون الرضى صريحاً في دعوى النسب. وأما القانون الألماني الإجراءات المدنية ينص على التزام القاضي بالبحث عن أصحاب الخبرة للاستعانة في معرفة أمور النسب كما في مادة ٢٧٣ وكذا قانونت الإجراءات الإيطالية المدني مادة ١١٨ يلزم الخصم بالخضوع لأعمال الخبرة الطبية في هذا المجال ما دامت لا تشكل خطراً عليه. وإن رفض يستعان بالقوة الجبرية.

واتفاقية استراتسبورج الأوروبية نفذت في ١١ أغسطس ١٩٧٨ مادة رقم ٥ نصت على السماح بالدليل العلمي ولم تميز بين البصمة وغيرها من الأدلة.

والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل تنص على أن من حق الطفل أن يعرف والديه مادة : ٧.^٣

^١ - التحليل البيولوجي للجينات البشري وحجيته في الإثبات د محمد المختار السلامي ضمن بحوث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ٤٥٦٢.

^٢ - البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب د ناصر الميمان ٦١٨٢. والبصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات ونفي النسب دسعد الغنزي ص ٢١. والبصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية د عمر السبيل ص: ٢٨ - ٣١.

^٣ - دور البصمة الوراثية في الإثبات دغنام محمد غنام ٤٨٤٢ وما بعدها.

أما فيما يتعلق بنفي النسب: فقد نصت المادة ٣١٦ من القانون المدني الفرنسي على ضرورة رفع دعوى إنكار النسب خلال ستة أشهر من تاريخ الولادة أو العلم بها^١.

قوانين الأحوال الشخصية في الوطن العربي:

ظهرت البصمة الوراثية متأخرة عن القوانين العربية وبعد المراجعة للنظر في موقفها من البصمة الوراثية كما في قانون الأحوال الشخصية بمصر لم ينظم ثبوت النسب إلا في حالة وفاة الموروث تاركا الأمر لما هو معمول به في المذهب الحنفي. فنص المادة ٣ من قانون إصدار الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م بشأن تنظيم بعض أنواع وإجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية وأن يعمل بأرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة، ومادة ٧ تنص من تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم ١ سنة ٢٠٠٠م على أن (لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار بعد وفاة الموروث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء)

ولذا في حال المدعى عليه في إثبات دعوى إثبات النسب لا يبقى إلا العمل بالمذهب الحنفي الراجح. والمعروف أنه في النسب يثبت بالفراش والبينة والإقرار والبينة والسماع.

ولا يجوز الاستعانة بالبصمة الوراثية في حياة المدعى عليه حتى ولو وافق على الفحص للمادة ٣ من قانون الإصدار القانون الأحداث الشخصية في مصر رقم ١ سنة ٢٠٠٠م قد نص على الأخذ بالأرجح في المذهب الحنفي قد يكون ورد على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال.

لكني أرى إذا لم يثبت النسب بأي طريق من الطرق المشروعة الإقرار والبينة والشهود والسماع فيجب تعديل القانون لتقبل البصمة الوراثية لأنها أقوى من القيافة والقرعة. مع العلم أن الحنفية لا يعتبرون القيافة والقرعة في إثبات النسب، لكن بعد الوفاة ورفع الدعوى فهل يؤخذ في هذه الحالة بالبصمة الوراثية باعتبارها دليلا قاطعا جازما؟ فالمنظر تدخل بنص خاص في المادة ٧ من قانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ لا تقبل دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه أو أدلة قاطعة جازمة تدل على صحة الادعاء.

ومع ذلك أرى أنه لا يمنع مانع من الأخذ بالبصمة الوراثية لإثبات النسب بعد وفاة المورث لأن الإسلام يتشوف لإثبات النسب وهذا لا يحتاج لنص جديد بل يدخل ضمن المادة ٣ من قانون الأحوال الشخصية لسنة ٢٠٠٠ في مصر^٢.

^١ - الحماية القانونية للجين البشري الاستساح وتداعياته رضا عبد الحليم عبد المجيد ١٢٢ القاهرة دار النهضة العربية ١٩٩٨.

^٢ - دور البصمة الوراثية في الإثبات غنام محمد غنام ٥١٠١٢.

وأما عن نفي النسب عن طريق تحليل الحمض النووي فلا يوجد في نص على المدة التي يجب رفع دعوى الإنكار فيها إذا ثبت نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائم أو بالدخول في زواج فاسد أو بشبهة وبعض الآراء تتادي بوجود رفع الدعوى حين الولادة أو في أيام التهنئة المعتادة بالولادة عن كان حاضرا أما الغائب فحين علمه بوقت الولادة.^١ وأرى أن يتدخل المنظر في تحديد المدة بدقة.

أما القانون المغربي فنص على قواعد إثبات النسب في الفصول من ٨٣ إلى ٩٦ ضمن كتاب الولادة ونتائجها من مدونة الأحوال الشخصية وهو مستمد من القانون المالكى وقد ورد في المدونة في الفصل التاسع والثمانين (يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو شهادة عدلين أو ببينة السماع بأن ابنه ولد على فراشه من زوجته) وفي الفصل الخامس وتسعين (يثبت الاستلحاق بإشهاد رسمي أو بخط يد المستلحق الذي لا يشك فيه)

وجاء بخصوص نفي الولد لا ينتفي الولد من الرجل أو من حمل الزوجة إلا بحكم القاضي وفي الفصل الواحد والتسعين: يعتمد القاضي في حكمه على جميع المسائل المقررة شرعا في نفي النسب.

وفي تلك النصوص لا يوجد إشارة للاعتماد على الخبرة الطبية لإثبات أو نفي ولا تتضمن نفي الاعتماد صراحة ولا سيما أن بالمدونة مواضع يعتمد عليها على الخبرة الطبية كالأضرار العقلية والقاضي يأذن للمجنون أو المعتوه بالزواج بتقرير من هيئة طبية بأن الزواج سيفيده في العلاج. وفي قواعد التطبيق يستعان بأهل الخبرة من الأطباء في معرفة العيب. وكأحوال مرض الموت والإقرار والنسب ف ٩٢/ والسلامة من كل مرض معد لإمكانية الحصول على الحضانة ف/٩٨ وقواعد الحجر بسبب الجنون أو العته ف/١٤٥.

وهذا كله يؤكد أن النصوص القانونية المغربية لا تبين بوضوح الاعتماد على البصمة الوراثية.^٢

إثبات الجرائم والتعرف على ضحايا الكوارث اعتمادا على البصمة الوراثية:

اتفق الفقهاء على إثبات الجرام في الحدود والقصاص بدليل يقيني مع اختلافهم في أنواع الأدلة لكنهم اتفقوا على كونه يقينيا ولا بد من بقاء ذلك حتى الحكم لأن البراءة ثابتة بيقين فلا تزول إلا بيقين. إلا جرام التعزير عند الحنفية لا يشترطون اليقين التام بل يكتفى بظاهر التهمة. والشبهات لا تسقط التعزير عندهم. لكن الجمهور على عدم اعتبار القران في الحدود والقصاص واكتفوا بالإقرار والشهادة لأن القرائن ليست مطردة الدلالة ولا منضبطة وكثيرا ما تبدو قوية ثم يعترها الضعف والحدود تدرأ بالشبهات والقرائن

^١ - الحماية القانونية للجين البشري رضا عبد الحميد ١٢٢.

^٢ - قواعد إثبات ونفي النسب في المغرب بين تطور العلم وجمود القانون خالد برجواوي ٦٥٦\٢ ومركز الخبرة الطبية من مادة الأحوال الشخصية لمحمد الكشور مجلة المحاكم المغربية عدد ٧٨\٧٧ سنة ١٩٩٧ ص ١٣.

كثيرة الشبهات. بينما ذهب المالكية للعمل بالقرائن المعينة لإثبات بعض الحدود^١. وأثبت ابن القيم إثبات الحدود بالقرائن كالزنى بالحمل والشرب بالرأحة والقطع بوجود المال المسروق مع المتهم^٢. وكذا وقع الخلاف بينهم في العمل بالقرائن في القصاص فالقسامة أثبتها الجمهور اعتبر اللوث قرينة في القسامة، ويمكن اعتبار هذا الخلاف في اعتبار البصمة الوراثية باعتبارها قرينة، لكن الأكثر من الفقهاء المعاصرين لا يرون إثبات الجرائم بالبصمة الوراثية لدرء الحدود بالشبهات فلا بد من الشهادة والإقرار ووجود عينة من شخص في مكان الجريمة أمر معتاد ولا يدل قطعاً على وجود الجرم منه. ونتائج البصمة قد لا تكون دقيقة لما يعتريها خلل من الناحية الفنية وما زالت في طور التجربة^٣.

بل بعض القضايا في الحدود لم يتقيد فيها الفقهاء بالإقرار والشهادة بل أثبتوها بالقرائن والأمارات منها:

- ١- أن عمر رضي الله عنه جلد من وجد من فمه رائحة الخمر بمحض من الصحابة^٤.
- ٢- وقال عمر (الرجم في كتاب الله حد على من زنى إذا أحسن من الرجال والنساء إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف)^٥. وبهذا قال مالك إن ظهر الحمل بالمرأة غير ذات الزوج أو السيد فإنها تحد وهي أيضاً رواية عن الإمام أحمد^٦. فهل يكون هذا في البصمة الوراثية واعتبارها قرينة شبهة قطعية لإثبات الجرائم التي فيها حدود أو قصاص: لم أر من صرح بهذا من الفقهاء المعاصرين لأن البصمة يعتريها الخلل. فلا تولد قناعة لدى القاضي لكنه قرينة تولد قناعة بالتعزير أو البحث عن قرائن أخرى تعين على بيان الحق أكثر^٧.

فلا يمكن إثبات الزنا بالبصمة الوراثية ولا الاغتصاب لاحتمال أن تكون المدعية غير صادقة وأنها تضلل العدالة وعصابات الإجرام يقدرّون على قلب الحقائق وتحضير عينات من الخصوم بسهولة وتترك في مكان الحادث. فالبصمة قرينة قوية مع الاحتياط وعدم الاقتصار على البصمة وحدها^٨. ولا داعي للتفريق بين الحدود والقصاص والتعزير في اعتبار البصمة

^١ - راجع فتح القدير لابن الهمام ٢١١/٤ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ١٣٠ ونهاية المحتاج للرملي ٢٦٠/٨ والمبسوط للسرخسي ٩٤/٩ والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص: ٢٧٠ - ٢٧٦ والمنتقى للباقي ١٤٠/٧ وحجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين د أبو الوفا إبراهيم ٧٢٩/٢.

^٢ - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص: ١٦.

^٣ - الإجماع لابن المنذر ص: ١٣ والبصمة الوراثية ومجالات الاستفادة دوهبة الزحيلي ص: ١٩ والبصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منه د نصر فريد واصل ص: ٤٤.

^٤ - أخرجه البخاري معلقاً كتاب الأشربة باب الباذق ووصله مالك في الموطأ كتاب الأشربة باب الحد من الخمر رقم (١).

^٥ - أخرجه البخاري في صحيحه كتاب المحاربيين باب الاعتراف بالزنى رقم (٦٤٤١) ومسلم كتاب الحدود باب رجم الثيب في الزنى رقم (١٦٩١).

^٦ - قوانين الأحكام الفقهية لابن جزى ٢٣٣ والإنصاف ١٠/١٩٩.

^٧ - البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب د ناصر الميمان ٥٩٩/٢.

^٨ - المراجع السابقة ٥٩٦/٢ - ٥٩٧.

الوراثية بصفة خاصة والقرائن بصفة عامة في جرائم التعزير دون غيرها، وقد ذهب الشافعية والحنابلة في وضع حد أقصى لعقوبة التعزير وأما المالكية لم يحددوا مقداراً وقد يكون التعزير بالقتل عند الحنفية في الجرائم التي تعظم بال تكرار وشرع القتل في حنسها كالقتل بمثقل واللوطي الذي تكرر منه ذلك وهو القتل سياسة^١. ولذلك ولقاعدة درء الحدود بالشبهات ولضمان مصلحة المتهم فتجري القاعدة على التعزير ولا تثبت بالبصمة الوراثية.

حكم التعرف على ضحايا الكوارث اعتماداً على البصمة الوراثية:

تحديد هويات الموتى في الكوارث الطبيعية من أهم فروع الطب الشرعي ولا أعلم أحداً من العلماء والباحثين منع الاستفادة في هذا المجال من البصمة الوراثية وبالنظر في الفقه الإسلامي فيستدل بالجواز بما يلي:

١- التشابه الظاهري في الصورة واللون:

فالشبه قرينة مثبتة للشخص ومحددة لهويته إن لم يعارضها ما هو أكبر منها كقصة اختصام سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة فادعى سعد أنه ابن أخيه وقال عبد بن زمعة ولد على فراش أبي فاخصما عند النبي صلى الله عليه وسلم: "هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بن زمعة احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله"^٢. والشاهد قوله "احتجبي منه" لما رأى من شبهه بعتبة ففيه مراعاة للشبه الموجود بين الغلام وبين عتبة أخي سعد بن أبي وقاص لكنه صلى الله عليه وسلم لم يحكم بالغلام له لأنه عارضه الفراش وهو أقوى من مجرد الشبه^٣.

٢- القيافة:

القيافة لا تكون بالشبه الخارجي للوجه فحسب لأن هذا يشترك فيه عمته الناس والقيافة هي بالتشابه بين الأعضاء كما في حديث عائشة رضي الله عنها قالت (دخل عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو مسرور فقال يا عائشة ألم تر مجزاً المدلجي دخل على فراش أسامة وزيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال هذه الأقدام بعضها من البعض^٤). فالقائف عرف الصلة بين الأقدام دون رؤية الوجوه وأقره الرسول صلى الله عليه وسلم.

^١ - فتح القدير ١٥٠/٤ تبصرة الحكام ٣٠٢/٢ كشاف القناع ١٢٤/٦ مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي القانون الوضعي والفقه الإسلامي ٧٣٢/٢.

^٢ - أخرجه من حديث عائشة رضي الله عنها البخاري في صحيحه كتاب الفرائض باب الولد للفراش ح(٦٣٦٨) ومسلم في صحيحه كتاب الرضاع باب الولد للفراش وتوقي الشبهات ح(١٤٥٧).

^٣ - راجع الطرق الحكمية ص: ٣٢٠ والبصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب ٦٠١/٢.

^٤ - أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الفرائض باب القائف ح(٦٣٨٨) ومسلم في صحيحه كتاب الرضاع باب العمل بإلحاق القائف الولد ح(١٤٥٩).

حكم إثبات الجرائم والتعرف على ضحايا الكوارث اعتماداً على البصمة الوراثية في القانون الوضعي:

لما كانت نسبة النجاح التي تحققها البصمة الوراثية حوالي ٩٦٪ فقد شجع بعض الدول المتقدمة كأمريكا وبريطانيا على اعتمادها دليل إدانة ضد المتهم بل يحفظون بصمات المواطنين الجينية مع بصمة الإصبع لدى الهيئات القانونية وتم بذلك الحسم في كثير من القضايا بناء على البصمة الوراثية. ففي أمريكا تم الحكم ١٩٨٨ على راندل جونز بالموت لاغتصابه وقتله امرأة من فلوريدا وآخر بيرطاني بالسجن ثماني سنوات للسرقه والاغتصاب استناداً على البصمة الوراثية كما برئ متهما آخر قامت شركة سل مارك في تحليل بصمته في جريمة قتل سمبسون لاعب الرياضة الأمريكي الأسود المشهور المتهم بقتل زوجته البيضاء وبعد التحليل ثبتت براءته.

خطورة اعتماد البصمة الوراثية دليلاً للإدانة:

تكمن الخطورة في اعتماد البصمة الوراثية أنه شاع عندهم التسليم بصحتها ولا تعارض عند بعضهم ويسلمون لها تسليمًا مطلقاً وأنها معصومة من الخطأ وبالتالي أخذت أحكامها القطعية. فالبصمة عرضة للخطأ إن لم تستخدم بدقة وتظل عرضة للعبث وجهد الدفاع وجهد الاستشاريين من جانب الدفاع يتركز على إثبات كسر السلسلة الحيازية للدليل وذلك في مواجهة علمية يبذل فيها كل جهد ممكن.

ولذا ظهرت بعض الاعتراضات في أمريكا من حيث التقنية المستخدمة في فحص عينات الدماء بسبب وجود بكتيريا تتكاثر على بقع الدماء الجافة تقوم بتكسير جزئيات الدم قد تحدث اختلافاً في المسافات البيئية لحزم الدنا المفصولة لذا فقد طرحت إحدى المحاكم هذا الدليل ولم تأخذ به.

جواز الحكم بالإدانة بناء على البصمة الوراثية وحدها طبقاً لمبدأ حرية القاضي الجنائي في الإقناع:

كانت القرائن عند من يأخذ بها غير كافية في الإقناع ولا بد من قرائن معها تدعمها لتصلح للإثبات ولكن حل الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي محل نظام الأدلة القانونية أصبحت جميع الأدلة مقبولة في الإثبات فقد أصبح للقاضي مطلق الحرية في أن يصل للحقيقة من أي دليل قانوني يستمده فأصبحت القرائن حجة في الإثبات الجنائي وتطبيقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (٤٢٧) من قانون الإجراءات الجنائية في فرنسا (يجوز إثبات الجرائم بأي طريقة من طرق الإثبات ويحكم القاضي بناء على اقتناعه الشخصي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) ويقابل هذا النص مادة (٣٠٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري (يحكم القانون الدعوي حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أي دليل ما لم يطرح أمامه في الجلسة وكل قول

يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد به يهدر ولا يعول عليه).

وعلى ما سبق يجوز للقاضي الاعتماد على أدلة منها البصمة الوراثية باعتبارها قرينة أو دلائل.

وهي دليل ناقص لأن العينة قد توجد في مسرح الجريمة ولا تدل على أن صاحبها هو مرتكب الجريمة. والبراءة مفترضة في الإنسان فإذا كان الدليل غير كاف أو قاصر وجب تفسير الشك والحكم بالبراءة¹.

حكم التعرف على ضحايا الكوارث اعتمادا على البصمة الوراثية:

يمكن الاستفادة من دلالات البصمة الوراثية فهي قرائن قطعية ولا تصادم مع المقرر قانونا ويعتمد عليها للتعرف على ضحايا الحروب وكوارث الزلازل والبراكين والفيضانات وحوادث القصف الجماعي من الطائرات والمدافع والصواريخ ونحوها برا وبحرا².

القضاء بقرينة آثار المني:

الزنا قرن بالنهي عن القتل وتحليل الآثار المنوية وتحديد فصيلتها يتبين الفاعل. واعتبار الآثار المنوية في قصة جعفر بن محمد عن عمر أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بامرأة قد تعلقت بشاب من الأنصار وكانت تهواه فلما لم يساعدها احتالت عليه فأخذت بيضة فألقت صفرتها وصبت البياض على ثوبها وبين فخذيها ثم جاءت إلى عمر صارخة فقالت هذا الرجل غلبني على نفسي وفضحني في أهلي وهذا أثر فعالة فسأل عمر النساء فقلن له إن ببدنها وثوبها أثر المني فهم بعقوبة الشاب فجعل يستغيث ويقول يا أمير المؤمنين تثبت في أمري فوالله ما أتيت فاحشة وما هممت بها فلقد راودتني عن نفسي فاعتصمت فقال عمر يا أبا الحسن ما ترى في أمرهما فنظر علي إلى ما على الثوب ثم دعا بماء حار شديد الغليان فصب على الثوب فجمد ذلك البياض ثم أخذه واشتمه وذاقه فعرف طعم البيض وزجر المرأة فاعترفت.

آثار الروائح ومدى الاعتماد عليها في إثبات الجريمة ونفيها:

الإثبات في الروائح بطريقتين:

١- الكلاب المعلمة. ٢- والتحاليل المعملية.

أولا: الكلاب البوليسية.

ثانيا: التحاليل المعملية: عن طريق جهاز الكروماتوجرافيا الغازية تقوم بتحليل أي رائحة لأن البحث عن الروائح عن طريق الكلاب قد يطعن فيه وهذا الجهاز في الكيمياء

¹ - مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي ٧٢٠/٢ والإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي ٧٠٢/٢.

² - مدى حجية البصمة الوراثية في الغثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي ٧٠٢/٢.

التحليلية للمواد الطهارة فيميز بين رائحتي عرق لشخصين مختلفين فهي تثبت تواجد شخص ما في مكان معين باختبار ما قد يوجد من رائحة على جلده أو ملابسه أو شعره لانتقالها إليه من المكان أو العكس انتقال رائحته للأشياء والمكان. وتستعمل قطعة من النسيج خالية من جميع الروائح في مكان آثار الجاني لمدة تتراوح بين عشرين إلى خمس وعشرين دقيقة ثم ترفع بما ليس فيه رائحة ويلف النسيج حتى يكون سطحه الملامس للآثار للداخل وتوضع في إناء زجاجي محكم حفاظا على الرائحة. ثم تؤخذ عينة من رائحة المشتبه فيهم بطريقتين:

- ١- أن يجلس المشتبه فيه على كرسي خشبي دون تنجيد بعد غسله بماء ساخن من ١٥ - ٢٥ دقيقة ويكون بملابسه هو ثم يغطى الكرسي بقطعة قماش.
- ٢- أو يمسك بقماش من ٥ - ١٠ دقائق ثم يرسل للمعمل. وهي قرينة ضعيفة لا يعتمد عليها لتطرق الاحتمالات.

الأحكام المترتبة على الآثار المادية قرائن في الإثبات أو النفي:

من القرائن ما يقضى بموجبها إن كانت قطعية كالحمض النووي إن وجدت تلوثات دموية على ملابس الجاني وتصبح المسألة لوثا تأخذ حكم القسامة ولا يعتمد عليها وحدها لأن الفقهاء ذكروا أثر الدم على جسم المجني عليه والعداوة الظاهرة ونقل عن أحمد فيمن وجد قتيلا في المسجد الحرام أنه قال " ينظر من بينه وبينه في حياته شيء يعني ضغنا يؤخذ به". ولم يشترط حضور المتهم مكان القتل. والقسامة اعتماد على ظاهر الإمارات المغلبة على الظن صدق المدعي. وأيضا البقع المنوية فبصمة الحمض النووي تحدد المتهم وتعيينه إن طبقت عينة المتهم وبصمات الأصابع قرينة قاطعة خاصة في جرائم السرقة والبصمة لها دلالتان: ١- إثبات وجود صاحب البصمة في ذلك المكان ٢- وجود البصمة في هذا المكان بالذات قرينة السرقة. أما جريمة القتل فقد يكون جاء للمكان لغرض مشروع كإنقاذ المتهم أو للتعرف على المجني عليه. لكن مع وجود العداوة يتأكد تورط المتهم. أما آثار الشرع والأقدام والمقدوفات النارية والكلاب البوليسية ليس دليلا أساسيا مستقلا على ثبوت التهمة على المتهم لتطرق الاحتمال إليها أو لضعفها لكنها قرينة للتحقيق مع المتهم كما في قصة شريح حين ادعى على رجلين بالقتل فطلب شريح الشهادة فلم يجدوا فخلاهما فذهبا لعلي فخلا بهما فلم يزل بهما حتى اعترفا. لم يقتصر على البيينة ولم يعتد باليمين فالاستجواب بني على قرينة. والاستجواب يكون له قواعد يتبعها المحقق: ١- يحقق بعد معاينة مكان الحادث.

٣- عزل المتهمين

٤- مراعاة اختلاف الناس

٥- ملاحظة تصرفات المتهم وانفعالاته

٦- الهدوء في الاستجواب دون الشدة والتهديد. وإن قويت القرينة فلم يعترف يمس بعذاب. وهذا مشهور في الشرع:

١- نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما : أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قاتل أهل خيبر حتى ألجأهم إلى قصرهم فغلب على الأرض والزرع والنخل فصالحوه على أن يجلسوا منها ولهم ما حملت ركابهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم الصفراء والبيضاء ويخرجون منها واشترط عليهم أن لا يكتموا ولا يغيبوا شيئاً فإن فعلوا فلا ذمة لهم ولا عهد فغيبوا مسكاً فيه مال وحلى لحى بن أخطب كان احتمله معه إلى خيبر حين أجليت النضير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعم حى ما فعل مسك حى الذى جاء به من النضير فقال أذهبته النفقات والحروب فقال العهد قريب والمال أكثر من ذلك فدفعه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الزبير فمسه بعذاب وقد كان حى قبل ذلك دخل خربة فقال قد رأيت حياً يطوف فى خربة ها هنا فذهبوا فطافوا فوجدوا المسك فى الخربة فقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم ابنى حقيق وأحدهما زوج صفية بنت حى بن أخطب وسبى رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءهم وذريتهم وقسم أموالهم بالنكث الذى نكثوا...فهذا فيه جواز عقوبة أهل التهم بناء على شواهد الحال والأمارات الظاهرة.

٢- ضرب المتهم للمصلحة وإحقاق الحق وبه قال الجمهور كما في المبسوط والشرح الكبير والماوردي وأبو يعلى وغيرهم. قال في المبسوط: ولم ينقل عن أحد من المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله صحة الإقرار مع التهديد بالضرب والحبس في حق السارق وغيره إلا شيء روي عن الحسن بن زياد رضى الله عنه أن بعض الأمراء بعث إليه وسأله عن ضرب السارق ليقر فقال ما لم يقطع اللحم أو يبين العظم ثم ندم على مقالته وجاء إلى مجلس الأمير ليمنعه من ذلك فوجده قد ضربه حتى اعترف وجاء بالمال فلما رأى المال موضوعاً بين يدي الأمير قال: ما رأيت ظمناً أشبه بالحق من هذا. وقال الماوردي: يجوز للأمر مع قوة التهمة أن يضرب ضرب تعزير لا الحد.

قال ابن تيمية: فإذا جاز حبس المجهول فحبس المعروف بالفجور أولى وما علمت أحداً من أئمة المسلمين المتبعين من قال إن المدعى عليه في جميع هذه الدعاوى يحلف ويرسل بلا حبس ولا غيره من جميع ولاية الأمور فليس هذا على إطلاقه مذهب أحد من الأئمة ومن زعم أن هذا على إطلاقه وعمومه هو الشرع فهو غلط غلطاً فاحشاً مخالفاً لنصوص رسول الله صلى الله عليه وسلم وإجماع الأمة وبمثل هذا الغلط الفاحش استجراً الولاية على مخالفة الشرع. وقال ابن القيم ومن نصوص الفقهاء يتضح جواز ضرب المتهم إذا عرف بالشر والفجور.

لكن يكون الضرب بما يلائم وقدرة المتهم على التحمل وليس بقسوة متناهية.

ويحاط ضرب المتهم بضمانات تجعل الاعتراف صحيحا حقيقيا وأهمها:

- ١- لا يكسر ولا يجرح أو يتلف عضوا لأن القصد ليس الإضرار.
- ٢- انعدام الوسائل الأخرى.
- ٣- التأكد من أن الإقرار مطابق للواقع حقيقيا.
- ٤- لا يكون لمجرد شكوك وظنون خاصة في الحدود لأن ظهره لا يستباح إلا بحق ومعه البراءة الأصلية.٥- يشترط شهرة المتهم بالفساد. لكن إن ضرب المتهم ولم يعترف فهل يلجأ للعقاقير الحديثة كعقار الحقيقة أو التتويم المغناطيسي أو جهاز كشف الكذب؟ قد قرر الفقهاء أن من شرط الإقرار الإرادة والاختيار وهذه الأجهزة تفقد الإرادة والاختيار وهذه الحالة يضعف فيها الاعتراف لما يلي:

١- أما العقاقير المخدرة لأخذ الاعتراف فتضعف لأن:

- أ- العلم لم يقطع بصحة النتائج لتضاربها ولا يطمئن لنتائجها ورفضها القضاة.
- ب- أحيانا قد يصعب التسلط على إرادة التفكير عند كثير من الأشخاص لأن احتمال كذبه مع العقار المخدر قائم وتبين ذلك في جميع الأحوال عدم مطابقة أقوالهم للحقيقة كما فعل سكارلين الهولندي اختبر مائة قضية لم ينجح سوى اثنا عشر في التحاليل العقارية.
- ج- وفيه اعتداء على سلامة الجسد والنفس وفيه أضرار صحية.د- فيه معرفة ما لا ينبغي معرفته عن الإنسان لأنها تدخل في مكنون نفسه.ه- المخدرات كلها حرام. لذلك يمنع منها .

٢- أما التتويم المغناطيسي فأسباب ضعفه:

- أ- حتى الآن لم يحز الدرجة الكافية من الثقة بل فيه تناقض.
- ب- إرادة الشخص المنوم تخضع لإرادة المنوم فربما يجعله يجيب كما يريد.
- ج- مثل التحليل العقاري تلغي الإرادة الواعية وتنتهك أسرار النفس البشرية.
- د- والإرادة والاختيار هما أساس الإقرار والمسئولية الجنائية وهو في حكم النائم وقد رفع القلم عنه.

أما أسباب ضعف نتائج جهاز كشف الكذب:

- أ- لأن نتائجه غير محققة علميا من التجارب خمسين عاما تبين نسبة خطأ ٥٪ وبعض الحلالات يستحيل على الخبير البت فيها ولم يعد يوثق فيه وأوصت المؤتمرات العلمية بتركه.
- ب- مؤثر على الإرادة فقد تكون الانفعالات نتيجة شيء آخر والأشخاص متفاوتون في التأثير على سلوكهم كما أنه قد يكون مرضا بالقلب أو الرئة أو نفسيا وقد يكون

بريئاً لكنه مرتبط بمكان الجريمة لأمر بل يريد أن يظهر لا علاقة له بالجريمة وقد يكون ماهراً يخدع الجهاز أو بليد الإحساس.

ج- واستعماله إكراه مادي وقد وضع الإكراه عن الناس بل فيه إهانة للإنسان وهذا انتهاك لحرية الإنسان.د- وربما يقبل لاقتناع خاطئ على أمل تغيير الحقيقة.فجهاز كشف الكذب لا يعول عليه.

القضاء بقرينة التصوير والتسجيل:

أولا التصوير الفوتوغرافي:

دلالتها ضعيفة لا يعتمد عليها لأن:

أ- قد تكون الصورة غير حقيقية لاحتمال الدبلجة.

٢- تشابه الصور في كثير من الناس.

٣- إجادة الرسومات وتشابها مع الصور.

فتضعف حجية الصور لكن ليس مطلقاً فقد يلجأ إليها القاضي إن ترجح صدقها وقد يكون التصوير من المجرمين كجرائم الاغتصاب فقد تكون قرينة قوية لأن التصوير نابع من قصد المجرمين حبا في الفاحشة وافتخارا بها لكن تعزز تلك الصور بغيرها من قرائن وكله يرجع للقاضي وفطنته والعمل بالصور أمر تدعو إليه الحاجة وتركه فساد كبير.

ثانيا: الاعتماد على التصوير الفوتوغرافي في إثبات نسبة الخطأ بين السائقين:

عن طريق عدسات التصوير عند إشارات المرور الهامة تصور السيارة المخالفة عقب المخالفة. فهل يعتمد عليها؟

هي قرينة ضعيفة فلا يعتمد عليها وحدها لأنه لا يعطي صورة واضحة للحادث بل جزء منه وربما يغير السائق اتجاه سيره أثناء التصوير.

ثالثا: الاعتماد على التسجيل الصوتي إثباتا ونفيا:

يستعمل التسجيل الصوتي وسيلة إثبات وقرينة في بيان كنه القضية موضوع النزاع جنائية كانت أم لا. ولكنه قرينة ضعيفة لا يدان المتهم بموجبها لكن يستعان بها لتقوية التهمة مع قرائن أخرى لما يلي:

أ- تشابه الأصوات الظاهري مع اختلافها قال تعالى "واختلاف ألسنتكم وألوانكم" ولأنه لا يتحد لسانان نطقا وشكلان لونا.

ب- يمكن تقليد الأصوات كافة.

ج- يمكن التدخل فيه فنيا بتغيير ونسخ (المونتاج) فلا يعتمد عليها كقرينة.

د- ما زال البحث فيها مظلونا والشرع أناط أحكامه بوصف ثابت ظاهر منضبط، وقد يستفيد منها القاضي في اعتراف المتهم مع قرائن أخرى .

خاتمة وفيها أهم النتائج

- لا غنى للقاضي عن القرائن القديمة التي ذكرها الفقهاء.
- لا يوجد عدد محصور للقرائن بل الحق يظهر بأي قرينة وكل ما أظهر الحق فهو قرينة .
- العمل بالقرائن مما اتفق عليه فقهاء الشريعة فمنهم من صرح بكونها من وسائل الإثبات وبعضهم ذكرها مرجحة واحتجاجا في مسألة ما فهي مستند في بناء الأحكام وهذا يدل على العمل بها .وما كان قويا يعتد به.
- تبين لي أن المستندات الخطية الرسمية حجة بذاتها دون الإقرار بها فإن نازع الخصم فلا تقع على المستمسك به بالدليل بل العبء على المنكر وأما غير الرسمية لا تكون حجة إلا بالاعتراف بها من صاحب التوقيع .
- البرقية والتلكس تأخذ حكم الأوراق الرسمية إن كانت من جهة حكومية وإلا فتأخذ حكم الأوراق العرفية وأما الفاكس فيأمكن القاضي الاطلاع على الأصل والحكم بموجبها.
- الفحوصات الطبية في الإجهاض والغش التجاري تعتمد على أسس علمية يقل الخطأ فيها.
- فصيلة الدم ليست قاطعة في النسب لاشتراك كل الخلق في فصائل الدم O B
- أما البصمة الوراثية فكل شخص يتفرد ببصمة خاصة به لا يمكن أن تتشابه إلا في التوأم المتماثل .
- ويجوز الاعتماد عليها في إثبات النسب لكنها بعد المثبتات الشرعية الفراش والبينة والإقرار والسماع .
- طريقة واحدة لنفي النسب واللعان وهو لا يجوز أن يساوى بالبصمة الوراثية فضلا عن أن تتقدم عليه.
- كما يعتمد عليها في إثبات هوية الشخص في الحوادث والكوارث.
- لا يعتمد في الحدود والقصاص وأما التعزيرات فيه نظر ولا يجوز التعزيز للخلاف في الحد الأقصى في عقوبة التعزيز وقاعدة ترك الحدود بالشبهات لضمان العدالة وتجري على جرائم التعزيز ولا تثبت بالبصمة الوراثية.
- البصمة الوراثية من قبل القرائن وتتخذ ضده الإجراءات وهو اتفاق في القانون الوضعي والفقهاء.

- ضرورة العناية بالقرائن المعاصرة.
- آثار الشعر المعثور عليه إن اختلف فيكون قرينة قوية تعين على الكشف.
- الرائحة وآثارها قرينة ضعيفة عن الكلاب أو التحليل العلمية لأنها تحتل احتمالات تضعف.
- المنى وتحليله قرينة ضعيفة على إثبات التهمة لوجود التشابه.
- أما نفي التهمة فالتحليل المنوي قرينة على براءته.
- التصوير الفوتوغرافي لا يعتمد عليه لأنه عرضه للتمويه والخداع .
- والتصوير التلفزيوني يعطي قرينة واضحة ولهذا يعتمد عليه في السائقين.
- التسجيل الصوتي قرينة ضعيفة لا يدان المتهم بموجبها لتشابه الأصوات لإمكانية المحاكاة.
- وجهاز كشف الكذب والتتويم المغناطيسي قرينة ضعيفة لأنه علميا تبين خطؤه كثيرا.

مشروع قرار

القرار في موضوع "الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدات)".

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا ونبينا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً. أما بعد ،
فقد عرض على مجلس مجمع الفقه الإسلامي موضوع "الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدات)".

وبعد المناقشات وسماع البحوث المقدمة توصل المجمع لما يلي:

- أن القرائن معروفة في الفقه عند الفقهاء قديماً واستخدموها من زمن الرسالة.
- أن إثبات النسب يكون بالطريق الشرعي أو ما استند لطريق شرعي ، كالفراش والإقرار والسماع والقرعة والقيافة.
- أن نفي النسب لا يكون إلا بطريق شرعي واحد وهو اللعان ، ولا يلتفت لغيره من الطرق.
- يستفاد من الأبحاث المعاصرة كالبصمة الوراثية في الإثبات وعند الاختلاف والتنازع لا في النفي .
- وعند معارضة البصمة الوراثية للدليل الشرعي لا نلتفت للبصمة الوراثية والعبارة للدليل الشرعي ، لكن قد يستفاد منها قبل اللعان للتقليل منه.
- أن البصمة الوراثية مثل القيافة فتأخذ حكمها.
- أن أجهزة كشف الكذب والتتوييم المغناطيسي لا يعتمد عليها.
- أنه لا يجوز ضرب المتهم إلا في صور ضيقة وبشروط لا تخالف الشرع.
- أن العقاقير المخدرة لا يجوز استخدامها في الحصول على المعلومات.
- أن القرائن المعاصرة لا تعدو إلا أن تكون قرينة يستفاد منها ولا يبنى الحكم عليه لأن الحكم لا يبنى إلا على دليل واضح يقيني لأن الحدود ومنها القصاص يدفع بالشبهات.

الفهرس

١	مقدمة
٢	تمهيد
٢	في تعريف القرائن وأقسامها وحجيتها
٢	أقسام القرائن
٣	حكم العمل بالقرائن
١٣	المبحث الأول: القرائن ووسائل الإثبات عند الفقهاء قديما
١٣	الإقرار
١٤	الشهادة
١٤	اليمين والنكول عنها
١٥	علم القاضي
١٦	القرعة
٢١	المبحث الثاني : أنواع القرائن المعاصرة
٢١	الأول:القضاء بقرينة المستندات الخطية
٢١	القضاء بقرينة المستندات الخطية المعدة للتوثيق
٢٦	حجية الدفاتر التجارية في الإثبات
٢٧	حجية الأوراق الشخصية أو المنزلية
٢٨	مدى الاعتماد على رسائل التلكس في إثبات الدعوى
٢٩	اعتبار الفحوصات الطبية قرينة في إثبات جريمة الإجهاض
٣٤	الاستناد إلى قول الطبيب في براء المصاب وتبين خلاف ذلك
٣٤	القضاء بقرينة الآثار المادية الظاهرة
٣٤	آثار المقذوفات النارية قرينة
٣٥	قرينة آثار الأقدام في إثبات الجريمة
٣٥	القضاء بقرينة الآثار المادية الخفية
٣٦	قوة قرينة آثار البقع. - بصمة الحمض النووي DNA
٣٧	مميزات البصمة الوراثية
٣٨	الطرق الشرعية لإثبات النسب
٤٠	ثبوت النسب بالبصمة الوراثية
٤١	نفي النسب اعتمادا على البصمة الوراثية
٤٢	إثبات ونفي النسب اعتمادا على البصمة الوراثية في القانون
٤٣	قوانين الأحوال الشخصية في الوطن العربي
٤٥	حكم التعرف على ضحايا الكوارث اعتمادا على البصمة الوراثية

٤٨	القضاء بقريضة آثار المني
٤٨	آثار الروائح ومدى الاعتماد عليها في إثبات الجريمة ونفيها
٤٨	الأحكام المترتبة على الآثار المادية قرائن في الإثبات أو النفي
٤٩	يحاط ضرب المتهم بضمانات تجعل الاعتراف صحيحا حقيقيا وأهمها
٥٠	العقاقير المخدرة لأخذ الاعتراف فتضعف لأن
٥٠	التتويم المغناطيسي
٥٠	جهاز كشف الكذب
٥٠	بقريضة التصوير والتسجيل
٥٠	التصوير الفوتوغرافي
٥٢	خاتمة وفيها أهم النتائج

المصادر

- (١) إثبات النسب بالبصمة الوراثية. تأليف : الشيخ محمد المختار السلامي ضمن ثبت كامل أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية الكويت : المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠ م .
- (٢) إثبات النسب بالبصمة الوراثية تأليف : الدكتور محمد الأشقر. ضمن ثبت أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية الكويت : المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠ م
- (٣) الأحوال الشخصية. تأليف : عبد العزيز عامر القاهرة : دار الفكر العربي ، ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ الطبعة الثانية
- (٤) الاستتساخ بين العلم والدين . تأليف : الدكتور / عبد الهادي مصباح .بيروت : الدار المصرية اللبنانية ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م الطبعة الثانية.
- (٥) اختلاف الفقهاء للطحاوي
- (٦) أدب القضاء لابن أبي الدم
- (٧) الأصول القضائية للشيخ علي قراعة.٩
- (٨) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف علي مذهب الإمام أحمد بن حنبل تأليف : علي بن سليمان المرداوي .
- (٩) البحر الرائق شرح كنز الدقائق .تأليف : زين الدين بن نجيم الحنفي بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر الطبعة الثانية .
- (١٠) بداية المجتهد ونهاية المقتصد تأليف :أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد.راجع وصححه : عبد الحلیم محمد عبد الحلیم ، وعبد الرحمن حسن محمود القاهرة : مطبعة حسان .
- (١١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع .تأليف :علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني بيروت :دار الكتاب العربي ، ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢ م الطبعة الثانية .
- (١٢) البصمة الجينية وأثرها وأثرها في إثبات النسب تأليف الدكتور : حسن الشاذلي ضمن ثبت كامل أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية .الكويت : المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية - ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م .

- (١٣) البصمة الوراثية وتأثيرها علي النسب إثباتاً أو نفيّاً. تأليف : الدكتور / نجم عبد الله عبد الواحد بحث مقدم للمجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته (١٥) عام ١٤١٩ هـ .
- (١٤) البصمة الوراثية ومدي حجيتها في إثبات البنوة. تأليف : الدكتور / سفيان العسولي ضمن ثبوت كامل أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية. الكويت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية - ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م .
- (١٥) بعض النظرات الفقهية في البصمة الوراثية وتأثيرها علي النسب. تأليف : الدكتور / محمد عابد باخصمة .
- (١٦) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. تأليف : إبراهيم بن الإمام شمس الدين بن فرحون .
- (١٧) التعريفات. تأليف : علي بن محمد بن علي الجرجاني. تونس : الدار التونسية للنشر عام ١٩٧١ م .
- (١٨) ثبوت النسب. تأليف ياسين بن ناصر الخطيب. جدة : دار البيان العربي ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م - الطبعة الأولى .
- (١٩) حاشية البقري علي شرح الرحبية. تأليف : محمد بن عمر البقري الشافعي. دمشق : دار القلم ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ، الطبعة الثالثة .
- (٢٠) دور البصمة الوراثية في اختبارات الأبوة. تأليف : الدكتور / صديقة العوضي والدكتور رزق النجار .
- (٢١) رد المحتار علي الدر المختار (حاشية ابن عابدين) تأليف : أمين الشهير بأبن عابدين مصر : مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م الطبعة الثانية . صححه وحققه : محمد حامد الفقي القاهرة : مطبعة السنة المحمدية ، ١٣٧٦ هـ / ١٩٥٧ م الطبعة الأولى .
- (٢٢) صحيح البخاري (مع حاشية السندي) تأليف : محمد بن إسماعيل البخاري. مصر : مطبعة دار إحياء الكتب العربية .
- (٢٣) صحيح مسلم. تأليف : مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري. بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر
- (٢٤) الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية. تأليف : شمس الدين محمد بن قيم الجوزية مصر : مطبعة الآداب والمؤيد ، ١٣١٧ هـ ، - الطبعة الأولى .

- (٢٥) ضمن ثبت كامل أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية
- (٢٦) الفتاوى الهندية
- (٢٧) فتح الباري بشرح صحيح البخاري تأليف : أحمد بن علي بن حجر العسقلاني. تصحيح وتحقيق : عبد العزيز بن عبد الله بن باز. القاهرة : المطبعة السلفية ومكتبتها .
- (٢٨) الفقه الإسلامي وأدلته. تأليف : وهبة الزحيلي. دمشق : دار الفكر ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م - الطبعة الأولى .
- (٢٩) القاموس المحيط. تأليف : مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي. مصر : المكتبة التجارية الكبرى لصاحبها مصطفى محمد .
- (٣٠) القضاء بالقران المعاصرة د. عبد الله بن سليمان العجلان عمادة البحث العلمي ٢٠٠٦م.
- (٣١) الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل تأليف : عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي. بيروت : المكتب الإسلامي ، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م . - الطبعة الثانية.
- (٣٢) الكافي في فقه أهل المدينة تأليف : يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي. تحقيق : محمد محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني الرياض : مكتبة الرياض الحديثة ، ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م .
- (٣٣) كشاف القناع عن متن الإقناع. تأليف : منصور بن يونس البهوتي. القاهرة : مطبعة أنصار السنة المحمدية ، ١٣٦٦ هـ / ١٩٤٧ م .
- (٣٤) لسان العرب. تأليف : جمال الدين محمد بن عبد الله بن مكرم ابن منظور. بيروت : دار صادر.
- (٣٥) المبسوط. تأليف : شمس الدين أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي. بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر - الطبعة الثانية .
- (٣٦) محاضرات عن البصمات. تأليف : محمد أحمد البار ، وأحمد إبراهيم الشبانة الرياض : مطابع الأمن العام .
- (٣٧) المحلى. تأليف : أبي محمد علي بن أحمد بن حزم بيروت : دار الفكر .
- (٣٨) المدونة الكبرى. تأليف : الإمام مالك بن أنس رواية سحنون بن سعيد التتوخي عن عبد الرحمن بن قاسم .
- (٣٩) المستدرک علي الصحیحین. تأليف : أبي عبد الله الحاكم النيسابوري. حلب : مكتبة المطبوعات الإسلامية .

(٤٠) المغني .تأليف : عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي .الرياض : مكتبة الرياض الحديثة .

(٤١) ملخص أعمال الحلقة النقاشية حول حجية البصمة الوراثية .الكويت : المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، ٢٠٠٠ م .

(٤٢) مناقشات جلسة المجمع الفقهي عن البصمة الوراثية وتأثيرها علي النسب إثباتاً ونفياً في دورته (١٥) المنعقدة في شهر رجب ١٤١٩هـ موجز أعمال الندوة الفقهية الحادية عشر .

(٤٣) الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية . الكويت: المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، ٢٠٠٠ م

(٤٤) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية د عبد الكريم زيدان مطبعة الرسالة بيروت لبنان ١٩٩٨م.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدات)

إعداد

الشيخ عثمان بطيخ
مفتي الجمهورية التونسية

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه
أجمعين

الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدات)

عناصر الموضوع

(١) تعريف المصطلحات : لغة واصطلاحاً .

الجزء الأول

وسائل الإثبات التقليدية

(١) الإقرار

(٢) الشهادة

(٣) الكتابة

(٤) القرائن

(٥) القيافة

الجزء الثاني

وسائل الإثبات الحديثة

(١) مقدمة

(٢) حجية الإثبات بالوسائل الإلكترونية .

(٣) الإثبات الإلكتروني من الوجهة الشرعية الإسلامية .

(٤) الكتابة في التشريع الوضعي .

(٥) سرية هذه الوثائق .

(٦) الجدل القانوني حول التعاقد الإلكتروني .

(٧) الإثبات الإلكتروني في المادة الجزائية .

(٨) البصمة الوراثية وسيلة من وسائل الإثبات الحديثة .

(٩) المسح الضوئي .

(١٠) الخلاصة .

توصية

(أ) تعريف المصطلحات :

في اللغة :

(أ) الإثبات :

من ثبت الشيء يثبت ثباتا وثبوتا فهو ثابت . وأثبت فلان فهو مثبت إذا اشتدت به علته ، وأثبتته جراحة فلم يتحرك . وقوله تعالى : ﴿ إِذْ يَمْكُرُ بِكَ الَّذِينَ كَفَرُوا لِيُثْبِتُوكَ ﴾^(١) أي يجرحوك جراحة لا تقوم معها . والثبت بالتحريك هو الحجة والبينة وأثبت حجته أقامها وأوضحها . وقال تعالى : ﴿ وَمَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ وَتَثْبِيتًا مِّنْ أَنْفُسِهِمْ ﴾^(٢) ، قال الزجاج : أي ينفقونها مقرين بأنها مما يثيب الله عليها^(٣) .

(ب) القرائن :

جمع قرينة وهي العلامة والأمانة ، مأخوذ من المقارنة وهي المصاحبة ، يقال فلان قرين لفلان أي مصاحب له .

واصطلاحا هي العلامة الدالة على شيء مطلوب^(٤) . ويعرفها القانون بأنها ما يستدل به القانون أو الحاكم على أشياء مجهولة^(٥) .

(ج) الأمارات :

جمع أمانة أي العلامة ومنه الحديث " فهل للسفر أمانة " . وقيل الأمانة العلامة والجمع الأمار^(٦) .

وفي الاصطلاح : ما يكون من الحجج لدى من يعتمدها في حكمه وهي من وسائل الإثبات أو النفي لثبوت الحق في النزاعات المالية والشخصية أو في ثبوت الفعل الضار في المسائل الجزائية .

وهي من الأدلة الظنية القابلة للدحض بالحجج اليقينية . وهي من الألفاظ الدالة على ذات الصلة . والدليل هو ما يتوصل به إلى مطلوب خبري قطعي أو ظني وقد يكون قطعيا .

والعلامة دليل ظني ، وعند السادة الحنفية لا تعتبر إلا القرينة القطعية وحدها كبينة نهائية أما القرائن غير القطعية الدلالة كالمستتبطة من الوقائع أو العرفية أو من تصرفات الخصوم فهي أدلة أولية متى اقتنع بها القاضي ولم يثبت خلافها^(٧) .

(١) الأنفال : ٣٠ .

(٢) البقرة ٢٦٥ .

(٣) راجع في ذلك لسان العرب لابن منظور : مادة ثبت ، ج ٢ ص ٢٠ .

(٤) التعريفات للجرجاني : ص ١٥٢ .

(٥) الفصل ٤٧٩ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية .

(٦) لسان العرب مادة أمر : ج ٤ ص ٣٣ .

(٧) المجلة العثمانية : المادة ١٧٤٩ ؛ وانظر وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته : ج ٦ ص ٣٩٢ (ط دار الفكر بيروت)

؛ وانظر محمد سعيد رمضان البوطي محاضرات في الفقه المقارن : ج ٩ ص ٢ (ط دار الفكر الطبعة الأولى ١٣٩٠ هـ / ١٩٧٠ م) .

والأمانة أقل شهرة من العلامة لأن هذه الأخيرة لا تتفك عن الشيء ، عكس الأمانة .
ومن الكلمات ذات الصلة الوصف المخيل وهو يفيد الظن الضعيف ، بخلاف الأمانة فهي
تفيد الظن القوي . ويطلق على الأمانة عبارة القرينة وهذه قد تكون قاطعة .

ويرى علماء الأصول أن ما ليس عليه دليل قاطع فهو حكم إجمالي عليه أمانة كخبر
الواحد والقياس . والمجتهد يعمل بموجب ظنه الثابت بالأمانة ، أما المقلد فليس هو كذلك
ولا يصير ظنه طريقا للعلم .

ويؤخذ بالأمارات في العبادات كتحديد القبلة بالنجوم ليلا وبالشمس نهارا وباتجاه
الرياح شرقية أو غير شرقية . ومنها أمارات البلوغ لدى الذكور والإناث .

أما القضاء والمعاملات فللقهاء رأيان منهم من أخذ بالقرائن ومنهم من اعتبر ذلك
وسيلة إلى الحكم ، ولكل دليله . فالمجيزون يستدلون بقوله تعالى في سورة يوسف عليه
السلام ﴿ وَجَأَوْا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ ﴾^(١) ، ولم يكن على قميصه أثر عنف كتمزيق
ثياب ولا غير ذلك مما يدل على أن الذئب أغار على يوسف حقيقة . والمانعون استدلوا بما
رواه ابن ماجة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : " لو كنت راجما
أحدا بغير بينة لرجمت فلانة فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها "
وأخرجه مسلم أيضا .

ولكن الدليل القرآني أقوى وهو ما يفيد القطع لا الظن ، أما الحديث فهو زيادة على
كونه خبر آحاد وعلى فرض صحته أن النبي صلى الله عليه وسلم درأ الحد عن المرأة
للشبهة وعليه قوله ﷺ : " ادعوا الحدود بالشبهات ما استطعتم " ^(٢) ، ولوجود شك قد بدا
له قويا أو وحيا أو بالفراصة فرجحه على غيره .

(١) سورة يوسف : ١٨ .

(٢) أخرجه الترمذي في كتاب الحدود : باب ما جاء في درء الحدود برقم ١٣٤٤ ، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب
الحدود : باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات ٢٣٨/٨ .

الجزء الأول

في وسائل الإثبات التقليدية

وهي متعددة وأعلاها وأقواها الإقرار - الشهادة - الكتابة - القرائن - القيافة - والفراسة . وفي الجنايات زيادة على ما تقدم القسامة . وفي الجرائم يتشدد الشرع في إقامة الحدود لخطورتها خاصة وأنها تتطلب الثبوت القاطع أو المؤكد لحصول الجريمة الموجبة للعقاب مما يستلزم زيادة التحري من القاضي . ومعلوم أن درء الحد بالشبهة مطلوب شرعا " ادعوا الحدود ما استطعتم " . والخطأ في عدم مؤاخذة الجاني واعتباره بريئا أفضل من عقابه ثم يتبين بعد ذلك خطأ الحكم وهو بريء .

(١) الإقرار :

ويعرف بأنه إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه كما ورد في الدر المختار^(١) وهو حجة قاصرة على صاحبه لا يتعدى أثره على غيره فيعامل قضائيا بذلك ، وهو حجة في العبادات والحالات الشخصية والمعاملات والجرائم المختلفة ، وهو باتفاق العلماء سيد الحجج وأقواها دلالة مع شرط أن يكون المقر صادقا في إقراره غير متهم لغاية في نفسه^(٢) .

ويصح الرجوع في إقرار المقر في حقوق الله تعالى كجرائم الزنا والسكر والسرقعة وقطع الطريق وهي الحرابة والردة على معنى درء الحدود بالشبهات . هذا في حق الله ، أما في حق العبد فلا يقبل الرجوع من المقر في إقراره .

(٢) الشهادة :

والشهادة هي الغالبة في إثبات الحقوق المالية خاصة . وأما تعريفها فهي : إخبار من عدل ثقة لإثبات حق بلفظ مخصوص أمام القاضي بصيغة أشهد بكذا .

والشهادة حجة شرعية أيضا ورد ذكرها في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسُبُونَهُمَا مِّنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الْظَالِمِينَ ﴿ فَإِنْ عُرِيَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَآخَرَانِ يَقُومَانُ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلِيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الظَّالِمِينَ ﴿ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۗ

(١) ج ٤ ص ٤٦٧ .

(٢) شرح الدردير : ج ٣ ص ٣٦٧ ، والحطاب مواهب الجليل شرح مختصر خليل : المجلد السادس ص ١٤٠ (قوله : أو أقر الخصم) .

وَأَسْمَعُوا وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْفَاسِقِينَ^(١) ، وقوله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دَعُوا^(٢) .

هذا بالنسبة للشهادة في الحقوق المالية ، أما الشهادة في جريمة الزنا فإن الشرع تشدد في ذلك وضاعف عدد الشهود فجعلهم أربعة بدل اثنين يشهدون بحصول الزنا بكيفية واحدة وحسب التعبير الفقهي كالمروود في المكحلة قال تعالى : ﴿ لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءٍ^(٣) .

والشهادة في الأموال متفق عليها بين المذاهب كما تكون من الرجال تكون من النساء . ويرى الحنفية جواز قبول شهادة النساء في الزواج والصلاة وما إليها وإذا لم يتوفر شاهدان فتقبل شهادة العدل مع اليمين ، واتفقوا أيضا في المذاهب الأربعة على عدم قبول شهادة المرأة في الحدود والجنايات وهو مروى عن الإمام علي كرم الله وجهه وابن شهاب الزهري ، وهي آثار ضعيفة تقوي بعضها ورد ذكرها في مصنف ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفه ، إلا أن الإمام مالك رضي الله عنه يرى إذا لم يوجد شاهدان فالشاهد مع يمين المتضرر استحسانا في الجراح سواء عمدا أو خطأ أو بشاهد واحد ومعه امرأتان^(٤) .

(٣) الكتابة :

ورد إثبات الحقوق بالكتابة وهي الواردة في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ^(٥) . وفي القانون فإن وسائل الإثبات في المادة المدنية : الإقرار الحكمي وهو الاعتراف لدى الحاكم وغير الحكمي الذي يثبت من المدعي عليه خارج المحكمة وقد يحصل من كل فعل مناف لما يدعيه الخصم ويحصل الإثبات بالبينة الكتابية ومنها الحجج الرسمية ودفاتر التجار . ثم البينة بالشهادة وقد تبسطت القوانين الوضعية في بيان الشروط المتعلقة بهذه الحجج سواء بالإقرار أو الكتابة أو الشهادة وكذلك اليمين التي هي وسيلة من وسائل إثبات الحقوق إذا انعدمت بقية الوسائل الأخرى .

(٤) القرائن :

وقد سبق أن عرفنا بها : وهي كل أمانة ظاهرة تقارن شيئا خفيا فتكون دالة عليه ويشترط فيها :

(١) أن يوجد أمر ظاهر معروف يصلح أساسا للاعتماد عليه .

(١) المائة : ١٠٦ - ١٠٧ - ١٠٨ .

(٢) البقرة : ٢٨٢ .

(٣) النور : ١٣ .

(٤) البقرة : ٢٨٢ .

(٥) الشرح الصغير بحاشية الصاوي : ج ٢ .

(٢) أن تكون هناك علاقة مباشرة بين الأمر الظاهر والأمر الخفي^(١) .

رأي الفقهاء في الأخذ بالقرائن :

يرى المالكية أنه تقبل القرائن في إثبات الزنا بالحمل وشرب الخمر بالرائحة والسرقة بوجود المال المسروق في يد السارق .

وتعتبر القرائن من نحو العلامات المميزة على الأشياء كالأسماء المنقولة . كما تعتبر القرائن أدلة إثبات أو نفي في الحقوق المدنية كالملكية والأهلية والولادة والنسب^(٢) .

وعند السادة الحنفية أن القرينة المقبولة هي التي تكون قطعية كوجود المشبوه فيه بقرب من الضحية وبيده سلاح ونحوه كأداة للجريمة .

وهناك القرائن الظنية كالقرائن العرفية أو التي تستج من وقائع الدعوى أو من كلام الخصوم كالتناقض في أقوالهم أو التردد أو الارتباك ونحوه وهي أدلة أولية يرجع تقديرها إلى المحكمة^(٣) .

ويرى ابن القيم ما يراه المالكية في الجرائم والحدود . وبقية الفقهاء لا يرون قبول القرائن في مادة الجنائيات لأنها تدرأ بالشبهات . ويعتبرونها في القسامة . ويرى جمهور العلماء العمل بالقرائن في المادة المدنية ومثلهم رجال القوانين عند عدم وجود بينة تثبت الحق لصاحبه .

ويقسم القانون القرائن إلى قرائن القانون وقرائن الحاكم . فالأولى التي يربطها المشرعون بأحوال معينة وفصل فيها كالإبراء بمرور الزمن أو لوجود تدليس أو اتصال القضاء .

أما القرائن التي يرجع اعتمادها واستنتاجها من القاضي وهي التي لم يحصرها القانون وهي موكولة إلى اجتهاد القاضي وبشرط أن تكون منضبطة متعددة متضافرة ويمكن دفعها قانونا بسائر أوجه الدفع مع اشتراط يمين الاستيفاء سواء من الحاكم أو الخصم^(٤) .

(٥) القيافة :

(أ) القيافة لغة :

مصدر قاف أي : تتبع أثره يقال قاف يقوف ويقتافه قيافة . والقائف هو : الذي يتبع الآثار ويعرفها كما يعرف شبه الرجل بغيره من أب أو أخ^(٥) وشرعا القائف هو : من يعرف

(١) وهبة الزحيلي : ج ٦ ص ٣٩١ .

(٢) ابن فرحون : تبصرة الأحكام ج ١ ص ٣١٢ ، والمجلة العدلية المادة ١٧٤١ : شرح علي حيدر .

(٣) الفصل ٤٨٠ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية .

(٤) الفصل ٤٨٦ من نفس المجلة .

(٥) لسان العرب : مادة قوف .

يعرف النسب بفراسسته ونظره إلى أعضاء المولود^(١). وتستعمل ألفاظ أخرى كالعيافة والفراسة تقترب من معنى القيافة . واللفظ الأخير له قرب أكثر مما نحن في صده أي القرائن . فالفراسة (بالكسر) من تفرس أي توسم .

(ب) القيافة اصطلاحاً :

ولها معنيان :

- الدلائل والتجارب التي بواسطتها أو من خلالها يتمكن الإنسان من معرفة أحوال الناس بواسطة علامات تبدو للمتفرس في غيره لمعرفة أحواله منها ما هو جلي ومنها ما هو خفي يحتاج إلى نظر وتدقيق^(٢) .
- وهو هبة من الله تعالى عن طريق الكشف والإلهام يتفضل الله به على أوليائه نتيجة إخلاصهم لله في عبادتهم ومجاهدة النفس وترويضها على التفرغ إلى الله والانقطاع عن الدنيا والابتعاد عن المخالفات والتمسك بالأخلاق الفاضلة فتصبح النفس في صفاء المرآة أو الماء تنعكس على صفحاتها الحقائق الإلهية وهو نوع من الكرامات وصدق الظن والحدس^(٣) ومنه الإلهام ، إلا أنها عند جمهور المذاهب الأربعة ليست مصدراً من مصادر الأحكام عندهم^(٤) .

(ج) أقسام القيافة :

وتتنوع القيافة إلى نوعين : قيافة الأثر وهي العيافة وهو علم يبحث عن تتبع آثار الأقدام والأخفاف (ج خف) والحوافر في الطرقات التي ترتسم عليها الآثار كالصحاري مثلاً .

والنوع الثاني علم يبحث عن كيفية الاستدلال بهيئات أعضاء شخصين على المشاركة والاتحاد في النسب والولادة وسائر أحوالهما^(٥) . وهي في نظري أساس وسائل الإثبات الحديثة التي يعتمدها القضاء للفصل في النزاعات في مثل هذه القضايا .

(د) القيافة وسيلة إثبات :

أولاً : النسب : تعتبر القيافة وسيلة إثبات للنسب عند جمهور الفقهاء وهم المالكية والشافعية والحنابلة وذلك عند فقدان ما يثبت النسب بدليل قوي أو عند تعارض الأدلة . وذهب الحنفية إلى عدم جواز إثبات النسب بالقيافة .

دليل الجمهور أن أم المؤمنين عائشة رضي الله تعالى عنها قالت " دخل علي قائف ، والنبي ﷺ شاهد ، وأسامة بن زيد وزيد بن حارثة مضطجعان ، فقال : إن هذه الأقدام

(١) الجرجاني التعريفات : ص ١٧١ .

(٢) ابن العربي أحكام القرآن : ج ٣ ص ١١١٩ .

(٣) ن م : ج ١٠ ص ٤٤ .

(٤) الموسوعة الفقهية : ج ٣٤ ص ٩٤ .

(٥) الموسوعة الفقهية نفس الجزء والصفحة .

بعضها من بعض ، قال : فسر بذلك النبي ﷺ وأعجبه ، فأخبر به عائشة " (١) . فقد سُرَّ رسول الله ﷺ لأن زيدا كان أبيض وأسامة أسود وكانوا يقدحون في نسبهما فأقر ﷺ بما حكم به القائف ، وذلك حجة لدى جمهور العلماء ، وهو ما كان يحكم به عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذ كان يلحق أبناء الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام وبحضور الصحابة وسكوتهم كان إجماعاً على حجية القيافة (٢) .

ويتأكد العمل بالقيافة إذا لم يترجح لدى التنازع دليل قوي لسدى القضاء ، كما يتصور حكم القافة في مجهول النسب أو اللقيط (٣) أو عند إنكار البنوة أو عند التنازع فيها . وقد تطورت وسائل الإثبات الحديثة بالقرائن المعتمدة كالتحليل الجيني وغيره .

ودليل المانعين وهم الحنفية أنهم تمسكوا بحديث رسول الله في إثبات النسب بقوله : " الولد للفراش وللعاهر الحجر " (٤) .

ولأن الله تعالى جعل اللعان بين الزوجين عند نفي النسب ، ولأن مجرد الشبه غير معتبر فقد يشبه الولد أباه وقد لا يشبهه ، فهو ليس حجة ثابتة ومطردة في كل الحالات وهو ما يؤدي في بعض الحالات إلى الحكم بنفي النسب . واستدلوا بالحديث الصحيح الذي ورد فيه أن رجلاً أتى إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : " إن امرأتي ولدت غلاماً أسود فقال : هل لك من إبل ؟ قال : نعم ، قال : ما ألوانها ؟ قال : حمر ، قال : هل فيها من أورك ؟ قال : نعم ، فقال صلى الله عليه وسلم : فأنت هو ؟ قال : لعله يا رسول الله يكون نزعه عرق له ، قال : قَالَ فَلَعَلَّ ابْنُكَ هَذَا نَزَعَهُ " (٥) .

فالنسب يثبت للرجل بثبوت سببه وهو النكاح (٦) . هذا رأي كل فريق وأدلتهم باختصار مع الابتعاد عن الإطالة والردود والنقاش الذي لا طائل من ورائه ما دام كل فريق يتمسك برأيه وكلهم مجتهدون . ولعل اختلاف الأدلة يرجع إلى كل حالة من الحالات التي قيل فيها هذه الأحاديث التي تبدو متباينة ولا مانع من أن تكون القيافة في الحالات التي يمكن فيها الإثبات بقريضة الفراش أو الشبه .

(٥) شروط القائف :

١ . الخبرة والتجربة حتى تحصل الثقة في أقوال القائف .

٢ . العدالة .

(١) أخرجه البخاري : باب مناقب زيد بن حارثة مولى النبي ﷺ .

(٢) الموسوعة الفقهية ج ٢٤ ص ٩٤ و ٩٥ .

(٣) الحطاب مواهب الجليل : ج ٥ ص ٢٤٧ .

(٤) أخرجه البخاري : باب الولد للفراش حُرَّةٌ كَانَتْ أَوْ أُمَّةً .

(٥) أخرجه البخاري : باب إِذَا عَرَّضَ بَنِي الْوَلَدِ .

(٦) الموسوعة الفقهية : ج ٣٤ ص ١٠٠٠ و ١٠٠١ .

٣. وهل يشترط تعدد القائمين في القضية الواحدة أم لا يشترط ؟ خلاف ، لكن الجمهور قال بعدم التعدد إلا رواية عن مالك بأنه شهادة ، ورواية عن أحمد . والقائلون بأنه يكفي بالواحد قياسا على الرواية^(١) . وقال القرافي بوجوب تعدد القائمين للقضاء به لأنها شهادة وهو الذي أرجحه للاحتياط .

٤. الإسلام .

٥. الذكورة والحرية : أما الذكورة فأعتقد أنها ليست بضرورة فقد توجد من النساء من هن عارفات في هذا الميدان فلا ينبغي إقصاؤهن لأنهن نسوة ، وأما الحرية فهو شرط غير عملي لانتفاء الرق .

٦. السمع والبصر : والسمع أيضا فيه توقف لأن المهم البصر ليقع التمييز بين الآثار والشبه .

(٩) شروط القيافة :

ويشترط للعمل بالقيافة أي لإلحاق النسب بها :

• عدم قيام مانع شرعي من الإلحاق بالشبه ، فلو نفى الرجل الولد ولاعن فلا يعمل عندئذ بوجود الشبه بينه وبين ذلك الولد لأن اللعان أقوى دليل ، وكذلك ينتفي العمل بها بقريظة الفراش كما حكم بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لما اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة لديه في ابن أمة زمعة ولد على فراش أبيه فقال صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش واحتجبي عنه يا سودة"^(٢) .

• إذا حصل نزاع في ولد وانعدم الدليل فإنه يقع الالتجاء إلى العمل بالقيافة .

• ويشترط بعض الفقهاء وهم الشافعية مصادقة القضاء على ما تقرر بالقيافة .

• ويشترط في الولد المزمع إلحاقه أن يكون استهل صارخا وهو شرط عند المالكية .

• ويشترط أيضا حياة من يلحق به النسب وهو شرط عند المالكية وقيل ليس بشرط وفقا للشافعية والحنابلة^(٣) .

هذه باختصار وسائل الإثبات التقليدية التي ذكرها الفقهاء واستمدوها من القرآن والسنة النبوية .

(١) نفس المصدر السابق .

(٢) أخرجه البخاري عن عائشة رضي الله عنها .

(٣) الحطاب مواهب الجليل : ج ٥ ص ٢٤٥ ، والموسوعة الفقهية : ج ٣٤ ص ١٠٠ وما بعدها .

الجزء الثاني

في وسائل الإثبات الحديثة

(١) مقدمة :

إن العلوم تتقدم والعقل البشري يكتشف ويبحث وفي كل يوم يظهر اختراع جديد يضاف إلى التراكمات العلمية في شتى ميادين الحياة في الطب والكيمياء والهندسة وغيرها من العلوم التي تقدم فيها الإنسان وساهم في تطوير معارفه وتطور مستوى العيش وازدهار حضارته مما ينعكس عادة بالإيجاب في حياته ويساعده على الاستقرار والشعور بالاطمئنان والراحة النفسية وهو ما يحقق له نوعا من السعادة الدنيوية وازديادها كلما ظهر اكتشاف جديد في أي علم من العلوم الحديثة .

فقد اكتشف الإنسان البدائي النار فساعده ذلك على تطوير معيشتة في مأكله وفي الاستتارة ليلا وفي تدفئته مما يقيه قر الشتاء وزمهريره . ثم اكتشف الآلات الحديدية التي ساهمت في قضاء مآربه . واكتشف الإنسان الحديث البخار والكهرباء ثم الذرة . كما اكتشف العلماء ما اشتمل عليه جسم الإنسان من أسرار تدل على الإنسان هو عالم بمفرده يسير كل جزء فيه بحكمة ولغاية وكل عضو فيه له وظيفة وهي تتكامل فيما بينها ، وعن طريق التحليل للدم اكتشف الأمراض الخفية واتضحت المعالم أمام أهل الاختصاص من أطباء وعلماء تشريح ، وعن طريق الملاحظة والمتابعة والنظر اكتشف العلم البصمات ومدلولاتها وفوائدها .

وفي الفيزياء ظهرت فتوحات عظيمة بما وفرته من الآلات ، ثم ظهرت آلات التصوير والتسجيلات السمعية والبصرية وقد استفاد منها الإنسان وما زال يستفيد منها كل علم وكل فن من الفنون .

كما استفاد القضاء والعلوم الجنائية في إثبات ما لم يكن من الميسور إثباته قبل هذه المكتشفات الحديثة وما زال العلم يكتشف بما يساعد يوما بعد يوم على تحقيق نتائج مذهلة تخدم الإنسان وتوفر له المزيد من الرخاء والسعادة والأمن وتعيّنه على الوصول إلى تحقيق العدل والإنصاف وإيصال الحقوق لأصحابها .

من هذه الاختراعات ما يعد وسائل إثبات لدى القضاء وقرائن تساعد القاضي على الوصول إلى الحق وإصدار حكمه في كنف الاطمئنان ولو لم يبلغ حكمه حد اليقين بأن يكون ظنه قويا واجتهاده صائبا سواء في المادة المدنية أو الجنائية كما يبعث الاطمئنان والثقة لدى المتخاصمين .

من هذه الوسائل نجد التسجيل الصوتي والمرئي والحاسوب والإنترنت وكل الوسائل الإلكترونية وسواء في الميدان التجاري أو في حوادث الطرقات أو حوادث طائرات بما يوفره

الصندوق الأسود من معلومات مخزونة أو في البحر في حوادث السفن بحيث يتم تحديد أسباب الحوادث بأكثر دقة .

ومنها بصمات الأصابع وبصمة العين والتحليل الجيني الذي يساعد على إثبات النسب بدقة ، وأخيرا وليس آخرا ظهور الماسح الضوئي الذي يحدد بالصورة ما يمكن أن يخفيه المسافر في أحشائه من مواد مهربة أو خطيرة . وربما سيكتشف العلماء المزيد من الاختراعات أو تطوير ما هو موجود لتكون أكثر دقة وفائدة .

والجدل قائم حول إمكانية الاستفادة من هذه الاختراعات وهل تقبل نتائجها بعيدا عن التدليس والتحايل وتركيب الصور وتلفيق الأصوات إما لدس تهمة أو للهروب من التتبع بإزالة آثار الجريمة . وما زال القضاء بين أخذ ورد وكلما تطور العلم وتحسن مردوده إلا وزادت ثقته وخف احترازه .

وستعرض إلى هذه النماذج الحديثة بما لها من إيجابيات وسلبيات وبالتالي عرضها على القواعد العامة للتشريع الإسلامي لاستنتاج ما يمكن الاهتداء إليه من الأحكام ، مع ما هو معلوم أن العمل البشري محدود وهو في تطور مستمر ما دام الإنسان يبحث ويجتهد ويفكر ، وكل عمل فيه جانب من المصلحة والفائدة والخير

وفيه جانب آخر من المفسدة والشر والضرر وميزان ذلك ترجيح ما هو راجح وإعطائه بذلك حكمه الشرعي مراعاة للمصلحة العامة التي أينما تكون فثم شرع الله وهي من مقاصد الشرع الإسلامي القائمة على دفع المفسدة وجلب المصلحة وتحقيق الأمن والسلم والعدل ، ومن الكليات العامة الخمس للإسلام حفظ الدين والنفس والعقل والمال والنسب وهذه أفاض العلماء في تقريرها وشرحها^(١) .

٢) حجية الإثبات بالوسائل الإلكترونية :

لا بد أولا وقبل كل شيء أن نعرف ما هي الوسائل الإلكترونية ؟ وما مدى صلوحيتها لتكون قرينة من القرائن أو وسيلة إثبات معتبرة ؟

وهذه الوسائل منها السمعية والبصرية مثل الحواسيب والكتابة الرقمية وشبكات الاتصال المختلفة كالأقراص الممغنطة والشبكة العنكبوتية ، وكالبريد الإلكتروني وهو نظام متطور في التراسل والتخاطب يحفظ المعلومات والمستندات والمراسلات ويحافظ عليها رقميا في جهاز صغير أو كبير وهو شخصي يمنع الدخول عليه ويحفظ القانون صاحبه من القرصنة وكل ما يؤدي إلى اختراقه أو فك رموزه أو النفاذ إليه إلا عبر كلمة سر أو رقم سري لا يعرفه إلا صاحبه .

(١) يراجع مثلا : كتاب مقاصد الشريعة الإسلامية لفضيلة الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور .

والبريد الإلكتروني نظام أمريكي مر بمراحل مختلفة إلى أن وصل إلى ما هو عليه الآن وصاحبه اسمه راي توملينسون Ray Tomlinson وهو فتح علمي سهل عملية الكتابة والتراسل والاتصال السريع خاصة بين المؤسسات الكبرى الاقتصادية والإسراع بالعمليات التجارية وربط الدول بعضها ببعض في تعاملها واتصالاتها .

والكتابة الرقمية أو البريد الإلكتروني صار حجة لدى القضاء باعتباره وسيلة تعبير كتابية سريعة ومنتشرة في العالم وما زالت تتطور في شكلها وقدرتها على جمع المعلومات في حجم صغير يمكن نقله بسهولة مع ما يستلزم من التحري في مصدره فهو كالرسائل التقليدية التي يشترط فيها شروط معينة تضمن سلامة المعلومة ودقتها وكونها صادرة عن صاحبها وذلك كتاريخ كتابتها وإرسالها وتوقيع صاحبها أي لا بد من أن تكون لها هوية قانونية حتى يكون اطمئنان لدى القضاء لما يترتب عليها من إثبات حقوق أو نفيها أو إثبات حصول جريمة .

فالتلاعب والتحايل يمكن أن يتطرق إلى هذه الوسائل ، ولذلك صدرت القوانين الدولية النموذجية عن طريق الأمم المتحدة كقانون التجارة الإلكترونية سنة ١٩٩٦ وقانون التوقيعات لسنة ٢٠٠١ والمعاهدة الدولية للاتصال الإلكتروني والعقود الدولية سنة ٢٠٠٥ وقانون ١٩٩٩ الصادر عن الاتحاد الأوروبي الملزم للدول الأعضاء باعتماده التوقيع الإلكتروني في تشريعاتهم الخاصة .

وفي غير الدول الأوروبية صدرت تشريعات تنظم التوقيع الإلكتروني منها ما هو صادر عن الدول العربية كتونس ومصر والأردن والإمارات ومنها أيضا أمريكا وبريطانيا .

(أ) العقد الإلكتروني :

وهو الذي يتم عبر الشبكة العنكبوتية وهو اتفاق معترف به قانونا ومتعامل به وبشكل واسع ، وهو عقد صحيح ونافذ وله آثاره القانونية وهو وسيلة تعبير عن إرادة المتعاقدين ورضاهما بحصول الإيجاب والقبول وينشأ عن ذلك التزام شرعي مع وصول كل من الإيجاب والقبول إلى الطرفين ، وكذلك لو صدرت هذه الالتزامات عن طريق شبكة المواقع أو المحادثات التي يشاهد فيها كل من المتعاقدين صاحبه الآخر .

(ب) التوقيع الإلكتروني :

هو إجراء على شكل رقم أو إشارة معينة سرية وفي أمن يعسر استعمالها من طرف الغير تجعل المتلقي في ثقة بها وأنها فعلا تنتسب لصاحبها المتعامل معه أو مرسل الوثيقة الرقمية .

وللتوقيع الإلكتروني مهمتان :

الأولى : إثبات إرادة الموقع برضاه والتزامه بما وقع عليه ويحدد مضمون الوثيقة المرسلة بصفة قاطعة لا تحتمل التغيير .

الثانية : ضمان سرية المعلومة عن طريق مفاتيح مصادق عليها تصدر في شأنها شهادة مصادقة .

والتوقيع الرقمي يحتاج لضمان السرية إلى وسائل تشفير رقمية . وهذه المفاتيح نوعان : عام وخاص . فالعام لتشفير الرسائل والثاني يحتاج إليه من وجهت له الرسالة لفك ذلك الرمز أو التشفير .

ولمنع التلاعب بمضمون الرسائل وحفظ حقوق المتعاملين به وتمنع التفصي والإنكار ، يتعين التصديق من طرف هيئة هي هيئة التصديق الإلكتروني .

٣) الإثبات الإلكتروني من الوجهة الشرعية الإسلامية :

ما دام هذا الشكل من التعامل قد صار محببا ومنتشرا بين لدول والجماعات والأفراد وربما صار مستعملا أكثر من وسائل الكتابة المعروفة قديما ، لذلك كان لا بد من أن يقن له المشرعون المسلمون كما شرع له رجال القانون .

ومعروف أن التشريع الإسلامي متطور ويلبي حاجات الناس في كل عصر ومصر وهو يراعي المصلحة العامة والخاصة وييسر حرية التعامل بحيث لا بد من أن يرفع الحرج والضيق عن الناس ويسهل لهم نشاطهم في كنف القواعد العامة التي جاء بها الإسلام . ونحن إذا رجعنا إلى القرآن الكريم ، المصدر الأصلي والأول للتشريع نجد قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(١) ، وقوله تعالى : ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾^(٢) ، وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾^(٣) . والآية الأولى والثانية تحثان على وجوب الوفاء بالالتزامات والتعهدات على معنى أن المؤمن إذا عاهد وقى وتلك أخلاق المسلم الصدق والوفاء ويحرم عليه الغدر وإنكار ما صدر منه وعليه أن يقول الحق ولو على نفسه ويبتعد عن الفجور والالتجاء إلى القضاء . وآية البقرة تشير إلى كتابة الالتزامات والديون منعا للاختلاف والإنكار ولم تحدد طريقة معينة للكتابة وترك ذلك بحسب كل زمان وذلك من الإعجاز القرآني ، ولذلك فهي تشمل الكتابة التقليدية وعلى الورق المعروف ثم إلى ما آلت إليه الكتابة الرقمية وبوسائلها المختلفة والشبكة العنكبوتية والإيميل والوَاب وغيرها كلها وسائل تخاطب وتعامل بين البشر وهي من نعم الله تعالى الذي ألهم البشر وهو الذي علم الإنسان ما لم يعلم .

بقي متى يتم اقتران القبول بالإيجاب ؟ هل بمجرد كتابة الرسالة أو بوصولها إلى المرسل إليه ؟ أو بقراءتها وإرجاع الجواب إلى الطرف الذي صدر عنه ؟ هذا يرجع إلى

(١) المائدة : ١ .

(٢) الإسراء : ٣٤ .

(٣) البقرة : ٢٨٢ .

اختلاف التشريعات القانونية والى آراء المذاهب الفقهية ، ولا شك أن وصول كل من الإيجاب والقبول إلى الموجه إليه وحصول العلم به يكون قد تم العقد وحصل الرضا .

أما متى يستطيع أحدهما الرجوع في التزامه فصاحب الإيجاب ما دام لم يوقع على رسالته ويرسلها نهائيا فله الرجوع ، أما إذا أرسلها بصفة نهائية فليس له الرجوع إلا إذا اطلع عليها المرسل إليه ورفضها .

وبذلك تكون هذه الوسائل من الأمور التي يقرها التشريع الإسلامي مع مراعاة شروط التعاقد دائما سواء شروط العاقدين وشروط موضوع العقد ، وذلك سواء بالنسبة لعقود الزواج أو البيوع وشبهها وعقود الهبة والوصية والشركات والقروض وخاصة عملية الصرف وبيع العملة بهذه الوسائل .

٤) الكتابة في التشريع الوضعي :

التعاقد يكون بالكتابة وبالمراسلة حسب ما تقره الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية . فالقانون التونسي ينص على أن الإثبات يكون بالكتابة وقد يكون الإقرار كتابيا فقد نص الفصل ٤٤٠ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على أنه " قد يجعل الإقرار من حجج مكتوبة " . أما الفصل الموالي ٤٤١ فنص على ما يلي : " البينة بالكتابة تحصل من الحجج الرسمية وغير الرسمية وقد تحصل أيضا من الرسائل التلغرافية وغيرها ومن دفاتر الخصوم وقوائم السماسرة الممضاة على الوجه المطلوب من الخصوم والفاتورات المقبولة ومن التقايد والتحريرات الخاصة وغيره من الحجج المكتوبة ، ويبقى للمجلس النظر فيما يستحق كل منها من الاعتبار بحسب الأحوال إلا إذا اقتضى القانون أو اشترط الفريقان بوجه صريح صورة مخصوصة " وهذا النص قد ترك المجال فسيحا لاعتماد جميع طرق الكتابة ووسائلها فقد نص على التلغراف وهو الآلة المعروفة والمتطورة في تاريخ صدور القانون المدني التونسي سنة ١٩١٧ م ، وأضافت المادة المذكورة كلمة ' وغيرها ' لتشمل كل الوسائل بما فيها البريد الإلكتروني والشبكة العنكبوتية والأقراص المغناطيسية وغيرها مع الإبقاء للحرفاء والمتعاقدين حرية الاختيار فيما يشترطونه بوجه عام من صور الكتابة . وللقضاء حرية الاجتهاد في اعتبار هذه الوسائل من عدمها بحسب الأحوال . فالنص مرن في نظرتة مسابير لروح التشريع الإسلامي ومتطور مع الزمن والمكتشفات الحديثة .

لكن من المسائل الخلافية في القانون مسألة تعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد الحاصل بين الغائبين بالمكاتبة أو بالمراسلة . فعلى مكان العقد وزمانه يتوقف حكم المحكمة ذات النظر في الخلاف الذي يحصل بين العاقدين في تعيين لزومه ومنع الرجوع عنه . وفي هذا الشأن نجد نظريات خمس :

- (١) **نظرية التبليغ** : فالعقد يتم ببلوغ القبول عن صدر منه الإيجاب أي عندما يعلم كل طرف رضى الآخر .
- (٢) **نظرية التسلم** : فالعقد يتم عندما يتسلم المرسل جواب العاقد الآخر ولو قبل اطلاعه على مضمون الرسالة .
- (٣) **نظرية الإرسال** : وتقول هذه النظرية بأن العقد يتم عندما يرسل العاقد الذي صدر منه القبول ويضعه في البريد بحيث لا يتمكن من استرداده ، وهي نظرية وجيهة وعملية خاصة بين التجار .
- (٤) **النظرية المختلطة** : ويتم بمقتضاها العقد من تسليم جواب القبول إلى الموجب .
- (٥) **نظرية الإعلان** : وهي ترى أن العقد يتم وقت إعلان المرسل إليه عن رغبته في القبول قبل إرسال الجواب وقبل وصوله إلى الموجب أو العلم به من قبله . وهذه النظرية الأخيرة اعتبرها الشرع الإسلامي ممكنة التطبيق على المتعاقدين بالرسائل الإلكترونية أو الهاتف العادي الثابت أو المحمول أو المرئي فيضع الطرفين وجها لوجه وكأنهما في مكان واحد ولو لم يرسل أحدهما رسالة إلى الآخر^(١) . والقانون التونسي اعتبر نظرية إجابة الطرف الثاني بالقبول ويتم العقد بالمراسلة في وقت ومكان الإجابة بالقبول ويجوز الرجوع فيه ما دام العقد لم يتم بالقبول أو الشروع في العمل بمقتضاه من الطرف الآخر^(٢) .

(أ) تعريف الحجة الرسمية : هي التي يتلقاها المأمورون المنتصبون لذلك قانونا في محل تحريرها على الصورة التي يقتضيه القانون . ومن هذه الحجج الأحكام الصادرة من المجالس القضائية وما ثبت لدى هاته المجالس يعول عليه ولو قبل اكتسابه صفة التنفيذ . والكتب الرسمية معتمد وهو حجة على الغير أيضا ولا يعارض إلا بدعوى التزوير أو التديس . فإذا وقع الطعن فيها بسبب تديس أو إكراه أو توليج أو غلط مادي جازت البينة بشهادة الشهود أو بالقرائن القوية^(٣) .

(ب) الكتب غير الرسمي : هو ما عدا هذه الوثائق المشار إليها ، وإذا اعترف الخصم به أو ثبتت صحته قانونا ولو بغير الاعتراف اعتمد الكتب الرسمي بالنسبة للطرفين وغيرهما .

(ج) الرسالة التلغرافية : تعد كتبا غير رسمي إذا كان أصلها ممضى من الشخص الذي وجهها أو إذا ثبت أنه سلم الأصل لمحل التلغراف وإن لم يمضه بنفسه . وأما عن

(١) النظرية العامة للموجبات والعقود صبحي محمصاني : ص ٣١٨ إلى ٣٢١ (ط ٢ ، بيروت دار العلم للملايين ١٩٧٢م / ١٣٩٢ هـ) .

(٢) مجلة العقود والالتزامات التونسية : فصل ٢٨ و ٢٩ .

(٣) مجلة الالتزامات والعقود التونسية : الفصلان ٤٣ و ٤٤ .

حجيتها فيعتبر تاريخ الرسالة التلغرافية ثابتا إذا أخذ المرسل من صاحب محل الإرسال نسخة منها مصححة منه مبينا بها يوم التسليم وساعته .

(د) دفاتر التجار تعد حجة مكتوبة : إذا تضمنت تقييدا أو اعترافا بالكتابة من الفريق الآخر أو وافق ذلك نظيرا بيده كان ذلك حجة تامة له وعليه ^(١) .

هـ) سرية هذه الوثائق :

الوثائق التجارية تحتوي على معلومات شخصية وسرية ، والاطلاع عليها يكون بالكيفية التي يتفق عليها الطرفان المتعاقدان ، وعند الاختلاف في الكيفية يقع إيداعها بالمحكمة للاطلاع عليها هناك ^(٢) .

كما أن الإذن بالاطلاع لا يكون من المحكمة إلى الخصم إلا في القضايا المتعلقة بالتركات والشركات وفي صورة التفليس أو في الحالات التي تكون فيها تلك الدفاتر مشتركة بين الفريقين المتخاصمين . ويجوز للمحكمة أن تأذن من تلقاء نفسها بالاطلاع على محتويات تلك الدفاتر ويعتبر رخصة تقدر بقدرها عند وجود ضرورة لذلك ^(٣) . ونسخ الوثائق الرسمية وغير الرسمية تعتبر حجة إذا وقع التصديق عليها والشهادة بصحتها من طرف المأمورين العموميين المأذون لهم بذلك ، وكذلك النسخ المأخوذة بالفوتوغرافية ^(٤) ، وهذه الأحكام يمكن أن تشمل الرسائل الإلكترونية ما دامت الفصول السابقة تشمل الوثائق الرسمية وغيرها كالرسائل عن طريق التلغراف .

٦) الجدل القانوني حول التعاقد الإلكتروني :

يقول الأستاذ المحامي يونس عرب : " إن أكثر مسائل البحث القانوني إثارة للجدل خلال العشر سنوات الأخيرة لدى الهيئات والمنظمات الدولية والإقليمية الساعية لتنظيم الأعمال الإلكترونية والتوجه العام الذي عكسه القانون النموذجي لمنظمة اليونسترال (الأمم المتحدة) ليس إلا قاعدة عريضة يبنى عليها التدبير القانوني المناسب ، وهذه القاعدة تقوم على أساس إحداث تساوي في القيمة بين العقود التقليدية والعقود الإلكترونية بين مسائل الإثبات المؤسسة على الكتابة والتوقيع المادي وبين المراسلات الإلكترونية والتوقيع الرقمية ، لكن هذه القاعدة لم تمنع الكثير من الخلافات والتناقض ... إلى أن يقول : وينبغي أن تراعى عناصر أساسية أهمها تحديد القانون المطبق وجهة الاختصاص القضائي وطرق التقاضي البديلة التي تجيز التحرر من كثير من القيود القانونية القائمة . ولعل

(١) ن م س : الفصل ٤٦١ .

(٢) ن م س : الفصل ٤٦٤ .

(٣) ن م س : الفصل ٤٦٣ و ٤٦٥ .

(٤) ن م س : الفصل ٤٧٠ .

التحكيم والمفاوضات والوساطة المصرفية وتعد ضرورية للأعمال المتصلة بالعلاقات القانونية في البيئة الإلكترونية والمعلوماتية " (١) .

وفعلا فإن النشاط التجاري والمصرفي وما فيه من خصوصيات وتعقيدات يمكن تسريع نشاطهما باختصار آجال التقاضي وتخصيص المحاكم الخاصة بهما مع فسح المجال للتحكيم والمصالحة لما في التحكيم من اختصار في الإجراءات وبعدم تقيده بالقوانين العادية مما يساعد على استعمال الوسائل الإلكترونية على نطاق واسع وكحجة قانونية تطبق عليها المبادئ العامة للقانون المدني والتجاري وقاعدة الإنصاف .

٧) الإثبات الإلكتروني في المادة الجزائية :

نظرا لأهمية الإثبات في مادة الجرائم فهي التي إما أن تثبت الفعل الضار من اعتداءات على النفس أو المال أو العرض ، وسواء كان الفعل الضار قصدا وعمدا أو على وجه الخطأ وعدم العمد وإما أن تنفي ذلك وهو ما يؤثر على قرار المحكمة في توجيه التهمة وإصدار الحكم المناسب أو إخلاء السبيل لعدم توفر الأدلة الكافية وهو ما يؤثر على حرية الفرد المظنون فيه سلبا أو إيجابا على سمعته ومركزه الاجتماعي وبالتالي على حياته وآثار ذلك على ممتلكاته ومن ثم على أهليته أي حرية تصرفه المالي . لذلك يجب الاحتياط في اعتماد هذه الوسائل الحديثة لأنه سهل تدليسها والتلاعب بها وتركيب صور وأصوات قد تسبب الحرج وحتى على سمعة المستهدف في ذلك . وقد تؤخذ المحادثات والتسجيلات الإلكترونية المختلفة على غرة وتلفق قضايا وتهم بل واعترافات مضبوكة لا أساس لها من الصحة أو فيها زيادة أو نقصان تجعل البريء مذنبا وتقام الدعاوى الكيدية وما ينجر عنها من جر الأبرياء إلى المحاكم وقد يطول التحقيق في بعض القضايا نظرا لخطورتها كقضايا الزنا أو القتل أو التدليس أو الخيانة مما يجعل هذه الوسائل الإلكترونية لا ترقى إلى درجة وسائل الإثبات القطعية وتبقى في أغلب الحالات قرائن ظنية تخضع لاجتهاد المحاكم في اعتبارها من عدمه ويبقى الاعتماد على وسائل الإثبات الأصلية من إقرار أو شهود أو تلبس بالفعل أو وجود قرائن فعلية مادية واضحة مثبتة أو نافية واعتبار أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته مع تمتعه بالقاعدة الشرعية وهي درء الحدود بالشبهات .

وهل يمكن الاعتماد على طرق إثبات الجرائم الإلكترونية بالوسائل التقليدية من غير مشاكل فنية أو قانونية تعترض عملية البحث والتدقيق ؟ كما تثار مشكلة الخبرة لدى المحققين وكفاءتهم المهنية . فإن الخطأ في التفتيش وضبط الدليل قد يمنع من الكشف عن الجريمة وإدانة الجاني ولو كان معروفا .

وتفتيش نظم الحواسيب قد يكون له عواقب قانونية أهمها بطلان الإجراءات القانونية لتجاوزها للصلاحيات الممنوحة لها بمقتضى أمر التفتيش إذ العملية قد تؤدي إلى

(١) دراسة بعنوان حجية الإثبات المستخرجة الإلكترونية في القضايا المصرفية : ص ١١ منشورة بمجلة بنوك الأردن ، مستخرجة من الإنترنت .

الإطلاع على خصوصيات خارجة عن حدود منطقة التفتيش والضبط فليس كل البيانات المسجلة والمخزنة تتصل بالجريمة ففيها البيانات الخاصة والإستراتيجية مما يشكل اعتداء على حقوق المالكين للحواسيب الإلكترونية ، ولذلك لا بد من ضمانات تحفظ الخصوصية وتضمن سلامة الإجراءات القانونية .

وتتجه النظم القانونية لحل هذه الصعوبات بإقرار ضمانات دستورية للمتهم كالحق في عدم إجراء أية عمليات ضبط وتفتيش دون حضور المعني بالأمر أو ممثله القانوني خصوصا في القطاع المصرفي نظرا لسرية البيانات المودعة لديه وهو الذي عليه المحافظة على أسرار حرفائه وعدم إفشائها ومسؤوليته في ذلك .

كما يتعين حماية الشاهد في المادة الإلكترونية من المساءلة القانونية أيضا إذا كان مما يعلمه داخل في خصوصية المتهم^(١) .

٨) البصمة الوراثية وسيلة من وسائل الإثبات الحديثة :

تمهيد حول علم الوراثة = النواة مركز الوراثة :

لقد توصلت بيولوجية الخلايا إلى خلاصة أن نواة الخلايا هي مركز الوراثة ، ومنذ بداية القرن الماضي كانت البرهنة نهائيا على أن الكروموزومات داخل النواة هي الحاملة للرسالة الوراثية وهو يسمى اليوم المادة الكيميائية للجينات والكروموزومات .

كما تم اكتشاف توالد الكروموزومات كالجينات الأولى أنها هي الحامل الفيزيائي للثانية . كما وضع أحد القوانين الأساسية في الجينات السكانية ، وتوصل العلماء إلى اكتشاف تطور الأنواع الحية وكان ذلك انطلاقا لعلم الوراثة^(٢) .

والبصمة الوراثية لها دورها في إثبات النسب وهي قرينة تكاد تكون قطعية حيث إن التجربة أثبتت دقة نتائجها بما توفره التقنيات الحديثة المستعملة من نجاح ومن الحصول على نتائج دقيقة ومسلمة لا يجوز دحضها بأية وسيلة أخرى تقليدية كالإنكار أو القرائن الظنية أو الشهود أو القافة .

ومن نعم الله علينا أن توصل العلماء إلى هذا الاكتشاف العلمي مما يساعد على إثبات النسب عند الإنكار والالتجاء إلى القضاء مما يبعث على الاستقرار النفسي لمن يثبت التحليل نسبه إلى أبيه أسوة بغيره من عباد الله فتنتفي عنه وصمة العار وصفة اللقيط مجهول النسب .

ولا شك في أن الشارع متشوف إلى إثبات النسب لكل واحد منا ، من ذلك طريقة الاستلحاق عندما يعترف المستلحق بمن استلحقه بنسبه بالشروط التي وضعها الفقهاء حتى لا تكون العملية فوضى وبدون ضابط وتكون لا قيمة لها .

(١) المرجع السابق : ص ١٤ (بتصرف)

(٢) موسوعة القرن (لاروس) : ص ٢٩٩ و ٣٠١ و ٣١٣ .

وقد اعتمدت كثير من القوانين في الدول العربية هذا الاتجاه ومنها تونس ، وهذه القوانين تعتبر أن الالتجاء إلى التحليل الجيني اختياريًا بالنسبة للمدعى عليه خصوصًا عندما يتقصى من المسؤولية وينكر دعوى النسب المقامة عليه ولا يجد الطرف المتضرر وسيلة يثبت انتسابه إليه إلا إذا وقع الاعتراف به . وأما هذه الحالة القانونية التي تعتبر ثغرة في التشريع كان لا بد من إيجاد حل لها حتى لا تضيع حقوق المتضررين وهو أن يلزم القانون من امتنع من القيام بالتحليل الجيني سواء المدعي أو المدعى عليه بالخضوع لحكم القضاء إلى التحليل ، ولأن الإنكار قرينة في حد ذاتها على الكذب والتفصي من إمكانية ثبوت النسب .

وخشية التدليس والتلاعب بنتائج التحليل وضع المشرع القوانين والضمانات الضرورية لتلافي مثل هذه الحالات . منها أنه لا تعتمد نتائج التحليل إلا بحكم قضائي صادر عن المحكمة المختصة التي تقوم بتعيين الطبيب المختص والمخبر الذي تجرى فيه العملية ، وقد يتعدد التحليل حتى يحصل للقاضي الاطمئنان ويكون إصدار حكمه بثبوت النسب عن دراية و يقين . ويقع تسجيل الحكم في السجلات الرسمية ومنها شهادة ميلاد الولد .

ومن نتائج التحليل الجيني تلافي وقوع جرائم الخطف للأطفال سواء من المستشفيات أو من الشوارع ممن لم يرزقوا بأولاد وهي جرائم تقع في كل المجتمعات مما يسبب المآسي والأحزان التي لا تنطفئ في قلب من فقد فلذة كبده بهذه الطريقة ، كما تدل على قساوة ووحشية من قام بالخطف وجهله بما قد تؤدي إليه هذه الحالة من اختلاط الأنساب واضطراب الحياة الأسرية والاجتماعية . فعند وقوع مثل هذه الجرائم يدعي الخاطفون في الغالب أن المخطوف ولدهم ، فيكون التحليل الجيني كفيلاً بإثبات الحقيقة وكشف الجريمة خاصة وأن القانون يلزم بالخضوع للتحليل .

كما يترتب عن ثبوت النسب بهذه الطريقة النتائج القانونية التي يتمتع بها الولد الحقيقي من حقه في النفقة والرعاية والتعليم من والده . أما الميراث فلا يثبت له قانوناً وهي ثغرة بقيت محتاجة إلى حلها قانوناً فما دام قد ثبت النسب وثبتت الأبوة قانوناً وتحصل الولد على لقب أبيه وصار له الحق في النفقة فما المانع من أن يكون له الحق في الميراث ؟ خاصة وأن العلم أثبت يقيناً أن البصمة الوراثية تتضمن البنية التفصيلية التي تدل على كل شخص بعينه ولا تكاد تخطئ في التحقق من الأبوة البيولوجية كالتعرف على الشخصية وإثباتها^(١) .

والحديث عن البصمة الوراثية يجر إلى الحديث عن بصمة العين وهي بدأت تنتشر في المطارات الدولية حيث يقع أخذ صورة لعين المسافر عند دخوله إلى أرض البلاد التي نزل بها تسجل في وثيقة رسمية يقع اعتمادها لدى السلطات الأمنية للتعرف على المشبوه فيهم بسهولة حماية لأمن المتساكنين والأبرياء .

(١) دراسة علمية مستخرجة من الإنترنت .

ومنها بصمة الأصابع وهي تكاد تكون قرينة تقليدية لانتشار استعمالها في العالم وتسجل في بطاقة الهوية وفي الوثائق الرسمية للسلط الأمنية . ومعلوم أن بصمات الأصابع لا تتشابه وهي من الأدلة اليقينية القاطعة وسبحان الملك الخلاق الذي أحكم كل شيء وأتقن صنعه ووفر أسباب تحقيق الأمن والأمان بين الناس . والباعث على التفكير في خلقه والنظر وما زال العقل البشري يكتشف عجائب صنع الله واجب الوجود الواجد لكل موجود وهو القائل ﴿ أَفَلَا تَبْصُرُونَ ﴾ ﴿ أَفَلَا تَعْقِلُونَ ﴾ ، ومن أجل ذلك قال تعالى : ﴿ إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ ﴾ ^(١) ، سواء الذي اكتشف بعضا من أسرار الكون بما في الإنسان هذا الكائن العجيب أو الذي درس وتعلم واستفاد من هذه المكتشفات .

ومن وسائل الإثبات الحديثة الصور الفوتوغرافية والفيديوات وهي قرينة يقينية مع إمكانية دحضها بالتدليس والتركيب ، إذ كما تكون حقيقية قد تكون استعملت للإيقاع والتغريب بالأبرياء نكالة وانتقاما كإحداث صور لامرأة خليعة مع أجنبي في حالة مسترابة وهي مركبة افتراء لأغراض التشويه وهي عملية إجرامية شنيعة إذا ما ثبتت فإنها تخضع شرعا إلى عقوبة جريمة الإفك والادعاء بالباطل .

والشرع الإسلامي يحمي الناس في أعراضهم وشرفهم ويتشدد في الحفاظ على نقاوة سلوك الإنسان وعرضه ويمنع الناس من الترامي بالتهم الجزاف التي تهدر العرض إلا بحق وبالدليل مع درء الحدود بأدنى شبهة وفق ما نص عليه الحديث النبوي " ادرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم " ^(٢) ، وقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ ^(٣) . فقد تشدد الشرع مع هؤلاء المتهاونين بأعراض الناس سواء كانت دعواهم حقا أو باطلا فيعاملون بشدة وبعقاب مناسبة لجريمة بشعة فيها اعتداء صارخ على الأخلاق وعلى مكانة الإنسان الاجتماعية زجرا لمن تحدثه نفسه بالاعتداء على غيره من الأبرياء .

كما جعل الشرع للزوج الذي لا يملك دليلا ينفي به ما لصق به من نسل ليس منه مخرجا ووسيلة يدرأ بها عن نفسه ما يمكن أن ينسب إليه وذلك باللعان فيحلف أربع شهادات أنه صادق وتحلف الزوجة مثله بأنه كاذب وبذلك يفرق بينهما وينتفي عنه نسبة الحمل الذي ادعته الزوجة منه قال تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ ^(٤) .

(١) فاطر : ٢٨ .

(٢) سبق تخريجه : ص ٤ .

(٣) النور : ٤ - ٥ . فاطر : ٢٨ .

(٤) النور : ٦ - ٩ .

مع اعتبار ما يوفره التحليل الجيني في العصر الحديث من إمكانية الإثبات أو النفي خاصة إذا كان أحد الطرفين لا يبالي بأن يحلف وهو كاذب ليدراً عن نفسه المسؤولية .

٩) الماسح الضوئي :

يعتبر الماسح الضوئي من أحدث الوسائل التكنولوجية المتطورة التي تكشف عما يحمله المجرمون من وسائل تعد من الممنوعات التي يكون من الخطورة ما يهدد الأمن العام والخاص كحمل المتفجرات وإخفائها بطريقة يصعب عادة اكتشافها بالوسائل العادية أو غيرها مما يدق لصغره ويمكن إخفاؤه في أماكن من جسم الإنسان أو ابتلاعه .

والماسح الضوئي هو جهاز أشعة يوضع في المطارات يشبه جهاز الكشف بالأشعة الطبي (السكانر) الذي يكشف باطن الجسم ويساعد على تحديد الأمراض وتصوير موقعها بالصورة . وهو أشد خطورة منها لقوة الأشعة المستعملة فيه ، إذ الماسح الضوئي هو عبارة عن لوحة مجهزة بالأشعة السينية ذات الحساسية العالية تخترق الأجساد المظلمة .

وطريقة استعمالها هو أن يقف الإنسان مقدار ٣٠ ثانية أمامها لتصوير جسده بحيث تكون الصورة واضحة تكشف التفاصيل الدقيقة للجسم وما هو مخفي في طياته .

وهو جهاز كما يستعمل في الأغراض الطبية تستعمله المختبرات لتخترق الجدران والبنائيات لمعرفة ما يدور بداخلها ، وهو جهاز أمريكي الصنع تستعمله الدول الغربية في المطارات لمراقبة المسافرين .

وقد كان في البداية استعماله اختيارياً إلا أنه فيما بعد صار إلزامياً إثر التفجيرات التي وقعت في نيويورك بتاريخ ١١ ديسمبر ٢٠٠٨^(١) .

وبذلك صار هذا الجهاز وسيلة من وسائل الإثبات الجديدة وقرينة قاطعة بالصورة تساعد على تلافي الجرائم الخطيرة وغير الخطيرة قبل حدوثها .

أ) الموقف الأوروبي من استعمال هذا الجهاز :

لقد اعترض البرلمان الأوروبي على استعمال جهاز الماسح الضوئي مطالباً بوضع قيود حول تطبيقه خاصة وأنه يمكن من الاطلاع على خصوصيات الإنسان وهو ما يتعارض مع حقوقه الأساسية .

وفي هولندا أيد عدد كبير من أعضاء البرلمان استعمال هذا الجهاز في المطارات وتم الاتفاق على استعماله بين وزير العدل ونظيره الأمريكي على أساس أهميته في منع تسرب الإرهابيين ، ويرى الشق المؤيد أن استعمال هذا الجهاز أفضل من تعريض المسافرين للتفتيش على أيدي رجال الأمن وهو أكثر احتراماً دون أن يتعرض المسافر للأذى والمضايقات نتيجة لمسهم بالأيدي وخاصة النساء ، وهو لا يسجل ملامح الوجه ولا يخزن

(١) مقال صدر بجريدة الوطن السعودية : الثلاثاء ٢٦ محرم ١٤٣١ هـ / ١٢ يناير ٢٠١٠ العدد ٣٣٩٢ السنة العاشرة .

الصور التي يلتقطها وبالتالي لا يعد مسا بخرمة الإنسان ولا بخصوصياته ويطلب هذا الفريق بتعميمه من أجل سلامة المسافرين .

(ب) آثاره الصحية :

وبسبب الأشعة الضوئية التي تنبثق عن الجهاز منها الأشعة السينية التي لها خطرهما على الجسم ، فقد تحدث تغيرات بيولوجية باختراقها للمادة الوراثية محدثة خلا جينيا وهو ما يزيد في احتمال الإصابة بالسرطان .

وهذه الآثار قد لا تظهر مبكرا وقد تطول المدة حتى تبدأ الأعراض في الظهور . وفي جسم الإنسان أجزاء أكثر حساسية من غيرها معرضة للإصابة كقرنية العين والغدة الدرقية والأعضاء التناسلية والبشرة . والمعرضون للإصابة أكثر الأجنة في الأرحام والأولاد الصغار ومرضى الإيدز ومرضى السكري وكبار السن والعاملين في حقل الطيران ومستعملي الجهاز نفسه .

(ج) فعالية الجهاز :

لا يقدم جهاز المساح الضوئي إلا كشفا أوليا وذلك دون التفاصيل فخطورته وضرره أكبر من نفعه . ويقول علماء الأشعة والأطباء المختصون في هذا الميدان أنه يمكن استعمال بدائل عنه وذلك عن طريق موجات الراديو وتقنية الرنين المغناطيسي والموجات الصوتية فهي أقل ضررا منه ويبقى الأفضل التفتيش العادي الذي لا يكون له خطورة على صحة الإنسان.

(د) الموقف الإسلامي :

لقد كان موقف المسلمين في أوروبا معارضا لاستعمال هذا الجهاز لعدم احترامه للخصوصية الإنسانية ، وهو يكشف تفاصيل ودقائق الجسم خاصة المرأة ، ويقابل موقف أوروبي باستحباب هذا الجهاز وهو خيار ضروري رغم ما فيه من إباحية مؤكدين على أن الصور لا يقع نشرها ولن تباع في الأسواق وبمجرد أن يتبين أن صاحبها لا يحمل ممنوعات حتى يقع إعدامها .

ورغم ذلك يبقى ضررها المادي قائما على صحة الإنسان وهو خطر محقق ولو بعد حين إلى جانب الكشف عن خصوصيات جسم الإنسان الذي يتعارض مع القيم الحضارية والدينية والإنسانية ككل بقطع النظر عن دين الإنسان ومعتقداته وميولاته ورضاه من عدمه . مع العلم أن بداية التجربة في استعمال هذا الجهاز حصلت بعد المحاولة التي تم إحباطها بمطار هولاندا عندما حاول النيجيري عمر الفاروق تفجير طائرة فوق مدينة ترويت ، فتم ضبطه بالطرق العادية ودون استعمال لجهاز المساح الضوئي مما يثبت عدم ضرورة الالتجاء إليه .

هـ) موقفنا من استعمال هذا الجهاز :

بناء على سؤال تقدمت به صحيفة الأخبار التونسية إلى ديوان الإفتاء بتونس حول موقف الشريعة من استعمال الماسح الضوئي أجبنا بما يلي :

هذا السؤال لا يهم الغرب فحسب بل يهم كل المسافرين القادمين إلى هذه الدول من العرب والمسلمين نظرا لكثافة التنقلات والرحلات الجوية عبر دول العالم بحكم العلاقات الاقتصادية والثقافية والسياحية وغيرها التي أصبحت تربط الدول بعضها ببعض فصار العالم قرية تلتقي فيها كل الشعوب بسبب تشابك المصالح .

ونتيجة لنوع من السلوك الصادر عن البعض نتيجة أوضاعهم الإنسانية ومن تعصب ديني وجهالة وقلة وعي تسبب في حدوث صراعات عنصرية واختلالات في المفاهيم أدى إلى حدوث كوارث وجرائم واعتداءات على الممتلكات والأرواح شوهت سمعة الإسلام والمسلمين ككل ولم تفرق بين المذنب والبريء مما دفع بالدول الأوروبية إلى تشديد المراقبة في المطارات على المسافرين القادمين من الخارج باستعمال هذا الجهاز المعبر عنه بالماسح الضوئي الذي يكشف عن دقائق الجسم ويصور العورات سواء للرجال أو للنساء ، وهي ممارسة غير أخلاقية تحرمها كل الديانات السماوية وكافة العقلاء وهو انحدار نحو الحضيض وإهانة صريحة للإنسان الذي كرمه الله تعالى بما ميزه عن سائر الحيوانات بأن أمره بالستر وارتداء ملابسه ليكون محترما ، وقلت : يمكن استعمال وسائل أخرى تكون أكثر إحكاما وضبطا لمنع تسرب الإرهاب والإرهابيين دون اللجوء إلى هذا الجهاز ، وطالبت من المجتمعات المدنية والمنظمات الحقوقية والإنسانية لكي تتدخل لمنع استعمال الماسح الضوئي حفاظا على كرامة الإنسان وحتى لا يتضرر الأبرياء وهم جمهور المسافرين بسبب طيش قلة من الأشقياء والمغامرين .

وقد تسببت هذه الفتوى في استنكار بعض البعثات الدبلوماسية الأجنبية المقيمة بتونس ، وقد مر الأمر بسلام والحمد لله . فواجب العالم والشيخ والمفتي والمثقف عامة وأهل الاختصاص هو الإصداع بما يراه حقا بقطع النظر عن النتيجة سواء أكانت سلبية أو إيجابية ، فإذا فعل ذلك برئت ذمته واستراح ضميره وانتفت عنه المسؤولية .

الخلاصة : إن هذه الوسائل الحديثة للإثبات بما توفره بالدقة التي لديها من نتائج تكاد تكون في مجملها قطعية جعلت منها ليست مجرد قرائن بل يمكن اعتبارها ملحقمة بالوسائل التقليدية خاصة الكتابة الرقمية .

وتبقى وسائل التصوير الشمسي والإلكتروني ظنية بسبب إمكانية إدخال التركيب والتزييف عليها .

توصية

أرى أن التشريع الإسلامي بمبادئه السمحة وبكونه صالحا لكل زمان ومكان ويقر كل ما فيه مصلحة عامة أو خاصة ويمنع كل مفسدة عامة أو خاصة ، وذلك من جليل مقاصده ونبل أهدافه .

ومن مبادئ الإسلام حفظ العقل والدين والمال والنسب والعرض والحياة مع الحرص على تحقيق الأمن والأمان في المجتمع ليتحقق الاستقرار ويتم الحد من الجرائم والاعتداءات ولتحصل الثقة بين الناس في المعاملات .

وإن ما يوفره العلم الحديث من وسائل أثبتت التجارب فعاليتها وأثرها في تحقيق العدل واستتباب الأمن والتخفيف من النزاعات وسرعة الإنجاز في ميدان الإثبات ومنها القرائن التي تكاد تكون قطعية ، إلى جانب وسائل الإثبات التقليدية بشرط أن لا تتنافى مع الأخلاق الحميدة والقيم الدينية وكرامة الإنسان وخصوصياته ، وهي وسائل حديثة جائزة ولا مانع من استعمالها .

والسلام

عثمان بطيخ

مفتي الجمهورية التونسية



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدات) بحث فقهي مقارن

إعداد

أ.د. عبد الفتاح محمود إدريس أ.د. ماجدة محمود أحمد هزاع
أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن
بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة بكلية الدراسات الإسلامية بالقاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين .. وبعد :

فإن سنة الله تعالى في خلقه عدم الثبات على حال، ولذا اقتضت حكمته في خلقه أن يجهد الإنسان نفسه للتوصل إلى كل جديد، ومن بين ما اجتهد الإنسان في التوصل إليه: أن يبحث عن وسائل جديدة يستدل بها على ثبوت شيء أو نفيه، ليضيف إلى البيانات المثبتة للحقيقة بيانات أخرى، توصل إليها من خلال البحوث العملية، والتقدم التقني في مجال البحث والفحص، ولذا فقد أتاحت معالم البحث كثيراً من هذه البيانات، ليتمكن بها العلماء والباحثون عن الحقيقة من الوصول إلى وجه الحق في القضايا المعروضة، وإيصال الحقوق إلى أصحابها، وتحقيق الأمن في كل جوانب الحياة، ولذا كان هذا البحث الذي يعنى بالقرائن والبيانات المعاصرة، لبيان مدى حجيتها في الإثبات أو النفي، من خلال المباحث والمطالب التالية :

❖ **المبحث الأول:** حقيقة الإثبات بالقرائن والأمارات وأنواعها ومدى حجية الأخذ بها إجمالاً .

- **المطلب الأول:** حقيقة القرائن والأمارات .
- **المطلب الثاني:** مدى حجية الأخذ بالقرائن والأمارات في الإثبات .
- **المطلب الثالث:** شروط الأخذ بالقرينة وحكمها .

❖ **المبحث الثاني:** القرائن والأمارات المستجدة ومواطن الاستفادة منها ومدى حجيتها في الإثبات .

- **المطلب الأول:** التشريح الطبي لإثبات القتل .
- **المطلب الثاني:** مدى استخدام بصمات الأصابع في الإثبات .
- **المطلب الثالث:** استخدام البصمة الوراثية في الإثبات (الجنائي والنسب) .
- **المطلب الرابع:** مدى حجية نتيجة فحص الدم في الإثبات .
- **المطلب الخامس:** تحاليل آثار الدم والسائل المنوي والعرق واللغاب .
- **المطلب السادس:** مدى حجية نتيجة فحص الشعر والأظافر والعين في الإثبات .
- **المطلب السابع:** استخدام بصمة الصوت والتسجيل الصوتي .
- **المطلب الثامن:** مدى حجية استخدام الرائحة في الإثبات .
- **المطلب التاسع:** استخدام العقاقير الطبية في الإثبات .
- **المطلب العاشر:** استخدام الصور الثابتة والمتحركة في الإثبات .

- **المطلب الحادي عشر:** استخدام المستندات الرسمية والعرفية في الإثبات .
- **المطلب الثاني عشر:** استخدام الرسائل المختلفة في الإثبات .
- **المطلب الثالث عشر:** استخدام المشافهة والوثائق والرسائل والوسائط والتواقيع الإلكترونية في الإثبات .
- **المطلب الرابع عشر:** استعمال جهاز كشف الكذب في الإثبات .
- **المطلب الخامس عشر:** استخدام آثار الأقدام والإطارات والسلاح والملابس والتراب في الإثبات .
- **المطلب السادس عشر:** استخدام التتويم المغناطيسي في الإثبات .

- ❖ **المبحث الثالث:** مدى الحاجة إلى هذه القرائن ومدى دقتها وضوابطها .
- **المطلب الأول:** مدى الحاجة إلى الأخذ بهذه القرائن .
 - **المطلب الثاني:** مدى دقتها في الإثبات وما تفيده من أنواع العلم .
 - **المطلب الثالث:** ضوابط الاستفادة منها في مجال الإثبات .
 - **المطلب الرابع :** حكم تعارض القرائن مع الأدلة الأصلية .

المبحث الأول حقيقة الإثبات بالقرائن والأمارات وأنواعها ومدى حجية الأخذ بها إجمالاً

معنى الإثبات في عرف أهل اللغة:

الإثبات: من ثبتَ الشيءُ يَثْبُتُ ثَبَاتاً وثُبُوتاً فهو ثابتٌ وثَبِيْتُ وثَبْتُ، يقال: ثَبَّتَ فلانٌ في المكانِ، فهو ثابتٌ إذا أقام به، ورجلٌ ثَبَّتُ العَدْرَ إذا كان ثابتاً في قتالٍ أو كلامٍ؛ وثَبَّتَ في الأمرِ والرأيِ، واستَثَبَتْ: تَأَثَّى فيه ولم يَعْجَلْ، ورجلٌ ثَبَّتُ أي ثابتٌ القلبُ؛ والثَّبْتُ والثَّبِيْتُ: الفارسُ الشُّجاعُ، والإثبات: إقامة الحجة وإعطاء الدليل^(١).

معنى الإثبات في عرف الفقهاء:

يمكن تعريف الإثبات في الفقه بأنه: إقامة الدليل الشرعي أمام القاضي في مجلس قضائه على حق أو واقعة ويقصد بالإثبات: وصول المدعي إلى حقه أو منع التعرض له، فإذا أثبت دعواه بوجهها الشرعي، وتبين أن المدعى عليه مانع حقه، أو متعرض له بغير حق، فإن القاضي يمنعه عن تمرده في منع الحق، ويوصله إلى مدعيه .

المطلب الأول حقيقة القرائن والأمارات

الفرع الأول معنى القرائن والأمارات

معنى القرينة في عرف أهل اللغة:

القرائن: جمع القرينة، وهي ما يدل على الشيء من غير الاستعمال فيه، ويقال: قرن الشيء بالشيء، إذا وصله به، واقترن الشيء بغيره إذا صاحبه، والقرين: الصاحب، وتقرن الشيطان: إذا تلازما، وقارنه مقارنة وقرانا: أي صاحبه واقترن به، والقرينة: الأمانة التي ترجح أحد الجوانب عند الاشتباه، أو هي ما يترجح به المرجوح^(٢).

معنى القرينة في عرف الفقهاء:

القرينة عرفها بعض الفقهاء بأنها: أمر يشير إلى المطلوب^(٣)، أو أنها: العلامة الظاهرة التي تدل على صدق أو كذب القائل في قوله أو فعله^(٤)، وعرفها بعض العلماء

(١) ابن منظور: لسان العرب ١٩/٢، الفيومي: المصباح المنير ٧٨/١ .
(٢) لسان العرب ٣٣٦/٣، الرازي: مختار الصحاح ٥٣٣/، المصباح المنير ٦٨٦/٢ .
(٣) الجرجاني: التعريفات ٢٢٤/ .
(٤) ابن القيم: الطرق الحكيمة ٧/ .

المعاصرين بأنها: الأمانة التي نص عليها الشارع أو استتبطها أئمة الشريعة باجتهادهم، أو استتجها القاضي من الحادثة وظروفها وما يكتنفها من أحوال^(١).

معنى الأمانات في عرف أهل اللغة:

الأمانات جمع الأمانة، وهي في اللغة هي العلامة^(٢).

معنى الأمانات في عرف الفقهاء:

الأمانات جمع الأمانة، وهي في عرف الفقهاء: ما يلزم من العلم بها الظن بوجود المدلول كالغيم بالنسبة إلى المطر، فإنه يلزم من العلم به الظن بوجود المطر، والفرق بين الأمانة والعلامة: أن العلامة ما لا ينفك عن الشيء، والأمانة تنفك عن الشيء^(٣)، ومن خلال ما عرف به الفقهاء القرينة يمكن القول بأنها مرادفة للأمانة، سواء كان مدلولاً عليها بنص أو مستتبطه فقهاً أو قضاءً.

الفرع الثاني

أنواع القرائن والأمانات

تتنوع القرائن أنواعاً عدة باعتبارات مختلفة: فتتنوع بحسب طبيعتها إلى: قرينة حالية، وأخرى لفظية أو مقالية، وتتنوع باعتبار دلالتها: إلى: قرينة قاطعة وغير قاطعة، وغير القاطعة قسمها البعض إلى: ضعيفة وكاذبة، وقسمها آخرون إلى: قرائن ذات دلالة ضعيفة، وأخرى ذات دلالة متعارضة، وباعتبار مدلولها إلى: قرينة عقلية، وأخرى عرفية، وباعتبار مصدرها إلى: نصية وفقهية وقضائية^(٤).

المطلب الثاني

مدى حجية الأخذ بالقرائن والأمانات في الإثبات

اختلاف الفقهاء في مدى حجية القرائن وحكم الأخذ بها في الإثبات، على مذهبين:

المذهب الأول: يرى أصحابه أن القرائن حجة، وأنها يعمل بها في الإثبات، وهو ما ذهب إليه فريق من فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية وابن القيم من الحنابلة^(٥).

المذهب الثاني: يرى من ذهب إليه أن القرائن ليست حجة ولا يعول عليها في الإثبات، وهو قول بعض الحنفية والمالكية^(٦).

(١) الشيخ فتح الله زيد: حجية القرائن ٨/ .

(٢) لسان العرب ٣١/٤، زكريا الأنصاري: الحدود الأنيقة ٨٣/ .

(٣) الجرجاني: التعريفات ٥٢/ .

(٤) التعريفات ٢٢٣/ - ٢٢٤، مجلة الأحكام ١٧٤١، قواطع الأدلة ٢٨٢/٢، التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون ١٢٢٨/٣ .

(٥) الزيلعي: تبيين الحقائق ٢٢٩/٣، ابن فرحون: تبصرة الحكام ١١١/٢، قواعد الأحكام ١٢٦/٢، ابن القيم: إعلام الموقعين ٩٤/١ .

(٦) ابن نجيم: البحر الرائق ٢٠٥/٧، الصاوي: حاشيته على الشرح الصغير للدردير ٥٣٩/٣ .

استدل أصحاب المذهب الأول على حجية القرائن، والعمل بها في الإثبات، بما يلي:

أولاً: الكتاب الكريم: آيات كثيرة، منها:

(١) قال الله تعالى: ﴿ وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً فَصَبْرٌ جَمِيلٌ ﴾^(١).

وجه الدلالة منها:

زعم أخوة يوسف عليه السلام أن الذئب أكله، وجاءوا على قميصه بدم، إلا أن زعمهم كان منافياً للحقيقة، لسلامة القميص من التخرق، ومقتضى أكل الذئب له أن يتمزق قميصه من أنياب الذئب، إلا أن أباهم لما رآه سليماً، أنكر ما زعموا، فهو دليل على أنه قطع بخيانتهم وظلمهم، وهو وإن كان من شرع من قبلنا، إلا أنه لم يرد في شريعتنا ما ينسخه أو يعارضه، فكان ملزماً لنا .

(٢) قال الحق سبحانه: ﴿ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِّنْ قَبْلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِّنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدٌّ مِّنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِّنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ﴾^(٢).

وجه الدلالة من الآية:

فقد جعل الحق سبحانه شق الثوب قرينة على صدق المدعي من الطرفين، ولذا استطاع العزيز الوقوف على وجه الحق من خلال قد القميص، حينما وجد القميص قد من دبر، وهذا دليل اعتبار القرائن في الإثبات، وهو وإن كان من شرع من قبلنا، إلا أن الشارع حكاه من غير نكير، ولم يرد في شريعتنا ما ينسخه، فكان حجة .

ثانياً: السنة المطهرة: أحاديث منها:

(١) روى عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه " أن ابني عفرأ تداعيا قتل أبي جهل يوم بدر، فقال رسول الله ﷺ: هل مسحتما سيفيكما؟، فقالا: لا، فقال: أرياني سيفيكما، فلما نظر إليهما، قال: كلاكما قتله، وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح، والرجلان هما: معاذ بن عمرو، ومعاذ بن عفرأ "^(٣).

(٢) روت عائشة رضي الله عنها قالت: " دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم وهو مسرور، فقال: يا عائشة ألم تري أن مجزراً المدلجي دخل، فرأى أسامة وزيدا وعليهما قليفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض " ^(٤).

(١) من الآية ١٨ من سورة يوسف .

(٢) الآيات من ٢٦ - ٢٨ من سورة يوسف .

(٣) أخرجه البخاري ومسلم في الصحيحين . (صحيح البخاري ١١٤٤/٣ ، صحيح مسلم ١٣٧٢/٣) .

(٤) أخرجه البخاري ومسلم في صحيحهما . (صحيح البخاري ٢٤٨٦/٦ ، صحيح مسلم ١٠٨٢/٢) .

وجه الدلالة منهما:

أفاد الحديثان الاعتداد بالقرائن والأمارات الظاهرة كدليل في الإثبات .

ثالثاً: إجماع الصحابة:

حكى ابن القيم إجماع الصحابة على الأخذ بالقرائن والعمل بها ^(١) .

رابعاً: المعقول:

إن إهمال الحكم بالقرائن القوية الخالية من معارض ينفىها، يعد إضاعة للحقوق، وإقامة للظلم، وهدماً للعدل، وتفشياً للباطل بين الناس، وهذا يخالف ما شرع الله تعالى، من وجوب إقامة العدل والحق، ودليل تقصير في فهم ومعرفة الشريعة، وتقصير في معرفة الواقع .

استدل أصحاب المذهب الثاني على عدم اعتبار القرينة حجة، وعدم التعويل عليها

في الإثبات، بما يلي:

أولاً: السنة النبوية المطهرة:

روى ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: " لو كنت راجماً أحداً بغير بيّنة لرجمت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها " ^(٢) .

وجه الدلالة منه:

أفاد الحديث أن رسول الله ﷺ أن القرائن التي ظهرت على هذه المرأة ليست من البيّنات، فلو كانت معتبرة لأقام عليها الحد بمقتضى الدلائل الظاهرة، إلا أنه نفى أن تكون من البيّنات .

ثانياً: المعقول:

إن القرائن تقوم على الظن والتخمين، والظن ليس دليلاً، وقد ندد القرآن الكريم باتباع الظن، فقال الحق سبحانه: ﴿ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا ﴾ ^(٣) .

المناقشة والترجيح:

والذي أرى رجحانه من المذهبين - بعد الوقوف على أدلتهم - هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، من حجية القرائن والعمل بها في الإثبات، لقوة ما استدلوها بها على مذهبهم، ولما روى وائل بن حجر قال: " جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى رسول الله ﷺ، فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض كانت لأبي، وقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال النبي ﷺ للحضرمي: ألك

(١) الطرق الحكمية / ٨ .

(٢) أخرجه ابن ماجة، وقال البوصيري والكناني: إسناده صحيح ورجاله ثقات، وله شاهد في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عباس، وهو هذا، وأخرجه الديلمي . (سنن ابن ماجة ٨٥٥/٢، مصباح الزجاجة ١٠٦/٣، الفردوس ٣٤٤/٣) .

(٣) من الآية ٢٨ من سورة النجم .

بينه ٩، قال: لا، قال: فلك يمينه، قال: يا رسول الله الرجل فاجر لا يبالي ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، قال: ليس لك منه إلا ذلك " (١)، ولفظ البيعة في الحديث عام يراد به كل ما يبين الحق، فيدخل في عمومته القرائن .

المطلب الثالث

شروط الأخذ بالقرينة وحكمها

الفرع الأول

شروط الأخذ بالقرينة

يعتبر في الأخذ بالقرينة عند من يقول بحجيتها الشروط التالية:

- (١) أن يوجد أمر ظاهر وثابت ليكون أساساً لاعتماد الاستدلال به، لوجود صفات وعلامات فيه، وتوفر الأمارات عليه .
- (٢) أن توجد صلة بين هذا الأمر الظاهر وبين ما يؤخذ منه، الذي كان مجهولاً في بادئ الأمر في عملية الاستنباط، وذلك باستخراج المعاني من النصوص والوقائع، بالتأمل والتفكير الناشئ عن قوة القرينة وعمق الذهن .
- (٣) قوة العلاقة بين الأمر الظاهر وما يؤخذ منه، وقيامها على أساس سليم، ومنطق قويم، بحيث لا تعتمد على مجرد الوهم أو الخيال، ليكون العلم الحاصل بالقرينة كالعلم الحاصل عن طريق الشهود وغيرهم، وهذا يحصل بقوة المقارنة .
- (٤) أن لا تعارض القرينة قرينة أخرى أو دليل آخر، باعتبار أن هذه المعارضة تنفي أن تكون حجة في الإثبات، لعدم المزية فيها على غيرها .
- (٥) أن تكون دلالة القرينة قطعية، بحيث تفيد العلم الذي يطمأن إليه، وإن كان لا يخلو من احتمال ما يناقضه (٢).

الفرع الثاني

حكم القرينة

وتفريعا على القول بحجية القرينة كوسيلة للإثبات في الدعوى، فإن الأثر المترتب على الأخذ بها في ذلك يختلف بحسب نوعها، فالقرائن النصية: يجب الحكم بمقتضاها، وتطبيق الحكم الثابت بها، ومن ثم فلا يجوز للقاضي الخروج عن هذه القرائن، والقرائن الفقهية القطعية: التي اعتبرها الفقهاء إذا ثبتت عند القاضي لزمه الحكم بموجبها، لأنها

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ١٢٣/١ - ١٢٤ .

(٢) التعريفات / ٢٩، قراة: الأصول القضائية / ٢٧٥ .

توجد لدى القاضي علماً كافياً بالواقعة، فتكون بينة نهائية وكافية للقاضي، وأما القرائن القضائية: التي تعتمد على نظر القاضي واجتهاده وقوة ملاحظته واستتباطه، فتعد دليلاً يؤخذ به في الأحكام كذلك، إذا كان القاضي مقتنعاً بما توصل إليه أو استتبطه أو رجح عنده من صحة القرينة، وهذه القرينة يترجح فيها جانب الصدق من أحد طرفي النزاع مع اليمين أو بدونه أحياناً، ما لم يثبت العكس من طريق أقوى، وهذه القرائن تتوقف على مدى قناعة القاضي بها في دلالتها على الحق الذي يريد الوصول إليه، أو في ترجيحها على قرائن وأمارات آخر^(١).

(١) حيدر: درر الأحكام ٤٣١/٢ م ١٧٤١، ابن فرحون: تبصرة الأحكام ١١٥/٢، ١١٧.

المبحث الثاني

القرائن والأمارات المستجدة ومواطن الاستفادة منها ومدى حجيتها في الإثبات

المطلب الأول

التشريح الطبي لإثبات القتل

قد يكون الغرض من تشريح بدن الميت، معرفة سبب الوفاة، إذا كان ثمة اشتباه في السبب المحدث للوفاة، وأبين فيما يلي آراء الفقهاء في حكمه لهذا الغرض، ومدى قوة هذه القرينة في إثبات القتل .

الفرع الأول

حكم تشريح بدن الميت لمعرفة سبب الوفاة

اختلف العلماء في حكم تشريح بدن الميت لمعرفة سبب الوفاة، على مذهبين:

المذهب الأول: يرى أصحابه جواز تشريح بدن الميت لهذا الغرض، إذا اقتضته الضرورة أو الحاجة، بضوابطه، وهو ما أفتت به لجنة الإفتاء بالأردن، واللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء بالسعودية، وقررت هيئة كبار العلماء بها، وقال به كثير من العلماء المعاصرين^(١).

المذهب الثاني: يرى أصحابه حرمة تشريح بدن الميت للغرض السابق، وهو قول بعض العلماء المعاصرين^(٢).

استدل أصحاب المذهب الأول على إباحة تشريح بدن الميت لمعرفة سبب الوفاة، بما

يلي:

أولاً: المعقول:

(١) إن الحي إذا لم يجد ما يستر به عورته، أو يتقي به الحر أو البرد إلا كفن الميت، كان له أخذه، لأن حرمة الحي وحفظ نفسه أولى من حفظ الميت عن المثلة أو الهتك، ومن ثم يجوز له تشريح بدنه للكشف عن سبب الوفاة، أو معرفة مدى مطابقة التشخيص على السبب الحقيقي لها، لما يحققه من منفعة الأحياء ودفع الضرر عنهم .

(٢) إن الميت إذا ابتلع مال الغير أو ما له قيمة مالية، فإنه يجوز شق بطنه لاستخراج ما ابتلعه، حفاظاً على مال الغير من الضياع، فيجوز بالأولى تشريح بدن الميت للغرض السابق، لما فيه من مصلحة الأحياء .

(١) الفتاوى الإسلامية لدار الإفتاء المصرية ١٩٣/١، ٢٧٦، ٣٦٠، ١٣٣١/٤، ٢٥٠٥/٧، ٢٦٢٥، ٣٧١٣/١٠، أعمال المؤتمر الثاني للطب الإسلامي ١٨٣/٢ - ١٨٤، ١١١ - ٨١٨، قرارات المجمع الفقهي للرابطة، فتاوى معاصرة ٥٣٦ - ٥٣٥/٢ .

(٢) الكاندهلوي: أوجز المسالك: ٢ / ٥٠٧، الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية / ١٧٠، السقاف: الإمتاع والاستقصاء: ٢٧ - ٢٨ .

ثانياً: القواعد الشرعية:

إن قواعد الشريعة تقتضي جواز هذا التشريح: فإن من قواعد الشريعة ما يقرر: " أنه إذا تعارضت مفسدتان، روعي أعظمهما ضرراً، بارتكاب أخفهما " (١)، وتطبيقاً لها: فإن في تشريح بدن الميت مفسدة، وفي ترك التشريح إذا اقتضته معرفة سبب الوفاة مفسدة، إذ يترتب على تركه عدم معرفة سبب الوفاة عند الاشتباه في جريمة، وما يترتب على ذلك من عدم الوصول إلى الحق أو العدل في هذه الحالة، وتلك مفسدة عظيمة، فالمفسدة الأدنى وهي تشريح بدن الميت ترتكب، لدفع المفسدة الأعلى، وهي ما ينجم عن عدم التشريح من المفاسد السابقة.

استدل أصحاب المذهب الثاني على حرمة تشريح بدن الميت، للكشف عن سبب الوفاة،

بما يلي:

أولاً: الكتاب الكريم:

قال تعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ ﴾ (٢).

وجه الدلالة من الآية:

أفادت الآية الكريمة تكريم الله تعالى لبني آدم، وإطلاقها يفيد أنه مكرم حياً وميتاً، وفي تشريح بدن الميت إهانة له، لاشتماله على بقر بطنه، وتقطيع أجزاء بدنه، وغير ذلك من الصور المؤذية، فتشريح الجسم البشري فيه مخالفة لمقصود الله تعالى من تكريم الأدمي، وتفضيله له، فكان محرماً لمنافاته لتكريم وتفضيل صاحب هذا البدن .

ثانياً: السنة النبوية المطهرة:

روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: " كسر عظم الميت ككسر عظم الحي " (٣).

وجه الدلالة منه:

أفاد الحديث حرمة الاعتداء على بدن الميت، سواء كان اعتداء على عظمه أو جلده أو لحمه، أو غيرها، وفي تشريح بدنه اعتداء عليه، فكان محرماً .

(١) ابن الوكيل: الأشباه والنظائر ٥٠/٢، السيوطي: الأشباه والنظائر ٨٤/ .

(٢) من الآية ٧٠ من سورة الإسراء .

(٣) أخرجه البيهقي والدارقطني وأبو داود وابن ماجه، قال ابن حجر: حسنه ابن القطان وذكر القشيري أنه على شرط مسلم ورواه الدارقطني من وجه آخر عنها وزاد " في الإثم " . (سنن البيهقي ٥٨/٤، سنن الدارقطني ١٨٨/٣، سنن أبي داود ٢١٢/٣، سنن ابن ماجه ٥١٦/١، مصباح الزجاجة ٥٥/٢، تلخيص الحبير ٥٤/٣) .

ثالثاً: المعقول:

إن في تشريح بدن الميت، إهانة لأهله وإيذاءً لهم، وإيذاءً لهم محرم، لما روي عن المغيرة بن شعبه رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: " لا تسبوا الأموات، فتؤذوا الأحياء " ^(١)، وتشريح بدن الميت أبلغ في إيذاء أهله، من مجرد سبه، فكان أولى بالتحريم منه .

المناقشة والترجيح:

والذي تركن النفس إليه من المذهبين - بعد النظر في أدلتهم - هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، من جواز تشريح بدن الميت، إذا دعت إليه الضرورة أو الحاجة، من معرفة أسباب الوفاة، لما استدلوا به، ولأن تشريح بدن الميت لهذا الغرض لا يغني عنه غيره، ولا يعد إهانة له، ولا انتقاصاً من كرامته، ولا مثله به، لأنه لم يقصد بتشريحه ذلك كله، وقد قصد به تحقيق مصلحة راجحة، وهو تحقيق العدالة في حال التشريح الجنائي، وإنما يطبق في ذلك قواعد الشرع الحنيف، التي تقتضي تقديم تحصيل المصلحة الراجحة، على دفع المفسدة المرجوحة .

وإذا قلنا بجواز تشريح بدن الميت للأغراض السابقة، ترجيحاً لمذهب القائلين بذلك على مذهب المانعين، فإن هذا التشريح ينبغي أن يتقيد جوازه بعدة قيود، من أهمها:

- (١) أن تدعو الضرورة أو الحاجة إلى هذا التشريح .
- (٢) أن يوجد إذن مسبق من صاحب البدن قبل وفاته، بتشريحه لهذه الأغراض المشروعة.
- (٣) أن لا يؤخذ عوض في سبيل تشريح بدن الميت، لمعرفة سبب وفاته .
- (٤) أن لا يكون في تشريح بدن الميت إهانة له، أو تمثيل به، وإنما ينبغي تشريح بدنه وفقاً للغرض الذي شرع من أجله، بحيث لا يتجاوز به إلى غيره، من تشويه بدنه أو العبث بأجزائه، أو نحو ذلك، وأن يتم رتق موضع الجراحة من بدنه بعد الفراغ من تشريحه، ثم يعاد دفنه مرة أخرى .
- (٥) أن يتيقن من وفاته قبل إجراء التشريح، بخروج روحه، وتوقف أجهزة جسمه عن العمل توقفاً لا رجعة بعده .
- (٦) أن يتعذر إيجاد البديل المباح، الذي يغني عن تشريح بدنه للوقوف على معرفة سبب الوفاة .
- (٧) أن يتولى تشريح بدن كل جنس من كان من جنسه، فيتولى تشريح بدن المرأة أنثى، وبدن الرجل رجل .
- (٨) أن يؤمن انتقال الأمراض منه إلى من يتولى تشريحه .

(١) أخرجه أحمد وابن حبان والترمذي وابن عدي، وسكت عنه الترمذي وقال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح . (مسند أحمد ٢٥٢/٤، الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ١١/٥، سنن الترمذي ٣/٢٣٨، ابن عدي: الكامل ١٥٦٨/٤، الهيثمي: مجمع الزوائد ٧٦/٨) .

الفرع الثاني

مدى حجية التشريح في إثبات جريمة القتل

في تشريح بدن المتوفى لمعرفة سبب الوفاة، يتم فحص ظاهره للوقوف على حقيقة المجني عليه، ووضع بدنه بعد الجناية، وملاحظة ما إذا كان ثمة مقاومة منه أم لا، ونوع الجريمة التي ارتكبت، والموضع الذي وقعت عليه الجريمة منه، بالإضافة إلى الكشف الظاهري له، والذي بمقتضاه يقرر الطبيب جدوى التشريح من عدمه .

ولتشريح بدن المتوفى لمعرفة سبب وفاته إذا ما تقرر تشريحه أهمية، للوقوف على حقيقة الوفاة، وعمّا إذا كان سببها واقعا من الإنسان على نفسه أو من غيره إنسانا كان أو حيواناً أو جماداً أو مادةً، أو نحو ذلك، فضلاً عن تحديد مدى مسئولية الفاعل إن كان مرتكب الجريمة شخصاً ادعى أنه كان في حالة دفاع عن نفسه أو ماله أو عرضه أو كان فاقد الوعي أو متناولاً لدواء يغيب العقل، حيث يكون التشريح قرينة لإدانة المتهم أو براءته، فضلاً عن تحديد الآلة المستخدمة في القتل، واتجاهها في بدن المجني عليه، وكيفية الإصابة بها، والكشف عن بعض الجرائم التي لا يستدل على أصحابها إلا من خلال سلوكهم الإجرامي .

وبعد إجراء التشريح يتم كتابة تقرير، يبين فيه نتيجة الفحوص الخارجية والداخلية للبدن، وهذه النتيجة التي انتهى من خلالها الطبيب إلى رأي معين، تعد نتيجة احتمالية لا تفيد القطع بما انتهى إليه في تقريره، ولذا فإن على القاضي أن لا يكتفي برأي واحد، بل ينبغي أن يحيل الأمر إلى طبيب آخر، لأن رأي من قام بالتشريح مبني على غلبة الظن، وهو يحتمل الخطأ والصواب، مما يلقي على القاضي عبء التثبت فيه، إلا أن هذا لا ينفي أن التشريح يعد قرينة قوية لإثبات تهمة القتل أو نفيها، باعتبار أنه يقوم على أسس علمية نادراً ما يعتورها الخطأ^(١).

وقد اعتد الفقهاء بنتيجة التشريح في مسائل عدة في كتبهم، كمجرى البول وعلامات البلوغ، ونحو ذلك^(٢)، كما اعتدوا بها في إثبات الجناية أو نفيها^(٣)، وهذا يدل على أن نتيجة التشريح قرينة يعول عليها في الأحكام الفقهية، فيعول عليها كذلك في إثبات الوقائع أو نفيها في دعاوى .

(١) وصفي محمد علي: الطب الشرعي علماً وتطبيقاً: ٦٦، ٥٩٥ .

(٢) حاشية الدسوقي ٤/٤٩٦، مواهب الجليل ٥/٥٩، ٦/٤٣٢، المجموع ٢/٦٠، حواشي الشرواني ٢/٧٢، ٣/٤٠٣، ٤٦١ .

(٣) القرائن: الفروق ٤/٣٣٦ - ٣٣٧ .

المطلب الثاني مدى استخدام بصمات الأصابع في الإثبات

معنى البصمة في عرف أهل اللغة:

البصمة مأخوذة من البصم، وهو ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، ولفظة البصمة تطلق على: أثر الختم بالأصبع، فيقال: بصم بصماً، إذا ختم بطرف أصبعه^(١).

معنى البصمة في الاصطلاح:

يقصد ببصمة الأصابع: خطوط البنان البارزة الدقيقة، التي تتشكل من النتوءات والأخاديد بينها على هيئات ورسوم خاصة، والتي تترك أثراً على أسطح الأشياء^(٢).

غالباً ما توجد بصمات الأصابع على أسطح الأشياء، كنتيجة طبيعية لإفراز العرق وما يكون التصق باليد أو القدم من غبار أو نحو، وأثر البصمة على الأسطح يتخذ كيفيتين: فإما أن تكون البصمة ظاهرة للعيان، وإما أن تكون خفية بحيث لا يمكن كشفها إلا بالوسائل الفنية، ونظراً لما تتميز به البصمات من خصائص، اعتمد عليها في تحديد شخصية أصحابها، والاستدلال بها على كثير من الأمور، باعتبار أنها تتميز بثباتها وعدم إمكان تغييرها، فضلاً عن اختلافها من شخص إلى آخر، بل اختلاف بصمة كل أصبع عن الآخر في اليد أو القدم، ويتم فحص البصمات الموجودة بموضع الحدث برفعها ومضاهاتها ببصمات أصابع المشتبه به، بحيث تتم المقارنة بينها، وتعطى كل علامة مميزة رقماً، فإذا بلغت أرقام التطابق بين البصمات المرفوعة وبصمات المشتبه به اثنتي عشرة علامة مميزة شكلاً وموقعاً، حكم بالتطابق بينها، واعتبر الجميع لشخص واحد^(٣).

والنتائج التي تسفر عن مضاهاة البصمات لا تكاد تخطئ، ومن ثم فإنها تعد قرينة قوية للإثبات أو النفي، وإذا كان فقهاء السلف لم يتوصلوا إلى مدلولها كدليل من أدلة الإثبات أو النفي، لحدائثة هذا الدليل، إلا أن البيّنات في عرفهم هي: كل ما يبين الحق ويظهره^(٤)، وليست هذه البيّنات مقصودة لذاتها، بل لأنها وسيلة لإظهار الحقيقة، فكل ما يظهرها يعتد به في هذا السبيل، ونتائج البصمة مما يتوصل به إلى معرفة الجاني والمشاركين له، فكانت معتبرة شرعاً كدليل من أدلة الإثبات أو النفي، فضلاً عما يترتب على عدم الأخذ بها إن لم يوجد غيرها، من إفلات المجرمين، وكثرة فسادهم وإفسادهم، وعدم تحقيق العدالة، ولأن تحقيق العدل والوصول إلى الحق وإيصاله إلى مستحقه واجب، ولا يتوصل إلى ذلك إلا بالأدلة والبراهين التي يستعان بها عليه، فتكون واجبة، لأن ما لا

(١) القاموس المحيط / ٣٩٦، لسان العرب / ٤٤٣/١ .

(٢) أعمال الندوة العربية لعلم البصمات / ٥١، ٣٦٤ .

(٣) محمد أبو النجا: علم البصمات التطبيقي / ١١٤، ١٤١ - ١٤٣ .

(٤) ابن القيم: إعلام الموقعين / ٩٠/١ .

يتم الواجب إلا به يكون واجباً، ومن ثم فإن الأخذ بنتيجة بصمات الأصابع وسيلة واجبة لتحقيق العدل وإيصال الحق .

المطلب الثالث

استخدام البصمة الوراثية في الإثبات (الجنائي والنسب)

الفرع الأول

حقيقة البصمة الوراثية وحكم الأخذ بها

المقصد الأول

حقيقة البصمة الوراثية

ذكر قبلاً أن البصمة: ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، وهي تطلق على: أثر الختم بالأصبع .

معنى الوراثة:

الوراثة هو العلم الذي يبحث في انتقال الكائن الحي من جيل إلى جيل آخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال^(١)، وقد عرفت البصمة الوراثية بتعريفات متعددة، منها: ما عرفها به المجمع الفقهي للرابطة، بأنها: البنية الجينية، التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، وإنها وسيلة تمتاز بالدقة^(٢)، وهذه البصمة هي المكون الجيني الذي ينتقل إلى الإنسان من والديه، وهو الحمض النووي والذي يرمز له بأحرف (D.N.A)، ويحتوي على المعلومات الوراثية للخلية، وتحتوي كل خلية من خلايا الجسم على نواة، يوجد بداخلها تخثرات، تسمى الكروموسومات، وتتكون الكروموسومات كيميائياً من: البروتينات، والأحماض النووية، ويمثل الحمض النووي الريبي ناقص أكسجين وثيقة ضخمة، كتب نصها بأربعة أحرف، هي (A.G.C.T)، وتوجد بها كمية من المعلومات الوراثية الضرورية كاملة، داخل نوى الخلية، فإذا استخدمت هذه المعلومات في تأليف كتاب، فقد تستغرق قراءته خمسة وعشرين عاماً، لكثرة عدد حروفه التي تبلغ ثلاثة مليار ونصف المليار من الحروف^(٣).

المقصد الثاني

مدى إمكان التوصل إلى الحقيقة عن طريق البصمة الوراثية

ذكر أهل الاختصاص أن احتمال تطابق القواعد النروجينية في الحمض النووي (D.N.A) في شخصين غير وارد، مما يمكن القول معه بأن البصمة الوراثية قرينة نفي

(١) د. فؤاد عبد المنعم: البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي ١٣/ .
(٢) أعمال دورته السادسة عشرة المنعقدة في الفترة من ٢١ - ٢٦/١٠/١٤٢٢هـ.
(٣) بيولوجيا الاستساخ ٢٢/، أ.د. عدنان العذاري أساسيات في الوراثة ٢٤٩/ - ٢٦٧ .

وإثبات لا يقبل الشك ، وذكر آخر أن نتيجة هذه البصمة تكاد تكون قطعية ، وأن نسبة التوصل عن طريقها إلى الحقيقة يصل إلى ٩٩,٩٩٪ إن لم يكن ١٠٠٪، ويرى البعض أن هذه التقنية منذ تم إدخالها في الأدلة المستخدمة في التحقيقات الجنائية، أمكن عن طريقها الحصول على احتمالية تتراوح نسبتها من ١ - ٢ في الألف أن تكون البصمة الجينية لشخص هي نفس البصمة الجينية لشخص آخر، أي أنها لا تفيد القطع في الإثبات بهذه النسبة، ويذكر بعض آخر: أن هذه الطريقة في الإثبات مثلها مثل أي طريقة بيولوجية أخرى لا يمكن اعتبارها صحيحة وخالية من العيوب ١٠٠٪، أي أن بها نسبة خطأ لا يمكن تجاهلها^(١)، إلا أن هذا لا ينفي اعتبار البصمة الوراثية كقرينة في إثبات النسب عند تشابه المدعى به مع من يدعي أنه في هذا الحمض، أما إذا اختلفت فإنها تعد قرينة قاطعة على نفي نسبته إليهما .

المقصد الثالث

حكم الأخذ بالبصمة الوراثية في الإثبات

تعد البصمة الوراثية كشف جديد هدى الله تعالى البشرية إليه، للوقوف على عظيم قدرة الله تعالى في إحكام خلقه وإتقان صنعه، وإظهار قدرته في عدم تماثل هذا الخلق، ولما كان الأصل في الأشياء النافعة الإباحة والأشياء الضارة الحرمة، وكانت هذه البصمة مما يمكن بها التعرف على كثير من حقائق الأشياء، وإمكان إضافة وسيلة جديدة للإثبات وزيادة مبيّنات الحق، كانت نافعة، ولما لم يرد عن الشارع نهي عنها بخصوصها، فإن الأخذ بها يدخل في دائرة الإباحة، تحكيماً للقاعدة التي تقرر أن "الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد دليل التحريم"^(٢).

ويدل لهذا الأصل، وفي ضمنه الأخذ بالبصمة الوراثية في الإثبات، ما يلي:

أولاً: الكتاب الكريم:

قال الله تعالى: ﴿ خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً ﴾^(٣).

وجه الدلالة منها:

أفادت الآية أن الله تعالى خلق ما في السماوات والأرضين لنفعنا، ولا تتصور فائدة من خلقه لنا إلا إذا كان يباح لنا الانتفاع به، فدلّت الآية على حل الانتفاع بما خلقه الله لنفعنا، ومنه استخدام البصمة الجينية .

(١) د. بدر الخليفة: توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة / ١٨٨ .

(٢) السيوطي: الأشباه والنظائر / ٦٠، الشيرازي: التبصرة / ٤٠، ابن بدران: المدخل / ٣٩٩ .

(٣) من الآية ٢٩ من سورة البقرة .

ثانياً: السنة النبوية المطهرة:

روى أبو ثعلبة الخشني رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: " إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحد حدوداً فلا تعتدوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة لكم من غير نسيان فلا تبحثوا عنها " ^(١).

وجه الدلالة منه:

بين هذا الحديث الأحكام الشرعية، وجعلها على أربعة أقسام: فرائض ومحارم وحدود ومسكوت عنه، واستخدام البصمة الوراثية في الإثبات من هذا الأخير، فكانت من جنس المباحات .

ثالثاً: المعقول:

إن الأصل في المستجدات كلها مما فيه منفعة مشروعة الإباحة، لأن تحريمها دون بيان سبب الحرمة، تكليف بما لا يطاق، والشارع لا يكلف به .

الفرع الثاني

ضوابط اعتبار البصمة الوراثية في الإثبات

المقصد الأول

الضوابط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثية

اعتبر العلماء عدة ضوابط للعمل بالبصمة الوراثية، لعل من أهمها ما يلي:

- (١) أن لا تخالف نتائج البصمة الوراثية مقتضيات العقل والمنطق والحس والواقع، بل يجب أن توافقها، ولذا فلا يتصور أن تثبت البصمة النسب مثلاً لمن لا يولد لمثله، لصغر سنه أو عدم قدرته على الإنجاب لعله أو نحوها، أو أن تثبت ارتكاب الجريمة من إنسان لا يقوى على ارتكابها .
- (٢) أن لا تخالف نتائج هذه البصمة نصوص الشرع، حتى لا يفضي أعمالها إلى إهمال هذه النصوص، وإحداث الفتنة وشيوع المفاصد بين الناس .
- (٣) أن يكون إجراء البصمة الوراثية بأمر من الجهات المعنية بإثبات الجرائم والتوصل إلى فاعليها، حتى لا يكون ثمة مجال للعبث بنتائج هذه البصمة، أو استخدامها في غير الغرض الذي أجريت من أجله .

(١) أخرجه البيهقي والدارقطني في سننهما، والطبراني في الكبير، والحاكم في المستدرک، وقال: صحيح الإسناد على شرط الشيخين ولم يخرجاه . (سنن البيهقي ١٠/١٢، سنن الدارقطني ٤/١٨٤، الطبراني: المعجم الكبير ٢٣/٨٦، المستدرک ٢/٣٧٥) .

(٤) أن تستعمل نتائجها في الوقائع التي يراد التثبت فيها من نسبة الأعمال إلى فاعليها، أو من نسبة الولد إلى أبوين، للتوصل إلى الفاعل ومعاقبته عن نتيجة فعله، ومن نسبة الولد إلى والديه بها، أو إلحاقه بذويه إن كان مجهول النسب أو لا يمكن التعرف على شخصه .

(٥) عدم تمكين الجهات غير الحكومية من الوصول إلى عينات أو نتائج هذه البصمة، حتى لا تستغل قبل أحد قد يضار من استخدامها، سواء في نسبه أو في فعل قد ينسب إليه ارتكابه على غير الحقيقة، فضلا عن إمكان خلط عينات هذه البصمة بغيرها، لإثبات اشتراك شخص في ارتكابها زورا^(١).

المقصد الثاني

شروط العمل بالبصمة الوراثية في الإثبات

يعتبر في البصمة الوراثية ليؤخذ بها في الإثبات ما يلي:

- (١) أن يكون العاملون في مجال البصمة الوراثية من أصحاب الخبرة والمستوى الرفيع، المشهود لهم بالعلم والكفاءة في مجاله .
- (٢) أن يكون العاملون في مختبرات البصمة الوراثية من الخبراء والفنيين، الذين يتصفون بالأمانة والخلق القويم والعدل، ودقة التحري .
- (٣) أن تعمل مختبرات البصمة الوراثية تحت رقابة الدولة، حتى لا يتم التلاعب بالعينات بها أو بنتائجها، وفق مقتضيات الأهواء والأغراض المشبوهة .
- (٤) أن تزود هذه المختبرات بأحدث الأجهزة ذات التقنية العالمية والمواصفات الفنية، القابلة للاستمرار والتفاعل مع ما يقدم لها من عينات .
- (٥) أن يكون الخبير الذي يتولى الفحص ويدلي بالنتيجة مسلماً عدلاً، لأن قوله فيما يتعلق بنتيجة تحليل البصمة شهادة، وهي لا تقبل إلا ممن اتصف بالعدالة، والكافر ليس عدلاً، فلا يكون من أهل الشهادة .
- (٦) أن لا يكون خبير البصمة الوراثية متهماً فيما يدلي به من نتائج، كأن كان يجربها إلى نفسه نفعاً أو يدفع بها ضرراً، ولذا فلا يقبل قوله فيما يتعلق بنتائجها في حق أحد من أقاربه الذين لا تجوز شهادته لهم .
- (٧) تعدد الخبراء الذين يفحصون عينة البصمة الوراثية، ويدلون بنتائجها، باعتبار أنهم شهوداً، ولا يقبل في الشهادة أقل من اثنين عند جمهور الفقهاء في أكثر القضايا والوقائع، وقد اختلف العلماء المعاصرون في اشتراط تعدد خبراء البصمة، ففريق منهم

(١) توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة / ١٨٨، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب / ١٤٩٢ .

يرى ضرورة أن يكون العاملون في مجال فحصها وإظهار نتائجها أكثر من خبير، ويرى البعض عدم اشتراط تعدد الخبير في مجال البصمة الوراثية، بل يكفي في ذلك قول الخبير الواحد، ويرى بعض العلماء أن أمر تعدد الخبير أو قبول خبر الواحد في مجال البصمة الوراثية، مرده إلى ولي الأمر، فإن كان الأمر يقتضي قول أكثر من خبير اختار للأمر عدداً منهم، وإن لم يقتض ذلك قبل فيه خبر الواحد^(١).

الفرع الثالث

تكييف البصمة الوراثية ومدى حجيتها

اختلف العلماء في تكييف البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات مطلقاً، على مذهبين:

المذهب الأول: يرى أصحابه أن البصمة الوراثية قرينة ظنية، لأنها عرضة للخطأ، فهي ليست من البيانات المعتبرة شرعاً في الإثبات، بل هي قرينة تخضع لتقدير المحكمة^(٢).

المذهب الثاني: يرى من ذهب إليه أن البصمة الوراثية قرينة قطعية، لا تحتل نسبة من الخطأ^(٣).

استدل أصحاب المذهب الأول على أن البصمة الوراثية قرينة ظنية، لا ترقى للقرائن القطعية، بما يلي:

المعقول: إن فحص البصمة الوراثية وإن كان محل خلاف، إلا أنه يعد عاملاً مساعداً يفيد في حالات التوصل إلى الحقيقة، والفصل في الخصومات بين الناس .

(١) إن البصمة الوراثية لا ترقى للقرائن القطعية، باعتبارها عرضة للخطأ والصواب، وما كان هذا شأنه فإنه لا يفيد القطع، بل يفيد الظن .

(٢) إن البصمة ليست دليلاً شرعياً وإنما يمكن الإفادة منها في الركون إلى الحق المستفاد من أدلة الإثبات المعتبرة.

(٣) إن استبعاد أو عدم استبعاد نتيجة الفحص الجيني إما أن تكون ممكنة أو راجحة أو يقينية، وترجيح نتيجة المختبر بعدم الاستبعاد، يأتي في مقابلها احتمال الاستبعاد، ولذا فلا يؤخذ بنتيجة التحليل البيولوجي .

استدل أصحاب المذهب الثاني على أن البصمة الوراثية قرينة قطعية، بما يلي:

(١) أعمال الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي للرابطة ١٨/، ٣٦، أعمال ندوة الكويت للوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني ١/٤٥٨، ٤٩٦ .

(٢) أعمال مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ٢/٥١٣، ٥٢٩، ٥٤٢، صحيفة الخليج الإماراتية العدد رقم ٨٦٩٠ الأربعاء ١٠/٢/١٤٢٤هـ / ١٠، والعدد رقم ٨٦٨٨ الاثنين ١٢/٣/١٤٢٣هـ / ١٠، مجلة الحق، العددان ٤، ٥، ٢٠١/ .

(٣) أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني ٢/٥٧٥، ١٠٥ .

أولاً: الكتاب الكريم:

قال تعالى: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَىٰ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللَّاعِنُونَ ﴾^(١).

وجه الدلالة من الآية:

إن ما تقدمه البصمة الوراثية من دلائل يفوق ما تقدمه الوسائل التقليدية الظنية، ومن ثم فلا يجوز كتمان نتائجها وعدم العمل بمقتضاها، للنهي عن كتمان بينات الحق كما ورد في الآية الكريمة، قال الشاطبي: "القطع يقدم على الظن، فكيف لنا أن لا نأخذ بهذه الحقيقة ونكتم ما أظهره الله من الحق"^(٢).

ثانياً: المعقول:

إن قوة الدليل في هذه الفحوص تصل إلى نسب قطعية في النفي والإثبات، وأن التطور التقني في مجالها يقطع الشك باليقين في كثير من الحالات، وأن احتمال الخطأ فيها غير وارد، مما ولد قناعة لدى المحاكم باعتبار نتائجها دليلاً يعول عليه في الإثبات والنفي.

الرأي الراجح:

والذي تركز النفس إليه من المذهبين - بعد الوقوف على أدلتهم - ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول - من أن البصمة الوراثية تفيد الظن ولا تفيد القطع، لما استدلوا به، ولأنها وسيلة إثبات يتطرق إليها احتمال تزويرها وتحريفها، وتبديل العينات المفحوصة، ونحوها، بل إن انعدام الضمائر في أحيان عدة يلغي النتائج الحقيقية لها، فلا يمكن من خلالها الوقوف على إثبات قاطع، وما كان بهذه المثابة لا يقطع بدلالته في الإثبات.

المطلب الرابع

مدى حجية نتيجة فحص الدم في الإثبات

الفرع الأول

مكونات الدم التي يمكن استعمالها في الإثبات

الدم هو سائل الحياة في الكائنات التي يوجد بها، وخلاياه تختلف من كائن إلى آخر، ومن إنسان إلى آخر، وتختلف خلاياه عن سائر خلايا الجسم، وتوجد بالدم البشري كثير من المورثات، تنتقل للإنسان من والديه وأسلافه: منها: ما سبق ذكره من البصمة الوراثية، ومنها كذلك: فصائل الدم: حيث يوجد بالإنسان مجموعة من فصائل الدم، منها A. B. AB. O، وإذا تكونت فصيلة الدم لإنسان منتقلة إليه من أصوله، فإنها تظل ثابتة له، وقد توصل العلماء إلى أن فصيلة دم الذرية تتأثر بنوع فصيلة دم الوالدين، ومن ثم

(١) الآية ١٥٩ من سورة البقرة .

(٢) الشاطبي: الموافقات ٢٤١/١ .

فإن وجود فصيلة بالولد غير تلك التي يدعيان نسبته إليهما، يمكن الاعتماد عليه في نفي انتسابه إليهما بصفة متيقنة، أما إذا توافقت فصيلة دم الولد مع فصيلة دم من يدعيان نسبته إليهما، فإن توافق فصيلته مع فصيلة أحدهما أو كليهما، لا يقطع بنسبته إلى من يتوافق معه في هذه الفصيلة، لوجود تشابه بين الناس في هذه الفصائل^(١).

وهذا يدل على أن اتفاق فصيلة دم أحد مع فصيلة دم غيره وإن كان لا يمت له بصلة أمر وارد، إلا أن نتيجة هذا الفحص تكون قاطعة عند اختلاف فصائل دم المدعين مع دم من يدعيانه، وتكون احتمالية عند توافق هذه الفصائل، لإمكان تشابه الناس فيها وفقاً للنسب السابقة، ومن ثم فإنه يمكن الاعتماد على نتيجة فحص فصائل الدم عند نفي نسب الولد عن إنسان معين، في حال قذفه لزوجته بارتكاب الفاحشة ولم يلاعن، لما سبق ذكره من قطعية دلالة هذه النتيجة عند اختلاف فصائل الدم، ولا يكون ثمة حاجة إلى إجراء اللعان بينه وبين زوجته، خاصة إذا لم يمكن كون هذا الولد منه^(٢).

ومنها أيضاً: توافق الأنسجة: حيث اكتشف العلماء وجود بروتينات على المكون الجيني الموجود على الكروموسوم السادس في الخلايا البشرية، ويجمع بينها أنها عبارة عن سلسلة من البروتينات السكرية، وتختلف عن بعضها بكيفية تسلسل الأحماض الأمينية، ويتبع لفحص التوافق النسيجي الموجود على سطح خلايا الجسم، طريقة معينة يمكن بها الوقوف على مدى توافق الأنسجة بين العينة المأخوذة من إنسان وتلك المأخوذة من إنسان آخر أو من موضع الجريمة أو نحو ذلك^(٣).

وهذه المكونات الجينية الموجودة على الأنسجة يرثها الأولاد عن والديهم، ومن ثم فإن هذه المكونات إذا وجدت في إنسان معين، فلا بد وأن تكون قد انتقلت إليه من والديه، فإن لم توجد في أحد من أبويه، فلا يكون هذا الولد منسوباً إليه، وإذا وجدت فيهما كانا أبوين لهذا الولد، ومن ثم فإن نتيجة فحص توافق الأنسجة يعد قرينة قاطعة في إثبات النسب أو نفيه^(٤).

الفرع الثاني

مدى اعتداد الشريعة بانتقال الصفات الوراثية

من الأصول إلى الفروع

إن انتقال الصفات الوراثية من الآباء إلى ذريتهم دلت عليه نصوص الشريعة، التي منها ما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه " أن أم سليم رضي الله عنها سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن المرأة

(١) حسين إبراهيم: الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي / ٣٣١ .

(٢) أ.د. عبد الفتاح إدريس: القضاء بالإيمان والنكول / ١٨٣ - ٢٠٩ .

(٣) مدخل إلى بيولوجيا الإنسان / ٥٠ .

(٤) عادل المنصوري وآخرون: التحقيق الجنائي والأدلة الجنائية / ٥٢ .

ترى في منامها ما يرى الرجل ؟، فقال رسول الله ﷺ : إذا رأت ذلك المرأة فلتغتسل، فقالت أم سليم: واستحييت من ذلك وهل يكون هذا ؟، فقال النبي ﷺ : نعم فمن أين يكون الشبه، إن ماء الرجل غليظ أبيض، وماء المرأة رقيق أصفر، فمن أيهما علا أو سبق يكون منه الشبه " (١).

وجه الدلالة منه:

أفاد الحديث أن تغلب الصفات الوراثية من أحد الوالدين على مثلتها من الآخر يكون له أثر في شبه الولد بصاحب الصفة، وأن هذا التغلب يؤكد انتقال هذه الصفات من الأصول إلى الفروع وإن تباعد زمن الأصول عن فروعهم، وهذا يدل على اعتبار هذه الصفات أو العلامات الوراثية في إثبات النسب أو نفيه .

الفرع الثالث

مدى اعتداد فقهاء السلف بالصفات والعلامات الظاهرة

في إثبات النسب أو نفيه

لتبين مدى اعتداد فقهاء السلف بالعلامات الظاهرة التي تكون بين الولد وأحد والديه، نبين آراءهم في مدى حجية القيافة، في إثبات النسب، باعتبارها تعتمد العلامات والأمارات الظاهرة، التي تكون في الولد وأحد والديه .

وقد اختلف الفقهاء في مدى اعتبار القيافة حجة في إثبات النسب أو نفيه على مذهبين:

المذهب الأول: يرى أصحابه أن القيافة حجة في إثبات النسب، واستلحاق الولد، اعتماداً على العلامات والأمارات الظاهرة التي يعرفها القائف ويستبينها في الأصل وفرعه، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية (٢).

المذهب الثاني: يرى من ذهب إليه عدم الاعتداد بالقيافة في إثبات النسب أو نفيه، وهو ما ذهب إليه الحنفية (٣).

استدل أصحاب المذهب الأول على اعتبار نتيجة القيافة حجة في إثبات النسب

واستلحاق الولد، بما يلي:

أولاً: السنة النبوية المطهرة:

روت عائشة رضي الله عنها قالت: " دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم وهو مسرور، فقال: يا عائشة ألم تري أن مجزراً المدلجي دخل، فرأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض " .

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ٢٥٠/١ .

(٢) الفروق ١٢٥/٣، تبصرة الحكام ١٠٨/٢، مغني المحتاج ٤٨٨/٤، كشف القناع ٤٠٨/٥، الطرق الحكيمة : ١٢، ٧٨، ٢٥٢، ٢٦٥، المحلى ٤٣٥/٩، معالم السنن ١٧٥/٣ .

(٣) بدائع الصنائع ٢٤٤/٦، ٢٥٢ .

وجه الدلالة منه:

أفاد الحديث ابتهاج رسول الله ﷺ بقول القائف من وجود الشبه بين قدم أسامة وزيد، وسروره بذلك سنة تقريرية، باعتبار عمل القائف وما تسفر عنه القيافة في ثبوت النسب، واعتبار الشبه بين الأصل والفرع قرينة في ذلك، لأنه ﷺ لا يبتهج إلا بما هو حق، فدل على اعتبار القيافة التي تعتمد على العلامات والأمارات الظاهرة حجة في إثبات النسب فوق ما يدل عليه فراش الزوجية .

ثانيا: إجماع الصحابة:

إن القيافة عمل بها الصحابة واعتمدوا نتيجتها في إثبات النسب واستلحاق الولد، وممن اعتمدها في ذلك: عمر وعلي وأبو موسى وابن عباس وأنس، ولم يعرف لهم في الصحابة مخالف، فكان إجماعاً منهم على حجية القيافة في ثبوت النسب^(١).

ثالثا: القياس:

إن القول بالقيافة حكم يستند إلى درك أمور خفية وظاهرة، توجب للنفس سكوناً، فوجب اعتبار قول القافة، قياساً على نقد الناقد، وتقويم المقوم^(٢).

رابعا: المعقول:

إن إثبات النسب استناداً إلى قول القائف، هو قول راجح وظن غالب وأمانة ظاهرة بمقتضى قول أهل الخبرة، وقولهم معتبر، لأن مقتضى العقل يرجح كون الولد لمن له شبه بين به، والشارع متشوف إلى ثبوت نسب الولد لحفظه وثبوت الحقوق المترتبة عليه، ولذا جاز اعتبار ثبوت النسب بالقيافة تحقيقاً لمقصود الشرع^(٣).

استدل أصحاب المذهب الثاني على عدم الاعتداد بقول القائف في ثبوت النسب، بما

يلي:

أولاً: السنة النبوية المطهرة:

روت عائشة رضي الله عنها أنها قالت: " اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه فرأى شبهها بينا بعتبة، فقال: هو لك يا عبد، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة، قالت: فلم ير سودة قط " ^(٤).

(١) سنن النسائي ١٤٢/٦، سنن أبي داود ٦٩١/١، مغني المحتاج ٤/٤٨٨، الطرق الحكمية ١٢/، ٢٥٢، ٢٥٣ .

(٢) الطرق الحكمية ٢٥٦ .

(٣) المصدر السابق ٢٥٩/، ٢٦٨ .

(٤) أخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما . (صحيح البخاري ٨٥٢/٢، صحيح مسلم ١٠٨٠/٢ - ١٠٨١) .

وجه الدلالة منه:

أفاد الحديث أن عتبة قد ألم بجارية زمعة، وكان ولدها أكثر شبها بعتبة، ومع هذا لم يلحق به مع وجود هذا الشبه، وإنما ألحق بصاحب الفراش، مما يدل على عدم اعتبار الشبه والعلامات الظاهرة في النسب .

ثانياً: إجماع الصحابة:

كتب عمر إلى شريح في رجلين وقعا على جارية: " هو ولدهما يرثانه وهو يرثهما"^(١)، وكان هذا بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد منهم، فصار إجماعاً منهم على عدم اعتبار الشبه بين الولد ومن يراد نسبه إليه^(٢).

وجه الدلالة منه:

أفاد هذا الأثر أن عمر لم يعتبر الشبه الذي يكون بين الولد وبين من يدعيه، وقد كان قضاؤه بذلك بمحضر من الصحابة، فلم ينكر عليه أحد منهم، فصار إجماعاً من الصحابة عليه .

الرأي الراجح:

ما أرى رجحانه من المذهبين - بعد الوقوف على أدلتها - هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، من الاعتداد بالقيافة في ثبوت النسب، لما استدلوا به، ولأن هذه العلامات الظاهرة لا سبيل إلى التدليس فيها أو التواطؤ على الكذب، ولها قواعد يسير عليها أهل الخبرة في مجالها، فيعتد بقولهم فيها إن توافرت فيهم شروط الشهادة .

ويترتب على ترجيح مذهب من يرون اعتبار نتيجة القيافة، بحسبانها تعتمد الشبه والعلامات الظاهرة بين الولد ومن يدعيه، فإنه يمكن اعتماد العلامات والدلالات الظاهرة القائمة على قواعد الوراثة، كدليل لإثبات النسب أو نفيه، باعتباره أخذاً بقريضة الشبه التي تفيد ظناً قوياً في ذلك، اعتماداً على قول أهل الخبرة في هذا المجال، واعتماداً على العلامات الوراثية التي من شأنها تغليب جانب ثبوت النسب أو نفيه، لأن القوانين المتبعة في هذا المجال تستند على العلم والخبرة العملية، ولذا فإن احتمال الخطأ فيما تسفر عنه يكاد يكون نادراً أو منعدماً، ومن ثم فإن جمهور الفقهاء إن اعتمدوا قول القائف في ثبوت النسب أو نفيه، اعتماداً على الشبه والدلائل الظاهرة، فأولى أن تعتبر هذه الدلائل والعلامات إذا انضم إلى الشبه الظاهري ما يؤكد من نتيجة الفحوص العملية للأنسجة أو فصيلة الدم أو المكونات الجينية، بين من يراد إثبات نسبه أو نفيه عن يدعيه أو ينتفي من نسبه .

(١) أخرجه البيهقي في سننه ١٠/٢٦٤ .

(٢) بدائع الصنائع ٦/٢٤٤ .

المطلب الخامس

تحاليل آثار الدم والسائل المنوي والعرق واللعاب

الفرع الأول

مدى اعتبار نتيجة تحليل آثار الدم في الإثبات

أبين في هذا الصدد مدى ما لآثار الدم الموجودة على الأشياء أو المواضع، من أثر في إثبات التهمة على شخص أو نفيها عنه، ومن المعلوم أن آثار الدم قد تعلق بثياب الجاني أو المجني عليه أو بدن أي منهما أو متاعه، أو توجد بمكان الجريمة، أو على الآلة التي استعملت في ارتكابها.

ولآثار الدماء دلائل يمكن بها الوقوف على المكان الذي ارتكبت به الجريمة، ومعرفة مرتكبها، والآلة التي استخدمت فيها، والهيئة التي كان عليها المجني عليه ووجهته وقت وقوع العدوان عليه، وكذا الهيئة التي كان عليها الجاني حينئذ، والمسافة التي كانت بينه وبين الجاني، ويترتب على اختلاف فصيلة آثار الدم عن فصيلة دم المشتبه به، نفي التهمة عنه نفيًا قاطعًا، أما إذا وجد توافق بين الفصيلتين فلا يمكن معه الجزم بارتكابه الجريمة، لما سبق ذكره من إمكان تشابه كثير من الناس في فصيلة الدم وفق النسب التي سبق بيانها.

وقد كان لنتيجة البحوث التي عكف عليها العلماء للتعرف على صاحب الأثر الدموي، أن أجروا بحوثًا على مكونات البلازما، حيث توصلوا إلى عدم إمكان تشابه في هذه المكونات إلا بين التوائم المتماثلة، ومن ثم فإنه يمكن في غير حالات التوائم المتماثلة التوصل إلى معرفة صاحب الأثر الدموي، عن طريق تحليل البلازما، باعتبار أنها تحتوي على مكونات تختلف من إنسان لآخر، ولذا فإنه يمكن فصل هذه المكونات وتحليلها والتوصل عن طريقها إلى معرفة مرتكب الجريمة^(١).

كما يمكن إضافة إلى ذلك تحليل البصمة الجينية لأثر الدم للوقوف على حقيقة صاحبه، باعتبار أنه من المتعذر وجود تشابه بين شخصين في المكون الجيني لهما، لأن لكل إنسان مكونه الجيني الخاص به، والذي لا يتشابه مع مكون غيره، إلا أن يكون توأمه المماثل له في كل شيء، وتلك حالة نادرة الوجود.

وآثار الدماء الموجودة في المواضع التي ذكرت قبلا، إما أن تكون قرينة قاطعة في نفي التهمة عن المشتبه به أو إثباتها عليه، وإما أن تكون قرينة قوية أو ضعيفة في ثبوت التهمة عليه أو نفيها عنه:

(١) عبد العزيز حمدي: كشف الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة / ٢٤٨، ٢٥٣.

فتكون قرينة قاطعة في نفي التهمة عنه إذا اختلفت فصائل الدم، أو اختلفت نسبة بروتين بلازما الدم فيها، أو اختلف المكون الجيني في العينة عن مثيله في دم المجني عليه أو المشتبه به، وتكون قرينة قاطعة في ثبوت التهمة في حق المشتبه به، إذا أثبتت الفحوص أن المكون الجيني بالعينة المأخوذة من أثر الدم، متطابقة مع المكون الجيني للمشتبه به، باعتبار أن هذا المكون يختلف فيه الناس اختلافاً بينا، فإذا تطابق مع مكون وراثي لمشتبه به، كان قرينة قاطعة على أن له صلة بالجريمة، فهذا المكون الوراثي يعد قرينة قاطعة في نفي وإثبات التهمة.

وتكون آثار الدماء الموجودة في المواضع السابقة قرينة قوية في الإثبات في حق المشتبه به، إذا تطابقت فصيلة دم العينة مع فصيلة دم المشتبه به، أو تطابقت مع فصيلة دم المجني في حال وجود آثار هذا الدم على ثياب أو بدن أو متاع المشتبه به، وكذا تعد قرينة قوية إذا تطابقت نسبة بروتين بلازما الدم في العينة، مع نسبة مثيله في بلازما دم المشتبه به، أو في بلازما دم المجني عليه إن كان أثر الدم قد علق بثياب أو بدن أو متاع المشتبه به.

وتكون آثار الدم الموجودة على بدن المشتبه به أو المجني عليه، أو بثوب أي منهما أو متاعه، أو بموضع الجريمة أو على الآلة المستخدمة فيها، قرينة ضعيفة في إثبات التهمة أو نفيها، إذا كان أثر الدم نتيجة عراك وقع بين الطرفين، حيث يتصور في هذا الحالة انتقال الدم من أحد الطرفين إلى بدن الآخر وثيابه ومتاعه، وتلوث موضع الواقعة بدماء كل منهما كذلك، حيث لا يعد وجود أثر الدم قرينة قوية في الإثبات أو النفي في هذه الحالة، لاحتمال وصول هذا الأثر الدموي نتيجة إمساك كل منهما بالآخر، أو استعمال كل واحد منهما آلة حادة مع صاحبه، أو نحو ذلك، ولا تعد قرينة قوية إلا إذا انضم إلى هذا الأثر ما يرجح كونه لأحدهما دون الآخر، كوجود ميكروبات مرض معين في دم أحدهما لا يوجد مثله بالآخر، أو كان بدم أحدهما زيادة في نسبة السكر أو البولينا أو نحو ذلك، مما لا يوجد مثله بدم الآخر، ففي هذه الحالة تعد نتيجة فحص بقعة الدم قرينة قوية في الإثبات أو النفي.

وفحص آثار الدماء له ما ينبه على الاعتداد به في الإثبات من نصوص الشريعة، من ذلك: ما روي عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه " أن ابني عفرأ تداعيا قتل أبي جهل يوم بدر، فقال رسول الله ﷺ: هل مسحتما سيفيكما؟، فقالا: لا، فقال: أرياني سيفيكما، فلما نظر إليهما، قال: كلاكما قتله، وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح، والرجلان هما: معاذ بن عمرو بن الجموح، ومعاذ بن عفرأ"، حيث استدل رسول الله ﷺ على وجود الدم على سيفيهما بقتلهما له، وإن قضى بسلبه إلى معاذ بن عمرو بن الجموح، لأن ما فعله بأبي جهل كان أكثر وأسرع في الإجهاز عليه من غيره، وهذا يدل على أن فحص أثر الدم على آلة القتل يستدل به على الإثبات أو النفي.

الفرع الثاني

مدى حجية فحص الدم في إثبات شرب المسكر أو المخدر

يترتب على تناول المواد المسكرة أو المخدرة، وصول أثرها إلى خلايا الجسم عن طريق الدم، ويمكن الكشف عن المخدر أو المسكر في الدم بطريقتين: إما بتركيز المخدر أو المسكر عند الزفير، وإما بالكشف عنهما بتحليل نسبتهما في البول أو الدم، وتختلف مدة بقائهما في الدم تبعاً لمقدار ما تم تناوله ونوعه، كما يمكن الكشف عن المخدر في الشعر، الذي يخزن المادة المخدرة به .

ومن البديهي أن المادة المسكرة أو المخدرة تدخل في بعض أنواع الأدوية، فضلاً عن كون بعض المواد المخدرة يوصف كمسكن أو كعلاج لبعض الأمراض، بالإضافة إلى دخول المواد المخدرة أو المسكرة في الصناعات الدوائية، مما لا يقطع معه بأن وجود المسكر أو المخدر في الدم أو البول، يفيد أن متناوله تناوله للتلهي به وليس للعلاج، ولذا فإن وجود أثرهما في الدم لا يفيد القطع بوقوع جريمة في حق متناولهما، بل يكون قرينة في حق من لم يتناولهما لضرورة أو حاجة، بحيث تكون نتيجة التحليل في حقه مثبتة لجريمة الشرب أو الإدمان بحسب حاله، ووفق نسبتهما بدمه أو بوله^(١).

ومن ثم فإن الفحوص الطبية والمعملية في هذا السبيل، تعد قرينة قوية في إثبات أو نفي جريمة شرب المسكر أو المخدر، وهي بينة معتبرة في الشريعة، باعتباره قرينة يتوصل إليها من خلال الفحوص والتحليل المعملية، والعمل بالقرائن في الإثبات قال به جمهور الفقهاء كما سبق .

الفرع الثالث

مدى اعتبار آثار العرق واللعب في الإثبات

المقصد الأول

مدى اعتبار العرق في الإثبات

أمكن الاستفادة من آثار العرق في مجال التحقيق الجنائي في التوصل إلى الجناة، باعتبار أن له مكونات تختلف تبعاً لسن المشتبه به وحجم جسمه ونوعه وطبيعة ما يتناوله من غذاء أو دواء، بل ونوع المرض الذي يعاني منه، ولذا فإنه يمكن من خلال تحليل العرق ونسبة ما به من أملاح ونوعها التعرف على صاحبه، باعتبار عدم إمكان التطابق غالباً بين الناس في نتائج هذه التحاليل^(٢).

والعرق إما أن يكون بذاته قرينة من خلال تحديد مكوناته وفصيلة دم صاحبه، فإنه يكفي لتوجيه الاتهام إلى صاحب العرق المتطابق مع العينة، ولا يكفي هذا التطابق

(١) د. عثمان: التصنيف الكيميائي للمسكرات والمخدرات وتأثيرها البيوكيميائي / ٩، ١٢، ١٣ .

(٢) عبد العزيز حمدي: كشف الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة / ١٥٤ - ١٥٥ .

لإثبات التهمة في حقه، لأن كثيرا من الناس يشتركون في فصائل دمهم ومكونات عرقهم، إلا أنه يكون وسيلة نفي إذا اختلفت العينتان، وإما أن يكون مكونا لقرينة يستفاد بها في الإثبات أو النفي، كإظهاره البصمات الخاصة بالفاعل أو إبراز رائحته المميزة، حيث يعد قرينة قوية في الإثبات أو النفي، باعتبار أن البصمات لا تتشابه، ومكون رائحة العرق مثله، فيعول على نتيجته في التوصل إلى الجناة .

المقصد الثاني

مدى اعتبار اللعاب في الإثبات

يعد اللعاب من القرائن المادية المهمة التي يستفيد منها المختصون في التعرف على الجناة، حيث تؤخذ عينات اللعاب من مظانها، ثم تتم مقارنة البصمة الوراثية الموجودة في اللعاب مع بصمة المشتبه بهم، وكذا مقارنة فصائل الدم، بالإضافة إلى الإفادة من نتائج الفحوص في معرفة بعض التفاصيل الدقيقة التي يتوصل بها إلى الحقيقة، كالكشف عن تناول صاحب اللعاب الكحول أو الخمر أو المخدرات أو نحوها^(١).

ونتيجة فحص عينة اللعاب إما أن تتطابق مع عينة لعاب المشتبه به أم لا، بما يصاحب ذلك من تحليل محتوى اللعاب، فإن أظهرت النتائج عدم تطابق العينتين ومحتواهما، كان ذلك قرينة قوية على عدم ثبوت التهمة في حقه، أما إذا وجد تطابق بينهما عد قرينة قوية تكفي لاتهامه بارتكاب الجرم، إلا إذا وجد ما يناه في ذلك، وفي جميع الأحوال لا يعد التطابق في فصائل الدم بين العينتين دليل إثبات أو نفي، لتشابه كثير من الناس في فصائل دمائهم .

واعتبار نتيجة فحص العرق واللعاب في الإثبات لا تمنعه الشريعة الإسلامية، باعتباره من القرائن التي يتوصل إليها بالفحص والاستنتاج، واعتبار القرائن في الإثبات قال به جمهور الفقهاء كما سبق^(٢).

الفرع الرابع

مدى اعتبار نتيجة تحليل آثار المنى في الإثبات

تعد آثار المنى في المواضع التي يمكن وجودها بها، من دلائل الإثبات أو النفي، باعتبار احتوائه على عناصر بيولوجية لا يتشابه الناس فيها غالبا، ويتبع في فحص آثاره وسائل شتى، منها: الفحص بلمسه بأطراف الأصابع، أو بالعين المجردة، أو بالأشعة فوق البنفسجية، ونظرا لعدم القطع بنتيجة هذه الفحص، فإنه تجرى عدة اختبارات للتعرف على طبيعة ما علق منه على الأسطح المختلفة، ثم يجري بعد اختبارات للتأكد من وجود الحيامن، حيث يعد وجودها دليلا دامغا على أن العينة جزء من سائل منوي، وقد لا يعثر

(١) القرائن المادية وأثرها في الإثبات/ ٢٢٣- ٢٣١ .

(٢) تبين الحقائق ٣/ ٢٢٩، تبصرة الحكام ٢/ ١١١، قواعد الأحكام ٢/ ١٢٦، إعلام الموقعين ١/ ٩٤ .

على حيامن به، فلا يعد ذلك تقليلاً لقيمة العينة كدليل إثبات أو نفي باعتبارها من السائل المنوي، وفحص آثار المنى يتبع فيه ما يتبع في فحص آثار الدم على النحو الذي مر آنفاً، باعتبار أن مكون خلايا الدم والسائل المنوي من الإنزيمات واحد، ومن ثم فإنه يمكن التوصل إلى صاحب السائل المنوي بتحليل مكون إنزيماته^(١).

وفحص فصيلة الدم في السائل المنوي الذي لا يحوي أي حيامن، لا يعد قرينة قاطعة على إثبات التهمة على أحد، بل يعد قرينة ضعيفة في ذلك، للتشابه بين كثير من الناس في هذه الفصائل، إلا أنه يعد قرينة قوية لنفي التهمة عن المشتبه به عند اختلاف فصيلة سائله مع العينة المأخوذة، ويعد هذا الفحص قرينة قوية إذا اقترن به قياس نسبة البروتين في إنزيمات السائل، حيث يمكن بها اعتبار نتيجة الفحص قرينة قوية في إثبات التهمة أو نفيها عن صاحب هذا السائل، وفق ما تسفر عنه قياس نسبة البروتين في الإنزيم.

أما فحص المكون الجيني للسائل المنوي أو الحيامن فإنه يكون قرينة قاطعة بثبوت التهمة على المشتبه به، إذا وجد تماثل بينها وبين المكون الجيني للعينة، أو نفي التهمة عنه إذا وجد اختلاف بينهما، باعتبار أن هذا المكون لا يتماثل فيه إلا التوائم المتماثلة، ومن ثم فإن سائر الناس لا تتشابه مكوناتهم الجينية وإن كان منهم من تجمعهم روابط الأخوة وإن ورثوا جينات أصولهم بصفة سائدة.

ومما ينبه إلى اعتبار نتيجة تحليل السائل المنوي في الشريعة الإسلامية، خبر جعفر بن محمد في المرأة التي ادعت على شاب مواقعتها لها رغماً عنها، والتي احتالت لإثبات ادعائها بسكب بياض البيض على ثيابها وبين فخذيهما، واكتشاف علي عليه السلام حقيقة حيلتها تلك^(٢).

المطلب السادس

مدى حجية نتيجة فحص الشعر والأظافر والعين في الإثبات

الفرع الأول

مدى حجية نتيجة فحص الشعر في الإثبات

يتكون الشعر من بصيلة ذات طبقات ثلاث، خارجية، ومتوسطة، وداخلية، ولفحص الشعر الذي يوجد بمسرح الجريمة أو عالقا بجسم أو ثياب أو متعلقات المجني عليه أو الجاني أهمية بالغة، باعتبار أن يفيد في التعرف على الجاني، كما يفيد فحص بصيلة الشعر في الكشف عن أحوال التسمم بالمبيدات أو نحوها من المواد الكيميائية، حيث يتسرب جزء من السموم إلى الشعر، ويمكن بها الوقوف على مقدار ما تم تعاطيه وزمنه،

(١) محمد سليمان: أصول الطب الشرعي وعلم السموم / ٦٨، ٧٠.

(٢) ذكرها ابن القيم في الطرق الحكمية / ٥٥.

ويتم فحص الشعر على مراحل عدة: حيث يتم في المرحلة الأولى فصل الشعر عن الألياف الأخرى، وتمييز الشعر المأخوذ ببيان جنسه ونوعه ونوع صاحبه والموضع الذي نزع أو سقط منه الشعر من بدنه وتحديد صاحبه^(١).

وبعد هذا الفحص إما أن يتشابه مع مكونات شعر المتهم أو مع مكونه الجيني، وإما أن لا يتشابه، فإن كان ثمة تشابه أفاد غلبة الظن بأن هذا الشعر منه، وإلا لم يفد ذلك، ومن ثم فإن نتيجة فحص الشعر على النحو السابق قرينة قوية في نفي التهمة عن المتهم، ولا يعد بهذه المثابة في إثبات التهمة عليه، وإنما يفيد غلبة الظن بثبوتها، لإمكان التشابه بين مكونات شعر المتهم الجينية وغيرها مع غيره.

واعتبار نتيجة فحص الشعر على هذا النحو كدليل إثبات، اعتبره الفقهاء، لأنه لا يخرج عن كونه قرينة مادية، والقرائن المادية اعتبرها جمهور الفقهاء في مجال الإثبات^(٢).

الفرع الثاني

مدى حجية نتيجة فحص الأظافر في الإثبات

تعد الأظافر وسيلة للتعرف على صاحبها من ناحية ما تحتوي عليه مما يعلق بما بينها وبين اللحم من آثار يمكن التوصل من خلالها إلى دليل، ومن ناحية شكلها الذي يترك أثرا ببدن المجني عليه، إذ يعد وجود أثرها بشكلها الهلالي حول أنف المجني عليه وفمه دليل على جريمة كتم النفس، ووجودها حول عنقه دليل على الخنق^(٣).

ولا يعد فحص ظاهر الأظافر بمجرد دليل إثبات أو نفي، لتشابهه لدى كثير من الناس، وأما فحص ما يكون بين الأظافر من مواد علق بها فإنه يعتمد عليه في الإثبات أو النفي، وذلك لأن نتيجة الفحص إن أسفرت عن تطابق بين العينتين، عد ذلك قرينة قوية في الإثبات أو النفي، باعتبار أنه لا يعتمد على مجرد فحص الأظافر، بل يعتمد على تحليل الحمض النووي للجزيئات البيولوجية العالقة بها، أو التحليل الكيميائي للمادة التي وجدت بها مما تكون قد استعملت في الجريمة، وهذا في حد ذاته كاف لإثبات التهمة على من وجد بأظافره ذلك، إلا أن يقوم دليل قوي ينفي ارتكابه للجرم.

ولا يمتنع في الشريعة الإسلامية اعتبار نتيجة فحص وتحليل الأظافر ومحتوى ما علق بها كدليل إثبات، باعتبار أن ما تسفر عنه هذه النتيجة هو من قبيل القرائن التي يتوصل بها إلى إثبات تهمة أو نحوها، والقرائن معتبرة عند جمهور الفقهاء^(٤).

(١) ناجي محمد الغرابي: طرق رفع العينات من مسرح الجريمة / ٨٠، حسين محمد علي: البحث العلمي عن الجريمة : ١٩٤، ١٩٥.

(٢) تبين الحقائق ٢/٢٢٩، معين الحكام ١٦٦، قواعد الأحكام ٢/١٢٦، الطرق الحكيمة ٤/.

(٣) الطب الشرعي وجرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال / ٤٠٧.

(٤) تبين الحقائق ٢/٢٢٩، معين الحكام ١٦٦، قواعد الأحكام ٢/١٢٦، إعلام الموقعين ١/٩٤.

الفرع الثالث

مدى استخدام نتيجة بصمة العين في الإثبات

لكل عين شكل تتميز به عن غيرها، سواء من جهة التكوين الخارجي أو الداخلي، وهذا التكوين إذا ما تم حفظه فإنه يمكن استخدامه في التعرف على صاحبه، وتستخدم بصمة العين في التعرف على المطلوبين الآن، وعلى من يدخلون من الموانئ البرية أو الجوية أو البحرية في الدول، رغبة في تجنيب هذه الدول مما يرتكبه بعض المفسدين، أو للقبض على المشتبه بهم أو المطلوبين دولياً أو من الجهات الأمنية بالدولة، ونتيجة للتطور التقني في هذا المجال فقد صار بالإمكان حفظ بصمة العين، ومطابقتها عند الحاجة بالبصمة المحفوظة سابقاً^(١).

ومع أن بصمة عين إنسان لا يتصور تشابهها من كل الوجوه ببصمة عين غيره، إلا أنها حجة قاصرة، لإمكان وجود ذلك، ولذا فقد تتشابه الأعين شكلاً وتكويناً بين أفراد ينتسبون إلى أبوين تربطهما صلة قرابة، إذا ورثوا أولادهم صفة العين ومكونها بصفة سائدة، حيث يمكن في هذه الحالة تشابه بصمة العين عند بعض أفراد هذه الأسرة، ولذا فإنها لا تعد قرينة قوية لتوجيه التهمة لشخص لمجرد تطابق بصمة عينه مع بصمة عين حفظت سلفاً، لأن بالإمكان تشابه هذه البصمة بين الأشقاء كما سبق، كما يمكن إجراء عمليات جراحية للعين لتكون على شكل معين، كما يمكن تركيب قرنية أو عدسة لها، فتختلف بصمات الأعين في هذه الحالة، ويتطرق إلى صاحبها احتمال الاشتباه به واحتمال عدمه، ولذا فلا تصلح بصمة العين كدليل إثبات أو نفي، لإمكان التلاعب بها.

المطلب السابع

استخدام بصمة الصوت والتسجيل الصوتي

يتبع للحصول على بصمة الصوت أو التسجيل الصوتي وسائل عدة، لعل من أهمها: تسجيل المحادثات عن طريق الهاتف أو الأجهزة الإلكترونية المختلفة، وقد بلغ التطور التقني مدى بعيداً في هذا المجال، ويتم الحصول على حديث الغير وبصمة صوته عن طريق التسجيل المباشر أو غير المباشر له، وقد أمكن تسجيل الحديث بوضع جهاز تصنت داخل الهاتف يمكنه تسجيل الأحاديث معتمداً على الطاقة الكهربائية المستمدة من الهاتف، فضلاً عن الأجهزة المتطورة الأخرى التي يمكن بها التقاط الحديث دون تنبه المتحدث لها. ومجرد التسمع لأحاديث الغير وتسجيلها من غير غرض صحيح، ممنوع شرعاً، باعتباره من قبيل التجسس المنهي عنه شرعاً، فقد قال الحق سبحانه: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا

(١) حسين إبراهيم: تحقيق شخصية الإنسان بالطرق غير التقليدية / ١٦٣.

يَغْتَبُّ بَعْضُكُمْ بَعْضًا ^(١)، وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: " إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث، ولا تحسسوا، ولا تجسسوا، ولا تتافسوا، ولا تتحاسدوا، ولا تباغضوا، ولا تدابروا، وكونوا عباد الله إخوانا " ^(٢)، أما إن كان بغرض إثبات شيء على قائله كالسب أو القذف، أو لتحمل الشهادة عليه بما أقرب به، أو لمواجهة بقوله إن كان يتوقع منه إنكاره، أو نحو ذلك، فإن هذا لا تمنعه الشريعة، سواء كان يعلم المتحدث أو بدونه .

والاعتماد على مجرد بصمة الصوت أو التسجيل الصوتي كقرينة لإثبات شيء إلى شخص أو نفيه عنه، غير كاف، باعتبار أن ذلك يعد قرينة ضعيفة، إذ يمكن تقليد أصوات الغير بدقة بالغة، كما يمكن عمل منتج للصوت بحيث يشبه صوت غير قائله، فضلا عن إدخال مؤثرات الصوت لتعمل عملها في تغيير نبرته، بالإضافة إلى إمكان تركيب أصوات مع بعضها، وتغيير الإنسان نبرة صوته أو طريقة حديثه، بحيث لا يعرف صوته أقرب الناس إليه، ومن ثم فإن هذه القرينة لا تثبت أو تنتفي بها تهمة، وإن صلحت كقرينة منضمة إلى غيرها لترجيح أمر معين، يفترق ثبوته إلى عناصر عدة، فتكون بصمة الصوت والحديث المسجل من مرجحات ثبوته أو نفيه .

المطلب الثامن

مدى حجية استخدام الرائحة في الإثبات

الفرع الأول

استخدام الكلاب البوليسية في التعرف على الرائحة

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز اقتناء الكلب إلا لحاجة: كالصيد والحراسة، وغيرهما من وجوه الانتفاع التي لم ينفه الشارع عنها، ويرى المالكية كراهة اتخاذه لغير الزرع أو الماشية أو الصيد، وقال بعضهم بجوازه ^(٣).

ومما يدل على حرمة اقتنائه لغير غرض مشروع : ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : " من اتخذ كلبا إلا كلب ماشية أو صيد أو زرع انتقص من أجره كل يوم قيراط " ^(٤).

وإمساك الكلاب البوليسية لاستعمالها في الكشف عن الجرائم ومرتكبيها، يرد في نفس الغرض الذي من أجله شرع اقتناء الكلاب لحراسة الماشية والزرع، باعتباره يتعقب آثار الجناة ليتم القبض عليهم، فيتحقق به منع وقوع الجريمة مستقبلا .

(١) من الآية ١٢ من سورة الحجرات .

(٢) أخرجه الشيخان في صحيحيهما . (صحيح البخاري ٢٢٥٣/٥ ، صحيح مسلم ١٩٨٥/٤) .

(٣) رد المحتار ١٣٤/٥ ، ١٤٧ ، ٢١٧ ، جواهر الإكليل ٤/٢ ، ٣٥ ، حاشية قليوبي ١٥٧/٢ ، المغني مع الشرح الكبير ١٤/٤ .

(٤) أخرجه البخاري ومسلم في الصحيحين . (صحيح البخاري ١٢٠٧/٣ ، صحيح مسلم ١٢٠٣/٣) .

والخاصية التي يقوم عليها استعمال الكلاب في الكشف عن الجرائم ومرتكبيها، تتركز فيما يتركه كل كائن حي من رائحة مميزة على ما يلامسه، حيث تبقى عالقة به، لتتبع الكلاب آثار هذه الروائح، عن طريق تشمّمها بما عرفت به من قوة هذه الحاسة لديها، بالإضافة إلى دقة حاسة السمع .

ويتتبع الكلب الأثر الذي يراد التوصل إلى صاحبه، بتتبع رائحته المنتشرة في الهواء، أو المواضع التي مر بها، أو الأشياء التي التصقت بها رائحته، أو أمسك بها أثناء سيره، أو آثار أقدامه على الأرض التي سار عليها، إلى أن يصل إلى آخر موضع وصلت إليه رائحة مرتكب الجرم، كما يتم استخدامها في البحث عن المواد المخدرة، أو المهربة، أو المفرقات، أو الأسلحة، ونحوها^(١).

ورغم ما لهذه الكلاب من قدرة على التوصل إلى المواضع التي يختبئ بها المجرمون، أو أماكن الأشياء المسروقة، أو الممنوع حيازتها، أو نحوها، إلا أنه لا يعول عليها لإدانة مشتبه به أو تبرئته، لأن اعتمادها على الرائحة، وهي تختلف من شخص إلى آخر، بل قد تتشابه روائح بعض الناس تبعاً لأنواع أكلهم وشربهم ونوع العمل الذي يمارسونه، أو البيئة التي يقيمون بها .

فضلاً عن هذا فإن مرتكب الجريمة قد يعتمد إلى سكب بعض مكسبات الرائحة على المواضع التي سلكها أو على ثيابه، فلا تتمكن هذه الكلاب من الوصول إليه، بل ربما ذهب إلى غيره مما لم يرتكب الجرم، يضاف إلى هذا أن الروائح المنبعثة من ثياب الناس وأبدانهم تتداخل مع بعضها، فلا يمكن تمييز صاحب رائحة منها عن غيره، فيضيع بذلك الدليل الذي يرشد الكلب لمرتكب الجريمة .

كما أن الكلب وقد اعتمد حاسة الشم كوسيلة للتوصل إلى المتهم، فإنه إذا لم يجد المتهم أو الشيء الذي يراد العثور عليه، فإنه قد يمسك بما هو أقرب رائحة له وإن لم يكن عين المراد، فضلاً عن هذا فإن القاضي لا يمكنه الاقتناع بالطريقة التي توصل بها الكلب للكشف عن الجاني، ولا يثق بالنتيجة التي انتهى إليها استعماله فيها، ولذا فلا يستطيع أن يكون عقيدة من خلال استعمال الكلب، بأن ما أمسك به الكلب هو الجاني، أو أن المواد التي تم العثور عليها عن طريق الكلب هي التي استخدمت في الجريمة، أو التي يبحث عنها .

وكل هذا وغيره يجعل استخدام هذه الكلاب في التوصل إلى المجرمين، أو الأشياء التي يراد ضبطها قرينة ضعيفة في إثبات التهمة أو نفيها، إلا أن هذا لا يمنع من اعتبار هذه القرينة كافية لتوجيه التهمة لأحد، للتحقيق معه في ملابسات الجريمة، فقد يكون هو الجاني، وقد يكون غيره .

(١) إبراهيم غازي: التحقيقات والأدلة الجنائية ١/٣٤٥ - ٣٤٧ .

الفرع الثاني

تحليل الرائحة معمليا للتعرف على أصحابها

يستخدم في هذا الصدد جهاز يكشف عن رائحة المشتبه بهم أو غيرهم معمليا، حيث يمكن به تحليل الروائح البسيطة وغيرها وردها إلى عناصرها الأولية، للتعرف على الروائح المنبعثة من أي شيء، ويتبع لتحليل الروائح المأخوذة من موضع الجريمة أو نحوها معمليا، وضع قطعة من القماش خالية من أي مادة سائلة أو غازية، وتوجه إلى الموضع الذي يراد تحليل الروائح العالقة به، ثم تلتصق هذه القطعة عليه، وتلف لتوضع بعد في قنينة معقمة محكمة الغلق، ثم يخرج محتواها لتحلل الروائح العالقة بها، فإذا ما أريد مقارنة هذه الروائح بالرائحة المنبعثة بشخص معين، فإنه لا بد وأن يؤخذ عينة من رائحته، لإجراء مقارنة بين نتيجة تحليل العينة المأخوذة من الموضع مع نتيجة العينة المأخوذة منه .

وتؤخذ عينة الرائحة من المشتبه به بنفس الطريقة التي أخذت بها العينة من موضع الحدث، حيث يطلب منه الجلوس على مقعد معقم، بحيث لا تكون بتيابه آثار مواد نفاذة أو نحوها، ثم يطلب منه القيام منه ليغطي موضع جلوسه بقطعة من القماش، ثم يجرى تحليل القطعة التي يكون قد علق بها آثار رائحته^(١).

والاعتماد على نتيجة تحليل الرائحة على هذا النحو يعد قرينة ضعيفة في الإثبات أو النفي، أو تأكيد وجود شخص ما في موضع أو عدم تأكيد وجوده به، باعتبار أن الرائحة الموجودة بموضع يمكن العبث بها، أو تغييرها، أو التصاق روائح الآخرين بها، فضلا عن أن العينة التي تؤخذ من الشخص ذي الرائحة المطلوبة، قد يرتدى شيئا يفوت الفحص الدقيق لرائحته، أو يحمل بداخله ما يمويه به على مردي أخذ عينته، فضلا عن أن للمواضع التي تؤخذ منها العينة بعيدا عن صاحبها، أو تؤخذ فيها العينة من صاحبها، تسود فيها روائح وتتغلب عليها روائح تنبعث من الموضع أو الأماكن المجاورة، مما لا يمكن معه إعطاء نتيجة دقيقة أو أقرب إلى الدقة في هذا السبيل، ولذا فلا يعتمد عليها في توجيه تهمة لإنسان، أو بدء التحقيق معه بمقتضاها في جريمة .

الفرع الثالث

مدى حجية استنكاه المتهم للوقوف على ما تناوله

اختلف الفقهاء في مدى حجية انبعاث رائحة المسكر أو المخدر من في المتهم بتناولهما، على ثبوت تهمة شربهما عليه، وذلك على مذهبين:

(١) زكريا الدروري: الإنسان كمصدر للأثار والأدلة المادية ١٣١/ - ١٣٢ .

المذهب الأول: يرى أصحابه أن جريمة الشرب تتقرر في حق من وجدت منه رائحة المسكر أو المخدر وإن لم ير حين تناولهما ، روي هذا عن بعض الصحابة ، وإليه ذهب المالكية وبعض الحنابلة واختاره ابن تيمية ^(١) .

المذهب الثاني: يرى من ذهب إليه أن جريمة الشرب لا تثبت بانبعث رائحة المسكر أو المخدر من في المتهم بشربهما ، وهو مذهب الحنفية والشافعية والظاهرية ، والراجح من مذهب الحنابلة ^(٢) .

استدل أصحاب المذهب الأول على ثبوت جريمة الشرب على من وجدت منه رائحته بما يلي:

أولاً: إجماع الصحابة: روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: " كنت بجمص ، فقال لي بعض القوم: اقرأ علينا فقرأت عليهم سورة يوسف ، فقال رجل من القوم: واللّه ما هكذا أنزلت ، قلت: ويحك واللّه لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال لي: أحسنت ، فبينما أنا أكلمه إذ وجدت منه ريح الخمر ، فقلت: أتشرب الخمر وتكذب بالكتاب ، لا تبرح حتى أجلدك ، فجلدته الحد " ^(٣) .

وجه الدلالة منه: أفاد الأثر أن الصحابة أقاموا حد الشرب على من وجدت منه رائحة المسكر ، فدل على أن مجرد انبعث الرائحة من فيه يقرر ارتكابه للجريمة ، وكانت قضايا الصحابة تشتهر وتذاع ، ولم يظهر في الصحابة مخالف ، فيكون إجماعاً منهم على الاعتداد برائحة المسكر أو المخدر على ثبوت شرب المتهم له .

ثالثاً: المعقول: إن الرائحة والقيء معنى يعلم به صفة ما تم تناول المكلف له وجنسه ، فوجب أن يكون طريقاً إلى إثبات الحد ، وأصل ذلك أن وجود رائحة الشراب أقوى في معرفة نوعه من رؤيته ، لأن الرؤية لا يعلم بها الشراب أمسكر هو أم لا ، وإنما يعرف ذلك برأئحته .

استدل أصحاب المذهب الثاني على عدم ثبوت جريمة الشرب بانبعث رائحته من في متناوله، بما يلي:

المعقول: إن الريح التي تتبع من في تناول المسكر أو المخدر قد تكون من غيره ، ولاحتمال أنه تناولها مكرها عليها ، أو لدفع غصة أو نحو ذلك ، والدليل إذا دخله الاحتمال سقط به الاستدلال ، ولذا فلا تقوم برائحة المسكر أو المخدر جريمة شربهما على من وجدت منه هذه الرائحة .

(١) تبصرة الحكام ٨١/٢ ، ١١٤ ، المغني والشرح الكبير ٣٣١/١٠ ، السياسة الشرعية ٥٩/ ، إعلام الموقعين ١٢/٣ ، ٤٦٣/٤ .

(٢) رد المحتار ٤٠/٤ ، فتح القدير ٣٠٨/٥ ، الروضة ١٧٠/١٠ ، مغني المحتاج ١٩٠/٤ ، الإنصاف ٢٣٤/١٠ ، كشاف القناع ٩٥/٦ .

(٣) أخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما . (صحيح البخاري ١٩١٢/٤ ، صحيح مسلم ٥٥١/١) .

الرأي الراجح:

والذي أراه أن انبعاث رائحة المسكر أو المخدر من في إنسان لا يعد قرينة على أنه شربها متعمداً بها، ولا يمثل تناوله لها والحال هذه جريمة، لأنه ربما شربها ضمن دواء أو علاج، أو كانت تتبع منه رائحتها بعد إجراء عملية جراحية أعطي إليها فيها مخدر لإجرائها، أو تناول المسكر أو المخدر جاهلاً بحقيقته، أو ظاناً أنه لا يسكر، ومع تطرق هذه الاحتمالات إليه، فلا تصلح رائحة المسكر أو المخدر المنبعثة من في المشتبه به دليلاً على ارتكابه جريمة شربهما، وإنما تعد قرينة يمكن الاستناد إليها للتحقيق معه، فإما انتهت جهة التحقيق إلى إدانته أو تبرئته .

المطلب التاسع

استخدام العقاقير الطبية في الإثبات

يقصد بالعقاقير الطبية التي تستعمل في التوصل إلى الجناة، تلك المواد المخدرة المصنعة معملياً، حيث تقدم للمشتبه بهم، ويؤثر تناوله لها على قدرته في التحكم في تفكيره، إلا أنها لا تعطل إدراكه، وإن كانت تفقده القدرة على التحكم في أدائه العقلي، فيكون أكثر ميلاً إلى المصارحة والتعبير عن مكنون نفسه، ولذا فإنه يفضي بمعلومات لم يكن ليفضي بها لو لم يعط هذا المخدر، وبعد أن يظهر أثرها عليه يدلي بما لديه من بيانات متعلقة بالجريمة^(١).

إلا أن هذه الوسيلة لا يصلح ما تتمخض عنه قرينة قوية للإثبات أو النفي في مجال التهم، لأن المادة المخدرة تزيل عقل متناولها، وتجعله يهذي بغير الحقيقة، واعترافه بشيء وهو على هذه الحالة إقرار، وهو غير معتبر ممن زال عقله بمسكر أو مخدر، باعتباره فاقداً أهلية إصداره^(٢).

والسكر أو الخدر ينافي أهلية الأداء، لأن مناطها العقل والتمييز، والسكر أو الخدر ينافيها، وقد اختلف الفقهاء في حكم عقوده وتصرفاته: فيرى فريق منهم عدم صحتها، لأنه زائل العقل فاقد الإرادة غير مدرك لما يقول، فعبارته لا تدل علي رضاه بالعقد أو التصرف، ويرى فريق آخر صحة هذه العقود والتصرفات ونفاذها مطلقاً، ومنها إقراره، لأن السكر لا ينافي الخطاب بالتكاليف، ويرى فريق ثالث أن السكر يمنع لزوم بعض عقود وتصرفات السكران، وهي التي تقبل الفسخ ولا تصح من الهزل^(٣).

فضلاً عن هذا فإنه لا يمكن الجزم بصحة النتائج المترتبة على تناول المادة المخدرة، فإنه قد يتناولها مدمن عليها، فلا يوثق بما يصدر عنه، لأنه اعتاد تناولها فلا يفضي تناوله

(١) أحمد الشريف: مصل الحقيقة، مقال بمجلة الأمن العام، عدد ٢٩/٣٥ .
(٢) التقرير والتحرير ٢/٢٥٨، السيوطي: الأشباه والنظائر ٢١٧/، القواعد والفوائد الأصولية ٣٨/١ .
(٣) الموافقات ١/٢٣٦، الغزالي: المستصفي ٨/١، السيوطي: الأشباه والنظائر ٢١٦/، ٢١٧- ٢١٩، ٢٣٩، إرشاد الفحول ٣٢/ .

لها إلى الاختلال الذي تحدثه في غير المعتاد على تناولها، ولذا يعسر الاطمئنان لنتائجها، كما أن احتمال كذب متناولها فيما يفضي به من أقوال حال وقوعه تحت تأثيرها أمر وارد، فلا يكون قوله مطابقاً للحقيقة، كما أنه لا يجوز شرعاً إدخال مادة في بدن معصوم إلا إذا كان من شأنها إصلاح بدنه وتحقيق النفع له، وليس من شأن إعطاء المشتبه به هذه المادة من هذا القبيل، وإنما هو إدخال مادة ضارة ببدنه وعقله لا يقتضيها علاج بدنه أو تحقيق نفع له، وهذا اعتداء على سلامة بدنه بغير مبرر مشروع، هذا بالإضافة إلى أن المواد المخدرة مما يحرم تناولها لغير ضرورة أو حاجة^(١)، وليس إعطاؤها له لانتزاع اعتراف منه على هذا النحو مما تقتضيه الضرورة أو الحاجة المرخصة في تناولها، ومن ثم فإن اتخاذ هذه الوسيلة غير مشروع، فوق أنها قرينة ضعيفة في الإثبات أو النفي.

المطلب العاشر

استخدام الصور الثابتة والمتحركة في الإثبات

الفرع الأول

أنواع الصور ومسوغات التقاطها

يتم التقاط الصور إما بالأشعة فوق البنفسجية، أو التصوير الضوئي، وهذا التصوير إما أن يتم بعدسة ثابتة أو متحركة، وهو يستخدم لرفع الآثار من مكان الحادث، وآثار الأقدام وإطارات وسائل النقل، ولتصوير المستندات والأدلة المادية، كما يستخدم التصوير بالأشعة فوق البنفسجية لإظهار ما هو مخفي ولا يمكن رؤيته بالعين المجردة، كآثار البقع المزالة وآثار البصمات والكتابة بالأحبار السرية، وإظهار مدى الاختلاف بين أنواع الأنسجة التي لا يمكن معرفته بالعين، كما يستخدم لفحص المستندات المزورة أو المطموسة البيانات، وقراءة محتوى الخطابات المغلقة دون فضها، وللوقوف على محتوى الطرود المشتبه بها، وتصوير الأشياء المادية في الوسط المظلم، ويستخدم التصوير المرئي عن طريق الإخراج التليفزيوني في مجال تسجيل الجرائم وقت ارتكابها، وكشفها، ومنع وقوعها، وحفظ الأمن، ومراقبة المواضع التي يظن دخول مرتكبي الجرائم إليها، فضلاً عن استخدام التصوير بأنواعه لتسجيل صور المجرمين أو المشتبه بهم^(٢).

(١) وهو ما اتفق عليه الفقهاء، لما روى أنس بن حذيفة أن رسول الله ﷺ قال: "ألا إن كل مسكر وكل مخدر حرام، وما أسكر كثيره حرم قليله، وما خمر العقل فهو حرام"، أخرجه أبو نعيم في الحلية (كنز العمال ٢٠٤/٥)، ويراجع: البحر الرائق ٧٦/٣، سراج السالك ٥٧/١، المجموع ٧/٣، ٣٧/٩، المغني ٥٩٦/٨، جامع العلوم والحكم ٣٩٨/، المحلى ٤٢٦/٧.

(٢) قدرى الشهاوي: أصول وأساليب التحقيق والبحث الجنائي ٩٦/ - ٩٧.

الفرع الثاني حكم أنواع التصوير

وقد اختلف الفقهاء في حكم التصوير، فاتفقوا على أنه لا بأس في تصوير المخلوقات النباتية، سواء أكانت مثمرة أم لا، وأن ذلك لا يدخل فيما نهي عنه من التصاوير^(١)، ومما استدلل به عليه ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: " من صور صورة في الدنيا كلف أن ينفخ فيها الروح، وليس بنافخ "^(٢)، فخص النهي بذوات الأرواح وليس الشجر منها، وروى ابن عباس رضي الله عنهما أنه نهى المصور عن التصوير، ثم قال له: " إن كنت فاعلاً فصور الشجر وما لا روح فيه "^(٣)، قال الطحطاوي: ولأن صورة الحيوان لما أبيحت بعد قطع رأسها، لأنها لا تعيش بدونه، دل على إباحة تصوير ما لا روح فيه أصلاً^(٤)، بل إن في بعض روايات حديث عائشة رضي الله عنها " أن جبريل عليه السلام قال للنبي ﷺ: مر برأس التمثال فليقطع حتى يكون كهيئة الشجرة "^(٥).

وأما تصوير الإنسان والحيوان فقد اختلف الفقهاء في حكمه على مذاهب ثلاثة:

المذهب الأول: يرى من ذهب إليه أن تصوير الإنسان والحيوان لا يحرم، ولا يمنع منه إلا ما كان صنعاً لصنم يعبد من دون الله تعالى، وقد ذهب إليه بعض الفقهاء^(٦).

المذهب الثاني: يرى أصحابه وهم بعض السلف والمالكية وابن حمدان من الحنابلة، أنه يحرم من التصاوير ما كان صورة لإنسان أو حيوان مما له ظل، إذا كان كامل الأعضاء، وصنع مما يدوم من الحديد أو النحاس أو نحوهما^(٧).

المذهب الثالث: يرى أصحابه أنه يحرم تصوير ذوات الأرواح مطلقاً، وهو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة، وادعى النووي الإجماع عليه، وهو مذهب الثوري ومالك وأبي حنيفة وغيرهم^(٨).

استدل أصحاب المذهب الأول على أن تصوير الإنسان والحيوان لا يحرم إلا أن يكون صنعاً لصنم يعبد من دون الله تعالى، بما يلي:

- (١) حاشية الطحطاوي على الدر ٢٧٣/١، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٣٣/٢، شرح المنهاج ٢٩٧/٣، البهوتي: الإقناع ٢٨٠/١.
- (٢) أخرجه البخاري في صحيحه. (فتح الباري ٣٩٣/١٠).
- (٣) أخرجه مسلم في صحيحه ١٦٧٠/٣.
- (٤) حاشية الطحطاوي ٢٧٤/١.
- (٥) أخرجه الترمذي وأبو داود في سننهما، وقال الترمذي: حسن صحيح. (سنن الترمذي ١١٥/٥، سنن أبي داود ٣٨٨/٤).
- (٦) الألويسي: روح المعاني ١٩/٢٢، مجلة الوعي الإسلامي العدد ٥٧/٢٩ - ٥٨.
- (٧) حاشية الطحطاوي على الدر المختار ٢٧٣/١، الأم ١٨٢/٦، الهيثمي: الزواج ٢٨٢/٢، المرادوي: الإنصاف ٤٧٤/١.
- (٨) حاشية الدسوقي ٣٣٧/٢، ٣٣٨، السفاريني: غذاء الألباب ١٨٠/٢، فتح الباري ٣٨٨/١٠، شرح النووي على مسلم ٨٠/١١.

أولا النص:

- (١) قال الله تعالى: ﴿ قَالَ أَتَعْبُدُونَ مَا تَنْحِتُونَ * وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ ﴾^(١).
- (٢) روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح وهو بمكة: " إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام " ^(٢).
- وجه الدلالة منهما:** أفادت الآية والحديث حرمة بيع الأصنام وعبادتها من دون الله تعالى، فيحرم نحتها لعبادتها .

- (٣) واحتج أصحاب هذا المذهب على إباحة التصوير، بقوله تعالى في حق سليمان عليه السلام: ﴿ يَعْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُ مِنْ مَحَارِبَ وَتَمَاثِيلَ وَجِفَانٍ كَالْجَوَابِ ﴾^(٣).
- وجه الدلالة من الآية:**

أفادت الآية تسخير الجن لسليمان عليه السلام في صنع السفن والجفان والتماثيل ونحوها، ولا تسخر له لعمل التماثيل إلا إذا كانت صناعتها مشروعة، وشرع من قبلنا شرع لنا .

ثانيا: السنة النبوية المطهرة:

- (١) روى القاسم عن عائشة رضي الله عنها قالت: " دخل علي رسول الله ﷺ وقد سترت سهوة لي بقرام فيه تماثيل، فلما رآه هتكه وتلون وجهه، وقال: يا عائشة أشد الناس عذاباً عند الله يوم القيامة الذين يضاؤون بخلق الله، قالت: فقطعناه فجعلنا منه وسادة أو وسادتين " ^(٤).
- (٢) روى أبو هريرة ؓ أن النبي ﷺ قال فيما يرويه عن ربه تبارك وتعالى: " ومن أظلم ممن ذهب يخلق خلقاً فليخلقوا حبة، أو ليخلقوا ذرة " ^(٥).

وجه الدلالة منهما:

إن الوعيد في الحديثين على صناعة الصور والتماثيل ليس على ظاهره، إذ لو كان هذا على ظاهره لاقتضى تحريم تصوير الشجر والجبال والشمس والقمر، مع أن ذلك لا يحرم بالاتفاق، فتعين حملة على من قصد أن يتحدى صنعة الخالق عز وجل ويفتري عليه بأنه يخلق مثل خلقه .

- (٣) روي عن ابن مسعود ؓ أن رسول الله ﷺ قال في حق المصورين " إن أشد الناس عذاباً عند الله يوم القيامة المصورون " ^(١).

(١) الآية ٩٥ من سورة الصافات .
(٢) أخرجه الشيخان في صحيحيهما . (صحيح البخاري ٧٧٩/٢ ، صحيح مسلم ١٢٠٧/٣) .
(٣) من الآية ١٣ من سورة سبأ .
(٤) أخرجه الشيخان في الصحيحين . (صحيح البخاري ٢٢٢١/٥ ، صحيح مسلم ١٦٦٨/٣) .
(٥) أخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما . (صحيح البخاري ٢٧٤٧/٦ ، صحيح مسلم ١٦٧١/٣) .

وجه الدلالة منه:

إن الحديث لا يراد من التصوير المنهي عنه فيه التصوير المعتاد، إذ لو حمل على التصوير المعتاد لكان ذلك مشكلاً على قواعد الشريعة، فإن أشد ما فيه أن يكون معصية كسائر المعاصي ليس أعظم من الشرك وقتل النفس والزنا، فكيف يكون فاعله أشد الناس عذاباً، فتعين حمله على من صنع التماثيل لتعبد من دون الله .

(٤) إن الصور استعملت في بيت النبي ﷺ وبيوت أصحابه، ومن جملته تعاملهم بالدنانير الرومية والدرهم الفارسية دون نكير، وبالأحوال الفردية للاستعمال الواقع منهم دون تأويل، يدل على إباحة التصوير .

استدل أصحاب المذهبين الثاني والثالث على حرمة التصوير جملة بما يلي:

السنة النبوية المطهرة:

(١) عن عائشة رضي الله عنها قالت: " واعد رسول الله ﷺ جبريل أن يأتيه في ساعة، فجاءت تلك الساعة ولم يأت، قالت: وكان بيده عصا فطرحها، وهو يقول: ما يخلف الله وعده ولا رسله. ثم التفت، فإذا جرو كلب تحت سرير، فقال: متى دخل هذا الكلب؟، فقلت: والله ما دريت به، فأمر به فأخرج، فجاءه جبريل، فقال له رسول الله ﷺ: وعدتني فجلست لك ولم تأتني؟، فقال: منعني الكلب الذي كان في بيتك، إنا لا ندخل بيتا فيه كلب ولا صورة " (٢).

(٢) عن أبي هريرة ؓ " أنه دخل داراً تبنى بالمدينة لسعيد، أو لمروان، فرأى مصوراً يصور في الدار، فقال سمعت رسول الله ﷺ يقول: قال الله تعالى: ومن أظلم ممن ذهب يخلق خلقاً كخلقى، فليخلقوا ذرة، أو ليخلقوا حبة، أو ليخلقوا شعيرة " (٣).

وجه الدلالة منهما:

أفاد الحديثان ترتب الوعيد الشديد الوارد فيهما، على من يصور خلقاً من خلق الله تعالى، سواء كان إنساناً أو حيواناً أو غيرهما، مما يدل على حرمة تصويره .

الرأي الراجح:

والذي يرجح في النظر من هذه المذاهب - بعد الوقوف على أدلتها - هو مذهب القائلين بحرمة إنشاء صورة، سواء كانت مما لها ظل أم لا، للأدلة الكثيرة التي استدل بها على حرمة، والوعيد الشديد الوارد فيه .

وهذا الحكم المختلف فيه لا ينبغي أن يدخل في إطاره التصوير الفوتوغرافي، لأنه مجرد حبس للظل تثبيت له بألة التصوير، وإظهار لصورة موجودة وحبس لها عن الزوال، ولا

(١) أخرجه الشيخان في صحيحيهما . (صحيح البخاري ٢٢٢٠/٥، صحيح مسلم ١٦٧٠/٣) .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم في الصحيحين . (صحيح البخاري ١٤٧٠/٤، صحيح مسلم ١٦٦٤/٣) .

(٣) أخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما . (صحيح البخاري ٢٢٢٠/٥، صحيح مسلم ١٦٧١/٣) .

يصدق على فاعلها الوعيد الوارد في الأحاديث، فليس في ذلك مضاهاة لخلق الله تعالى، إذ المضاهاة مقصود بها المشابهة^(١)، وليس في التصوير الضوئي بالكاميرا الثابتة أو المتحركة، مضاهاة ومشابهة لخلق الله تعالى، لأنه حسب لظل صور معينة حقيقية بالوسائط المختلفة عن طريق آلات التصوير، فالمحبوس ظل صورته هو عين ما خلق الله تعالى، وليس مضاهاة لهذا الخلق، كما أن هذا لا يصدق عليه أنه خلق كخلق الله تعالى حتى يطلب من فاعله إحياءه يوم القيامة، لأن الخلق إيجاد من العدم^(٢)، ولذا ورد في الحديث القدسي: "فليخلقوا ذرة، أو ليخلقوا حبة، أو ليخلقوا شعيرة"، تفسير لحقيقة الخلق الوارد في الحديث، والذي فسر به التصوير، فتصوير خلق الله تعالى بآلات التصوير ليس إيجاداً من العدم، بل تثبيت صورة ما هو موجود بالفعل، ومن ثم فإن تصوير الأشخاص وغيرهم بكاميرات التصوير المثبتة للصورة أو المتحركة لها لا يدخل في هذا الخلاف، ولا يكون ممنوعاً وإن لم تدع له الضرورة أو الحاجة .

الفرع الثالث

مدى حجية التصوير في الإثبات أو النفي

والتصوير الفوتوغرافي لا يصلح قرينة في الإثبات أو النفي، لأن صاحب الصورة يمكن أن يكون قد وضع قناعاً على وجهه عند وجوده بالمكان، كما أن بالإمكان تغيير لون الوجه بطلاء أو نحوه، أو ارتداء ساتر على الوجه يمنع من رؤية ملامحه، فضلاً عن أعمال الدبلجة التي تتبع في الصور المنقطعة، هذا بالإضافة إلى تشابه الناس في ملامح وجوههم وقسماتها وألوانها، مما لا يمكن معه الاطمئنان إلى ما التقط من الصور .

وأما التصوير بآلة التصوير المتحركة، فإما أن يتم من جهات التحقيق بعد ارتكاب الجريمة أو حال ارتكابها، وما يتم بعد ارتكابها إنما يكون تصويراً للمتهم وهو يمثل كيفية ارتكابها، وهذا فوق كونه لا يعد دليلاً، يمثل درساً عملياً لمن يشاهدونها، ودعوة غير مباشرة لتعلم ارتكاب الجرائم، وهذا لا يسوغ شرعاً، فضلاً عن أن تصوير المتهم في هذه الحالة إنما يكون بعد إقراره بجرمه، فلا جدوى من تصويره بعده، وأما تصوير جهات التحقيق لمرتكب الجريمة حال ارتكابه لها، فإنه يمثل تقاعساً عن أداء هذه الجهات لدورها، وتمكيناً للمجرم من ارتكاب جريمته وقصر علاقة هذه الجهات به على مجرد تصويره، وارتكابه للجرم منكر يجب على جهات التحقيق إنكاره، وليس التصوير منه، فضلاً عن ضعف حجته في الإثبات، لما سبق قوله في التصوير الفوتوغرافي، وإذا قام المجرمون بتصوير أنفسهم حال ارتكاب الجريمة، اعتبر ما صوروه قرينة قوية لإدانتهم، باعتبار أنهم لا يهتمون في تصوير أنفسهم وهم على هذه الحال، ولا يتصور منهم إنكار ما التقطوه لأنفسهم حال ارتكاب الجريمة .

(١) النهاية في غريب الحديث ١٠٦/٣ .

(٢) الفيروز آبادي: القاموس المحيط ٢٣٦/٣ .

واعتبار الصور الملتقطة قرينة على إثبات التهمة على إنسان بعينه، مما يعول عليه شرعاً، باعتباره قرينة مادية، وقد اعتبرها جمهور الفقهاء دليل إثبات^(١).

المطلب الحادي عشر

استخدام المستندات الرسمية والعرفية في الإثبات

الفرع الأول

مدى حجية المستندات الخطية في الإثبات

اختلف الفقهاء في مدى اعتبار الكتابة طرقاتاً من طرق الإثبات في الدعاوى، على مذهبين:

المذهب الأول: يرى أصحابه أن الكتابة وسيلة يعتد بها في إثبات الدعوى وغيرها، وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية، والمالكية، وهو رواية عن أحمد قال بها بعض أصحابه^(٢).

المذهب الثاني: يرى من ذهب إليه عدم اعتبار الكتابة حجة في إثبات الدعوى أو نفيها، وهو قول بعض الحنفية والمالكية، وإليه ذهب الشافعية، وهو رواية عن أحمد قال بها بعض أصحابه^(٣).

استدل أصحاب المذهب الأول على أن الكتابة حجة في إثبات الدعوى وغيرها، بما يلي:

أولاً: الكتاب الكريم:

قال الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلَئَ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾^(٤).

وجه الدلالة من الآية:

أمر الله تعالى بكتابة الدين في وثيقة، ولا يأمر بكتابتها إلا إذا كانت الكتابة حجة في الإثبات بوجه عام، فدللت الآية الكريمة على حجية الكتابة في إثبات الدعوى وغيرها.

ثانياً: السنة النبوية المطهرة:

(١) تبين الحقائق ٢/٢٢٩، تبصرة الحكام ٢/١١١، معين الحكام ١٦٦، قواعد الأحكام ٢/١٢٦، إعلام الموقعين ١/٩٤.

(٢) البحر الرائق ٧/٧٢، رد المحتار ٥/٤٣٧، فتح العلي المالک ٢/٣١١، الطرق الحكمية ٤/٢٠٤، فتاوى ابن تيمية ٣٠/٣٢٦.

(٣) البحر الرائق ٧/٧٢، تبصرة الحكام ١/٢٨٥، جواهر الإكليل ٢/١٤١، مغني المحتاج ٤/٣٩٩، شرح منتهى الإرادات ٢/٥٣٩.

(٤) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

روى عبد الحميد بن أبي زيد قال: قال لي العداء: " ألا أقرئك كتاباً كتبه لي رسول الله ﷺ ؟ ، فقلت : بلى ، فأخرج لي كتاباً فإذا فيه : هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هودة من محمد رسول الله ﷺ ، اشترى منه عبداً أو أمةً لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم " (١) .

وجه الدلالة منه:

أفاد الحديث أن الكتابة وسيلة من وسائل التوثيق والإعلام، وأن لها حجية في إثبات المعاملات ونحوها، وأنه يحتج بها على من حررها ومن حررت له .

ثالثاً: القياس:

إن الكتابة معتبرة باللفظ في التعبير عن الإرادة، بل ربما كانت الكتابة أصدق في التعبير عن الإرادة من اللفظ، باعتبارها ثابتة لا يتورها المحو أو الإزالة أو الادعاء، بخلاف اللفظ، ولذا فإنها تعد حجة في الإثبات .

استدل أصحاب المذهب الثاني على عدم اعتبار الكتابة حجة في إثبات الدعاوى أو

نفيها، بما يلي:

أولاً: السنة النبوية المطهرة:

روى الأشعث بن قيس رضي الله عنه قال: " كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختمنا إلى رسول الله ﷺ ، فقال: شاهدك أو يمينه، قلت: إنه إذا يحلف ولا يبالي فقال رسول الله ﷺ : من حلف على يمين يستحق بها مالاً هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان " (٢) .

وجه الدلالة منه:

أفاد الحديث أن رسول الله ﷺ حصر البيّنات المثبتة للدعوى في الشهادة التي تكون من قبل المدعي، واليمين التي تكون من قبل المدعى عليه، فلو كانت الكتابة حجة في إثبات الدعاوى أو نفيها، لذكرت ضمن ما يثبت الدعاوى أو ينفيها في الحديث، فدل الحديث أنه لا تعد حجة في الإثبات أو النفي .

ثانياً: المعقول:

إن الخط مما يمكن أن يشته به غيره من خطوط، فيدخله التزوير والتلفيق، ومن ثم فلا يكون حجة في إثبات دعوى أو نفيها .

(١) علقه البخاري وأخرجه ابن الجارود والترمذي والبيهقي والدارقطني وابن ماجه، وقال فيه الترمذي: حسن غريب، وذكره ابن حجر في تعلقيق التعلقيق . (صحيح البخاري ٧٣١/٢ ، سنن الترمذي ٥٢٠/٣ ، سنن البيهقي ٣٢٨/٤٥ ، سنن الدارقطني ٧٧/٣ ، سنن ابن ماجه ٧٥٦/٢ ، تعلقيق التعلقيق ٢٢٠/٣ - ٢٢١) .

(٢) أخرجه الشيخان في صحيحيهما . (صحيح البخاري ٨٨٩/٢ ، صحيح مسلم ١٢٢/١) .

الرأي الراجح:

والذي تركز النفس إليه من هذين المذهبين - بعد الوقوف على أدلتها - هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، من أن الكتابة حجة في الإثبات أو النفي، لما استدلوا به على مذهبهم، ولأن الله تعالى أمر بتوثيق الحقوق بها، وهو لا يأمر إلا بما يكون حجة في مجاله، وإلا عرى الأمر به عن فائدة، وهو محال أن يأمر الله تعالى به .

الفرع الثاني

استخدام المستندات الرسمية في الإثبات

يقصد بالمستندات الرسمية: تلك التي تصدر من موظف عام أو عامل بأحد دواوين الدولة أو مؤسساتها، تكون له صلاحية إصدارها، ومن هذه المستندات: الأوراق الصادرة من مكاتب التوثيق، أو الدوائر القضائية، أو الجهات الحكومية، أو المحررات الصادرة من مؤسسات الدولة المختلفة، وكذا صورها المعتمدة بشعار الدولة .

ويعتبر في العمل بهذه المستندات ما يلي:

- ١ أن يتولى كتابة المستند الرسمي من يكون له صفة في كتابته، بأن يعهد إليه بتحريره بمقتضى مهام وظيفته .
- ٢ أن يكون لهذا الموظف سلطة تحرير المستند، وأن يكون له اختصاص إصداره .
- ٣ أن يراعي الموظف في تحرير المستند ما تقرره اللوائح والقوانين والقرارات المعمول بها في هذا الخصوص .
- ٤ أن يحزر المستند في ضوء القواعد المرعية في تحريره من ناحية الصياغة والشكل والمضمون، ونحوها .

فإذا ما توافرت في المستند كان حجة وفقاً للراجح من الآراء، باعتبار أنه يتضمن إقراراً بالحقوق أو نفي ثبوتها، وقد صدر من جهة لا تتطرق إليها التهمة، لأن الفرض أنها لا مصلحة لها في ذلك، وتتأكد حجيتها بحسبانها صادرة ممن يتولى على الناس أمراً عاماً، أو ممن ينوب عنه في ذلك، وقد فرض علينا طاعته بقول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾^(١)، وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " من أطاعني فقد أطاع الله، ومن عصاني فقد عصى الله، ومن أطاع أميري فقد أطاعني، ومن عصى أميري فقد عصاني " ^(٢).

ولما كانت هذه المستندات الرسمية مما أمر به من يتولى أمراً عاماً على المسلمين أو من ينوب عنه في ذلك، فإنها تكون حجة على الكافة، إلا أنها حجة تقبل إثبات العكس،

(١) من الآية ٥٩ من سورة النساء .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما . (صحيح البخاري ٦/٢٦١١، صحيح مسلم ٣/١٤٦٦) .

لإمكان الطعن عليها بالتزوير والتقليد واحتوائها على غير الحقيقة، ومن ثم فإنها لا تفيد القطع مما تتضمنه من إثبات أو نفي، وعلى من يطعن في حجيتها أن يقيم الدليل على صدق مدعاه .

الفرع الثالث

استخدام المستندات العرفية في الإثبات

المقصد الأول

المقصود بالمستندات العرفية وأنواعها

يقصد بهذه المستندات ما يقوم بتحريره الأفراد بعضهم لبعض، من غير أن يكتسب صفة الرسمية .

أنواع هذه المستندات العرفية:

لهذه المستندات أنواع، منها ما يلي:

(١) الأوراق الخاصة: كالدفاتر والسجلات والمذكرات، والمحركات التي يقوم بها الأفراد، لتنظيم أعمالهم أو إثبات معاملاتهم أو إثبات البيانات بها، أو نحو ذلك .

(٢) المحركات التجارية: التي يتولى التجار وأصحاب الأعمال تحريرها، لقيود الإيراد والمنصرف والنفقات والديون، ونحوها، لضبط أعمالهم أو إرسالها أو تسليمها إلى غيرهم، كبيان لما تعاملوا عليه، ومن هذه المحركات: الدفاتر اليومية، ودفاتر صور الرسائل الصادرة والواردة، ومنها كذلك: دفتر الجرد السنوي أو الفصلي، الذي يتم فيه حصر ما تم التعامل فيه بيعاً أو شراءً أو توريداً أو جلباً، وما هو موجود وما تم التصرف فيه، وحركة الديون التي لأصحاب الأعمال على غيرهم، التي عليهم .

وهذا النوع حجة في الإثبات أو النفي، باعتبار أن اللوائح والقوانين في الدول المختلفة توجب على أصحاب الأعمال، إمساك هذه الدفاتر وإثبات حركة التعامل فيها، لتتم محاسبتهم بمقتضى المدون بها ضرائبياً وغير ذلك، ولبيان ماله أو عليه قبل الغير .

(٣) المحركات العرفية: التي يتولى تحريرها أفراد ليست لهم صفة الموظف العمومي، ويعتبر في هذه المحركات: وجود كتابة تفيد أمراً معيناً في المحرر، أيّاً كانت وسيلتها، بالإضافة إلى توقيع محررها باسمه كاملاً، ليعرف من صدر عنه المحرر، وغايته من إصداره، ليكون مسئولاً عن محتواه .

وهذه المحركات لها حجية في الإثبات أو النفي، باعتبارها صادرة وموقعة ممن حررها، وهو مسئول عما ورد بها من بيانات أو إقرارات أو نحوها^(١) .

(١) د. السنهوري: الوسيط ١٧٨/٢، ١٧٩، د. توفيق فرج: قواعد الإثبات / ٦٨ .

ومن ثم فإنها تعد قرينة على ثبوت الحق المدون بها، والقرائن معتبرة شرعاً وفق ما ذهب إليه الجمهور^(١).

المقصد الثاني

مدى حجية المستندات العرفية

إن مجرد حمل المرء لورقة عرفية محررة وموقعة من غيره، لا يعد قرينة مثبتة أو نافية بمجردھا، وإنما يختلف مدى حجيتها بحسب حال صاحبها أن كان مقراً بها أم منكرًا، فإن كان مقراً بصدورها منه، أو بصحة الختم أو التوقيع المثبت عليها، كانت في قوة الورقة الرسمية من ناحية الإثبات، أما إن أنكر صدوره منه، وأنكر تحريره أو توقيعه عليه أو الختم المثبت عليه، فلا يكون حجة عليه إلا إذا ثبت بالبينة أنه صاحبه، ولذا فعلى من يريد الاحتجاج بالورقة في هذه الحالة أن يثبت أنها صادرة من المدعى عليه، فإن اطمأنت المحكمة إلى تقرير الخبير المختص، وقضت بصحة الورقة ونسبتها وصحة التوقيع أو الخاتم المثبت عليها، كانت حجة في الإثبات^(٢).

المقصد الثالث

مدى حجية المحررات والسجلات التجارية

والدفاتر الشخصية

أولاً: مدى حجية المحررات والسجلات التجارية:

يتوقف القول في مدى حجية هذه المحررات على من حررها، على ما إذا كانت تستعمل لإثبات شيء له أو عليه، فإن كانت لإثبات شيء له، فلا يخلو حال من تستعمل ضده أن يكون تاجراً أو غيره، فإن كان من تستعمل ضده تاجراً، كانت حجة في الإثبات، إذا كان المدعي تاجراً، وكان النزاع متعلقاً بعمل تجاري، وكانت السجلات التي يمسكها المدعي منتظمة، أما إذا كان الاحتجاج بها لتاجر على غير من يعمل بالتجارة، فإنها لا تكون حجة عليه، بحسبانه لا يمسك بمثلا حتى تتم محاسبته بما حرره فيها، إلا أنه يجوز على سبيل الاستثناء أن يكون سجل التاجر ومحرراته حجة على غيره، إذا كانت الدعوى متعلقة بسلع أو نحوها قام التاجر بتوريدها إليه، وكان التزام غير التاجر مما يمكن إثباته بالبينة، وأما إن كانت سجلات التاجر ومحرراته تستعمل ضده، فإنه تعد حجة في الإثبات سواء كان من يستعملها ضده تاجراً أو غيره، وسواء كانت منتظمة أم غير منتظمة، لأنها تعد إقراراً كتابياً منه بحق غيره عليه، باعتبار أنه كتبها أو كتبت له أو أشرف على كتابتها، إلا أن يثبت خلاف ذلك^(٣).

(١) تبين الحقائق ٢٢٩/٣، معين الحكام ١٦٦، قواعد الأحكام ١٢٦/٢، إعلام الموقعين ٩٤/١.

(٢) توفيق فرج: قواعد الإثبات ٧٣، ٧٥، مصطفى هرجة: قانون الإثبات ١٧٢/١.

(٣) وسيط السنهوري ٢٧٧/٢ - ٢٨٣، مصطفى طه: الوجيز في القانون التجاري ١١٩/١ - ١٢٢.

ثانياً: مدى حجية الدفاتر الشخصية:

ما يحرره المرء في دفاتر ومذكرات شخصية قد تتضمن التزاماً له على الغير أو التزاماً للغير عليه، فإذا تضمنت التزاماً له على الغير، لم تكن لها حجية في ذلك، باعتبار أنه متهم فيما يثبت فيها مما يحقق مصلحة له، وإن كانت تصلح لاستخراج قرينة منها صالحة لإثبات بعض وقائع الدعوى، وأما إذا تضمنت التزاماً للغير عليه كانت حجة في الإثبات، فيما إذا ثبت فيها أداء دين أو جزئه له، أو إذا ثبت فيها صراحة وجوب دين أو التزام عليه للغير، وهذه الدفاتر والمذكرات وإن كانت حجة في هذه الحالة إلا أن المدعي لا يملك إلزام المدعى عليه بتقديم محررات تحت يده تثبت دعواه، إلا إذا كانت هذه المحررات مشتركة بينهما^(١).

المطلب الثاني عشر

استخدام الرسائل المختلفة في الإثبات

الفرع الأول

استخدام الرسائل الخطية في الإثبات

الرسالة: محرر يوجهه المرسل إلى المرسل إليه، يذلل غالباً بتوقيع المرسل، والأصل فيها أنها ليست للتوثيق بل للسؤال عن الحال والاطمئنان على المرسل إليه، إلا أنها قد تتضمن أحياناً ما يفيد إثبات حق من الحقوق، أو ارتكاب جريمة في حق المرسل إليه بتهديد أو احتيال ونحو ذلك، ولذا اختلف في مدى اعتبارها وسيلة إثبات لهذا الحق، أو الحكم على المرسل بناء على ما ورد فيها، فاعتبرها البعض بمثابة المستندات العرفية إذا كانت مذيّلة بتوقيع المرسل، فإن كانت غير موقعة فللقاضي أن يعتبرها مبدأ ثبوت بالكتابة متى كانت محررة بخط من يحتج بها عليه، ومن ثم تكون حجة على المرسل من حيث صدورها منه، ومن حيث صحة الوقائع والبيانات المكتوبة فيها، ما لم ينكر المرسل التوقيع، أو يثبت عكس ما ورد فيها .

قال ابن فرحون: " لو كتب رسالة لرجل غائب أن لك علي كذا، لزمه، فإن جحد وقامت البينة أنه كتبه أو أملاه لزمه " ^(٢)، ولا شك أن في القول باعتبار الرسائل كالمستندات العرفية حفظاً للحقوق، ورفعاً للمشقة عن الناس، لاسيما عندما تكون العلاقة بين المرسل والمرسل إليه قوية بحيث يصعب معها على أحدهما توثيق ما بينهما من ديون أو حقوق، أو كان ما بينهما يقتضي الحياء عدم طلب وثيقة منه بالحق، أو غير ذلك من الأسباب .

(١) أحمد إبراهيم: طرق الإثبات الشرعية / ٧٣، طرق القضاء / ٨٢، النظام القضائي الإسلامي / ٧٩٢ .

(٢) تبصرة الحكام / ٥٤/٢ .

ويرى البعض أنها لا تأخذ حكم المستندات مطلقاً، بل تكون خاضعة لتقدير القاضي؛ إذ أن هناك فرقاً بين الرسالة الموقعة والمستند العريفي المصدق للإثبات، فيتعين على القاضي عند قراءة الرسالة التي لم تكتب للإثبات وتفسيره لعباراتها أن يقيم وزناً للظروف التي كتبت فيها الرسالة، ومنها: أن كاتبها لم يقصد منها أن تتخذ دليلاً عليه، فلم يحتط في كتابتها الاحتياط الذي يتخذ عادة في تحرير السند ليكون دليلاً، وعلى هذا يجوز للقاضي أن يرى في عبارات الرسالة دليلاً كاملاً على التصرف المراد إثباته بها، أو لا يجد فيها سوى مبدأ ثبوت بالكتابة، أو مجرد قرينة، أو أن يرى أنها لا تقيد شيئاً في الإثبات المطلوب، وقد اشترط البعض للتمسك بها في الإثبات: أن لا تشتمل على أسرار المرسل التي لا يرغب في إفشائها، فإن تضمنتها لزم إعلامه واستئذانه في الاحتجاج بها، فإن أذن وإلا اعترف بما تشتمل عليه متعلقاً بالدعوى، أو هياً للمدعي سبيلاً آخر لإثبات حقه، فإن لم يفعل جاز تقديم الرسالة للاستناد إليها في إثبات حقه^(١).

الفرع الثاني

استخدام رسائل الفاكس في الإثبات

من الرسائل التي يتم إرسالها الآن ما يتم بعثه عن طريق الفاكس، وما يتم إرساله ليس أصلاً للسند أو المحرر الذي يراد إرساله، بل صورة مطابقة لمحتواه الموجود لدى المرسل، ولما كانت مما يجري التعامل بها بين الناس، بل وبين الجهات المختلفة، وبينها وبين الأفراد، كان لابد من الوقوف على مدى حجيتها في الإثبات، وقد اختلف في ذلك على اتجاهات عدة:

الاتجاه الأول:

يرى أن لها حكم المستندات العرفية، إذا احتوت على رقم فاكس الجهة المرسله، ورقم الدولة الكودي، وتوقيع المرسل، ولذا يجب على المرسل إليه أن يعيد إرسال فاكس إلى المرسل موضحاً به استلامه للفاكس المرسل إليه مع توقيعه عليه، لتستبعد أي شبهة يمكن أن تشوب التعامل بهذه الوسيلة .

الاتجاه الثاني:

أن الرسائل المرسله بالفاكس تأخذ حكم الورقة العرفية في الإثبات إلى أن يثبت العكس، لأن نقل الرسالة بالفاكس يتم بوضع أصلها به الموجود لدى المرسل، الذي يقوم بدوره بنقلها بصورة كما هي وبثها إلى الجهاز الآخر الموجود لدى المرسل إليه، ومن ثم فإن الرسالة الموقعة من المرسل التي يتلقاها جهاز الفاكس بطريق التصوير نقلاً عن الجهاز المرسل، تعد نسخة أصلية من الرسالة المرسله المحفوظة لدى المرسل، مما لا يجوز معه في

(١) د. توفيق فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ١٢٦ .

تلك الحالة تكليف الجهة المرسل إليها بتقديمه، ولا سبيل لمنازعة الجهة المنسوب إليها تلك الرسالة إلا بإنكار صدورها منها، أو إثبات عدم مطابقتها لأصلها الموجود لديها .

الاتجاه الثالث:

أن رسائل الفاكس ليس لها حجية في الإثبات، ولا يمكن الاحتجاج بها إذا فقد الأصل، لوجود المخاطر والعيوب التي قد تتعرض لها الرسالة؛ فقد تكون محرقة أو أصلها مزوراً، ولذا فإن احتمالات الخطأ واردة في عمليات الإرسال والاستقبال، إلى جانب سهولة تعديل عنوان المرسل وتغيير الخط الهاتفي وتاريخ الإرسال، واستصدار إشعار مزور بإرسال الفاكس، إضافة إلى أن إرسال الفاكس لا يعني استقباله من الطرف الآخر، فقد تتدخل عوامل فنية تحول دون ذلك .

إلا أن رسائل الفاكس وإن لم تكن حجة في ذاتها، إلا أنها إذا كانت بخط من نسبت إليه وأنكرها، فإنه يمكن أن تعد مبدأً ثبوت بالكتابة يمكن التحقق منه بالوسائل المعروفة، وإذا كانت رسالة الفاكس الموجودة لدى المستلم موقفاً عليها ممن صدر عنه الأصل فإنها تعد حينئذ نسخة ثانية، ويكون لها حجة في الإثبات كأصلها^(١).

الفرع الثالث

استخدام رسائل البرق والتلكس في الإثبات

أولاً: استخدام رسائل البرق في الإثبات:

البرقية: رسالة مختصرة بين نقطتين موصلتين معا بخط تليبرنتر، وهذه الرسالة يرسلها شخص إلى آخر عن طريق دائرة البريد، التي تحفظ الأصل وترسل صورة منها إلى المرسل إليه، ولا تعد البرقية حجة في الإثبات عند فريق من العلماء، لأن كاتبها لا يوقع عليها أمام الموظف المختص، ولا يسلمها بنفسه، ولذا فإن احتمال تزويرها على صاحب الاسم المدون بها قائم، إلا أن يقر المرسل بصحة ما حرر بها، فتكون لها حجية في الإثبات، إذا كان أصلها موجوداً، فإذا تحقق التطابق بينهما كان للبرقية حجية الرسائل المرسلة من أصحابها، إلا أن ينكر ما ورد فيها أو يثبت عكسه، ولغير من حرر البرقية الاحتجاج بها إذا توافرت الشروط السابقة بها، باعتبار أنها لا تسلم إلا للمرسل إليه أو ترد إلى من أرسلها، أو تقدم لجهات الاختصاص كدليل مادي .

ومع هذا فإن البعض يعتبرها ورقة عرفية، تخلو من أي حجية، باعتبار أنها تخلو من توقيع مرسلها، حتى وإن وقع عليها فإن هذا لا يخرجها عن حقيقتها كمحرر عريفي^(٢).

(١) محمد رشدي: حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات / ٣٤، القرائن المادية وأثرها في الإثبات / ٤٨٧ - ٤٩٣ .

(٢) أنس الكيلاني: موسوعة الإثبات ١/ ٢٩٤ - ٢٩٦، وسيط السنهوري ٢/ ٢٥٥ .

ثانياً: استخدام رسائل التلكس في الإثبات:

رسائل التلكس ليس لها أصل محفوظ ولا تكون موقعة من المرسل، بل قد يكون مرسلها شخص لا يحمل اسم مرسلها، ولذا فلا يكون لها حجية في الإثبات أو النفي، ومن ثم فإن لمن أرسلت إليه أن يحتج بها أمام القضاء، إن كان يفيد الاحتجاج بها، إلى أن ينكرها المرسل فيزول الاحتجاج بها، أما إذا كان مرسل المحرر بهذه الطريقة جهة حكومية، فإن ما ترسله يعد حجة في الإثبات أو النفي، لأنه يأخذ حكم الورقة الرسمية، ولا يملك أحد إنكاره إلا إذا طعن عليه بالتزوير أو عدم صحة البيانات التي يحملها .

ولا يمتنع في الشريعة اعتبار الرسائل المختلفة بينة تثبت حقاً أو واقعة، إذا خلت من التحريف والتزوير، ولم تتطرق إليها الاحتمالات، باعتبارها قرينة مادية، وقد اعتد جمهور الفقهاء بالقرائن المادية في الإثبات^(١).

المطلب الثالث عشر

استخدام المشافهة والوثائق والرسائل والوسائط والتواقيع الإلكترونية في الإثبات

الفرع الأول

استخدام رسائل الماسينجر الشفهية والمكتوبة في الإثبات

يستخدم الماسينجر (Messenger) لإرسال رسائل مكتوبة أو شفوية عن طريق المحادثة (Chatting) مع طرف آخر عن طريق شبكة النت، وما يتم الإفضاء بها عن طريقه إن كان مكتوباً لا يعدو أن يكون كالمحرر العريف، وإن كان شفاهة فلا يعدو أن يكون كالاتصال الهاتفي، وكلاهما لا يعد حجة في الإثبات أو النفي، ولا يصلح بمجرد وسيلة لإثبات ما تم به أو نفيه، ولذا تعد الدعوى بمقتضاه مجردة تحتاج إلى ما يعززها، فإذا أقر المدعى عليه بما ورد فيها، حكم بمقتضى إقراره، وإن أنكر فإن كان المدعي قد قام بتسجيل المحادثة أو الرسالة، فإن المكتوب والمسموع في هذه الحالة حجة ضعيفة، وإن كان هذا لا يمنع من الإفادة منها في التحقيق، وإن كان لدى المدعي من حضر المحادثة أو التراسل عبر النت وشهد عليها، قبلت شهادته إذا كان مقبول الشهادة، ويكون الحكم الصادر استناداً على الشهادة وليس إلى الرسالة المكتوبة أو المحادثة عبر النت، وإن لم يكن المدعى قد أثبت المحادثة أو الرسالة بالوسائط الإلكترونية ولم يشهد عليها، فإن دعواه بما أجري دعوى مجردة، فتوجه اليمين فيها إلى المدعى عليه وفق قواعد المخاصمات، لما روي عن وائل بن حجر قال: " جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى رسول الله ﷺ ، فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض كانت لأبي، وقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال النبي ﷺ للحضرمي: ألك

(١) تبين الحقائق ٢٢٩/٣، تبصرة الحكام ١١١/٢، قواعد الأحكام ١٢٦/٢، إعلام الموقعين ٩٤/١ .

بينه ٩، قال: لا، قال: فلك يمينه، قال: يا رسول الله الرجل فاجر لا يبالي ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، قال: ليس لك منه إلا ذلك"، ومن ثم فإن لمن يريد التوثق لرسالته مع غيره عن طريق النت، أن يتبع وسيلة يمكنه بها إثبات ما يريد أو نفيه بطريق معتمدة لدى الجهات المعنية^(١).

الفرع الثاني

استخدام الرسائل الموقعة إلكترونياً في الإثبات

من الوسائل الضرورية في التوثيق استخدام التوقيع الإلكتروني في مجال المعاملات الإلكترونية، باعتباره الوسيلة المتاحة للتوقيع على المعاملات بين متبايعين، كبديل للتوقيع المعهود على المحررات بين حاضرين، وفي البداية نقرر أنه لا فرق بين أن يكون التوقيع على المحرر بصورته المعهودة، وبين أن يكون بوسيط إلكتروني، فليست العبرة بشكل التوقيع، بل بما يشيعه من حجية يضفيها على المحرر الموقع عليه بذلك، وإذا كان التوقيع على المحررات بالطريقة المعهودة يحدد حقيقة من قام بالتوقيع، ويبين عن رضاه بالمحتوى الذي وقع عليه، فإن ذلك يتحقق بالتوقيع الإلكتروني كذلك، ومن ثم فإن التوقيع الإلكتروني بمثابة القرينة القوية، التي يحكم بموجبها وتترتب عليها آثارها، فيكون ملزماً لصاحبه بمضمون ما ورد التوقيع عليه، ولا شك أن محاولة الشخص إنكار التوقيع أو التهرب منه أمر متعذر، لأنه عند إجراء التعاملات الإلكترونية يوجد طرف ثالث بين المتعاملين يضفي على المعاملة الإلكترونية قدراً من الثقة، فالتوقيع لا بد أن يتطابق مع رمز التعريف الموجود في الشهادة الإلكترونية التي تعتبر بمثابة الهوية الإلكترونية للشخص، ولا تتم المعاملة إلا بعد التأكد من شخصية صاحب الشهادة.

ومن الأدلة على اعتبار الرسائل الموقع عليها إلكترونياً حجة: عموم الأدلة على مشروعية العمل بالقرائن، بالإضافة إلى أن الأخذ بالمعنى العام للبيئة، وأنها كل ما يبين الحق ويظهره، يدخل في عمومها التوقيع الإلكتروني، وبالقياس على التوقيع التقليدي على المحررات الورقية، بجامع أن كلا منهما يقوم بنفس الوظائف ويحقق نفس الأهداف، ولأن اعتبار التوقيع الإلكتروني يحقق مصالح الناس ويبسر عليهم إجراء المعاملات، ولا يترتب عليه مخالفة نصوص الشرع ومقاصده، فكان مشروعاً كحجة قوية في الإثبات أو النفي.

إلا أنه يعتبر فيه عدة شروط لتتحقق منه هذه الغاية، وهي: أن يكون صاحب التوقيع هو المسيطر على أدوات التوقيع الإلكتروني، وأن يكون خاضعاً لشخص صاحب التوقيع وقت إبرامه، وأن تتوافر صفة الاستمرارية في التوقيع، بحيث لا يطرأ عليه تغيير أو تبديل، وأن يكون مرتبطاً بالموقع ارتباطاً كلياً، ليتمكن الطرف الآخر من تحديد حقيقة صاحب التوقيع من خلال توقيعه، وإن كان هذا لا ينفي أن المحررات الموقعة

(١) مصطفى السيد: دليلك الشامل إلى شبكة الانترنت / ٨٥، محمد سامي: استخدام شبكة الانترنت / ٦١.

إلكترونياً مما يمكن التشكيك في مدى صحة التوقيع الإلكتروني عليها، لاحتمال اختراق المواقع الإلكترونية والعبث بمحتواها، بل وبالاستيلاء عليها بما فيها ومنه التوقيع الإلكتروني، كما أن بعض صور هذا التوقيع عرضة للسرقة والتزوير، مما قد يفقد الثقة في المحررات الموقع عليها بذلك، إلا أن هذا لا يلغي استعمال هذه الوسيلة لتوثيق المحررات، باعتبارها الوسيلة المتاحة للتعاقد بين غائبين، والتي يقتضيها طابع العصر، والطعن في التوقيع الإلكتروني على المحررات بهذه الأمور، وارد كذلك في حق التوقيع التقليدي على المحررات، ومع هذا لم يمنع من اعتبارها حجة في الإثبات أو النفي، إلى أن يثبت صاحب التوقيع عكس المحتوى الذي وقع عليه، فلا يكون ذلك مانعاً كذلك في اعتماد المحررات الموقع عليها إلكترونياً، إلى أن يثبت صاحب التوقيع عكس المحتوى الموقع عليه إلكترونياً^(١).

الفرع الثالث

استخدام الوسائط الإلكترونية في الإثبات

تطلق الوسائط الإلكترونية على معان عدة، فقد تطلق ويراد بها الوسيلة التي يتم من خلالها تبادل المعلومات، أو إجراء العقود ونحوها، ويمكن التمثيل لهذا الوسيط بالفاكس، والبريد الإلكتروني، والهاتف، وبرامج الحاسوب التي يتم من خلالها التحدث مع الآخرين، أو الأدوات أو الأنظمة التي ينشأ بها التوقيع الإلكتروني، أو برامج الحاسوب التي تبرمج لتقوم بعملها تلقائياً دون تدخل من أحد في تشغيلها، وربما كان المعنى الأول وهو الآلة التي يتم بها تبادل المعلومات وإبرام العقود هو أكثر المعاني استعمالاً فيما نحن بصدد بحث حكمه، وهذه الوسائط مختلفة في حقيقتها وطبيعتها ووظيفتها، مما يؤثر على حجيتها في الإثبات قوة وضعفاً، وأما الإطلاق الآخر للمصطلح فمفهومه يصدق على التوقيع الإلكتروني، وأما الاستجابة التلقائية من البرامج المعدة من قبل أصحابها، فتعد بمثابة التصرفات المباشرة من أصحابها وتترتب عليها آثارها^(٢).

إلا أن الحجية المستفادة منها تظل محتملة ولا يقطع بما تنبئ عنه، حيث يعثورها التزوير والتدليس والكذب، باعتبار أن المواقع المختلفة يمكن اختراقها واستعمالها من قبل الآخرين، ولا يتنبه أصحابها إلى ما ارتكب عن طريق بريدهم ومواقعهم، ولذا فإن هذه الوسائط الإلكترونية لا تصلح حجة، إلا إذا أقر أصحابها بما تنبئ عنه، فتكون الحجة في إقرارهم وليس فيما صدر من الوسائط الإلكترونية المستخدمة.

(١) عبد العزيز المرسي: مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات ٢٩/ - ٣٠، ٣٨.

(٢) عبد الفتاح حجازي: مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية / ٨٧ - ٨٨.

الفرع الرابع استعمال رسائل الجوال في الإثبات

تعد رسائل الجوال من الرسائل الإلكترونية، ويمكن أن يتم بها أنواع التصرفات، ويكون لها حجية إن عرف اسم صاحبها ورقم هاتفه، وأنه الذي يستعملها في إرسال الرسائل بهذه التصرفات، أو الإقرار بأفعال ارتكبتها .

وتختلف حجيتها في إثبات ذلك أو نفيه، بحسب ما إذا كان صاحب الجوال مقراً بما أرسله به أو منكرًا له ، فإن أقر بأنه صاحب الجوال الذي أرسلت منه الرسالة بالتصرف، كانت الرسالة حجة في الحكم بمقتضى ما ورد فيها، وليست الحجة في الرسالة، بل في إقرار مرسلها بأنه الذي أرسل ما تتضمنه، أما إذا أنكر فلا تقوم بها حجة عليه، وإن اعتبرت قرينة تولد شبهة في الوقائع المرسله، تفتقر إلى مدعيات آخر للعمل بها .

فإرسال صاحب الهاتف الرسالة أمر محتمل، كما أن استعمال الغير للهاتف في إرسالها وارد كذلك، ولذا فإذا أنكر صاحب إرسالها يستحلف عليه، فإن حلف وإلا لزمه ما ورد بالرسالة، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: " لو يعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه " ^(١)، وينبغي للقاضي الاجتهاد في الاستفصال من صاحب الهاتف عما إذا كان قد فقد منه، أو أعطي لغيره ونحو ذلك، فإن ادعى ذلك أثبت صحة مدعاه، وإلا حلف أنه لم يرسل الرسالة، ثم خلى سبيله، فإن قامت قرائن تدل على أن المدعى عليه هو المرسل، كان للقاضي أن يحكم بمجموع هذه القرائن، ويرتب عليها موجبها، وهو القضاء عليه بما ورد في الرسالة من تصرف أو إقرار أو نحو ذلك ^(٢).

المطلب الرابع عشر

استعمال جهاز كشف الكذب في الإثبات

يعد جهاز كشف الكذب من الأجهزة الحديثة نسيباً للكشف عن الجرائم ومرتكبيها، عن طريق توجيه الأسئلة إلى شخص معين، ورصد الانفعالات الصادرة عنه عند توجيه الأسئلة إليه، للوقوف على مدى صدقه أو كذبه فيما يدلي به من بيانات، حيث يثبت على صدره أنبوب لتسجيل تنفسه، وجهاز لتسجيل ضغط دمه، وتوصل كفاه بصفيحتين رقيقتين يمرر بهما شحنة كهربائية خفيفة، لتسجيل إفرازات العرق عنده، فتسجل هذه الأجهزة الانفعالات والتغيرات التي تحدث على تنفسه وضغط دمه وإفرازات

(١) أخرجه البيهقي وأصله في الصحيحين، وأخرجه أبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه وسكت عنه ابن حجر، وقال المباركفوري: إسناده حسن أو صحيح على ما قال النووي . (سنن البيهقي ٢٥٢/١٠، تحفة الأحوذى ٤٧٥/٤، الدراية ١٧٥/٢) .

(٢) القرائن المادية وأثرها في الإثبات / ٦٤٧ - ٦٥٢ .

عرقه وحركات يديه وقدميه، ودرجة مقاومة جلده للتيار الكهربائي الواصل إليه، فيمكن بذلك الوقوف على مدى صدقه أو كذبه فيما يخبر عنه^(١).

وهذه الوسيلة لا تفيد القطع أو الظن بثبوت التهمة أو نفيها، لأن استنتاج أمر عن طريقها غير قويم، لاعتماده على الانفعالات والمؤثرات الفسيولوجية للجسم، ولا سلطان لأحد عليها، ومن ثم فإن انتزاع الإقرار بارتكاب الجريمة عن طريقها من الإكراه على صدوره، وإقرار المكره غير معتبر باتفاق^(٢)، لما رواه ثوبان رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"^(٣)، ورفع إثم الخطأ عن المكره دليل عدم الاعتداد بعبارته وعدم ترتب شيء عليها، ولذا فإن الاعتراف الذي يصدر أو يستتج من إجابة الخاضع لهذا الجهاز باطل.

كما أن للمتمرس على هذه الوسيلة أن يتحكم في صدور الانفعالات عنه عند إلقاء الأسئلة، فلا يسجل عليه الجهاز فوارق، مما يمكن معه استخلاص نتيجة سلبية باتهامه، وبعض الناس يتقن ضبط انفعالاته في مثل هذه الأمور، كما أن بعض الناس قد يتوتر لمجرد سؤال أحد له عن شيء، فتسجل عليه انفعالات متباينة، وتكون نتيجتها غير معبرة عن الحقيقة في حقه، وانفعالات الناس متفاوتة في هذا الخصوص، بل إن بعض الناس يكون مصابا بأمراض لها أعراض مختلفة، فتسجيل الجهاز لها لا يكون لتوتر أو انفعال طبيعي لدى من يسأل، وإنما يكون لما أصيبوا به من أمراض، فضلاً عن هذا فإن النتائج التي تستتج بهذا الجهاز تحتمل نسباً من الخطأ، لا يمكن معها للخبير أن يجزم أو يغلب على ظنه أن النتيجة التي ينتهي إليها عن طريقه دقيقة، ومن ثم فإن نتائج استعماله له لا تفيد القطع أو الظن بارتكاب الجريمة أو نفيها.

المطلب الخامس عشر

استخدام آثار الأقدام والإطارات والسلاح والملابس والتراب في الإثبات

الفرع الأول

استعمال آثار الأقدام في الإثبات

إن آثار الأقدام دليل قديم يستدل به على حقيقة صاحبه، باعتبار أن من يرتكبون فعلاً معيناً في موضع لا يتمكنون من طمس معالم أقدامهم، فما لا يرى بالعين منها يمكن رؤيته بالأشعة فوق البنفسجية، وكل ذلك يمكن الاستفادة منه في التوصل إلى الفاعلين الأصليين، إلا أن هذا لا يقطع في حال التطابق بينها بثبوت الجريمة عليهم، لأن ما تسفر

(١) حسين إبراهيم: الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي/ ١٢٣ - ١٢٥.

(٢) الفروق ٢/٢٦٠، ٢٦١، السيوطي: الأشباه والنظائر/ ١٩٣، ١٩٤، ٢٠٣ - ٢٠٦، ابن قدامة: روضة الناظر ٤٩/١.

(٣) أخرجه ابن حبان والحاكم وصححه على شرط الشيخين، وأخرجه ابن ماجة والدارقطني والبيهقي، وقال ابن حزم: حديث صحيح، وقال البوصيري: إسناده صحيح، وقال النووي: إسناده حسن. (صحيح ابن حبان ٢٠٢/١٦، المستدرک ٢/١٩٨، سنن ابن ماجة ١/٦٥٩، سنن الدارقطني ٤/١٧٠، السنن الكبرى ٧/٣٥٧، المحلى ٥/١٩٣، مجمع الزوائد ٦/٢٥٠، تلخيص الحبير ١/٢٨٣).

عنه نتيجة المقارنة إما أن يكون بعدم وجود شبه بين آثار الأقدام في موضع الحادث، وبين آثار أقدام المشتبه بهم، وفي هذه الحالة يعد عدم التطابق قرينة قوية لنفي التهمة عنهم، وإما أن تسفر عن وجود شبه بين الأقدام المرفوع أثرها وبين أقدامهم، وفي هذه الحالة إما أن يكون التطابق عن طريق تطابق بصمة القدم، فيمكن اعتباره وسيلة إثبات في حق من تطابقت بصمة قدمه مع الأثر الموجود، فيعمل بهذه القرينة في الحقوق باستثناء الحدود، التي يعد ذلك فيها شبهة دائرة للحد، فإن أثبت المشتبه به أنه لم يكن موجوداً بالموقع لفعل جرم، عمل بمقتضاه، وإلا اعتبر التطابق قرينة قوية ضده .

وإما أن يكون مرد التطابق إلى تماثل الأثرين في نوع القدم وعلاماتها المميزة، أو في شكل النعل، فهنا لا يمكن اعتبار التماثل من القرائن القوية التي يعتمد عليها والحكم بموجبها، بل هي قرينة تفتقر إلى قرائن تعززها، لعدم وجود أساس علمي يمكن التعويل عليه في عملية مضاهاة آثار الأقدام، بل إنه لم يثبت عدم إمكان تشابه أثر قدمين من كل الوجوه، وما ذكره أهل الاختصاص من نقاط يمكن ملاحظتها عند المقارنة لا تكفي للحكم بتمام المطابقة، لأنها قليلة العدد، يضاف إلى هذا أنها في غالبيتها تعتمد على مقاسات تحتمل الخطأ والصواب، إما بسبب يتعلق بالقياس أو بالأثر المطبوع على الأرض، فضلاً عن هذا فإن اختلاف أنظار من يقومون بمضاهاة الآثار قد يترتب عليها اختلافهم في نتائجها، ولأن النعال لها مثل، فضلاً عن عمليات التمويه عليها، مما ينتفي معه اعتبار آثار الأقدام حجة، وإن كان لا يمنع كفايته للتحقيق مع المشتبه به، إلى أن يتبين حاله من البراءة أو الإدانة^(١).

الفرع الثاني

استعمال آثار الإطارات في الإثبات

قد تكون الإطارات لدراجة أو سيارة تستعمل للوصول إلى مكان الجريمة أو للهرب منه، أو لارتكاب الجريمة، أو للمساعدة على نقل ما استعمل في ارتكابها، أو نقل ما سرق، وقد تكون السيارة هي المقصودة من ارتكاب الجريمة بسرقتها أو جزء منها .

والكلام في حجية آثار الإطارات لا يختلف عنه في آثار الأقدام، بحسبان تشابه الإطارات والأثر الذي تخلفه، فضلاً عن إمكان تمويه أثرها على الأرض، ومع تصور هذا وغيره، فلا يمكن أن تكون نتيجة مطابقة الإطارات قرينة في الإثبات أو النفي، لتطرق الاحتمال إليها، ومع وجود هذه الاحتمالات لا يوثق بها كقرينة في الإثبات، وإن اعتبر تطابق الآثار مخولاً التحفظ على صاحب الوسيلة للتحقيق معه وتبين مدى علاقته بالجريمة^(٢).

(١) قدرى الشهاوي: البحث الفني / ١٢٤، ١٢٦ - ١٢٩ .

(٢) التحقيق الجنائي الفني والبحث الجنائي / ١٨٠، ١٨١ .

الفرع الثالث

استعمال آثار وألياف الملابس في الإثبات

قد يتخلف عن الجريمة ألياف أو بعض أجزاء ثياب الجاني في موضع الجريمة، أو عالقة بثياب المجني عليه أو متاعه، كما قد يوجد ذلك من المجني عليه عالقا بثياب الجاني أو متاعه، وأياً كان سبب وجودها بما وجدت عليه، فإن لها أهمية في التعرف على مرتكب الجريمة، خاصة إذا كانت تحمل آثار عرق أو دم أو إفرازات أو لعاب، أو شحم أو حبر أو بقايا طعام أو شراب، أو نحوها، أو كانت من نسيج معين، أو مغطاة على نحو معين، أو كانت ممزقة بسبب آلة وجدت بموضع الجريمة أو بنشوب المجني عليه أظافره فيها، حيث يمكن من خلال ذلك كله التعرف على مرتكب الجريمة .

فإذا انتهت نتيجة الفحص إلى عدم وجود تماثل في الأنسجة والأثر الموجود على الثياب، فإن ذلك لا يعد قرينة تنفي عنه التهمة، لاحتمال تخلصه مما ارتكب به الجريمة، وهو احتمال قريب وغالب من حال مرتكبي الجرائم، وأما إذا انتهت إلى وجود تطابق بين ما أخذ من آثار هذه الثياب وبين ثياب الجاني، فإن ذلك لا يعد قرينة قاطعة على توجيه التهمة لصاحبها بارتكاب الجريمة، لتطرق الاحتمال إليها، مما يبعد معه اعتبارها قرينة في الإثبات أو النفي، وإن كان لا يمنع من إجراء التحقيق معه، للوقوف منه على مدى علمه بارتكاب الجريمة، فربما تعرف من خلاله على مرتكب الجريمة بطريق مباشر أو غير مباشر^(١).

الفرع الرابع

استعمال آثار التراب في الإثبات

لآثار أثرية موضع الجريمة التي تكون قد علقت بمتعلقات الجاني أهمية، من جهة أنه يولد شبهة في وجود المشتبه به بمسرح الجريمة، ولذا فقد تسفر أحياناً نتيجة تحليلها ومضاهاتها بما يوجد في موضع الجريمة، على تطابق بينهما، حتى إذا ما ووجه المشتبه به بذلك فإنه يقر بما ارتكب وصفة ارتكابه له، فإن أسفرت نتيجة المضاهاة بينهما عن عدم التطابق، فلا يعد قرينة تنفي عن المشتبه به تهمة ارتكابه الجريمة، لأن بالإمكان قيامه بإزالة هذه الآثار بعد ارتكاب الجريمة، كما أن بوسعه إزالة ما علق بمتاعه من غبار موضع الجريمة، ومن ثم فإن عدم التطابق بين العينتين لا ينفي عنه التهمة، بل يمكن توجيه التهمة إليه بقرينة أو دليل آخر، غير هذا الدليل النايف .

أما إذا أسفرت النتائج عن تطابق العينتين، فإنه لا يعد قرينة قوية في توجيه التهمة إليه، لاحتمال أن المتاع الذي وجد عليه آثار التراب استعمله شخص آخر بدون علم صاحبه،

(١) إبراهيم الجندي: الطب الشرعي في التحقيقات الجنائية / ٢١ .

أو أن هواء الموضع أطار بعضاً من أتربته على المارة، الذين منهم من يفحص متاعه، وقد يصيبه الغبار لقرب سكنه أو عمله أو أرضه من موضع ارتكاب الجريمة، ومع تطرق الاحتمال إلى هذه القرينة حتى في جانب الإثبات، فإنها لا تصلح قرينة لإثبات التهمة، إلا أن وجود التماثل بين العينتين تخول لجهات التحقيق التضييق على المشتبه به واستجوابه، وسؤاله عن علاقته بالجريمة، فربما توصلت من خلاله إلى معرفة الفاعل أو كان هو الفاعل الحقيقي لها^(١).

الفرع الخامس

استعمال آثار السلاح في الإثبات

يعد الأثر الذي تخلفه الآلة المستعملة في الجريمة من الأهمية بمكان، بحسبانها مما يمكن التوصل بها إلى معرفة مرتكب الجريمة، حيث يمكن بهذا الأثر الوقوف على طريقة استخدامها في الجريمة، وعمّا إذا كان مستخدمها هو الجاني أو المجني عليه، ومدى إحداث الجريمة بها وحدها، وعمّا إذا كانت ملكاً للجاني أو وجدت بمكان الجريمة، ومن الذي ابتاعها ووقت ابتاعها، ونوعها، ونوع الجرائم التي يمكن أن تتم بها، ونوع ما يستعمل فيها من ذخيرة إن كانت آلة إطلاق نار، إلى غير ذلك من البيانات التي يمكن بها التوصل إلى الجاني.

فإذا كانت الآثار المرفوعة من موضع الحادث تتطابق مع ما يخلفه سلاح المشتبه به من آثار على بدن المجني عليه أو موضع الجريمة، فإنه يعد قرينة قوية على توجيه الاتهام إلى من يستعمل السلاح، إلا أن يثبت خلاف ذلك، وللقاضي أن يحكم بموجب هذه المطابقة على المتهم بما يراه مناسباً، فإذا أنكر المشتبه به وقوع الفعل منه، وقدم ما يفسر هذا التطابق، واقتنعت جهات التحقيق بوجهة ما أبداه، انتفت عنه التهمة، إلا أن توجد بينات أقوى من هذه القرينة، فيعمل بمقتضاها، وإذا تأكد لجهة التحقيق دعوى المشتبه به درأت عنه التهمة، وإلا وجهتها إليه، وحكمت عليه بمقتضى ثبوتها، ولا يعد عدم التطابق بين الآلة المنسوبة إلى المشتبه به والأثر الذي خلفته نافية التهمة عنه، لاحتمال أنه حين استعمل الآلة غير معالمها أو استبدلها أو أتلف منها أجزاء لا يمكن استعمالها في إحداث الأثر الموجود بدونها، ومن ثم فإنه رغم عدم التطابق فإن هذا لا ينفي التهمة عنه، بل يمكن مع هذا إجراء التحقيق معه واستجوابه للوقوف على علاقته بالجريمة ومرتكبها، ولذا فإن تطابق هذه الآثار تعد قرينة قوية في الإثبات، إلا أن يثبت المشتبه به عكس ذلك، ولا تعد قرينة في النفي، لتطرق الاحتمال إليها كما سبق^(٢).

(١) عبد العزيز حمدي: كشف الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة / ٢١٨، ٢٢٠.

(٢) كشف الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة / ١٢٣.

المطلب السادس عشر

استخدام التنويم المغناطيسي في الإثبات

يقصد بالتنويم المغناطيسي: الإيحاء بفكرة النوم على من يراد اتباع هذا الأسلوب معه، وما يحدث نتيجة لذلك هي حالة شبيهة بالنوم الطبيعي، وهذا الإيحاء يتم بتكرير بعض الألفاظ أو الحركات، أو التركيز في حدقة العين، أو نقطة منها، يفضي التحديق فيها إلى إضعاف عضلة العين، وإسلام صاحبها إلى النوم، وإخضاعه لهذه الحالة لا يفقده إدراكه أو شعوره بما يدور حوله أو سماع ما يقال له، وإن كان هذا لا ينفي أنه نائم أو شبه نائم^(١).

والاعتراف الذي يتم الحصول عليه من الناس بهذه الطريقة، لا يعد إقراراً منهم عن إرادة واعية، كما لا يعد قرينة قوية لإثبات شيء أو نفيه، وإن اعتبر قرينة ضعيفة في ذلك، لأن المنوم مغناطيسياً اعترته حالة من النوم الطبيعي، ومن يكون في هذه الحالة لا يعتقد بما يصدر عنه من أقوال أو أفعال، لأن النوم عارض من عوارض أهلية الأداء باتفاق الفقهاء^(٢)، لحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: "رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ"^(٣)، ورفع إثم الخطأ عنه دليل عدم الاعتداد بعبارة الصادر عنه حال نومه.

يضاف إلى هذا أن النواحي الفنية في التنويم لم تحظ بقبول عام، فما زال البعض يشكك فيما يسفر عنه، وما زالت تتناقض النتائج التي تصدر عنه، ولا تأخذ المحاكم به في القضايا المنظورة أمامها، فضلاً عن أن الواقع تحت تأثيره، يتم الإيحاء إليه ليتلفظ بألفاظ معينة لا تصدر عنه إذا كانت له إرادة واعية مدركة، ومن ثم فإن ما يصدر عنه لا يعتقد به، ولا يعد قرينة ضده تخول للجهات المعنية توجيه الاتهام له بمقتضاه، فلا يصلح قرينة أصلاً لذلك.

(١) مجموعة من العلماء بإشراف د. أشرف غريبال: الموسوعة العربية الميسرة ٥٥١/ .
(٢) أصول السرخسي ١٠٠/١، الموافقات ٣٢٤/٢، الأمدى: الإحكام ٢٠٠/١، الرازي: المحصول ١٣٢/١، السيوطي: الأشباه والنظائر ٢١٢/١، ابن تيمية: المسودة ٢٠١/١ .
(٣) أخرجه الحاكم وابن حبان، وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . (صحيح ابن حبان ١٧٨/١، المستدرک ٥٩/٢) .

المبحث الثالث

مدى الحاجة إلى هذه القرائن ومدى دقتها وضوابطها

المطلب الأول

مدى الحاجة إلى الأخذ بهذه القرائن

إن التعويل على هذه البيئات إنما يكون عند عدم وجود ما هو أقوى منها من وسائل الإثبات الأخر، باعتبار أنها قد توصل إلى معرفة وجه الحق في الدعوى المعروضة، أو الوصول إلى الحق بها إذا لم يكن ثمة طريق آخر يثبت به، خاصة وأن منها ما له دلالة قوية قد توصل إلى ذلك: كالبصمة الوراثية التي يترتب على نتيجة فحصها إثبات نسب الولد إلى والد، ونسبة الجرم إلى فاعل معين، ونسبة الحيمن إلى شخص بعينه، أو نفي هذه النسبة عن هؤلاء، إذا انتهت نتيجة الفحص إلى عدم تطابق الخلايا الموجودة بالمواضع المختلفة، بخلايا الشخص المشتبه به، أو عد تطابق خلايا الولد بمن يراد نسبته إليه، وكتشريح الجسم البشري للتوصل إلى سبب الوفاة، ومرتكب هذا السبب والوسيلة المستخدمة فيها، ومضاهاة بصمات الأصابع المأخوذة من مواضع الجريمة، ببصمات أصابع المشتبه به، وفحص الدم للوقوف على ما يحتوي عليه من أثر المسكر أو المخدر، وفحص محتوى اللعاب والسائل المنوي والشعر، للوقوف على حقيقة الجينات الوراثية التي تحتوي عليها، ومدى تطابقها مع مثلها في المشتبه به، إلى غير ذلك من فحوص تتبع للتوصل بها إلى ما لم يمكن التوصل إليه بما هو أقوى من هذه القرائن والبيئات .

وعدم التعويل على هذه القرائن والبيئات المعاصرة، من شأنه التشجيع على ارتكاب الجرائم، وعدم تحقيق العدل بين الناس، وعدم إيصال الحقوق إلى أصحابها، بل إن من شأن عدم الأخذ بها فوات المقاصد الشرعية الضرورية، فقد يفوت عند عدم الاعتداد بها: حفظ الدين، والنسل، والعقل، والمال، والنفوس، إذا لم يكن ثمة طريق آخر يثبت الجرائم التي تمثل اعتداء على هذه المقاصد وتفويت تحقيقها، يضاف إليه أن هذه البيئات ربما كانت أقوى من البيئات الأخر في الإثبات أو النفي، وخاصة بعد خراب الذمم، وانحسار الوازع الديني أو ذهابه من نفوس كثير من الناس، مما لم يعد معه يطمأن إلى إقرار مقرر أو شهادة شاهد، فإذا احتيط في التوصل إلى النتائج التي تسفر عنها فحوصها، وأخذت فيها آراء عدة خبراء متخصصين في كل مجال من مجالات هذه البيئات، كانت أقوى من الإقرار والشهادة، لأنه لا سبيل إلى الكذب أو التضليل فيما يعد قرينة قوية منها في الإثبات والنفى، أو في أحدهما .

المطلب الثاني

مدى دقة القرائن في الإثبات وما تفيده من أنواع العلم

سبق أن بيّنا أن هذه البيّنات منها ما يعد قرينة قوية قاطعة في مجال الإثبات والنفي، ومنها ما يعد كذلك في أحدهما، ومنها ما يمثل قرينة ضعيفة فيهما أو في أحدهما، ومنها ما لا يصلح قرينة يطمأن إليها إلا إذا انضم إليها ما يعضدها، وفي هذه الحالة لا تكون الحجة فيها سواء في جانب الإثبات أو النفي، بل تكون الحجة فيما تقوت به وتعضدت من البيّنات الأخرى، ومن ثم فإذا كانت قرينة قوية أو قاطعة في مجال الإثبات أو النفي، أفادت العلم، أو الظن الراجح، وهذان مما يجب العمل بمقتضاهما، إلى أن يثبت عكس ما يفيدانه فيعمل بما تقتضيه البيّنات الأخرى التي هي أقوى منها في ذلك، وإن كانت قرينة ضعيفة أفادت الشك ولم تعد العلم أو الظن، ولا يجوز العمل بمقتضى ما شك فيه، لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكك عليه، أخرج منه شيء أم لا، فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً " ^(١)، حيث دل على أن العمل إنما يكون بالمقطوع به وليس بالمشكوك فيه .

ومن خلال العرض السابق تبين أن من البيّنات المعاصرة التي تعد قرينة قوية في الإثبات والنفي: تشريح الجسم البشري لمعرفة سبب الوفاة ومحدثها، ومضاهاة آثار بصمات الأصابع الملتقطة من موضع الحدث أو الجريمة، ببصمات أصابع المشتبه به، وفحص الدم للوقوف على مدى احتوائه لآثار المسكرات أو المخدرات، وفحص اللعاب وآثار المنى والشعر الذي يوجد بمظانه، لمقارنة نتيجة فحص خلاياها ومكونها الجيني بمثيله من المشتبه بهم، وفحص ما تحتوي عليه أظافر المشتبه بهم، وما يكون بينها وبين اللحم الملتصقة به من خلايا أو آثار أو مواد، للوقوف على محتواها وما إذا كان يخص خلايا الجاني أو من بقايا المادة التي استعملت في الجريمة، أو نحو ذلك، وفحص المكون الجيني للخلايا لإثبات نسب الولد لمن يكون بينه وبينهم تطابق أو تقارب في هذا المكون، أو للتعرف على شخصية صاحب الخلايا المفحوصة، أو لمعرفة مرتكب الجناية، وفحص توافق الأنسجة بين الخلايا الملتقطة من الموضع وبين أنسجة خلايا المشتبه به، للوقوف على مدى ارتكابه للجريمة، فضلاً عن الصور الثابتة أو المتحركة التي يلتقطها الجناة لأنفسهم عند ارتكاب الجريمة .

ومن البيّنات المعاصرة ما يعد قرينة قوية في جانب نفي التهمة وليس في جانب إثباتها، ومن ذلك: تحليل آثار الدم الذي يوجد بموضع الجريمة، إذا اختلفت فصيلته عن فصيلة دم المشتبه به، فإذا انضم إلى ذلك ما يوجد بدم البعض من فيروسات أمراض معينة أو مسببات مرض بعينه، كانت نتيجة فحصه في هذه الحالة حجة في إثبات التهمة كما كانت حجة في نفيها، كما أن عدم تطابق آثار الأقدام مع أقدام المشتبه به، يكون حجة

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ٢٧٦/١ .

في نفي التهمة عنه، وكذا يكون حجة في جانب إثبات التهمة، إذا انضم إلى تطابق قدم المتهم مع الأثر الملتقط من موضع الجريمة، الخطوط والأخاديد التي تكون بقدمه إذا تطابقت مع مثلها الملتقط من موضع الجرم، وكذا نتيجة مضاهاة آثار العرق بعرق المشتبه به، حيث يكون حجة في النفي، ولا يكون حجة في إثبات التهمة عليه إلا إذا انضم له بصمات الأصابع المتعركة أو الرائحة المميزة لصاحبه، نتيجة مرض أو أدوية أو أطعمة تناولها. ومن البيانات ما يعد قرينة ضعيفة سواء في مجال الإثبات أو النفي، حيث لا يمكن الاطمئنان إلى نتيجته في أي منهما، ولا يعتمد عليه إلا إذا انضم إليه ما يقوي جانبه، وهو ما عدا ما ذكر من أنواع البيانات: كأنواع الكتابة والرسائل المختلفة، أيا كانت وسيلة إرسالها، وآثار الثياب، وآثار انطباع الأظافر على الأشياء، وآثار إطارات المركبات، وآثار الأتربة والغبار الموجودة بموضع ارتكاب الجريمة، إذا وجد مثلها عالقا ببدن المشتبه به أو ثيابه أو حذائه أو متاعه، وآثار الآلات المستخدمة في الجريمة إذا وجد مثل هذه الآلات بحوزة المشتبه به، إلى غير ذلك من قرائن لا يطمأن إلى نتيجتها سواء في جانب الإثبات أو في جانب النفي.

المطلب الثالث

ضوابط الاستفادة منها في مجال الإثبات

- ما ذكر من قرائن وبيانات معاصرة يمثل أكثر ما يعول عليه في مجال الإثبات في الوقائع المختلفة، وغيرها تابع لها في الحكم والصورة، ومما يعتبر في الأخذ بهذه القرائن عند من يقول بحجية القرائن الشروط التالية:
- (١) أن يوجد أمر ظاهر وثابت ليكون أساساً لاعتماد الاستدلال به، لوجود صفات وعلامات فيه، وتوفر الأمارات الدالة عليه.
 - (٢) أن توجد صلة بين هذا الأمر الظاهر وبين ما يؤخذ منه، الذي كان مجهولاً في بادئ الأمر في عملية الاستنباط، وذلك باستخراج المعاني من النصوص والوقائع، بالتأمل والتفكير الناشئ عن قوة القريحة وعمق الذهن.
 - (٣) قوة العلاقة بين الأمر الظاهر وما يؤخذ منه، وقيامها على أساس سليم، ومنطق قويم، بحيث لا تعتمد على مجرد الوهم أو الخيال، ليكون العلم الحاصل بالقرينة كالعلم الحاصل عن طريق الشهود وغيرهم، وهذا يحصل بقوة المقارنة.
 - (٤) أن لا تعارض القرينة قرينة أخرى أو دليل آخر أقوى منها، باعتبار أن هذه المعارضة تنفي أن تكون حجة في الإثبات، لعدم المزية فيها على غيرها.
 - (٥) أن تكون دلالة القرينة قطعية، بحيث تفيد العلم الذي يطمأن إليه، وإن كان لا يخلو من احتمال وجود ما يناقضه.

المطلب الرابع حكم تعارض القرائن مع الأدلة الأصلية

القرائن والبيانات السابقة ورد الخلاف بين الفقهاء في مدى حجيتها، على النحو الذي مر آنفاً في صدر البحث، أما غيرها من البيانات: كالشهادة والإقرار ونحوهما، فلا خلاف بين الفقهاء في حجيتها في مجالي النفي والإثبات، ومن ثم فإنها تقدم على هذه القرائن عند التعارض إذا توافرت شروط الإقرار والشهادة ونحوها من الأدلة الأصلية، ولا يجوز اعتماد هذه القرائن للمتثبت من شيء ثبت بالأدلة الأصلية، أو اعتمادها لإبطال ثبوته بها، باعتبار أن القرائن حجة ضعيفة إلى جانب الأدلة الأصلية، ومما يقوي جانب الأخذ بالأدلة الأصلية وتقديمها على هذه القرائن ما يلي:

(١) روت عائشة رضي الله عنها قالت: " اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة عهد إلي أنه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه فرأى شبيهاً بيئاً بعتبة، فقال: هو لك يا عبد، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة، قالت: فلم ير سودة قط ".

وجه الدلالة منه:

أفاد الحديث أن عتبة قد ألم بجارية زمعة، وكان ولدها أكثر شبيهاً بعتبة، ومع هذا فلم يلحق به مع وجود هذا الشبه، وإنما ألحق بصاحب الفراش، مما يدل على عدم اعتبار الشبه والعلامات الظاهرة في الإثبات.

(٢) روي عن أبي هريرة ؓ قال: " جاء رجل من بنى فزارة إلى النبي ﷺ فقال: إن امرأتي ولدت غلاماً أسوداً، فقال النبي ﷺ: هل لك من إبل؟ قال: نعم، قال: فما ألوانها؟ قال: حمرة، قال: هل فيها من أورك؟ قال: إن فيها أوراقياً، قال: فأني أتاها ذلك؟ قال: عسى أن يكون نزعة عرق، قال: وهذا عسى أن يكون نزعة عرق ".

وجه الدلالة من الحديث:

أفاد الحديث أن فراش الزوجية أقوى في ثبوت النسب من وجود الشبه في الصفات الوراثية، ولذا لم يعتبر الرسول ﷺ عدم وجود الشبه بين الرجل والولد الذي ولد على فراشه، سبباً لنفيه عنه، مما يدل على أن الدلائل الظاهرة من الصفات الوراثية ونحوها من القرائن لا يعتد بها مع وجود ما هو أقوى منها من الدلائل الأصلية.

(٣) حديث ابن عباس رضي الله عنهما في لعان هلال بن أمية من زوجته، وقول رسول الله ﷺ: " أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الإليتين، خدلج الساقين، فهو

لشريك بن السحماء، فجاءت به كذلك، فقال النبي ﷺ: لولا ما مضى من كتاب الله عز وجل لكان لنا ولها شأن" (١).

وجه الدلالة منه:

أفاد الحديث أن رسول الله ﷺ لم يؤخذ امرأة هلال على اقترافها الفاحشة أو كذبها وإحاقها نسب الولد الذي أتت به من سفاح إلى هلال، رغم أنها جاءت بولد حامل لصفات من فحش بها، مما يدل على أن وسيلة نفي النسب عن الحق به هو اللعان، وليس مجرد الصفات الوراثية التي يحملها الولد، ولو كان ثبوت النسب أو انتفاؤه يتم بهذه القرينة، لآخر التلاعن بينهما حتى تضع مولودها ويتبين شبهه، إلا أنه ﷺ دعاهما ليتلاعنا عنده فور نزول آيات اللعان، فلاعن هلال وانتقى من نسب ولدها، فنسب إليها ولم ينسب لأب، مما يدل على أنه عند التعارض بين هذه القرائن وبين البيئات الأصلية، تقدم البيئات الأصلية عليها.

وبعد فهذا ما يسر الله تعالى به في مسائل هذه النوازل، ونحمد الله تعالى في البدء والنهاية، ونصلي ونسلم على خاتم أنبيائه ورسوله، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المؤلفان

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٦٦٣/٦.

نتائج البحث

(١) القرينة: الأمانة التي نص عليها الشارع أو استنبطها أئمة الشريعة باجتهادهم، أو استنتجها القاضي من الحادثة وظروفها وما يكتنفها من أحوال، وتنقسم القرائن بحسب طبيعتها إلى: قرينة حالية، وأخرى لفظية أو مقالية، وبحسب دلالتها إلى: قرينة قاطعة وغير قاطعة، وغير القاطعة قسمها البعض إلى: ضعيفة وكاذبة، وقسمها آخرون إلى: قرائن ذات دلالة ضعيفة، وأخرى ذات دلالة متعارضة، وتنقسم باعتبار مدلولها إلى: قرينة عقلية وأخرى عرفية، وباعتبار مصدرها إلى: قرينة نصية، وقرينة فقهية وقرينة قضائية .

(٢) تعد القرائن في مجملها حجة في الإثبات، إذا توافرت فيها شروط اعتبارها، وهي: وجود أمر ظاهر ثابت ليكون أساساً لاعتماد الاستدلال به، وتوفير الأمارات عليه، ووجدت صلة بين هذا الأمر وبين ما يستنبط منه، باستخراج المعاني من النصوص والوقائع، بالتأمل والتفكير الناشئ عن قوة القرينة وعمق الذهن، وأن تكون ثمة علاقة قائمة على أساس سليم ومنطق قويم بين الأمر الظاهر وما يستنبط منه، ليكون العلم الحاصل بالقرينة كالحاصل عن طريق الشهود، وأن لا تعارض القرينة قرينة أخرى أو دليل آخر، باعتبار أن هذه المعارضة تنفي أن تكون حجة في الإثبات، وأن تكون دلالة القرينة قطعية، بحيث تفيد العلم الذي يطمأن إليه، وإن كان لا يخلو من احتمال ما يناقضه .

(٣) يجب الحكم بمقتضى القرائن النصية، وتطبيق الحكم الثابت بها، دون نظر إلى أساس الحكم أو الباعث عليه، وأما القرائن الفقهية القطعية التي اعتبرها الفقهاء فإنه يلزم القاضي الحكم بموجبها إذا ثبتت عنده، وأما القرائن القضائية: التي تعتمد على نظر القاضي واجتهاده وقوة ملاحظته واستنباطه، فتعد دليلاً يؤخذ به في الأحكام كذلك، إذا كان القاضي مقتنعاً بما توصل إليه أو استنبطه أو رجح عنده من صحة القرينة، حيث يترجح فيها جانب الصدق من أحد طرفي النزاع مع اليمين أو بدونه أحياناً ، ما لم يثبت العكس من طريق أقوى .

(٤) يجوز تشريح بدن الميت لمعرفة أسباب وفاته إذا دعت إليه الضرورة أو الحاجة ، إذا اتبعت الشروط المعتمدة في ذلك ، كما تعد النتيجة التي يتوصل إليها من خلال تحليل البصمة الوراثية دليل إثبات أو نفي في مجالي النسب والجرائم ، إذا روعي في تحليلها الشروط والضوابط التي اعتبرها العلماء ، ومثلها نتيجة بصمات الأصابع ، ويعد تحليل مكونات الدم للوقوف على مدى توافق الأنسجة قرينة قاطعة في الإثبات أو النفي ، ومثلها في ذلك الصفات والعلامات الظاهرة .

(٥) تعد نتيجة تحليل آثار الدم قرينة قوية في نفي التهمة عند اختلاف الفصائل، وقرينة قوية في إثبات التهمة، إذا تطابقت فصيلة دم العينة مع فصيلة دم المشتبه به، أو مع فصيلة دم المجني حال وجود آثار الدم على متعلقات المشتبه به، وتعد قرينة قوية إذا تطابقت نسبة بروتين بلازما الدم في العينة، مع نسبة مثيله في بلازما دم المشتبه به، أو في بلازما دم المجني عليه إن كان أثر الدم قد علق بمتعلقات المشتبه به، وتكون آثار الدم قرينة ضعيفة في الإثبات أو النفي، إذا كان أثر الدم نتيجة عراك وقع بين الطرفين .

(٦) كما أن نتيجة فحص الدم يعد قرينة قوية في إثبات أو نفي شرب المسكر أو المخدر، ويعد العرق وسيلة نفي ارتكاب الجريمة عن المشتبه عند اختلاف المكونين، ويكون قرينة قوية في الإثبات أو النفي إذا اشتمل على قرينة يستفاد بها في ذلك، كإظهاره بصمات الفاعل أو رائحته المميزة، ويعد اللعاب قرينة قوية في نفي التهمة عند اختلاف محتوى العينتين، ويعد قرينة قوية في الإثبات عند وجود التطابق بينهما .

(٧) لا يعد فحص آثار السائل المنوي الذي لا يحوي حيامن قرينة قوية في الإثبات، لتشابه كثير من الناس في فصائله، وإن عد قرينة قوية في نفي التهمة عن المشتبه به، ويعد فحص المكون الجيني للسائل المنوي قرينة قوية في الإثبات أو النفي في هذا الخصوص .

(٨) يعد فحص المكون الجيني للشعر قرينة قوية في نفي التهمة، ولا يعد بهذه المثابة في إثباتها، بل يفيد غلبة الظن، لإمكان التشابه بين مكونات شعر المتهم الجينية وغيرها مع غيره، ولذا فلا يقطع عند تشابه هذه المكونات مع مكونات شعر المتهم، بأنه الذي ارتكب الجرم .

(٩) لا يعد فحص ظاهر الأظافر دليل إثبات أو نفي، أما فحص ما يكون بينها من مواد علقت بها من المجني عليه أو من المادة التي استعملت في الجريمة، فإن نتيجة فحصها يعد قرينة قوية في الإثبات أو النفي، لاعتماده على تحليل الحمض النووي للجزيئات البيولوجية الموجودة بين الأظافر واللحم، أو التحليل الكيميائي للمادة التي وجدت بها، وهذا كاف لإثبات التهمة على من وجد بأظافره ذلك .

(١٠) لا تعد بصمة العين أو بصمة الصوت أو آثار الروائح التي تستخدم فيها الفحوص العملية أو الكلاب البوليسية، أو المنبثة من أفواه متناولي المسكرات أو المخدرات قرينة قوية في الإثبات أو النفي، لتطرق الاحتمالات إليهما، مما يبعتها من أن تكون حجة في ذلك .

- (١١) لا يصلح استخدام العقاقير المخدرة أو نحوها للتأثير بها على المشتبه به، لانتزاع اعتراف منه بارتكاب الجريمة، ومثلها في ذلك التنويم المغناطيسي، باعتبار أن الخاضع لذلك لا يؤخذ على أقواله أو أفعاله شرعاً، فلا تعد نتيجة استخدام الوسيلتين قرينة في الإثبات أو النفي .
- (١٢) لا تعد أنواع الصور الملتقطة من غير المشتبه بهم دليل إثبات أو نفي، سواء كانت صوراً ثابتة أو متحركة، لتطرق الاحتمالات إليها، إلا إذا قام الجناة بتصوير أنفسهم وقت ارتكاب الجريمة، وأمکن الحصول على ما التقطوه فإنه يكون قرينة قوية في إثبات التهمة عليهم .
- (١٣) تعد المستندات الرسمية قرينة قوية في الإثبات أو النفي، إذا روعي فيها ضوابط اعتبارها حجة في ذلك، وأما أنواع المستندات العرفية فلا تعد قرينة في الإثبات أو النفي بمجرددها، إلا أن يقر محررها بصحة صدورها عنه، فتكون لها هذه الحجة، وأما المحررات العرفية التجارية أو الشخصية فلا تكون حجة في إثبات حق لمحررها على غيره، وإن اعتبرت قرينة على ثبوت حقوق للغير عليه .
- (١٤) لا تعد الرسائل الخطية أو الرسائل المرسلة بالفاكس أو التلكس أو البرق أو الإيميل أو الماسينجر أو الهاتف النقال أو نحوها قرينة في الإثبات أو النفي، إلا في أحوال خاصة، يكون لها فيها أصل مذيّل بتوقيع المرسل، إذا لم ينكر إرسالها، حيث تكون حجة في هذه الحالة، ويدخل في حكمها الرسائل المرسلة بالوسائط الإلكترونية إذا ذيلت بالتوقيع الإلكتروني لمرسلها، ولم ينكر توقيعه عليها .
- (١٥) لا تعد نتيجة فحص آثار الأقدام أو آثار إطارات السيارات أو المركبات التي وجدت بمسرح الجريمة، قرينة في الإثبات أو النفي، لتطرق الاحتمالات إليها .
- (١٦) لا تعد نتيجة فحص آثار الأتربة أو الغبار أو الثياب وأليافها وأجزائها قرينة في الإثبات أو النفي، لتطرق الاحتمالات إليها .
- (١٧) يعد تطابق أثر السلاح المستعمل في الجريمة مع السلاح المملوك للمشتبه به قرينة قوية في توجيه الاتهام إليه، إلا أن يثبت خلاف ذلك، ولا يعد عدم التطابق دليل براءة له، لاحتمال تخلصه من السلاح الذي استعمله في الجريمة .
- (١٨) قد تكون هذه القرائن هي المتعين استعمالها للتوصل إلى الحقيقة، إن أعوز من يريد إثباتها البيينة الأقوى على ذلك، فضلاً عن أن عدم التعويل عليها في هذه الحالة يجر إلى مفاسد جمّة، ويفضي إلى عدم تحقيق العدل.
- (١٩) ليست هذه البيئات تفيد القطع، وإنما بعضها يفيد الظن، وبعضها يفيد الظن، وبعضها لا يفيد أيّاً منهما، على النحو الذي سبق تفصيله .

(٢٠) إذا تعارض مقتضى الأخذ بهذه البيانات مع البيانات الأصلية، أخذ بما تقتضيه
البيانات الأصلية إثباتاً أو نفيًا ، إذا كان يوثق بما تقتضيه البيانات الأصلية وبمن
يستعان بهم فيها وما تفضي إليه.

أهم مصادر البحث

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: كتب الحديث والآثار وشروحهما:

- (١) تلخيص الحبير: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المدينة المنورة، نشر ١٣٨٤ هـ.
- (٢) سنن الترمذي: محمد بن عيسى بن سورة السلمى، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- (٣) سنن الدارقطني: علي بن عمر الدارقطني، دار المعرفة، بيروت.
- (٤) سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، المكتبة العصرية، بيروت.
- (٥) السنن الكبرى: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة.
- (٦) سنن ابن ماجه: محمد بن يزيد القزويني، دار الفكر العربي، بيروت.
- (٧) شرح النووي على مسلم: يحيى بن شرف بن مري النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- (٨) صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت.
- (٩) صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- (١٠) مصباح الزجاجة: أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل الكناني، دار العربية، بيروت.
- (١١) نيل الأوطار: محمد بن علي الشوكاني، المكتبة التوفيقية، القاهرة.

ثالثاً: كتب الفقه:

أ- كتب الفقه الحنفي:

- (١) البحر الرائق: زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، دار المعرفة، بيروت.
- (٢) بدائع الصنائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت.
- (٣) تبيين الحقائق: عبد الله بن يوسف الزيلعي، وحاشية أحمد الشلبي عليه، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق.
- (٤) حاشية الطحطاوي: أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة.
- (٥) الدر المختار: محمد علاء الدين الحصكفي، وحاشيته رد المحتار: محمد أمين بن عابدين، دار الفكر، بيروت.

- (٦) المبسوط: محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة، بيروت.
- (٧) الهداية: برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، وشروحها: فتح القدير: محمد بن عبد الواحد السيواسي (ابن الهمام)، والعناية: محمد بن محمود البابرتي، دار الفكر، بيروت

ب- كتب الفقه المالكي:

- (١) جواهر الإكليل: صالح عبد السميع الآبي، دار الفكر بيروت.
- (٢) حاشية الدسوقي: محمد بن عرفة الدسوقي، على الشرح الكبير: أحمد بن محمد الدردير، دار الفكر، بيروت.
- (٣) الشرح الكبير: أحمد بن محمد الدردير، وحاشية الدسوقي عليه: محمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر، بيروت.
- (٤) شرح منح الجليل: محمد بن أحمد بن محمد عليش، مكتبة النجاح، ليبيا.
- (٥) مواهب الجليل: محمد بن عبد الرحمن المغربي (الحطاب)، دار الفكر، بيروت.

ج- كتب الفقه الشافعي:

- (١) الحاوي الكبير: علي بن محمد بن حبيب الماوردي، دار الفكر، بيروت.
- (٢) روضة الطالبين: يحيى بن شرف بن مري النووي، المكتب الإسلامي، بيروت.
- (٣) المجموع: يحيى بن شرف النووي، وتكملته الأولى للسبكي، مطبعة التضامن الأخوي، القاهرة.
- (٤) مغني المحتاج: محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، دار الفكر، بيروت.
- (٥) نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج: محمد بن أحمد بن حمزة الرملي، مكتبة مصطفى الحلبي، القاهرة.

د- كتب الفقه الحنبلي:

- (١) الإنصاف: علي بن سليمان المرداوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- (٢) شرح منتهى الإرادات: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر، بيروت.
- (٣) فتاوى ابن تيمية: أحمد عبد الحلیم بن تيمية الحراني، مكتبة ابن تيمية، الرياض.
- (٤) الكافي: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المكتب الإسلامي، بيروت.
- (٥) كشف القناع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر، بيروت.
- (٦) المغني: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت.

هـ كتب الفقه الظاهري:

- (١) المحلى: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

رابعاً : كتب اللغة والمصطلحات الشرعية:

- (١) القاموس المحيط: محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي، دار الفكر، بيروت.
- (٢) لسان العرب: محمد بن جلال الدين (ابن منظور الإفريقي)، دار صادر، بيروت.
- (٣) مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة.

خامساً : كتب وأعمال مؤتمرات في تخصصات مختلفة: منها:

- (١) أدلة الإثبات الجنائي: د. جميل عبد الباقي، دار الفكر العربي، القاهرة .
- (٢) أصول الإثبات وإجراءاته: د. سليمان مرقس، دار النهضة العربية، القاهرة .
- (٣) أعمال الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، المنعقد بمكة في الفترة من ٢١ - ٢٦ / ١٠ / ١٤٢٢هـ.
- (٤) أعمال مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المنعقد بالإمارات العربية المتحدة، في الفترة من ٢٢ - ٢٤ / ٢ / ١٤٢٢هـ.
- (٥) أعمال ندوة " الهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية "، المنعقدة بالكويت في الفترة من ٢٣ - ٢٥ / ٦ / ١٤١٩هـ.
- (٦) البوليس العلمي أو فن التحقيق: د. رمسيس بهنام، منشأة المعارف، الإسكندرية .
- (٧) توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة: د. بدر خالد الخليفة، طبع الكويت .
- (٨) رسالة الإثبات: د. أحمد نشأت، الطبعة السادسة .
- (٩) الطب الشرعي والتحقيق الجنائي والأدلة الجنائية: م. معوض عبد التواب، منشأة المعارف، الإسكندرية .
- (١٠) الوسيط في شرح القانون المدني: د. عبد الرزاق السنهوري، دار النهضة العربية، القاهرة .



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

البصمة الوراثية ودلائلها على ثبوت النسب ونفيه

إعداد

الأستاذ الدكتور كمال بوزيدي
رئيس المجلس العلمي لكلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر
عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي جعل الشريعة الإسلامية تحرص على حفظ النسب، وتحميه بسياس منيع ترفع عنه كل الشكوك، وأشهد ألا اله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، اللهم صل على سيدنا وحبينا محمد المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا. وبعد:

إذا كان الإسلام قد أصل قواعد لثبوت النسب، وسن أحكاما في سبيل حفظه ورعايته، فإنه في الوقت نفسه لا يحجر ولا يقف في وجه الباحثين الذين يخوضون معارك البحث للوصول إلى تحقيق سعادة العباد والتخفيف عن معاناتهم من الأمراض، ويرفض كل التصرفات التي تهز قواعد النسب، حفاظا على الأعراض واستقرار الأسرة، وقطع وسائل الفتن وإشاعة الفواحش.

ومن هنا تعتبر مسألة البصمة الوراثية ومدى الاحتجاج بها من القضايا المستجدة التي اختلف فيها الفقهاء المعاصرون، وتنازعا في المجالات التي يستفاد منها للاحتجاج بها واستعمالها حجة يعتمد عليها كليا أو جزئيا.

وأصبح اليوم استعمال البصمة الوراثية في الدول الغربية ظاهرة ووسيلة علمية قبل نتائجها عدد من المحاكم الدولية كالأوربية مثلا، وبدأ الاستعانة بها في أيامنا هذه الدول الإسلامية لإثبات الإجرام لأصحابها من خلالها، لذا كانت من القضايا المعاصرة التي ينبغي البحث فيها لتسهيل مهمة الباحثين والقضاة للوصول إلى إثبات النسب أو نفيه، وكذا إثبات الجرائم المرتكبة من طرف المجرمين الهاربين والذين لم تظهر هويتهم بعد، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على مدى القدرة العقلية التي وهبها الله لعباده.

والى سبيل التوصل إلى التعرف على حقيقة هذه الوسيلة العلمية المستجدة في الساحة الطبية و الشرعية، فإن هذا البحث المتواضع يسعى للإجابة عن الأسئلة المتعلقة بالموضوع على النحو التالي:

- (١) ما هي أهمية النسب من حيث حمايته والدفاع عنه؟
- (٢) ما مدى مشروعية هذه الوسيلة العلمية الجديدة لإثبات النسب؟
- (٣) وهل للبصمة الوراثية أن تساعد العدالة في رسالتها؟
- (٤) ما هي أهم فوائد وثمار البصمة الوراثية؟
- (٥) ما هي الضوابط الشرعية في قضايا إثبات النسب ونفيه في ضوء التقنيات العلمية الحديثة؟

الدراسات السابقة:

- (١) "النسب وآثاره. للدكتور محمد يوسف موسى.
- (٢) "النسب في الشريعة والقانون". الدكتور احمد حمد.
- (٣) "لبصمة الوراثية كدليل فني امام المحاكم". للأستاذ الدكتور ابراهيم الجندي.
- (٤) "أساليب دكتاتورية البيولوجيا في الميزان الشرعي" للاستاذ احمد شرف.
- (٥) "نسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في اثباته" للدكتور سفيان بن عمر بورقعة.
- (٦) "ستجدات طبية معاصرة من منظور فقهي" للدكتور مصلح عبد الحي النجار، والدكتور إباد احمد ابراهيم.
- (٧) "الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري" (التلقيح الاصطناعي والبصمة الوراثية نموذجا). للدكتورة إقروفه زبيدة.
- (٨) "البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية"، للدكتور سعد الدين مسعد هلالى.
- (٩) "البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية" ((اسة فقهية مقارنة -)) لعلي خليفة الكعبي.
- (١٠) "حكام الجينات البشرية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي" لتمام اللودعمي.

خطة البحث

- ❖ **النقطة الاولى:** عناية الشرع الاسلامي بالنسب.
- ❖ **النقطة الثانية:** حقيقة البصمة الوراثية.
- ❖ **النقطة الثالثة:** خصائص البصمة الوراثية.
- ❖ **النقطة الرابعة:** حالات ومجالات الاستفادة من البصمة الوراثية في اثبات النسب.
- ❖ **النقطة الخامسة:** طرق إثبات النسب والبصمة الوراثية.
 - **الفرع الأول:** طرق اثبات النسب.
 - **الفرع الثاني:** مرتبة البصمة الوراثية بين طرق إثبات النسب .
 - **الفرع الثالث:** علاقة البصمة الوراثية بالشهادة.
- ❖ **النقطة السادسة:** حجية العمل بالبصمة الوراثية .
 - **الفرع الاول:** أقوال العلماء المعاصرين في اعتبار البصمة الوراثية كوسيلة من وسائل اثبات النسب.
 - **الفرع الثاني:** الأدلة على ثبوت النسب ونفيه.
- ❖ **النقطة السابعة :** موقف المؤسسات العلمية من البصمة الوراثية.
 - **الفرع الأول:** عرض الندوات والملتقيات.

- **الفرع الثاني:** عرض القرارات والفتاوى.
- ❖ **النقطة الثامنة:** موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية.
- **الفرع الأول:** موقف القضاء .
- **الفرع الثاني:** موقف التشريع.
- ❖ **النقطة التاسعة:** علاقة البصمة الوراثية باللّعان .
- **الفرع الأول:** موقف القائلين بتقديم اللّعان على البصمة الوراثية.
- **الفرع الثاني:** موقف القائلين بتقديم البصمة الوراثية على اللّعان.
- ❖ **الخاتمة.**

وفي الأخير أشكر:

- (١) إدارة المجمع الفقهي على اختيارها لتنظيم الدورة العشرين في البلد الحبيب الجزائر.
- (٢) كما اقدم شكري لها لمشاركتي في هذه الدورة.
- (٣) وأرجو ان يحظى هذا البحث بالقبول .

والله أسأل أن يجعل هذا العمل موافقا لما يحب ويرضى ، وان يجعله في ميزان حسناتي يوم الدين ، وصلى الله على سيدنا وحبينا محمد وعلى آله وصحبه ، آمين والحمد لله رب العالمين.

النقطة الاولى عناية الشرع الاسلامي بالنسب

اعتنت الشريعة الإسلامية بالنسب عناية خاصة ، وأحاطته ببالح الرعاية ، ولا أدل على ذلك من جعله في طليعة الضروريات الخمس التي اتفقت الشرائع السماوية على وجوب حفظها ورعايتها .

وأن من أهم مظاهر العناية بالنسب في الإسلام أن الله تعالى امتن على عباده بأن جعلهم شعوباً وقبائل ليتعارفوا ، فقال عز وجل : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾^(١) ولا يتحقق معرفة الشعوب والقبائل ، وما يترتب على ذلك من تعارف وتآلف إلا بمعرفة الأنساب وحفظها عن الاشتباه والاختلاط .

(١) تعريف النسب

النسب في اللغة يطلق على معان عدة؛ أهمها: القرابة والالتحاق. تقول: فلان يناسب فلاناً فهو نسيبه، أي قريبة. ويقال: نسبه في بني فلان، أي قرابته، فهو منهم. وتقول: انتسب إلى أبيه أي التحق. ويقال: نسب الشيء إلى فلان، أي عزاه إليه. وقيل: إن القرابة في النسب لا تكون إلا للأباء خاصة^(٢). لقوله تعالى: ﴿ وَهِيَ تَجْرِي بِهِمْ فِي مَوْجٍ كَالْجِبَالِ وَنَادَى نُوحٌ ابْنَهُ وَكَانَ فِي مَعْزِلٍ يَا بُنَيَّ ارْكَب مَعَنَا وَلَا تَكُن مَعَ الْكَافِرِينَ ﴾^(٣) .

وتتخصر أسباب النسب في الإسلام في أصلين؛ هما: ١ - النكاح ، ٢ - الاستيلاء .

لقوله تعالى: ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾^(٤) . فدل على أن الابن لا يكون ابناً

إلا أن يكون من الصلب، مع قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ يُفْرُجُهُمْ حَافِظُونَ ﴾^(٥) إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ﴿ فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾^(٥) ، مما دل على تحريم العلاقة الخاصة مع النساء إلا في إطار هذين المذكورين، وأي نتاج بغيرهما لا يعتد به من جهة الرجل. أما من جهة المرأة فينسب إليها كل ما تلده، لأنه يجري على قاعدة الآية: قوله تعالى: ﴿ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ

١ - الحجرات: ١٣ .

٢ - انظر: المفردات ص ٤٩٠ ، وانظر القاموس المحيط ١ / ١٣١ ، والمصباح المنير ٢ / ٦٠٢ .

٣ - هود: ٤٢ .

٤ - النساء: ٢٣ .

٥ - المؤمنون: ٥ - ٧ .

مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ ﴿١﴾ .

(٢) العناية بالنسب في الإسلام

عني الإسلام أيما عناية بتنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة ضماناً لسلامة الأنساب ، فحرم الإسلام كل اتصال جنسي يتم على أصول شرعية يحفظ لكل من الرجل والمرأة ما يترتب ما يترتب علي هذا الاتصال من آثار ، وما ينتج عنه من أولاد ، وأبطل جميع أنواع العلاقات التي تعارفت عليها بعض الأمم والشعوب التي انحرفت عن شرائع الله السوية ، ولم ييح الإسلام سوى العلاقة القائمة على النكاح الشرعي بشروطه المعتبرة ، أو بملك اليمين الثابت ، ولذا قال الله عز وجل : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ يُفْرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴿ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾ (٢) ،

ومن مظاهر عناية الإسلام بالنسب أنه شدد النكير ، وبالغ في التهديد للآباء والأمهات حين يقدمون علي إنكار نسب أولادهم الثابت ويتبرؤون منهم ، أو حين ينسبون لأنفسهم أولاداً ليسوا منهم . وفي هذا يقول عليه الصلاة والسلام : « أيما امرأة أدخلت علي قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ، ولن يدخلها الجنة ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه ، احتجب الله منه يوم القيامة ، وفضحه علي رؤوس الأولين والآخرين » (٣) .

وحرم الإسلام الانتساب إلي غير الآباء حيث قال عليه الصلاة والسلام في معرض التحذير من ذلك ، وبيان الوعيد الشديد علي فاعله : (من ادعي إلي غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام) (٤) .

وأبطل الإسلام التبني وحرمه ، بعد أن كان مألوفاً وشائعاً عند أهل الجاهلية وفي صدر الإسلام ، يقول الله عز وجل : ﴿ ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴾ (٥) .

وإنما حرم الإسلام التبني لما يترتب عليه من مفسد كثيرة لكون المتبني ابناً مزوراً في الحقيقة والواقع ، وعنصراً غريباً عن الأسرة التي أنضم إليها ، ولا يحل له أن يطلع على

١ - المجادلة : ٢ .

٢ - المؤمنون : ٥ - ٧ .

٣ - رواه أبو داود في سننه (٢ / ٢٧٩) ، والنسائي في سننه (٦ / ١٧٩) .

٤ - رواه البخاري في صحيحه (٤ / ١٧٠) ، ومسلم في صحيحه (١ / ٥٧) .

٥ - الأحزاب : ٥ .

محارمها ، أو يشاركها في حقوقها ، إضافة إلى أنه قد لا ينسجم مع أخلاقها ، ولا يتلاءم مع طباعها ، لإحساسه وإحساس الأسرة بأنه أجنبي عنها ، وسواء كان المتبني معروف النسب أو مجهولة ، إلا أن الإسلام مع هذا يلحق المجهول بمن أدعاه بمجرد الدعوى ، مع إمكان كونه منه عادة ، وكل هذا من عناية الشريعة الإسلامية بالنسب ، ومزيد رعايتها له تحقيقاً لمقاصد عظيمة ، وحكم جليلة^(١) .

قال ابن القيم الجوزية: " إن اثبات النسب فيه حق لله وحق للولد وحق للأب ، ويترتب عليه من احكام الوصل بين العباد ما به قوام مصالحهم ، فأثبتته الشرع بأنواع الطرق التي لا يثبت بمثلها نتاج الحيوان^(٢) .

النقطة الثانية

حقيقة البصمة الوراثية

(١) تعريف البصمة لغة

عرف صاحب لسان العرب البصمة بأنها مشتقة من البُصم وهو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر^(٣) . وَبَصَمَ بَصْمًا إِذَا خَتَمَ بِطَرَفِ إِصْبَعِهِ ، والبصمة أثر الختم بالإصبع^(٤) ، أمّا المعاجم اللغوية المتأخرة فقد أضافت معان أخرى للبصمة وهي : الأثر مطلقا ، يقال ترك بصماته أي كان له أثر، وينصرف المعنى غالبا إلى أثر الختم بالأصبع . علامة ترسم أو تطبع على قماش ونحوه^(٥) . ومدلول العلامة أو الأثر هو الأقرب إلى موضوع البصمة الوراثية.

(٢) تعريف البصمة اصطلاحا

في المؤتمر الذي عقدته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بعنوان: "مدى حُجِّيَّة البصمة الوراثية في إثبات البنوة"؛ أكدت البحوث المقدمة للمؤتمر الذي شارك فيه عدد من أبرز العلماء والأطباء المتخصصين في هذا المجال: أن كل إنسان يتفرد بنمط خاص في ترتيب جيناته ضمن كل خلية من خلايا جسده، ولا يشاركه فيها أي إنسان آخر في العالم، وهو ما يعرف بـ "البصمة الوراثية"^(٦) .

١ - سفيان بن عمر بورقعة ، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في اثباته (دراسة فقهية تحليلية) ، الرياض ، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع ، ط١ ، سنة ٢٠٠٧ ، ص ٨٢ وما بعدها .
٢ - ابن القيم الجوزية ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ٣٣١ .
٣ - انظر : مادة (بصم) لسان العرب لابن منظور ، ج ١٢ ص ٥٠ .
٤ - انظر : القاموس المحيط للفيروزآبادي ٩٧٤ ، المعجم الوسيط ص ٦٠ .
٥ - جماعة من اللغويين ، المعجم العربي الأساسي ، (ط، بلا) ، (البلد، بلا) : المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، ١٩٨٩ ، ص ١٥٩ ؛ جماعة من اللغويين ، المعجم الوجيز ، ط خاصة بوزارة التربية والتعليم ، مصر : مجمع اللغة العربية ، ٢٠٠٣ ، ص ٥٣ .
٦ - موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية islamset.com .

وتكفي لمعرفة البصمة الوراثية، ما ذكره المجمع الفقهي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في المدة من ٢١ - ٢٦/١٠/١٤٢٢هـ الموافق ٥ - ١٠/١٠/٢٠٠٢م ، وبعد النظر إلى التعريف الذي سبق للمجمع اعتماده في دورته الخامسة عشرة ، ونصه : " البصمة الوراثية هي البنية الجينية - نسبة إلى الجينات ، أي المورثات - التي تدل على هوية كل إنسان بعينه "

كما نوهت البحوث والدراسات العلمية ان البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة ، لتسهيل مهمة الطب الشرعي. ويمكن أخذها من أى خلية (بشرية) من الدم أو اللعاب أو المنى أو البول أو غيره.

النقطة الثالثة

خصائص البصمة الوراثية

- (١) لكل شخص بصمة وراثية لا تتفق ولا تتشابه مع البصمة الوراثية لأي شخص آخر ، ويستحيل وجود هذا التوافق أو التشابه إلا في حالة واحدة هي حالة التوأم المتماثلة الواحدة ، وهذا يعطي اطمئنانا كبيرا عن دقة النتيجة التي يتوصل إليها بالبصمة الوراثية .
- (٢) ونتيجة البصمة الوراثية شبه قطعية أو قطعية ، على خلاف في تحديد نسبة صحتها في تحديد هوية صاحبها ، ما بين ٩٨٪ - ١٠٠٪ كما قال العلماء المختصين بهذا العلم .
- (٣) يختص الحمض النووي بقوة كبيرة على التحمل ضد التعفن والتغيرات والتلوثات البيئية ، ومقاومة عوامل التحلل ، وهذا يعني أنه يحتفظ بخصائصه لمدة طويلة جدا ، وفي أقسى الظروف البيئية (حرارة - رطوبة - جفاف) .
- (٤) تتمتع البصمة الوراثية وجزء الحمض النووي بمقدرته على الاستنساخ ، وبذلك يعمل على نقل صفات النوع من جيل إلى جيل .
- (٥) يتكون (DNA) الخاص بكل إنسان من أبيه وأمه بنسبة ٥٠٪ من كل منهما^(١).

النقطة الرابعة

حالات ومجالات الاستفادة من البصمة الوراثية في إثبات النسب.

المسألة الأولى

حالات الاستفادة من البصمة الوراثية

ذهب العلماء المعاصرون إلى أن " البصمة الوراثية " هي طريق من طرق إثبات النسب في الجملة إلا أنهم اختلفوا في بعض القضايا الجزئية. وقد جاء في قرار المجمع الفقهي بالرابطة

١ - انظر: بورقة ، النسب ومدى تأثير المستجدات الطبيّة في إثباته، المرجع السابق، ص ٣٢٦ - ٣٢٨.

في البند الخامس : " يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية :

(أ) إحالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء ، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

(ب) حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها ، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب .

(ج) حالات ضياع الأطفال واختلاطهم ، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم ، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحرب والمفقودين " (١). وقد رأى عدد كبير من الباحثين قياس البصمة الوراثية على القيافة من باب أولى أو اعتبارها قرينة قوية والتي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود وقد جاء في توصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية المنبثقة عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية : " البصمة الوراثية من الناحية العملية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية ، ولا سيما في مجال الطب الشرعي ، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية ، وتمثل تطوراً عصبياً عظيماً في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه ، ولذلك ترى الندوة أن يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى " (٢).

(د) إدعاء المسلم و الكافر النسب : إذا ادعى مسلم و كافر نسب ولد فهما شرعاً متساويان في دعوى النسب ، لأنه بنسب الولد إلى الكافر لا نحكم بكفره ، و دعوى المسلم والكافر للنسب من القضايا الهامة في هذه الأيام ، و لذلك لكثرة زواج بعض المسلمين من الأجنبيات الغير مسلمات ، و بعد فترة من الزواج قد يحدث خلاف بين الزوجين و تسافر الزوجة الأجنبية إلى بلدها و يجامعها رجل آخر من ديانتها حيث أن ذلك من عاداتهم ، فإذا حدث حمل و ولادة قد تدعي المرأة أن المولود هو ابن الرجل المسلم ، أو أن ابن الرجل المسلم هو للرجل الأجنبي ، هنا بمقارنة البصمة الوراثية للمولود و زوجها المسلم يمكن معرفة نسب الطفل إليه أو نفيه عنه.

١ - انظر : قرارات مجمع الفقهاء الاسلامي، بالرابطة.

٢ - انظر : ملخص أعمال الحلقة النقاشية حول حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب ص ٤٦ ، موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية islamset.com .

مسائل لا يجوز إثبات النسب أو نفيه فيها بالبصمة الوراثية :

نص بعض الفقهاء علي مسائل لا مجال للقيافة في إثبات النسب بها ، وبالتالي فإنه لا مجال للبصمة الوراثية في إثبات النسب بها ومن هذه المسائل ما يأتي :

الأولى : إذا أقر رجل بنسب مجهول النسب ، وتوفرت شروط الإقرار بالنسب فإنه يلتحق به ، للإجماع علي ثبوت النسب وتوفرت شروط الإقرار بالنسب فإنه يلتحق به ، للإجماع علي ثبوت النسب بمجرد الإستلحاق مع الإمكان ، فلا يجوز عندئذ عرضة علي القافة لعدم المنازع فكذا البصمة الوراثية كالقافة في الحكم هنا ^(١)

الثانية : إقرار بعض الإخوة بأخوة النسب لا يكون حجة علي باقي الإخوة ، ولا يثبت به نسب ، وإنما تقتصر آثاره علي المقر في خصوص نصيبه من الميراث ^(٢) ، ولا يعتد بالبصمة الوراثية هنا ، لأنه لا مجال للقيافة فيها ^(٣) .

الثالثة : إحقاق مجهول النسب بأحد المدعين بناء علي قول القافة ، ثم أقام الآخر بينة علي أنه ولده فإنه يحكم له به ، ويسقط قول القافة ، لأنه بدل علي البينة ، فيسقط بوجودها ، لأنها الأصل كالتيمم مع الماء ^(٤) ، فهكذا البصمة الوراثية في الحكم هنا .

الرابعة: لا يجوز استخدام البصمة الوراثية في نفي نسب ثابت ، كما لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان في نفي النسب بمقتضى نتائجها الدالة على انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه ^(٥) .

المسألة الثانية

مجالات البصمة الوراثية

ويمكن تطبيق هذه التقنية والاستفادة منها في المجالات التالية :

(١) إثبات النسب أو نفيه وما يتعلق بذلك مثل تمييز المواليد المختلطين في المستشفيات أو في حال الاشتباه في أطفال الأنابيب أو عند الاختلاف أو التنازع في طفل مفقود بسبب الكوارث والحوادث أو طفل لقيط أو حال الاشتراك في وطء شبهة وحصول الحمل أو عند وجود احتمال حمل المرأة من رجلين من خلال بويضتين مختلفتين في وقت متقارب

^١ - انظر ملخص الحلقة النقاشية حول حجية البصمة الوراثية ، ص ٤٧ ، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب ضمن ثبت أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية ٤٩٧/١ . نقلا عن البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجنائية ، عمر بن محمد السبيل.

^٢ - انظر: كتب الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية.

^٣ - ملخص أعمال الحلقة النقاشية حول حجية البصمة الوراثية ، ص ٤٧ .

^٤ - أنظر المغني ٧٧٠/٥ - ٧٧١ .

^٥ - انظر: الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ص٦٠، السبيل عمر، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، ص٤١، محمد الأشقر، اثبات النسب بالبصمة الوراثية، ص ٤٥٤ وغيرها...

كما لو تم اغتصاب المرأة بأكثر من رجل في وقت واحد ، أو عند ادعاء شخص عنده بينة (شهود) بنسب طفل عند آخر قد نسب إليه من قبل بلا بينة

(٢) تحديد الشخصية أو نفيها مثل عودة الأسرى والمفقودين بعد غيبة طويلة والتحقق من شخصيات المتهربين من عقوبات الجرائم وتحديد شخصية الأفراد في حالة الجثث المشوهة من الحروب والحوادث والتحقق من دعوى الانتساب بقبيلة معينة بسبب الهجرة وطلب الكلاً أو تحديد القرابة للعائلة

(٣) إثبات أو نفي الجرائم وذلك بالاستدلال بما خلفه الجاني في مسرح الجريمة من أي خلية تدل على هويته كما هو الحال في دعاوى الاغتصاب والزنا والقتل والسرقة وخطف الأولاد وغير ذلك ^(١) . ويكفي أخذ عينة من المني أو العثور على شعرة أو وجود أثر اللعاب عقب شرب السيجارة أو أثر الدم أو بقايا من بشرة الجاني أو أي خلية تدل على هويته.

النقطة الخامسة

طرق اثبات النسب

لا خلاف بين الفقهاء أن النسب الشرعي لا يثبت في حال تصادم النسب مع الواقع الحسي كما لو ادعت المرأة نسب طفل لزوجها الصغير الذي لا يولد لمثله وكذا لو أتت به قبل مضي ستة أشهر من الزواج .

ويثبت النسب في الشريعة الإسلامية بالطرق أو القرائن نختصرها في النقاط التالية :

(١) الفراش

وهو تعبير مهذب عن حالة اجتماع الرجل بالمرأة حيث تكون المرأة كالفراش لزوجها ، ولما كان التحقق من حالة (الجماع) بين الزوجين شبه متعذر لكونها مبنية على الستر اكتفى الجمهور بمظنة الدخول خلافاً للحنفية الذين اكتفوا بعقد النكاح واعتبروا المرأة فراشاً لزوجها يثبت به النسب وذهب بعض المتأخرين كابن تيمية وابن القيم إلى اشتراط الدخول المحقق وعدم الاكتفاء بمظنة الدخول .

ولا شك أن الأول أولى فعامة أحكام الشريعة مبنية على غلبة الظن وإثبات الدخول المحقق في كل حالة متعذر .

وإثبات النسب عن طريق الفراش مجمع عليه بين الفقهاء لقوله ﷺ : "الولد للفراش" ^(٢) .

^١ - انظر : مذكرة البصمة الوراثية في ضوء الاسلام لعبد الستار فتح الله سعيد ص ٩ ، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب لنجم الدين عبد الله عبد الواحد ص ٨١ .

^٢ - انظر : بدائع الصنائع للكاساني، ٤ / ١٢٥ ، بدانة المحقق لابن رشد ٢ / ٨٧ ، مغن، المحتاج ٢ / ٢٦١ ، كشاف القناع للبهوتي ٤ / ٢٣٥ ، زاد المعاد لابن القيم ٥ / ٤١٠ ، فتح الباري لابن حجر ١٢ / ٣٨ والحديث رواه الشيخان.

(٢) الاستلحاق

وذلك بأن يقر المستلحق بأن هذا الولد ولده أو أن هذا أخوه أو أبوه وغير ذلك ، وقد اشترط العلماء للاستلحاق شروطاً أبرزها أن المقر له بالنسب ممن يمكن ثبوت نسبه من المقر ، فلو أقر من عمره عشرون ببنة من عمره خمسة عشر لم يقبل إقراره لاستحالة ذلك عادة وعقلاً^(١) .

فهل هذا الشرط يمكن تنزيله على البصمة الوراثية ؟ هذا ما سيأتي الإجابة عليه في الصفحات التالية.

(٣) البينة

وقد أجمع الفقهاء على أن النسب يثبت لمدعيه بناء على شهادة العدول بصحة ما ادعاه ويكفي في ذلك الاستفاضة بمعنى الشهادة بالسمع بأن يشتهر الأمر بين الناس حتى يصير معروفاً بينهم ويقول جمع كبير من الناس سمعنا أن فلانا ابن فلان^(٢) .

(٤) القيافة

وهي مصدر قاف بمعنى تتبع أثره ليعرفه ، يقال : فلان يقوف الأثر ويقتافه والقائف هو الذي يتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه^(٣) ، والمراد بها هنا / الذي يعرف النسب بفراسسته ونظره إلى أعضاء المولود^(٤) .

وقد ذهب الحنفية إلى أن القيافة لا يلحق بها النسب لأنها ضرب من الظن والتخمين بينما ذهب جمهور العلماء بالأخذ بها لدلالة السنة والآثار عليها ، ومنها حديث عائشة رضي الله عنها قالت : دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم مسروراً تَبْرُقُ أسارير وجهه ، فقال " : ألم تري أن مجزراً المدلجي نظر آنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامها فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض^(٥) .

وجه الدلالة

أن سرور النبي ﷺ دال على إقراره بالقيافة وحاشاه عليه الصلاة والسلام أن يسمع باطلاً فيقره أو يسكت عنه^(٦) .

^١ - انظر : المسبوط للسرخسي ١٧ / ١٠٢ ، حاشية الدسوقي ٣ / ٤١٢ ، إعانة الطالبين للبكري ٣ / ٢٨٣ ، المغني لابن قدامة ٨ / ٦١ .

^٢ - انظر : سبل السلام للصنعاني، ٤ / ١٣٧ ، زاد المعاد لابن القيم ٥ / ٤١٧ ، بداية المجتهد لابن رشد ٢ / ٣٤٨ ، المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة ١٢ / ١٢٣ .

^٣ - انظر : مادة (قوف) لسان العرب لابن منظور ٩ / ٢٩٣ ، زاد المسير لابن الجوزي ٥ / ٣٤ ، تفسير الطبري ١٥ / ٨٧ .

^٤ - انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٧١ .

^٥ - رواه البخاري .

^٦ - انظر : مواهب الحليل، للخطاب ٥ / ٢٤٧ ، الشرح الكسر للدردير ٣ / ٤١٦ ، حاشية السجمرمي، ٤ / ٤١١ ، روضة الطالبين للنووي ١٢ / ١٠٧ ، الفروع لابن مفلح ٥ / ٢٧ ، منار السبيل لابن ضويان ١ / ٤٣٤ ، المحلى لابن حزم ١٠ / ١٤٩ .

(٥) القرعة

وذلك عند التنازع على طفل ولا بينة لأحدهم فيجری القرعة وهذه أضعف الطرق ولم يأخذ بها جمهور العلماء وهو مذهب الظاهرية وإسحاق ورواية عند الحنابلة وكذا المالكية في أولاد الإمام^(١).

وهذه الطريقة غير معمول بها في هذا الزمان بفضل الله ثم التقدم العلمي في مجال تحليل الدم والبصمة الوراثية إذ شاعت واستقر العمل بها في محل التنازع في النسب ، ولا ريب أن القرعة لا يصار إليها لوجود الدليل المرجح .

النقطة السادسة

مرتبة البصمة الوراثية بين طرق إثبات النسب

لقد افترق الفقهاء المعاصرون في تعيين مرتبة البصمة الوراثية بين طرق إثبات النسب المتعارف عليها إلى مذهبين:

الأول : يجعلها أعلى مراتب طرق إثبات النسب بعد مرتبة الإقرار.

والثاني : يجعلها في المرتبة التكميلية للطرق المثبتة للنسب^(٢).

أولاً : مذهب القائلين بتقديم الأدلة الشرعية

ويمثله أغلب الفقهاء المعاصرين^(٣) إذ يرون أن أعلى مراتب البصمة الوراثية أن تكون في درجة القيافة، وتبقى أدلة إثبات النسب المعهودة على ترتيبها الأصلي: زوجية - بيّنة - إقرار، حيث لا يصار إلى غيرها كاليافة أو البصمة أو القرعة إلا إذا عدت هذه الأدلة، أو حيث يتعذر العمل بها في حالة وقوع التنازع فيها، أمّا إذا وجدت إحداها فلا تقوى البصمة على تضييفها أو إسقاطها، لأنّ هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع، وعامل الوراثة ليس أصلاً من الأصول القاطعة الذي تثبت به البنوة أو الأبوة أو الأمومة، بل هي مجرد ظن أو قرينة يستأنس بها عند الاختلاف على النسب^(٤).

^١ - انظر: التاج والاكليل للعددي، ٦ / ٣٤٠، شرح الزرقاني، ٥ / ١٠٩، المحل، ١٠ / ١٥٠، المدعي لابن مفلح ٥ / ٣٠٧، الفروع لابن مفلح ٥ / ٤٠٩، إعلام الموقعين لابن القيم ٢ / ٦٣، نيل الأوطار للشوكاني ٧ / ٧٨ .
^٢ - انظر هذه الجزئية في: د/ زبيدة اقروفة: الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري ص ٢٦٨، وهي اطروحة دكتوراه وهي مخطوطة.
^٣ - منهم: د. محمد سليمان الأشقر، د. وهبة الزحيلي، د. ناصر عبد الله الميمان، وهو ما أسفرت عنه الحلقة النقاشية لندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة المنعقدة بالكويت في الفترة ٢٨ - ٢٩ / ١٤٢١ / ٢٠٠٠ هـ.
^٤ - " اتفق أكثر الحضور على أنّ البصمة الوراثية ترقى إلى دليل القيافة ولا تتقدم على الشهادة أو الإقرار".
- الشيخ علي جاد الحق ، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة، المرجع السابق، ج ٢، ص ٣٧٠.

أدلة هذا الفريق

إن الأدلة الشرعية المثبتة للنسب ورد العمل بها نصا وإجماعا، والقول بتقديم البصمة عليها إبطال للنصوص الشرعية ومخالفة لإجماع الأمة، واستخدامها بإطلاق يؤدي إلى مزاحمتها لوسائل منصوص عليها شرعا وفي هذا مصادمة للنصوص أيضا^(١).

يقول الدكتور وهبة الزحيلي: "وذلك لأن هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع، فلا يلجأ إلى غيرها إلا عند التنازع في الإثبات، وعدم الدليل الأقوى، أو عند تعارض الأدلة"^(٢).

يجاب عن ذلك أن تلك الأدلة ليست أدلة تعبدية غير معقولة المعنى حتى نتخرج أو نتردد في تقديم البصمة الوراثية عليها أو أية وسيلة علمية أخرى يكشف عنها العلم بل هي أدلة معللة الغرض منها الإثبات والبيان، وهو متحقق بالبصمة الوراثية، ويبقى العمل بتلك الأدلة حيث لا يتيسر الإثبات بغيرها، كما أن تلك الأدلة في حد ذاتها إذا وجد ما يعارضها حسا فإنه يسقط العمل بها كوضع المولود لأقل من ستة أشهر من الزواج اتفاقا ولم يقل أحد أن ذلك إبطال لنص الحديث "الولد للفراش"، أو لإجماع الأمة^(٣).

قال ابن القيم: "فإن الله سبحانه أرسل رسله 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 يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة، فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها"^(٤).

وقال ابن قدامة: "ترك العمل بالبيينة لمعارضة ما هو أقوى منها لا يوجب الإعراض عنها إذا خلت عن المعارض"^(٥).

وعدم العمل بها ليس طعنا في مشروعيتها وحجيتها "لأن الاحتمال أو الغلط إذا تطرق إلى الفرع والتطبيق لا يعني أن الأصل في ذاته ظني أو احتمالي"^(٦).

القول بالأخذ بنتائج الفحص الوراثي إذا عارضت الفراش أو الشهادة أو الاستلحاق أمر مخالف لبعض مقاصد الشرع كالتشوف لاتصال الأنساب واستقرار الأسر والمعاملات،

^١ - الشيبلي، "استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب - نظرة شرعية"، مقال منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية، المرجع السابق، ص ٣٨- الميمان، "البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب"، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية، الإمارات، ٢٠٠٢، ج ٢، ص ٦١٦.

^٢ - "البصمة الوراثية ودورها في الإثبات"، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، الإمارات العربية، ٢٠٠٢، ج ٢، ص ٥٢١.

^٣ - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص ٢٣٣ / ٣١٦.

^٤ - ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص ٢٥.

^٥ - الشرح الكبير بذييل المغني، ط ٢٠٠٤، المرجع السابق، ج ٨، ص ٩٨.

^٦ - بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات الطبية في إثباته، المرجع السابق، ص ٣٥٨.

والستر على المذنبين، حيث سيؤدي العمل بها إلى ضياع وإبطال العديد من الأنساب كانت ستثبت بالأدلة التقليدية لولا تدخل البصمة الوراثية بنتائجها اليقينية لتكشف الحقيقة.

الأمر غير مسلم به على إطلاقه، فأهل العلم يثبتون النسب بتلك الأدلة الشرعية لأنها أقصى ما كان متاحا في زمانهم من معارف يستدل بها على قيام المخالطة الزوجية فاستندوا إلى أمور تقريبية، وهي مبنية على الحس والعقل كاشتراط كون الزوج ممن يولد له، وأن يكون فارق السن مقبولا بين المقر والمقر له، ووضع الحمل بين أقل وأقصى مدته، ويمكننا اختزال كل هذه الشروط المطلوبة في شرط واحد وهو عدم معارضة دليل إثبات النسب لنتيجة البصمة الوراثية^(١).

• عمدة إجازة العمل بالفحوص الجينية والقول بمشروعيتها هو قياسها على القيافة فتنزل إذا منزلتها ولا تتقدم على الأدلة الأخرى^(٢).

ثانياً : مذهب المخالفين

يرى أصحابه وهم ثلة من أهل العلم المعاصرين أنّ البصمة الوراثية يصح أن تكون أولى بالإعمال من أدلة إثبات النسب التقليدية إذا تعارضت نتائجها مع فراش الزوجية أو الشهادة أو الإقرار بأنواعه، وهي بذلك ليست دليلاً مستقلاً بذاتها تتقدم على تلك الأدلة الشرعية وإنما هي بمثابة شرط حسي لصحة الأخذ بتلك الأدلة من جهة، ومن جهة أخرى تعد مانعاً شرعياً من قبول تلك الأدلة الظنية إذا تعارضت معها، فهي تدعم دلالة تلك الوسائل الظنية وترفعها إلى مقام اليقين على أساس أنّها قرينة^(٣) قاطعة تصاحب الدليل الشرعي وليست دليلاً مستقلاً بذاتها^(٤).

وقد نصت ندوة الكويت حول "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية -" في إحدى توصياتها «البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية، العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية، ولاسيما في مجال الطبّ الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء، من غير قضايا الحدود الشرعية»^(٥).

^١ - المرجع السابق، ص ٣٦٢.

^٢ - الميمان، «البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطبّ الشرعي والنسب»، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية، الإمارات، ٢٠٠٢، ج ٢، ص ٦١٦.

^٣ - "القرينة: هي الوسيلة التي يتوصل بها إلى استنتاج أساسي تطمئن إليه النفس لإثبات واقعة أو نفيها عند انعدام البيّنة القاطعة"، محمد الحاج الناصر، «الإثبات بالقرائن أو الإمارات»، مقال منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ١٢، ٢٠٠٠، ص ٩٨.

^٤ - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص ٢٣٩ و؛ بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات الطبيّة في إثباته، المرجع السابق، ص ٣٤٨.

^٥ - ندوة الكويت المنعقدة بتاريخ ٢٣ - ٢٥ جمادى الآخرة ١٤١٩ هـ / ١٣ - ١٥ أكتوبر ١٩٩٨.

وعمده هذا الفريق أنّ الأدلّة التقليديّة مبنية على الظنّ الغالب إذ كلّها لا تفيد القطع بوقوع المخالطة الزّوجية التي تكون سببا للحمل، فلا الشهود وقفوا بأنفسهم على ذلك، ولا قيام الفرائض الشرعي مفض وجوبا لحصول ذلك، ولا الإقرار الذي قد يكون إقرارا على خلاف الحقيقة والواقع، فهي إذاً أدلّة يتطرق إليها الخطأ والنسيان والتزوير، أمّا البصمة فمبنية على اليقين والجزم خاصة إذا روعيت الشروط والضوابط التي حددها الفقهاء تفاديا لاختلاط العينات أو تلوثها وضمانا لسلامة النتائج، ويزداد الوثوق بنتائجها إذا تكرر الفحص في مختبرين منفصلين

أو بين خبيرين لا علم لأحدهما بنتيجة الآخر وكانت النتائج في الحالين متطابقة، وهي شاهد حقيقي على حصول العلاقة الزّوجية، ولا يصار إلى الظنّ إلاّ عند تعذر اليقين^(١).

ويمكن القول ان الرأي الثاني اولى بالاعتبار من الرّأي الأوّل، نظرا لقوة أدلتهم وتماشيهم مع روح ومقاصد الشريعة الإسلامية ونصوصها التي تدعو إلى استنباط علل الأحكام وعدم الجمود على ظواهر النصوص، كما أنّ الغرض من أدلّة الإثبات عموما هو إبراز الحقائق وإسناد الحقوق لأهلها، وطالما وجد دليل علمي موثوق منه يحقق هذا المقصد بصورة أدق وأوضح فالعمل به أولى. والإنسان بفطرته حريص على أن لا ينسب إليه إلاّ من كان من صلبه^(٢).

وقد سبق للفقهاء أن استثنوا من الأدلّة المتفق عليها حالات تتعارض مع الحس والعقل رغم موافقة الأدلّة عليها كقطع النسب عن الصبي والأسير وغيرها فتلحق بها غيرها من الحالات التي تثبت البصمة الوراثية امتناع لحوق النسب بالزّوج.

يقول الدكتور سفيان بن عمر بورقعة: " لأنّ دليل إثبات النسب إذا كان صحيحا فيجب ألاّ يعارض دليل البصمة لأنّ الشرع يقيني، ولا يمكن أن يعارض اليقين اليقين، وإذا ثبت بالبصمة خطأه، فكيف لنا أن نأخذ بالظنّ البيّن خطأه، فالبصمة الوراثية ما هي إلاّ وسيلة للتحقق من دليل صحة الإثبات"^(٣).

والخلاصة

أنّ عامة المعاصرين يرون صحة الاعتماد على البصمة الوراثية و يجب العمل بمقتضاها إذا توفرت الشروط اللازمة، تكون مطلوبة ودليلا يعتمد عليه خاصة في حالات التنازع وحالات الاشتباه وحالات الاختلاط سواء في الأطفال أو الجثث أو الحروب والكوارث.

^١ - بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات الطّبيّة في إثباته، المرجع السابق، ص ٣٥٢/٣٥٣.

^٢ - المرجع السابق، ص ٣٥٢/٣٥٣.

^٣ - انظر: النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، المرجع السابق، ص ٣٥٩، النجيمي محمد بن يحيى حسن، " التحليل البيولوجي للجينات وحجيتها في الإثبات"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، عدد ٣٧، ٢٠٠٤، ص ٨٣.

والواقع أن العمل بالقرائن أمر ضروري لا مفر منه ، و لا يوجد من العلماء من أستطاع أن يتجنب الأخذ بالقرائن كلية ، وحتى المانعون لها بنوا أحكامهم عليها وعملوا بها في كثير من المواضع ومن يستقري كتب الفقه الإسلامي يجد مسائل لا حصر لها أعتمد الفقهاء فيها على قرائن الأحوال . ومن ذلك ما يأتي :

أولاً : الحكم على الخنثى هل هو رجل أو امرأة على الأمارات التي تدل على ذلك.

ثانياً : اعتبار سكوت البكر موافقة منها على الزواج ، والسكوت ليس إلا قرينة على رضاها .

ثالثاً : عدم قبول إقرار المريض مرض الموت لو ارثه لاحتمال تهمة محاباة المقر له ، وهي قرينة ظاهرة .

فهذه أمثلة على بعض المسائل التي حكم الفقهاء فيها بالقرائن المجردة على أي دليل آخر ، أو ردتها للدلالة على ما ذكر من أن جمهور الفقهاء قد ذهبوا إلي القول بمشروعية الحكم بالقرائن^(١).

النقطة السابعة

حكم البصمة الوراثية

لم يتناول الفقهاء القدامى البصمة الوراثية لأنها كشف حديث . ولما كانت كذلك فأصبحت نازلة من النوازل التي يجب الكشف عن حكمها حتى لا تبقى بدون حكم شرعي.

وبالنظر لطبيعة البصمة الوراثية من حيث تعلقها بأفعال المكلفين فإنها تعترها الأحكام الخمسة من الوجوب والتحريم والندب والكره والإباحة، بحسب الأحوال والظروف والعلائق التي تحيط بها^(٢)، أمّا الأخذ بها والاستفادة منها كحقيقة علمية مجردة فهي مشروعة وأدنى مراتبها الإباحة^(٣) للأدلة الآتية:

❖ الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم^(٤) استصحاب الحكم: البراءة الأصلية .

نظرا لانعدام النص الشرعي فيها، فهي من الإباحة العقلية، وقد دلت نصوص صريحة على أن أصل الأعيان والأفعال هو الإباحة لا الحظر، منها حديث سلمان الفارسي قال: سئل

^١ - انظر: د/ زبيدة اقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب ص ٢٢٩ - ٢٣٤.

^٢ - انظر سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، ص ١١٢.

^٣ - ولم أقف على رأي فقهي أو فتوى لأهل العلم يحرم تعلمها أو العمل بها، إنما الخلاف بين المعاصرين في تعيين مجالات = الأخذ بها والاستفادة منها، وهو ما صرح به أيضا الدكتور سعد الدين مسعد هلال في كتابه البصمة الوراثية، المرجع السابق، ص ٩٧.

^٤ - السيوطي، الأشباه والنظائر في القواعد الفقهية، المرجع السابق، ص ٨٨.

رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ السَّمْنِ وَالْجُبْنِ وَالْفِرَاءِ قَالَ: «الْحَلَالُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَالْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ مِمَّا عَفَا عَنْهُ»^(١)، والبصمة لا دليل على منعها وإنما يجب فقط مراعاة ألا تصادم ما هو منصوص عليه، وألا تخالف مقصود الشرع وذلك ممكن بوضع قيود وشروط لاستخدامها^(٢).

❖ مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، إذ للمسلم أن ينشئ ما شاء من العقود، ومن المعاملات التي يحتاج إليها بشرط أن لا تتعارض مع أصل شرعي، والبصمة معاملة يُحتاج إليها في كثير من المجالات حيث تكون الدليل الفني الصادق الذي يحسم الخلاف، وهي داخلة في باب العادات التي تناط أحكامها بمصالح الناس.

البصمة تعتبر في حكم المنصوص على طلبها^(٣).

إذ هي آية من آيات الله التي تدل على وحدانيته وتفرده بالخلق لقوله تعالى: ﴿وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ﴾^(٤).

وقوله جلّ وعلا: ﴿سُنُّرِهِمْ آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾^(٥).

❖ قياس الطبعة الوراثية على القيافة من باب أولى^(٦) لكونهما سبيلين للتعرف على روابط القرابة بين طرفين^(٧)، فالقيافة مقارنة بين الصفات الخارجية ومشروعيتها ثابتة بالنص على قول الجمهور، في حين البصمة مقارنة بين الصفات الوراثية الخفية المخزونة في جسم الأدمي بصورة أدق وأصح، كما أن استعمالها أوسع، إذ لا يقتصر على النسب وحده بل يتعدى إلى المجال الجنائي بالكشف عن المجرمين والتحقق من المتهمين ومن منتحلي هويات الغير، فهي بذلك أولى بالاعتبار والمشروعية من القيافة.

^١ - رواه الترمذي في سننه (تحقيق محمد علي ومحمد عبد الله، القاهرة: دار ابن الهيثم، ط ١، ٢٠٠٤)، كتاب اللباس عن رسول الله، باب ما جاء في لبس الفراء، ح رقم ١٦٢٧، ص ٤٥٧؛ وَقَالَ: وَفِي الْبَابِ عَنِ الْمُعْبِرَةِ وَهَذَا حَدِيثٌ غَرِيبٌ لَا نَعْرِفُهُ مَرْفُوعًا إِلَّا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ وَرَوَى سَفِيَانٌ وَغَيْرُهُ عَنْ سُلَيْمَانَ التَّمِيمِيِّ عَنْ أَبِي عَثْمَانَ عَنْ سَلْمَانَ قَوْلَهُ وَكَأَنَّ هَذَا الْحَدِيثَ الْمَوْقُوفَ أَصَحُّ وَسَأَلْتُ الْبُخَارِيَّ عَنْ هَذَا الْحَدِيثِ فَقَالَ: مَا أَرَاهُ مَحْفُوظًا رَوَى سَفِيَانٌ عَنْ سُلَيْمَانَ التَّمِيمِيِّ عَنْ أَبِي عَثْمَانَ عَنْ سَلْمَانَ مَوْقُوفًا، قَالَ الْبُخَارِيُّ وَسَيْفُ بْنُ هَارُونَ مُقَارِبُ الْحَدِيثِ وَسَيْفُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَاصِمٍ ذَاهِبُ الْحَدِيثِ؛ ابن ماجه في سننه، كتاب الأطعمة، باب أكل الجبن و السمن، ح رقم ٣٣٦٧، ص ٣٦٥، واللفظ لهما؛ قال محقق سنن ابن ماجه: حديث حسن؛ قال ابن القيم: هذا إسناد جيد مرفوع (إعلام الموقعين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، بيروت: دار الجيل، ١٩٧٣، ج ١، ص ٢٥١).

^٢ - الاشبيلي، "استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب: نظرة شرعية"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المرجع السابق، ص ٢٦.

^٣ - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية، المرجع السابق، ص ١١٠ - ١١١ .

^٤ - الذاريات: ٢١ .

^٥ - فصلت: ٥٣ .

^٦ - قياس الأولى: هو إثبات حكم المنطوق به للمسكوت عنه لأنه أولى، كتحريم الضرب من قوله تعالى: ﴿رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا فِي نُفُوسِكُمْ إِن تَكُونُوا صَالِحِينَ فَإِنَّهُ كَانَ لِأَوَّلِيْنَ غَفُورًا﴾ (الإسراء: ٢٣)؛ ابن جزى محمد، تقريب الوصول إلى علم الأصول، تحقيق محمد علي فركوس، ط ١، الجزائر: دار التراث الإسلامي، ١٩٩٠، ص ١٣٨.

^٧ - النجار مصلح بن عبد الحي، "البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي"، بحث منشور في كتاب مستجدات طبية معاصرة من منظور فقهي، إيداد أحمد إبراهيم و النجار مصلح بن عبد الحي، ط ١، الرياض: مكتبة الرشد، ٢٠٠٥، ص ٢١٧.

❖ هناك حالات من صور التنازع في الأنساب تحدث بسبب اختلاط المواليد في الحالات العادية وأثناء الكوارث الطبيعية، تصلح فيها البصمة الوراثية كوسيلة تقطع بتعيين أصول كل مولود، والمحافظة على الأنسال وجوداً من كليات الشرع الواجبة، وتحقيق هذا الواجب متوقف على البصمة، و"ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب":^(١)

❖ إن البصمة الوراثية وسيلة تسلك لأجل تحقيق غرض مشروع وهو معرفة الأنساب، وثبت يقينا اعتداد الشرع به بل والدعوة إلى ذلك ولو من أضعف الطرق كالقرعة، وبالمقابل تُشدد العقوبة وتُغلظ على من يجحد ولده وهو ينظر إليه فقال ﷺ: « وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ احْتَجَبَ اللَّهُ مِنْهُ وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ »^(٢)، فإذا أفضت الوسيلة إلى مقصد مشروع كانت مشروعة، وإذا أفضت إلى مقصد غير مشروع تكون غير مشروعة، وعليه تكون الطبعة الوراثية وسيلة مشروعة وفق مبدأ إعطاء الوسيلة حكم ما تفضي إليه لأنها ترمى إلى تحقيق مصالح العباد الملائمة لمقاصد الشرع^(٤).

❖ إن فقهاء العصر قد تلقوا بالقبول وسائل حديثة مشابهة للبصمة قدّمت للإنسانية خدمات في مجالات عدّة دون أن يرُدّها أحد بدعوى أنّها لم يعرفها الأوائل ولم ينص عليها الشرع، وهذا بمثابة نوع من الإجماع العملي كإقرار بصمات البنان والأذن والعرق وخطوط الجلد، والتوقيع الخطي، والصور الفوتوغرافية والتسجيلات الصوتية والمرئية، وكلّها مُعين حاذق في إثبات الهوية وتمييز الأشخاص شأنها في ذلك شأن البصمة الوراثية^(٥).

خلاصة القول أنّ الطبعة الوراثية للفرد سبيل مشروع يلائم قواعد وأصول الشرع إذا نظرنا إلى الغايات والمنافع التي تقدمها للإنسانية وقد ترقى إلى مستوى الندب والاستحباب استناداً إلى النصوص التي تأمر بالتثبت في الأقوال والأفعال وعدم إصدار الأحكام جزافاً، ووجوب أداء الحقوق لأهلها متى أثبتت البيّنة ذلك كقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ ﴾^(٦).

^١ - السيوطي، الأشباه والنظائر في القواعد الفقهية، المرجع السابق، ص ١٧٤.
^٢ - النجار، "البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي"، بحث منشور في كتاب مستجدات طبية معاصرة من منظور فقهي، إياها أحمد إبراهيم والنجار، المرجع السابق، ص ٢١٩.
^٣ - سبق تخريجه ص ٢١.
^٤ - ويح أشرف عبد الرزاق، موقع البصمة الوراثية من وسائل النَّسب الشرعية، (ط، بلا)، القاهرة: دار النهضة العربية، (د، ط)، ص ١٢١؛ الشبيلي، "استخدام البصمة الوراثية في إثبات النَّسب: نظرة شرعية"، المجلة العربية للدراسات الأمنية، المرجع السابق، ص ٢٥.
^٥ - الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطَّبِّي، المرجع السابق، ص ٢٦٤.
^٦ - الحجرات، ٦: ٦.

فهي وسيلة يستعين بها القضاة لنفي التهم عن البرءاء، وإثباتها على الفاعلين الحقيقيين، وإلحاق الأنساب بأهلها حتى لا تضيع هدرا أو تنسب لغير أصحابها، وهذا كله يدخل في إظهار الحق وزهق الباطل مما يردع الظالم وينصف المظلوم.

واستنادا أيضا إلى عموم الأمر بالتداوي من العلل والأمراض وإزالة العذر كقوله ﷺ: « نَعَمْ يَا عِبَادَ اللَّهِ تَدَاوَوْا، فَإِنَّ اللَّهَ لَمْ يَضَعْ دَاءً إِلَّا وَضَعَ لَهُ شِفَاءً أَوْ دَوَاءً إِلَّا دَاءً وَاحِدًا، فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ: وَمَا هُوَ؟ قَالَ: الْهَرَمُ »^(١)، وقوله أيضا: « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »^(٢).

ولا يخفى ما حققته الأبحاث الطبية والدراسات البيولوجية من خدمات للإنسانية في مجال الكشف عن الأمراض ومكافحتها بعد التعرف على المورثات ومواقعها ووظائفها في جسم الإنسان^(٣).

النقطة التاسعة

علاقة البصمة الوراثية باللعان

اللعان : شهادات تجري بين الزوجين مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعان من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة .

واللعان لغة من مصدر لاعن يلاعن ملاءنة ولعانا ، وهو مشتق من اللعان ، وهو الطرد والإبعاد لبعدهما من الرحمة ، أو لبعد كل منهما عن الآخر ، ولا يجتمعان أبدا ، واللعان والالتعان والملاعنة بمعنى ، ويقال تلاعنا والتعنا ، ولاعن الحاكم بينهما^(٤) ، وهو شرعا هو عند المالكية : "حلف زوج مسلم على زنا زوجته أو نفي حملها منه وحلفها على تكذيبه"^(٥) عبارة عن شهادات مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعان قائمة مقام حد القذف في حقه وحد الزنا في حقها إذا تلاعنا سقط حد القذف عنه وحد الزنا عنها ، كذا فسر

العلماء الحنفية ، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿١﴾ .

^١ - رواه الترمذي بهذا اللفظ وقال الترمذي : هذا حديث صحيح. رواه البخاري في صحيحه " كتاب الطب « باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء. برقم: 5354.

^٢ - رواه ابن ماجة في سننه ، كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ، ح رقم ٢٣٤١ ، ص ٢٥٢. هذا حديث صحيح الاسناد ؛ مالك في الموطأ ، كتاب الأقضية ، القضاء في المرفق ، ح رقم ١٤٢٦ ، ص ٤٢٤ . قال الحاكم : على شرط مسلم. ولم يخرجاه. المستدرک ط ، بلا ، بيروت ، دار الكتاب العربي ، ١٣٤١هـ ، ج ٢ ، ص ٦٦ . وقال الألباني: حديث صحيح (سلسلة الأحاديث الصحيحة ، ط ٤ ، بيروت ودمشق: المكتب الإسلامي ، ١٩٨٥ ، ج ١ ، ص ٤٤٣).

^٣ - انظر: د/ زبيدة اقروفة ، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب ص ٢٢٩ - ٢٣٤. المرجع السابق.

^٤ - الجوهري ، الصحاح ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص ٢١٩٦ ؛ الفيروزبادي ، القاموس المحيط ، المرجع السابق ، ج ٤ ، ص ٢٧٩ ؛ مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٨٢٩.

^٥ - الدردير ، الشرح الصغير ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ١٩١.

^٦ - النور: ٤ - ٦ .

وقد شرع اللعان لدرء الحد عن الزوج إذا قذف زوجته بلا شهود أو أراد قطع نسب الحمل أو الطفل المولود عنه ، وهي أيضاً حماية وصيانة لعرض الزوجة ودفعاً للحد عنها^(١) والطريقة التي جاءت به النصوص الشرعية لنفي النسب هو اللعان .
فهل يصح نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا جاءت النتائج تؤكد ذلك ويكتفى بها أم لا بد من اللعان أيضاً ؟ .

اختلف الفقهاء المعاصرون في صحة نفي النسب بالبصمة الوراثية فقط دون اللعان ويمكن تلخيص آرائهم على النحو التالي:

القول الاول

لا ينتفى النسب الشرعى الثابت بالفراش (الزوجية الصحيحة) إلا باللعان فقط ، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان .

وهذا القول عليه عامة الفقهاء المعاصرين ومنهم على محى الدين القره داغى وعبد الستار فتح الله سعيد^(٢) ، ومحمد الأشقر^(٣) . وعليه قرار مجمع الفقه الإسلامى بالرابطة ، وجاء فيه " لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ، ولا يجوز تقديمها على اللعان " ^(٤) .

القول الثاني

يمكن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية إذا تيقن الزوج أن الحمل ليس منه .

وهذا الرأي ذهب إليه محمد المختار السلامي^(٥) ، ويوسف القرضاوي^(٦) ، وعبد الله محمد عبد الله^(٧) .

القول الثالث

إن الطفل لا ينفى نسبه باللعان إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد صحة نسبة للزوج ولو لاعن ، وينفى النسب باللعان فقط إذا جاءت البصمة تؤكد قوله وتعتبر دليلاً تكميلاً .

^١ - انظر: سنن الترمذى ، " كتاب الطلاق، واللعان عن رسول الله ﷺ " باب ما جاء في طلاق السنة.
^٢ - انظر : البصمة الوراثية من منظور الفقه الاسلامي ص ٢٥ ، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ص ١٨ - بحث مصور مقدم للمجمع الفقهي بالرابطة ١٤٢٢هـ .
^٣ - انظر : اثبات النسب بالبصمة الوراثية لمحمد الأشقر ص ٤٤١ - ٤٦٠ ، ضمن مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية - الوراثة والهندسة الوراثية -
^٤ - انظر : ملاحق البحث ، جريدة الشرق الأوسط بتاريخ ٢٧ / ١٠ / ١٤٢٢هـ الموافق ١١ يناير ٢٠٠٢م . وجاء هذا القرار بالأغلبية .
^٥ - انظر :. اثبات النسب بالبصمة الوراثية لمحمد المختار السلامي ، ص ٤٠٥ - ضمن البحوث المقدمة للندوة الفقهية الحادية عشرة من أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ١٤١٣هـ .
^٦ - انظر :. مناقشات موضوع البصمة الوراثية بالمجمع الفقهي السادس عشر بمكة في ٢٥ / شوال / ١٤٢٢هـ الموافق ٩ / يناير ٢٠٠٢م .
^٧ - انظر : الوراثة والهندسة الوراثية والحنوبم الشرى ١ / ٥٠٦ ، ٥١٠ ضمن المناقشات الفقهية للبصمة الوراثية في الندوة الحادية عشرة من أعمال المنظمة الطبية الإسلامية للعلوم الطبية .

وهذا الرأي ذهب إليه نصر فريد واصل ، وعليه الفتوى بدور الإفتاء المصرية ^(١) .

القول الرابع

إذا ثبت يقيناً بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج فلا وجه لإجراء اللعان وينفى النسب بذلك ، إلا أنه يكون للزوجة الحق في طلب اللعان لنفي الحد عنها لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء شبهة ، وإذا ثبت عن طريق البصمة الوراثية أن الولد من الزوج وجب عليه حد القذف .

وهذا الرأي ذهب إليه سعد الدين هلالى ^(٢) .

الأدلة

أولاً : استدلال القائلون بأن النسب لا ينفي إلا باللعان فقط بما يلي :

(١) قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ * إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ * وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ * وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ * عَنْهَا الْعَذَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ * وَالْخَامِسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ * وَكُلًّا فَضَّلُ اللَّهُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ ﴿٣﴾ .

وجه الدلالة

أن الآية ذكرت أن الزوج إذا لم يملك الشهادة إلا نفسه فيلجأ للعان ، وإحداث البصمة بعد الآية تزيد على كتاب الله " ومن أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد " ^(٤) .

(٢) عن عائشة رضی اللہ عنہا قالت كان عتبة عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة منى فأقبضه إليك ، فلما كان عام الفتح أخذه سعد فقال ابن أخى عهد إلى فيه فقام عبد بن زمعة فقال أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فتساوقا (تدافعا) إلى النبى ﷺ فقال سعد : يا رسول الله ابن أخى قد كان عهد إلى فيه ، فقال عبد بن زمعة أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه ، فقال النبى ﷺ هو لك يا عبد بن زمعة

^١ - انظر : : بحثه البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ص ٣٠ - بحث مقدم للمجمع الفقهي الحادي عشر بالرابطة ١٤٢٢هـ .

^٢ - انظر : : البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها لسعد الدين مسعد الهلالى ص ٢١ - بحث مقدم للمجمع الفقهي الحادي عشر بالرابطة ١٤٢٢هـ .

^٣ - النور: ٤ - ١٠ .

^٤ - انظر : مناقشات البصمة الوراثية بالمجمع الفقهي بالرابطة في الدورة السادسة عشرة ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م والاستدلال لصالح الفوزان .

الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبي منه لما رأى من شبهه بعته فما رآها حتى لقي الله^(١).

وجه الدلالة

إن الرسول ﷺ أهدر الشبهه البين وهو الذي يعتمد على الصفات الوراثية وأبقى الحكم الأصلي وهو " الولد للفراش " فلا ينفي النسب إلا باللعان فحسب^(٢) .
(٣) حديث ابن عباس في قصة الملاعنة وفيه " : أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الإليتين ، خدلج الساقين فهو لشريك بن سحماء ... فجاءت به كذلك فقال النبي ﷺ : لولا ما قضي من كتاب الله لكان لي ولها شأن"^(٣).

وجه الدلالة :

قال عبد الستار فتح الله : " إذا نفى الزوج ولداً من زوجته ولد على فراشه فلا يلتفت إلى قول القافة ولا تحليل البصمة الوراثية لأن ذلك يعارض حكماً شرعياً مقررأ وهو إجراء اللعان بين الزوجين ، ولذلك ألغى رسول الله ﷺ (دليل الشبهه) بين الزانى والولد الملاعن عليه ... ودليل (الشبهه) الذي أهدره رسول الله ﷺ هنا يعتمد على الصفات الوراثية فهو أشبهه بالبصمة الوراثية ومع ذلك لم يقو على معارضة الأصل الذي نزل به القرآن في إجراء اللعان"^(٤) .

وقال ابن القيم تعليقاً على الحديث السابق أن فيه " إرشاد منه ﷺ إلى اعتبار الحكم بالقافة ، وأن للشبهه مدخلاً في معرفة النسب ، وإلحاق الولد بمنزلة الشبهه ، وإنما لم يلحق بالملاعن لو قدر أن الشبهه له ، لمعارضة اللعان الذي هو أقوى منه الشبهه له "^(٥) .

(٤) إن الطريق الشرعى الوحيد لنفى النسب هو اللعان ولو أن الزوجة أقرت بصدق زوجها فيما رماها به من الفاحشة فإن النسب يلحق الزوج لقوله ﷺ : " الولد للفراش وللعاهر الحجر " ولا ينتفى عنه إلا باللعان ، ثم كيف يجوز إلغاء حكم شرعى بناء على نظريات طبية مظنونة^(٦) .

^١ - أخرجه البخارى (٨٥) كتاب الفرائض (١٨) باب الولد للفراش ، برقم ٦٧٤٩ ، ومسلم (١٧) كتاب الرضاع (١٠) باب الولد للفراش وتوقى الشبهات برقم ١٤٥٧ وفيه لفظ " فرأى شبهأ بينأ بعته .
^٢ - انظر : البصمة الوراثية في ضوء الإسلام لعبد الستار فتح الله ص ١٩ ، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها لعمر السبيل ص ٤٣ - ٤٤ .
^٣ - رواه البخارى ومسلم .
^٤ - انظر : بحثه البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ص ١٨
^٥ - انظر : زاد المعاد لابن القيم ٥ / ٣٦٢ .
^٦ - انظر : البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها لعمر السبيل ، ص ٢٩ - ٣٠ وقوله إنها مظنونة فيها نظر فالذى عليه قول أهل الاختصاص أنها قطعية والمتعمن الرجوع إلى أقوالهم في المسائل التى تخصهم . انظر بحث دور البصمة الوراثية في اختبارات الأبوة للطبيبة صديقة العوضى ص ٣٥٠ ، بحث البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات النوبة للطبيب سفيان العسول ، ص ٣٨٧ ، البصمة الوراثية ومدى حجيتها لسعد العنزى ، ص ٤٣٢ ، إثبات النسب بالبصمة الوراثية لمحمد الأشقر ص ٤٥٥ ضمن البحوث المقدمة للندوة الفقهية الحادية عشرة من أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ١٤١٩هـ .

(٥) إننا لا نستطيع أن نعتد على البصمة فحسب ونقيم حد الزنا على الزوجة، بل لابد من البينة ، فكيف تقدم البصمة على اللعان ولا نقدمها على الحد .
ثانياً : أدلة القائلين باعتبار البصمة الوراثية :

(أ) قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ * إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ * وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿١﴾ .

وجه الدلالة :

أن اللعان يكون عندما ينعدم الشهود وليس ثمة شاهد إلا الزوج فقط حينئذ يكون اللعان . أما إذا كان مع الزوج بينة كالبصمة الوراثية تشهد لقوله أو تنفيه فليس هناك موجب لللعان أصلاً لاختلال الشرط في الآية .

(ب) إن الآية ذكرت درء العذاب ، ولم تذكر نفي النسب ولا تلازم بين اللعان ونفي النسب ، فيمكن أن يلعن الرجل ويدراً عن نفسه العذاب ولا يمنع أن ينسب الطفل إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية (١) .

(ج) قوله تعالى ﴿ قَالَ هِيَ رَاوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلِ فَصَدَقْتَ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾ * وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٢﴾ .

وجه الدلالة

أن شق القميص من جهة معينة اعتبرت نوعاً من الشهادة والبصمة الوراثية تقوم مقام الشهادة. (٤) .

(د) إن نتائج البصمة يقينية قطعية لكونها مبنية على الحس ، وإذا أجرينا تحليل البصمة الوراثية وثبت أن الطفل من الزوج وأراد أن ينفيه ، فكيف نقطع النسب ونكذب الحس والواقع ونخالف العقل ، ولا يمكن البتة أن يتعارض الشرع الحكيم مع العقل السليم في مثل هذه المسائل المعقولة المعنى وهي ليست تعبدية .
فإنكار الزوج وطلب اللعان بعد ظهور النتيجة نوع من المكابرة والشرع يمتنزه أن يثبت حكماً بني على المكابرة

١ - النور: ٤ - ٦ .
٢ - انظر : المناقشات التي جرت حول البصمة الوراثية بالمجمع الفقهي بالرابطة في الدورة السادسة عشرة بمكة شوال ١٤٢٢ هـ ، وهذا التوجيه للصادق الضيرير .
٣ - يوسف: ٢٦ ، ٢٧ .
٤ - انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون ٢ / ٩٥ ، معين الحكام للطرابلسي ص ١٦٦ .

(٥) أن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب رعاية لحق الصغير ومخالفة البصمة لقول الزوج في النفي يتنافى مع أصل من أصول الشريعة في حفظ الأنساب ، وإنفاذ اللعان مع مخالفة البصمة لقول الزوج مع خراب الذمم عند بعض الناس في هذا الزمان وتعدد حالات باعث الكيد للزوجة يوجب عدم نفي نسب الطفل إحقاقاً للحق وباعثاً لاستقرار الأوضاع الصحيحة في المجتمع .

و من خلال هذه الدراسة المختصرة في الموضوع يمكن عرض أهم النتائج المتوصل إليها من قبل كثير من الباحثين والعلماء المختصين في هذا المجال وهذه النتائج هي على النحو الآتي :

- (١) البصمة الوراثية الاعتماد عليها امر ضروري في الإثبات القانوني ، لذا لا بد من الاستعانة بها .
- (٢) أنها تظهر الحقيقة بأسرع وقت ممكن و بدقة عالية متناهية ، كما انها تختصر الوقت في إجراءات المحاكمة على الجاني وفيما يتعلق بقضايا النسب .
- (٣) يجب مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل الثابتة وغير قابلة للتغيير والاجتهاد فيما يتعلق بالنسب و الجنائية. ولا ينبغي مصادمة مثل هذه الأحكام الشرعية و إلا سنرتكب محظورا و إثما مبينا
- (٤) لا يعتمد على نتيجة البصمة الوراثية إلا اذا اجريت في مخابر معتمدة أو معامل معتمدة عند اهل الاختصاص. وهذا لا يمكن الاعتماد عليه الا من الخبراء المختصون واهل الطب الشرعى.
- (٥) يمكن القول ان إمكانية الخطأ في نتيجة البصمة الوراثية يكاد يصل إلى درجة الإستحالة ، مما يؤكد قوتها في الحجة.
- (٦) ضرورة إضافة قرينة قوية جديدة تسمى البصمة الوراثية في الإثبات كمادة معتمدة في المنهج التعليمي معتمد من ذوى الخبرات و الإختصاصات ممن يهتمون بالأمر ، لتخريج أفراد قادرين على العمل القضائي فيما يتعلق بالنسب و الجنائية.

النقطة الثامنة

موقف المؤسسات العلمية من البصمة الوراثية

الفرع الأول

عرض الندوات والملتقيات

لقد أدرك فقهاء الشريعة الإسلامية أهمية موضوع البصمة الوراثية وضرورة معالجتها من منظور شرعي حتى لا يُترك جمهور الأمة وعوامها مترددا حائرا بين الإقدام والإحجام، خاصة وأنّ الحالة تمس موضوعا حساسا يرتبط بالأعراض والأنساب، ولهذا فمن سنوات

خلت بل في بكورة بروز هذا الموضوع إلى الساحة في أوائل الثمانينات وقبل أن يطاء أرض البلدان العربية والإسلامية، بادرت نخبة الأمة الإسلامية وأخبارها من العلماء والفقهاء المفتين والقانونيين والأطباء كل من موقع عمله وتخصصه إلى السعي الحثيث لكشف حقيقة هذه التقنية وطرق إجرائها وحجية نتائجها وضوابط العمل بها حتى لا تترك المسألة معلقة دون بيان حكم الشرع فيها فيستغلها أهل الزيغ والشبه حجة لاتهام الشريعة الإسلامية بالعجز والقصور عن مواكبة العصر من جهة، ومن جهة أخرى حتى لا يُقحم من لا يفقهون في الدين أنفسهم في الميدان ليفتوا عن غير علم فيضلون ويضلون، فكان من ذلك أن عُقدت مؤتمرات وندوات خصيصا لهذا الموضوع تحت لواء بعض الجامعات وبعض المؤسسات والمنظمات التي تهتم وتتصدى لموضوعات الساعة وطوارئ العصر، ومنها:

- (١) مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثالثة المنعقدة بالأردن بتاريخ ٨ - ١٣ صفر ١٤٠٧هـ / ١١ - ١٦ أكتوبر ١٩٨٦.
- (٢) الندوة الطبية الفقهية الحادية عشرة بالكويت بعنوان "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية- " بمشاركة مجمع الفقه الإسلامي بجدة والمكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية بالإسكندرية والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة في الفترة من ٢٣ - ٢٥ جمادى الآخرة ١٤١٩هـ / ١٣ - ١٥ أكتوبر ١٩٩٨.
- (٣) ندوة مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة بمكة بتاريخ ١١ رجب ١٤١٩هـ الموافق ٣١ أكتوبر ١٩٩٨.
- (٤) ندوة حول مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت يومي ٢٨ - ٢٩ محرم ١٤٢١هـ الموافق ٣ - ٤ ماي ٢٠٠٠.
- (٥) الدورة السادسة عشرة لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة بمكة في الفترة من ٢١ - ٢٦ شوال ١٤٢٢هـ / ٥ - ١٠ جانفي ٢٠٠٢ .
- (٦) المؤتمر العلمي حول الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية بالتعاون مع جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بتاريخ ٢٢ - ٢٤ صفر ١٤٢٣هـ الموافق ٥ - ٧ ماي ٢٠٠٢.

الفرع الثاني

عرض القرارات والفتاوى

من خلال الإطلاع على تلك الندوات والملتقيات والدراسات التي عالجت الموضوع من منظور طبي وفقهي في آن واحد - إذ الموضوع طبي بحث من أصله يستوجب قبل إبداء

حكم الشرع فيه استظهار حكم الخبير أولاً إعمالاً لقوله تعالى ﴿الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ ثُمَّ اسْتَوَىٰ عَلَى الْعَرْشِ الرَّحْمَنُ فَاسْأَلْ بِهِ خَبِيرًا﴾^(١).

يمكن حوصلة مجموع نتائج تلك البحوث والدراسات والمناقشات التي جادت بها قرائح العلماء والمختصين بخصوص مختلف المسائل والمحاور المعروضة على بساط البحث والتوصيات والقرارات التي تمخضت عنها في النقاط الآتية:

- لا مانع شرعاً من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي، واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص لقاعدة "درء الحدود بالشبهات"، وذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع ويؤدي إلى النيل من المجرم وعقابه وتبرئة المتهم وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة.
- البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية، ولاسيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء، من غير قضايا الحدود الشرعية.
- إقرار جواز الاستفادة من علم الوراثة في الإرشاد الجيني بالنسبة للمقبلين والمقبلات على الزواج والأفراد والأسر عموماً، بغية التزود بالمعرفة الصحيحة، وتجنب مخاطر الأمراض ومعالجتها قبل استفحالها، وعلى الدول أن تهيئ ظروف وخدمات هذا النوع من العلوم، وتشجع وتوعي بأهميته على نطاق واسع، دون أن يكون هناك إلزام على الأفراد بالخضوع للاختبار الوراثي مع إحاطة نتائج الفحوصات بالسرية التامة.
- تحاط بالسرية الكاملة كافة التشخيصات الجينية المحفوظة أو المعدة لأغراض البحث، أو لأي غرض آخر.
- أما استعمال البصمة الوراثية في مجال الأنساب إثباتاً أو نفياً فقد أرجأت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوتها لسنة ١٩٩٨ البحث فيه إلى ندوة لاحقة بغرض تعميق البحث والإحاطة بالموضوع من كل جوانبه العلمية والشرعية، والتي عقدت لاحقاً بالكويت يومي ٢٨ - ٢٩ محرم ١٤٢١هـ الموافق ٣ - ٤ ماي ٢٠٠٠، وكذا مجلس المجمع الفقهي في دورته الخامسة عشرة لسنة ١٩٩٨ الذي كلف لجنة بإعداد تقرير حول البصمة استناداً إلى دراسة ميدانية، والذي قد تم بالفعل في دورته السادسة عشرة بتاريخ ٢١ - ٢٦ شوال ١٤٢٢هـ الموافق ٥ - ١٠ جانفي ٢٠٠٢.

^١ - الفرقان: ٥٩ .

وكانت القرارات والتوصيات في مجملها قد حددت مجالين للبصمة الوراثية:

المجال الأول: لا يجوز استعمال البصمة لإسقاط نسب ثابت شرعا ولا للتأكد منه، كما يمنع تقديمها على واحد من وسائل الإثبات الشرعية المتفق عليها وهي الزوجية والبيّنة والإقرار، ولا على القواعد الشرعية العامة، ولا تنوب عن اللعان في نفي النسب.

المجال الثاني: ينحصر مجال الاستفادة منها في الأنساب - مع الحيطة والحذر والسرية - في الصور الآتية:

- التنازع على مجهول النسب.
- الوطاء بشبهة.
- انعدام الأدلة أو تكافئها أو تضاربها بدون مرجح.
- الاشتباه في المواليد في المستشفيات أو مراكز الرعاية واختلاطهم في الحالات العادية أو الاستثنائية.
- التحقق من هوية المفقودين والغائبين وأسرى الحروب والجثث المجهولة.

مع ضرورة التأكيد على جملة من الشروط والقيود التي لا بد أن ترافق عملية إجراء الفحوص الوراثية في الحالات المنصوص على جوازها، من حيث منع إجرائها إلا بأمر من القضاء، ومنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاولتها، مع تكوين لجنة في كل دولة تضم مختصين من كل المعارف مهمتها الإشراف على نتائج البصمة واعتمادها، بالإضافة إلى ضرورة الإسراع إلى وضع آلية دقيقة لمنع الاحتيال والخطأ في النتائج، سواء ما تعلق بالجهود البشرية أو بعتاد المختبرات، مع اقتصار سحب العينات - المعدة للفحص - على القدر الذي يراه المختصون ضروريا وكافيا.

ملحق

الأول حسبما ما أقره مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر التي انعقدت في مكة المكرمة في الفترة المنصرمة من ٢١ - ٢٦ شوال ١٤٢١ هـ الموافقة للفترة من ٥ - ١٠ يناير ٢٠٠٢ م ، حسبما أقره من قرارات و توصيات بشأن البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها ، فإن المجلس بعد النظر إلى التعريف الذي سبق للمجمع اعتماده في الدورة الخامسة عشر ، و نصه : (البصمة الوراثية هي البيئة الجينية : نسبة إلى الجينات أي المورثات ، التي تدل على هوية كل إنسان بعينه ، و أفادت البحوث والدراسات العلمية أنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي ، و يمكن أخذها من أي خلية بشرية من الدم ، أو اللعاب ، أو المنى ، أو البول أو غيره) ، و بعد الإطلاع على ما أشتمل عليه تقرير اللجنة التي كلفها المجمع في الدورة الخامسة عشر بإعداده من خلال إجراء دراسة ميدانية مستفيضة للبصمة الوراثية ، و الإطلاع على البحوث التي قدمت في الموضوع من الفقهاء و الأطباء و الخبراء ، و الإستماع إلى المناقشات التي دارت حوله ، تبين

من ذلك كله أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسب الأولاد إلى الوالدين أو نفيهم عنهما ، و في إسناد العينة من الدم أو المنى أو اللعاب ، التي توجد في مسرح الحادث إلى صاحبها ، فهي أقوى بكثير من القيافة العادية (التي هي إثبات النسب بوجود الشبه الجسماني بين الأصل و الفرع) ، و أن الخطأ في البصمة الوراثية ليس وارداً من حيث هي و إنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث و نحو ذلك.

و بناءً على ما سبق قرر ما يأتي :

أولاً : لا مانع شرعاً من الإعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي و اعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي و لا قصاص لخبر القاعدة الفقهية الشهيرة (أدرءوا الحدود بالشبهات) ، و ذلك يحقق العدالة و الأمن للمجتمع ، و يؤدي إلى نيل المجرم عقابه و تبرئة المتهم ، و هذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة.

ثانياً : إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بمنتهى الحذر و الحيطة والسرية ، و لذلك لا بد أن تقدم النصوص و القواعد الشرعية على البصمة الوراثية.

ثالثاً : لا يجوز شرعاً الإعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب و لا يجوز تقديمها على اللعان.

رابعاً : لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً ، و يجب على الجهات المختصة منعه و فرض العقوبات الزاجرة ، لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس و صوناً لأنسابهم.

خامساً : يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية :

(أ) إثبات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء ، سواء أكانت تنازع على مجهول النسب لسبب إنتفاء الأدلة أو تساويها ، أم كان بسبب الإشتراك في وطء الشبهة و نحوه.

(ب) حالات الإشتباه في الميلاد في المستشفيات و مراكز رعاية الأطفال و نحوها ، وكذا الإشتباه في أطفال الأنايب

(ج) حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب ، وتعذر معرفة أهلهم ، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها ، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب و المفقودين.

سادساً : لا يجوز بيع الجينوم البشري لجنس ، أو لشعب ، أو لفرد ، لأي غرض ، كما لا تجوز هبتها لأي جهة لما يترتب على بيعها أو هبتها من المفسد.

سابعاً : يوصي المجمع بما يأتي :

- (أ) أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء ، وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة ، و أن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزوالة هذا الفحص ، لما يترتب على ذلك من المخاطر الكبرى .
- (ب) تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة ، يشترك فيها المتخصصون الشرعيون و الأطباء و الإداريون ، و تكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية ، و اعتماد نتائجها .
- (ج) أن توضع آلية دقيقة لمنع الإنتحال و الغش و منع التلوث و كل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية ، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع ، و أن يتم التأكد من دقة المختبرات ، و أن يكون عدد المورثات (الجينات المستعملة للفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضرورياً دفعاً للشك .

النقطة التاسعة

موقف القضاء الجزائري من البصمة الوراثية

إنّ الكشف عن البصمة الوراثية لكلّ الأفراد تعتبر من أكثر وسائل الإثبات انتشارا في السلك القضائي في معظم محاكم بلدان العالم، وقد أقرت العمل بها المحاكم الجزائرية في غرفة الأحوال الشخصية ابتداء من تاريخ صدور الأمر رقم ٠٢/٠٥ المؤرخ في ٢٧ فيفري سنة ٢٠٠٥ م، إضافة إلى العمل بها في مجال التحقيقات الجنائية والطبّ الشرعي منذ سنين، مع العلم أن نتائج الخبرة الطبيّة لا ترقى إلى درجة القاطع والكفاية في إثبات التهمة، إنّما تتخذ كقرينة قوية يعضد بها القاضي حكمه في القضية، وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة لقبول أو رفض هذه التقنية الجديدة ، ومن غير رقابة عليه خاصة في المجال الجنائي ، أو في مجال الأحوال الشخصية، وهذا بناء على عبارة المشرّع في الفقرة الأخيرة من المادة الأربعين "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النّسب".

إنّ العمل بالخبرة الطبيّة والاعتماد على نتائجها في الكثير من مسائل الأحوال الشخصية أمر معهود في الميدان القضائي، من ذلك تقديم وثيقة طبية من راغبي الزّواج حين إبرام العقد تثبت خلوهما من الأمراض أو العوامل الوراثية التي تشكل خطرا يتعارض مع الزّواج(المادة السابعة مكرّ من ق.أ)، ومنها استعانة القاضي بالخبرة الطبيّة لإثبات العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزّواج قبل الاستجابة لطلب التطليق(المادة الثالثة والخمسون من ق.أ)، والاستعانة بها كذلك لتأكيد وجود آفة عقلية أو بدنية لاستمرار جريان النفقة على الأبناء بعد بلوغهم سن الرشد (المادة الخامسة والسبعون من ق.أ)، وفي الحكم على المجنون والمعتوه بالحجر أو اسقاطه عنهما(المادة الثالثة والثامنة بعد المائة من ق.أ).

وبالرغم من اعتراف اهل القانون من مصداقية نتائج البصمة الوراثية المذهلة، إلا أنّ انطلاق العمل به فعليا قد عرف بعض التأخير بسبب نقص أهل الاختصاص من الكفاءات والإطارات العلمية في المعمل الجنائي . وابتداء من السنوات الاخيرة شرع المختبر في استقبال عدد من القضايا في شتى المنازعات تم فيها الأمر بإجراء التحاليل البيولوجية لتحديد الطبعة الوراثية لأطراف الخصومة بغرض تأكيد رابطة البنوة أو نفيها بين الخصوم والفرع المتنازع عليه.

والمؤكد أنّ عدد طلبات التعرف على النسب إثباتا أو نفيًا في تزايد مستمر، وهذا أكبر دليل على فعالية تقنية تحديد البصمة الوراثية في رفع الخلاف في المجال القضائي ، إذا ما روعيت شروط حفظ العينات خلال كلّ مراحل الفحص.

هذا بالنسبة للعمل القضائي بعد تعديل قانون الأسرة الذي أقرّ ضمنا العمل بأسلوب الاختبارات الوراثية لإثبات النسب متى رأى القاضي لذلك حاجة. أمّا قبل ذلك لم يكن لنتائج تلك الخبرة أي أثر على مجريات الدعوى نظرا للاجتهاد القضائي الذي استقرت عليه المحكمة العليا بهذا الشأن في غرفة الأحوال الشخصية. و أصبح اليوم والحمد لله يتعيّن على قضاة محاكم الدرجة الأولى والثانية الالتزام والتقيد بالخبرة ونتائجها لفض النزاع المطروح على طاولة القاضي للحكم فيها^(١) .

الأستاذ الدكتور كمال بوزيدي

١ - انظر الاكتشافات الطبية : ص ١٦٢ وما بعدها .



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

القرائن المستحدثة ومدى حجيتها

إعداد

الدكتور ثقييل بن ساير الشمري
القاضي بمحكمة التمييز، وعضو المجلس الأعلى للقضاء
عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي
دولة قطر

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

القرائن من وسائل الإثبات المقررة شرعاً وقانوناً من حيث الجملة، وبما أن هذه القرائن وسائل متجددة ومتطورة فقد وجد في هذا العصر أنواع كثيرة من القرائن لم تكن معروفة قديماً، وقد أثبتت الدراسات والبحوث العلمية دقتها وصواب نتائجها في الغالب الأعم. ونظراً لأهميتها فقد اهتم مجمع الفقه الدولي الإسلامي في هذا الموضوع لذلك تلقيت كتاب سعادة الأمين العام للمجمع الذي يطلب فيه الكتابة في موضوع القرائن المستجدة ونزولاً عند هذه الرغبة الكريمة فقد شرعت في جمع ما أحسب أنه يفي بالغرض مع الاختصار وغاية الاقتصار وقد جعلت هذا البحث في ثلاثة مباحث:

- **المبحث الأول:** تعريف القرائن ومشروعيتها.
- **المبحث الثاني:** الحقوق الثابتة بالقرائن.
- **المبحث الثالث:** القرائن المستحدثة وأثرها في الإثبات.

المبحث الأول

تعريف القرائن ومشروعيتها وحكمها

بما أن حجية القرائن المستحدثة أو المعاصرة تدخل في باب القرائن ، فهي إذاً مبنية على مسألة فرعية وهي مدى الاعتداد بالقرائن في الإثبات عند فقهاء الشريعة ، لذا يحسن بنا قبل أن نلج في موضوع البحث أن نبين معنى القرينة ومدى مشروعيتها وحجيتها في الإثبات عند الفقهاء ، ونورد أدلة المانعين عن العمل بها وأدلة المجيزين لها مع بيان الراجح من أقوالهم .

المطلب الأول

تعريف القرائن لغة واصطلاحاً

القرائن لغة : جمع قرينة ، وهي من الفعل قرَنَ بمعنى جمع ، تقول : قرنتُ بين الحج والعمرة : أي جمعت بينهما بإحرام واحد ، وكل ما يُقرن به بين شيئين فهو القران ، لذا يقال لعقد الزواج عقد القران ، وكذلك فإن الفعل قرن يدل على المصاحبة ، فيقال للزوجة أنها قرينة فلان ؛ لمصاحبته إياه على الدوام^(١) .

القرينة في الاصطلاح :

عرف الفقهاء القدامى القرينة بمعنى الأمانة ، وهي ما يلزم من العلم به الظن بوجود المدلول ، كالغيم بالنسبة إلى المطر ، فإنه يلزم من العلم به الظن بوجود المطر ، وهذا تعريف بالمرادف ، ولم يعرفوها تعريفاً كاملاً . وقد يكون السبب في ذلك هو وضوح معناها بالنسبة لهم ، ومع ذلك فإن بعض الفقهاء المتأخرين قد عرفها بأنها : " أمر يشير إلى المطلوب"^(٢) .

أما عند الفقهاء المحدثين فكان لها تعريفات مختلفة نختار منها :

- (١) جاء في مجلة الأحكام العدلية (المادة ١٧٤١) تعريفها بأن: القرينة القاطعة هي الأمانة البالغة حد اليقين .
- (٢) تعريف الشيخ مصطفى الزرقا وهو : "القرينة هي كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه"^(٣) .
- (٣) تعريف الشيخ أحمد إبراهيم الذي نقله عن الأستاذ أحمد نشأت حيث قال : إن القرينة هي: "استتباط الشارع أو القاضي أمراً مجهولاً من أمر معلوم"^(٤) .

^١ انظر: المصباح المنير ، الفيومي : ١٥٨/٢ ، معجم المقاييس في اللغة ، ابن فارس : ص ٨٨٣

^٢ التعريفات ، الجرجاني : ص ١٧٤

^٣ المدخل الفقهي العام ، الشيخ مصطفى الزرقاء : ٩١٨/٢

^٤ طرق الإثبات الشرعية ، أحمد إبراهيم ، ص : ٤٩٣

وهذه التعريفات في الإجمال تدل على أن القرينة علامة ظاهرة يستدل من خلالها على ما خفي من أمور وهي تُوجد عند الإنسان علماً بشيء يكاد أن يكون مماثلاً للعلم الحاصل من المشاهدة والعيان ، وقد يكون مصدر القرينة نص شرعي، وقد يكون المصدر الاجتهاد والعقل^(١). ويمكن تعريفها بأنها : كل أمانة ظاهرة نص عليها الشارع، أو استتبطها أئمة الشريعة باجتهادهم، أو استتجها القاضي من الحادثة وظروفها وما يكتنفها من أحوال، دالة على أمر خفي ، وتتراوح دلالتها بين القوة والضعف، بحسب قوة العلاقة بينها وبين ما تدل عليه من أمر خفي، فقد ترتقي إلى درجة القطع أو تهبط إلى درجة الاحتمال البعيد.

المطلب الثاني

مشروعية القرائن وحجيتها

يعتمد القاضي على البينات لإصدار حكمه ، والبيّنة : هي كل ما يبين الحق ويظهره^(٢) ، وقد نسب ابن تيمية القول بأن البيّنة هي ما يبين الحق ويظهره للجمهور من العلماء حيث قال في مجموع الفتاوى: والأصل عند جمهورهم أن اليمين مشروعة في أقوال الجانبين والبيّنة عندهم اسم لما يبين الحق ، وبينهم نزاع في تفاريع ذلك ، فتارة تكون لوثاً مع أيمان القسامة وتارة تكون شاهداً ويميناً ، وتارة تكون دلائل غير الشهود كالصفة للقطعة^(٣).

قال عليه السلام : " لو يُعطى الناسُ بدعواهم لادعى رجالٌ دماءَ رجالٍ وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه"^(٤) وفي رواية البيهقي : " ولكن البيّنة على المدعي ، واليمين على من أنكر"^(٥)

وانقسم فقهاء الشريعة في الأخذ بالقرائن واعتبارها من طرق الإثبات المعول عليها وقد نتج عن ذلك الانقسام قولان :

القول الأول : جواز القضاء بالقرائن ، وصرح به بعض العلماء من الحنابلة والمالكية والشافعية والحنفية وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، وقال به دلالة أغلب الفقهاء واستخرجوا قرائن كثيرة واستتبطوا علامات جمّة على الوقائع والأحداث وذكروها في كتبهم

(٦)

^١ انظر : وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، محمد الزحيلي : ٤٨٩/٢

^٢ انظر : الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، ابن القيم ص: ١٤

^٣ انظر : مجموع الفتاوى ، ابن تيمية ، ٣٩٢/٣٥

^٤ هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٥٦/٤) رقم (٤٢٧٧) ومسلم (٢/١٢) والترمذي (٥٧٠/٤) وأبو داود

(٢٧٩/٢) والنسائي ٢١٨/٨ وابن ماجه ٧٧٨/٢

^٥ سنن البيهقي ٢٥٣/١٠ : ٦٣/٦

^٦ انظر : وسائل الإثبات ، الزحيلي : ٥١٠/٢

واستدل أصحاب هذا القول بأدلة من الكتاب والسنة ومن المعقول ، فمن الكتاب استدلوا بآيات منها قوله تعالى في قصة يوسف عليه السلام : ﴿ وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ ﴾ (١) ، فقول يعقوب عليه السلام : (بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا) دليل على عدم قناعته بأن الذئب قد أكل يوسف ، بقريئة أن قميصه لم يتمزق ، فاستدل الفقهاء بهذه الآية في أعمال الإمارات في الفقه والقضاء ، قال القرطبي : استدل الفقهاء بهذه الآية في أعمال الإمارات في كثير من مسائل الفقه وأقاموها مقام البينة (٢) :

ومن السنة المطهرة : استدلوا بأحاديث منها قوله صلى الله عليه وسلم : "الولد للفراش وللعاهر الحجر" (٣) فالفراش قريئة على المخالطة المشروعة ، وإنزال ماء الرجل في رحم الزوجة وتكوين الجنين له ، فيكون الولد للزوج ويثبت نسبه منه ، لأن الغالب أن الفراش لا يكون إلا بالزواج الصحيح والمخالطة المشروعة ، فأقيمت القريئة على الغالب من الأحوال ، فالفراش قريئة ، وحكم الرسول صلى الله عليه وسلم بثبوت النسب به فيكون العمل بالقريئة مشروعاً وجائزاً في ثبوت الأحكام (٤) .

ومن المعقول :

إن إهدار الإمارات والعلامات بالكلية يعطل كثيراً من الأحكام ، ويضيع كثيراً من الحقوق ، مع تطور الأساليب في ارتكاب الجرائم ، فكان الاعتماد على القرائن ضرورياً في الحياة وفي القضاء وإلا عجز الناس عن إثبات الحقوق والكشف عن الحقائق ، والتعرف على مرتكبي الجرائم ، فيُشل القضاء وتضيع الحقوق ، وهذا مخالف لمقاصد الشريعة التي تأمر بالعدل والإنصاف ، وتحرص على حفظ الحقوق وحماية الأعراض والدماء والأموال (٥) .

قال ابن القيم : " فالشارع لم يبلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال بل من استقرأ الشرع في مصادره وموارده وجد شاهداً لها بالاعتبار مرتباً عليها الأحكام . ثم قال : ولم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات. وقال أيضاً : والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الإمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهد القرائن الحالية والمقالية أضع حقوقاً كثيرة على أصحابها وحكم بما يعلم الناس بطلانه . وقال أيضاً :

١- يوسف آية ١٨ .
٢- تفسير القرطبي ١٤٩/٩ ، وانظر : تفسير الطبري ١٢/١٦٣ ، تبصرة الحكام ، ابن فرحون المالكي : ١/١٦٢
٣- أخرجه الجماعة عن بضعة وعشرين صحابياً ، انظر : البخاري ٦/٢٤٨١ ح ٦٣٦٨ ، مسلم ١٠/٣٧ ح ١٤٥٨ ، أبو داود ١/٥٢٨ ، الترمذي ٦/٣١٠ ، النسائي ٦/١٤٦ ، ابن ماجه ١/٦٤٦
٤- انظر : وسائل الإثبات ، الزحيلي : ٢/٥٠٤
٥- انظر : الطرق الحكمية ص : ٧٤ ، تبصرة الحكام ١/١٦٢

فمن أهدر الأمارات والعلامات في الشرع بالكلية فقد عطل كثير من الأحكام وضيع كثيراً من الحقوق"^(١).

القول الثاني: منع القضاء بالقرائن ، وصرح به بعض الفقهاء ، وهو قول بعض متأخري الحنفية كالجصاص ، والقراي في من المالكية^(٢). واستدلوا بحديث " لو كنت راجماً أحداً بغير بيّنة لرجمت فلانة فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيأتها ومن يدخل عليها"^(٣). ففي هذا الحديث بين النبي ﷺ عدم مشروعية الاعتماد على القرائن . وإن كانت قوية . في إقامة الحد ، إذ لو كان لها مشروعية لأقام عليه الصلاة والسلام حد الرجم على هذه المرأة بعد ظهور قرائن الفاحشة من جانبها^(٤). ويُرد على هذا الاستدلال بالقول : إن الاستدلال المستتبط من الحديث ليس بحجة في عدم الأخذ بالقرائن ؛ لأن النبي ﷺ صرح بأنه لا يرجم بغير بيّنة ، وهذا يدل على أن ما توافر لديه ﷺ من قرائن ذكرت في الحديث من الخضوع بالقول والابتدال في الهيئة ، وترك الحشمة لم يكن كافياً في إقامة الحد عليها ، فتلك القرائن لا ترتقي إلى رتبة البيّنة ، حيث ضعف دلالتها جعلها لا تخرج من حيز الشبهة ، والحدود كما هو معروف تدرأ بالشبهات^(٥) ، ولذلك لم يُقم الرسول عليه الصلاة والسلام الحد عليها لا لأن القرائن غير مشروعة في إثبات جريمة الزنا^(٦).

الترجيح:

تبدو أدلة القائلين بمشروعية القضاء بالقرائن ووضوحها في دلالتها على جواز الحكم بها ، وأن النصوص من القرآن الكريم والسنة الصحيحة أثبتت العمل بالقرائن والأمارات الظاهرة ، وهي داخلة في مفهوم البيّنة الذي استخدمه القرآن بمعناه المطلق ليعني الدليل والحجة والبرهان ، والبيّنات إنما هي وسائل لإثبات الحق واستكشافه ، والمقصود منها حصول العلم أو الظن الراجح للحاكم فيحكم بموجبه ، وهي تخضع لقواعد القياس لذا لحقت بها القرائن ذات الدلالة القوية^(٧). والعمل بالقرائن القوية لا يكاد يخلو منه مذهب من المذاهب الإسلامية ، وأوسع المذاهب عملاً بها مذهب المالكية والحنابلة ، ثم الشافعية

^١ - انظر : الطرق الحكمية ، له ص: ١٢ ، ٤ ، ١٠٠ ، وقد أفاض في ذكر الأدلة على جواز العمل بالقرائن وناقش أدلة المانعين ورد عليهم .

^٢ - انظر : الفتاوى الخيرية للرملي ١٢/٢ ، تكملة رد المحتار ٤٣٧/٧ ، القرائن ودورها في الإثبات ، أنور دبور ص: ٢٥ ، ٢٦ .

^٣ - أخرجه ابن ماجة في سننه من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ٨٥٥/٢ ، وجاء في الزوائد للبوصيري : إسناده صحيح ورجاله ثقات ، وانظر : نيل الأوطار للشوكاني ١٠٩/٧ .

^٤ - انظر : القرائن ودورها في الإثبات ، أنور دبور ص ٦٦ .

^٥ - الأحاديث في هذا الباب وإن كان في أسانيدھا مقال لكنها متكاثرة متعاضدة في هذا المعنى ، انظر : التلخيص الحبير ، لابن حجر العسقلاني ٥٦/٤ نصب الرأية للزيلعي ، ٣٢٣/٢ ، وقد حكى الإجماع على الأخذ بهذه القاعدة غير واحد من أهل العلم انظر: فتح القدير ٣٢/٥ ، الإجماع لابن المنذر ص ١١٣ .

^٦ - انظر : القرائن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي ، عارف علي عارف ، ص : ١٤٠ .

^٧ - انظر : إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ابن القيم ، ٣٧٩/٤ .

والحنفية^(١) ، حتى أولئك الذين قالوا بمنع الحكم بالقرائن اضطروا إلى الاعتماد عليها في التطبيقات العملية ، فقد أشار ابن القيم في إعلام الموقعين إلى أن الإمام الشافعي المانع من الحكم بالقرائن اعتمد عليها في أكثر من مائة موضع^(٢) . والعمل بالقرائن فيه تقوية لأركان العدل ورعاية مصالح الخلق وخاصة في هذا العصر الذي كثرت فيه الاكتشافات العلمية التي أثرت وسائل الإثبات بشكل غير مسبوق ، ما يجعل عدم الإفادة منها يعود بالضرر على أرواح الناس وأعراضهم ، وتغري المجرمين بارتكاب ما بدا لهم من جرائم باستخدام الأساليب المتطورة وهم في أمان من أن العدالة لن تطالهم ، وفي هذا كله مخالفة لمقاصد الشريعة في حفظ الأنفس والأعراض والأموال ، ومن هنا تظهر قوة أدلة القائلين بمشروعية الأخذ بالقرائن ورجحان هذا الرأي من حيث الجملة ، أما إثبات الحدود بالقرائن فإنه أرجح منعه لأن الحدود تدرأ بالشبهات ووسائل إثباتها لها خصوصية تختلف في كثير منها عن غيرها.

المطلب الثالث

حكم القرائن وحجيتها (قوتها الاستدلالية)

حجية القرائن ، أو حكم القرائن يقصد به الأثر المترتب عليها وتختلف حجية القرائن باختلاف أنواعها فالقرائن الثابتة بالنص يجب العمل بها قطعاً ، وهي مثبتة للحق الذي يُستدل عليه بها ، وكذا القرائن القطعية التي نص عليها الفقهاء ، يلزم القاضي الحكم بموجبها إذا ثبتت عنده ، أما القرائن القضائية التي تعتمد على اجتهاد القاضي واستنتاجه من خلال النظر في الدلالات والأحوال والظروف المحيطة بالواقعة المعروضة عليه فتعتبر دليلاً في الإثبات متى اقتنع بها وغلب على ظنه صحتها .

والقرائن وسائل احتياطية لا يلجأ إليها القاضي إلا عند فقد الأدلة والحجج الظاهرة أمامه ، أو إذا كانت الأدلة المقدمة غير كافية أو غير مقنعة .

والقرائن وسائل غير مباشرة في الإثبات ، لأن الحق يثبت بها بالاستنتاج والاستنباط من غيرها ، مثل وضع اليد على العين يدل على ملكية صاحب اليد لها ، ولذا يجب الاحتياط

^١ - من الأمثلة الفقهية على اتفاق المذاهب على العمل بالقرائن : الحكم لراكب الدابة على ماسك الزمام ، والحكم بوضع اليد عند عدم البينة ، والحكم بحمل البعير لصاحبه ، والركاز حسب العلامات ، والإذن للوكيل بدفع الثمن ، والحكم بموت المفقود بموت أقرانه ، وعدم قبول الجهل بالأحكام لمن يقيم بدار الإسلام ، والحكم بالجدار لمن اتصل بناؤه به ، واتفقت المذاهب على القول بالقسامة التي تعتمد على اللوث وهي قرينة على القتل ، والحكم بإسلام اللقيط إذا وُجد بدار الإسلام ، والحكم بإسلام الميت في دار الإسلام ، . انظر وسائل الإثبات ٥٣٤/٢ - ٥٣٦ ، تبصرة الحكام ٨٦/٢ . وسأفصل القول فيما يتعلق باختلافهم على العمل بالقرائن في إثبات الحدود والقصاص .

^٢ - انظر : إعلام الموقعين ، له ، ٨٣/٤

في الاستتباط وعدم التوغل في الاستنتاج المفرط^(١). قال ابن القيم : " وإن توسع القاضي وجعل معوله عليها دون معرفة الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد"^(٢).

وللقرائن دور كبير في ترجيح الأدلة والبيانات عند التعارض ليعمل بالراجح والأقوى^(٣).

القرائن في القانون :

القرينة في نظر شراح القانون هي: ما يستتبطه القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول^(٤). وقد اتفقت الأنظمة والقوانين المعمول بها اليوم على الأخذ بالقرائن وقسموها إلى قرائن قانونية وهي التي جاءت في نص القانون، وتعفي صاحبها من الإثبات ، ويجب على القاضي الحكم بمقتضاها باعتبارها نصاً قانونياً مجرداً وهو قوة ملزمة ، مثل حجية الأمر المقضي فيه بين الخصوم. والقرائن القضائية - وهي التي يستتبطها القاضي من وقائع الدعوى ، وهي أقل درجة ومرتبة من القرائن القانونية ، وتأخذ قوة الشهادة في القانون^(٥).

ويعتمد قضاة الجنايات بشكل كبير ومباشر على القرائن في إثبات الجنايات والجنح والمخالفات ، ويُطلق القانون للقاضي الجنائي حريته في الاقتناع بأي دليل كان ، والمرجع إلى تقديره وقناعه ، ما دام أن الرأي المستخلص منه سائغ ومقبول^(٦). والقرينة القضائية لها عنصران، عنصر مادي ينحصر في واقعة ثابتة يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى ، مثال ذلك وجود بصمة أصبع المتهم في مكان الجريمة أو وجود إصابات به، ففي هذه الأمثلة ينبغي بداءة أن تكون تلك الوقائع المشار إليها ثابتة بيقين في حق المتهم وعنصر معنوي يتمثل في استتباط يقوم به القاضي ليصل من هذه الوقائع الثابتة إلى الوقائع المراد إثباتها ، أي أنه يتخذ الوقائع المعلومة قرائن على الوقائع المجهولة ، ففي الأمثلة المتقدمة للقاضي أن يستخلص من وجود بصمة أصبع المتهم في مكان الجريمة قرينة على مساهمته فيها ، ومن وجود إصابات به قرينة على اشتراكه في المعركة^(٧).

^١ - انظر: وسائل الإثبات ٥١٩/٢ - ٥٢٠ ، الوسيط في شرح القانون المدني ، عبد الرزاق السنهوري ، فقرة ١٧٧ ، ص ٣٣ .

^٢ - انظر: الطرق الحكمية ، له ص : ١٠٨ .

^٣ - انظر: المدخل الفقهي العام ، الزرقاء : ٩١٥/٢ ، وسائل الإثبات : ٥١٦/١ .

^٤ - انظر: قضاء النقض المصري رقم ١٩٠ ، س ٥٥ ق ، جلسة ١٤/٣/١٩٩٠ ، والمادة (٤٨) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤ .

^٥ - انظر: قانون الإثبات المصري مادة (٩٩ - ١٠٠) ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، عبد الرزاق السنهوري ، ٤٤٤/٢ - ٤٤٦ ، رسالة الإثبات ، أحمد نشأت ، ٤٢٣/١ ، المواد (٢٩٨) - (٢٩٩) من قانون المرافعات القطري . إثبات جرائم الحدود في الشريعة والقانون ، بدرية عبد المنعم حسونة ، ص ١٤٦ .

^٦ - انظر: مجلة الأحكام العدلية المادتان : (١٧٤٠ - ١٧٤١) ، المادة (١٠٠) من قانون الإثبات المصري ، المادتان (٤٨) - (٤٩) من قانون الإثبات السوداني .

^٧ - انظر: شرح قانون الإثبات الإسلامي السوداني وتطبيقاته القضائية ، بدرية عبد المنعم حسونة ، ص : ١٤٢ ، وراجع أصول الإجراءات الجنائية ، حسن المرصفاوي ص : ٦٩٢ ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، رؤوف عبيد ص : ٧٢٧ .

المبحث الثاني ما يثبت من الحقوق بالقرائن

اتفق الفقهاء القائلون بمشروعية الإثبات بالقرائن على ثبوت الحقوق المالية بها ، ثم اختلفوا في الحقوق غير المالية كالحدود والقصاص والتعازير ، فبعضهم يعمل بالقرائن في جميع الحقوق ، وبعضهم يقصر العمل بها في حالات دون أخرى ، وسأتناول بالتفصيل في هذا المبحث مسألة إثبات جرائم الحدود والقصاص بالقرائن وذلك تمهيداً للحديث . في المطالب التالية . عن إثباتها باستخدام القرائن المعاصرة .

المطلب الأول إثبات الحدود بالقرائن

وقد شرعت العقوبات الحدية هذه الحدود للمحافظة على المصالح الأساسية للمجتمع الإسلامي ، فهي تهدف إلى حفظ الكليات الخمس: الدين والنفس والعرض والعقل والمال^(١) . وقد اتفق الفقهاء على إثباتها بالإقرار والشهادة بشروطهما ، واختلفوا في إثباتها بالقرائن على قولين :

القول الأول : أن إثبات الحدود بالقرائن جائز وهذا مذهب الإمام مالك وأصحابه وجماعة من أهل الحجاز ورواية عن الإمام أحمد^(٢) ، فقالوا بإثبات حد الزنا بالحبيل (الحمل) من المرأة غير المتزوجة إذا كانت مقيمة وغير غريبة ، وليس عليها أمارات الإكراه ، واستدلوا على ذلك بحديث رواه أبو داود أن رجلاً من أصحاب النبي ﷺ تزوج بكرة في سترها فدخل عليها فإذا هي حُبلى ، فقال النبي ﷺ : "لها الصداق بما استحلتت من فرجها ، والولد عبدٌ لك فإذا ولدت فاجلدها وفي رواية فاجلدها أو قال فحدوها"^(٣) . فهذا الدليل واضح في دلالته على اعتبار ظهور الحمل قرينة يثبت بها حد الزنا ، وبآثار عن الصحابة رضي الله عنهم منها قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي رواه الجماعة إلا النسائي عن ابن عباس قال : قال عمر بن الخطاب: "كان فيما أنزل الله آية الرجم فقرأناها ووعيناها ، ورجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده ، فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل والله ما نجد الرجم في كتاب الله تعالى ، فيضل بترك فريضة أنزلها الله تعالى ، والرجم في كتاب الله حق على من زنا إذا أُحصن من الرجال والنساء إذا قامت البينة أو كان

^١ - انظر: الأحكام السلطانية ، للماوردي ، ص : ٢٢٩

^٢ - انظر: الموطأ للإمام مالك بن أنس ، ٣١٩/٤ ، جواهر الإكليل على مختصر خليل ٢٨٥/٢ ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، علي بن سليمان المرادوي ، ١٩٩/١٠ ، تبصرة الحكام ١١٤/٢ ، ١١٨ ، رسالة القيرواني ، ص : ١٠٣ ، الطرق الحكمية ص : ٦ ، السياسة الشرعية ص : ١٠٣ ، القوانين الفقهية لابن جزي ص : ٣٥٦ .

^٣ - سنن أبي داود ٢٤/٢ ح ٢١٣١ ، من طريق سعيد بن المسيب عن بصرة بن أكثم رضي الله عنه ، وقد أُعلِّ بثلاث علل انظر تفصيلها في ضعيف سنن أبي داود للألباني ٢٢٠/٢ (ترقيم الشاملة) وقال : وقد رواه جمع عن سعيد بن المسيب مرسلًا ، وهو الصحيح ، وانظر: الحدود والتعزيرات لبكر أبو زيد ص ١٥٢ - ١٥٣ .

الحبلُ أو الاعتراف"^(١). ووجه الاستدلال بالأثر أن دلالته نصية على الحكم بإقامة حد الزنا بالقرينة الظاهرة وهي الحبل ، إذ جعل عمر رضي الله عنه مجرد وجود الحبل موجباً لإقامة حد الزنا كإيجابه بالبينة أو الاعتراف"^(٢). قال ابن تيمية : " واختلفوا في المرأة إذا وجدت حبلى ، ولم يكن لها زوج ولا سيد ، ولم تدع شبهة في الحبل ، ففيها قولان في مذهب أحمد وغيره . قيل : لا حدٌ عليها ، لأنه يجوز أن تكون حبلت مكرهة أو بوطء شبهة . وقيل : لا بل تُحدُّ ، وهذا المأثور عن الخلفاء الراشدين ، وهو الأشبه بأصول الشريعة ، وهو مذهب أهل المدينة ، فإن الاحتمالات النادرة لا يلتفت إليها ، كاحتمال كذبها وكذب الشهود"^(٣). وقال ابن القيم : "وحكم عمر بجرم الحامل بلا زوج ولا سيد ، وهو مذهب مالك وأصح الروايتين عن أحمد ، اعتماداً على القرينة الظاهرة"^(٤).

واستدلوا من المعقول : بأن الحمل إذا لم يكن من طريق مشروع كان من طريق غير مشروع ، والحمل في هذه الحالة ليس بسبب مشروع ومن ثم فهو زنا ، وثانياً : إذا وجب شرعاً إقامة حد الزنا بشهادة الشهود فإن إقامته على الحامل يكون من باب أولى ، لأن احتمال كذب الشهود ، أو غلطهم أقرب إلى العقل من احتمال كون الحمل من غير زنا . وثالثاً : أن اعتماد قرينة الحبل في المرأة احتمال لأمر ظاهر ، لا يكذبه واقع الحال ، والاحتمالات الواردة عليه ترد على بينة الشهود ، ولهذا يكون إعمال القرينة الظاهرة الواضحة أولى من إهدارها وإهمالها"^(٥).

وقالوا بإثبات حد الخمر على من وُجد منه رائحة الخمر أو ثبت عليه أنه قاء الخمر ، اعتماداً على القرينة فإن الرائحة قرينة على الشرب ، وإن قيء الخمر دليل على شربها ، كما قال عثمان رضي الله عنه : "وهل قاء الخمر إلا بعد أن شربها" وهذا مروى عن سيدنا عمر وعثمان وابن مسعود"^(٦) ، وروى السائب بن يزيد أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرج عليهم فقال : إني وجدت من فلان ريح شراب ، فزعم أنه شراب الطلاء . الشراب المطبوخ من عصير العنب . وأنا سائل عما شرب ، فإن كان يسكر جلده ، فجلده عمر الحد تاماً^٧. ووجه الدلالة في النص أن رائحة الخمر قرينة على شرب الخمر وقد جلد عمر من شم منه الرائحة عندما تيقن أنها رائحة الخمر ، فدل ذلك على اعتبار القرائن في إثبات حد الشرب .

^١ - أخرجه البخاري (فتح الباري ١٢/١٤٤ - ١٤٥) ، ومسلم (النووي ١١/١٢٠) ،

^٢ - انظر : الحدود والتعزيرات عند ابن القيم ، بكر أبو زيد ، ص ١٥٢ .

^٣ - انظر : مجموع الفتاوى ، له ، ٣٤٤/٢٨ .

^٤ - الطرق الحكمية ص : ٦ .

^٥ - انظر : القرائن ودورها في الإثبات ، أنور دبور ، ص : ١٢٣ ، حجية القرائن في إثبات حد الزنا وحد الشرب عند

الناصر أبو البصل ، ص : ٣١٥ .

^٦ - صحيح مسلم بشرح النووي ١١/٢١٦ ، وانظر نيل الأوطار ، الشوكاني ٧/١٥٧ .

^٧ - رواه مالك في الموطأ ٢/٣٤٢ ، وانظر نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للميرغاني ، ٣/٣٥٠ .

قال ابن تيمية : "والحد واجب إذا قامت البينة أو اعترف الشارب ، فإذا وجدت رائحة الخمر أو رؤي وهو يتقيؤها ونحو ذلك فقد قيل : لا يقام عليه الحد لاحتمال أنه شرب ما ليس بخمر أو شربها جاهلاً أو مكرهاً أو نحو ذلك وقيل : يُجلد إذا عُرف أن ذلك مسكر ، وهذا هو المأثور عن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة كعثمان وعلي وابن مسعود ، وعليه تدل سنة رسول الله ﷺ وهو الذي اصطلح عليه الناس ، وهو مذهب مالك وأحمد في غالب نصوصه"^(١) .

وقال ابن القيم : وحكم عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولا يُعرف لهما مخالف من الصحابة رضي الله عنهم بوجوب الحد بالرائحة للخمر أو قيئه خمرًا اعتماداً على القرينة الظاهرة^(٢) . وقال أيضاً : وكان أهل المدينة في زمن الصحابة رضي الله عنهم والتابعين وتابعيهم يحدون بالرائحة والقيء"^(٣) .

وقالوا بإثبات حد السرقة إذا وجدت المسروقات عند المتهم ، لأن ذلك قرينة دالة على السرقة^(٤) . قال ابن القيم : "ولم يزل الأئمة والخلفاء يحكمون بالقطع إذا وجد المسروق مع المتهم وهذه القرينة أقوى من البينة والإقرار ؛ فإنهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب . ووجود المال المسروق معه نص صريح لا يتطرق إليه شبهة"^(٥) .

القول الثاني : أن إثبات الحدود بالقرائن غير جائز : بل لا بد من الاعتراف أو الشهود ، ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة في قول^(٦) . واستدلوا بالقاعدة الشرعية : أن الحدود تُدرأ بالشبهات ، وقالوا : والشبهة في مسألة قرينة الحبل للمرأة التي لا زوج لها ولا سيد ، في احتمال أنه وطء استكراه ، والمستكره لا حد عليها ويحتمل أنه من وطء رجل واقعها في نومها وهي ثقيلة النوم ، ويحتمل أنه حصل الحبل بإدخال ماء الرجل في فرجها إما بفعلها أو بفعل غيرها ، فإذا كان الحد يدرأ بالشبهة والشبهة هنا واردة فصار وجود الحبل

^١ - السياسة الشرعية ، له ، ص ١١٦ .

^٢ - الطرق الحكمية له ص : ٤ .

^٣ - إعلام الموقعين ، له ، ١٩٧/٣ ، الطرق الحكمية ، ص : ٧ ، حاشية الدسوقي ٣٣٥/٤ .

^٤ - انظر : أشار الباحث مضاء منجد في كتابه البصمة الجينية ص ١٨٩ إلى أن ذلك هو رأي الإمام مالك وأشار إلى نص ورد بشرح الزرقاني على موطأ مالك : ١٩٦/٤ (دار الكتب العلمية) وفيه : (قال مالك في الذي يسرق ما يجب عليه فيه القطع ثم يوجد معه ما سرق فيرد إلى صاحبه أنه تقطع يده) لأنه حق لله إذا بلغ الإمام (فإن قال قائل كيف تقطع يده وقد أخذ المتاع منه ودفع إلى صاحبه) فلا يقل ذلك .. قلت : لا يفيد النص ذلك إنما يشير إلى أنه لا يسقط الحد الثابت برد المسروق لصاحبه . قال الزرقاني : فحاصل جوابه أنه لا يشترط في قطع السرقة الانتفاع بالفعل بل مجرد القصد والخروج من الحرز كاف . وانظر : المدونة الكبرى كتاب السرقة باب رد السارق السرقة وتركه ثم رفعه بعد ذلك ، قلت : ولم أجد في كتب المالكية المعتمدة ما يشير إلى قولهم بقطع يد السارق إذا وجد المسروق عنده ، وانظر : رأي العلامة بكر أبو زيد المشار إليه .

^٥ - الطرق الحكمية ص : ٦ ، إعلام الموقعين ٢٠/٣ ، بدائع الفوائد ١٣/٤ ، وانظر : نظرية الإثبات ، أحمد بهنسي ، ص : ١٩٩ ، وسائل الإثبات .

^٦ - انظر : المغني ، لابن قدامة ١٩٢/١٠ ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، علي سليمان المرادوي ١٩٩/١٠ ، بداية المجتهد ، لابن رشد ، ٤٣١/٢ ، سبل السلام ، للصنعاني ، ٨/٢ .

قرينة ضعيفة لا تقوى إلى إيجاب الحد ، فلزم الدرء^(١). واستدلوا بما روى ابن ماجة أن رسول الله ﷺ قال : "لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيأتها ومن يدخل عليها"^(٢) ، والدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ لم يثبت حد الزنا بالقرائن ، ما يدل على عدم جواز ذلك شرعاً ، ونوقش هذا الاستدلال بأن الحديث حجة للمجيزين لا المانعين ، ذلك أن النبي ﷺ امتنع عن الرجم بالقرائن التي ظهرت من المرأة لأنها قرائن ضعيفة غير كافية لإثبات الحد ، فليس من ضمن تلك القرائن الحبل ، وإنما ذكر الحديث ما نصه "فقد ظهرت منها الريبة في منطقتها وهيأتها ومن يدخل عليها". واستدلوا بتلقين علي رضي الله عنه للمرأة الهمدانية عندما جيء بها إليه وهي حبلى واعترفت بالزنا ، فقال لها : لعل رجلاً وقع عليك وأنت نائمة قالت : لا ، قال : لعله استكرهك ، قالت : لا^(٣) . فلو كانت هذه الأعداء غير مسقطة للحد لما لقنها علي رضي الله عنه . ولعل هذا القول هو الراجح أنه موافق لمبدأ الحدود والشبهات ولأن الحدود احتيطة لإثباتها لأنها حقوق غالب فيها حق الله وحق الله مبني على المسامحة.

المطلب الثاني

إثبات القصاص بالقرائن

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : أن القصاص يثبت بالقرائن وهو قول ابن فرحون من المالكية وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة ، ونصت عليه مجلة الأحكام العدلية ، وذكر ابن فرحون قصة الرجل الذي وجد مقتولاً في دار وخرج رجل خائفاً مضطرباً وفي يده سكين ، فهي قرينة قاطعة على قتله ، على ما ذهب إليه ابن الغرس وابن عابدين من الحنفية^(٤). وعمل الحنفية بالنكول في الدماء مع الاختلاف فيما بينهم^(٥) ، فالإمام أبو حنيفة أثبت القصاص بالنكول فيما دون النفس ، وأوجب الصحابان به الأرش في النفس أو ما دونها والقضاء بالنكول عبارة عن القضاء بالقرائن ، لأن الناكل إما أن يكون باذلاً وإما مقراً ، ولولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن النفس ، وهو أخذ بظاهر الحال وترجيحه على البراءة الأصلية . وملخص هذا الرأي جواز إثبات جريمة القتل بالاعتماد على القرائن فقط إذا كانت دلائلها قوية على إدانة المجرم وانتفت أي شبهة تلغيها ، دون الحاجة إلى إيجاب القسامة .

^١ - انظر: المغني ١٠/١٩٣ ، أصول التشريع الجنائي ، عبد القادر عودة ، ص : ٤٤٠ ، حجية القرائن ، عبد الناصر أبو البصل ص : ٣١٤ .

^٢ - سبق تخريجه .

^٣ - انظر : مصنف عبد الرزاق ٧/٤١٠ .

^٤ - انظر الطرق الحكمية ص : ١١٦ ، منح الجليل شرح مختصر خليل ٤/٣٥٠ ، حاشية ابن عابدين ٥/٣٥٤ ، تبصرة الحكام ١/٣٩٢ ، وسائل الإثبات للزحيلي ٢/٥٢٧ .

^٥ - انظر : تكملة فتح القدير ٨/٣٨٩ ، من طرق الإثبات في الشريعة والقانون ، احمد البهي ص : ٩٧ .

القول الثاني : أن القصاص لا يثبت بالقرائن ، إنما يثبت بالاعتراف أو الشهود ،
والقسامة مستتاة بالنص ولا يقاس عليها ، وهو قول الجمهور ، وذلك للاحتياط في موضوع
الدماء وإزهاق النفوس ، ولأن الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة ، وقاسوا
القصاص على الحدود بالدرء بالشبهة فلا تثبت بالقرائن .

وهذا رأي قوي لما فيه من احتياط لإزهاق الأنفس من غير دليل قاطع.

المبحث الثالث القرائن المستحدثة

المطلب الأول بعض القرائن الآلية

(١) **آلة التصوير** : إن الشهادة تعتمد على العين التي تشاهد الواقعة ، ثم ينقلها الشاهد إلى القاضي ، وإن آلة التصوير - وخاصة في العصور الأخيرة - أكثر دقة في التقاط الصور التي تبين الواقعة أو الشخص أو التصرف أو العملية التي تطرح أمام القاضي ، فتعتبر قرينة في الإثبات ، ولولا التدخل البشري في التصوير واحتمال التزوير والتلاعب لكانت الصورة قرينة قوية في إثبات ما ورد فيها ، ولكنها تخضع للفحص والتدقيق من القاضي والمختصين للتأكد منها^(١). ومن ذلك آلات التصوير الدقيقة المنتشرة الآن في المؤسسات والدوائر والجمعيات والأسواق والطرق ، وتعتبر وسيلة مهمة في مخالفات المرور^(٢).

(٢) **آلة التسجيل** : يعتمد الإنسان على الأذن لسماع ما يجري حوله ، وإن آلة التسجيل أكثر دقة في التقاط الذبذبات والأصوات من الأذن البشرية ، ولكن يد الإنسان تعبت بها وتتدخل في إفسادها ، فإذا سجلت آلة التسجيل أصوات الأشخاص أو الأشياء وعرضت المادة المسجلة على القاضي أو الخبير ، بحث واجتهد للتدقيق في نقائها وبعدها عن العبث ، لتكون قرينة مؤثرة في قناعته في بيان الحق ، وتحديد المطلوب من الصوت ، وحديثاً أمكن تمييز الأصوات ومعرفة صاحب الصوت باستخدام جهاز "أوروس" ولذا تعمد المصارف إلى ربط جهاز التسجيل على خطوط الاتصال للاستعانة بها عند الحاجة^(٣).

(٣) **كاميرا الفيديو** : وهي جهاز لا يقط للصوت والصورة معاً ، مع رصد كافة التحركات في الواقع ، وقد تطورت تطوراً مذهلاً ، بحيث تكشف الحقائق بدقة متناهية ، ولكنها تعمل تحت إشراف الإنسان الذي يستطيع التلاعب والتزوير فيها ، في إعادة تركيب الصورة أو الحذف أو الإضافة (الدبلجة) ، وهي تجمع بين آلة التصوير وآلة التسجيل معاً ، فإن كانت مجردة من العبث فإنها تثبت الوقائع بصورة دقيقة ، ولكن مع الاحتمالات السابقة ، فإنها تبقى مجرد قرينة ، وعلى القاضي

^١ - حجية القرائن في الشريعة الإسلامية ، عدنان عزايزة ص : ٢٠٧ ، أثر الإثبات بوسائل التقنية الحديثة على حقوق الإنسان - رسالة ماجستير - فيصل مساعد العنزي ص : ٨٩ .

^٢ - حجية القرائن المعاصرة في الإثبات ، محمد الزحيلي ، ص : ١٢ ، انظر : أحكام التصوير في الفقه الإسلامي ، محمد أحمد على واصل ، ص : ٢٨٩ ؛ ورجح أن ما أثبتته الصورة في المجال المروري تعد حجة كافية للإدانة .

^٣ - انظر المرجع السابق ، ص : ١٣ .

والخبير أن يتأكد من سلامتها في تصوير الواقع وتسجيله^(١). والآلات السابقة تعتبر قرينة مقبولة ، ولكن لا يعتمد عليها إلا إذا توفرت عناصر الحماية من التزوير والتقليد والتلاعب فيها . وهي وإن كانت ضعيفة أحياناً أو في نظر بعض العلماء ، فإنها تفيد كثيراً في عرضها على أصحابها مما يدفعهم إلى الإقرار والاعتراف ، أو يوقعهم في الحرج والارتباك والقلق والخوف ، فيتعثرون في كلامهم ويضطربون ، مما يثير قرائن أخرى عليهم في التهم الموجهة إليهم^(٢) .

(٤) **الوسائل الإلكترونية :** تطورت تقنية المعلومات اليوم تطوراً مذهلاً ، وجرى تطبيقها واستخدامها علمياً ، وتستخدم لإبرام العقود ، والوفاء بالالتزامات ، وآليات الدفع النقدي ، والخدمات المصرفية والبطاقات الالكترونية وتبادل البيانات التي تتصل بالذمة المالية ، وإجراء مختلف التصرفات القانونية والشرعية ، وتطورت إلى التجارة الالكترونية الدولية ، ونقل التكنولوجيا والتوريد والصيانة ورخص الاستخدام . ويثار البحث حول الاعتماد عليها في الإثبات إذا حصل نزاع بين الطرفين أو إنكار لحق أو تصرف أو التوقيع الرقمي أو التوقيع الالكتروني^(٣) أو التشفير. وتتوقف النتيجة بالقبول أو الرفض على صحة التأكد من العمليات الفنية والأجهزة المستخدمة ومفردات تقنية المعلومات ، ورأي الخبراء الفنيين المختصين في هذا المجال ، ليعتمد القاضي على رأيهم ، ويكون قناعة كافية لحل الخلاف وإصدار الحكم .

وحصل اتجاه دولي عريض نحو الاعتراف بحجية المراسلات الالكترونية والاعتراف بحجية الملفات المخزنة في النظم وقبول الإقرار بصحة التوقيع الالكتروني ، ليكون معتمداً في الإثبات القضائي أمام المحاكم^(٤) .

^١ - انظر المرجع السابق ص : ١٣ ، انظر : أحكام التصوير في الفقه الإسلامي ، محمد أحمد على واصل ، ص : ٣٧٩ وفيه : وقد نص على جواز استخدام الصور في مجال الجريمة والكشف عن مرتكبيها أو مراقبتهم ، أعضاء هيئة كبار العلماء في السعودية متى دعت الحاجة إلى استخدام ذلك التصوير بشتى صورته وأنواعه ووسائله ، لمحاربة الجريمة ، وضبط المجرمين ، وهو رأي الشيخ العثيمين . ، وفي ص ٢٨٠ قال : فإن الصور والتصوير الآلي لا يعدو أن يكون قرينة من القرائن التي تكون موجبة للشك بالمتهم في هذا المجال ، وقد تصدق قرينة الصورة ، وقد لا تصدق ، ولا يتبين ذلك إلا بعد البحث والتحقيق ، ولا تكون بمجرد دليل كافيا لإثبات أي حد من الحدود الشرعية . أما إثبات التعازير التي لا يصل فيها التعزير إلى حد الإلتلاف فإن اعتماد الصورة الآلية يكون راجعاً إلى القاضي .

^٢ - المرجع السابق ص : ١٣ ، وانظر حجية الدليل المادي في الإثبات ، شحاتة عبد المطلب ، ص : ١٦٠-١٦٧ ، وانظر المادة (٢٣) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤ الفقرة (٢) : تعتبر البيانات المسجلة بطرق الصوت أو الصورة مستندات عادية (عرفية) .

^٣ - هو مجموعة الإجراءات التقنية (الالكترونية) التي تمكن من تحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بشأنه . التوقيع الالكتروني ، نجوى ابو هيبه ص : ٤٣

^٤ - حجية القرائن المعاصرة ، الزحيلي ص : ١٤ ، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة ، جميل عبد الباقي الصغير ص : ١٠٠ ، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات ، علاء نصيرات ص : ٢٣ ، قانون التوقيع الالكتروني ، أسامة شتات ، ص : ١ ، وانظر المادة (١٤) من قانون التوقيع الالكتروني المصري ، الوسائل الالكترونية وأثرها في الإثبات ، زيد عبد الله القرون ص : ٥٨ ، ٤٤ وفيه : والذي يظهر لي أنه لا بأس من اعتبار التوقيع الإلكتروني بمثابة القرينة القوية التي يحكم بموجبها وتترتب عليها آثارها ، فيكون التوقيع الالكتروني ملزماً لصاحبه =

أما فيما يتعلق برسائل - سندات - الفاكس فلها حجية الورقة العرفية من ناحية الإثبات ، إذا كان الأصل المودع في مكان التصدير موقعاً عليه من مرسلها ، وتعتبر الورقة المرسله مطابقة للأصل حتى يثبت العكس ، فهي - في قوة الإثبات - مثل الصورة المقدمة من الخصم للقاضي مباشرة وبإمكان القاضي الاطلاع على الأصل للمطابقة ثم الحكم بموجبها^(١) .

وأما رسائل الهاتف الجوال فهي حجة على مرسلها إذا أقر بإرسالها ، أما إذا أنكر فإنها تعد من القرائن المتوسطة التي تورث شبهة قوية تحتاج إلى ما يعززها من أجل العمل بها ، فاحتمال كون المدعى عليه هو المرسل أمر وارد ، واحتمال أنها قد أرسلت من جواله دون علمه أمر وارد أيضاً ، أما لو احتف بتلك الرسالة قرائن أخرى تدل على أن المدعى عليه هو من أرسلها ، كما لو بدا عليه الاضطراب أثناء التحقيق أو أنه لم يثبت فقده للجوال وقت الإرسال ، أو بدا من ظاهر حاله أنه كاذب في إنكاره ، إضافة إلى وجود خلاف ونزاع مع المدعي نحو ذلك ، فللقاضي أن يحكم بمجموع هذه القرائن ومنها الرسالة ، ويرتب عليه آثارها^(٢) .

=بمضمون ما ورد التوقيع عليه ؛ استناداً إلى عموم الأدلة على مشروعية العمل بالقرائن القوية ، وأنه يدخل تحت مفهوم البيئة الواسع ، وذلك مع مراعاة الضوابط والقوانين المنظمة للعمل بالتوقيع الإلكتروني . وهذا رأي جيد ، وانظر المادة (٧) بشأن التوقيع الإلكتروني وحجيته من القانون العربي الاسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة الذي اعتمده مجلس وزراء العدل العرب بقرار رقم ٧٧١/د/٢٤ - ٢٠٠٨/١١/٢٧ ونصها : للتوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية الحجية في الإثبات إذا توفرت فيها الشروط الآتية أ- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره . ب - سيطرة الموقع وحده دون غيره على أداة إنشاء التوقيع الإلكتروني . ج- إمكانية كشف أي تغيير في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني بعد وضعه على أي محرر . موقع جامعة الدول العربية على الانترنت.

^١ راجع : ملخص رسالة الدكتوراه للباحث عبد الله العجلان - القضاء بالقرائن المعاصرة ، والمقدمة للمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، ص:٣ ، موقع المحامون المحترمون على الانترنت kambota.forumarabia.net ، مدى حجية المحركات الإلكترونية في الإثبات ، إياد محمد عارف - رسالة ماجستير ، جامعة النجاح ، فلسطين - ص١١٤ ، وانظر المادة ٢٢٢ من قانون المرافعات القطري حيث جعلت للبرقيات والتلكس والفاكس قيمة المحركات العرفية من حيث الإثبات إذا كان أصلها المودع في مكان التصدير موقعاً عليه من مرسلها ، وتعتبر مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك ، وإذا عدم الأصل فلا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس . وينص مقارب المادة (٤٥) من قانون الإثبات السوداني وهي مقتبسة من المادة (١٦) من قانون الإثبات المصري. راجع شرح قانون الإثبات السوداني ، بدرية عبد المنعم ، ص : ١٣٣ ، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات ، محمد رشدي ص : ٣٤ وانظر الطعن رقم ١٨١ لسنة ١٩٩٩ نقض محكمة دبي - الإمارات : إن لرسالة الفاكس حجية الورقة العرفية من ناحية الإثبات إلى أن يثبت العكس فبمجرد نقل الرسالة بواسطة جهاز الفاكس المرسل إلى الجهاز المرسل إليه موقعة من الجهة المرسله تعتبر نسخة أصلية من تلك الرسالة وليست مجرد صورة ضوئية. وأن هذا الأصل يكون محفوظاً لدى مرسلها مما لا يجوز معه في هذه الحالة تكليف المرسل إليه بتقديمها ، ولا يغير من ذلك مجرد الادعاء بأن هذه الرسالة لم تصدر عن الجهة المرسله دون إقامة الدليل على ذلك طالما أنها موقعة توقيعاً شاملاً وبيناً . مجلة أحكام التمييز - العدد العاشر - ديسمبر ٢٠٠٠

^٢ الوسائل الإلكترونية وأثرها في الإثبات ، زيد ال قرون ، ص : ٩٧ .

المطلب الثاني القرائن العلمية

والمراد بها القرائن التي تخضع للبحث الطبي والتحليل المختبري.

الفرع الأول

الطب الشرعي وتحليل الدم والبصمات

(١) الطب الشرعي :

وهو فرع من العلوم الطبية ويختص بإبداء الرأي في النواحي الطبية التي تهم القاضي والمحقق في الدعاوى ، مما يمكن إثباته بالفحوصات الطبية أو تشريح الجثة ، وذلك أن الطب تقدم تقدماً مذهلاً ، سواء في التشخيص أو في الجراحة ، وفي معرفة تركيب الإنسان والأعراض التي تنتابه والأسباب التي تؤثر عليه والنتائج التي تترتب عليها والعوامل التي تساعدها ، وتطورت الآلات الدقيقة والحساسية في العمليات الجراحية ، والأجهزة الطبية لقياس الحواس والغدد وسائر أعضاء الجسم ، بحيث يستطيع الطبيب تحديد الأسباب والمسببات ليقدمها للقاضي الذي يرتب عليها الأحكام الشرعية أو القانونية ، ولذلك سمي الطبيب المختص بذلك بالطبيب الشرعي ، أي الذي يقدم معطيات ودراسات تترتب عليها أحكام شرعية ويدرس في كلية الطب مساق الطب الشرعي أو الطب العدلي . فمثلاً تحديد سبب الوفاة هل هي طبيعية (بدون مؤثر خارجي) أو غير طبيعية ، وبيان السبب كالسم أو الضرب ، أو الخنق أو الصدم ، وهل كان انتحاراً أو نتيجة اعتداء وحتى معرفة نوع السلاح الذي استخدم في القتل ، ومصدره ، والمسافة بين المعتدي والمجني عليه ، وكثيراً ما يلجأ الطبيب لتشريح الجثة لمعرفة الحقيقة . ومثله تحديد وقت الوفاة قبل ساعة أو أكثر ، ويوم أو أكثر ومثله تحديد مقدار الضرر الذي أصاب الجسم للتعويض ، ومقدار نقص الحواس ، أو فقدانها للحكم بالأرث أو الحكومة^١ ، وهل الإصابة ستسري لسائر أعضاء الجسم وهو ما يعرف فقهاً بالسراية ، وهل تحتمل الإصابة المضاعفة أم لا ، وهو ما يُعرف بالتقرير الطبي القطعي أو الرجعي ، الذي يوجب مراجعة الطبيب لمعرفة السراية أو المضاعفة ، وللتأكد من جسامه الضرر أو العطب وكذلك يعتمد على الطب الشرعي في معرفة أخطاء مهنة الطب والصيدلة وفي فحص المتهمين والمسجونين بما يتعارض مع محاكمتهم أو سجنهم وحالات الجنون والعتة عند الجريمة ، ومعرفة أصحاب الجثث المجهولة وفحص المتهم والمجني عليه في جرائم الزنا واللواط ،

^١ ما لم يرد الشرع بتقدير أرشه . فالواجب فيه حكومة وتقدر باجتهاد الحاكم . الحاوي في الفتاوى ٣٠٢/١٢ .

إثبات العيوب الزوجية ، ويقدم الطبيب تقريراً مفصلاً لبيان الأسباب وإبداء الرأي الذي تتم مناقشته أمام المحكمة لإصدار الحكم بناءً على الحقائق العلمية المقدمة^(١) .

(٢) تحليل الدم :

الدم سائل لزج أحمر اللون ، يملأ القلب والأوعية المتعلقة به ، ويقوم هذا السائل بإمداد جميع خلايا الجسم وأنسجته بالأكسجين والغذاء وهو من عجائب قدرة الله تعالى في خلق الإنسان والحيوان ، ولم يستطع العلم الحديث - حتى الآن - على إنتاجه ، ويحتوي على البلازما والكريات الحمراء والكريات البيضاء والصفائح الدموية ، وينقسم دم الإنسان إلى أربع فصائل رئيسية يشترك فيها جميع البشر ، ويرمز لها بالأحرف : (A,B,AB,O)^(٢) ، وتم اكتشافها عام ١٩٠٠م ، وتم اكتشاف فصائل أخرى ، أصلية وفرعية ، ولا يزال العلم يقدم الاكتشافات^(٣) . وتقوم المختبرات بتحليل الدم ، وتكشف الفصيلة والتركيب والأعراض التي تتبناه والجراثيم المرضية التي ترافقه ، وغير ذلك . وفي المجال القضائي يستعين القاضي وغيره بتحليل الدم في حوادث القتل والإجرام عامة ، وفي حالة كارثة أو زلزال وحوادث المرور ، وحوادث السرقة عند وجود أثر لدم السارق ، أو تحديد سبب الوفاة باعتماد أو غيره ، وهو ما يُعرف فقهاً باللوث وكذلك تحليل الدم في إثبات شرب الخمر وسائر المسكرات والمخدرات^(٤) . ويُعتمد اليوم على تحليل الدم في إثبات النسب عند الاختلاف في مولودين ، أو عند ضياع مولود ، أو موته ، وادعاء الولد من شخصين وهو ما يقع بالمستشفيات^(٥) ، وفي حالة خطف الأولاد وعند النكبات ، وذلك عن طريق معرفة فصيلة دم كل من الأب والأم وفصيلة دم الوليد . كما يمكن معرفة الأب إذا وجدت فصيلة دم الأم وفصيلة دم الولد وكذا في نسب اللقيط ، وعند ادعاء اثنين لولد . وإن فحص فصيلة الدم لا تفيد في الحصول على إثبات مؤكد للنسب ، بل هو مجرد قرينة يعوزها البرهان ، وتقبل إثبات العكس ، ولكنها تفيد في التحقق من انتفاء النسب ، أي في حالة النفي يقيناً^(٦) ، وفي حالة الإثبات ظناً ، مما يحتاج إلى تفصيل أوسع^(٧) . وفي المجال

^١ - حجية القرائن ، عدنان عزايزة ص: ١٩٣ ، حجية القرائن المعاصرة ، محمد الزحيلي ص: ١٥ ، الطب الشرعي ، شكري كامل ص: ١٨٩ .

^٢ - فصيلة (O) تشكل ٤٥٪ من دم البشر ، و (A) تشكل ٤٢٪ ، و (B) تشكل ١٠٪ ، و (AB) تشكل ٣٪ من دم البشر .

^٣ - حجية القرائن المعاصرة ، محمد الزحيلي ، ص ١٥ ، أدلة مسرح الجريمة ، د/ قدري عبد الفتاح الشهاوي ، التحقيق الجنائي وضوابط الإثبات الجنائي ، محمد عطيفة ص: ٣١٧ .

^٤ - ويشهد لذلك آثار منها ما قضى به علي رضي الله عنه بأن المضروب إذا ادعى أنه أخرس يؤمر بإخراج لسانه وينخس بإبرة فإذا خرج الدم أحمر فهو صحيح اللسان ، وإن خرج أسود فهو أخرس . انظر الطرق الحكمية ص: ٥٦ ، ٥٧ .

^٥ - انظر : تعارض البيئات القضائية ، عبد الرحمن شريف ص: ٦٩٨ .

^٦ - المرجع السابق ص ٧٠١ ، وانظر : الطعن رقم (م ع / ف ج / ١١٨ / ١٩٩٣) من المبادئ : تقرير الخبير عن نتائج فصائل الدم تستعين به المحكمة حيث إن هذا التقرير يعد من القرائن القاطعة في نفي الأبوة كما يعد من القرائن البسيطة في إثبات الأبوة . فهو مقبول قانوناً وفقاً لنص المادة ١٨ من قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣ م . مجلة الأحكام القضائية سنة ١٩٩٣ م ص: ٨٢ .

^٧ - حجية القرائن المعاصرة ، محمد الزحيلي ، ص: ١٦ .

الجنائي يلحق بتحليل الدم سائر التحاليل المخبرية التي انتشرت في العصر الحاضر كتحليل البول وتحليل المني ، وتحليل الأطعمة والمشروبات ، والمواد الصلبة والسائلة ، والآثار المادية المتروكة في مكان الجريمة وكل ما يتعلق بالتحاليل الطبية التي تتم على المتهم أو المشتبه به للتأكد من علاقته بالواقعة المنسوبة إليه أو نفي ذلك ، للإسهام في كشف الجريمة ، وتسهم في عناصر الاقتناع لدى القاضي فيما يتعلق بإسناد الواقعة للمتهم وبيان الهدف أو الباعث على ارتكاب الجريمة. ولذلك يسمح القانون لإخضاع الجاني أو المجني عليه للإجراءات العملية للتعرف على نتائج تحاليل الدم والبول والمني وغيره ، ولا يعتبر مساساً في حقوق الفرد الشخصية، لتغليب المصلحة العامة في تحقيق العدالة وكشف الجريمة ، وحل المشكلات الاجتماعية^(١). وهذا ينبغي أن يحمل على إذا كان الحق للغير، أما إذا كان الأمر متعلقاً بحد شرعي فأرى أن يمنع أخذ أي شيء من بدن الإنسان للاستدلال على جريمة حدية مجردة لأنه لا يجوز أن يجبر الشخص على تقديم دليل إدانته من خلال ما يؤخذ من بدنه.

(٣) البصمات :

البصمة لغة : مشتقة من البُصْم وهو : فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر يقال ما فارقتك شبراً ، ولا فتراً ، ولا عتياً ، ولا رتباً ، ولا بصماً . ورجل ذو بصم أي غليظ البصم^(٢) . وبصم بصماً : إذا ختم بطرف إصبعه والبصمة أثر الختم بالإصبع^(٣) .

بصمة الأصابع : هي خطوط وبتوءات بارزة دقيقة يتخللها فراغات على أطراف الأصابع من الداخل وتأخذ أشكالاً مختلفة ، وتعايرج متعددة ، وهي من عجائب قدرة الله في الخلق ، وقد أشارت إليه الآية الكريمة من سورة القيامة ﴿ **بَلَى قَادِرِينَ عَلَى أَنْ نُسَوِّيَ بَنَانَهُ** ﴾^(٤) . وتتكون الأصابع في الأجنة من الشهر السادس للحمل ، ولا يطرأ عليها تغيير بعد الولادة وتبقى مدى الحياة وحتى بعد الوفاة إلى أن تتحلل الجثة ، ولا تتغير بصمات الأصابع إلا بإتلافها بالحروق النارية العميقة ، كما تترك الجروح عندما تلتئم خطوطاً بيضاء تقاطع التمرجات^(٥) ، واحتمال تطابق بصمتين من أصابع مختلفة أقل من واحد في أربعة وستين ألف مليون نسمة ، وهي مميزة للشخص حتى في حالة التوائم المتماثلة وهو التوأم الذي ينتج من بويضة واحدة سواء أكانت اثنان أم ثلاثة أم أربعة .. الخ ، وهذا ما

^١ - القرائن القضائية والقانونية ، عبد الحميد الشواربي ص : ١٣٦ ، حجية القرائن ، عزايزة ص : ١٩٥ ، الوسائل

العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي ، حسين محمد إبراهيم ص : ٢١٨

^٢ - لسان العرب ، ١٢ ، ٥٠ .

^٣ - المعجم الوسيط ، ١ ، ٦٠ .

^٤ - القيامة : ١٤ .

^٥ - التحقيق الجنائي الفني ، عبد اللطيف أحمد ، ص : ٧٣

يجعل بصمات الأصابع وسيلة فريدة في الإثبات^(١). وإذا وضع الإنسان يده أو أصبعه على جسم آخر بقيت آثار الخطوط بما عليها من إفرازات على سطح الجسم ، ويقوم المعمل الجنائي برفع هذه البصمات . ويتم الإثبات في الأصابع عن طريق المضاهاة بين أثر البصمة في موقع الجريمة والأماكن المشبوهة وبين البصمة التي يحملها صاحبها ، أو تطبع على بطاقته الشخصية ، أو تحفظ في سجلات الدولة لبصمات الأصابع العشرة لليدين اليوم ، وتعتمد المضاهاة على مبدأ التشابه التي أقرها جمهور الفقهاء^(٢) في ثبوت النسب بالقافة للشبه بين شخصين وسأشير إلى ذلك حين الكلام على أدلة ثبوت النسب لاحقاً. ويعتمد القضاء الجنائي بكثرة على الإثبات بالبصمات ولكن يحتاط بها في إثبات جرائم القصاص بالنظر إلى ما يعضدها من قرائن أخرى كما رجحنا ذلك في مبحث إثبات القصاص بالقرائن ، ويمكن الوصول بنتائج البصمة في التحقيق مع المتهم للوصول إلى الاعتراف أو إلى الحقيقة . وتقبل البصمات في جرائم التعازير ويعتمد عليها القانون بدرجة عالية في مجال التحقيق من شخصية الفرد ، وتتم عملية المضاهاة (المقابلة) بين أثر البصمات لبيان مطابقتها أو عدم مطابقتها مع بصمات المشتبه بهم لكشف حقيقة المجني عليه وكشف شخصية الجاني ، وتقدير سنه وجنسه وحالته الصحية ويمكن التعرف عن طريق البصمات على جثث المجهولين^(٣). وأيدت محكمة النقض المصرية اعتماد بصمات الأصابع كطريق من طرق الإثبات الأصلية في الجنايات فقالت : الدليل المستمد من تطابق البصمات دليل له قيمته وقوته الاستدلالية على أساس علمي دقيق ، لا يوهن منها ما يستتبطه الطاعن في طعنه من احتمال وجود تماثل غير تام بين بصمات شخص وآخر^(٤). وهي بذلك ترى جواز استقلال البصمة بإثبات الإدانة ، ونص المشرع السوداني في المادة (١/٥٠) من قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م على أنه : (يعتبر من القرائن المادية وجود الأدلة المادية كالأثر والخط والبصمة ونحوها ..)^(٥) ، فالقانون أعطى البصمات اعتبارها في الاستدلال ، ولكنها تكون خاضعة لاقتناع القاضي فهو صاحب الحق في دراستها والتأكد منها والأخذ بها أو طرحها متى وجد لذلك مسوغاً^(٦). إضافة لبصمات الأصابع اكتشفت في

^١ - الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية ، رسالة ماجستير ، كوثر أحمد خالد ص ٢٨٢ ، ونقلت عن الدكتور سلطان الشاوي في كتابه علم التحقيق الجنائي ص ١٦٢ قوله : أن البصمات مقاومة للجروح والحروق بصفة فعلية ، البوليس والكشف عن الجريمة اليوم ، مصدر سابق ص ٨٩ .

^٢ - راجع : مغني المحتاج ٤/٤٨٩ ، الوجيز للقرائي ٢/١٦٤ ، كشف القناع ٤/٣٠٠ ، الفتاوى لابن تيمية ٢٠/٣٥١ ، المحلى لابن حزم ٩/٤٣٥ .

^٣ - بين الطب والإسلام ، حامد الغوابي ص : ٥٢ ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، رؤوف عبيد ص ٥٥٨ ، حجية القرائن ، عزازية : ص ١٥٣ .

^٤ - الإثبات الجنائي ، للشواربي ص : ١٤٩ ، (نقض ١٧/٤/١٩٦٧ س ١٨ ص ٥٨١) .
^٥ - والمادة (٣٠) منه : (إذا اقتضى الفصل في الدعوى استيعاب مسائل فنية كالطب والهندسة والمحاسبة والخطوط والأثر وغيرها من المسائل الفنية فيجوز للمحكمة الاستعانة برأي الخبراء فيها وتندب لذلك خبيراً أو أكثر ما لم يتفق الخصوم على اختيارهم) .

^٦ - انظر : المادة (١٢١) من قانون الإجراءات الجنائية القطري ، والمادة (٣٠٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري ، وقرار النقض في هذا الخصوص : إن تقرير الخبير لا يعدو أن يكون دليلاً في النزاع يخضع لمطلق تقرير قاضي

العصر الحاضر أنواع أخرى من البصمات منها بصمة الصوت^(١) ، وبصمة الأذن^(٢) ، وبصمة الأسنان ، وبصمة راحة اليد ، وآثار الأقدام ، وبصمة الشفتين^(٣) ، وبصمة العين ، والشبكية القزحية^(٤) ، وبصمة الدماغ^(٥) ، وبصمة فتحات مسام العرق ، وبصمة الرائحة^(٦) ، ولكن التركيز حالياً يدور حول تطوير الوسائل الخاصة بتقنية البصمة الوراثية (D N A) والاعتماد على نتائجها في الإثبات عموماً .

الفرع الثاني

البصمة الوراثية

البصمة الوراثية هي "البنية الجينية (نسبة إلى الجينات أو المورثات) التي تدل على هوية كل إنسان بعينه أو هي التركيب الوراثي الناتج من فحص الحمض النووي الواحد أو الأكثر من أنظمة الدلالات الوراثية وتعرف بالحمض النووي^(٧) ، الدنا D N A ، وهي

الموضوع فله أن يأخذ منه ما شاء وله أن يخالفه إذ هو الخبير الأعلى في الدعوى ورأيه هو الفصل في الأمور التقديرية التي لا تستلزم بحثاً فنياً متعمقاً يقتضي التخصص ، ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة .

^{١-} انظر البيانات الحيوية : البصمة الصوتية ، منصور بن محمد الغامدي ١٥ ، ٢٨-٣١ : تطبيقات البصمة الصوتية في المجال الجنائي

^{٢-} انظر : الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية ، كوثر أحمد ، ص ٢٩٤-٢٩٧

^{٣-} راجع : بحث : البصمة الوراثية ، ياسين الخطيب ، مجلة العدل ، العدد ٤١ ، محرم ١٤٣٠ هـ ، ص : ١٨٠

^{٤-} تم تطوير تقنية التعرف على الهوية عبر قزحية العين التي تعد من أكثر التقنيات دقة في العالم لأن لكل منا قزحية ذات شكل مختلف عن سواه حتى أن شكل القزحية يختلف بين التوائم ، لأن قزحية العين البشرية تحتوي على مائتين وست وستين خاصية من حين أن بصمات الأصابع تحتوي على أربعين خاصية قياسية يمكن التعرف على الشخص من خلالها ، حيث يمكن التعرف على بصمة العين من خلال كاميرا خاصة توضع على بعد ثلاثة أقدام .

انظر : البصمة البصرية والصوتية ودورهما في الإثبات الجنائي شرعاً وقانوناً ، د / عباس أحمد الباز ص : ١٣٢

^{٥-} انظر مقال : بصمة الدماغ ودورها في دعم الأدلة الجنائية ، محمد فتوح ، مجلة الشرطة معك القطرية ، العدد (١٠٠) ص : ٧٠ ، وفيه : وقد استخدمت هذه التقنية في الولايات المتحدة الأمريكية وأصدرت إحدى المحاكم فيها حكماً ببراءة متهم بالقتل قضي ٢٥ عاماً بالسجن لاثامه في قضية قتل ، بعد استخدام بصمة الدماغ في الكشف عن مرتكب الجريمة الحقيقي .

^{٦-} يقول البروفيسور هينري سي لي رئيس مركز بحوث وتدريب الطب الشرعي بجامعة نيوهافن لمجلة الشرطة معك القطرية : بصمات الأصابع تعد إحدى أهم العلامات الفارقة بين شخص وآخر ، فلا يوجد شخص يشبه الآخر في بصمات أصابعه ، والإنسان كله بصمات ، فهناك بصمات في اليد والقدم والشفتين والأذنين ، والدم واللحاب والشعر والعيون والأسنان والرائحة كذلك ، وتظهر البصمات هوية الإنسان الحقيقية بالرغم من الإنكار الشخصي أو افتراض الأسماء أو حتى تغيير الهئية مع تقدم العمر أو المرض أو العمليات الجراحية أو الحوادث ، كذلك يمكن اقتفاء أثر الإنسان من مشيه وخطواته وحتى رائحته الخاصة التي تتعرف عليها الكلاب البوليسية ، ولكل شخص رائحة مميزة والروائح لا تتطابق أبداً وهي تخرج باستمرار في صورة أبخرة لا تتلاشى بسرعة بل تبقى عالقة في الهواء أو الأسطح المجاورة لساعات أو لأيام أو لأسابيع وأحياناً لشهور عديدة ، والإنسان الذي تتساقط جزيئات رائحته على الأرض أو تنتشر في الهواء أو تعلق بالأشياء التي يحتك بها بشكل مباشر لا يستطيع أن يتجنب آثار رائحته في مسرح الجريمة ، كما لا يمكن إزالتها ، أو منع وجودها في ذلك المكان ، ومن خلال الرائحة يمكن الاستدلال على مكان مجرم هارب أو شخص تائه أو تحديد مكان جثة مدفونة تحت الأنقاض أو الرمال ويمكن أيضاً تحديد مكان إخفاء الممنوعات كالمفتجرات والأسلحة والمخدرات . جريدة الراية القطرية عدد الأحد ٢٠١١/٩/٤ نقلاً عن مجلة الشرطة معك إصدار وزارة الداخلية القطرية ، www.raya.com

^{٧-} الحامض النووي عبارة عن مادة كيميائية تتحكم في تطوير شكل الخلايا والأنسجة في جسم الإنسان ، فهو بمثابة خريطة خاصة بتطوير الجسم محفوظة في داخل كل خلية من خلاياه ، واكتشف عام ١٩٥٣ على يد العالمين

الأحرف الأولى لمصطلح : Deory Nevulice Acid ، وهي المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية^(١) . فهي البنية الجينية أي المورثات التي تدل على هوية كل فرد بعينه وتنتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع ، وهي وسيلة لا تكاد تخطيء في التحقق من الشخصية ، والتحقق من الوالدية البيولوجية ، وتحديد شخصية كل فرد بعينه عن طريق تحليل (الدنا) الذي يؤخذ من خلايا جسده^(٢) ، وعلماء الطب الحديث يرون أنهم يستطيعون إثبات الشخصية والنسب من خلال إجراءات الفحص على الجينات الوراثية تصل إلى نسبة ٩٩,٩٩٪ ، وفي حالة النفي ١٠٠٪ ، وطريقة معرفة ذلك : أن يؤخذ عينة من أجزاء الإنسان بمقدار رأس الدبوس من البول ، أو الدم ، أو الشعر ، أو المني ، أو العظم أو اللعاب أو خلايا الكلية ، أو غير ذلك من أجزاء جسم الإنسان وبعد أخذ هذه العينة يتم تحليلها ، وفحص ما تحتوي عليه من كروموسومات - أي صبغيات - تحمل الصفات الوراثية ، وهي الجينات ، وقد دلت الاكتشافات الطبية أنه يوجد في داخل النواة التي تستقر في خلية الإنسان (٤٦) من الصبغيات (الكروموسومات) وهذه الكروموسومات^(٣) تتكون من المادة الوراثية - الحمض النووي الريبوزي منزوع الأكسجين - والذي يرمز إليه ب : (دنا) أي الجينات الوراثية ، وكل واحد من الكروموسومات يحتوي على عدد كبير من الجينات الوراثية قد تبلغ في الخلية البشرية الواحدة إلى مائة ألف مورثة جينية تقريباً وهذه المورثات الجينية هي التي تتحكم في صفات الإنسان ، والطريقة التي يعمل بها ، بالإضافة إلى وظائف أخرى تنظيمية للجينات .

وقد أثبتت التجارب الطبية الحديثة بواسطة وسائل تقنية في غاية التطور والدقة : أن لكل إنسان جينوماً^(٤) بشرياً يختص به دون سواه ، لا يمكن أن يتشابه فيه مع غيره أشبه

(جيمس واطسون) و (فرانس كريك) وقد سمي بذلك نظراً لوجوده وتركزه بشكل أساس في أنوية خلايا جميع الأجسام الحية ، انظر : الأسس العلمية والتطبيقات ، محمود محمد عبد الله ، ص : ٢٥١ .

^١ - قرارات مجمع الفقه الإسلامي ص ٣٤٣ ، البصمة الوراثية ، سعد الدين الهلالي ، ص : ٢٥ ، ٣٥ ، البصمة الوراثية ، خليفة الكعبي ص ٢٨ ، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب ، الطبيب / نجم عبد الله عبد الواحد .

^٢ - الموقع الإلكتروني للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية Islamset.com ، وعلى أثر نجاح البصمة الوراثية في تحديد هوية الأشخاص اعتمد مكتب التحقيقات الفيدرالية بالولايات المتحدة الأمريكية طريقة اختبار سائل نواة الخلية **DNA** كأحد الوسائل المعتمدة في إجراءات البحث الجنائي . الشفرة الوراثية للإنسان ، د. أحمد مستجير ، ص : ٢١٢ ، سلسلة كتب ثقافية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب ، الكويت . يقول البروفيسور هينري لي سي : البصمة الوراثية تعطي نتائج دقيقة بنسبة ١٠٠٪ ولا يمكن أن تتشابه بين اثنين إلا في حالة التوائم المتماثلة فقط ، بل إن احتمال تشابه بصمتين وراثيتين بين شخص وآخر هو واحد في التريلون مما يجعل التشابه مستحيلاً . انظر جريدة الراية ، مصدر سابق .

^٣ - هي تراكيب موجودة في نواة الخلية ويتكون من سلسلتين من الحمض النووي ملتصقين حول بعضهما بشكل حلزوني وهو يحمل الجينات والتي تنتقل بواسطتها الصفات الوراثية من جيل إلى الجيل التالي . انظر : أساسيات علوم الحياة ، مدحت حسين خليل ص ٥٩٦

^٤ - الجينوم : هو مجمل التركيب الوراثي للكائن وهو مركب مزجي من كلمتين هما - جين وهو قطعة من الحامض النووي على الكروموزوم - وكلمة كروموزوم ، ويعبر بها عن كتلة المادة الوراثية جميعها لكنها مسجلة تفصيلياً بحروف هجائها الأساسية . قراءة الجينوم البشري ، حسان حتوت ص : ٢٧٧ ،

ما يكون ببصمة الأصابع في خصائصها بحيث لا يمكن تطابق الصفات الجينية بين شخص وآخر حتى وإن كانا توأمين .

ولهذا جرى إطلاق عبارة (بصمة وراثية) للدلالة على تثبيت هوية الشخص أخذاً من عينة الحمض النووي المعروف بـ (دنا) الذي يحمله الإنسان بالوراثة عن أبيه وأمه ، إذ أن كل شخص يحمل في خليته الجينية (٤٦) من صبغيات الكروموسومات ، يرث نصفها وهي (٢٣) كروموسوماً عن أبيه بواسطة الحيوان المنوي ، والنصف الآخر وهي (٢٣) كروموسوماً يرثها عن أمه بواسطة البويضة وكل واحد من هذه الكروموسومات والتي هي عبارة عن جينات الأحماض النووية المعروف باسم (دنا) ذات شقين ويرث الشخص شقاً منها عن أبيه والشق الآخر عن أمه فينتج عن ذلك كروموسومات خاصة به لا تتطابق مع كروموسومات أبيه من كل وجه ولا مع كروموسومات أمه من كل وجه وإنما جاءت خليطاً منهما^(١) ، وبهذا الاختلاط أكتسب صفة الاستقلالية عن كروموسومات أي من والديه مع بقاء التشابه معهما في بعض الوجوه ، لكنه مع ذلك لا يتطابق مع أي من كروموسومات والديه ، فضلاً عن غيرهما .

فبعد معرفة هذه الصفات الوراثية الخاصة بالابن وبوالديه يمكن بعد ذلك أن يثبت بعض هذه الصفات الوراثية في الابن موروثاً له عن أبيه لاتفاقهما في بعض هذه الجينات الوراثية فيحكم عندئذ بأبوته له ، أو يقطع بنفي أبوته له وكذلك الحال بالنسبة للأم ، وذلك لأن الابن - كما تقدم - يرث عن أبيه نصف مورثاته الجينية ، بينما يرث عن أمه النصف الآخر ، فإذا أثبتت التجارب الطبية والفحوصات المخبرية وجود التشابه في الجينات بين الابن وأبويه ، ثبت طبيياً بنوته لهما . وقد تثبت بنوته لأحد والديه بناء على التشابه الحاصل بينهما في المورثات الجينية بينما ينفي عن الآخر منهما ، بناء على انتفاء التشابه بينهما في شتى المورثات الجينية^(٢) . قال الدكتور محمد باخطمة: (وتتكون كل بصمة من وحدات كيماوية ذات شقين محمولة في المورثات وموزعة بطريقة مميزة تفرق بدقة بارعة كل فرد من الناس عن الآخر ، وتتكون البصمة منذ فترة الانقسام في البويضة الملقحة وتبقي كما هي حتى بعد الموت ، ويرث كل فرد أحد شقي البصمة من الأب والآخر من الأم بحيث يكون الشقان بصمة جديدة ، ينقل الفرد أحد شقيها إلى أبنائه ، وهكذا ...)^(٣) . وقال الدكتور عبد الهادي مصباح : (الحامض النووي عبارة عن بصمة جينية لا تتكرر من إنسان إلى آخر بنفس التطابق ، وهي تحمل كل ما سوف يكون عليه هذا

^١ - ويدل علي ذلك قول الله تعالى : ﴿ إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ ﴾ والأمشاج هي الاختلاط وأنظر الآية في سورة الإنسان رقم (٢) .

^٢ - انظر : بصمة الوراثة (بصمة الدنا) للدكتور / سفيان العسولي .

^٣ - مناقشات جلسة المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي عن البصمة الوراثية في دورته (١٥) ، ص : ٢٥ ، وانظر بحث د/ محمد البار(نظرة فاحصة للفحوصات الطبية) المقدم لذات الدورة .

الإنسان من صفات وخصائص ، وأمراض وشيخوخة ، وعمر ، منذ التقاء الحيوان المنوي للأب ببويضة الأم وحدوث الحمل^(١) .

وثبت أنه لا تطابق للقواعد النروجينية في الحمض النووي في شخصين ، مما جعلها قرينة نفي وإثبات لا تقبل الشك ، لكن إمكانية التشابه في بصمة وراثية بين شخصين تصل لنسبة ١,٢ بالمليون ، فلا تشابه بين ستة مليارات نسمة إلا في التوائم المتماثلة ، كما يرد عليها بعض العيوب والأخطاء ، لأنها تحتاج إلى معايير للتأكد من صحتها كالمؤهلات العلمية والخبرة المتميزة وسلامة الطرق والإجراءات التي توظف لتحليل البصمة الوراثية ، وسأتناول هذه المسائل بشيء من التفصيل .

هذا وقد عقدت عدة مؤتمرات وندوات تناولت موضوع البصمة الوراثية خاصة والهندسة الوراثية عموماً منها :

(١) الندوة الفقهية الطبية الحادية عشرة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بدولة الكويت في الفترة من ١٣ - ١٥ أكتوبر ١٩٩٨م وكان عنوانها " الوراثة والهندسة الوراثية و الجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية " خصصت منها ستة أبحاث عن البصمة الوراثية .

(ب) الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة من ٥ - ١٠ يناير ٢٠٠٢ .

(ج) مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون والتي انعقدت بجامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون - في الفترة من ٥ - ٧ مايو ٢٠٠٢ .

وقد اتفقت هذه المؤتمرات الثلاث على جواز استعمال البصمة الوراثية في المجال الجنائي وبعض قضايا النسب^(٢) .

ضوابط العمل بالبصمة الوراثية :

اتفق القائلون بالعمل بالبصمة الوراثية على ضرورة وضع الضوابط والشروط التي تكفل دقة نتائج البصمة الوراثية وتحقق نتائجها الإيجابية ، ويدراً مفسدة استغلالها في غير ما شرعت فيه ، وحرصوا أن تكون هذه الضوابط أيضاً متفقة مع مقاصد الدين الحنيف وتتماشى مع أصول الشريعة وقواعدها ، ذلك أن القضاء بالبصمة الوراثية يعد نازلة مستجدة تستدعي النظر في المصالح المترتبة عليها ، والعلم بعدم تعارضها مع الأدلة الشرعية والأصول والقواعد والمقاصد المرعية وأدى ذلك إلى كثرة الاجتهادات في تنظيم هذه الضوابط وأهمها :

^١ - الاستساح بين العلم والدين ، ص ، ١٠٥ .

^٢ - البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية ، خليفة الكعبي ص ١٦ .

أ . الضوابط الشرعية :

- (١) أن يكون استعمالها عند الحاجة إليها في إثبات نسب غير مستقر ، وألا تستعمل في التأكد من نسب ثابت رعاية لجلب المصلحة منها ودرءاً للمفاسد ، وبناءً على هذا لا يجوز استخدامها في التأكد من صحة الأنساب المستقرة الثابتة ، لما في ذلك من هز الثقة بين الزوجين وإثارة الشكوك بينهما وتقوية الريبة بين أفراد المجتمع^(١).
- (٢) أن تنفك النتيجة عما يكذبها ، فإذا كانت نتيجتها مستحيلة عقلاً أو حساً ، فهذا يوضح ما اعترافها من خطأ يسوغ رفضها وعدم الاعتماد عليها ، كأن تثبت البصمة الوراثية نسب ابن ستين لابن عشرين سنة .
- (٣) أن تكون أوامر التحليل البيولوجية للبصمة الوراثية بناءً على أوامر القضاء ، أو من له سلطة نيابية عن ولي الأمر ، حتى يقفل باب التلاعب وإتباع الأهواء عند أصحاب النفوس الضعيفة . وأي نتيجة للبصمة الوراثية تتم دون صدور هذا الأمر تعتبر باطلة^(٢) ، وقد أوصى المجمع الفقهي الإسلامي في هذا الشأن بما يلي:
- أ . أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء ، وأن يكون في مختبرين للجهات المختصة ، وأن تمنع القطاع الهادف للربح من مزاوله الفحص لما يترتب على ذلك من المخاطر الكبرى .
- ب . تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة يشترك فيها المتخصصون الشرعيون والأطباء والإداريون ، وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية واعتماد نتائجها .
- ج . أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش ، ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية ، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع .
- د . أن يتم التأكد من دقة المختبرات ، وأن يكون عدد المورثات ((الجينات المستعملة للفحص)) بالقدر الذي يراه المختصون ضرورياً ؛ دفعاً للشك^(٣) .
- (٤) يجب أن يتوافر في العاملين في فحص البصمة الوراثية وتقرير نتيجتها الخبرة التامة وأن يكونوا ممن يشهد لهم بالتميز العلمي والمقدرة على الضبط التقني ؛ حتى لا يؤدي الأمر إلى تدهور النتائج العلمية ، ثم ضياع الحقوق من أصحابها^(٤).

^١ - انظر : البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي ، على القرة داغي ، ص ٧٢ .
^٢ - انظر : البصمة الوراثية ، بندر السويلم ، ص ١٣٠ ، البصمة الوراثية وأثرها في الأحكام ، خليفة الكعبي ، ص : ٤٩ - ٥٠ ، فقه القضايا الطبية المعاصرة ص : ٢٦٣ ، ٣٦٩ .
^٣ - القرار السابع ، الدورة السادسة عشرة ص ٣٤٥ .
^٤ - انظر : البصمة الوراثية ، خليفة الكعبي ، ص : ٥١ .

(٥) يجب أن يتوافر في كل من يعمل على فحص البصمة الوراثية ويقرر نتيجتها أو يعتمد عليها الشروط الآتية: العقل ، والبلوغ ، والعدالة ، والأمانة ، والضبط ، وانتفاء التهمة ، فإن اختل شرط أو أكثر لم تقبل النتيجة^(١) .

(٦) أن تكون النتيجة متيقنة ، فإن دارت بين الشك واليقين فلا يعتمد عليها .

(٧) أن يصدر الحكم بالبصمة الوراثية من القاضي ، فلا يعتد بما يصدر عن غيره .

ب . الضوابط الفنية :

١. تكون المختبرات الخاصة بفحص البصمة الوراثية تابعة للدولة وتحت رقابتها .
٢. أن تكون المعامل والمختبرات مزودة بأفضل ما توصلت إليه التقنية الحديثة وبأعلى مواصفات التصنيع لها .
٣. توثيق كافة خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءاً من نقل العينات اللازمة إلى ظهور النتائج ، حرصاً على سلامة تلك العينات ، وضماناً لصحة نتائجها مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة^(٢) .
٤. عمل التحاليل الخاصة بالبصمة الوراثية بطرق متعددة ، وبعدد أكبر من الأحماض الأمينية ، ضماناً لصحة النتائج قدر الإمكان^(٣) .
٥. أن تحاط الإجراءات الفنية والنتائج التحليلية بسرية تامة ، سواء التي في المختبرات الفنية أو في الدوائر ذات العلاقة ، لم يحيط بهذا الموضوع من خصوصية تامة^(٤) .

مدى حجية البصمة الوراثية في مجال النسب^(٥) :

المسألة الأولى : الطرق الشرعية لإثبات النسب :

طرق إثبات النسب في الشريعة الإسلامية خمس : الفراش والإستلحاق والبينة والقافة والقرعة ، الثلاث الأولى منها محل اتفاق بين العلماء^(٦) ، وهذا تفصيلها :

أولاً: الفراش : أجمع العلماء رحمهم الله تعالى على إثبات النسب به بل هو أقوى الطرق كلها ، قال ابن القيم : فأما ثبوت النسب بالفراش فأجمعت عليه الأمة^(٧) . والمراد

^{١-} انظر : أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي ، محمد الأشقر ، ص : ٢٦٥ .

^{٢-} البصمة الوراثية وأثرها ، خليفة الكعبي ص ٥٠ ، وتوصيات الحلقة النقاشية islamset.com .

^{٣-} البصمة الوراثية ، نجم عبد الواحد ، ص : ١٦ .

^{٤-} البصمة الوراثية أثرها على النسب ، بندر السويلم ، ص : ١٣٢ ، البصمة الوراثية ، القرعة داغي ، ص : ٧٢ .

^{٥-} النسب : هو حالة حكمية إضافية بين شخص وآخر من حيث إن الشخص انفصل عن رحم امرأة هي في عصمة زواج شرعي أو ملك صحيح ثابتين أو مشبهين الثابت للذي يكون الحبل من مائه . انظر : أحكام النسب في الشريعة الإسلامية ، علي محمد المحمدي ، ص : ١٢ .

^{٦-} زاد المعاد ، ابن القيم ٥/٤١٠ ، فتح الباري ، ابن حجر ١٢/٤٠ ، الإجماع لابن المنذر ص ٥٨ .

^{٧-} المرجع السابق نفسه .

بالفراش : فراش الزوجية الصحيح ، أو ما يشبه الصحيح فالصحيح هو عقد النكاح شرعاً ، حيث توافرت أركانه وانتفت موانعه ، وأما ما يشبه الصحيح فهو عقد النكاح الفاسد ، وهو المختلف في صحته ، وكذا الوطاء بشبهة على اختلاف أنواعها فإن حكمه حكم الوطاء بنكاح صحيح فيما يتعلق بثبوت نسب المولود الناتج عن ذلك الوطاء^(١) ، فإذا أتت المرأة بولد ممن يمكن أن يولد لمثله لستة أشهر من الوطاء ، أو إمكان الوطاء ، فإن النسب يثبت لصاحب الفراش^(٢) ، إذا ولد حال الزوجية حقيقة أو حكماً كما في المعتدة ، لقوله ﷺ : " الولد للفراش وللعاهر الحجر " .^٣

ثانياً : الاستلحاق : أو الإقرار بالنسب : والإقرار بالنسب على نوعين :

الأول : إقرار يحمله المقر على نفسه فقط كالإقرار بالبنوة ، أو الأبوة .
الثاني : إقرار يحمله المقر على غيره ، وهو ما عدا الإقرار بالبنوة والأبوة ، كالإقرار بالأخوة والعمومة .

- وقد اشترط الفقهاء لصحة الإقرار بالنسب في كلا النوعين شروطاً لابد من تحققها لصحة الإقرار وثبوت النسب بمقتضاه ، فاشتراطوا لصحة الإقرار بالنسب على النفس الآتي:
١. أن يكون المقر بالنسب بالغاً عاقلاً ، فلا يصح إقرار الصغير ، ولا المجنون ؛ لعدم الاعتداد بقولهما لقصورهما عن حد التكليف .
 ٢. أن يكون المقر له بالنسب ممن يمكن ثبوت نسبه من المقر ، وذلك بأن يولد مثله لمثله ، فلو أقر من عمره عشرون ببنوة من عمره خمسة عشر لم يقبل إقراره ، لاستحالة ذلك عادة وعقلاً .
 ٣. أن يكون المقر له مجهول النسب ؛ لأن معلوم النسب لا يصح إبطال نسبه الثابت .
 ٤. أن لا يكذب المقر له المقر ، إذا كان أهلاً لقبول قوله ، فإن كذبه فإنه لا يصح الإقرار عندئذ ولا يثبت به النسب .
 ٥. أن لا يصرح المقر بأن المقر له ولده من الزنا ، فإن صرح بذلك فإنه لا يقبل إقراره؛ لأن الزنا لا يكون سبباً في ثبوت النسب لقوله ﷺ : " الولد للفراش وللعاهر الحجر " .
 ٦. أن لا يُنازع المقر بالنسب أحد ، لأنه إذا نازعه غيره ، فليس أحدهما أولى من الآخر بمجرد الدعوى ، فلا بد من مرجح لأحدهما ، فإن لم يكن فإنه يعرض على القافة ، فيكون ثبوت النسب لأحدهما بالقيافة لا بالإقرار .

^١ انظر: بدائع الصنائع ، للكاساني ، ك الدعوى ٤٦٧/٨

^٢ اتفق الفقهاء على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤٥/٣ ، الاستذكار لابن عبد البر

ص : ١٢٢ ، أحكام الأحوال الشخصية ، عبد الوهاب خلاف ص : ١٨١ .

^٣ تقدم تخريجه .

فإذا توفرت هذه الشروط ثبت نسب المقر له من المقر ، وثبت بمقتضى ذلك جميع الأحكام المتعلقة بالنسب فإن كان الإقرار بالنسب فيه تحميل للنسب على الغير، كالإقرار بأخ له ونحوه ، فإنه يشترط لصحة ثبوت النسب إضافة للشروط المتقدمة ما يلي :

١. إتفاق جميع الورثة على الإقرار بالنسب المذكور .
٢. أن يكون الملحق به النسب ميّناً ؛ لأنه إذا كان حياً فلا بد من إقراره بنفسه
٣. أن لا يكون الملحق به النسب قد انتفى من المقر له في حياته باللعان^(١) .

ثالثاً : البينة : والمراد بها الشهادة ، فإن النسب يثبت لمدعيه بناءً على شهادة العدول بصحة ما ادعاه ، وقد أجمع العلماء^(٢) على أن النسب يثبت لمدعيه بشهادة رجلين عدلين ، واختلفوا في إثباته بغير ذلك ، كشهادة رجل وامرأتين أو بشهادة أربع نساء عدلات ، أو بشهادة رجل ويمين المدعي ، حيث قال بكل حالة من الحالات طائفة من العلماء ، غير أن مذهب جماهير أهل العلم - المالكية والشافعية والحنابلة - أنه لا يقبل في إثبات النسب إلا شهادة رجلين عدلين^(٣) . ويلحق بها - البينة - الاستفاضة والمراد منها الشهادة بالسمع وتعني اشتهاً الأمر بين الناس حتى يصير معروفاً بينهم ويقول جمع كبير من الناس سمعنا أن فلاناً ابن فلان ، قال ابن قدامة في الشرح الكبير : أجمع أهل العلم على صحة الشهادة بالاستفاضة في السماع^(٤) .

رابعاً : القيافة : وهي لغة تتبع الآثار لمعرفة أصحابها ، والقائف من يتبع الأثر ويعرف صاحبه وجمعه قافة^(٥) . والقائف في الاصطلاح الشرعي : هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود^(٦) .

والقيافة عند القائلين بالحكم بها في إثبات النسب ، إنما تستعمل عند عدم الفراش أو البينة ، وحال الاشتباه في نسب المولود المتنازع عليه ، فيعرض على القافة فمن ألحقته به القافة من المتنازعين نسبه ألحق به وقد اختلف الفقهاء في إثبات النسب بالقيافة ، حيث ذهب جمهورهم (المالكية والشافعية والحنابلة) إلى إثبات النسب بالقيافة^(٧) ، في حين ذهب الحنفية إلى عدم إثباته لها^(٨) .

^١ - البصمة الوراثية ، عمر بن محمد السبيل ص : ١٧١ ، بدائع الصنائع ٢٢٨/٧ ، الزرقاني على خليل ١٠٥/٦ ، مغني المحتاج ٢٥٩/٢ ، شرح منتهى الإرادات ٥٧٥/٣ ، المغني ١٨٤/٥ ، أحكام الأحوال الشخصية ، عبد الوهاب خلاف ، ص : ٩٢ .

^٢ - انظر : بداية المجتهد ، لابن رشد ، ٣٤٨/٢ ، زاد المعاد ، ٤١٧/٥ .

^٣ - انظر : الهداية شرح البداية ، ١١٧/١ ، الخرشي على خليل ٢٠٠/٧ ، المهذب ٣٣٤/٢ ، المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/٣٠ ، المحلى لابن حزم ، ٣٩٥/٩ .

^٤ - ١٢٣/١٢ .

^٥ - انظر : القاموس المحيط ، ١٨٨/٣ ، المصباح المنير ٥٩٩/٢ .

^٦ - التعريفات للجرجاني ص ٩١ .

^٧ - بداية المجتهد ٢٢٨/٢ ، مواهب الجليل ٢٤٧/٥ ، المغني ٤٨٣/٧ ، المهذب ٤٤٤/١ .

^٨ - المبسوط ، للسرخسي ١٠/١٧ .

الترجيح : الراجع ما ذهب إليه الجمهور لدلالة السنة المطهرة على ذلك ، حيث روى الشيخان بسندهما عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ دخل عليّ مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال : " ألم تري أن مجزراً نظر أنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال : هذه الأقدام بعضها من بعض" ^(١) . ولثبوت العمل بها عن عدد من الصحابة رضي الله عنهم ، منهم عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وأبي طالب وأبي موسى الأشعري وابن عباس وأنس بن مالك رضي الله عنهم ^(٢) .

وقد اشترط الجمهور لاعتبار قول القائف والحكم به في إثبات النسب عدة شروط من أهمها : أن يكون القائف مسلماً مكلفاً ، عدلاً ، ذكراً ، سميعاً بصيراً ، عارفاً بالقيافة ، مجرباً في الإصابة ^(٣) .

وذهب أكثر الفقهاء المجيزين للقيافة بجواز الاكتفاء بقول قائف واحد والحكم بإثبات النسب بناءً على قوله ، بينما ذهب آخرون إلى أنه لا يقبل فيه أقل من اثنين ، ومبنى الخلاف في ذلك على اعتبار القائف هل هو شاهد أو مخبر ، فمن قال بالأول اشترط اثنين ، ومن قال بالثاني اكتفى بواحد ، ورجح ابن القيم الاكتفاء بقول قائف واحد ^(٤) .

وإذا اختلفت أقوال القافة فإن أمكن الجمع بينهم ، كما لو ألحق أحدهم نسب الولد برجل والآخر ألحق بامرأة فإنه ينسب إليهما ، وإن لم يمكن ذلك يحكم بما هو أقوى وأرجح من حيث العدد ، أو من حيث قوة الشبه وكثرته ، وإذا لم يتحقق ذلك فقد اختلف الفقهاء ، فذهب المالكية والشافعية إلى أنه يرجع الأمر إلى الولد المراد إلحاقه ، فإن كان صبيّاً يؤخر الأمر حتى يبلغ فيلحق نفسه بأي واحد شاء ممن اختلف فيهم القافة وإن كان بالغاً يُخَيَّر بينهم ^(٥) . ولعل الفحص بالبصمة الوراثية في مثل هذه الحالة يحسم الخلاف.

كما اشترطوا في صحة حكم القائف أن لا يكون هناك مانع شرعي من الإلحاق بالشبه ، فلا يُعتدُّ بقول القائف في نفي النسب عند وجود الفراش ، قال ابن قدامة : فإن النسب يحتاط لإثباته ويثبت بأدنى دليل ، ويلزم من ذلك التشديد في نفيه ، أنه لا ينتفي إلا بأقوى دليل ^(٦) .

ولا يُعتدُّ بقول القائف في حالة اللعان ، لأن الله تعالى شرع اللعان عند نفي النسب وشرط لإقامته شروطاً كما سيأتي لاحقاً .

^١ - فتح الباري ٥٦/١٢ ، شرح مسلم للنووي ١٠٨٢/٢ .

^٢ - الطرق الحكمية ص ١٩٥ وقد أفاض ابن القيم في بيان ضعف أدلة الأحناف في ص ٢٠٨ ، وانظر الموسوعة الفقهية الكويتية ٩٤/٣٤ .

^٣ - انظر : تبصرة الحكام ، لابن فرحون ٩١/٢ ، روضة الطالبين ٣٧٤/٨ ، كشاف القناع ٢٠٢/٤٠ ، المحلى ١٤٨/١٠ .

^٤ - انظر : المنتقى شرح الموطأ للباقي ، ١٤/٦ ، الطرق الحكمية ص ٢١١ .

^٥ - بداية المجتهد ٣٢٨/٢ ، مغني المحتاج ٧٧٠/٥ .

^٦ - المغني ٧٩٦/٥ .

خامساً : القرعة : وهي أضعف طرق إثبات النسب الشرعي ، ولذا لم يقل بها جمهور العلماء ، وإنما ذهب إلى القول بها الظاهرية^(١) ، والمالكية في أولاد الإمام^(٢) ، وهو نص الشافعي في القديم^(٣) ، وبها قال بعض الشافعية عند تعارض البيئتين^(٤) ، وقال بها الإمام أحمد في رواية^(٥) . والقرعة عند القائلين بها لا يصار إلى الحكم بها إلا عند تعذر غيرها من طرق إثبات النسب من فراش أو بينة أو قافة ، أو في حال تساوي البيئتين أو تعارض قول القافة ، فيصار إليها حينئذ حفاظاً للنسب من الضياع وقطعاً للنزاع والخصومة ، فالحكم بها غاية ما يقدر عليه ، وهي أولى من ضياع نسب المولود لما يترتب على ذلك من مفسد كثيرة^(٦) . والذي يظهر لي أنه ينبغي ألا يصار إلى القرعة الآن مع وجود الوسائل المتقدمة في التحليل بأنواعه والذي يمكن بواسطته إثبات النسب ، لأن القرعة وسيلة ضعيفة قال بها الفقهاء تشوقاً لإثبات النسب.

المسألة الثانية: الطريق الشرعي لنفي النسب :

أولى الإسلام الأنساب والمحافظة عليها عناية كبيرة ، ومن مظاهر ذلك تشوفه إلى ثبوت النسب ودوامه وتسهيل إثباته بأدنى الأسباب وبالمقابل تشدد في نفيه وإبطاله متى ما ثبت بإحدى الطرق المشروعة وجعلت الشريعة اللعان طريقاً لنفيه ، لذا يحسن إعطاء نبذة موجزة عن اللعان وصفته والآثار المترتبة عليه :

فاللعان لغة : مشتق من اللعن وهو الطرد والإبعاد من الخير ، ويقال : لاعن الحاكم بين الزوجين أي حكم بينهما باللعان على الوجه المشروع^(٧) .

أما اصطلاحاً : فهو إما شهادات مؤكدة بالأيمان في اصطلاح الحنفية والحنابلة ، وأما أيمان في اصطلاح المالكية والشافعية وتعريفه بغض النظر عن هذا الاختلاف ، كما ذكر الشافعية : أنه كلمات معلومات جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به ، أو إلى نفي ولد^(٨) .

مشروعية اللعان : دل على مشروعية اللعان الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب ففي قوله عز وجل : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ * وَالْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنْ

^١ - المحلى ١٥٠/١٠ .

^٢ - الزرقاني على خليل ١٠٩/٥ ، الخرشي على خليل ١٠٥/٦ .

^٣ - السنن الكبرى للبيهقي ٢٦٧/١٠ .

^٤ - المهذب ٤٤٥/١ .

^٥ - الانصاف ٤٥٨/٦ .

^٦ - البصمة الوراثية ، عمر السبيل ، ص ١٧٧ ، الطرق الحكمية ص ٢١٤ .

^٧ - لسان العرب ٣٨٧/١٣ مادة (لعن) .

^٨ - مغني المحتاج ٥٢/٥ ، روضة الطالبين ٢٨٥/٦ ، البصمة الوراثية ، وهبة الزحيلي ص ٢٥ .

الكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ ❖ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ❖ وَالْخَامِسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ^(١) .

أما من السنة : فللأحاديث الكثيرة الثابتة عنه ﷺ ومنها ما ثبت في الصحيحين عن ابن عمر : " أن رجلاً لأعن امرأته وانتفى من ولدها ، ففرق رسول الله ﷺ بينهما " ^(٢) .

أما الإجماع فقد حكاه عدد من العلماء ^(٣) ، قال النووي في شرحه لصحيح مسلم : وجوز العلماء اللعان لحفظ الأنساب ، ودفع المعرة عن الأزواج ، وأجمع العلماء على صحة اللعان في الجملة ^(٤) .

ولا يصح اللعان إلا بعد توافر الشروط التالية : ١- أن يكون الزوجين مكلفين ، ٢- أن يكون الزوج مختاراً غير مكره عليه ، ٣- أن يقذف الرجل زوجته بالزنا فتكذبه ، ٤- أن يكون اللعان بأمر من الإمام أو نائبه. فهذه جملة الشروط التي اشترطها الفقهاء لصحة اللعان ولهم في ذلك تفاصيل واسعة ليس هذا محل بيانها.

آثار اللعان : فإذا جرى اللعان بالصفة المذكورة في الآيات الكريمة من سورة النور السابق ذكرها ^(٥) ، ترتب عليه الأحكام التالية : ١- انتفاء نسب الولد من الزوج إذا صرح بنفيه ، ولحوق نسب الولد بأمه ، ٢- سقوط حد القذف عن الزوج إن كانت زوجته محصنة ، وسقوط التعزير عنه إن لم تكن محصنة ، وسقوط حد الزنا عن المرأة بنص القرآن على ذلك ، ٣- وقوع الفرقة المؤبدة بين الزوجين وتحريم نكاحها عليه على التأييد لقوله ﷺ : " لا سبيل لك عليها " ^(٦) .

فالنسب هبة من الله تعالى فلا يباع ولا ينقل ولا يبطل فقد دلت الأحاديث أن النسب لا ينقل إلى آخر بييع ولا هبة ولا تنازل فقال ﷺ : " الولاء لحمة لحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث " ^(٧) .

كما أنه لا يجوز إبطاله ، وبذلك ألغى الإسلام ما كان لدى الجاهلية من ذلك .

المسألة الثالثة : إثبات النسب بالبصمة الوراثية :

نظراً لتشوف الشريعة الإسلامية إلى ثبوت النسب ، وإلحاقه بأدنى سبب ، فإن الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال النسب في الحالات التي يجوز فيها الحكم بثبوت النسب

^١ - النور : ٦ .
^٢ - صحيح البخاري ٢٨١/٣ ، صحيح مسلم ٢٠٨/٤ .
^٣ - الإفصاح ١٦٧/٢ ، رحمة الأمة ص ٢٩٥ ، أسهل المدارك ١٧/٢ .
^٤ - شرح صحيح مسلم للنووي ١١٩/١٠ .
^٥ - ويرجع إلى المصادر السابقة في بيان صفة اللعان وآثاره .
^٦ - صحيح البخاري ٢٨٠/٣ ، وصحيح مسلم ٢٠٧/٤ .
^٧ - رواه الحاكم في المستدرک ٣٤١/٤ وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وابن حبان في صحيحه - الإحسان - ٢٢٠/٧ ، وقال في إرواء الغليل ١٠٩/٦ حديث صحيح .

بناءً على قول القافة كما مر معنا ، أمر ظاهر الصحة والجواز بل هو أولى لدقة نتائجها^(١) ، كما قال أحد الأطباء : "ويمكن القول إن كل ما تفعله القافة يمكن للبصمة الوراثية أن تقوم به وبحجة أقوى وبدقة متناهية وبصحة أكثر من القافة ، فالبصمة الوراثية تستطيع أن تحدد الأب والأم والأخت والأخ بصورة قاطعة تصل ٩٩,٩٩٪ ويمكنها كذلك النفي بنسبة ١٠٠٪"^(٢) ، إضافة إلى أن بعض الفقهاء نص على ترجيح قول القائف المستند في قوله على شبه خفي على قول القائف المستند في قوله على شبه ظاهر ؛ لأن الأول معه زيادة علم تدل على حذقه وبصيرته^(٣) ، قال النووي في روضة الطالبين : "لو ألحقه قائف بأحدهما بالأشبه الظاهرة ، وآخر بالأشبه الخفية ، كالخلق وتشاكل الأعضاء فأيهما أولى ، وجهان : أحدهما الثاني"^(٤) ، ولا شك أن البصمة الوراثية فيها من زيادة العلم والحذق واكتشاف المورثات الجينية الدالة على العلاقة النسبية ما لا يوجد في القافة ، ولأن الأصل في الأشياء - غير العبادات - الإذن والإباحة ، وأخذاً من أدلة الشرع العامة وقواعده الكلية في تحقيق المصالح ودرء المفاسد ، لما في الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب من تحقيق لمصالح ظاهرة ودرء لمفاسد كثيرة ، قال ابن القيم : وأصول الشرع وقواعده والقياس الصحيح يقتضي اعتبار الشبه في لحوق النسب والشارع متشوف إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها ، ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب^(٥) . جاء في توصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية : ((البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية ، والتحقق من الشخصية ، ولا سيما في مجال الطب الشرعي ، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية ، وتمثل تطوراً عصبياً عظيماً في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه ، ولذلك ترى الندوة أن يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى))^(٦) . فالبصمة الوراثية تقف جنباً إلى جنب مع وسائل الإثبات الأخرى في إثبات النسب ، لأن أدلة القول بها محل اتفاق ، فهي أقوى من القيافة ومن القرعة ، أما بالنسبة للفراش والإقرار والشهادة فتقدم عليها البصمة الوراثية في حالات معينة حددها قرار مجمع الفقه الإسلامي^(٧) ، وبناءً على ذلك فإنه يمكن الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب وتقديمها في الحالات التالية :

- ^١ - البصمة الوراثية ، عمر السبيل ص ١٨٦ .
- ^٢ - البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً ونفياً ، نجم عبد الواحد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ص ٢٤٨ ، بعض النظرات الفقهية في البصمة الوراثية ، محمد با خطمة ص ٢٦ ، وانظر : إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية ، عائشة المرزوقي ص ٣٠٩ .
- ^٣ - انظر : مغني المحتاج ٤/٤٩١ .
- ^٤ - ١٠٧/١٢ .
- ^٥ - الطرق الحكمية ص : ٢٠١ ، وانظر البصمة الوراثية ، عمر السبيل ص : ١٨٧ .
- ^٦ - ملخص أعمال الحلقة النقاشية حول حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب ، انظر : موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية على الانترنت islmsset.com .
- ^٧ - البصمة الوراثية وأثرها في النسب ، بندر السويلم ، ص ١٢٨ .

(١) حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء عند انتفاء الأدلة أو تساويها سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة الذي ينتج عنه حمل وولادة ، فإنه يمكن إثبات نسبة المولود إلى الزوج أو إلى الذي وقع على المرأة بشبهة.

(٢) حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية المواليد والأطفال ونحوها ، وكذا الاشتباه في أطفال الأنايب .

(٣) حالات ضياع الأطفال وغيرهم واختلاطهم بسبب الحوادث والكوارث وتعذر معرفة أهليهم وهذه لا يمكن العمل فيها بتقديم الفراش لتمييز الصغار ومعرفة آبائهم مع تحققه ، نظراً لوجود الاشتباه وهذا يوضح أن البصمة الوراثية ينبغي أن تأخذ مكاناً مهماً وقوياً في ثبوت النسب (١) .

أنه يمكن استخدام الوراثة لمنع اللعان ، وذلك إذا عزم الزوج أن يلاعن زوجته لنفي نسب ولده منه لوجود شك كبير فيه ، فإنه يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لدفع هذا الشك فإذا أثبتت أن الولد المشكوك فيه منه فعليه الاكتفاء بهذه النتيجة ، أما إذا ثبت بأن الولد ليس منه فعليه اللعان بل في هذه الحالة يمكن للقاضي إذا التجأ إليه الزوج العازم على اللعان أن يجبره على إجراء اختبار البصمة الوراثية بحيث إذا ظهرت النتيجة أنه منه لا ينبغي له اللعان ، وإذا ظهر عكس ذلك فليلاعن^(٢) .

المسألة الرابعة: نفي النسب بالبصمة الوراثية :

كما مرّ معنا أن اللعان شرع لدرء الحد عن الزوج إذا قذف زوجته بلا شهود ، أو أراد قطع نسب - الحمل أو الطفل المولود - عنه ، وهو أيضاً حماية وصيانة لعرض الزوجة ودفع للحد عنها والطريق الذي جاءت به النصوص الشرعية لنفي النسب هي اللعان ، فهل يصح نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا جاءت النتائج تؤكد ذلك ويكتفي بها أم لا بد من اللعان أيضاً ؟ فأقول : لم يتفق الفقهاء المعاصرون في مسألة نفي النسب بالبصمة الوراثية وقد

^١ - انظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي ، مكة المكرمة ص ٣٤٤ ، القضاء بالبصمة ص ١٢ ، القرار السابع ، وملخص أعمال الحلقة النقاشية المشار إليه سابقاً ، وانظر: فقه القضايا الطبية المعاصرة ، علي القره داغي ، وعلي المحمدي ص ٣٦٥ .

^٢ - ذكر الدكتور عمر السبيل في بحثه ص ١٨٦ : أن الشيخ عبد العزيز القاسم وهو أحد قضاة محكمة الرياض الكبرى أنه تقدم إليه شخص بطلب اللعان من زوجته للانتفاء من بنت ولدت على فراشه ، فأحال القاضي الزوجين مع البنت إلى الجهة المختصة بإجراء اختبارات الفحص الوراثي ، فجاءت نتائج الفحص بإثبات أبوة هذا الزوج للبنت إثباتاً قطعياً ، فكان ذلك مدعاة لعدول الزوج عن اللعان ، وزوال ما كان في نفسه من شكوك في زوجته ، كما زال أيضاً الحرج الذي أصاب الزوجة وأهلها جراء سوء ظن الزوج ، فتحقق بهذا الفحص مصلحة عظيمة يتشوف إليها الشارع ويدعو لها . وانظر البصمة الوراثية ، ياسين الخطيب ص ٢٠٤

لخص بعض الباحثين المعاصرين^(١) الخلاف في حكم نفي النسب بالبصمة الوراثية فقط دون اللعان في أربعة أقوال :

القول الأول : أنه لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش إلا باللعان فقط، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، وعلى هذا القول قرار مجمع الفقه الإسلامي ، فقد صدر قرار المجمع في دورته السادسة عشرة متضمناً أنه: ((لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان)) ، وهو قول عامة الفقهاء المعاصرين منهم : د/ علي القره داغي ، ود/ فتح الله سعيد ، ود/ محمد الأشقر^(٢) .

القول الثاني : أنه يمكن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية إذا تيقن الزوج أن الحمل ليس منه ، وهذا ما ذهب إليه د/ محمد المختار السلامي^(٣) .

القول الثالث : أن الطفل لا ينفى نسبه باللعان إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد صحة نسبه للزوج ولو لاعن ، وينفى النسب باللعان فقط إذا جاءت البصمة تؤكد قوله ، وتعتبر دليلاً تكملياً ، وهو رأي د/ نصر فريد واصل ، وعليه الفتوى بدور الإفتاء المصرية^(٤) .

القول الرابع : أنه لا وجه لإجراء اللعان إذا ثبت يقيناً بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج وينفى النسب بذلك ، إلا أنه يكون للزوجة طلب اللعان لنفي الحد عنها ؛ لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء شبهة ، وإذا ثبت عن طريق البصمة الوراثية أن الولد من الزوج وجب عليه حد القذف . وهذا الرأي ذهب إليه د/ سعد الدين هلال^(٥) .

الترجيح :

الأظهر قوة أدلة القول الأول وأن النسب الشرعي الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية عليه ، والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية دون اللعان ، ولأن من مقاصد الشرع في تشريع اللعان هو سد أبواب الخوض في الأعراض والنسب حتى لا تتعرض للاضطراب والفوضى ، حيث من أراد أن ينفى نسب ولد ثابت بالفراش ليس أمامه إلا اللجوء إلى اللعان والذي فيه تأثير على الجانب الشخصي والاجتماعي والأسري بحيث لا يقدم عليه إلا في حالات الضرورة القصوى ، هذا ومع أنه لا

^١ - البصمة الوراثية وحجيتها ، عبد الرشيد محمد أمين قاسم ، ، نشر بمجلة العدل ، العدد (٢٣) ١٤٢٥هـ ، ص : ٦٧ ، ٦٦ ، ٦٨ ثم قال بعد عرض الأقوال : ويظهر لي أن البصمة الوراثية إذا جاءت مخالفة لقول الزوج فلا يلتفت لدعواه بنفي النسب وإن لاعن أو طلب اللعان ، وأن نسب الطفل يثبت للزوج ويجري عليه أحكام الولد إن جاءت موافقة لقول الزوج ، فله أن يلاعن . وانظر : البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية ، سعد الدين الهلالي ص : ٨٠ ، ٨١ ، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية ، خليفة الكعبي ص : ٣٠١ - ٣٠٦ ، البصمة الوراثية أثرها في النسب ، بندر السويلم ، مجلة العدل العدد ٢٧ سنة ١٤٢٩ ص : ١٣٦ .

^٢ - البصمة الوراثية وأثرها ، خليفة الكعبي .

^٣ - المرجع السابق نفسه .

^٤ - انظر : بحثه : البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ، ص : ١٠٩ - ١١٠ .

^٥ - انظر : البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية ، له ، ص : ٣٥١ .

يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان ، فإنه يمكن الاستعانة بها على اعتبار أنها قرينة قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان وللقاضي أن يعرض الأطراف لفحص البصمة الوراثية قبل إجراء اللعان .

وعليه فإن تقدير نتيجة البصمة الوراثية ومدى قوتها وصلاحيتها للإثبات يخضع لتقدير القاضي لها ، أما ما يترتب على إجرائها فلا يلغي اللعان ، فغاية ما في الأمر أن ظهور العلاقة بالبصمة الوراثية سوف يزيل الشكوك عن الزوجين أو يقوي جانب أحدهما قبل اللعان .

مدى حجية البصمة الوراثية في المجال الجنائي :

إن البصمة الوراثية أدق وسيلة إثبات عرفت حتى الآن في تحديد هوية الإنسان لإثبات التهمة والجريمة والتهمة على شخص ، ونفي الجريمة أو التهمة عن آخر ، فقد تقدمت المختبرات والتقنيات الخاصة بالبصمة الوراثية في مجال كشف الجرائم والمجرمين ، وذلك عن طريق أخذ أي خلية من مسرح الجريمة تخلفت عن المجرم سواء أكانت من دمه ، أم منيه ، أو أي شيء آخر حتى لو كانت في ظروف ملوثة ، فهناك تجارب كثيرة تدل على أنه أجريت البصمة على عينة من المنى الباقي على جسم المرأة المعتدى عليها أو ثوبها^(١) فأثبتت إرجاعه إلى الشخص الجاني من بين عدد كبير من المشتبه بهم ، وكذلك أخذت عينات من الدماء في مسرح الجريمة فاستطاعت البصمة بشكل قطعي إرجاعها إلى أصحابها^(٢) . يقول أحد الأطباء : لقد ثبت أن استعمال الأسلوب العلمي الحديث بأعداد كثيرة من الصفات الوراثية كدلالات البصمة الوراثية يسهل اتخاذ القرار بالإثبات أو النفي للأبوة والنسب والقرابة ، بالإضافة إلى مختلف القضايا الجنائية ، مثل التعرف على وجود القاتل أو السارق ، أو الزاني ، من عقب السيارة ، حيث إن وجود أثر اللعاب ، أو وجود بقايا من بشرة الجاني ، أو شعرة من جسمه أو مسحات من المنى المأخوذ من جسد المرأة ، يشكل مادة خصبة لاكتشاف صاحب البصمة الوراثية من هذه الأجزاء ، ونسب النجاح في الوصول للقرار الصحيح مطمئنة لأنه في حالة الشك ترى زيادة عدد الأحماض الأمينية ، ومن ثم زيادة عدد الصفات الوراثية^(٣) .

المسألة الأولى : المستند الشرعي للعمل بالبصمة الوراثية في المجال الجنائي :

أن القول بجواز الأخذ بالبصمة الوراثية في القضايا الجنائية - غير قضايا الحدود والقصاص - هو ما ذهب إليه أغلب الفقهاء في المجامع والندوات العلمية الشرعية التي بحثت

^١ - من أشهر القضايا التي استعملت فيها هذه التقنية فضيحة بيل كلينتون الرئيس الأمريكي السابق في قضيته المشهورة مع مونيكا ليونيسكي فإنه لم يعترف ويعتذر للجمهور الأمريكي إلا بعد أن أظهرت الأدلة الجنائية وجود بصمته الوراثية المأخوذة من المنى الموجود على فستان ليونيسكي . راجع البصمة الوراثية ، عبد الرشيد قاسم ، مرجع سابق ، ص : ٥٦ .

^٢ - انظر: البصمة الوراثية ، الطبيب / نجم عبد الواحد ص : ٢٢٩ ، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي ، علي القرعة داغي ، ص : ٦٧ .

^٣ - د/ نجم عبد الواحد المرجع السابق ص ٢٣٢ - ٢٣٣ بتصرف .

هذه المسألة ، جاء في نص القرار السابع لمجمع الفقه الإسلامي السابق ذكره : لا مانع شرعاً من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص ، لخبر (ادعاء الحدود بالشبهات) وذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع ، ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه ، وتبرئة المتهم ، وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة^(١) .

يقول الدكتور على القره داغي في بحثه البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي^(٢) : لذلك نرجح القول بأن البصمة الوراثية دليل مقبول شرعاً لكشف الجرائم والمجرمين ، وأنها لا تقل عن بقية الأدلة من حيث الدلالة ولكن الحدود لا تثبت بها لنظر الشارع إليها وتشوفه إلى درئها بالشبهات ، وأضاف : إن المستند الفقهي لذلك هو أن المقصد الشرعي في البينة هو ظهور دليل واضح يدل على صاحب الحق ، أو الجريمة ومن هنا فلا ينبغي حصر طرائقها في أنواع معينة ، فكل ما يبين الحق ويظهره فهو دليل صالح لأن يقضي به القاضي ويبنى حكمه عليه إلا إذا وجد له معارض قوي^(٣) . ثم ساق كلام ابن القيم ودلالته على حجية القرائن ، وقال : (فإذا كان الأمر كذلك في مثل هذه القرائن ، فإن موضوع البصمة الوراثية أقوى بكثير منها ومن الشهادة التي تمثل الصدق والكذب ، حتى من الإقرار في حين أن نسبة الكشف عن طريق البصمة الوراثية قطعية أو شبه قطعية على الأقل ، لذلك فالذي أراه راجحاً أنها دليل يثبت نسبة الجريمة إلى مرتكبها فيستحق العقاب المناسب له ما عدا الحدود التي يتشوف الشارع إلى التسامح فيها عند وجود الشبه الدارئة ولكن درء الحدود لا يعني عدم وجود عقوبة رادعة مناسبة قد تصل إلى القتل حسب طبيعة الجريمة وخطورتها ، وظروفها وملابساتها المشددة أو المخففة)^(٤) . وجاء في

^١ - القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها الفقرة الأولى ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع ، المجلد الثالث ، ص : ٣٥٨ - ٣٥٩ ، ويفهم من القرار أن جرائم التعازير يجوز إثباتها بقريئة البصمة الوراثية وحدها ، فإذا اقتنع القاضي بقوة دلالة البصمة الوراثية وعدم معارضة أي دليل لها فله أن يوقع العقوبة التعزيرية المترتبة على الجريمة ، وإن لم تساندها أدلة أخرى في دلائلها ، وانظر البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية ، سعد الدين هلاللي ص : ١٨٣ . قلت : وهذا ما يفهم من رأي الدكتور القره داغي الآتي . ورأي الدكتور / محمد المدني بو ساق في كتابه موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي ص : ٣٦ ، وأضاف : وقد جرى الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات الجرائم التي لا حد فيها ولا قصاص لدى المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية وغيرها ، ثم قال : وإلى العمل بالبصمة الوراثية - في التعازير - ذهب جميع من قرأت له أو سمعت عنه من الباحثين المعاصرين . وأشار لعدة أبحاث لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون التي عقدت بالإمارات . ثم رجح أن الأمر يرجع إلى حصول قناعة القاضي ، فإن حصلت القناعة بالبصمة الوراثية وحدها فيها وإن لم تحصل طلب تعزيرها بغيرها . بينما يرى الباحث مضاء منجد ترجيح جواز الاعتماد على قريئة البصمة الوراثية في إنزال عقوبة الحبس التعزيرية في حالة حصول تطابق جيني خلال عملية التحقيق مع متهم في جريمة توجب حداً أو قصاصاً أو تعزيراً أشد من الحبس ، وأنها تعد وسيلة إثبات مستقلة ، يجوز الاعتماد عليها في لإثبات جرائم تعزيرية لا تتجاوز عقوبتها الحبس ، شريطة أن لا يوجد دليل يعارضها أو يثبت عكس مدلولها ، انظر البصمة الجينية ، مرجع سابق ، ص : ٢٧٧

^٢ - ص : ٦٨ .

^٣ - المرجع السابق ص : ٦٨ .

^٤ - المرجع السابق ص : ٧١ ، ويلاحظ أنه استثنى الحدود فقط ولم يشر إلى القصاص .

توصية الندوة الفقهية حول الوراثة والهندسة الوراثية ما نصه : (البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية ، ولاسيما في مجال الطب الشرعي وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية)^(١). وعلل القائلون بالعمل بالبصمة الوراثية في المجال الجنائي عدا الحدود والقصاص بأن الحدود والقصاص لا تثبت إلا بشهادة أو إقرار ، دون غيرهما من وسائل الإثبات عند كثير من الفقهاء ، والأمر الثاني فلأن الشارع يتشوف إلى درء الحدود والقصاص ، فهي تدرأ بأدنى شبهة أو احتمال ، والشبهة في البصمة الوراثية هي أنها تثبت بيقين هوية صاحب الأثر في مسرح الجريمة ، أو ما حوله ، لكنها مع ذلك تظل ظنية عند تعدد أصحاب البصمات على الشيء الواحد ، أو وجود صاحب البصمة قدراً في مكان الجريمة قبل وقوعها أو بعد وقوعها أو غير ذلك من أوجه الظن المحتملة^(٢) .

والمستند الفقهي لجواز الأخذ بالبصمة الوراثية في المجال الجنائي أنها وسيلة لغاية مشروعة ، وللوسائل حكم الغايات ، ولما كان في الأخذ بها في هذا المجال تحقيق لمصالح كثيرة ودرء لمفاسد ظاهرة ، ومبنى التشريعية كلها على قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد ، وأخذاً بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من مشروعية العمل بالقرائن والحكم بمقتضاها . كما مر معنا في مبحث حجية القرائن . والحاجة إلى الاستعانة بها على إظهار الحق وبيانه بأي وسيلة قد تدل عليه أو قرينة قد تبينه ، وذكرنا الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة وعمل الصحابة ، وقد كان القضاة قديماً يستعينون بالقافة لمعرفة آثار أقدام المجرمين ، ثم مع التقدم العلمي أصبح الأخذ ببصمات الأصابع . كما مر معنا أيضاً . قرينة من أشهر القرائن في التعرف على الجناة وأضحى العمل بها شائعاً في بلاد الإسلام وغيرها^(٣) .

وهناك رأي ثان لبعض الفقهاء المعاصرين^(٤) بمشروعية العمل بالبصمة الوراثية في قضايا الحدود والقصاص بناءً على ما ذهب إليه بعض الفقهاء . كما مر معنا في مبحث إثبات الحدود والقصاص بالقرائن . من إثبات بعض الحدود والقصاص بالقرائن والأمارات الدالة على موجبها وإن لم يثبت ذلك بالشهادة أو الإقرار ومنها . راجع مبحث إثبات الحدود بالقرائن . إثبات حد الزنا على المرأة الحامل التي لا زوج لها ولا سيد ، وإثبات حد الزنا على المرأة الملعنة عند نكولها عن اللعان^(٥) ، ومنها إثبات حد الخمر على من وجد فيه رائحته

^١ - ملخص أعمال الحلقة النقاشية بند رقم (١) موقع : islamset.com ، ويلاحظ أنها لم تشر للقصاص .
^٢ - انظر ملحق أعمال الحلقة النقاشية حول حجية البصمة الوراثية . موقع : islamset.com .
^٣ - راجع : النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود ٢/٢٥٧ ، البصمة الوراثية ، عمر السبيل ص : ٢١١ ، البصمة الوراثية ، وهبة الزحيلي ص : ٢٩ .
^٤ - منهم : د/عمر السبيل - رحمه الله تعالى . انظر ص ٢١٠ - ٢١٣ من بحثه ، والمستشار فؤاد عبد المنعم في بحثه البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي ص ٨٣ ، أبو الوفاء محمد أبو الوفاء في بحثه البصمة الوراثية المقدم لندوة جامعة الإمارات ٢/٧٢٢ وأشار إلى أن هذا هو اتجاه المحكمة الاتحادية العليا بالإمارات .
^٥ - وهو مذهب المالكية والشافعية والظاهرية وقول للحنابلة اختار ابن تيمية وغيره ، انظر : بداية المجتهد ٢/٢٩٠ ، المهذب ٢/١٢٨ ، المحلى ١٠/١٤٥ ، الإنصاف ٩/٢٤٩ .

أو تقيأه أو كان في حالة سكر ، ومنه إثبات حد السرقة على من وجد منه المال المسروق^(١) .
ومنها ثبوت القصاص على من وجد وحده قائماً وفي يده سكين عند قتيل يتشخط في دمه^(٢) .
فلو قيست البصمة الوراثية على هذه المسائل لم يكن الأخذ عندئذٍ بالبصمة الوراثية
والحكم بمقتضاها في قضايا الحدود والقصاص بعيداً عن الحق ولا مجاناً للصواب فيما
يظهر قياساً على تلك المسائل لا سيما إذا حُفَّ بالقضية أو الحال من قرائن الأحوال ما
يؤكد صحة النتائج قطعاً لدى الحاكم كمعرفته بأمانة ومهارة خبراء البصمة ودقة المعامل
المخبرية وتطورها ، وتكرار التجارب سيما في أكثر من مختبر ، وغير ذلك . وإذا صح
قياس البصمة الوراثية على تلك المسائل وانسحب عليها الخلاف الحاصل فيها ، سوَّغ
للحاكم عندئذٍ لأن يحكم بأي القولين ترجح عنده بحسب ما يحف القضية من قرائن قد
تدعوه إلى إثبات الحدود أو القصاص بها أو ضعف القرائن ، وتطرق الشك إليه في قضية
أخرى فيحمله ذلك على الاحتياط والأخذ بما ذهب إليه الجمهور .. فحكم الحاكم بأي
قول من القولين يرفع الخلاف الحاصل كما هو إجماع العلماء . قلت: وهذا رأي جيد ،
ولكن يرد عليه ما علل القائلون بالقول الأول من أن نتيجة البصمة الوراثية تظل ظنية عند
تعدد أصحاب البصمات على الشيء الواحد ، أو وجود صاحب البصمة قادراً في مكان
الجريمة قبل وقوعها أو بعد وقوعها أو غير ذلك من أوجه الظن المحتملة . والأرجح أنه يؤخذ
بنتائج البصمة الوراثية إذا أثبتت قوتها مع قرائن أخرى.

وهناك اتجاه ثالث قال جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات الحدود لكونها
قرينة قوية الدلالة شريطة ألا يقتصر عليها فقط ، أي أن تكون مستتدة إلى إقرار أو شهادة
أو قرائن قوية الدلالة ، وذلك بهدف أن يكون الحكم الصادر يقينياً لا يعتريه أدنى شك ،
مما يجعل القاضي مطمئناً من أن الحكم الذي أصدره حكم لا يستند فقط إلى قرينة
البصمة الوراثية بل إلى غيرها من الأدلة الأخرى التي تساندها ، وهذا الاحتياط لا بد منه
خصوصاً في إثبات العقوبات الحدية وهذا يعني أنه في حالة استناد البصمة الوراثية إلى
قرائن ضعيفة الدلالة فحسب ، أو عدم وجود ما يساند البصمة الوراثية من إقرار أو شهادة ،
أو تقديم الجانب الذي قامت قرينة البصمة الوراثية ضده أدلة تثير شبهات حول مدلول
القرينة فإنه في كل حالة من الحالات السابقة الذكر ، لا يمكن الاستعانة بالبصمة
الوراثية في إثبات الجريمة . الاغتصاب . إلا أنه على الرغم من ذلك يمكن إيقاع عقوبة
تعزيرية بناءً على دلالة البصمة الوراثية^(٣) . بجواز الاعتماد على البصمة الجينية في إثبات
جريمة الاغتصاب دون الاقتصار عليها رأي راجح ومنطقي ، فقد أعطى البصمة الجينية
مكانتها اللائقة بين وسائل وأدلة الإثبات المتعددة ، وفي نفس الوقت جعل لهذه المكانة حداً

^١ - الطرق الحكمية ص : ٦ .

^٢ - المرجع السابق ص : ٧ .

^٣ - دور البصمة الجينية في الإثبات الجنائي ، مضاء منجد مصطفى ص ١٨٢ .

ميتاً لا تخرج عليه ، فهي أي البصمة الجينية لا يمكن الاعتماد عليها بمفردها بل لا بد من وجود أدلة تساندها من إقرار أو شهادة أو قرائن ذات دلالة قوية^(١) .

وهذا رأي جيد وراجح ، في مسألة العمل بالبصمة الوراثية - مع وجود قرائن أخرى قوية تساندها - في إثبات الاغتصاب أما بحدود فلا تثبت إلا بالوسيلة المحددة شرعاً لأن الحدود حق الله فيها غالب وحقوق الله مبنية على المسامحة أما الاغتصاب فحق المغصوب غالب ومن كان واقعه كذلك فحقه مبني على المشاحة ، ولأن الاغتصاب جريمة تقع على بدن المغصوب بغير رضاه فإذا ثبت الاغتصاب ترتب الحق في التعويض ومهر المثل حسب الأحوال مع ما يستحقه الجاني من عقوبة تعزيرية.

المسألة الثانية : مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات جرائم الدماء :

مر معنا في المبحث الثاني عند حديثنا عن إثبات موجب الحد والقصاص بالقرائن ورجحنا القول بجواز إثبات جريمة القصاص بالقرائن القطعية المستندة إلى غيرها من القرائن ، وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في تحديد دور البصمة الوراثية في إثبات جريمة القتل إلى ثلاثة آراء : فذهب فريق منهم^(٢) إلى أن دور قرينة البصمة الوراثية يقتصر على مساعدة القاضي في إثبات جريمة القتل بطرق الإثبات المقررة شرعاً ، فإذا نتج من استخدام البصمة الوراثية في مواجهة المتهم اعترافه ، أو شهادة الشهود عليه ، تحقق للقاضي ما أراد وهو ثبوت الجريمة بالوسائل التي حددها الشرع ، بينما رأى فريق ثالث أن قرينة البصمة الوراثية تكفي لإثبات جريمة القتل بمفردها إذا ما تم التأكد من صحتها ولم يعارض داللتها ما هو أقوى منها ، وذلك قياساً على ما ذهب إليه ابن القيم وابن فرحون في جواز إثبات جريمة القتل بالقرائن الدالة عليها^(٣) .

الخلاصة : جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات جرائم الدماء باعتبارها قرينة خاضعة لسلطة القاضي في تقدير الدليل بما يجعل عنده اقتناعاً لا يتطرق إليه شك.

^١ - المرجع السابق ص : ١٨٢ .

^٢ - انظر : البصمة الوراثية ودورها في الإثبات ، وهبة الزحيلي : ٥٢٨/٢ ، دور البصمة الوراثية في الإثبات ، غنام محمد غنام ٩٣/٢ . وهذا ما حرص على تأكيده مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشرة في القرار السابع المشار إليه سابقاً .

^٣ - انظر: البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي ، فؤاد عبد المنعم ص : ٨٩ ، وانظر سابقة حكومة السودان ضد م.م وآخرين ص ٨ من هذا البحث ، ومحاكمة م ز ا : غ / إ / إعدام ٢٠٠٨/٣ ، بتاريخ ٢٠٠/١٢/١٦ محكمة جنايات الخرطوم شمال والذي أدانته المحكمة تحت المادة ١٣٠ من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١ م ، بناءً على قرائن منها البصمة الوراثية حيث تم العثور على السكين أداة الجريمة مع المتهم وعليها فصيلة دم المجني عليه . انظر بحث : البصمة الوراثية وأثرها في إثبات جرائم القصاص ، أحمد إسماعيل عمر ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة أفريقيا العالمية العدد ١٥ فبراير ٢٠١٠ ، ص ٢٩٩ .

مشروع
قرار رقم ()
بشأن موضوع
القرائن المستحدثة

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي في دورته.....

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع : القرائن المستحدثة واستماعه إلى المناقشات التي دارت حول الموضوع بمشاركة أعضاء المجمع و خبرائه و عدد من الفقهاء قرر ما يلي:

- (١) القرائن المستحدثة هي المعتمدة في نتائجها على الآلة أو التحليل العلمي.
- (٢) القرائن الحديثة كالبصمة الوراثية ، وبصمة العين ، والصوت ، والرائحة ، والتوقيع الإلكتروني ، قرائن معتبرة ينبغي إعمال آثارها باعتبارها قوية الدلالة ما لم يثبت عكسها.
- (٣) يجوز الاعتماد على القرائن الحديثة في إثبات الحقوق المالية و المعنوية و اعتبار العقود صحيحة ما لم يرد عليها ما يبطلها شرعاً.
- (٤) يجوز شرعاً الأخذ بنتيجة البصمة الوراثية و غيرها من القرائن المستحدثة في إثبات جميع الجرائم ما عدا الحدود.

، ، ، والله أعلم ، ، ،



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

**عينة من الإثبات القضائي
بالقرائن والأمارات في الأمم السابقة والإسلام
الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدات)
استعراض الأمارات والقرائن السابقة إجمالاً**

إعداد

د. سيف راشد الجابري

ممثل دولة الإمارات العربية المتحدة

بمجمع الفقه الإسلامي الدولي

التابع لمنظمة التعاون الإسلامي بجدة

المحتوى

- سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى مقدمة وتمهيد وثلاثة مباحث على النحو الآتي:-
- **مقدمة:** تبين أهمية الموضوع ومنهج بحث هذه الدراسة.
 - **تمهيد:** سيعرض لمفهوم القرينة والأمانة وبعض الألفاظ ذات الصلة.
 - **المبحث الأول:** سيبحث في القرائن والأمارات في الأمم السابقة قبل الإسلام ، قميص النبي يوسف عليه السلام أنموذجاً. ويشمل مطلبين :
 - **المطلب الأول:** براءة الذئب من دم يوسف بقرينة القميص.
 - **المطلب الثاني:** براءة يوسف الصديق عليه السلام من التهمة الموجهة إليه من قبل امرأة العزيز بقرينة القميص الذي مُرّق من الخلف.
 - **المبحث الثاني:** سيبحث في القرائن والأمارات في عصر النبي ﷺ ، ويشمل مطلبين:
 - **المطلب الأول:** القرائن والأمارات التي حكم بها النبي ﷺ نفسه بها.
 - **المطلب الثاني:** القرائن والأمارات التي حكم بها بعض الصحابة الكرام رضي الله عنهم في عصر النبي ﷺ وأقرهم عليها.
 - **المبحث الثالث:** القرائن والأمارات التي حكم بها بعض الصحابة الكرام رضي الله عنهم وكبار قضاة الأمة بعد عصر النبي ﷺ .

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله الذي أنزل الحدود وشرع القصاص زجرا للمجرمين من العبث بأمن العباد والبلاد، وتطهيراً للأنفس والأرض والبيئة عن الفساد والفواحش، وأفضل الصلاة والسلام على من أقام الحدود من غير تفريق بين قريب أو بعيد أو أسود أو أبيض أو سيد أو عبد إحقاقاً للعدل وتحقيقاً للعدل وقال قولته المشهورة في الحديث المتفق على صحته عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أنه قال: (إنما أهلك الذين قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها) فعم بذلك العدل وانتشرت الرحمة بين الخلق، وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

وبعد فهذه مقدمة مختصرة في بيان عينة من القرائن والأمارات التي اعتمدها الأمم السابقة قبل الإسلام من جانب وأمة الإسلام من جانب آخر في الإثبات القضائي من أجل إحقاق العدل وترسيخه في مجتمعاتهم بأدلة لا ترقى إلى الأدلة المادية المحسوسة وإنما توصل إليها وتقرب الطريق لمعرفة مرتكبي الجرائم من جنيات وجنح وغيرها، مكتملاً بذكر عينيات منها من دون كثير شروحات وتعليقات التزاماً بالمقرر ضمن محور الدراسة: الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدات) الفقرة أولاً (استعراض الأمارات والقرائن السابقة إجمالاً) تاركاً بذلك المجال الأوسع للسادة العلماء والباحثين الذين بحثوا موضوع مستجدات القرائن المعاصرة من بصمة العين وفحص الـ(دي إن إي) وتدقيق الخطوط الفارقة وغيرها من المستجدات المعاصرة الأخرى.

وهذه الدراسة قد اشتملت على مقدمة بينت فيها منهج البحث وتمهيد لبيان تعريف الأمارات والقرينة والألفاظ ذات الصلة وبيان طبيعة عمل القاضي باختصار التي تبين أن وظيفته عند عدم وجود الأدلة المادية التي تثبت القضية، تكمن بالبحث والتقصي عن القرائن الموضوعية التي تساعد على اتخاذ القرار الذي يُعتمد في صياغته على مبنى الأمور التي يمكن أن تستنبط من مجريات الأمور وتستشف منها عقلاً. أي أن طريقة اتخاذ القرار من قبل القاضي الشرعي في البداية هي طريقة البحث عن الحجية، والاستماع للشهود، والاستماع للمدعي والمدعى عليه، ثم يأتي دور البحث عن (القرائن) بطرق عقلية شرعية من أجل الوصول إلى القرار النهائي العادل في القضية، ثم المبحث الأول: سيبحث في القرائن والأمارات في الأمم السابقة قبل الإسلام، قميص النبي يوسف عليه السلام أنموذجاً. ويشمل مطلبين:

المطلب الأول: براءة الذئب من دم يوسف بقرينة القميص.

المطلب الثاني: براءة يوسف الصديق عليه السلام من التهمة الموجهة إليه من قبل امرأة العزيز بقرينة القميص الذي مُزق من الخلف.

المبحث الثاني: سيبحث في القرائن والأمارات في عصر النبي ﷺ ، ويشمل مطلبين:

المطلب الأول: القرائن والأمارات التي حكم بها النبي ﷺ نفسه بها. المطلب الثاني: القرائن والأمارات التي حكم بها بعض الصحابة الكرام رضي الله عنهم في عصر النبي ﷺ وأقرهم عليها.

المبحث الثالث: القرائن والأمارات التي حكم بها بعض الصحابة الكرام رضي الله عنهم وكبار قضاة الأمة بعد عصر النبي ﷺ .

ثم الخاتمة التي تم بها تلخيص الدراسة بشكل مختصر.

تمهيد

القرينة والأمانة في اللغة: تأتي بمعنى العلامة^(١).

والقرينة في الاصطلاح: هي كل إمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه.

والقرينة القاطعة في الاصطلاح: ما يدل على ما يطلب الحكم به دلالة واضحة بحيث تصيّر في حيز المقطوع به^(٢).

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية القرينة بأنها: (الإمارة البالغة حدّ اليقين). وهناك من عرفها: بأنها الإمارة التي توجد عند الإنسان علماً بموضوع النزاع والاستدلال يكون مماثلاً للعلم الحاصل من المشاهدة والعيان. وعرفها بعضهم: بأنها الإمارة الدالة على حصول أمرٍ من الأمور، أو عدم حصوله^(٣).

وقد مثل ابن نجيم الحنفي لذلك بقوله: (كما لو ظهر إنسان من دار، ومعه سكين في يديه، وهو متلوّث بالدماء، سريع الحركة، عليه أثر الخوف، فدخل إنسان أو جمع من الناس في ذلك الوقت، فوجدوا بها شخصاً مذبوهاً لذلك الحين، وهو متضمخ بدمائه، ولم يكن في الدار غير ذلك الرجل الذي وجد على الصفة المذكورة، وهو خارج من الدار، فإنه يؤخذ به، إذ لا يشك أحد في أنه قاتله واحتمال أنه ذبح نفسه، أو أنّ غير ذلك الرجل قتله ثمّ تسوّر الحائط وهرب، ونحو ذلك، فهو احتمال بعيد لا يلتفت إليه، إذ لم ينشأ عن دليل^(٤).

ونستطيع أن نمثل لذلك بالرجل الذي يترنح في مشيته وفقد توازنه، وعند الاقتراب منه تفوح منه رائحة الخمر، فإذا سألنا عن حاله، نجيب مباشرة بأنه رجل مخمور (سكران) علماً بأننا لم نشاهده يحتسي الخمر، وإنما ثبت ذلك عندنا لقرينة ترنحه في مشيته ورائحته، وربما لو كلمته كان لسانه ثقيلاً في النطق وغيرها من العلامات التي تظهر على المخمورين، وكل من هذه العلامات والإشارات (الرائحة، فقدان التوازن، ثقل اللسان أثناء الكلام) تعد قرائن بأن هذا الرجل قد شرب الخمر فعلاً، لأن القرينة كما قلنا: كل إمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه.

إن وظيفة القاضي عند عدم وجود الأدلة المادية التي تثبت القضية، هي البحث عن القرائن الموضوعية التي تساعد على اتخاذ القرار الذي يُعتمد في صياغته على مبنى الأمور

١ جمهرة اللغة، محمد بن الحسن بن دريد، تحقيق رمزي بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٧م، ١٠٦٩/٢.

٢ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٥/٧.

٣ الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٤ المصدر نفسه.

التي يمكن أن تستبطن من مجريات الأمور وتستشف منها عقلا. أي أن طريقة اتخاذ القرار من قبل القاضي الشرعي في البداية هي طريقة البحث عن الحجية، والاستماع للشهود، والاستماع للمدعي والمدعى عليه، ثم يأتي دور البحث عن القرائن، بطرق عقلية شرعية من أجل الوصول إلى القرار النهائي العادل في القضية.

المبحث الأول القرائن والأمارات في الأمم السابقة قبل الإسلام (قميص نبي الله يوسف أنموذجاً)

تمهيد:

تنوعت القرائن والأمارات في الأمم السابقة واختلفت حسب طبيعة حال كل واحدة منها وقوتها في الدلالة على الحكم، فقد حدثنا القرآن الكريم في آيات كثيرة في شأن القرائن واختلاف قوتها ومستوى حجمها من حيث التصديق والتكذيب، فقد يتم الاستدلال من أحد طرفي القضية بقريته ما إلا أنها لا تبلغ في الحجة ما يوصلها إلى مرحلة المقطوع به، فيتم عدم تصديقها من فحوى القرينة نفسها، من ذلك على سبيل المثال القرينة التي استدلت بها أخوة يوسف عليه السلام في أكل الذئب له، فقد جاؤوا على قميصه بدم، والدم في حد ذاته قرينة، إلا أن يعقوب عليه السلام أبطل هذه القرينة التي جاء بها أخوة يوسف عليه السلام - أبناؤه - بقريته أقوى من قرينتهم، ألا وهي عدم تمزيق الذئب للقميص أصلاً، إذ كيف للذئب أن يتمكن من إخراج دم يوسف عليه السلام، من غير أن يتمزق قميصه الذي كان يرتديه أثناء ذلك الأمر!

وهكذا فالقرينة تستنبط استنباطاً وتفهم من خلال مجريات الأمور، إما من خلال الحادثة نفسها أو من خلال تناقض أقوال المتهم، وما شابه ذلك، فهي تختلف بحسب طبيعة حال كل منها، ومن أجل الإمام بموضوع القرائن بصورة موضوعية سوف نختر قميص يوسف عليه السلام كأنموذج عن القرائن في الأمم السابقة، باعتبار أن الإحاطة بجميع القرائن عند الأمم السابقة قبل الإسلام التي وردت في القرآن الكريم كثيرة يصعب الإحاطة بها جميعاً، لذا سنقتصر في هذا المبحث على (قرينة) قميص سيدنا يوسف عليه السلام الذي ورد في أكثر من موطن من سيرته.

فقرينة القميص الذي ورد ذكرها في أكثر من موطن في سورة يوسف عليه السلام، تكررت في ثلاث مراحل من حياة النبي يوسف عليه السلام، فقد ورد ذكره حينما دبّر له أخوته المكيدة وأردوا أن يتخلصوا منه بطريقة أو أخرى، وكذلك كانت قرينة القميص في خلاصه من التهمة المزعومة التي نسبتها إليه امرأة العزيز، ثم رجوع بصر أبيه يعقوب عندما ألقى إليه، وفي ذلك يقول بن العربي في أحكام القرآن: (قال علماؤنا كان في قميص يوسف ثلاث آيات: جاؤوا عليه بدم كذب، وقد من دبر، وألقى على وجه يعقوب فارتد بصيراً)⁽¹⁾.

¹ أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الفكر، لبنان، ٤٠/٣.

وسيتضمن هذا المبحث الوقوف على المرحلة الأولى وهي براءة الذئب من دم يوسف عليه السلام بقرينة القميص الذي لم يمزق، والثانية براءة يوسف الصديق عليه السلام من التهمة الموجهة إليه بقرينة القميص الذي مزق من الخلف، دون المرحلة الثالثة وهي مسألة رجوع البصر إلى سيدنا يعقوب بعد أن ألقى عيه القميص باعتبارها لا ينطبق عليها وصف القرينة، من خلال عرض المطلبين الآتيين :-

المطلب الأول

براءة الذئب من دم يوسف بقرينة القميص

(١) قوله عز وجل: ﴿ قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا فَأَكَلَهُ الذَّئْبُ وَمَا أَنْتَ بِمُؤْمِنٍ لَنَا وَلَوْ كُنَّا صَادِقِينَ وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ ﴾^(١).

فقوله تعالى: ﴿ وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ ﴾ فقد روي أن إخوة يوسف لما أتوا بقميصه إلى أبيهم تأملوه، فلم ير خرقاً ولا أثراً، فاستدلّ به على كذبهم.

قال ابن العربي في أحكام القرآن عند تفسيره للآية: وهم الكاذبون وجاءوا على قميصه بدم كذب ومع هذا فإنها قرائن يستدل بها في الغالب وتتبنى عليها الشهادة في الوقت وغيره بناء على ظواهر الأحوال وغالبها)^(٢).

وقد استدل الجصاص بجواز صدور الحكم اعتماداً على ما يصحب الفعل من العلامات في مثله بالتكذيب أو التصديق، إذ يقول في قول الله عز وجل: (قال بل سولت لكم أنفسكم أمرا) فكلام نبي الله يعقوب يدل على أنه عليه السلام (قطع بخيانتهم وظلمهم، وأن يوسف لم يأكله الذئب، لما استدل عليه من صحة القميص من غير تخريق، وهذا يدل على أن الحكم بما يظهر من العلامة في مثله في التكذيب أو التصديق جائز، لأنه عليه السلام قطع بأن الذئب لم يأكله بظهور علامة كذبهم)^(٣).

وقد ذكر الشيخ محمد الأمين الشنقيطي أن القرائن تتفاوت فقال: (لا شك أن الدم قرينة على افتراس الذئب له، ولكن يعقوب أبطل قرينتهم هذه بقرينة أقوى منها، وهي عدم شق القميص، فقال: سبحان الله متى كان الذئب حليماً كيساً يقتل يوسف ولا يشق قميصه. ولذا صرح بتكذيبه لهم في قوله: ﴿ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ

^١ سورة يوسف الآيات ١٦ - ١٧.

^٢ أحكام القرآن، لابن العربي، ٥٦٣/٢.

^٣ أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي،

٣٨٢/٤، بيروت، ١٤٠٥هـ.

الْمُسْتَعَانَ عَلَى مَا تَصِفُونَ ﴿١﴾ ، ثم عقب بعد ذلك بقوله : وهذه الآيات المذكورة أصل في الحكم بالقرائن ^(١) .

وقد استدلل الفقهاء بهذه الآية في إعمال الأمارات في مسائل من الفقه ، كالقسامة وغيرها ، وأجمعوا على أن يعقوب عليه السلام استدلل على كذبهم بصحة القميص . وهكذا يجب على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت ، فما ترجح منها قضى بجانب الترجيح ، وهي قوة التهمة ، ولا خلاف في الحكم بها ، قاله ابن العربي ^(٢) .

المطلب الثاني

براءة يوسف الصديق عليه السلام من التهمة الموجهة إليه بقريئة القميص الذي مزق من الخلف

وقد سبق وأن أشرنا إلى أن قوة القريئة تختلف حسب طبيعة القضية والدور الذي تؤديه القريئة فيها ، ومن ذلك ما ورد عن ذكر قميص يوسف مرة أخرى في السورة نفسها ولكن في مرحلة عمرية ثانية مختلفة ، إذ تم الاستدلال بالقميص هذه المرة باعتباره القريئة المؤثرة التي قامت مقام البينة التي تم الاستدلال برد دعوى امرأت العزيز التي كادت أن تعصف بيوسف الصديق عليه السلام بالهاوية ، وهذه المرة جاءت قريئة القميص على قول الشاهد من أهل المدعية نفسها - امرأة العزيز - في التهمة التي وجهت إلى نبي الله يوسف عليه السلام من قبلها ، إذ يقول الله سبحانه في وصف تلك الأحداث والتهم ، وما عرضه الشاهد من من ضرورة التحقق من تمزيق القميص من جهة الخلف أو الأمام ، بقوله عز وجل : ﴿ قَالَ هِيَ رَأَوْدُنِّي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿١﴾ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٢﴾ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ﴿٣﴾ .

وبهذه الآيات استدلل بعض العلماء كالمالكية وغيرهم أن القريئة الجازمة ربما قامت مقام البينة مستدلين على ذلك بجعل شاهد يوسف شق قميصه من دبر قريئة على صدقه وكذب المرأة في قوله تعالى : ﴿ شَهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿١﴾ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٢﴾ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ﴿٣﴾ فذكره تعالى لهذا مقرر له يدل

^١ أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ، محمد الأمين بن محمد بن المختار الجكني الشنقيطي ، تحقيق مكتب البحوث والدراسات ، دار الفكر للطباعة والنشر ، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م ، بيروت ، ٢/٢١٦ .
^٢ الجامع لأحكام القرآن ، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، دار الشعب ، ١٥٠/٩ .
^٣ سورة يوسف الآية ٢٥ وما بعدها

على جواز العمل به ومن هنا أوجب مالك حد الخمر على من أستتكه^(١) فشم في فيه ريح الخمر لأن ريحها في فيه قرينة على شربه إياها^(٢) .

وكذلك يفهم من هذه الآية (لزوم الحكم بالقرينة الواضحة الدالة على صدق أحد الخصمين، وكذب الآخر. لأن ذكر الله تعالى لهذه القصة في معرض تسليم الاستدلال بتلك القرينة على براءة يوسف يدل على أن الحكم بمثل ذلك حق وصواب . لأن كون القميص مشقوقاً من جهة دبره دليل واضح على أنه هارب عنها، وهي تصل إليه من خلفه، ولكنه تعالى بين في موضع آخر أن محل العمل بالقرينة ما لم تعارضها قرينة أقوى منها، فإن عارضتها قرينة أقوى منها أبطلتها)^(٣) .

١ وكه الرجل : استتكه عن اللحياني . الجوهرى : وكه السكران إذا استتكهته فكه في وجهك . أبو عمرو : يقال كه في وجهي أي تنفس ، والأمر منه كه و كه ، وقد كهت أكه و كهت أكه . وفي الحديث : أن ملك الموت قال لموسى ، عليهما السلام، وهو يريد قبض روحه : كه في وجهي ، ففعل ، فقبض روحه ، أي افتح فاك وتنفس. لسان العرب، ٥٣٧/١٣ .

٢ أضواء البيان ، محمد الأمين الشنقيطي، ٣٨١/١ .

٣ أضواء البيان للشنقيطي، ٢١٥/٢ .

المبحث الثاني القرائن والأمارات في عصر النبي ﷺ

تمهيد:

ورد في السنة النبوية المطهرة بعض الحوادث التي أشارت إلى حكم النبي ﷺ بالقرينة، وإن كان حكمه من حيث العموم يختلف في بعض الأحيان باعتبار وصفه عليه الصلاة والسلام، فتارة يصدر حكمه باعتباره مشرعاً ناقلاً لحكم الله تعالى ومبلغاً عن ربه وهذا هو الأصل كما في قول الله عز وجل: ﴿ يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَغْتَ رِسَالَتَهُ وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ ﴾^(١) وتارة يكون قاضياً بين المتخاصمين وتارة يكون حكمه باعتباره مفتياً للمستفتين، وتارة يصدر حكمه في أمر من أمور الدنيا باعتباره يقول رأيه من دون إلزام منه ﷺ لأحد بما يراه، كما صرح بذلك ﷺ في حادثة تأبير النخل^(٢)، وحتى حينما كان عليه الصلاة والسلام يحكم بين المتخاصمين باعتباره قاضياً بين الناس يحثهم على الصدق وتوقي الدقة في الإخبار مخافة أن لا يصيب بالحكم بحكم بشريته عليه الصلاة والسلام، فعن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: (إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي على نحو ما أسمع فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار)^(٣). وقد تكلم شراح الحديث في ما ينبغي للمتخاصمين إتباعه عند التنازع أمام القضاء، والأثر الذي يترتب على إبداء أحد الطرفين لمعلومات مفضلة للعدالة، وليس هذا موطن تفصيل ذلك.

المطلب الأول

القرائن والأمارات التي حكم بها النبي ﷺ نفسه بها

ذكرنا في تمهيد هذا المبحث أن حكم النبي ﷺ كان يختلف من حيث العموم في بعض الأحيان باعتبار وصفه وصفته عليه الصلاة والسلام، فتارة يصدر حكمه باعتباره مشرعاً ناقلاً لحكم الله تعالى ومبلغاً عن ربه، وهذا هو الأصل كما في قول الله عز وجل: ﴿ يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَغْتَ رِسَالَتَهُ وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ ﴾^(٤)، وتارة يكون قاضياً بين المتخاصمين وتارة يكون حكمه باعتباره مفتياً للمستفتين، وتارة يصدر حكمه في أمر

^١ سورة المائدة، الآية ٦٧.

^٢ سيأتي بيان الحديث في المطلب القادم بتمامه.

^٣ رواه البخاري في صحيحه برقم ٦٧٤٨. صحيح البخاري، الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة، ١٤٠٧ - ١٩٨٧.

^٤ سورة المائدة، الآية ٦٧.

من أمور الدنيا باعتباره يقول رأيه من دون إلزام منه ﷺ لأحد بما يراه، كما صرح بذلك ﷺ في حادثة تأبير النخل، فقد روى موسى بن طلحة عن أبيه قال : مررت مع رسول الله ﷺ بقوم على رؤوس النخل، فقال: (ما يصنع هؤلاء)؟ فقالوا : يلحقونه يجعلون الذكر في الأنثى فيلقح، فقال رسول الله ﷺ: (ما أظن يغني ذلك شيئاً) فأخبروا بذلك فتركوه، فأخبر رسول الله ﷺ بذلك، فقال: (إن كان ينفعهم ذلك فليصنعوه، فإني إنما ظننت ظناً، فلا تؤاخذوني بالظن، ولكن إذا حدثتكم عن الله بشيء فخذوا به، فإني لن أكذب على الله تعالى) (١).

مما تقدم نستتبع أن من واجب القاضي أن يتحرى الدقة في تفاصيل القضية والاستماع إلى شهادة الشهود قبل إصدار الحكم، أما في القضايا التي تخلو من الشهود أو الإقرار، فهنا يبرز دور القاضي وحنكته وفطنته، وذلك بالاعتماد على القرائن والأمارات الظاهرة أو المستتعبة من الواقعة، والمتتبع لسيرة النبي ﷺ يرى اعتماده في إصدار أحكامه عند عدم توفر الإقرار أو شهادة الشهود على القرائن والبيانات، ومن ذلك ما يلي:-

(١) ما وقع في غزوة بدر لابني عفرأ، لما تداعيا قتل أبي جهل. فقال لهما رسول الله ﷺ هل مسحتما سيفيكما ؟ فقالا: لا. فقال: أرياني سيفيكما فلما نظر إليهما قال: هذا قتله وقضى له بسلبه». فاعتمد ﷺ على الأثر في السيف.

وتمام الحديث كما عند البخاري بسنده عن عبد الرحمن بن عوف بينا أنا واقف في الصف يوم بدر فنظرت عن يميني وشمالي فإذا أنا بغلامين من الأنصار حديثه أسنانهما تمنيت أن أكون بين أضلع منهما فغمزني أحدهما فقال يا عم هل تعرف أبا جهل قلت نعم ما حاجتك إليه يا بن أخي قال أخبرت أنه يسب رسول الله ﷺ والذي نفسي بيده لئن رأيته لا يفارق سوادى سواده حتى يموت الأعجل منا فتعجبت لذلك فغمزني الآخر فقال لي مثلها فلم أنشب أن نظرت إلى أبي جهل يجول في الناس قلت ألا إن هذا صاحبكما الذي سألتماني فابتدراه بسيفيهما فضرباه حتى قتلاه ثم انصرفا إلى رسول الله ﷺ فأخبراه فقال أيكما قتله قال كل واحد منهما أنا قتلته فقال هل مسحتما سيفيكما قالا لا فنظر في السيفين فقال كلاكما قتله سلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وكانا معاذ بن عفرأ ومعاذ بن عمرو بن الجموح) (٢).

ففي هذه الواقعة ادعى الفتيان أن كلاهما قتل أبا جهل أمام رسول الله ﷺ باعتباره قاضياً، ولم يكن لأبي منهما بيئة على دعواه، فاعتمد رسول الله ﷺ في قضائه على القرائن،

^١ متفق عليه من مسند الزبير بن العوام رضي الله تعالى عنه.

^٢ رواه البخاري برقم ٢٩٧٢ في باب من لم يخمس الأسلاب ومن قتل قتيلا فله سلبه من غير أن يخمس وحكم الإمام فيه.

واختار علامة أو أمانة وهي الركن المادي للقريظة، والمتمثلة بآثار الدّم الموجودة على السيفين التي قضى بموجبه بقتلهما لأبي جهل.

(٢) ما رواه أبو داود في سننه بسنده عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه حدث: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ فسلمت عليه وقلت له إني أردت الخروج إلى خيبر فقال: (إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فإن ابتغي منك آية فضع يدك على ترقوته)^(١).

فما أخبر به النبي ﷺ بأن يضع جابر يده على ترقوة وكيله في خيبر عند طلبه الخمسة عشر وسقا إذا ما طلب منه آية يدل على أنه أرشده على قريظة تدل على صدقه، قد سبق الاتفاق بين النبي ﷺ ووكيله على إمارة بالغة بينهما توصل على حد اليقين.

المطلب الثاني

القرائن والأمارات التي حكم بها الصحابة الكرام رضي الله عنهم

وأقرهم النبي ﷺ عليها

أما عن القرائن والأمارات التي قضى بها الصحابة رضي الله عنهم في زمن النبي ﷺ وأقرهم عليها فكثيرة أيضا نختار منها ما يلي:

(١) ما رواه البخاري وغيره عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه في حادثة حاطب بن أبي بلتعة حيث قال: بعثني رسول الله ﷺ أنا والزبير والمقداد بن الأسود قال انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ فإن بها ظعينة ومعها كتاب فخذوه منها فانطلقنا تعادى بنا خيلنا حتى انتهينا إلى الروضة فإذا نحن بالظعينة فقلنا أخرجي الكتاب فقالت ما معي من كتاب فقلنا لتخرجن الكتاب أو لنلقين الثياب فأخرجته من عقاصها فأتينا به رسول الله ﷺ فإذا فيه من حاطب بن أبي بلتعة إلى أناس من المشركين من أهل مكة يخبرهم ببعض أمر رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ يا حاطب ما هذا قال يا رسول الله لا تعجل علي إني كنت امرأ ملصقا في قريش ولم أكن من أنفسها وكان من معك من المهاجرين لهم قرابات بمكة يحمون بها أهلهم وأموالهم فأحببت إذ فاتني ذلك من النسب فيهم أن أتخذ عندهم يدا يحمون بها قرابتي وما فعلت كفرا ولا ارتدادا ولا رضا بالكفر بعد الإسلام فقال رسول الله ﷺ لقد صدقكم قال عمر يا رسول الله دعني أضرب عنق هذا المنافق قال إنه قد شهد بدرا وما يدريك لعل الله أن يكون قد اطلع على أهل بدر فقال اعملوا ما شئتم فقد غفرت لكم)^(٢).

^١ رواه أبو داود في سننه برقم ٣٦٣٢. سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر.

^٢ رواه البخاري برقم ٢٨٤٥ عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(٢) ما رواه مسلم في صحيحه بسنده عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: دخل علي النبي ﷺ مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال: (ألم تري أن مجززا نظر أنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال إن بعض هذه الأقدام لمن بعض)^(١). قال الإمام النووي في شرحه على صحيح مسلم: (قال المازري وكانت الجاهلية تقدر في نسب أسامة لكونه أسود شديد السواد، وكان زيد أبيض كذا قاله أبو داود عن أحمد بن صالح فلما قضى هذا القائف بإلحاق نسبه مع اختلاف اللون، وكانت الجاهلية تعتمد قول القائف فرح النبي ﷺ لكونه زاجراً لهم عن الطعن في النسب .

قال القاضي: قال غير أحمد بن صالح كان زيد أزهر اللون وأم أسامة هي أم أيمن واسمها بركة وكانت حبشية سوداء قال القاضي هي بركة بنت محصن بن ثعلبة بن عمرو بن حصين بن مالك بن سلمة بن عمرو بن النعمان والله أعلم

واختلف العلماء في العمل بقول القائف فنفاه أبو حنيفة وأصحابه والثوري وإسحاق وأثبتته الشافعي وجماهير العلماء والمشهور عن مالك إثباته في الإماء ونفيه في الحرائر وفي رواية عنه اثباته فيهما ودليل الشافعي حديث مجزز لأن النبي ﷺ فرح لكونه وجد في أمته من يميز أنسابها عند اشتباهها ولو كانت القيافة باطلة لم يحصل بذلك سروره)^(٢) .

فقول القائف المدلجي في شأن أسامة بن زيد وزيد رضي الله عنهما وسرور النبي ﷺ واستبشاره به دليل واضح في إثبات القرائن والاستئناس به، والدليل القاطع على ثبوت النسب هو الفراش المتمثل بالزواج الشرعي.

١ رواه مسلم في صحيحه برقم ٣٤١٨ في باب ذكر القافة عن السيدة عائشة رضي الله عنها وأرضاهما.
٢ صحيح مسلم بشرح النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، دار إحياء التراث العربي، ١٣٩٢ هـ، بيروت، ٤٠/١٠.

المبحث الثالث

القرائن والأمارات التي حكم بها بعض

الصحابة الكرام رضي الله عنهم وكبار قضاة الأمة

وأما عمل الصحابة الكرام رضي الله عنهم بالقرائن والأمارات فقد زادت وكثرت بسبب توسع الدولة وما ترتب على ذلك من حاجة الناس إلى القضاء والفصل فيما يطرأ بينهم في القضايا المختلفة التي نشأت في ذلك الظرف، شأنهم في ذلك شأن أي أمة أخرى، فمن ذلك على سبيل المثال ما حكم به أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه برجم المرأة إذا ظهر بها حمل وليس لها زوج. وجعل ذلك يقوم مقام البينة في أنها زانية، وكذلك السكران إذا قاء الخمر. وقد ساق ابن القيم كثيراً من الوقائع التي قضى فيها الصحابة رضي الله عنهم بناءً على القرائن، وانتهى إلى تفسير قوله ﷺ: «البينة على المدعي» بأن المراد بالبينة ما يظهر صحة دعوى المدعي. فإذا ظهر صدقه بأي طريق من طرق الحكم، ومنها القرينة، حكم له.

(١) فمن ذلك ما روي أن امرأة أتت عمر بن الخطاب تمدح زوجها وقالت هو من خير أهل الدنيا يقوم الليل حتى الصبح ويصوم النهار حتى يمسي ثم أدركها الحياء فقال جزاك الله خيراً فقد أحسنت الثناء فلما وكّت قال كعب بن سور يا أمير المؤمنين لقد أبلغت في الشكوى إليك فقال وما اشتكت قال زوجها قال عليّ بهما فقال لكعب اقض بينهما قال أفضي وأنت شاهد قال إنك قد فطنت إلى ما لم أفطن له قال إن الله تعالى يقول: ﴿فَانكحُوا ما طاب لَكُمْ من النِّساءِ مَنى وَتِلْكَا وَرِباعٌ﴾ صم ثلاثة أيام وأفطر عندها يوماً وقم ثلاث ليالٍ وبت عندها ليلةً فقال عمر هذا أعجب إليّ من الأول فبعته قاضياً لأهل البصرة^(١).

(٢) ومن القضاة الذين عرفوا بالفطنة والذكاء وتتبع القرائن والأمارات قاضي البصرة في خلافة الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى، القاضي إياس بن معاوية المزني الذي يروي عنه ابن الجوزي: أن رجلاً استودع رجلاً مالا ثم طلبه منه فجحده الرجل المال، فتخاصما إلى القاضي إياس فقال للطالب: ومن حضر معكما؟ قال: دفعته له في مكان كذا، وفي ذلك الموضع شجرة، فقال إياس لصاحب المال: انطلق إلى ذلك الموضع وانظر الشجرة فلعل الله يوضح لك هناك ما يتبين به حقك، فمضى الرجل إلى الشجرة وطلب القاضي من الآخر أن ينتظر حتى يرجع خصمه. وبينما إياس يقضي بين الناس إذ قال للرجل: أترى صاحبك بلغ موضع الشجرة قال: لا، فقال له القاضي: إنك لخائن، فاعترف الرجل حينئذ أنه جحد المال.

١ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، تحقيق د. محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة، ٣٥/١.

الخاتمة

القرائن والأمارات في أصلها لا ترقى إلى الدليل المادي المحسوس الذي يثبت غالباً بطريقتين اثنتين، إما الإقرار أو بالبينة القاطعة المبنية على شهادة الشهود أثناء القيام بالجرم المشهود، فهي ظنية تورث شبهة قائمة بحيث تعين وتؤيد وتهدى إلى ظهور الدليل.

ووظيفة القاضي عند عدم وجود الأدلة المادية التي تثبت القضية، هي البحث عن القرائن الموضوعية التي تساعد على اتخاذ القرار الذي يُعتمد في صياغته على مبنى الأمور التي يمكن أن تستنبط من مجريات الأمور وتستشف منها عقلاً. أي أن طريقة اتخاذ القرار من قبل القاضي الشرعي في البداية هي طريقة البحث عن الحجية، والاستماع للشهود، والاستماع للمدعي والمدعى عليه، ثم يأتي دور البحث عن القرائن، بطرق عقلية شرعية من أجل الوصول إلى القرار النهائي العادل في القضية.

المصادر

- أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الفكر، لبنان.
- أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ
- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين بن محمد بن المختار الجكني الشنقيطي، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت
- الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الشعب.
- جمهرة اللغة، محمد بن الحسن بن دريد، تحقيق رمزي بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٧م
- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر.
- صحيح البخاري، الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة، ١٤٠٧ - ١٩٨٧.
- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- صحيح مسلم بشرح النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، دار إحياء التراث العربي، ١٣٩٢هـ، بيروت.
- لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفرريقي المصري، دار صادر، بيروت.
- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.



الدورة العشرون
لتؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الإثبات بالقرائن والإمارات (المستجدات)

إعداد

أ.د. محمود علي عمر مصلح السرطاوي

كلية الشريعة - الجامعة الأردنية

عمان - الأردن

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجهم واتبع هديهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن الإثبات في المعاملات المدنية والجنائيات يعتبر من أهم الدعائم التي يقوم عليها القضاء تحقيقاً للعدل وحماية للحقوق وصوناً للمجتمع من الاعتداء عليهما ولهذا فإن نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة قد أرسيا قواعد العدل وأصول التقاضي وقواعد الإثبات؛ ففي الأحاديث النبوية الشريفة التالية إرساء لقاعدة من قواعد العدالة التي توجب الحكم والقضاء بالبينات ومن هذه الأحاديث قوله ﷺ: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَدَعَى أَنْاسٌ رِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ»^(١).

وقوله ﷺ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِثْلَكُمْ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا، فَلَا يَأْخُذْهُ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»^(٢).

وبخلاف هذه القاعدة يكون أكل أموال الناس بالباطل الذي حذر الله تعالى المؤمنين منه في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٣).

وقد فرقت الشريعة الإسلامية في الإثبات بين المعاملات المالية والجنائيات، ففي المعاملات المالية وسعت دائرة الإثبات، وآية الدين دليل واضح على التوسع في المعاملات المالية قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمْلِكَ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلْيِهِ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِّجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ

(١) صحيح البخاري بشرح الفتح، كتاب الأحكام (١٧٢/١٣) وصحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الأفضية (٢/١٢).

(٢) صحيح البخاري بشرح الفتح، كتاب موعظة الإمام (١٧٥/١٣) وصحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الأفضية (٤/١٢).

(٣) سورة النساء: ٢٩.

فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿١﴾.

أما في الجنایات فإن الحدود والقصاص لا تقام إلا بالإقرار أو البينة بصفة عامة وسائر المعاصي التي توجب تعزيراً فيجوز الحكم فيها بالقرائن بالإضافة إلى الإقرار والبينة، ولما كانت القرائن متنوعة من حيث مصدرها وحجيتها وامتطورة حسب ظروف الزمان والمكان فإنه لا يمكن الاستغناء عنها لإقامة العدل والفصل في الخصومات، فاقضى أن يتم تناولها والحديث عنها بين الحين والحين لمواكبة كل جديد. ولهذا فإنه لا يضير الباحثين القول بأن القرائن قد تناولها السلف والخلف بالبحث والبيان لأن الأمر لا زال في حاجة لدراسة حسب المستجدات العلمية والعملية وقد جاء هذا البحث ليلقي الضوء على جانب من جوانب الموضوع.

وقد جاء في تمهيد وثلاثة مباحث على النحو التالي:

❖ **التمهيد:** في تعريف الإثبات وبيان طرقه.

❖ **المبحث الأول:** في مفهوم القرينة ومشروعيتها وشروط العمل بها وأقسامها.

وفيه مطلبان:

- **المطلب الأول:** في تعريف القرينة ومشروعيتها وشروط العمل بها.
- **المطلب الثاني:** في أقسام القرائن في الفقه والقانون.
- ❖ **المبحث الثاني:** في القرائن المعروفة في العصور الإسلامية.

وفيه:

- **المطلب الأول:** في قرينة القيافة.
- **المطلب الثاني:** في قرينة الفراسة.
- **المطلب الثالث:** في قرينة اللوث (القسامة).
- **المطلب الرابع:** في قرينة الكتابة والإشارة.
- ❖ **المبحث الثالث:** في القرائن المستجدة في العصر الحاضر.

وفيه ثمانية مطالب:

- **المطلب الأول:** في التسجيل والتصوير
- **المطلب الثاني:** في تحليل الدم والآثار

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢.

- المطلب الثالث: في جهاز كشف الكذب
 - المطلب الرابع: في التنويم المغناطيسي
 - المطلب الخامس: في العقاقير المخدرة
 - المطلب السادس: في غسيل الدماغ
 - المطلب السابع: في الكلاب البوليسية
 - المطلب الثامن: في البصمة الوراثية
- ❖ التوصيات

تمهيد

في مفهوم الإثبات وطرقه عند فقهاء الشريعة

الإثبات في اللغة: الدوام والاستقرار، نقول ثبت الشيء يثبت ثباتاً وثبوتاً أي دام واستقر فهو ثابت، وتثبت في الأمر تأني فيه ولم يعجل. وثبت فلان على موقفه، لم يتراجع، ومنه قوله تعالى: ﴿وَكُلًّا نَقُصُّ عَلَيْكَ مِنْ أَنْبَاءِ الرُّسُلِ مَا نُثَبِّتُ بِهِ فُؤَادَكَ﴾^(١) وتثبيت الفؤاد، تسكين القلب.

وإثبات الحق تأكيده بالحجة والدليل قال تعالى: ﴿يُثَبِّتُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا بِالْقَوْلِ الثَّابِتِ﴾^{(٢)(٣)}.

الإثبات في الاصطلاح: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة معينة تترتب عليها آثار، وبعضهم من عرفها بقوله: إقامة الدليل أمام القضاء^(٤).

لقد اهتم الفقهاء ببحث طرق الإثبات إلا أنهم اختلفوا في بيانها فمنهم من رأى أنها تنحصر في البينة والإقرار واليمين، والنكول والقسامة وعلم القاضي، ومنهم من حصرها في اليمين والشهادة، ومنهم من زاد على ما سبق القرينة القاطعة^(٥). وعليه فإنه لا مجال أمام القاضي إلا أن يحكم بها فقط دون غيرها.

ورأى فريق^(٦) آخر أن دليل الحق ليس محددًا ومحصوراً، فالبينة التي نصت عليها الشريعة هي كل ما يظهر الحق وكان معنى البينة يشمل^(٧).

وممن يرى هذا الرأي شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه وابن القيم، يقول ابن القيم: (إذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له). ويقول: (البينة اسم لكل ما يبين الحق، فقول الرسول ﷺ: «أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ؟»، وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه (والبينة على المدعي) المراد بذلك ما يبين الحق من شهود أو أدلة فإن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق مما يمكن ظهوره به في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحاً لا يمكن جرده ودفعه كترجيح شاهد الحال على مجرد اليد في صورة من على رأسه عمامة وبيده عمامة

- (١) سورة هود: ١٢٠.
- (٢) سورة إبراهيم: ٢٧.
- (٣) ابن منظور لسان العرب (١٩/٢) طبعة دار صادر، بيروت.
- (٤) موسوعة عبد الناصر للفقهاء الإسلاميين (١٣٦/٢) إصدار المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية (١٣٦/٢) ود. أحمد فراج، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي ص ٢٧ ط دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.
- (٥) من أصحاب هذا الرأي جمهور الفقهاء وابن حزم على اختلاف بينهم فيما يعتد به. انظر ابن عابدين: الحاشية (٣٥٤/٥) ط الحلبي سنة ١٣٨٦هـ.
- (٦) ذهب إلى هذا الرأي ابن تيمية وابن القيم انظر الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص ١٦، تحقيق د. محمد جميل غازي، مكتبة المدني سنة ١٩٧٧م.
- (٧) د. أحمد عبد المنعم البهي، من طرق الإثبات في الشريعة والقانون، ص ١٣، ط ١، دار الفكر العربي سنة ١٩٦٥م.

وآخر خلفه مكشوف الرأس... فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة ويضيع حقاً يعلم كل أحد ظهوره^(١).

ورغم هذا التباين فإن الفقه الجنائي الإسلامي اشترط في الدليل أن تتوافر فيه شروط الصحة واليقين بما يجعل القاضي يقتنع بمطابقة الدليل للحقيقة.

ويستفاد مما سبق أن العمل بالقرائن غير النصية (المستتبطة والقضائية) هي محل خلاف بين الفقهاء. وسنتناول في المطلب الأول مفهوم القرينة ومشروعيتها وشروط العمل بها.

وفي المطلب الثاني أقسام القرائن في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

(١) ابن القيم الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص٤.

المبحث الأول

مفهوم القرينة ومشروعيتها وشروط العمل بها

المطلب الأول

تعريف القرينة

القرينة في اللغة: القرينة مفرد قرائن، والقرين الصاحب، قارن الشيء بالشيء، اقترن به وصاحبه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَعِشْ عَنْ ذِكْرِ الرَّحْمَنِ نُقِيضْ لَهُ شَيْطَانًا فَهُوَ لَهُ قَرِينٌ﴾^(١). وقرينة الرجل: امرأته لمقارنته إياها، والتقارن بين الشيئين يعني الملازمة والاقتران، ويطلق لفظ القرينة على النفس لاقترانها بصاحبها، قال تعالى: ﴿قَالَ قَائِلٌ مِّنْهُمْ إِنِّي كَانَ لِي قَرِينٌ﴾^(٢).

والقرينة: أمر يشير إلى المقصود أو يدل على الشيء من غير الاستعمال فيه^(٣).

القرينة في الاصطلاح: عرفها فقهاء الشريعة بتعريفات منها:

عرفتها مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٧٤١) بأنها: الأمانة البالغة حد اليقين.

ويؤخذ على تعريف المجلة بأنه غير جامع لأنواع القرائن فقد عرف القرينة القاطعة دون غيرها، علماً بأن هناك الكثير من القرائن منها ما هو قاطع في الإثبات ومنها ما هو دون ذلك، ولذا فهو غير شامل لجميع أنواع القرائن^(٤).

وعرفها الأستاذ الزرقا بأنها: (كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً وتدل عليه)^(٥).

وعرفها د. أنور العمروسي بأنها: استنباط مجهول من معلوم^(٦). ويلاحظ أن هذه التعريفات فيها شيء من الإجمال.

وعرفها د. فتح الله زيد بأنها: الأمانة التي نص عليها الشارع أو استنبطها أئمة الاجتهاد أو استنتجها القاضي من الحادثة وظروفها وما يكتنفها من أحوال^(٧).

وعرفها فقهاء القانون بأنها: استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت بناء على الغالب من الأحوال^(٨).

(١) سورة الزخرف: ٣٦.

(٢) سورة الصافات: ٥١.

(٣) ابن منظور: لسان العرب (١٣/٣٣٦).

(٤) د. عبد الحافظ عايد: الإثبات الجنائي بالقرائن ص ١٠٠، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة ٢٠٠٣م.

(٥) الزرقا: مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام (٢/٩٠٤).

(٦) د. أنور العمروسي: أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية ص ٩٠٧، دار الطباعة الراقية، ط ٧.

(٧) د. فتح الله زيد فتح الله: حجية القرائن في القانون والشريعة، رسالة دكتوراه، ص ٧.

(٨) د سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته (٢/٨٤).

وعرفها آخرون بأنها: استتباط الشارع أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم^(١).
ويفهم من هذا التعريف أن الاستتباط للقريفة إذا كان من قبل المشرع فالقريفة
قانونية وإذا تم من قبل القاضي فالقريفة قضائية.

ويستخلص من التعريفات السابقة كلها أن القرائن أدلة إثبات غير مباشرة تقوم على
أساس استنتاج واستتباط واقعة مجهولة عن طريق واقعة معلومة، وهذه المهمة قد يتولاها
المشرع وقد تترك لتقدير القاضي^(٢).

والمناسبة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي أن الأمارات والشواهد التي نص عليها
المشرع أو استتبطها القاضي من الواقعة المعروضة عليه المسماة بالقرائن لها اتصال بما
يستدل بها عليه لمجرد المقارنة والمصاحبة^(٣).

أما الدلائل والأمارات فهي:

وقائع مادية خارجية أو سيكولوجية يستدل منها على قبول شبهة لقيام الاتهام عن
واقعة مخالفة للقانون^(٤).

ومن الدلائل أو الأمارات محاولة المتهم الهروب لدى مشاهدته رجل الضبط على قارعة
الطريق، إنما تتحقق به الدلائل المبررة لتتبع هذا المتهم والإمساك به وتسليمه لمأمور الضبط
للقوف على شخصيته.

ومن الدلائل أو الأمارات ظهور الثراء على شخص لم يعرف عنه بين أهله وذويه مبرراً
لهذا الثراء بما يسمح بإمكان الاستدلال على ممارسته أو قيامه بعمل أدى إلى هذا الثراء^(٥).

ومن الدلائل في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿فَبَعَثَ اللَّهُ غُرَابًا يَبْحَثُ فِي الْأَرْضِ لِيُرِيَهُ
كَيْفَ يُؤَارِي سَوْءَةَ أَخِيهِ﴾^(٦).

ثانياً: مشروعية العمل بالقرائن:

للعلماء في الاحتجاج بالقرائن رأيان:

الرأي الأول: القرائن حجة يعتمد عليها في الإثبات، وهو رأي جمهور الفقهاء^(١).
واستدلوا:

- (١) د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية (ص ١٢٠).
- (٢) د. عماد الجعافرة: أدلة الإثبات بالقرائن في القانون المدني ص ١٣.
- (٣) د. أنور دبور: القرائن ودورها في الإثبات الجنائي الإسلامي ص ٧٨، دار الثقافة العربية.
- (٤) د. عبد الحافظ عابد: الإثبات الجنائي بالقرائن دراسة مقارنة، ص ١٠٠.
- (٥) المرجع السابق ص ١٨٣.
- (٦) سورة المائدة: ٣١.

١ - بقوله تعالى: ﴿إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلِ فَصَدَقْتَ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ❖ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبْتَ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ❖ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾^(٣).

فلما ادعى كل واحد منهما أن المراودة كانت من الآخر فقد تطلب الأمر الفصل في الدعوى فاستعان الحكم بالقرائن حيث جعل قد القميص قرينة على الصدق والكذب في حق كل منهما ، فلما تبين أن شق القميص كان من الدبر جعل ذلك قرينة على أن يوسف عليه السلام صادق في دعواه.

٢ - وبقوله تعالى: ﴿وَجَاؤُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ﴾^(٤).

فقد جعل أخوة يوسف الدم على قميص يوسف دليلاً على صدق قولهم بأن الدبب أكل يوسف عليه السلام وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه.

٣ - وبقوله تعالى: ﴿تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا﴾^(٥).

ووجه الدلالة أنه يعرف فقر كل واحد منهم من العلامات التي تبدو عليه من التواضع والخشوع والخجل من سؤال الناس ، وما يظهر عليهم من الجهد وضعف البينة.

٤ - وبقوله تعالى: ﴿وَأَلْقَى فِي الْأَرْضِ رَوَاسِيَ أَنْ تَمِيدَ بِكُمْ وَأَنْهَارًا وَسُبُلًا لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ ❖ وَعَلَامَاتٍ وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ﴾^(٦).

فقد منَّ الله تعالى على عباده بنصب أمارات وعلامات ترشدهم إلى مقاصدهم في أسفارهم فيعرفون بها الجهات والقبلة فدل ذلك على أن القرينة معتبرة في تقرير الأحكام^(٧).

٥ - وبما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «كَانَتْ امْرَأَتَانِ مَعَهُمَا ابْنَاهُمَا، جَاءَ الدُّبُّ فَذَهَبَ بِابْنٍ إِحْدَاهُمَا، فَقَالَتْ صَاحِبَتُهَا: إِنَّمَا ذَهَبَ بِابْنِكَ، وَقَالَتْ الْأُخْرَى: إِنَّمَا ذَهَبَ بِابْنِكَ، فَتَحَاكَمَتَا إِلَى دَاوُدَ فَقَضَى بِهِ لِلْكُبْرَى، فَخَرَجَتَا

(١) البهوني: كشف القناع (٣٥٤/٦)، وابن فرحون: تبصرة الحكام (٩٣/٢). والطرابلسي: معين الحكام ص١٦٦، وابن قدامة: المغني (١٨٦/١٠).

(٢) سورة يوسف: ٢٦ - ٢٨.

(٣) ابن فرحون تبصرة الحكام (٩٣/٢) وابن أبي الدم: أدب القضاء (١٨٦/١)، مطبعة الإرشاد، بغداد سنة ١٩٨٤م.

(٤) سورة يوسف: ١٨.

(٥) سورة البقرة: ٢٧٣.

(٦) سورة النحل: ١٥ - ١٦.

(٧) القرطبي: أحكام القرآن (٩٢/١٠).

عَلَى سُلَيْمَانَ بْنِ دَاوُدَ فَأَخْبَرْتَاهُ، فَقَالَ: اثْنُونِي بِالسُّكَّيْنِ أَشَقُّهُ بَيْنَهُمَا، فَقَالَتِ الصُّغْرَى: لَا تَفْعَلْ يَرْحَمُكَ اللَّهُ هُوَ ابْنُهَا فَقَضَى بِهِ لِلصُّغْرَى^(١).

ووجه الدلالة: أنه يفهم من القصة أن داود عليه السلام قد حكم للكبرى بما لها من قوة اليد وهي قرينة ظاهرة، بينما حكم سليمان عليه السلام بقريئة باطنة وعلاقة صادقة متمثلة بالشفقة والرحمة والمودة التي أودعها الله تعالى في قلب الأم، فلجأ إلى هذه القرينة، فدلّت على الصغرى فحكم لها^(٢).

٦ - وبما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَاتَلَ أَهْلَ حَيْبَرَ حَتَّى أَلْجَأَهُمْ إِلَى قَصْرِهِمْ، فَغَلَبَ عَلَى الزَّرْعِ وَالْأَرْضِ وَالنَّخْلِ، فَصَالَحُوهُ عَلَى أَنْ يَجْلُوا عَنْهَا وَلَهُمْ مَا حَمَلَتْ رِكَابُهُمْ وَكِرْسُوكَ اللَّهُ ﷻ الصَّفْرَاءُ وَالْبَيْضَاءُ، وَشَرَطَ عَلَيْهِمْ أَلَّا يَكْتُمُوا وَلَا يُغَيَّبُوا شَيْئًا، فَإِنْ فَعَلُوا فَلَا ذِمَّةَ لَهُمْ وَلَا عَهْدَ، فَغَيَّبُوا مَسْكَاً فِيهِ مَالٌ وَحَلِيٌّ لِحَيِّ بْنِ أَخْطَبٍ كَانَ قَدْ احْتَمَلَهُ مَعَهُ إِلَى حَيْبَرَ حِينَ أُجْلِيَتْ بَنُو النَّضِيرِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِعَمِّ حَيِّ بْنِ أَخْطَبٍ: "مَا فَعَلَ مَسْكَ حَيِّ الَّذِي جَاءَ بِهِ مِنَ النَّضِيرِ؟ قَالَ: أَذْهَبَتْهُ النَّفَقَاتُ وَالْحُرُوبُ. فَقَالَ: الْعَهْدُ قَرِيبٌ وَالْمَالُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ. فَدَفَعَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷻ إِلَى الزُّبَيْرِ فَمَسَّهُ بِعَدَابٍ، فَقَالَ: قَدْ رَأَيْتُ حَيًّا يَطُوفُ بِخَرِبَةٍ هَهُنَا. فَذَهَبُوا فَطَافُوا فَوَجَدُوا الْمَسْكَ فِي الْخَرِبَةِ»^(٣).

ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ استدل على كذب عم حبي بن أخطب بقريئة قرب العهد وكثرة المال، وهذا صريح في جواز الاعتماد على القرائن في الحكم.

٧ - وبما روي أن النبي ﷺ قال: «لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ» قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَكَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: «أَنْ تَسْكُتَ»^(٤).

فجعل رسول الله ﷺ من السكوت قرينة على الرضا والموافقة على الزواج، والولي في حاجة لمعرفة رأيها حتى يقوم بما تمليه الولاية من حقوق، والبيان لا يجوز تأخيرها عن وقت الحاجة فكان السكوت قرينة على الرضا.

٨ - وبما روي أن أنصاريين قتلا أبا جهل يوم بدر ثم ذهبا إلى الرسول ﷺ فقال كل واحد منهما أنا قتلته يا رسول الله، فقال الرسول: «هَلْ مَسَحْتُمَا سَيْفَيْكُمَا؟» قَالَا: لَا، فَنَظَرَ فِي السَّيْفَيْنِ، فَقَالَ: «كِلَاكُمَا قَتَلْتَهُ»^(٥).

(١) صحيح البخاري بشرح الفتح كتاب أحاديث الأنبياء (٤٥٨/٦) وصحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الأفضية (١٨/١٢).

(٢) عبد الرحمن محمد عبد الرحمن الشريفي: تعارض البيئات القضائية في الفقه الإسلامي ص ٣٢٧، مطبعة الكاملابي القاهرة ١٩٨٦.

(٣) أبو داود: السنن (١٥٧/٣) والبيهقي: السنن الكبرى (٣٧/٩).

(٤) صحيح البخاري بشرح الفتح، كتاب النكاح (١٩١/٩) وصحيح مسلم بشرح النووي، كتاب النكاح (٢٠٢/٩).

(٥) متفق عليه، انظر موسوعة الحديث رقم (٣٦٨٧).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ استدل من قرينة وجود الدم على سيفيهما بأن كلا الرجلين قتله.

٩ - وبما روي عن الرسول ﷺ أنه قال: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»^(١).

ووجه الدلالة: أن فراش الزوجية الصحيحة قرينة على شرعية الاتصال والمخالطة، فيكون الولد للزوج ويثبت نسبه من أبيه نظراً لأن الغالب في الأحوال أن الفراش لا يكون إلا عن طريق العقد الصحيح فأقام الرسول ﷺ قرينة مستمدة من الأعم الأغلب في الأحوال.

١٠ وبما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: أَرَدْتُ السَّفَرَ إِلَى خَيْبَرَ فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَسَلَّمْتُ عَلَيْهِ، وَقُلْتُ لَهُ: إِنِّي أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ فَقَالَ: «إِذَا أَتَيْتَ وَكَيْلِي فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسَقًا، فَإِنْ ابْتَغَى مِنْكَ آيَةً، فَضَعْ يَدَكَ عَلَى تَرْقُوتِهِ»^(٢).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أخبر جابر بأن وضع اليد على ترقوة وكيله قرينة على صدق جابر ويظهر أنها علامة متفق عليها بين النبي ﷺ ووكيله، أن من فعلها عند طلبه أوسق التمر كانت دليلاً على صدقه.

١١ وبما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: قال عمر بن الخطاب: «لَقَدْ خَشِيتُ أَنْ يَطُولَ بِالنَّاسِ زَمَانٌ، حَتَّى يَقُولَ قَائِلٌ: لَا نَجِدُ الرَّجْمَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَيَضِلُّوا بِتَرْكِ فَرِيضَةِ أَنْزَلَهَا اللَّهُ، أَلَا إِنَّ الرَّجْمَ حَقٌّ عَلَى مَنْ زَنَى وَقَدْ أَحْصَنَ، إِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ، أَوْ كَانَ الْحَبْلُ أَوْ الْاعْتِرَافُ»^(٣).

١٢ لقد ورد العمل بالقرائن عن عدد من الصحابة، فقد ورد عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه جعل من تقيئ الخمر علامة على شربها، بحيث كان القيء قرينة قاطعة على الشرب.

وحكى ابن قدامة إجماع الصحابة على العمل بالقرائن^(٤).

١٣ إن عدم العمل بالقرائن يؤدي إلى ضياع الحقوق، وفي هذا يقول ابن القيم: (الحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهدة وفي القرائن الحالية والمقالية كفقهاء في جزئيات وكليات الأحكام أضاع حقوقاً كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه، ولا يشكون فيه اعتماداً منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله)^(٥).

(١) صحيح البخاري بشرح الفتح، كتاب الحدود (١٢٧/١٢) وصحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الرضاع (٣٧/١٠).

(٢) سنن البيهقي (٨٠/٦).

(٣) صحيح البخاري بشرح الفتح باب الاعتراف بالزنا (١٣٧/١٢) وصحيح مسلم بشرح النووي (١٩١/١١).

(٤) د. عبد الحسيب عبد السلام يوسف: القاضي والبيئنة ص ٤٦٥، مكتبة المعلا، الكويت، ط ١ سنة ١٩٨٧.

(٥) ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ٤ - ٥.

الرأي الثاني: القرائن ليست حجة ولا يعتمد عليها في الأحكام وبهذا قال الجصاص والخير الرملي من الحنفية والقرائفة من المالكية^(١).

واستدلوا:

١ - بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «لَوْ كُنْتُ رَاجِمًا أَحَدًا بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ لَرَجَمْتُ فَلَانَةً. فَقَدْ ظَهَرَ مِنْهَا الرِّيبَةُ فِي مَنْطِقِهَا وَهَيْئَتِهَا وَمَنْ يَدْخُلُ عَلَيْهَا»^(٢).

ووجه الدلالة أن النبي ﷺ لم يقم الحد على المرأة مع وجود القرنية على الزنا وهي الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها.

٢ - وبما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أَنَّ هِلَالَ بْنَ أُمَيَّةَ قَدَفَ امْرَأَتَهُ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ، فَقَالَ النَّبِيُّ: «الْبَيِّنَةُ أَوْ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ». قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِذَا رَأَى أَحَدُنَا رَجُلًا عَلَى امْرَأَتِهِ يَلْتَمِسُ الْبَيِّنَةَ؟ فَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ يَقُولُ: «الْبَيِّنَةُ أَوْ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ». فَقَالَ هِلَالٌ: وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ نَبِيًّا، إِنِّي لَصَادِقٌ، وَلِيُنزِلَنَّ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي أَمْرِي مَا يُبْرِئُ ظَهْرِي مِنَ الْحَدِّ. فَنَزَلَتْ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ { الْآيَةُ، فَأَنْصَرَفَ النَّبِيُّ ﷺ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهِمَا، فَجَاءَا، فَقَامَ هِلَالُ بْنُ أُمَيَّةَ، فَشَهِدَ، وَالنَّبِيُّ ﷺ، يَقُولُ: «اللَّهُ يَعْلَمُ أَنَّ أَحَدَكُمَا كَاذِبٌ، فَهَلْ مِنْكُمَا مِنْ تَائِبٍ؟»، ثُمَّ قَامَتْ فَشَهِدَتْ، فَلَمَّا كَانَ عِنْدَ الْخَامِسَةِ { أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ }، وَقَالُوا لَهَا: إِنَّهَا مُوجِبَةٌ، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: فَتَلَكَّاتٌ وَنَكَصَتْ حَتَّى ظَنَنَّا أَنَّهَا سَتَرْجِعُ، فَقَالَتْ: لَا أَفْضَحُ قَوْمِي سَائِرَ الْيَوْمِ، فَمَضَتْ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «أَبْصِرُوهَا، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلَ الْعَيْنَيْنِ، سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ، حَدَّجَ السَّاقَيْنِ، فَهُوَ لِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ»، فَجَاءَتْ بِهِ كَذَلِكَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «لَوْلَا مَا مَضَى مِنْ كِتَابِ اللَّهِ، لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ»^(٣).

٣ - وبما روي أن أمير المؤمنين علياً أتته وهو باليمن بثلاثة قد وقعوا على امرأة في ظهر واحد، فسأل اثنين: أتقران لهذا بالولد؟ قالوا: لا، ثم سأل اثنين: أتقران لهذا بالولد؟ قالوا: لا، ففزع بينهم فألحق الولد بالذي أصابته القرعة، وجعل عليه ثلثي الدية، قال: «فذكر ذلك للنبي ﷺ فضعك حتى بدت نواجذها»^(٤).

(١) الجصاص: أحكام القرآن (١٧١/٣) والقرائفة: الفروق (٦٥/٤).

(٢) صحيح البخاري بشرح الفتح، كتاب الحدود (١٨٠/١٢) وصحيح مسلم بشرح النووي (١٢٩/١٠). وابن ماجه: السنن، كتاب الحدود (٨٥٥/٢).

(٣) صحيح البخاري بشرح الفتح (٤٤٩/٨) وصحيح مسلم بشرح النووي (١٢٤/١٠).

(٤) أبو داود: السنن، كتاب الطلاق (٢٨١/٢).

وجه الدلالة: أن فيما ذكر دليل صريح بعدم الاحتجاج بالقرينة (وهي القيافة) وإلا لما عدل عنها علي رضي الله عنه إلى القرعة وقد أقره النبي ﷺ على اجتهاده.

٤ - إن العمل بالقرائن عمل بالظن والتخمين ونهى الله تعالى عن العمل بالظن في قوله تعالى: ﴿إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾^(١).

مناقشة أدلة القائلين بعدم العمل بالقرائن:

(١) ما استدلوا به من حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لَوْ كُنْتُ رَاجِمًا أَحَدًا...» الحديث. هذا الحديث وإن كان صحيح الإسناد إلا أنه يحمل على أن تلك القرائن ضعيفة لا يعتمد عليها في إثبات الحدود لأنها مجرد تهمة وشك والحدود تدرأ بالشبهات. وهذا لا يعني عدم الاحتجاج بالقرائن مطلقاً فالقرائن إن كانت قاطعة فإنها تصلح للاحتجاج بها، والقائلون بالعمل بالقرائن يقولون بأن القرائن الظنية لا تصلح أدلة لإقامة الحدود.

(٢) أما ما استدلوا به من حديث هلال بن أمية فيجاب عنه بأن من شروط العمل بالقرينة أن لا يعارضها ما هو أقوى منها، وفي الحديث قرينة معارضة أقوى وهي الفراش^(٢).

(٣) وأما ما استدلوا به من الأثر الوارد عن الإمام علي رضي الله عنه، فقد سئل الإمام أحمد عن الحديث فقال: هذا حديث منكر، وربما إن صح الحديث أنه حكم بالقرعة لعدم وجود قائف^(٣).

(٤) وأما قولهم بأن القرائن ظن وتخمين والظن أكذب فأجيب عنه: بأن الظن المذموم هو الضعيف الذي لا تبني عليه الأحكام، ذلك أن الظن نوعان بدلالة قوله تعالى: ﴿إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾. فمن الظن ما لا تبني عليه الأحكام وهو الظن الضعيف ومنه ما تبني عليه الأحكام ولا شك أن القرائن القاطعة أو القرائن التي تفيد ظناً راجحاً يحتج بها، والفقهاء جميعاً يعملون بالظن الراجح في الأحكام العملية.

الترجيح: مما لا شك فيه أن العمل بالقرائن فيه توطيد لأركان العدالة ورعاية لمصالح الناس وتحقيق لمقصود الشارع من إقامة العدل وقيام الناس بالقسط، وكل ما يحقق مقصود الشارع يتعين العمل به، والقرائن مما يعين على تحقيق مقصود الشارع فيتعين العمل بها.

(١) سورة النجم: ٢٨.
(٢) ابن القيم: الطرق الحكمية ص ٢٤٣.
(٣) ابن القيم: الطرق الحكمية ص ٢٤٤ والشوكاني: نيل الأوطار (٧/٧٨).

وفي هذا الصدد يقول ابن القيم: (إن الحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الإمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهد أوضاع حقوقاً كثيرة وحكم بما يعلم الناس بطلانه، ولا يشكون فيها اعتماداً على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وسائر أحواله)^(١).

فعدم العمل بالقرائن يؤدي إلى ضياع الحقوق خاصة في العصور المتأخرة حيث كثرت وسائل التحايل والتستر وقلب الحقائق.

كما أن الأدلة التي استدل بها القائلون بالعمل بالقرائن أدلة قوية راجحة جُلّها آيات قرآنية ونصوص ثابتة صحيحة من السنة المشرفة ولا توجد أدلة أخرى معارضة لها في قوتها.

ثالثاً: شروط العمل بالقرائن:

وضع القائلون بالعمل بالقرائن شروطاً لاعتبارها حجة أهمها:

أ أن تكون دلالة القرينة قوية فإن كانت دلالتها ضعيفة فلا يعول عليها في الإثبات أمام القضاء^(٢). ومثال الدلالة القوية القرينة المستفادة من قوله تعالى: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ❖ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ❖ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾^(٣).

ومثال القرينة الضعيفة: القرينة المستفادة من قوله تعالى: ﴿وَجَاؤُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ﴾^(٤).

فجعلوا الدم على القميص قرينة على أكل الذئب يوسف، ولكن هذه القرينة ضعيفة لأنه لا يتصور أن يأكل الذئب يوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص من التمزيق^(٥).

ومن أمثلة القرائن الضعيفة الدلالة: من شم من فمه رائحة الخمر أو قاء الخمر أو ثبت بتحليل الدم وجود الكحول في دمه، فإنه لا يقام عليه الحد؛ لأن القرينة ضعيفة فربما شربها مضطراً أو تداوياً عند من يقول بجواز التداوي بالمسكر - أو مكرهاً أو مخطئاً أو غير عالم بأنها خمر، بالإضافة إلى أن الحدود لا تقام إلا بالإقرار أو البينة أو القرينة القاطعة عند من يقولون بالقرائن.

ب أن لا تعارضها قرينة أخرى أو دليل آخر، ومثالها: أن قرينة الدم على القميص عارضتها قرينة أخرى أقوى منها وهي سلامة القميص من التمزيق^(٦).

(١) المرجع السابق ص ٤.

(٢) الزرقا: المدخل الفقهي العام (٢/٩١٩).

(٣) سورة يوسف: ٢٦ - ٢٨.

(٤) سورة يوسف: ١٩.

(٥) القرطبي: أحكام القرآن (٩/١٥٠).

(٦) د. محمد رأفت عثمان: القضاء بالقرائن في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية عدد ٢ سنة ١٩٨٨ ص ٥٧.

ج أن يكون المرجع في تقديرها إلى الحاكم أو من له علم بالقرائن كالفقيه، فالقرائن القضائية مثلاً تخضع للسلطة التقديرية للقاضي يحكم بها إذا اقتنع بها ولا يحكم بها إن لم تتوافر لديه القناعة به.

المطلب الثاني

أقسام القرينة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

أولاً: أقسام القرينة في الفقه الإسلامي

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن القرينة تقسم باعتبارات عدة أهمها التقسيم بحسب مصدرها وسأذكر مدى حجية كل قسم منها وأمثلة توضح كلاً منها.

أقسام القرينة بحسب مصدرها:

تقسم القرينة باعتبار مصدرها إلى قرائن نصية وقرائن فقهية وقرائن قضائية.

أ القرائن النصية: وهي ما نص الشارع عليها في القرآن أو السنة ومن أمثلتها ما سبق ذكره من أدلة نصية عند ذكرنا للرأي القائل بحجية العمل بالقرائن والمذكورة وهي الأدلة رقم (١، ٢، ٣، ٤، ٥، ٦، ٧، ٨، ٩، ١٠) انظر ص ٦ وما يليها من البحث.

ويرى البعض أن القرائن التي ثبتت بالعرف تعتبر من القرائن النصية لأن الشارع جعل العرف أساساً لكثير من الأحكام فالمتعارف عليه كالمشروع فيما لا نص فيه. ومن ذلك: من حلف لا يأكل لحماً فإنه لا يحنث بأكل السمك لأن العرف لا يعتبره لحماً، وإن كان في اللغة يعتبر لحماً وقد سمى في القرآن الكريم لحماً طرياً. أما إذا كان العرف يعتبره لحماً فإنه يحنث^(١).

والقرائن النصية يجب الحكم بها ولا يجوز للقاضي أن يعدل عن مقتضى هذه القرائن، وهذه القرائن لا يمكن إثبات عكسها فالفراش قرينة على ثبوت نسب الولد للزوج ولا يجوز الحكم بغيرها من الأمارات أو القرائن إلا بطريق شرعي كنفى نسب الولد باللعان.

ومن القرائن النصية التي يجب الحكم بها ولا يمكن إثبات عكسها الخلوة الصحيحة، فإذا اختلى الزوج بزوجه في عقد زواج صحيح وادعى وصوله إليها صدقت الدعوى، فالخلوة الصحيحة قائمة مقام الوطاء وقد اعتبرها الشارع وأوجب المهر كاملاً غير منقوص كالدخول الحقيقي.

(١) د. عبد الحافظ عابد: الإثبات الجنائي بالقرائن ص ١٢٨. وإبراهيم محمد فايز ص ١١٦.

ومن القرائن النصية أن الشارع أقام الدليل على براءة الرحم من وجود الحيض ورتب عليه أحكام العدة، فمنع العقد عليها من آخر أثناء العدة.

وعليه فإن القرائن النصية الثابتة بنص صحيح تعتبر حجة قطعية في الدلالة على الأحكام الشرعية.

ب القرائن الفقهية: وهي القرائن التي استتبطها الفقهاء وجعلوها أدلة على أمور أخرى واعتدوا بها في الأحكام^(١).

ومن أمثلة القرائن الفقهية: الحجر على المفلس بقريضة عدم الوفاء إذا ثبت أنه تصرف في أمواله بقصد إخفائها لتفويت حق الغرماء.

ومنها إذا قدم صاحب المنزل الطعام إلى الضيف ووضعه بين يديه فإنه إذن له بتناول الطعام^(٢).

ومنها أن متاع البيت عند ادعاء كل من الزوجين ملكيته دون بيّنة لأحدهما، فالحنفية والمالكية والحنابلة^(٣) على أنه يعطى للرجل ما يناسبه وللمرأة ما يناسبها عملاً بالقريضة وهي مناسبة المتاع والأثاث لكل منهما.

ويرى الشافعية^(٤) أن المتاع يكون بين الزوجين ولا يختص أحدهما بشيء منه، بقريضة وضع اليد، لأن كل واحد منهما قد يملك ما يناسب الآخر بطريق التجارة أو الإرث مثلاً، فليس في المناسبة ما يدل على اختصاص كل منهما بما يناسبه.

ومنها: البيع بالمعاطاة: حيث يرى المالكية والحنابلة في رواية عن أحمد^(٥) أنه جائز، لأن المعاطاة قريضة واضحة على الرضا بالبيع.

وذهب الشافعية وأحمد في رواية إلى عدم صحة البيع بالمعاطاة^(٦) وذلك لعدم وجود صريح الإيجاب والقبول الدال على الرضا، والمعتبر في البيع هو حقيقة الرضا وليس ما يدل عليه، فلا تصح المعاطاة قريضة عليه.

والقرائن الفقهية إذا أجمع عليها الفقهاء فإنها تكون في حكم القرائن الشرعية النصية في حجيتها فتكون حجة قاطعة لا يمكن إثبات عكسها.

أما القرائن الفقهية غير المتفق عليها فإنها تعتبر حجة وفق الشروط التي تم ذكرها لاعتبار حجية القرائن فإن كانت تفيد ظناً غالباً فهي حجة في غير الحدود والقصاص

(١) د. عبد الحافظ عابد، الإثبات الجنائي بالقرائن ص ١٣٩.

(٢) ابن القيم: الطرق الحكمية ص ٢٣.

(٣) ابن نجيم: البحر الرائق شرح الكنز (٢٢٥/٧)، دار المعرفة، بيروت، وابن فرحون: تبصرة الحكام (٩٦/٢) والبهوتي: كشف القناع (٣٨٩/٦).

(٤) الشيرازي: المهذب (٣١٧/٢).

(٥) ابن قدامة: المغني (٥/٤).

(٦) الشرييني: مغني المحتاج (٣/٢) وابن قدامة: المغني (٥/٤).

ومثاله ظهور الحمل على امرأة غير متزوجة ولا معتدة فإن هذا يفيد ظناً غالباً يقارب اليقين أن المرأة حملت سفاحاً^(١) ولا يقام الحد عليها بهذه القرينة لأنها ربما كانت مكرهة أو استدخلت ماء رجل في فرجها بطريق الخطأ لاستعمالها خرقة عليها ماء رجل.

وإن كانت تفيد ظناً عادياً فلا تعتبر حجة مثاله أن يتنازع حداد وبحار في بعض أدوات صنعتهما والمتاع تحت أيديهما فيقضي لكل منهما بما يناسبه^(٢).

والقرائن التي تفيد ظناً غالباً أو عادياً فإنها تقبل إثبات عكسها.

ومن القرائن المرجوحة أن يوجد رجل يغدو على رأسه عمامة وفي يده عمامة أخرى ووراءه رجل حاسر الرأس ولا عادة له يطلب العمامة منه ويدعي أنها له فإن هذه قرينة أقوى في الاعتبار من قرينة وضع اليد، فتعتبر قرينة وضع اليد قرينة ملغاة^(٣).

والقرائن المرجوحة والضعيفة لا يصح الاعتماد عليها بل تحتاج إلى دليل آخر لترتب الحكم عليها، وعندئذ فإن الحكم لا يكون بناء على القرينة المرجوحة أو الضعيفة وإنما يكون بناء على الدليل.

القرائن القضائية:

وهي التي يستبطنها القاضي بفطنته وذكائه وهي دليل على الإثبات إن اقتنع القاضي بها وغلب على ظنه صحتها. أو هي التي يستبطنها القاضي من واقعة معلومة لإثبات واقعة مجهولة^(٤).

والحكم بالقرائن القضائية يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، يحكم بها إذا اقتنع بها، ولا يحكم بها إن لم تتوافر لديه القناعة بها.

والقرينة القضائية لا بد أن تكون واضحة قوية حتى يتيسر للخصوم الاستناد إليها، ويستطيع القاضي الاستناد إليها في حكمه ويكون استخلاص القرائن القضائية من قبل القاضي استخلاصاً سائفاً مؤدياً عقلاً إلى النتيجة التي ينتهي إليها في حكمه وأن يوجد اتصال وثيق بين القرينة والواقعة محل الإثبات، والقرائن القضائية متعددة ولا يمكن حصرها، والقرائن القضائية ليست قاطعة كالقرينة النصية والفقهاء المجمع عليها، وإنما هي قرائن ترجح الحق (قرائن مرجحة) وتعتمد في قوتها على صدق حجيتها بما يطمئن

(١) د. محمد رأفت عثمان: القضاء بالقرائن، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، عدد ٢ سنة ١٩٨٨، ص ٥١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) ابن القيم: الطرق الحكمية ص ٤.

(٤) د. جابر مهران: ص ٢٣ وعماد جعافرة: قرائن الإثبات في القانون المدني ص ١٣ و د. عبد الحافظ عابد الإثبات الجنائي بالقرائن ص ١٠٤، ١٤٢.

نفس القاضي ويرتاح ضميره لما تحدثه من يقين معنوي يعين القاضي على الحكم في الدعوى^(١).

ومن أمثلتها: أن يدعي رجل أنه سلم رجلاً وديعة فأنكرها فقال له القاضي: أين سلمته إياها؟ قال في مسجد البلدة، قال: فاذهب فجئني منه بمصحف فذهب ثم قال للمدعى عليه أتظنه بلغ المسجد، قال: لا فألزمه بالمال.

ومنها: أن يستتبط القاضي من علاقة الزوجية بين المتعاقدين -وهي واقعة ثابتة- قرينة على صورية التصرف المبرم بين الزوجين بقصد الإضرار بدائتي الزوج^(٢).

ومن القرائن القضائية: مشاهدة شخص متهم قرب مكان الجريمة وفي لحظة الجريمة ومعه أداة ملطخة بالدم، فإن الأمر يقتضي معرفة مدى علاقته بالمجني عليه، وهل هناك علاقة بين الأداة المستعملة في الحادث وبين الأداة المضبوطة معه، فهذه افتراضات أولية يجب الحصول على إجابات محددة عليها، فإذا كانت المقدمات والأمور الافتراضية صحيحة بأن كان على علاقة سيئة بالمجني عليه وأن السلاح المستخدم في الحادثة مملوك له، فإن ذلك لا يقطع بمسئوليته الجنائية حيث يجب معرفة ما إذا كان هو الذي استخدم السلاح أم غيره، وما سبب تواجده في مكان الحادث عند ضبطه، ومن الأهمية الحذر في أسلوب تطبيق القرائن القضائية في الإثبات حيث أنها تستلزم الفطنة والدقة في الافتراض واستخلاص النتائج.

وخلاصة القول أن تطبيق القرائن القضائية في الإثبات ينبغي أن يؤخذ بحذر شديد والقرائن القضائية تطبق كدليل للنفي^(٣).

ومنها أيضاً قصة الرجل الذي خرج من دار ومعه سكين في يده ملوثة بالدماء وثوبه ملطخ به وهو خائف مضطرب، ودخل الناس فور خروجه فوجدوا فيها إنساناً مذبوحاً يتشحط في دمه، ولم يكن معه في الدار غير هذا الرجل الذي خرج على هذه الصفة.

فهذه الأوصاف قرينة قوية على أن هذا الرجل هو القاتل، ولا يعتري أحد عاين هذه الواقعة شك في أنه هو القاتل^(٤).

ومنها أن امرأة تعلقت بشاب من الأنصار في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وكانت تهواه، فلما لم يساعدها احتالت عليه، فأخذت بيضة، فألقت صفرتها وصبت البياض على ثوبها وبين فخذيها، ثم جاءت إلى عمر صارخة وقالت: هذا الرجل غلبني على نفسي وفضحني وهذا أثر فعالة، فسأل عمر النساء، فقلن له: إن ببدنها وثوبها أثر المني،

(١) د. عبد الحافظ عابد: الإثبات الجنائي بالقرائن ص ١٤٠.

(٢) د. عماد جعفر: القرائن في القانون المدني - دراسة مقارنة ص ١٣.

(٣) د. عبد الحافظ عابد: الإثبات الجنائي بالقرائن ص ١٢٢.

(٤) مجلة الأحكام العدلية المادة ١٧٤١ حيث ذكرت المجلة الحادثة بعد تعريف القرينة.

فهم عمر بعقوبة الشاب، فجعل يستغيث ويقول: يا أمير المؤمنين تثبت في أمري، فوالله ما أتيت فاحشة، ولا هممت بها، وهي التي راودتني عن نفسي، فاعتصمت، فقال عمر: ما ترى يا أبا الحسن في أمرها؟ فنظر الإمام علي رضي الله عنه إلى ما على الثوب، ثم دعا بماء حار شديد الغليان، فصب على الثوب فجمد ذلك البياض، ثم أخذه فاشتمه وذاقه، فعرف طعم البيض فزجر المرأة فاعترفت^(١).

ومنها: ما روي أنه رفع إلى القاضي إياس بن معاوية رجل استودع غيره مالا فجحده، فسأله القاضي إياس فأنكر، فقال للمدعي: أين دفعت إليه، قال في البرية: فقال: وما كان هناك أحد، قال: شجرة قال: اذهب إليها فلعلك دفنت المال عندها ونسيت، فتذكر إذا رأيت الشجرة، وقال للخصم، اجلس حتى يرجع صاحبك، وإياس يقضي وينظر إليه ساعة بعد ساعة، ثم قال له: يا هذا أترى صاحبك قد بلغ مكان الشجرة، قال: لا، قال: يا عدو الله، إنك خائن، قال: أقلني، قال: لا أقلك الله، فأمر أن يحتفظ به حتى جاء الرجل، فقال له إياس: اذهب معه فخذ حقك^(٢).

ومنها: ما روي عن الشعبي قال: شهدت شريحا، جاءت امرأة تخاصم رجلا، فأرسلت عينها وبكت فقال: يا أبا أمية، ما أظن هذه البائسة إلا مظلومة فقال: يا شعبي، إن أخوة يوسف جاءوا أباهم عشاء يبكون^(٣).

ثانياً: أقسام القرينة في القانون:

تقسم القرائن إلى قسمين بحسب مصدرها، قرائن قانونية وقرائن قضائية.

القرائن القانونية: وهي التي نص المشرع الوضعي في القانون عليها نصاً صريحاً بما لا يدع مجالاً للمجادلة في صحتها بحيث يلتزم بها القاضي ويطبق حكمها على النزاع المعروض عليه.

والقرائن القانونية نوعان: النوع الأول: قرائن قاطعة لا يجوز إثبات عكسها وهي محددة على سبيل الحصر في النصوص التي تضمنتها.

ويترتب على هذا النوع إعفاء صاحب الشأن من عبء الإثبات بصفة دائمة ولا تقبل إثبات العكس^(٤).

(١) ابن القيم: الطرق الحكمية ص ٥٥.

(٢) ابن القيم: الطرق الحكمية ص ٢٩.

(٣) ابن القيم: طرق الحكمية ص ٢٨.

(٤) د. عبد الحافظ عابد: الإثبات الجنائي بالقرائن ص ١٤١ و د. عماد جعافرة: الإثبات بالقرائن في القانون المدني الأردني ص ١٣.

ومن الأمثلة على هذه القرينة: قرينة انعدام التمييز لمن يكون عمره أقل من سبع سنوات حيث اعتبر المشرع الطفل دون السابعة (غير مميز) ونص على إعفائه من المسؤولية الجنائية حتى ولو كان هذا الطفل مميزاً في الواقع^(١).

ومنها: أن القانون المدني الأردني في المادة ١١٢٨ اعتبر التصرف في مرض الموت قرينة على أنه صادر على سبيل التبرع وتسري عليه أحكام الوصية أيًا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف، وبناء على هذا فإن المشرع قد أقام بينة قانونية مفادها أن تصرف المريض بجزء من ماله يُعد من قبيل التصرفات التبرعية، ويأخذ بذلك أحكام الوصية، وعليه فإن الواقعة الثابتة تشكل العنصر المادي لهذه القرينة، بحيث يتعين على من يدعي أن هذا التصرف قصد به التبرع أن يقيم الدليل على أن من قام بالتصرف هو مريض مرض الموت وفقاً للأحكام المقررة بهذا الشأن، ومتى أثبت هذه الواقعة فإن واقعة أخرى تثبت بثبوتها وهي أن التصرف إنما صدر على سبيل التبرع^(٢).

النوع الثاني: قرائن بسيطة: وهي التي نص المشرع عليها إلا أنه أعطى لصاحب المصلحة أن يثبت عكسها بكافة وسائل الإثبات المشروعة والتي تتفق مع المنطق والعقل.

ويترتب عليها إعفاء صاحب الشأن من عبء الإثبات بصفة مؤقتة، والأصل في القرائن القانونية أن تكون بسيطة تقبل إثبات العكس بكافة طرق الإثبات والاستثناء أن تكون قاطعة^(٣).

ومن أمثلة القرائن البسيطة: ما تضمنه قانون الجمارك الأردني لسنة ١٩٨٣ في المادة ١١٩٨، ب حيث يعتبر سوء القصد أمر مفترض لدى المتهم حتى يثبت العكس، وصحة ما يحويه المحضر حتى يثبت العكس^(٤).

ويلاحظ أن القرائن القانونية بنوعها القاطعة والبسيطة تتفق مع تقسيم الفقهاء إلى قرائن نصية وقرائن فقهية حيث إن القرائن الفقهية إذا كان مجعماً عليها أو جرى بها العرف كانت منصوصة، وما عدا ذلك من القرائن الفقهية المبنية على ظن غالب فإنها تأخذ حكم القرائن البسيطة^(٥).

التمييز بين القرينة القانونية والقاعدة الموضوعية: قد يقع الخلط بين القرينة القانونية المنصوص عليها والقاعدة الموضوعية وذلك لأن القانون جعل القرينة القانونية القطعية لا

-
- (١) د. عبد الحافظ عابد: الإثبات الجنائي بالقرائن ص ١١٤.
 - (٢) د. عماد جعافرة: الإثبات بالقرائن في القانون المدني الأردني ص ١٥.
 - (٣) د. عبد الحافظ عابد: الإثبات الجنائي بالقرائن ص ١٤١ وعماد جعافرة: الإثبات بالقرائن في القانون المدني الأردني ص ١٣.
 - (٤) د. مفيدة السويدان: نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه ص ٢٨٦ ود. عبد الحافظ عابد: الإثبات الجنائي بالقرائن ص ١٣٠.
 - (٥) يلاحظ أن التقسيم للقرائن عند الفقهاء لم يكن في عصر التقنين، فإذا تم تقنين الأحكام الفقهية فإن التقسيم الفقهي ينسجم مع التقسيم القانوني للقرائن.

يجوز إثبات عكسها فتساوت من الناحية العملية بالقواعد الموضوعية المبنية على الغالب من الأحوال من حيث أنه لا يجوز إثبات عكس الاستتباط الذي قامت عليه^(١).

القرائن القضائية: هي القرينة التي استتبطها القاضي من الوقائع المعروضة أمامه أو التي استتبطها القاضي من واقعة معلومة لإثبات واقعة مجهولة.

وفي الجملة لا تختلف القرائن القضائية في الفقه عنها في القانون من حيث مفهومها وحجيتها.

وفيما سبق ذكرنا عدداً من الأمثلة التي توضح القرينة القضائية في الفقه والقانون فيمكن الرجوع إليه^(٢).

التمييز بين القرينة القانونية والقرينة القضائية

لما كانت القرينتان تقومان على فكرة واحدة وهي استخلاص أمر مجهول من خلال واقعة معلومة وأن كلاهما يقوم على إثبات الراجح بطريق غير مباشر مؤاده انتقال محل الإثبات من الواقعة محل النزاع إلى واقعة أخرى متصلة بها أو مجاورة لها يسهل إثباتها وبمجرد ثبوت هذه الواقعة فإنه يعد دليلاً على صحة الواقعة المتنازع عليها^(٣).

وفي كل من القرينتين فإنه لا بد من إثبات الواقعة المعلومة حتى يفترض بعد ذلك ثبوت الواقعة المجهولة^(٤).

ونبين أوجه الاختلاف بين القرينتين والتي أوجزها فقهاء القانون في النقاط التالية^(٥):

- القرينة القانونية مصدرها القانون فلا تنشأ إلا بنص تشريعي، أما القضائية فيقوم قاضي الموضوع باستخلاصها من وقائع الدعوى والظروف المحيطة بها.

- القرينة القانونية: هي إعفاء من الإثبات فلا يكلف الخصم الذي تقررت لمصلحته هذه القرينة إثبات الأمر المدعى به، أما القضائية فتعتبر دليلاً إيجابياً في الإثبات، بحيث يلزم الخصم المكلف بالإثبات بجمع العلامات أو الأمارات من ظروف ووقائع الدعوى وتقديمها للقاضي الذي بدوره يتولى مهمة استتباط القرينة القضائية.

(١) د. سليمان مرقس: طرق الإثبات (١١٠/٢).

(٢) راجع موضوع القرائن القضائية في ص ١٢ النسخة غير المطبوعة من هذا البحث.

(٣) د. أحمد أبو الوفاء: الإثبات في المواد المدنية والتجارية ص ١٦٠، الدار الجامعية، بيروت سنة ١٩٨٣.

(٤) د. يوسف محمد المصاروة: الإثبات القرائن في المواد المدنية والتجارية، د. يوسف محمد المصاروة ص ١٠٢، مكتبة دار الثقافة، عمان ط ١ سنة ١٩٩٦.

(٥) د. أحمد أبو الوفاء: الإثبات في المواد المدنية والتجارية ص ١٦١ - ١٦٢ ود. أنس الكيلاني: موسوعة الإثبات في القضايا المدنية والتجارية (٣٦٣/٢)، ط ١، سنة ١٩٧٨ ود. قيس عبد الستار عثمان: القرائن القضائية ودورها في الإثبات ص ١٩٦، بيروت ١٩٨٤ ود. رمضان أبو السعود: أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ص ٢٤٨، الدار الجامعية، بيروت ١٩٨٥.

- القرينة القانونية تعد من قبيل القواعد القانونية التي تتسم بالعمومية والتجريد، أما القضائية فهي قرينة موضوعية تستمد من ظروف الدعوى، فأساسها هو الواقع الذي تدل عليه الأمارات التي يقدرها القاضي وذلك حسب وقائع كل قضية على حدة.

- القرينة القانونية ملزمة للقاضي، ويكون دور القاضي في التحقق من شروط انطباق القرينة القانونية على الواقعة المعروضة عليه، أما القضائية فهي مما يستقل بتقديره قاضي الموضوع وله السلطة التامة في بحث الأمارات والدلائل التي يتوصل عن طريقها لاستنباط القرينة.

- القرائن القضائية قابلة لإثبات العكس دائماً وبجميع طرق الإثبات، أما القانونية فإن المشرع هو صاحب الكلمة بشأنها وهو الذي يحدد حجيتها في نطاق الإثبات، فيما إذا كانت تقبل إثبات العكس أم لا، ولذا فإن جميع القرائن القضائية في مرتبة واحدة، أما القانونية فإنها نوعان كما سبق القول قرائن قاطعة لا تقبل إثبات العكس وقرائن بسيطة يجوز إثبات عكسها.

- القرائن القانونية ينص عليها القانون ولذا فإنها محصورة ولا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها أما القضائية فلا يمكن حصرها.

- مجال أعمال القرينة القضائية مقيد بما يجوز إثباته بالبينة (الشهود)، فحيث لا يجوز الإثبات بالبينة (الشهود) لا يجوز الالتجاء للقرينة القضائية، أما القانونية فليس هناك مجال معين لأعمالها لأنها تعفى من الإثبات.

المبحث الثاني

في القرائن المعروفة في العصور الإسلامية

وتشمل القيافة والفراسة واللوث والكتابة والإشارة

المطلب الأول

القيافة

مشروعية العمل بالقيافة:

القيافة لغة: تتبع الآثار، والقائف هو متتبع الآثار والأشباه^(١)، أو الملحق للنسب عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم بذلك^(٢).

وفي الاصطلاح: الاستدلال بهيئات أعضاء الشخصين على المشاركة والاتحاد بينهم في النسب والولادة في سائر أحوالهما وأخلاقهما، أو هي إلحاق الولد بأصوله لوجود الشبه بينه وبينهم^(٣).

مشروعية العمل بالقيافة

إذا كان المقصود بالقيافة تتبع آثار الأقدام مثلاً فإنه يجوز العمل بها لأنها نوع من الخبرة وتعتبر قرينة فنية، وإن كان المقصود بها إلحاق النسب عند الاشتباه فللعلماء رأيان في مشروعيتها:

الرأي الأول: العمل بالقيافة لإثبات النسب المجهول مشروع وجائز وهذا رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية^(٤).

واستدلوا:-

١ بما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: دَخَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ذَاتَ يَوْمٍ مَسْرُورًا، تَبَرَّقَ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ فَقَالَ: «أَلَمْ تَرِي أَنَّ مُجْرَزًا الْمُدَلِّجِيَّ نَظَرَ آيْضًا إِلَى زَيْدِ بْنِ حَارِثَةَ، وَأُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ وَعَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ قَدْ غَطِيَا رُءُوسَهُمَا، وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ» وكان مجزر قائفًا^(٥).

(١) الرازي: محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح ص ٥٥٦، والجرجاني: التعريفات ص ٢١٩.

(٢) الرملي: نهاية المحتاج (٣٧٥/٨).

(٣) الشرييني: مغني المحتاج (٣٨٩/٤).

(٤) ابن حزم: المحلى (٤٣٥/٩) وابن قدامة: المغني (١٢٦/٨) والخرشي: الحاشية (١٠٥/٦) والشرييني: مغني المحتاج (٤٨٨/٤).

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي (٤٢/١٠).

وجه الدلالة: أن أهل النسب في الجاهلية كانوا يقدحون في نسب أسامة لأنه كان أسود شديد السواد، وكان أبوه زيد أبيض من القطن، فلما قال القائف ما قال: سُرَّ النبي ﷺ، فسُرور النبي يدل على اعتبار قول مجزز وهو العمل بالقافة لأنه ﷺ لا يُسرَّ إلا بالحق.

قال الشافعي: لو لم يكن في القافة إلا هذا الحديث أقتع أن يكون فيه دلالة على أنه علم، ولو لم يكن علماً لقال له: لا تقل هذا لأنك إن أصبت في شيء لم آمن عليك أن تخطئ في غيره، وفي خطئك قذف لمسلمة أو نفي نسب، وما أقره إلا لأنه رضيته، وراه علماً لأنه لا يقر إلا حقاً ولا يسر إلا بالحق^(١).

الرأي الثاني: لا يثبت النسب بالقيافة وبهذا قال الحنفية والإمام مالك في غير ملك اليمين^(٢).

واستدلوا:

١ بقوله تعالى: ﴿إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الْأَنْفُسُ﴾^(٣) وبقوله تعالى: ﴿وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾^(٤).

وجه الدلالة: أن القول بالقافة ظن وتخمين وقول بالهوى فلا يجوز شرعاً^(٥).

٢ وبما روي عن أبي هريرة أن رجلاً من فزارة أتى رسول الله ﷺ، فقال: إن امرأتي ولدت غلاماً أسوداً، فقال النبي ﷺ: «هل لك من إبل؟» قال: نعم، قال: «فمأ ألوانها؟» قال: حمرة، قال: «فهل فيها من أوزق؟» - الأوزق الذي في لونه بياض إلى سواد - قال: إن فيها لوزقاً، قال: «فأنتي أتاها ذلك؟» قال: عسى أن يكون نزعهُ عرق، قال: «وهذا عسى أن يكون نزعهُ عرق»^(٦).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ ألحق الابن بصاحب الفراش، وألغى الشبه رغم أن اختلاف الشبه بين الابن وأبيه يوجب نفي نسب الابن، مما يدل على عدم اعتبار القيافة في الحكم ولو كانت معتبرة لأحاله إلى قائف.

مناقشة الجمهور لأدلة الرأي الثاني:

إن قولهم بأن الظن منهي عنه فليس بمسلم في الأحكام العملية، وهو منهي عنه في أمور العقيدة، والأحكام العملية معظمها قائم على العمل بالظن.

(١) البيهقي: معرفة السنن والآثار (٤٦٩/٧).
(٢) ابن رشد: بداية المجتهد والطحاوي: شرح معاني الآثار (١٦٠/٤) والمبسوط: للسرخسي وابن فرحون: تبصرة الحكام (٩٢/٢).
(٣) سورة النجم: ٢٣.
(٤) سورة النجم: ٢٨.
(٥) الطرابلسي: معين الحكام ص ١٨٣.
(٦) صحيح البخاري بشرح الفتح، كتاب الطلاق (٤٤٢/٩) وصحيح مسلم بشرح النووي، كتاب اللعان (١٣٣/١٠).

أما ما ورد في حديث أبي هريرة من عدم اعتبار الشبه في نفي النسب فإنما كان لوجود قرينة أقوى بالاعتبار وهي الفراش، والحديث أحال إلى اعتبار نوع آخر من الشبه وهو نزع العرق وهذا الشبه أولى لقوته^(١).

يفهم مما سبق أن القيافة تعتمد الخبرة بخلاف القرينة.

المطلب الثاني

الفراسة

مشروعية العمل بالفراسة

الفراسة لغة: هي المهارة في تعرف بواطن الأمور من ظواهرها^(٢).

وفي الاصطلاح: الاستدلال بالأمور الظاهرة على الأمور الخفية سواء كان ذلك مما يلهمه الله تعالى عباده الصالحين أو بما يكتسب بالتعليم من الدلائل والتجارب والخلق والخلق، وممارسة أحوال الناس وعاداتهم.

وقيل: هي النظر الفاحص المثبت الناشئ عن جودة القريحة وحدة النظر وصفاء الفكر^(٣).

آراء العلماء في العمل بالفراسة

ذهب جمهور العلماء إلى أنه لا يجوز الحكم بالفراسة في القضاء^(٤).

واستدلوا:

١ بقول النبي ﷺ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِّثْلَكُمْ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَحَنَّ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ أَحْيِهِ شَيْئًا، فَلَا يَأْخُذْهُ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»^(٥).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ لم يحكم في هذه القضية ولا في غيرها بين الخصوم بالفراسة واقتصر حكمه على الأدلة الظاهرة.

٢ ولقوله ﷺ: «إِيَّاكُمْ وَالظَّنَّ، فَإِنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الْحَدِيثِ»^(٦).

والقول بالفراسة قول بالظن والتخمين وهو منهي عنه.

-
- (١) ابن القيم: الطرق الحكيمة ٢٣٢.
 - (٢) الرازي: مختار الصحاح: ٤٩٧.
 - (٣) د. حميد كامل السقا، الحكم بالقرائن والقيافة وعلم القاضي، رسالة دكتوراه ص ٤٥.
 - (٤) ابن فرحون: تبصرة الحكام (١٢٠/٢).
 - (٥) صحيح مسلم كتاب الأفضية رقم الحديث (١٧١٣).
 - (٦) صحيح البخاري بشرح الفتح (٤/١٢).

وذهب ابن القيم إلى جواز العمل بالفراصة في القضاء^(١).

واستدل:

١ بقوله ﷺ: «اتَّقُوا فِرَاسَةَ الْمُؤْمِنِ فَإِنَّهُ يَنْظُرُ بِنُورِ اللَّهِ»^(٢).

وجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ أمر باتقاء فراصة المؤمن فلو لم تكن الفراصة معتبرة لما أمرنا بها ﷺ.

٢ وبقوله تعالى: ﴿إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ﴾^(٣).

وجه الدلالة: أن الله تعالى جعل أعمال الأمم السابقة ومواقفهم من أنبيائهم دلائل وعلامات للمتفكرين وهذه العلامات لا تدرك إلا بالتأمل والتفكير والنظر.

٣ وبما ورد أن الصحابة رضي الله عنهم عملوا بالفراصة ومن ذلك أن عمر بن الخطاب أته امرأة فشكرت عنده زوجها وقالت: هو من خيار أهل الدنيا، يقوم الليل حتى الصباح، ويصوم النهار حتى يمسي ثم أدركها الحياء، فقال: جزاك الله خيراً، فقد أحسنت النيا، فلما ولت، قال: كعب بن سور، يا أمير المؤمنين، لقد أبلغت في الشكوى إليك، فقال: وما اشتكت، قال: زوجها، قال: علي بها، فقال: لكعب: اقض بينهما، قال: أقضي وأنت شاهد، قال: إنك قد فطنت إلى ما لم أفطن إليه، قال: إن الله تعالى يقول: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ صم ثلاثة أيام وأفطر عندها يوماً، وقم ثلاث ليال، وبت عندها ليلة، فقال عمر: هذا أعجب إليّ من الأول، فبعته قاضياً لأهل البصرة، فكان يقع له في الكوفة من الفراصة أموراً عجيبة^(٤).

وذكر ابن القيم من الحكم بالفراصة ما رواه إبراهيم بن مرزوق البصري قال: جاء رجلان إلى إياس بن معاوية يختصمان في قطيفتي، إحداهما حمراء، والأخرى خضراء، فقال أحدهما: دخلت الحوض لأغسل ووضعت قطيفتي ثم جاء هذا فوضع قطيفته تحت قطيفتي ثم دخل فاغتسل فخرج قبلي وأخذ قطيفتي فمضى بها ثم خرج فتبعته فزعم أنها قطيفته فقال: ألك بينة: قال: لا، قال: أتنتي بمشط فسرّح رأس هذا ورأس هذا فخرج من رأس أحدهما صوف أحمر ومن رأس الآخر صوف أخضر، فقضى بالحمراء للذي خرج من رأسه الصوف الأحمر، وبالخضراء للذي خرج من رأسه الصوف الأخضر^(٥).

(١) ابن القيم: الطرق الحكمية ص ١٤.

(٢) الترمذي: السنن (٣٦٠/٤) والسيوطي: الجامع الصغير بشرح فيض القدير (١٤٢/١).

(٣) سورة الحجر: ٧٥.

(٤) ابن القيم: الطرق الحكمية ص ٢٨.

(٥) المرجع السابق ص ٢٨.

وقد أجاب الجمهور عما ذكره ابن القيم بأن ما ذكره في القصتين إنما هو عمل بالقرائن وليس بالفراسة وكذلك فإن الاستدلال بالآية الكريمة إنما هو استدلال بالقريظة الظاهرة وهي ما آلت إليه أحوال تلك الأمم.

أما الفراسة التي هي موضع الخلاف فهي التي يعتمد فيها على الإلهام وقوة الحدس وهذه علامات خفية مستترة يصعب إثباتها بخلاف القريظة.

وعليه فإن الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور عن عدم جواز الحكم بالفراسة في القضاء لأنها حزر وتخمين^(١).

المطلب الثالث

الإثبات بقريظة اللوث

اللوث لغة: التلطيخ أو التشخيخ في الدم^(٢).

ينشأ عن اللوث غلبة الظن بوقوع القتل، وهو قريظة على القتل المدعى به وذلك إذا وجد الشخص المقتول في ساحة قوم ولم يعرف له قاتل، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء، ويرى آخرون أن اللوث لا يتحقق إلا بوجوده العداوة الظاهرة بين أهل المقتول والذين وجد المقتول بساحتهم مع التلطيخ بالدم واللوث صور أخرى أوصلها بعضهم إلى سبع صور^(٣).

واللوث يعتبر قريظة يستدل بها على ثبوت الواقعة، فيحكم فيها بالقسامة عند عدم وجود أدلة إثبات غيرها.

والقسامة في اللغة تعني القسم وهو اليمين^(٤) والقسامة أيان مخصوصة بسبب مخصوص.

وقد اختلف الفقهاء في مشروعية القسامة حيث يرى جمهور الفقهاء^(٥) أن القسامة من الأدلة الشرعية في إثبات جرائم الدم مستدلين بأن النبي ﷺ قضى بالقسامة فعن سهل بن أبي حنمة، ورافع بن خديج، أن محيصة بن مسعود وعبد الله بن سهل انطلقا قبل خيبر، فتفرقا في النخل، فقتل عبد الله بن سهل، فاتهموا اليهود فجاء أخوه عبد الرحمن وابنا عمه حويصة ومحيصة إلى النبي ﷺ، فتكلم عبد الرحمن في أمر أخيه، وهو أصغر منهم، فقال رسول الله ﷺ: «كبر الكبر» أو قال: ليبدأ الأكبر، فتكلم في أمر صاحبهما، فقال رسول الله ﷺ: «يُقسِمُ خَمْسُونَ مِنْكُمْ عَلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ» قالوا: يَا رَسُولَ

(١) د. أنور دبور: القرائن ودورها في الإثبات الجنائي ص ١٦ و د. حميد كامل السقا: الحكم بالقرائن والقيافة ص ٨٦.

(٢) الرازي مختار الصحاح: ٦٠٧.

(٣) شرح صحيح مسلم، النووي (١٤٣/١١).

(٤) الرازي: مختار الصحاح (٥٣٥).

(٥) شرح صحيح مسلم: النووي (١٤٣/١١).

اللَّهِ، أَمْرٌ لَمْ نَشْهَدْهُ. كَيْفَ نَحْلِفُ، قَالَ: «فَتُبْرُئُكُمْ يَهُودُ بِأَيْمَانِ حَمْسِينَ مِنْهُمْ» قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَوْمٌ كَفَّارٌ. قَالَ: فَوَدَّاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ قَبْلِهِ^(١).

ويرى بعض الفقهاء أنه لا يحتج بالقسامة ولا يحكم بها وممن قال بهذا الرأي سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار والحكم بن عيينة وقتادة وأبو قلابة ومسلم بن خالد وابن عليه والبخاري وغيرهم^(٢).

والراجح أن القسامة من الأدلة المعتبرة، قال القاضي: حديث القسامة أصل من أصول الشرع وقاعدة من قواعد الأحكام وركن من أركان مصالح العباد وبه أخذ العلماء كافة عن الصحابة والتابعين ومن بعدهم من علماء الأمصار الحجازيين والشاميين والكوفيين وغيرهم رحمهم الله تعالى^(٣).

ولما كانت الجرائم لا تتم إلا خفية في أغلب الأحيان كانت القسامة الطريق إلى إثبات القتل عند انعدام البيّنات أو الأدلة القاطعة.

وقد اختلف القائلون فيما إذا كان القتل عمداً يجب القصاص بها.

فقال معظم الحجازيين يجب بها القصاص وهو قول مالك وأصحابه والليث والأوزاعي وأحمد والشافعي في قوله القديم^(٤).

وقال أبو حنيفة والشافعي في أصح قوليه لا يجب بها القصاص وإنما تجب بها الدية^(٥).

وأرى أن ما ذهب إليه الحنفية والشافعية في عدم وجوب القصاص بالقسامة هو الأرجح لأنها لا تعدو أن تكون ظنية لاعتمادها على قرينة غير قاطعة وتقبل إثبات العكس، والقصاص كالحودود يدرأ بالشبهة، وأما الدية ففيها تحقيق مصلحة عامة حتى يظل دم في الإسلام، فتحقق مصلحة لأولياء المقتول في التعويض وتتحقق مصلحة المجتمع في حقن الدماء ومنع الثأر وتحقيق الأمن.

واختلف الفقهاء فيمن يبدأ بأيمان القسامة هل هو المدعي أو المدعى عليه؟

فقال مالك والشافعي وأحمد يحلف ورثة المقتول (أي المدعى) ويجب الحق بحلفهم خمسين يمينا واحتجوا بالحديث وفيه التصريح بالابتداء بيمين المدعى، ولأن اللوث يقوي جانب المدعى فإن نكل المدعى ردّت اليمين على المدعى عليه عملاً بنص الحديث^(٦).

(١) صحيح مسلم لشرح النووي (١٤٧/١١) وابن قدامة: المغني (٦٤/٨).

(٢) المرجع السابق (١٤٣/١١) وابن قدامة: المغني (٦٤/٨).

(٣) شرح صحيح مسلم (١٤٣/١١).

(٤) ابن رشد: بداية المجتهد (٤١٧/٢).

(٥) شرح صحيح مسلم (١٤٤/١١) وابن رشد: بداية المجتهد (١٥٨/٢).

(٦) شرح صحيح مسلم: النووي (١٤٤/١١).

وذهب الحنفية إلى أنه يبدأ في أيمن القسامة بالمدعى عليه وذلك قياساً على سائر الأحكام في دعاوي حيث تكون البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه^(١).

والراجع ما ذهب إليه الجمهور لقوة الدليل لأن أيمن القسامة قائمة مقام أدلة الإثبات، ويجاب عن قول الحنفية بأن دعوى القسامة لا تقبل القياس لما اتصفت به من الخصوصية في التشريع، ولأن القياس معارض لصريح النص.

المطلب الرابع

الإثبات بقريئة الكتابة والإشارة

الإثبات بقريئة الكتابة:

أمر الله سبحانه بإثبات الديون بالكتابة قال تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^(٢) وجعل الله تعالى الكتب السماوية وما فيها حجة على الناس قال تعالى: ﴿الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الْأُمِّيَّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوبًا عِنْدَهُمْ فِي التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ﴾^(٣).

وقد ورد عن مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهم عن النبي ﷺ أنه قال في شأن الوصية «مَا حَقُّ أَمْرِي مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصَىٰ فِيهِ يَبِيْتُ لِثَلَاثِينَ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ»^(٤) وحاجة الناس ماسة لاستيفاء حقوقهم وإبراء الذمم ومقاصد الشريعة تقتضيها.

كما أن الكتابة حجة في الإثبات سواء كانت رسمية أو عادية وقريئة تدل على الإثبات في المعاملات المدنية وتقبل إثبات العكس فهي قابلة للمحاكاة والمشابهة، أما في الدعوى الجنائية فإنها تخضع لتقدير قاضي الموضوع شأنها شأن كافة عناصر الإثبات في الدعوى وتمثل الكتابة في الدعوى الجنائية عنصراً هاماً كما في جرائم التزوير وخيانة الأمانة.

يقول ابن القيم: (إن الكتابة على الحجارة والحيوان وكتب العلم أقوى من هذه الأمارات)^(٥).

وقد تكون الكتابة مستنداً رسمياً كالصكوك وما يصدر عن كتاب العدل وشهادات الميلاد وعقود الزواج وسائر الوثائق الرسمية كالشهادات العلمية الصادرة عن مؤسسات، وفي حال الاعتراض على الكتابة في هذه المستندات بالتزوير فهي دعوى تحتاج إلى دليل وإلا فالأصل إلغاؤها ووجوب العمل بالمستندات الرسمية وعليه فإن النسب يثبت بوثيقة عقد الزواج مع إمكانية الخلوة (التقاء الزوجين).

(١) شرح صحيح مسلم: النووي (١١/١٤٤).

(٢) سورة البقرة: ٢٨٢.

(٣) سورة الأعراف: ١٥٧.

(٤) موطأ مالك: الأفضية، الأمر بالوصية.

(٥) ابن القيم: الطرق الحكمية (٣١٠).

الإثبات بقريضة الإشارة:

وردت آيات في القرآن الكريم يفهم منها أن الإشارة قريضة يحتج في الإثبات وذلك في قوله تعالى: ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيًّا﴾^(١).

فقد جعلت السيدة مريم عليها السلام حجتها في الإثبات بالإشارة إلى سيدنا المسيح عليه السلام. وفي قوله تعالى: ﴿قَالَ رَبِّ اجْعَلْ لِي آيَةً قَالَ آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾^(٢).

وفي الحديث عن أنس رضي الله عنه أَنَّ يَهُودِيًّا رَضَّ رَأْسَ جَارِيَةٍ بَيْنَ حَجْرَيْنِ فَقِيلَ لَهَا: مَنْ فَعَلَ بِكَ هَذَا أَفْلَانٌ أَوْ فُلَانٌ؟ حَتَّى سُمِّيَ الْيَهُودِيُّ، فَأَوْمَأَتْ بِرَأْسِهَا، فَجِيءَ بِهِ، فَلَمْ يَزَلْ حَتَّى اعْتَرَفَ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ فَرَضَ رَأْسَهُ بِالْحِجَارَةِ^(٣).

والحديث صريح في أن الإشارة كانت قريضة على الاتهام، ولكن القصاص أقيم عليه بإقراره.

مما سبق نستطيع القول بأن الإشارة المفهمة قريضة في الإثبات سواء كانت من الأخرس أو الأبكم أو من لا يستطيع الحديث لسبب عارض أو طارئ يحول بينه وبين القدرة على الكلام. وهي قريضة تقبل إثبات عكسها في المعاملات المدنية، وفي الدعوى الجنائية تخضع لتقدير قاضي الموضوع^(٤).

(١) سورة مريم: ٢٩.
(٢) سورة آل عمران: ٤١.
(٣) صحيح البخاري بشرح الفتاح (٣٧١/٥).
(٤) د. أنور دبور: القرائن ودورها في الإثبات الجنائي (٢٢١).

المبحث الثالث

في القرائن المستجدة

شهد القرن الماضي ثورة في المعلومات في مجالات عديدة، ففي مجال الاتصالات أصبح العالم قرية صغيرة، فوجد الناسوخ والإنترنت، كما حدث تقدم هائل في مجال نقل الصوت والصورة، وفي مجال الطب تم الغوص في أعماق الخلية في محاولة لفك رموزها، وتمكن العلماء من تحليل الدم وبصمة اليد وبصمة العين ومعرفة الحمض النووي أو ما يسمى بالبصمة الوراثية DNA كما أن التقدم العلمي ساعد قضاة التحقيق في توجيه الاتهام لمن تدور حولهم شبهات باستخدام وسائل لم تكن مستخدمة في الأزمنة السابقة مثل جهاز كشف الكذب والتتوييم المغناطيسي وغسيل الدماغ وتتبع الآثار بالكلاب البوليسية، فهل تعتبر هذه الوسائل قرائن يحتج بها في الإثبات؟ هذا ما سنتناوله في المطالب التالية:-

المطلب الأول

التسجيل والتصوير

إن ضبط المعلومات والسجلات عن المشبوهين والمطلوبين والمجرمين الخطرين عن طريق الحاسب الآلي يسهل عملية استرجاع وتبادل المعلومات بين الإدارات المختلفة في الدولة، كما أن أهم استخدامات تقنيات الحاسب الآلية في العلوم الشرطية تتمثل في بناء القواعد البيانية مثل كمبيوتر البصمات، وقواعد الأحماض النووية، والبصمات الوراثية، وقواعد طبقات الأسلحة النارية، ورسم صور المشتبهين بالحاسبات الآلية، وتحسين الصور الفوتوغرافية باستخدام التصوير الرقمي، وبرامج الحاسبات الآلية^(١).

إن جمع البيانات عن المجرمين في سجلات خاصة، وبواسطة الحاسب الآلي يسهل عملية الكشف عن الجرائم، وهو أمر جائز شرعاً؛ لأنه لا يعدو أن يكون توثيقاً لوقائع حصلت، شريطة الاحتفاظ بها لغايات أمنية، ولكن هل يجوز الدخول إلى المواقع الخاصة في الإنترنت والتجسس على أصحابها؟ وهل يجوز التحسس على أدوات التسجيل الخاصة في بيته أو غيرها، أو التصوير لمعرفة أسرار الناس؟

إن مما لا شك فيه أنه لا يجوز استعمال هذه الوسائل في حق الكافة من الناس لما ذكرناه من أدلة في التنصت على المكالمات الهاتفية، ويجوز اللجوء إليها تجاه من قامت الأدلة على صلتهم بالجريمة أو القرائن القوية.

كما أنه يمكن استخدام التصوير بالأشعة غير المرئية أو التصوير الضوئي في فحص المستندات المزورة والخطابات المقفلة ويمكن استخدام التصوير الفوتوغرافي أو التصوير

(١) التطورات العلمية في ظل الواقع الأمني: عبد القادر الخياط، بحث مقدم لمؤتمر الوقاية من الجريمة في عصر العولمة، مجلد ٣، ص ٦٣٢.

بكامرات الفيديو، فإذا ادعى شخص على آخر أنه سرق منزلاً له ولديه صورة للمتهم وهو يدخل المنزل أو يكسر الأبواب أو ادعى عليه بحدوث واقعة الزنا فهل تعتبر هذه الصور دليلاً من أدلة الإثبات؟

فالذي تطمئن إليه النفس بأن هذه الصور أو التسجيلات تعتبر قرينة ضعيفة في الإثبات لاحتمال تشابه الصور بين الأشخاص أو احتمال التركيب بين الصور أو احتمال وجود رسم مشابه، وللقاضي ترجيح جانب الصورة بقرائن أخرى.

ويعتبر التصوير بكامرات الفيديو قرينة في إثبات الخطأ في حوادث السير، أما التسجيل فسبق القول بأنه لا يجوز أصلاً باعتباره من التجسس غير المسموح به شرعاً، وكذلك التسجيل الضوئي بالإضافة إلى أنه في حالات معينة حيث يكون جائزاً يشكل قرينة ضعيفة لوجود التشابه في الأصوات وإمكانية التقليد وإحداث التغيير فيها بالحذف والتقديم والتأخير ويرجع الأمر إلى القاضي في ترجيحها عند وجود قرائن أخرى.

المطلب الثاني

تحليل الدم والآثار

يترك الجاني في مكان الجريمة أثراً لأصابع اليدين أو القدمين أو رائحة تكشف عن الفاعل أو طريقة ارتكاب الجريمة، وقد تكون بعض هذه الآثار اعتداءً على المجني عليه كآثار الأسنان، أو تمزيق الثياب، وقد تكون دماً من المعتدي، أو أداة مستخدمة في تنفيذ الجريمة. وكل هذه تساعد على الكشف عن الجريمة، وبعضها كالبصمات يكون دليلاً قاطعاً على وجود المتهم على مسرح الجريمة، وإن لم يكن دليلاً على ارتكاب الجريمة، إلا أنه يسهل الكشف عن الفاعل^(١).

إن وجود هذه الآثار أو البصمات لا يعد دليلاً مادياً قطعياً على الجاني رغم عدم وجود تشابه في البصمات أو الآثار لإمكانية وجود بصمات لآخرين قبل حدوث الجريمة، فقد يؤتى بإنسان لمكان الجريمة بقصد تضليل العدالة، ولذا فإن هذه البصمات أو الآثار تعد قرينة قوية على الاتهام تجيز للمحقق اتخاذ التدابير اللازمة مع المتهم للكشف عن الجريمة. ومن هذه التدابير الحبس الاحتياطي قصد التحقيق، والاستجواب، والتفتيش. وبمقدار قوة القرينة وانتفى الاحتمال فإنها تقترب من الأدلة التي تثبت بها الجريمة؛ لأن بعض هذه الآثار أو البصمات يكون دليلاً قطعياً على ارتكاب المتهم للجريمة.

ويحسن أن نشير هنا إلى أهمية تحليل الدم وأثره في نفي النسب، فالدم يشتمل على العديد من الصفات الوراثية الموروثة من الأب والأم ومن ذلك فصائل الدم، فإذا كانت الفصيلة الدموية للطفل لا توجد فيمن يدعي نسبه فإنه يمكن الاعتماد عليها في نفي نسبه

(١) المبادئ الأساسية في التحقيق الجنائي، محمد أنور عاشور، ص ١٥٠.

منه أما في حال توافق الفصائل بين الطفل ومدعيه فإن ذلك لا يكون قرينة قطعية على ثبوت نسبه، لأن الفصيلة الواحدة يشترك فيها أناس كثيرون ويحتمل أن يكون أبو الطفل واحداً منهم، فلو ولدت امرأتان في مستشفى واختلط الولدان فيمكن عن طريق تحليل الدم معرفة نسب الولد الصحيح ففي حال اختلاف الفصائل يكون التحليل قطعياً في نفي النسب، أما في حال التوافق فإن إلحاقه يكون من باب الاحتمال.

وعليه فإنه يمكن الاعتماد على قرينة الفصائل إذا قذف الزوج زوجته بالزنا ونفيه نسب الولد إليه، فإذا اختلفت الفصائل بينه وبين المولود كانت دليلاً قطعياً على عدم ثبوت النسب بينهما، وإذا كانت الفصائل بينهما مشتركة فلا بد لنفي النسب من الملائعة، فأيمان اللعان للتحقق مما يحتمل وقوعه أو عدمه ولا يحتاج للعان في حال اختلاف الفصائل. والأصل عدم اللجوء إلى تحليل الدم إلا عند نفي النسب أو اختلاط المواليد، لأن قرينة فراش الزوجية قرينة قاطعة في ثبوت النسب لصاحب الفراش وهو الزوج.

المطلب الثالث

استعمال جهاز كشف الكذب

يتم من خلال هذا الجهاز رصد الاضطرابات والانفعالات النفسية التي تحصل للإنسان إذا تارت أعصابه، أو تنبتهت حواسه لأي مؤثر؛ فمثلاً رصد الاضطرابات في حالة التنفس بالشهيق أو الزفير، ورصد التغيرات في ضغط الدم والمتغيرات التي تحصل على الجلد من اللون، أو مقاومة للتيار الكهربائي. كل هذه قد تشكل مؤشراً أو قرينة على الاتهام^(١)، ولا تعد دليلاً على الاتهام لأن نتائجه ليست دقيقة، ولأن قوة التحمل عند الأشخاص متباينة. فعندما يكون المجرم متمرساً في الإجرام لا تؤثر الأسئلة المطروحة عليه في نفسه حتى تظهر في انفعالات واضطرابات في التنفس أو ضغط الدم أو آثارها على الجلد، وقد يكون المتهم مريضاً بضغط الدم أو الربو مثلاً فلا يستطيع هذا الجهاز إعطاء قراءة سليمة تعد قرينة على ارتكاب الجرم. ولذا فإن استعمال هذا الجهاز لا يجوز في التحقيق، ولا يعدو استعماله أكثر من إيلاء نفسي للمتهم، وقد يكون بريئاً لأن الأصل براءة الذمة^(٢).

المطلب الرابع

التنويم المغناطيسي

ويعمل هذا بالتأثير على العقل الباطن بعد تنويم العقل الظاهر، وذلك عن طريق الإيحاء، فيقع الإنسان النائم تحت سيطرة المنوم، فيضيق الاتصال الخارجي للشخص

(١) التحقيقات والأدلة الجنائية، إبراهيم غازي، ص ٣٢٤.

(٢) د. سامي الملا: اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، جامعة القاص سنة ١٩٦٩، ص ١٣٦.

الواقع تحت التتويم المغناطيسي، ويبقى اتصاله مقصوراً على شخصية المنوم الذي يحصل على كل ما يريد معرفته لتعطيله وظيفه العقل الظاهر للإنسان، وفي هذه الحال يصبح الإنسان فاقداً لإرادته واختياره، ويغدو آلة في يد المحقق^(١)، وبمعنى آخر فإن التتويم المغناطيسي يهدف إلى شل بعض ملكات العقل الظاهر، مما يجعل الشخص المنوم يفتي بما في نفسه عن كل ما يقدم إليه من تساؤلات يرفض العقل الظاهر في حالة الوعي الكامل التصريح بها، ولا شك في أن هذا الأسلوب لا يجوز استخدامه شرعاً لأن الشريعة الإسلامية تعد الإرادة والإدراك مناط المسؤولية، ولذا كان الإقرار بطريق الإكراه غير صحيح شرعاً؛ لأن المكره فقد الإرادة والذي يقع تحت التتويم المغناطيسي أشد حالاً منه، لأنه فقد الإرادة والإدراك معاً، وفي الحديث: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنَّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ»^(٢)، بالإضافة إلى ما في هذا الأسلوب من إهدار لكرامة الإنسان ومن التجسس على أسراره الذاتية التي لا يرغب في الكشف عنها، وقد نهى الله تعالى رسوله ﷺ عن التجسس والتجسس، وتتبع عورات الناس، وأمر بالتستر، وقد رفض معظم فقهاء القانون الجنائي هذا الأسلوب في التحقيق مع المتهم لما فيه من اعتداء صارخ على الحريات وانتهاك لأسرار الشخص، وذهب فريق آخر إلى جواز ذلك في حالات خاصة خصوصاً إذا كان بموافقة المتهم^(٣).

المطلب الخامس

استعمال العقاقير المخدرة

يقصد من إعطاء المتهم هذه العقاقير أن يكون في فترة التحقيق فاقداً لإرادته دون أن يكون فاقداً لإدراكه مما يسهل على المحقق أن يتحكم في إرادة المتهم، فيعبر عن مشاعره الداخلية^(٤)، وبمعنى آخر فإنه يهدف إلى تقليل سيطرة الإدارة وإظهار ما قبل الشعور مما يحمل الشخص على الحديث في حالة أشبه بالنوم أو حالة نصف شعورية عن طريق استخدام أحد العقاقير الكيميائية التي تؤثر في النهاية على الوظائف العليا لمراكز التفكير في العقل البشري^(٥) ويقول د. محمد صالح عثمان: إن استجابة الأشخاص لهذه العقاقير ذات درجات متفاوتة فبعض الأشخاص يستجيب بسهولة والبعض الآخر خصوصاً الذين اعتادوا الكذب فإنهم يظلون قادرين على الكذب رغم خضوعهم لمثل هذه العقاقير^(٦)، ومما هو معلوم أن الشريعة الإسلامية تحرم تعاطي هذه العقاقير المخدرة حفاظاً على عقل الإنسان وجسمه، ولا يجوز استعمال ما هو ممنوع شرعاً في التحقيق مع المتهم،

- (١) أصول وأساليب التحقيق والبحث الجنائي: قدرى عبد الفتاح الشهابي، ص ٩٨.
- (٢) سنن ابن ماجة (٦٥٩/٢).
- (٣) د. محمد سامي النيداوي: استجواب المتهم، رسالة دكتوراه، ص ١٨٩.
- (٤) محاضرات في أصول المحاكمات الجزائية الأردني: فاروق الكيلاني (٣٨٩/٢).
- (٥) د. محمد صالح عثمان عقاقير الحقيقة، مجلة الأمن العام عدد ٥٩ ص ٧٠.
- (٦) المرجع السابق.

بالإضافة إلى أن هذا الأسلوب يجعل الإنسان فاقداً لإرادته التي هي مناط التكليف، وفي هذا انتهاك لحرمة الإنسان وأسراره وتَحَسُّسٌ عليها، وهو أمر غير جائز شرعاً.

وقد ذهب معظم فقهاء القانون الجنائي إلى عدم جواز استخدام هذا الأسلوب في التحقيق، ويرى بعضهم جواز ذلك في حالات خاصة خصوصاً إذا سبقت موافقة المتهم على استعمال هذا الأسلوب معه^(١).

المطلب السادس

غسيل الدماغ

يعتمد هذا الأسلوب على تعرض الدماغ لتوترات وصددمات تؤدي إلى توقفه عن أداء وظائفه لتوقف الجهاز العصبي عن العمل، فيغدو الدماغ متقبلاً لإيحاءات المحقق، وهي بإيجاز تعمل على شل تفكير الإنسان وإخضاعه لسيطرة المحقق بحيث لا يقوى على المقاومة فيعترف بما لديه من معلومات^(٢).

ولا تختلف هذه الطريقة في حكمها الشرعي عن استعمال العقاقير المخدرة والتتويم المغناطيسي وجهاز كشف الكذب فهي غير جائزة شرعاً؛ لما تؤدي إليه من ضرر على الإنسان، بالإضافة إلى أنها من التحسس المحرم شرعاً، ولا يمكن اعتماد نتائجها كأدلة أو قرائن على الاتهام.

المطلب السابع

الكلاب البوليسية

يستخدم رجال الأمن الكلاب المدربة لتتبع آثار المجرم بعد وقوع الجريمة عن طريق الرائحة كما تستخدم الكلاب البوليسية في الكشف عن المخدرات عن طريق الرائحة^(٣).

ولا يعد استخدام هذه الوسيلة دليلاً مادياً على ارتكاب المتهم للجريمة؛ لأنه يمكن تضليل الكلاب فلا تصل إلى النتائج الصحيحة، كما أنه يعتمد على المهارة في تدريبها واستعمالها. ولهذا فإنه يمكن استخدامها في حفظ الأمن، والكشف عن المخدرات وتتبع آثار مرتكبي الجرائم. وتعد من القرائن الضعيفة على الاتهام، وينبغي أن لا يتوسع في استعمالها مع الناس كافة إلا في حالة تفشي الجرائم، أو في حالة وجود عصابات لتهريب المخدرات، أو عدم استتباب الأمن، فإن استعمالها مشروع حفاظاً على الأمن، ووقاية للمجتمع من الجرائم والمفسدين في الأرض.

(١) د. محمد سامي النبراوي: استجواب المتهم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٤٧٣ ود. محمد سامي الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، حقوق، عين شمس سنة ١٩٨٦.

(٢) د. محمد صالح عثمان عقاقير الحقيقة، مجلة الأمن العام عدد ٥٩ ص ٧٠.

(٣) التحقيقات والأدلة الجنائية: إبراهيم غازي، ص ٣٥٥.

المطلب الثامن

الإثبات بالبصمة الوراثية (الحمض النووي)

البصمة في اللغة: الختم أو العلامة، يقال بصم فلان أي ختم بطرف أصبعه^(١).

الوراثية: الانتقال، يقال ورث فلان فلاناً أي صار إليه ميراثه بعد موته، ومنه قوله تعالى على لسان زكريا: ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا ۖ يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ وَاجْعَلْهُ رَبِّ رَضِيًّا﴾^(٢) أي ارزقني ولداً ينتقل إليه ميراثي بعد موتي.

وعلم الوراثة: هو العلم الذي يختص بدراسة انتقال الصفات الوراثية للكائن الحي من جيل إلى آخر^(٣).

ومعنى البصمة الوراثية: (العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الأصل إلى الفرع أو من الآباء إلى الأبناء وفقاً لقوانين محددة)^(٤).

وعرفها المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بأنها: (البينة الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه)^(٥)، وهي وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي التي يمكن أخذها من أي خلية بشرية كالدم أو اللعاب أو المنى أو البول أو غيره.

ويمكن عن طريق البصمة الوراثية تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنا (DNA) المتمركزة في نواة خلية من خلايا جسمه ويظهر هذا التحليل في صورة شريط الصفات الوراثية من الأب وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم.

ويوجد في جسم الإنسان ترليونات من الخلايا وكل خلية من هذه الخلايا تحتضن نواة تكون مسئولة عن حياة الخلية ووظيفتها وكل نواة تحتضن المادة الوراثية، وهذه المادة الوراثية تشكل خيوطاً أو أشرطة بشكل لولبي محكم وتسمى بالكروموسومات وعددها (٤٦) كروموسوماً (٢٣) من الأب و(٢٣) من الأم وتتزوج هذه الكروموسومات بحيث تظهر (٢٣) زوجاً، وقد استطاع العلم الحديث التعرف عليها وتركيبها بحسب تسلسلها ابتداءً من الزوج الأول وانتهاءً بالزوج الثالث والعشرين^(٦).

وأول من اكتشف البصمة الوراثية د. إريك جيفري عام ١٩٨٥م^(٧).

خصائص البصمة الوراثية:

- (١) المعجم الوسيط: إعداد مجمع اللغة العربية، ط٣، مادة: بصم (٦٠/١).
- (٢) سورة مريم: ٥، ٦.
- (٣) د. سعد الدين بن مسعد الهلالي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مجلس النشر العلمي، الكويت، سنة ٢٠٠١، ص٢٥.
- (٤) المرجع السابق.
- (٥) مجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، الدورة السادسة عشرة، المنعقدة بمكة المكرمة سنة ٢٠٠٢م.
- (٦) وفاء فرحات، موسوعة علم الأحياء، ط١، منشورات دار اليوسف، سنة ٢٠٠٥، ص٢١٣.
- (٧) المرجع السابق.

يمكن إجمال خصائص البصمة الوراثية في النقاط التالية:

- ١ تؤخذ من كافة التلوثات السائلة والجافة والقديمة (من الدم واللحم والجلد والعظم والشعر، واللغاب والمخاط والمنى).
- ٢ تظهر آثارها بواسطة خطوط يسهل قراءتها وتخزينها في الحاسب الآلي.
- ٣ تختلف البصمة الوراثية من شخص لآخر باستثناء القوائم المتماثلة من بويضة واحدة. كما أنها متطابقة في جميع خلايا الجسم ولا تتبدل ولا تتغير بمرور الزمن عليها.
- ٤ إن صدقية اختبارات البصمة الوراثية تصل نسبة اليقين فيها إلى ٩٩,٩٩٩٪ حتى عدّ بعض العلماء والفقهاء أن اختبار الدنا سيد الأدلة (١).

حجية البصمة الوراثية

١ حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب أو نفيه:

تعتبر البصمة الوراثية قرينة قاطعة بثبوت النسب عند تطابق الصفات الوراثية للحمض النووي بين الابن وأبيه لأنه لا يوجد تشابه بين شخص وآخر في الحمض النووي ما عدا الابن مع والديه ولا تكفي قرينة التطابق لإثبات النسب إذا لم تكن مؤيدة بفراش الزوجية الصحيحة.

وإذا اختلفت الصفات الوراثية بينهما فإنها دليل قاطع على عدم ثبوت النسب بينهما إذا لم تعارضها قرينة فراش الزوجية، فإن عارضتها قرينة الفراش فلا بد من مؤيد لها وهو نفي النسب باللعان، وإذا كان الإسلام قد أثبت النسب بالقافة لوجود الشبه فمن باب أولى أن يثبت النسب بالبصمة الوراثية ولذا جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي ينص على جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في حالات التنازع على مجهول النسب، وحالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال وأطفال الأنايب، وحالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث والكوارث وحالات عدم التعرف على الهوية أو القبيلة.

كما نص على أنه لا يجوز الاعتماد عليها في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان.

٢ حجية البصمة الوراثية في الحدود والقصاص:

لما كانت عقوبات الحدود والقصاص تدرأ بالشبهات ولا تقام إلا بالإقرار أو الشهادة أو بالقرينة التي لا يتطرق إليها الاحتمال كما هو معروف في موضعه، فإنها لا تقام

(١) د. كارم السيد غنيم: الاستساح والنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، دار الفكر العربي، ط١، القاهرة سنة ١٩٩٨م ص١١٩، ود. جميل عبد الباقي الصغير.

بالبصمة الوراثية لأنها تعتبر قرينة ظنية في هذا المجال، فقد يحصل الحمل بالإكراه أو نتيجة لاستعمال المرأة خرقة ملوثة بماء الرجل، وقد قرر المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة في دورته السادسة عشرة سنة ٢٠٠٢ جواز الأخذ بالبصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص تطبيقاً للحديث الشريف «ادْرؤوا الحُدُودَ بالشُّبُهَاتِ».

وهذا ما قرره المؤتمر الذي عقدته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت عام ١٩٩٨ من أن البصمة الوراثية بينة تفصيلية تدل على هوية الأشخاص وتعد وسيلة لا تخطئ في التحقق من الشخصية وبالخصوص في مجال الطب الشرعي إلا أنها لا ترتقي إلى مستوى القرائن القطعية في قضايا الحدود الشرعية عند جمهور الفقهاء^(١).

(١) قرارات مؤتمر منظمة الصحة العالمية والمنظمة الإسلامية للتربية والتعليم والثقافة سنة ١٩٩٨، وانظر د. سعد الله بن مسعد الهاللي ص٧٠.

التوصيات

- ١ القرينة هي الأمانة التي نص عليها الشارع أو استتبطها أئمة الاجتهاد أو استنتجها القاضي من الحادثة وظروفها وما يكتنفها من أحوال.
- ٢ القرائن من أدلة الإثبات غير المباشرة في المعاملات المالية والأحوال الشخصية والعقوبات.
- ٣ القرائن مصدرها قرائن نصية وهي ما نص الشارع عليها في القرآن أو السنة، وقرائن فقهية وهي التي استتبطها الفقهاء وجعلوها أدلة على أمور أخرى واعتدوا بها في الأحكام، فإذا أجمع الفقهاء عليها فإنه تكون في حكم القرائن الشرعية النصية.
- ٤ يعمل بالقرائن بشروط أهمها أن تكون دلالتها قوية وأن لا يعارضها دليل شرعي أو قرينة أخرى أقوى منها وأن يكون المرجع في تقدير القرائن من له علم بها كالفقيه أو القاضي.
- ٥ يعتبر التسجيل والتصوير قرينة ضعيفة في الإثبات تحتاج إلى مؤيدات أخرى ولا يحكم بها منفردة. ويجوز استعمالها لجمع البيانات عن المجرمين وتسجيلها وتصويرها ولا يجوز استعمالها للتجسس على أسرار الناس وحياتهم.
- ٦ لا تعتبر الآثار وتحليل البصمات دليلاً مادياً قطعياً (قرينة قطعية في الإثبات) وتقبل إثبات عكسها.
- ٧ لا يجوز اللجوء لتحليل الدم إلا عند نفي النسب أو اختلاط المواليد.
- ٨ يمكن الاعتماد على قرينة فصائل الدم إذا قذف الزوج زوجته بالزنا ونفى نسب الولد إليه، فإذا اختلفت الفصائل بينه وبين المولود كانت دليلاً قاطعاً على عدم ثبوت النسب بينهما وإذا كانت الفصائل بينهما مشتركة فلا بد لنفي النسب من الملاعة.
- ٩ لا تعتبر القرينة المستفادة من استعمال جهاز كشف الكذب أو التتويم المغناطيسي أو استعمال العقاقير المخدرة أو غسيل الدماغ من أدلة الإثبات ولا يجوز شرعاً استعمالها فهي محرمة شرعاً.
- ١٠ تعتبر القرينة المستفادة من الكلاب البوليسية قرينة ضعيفة تحتاج إلى مؤيدات أخرى ويجوز إثبات عكسها والأصل الاقتصار على استعمالها في حالات خاصة كالكشف عن المخدرات والمحافظة على الأمن العام.
- ١١ تعتبر قرينة البصمة الوراثية قرينة قاطعة لثبوت النسب عند تطابق الصفات الوراثية للحمض النووي بين الابن وأبيه وتعتبر قرينة قطعية على عدم ثبوت النسب

بينهما عند اختلاف الصفات الوراثية ولما كان فراش الزوجية قرينة قوية معارضة لها فإنه يجب أن يؤيد نفي النسب باللعان، ولا تعتبر حجة قاطعة في الحدود والقصاص.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدات)

إعداد
الشيخ محمد عبده عمر
عضو المجمع
الجمهورية اليمنية

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على من بعثه رحمة للعاملين، محمد بن عبد الله الصادق الأمين وعلى آله وصحبه وسلم أجمعين، وعلى جميع أخوانه من الأنبياء والمرسلين وعلى من سلك سبيله إلى يوم الدين، وبعد:

بناءً على خطاب الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة رقم (٣٢٤) أف (٢٠١١/١) وتاريخ ١٤٣٢/١١/٢١ هـ الموافق ٢٠١١/١٠/١٩ م والذي أوضحت فيه المواضيع التي ستعرض على الدورة (٢٠) للمجمع، وقد وقع إختياري على موضوع الإثبات بالقرائن والأمارات = المستجدات، والله نسأل أن يوفقنا ويوفق المجمع والقائمين عليه لما من شأنه تحكيم الشريعة الإسلامية وإستنباط الفقه من نصوصها ومبادئها وكلياتها بإجتهد أصيل وتأصيل أحكام النوازل والمستجدات على منهج علماء السلف وضوابطه الشرعية.

عضو المجمع المؤسس وممثل الجمهورية اليمنية

محمد عبده عمر

صنعاء

تعريف القرينة : عند فقهاء الأحكام الشرعية

القرينة القاطعة : هي الأمانة البالغة حد اليقين^١.

وتعريف المجلة القرينة بهذه الصيغة يقصد به : القرينة القاطعة التي تصلح دليلاً عند فقهاء الشرع للإثبات.

وهذا التعريف محصور على القرينة القاطعة ، أي الواضحة الدلالة على ما يراد إثباته ، وبالتالي فإن القرينة الصالحة دليلاً للإثبات هي أمانة أو علامة تدل على أمر آخر بمعنى أن هناك واقعة مجهولة يراد معرفتها ، فتقوم هذه الأمانة أو العلامة ، وقد تكون مجموعة العلامات تؤدي إلى الدلالة عليها من باب تضافر القرائن على واقعة مجهولة.

وهذا التعريف لا يختلف عن المعنى اللغوي ، بمعنى أن هذه الأمانات والعلامات تصاحب هذه القضية المجهولة فتدل عليها ، كما تجمع هذه القرينة على قرائن كونها مشتقة من المقارنة على وزن "مفاعله" بمعنى المصاحبة ، كما أنها في ذاتها وسيلة إلى غاية معرفة هذه القضية المجهولة.

والبعض يعرفها بأنها البينة الواضحة التي يصبح بها الأمر المدلول في رتبة المقطوع به ، أو هي كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه ، أو هي الحال التي تظهر على الشخص.

أما إن كانت القرينة غير قاطعة ، أي أنها قرينة ضعيفة فإنها تكون مجرد قرينة للاستئناس.

ومن هنا اخترنا التعريف التي أخذت به مجلة الأحكام العدلية التي أعتبرت القرينة القاطعة أحد إنشاء أسباب الحكم ، كونها القرينة البالغة حد اليقين ، وسوف نتناول الأدلة التي تؤيد مشروعيتها في مكان آخر من هذا البحث إن شاء الله.

ولا يفهم من هذا التعريف التي أخذت به المجلة أن فقهاء الإسلام لم يأخذوا به بل أنهم أطلقوا بتعريفها السابق ، على القرينة التي دلت على ما يراد الحكم فيه دلالة واضحة ، إلا أن علماء الأصول لا يطلقون مصطلح العلم القطعي إلا بمعنيين:

الأول : العلم الضروري الذي يحصل بدون فكر أو تأمل أو نظر واستدلال ، أو الذي يحصل من غير واسطة تفضي إليه ، ويسمى بالعلم الضروري ، ومثال ذلك كقولنا "الواحد نصف الأثنين" ووسائل العلم الضروري (العقل السليم والخبر المتواتر سواء أكان الخبر مادي أو معنوي ، وكذا من وسائل العلم الضروري الحواس الخمس).

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة (١٧٤١).

الثاني: من العلم ما يعرف بالنظر والتأمل والإستدلال، ويسمى بالعلم النظري.

يقول الإمام الغزالي رحمه الله أن العلم النظري هو الذي يتخلله الشك وتختلف فيه العقول والأفهام، والذي يعلمه البعض ولا يفهمه البعض الآخر من ليس من أهل النظر والإستدلال وكذا من ترك النظر والإستدلال قصداً.

ولا شك أن القرينة القاطعة كما يسميها الفقهاء من قبيل ما يفيد العلم النظري بمعنى أن القرينة القاطعة تفيد العلم الذي تطمئن إليه النفس الذي هو أعلى درجة من الضروري وأقل درجة من العلم اليقيني، فهو الذي يؤدي إلى إطمئنان القلب بحيث يغلب على الظن دلالتها على المراد المجهول، فيطرح احتمال عدم دلالتها.

وغالب الظن ملحق باليقين وتبنى عليه الأحكام الشرعية، وسبب تسميتها بالقاطعة نتج من تطابق أحادها وإجماعها على معنى واحد وهو المراد، الأمر الذي أدى إلى القطع بصدق دلالتها، غير أننا إذا أفردنا النظر إلى مفرداتها كلاً على حدة ما حصل لنا العلم النظري أو العلم بصدقها، لكن عند إجماعها والنظر إلى مجموعها يحصل لنا العلم النظري بمجموعها.

وهذا المصطلح شكل قاعدة لتقوية الحديث الضعيف عند علماء الحديث وذلك من خلال البحث عن تعدد الروايات، وتتبع الشواهد التي تقوي الحديث الضعيف أو الرواية الشاذة أو الضعيفة فيتولد العلم النظري من خلال نظرة واحدة إلى مجموع الروايات والشواهد التي تؤيد وتقوي الحديث الضعيف، بينما لو نظر إلى كل رواية على حدة لما حصل هذا العلم الذي يقوى بتعدد الروايات والشواهد إلى درجة فوق الظن ودون اليقين.

كما أخذ بها فقهاء الشريعة والقانون للنظر في القرينة الضعيفة عندما تتوارد عليها عدة قرائن في ذات الموضوع حتى تفيد العلم فوق الظن ودون اليقين.

ومن هنا يتضح في هذا المثال أن الإستنتاج من العلامات والأمارات أمر منطقي ومعقول، والأدلة على مشروعيتها واردة من الكتاب والسنة.

قال تعالى: ﴿ وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ ﴾^١ لما أراد أخوة يوسف عليه السلام أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم، حيث قرن الله سبحانه وتعالى بهذه العلامة علامة أخرى تعارضها وهي سلامة القميص من التمزيق إذ لا يعقل أن يفترس الذئب يوسف عليه السلام وهو لابس قميصه ويبقى القميص سليماً دون تمزيق، وقد أستدل يعقوب عليه السلام على كذب أولاده عندما نظر في القميص فوجده سليماً فقال "سبحان الله ما أكيس هذا الذئب الذي أكل يوسف ولم يمزق قميصه" وقد أستدل الفقهاء بهذه الآية على أعمال الأمارات في مسائل كثيرة من أحكام الفقه^٢.

(١) سورة يوسف الآية (١٨)

(٢) الجامع لأحكام القرطبي، تفسير القرطبي، ج٩، ص١٤٩ - ١٧٥.

وقال تعالى : ﴿ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلِ فَصَدَقْتَ وَهُوَ مِنْ الْكَاذِبِينَ ﴾ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبْتَ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿١﴾ .

ففي هاتين الآيتين دليل واضح على أن الشرع يعمل بالأمارات ويعتمد عليها عند عدم وجود أي دليل يكون أقوى منها أو إجماع ، وهذه أمانة أقنعت الملك عزيز مصر ولم يستطع الدفاع عن عرض زوجته عندما رأى قميص يوسف مشقوقاً من الخلف وأقتنع بذلك ، وأن هذه العلامة بمنزلة الدليل القطعي على براءة يوسف وإقتراف زوجته محاولة تلك الفاحشة وإصاقها بيوسف وأعتبر قد القميص من الخلف قائم مقام الشهود .

قال تعالى : ﴿ تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ ﴾^٢ والسيم العلامة ، وقد ورد لفظ سيما ست مرات في القرآن الكريم^٣ .

ومن السنة قال عليه الصلاة والسلام : " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وأذنها صماتها"^٤

فجعل الرسول ﷺ صمات البنت - أي سكوتها - قرينة على الرضا ، ويعتبر هذا الحديث من أقوى الأدلة على الحكم بالقرائن .

وروى عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه من حديث طويل بأن معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء رضى الله عنهما أدعى كلاً منهما قتل أبي جهل يوم بدر فقال لهما رسول الله ﷺ : " هل مسحتما سيفكما " قالوا : " لا " فنظر في السيفين فقال : " كلاكما قتله " وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح^٥ .

ونظرت الرسول عليه الصلاة والسلام إلى السيفين ليرجح من القاتل بما يراه من قرينة أثر الطعن وصبغ الدم فأعطى السلب لمعاذ بن عمرو بن الجموح لوجود علامات على سيفه تشير إلى أن سيفه أنفذ مقاتل أبي جهل فكان هو المؤثر في قتله ، ونفهم من قوله عليه الصلاة والسلام " كلاكما قتله " تطيباً لنفس معاذ بن عفراء لأن له بعض المشاركة في قتله^٦ .

وروى الصحابي زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه ، أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال : " عرفها سنة ثم أعرف وكائها وعفاصها ثم أستتفق بها فإذا جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكائها فأعطه إياها وإلا فهي لك"^٧

(١) سورة يوسف الآية (٢٦ - ٢٧)

(٢) سورة البقرة آية (٢٧٣). وقد ورد لفظ سيما في القرآن ٦ مرات.

(٣) تكتب السيماء = بألف مقصورة = السيمي . وأصل الألف بالمد والقصر هو حرف الواو .

(٤) رواه الإمام مسلم ، عن ابن عباس رضى الله عنهما ، وفي رواية " وإذنها سكوتها " والمعنى واحد صحيح مسلم ج٤ ، ص١٤٠ - ١٤١ .

(٥) الإستيعاب ج٢ ص٢٨٥ .

(٦) سبل السلام ج٤ ص٧١ ، وسائل الإثبات ص٣٨٠ - ٣٨١ .

(٧) متفق عليه ، واللفظ لمسلم صحيح البخاري ، ج٢ ، ص٦٣ .

ففي الحديث الشريف دليل على أن من ألتقط لقطه أن يردّها إلى من وصفها بالعلامات المذكورة ولا يلزم بالإتيان بيينة، وقد عقب بن القيم رحمه الله على هذا الحديث بقوله "الصحيح الذي دلة عليه السنة أنه لا معارضة لها، إن اللقطة إذا وصفها واصف صفة تدل على صدقه دفعت إليه بمجرد الوصف، فقام وصفه لها مقام الشاهدين، بل وصفه لها بيينة تبين صدقه وصحة دعواه"^١

وبهذا قال الإمام مالك وأحمد وبعض أصحاب الشافعي وأبو بكر الرازي من الحنفية حكم عمر بن الخطاب رضى الله عنه بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين وقد بلغ عددهم حد التواتر برجم المرأة التي ظهر حبها ولا زوج لها^٢.

وقد ذهب الإمام مالك وأحمد في أصح روايته الى الأخذ بالقرينة الظاهرة وإقامة الحد، وقال الحنفية والشافعية، وفي الرواية الأخرى لأحمد بأن المرأة لا تحد لمجرد ظهور الحمل بها وإنما تسأل عن ذلك، فإن أدعت بأنها أكرهت أو وطأت بشبهة أو لم تعترف بالزنا لم تحد، ولعل ذلك إنما هو من باب درء الحدود بالشبهات لا لكون الحمل لا يدل على الوطئ^٣.

حكم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب وكذا بن مسعود وعثمان رضى الله عنهم أجمعين لم يعلم لهم مخالفة في وجوب إقامة الحد من وجد فيه رائحة الخمر أو قائها اعتماد على القرينة الظاهرة، وبهذا قال مالك وأحمد في إحدى روايته الراجح والمشهود^٤.

وهناك أمثلة عديدة على القرينة القاطعة وتوجد في كتب الفقه الإسلامي على اختلاف مشاربها أمثلة عديدة تفيد الحكم بالقرينة القاطعة، نكتفي بذكر بعضها ومنها:

(١) إذا خرج شخص من دار خالية وهو خائف ومعه سكيناً مخضباً بالدم ووجد شخصاً مقتولاً بنفس الوقت فلا شك بأنه قاتل ذلك الشخص، وفي هذه الحالة لا يلتفت إلى احتمال آخر.

(٢) إذا رأيت رجلاً فقيراً يحمل كيساً أو أكياساً من المال والحال أنه خارج من دار أو مؤسسة مالية فالقول هنا لصاحب الدار وللمؤسسة، ولكن إذا ظهرت بيينة تدفع القرينة القاطعة فيحكم بموجبها^٥.

(١) إعلام الموقعين ج ١ ص ٩٧، حاشية صحيح مسلم ج ٥ ص ٣٨١.
(٢) الطرق الحكمية ص ١٠٠.
(٣) لعل المرأة التي رجعت كانت متزوجة ثم مات عنها زوجها أو طلقها.
(٤) الطرق الحكمية ص ٦٦ وسائل الإثبات ص ٢٨٠ وطرق القصاص ص ٤٤٨.
(٥) أصول إستماع الدعوة ص ٢٦٣ - ٢٦٤.

ويعتبر ابن القيم رحمه الله من الذين اعتبروا القرينة القاطعة وسيلة من وسائل الإثبات في القضاء، ومن الذين دافعوا عنها حتى أنه قال بأن القرينة القاطعة في بعض الأحيان أقوى وأظهر من الإقرار والبيينة^١.

وبنفس اتجاه ابن القيم سار القاضي بن فرحون المالكي في تأييده لقول ابن القيم كوسيلة قوية من وسائل الإثبات المعتبرة^٢.

وقد اختلف أصحاب المذاهب المشهورة في تقديم القرينة القاطعة، وعلى وجه الخصوص قضايا الحدود والقصاص، فقد ذهب المالكية والحنابلة في أرجح روايتهم بأنهم يأخذون بالقرينة القاطعة في كافة الموضوعات بما فيها الحدود والقصاص،

أما الأحناف والحنابلة والشافعية في بعض رواياتهم المرجوحة يأخذون بها في جميع الموضوعات بإستثناء الحدود والقصاص.

أما إن كانت القرينة غير قاطعة فإنه يستأنس بها فقط ولا تعتبر طريقاً من طرق الأدلة القضائية وإنما المحاولة من خلالها بالوصول إلى الإقرار، وسبقت الإشارة إلى الخلاف بين المذاهب الكبرى، هل تعتبر القرينة القاطعة في الحدود والقصاص أم لا؟ لذا، نرى أن من الضروري إيضاح ملحظ الخلاف.

حصر فقهاء الشريعة الإسلامية في العقوبة التي تكون خالص حق الله تعالى أو يكون حق الله تعالى فيها غالباً فيعرفون الحد في الإصطلاح بأنه العقوبة المقدره حقاً لله تعالى فلا يسمى القصاص حداً لأن حق العبد فيه غالباً ولا يقال عن التعزير أنه حد لأن العقوبة فيه غير مقدره بنص شرعي^٣.

وقد حصر الفقهاء جرائم الحدود في السرقة وعقوبتها على من تثبت عليه بقطع اليد عند توفر الشروط وإنتفاء الموانع، والحراية وعقوبتها القطع من خلاف وعقوبة الزنا الجلد والرجم، كل ذلك عند توفر الشروط وإنتفاء الموانع.

والأصل في حد الزنا يثبت على مقترفه بالإعتراف الصريح أو بشهادة أربعة رجال عدول يرون الفعل رؤية محققة، أما القرينة فقد قال الإمام مالك رحمه الله "الأمر عندنا في المرأة توجد حاملاً ولا زوج لها فتقول أستكرهت أو تزوجت إن ذلك لا يقبل منها وإنما يقام عليها الحد إلا أن يكون على ما أدلت من النكاح بينة أو على أنها أستكرهت أو جاءت تدمى إن كانت بكرًا أو أستغاثت حتى أتيت وهي على ذلك الحال أو ما أشبه هذا من الأمر الذي تبلغ بها فضيحة نفسها، فإن لم تأتي بشيء من هذا أقيم عليها الحد ولا يقبل منها ما أدعت من ذلك".

(١) الطرق الحكمية ص ١٠٠.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الموطأ مع شرح الزرقاني ١٥/٤.

ويثبت الحد عند المالكية بحمل في غير متزوجة وذات سيد ولم يقبل دعواها الغصب بلا قرينة^١، والفقهاء المجيزون لإثبات حد الزنا بالقرينة لم يذكروا إلا قرينة الحبل، مما يدل على أنهم لم يطلقوا العمل بالقرائن ولم يذكروا إثبات الزنا لإقتناع القاضي، فلو دلت قرائن أخرى غير قرينة الحبل على الزنا لم يأخذ بها كما إذا وجد في لحاف واحد وكانت حالتها تدل على أنهما ارتكبا موجب الحد أو إذا احتملها وغاب بها وأدعت أنه وطأها وأنكر لا يثبت الحد ولو أقتنع القاضي بدلالة هذه القرائن على الزنا^٢.

التعريض مع قيام القرائن بإرادة القذف

إذا رمى شخص آخر بالزنا يوجب الحد بقوله "يا زاني" أو "زنيته" أو ينفي نسبه كقوله "لست لأبيك" أو "أنت ابن حرام" ونحو ذلك.

في إلحاق هذا العار بالمقذوف:

هنا أتفق الفقهاء على وجوب الحد لأن لفظ القذف صريح لما قذفه به، أما إذا لم يكن اللفظ صريحاً فهل تكفي القرائن الدالة على إرادة إلحاق هذه الصفة به؟

ذهب الفقه المالكي إلى أن التعريض بالقذف إذا دلت القرائن على أنه أراد به القذف كوجود خصومة بين القاذف والمقذوف أو كان في مشاتمة أو في حال غضب فإنه يقام عليه الحد لأنه أفصح عن مقصوده بإرادة القذف.

أما قرينة رائحة الخمر والقيء فإن جمهور الفقهاء من الشافعية والحنفية والحنابلة لا يقولون بثبوت حد الخمر بمجرد رائحة السكر أو بتقايؤها لإحتمال أن يكون جاهلاً أو مكرهاً فقد يظن أنها ماء لجهله بها أو تفضض بها لا يثبت عليه الحد لهذه الاحتمالات.

قرينة وجود المسروق مع السارق

وحد السرقة يثبت بالإقرار والبيينة التي هي شهادة رجلين أما ثبوته بالقرائن فمختلف فيه، ومن القائلين بثبوته بالقرائن ابن القيم الذي يرى أن وجود المسروق عند المتهم وضبطه لحيازته أبلغ دليل على ارتكاب الجريمة وأصدق من دلالة الإقرار والشهادة لأن الإقرار والشهادة خبران يتطرق إليهما الكذب أما وجود المال المسروق مع المتهم لا يتطرق إليه أي شبهة.

يقول ابن القيم "ولم يزل الأئمة والخلفاء يحكمون بالقطع إذا وجد المال المسروق مع المتهم وهذه قرينة أقوى من البيينة والإقرار لأنهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب ووجود المال بحوزته نص صريح لا يتطرق إليه شبهة"^٣

(١) مختصر خليل بهامش الخطاب ٢٩٤/٦.

(٢) تبصرة الحكام لأبن فرحون ١٢٤/٢.

(٣) الطرق الحكمية ص ٨.

وللحنابلة في هذه المسائل ثلاث روايات:

الأولى: إذا وجد المسروق مع المتهم وقال أنه ملكي إذا كان وديعة عنده أو رهناً أو وهبه لي أو غصبه مني أو من أبي أو بعضه لي، فالقول مع المسروق منه مع يمينه لأن اليد تثبت له فإن حلف سقطت دعوى السارق ولا قطع عليه لأنه يحتمل ما قال ولهذا حلف للمسروق منه.

الثانية: أنه يقطع لأن سقوط القطع بدعواه يؤدي أن لا يجب قطع السارق وهنا تفوت مصلحة الزجر.

الثالثة: أنه إن كان معروفاً بالسرقة لأنه يعلم كذبه وإلا سقط عنه القطع.

ويرجح ابن قدامة الرواية الأولى ويقول أنها الأولى لوجود الشبهة^١.

نكتفي بهذا القدر من استعراضنا مذاهب الفقهاء في الأخذ بالقرائن في الحدود وقد رأينا أن جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة يرون أنه لا مجال لأعمال القرائن في إثبات الحدود وإذا كانت تصلح لدرء الحد الثابت كما في قرينة وجود البكارة في المرأة بعد ثبوت الزنا عليها، أما فقهاء المالكية وابن تيمية وابن القيم فقد ذهبوا إلى أنه يجوز إثبات الحدود ببعض القرائن التي ذكرت على سبيل الحصر: وهي قرينة الحبل في المرأة التي لا زوج لها ولا سيد، وقرينة الرائحة والسكر والقيء في الخمر والتعريض إذا دلت الحالة الظرفية على إرادة القذف، ووجود المال المسروق مع السارق عند بعضهم.

ولعل من الأدلة المانعة لمن لم ير إقامة الحدود بالقرائن القاعدة المشهورة والمتداولة بين فقهاء الإسلام قوله عليه الصلاة والسلام "أدرؤا الحدود بالشبهات ما استطعتم إلى ذلك سبيلاً" وفي رواية أخرى عن عقبة بن عامر الجهني أنه عليه الصلاة والسلام قال: "إذا أشتبته عليك الحد فأدرأ ما استطعت" ورواية عن السيدة عائشة رضي الله عنها أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "أدرؤا الحدود ما استطعتم عن المسلمين فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خيراً من أن يخطئ في العقوبة"^٢

وفي رواية أخرى يقول "أدفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً"^٣.

مبدأ: من أين لك هذا؟

يعتمد على القرائن، ومن أهم الدعاوى التي تعمل على القرائن على إظهار الحق فيها دعاوى الكسب غير المشروع، كما إذا ظهرت الأموال الطائلة للموظف العام بحيث لا تتناسب هذه الأموال مع ما يتقاضاه من مرتب.

(١) المغني ٢١٦/٨ - والقواعد لبين رجب ص ٢٥٠، ينظر المحلى ٤١١/١١ - والمبسوط ١٤٩/٩ - تحفة المحتاج ١٢٩/٩.
(٢) أخرجه الدار قطني في السنن ٨٤/٣ ورواه الترمذي والحاكم والبيهقي وفي سننه يزيد بن زياد وهو ضعيف.
(٣) سنن الترمذي ٤٧٩/٢.

فيكون ظهور الثروة الطائلة مع عدم مناسبتها لمرتبته قرائن تدل على أن هذا الموظف قد أستغل سلطته ووظيفته وتقاضى كسباً غير مشروعاً إما عن طريق ما يتقاضاه من رشاوى أو عن طريق إختلاس المال العام.

فكان للقاضي حق ان يتحقق عن مصادر هذه الثروة، وهذا ما عرف بمبدأ من أين لك هذا؟

وقد سبق الفقه الإسلامي كل المذاهب والنظريات والقوانين في سن مثل هذا القانون لما عرفه من ضعف النفس البشرية أمام المال وفتنته، فوضع بذلك أسس الرقابة على الأجهزة الحاكمة والمسئولة حفاظاً على المال العام، فقد روت كتب التاريخ ان الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد حرص كل الحرص على تمسكه بهذا المبدأ الإسلامي العظيم لتحقيق العدالة مع ولاته وأتخذ من تكاثر أموالهم وزيادتها بصورة لا تتناسب مع ما يتقاضونه من رواتب دليلاً واضحاً لا يقبل الشك على أنهم أخذوا من أموال المسلمين بطرق ووسائل غير شرعية تحت عباءة الولاية ونفوذ سلطان الوالي المستمد من سلطان الولاية العامة.

وقد أدرك عمر الفاروق المشهود له على لسان النبوة بنور البصيرة وإلهام الحق هذا الخطر الذي يهدد الأمة الإسلامية في أهم مصدر من قوتها بعد عقيدتها وهو ثروتها العامة والخاصة والتي بها تستمد قوتها بعد الله وتقوي دفاعاتها من أعدائها وتعز إسلامها وأمتها من الحاجة إلى أعدائها أو إذلالها من خلال سرقة ثروتها وتمكين الظلم والفساد الذي ينخر في عظامها كما هو حال الشعوب العربية اليوم بصفة خاصة وشعوب الأمة الإسلامية بصفة عامة.

ومن خلال هذا الخطر على الأمة، أدرك عمر بأن الإخلال بمبدأ من أين لك هذا؟ أو التساهل به هو مصدر خطر يهدد الأمة ولا يقف إلا عند حدود تمزيقها وإشعال الفتن والحروب فيما بينها، الأمر الذي يحقق أهداف أعداء دينها وعقيدتها.

لذا نجد نشاطهم متنوع وتوجهاتهم وأساليبهم لنا متعددة .

ومن تفهم فقه عمر لعدالة الإسلام واين تكمن وحدة الإسلام وقوته وتماسك الأمة الإسلامية؟ واين يكمن الخطر عليها ووقوعها فريسة لأعدائها.

ولا حاجة للإستشهاد على ذلك من الكتاب والسنة فالأمر اوضح بنصوص الكتاب والسنة في هذا المجال أعجزت من يحصيها، وكان عمر ينادي من ظهر عليه من المال من عماله "بياعدو والله"، عن ابن سيرين عن ابي هريرة أنه لما قدم من البحرين قال له عمر "يا عدوا الله ويا عدوا كتابه أسرقت مال الله" قال "لست بعدو الله ولا عدو كتابه ولكني عدو من عاداهما ولم أسرق مال الله" فقال "فمن اين أجمعت لك عشرة آلاف درهم" قال "خيل تتاسلت وعطاء تلاحقت وسهام أجمعت" فأخذها منه عمر ولم يبق له منها شيء ولم

ينكر عليه أحد من الصحابة فكان إجماعاً على رد هذا المال إلى بيت مال المسلمين، وكان هذا المبدأ الإسلامي العام الذي طبقه عمر رضي الله عنه لم يكن يحتاج إلى إقرار أو بيعة بل بقرائن الحال.

وبعد أن طبق هذا المبدأ وشاع في ولاية الخلافة وبين عماله أختفت سرقة المال في خلافته ولم يحتج أحد من عماله بأن هذه الزيادة ناتجة عن سهام أو هدية ونحو ذلك، وكان عمر رضي الله عنه يكتب أموال عماله إذا ولاهم ثم يقاسمهم ما زاد على ذلك وربما أخذه منهم كاملاً، وكتبه التي حفظها التاريخ شاهدة على ذلك فقد كتب الى عمرو بن العاص "بأنه قد فشيت لك فاشية من متاع ورقيق وأنية وحيوان لم يكن حين وليت مصر" فكتب اليه عمرو "أن ارضنا أرض الله مزدرع ومتجر فنحن نصيب فضلاً عما نحتاج اليه لنفقتنا" فكتب اليه "إني قد خبرت من عمال السوء ما كفى وكتابتك إلى كتاب من قد أقلقه الأخذ بالحق وقد سؤت بك ظناً، وقد وجهت اليك محمد بن مسلمه ليقاسمك مالك فأخرج اليه ما يطالبك به وأعفه من الغلظه عليك".

روي أن خالد بن الوليد رضي الله عنه تكاثرت أمواله وكان والياً على الصائفة وحمص فلما علم عمر بن الخطاب بثروة خالد بعث اليه ابا عبيده أمين هذه الأمة وأمره أن يقيم خالداً ويكشف عما مته وينزع عنه قلتسوته ويعزله عن عمله، فلما عاد خالد الى المدينة أخذ عمر من ماله عشرين ألف درهم الى بيت المال، ولا شك أن هذه القرينة قوية الدلالة فيما ترمي اليه، حتى أن عمر رضي الله عنه أعطاهم قوة القرينة الشرعية القاطعة التي لا تقبل أثبات ما يناقضها، إذ لم يقبل منهم الدفع بأن هذه الأموال من تجارة أو غير ذلك، بل عزل من عزل من الولاية وصادر الأموال وردها الى بيت المال^١.

ولعل من الأقوال الحكيمة التي تدل على بعد الأفق وسعة النظر وقوة الحجة في هذا الموضوع ما ذكره ابن القيم رحمه الله مؤيداً إثبات الحد بالتعريض إذا دلت القرائن على ذلك، وأما الذي قال "يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاماً أسود" فليس فيه ما يدل على القذف لا صريحاً ولا كناية وإنما أخبره بالواقع مستفتياً عن حكم هذا الولد هل يستلحقه مع مخالفة لونه للونه أم ينفيه؟ فأفتاه النبي صلى الله عليه وسلم وقرب له حكم المشبه الذي ذكره ليكون أذعن لقبوله وإنشراح صدره ولا يقبله على إغماض، فإين في هذا ما يبطل حد القذف بقول من يشاتم غيره "أما أنا لست بزان وليست أمة بزانية" ونحو هذا من التعريض الذي هو أوجع وأنكى من التصريح وأبلغ في الأذى وظهوره عند كل سامع بمنزلة ظهور الصريح، هذا لون وذاك لون، وقد حد عمر بالتعريض في القذف ووافق عليه الصحابة فكان إجماعاً.

(١) البداية والنهاية لأبن كثير ٧ ص ٨٠

وروى ابن جريح أن عثمان رضي الله عنه كان يحد في التعريض وكان عمر بن عبدالعزيز يحد في التعريض، وهو قول أهل المدينة والأوزاعي، وهو محض القياس كما يقع الطلاق والعتق والوقف والظهار بالصریح والكنایة واللفظ إنما وضع لدلالته على المعنى، فإذا ظهر المعنى غاية الظهور لم يكن لتعبير اللفظ كثير فائدة^١.

قرينة الرائحة والسكر والقيء في حد الخمر

يسير فقهاء المالكية على منهجهم في إثبات الحد بالقرائن فيقولون أن من أنبعث من فمه رائحة الخمر وجب عليه الحد، ذلك لأن الرائحة قرينة على شربها، بل ويقولون أن الرائحة أقوى في دلالتها على شرب المسكر من الشهادة بالرؤية، إذ أن الرؤية لا يعلم بها حال المشروب أمسكر هو أم غير مسكر، أما الرائحة فتوضح ذلك وتحدده.

ويقول فقهاء المالكية أيضاً أن الحاكم إذا رأى من شخص تخبطاً في المشي أو ترنحاً كما يفعل السكران فلا بد له من التحقق من حاله فإن وجد ذلك من شرب أقام عليه الحد لأن الحاكم برؤيته لهذا الفعل قد بلغه الحد، فلا بد له من التأكد منه وإقامته^٢.

وإلى إثبات الحد بقرينة الرائحة أو قرينة القيء أو السكر، وقد ذهب ابن تيمية رحمه الله وتلميذه ابن القيم إلى أن هذا هو المأثور عن الخلفاء الراشدين وهو الذي أصطلح عليه الناس^٣.

أما جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة فلا يرون ثبوت حد الخمر بمجرد الرائحة أو بتقايؤها، فقد يكون مكرهاً أو جاهلاً أنها خمراً أو يظن بأنها ماء فتمضمض بها، ومع قيام هذه الاحتمالات فلا يثبت حد^٤.

غير أن الفقهاء قد عولوا على القرائن في الكشف على الجناة وأنهم طلبوا من القاضي أن يتحرى ويحاول التوصل إلى إقرار المتهم طالما أن القرائن تشير إليه، هذا الإقرار قد يحصل عليه القاضي كثيراً في الدعاوى المالية.

كما إذا ادعى المتهم الإعسار وأخفى ماله مانعاً الوفاء ولكن هناك بعض الجنايات التي يمتنع الجاني فيها عن الإقرار فهل يخلي القاضي سبيله أم يعزره مع وجود القرائن الدالة على ارتكابه الجريمة؟

أجاز الفقهاء عقوبة الجاني بالقرائن وتعزيره إذا كانت قوة الدلالة في الدعوى على وجه الخصوص إذا كان المتهم من أهل التهمة ومعروفاً بالتعدي والفساد.

وقد جاءت عبارات الفقهاء حافلة بالأمثلة على ذلك ننقل هنا قطوفاً منها:

(١) إعلام الموقعين ج ٣ ص ١١٤، المنتقى شرح المطأ ج ٣ ص ١٤٢، السياسة الشرعية ص ١١٦.

(٢) الهداية مع فتح القدير والعناية على الهداية ج ٤ ص ١٧٩ - ١٨٠.

(٣) الطرق الحكمية ص ٧٠ وما بعدها.

(٤) المنهاج ومغني المحتاج ج ٤ ص ١٩٠، كشاف القناع ج ٦ ص ١١٦.

جاء في بعض كتب الفتوى أن رجلاً كان متهماً ووجد بعض المتاع المسروق عنده بعد الثبوت فكان الجواب بأن للحاكم الشرعي أن يأمر حاكم العرف بحبسه بل وضربه، وجاء في معين الحكام أن المدعى عليه إذا أنكر السرقة فإن للإمام أن يعزره إذا وجدته في موضع التهمة بأن رآه الإمام يمشي مع السارق أو رآه يشرب الخمر أو لا يشرب الخمر لكنه جالس مجلس الفسق^١.

ومن القائلين بذلك الإمام ابن تيمية حيث يرى أنه لا سبيل إلى ردع المجرمين حتى يأمن الناس على أموالهم وأنفسهم إلا بعقوبة هؤلاء وزجرهم.

يقول ابن تيمية أن الناس لا يأمنون على أموالهم في المساكن والطرقات من اللصوص إلا بما يزجرهم ويردعهم ولا يزجرهم الحلف لكل منهم^٢.

يقول ابن القيم "فمن أطلق كلاً منهم وخلق سبيله أو حلفه مع علمه بإشتهاره في الفساد بالأرض ونقب الدور وتواتر السرقات ولاسيما مع وجود المسروق معه وقال لأخذه إلا بشاهدي عدل أو إقرار إختيار وطوع فقولته مخالف للسياسة الشرعية"^٣

وقد أيد ابن فرحون ابن القيم بإنزال العقوبة التعزيرية على المتهم الذي دلت القرائن على إرتكابه الجريمة فقال "فهل للقضاة أن يتعاطوا الحكم بما يرفع اليهم من إتهام اللصوص وأهل الشر والتعدي؟ وهل لهم الكشف على أصحاب الجرائم؟ وهل لهم الحكم بالقرائن التي يظهر بها الحق؟ ولا يقف على مجرد الإقرار وقيام البيّنات؟ وهل لهم أن يهددوا الخصم إذا ظهر أنه مبطل؟" فالجواب ما ذهب إليه ابن القيم من أن عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولى بالولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف وليس لذلك حد في الشرع.

ومن القرائن التي أستحدثتها العلوم المستجدة والتي جاء بها العلم الحديث في سبيل مكافحته للجريمة صوراً للقرائن خاصة في سبيل الإثبات في المواد العقابية وقد أولاهما القضاء أهمية عظيمة في حصر التهمة والتوصل للجاني نذكر من هذه القرائن العلمية والمستجدة ما يلي:

(١) **بصمات الأصابع:** من الحقائق الثابتة أن شكل بصمة أي اصبع من اصابع الإنسان لا يتغير رسمها على الإطلاق ومدى الحياة، فقد يتغير حجم البصمة بنمو الجسم ولكن شكل خطوطها ورسمها وما بها من مميزات يبقى ثابتاً، كما أنه قد ثبت أنه لا يوجد بين ملايين البشر شخصان تتماثل بصمات أصابعهما، وهذه هي الحقيقة التي تضيف على البصمات أهميتها، هذه الخطوط البارزة تكون دائماً في حالة رطوبة لما تفرزه

(١) إعلام الموقعين ج٤ ص٣١٠.

(٢) تبصرة الحكام ج٢ ص١٠٩.

(٣) معين الحكام ص٢١٢.

غدد العرق المنتشرة في سطحها من مواد دهنية تحوي الماء وبعض الأملاح، فإذا ما وضع الإنسان يده أو أصبعه على جسم آخر فإن أثره بالخطوط من إفرازات يبقى على سطح هذا الجسم متخذاً شكل الخطوط بالتحديد، فيقوم المعمل الجنائي برفع هذه البصمات ومضاهاتها مع بصمات أصابع المتهم، وقد عمد القضاء على اعتبار أثر البصمة في مكان الجريمة قرينة على مساهمة الشخص في الجريمة، فلا تثريب على القاضي إن هو أعتبر البصمة دليلاً لإدانة المتهم، وذلك إذا لم يستطع تفسير وجود بصمته في مكان الجريمة تفسيراً معقولاً يقتنع القاضي باستبعادها كدليل^١.

وما يقال عن البصمة يمكن أن ينصرف إلى التحليلات المعملية التي بنيت نتائجها على أسس علمية صحيحة، فلا غبار على حكم القاضي إن هو استعان في إثبات التهمة بنتائج تحاليل الدم أو البول أو المنى أو نحو ذلك، ولعل لهذا التعويل أصل في الفقه الإسلامي، فإنه زيادة على ما ذكره الفقهاء من الأخذ بشهادة أهل الخبرة، والعمل بالقافة^٢، فقد أورد ابن القيم رحمه الله اثراً تدل على أن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين قد عولوا على اعتبار التحليل المعملية في دعاوى الجنايات وإن لم يسموه تحليلاً فوجهة النظر واحدة

جاء في الطرق الحكمية: قال: جعفر بن محمد: أتى عمر رضي الله عنه بامرأة قد تعلقت بشاب من الأنصار فلم يطاوعها فاحتالت عليه، فأخذت بيضه وألقت صفارها وصبت بياضها على ثوبها وبين فخذيهما ثم جاءت إلى عمر صارخة، فقالت: هذا الشاب غلبني على نفسي وفضحني في أهلي وهذا أثر فعله. فسأل عمر النساء فقلن له أن بيدنها وثوبها أثر المنى، فهم بمعاقبة الشاب فجعل يستغيث ويقول: تثبت في أمري فوالله ما أتيت فاحشة قط، ولقد راودتني عن نفسي فاعتصمت. فقال عمر: يا أبا الحسن ماترى في امرهما؟ فنظر إلى ما على الثوب ثم دعا بماء حار شديد الغليان فصب على الثوب فجمد ذلك البياض ثم أخذه وشمه وذاقه فعرف طعم البيض وزجر المرأة فاعترفت.

التحليل المعملية: يكاد يجمع القانونيين على مشروعية الإجراءات المعملية مثل تعرف نتائج تحاليل الدم والبول والمني والشعر والأتربة والسموم وكذا الكشف على جسم الإنسان وما به من حروق وما عليه من أثار أو تورم أو جروح وكذا فحص الأسلحة النارية والملابس وفحص المعادن الثمينة وغيرها، وكذا فحص لوحات السيارات وأرقامها والأرقام المزورة والمطموسة ونحوها، وترجع أهمية هذه التحاليل إلى أن نتائجها صحيحة.

(٢) ومؤكدة طبقاً للأساليب العلمية الحديثة، فقد أظهرت فوائد عظيمة وقدمت خدمات جليلة في مجال الإثبات الجنائي، ومن ثم كان القول بأن اللجوء إليها نوع من التعدي على الحرية الفردية ضعيفاً أمام هذه المصلحة الجماعية^٣.

(١) التحقيق والبحث الجنائي، عبدالكريم درويش ص ١٨٤.

(٢) القافة جمع قائف وهو من يعرف النسب بالشبه وأصل العمل بها ما ورد في الصحيحان

(٢) نظرية الإثبات، حسن المؤمن، ج ٤ ص ٦٣.

(٣) **تعرف الكلب البوليسي:** دلت التجارب على أن الكلب المدرب يمكن أن يتعرف على الجاني وذلك بما لديه من حاسة شم قوية ، وقد تزداد مهارته بتدريبه والعناية به ، وقد درجة الشرطة في عدة دول على أخذ الكلب البوليسي في مجال الجريمة ويتركوه يشم أثرها ، ومن أثارها قميص المتهم أو أي أثر في مجال الجريمة ، ثم يؤخذ إلى طابور يضم المتهم وغيره من الناس الذين لا صلة لهم بالجريمة فيتعرف على المتهم من بينهم ، والثابت أنه متى ما كان الكلب قوي في حاسة الشم على جانب من الذكاء مدرباً تدريباً حسناً كانت النتائج أفضل ، كما أن إعتدال الجو وعدم الضباب وعدم إختلاط محل الجريمة تكون النتيجة أفضل ، إذا كانت القطعة التي أعطيت أكثر إتصاقاً بجسم صاحب الأثر^١.

وقد قضت محكمة النقض المصري أن لمحكمة الموضوع الحرية في تقدير تعرف الكلب والإستدلال به على إرتكاب المتهمين للجريمة^٢ ، ولكن لا يؤخذ بها إلا كقرينة معززة للأدلة القائمة في الدعوى.

(٤) **التسجيل الصوتي:** مسألة الإعتداد على التسجيل الصوتي عن طريق المكالمات التلفونية أو بواسطة المسجلات الصغيرة المخفاة أو الأجهزة الحديثة وكان الرأي ينتهي في كل مرة لعدم اللجوء إلى مثل هذه الوسيلة لما يؤديه من فقدان الثقة بالأعمال التلفونية مع أهميتها في الحياة الإقتصادية والسياسية والإجتماعية ولما فيه من الإعتداء على الحرية الفردية والمساس بحياة الإنسان الخاصة ، غير أنه يجوز في بعض الأحوال أن يستعان بهذه الوسيلة لمصلحة المجتمع ، إذ أن كثيراً ما يسهل الإتصال التلفوني والإعداد لإرتكاب الجرائم وإن حرمان الشرطة من إستخدام مثل هذه الوسيلة يسفر الحرمان عن فائدتها.

وقد ثار نقاش بعد هذا حول ما إذا كان يمكن الإعتداد على التسجيل الصوتي في الدعوى ، فقد رأى البعض عدم إمكانية قبولها إلا إذا قررت المحكمة عدم تزويرها ، ويرى فريق ثالث قبولها بشروط خلاصتها^٣.

ينبغي الا يباشر هذا الإجراء إلا في مواجهة متهم معين فلا يتخذ في مواجهة الغير إذ ليس من المعقول أن تنتهك حياة الإنسان الخاصة لمجرد وجوده على علاقة بالمتهم.

الثاني: الأ يأمر بهذا الإجراء إلا السلطات القضائية دون سلطات الضبط مع جواز الطعن فيه.

(١) المرجع السابق ص ٦٤.

(٢) مجموعة القواعد القانونية ٢٣/٦/١٩٥٣م

(٣) المرصفاوي، المحقق الجنائي ص ٧٥.

الثالث: لا ينبغي أن يتخذ هذا الإجراء إلا بالنسبة للجرائم الخطيرة التي ينبغي تحديدها سلفاً غير أن الأغلب من رجال القانون بما نقول في عدم الأخذ بهذه الوسيلة لمساسها بالحرية الفردية ولسهولة تزويرها .

هذه خلاصة موجزها لدور القرائن في الإثبات في القانون الجنائي الوضعي، وقد رأينا أنها تعد دليلاً أصلياً إذ لا عتب على القاضي إذا بنى حكمه على القرائن ما دام استدلاله بها مقبولاً عقلاً.

كما أن القانون قد تدخل في بعض القرائن ونص عليها وأوجب للقاضي الحكم بمقتضاها، وإذا أردنا المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون نلاحظ أن القانون قد جعل القرينة مع الأدلة الأصلية في الدعوى الجنائية وجعل للقاضي مطلق الحرية في تكوين قناعته ولا جناح عليه إذا بنى حكمه على مجرد القرائن مهما كانت نوع الجريمة، بينما نجد الأمر في الفقه الإسلامي يختلف عن ذلك حيث قسم الفقه الإسلامي الجرائم إلى ثلاث أقسام.

القسم الأول : جرائم الحدود.

وهذا قيد الإثبات فيه وجعله محدوداً في طريق معينة وليست القرائن من بينها ولا تصلح دليلاً لإثباتها في الأعم والأغلب عند جمهور الفقهاء ومن أجاز منهم الإثبات بها لم يقل بمطلق القرائن إنما قيده بقرائن معينة ترى فيها وضوح الدلالة على الجريمة ولم يقل أن الأمر متروك لقناعة القاضي.

القسم الثاني : جرائم القصاص .

وهذا أيضاً لم يترك الفقهاء الأمر فيها لإقتناع القاضي كما هو شأن القانون الوضعي، إنما عولوا على طرائق معينة، والقرائن المجردة ليست من بين هذه الطرق إلا عند قليل من الفقهاء الذين جعلوا القرينة في المرتبة الثالثة في ترتيب أدلة إثبات جرائم القصاص غير أن القرينة تصلح لإثبات القصاص عند جمهور الفقهاء إذا عضدتها إيمان القسامة وهذا طريق من طرق إثبات الدماء ينفرد بها الفقه الإسلامي .

القسم الثالث: الجرائم التي تكون عقوبتها التعزير.

وهذا القسم يمكن القول فيه أنه متروك لإقتناع القاضي، ولو تولد هذا الإقتناع من دلالة القرائن وكثيراً من الفقهاء قالوا أن على القاضي أن يسعى للتوصل إلى إقرار المتهم أو تقديم البينة عليه، ولكن إذا تعذر وكانت القرائن ظاهرة الدلالة قضى بموجبها وأوقع على الجاني عقوبة التعزير، والفقه الإسلامي وأن قد تشدد في إثبات جرائم الحدود والقصاص إلا أنه قد جعل في إثبات الجرائم التعزيرية متسعاً حتى لا تكون هناك جريمة بلا عقوبة خصوصاً وإن جرائم الحدود والقصاص قليلة ومحصورة، ثم أن الشأن إذا سرى درأ الحدود أو القصاص فإنه لا يمنع من أبداله بعقوبة التعزير.

الفقه الإسلامي : يقرر قرينة البراءة ونتائجها.

نلاحظ كما سبق أن الفقه الإسلامي قد سبق إلى تقرير قرينة البراءة وذلك بالقاعدة الفقهية المشهورة بين الفقهاء (الأصل براءة ذمة الإنسان) والتي توصل إليها القانون الوضعي أخيراً والتي تنص بأن "المتهم بريء حتى تثبت أدانته بحكم بات أو دونما شك معقول" كما سبق الفقه الإسلامي إلى تقرير أهم النتائج قرينة البراءة بقاعدة "درأ الحدود بالشبهات" والتي تفضي بأن الحكم الجنائي يجب أن يبنى على الجزم واليقين لا على الإحتمالات والشكوك، وبالتالي يفسر الشك لصالح المتهم، غير أن إلتزام الفقهاء بهذه القاعدة أعني قاعدة درء الحدود بالشبهات، جعل جمهور الفقهاء يتوقف عند الإعتداد بالقرائن وإن كانت ظاهرة واضحة، وظل إلتزام القاعدة عندهم متمسكاً به في جميع مراحل المحاكمة، و ما رأينا العدول عنه بحيث ينتقل عبء الإثبات في بعض مراحل المحاكمة إلى المتهم لينفي الدلائل الواضحة والقرائن الجلية التي تدينه، فإذا أستطاع أن يشكك القاضي وينجح في دحض دلالة القرائن برئ، وهذا ما أخذ به القانون الوضعي في الدعوى الجنائية عندما تشير أصابع الإتهام إلى المتهم.

ولعل ما ذهب اليه الفقه الغربي من إفتراض توفر القصد الجنائي إذا وقع النشاط الإجرامي بناء على أن العاقل يقصد نتائج عمل هذا القول في نظري مشابه لحد كبير رأي الإمام مالك الذي يقول " أن وقوع العدوان يعتبر قرينة على القصد فيثبت القصاص على القاتل بعدوانه ولا يتوقف على إثبات القصد الجنائي" كما فعل القانون المصري.

الخلاصة

يتضح من خلال هذا العرض أن الفقه الإسلامي لم يهمل القرائن وإن كان قد بدأ تدريجياً في البداية أخذ بها القضاء والفقه في الجرائم التي تدرأ بالشبهات أي جرائم الحدود والقصاص، وقد رأينا أن الجمهور من الفقهاء لم يثبت الحد من القرائن لما تحوطها من الإحتمالات التي تكفي لتكون شبهة دائرته للحد، ولكن هناك من قال بأعمال القرائن في الحدود وهو مذهب المالكية وابن الفرس من الحنفية ورواية عن أحمد وقول ابن تيمية وابن القيم.

والقرائن التي أخذوا بها هي قرينة الحبل في الزنا والتعريض مع دلالة الحال بإرادة القذف والرائحة والسكر والقيء في حد الخمر ووجود المسروق مع السارق، وقد رجحنا هذا القول لكونه وجيهاً ومناسباً لعصرنا الحاضر ولعدم منافاته لمقاصد الشريعة خصوصاً عند إفساح المجال للمتهم لينفي عن نفسه الشبهة ببرهان، هذه القرائن الواضحة لا تنطبق على حالته مع إبداء سبب معقول.

أما في مجال جرائم القصاص فقد رأينا أعمال الجمهور بالقرائن مع القسامة، وقليل منهم قالوا بثبوت الجريمة مع القرائن المجردة وقد بينا إمكان التعويل على هذا القول لكن في المرتبة الثالثة بعد تقديم الأدلة الأصلية لثبوت الجريمة، وهي الإقرار والبينة ثم يمين القسامة ثم القرائن المجردة عن تعذر القسامة.

أما جرائم التعزير فلا خوف في إثباتها بالقرائن والنصوص وأقوال الفقهاء واضحة في هذا المجال.

أما في القانون فقد رأينا أن القرائن من الأدلة الأصلية في المواد الجنائية، بل أن القانون قد تدخل في بعض القرائن ورتب عليها أحكاماً ما لا يجوز للقاضي مخالفتها عند توفر شروطها.

ولعلنا بإبراز وجهة نظر الفقه الإسلامي في القرائن التي استخدمتها العلوم الحديثة وبيننا أن الفقه الإسلامي لا يمانع من الأخذ بقريضة تقوم على نتيجة علمية مؤكدة لا على نتيجة وهمية لا تستند على حقيقة علمية.

والله الموفق



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

حكم الإثبات بالقرائن والأمارات

إعداد

د. أحمد بن عبد العزيز الحداد

كبير مفتين مدير إدارة الإفتاء

دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الملك العدل الرحيم، أمر عباده أن يقيموا العدل بالقسطاس المستقيم، ويتعاملوا بالحق القويم، فقال سبحانه: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾^١.

والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي أقام العدل بين العباد، وجعلهم فيه سواء الحاضر والباد، وعلى آله وأصحابه الأجداد، والتابعين لهم إلى يوم المعاد.

أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، جعله الله تعالى فيصلا عند الخصومات، ووسيلة لإيصال الحقوق إلى أهلها عند المشاحات.

ولتحقيق العدالة فيه أقامه الله تعالى على بينات ودلائل واضحات، حتى لا يدعي قوم دماء قوم وأموالهم من غير بينة ولا برهان، ولربما كان ألحن بحجته فيقضى له بناء على لحنه فيفضل القاضي عن سواء السبيل، فكان لا بد من البينات التي تكون كالشمس في رابعة النهار.

وهذه البينات منها المنصوص عليها بأصلها ونوعها كالإقرار والشهادة، ومنها غير ذلك كالقرائن التي يعرف من لحنها وفحواها ما يوصل إلى المقصود

وقد تعددت أساليبها وتطورت تقنياتها فأخذت وثيقة أكثر، ومنهجاً أخطر، فكان لا بد من بحثها تفصيلاً ليعلم ما فيها من أقوال ومن دلائل على سيئات الأفعال.

وقد كان مجمع الفقه الإسلامي الدولي موفقاً إذ أعاد طرح بحثها في دورته العشرين، لتأخذ مسائل هذا الباب الكثير من التمهيص حتى يستبين الحق وتظهر ما فيها من قوة في الإثبات أو النفي ليكون الحكم على سواء السبيل

وقد أسهمت بهذا البحث المتواضع المستخلص من كثير من الأبحاث المعاصرة والكتب العتيقة المؤصلة، ولعلي قد وفيت بالموضوع تأصيلاً وتفريعاً ليسهل اتخاذ قرار مجمعي يكون عمدة القضاة والمفتين، ورجال الحسبة الصالحين

والله أسأل أن ينفعني ومن قرأه بما فيه ويأجرني بما بذلته من جهد ابتغاء مرضاته ونفع عباده، إنه ولي حميد.

^١ (النساء : ٥٨ .

تعريف القرينة

١ - القرينة لغة :

القرينة في اللغة فعيلة بمعنى المفاعلة مأخوذ من المقارنة؛ يقال: قرن الشيء بالشيء، أي شده إليه ووصله به، قال ابن فارس:

القاف والراء والنون أصلان صحيحان، أحدهما يدل على جمع شيء إلى شيء، والآخر شيء ينتأ بقوة وشدة، فالأول: قارنت بين الشئين.. والأصل الآخر: القرن للشاة وغيرها، وهو ناتئ قوي^١ وجمعها قرائن^٢

وتسمى القرينة أمانة وعلامة.

وقد تعدد تعريفها اصطلاحاً لوضوح معناها وسلامة مبناه، إذ التعريف إنما يكون لما تخفى حقيقته، فكان لكل متعرض لبحثها لها تعريفاً يدل من خلاله لمقصود بحثه، فعرفها الشريف الجرجاني بأنها: أمر يشير إلى المطلوب^٣

وهذه تعريف باللائم، إذ لا تكون القرينة قرينة حتى تشير إلى الأمر المطلوب،

وعرفتها مجلة الأحكام العدلية بأنها: الأمانة البالغة حد اليقين^٤.

وفي هذا التعريف نظر إذا القرائن منها ما تبلغ حد اليقين ومنها دون ذلك، كما سيأتي في تقسيماتها

وعرفها الشيخ مصطفى الزرقا بأنها: كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه^٥.

وفي هذا التعريف دور لتوقف فهم القرينة على معرفة مدلولها، والدور معيب في التعريف.

والتعريف الأمثل للقرينة أنها: "ما تدل على أمر خفي مصاحب لها بواسطة نص، أو اجتهاد، أو فهم يفيضه الله تعالى على من يشاء من عباده"^٦

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس - (٥ / ٧٦)

(٢) ويقسمها البلاغيون إلى لفظية كقول أبي النجم: (أفناه قيل لله للشمس اطلعي) ... حتى إذا وارك أفق فارجمي وغير لفظية "أي معنوية": كاستحالة صدور المسند من المسند إليه المذكور أو قيامه به: عقلاً كقولك محبتك جاءت بي إليك، أو عادة كقولك هزم الأمير الجند وكسا الخليفة الكعبة وبنى الوزير القصر، "لاستحالة ذلك في العادة". وكصدور الكلام من الموحد في مثل قوله: "أشباب الصغير" الإيضاح في علوم البلاغة - دار الجيل - تحقيق خفاجي: (١ / ٩٥)

(٣) التعريفات - (١ / ٢٢٣)

(٤) القاموس الفقهي - (١ / ٣٠٢)

(٥) المدخل الفقهي العام ٩٣٦/٢

(٦) النظام القضائي في الفقه الإسلامي للدكتور محمد رأفت عثمان ٤٤٨

ويمكن أن يقال إنها: العلامات التي تدل على الواقعة المجهولة التي يراد إثباتها عند انعدام أدلة الإثبات الأخرى الأقوى من إقرار أو بينة^١

وعرفتھا الموسوعة الفقهية الكويتية بأنها: الأمانة التي ترجح أحد الجوانب عند الاشتباه^٢

فهذه التعاريف الثلاثة هي أقرب إلى مدلولها الواضح ومضمونها وإن كان فيها طول إلا أنه يحقق كون كل منها جامعا مانعا.

أنواع القرائن

تنقسم القرائن أقساما متنوعة، باعتبارات مختلفة . فباعتبار مصدرها تنقسم إلى قرائن نصية وردت إما :

(١) في القرآن أو السنة - وسيأتي ذكر طائفة منها في الاستدلال - وتسمى القرائن القاطعة أو القوية

(٢) نص عليها الفقهاء المجتهدون ، وسيأتي ذكر طائفة منها ، باعتبار علاقتها بمدلولها تنقسم إلى:

(أ) عقلية ، وهي التي تكون العلاقة بينها وبين مدلولها مستقر وثابت ، ويستنتجها العقل في جميع الظروف والأحوال كوجود جرح بجسم المجني عليه ، فإنه دليل على أن آلة حادة استعملت في الجناية عليه ، وكوجود المسروقات عند المتهم بالسرقة ، وتسمى بظاهر الحال ، وتعتبر من المرجحات الأولية ، في ترجيح الدعوى أو نفيها ولكن مع اليمين .

(ب) عرفية وهي التي تقوم العلاقة بينها وبين ما تدل عليه على العرف أو العادة ، وذلك كشراء شاة أيام الأضاحي ، فإن شراء المسلم لها في هذه الأيام قرينة على أنه أراد بها الأضحية ، فتتعين أضحية ، وكشراء الصائغ خاتما فإنه قرينة على أنه اشتراه للتجارة ، فلولا عادة التضحية عند الأول والتجارة بالمصنوعات عند الثاني لما كان ذلك قرينة

وباعتبار قوة دلالتها تنقسم إلى:

(١) قرائن ذات دلالة قوية وهي التي تجعل الأمر في حيز المقطوع به وهي المنصوص عليها ، كقرينة فراش الزوجية في إثبات النسب ، والنكول عن اليمين في تقرر الحق على الناكل ، ومن ذلك ما لو رئي شخص حاملا خنجرا ملوثا بالدماء وخارجا من دار خالية وهو في حالة اضطراب ، ودُخل إلى الدار فورا فوجد رجل مذبوح ، فلا يشتبه أن

(١) نظام الإثبات في الفقه الإسلامي لعوض عبد الله أبو بكر عدد ٦٢ ص ١٢٦

(٢) (٤ / ٣٠٢)

ذلك الشخص هو القاتل لذلك المذبوح، فإذا ثبت حال ذلك الشخص كما أشرنا بالشهود العدول فيحكم القاضي عليه بأنه قاتل عمدا ولا يلتفت للاحتتمالات الوهمية، كأن يُظن أن المذبوح قد ذبح نفسه أو أنه ذبحه شخص آخر، أو هدم الحائط وكان ذلك الشخص مختفيا وراء الحائط إلى غير ذلك من الاحتمالات الوهمية

(٢) ذات دلالة ضعيفة وهي التي تحتل غير ما دلت عيه احتمالا ليس بعيدا، وتختص بترجيح إحدى اليدين المتنازعتين، كنزاع الزوجين في متاع البيت، فإنه يقضى للرجل بما يناسبه وللمرأة بما يناسبها إذ لكل منهما يد عليه وليست إحدى اليدين بأولى من الأخرى

(٣) ذات دلالة ملغاة بأن تتعارض قرينتان وتكون إحداهما أقوى من الأخرى، فتكون القرينة المرجوحة ملغاة، كتنازع رب الدار مع خياط يعمل في داره في ملكية إبرة أو مقص مثلا، فإنه يحكم به للخياط ولا يلتفت لصاحب اليد؛ لأنها عورضت بأقوى منها

أقسام القرائن في القانون الوضعي

يقسم شرح القانون القرائن إلى أربعة أنواع:

(١) قرائن قانونية . وتسمى عند الشرعيين القرائن النصية، وهي التي يقررها القانون بنص فيه، على سبيل الحصر في نصوص التشريع، وهي تغني عن كل بيينة سواها ولا تقبل النقض، من قبل القاضي أو الخصوم وهي نوعان:

(أ) بسيطة وهي التي يجوز نقضها بإثبات عكسها ولا يحتاج الأمر إلى نص خاص كقرينة إثبات البراءة للمتهم حتى تثبت إدانته

(ب) قرائن قطعية وهي التي لا تقبل دلالتها إثبات عكسها ومن أمثلتها

١ إضافة الحدث إلى أقرب زمن

٢ الأصل في الأمور العارضة العدم

٣ الأصل بقاء ما كان على ما كان

فهذه القرائن لا يجوز إثبات عكسها مبدئيا بوسائل الإثبات العادية كالشهادة والكتابة، لكن يجوز إثبات عكسها بالإقرار القضائي أو اليمين؛ لأنها قد أوجدت علما كافيا بالواقعة بحيث تصبح في حيز العيان، فتعفي أصحابها من الإثبات وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس

(٢) قرائن قضائية، وهي استنباط القاضي أمرا غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة باستخدام الوقائع التي تثبت له الدلالة على وقائع أخرى، وذلك كإدانة المتهم بقرينة وجود بقعة دموية من نفس فصيلة دماء القتيل على ملابسه.

ولهذه القرينة خصائص تميزها عن غيرها. وهي :

- (أ) أنها لا تتضبط بقاعدة
 - (ب) لا يمكن حصرها لكثرتها ، لأنها تستتبط من ظروف كل قضية
 - (ج) غير قاطعة بل هي قابلة دائماً لإثبات العكس ويجوز دحضها بجميع الطرق ومنها البيّنة والقرائن
 - (د) تختلف باختلاف القضاة المجتهدين
- (٣) قرائن طبيعية وهي التي لم ينص عليها القانون، وليست قضائية كثبوت حياة إنسان في تاريخ معين، فإن ذلك قرينة على أنه كان حيا قبل هذا التاريخ، وهذه القرينة بطبيعتها غير قابلة لإثبات ما يخالفها
- (٤) قرائن مادية وهي التي يتركها المتهم من آثار تدل عليه، ويكتشفها أهل البحث والتحري بالوسائل الحديثة من بصمة ونحوها^١

مشروعية القرينة :

لا خلاف بين أهل العلم أن القرائن مشروعة في الجملة، فقد عني القرآن الكريم كثيرا بذكرها في مقام الاستدلال بها على وقائع أحوال متفرقة، في آيات كثيرة، كقوله سبحانه: ﴿ وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ ﴾^٢ ، وذلك في شأن يوسف عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام إذ زعم إخوته أن الذئب أكله؛ فقد روي أن يعقوب قال لهم : ألم يترك الذئب له عضواً فتأتوني به استأنس به؟! ألم يترك لي ثوباً أشم فيه رائحته؟! قالوا : بلى. هذا قميصه ملطوخ بدمه؛ فذلك قوله تعالى : ﴿ وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ ﴾ فبكى يعقوب عند ذلك وقال لبنيه : أروني قميصه ، فأروه فشمه وقبله ، ثم جعل يقلبه فلا يرى فيه شقاً ولا تمزيقاً ، فقال : والله الذي لا إله إلا هو ما رأيت كاليوم ذئباً أحكم منه؛ أكل ابني واختلسه من قميصه ولم يمزقه عليه^٣

فلما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة صدقهم قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها ، وهي سلامة القميص من التمزيق، إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف ، وهو لابس القميص ، ويسلم القميص^٤.

(١) القرائن ودورها في الإثبات في الشريعة الإسلامية للدكتور صالح السدلان ١٥ - ٢٧ و المدخل الفقهي العام للزرقا

٩٣٦/٢ ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام - (٤ / ٤٣٢)

(٢) يوسف : ١٨ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي - (١ / ٢٨١٠)

٤ أنوار البروق في أنواع الفروق - (٧ / ٤٧٤)

نقل القرطبي في تفسيره عن ابن العربي قوله : استدل الفقهاء بهذه الآية في أعمال الإمارات في مسائل من الفقه كالقسامة وغيرها ، وأجمعوا على أن يعقوب عليه السلام استدل على كذبهم بصحة القميص ، وهكذا يجب على الناظر أن يلحظ الإمارات والعلامات إذا تعارضت ، فما ترجح منها قضى بجانب الترجيح ، وهي قوة التهمة ، ولا خلاف بالحكم بها^١

وقال تعالى: ﴿ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّنْ قَبْلِ فَصَدَقْتَ وَهُوَ مِّنَ الْكَاذِبِينَ ﴾^٢ .

وقد اختلف المفسرون هل كان هذا الشاهد صغيرا أو كبيرا ، والراجح أنه كبير قال القرطبي: وإذا كان رجلاً فيصح أن يكون حجة بالحكم بالعلامة في اللقطة وكثير من المواضع ، قال: وكان شريح وإياس بن معاوية يعملان على العلامات في الحكومات؛ وأصل ذلك هذه الآية. والله أعلم^٣.

وهذه الآيات وإن كانت تتحدث عن شرع من قبلنا إلا أن ذلك لا يمنع الاستدلال بها لما تقرر أن شرع من قبلنا هو شرع لنا ما لم يرد في شرع ناسخ له كما ذهب إليه محققو أهل الأصول ، و فصل ذلك الإمام الشوكاني في إرشاد الفحول^٤ تفصيلا حسنا قال فيه:

"إنه إذا بلغنا شرع من قبلنا على لسان الرسول ، أو لسان من أسلم كعبد الله بن سلام رضي الله تعالى عنه أو كعب الأخبار ولم يكن منسوخا ، ولا مخصوصا ، فإنه شرع لنا ، وممن ذكر هذا القرطبي ،^٥ قال الشوكاني: ولا بد من هذا التفصيل على قول القائلين بالتعبد ، لما هو معلوم من وقوع التحريف والتبديل ، فإطلاقهم مقيد بهذا القيد ، ولا أظن أحدا منهم ياباه. اهـ

وقال تعالى: ﴿ تَرَىٰ أَعْيُنُهُمْ تَفِيضُ مِنَ الدَّمْعِ مِمَّا عَرَفُوا مِنَ الْحَقِّ ﴾^٦ .

قال القرطبي: في هذه الآية ما يستدل به على قرائن الأحوال.

ثم منها ما يفيد العلم الضروري ، ومنها ما يحتمل الترديد.

فالأول: كمن يمر على دار قد علا فيها النعي وخمشت الخدود وحلقت الشعور وسلقت الأصوات وخرقت الجيوب ونادوا على صاحب الدار بالثبور ، فيعلم أنه قد مات.

(١) تفسير القرطبي - (٩ / ١٥٠)

(٢) يوسف : ٢٦ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي - (١ / ٢٨٢٨)

(٤) ١٨١ / ٢

(٥) قال في تفسيره (١ / ٤٦٢) . مسألة: في قصة البقرة هذه دليل على أن شرع من قبلنا شرع لنا ، وقال به طوائف من المتكلمين وقوم من الفقهاء ، واختاره الكرخي ونص عليه ابن بكير القاضي من علمائنا ، وقال القاضي أبو محمد عبد الوهاب: هو الذي تقتضيه أصول مالك ومنازعه في كتبه ، وإليه مال الشافعي ، وقد قال الله: " فبهدهم اقتده "

(٦) المائة : ٨٣

وأما الثاني: فكدموع الأيتام على أبواب الحكام، قال الله تعالى مخبراً عن إخوة يوسف عليه السلام: ﴿وجاءوا أباهم عشاء يبكون﴾^١.

وهم الكاذبون، قال الله تعالى مخبراً عنهم: "وجاءوا على قميصه بدم كذب" ومع هذا فإنها قرائن يستدل بها في الغالب فتبني عليها الشهادات بناء على ظواهر الأحوال وغالبها.

وقال الشاعر:

إذا اشتبكت دموع في خدودٍ تبين من بكى ممن تباكي^٢.

وقال تعالى: ﴿وَلَوْ نَشَاءُ لَأَرَيْنَاكُمْ فَلَعَرَفْتَهُمْ بِسِيمَاهُمْ وَلَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ﴾^٣ أي: فيما يبدو من كلامهم الدال على مقاصدهم، فيفهم المتكلم من أي الحزبين هو بمعاني كلامه وفجواه، وهو المراد من لحن القول، كما قال أمير المؤمنين عثمان بن عفان، رضي الله عنه مرفوعاً: "من كانت له سريرة صالحة أو سيئة نشر الله عليه منها رداء يعرف به". وعن جندب بن سفيان البجلي قال: قال رسول الله ﷺ: "ما أسر عبد سريرة إلا ألبسه الله رداءها، إن خيراً فخير، وإن شراً فشر"^٤.

ولحن القول: الكلام المحال به إلى غير ظاهره ليفطن له من يُراد أن يفهمه دون أن يفهمه غيره، بأن يكون في الكلام تعريض أو تورية أو ألفاظ مصطلح عليها بين شخصين أو فرقة كالألفاظ العلمية قال القتال الكلائي:

ولقد وحيت لكم لكيما تفهموا ... ولحنتُ لحناً ليس بالمرتاب^٥

وقال تعالى: ﴿إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّمُتَوَسِّمِينَ﴾^٦.

والمتوسمون هم المتفرسون الذين يأخذون بالسيما وهي العلامة. ويقال: توسمت فيك كذا أي تفرسته، كأنك اخذت من السیما وهي فعلا من السمة وهي العلامة^٧ وهذه الآية أصل في العمل بالفراسة، ولذلك يقول ابن القيم: "ولم يزل حدّاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات، فإذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة ولا إقراراً"

فيرى رحمه الله تعالى أنّ الفراسة من القرائن، ويفسرها بالعلامة، ويظهر ذلك من فحوى اعتراضه على تفرقة أبي الوفاء بن عقيل - أحد فقهاء الحنابلة - بين الفراسة والأمارات. قال: "وسئل أبو الوفاء بن عقيل عن هذه المسألة - أي مسألة الحكم بالقرينة

(١) يوسف: ١٦.

(٢) تفسير القرطبي - (٨ / ٢٢٩)

(٣) محمد: ٣٠.

(٤) تفسير ابن كثير / دار طيبة - (٧ / ٣٢١) والحديث أخرجه الطبراني في الأوسط برقم ٨٠٦٣

(٥) التحرير والتنوير - (١٣ / ٤٢٩)

(٦) الحجرات: ٧٥.

(٧) بدائع الفوائد - (٣ / ٦٣٦)

والأمارات - فقال: "إن الحكم بالقرينة ليس من باب الحكم بالفراسة التي تختفي فيها خطوات الاستنتاج".

فاعترض ابن القيم قائلًا: "وقول أبي الوفاء بن عقيل ليس هذا فراسة فيقال: لا محذور في تسميته فراسة، فهي فراسة صادقة، وقد مدح الله الفراسة وأهلها في مواضع كثيرة من كتابه فقال تعالى: ﴿إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّمُتَوَسِّمِينَ﴾ وهم المتفرسون الآخذون بالسيما وهي العلامة

فقد أقسم سبحانه على معرفتهم من لحن خطابهم، فإن معرفة المتكلم وما في ضميره من كلامه أقرب من معرفته بسيماه وما في وجهه، فإن دلالة الكلام على قصد قائله وضميره أظهر من السيماء المرئية، والفراسة تتعلق بالنعين بالنظر والسمع، وفي الترمذي من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: اتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بور الله، ثم تلا قوله تعالى: ﴿إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّمُتَوَسِّمِينَ﴾^١.

وهذه الآية كقوله سبحانه: ﴿يَحْسِبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ لَآ يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِحْآفَآ﴾^٢.

فهذه الآيات تدل على مشروعية الاستدلال بالقرائن عند فقد الدلائل الصريحة؛ لما فيها من كشف لحقائق الأمور، ولذلك كانت محل اهتمام القضاة والحكام، وهذا من فقه النفس الذي هو أساس الحكم، فإن الحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الإمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمقالية كفقهاء في كليات الأحكام أضع حقوقا كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه لا يشكون فيه، اعتمادا منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله كما ذكره العلامة ابن القيم، وقال:

فهنا نوعان من الفقه لأبد للحاكم منهما:

الأول: فقه في أحكام الحوادث الكلية

الثاني: فقه في نفس الواقع وأحوال الناس يميز به بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا فيعطى الواقع حكمه من الواجب ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع، قال: ومن له ذوق في الشريعة واطلاع على كمالها وتضمنها لغاية مصالح العباد في المعاش والمعاد ومجيئها بغاية العدل الذي يسع الخلائق، وأنه لا عدل فوق عدلها، ولا مصلحة فوق ما تضمنته من المصالح تبين له أن السياسة العادلة جزء من أجزائها، وفرع

(١) التفسير القيم لابن القيم (٢ / ٨) والحديث أخرجه الترمذي في أبواب تفسير القرآن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب: ومن سورة الحجر حديث: ٣١٣٥ وقال غريب.

(٢) البقرة: ٢٧٣.

من فروعها ، وأن من أحاط علما بمقاصدها ووضعها موضعها وحسن فهمه فيها لم يحتج معها إلى سياسة غيرها ألبتة.^١

وقد ورد في السنة المطهرة بيان هذه الدلائل الإجمالية في وقائع كثيرة؛ فمن ذلك :

(١) ما أخرجه مسلم من حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " الأيِّمُ أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها " ^٢

فجعل الصمت قرينة ظاهرة على أن البكر قد أعطت إذنها وموافقته على الزواج من الخاطب ، وأنه لم يمنعها من التعبير عن ذلك إلا ما يغلب عليها من الحياء ، وذلك لما جبل عليه أكثرهن من الامتناع عن النطق بصريح الإذن ،

وتجوز الشهادة عليها بأنها رضيت ، وهذا من أقوى الأدلة على الحكم بالقرائن ^٣

(٢) روى البخاري ومسلم من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " الولد للفراش وللعاهر الحجر "

فإن الزوجية سبب معلوم ظاهر بين الزوجين ، فالأولاد بين الزوجين ينسبون للزوج إجابة لهم على السبب المعلوم الظاهر^٤

فالزواج قرينة قوية على ثبوت النسب ، بغض النظر عما قد يحدث خلاف ذلك نادرا كما في قصة الحديث الذي جاء الشبه فيه بينا بغير صاحب الفراش.

(٣) أخرج أبو داود من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال : أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسلمت عليه ، وقلت له : إني أردت الخروج إلى خيبر فقال : " إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا ، فإن ابتغى منك آية ، فضع يدك على ترقوته " ^٥ فأقام العلامة مقام الشهادة ^٦ وأوجب العمل بها.

(٤) أخرج البخاري ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف ، عن أبيه ، عن جده ، قال : بينا أنا واقف في الصف يوم بدر ، فنظرت عن يميني وعن شمالي ، فإذا أنا بغلامين من الأنصار - حديثه أسنانهما ، تمنيت أن أكون بين أضلع منهما - فغمزني أحدهما فقال : يا عم هل تعرف أبا جهل ؟ قلت : نعم ، ما حاجتك إليه يا ابن أخي ؟ قال : أخبرته أنه يسب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والذي نفسي بيده ، لئن رأيته لا يفارق سوادى سواده حتى يموت الأعجل منا ، فتعجبت لذلك ، فغمزني الآخر ،

(١) الطرق الحكمية ص ٤

(٢) أخرجه مسلم في النكاح باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق برقم: ٢٦٢٣

(٣) أنوار البروق في أنواع الفروق - (٤٧٦ / ٧)

(٤) تلقيح الافهام العلية بشرح القواعد الفقهية - (٢٨ / ٢)

(٥) سنن أبي داود في الأقضية باب في الوكالة حديث رقم: ٣١٦٦

(٦) أنوار البروق في أنواع الفروق (٤٧٦ / ٧)

فقال لي مثلها ، فلم أنشب أن نظرت إلى أبي جهل يجول في الناس ، قلت : ألا إن هذا صاحبكما الذي سألتماني ، فابتدراه بسيفيهما ، فضرباه حتى قتلاه ، ثم انصرفا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأخبراه فقال : " أيكما قتله ؟ " ، قال كل واحد منهما : أنا قتلته ، فقال : " هل مسحتما سيفيكما ؟ " قالوا : لا ، فنظر في السيفين ، فقال : " كلاكما قتله ، ثم أعطى سلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح " وكانا معاذ ابن عفراء ، ومعاذ بن عمرو بن الجموح "

فإنه عليه الصلاة والسلام لما رأى أثر الدم في سيف معاذ بن عمرو بن الجموح قضى له بالسلب؛ لأنه رأى أثر الطعان على سيفه فعلم أنه هو القاتل، فطيب خاطر معاذ بن عفراء لكونه كان قد شارك في القتل.

(٥) أخرج ابن حبان من حديث أبي هريرة " أن رجلين ادعيا دابة ، فأقام كل واحد منهما شاهدين ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين " ، أي لقرينة اليد لكل منهما ، وليس قول أحدهما بأولى من الآخر.

(٦) أخرج البخاري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، يقول : " كانت امرأتان معهما ابناهما ، فجاء الذئب فذهب بابن إحداهما ، فقالت صاحبتهما : إنما ذهب بابنك ، وقالت الأخرى : إنما ذهب بابنك ، فتحاكما إلى داود ، فقضى به للكبرى ، فخرجتا على سليمان بن داود فأخبرتهما ، فقال : أنتوني بالسكين أشقه بينهما ، فقالت الصغرى : لا تفعل يرحمك الله ، هو ابنها ، فقضى به للصغرى "

فاستدل بقرينة رضا الكبرى أن يشقه نصفين وعدم شفقتها عليه ، على أنه ليس ابنها ، بينما أشفقت الصغرى وامتنعت عن الدعوى حتى لا يذهب الطفل ، فهذا يدل على أنه ابنها ، إذ أن الله أودع في قلوب الأمهات الشفقة على أبنائهن ، وخالف حكم أبيه؛ لما رأى القرينة الواضحة على أنه ليس ابنا للكبرى.

ولئن كان هذا في شرع من قبلنا ، فإن شرعنا قد جاء يؤيده في وقائع كثيرة كما تقرر ، وبذلك يكون الاستدلال به صحيحا ، لأن الصحيح من أقوال الأصوليين : أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد نسخه في شرعنا كما تقدم ذكره^٢

قال القاري : قضاءهما حق ؛ لكونهما مجتهدين ، ومستند قضائهما في هذه القضية هي القرينة ، لكن القرينة التي قضى بها سليمان أقوى من حيث الظاهر ، وقيل يحتمل أن قرائن الأحوال كانت في شرعهم بمثابة البينة يعني ولو كانت إحداهما ذات اليد^٣

(١) صحيح ابن حبان كتاب القضاء حديث: ٥١٤٥

(٢) تذكير الفحول بترجيحات مسائل الأصول - (١ / ٢٧)

(٣) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح - (١٦ / ٣٦٩)

قال السندي: ولم يعمل بإقرارها أنه للكبرى لعلمه بالقرينة أنها لا تريد حقيقة الإقرار^١

وقال ابن رجب الحنبلي: وفيه من الفقه: أن من أتى من المتنازعين بما يشبهه فالقول قوله؛ لأن سليمان جعل شفقتها عليه شبهة مع دعواها^٢.

والأدلة من السنة المطهرة على اعتبار الشارع للقرائن متكاثرة جدا^٣.
فدل على أنها إحدى البيئات عند فقد ما سواها من إقرار أو شهادة.

وقد عارض هذه الأدلة أدلة أخرى توجب أن يكون العمل بالحق البين الذي لا لبس فيه وذلك كقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾^٤ فإن الآية أفادت أن الشهادة - ومثلها الحكم - لا تكون إلا بالحق الذي ينبئ عن علم لا مرية فيه، وهو ما بينه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: "هل ترى الشمس؟" قال: نعم قال: "على مثلها فاشهد أو دع"^٥

وقد ذم الله تعالى كثيرا اتباع الظن كقوله سبحانه: ﴿وَإِنْ تُطِعْ أَكْثَرَ مَنْ فِي الْأَرْضِ يُضِلُّوكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنْ هُمْ إِلَّا يَخْرُصُونَ﴾^٦ ، وقوله سبحانه: ﴿قُلْ هَلْ عِنْدَكُمْ مِنْ عِلْمٍ فَتُخْرِجُوهُ لَنَا إِنْ تَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنْ أَنْتُمْ إِلَّا تَخْرُصُونَ﴾^٧ ، وقوله جل شأنه: ﴿وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِمَا يَفْعَلُونَ﴾^٨ ، إلى غير ذلك من دلائل التنفير من العمل بالظن؛ لأنه أكذب الحديث كما روى البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ولا تجسسوا ولا تحسسوا ولا تباغضوا وكونوا إخوانا"^٩

وحديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في المرأة التي كانت الريبة قد ظهرت منها في هيئتها ، ومنطقها ، ومن يدخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم: "لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمتها"^{١٠}

(١) حاشية السندي على صحيح البخاري - (٤ / ٧٩)

(٢) شرح صحيح البخاري - لابن بطال - (٨ / ٣٨٥)

(٣) انظر تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ٩٣/٢ - ١٠٣ ففيها مزيد من الأدلة الثابتة على ذلك

(٤) الزخرف: ٨٦.

(٥) شعب الإيمان للبيهقي حديث: رقم ١٠٥٠٧ من حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما

(٦) الأنعام: ١١٦.

(٧) الأنعام: ١٤٨.

(٨) يونس: ٣٦.

(٩) في النكاح باب لا يخطب على أخيه حتى ينكح أو يدع - حديث: ٤٨٥١ ومسلم في البر والصلة والآداب باب

تحريم الظن - حديث: ٤٧٥٢

(١٠) أخرجه البخاري في الحدود باب من أظهر الفاحشة واللطخ والتهمة بغير بينة - حديث: ٦٤٧٧ ومسلم في اللعان

حديث: ٢٨٢٩

و نظرا لاختلاف الأدلة في المسألة فقد كان لأهل العلم قولان في المسألة

الأول: وهو ما ذهب إليه جمهورهم من المالكية والحنابلة وبعض الحنفية والشافعية إلى جواز العمل بالقرائن في أحوال كثيرة؛ لما تقدم من الدلائل الواضحات في الكتاب والسنة وعمل الأمة^١.

فقد قال المازري رحمه الله: عندي أن الأظهر في الجواب أن القرائن تقوم مقام الشاهد.

وقال ابن الحاجب: ويعتمد على القرائن المعتمدة المغلبة للظن في التعديل وفي الإعسار بالجبر في الباطنة وضرر أحد الزوجين.

وقال ابن عبد السلام: أجازوا للشاهد أن يعتمد فيما يشهد به على الظن القوي القريب من اليقين؛ لأنه هو المقدر على تحصيله، فلو لم يحكم بمقتضاه للزم تعطيل الحكم في التعديل وفي الإعسار^٢.

وقال ابن العربي رحمه الله تعالى: على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت فما ترجح منها قضى بجانب الترجيح وهو قوة التهمة ولا خلاف في الحكم بها، وقد جاء العمل بها في مسائل اتفقت عليها الطوائف الأربعة، وبعضها قال بها المالكية خاصة، وعد منها خمسين مسألة، يحسن ذكرها، وهي: خمسون مسألة عمل فيها بالقرائن:

الأولى: أن الفقهاء كلهم يقولون بجواز وطء المرأة إذا أهديت إليه ليلة الزفاف، وإن لم يشهد عنده عدلان من الرجال أن هذه فلانة بنت فلان التي عقدت عليها، وإن لم يستطق النساء أن هذه امرأته اعتمادا على القرينة الظاهرة المنزلة منزلة الشهادة.

الثانية: أن الناس قديما وحديثا لم يزالوا يعتمدون على الصبيان والإماء المرسل معهم الهدايا وأنها مرسلة إليهم، فيقبلوا أقوالهم ويأكلوا الطعام المرسل به، ونقل القران في أن خبر الكافر في ذلك كاف.

(١) انظر القضاء بالقرائن المعاصرة للدكتور عبد الله العجلان ١٢٩/١ - ١٣٥ وانظر أيضا النظام القضائي في الإسلام للدكتور محمد رأفت عثمان ص ٤٦١ وفيه الإحالة إلى المراجع التالية: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي، ج ٣، ص ٢٢٩ والمجاني الزهرية، لمحمد صالح بن عبد الفتاح بن إبراهيم الجارم، على الفواكه البدرية، لمحمد بن محمد بن خليل المعروف بابن الغرس ص ٨٢، ومعين الحكام للطرابلسي ص ١٦١، وتبصرة الحكام لابن فرحون بهامش فتح العلي المالك، ج ٢، ص ١١٢، وما بعدها، وقواعد الأحكام لابن القيم، ص ٩، وما بعدها، والشرح الصغير مع وأدب القضاء لابن أبي الدم، ج ١، ص ١٨٧، والطرق الحكمية لابن القيم، ص ٩، وما بعدها، والشرح الصغير مع حاشية الصاوي، ج ٣، ص ٥٣٩، ومقارنة المذاهب في الفقه للشيخين محمود شلتوت ومحمد علي السائيس، ص ١٣٧ وما بعدها، ومنهج الطالب في المقارنة بين المذاهب للدكتور عبد السميع إمام، ص ٢٤٢، ومن طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون للدكتور أحمد عبد المنعم البهي - رحمه الله تعالى، ص ٧٥، ومحاضرات في علم القاضي، والقرائن وغيرهما للدكتور عبد العال عطوة، ص ٣٢، ٤٤، والقرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي للدكتور أنور محمود دبور ص ٢٥.

(٢) المرجع السابق

الثالثة : أنهم يعتبرون إذن الصبيان في الدخول إلى المنزل .

الرابعة : أن الضيف يشرب من كوز صاحب البيت ويتكئ على وسادته ويقضي حاجته في مرحاضه من غير استئذان ، ولا يعد في ذلك متصرفا في ملكه بغير إذنه .

الخامسة : جواز أخذ ما يسقط من الإنسان إذا لم يعرف صاحبه مما لا يتبعه الإنسان نفسه كالفلس والتمررة والعصا التافه الثمن ونحو ذلك .

السادسة : جواز أخذ ما يبقى في الحوائط والأقرحة من الثمار والحب بعد انتقال أهله عنه وتخليته وتسييبه .

السابعة : جواز أخذ ما يسقط من الحب عند الحصاد مما لا يعتني صاحب الزرع بلقطه .

الثامنة : جواز أخذ ما نبذه الناس رغبة عنه من الطعام والخرق والخزف ونحو ذلك .

التاسعة : أن صاحب المنزل إذا قدم الطعام للضيف جاز له الإقدام على الأكل ، وإن لم يأذن له لفظا إذا علم أن صاحب الطعام قدمه له خاصة ، وليس ثم غائب ينتظر حضوره واستمر بدلالة الحال الجارية مجرى القطع .

العاشر : إذنه صلى الله عليه وسلم للمار بثمر الغير أن يأكل من ثمره ولا يحمل منه شيئا ، وحمل بعضهم ذلك على غير المحوط وما ليس له حارس .

الحادية عشرة : جواز قضاء الحاجة في الأقرحة والمزارع التي فيها الطرقات العظام بحيث لا تنقطع المارة ، وكذلك الصلاة فيها وإن كانت مملوكة ، ولا يكون ذلك غصبا لها ولا تصرفا ممنوعا .

الثانية عشرة : الشرب من المصانع المصنوعة على الطرقات ، وإن لم يعلم الشارب إذن أربابها في ذلك لفظا اعتمادا على دلالة الحال لكن لا يتوضأ منها ، لأن العرف لا يقتضيه إلا أن يكون هناك شاهد حال يقتضي ذلك فلا بأس بالوضوء حينئذ .

الثالثة عشرة : جواز شهادة الشاهد على القتل الموجب للقصاص أنه قتله عمدا عدوانا محضا وهو لم يقل قتله عمدا ، والعمدية صفة قائمة بالقلب ، فجاز للشاهد أن يشهد بها اكتفاء بالقرينة الظاهرة .

الرابعة عشرة : قولهم في الركاز إذا كان عليه علامة المسلمين سمي كنزا وهو كاللقطه ، وإن كان عليه شكل الصليب أو الصور أو اسم ملك من ملوك الروم فهو ركاز ، فهذا عمل بالعلامات .

الخامسة عشرة : إذا استأجر دابة جاز له ضربها إذا حركت في السير وإن لم يستأذن مالكاها .

السادسة عشرة : جواز إذن المستأجر للدار لأضيافه وأصحابه في الدخول والمبيت وإن لم يتضمن ذلك عقد الإجارة .

السابعة عشرة : جاز غسل المستأجر الثوب المستأجر إذا اتسخ وإن لم يستأذن المؤجر في ذلك .

الثامنة عشرة : أنه يجوز للوكيل على بيع السلعة قبض ثمنها وإن لم يأذن له في ذلك لفظا اعتمادا على قرينة الحال .

التاسعة عشرة : إذا وجدنا هديا مشعرا منحورا وليس عنده أحد جاز الأكل منه للقرينة الظاهرة .

العشرون : لو اشترى طعاما أو خشبا في دار رجل ، فله أن يدخل داره من باب الدواب والرجال من يحول ذلك وإن لم يأذن له المالك .

الحادية والعشرون : القضاء بالنكول واعتباره في الأحكام ، وليس ذلك إلا رجوعا إلى مجرد القرينة الظاهرة ، فقدمت على أصل براءة الذمة .

الثانية والعشرون : جواز دفع اللقطة لو اصف عفاصها ووكاءها اعتمادا على مجرد القرينة ، قال ابن الفرس واختلف أصحابنا في الوديعة والسرقه وشبهها إذا جهل صاحبها ، هل تقبل في ذلك الصفة كاللقطة أم لا ؟ .

الثالثة والعشرون : إذا تنازعا جدارا حكم به لصاحب الوجه ومعاقده القمطا والطاقت والجذوع وذلك حكم بالأمارات .

الرابعة والعشرون : قال أصحابنا : إذا تنازع الزوجان في متاع البيت ، فإن للرجل ما يعرف للرجال ، وللمرأة ما يعرف للنساء ، وقد تقدم الكلام على ذلك في بابه .

الخامسة والعشرون : النظر في أمر الخنثى والاعتماد فيه على الأمارات والعلامات والقرائن الدالة على إحدى حالتيه .

السادسة والعشرون : معرفة البكر بصماتها اعتمادا على القرينة الشاهدة بذلك .

السابعة والعشرون : اعتبار اللوث والاعتماد عليه في الإقدام على القسامة والأخذ بالقود .

الثامنة والعشرون : إرخاء الستر على الزوجة أو الخلوة بها ، قال أصحابنا : إذا دخل الرجل بامرأته وأرخى الستر عليها ثم طلق وقال : لم أصبها ، وقالت : قد وطئني صدقت ، وكان عليه الصداق كاملا ، واختلف هل يلزمها يمين أم لا ؟ .

(١) قال في المصباح المنير- العلمية - (١ / ١٦٦) (مَعَاقِدُ الْقُمَطِ) المتخذة من القصب والحصر تكون سترا بين الأسطحة تشد بحبال أو خيوط فتجعل من جانب و المستوي من جانب و (أَنْصَافُ اللَّيْنِ) هو البناء بلبنات مقطعة يكون الصحيح منها إلى جانب والمكسور إلى جانب لأنه نوع تحسين أيضا فلا يدل على ملك

التاسعة والعشرون : إذا وجدت وثيقة الدين بيد المطلوب ممحوة وهو يدعي أنه دفع ما فيها ، وسلمها رب الدين إليه ، ورب الدين منكر لذلك ويدعي على سقوطها ، فاختلف أصحابنا في ذلك ، وقد تقدم حكمها في باب القضاء بشهادة الوثيقة فيكون القول قوله مع يمينه .

الثلاثون : دعوى المرأة الاستكراه في الزنا وهي متعلقة بالمدعى عليه ، أو بها أثر أو أمارة كالصياح وشبه ذلك ، فإن ذلك قرينة يدرأ عنها الحد لأجلها .

الحادية والثلاثون : قال أصحابنا : إذا شهد شاهدان في الصحوة في المصر الكبير على هلال رمضان ولم يره غيرهما ، قال سحنون : هما شاهدا سوء قال مالك هما شاهدا سوء ، لأن ذلك قرينة ظاهرة في كذبهما .

الثانية والثلاثون : استلحاق من يكذبه العقل لصغر المستلحق أو الشرع لشهرة نسبه أو تكذبه العادة ، كما سيأتي في التاسعة والثلاثين .

الثالثة والثلاثون : إقرار المريض لو ارتب أو صديق ملاطف لا يقبل لقيام قرينة في قصده نفعهم أو اتصال ذلك لبعض ورثته على يد صديقه .

الرابعة والثلاثون : بيع المضغوط وإقراره لا يجوز لقيام قرينة الإكراه .

الخامسة والثلاثون : وجوب إقامة الحد على المرأة إذا ظهر بها حمل ولم يكن لها زوج ، وكذلك الأمة إذا لم يكن لها زوج ولا سيد معترف أنه وطئها

السادسة والثلاثون : وجوب الحد على من وجد منه رائحة الخمر أو قاءها .

السابعة والثلاثون : ما ذهب إليه مالك وأحمد رحمهما الله تعالى : من أنه لا يقبل قول المرأة أن زوجها لم يكن ينفق عليها فيما مضى من الزمان وهما في بيت واحد ، لأن ذلك قرينة دالة على كذبها .

الثامنة والثلاثون : انعقاد التبائع بالمعاطاة من غير لفظ اكتفاء بالقرائن والأمارات الدالة على الرضا : وقال بهذه المالكية والحنابلة .

وقال بها الحنفية في المحقرات وخالفهم الشافعي رحمه الله في ذلك .

التاسعة والثلاثون : أن مالكا وأصحابه رحمهم الله منعوا سماع الدعوى التي لا تشبه الصدق عرفا ، بل العرف يدل على كذبها كدعوى رجل لدار بيد حائز يتصرف بالهدم والعمارة مدة طويلة نحو عشر سنين ، والمدعي مشاهد ساكت ، ولا ثم مانع من خوف ولا قرابة ولا صهر فإن ذلك قرينة دالة على كذب الدعوى ، وكذلك لو ادعى رجل على رجل أنه سرق متاعه والمدعى عليه من لا يتهم ، فإن المدعي لا تسمع دعواه لقيام شاهد الحال على كذبه وقصده الأذى ، ويؤدب المدعي على خلاف في ذلك .

الأربعون : قال أصحابنا : إذا رأينا رجلا مذبوحا في دار والدم يجري ، وليس في الدار أحد ورأينا رجلا قد خرج من عنده في حالة منكرة ، علمنا أنه الذي قتله ، وكان لوثا يوجب القسامة والقود للقرينة الظاهرة

الحادية والأربعون : قال بعض أصحابنا : يجوز للرجل أن يلاعن امرأته ويشهد عليها بالزنا مؤكداً لذلك بأيمان اللعان إذا اعتقد وقوع الزنا وإن لم يكن رآها تزني ، كما يجوز للأعمى على المشهور في لعانه اعتماداً على القرائن والأمارات .

الثانية والأربعون : أن مالكا رحمه الله يجعل الرهن كالشاهد في قدر الدين إلى مبلغ قيمة الرهن .

الثالثة والأربعون : إذا وجد في تركة أبيه بخط أبيه أن له عند زيد كذا جاز له الدعوى بذلك ، فإن رد المدعى عليه اليمين عليه جاز له الإقدام على الحلف ، اعتماداً على صحة ما كتبه أبوه لما يعلمه من صدقه وثبته فيما يضع به خطه ، وقد تقدم هذا في دعاوى .

الرابعة والأربعون : إذا صاد بازيا في رجليه سباقان ، أو ظبياً في أذنيه قرطان أو في عنقه سلك جوهر ، فليس لواجده فيه شيء وعليه أن يعرفه كاللقطة ، لأن ذلك قرينة على أنه كان مملوكاً لغيره .

الخامسة والأربعون : لو اشترى سمكة فوجد في بطنها جوهرة مثقوبة فعليه تعريفها ، وإن كانت غير مثقوبة ما يعلم أن الأملاك لم تداولها ، فقال بعض الشيوخ : هي للبائع .

وقال الأبياني : هي للمشتري ، كمن باع حجراً لا يعلم ما هو ؟ فإذا هو جوهرة فهي للمشتري من الذهب لابن راشد .

السادسة والأربعون : لو حلف لزوجته بطلاق من يتزوج في حياتها ، ثم بانث منه ثم تزوج ، وقال : نويت ما كانت في عصمتي ، فإنه يقبل ذلك منه للقرينة التي تصدقه في الفتيا والقضاء من المذهب .

السابعة والأربعون : لو مر رجل بعبد على العشار فمسكه وأراد أن يأخذ عليه شيئاً ، فقال سيده : هو حر ، فذلك له إذا ادعى أنه قال ذلك خوفاً من العشار .

الثامنة والأربعون : إذا غنم المسلمون شيئاً من مال المشركين فوجد عليه علامة المسلمين : كالمصحف أو الفرس موسوم على فخذه حبس لله تعالى ، فإن ذلك قرينة على أنه لمسلم ، فإن عرف ربه دفع له بلا ثمن على ما هو مذكور في باب الجهاد .

التاسعة والأربعون : قال ابن راشد إذا ادعى على رجل أنه تخلف عن الجيش في الجهاد ، وقد غنم المسلمون وأرادوا منعه من نصيبه ، فإن ظهرت أمارات تدل على تخلفه أو عدم تخلفه ، عمل على ذلك ووجب المصير إليه ، كما لو شهدت عليه بينة وإلا دين .

الخمسون : نحكم بكفر من تردد إلى الكنيسة أو لبس الزنار في بلاد الإسلام أو ألقى المصحف في القاذورات أو لطح الحجر الأسود بالنجاسة ؛ لأن هذه الأفعال قرينة دالة على الكفر وإن لم تكن في نفسها كفرا ، نقله ابن راشد وابن عبد السلام

فهذه خمسون مسألة جرى العمل بها بما دلت عليه القرائن التي لولاها لضاعت الحقوق وتعطلت الأحكام فيها ، وهذا مما تأباه الشريعة الإسلامية التي جاءت لإقامة العدل وصيانة الحقوق.

وبنحو ذلك قال السادة الحنابلة ، فقد عملوا بالقرائن في أحوال كثيرة ، وقد ساق ابن القيم رحمه الله تعالى في الطرق الحكمية وفي الهدي النبوي أدلة كثيرة على العمل بها ، وأخذ من قصة حبي بن أخطب يوم أن خبأ ماله منطلقا لذلك الاستدلال فقال عندها :

وفيها دليل على الأخذ بالقرائن في الاستدلال على صحة الدعوى وفسادها ، لقوله صلى الله عليه وسلم لسعية لما ادعى نفاذ المال " العهد قريب والمال أكثر من ذلك" ٢.

وكذلك فعل نبي الله سليمان بن داود في استدلاله بالقرينة على تعيين أم الطفل الذي ذهب به الذئب ، وادعت كل واحدة من المرأتين أن الذي ذهب به الذئب ابن الأخرى ، واختصمتا في الآخر فقضى به داود للكبرى اعتمادا على اليد ، فخرجتا إلى سليمان ، فقال بم قضى بينكما نبي الله ، فأخبرته فقال اتوني بالسكين أشقه بينكما ، فقالت الصغرى : لا تفعل رحمك الله هو ابنها ، فقضى به للصغرى. فاستدل بقرينة الرحمة والرأفة التي في قلبها ، وعدم سماحتها بقتله وسماحة الأخرى بذلك لتصير أسوتها في فقد الولد على أنه ابن الصغرى. قال ابن القيم: فلو اتفقت مثل هذه القضية في شريعتنا ، لقال أصحاب أحمد والشافعي ومالك رحمهم الله عمل فيها بالقافة ، وجعلوا القافة سببا لترجيح المدعي للنسب رجلا كان أو امرأة . قال أصحابنا : وكذلك لو ولدت مسلمة وكافرة ولدين وادعت الكافرة ولد المسلمة وقد سئل عنها أحمد ، فتوقف فيها . فقيل له: ترى القافة ؟ فقال : ما أحسنها ، فإن لم توجد قافة وحكم بينهما حاكم بمثل حكم سليمان ، لكان صوابا ، وكان أولى من القرعة ، فإن القرعة إنما يصار إليها إذا تساوى المدعيان من كل وجه ولم يترجح أحدهما على الآخر ، فلو ترجح بيد أو شاهد واحد أو قرينة ظاهرة من لوث أو نكول خصمه عن اليمين أو موافقة شاهد الحال لصدقه كدعوى كل واحد من الزوجين ما يصلح له من قماش البيت والأنية ، ودعوى كل واحد من الصانعين آلات صنعته ، ودعوى حاسر الرأس عن العمامة عمامة من بيده عمامة وهو يشتد عدوا ، وعلى رأسه أخرى ، ونظائر ذلك قدم ذلك كله على القرعة .

(١) المرجع السابق ٩٥ - ٩٨

(٢) والحديث أخرجه ابن حبان في المزارعة من حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما برقم: ٥٢٧٦

ومن هذا ما شرعه الله سبحانه وتعالى لنا من قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين في الوصية في السفر وأن وليي الميت إذا اطلعاً على خيانة جاز لهما أن يحلفا ويستحقا ما حلفا عليه وهذا لوث وأولى بالجواز منه ، وعلى هذا إذا اطلع الرجل المسروق ماله على بعضه في يد خائن معروف بذلك ولم يتبين أنه اشتراه من غيره جاز له أن يحلف أن بقية ماله عنده وأنه صاحب السرقة استناداً إلى اللوث الظاهر والقرائن التي تكشف الأمر وتوضحه ، وهو نظير حلف أولياء المقتول في القسامة أن فلانا قتله سواء ، بل أمر الأموال أسهل وأخف ولذلك ثبت بشاهد ويمين ، وشاهد وامرأتين ، ودعوى ونكول ، بخلاف الدماء . فإذا جاز إثباتها باللوث فأثبات الأموال به بالطريق الأولى والأخرى . والقرآن والسنة يدلان على هذا وهذا ، وليس مع من ادعى نسخ ما دل عليه القرآن من ذلك حجة أصلاً ، فإن هذا الحكم في (سورة المائدة) ، وهي من آخر ما نزل من القرآن وقد حكم بموجبها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بعده كأبي موسى الأشعري وأقره الصحابة .

ومن هذا أيضاً ما حكاه الله سبحانه في قصة يوسف من استدلال الشاهد بقريضة قد قميص من دبر على صدقه وكذب المرأة وأنه كان هارباً مولياً ، فأدرسته المرأة من ورائه فحبذته فقدت قميصه من دبر فعلم بعلمها والحاضرون صدقه وقبلوا هذا الحكم وجعلوا الذنب ذنبها ، وأمروها بالتوبة وحكاه الله - سبحانه وتعالى - حكاية مقرر له غير منكر ، والتأسي بذلك وأمثاله في إقرار الله له وعدم إنكاره لا في مجرد حكايته ، فإنه إذا أخبر به مقراً عليه ومثيلاً على فاعله ومادحا له دل على رضاه به وأنه موافق لحكمه ومرضاته ، فليتدبر هذا الموضوع فإنه نافع جداً .

ثم قال: ولو تتبعنا ما في القرآن والسنة وعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه من ذلك لطلال وعسى أن نفرده فيه مصنفاً شافياً إن شاء الله تعالى ١ .

قلت: وقد فعل ذلك في كتابه الطرق الحكمية في السياسة الشرعية

واستدل في إعلام الموقعين ٢ من قصة مغيث وبريرة على ما ذهب إليه فقال: فإن قيل فكيف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم المغيث من غير بينة ولا إقرار؟

قيل: هذا من أدل الدلائل على اعتبار القرائن والأخذ بشواهد الأحوال في التُّهم ، وهذا يشبه إقامة الحدود بالرائحة والقيء كما اتفق عليه الصحابة ، وإقامة حد الزنا بالحبل كما نص عليه عمر وذهب إليه فقهاء أهل المدينة واحمد في ظاهر مذهبه ، وكذلك الصحيح أنه يقام الحد على المتهم بالسرقة إذا وجد المسروق عنده ، فهذا الرجل لما أدرك وهو يشتد هرباً ، وقالت المرأة: هذا هو الذي فعل بي وقد اعترف بأنه دنا منها وأتى إليها ، وادعى أنه كان مغيثاً لا مريباً ، ولم ير أولئك الجماعة غيره ، كان في هذا أظهر الأدلة

(١) زاد المعاد - (٣ / ١٣٠) ، (٢ / ٨)

على أنه صاحبها ، وكان الظن المستفاد من ذلك لا يقصر عن الظن المستفاد من شهادة البينة واحتمال الغلط وعداوة الشهود كاحتمال الغلط أو عداوة المرأة ههنا ، بل ظن عداوة المرأة في هذا الوضع في غاية الاستبعاد فنهاية الأمر أن هذا لو ثبت ظاهر لا يستبعد ثبوت الحد بمثله شرعا كما يقتل في القسامة باللوث الذي لعله دون هذا في كثير من المواضع ، فهذا الحكم من أحسن الأحكام وأجراها على قواعد الشرع ، والأحكام الظاهرة تابعة للأدلة الظاهرة من البيئات والأقارير وشواهد الأحوال ، وكونها في نفس الأمر قد تقع غير مطابقة ولا تتضبط ، أمر لا يقدر في كونها طرقا وأسبابا للأحكام ، والبينة لم تكن موجبة بذاتها للحد ، وإنما ارتباط الحد بها ارتباط المدلول بدليله ، فإن كان هناك دليل يقاومها أو أقوى منها لم يلغ الشارح ، وظهور الأمر بخلافه لا يقدر في كونه دليلا كالبينة والإقرار. اهـ

وهذا استدلال وجيه ، وحجته ظاهرة ، لا يسع من يلي أمر المسلمين إلا العمل به وإلا لأضاع حقوقا كثيرة وضاعت العدالة المنشودة ، فإن أهملها الحاكم أو الوالي أضاع حقا كثيرا وأقام باطلا كثيرا وإن توسع فيها وجعل معوله عليها دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد^١

وبمثل ذلك قال الشافعية والحنفية في مسائل متفرقة عملوا فيها بالقرائن كاللوث والقسامة ومتاع البيت وغير ذلك كثير كما أشير إلى بعضها في المسائل المعدودة التي ذكرت عند السادة المالكية.

وقد اتفق الجميع على أن القرائن تقدم أحيانا على بينة الإقرار أو الشهادة كما تقدم في قصة حكم نبي الله سليمان عليه السلام في شأن الغلام الذي تنازعتا المرأتان ، فإنه قدم قرينة رضا الأم المقر لها ببنته من أمه الحقيقية خشية شقه نصفين ، لما رأى أن حنان الأمومة مفقود عندها ووجده عند الأمة المقررة القائلة : " لا تفعل يرحمك الله هو ابنها فقضى به للصغرى"^٢

وكما لو أقر إنسان ببنة ولد لا يولد لمثله ، وإقرار الصغير بالبلوغ وسنه لا تحتل ذلك ، وإقرار المرأة بانقضاء عدتها ثم ولدت لأقر من ستة أشهر مولودا سويا ، إلى غير ذلك من المسائل المتفق عليها التي تقدم فيها القرائن على الأدلة المعتبرة^٣

فلأن تقدم القرائن عند فقد الأدلة من باب أولى ، وهذا ما صرح به ابن فرحون بقوله : على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت ، فما ترجح منها مضى بجانب الترجيح ، وهو قوة التهمة ، ولا خلاف في الحكم بها ، وقد جاء العمل بها في مسائل اتفقت عليها المذاهب الأربعة ، وبعضها قال به المالكية خاصة..

(١) المرجع السابق ص ٣

(٢) صحيح البخاري في التفسير عند قوله تعالى { ووهبنا لداود سليمان }

(٣) انظر تعارض البيئات في الفقه الإسلامي لمحمد عبد الله الشنقيطي ص ١٤٩

وبينه ابن القيم في الطرق الحكمية^١ بقوله : " فالبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد لم يوف مسماها حقه ، قال : " ولم تأت البينة قط في القرآن مرادا بها الشاهدان وإنما أتت مرادا بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة ، وكذلك قول النبي صلى الله عليه و سلم : البينة على المدعي^٢

المراد به أن عليه بيان ما يصح دعواه ليحكم له والشاهدان من البينة.

ولا ريب أن غيرها من أنواع البينات قد يكون أقوى منها لدلالة الحال على صدق المدعي ، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد ، والبينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمانة متقاربة في المعنى.

وبهذا نستطيع أن نقول :

إن الفقهاء مجمعون على الأخذ بالقرائن في الجملة ، وإن اختلفوا في التفصيل.. فمنهم من ذكرها صراحة واعتبرها وسيلة من وسائل الإثبات ومنهم من ذكرها في مسألة.. وفي هذا يقول الشيخ محمود شلتوت : (ومما ينبغي المسارعة إليه أن الناظر في كتب الأئمة يجد أنهم مجمعون على مبدأ الأخذ بالقرائن في الحكم والقضاء وأن أوسع المذاهب في الأخذ بها هو مذهب المالكية ثم الحنابلة ثم الشافعية ثم الحنفية ، ولا يكاد مذهب من المذاهب الإسلامية يخلو من العمل بالقرائن حتى بالنسبة لمن أنكرها^٣ .

وقد صرح الشوكاني رحمه الله تعالى بأن العمل بالقرائن القوية مع عدم ما هو أقوى منها مجمع عليه^٤

ونقلت موسوعة الفقه الكويتية^٥ نفي الخلاف بين فقهاء المذاهب في بناء الحكم على القرينة القاطعة ، مستدلين بالكتاب والسنة وعمل الصحابة

الضوابط الشرعية للأخذ بالقرائن

ومع القول بترجيح الأخذ بقرائن الأحوال في كثير من القضايا ، إلا أن ذلك ليس على إطلاقه ، بل لا بد أن يقيد ذلك بقيود تضبطها تحقيقا للعدالة المنشودة ، وأهم هذه الضوابط ما يلي :

(١) أن لا تكون القرائن متعارضة مع أصل شرعي ، فلا تقبل قرينة الفحص الجيني والبصمة الوراثية لنفي نسب الفراش ؛ لأن الشارع اطلع على ذلك وألغى ما يماثل

(١) ص ١٦

(٢) أخرجه الترمذي في الجنائز من حديث عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته : " البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه " برقم ١٢٩٨

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي - (٢ / ٢٣٣٩٣) من بحث الدكتور حسن سفر وانظر لكتاب الشيخ شلتوت الإسلام عقيدة وشرعية ص ٢١١

(٤) السيل الجرار - (٤ / ١٧٦)

(٥) في مبحث الإثبات ٢٤٤/١

الفحص، في وقائع كثيرة كما روى البخاري ومسلم^١ من حديث عائشة رضي الله عنها ، أنها قالت : اختصم سعد بن أبي وقاص ، وعبد بن زمعة في غلام ، فقال سعد : هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص ، عهد إلي أنه ابنه انظر إلي شبيهه ، وقال عبد بن زمعة : هذا أخي يا رسول الله ، ولد على فراش أبي من وليدته ، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبيهه ، فرأى شبيها بينا بعتبة ، فقال : " هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش وللعاهر الحجر ، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة " فلم تره سودة قط"

ولما أتاه الأعرابي يريد أن ينفي ولده لكونه لم يأت على شيته لم يقبل منه وقد ولد على فراشه كما روى البخاري ومسلم^٢ من حديث أبي هريرة ، أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : يا رسول الله ، ولد لي غلام أسود ، فقال : " هل لك من إبل ؟ " قال : نعم ، قال : " ما ألوانها ؟ " قال : حمر ، قال : " هل فيها من أورك ؟ " قال : نعم ، قال : " فأنى ذلك ؟ " قال : لعله نزعه عرق ، قال : " فلعل ابنك هذا نزعه "

وبناء عليه فلا يجوز نفي نسب المولود بشبهة اللون ونحوه، وذلك لقوة أثر الفراش، ورغبة الشارع في الحفاظ على الأنساب حتى يتعايش الناس على التعاون والتعارف، و جعل جزء ما قد يحدث من المرأة من فساد أخرويا كما روى أبو هريرة رضي الله تعالى عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول حين نزلت آية المتلاعنين : " أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم ، فليست من الله في شيء ، ولن يدخلها الله جنته ، وأيما رجل جحد ولده ، وهو ينظر إليه ، احتجب الله منه ، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين "^٣

(٢) أن لا يكون ذلك في الحدود لأنها تدرأ بالشبهات، عملا بقوله ﷺ : " ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم لمسلم مخرجا فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ بالعقوبة "^٤ وحديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال : " لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمتها "^٥

وقد أجمع الفقهاء على أن الحدود تدرأ بالشبهات، والشبهة ما يشبهه الثابت وليس بثابت ، سواء كانت في الفاعل : كمن وطئ امرأة ظنها حليلته، أو في المحل : بأن يكون للواطئ فيها ملك، أو شبهة ملك كالأمة المشتركة؛ أو في الطريق؛ بأن يكون حراما عند قوم ، حلالا عند آخر^٦.

(١) البخاري في البيوع برقم ٢١٢٦ مسلم في الرضاع برقم ٢٧٢٣

(٢) البخاري في الطلاق برقم ٥٠٠٣ ومسلم في اللعان برقم ٢٨٣٤

(٣) أخرجه أبو داود في أبواب الطلاق - باب التغليظ في الانتفاء حديث: ١٩٤١

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرک من حديث شرحبيل بن أوس وصححه: ٨٢٣٢

(٥) صحيح مسلم - كتاب اللعان حديث: ٢٨٢٩

(٦) الموسوعة الفقهية ١٣٤/١٧

نعم يكون العمل بها لحصول الإقرار، وذلك عند من عرف بالشر ولا بينة عليه، وذلك بأن يؤخذ بالشدة حتى يقر، كما فعل سيدنا علي رضي الله تعالى مع الضعيفة التي حملت كتاب حاطب بن أبي بلتعة - رضي الله تعالى عنه - لأهل مكة، وفيه قال سيدنا علي رضي الله تعالى عنه: أخرجني الكتاب، فقالت: ما معي من كتاب، فقلنا: لتخرجن الكتاب أو لنلقين الثياب، فأخرجته من عقاصها^١

وهذا ما نص عليه فقهاء السياسة الشرعية وغيرهم، فقد قال الماوردي رحمه الله تعالى: إنه يجوز للأمير مع قوة التهمة أن يضرب المتهم ضرب التعزير لا ضرب الحد ليأخذه بالصدق عن حاله فيما قرف به واتهم، فإن أقر، وهو مضروب اعتبرت حاله فيما ضرب عليه، فإن ضرب لم يكن لإقراره تحت الضرب حكم، وإن ضرب ليصدق عن حالة وأقر تحت الضرب قطع ضربه واستعيد إقراره، فإذا أعاده كان مأخوذاً بالإقرار الثاني دون الأول، فإن اقتصر على الإقرار الأول ولم يستعده لم يضيق عليه أن يعمل بالإقرار الأول، وإن كرهناه^٢

(٣) أن لا تكون القرينة ضعيفة بحيث لا يكون الأخذ بها إلا تمحلاً، كما تقدم بيانها، بل لا بد أن تكون قوية قاطعة وهي الأمانة البالغة حد اليقين، وهي التي تفيد العلم لدى القاضي لا مجرد الظن

(٤) أن لا تعارض البينة العادلة الأخرى كالشهادة والإقرار، إلا أن يتبين عدم صحة الشهادة لكونها شهادة زور أو اختلف أدائها، أو كان الإقرار رغبا أو رهبا كما تقدم من قصة المرأتين عند نبي الله سليمان عليه السلام، أو أن تعارض قرينة أخرى أقوى منها كسلامة قميص يوسف من التمزيق مع ادعاء أكل الذئب له^٣

فإذا توفرت هذه الضوابط والقيود لم يكن بد من الأخذ بالقرائن التي يتوصل بها إلى استخراج الحقوق وإقامة العدالة بين الناس .

القرائن المعاصرة

إنه بتطور العلم تطورت وسائل الإثبات بالقرائن حتى أصبح الاستدلال بالقرائن أسهل وأوثق من القرائن الظاهرة التي كانت معروفة قبل، وتطور استنتاج الأدلة منها بشكل يفضي إلى اليقين عند القاضي وذلك بالقرائن التالية:

- ١ البصمات
- ٢ الكتابة
- ٣ القيافة

(١) صحيح البخاري - كتاب الجهاد والسير باب الجاسوس - حديث رقم: ٢٨٦٦

(٢) الأحكام السلطانية ٤٣٩

(٣) انظر القضاء بالقرائن المعاصرة للدكتور عبد الله العجلان ١/١٨٩ - ١٩٢ وطرائق الحكم المتفق عليه والمختلف فيها للدكتور سعيد الزهراني ص ٣٤١

٤	الكلاب المعلمة
٥	التشريح
٦	التحاليل المخبرية
٧	الصور الفوتوغرافية
٨	التسجيلات الصوتية

ولهذه القرائن طرق كثيرة في استخراج الدلالة الظاهرة أو الخفية يطول بحثها واحدة واحدة، إلا أنها تتبع من أصل واحد وهو أنها تحمل معنى البينة التي يطمئن لها القاضي لنطقه بالحكم، إذا خلت عن الموانع النافية، وهي تحمل من الدلائل البينات على إقامة العدل ما لا يوجد في كثير من الدلائل الأخرى.

وقد ناقش بعضها المجمع الفقهي التابع للرابطة في دورته السادسة عشرة وأقر العمل بها وجاء في نص قراره السابع ما نصه:

أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين، أو نفيهم عنهما، وفي إسناد العينة (من الدم أو المنى أو اللعاب) التي توجد في مسرح الحادث إلى صاحبها، فهي أقوى بكثير من القيافة العادية (التي هي إثبات النسب بوجود الشبه الجسماني بين الأصل والفرع)، وأن الخطأ في البصمة الوراثية ليس وارداً من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك. وبناء على ما سبق قرر ما يلي:

أولاً: لا مانع شرعاً من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي، واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص؛ لخبر: "ادْرؤُوا الحُدُودَ بالشُّبُهَاتِ". وذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع، ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم، وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة.

ثانياً: إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بمنتهى الحذر والحيطة والسرية، ولذلك لا بد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية.

ثالثاً: لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان.

رابعاً: لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة؛ لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصوناً لأنسابهم.

خامساً: يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التالية:

(i) حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه .

(ب) حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال

(ج) ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب .

(د) حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب،

وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد

التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين.

سادساً: لا يجوز بيع الجينوم البشري لجنس، أو لشعب، أو لفرد، لأي غرض، كما

لا تجوز هبتها لأي جهة، لما يترتب على بيعها أو هبتها من مفسد¹.

ولا ريب أن هذا القرار يشكل أرضية صالحة للعمل بكل القرائن الأخرى التي لا تقل وثاقه عن البصمة، وقد استند في ذلك في مقدمة القرار إلى أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين، أو نفيهم عنهما، وفي إسناد العينة (من الدم أو المنى أو اللعاب) التي توجد في مسرح الحادث إلى صاحبها، فهي أقوى بكثير من القيافة العادية (التي هي إثبات النسب بوجود الشبه الجسماني بين الأصل والفرع)، وأن الخطأ في البصمة الوراثية ليس وارداً من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك.

وهذا الاستدلال وجيه من حيث الواقع، لذلك كان القرار واضحاً وصالحاً للتطبيق.

لهذا كله يقترح الباحث أن يصدر المجمع قراراً يفيد الأخذ بالقرائن القديمة والمعاصرة، وذلك في الحالات التالية:

(١) خلو المسألة المعروضة عن دليل آخر بين تقوم به الحجة ويحفظ به الحق

(٢) كون القرينة قوية لا تعارضها قرينة أخرى أقوى منها

(٣) كون القرينة في غير الحدود الشرعية التي تدرأ بالشبهات

(٤) كون القرينة قد أخذت حظها من البحث والتمحيص والوسائل التقنية

المعاصرة العالية الجودة وبأيد خبيرة أمينة

(٥) كون القرينة معترف بها عند ذوي العرف، ويصدر باعتمادها قرار قضائي

نزيه.

(^١) قرارات المجمع الفقهي ص ٣٤٥

وبهذا نكون قد أصلنا لتحقيق العدالة الشرعية تأصيلا معاصرا في تطبيقه قديما في
تفعيده وترتيبه ، ومنعنا كثيرا من وسائل الفساد المؤدية إلى إضاعة الحقوق.
والله تعالى أعلم وعلمه أتم وأكرم وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى
آله وصحبه وسلم

وكتبه الفقير إلى عفو الله تعالى

د. أحمد بن عبد العزيز الحداد

٢٢ ربيع الأول ١٤٣٣ هـ

١٤ فبراير ٢٠١٢ م

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار رقم ١٩٤ (٢٠/٩)

بشأن

الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدات)

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهران (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من ٢٦ شوال إلى ٢ من ذي القعدة ١٤٣٣هـ، الموافق ١٣ - ١٨ سبتمبر (أيلول) ٢٠١٢م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى أمانة المجمع في موضوع: الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدات)، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،

قرر ما يأتي:

أولاً: تعريف القرينة:

أمر ظاهر يُستفاد منه في معرفة أمر مجهول.

ثانياً: أنواع القرائن:

إن للقرينة مفهوماً واسعاً يستوعب أنواعاً متعددة باعتبارات مختلفة، وقد استجدت قرائن كثيرة تبعاً لتطور الحياة العلمية كالبصمة بأنواعها المختلفة، والتصوير، والتسجيل الصوتي، والتوقيع الإلكتروني، والرسائل الإلكترونية ونحوها.

ثالثاً: العمل بالقرائن:

الأصل أن لا يُقضى إلا بحجة شرعية تبين الحق من إقرار، أو شهادة، أويمين، فإن لم يوجد شيء من ذلك جاز العمل بالقرائن القطعية؛ نصية كانت أو قضائية، وعلى ذلك:

(١) يجوز الاعتماد على القرائن القطعية المستجدة في إثبات الحقوق المالية والجرائم المختلفة ما عدا الحدود والقصاص.

(٢) يجوز الاعتماد على القرائن في إثبات العقود ما لم يرد عليها ما يبطلها.

(٣) يستأنس بالقرائن غير القطعية لإثبات الحقوق ونحوها إذا وجدت دلائل أخرى يطمئن إليها القضاء.

رابعاً: البصمة الوراثية:

البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثل تطورا عصريا ضخما في مجال القيافة الذي تعتد به جمهرة المذاهب الفقهية في إثبات النسب المتنازع فيه، على أن تؤخذ هذه القرينة من عدة مختبرات.

ويمكن الاستئناس بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب، فيما يؤخذ فيه بالقامة من باب أولى، في الحالات التالية:

(١) حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء.

(٢) حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية المواليد والأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنايب.

(٣) حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث والكوارث وتعذر معرفة أهليهم، وكذا عند وجود جثث لم يتمكن من معرفة هويتها بسبب الحروب أو غيرها.

خامساً: لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا تقدم على اللعان.

والله أعلم

بيان مجلس مَجْمَعِ الفقه الإسلامي الدولي

بشأن

إنتاج فلم يسيء إلى مقام النبي الأعظم ﷺ في الولايات المتحدة الأمريكية

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد،

إن مجلس مَجْمَعِ الفقه الإسلامي الدولي وهو يعقد مؤتمر الدورة العشرين بمدينة وهران الباهية، بالجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، في الفترة من ٢٦ شوال إلى غرة ذي القعدة ١٤٣٣هـ، الموافق من ١٣ إلى ١٨ سبتمبر ٢٠١٢م، ينظر بقلق بالغ إلى ما توجه إليه سعي بعض الحاقدين على الإسلام من إنتاج فلم أراد منه النيل من مقام النبي الأعظم محمد ﷺ في الولايات المتحدة الأمريكية.

إن هذا العمل الذي يتنافى مع الشرائع السماوية والمواثيق الدولية والقيم الإنسانية يستفز الأمة الإسلامية جمعاء في أخص مقدساتها، وهو النبي الرسول محمد ﷺ، المبعوث رحمة الله للعالمين، كما يستفز غيرهم من ذوي الضمائر الحية، ولا يخدم السلام ولا التعايش، ويفضي إلى حدوث تطرف مقابل، ويؤدي إلى ما لا تحمد عقباه.

وإن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي إذ يستتكر هذا الفعل الشائن والتصرف المنكر وغيره مما يصدر عن ذوي الاتجاهات السيئة يوضح ما يلي:

أولاً: إن الحرية ليست قيمة مطلقة، وإنما ترتبط بالمسؤولية، وشرطها ألا تمس الآخرين في حقوقهم المعنوية والمادية فكيف إذا تجاسرت على مقام المقدسات للأديان وأتباعها؟!، لقد أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة ذلك في أكثر من مناسبة. ففي الدورة التاسعة والخمسين في الجلسة العامة المنعقدة ١١/١١/٢٠٠٤ صدر قرار بتشجيع الحوار بين الأديان، وهو يدعو إلى مناهضة تشويه صورة الأديان. ويؤكد أن التناصح المتبادل والحوار بين الأديان يشكلان بُعدين مهمين للحوار فيما بين الحضارات وثقافة السلام.

وفي لجنة حقوق الإنسان (الدورة الحادية والستون) تمت الإشارة إلى ما يلحق الأقليات والطوائف المسلمة في بعض البلدان غير الإسلامية، وإلى التصوير السلبي للإسلام في وسائل الإعلام، وإلى اعتماد وإنفاذ قوانين تمييز ضد المسلمين واستهدافهم. وقررت اللجنة اعتماد القرارات المتعلقة بمناهضة تشويه صورة الأديان. كما دعت اللجنة الدول إلى اتخاذ إجراءات حازمة لحظر القيام بنشر الأفكار والمواد القائمة على العنصرية وكرهية الأجانب والموجهة ضد أي دين من الأديان أو أتباعه والتي تشكل تحريضاً على التمييز أو العداوة أو العنف.

ومن أهم ما تناوله هذا القرار التأكيد على أن تشويه صورة الأديان سبب من أسباب التنافر الاجتماعي، ويفضي إلى حدوث انتهاكات لحقوق الإنسان. ويؤثر سلباً على التعايش السلمي والاحترام المتبادل بين أتباع الديانات.

ثانياً: يرفض مجلس المجمع الانتقائية في التعامل مع قضايا الإسلام والمسلمين ويطالب قادة تلك الدول التي صدرت فيها هذه الأعمال الشائنة بمنع صدورها ونشرها وعدم الاكتفاء بالإدانة التي لا يترتب عليها عمل حقيقي يوقفها عند حدها، ويحاسب مرتكبيها.

ثالثاً: يدعو مجلس المجمع قادة الدول الإسلامية إلى اتخاذ مواقف حازمة تجاه هذه التصرفات وتحذير قادة هذه الدول من مغبة آثارها على مصالح تلك الدول ومستقبل العلاقات بين الشعوب والحضارات.

رابعاً: يهيب مجلس المجمع بمنظمات المجتمع المدني الغربية وشرفاء العالم وأصحاب الضمير الحر أن يستذكروا هذا السلوك الشاذ والاحتشاد خلف القيم الحضارية التي تصون عقائد أهل الأديان واحترام رموزهم، ويدعو المجلس الأمم المتحدة إلى استصدار قرارات ملزمة تجرم أي عمل يثير الكراهية ضد الإسلام ورموزه ومقدساته.

خامساً: يدعو مجلس المجمع المسلمين في مختلف هيئاتهم إلى تنفيذ هذه المواقف المشبوهة وأن يكون تعبيرهم عن نصره نبيهم ﷺ نهجاً سلمياً منضبطاً بقواعد الشرع دون تعدد على الأنفس والممتلكات والبعثات الدبلوماسية صونا للعهود والمواثيق والتزاماً بتعاليم الإسلام وقيمه.

سادساً: يحث مجلس المجمع المسلمين على التزام التأسى بنهج المصطفى ﷺ وتجسيد قدوته على أرض الواقع، والعمل على نشر رسالته التي جاءت رحمة للعالمين بأبعادها الإنسانية المختلفة للتعريف بها وتصحيح الصورة الخاطئة التي يحاول تبنيها أعداء الإسلام وخصومه، والمسلمون لا يتطرق إلى قلوبهم شك بأن دين الله محفوظ، وأن الإسلام هو الظاهر، وأنه عز وجل مُعلِّم كلمته وناصر نبيه ﷺ، ومظهر دعوته على العالمين، وداحر شائئيه، قال عز شأنه: ﴿ إِنَّا كَفَيْنَاكَ الْمُسْتَهْزِئِينَ ﴾ [النحل، ١٩٥]، وقال سبحانه: ﴿ إِنَّ شَانِئَكَ هُوَ الْأَبْتَرُ ﴾ [الكوثر، ٣].

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين.

بيان مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي

بشان

مدينة القدس والمسجد الأقصى المبارك

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن مجلس مَجْمَع الفقه الإسلامي الدولي وهو يعقد مؤتمر الدورة العشرين بمدينة وهران الباهية، بالجمهورية الجزائرية الشعبية الديمقراطية، في الفترة من ٢٦ شوال إلى غرة ذي القعدة ١٤٣٣هـ، الموافق من ١٣ إلى ١٨ سبتمبر ٢٠١٢م،

إذ يتابع ما تقوم به سلطات الاحتلال الإسرائيلي من محاولات مستمرة بغية تهويد مدينة القدس والعمل على هدم مسجدها الأقصى المبارك، من خلال مصادراتها المستمرة لمساحات واسعة من الأراضي المحيطة بالمسجد الأقصى المبارك، لإقامة مبان ضخمة لتفصل بها حي سلوان عن المسجد الأقصى من الجهة الجنوبية، ولتفصل البلدة القديمة عن المسجد الأقصى المبارك من الجهة الغربية، وكذلك قيامه مؤخراً بحفر قبور وهمية في مناطق عدة من الأراضي المشرفة على المسجد الأقصى المبارك من الجهة الجنوبية، واستمراره في الحفريات في محيط المسجد الأقصى وأسفل المبنى الرئيسي الأمامي له مما يعرضه للانهيان،

وإن المجلس إذ يتابع هذه الأمور بقلق بالغ يستتكر بشدة هذه الأعمال الإجرامية، كما يستتكر ما تقوم به سلطات الاحتلال من اقتحامات متكررة لباحات المسجد سواء من قبل المسؤولين في حكومة الاحتلال أو من المجموعات اليهودية المتطرفة لفرض واقع جديد في المسجد وتقسيمه زمانياً ومكانياً.

وإذ يستتكر المجلس كل هذا ليؤكد في دورته العشرين المنعقدة بمدينة وهران بالجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية على:

أن المسجد الأقصى المبارك بجميع مرافقه وساحاته ومساطبه هو للمسلمين وحدهم ولا يحق لأي أحد أن يتصرف في أي جزء منه، كما يحمل سلطات الاحتلال مسؤولية المساس بحرمة المسجد الأقصى المبارك، ويناشد المسلمين في مشارق الأرض ومغاربها حكومات وشعوباً أن يتحملوا مسؤولياتهم الدينية تجاه مدينة القدس ومسجدها المبارك.

هذا، وصلى الله على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

**بيان مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي
بشأن
الأحداث الجارية في الجمهورية العربية السورية**

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

فإن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورته العشرين في مدينة وهران بالجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بتاريخ: ٢٦ شوال ١٤٣٣ هـ الموافق ٢٠١٢/٩/١٣ م،

إذ يتابع الأحداث الجارية في الجمهورية العربية السورية منذ ما يزيد على ثمانية عشر شهراً ومطالبه شعبها بالحرية والكرامة ودفع الظلم، والذي بدأ بمظاهرات سلمية، قابلها النظام الحاكم بالقتل والاعتداء على الأموال والأعراض وتدمير المنازل، ليستتكر هذه الأعمال الوحشية، يعلن:

أولاً: تأييده للشعب السوري في مطالبه بالحرية والكرامة والعزة.

ثانياً: يؤكد على بقاء الدولة السورية موحدة، ويستتكر كل دعوة للتفرقة والطائفية والتقسيم.

ثالثاً: يستتكر العدوان الوحشي على المتظاهرين السلميين وقتلهم والتمثيل بهم بصور وحشية، كما يستتكر تدمير المدن والقرى وإهلاك الحرث والنسل.

رابعاً: يطالب النظام السوري فوراً بالكف عن أعمال العدوان والقتل وسفك الدماء، ورفع جميع المظاهر المسلحة.

خامساً: يطالب بإطلاق سراح المعتقلين بأسرع وقت.

سادساً: يطالب النظام السوري بالسماح لجميع هيئات الإغاثة بمداواة الجرحى والمصابين وإيصال المعونات من الغذاء والدواء إلى المجروحين والمحرومين.

سابعاً: يناشد المجتمع الدولي وجميع دول العالم بالوقوف صفاً واحداً مع الشعب السوري، كما يطالب جميع الدول بأن تكون مع الشعب ومصالحه.

ثامناً: يطالب جميع دول العالم وشعبه بالمسارعة بإمداد الشعب السوري بالمعونات الإنسانية وحماية المواطنين، وإغاثة اللاجئين والمشردين والجرحى.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين.