

مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية مُحكَّمة متخصصة في الفقه الإسلامي

العدد الحادي والستون - السنة السادسة عشرة - شوال - ذو القعدة - ذو الحجة ١٤٢٤ هـ - ديسمبر (كانون الأول) ٢٠٠٣ م - يناير (كانون الثاني) - فبراير (شباط) ٢٠٠٤ م

في هذا العدد

حُجَّةُ الرُّسُول ﷺ بين الأفراد الدكتور/ محمد تاج شيخ
والتمتع والقران - دراسة عبدالرحمن العروسي
جامعة للأحاديث والآثار
الواردة في ذلك .

الاستنساخ في نظر الإسلام الدكتور/ عبد الفتاح محمود
إدريس (بحث مقارنة).

تحويل الملكية العامة إلى الملكية الدكتور/ مصلح بن عبد الحي
الخاصة في الفقه الإسلامي. النجار

أحكام السور الدكتور/ عواض بن هلال العمري

التعويض عن السجن - دراسة الدكتور/ ناصر بن محمد الجوفان
مقارنة.

فتاوى الفقهاء

- غصب الوقف .
- التحليل من المظالم .
- الرهن بجمع الشيئين المختلفين من نبات في الأرض وغيره .
- حكم ما إذا طلب صاحب الوديعة فأخبرها مع قدرته
وحكم من مات وعنده وديعة لم تتميز عن ماله .

مسائل في الفقه

- حكم ما إذا كان علاج الزوجة المريضة يجب على زوجها .
- حكم ما إذا كان يجوز التطهر بماء البحر .
- الولي الذي يحق له تزويج المرأة .
- حكم من لم يحضر صلاة الجمعة لعذر .
- حكم متعة الطلاق وما يجب فيها .

مجاناً مع هذا العدد : رسالة في فقه الحج .

مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية فصلية مُحكَّمة متخصصة في الفقه الإسلامي

العدد الحادي والستون

السنة السادسة عشرة - شوال - ذو القعدة - ذو الحجة ١٤٢٤هـ - ديسمبر (كانون الأول) ٢٠٠٣م - يناير (كانون الثاني) - فبراير (شباط) ٢٠٠٤م

صاحبها ورئيس تحريرها د/ عبد الرحمن بن حسن النفيسة

* الاشتراكات :

قيمة الاشتراك السنوي ، للدوائر الحكومية

والمؤسسات والشركات ٢٠٠ ريال

* الافراد ١٠٠ ريال

* سعر النسخة :

السعودية : ١٥ ريالاً. السودان : ١٥ ديناراً.

موريتانيا : ١٢٠٠ أوقية الجزائر : ١٢ دينار.

سلطنة عمان : ٩٠٠ بيزه مصر : ٥ جنيهات

الكويت : دينار ونصف. سوريا : ٥٠ ليرة

الإمارات : ١٥ درهماً. اليمن : ١٥ ريالاً

البحرين : ٩٠٠ فلس. قطر : ١٥ ريالاً

تونس : ١٠٠٠ مليم. العراق : دينار

ليبيا : ١٠٠٠ درهم. الأردن : دينار

المغرب : ١٥ درهماً.

* الاشتراك السنوي :

أمريكا :

كندا :

أوروبا :

٣٠ دولاراً

* العنوان :

المملكة العربية السعودية : الرياض

حي العقيق - شارع التحلية

* هاتف : ٤٨٥٣٧٠٢

٤٨٥٣٧٠٥

* فاكس : ٤٨٥٣٦٩٤

* عنوان المراسلات :

ص. ب. ١٩١٨ - الرياض ١١٤٤١

* موقع المجلة على الانترنت :

www.fiqhia.com

* البريد الإلكتروني :

info@fiqhia.com

* رقم الإيداع : ١٤/٠١٨٨ .

ردمد ١٣١٩-٠٧٩٢ ISSN :

* طبعت في مطابع دار البحوث

* هاتف : ٤٨٥٢٦٦٣

٤٨٥٢١٦١

* فاكس : ٤٨٥٢١٨٨

* وكيل التوزيع : الشركة السعودية للتوزيع

الرياض : ٤٧٧٩٤٤٤ - جدة : ٦٥٣٠٩٠٩

قواعد النشر وشروطه

تود هيئة "مجلة البحوث الفقهية المعاصرة" أن تبدي للإخوة الباحثين أن قواعد النشر في المجلة تقضي بما يلي :

- (١) أن يكون البحث المراد نشره مبنيًا على الفقه الإسلامي .
- (٢) أن ينصب البحث على القضايا ، والمسائل ، والمشكلات المعاصرة ، والبحث عن الحلول العلمية والعملية لها في الفقه الإسلامي ، ومقارناته المعتمدة عند أهل السنة والجماعة .
- (٣) أن يتصف البحث بالموضوعية ، والأصالة ، والشمول ، ولتبايع المنهج العلمي في البحث من حيث الاعتماد على المرجع الأصلية والإسناد والتوثيق وتخريج الأحاديث مع إيضاح درجتها .
- (٤) أن يكون البحث مما لم يسبق نشره في كتاب ، أو مجلة ، أو أي أداة نشر أخرى . ويشمل ذلك البحوث المقدمة للنشر إلى جهة أخرى أو تلك التي سبق تقديمها للجامعات أو الندوات العلمية وخلافها .
- (٥) بيان المرجع العلمي في هولمش الصفحات مع ترجمة موجزة عن العظم أو الاعلام الذين وردت الإشارة إليهم .
- (٦) بيان المرجع العلمية ومؤلفيها في نهاية كل بحث حسب الحروف الهجائية مع بيان مكان وزمان طباعتها وجهة نشرها .
- (٧) أن يرفق بالبحث إفادة تتضمن عدم نشره من قبل .
- (٨) أن يختم البحث بخلاصة تبين النتيجة والرأي ، أو الآراء التي تضمنتها .
- (٩) أن يرفق بالبحث خلاصة مستوفية له لترجمتها إلى اللغة الإنجليزية .
- (١٠) ألا تقل صفحات البحث عن عشرين صفحة من صفحات المجلة .
- (١١) يكتب اسم الباحث ثلاثيًا مع وظيفته العلمية إن وجدت .
- (١٢) يتم تحكيم البحوث من قبل فقهاء وعلماء متخصصين وفقاً لنموذج يبين قواعد التحكيم ، وإجراءاته . ومن هذه القواعد عدم معرفة المحكمين لأسماء الباحثين ، وعدم معرفة الباحثين لأسماء المحكمين سواء وافقوا على نشر بحثهم أو أبينوا بعض الملاحظات عليها أو رأوا عدم نشرها .
- (١٣) تدفع المجلة مكافأة عن البحث في حال نشره .
- (١٤) البحوث التي لا تنشر لا تعاد لأصحابها .

* ترتيب البحوث في المجلة يخضع لاعتبارات فنية .

* "الآراء المنشورة في المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها" .

الهيئة العلمية الاستشارية

(الاسماء حسب الترتيب الهجائي)

الأستاذ الدكتور / أحمد محمد نور سيف

الأستاذ الدكتور / سعود بن عبد الله بن محمد الفنيسان

الأستاذ الشيخ / عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه

الأستاذ الدكتور / عبد الملك بن عبد الله بن دهيش

الأستاذ الدكتور / عبد الوهاب بن إبراهيم بن محمد أبو سليمان

الأستاذ الدكتور / العربي بن أحمد بلحاج

الأستاذ الدكتور / علاء الدين خروقه

الأستاذ الدكتور / محمد إبراهيم بن أحمد علي

الأستاذ الدكتور / نور الدين بن مختار الخادمي

الأستاذ الدكتور / يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين

محتويات العدد

- رسالة من قارئ ٥
- حجة الرسول ﷺ بين الأفراد والتمتع والقرآن
- دراسة جامعة للأحاديث والآثار الواردة في ذلك مقارنة
- بين المذاهب الأربعة ٧
- الدكتور / محمد تاج شيخ عبد الرحمن العروسي
- الاستنساخ في نظر الإسلام (بحث مقارنة) ٥٨
- الدكتور / عبد الفتاح محمود إدريس
- تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي ... ١٠٢
- الدكتور / مصلح بن عبد الحي النجار
- أحكام السور ١٨٥
- الدكتور / عواض بن هلال العمري
- التعويض عن السجن - دراسة مقارنة ٢٢٤
- الدكتور / ناصر بن محمد الجوفان
- فتاوى الفقهاء :
- غصب الوقف ٣٠١
- التحليل من المظالم ٣٠٦
- الرهن بجمع الشيئين المختلفين من نيات في الأرض وغيره ٣٠٩
- حكم ما إذا طلب صاحب الوديعة فلخرها مع قدرته
- وحكم من مات وعنده وديعة لم تتميز عن ماله ٣١١
- مسائل في الفقه :
- حكم ما إذا كان علاج الزوجة المريضة يجب على زوجها ٣١٣
- حكم ما إذا كان يجوز التطهر بماء البحر ٣٢٠
- الولي الذي يحق له تزويج المرأة ٣٢٣
- حكم من لم يحضر صلاة الجمعة لعذر ٣٣١
- حكم متعة الطلاق وما يجب فيها ٣٣٥

رسالة من قارئ :

عرف الإسلام علم القضاء على أنه من أجل العلوم قدراً،
وأشرفها مكانة ، وأعزها صناعة .. وطبيعي أن يكون النظر إليه
بهذا الوصف لأن الإنسان ما انفك -بكل أسف- يشتجر مع غيره
ويتعاكس حتى مع نفسه .. ولن يفك هذا الاشتجار إلا قاضٍ يصيخ
بسمعه ، ويتفرس ببصره ، ويستوعب بعقله شكوى هذا ودفع ذاك
ثم يتجرد من الهوى ، ويحكم بما أنزل الله .

كان أول من قضى بين المسلمين نبيهم ورسولهم محمد ﷺ؛
فحلّ تنازعهم وقضى في تشاجرهم ثم ولى في كل ناحية من بلاد
الامة قاضياً من أجلاء الصحابة ؛ فولّى عتاب بن أسيد قضاء مكة،
واستخلفه على ولايتها وقال له: (يا عتاب انههم عن بيع ما لم يقبضوا
وعن ربح ما لم يضمنوا ...) ، وولى علي بن أبي طالب القضاء في
بعض نواحي اليمن وقال له: (يا علي إذا حضر الخصمان إليك فلا
تقض لأحدهما حتى تسمع من الآخر) . وولى أبا موسى الأشعري
وسحية الكلبى قضاء بعض الأنحاء الأخرى من اليمن .

واستمر الاهتمام بالقضاء بعد وفاة رسول الله ﷺ فقضى أبو
بكر بين المتنازعين ، واستخلف قضاة من أجلاء الصحابة ثم تلاه
عمر بن الخطاب فحكم بين المتشاجرين ، وبعث إلى النواحي قضاة
من أئقفة الصحابة ؛ فولّى عبد الله بن مسعود قضاء الكوفة ، وولى
أبا موسى الأشعري قضاء البصرة .

واستمر الأمر كذلك في عهد عثمان فقضى هو الآخر بين
المتخاصمين ، ولّد شريحاً مهمة القضاء فكان ممن اشتهر بهذا العلم.
ومثل ما فعل أبو بكر وعمر وعثمان رضوان الله عليهم فعل ذلك علي

رضي الله عنه فالى جانب ولايته للقضاء بعث القضاة إلى نواحي الدولة وأطرافها وكان في مقدمتهم عبد الله بن عباس رضي الله عنهما. وتتابع الأمر كذلك في عهد خلفاء الأمة فكان على كل ناحية من بلاد المسلمين قاضٍ مشهور بعلمه وحلمه وذكائه . ومع فضل القضاء وما فيه من الأجر العظيم كان بعض الفقهاء والعلماء يعزف عن توليه خشية من الزلل وخوفاً من الخطأ كما فعل ذلك الإمام أبو حنيفة وغيره من الصالحين . ومع ذلك كان سلف الأمة يرى أن علم القضاء من أهم العلوم التي يجب على الأمة العناية بها أشد عناية وأعظم دراية لما فيه من إقامة العدل ، ورد المعتدي ، وحفظ السلوك وسلامة الأمة .. كانوا يرونه كما رآه الإمام أبو عبد الله بن فرحون في قوله:

«ولما كان علم القضاء من أجل العلوم قدراً وأعزها مكاناً وإشرفها ذكراً لأنه مقام علي ومنصب نبوي به الدماء تعصم وتسفح والأبضاع تحرم وتنكح والأموال يثبت ملكها وتسلب والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويحرم ويكره ويندب وكانت طرق العلم به خفية المسارب مخوفة العواقب والحجج التي تفصل بها الأحكام مهامه يحار فيها القطا وتقصّر فيها الخطا ، كان الإعتناء بتقرير أحواله وتحرير فصوله من أجل ما صرفت له العناية وحمدت عقباه في البداية والنهاية» .

نعم : هذا هو القضاء في الإسلام قبل أن تعرفه حضارة أخرى ولعل الأمة في شتى بلادها تدرك ما كان يوليه سلفها الصالح للقضاء علماً وحكماً وحضارة .

والله المستعان .

حِجَّةُ الرُّسُولِ ﷺ بين الأفراد والتمتع والقران

دراسة جامعة للأحاديث والآثار الواردة في ذلك

مقارنة بين المذاهب الأربعة

الدكتور/ محمد تاج شيخ عبد الرحمن العروسي (*)

تمهيد :-

الحمد لله رب العالمين ، أحمدته حمداً يليق بجلاله وكماله ، وأشكره على نعمه ، وأشهد أن لا إله إلا الله الواحد الأحد الفرد الصمد ، المنتزه عن النقائص في أسمائه وأفعاله وصفاته ، القائل في محكم تنزيله : ﴿ليس كمثله شيء وهو السميع البصير﴾ (١).

وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، وصفيه من خلقه وخليفه بعثه الله رحمة لعباده ، اللهم صل وسلم عليه دائماً وأبداً ، عدد الحجر والمدد وعدد من صلى عليه ، وعدد من لم يصل عليه ، وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد : فإن مسائل الحج من المسائل المهمة التي ينبغي لكل واحد أن يعنى بها تعليماً وتعليماً لأن الحج ركن مهم من أركان الإسلام، فينبغي لكل مسلم قادر على مؤونة الحج أن يحرص على أداء فريضة الحج كما ورد عن رسول الله ﷺ وأصحابه الكرام من بعده رضي الله عنهم أجمعين .

وقد أمر أصحابه الكرام أن يأخذوا عنه مناسك الحج وبين لهم أحكامها قولاً وعملاً ، فعن جابر رضي الله عنه قال: رأيت رسول الله ﷺ يرمي على راحلته يوم النحر ويقول: (لتأخذوا مناسككم فإنني لا أدري لعلي لا أحج بعد حجتى هذه) أخرجه مسلم وأحمد والنسائي وابن خزيمة بالفاظ

(*) الأستاذ المساعد بكلية الشريعة والقانون ، الجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد .

(١) سورة الشورى الآية ١١ .

مقاربة ، واللفظ لمسلم ^(١) ، واللام هنا للأمر ، ومعناه خذوا عني مناسككم ، أي أن هذه الأمور التي أتيت بها في حجتي هذه من الأقوال ، والأفعال ، والهيئات هي أمور الحج وصفته ، فاقبلوها واحفظوها واعملوا بها وعلموها الناس ، قال الإمام النووي رحمه الله : « وهذا الحديث أصل عظيم في مناسك الحج وهو نحو قوله ﷺ : (صلوا كما رأيتموني أصلي) » ^(٢) .

ولا شك أن الحج يجمع بين العبادة البدنية والمالية فيتعرض الإنسان بنفسه للمخاطر والمهالك ، ويتغرب عن أهله وأقاربه رغبة لنيل رضا الله تعالى ومغفرته ، ولا يخفى أن مجرد كون الإنسان في تلك المواطن فخار وسمو ، فإن المحال المحترمة لم تزل تفرغ على الحال فيها من سجال وصفها بفيض غامر ، فلذا يبادر الحاج إليه وينهض فاطر عزمه إنهاضاً يحثه عليه ، ولا يتوانى في غسل أدران سيئات العمر بصابون المغفرة ، ولا يتكاسل عن البدار فيتعرض للفوات بركوب عمياء المخاطرة بركوب البحار وتحمل المشاق وقطع البراري والقفار وتجشم الأخطار ، والتعرض للمخاوف ، وفراق الأهل والوطن ، وقبول التزامات الإحرام ومحظوراته ، والابتعاد عن الرفث والفسوق والجدال ، وكيف لا يكون كذلك وقد ورد فيه من الفضائل ما لا يعد ولا يحصى مما وعد الله عليه وأخبر به رسول الله ﷺ من الأجر العظيم والثواب الجليل ، والمغفرة من الذنوب كما ورد في حديث صحيح رواه البخاري رحمه الله بسنده المتصل عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (من حج فلم يرفث ولم يفسق رجع كيوم ولدته أمه) . وفي رواية (غفر له ما تقدم من ذنبه) ، رواه البخاري ومسلم والترمذي وغيرهم ^(٣) .

وذلك كافل بأن تتوافر الدواعي وتشحذ العزائم ، وتتوجه الهمم إلى

(١) صحيح مسلم ج ٢ ص ٩٤٣ ، مسند أحمد ج ٣ ص ٣٣٧ ، سنن النسائي ج ٥ ص ٢٧٠ ، صحيح ابن خزيمة ج ٤ ص ٢٧٧ .

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم ج ٩ ص ٤٥ .

(٣) رواه البخاري ج ٢ ص ٥٥٣ ، ج ٢ ص ٦٤٥ ، صحيح مسلم ج ٢ ص ٩٨٣ ، سنن الترمذي ج ٣ ص ١٧٦ .

• حجة الرسول (ﷺ) بين الأفراد والتمتع والقران •

معرفة فقهه ، وأدبه ، وسننه ، وبذل أقصى الطاعة في إحسانه وإكماله ، وذلك باقتفاء آثار الحبيب المصطفى (ﷺ) وتتبع سننه فكل ذلك باعث على العناية بحجة النبي (ﷺ) التي كانت ولا تزال الحجة المثالية لكل مسلم في كل عصر ومصر إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها وهو خير الوارثين .

فباب الحج من أوسع أبواب الفقه وأكثرها تشعباً ، فقد حوى أدق المسائل العلمية والأحكام الشرعية التي تهم المسلم في حياته اليومية وعباداته الشرعية ومعاملاته الفردية والأسرية والاجتماعية ، ولذا عني العلماء قديماً وحديثاً بحجة المصطفى (ﷺ) دراسة وتالياً وتحقيقاً ومناقشة ، وجمعوا الأحاديث التي وردت في حجته ، وعكفوا عليها لاستخراج الأحكام الفقهية وبيانها للناس ، ولم يكن أحد -من التابعين وأتباعهم- يتجراً للفتوى في أحكام الحج إلا إذا عيَّنه الخليفة أو من يقوم مقامه ، ولا يعين الخليفة مفتياً إلا إذا كان عالماً ملماً لأحكام الحج ومسائله مطلعاً على الأحاديث والآثار الواردة في ذلك .

وقد كانت حجة الرسول (ﷺ) من الآيات البينات والمعجزات الخالدات فقد كانت فريدة في نواحي مختلفة ومتنوعة : وخاصة من الناحية التعليمية والبلاغية والناحية الإصلاحية والتربوية والتوجيهية ، والناحية الباطنية والروحية . وهذا هو السر في اهتمام أصحاب رسول الله (ﷺ) بتلك الحجة الفريدة ، فكانوا يسألونه عن أحكام الحج وكيفية الإحرام ، والطواف والسعي والوقوف بعرفة ، والمبيت بمزدلفة ، ومنى ، ورمي الجمرات ، وطواف الإفاضة والحلق ، والذبح ، فما سئل عن شيء قدم أو أخر في ذلك اليوم إلا قال لهم : (افعل ولا هرج) ^(١) ، وكانوا إلى جانب ذلك مهتمين

(١) عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أن رسول الله (ﷺ) وقف في حجة الوداع بمنى للناس يسألونه ، فجاءه رجل فقال: لم أشعر فحلفت قبل أن أتبع . فقال: (أتبع ولا هرج) ، فجاءه آخر فقال: لم أشعر فنحرت قبل أن أرمي ، قال: (أرم ولا هرج) ، فما سئل النبي (ﷺ) عن شيء قدم ولا أخر إلا قال: (افعل ولا هرج) ، وروى نحو ذلك ابن عباس رضي الله عنهما وغيره من الصحابة . رواه البخاري ج ١ ص ٤٣ ، ومسلم ج ٢ ص ٩٤٨ .

غاية الاهتمام بتتبع آثاره وحفظ إخباره ومراقبة حركاته وسكناته، وتسجيل غدواته وروحاته .

وقد سلك مسلك هؤلاء الصحابة الكرام العلماء الذين جاءوا من بعدهم من الأئمة الأربعة وغيرهم جيلاً بعد جيل ، وعصراً بعد عصر فاهتموا بكل ما صدر عنه ﷺ في هذا السفر من قول أو عمل ، أو عادة أو عبادة ، أو نفي أو إثبات ، أو تقرير أو إنكار ، وخدموا تلك الأحاديث بجمعها في مكان واحد وبيان درجتها من الصحة والضعف ، وبيان أوجه الجمع بينها إذا كان هناك تعارض بينها ، أو ترجيح بعضها على بعض في حالة ما إذا تعذر الجمع بينها وذلك حسب القواعد والضوابط التي وضعها علماء هذا الفن رحمهم الله تعالى ، واهتموا كذلك باستنباط الأحكام منها وتفريع الفروع عليها .

وعَلَّت في ذلك همهم ودقت فيه أفهامهم ، ورق فيه شعورهم حتى عَصَرُوا في ذلك أذهانهم وعقولهم ، وبلغوا في الدقة والتفصيل غاية ما وراءها غاية ، جزاهم الله عنا وعن الإسلام والمسلمين خير الجزاء .

وقد سميت هذه الحجة بـ (حجة الوداع ، وحجة الإسلام ، وحجة البلاغ) ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام ودَّع الناس فيها ولم يحج بعدها، ولأنه لم يحج من المدينة غيرها ، ولأنه بلغ الناس شرع الله في الحج قولاً وفعلاً ولم يكن بقي من دعائم الإسلام وقواعده شيء إلا وقد بينه للناس إجمالاً وتفصيلاً^(١).

فلما بين لهم المصطفى ﷺ ما يتعلق بالحج وغيره من أحكام الشريعة أنزل الله عز وجل عليه بعرفة قوله وهو أحكم القائلين: ﴿اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً﴾^(٢).

ولم تكن هذه الحجة صدفه تاريخية ولا فلتة واقعية بل هي مرتبة

(١) البداية والنهاية ج ٥ ص ١٠٩ ، شرح المواهب اللدنية ج ٨ ص ١٦٢ .

(٢) سورة المائدة الآية ٣ .

ومؤقتة من عند الحكيم الخبير، فقد جرت إرادة الله تعالى أن تكون في هذا التوقيت الزمني والمكاني لحكمة بالغة ومصلحة راجحة يعلمها الله تعالى وهو ذو الحكمة يفعل ما يشاء ، ويحكم ما يريد لا معقب لحكمه ولا راد لفضله.

فقد أقام رسول الله ﷺ بالمدينة تسع سنين لم يحج من غير مانع ثم أذن في الناس بالحج وأمر الناس بالجهاز له، فاجتمع بالمدينة بشر كثير فخرج رسول الله ﷺ لخمس بقين من ذي القعدة أو لاربع، فلما كان بذي الحليفة صلى ثم استوى على راحلته فلما أخذت به في البيداء لبى ، ولبى الناس معه فممنهم من أهل بالعمرة، وممنهم من أهل بالحج، وممنهم من أهل بالقران.

وقد أهل رسول الله ﷺ بالحج أولاً ، ولما كان بواد العقيق أتاه آت من ربه فقال له صل في هذا الواد المبارك وقل عمرة في حجة فأدخل العمرة على الحج فأصبح قارناً ، ولما وصل مكة طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة ، ثم أمر أصحابه ممن لم يكن ساق معه الهدى بالتحلل وذلك بعد أن جاءه الأمر من ربه بفسخ الحج إلى العمرة ، ولم يتحلل رسول الله ﷺ لأنه ساق معه الهدى وكذلك بعض أصحابه الذين ساقوا الهدى معهم .

ولما امتنع أصحابه من الفسخ غضب رسول الله ﷺ ودخل على السيدة عائشة رضي الله عنها ثم خرج إلى أصحابه وقال لهم: (لو استقبلت من أمري ما استقبلت لما سقت الهدى ولجعلتها عمرة) ^(١)، فتحلل من لم يسق الهدى معه، ثم أهلوا بالحج من مكة وذهبوا إلى منى يوم التروية ثم وقفوا بعرفة نهاراً ورجعوا إلى منى بعد غروب الشمس وباتوا بمزدلفة ليلاً ثم رجعوا إلى منى صباحاً لرمي الجمرة وطواف الإفاضة والنحر وكان رسول الله ﷺ يعلمهم مناسك الحج ويقول لهم: (خذوا عني مناسككم لعلي لا ألقاكم بعد عامي هذا) وقد علم الرسول ﷺ بوحى من ربه أن لا يحج بأصحابه بعد ذلك ، فكان يحثهم على أخذ أحكام الحج منه بالتفصيل.

وقد خطب رسول الله ﷺ بعرفة خطبة طويلة بين فيها للناس أمور

(١) سنن أبي داود ج ٢ ص ١٨٤، وقد ورد الحديث بالفاظ مختلفة .

الدين ، وأحكام الشريعة وفصل في بعضها تفصيلاً ، وأوصاهم بوصايا كانت في غاية الأهمية ، وأخذ من المسلمين العهد والميثاق ، وبلغهم الأمانة ، وأشهد الله عليهم ، ومحا آثار الجاهلية ، وطمسها ، ووضعها تحت قدميه قائلاً: (إلا كل شيء من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع، ودماء الجاهلية موضوعة ... وأول ريا أضع ريانا - ريا عباس بن عبد المطلب فإنه موضوع) ثم قال لهم كلمة بليغة - وكل كلامه بليغ - لو وزنت بماء الذهب لرجحته قال: (وقد تركت فيكم ما لن تضلوا بعده إن اعتصمتم به: كتاب الله ، وأنتم تسألون عني فما أنتم قائلون: قالوا: نشهد أنك قد بلغت وأديت ونصحت فقال: بإصبعه السبابة يرفعها إلى السماء وينكتها إلى الناس اللهم أشهد اللهم أشهد ثلاث مرات ..) (١).

سبب اختياري الكتابة في هذا الموضوع :

يعود التفكير في هذا الموضوع إلى الأيام التي كنت فيها طالباً بالحرم المكي ، وكنت أدرس صحيح البخاري ومسلم على عدد من المشايخ في الحرم المكي ، وخاصة الشيخ محمد سعيد شفا السلولي الإثيوبي تغمده الله برحمته وأسكنه فسيح جنته (٢).

وقد لاحظت من خلال دراستي للصحيحين أن الإمام البخاري يذكر حديثاً واحداً في أبواب متفرقة ومتباعدة ، ويستنبط منه في كل باب أحكاماً مختلفة وذلك لدقيقة يفهمها هو من الحديث ، ولذا يقال فقه البخاري في تراجمه ، أما الإمام مسلم رحمه الله فقد كان من عادته أن يسرد الأحاديث التي لها صلة بموضوع واحد بأسانيد المتعددة، وألفاظها المختلفة في باب واحد مما جعل كتابه أسهل تناولاً للطالب وأيسر في الرجوع إليه .

(١) رواد مسلم رحمه الله بسنده المتصل عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه ج ٢ ص ٨٨٦ .

(٢) الشيخ محمد سعيد شفا السلولي الإثيوبي من كبار العلماء في الحبشة درس في بلده العلوم العربية وانتقل إلى المملكة العربية السعودية ، وكان يُدرّس بالحرم المكي من بعد صلاة العصر إلى العشاء الفنون المختلفة ، ثم انتقل إلى قطر على طريق العزيزية الجنوبية ، وقد أقيّل عليه الطلاب لما يتمتع به من غزارة العلم وحسن الأداء والآداب الرفيع مع أبنائه الطلبة وكان متمكناً في جميع العلوم ، وخاصة في اللغة العربية توفي رحمه الله تعالى بمكة المكرمة سنة ١٤١٣هـ ودُفن بالمقابر الخاصة بأهل مكة الموجودة قرب المعابدة ، تغمده الله برحمته .

ولفت نظري كذلك أن الأحاديث التي وردت في مناسك الحج كثيرة جداً وردت بروايات متعددة ومتعارضة في بعض الأحيان ، ومع ذلك فقد ذكرها الإمام مسلم برواياتها المختلفة في باب واحد كعاقبته مما يحير المبتدئ الذي تكون بضاعته قليلة ، فأحببت أن أتعرف أسباب اختلاف الرواة في نقل كيفية حجة الرسول ﷺ مع أنها كانت مرة واحدة بعد أن فرض الحج ، وهي التي تسمى حجة الوداع ، وعاش الرسول ﷺ بعدها نحواً من ثلاثة أشهر ، وأنه أمر أصحابه بالتحلل إلا من ساق الهدي ، ولم يعتمر هو ولا أحد من أصحابه ممن ساق الهدي معه إلا يوم النحر ، ومع ذلك اختلف الرواة في حجته اختلافاً طويلاً ، فكل ذلك يستدعي إلى استقراء هذه الآراء وتعرف أسباب الاختلاف ، والآثار المترتبة على ذلك ، وخاصة فيما يتعلق بأنواع النسك ، هل التمتع هو الأفضل ؟ لأن الرسول ﷺ تمتناه ، ولا يتمنى إلا ما هو الأفضل ، أم القران أفضل ؟ لأن الله تعالى اختار لنبيه القران ، ولا يختار له إلا ما هو الأفضل ؟ أم الأفراد هو الأفضل ؟ لأنه أحرم به قبل أن يؤمر بإسخال العمرة على الحج ، وكان عليه العمل في عهد الخلفاء الراشدين مما يدل على أفضليته ، أم أن التمتع واجب على كل فرد شاء أم أبى ؟ .

كما أنني رأيت أهمية بيان أوجه الاختلاف بين العلماء ، والطرق التي سلكوها في الجمع بين ما ظاهره التعارض ، وأنه ليس هناك أي تناقض بين هذه الروايات المختلفة رغم كثرتها ، وأن ما يدعيه ضعاف النفوس من تناقض بين هذه الروايات لا أساس له من الصحة بل هو ناتج من الحقد والجهل ، فهذه الأمور وغيرها جعلتني أختار الكتابة في هذا الموضوع لأبين أهمية الموضوع ، وبيان ما هو الأفضل من أنواع النسك ، وإبطال الشبهات التي يثيرها أعداء الإسلام حول اختلاف الرواة في حجته ﷺ . والله من وراء القصد ، ونسأل الله تعالى أن يلهمنا الحق والصواب ، وأن يسدد خطانا ، إنه ولي ذلك .

خطة البحث

قسمت الموضوع إلى تمهيد ومبحثين :

أما التمهيد : فقد بينت فيه مكانة الحج في الإسلام ، واهتمام الفقهاء بحجة الرسول ﷺ كما بينت ما تحتوي عليه من الأحكام التشريعية، والجوانب التربوية والتوجيهية ، وكيفية إحرام الرسول ﷺ ، وطوافه وسعيه ووقوفه بعرفة والمزدلفة كما ورد في حديث جابر الطويل، وتحدثت فيه أيضاً عن سبب اختياري الكتابة في هذا الموضوع .

وأما المباحث فقد تناولت فيها ما يلي :

المبحث الأول : تعريف الحج لغة وشرعاً .

المبحث الثاني : بيان أقوال العلماء في حجة النبي ﷺ وفيه مطالب .

المطلب الأول : بيان من يقول إنه حج مفرداً وأدلة هذا الفريق .

المطلب الثاني : بيان من يقول إنه حج قارناً وأدلة هذا الفريق .

المطلب الثالث : بيان من يقول إنه حج متمتعاً ، وأدلة هذا الفريق .

المطلب الرابع : مناقشة أدلة كل فريق مع بيان الراجح .

أما المنهج فالخصه فيما يلي :

أولاً: أذكر أدلة كل فريق بالتفصيل من الكتاب والسنة والإجماع والقياس مع بيان أوجه الاستدلال ، ثم أذكر اعتراض كل فريق على أدلة الفريق الآخر .

ثانياً : إذا كان الحديث في الصحيحين (البخاري ومسلم) فأكتفي بذكر من روى الحديث من أصحاب السنن والمسانيد وغيرهما ؛ لأن كونه في الصحيحين يغني عن بيان درجته سواء كانت الرواية التي في غير الصحيحين مستوفية لشروط الصحة أم لا ؟ وسواء تكلم العلماء في متنها أو سندها أم لا ؟ إلا في حالة واحدة ، وهي ما إذا كانت الرواية التي في البخاري رويت بصيغة التعليق ولم يرد ذكرها في مسلم ، ففي هذه الحالة لا بد من بيان درجة الحديث ، لأن الإمام البخاري رحمه الله يذكر بعض

الرواية معلقة لأجل الاستشهاد فقط وهذا لا يعني أن هذه الرواية صحيحة عنده. أما إذا كان الحديث موجوداً في كتب السنن والمسانيد فقط مثل (جامع الترمذي ، وسنن أبي داود ، والنسائي ، وابن ماجه ، والبيهقي ، ومسند أحمد ، والموطأ) فلا بد من بيان درجة الحديث مع ذكر من صححه إذا كان صحيحاً ، أو من ضعفه إذا كان ضعيفاً .

ثالثاً : إذا كان هناك تعارض بين الأحاديث فأسلك مسلك الجمع إذا كان ممكناً ثم أسلك مسالك الترجيح على طريقة المحدثين في التوفيق بين الأحاديث التي ظاهرها التعارض مستعيناً بالعلوم التي لها صلة بذلك ، مثل علم الرجال ، والجرح والتعديل ، ومصطلح الحديث ، وغير ذلك .

رابعاً : أذكر أدلة كل فريق من الكتاب والسنة بالتفصيل مبيناً أوجه الاستدلال لكل مذهب ، وإذا كان نفس الحديث هو ما يستدل به أصحاب المذهب الثاني فلا بد إذاً من بيان وجه الاستدلال لكل منهما مع التطرق إلى وجه اعتراض كل منهما على طريقة الاستنباط لدى المذهب الآخر .

خامساً : أنقل أحياناً بعض النصوص كاملة ، وذلك في حالة ما إذا كان هناك مجال للنقاش ، وذلك تيسيراً للقارئ حتى يتمكن من الاطلاع على النصوص كاملة ، ويرى وجه التعارض والاختلاف الذي أشير إليه من خلال المناقشة والدراسة .

سادساً : إذا كان هناك اختلاف في مفهوم الحديث أو مدلوله فأستعين برأي الخلفاء الراشدين لأننا باتباعهم ، والأخذ بسنتهم والعض عليها بالنواجذ^(١) . فالأخذ بفهمهم واجتهاداتهم إنما هو استناد إلى مرجح من فعل ، أو قول من عاصر الرسول ﷺ وتعرف مقاصد الشريعة عن قرب ، وقد كانوا برفقته في حجة الوداع التي اختلف الرواة في تحديد ما أحرم به الرسول ﷺ ، والسبب الحقيقي في أمره أصحابه بالتحلل بالعمرة إلا من ساق معه الهدى .

(١) وذلك في حديث عرياض بن سارية الطويل وفيه : (عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين للهديين من بعدي عضوا عليها بالنواجذ) رواه الترمذي وأبو داود ومسلم وأحمد بالفاظ مختلفة ، وقال الترمذي بعد أن ذكر الحديث : هذا حديث حسن صحيح . انظر : سنن الترمذي ج ٥ ص ٤٤ .

المبحث الأول

تعريف الحج لغة وشرعاً

الحج بفتح الحاء ويجوز كسرهما ، وهو لغة القصد ، يقال: حج إلينا فلان أي قدم وجهه أي قصده . ثم تعورف استعماله في القصد إلى مكة للنسك والحج إلى البيت خاصة . والحج بالكسر الاسم والحجة المرة الواحدة وهو من الشواذ لأن القياس بالفتح كما قال ابن مالك رحمه الله .
وَفَعْلَةٌ لمرة كجلسة وَفَعْلَةٌ لهيئة كجلسة

قال سيبويه: وقالوا : حجة واحدة يريدون عمل سنة واحدة . وقال الأزهري: الحج قضاء نسك واحدة ، والبعض يكسر الحاء فيقول: الحج والحجة . وروي عن الأثرم وغيره ما سمعنا من العرب حججت حَجَّةً ، ولا رأيت رَأْيَةً ، وإنما يقولون حججت حِجَّةً ، وقال الكسائي: كلام العرب كله على فعلت فعلة إلا قولهم: حججت حجة والحجة السنة والجمع حجج (١).
وشرعاً : قصد موضع مخصوص في وقت مخصوص للقيام بعبادة مخصوصة بشرائط مخصوصة (٢).

مشروعيته : والحج ركن من أركان الإسلام ، ويجب في العمر مرة واحدة فقط ؛ لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: خطبنا رسول الله ﷺ فقال: (أيها الناس قد فرض الله عليكم الحج فحجوا) . فقال رجل: أكل عام يا رسول الله ؟ فسكت حتى قالها ثلاثاً ، فقال رسول الله ﷺ: (لو قلت نعم لوجبت ولما استطعتم ...) (٣). ولما روي عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: (بني الإسلام على خمس، شهادة أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول

(١) لسان العرب ج ٢ ص ٢٢٧ .

(٢) الاختيار ج ١ ص ١٣٩ ، شرح منتهى الإرادات ج ١ ص ٤٧٢ ، الشرح الكبير على مختصر خليل ج ٢ ص ٢ ، مغني المحتاج ج ١ ص ٤٥٩ . كشف القناع ج ٢ ص ٤٣٧ ، الدر المختار ج ٢ ص ١٨٩ ، فتح القدير ج ٢ ص ١٢٠ ، التعريفات ص ٨٢ .

(٣) رواد مسلم ج ٢ ص ٩٧٥ .

الله ، وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، وصوم رمضان ، وحج البيت (١).
ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: خطبنا رسول الله ﷺ فقال:
(أيها الناس قد فرض الله عليكم الحج فحجوا) ، فقال رجل: أكل عام يا
رسول الله ؟ فسكت حتى قالها ثلاثاً ، فقال رسول الله ﷺ: (لو قلت نعم
لوجبت ولما استطعتم) ، ثم قال: (ذروني ما تركتكم فإنما هلك من كان
قبلكم بكثرة سؤالهم ، ولختلافهم على أنبيائهم ، فإذا أمرتكم بأمر فأتوا
منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شيء فدعوه) (٢).

فقد فرض الله تعالى الحج على الناس لمن استطاع إليه سبيلاً قال
تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً﴾ (٣)، والمراد
بالاستطاعة هنا وجود الزاد والراحلة مع الأمن على النفس والمال ، لما رواه
الدارقطني بإسناده عن جابر ، وعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عمرو بن
العاص ، وأنس وعائشة رضي الله عنهم ، أن رسول الله ﷺ سئل ما
السبيل ؟ قال: (الزاد والراحلة) (٤). ولما رواه الترمذي أيضاً بسنده المتصل
عن ابن عمر قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ ، فقال: يا رسول الله ما يوجب
الحج ؟ قال: (الزاد والراحلة) (٥).

ونزلت فريضة الحج في العام السادس من الهجرة ، وقيل في
الخامس ، والجمهور على أنها سنة ست لأنها نزل فيها قوله تعالى:
﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾ وهذا ينبنى على أن المراد بالإتمام ابتداء
الفرض ، ويؤيده قراءة علقمة ومسروق وإبراهيم النخعي بلفظ: (وأقيموا
الحج والعمرة إلى بيت الله) أخرجه الطبري بإسناد جيد صحيح عنهم (٦).
وقد رجحه الإمام الطبري رحمه الله .

(١) صحيح البخاري ج ١ ص ١٢ ، سنن الترمذي ج ٥ ص ٥ .

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم ج ٥ ص ١١١ باب فرض الحج مرة في العمر .

(٣) سورة آل عمران الآية ٩٧ .

(٤) سنن الدارقطني ج ٢ ص ٢١٥-٢١٨ .

(٥) عارضة الأحوذ ج ٤ ص ٢٧ .

(٦) تفسير الطبري ج ٢ ص ٢٠٧ ، وفتح الباري ج ٣ ص ٣٧٨ .

وقيل: في السّعام التاسع ، ورجحه ابن القيم رحمه الله ، وقال إن الآية التي استدل بها الجمهور وهي قوله تعالى: ﴿وَأَتَمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾^(١)، فهي وإن نزلت سنة ست عام الحديبية، فليس فيها فرضية الحج ، وإنما فيها الأمر بإتمامه، وإتمام الحج والعمرة بعد الشروع فيهما، وذلك لا يقتضي وجوب الابتداء .. ثم قال: إن صدر سورة آل عمران نزل عام الوفود ، وفيه قدم وفد نجران على رسول الله وصالحهم على أداء الجزية ، والجزية إنما نزلت عام تبوك سنة تسع ، وفيها نزل صدر سورة آل عمران^(٢).

وقد وردت في فضل الحج والترغيب فيه أحاديث كثيرة فمنها حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: سئل رسول الله ﷺ أي الأعمال أفضل؟ قال: (إيمان بالله ورسوله) ، قيل: ثم ماذا ؟ قال: (الجهاد في سبيل الله)، قيل: ثم ماذا ؟ قال: (حج مبرور) الحديث متفق عليه^(٣).

المبحث الثاني

في أقوال العلماء في حجة النبي ﷺ

وفيه مطالب :

المطلب الأول : في بيان من قال: أنه حج مفرداً وأدلة هذا الفريق ، فقد ذهب فريق من العلماء وهم المالكية والشافعية إلى أن الرسول ﷺ حج مفرداً^(٤). واستدلوا بعدد من الأحاديث ، منها حديث السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: " خرجنا مع رسول الله ﷺ عام حجة الوداع ، فمنا من أهل بعمره ، ومنا من أهل بحج وعمره ، ومنا من أهل بحج ، وأهل رسول الله

(١) سورة البقرة الآية ١٩٦ .

(٢) زاد المعاد في هدي خير العباد ج ٢ ص ١٠١ .

(٣) فتح الباري ج ١ ص ١٠٩، شرح النووي على صحيح مسلم ج ١ ص ٣٥٠ .

(٤) شرح الرسالة وحاشية العدوي ج ١ ص ٤٩٠ ، الشرح الصغير ج ٢ ص ٣٤ ، القوانين الفقهية ص ١٣٥

بداية المجتهد ج ١ ص ٣٢٤ ، مغني المحتاج ج ١ ص ٥١ ، المهذب ج ١ ص ٢٠٠ ، شرح المنهاج ج ٢

ص ١٢٨ ، المجموع للنووي ج ٧ ص ١٤ . الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٩ .

ﷺ بالحج" (١). وفي رواية "أهل رسول الله ﷺ بالحج مفرداً" (٢). وفي رواية قالت: "خرجنا مع رسول الله ﷺ موافين لهلال ذي الحجة ، فلما كان بذي الحليفة قال: (من شاء أن يهل بحج فليهل ، ومن أراد أن يهل بعمره فليهل بعمره) ، قال موسى في حديث وهيب: (فإني لولا أنني أهديت لأهلكت بعمره) . وقال في حديث حماد بن سلمة: (وأما أنا فأهل بالحج فإن معي الهدى ...) (٣). وبما روى مسلم رحمه الله بسنده المتصل عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: "لبي رسول الله ﷺ بالحج وحده" ، ورواه أيضاً عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "أهل رسول الله ﷺ بالحج" (٤). وبما روي عن جابر قال: "إن رسول الله ﷺ أفرد الحج" (٥).

قال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى: إذا أراد الرجل أن يحرم كان ممن حج أو لم يحج فواسع له أن يهل بعمره ، وواسع له أن يهل بحج وعمره، وواسع له أن يفرد ، وأحب إلي أن يفرد ؛ لأن الثابت عندنا أنه ﷺ أفرد (٦).

وبما روي عن زيد بن أسلم أن رجلاً أتى ابن عمر فقال: بم أهل رسول الله ﷺ قال بالحج ، ثم أتاه من العام المقبل فسأله ، فقال: ألم تأتني عام أول ؟ قال بلى : ولكن أنساً يزعم أنه قرن . قال ابن عمر: "إن أنساً كان يدخل على النساء وهن منكشفات الرؤوس ، وإني كنت تحت ناقه رسول الله ﷺ فكنت أسمعه يلبي بالحج" (٧). فقالوا حديث عائشة لا يحتمل غير الإفراد بحال ؛ لأنها ذكرت القران والتمتع ، والإفراد ، وصرحت بأنه ﷺ أهل بالحج فدل على أنها لا تريد القران ولا غيره .

أما حديث جابر الطويل المشهور الذي بين فيه حجة النبي ﷺ أكمل بيان،

(١) وفي رواية "وأهل به ناس معه" مسلم ج ٤ ص ٥١٧ . البخاري ج ٢ ص ٥٦٧ .

(٢) صحيح مسلم حديث رقم (٢٨٧٣) ج ٤ ص ٥٢١ . وأبو داود ج ٣ ص ١٨٣ .

(٣) عون المعبود ج ٥ ص ١٩٦ ، طرح التثريب في شرح التقریب ج ٥ ص ١٧ .

(٤) صحيح مسلم كتاب الحج ، ورواه أحمد في المسند ج ٦ ص ١٠٧ .

(٥) رواه ابن ماجه : باب الإفراد بالحج وسنده صحيح ج ٢ ص ٩٨٨ .

(٦) معرفة السنن والآثار ج ٧ ص ٦٧ .

(٧) رواه البيهقي بإسناد صحيح .

وساقها أحسن سياق من أولها إلى آخرها قال فيه جابر: "لسنا ننوي إلا الحج" وهو تصريح منه رضي الله عنه بالإفراد دون التمتع ، والقران، وأما حديث ابن عمر برواياته المختلفة ينص على أن النبي ﷺ أحرم بالحج وحده كما أنه رد على أنس دعواه القران بما يفيد أنه كان يلزم الرسول ﷺ لأنه كان أخذاً بخطام ناقة رسول الله ﷺ بخلاف أنس لانشغاله بالخدمة، وحديث ابن عباس صريح كذلك في أنه أحرم بالحج. فهذه الأحاديث دالة على أن النبي ﷺ أحرم مفرداً، ورواتها من أضبط الصحابة وأتقنهم، وأخص بالنبي ﷺ في هذه الحجة قالوا: فمنهم جابر الذي عرف ضبطه وحفظه، وخصوصاً ضبطه لحجته ﷺ فإنه ذكرها من أول خروجه من المدينة إلى فراغه، فهذا يدل على ضبطه واعتناؤه بها ولذا عد من أحسن الرواة سياقة .

ومنهم عائشة رضي الله عنها فهي معروفة بالحفظ والضبط والاطلاع على أحوال النبي ﷺ عامة وكيفية حج الرسول ﷺ خاصة وذلك لقربها من رسول الله ﷺ واطلاعها على باطن أمره وظاهره ، وفعله في خلوته وعلايته مع كثرة فقهاء وعظيم فطنتها ، ومنهم ابن عمر ، وقد قال كنت تحت ناقة رسول الله ﷺ يمسني لعبها أسمعه يلبي بالحج . وفي رواية قال مجيباً لمن سألته عن حجه: "أهل رسول الله ﷺ بالحج" . قال النووي رحمه الله في شرح المذهب إن إسناده صحيح ، ومنهم ابن عباس رضي الله عنهما ، ومكانته في العلم والحفظ معروفة مع كثرة بحثه وحفظه أحوال الرسول ﷺ التي لم يحفظها غيره ، وأخذته إياها من كبار الصحابة^(١). وبأن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم بعد النبي ﷺ أفردوا الحج وواظبوا عليه فلو لم يكن هو الأفضل عندهم وعلموا أن النبي ﷺ فعله لم يواظبوا عليه ، وكيف يظن بهم المواظبة على خلاف فعله ، أو أنهم خفي عليهم جميعهم فعله^(٢). وروى الدارقطني رحمه الله بسنده المتصل عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما : "أن النبي ﷺ استعمل عتاب بن

(١) شرح النووي ج ٨ ص ١٣٥ ، أضواء البيان ج ٥ ص ١٣١ . طرح التثريب في شرح التقریب ج ٥ ص ٢٧ .

(٢) طرح التثريب في شرح التقریب ج ٥ ص ٢٧ .

أسيد على الحج فأفرد ، ثم استعمل أبا بكر سنة تسع فأفرد الحج ، ثم حج النبي سنة عشر فأفرد الحج ، ثم توفي رسول الله ﷺ واستخلف أبو بكر فبعث عمر فأفرد الحج ، ثم حج أبو بكر فأفرد الحج ، وتوفي أبو بكر واستخلف عمر فبعث عبد الرحمن بن عوف فأفرد الحج ، ثم حج فأفرد الحج ، ثم حصر عثمان فأقام عبد الله بن عباس للناس فأفرد الحج " (١).

قال ابن كثير رحمه الله وفي إسناده عبد الله بن عمر العُمري، وهو ضعيف ، لكن قال الحافظ البيهقي: له شاهد بإسناد صحيح (٢).

وروى الدارقطني رحمه الله عن عبد الرحمن بن الأسود عن أبيه، قال: "حجبت مع أبي بكر ، فجرد ، ومع عمر فجرد ، ومع عثمان فجرد" (٣).

قال ابن كثير رحمه الله: بعد أن أورد الحديث ، وهذا إنما ذكرناه لأن الظاهر أن هؤلاء الأئمة رضي الله عنهم إنما يفعلون هذا عن توقيف، والمراد بالتجريد هاهنا الأفراد والله أعلم (٤).

المطلب الثاني

بيان من قال : إنه حج قارناً وأدلة هذا الفريق

فقد ذهب الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية إلى أنه حج قارناً، وهو الذي اختاره ابن تيمية وابن القيم والشوكاني وابن حجر رحمهم الله جميعاً .

أدلتهم : استدل هذا الفريق بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما "أنه قرن الحج إلى العمرة ، وطاف لهما طوافاً واحداً ، ثم قال: هكذا فعل رسول الله ﷺ" متفق عليه .

واستدلوا أيضاً بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال:

(١) أخرجه الدارقطني رحمه الله في سننه ج ٢ ص ٢٣٩. وذكر الترمذي بنحوه سنن الترمذي ج ٣ ص ١٨٢.

(٢) حجة الوداع لابن كثير ص ٧٠ .

(٣) سنن الدارقطني ج ٢ ص ٢٣٩ .

(٤) حجة الوداع لابن كثير ص ٦٩ .

"سمعت رسول الله ﷺ بوادي العقيق يقول: (أتاني الليلة أت من ربي عزوجل فقال: صل في هذا الوادي المبارك ، وقل عمرة في حجة) ^(١). وفي رواية : (قل عمرة وحجة) فهي صريحة في نفس القرآن .

واستدلوا كذلك بحديث سراقه بن مالك قال: "سمعت رسول الله ﷺ يقول: (دخلت العمرة في الحج إلى يوم القيامة) قال: وقرن النبي ﷺ في حجة الوداع" ^(٢). وبحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: "تمتع رسول الله ﷺ في حجة الوداع بالعمرة إلى الحج ، وأهدى فساق معه الهدى من ذي الحليفة ، وبدأ رسول الله ﷺ فأهل بالعمرة ، ثم أهل بالحج" ^(٣). وعن عائشة بمثل حديث ابن عمر سواء ^(٤). وقالوا: وهذا لا ينافي إنكار ابن عمر على أنس كونه نقل أنه ﷺ أهل بالحج والعمرة لاحتمال أن يكون محل إنكاره كونه نقل أنه أهل بهما معاً ، وإنما المعروف عنده أنه أدخل أحد النسكين على الآخر ، لكن جزمه ﷺ بدأ بالعمرة مخالف لما عليه أكثر الأحاديث فهو مرجوح ^(٥).

وقيل : أهل بالحج مفرداً ثم استمر على ذلك إلى أن أمر أصحابه بالفسخ وفسخ معهم ، ومنعه من التحلل من عمرته سوق الهدى معه فاستمر معتمراً إلى أن أدخل عليه الحج حتى تحلل منهما جميعاً ، وهذا يستلزم أنه أحرم بالحج أولاً وآخرأً ومحتمل لكن الأول أولى .

قال ابن حجر رحمه الله معلقاً على هذا الحديث : والذي يظهر لي أن

(١) فتح الباري ج ٧ ص ١٦٧ .

(٢) رواه أحمد ج ٤ ص ١٧٥ .

(٣) صحيح البخاري ج ٢ ص ٦٠٧ ، صحيح مسلم بشرح النووي ج ٨ ص ٢٠٩ .

(٤) قال ابن شهاب عن عروة بن الزبير أن عائشة زوج النبي ﷺ أخبرته عن رسول الله ﷺ في تمتعه بالحج إلى العمرة ، وتمتع الناس معه بمثل الذي أخبرني سالم بن عبد الله عن عبد الله . صحيح مسلم ج ٨ ص ٢١١ .

(٥) قال الملهب معناه أمر بذلك لأنه كان ينكر على أنس قوله : إنه قرن ويقول : كان مفرداً . وقيل : إن هذا من أبعد التاويلات ، والأولى أن يقال: إن الراوي عهد أن الناس لا يفعلون إلا كفعله ، فلما تحقق أن الناس تمتعوا ظن أنه ﷺ تمتع فأطلق ذلك وقيل : إن التمتع محمول على الدلول اللغوي وهو الانتفاع بإسقاط عمل العمرة والخروج إلى ميقاتها وغيره . انظر نيل الأوطار ج ٥ ص ٤٣ .

من أنكر القرآن نفى أن يكون أهل بهما جميعاً في أول الحال ، ولا ينفي أن يكون أهل بالحج مفرداً ثم أدخل عليه العمرة فيجتمع القولان (١).

وقال ابن القيم رحمه الله مؤيداً لرأي هذا الفريق : وإنما قلنا إنه أحرم قارناً لبضعة وعشرين حديثاً صريحة في ذلك وسردها بالتفصيل . ثم قال : ومن تأمل الأحاديث الواردة في هذا الباب جزم جزم لا ريب فيه أن النبي ﷺ أحرم قارناً في حجه ، ولا تحتل الأحاديث غير ذلك بوجه من الوجوه أصلاً . وقال الإمام أحمد رحمه الله : لا أشك أن رسول الله ﷺ كان قارناً ، وقد روى عنه ذلك خمسة عشر من أصحابه وعددهم .

وقال الإمام الشوكاني رحمه الله : واعلم أنه قد اختلفت الأحاديث في حجه ﷺ فروي أنه حج قارناً من جهة جماعة من الصحابة منهم ابن عمر عند الشيخين ، وعائشة عندهما أيضاً ، وابن عباس عند أبي داود ، وعمران ابن حصين عند مسلم ، وأبو قتادة عند الدارقطني ... إلى أن قال : وقد اختلفت الأنظار واضطربت الأقوال لاختلاف هذه الأحاديث ، فمن أهل العلم من جمع بين الروايات ، ومنهم من صار إلى التعارض فرجح نوعاً وأجاب عن الأحاديث القاضية بما يخالفه ، وهي جوابات طويلة أكثرها متعسفة ، وأورد كل منهم لما اختاره مرجحات أقواها وأولاهها مرجحات القرآن فإنه لا يقاومها شيء من مرجحات غيره . منها أن أحاديثه مشتملة على زيادة على من روى الأفراد وغيره .

ومنها أن من روى الأفراد والتمتع اختلف عليه في ذلك لأنهم جميعاً روي عنهم أنه حج قارناً .

ومنها أن فيهم من أخبر عن سماعه لفظاً صريحاً ، وفيهم من أخبر عن إخباره ﷺ بأنه فعل ذلك ، وفيهم من أخبر عن أمر ربه بذلك (٢).

ومنها ما روى حميد بن هلال ، عن مطرف قال : " قال لي عمران بن

(١) فتح الباري ج ٧ ص ٢١٣ .

(٢) نيل الأوطار ج ٥ ص ٤٠ .

حصين أحدثك حديثاً عسى الله أن ينفعك به: إن رسول الله ﷺ جمع بين حجة وعمرة ثم لم يمه عنه حتى مات ، ولم ينزل فيه قرآن يحرمه ، وقد كان يسلم علي حتى اكتويت فتركت ، ثم تركت الكي فعاد" (١).

فهذه الأحاديث صحيحة صريحة لا تحتمل مطعناً في سندها ولا تأويلاً يخالف مدلولها ، وكلها دالة على أنه ﷺ كان قارئاً ، والذين عليهم مدار الأفراد أربعة: عائشة وابن عمر ، وجابر وابن عباس وكلهم قد روى القرآن. وقد سبقت رواية عائشة وابن عمر المفيدة لذلك . قال ابن عباس "أهل النبي ﷺ بعمرة وأهل أصحابه بحج ... " .

وقد اعتمر النبي ﷺ أربع عمر ، والرابعة التي قرن مع حجته وهي التي قال فيها ابن عباس "أهل النبي ﷺ بعمرة" رداً على من قال أهل بحج مفرداً ، ولم يقل أحد من هؤلاء ولا من غيرهم قط عن النبي ﷺ أنه قال: (إني أقدرت الحج) كما قال (قرنت) ولا قال: (سمعتني يقول لبيك بحج) كما قال: (لبيك حجاً وعمرة) ، ولا هو أخبر عن نفسه بذلك ، ولا أحد من الصحابة أخبر عن لفظ إهلاله به . فأما إخباره عن نفسه بالقرآن، وإخبار أصحابه عنه بلفظه فصريح لا معارض له ، والذين روى الأفراد قد تبين أنهم روى القرآن والتمتع وهم لا يتناقضون في رواياتهم بل رواياتهم يصدق بعضها بعضاً ، وإنما وقع الإشكال حيث لم تقع الإحاطة بمعرفة مراد الصحابة ولغتهم ، فإنهم كانوا يسمون القرآن تمتعاً (٢).

قال ابن كثير رحمه الله (٣): وأكثر السلف يطلقون المتعة على القرآن كما قال البخاري بسنده إلى سعيد بن المسيب قال: "اختلف علي وعثمان رضي الله عنهما وهما بعسفان في المتعة ، فقال علي: ما تريد إلا أن تنهى عن أمر فعله رسول الله ﷺ؟ فلما رأى ذلك علي بن أبي طالب أهل بهما جميعاً" (٤).

(١) صحيح مسلم شرح النووي ج ٨ ص ٢٠٦ .

(٢) عون المعبود مع شرح الحافظ ابن القيم ج ٥ ص ٢٢٦ .

(٣) حجة الوداع لابن كثير ص ٧٩ .

(٤) صحيح البخاري رقم ١٥٦٩ كتاب الحج .

وقد ساق ابن كثير هذا الحديث برواياته المختلفة عن البخاري ومسلم والنسائي وأحمد ، ثم قال: فهذا اعتراف من عثمان رضي الله عنه بما رواه علي رضي الله عنه ، ومعلوم أن علياً رضي الله عنه أحرم عام حجة الوداع بإهلال النبي ﷺ ، وكان قد ساق الهدي ، وأمره عليه السلام أن يملك حراماً ، وأشركه النبي ﷺ في هديه (١).

وذكر أبو داود بسنده المتصل عن البراء بن عازب ، قال: كنت مع علي حين أمره رسول الله ﷺ على اليمن ، فذكر الحديث فسي قدوم علي ، قال علي: فقال لي رسول الله ﷺ (كيف صنعت ؟) قال: قلت: إنما أهلت بإهلال النبي ﷺ . قال: (إني سقت الهدي وقرونت) (٢).

ورواه البخاري بسنده إلى مطرف عن عمران قال: تمتعنا على عهد النبي ﷺ ونزل القران قال رجل برأيه ما شاء " ثم قال رحمه الله بعد ذلك: والمراد به المتعة التي أعم من القران والتمتع الخاص، وقال في موضع آخر أيضاً بعد أن ذكر عدة روايات فيها ذكر التمتع: وهذا كله من إطلاق التمتع على ما هو أعم من التمتع الخاص ، لأنه اكتفى بطواف واحد بين الصفا والمروة عن حجه وعمرته ، وهذا شأن القارن على مذهب الجمهور، وقد ورد في اللغة ما يوافق ذلك . قال ابن سيده: المتعة ضم العمرة إلى الحج . وقال ابن الأثير : التمتع الترفق بأداء النسكين على وجه الصحة في سفرة واحدة من غير أن يلم بأهله إماماً صحيحاً ، وبمثل ذلك قال الفقهاء كما سبق بيان ذلك (٣).

فثبت كون النبي ﷺ حج قارناً ثبت بالأحاديث التي لا مطعن فيها وإنما الخلاف في إحرامه ، هل أحرم مفرداً ثم انخل عليه العمرة كما ورد في بعض الروايات ، أم جمع بينهما وأحرم بهما معاً كما يفيد حديث أنس

(١) حجة الوداع ص ٩٠ .

(٢) سنن أبي داود كتاب المناسك رقم الحديث ١٧٩٧ .

(٣) لسان العرب والمصباح المنير مادة: (متع) شرح النووي ج ٨ ص ١٦٩ تفسير القرآن العظيم ج ١ ص ٢٣٣

البنية ج ٣ ص ٦٢٩ ، الزيلعي ج ٢ ص ٤٤ .

رضي الله عنه حيث قال: "إن النبي ﷺ جمع بين حج وعمرة" وفي بعض الروايات: "ثم أهل بحج وعمرة وأهل الناس بهما" ^(١)، وفي بعض الروايات: "أهل بهما جميعاً لبيك عمرة وحجاً لبيك عمرة وحجاً ...".

وقد أشار القاضي عياض رحمه الله تعالى إلى هذا الخلاف بقوله: قد أكثر الناس الكلام على هذه الأحاديث من علماء وغيرهم ، فمن مجيد منصف ، ومن مقصر متكلف ، ومن مطيل مكثر ، ومن بخيل مكره ، ومن مقتصر مكره ، وأوسعهم نفساً أبو جعفر الطحاوي الحنفي فإنه تكلم في ذلك في زيادة على ألف ورقة ، وتكلم معه في ذلك أيضاً أبو جعفر الطبري ، ثم أبو عبد الله بن أبي صفرة ، والقاضي أبو عبد الله بن المرابط ، والقاضي أبو الحسين بن القصاري البغدادي ، والحافظ أبو عمرو بن عبد البر وغيرهم .. ثم قال مجيباً عن هذا الخلاف :

"وأولى ما يقال في هذا على ما فحصناه من كلامهم واخترناه من اختياراتهم مما هو أجمع للروايات ، وأشبه بمساق الحديث أن النبي ﷺ أباح للناس فعل هذه الأنواع الثلاثة ليدل على جواز جميعها ، ولو أمر بواحد لكان غيره يظن أنه لا يجزئ فأضيف الجميع إليه ، وأخبر كل واحد بما أمر به ونسبه إلى النبي ﷺ إما لأمره به ، وإما لتأويله عليه ، وأما إحرامه ﷺ بنفسه ، فأخذ بالأفضل ، فأحرم مفرداً ، وبه تظاهرت الروايات الصحيحة ، وأما الروايات بأنه كان متمتعاً فمعناها أمر به ، وأما الروايات بأنه كان قارناً فلإخبار عن حالته الثانية لا عن ابتداء إحرامه بل لإخبار عن حاله حين أمر أصحابه بالتحلل من حجهم ، وقلبه إلى عمرة لمخالفة الجاهلية إلا من كان معه هدي فكان هو ومن معه في الهدي في آخر إحرامهم قارين بمعنى أنهم أردقوا الحج بالعمرة ، وتمنى موافقتهم تطيباً لقلوبهم ، وإظهاراً للرغبة في موافقتهم ، وتأنيساً لهم في فعلها في أشهر الحج لكونها منكراً عندهم ، وكان يريد صرفهم عن سنن الجاهلية ، وتمكين

(١) أخرجه الشيخان في صحيحهما من حديث أنس بن مالك .

جواز العمرة في أشهر الحج في نفوسهم ، ولم يمكنه التحلل معهم لسبب الهدى ، فصار ﷺ قارناً في آخر أمره ... " (١).

وهناك من سلك مسلكاً آخر في الجمع ، يقول ابن كثير رحمه الله موضحاً ذلك إن قيل: قد رويتم عن جماعة من الصحابة أنه عليه السلام أفرد الحج ، ثم رويتم عن هؤلاء بأعيانهم وغيرهم أنه جمع بين الحج والعمرة ، فما الجمع من ذلك ؟

فالجواب : أن رواية من روى أنه أفرد الحج محمولة على أنه أفرد أفعال الحج ، ودخلت العمرة فيه نية وفعلاً وقصدًا ، وأما من روى التمتع ثم روى القران ، فالتمتع في كلام السلف أعم من التمتع الخاص والقران، بل ويطلقونه على الاعتماد في أشهر الحج وإن لم يكن معه حج كما قال سعد بن وقاص : " تمتعنا مع رسول الله ﷺ وهذا -يعني معاوية- يومئذ كافر بالعرش -يعني بمكة " (٢)، وإنما يريد بهذا إحدى العمرتين إما الحديبية وإما القضاء ، أما عمرة الجعرانة فقد كان معاوية قد أسلم لأنها كانت بعد الفتح ، وحجة الوداع بعد ذلك سنة عشر وهذا بين واضح (٣).

وقد كانت هذه المسألة من أهم المسائل التي شغلت العلماء وعدوها معضلة من المعضلات، والإشكال وارد عن ورود أحاديث صحيحة متعارضة في ذلك وهي حجة واحدة ، ومعظم أصحاب الرسول ﷺ كانوا معه ، وكل واحد روى عن أفعال الرسول ﷺ ما رآه بنفسه وأفتى الناس بذلك .

قال الإمام الشافعي رحمه الله : إن الجمع بين هذه الأحاديث ممكن لأن الخلاف ناتج من جواز الكل عندهم ، فلذا لم يهتموا بما فعله الرسول ﷺ بحيث يعلمونه قطعياً ويتفقون عليه ، فاقترض كل واحد على ما غلب على ظنه كما رواه وسمعه مع أمور فوق ظنه في روايته (٤).

(١) شرح النووي ج ٨ ص ١٣٦، المجموع ج ٧ ص ١٥٢، ١٦١. مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح ج ٥ ص ٢٩٥.

(٢) صحيح مسلم حديث رقم (١٢٥ - ١٦٩) كتاب الحج .

(٣) كتاب حجة الوداع لابن كثير ص ١٢٣ .

(٤) المجموع للنووي ج ٧ ص ١٥٢ .

المطلب الثالث

بيان من قال : إنه حج متمتعاً وأدلة هذا الفريق

فقد ذهب فريق من العلماء إلى أنه حج متمتعاً وهو مروي عن عائشة، وابن عمر ، وعلي وعثمان وابن عباس وسعد بن أبي وقاص ، وبه قال عدد من الفقهاء ^(١).

أدلة هذا الفريق : استدلوا بما روي عن سالم عن ابن عمر قال: تمتع رسول الله ﷺ في حجة الوداع بالعمرة إلى الحج وأهدى فساق معه الهدى من ذي الحليفة ، وبدأ رسول الله ﷺ بالعمرة ثم أهل بالحج فتمتع الناس مع رسول الله ﷺ بالعمرة إلى الحج ، فكان من الناس من أهدى فساق الهدى ، ومنهم من لم يهد فلما قدم النبي ﷺ مكة قال للناس من كان منكم أهدى فإنه لا يحل من شيء حرم منه حتى يقضي حجه ومن لم يكن منكم أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر وليحلل ثم ليهل بالحج ... ^(٢).

وبما روي عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه، قال: اختلف علي وعثمان وهما بعسفان في المتعة فقال له علي: ما تريد إلا أن تنهى عن أمر فعله رسول الله ﷺ فقال له عثمان: دعنا عنك فلما رأى ذلك علي أهل بهما جميعاً ^(٣).

قال صاحب التنقيح : ليس هذا الحديث لمن قال بالتمتع ، وإنما هو لمن قال بالقران فإن علياً أهل بالحج والعمرة جميعاً والتمتع في عرف الصحابة يدخل فيه القران قال ويدخل فيه التمتع الخاص ولم يحج النبي عليه السلام متمتعاً التمتع الخاص لأنه لم يحل من عمرته بل المقطوع به أنه قرن بين الحج والعمرة لأنه ثبت عنه أنه اعتمر أربع عمر الرابعة كانت مع حجته وقد ثبت عنه أنه لم يحل منها قبل الوقوف بقوله: (لولا أن معي

(١) نيل الأوطار ج ٤ ص ٣٦٦ .

(٢) صحيح البخاري ج ٢ ص ٦٠٧، صحيح مسلم ج ٢ ص ٩٠١، سنن النسائي ج ٥ ص ١٥١ .

(٣) الجامع الصحيح ج ٢ ص ٥٦٩ .

الهدى لاحتلت) ، وثبت أنه لم يعتمر بعد الحج فإن ذلك لم ينقل أحد عنه وإنما اعتمرت بعد الحج عائشة وحدها فتحصل من مجموع ذلك أنه كان قارناً وعلى هذا يجتمع أحاديث الباب والله أعلم .

ومن أدلتهم ما رواه مالك بن أنس عن بن شهاب عن محمد بن عبد الله ابن الحارث بن نوفل أنه سمع سعد بن أبي وقاص والضحاك بن قيس وهما يذكران التمتع بالعمرة إلى الحج فقال الضحاك بن قيس لا يصنع ذلك إلا من جهل أمر الله فقال سعد: بئس ما قلت يا بن أخي ، فقال الضحاك بن قيس : فإن عمر بن الخطاب قد نهى عن ذلك ، فقال سعد: قد صنعها رسول الله ﷺ وصنعناها معه ^(١).

واستدلوا كذلك بما روي عن ليث عن طاوس عن ابن عباس قال تمتع رسول الله ﷺ حتى مات وأبو بكر حتى مات وعمر حتى مات وعثمان حتى مات رضي الله عنهم وكان أول من نهى عنها معاوية قال ابن عباس: فعجبت منه وقد حدثني أنه قصر عن رسول الله ﷺ بمشقص ^(٢).

ولأحمد من وجه آخر عن طاوس عن ابن عباس قال: تمتع رسول الله ﷺ حتى مات ، وقال: وأول من نهى عنه معاوية ، قال ابن عباس: فعجبت منه ، وقد حدثني أنه قصر عن رسول الله ﷺ بمشقص ، قال ابن حجر رحمه الله: بعد أن نقل هذه الرواية : وهذا يدل على أن ابن عباس حمل ذلك على وقوعه في حجة الوداع لقوله لمعاوية : إن هذا حجة عليك ^(٣).

واستدلوا كذلك بما روي عن عمران بن حصين قال: " تمتع رسول الله ﷺ وتمتعنا معه " ^(٤).

وبما روي عن الزهري عن سالم قال: إني لجالس مع ابن عمر رضي

(١) صحيح ابن حبان ج ٩ ص ٢٤٦ ، سنن النسائي ج ٥ ص ١٥٢ ، السنن الكبرى ج ٢ ص ٣٤٨ ، سنن الترمذي

ج ٣ ص ١٨٥ قال الإمام الترمذي هذا حديث حسن صحيح .

(٢) شرح معاني الآثار ج ٢ ص ١٤١ ، فتح الباري ج ٣ ص ٥٦١ .

(٣) مسند أحمد ج ١ ص ٢٩٢ ، وفتح الباري ج ٣ ص ٥٦٥ .

(٤) صحيح مسلم ج ٢ ص ٩٠٠ .

الله عنهما في المسجد إذ جاءه رجل من أهل الشام فسأله عن التمتع بالعمرة إلى الحج فقال ابن عمر: حسن جميل ، فقال: فإن أباك كان ينهى عن ذلك ، فقال: ويلك ، فإن كان أبي قد نهى عن ذلك فبقول أبي تأخذ أم بأمر رسول الله ﷺ فقال : قم عني ^(١).

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: ولفظ التمتع في الكتاب والسنة وكلام الصحابة اسم لمن جمع بين العمرة والحج في أشهر الحج سواء أحرم بهما جميعاً ، أو أحرم بالعمرة ثم أدخل عليها الحج ، أو أحرم بالحج بعد تحلله من العمرة ، وهذا هو التمتع الخاص في عرف المتأخرين، وهؤلاء الذين نقلوا أنه تمتع نقل بعضهم أنه أفرد الحج ، فإنه أفرد إكمال الحج ، ولم يحل من إحرامه لأجل سوقه الهدى ، فهو لم يتمتع متعة حل فيها من إحرامه فلهذا صار كالمفرد من هذا الوجه ^(٢).

المطلب الرابع

مناقشة الأدلة

فقد اعترض المالكية والشافعية على أدلة الفريق الثاني قائلين: إن أحاديث الأفراد أكثر وأرجح من الأحاديث التي تفيد أنه حج قارناً .

فأحاديث أنس هي التي تفيد بأن الرسول ﷺ أحرم بهما معاً وقد أنكر ابن عمر على أنس بن مالك روايته تلبية النبي ﷺ بالحج والعمرة جميعاً، ورواه أبو قلابة عن أنس بن مالك قال: سمعتهم يصرخون بهما جميعاً ^(٣).

وقال البيهقي رحمه الله مبيناً ذلك : فالاشتباه وقع لأنس لا لمن دونه ويحتمل أن يكون سمع النبي ﷺ يعلم غيره كيف يهل بالقران فتوهم أنه يهل بهما عن نفسه ...

وأما حديث (قل عمرة في حجة) فرواه جماعة بلفظ (صل في هذا

(١) شرح معاني الآثار ج ٢ ص ١٤٢ .

(٢) الفتاوى ج ٢٢ ص ٢٩٤ ، ٣٩٦ .

(٣) صحيح البخاري ج ٢ ص ٥٦١ .

الوادي وقال: عمرة في حجة) فهؤلاء أكثر عدداً ممن رواه (وقال عمرة في حجة) فيكون ذلك إذناً في إدخال العمرة في الحج لا أمراً للنبي ﷺ في حال نفسه ، يؤيد ذلك ما رواه عبد الله بن عمر عن أبيه رضي الله عنهما قال: "افصلوا بين حجكم وعمرتكم ، فإنه أتم لحج أحدكم ، وأتم لعمرة أن يعتمر في غير أشهر الحج" .

ومعلوم أن عمر ممن يختار الأفراد على القران والتمتع .

وأما رواية (إنني سقت الهدى وقرنت) فخطأ ، وقد روى قصة علي رضي الله عنه جابر وأنس ولم يذكر فيها قوله (وقرنت) وثبت عنه في رواية أنه قال: (وأما أنا فاهل بالحج) وهذا نص في الأفراد ، وأجيب عنه أيضاً بأنه إخبار عن القران في أثناء الحول لا في أول الإحرام .

وأما الحنفية والحنابلة فقد اعترضوا أيضاً على الفريق الأول ، قالوا: لا يمكن تأويل أحاديث القران إلا بتعسف بخلاف من روى الأفراد ، وأن من جاء عنه الأفراد جاء عنه صورة القران ، ومن جاء عنه التمتع لما وصفه ، وصفه بصورة القران ، لأنهم متفقون على أنه لم يحل من عمرته حتى أتم عمل جميع الحج وهذه إحدى صور القران .

وقالوا أيضاً : إنه تواتر عن أنس رضي الله عنه برواية نحو عشرين من ثقات التابعين أنه سمع النبي ﷺ يلبي بحج وعمرة ولم يسمع مرة بل مرات ، وأنس في ذلك اليوم رديف أبي طلحة إلى جنب رسول الله ﷺ ، بحيث إن رجله تمس رجل النبي ﷺ فمن أولى بحفظ كلامه ؟ من كان أقرب الناس إليه ولصيقه وليس بينه وبينه وبينه وبينه ؟ أو غيره كما يقول ابن حزم ، ومن سمع حُجَّةً على من لم يسمع . على أن القارن جاز له الاكتفاء في التلبية بحج وحده عند الكل ، فربما أهل مرة بالحج وحده ، فرواه ابن عمر وجابر وغيرهما ، وربما يخفي بعض كلمة على السامع .

فحديث أنس وحده حجة أقوى ما يكون في الباب ، فلروايته خصوصية ليست لغيره ، والمثبت قوله مقدم على النافي ، والقريب أولى بالاستماع

من بعيد على أن لكل من جابر وعائشة وابن عمر رواية تخالف رواياتهم بالإفراد ، وتوافق رواية أنس وليس لأنس رواية قوية ولا ضعيفة توافقهم، فأخذ المتفق أولى من أخذ المختلف فإذا لا يمكن إنكار قرانه أصلاً .

فقد ذكر ابن حبان في الثقات -عند أحمد- قال: " قلت لأنس بأي كان رسول الله يلبي ؟ فقال : سمعته سبع مرات يلبي بعمره وحجة " . قال ابن كثير رحمه الله تعالى: تفرد به الإمام أحمد وهو إسناد جيد قوي .

وقد روى عن أنس ستة عشر من الثقات على أن النبي ﷺ أهل بحجة وعمره معاً ، وقد صرح هؤلاء الجماعة عن أنس أنه سمع ذلك فانتفى قول من قال: إنه سمع بعض أصحابه يصرخون بذلك، وقول البيهقي: " الاشتباه وقع لأنس " جرأة على صاحب رسول الله ﷺ وتغليظ له بلا دليل ، ورد للحديث بمجرد احتمال بعيد يمكن أن يقال مثله في رواية من روى أنه ﷺ أفرد أو تمتع ، وكيف يصح هذا مع قوله: سمعته يلبي بعمره وحج (١).

وقد ذكر ابن القيم رحمه الله أوجه الاعتراض على الفريق الأول بالتفصيل وأطال النفس فيه وأجاد وأبدع . قال: إن قول عائشة وابن عمر أفرد الحج محتمل لثلاثة معان :

أحدها : الإهلال به مفرداً .

الثاني : إفراد أعماله .

الثالث : أنه حج حجة واحدة لم يحج معها غيرها بخلاف العمرة فإنها كانت أربع مرات ، وأما قولهما : تمتع بالعمرة إلى الحج وبدأ فأهل بالعمرة، ثم أهل بالحج فحكيًا فعله ، فهذا صريح لا يحتمل غير معنى واحد فلا يجوز رده بالمجمل .

وليس في رواية عائشة أنه "أهل بالحج" ما يناقض رواية مجاهد وعروة عنها "أنه قرن" فإن القارئ حاج مهل بالحج قطعاً ، وعمرته جزء من حجته فمن أخبر عنها : أنه أهل بالحج فهو صادق .

(١) إعلاء السنن ج ١٠ ص ٢٥٤ .

فإن ضمت رواية مجاهد إلى رواية عروة والاسود ، ثم رواية عروة تبين من مجموع الروايات أنه كان قارناً ، وصدق بعضها بعضاً حتى لو لم يحتمل قول عائشة وابن عمر إلا معنى الإهلال به مفرداً لوجب قطعاً أن يكون سبيله سبيل قول ابن عمر اعتمر في رجب ... ولا سبيل إلى تقديم هذه الرواية المجملة التي قد اضطربت على روايتها واختلف عنهم فيها وعارضهم من هو أوثق منهم أو مثلهم عليها .

وأما قول جابر : إنه أفرد الحج ، فالصريح من حديثه ليس فيه شيء من هذا ، وإنما فيه إخباره عنهم أنهم لا ينوون إلا الحج فليس في هذا ما يدل على أن رسول الله ﷺ لبي بالحج مفرداً ، وأما حديثه الذي رواه ابن ماجة أن رسول الله ﷺ أفرد بالحج فله ثلاثة طرق .

أجودها طريق الدراوردي وهو مختصر من حديثه الطويل في حجة الوداع ومروي بالمعنى ، والناس خالفوا الدراوردي في ذلك ، وقالوا: أهل بالحج ، وأهل بالتوحيد .

والطريق الثاني فيه مطرف قيل إنه مجهول . وقيل مضطرب الحديث . والطريق الثالث : فيه محمد بن عبد الوهاب وهو مختلف فيه .

ولو صح هذا عن جابر لكان حكمه حكم المروي عن عائشة وابن عمر وسائر رواة الثقات إنما قالوا: أهل بالحج ، فلعل هؤلاء حملوه على المعنى وقالوا: أفرد الحج ، ومعلوم أن العمرة دخلت في الحج ، فمن قال أهل بالحج لا يناقض من قال: أهل بهما بل هذا فصل ، وذاك أجمل .

ومن قال: أفرد الحج يحتمل ما ذكرناه من الوجوه الثلاثة ، ولكن هل قال أحد عنه : إنه سمعه يقول: (لبيك بحجة مفردة) هذا ما لا سبيل إليه حتى لو وجد ذلك لم يقدم على تلك الأساطين التي ذكرناها والتي لا سبيل إلى دفعها البتة ، وكان تغليب هذا أو حمله على أول الإحرام وأنه صار قارناً في أثناؤه متعيناً فكيف ولم يثبت ذلك ، وقد روي عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قرن في حجة الوداع ، ولا تناقض بين هذا وبين

قوله : أهل بالحج وأقرء بالحج ولبي بالحج فحصل الترجيح لرواية من روى القرآن لوجوه عشرة .

أن رواية القرآن أكثر، فقد روي عن سبعة عشر صحابياً، وأن طرق الإخبار بذلك تنوعت، وأن فيهم من أخبر عن سماعه، وفيهم من أخبر عن أمر ربه له بذلك، وفيهم من أخبر عن إخباره عن نفسه بأنه فعل ذلك، ولم يجئ شيء من ذلك في الأفراد، ولتصديق روايات من روى أنه اعتمر أربع عمر لها. ولأن رواية الأفراد روى القرآن ، فإن صرنا إلى تساقط رواياتهم سلمت رواية من عداهم عن معارض ، وإن صرنا إلى الترجيح وجب الأخذ برواية من لم تضطرب الرواية عنه ولا اختلفت .

ولأنها صريحة لا تحتمل التأويل بخلاف روايات الأفراد، وهي متضمنة زيادة سكت عنها أهل الأفراد ونفوها، والذاكر مقدم على الساكت ، والمثبت مقدم على النافي ، ولأنه النسك الذي أمر به من ربه فلم يكن ليعدل عنه .

ولأن قوله : دخلت العمرة في الحج إلى يوم القيامة يقتضي أنها صارت جزءاً منه ، أو كالجاء الداخل فيه بحيث لا يفصل بينها وبينه، وإنما تكون مع الحج كما يكون الداخل في الشيء معه .

ولأن عمر رضي الله عنه قال للصبي بن معبد وقد أهل بحج وعمرة: هديت لسنة نبيك محمد ﷺ ، وهذا يوافق رواية عمر عنه أن الوحي جاءه من الله بالإلهال بهما جميعاً ، فدل على أن القرآن سنته التي فعلها وامتلأ أمر الله له بها ^(١).

وقد عقد ابن القيم رحمه الله فصلاً خاصاً اعترض فيه على أدلة المخالفين لهذا المذهب بعنوان (فصل في أوام المصنفين في حجه ﷺ) نذكر منها ما يتعلق بالموضوع الذي نحن في صدد الحديث عنه قال رحمه الله تعالى ^(٢): فمن قال إنه أقرء الحج وأراد به أنه أتى بالحج مفرداً ثم

(١) حجة الإسلام تأليف الحافظ بن حجر العسقلاني ص ١١٤ .

(٢) زاد المعاد في هدي خير العباد ج ٢ ص ١٢٤ .

فرغ منه وأتى بالعمرة بعده ... فهذا غلط لم يقله أحد من الصحابة والتابعين ، ولا الأئمة الأربعة .

وإن أراد أنه حج حجاً مفرداً لم يعتمر معه فوهم أيضاً ...

وإن أراد به أنه اقتصر على أعمال الحج وحده ولم يفرد للعمرة أعمالاً فقد أصاب وعلى قوله تدل جميع الأحاديث .

ومن قال إنه قرن : فإن أراد به أنه طاف للحج طوافاً على حدة وللعمرة على حدة ، فالأحاديث ترد قوله ، وإن أراد أنه قرن بين النسكين ، وطاف لهما طوافاً واحداً ، وسعى لهما سعياً واحداً ، فالأحاديث الصحيحة تشهد لقوله وقوله هو الصواب ...

ثم قال: ووهم في حجه خمس طوائف . من قال: حج مفرداً لم يعتمر معه ، ومن قال: حج متمتعاً متمتعاً حل منه ثم أحرم بعده بالحج .

ومن قال: حج متمتعاً متمتعاً لم يحل منه لأجل سوق الهدي ولم يكن قارناً . ومن قال: حج قارناً قارناً طاف له طوافين وسعى له سعيين .

ومن قال: حج حجاً مفرداً ، واعتمر بعده من التنعيم .

ثم قال: وغلط في إحرامه خمس طوائف .

من قال: لبى بالعمرة وحدها واستمر عليها .

ومن قال: لبى بالحج وحده ، واستمر عليه .

ومن قال: لبى بالحج مفرداً ثم أدخل عليه العمرة ، وزعم أن ذلك خاص به . ومن قال: لبى بالعمرة وحدها ، ثم أدخل عليها الحج في ثاني الحال .

ومن قال : أحرم إحراماً مطلقاً لم يعين فيه نسكاً ثم عينه بعد إحرامه .

والصواب أنه أحرم بالحج والعمرة معاً من حين أنشأ الإحرام ولم يحل حتى حلّ منهما جميعاً ، فطاف لهما طوافاً واحداً ، وسعى لهما سعياً واحداً وساق الهدي كما دلت عليه النصوص المستفيضة التي تواترت تواتراً يعلمه أهل الحديث والله أعلم .

وممن ذهب إلى ترجيح الأدلة التي تفيد أنه حج قارناً صاحب أضواء البيان حيث قال: إن الأحاديث الواردة. بأنه كان مفرداً والواردة بأنه كان قارناً والواردة بأنه كان متمتعاً لا يمكن الجمع البتة بينها إلا الواردة منها بالتمتع والواردة بالقران، فالجمع بينهما واضح لأن الجمع لا يمكن بين نصين متناقضين تناقضاً صريحاً بل الواجب بينهما الترجيح، وإنما يكون الجمع بين نصين لم يتناقضا تناقضاً صريحاً فيحمل كل منهما على محمل ليس في الآخر التصريح بنقيضه، فيكونان صادقين، ولأجل هذا فجميع العلماء يقولون يجب الجمع إن أمكن فإذا كانا متناقضين فلا يمكن الجمع بينهما بل يجب المصير إلى الترجيح فأحاديث الأفراد صريحة في نفي القران. فكيف يمكن الجمع بين خبرين والمخبران بهما كل منهما يكذب الآخر تكذيباً صريحاً ، فالجمع في مثل هذا محال، ومن ادعى إمكانه فقد غلط كائناً من كان بالغاً ما بلغ من العلم والجلالة، وضرب لذلك مثلاً بحديثي أنس وابن عباس ، وذكر كذلك حديث عائشة الصحيح وفيه "قمنا من أهل بعجرة ، ومنا من أهل بحج وعمرة، ومنا من أهل بحج" ، فذكرت الأقسام الثلاثة ثم صرحت بأن النبي ﷺ أحرم بواحد معين ، فمثل هذا لا يمكن الجمع بينه وبين خبر من قال: إنه أحرم بقسم من القسمين الآخرين، لأن في بعض الروايات أنه أحرم بالحج خالصاً وفي بعضها أحرم بالحج وحده .

وأحاديث القران فيها التصريح بأنه يقول: لبيك حجة وعمرة فالجمع بينها لا يمكن بحال إلا على قول من قال: إنه كان قارناً يلبي بهما معاً فسمع بعضهم الحج والعمره معاً ، وسمع بعضهم الحج دون العمره وبعضهم العمره دون الحج ، فروى كل ما سمع ، وعلى أن الجمع غير ممكن فالمصير إلى الترجيح واجب . ولا شك عند من جمع بين العلم والإنصاف أن أحاديث القران أرجح من جهات متعددة منها كثرة من رواها من الصحابة، وأحاديث الأفراد لم يروها إلا عدد قليل. وكثرة الرواة من المرجحات^(١).

(١) أضواء البيان ج ٥ ص ١٦٨ .

مناقشة أدلة القائلين بأنه حج متمتعاً :

اعترض على أدلة القائلين بأنه حج متمتعاً بعدة اعتراضات منها ، أن لفظ " تمتع " عام يحتمل أنه تمتع متمتعاً حل فيه من إحرامه ثم أحرم يوم التروية بالحج مع سوق الهدي ، ويحتمل أنه بقي على إحرامه لأنه ساق معه الهدي ، ولم يتحلل حتى يوم النحر ، ويحتمل أنه أمر به أصحابه ، ويحتمل أن كل راو أخبر ما كان يلقن أصحابه ، وظن أنه أحرم بذلك ، وقد اتفق الفقهاء على أنه لم يحج بعد الهجرة إلا حجة واحدة ، وهي التي تسمى حجة الوداع .

والأدلة التي استند إليها القائلون بأنه حج متمتعاً لا تصلح لمعارضة أدلة القائلين بأنه حج قارناً أو مفرداً ، لأن الذين ذكروا أنه حج متمتعاً روي عنهم أيضاً أنه أفرد ، والتمتع عندهم كان شاملاً للقران ، وإطلاقه على ما يقابل القران اصطلاح حادث ، وقد جاء أن النبي ﷺ كان قارناً ، فالوجه أن يزاد بالتمتع هاهنا القران توفيقاً بين الأدلة ، ويؤيد ذلك ما روي عن عمران بن حصين " إن رسول الله ﷺ جمع بين حجة وعمرة ، ثم إنه لم ينه عنه حتى مات ، ولم ينزل فيه قرآن يحرمه " (١) ، وفي رواية عنه كما سبق " تمتع رسول الله ﷺ وتمتعنا معه " .

قال ابن القيم رحمه الله: من قال: إنه تمتع متمتعاً حل منه ، ثم أحرم بالحج إحراماً مستأنفاً ، فالأحاديث ترد قوله ، وهو غلط ، وإن أراد أنه تمتع متمتعاً مطلقاً لم يحل منه بل بقي على إحرامه لأجل سوق الهدي ، فالأحاديث الكثيرة ترد قوله أيضاً ، وإن أراد تمتع القران فهو الصواب الذي تدل عليه جميع الأحاديث الثابتة ، ويأتلف بها شملها ، ويزول عنها الإشكال والاختلاف (٢) .

أما الاحتمال الآخر فهو أن معنى " تمتع " أنه أمر به ، وأذن فيه ،

(١) صحيح مسلم ج ٢ ص ٨٩٩ .

(٢) زاد المعاد في هدي خير العباد ج ٢ ص ١٢٢ .

فأصحاب رسول الله ﷺ كان منهم القارن والمفرد والمتمتع ، وكل واحد يأخذ عنه أمر نسكه ويصدر عن تعليمه ، وأضيف الكل إليه ، ومعلوم في اللغة العربية جواز إضافة الفعل إلى الأمر به كما قال جل وتعالى: ﴿وَنَادَىٰ قُرْعُونَ فِي قَوْمِهِ﴾ والمقصود أنه أمر منادياً ينادي ، ومن هذا الباب قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: " رجمنا ورجم رسول الله " ، وهو إنما أمرهم بالرجم ^(١).

وأما حديث تمتع رسول الله وأبو بكر وعمر وعثمان ... يعارضه ما رواه مسلم عن عبد الله بن شقيق كان عثمان ينهى عن المتعة ، وكان علي يأمر بها ، وفي رواية لابن عباس " تمتع رسول الله ﷺ فقال عروة: نهى أبو بكر وعمر عن المتعة ، فقال ابن عباس: أراكم ستهلكون ، أقول: قال رسول الله ﷺ وتقولون: قال أبو بكر وعمر " .

وأما حديث معاوية أجيب عنه بأنه لم يصرح بأن ذلك كان في حجة الوداع في الرواية التي رواها البخاري ومسلم ، وأما الرواية التي فيها زيادة " في أيام العشر " فليست بالصحيح وهي معلولة ، أو وهم من معاوية ، وقد ثبت أنه ﷺ خلق في حجته فتعين أن يكون في عمرة ولا سيما وقد روى مسلم في هذا الحديث أن ذلك كان بالمروة ، ولفظه قصرت عن رسول الله ﷺ بمشقص وهو على المروة ، وهذا يحتمل أن يكون في عمرة القضية أو الجعرانة لكن وقع عند مسلم عن طاوس بلفظ أما علمت أنني قصرت عن رسول الله ﷺ بمشقص وهو على المروة فقلت له: لا أعلم هذه إلا حجة عليك ^(٢).

وقد رد النووي رحمه الله على من زعم أن ذلك كان في حجة الوداع، فقال هذا الحديث محمول على أن معاوية قصر عن النبي ﷺ في عمرة الجعرانة ؛ لأن النبي ﷺ في حجة الوداع كان قارناً وثبت أنه خلق بمنى

(١) تفسير القرطبي ج ٢ ص ٣٨٩، تفسير البغوي ج ١ ص ١٦٧ .

(٢) فتح الباري ج ٣ ص ٥٦٥ .

وفرق أبو طلحة شعره بين الناس فلا يصح حمل تقصير معاوية على حجة الوداع ولا يصح حمله أيضاً على عمرة القضاء الواقعة سنة سبع ؛ لأن معاوية لم يكن يومئذ مسلماً إنما أسلم يوم الفتح سنة ثامن هذا هو الصحيح المشهور ، ولا يصح قول من حمله على حجة الوداع وزعم أن النبي (ﷺ) كان متمتعاً ؛ لأن هذا غلط فاحش فقد تظاهرت الأحاديث في مسلم وغيره أنه (ﷺ) قيل له ما شأن الناس حلوا من العمرة ولم تحل أنت من عمرتك فقال: (أني لبدت رأسي وقلدت هديي فلا أحل حتى أنحر) (١).

قيل إنه كان يخفي إسلامه خوفاً من أبويه وكان النبي (ﷺ) لما دخل في عمرة القضاء مكة خرج أكثر أهلها عنها حتى لا ينظرونها وأصحابه يطوفون بالبيت ، فلعل معاوية كان ممن تخلف بمكة لسبب اقتضاه ولا يعارضه أيضاً قول سعد بن أبي وقاص فعلناها يعني العمرة في أشهر الحج وهذا يومئذ كافر بالعرش بضميتين يعني بيوت مكة ، يشير إلى معاوية لأنه يحمل على أنه أخبر بما استصحبه من حاله ولم يطلع على إسلامه لكونه كان يخفيه ، ويعكر على ما جوزوه أن تقصيره كان في عمرة الجعرانة أن النبي (ﷺ) ركب من الجعرانة بعد أن أحرم بعمرة ولم يستصحب أحداً معه إلا بعض أصحابه المهاجرين فقدم مكة فطاف وسعى وحلق ورجع إلى الجعرانة فأصبح بها كبائت فخفيت عمرته على كثير من الناس ولم يعد معاوية فيمن صحبه حينئذ ولا كان معاوية فيمن تخلف عنه بمكة في غزوة حنين حتى يقال لعله وجده بمكة بل كان مع القوم وأعطاه مثل ما أعطى أباه من الغنيمة مع جملة المؤلفات .

أقول وبالله التوفيق: ومن خلال استعراضنا لأدلة الفريقين ومناقشتي اعتراض كل فريق على أدلة الفريق الآخر رأيت أن ألخص هذه المسألة فيما يلي:

أولاً: أن ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة من أن الرسول (ﷺ) حج قارناً هو الراجح ، وهذا ما رجحه أيضاً القاضي عياض من علماء المالكية ، وعدد

(١) شرح النووي ج ٨ ص ٢٣٢ .

كبير من علماء الشافعية كابن حجر العسقلاني ، والنووي وابن المنذر وأبي إسحاق المروزي ، والسبكي ، والمزني ، والشوكاني وغيرهم .

ثانياً : أما الأحاديث التي ظاهرها التعارض فمذهب الجمع بين هذه الأحاديث هو الأولى والأرجح في نظري من مذهب الترجيح ، لإمكان الجمع وعدم وجود التعارض حقيقة بين هذه الأحاديث ، وخاصة أن هذه الأحاديث التي ظاهرها التعارض روي معظمها من السيدة عائشة وجابر ابن عبد الله وابن عمر وأنس وابن عباس رضي الله عنهم جميعاً .

ثالثاً : ليس هناك تعارض بين ما رجحناه بالنسبة لحجة الرسول ﷺ وبين القول بأن الجمع بين الأحاديث هو الراجح .

فالقائلون بأنه حج قارناً سلكوا مسلك الترجيح وقالوا: إن أحاديث القرآن أرجح لأن رواتها أكثر، وأما أحاديث الأفراد فرواتها قليلون، وقالوا: إن كثرة الرواة من المرجحات ، واستشهدوا من رواية هؤلاء الذين تركوا أحاديثهم ببعض الروايات التي تتفق مع أحاديث القرآن. وهذا محل خلاف ونظر .

فكون الرواة الذين روى أحاديث الأفراد أقل عدداً من رواة أحاديث القرآن لا يصلح حجة تطرح بها الأحاديث الصحيحة التي تفيد أنه حج مفرداً ، وعلى فرض ذلك فليس هناك ما يفيد استثناء بعض الروايات التي تفيد القرآن من أحاديثهم وطرح الروايات التي تفيد خلاف ذلك .

فإما أن نأخذ برواية هؤلاء المخالفين إذا استوفت الشروط ، وإما أن نردها مطلقاً إذا اختل شرط من شروط الصحة ، والصحيح أن تلك الروايات كلها صحيحة ومتوافقة ومتعاضدة ، كما أن رواة هذه الأحاديث يُعدون عمدة ومرجعاً في هذا الموضوع ، فليس هناك إنفاً أي تناقض ولا تضارب بين هذه الروايات حتى نحكم بسقوط رواية هؤلاء لعدم إمكان الجمع ، وفي رأيي إذا كان لا بد من سقوط - وهو أمر نعهده غير وارد أصلاً- فسقوط رواية الآخرين أقرب إلى المنطق .

رابعاً : أن الأحاديث التي تفيد أنه حج قارناً والتي تفيد أنه حج مفرداً

صحيحة ، والجمع بينهما ممكن ، وليس هناك تناقض يمنع الجمع بينها .
وما ذكره الشيخ محمد الأمين .صاحب أضواء البيان من أن هذه الأحاديث متناقضة ولا يمكن الجمع بينها فمحل خلاف ، ونرى إمكانية الجمع بينها .

خامساً : منشأ الخلاف بين الفريقين أن القائلين بأنه حج قارناً يرون أن أحاديث الأفراد تناقض الأحاديث التي تفيد أنه حج قارناً ، أما القائلون بأنه حج مفرداً ، فلا يرون ذلك التعارض الذي يؤدي إلى تناقض الأحاديث بحيث لا يمكن الجمع بينها ، ولذا قال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى :

"وليس مما وصفت من الأحاديث المختلفة شيء أخرى أن لا يكون متفقاً من وجه أو مختلفاً لا ينسب صاحبه إلى الغلط باختلاف فعله من حديث أنس" (١) .

ومن قال: قرن النبي ﷺ ، ثم حديث من قال: كان ابتداء إحرامه حجاً لا عمرة معه ؛ لأن رسول الله ﷺ لم يحج من المدينة إلا حجة واحدة ، ولم يختلف في شيء من السنن ، والاختلاف فيه أيسر من هذا من جهة أنه مباح، وإن كان الغلط فيه قبيحاً فيما حمل من الخلاف (٢) .

وقال الإمام ابن حجر رحمه الله تعالى: ومن روي عنه القرآن لا يحتمل حديثه التأويل إلا بتعسف ، بخلاف من روى الأفراد فإنه محمول على أول الحال وينتفي التعارض (٣) .

سادساً : فقول الإمام الشنقيطي رحمه الله تعالى: لا يمكن الجمع بين هذه الأحاديث لأنها متناقضة تناقضاً صريحاً محل نظر ؛ لأنه ليس هناك

(١) معرفة السنن والآثار ج ٧ ص ٧٣ .

(٢) قال الإمام الماوردي رحمه الله تعالى : يعني قول الشافعي ليس شيء من الخلاف أيسر من هذا لأنه مباح ليس فيه تغيير حكم لأن الأفراد والتمتع كلها جائزة قال وقول الشافعي : وإن كان الغلط فيه قبيحاً يحتمل أمرين : أحدهما أنه أراد الإنكار على من لا معرفة له بالأحاديث وترتيب مختلفها، والجمع بينها وإنما غير متضادة بل يجمع بينها . المجموع للنووي ج ٧ ص ١٥٣ .

(٣) فتح الباري ج ٧ ص ٢١٠ .

تناقض في الواقع يقتضي ترك الجمع ، والميل إلى الترجيح وإنما هو ناتج من اختلاف المفاهيم فيكون ترجيحاً بدون مرجح ، وما ذكره من الشبهات والاحتمالات فغير وارد لدى القائلين بإمكان الجمع بين الأحاديث المتعارضة ، فهذا يعد إلزاماً للآخرين بما لا يلزم ، وترتيباً لنتائج على مقدمات لم يتفقوا على مبادئها ، وإذا كان هناك من تناقض فهو ناتج من فهمهم الخاص لتلك الأحاديث التي تفيد أن رسول الله ﷺ حج قارناً .

سابعاً : اختلف القائلون بأنه أهل بالعمرة والحج معاً في كيفية الإحرام ، هل بدأ بالعمرة أو بالحج أو بهما معاً ؟ وبناء على ذلك ردوا الأحاديث التي تفيد خلاف ما اختاروه .

ثامناً : ليس هناك تعارض يؤدي إلى طرح بعض الأحاديث والعمل بالأخرى على القول بأنه أحرم بالحج أولاً ثم أدخل عليه العمرة ثانياً .

وما ورد من ذلك مما يفيد أنه أهل بهما معاً ، فقد أجاب عنه الفريق الآخر بما لا مجال للتعارض فيه لأنه ليس هناك تناقض في المعنى ، فما دام الجمع ممكناً وجب المصير إليه ؛ لأن إعمال الدليلين أولى من إلغاء أحدهما بدون مبرر وخاصة أن تلك الأحاديث التي قالوا بأنها ساقطة أقوى بكثير من الأحاديث التي أرادوا ترجيحها .

فمثلاً حديث أنس الذي روى تلبية النبي ﷺ بالحج والعمرة معاً - وهو من أدلة القائلين بأنه حج قارناً - فقد أنكر عليه ابن عمر وهو ممن روى أنه أحرم بالحج مفرداً ، وقد جمع العلماء بينهما بعدة وجوه بحيث لا يبقى مجال للتناقض بينهما ، وتلك الأجوبة كلها مؤيدة بأدلة أخرى وليست نابعة من رأي محض .

فقد ورد في بعض الرواية ما يوضح وجه إنكار ابن عمر على أنس ، فقد روى أبو قلابة عن أنس بن مالك قال : " سمعهم يصرخون بهما جميعاً " .

قال سليمان بن حرب : الصحيح رواية أبي قلابة ، وقد جمع بعض

• حجة الرسول (ﷺ) بين الأفراد والتمتع والقران •

أصحاب النبي ﷺ بين الحج والعمرة ، وإنما سمع أنس بن مالك أولئك دون النبي ﷺ هذا أو نحوه (١).

وقيل : إنه سمعه يعلم بعض أصحابه كيف الإهلال بالقران فتوهم أنه يهل بهما عن نفسه ، ويحتمل إنكار ابن عمر عليه لكونه أطلق أنه ﷺ جمع بينهما أي في ابتداء الأمر ، وهذا الأخير أرجح لأن المراد من قول ابن عمر "تمتع رسول الله ﷺ" أي أحرم بالحج مفرداً ثم أحرم بالعمرة فصار قارئاً في آخر أمره فيحمل التمتع على معناه اللغوي، وهو الانتفاع بإسقاط عمل العمرة والخروج إلى ميقاتها وغيرها ، والقارن يسمى متمتعاً إذا من حيث اللغة ومعنى "بالعمرة إلى الحج" أي بإدخال العمرة على الحج .

تاسعاً : إن المراد بقوله : "فأهل بالعمرة ثم أهل بالحج" بيان لصورة الإهلال ، ومعناه : أي لما أدخل العمرة على الحج لبي بهما جميعاً فقال لبيك بعمرة وحجة معاً ، وعلى هذا فلا تعارض بين هذا الحديث ، وبين حديث أنس أن رسول الله ﷺ قال : (لبيك بعمرة وحجة معاً) .

وأما إنكار ابن عمر على أنس ذلك لكونه أطلق جمع الرسول ﷺ بينهما في ابتداء الأمر يؤيده قوله في الحديث : "وتمتع الناس" .

ومعلوم أن هؤلاء بدؤوا بالحج ثم فسخوا حجهم إلى العمرة حتى حلوا بعد ذلك بمكة ثم حجوا من عامهم ، فإذا كان الأمر كذلك فلا وجه للقول بأن كلا منهما يكذب الآخر تكذيباً صريحاً بل إنما أخبر كل منهما بما رآه .

وباستقراء الروايات وتتبعها ظهر لنا عدم تناقض الروايتين .

عاشراً: إن ما نقل من قول عمر لصبي بن معبد هديت لسنة نبيك ﷺ (٢)، فقد روي عن أبي وائل شقيق ابن سلمة قال: كثيراً ما كنت أتي الصبي بن معبد أنا ومسروق نسأله عن هذا الحديث ، قال: كنت امرأ

(١) معرفة السنن والآثار ج ٧ ص ٧٥ .

(٢) مسند أحمد ج ١ ص ١٤ ، السنن الكبرى ج ٤ ص ٣٥٢ إسناده صحيح رجاله رجال الشيخين غير الصبي وهو ثقة .

نصرانياً فأسلمت فأهلكت بالحج والعمرة فسمعني سلمان بن ربيعة وزيد ابن صوحان ، وأنا أهل بهما بالقادسية فقالا : ما هذا بأفقه من بغير أهله ، فأتيت عمر بن الخطاب وهو بمنى فذكرت ذلك له فأقبل عليهما فلامهما وأقبل علي فقال: هديت لسنة نبيك ﷺ مرتين^(١).

الحادي عشر : يفهم من سياق الحديث أن عمر رضي الله عنه أراد أن يطمئنه ويدخل عليه السرور ، وخاصة أنه كان حديث عهد بالإسلام ولذا تأثر من قول الرجلين له ما هذا بأفقه من بغير أهله ، أي أن ما فعله مخالف للشرع ولذا وجه عمر اللوم إلى الرجلين لأن الرجل لم يفعل أمراً منكراً ، فالقران جائز بالإجماع ، فقول عمر له هديت لسنة نبيك فيه رد على كلام الرجلين أي أن ما فعلته موافق للسنة وليس بضلال ، وهذا لا يفيد أن ذلك هو الأفضل على الإطلاق . والله أعلم بالصواب .

وأما قولهم : إن رواية الأفراد روى القران فإن صرنا إلى تساقط رواياتهم سلمت رواية من عداهم عن معارض ، وإن صرنا إلى الترجيح وجب الأخذ برواية من لم تضطرب الرواية عنه ولا اختلفت .

فلا يوجد تعارض بين رواية الأفراد ورواية القران حتى نحكم بتساقطها ، وعلى فرض وجود التعارض فليست رواية القران أولى بالبقاء من رواية رواية الأفراد ، وربما رواية رواية الأفراد أولى بالبقاء والثبوت من رواية رواية القران؛ فرواية الأفراد أضبط وأحفظ لحج النبي ﷺ لملازماتهم له وإطلاعهم على ما لم يطلع عليه الآخرون ، وأن روايتهم خالية من الاضطراب ، وما يظن أنه اضطراب فقد بين العلماء وجه الصواب فيه .

فمثلاً قول حفصة ما شأن الناس حلوا ولم تحلل من عمرتك . فمعناه ولم تحل أنت من إحرامك الذي ابتدأته معهم بنية واحدة .

وقيل معناه ولم تحل من حجك بعمرة كما أمرت أصحابك وتأتي من

(١) الإحسان في صحيح ابن حبان ج ٩ ص ٢١٩ ، النسائي ج ٥ ص ١٤٦-١٤٧ ، ومعركة السنن والآثار ج ٧ ص ٧٤ .

بمعنى الباء كقوله تعالى: ﴿يَحْفَظُونَهُ مِنْ أَمْرِ اللَّهِ﴾ أي بأمر الله أي ولم تحل أنت بعمره من إحرامك ، وقيل: ظننت أنه فسخ حجه بعمره كما فعل أصحابه بأمره .

وقيل : الحديث فيه إقراره لها على أنه في عمره ، وليس فيه أنها عمره مفردة لا حجة معها ، وقد أخبر عن نفسه بأنه قرن فهو إذن في حج وعمره ومن كان في حج وعمره فهو في عمره قطعاً ، أو أن المراد بالعمره المتعة لأن التمتع يراد به القران والعمره تطلق على التمتع فيكون المراد لم تحل من قرانك وسمته عمره كما يسمى تمتعاً وهذه لغة الصحابة .

قال ابن حجر رحمه الله: والذي تجتمع به الروايات أنه ﷺ كان قارناً بمعنى أنه أدخل العمره على الحج بعد أن أهل به مفرداً لا أنه أول ما أهل أحرم بالحج والعمره معاً. ويؤيده حديث عمر مرفوعاً (وقل عمره في حجة). وحديث أنس "ثم أهل بحج وعمره" وحديث عمران بن حصين في مسلم "جمع بين حج وعمره" وحديث البراء مرفوعاً "إني سقت الهدى وقرنت" وحديث سبابة الذي رواه أحمد "أن النبي ﷺ قرن في حجة الوداع" (١).

فهذه الأحاديث وإن لم تكن نصاً في أنه أحرم بهما معاً إلا أنها تبين كيفية القران وأنه بدأ بالحج أولاً ثم أدخل عليها العمره ثانية ، لا أنه أحرم بالعمره أولاً ثم أدخل عليه الحج ثانياً .

وقد يكون ذلك مجرد إخبار عن إذنه لأصحابه في القران بدليل روايته الأخرى أنه أعمر بعض أهله في العشر وروايته الأخرى أنه ﷺ تمتع فإن مراده بكل ذلك إذنه في ذلك كما حمل حديث أنس على أنه إخبار عن حال أصحابه أو أنه سمعه يعلم ذلك بعض أصحابه .

وقال ابن حجر أيضاً - رحمه الله -: والذي يظهر لي أن من أنكر القران من الصحابة نفى أن يكون أهل بهما جميعاً في أول الحال ، ولا ينفي أن يكون أهل بالحج مفرداً ثم أدخل عليه العمره ثانية فيجتمع القولان (٢).

(١) فتح الباري ج ٧ ص ٢١٠ .

(٢) فتح الباري ج ٧ ص ٢١٣ .

وقال الإمام النووي رحمه الله تعالى: والصواب الذي نعتقده أنه ﷺ أحرم أولاً بالحج مفرداً ثم أحرم بالعمرة بعد ذلك وأدخلها على الحج قصار قارناً ، فمن روى الأفراد فهو الأصل ، ومن روى القرآن اعتمد آخر الأمر ، ومن روى التمتع أراد التمتع اللغوي وهو الانتفاع والارتفاق والالتذاذ ، وقد انتفع بالقرآن بأن كفاه عن النسكين فعل واحد ولم يحتج إلى أفراد كل واحد بعمل .

ويؤيده أن النبي ﷺ لم يعتمر تلك السنة عمرة مفردة لا قبل الحج ولا بعده ولو جعلت حجته مفردة لزم منه أن لا يكون اعتمر تلك السنة ولم يقل أحد أن الحج وحده أفضل من القرآن .

وعلى هذا الجمع الذي ذكرته تنتظم الأحاديث كلها في حجته ﷺ في نفسه ، وليس فيها تناقض واضطراب وإنما يحصل التناقض لو كان الزائد نافياً لقول صاحبه ، وأما إذا كان مثبتاً له وزائداً عليه فليس فيه تناقض .

ويحتمل أن الراوي سمعه يقول لغيره على وجه التعليم فيقول لبيك بحجة وعمرة على سبيل التلقين ، ويحتمل أن بعضهم سمعه يقول لبيك بحجة فحكى عنه أنه أفرد وخفي عليه قوله وعمرة فلم يحك إلا ما سمع ، وسمع أنس وغيره الزيادة وهي لبيك بحجة وعمرة ولا ينكر قبول الزيادة ما لم يحصل تناقض . فهذه الروايات المختلفة ليس فيها تناقض والجمع بينها سهل ^(١).

وإنما التناقض عند من قال قرن النبي ﷺ في حجته ، فقد اختلفت طرقهم في كيفية القرآن ونحن سنبينها بالتفصيل .

فطائفة تقول: أحرم بالعمرة أولاً ، ثم أدخل عليها الحج لحديث ابن عمر " تمتع رسول الله ﷺ في حجة الوداع بالعمرة إلى الحج وأهدى ، فساق معه الهدى من ذي الحليفة ، وبدأ رسول الله ﷺ فأهل بالعمرة ثم أهل بالحج " . وقد نسب ابن القيم رحمه الله هذا القول إلى ابن حبان: ونقل عنه في

(١) المجموع للنووي ج ٧ ص ١٦٠ ، شرح النووي ج ٨ ص ١٣٥-١٣٨ .

ذلك تفصيلاً مطولاً ونحن نذكره مع شيء من التصرف :

قال ابن حبان رحمه الله: في هذه الاخبار التي ذكرنا في أفراد المصطفى (ﷺ) الحج وقرانه وتمتعه بهما مما تنازع فيها الأئمة من لدن المصطفى (ﷺ) إلى يومنا هذا ويشنع به المعطلة وأهل البدع على أئمتنا .

وقالوا : رويتم ثلاثة أحاديث متضادة في فعل واحد ورجل واحد وحالة واحدة ، وزعمتم أنها ثلاثتها صحاح من جهة النقل ، والعقل يدفع ما قلتم ، إذاً محال أن يكون المصطفى (ﷺ) في حجة الوداع كان مفرداً قارناً متمتعاً .

فلما صح أنه لم يكن في حالة واحدة قارناً متمتعاً مفرداً صح أن الاخبار يجب أن يقبل منها ما يوافق العقل ... إلى أن قال :

ولو تملق قائل هذا في الخلوة إلى البارئ ، وسأله التوفيق لإصابة الحق والهداية لطلب الرشد في الجمع بين الاخبار ونفي التضاد عن الآثار لعلم بتوفيق الواحد القهار أن أخبار المصطفى لا تضاد بينها ولا تهاتر ، ولا يكذب بعضها بعضاً إذا صحت من جهة النقل لعرفها المخصصون في العلم الذابون عن المصطفى (ﷺ) الكذب ، وعن سننه القدح ، المؤثرون ما صح عنه (ﷺ) على قول من بعده من أئمة (ﷺ) .

والفصل في الجمع بين هذه الاخبار : أن المصطفى (ﷺ) أهل بالعمرة حيث أحرم كذلك قاله مالك عن الزهري عن عروة عن عائشة ، فخرج وهو يهل بالعمرة وحدها حتى بلغ سرف أمر أصحابه بما أسلفنا في خبر أفلق ابن حميد ، فمنهم من أحل حينئذ ، ومنهم من أقام على عمرته ولم يحل فأهل (ﷺ) بهما معاً حينئذ إلى أن دخل مكة ، وكذلك أصحابه الذين ساقوا معهم الهدى ، وكل خبر روي في قران النبي (ﷺ) إنما كان ذلك حيث رآوه يهل بهما معاً بعد إدخال الحج على العمرة إلى أن دخل مكة ، فلما دخل مكة (ﷺ) وطاف وسعى أمر ثانياً من لم يكن معه الهدى ، وكان قد أهل بعمرة أن يتمتع ويحل ، وكان يتلف على ما فاتته من الإهلال حيث كان ساق الهدى ... فلما كان يوم التروية وأحرم المتمتعون خرج رسول الله

ﷺ إلى منى وهو يهل بالحج مفرداً ، إذ العمرة التي قد أهل بها في أول الأمر قد انقضت عند دخول مكة بطوافه بالبيت وسعيه بين الصفا والمروة ، فحكى ابن عمر وعائشة أن النبي ﷺ أقرد الحج ، أراداً من خروجه إلى منى من مكة من غير أن يكون بين هذه الأخبار تضاد أو تهاتر .

وفقنا الله لما يقربنا إليه ، ويزلقنا لديه من الخضوع عند ورود السنن إذا صحت ، والانقياد لقبولها واتهام الأنفس والزاق العيب بها إذا لم نوفق لإدراك حقيقة الصواب دون القدح في السنن والتعرج على الآراء المنكوسة ، والمقاييسات المعكوسة إنه خير مسؤول ^(١) .

وقد رد عليه ابن القيم في فصل خاص عقده لذكر أوهام المصنفين حيث قال: فقد غلط من قال لبي بالعمرة وحدها ثم أدخل عليها الحج في ثاني الحال وقال: الراجح مذهب الحنابلة والحنفية: لما روي عن أنس رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (لبيك بحج وعمرة معاً) .

الثاني عشر: أن ما ذهب إليه الجمهور - من أنه كان مفرداً أولاً ثم أدخل العمرة على الحج ثانياً - هو الذي نراه راجحاً جمعاً بين الأدلة. فأحاديث الأفراد صحيحة تحمل على أول ابتداء الإحرام ، وأحاديث القرآن صحيحة أيضاً ، فالمراد بالقرآن عندهم إدخال العمرة على الحج ، فقد أدخل الرسول ﷺ العمرة على الحج بعد أن أتاه آت من ربه وأمره بذلك فصارقارناً ويقولون: إن ذلك خاص بالنبي ﷺ دون غيره ، ومما يؤكد ذلك أن ابن عمر رضي الله عنه قال: لبي بالحج وحده ، وأنس قال: أهل بهما جميعاً . وكلاهما صادق فلا يمكن أن يكون إهلاله بالقرآن سابقاً على إهلاله بالحج وحده ؛ لأنه إذا أحرم قارناً لم يمكن أن يحرم بعد ذلك بحج مفرد ، فتعين أنه أحرم بالحج مفرداً فسمعه ابن عمر وعائشة وجابر فنقلوا ما سمعوه ، ثم أدخل عليه العمرة ، فأهل بهما جميعاً لما جاءه الوحي من ربه ، فسمعه أنس يهل بهما فنقل ما سمعه ، ثم أخبر عن نفسه بأنه قرن ، وأخبر عنه ذلك عدد من أصحابه فانفقت أحاديثهم وزال عنها الاضطراب والتناقض .

(١) . الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ج ٩ ص ٢٢٩-٢٣٠ ، عون المعبود مع شرح ابن القيم ج ٥ ص ٢٤٠ .

فلا يجب للقران أن يهل بهما جميعاً من أول الامر بل القران أن يجمع بينهما عند الإحرام ، أو قبل الشروع في أفعال العمرة أو الإتيان بأكثرهما وههنا قد حصل ذلك فقد أتاه أت من ربه في واد العقيق فأمره أن يقول (عمرة في حجة) وذلك قبل وصوله إلى مكة بكثير ، فقد أدخل العمرة على الحج قبل الشروع في أعمالها فكان قارناً حتماً ^(١) . ومما يؤيد ذلك ما رواه أبو داود عن سعيد بن جبير قال: قلت لعبد الله ابن عباس يا أبا العباس! عجبت لاختلاف أصحاب النبي ﷺ في إهلال رسول الله ﷺ حين أوجب .

فقال : إني لأعلم الناس بذلك ، إنها كانت من رسول الله ﷺ حجة واحدة فمن هناك اختلفوا ، خرج رسول الله ﷺ حاجاً فلما صلى بمسجده بذى الحليفة ركعتيه أوجب في مجلسه ، فاهل بالحج حين فرغ من ركعتيه ، فسمع ذلك منه أقوام فحفظته عنه ، ثم ركب فلما استقلت به ناقته اهل وأدرك ذلك منه أقوام ، وذلك أن الناس إنما كانوا يأتون أرسالاً فسمعوه حين استقلت به ناقته يهل ، فقالوا إنما اهل رسول الله ﷺ حين استقلت به ناقته ، ثم مضى رسول الله ﷺ فلما علا على شرف البيداء اهل ، وأدرك ذلك منه أقوام فقالوا: إنما اهل حين علا شرف البيداء ، وأيم الله لقد أوجب في مصلاه ، وأهل حين استقلت به ناقته ، وأهل حين علا على شرف البيداء ، قال سعيد: فمن أخذ بقول ابن عباس اهل في مصلاه إذا فرغ من ركعتيه ^(٢) . وقد رواه الترمذي والنسائي جميعاً عن قتيبة عن عبد السلام عن خصيف به نحوه .

قال الإمام أحمد رحمه الله تعالى: هذا جمع حسن إلا أن خصيفاً الجزري ليس بالقوي عند أهل العلم بالحديث ^(٣) .

(١) فتح الباري ج ٣ ص ٢٧٥ ، وإعلاء السنن ج ١٠ ص ٢٥٠ .

(٢) سنن أبي داود باب وقت الإحرام ج ٢ ص ١٥٠ . مسند أحمد ج ١ ص ٢٦٠ ، سنن الترمذي رقم ٨١٩ ، النسائي ج ٥ ص ١٦٢ رقم ٢٧٥٥ .

(٣) وخصيف مولى عثمان بن عفان روى عنه الثقات الكبار : السفينان ، وابن جريج وغيرهم ، ووثقه ابن معين والعجلي ، وقال النسائي : صالح ، وقال لهوزرعة : موثق ، انظر طبقات ابن سعد ج ٧ ص ١٨٠ ، التاريخ الكبير ج ٣ ص ٢٢٨ ، الضعفاء الكبير ج ٢ ص ٣١ ، سير أعلام النبلاء ج ٦ ص ١٤٥ ، تهذيب التهذيب ج ٣ ص ١٤٣ .

وقال الترمذي: حسن غريب لا نعرف أحداً رواه غير عبد السلام . كذا قال ، وقد رواه أحمد من طريق محمد بن إسحاق ، وكذا البيهقي عن الحاكم عن القطيعي عن عبد الله بن أحمد عن أبيه ، ثم قال خصيف الجزري غير قوي وقد رواه الواقدي بإسناد له عن ابن عباس .

قال البيهقي: إلا أنه لا ينفع متابعة الواقدي ، والأحاديث التي وردت في ذلك عن ابن عمر وغيرها أسانيداً قوية ثابتة ^(١).

قال ابن كثير: قلت: فلو صح هذا الحديث لكان فيه جمع لما بين الأحاديث من الاختلاف ، وبسط لعذر من نقل خلاف الواقع ، ولكن في إسناده ضعف .

ثم قد روي عن ابن عباس وابن عمر خلاف ذلك في الصحيحين وفيه عن ابن عمر قال: وأما الإهلال فإني لم أر رسول الله يهل حتى تنبعث به راحلته. وعنه أيضاً قال : أهل النبي ﷺ حين استوت به راحلته قائمة .

وفي مسلم عن سالم عن أبيه: "بيدائكم هذه التي تكنون على رسول الله ﷺ فيها ، والله ما أهل رسول الله ﷺ إلا من عند الشجرة حين قام به بعيره ^(٢)". وكأنه يقصد الإنكار ، أي بادعائكم أنه أهل من عندها ، والله أعلم بالصواب .

وروى البخاري عن ابن عباس حديثاً طويلاً وفيه "فلما أصبح بذى الحليفة ركب راحلته حتى استوى على البيداء أهل هو وأصحابه وقلد بدنه" ^(٣).

قال ابن كثير رحمه الله: بعد أن ذكر جميع هذه الروايات وغيرها "فهذه الطرق عن ابن عباس من أنه عليه السلام أهل حين استوت به راحلته أصح وأثبت من رواية خصيف الجزري عن سعيد بن جبير عنه والله أعلم" ^(٤).

(١) كتاب حجة الوداع لابن كثير ص ٥٢ .

(٢) أخرجه مسلم رقم ١١٨٦ ، كتاب الحج ، المراد بالبيداء هنا شرف امام ذي الحليفة ، وسميت بيداء لأن ليس فيها بناء ولا أثر ، وقال الحافظ: البيداء هذه فرق علمي ذي الحليفة لمن صعد من الوادي ، وتم الباري ج ٣ ص ٤٦٩ .

(٣) أخرجه البخاري حديث ١٥٤٥ .

(٤) كتاب حجة الوداع لابن كثير ص ٥٧ .

وهكذا الرواية المثبتة أنه أهل حين استوت به الراحلة مقدمة على الرواية الأخرى لاحتمال أنه أراد أنه أحرم من عند المسجد حين استوت به راحلته، وتكون رواية ركوبه الراحلة فيها زيادة علم على الأخرى .

ورواية أنس بن مالك رحمه الله سالمة من المعارض: وفيها قال: " صلى النبي ﷺ بالمدينة أربعاً وبذي الحليفة ركعتين ثم بات حتى أصبح بذى الحليفة، فلما ركب راحلته واستوت به أهل " (١). وقد رواها البخاري ومسلم وأهل السنن من طرق عن محمد بن المنكدر وإبراهيم بن ميسرة عن أنس.

وهكذا رواية جابر في حديثه الطويل الذي رواه مسلم وفيها: " أن رسول الله ﷺ أهل حين استوت به راحلته " سالمة عن المعارض .

ولذا قال الحافظ ابن كثير رحمه الله: فهذه الطرق كلها دالة على القطع أو الظن الغالب أنه عليه السلام أحرم بعد الصلاة، وبعد ما ركب راحلته وابتدأت به السير (٢).

ويقول الإمام البيهقي رحمه الله: والعجب أن بعض من يدعي الجمع بين الأخبار المختلفة ويصححها على مذهبه جعل حديث ابن عباس الذي رواه أبو داود أصلاً لإحرام النبي ﷺ برب صلاته في المسجد .

وزعم أن الذين قالوا: قرن يحتمل أنهم سمعوا تلبيته بالعمرة في المسجد ثم سمعوا تلبيته بالحج خارجاً من المسجد فعلموا أنه قرن، وسمع تلبيته بالحج دون العمرة قوم فقالوا أفرد: وسمع تلبيته بالعمرة دون الحج قوم ثم رأوه يعمل عمل الحاج وكان ذلك عندهم بعد خروجه من العمرة فقالوا: تمتع، ثم نسي ما قال ههنا فقال: يجوز أن إحرامه أولاً كان بحجة حتى دخل مكة ففسخ ذلك بعمرة ثم أقام عليها على أنها عمرة، وقد

(١) أخرجه البخاري رقم ١٥٤٦ كتاب الحج، ورقم ١٠٨٩ كتاب التفسير، ومسلم رقم ٦٩٠ كتاب صلاة المسافرين، وأبو داود رقم ١٢٠٢ كتاب الصلاة، والترمذي رقم ٥٤٦ كتاب الصلاة، والنسائي ج ١ ص ٢٣٥، رقم ٤٦٩ كتاب صلاة المسافرين .

(٢) كتاب حجة الوداع ص ٥٩ .

خرج على أن يحرم بعدها بحجة فكان في ذلك متمتعاً ثم لم يطف للعمرة حتى أحرم بالحجة فصار بذلك قارناً .

وقد روينا في حديث ابن عباس هذا أنه أوجبه في مجلسه فأهل بالحج وصاحب هذا الكلام غفل عن الرواية التي فيها هذه اللفظة ، وغفل عن الحديث الثابت عن أبي العالية البراء أنه سمع ابن عباس يقول "أهل النبي ﷺ بالحج" . واعتمد على رواية مسلم القُري ، أنه سمع ابن عباس يقول "أهل النبي ﷺ بعمرة وأهل أصحابه بحج" (١) .

فكان الإمام البيهقي رحمه الله يشير بكلامه هذا إلى أن الراجح أنه أحرم بالحج أولاً ثم أدخل عليه العمرة فصار قارناً بعد ذلك .

أما ابن كثير فيميل إلى أن الرسول ﷺ أهل بالعمرة والحج معاً ، وأول الأحاديث التي تفيد أنه تمتع بأن المراد بالتمتع هنا القران ، قال رحمه الله تعالى مجيباً عن حديث مسلم الذي يفيد أنه ﷺ (أهل بعمرة وأهل أصحابه بحج) وحديث أبي داود الطيالسي في مسنده الذي يفيد أنه ﷺ (أهل بالحج) فإن صححنا الروایتين جاء القران ، وإن توقفنا في كل منهما وقف الدليل ، وإن رجحنا رواية مسلم فقد تقدم عن ابن عباس أنه روى الأفراد وهو الإحرام بالحج فتكون هذه زيادة على الحج فيجاء القول بالقران ، لا سيما وسيأتي عن ابن عباس ما يدل على ذلك (٢) .

فقد روى مسلم عن مجاهد عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (هذه عمرة استمتعنا بها ، فمن لم يكن معه هدي فليحل الحل كله، فقد نخلت العمرة في الحج إلى يوم القيامة) فالمراد بالعمرة هنا القران (٣) .

الثالث عشر : اتفق الفقهاء على أنه لم يحج بعد الهجرة إلا حجة واحدة،

(١) أخرجه مسلم حديث (٢٩٥٥-٢٩٥٦) وأبو داود باب الإقران ج ٢ ص ١٦٠ والنسائي ج ٥ ص ١٨١ ،

السنن الكبرى للبيهقي ج ٥ ص ١٨ .

(٢) كتاب حجة الوداع ص ٨٠ .

(٣) صحيح مسلم حديث رقم ١٢٤١ .

والصحيح أنه لم يتمتع التمتع المعروف ، وما يفيد ذلك من الأحاديث مثل حديث " تمتع رسول الله ﷺ في حجة الوداع بالعمرة إلى الحج ... " (١). فمؤول، لأن لفظ التمتع يطلق على من جمع العمرة مع الحج في أشهر الحج. قال ابن كثير رحمه الله : وهذا الحديث من المشكلات على كل من الأقوال الثلاثة ، أما على قول الأفراد : ففي هذا إثبات عمرة إما قبل الحج وإما معه ، وأما على قول التمتع الخاص فلا أنه لم يحل من إحرامه بعد ما طاف بالصفاء والمروة ، وليس هذا شأن التمتع . ومن زعم أنه منعه سوق الهدى فقولهم بعيد ، لأن الأحاديث الواردة في إثبات القران ترد هذا القول وتبني كونه عليه السلام إنما أهل أولاً بعمرة ثم بعد سعيه بالصفاء والمروة أهل بالحج ، فإن هذا على هذه الصفة لم ينقله أحد بإسناد صحيح بل ولا حسن ولا ضعيف .

الرابع عشر : أن قول ابن عمر: " تمتع رسول الله ﷺ في حجة الوداع بالعمرة إلى الحج " إن أريد بذلك التمتع الخاص وهو الذي يحل منه بعد السعي فليس كذلك ، فإن في سياق الحديث ما يردده ، ثم في إثبات العمرة المقارنة لحجه عليه السلام ما يأباه ، وإن أريد به التمتع العام نخل في القران وهو المراد .

وأما قول ابن عمر: " وبدأ رسول الله ﷺ فأهل بالعمرة ثم أهل بالحج " إن أريد به بدأ بلفظ العمرة على لفظ الحج بأن قال: (لبيك اللهم عمرة وحجاً) فهذا سهل لا ينافي القران ، وإن أريد به: أنه أهل بالعمرة أولاً ثم أدخل عليها الحج مترخياً ولكن قبل الطواف فقد صار قارناً أيضاً .

وإن أريد به : أنه أهل بالعمرة ثم لما فرغ من أفعالها تحلل أو لم يتحلل بسوق الهدى كما زعمه زاعمون ولكنه أهل بحج بعد قضاء مناسك العمرة

(١) رواه البخاري عن يحيى بن بكير ، ومسلم وأبو داود عن عبد الملك بن شعيب عن الليث عن أبيه، والنسائي عن محمد بن عبد الله بن المبارك المخرمي عن حجين بن المثنى ثلاثهم عن الليث بن سعد عن عقيل عن الزمري عن عروة عن عائشة . صحيح البخاري رقم ٣١٩ ، وصحيح مسلم رقم (١٢١١)، (١٢١٢) وأبو داود رقم ١٨٠٥ ، والنسائي ج ٥ ص ١٥١ ، رقم ٢٧٣٢ كتاب الحج .

وقبل خروجه إلى منى فهذا لم ينقله أحد من الصحابة كما قدمنا ، ومن ادعاه من الناس فسقوله مردود لعدم نقله ومخالفته الأحاديث الواردة في إثبات القرآن بل والأحاديث الواردة في الإفراء ، والظاهر - والله أعلم - أن حديث الليث مروي من الطريق الآخر عن ابن عمر حين أفرد الحج زمن محاصرة الحجاج لابن الزبير ، فقيل له: إن الناس كائن بينهم شيء ، فلو أخرت الحج عامك هذا ؟ فقال: إذا أفعل كما فعل النبي ﷺ يعني زمن حُصر عام الحديبية ، فأحرم بعمره من ذي الحليفة ثم لما علا شرف البيداء قال: ما أرى أمرهما إلا واحداً ، فأهل بحج معهما ، فاعتقد الراوي أن رسول الله ﷺ هكذا فعل ، وأجيب بأن بعض الرواة لما سمع قول ابن عمر: "إذا أصنع كما صنع رسول الله ﷺ" وقوله: "كذلك فعل رسول الله ﷺ" اعتقد أن رسول الله ﷺ بدأ فأهل بالعمرة ثم أهل بالحج فأدخله عليها قبل الطواف ، فرواه بمعنى ما فهم .

ولم يرد ابن عمر ذلك وإنما أراد بقوله "ما أرى أمرهما إلا واحداً" أي أنه لا فرق بين أن يحصر الإنسان عن الحج أو العمرة أو عنهما ، فافتدى برسول الله ﷺ في التحلل عند حصر العدو والاكتفاء بطواف واحد عن الحج والعمرة ، فلما قدم مكة اكتفى عنهما بطوافه الأول ، وقال كذلك فعل رسول الله ﷺ يعني أنه اكتفى عن الحج والعمرة بطواف واحد بين الصفا والمروة ، يؤيد ذلك حديث النسائي عن نافع "أن ابن عمر قرن الحج والعمرة فطاف طوافاً واحداً" (١).

والراجع - والله أعلم - أن المراد بالتمتع هو القرآن لأن الصحيح أنه لم يحل فكيف يجوز أن يقال : إنه كان متمتعاً ؟ (٢).

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين .

(١) أخرجه النسائي ج ٥ ص ٢٢٥ .

(٢) معرفة السنن والآثار للبيهقي ج ٧ ص ١٢٣ .

المصادر والمراجع

أولاً : القرآن الكريم .

ثانياً : كتب التفسير والحديث :

- ١ - تفسير القرآن العظيم للحافظ عماد الدين إسماعيل بن كثير ، دار المعرفة للطباعة ، بيروت .
- ٢ - تفسير البغوي (معالم التنزيل) أبو محمد الحسين بن مسعود ، دار المعرفة للطباعة ، بيروت .
- ٣ - الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد القرطبي، مكتبة الغزالي.
- ٤ - أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ، محمد أمين الشنتقيطي، طبع على نفقة الأمير أحمد .
- ٥ - أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي ، دار المعرفة ، بيروت .
- ٦ - الإحسان في ترتيب صحيح ابن حبان علاء الدين علي بن بلبان، دار الكتب العلمية.
- ٧ - إعلاء السنن للشيخ ظفر أحمد العثماني ، إدارة القرآن .
- ٨ - تحفة الأحوذى محمد عبد الرحمن المباركفوري ، دار الكتب العلمية.
- ٩ - التمهيد لأبي عمر يوسف بن عبد البر النمري ، المكتبة القدوسية .
- ١٠ - التاريخ الكبير ، محمد بن إسماعيل البخاري ، دار الفكر ، بيروت.
- ١١ - تهذيب التهذيب لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر، دار الكتب العلمية.
- ١٢ - صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري ، دار ابن كثير ، اليمامة.
- ١٣ - صحيح مسلم للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري ، مكتبة المأمون .
- ١٤ - سنن أبي داود للإمام أبي سليمان بن الأشعث السجستاني، مكتب التربية العربي.
- ١٥ - سنن النسائي لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، دار إحياء التراث العربي.
- ١٦ - سنن الترمذي لأبي عيسى محمد بن سورة ، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .
- ١٧ - السنن الكبرى أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، دار الفكر .

- ١٨- سنن ابن ماجه لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، عيسى الحلبي وشركاه .
- ١٩- سنن الدارمي لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، دار المحاسن للطباعة.
- ٢٠- سنن الدارقطني لشيخ الإسلام علي بن عمر الدارقطني، دار المحاسن للطباعة .
- ٢١- سير أعلام النبلاء محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، مؤسسة الرسالة .
- ٢٢- شرح معاني الآثار لأحمد بن محمود بن سلامة ، دار الكتب العلمية .
- ٢٣- صحيح ابن حبان محمد بن حبان البستي ، مؤسسة الرسالة .
- ٢٤- الضعفاء أحمد بن عبد الله أبو نعيم الأصفهاني ، دار المعرفة، بيروت.
- ٢٥- الضعفاء لأبي جعفر محمد بن عمر العقيلي ، دار المكتبة العلمية .
- ٢٦- المسند للإمام أحمد بن حنبل ، دار صادر، بيروت .
- ٢٧- طرح التثريب شرح التقريب للشيخ عبد الرحيم ، دار إحياء التراث .
- ٢٨- عون المعبود محمد شمس الحق العظيم آبادي ، المكتبة السلفية .
- ٢٩- فتح القدير للإمام محمد بن علي الشوكاني ، دار المعرفة للطباعة والنشر .
- ٣٠- فتح الباري لابن حجر أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، مكتبة الكليات الأزهرية.
- ٣١- نيل الأوطار للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار الحديث ، القاهرة .
- ٣٢- معرفة السنن والآثار لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي ، الكراتشي .
- ٣٣- الموطأ للإمام مالك بن أنس الأصبحي ، مطبعة السعادة .
- ٣٤- المحلى لابن حزم ، مكتبة الجمهورية العربية .

ثالثاً : كتب الفقه والكتب العامة :

- ٣٥- الأم لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، المطبعة الأميرية .
- ٣٦- أنيس الفقهاء للقونوي ، دار الوفاء للنشر .
- ٣٧- بداية المجتهد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي بن رشد ، دار السلام، القاهرة.
- ٣٨- تاج العروس من جواهر القاموس لمحمد مرتضى الزبيدي، مكتبة الحياة، بيروت.
- ٣٩- التعريفات علي بن محمد بن علي الجرجاني ، دار الكتب العلمية .

- ٤٠- تلخيص الحبير لابن حجر ، شركة الطباعة الفنية القاهرة .
- ٤١- حاشية رد المحتار لابن عابدين ، مطبعة الحلبي .
- ٤٢- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد عرفة ، المكتبة التجارية .
- ٤٣- حجة الوداع لأبي الفداء إسماعيل بن كثير ، دار الوطن .
- ٤٤- حجة الوداع للشيخ محمد زكريا الكاندهلوي ، كراتشي .
- ٤٥- الدين الخالص للشيخ أمين محمد خطاب ، دار المعرفة .
- ٤٦- سلسلة الأحاديث الصحيحة للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي.
- ٤٧- الشرح الكبير على مختصر خليل سيدي أحمد الدردير ، دار الفكر .
- ٤٨- الشرح الصغير للدردير ، مطبعة المعارف .
- ٤٩- الفقه الإسلامي وأدلته د. وهبة الزحيلي ، دار الفكر .
- ٥٠- القاموس المحيط للفيروزآبادي ، دار الجيل ، بيروت .
- ٥١- كشاف القناع ، منصور بن يونس البهوتي ، دار الفكر ، بيروت .
- ٥٢- لسان العرب لابن منظور ، دار صادر ، بيروت .
- ٥٣- المبسوط، لأبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ، دار المعرفة ، بيروت.
- ٥٤- المغني، لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، دار الفكر ، بيروت .
- ٥٥- المجموع، محيي الدين بن شرف النووي ، دار الفكر .
- ٥٦- مغني المحتاج، محمد الخطيب الشربيني ، دار الفكر .
- ٥٧- المذهب، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، دار المعرفة .
- ٥٨- الموافقات، إبراهيم بن موسى الغرناطي ، دار المعرفة .
- ٥٩- نهاية المحتاج، أحمد بن حمزة الرملي ، عيسى الحلبي وشركاه .
- ٦٠- نصب الراية، عبد الله بن يوسف الحنفي ، مطبوعات المجلس العلمي ، الهند .

الاستنساخ في نظر الإسلام (بحث مقارنة)

الدكتور / عبد الفتاح محمود إدريس (*)

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين ، سيدنا محمد ، وعلى آله وصحبه والتابعين له بإحسان إلى يوم الدين ، وبعد : فقد منَّ الله تعالى على هذه الأمة أن هداها إلى الإسلام ، الذي رضيها لها ديناً ، وجعل شرعته خاتمة الشرائع ، تنتظم بأحكامها السمحة ومبادئها السامية شتى مناحي الحياة ، في كل مجتمع ، وإن تبدلت الأزمان وتعاقبت السنين .

ولما كان الجمود والثبات النسبي هو طابع الجمادات ، والتطور والتغير هو ما تقتضيه الحياة البشرية التي لا يقر لها قرار ، بغية تحقيق حياة فضلى لبني البشر ، كان لابد من حدوث أمور لم تكن حادثة من قبل ، وتغير أخرى عما كانت عليه قبلاً ، ولما كان الإسلام عقيدة وشرعة ، ديناً ودنيا ، كان لابد من اشتغال أحكامه على بيان الحكم الشرعي ، فيما يجد في دنيا الناس من قضايا وأحداث ، إلى قيام الساعة .

ومما يقرر هذا ورود نصوص كثيرة ، في كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ تتحدث عن الصناعة ، والزراعة ، والاقتصاد ، والتجارة ، والفلك ، والطب ، والصيدلة ، وفنون القتال ، والعلاقات الدولية ، والعلاقات الاجتماعية ، والنواحي التربوية ، والأخلاقية ، والإنسانية ، والصحية في المجتمع ، وغير هذا مما يضيق المقام عند ذكر شواهد عليه من هذه النصوص ، ولهذا فلم يحصر فقهاء السلف أنفسهم في دائرة بيان الحل والحرمة في الوقائع الحادثة في زمانهم ، بل كانت لهم نظرة مستقبلية فيما قد يجد من وقائع ، ولهذا فقد كانوا يتصورون وقائع معينة قد تحدث

(*) أستاذ الفقه المقارن بجامعة الأزهر والإمارات العربية المتحدة ، والجامعة الأمريكية المفتوحة . وله العديد من الأبحاث والمساهمات العلمية المنشورة في قضايا فقهية معاصرة .

● الاستنساخ في نظر الإسلام (بحث مقارن) ●

مستقبلاً ، فيبينون الحكم الشرعي لها من خلال الفروض الفقهيّة التي حفلت بها كتبهم ، والتي كانت سبباً في ثراء الفقه الإسلامي وجبته رغم تبدل الأزمان وتغير المجتمعات ، إلى جانب اهتمام أكثرهم بالعلوم الحيّاتيّة الأخرى : كالطب ، والتجارة ، والصناعة ، وغيرها ، ولهذا فقد عرف بعضهم كيفية الانتفاع بأعضاء الادميين ، وبين حكمه الشرعي .

واستمراراً لجهود فقهاء السلف ومساهمة مني لإثراء الفقه الإسلامي، اجتزئ من بين القضايا المعاصرة، قضية ثار الجدل العلمي والشرعي حولها كثيراً، وما زال يثور حتى اليوم، وربما الغد أيضاً، وهي قضية الاستنساخ البشري، والتي أتناول بيان حكمها الشرعي من خلال المطالب والفروع التالية:

المطلب الأول : حقيقة الاستنساخ .

الفرع الأول: معنى الاستنساخ .

الفرع الثاني : الفرق بين الاستنساخ وبين الخلق والإبداع .

الفرع الثالث : أنواع الاستنساخ .

المطلب الثاني : تاريخ الاستنساخ ومجالاته .

الفرع الأول : تاريخ الاستنساخ .

الفرع الثاني : مجالات الاستنساخ .

المطلب الثالث : دوافع الاستنساخ وفوائده وأضراره .

الفرع الأول : دوافع الاستنساخ العلمية .

الفرع الثاني : دوافع الاستنساخ الاقتصادية .

الفرع الثالث : فوائد الاستنساخ .

لفرع الرابع : أضرار الاستنساخ .

لمطلب الرابع : موقف الشريعة الإسلامية من الاستنساخ .

لفرع الأول : حكم استنساخ النبات والفراس والحيوان .

- الفرع الثاني : حكم الاستنساخ العذري للإنسان .
- الفرع الثالث : حكم الاستنساخ الجنسي (الجنيني) للإنسان .
- الفرع الرابع : حكم الاستنساخ اللاجنسي (الجنيني) للإنسان .
- الفرع الخامس : حكم استنساخ الأعضاء البشرية .

المطلب الأول حقيقة الاستنساخ

المصطلح البيولوجي للاستنساخ هو التنسيل ، الذي يعني بالإنجليزية (Cloning) ، وبالفرنسية (Clonag) ، وأما الاستنساخ فهو يعني بالإنجليزية (Transcription) إلا أنه شاع إطلاق لفظة الاستنساخ على التكاثر اللاجنسي، بدلاً من التنسيل ، حتى في الندوات والمؤتمرات التي انعقدت لبيان حكمه الشرعي ، ومنها: مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي العاشر ، المنعقد بجدة في الفترة من ٦/٢٨ إلى ١٩٩٧/٧/٣ م، والندوة الفقهية الطبية الثامنة، المنعقدة بالدار البيضاء في الفترة من ١٤ إلى ١٩٩٧/٦/١٧ م، وندوة قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية المنعقدة بعمان سنة ٢٠٠٠ م^(١).

وجرياً على ما شاع استعماله بين المختصين وغيرهم ، من إطلاق لفظة الاستنساخ على التكاثر اللاجنسي في الإنسان وغيره ، وتبادر الذهن إلى هذا المعنى عند إطلاق هذه اللفظة ، فإني أبين حقيقة هذا التكاثر من خلال بيان الاستنساخ .

الفرع الأول : معنى الاستنساخ :

أولاً : معنى الاستنساخ في عرف أهل اللغة :

الاستنساخ من النسخ، والنسخ يطلق في اللغة على النقل، كنسخ الكتاب،

(١) جمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردنية ، قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية، ج ٢ من ٢٥٠، ٢٧٠.

الذي يتم فيه نقل صورته إلى كتاب آخر ، وهذا المعنى هو المراد في هذا البحث، كما يطلق النسخ على الإزالة ، كنسخ الريح آثار الأقدام من الأرض^(١).

ثانياً : معنى الاستنساخ في عرف العلماء :

عرفه بعضهم بأنه: " تكون كائن حي كنسخة مطابقة تماماً ، من حيث الخصائص الوراثية ، والفيزيولوجية ، والشكلية ، لكائن حي آخر " ^(٢).

الفرع الثاني : الفرق بين الاستنساخ وبين الخلق والإبداع :

علل بعض المانعين لشرعية الاستنساخ مطلقاً ، بأنه خلق وإبداع ، ولا يملكهما أحد من البشر ، وإنما يملكهما الخالق سبحانه ، ولهذا كان لابد من بيان الفرق بين هذين وبين الاستنساخ :

أولاً : الخلق .

يطلق الخلق في عرف أهل اللغة على: إيجاد الشيء من عدم ، ويطلق الخالق على: المبدع للشيء المخترع له على غير مثال سابق ، والخالق: هو الصانع ^(٣).

ويطلق الخلق في الاصطلاح على: تقدير أمشاج ، ما يراد إظهاره بعد الامتزاج ، ويستعمل الخلق في: إبداع الشيء من غير أصل ، ومنه: قول الله تعالى: ﴿خلق السموات والأرض﴾^(٤)، كما يستعمل في إيجاد شيء من شيء آخر ، ومنه قوله سبحانه: ﴿الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها﴾^(٥)، والخلق بمعنى الإبداع لا يكون إلا لله سبحانه، وأما الخلق الذي هو إيجاد شيء من آخر، فقد جعله الله تعالى لغيره في بعض الأحوال ^(٦).

(١) ابن منظور: لسان العرب ، مادة "نسخ" .

(٢) أ.د. هاني رزق: بيولوجيا الاستنساخ، بحث ضمن كتاب الاستنساخ جدل العلم والدين والأخلاق ص ٢٠.

(٣) وزارة التربية والتعليم المصرية : المعجم الوسيط ، مادة "خلق" .

(٤) سورة الانعام الآية ١ .

(٥) سورة النساء الآية ١ .

(٦) النابوي : التوقيف على مهمات التعاريف ص ٣٢٤ .

ثانياً : الإبداع .

يطلق الإبداع في عرف أهل اللغة على: اختراع الشيء على غير مثال سابق ، فالإبداع أخص من الخلق ^(١).

ويطلق الإبداع في الاصطلاح على: إيجاد شيء غير مسبوق بمادة ولا زمان ^(٢)، ومنه قوله تعالى: ﴿بَدِيعَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ ^(٣)، أي الذي أبدع وأبتكر وأوجد السماوات والأرض على غير مثال سابق .

ومن ثم فإن الخلق الذي هو إيجاد الشيء من غير أصل ، والإبداع الذي هو إيجاد شيء غير مسبوق بمادة لا يتصوران إلا في جانب الله تعالى ، لأنه القادر على إيجاد الشيء من عدم ، وأما الخلق الذي هو إيجاد شيء من شيء ، فإنه يتصور من غير الله سبحانه ، والاستنساخ الذي يمكن أن يقوم به البشر ، سواء في مجال النبات أو الغراس أو الحيوان أو الإنسان، ليس خلقاً من عدم ، وإنما هو إيجاد شيء من شيء آخر ، ولا يعني هذا أن من يأتي به يكون إلهاً أو مشاركاً لله تعالى في صفة من صفاته ، لاختلاف مدلول صفة الخلق تبعاً للموصوف بها ، سواء قلنا بمشروعية الاستنساخ أو عدمها ، أو بالتفصيل في حكمه على ما نبين بعد إن شاء الله تعالى .

الفرع الثالث : أنواع الاستنساخ :

الاستنساخ - كما ذكر العلماء - يتم في النبات والغراس، كما يتم في الحيوان.

المقصد الأول : الاستنساخ الحيواني :

بين العلماء للاستنساخ في مجال الحيوان أنواعاً ثلاثة هي ما يلي :

(١) الرازي : مختار الصحاح ، مادة "بدع" .

(٢) التوقيف على مهمات التعاريف ، ص ٢٩ .

(٣) سورة البقرة الآية ١١٧ .

النوع الأول : الاستنساخ العذري :

هذا النوع يعد تطبيقاً لفكرة التكاثر العذري أو البكري (Parthenogenesis) الذي تلجأ إليه بعض الحشرات ، أو اللاقاريات ، أو البرمائيات ، أو الطيور ، أو الثدييات ، نتيجة ظروف خاصة ، حيث تضع الإناث بيضها دون أن تلقح من ذكر بعد مضاعفة الجينوم الخاص بها ، لتنمو هذه الخلايا الأنثوية وتتطور إلى أفراد مطابقة للأنثى صاحبة البيضة .

وقد أمكن محاكاة لهذه الحيوانات إجراء مثل هذا الاستنساخ العذري معملياً ، بوسائل عدة ، تسبب كلها تفعيل البيضة: إما باستخدام الصدمات الحرارية ، أو التيار الكهربائي ، أو الوخز بالإبرة ، أو زيادة تركيز الأيونات المعدنية ، وأجريت محاولات عدة لإحداث هذا النوع من الاستنساخ في الثدييات ، إلا أنها أخفقت ، لعجز الكروموسومات الأمومية ثنائية المنشأ عن السير في تكوين الجنين حتى النهاية ، وقد نجح بعض اليابانيين في استنساخ أبقار بهذه الطريقة ، فأنتجت نسلأ من الإناث ، وما زالت محاولات الاستنساخ الحيواني بهذه الطريقة في بداياتها ، إلى جانب المحاولات العلمية في تطبيق هذه الفكرة في استنساخ الأطفال من بويضات عذاري النساء .

النوع الثاني : الاستنساخ الجنسي (الجنيني) .

في هذا النوع تفصل الخلايا المنقسمة الناشئة عن بيضة مخصبة، حيث يتم إذابة غشاء (Zona Pellucida) عن هذه الخلايا المنقسمة ، وبعد فصل كل خلية عن الأخرى تضاف إليها مادة لتكوّن عليها غشاء كالسابق، فينشأ عن هذا الفصل خلايا جنينية متطابقة مع بعضها البعض .

وقد أجري هذا النوع في عدة مراكز بحثية منها: ما تم في جامعة جورج واشنطن سنة ١٩٩٣ م من إعلان د. ستيلمان ، د. هول نجاحهما في استنساخ أجنة بهذه الطريقة ، وبقاء هذه النسخ نامية لمدة ستة أيام ، ثم توقفت بعد عن النمو والانقسام ، ومنها : ما قام به شبيمان قبل ذلك سنة

١٩٣٨م من إجراء هذا الاستنساخ على أجنة الضفدع المذنب ، ثم نقلت تجربته هذه في الثمانينات من القرن العشرين إلى حيوانات أخرى: كالقثران ، والأرانب والخنازير ، والبقر ، والغنم ، والقردة ، ونجحت هذه التجارب ، وكانت الأفراد المستنسخة من الخلايا الجنينية متطابقة مع بعضها ، ومطابقة لأصلها .

النوع الثالث : الاستنساخ اللاجنسي (الجبني) .

يتم في هذا النوع تفريغ بيضة الأنثى من نواتها الحاوية على الكروموسومات، ثم تنقل إليها خلية جسدية تحتوي على ٤٦ كروموسوماً، وتدمج الخلية مع البيضة المفرغة بذبذبات كهربائية دقيقة متقطعة، ليتولى السيتوبلازم المحيط بالنواة الجديدة ، حث الخلية المزروعة على الانقسام، ثم تنقل البيضة الحاملة لذلك إلى رحم الأم المستقبل، لتكمل نموها كخلايا الجنسية (الجنينية)، فينتج من ذلك فرد مطابق لأصله الذي أخذت منه الخلية الجسدية .

وكانت أول تجربة لهذا النوع سنة ١٩٥٢م حيث قام كل من روبرت بريجز وتوماس كينج باستنساخ ضفادع بهذه الطريقة ، وتابع الباحثون تجارب الاستنساخ في الضفادع بهذه الطريقة ، وفي مقدمتهم جون جوردن ، ثم أجريت في الثمانينات من القرن العشرين على الحيوانات الأخرى كالقثران ، والخنازير ، والبقر ، والغنم ، والقردة ، والأرانب ، وفي سنة ١٩٩٦م أعلن إيان ويلموت ومساعدوه في معهد روزلين بأدنبره تمكنهم من استنساخ النعجة "دولي" بهذه الطريقة ، وقد دفع نجاح استنساخ الحيوانات الثديية "ريتشارد سيد" أحد المختصين في هذا المجال، إلى القول بإمكان استنساخ الإنسان في الأمد القريب من ٥ إلى ١٠ سنين ، ومن الجدير بالذكر أنه مضى على إعلان استنساخ "دولي" أكثر من خمسة أعوام ، ولم يعلن مركز بحثي في العالم عن تجربة قام بها في مجال الاستنساخ البشري ، تحقق لها النجاح، أو حتى منيت بالفشل^(١).

(١) بيولوجيا الاستنساخ ص ٢٤-٢٧، ٥٧-٦٤ ، د. عبد الهادي مصباح: الاستنساخ بين العلم والدين،

ص ٢٧ ، ٣٣ ، ٣٨ ، ٤٨ .

المقصد الثاني : الاستنساخ في مجال النبات والغراس .

عرف الإنسان منذ زمن بعيد عملية استنساخ النبات والغراس ، بقطع بعض سيقان النبات وأغصان بعض الأشجار ، لغرسها في موضع من التربة ، لينمو المستنبت أو المغروس على نحو النبات أو الغراس الذي اقتطع منه ، فينشأ عن ذلك نبات أو غراس مشابه في تكوينه وخواصه لأصله ، ثم تطورت تكنولوجيا الإكثار في النبات والغراس ، وصار يتم استنساخ ذلك بالخلية أو النسيج ، وذلك بأخذ خلية أو نسيج من النبات أو الغراس الذي يراد استنساخه ، وتوفير البيئة والمناخ المناسبين لإكثار ذلك، فينتج نباتاً أو غراساً مطابقاً لأصله الذي أخذ منه الخلية أو النسيج ، وقد صارت هذه الطريقة في إكثار النباتات والمغروسات شائعة في كثير من البلاد المتقدمة وغيرها .

المطلب الثاني

تاريخ الاستنساخ ومجالاته

الفرع الأول : التاريخ البيولوجي للاستنساخ :

- ١- تعد أول تجربة للاستنساخ الحيواني، هي التي قام بها شبيمان سنة ١٩٣٨م على جنين الضفادع، حيث قام بإجراء الاستنساخ الجنسي فيها، ليتكون من كل خلية منقسمة جنيناً سوياً، بعد مضي مائة وأربعين يوماً .
- ٢- وفي عام ١٩٥٢م وضع روبرت بريجز وتوماس كينج تقنية دقيقة، لتفعيل الخلية البيضية في الضفادع ، وإزالة مغزلها الانقسامى مع جيناته من جهة أخرى ، وكانا بعد ذلك يحقنان في الببيضة التي أزيلت نواتها، نواة أخرى في مرحلة الانقسام من جنين هذا الضفدع ، وقد حصلنا من ذلك على ضفادع سوية .

- ٣- ثم تابع الباحثون تجارب الاستنساخ في الضفادع ، وكان من

المهتمين بذلك جون جوردن ، الذي تمكن في سنة ١٩٦٢ م من استنساخ ضفادع من خلايا جسدية لضفادع أكبر سناً .

٤- وفي الثمانينات من القرن العشرين ، انتقلت عمليات الاستنساخ من الضفادع إلى الحيوانات الأخرى: كالفئران ، والقردة ، والخنازير ، والأبقار ، والأرانب ، والغنم ، وقد نجح في سنة ١٩٧٠ م استنساخ الفئران جنينياً ، وفي سنة ١٩٧٩ م تم استنساخ الأغنام بنفس الطريقة ، وفي سنة ١٩٨٠ م أمكن استنساخ كثير من الحيوانات بالطريقة السابقة .

٥- وأجريت في سنة ١٩٨٦ م عملية استنساخ جنيني على البقر ، ونتج من ذلك ثمانية عجول متشابهة ومتطابقة .

٦- وفي سنة ١٩٩٣ م قام كل من د. ستيلمان ، ود. هول باستنساخ الأجنة البشرية جنينياً ، وذلك بفصل خلايا البويضات المخصبة ، وإضافة مادة على كل خلية منفصلة ، تحيطها بغشاء كالذي كان عليها قبل فصلها ، إلا أن هذه الخلايا توقفت عن النمو بعد ستة أيام .

٧- وفي سنة ١٩٩٣ م قام فريق "نيل فرست" في "ويسكاونس" بأمريكا ، باستنساخ أربعة عجول جنينياً ، حيث أخذت النواة المستنسخة من الخلايا في مرحلة الأريمة (Blastula) ^(١) .

٨- وفي سنة ١٩٩٥ م قام فريق اسكتلندي ، باستنساخ شاتين: هما: "موراج" و"ميجان" بطريقة الاستنساخ اللاجنسي (الجنيني) ، وطبق في استنساخهما تقنية إيقاف الدورة الخلوية لخلايا القرص الجنيني ، وقد هيأت هذه التجربة لاستنساخ "دوللي" في العام التالي .

٩- وفي سنة ١٩٩٦ م قام إيان ويلموت وزميله كينث كامبل ، بمعهد روزلين بأدنبرة في اسكتلندا باستنساخ "دوللي" استنساخاً لاجنسياً ، بأخذ خلية من ضرع شاة ، ووضعها في بويضات شاة ثانية ، بعد تفريغها من محتواها الوراثي ، وبعد تفعيل الخلية كهربائياً ، نقلت إلى البويضات

(١) مرحلة الأريمة هي التي تلي مرحلة التوتبة ، ويتراوح عدد خلايا الجنين فيها بين المئات والآلاف .

• الاستنساخ في نظر الإسلام (بحث مقارن) •

المفرغة ، وتم دمجها معها بنبض كهربائي ، لتشرع في الانقسام ، ثم نقلت بعد إلى رحم نعجة ثالثة ، بقيت به حتى وقت الولادة ، وفي يوليو من نفس العام تم استنساخ النعجة "بولي" بواسطة الفريق نفسه ، وهي نعجة تفرز في لبنها نوعاً خاصاً من البروتينات اللازمة لتجلط الدم .

١٠- وفي سنة ١٩٩٦م ، تمت ولادة توأم من قرود الريزوس في سان دييجو ، بطريقة الاستنساخ اللانجسي ، وأعلن عن ذلك في مارس ١٩٩٧م .

١١- وفي سنة ١٩٩٧م تم في مختبر المعهد الوطني للبحوث الزراعية (I.R.N.A) بفرنسا ، استنساخ أربع بقرات ، بطريقة الاستنساخ الجيني ، أخذت فيها النواة من جنين في مرحلة التويطة ، وغرست في بويضات بقرة مفرغة من محتواها الجيني ، ثم نقلت إلى أرحام إناث آخر ، ليتكون منها أجنة ، نتج منها الأبقار الأربعة ^(١).

الفرع الثاني : مجالات الاستنساخ :

من المجالات التي يتصور أن يكون للاستنساخ فيها موضع ، استنساخ النبات والغراس ، والحشرات ، والحيوان ، والإنسان ، والأعضاء البشرية .

١- استنساخ النباتات والمفروسات :

ذكر العلماء أن الاستنساخ في مجال النبات والغراس يتم منذ أمد بعيد ، وأن عمليات الاستنساخ في هذا المجال في تطور مستمر ، وقد كان لهذه العمليات أثر في إكثار النباتات والمفروسات ، وتحسين سلالتها ، والحفاظ على أصولها الوراثية .

٢- استنساخ الحشرات :

ذكرت من قبل وجود نوع من الاستنساخ لجأ إليه بعض الحشرات ، نتيجة ظروف خاصة بها ، هو الاستنساخ العذري أو البكري ، ومن هذه

(١) بيولوجيا الاستنساخ ص ٢٤-٢٩ ، الاستنساخ بين العلم والدين ص ٢٧-٢٨ ، ٢٩ ، ٤٨ ، قضايا طبية معاصرة ج ٢ ص ٩٣ .

الحشرات: دودة القز ، والنحل ، وقد استخدم بعض العلماء فكرة التكاثر هذه ، في استنساخ أفراد من الحشرات والحيوان معملياً ، متخذين وسائل عدة لتنشيط الخلايا الأنثوية لإحداث الانقسام .

٣- استنساخ الحيوان :

والاستنساخ في مجال الحيوان بدأ في سنة ١٩٣٨ م على الضفادع، ثم انتقل في فترة الثمانينيات من القرن الماضي إلى سائر الحيوانات ، وما زالت معامل البحوث مستمرة في إجراء عمليات الاستنساخ الحيواني حتى نهاية القرن الماضي ، ولم تتوقف بعد ، وقد استخدمت في الحيوان جميع أنواع الاستنساخ (العذري ، والجنيني ، والجنيني) .

٤- استنساخ الإنسان :

أما الاستنساخ البشري فقد ادعى كل من د. ستيلمان، ود. هول أنهما قاما في سنة ١٩٩٣ م ، باستنساخ الأجنة البشرية ، باستخدام الخلايا الجنينية الناشئة عن بيضة مخصية ، ليتكون من كل خلية جنين مستقل، إلا أن هذه الأجنة توقفت عن النمو بعد اليوم السادس، ولم يكتب لها البقاء. وادعت طبيبة بلجيكية تدعى "مارتين نيجس" أنها استنسخت طفلاً ، وهو يعيش مع والديه في بروكسل ، إلا أن زميلاً لها كذب مدعاها ، مما اضطرها إلى التحفظ على ما صرحت به .

٥- استنساخ الأعضاء البشرية :

نفى كثير من العلماء إمكان استنساخ الأعضاء البشرية في الوقت الحاضر ، وعلل بعضهم عدم إمكان ذلك ، بالطبيعة المعقدة لبنية الأعضاء البشرية ، فضلاً عن خضوع تكون الأعضاء في الأجنة البشرية لعوامل وراثية ، هي المسؤولة عن تكونها في الجنين ، ومن الذين نفوا إمكان ذلك: د. هاري جريفن ، د. محمد صبور ، د. صديقة العوضي ، وقال بعضهم:

إن نواة خلية عضو، كالكلب مثلاً ، إذا زرعت في بيضة مفرغة من جيناتها، فإنها ستنتج مستنسخاً كاملاً ، أي جنيناً ، ولن تنتج كبدًا .

وادعى بعض العلماء إمكان استنساخ هذه الأعضاء ، إذ يمكن استنساخ الجلد البشري ، باستنبات أنسجته ، كما يمكن استنبات أجزاء المبايض والخصي البشرية مخبرياً ، بحيث يمكن الحصول منها على بويضات ونطف ، ومن هؤلاء: د. أحمد رجائي الجندي ، الذي قال: إن متابعة أبحاث الاستنساخ قد تؤدي إلى إحداث ذلك في المستقبل القريب (١).

المطلب الثالث

دوافع الاستنساخ وفوائده وأضراره

أبين في هذا الصدد دوافع الاستنساخ العلمية والاقتصادية ، والفوائد المتصورة فيه ، والأضرار التي قد تنجم عنه .

الفرع الأول : دوافع الاستنساخ العلمية :

بدأ علماء البيولوجيا تجاربهم بدراسة الخلايا البشرية ، وأنواعها، ووظيفة كل نوع منها ، وكان الدافع العلمي الأساسي وراء تجارب الاستنساخ ، منذ مطلع القرن الماضي ، وحتى عام ١٩٧٥ م ، هو الوصول إلى مدى قدرة نواة الخلية المتميزة على تحقيق ما تحققه الببيضة المخصبة، من إنتاج فرد سوي، حتى بينت ولادة "دولي" من خلية جينية أن جينات الخلية المتميزة لها نفس قدرة الببيضة المخصبة بحيوان منوي. أما التجارب التي أجريت منذ ولادتها وحتى الآن ، فقد يكون الباعث عليها دوافع علمية أخرى ، تولدت عن تقنيات البيولوجيا الجزيئية ، منها: دراسة وظائف الجينات ، بتقنية الاستبدال الجيني المستهدف ، والإفادة منه

(١) قضايا طبية معاصرة ج ٢ ص ٤٤ ، ٤٥ ، ندوة الاستنساخ البشري (مجلة المجتمع) عدد ١٢٤٤ ، ص ٢٥ ، ٢٨ ، الاستنساخ بين العلم والدين ، ص ٢٧-٢٩ ، ٣٤ ، ٤٨ ، ٥٦ ، بيولوجيا الاستنساخ ص ٢٤-٢٩ ، ٣٤ ، ٤٢ ، ٥٧ .

في مشروع الجينوم البشري ، والكشف عن مدى تعطل وظائف جين معين أو عدم تعطله .

الفرع الثاني : دوافع الاستنساخ الاقتصادية :

كانت الدوافع الاقتصادية للاستنساخ كامنة حتى منتصف السبعينيات من القرن الماضي ، ومنذ ذلك الحين أخذت الدوافع الاقتصادية أبعاداً واسعة ، حيث أسست مئات الشركات التي تتخذ من التقنية الحيوية نشاطاً أساسياً لها ، والتي بلغ رأسمالها الإجمالي في أمريكا قرابة اثنين وأربعين بليوناً من الدولارات ، ويمكن إجمال الدوافع الاقتصادية من بحوث الاستنساخ فيما يلي :

١ - الحصول على نخبة من حيوانات المزرعة ، تمتلك خصائص وراثية متميزة ، كالغنم والبقرة التي تنتج كميات وفيرة من الحليب ، أو اللحم ، أو الغنم الذي ينتج كميات كبيرة من الصوف ، أو الخيل الصالحة للسباق .

٢ - الاستعاضة عن خلايا الإشريكية القولونية ^(١) (Escherichia Coli) أو خلايا الخميرة ، أو خلايا الثدييات في إنتاج جزيئات بيولوجية مهمة ، عن طريق التقنية الحيوية ، بواسطة الغنم والبقرة المستنسخ ، إذ إن بروتينات علاجية عديدة ، صارت الآن تنتج من الخلايا السابقة ، بتقنية الهندسة الجينية والتقنية الحيوية ، حيث يتم في الهندسة الجينية نقل جين مسئول عن إنتاج بروتين معين ، إلى أحد الأنماط الخلوية السابقة ، فتصير محورة جينياً ، وتنتج البروتين الناشئ عن تركيبة الجين المنقول ، ونظراً لسرعة تكاثر هذه الخلايا ، فإنه يمكن بتقنية الهندسة الجينية الحصول على كميات كبيرة من البروتين العلاجي في وقت قصير ، ويمكن إحلال الخط الخلوي

(١) الإشريكية القولونية: أنواع من الخلايا المعوية . لا تحتوي على نواة حقيقية ، تعيش في أمعاء الديدان بشكلها غير المرض على نحو اختياري ، كجزء أساسي من الأسماء ، ويمكنها تخمير سكر اللاكتوز بمزيج من التخمرات الحمضية ، وتطلق هيدروجين جزيئي من حمض الفورميك الناتج . (بيولوجيا الاستنساخ) ص ٧٥ .

المنشأ محل الخلايا المذكورة لتستنسخ منها اغنام وأبقار يحتوي حليبها على البروتين العلاجي .

٣- إن بحوث الاستنساخ ستتمخض عن اكتشافات جديدة ، تسهم في حل عدد من المعضلات العلاجية ، أو الغذائية ، أو البيئية ، أو نحوها ، التي تواجه الإنسان ، ويمكن تصور مثال على ذلك ، إسهام بحوث الاستنساخ في تحضير مضادات وحيدة النسيلة ، لمعالجة أنواع معينة من السرطان، تؤخذ من حليب الغنم أو البقر المحورة جينياً^(١).

الفرع الثالث : فوائد الاستنساخ :

يبين البعض فوائد عدة للاستنساخ منها ما يلي :

- ١- إن الاستنساخ يفيد في حالات الإخصاب الطبي المساعد، حيث يزيد من فرص نجاحه، إذا لم توجد إلا ببيضة مخصبة واحدة، إذ يمكن باستنساخ خلاياها المنقسمة إنتاج عدة أجنة صالحة للنقل إلى رحم صاحبة الببيضة .
- ٢- إنه قد يوصل في المستقبل إلى معرفة أسباب سرعة انقسام الخلايا السرطانية ، حيث يمكن حينئذ إيجاد السبل لوقف انقسامها .
- ٣- إنه يساعد في حال استنساخ الخلايا الجنينية ، على تعرف الأمراض الوراثية التي يمكن إصابة الجنين بها ، ومحاولة علاجه جينياً وهو في مرحلة النطفة قبل نقله إلى الرحم .
- ٤- إن متابعة أبحاث الاستنساخ قد تؤدي إلى إمكان استنساخ الأعضاء البشرية مستقبلاً لاستخدامها في الزرع بدلاً مما يؤخذ من الآدمي .
- ٥- إن الخلايا الجذعية المأخوذة من الأجنة المستنسخة يمكن استخدامها في علاج دمار المخ والجهاز العصبي وغير ذلك ، من الأعضاء البشرية التي يصعب علاجها إذا تلفت .
- ٦- يمكن بالاستنساخ والهندسة الوراثية تغيير الوظائف الفسيولوجية

(١) بيولوجيا الاستنساخ ص ٧٤ ، ٧٨ .

لبعض أنواع البكتيريا ، لإنتاج أنواع منها لها قدرة على معالجة المشاكل التي تواجه الإنسان ، أو لإنتاج سلالات مقاومة لأنواع من المضادات الحيوية .

٧- يفيد الاستنساخ في زراعة الأعضاء البشرية ، إذا ما تم استزراع بعض الجينات الخاصة بالأعضاء البشرية في الأغنام مثلاً في أثناء تكوينها الجنيني ، حيث تمثل أعضاؤها قطع غيار بشرية .

٨- يساعد في الحصول على سلالات متميزة في النبات والغراس والحيوان ، ذات عطاء متميز في إنتاجها .

٩- يمكن عن طريقه كشف غموض أسباب الإجهاض المبكر ، الذي لا يعرف لأكثر حالاته سبب بوسائل أخرى غير الاستنساخ .

١٠- يمكن عن طريقه استنساخ أبقار وأغنام يحوي حليبها خصائص حليب النساء ، أو يحتوي على البروتين العلاجي من أمراض عدة: كهرمون الأنسولين ، وهرموني النمو ، والإنترفيرون ، والعامل المضاد للترمبين، والعامل المخثر للدم ، والبروتين المضاد للتربسين ، وغير ذلك .

١١- إنه يفيد في الحصول على نسخ بشرية ، تمتلك خطوطاً خلوية، تنتج أعضاء ، يمكن استعمالها كقطع غيار بشرية ، أو الحصول على نسخ بشرية لا مخ لها ، أو ميتة دماغياً ، أو نحو ذلك ، للاستفادة من أعضائها في عملية الزرع .

١٢- يمكن به الحصول على نوع معين ذكر أو أنثى ، أو الحصول على أولاد نجباء ، أو عباقرة، أو أبطال، أو نخبة متميزة ، أو الحصول على أفراد مقاومين للأشعة أو لهم قامة طويلة أو قصيرة ، أو نحو ذلك من الصفات.

١٣- قد يمكّن الأطباء مستقبلاً من معرفة أسباب عدم تجدد أنسجة النخاع الشوكي والدماغ ، وعضلات القلب بعد إصابته بالعطب ، وفهم حقائق الشيخوخة ، واكتشاف العطب الوراثي البسيط ، الذي ينشأ عن تراكمه بتقدم السن ظهور علامات الشيخوخة .

• الاستنساخ في نظر الإسلام (بحث مقارنة) •

١٤- يمكن الإفادة منه في معالجة العقم ، وذلك من خلال نقل نصف عدد كروموسومات خلية الرجل الجسدية ، إلى نواة ببيضة زوجته ، التي تحتوي على النصف الباقي من عدد كروموسومات الخلية البشرية .

١٥- قد يحقق رغبة عائلة في استنساخ فقيدها ، كما يمكن به استنساخ مجموعة من الأشخاص المتطابقين ، لأداء مهمات خاصة في الحروب^(١).

الفرع الرابع أضرار الاستنساخ :

ذكر العلماء للاستنساخ أضراراً كثيرة منها ما يلي :

١- في حالة الاستنساخ الجيني ، لا يمكن ضمان سلامة الخلية الجسدية للشخص المراد استنساخه ، فقد تكون مريضة ، أو حدثت بها طفرة وراثية نتيجة التعرض لبعض مسببات الطفرة ، وقد لا تظهر الأعراض المرضية لها ، فينتج منها نسخ مشوهة أو مريضة ، لا تروق لمن أراد الاستنساخ .

٢- لكل خلية جسدية عمر افتراضي ، فلو استنسخت خلية جسدية ممن بلغ الأربعين عاماً فإن عمر جينات النسخة سيكون تسعين عاماً ، بعد مضي خمسين عاماً على استنساخها ، وكلما زاد عمر الخلية فقدت كفاءتها تدريجياً ، وحدث تكسر في جيناتها ، وكانت معرضة لحدوث الطفرات الجينية فيها ، مما يؤدي إلى الإصابة بالعديد من الأمراض .

٣- إن الفريق الذي استنسخ " دوللي " لم يتأكد من حقيقة الخلية الضرعية المستنسخة جينياً ، وعما إذا كانت خلية متميزة وظيفياً أم لا ، وذلك لأن الضرع يحوي خلايا غير متميزة ، قد تكون خلايا جنينية احتياطية ، يستعين بها الضرع في مرحلة من مراحل حياة النعجة ، لتحل محل الخلايا التي تنتهي حيويتها ، مما لا يمكن الجزم معه بحقيقة الخلية التي استنسخت منها " دوللي " أهي خلية جنينية ، أم جنينية .

(١) د. أحمد رجائي الجندي: الاستنساخ البشري بين الإقدام والإحجام ، ص ١٠-١٣ ، د. صالح عبد العزيز

عبد الكريم : الاستنساخ نخبة فوائد ومخاطر ، ص ٢٧ ، الاستنساخ بين العلم والدين ، ص ٤٩-٥٠ .

بيولوجيا الاستنساخ ، ص ٦٥-٦٦ ، ٨١ .

٤- إن نسبة نجاح الاستنساخ ، وولادة أفراد أسوياء منها ، متدنية، ودليل هذا أن ولادة "دولي" كانت نتيجة إجراء مائتين وسبع وسبعين تجربة اندماج ، جمع لها ألف ببيضة من إناث الغنم ، فنسبة نجاح التجربة هو واحد في الألف ، والمثير للقلق ارتفاع نسبة الإجهاض التلقائي من الأجنة المستنسخة ، وارتفاع نسبة التشوهات الخلقية بها .

٥- إن القدر البيولوجي للقطيع المستنسخ من الحيوانات سيكون واحداً، فإما أن تكون عوامل البيئة جالبة لهذا القطيع النفع، أو الضرر، ومن ثم فإن كل أفراد القطيع سيكون مصيرهم البيولوجي، واحداً تجاه المتغيرات البيئية.

٦- إن استنساخ خلية تحمل جيناتها مرضاً أو أمراضاً معينة ، يقضي أن يولد الأفراد الناتجون من هذا الاستنساخ حاملين لتلك الأمراض ، مما يمثل خطراً عليهم ، فقد تقضي الأمراض على جميع النسخ دفعة واحدة .

٧- إن استنساخ خلية أخذت من ذكر ، ينتج نسخاً من الذكور واستنساخ خلية من أنثى ، ينتج نسخاً من الإناث ، ومثل هذا يحدث خلافاً في نسبة نوعي الجنس البشري بالنسبة لبعضهما ، ويقضي على التوازن الفطري بين الكائنات في الطبيعة ، وقد أثبتت التجارب خطره .

٨- يتم في الاستنساخ الجيني دمج نواة الخلية الجسدية مع الببيضة المفرغة من محتواها الجيني ، ولا يمكن تحديد الجين النشط من مائة ألف جين في الخلية ، أو تحديد الجين الذي قد يتغير بالاستنساخ ، مما قد يترتب عليه ظهور أشكال وصفات وأمراض ، قد تأتي بمسوخ مشوه ، أو بأمراض لم نسمع عنها من قبل .

٩- إن تجارب استنساخ "دولي" اقتضت جمع ألف ببيضة لزراع النواة بها، والحصول على مثل هذا العدد من الإناث البشرية في حالة الاستنساخ البشري من الصعوبة بمكان، فضلاً عن ارتفاع تكاليف هذه التجارب، فقد تكلفت أبحاث استنساخ "دولي" سبعمائة وخمسين ألف دولار وأمريكي .

١٠- ينشأ عن الاستنساخ وجود أفراد متطابقين في الشكل والصفات

بحيث لا يمكن التمييز بينهم إلا بعمليات معقدة ، مما يترتب عليه إشكالات عديدة ، في المعاملات المالية ، والجنائية ، والأمنية ، والاجتماعية .

١١- يترتب عليه العبث بكثير من الخلايا والأجنة ، والتخلص مما لا يمكن استنساخه منها ، وقد ينشأ عنه بنوك ومراكز لحفظ الأجنة والخلايا الزائدة عن الحاجة ، مما يخلق سوقاً رائجة لبيع وابتياح هذه الأجزاء ، لاستخدامها في العمليات غير المشروعة .

١٢- يمكن بالاستنساخ الجيني أو العذري الاستغناء عن تكوين أسرة فيها أب وأم ، إذ لا يحتاج الاستنساخ في صورتيه ، إلا إلى امرأة فقط ، ومن ثم يتم الاستغناء عن الرجل في تكوين الأسرة ، التي يكون كل أفرادها من الإناث .

١٣- إن الإخصاب الطبيعي فيه ارتقاء بالجنس البشري ، ابتداء من اختيار الزوجين ، حتى ولادة الطفل الناشئ عن ذلك ، أما الاستنساخ فلا يتحقق به وجه من وجوه الارتقاء بالجنس البشري ، إذ لا تنتخب الخلايا المستنسخة ، ولا تتم السيطرة على جيناتها ، ولا يقطع بخلوها من مسببات المرض ، ولهذا فلا يتوقع من استنساخها ولادة أفراد أسوياء .

١٤- قد يترتب على الاستنساخ ذرية عقيمة ، لا يتحقق بها إعمار الأرض ، ولا يرجى منها حفظ الجنس البشري أو استمراره ، إذ وجد أن الضفادع المستنسخة عقيمة ، وقد يكون مثل هذا في الإنسان إذا استنسخ ، فلا يتحقق باستنساخه غاية وجوده في الحياة .

١٥- إن الاستنساخ قد ينشأ عنه تفشي الأمراض المختلفة في النسخ ، لتنتقل عنها إلى غيرها من أفراد المجتمع ، فينشأ عنه أجيال متعاقبة ، تحمل خلاياها الجين الممرض ، مما يكون له الأثر الوبيل في صحتهم وعطائهم ، واستمرار مسيرتهم في الحياة^(١).

(١) . زيد سلامة: الاستنساخ في الواقع العلمي والحكم الشرعي (مجلة هدي الإسلام الأردنية) العدد ١٠ ، المجلد ٤١ ، ص ٣٩ ، ٨٦ . د. محمد سليمان الأشقر: الاستنساخ (مجلة هدي الإسلام الأردنية) العدد ١٠ ، المجلد ٤١ ، ص ٣٧-٣٩ . الاستنساخ بين العلم والدين ، ص ٣٨-٤٠ . بيولوجيا الاستنساخ ، ص ٨٤-٨٥ .

المطلب الرابع

موقف الشريعة الإسلامية من الاستنساخ

أبين في هذا الصدد حكم استنساخ النبات، والغراس، والحيوان، وحكم الاستنساخ الجنسي (الجنيني) في الإنسان، والاستنساخ اللاجنسي (الجبني) فيه، والاستنساخ العذري فيه أيضاً، وحكم استنساخ الأعضاء البشرية.

الفرع الأول: استنساخ النبات والغراس والحيوان:

تمكن الإنسان منذ آلاف السنين من استنساخ النبات أو الغراس، بغية إكثاره، بالوسائل التي استطاعها، والتي تمكنه من ذلك - كما أشرت من قبل - وقد طرأ تغير في تقنية استنساخ النبات أو الغراس بحيث أمكن استنساخه بالخلايا أو الأنسجة، ونشأ عن ذلك سلالات متميزة كثيرة الإنتاج، مقاومة للأمراض والآفات، تتحمل ظروف البيئة والطقس، وندرة المياه، وضعف التربة، وغير ذلك.

كما تمكنت مراكز البحوث الحيوانية، من تطوير تقنية استنساخ الحيوانات، بحيث صارت تعطي إنتاجاً وافراً من اللحم، واللبن، والصوف أو الوبر، وتقاوم الأمراض، وينتج بعضها بروتينات علاجية تفرز في لبنها، تعالج مرض السكر، وضعف النمو، وتعمل عمل المضاد لتخثر الدم، ومضاد الترسين، والترومبين، وغير ذلك، وإنتاج أضداد تعالج أنواعاً من السرطان، بالإضافة إلى التجارب التي تجرى على بعض أنواع الحيوان، لاستزراع بعض الجينات الخاصة بالأعضاء البشرية في أثناء التكوين الجنيني لهذه الحيوانات، ليتخذ من أعضائها قطع غيار بشرية، واستنساخ النباتات والمفروسات والحيوانات، صار واقعاً بعد التجارب العلمية والعملية التي أجريت في هذا الصدد.

وإذا كانت الغاية من استنساخها نفع الإنسان على النحو السابق، فليس ثمة ما يمنع شرعاً منه، إذا لم يترتب على استنساخها الإضرار بالحيوان

المستنسخ ، أو إتلافه ، وخلت عملية الاستنساخ من العبث بجيناته الوراثية، لإنتاج مسخ مشوه منه ، أو نحو ذلك .

ومما يدل على جواز استنساخها لنفع الناس ، أن الله سبحانه خلق ما في السموات وما في الأرض من جماد وحيوان لنفع الإنسان ، حتى يتمكن من إعمار الأرض التي استخلفه الله فيها ، ودليل هذا الآيات الكثيرة الدالة على أن ما خلق الله تعالى من نبات وعراس وحيوان ، إنما هو لنفع الإنسان، ومن هذه الآيات ما يلي :

١- قال تعالى: ﴿ألم تروا أن الله سخر لكم ما في السموات وما في الأرض وأسبغ عليكم نعمه ظاهرة وباطنة﴾^(١).

٢- قال سبحانه: ﴿ألم تر أن الله سخر لكم ما في الأرض﴾^(٢).

٣- قال جل شأنه: ﴿الله الذي خلق السموات والأرض وأنزل من السماء ماء فأخرج به من الثمرات رزقاً لكم﴾^(٣).

٤- قال عز من قائل: ﴿والأنعام خلقها لكم فيها دفاء ومنافع ومنها تأكلون﴾^(٤)، ﴿ولكم فيها جمال حين تريحون وحين تسرحون﴾^(٥)، ﴿وتحمل أثقالكم إلى بلد لم تكونوا بالغيه إلا بشق الأنفس إن ربكم لرؤوف رحيم﴾^(٦)، ﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة ويخلق ما لا تعلمون﴾^(٧).

٥- قال تعالى: ﴿هو الذي أنزل من السماء ماء لكم منه شراب ومنه شجر فيه تسيمون﴾^(٨)، ﴿ينبت لكم به الزرع والزيتون والنخيل والأعناب

(١) سورة لقمان من الآية ٢٠ .

(٢) سورة الحج من الآية ٦٥ .

(٣) سورة إبراهيم من الآية ٣٢ .

(٤) سورة النحل الآية ٥ .

(٥) سورة النحل الآية ٦ .

(٦) سورة النحل الآية ٧ .

(٧) سورة النحل الآية ٨ .

(٨) سورة النحل الآية ١٠ .

ومن كل الثمرات إن في ذلك لآية لقوم يتفكرون^(١).

٦- قال سبحانه: ﴿وما ذرأ لكم في الأرض مختلفاً ألوانه إن في ذلك لآية لقوم يذكرون﴾^(٢).

فهذه الآيات وكثير غيرها يدل على أن الله سبحانه خلق النباتات والغراس والحيوان لنفع الإنسان ، فإذا تمكن الإنسان من استحداث تقنية لاستنساخ نبات أو غراس يحقق له وفرة في الإنتاج ، أو يحمل خصائص معينة تجعله يقاوم الحشرات والآفات ، ويتحمل عوامل الطقس وعدم ملائمة التربة ونحو ذلك ، فلا حرج عليه في اتخاذها ، وكذلك إذا تمكن من استحداث تقنية لاستنساخ حيوانات ، تحقق له فائدة علاجية ، أو صناعية ، أو اقتصادية ، أو غيرها من وجوه النفع المباح ، فلا حرج عليه كذلك في أن يستخدمها ، إذا اتبعت في استنساخها الضوابط المشار إليها قبلاً ، وذلك لنهي الشارع عن إتلاف الحيوان لغير حاجة أكله ، ونهي عن إيذاء الحيوان أو الإضرار به ، ومن النصوص الدالة على ذلك مايلي :

١- روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (عُذبت امرأة في هرة أوثقتها ، فلم تطعمها ، ولم تسقها ، ولم تدعها تأكل من خشاش الأرض)^(٣).

٢- وروي عن أنس رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ مر على قوم وهم وقوف على دواب لهم ورواحل فقال: (اركبوها سالمة ودعوها سالمة، ولا تتخذوها كراسي لأحاديثكم في الطرق والأسواق ، قرب ركوبة خير من راكبها ، وأكثر ذكراً لله تعالى منه)^(٤).

(١) سورة النحل الآية ١١ .

(٢) سورة النحل الآية ١٣ .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ، ج ٢ ص ٦١ .

(٤) أخرجه أحمد في مسنده والحاكم في المستدرک وصحح إسناده ، والطبراني في معجمه الكبير، وأبو يعلى في مسنده ، وذكره السيوطي في الجامع الصغير ، ورمز له بالحسن ، (السيوطي: الجامع الصغير ، ج ١ ص ٣٩) .

٣- روي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (ما من إنسان يقتل عصفوراً فما فوقها بغير حقها ، إلا سأل الله عز وجل عنها) ، قال: وما حقها ؟ قال: (يذبحها ويأكلها ، ولا يقطع رأسها فيطرحها) ^(١).

٤- روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: " نهى رسول الله ﷺ عن قيل وقال وكثرة السؤال ، وإضاعة المال " ^(٢).

فقد دلت الأحاديث الثلاثة الأولى على حرمة إيذاء الحيوان أو قتله لغير حاجة أكله ، ودل الحديث الأخير على حرمة إتلاف الحيوان من غير فائدة ، بوصفه ماله ، إذ يعد إتلاف الحيوان والحال هذه إضاعة للمال ، وهو مجرم شرعاً .

وقد ذهب إلى جواز الاستنساخ ، في النبات والغراس والحيوان بضوابطه السابقة ، كثير من العلماء المعاصرين ^(٣)، وهو الذي انتهى إليه المجتمعون في الندوة الفقهية الطبية التاسعة ، المنعقدة بالدار البيضاء في المدة من ١٤-١٧/٦/١٩٩٧ م ، تحت عنوان " رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية " ، حيث ورد ضمن توصياتها: " لم تر الندوة حرجاً في الأخذ بتقنيات الاستنساخ والهندسة الوراثية " في مجالي النبات والحيوان ، في حدود الضوابط المعتمدة " ^(٤)، وهو ما انتهى إليه المؤتمر في مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي ، في دورته العاشرة المنعقدة بجدة ، في المدة من

(١) أخرجه الشافعي وأبو داود والحاكم وصححه إسناده . ورواه الشافعي وأحمد والنسائي وابن حبان عن عمرو بن الشريد عن أبيه مرفوعاً بلفظ: (من قتل عصفوراً عبثاً عجز إلى الله يوم القيامة ، يقول : إن فلاناً قتلني عبثاً ولم يقتلني متعة) . ابن حجر : تلخيص الحبير ، ج ٤ ص ١٥٤ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ، ج ٤ ص ١٢٥ .

(٣) الاستنساخ بين العلم والدين ، ص ٥٦-٥٨ . مجلة المجتمع العدد ١٢٤٤ ، ص ٢٧ . ومن العلماء الذين ذهبوا إليه: الشيخ محمد بن عثيمين ، والدكاترة: وهبة الزحيلي ، وعجيل النشمي ، ونصر فريد واصل ، وعبد الستار أبو غدة ، ومحمود السرطاوي وغيرهم .

(٤) قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية ، ج ٢ ص ٥٥ .

٦/٢٨ إلى ١٩٩٧/٧/٣ م ، حيث ورد ضمن قرارات هذا المؤتمر ما نصه: "يجوز شرعاً الأخذ بتقنيات الاستنساخ والهندسة الوراثية ، في مجالات الجراثيم ، وسائر الأحياء الدقيقة ، والنبات والحيوان ، في حدود الضوابط الشرعية ، بما يحقق المصالح ويدرأ المفاسد" ^(١). وهو ما انتهى إليه المجتمعون في ندوة الاستنساخ والهندسة الوراثية المنعقدة برعاية جمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردنية عام ٢٠٠٠ م ^(٢).

وإذا كان جمهور العلماء المحدثين قد أباحوا جميع أنواع الاستنساخ في الحيوان ، إلا أن د. عمر الأشقر نازع في مشروعية استنساخ الحيوان جينياً ، حيث قال بمنعه ، وعلل لرأيه: بأن في الاستنساخ الجيني للحيوان مخالفة للنمط الذي خلق الله عليه الحيوانات ، وهو تغيير لسنة الله في خلقه ، وقد ترتب على مخالفة سنة الله في طعام البقر ، ظهور الجنون بها، لأنه ليس من سنة الله أن نطعم البقر أكل النبات لحماً ودماً ، وقد يطال هذا المثال الميكروبات التي تسببت في مرض الإيدز وغيره ، ومن ميزات الإسلام أن يعطينا رؤية سليمة للأشياء ، لا نعرفها وقد نتكشف لنا في مراحل أخرى بعد الدراسة والنظر ، ونحن لا نستطيع أن نتبين الآن عدم وجود أضرار لهذا الإجراء ، إلى أن يتكاثر هذا النوع من الخلق ، وتظهر أضراره المحتملة ، والخشية من ظهور مفسد وأضرار هذا النوع من التنسيل مستقبلاً ، فبوسع الإنسان أن يخالف سنن الله في خلقه ، ولكنه قد يدمر نفسه ، ولأنه قد يترتب على فتح هذا الباب في مجال الحيوان، أن يفتح في مجال الإنسان ، فينبغي سد الذريعة إليه في مجال الحيوان، حتى لا يتذرع به في مجال الإنسان ^(٣).

(١) قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية ج ٢ ص ٨٦ . الاستنساخ جنس العلم والدين والأخلاق ، ص ٢٣٤-٢٣٥ .

(٢) قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية ج ٢ ص ١١٩ .

(٣) قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية ج ٢ ص ١٠٧ .

وقد اعترض على هذا التعليل بما يلي:

١- إن الله تعالى سخر لنا هذه الحيوانات ، لتكون لنا طعاماً نستسيفه ، فإذا هدانا الله إلى سنة من سننه في خلقه ، فإنه هو الخالق ، ونحن إذا نظرنا إلى مقاصد الشريعة في التسخير ، وإلى الاهتداء بخلق الله سبحانه فيما وصل إليه علماء العلوم الحياتية ، فلا يكون ثمة مانع شرعي من استنساخ الحيوان جينياً .

٢- إن التكاثر عن طريق الإخصاب الطبيعي ، سنة من سنن الله تعالى في خلقه ، ولكنه ليس السنة الوحيدة ، وليس في النصوص الشرعية ما يدل على أنه لا يصلح غيره ، وقد تكون هناك سنن غيره لا نعلمها ، وطريقة التكاثر الجيني طريقة ثانية ، وهي لا تضاد سنن الله في خلقه .

٣- لو كان ما يقوم به العلماء من بحوث على الحيوان في هذا المجال ، مغايراً للسنن الطبيعية التي خلقها الله تعالى ، لما كتب لها النجاح ، إذ العلماء إنما يقلدون ما يحدث في الطبيعة ، فيستفيدون من الظواهر الطبيعية ، ويبتكرون الوسائل العلمية لتقليدها .

٤- إن قياس الإنسان على الحيوان قياس بعيد ، وهو قياس مع الفارق ، إذ الحيوان خلقه الله للإنسان ليستفيد منه في حياته ، فكيف يقاس على الإنسان ، الذي حرمه الله تعالى ، وأمر بالمحافظة على دمه وعرضه وحياته ، فضلاً عن أن للاستنساخ تأثيراً على الإنسان في حياته ، من النواحي الاجتماعية والاقتصادية والأمنية ، وليس ذلك في الحيوان ، فكيف يقاس عليه ^(١) .

٥- ولي على رأي د. عمر الأشقر مأخذ آخر: وهو أن الضرر متصور في الاستنساخ الجيني أو العذري ، كما هو متصور في الاستنساخ الجيني ، فلم أبيح الأولان في الحيوان ومنع الثالث ، ومع تصور الضرر

(١) قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية ج ٢ ص ١١٤-١١٥ .

في هذه الأنواع ، فإنه ضرر لا يمكن مقارنته بوجوه النفع الكثيرة التي يجنيها الإنسان من الاستنساخ في مجال الحيوان ، والتي ذكرناها في غير موضع ، وثمة قاعدة فقهية في هذا السبيل تبين أنه : "إذا اجتمعت المصالح والمفاسد في عمل معين ، ولم يمكن تحصيل المصالح ، ودرء المفاسد جميعاً ، وكانت المصلحة أعظم من المفسدة التي تقابلها ، قدمت المصلحة" (١) ، ومقتضى العمل بهذه القاعدة ، أن لا يغلق باب الاستنساخ في الحيوان ، ولو كان استنساخاً جينياً ، تحصيلاً للمصلحة الراجعة في ذلك .

ومن ثم فإن الذي يرجح في ذلك هو ما قال به جمهور العلماء ، من مشروعية الاستنساخ في النبات والغراس ، ومشروعية الاستنساخ بجميع أنواعه في الحيوان .

الفرع الثاني : الاستنساخ الجنسي (الجنيني) في الإنسان :

يتم في هذا النوع من الاستنساخ -كما سبق- فصل الخلايا الجنينية ، وهي في مراحل الانقسام الأولى بعد إخصاب البويضة خارجياً بنطفة ذكرية ، حيث يتكون من كل خلية منها جنين مطابق لباقي الأجنة ، وقد أعلن طبيبان أمريكيان هما : د. ستيلمان ، ود. هول ، تمكنهما من استنساخ أجنة بشرية بهذه الطريقة ، إلا أن هذه الأجنة توقفت عن الانقسام ، وماتت بعد ستة أيام .

فإذا فرضنا فرضاً جدلياً وقوع ما أعلننا عنه ، وأن هذه الأجنة المستنسخة بالانشطار الخلوي ، كتب لها الحياة حتى وقت نقلها إلى رحم المرأة ، ثم نقلت إليه فعلاً ، فإن هذا يثير التساؤل عن حكم إجراء التلقيح الصناعي الخارجي ، باعتبار أن هذا النوع من الاستنساخ لا يتصور إلا في حال الإخصاب الخارجي بين البويضة والنطفة ، وأوجز حكم هذا قبل بيان حكم الاستنساخ الجنسي على النحو التالي :

(١) العز بن عبد السلام : قواعد الأحكام ، ج ١ ص ٨٨ ، ٩٧ .

المقصود الأول : حكم التلقيح الصناعي الخارجي :

للتلقيح الصناعي الخارجي صور عديدة تزيد على العشر ، إذ قد يتم بين رجل وزوجته ، وقد يتدخل بينهما طرف ثالث تؤخذ منه النطفة الذكرية ، أو الببيضة التي تلقح بها ، أو يرتفق برحمها في حمل اللقيحة حتى وقت الولادة ، وأكتفي بذكر بعض هذه الصور فيما يلي :

١- أن تؤخذ بببيضة المرأة وتخصب بنطفة زوجها خارجياً ، حال حياة الزوجين ، وقيام الزوجية الصحيحة بينهما ، ثم تنقل الببيضة المخصبة بعد شروعها في الانقسام ، إلى رحم صاحبة الببيضة حال حياة زوجها .

٢- أن تؤخذ بببيضة المرأة وتخصب بنطفة زوجها ، ثم تنقل بعد شروعها في الانقسام إلى رحم امرأة أخرى غير صاحبة الببيضة ، قد تكون زوجة أخرى لصاحب النطفة الذكرية ، أو أجنبية عنه .

٣- أن تؤخذ الببيضة من امرأة ، وتخصب بنطفة غير زوجها ، ثم تنقل بعد شروعها في الانقسام إلى رحمها ، أو رحم امرأة أخرى .

وقد اختلف الفقهاء في حكم إجراء التلقيح الصناعي الخارجي على مذهبين :

المذهب الأول :

يرى أصحابه جواز إجراء التلقيح الصناعي الخارجي ، إذا التزمت فيه الضوابط الشرعية ، وهي أن يكون لعلاج انعدام الخصوبة ، بين الزوجين حال قيام الزوجية الصحيحة بينهما ، وأن تدعو إليه الضرورة ، وهي أن لا يمكن علاج عدم الإنجاب بوسيلة أخرى ، لا يترتب عليها محرم ، إذا تم التأكد من خصوبة الزوج ، وأن يكون الإخصاب الخارجي برضا الزوجين ، وأن يحتاط عند إجراءاته ، بحيث لا تختلط النطف أو البويضات الخاصة بالزوجين بغيرهما ، وأن لا تكشف العورة إلا عند الضرورة إلى ذلك ، وأن تعاد الببيضة بعد التخصيب إلى رحم الزوجة صاحبة الببيضة ، وأن تؤخذ النطفة

الذكرية بطريق مشروع، وأن يؤمن اختلاط الأنساب عند إجراء هذا الإخصاب. وقد ذهب إلى هذا جمهور العلماء، وهو الذي أقرته المجامع الفقهية في العالم الإسلامي، والندوات والمؤتمرات التي انعقدت لبيان حكمه الشرعي^(١).
المذهب الثاني :

يرى من ذهب إليه حرمة إجراء التلقيح الصناعي الخارجي ، وإن كان بين زوجين ، وممن ذهب إلى هذا بعض أعضاء ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام ، التي انعقدت بالكويت في ٢٤/٥/١٩٨٣ م^(٢).
أدلة المذهبين :

استدل أصحاب المذهب الأول على جواز التلقيح الصناعي الخارجي، بضوابطه السابقة بما يلي :

أولاً : السنة النبوية المطهرة : أحاديث منها :

١- روت حفصة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: (لا يدع أحدكم طلب الولد ، فإن الرجل إذا مات وليس له ولد ، انقطع اسمه)^(٣).
وجه الدلالة منه :

أفاد الحديث أن طلب الولد ، واتخاذ الوسائل المساعدة على إنجاب، مطلوب شرعاً .

٢- روي عن أسامة بن شريك قال: كنت عند النبي ﷺ ، وجاءت الأعراب، فقالوا : يا رسول الله أنتداوى ؟ ، فقال: (نعم يا عباد الله تداووا،

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٥٠/١ ، قضايا طبية معاصرة ج ١ ص ٦٠-٦٦ ، ١٣٤-١٣٥ ، ١٣٧-١٤١ ، الانعكاسات الأخلاقية للأبحاث المتقدمة في علم الوراثة ص ٢٩٦-٢٩٨ .

(٢) الإنجاب في ضوء الإسلام ص ٣٥٠ ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٠٩/١ ، ٣٧١ ، ٣٨٦ ، العدد الثاني، مجلة البحث الإسلامي ص ٩١ . كما ذهب إليه كل من الأستاذة: رجب التميمي ، ومحمد بشقرة ، ولحمد الخليلي ، وعبد الحميد طهمان، وعبد اللطيف فرفور .

(٣) ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد وقال: رواه الطبراني بإسناده حسن (مجمع الزوائد ج ٤ ص ٢٥٨) .

فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له شفاء ، غير داء واحد) قالوا: ما هو ؟ قال: (الهرم) ^(١).

٣- روي عن ابن مسعود رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ قال: (ما أنزل الله داء إلا وأنزل له دواء ، جهله من جهله ، وعلمه من علمه) ^(٢).
وجه الدلالة من الحديثين :

أفاد الحديثان الأمر بالتدوي من الأمراض ، ومذهب جمهور الفقهاء أن الأمر بالتدوي فيها يفيد الاستحباب ^(٣)، فإذا قام بالزوجين أو أحدهما مانع يحول دون تحقق الإنجاب بالطريق الطبيعي ، ولم يمكن علاجهما ، وكان طلب الولد مشروعاً كانت مساعدتهما لتحقيق هذا المقصود الشرعي في الإنجاب ، بالإخصاب الصناعي مشروعة .

ثانياً : المعقول :

١- إن مساعدة الزوجين على الإنجاب ، بطريق التلقيح الصناعي، سبيل مشروع لتمكينهما من الحصول على ولد شرعي يذكر بهما ، وبه تمتد حياتهما ، وتكتمل سعادتهما النفسية والاجتماعية ، ويطمئنان على دوام العشرة وبقاء المودة بينهما .

٢- إن إجراء التخصيب الخارجي ، بين ببيضة المرأة ونطفة زوجها، أمر طارئ اقتضته الضرورة لعلاج عقم في الزوجين أو أحدهما ، وبما يلبي فطرة الإنسان ويحفظ عليه دينه ونسبه وعرضه ^(٤).

(١) أخرجه أحمد في مسنده والترمذي وابن ماجه وأبو داود في سننهم ، وقال فيه الترمذي: حديث حسن صحيح، وسكت عنه أبو داود (البناء: الفتح الرياني في ترتيب مسند أحمد ج ١٧ ص ١٥٦ ، سنن الترمذي ج ٦ ص ٢٣٩ ، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١١٣٧ ، سنن أبي داود ، ج ٤ ص ٣) .

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرک وأحمد في مسنده ، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد وقال: رواه أحمد والطبراني ، رجال الطبراني ثقات (ابن بلبان: الإحسان بتقريب صحيح ابن حبان ج ٧ ص ٦٢١ ، الحاكم: المستدرک ج ٤ ص ١٩٦ ، الفتح الرياني ، ج ١٧ ص ١٥٦ ، مجمع الزوائد ج ٥ ص ٨٤) .

(٣) حكم التدوي بالمحرمات ، ص ٨-٩ .

(٤) الانعكاسات الأخلاقية للأبحاث المتقدمة في علم الوراثة ، ص ٢٩٧-٢٩٨ .

استدل أصحاب المذهب الثاني على عدم جواز إجراء التلقيح الصناعي الخارجي بما يلي :

أولاً : الكتاب الكريم :

١- قال تعالى: ﴿لله ملك السموات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إنثاً ويهب لمن يشاء الذكور ، أو يزوجهم ذكراً وإناً ويجعل من يشاء عقيماً﴾^(١).

وجه الدلالة من الآية: أفادت الآية الكريمة أن من سنة الخالق في خلقه، أن يهب لمن يشاء منهم الذرية ، ومنهم من يجعله عقيماً ، ومن ثم فإن اتخاذ الوسائل المساعدة على الإنجاب ، في حق من جعله الله عقيماً يصاد سنة الله في خلقه ، وذلك محرم .

٢- قال سبحانه: ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾^(٢).

وجه الدلالة من الآية : بينت الآية الكريمة أن للرجل أن يأتي زوجته في موضع الحرث منها حيث شاء ، ابتغاء للولد الذي يكون نتاج ذلك ، وهذا يقتضي كون العلاقة بين الزوجين مباشرة ، لا يتدخل فيها طرف ثالث ، وفي التلقيح الصناعي -ولو كان خارج الرحم- يتدخل طرف ثالث بين الزوجين ، وفي هذا مناقضة للطريق الشرعي الذي رسمه الله تعالى لإنجاب الولد .

ثانياً : المعقول :

١- إن عمليات التلقيح الصناعي ما زالت في طور التجربة ، ولم تعرف بعد انعكاساتها الأخلاقية والنفسية والاجتماعية على حياة الجنين ، ولهذا فإنها تكون محرمة .

٢- إن عمليات التلقيح الصناعي الخارجي ، قد يترتب عليها اختلاط

(١) سورة الشورى الآيتان ٤٩ - ٥٠ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٢٣ .

الانساب نتيجة اختلاط قد يحدث في النطف ، فيكون محرماً لحرمة كل ما يؤدي إلى اختلاط الانساب (١).

المناقشة والترجيح :

والذي تركن النفس إليه من المذهبين -بعد استعراض أدلتهم- هو مذهب القائلين بإباحة التلقيح الصناعي الخارجي ، بالقيود التي ذكرها أصحاب هذا المذهب وذلك لما استدلوا به على مذهبهم ، ولما فيه من تحقيق مقصود الشارع من زيادة النسل ، لما روي عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (تزوجوا الولود الودود ، فإنني مكاثركم بالأنبياء يوم القيامة) (٢)، وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (أنكحوا أمهات الأولاد ، فإنني أباهي بكم يوم القيامة) (٣). ولن يتحقق النسل أو زيادته للزوجين ، إلا باتخاذ أسبابه الطبيعية وغيرها ، وإذا كان الحق سبحانه قد أرشد إلى الوسيلة الطبيعية للإنجاب بقوله تعالى: ﴿نَسَآؤُكُمْ حَرْثُ لَكُمْ فَاتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ ، إلا أنه لم يرد في هذه الآية أو غيرها ما يمنع من اتخاذ وسائل صناعية تساعد على الإنجاب ، إذا كان بين زوجين ، فالأصل في اتخاذ هذه الوسائل الحل ، إذا لم يترتب على ذلك محظور شرعي ، ولأنه لما كانت الغاية من ذلك الإخصاب الخارجي، إنجاب ولد يصح نسبته شرعاً إلى الزوجين ، فإن الوسيلة إلى ذلك تكون مباحة ، لأن للوسائل حكم غاياتها .

المقصد الثاني : حكم الاستنساخ الجيني :

اختلف العلماء في حكم الاستنساخ الجنسي (الجيني) في الإنسان، على مذهبين :

(١) الإنجاب في ضوء الإسلام ، ص ٣٥٠ .

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه وصححه ، وأخرجه أحمد في مسنده والطبراني في الأوسط وقال الهيثمي: إسناده حسن (تلخيص الحبير ، ج ٣ ص ١١٦ ، نيل الأوطار ، ج ٦ ص ٢٣٢) .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده وأشار إليه الترمذي وقال في مجمع الزوائد: فيه جرير السامري وقد وثق، وأخرجه الشافعي في مسنده ، (تلخيص الحبير ، ج ٣ ص ١١٦ ، نيل الأوطار ، ج ٦ ص ٢٣٢) .

المذهب الأول :

يرى أصحابه حرمة إجراء هذا النوع من الاستئناسخ في الإنسان مطلقاً. وذهب إلى هذا عدد من العلماء ^(١). كما ذهب إليه المجتمعون في المؤتمر العاشر لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة ، في المدة من ٦/٢٨ إلى ١٩٩٧/٧/٣ م، وهو ما انتهى إليه أكثر المجتمعين في الندوة الفقهية الطبية التاسعة ، المنعقدة بالدار البيضاء ، في المدة من ١٤ إلى ١٧/٦/١٩٩٧ م ^(٢).

المذهب الثاني :

يرى من ذهب إليه إباحة إجراء الاستئناسخ الجنيني في الإنسان ، وقد أطلق بعضهم حكم الإباحة ، وقيدده بعضهم بقيود الإخصاب الصناعي الخارجي ، التي ذكرت من قبل في مذهب المجيزين له .

وممن قال به جمع من العلماء ^(٣). وقيدده د. أبو البصل بعدم حصول الضرر على المرأة من زيادة الأجنة، أو حصول الضرر للخلية المستنسخة أو للأجنة الأخرى ، وإلا منع ، وقد أباحه كذلك بعض المجتمعين في الندوة الفقهية الطبية التاسعة ، المنعقدة بالدار البيضاء في المدة من ١٤ إلى ١٧/٦/١٩٩٧ م . والمجتمعون في ندوة قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية ، المنعقدة بعمان ، الأردن ، في سنة ٢٠٠٠ م ، وقد جاء في قرار هذه الندوة: " فصل الخلايا عن البيضة الملقحة بعد الانقسام الأول أو الثاني أو الثالث ، أو يعد ذلك يقصد استعمالها لإحداث الحمل في فترة الزوجية جائز شرعاً ، وتحكمه القواعد ذاتها ، التي تحكم التلقيح الصناعي الخارجي " ^(٤).

(١) وهم الدكتور: محمد سيد طنطاوي، نصر فريد واصل ، عبد الصبور مرزوق ، محمد قاروق النبهان .

(٢) الاستئناسخ جدل العلم والدين والأخلاق ، ص ٢٣٠، ٢٣٢-٢٣٤، الاستئناسخ بين العلم والدين، ص ٥٤-٥٧ ، الضوابط الإسلامية لتقنيات الإنجاب والهندسة الوراثية ، ص ٥٩٠-٥٩١ .

(٣) ومنهم الدكتور: وهبة الزحيلي ، محمد الأشقر ، عبد الناصر أبو البصل ، أ. زياد سلامة .

(٤) الاستئناسخ جدل العلم والدين ، ص ١٢٥-١٢٦ ، ٢٣٠ . الاستئناسخ في الواقع العلمي والحكم الشرعي

(مجلة هدي الإسلام) العدد ١٠ ، مجلد ٤١ ، ص ٤١، ٩٠. د. عبد الناصر أبو البصل: عمليات التنسيل وأحكامها الشرعية (مجلة أبحاث جامعة اليرموك) عدد ١ ، المجلد ١٤ ، ص ٢٧٦ .

أدلة المذهبين :

استدل أصحاب المذهب الأول على حرمة الاستنساخ الجنيني بما يلي:

المعقول :

١- إن الاستنساخ مطلقاً -ومنه الاستنساخ الجنيني- لا فائدة منه، فضلاً عن مساسه بكرامة الإنسان ومكانته ، والغاية التي خلق من أجلها، واعتدائه على ذاتية الفرد وخصوصيته وتميزه .

٢- إن الاستنساخ يؤدي إلى خلخلة الهيكل الاجتماعي المستقر، والعصف بأسس القربات والانساب ، وصلة الأرحام ، والهيكل الأسرية المتعارف عليها ، على مدى التاريخ الإنساني ، في ظلال شرع الله تعالى، وعلى أسس وطيدة من أحكامه^(١).

٣- إنه يترتب عليه اختلاط الأنساب ، واختلاط كيان المجتمع ، ونشوء مشاكل اجتماعية وأسرية تضر بالبشرية ، ونشوء خلل في النظام الخلقي والاجتماعي ، الذي وضع الله الخلق عليه منذ بدء الخليقة^(٢).

استدل أصحاب المذهب الثاني على إباحة الاستنساخ الجنيني بأدلة منها ما يلي:

المعقول :

إن هذا النوع من الاستنساخ يترتب عليه تكثير الجنين الموجود في رحم المرأة ، بعملية طبيعية لإنجاب التوائم ، والدين الإسلامي يحث على التناسل وكثرة النسل ، فكان الاستنساخ الجنيني مباحاً^(٣).

المناقشة والترجيح :

الذي أراه -بعد استعراض أدلة المذهبين السابقين- أنه لا ضرورة ولا

(١) الاستنساخ جدل العلم والدين ، ص ٢٣٣-٢٣٤ .

(٢) الاستنساخ بين العلم والدين ، ص ٥٤-٥٧ .

(٣) الاستنساخ في الواقع العلمي والحكم الشرعي (مجلة هدى الإسلام) ، عدد ١٠ ، المجلد ٤١ ، ص ٩٠ .

حاجة إلى مثل هذا النوع من الاستنساخ ، إلا في حالات نادرة ، أبينها وأبين حكمها بعد ، أما أنه لا ضرورة ولا حاجة إليه ، لأن فرض المسألة أن تفصل خلايا بيضة مخصبة ، ليجعل من كل خلية جنيناً ينقل إلى رحم صاحبة البيضة ، ومثل هذا الإخصاب يتم خارج رحم المرأة ، والذي يتبع في هذه الصورة من صور الإخصاب ، أن تعطى المرأة هرمونات ، تحفز مبيضيها إلى إنتاج الكثير من البويضات ، ثم يتم سحب البويضات الناضجة الصالحة للإخصاب ، والتي يزيد عدد المسحوب منها عن خمس عشرة بيضة ، يخصب بعضها خارجياً ، ثم ينقل إلى رحم المرأة بعد شروع البويضات في الانقسام الخلوي ، من ٣ إلى ٥ بويضات ، فالمرأة التي سحب منها هذا العدد من البويضات ، ليست في حاجة إلى فصل خلايا بيضة من هذه البويضات لاستنساخ عدة أجنة أخرى ، لأن عدد البويضات المخصبة غالباً ما يكون أكثر من العدد المنقول إلى رحم المرأة ، مما يسمح بوجود فائض من هذه الأجنة ، يحتفظ به مجمداً في السائل النيتروجيني ، تحسباً لفشل التجربة الأولى من النقل ، هذا غير البويضات التي لم تخصب بعد ، والتي قد يصل عددها إلى الضعف من تلك المخصبة ، كل هذا العدد من البويضات ، يجعل عملية فصل الخلايا الجنينية لإحدى البويضات في حكم العمل العاثر ، الذي يراد به أمر آخر غير عملية النقل إلى رحم تلك المرأة .

إلا أنه في حالات نادرة للغاية ، قد تحتاج المرأة إلى عملية الاستنساخ الجنيني ، لتحقيق زيادة في نسبة تحقق الحمل بهذه الأجنة المستنسخة ، إما لقلة إنتاج المبيض للبويضات ، وإما لوجود عيوب في المبيضين أو أحدهما يمنع من إنتاج العدد المناسب من البويضات ، الذي يتحقق معه الحمل ، أو كان أحد المبيضين مستأصلاً ، أو نحو ذلك ، وكان ما ينتج من المبيضين أو أحدهما عدداً قليلاً ، لا يتحقق به نجاح الإنجاب في نظر أهل الاختصاص ، فليس ثمة ما يمنع شرعاً في مثل هذه الحالات ، من

الاستنساخ الجنيني للبيضة المخصبة إذا اتخذت في ذلك الاحتياطات التي تمنع من فساد الخلايا عند فصلها ، ولم يترتب على عملية الاستنساخ والنقل إلى رحم صاحبة البيضة أجنة زائدة عن الحاجة ، وروعي في عدد ما ينقل منها إلى رحم المرأة أن لا تكون من الكتلة بحيث تؤدي إلى إجهاض المرأة بها جميعاً ، واتبعت في ذلك الضوابط الأخرى التي تعتبر في التلقيح الصناعي الخارجي ، والتي سبق بيانها .

الفرع الثالث : الاستنساخ اللاجنسي (الجنيني) في الإنسان :

ذكرت من قبل أن هذا الاستنساخ يتم بأخذ خلية بشرية غير جنسية، من بدن ذكر أو أنثى ، وغرسها في بيضة امرأة ، مفرغة من محتواها الجنيني ، بتحريض هذه الخلية بذبذبات كهربائية قبل غرسها في البيضة، ثم تحفيزها كهربائياً بعد الغرس لتندمج مع البيضة، وتشعر في الانقسام المتوالي والمتوازي ، لتتقل بعد إلى رحم المرأة مكونة جنيناً ، مطابقاً في مكوناته وصفاته لأصله الذي أخذ منه الخلية المستنسخة .

وقد اتفقت آراء علماء المسلمين على تحريم هذا النوع من الاستنساخ، وانتهت الندوات والمؤتمرات الفقهية الطبية التي انعقدت في العالم الإسلامي إلى تحريمه في جميع الظروف والأحوال ، ومن هذه الندوات والمؤتمرات ما يلي :

١- مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي ، في دورته العاشرة المنعقدة بجدة في المدة من ٦/٢٨ إلى ٣/٧/١٩٩٧ م .

٢- الندوة الفقهية الطبية التاسعة ، المنعقدة بالدار البيضاء ، في المدة من ١٤ إلى ١٧/٦/١٩٩٧ م .

٣- ندوة التحديات التي تواجه الأمة الإسلامية في القرن المقبل، التي نظمتها جامعة دولة الإمارات العربية ، بالتعاون مع رابطة الجامعات الإسلامية ، والمنعقدة بالإمارات في المدة من ٢٠ إلى ٢٢/١٢/١٩٩٧ م .

٤- ندوة قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية ، التي عقدتها جمعية العلوم الطبية الإسلامية ، المنبثقة من نقابة أطباء الأردن ، والتي انعقدت بعمان في سنة ١٩٩٢ م .

٥- ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، المنعقدة بالكويت في ٢٤/٥/١٩٨٣ م.

٦- ندوة استنساخ البشر وتداعياته ، المنعقدة برعاية نقابة الأطباء المصرية في ١٦/٣/١٩٩٧ م .

٧- ندوة الاستنساخ البيولوجي بين الرفض والقبول ، المنعقدة برعاية كلية العلوم بجامعة الكويت في ٢٣/٣/١٩٩٧ م^(١).

وتعليقات العلماء على القول بحرمة إجرائه كثيرة ، نذكر منها ما يلي :

١- إن هذا النوع من الاستنساخ عدوان على ذاتية الفرد وخصوصيته، وتميزه من بين طائفة من أشباهه .

٢- إنه يؤدي إلى الإخلال بالهيكل الاجتماعي المستقر، ويعصف بأسس القربايات والأنساب ، وصلات الأرحام ، والهيكل الأسرية المتعارف عليها على مدى التاريخ الإنساني ، كما اعتمدتها الشريعة وسائر الأديان، أساساً للعلاقات بين الأفراد والعائلات والمجتمع كله ، بما في ذلك من انعكاسات على أحكام القربايات والزواج، والموارث والقانون المدني والجنائي وغيرها.

٣- إنه يهدم كيان الأسرة ، بما يترتب عليه من الاستغناء عن الرجل الذي هو عمادها ، وفي هدم كيان الأسرة فساد عظيم ، يعود ضرره على المجتمع بأسره .

٤- إن فيه شغلاً لرحم المرأة بخلية مخصبة من غير نطفة زوجها، وهذا محرم ، إذ الخلية المغروسة في البويضه هي نتاج ببيضة أم من أخذت

(١) أعمال ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام ، ص ١٧٥ ، الاستنساخ جدل العلم والدين والأخلاق ص ٢٢٩-

٢٣٥ . قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية . ج ٢ ص ٥٦ ، ٨٦ ، ١٥٧ . أعمال ندوة التحديات التي تواجه الأمة الإسلامية في القرن المقبل ص ٦٣٠ .

منه الخلية ، المخصبة بنطفة أبيه ، ولا يجوز شغل رحم المرأة بخلايا لم تتكون من بويضتها المخصبة بنطفة زوجها .

٥- إن في هذا الاستنساخ إخلالاً بالتوازن البشري في الطبيعة ، إذ الخلية المغروسة في ببيضة المرأة إن أخذت من ذكر ، كان الناتج عنها ذكراً ، وإن أخذت من أنثى كان الناتج أنثى ، ومثل هذا يترتب عليه زيادة أحد النوعين عن الآخر ، وفي ذلك فساد عظيم .

٦- إنه مخالف للفطرة البشرية التي قطر الله الناس عليها ، من تحقق النسل باجتماع رجل وامرأة ، والذي دلت عليه آيات كثيرة ، يعد هذا الاستنساخ منافياً لها ، منها قول الله تعالى: ﴿والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة﴾^(١) ، فهذه الآية وغيرها دالة على أن سنة الله تعالى في خلقه جرت على خلق الذرية من ذكر وأنثى بينهما تزواج ، وأما الاستنساخ الجيني فليس فيه مثل ذلك ، إذ يمكن تحقق الإنجاب بدون هذا التزواج ، وفي هذا منافاة لسنة الله في خلقه .

٧- وأضيف إلى هذه التعليقات : أن هذا الاستنساخ ستتولد عنه مشكلات دينية واجتماعية ، قد يحار العلماء في إيجاد حكم لها أو حل ، ومن هذه : نسبة الفرد المستنسخ إلى أب وأم ، وتحديد درجة قرابته ، وإرثه والإرث منه ، وزواجه أو التزواج منه ، أو من ذريته ، وأحق الناس بحضائنه ، والولاية عليه ، ونحو ذلك .

٨- المضار التي أوردناها من قبل في الاستنساخ ، يمكن الاستدلال بها أيضاً على حرمة هذا النوع من الاستنساخ .

الفرع الرابع : الاستنساخ العذري في الإنسان :

في هذا النوع من الاستنساخ ، يتم تحفيز ببيضة الانثى غير المخصبة بنطفة ذكرية ، بالصدمات الحرارية ، أو بالتيار الكهربائي ، أو بالوخز

(١) سورة النحل من الآية ٧٢ .

بالإبرة ، أو بزيادة تركيز الأيونات المعدنية ، أو غيرها ، لدفعها على الانقسام الخلوي ، وتكوين الجنين .

ومعنى هذا أنه يتم -إن أمكن تصور وقوعه في جانب البشر- بدون حاجة إلى ذكر تتلفح بنطفته هذه البيضة ، ومن ثم فإنه يأخذ حكم الاستنساخ الجيني ، لأنه يمكن إجراؤه باستنساخ خلية من أنثى ، دون حاجة إلى رجل ، ولهذا فإن المحاذير الواردة في الاستنساخ الجيني ترد في هذا النوع من الاستنساخ كذلك ، ولهذا فإن الحكم فيه كالحكم في سابقه ، لما سبق ذكره من وجوه الضرر فيه .

الفرع الخامس : استنساخ الأعضاء البشرية :

إن العمليات التي يمكن تصور إجرائها لاستنساخ الأعضاء البشرية ، وفقاً لما قاله بعض العلماء ، يمكن إبرازها فيما يلي :

١- استزراع بعض الجينات الخاصة بالأعضاء البشرية ، في الأغنام أو غيرها من سائر الحيوانات ، في أثناء تكوينها الجنيني ، بحيث تنتج هذه الحيوانات أعضاء يمكن نقلها إلى الإنسان .

٢- استنساخ الخلايا الجنينية ، واستخدامها كخلايا جذعية ، قابلة للتطور إلى أي نوع من الخلايا في الجسم ، حيث يصعب تمييزها ، أو مهاجمة الجهاز المناعي لها ، لتستخدم في علاج دمار المخ والجهاز العصبي .

٣- استنساخ الجلد البشري معملياً ، باستنساخ أنسجته دون أعصابه وشرائبه ، واستنساخ أجزاء من المبيض والخصية مخبرياً ، للحصول منهما على خلايا جنسية .

وبالرغم من هذه التصورات ، فإن بعض العلماء يرى استبعاد حدوث مثل هذا النوع من الاستنساخ ، لما يكتنفه من صعوبات عدة ، يتعلق أكثرها بالطبيعة المعقدة للأعضاء البشرية .

وسواء كان استنساخ الأعضاء البشرية ، مما يمكن تحقيقه الآن أو

مستقبلاً ، فليس ثمة ما يمنع شرعاً من استخدام التقنية التي يتحقق بها ذلك ، بدلاً من الاعتداء على أجسام الأدميين الأحياء لغرض الزرع ، خاصة وأن استنساخ العضو من خلايا صاحبه ، يكون أدعى لقبول الجسم له وعدم رفضه ، ولا يكون في حاجة إلى تناول مثبطات جهاز المناعة ، ولا تعريض نفسه أو نفس غيره إلى الهلاك .

واستنساخ الأعضاء إن أمكن تحقيقه ، يعد وسيلة من وسائل علاج الجسم البشري ، وقد رغب الشارع في التداوي من الأمراض ، وإذا كان التداوي مطلوباً شرعاً ، فإن اتخاذ الوسائل التي يتحقق بها ذلك ، ومنها استنساخ الأعضاء البشرية يكون مطلوباً شرعاً ، لأن للوسائل حكم غاياتها. وقد قال كثير من العلماء بجواز هذا النوع من الاستنساخ ، ومن هؤلاء: بعض أعضاء الندوة الفقهية الطبية التاسعة المنعقدة بالدار البيضاء، في المدة من ١٤ إلى ١٧/٦/١٩٩٧م، والأعضاء المشاركون في ندوة قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية، المنعقدة بعمان، الأردن عام ٢٠٠٠م^(١). ووضع المشاركون في ندوة قضايا طبية معاصرة، مجموعة من الضوابط لإجراء استنساخ الأعضاء البشرية ، هي ما يلي :

١- أن يكون استعمال تقنية الاستنساخ والهندسة الوراثية ، لإدخال مادة وراثية بشرية في بويضات خلية تناسلية حيوانية ، لإنتاج أعضاء تستخدم في زراعة الأعضاء البشرية ، وفق أحكام نقل الأعضاء وزراعتها، التي أقرتها المجامع الفقهية .

٢- يمكن استخدام طريقة لإنتاج الأعضاء البشرية في المختبر لغرض الزرع ، بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى الإضرار بمن أخذت من جسمه تلك الخلايا.

٣- يجوز الاستفادة من أعضاء الأجنة المجهضة المحكوم بموتها، ومن

(١) أعمال ندوة قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية ، ج ٢ ص ٤٤-٤٥ ، ٢٧٠-٢٧١ .
الاستنساخ جدل العلم والدين والأخلاق ، ص ٢٣٠ ، الاستنساخ بين العلم والدين ص ٥٦-٥٧ .

الأعضاء البشرية المستأصلة جراحياً، كمصدر للخلايا التي تستنسخ أو تنمى لإنتاج الأعضاء البشرية، إذا روعيت في ذلك قواعد نقل الأعضاء وزراعتها.

٤- عدم جواز إنتاج أعضاء بشرية ، عن طريق التخليق البشري ، سواء كان هذا في داخل الرحم أو خارجه ، أو التخلل في أطوار التخلق الأولى، لإبطال بعض الخلايا أو الجينات ، لإنتاج أجنة لا رأس لها أو نحو ذلك، لاستخدامها في زراعة الأعضاء .

وعلل القائلون بجواز هذا النوع من الاستنساخ ، لرايهم بما يلي:

أ- إن في هذا النوع من الاستنساخ ، مصلحة للإنسان ، حيث تؤدي مثل هذه الأعضاء إلى الحد من آلام المرضى ومتاعبهم ، والمصلحة في الشرع معتبرة ، ومن أهم المصالح ما يتعلق بحياة الإنسان ووجوده ، لأن حفظ النفس من الضرورات الخمس التي جاءت الشريعة للحفاظ عليها .

ب- إن استنساخ الأعضاء لا يمس كرامة الإنسان ، إذ إن هذه الأعضاء يمكن أخذها من حيوانات مستنسخة ، أو مهندسة وراثياً ، أو من خلايا إنسانية جسدية ، دون أن تنمو هذه الخلايا ، لتكون أجنة أو بشراً ، بل لتكون أعضاء بشرية عن طريق تكثير هذه الخلايا^(١).

(١) أعمال ندوة قضايا طبية معاصرة ، ج ٢، ص ٢٥٢-٢٦٧ ، ٢٧٠-٢٧١ .

خلاصة البحث ونتائجه

١- الاستنساخ : هو تكون كائن حي كنسخة مطابقة من حيث الخصائص الوراثية ، والفيزيولوجية ، والشكلية ، لكائن حي آخر ، وهو يتم في النبات والفراش والحيوان والإنسان .

٢- أنواع الاستنساخ ثلاثة : هي: الاستنساخ العذري: الذي يتم فيه تفعيل البويضات الأنثوية غير المخصبة بنطفة ذكرية ، بوسائل عدة لدفعها إلى النمو والانقسام مكونة جنيناً ، يتطابق مع صاحبة البويضات في الخصائص ، والاستنساخ الجنسي: الذي يتم فيه فصل خلايا البويضات المخصبة وهي في بداية انقسامها ، لإنتاج عدة أجنة متطابقة مع بعضها، والاستنساخ اللاجنسي: الذي يتم فيه غرس نواة خلية جسمية غير جنسية في بويضة أنثوية مفرغة من محتواها الجيني ، وادماج الخلية في البويضة وتحفيزها على الانقسام ، لتنتج جنيناً مطابقاً في خصائصه لمن أخذت منه الخلية الجسمية .

٣- أجريت تجارب الاستنساخ الحيواني منذ سنة ١٩٣٨ م ، بطريق الاستنساخ الجنسي ، وكانت قاصرة على الضفادع ، ثم انتقلت إلى الحيوانات الأخرى في بداية الثمانينات ، ثم أجريت تجارب الاستنساخ الجنسي على الإنسان في سنة ١٩٩٣ م ، ثم أجريت تجارب الاستنساخ اللاجنسي على الحيوان في سنة ١٩٩٥ م ونتج من ذلك شاتان هما "موراج" و "ميجان" ، ثم بعدهما بنفس التقنية في سنة ١٩٩٦ م ولدت "دولي" وتتابع أبحاث الاستنساخ حتى يومنا هذا .

٤- من المجالات التي طرقها الاستنساخ بالفعل: هي استنساخ النباتات والمغروسات والحشرات ، والحيوانات ، ويتصور أن تكون هناك أبحاث تجرى لاستنساخ البشر أو أعضائهم ، يقوم بها العلماء الآن .

٥- من دوافع الاستنساخ العلمية في بداية القرن الماضي حتى سنة ١٩٧٥ م،

الوصول إلى مدى قدرة الخلية الجسدية في تحقيق ما تحققه الببيضة المخصبة ، ثم كانت الدوافع العلمية منه بعد ، تتركز في دراسة وظائف الجينات ، وإمكان استبدالها ، والإفادة منه في مشروع الجينوم البشري ، ومن دوافعه الاقتصادية : إنتاج نخبة متميزة من النباتات والمغروسات والحيوانات غزيرة الإنتاج ، حاملة لخصائص مرغوبة ، والاستفادة منه في إنتاج البروتينات العلاجية في حليب الحيوانات ، وإنتاج قطع الغيار البشرية بها .

٦- ذكر للاستنساخ مطلقاً فوائد عدة غير ما سبق ، منها : كشف اسباب بعض الأمراض ، والإفادة منه في مجال الإخصاب المساعد ، وزراعة الأعضاء البشرية ، والحصول على أفراد لهم صفات خاصة ، كما ذكر له عدة مضار ، منها : أنه قد ينتج منه ولادة أفراد بهم تشوه ، أو حاملين لأمراض لا يمكن علاجها ، فضلاً عن تكاليف تجاربه المرتفعة ، مع نسبة نجاحه المتدنية ، وتأثر النسخ المتشابهة بعوامل بيئية واحدة قد تقضي عليها ، وإخلاله بالتوازن الطبيعي بين الكائنات ، لتسببه في زيادة أفراد نوع على حساب أفراد النوع الآخر ، يضاف إلى هذا ما ينشأ عنه في المجال البشري ، من إشكالات اجتماعية ، وأمنية ، وجنائية ، ودينية ، وغيرها .

٧- استنساخ النباتات والمغروسات والحيوانات ، مباح شرعاً ، إذا كان فيه منفعة للإنسان ، لأن الله سخرها له .

٨- أما الاستنساخ الجنسي في الإنسان ، فإنه مباح إذا دعت إليه الضرورة أو الحاجة ، بأن لم ينتج المبيضان خلايا أنثوية كافية لعملية الإخصاب الخارجي ، حيث يباح فصل خلايا الببيضة المخصبة ، لتكوين عدة لجنة منها ، ثم نقلها إلى رحم المرأة التي أخذت منها الببيضة ، إذا خصبت بنطفة زوجها في حال حياته ، وحال قيام الزوجية الصحيحة بينهما ، وتم نقل الخلايا الجنينية إلى رحمها في حال حياته ، وحال قيام الزوجية

• الاستنساخ في نظر الإسلام (بحث مقارنة) •

الصحيحة بينهما ، وبالشروط التي وضعها العلماء ، لجواز إجراء التلقيح الصناعي الخارجي في صورته الجائزة ، التي تتم بين زوجين تؤخذ منهما الخلايا الجنسية ، ثم تخصب ، ثم تعاد مرة أخرى إلى رحم الزوجة التي أخذت منها البويضات .

٩- الاستنساخ اللاجنسي (الجيني) في الإنسان حرام باتفاق العلماء ، لما يترتب عليه من محاذير شرعية كثيرة ، فضلاً عن إضراره بكيان الأسرة وكرامة الإنسان ، وإخلاله بكيان المجتمع ، وبالتوازن البشري في الطبيعة ، ومخالفته للفطرة البشرية في إنجاب الذرية ، وغير ذلك .

١٠- الاستنساخ العذري في الإنسان ، يترتب عليه ما يترتب على الاستنساخ اللاجنسي من محاذير ومضار ، ولهذا فإنه يأخذ حكمه السابق .

١١- استنساخ الأعضاء البشرية إذا أمكن تحقيقه في المستقبل القريب ، فإنه مباح شرعاً ، إذا لم يترتب عليه الإضرار بمن أخذت منه الخلية المستنسخة ، ولم يكن عن طريق زرع الخلايا الجنينية أو الجينية في بويضات الإناث ، ولم يكن اعتداء على طور من أطوار خلق الإنسان ، واتبعت في الإفادة منه قواعد نقل وزراعة الأعضاء ، وإنما أبيع لما فيه من نفع الإنسان وتخليصه من معاناة المرض ، وتحقيق علاجه ، فضلاً عن عدم مساسه بكرامته ، أو إلحاق الضرر به .

ثبت بأهم المراجع

- ١- القرآن الكريم .
- ٢- الإحسان بتقريب صحيح ابن حبان : رتبه علاء الدين بن بلبان الفارسي ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ٣- الاستنساخ بين العلم والدين : د. عبد الهادي مصباح ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة .
- ٤- الاستنساخ جدل العلم والدين والأخلاق ، ويشتمل على بحث (بيولوجيا الاستنساخ) د. هاني رزق ، دار الفكر المعاصر ، بيروت .
- ٥- أعمال ندوة التحديات التي تواجه الأمة الإسلامية في القرن المقبل، التي نظمتها رابطة الجامعات الإسلامية بالتعاون مع جامعة الإمارات العربية المتحدة في ٢٠-٢٢/١٢/١٩٩٧م، وفيها: الاستنساخ للدكتور جاسم الشامي، وحكم الاستنساخ في الشريعة للدكتور عبد الحق حميش .
- ٦- الإنجاب في ضوء الإسلام : أعمال ندوة عقدت بالكويت في ٢٤/٥/١٩٨٣م، مطبوعات منظمة الطب الإسلامي بالكويت .
- ٧- الانعكاسات الأخلاقية للأبحاث المتقدمة في علم الوراثة : أعمال ندوة نظمت من طرف المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة بالاشتراك مع جمعية الدعوة الإسلامية العالمية ، ويتعاون مع كلية العلوم جامعة قطر . نشر المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة (إيسيسكو) بالرباط .
- ٨- تلخيص الحبير : أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، دار المعرفة، بيروت .
- ٩- التوقيف على مهمات التعاريف : محمد عبد الرؤوف المناوي ، دار الفكر، دمشق .
- ١٠- الجامع الصغير: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، مكتبة مصطفى الحلبي، القاهرة.
- ١١- حكم التداوي بالمحرمات: أ.د. عبد الفتاح محمود إدريس، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١٢- سنن الترمذي: محمد بن عيسى بن سورة السلمي، مطابع الفجر الحديثة، حمص.
- ١٣- سنن أبي داود : سليمان بن الأشعث السجستاني ، المكتبة العصرية ، بيروت .
- ١٤- سنن ابن ماجه : محمد بن يزيد القزويني ، المطبعة العلمية ، مصر.
- ١٥- صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري ، عالم الكتب ، بيروت.
- ١٦- صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج النيسابوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

• الاستنساخ في نظر الإسلام (بحث مقارن) •

١٧- عمليات التنسيل وأحكامها الشرعية : د. عبد الناصر أبو البصل، مجلة أبحاث اليرموك ، العدد ١ ، مجلد ١٤ ، ١٩٩٨ م .

١٨- الفتح الرباني: رتبته أحمد بن عبد الرحمن البنا ، دار الشهاب، القاهرة.

١٩- قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية : صادرة عن جمعية العلوم الطبية الإسلامية المنبثقة عن نقابة أطباء الأردن ، مطابع الدستور التجارية، ويشتمل على ملخص لندوة رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة، التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الكويتية في الدار البيضاء سنة ١٩٩٧ م ، وقرارات مجمع الفقه الإسلامي بمكة في دورة مؤتمره العاشر سنة ١٩٩٧ م ، وندوة الاستنساخ والهندسة الوراثية المنعقدة برعاية جمعية العلوم الطبية الإسلامية بعمان ، الأردن، سنة ٢٠٠٠ م .

٢٠- قواعد الأحكام : عبد العزيز عبد السلام السلمي ، مطبعة الاستقامة، القاهرة .

٢١- لسان العرب: محمد بن جلال الدين (ابن منظور الأفريقي)، دار صادر ، بيروت.

٢٢- مجلة المجتمع الكويتية العدد ١٢٤٤ ، ويشتمل على ملخصات لندوات: استنساخ البشر وتداعياته التي عقدتها نقابة الأطباء المصرية سنة ١٩٩٧ م ، والاستنساخ البيولوجي بين الرفض والقبول التي عقدتها كلية العلوم بالكويت سنة ١٩٩٧ م ، الاستنساخ الجيني أسسه وآثاره المنعقدة بجامعة قطر ١٩٩٧ م ، ومجموعة من المقالات عن الاستنساخ .

٢٣- مجلة هدي الإسلام الأردنية العدد ٤ ، المجلد ٤١/١٩٩٧ ، والعدد ١٠ المجلد ٤١/١٩٩٨ ، وبهما بحث عن الاستنساخ للدكتور محمد سليمان الأشقر ، وبحث

عن الاستنساخ في الواقع العلمي والحكم الشرعي للأستاذ زكريا أحمد سلامة، تصدرها وزارة الأوقاف الأردنية .

٢٤- مجمع الزوائد : علي بن أبي بكر الهيتمي ، مكتبة القدسي ، القاهرة .

٢٥- مختار الصحاح : محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مكتبة عيسى الحلبي ، القاهرة .

٢٦- المستدرک: محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب.

٢٧- مسند الإمام أحمد بن حنبل ، المكتب الإسلامي ، بيروت .

٢٨- نيل الأوطار : محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، المكتبة التوفيقية، القاهرة .

تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي

الدكتور / مصلح بن عبد الحي النجار (*)

المقدمة :

إن الحمد لله حمده ونستعينه ونستغفره ، 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 .. إن موضوع هذا البحث هو موضوع الساعة ، دولياً ومحلياً ، شرقاً وغرباً ، وفي الدول المتقدمة وغيرها ، على حد سواء .

ولقد أضى موضوع تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة «الخصخصة» ، محور اهتمام عالمي ملحوظ في الآونة الأخيرة ، وأضحت مفهومات مثل الخصخصة ، وقوانين السوق ، وإعادة التكيف الهيكلي، والاقتصاد الحر ، تمثل شعارات المرحلة وأيديولوجيتها ، على كافة الأصعدة .

ولهذا اتجه العديد من دول العالم في المرحلة الحالية إلى التخلي عن كثير من الملكيات والمؤسسات العامة ، وإسنادها إلى القطاع الخاص ، وإن اختلفت في توجهاتها السياسية والاقتصادية والتشريعية والاجتماعية. ونظراً لهذه الأهمية البالغة جاءت هذه الوريقات في هذا البحث ؛ لتوضيح موضوع الخصخصة من الوجهة الشرعية ، وبصورة مفصلة ومتكاملة.. والتحذير من سيطرة رأس المال الأجنبي على مجتمعاتنا الإسلامية في ظل سياسة الخصخصة التي لجأت إليها بعض الدول الإسلامية وسيلة للإصلاح الاقتصادي .

(*) عضو هيئة التدريس بكلية التربية للبنات في الرياض .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

وجاء هذا البحث أيضاً ليوضح ضرورة تبني سياسات متزنة تحقق المصلحة العامة من قبل الدول الإسلامية ، وعدم الاستجابة لضغوط المؤسسات الاقتصادية الدولية ، والتي تغفل دائماً البعد الشرعي الفقهي والاجتماعي في مجتمعاتنا الإسلامية ، وتحاول فرض أنظمة وأساليب اقتصادية قد لا تتفق مع واقعنا الإسلامي والاقتصادي والاجتماعي .

لهذا كله نرى ضرورة بيان المنظور الفقهي الإسلامي لما تقوم به الدولة من خطوات .. ومن هذا المنطلق رأيت أنه من الضروري دراسة أسباب خسائر القطاع والمؤسسات العامة وتحليلها ، وبعض المعالجات لها .. ومن ثم تقديم بعض الأسس والخطوات لتحويل القطاع العام إلى القطاع الخاص عند المؤيدين لذلك في المؤسسات غير الضرورية .

مشكلة البحث :

ومن المسلمات التي لا جدال فيها ؛ أن كل باحث يشرع في كتابة بحث، لابد أن تواجهه صعوبات ومشكلات مختلفة .. مما يجعل الأمر يستلزم مزيداً من الصبر وبذل الجهد ، ويمكن أن نطرح تلك الإشكاليات في شكل الأسئلة التالية :

- ما أسباب الانتشار السريع والعالمي لسياسة الخصخصة ؟ وهل يرجع ذلك فقط للأسانيد النظرية التي تبرز تميز القطاع الخاص في مجال الكفاءة الاقتصادية ؟ أم أن هناك دوافع أخرى أكثر تأثيراً وإلحاحاً تبرر سرعة انتشار هذه السياسات وعموميتها ؟!
- هل عملية الخصخصة هي الحل لكي نحقق الازدهار الاقتصادي والاجتماعي ؟
- وما هي عملية الخصخصة أصلاً ؟ وما المكاسب التي يمكن أن تحققها ؟ وما العواقب التي يمكن أن يتركها تطبيقها ؟
- هل تحتاج الدولة الإسلامية إلى تبني خطط الخصخصة ؟

- وما دواعي اللجوء إلى عملية الخصخصة ومبرراته ؟
- وما الآثار الإيجابية والسلبية لخصخصة القطاعات العامة ؟
- كيف ينظر خبراء الاقتصاد الإسلامي لعملية الخصخصة ؟
- وبأي منهج تناولوا موضوعاتها وعناصرها ؟
- وهل المباحث الاقتصادية والفقهية التي ذكروها في كتبهم ومقالاتهم مجرد استطرادات ؟ أم أنها حلقة أساسية في سلسلة دراساتها ؟
- ما أبرز أساليب عملية الخصخصة ؟
- وما الوجهة الإسلامية الفقهية تجاه الملكية العامة والخاصة ، وهل هما مطلقتان أم عليهما قيود وضوابط ؟
- وأخيراً ؛ ما أبرز الأفكار والآراء والأدلة والمفاهيم الفقهية في مجال عملية الخصخصة ؟ وما سلبيات القطاع العام ، وأسس ترشيد بعض القطاعات العامة ؟

خطة البحث :

- لقد اقتضت طبيعة البحث مني جعل البحث في مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة وتفصيلها على النحو التالي :
- أولاً : المقدمة ؛ وتناولت فيها أهمية هذا الموضوع ، ومشكلة البحث ، والخطة التي سرت عليها .
- ثانياً : المباحث وهي ثلاثة كالتالي :
- المبحث الأول : ماهية الخصخصة وأهدافها وأساليبها ودوافعها . وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : أصل نشأة الخصخصة .

المطلب الثاني : مفهوم الخصخصة والألفاظ ذات الصلة .

المطلب الثالث : أهداف عملية الخصخصة .

المطلب الرابع : أساليب عملية الخصخصة .

المطلب الخامس : دوافع الخصخصة ودواعيها .

المبحث الثاني : الملكية المزدوجة [الخاصة والعامة] في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول : مقدمة تمهيدية في أنواع الحقوق .

المطلب الثاني : تعريف الملكية لغة واصطلاحاً .

المطلب الثالث : أسباب الملكية .

المطلب الرابع : أنواع الملكية في الفقه الإسلامي .

المبحث الثالث: الخصخصة بين المؤيدين والمعارضين في ضوء الفقه الإسلامي.

المطلب الأول : أصول تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي .

المطلب الثاني : مبررات تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي .

المطلب الثالث : آراء الباحثين في عملية الخصخصة وأدلّتهم .

ويتضمن ما يلي : - الفقه الإسلامي وعملية الخصخصة .

- أسباب خسارة القطاع العام ومعالجتها .

- الضوابط الإسلامية لعملية الخصخصة .

ثالثاً : الخاتمة :

هذا، وإنني لم آل جهداً في معالجة مباحث هذا البحث ومطالبه ومسائله، فقد بذلت فيه قصارى جهدي ، وقضيت فيه الشهور من عمري، محاولاً في ذلك كله الوصول إلى الصواب ما استطعت إليه سبيلاً ، غير أن قلة البضاعة وتشقت مباحث هذا الموضوع ثنّنتني عن كثير مما أردت.. وأختم مقدمة بحثي بالصلاة والسلام على أشرف الخلق نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلام .

المبحث الأول

ماهية الخصخصة وأهدافها وأساليبها ودوافعها

المطلب الأول : أصل نشأة الخصخصة :

موضوع هذا البحث هو موضوع الساعة ، دولياً ومحلياً ، شرقاً وغرباً ، وفي الدول المتقدمة والنامية ، على حد سواء .

وإذا تأملنا في أصل نشأة الخصخصة «تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص» نجد أنها بدأت في بريطانيا منذ وقت طويل ، وكانت تسمى إلغاء التأميم ، وكانت بمثابة الأخذ والرد بين الحزبين الاشتراكي والمحافظةين ، على وجه في صناعة الصلب البريطانية ^(١).

ومنذ بداية الثمانينيات على وجه التحديد ، تردد كثيراً - في المحافل العلمية وفي الممارسات العملية - مفهوم التحول نحو القطاع الخاص. ويعكس هذا الذبوع والانتشار الذي صادفه ترويج المفهوم ، أهمية التوجهات والقضايا التي ترتبط به ، وأهمية الجدال والنقاش الذي أثارته مثل هذه القضايا .. وهناك عدد من المظاهر العملية والأكاديمية التي تؤكد الأهمية المتصاعدة لمفهوم التحول نحو القطاع الخاص .

فعلى مستوى العالم ، تبلورت نماذج متعددة ومختلفة من دول نامية ومتقدمة ، رأسمالية واشتراكية ، أحدثت تحولاً في سياستها الاقتصادية نحو هذا المفهوم . ومن أبرز هذه النماذج بريطانيا وفرنسا وإيطاليا وتركيا ، وعدد من دول أمريكا اللاتينية (منها: الأرجنتين ، والبرازيل ، وشيلي ، وكولومبيا) ، وبعض دول آسيا (منها: الهند ، وإندونيسيا ، والفلبين ، وباكستان) ، وأخيراً بعض دول القارة الأفريقية (منها: كينيا ، ونيجيريا ، وزامبيا) .

(١) هانكي ، ستيف ، تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص (١٧٣) ترجمة: محمد مصطفى غنيم ، ومراجعة وتقديم : شريف لطفي . ماهر ، أحمد ، دليل المدير في الخصخصة (٤٠) .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

وتكشف مراجعة نماذج التحول في السياسات الاقتصادية لهذه الدول عن تقليص ملكية الدولة ، والميل إلى التخلص من بعض وحداتها الإنتاجية أو كلها ، من خلال التصفية أو البيع أو شراء الأسهم .. إلخ ، لصالح القطاع الخاص . إن تبلور هذه النماذج على الساحة العالمية ، منذ الثمانينيات على وجه الخصوص ، قد طرح ظاهرة جديدة تستدعي التحليل والتقييم -على وجه الخصوص من الناحية الشرعية- وإذا كانت الستينيات والسبعينيات قد طرحت مفهوماً ذاع وتردد كثيراً وهو التأميم ، فإن الثمانينيات قد طرحت مفهوماً مقابلاً وهو الخصخصة .

وقد ارتبطت بهذه الظاهرة التي قدمت نماذج التحول في السياسات الاقتصادية ظاهرة علمية ضخمة ، تسعى إلى رصد هذا التغير وتحليله ، وأحياناً تسعى إلى ضبط مساره ودعم توجهاته . إذ شهدت الثمانينيات إنتاجاً علمياً ضخماً من الكتب والدراسات والمقالات ؛ والتي جعلت من التحول نحو القطاع الخاص ، موضوعاً رئيساً لها .

كما أصبحت هذه القضية شاغلاً رئيساً لعدد من المؤتمرات والندوات العالمية والإقليمية والمحلية . وأصبح من المؤلفين في الجامعات الغربية تأسيس برامج بحثية ، محورها هذا التحول نحو القطاع الخاص .

والأكثر من ذلك إنشاء مراكز خبرة وبحث متخصصة في عملية التحول نحو القطاع الخاص ، يدخل في مجال نشاطها إجراء دراسات عن بعض نماذج التحول ، وتقديم خدمات استشارية لحكومات العالم بخصوص أدوات عملية الخصخصة وأساليبها^(١).

وقصارى القول إن الدراسات قد توالى منذ عقود تقريباً حول جوانب متعددة من الخصخصة -على وجه الخصوص الاقتصادية منها والعلمية-

(١) قنديل ، أماني وآخرون ، القطاع الخاص والسياسات العامة في مصر (٧-١١) يصدر عن مركز البحوث والدراسات السياسية في جامعة القاهرة ، الجراف ، مهدي إسماعيل ، تجارب دولية في الخصخصة (١٢٩) ضمن مجلة العلوم الاجتماعية ، المجلد (٢٤) العدد الثاني ، صيف ١٩٩٦ م .

ولم يتنبه المسلمون لهذه القضية ؛ لأن الضعف العلمي والثقافي لبعض الدول الإسلامية لا يتيح الفرصة للحديث وبيان الحكم الشرعي لتلك القضية من جانب .. ومن جانب آخر ؛ فقد ناقش بعض الباحثين من المسلمين الخصخصة كلفظ ، واصطلاح اقتصادي مجرداً عن بيان الحكم الفقهي الشرعي لها ولجوانبها التطبيقية والعملية ، بمعنى أن الكتابات التي ألفت في موضوع الخصخصة عالجت بوصفه موضوعاً اقتصادياً صرفاً، دون محاولة عرضه على الواقع الفقهي .

مع أنني لم أقف من خلال بحثي في هذا الموضوع على رسالة جامعية إلا ما قدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير لمحمد صبري أوانج تحت مسمى «تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص في ضوء الشريعة الإسلامية» . ولم أركتاباً متخصصاً يتناول هذا الموضوع بمفهومه الفقهي ، وكل ما وجدته في هذا الموضوع هو مقالات متناثرة ومفرقة .. حسب علمي (١).

المطلب الثاني : مفهوم الخصخصة ، والالفاظ ذات الصلة :

للخصخصة أصول لغوية في اللغة العربية، ومعاني علمية نهتم بها في هذا البحث ، وقد يكون من المفيد البدء بالتعرف على الأصول اللغوية لكلمة الخصخصة قبل الدخول في العمق العلمي لها .

أولاً : الاصل اللغوي لكلمة (الخصخصة) :

تشتق كلمة (الخصخصة) من الفعل الثلاثي «خصص» ، يقال: خصَّ الشيء يخصه خصّاً وخصوصاً وخصُوصية وخصُوصية، والفتح أقصح، وخصِصي وخصَّصه واختصه : أفرده به دون غيره .

(١) مثال ذلك ما كتبه الدكتور محمد عبد الله الشباني في مجلة البيان (العدد ٨٩ - السنة العشرة - محرم ١٤١٦ هـ - يونيو ١٩٩٥ م) بعنوان: الخصخصة من المنظر الإسلامي .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

ويقال : اختص فلان بالأمر وتخصص له إذا انفرد .. والاسم الخصوصية والخصوصية والخصية والخاصة والخصيصي .. ويقال: خاصٌ بينَ الخصوصية ، وفعلت ذلك بك خصية وخاصة وخصوصية وخصوصية^(١).

والخاصة ضد العامة . وكلمة خص تعني الانفراد بالشيء ، وخاص تعني فردياً أو ذا ملكية فردية ، ولتأكيد معنى الفعل الثلاثي «خصص» يكرر الحرفين الأولين «خ ص» من المصدر الثلاثي للفعل وتصبح الكلمة هي «خصخص» وتعني تعظيم وتأكيد لكلمة خصص .

ثانياً : ماهية الخصخصة (المعنى العلمي لكلمة الخصخصة) :

يعد مفهوم الخصخصة من المفاهيم الحديثة من حيث المفهوم الفقهي، ومن الجدير بالذكر أن العلماء القدامى لم يهتموا ببيان رسم للخصخصة ومسائله كما اهتم بها علماء الاقتصاد المعاصرون ، وعلى وجه الخصوص أن مسائل الخصخصة لم تجمع في كتاب شرعي بعينه ، وكل ما كتب عنها عند المعاصرين هو شذرات ومقتطفات ذكروها في ثنايا مقالاتهم^(٢).

ولسنا بحاجة إلى الإشارة إلى العلة التي تقف وراء تلك الخلافات الشكلية أو اللفظية التي سنجدها بين التعاريف التي سنستعرضها -بمشيئة الله تعالى- ؛ لأن زاوية الرؤية تختلف من باحث إلى آخر، بالرغم من وحدة القاعدة التي ينطلق منها الباحثون والمفكرون . وقد عرفت الخصخصة بتعريفات عدة ؛ يمكن إجمالها في اتجاهين هما:

(١) ابن منظور ، لسان العرب (٢٤/٧) . الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، (٧٩٦) . ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة (١٥٢/٢) . الكلوي ، الكليات (٤٢٢) . الجرجاني ، التعريفات (١٢٩) .

(٢) ومن هذا ما ذكر في مجلة الاقتصاد الإسلامي (العدد ١٨٤- السنة ١٦- ربيع الأول ١٤١٧هـ- يوليو ١٩٩٦م) بعنوان: في ظل سياسة الخصخصة: كيف نحمي مجتمعتنا الإسلامية من سيطرة رأس المال الأجنبي ؟!

أولاً : الخصخصة عند المضيقين (الاتجاه المضيق) :

حصر أصحاب هذا الاتجاه الخصخصة بأنها العملية التي يتم بموجبها حلول القطاع الخاص محل القطاع العام في المواقع التي يحتلها هذا الأخير في النشاط الاقتصادي المنتج للسلع والخدمات .. فالخصخصة تعني تحويل المشاريع العامة إلى القطاع الخاص ، وإفساح المجال أمامه كي يملك ويدير المشروعات العامة للدولة . والخصخصة عملية توسيع لدور القطاع الخاص المساهمة في عملية التنمية الاقتصادية .

فجاءت آراء أصحاب هذا الاتجاه على النحو التالي :

أ- عرف الدكتور كمال المنوفي الخصخصة بأنها: «بيع المشروعات التي تملكها الدولة للقطاع الخاص ، أي تصفية القطاع العام ونقل وحداته - ملكية وإدارة - إلى أيدي القطاع الخاص»^(١).

ب- وعرفتها مدلين الربضي بأنها: «تحويل ملكيات الوحدات الاقتصادية مؤسسات أو شركات أو أعمال ، ومشاريع إنتاجية لسلع وخدمات مملوكة للقطاع العام (الحكومة) إلى القطاع الخاص ، باستبعاد رأس المال العام (الحكومي)»^(٢).

ج- وأما الدكتور نجيب عيسى ؛ فقد عرف الخصخصة بأنها: «التي يتم بموجبها تحويل ملكية المؤسسات الاقتصادية (وحدات الإنتاج) المملوكة للدولة ، والمنتجة للسلع والخدمات المملوكة من قبل الدولة إلى ملكية خاصة. ويكون هذا التحويل للملكية إلى القطاع الخاص إما كلياً أو جزئياً»^(٣).

(١) المنوفي ، كمال ، التحول نحو القطاع الخاص «دراسة نظرية» ضمن (القطاع الخاص والسياسات العامة في مصر) والذي يصدر عن مركز البحوث والدراسات السياسية بجامعة القاهرة ١٩٨٩م ، ص ٤٠ .

(٢) الربضي ، مدلين إلياس ، التوجه نحو الخصخصة في الاقتصاد السعودي (١٧) .

(٣) عيسى ، نجيب ، الخصخصة في دولة الإسكوا ذات الاقتصاد المتنوع (١١) ضمن مجلة المنطلق ، العدد (١١٦) خريف ١٩٩٦م - ١٤١٧هـ ، بيروت - لبنان .

د- ومن المعاني والمفاهيم العلمية التي تحاول أن تحدد معنى الخصخصة ، والتي ذكرها الدكتور أحمد ماهر ما يلي: «الخصخصة: تعني الوسيلة من الوحدات الخاسرة في القطاع العام ، والتي تعني أيضاً أنه بتحول هذه الوحدات إلى القطاع الخاص ستحقق إنتاجية وريحية أعلى»^(١).
فمن مجموع المفاهيم السابقة للخصخصة نلاحظ ما يلي :

أولاً : قصر بعض أصحاب هذا الاتجاه : الخصخصة على عملية التخلص من الوحدات الخاسرة في القطاع العام .. دون غيرها من مكونات الخصخصة ، كما أن البعض حصره بنقل ملكية المؤسسات الاقتصادية العامة إلى القطاع الخاص ، علماً أن قصره على ذلك يمثل جانباً واحداً منه، وحصراً له في إطار ضيق محدود .

ثانياً : أكثر هذه التعاريف أظهرت المعنى الرئيس إذا جاز التعبير للخصخصة ، أي أنه المعنى المقصود في معظم الأحيان .
ثانياً : الخصخصة عند الموسعين (الاتجاه الموسع) :

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى تعميم معنى الخصخصة ، وأرادوا به معنى أعم من المعاني السابقة .. وإليك أهم هذه التعاريف :
أ- يلخص الناعوري وآخرون الخصخصة بأنها: «مجموعة السياسات المتكاملة التي تستهدف الاعتماد الأكبر على آليات السوق ومبادئ القطاع الخاص ، والمنافسة من أجل تحقيق أهداف التنمية والعدالة الاجتماعية»^(٢).

(١) ماهر ، أحمد ، دليل المدير في الخصخصة (٢٥) . ولمزيد من التعريفات انظر: التركستاني ، حبيب الله محمد ، الخصخصة وثقافة العاملين (٣٧٧) ضمن مجلة أبحاث اليرموك ، المجلد (١٧) - العدد (٢) حزيران ٢٠٠١م . الأبرش ، محمد رياض وآخرون ، الخصخصة : أفاقها وأبعادها (٣١) . أندرو وورد ، الإطار القانوني للخصخصة في دولة الإمارات العربية المتحدة (٥٩) ضمن خصخصة قطاع الطاقة في دول الخليج العربية ، والتي تصدر عن مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ط(١) ، ٢٠٠٠م .

(٢) الناعوري وآخرون ، خصخصة المؤسسة العامة القطرية للاتصالات السلكية واللاسلكية والآثار المترتبة عليها (٧١٨) ضمن مجلة الإدارة العامة ، المجلد (٣٧) العدد (٤) شوال ١٤١٨هـ .

وفي تبسيط غير محل ، فإن الخصخصة في نظر الناعوري هي تحويل ملكية القطاع العام أو إدارته إلى القطاع الخاص كلياً أو جزئياً .

ب- وقد توصلت الدكتورة أماني قنديل إلى تعريف أكثر شمولاً فقالت: إن الخصخصة تعني : «إعادة توجيه الاقتصاد الوطني بكيفية تسمح لقوى السوق أن تؤدي دورها وتطرح تأثيرها» أي أنه قبول بقوانين السوق وآلياته^(١). ثم عرضت لنا العديد من التعريفات التي تتسم بالسعة والشمول للتحويل نحو القطاع الخاص .. ومن تلك التعريفات: «كسر احتكار الدولة وإدارتها للخدمات وفتح باب المنافسة مع القطاع الخاص». وفي المفهوم الواسع تعني: «تقديم سوق أكبر يتسم بدرجة أعلى من الرشادة والمنافسة في مجال الأنشطة الاقتصادية»^(٢).

فمن مجموع التعاريف السابقة للخصخصة نلاحظ ما يلي :

أولاً : أبرزت هذه التعاريف الخصخصة بمعناها الأوسع ، والتي لا تعني بالضرورة نقل ملكية المؤسسات الاقتصادية العامة إلى القطاع الخاص ، وإنما تجريد هذه المؤسسات من جميع المزايا وأشكال الحماية التي تتمتع بها وإخضاعها بالكامل لأنظمة السوق التنافسية .

ثانياً : تميل بعض هذه التعاريف إلى عدم الاعتماد على المعنى الضيق: أي عملية التصفية وبيع مؤسسات القطاع العام أو الدولة إلى القطاع الخاص ، ومن الواضح أن بعض تعريفات الخصخصة السابقة : قد أبرزت عنصراً دون آخر في التعريف ، وذلك من خلال التركيز على الهدف (فتح باب المنافسة ، تنشيط القطاع الخاص ، حرية آليات السوق ..) .

رأي الباحث : وبعد هذا العرض الدقيق لأهم الاتجاهات في تعريف

(١) قنديل ، أماني ، التحويل نحو القطاع الخاص (١٢) ورقة بحث ضمن القطاع الخاص والسياسات العامة في مصر سنة ١٩٨٩ م .

(٢) قنديل ، أماني ، التحويل نحو القطاع الخاص (١٣) وما بعدها . الأبرش وآخرون ، الخصخصة (٣١) .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

الخصخصة وتعددتها وتفاوتتها من حيث الإتساع والضييق ؛ نجد أن تلك التعاريف قد ركزت على أمرين أساسيين هما :

أ- التركيز على الهدف (حرية آليات السوق ، فتح باب المنافسة، تنشيط القطاع الخاص) .

ب- التركيز على الوسيلة (بيع المشروعات ، التصفية والتخلص من الوحدات الخاسرة في القطاع العام ..) .

ومن الواضح أيضاً أن نقل الملكية من العام إلى الخاص - احتل في بعض التعريفات - مكانة أساسية .

وبإمعان النظر في مفهوم الخصخصة لدى الدول الإسلامية نجد أن المقصود بها : نقل ملكية أو إدارة المؤسسة العامة للأنشطة الاقتصادية من الملكية العامة إلى القطاع الخاص ، وطرح هذه الأنشطة -وبكل أسف- حتى للاستثمارات الأجنبية ؛ ويعود ذلك إلى أن غالبية أفراد شعوب الدول الإسلامية لا يتوافر لديهم رأس المال المدخر الذي يستطيعون به تملك هذه الأنشطة ، ولهذا قامت الدول الإسلامية بتقرير سياسات استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية ؛ لشراء هذه الأنشطة الاقتصادية وإدارتها وبيعها إلى مواطني تلك الدول .

إن هذا التوجه سيكون له آثار سياسية متمثلة في تدخل الدول الصناعية في السياسات الإدارية والإنتاجية لهذه الأنشطة ؛ من خلال حماية رؤوس أمواله المستثمرة في هذه المشروعات المباعة إلى القطاع الخاص الأجنبي^(١). لذا يمكننا أن نقول إن المراد بعملية الخصخصة -بحسب أشكالها وأساليبها- هي: «عملية تحول في ملكية أو إدارة مؤسسات القطاع العام إلى القطاع الخاص ، سواء اتخذ ذلك شكل البيع المباشر أو التأجير الطويل الأجل ، أو من خلال التعاقد على إدارتها» .

(١) الشباني ، محمد ، الخصخصة من المنظور الإسلامي ، مقال ضمن مجلة البيان للعدد (٨٩) محرم ١٤١٦ هـ ، ص (٣٧) .

إذن الخصخصة كمفهوم اقتصادي ، هي عملية توسيع لدور القطاع الخاص للمساهمة في عملية التنمية الاقتصادية .

الألفاظ ذات الصلة بمفهوم الخصخصة :

من الألفاظ ذات الصلة بهذا المفهوم ما يلي :

أ- الملكية العامة : وهي التي يكون المالك لها مجموع الأمة دون النظر للأفراد ، بحيث يكون الانتفاع بالأموال التي تتعلق بهم لهم جميعاً بدون أن يختص بها أحد منهم ^(١) .

ب- الملكية الخاصة : وهي الملكية التي انحصر فيها الحق تصرفاً وانتفاعاً بفرد معين ، فيعطى سلطة على الشيء تخوله حق التصرف فيه والانتفاع به على سبيل الاختصاص والاستثثار في حدود شرع الله ، وهذا النوع هو نهاية مطاف معظم الخيرات والنعم ، وهو الغاية المقصودة ، حيث إن كل ما في الكون خلق للإنسان ومن أجله ، لكي يستمتع به ويتصرف فيه ، وبه يكون التنافس في التعمير والجد والاجتهاد للوصول إلى أعلى مستويات النفع وسد الحاجات وتحقيق المآرب ^(٢) . - ويقسم الفقهاء المال بالنظر إلى مالكة إلى قسمين : مال خاص ، ومال عام .

ج- التأميم : وهذا المصطلح يعني: «تحويل مشروع خاص على قدر من الأهمية إلى مشروع عام يُدار بطريقة المؤسسة العامة ، أو في شكل شركة تملك الدولة كلّ أسهمها . فهو يقوم على نزع ملكية المشروعات

(١) المصلح ، عبد الله ، الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية (٥٧) . يونس ، عبد الله مختار ، الملكية في الشريعة الإسلامية (١٨٤) . الخفيف ، علي ، الملكية في الشريعة الإسلامية (٥٩) . البعلبي ، عبد الحميد محمود ، الملكية وضوابطها في الإسلام (٩٠) . أبو يحيى ، محمد حسن ، اقتصادنا في ضوء القرآن والسنة (٢٣٠) . الشاذلي ، الاقتصاد الإسلامي (١٣٩) . صالح ، سعاد ، مبادئ النظام الاقتصادي الإسلامي (١٢٩) . التبهان ، محمد فاروق ، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي (٢٢١) . النجار ، مصلح ، تاصيل الاقتصاد الإسلامي (٢٨٣) .

(٢) النجار ، مصلح ، تاصيل الاقتصاد الإسلامي (٢٦٦) . المخلّي ، محمد ، أحكام الملكية في الفقه الاقتصادي الإسلامي (٤٤) . يونس ، عبد الله مختار ، الملكية في الشريعة الإسلامية (١٥٥) .

الخاصة ذات النفع الحيوي للامة ، وتحويلها إلى ملكية عامة،^(١) . والتأميم غير المصادرة ، لان المصادرة في الغالب هي عقوبة ، وليس التأميم عقوبة، وإنما هو لتحقيق النفع العام ، والنفع العام لا يصح ولا يشرع إذا أضر بالمصلحة الخاصة^(٢) . ويطلق مصطلح التأميم مقابل الخصخصة .

د- القطاع العام : والمراد به: «ذلك القطاع من الاقتصاد القومي الذي تملكه الدولة ، وتتولى إدارته ، وتسيير عمليات الإنتاج والتوزيع فيه»^(٣) .
هـ- القطاع الخاص : والمراد به: «ذلك القطاع من الاقتصاد القومي الذي تعود ملكيته إلى الأفراد أو الشركات التي يمتلكها الأفراد»^(٤) .

المطلب الثالث : أهداف الخصخصة :

على الرغم من تفاوت دوافع الخصخصة وأهدافها وأساليبها بين الدول؛ نظراً لاختلاف أوضاعها وظروفها الشرعية والسياسية والقانونية والاقتصادية والاجتماعية، إلا أنه يمكن إدراج أهداف تشريعات الخصخصة تحت الأهداف الرئيسة التالية^(٥):

- ١- الحد من استنزاف الموارد المالية وتحقيق مستوى أفضل لاستخدامها وتخفيف الأعباء المالية والإدارية عن عاتق الدولة .
- ٢- تحسين مستوى المنافسة والكفاءة الإنتاجية ، ورفع فعالية التشغيل

(١) الطماوي، سليمان محمد ، مبادئ القانون الإداري (٥٠٩).

(٢) الزحيلي، وهبة، المصادرة والتأميم (٤٣) . نزيه، حماد ، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء (١٠٦) .

(٣) قسطو، جليل، معجم المصطلحات التجارية الفني (٢٥١) .

(٤) معجم المصطلحات التجارية الفني (٢٥٠) . عيسى، نجيب، الخصخصة في دولة الإسكوا ذات الاقتصاد المتنوع (١٧) ضمن مجلة المنطلق، العدد (١١٦) خريف ١٩٩٦م - ١٤١٧هـ .

(٥) الربضي، مدلين ، التوجه نحو الخصخصة في الاقتصاد السعودي (٥٩) . ماهر، أحمد، دليل المدير في الخصخصة (٥٠) . نجار، أحمد منير، المشاريع الصغيرة والخصخصة في إطار العولمة: حالة دولة الكويت (٦٤) ضمن مؤتمر اقتصاديات دول مجلس التعاون الخليجي: فرض القرن الحادي والعشرين، جامعة الملك فيصل بالأحساء ، ذو القعدة ١٤٢١هـ .

والإدارة بما ينعكس إيجاباً على استيعاب المزيد من العمالة وتحفيزهم على العمل والإنتاج ، وتملك أسهم بعض وحدات القطاع العام المحولة إلى القطاع الخاص .

٣- توفير الأموال اللازمة لقضاء الديون الحكومية (الداخلية والخارجية)^(١).

٤- تحقيق انطلاق في الاستثمار والإنتاج والتملك .

٥- إصلاح الهيكل الإداري والمالي والتسويقي لوحدات القطاع العام وإيجاد مناخ شريف وعادل للمنافسة .

٦- تخليص النشاط الاقتصادي من التواكل والخمول والهروب من المسؤولية والفساد .. وتأسيسه على القيم والأخلاق والعمل والمحاسبة والثواب والعقاب^(٢).

٧- زيادة الكفاءة الاقتصادية ، والمساهمة في تحقيق أهداف البرنامج الوطني للتنمية الاقتصادية .

٨- حماية حقوق المستثمرين والعمالة والمستهلكين ، وحقوق المجتمع^(٣).

(١) أوانج، محمد صبري، الخصخصة (٢٧-٢٨) .

(٢) شحاتة ، حسين ، في ظل سياسة الخصخصة : كيف نحمي مجتمعاتنا الإسلامية من سيطرة رأس المال الأجنبي ؟! ضمن مجلة الاقتصاد الإسلامي ، تحقيق: ضياء الدين محمد ، العدد (١٨٤) ، السنة (١٦) ربيع الأول ١٤١٧ هـ - أغسطس ١٩٩٦ م .

(٣) الجراف ، مهدي إسماعيل ، الجوانب القانونية للخصخصة (٢٩٤) ضمن مجلة المقوق . تصدر عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت ، السنة: (١٩) - العدد (٤) - ديسمبر ١٩٩٥ م .. وانظر المقالات التالية: - مسعود ، مجيد هادي ، تقرير عن ندوة: التوجهات المستقبلية للخصخصة في دول مجلس التعاون الخليجي (١٥٩) ضمن مجلة المستقبل العربي ، تصدر عن مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت - لبنان ، السنة الثامنة عشرة ، العدد (٢٠٢) كانون الأول (ديسمبر) ١٩٩٥ م . - الجراف ، مهدي إسماعيل ، تجارب دولية في الخصخصة : دروس من تجارب ماليزيا والمكسيك (١٣٣، ١٤١، ١٥٢) ، ضمن مجلة العلوم الاجتماعية ، تصدر عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت ، المجلد (٢٤) العدد (٢) صيف ١٩٩٦ م . - أندرو وورد ، الإطار القانوني للخصخصة في دولة الإمارات العربية المتحدة (٥٩) ضمن خصخصة قطاع الطاقة في دول الخليج العربية ، يصدر عن مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية ، ط (١) ، ٢٠٠٠ م .

المطلب الرابع : أساليب الخصخصة :

ذكرنا آنفاً الاختلاف في وجهات النظر في الأهداف المرجوة والنظم القانونية لعملية تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص في كل دولة، وبالتالي اختلفت الأساليب لتناسب الأهداف المرجوة ، ونوع المشاريع الحكومية المراد تحويلها إلى القطاع الخاص في كل دولة .

وليس ثمة شكل أو أسلوب واحد للتحويل للخصخصة . وإذا كانت سياسة هذا التحويل يمكن أن تتناول كل قطاعات الاقتصاد الوطني أو معظمها أو واحداً منها ؛ إلا أن نطاقها وكيفية تنفيذها يمكن أن يختلفا من مجتمع إلى آخر، حسبما تمليه أنظمتها القانونية والاقتصادية .

كذلك فإن آليات التحويل قد تختلف من مشروع إلى آخر ، فما يصلح لمشروع زراعي قد لا يصلح لشركة اتصالات .

والهم أن سياسة التحويل لا بد أن تراعي الأولويات الشرعية والسياسية والاقتصادية لكل دولة ، فضلاً عن حالة المشروعات المراد تحويلها إلى قطاع خاص وظروفها . وتأخذ عملية الخصخصة أساليب مختلفة حسب الظروف الخاصة التي تمر بها الدولة المعنية ، وحسب المرحلة التي قطعتها في عملية إعادة الهيكلة ، ومستوى المقاومة التي تبديها القوى المناهضة للخصخصة ، من هذه الأساليب والأشكال^(١) :

أ- أسلوب بيع وحدات القطاع العام كلياً أو جزئياً للقطاع الخاص: يعد هذا الأسلوب الأكثر انتشاراً ، وإثارة للنقاش والجدل ، ويمكن أن يتم البيع إما عن طريق نقل الملكية كاملة للقطاع الخاص ، وإما أن يتم نقلها جزئياً، وذلك بالتفصيل التالي :

أولاً : البيع الكامل . ويتم البيع كاملاً من خلال الأساليب الآتية :

(١) لطفي ، شريف (مراجعة وتقديم) ، تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص (٥-٦) . إعداد وتحضير: ستيف . هـ. هانكي ، ترجمة : محمد مصطفى غنيم . مسعود ، مجيد ، تقرير عن التوجهات المستقبلية للخصخصة في دول مجلس التعاون الخليجي ، ضمن مجلة المستقبل العربي .

- البيع لفرد أو مجموعة من الأفراد (المستثمر الرئيسي) مباشرة .
 - توزيع رأس مال المؤسسة إلى أسهم تطرح للاكتتاب العام .
 - المقايضة بالديون الخارجية .
 - أسلوب طرح المؤسسة العامة بكاملها للبيع بالمزاد أو الممارسة .
- ثانياً : البيع الجزئي .

وفي هذا الأسلوب تنقل ملكية جزء من رأسمال المؤسسة العامة، ويوزع على شكل أسهم أو حصص تباع للقطاع الخاص ، ويأخذ البيع الجزئي طابع المرحلة الانتقالية للخصخصة من خلال احتفاظ الدولة بجزء من الأسهم أو بأسهم خاصة (الأسهم الذهبية) للمحافظة على إمكانية التدخل في مجلس الإدارة ، وتوجيه الاستثمارات ، أو الرقابة على عمل المنشأة بعد تخصيصها ، وعادة ما تلجأ الدولة إلى هذا الأسلوب في القطاعات الهامة والأساسية^(١).

ب- تأجير وحدات القطاع العام إلى القطاع الخاص ، أو التعاقد مع هذا الأخير على إدارتها ، ويعد أسلوب التعاقد أقل جدلاً من أسلوب بيع الوحدات الاقتصادية العامة ، حيث تبقى ملكية المؤسسات العامة بيد الدولة في حين تتنافس وحدات القطاع الخاص للحصول على عقود تخولها تقديم بعض الأعمال ، والخدمات لحساب الدولة ، ويتم التنافس بين مؤسسات القطاع الخاص من خلال مناقصات تامة تفضي إلى التعاقد بين الطرفين بشروط معينة .

من الخدمات التي يمكن أن يقوم بها القطاع الخاص: أعمال النظافة، وإنارة الطرق ، وتشغيل بعض المرافق الحكومية ؛ كالمستشفيات والمطارات والموانئ ، يتم ذلك من خلال عقود الإدارة ، يقوم بموجبها القطاع الخاص

(١) الربضي ، مدلين ، التوجه نحو الخصخصة في الاقتصاد السعودي (٤٠) . الأبرش ، محمد رياض وآخرون ، الخصخصة (١٦٩) . مامر ، أحمد ، دليل المدير في الخصخصة (١١٤) .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

بإدارة المنشأة مقابل تقاسم الربح مع الدولة ، أو من خلال عقود تاجير وحدات القطاع العام ، مقابل مبلغ ثابت تحصل عليه الدولة دورياً^(١).

ج- أسلوب المشروعات المشتركة التي يساهم في إنشائها وملكيته وإدارتها كل من القطاع الخاص والقطاع العام ؛ أي اشتراك القطاع الخاص مع القطاع العام في إنتاج الخدمة التي كان يقوم بها القطاع العام ، أو تقديم تلك الخدمة أو الإنتاج^(٢).

د- تجزئة المشروع أو إعادة هيكلته بتقسيم المشروع الحكومي إلى عدة مشروعات منفصلة ، أو إعادة تنظيمة ليصبح شركة قابضة ، ولها عدة فروع ، ويتم هذا الإجراء بالتقسيم أو بتشكيل شركة قابضة أو أحياناً عن طريق بيع المصالح الإنتاجية في المشروع ، إما فرادى وإما مجموعات بدلاً من بيعها بالكامل معاً^(٣).

هـ- أسلوب السماح للقطاع الخاص بمزاولة نشاطات يحتكرها القطاع العام ؛ وهذا الأسلوب يأتي بمعنى إنهاء احتكار الدولة لبعض القطاعات مثل: البنوك وغيرها ، عبر السماح للقطاع الخاص بولوجها والعمل فيها جنباً إلى جنب مع القطاع العام^(٤).

وهكذا فإن عملية الخصخصة تتطلب إجراءات متعددة بغض النظر عن الأسلوب الذي تتم بواسطته ، سواء كانت تتم من خلال نقل الملكية ، أو من خلال نقل الإدارة أو التاجير أو غيره ، حيث إن هذه الأساليب تتخذ في ضوء مؤثرات عدة تسخل فيها ، ومن ذلك :

أ- أهداف الحكومة من عملية تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص .

(١) الربضي ، مادلين ، التوجه نحو الخصخصة في الاقتصاد السعودي (٤١) .

(٢) أوانج ، محمد صبري ، تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص (٢٩) .

(٣) أوانج ، محمد صبري ، تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص (٣٠) .

(٤) المنوفي ، كمال ، التحول نحو القطاع الخاص (٣٩) ضمن: القطاع الخاص والسياسات العامة في مصر، يصدر عن مركز البحوث والدراسات السياسية بجامعة القاهرة ١٩٨٩م ، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية .

- ب- الظروف المالية والإنتاجية للشركة أو المؤسسة العامة وسبل أدائها .
- ج- مدى إمكانية استيعاب السوق المحلية لعمليات بيع المؤسسات العامة .
- د- القدرة على تعبئة موارد القطاع الخاص لشراء المؤسسات العامة المطروحة لعلمية الخصخصة^(١).

المطلب الخامس : دوافع الخصخصة ودواعيها :

بنظرات فاحصة في واقع الخصخصة بالدول الإسلامية ؛ نجد أن المبررات والدوافع النظرية لم تكن كافية وحدها لدفع الحكومات الإسلامية في حركة شبه عالمية لتحويل بعض المشروعات العامة للقطاع الخاص فليس من الطبيعي أن تتجه تلك الحكومات -خاصة العربية والإسلامية- بمحض إرادتها لتقليص نفوذها الاقتصادي ، والتخلي عن بعض امتيازاتها التي اعتادت على التمتع بها منذ عدة عقود .

لقد كانت هناك في الواقع مجموعة من المبررات والدوافع التي أرغمت إلى حد كبير معظم حكومات العالم الإسلامي على تبني منهج تحويل المشروعات العامة للقطاع الخاص ، مع تفاوت في مدى هذا التبني بين الدول . ويمكننا تقسيم هذه الدوافع إلى قسمين رئيسين^(٢):

أ- **الدوافع الخارجية** : ترجع هذه الدوافع أساساً إلى السياسات الجديدة التي تبنتها المؤسسات المالية الدولية ، وعلى الأخص البنك الدولي وصندوق النقد الدولي منذ أوائل الثمانينيات ، بهدف تشجيع وتحفيز

(١) الربضي ، مدلين ، التوجه نحو الخصخصة في الاقتصاد السعودي (٤٤) . اوانج ، محمد صبري ، تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص (٣٠) . الجزاف ، مهدي إسماعيل ، الجوانب القانونية للخصخصة (٢٩٥) ضمن مجلة الحقوق ، العدد (٤) ، ديسمبر ١٩٩٥ م . عيسى ، نجيب ، الخصخصة في دولة الإسكوا ذات الاقتصاد المتنوع (٤٩) ضمن مجلة المنطلق ، العدد (١١٦) خريف ١٩٩٦ م .

(٢) موسى ، أحمد جمال الدين ، الخصخصة -ضغوط خارجية أم دوافع داخلية؟، ضمن مجلة العربي، العدد (٤١٧) ، السنة (٣٦) ، أغسطس ١٩٩٣ م بالكويت ، ص (١٧٥) . سلبا ، إلياس ، كيف تطبق الخصخصة والقطاع العام هزيل وغائب ؟ (٣٤) ضمن مجلة الموقف ، العدد (١٠١) شباط ١٩٩٤ م - رمضان ١٤١٤ هـ - بيروت ، لبنان .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

حكومات الدول الاعضاء على الشروع في سياسات واسعة لخصخصة المشروعات العامة .

فالصندوق الدولي والبنك الدولي ، يمارسان الضغوط ويفرضان شروطهما ضمن البرامج التصحيحية الهيكلية في المجال الاقتصادي (١) . وذلك نتيجة تراكم المديونيات الخارجية للدول الإسلامية ، والعجز في ميزانياتها ، نتيجة لتزايد نفقاتها بمعدلات تفوق كثيراً ، عوائدها وإيراداتها ، فضلاً عما يعبر عنه ذلك الوضع من عدم الاستخدام الملائم للموارد لتوفير مصادر عوائد وإيرادات إضافية كماً ونوعاً (٢) .

ب- الدوافع الدلخية : إذا أمعنا النظر في الضغوط الداخلية لعملية الخصخصة نجد أنها تتجلى فيما يلي :

أولاً: الدافع المالي .

تعاني كثير من الدول من الأعباء الملقاة على عاتق الميزانية العامة، وتحاول تخفيض الإنفاق العام عن طريق تخلص الدولة من الأنشطة العامة، وجعل القطاع الخاص يقوم بها . وتمثل جهود الخصخصة ليس فقط تخفيف للإنفاق العام ، بل تتعدى ذلك إلى زيادة التدفق النقدي الداخل إلى خزانة الدولة ، ويتم ذلك من خلال تحويل بعض شركات القطاع العام إلى القطاع الخاص .

ثانياً : الدافع الاقتصادي .

تشير الأدلة بشكل متزايد إلى أن الحكومات التي تتبنى عملية الخصخصة والتي تعتمد على قوى السوق وآلياته ؛ تزيد فيها الكفاءة، وترتفع فعالية الأداء والجودة ومعدلاتها ، وتقدم فيها السلع والخدمات بأسعار مقبولة .

(١) موسى ، أحمد جمال الدين ، الخصخصة (١٧٦) . الأبرش ولخرون ، الخصخصة (٤٦) .

(٢) أوانج ، محمد صبري ، الخصخصة (٧٦) . الجزال ، الجوانب القانونية للخصخصة (٢٩٢) . التركستاني ، الخصخصة وثقافة العالمين (٣٧٨) .

بينما الدول التي لا تعتني بعملية الخصخصة قد لا تحقق الكثير في الجانب الاقتصادي ، بل توضح مؤشرات النمو والبطالة والتضخم والعجز في الميزانية عن عجز القطاع العام في تحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة^(١).

ثالثاً : الدافع الاجتماعي .

يرى البعض أن الخصخصة ربما تكون الوسيلة المناسبة لتحقيق مزيد من الحرية الشخصية ، وإيجاد الحافز الشخصي على الإنتاج ، والقضاء على السلبية ، وتحقيق انضباط في السلوك داخل مجالات العمل .

كما تؤدي الخصخصة إلى القضاء على التلاعب الاجتماعي في صورة المحسوبية وعدم المحاسبة على الإهمال، والتغاضي عن محاسبة المخطئين والرشوة ، وغيرها من مشاكل المجتمع^(٢).

عندما تواجه الحكومات هذه الأزمات والضغوط الداخلية والخارجية؛ فإنهم يسعون للبحث عن صيغ جديدة لإدارة المؤسسات العامة ، تعمل على تخفيف الأعباء المالية والنقدية ، بل الإسهام في تنمية إيراداتها .

المبحث الثاني

الملكية المزدوجة (الخاصة والعامة) في الفقه الإسلامي

المطلب الأول : مقدمة تمهيدية في أنواع الحقوق :

الفقهاء درجوا في تقسيمهم للحقوق على معايير وأسس ، كل اتجه حسب تصوره للمنهج الفقهي شرعاً :

(١) ماهر ، أحمد ، دليل المدير في الخصخصة (٢٧) بتصرف .

(٢) ماهر ، أحمد ، دليل المدير في الخصخصة (٣٠) . موسى ، أحمد جمال الدين ، الخصخصة (١٧٨).

وبالإضافة إلى الدوافع السابقة توجد دواعي داخلية أخرى تدفع نحو الخصخصة ، ومن بين هذه الدوافع انتشار التقنيات الحديثة والظهور التكنولوجي ، وإعادة الرقابة على الاقتصاد الوطني ...

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

أ- فقد قسم ابن رجب الحنبلي الحقوق ^(١) إلى خمسة أنواع :

الأول: حق ملك ؛ كحق السيد في مال المكاتب، وما يمتنع إرثه لما منع كالتركة المستغرقة بالدين على رواية ، وكالمحرم إذا مات موارثه وفي ملكه صيد على أظهر الوجهين .

والثاني: حق تملك ؛ كحق الأب في مال ولده ، وحق العاقد للعقد إذا وجب له ، وحتى الشفيع في الشقص ..

والثالث: حق الانتفاع ؛ كوضع الجار خشبة على جدار جاره إذا لم يضر به وكإجراء الماء في أرض غيره إذا اضطر إلى ذلك ..

والرابع: حق الاختصاص ؛ وهو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به ، ولا يملك أحد مزاحمته فيه وهو غير قابل للشمول والمعاوضات ؛ مثل مرافق الأسواق المتسعة التي يجوز البيع والشراء فيها كالدكاكين المباحة ونحوها ، فالسابق إليها أحق بها ، وكالجلوس في المساجد ونحوها لعبادة أو مباح فيكون الجالس أحق بمجلسه إلى أن يقوم عنه .

والخامس: حق التعلق لاستيفاء الحق ؛ كتعلق حق المرتهن بالرهن، ومعناه أن جميع أجزاء الرهن محبوس بكل جزء من الدين حتى يستوفي جميعه ^(٢).

ب- ومن الفقهاء المعاصرين من قسم الحقوق إلى قسمين :

الأول: حق غير مالي . والثاني: حق مالي ؛ وهو ينقسم إلى قسمين :

أ- الحق المالي الشخصي ؛ وهو مطلب يقره الشرع لشخص على آخر.

ب- الحق المالي العيني؛ وهو أن تكون لشخص ما مصلحة اختصاصية

(١) يقول ابن منظور في تعريف الحق لغة: حق الأمر يَحِقُّ وَيَحَقُّ حقاً وحقوقاً ، صار حقاً وثبت ، ومعناه وجب يجب وجوباً .. لسان العرب (٤٩/١٠) مادة (حقق) . وعرفه استاذنا الدكتور محمد فتحي الدريني بأنه: «اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء ، أو اقتضاء أداء من آخر ، تحقيقاً لمصلحة معينة، انظر: الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده (٢٦٠) .

(٢) ابن رجب ، القواعد في الفقه الإسلامي (١٨٧-١٨١) .

ثم تخوله السلطة المباشرة على عين مالية معينة ، مثل حق الملكية وحق الارتفاق ، وهو قسمان :

١- حق عيني أصلي ؛ وهو حق الملكية والارتفاق .

٢- وحق عيني تبعي ؛ كحق الرهن ^(١).

وبإمعان النظر فيما سبق ذكره من أنواع الحقوق يتبين لنا أن حق الملكية يندرج ضمنها ، وبالتالي فإن الفقه الإسلامي يعترف بحق الملكية، وهو مصوغ على شكل نظريات فقهية متفرقة في أبواب الفقه المختلفة .

المطلب الثاني : تعريف الملكية لغة واصطلاحاً :

تعريف الملكية لغة :

الملكية مأخوذة من الفعل (ملك)، والملك هو احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به ، ملكه يملكه ملكاً ، وأملكه الشيء، وملكه إياه تملكاً، وملك الشيء ملكاً : حازه وانفرد بالتصرف فيه ، فهو مالك له ^(٢).

ويراد بها حق الفرد في احتواء شيء ما وتمكينه من الانتفاع به بكل الطرق الجائزة شرعاً بحيث لا يجوز للغير الانتفاع بهذا الشيء إلا بموافقة المالك الأصلي ، وفقاً لصورة من صور التعامل الجائز ^(٣).

وتختلف علاقة الفرد بالمال عن علاقته بالملك ، لأن الملكية ليست شيئاً مادياً كالأموال ، وإنما هي حق يحتاج إلى اعتبار شرعي ، ولهذا فإن الملكية تعبر عن معنى العلاقة بين الفرد والمال ، وتستدعي البحث عن أسباب التملك وطريقة استعمال هذه الملكية واستثمارها ، لكي تلائم الأسلوب الشرعي ^(٤).

(١) الزرقا ، المدخل الفقهي العام (١٥/٣) وما بعدها .

(٢) الفيروزآبادي ، القاموس المحيط (١٢٣٢) . لبن منظور لسان العرب (١٠/٤٩٢) . لبن فارس ، معجم

مقاييس اللغة (٣٥٢/٥) . الكفوي ، الكليات (٨٥٣) .

(٣) النبهان ، أبحاث في الاقتصاد الإسلامي (٤٢) .

(٤) الزرقا ، المدخل الفقهي العام (٢٥٨/١) .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

والأصل في المال أن يكون قابلاً للتملك ما لم يمنع من تملكه مانع،
كالأموال المخصصة للمنافع العامة والأموال الموقوفة والعامة .
والملك قد يكون تاماً كأن يقع على الذات وحدها أو على المنفعة وحدها.
ويكون الملك الناقص حالة استثنائية مؤقتة كحالات الوصية بالمنفعة ، فإذا
انتهت فترة الإيصال بالمنفعة عاد الملك إلى صاحب الرقبة تاماً ، وذلك لأن
ملكية الأشياء بدون منافعها تكون عديمة الفائدة ، لأن الملكية لا تقصد
لذاتها ؛ وإنما تقصد لمنافعها . ويجوز أن تنفصل ملكية المنافع عن ملكية
العين بشكل مؤقت كالوصية بالمنافع لفترة محددة ، لإتاحة الفرصة أمام
الموصي لأن يتبرع بالمنافع لبعض جهات الخير على أن تعود ملكية تلك
المنافع إلى ملك الرتبة الأصلي^(١).

تعريف الملكية في اصطلاح الفقهاء :

عرف الفقهاء الملك بعدة تعريفات وإن اتفقت في مدلولها إلا أنها اختلفت
في بيان حقيقة من يوصف به ، هل الملك صفة تلحق المالك ، أو أنها تلحق
الشيء المملوك ، أو تلحقهما معاً ؟

وبإمعان النظر في تعاريفهم للملك نجد أنها تتجلى في اتجاهات ثلاث هي:
الاتجاه الأول : (الاتجاه الشخصي) .

وهذا الاتجاه يرى أن الملك صفة تلحق المالك لا المملوك ، لكنه وصف
متعلق ، والمملوك متعلقه ، وبناء على ذلك عرفوه بما يلي :

أ- عرفه الكمال بن الهمام فقال: «الملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداءً
على التصرف إلا لمانع»^(٢). فمن قدر على التصرف نيابة عن غيره لا يعد
مالكاً ؛ لأنه لا يقدر على التصرف ابتداءً ومن ذات نفسه ، بل يقدر عليه
بقدره غيره ، ومن ملك التصرف ، ولكن أهليته للتصرفات ليست كاملة أو

(١) النبهان ، أبحاث في الاقتصاد الإسلامي (٤٧) . الزرقا ، المدخل الفقهي العام (٢٥٧/١) .

(٢) ابن الهمام ، شرح فتح القدير (٧٤/٥) . يونس ، عبد الله ، الملكية في الشريعة الإسلامية (١٠١) .

معدومة يعد مالكا ، وإن حرم من التصرفات لذلك المانع العارض ؛ لأن العبرة في وجود الملك بوجود القدرة الأصلية المسوغة للتصرف عند الخلو من الموانع الناشئة من فقد الأهلية أو نقصانها ^(١).

ب- وقال المقدسي في تعريفه: «الملك هو الاختصاص الحاجز» ^(٢). ومعنى ذلك التعريف أن الملك هو الاختصاص بالشيء المانع لغيره من الانتفاع به ، أو التصرف فيه إلا عن طريقه وسببه .

ج- وقال ابن الشاطأ أيضاً في تعريفه «الملك هو تمكن الإنسان شرعاً بنفسه أو بنيابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة ، ومن أخذ العوض ، أو تمكنه من الانتفاع خاصة» ^(٣).

الاتجاه الثاني : (الاتجاه المادي أو الموضوعي) .

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الملك صفة تلحق الشيء «الملوك»:

أ- فقد عرفه الإمام القرافي بأنه: «حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة ، يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك» ^(٤). ثم رجح أن الحكم الشرعي هو الإباحة ؛ وعلى هذا يكون الملك هو: «إباحة شرعية في عين أو منفعة تقتضي تمكن صاحبها من الانتفاع بتلك العين أو المنفعة أو أخذ العوض عنهما، من حيث هي كذلك» ^(٥).

ب- وقال السبكي في تعريفه: «الملك حكم شرعي يقدر في عين أو منفعة يقتضي تمكن من ينسب إليه ، من انتفاعه ، والعوض عنه من حيث هو كذلك» ^(٦).

(١) أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية (٧٠) .

(٢) هذا التعريف للمقدسي في الحاوي ، نقلاً عن أبي زهرة ، الملكية (٧٠) .

(٣) ابن الشاطأ ، حاشية أذكار الشروق على أنوار البروق (٢٠٩/٣) .

(٤) القرافي ، الفروق (٢٠٨/٣) الفرق المتتم للثمانين بعد المائة .

(٥) الشاذلي ، الاقتصاد الإسلامي (١٢١) . يونس ، عبد الله ، الملكية في الشريعة الإسلامية (١٠٢) .

(٦) انظر: السيوطي ، الأشباه والنظائر (٣١٦) .

وبناء على هذين التعريفين يكون الملك هو حكم شرعي في العين ، أو إباحة شرعية في العين ؛ تقتضي تمكن صاحبها من التصرف فيها ؛ وهذا المنهج من التعريف يجعل الملك صفة في العين ؛ وليس صفة في المالك ^(١).

الاتجاه الثالث : ويرى أصحابه أن الملك صفة تلحق المالك والمملوك ؛ فهو صفة مشتركة بينهما لا يمكن إدراك أحدهما إلا بالآخر ؛ وبناء على هذا عرفه الجرجاني بأنه : «اتصال شرعي بين الإنسان ، وبين شيء يكون مطلقاً لتصرفه فيه ، وحاجزاً عن تصرف غيره فيه» ^(٢).

وواضح من هذا التعريف أنه لاحظ أن الملك لا يمكن تصوره إلا بالشخص والشيء الذي اتصل به هذا الاتصال ؛ فالملك اتصال بينهما أو علاقة بينهما تقتضي التصرف المطلق فيه .

وقد وردت تعريفات للملك لدى بعض العلماء المعاصرين ، فقد عرفه الأستاذ الزرقا في كتابه «المدخل الفقهي العام» بأنه : «اختصاص حاجز شرعاً يسوغ صاحبه التصرف إلا لمانع» ^(٣). ويقول الشيخ أبو زهرة : «الملكية هي العلاقة التي أقرها الشارع بين الإنسان والمال ، وجعله مختصاً به ، بحيث يتمكن من الانتفاع به بكل الطرق السائغة له شرعاً ، وفي الحدود التي بينها الشرع الحكيم» ^(٤).

وقصارى القول أننا إذا أمعنا النظر في هذه التعريفات جميعها يتضح لنا أن الملك لا يقوم إلا بأمرين : شيء مادي (مال أو منفعة) ، وإنسان يرتبط به هذا الشيء ارتباطاً يمكنه من التصرف المشروع فيه .. فمن نظر إلى أن الهدف من كل التشريعات والتكليفات هو الإنسان ؛ أبرز هذا العنصر في التعريف وجعل الحكم يتعلق به ، ولعل بذور هذا الخلاف

(١) الشاذلي ، الاقتصاد الإسلامي (١٢٢) .

(٢) الجرجاني ، التعريفات (٢٩٥) .

(٣) الزرقا ، المدخل الفقهي العام (١/٢٢٠) .

(٤) أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية (٦٢) .

تنبثق عنها بعض الآراء الفقهية في بعض المسائل : ككون الزكاة حقاً في المال المملوك ، أو واجباً على المالك فإن كان الأول وجب إخراج الزكاة من مال الصبي والمجنون ، لأن العبرة بالمال لا بالمالك ، وإن كان الثاني لا يجب ذلك عليهما ، لأن التكليف منوط بالعقل ، وعقل الصبي قاصر ، والمجنون لا عقل له .

إلا أنه لما كان الهدف من التشريعات هو الإنسان ولما كانت مقتضيات الملك هي تصرف الإنسان في الشيء المملوك ، ولما كان دور الإنسان في هذا التصرف هو الدور البارز الأعلى ، ودور المال المملوك هو دور الخادم المؤدي ما يطلب منه أو المحقق أهداف سيده ، لذلك كان إبراز عنصر الإنسان في التعريف هو المتفق مع طبيعة هذه العلاقة .. ولذلك انتهى الدكتور حسن الشاذلي وأيد أن يكون تعريف الملك هو: «سلطة يثبتها الشرع لشخص على شيء على سبيل الاختصاص تمكنه من التصرف فيه ابتداء ، ما لم يوجد مانع شرعي يمنعه من التصرف فيه»^(١).

المطلب الثالث : أسباب الملكية .

أسباب التملك منها ما هو ممنوع ، ومنها ما هو مباح ، فأما الأسباب الممنوعة مثل: الربا والاحتكار ، والغرر ، والقمار والرشوة ، والسرقه والغصب ، والغش وثمر الخمر والخنزير ، وسائر المحرمات التي تلتصق في كتب الحلال والحرام وأما أسباب التملك المباحة : فقد جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم قوله: «أسباب التملك المعاوضات المالية والأمهار والخلع والميراث والهبات والوصايا والوقف والغنيمة والاستيلاء على المباح والإحياء وتملك اللقطة بشرطه ...»^(٢).

(١) الشاذلي ، الاقتصاد الإسلامي (١٢٣) . المصري ، أصول الاقتصاد الإسلامي (٣٥) .

(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر (٣٤٦) . ابن رجب ، القواعد في الفقه الإسلامي (١٨٧) .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

وجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٢٤٨): «أسباب التملك ثلاثة: الأول: الناقل للملك من مالك إلى مالك آخر كالبيع والهبة. والثاني: أن يخلف واحد الآخر كالإرث. والثالث: إحراز شيء مباح لا مالك له، وهذا إما حقيقي وهو وضع اليد حقيقة على شيء، وإما حكمي؛ وذلك بتهيئة سببه كوضع إناء لجمع ماء المطر، أو نصب شبكة لأجل الصيد»^(١).

ويقول ابن خلدون في فصل وجوه المعاش وأصنافه ومذاهبه: «اعلم أن المعاش هو ابتغاء الرزق والسعي في تحصيله.. ثم إن تحصيل الرزق وكسبه:

أ- إما أن يكون بأخذه من يد الغير وانتزاعه بالاقتدار عليه على قانون متعارف، ويسمى مغرماً وجباية.

ب- وإما أن يكون من الحيوان والوحشي باقتناصه وأخذه برمييه من البر أو البحر ويسمى اصطيداً.

ج- وإما أن يكون من الحيوان الداجن باستخراج فضوله المنصرفه (منتجاته) بين الناس في منافعهم كاللبن من الأنعام والحريز من دوده، والعسل من نحله، أو أن يكون من النبات في الزرع والشجر بالقيام عليه وإعداده لاستخراج ثمرته، ويسمى هذا كله فلحاً.

د- وإما أن يكون الكسب من الأعمال الإنسانية: إما في مواد معينة وتسمى الصنائع من كتابة ونجارة وخياطة وحياكة، أو في مواد غير معينة وهي جميع الامتهانات والتصرفات.

هـ- وإما أن يكون الكسب من البضائع وإعدادها للأعواض: إما بالتقلب بها في البلاد وإما باحتكارها وارتقاب حوالة الأسواق فيها، ويسمى هذا تجارة، فهذه وجوه المعاش وأصنافه»^(٢). ثم يرد ابن خلدون على رأي الحريري

(١) رستم باز، شرح المجلة العدلية (٦٧٩/١) المادة (١٢٤٨).

(٢) ابن خلدون، المقدمة (٨٩٨/٣) وما بعدها.

الذي يرى بأن وسائل المعاش هي الإمارة والتجارة والفلاحة والصناعة بقوله: فأما الإمارة فليست بمذهب طبيعي للمعاش ، فلا حاجة بنا إلى ذكرها ^(١). وأما الفلاحة والصناعة والتجارة فهي وجوه طبيعية للمعاش .

فأما الفلاحة فهي متقدمة عليها كلها بالذات - وتجدر الإشارة إلى التسلسل التاريخي الذي يضع فيه ابن خلدون وجوه المعاش الطبيعي - إذ هي بسيطة وطبيعية فطرية لا تحتاج إلى نظر ولا علم ؛ ولهذا تنسب في الخليفة إلى آدم أبي البشر ، وأنه معلمها والقائم عليه ، إشارة إلى أنها أقدم وجوه المعاش وأنسبها إلى الطبيعة ، وأما الصنائع فهي ثانيها ومتأخرة عنها - يقصد زمنياً - لأنها مركبة وعلمية تصرف فيها الأفكار والأنظار ؛ ولهذا لا توجد غالباً إلا في أهل الحضرة الذي هو متأخر عن البدو وثان عنه ؛ ومن هذا المعنى نسبت إلى إدريس الأب الثاني للخليفة، فإنه مستنبطها لمن بعده من البشر بالوحي من الله تعالى . وأما التجارة وإن كانت طبيعية في الكسب فالأكثر من طرقها ومذاهبها إنما هي تحيلات في الحصول على ما بين القيمتين في الشراء والبيع لتحصل فائدة الكسب من تلك الفضلة ، ولذلك أباح الشرع فيه المكايسة ^(٢)، لما أنه من باب المقامرة ، إلا أنه ليس أخذاً لمال الغير مجاناً ، فلهذا اختص بالمشروعية ^(٣).

وقصارى القول يمكننا أن نجعل أسباب كسب المال المشروعة في الإسلام ما يلي :

أ- المال المأخوذ من غير مالك لأنه غير مملوك في الأصل لأحد :

وهو الذي يطلق عليه الفقهاء إحراز المباحات أو ملك المباحات ، لأن

(١) ابن خلدون ، المقدمة (٣/٩٠٠) .

(٢) المكايسة في البيع في عرف الفقهاء هي المساومة التي تتمثل في المساومة ومحاولة كل من البائع والمشتري أن يصل إلى الثمن الذي يحقق فائده .. الدسوقي ، حاشيته على الشرح الكبير (٣/٢) .

(٣) ابن خلدون ، المقدمة (٣/٩٠١) .

المسلم بهذه الوسيلة يملك ما لم يسبق إليه مما لا يتعلق به حق للأدمين، كالمعدن في باطن الأرض ، إذا بحث عنه ووجده فهو أحق به، وإحياء الأرض البور بالزراعة ، والإستقاء من مياه الأمطار والأنهار والصيد من البحار ، فهذا كسب حلال يطيب لصاحبه بشرط ألا يكون مختصاً بذى حرمة من الأدمين ، فإذا انفك عن اختصاص أحد من البشر ملكه أخذه .

ب- المال المأخوذ قهراً باستحقاق عند امتناع من وجب عليه :

كالزكاة الواجبة والنفقة المستحقة ، إذا امتنع الغني أو من لزمته من إخراجها فتؤخذ منه دون رضاه ، بواسطة القاضي أو حاكم المسلمين، وتدخل في ملك المستحق بإذن الشرع ، شريطة الاقتصار على القدر المستحق دون زيادة عليه ، ما لم ير الحاكم الزيادة التي تكون عندئذ من قبيل التعزير بأخذ المال ، وهي مسألة محل نزاع بين العلماء .

ج- المال المأخوذ مقابل عوض :

أي المتحصل بطريق البيع والشراء ، فهو حلال إذا روعي شرط العوضين بأن لا يكونا أو أحدهما مما حرمه الشرع ، وشرط العاقلين بأن يكونا بالغين عاقلين ، وشرط الإيجاب والقبول بتوافقهما وصدورهما في مجلس العقد مع التقيد بما تعبد به الشرع من اجتناب الشروط الفاسدة .

د- المال المأخوذ بغير عوض :

كأموال الصدقات والهبات والوصايا ، إذا روعي فيها شرط المعقود عليه ، فلا تجوز هبة المحرمات كالخمر أو الوصية بها كذلك ، وشرط العاقلين ، وشرط العقد دون أن يؤدي ذلك إلى الإضرار بالغير ، كالوارث إذا أوصى له المورث بالزيادة على الثلث ، فإن الزائد على الثلث لا يدخل في ملك الموصى له ، حفاظاً على حق الورثة ، ومنعاً لإيقاع الضرر بهم .

هـ- المال المأخوذ بغير اختيار من صاحبه :

مثل مال الإرث الذي يدخل في ملك الوارث بغير اختيار المورث ، وهو حلال إذا كان المورث قد اكتسبه بأحد أوجه الكسب السابقة ، ولم يتعلق به حق الغير ، فإن المال الموروث لا يطيب لوارثه ، إلا بعد قضاء الدين وتنفيذ الوصايا وتعديل القسمة بين الورثة ، وإخراج الزكاة والكفارات ؛ التي وجبت في ذمة المورث قبل موته .

فهذه جملة الأسباب التي أباح الشرع التملك من خلالها إذا استوفيت شروطها ولم يتعلق بها حق لأدمي ^(١).

المطلب الرابع : أنواع الملكية في الفقه الإسلامي :

للاقتصاد الإسلامي موقفه المتميز من الملكية والذي يختلف عن موقف كل من الاقتصاديين الرأسمالي والاشتراكي .. فهو يقوم على أساس المزاوجة بين الملكية الخاصة والعامة .

فالاقتصاد الإسلامي لا يتفق مع الاقتصاد الرأسمالي في جعل الملكية الخاصة هي الأصل أو القاعدة ، والملكية العامة هي الاستثناء .

ولا يتفق كذلك مع الاقتصاد الاشتراكي في النظر إلى الملكية العامة على أنها الأساس أو القاعدة ، والملكية الخاصة هي الاستثناء .

ولكنه يأخذ بكلا النوعين من الملكية في وقت واحد كأصل وليس كاستثناء ؛ فالاقتصاد الإسلامي - منذ البداية - يقر الملكية الفردية ، ويقر كذلك الملكية الجماعية ، ويجعل لكل منهما مجالها الخاص الذي تعمل فيه ، ولا يعد ذلك استثناء أو علاجاً مؤقتاً اقتضته ضرورة معينة ^(٢).

وفي هذا المطلب - بمشيئة الله تعالى - نتناول بإيجاز أنواع الملكية

(١) الباز ، أحكام المال الحرام (٤٥-٤٧) ، المصري ، أصول الاقتصاد الإسلامي (٣٧-٤٠) ، للخلعي ، أحكام الملكية في الفقه الإسلامي (٩١) .

(٢) النجار ، النظرية الاقتصادية في الإسلام (٧٧) ، الفنجري ، الدخول إلى الاقتصاد الإسلامي (٩٢) .

● تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي ●

وأقسامها بالنظر إلى المالك : أي بالنظر إلى صاحب الملك ، والملكية من هذه الزاوية تنقسم إلى ثلاثة أقسام هي :

أ- الملكية الخاصة (الفردية) .

ب- الملكية العامة (الجماعية) .

ج- ملكية بيت المال أو الدولة - عند الباحثين الذين يجعلونه قسماً منفرداً وحده - وهذه الأنواع الثلاثة للملكية بالنظر إلى صاحبها ، الذي وقعت يده عليه يد ملكية ، عرفتھا وأقرتها الشريعة الإسلامية ، وتمثل هذه الأنواع خاصية تنفرد بها الشريعة في نظام الملكية على سائر نظم الملكية، سواء في ذلك النظريات الرأسمالية أو الاشتراكية .

وثمار هذا التصنيف للملكية تظهر لنا جلية في العناصر التالية :

أ- إن تقسيم الملكية على هذه الجهات الثلاث يتيح الفرصة أمام أفراد البشر من التمكن والانتفاع أفراداً جماعات ، وفي ذلك منع لتركز الثروة في أيدي قليلة .. قال تعالى: ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾^(١). وهذا بعكس ما هو موجود في المجتمع الاشتراكي الذي يمنح حق الملكية الجماعية فقط ، والمجتمع الرأسمالي الذي يذهب إلى ثبوت حق الملكية الفردية فقط، فاختل التوازن مما أدى إلى تركيز الثروات في فئات معينة، وضياع العجزة والأطفال والنساء الذين لا يستطيعون الحصول على الثروات .

ب- ثم إن ثروة بيت مال المسلمين المعبر عنها بمال الدولة لا تقبل الحجز ، فهذه الأملاك لا يجوز حجزها لاستيفاء الدين ، بعكس الأموال الخاصة فإنها تقبل الحجز ، ويمكن إعطاء المدين حقه منها^(٢).

ج- المال العام لا يحق لأحد -ولو السلطان أو سائر ممثليه في فروع

(١) سورة الحشر الآية ٧ .

(٢) الزرقا ، المنخل الفقهي العام (٣/٢٢٩-٢٣٠)

الأعمال - أن يسامح فيه من يدخل عليه ، أو يصالح عنه ، أو يبرئ من لزمه ضمان بإتلاف أو غصب أو غيرهما من الأسباب ، وهذا على خلاف حكم المال الخاص الذي يعود لصاحبه حق المسامحة فيه بصلح أو إبراء أو هبة .. إلخ ^(١).

د- ومن الثمار أيضاً أن أسباب الملكية الفعلية في الثروات العامة الثابتة بالإباحة الشرعية ، تبطل بالانقطاع والانفصال عنها ، كما لو تملك الصيد بالاصطياد ثم توحش من صاحبه ، فإنه يبطل حقه في الملكية هنا ، وذلك لضعفها ، لأنها ترد على غير ملك سابق ، بخلاف الأسباب القولية للملكية فهي قوية لا تبطل بالانقطاع أو السكوت عنها ، فإن الانقطاع لا يسقط لأنه حكم من أحكام الأئمة فلا تنقض ، وأيضاً لقوة الأسباب القولية بورودها على ملك سابق لها ثم تتقوى بالملك اللاحق .

هـ- وأيضاً يظهر ثمار هذا التقسيم من حيث قابلية التداول وعقود التمليك ، فالأموال الخاصة تقبل التداول وعقود التمليك ، والأموال العامة لا تقبل ذلك ^(٢).

و- اشترك أصحاب الأراضي في الشرب من الأنهار العامة لا يجعلهم خطاء في حقوق أراضيهم ، فلا يثبت لهم حق الشفعة فيها بهذا السبب أما الاشتراك في نصيب الشرب من الآبار الخاصة المملوكة فإنه يعد من أسباب الخلطة في حقوق العقار ، فيثبت به حق الشفعة ^(٣).

ويتمحور حديثنا وتفصيلنا على القسمين الأساسيين من أقسام الملكية وهما : الملكية الخاصة والملكية العامة فقط .

(١) الزرقا ، المنخل الفقهي العام (٢٢٩/٣) .

(٢) الزرقا ، المنخل الفقهي العام (٢٢٨/٣) .

(٣) رستم باز ، شرح المجلة (٥٦٣/١) المادة (١٠٠٨) .

القسم الأول : الملكية الخاصة .

وهي الملكية التي انحصر فيها الحق تصرفاً وانتفاعاً بفرد معين؛ فيعطى سلطة على الشيء تخوله حق التصرف فيه والانتفاع به على سبيل الاختصاص والاستثناء في حدود شرع الله ؛ وهذا النوع هو نهاية مطاف معظم الخيرات والنعم ، وهو الغاية المقصودة ، حيث إن كل ما في الكون خلق للإنسان ومن أجله ؛ لكي يستمتع به ويتصرف فيه ، وبه يكون التنافس في التعمير والجد والاجتهاد للوصول إلى أعلى مستويات النفع وسد الحاجات وتحقيق المآرب ^(١). ومن هنا كانت إباحة الملكية الخاصة هي المظهر الأول للحرية، والدليل الأول على وجودها ، والضمان الأول لبقائها. ولقد كان موقف الإسلام من الملكية هو موقف المعترف بها ، لا النكر لها، وموقف المحترم لها ، لا المهدر لها .

ولكن الإسلام حين اعترف بهذه الملكية واحترمها لم يكتف بهذا القدر ولم يقف عنده ، بل تجاوزه إلى تنظيم هذه الملكية .

وموقف الإسلام المتميز على هذا النحو يخالف موقف كل من المذهبين الرأسمالي والاشتراكي :

أ- فاعتراف الإسلام بالملكية واحترامه لها ، يخالف المذهب الاشتراكي الذي أهدرها وألغاهما ، حين ألغى الملكية الفردية لوسائل الإنتاج .

ب- وتنظيم الإسلام للملكية يخالف موقف المذهب الرأسمالي الذي أطلق لها العنان ، وتركها حرة مطلقة ، لا قيود عليها .

واحترام الإسلام للملكية يبدو واضحاً في احترام المال الذي هو محل هذه الملكية ، ويظهر احترام المال في الآتي :

(١) أبو يحيى ، اقتصادنا في ضوء القرآن والسنة (٢٣٠) . الشاذلي ، الاقتصاد الإسلامي (١٤٦) . صالح ، سعاد ، مبادئ النظام الاقتصادي الإسلامي (١١٦) . النبهان ، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي (١٨٦) .

أولاً : أن الشريعة جعلته من مقاصدها الخمسة التي يجب الحفاظ عليها ورعايتها ؛ يقول الشاطبي : «قد اتفقت الأمة ، بل سائر الملل على أن الشريعة وضعت للمحافظة على الضروريات الخمس وهي : الدين ، والنفس ، والنسل ، والمال ، والعقل ، وعلمها عند الأمة كالضروري ، ولم يثبت لنا ذلك بدليل معين ، ولا شهد لنا أصل معين يمتاز برجوعها إليه ، بل علمت ملاءمتها للشريعة بمجموعة أدلة لا تنحصر في باب واحد ..» (١).

ثانياً : أن الشريعة نهت عن الاعتداء على هذا المال بأي نوع من أنواع الاعتداء ، وقد تضاعفت الأدلة على ذلك ؛ فمن ذلك ما رواه مسلم في صحيحه أن النبي ﷺ قال : (إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا ، في بلدكم هذا ، في شهركم هذا ، وستلقون ربكم فيسألكم عن أعمالكم ، فلا ترجعن بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض ، ألا يبلغ الشاهد الغائب ..) (٢).

ويقول المصطفى ﷺ أيضاً : (كل المسلم على المسلم حرام عرضه وماله ودمه) (٣). ولم تكتف الشريعة بهذه النصوص العامة ، بل خصت أنواعاً معينة من الاعتداء لأهميتها وخطورة الآثار الناجمة عنها ؛ إذ لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ؛ وبذلك جاء النهي عن :

أ- أكل أموال الناس بالباطل : يقول الله تعالى في ذلك : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ..﴾ (٤). وقال أيضاً : ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلُونَ سَعيراً﴾ (٥). وقال تعالى : ﴿وَأَتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ

(١) الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة (٣٨/١) .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب القسامة ، باب تغليظ الدماء والأعراض والأموال (١٣٠٥/٣) .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب البر والصلة ، باب تحریم ظلم المسلم (١٩٨٦/٤) .

(٤) سورة النساء الآية ٢٩ .

(٥) سورة النساء الآية ١٠ .

حويًا كبيراً^(١). وعن أبي حميد الساعدي أن النبي ﷺ قال: (لا يحل للرجل أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفسه)^(٢). وقال ﷺ أيضاً: (لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفس منه)^(٣).

ب- وكذلك حرم الإسلام السرقة ووضع الجزاء الرادع لها بقوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله، والله عزيز حكيم﴾^(٤). فقد أحاط الإسلام ملكية الفرد بسياسات قوي من الحماية، وفرض من العقوبات ما يزرع المعتدي ويحفظ المال.. يقول ابن حجر: «صان الله الأموال بإيجاب قطع يد سارقها، وخص السرقة لقلة ماعداها بالنسبة إليها من الانتهاب والغصب، ولسهولة البينة على ما عدا السرقة، بخلافها، وشدد العقوبة فيها ليكون أبلغ في الزجر، ولم يجعل دية الجناية على العضو المقطوع منها بقدر ما يقطع فيه حماية لليد ثم لما خانت هانت، وفي ذلك إشارة إلى الشبهة التي نسبت إلى أبي العلاء المعري في قوله :

يد بخمس مئتين عسجد وديت ما بالها قطعت في ربع دينار

فأجابه القاضي عبد الوهاب المالكي :

صيانة العضو أغلاها وأرخصها صيانة المال فافهم حكمة الباري

وشرح ذلك أن الدية لو كانت ربع دينار لكثرت الجنايات على الأيدي، ولو كان نصاب القطع خمسمائة دينار لكثرت الجنايات على الأموال فظهرت الحكمة من الجانبين ..^(٥) ففي حد السرقة ردع للسارق نفسه وزجر لغيره ..

(١) سورة النساء الآية ٢ .

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٤٢٥/٥) .

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٧٢/٥) . وصححه الألباني في صحيح الجامع (١٢٦٨/٢) .

(٤) سورة المائدة الآية ٣٨ .

(٥) ابن حجر ، فتح الباري شرح صحيح البخاري (١٠٠/١٢) .

هذا ؛ بالإضافة إلى حرمة غصب الأموال ونهبها ، وضمان المتلف منها..
إلخ . وتنظيم الإسلام للملكية يرجع إلى رغبته في تلافي خطورتين :
الأولى: طغيان المال على نفسية صاحبه واستبداده به ؛ يقول الله تعالى: ﴿كَلَّا إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ لَآفٍ كَذَّابٌ﴾ (١).

الثانية : هي الفقر وآثاره المدمرة فردياً واجتماعياً ، فهو يمحو منابع العزة والقوة في نفس المحتاج ، ويجعله يرضى بالهوان والذل ، بل يدفعه إلى ارتكاب الرذائل والجرائم ؛ لهذا كان الرسول صلوات الله وسلامه عليه يستعين من الفقر والهوان والعجز .

ومن هنا كان تنظيم الإسلام للملكية لمعالجة هاتين الخطوتين :

أ- فاهتم أولاً بوضع المعايير الصحيحة للقيم العليا ، فبين أن أساس المفاضلة بين الناس هو أخلاقهم وأعمالهم لا أموالهم وثرواتهم .. قال تعالى: ﴿إِنْ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ اتِّقَاكُمْ﴾ (٢).

ب- وقرر أن المسلم مستخلف على هذا المال وموظف فيه ، وأن مهمته تنحصر في تنميته وإنفاقه ، لا في كنزه واحتكاره .

ج- واهتم بالتركيز على المصادر التي يكتسب منها المال ، فاشتراط أن تكون مصادر طيبة ، وحرم مصادر الكسب الخبيث .

د- وفرض في المال حقوقاً لغير صاحبه؛ أهمها حق النفقة على الزوجة والأقارب المحتاجين ، وحق الزكاة ...

هـ- أقام نظاماً محكماً للمعاملات ، حتى لا يتظالم الناس . فقد بنى الإسلام معاملاته على قاعدة أصولية عامة هي أن الأصل في المعاملات الإباحة ما لم يرد حظر شرعي (٣).

(١) سورة العلق الآيات ٦-٧ .

(٢) سورة الحجرات الآية ١٣ .

(٣) العسال وآخرون ، النظام الاقتصادي في الإسلام (٤٤) . صالح ، مبادئ النظام الاقتصادي الإسلامي (١١٩) .

نصيب الذكر ضعف نصيب الأنثى ، لأن أعباء الرجل المالية أكبر من أعباء المرأة .

الثالثة : أن الشارع الحكيم في تقسيمه للميراث كان يتجه إلى التوزيع لا إلى التجميع ، ولذلك لم يجعل وارثاً واحداً ينفرد بالتركة (١) .

تقييد الملكية الخاصة :

اتفق الفقهاء على إقرار الملكية الفردية الخاصة في الإسلام ، لأن النصوص صريحة في ذلك ، كما أن الواقع التاريخي منذ عصر الرسول ﷺ حتى الآن يؤكد هذه الحقيقة .

غير أن هذا الاتجاه الفردي غير مطلق ، بل هو مقيد بقيود كثيرة شرعت لمصلحة الجماعة ، لتحد من انطلاق الفرد نحو تحقيق مصالحه الشخصية ، عندما تتعارض هذه المصالح مع المصلحة العامة التي يربها التشريع الإسلامي ، فالفرد في نظر الشريعة ليس هو ذلك الذي يدور في فلك الحرية المطلقة ، فالشريعة إذ منحت الفرد حقوقه الشخصية من الحرية والعصمة والملكية ؛ بوصفه إنساناً ، قيدت ذلك كله بما ألقت عليه من مسئولية دينية ودنيوية ؛ لتحد من حريته بما يمنع الإضرار عن غيره ، ولا ريب أن المسئولية الفردية إذ تستتبع الحرية تبررها - إذ لا مسئولية حيث لا سلطة - فهي من جهة أخرى تقيدها بدائرة البر والصالح العام .

هذه المسئولية تجدها واضحة في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ، وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾ (٢) . وقوله تعالى: ﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا﴾ (٣) . وجلاها الرسول الكريم محمد ﷺ بقوله: (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ..) (٤) .

(١) العسال وآخرون ، النظام الاقتصادي في الإسلام (٥٣) . القرصاري ، دور القيم والأخلاق في الاقتصاد الإسلامي (٣٣٠) .

(٢) سورة الزلزلة الآيتان ٧-٨ .

(٣) سورة فصلت الآية ٣٣ .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الجمعة ، باب الجمعة في القرى والمدن (٢٦٧/١) .

فالفرد إذن في نظر الشريعة كائن حي حر مستقل مسئول ، ولكن هذا الاستقلال ليس تاماً ، بل هو مرتبط بالجماعة ارتباط التعاون على البر والصالح العام .. يقول تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ (١). وبذلك يكون ملزماً إيجابياً بالتعاون على الخير المشترك ، وملزماً سلبياً بتجنب الإثم والفساد والإضرار ، وهذه القاعدة -بوجهيها الإيجابي والسلبي- تعد قاعدة عامة يقوم عليها التشريع الإسلامي كله فيما يتعلق بالأحكام الدنيوية والمعاملات ، ولقد حكمها الأئمة المجتهدون حكماً عاماً في سائر التصرفات -المعاوضات والتبرعات- وفي الأحكام المتعلقة بالباعث غير المشروع الذي يحرك إرادة الفرد إلى إنشاء التصرف فالفقهاء لا يجيزون التعاون على الإثم والعدوان بإطلاق بشتى صورته بالاتفاق ومن ثم يبطلون كل تصرف انحرف به صاحبه تحت ستار من مشروعيته ظاهراً عن المقصد الشرعي الذي من أجله شرع ؛ لأن في تنفيذه تعاوناً على الإثم والعدوان ، وهذا قيد عام يرد على كافة صور استعمال الحقوق ؛ ومنها الملكية (٢).

وليس الخلاف بينهم في هذا الأصل ، بل في المناط الذي يتحقق به التعاون أو التذرع أو التحايل على قواعد الشرع ، أو مناقضة مقصد الشارع ؛ ومما يؤكد هذه القاعدة بوجهها السلبي ، وهو وجوب الامتناع عن كل ما يضر بالغير ، قوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار) (٣).

بل نجد أن التاريخ الإسلامي يحفل بالعديد من التطبيقات التي تؤيد عدم الإضرار بالغير ؛ فمن ذلك ما رواه الإمام مالك في الموطأ أن الضحاک ابن خليفة ساق خليجاً له من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاک لِمَ تمنعني وهو لك منفعة تشرب

(١) سورة المائدة الآية ٢ .

(٢) الديني ، النظريات الفقهية (١٠٧) .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ ، كتاب الاقضية - باب القضاء في المرفق (١١٥/٢) .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

به أولاً وآخرأ ، ولا يضررك ، فأبى محمد ، فكلّم فيه الضحّاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يُخلّي سبيله ، فقال محمد : لا ، فقال عمر : لِمَ تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقي به أولاً وآخرأ ، وهو لا يضررك ، فقال محمد : لا والله ، فقال عمر : «والله ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ، ففعل الضحّاك» (١).

وروى الإمام أحمد في مسنده أنه كان لسمرة بن جندب نخل في بستان رجل من الأنصار ، وكان سمرة يكثر من دخول البستان هو وأهله ، فيؤذي ذلك صاحب البستان فشكا إلى رسول الله ﷺ ، فاستدعى سمرة وقال له : (بعه نخلك) ، فأبى ، فقال : (فاقطعه) ، فأبى . فقال : (هبه ولك مثله في الجنة) ، فأبى . فقال ﷺ : (أنت مضار) ثم التفت إلى الأنصاري وقال : (أذهب فاقطع نخله) (٢).

وقصارى القول أن ثمرة المسؤولية الفردية من الناحية النظرية : لا تجعل من الفرد آلة اجتماعية تعمل لصالح المجتمع دون مصلحته الشخصية . أما ثمرتها من الناحية العملية : فإنها تجعله أهلاً للتملك والتعاقد ، ومن هنا كان إقرار الشريعة للملكية الفردية ، حقيقة ثابتة معلومة من الدين بالضرورة ، وقاعدة أساسية في النظام الاقتصادي الإسلامي ، وذلك مما يسائر الفطرة الإنسانية ، وتقضي كرامة الإنسان فضلاً عن كونها وسيلة مثمرة ، لإذكاء الحافز الذاتي للفرد ، وتنشيط مواهبه وملكاته ، للعمل لصالحه وصالح المجتمع ، وبدهي أن هذا عامل أساس في تقدم المجتمع وازدهاره .

هذا ، ومسئولية الفرد قبل الجماعة مرجعها أنه مكلف برعاية مصالحها كما هو مسئول عن تحصيل مصلحة نفسه سواء بسواء ، فمن حق الجماعة على الفرد ألا يعيث بمصالحها تحت ستار ما منح من حقوق ، وأيدت

(١) أخرجه مالك في الموطأ ، كتاب الأقضية - باب القضاء في المرفق (١١٦/٢) .

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٤٦/٣) .

الشرعية هذا الحق ، بأن أقامت من الجماعة نفسها رقيباً على تصرفات الفرد حتى في خالص حقه ، وهو قوة مانعة له من إحداثه الإضرار بها قبل أن يقع ويستشري فساد ، بل فرضت عليها القيام بهذا الواجب رعاية لحقها من عبث الأناية الفردية ، ولعل أوضح ما ورد في هذا الشأن حديث السفينة الذي صور المصطفى عليه الصلاة والسلام المجتمع المسلم بالسفينة الماخرة لعباب البحار فقال: (مثل القائم في حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة ، فصار بعضهم أعلاماً وبعضهم أسفلاً ، وكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم ، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً ، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً) ^(١).

على أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الفردية عند التعارض ، على ما هو مقرر في الشريعة ، ولو لحق الفرد من جراء ذلك ضرر لأنه يجبر بالتعويض ، ولأن في رعاية المصلحة العامة وتقديمها رعاية للمصلحة الخاصة ضمناً ، كما أشار إلى ذلك الحديث (نجوا جميعاً).

ومما يؤكد ذلك أن الشارع حرم الاحتكار ، وكل ما يؤدي إليه ، تأكيداً لنفي الإضرار عن الناس ، ومن ذلك أيضاً تحريم تلقي السلع وبيع الحاضر للبائي ، كما أوجب التسعير الجبري إذا تعدى التجار في أسعار ما يحتاج إليه الناس تعدياً فاحشاً ، وهذا - لا شك - تدخل في أصل حق الملكية للمصلحة العامة ^(٢). ولا يفوتنا بعد الحديث عن تقييد الملكية الخاصة أن تلقي ضوءاً على آثار هذا التقييد ، الذي يحدد الأهداف التي يرمى إليها التشريع والغايات التي يقصد إليها . وأول ما نلاحظه في ذلك هو تحقيق المقاصد الشرعية الموافقة لمصالح الجماعة ، فكل تصرف مخالف لمصالح

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الشركة ، باب هل يقرع في القسمة والاستهم فيه ، (١٣٢/٥) .

(٢) الدررني ، النظريات الفقهية (١٠٩) .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

الجماعة يعد باطلاً ، لأن مصلحة الجماعة هدف مقصود في التشريع ، فإذا أهدرت مصالح الجماعة كان التصرف الفردي محرماً كما في التصرفات التي تلحق الأضرار بالآخرين .

فإذا تعارضت مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة ، أو المصلحة الخاصة والمصلحة العامة ، قدمت مصالح الجماعة وهي المصالح العامة على المصالح الخاصة . وقد وجدنا ذلك في التصرفات التي تحقق الفائدة لفرد أو لأفراد ، ولكنها تلحق الضرر بالجماعة ، وبينما أنها طريق غير مشروعة كالاحتكار الذي يحقق الربح للمحتكر ، ولكنه يلحق الضرر بالمسلمين .

ويهدف التشريع الإسلامي أيضاً إلى إيجاد الثقة بين المتعاملين ، فإذا حاول أحدهم أن يخدع آخر بالثمن ، أو يخفي عليه عيباً ليزيد في القيمة ، كان ذلك حراماً .

ولا يغفل الإسلام في مجال تشريعه الاقتصادي أن يراعي المبادئ الأخلاقية التي تقوم عليها حياة الجماعة ، فكل معاملة بين الناس لا يراعى فيها الجانب الأخلاقي تعد باطلاً ، كالربح عن طريق القمار واليانصيب أو التعامل بالربا ، لأن هذا الطريق بالرغم مما يحققه من أرباح ؛ يوهن الأخلاق ، ويضعف الذمم ، ويوجد بين الناس الكراهية والحقد . ويلحق بهذا الاتجار مع العدو ؛ فهو مخالف للمبادئ الأخلاقية ؛ بالإضافة إلى أنه خيانة وطنية^(١).

وقد أجمل الدكتور محمد عبد الله العربي التكاليف السلبية المترتبة على المالك بما يلي :

١- يجب على المالك أن يمتنع عن استعمال ماله على نحو يلحق الضرر بمال الغير ، أو يلحق الضرر بمصلحة الجماعة ، واستدل على ذلك بحديث (لا ضرر ولا ضرار) الذي اعتبره الأساس لمنع الفعل الضار .

(١) النبهان ، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي (٢١٢) .

ب- يجب على المالك أن يمتنع عن تنمية ماله عن طريق الربا والغش والاحتكار وغيرها من الوسائل التي تكمن وراء طرق التنمية المالية الشائعة الآن في الحضارة المادية المعاصرة .

ج- يجب على المالك أن يمتنع عن الإسراف والتقتير ، لأن التقتير يحول دون نشاط التداول النقدي وهو ضروري لانتعاش الحياة الاقتصادية، أما الإسراف فيولد الحقد بين الطبقات .

د- يجب على المالك ألا يستخدم ماله في الحصول على نفوذ سياسي لتسخير الدولة لمصلحه المادية ، وهذا واقع بشكل كبير في الحضارة الغربية حيث توجه المؤسسات المالية السياسة العامة للدولة وفقاً لمصالحها الخاصة^(١).

ولقد رأينا أن الشارع أجاز نزع الملكية الخاصة -في ظروف معينة- للمصلحة العامة ، وقد بين المحققون من الأصوليين (طبيعة الحق) الفردي في الفقه الإسلامي ، بأنه حق مشترك وليس فردياً خالصاً ، ذلك لأن الصالح العام مراعى في كل حق فردي^(٢).

وقد نقل الشيخ محمد أبو زهرة عن الزيلعي أنه إذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض رجل ، تؤخذ بالقيمة كرهاً ، لأنه لما ضاق المسجد الحرام ، أخذ الصحابة بعض ما حوله من الأراضى وأدخلوها في المسجد وهذا من الإكراه الجائز^(٣). وكانت دور الصحابة تحيط بالمسجد الحرام، فأمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه بشراء ما حوله من الدور، فرضي البعض ، وأبى البعض الآخر ، فأخذها عمر بن الخطاب جبراً عن أصحابها، ووضع قيمتها بخزانة الكعبة ليأخذها أصحاب الدور ، وقال لهم : «إنما نزلتم على الكعبة وهذا فنائوها ، ولم تنزل الكعبة عليكم»^(٤).

(١) العربي ، محاضرات عن الملكية الفردية (١٤٥) وما بعدها .

(٢) الدريني . النظريات الفقهيّة (١٠٩) .

(٣) أبو زهرة . الملكية ونظرية العقد (١٤٣) .

(٤) شلبي ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي (٢٠٥) .

القسم الثاني : الملكية العامة .

لم يكتف الإسلام بالاعتراف بالملكية الخاصة كأصل ، بل نجده في الوقت نفسه أقر بالملكية العامة كأصل من أصول الاقتصاد الإسلامي، وحدد حالات الملكية العامة والتي مناطها المصلحة العامة لجماعة المسلمين. وكان إقراره للملكية العامة منذ فجر تاريخه ، وعرف صوراً عديدة لها، وعدّها من زاوية تكاملها مع دور الملكية الخاصة في خدمة المجتمع .

وليس فيه أي تعارض بين النوعين السابقين من الملكية ، إلا حين تستوجب الضرورة ، فلا بد من تغليب مصلحة الأمة . فمشروعية الملكية العامة ليست إلا لتحقيق أكبر قدر من المصالح العامة للمسلمين . ولتفصيل الحديث عن الملكية العامة وصورها وأهدافها ، يمكننا تقسيم ذلك واستعراضه في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : حقيقة الملكية العامة وصورها :

يقصد بالملكية العامة أن يكون المال مخصصاً للمنفعة العامة ؛ أي منفعة جماعة المسلمين ، وذلك في مقابل الملكية الخاصة التي يكون الانتفاع بها لفرد أو أفراد معينين، على سبيل التخصّص بحيث لا يشاركهم غيرهم فيها. فالمراد بالملكية العامة في الإسلام كل ما يقابل الملكية الخاصة ، أو كما يعبر عنها أيضاً بالملكية الجماعية في مقابل إطلاق الملكية الفردية على الملكية الخاصة ، وهي تشتمل على كل ما دخل في ملك الناس عامة، وينتفعون بها مطلقاً ومباشرة^(١). وقد عبّر عنها في أقوال الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم بأنها ملك المسلمين عامة الموجودين منهم ومن يأتون،

(١) النبهان ، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي (٢٢١) . الشاذلي ، الاقتصاد الإسلامي (١٣٩) . صالح ، مبادئ النظام الاقتصادي الإسلامي (١٢٩) . أوانغ ، الخصخصة (٣٨) . البعلي ، أصول الاقتصاد الإسلامي (٧٨) .

ومثالها ما يرد لبیت المال كالخراج ، وسائر ما يدخل بیت المال من أنواع الفیء أو الأموال التي لا وارث لها أو لم یعرف لها مالک^(١).

وقد عرفت الدولة الإسلامية منذ تاریخها المبكر هذا النوع من الملكية في صور متعددة ، نقتصر على بعضها ؛ لما لها من أهمية ترجع إلى تأثيرها على اقتصاد الدولة .. ومن ذلك :

- الأراضي المفتوحة التي دخلت في حوزة الدولة الإسلامية .

- أرض الحمى .

- الحاجات الأساسية كالماء والكلأ والنار^(٢).

الفرع الثاني : أهداف الملكية العامة وتقييدها .

لم تشرع الملكية العامة في الإسلام من فراغ ، بل كانت الغاية منها تحقيق أهداف بعيدة يقصد بها رعاية مصالح الجماعة ، ويمكننا أن نستنتج من خلال النصوص الواردة في الملكية الجماعية بعض الأهداف العامة التي قصد إليها التشريع الإسلامي .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى نجد أن الملكية العامة شأنها شأن الملكية الخاصة مقيدة بقيود الشريعة وليست مطلقة ..

ويتمحور حديثنا في ذلك في العنصرين التاليين :

أولاً : أهداف الملكية العامة .

من خلال ما سبق عرضه يتضح لنا بكل جلاء أن الهدف العام للملكية العامة هو تحقيق أكبر قدر من المصالح العامة للمسلمين ، وذلك من خلال نشاط القطاع العام في الدولة .. هذه المصالح تشمل الجوانب التوزيعية

(١) المبارك ، نظام الإسلام ، الاقتصاد مبادئ وقواعد عامة ، (١٠٣) .

(٢) انظر: أبو يوسف، الخراج (٧٤) . أبو عبيد القاسم بن سلام ، الأموال (٥٥) . أبو يعلى، الأحكام السلطانية (١٤٨) . الماوردي ، الأحكام السلطانية (١٤٧) . ابن قدامة ، المغني (١٦٥/٨) . الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير (٤٥٠/٤) .

● تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي ●

والاجتماعية والأخلاقية ، كما تشمل المصالح المجتمع المعاصر والأجيال المتعاقبة .

وبناء على ذلك ؛ كان من المستحسن أن نشير إلى بعض الأهداف الموصلة إلى الهدف العام وفقاً للجوانب السابقة ، وذلك على سبيل الإيجاز:

أ- الأهداف التوزيعية للملكية العامة :

١- تغطية الحاجات الاقتصادية الأساسية للناس والعمل على تحقيق الكفاية الاقتصادية للمجتمع وتحسين نوعية الحياة الاقتصادية لأفراده .

٢- المحافظة على التوازن الاقتصادي والاجتماعي ، والعمل في اتجاه تحقيق العدالة في المجتمع ^(١).

ب- الأهداف الاجتماعية للملكية العامة :

١- تغطية النفقات العامة وتمويلها ، وذلك لأن الدولة تحتاج إلى أموال كثيرة لتلبي احتياجاتها العامة التي تمثل مصالح المسلمين كمرفق الدفاع والضمان الاجتماعي ومرفق التربية والتعليم وغيرها .

فالدولة تحتاج إلى نفقات كبيرة ، وخصوصاً الدولة الإسلامية في صدر الإسلام ، فقد كان أعداؤها كثيرين ، وكانوا يتربصون بها الشر حتى ينتقموا منها ، ويستردوا بلادهم من أيدي المسلمين .

ولم تكن هناك ضرائب مفروضة على الناس لتمويل الجيش ، بل كانت الجيوش الإسلامية تعتمد على الأموال التي ترد إلى بيت المال .

وتوسعت مهام بيت المال وكثرت نفقاته التي ينفقها على الناس من الفقراء والأرامل والأيتام . وكان لابد أمام هذه الحاجات الكثيرة من أن يعتمد بيت المال على موارد ثابتة تستطيع أن تغطي هذه النفقات الكبيرة، وخصوصاً وقد توسعت البلاد الإسلامية وزادت مسؤوليتها وتضخمت

(١) أوانج ، المصنفة ، تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص في ضوء الشريعة الإسلامية ، (٤٣) .

حدودها ، فكان وقف الأراضي المفتوحة على ملكية الدولة ضرورة للدولة الإسلامية لتستطيع بها أن تحمي الثغور وتدافع عن البلاد والعباد .. (١).

٢- إشراك الناس في مقومات الحياة الأساسية (الماء والكلا والنار)، فهذه الأشياء وأمثالها تعد من ضروريات حياة الإنسان ، والضروريات تختلف باختلاف البيئات والعصور ..

فهذه الحاجات الضرورية يحتاج إليها كل إنسان ، فلا يجوز أن تكون ملكاً خاصاً حتى لا تكون سبباً للتضييق على الناس ، وهذه الأشياء تقوم عليها حياة البشر في العصور القديمة ، فإذا احتكر إنسان هذه الأشياء استطاع أن يتحكم في مصير الناس ، وألحق بهم الضرر؛ ولذلك أباحها رسول الله ﷺ ، وأعلن أن الناس جميعاً شركاء فيها .

٣- خلق فرص للعمل والتدريب والتخفيف عن كاهل الطبقات الفقيرة (٢).

ج- الأهداف الأخلاقية للملكية العامة :

١- ترغيب الناس على القيام بالأعمال الخيرية وتشجيعهم على حب الخير والإيثار ، وذلك يتمثل في الوقف الخيري الذي يعد كذلك من الأملاك العامة . وقد لعب الوقف الخيري دوراً كبيراً في مجتمعنا الإسلامي في الماضي ، وما زالت آثاره العظيمة باقية حتى اليوم ، فقد كانت أموال الوقف هي الممولة للمساجد والمدارس والمكتبات العامة، والمستشفيات ، وينفق منها على اللقطاء والمقعدين والعجزة ، والأيتام والمساجين وغير ذلك ، وما زالت هذه المؤسسات حتى الآن تقوم على أموال الوقف ويستفيد منها جميع الناس بالتساوي ، لا فرق بين فقير وغني ، ولا بين وضيع وعظيم . وهكذا يتبين لنا أن تشجيع الأعمال الخيرية يعد من جملة أهداف الملكية العامة. فقد روى الإمام مسلم في صحيحه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو

(١) النبهان ، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي (٢٥٣) .

(٢) أوانج ، الخصخصة (٤٤) .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

ولد صالح يدعوه له^(١). وقد روي أن النبي ﷺ قال: (من يشتري بئر رومة^(٢) يوسع بها على المسلمين وله الجنة)^(٣). فاشتراها عثمان بن عفان رضي الله عنه من يهودي بأمر النبي ﷺ وسبّلها للمسلمين ، وكان اليهودي يبيع ماءها .

٢- التسوية بين الناس في حقوق الملكية العامة بصرف النظر عن مناصبهم ومكانتهم في المجتمع ..

في ضوء ما ألمحنا إليه من أهداف الملكية العامة نجد أن الإنسان مدني بالطبع تربطه علاقات كثيرة مع غيره من الناس ، وأن تلك الأهداف في كل جوانبها كل لا يتجزأ من الهدف العام للملكية العامة في الإسلام ، كما أنها تعبر كذلك عن عالمية الإسلام وشموليته^(٤).

ثانياً : تقييد الملكية العامة :

والملكية العامة مثلها مثل الملكية الخاصة مقيدة بقيود الشريعة، وليست مطلقة . ويرجع بعض هذه القيود إلى وجوب تخصيص المال العام للإنفاق على أغراض معينة حددتها الشريعة الإسلامية ، ومن ثم لا تملك الدولة الإسلامية إنفاق هذه الأموال في غير وجوها المبينة شرعاً^(٥).

فعلى سبيل المثال فإن الدولة الإسلامية لا تملك إنفاق حصيلة الزكاة إلا في مصارفها التي حددتها الآية من سورة التوبة في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ، وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾^(٦).

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الرصية ، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته (١٢٥٥/٣).
والإمام أحمد في مسنده (٣٧٢/٢) .

(٢) رومة: أرض بالمدينة بين الجوف وزعابة ، نزلها المشركون عام الخندق ، وبها بئر رومة .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب المساقاة ، باب في الشرب (١٤٤/٣) .

(٤) أوانج ، الخصخصة (٤٥) . التنبيه ، الاتجاه الجماعي (٢٥٥) .

(٥) العسال وآخرون ، النظام الاقتصادي في الإسلام (٦٥) .

(٦) سورة التوبة الآية ٦٠ .

إن نظرية الاستخلاف تجعل لحق الملكية طبيعته وهي أن يكون مقيداً محدوداً وهذا التقييد بذاته يجعل الجمع بين الملكية العامة والملكية الخاصة مبدأ أساسياً في النظام الإسلامي ؛ لأن كلاً من هذين النوعين من الملكية يقيد النوع الآخر ويضع له حدوداً في التطبيق ، كما أن له حدوداً وقيوداً في الانتفاع والتصرف إن أمكن وجود هذين النوعين معاً وحفظ التوازن بينهما في النظام الإسلامي هو من المميزات الأساسية لهذا النظام تميزه عن النظامين الاشتراكي والرأسمالي ، إذ إن كلاً منهما يتبنى نوعاً واحداً من الملكية ويقاوم النوع الآخر ، وهذه هي علة تطرف كل منهما .

وإن نظرية الاستخلاف بوصفها أساساً لحق الملكية في الإسلام معناها أن القيود والحدود المفروضة شرعاً على المالك هي حقوق الله ، وأن المال ليس حقاً خالصاً لمالكة ، وإنما عليه لله حق إلى جانب حق المالك ، بل فوقه . وجوهر نظام الملكية في الإسلام هو حفظ التوازن والعدل بين هذين الحقين حق الله وحق المالك والجمع بينهما . وهذه ناحية أخرى من نواحي العدل والتوسط في النظم الإسلامية .

وليست الملكية الفردية هي وحدها المقيدة بحقوق الله ، فالملكية الجماعية العامة في الإسلام تخضع لنفس الحدود والقيود بسبب وجوب تخصيص المال العام للإنفاق على أغراض معينة حددتها الشريعة صراحة وتفصيلاً .

ونتيجة لوجود الواجبات العامة التي تفرضها الشريعة على الجماعة والتي تسمى فروض الكفاية ^(١) . هذا النوع من التكاليف التي تقع على عاتق الجماعة تجعل ملكيتها محدودة مقيدة من حيث أهدافها ومن حيث الانتفاع بها واستعمالها ^(٢) .

(١) الفرض الكفاي هو: ما قصد حصوله من غير نظر إلى فاعله ، فإذا تادي ولو بولم سقط الطلب عن الجميع ، وإذا لم يتأد مطلقاً ، أثم جميع الناس . ومثاله: الانتصاب للإفتاء والقضاء وأداء الشهادة ورد السلام .. انظر: أمير بادشاه ، تيسير التحرير (٢/٢١٣) .

(٢) النجار ، المدخل إلى النظرية الاقتصادية في المنهج الإسلامي (٨١) .

كذلك فإن لأولياء الأمر في الدولة الإسلامية أن يوسعوا أو يضيقوا من نطاق الملكية العامة حسبما تقتضيه مصلحة الجماعة .

وبناء على ذلك فقد يرى أولياء الأمر أن تلتزم الدولة بالقيام بنشاط اقتصادي ما إذا عجز عنه الأفراد كالصناعات الثقيلة ومد خطوط السكك الحديدية مثلاً ، أو إذا كان الأفراد عاجزين عن القيام بهذا النشاط لكثرة تكاليفه وقلة أرباحه كاستصلاح الأراضي البور مثلاً ، أو إذا كانت هناك خشية من أن يؤدي ترك هذا النشاط للأفراد إلى الانحراف أو التقصير مع ما لهذا من أهمية كاستغلال المدارس الخاصة والمستشفيات الخاصة .

ويجوز لولي الأمر أن يخصص الملكية الجماعية ويقيد الانتفاع بها إذا اقتضى ذلك الصالح العام ، وقد فعل ذلك رسول الله ﷺ حين احتجز جانباً من أرض الكلا المباحة للجميع في منطقة «النقيع» وجعلها خاصة لخيـل الجيش وإبله . و خلاصة الأمر في ذلك أن الملكية العامة شأنها شأن الملكية الخاصة مقيدة وليست مطلقة .. (١)

المبحث الثالث

الخصخصة بين المؤيدين والمعارضين في ضوء الفقه الإسلامي

بإلقاء نظرة سريعة على بعض أصول الاقتصاد الإسلامي نجد أن هذه الأصول لا تعدو أن تكون أحكاماً فقهية شرعية ، فمثلاً ملكية عناصر الإنتاج أحد أهم مباحث الاقتصاد الإسلامي ، وهي أيضاً أحد أهم مباحث الفقه الإسلامي .

فنظرية الملكية مبحث فقهي صرف ، ويمكن صياغة هذه النظرية في شكل أحكام جزئية مرتبة لتمثل باباً من أبواب الفقه ، كما يمكن صياغتها في شكل قواعد كلية لتمثل جانباً من أصول الاقتصاد الإسلامي ومبادئه .

لذلك نتناول فيما يلي عملية الخصخصة من منظور فقهي ؛ من خلال المطالب التالية :

(١) العسال ، النظام الاقتصادي في الإسلام (٦٦) .

المطلب الأول : أصول تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي :

يقوم النظام الاقتصادي في الإسلام على ثلاثة عناصر تتعاون وتشترك في تحريك عجلته وتحقيق أهدافه ، وهذه العناصر هي :

أولاً : الشعور النفسي الناشئ عن الإيمان ، والمفاهيم الاعتقادية ، والتي تدفع إلى العمل ، وإلى جعله هدفاً أخلاقياً واجتماعياً إنسانياً .

ثانياً : قواعد تنظيمية ينشأ من تنفيذها حين تنفذ مجتمع نشيط عادل حر متكافل ، تراعى فيه الفروق الفردية في الجهد والمقدرة .

ثالثاً : قوة خارجية تتدخل لإقامة العدالة وحماية الأفراد والمجتمع ، وتأمين التوازن والكفاية وهي قوة الدولة، ذلك أن الدولة في الإسلام ليست دولة أمن فحسب ، بل هي دولة غايتها إقامة العدل الذي من أجله أرسل الرسل كما ورد في سورة الحديد بقوله تعالى: ﴿لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس﴾^(١). واقتران الحديد بالقسط في الآية يشعر بضرورة تأييد الحق والعدل بالقوة .

فالدولة في الإسلام من وظائفها الأساسية تأمين العدل والكفاية للناس جميعاً^(٢).

الحرية هي الأساس :

والحرية هي الأصل في النظام الاقتصادي الإسلامي . ولكن ينشأ عن الحرية مشكلات تستدعي الحل ، وليس حلها بإلغاء حرية الأفراد واحتكار الدولة لها ، ولكن بالتدخل في المواطن التي لا بد من التدخل فيها إقامة للعدل المهدهد ، ومنعاً للظلم القائم ، وتقديماً للعون اللازم .

إن مواطن التدخل هذه هي التي سنبحثها في هذا المبحث ، مسترشدين

(١) سورة الحديد الآية ٢٥ .

(٢) المبارك ، نظام الإسلام ، الاقتصاد مبادئ وقواعد عامة ، (١٠٦) .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

فيها بالأحكام التي استنبطها الفقهاء من نصوص الشريعة وقواعدها العامة وهي كما سيتبين حقاً للحاكم ، بل هي واجبات يجب أن يقوم بها لمصلحة الرعية أفراداً أو جماعة .

إن فكرة تدخل الدولة تتفرع في الإسلام من أصل واضح مستخرج من نصوص الكتاب والسنة ، وهو تكافل أفراد المجتمع وتعاونهم وتضامنهم وتشاركهم ، وذلك كقوله تعالى: ﴿وَلَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾^(١).

بل جعل من مسوغات القتال الدفاع عن المستضعفين ؛ فقال تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ لَا تَقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ الَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ الظَّالِمُ أَهْلُهَا وَلَجَعَلْنَا لَنَا مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا وَلَجَعَلْنَا لَنَا مِنْ لَدُنْكَ نَصِيرًا﴾^(٢).

وقد ذكر البخاري حديث السفينة الذي مثل به الرسول ﷺ للصلة بين الفرد والجماعة ، وتشبيهه جماعة المسلمين بالجسد الواحد بقوله: (مثل القائم في حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة ، فصار بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها ، وكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم ، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا ، فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً ، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً)^(٣).

بناء على هذه الأسس والقواعد العامة وعلى نصوص خاصة .. يكون تدخل الدولة في المجال الاقتصادي أصلاً معترفاً به في التشريع الإسلامي في أحوال خاصة ومواطن محدودة تعد استثناء من الأصل الذي هو الحرية ، وفي الوقت نفسه مكماً ومتماً لمبدأ الحرية ..^(٤).

(١) سورة آل عمران الآية ١٠٤ .

(٢) سورة النساء الآية ٧٥ .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشركة، باب هل يقرع في القسمة والاستهم فيه (١٣٢/٥) مع الفتح.

(٤) المبارك ، نظام الإسلام (١٠٧) وما بعدها .

السند الشرعي لحق الدولة في التدخل بالنشاط الاقتصادي :

يمكننا أن نستنبط السند الشرعي لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي من الدليلين التاليين :

أ- الدليل الأول : منح الله الحق للدولة في طاعة الرعية لها .

إن العارف بالشريعة الإسلامية يجد أن الفرد يتلقى الحق من الله تعالى ، كما أن الدولة تتلقى الحق من الله تعالى ، فليس واحد منها يتلقى الحق من الآخر ، بل كلاهما يتلقى الحق من الله سبحانه وتعالى ، فالله هو الذي منح الفرد حقه ، وهو الذي منح الدولة حق طاعة الرعية لها مادامت الدولة مراعية لحق الله تعالى ، بقوله تعالى في سورة النساء : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ، فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾ ^(١) . وقد بين علماء التفسير أن الله سبحانه وتعالى أمر العباد بطاعته أولاً وهي امتثال أوامر الله واجتناب نواهيه ثم طلب طاعة رسوله فيما أمر به ونهى عنه ، ثم طلب بعد ذلك طاعة الأمراء والعلماء في أمرهم ونهيهم ضمن أحكام الشريعة ، فإن خرجوا في أمرهم ونهيهم عن حدود الشريعة فلا طاعة ..

فالآية الكريمة قد أعطت لأولي الأمر حق التدخل في مجال النشاط الاقتصادي الذي يباشره الأفراد من أجل حماية المجتمع الإسلامي من تعسف الأفراد في استعمال حقهم الذي منحهم إياه الله تعالى .

فالدولة بمثابة الحارس الأمين والرقيب على تصرفات الأفراد ، فإن كانوا في طاعة الله ورسوله شجعهم على الالتزام ، وإن وجد منهم مخالفة ألزمهم العودة إلى منهج الله ، وبذلك ضمان لمشروعية الأفراد فيما يمارسون من أعمال في المجال الاقتصادي ، وما على الأفراد إلا الطاعة إذا تحرى الحاكم العدل والحق في تدخله ، وإلا لم تلزم طاعته .. ^(٢) .

(١) سورة النساء الآية ٥٩ .

(٢) التركماني ، للذهب الاقتصادي الإسلامي (١٦٠) .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

ب- الدليل الثاني : حق الاستخلاف .

من الأمور الأساسية في نظام الملكية في الإسلام : أن المال مال الله ، وإن كان الله قد ملك الإنسان هذا المال إلا أنه ملك تصرف ، وليس ملك إيجاد يعطيه الحق في التصرف بحرية كاملة ، بل له على المال الموضوع تحت يده حق التصرف والانتفاع ، وهذا التصرف قد وضعت له حدود من قبل الله المالك الحقيقي لهذا المال في الكسب والإنفاق ، فإن كان في تصرفاته ملتزماً بأوامر المستخلف كان له بذلك أجر على الطاعة ، وإن انحرف عن طريق الشرع في كسبه وإنفاقه كان على الدولة القائمة والحارسة على تنفيذ أوامر الله أن تتدخل حتى تعيد الأفراد إلى الالتزام بأوامر الله ، فالدولة لما تقوم بذلك تكون قد قامت بتنفيذ أمر الله تعالى حيث تجب طاعتها بذلك ، فإذا أخل صاحب المال بواجباته ولم يمثل لأوامر الله ! كان من واجب الدولة أن تتدخل لتعيده إلى الجادة وطريق الحق ، وذلك كما لو بذل المال على غير مقتضى العقل كالفقه وغيره ^(١).

المطلب الثاني : مبررات تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي :

إذا كان تدخل الدولة في القضايا الاقتصادية والاجتماعية مخالفاً للحريات الفردية ومقيداً لها ، فإن هذا التدخل لكي يكون صحيحاً يجب أن يكون له ما يبرره ، ومن الطبيعي ألا يكون المبرر مجرد رغبة من حاكم أو سلطة لتقييد حقوق المواطنين ، أو للتضييق عليهم ، أو للانتقام من فئة من الناس ، لتحملها على ما لا تطيق من الالتزامات والواجبات .

ومن الجدير بالذكر أننا لا نستطيع أن نحدد المبررات على وجه الدقة ، والتي تبيح تدخل الدولة في الحريات الفردية ، وبخاصة في المجال الاقتصادي والمالي ، إلا أننا نجد بعض الباحثين حاول عرض بعض المبررات لذلك ، ومن أهمها :

(١) العسال وآخرون ، النظام الاقتصادي في الإسلام (٨٨) . المصدر ، اقتصادنا (٢٦٣) . التركماني ، المذهب الاقتصادي الإسلامي (١٦١) .

أ- تحقيق المقاصد الشرعية :

جاءت الشريعة الإسلامية بأحكامها الجزئية ويقواعدها الكلية لتحقيق مقاصد معينة ، وهذه المقاصد تتعلق بحماية الحقوق الفردية والمصالح الاجتماعية والمبادئ الأخلاقية ، وعلى هذا فإن كل تصرف من تصرفات الإنسان يجب أن يكون منسجماً مع مقاصد الشريعة وأهدافها ، فإذا كان العمل الذي قام به الإنسان منافياً للمقاصد الشرعية فعندئذ يعد هذا العمل ممنوعاً لا لذاته ، ولكن لمنافاته لمقاصد الشريعة التي ترتبط كل الارتباط بمصالح الناس .. (١) ولهذا فقد جاءت قواعد كثيرة في الشريعة الإسلامية وكلها تؤكد وجوب تقديم المصالح العامة على المصالح الخاصة، وجلب المصالح مقدم على دبره المفاسد (٢).

ب- حماية المصالح الجماعية :

ليست حماية المصالح الجماعية إلا مقصداً رئيسياً من المقاصد الشرعية، فالمقاصد قد رتب على المصالح ، فما يعد مصلحة أو ما يترتب عليه حماية مصلحة فردية أو جماعية فهو مقصد من مقاصد الشريعة ..

وعندما يتحدث الفقهاء السابقون عن المقاصد الشرعية فإنما يشيرون إلى أنها ما يحقق مصالح الناس عن طريق توفير ما هو ضروري لهم، وما هو حاجي ، وما هو تحسيني ، ويجب أن يراعي كل حكم يؤدي إلى حماية الضروريات التي تشتمل: «الدين - النفس - العقل - المال - العرض» ولا يراعي أي حكم مما يحتاج إليه الناس ، أو يسير عليهم أعمالهم وحياتهم إذا كان الحكم مناقضاً أو مخالفاً لما هو ضروري من المبادئ الأساسية السابقة الذكر .

وقد نصت الشريعة الإسلامية على كثير من الأحكام الجزئية ، حماية

(١) النبهان . أبحاث في الاقتصاد الإسلامي (١١٨) .

(٢) ينظر: ابن نجيم ، الأشباه والنظائر (٩٦) . السيوطي ، الأشباه والنظائر (٨٧) . المقرئ ، القواعد

(٢٩٤/١) .

لمصلحة عامة ، ومن الأحكام التي نصت عليها الشريعة: مبدأ «النزع الجبري لتحقيق مصلحة عامة» ؛ كاستملاك الأرض المجاورة للمسجد أو للطريق لتوسيعهما ، كما أجازت الشريعة لولي الأمر أن يبيع الأموال المحتركة جبراً عن أصحابها بسعر المثل حماية لمصلحة المستهلكين^(١).

كما نص الفقهاء على جواز الحجر على المفتي الماجن ، والطبيب الجاهل، والمكاريء المفلس ، وجواز الحجر على السفه الذي يتصرف في أمواله تصرفاً لا يصدر من العقلاء ، وفي جميع هذه الحالات يجوز لولي الأمر أن يتدخل في هذه التصرفات الفردية بقصد حماية المصالح الجماعية .

ومفهوم المصالح الجماعية ليس جامداً ولا محدداً بصورة ثابتة، فالمجتمع يتطور في ظروفه الاقتصادية وأوضاعه الاجتماعية ، وتظهر في كل يوم صور جديدة من صور ظلم الإنسان لأخيه الإنسان ، والدولة الإسلامية مكلفة بوضع الأنظمة والأحكام التي تستطيع من خلالها أن تحمي المصالح الاجتماعية^(٢).

ج- تدعيم المبادئ الأخلاقية :

لا تختلف المبادئ الأخلاقية عن المقاصد الشرعية ، فالمقاصد الشرعية تهدف إلى تحقيق المصلح الجماعية المتفقة مع المبادئ الأخلاقية ، فلا فصل بين المقاصد الشرعية والمبادئ الأخلاقية ، لأن الشريعة ما جاءت بأحكامها إلا لإقرار المبادئ الأخلاقية ورعايتها وتدعيمها عن طريق القوة الإلزامية التي يتصف بها التشريع ولو تأملنا في معظم المبادئ الشرعية الأساسية مثل مبدأ العدالة ، ومبدأ الإحسان ، ومبدأ المساواة وتحريم الاستغلال والإضرار ، لوجدنا أن هذه المبادئ التي رعاها الإسلام ما هي إلا مبادئ

(١) ينظر ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (٢٥٦/٥) . الباجي ، المتفتي شرح الوطأ (١٧/٥).
ابن القيم ، الطرق الحكيمة (٢٥٣) . الماوردي ، الأحكام السلطانية (٢٥٦) . ابن تيمية ، المسبة في الإسلام (١٧) .

(٢) النبهان ، أبحاث في الاقتصاد الإسلامي (١٢٠) .

أخلاقية ؛ جاء الإسلام لحمايتها وتدعيمها ولأجل رعاية المبادئ الأخلاقية فقد حرص التشريع الإسلامي على تحريم كل فعل - ولو كان مباحاً في الأصل - إذا كان يتضمن معنى الإضرار أو يهدف إليه ، لقوله ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار)^(١). ومن هذا الحديث فقد استنتج الفقهاء المعاصرون منع التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي . فالفعل إذا كان يتضمن القصد الضار يمنع ؛ لأن هذا القصد منافي للمبادئ الأخلاقية، ولهذا فإن الفعل المباح ينتقل إلى التحريم إذا تضمن هذا القصد الذي يتنافى مع الأخلاق^(٢).

ولما كانت العدالة بجوانبها المادية والمعنوية هي مبدأ من المبادئ الأخلاقية فإن حمايتها يعد مقصداً من مقاصد الشريعة ، وكل ما يعارض مبدأ العدالة ، أو يتنافى معه ، أو يتصادم به ؛ فإنه محرم .

ولما كانت مهمة الدولة الإسلامية هي حماية المقاصد الشرعية فإن تدخلها في هذه الحالة واجب ؛ لإعادة الحق إلى نصابه ، ولتدعيم المبادئ التي يجب أن تبقى مصانة^(٣).

المطلب الثالث : آراء الباحثين في عملية الخصخصة وأدلتهم :

إذا تأملنا في عملية تحويل الملكيات العامة للقطاع الخاص ؛ نجد أنه لا يزال الجدل قائماً بين المؤيدين والمعارضين لها ، والساحة الدولية مليئة بتيارات فكرية متباينة حولها .

وينظر المعارضون لعملية الخصخصة على أنها تدعو إلى تحجيم دور الدولة في النشاط الاقتصادي ، والعودة إلى المجتمعات التي يعيش فيها الأغنياء على حساب الفقراء ..

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه ، كتاب الأحكام ، باب من بنى في حله ما يضر بجاره (٧٨٤/٢) ، وصححه

الألباني في صحيح سنن ابن ماجة (٣٩/٢) .

(٢) التبهان ، أبحاث في الاقتصاد الإسلامي (١٢١) .

(٣) التبهان ، أبحاث في الاقتصاد الإسلامي (١٢٢) .

هذا من جهة ؛ ومن جهة أخرى يرى المؤيدون لعملية الخصخصة ، أنها تعالج كثيراً من المشاكل السائدة في اقتصاديات معظم الدول التي تعاني من التخلف . وفيما يلي نستعرض حجج كل منهما وأدلته :

أولاً : أدلة المعارضين لعملية الخصخصة :

استدل المعارضون لعملية تحويل الملكيات العامة للقطاع الخاص بما يلي:

أ- الخوف من الاحتكارات الخاصة والسيطرة على عمليات الإنتاج والتسويق : وقد وردت جملة من الأحاديث النبوية تدل على حماية أفراد المجتمع من وقوع الملكيات العامة التي يحتاجها الناس في مجملهم تحت هيمنة الملكيات الخاصة وقبضة القوى المالية الفردية .. ومن هذه الأحاديث: ما رواه أحمد في مسنده ، وأبو داود في سننه عن رجل من المهاجرين، من أصحاب النبي ﷺ قال: غزوت مع النبي ﷺ ثلاثاً أسمعته يقول: (المسلمون شركاء في ثلاث: في الكلا ، والماء ، والنار) ^(١). ومن ذلك أيضاً ما رواه أبو عبيد وأبو داود والترمذي وابن ماجة عن أبيض بن حمّال: أنه سأل رسول الله ﷺ واستقطعه الملح الذي بمأرب ، فقطعه له ، فلما أن ولى ، قال رجل من المجلس: أتدري ما قطعت له؟ إنما قطعت له الماء العذب بالأرض، فاستقال الأبيض في قطيعة الملح فقال: قد أقلتلك على أن تجعله مني صدقة . فقال النبي ﷺ: (هو منك صدقة ، وهو مثل الماء العد من ورده أخذه) ^(٢).

فهذه الأحاديث وغيرها تؤكد ضرورة أن يكون استغلال المنافع العامة التي يحتاج إليها الناس ؛ سواء أكانت استغلال موارد طبيعية أو بيع منافع

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٣٦٤/٥) . وأبو داود في سننه ، كتاب البيوع ، باب في منع الماء (٢٤٩/٢). أبو عبيد ، الأموال (٣٠٦) . وصححه الشيخ الألباني في صحيح سنن أبي داود (٦٦٥/٢) ، وكذلك في إرواء الغليل (٧/٦) .

(٢) أخرجه أبو عبيد ، كتاب أحكام الأرضين ، باب الإقطاع ، الأموال (٢٩٤) . وأبو داود في سننه ، كتاب الخراج والإمارة والفيء ، باب في إقطاع الأرضين (١٥٥/٢) . والترمذي في سننه ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في القطن ، عارضة الأحوزي (١٤٩/٦) . وابن ماجة في سننه ، كتاب الرهون ، باب إقطاع الأنهار والعين (٨٢٧/٢). وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود (٥٩٣/٢)، والملاوي في الأحكام السلطانية (١٩٧) .

عامة مثل : منفعة الكهرباء ، أو المواصلات ، أو التعليم أو غيرها ضمن نطاق العدل ، بحيث لا يؤدي منح بيع هذه المنافع إلى التحكم في المادة المنتجة أو المنفعة أو الخدمة المقدمة .

وكذلك تؤكد على أنه لا يجوز منح امتياز فرد أو جماعة من الأفراد أو تمليكهم أي منتج خدمي أو سلعي - إذا كان هذا المنتج يحتاج إليه عامة الناس- إلا ضمن شروط معينة تحفظ للناس حقوقهم ، وتمنع عنهم الاستغلال ، وتحقق مصلحة لعامة المجتمع^(١).

ب- عملية تحويل الملكيات العامة إلى القطاع الخاص تؤدي إلى تحجيم دور الدولة في النشاطات الاقتصادية :

إن استراتيجية عملية التحويل للمشروعات العامة إلى القطاع الخاص، التي تدعو إليها المؤسسات الدولية، كصندوق النقد الدولي ، والبنك الدولي، كشرط يجب أن تأخذ به معظم الدول النامية والإسلامية ، في أثناء التمهيد لإعادة جدولة ديونها طبقاً للقواعد المعروفة دولياً . والهدف الأساسي من ذلك هو إضعاف دور الدولة في النشاط الاقتصادي وتحجيمه ، خاصة في معظم دول العالم الإسلامي عن طريق القضاء على المشروعات التي ترمز للإرادة الحرة المستقلة في التنمية ، الأمر الذي يؤدي بالتالي إلى تقليص دور الدولة ، حتى في النشاط الاجتماعي^(٢).

ج- مقايضة الدين الخارجية بأصول الملكيات العامة تؤدي إلى زيادة السيطرة الأجنبية على الاقتصاد الوطني :

إذا أمعنا النظر في عملية الخصخصة في بعض الدول الإسلامية نجد أن كثيراً من الدول الأجنبية قد ساهمت في رأس المال التابع للمؤسسات والملكيات العامة المراد تحويلها إلى القطاع الخاص ، مقابل جزء من الديون

(١) الشباني ، محمد ، الخصخصة من المنظور الإسلامي (٣٩) .

(٢) الرضوي ، مدلين ، التوجه نحو الخصخصة في الاقتصاد السعودي (٢٢) .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

الخارجية ، فيؤدي هذا الأسلوب إلى السيطرة الاقتصادية على الدول الإسلامية ، ومن ثم التدخل في الشؤون الداخلية والمواقف السياسية والتشريعية للدولة ، فتصبح مسلوقة الإرادة والحرية .. (١).

د- عملية تحويل الملكيات العامة إلى القطاع الخاص تؤدي إلى إهمال البعد الاجتماعي للدول الإسلامية :

إن دور القطاع العام لا يقتصر على القيام بالنشاطات الاقتصادية أو التجارية فقط وإنما يقوم بوظائف اجتماعية عديدة : منها محاربة البطالة والفقر ، فإذا لم يتم إعادة تأهيل العاملين وتدريبهم في القطاع العام الذي سيتم تحويله إلى القطاع الخاص سيكون هناك نوع من البطالة (٢).

وبناء على ذلك : فإن الفقه الإسلامي مقاصدي التوجه ، لذا فإن التسرع إلى احتضان عملية تحويل الملكية العامة للقطاع الخاص دون ضوابط يشابه تماماً الهروب إلى عملية السلام أو التسليم ، دون شروط موضوعية أو حتى دون احتراز مصيري .

لذا أكد الأستاذ عبد الملك الحمر على ضرورة تجنب خطايا الخصخصة السبع : « لا تزد الإيرادات إلى أقصى حد فحسب ، بل هيئ لها بيئة تنافسية - ولا تجعل الاحتكارات الخاصة تحل محل الاحتكارات العامة - ولا تبع عن طريق إجراءات تقديرية أو غير واضحة بما يثير ادعاءات بوجود فساد ومحسوبية - ولا تستخدم حصائل البيع في تمويل عجز الميزانية ، بل سدّد الدين القومي - ولا تزحم الأسواق المالية بقروض عامة في وقت تصفى فيه الاستثمارات العامة - ولا تقدم وعوداً كاذبة للقوى العاملة ، بل

(١) الربضي ، مدلين ، التوجه نحو الخصخصة في الاقتصاد السعودي (٢٥) .

(٢) أوانج . محمد صيري ، الخصخصة في ضوء الشريعة الإسلامية (٣٢) . وانظر: مؤتمر اقتصاديات دول مجلس التعاون الخليجي - المجلد الأول ، فرص القرن الحادي والعشرين بالأحساء ١٩-٢٠ ذو القعدة ١٤٢١ هـ ، ص ٦٧ . الناعوري وآخرون ، خصخصة المؤسسة العامة القطرية للاتصالات السلكية واللاسلكية ضمن مجلة الإدارة العامة ، المجلد (٣٧) ، العدد (٤) شوال ١٤١٨ هـ ص (٧٣٦) .

دربها من أجل صناعات جديدة - ولا تعتمد على الأوامر التنفيذية فحسب، بل أوجد توافقاً سياسياً في الآراء»^(١).

ثانياً : أدلة المؤيدين لعلمية الخصخصة :

استدل المؤيدون لعملية تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص بما يلي:

أ- اعتبار عملية الخصخصة من المهام والسياسات العامة للدولة الجائزة شرعاً :

تعد عملية تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص عند المؤيدين لها من السياسات العامة للدولة ، وهي داخلة ضمن مجال المرونة في التشريعية الإسلامية ، وذلك لأن المعاملات الإسلامية تقع أساساً في حكم المباح الحلال إلا ما ورد به نص محظور؛ كالربا والاحتكار والغرر ..

وأساس السماح لهذه العملية هو : قوله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رِيكُ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾^(٢). وقوله تعالى: ﴿وَيَسْتَخْلَفُكُمْ فِي الْأَرْضِ فَيَنْظُرُ كَيْفَ تَعْمَلُونَ﴾^(٣). ووجه الدلالة من الآيتين أن من مقتضيات الاستخلاف البحث عن طرق تطور أساليب الاستثمار ووجوه الانتفاع والتحري عن أفضل طرائق الكسب المشروع وأكثرها مصلحة للإنسان؛ ويدخل ضمن ذلك عملية الخصخصة^(٤).

وأيضاً يدل على ذلك حديث مسلم الذي أخرجه عن ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر بن الخطاب أجلى اليهود والنصارى من أرض الحجاز ، وأن رسول الله ﷺ لما ظهر على خيبر أراد إخراج اليهود منها ، وكانت الأرض حين ظهر عليها لله ولرسوله وللمسلمين ، فأراد إخراج اليهود منها، فسألت اليهود رسول الله ﷺ أن يقرهم بها على أن يكفوا عملها ولهم

(١) الحمر ، عبد الملك ، هذه هي خطايا الخصخصة السبع (٤٦) ضمن مجلة الاقتصاد الإسلامي ، العدد (١٩١) ، السنة السادسة عشرة ، شوال ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م .

(٢) سورة البقرة الآية ٣٠ .

(٣) سورة الأعراف الآية ١٢٩ .

(٤) أوانج ، محمد صبري ، الخصخصة (١١٢) .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

نصف الثمر ، فقال لهم رسول الله ﷺ: (نقرمك بها على ذلك ما شئنا) ففروا بها ، حتى أجلاهم عمر إلى تيماء وأريحاء^(١).

وقد استنتج محمد صبري أوانج من التطبيق الإسلامي تجاه أرض خيبر - كما في الحديث السابق - الأمور التالية :

١- أن الإسلام لا يمنع من أن يمنح للأجانب حق استغلال مورد وطني نظير جزء معين من الناتج ، طالما كانت إمكانيات استغلاله غير متاحة للمسلمين ، على أن يكون هذا الاستغلال تحت هيمنة الدولة ، سواء في مراقبة الإنتاج أو في تحديد مدة الاستغلال ، وشريطة أن يكون المورد ضرورياً للأمة ولتقدمها ، ولا يمكن تأجيل استغلاله للمستقبل .

٢- إذا توافرت الإمكانيات ، فمن الواجب أن يباشر المسلمون بأنفسهم في استغلال كل مورد وطني يزيد في تقدم الأمة ورفيها^(٢).

ب- عملية تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص تؤدي إلى تخفيف العبء المالي عن الموازنة العامة :

يرى أنصار استراتيجية الخصخصة أن لها مردوداً إيجابياً على صعيد الوضع المالي للموازنة العامة ، من حيث تحسين مستوى الكفاءة الاقتصادية والمشاريع المحولة للقطاع الخاص ؛ إضافة إلى توقف الدعم المالي الموجه للمشاريع المتعثرة الذي يستنزف الكثير من خزينة الدولة، ويعمل على تخفيض حجم المديونية وما يتبعه من أقساط وفوائد ، بجانب زيادة الإيرادات للدولة إذا تمت عملية الخصخصة عن طريق البيع ، مما ينتج من ذلك انخفاض عجز الموازنة العامة للدولة ، وتخفيض الأعباء والتكاليف الإدارية على الدولة ، وعلى الأقل وقف زيادتها مما قد يخفف عجز الميزانية للدول الإسلامية^(٣).

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب المساقاة والمزارعة (٤/١٠/٢١٢) بشرح النووي .

(٢) أوانج ، محمد صبري ، الخصخصة (١١٤) .

(٣) نجار ، أحمد منير ، المشاريع الصغيرة والخصخصة في إطار العولمة ، ضمن مؤتمر اقتصاديات دول مجلس التعاون الخليجي ، المجلد الأول ، الاحساء ١٩ ذو القعدة ١٤٢١هـ ، ص ٦٦ ، الربضي ، مدلين ،

التوجه نحو الخصخصة في الاقتصاد السعودي (٣٠) .

ج- توسيع قاعدة الملكية الخاصة في المجتمع :

من بين الحجج الهامة التي تساق عادة في مجال الترويج لفكرة النقل من الملكية العامة إلى الملكية الخاصة ؛ تلك المتعلقة بتوسيع قاعدة الملكية الخاصة في المجتمع عن طريق خلق طبقة عريضة من صغار المساهمين بما في ذلك العاملون في المشروعات التي يتم نقل ملكيتها .. مما يؤدي إلى تأسيس نظام اقتصادي جديد، يحلو للبعض تسميته «بالرأسمالية الشعبية» بمعنى أن يصبح العاملين شركاء لا أجراء ، بحيث يتمكن جمهور عريض من صغار المستثمرين والعمال من شراء الأسهم ، لا سيما الشركات التي يعملون بها ، مما يؤدي إلى خلق الحوافز لتوجيه الموارد المتاحة نحو الاستخدامات الأكثر إنتاجية ، ويدفع بالعمال إلى بذل المزيد من الجهد والعطاء لتحقيق أقصى عائد ممكن^(١).

د- القضاء على الفساد الإداري والمحسوبية :

يعزز المؤيدون لعملية الخصخصة بأنها ستؤدي إلى القضاء على بعض الانحرافات وفساد السلوكيات والاختلاسات وإبتراز الأموال ، وتفشي ظاهرة المحسوبية ، وعدم وضع الرجل المناسب في المكان المناسب ، كما أنها ستقضي على ظاهرة النفاق والرياء بين العاملين ورؤسائهم ، وهذا قد يترتب عليه كسب بدون جهد ، ومغرم بدون مغرم ، وترقي بدون أحقية، واستياء بين العاملين ، وزرع بذور الحقد والكراهية .. ومحصلة هذا كله هو انخفاض الربحية أو تحقيق الخسارة .

إن حل هذه المشاكل الخطيرة في نظر أنصار الخصخصة يكمن ويتجلى في تحول الملكيات العامة إلى القطاع الخاص ، لأنه قادر على جذب الطاقات ذات الكفاءة العالية ، وتوظيفها في المكان المناسب ، إضافة إلى سعيه في مواكبة المستجدات الاقتصادية والتقنية ، إلى جانب قدرته على

(١) عبد الفضيل ، محمود ، مشاكل إحلال الملكية الخاصة محل الملكية العامة ، ضمن القطاع الخاص والسياسات العامة في مصر (٧٥) ، مركز البحوث والدراسات السياسية بجامعة القاهرة ١٩٨٩ م .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

اتخاذ القرارات الاقتصادية السليمة القائمة على أسس الدراسة الموضوعية، وليس على طريق الروتين والوساطة والمحسوبية^(١).

الفقه الإسلامي وعملية الخصخصة :

ينطلق الموقف الإسلامي من الأخذ بالملكية المزدوجة الخاصة والعامة، كمبدأ أساسي ، فالفقه الإسلامي بمفهومه ومبادئه الواردة بالشرع الحنيف في إطار منظومة متكاملة ؛ يزاوج بين الملكية الخاصة والملكية العامة .. ولا يفترض مقدماً أن هناك تعارضاً بين المملكتين ، وبالتالي يضحي بالملكية الخاصة في سبيل الملكية العامة وبصفة دائمة ، كما يفعل النظام الاشتراكي ..

وكذلك فإن الفقه الإسلامي لا يفترض مقدماً أن الفرد حين يعمل لتحقيق مصلحته ؛ فإنه يقدم مصلحة الفرد على المصلحة العامة ، وبالتالي يقدم الملكية الخاصة على الملكية العامة دائماً وكقاعدة ؛ كما يفعل النظام الرأسمالي .

فالشريعة الإسلامية لها سياستها المتميزة التي لا تركز على المصلحة الخاصة فقط ، شأن النظام الرأسمالي ، ولا على المصلحة العامة فقط ، شأن النظام الاشتراكي ، وإنما هذه السياسة تقوم على رعاية المملكتين معاً، ومحاولة تحقيق التوازن بينهما .

إن إقرار الفقه الإسلامي للملكية قائم على حقيقة أن الله سبحانه وتعالى استخلف الإنسان (المجتمع الإسلامي) على ما في الأرض .. يقول الله تعالى: ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾^(٢).

فالأصل في الفقه الإسلامي المزاوجة بين الملكية الخاصة والملكية العامة،

(١) الربضي ، الترجه نحو الخصخصة (٣١) . شحاتة ، حسين ، روشة إسلامية لعلاج سلبيات القطاع العام ، ضمن مجلة الاقتصاد الإسلامي ، العدد (١٥٣) ، السنة الثالثة عشرة ، شعبان ١٤١٤هـ ص ٢٩ .

(٢) سورة البقرة الآية ٢٩ .

ومن الجدير بالذكر أن الملكية الخاصة والعامة في الفقه الإسلامي ليست ملكية مطلقة ، بل مقيدة بحدود الشريعة وضوابطها .

وعليه فإن حيابة الملكيات العامة أو الخاصة هي مسؤولية شرعية ، فلا يجوز استثمارها استثماراً غير كفي ، ناهيك عن استخدامها في المجالات المحرمة ، وبعبارة تكون الدولة ملزمة بالتدخل لمنع التجاوزات ^(١).

ومن أهم المعايير التي تحدد نطاق الملكية العامة في الفقه الإسلامي ما يلي :

أ- معيار الانتفاع الجماعي من المنتج أو الخدمة مثل الماء والكأ والنار والطرق والجسور ، وما في حكم ذلك ..

ب- معيار الأولويات الإسلامية: ولعل من أهم الضمانات الإسلامية لتحقيق التوأمة بين القطاع العام والخاص واستمرارها، ما أجمع عليه فقهاء الإسلام من تقديم الضروريات على الحاجيات ، وتقديم الحاجيات على التحسينيات ، بل إن الضروريات في الإسلام ليست في مرتبة واحدة ، فلا يراعى ضروري إذا كان في مراعاته إخلال بضروري أهم منه ، وبالمثل الحاجيات والتحسينيات .. ^(٢) وتطبيقاً لهذا المبدأ فإن المرافق العامة كتعبيد الطرق وتوفير المياه والكهرباء والأمن .. يجب على الدولة أن تتولاها حتى تضمن توافرها للناس لكونها فرض كفاية ، فحاجات الناس الضرورية لا ينبغي إخضاعها لعملية الخصخصة ، لما يترتب على ذلك من تهديد لكيان الفرد في المجتمعات الإسلامية .

ج- معيار الموازنة والملاءمة بين المصالح: فهناك المصالح الفردية، وهناك المصالح العامة ، فلا يجوز أن تطغى المصالح العامة على مصالح الفرد وطموحاته وحافزه للعمل والإنتاج والتملك ، كما لا يجوز أن تطغى مصالح الفرد على ضروريات المجتمع وحاجياته وتظهر ما يشبه الاحتكار.

(١) البصري . كمال ، الاقتصاد الإسلامي بين التأميم والخصخصة (١٠٥) ضمن مجلة الاجتهاد للابحاث والترجمة والنشر ، العدد (٣٧) ، السنة التاسعة ، خريف ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م ، بتصرف .

(٢) الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة (٣٢٧-٣٢٥/٢/١) بتصرف .

د- معيار درء الضرر وجلب المنفعة العامة: فهناك حالات طارئة يتطلب الأمر أن تتدخل الملكية العامة لتحقيق مصالح المسلمين العامة أو دفع الضرر^(١).

أسباب خسارة القطاع العام :

من المهم النظر بتمعن في سلبيات القطاع العام (الملكيات العامة)، ومن ثم المحاولة الجادة في معالجة سلبيات خسارة القطاع العام وأسبابها.. هذا أولى من المسارعة إلى احتضان الخصخصة دون ضوابط وقيود . وإذا تأملنا في أسباب خسارة القطاع العام نجد أنها تتجلى في التالي :

أ- سياسة التمويل الربوي : تلتزم شركات القطاع العام بتمويل عملياتها عن طريق النظام الربوي ، والذي يؤدي في النهاية إلى إرهاق تلك الشركات وارتفاع التكلفة ، وهذا بدوره يقود إلى تحقيق الخسارة .

ب- سياسة التوظيف بدون حاجة : حيث تقوم الحكومة بتخصيص عمالة على بعض شركات القطاع العام ، وهي ليست في حاجة إليها ، مما يسبب ارتفاعاً في التكاليف ، وتقليل مستوى الكفاءة والإنتاج ؛ وهذا من أهم أسباب خسارة الملكيات العامة للدولة .

ج- الإدارة غير المختصة : فأحياناً تفرض الحكومة رؤساء مجالس إدارة أو أعضاء منتدبين لبعض شركات القطاع العام ليسوا من ذوي الخبرة والاختصاص في مجال المؤسسات ، بل لمكانتهم السياسية أو الشخصية من القيادة العليا . وهذا بدوره أدى إلى انخفاض في مستوى الإدارة .. مما قد يؤدي إلى تحقيق خسارة أو ضياع فرص ربحية .

د- سياسة الشراء من مصادر معينة : فأحياناً تلزم الحكومة بعض شركات القطاع العام بضرورة شراء مستلزمات النشاط من دولة معينة،

(١) شحاتة ، حسين ، روشة إسلامية لعلاج سلبيات القطاع العام (٢٧) ضمن مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد (١٥٣) ، السنة الثالثة عشرة ، شعبان ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م .

وبشروط مفروضة لأغراض سياسية ، وربما تكون هذه الشروط مجحفة وسبباً من أسباب انخفاض الجودة أو ارتفاع التكاليف ؛ وهذا بدوره يسبب خسارة^(١).

هـ- تفشي ظاهرة الاختلاسات وإبتزاز الأموال، ومحاولة معالجتها تحت بنود التكاليف أو المصاريف .. وهذا بدوره يضخم التكاليف من الربحية .

و- انخفاض مستوى الولاء للعمل : حيث نلاحظ أن فريقاً كبيراً من العاملين في الشركات والمؤسسات الحكومية يؤمنون بمفاهيم وشعارات خطيرة مثل: «الذي يعمل مثل الذي لا يعمل» و«نعمل في حدود الأجر الذي نحصل عليه» و«الذي يعمل كثيراً يخطئ كثيراً» .. إلخ^(٢).

معالجات (أسس ترشيد بعض مؤسسات القطاع العام) :

للفقه الإسلامي منهجه القويم لعلاج الأسباب والسلبيات الاجتماعية والسلوكية والخلقية لخسارة الملكيات العامة . فالإسلام دين القيم والمثل والأخلاق والسلوكيات الطيبة . ويلزم من ذلك ترشيد الملكية العامة الممثلة في ملكية الدولة لبعض الوحدات ذات النفع العام والجماعي . ومن الأساليب المقترحة لترشيد بعض وحدات الملكيات العامة ما يلي :

أولاً : إصلاح الإدارة العليا وتقويمها أو إبدالها بما هو أفضل منها في ضوء المعايير الإسلامية الآتية :

أ- معيار القيم والمثل العليا والخشية من الله ، واستشعار أن هذا المال ملك لله عز وجل ، وأن هذا المدير له وقفة مع الله للحساب ، فإذا صلح الراعي صلحت الرعية ، حيث تبين أن الفساد الإداري كان له النصيب الأكبر في تردي القطاع العام وتبديد أمواله .

(١) شحاتة ، حسين ، روشة إسلامية لعلاج سلبيات القطاع العام (٢٨) ضمن مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد (١٥٣) .

(٢) شحاتة ، حسين ، روشة إسلامية لعلاج سلبيات القطاع العام (٢٨) ضمن مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد (١٥٣) . الأبرش ، محمد وآخرون ، الخصخصة (٤١) .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

ب- معيار الكفاءة والخبرة والقوة والقدرة، ولا يجب أن تكون التزكية للإدارة العليا في القطاع العام على أساس العلاقات الشخصية أو المجاملات.
ثانياً : إصلاح الهيكل التمويلي وتجنب المعاملات الربوية والإسراف والتبذير :

فمن أهم الأسباب الرئيسة لانحيار القطاع العام هو الخلل بين التمويل الذاتي والتمويل الخارجي بقروض ربوية ، ويعد عبء التمويل المتمثل في الفوائد الربوية من أبرز عناصر التكاليف ، والذي ساهم بدور واضح في الخسارة أو قلة الأرباح .. فيجب إسقاط الفوائد الربوية المتراكمة وتتحمل الدولة هذه المسئولية تماماً ، ووقف الحصول على أي قروض ربوية، ويكون البديل الإسلامي لذلك هو نظام التمويل بالمشاركة .

كما ينبغي القضاء على كل نواحي الإسراف والتبذير والترف والمظهرية ونفقات المجاملات ، وهذا في حد ذاته يؤدي إلى تحقيق وفرة في التدفقات النقدية الخارجة «المصروفات» وبالتالي يحافظ على السيولة وينمي الأرباح^(١).

ثالثاً : إصلاح سياسات التسعير والتسويق :

قد يرجع بعض الباحثين الفشل في بعض وحدات القطاع العام إلى تدخل الدولة في التسعير والتسويق ؛ ولدرء ذلك يجب اتباع ما يلي :

أ- إيجاد سوق حرة تنافسية خالية من الاحتكار والفرر والجهالة والغش والتدليس ، يتنافس فيها المنتجون سواء بسواء ، حتى تكون حافزاً على زيادة الإنتاج والإنتاجية وضبط النفقات وترشيدها .

ب- يكون دعم الدولة متمثلاً في شراء المنتجات بسعر السوق وبيعها للفقراء والمساكين بالسعر الذي تراه ، حتى لا يستفيد الأغنياء من الدعم .

(١) شحاتة ، حسين ، في ظل سياسة الخصخصة : كيف نمحي مجتمعتنا الإسلامية من سيطرة رأس المال الأجنبي ؟ ضمن مجلة الاقتصاد الإسلامي ، العدد (١٨٤) تحقيق: ضياء الدين محمد ، ص ٣٣ .

ج- تقوم الدولة بحماية الإنتاج المحلي من القطاع العام والخاص عن طريق الفرائض المالية التي تتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية .

د- الاهتمام بنظم الرقابة على الأسواق .

هـ- إعادة النظر في نظام الضرائب بصفة عامة (١).

وقصارى القول إن موقفنا وتأييدنا للإصلاحات الهيكلية المرجوة في نظام الملكيات العامة ، والإبقاء عليها ، خاصة التي تتعلق بالاحتياجات الأساسية والضرورية للمجتمعات الإسلامية مثل : المياه والكهرباء والجسور والأنهار .. وكل ما يتعلق بالبنية الاقتصادية الأساسية ، وفي هذا الخصوص يقول العلامة ابن قدامة المقدسي: «وما كان من الشوارع والطرقات والرحاب بين العمران ، فليس لأحد إحيائه ، سواء كان واسعاً أو ضيقاً ، وسواء ضيق على الناس بذلك أو لم يضيق ؛ لأن ذلك يشترك فيه المسلمون ، وتتعلق به مصالحهم ، فأشبهه مساجدهم . ويجوز الارتفاق بالقعود في الواسع من ذلك للبيع والشراء ، على وجه لا يضيق على أحد، ولا يضر بالمارة ؛ لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك ، من غير إنكار» (٢)، (٣).

هذا الموقف لا يعني عدم الاهتمام بالخصخصة ، كما لا يلغي إمكانية التوأمة بين القطاع الخاص والعام ضمن توليفه خطة تعمل لصالح المجتمع، وتنمية قدراته البشرية بصورة خاصة (٤).

(١) شحاتة ، حسين ، في ظل سياسة الخصخصة : كيف نحمي مجتمعاتنا الإسلامية من سيطرة رأس المال الأجنبي ؟ ضمن مجلة الاقتصاد الإسلامي ، العدد (١٨٤) تحقيق: ضياء الدين محمد ، ص ٣٤ .

(٢) ابن قدامة . المغني (١٦١/٨) . تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو .

(٣) ويدل هذا على ضرورة الاستمرار في الاعتماد على الملكية العامة.. انظر: الأبرش ، الخصخصة (٢١٢).

(٤) وهذا يتأتى -كما أشار الدكتور الشباني- ببقاء أصل ملكية الموارد الطبيعية بيد الدولة ، ومشاركة الدولة في استثمار هذه الموارد ، مع إتاحة الفرصة للأفراد بوصفهم عنصراً من عناصر الإنتاج (وهو عنصر العمل) بالمشاركة في استغلال هذه الموارد ، مع إشراك رأس المال من خلال استغلال رؤوس الأموال عن طريق قيام الدولة بتوفير الأصول الثابتة التي تساعد قوة العمل على ممارسة النشاط بواسطة المشاركة في العملية الإنتاجية بالعمل ، ومشاركة أصحاب رؤوس الأموال من خلال توفير رؤوس الأموال التشغيلية . انظر: الشباني ، الخصخصة (٤٠) .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

إن موضوع الخصخصة يجب أن يخضع للبحث بهدف تحديد الجدوى الاقتصادية والاجتماعية في كل مرفق من المرافق الغير ضرورية ، فما يصلح لقطاع لا يصلح لقطاع آخر ، وما يصلح لدولة لا يصلح لآخرى .. فالخصخصة عند المؤيدين لها يجب أن تدرس من جانب قدرتها على تحقيق الكفاءة الإنتاجية ، ومن جانب قدرتها في الحفاظ على التوازن الاجتماعي والأمن السياسي ^(١).

ولذلك عكف البعض منهم - مثل الدكتور حسين شحاتة وغيره - على وضع عدد من الضوابط الإسلامية لبيع القطاع العام وتحويله إلى ملكية خاصة .. ومن الضوابط المقترحة لعملية البيع في هذا الصدد مايلي:

أولاً : الضوابط الاجتماعية والأخلاقية ؛ وتتمثل في الآتي :

- أ- المحافظة على المنافع الاجتماعية لوحدات الملكية العامة المحدد بيعها.
- ب- إعطاء الأولوية للعاملين في هذه الوحدات في عملية الشراء .
- ج- إعطاء هؤلاء العاملين تسهيلات ؛ حتى يتحقق الخير الاجتماعي لهم .
- د- وضع الضوابط لمنع تشريد العاملين بهذه الوحدات ما دامت تتوافر فيهم المقومات الأخلاقية والمهنية والكفاءة ، أما العمالة المفروضة لأسباب سياسية يجب التخلص منها فوراً ، وتحمل الدولة هذه المسؤولية .
- هـ- من حق المشتريين تطهير الإدارة العليا من العناصر غير الامينة وغير المؤهلة للإدارة ، والتي كانت قد تسلفت لأغراض شخصية .
- و- اختيار أعضاء لجان وحدات الملكية العامة المحدد بيعها ممن تتوافر فيهم القيم والأخلاق الإسلامية .

(١) البصري ، كمال ، الاقتصاد الإسلامي بين التأميم والخصخصة (١٠٥) ، ضمن مجلة الاجتهاد ، العدد (٣٧) بتصريف يسير .

ز- التحذير من استغلال النفوذ في سبيل امتلاك شيء من الأشياء ، أو الحصول على ربح أو منفعة من وراء ذلك ^(١).

ثانياً : الضوابط الاقتصادية ؛ وتتمثل في الآتي :

أ- وضع معايير في ضوئها تحدد الوحدات الاقتصادية التي يمكن بيعها، حسب الأولويات .

ب- وضع ضوابط لصيغة البيع الملائمة لكل وحدة ، حتى لا يكون البيع صورياً من حيث الإجراءات وتباع الوحدات لمن يرغب ، وبالثمن الذي يرغبه .

ج- إعادة النظر في الامتيازات التي كانت تعطى لهذه الوحدات نظير دورها الاجتماعي من حيث الإبقاء أو الإلغاء .

د- أن تكون الغاية من عملية البيع هي زيادة الإنتاجية وتقليل الخسائر ^(٢).

ثالثاً : الضوابط الإدارية ؛ وتتمثل في الآتي :

لا يجوز لغير العرب أو المسلمين شراء وحدات القطاع العام المحدد بيعها أو المساهمة في شرائها ، وإلا فسوف يتسلط على هذه الوحدات أعداء المسلمين والذين يوالونهم ، وبذلك نكون قد استبدلنا بضرر قليل ضرراً عظيماً خطيراً .

رابعاً : الضوابط المالية ؛ وتتمثل في الآتي :

أ- تحديد ثمن البيع وترجمته في صورة أسهم ، وأن تكون قيمة السهم قليلة حتى يستطيع أصحاب المخزرات الصغيرة شراءها ^(٣).

(١) شحاتة ، حسين ، في ظل سياسة الخصخصة: كيف نحمي مجتمعاتنا الإسلامية من سيطرة رأس المال الأجنبي ؟ (٣٢) ضمن مجلة الاقتصاد الإسلامي . أوانج ، محمد صبري ، الخصخصة في ضوء الشريعة الإسلامية (١٣٢) .

(٢) شحاتة ، حسين ، في ظل سياسة الخصخصة (٣٢) - أوانج ، محمد صبري ، الخصخصة (١٢٨) . النجار ، مصلح ، تاصيل الاقتصاد الإسلامي (٣١٢) .

(٣) وهذا ما أقدمت عليه حكومة المملكة العربية السعودية ، حيث عرضت مؤخراً شركة الاتصالات السعودية في صورة أسهم يسيرة على المستثمرين الصغار .

* تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي *

ب- وضع أسس مالية ميسرة للعاملين بهذه الوحدات عند سداد الثمن .
ج- وضع أسس مالية لكيفية استثمار المبالغ المحصلة حتى لا تستخدم في مجالات لا تساهم في النشاط الاقتصادي ، ويترتب على ذلك مضاعفة الكساد .

د- وضع ضوابط لضمان سداد بقية الثمن في حالة البيع على آجال .
هـ- عدم تحميل هذه الوحدات المباشرة بالأعباء المالية مثل فوائد الديون والقروض ، وتسوية كل هذا عند تحديد صافي القيمة البيعية ^(١) . يقول الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ، ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ ^(٢) .

ومما ينبغي التنبيه عليه في تلك الضوابط .. الإشارة بأن الأصل في وضع التنظيمات الإباحة ، وقد يرتقي إلى الاستحباب أو الوجوب ، بحسب الظروف والأحوال ، ويستعان في وضعها بأهل الخبرة والضبط .
والضوابط الشرعية لوضع التنظيمات في تقدير الدكتور محمد الأشقر أربعة :

أولاً : أن لا تخالف التنظيمات حكماً شرعياً ، وذلك بأن لا تجيز معاملة محرمة شرعاً ؛ إلا في أحوال الضرورات ، ولا تمنع أمراً واجباً شرعاً ، ولا تغفل عن تطبيق أمر أوجبه الشرع يختص بتلك المعاملة والعاملين فيها . وأما المباحات ونحوها فلا مانع من وضع القيود عليها عندما يظهر في التقيد وجه المصلحة .

ثانياً : أن يلتزم بكون الهدف من وضع التنظيم تحقيق المصالح العامة للمجتمع ، بالكلم أو النوع -أي الوصف المشترك بين مجموعة من الرعايا- لا المصالح الخاصة .

(١) شحاتة ، حسين ، في ظل سياسة الخصخصة (٣٣) .

(٢) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

ثالثاً : أن يكون لدى الواضعين للتنظيم الخبرة والكفاءة لتقدير تلك المصالح وتقدير العواقب المنظورة وغير المنظورة ، التي تنتج من وضع تلك التنظيمات موضع العمل .

رابعاً : معرفة ما كان لدى المسلمين من التنظيمات في عصر النبوة والخلافة الراشدة ، ثم عبر عصور حضاراتهم ، واستمداد تركيبة الهيكل التنظيمي منه ، بعد تطويرها بما يلائم مقتضيات العصر ، من أجل أن يتسلسل البنيان الحضاري للأمة الإسلامية ، ويرتفع على جذوره الحقيقية وأساساته المنبثقة عن الإسلام ، ولا يمنع ذلك من الاستفادة مما لدى غير المسلمين ، على أن لا يطغى على الصبغة الإسلامية ^(١).

(١) الأشقر ، محمد ، الأسس والقواعد التي تحكم النشاط التجاري في الإسلام (١/١٤٢-١٤٣) ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة لمجموعة من الأساتذة في الجامعة الأردنية . النجاة مصلح ، تاصيل الاقتصاد الإسلامي (٣٦٢) .

خاتمة

الحمد لله الذي وفقنا إلى إتمام هذا البحث ، وقد حاولنا فيه معالجة قضية قد طرحت نفسها بقوة على ساحة النقاش الفقهي المعاصر ، وذلك من خلال وضع الحلول المناسبة لها ، وفق النمط المعرفي السليم في التعامل مع فقه النوازل ، والذي يقوم على دراسة جادة لجميع المعطيات، وبيان النظرة الفقهية لها ، وصولاً إلى إبراز قدرة الفقه الإسلامي وفاعليته لتقديم حلول تستجيب لواقع العصر وتحدياته ، ونجاح الفقه الإسلامي المعاصر في تجاوز المستجدات والنوازل ؛ ليسبقه قبل ذلك دراسة القضية المستجدة دراسة معمقة ومؤصلة ، وتوظيف الفكر النظري في تنزيهه على الواقع العملي .

وقد استنتجنا القطع ببراء الفكر الفقهي الإسلامي وتنوعه ، وأنه ليس ضئيل الحجم أو سطحي الغوص ، كما يدعي الكثير من المستشرقين وتلاميذهم الحاقدين البلهاء .

وينبغي أن تتضافر الجهود الجماعية من العلماء ، ويجب تجنيد أهل الخبرة والاختصاص لمعالجة القضايا المستجدة ، خاصة في المجال الاقتصادي، لحماية النظام الاقتصادي الإسلامي ورعايته ، والنزول به إلى ساحة التطبيق العملي ، حتى نبرز ما تميز به الاقتصاد الإسلامي من أصالة ووضوح المعالم والمبادئ .

وفي ختام هذا البحث ، أسأل الله جل وعلا بأسمائه الحسنى وصفاته العلى أن يجعل عملي هذا كله صالحاً ، ويجعله خالصاً لوجهه الكريم ، إنه تعالى خير مسئول .

وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه أجمعين . وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

قائمة المصادر والمراجع

- ١- أندرو وورد ، الإطار القانوني للخصخصة في دولة الإمارات العربية المتحدة، ضمن «خصخصة قطاع الطاقة في دول الخليج العربية» يصدر عن مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية ، أبو ظبي، ط (١) ٢٠٠٠ م .
- ٢- أمير بادشاه ، محمد أمين ، تيسير التحرير شرح كتاب التحرير، مكتبة المعارف بالرياض ، دار الكتب العلمية ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣ م .
- ٣- أوانج، محمد صبري، الخصخصة «تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص في ضوء الشريعة الإسلامية»، دار النفائس، عمان، الأردن، ط (١) ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠ م.
- ٤- الأبرش ، محمد رياض ، ونيل مرزوق ، الخصخصة «آفاقها وأبعادها» دار الفكر بدمشق ، ط (٢) ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢ م .
- ٥- الألباني ، محمد ناصر الدين ، صحيح الجامع الصغير وزياداته، أشرف عليه: زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ، ط (٣) ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨ م .
- ٦- الألباني ، محمد ناصر الدين ، صحيح سنن أبي داود باختصار السند، علق عليه: زهير الشاويش، الناشر: مكتبة التربية العربي لدول الخليج، توزيع : المكتب الإسلامي ، بيروت ١٩٨٩ م .
- ٧- الألباني ، محمد ناصر الدين ، صحيح سنن ابن ماجه ، توزيع: المكتب الإسلامي، بيروت ١٩٨٦ م - ١٤٠٧هـ .
- ٨- الألباني ، محمد ناصر الدين ، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، بإشراف : زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ، ط (٣) ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥ م .
- ٩- الأشقر، محمد سليمان ، الأسس والقواعد التي تحكم النشاط التجاري، ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة لمجموعة من الأساتذة «محمد الأشقر وعمر الأشقر ومحمد شبير وماجد أبو رضية» دار النفائس ، الأردن، ط (١) ١٤١٨هـ - ١٩٩٨ م .
- ١٠- الباز ، عباس أحمد محمد ، أحكام المال الحرام في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان - الأردن ، ط (١) ١٤١٨هـ .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

- ١١- الباجي ، أبو الوليد سليمان بن خلف ، المنتقى شرح موطأ مالك ، دار الكتاب العربي ، بيروت - لبنان ، ط (١) ١٣٣١هـ .
- ١٢- البخاري ، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل ، صحيح البخاري ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ط (١) ١٤١٢هـ - ١٩٩٢ م .
- ١٣- البصري ، كمال ، الاقتصاد الإسلامي بين التأميم والخصخصة، ضمن مجلة الاجتهاد ، العدد (٣٧) ، السنة التاسعة ، بيروت ١٤١٨هـ - ٢٠٠٠ م .
- ١٤- البعلي، عبد الحميد محمود، أصول الاقتصاد الإسلامي ، دار الراوي، الدمام - المملكة العربية السعودية ، ط (١) ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠ م .
- ١٥- التركستاني ، حبيب الله بن محمد ، الخصخصة وثقافة العاملين: دراسة تطبيقية على شركة الاتصالات السعودية ، ضمن مجلة أبحاث اليرموك ، المجلد (١٧)، العدد (٢) ، حزيران ٢٠٠١ م .
- ١٦- التركماني، عدنان خالد ، المذهب الاقتصادي الإسلامي ، توزيع: مكتبة السوادي، جدة - السعودية ، ط (١) ١٤١١هـ - ١٩٩٠ م .
- ١٧- ابن تيمية ، أحمد بن عبد الحلیم ، الحسبة في الإسلام ، تحقيق: صلاح عزام، دار الشعب ، ط (١) ١٩٧٦ م .
- ١٨- الجرجاني ، علي بن محمد ، التعريفات ، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي ، ط (٢) ١٤١٣هـ .
- ١٩- الجزاف ، مهدي إسماعيل ، تجارب دولية في الخصخصة: دروس من تجارب ماليزيا ونيوزيلاندا والمكسيك ، ضمن مجلة العلوم الاجتماعية ، تصدر عن مجلس النشر العلمي بالكويت ، المجلد (٢٤)، العدد (٢) ، ١٩٩٦ م .
- ٢٠- الجزاف ، مهدي إسماعيل ، الجوانب القانونية للخصخصة، ضمن مجلة الحقوق، السنة التاسعة عشرة ، العدد (٤) رجب ١٤١٦هـ - ١٩٩٥ م .
- ٢١- ابن حنبل ، أحمد بن حنبل ، المسند وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، المكتب الإسلامي ودار صادر ، بيروت - لبنان .
- ٢٢- ابن حجر ، أحمد بن علي العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري،

المطبعة السلفية ، ط (١) ١٣٨٠ هـ .

٢٣- الحمر ، عبد الملك ، هذه هي خطايا الخصخصة السبع ، ضمن مجلة الاقتصاد الإسلامي ، يصدرها قسم البحوث والدراسات الاقتصادية بينك دبي الإسلامي، العدد (١٩١) شوال ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م، حوان أحمد سيف النصر .

٢٤- الخفيف ، علي ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي ، مصر ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م .

٢٥- ابن خلدون ، عبد الرحمن بن خلدون ، المقدمة ، تحقيق: وافي علي عبد الواحد، لجنة البيان العربي ، ط (١) ١٣٧٦ هـ .

٢٦- أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني ، سنن أبي داود ، دار الحديث، سوريا ، ط (١) ١٣٨٨ هـ .

٢٧- الدريني ، محمد فتحي ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، دارالبشير مؤسسة الرسالة ، ط (١) ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م .

٢٨- الدريني ، محمد فتحي ، النظريات الفقهية ، من مطبوعات جامعة دمشق في سوريا ، الطبعة الثانية .

٢٩- الدسوقي ، محمد عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، المكتبة التجارية، دار الفكر بدمشق .

٣٠- الرضوي، مدلين إلياس، التوجه نحو الخصخصة في الاقتصاد السعودي، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ط (١) ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.

٣١- ابن رجب ، عبد الله بن رجب الحنبلي ، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ط (١) ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م .

٣٢- رستم ، سليم رستم باز اللبثاني ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان .

٣٣- أبو زهرة ، محمد ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط (١) مطبعة فتح الله إلياس بجمهورية مصر العربية . طبعة أخرى: دار الفكر العربي ١٤١٦ هـ .

* تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي *

- ٣٤- الزحيلي ، وهبة ، المصادرة والتأميم ، دار المكتبي للطباعة والنشر، ط (١) ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م ، دمشق - سوريا .
- ٣٥- الزرقا ، مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام ، ط (١٠) دمشق ١٣٨٧هـ .
طبعة أخرى: ألف بآء الأديب بدمشق ، ط (٩) ١٩٦٧م - ١٩٦٨م .
- ٣٦- السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان ط (١) ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .
- ٣٧- سابا ، إلياس ، كيف نطبق الخصخصة والقطاع العام هزيل وغائب؟! ضمن مجلة الموقف ، تصدر عن المركز الوطني للدراسات والطباعة والنشر والتوزيع، العدد (١٠١) شعبان ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- ٣٨- الشاذلي ، حسن علي ، الاقتصاد الإسلامي «مصادره وأسس» ، دار الكتاب الجامعي ، القاهرة ط (٢) ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م .
- ٣٩- الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي ، الموافقات في أصول الشريعة، تعليق: عبد الله دراز ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان ط (١) ١٤١٥هـ .
- ٤٠- شلبي ، محمد مصطفى ، المدخل إلى التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية، ط(٢) مطبعة دار التأليف .
- ٤١- الشوكاني ، محمد علي ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير ، تعليق: سعيد اللحام ، المكتبة التجارية بمكة المكرمة.
- ٤٢- ابن الشاط ، سراج الدين أبي القاسم قاسم بن عبد الله الانصاري، إدرار الشروق على أنواء الفروق ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان .
- ٤٣- الشباني ، محمد بن عبد الله ، الخصخصة من المنظور الإسلامي، ضمن مجلة البيان ، العدد (٨٩) المحرم ١٤١٦هـ - يونيو ١٩٩٥م .
- ٤٤- شحاتة ، حسين ، في ظل سياسة الخصخصة: كيف نحتمي مجتمعاتنا الإسلامية من سيطرة رأس المال الأجنبي؟! تحقيق: ضياء الدين محمد ، ضمن مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد (١٨٤) السنة السادسة عشرة ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م .

- ٤٥- شحاتة ، حسين ، روشة إسلامية لعلاج سلبيات القطاع العام، ضمن مجلة الاقتصاد الإسلامي ، العدد (١٥٣) السنة الثالثة عشرة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- ٤٦- صالح ، سعاد ، مبادئ النظام الاقتصادي الإسلامي وبعض تطبيقاته ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ط (١) ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م .
- ٤٧- الطماوي، سليمان محمد ، مبادئ القانون الإداري ، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر ، ط (٢) ١٩٦٦م .
- ٤٨- عيسى ، نجيب ، الخصخصة في دولة الإسكوا ذات الاقتصاد المتنوع، ضمن مجلة المنطلق ، لبنان - بيروت ، العدد (١١٦) خريف ١٩٩٦م - ١٤١٧هـ .
- ٤٩- عبد الفضيل ، محمود ، مشاكل إحلال الملكية الخاصة محل الملكية العامة في الإطار المصري والمقارن ، ضمن «القطاع الخاص والسياسات العامة في مصر» يصدر عن مركز البحوث والدراسات السياسية بجامعة القاهرة ١٩٨٩م .
- ٥٠- العربي ، محمد عبد الله ، محاضرات عن الملكية الفردية في المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية المنعقد في ٧ مارس ١٩٦٤م .
- ٥١- العسال ، محمد أحمد وفتحي أحمد عبد الكريم ، النظام الاقتصادي في الإسلام «مبادئه وأهدافه» مكتبة وهبة ، القاهرة ، ط (١٣) ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م .
- ٥٢- أبو عبيد ، القاسم بن سلام ، الأموال ، تحقيق: خليل هراس ، دار الفكر، القاهرة - مصر .
- ٥٣- ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر ، ط (٢) ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .
- ٥٤- الفيروزآبادي ، محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة ، ط (٢) ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .
- ٥٥- الفنجري ، محمد شوقي ، المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي ، ط (١)، القاهرة - مصر ، سنة ١٩٧٢م ، دار النهضة العربية .
- ٥٦- ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون ، دار الجيل ، بيروت - لبنان، ط (١) ١٤١١هـ - ١٩٩١م .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

٥٧- قنديل ، أماني ، التحول نحو القطاع الخاص ، ضمن «القطاع الخاص والسياسات العامة في مصر» يصدر عن مركز البحوث والدراسات السياسية من جامعة القاهرة بمصر ١٩٨٩ م .

٥٨- قسطو ، جليل ، معجم المصطلحات التجارية الفني ، ط (١) مؤسسة الرسالة، بيروت ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧ م .

٥٩- القرضاوي ، يوسف ، دور القيم والأخلاق في الاقتصاد الإسلامي، الناشر: مكتبة وهبة ، القاهرة - مصر ، ط (١) ١٤١٥هـ - ١٩٩٥ م.

٦٠- ابن قدامة ، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، المغني ، تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو ، توزيع وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف بالمملكة العربية السعودية ، ط (٣) ١٤١٧هـ .

٦١- ابن قيم الجوزية ، شمس الدين محمد بن أبي بكر ، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية ، تحقيق: محمد الفقي ، دار الكتب .

٦٢- القراقي ، شهاب الدين أحمد بن إدريس ، الفروق ، عالم الكتب، بيروت .

٦٣- الكفوي ، أبو البقاء أيوب بن موسى ، الكليات ومعجم في المصطلحات والفروق اللغوية» تحقيق: عدنان درويش وآخرين ، مؤسسة الرسالة.

٦٤- لطفي ، شريف ، تقديم لكتاب «تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص» إعداد: ستيف . هـ هانكي ، دار الشروق ، ط (١) ١٤١٠هـ - ١٩٩٠ م .

٦٥- المصلح ، عبد الله ، الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالاتجاهات المعاصرة ، القاهرة: مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية .

٦٦- ماهر ، أحمد ، دليل المدير في التخصصة ، الدار الجامعية ٢٠٠٢ م .

٦٧- المنوفي ، كمال ، التحول نحو القطاع الخاص ، ضمن «القطاع الخاص والسياسات العامة في مصر» ، يصدر عن مركز البحوث والدراسات السياسية بجامعة القاهرة ١٩٨٩ م .

٦٨- موسى ، أحمد جمال الدين ، قضية الخصخصة: ضغوط خارجية أم دوافع داخلية ؟ ضمن مجلة العربي ، تصدر عن وزارة الإعلام بدولة الكويت، العدد (٤١٧) السنة السادسة والثلاثون - أغسطس ١٩٩٣ م.

- ٦٩- مسعود ، مجيد هادي ، تقرير عن ندوة : التوجهات المستقبلية للخصخصة في دول مجلس التعاون الخليجي في البحرين ٢٧-٢٨ مارس ١٩٩٥ م . ضمن مجلة المستقبل العربي ، العدد (٢٠٢) ديسمبر ١٩٩٥ م .
- ٧٠- المبارك ، محمد عبد القادر ، نظام الإسلام «الاقتصاد مبادئ وقواعد عامة» دار الفكر ، ط (٣) ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢ م .
- ٧١- المدخلي ، محمد منصور ، أحكام الملكية في الفقه الإسلامي ، دار المعراج الدولية للنشر ، الرياض ، ط (٢) ١٤١٩هـ - ١٩٩٨ م .
- ٧٢- المصري ، رفيق يونس ، أصول الاقتصاد الإسلامي، دار القلم، دمشق - سوريا، ط (٣) ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩ م .
- ٧٣- ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقي ، لسان العرب، دار صادر ، بيروت - لبنان ، ط (١) ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥ م.
- ٧٤- مسلم ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري ، صحيح مسلم المطبوع مع شرح النووي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان .
- ٧٥- المباركفوري ، محمد عبد الرحمن ، تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذى ، دار الفكر للطباعة والنشر ، ط (٣) ١٣٩٩هـ .
- ٧٦- ابن ماجة ، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت- لبنان .
- ٧٧- مالك ، مالك بن أنس ، الموطأ ، دار الريان للتراث بالقاهرة ، ط (١١) ، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨ م .
- ٧٨- الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري ، الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ط (٣) ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣ م .
- ٧٩- المقرئ، أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد ، القواعد ، تحقيق: أحمد بن حمي، من منشورات معهد البحوث العلمية وإحياء التراث، مركز إحياء التراث، جامعة أم القرى بمكة المكرمة .

• تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي •

٨٠- نزيه ، حماد ، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ، الدار العالمية للكتاب الإسلامي ، ط (٣) ١٤١٥ هـ - الرياض .

٨١- النبهان ، محمد فاروق ، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت - لبنان ، ط (٢) ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

٨٢- النبهان ، محمد فاروق ، أبحاث في الاقتصاد الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت - لبنان ، ط (١) ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

٨٣- النجار ، أحمد ، المدخل إلى النظرية الاقتصادية في المنهج الإسلامي ، ط (د.ت) .

٨٤- النجار ، مصلح عبد الحي ، تأصيل الاقتصاد الإسلامي ، مكتبة الرشد ، ط (١) ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م .

٨٥- ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ١٤٠٥ هـ .

٨٦- نجار ، أحمد منير ، المشاريع الصغيرة والخصخصة في إطار العولة: حالة الكويت، ضمن مؤتمر اقتصاديات دول مجلس التعاون الخليجي، فرص القرن الحادي والعشرين ، الأحساء ١٩-٢١ ذو القعدة ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م ، يصدر عن كلية العلوم الإدارية والتخطيط بجامعة الملك فيصل .

٨٧- الناعوري ، رفعت عبد الحليم ، وهند عبد الرحمن جولو ، خصخصة المؤسسة العامة القطرية للاتصالات السلكية واللاسلكية والآثار المترتبة عليها ، ضمن مجلة الإدارة العامة ، المجلد (٣٧) العدد (٤) شوال ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م .

٨٨- ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، فتح القدير شرح الهداية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان .

٨٩- هانكي ، سياتف . هـ . هانكي ، في الشرق والغرب: تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص .. والتنمية الاقتصادية ، ترجمة: محمد غنيم ، تقديم: شريف لطفي ، دار الشروق ، ط (١) ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م .

٩٠- يونس ، عبد الله مختار ، الملكية في الشريعة الإسلامية ودورها في الاقتصاد

الإسلامي ، ط (١) ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧ م ، الناشر: مؤسسة شباب الجامعة
بالإسكندرية - مصر .

٩١- أبو يوسف ، يعقوب بن إبراهيم ، الخراج ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت
- لبنان ، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩ م .

٩٢- أبو يحيى ، محمد حسن ، اقتصادنا في ضوء القرآن والسنة ، دار عمار ، عمان
- الأردن ، ط (١) ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩ م .

٩٣- أبو يعلى الفراء ، محمد بن الحسين القاضي ، الأحكام السلطانية، تصحيح:
محمد حسن ، دار الفكر ، بيروت - لبنان ، ط (١) ١٩٩٤م.

أحكام السُّور

الدكتور / عوض بن هلال العمري (*)

المقدمة :-

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه ، 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 مُحمداً عبده ورسوله ، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم ، وبعد :

فقد قال الله تعالى: ﴿وجعلنا من الماء كل شيء حي﴾^(١). وقال النبي ﷺ: (في كل ذات كبد رطبة أجر)^(٢). فالماء عنصر الحياة، وقد حث الشرع على المحافظة عليه ، ونهى عن الإسراف فيه ، سواء في الوضوء أو الغسل أو غيرهما من وجوه الانتفاع .

ورد أن النبي ﷺ كان يشرب من الإناء ثم يناول ما تبقى من كان على يمينه، روى مسلم عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ أتي بلبن قد شيب^(٣) بماء وعن يمينه أعرابي وعن يساره أبو بكر ، فشرب ثم أعطى الأعرابي وقال: (الأيمن فالأيمن)^(٤).

(*) أستاذ مشارك بكلية الشريعة - الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة .

(١) سورة الأنبياء الآية ٣٠ .

(٢) رواه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة . ينظر: صحيح البخاري مع الفتح ٤٣٨/١٠، كتاب الأدب، باب رحمة الناس والبهائم ، حديث (٦٠٠٩) ، وصحيح مسلم ١٧٦١/٤ ، كتاب السلام باب فضل ساقى البهائم حديث (١٥٣-٢٢٤٤) .

(٣) قال النووي في شرحه لصحيح مسلم ٢٠١/١٣، ٢٠١ شيب أي خلط ، وفيه جواز ذلك ، وإنما نهي عن شربه إذا أراد بيعه لانه غش ، قال العلماء : والحكمة في شربه أن يبرد أو يكثر أو للمجموع . وينظر: لسان العرب ٢٣٥٥/٣ ، مادة «شوب» .

(٤) صحيح مسلم ١٦٠٣/٣ ، كتاب الأشربة ، باب استحباب إدارة الماء واللبن ونحوهما عن يمين المبتدئ حديث (١٢٤-٢٠٢٩) .

وفي لفظ آخر عن سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله ﷺ أتى بشراب فشرب منه ، وعن يمينه غلام وعن يساره أشياخ ، فقال للغلام: (أتأذن لي أن أعطي هؤلاء ؟) . فقال الغلام: لا . والله لا أؤثر بنصيبك منك أحداً ، قال فقله ^(١) رسول الله ﷺ في يده ^(٢).

وقد بين النووي رحمه الله أن مراد الفقهاء بالسؤر اللعاب ورطوبة الفم ^(٣).

وقد كان الناس في الزمن السابق يتعاقبون الشرب من الإناء كالقدح والدلو ، أما في هذا الزمن فاستجد الشرب في الأواني الزجاجية و«البلاستيكية» وهي في الغالب تكفي لشرب الواحد .

ولما كان السؤر قد تظن به الحرمة وهو حلال أو العكس ، وددت تعرف أحكامه ، من خلال ما كتبه علماؤنا الأفاضل رحمهم الله تعالى في بحث سميته «أحكام السؤر» تكلمت فيه عن سؤر آدمي ، ومأكول اللحم ، والهر ، وسباع البهائم وجوارح الطير ، والحمار الأهلي والبغل ، والكلب والخنزير . وقد بذلت ما في وسعي في جمع أقوال العلماء من الكتب المعتمدة ، مؤيداً ذلك بالدليل ومناقشاً ما يستحق المناقشة من خلال ما قاله العلماء ، ثم أخرج من كل مسألة بما أرى أنه الراجح الذي يؤيده الدليل ، فإن كنت قد وفقت في ذلك للصواب فهو من الله سبحانه وتعالى وله الحمد والشكر . وإن كان غير ذلك فمن نفسي والشيطان ، واستغفر الله وأتوب إليه .

(١) قال النووي في شرحه لصحيح مسلم ٢٠١/١٣ فقله في يده أي وضعه فيها . وقد جاء أن هذا الغلام عبد الله بن عباس ، ومن الأشياخ خالد بن الوليد رضي الله عنهما . وينظر : لسان العرب ٤٤١/١ مادة «تل» .

(٢) صحيح مسلم ١٦٠٤/٣ كتاب الأشربة باب استحباب إدارة الماء واللين ونحوهما عن يمين المبتدئ حديث (١٢٧-٢٠٣) .

(٣) المجموع ٢١٦/١ .

منهج البحث :

سلكت في بحثي الخطوات التالية :

- ١- درست المسائل الفقهية الواردة في البحث دراسة فقهية مقارنة، وحرصت على بيان المذاهب الأربعة ، وأذكر أحياناً قول الظاهرية وبعض الصحابة والتابعين وغيرهم من الفقهاء .
- ٢- إذا كانت المسألة من المسائل المجمع عليها ذكرت الإجماع فيها، وإذا كانت من غير ذلك ذكرت الأقوال فيها ، ومن قال بها ، ثم أذكر الأدلة وما قد يرد عليها من مناقشة ، ثم أخرج بالقول الراجح منها .
- ٣- ذكرت وجه الدلالة عند بعض الأدلة إذا نص المستدل على ذلك ، وقد لا أذكر وجه الدلالة عند البعض الآخر لوضوحه .
- ٤- حرصت على نقل أقوال الفقهاء من مصادرهما الأصلية .
- ٥- ذكرت أرقام الآيات القرآنية وأسماء السور التي وردت فيها .
- ٦- خرّجت الأحاديث النبوية من كتب السنة بذكر رقم الجزء والصفحة، واسم الكتاب والباب ورقم الحديث إن وجد ، فإن كان الحديث في الصحيحين أكتفي بهما ، وإذا كان في أحدهما أكتفي به مع الإشارة أحياناً إلى باقي تخريجه في أحد الكتب التي تعنى بذلك كإرواء الغليل، وإذا لم يكن الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اجتهدت في تخريجه من كتب السنة ، مع ذكر درجة الحديث صحة وضعفاً ومعتمداً على الكتب المعنية بذلك .
- ٧- خرّجت الآثار من الكتب المعتمدة في ذلك .
- ٨- بينت معاني بعض الكلمات معتمداً على كتب اللغة .
- ٩- لم أترجم للأعلام الوارد ذكرهم في البحث خشية الإطالة .
- ١٠- ختمت البحث بأهم النتائج التي توصلت إليها .
- ١١- وضعت فهرساً للمصادر والمراجع في آخر البحث .

التمهيد في تعريف السُّور :

السُّورُ في اللغة بالضم البقية والفضلة ، وجمعه أسَارٌ ، يقال: إذا شربت فَكَسِرْتُ: أي أبق شيئاً من الشراب في قعر الإناء^(١).

وفي الشرع : هو ما بقي في الإناء بعد الشرب أو الأكل^(٢).

قال النووي : مراد الفقهاء بقولهم سُور الحيوان طاهر أو نجس: لعبابه ورطوبة فمه^(٣).

الفصل الأول

في سُور الأدمي ، وما أكل لحمه ، والهرة

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : سُور الأدمي :

الجمهور من الفقهاء - الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦) - على أن سُور الأدمي طاهر ، سواء كان مسلماً ، أو كافراً ، جنباً أو حائضاً .

وعند المالكية^(٧): سُور الأدمي إن كان مسلماً لا يشرب الخمر فسُوره

(١) لسان العرب ٣/١٩٠٥ ، والصاح ٢/٦٧٥ ، والقاموس المحيط ٢/٥٠٢ مادة سار .

(٢) فتح القدير ١/١٠٨ ، والبنية ١/٤٢٤ ، وشرح الزرقاني ١/٨ ، ومنح الجليل ١/٣١ ، والمجموع ١/٢١٦ ، والحاوي الكبير ١/٣١٧ ، والمغني ١/٤٦ ، وشرح منتهى الإرادات ١/١٠٤ ، والإنصاف ١/٣٤٣ ، ومطالب أولي النهى ١/٢٣٨ .

(٣) المجموع ١/٢١٦ .

(٤) الأصل ١/٧٨ ، ومختصر اختلاف العلماء ١/١٢١ ، وبداية المبتدي مع فتح القدير ١/١٠٨ ، والهداية مع البنية ١/٤٢٩ ، ٤٣٠ ، ٤٣١ ، وبدائع الصنائع ١/٦٩ .

(٥) الأم ١/١٨ ، والحاوي الكبير ١/٣١٧ .

(٦) وعن الإمام أحمد: سُور الكافر نجس ، وقيل: إن لابس النجاسة غالباً ، أو تدنّى ، أو كان وثياً ، أو مجوسياً ، أو يأكل الميتة النجسة: فسُوره نجس . قال الزركشي : وهي رواية مشهورة مختارة لكثير من الأصحاب . ينظر: المغني ١/٤٩ ، وكشاف القناع ١/٢٢٢ ، وشرح منتهى الإرادات ١/١٠١ ، والإنصاف ١/٣٤٥ ، ومطالب أولي النهى ١/٢٢٣ .

(٧) اللدونة ١/١٤١ ، والكافي ١/١٥٧ ، والنخبة ١/١٨٨ ، والقوانين الفقهية ص ٣٧ ، ومختصر خليل ص ١٠ ، وشرح الخرشي ١/٦٦ ، ٧٧ ، وشرح الزرقاني ١/٨ ، ومنح الجليل ١/٣٩ .

طاهر ، وإن كان كافراً ، أو شارب خمر ؛ فإن كان في فمه نجاسة فهو كالماء الذي خالطته نجاسة (١).

وإن لم يكن في فمه نجاسة فهو طاهر، ولا بأس بسُّور الحائض والجنب.

وحكي عن النخعي أنه كره سُّور الحائض (٢).

وعن جابر بن زيد لا يتوضأ منه (٣).

وقال الثوري: إن توضأ بفضل وضوء إنسان من حدث لم يجزه (٤).

وقال الحسن بن صالح: لا بأس بسُّور الجنب والحائض ، سُّور شراهما ، ويكره سُّور وضوئهما (٥).

ومن أدلة الجمهور ما يأتي :

أولاً : حديث أبي رافع عن أبي هريرة أن النبي ﷺ لقيه في بعض طريق المدينة وهو جنب ، فانحنست منه ، فذهب فاغتسل ثم جاء فقال: (أين كنت يا أبا هريرة ؟) . قال: كنت جنباً فكرهت أن أجالسك وأنا على غير طهارة . فقال: (سبحان الله ، إن المسلم لا يتنجس) (٦). وورد بلفظ (لن المؤمن لا يتنجس) من حديث أبي هريرة أيضاً (٧).

ثانياً : حديث عائشة قالت: كنت أشرب وأنا حائض ، ثم أناوله النبي

(١) الماء إذا خالطته نجاسة إن كان كثيراً فهو باق على أصله ، ولا حد للكثرة في المذهب - المالكي - وإن غيّرت أحد أوصافه: لونه ، أو طعمه ، أو ريحه فهو نجس . ينظر: النخبة ١/ ١٧٢ ، والإشراف ١/ ٤٣ ، والقوانين الفقهية ص ٣٦ .

(٢) المغني ١/ ٤٩ .

(٣) المغني ١/ ٤٩ .

(٤) مختصر اختلاف العلماء ١/ ١٢١ .

(٥) مختصر اختلاف العلماء ١/ ١٢١ .

(٦) رواه البخاري في صحيحه مع الفتح ١/ ٤٦٤ ، كتاب الفسل باب عرق الجنب ، وأن المسلم لا يتنجس ، حديث (٢٨٣) ، ورواه مسلم في صحيحه من حديث حذيفة ١/ ٢٨٢ ، كتاب الحيض ، باب الدليل على أن المسلم لا يتنجس ، حديث (١١٦-٣٧٢) .

(٧) رواه البخاري في صحيحه مع الفتح ١/ ٤٦٦ ، كتاب الفسل ، باب الجنب يخرج ويمشي في السوق وغيره ، حديث (٢٨٥) ، ومسلم في صحيحه ١/ ٢٨٢ ، كتاب الحيض ، باب الدليل على أن المسلم لا يتنجس ، حديث (٣٧١) .

ﷺ فيضع فاه على موضع فيّ فيشرب ، وأتعرّقُ العرقُ ^(١) وأنا حائض ثم أتاولة النبي ﷺ فيضع فاه على موضع فيّ ^(٢).

ثالثاً : حديث عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ يُخرجُ إليّ رأسه من المسجد وهو مجاور ^(٣) فأغسله وأنا حائض ^(٤).

رابعاً : حديث عائشة قالت: قال لي رسول الله ﷺ: (ناوليني الخُمرة ^(٥) من المسجد) قالت فقلت: إني حائض فقال: (إن حيضتك ليست في يدك) ^(٦).

المبحث الثاني : سؤر ما أكل لحمه :

قال ابن المنذر : أجمعوا على أن سؤر ما أكل لحمه طاهر ، ويجوز شربه والوضوء به ^(٧). وعلى هذا كافة العلماء منهم -الحنفية ^(٨)، والمالكية ^(٩)، والشافعية ^(١٠)، والحنابلة ^(١١)، إلا أن الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية كرهوا سؤر ما لا يتوقى النجاسة كالذجاجة المخلاة ^(١٢).

(١) العَرَقُ بالسكون: العظم إذا أخذ عنه معظم اللحم، يقال: عَرَقْتُ العظم، واعترقته، وتعرّقته إذا أخذت عنه اللحم بأسنانه. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ٣/ ٢٢٠، ولسان العرب ٤/ ٢٩٠٦، مادة «عرق».

(٢) رواه مسلم ٢٤٥/١ كتاب الحيض، باب جواز غسل الحائض رأس زوجها وترجيله وطهارة سؤرها.. حديث (١٤-٣٠٠) وانظر باقي تخريجه في إرواء الغليل ٧/ ٣٣، حديث (١٩٧٢).

(٣) أي مفتكف، ينظر: فتح الباري ١/ ٤٧٨.

(٤) رواه مسلم ٢٤٤/١، كتاب الحيض، باب جواز غسل الحائض رأس زوجها.. حديث (٨-٢٩٧) والبخاري في صحيحه مع الفتح ١/ ٤٨١، كتاب الحيض، باب مباشرة الحائض، حديث (٣٠١).

(٥) الخُمرة: هي مقدار ما يضع الرجل عليه وجهه في سجوده من حصير أو نسيجة خوص ونحوه من النبات. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ٢/ ٧٧.

(٦) رواه مسلم ٢٤٤/١، كتاب الحيض، باب جواز غسل الحائض رأس زوجها.. حديث (١٠-٢٩٧) وانظر باقي تخريجه في إرواء الغليل ١/ ٢١٢، حديث (١٩٤).

(٧) الإجماع ص ٣٤ رقم (١٢)، والأوسط ١/ ٢٩٩ رقم المسألة (٧٦).

(٨) مختصر الطحطاوي ص ١٦، والأصل ١/ ٢٨، ٣٠، ٣٣، ٣٨، وبداية البتدي مع فتح القدير ١/ ١٠٨، والهداية مع البناية ١/ ٤٢٩.

(٩) مختصر خليل ص ٩، وشرح الفرشي ١/ ٦٥، وشرح الزرقاني ١/ ٨، ومنع الجليل ١/ ٣١.

(١٠) المجموع ١/ ٢١٦، ٢١٧، والحاوي الكبير ١/ ٣١٧.

(١١) مختصر الخرقي ص ٤٦، والمغني ١/ ٥٠، ومطالب أولي النهى ١/ ٢٣٨، وكشاف القناع ١/ ٢٢٥.

(١٢) الذجاجة المخلاة: المخلقة غير المضبوطة. ينظر: كشاف القناع ١/ ٢٢٥، ومطالب أولي النهى ١/ ٢٣٨.

قال ابن منظور في لسان العرب ٢/ ١٢٥٧ مادة «مخلاه وخَلَى عن الشيء»: أرسله وخَلَى سبيله.

المبحث الثالث: سؤر الهرة^(١) وما دونها في الخلقة كالقارة والحية:

اختلف الفقهاء في حكم سؤر الهرة ونحوها كالقارة والحية على قولين:

القول الأول: سؤر الهرة ونحوها طاهر يجوز شربه والوضوء به ولا

يكره . روي عن علي وابن عباس وأبي قتادة ، وأبي أمامة ، وعائشة وأم سلمة رضي الله عنهم^(٢)، وبه قال مالك^(٣)، والشافعي^(٤)، وأحمد^(٥)، والأوزاعي^(٦)، وأبو يوسف^(٧)، والحسن بن صالح^(٨)، وإسحاق^(٩).

القول الثاني: سؤر الهرة ونحوها طاهر مكروه . وبه قال أبو حنيفة

ومحمد بن الحسن^(١٠)، وابن أبي ليلى^(١١)، وطاووس^(١٢)، وابن سيرين^(١٣)، والحسن البصري^(١٤)، وغيرهم^(١٥). وبه قال من الصحابة ابن

(١) وتسمى أيضاً: السنور . ينظر: حياة الحيوان الكبير ٣٥٧/٢ .

(٢) الأوسط ٣٠١/١ .

(٣) المدونة ٦/١ ، والنخبة ١٨٧/١ ، والإشراف ٤٣/١ ، والقرانين الفقهية ص ٣٧ ، وشرح الخرشي ٧٧/١ ، وشرح الزرقاني ١٧/١ .

(٤) الأم ٢٠/١ ، ومختصر المزني مع الأم ١٠١/٨ ، والمجموع ٢١٦/١ ، والحاوي الكبير ٣١٩/١ ، وروضة المطالبين ٣٣/١ .

(٥) مختصر الخرقي ص ١٥ ، والهداية ٢٢/١ ، والمغني ٥٠/١ ، وكشاف القناع ٢٢٤/١ ، والمحزر ٧/١ ، والفروع ٢٤٦/١ ، والإنصاف ٣٤٣/١ ، ومطالب أولي النهى ٢٣٨/١ .

(٦) مختصر اختلاف العلماء ١١٩/١ .

(٧) مختصر اختلاف العلماء ١١٩/١ ، والهداية مع فتح القدير ١١١/١ ، والهداية مع البناية ٤٤٤/١ ، وشرح معاني الآثار ١٩/١ .

(٨) مختصر اختلاف العلماء ١١٩/١ .

(٩) سنن الترمذي ٣١٠/١ .

(١٠) الأصل ٢٧/١ ، ومختصر اختلاف العلماء ١١٩/١ ، وبداية المبتدي مع فتح القدير ١١١/١ ، والهداية مع البناية ٤٤٤/١ ، ٤٥٣ ، وشرح معاني الآثار ١٩/١ ، وذكر بأن محمداً يقول بمثل قول أبي يوسف .

(١١) الأوسط ٢٩٩/١ ، ومختصر اختلاف العلماء ١١٩/١ ، والبناية ٤٤٤/١ ، والمجموع ٢١٧/١ .

(١٢) البناية ٤٤٤/١ ، والمجموع ٢١٧/١ ، والمغني ٥٠/١ .

(١٣) البناية ٤٤٤/١ ، والمجموع ٢١٧/١ ، والمغني ٥٠/١ ، والأوسط ٣٠٠/١ .

(١٤) المغني ٥٠/١ ، والبناية ٤٥٠/١ ، والأوسط ٣٠٠/١ .

(١٥) كسعيد بن المسيب ويحيى بن سعيد الأنصاري وعطاء ومجاهد وابن المنذر . ينظر: الأوسط ٢٩٩/١ ، والمغني ٥٠/١ ، والمجموع ٢١٧/١ ، والبناية ٤٤٤/١ .

عمر ^(١)، وأبو هريرة ^(٢) رضي الله عنهما .

الأدلة : استدل أصحاب القول الأول بما يأتي :

أولاً : ورد عن كبشة بنت كعب بن مالك ، وكانت تحت ابن أبي قتادة الأنصاري أن أبا قتادة دخل عليها فسكبت له وضوءاً ، فجاءت هرة لتشرب منه فأصغى لها الإناء حتى شربت ، قالت : فرأني أنظر إليه فقال : أتعجبين يا ابنة أخي ؟ قالت : فقلت نعم ، فقال : إن رسول الله ﷺ قال : (إنها ليست بنجس إنما هي من الطوافين عليكم أو الطوافات) . وفي لفظ (والطوافات) ^(٣).

قال ابن قدامة : وقد دل بلفظه على نفي الكراهة عن سؤر الهرة ، وبتعليقه على نفي الكراهة عما دونها مما يطوف علينا ^(٤).

ثانياً : روى داود بن صالح بن دينار التمار عن أمه أن مولاتها أرسلتها بهريسة إلى عائشة رضي الله عنها فوجدتها تصلي ، فأشارت إلي أن ضعيفا فجاءت هرة فأكلت منها ، فلما انصرفت أكلت من حيث أكلت الهرة ،

(١) الأوسط ٢٩٩/١ ، ومختصر اختلاف العلماء ١١٩/١ ، والبنية ٤٥٠/١ .

(٢) المغني ٥٠/١ ، ومختصر اختلاف العلماء ١١٩/١ .

(٣) رواه مالك في الموطأ ٢٢/١ ، ٢٣ ، كتاب الطهارة ، باب الطهور للوضوء حديث (١٣) ، وأحمد في مسنده ٣٠٣/٥ ، والشافعي في مسنده ٢٢/١ ، كتاب الطهارة ، الباب الأول في المياه حديث (٣٩) ، وأبو داود ٦٠/١ ، كتاب الطهارة ، باب سؤر الهرة حديث (٧٥) ، والترمذي ٣٠٧/١ ، أبواب الطهارة ، باب ما جاء في سؤر الهرة حديث (٩٢) وقال : هذا حديث حسن صحيح ، والنسائي ٥٥/١ ، كتاب الطهارة ، باب سؤر الهرة ، وابن ماجه ١٣١/١ ، كتاب الطهارة ، باب الوضوء بسؤر الهرة حديث (٣٦٧) ، والدارقطني ٧٠/١ ، كتاب الطهارة ، باب سؤر الهرة حديث (٢٢) ، والحاكم في المستدرک ١٥٩/١ ، ١٦٠ ، كتاب الطهارة وقال : هذا حديث صحيح ولم يخرجاه ، وقد شهدا - البخاري ومسلم - جميعاً لما لك بن أنس أنه الحكم في حديث المدنيين ، وهذا الحديث مما صححه مالك ولعنه به في اللوطاء والبيهقي في السنن الكبرى ٢٤٥/١ ، كتاب الطهارة باب سؤر الهرة . وقال الألباني في صحيح سنن أبي داود ١٧/١ حديث (٦٨-٧٥) حسن صحيح . وانظر في تخريجه : تخلص الحبير ٤١/١ حديث (٣٦) ، وقال صححه البخاري والترمذي والعقيلي والدارقطني ، والهداية في تخريج أحاديث البيهقي ٢٨٧/١-٢٩٠ حديث (٥٠) .

(٤) المغني ٥١/١ .

فقلت: إن رسول الله ﷺ قال: (إنها ليست بنجس إنما هي من الطوافين عليكم) . وقد رأيت رسول الله ﷺ يتوضأ بفضلها (١).

قال البغوي: قوله: (إنما هي من الطوافين عليكم أو الطوافات) يتناول على وجهين :

أحدهما : شبهها بالممالك وبخدم البيت الذين يطوفون على أهله للخدمة كقوله تعالى: ﴿طَوَّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ (٢). يعني الممالك والخدم .

والآخر: شبهها بمن يطوف للحاجة والمسألة ، يريد أن الأجر في مواساتها كالأجر في مواساة من يطوف للحاجة والمسألة (٣).

وقال المباركفوري بعد ذكره للوجهين عن البغوي: والأول هو المشهور وقول الأكثر ، ولم يذكر جماعة سواه (٤).

وورد عن الخطابي مثل تأويل البغوي (٥).

وقال النووي: ومعنى الحديث أن الطوافين من الخدم والصغار الذين سقط في حقهم الحجاب والاستئذان في غير الأوقات الثلاث التي ذكرها الله تعالى إنما سقط في حقهم دون غيرهم للضرورة وكثرة مداخلتهم بخلاف الأحرار البالغين ، فكذا يعفى عن الهرة للحاجة (٦).

وقال الماوردي بعد إيراده للحديثين السابقين: فدل هذان الحديثان على أن سور الهرة ليس بنجس ولا مكروه (٧).

(١) رواه أبو داود ٦١/١ كتاب الطهارة ، باب سور الهرة حديث (٧٦) ، وقال الألباني في صحيح سنن أبي داود ١٨/١ حديث (٦٩-٧٦) صحيح وللحديث طرق أخرى انظرها في نصب الراية ١/١٣٣ ، ١٣٤ .

(٢) سورة النور الآية ٥٨ .

(٣) شروح السنة ٧٠/٢ .

(٤) تحفة الأحوذى ٣٠٩/١ .

(٥) معالم السنن ٦٠/١ .

(٦) المجموع ٢١٦/١ .

(٧) الحاوي الكبير ٣١٩/١ .

ثالثاً: أن الهرة ليست بنجسة لعدم إمكان التحرز منها كحشرات الأرض من الفأرة والحية^(١).

واستدل أصحاب القول الثاني بما يأتي :

أولاً: حديث أبي هريرة قال: كان رسول الله ﷺ يأتي دار قوم من الأنصار ودونهم دور لا يأتيها فشق ذلك عليهم ، فقالوا: يا رسول الله تأتي دار فلان ولا تأتي دارنا ، فقال النبي ﷺ: (إن في داركم كلباً) قالوا: إن في دارهم سنوراً ، فقال النبي ﷺ: (السنور سبع)^(٢).

وجه الدلالة: أن الهرة حكمها حكم السبع، فكان ينبغي أن يكون سؤرها نجساً كسؤر سائر السباع ، إلا أنه سقطت النجاسة لعل الطواف^(٣).

ثانياً: حديث قرة عن ابن سيرين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: (طهور الإناء إذا ولغ فيه الهر أن يغسل مرة أو مرتين) . شك قرة^(٤). وفي لفظ: (طهور الإناء إذا ولغ فيه الكلب أن يغسل سبع مرات الأولى بالتراب والهر مرة أو مرتين)^(٥).

وروى الدارقطني والحاكم وغيرهما ولوغ الهر موقوفاً على أبي هريرة رضي الله عنه^(٦).

(١) كشف القناع ٢٢٤/١ ، وشرح الخرخشي ٧٨/١ .

(٢) رواه الحاكم في المستدرک ١٨٣/١ ، كتاب الطهارة ، والدارقطني في سننه ٦٣/١ ، كتاب الطهارة، باب الأسار حديث (٥، ٦) . قال الزبلي : قلت رواه الحاكم في المستدرک من حديث عيسى بن المسيب حدثنا أبو زرعة عن أبي هريرة.. وقال: هذا حديث صحيح ولم يخرجاه، وعيسى بن المسيب تفرد عن أبي زرعة إلا أنه صدوق ولم يجرح قط. وتعقبه الذهبي في مختصره وقال: ضعفه أبو داود وأبو حاتم. وقال ابن أبي حاتم في علله : قال أبو زرعة: لم يعرفه أبو نعيم ، وهو أصح ، وعيسى ليس بالقوي. ينظر المستدرک ١٨٣/١ ، ونصب الراية ١٣٤/١، كتاب الطهارة فصل في الأسار وغيرها حديث (٤٧).

(٣) البناية ٤٤٨/١ .

(٤) بهذا اللفظ رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٩/١ ، كتاب الطهارة باب سؤر الهر .

(٥) بهذا اللفظ رواه الدارقطني ٦٧/١، ٦٨، كتاب الطهارة باب سؤر الهرة حديث (٨) ، والحاكم في المستدرک ١٦٠/١، كتاب الطهارة .

(٦) سنن الدارقطني ٦٨/١، كتاب الطهارة باب سؤر الهرة رقم (٩)، والمستدرک ١٦١/١، كتاب الطهارة، ومصنف عبد الرزاق ٩٩/١، كتاب الطهارة باب سؤر الهر رقم (٣٤٤) وانظر في تخریجه: نصب الواية ١٣٥/١، كتاب الطهارة فصل في الأسار وغيرها، والهداية في تخریج أحاديث البداية ٢٨٢/١ رقم (٤٧).

قال الطحاوي : هذا حديث متصل الإسناد ^(١).

وقال الدارقطني: قال أبو بكر : كذا رواه أبو عاصم مرفوعاً ، ورواه غيره عن قرة : ولوغ الكلب مرفوعاً ، ولوغ الهر موقوفاً ^(٢).

وقال صاحب التعليق المغني على الدارقطني: قال الحافظ في المعرفة: وأما حديث محمد بن سيرين عن أبي هريرة : إذا ولغ الهر غسل مرة، فقد أدرجه بعض الرواة في حديثه عن النبي ﷺ في ولوغ الكلب ووهموا فيه، الصحيح أنه في ولوغ الكلب مرفوع ، وفي ولوغ الهر موقوف ، ميزه علي ابن نصر الجهضمي عن قرة بن خالد عن ابن سيرين عن أبي هريرة، ووافقه عليه جماعة من الثقات ، وزعم الطحاوي أن حديث قرة عن ابن سيرين عن أبي هريرة في ولوغ الهر عن النبي ﷺ صحيح ، ولم يعلم أن الثقة من أصحابه قد ميزه عن الحديث ^(٣).

وقال الحاكم بعد أن ذكر الحديث في ولوغ الكلب: ثم ذكر أبو هريرة الهر لا أدري قال مرة أو مرتين ، قال نصر بن علي: وجدته في كتاب أبي في موضع آخر عن قرة عن ابن سيرين عن أبي هريرة في الكلب مسنداً، وفي الهرة موقوفاً ^(٤).

ثالثاً: استدلوها بأثار منها :

١- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال في الهر يلغ في الإناء : اغسله مرة أو مرتين . وفي لفظ (اغسله مرة وأهرقه) ^(٥).

٢- عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان لا يتوضأ بفضل الكلب والهر، وما سوى ذلك فليس به بأس ^(٦). وفي لفظ أنه كان يكره سؤر السنور ^(٧).

(١) شرح معاني الآثار ١/ ١٩ .

(٢) سنن الدارقطني ١/ ٦٨ .

(٣) التعليق المغني على الدارقطني ١/ ٦٧، ٦٨ .

(٤) المستدرک ١/ ١٦١ .

(٥) تقدم تخريجه .

(٦) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١/ ٢٠ .

(٧) مصنف عبد الرزاق ١/ ٩٨ ، كتاب الطهارة ، باب سؤر الهر رقم (٣٤٠) .

٣- عن الحسن وسعيد بن المسيب في السنور يلغ في الإناء قال أحدهما: يغسله مرة ، وقال الآخر : يغسله مرتين . وفي لفظ آخر عنهما «اغسل الإناء ثلاثاً» (١).

وقال بعض أصحاب القول الثاني إن لفظ «ليست بنجسة» في حديث أبي قتادة (٢) من قوله . وأجاب عنه ابن عبد البر بقوله: هذا غلط (٣).

ثم كراهة سؤر الهرة عند الحنفية هل هي تحريمية أم تنزيهية ؟ قال العيني : قال الطحاوي: كراهة سؤرها لحرمة لحمها ، وهذا يدل على أنه إلى التحريم أقرب .

وقال الكرخي: كراهة سؤرها لأنها تتناول الجيف ، فلا يخلو فمها عن نجاسة عادة ، وهذا يدل على أنه كراهة تنزيهية وهو الأصح والأقرب إلى موافقة الآثار (٤).

الراجع :

أرى أن الراجع في هذه المسألة هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، وهو طهارة سؤر الهرة وجواز شربه والوضوء به ، لحديث أبي قتادة وعائشة رضي الله عنهما .

قال ابن قدامة: السنور وما دونها في الخلقة: كالفأرة وابن عرس فهذا ونحوه من حشرات الأرض سؤره طاهر يجوز شربه والوضوء به ولا يكره ، وهذا قول أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين من أهل المدينة والشام وأهل الكوفة أصحاب الرأي ، إلا أبا حنيفة فإنه كره الوضوء بسؤر الهر ، فإن فعل أجزأ (٥).

(١) شرح معاني الآثار ٢٠/١ ، ومصنف عبد الرزاق ٩٩/١ ، كتاب الطهارة باب سؤر الهر رقم (٣٤٥).

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) البناء في شرح الهداية ٤٤٩/١ ، وتلخيص الحبير ٤٣/١ .

(٤) البناء ٤٤٤/١ ، ٤٥٠ .

(٥) المغني ٥٠/١ .

• أحكام السُّور •

وقال البغوي: هذا قول عامة أهل العلم أن سُور الهرة طاهر ^(١).

وقال صاحب التعليق المغني بعد ذكره لمن أخرج حديث أبي قتادة .

قلت: هذا حديث مجمع على صحته يدل على طهارة سُور الهرة ، وهو قول أكثر العلماء ، وهذا هو الحق ، ومعارضه إن كان مرفوعاً فهو كلها ضعاف لا يحتج بمثلاً ، وإن كان موقوفاً فهو وإن كان صحيح من جهة بعض إسناده لكن لا يساوي الموقوف ، ولا يقابل الآثار الحديث المرفوع ^(٢).
وقال الحاكم: فقد ثبت الرجوع في حكم الشريعة إلى حديث مالك بن أنس في طهارة الهرة ^(٣). والله تعالى أعلم .

(١) شرح السنة ٧٠/٢ .

(٢) التعليق المغني على الدارقطني ٧١/١

(٣) المستدرک ١٦١/١ .

الفصل الثاني

في سؤر سباع البهائم وجوارح الطير ، والحمار الأهلي والبغل ، والكلب والخنزير

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : سؤر سباع البهائم ^(١) وجوارح الطير ^(٢) :

اختلف الفقهاء في حكم سؤر سباع البهائم وجوارح الطير على قولين:
القول الأول: إن سؤرها نجس . وبه قال الحنفية في سباع البهائم ^(٣)،
وأحمد في رواية [عليها المذهب] ^(٤).
القول الثاني: إن سؤرها طاهر . وبه قال المالكية ^(٥)، والشافعية ^(٦)،
والحسن البصري ^(٧)، والحنفية في سباع الطير ويرون أنه مكروه .
وعطاء ^(٨)، والزهري ^(٩)، وربيعة ^(١٠)، وأحمد في رواية ^(١١)، وغيرهم .

- (١) سباع البهائم كالأسد والنمر والذئب والفهد ونحوها . ينظر: البناية ٤٣٩/١ .
- (٢) وتسمى سباع الطير أيضاً كالصقر والبازي والشاهين والعقاب والحدأة والبومة والنسر، وكل ما لا يؤكل لحمه من الطيور . ينظر: البناية ٤٥٢/١، وشرح منتهى الإرادات ١٠١/١، ومطالب أولي النهى ٢٣٢/١ .
- (٣) الأصل ٢٨/١، ٣٢، ومختصر الطحاوي ص ١٦ ، وبداية البستي مع فتح القدير ١١٠/١، ١١٢، والهداية مع البناية ٤٣٩/١، ٤٥٢ .
- (٤) الروايتين والوجهين ٦٢/١، والهداية ٢٢/١، والمغني ٤٨/١، وكشاف القناع ٢٢١/١، والمحزر ٧/١، وشرح منتهى الإرادات ١٠١/١، والإنصاف ٣٤٢/١، ومطالب أولي النهى ٢٣٢/١ .
- (٥) يرى المالكية أن سؤر السباع وما لا يتوقى النجاسة من الطير طاهر مكروه غير نجس ينظر: المدونة ٥/١، والكافي ١٥٧/١، ١٦٦، والذخيرة ١٨٤/١، والإشراف ٤٣/١، والقوانين الفقهية ص ٣٧، وشرح الخرشي ٧٧/١، وشرح الزرقاني ١٧/١، ومنح الجليل ٣٩/١ .
- (٦) الأم ١٨/١، ٢٠، ومختصر المزي مع الأم ١٠١/٨، وللذهب ١٩/١، ٢٠، والمجموع ٢١٦/١، ٢١٧، والحاوي الكبير ٣١٧/١ .
- (٧) المغني ٤٨/١، والمجموع ٢١٧/١، والحاوي الكبير ٣١٧/١ .
- (٨) المغني ٤٨/١، والمجموع ٢١٧/١، والحاوي الكبير ٣١٧/١ .
- (٩) المغني ٤٨/١ .
- (١٠) المغني ٤٨/١ .
- (١١) المغني ٤٨/١، وكشاف القناع ٢٢١/١، والإنصاف ٣٤٢/١ .

الأدلة :

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي :

أولاً: حديث عبد الله بن عمر قال: سئل رسول الله ﷺ عن الماء وما ينبو به من الدواب والسباع ، فقال ﷺ: (إذا كان الماء قلتين ^(١) لم يحمل الخبث) . وفي لفظ: (إذا كان الماء قلتين لم ينجسه شيء) ^(٢).

وجه الدلالة : دل الحديث على أن لورود السباع تأثيراً في تنجيس الماء. فلو كانت طاهرة لم يحده بالقلتين ^(٣).

ودل بمنطوقه على أن الماء إذا بلغ قلتين لم ينجس بملاقاة النجاسة، ودل بمفهومه على أنه إذا كان أقل ينجس بالملاقاة ^(٤).

(١) القلّة: إناء للعرب كالجرّة الكبيرة شبه الجُبّ ، والجمع قلال . ينظر: المصباح المنير ٥١٤/٢ . مادة «قل». وقال ابن الأثير في النهاية ١٠٤/١ : القلّة: الجُبّ العظيم . والجمع قلال ، وهي معروفة بالحجاز ومنه الحديث في صفة سدرة المنتهى (تَبَقُّها مثل قلال هجر) وَهَجَرَ: قرية قريبة من المدينة ، وليست هجر البحرين . وكانت تعمل بها القلال تلخّذ الواحدة منها مزادة من الماء ، سميت قلّة لأنها تُقَلّ : أي ترفع وتحمل . وفي الأم ١٨/١ قال ابن جريج: رأيت قلال هجر ، فالقلّة تسع قريتين أو قريتين وشيئاً. قال الشافعي: فالاحتياط أن تكون القلة قريتين ونصباً ، فإذا كان الماء خمس قلوب لم يحمل نجساً في جريان أو غيره . وفي معجم لغة الفقهاء ص ٣٦٨ القلّة: جمع قُلّ وقِلال : جَرّة يقدر ما يطبق الإنسان المتوسط حملها لو ملئت ماء . وقدر الشافعية القلتين بمكعب كلُّ بُعد من أبعاده ذراع وربيع ذراع بذراع الأدمي ، وهي تساوي ٩٣،٧٥ صاعاً = ١٦٠،٥ لتراً من الماء تقريباً .

(٢) رواه أبو داود في سننه ٥١/١ كتاب الطهارة ، باب ما ينجس الماء حديث (٦٣) ، والترمذي ٢١٥/١ أبواب الطهارة ، باب ما جاء أن الماء لا ينجسه شيء حديث (٦٧) ، والنسائي ٤٦/١ ، كتاب الطهارة ، باب التوقيت في الماء ، وابن ماجه ١٧٢/١ ، كتاب الطهارة ، باب مقدار الماء الذي لا ينجس حديث (٥١٧) ، وابن خزيمة في صحيحه ٤٩/١ ، كتاب الطهارة ، باب ذكر الخبر المفسر .. حديث (٩٢) ، والهيثمي في موارد الطمأن إلى زوائد ابن حبان ص ٦٠ ، كتاب الطهارة ، باب ما جاء في الماء حديث (١١٧) ، والدارقطني ١٣/١-٢٣ كتاب الطهارة ، باب حكم الماء إذا لاقته نجاسة الأحاديث (١-٢٥) ، والحاكم ١٣٢/١ ، كتاب الطهارة باب إذا كان الماء قلتين لم ينجسه شيء ، والبيهقي في السنن الكبرى ٢٦٠-٢٦٢ ، كتاب الطهارة باب الفرق بين القليل الذي ينجس والكثير الذي لا ينجس ما لم يتغير . وقال عنه الألباني في صحيح سنن أبي داود ١٥/١ ، حديث (٥٦-٦٣) صحيح . وينظر في تفريجه: التخليص الحبيب ١٦/١ ، حديث (٤) ، والهداية في تخريج أحاديث البداية ٢٦٧/١-٢٧١ حديث (٤١) .

(٣) المجموع ٢١٧/١ ، والحاوي الكبير ٣١٨/١ ، والمغني ٤٩/١ .

(٤) تحفة الأحوذى ٢١٦/١ ، وفتح القدير ١١٠/١ .

ثانياً: حديث ابن عباس قال: نهى رسول الله ﷺ عن كل ذي ناب من السباع وعن كل ذي مخالب من الطير^(١).

وجه الدلالة: دل الحديث على أن كل ذي ناب حرام أكله، فيكون نجساً، ولعابه متولد من اللحم النجس فيمزج بسؤره^(٢).

ثالثاً: أن السبع حيوان لبته نجس فكذا سؤره كالكلب^(٣).

رابعاً: أن السباع والجوارح الغالب عليها أكل الميتات والنجاسات فتنجس أقواهاها، ولا يتحقق وجود مطهرها، فينبغي أن يقضى بنجاستها كالكلاب^(٤).

واستدل أصحاب القول الثاني بما يأتي:

أولاً: حديث جابر بن عبد الله قال: قيل: يا رسول الله أنتوضأ بما أفضلت الحمر؟ قال: (نعم، وبما أفضلته السباع كلها)^(٥).

ثانياً: عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أن عمر بن الخطاب خرج في ركب فيهم عمرو بن العاص حتى وردوا حوضاً، فقال عمرو بن العاص لصاحب الحوض: يا صاحب الحوض هل ترد حوضك السباع؟ فقال عمر بن الخطاب: يا صاحب الحوض لا نخبرنا، فإننا نرد على السباع وترد علينا^(٦).

(١) رواد مسلم ١٥٣٤/٣، كتاب الصيد والنبات باب تحريم أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخالب من الطير، حديث (١٦-١٩٣٤).

(٢) البناية ٤٤٠/١.

(٣) المجموع ٢١٧/١، والحاوي الكبير ٣١٨/١، والمغني ٤٩/١.

(٤) المغني ٤٩/١، والبناية ٤٥٢/١.

(٥) رواد الشافعي في مستنده ٢٢/١، كتاب الطهارة، باب المياه حديث (٤٠)، والدارقطني ٦٢/١، كتاب الطهارة، باب الآسار حديث (١)، والبيهقي في السنن الكبرى ٢٤٩/١، كتاب الطهارة، باب سؤر سائر الحيوانات سوى الكلب والنخزير، قال النووي في المجموع ٢١٧/١ بعد إيراده لهذا الحديث: هذا الحديث ضعيف، لأن الإبراهيميين - إبراهيم بن محمد، وإبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة - ضعيفان جداً. وقال البيهقي: فإذا ضممنا هذه الأسانيد بعضها إلى بعض أخذت قوة. ينظر: معرفة السنن والآثار ٣١٣/١.

(٦) رواد مالك في الموطأ ٢٣/١، كتاب الطهارة، باب الطهور للوضوء رقم (١٤)، والدارقطني ٣٢/١، كتاب الطهارة، باب الماء للتغير رقم (١٨)، والبيهقي في السنن الكبرى ٢٥٠/١، كتاب الطهارة =

• أحكام السور •

ثالثاً: حديث أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها السباع والكلاب والحرر ، وعن الطهارة منها ؟ فقال: (لها ما حملت في بطونها ، ولنا ما غير طهور) ^(١).

رابعاً: حديث ابن عمر قال: خرج رسول الله ﷺ في بعض أسفاره فسار ليلاً فمروا على رجل جالس عند مقبرة ^(٢) له ، فقال عمر: يا صاحب المقبرة أولغت السباع الليلة في مقبراتك ؟ فقال له النبي ﷺ: (يا صاحب المقبرة لا تخبره ، هذا مكب ^(٣) ، لها ما حملت في بطونها ، ولنا ما بقي شراب وطهور) ^(٤).

خامساً: روى ابن ماجه عن جابر بن عبد الله قال: انتهينا إلى غدير فإذا فيه جيفة حمار قال: فكففنا عنه حتى انتهينا إلى رسول الله ﷺ فقال: (إن الماء لا ينجسه شيء) فاستقينا وأروينا وحملنا ^(٥).

سادساً: أنه حيوان يجوز بيعه والانتفاع به فكان سورته طاهراً كالشاة ^(٦).

حيات سؤر سائر الحيوانات سوى الكلب والخنزير ، وعبد الرزاق في مصنفه ٧٦/١ ، كتاب الطهارة ، باب الماء ترده الكلاب والسباع رقم (٢٥٠) ، قال النووي في المجموع ٢١٨/١ هذا الأثر إسناداه صحيح إلى يحيى بن عبد الرحمن لكنه مرسل منقطع ، إلا أن هذا المرسل له شواهد تقويه ، والمرسل عند الشافعي إذا اعتضد احتج به .

(١) رواه ابن ماجه ١٧٣/١ ، كتاب الطهارة ، باب الحياض حديث (٥١٩) ، والبيهقي في السنن الكبرى ٢٥٨/١ ، كتاب الطهارة ، باب الماء الكثير لا ينجس بنجاسة تحدث فيه ما لم يشغره ، وعبد الرزاق في مصنفه ٧٧/١ ، كتاب الطهارة ، باب الماء ترده الكلاب والسباع حديث (٢٥٣) ، ورواه الدارقطني ٣١/١ ، كتاب الطهارة باب الماء المتغير حديث (١٢) من حديث أبي هريرة . وأورده الألباني في ضعيف سنن ابن ماجه ص ٤١ حديث (١١٥-٥١٩) وقال: ضعيف .

(٢) المقبرة: بكسر الميم غير مهموز ، هي الركبة القليلة الماء ، وقيل: الحوض الذي يجمع فيه الماء . وقيل: السيل والموضع الذي يجتمع فيه ماء المطر من كل جانب ينظر: القاموس المحيط ٢٦٨/٤ مادة «مقر» ، والصحاح ٢٤٦١/٦ مادة «قراء» ، والبيان ٤٤٢/١ .

(٣) الكلاب المكلبة: المسطرة على الصيد ، الموعودة بالاصطياد ، التي قد ضربت به ، والمكلب بالكسر: صاحبها والذي يصطاد بها . ينظر النهاية في غريب الحديث والأثر ١٩٥/٤ .

(٤) رواه الدارقطني ٢٦/١ كتاب الطهارة ، باب حكم الماء إذا لاقته النجاسة حديث (٣٠) .

(٥) سنن ابن ماجه ١٧٣/١ ، كتاب الطهارة ، باب الحياض حديث (٥٢٠) ، وقال عنه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه ٨٥/١ حديث (٤٢٠-٥٢٠) صحيح دون قصة الجيفة .

(٦) المغني ٤٩/١ ، والمجموع ٢١٨/١ .

وقد ناقش أصحاب القول الأول أدلة أصحاب القول الثاني فقالوا:
أولاً: هذه الأحاديث التي استدلتتم بها لا حجة لكم فيها لأنها محمولة
على ماء كثير ^(١). وأجاب أصحاب القول الثاني بأن الأحاديث عامة فلا
تخص إلا بدليل ^(٢).

ثانياً: أن هذه الأخبار وردت قبل تحريم لحوم السباع ^(٣).

والجواب عنه من أوجه :

أحدها : هذا غلط فلم تكن السباع في وقت حلالاً ، وقائل هذا يدعي
نسخاً والأصل عدمه .

الثاني : هذا فاسد إذ لا يسألون عن سؤره وهو مأكول اللحم ، فإنه لا
فرق حينئذ بين السباع وغيرها .

الثالث: لو صح هذا وكان لحمها حلالاً ثم حرم ، بَقِيَ السُّورُ على ما
كان من الطهارة حتى يرد دليل تنجيسه ^(٤).

الراجع :

أرى أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني ، وهو طهارة
سُور السباع وجوارح الطير ، لما يأتي :

أولاً : أن الأدلة التي استدلت بها أصحاب هذا القول لا تخلو من مقال،
لكن قال النووي في بعضها له شواهد تقويه ، وقال البيهقي في بعضها
أيضاً إذا ضمت أسانيده بعضها إلى بعض أخذت قوة .

ثانياً: أن سُور السباع وجوارح الطير وغيرها من الدواب مما لا يمكن
التحرز منه ، خاصة في مياه الأماكن العامة ، كالغدران والأحواض وأماكن
تجمع مياه الأمطار والسيول .

(١) الغني ٤٨/١ ، والبنية ٤٤٢/١ ، وفتح القدير ١١٠/١ .

(٢) المجموع ٢١٨/١ .

(٣) البنية ٤٤٢/١ ، وفتح القدير ١١٠/١ .

(٤) المجموع ٢١٨/١ .

ثالثاً: الضرورة والحاجة إلى الشرب والارتواء من مياه الأمطار والسيول ، فلو وقف الأمر على التأكد من عدم ورود السباع وجوارح الطير لكان في الأمر ضيق وشدة و«المشقة تجلب التيسير» .

قال محمد فؤاد عبد الباقي في تعليقه على موطأ الإمام مالك عند قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه «فإننا نرد على السباع وترد علينا» : أي أنه أمر لابد منه ، وهي ظاهرة لا ينجس الماء بشربها منه^(١) . والله تعالى أعلم .

المبحث الثاني : سؤر الحمار الأهلي والبغل :

أما حكم الحمار الوحشي والبغل منه فظاهر ومأكول^(٢) . وأما سؤر الحمار الأهلي والبغل منه فقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: طهارة سؤر البغل والحمار الأهلي . وبه قال مالك^(٣) ، والشافعي^(٤) ، وأحمد في رواية^(٥) ، والحسن البصري^(٦) ، وعطاء^(٧) ، والزهري^(٨) ، وربيعه^(٩) .

القول الثاني: سؤر البغل والحمار مشكوك فيه إذا لم يجد غير سؤرهما توضأ به وتيمم معه . وبه قال أبو حنيفة^(١٠) ، وأحمد في رواية^(١١) .

(١) الموطأ ١/٢٤ .

(٢) كشف القناع ١/٢٢١ .

(٣) المدونة ١/٥ ، والكافي ١/١٦١ ، والنخبة ١/١٨٤ ، والإشراف ١/٤٣ ، ومختصر خليل ص ٩ ، وشرح الخرشبي ١/٦٥ ، ومنح الجليل ١/٣٩ .

(٤) الأم ١/٢٠ ، ومختصر المزني مع الأم ٨/١٠١ ، والمجموع ١/٢١٦ ، والحاوي الكبير ١/٣١٧ .

(٥) المغني ١/٤٨ ، والهداية ١/٢٢ ، وكشف القناع ١/٢٢١ ، وشرح منتهى الإرادات ١/١٠١ ، والفروع ١/٢٥٦ ، والإنصاف ١/٣٤٢ ، والروايتين والوجهين ١/٦٢ .

(٦) المغني ١/٤٨ ، والمجموع ١/٢١٧ ، والحاوي الكبير ١/٣١٧ .

(٧) المغني ١/٤٨ ، والمجموع ١/٢١٧ ، والحاوي الكبير ١/٣١٧ .

(٨) المغني ١/٤٨ .

(٩) المغني ١/٤٨ .

(١٠) مختصر الطحاوي ص ١٦ ، والأصل ١/٢٨ ، ومختصر لاختلاف العلماء ١/١٢١ ، وبداية البدي مع فتح القدير ١/١١٣ ، ١/١١٧ ، والهداية مع البناية ١/٤٥٤ .

(١١) المغني ١/٤٨ ، وكشف القناع ١/٢٢١ ، ٢٢٥ .

القول الثالث : نجاسة سؤر البغل والحمار . وبه قال أحمد في رواية [عليها المذهب] ^(١).

الأدلة : استدل أصحاب القول الأول بما يأتي :

أولاً: حديث جابر بن عبد الله قال: قيل يا رسول الله أنتوضأ بما أفضلت الحمر ؟ قال: (نعم ، وبما أفضله السباع كلها) ^(٢).

ثانياً: حديث أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها السباع والكلاب والحمير ، وعن الطهارة منها ؟ فقال: (لها ما حملت في بطونها ولنا ما غير ظهور) ^(٣).

ووجه الدلالة من الحديثين أن النبي ﷺ سئل عن الوضوء والطهارة من فضل الحمر فأجاب بطهارته .

ثالثاً: روى عبد الرزاق عن ابن جريج قلت لعطاء: الحمار يشرب في جفنتي ^(٤). قال نعم ، وتوضأ بفضله ، ثم تلا: ﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها﴾ ^(٥). قلت: فإنه يُنهى عن أكله ، قال: ليس أكله مثل أن يتوضأ بفضله ، فاسقه بجفنتك ^(٦).

رابعاً: روى عبد الرزاق وابن أبي شيبة عن سأل الزهري عن الوضوء من فضل الحمار فقال: لا بأس به ^(٧).

خامساً: أنه حيوان يجوز بيعه فكان سؤره طاهراً كالشاة ^(٨).

(١) اللغني ٤٨/١ ، وكشاف القناع ٢٢١/١ ، ٢٢٥ .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) تقدم تخريجه .

(٤) الجفنة: أعظم ما يكون من القصاص ، والجمع جفانٌ . ينظر: لسان العرب ٦٤٤/١ مادة جفن .

(٥) سورة النحل الآية ٨ .

(٦) المصنف ١٠٣/١ . كتاب الطهارة باب سؤر الدواب رقم (٣٦٢) وينظر: مصنف ابن أبي شيبة ٣٠/١ . كتاب الطهارات باب من قال لا بأس بسؤر الحمار .

(٧) مصنف عبد الرزاق ١٠٤/١ . كتاب الطهارة ، باب سؤر الدواب رقم (٣٦٥) وينظر: مصنف ابن أبي شيبة ٣٠/١ . كتاب الطهارات ، باب من قال لا بأس بسؤر الحمار .

(٨) المجموع ٢١٨/١ ، والإشراف ٤٣/١ ، والروايتين والوجهين ٦٢/١ .

واستدل أصحاب القول الثاني بما يأتي :

أولاً: قالوا سبب الشك تعارض الأدلة في إباحة لحم الحمار وحرمة^(١).

أما أدلة التحريم فهي :

١- حديث جابر بن عبد الله قال: «نهى النبي ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر ، رخص في لحوم الخيل»^(٢).

٢- حديث أبي ثعلبة قال: حرّم رسول الله ﷺ لحوم الحمر الأهلية^(٣).

٣- حديث أنس بن مالك «أن رسول الله ﷺ جاءه جاء فقال: أكلت الحمر ، ثم جاءه جاء فقال: أكلت الحمر ، ثم جاءه جاء فقال: أُنقِيت الحمر ، فأمر منادياً فنادى في الناس: إن الله ورسوله ينهيانكم عن لحوم الحمر الأهلية فإنها رجس ، فَأُكْفِيت القدور وإنها لتفور باللحم»^(٤).
وأما أدلة الإباحة فهي :

١- حديث غالب بن أبجر قال: أصابتنا سنة، فلم يكن في مالي شيء أُطعم أهلي إلا شيئاً من حمر، وقد كان رسول الله ﷺ حرّم لحوم الحمر الأهلية، فأتيت النبي ﷺ فقلت: يا رسول الله أصابتنا السنة ولم يكن في مالي ما أُطعم أهلي إلا سمان الحمر، وإنك حرّمت لحوم الحمر الأهلية، فقال: (أطعم أهلك من سمين حمرك ، فإنما حرمتها من أجل جَوَالُ القرية) يعني الجلالة^(٥).

(١) الهداية مع البناية ٤٥٧/١ ، والهداية مع فتح القدير ١١٥/١ .

(٢) رواه البخاري ومسلم ، ينظر: صحيح البخاري مع الفتح ٦٥٣/٩ ، كتاب الذبائح والصيد باب لحوم الحمر الأنسية حديث (٥٥٢٤) ، ومسلم ١٥٤١/٣ ، كتاب الصيد والذبائح ، باب في أكل لحوم الخيل حديث (٣٦٦-١٩٤١) .

(٣) رواه البخاري ومسلم ، ينظر: صحيح البخاري مع الفتح ٦٥٣/٩ ، كتاب الذبائح والصيد ، باب لحوم الحمر الأنسية حديث (٥٥٢٧) ، ومسلم ١٥٣٨/٣ ، كتاب الصيد والذبائح ، باب في أكل لحوم الخيل حديث (٢٣-١٩٣٦) .

(٤) رواه البخاري ومسلم ، ينظر: صحيح البخاري مع الفتح ٦٥٣/٩ ، كتاب الذبائح والصيد ، باب تحريم أكل لحوم الحمر الأنسية حديث (٥٥٢٨) ، ومسلم ١٥٤٠/٣ ، كتاب الصيد والذبائح ، باب في أكل لحوم الخيل حديث (٣٥-١٩٤٠) .

(٥) رواه أبو داود في سننه ١٦٣/٤ ، كتاب الأطعمة باب في أكل لحوم الحمر الأهلية حديث (٣٨٠٩)=

٢- روى البخاري قال حدثنا علي بن عبد الله حدثنا سفيان قال عمرو قلت لجابر بن زيد: يزعمون أن رسول الله ﷺ نهى عن حمر الأهلية، فقال: قد كان يقول ذاك الحكم بن عمرو الغفاري عندنا بالبصرة . ولكن أبي ذلك البحر ابن عباس وقرأ ﴿قُلْ لَا أُجِدُ فِيهَا أَوْحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾^(١)،^(٢).

قال ابن حجر: والاستدلال بهذا للحل إنما يتم فيما لم يأت فيه نص عن النبي ﷺ بتحريمه ، وقد تواترت الأخبار بذلك ، والتنصيص على التحريم مقدم على عموم التحليل وعلى القياس^(٣).

وقد ورد عن ابن عباس أنه توقف في النهي عن الحمر :

هل كان لمعنى خاص ، أو للتأييد ؟ فقد روى البخاري ومسلم عن عامر - الشعبي - عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «لا أدري أنهى عنه رسول الله ﷺ من أجل أنه كان حمولة الناس ، فكره أن تذهب حمولتهم، أو حرم في يوم خيبر لحم الحمر الأهلية»^(٤).

قال العيني: والأصل ها هنا بيان الطهارة في جانب الماء والنجاسة في جانب اللعاب لأن لعابه نجس ، وليس أحدهما بأولى فبقي مشكلاً نجساً من وجه ، طاهراً من وجه^(٥).

٣- قال ابن قدامة : وعن أحمد أنه قال في البغل والحمارة: إذا لم يجد غير سؤرهما يتيمم معه .

= قال النووي في شرحه على صحيح مسلم ٩٢/١٣: هذا الحديث مضطرب ، مختلف الإسناد ، شديد الاختلاف ، ولو صح حمل على الأكل منها حال الاضطراب والله أعلم . وقال الخطابي في معالم السنن مع سنن أبي داود ١٦٣/٤: اختلف في إسناده اختلافاً كثيراً . وقال الألباني في ضعيف سنن أبي داود ص ٣٧٥ حديث (٨١٧-٣٨٠٩): ضعيف الإسناد مضطرب .

(١) سورة الأنعام الآية ١٤٥ .

(٢) صحيح البخاري مع الفتح ٦٥٤/٩ ، كتاب الذبائح والصيد باب لحوم الحمر الأنسية حديث (٥٥٢٩).

(٣) فتح الباري ٦٥٥/٩ .

(٤) صحيح البخاري مع الفتح ٤٨٢/٧ كتاب المغازي باب غزوة خيبر حديث (٤٢٢٧) ، وصحيح مسلم

١٥٣٩/٣ . كتاب الصيد والذبائح ، باب تحريم أكل لحوم الحمر الأنسية حديث (٣٢-١٩٣٩) .

(٥) البناية في شرح الهداية ٤٥٩/١ .

وهذه الرواية تدل على طهارة سُورهما ، لأنه لو كان نجساً لم تجز الطهارة به ، ولأنه حيوان يجوز بيعه فكان طاهراً كالشاة^(١).

واستدل صاحب القول الثالث بما يأتي :

أولاً: حديث عبد الله بن عمر قال: سئل رسول الله ﷺ عن الماء وما ينويه من الدواب والسباع فقال ﷺ: (إذا كان الماء قلتين لم يحمل الخبث). وفي لفظ (إذا كان الماء قلتين لم ينجسه شيء)^(٢). ولو كانت طاهرة لم يحده بالقلتين^(٣). فلما حدّه بالقلتين دل على نجاسة سُور الدواب والسباع فيما دونهما .

ثانياً: حديث أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال في الحمر يوم خيبر: (إنها رجس)^(٤). والرجس بمعنى القذر والمستقذر، وإذا كانت رجساً فسُورها كذلك .

ثالثاً: أنه حيوان حرم أكله لا لحرمته ، يمكن التحرز منه غالباً ، أشبه الكلب والخنزير^(٥).

الراجع :

أرى أن الراجع هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ، وهو طهارة سُور البغل والحمار الأهلي للأدلة التي استدلو بها .

قال ابن قدامة: والصحيح عندي طهارة البغل والحمار ، لأن النبي ﷺ كان يركبها^(٦)، وتركب في زمنه وفي عصر الصحابة ، فلو كان نجساً لبين النبي ﷺ ذلك ، ولأنهما لا يمكن التحرز منهما لمقتنيهما فأشبهها

(١) المغني ٤٨/١ ، والروايتين والوجهين ٦٢/١ .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) المغني ٤٩/١ .

(٤) تقدم تخريجه .

(٥) المغني ٤٩/١ ، والروايتين والوجهين ٦٢/١ .

(٦) كما في حديث معاذ بن جبل قال: كنت رديف النبي ﷺ على حمار .. رواه مسلم في صحيحه ٥٨/١ ، كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من مات على التوحيد دخل الجنة قطعاً، حديث (٣١٠-٤٩) . والبخاري في صحيحه مع الفتح ٣٩٧/١١ ، كتاب القياس، باب إرداف الرجل خلف الرجل حديث (٥٩٦٧) .

السنور . وقول النبي ﷺ: (إنه رجس) ^(١)، أراد أنها محرمة كقوله تعالى في الخمر والميسر والأنصاب والأزلام إنها ﴿رجس﴾ ^(٢).

ويحتمل أنه أراد لحمها الذي كان في قدورهم فإنه رجس ، فإن نبح ما لا يحل أكله لا يظهره ^(٣).

المبحث الثالث : سؤر الكلب والخنزير ^(٤):

اختلف الفقهاء في حكم سؤر الكلب والخنزير على ثلاثة أقوال :

القول الأول: نجاسة سؤر الكلب والخنزير ، وغسل الإناء منه سبعاً إحداهن بالتراب . وبه قال أبو هريرة ^(٥)، وابن عباس ^(٦)، وعروة بن الزبير ^(٧)، وطاووس ^(٨)، وعمرو بن دينار ^(٩).

والشافعي ^(١٠)، وأحمد ^(١١)، وإسحاق ^(١٢)، وأبو عبيد ^(١٣)، وأبو ثور ^(١٤).

(١) تقدم تخريجه .

(٢) سورة المائدة من الآية ٩٠ .

(٣) المغني ٤٩/١ .

(٤) وردت الأدلة بنجاسة الكلب، عينه، وسؤره ، وجميع ما خرج منه ، والخنزير شر منه لتحريم الانتفاع به في الأحوال، وجواز الانتفاع بالكلب في حال، وإذا كانت الأدلة وردت بنجاسة الكلب فنجاسة الخنزير أولى قياساً عليه، وإنما لم ينص الشارع عليه لأنهم لم يكونوا يعتادونه . ينظر: كشاف القناع ٢٠٨/١، ٢٠٩، والفروع ٢٣٦/١، والأم ١٩/١، والعزیز شرح الوجيز ٦٦/١، والحاوي الكبير ٣١٥/١، ٣١٦.

(٥) الأوسط ٣٠٥/١، والمجموع ٥٣١/٢ .

(٦) الأوسط ٣٠٥/١، والمجموع ٥٣١/٢ .

(٧) الأوسط ٣٠٥/١، والمجموع ٥٣١/٢، والمغني ٤٧/١ .

(٨) الأوسط ٣٠٥/١، ومصنف عبد الرزاق ٩٦/١ رقم (٣٣٢)، والمجموع ٥٣١/٢ .

(٩) الأوسط ٣٠٥/١، ومصنف عبد الرزاق ٩٧/١ رقم (٣٣٤)، والمجموع ٥٣١/٢ .

(١٠) الأم ١٩/١، ومختصر المزني مع الأم ١٠٠/٨، ١٠١، والمهذب ٧٣/١، والتنبيه ص ١٧، والمجموع ٥٣١/٢، ٥٣٣، ٥٣٧، والحاوي الكبير ٣٠٤/١، ٣١٥، وروضة الطالبين ٣٢/١، ومغني المحتاج ٧٨/٨٣، وحلية العلماء ٣١٧/١، والغاية القصوى في دراية الفتوى ٢٢٧/١

(١١) مختصر الخرقى ص ١٦، والمغني ٤٦/١، والهداية ٢٢/١، والمسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ٦٤/١، وكشاف القناع ٢٠٨/١، ٢٢٥، والمحرر ٤/١، وشرح منتهى الإرادات ٩٧/١، والفروع ٢٣٥/١، والإنصاف ٣١٠/١ وفيه رواية عن الإمام أحمد : تغسل نجاسة الكلب ثمانية .

(١٢) الأوسط ٣٠٥/١، والمجموع ٥٣١/٢ .

(١٣) الأوسط ٣٠٥/١، والمجموع ٥٣١/٢، والمغني ٤٧/١ .

(١٤) الأوسط ٣٠٥/١، والمجموع ٥٣١/٢ .

● أحكام السُّور ●

القول الثاني: سؤرها طاهر ، يتوضأ به ويشرب ، وإن ولغا في طعام لم يحرم أكله ، ويجب غسل الإناء سبعاً تعبدًا ، وبه قال مالك ^(١) ، والأوزاعي ^(٢) ، ودาวود ^(٣) ، والزهري ^(٤) .

القول الثالث: سؤر الكلب والخنزير نجس ، يغسل الإناء حتى يغلب على الظن طهارته ، والعدد لا يعتبر ، وقيل يغسل ثلاث غسلات . وبه قال أبو حنيفة ^(٥) .

القول الرابع : طهارة سؤر الكلب والخنزير ، يتوضأ منه ويتيمم . وبه قال عبدة بن أبي لبابة ، وسفيان الثوري ، وعبد الملك بن الماجشون ، ومحمد بن مسلمة ^(٦) .

الأدلة :

استدل أصحاب القول الأول بحديث أبي هريرة (إذا شرب الكلب في إناء أحكم فليغسله سبعاً) ^(٧) . وفي لفظ: (إذا ولغ ^(٨) الكلب في إناء أحكم فليرقه ثم ليغسله سبع مرار) ^(٩) . وفي لفظ: (طهور إناء أحكم إذا ولغ فيه

(١) الموطأ ٣٤/١ رقم (٣٥) ، والدرنة ٦٠٥/١ ، والكافي ١٥٨/١ ، ١٦١ ، والنخبة ١٨١/١ ، ١٨٣ ، والإشراف ٤١/١ ، ٤٢ ، والقوانين الفقهية ص ٣٧ ، والمنتهي ٧٣/١ ، ٧٤ ، ومختصر خليل ص ١٠ ، وشرح الخرخشي ٧٦/١ ، وشرح الزرقاني ١٦/١ ، ومنح الجليل ٣٨/١ ، ومن المالكية جماعة تطلق على الكلب والخنزير التنجيس كسحتون وعبد الملك وبعض أهل المدينة .

(٢) الأوسط ٣٠٦/١ ، والمغني ٤٧/١ ، والمجموع ٥٣١/٢ .

(٣) الحارثي الكبير ٣٠٤/١ ، ٣١٥ ، والمغني ٤٧/١ ، والبنية ٤٣١/١ .

(٤) قال الزهري : يتوضأ به إذا لم يجد غيره . ينظر: الأوسط ٣٠٦/١ ، والمغني ٤٧/١ ، والحارثي الكبير ٣٠٤/١ .

(٥) مختصر الطحاوي ص ١٦ ، والأصل ٣١/١ ، ٣٢ ، ومختصر اختلاف العلماء ١١٧/١ ، وبداية المبتدي مع فتح القدير ١٠٩/١ ، ١١٠ ، والهداية مع البنية ٤٣١/١ ، ٤٣٩ ، وبتائع الصنائع ٨٧/١ .

(٦) الأوسط ٣٠٦/١ ، ٣٠٧ ، والمغني ٤٧/١ .

(٧) رواه البخاري ومسلم . ينظر : صحيح البخاري مع الفتح ٣٣٠/١ ، كتاب الوضوء باب الماء الذي يغسل به شعر الإنسان حديث (١٧٢) ، وصحيح مسلم ٢٣٤/١ ، كتاب الطهارة باب حكم ولوغ الكلب حديث (٩٠-٢٧٩) .

(٨) ولغ الكلب في الإناء يَلْغُ ولَوْغاً أي شرب فيه بأطراف لسانه . ينظر: لسان العرب ٤٩١٧/٦ مادة «ولغ» .

(٩) رواه مسلم في صحيحه ٢٣٤/١ كتاب الطهارة ، باب حكم ولوغ الكلب حديث (٨٩-٢٧٩) .

الكلب أن يغسله سبع مرات أولاً من بالتراب^(١).

وجه الدلالة: الحديث نص في وجوب إراقة سؤر الكلب وإتلافه، وذلك ظاهر في نجاسته، إذ لو كان سؤره طاهراً لم تجز إراقتة ولا وجب غسله^(٢). قال النووي بعد إيراده لحديث أبي هريرة: وروى هذا المتن في الصحيح جماعة من الصحابة رضي الله عنهم، وذكر أصحابنا أقيسة كثيرة ومناسبات لا قوة فيها، ولا حاجة إليها مع ما ذكرناه من السنن الصحيحة المتظاهرة^(٣).

واستدل أصحاب القول الثاني بما يأتي:

أولاً: قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾^(٤).

وجه الدلالة: أن الله تعالى أباح أكل ما أمسك الكلاب عليه ولم يشترط غسله^(٥)، ولو كان نجساً لأفسد ما صاده بفمه ولما ورد الشرع بإباحته^(٦). قال الماوردي: فأما الجواب عن استدلالهم بإباحة الاصطياد به فهو أنه لا دليل فيه لأن النجس قد يجوز الانتفاع به في حال كاليته، وأما موضوع فمه من الصيد فقد اختلف أصحابنا فيه، فذهب جمهورهم إلى نجاسته وتقرد بعضهم بطهارته، لأن الآية وردت بالإباحة، فلو حكم بتنجيس ما أصابه بفمه لخرجت عن الإباحة إلى الحظر، لأن لعبه يسري فيما عضه من الصيد، فلا يمكن غسله فصار معفواً عنه وليس ينكر أن يعفى عن شيء من النجاسة للحوق المشقة في إزالته كدم البراغيث وأثر الاستنجاء^(٧).

(١) رواد مسلم في صحيحه ٢٣٤/١ كتاب الطهارة، باب حكم ولوغ الكلب حديث (٩١-٢٧٩).

(٢) المغني ٤٧/١، والمجموع ٥٣٢/٢، ومعالم السنن مع سنن أبي داود ٥٧/١.

(٣) المجموع ٥٣٢/٢.

(٤) سورة المائدة الآية ٤.

(٥) الذخيرة ١٨٣/١، والإشراف ٤١/١.

(٦) الحاوي الكبير ٣٠٤/١.

(٧) الحاوي الكبير ٣٠٥/١.

وقال ابن قدامة : وقولهم: إن الله تعالى أمر بأكل ما أمسكه الكلب قبل غسله . قلنا: الله تعالى أمر بأكله ، والنبي ﷺ أمر بغسله ، فيعمل بأمرهما، وإن سلمنا أنه لا يجب غسله فلأنه يشق فعفي عنه ^(١).

ثانياً: حديث أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ سئل عن الحيض التي بين مكة والمدينة تردها السباع والكلاب والحر ، وعن الطهارة منها ؟ فقال: (لها ما حملت في بطونها ، ولنا ما غير طهور) ^(٢).

وجه الدلالة : قالوا: دل هذا الحديث على طهارة الكلب من وجهين : أحدهما: أنه جمع بينه وبين السباع ، فلما كان السبع طاهراً كان ما جمع إليه في الحكم طاهراً . والثاني: أنه جعل ما بقي من شربه طهوراً ، وقد يكون الباقي قليلاً، ويكون الباقي كثيراً .

والجواب عنه: أن الحيض كثيرة الماء في الغالب وتنجيسها بالولوغ لا يحصل، ثم الولوغ فيها ولو كانت قليلة المياه شك، والشك لا يوجب التنجيس ^(٣). ثالثاً: القياس على سائر الحيوان في عدم غسل الإناء من ولوغها كالنمر ^(٤). والجواب : أن الشرع فرق بين الكلب وغيره في ذلك .

رابعاً: أن غسل الإناء من ولوغ الكلب تعبد كما تغسل أعضاء الوضوء، وتغسل اليد من نوم الليل ، ولا يلزم منه نجاسة الطعام وإتلافه ^(٥).

والجواب : أن الأصل وجوب الغسل من النجاسة بدليل غسل سائر الأعضاء ثم لو كان تعبداً لما أمر بإراقة الماء ، ولما اختص الغسل بموضع الولوغ لعموم اللفظ في الإناء كله ، والنبي ﷺ نص على الأمر بإراقتيه وإتلافه فوجب العمل به ، وأما غسل اليد من النوم فإنما أمر به للاحتياط

(١) المغني ١/ ٤٨ .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) الحاوي الكبير ١/ ٣٠٤، ٣٠٥ .

(٤) النخبة ١/ ١٨٣ .

(٥) الإشراف ١/ ٤١، والمغني ١/ ٤٧، والمجموع ٢/ ٥٣٢ .

لاحتمال أن تكون يده قد أصابته نجاسة فيتنجس الماء ، ثم تنجس أعضاؤه به ، وغسل أعضاء الوضوء شرع للوضوء والنظافة ، ليكون العبد في حال قيامه بين يدي الله تعالى على أحسن حال وأكملها ^(١).

قال ابن حجر عند شرحه لحديث أبي هريرة في ولوغ الكلب : خالف ظاهر هذا الحديث المالكية فلم يقولوا بالتتريب أصلاً مع إيجابهم التسبيح على المشهور عندهم ، لأن التتريب لم يقع في رواية مالك ^(٢).

قال القرافي منهم: قد صحت فيه الأحاديث ، فالعجب منهم كيف لم يقولوا بها ^(٣). وهناك روايات وأدلة ومناقشات يطول ذكرها في هذا المقام والعبرة بما ورد به الشرع ^(٤).

واستدل أصحاب القول الثالث بما يأتي :

أولاً: ما رواه الدارقطني عن عبد الوهاب بن الضحاك عن إسماعيل بن عياش عن هشام بن عروة عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة عن النبي ﷺ في الكلب يلغ في الإناء أنه يغسله ثلاثاً أو خمساً أو سبعاً ^(٥).

ثانياً: روى الطحاوي وغيره عن أبي هريرة في الإناء يلغ فيه الكلب أو الهر قال: «يغسل ثلاث مرار» ^(٦).

(١) المغني ٤٧/١ ، والمجموع ٥٣٣/٢ .

(٢) ينظر: الموطن ٣٤/١ كتاب الطهارة ، باب جامع الوضوء حديث (٣٥) .

(٣) فتح الباري ٣٣١/١ .

(٤) ينظر: المنتقى ٧٣/١ ، ٧٤ ، وفتح الباري ٣٣١/١ ، ٣٣٢ .

(٥) سنن الدارقطني ٦٥/١ ، كتاب الطهارة ، باب ولوغ الكلب في الإناء حديث (١٣ ، ١٤) ، وينظر: نصب الراية ١٣٠/١ حديث (٤٤) ، والدرية ٦٠/١ حديث (٥٢) . قال الدارقطني في سننه ٦٥/١: تفرد به عبد الوهاب عن إسماعيل وهو متروك الحديث ، وغيره يرويه عن إسماعيل بهذا الإسناد «فاغسلوه سبعاً» وهو الصواب . وقال عبد الرحمن بن أبي حاتم في الجرح والتعديل ٧٤/٦ رقم (٣٨١): سمع منه أبي بالسلمية وترك حديث الرواية عنه وقال: كان يكذب ، حدث بأحاديث كثيرة موضوعة فخرجت إليه فقلت: لا تصاف الله عز وجل فضمن لي أن لا يحدث بها فحدث بها بعد ذلك . وقال النووي في المجموع ٥٣٢/٢ : حديث ضعيف باتفاق الحفاظ ، لأن راويه عبد الوهاب مجمع على ضعفه وتركه . وينظر الحاوي الكبير ٣٠٨/١ .

(٦) شرح معاني الآثار ٢٣/١ ، كتاب الطهارة ، باب سؤر الكلب ، وسنن الدارقطني ٦٦/١ ، كتاب الطهارة ، باب ولوغ الكلب في الإناء رقم (١٦) .

فلما كان أبو هريرة قد رأى أن الثلاثة تطهر الإناء من ولوغ الكلب فيه وقد روى عن النبي ﷺ ما ذكرنا ثبت بذلك نسخ السبع ، لانا نحسن الظن به فلا نتوهم عليه أنه يترك ما سمعه من النبي ﷺ إلا إلى مثله ولا سقطت عدالته فلم يقبل قوله ولا روايته ^(١) . قال النووي: فإن قال قائل: حديثكم رواه أبو هريرة وقد أفتى بغسله ثلاثاً .

فالجواب من وجهين: أحسنهما: أن هذا ليس بثابت عنه ، فلا يقبل دعوى من نسب إليه ، بل قد نقل ابن المنذر عنه وجوب الغسل سبعاً ^(٢) .

والجواب الثاني: أن عمل الراوي وفتواه بخلاف حديث رواه ليس بقادح في صحته ، ولا مانع من الاحتجاج به عند الجمهور من الفقهاء والمحدثين والأصوليين ، وإنما يرجع إلى قول الراوي عند الشافعي وغيره من المحققين إذا كان قوله تفسيراً للحديث ليس مخالفاً لظاهره ^(٣) .

ثالثاً: القياس على سائر النجاسات كالبول والغائط يطهر منها ثلاث غسلات ، قالوا: فلما كان ذلك يطهر من البول والغائط وهما أغلظ النجاسات ، كان أخرى أن يطهر بما هو دون ذلك من النجاسات ^(٤) .

والجواب: قال النووي: وأما قياسهم على سائر النجاسات فلا يلتفت إليه مع السنن الصحيحة المتظاهرة على مخالفته ^(٥) .

وأجاب ابن حجر: بأنه قياس في مقابلة النص وهو فاسد الاعتبار ^(٦) .

رابعاً : أن الأمر الوارد بالسبع محمول على ابتداء الإسلام عند الأمر بقتل الكلاب فلما نهي عن قتلها نسخ الأمر بالغسل ^(٧) .

(١) شرح معاني الآثار ٢٣/١ .

(٢) الأوسط ٣٠٦، ٣٠٥/١ ، رقم (٢٣٠) ، قال ابن حجر في الفتح ٣٣٢/١: ورواية من روى عنه موافقة فتياه لروايته أرجح من رواية من روى عن مخالفته من حيث الإسناد ومن حيث النظر .

(٣) المجموع ٥٣٢/٢ ، ٥٣٣ .

(٤) شرح معاني الآثار ٢٢/١ .

(٥) المجموع ٥٣٢/٢ .

(٦) فتح الباري ٣٣٣/١ .

(٧) الهداية مع فتح القدير ١١٠/١ ، والهداية مع البنابة ٤٣٧/١ .

والجواب: أن الأمر بقتلها كان في أوائل الهجرة والأمر بالغسل متأخر جداً ، لأنه من رواية أبي هريرة وعبد الله بن مغفل ، وقد ذكر ابن مغفل أنه سمع النبي ﷺ يأمر بالغسل وكان إسلامه سنة سبع كأبي هريرة، بل سياق مسلم ظاهر في أن الأمر بالغسل كان بعد الأمر بقتل الكلاب^(١).

عن عبد الله بن المغفل قال: أمر رسول الله ﷺ بقتل الكلاب، ثم قال: (ما بالهم وبإل الكلاب ؟) ثم رخص في كلب الصيد وكلب الغنم وقال: (إذا ولغ الكلب في الإناء فاغسلوه سبع مرات وعقروه^(٢) الثامنة في التراب)^(٣).

قال ابن حجر عند شرحه لحديث أبي هريرة في ولوغ الكلب: خالف ظاهر هذا الحديث الحنفية فلم يقولوا بوجوب السبع ولا بالتتريب^(٤).

والجواب عليهم ما ورد وصح في حديثي أبي هريرة وعبد الله بن مغفل رضي الله عنهما .

واستدل أصحاب القول الرابع بما رواه البخاري تعليقاً .

وقال الزهري: إذا ولغ في إناء ليس له وضوء غيره يتوضأ به .

وقال سفيان: هذا الفقه بعينه يقول الله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾^(٥). وهذا ماء ، وفي النفس منه شيء يتوضأ به ويتيمم^(٦).

قال ابن حجر: وأما فتيا سفيان بالتيمم بعد الوضوء به فلا أنه رأى أنه ماء مشكوك فيه من أجل الاختلاف فاحتاط للعبادة ، وقد تعقب بأنه يلزم من استعماله أن يكون جسده ظاهراً بلا شك فيصير باستعماله مشكوكاً

(١) فتح الباري ١/ ٣٣٣ .

(٢) العفر: التراب ، يقال: عَفَرْتُ فلاناً في التراب إذا مَرَّغْتُهُ فيه تعفيراً ، وانعقر الشيء تترب . ينظر: مفتاح الصحاح ص ٤٤١ ، ولسان العرب ٤/ ٣٠٠٨ مادة «عفر» .

(٣) رواه مسلم في صحيحه ١/ ٢٣٥ ، كتاب الطهارة ، باب حكم ولوغ الكلب حديث (٩٣-٢٨٠) .

(٤) فتح الباري ١/ ٣٣١ ، ٣٣٢ .

(٥) سورة النساء الآية ٤٣ .

(٦) صحيح البخاري مع الفتح ١/ ٣٢٧ ، كتاب الوضوء ، باب الماء الذي يغسل به شعر الإنسان .

في طهارته ، ولهذا قال بعض الأئمة : الأولى أن يريق ذلك الماء ثم يتيمم والله أعلم ^(١).

هل تقوم المطهرات مثل الأَشْنَان والصابون وغيرهما مقام التراب أم لا؟
تقدم أن الحنفية والمالكية لا يقولون بالتتريب ، وأن الذين قالوا به هم الشافعية والحنابلة .

أما عند الحنابلة: فإن جعل مكان التراب أَشْنَاناً ^(٢) أو نحوه فعلى وجهين: إحداهما: يجزئ ذلك ، وهو المذهب . لأن نصه على التراب تنبيه على ما هو أبلغ منه في التنظيف . والوجه الثاني: لا يقوم غير التراب مقامه إلا فيما يضره التراب فيكفي أقل شيء يسمى تراباً لحديث أبي هريرة (فإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم) ^(٣) ، ^(٤).

وعند الشافعية: قال النووي: وحاصل المنقول فيها أربعة أقوال رابعها مخرج، أظهرها عند الرافعي ^(٥) وغيره من المحققين لا يقوم غير التراب مقامه لظاهر الخبر ، ولأنها طهارة متعلقة بالتراب فلا يقوم غيره مقامه كالتييم .
والثاني: يقوم كالدباغ يقوم فيه غير الشب ^(٦) والقرظ ^(٧) مقامهما، وكالاستنجاء يقوم فيه غير الحجارة مقامها .

وهذا القول صححه المصنف في التنبيه ^(٨) والشاشي ^(٩).

(١) فتح الباري ١/٣٢٨ .

(٢) الأَشْنَانُ والإشْنَانُ من الحَمْض ، الذي يُفَسَل به الأيدي ، ينظر: لسان العرب ١/٨٦ مادة «أشن» .

(٣) رواد مسلم في صحيحه ٢/٩٧٥ ، كتاب الحج ، باب قرص الحج مرة في العمر حديث (٤١٢-١٣٣٧) .

(٤) الإنصاف ١/٣١٢ ، وكشاف القناع ١/٢٠٩ ، والفروع ١/٢٣٦ ، وشرح منتهى الإرادات ١/٩٨ ، والمحرر ١/٤ .

(٥) العزيز شرح الوجيز ١/٦٦ ، ٦٧ .

(٦) الشَّبُّ حِجَارَةٌ يُتَّخَذُ مِنْهَا الرَّأْجُ ، ينبغ به الجلود . وقيل: الشب : دواء . ينظر: لسان العرب ٣/٢١٨٢ مادة «شبيب» .

(٧) الْقَرْظُ: شَجَرٌ يُدْبَغُ به . ينظر: لسان العرب ٥/٣٥٩٣ مادة «قرظ» .

(٨) التنبيه ص ١٧ .

(٩) حلية العلماء ١/٣١٨ .

والثالث: يقوم عند عدم التراب دون وجوده .

والرابع : يقوم فيما يفسده التراب بالثياب دون الأواني ونحوها ^(١).

الراجع :

أرى أن الراجع هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول وهو نجاسة سؤر الكلب والخنزير ووجوب غسل الإناء من ولوغهما سبغاً إحداهن بالتراب للأدلة الصحيحة الصريحة التي استدلو بها .

ثم اعلم أنه قد ورد في حديث عبد الله بن مغفل (وعفروه الثامنة في التراب) .

وورد في حديث أبي هريرة (فليغسله سبغاً) ، (ثم ليغسله سبع مرار)، (أن يغسله سبع مرات أولاً بالتراب) .

فظاهر حديث عبد الله بن مغفل وجوب غسلة ثامنة وأن غسلة التراب غير الغسلات السبع بالماء ، وثبت القول بذلك عن الحسن البصري ^(٢).

وأحمد بن حنبل في رواية حرب الكرمانى عنه ^(٣).

قال ابن حجر: وجمع بعضهم بين الحديثين فقال: لما كان التراب جنساً غير الماء جعل اجتماعهما في المرة الواحدة معدوداً باثنين .

وتعقبه ابن دقيق العيد بأن قوله (وعفروه الثامنة بالتراب) ظاهر في كونها غسلة مستقلة ، لكن لو وقع التعفير في أوله قبل ورود الغسلات السبع كانت الغسلات ثمانى ويكون إطلاق الغسلة على التتريب مجازاً، وهذا الجمع من مرجحات تعيين التراب في الأولى ^(٤).

كما أن الراجع أن المطهرات من الأسنان والصابون وغيرهما تقوم مقام التعفير . والله تعالى أعلم .

(١) المجموع ٥٣٤/٢ ، والعزیز شرح الوجيز ٦٧/١ ، والام ١٩/١ ، ومختصر المزني مع الام ١٠٠/٨ ، ١٠١ ، والمهذب ٧٣/١ ، والحاوي الكبير ٣١١/١ ، ٣١٢ .

(٢) فتح الباري ٣٣٣/١ .

(٣) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ٦٥/١ ، والإنصاف ٣١٠/١ .

(٤) فتح الباري ٣٣٣/١ ، وينظر: المجموع ٥٣٣/٢ .

خاتمة البحث في أهم نتائجه

- ١- السُّور هو البقية والفضلة، وهو ما بقي في الإناء بعد الشرب أو الأكل.
- ٢- الجمهور من الفقهاء على أن سُّور الأدمي طاهر ، سواء كان مسلماً أو كافراً ، جنباً أو حائضاً .
- ٣- نقل ابن المنذر الإجماع على أن سُّور ما أكل لحمه طاهر يجوز شربه والوضوء به .
- ٤- طهارة سُّور الهرة وجواز شربه والوضوء به .
- ٥- طهارة سُّور السباع وجوارح الطير .
- ٦- طهارة سُّور الحمار الوحشي والبغل منه .
- ٧- طهارة سُّور الحمار الأهلي والبغل منه .
- ٨- نجاسة سُّور الكلب والخنزير ووجوب غسل الإناء من ولوغهما سبغاً إحداهن بالتراب .
- ٩- أن المطهرات الحديثة مثل الصابون وغيره تقوم مقام التعفير .

فهرس المصادر والمراجع

- ١- الإجماع . لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق أبي حماد صغير أحمد بن محمد حنيف ، دار طيبة ، الرياض .
- ٢- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل . لمحمد ناصر الدين الألباني ، المكتب الإسلامي ، بيروت .
- ٣- الإشراف على مسائل الخلاف . للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي ، مطبعة الإرادة .
- ٤- الأصل ، المعروف بالمبسوط ، لأبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، إدارة الفرقان والعلوم الإسلامية ، كراتشي .
- ٥- الأم . لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، دار الفكر ، بيروت .
- ٦- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل، لأبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- ٧- الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف ، لأبي بكر محمد بن إبراهيم ابن المنذر النيسابوري. تحقيق أبي حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، دار طيبة ، الرياض .
- ٨- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . لأبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتاب العربي ، بيروت .
- ٩- بداية المبتدي . لعلي بن أبي بكر المرغيناني ، مطبوع مع فتح القدير لابن الهمام، مصطفى الحلبي ، مصر .
- ١٠- البناية في شرح الهداية ، لمحمود بن أحمد العيني ، دار الفكر، بيروت .
- ١١- تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي . لمحمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري ، مطبعة المدني ، القاهرة .
- ١٢- التحليق المغني على الدارقطني . لأبي الطيب محمد شمس الحق، مطبوع مع سنن الدارقطني ، دار المحاسن ، القاهرة .
- ١٣- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير . لأبي الفضل أحمد بن علي العسقلاني ، دار المعرفة ، بيروت .

• أحكام السور •

- ١٤- التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي . لأبي إسحاق إبراهيم ابن علي الشيرازي ، مصطفى البابي الحلبي ، مصر .
- ١٥- الجرح والتعديل . لأبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم الرازي، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ١٦- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، وهو شرح مختصر المزني، لعلي ابن محمد بن حبيب الماوردي ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٧- حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء . لمحمد بن أحمد الشاشي القفال، تحقيق د. ياسين أحمد دراركة ، مكتبة الرسالة الحديثة ، عمان.
- ١٨- حياة الحيوان الكبرى، لمحمد بن موسى الدّميري، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر.
- ١٩- الذخيرة . لأحمد بن إدريس القرافي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت .
- ٢٠- روضة الطالبين وعمدة المفتين، ليحيى شرف النووي ، المكتب الإسلامي، بيروت.
- ٢١- سنن ابن ماجة . لمحمد بن يزيد القزويني ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، عيسى الحلبي ، مصر .
- ٢٢- سنن أبي داود. لسليمان بن الأشعث السجستاني ، محمد علي السيد، حمص .
- ٢٣- سنن الترمذي . لمحمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، مطبوع مع شرحه تحفة الأحوذى للمباركفوري ، مطبعة المدني ، القاهرة .
- ٢٤- سنن الدارقطني . لعلي بن عمر ، دار المحاسن للطباعة ، القاهرة .
- ٢٥- السنن الكبرى ، لأحمد بن الحسين البيهقي ، دار الفكر ، بيروت .
- ٢٦- سنن النسائي. لأحمد بن شعيب بن علي النسائي ، دار الكتب العلمية، بيروت .
- ٢٧- شرح الخرشي على مختصر خليل . لمحمد بن عبد الله بن علي الخرشي ، دار صادر ، بيروت .
- ٢٨- شرح الزرقاني على مختصر خليل. لعبد الباقي بن يوسف الزرقاني، دار الفكر، بيروت.
- ٢٩- شرح السنة . لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي ، تحقيق شعيب الأرنؤوط، وزهير الشاويش ، المكتب الإسلامي .

- ٣٠- شرح معاني الآثار، لأبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي، مطبعة الأنوار المحمدية، القاهرة.
- ٣١- شرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب، بيروت.
- ٣٢- شرح النووي على صحيح مسلم. ليحيى بن شرف النووي، مطبوع مع صحيح مسلم، المطبعة المصرية.
- ٣٣- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، مصور عن الطبعة الأولى في القاهرة.
- ٣٤- صحيح ابن خزيمة. لمحمد بن إسحاق بن خزيمة السلمي النيسابوري، تحقيق د. محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي.
- ٣٥- صحيح البخاري. لمحمد بن إسماعيل البخاري، مطبوع مع شرحه فتح الباري، المكتبة السلفية.
- ٣٦- صحيح سنن ابن ماجه. لمحمد ناصر الدين الألباني، نشر مكتب التربية العربية لدول الخليج.
- ٣٧- صحيح سنن أبي داود. لمحمد ناصر الدين الألباني، نشر مكتب التربية العربي لدول الخليج.
- ٣٨- صحيح مسلم. لمسلم بن الحجاج النيسابوري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٣٩- ضعيف سنن ابن ماجه. لمحمد ناصر الدين الألباني، نشر مكتب التربية العربي لدول الخليج.
- ٤٠- ضعيف سنن أبي داود. لمحمد ناصر الدين الألباني، نشر مكتب التربية العربي لدول الخليج.
- ٤١- العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير. لأبي القاسم عبد الكريم ابن محمد ابن عبد الكريم الراقي، تحقيق الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت.

• أحكام السُّور •

- ٤٢- الغاية القصوى في دراية الفتوى . لعبد الله بن عمر البضاوي، تحقيق علي محيي الدين علي القرة داغي . دار النصر للطباعة ، مصر .
- ٤٣- فتح الباري بشرح صحيح الإمام محمد بن إسماعيل البخاري . لأحمد ابن علي ابن حجر العسقلاني ، المكتبة السلفية .
- ٤٤- فتح القدير . لمحمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي، مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر .
- ٤٥- الفروع . لمحمد بن مفلح ، عالم الكتب ، بيروت .
- ٤٦- القاموس المحيط . لمحمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروزآبادي، ترتيب الطاهر أحمد الزاوي ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ٤٧- القوانين الفقهية . لمحمد بن أحمد بن جُزي، دار الكتاب العربي، بيروت .
- ٤٨- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي . ليوسف بن عبد الله النمري، تحقيق د. محمد محمد أحمد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض .
- ٤٩- الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار . لعبد الله بن محمد بن أبي شيبة ، تحقيق عبد الخالق الأفغاني ، الدار السلفية ، الهند .
- ٥٠- كشف القناع عن متن الإقناع . لنصور بن يونس البهوتي، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة .
- ٥١- لسان العرب . لمحمد بن مكرم بن علي بن منظور، دار المعارف، القاهرة .
- ٥٢- المجموع شرح المذهب ليحيى بن شرف النووي، مكتبة الإرشاد، جدة .
- ٥٣- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل . لعبد السلام بن عبد الله الحراني ، دار الكتاب العربي ، بيروت .
- ٥٤- مختصر اختلاف العلماء ، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، اختصار أبي بكر أحمد بن علي الجصاص ، تحقيق الدكتور عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية ، بيروت .
- ٥٥- مختصر الخرقى . لأبي القاسم عمر بن الحسين الخرقى ، المكتب الإسلامي .

- ٥٦- مختصر خليل . لخليل بن إسحاق بن موسى ، دار الفكر ، بيروت .
- ٥٧- مختصر الطحاوي . لأحمد بن محمد الطحاوي ، دار الكتاب العربي، القاهرة .
- ٥٨- مختصر المزني . لأبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني ، مطبوع مع الأم لمحمد بن إدريس الشافعي ، دار الفكر ، بيروت .
- ٥٩- المدونة الكبرى. رواية سحنون بن سعيد التتوخي عن عبد الرحمن بن القاسم العتقي عن إمام دار الهجرة مالك بن أنس، مطبعة السعادة مصر.
- ٦٠- المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين. لأبي يعلى محمد بن الحسين الفراء ، تحقيق الدكتور عبد الكريم بن محمد اللاحم ، مكتبة المعارف ، الرياض .
- ٦١- المستدرك على الصحيحين في الحديث ، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم ، دار الفكر ، بيروت .
- ٦٢- مسند أحمد بن محمد بن حنبل ، دار صادر ، بيروت .
- ٦٣- مسند الشافعي ، لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، ترتيب يوسف على الزواوي وعزت العطار ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ٦٤- المصنف . لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، المكتبة الإسلامية ، بيروت .
- ٦٥- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى . لمصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، المطبعة الثانية ، بيروت .
- ٦٦- معالم السنن شرح سنن أبي داود . لحمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب، مطبوع مع سنن أبي داود ، نشر محمد علي السيد، حمص.
- ٦٧- معجم لغة الفقهاء . وضع أ. د. محمد رواس قلعه جي ، ود. حامد صادق قنبي، دار النفائس .
- ٦٨- معرفة السنن والآثار . لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، تحقيق سيد كسروي حسن ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ٦٩- المغني على مختصر الخرقي . لعبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، مكتبة الجمهورية العربية ، مصر .

• أحكام السور •

- ٧٠- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج . لمحمد بن أحمد الشربيني الخطيب ، مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر .
- ٧١- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس . لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، دار الكتاب العربي ، بيروت .
- ٧٢- منح الجليل شرح على مختصر خليل . لمحمد عlish ، دار الفكر، بيروت .
- ٧٣- المهذب في فقه الإمام الشافعي . لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي ، مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر .
- ٧٤- موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان . لعلي بن أبي بكر الهيثمي، تحقيق محمد عبد الرزاق حمزة ، المطبعة السلفية ، مصر .
- ٧٥- الموطأ. للإمام مالك بن أنس الأصبحي، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى، دار إحياء الكتب العربية .
- ٧٦- نصب الراية لأحاديث الهداية . لأبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي ، دار المأمون ، القاهرة .
- ٧٧- النهاية في غريب الحديث والأثر . للمبارك بن محمد الجزري ، ابن الأثير، تحقيق طاهر أحمد الزاوي ، ومحمود محمد الطناحي ، نشر المكتبة الإسلامية .
- ٧٨- الهداية لأبي الخطاب.محفوظ بن أحمد الكلوذاني ، مطابع القصيم .
- ٧٩- الهداية ، لعلي بن أبي بكر المرغيناني ، مطبوعة مع شرحها البناية للعيني ، دار الفكر ، بيروت . وكذلك الهداية مطبوعة مع فتح القدير وتكملته ، مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر.
- ٨٠- الهداية في تخريج أحاديث البداية ، لأحمد بن محمد الغماري ، عالم الكتب، بيروت .

التعويض عن السجن

دراسة مقارنة

الدكتور / ناصر بن محمد الجوفان (*)

المقدمة :

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ، 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 .

أولاً: أهمية الموضوع :

١- مساس الحاجة له ، وذلك لأن بعض الناس يلحقه الضرر بسبب السجن ظلماً ، سواءً كان ذلك ناتجاً من خطأ أم كان عمداً . والخطأ والعمد متصوران من رجال السلطة ، كما أن السجن يقع من السلطة مخالفاً للأنظمة ، والعمد متصور من أفراد الناس ، وذلك بأن يقيم شخص من الأشخاص دعوى كيدية ويقوم بتدليس أدلة أمام السلطة وتزويرها . وفي جميع الحالات يحق لمن لحقه الضرر أن يرفع دعوى تعويض عن هذا الضرر ، وبغض النظر عن الحق العام ، وعن المسؤولية التأديبية لمن تسبب في ذلك .

٢- وكما أن بحث الموضوع مهم لأفراد الناس ، فهو أيضاً مهم لمرفق القضاء ، ومن له علاقة به كالقضاة ، وأعضاء هيئة التحقيق والادعاء العام ، والمستشارين والمحامين .

(*) عضو هيئة التدريس بقسم السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض .

إضافة إلى ما تقدم فإن البحث يهتم بإبراز الأحكام القضائية التي صدرت في هذا الموضوع ، والتي تعد سوابق قضائية أثارت الاهتمام من المختصين ، ولعلها كانت سبباً في أن نظام الإجراءات الجزائية جاء متضمناً جواز طلب التعويض عن السجن لمن يضار منه بغير حق . وهذا يؤكد صحة الاتجاه الذي سلكه القضاء في هذا الخصوص .

٤- جِدَّة الموضوع ، وذلك لأن الموضوع لا يقتصر على الجانب الفقهي فقط ، بل يتناول الجانب النظامي ، خاصة ما ورد بخصوص الموضوع في نظام الإجراءات الجزائية .

ثانياً: خطة البحث :

وتشتمل على مقدمة وتمهيد وثلاثة فصول وخاتمة وفهارس عامة .

التمهيد : وفيه مبحثان :

المبحث الأول : التعريف بمفردات العنوان .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف التعويض .

المطلب الثاني : تعريف السجن .

المطلب الثالث : تعريف التعويض عن السجن .

المبحث الثاني : دليل مشروعية السجن وحكمته .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : دليل مشروعية السجن .

المطلب الثاني : حكمته .

الفصل الأول : التعويض عن السجن في النظام :

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تحقق الفعل .

المبحث الثاني : تحقق الضرر .

المبحث الثالث : تحقق علاقة السببية بين الفعل والضرر .

الفصل الثاني : التعويض عن السجن في الفقه :

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تحقق الفعل .

المبحث الثاني : تحقق الضرر .

المبحث الثالث : تحقق علاقة السببية بين الفعل والضرر .

الفصل الثالث : الجهة المختصة بنظر دعوى التعويض :

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الجهة المختصة بنظر الدعوى إذا كان بسبب دعوى

كيدية من أحد أفراد الناس .

المبحث الثاني : الجهة المختصة بنظر الدعوى إذا كان السجن من جهة

حكومية .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: الجهة المختصة بنظر الدعوى إذا كان السجن بدون حكم.

المطلب الثاني: الجهة المختصة بنظر الدعوى إذا كان السجن بحكم .

وفيه فرعان :

الفرع الأول: الجهة المختصة بنظر الدعوى إذا كان الحكم صادراً من

القضاء العام .

الفرع الثاني : الجهة المختصة بنظر الدعوى إذا كان الحكم صادراً من

غير القضاء العام .

الخاتمة .

الفهارس العامة .

التمهيد

المبحث الأول : التعريف بمفردات العنوان :

المطلب الأول : تعريف التعويض :

١- تعريف التعويض في اللغة :

العوض في اللغة هو البذل ، والخلف ، ويجمع العوض على أعواض، تقول: عضت فلاناً أو عوضته وأعضته أي: أعطيته بدل ما ذهب منه ^(١).

جاء في تاج العروس: «والعوض -كعنب- الخلف ، وفي العباب: كل ما أعطيته من شيء فكان خلفاً» ^(٢). وتشتق من مادة العوض عدة اشتقاقات ^(٣) والذي يعنينا منها هنا هو «التعويض» وهو البذل ، أو الخلف ، مقصوداً به الاستقبال ، جاء في لسان العرب: «والمستقبل التعويض» ^(٤).

٢- تعريف التعويض في الاصطلاح الفقهي :

الناظر في كتب الفقهاء القدامى لا يجد فيها تعريفاً اصطلاحياً للتعويض ، وإنما استعملوا بدله لفظ الضمان ، واختلف معنى الضمان عندهم ، فمنهم من يستعمله بمعنى التعويض ، ومنهم من يستعمله للتعويض وغيره ، وبعضهم يستعمله بمعنى لا يخل فيه معنى التعويض، وهذا يبين من تعريفاتهم للضمان ، وعليه نورد ^(٥) بعض تعريفاتهم للضمان ، لعلاقتها بالتعويض، فمن هذه التعريفات نذكر ما يأتي :

١- هو: «ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بنفس أو دين أو عين» ^(٦).

(١) انظر: لسان العرب ج ٩ ص ٥٥٥ ، والصحاح ج ٣ ص ١٠٩٢ ، ١٠٩٣ ، ومعجم من اللغة ج ٤ ص ٢٤٦.

(٢) ج ٥ ص ٥٩ .

(٣) لسان العرب ج ٩ ص ٥٥ .

(٤) ج ٩ ص ٥٥ .

(٥) نوردنا دون تعقيب عليها ولا مناقشة لها ، طلباً للاختصار .

(٦) حاشية رد المحتار ج ٥ ص ٢٨١ .

٢- هو: «إيجاب مثل التالف إن أمكن أو قيمته ، نفيًا للضرر بقدر الإمكان» ^(١).

٣- هو: «رد مثل الهالك أو قيمته» ^(٢).

٤- «شغل ذمة أخرى بالحق» ^(٣).

٥- «التزام حق ثابت في ذمة غيره ، أو إحضار عين مضمونة أو يد من يستحق حضوره» ^(٤).

٦- «واجب رد الشيء ، أو بدله بالمثل والقيمة» ^(٥).

٧- «غرامة التالف» ^(٦).

٨- «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق» ^(٧).

وبالنظر إلى هذه التعريفات نجد أن الموافق منها لمعنى التعويض هو التعريفات التالية: الثاني ، والثالث ، والسادس ، والسابع ، أما التعريفات الباقية مما ذكر فلا يدخل فيها معنى التعويض .

وإن كان التعويض متداخلًا مع الضمان في كلام الفقهاء المتقدمين، إلا أن الذي يظهر هو وجود فارق دقيق بينهما ، وهذا الفارق هو أن الضمان مطلق الالتزام بالتعويض، سواء حدث الضرر فعلاً أو كان متوقع الحدوث، بخلاف التعويض ، فإنه لا يجب إلا عندما يحدث الفعل الضرر فعلاً، وعليه يكون التعويض نتيجة للضمان ^(٨).

هذا وعند النظر في التعريفات التي ذكرها الفقهاء المعاصرون ، نجد

(١) تبين الحقائق ج ٥ ص ٢٢٣ ، وانظر بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٦٨ .

(٢) غمز عيون البصائر ج ٢ ص ٢١٠ .

(٣) مواهب الجليل ج ٥ ص ٩٦ .

(٤) حاشية الباجوري ج ١ ص ٣٣٩ .

(٥) الوجيز ج ١ ص ٢٠٨ .

(٦) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٩٩ .

(٧) المغني ج ٧ ص ٧١ .

(٨) التعويض عن الضرر ص ١٥٥ .

أنها سعت إلى تحديد معناه ، وتخليصه من العموم الوارد في اصطلاح الضمان عند الفقهاء المتقدمين ، وفيما يلي نورد بعض هذه التعريفات :

١- هو: «رد بدل التالف»^(١).

ويؤخذ عليه كونه غير دقيق لأنه لم يبين ماهية التعويض .

٢- «تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ»^(٢).

ويؤخذ عليه شموله للقصاص والتعازير ، فهو إذاً غير مانع .

٣- «جبر الضرر الذي يلحق المصاب»^(٣).

ويؤخذ عليه أنه أغفل إظهار صفة المالية في التعريف ، وهذا أمر أساس في التعويض ، لأن المقصود تخصيص هذا المصطلح بالتعويض عن الضرر بالمال ، وعليه يكون التعريف غير مانع لإمكان دخول القصاص والتعازير فيه .

٣- هو: «المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره ، في نفس أو مال أو شرف»^(٤).

وهذا التعريف هو الأولى بالاختيار ، للأمور الآتية :

أ- أنه بين ماهية التعويض ، وهو أنه مال يدفع للمتضرر عن طريق حكم الحاكم ، وهو بهذا يكون مانعاً من دخول غير المعروف فيه .

ب- أنه شمل نوعي الضرر ، الواجب التعويض عنهما ، وهما :

١- الضرر المادي .

٢- الضرر الأدبي .

وهو بهذا يكون جامعاً لأفراد المعرف ، فتحقق بذلك كونه جامعاً مانعاً.

(١) النظرية العامة للموجبات والعقود ج ١ ص ١٥٨ .

(٢) المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير لسيد أمين ص ١١٥ .

(٣) نظرية الضمان - وهبة الزحيلي ص ٨٧ .

(٤) المسؤولية المدنية والجناحية لمحمود شلتوت ص ٣٥ .

المطلب الثاني : تعريف السجن :

١- تعريف السجن في اللغة :

السجن مأخوذ من الفعل الماضي «سجن» ، والسين والجيم والنون أصل واحد ، وهو الحبس ، يقال: سجنته سجنًا ، والسجن: المكان الذي يسجن فيه الإنسان ، قال الله عز وجل في قصة يوسف عليه السلام: ﴿قال رب السجن أحب إلي مما يدعونني إليه ولا تصرف عني كيدهن أصب إليهن وأكن من الجاهلين﴾^(١).

وقد سجنه من باب نصر ، بمعنى حبسه^(٢). ويقال للرجل: مسجون وسجين ، وللجماعة سجناء وسجنى ، ويقال للمرأة: سجين وسجينة ومسجونة وللجماعة: سجنى وسجائن . ويسمى من يتولى أمر المسجونين وحراستهم سجانًا والسجين موضع السجن ، ومكان فيه كتاب الفجار^(٣).

٢- تعريف السجن في الاصطلاح :

لم آقف على تعريف للسجن عند الفقهاء ، غير ما ورد عن شيخ الإسلام ابن تيمية^(٤)، والكاساني^(٥)، والسروجي^(٦)، فقد عرفه شيخ الإسلام ابن تيمية بأنه: «تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه»^(٧).

(١) سورة يوسف الآية ٣٣ .

(٢) مقاييس اللغة ج ٣ ص ١٣٧ ، ومختار الصحاح ص ٢٨٧ ، والقاموس المحيط ص ١٥٥٤ .

(٣) لسان العرب ج ١٣ ص ٢٠٣ وما بعدها ، والقاموس المحيط ص ١٥٥٤ ، والصحاح ج ٥ ص ٢١٣٣ ، والمجم الوسيط ج ١ ص ٤١٨ .

(٤) هو تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام الدمشقي الحنفي ، ولد سنة ٦٦١ هـ وتوفي سنة ٧٢٨ هـ ، الإمام العلامة الفقيه المفسر ، المحدث ، المجتهد ، له مصنفات كثيرة جداً منها: درة تعارض العقل والنقل ، كتاب الإيمان ، الاستقامة ، وغيرها ، انظر: ذيل طبقات الحنابلة ج ٢ ص ٥١٦ ، والدرر الكامنة ج ١ ص ١٥٤ ، وطبقات الحفاظ ص ٥١٦ .

(٥) هو: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي ، من مؤلفاته: «بدائع الصنائع». توفي سنة ٥٧٨ هـ ، طبقات الفقهاء ص ١٠٢ .

(٦) هو: أحمد بن إبراهيم بن عبد العزيز بن أبي إسحاق السروجي الحنفي ولد سنة ٦٣٧ هـ ، وقيل ٦٣٩ هـ من مؤلفاته الغاية في شرح الهداية ، وأدب القضاء ، وشرح القدری ، ومناسك الحج. البداية والنهاية ج ١٧ ص ١٠٧ ، الدرر الكامنة ج ١ ص ٩١-٩٢ ، وحسن المحاضرة ج ١ ص ٤٦٨ .

(٧) مجموع فتاوى ابن تيمية ج ٣٥ ص ٣٩٨ .

وعرفه الكاساني بأنه: «منع الشخص من الخروج إلى أشغاله الدينية والاجتماعية» .

وعرفه السروجي فقال: «والحبس مقر مانع من السعي في البلاد»^(١). وعند النظر في تعريف شيخ الإسلام ابن تيمية وتعريف الكاساني نجد أنهما عامان ، وقريبان من المعنى اللغوي الذي يدل على مطلق المنع ، وعليه لا يلزم أن يكون السجن جعل المسجون في بنيان خاص معد لذلك ، ولكن ذلك لا يدل على عدم مشروعية اتخاذ سجن معين معد لذلك ، قال ابن العربي^(٢): «الإمساك والحبس في البيوت كان في صدر الإسلام قبل أن يكثر الجناة ، فلما كثروا وخُشي قوتهم اتخذ لهم سجن»^(٣).

فأما تعريف السروجي فقد ورد به التنصيص على مقر السجن وموضعه. وقريب من السجن الحبس ، وهو مصدر من الفعل حبس ، ومعناه المنع والإمساك ، ويجمع على حبوس ، مثل فلوس ، ويقال للرجل : محبوس وحبيس ، والجماعة محبوسون وحبس ، وللمرأة: حبيسة ، وللجمع: حبائس^(٤). والسجن والحبس معناهما واحد في دلالة نصوص الكتاب والسنة ، قال الله تعالى: ﴿قَالَتَ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابَ أَلِيمٍ﴾^(٥).

وقال أيضاً: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾^(٦).

(١) أدب القضاء ص ١٥٩ .

(٢) هو: أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي المعافري الأندلسي الحافظ المشهور. ولد سنة ٤٦٨ هـ ، وقيل سنة ٤٦٩ هـ بإشبيلية . وتوفي سنة ٥٤٣ هـ . ودفن بمدينة فاس . انظر: وفيات الأعيان ج ٤ ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ ، وشذرات الذهب ج ٤ ص ١٤١ ، والصلة ج ٢ ص ٥٥٨ ، ٥٥٩ ، وتاريخ قضاة الأندلس ص ١٠٥ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن ج ٣ ص ٦٥٤ .

(٤) القاموس المحيط ص ٦٩١ ، ولسان العرب ج ٦ ص ٤٤ وما بعدها ، والمصباح النير ج ١ ص ١١٨ ، والمعجم الوسيط ج ١ ص ١٥٢ .

(٥) سورة يوسف الآية ٢٥ .

(٦) سورة المائدة الآية ١٠٦ .

وجاء في الحديث: (الدنيا سجن المؤمن) ^(١). وجاء فيه أيضاً: (إن الله حبس عن مكة الفيل) ^(٢).

وكذلك معناهما واحد عند الفقهاء ^(٣).

جدير بالذكر أن هذا التعريف للسجن يشمل التوقيف أيضاً ، وهذا يتفق مع مقصودنا في هذا البحث ، فإننا عندما رسمنا عنوان هذا البحث ، أردنا السجن بمعناه المتقدم الذي يدخل فيه التوقيف ، لأن أحكامهما فيما يتعلق بالتعويض واحدة ، سواء في الفقه أو النظام ، وليس المراد به السجن في الاصطلاح النظامي ، الذي هو: عقوبة تعزيرية يحكم بها شرعاً ، أو توقعها الجهة المختصة ذات الولاية بالفصل في دعاوى جزائية ^(٤).

فالسجن لا بد أن يصدر به حكم قضائي ، بخلاف التوقيف ، وعقوبة السجن تنفذ في السجون ، بينما يودع الموقوف بأمر من السلطات المختصة في دور التوقيف .

والمقصود بالموقوفين : هم الذين لم يبت القضاء في أحكامهم لعدم تجاوزهم مرحلة الاتهام ، ويعاملون معاملة أخف من المسجونين ، ويشترك الجميع في كونهم مقيدي الحرية ^(٥).

المطلب الثالث : تعريف التعويض عن السجن :

بناء على ما تقدم معنا من تعريف للتعويض بصفة عامة ، فإننا نرى أن

(١) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه ، كتاب الزهد والرفائق ج ٤ ص ١٧٩٧ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الديات ، باب من قتل له قتل فهو بخير النظرين ج ٩ ص ٦ . كما أخرجه في مواضع أخرى من صحيحه . وأخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الحج ، باب تعريم مكة ، وصيدها ، وخلاها ، وشجرها ، ولقطتها ، إلا لئشند ، على الدوام ج ٢ ص ٨٠٥ ، ٨٠٦ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٦٦ ، وحاشية القليوبي ج ٢ ص ٢٩٢ ، والمغني ج ١٤ ص ٢٢١ ، ٣٤٢ . ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ج ٣٥ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩ .

(٤) مرشد الإجراءات الجنائية ص ٢٤٨ .

(٥) المادة (١) من نظام السجن والتوقيف الصادر بالمرسوم الملكي في المملكة العربية السعودية رقم م/٣١ وتاريخ ١٣٩٨/٦/٢١هـ والمواد (١١٢ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١١٥ ، ١١٧ ، ١١٨ ، ١٢٤ ، ٢١٣ ، ٢١٥ ، ٢١٧) من نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي في المملكة العربية السعودية رقم م/٣٩ وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٩هـ .

يكون تعريف التعويض عن السجن هو : «المال الذي يحكم به على من أوقع الضرر أو تسبب في وقوعه على المسجون في نفسه أو ماله أو شرفه» .

شرح التعريف :

قولنا: «المال» هذا من أجل بيان حقيقة التعويض ، وهو أنه مال يدفع للمتضرر .

قولنا: «على من أوقع الضرر أو تسبب في وقوعه» يبين الشخص الذي يحكم عليه بدفع التعويض ، كما يتناول التعويض عن الضرر الناشئ عن الفعل المباشر ، والتعويض عن الضرر الناشئ عن الفعل بطريق التسبب .

قولنا على «المسجون» هذا من أجل حصر التعويض هنا عن الضرر الحاصل بسبب السجن دون غيره وهو المراد هنا .

قولنا: «في نفسه» من أجل إدخال التعويض عن الضرر الجسدي .

قولنا: «أو ماله» من أجل إدخال التعويض عن الضرر المالي .

قولنا: «أو شرفه» من أجل إدخال التعويض عن الضرر الأدبي .

المبحث الثاني : دليل مشروعية السجن وحكمته :

المطلب الأول : دليل مشروعية السجن :

قامت الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول على مشروعية السجن ، وفيما يلي نذكر بعض هذه الأدلة :

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 أَحَدُكُمْ الْمَوْتَ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ

ضربتكم في الأرض فأصابكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشتري به ثمناً ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الأكثمين»^(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^(٣): «وهذه الآية أصل في حبس من وجب عليه حق»^(٤).

٢- قوله تعالى: ﴿إنما جزاء الذي يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾^(٥).

وموضع الشاهد من الآية قوله تعالى: ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ 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^(٦).

والمقصود أنه لا يستقيم الاستدلال بهذه الآية إلا عند من يرى من العلماء أن المراد بالنفي في هذه الآية هو السجن^(٧).

(١) سورة المائدة الآية ١٠٦ .

(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٨٧ ، والتفسير الكبير للفخر الرازي ج ١٢ ص ١١ .

(٣) هو: الإمام أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي ، الأندلسي القرطبي المفسر ، له مصنفات منها: «الجامع لأحكام القرآن» ، توفي في شوال سنة ٦٧١ هـ . انظر: طبقات المفسرين ج ٢٠ ص ٦٥ .

(٤) الجامع لأحكام القرآن ج ٤ ص ٢٣٤٩ .

(٥) سورة المائدة الآية ٣٣ .

(٦) أضواء البيان ٨٩/٢ .

(٧) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٤١٢ ، وأحكام القرآن لابن العربي ج ٢ ص ٥٩٨ ، وروح المعاني للالوسي ج ٦ ص ١٢٠ ، والمبسوط ج ٢٠ ص ٨٨ ، وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٥ ، والإنصاف ج ١ ص ٢٩٨ .

ويتأكد قول هؤلاء بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «أحبسه حتى أعلم منه التوبة ، ولا أنفيه إلى بلد يؤذيهم»^(١).

وبفعل عثمان رضي الله عنه^(٢).

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- 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 ﷺ فقال: (ما عندك يا ثمامة ؟) ، فقال: عندي خير يا محمد إن تقتلني تقتل ذا دم ، وإن تنعم علي تنعم على شاكرك، 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 شاكرك ، فتركه حتى كان بعد الغد ، فقال: (ما عندك يا ثمامة ؟) ، فقال: عندي ما قلت لك ، فقال: (اطلقوا ثمامة) ، فانطلق إلى نخل قريب من المسجد فاغتسل ثم دخل المسجد فقال: أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله» الحديث^(٣).

ووجه الدلالة منه: أن ثمامة كان مربوطاً بإحدى سواري المسجد ، ويمر عليه الرسول ﷺ غير مرة ، في أيام متفرقة ، وفي ذلك إقرار منه ﷺ وإقراره سنة .

٢- ما ورد أن النبي ﷺ «حبس رجلاً في تهمة»^(٤).

(١) الجامع لأحكام القرآن ج ٦ ص ١٥٣ .

(٢) انظر: اقضية الرسول ﷺ لابن الطلاع ص ١٢ .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب المغازي - باب وفد بني حنيفة - حديث ثمامة بن أثال ج ٥ ص ٢١٤ ، ٢١٥ ، ومسلم في صحيحه - كتاب الجهاد - باب ربط الأسير وحبسه ج ١٢ ص كما أخرجه غيرهما .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه - كتاب الاقضية - باب الحبس في الدين وغيره ج ٣ ص ٣١٣ ، والترمذي في سننه - كتاب الديات - باب ما جاء في الحبس في التهمة ج ٤ ص ٢٠ ، والنسائي في سننه =

ووجه الدلالة فيه: أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة ، وهذا فعل منه ﷺ 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 والأصاردون إنكار . قال الزيلعي ^(١) : « الحبس ثابت بالكتاب والسنة والإجماع .. أما الإجماع فلأن الصحابة ومن بعدهم أجمعوا عليه » ^(٢) .

وقد حبس الخلفاء الراشدون أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم أجمعين ^(٣) .

المطلب الثاني : حكمته :

شرع السجن لحكم عظيمة تعود مصالحها على الفرد والمجتمع ، وقبل بيان هذه الحكم والغايات منه ، يحسن التنبيه 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

«كتاب السارق - باب امتحان السارق بالضرب ج ٨ ص ٦٨ ، وزاد الترمذي والنسائي ثم خلى عنه وهو حديث حسن صالح للاحتجاج . انظر: نصب الرأية ج ٣ ص ٣١٠ ، ٣١١ ، وتهذيب التهذيب ج ١ ص ٤٩٨ ، ٤٩٩ ، وحسنه الشيخ الألباني . انظر: صحيح سنن أبي داود ج ٢ ص ٦٩١ .

(١) هو: أبو محمد أو أبو عمر قخر الدين عثمان بن علي بن محجن الحنفي الزيلعي ، الفقيه - أشهر مصنفاته: «تبين الحقائق» ، توفي سنة ٧٤٣ هـ . انظر: الفوائد البهية ص ١١٥ ، وتاج التراجم ص ٤١ ، والجواهر المضيئة ج ٢ ص ٥١٩ .

(٢) تبين الحقائق ج ٢ ص ١٧٩ .

(٣) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٣١٠ ، ونيل الأوطار ج ٧ ص ١٥١ .

يخفف من السلبيات الناتجة عن السجن على الدولة والفرد والأسرة، والتي تمثل نواة المجتمع .

والآن نسوق 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 يدعو 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 ^(١).

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 على المصالح الدينية والدنيوية ، ويظهر ذلك جلياً في المحافظة على الضروريات الخمس المعروفة .

٥- استيفاء الحقوق ممن وجبت عليهم ، ولم يؤدوها إلى أهلها .

(١) الجامع لأحكام القرآن ج ٦ ص ١٥٢ .

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).

الفصل الأول

التعويض عن السجن في النظام

المبحث الأول : تحقق الفعل :

وقد عبرنا بتحقيق الفعل ، لأننا نرجح النظرية المادية على النظرية الشخصية ، لكونها أدق دلالة على المراد ، وذلك لأنه يوجد في القوانين نظريتان :

النظرية الأولى: النظرية الشخصية ، أو الذاتية ، وهي النظرية التي تقيم المسؤولية التقصيرية على الخطأ ، فهي تنظر أولاً إلى الشخص ، وتتحرى نية الإضرار في سلوكه ، وتشترط الخطأ لقيام المسؤولية (٢). فالخطأ إخلال بالسلوك ، لذا فهو لا ينسب إلا لمن يملك إرادة عاقلة حرة ، ويقع على الشخص المضروب عبء إثبات الخطأ (٣).

وقد تعرضت هذه النظرية لنقد شديد من جماعة من أهل القانون، وذلك لأن هذه النظرية تشترط إثبات الخطأ من جانب الفاعل لكي يلزم بالتعويض للمضروب ، وهذا يقضي في كثير من الأحيان إلى ضياع حق المضروب لأنه قد يعجز عن إثبات الخطأ ، بعد استعمال الآلات الميكانيكية، وقيام الصناعات الحديثة ، ولأن المسؤولية الجنائية هي التي تعنى بالخطأ ، أما

(١) انظر فيما يتعلق بالحكم السابق ذكرهما جميعها ما يأتي: الدر المختار ج ٤ ص ٧٦، ٨١ ، وبدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٣ ، والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٥٨، ٢٥٩ ، وحاشية قليوبي ج ٤ ص ٢٠٥ ، وتبصرة الحكام ج ٢ ص ٣١٢، ٣١٤-٣١٩ ، وجواهر الإكليل ج ٢ ص ٢٩٦ ، والأحكام السلطانية للماوردي ص ٣٦٢ ، ونيل الأوطار ج ٧ ص ١٥٠، ١٥١ .

(٢) المسؤولية التقصيرية ص ١٤٩ ، والنظرية العامة للموجبات والعقود ج ١ ص ١٩٤، ١٩٥ .

(٣) دروس في النظرية العامة للالتزامات ص ١٣٨ .

المسؤولية المدنية فينبغي أن تعنى بالضرر ، لأن التعويض فيها يقدر بالضرر^(١).

النظرية الثانية: النظرية المادية ، أو الموضوعية ، أو تحمل التبعة ، وهي التي ترتب المسؤولية على الضرر ، ليس على الخطأ ، وعليه كل فعل يترتب عليه ضرر تقوم مسؤولية فاعله ، سواء أكان مخطئاً ، أم غير مخطئ^(٢).

ووفقاً لهذه النظرية يكفي لقيام مسؤولية الشخص أن تقوم رابطة بين الضرر والأفعال التي ارتكبها^(٣)، حتى ولو لم يرتكب خطأً ، وعليه لا يمكن أن يدفع من حصل منه الفعل المسؤولية بنفي الخطأ ، بل حتى ولو أثبت السبب الأجنبي قامت المسؤولية ، فما دام نشاطه هو الذي أدى إلى وقوع الضرر فهو مسؤول^(٤).

بل قد يكون الأولى التعبير بالعمل الضار ، ويجب تفسيره بأوسع معانيه ليشمل الفعل المادي ، والقول الضار ، والسلوك الأثيم ، والخداع ، ونحو ذلك ، كما يتناول حالة الامتناع عن إجراء يجب إجراؤه إذا نتج عنه ضرر بالغير^(٥).

ولكن لا يعني هذا ترتيب المسؤولية على مجرد إحداث الفعل الضار ، بل لا بد من تقييد ذلك بحصول التعدي في هذا الفعل ، والتعدي هو مجاوزة الحد ، وعليه لا تلزم المسؤولية عند انتفاء التعدي في هذا الفعل .

ومن الصور التي يحصل فيها الفعل الضار ولا تترتب عليه مسؤولية لانتفاء التعدي فيها ، فعل الشخص المكلف بتنفيذ الحدود أو التعزيرات بالمجرمين ، وكل من يمارس حقاً مشروعاً^(٦).

(١) المسؤولية التقصيرية ص ٢٨١ ، ومصادر الالتزام ص ٢٨١ ، ودروس في النظرية العامة للالتزامات ص ١٣٨ .

(٢) المسؤولية التقصيرية ص ١٤٩ ، والنظرية العامة للموجبات والعقود ج ١ ص ١٩٤ ، ١٩٥ .

(٣) شرح القانون المدني ج ١ ص ١٠ .

(٤) دروس في النظرية العامة للالتزامات ص ١٣٨ .

(٥) النظرية العامة للموجبات والعقود ج ١ ص ١٦٩ .

(٦) الفعل الضار والضمنان فيه ص ٧١ ، ٧٢ .

والمقصود أنه ليس كل عمل ضار محرماً وممنوعاً ، بل لا بد للمنع أو التجريم من أن يحصل هذا العمل تعدياً ، أي بدون حق أو جواز شرعي^(١).

جاء في نظرية الضمان: «التعدي ويعبر عنه الحقوقيون بالخطأ. ويمكن تعريف التعدي بأنه مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة . والتعبير هنا بالتعدي أولى :

١- لأن التعدي يوحي بأن الالتزام رابطة مادية مالية ، والخطأ يوحي بأنه رابطة شخصية .

٢- ولأن الشأن في الخطأ تحري الموصوف به من خلال النظر في سلوكه، أما التعدي فالشأن فيه النظر إلى واقع السلوك في عالم المادة الخارجي، بغض النظر عن أوقعه . أي ينظر في التعدي إلى الفعل في الخارج، وفي الخطأ إلى فاعل الفعل .

٣- كما أن التعبير بالتعدي يشمل الخطأ والعمد ويشمل التقصير والإهمال، ونحوهما ، أما التعبير بالخطأ فمجرد النطق به ، يوهم مقابلة العمد، ولا يشمل العمد إلا باصطلاح خاص»^(٢).

وعند من يقيم المسؤولية على الخطأ ، يعرفون الخطأ بأنه: إخلال بالتزام سابق^(٣). وهذا تعريف عام للخطأ ، يشمل الخطأ في المسؤولية العقدية ، والمسؤولية التقصيرية ، ولذا يعرف الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية بأنه: الإخلال بواجب قانوني يقضي بعدم الإضرار بالغير من شخص مميز^(٤).

ومعيار الخطأ هو معيار الرجل العادي ، لذا فالخطأ التقصيري هو

(١) النظرية العامة للعقود ج ١ ص ١٧٤ .

(٢) نظرية الضمان ، د. محمد فوزي ص ٩٢ ، ٩٣ .

(٣) المسؤولية التقصيرية ص ١٥٢ .

(٤) دروس في النظرية العامة للالتزامات ص ١٤٠ .

انحراف في السلوك لا يأتيه الرجل العادي في الظروف الخارجية التي أحاطت بمن أحدث الضرر^(١).

والخطأ له ركنان :

الركن الأول: مادي ، وهو التعدي ، وهو انحراف في السلوك^(٢). وهذا التعدي ، إما أن يكون عمدياً ، أي أنه يقصد الإضرار بالآخرين ، وإما أن يكون نتيجة إهمال أو عدم احتياط ، ويسمى الخطأ غير العمدي ، وهو انحراف في السلوك غير مقصود النتيجة ، حيث لم تتجه الإرادة فيه إلى إلحاق الضرر بالغير^(٣).

ولكن هذا التعبير غير دقيق ، إضافة إلى كونه موهماً ، ولذا رجحنا النظرية المادية لكونها أدق في هذا الجانب ، كما تقدم آنفاً ، لكننا ذكرناه هنا لبيان المقصود به ، ولكون كثير من أهل القانون يعتمدونه .

الركن الثاني: التمييز ، ويطلق عليه الركن المعنوي ، ولذا فإنهم لا يترتبون المسؤولية على غير المميز ، لأن المسؤولية مناطها الإرادة ، وإذا لم توجد الإرادة لا يوجد الخطأ ، ومتى عدم الخطأ عدمت المسؤولية^(٤). وإنما تلزم عندهم في حالات استثنائية وبصورة مخففة^(٥)، ولكن الصحيح هو أن التمييز ليس شرطاً في ترتيب المسؤولية التقصيرية^(٦).

والفعل الذي أحدث الضرر ، إما أن يحدثه مباشرة وإما عن طريق

(١) الوجيز في نظرية الالتزام ص ٢٤١ ، والمسؤولية التقصيرية ص ١٥٤ ، ١٥٥ ، والنظرية العامة للموجبات والعقود ج ١ ص ١٩٦ ، ونظرية الضمان ، د. محمد فوزي ص ٩٣ ، ٩٤ .

(٢) الوجيز في نظرية الالتزام ص ٢٤١ .

(٣) الوجيز في نظرية الالتزام ص ٢٤٢ ، وشرح القانون المدني ج ١ ص ٢٤٢ .

(٤) مصادر الالتزام ص ٣١٢ .

(٥) دروس في النظرية العامة للالتزامات ص ١٤٢ .

(٦) الفعل الضار ص ١٣٢١ ، وحالات انعدام المسؤولية أو انعدام الخطأ هي : أ- الدفاع الشرعي ، ب- الضرورة ، ج- تنفيذ أمر صادر من الرئيس . انظر : دروس في النظرية العامة للالتزامات ص ١٤٤ ، والوجيز في نظرية الالتزام ص ٢٠٥ .

التسبب ، وفي حالة ما إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر^(١).

وبناء على ما تقدم فإن حدوث الفعل ، الذي يمثل التعدي الموجب للمسؤولية التقصيرية فيما يتعلق بالسجن يتمثل في الآتي :

١- السجن أو التوقيف بسبب الاتهام كيداً^(٢). وكلمة كيداً هنا تفيد التعمد في هذا الاتهام . وهذا حسب نص نظام الإجراءات الجزائية ، وبناءً عليه لو كان هذا الاتهام الذي حصل بسببه السجن ليس من قبيل الكيد فإن المسؤولية تنتفي ، ولكننا نرى ألا يؤخذ هذا على إطلاقه، لأن التعويض يُبنى على الضرر الناتج عن التعدي ، وهذا يستوي فيه العمد والخطأ ، والكيد وعدمه ، إلا أنه ينبغي عند تقدير التعويض النظر في حال الضرر هنا ، فإن كان قد أوقع نفسه في أمور أوجب له التهمة ، فإنه يحسم بمقدار ذلك من التعويض الذي يستحق عن هذا السجن ، أما إن حصل له السجن بسبب اتهامه دون أن يقع منه ما يوجب له التهمة فإنه يستحق التعويض عن الضرر اللاحق به بسبب هذا السجن كاملاً ، والفعل هنا إنما يكون بطريق التسبب وليس المباشرة .

٢- إطالة مدة التوقيف أكثر من المدة المقررة^(٣). وهذا الفعل أكثر ما يُتصور وقوعه من أحد أشخاص السلطة التنفيذية ، بل قد لا يتصور من غيرهم ولكون التوقيف يدخل ضمن الفعل المكون لركن من أركان التعويض عن السجن ، فلإننا نبين الأمور الموجبة للتوقيف ومن يأمر به ، والمدة المقررة له ، وذلك بالرجوع إلى ما هو مقرر بخصوص هذه

(١) الفعل الضار ص ٨٤ .

(٢) المادة ٢١٧ ، من نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٩ وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨ هـ .

(٣) المادة ٢١٧ ، من نظام الإجراءات الجزائية .

الأمور في نظام الإجراءات الجزائية :

(١) - وبناء على المادة المائة والثانية عشرة من نظام الإجراءات الجزائية حدد وزير الداخلية بناءً على توصية رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام ما يعد من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف (١).

(٢) يصدر المحقق أمراً بتوقيف المتهم مدة لا تزيد عن خمسة أيام من تاريخ القبض عليه ، وذلك في الحالات التالية :

أ- إذا تبين بعد استجواب المتهم ، أو في حالة هروبه ، أن الأدلة كافية ضده في جريمة كبيرة .

(١) وهذه الجرائم هي :

١- جرائم الحدود المعاقب عليها بالقتل أو القطع .

٢- القتل العمد وشبه العمد .

٣- الجناية عمداً على ما دون النفس الناتج منها زوال عضو ، أو تعطيل منفعة بصفة دائمة ، أو تزيد مدة شفاء الجناية عن (٢٠) عشرين يوماً ، ما لم يتنازل صاحب الحق الخاص .

٤- مقاومة رجل السلطة العامة التي يتسبب المقاوم خلالها بإصابة تزيد مدة شفاؤها عن عشرة أيام .

٥- الاعتداء عمداً على الأموال والممتلكات العامة أو الخاصة بالتخريب ، أو بالحرق ، أو بالهدم ، ونحو ذلك، بما يؤدي إلى الإضرار الكلي، أو الجزئي بما يزيد قيمة التالف عن خمسة آلاف ريال ، ما لم يتنازل صاحب الحق الخاص .

٦- القوادة ، أو إعداد أماكن للدعارة .

٧- تزويج المسكرات ، أو تهريبها ، أو تلقيها ، أو تصنيعها ، أو حيازتها ، وذلك كله بقصد الترويج .

٨- تزويج المخدرات ، أو تهريبها ، أو تلقيها ، أو تصنيعها ، أو زراعتها ، أو حيازتها ، وذلك كله بقصد الترويج .

٩- تهريب ، أو تصنيع ، أو حيازة الأسلحة الحربية ، أو ذخيرتها ، أو المتفجرات بقصد التخريب .

١٠- غسل الأموال .

١١- جرائم تزيف وتقليد النقود الواردة في المادة الثانية من نظام تزوير وتقليد النقود الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١٢ وتاريخ ١٢/٧/١٣٧٩هـ .

١٢- جرائم التزوير الواردة في المادة الأولى من نظام مكافحة التزوير الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١١٤ وتاريخ ١١/٢٦/١٣٨٠هـ والمعدل بالمرسوم الملكي رقم ٥٣ وتاريخ ١١/٥/١٣٨٢هـ .

١٣- جرائم الرشوة الواردة في المادتين الأولى والثانية من نظام مكافحة الرشوة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٦ وتاريخ ١٢/٢٩/١٤١٢هـ .

١٤- اختلاس الأموال الحكومية ، أو الاختلاس من المؤسسات التي تساهم بها الدولة ، أو الشركات أو البنوك ، أو المصارف .

ب- إذا كانت مصلحة التحقيق تستوجب توقيفه لمنعه من الهرب ، أو من التأثير في سير التحقيق ^(١).

(٣) ينتهي التوقيف بمضي خمسة أيام ، إلا إذا رأى المحقق تمديد مدة التوقيف ، فيجب قبل انقضائها أن يقوم بعرض الأوراق على رئيس فرع هيئة التحقيق والادعاء العام بالمنطقة ، ليصدر أمراً بتمديد مدة التوقيف مدة أو مدداً متعاقبة ، على ألا تزيد في مجموعها على أربعين يوماً من تاريخ القبض عليه ، أو الإفراج عن المتهم ^(٢).

(٤) وفي الحالات التي تتطلب التوقيف مدة أطول يرفع الأمر إلى رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام ليصدر أمره بالتمديد لمدة أو مدد متعاقبة لا تزيد أي منها على ثلاثين يوماً ، ولا يزيد مجموعها عن ستة أشهر من تاريخ القبض على المتهم ، يتعين بعدها مباشرة إحالته إلى المحكمة المختصة ، أو الإفراج عنه ^(٣).

(٥) يجب عند توقيف المتهم أن يُسَلَّم أصل أمر التوقيف للمأمور دار التوقيف بعد توقيعه على صورة هذا الأمر بالتسليم ، ولا يجوز لإدارة أي سجن أو دار توقيف قبول أي إنسان إلا بموجب أمر مسبب ومحدد المدة موقع عليه من السلطة المختصة ، ويجب ألا يبقيه بعد المدة المحددة في هذا الأمر ^(٤).

من خلال ما سبق تبين من له صلاحية التوقيف في جميع الحالات، كما تبين مدة التوقيف من حيث الأصل ، والحالات التي تتطلب الزيادة عليها، والإجراءات التي يلزم اتخاذها لإصدار الأمر بتمديد مدة التوقيف . وعليه يتحقق الفعل الموجب للمسؤولية بالزيادة على المدة المقررة نظاماً

(١) المادة «١١٣» من نظام الإجراءات الجزائية .

(٢) المادة «١١٤» من نظام الإجراءات الجزائية .

(٣) المادة «١١٤» من نظام الإجراءات الجزائية .

(٤) المادتان «١١٥» و«٣٦» من نظام الإجراءات الجزائية .

للتوقيف في الحالات السابقة ، سواء وقع ذلك خطأ ، أم تقصيراً ، أم عمداً ، لأن ذلك يدخل ضمن التعدي الموجب للضمان ، ونؤكد هنا على أن ترتب المسؤولية التقصيرية لا يمنع من ترتب المسؤولية التأديبية على من حصل منه هذا الفعل .

ونحن نقول أيضاً: تلحق المسؤولية الموجبة للتعويض كل من تسبب في إطالة مدة توقيف هذا الإنسان بسبب دعوى كيدية ضده ، لأن إطالة مدة التوقيف قد تكون ناتجة من شكاوى باطلة ودعاوى كيدية من بعض أفراد الناس ، وهذا يدخل في عموم نص المادة المقررة لحق التعويض والمشار إليها آنفاً «ولكل من أصابه ضرر نتيجة اتهامه كيداً»^(١). حيث جاءت كلمة «ضرر» تكرة ، خالية من أي وصف مخصص .

كما تقرره قواعد الحد من آثار الدعاوى الباطلة ، والشكاوى الكيدية، حيث نصت على أن «من تقدم بدعوى خاصة ، وثبت للمحكمة كذب المدعي في دعواه ، فللقاضي أن ينظر في تعزيره ، وللمدعى عليه المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب هذه الدعوى»^(٢). وهذا عام في كل دعوى خاصة سواء كانت كيدية ، أم باطلة ، وسواء كانت مدنية أم جزائية. على أن ثبوت المسؤولية التقصيرية هنا لا يمنع من ثبوت المسؤولية الجزائية ، التي ترتب على الفاعل عقوبة تعزيرية والفعل في هذه الحالة (التي هي إطالة مدة التوقيف أكثر من المدة المقررة) إن كان من أحد أشخاص السلطة التنفيذية يعد من قبيل إحداث الفعل الضار بالمباشرة، وإن كان هذا الفعل مبنياً على الاتهام كيداً فهو من قبيل إحداث الفعل الضار بالتسبب وكلاهما موجب للتعويض .

لكننا نلاحظ هنا أن النظام قصر الحق في طلب التعويض على الضرر

(١) المادة ٢١٧. من نظام الإجراءات الجزائية .

(٢) المادة ٤٠. من قواعد الحد من آثار الدعاوى الباطلة والشكاوى الكيدية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ٩٤ وتاريخ ١٤٠٦/٤/٢٥ هـ .

الحاصل بسبب التوقيف ، على إطالة المدة ، وأغفل حالة ما إذا كان هذا التوقيف حصل من حيث الأصل بدون حق ، كان يكون مبنياً على الاتهام كيداً ، أو التقصير من الجهة المختصة بالتوقيف ، فإن ذلك لا ينفي الضرر الموجب للتعويض .

٣- إطالة مدة السجن أكثر من المدة المقررة ^(١) . وهذا الفعل يتصور وقوعه من أحد أشخاص السلطة التنفيذية ، ويتحقق الفعل هنا بمجرد إطالة مدة السجن أكثر من المدة المقررة . ومدة السجن تحدد في الحكم الصادر بالسجن ، لأن السجن بهذا المصطلح الذي يفارق فيه التوقيف لا يمكن حصوله إلا بناءً على حكم نهائي ، لأنه من العقوبات الجزائية ، والأحكام الجزائية لا يجوز تنفيذها إلا إذا أصبحت نهائية ^(٢) .
والأحكام النهائية المكتسبة للقطعية هي :

- ١- الحكم الذي يقنع به المحكوم عليه .
- ٢- الحكم المصادق عليه من محكمة التمييز ، أو من مجلس القضاء الأعلى ، بحسب الاختصاص ^(٣) .

والأحكام التي يلزم مصادقة مجلس القضاء الأعلى عليها لتكتسب القطعية وتصبح نهائية هي الأحكام الصادرة بالقتل ، أو الرجم ، أو القصاص فيما دون النفس ^(٤) . وكما قلنا فإن الفعل المحقق لركن المسؤولية هنا هو إطالة مدة السجن أكثر من المدة المقررة لا يكون إلا ممن أوكل إليه تنفيذ هذا الحكم ، وقد يكون شخصاً واحداً ، وقد يشترك في ذلك أكثر من شخص ، حسب كل قضية وظروفها ، والمقصود أنه لا يمكن تصور وقوعه من القاضي الذي حكم بالسجن ، لأن الفعل المكون لركن المسؤولية هنا

(١) المادة ٢١٧. من نظام الإجراءات الجزائية .

(٢) المادة ٢١٥. من نظام الإجراءات الجزائية .

(٣) المادة ٢١٣. من نظام الإجراءات الجزائية .

(٤) المادة ٢٠٥. من نظام الإجراءات الجزائية .

اقتصر على مجرد إطالة مدة السجن ، أكثر من المدة المقررة ، وهذا خارج عن اختصاص القاضي .

ونلاحظ هنا أن النظام قصر التعويض عن السجن على ما إذا طالت مدة السجن أكثر من المدة المقررة فقط ، في حين أغفل التعويض عن السجن عندما تثبت براءة المحكوم عليه ، ويتضح أن الحكم بالسجن وقع عليه ظلماً والسجن هنا لا بد أن يكون بحكم ، وعليه فإن الفعل لا يكون إلا عن طريق التسبب ، سواء كان هذا الفعل وقع من أحد أفراد الناس ، نتيجة اتهامه لهذا الذي وقع عليه السجن كيداً ، أو حتى اتهمه خطأ ، أو وقع من المحقق العام ، أو من المدعي العام ، وسواء وقع ذلك عمداً أم خطأ ، أم تقصيراً ، أو وقع من حاكم القضية (القاضي) وسواء وقع ذلك منه عمداً أم خطأ ، أم تقصيراً أيضاً .

ذلك كله نرى أنه موجب للتعويض لحصول الضرر بغير حق ، أما عمال الدولة كالمحقق العام ، والمدعي العام ، وكذا القاضي ، فإن بيت المال يتحمل ما حصل بسبب أخطائهم لكونهم من عمال الدولة ^(١) ، أما العمد فيتحملونه ، ويلزمهم ضمانه في أموالهم الخاصة ^(٢) . وجميع ذلك لا يعفيهم من المسؤولية التأديبية ^(٣) . ولا يمكن القول بأن التعويض عن السجن في هذه الحالة يدخل في الحالة التي سنذكرها بعد قليل ، لأن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٦ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٢٧ ، وحاشية الطحطاوي ج ٣ ص ١٧٣ ، وتاريخ قضاة الأندلس ص ٧ ، وقواعد الأحكام ج ٢ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ ، وج ١ ص ٩٠ ، وكشاف القناع ج ٦ ص ٦٠ ، والفروع ج ٦ ص ٤٠ ، وشرح الزركشي ج ٧ ص ٣٨٥ ، والإنصاف ج ١ ص ١٢١ ، والمحرر ج ٢ ص ١٤٩ ، والقواعد لابن رجب ص ٢١٨ ، وحاشية الروض ج ٧ ص ٢٨٣ .

(٢) غمز عيون البصائر ج ٢ ص ٢١١ ، ونظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ص ١٣١ .

(٣) تنبيه الحكام ص ٣٦ ، وتبصرة الحكام ج ١ ص ٨ ، وموافيق الجليل ج ٦ ص ١٣٦ ، وروضة القضاة ج ١ ص ١٥٧ ، وأدب القضاء للخصاف وشرحه للصدر الشهيد ج ٣ ص ١٦٥ ، ١٦٦ ، والبحر الرائق ج ٦ ص ٢٨١ ، وحاشية رد المحتار ج ٥ ص ٤١٨ ، والفتاوى الهندية ج ٢ ص ٢٧٦ ، ومفاتيح المحتاج ج ٤ ص ٣٨١ ، وروضة الطالبين ج ٨ ص ١٠٩ ، وحاشية الجمل ج ٥ ص ٣٤١ ، ومعين الحكام للطرابلسي ص ٢١٣ ، وجامع الفصولين ج ١ ص ١٣ ، ومجمع الأنهر ج ٢ ص ١٢٥ .

الحالة الآتية يقتصر التعويض فيها عن الأحكام الصادرة بعدم الإدانة بناء على طلب إعادة النظر فقط .

٤- التعويض عن السجن عندما يصدر حكم بعدم الإدانة بناءً على طلب إعادة النظر .

وهذا جاء النص عليه بشكل صريح في نظام الإجراءات الجزائية ، حيث جاء فيه: «كل حكم صادر بعدم الإدانة - بناءً على طلب إعادة النظر - يجب أن يتضمن تعويضاً معنوياً ومادياً للمحكوم عليه ، لما أصابه من ضرر إذا طلب ذلك»^(١).

ولا شك أن الحكم الصادر بعدم الإدانة بناءً على طلب إعادة النظر قد سبقه حكم قضائي ، ليس من المحكمة الابتدائية فقط ، بل حكم نهائي .

وما ورد من تقرير الحق للمحكوم عليه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه في الحالة المذكورة عام يتناول جميع الأحكام الجزائية بما فيها السجن .

والنظام قيد التعويض هنا بصور حكم بعدم الإدانة بناءً على طلب إعادة النظر ، وإعادة النظر يمثل أحد الطريقين للاعتراض على الأحكام الجزائية وهما :

أ- التمييز^(٢).

ب- إعادة النظر^(٣).

وطريق إعادة النظر يعد طريقاً للاعتراض على الأحكام غير عادي، بمعنى أنه لا يحتاج إلا في نطاق ضيق ومحدود ، وأحوال معينة ، كما أنه خاص بالاعتراض على الأحكام النهائية^(٤).

(١) المادة ٢١٠ من نظام الإجراءات الجزائية .

(٢) المادة ١٩٣ من نظام الإجراءات الجزائية .

(٣) المادة ٢٠٦ من نظام الإجراءات الجزائية .

(٤) المادة ٢٠٦ من نظام الإجراءات الجزائية .

وبما أن النظام قيد التعويض في الحالة المذكورة بصدور حكم بعدم الإدانة بناءً على طلب إعادة النظر ، نجد أنه لازماً علينا أن نذكر الأحوال التي يجوز فيها الاعتراض على الأحكام النهائية عن طريق إعادة النظر، ليتحقق تصور المسألة ، واستكمال بحثها ، وعليه نبين هذه الأحوال على النحو الآتي :

- ١- إذا حكم على المتهم في جريمة قتل ثم وجد المدعى قَتْلُهُ حياً .
- ٢- إذا صدر حكم على شخص من أجل واقعة ، ثم صدر حكم على شخص آخر من أجل الواقعة ذاتها ، وكان بين الحكيم تناقض يفهم منه عدم إدانة أحد المحكوم عليهما .
- ٣- إذا كان الحكم قد بني على أوراق ظهر بعد الحكم تزويرها ، أو بني على شهادة ظهر بعد الحكم أنها شهادة زور .
- ٤- إذا كان الحكم بني على حكم صادر من إحدى المحاكم ثم ألغي هذا الحكم .
- ٥- إذا ظهر بعد الحكم بيانات أو وقائع لم تكن معلومة وقت المحاكمة، وكان من شأن هذه البيانات أو الوقائع عدم إدانة المحكوم عليه ، أو تخفيف العقوبة ^(١).

ونلاحظ أن النظام في هذه الأحوال أوجب التعويض عند طلب المتهم، لثبوت براءته بيقين ، وهذا يفيد في جواز التعويض وزيادة ، وفي ذلك تأكيد للتعويض ، وإشارة إلى تعيينه .

والفعل في هذه الحالة يكون عن طريق التسبب ، لأن السجن صادر بناءً على حكم قضائي ، والفاعل قد يكون أحد أفراد الناس ، بأن اتهم هذا الإنسان كيداً - وهذا هو المنصوص عليه في النظام - وإن كنا نرى - كما بيناً سابقاً- إمكانية لحوق المسؤولية له حتى وإن لم يكن هذا الاتهام عن

(١) المادة ٢٠٦ من نظام الإجراءات الجزائية .

طريق الكيد ، لأن التعويض لا يشترط فيه التعمد ، بل يلزم التعويض حتى في حالة الخطأ ، وكل ذلك يدخل ضمن التعدي .

ويمكن أن يقع هذا الفعل من القاضي ، وهنا إما أن يكون على سبيل العمد ، فيلزمه التعويض في ماله الخاص ، وإما أن يكون على سبيل الخطأ ، وهنا لا يلزمه التعويض ، بل يتحملة بيت المال ، كما قررنا قبل قليل ، وجميع ذلك لا يعفيه من المسؤولية التأديبية ، وهذا قررناه قبل قليل أيضاً . ويمكن أن يقع الفعل من المحقق العام ، ويمكن أن يكون على سبيل الخطأ أو على سبيل العمد .

وكذلك يتصور وقوع هذا الفعل ، وهو التسبب في الحكم بالسجن من المدعي العام ، سواء وقع ذلك عن طريق العمد أم عن طريق الخطأ ، ويقال عن التعويض عندما يقع الفعل المكون لركن المسؤولية التقصيرية من المحقق العام ، أو المدعي العام ، كما قلنا عن القاضي ، أي أنهم يتحملونه في حالة العمد ، ويتحملة بيت المال في حالة الخطأ ، ولا يعفيهم ذلك من المسؤولية التأديبية .

ويمكن حصول الفعل المكون لركن المسؤولية هنا من الشهود ، عندما يشهدون زوراً على هذا الإنسان فيحكم بسجنه بناءً على شهادتهم ، وعليه يلزمهم التعويض في هذه الحالة .

ويمكن وقوع الفعل الموجب للتعويض عن السجن ممن زور الأوراق ، وكان الحكم بالسجن قد بني على هذه الأوراق المزورة .

كما يمكن تصور الاشتراك في الفعل الموجب للتعويض فيما يتعلق بالسجن ، وتقدير فعل كل واحد يخضع لتقدير القاضي ، وسيأتي بيان ذلك عند الكلام عن علاقة السببية .

المبحث الثاني : تحقق الضرر :

ويعرف الضرر بأنه: الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له ، سواء كان ذلك الحق ، أو تلك المصلحة متصلةً بسلامة جسمه أو عاطفته ، أو بماله أو حريته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك ^(١).

ويظهر في هذا التعريف العموم ، بمعنى أنه استغرق أفراد المعرف. وهناك من عرفه بأنه: الأذى الذي يلحق بالمضروب نتيجة خطأ الغير ^(٢). ويتبين من هذا التعريف اتفاه مع النظرية الشخصية التي ترتب للمسؤولية على الخطأ .

ويعد الضرر ركناً أساسياً في المسؤولية التقصيرية ، ويوصف بأنه روح المسؤولية وعلتها التي تدور مع الضرر وجوداً وعدمأ ، وشدة وضعفأ ، وهذا ما جعل بعض أهل القانون يقدمه على ركن الفعل ، أو الخطأ ، لأهميته ، لأنه الركن الأول الذي تقوم المسؤولية من أجل تعويضه، ولذا يجب البدء بإثباته قبل إثبات ركن الفعل أو الخطأ ^(٣).

أنواع الضرر :

الضرر نوعان :

النوع الأول : الضرر المادي ، ويقصد به ما يسبب للشخص خسارة مالية ^(٤). وهناك من عرفه بأنه: الضرر الذي يُلحقُ مفسدة في أموال الآخرين، بإتلافها كلها ، أو بعضها ، أو جزء منها ، أو بإزالة بعض أوصافها ^(٥).

(١) المسؤولية التقصيرية ص ١١٢ .

(٢) دروس في النظرية العامة للالتزامات ص ١٤٧ .

(٣) المسؤولية التقصيرية ص ١١١، ١١٢ ، والتعويض القضائي ص ١٠٣ .

(٤) المسؤولية التقصيرية ص ١١٢ .

(٥) نظرية الضمان ، د. محمد فوزي ص ٩٢ .

ومن الأمثلة على الضرر المادي ما يأتي :

أ- كل ما يمسُّ حق الملكية وحق الانتفاع .

ب- حقوق الملكية ، والمخترع .

ج- كل ما يمسُّ صحة الإنسان وسلامته ؛ وحرية وحقه في الحياة، إذا ترتب على ذلك خسارة مالية ^(١).

ويرى البعض بأن الأولى تسميته بالضرر المالي ، وليس المادي ، لكونه أكثر دقة ، لأن تسميته بالمادي قد ينصرف معناه إلى أنه محسوس ، له مظهر مادي خارجي ، بينما تسميته بالضرر المالي لا تحمل معنى سوى أنه يصيب الشخص من الناحية المالية ^(٢).

شروط الضرر المادي :

يتفق القانونيون على أنه يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون محقق الوقوع ، ولو في المستقبل ، فلا يشترط أن يكون الضرر قد تحقق فعلاً ، وبهذا الاعتبار ينقسم الضرر إلى ثلاثة أقسام :

١- الضرر الذي تحقق فعلاً ، مثل إتلاف المال .

٢- الضرر الذي سيحدث في المستقبل ، أي أن أسبابه قد تحققت، وتراخت آثاره ، كلها أو بعضها ، فهذا يعد في حكم الضرر المحقق ومثاله: أن يصاب شخص بجرح يتمخض في المستقبل عن عاهة مستديمة، فهنا يحق للمحكوم له بالتعويض عن الجرح أن يقيم دعوى جديدة يطلب فيها التعويض عن هذه العاهة .

٣- الضرر المحتمل ، وهو ضرر لم يقع ، وليس هناك ما يؤكد أنه سيقع، وهذا النوع من الضرر لا يوجب مسؤولية إلا إذا تحقق فعلاً. ومثاله: عندما يضرب شخص حاملاً على بطنها ضرباً يحتمل معه إجهاضها،

(١) المسؤولية التقصيرية ص ١١٢ .

(٢) التعويض القضائي ص ١٢٠ .

فإن مجرد هذا الضرب لا يجيز لها طلب التعويض سلفاً ، ما لم يتحقق الإجهاض فعلاً^(١).

واتجه رأي أهل القانون إلى جواز المطالبة بالتعويض عن الضرر المفضي إلى الإخلال بالمصلحة ، كما هو الأمر بالنسبة للحق .

ومثاله: عندما يلحق الضرر بعائل أسرة ، فهذا فيه إخلال بحق من يعولهم ، عندما تكون نفقتهم واجبة عليه قطعاً كالأولاد ، فإن القانون يوجبها ، أو عندما يكون المضرور يعولهم فعلاً متطوعاً بصفة مستمرة من غير إلزام القانون ، كالإخوة ، غير أنه يشترط في هذه الحالة أن تكون المصلحة مشروعة . والمقصود أن الضرر الموجب للتعويض هو الضرر المحقق وقوعه ، سواءً أخل بحق أم مصلحة^(٢).

وإذا أردنا تطبيق ما سبق بخصوص الضرر المادي على من يضار بسبب السجن بدون حق ، نجد أن الأضرار التي يمكن تصور وقوعها عليه كثيرة ، وهذا يرجع إلى ظروف كل واقعة ، وملابساتها ، لكن من المؤكد أنه لا يستحق المسجون التعويض إلا عن ضرر محقق ، سواء كان واقعاً فعلاً ، أم قامت أسباب وقوعه مستقبلاً قطعاً ، مما يجعله في حكم المحقق. ومع أن الأضرار المادية التي يمكن تصور وقوعها على الإنسان بسبب السجن كثيرة ، إلا أن ذلك لا يمنع من ذكر نماذج لها على سبيل التمثيل لا الحصر :

١- انقطاعه عن وظيفته إن كان موظفاً في الدولة ، سواء كان في القطاع المدني أم في القطاع العسكري ، وكذلك عندما يكون موظفاً في القطاع الخاص ، وما يترتب عليه من انقطاع مصدر رزقه .

٢- الضرر المتمثل في فصله من وظيفته إن كان موظفاً ، سواء كان من الموظفين العموميين ، أو في القطاع الخاص .

(١) المسؤولية التقصيرية ص ١١٣ .

(٢) المسؤولية التقصيرية ص ١١٤ .

- ٣- الضرر المتمثل في حرمانه من مباشرة أعماله التي يتكسب من ورائها إضافة إلى وظيفته ، والتي يجيز النظام للموظفين العموميين مزاولتها، مثل متابعة استثمار عقاراته ، أو زراعته ، ونحو ذلك ، والتي يترتب عليها ضرر بالغ يتجلى في إلحاق الخسارة المادية به من هذه الناحية.
- ٤- حرمانه من التكسب وطلب الرزق عندما يكون غير موظف في الدولة، مثل حرمانه من متابعة تجارته ، وإدارتها ، والقيام عليها ، وكذا حرمانه من الأجرة التي يتقاضاها عندما يكون أجيراً ، سواء كان أجيراً عاماً أم خاصاً ، ونحو ذلك من وسائل الكسب المشروعة .
- ٥- الضرر المتمثل في إصابته بمرض من الأمراض يحتاج إلى تكلفة علاج، وقد يتمثل هذا الضرر في كونه سبباً في تفاقم مرض من الأمراض التي كانت في الضرور قبل السجن ، كمرض السكر ، أو الضغط ، أو مرض القلب ، أو الكلى ، مما يحوجه إلى دفع الأموال للعلاج منها، وهي غالباً مكلفة .
- ٦- الضرر الذي يلحق من يعولهم هذا الإنسان ، وذلك بسبب انقطاعه عن وظيفته ، أو لعدم استغلاله لعقاره ، أو زراعته ، أو تجارته ، ونحو ذلك من الأمور التي هي طريق كسبه ورزقه ، والضرر يلحق بهم لأنه هو المعيل لهم ، لذا يلحقهم الضرر مباشرة بسبب سجنه .
- وهذه كما قلنا مجرد أمثلة على الضرر المادي الذي يمكن أن يلحق الإنسان بسبب السجن ، وإلا فالأضرار المادية التي يمكن وقوعها كثيرة، ويكون المرجع في اعتبارها من عدمه ، وكذا تقديرها هو القاضي المختص.
- والتعويض عن الضرر المادي قد ورد النص عليه صراحة في نظام الإجراءات الجزائية في حالة الحكم الصادر بعدم الإدانة بناء على طلب إعادة النظر^(١).

(١) المادة ٢١٠ من نظام الإجراءات الجزائية .

كما أنه يدخل في عموم التعويض عن الضرر الذي قرره النظام بخصوص من أصابه ضرر نتيجة اتهامه كيداً ، أو نتيجة إطالة مدة سجنه أو توقيفه أكثر من المدة المقررة ^(١).

النوع الثاني - الضرر الأدبي :

وقد عرفه السنهاوري بأنه: «ما يصيب المضرور في شعوره ، أو عاطفته ، أو كرامته ، أو شرفه ، أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص عليها» اهـ ^(٢)، وذكر في موضع آخر أنه: «الضرر الذي يصيب مصلحة غير مالية» اهـ ^(٣). وهناك من عرفه بأنه: «إلحاق مفسدة في شخص الآخرين، لا في أموالهم ، وإنما فيما يمس كرامتهم ، أو يؤدي شعورهم، أو يخدش شرفهم ، أو يتهمهم في دينهم ، أو يسيء إلى سمعتهم ، أو نحو ذلك» ^(٤).

وقد يكون الضرر أدبياً محضاً ، أي لا يقترن به ضرر مادي ، ومثاله الضرر الذي يصيب الشخص في عاطفة الحنان والمحبة ، وقد يكون ضرراً أدبياً غير محض ، أي أنه يقترن به ضرر مادي ، ومثاله: الضرر الذي يشوه الجسم أو ينقص من قدرته على الكسب ^(٥).

هذا وقد اختلف أهل القانون في حكم التعويض عن الضرر الأدبي ، أو المعنوي ، وخلافهم في ذلك جرى على أقوال ، بيانها على النحو الآتي :

القول الأول: أنه يجوز التعويض عن الضرر الأدبي في نطاق المسؤولية التقصيرية ، أما في نطاق المسؤولية العقدية فلا .

(١) المادة ٢١٧. من نظام الإجراءات الجزائية .

(٢) الوسيط ج ٢ ص ٧٩٠ .

(٣) الوسيط ج ٢ ص ٩٨١ .

(٤) نظرية الضمان ، د. محمد فوزي ص ٩٢ .

(٥) المسؤولية التقصيرية ص ١١٤ ، والفعل الضار ص ١٢١ ، والتعويض القضائي ص ١٢١ .

القول الثاني: أنه يجوز التعويض عن الضرر الأدبي إذا مس جانباً مادياً ، أما ما عدا ذلك فلا .

القول الثالث: أنه يجوز التعويض عن الضرر الأدبي إذا كان وليد جريمة جنائية ، وما عدا ذلك فلا .

القول الرابع: التفصيل ، وذلك بالنظر إلى طبيعة الضرر الأدبي ، فما كان يمس الجانب الاجتماعي من الذمة الأدبية للإنسان ، مثل ما يمس الشرف والسمعة ، فإنه يجوز التعويض عنه ، لأنه ترتب عليه خسارة مادية ، وما كان منه يمس العاطفة ، والشعور والإحساس ، فإنه لا يجوز التعويض عنه ، لأنه يخلو من أي ضرر مادي .

القول الخامس: أن الضرر الأدبي لا يوجب إلا ضرراً اسماً ، أو رمزياً لعدم الخسارة فيه .

القول السادس: أنه لا يجوز التعويض عن الضرر الأدبي مطلقاً ، لأنه بطبيعته لا يجدي في جبره ما يقدر من المال ^(١).

واتجه أغلب أهل القانون أخيراً إلى جواز التعويض عن الضرر الأدبي، لأن من شأنه إن لم يمح الضرر بالكلية ، أن يخفف أثره ويحد من وقعه ^(٢). ولما كان الأمر الآن مستقراً على التعويض عن الضرر الأدبي قانوناً وقضاً ، وخاصة في نطاق المسؤولية التقصيرية ^(٣)، فإننا نرى أنه لا حاجة لإيراد حجج من منع وحجج من أجاز ، وذلك طلباً للاختصار . هذا وعند الرجوع إلى نصوص نظام الإجراءات الجزائية، فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمتهم من جراء السجن ، نجد أنه نص على جواز طلب التعويض ، دون التصريح بالتعويض عن الضرر الأدبي بعينه ، وذلك في

(١) انظر هذه الأقوال في: المسؤولية التقصيرية ص ١١٥ ، ١٢٧ ، والنظرية العامة للموجبات والعقود ج ١ ص ١٧٢ .

(٢) للمسؤولية المدنية ، حسين عامر ص ٣١٩ وما بعدها .

(٣) الوسيط ص ٨٦٧ ، ٨٦٨ ، والمسؤولية التقصيرية ص ١١٦ ، والنظرية العامة للموجبات والعقود ج ١

ص ١٧١ ، والفعل الضار ص ١٢١ ، والوجيز في نظرية الالتزام ٢٦٦ ، والتعويض القضائي ص ١٢٩ .

الحالات التالية :

أ- كل من أصابه ضرر نتيجة اتهامه كيداً^(١).

ولحوق الضرر الأدبي بسبب الاتهام كيداً ظاهراً ، ومحتمل احتمالاً قوياً ومؤكداً ، بل إن الضرر الناتج من الاتهام كيداً قد ينصرف إلى الضرر الأدبي أكثر منه إلى الضرر المادي ، فليتأمل .

والضرر اللاحق بالاتهام كيداً يكون سبباً في حصول السجن في أحوال كثيرة .

ب- كل من أصابه ضرر نتيجة إطالة مدة توقيفه أكثر من المدة المقررة نظاماً^(٢).

وهذا نص في التعويض عن الضرر الحاصل بسبب السجن^(٣) خاصة. ونلاحظ هنا أن النص جاء على النحو الآتي: «كل من أصابه ضرر» فجاء الضرر متكرراً مجرداً من أي وصف مقيد ، وهذا يفيد شموله للضرر الأدبي مع الضرر المادي .

ج- كل من أصابه ضرر نتيجة إطالة مدة سجنه أكثر من المدة المقررة نظاماً^(٤).

وهذا أيضاً نص في التعويض عن الضرر الحاصل بسبب السجن خاصة. ويقال في تقرير شموله للضرر الأدبي مع الضرر المعنوي كما قيل عن سابقة ، فلا نكرر ما ذكرنا .

وهذا التعويض يشمل التعويض عن الضرر الناشئ بسبب الدعاوى العامة والدعاوى الخاصة على حد سواء .

(١) المادة ٢١٧٠ من نظام الإجراءات الجزائية .

(٢) المادة ٢١٧٠ من نظام الإجراءات الجزائية .

(٣) سبق البيان بأن التوقيف يدخل في السجن فيما يتعلق بالتعويض المعقود له هذه الدراسة ، لانهما بمعنى واحد فيما يتعلق بالتعويض .

(٤) المادة ٢١٧٠ من نظام الإجراءات الجزائية .

إضافة إلى ما تقدم - وهو كاف في تقرير التعويض عن الضرر الأدبي الحاصل بسبب السجن - فإننا نذكر بأنه يؤكد ما سبق ما ورد في قواعد الحد من آثار الشكاوى الباطلة والدعاوى الكيدية ، من تقرير جواز المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بسبب الدعوى الكاذبة ^(١)، وإن كانت دلالة أخص من دلالة النص الوارد في نظام الإجراءات الجزائية ، وذلك من وجهين :

الأول: أنه يقتصر على الدعوى الخاصة ، دون العامة .

الأخر: أنه خاص بالتعويض عن الضرر الناتج من الدعوى ، فهو إذن يقتصر على التعويض عن الضرر بسبب السجن المبني على دعوى، ومعلوم أن الضرر الحاصل بسبب التوقيف أو السجن أكثر من المدة المقررة نظاماً لا يتوقف على الدعوى ، كما أن التعويض عن الضرر الحاصل بسبب السجن قد لا يكون بسبب دعوى خاصة ، بل بسبب دعوى عامة .

وجه الدلالة ، فيما ورد في قواعد الحد من آثار الدعاوى الباطلة . هو أن الضرر جاء فيه مطلقاً من أي وصف مقيد ^(٢)، وهذا يفيد شموله لنوعي الضرر المادي والأدبي .

أما ما نص عليه النظام بقوله: «كل حكم صادر بعدم الإدانة بناءً على طلب إعادة النظر ، يجب أن يتضمن تعويضاً معنوياً ومادياً للمحكوم عليه، لما أصابه من ضرر إذا طلب ذلك» ^(٣).

فالذي يظهر أنه لا يمكن الاستدلال به على التعويض عن الضرر الأدبي أو المعنوي ، لأن الوصف بالمعنوي قد ألحق بالتعويض ، وليس بالضرر، والتعويض المعنوي يختلف عن التعويض عن الضرر المعنوي ، ومثال

(١) المادة ٤٠ من قواعد الحد من الدعاوى الكيدية والشكاوى الباطلة .

(٢) المادة ٤٠ من قواعد الحد من الدعاوى الكيدية والشكاوى الباطلة .

(٣) المادة ٢١٠ من نظام الإجراءات الجزائية .

التعويض المعنوي الاعتذار من الشخص الذي وقع عليه الضرر بغير حق، وطلب العفو منه ، وكذا رد اعتباره ، وهذا له أصل في الشريعة الإسلامية، يدل على ذلك ما يأتي :

١- ما ورد أن امرأة خرجت على عهد النبي ﷺ تريد الصلاة ، فتلقاها رجل فتجللها ، فقضى حاجته منها ، فصاحت ، وانطلق ، فمر عليها رجل فقالت: إن ذاك فعل بي كذا وكذا ، ومرت عصاة من المهاجرين فقالت: إن ذلك الرجل فعل بي كذا وكذا فانطلقوا فأخذوا الرجل الذي ظنت أنه وقع عليها ، فأتوها به ، فقالت: نعم هو هذا فأتوا النبي ﷺ فلما أمر به قام صاحبها الذي وقع عليها فقال: يا رسول الله ، أنا صاحبها ، فقال لها: (انذهبي فقد غفر الله لك) . وقال للرجل قولاً حسناً ، وقال للرجل الذي وقع عليها : (ارجموه) . وقال: (لقد تاب توبة لو تابها أهل المدينة لقبلت منهم)^(١). ووجه الدلالة منه ، أن النبي ﷺ رد اعتباره هذا الرجل بالقول الحسن عندما انتفت عنه التهمة ، وثبتت براءته .

٢- عن عراك بن مالك قال: أقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا منزلاً بضجنان من مياه المدينة وعنده ناس من غطفان عندهم ظهر لهم ، فأصبح الغطفانيون وقد أضلوا بعيرين من إبلهم، فاتهموا الغفاريين فأقبلوا بهما إلى النبي ﷺ وذكروا له أمرهم ، فحبس أحد الغفاريين وقال للآخر: (انذهب فالتمس) فلم يكن إلا يسيراً حتى جاء بهما . فقال النبي ﷺ لأحد الغفاريين قال حسبت أنه قال للمحبوس: (استغفر لي)، فقال: غفر الله لك يا رسول الله ، فقال رسول الله ﷺ: (ولك وقتك في سبيله)، قال فقتل يوم اليمامة^(٢).

(١) الحديث أخرجه الإمام أحمد في المسند ٣٩٩/٦ ، وأبو داود في سننه - كتاب الحدود - باب في صاحب الحد بجيء فيقر ج ٤ ص ١٣٤ ، والترمذي في سننه كتاب الحدود باب في المرأة إذا استكرمت على الزنا ج ٤ ص ٤٥ وقال هذا حديث حسن غريب صحيح وقال عنه الشيخ الألباني (حسن - دون قوله «ارجموه» والأرجح أنه لم يرجمه . انظر: صحيح سنن أبي داود ج ٣ ص ٨٢٨ ، وصحيح سنن الترمذي ج ٢ ص ٧٥ .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كتاب اللقطة - باب التهمة - ج ١٠ ص ٢١٦ ، ٢١٧ .

ووجه الدلالة منه أن النبي ﷺ طلب من هذا الشخص الذي حبسه بسبب هذه التهمة ثم بانت براءته طلب منه العفو والصفح ، ويظهر هذا من طلبه منه أن يستغفر له ، ثم طيَّب النبي ﷺ نفس هذا الرجل بأن استغفر له ، ودعا له بالشهادة .

فالتعويض المعنوي وإن كان له أصل في الشرع إلا أنه يختلف عن التعويض عن الضرر الأدبي ، بل إننا نرى أن التعويض المعنوي خارج عن موضوع بحثنا ، ولو رجعت وطبقت عليه التعريف الذي ذكرناه للتعويض عن السجن لبان لك ذلك ، بل إننا نرى أنه لا يصدق عليه بأن يسمى تعويضاً بمعناه الاصطلاحي العام ، بل هو رد لاعتبار الشخص المتهم ، وهو أمر مختلف عما نحن فيه .

غير أننا وإن كنا نقول بأن هذا هو الظاهر من نص المادة المذكورة ، إلا أننا أيضاً نرى أن الاحتمال وارد في صلاحية الاستدلال بنص تلك المادة على التعويض عن الضرر المعنوي ، ويوجه بأنه أطلق هذا الوصف -المعنوي- على التعويض من باب التجوز ، لأن التعويض موجب الضرر ولكن هذا الاحتمال بعيد ، لكونه خلاف الظاهر من السياق ، ولعل القواعد التنفيذية للنظام تبين ذلك عند صدورها .

إذا تقرر ما سبق فإننا نؤكد على ترجيحنا لحق الضرر في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر أدبي ، بل إننا نرى أن الضرر الأدبي قد يكون أكثر أهمية ، وأعظم أثراً في حصول الأذى بالضرر ، ومما يستدعي معه أن يكون أولى بالتعويض من الضرر المادي .

هذا وقد صدر عن ديوان المظالم أحكام قضائية تقضي بالتعويض عن الضرر المادي والأدبي الحاصل بسبب السجن ^(١) ، والضرر الأدبي الذي

(١) الحكم رقم ١٢/١٨/٣١/٤/د/٢٣ لعام ١٤١٥ هـ ، وحكم هيئة التدقيق الإداري «الدائرة الأولى» رقم ٧٧/ت/١ لعام ١٤١٦ هـ ، وحكم هيئة التدقيق الإداري «الدائرة الثانية» رقم ١٣٤/ت/٢ لعام ١٤١٦ هـ .

يلحق بالمضرور بسبب السجن يتمثل فيما يصيبه من الأذى في شعوره، أو كرامته ، أو سمعته ، أو حريته ، أو حتى عاطفته بحرمانه من أسرته، والحيلولة بينه وبين أهله وذويه والمعاونة النفسية ، والإحساس بالمهانة والازدراء في أعين الآخرين ، ويمكن تصوّر وقوع هذه الأضرار جميعها، أو بعضها ، كما يمكن تصوّر وقوع أضرار أدبية أخرى بسبب السجن غير ما ذكرنا ، لأن ما ذكرنا لا يعدو كونه من قبيل التمثيل لا الحصر ، والذي يقدر اعتبار هذه الأضرار من عدمه هو القاضي .

المبحث الثالث : تحقق علاقة السببية بين الفعل والضرر :

لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية وقوع الفعل الضار من شخص، وحصول الضرر على شخص آخر ، بل لابد من ثبوت علاقة السببية بين هذا الفعل وذاك الضرر ، بمعنى أنه لابد من أن يكون هذا الفعل هو السبب المنتج لهذا الضرر ، وإلا انعدمت المسؤولية^(١).

ويقع على من أصابه الضرر عبء إثبات علاقة السببية بين الفعل والضرر في المسؤولية عن العمل الشخصي ، أما في المسؤولية عن عمل الغير القائمة على خطأ مفترض ، فإن إثبات نفي السببية يكون على المسؤول^(٢).

والأصل أن من حاق به الضرر هو المكلف بإثبات أركان المسؤولية^(٣). ولكن هذا لا يمنع المدعى عليه من دفع المسؤولية عن نفسه ، بقطع حبل السببية بين فعله وضرر المصاب^(٤). وتنقطع علاقة السببية إذا كان الضرر راجعاً إلى سبب أجنبي ، ويشمل السبب الأجنبي ما يأتي :

(١) الوافي في شرح القانون المدني ج ١ ص ٤٥٥ ، والمسؤولية التقصيرية ص ٣١٢ .

(٢) مصادر الالتزام ص ٣٣٣ .

(٣) المسؤولية التقصيرية ص ٣١٤ .

(٤) المسؤولية التقصيرية ص ٣١٤ .

١- القوة القاهرة ، أو الحادث المفاجئ ، وهما بمعنى واحد ^(١).

والقوة القاهرة هي: التي تصدر عن حادث خارج عن إرادة الإنسان لا تجوز نسبته إليه ، وليس من الممكن توقعه ، أو تفاديه ^(٢).

ويشترط للقوة القاهرة الشروط الآتية :

أ- عدم إمكان التوقع .

ب- استحالة الدفع .

ج- أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة ^(٣).

فإذا كان الحادث يرجع إلى هذه القوة فلا مسؤولية ولا تعويض . ومن الأمثلة عليها ، حوادث الزلازل والصواعق ونحوها ^(٤).

٢- فعل المصاب ، فعندما يرتكب المصاب فعلاً يترتب عليه ضرره هو يكون في هذه الحالة سبباً أجنبياً يتمسك به المدعى عليه ضد المصاب ^(٥).

وفعل المصاب أو الضرر ، لا يخلو إما أن يستقل في إحداث الضرر فهنا يعتد به وحده ، وذلك لانعدام رابطة السببية من جانب المدعى عليه، وبناء عليه لا مسؤولية ولا تعويض ^(٦).

وإما أن يشترك فعله مع فعل المدعى عليه ، المسؤول في إحداث الضرر بمعنى أنه يجتمع فعل المصاب ، مع فعل آخر وقع من المسؤول ، وكان الضرر ناتجاً من فعلهما المشترك أو المتبادل ، فالحكم هنا أن الرأي السائد فقهاً وقضاءً ، أن توزع المسؤولية بينهما ، فلا يقضى للمصاب بالتعويض

(١) عند غالبية الباحثين من أهل القانون انظر: المسؤولية التقصيرية ص ٣١٥ .

(٢) المسؤولية التقصيرية ص ٣١٥ .

(٣) دروس في النظرية العامة للالتزامات ص ١٥٣ ، والمسؤولية التقصيرية ص ٣١٥ .

(٤) المسؤولية التقصيرية ص ٣١٥ ، والواقفي في شرح القانون المدني ج ١ ص ٤٨٦ .

(٥) المسؤولية التقصيرية ص ٣١٦ ، ودروس في النظرية العامة للالتزامات ص ١٣٥-١٥٦ ، ومصادر

الالتزام ص ٣٤٠ ، والفعل الضار ص ١١٢ ، والواقفي في شرح القانون المدني ج ١ ص ٤٩٠ .

(٦) المسؤولية التقصيرية ص ٣١٦ ، ودروس في النظرية العامة للالتزامات ص ١٣٥-١٥٦ ، والفعل الضار

ص ١١٢ ، ومصادر الالتزام ص ٣٤٠ .

كاملاً ، وإنما يخصم منه جزء يتناسب مع أثر فعله في إيقاع الضرر^(١).

٣- فعل الغير . فعندما يجتمع في إحداث الضرر فعل المسؤول وفعل شخص آخر فهنا لا يخلو الأمر من أحد حالين :

الأول: أن يستغرق أحد الفعلين الآخر ، والحكم هنا أن المسؤولية تلحق من استغرق فعله فعل الآخر ، ويستغرق أحد الفعلين الآخر عندما يكون أحدهما متعمداً ، أو كان هو الذي دفع الآخر إلى ارتكاب الخطأ^(٢).

الثاني: أن يبقى كل واحد من الفعلين مستقلاً عن الآخر ، والحكم في هذه الحالة أن المسؤولية تلحق الجميع ، ويحق للمصاب أن يرجع على أي منهما أو منهم ، بحكم التضامن الواجب بين الفاعلين ، ولمن حكم عليه وحده أن يرجع على الآخر وفقاً لقاعدة توزيع المسؤولية بين المسؤولين. كما أن نسبة المسؤولية توزع عليهم على أساس نسبة إحداث فعل كل منهم للضرر^(٣).

تعدد الأسباب :

يبحث تحت علاقة السببية ، مسألة تعدد الأسباب ، وذلك لأن الضرر يمكن أن لا يحدث عن سبب واحد ، وإنما يحدث نتيجة أسباب متعددة، فما المعتبر منها في هذه الحالة ؟

اختلف أهل القانون في ذلك على نظريتين :

الأولى: نظرية تعادل الأسباب .

وتركز هذه النظرية على البحث في جميع الأسباب والاعتداد بها ، حتى ولو كان بعضها بعيداً ، بشرط أن يكون له دخل في إحداث الضرر .

الثانية: نظرية السبب المنتج أو الفعّال .

(١) المسؤولية التقصيرية ص ٣١٦ ، والفعل الضار ص ١١٢ .

(٢) دروس في النظرية العامة للالتزامات ص ١٥٦ .

(٣) المسؤولية التقصيرية ص ٣١٧ ، ٣٤٣ .

وتركز هذه النظرية على البحث في السبب المنتج الذي يؤدي في العادة إلى الضرر ، دون السبب العارض ، ويكون السبب منتجاً إذا كان يؤدي في العادة - وحسب المجرى العادي للأمر - إلى إحداث الضرر ، وغيره يعد عرضياً .

واختلفت الاجتهادات القانونية في تغليب إحدى هاتين النظريتين على الأخرى ، ولا شك أن النظرية الأولى تتصف باليسر ، وبالبعد عن التحكم عند استقصاء الأسباب ، وهي التي اتجه إليها القضاء ^(١).

وبناء على ما تقدم فإنه لا يكفي لتعويض المسجون حصول الضرر عليه ، ولا كون السجن بغير حق ، أو فيه تعد ، بل لابد أن يتحقق أن هذا الضرر ناتج من السجن .

وقد سبق بيان صور الفعل المكون لركن المسؤولية عن السجن ، كما سبق ذكر صور الضرر المكون لركن المسؤولية عن السجن وعلى المضرور بالسجن عبء إثبات هذه العلاقة عندما تكون غير ظاهرة . وعندما يحدث الضرر عن أسباب متعددة ، فنحن نرجح أن ينظر إلى تلك الأسباب جميعها ، ويعتد بها كلها ، طالما أن لها دخلاً في الضرر الحاصل على المسجون ، وعليه تلحق كل واحد نسبة من المسؤولية والتعويض بقدر نسبة خطئه ، وتقدير ذلك راجع إلى القضاء بحسب كل قضية ووقائعها .

(١) المسؤولية التقصيرية ص ٣١٣ .

الفصل الثاني

التعويض عن السجن في الفقه

المبحث الأول : تحقق الفعل :

والمقصود به : كل فعل ترتب عليه ضرر ، سواء كان ترتب عليه بطريق المباشرة ، أم بطريق التسبب ^(١).

ولا يشترط كون الفعل عمداً ، بل إن العمد والخطأ يستويان في مجال ضمان الأموال .

قال الشاطبي ^(٢) رحمه الله : «ولا يقال إن هذا ينكسر في الأمور المالية، فإنها تضمن في الجهل والعمد ، لأننا نقول الحكم في التضمنين في الأموال أمر آخر ، لأن الخطأ فيها مساوٍ للعمد في ترتب الغرم في إتلافها» اهـ ^(٣). وقال الحطاب ^(٤) رحمه الله : «العمد والخطأ والإكراه في أموال الناس سواء يجب ضمانها ، وهو من خطاب الوضع ، ولا يشترط فيه التكليف والعلم، فلا فرق في الإتلاف بين الصغير والكبير ، والجاهل والعامد» اهـ ^(٥). ويلحق بالعمد والخطأ هنا التقصير وقلة الاحتراز ، والتقصير هو إهمال أمر يجب إجراؤه والانتباه إليه ، كحفظ شيء ولجب في بعض الأحيان، كحفظ الصغير ، وعدم التحرز هو : الإرادة المتوجهة نحو فعل دون حسابا لنتائجه ، ومثاله : السرعة في قيادة المركبة ^(٦).

(١) الضمان في الفقه الإسلامي علي الخفيف ص ٣٤ .

(٢) هو : الإمام أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي ، الشهير بالشاطبي ، له مؤلفات كثيرة منها : «الموافقات» و«الاعتصام» ، توفي في شعبان سنة ٧٩٠هـ ، معجم المؤلفين ج ١ ص ١١٨ .

(٣) الموافقات ج ٢ ص ٣٤٧ .

(٤) هو : محمد بن محمد بن عبد الرحمن أبو عبد الله ، المعروف بالحطاب ، فقيه مالكي أصله من الغرب ، ولد سنة ٩٠٢هـ بمكة المكرمة . ومن مؤلفاته : «مواعب الجليل» و«تحرير الكلام في مسائل الالتزام» و«هداية السالك» . توفي سنة ٩٥٤هـ ، انظر : المنهل العذب في تاريخ طرابلس الغرب ج ١ ص ١٩٥ ، والأعلام ج ٧ ص ٢٨٦ .

(٥) مواعب الجليل ج ٥ ص ٢٧٨ ، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٨٦ .

(٦) النظرية العامة للموجبات والعقود ج ١ ص ١٩٤ ، والمسؤولية التقصيرية ص ١٩١ .

وذلك كله يشملته التعدي .

ويشترط في الفعل الموجب للضمان أن يكون صادراً ممن له ذمة مالية، وبناء عليه لو صدر ممن لا ذمة له ، فإنه في هذه الحالة لا يترتب عليه مسؤولية ، ولا ضمان ، بل يعد فعله هدرأ ، والدليل على ذلك قوله ﷺ: (العجماء جرحها جبار) ^(١).

والمعنى: هدر لا ضمان فيه ^(٢).

ومتى تحقق الفعل الضار ممن له ذمة فإن فاعله يتحمل مسؤولية هذا الفعل فيضمن ما أتلفه ، لأنه حصل منه التعدي ، بغض النظر عن توافر الأهلية فيه من عدمها ، لأن كون الفاعل فاقداً للأهلية كالنائم أو المجنون لا يغير من الأمر شيئاً ، إذ التعدي حاصل والضرر واقع ^(٣). وقد أوجب الشرع رفع ذلك قال النبي ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار) ^(٤). وهذا عام في كل ضرر ، فيتناول الضرر الواقع من المكلف ، والضرر الواقع من غير المكلف .

ولأن الضمان من الجوابر لا من الزواجر، و«الجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح ، والزواجر مشروعة لدرء المفسدات ، والغرض من الجوابر جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده ، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر أثماً ، وكذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان ، وعلى المجانين والصبيان بخلاف الزواجر فإن معظمها لا يجب إلا على عاص زجرأ له على المعصية» اهـ ^(٥).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الديات - باب العجماء جرحها جبار ج ٩ ص ١٥ ، ومسلم في صحيحه - كتاب الحدود - باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار ج ٣ ص ١٠٧٧ ، وغيرهما .

(٢) نيل الأوطار ج ٥ ص ٣٢٥ .

(٣) الضمان في الفقه الإسلامي علي الخفيف ص ٣٦ .

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه - كتاب الأحكام - باب من بنى في حق ما يضر بجاره ج ٣ ص ٣٠٦ ، والحديث ورد من طرق متعددة ، يقوي بعضها بعضاً ، فصلها الزيلعي في نصب الرأية ج ٤ ص ٣٨٤ ، ٣٨٥ ، والشيخ الألباني في إرواء الغليل ج ٣ ص ٤٠٤-٤٠٨ .

(٥) قواعد الأحكام ج ١ ص ١٥١ .

وقال ابن قيم الجوزية ^(١) رحمه الله: «... وعلى هذا فالخطأ والعمد اشتركا في الإلتاف الذي هو علة للضمان ، وإن اختلفا في علة الإثم ، وريط الضمان بالإلتاف من باب ربط الأحكام بأسبابها ، وهو مقتضى العدل الذي لا تتم المصلحة إلا به ، كما أوجب على القاتل خطأ دية القتل ، ولذلك لا يعتمد التكليف فيضمن الصبي والمجنون والنائم ما أتلّفوه من الأموال ، وهذا من الشرائع العامة التي لا تتم مصالح الأمة إلا بها ، فلو لم يضمنوا جنيات أيديهم لأتلّف بعضهم أموال بعض ، وادعى الخطأ وعدم القصد ، وهذا بخلاف الإثم والعقوبات ، فإنها تابعة للمخالفة وكسب العبد ومعصيته ففرقت الشريعة فيها بين العائد والمخطئ» اهـ ^(٢).

ويجب تقييد الفعل الموجب للتضمن بالتعدي ، والتعدي هو: المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم ^(٣).

ومن القواعد المقررة في هذه المسألة: «أن كل ما ورد به الشرع مطلقاً ، ولا ضابط له فيه ، ولا في اللغة ، يرجع فيه إلى العرف» اهـ ^(٤).

ويشمل التعدي: المجاوزة ، والتقصير ، والإهمال ، وقلة الاحتراز ، كما يشمل العمد والخطأ ^(٥).

والفعل الضار هنا يدخل ضمن الإلتاف ، وعليه فهو يشمل الفعل عن طريق المباشرة ، والفعل عن طريق التسبب ، وهو سبب من أسباب الضمان

(١) هو: محمد بن أبي بكر أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي الحنبلي ، شمس الدين أبو عبد الله بن قيم الجوزية ، ولد سنة ٦٩١ هـ . له مؤلفات كثيرة منها: «زاد المعاد» و«إعلام الموقعين» . توفي سنة ٧٥١ هـ . انظر: نيل طبقات الحنبلة ج ٢ ص ٤٤٧ ، وشذرات الذهب ج ٦ ص ١٦٨ ، والدرر الكامنة ج ٤ ص ٢١ ، ومعجم المؤلفين ج ٩ ص ١٠٦ .

(٢) إعلام الموقعين ج ٢ ص ١٥٢ .

(٣) الفعل الضار والضمان فيه ص ٧٨ ، وقد بين أن التعدي قد يتحقق بهذا المعنى ، ولا يكون الفعل محظوراً شرعاً ، بل قد يكون واجباً ويثبت معه الضمان ، وضرب لذلك أمثلة تركنا ذكرها خشية الإطالة . انظر ص ٧٩ ، ٨٠ إذا ليس المقصود بالتعدي هنا هو العمل المحظور شرعاً .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٨ .

(٥) هناك فروع فقهية كثيرة تدل على ذلك: انظر: جامع الفصولين ١٢٢/٢ وما بعدها ، ومجمع الضمانات ص ٤٠ .

في الفقه الإسلامي^(١). ومثال الإتلاف بالمباشرة في الأموال حرق الثياب، وهدم الدور، وأكل الأطعمة، ونحو ذلك. ومثال الإتلاف بالتسبب في باب الأموال: حفر الآبار في طريق الحيوان في غير الأرض المملوكة للحافر، ووقيد النار قريباً من الزرع^(٢).

وفي كلا الحالين أعني الإتلاف بالمباشرة والإتلاف بالتسبب تلحق المسؤولية، ويجب الضمان سواء وقع الفعل عن خطأ أم عمد، طالما أن الفعل كان متصفاً بالتعدي.

وعليه فإن ما ورد في مجلة الأحكام العدلية بخصوص هذه المسألة من قولها «المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد» اهـ^(٣). غير سليم، لأنه موهم، لأن التعمد يفيد معنى القصد، وقد دلت كثير من الفروع الفقهية أن كلاً من المباشرة والتسبب في ضرر الغير موجبة للضمان، متى وجد التعدي، سواء قصد الفاعل الفعل، أو الضرر أو لم يقصد ذلك^(٤).

ولوجود هذا النص الموهم في القاعدة المذكورة، فإن شراح المجلة عمدوا إلى تلافيه، حيث قرنوا التعمد بالتعدي^(٥).

وأما السجن فإن الفعل يتحقق بمطلق حصول السجن الناتج منه الضرر للمسجون، سواء أكان عن طريق المباشرة أم عن طريق التسبب، وسواء أكان عن طريق العمد أم الخطأ، أم التقصير أو الإهمال، ولكن

(١) الفروق ج ٤ ص ٢٧ الفرق ٢١٧، وج ٢ ص ٢٠٦، الفرق ١١١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٦٢، والقواعد لابن رجب ص ٢٠٤.

(٢) الفروق ج ٢ ص ٢٠٦. الفرق رقم ١١١.

(٣) المائتان ٩٢٠ و ٩٣٠ من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) مجمع الضمانات ص ١٤٦، والمبسوط ج ٢٧ ص ٢٢، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ١٤٩، وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٤، والبنية ج ١٠ ص ٢٠٦، ومجلة الأحكام الشرعية م ١٤٣١، ١٤٣٣، وللدخل الفقهي العام ج ٢ ص ١٠٤٥، ١٠٤٦، والفعل الضار ص ٧٦.

(٥) انظر: شرح المجلة للشيخ أحمد الزرقا ص ٣٨٥-٣٨٨، القاعيتين ٩١٠ و ٩٢٠. وشرح المجلة لسليم الباز ص ٦٠.

لحقوق المسؤولية في جميع ما تقدم مشروط بكون هذا السجن حصل عن طريق التعدي ، وعليه فإن التعويض عن السجن لا ينحصر في الحالات التي نص عليها النظام ، والتي تقدم ذكرها في هذا البحث ، بل يشمل التعويض عن كل ضرر حصل بسبب السجن متى كان صدور هذا الفعل على وجه التعدي على ما بيناه آنفاً .

كما أنه يشمل السجن والتوقيف معاً ، كما قررناه في هذا البحث .

وبناء على ذلك نقول: يحق للشخص الواقع عليه الضرر بسبب السجن أن يطالب بالتعويض ، حتى ولو كانت ليست من الحالات التي نص عليها النظام ، لأن القضاء في المملكة العربية السعودية يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية ، وهي الحاكمة على جميع أنظمة المملكة^(١) . ونحن بينا آنفاً أن من المقرر في الفقه الإسلامي ، جواز المطالبة بالتعويض عن الضرر إذا كان هذا الضرر حاصلًا عن تعدي من الفاعل .

وكما قلنا فإن المسؤولية الموجبة للتعويض عن السجن تلحق المباشر للسجن ، أو المتسبب فيه .

والمباشر للسجن يُتصور حصوله من ذي السلطة الذي بناء على سلطته يستطيع أن يوقف الناس أو يسجنهم ، بغض النظر عن نظامية ذلك من عدمها .

كما يُتصور حصوله في حالة إطالة مدة التوقيف أو إطالة مدة السجن ، أكثر من المدة المقررة للتوقيف ، أو أكثر من المدة المنصوص عليها في الحكم في حالة السجن .

والتسبب للسجن قد يكون من أحد أفراد الناس بأن يقدم شكوى أو دعوى دون تثبت ، ونرى أنه لا يلزم هنا لكي تلحق المسؤولية هذا الشخص أن تكون الشكوى كيدية أو الدعوى باطلة ، بل تلحقه المسؤولية ، ويلزمه الضمان متى ثبتت براءة المسجون ، لأنه هو المتسبب في سجن

(١) المادة ٧٠ من النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٩٠/١ وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧ .

الذي ترتب عليه الضرر اللاحق به . إلا إن كان هذا الشخص المسجون، قد أوقع نفسه في موضع التهمة ، ومعرض الريبة ، فيمكن القول بأنه يتحمل ما لحقه من ضرر بسبب السجن ، لأنه هو الذي أوقع نفسه في موضع التهمة ، وفي هذا حث للناس على اجتناب مواضع الريب ، وعلى كل حال فتقدير ذلك راجع إلى نظر القضاء . كما أن من الواجب على المسؤولين المختصين في هذا الشأن التحقق والتمحيص لما يردهم من شكوى ودعوى، فإن قصرُوا في التحقق من ذلك فتلحقهم المسؤولية . وقد يكون المتسبب في التوقيف أو السجن من ذوي السلطة في أي مكان ، حسب توزيع الاختصاصات، وبغض النظر عن نظامية ذلك من عدمها ، وهذا يتصور وقوعه في حالة التوقيف ، والسجن ابتداءً ، أو في حالة إطالة مدة التوقيف أو السجن أكثر من المدة المقررة . وقد يكون المتسبب في السجن هو القاضي ، وذلك عندما يحكم بالسجن ، ولا يمكن تصوّر مباشرة القاضي للسجن في ظل فصل السلطات .

وقد يكون المتسبب في السجن الشهود ، عندما يشهدون عمداً أو حتى خطأً ضد المضرور بالسجن .

وقد تجتمع المباشرة مع التسبب في حصول السجن ، وحكم ذلك سنيته إن شاء الله عند بحث علاقة السببية بين الفعل والضرر .

ويستحق التعويض عن السجن عندما يكون من قبيل التعدي ، ويحصل بسببه الضرر ، مطلقاً ، أي سواء أكان عن طريق العمد أم الخطأ ، أم التقصير أم الإهمال من دون إخلال بالمسؤولية الجزائية أو التأديبية^(١).

غير أنه في حالة كون الفعل الضار الناتج من السجن وقع من أحد عمال الدولة ، وكان حصوله عن طريق الخطأ المبني على الاجتهاد ، وعدم

(١) إذ إن الفاعل يمكن أن تلحقه المسؤولية الجزائية عند تعمده ، فيعاقب تعزيراً على قطعه ، سواء كان موظفاً في الدولة أو من أحد أفراد الناس ، والموظف قد تلحقه إضافة إلى ذلك للمسؤولية التأديبية في حالة العمد أو التقصير أو الإهمال .

الإهمال أو التقصير ، فإن بيت المال هو الذي يتحمل التعويض الذي يستحقه المضرور بسبب السجن .

المبحث الثاني : تحقق الضرر :

والضرر ركن أساس في المسؤولية ، لأن وجوب التعويض مترتب على وجود الضرر ، ومتى انتفى لم يجب التعويض ، ومبدأ اشتراط تحقق الضرر متفق عليه بين الفقهاء ^(١).

أقسام الضرر :

١- الضرر المادي :

والضرر المادي هو: إنزال مفسدة جسمية أو مالية بالآخرين ^(٢).

إنذا الضرر المادي ينقسم إلى قسمين: الأول: الضرر الجسدي، وهو الذي يصيب الإنسان في جسمه من جراح يترتب عليه تشويه فيه أو عجز عن العمل ، أو ضعف في كسبه ، ونحو ذلك مما يستوجب معه الأرش، والآخر: الضرر المالي ، وهو الذي يلحق مفسدة في أموال الآخرين بإتلافها كلها ، أو بإتلاف بعضها ، أو جزء منها ، أو بإزالة بعض أوصافها ^(٣).

٢- الضرر الأدبي :

وهو: إلحاق مفسدة في شخص الآخرين ، لا في أموالهم ^(٤).

ومن الأمثلة على الضرر الأدبي ما يأتي :

١- الضرر الذي يصيب الإنسان في شرفه ، أو عرضه ، أو يمس كرامته ، أو يؤذي شعوره .

(١) المسؤولية التقصيرية ص ١٢٠ .

(٢) الضمان في الفقه الإسلامي ، لعلي الخفيف ص ٣٨٢ .

(٣) المسؤولية التقصيرية ص ١٢٠ ، والضمان في الفقه الإسلامي ص ٣٨ ، ونظرية الضمان في الفقه الإسلامي ٩٢ .

(٤) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ص ٩٢ ، والمسؤولية التقصيرية ص ١٢٠ ، غير أنه قال هنا: إنزال مفسدة في شخص الآخرين .

- ٢- الضرر الذي يلحق الإنسان باتهامه في دينه .
- ٣- الضرر المتمثل في الإهانة التي تمس مكانة الإنسان ، أو تلحق به سمعة سيئة ، سواء كان ذلك بالقول ، أو الفعل ، أو السعاية بدون حق إلى الحاكم .
- ٤- الألم الجسمي الذي يحدث نتيجة الضرب، أو الجرح الذي لا يترك أثراً.
- ٥- الآثار الأليمة التي تبقى في النفس نتيجة حدوث تشويه في الجسم ^(١). ونحو ذلك من الآثار .

وإنني لأرى أن بحث التعويض عن الضرر الأدبي بسبب السجن خاصة له أهمية كبرى ، لأن السجن يُلحق بالمسجون ضرراً فادحاً من الناحية الأدبية ، خاصة فيما يتعلق بالسمعة السيئة ، والإخلال بالاعتبار والمكانة الاجتماعية، مما يترتبُ عليه أمور أخرى أيضاً في التعامل مع هذا الشخص، مثل ما يتعلق بالمصاهرة ، أو المجالسة، أو المشاركة في التجارة، أو العمل سواء في القطاع العام أو الخاص ، وغير ذلك . بل إن هذه الآثار قد لا تقتصر على الشخص نفسه ، بل تتعداه إلى أسرته ، والله المستعان .

ولذا فإنني أورد فيما يلي خلاف الفقهاء المعاصرين في التعويض عن الضرر الأدبي ، وأسوق أدلة كل فريق ، ثم أعمد إلى الترجيح ، وقبل ذلك يحسن البيان بأن الجميع متفقون على أن إلحاق الضرر الأدبي موجب للعقوبة التعزيرية وفق الضوابط الشرعية ^(٢).

وإنما موضع الخلاف بينهم منحصر في جواز جبر الضرر الأدبي بالمال ، وخلافهم في ذلك على قولين :

القول الأول: ويقضي بأنه لا يجوز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال،

(١) نظرية الضمان د. وهبة الزحيلي ص ٢٣ ، والفعل الضار ص ١٢٣ ، ونظرية الضمان د. محمد فوزي ص ٩٢ ، والتعويض عن الضرر ص ٣٠ .

(٢) نظرية الضمان د. وهبة الزحيلي ص ٢٤ ، والنظرية العامة للموجبات والعقود ج ١ ص ١٧٢ ، والمسؤولية التصديرية ص ١٣٦ وما بعدها ، والفعل الضار ص ١٩-٢٠، ٢٤، ١٢٤ .

ومن هؤلاء: الشيخ مصطفى الزرقا^(١)، والشيخ علي الخفيف^(٢)، والدكتور صبحي محمصاني^(٣).

القول الثاني: ويقضي بأنه يجوز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال. ومن هؤلاء: الشيخ محمود شلتوت^(٤)، والدكتور محمد فوزي فيض الله^(٥)، والدكتور وهبة الزحيلي^(٦)، والدكتور محمد سراج^(٧).

والذي يظهر لي من كلام الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ^(٨) رحمه الله أنه يقول بجواز التعويض عن الضرر الأدبي ، وإن كنت لا أجزم بذلك حيث -سئل رحمه الله -عن زواج الأجنبي ، فأجاب بقوله: «نفيدكم بأننا نوافق على أنه يجب عند طلب عقد نكاح الأجنبي من التأكد من: حسن سيرته وسلوكه ، والاطلاع على هويته وإقامته الرسمية ، وصحة جواز سفره ، وماله ، ومهنته ، ويجب أخذ الكفيل القوي عليه لتغريمه جميع التكاليف الأدبية والمالية إذا ثبت حصول خلل في الشروط السابقة ، ومن لم تتوافر فيه هذه الشروط فلا يسمح له بالزواج، ضماناً للمصلحة العامة، فاعتمدوا ذلك ، وعمموه على المحاكم من قبلكم ، وفق الله الجميع» اهـ^(٩).

فهو نص بوضوح على جواز التعويض عن الأضرار الأدبية ، وبيان ذلك من أوجه :

(١) الفعل الضار ص ١٩-٢٠، ٢٤، ١٢١-١٢٥ .

(٢) الضمان في الفقه الإسلامي ص ٤٤ .

(٣) النظرية العامة للموجبات والعقود ج ١ ص ١٧٢ .

(٤) المسؤولية المدنية ص ٣٥ .

(٥) نظرية الضمان ص ٩٢ ، والمسؤولية التقصيرية ص ١٤٤ .

(٦) نظرية الضمان ص ٢٤، ٢٥ .

(٧) ضمان العدوان ص ١٥٦ .

(٨) هو: سماحة الشيخ العلامة محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ الحنبلي ، ولد سنة ١٣١١هـ في مدينة الرياض ، تولى عدة أعمال منها: رئاسة القضاة في المملكة العربية السعودية . اشتهر بغزارة علمه وسعة اطلاعه ، وقوة ذاكرته ، جمع بين العلم والعمل ، والقوة واللين والتواضع . توفي رحمه الله تعالى سنة ١٣٨٩هـ بالرياض . انظر: مجلة العدل ، العدد الأول ص ٢٠٧-٢١٠ .

(٩) مجموع فتاوى الشيخ محمد بن إبراهيم ورسائله ج ١٠ ص ٦٣ .

- ١- أنه صرح بذكر التكاليف الأدبية بعينها .
- ٢- أنه عطف على التكاليف الأدبية التكاليف المالية ، والعطف يقتضي المغايرة ، فلا يرد أي احتمال في انصرافه إلى المالية .
- ٣- أنه ذكر التفرّيم ، والتفرّيم هو التعويض ، فلا ينصرف إلى التعزير .
- ٤- نص على وجوب أخذ الكفيل القوي ، وهذا يؤكد على أن تفرّيمه هذه التكاليف هو من قبيل التعويض ، وليس من قبيل التعزير .
- ٥- أنه تقدم ضمن الشروط التي ذكرها، حسن سيرة هذا الشخص وسلوكه ، وهو من أهم الصفات المطلوبة في الزواج ، وهذا الشرط عندما يحصل خلل فيه ، تكون الأضرار الناتجة منه أدبية وليست مادية .

الأدلة :

أولاً : أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من عدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، بعدة أدلة نجلها فيما يأتي :

- ١- 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﴾^(١).
- ٢- وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لَعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾^(٢). قالوا في وجه الدلالة من هاتين الآيتين: «يفيد هذا النص بمنطوقه أن موجب الضرر الأدبي هنا هو العقوبة لا التعويض» اهـ^(٣).

(١) سورة النور الآية ٤ .

(٢) سورة النور الآية ٢٣ .

(٣) الفعل المضارع ص ٢٠ .

٣- أن التعويض عما يشين الإنسان في عرضه بالمال يعد من قبيل أخذ المال مقابل الاعتداء على العرض ، وهذا غير جائز ، قال الحطاب: «ومن صالح من قذفه على شقص أو مال لم يجز ، ولا رد ولا شفعة فيه ، بلغ الإمام أم لا .. وجعله من باب الأخذ على العرض مالا، اهـ^(١). فجعل الأعراض محل تعويض مالي تأباه الفطر السليمة^(٢).

٤- أن تقدير التعويض عن الضرر الأدبي لا ينضبط، بينما يظهر في أحكام الشريعة الحرص على التكافؤ الموضوعي بين الضرر والتعويض^(٣).

٥- أنه لا يوجد مبرر استصلاحي لمعالجة الأضرار الأدبية بالتعويض المالي، لأن الشريعة قد فتحت مجالاً واسعاً لقمعه بالزواج التعزيرية^(٤).

٦- قالوا: حتى لو سلمنا بالتعزير المالي لن أضر بغيره أدبياً لوجب أن يذهب إلى بيت المال لا إلى المتضرر ، وهذا لا يقولون به^(٥).

ثانياً: أدلة أصحاب القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا إليه من جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، بعدة أدلة نجلها أيضاً على النحو التالي :

١- أن الضرر في الإطلاق اللغوي ، وفي ألفاظ الشارع الأذى والضيق على أي وجه كان ، ويحمل على هذا الإطلاق مفهوم الضرر في قوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار) . وعليه فهو يدل على وجوب رفع الضرر دون تقييد بنوع منه دون آخر ، وبناء عليه تتناول دلالة النصوص الشرعية الضرر الأدبي^(٦).

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ ، وانظر الفعل الضار ص ١٢٤ .

(٢) انظر التعويض عن الضرر ص ٣٤ .

(٣) الفعل الضار ص ١٢٤ ، والتعويض عن الضرر ص ٣٤ ، والنظرية العامة للموجبات والعقود في

الشريعة الإسلامية ج ١ ص ١٧١ .

(٤) الفعل الضار ص ١٢٤ ، ١٢٥ .

(٥) الفعل الضار ص ١٢٤ .

(٦) ضمان العدوان ص ١٥٥ .

٢- قياس التعويض بالمال عن الاضرار الادبية على التعزير بأخذ المال الذي قرره الشريعة (١).

٣- أنه ورد عن بعض الفقهاء نصوص تدل على جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، ومن ذلك ما يأتي :

أ- جاء في مجمع الضمانات: «ولو شج رجلاً فالتحمت ، ولم يبق لها أثر ، ونبت الشعر ، سقط الأرش عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف (٢): عليه أرش الألم ، وهو حكومة عدل» اهـ (٣).

ب- وذكر الشافعية أنه لو جرحه وبرئ ولم ينقص أصلاً ، فقليل: إنه يعزر فقط ، إلحاقاً للجرح بالطم والضرر ، للضرورة ، وقيل: يفرض القاضي شيئاً باجتهاده (٤).

ج- وقال ابن قدامة (٥) في معرض حديثه عن دية ثديي المرأة: «... وقال مالك ، والثوري (٦): إن ذهب اللبن وجبت ديتهما ، وإلا وجبت حكومة بقدر شينه» اهـ (٧). وقال النخعي (٨)،

(١) المسؤولية التقصيرية ص ١٣٦ وما بعدها .

(٢) هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب أبو يوسف القاضي ، صاحب أبي حنيفة من مؤلفاته: «النوادر والخراج» ، ولد سنة ١١٣ هـ ، وتوفي سنة ١٨٢ هـ ، وقيل سنة ١٨١ هـ انظر: الجواهر النضية في طبقات الحنفية ج ٢ ص ٢٢٠-٢٢٢ ، والفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٢٢٥ ، وتاج التراجم في طبقات الحنفية ص ٨١ .

(٣) مجمع الضمانات ص ١٧١ ، المبسوط ج ٢٦ ص ٨١ .

(٤) انظر: فتح الوهاب ج ٢ ص ١٤٣ .

(٥) هو: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي موفق الدين أبو محمد ولد في شعبان سنة ٥٤١ هـ له عدة مؤلفات ، منها: «المغني» و«المقنع» و«الكافي» و«العمدة» . توفي بدمشق سنة ٦٢٠ هـ . انظر كتاب الذيل على طبقات الحنابلة ج ٢ ص ١٣٣ .

(٦) هو: سفيان بن سعيد بن مسروق العدناني الكوفي الثوري كان إماماً في العلوم وقد أجمع الناس على دينه ورعه ، وزهده وثقته . توفي بالبصرة سنة ١٦١ هـ . انظر: تهذيب التهذيب ج ٤ ص ١١ ، ووفيات الأعيان ج ٢ ص ٣٨٦ .

(٧) المغني ج ٢ ص ١٤٢ ، ١٤٣ .

(٨) هو: أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن قيس النخعي ، فقيه أهل الكوفة ، روى عن جماعة من الصحابة ، وروى عنه جمع من التابعين توفي سنة ١١٠ هـ انظر: تذكرة الحفاظ ج ١ ص ٧١ ، وتهذيب التهذيب ص ٢٦٣ .

ومالك، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر^(١) : فيهما حكومة . وهو ظاهر مذهب الشافعي ، لأنه ذهب بالجمال من غير منفعة» اهـ^(٢) . ولا شك أن الضرر الذي يزيل الجمال فقط هو من قبيل الضرر الأدبي .
د- وقال ابن القيم : «إن من غير مال غيره بحيث فوّت مقصوده عليه فله أن يضمّنه بمثله .. فإن فوّت صفاته المعنوية مثل أن ينسيه صناعته ، أو يضعف قوته ، أو يفسد عقله أو دينه ، فهذا أيضاً يُخَيّر المالك بين تضمين النقص وبين المطالبة بالبدل» اهـ^(٣) .
فأنت كما ترى هنا بوضوح على جواز التعويض عن الضرر المعنوي .

الترجيح :

الراجع ما ذهب له أصحاب القول الثاني من جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، وسبب الترجيح ما يأتي :

أولاً: قوة أدلتهم ووجهاتها ، وقد تقدمت .

ثانياً: الإجابة عن أدلة أصحاب القول الأول ، وذلك على النحو الآتي:

- ١- ما ذكره فيما يتعلق بالقذف ، يجاب عنه بالآتي :
أ- أن هذا من الحدود ، والحدود لها أحكام خاصة ، وعليه لا يقاس عليها غيرها ، إذأ فهي خارجة عن محل النزاع .
ثم إن دلالتها على الحد دلالة منطوق ، بينما دلالتها على نفي ما عدا الحد هي من قبيل دلالة المفهوم ، وهو أضعف من دلالة المنطوق .
ب- أن القذف جزء من الضرر الأدبي ، وليس هو كل الضرر الأدبي ، ولا شك أن الحدود والتعزيرات البدنية فيها زجر للجاني ، ولكن ذلك لا يتنافى مع جواز الضمان المالي في المسائل الأخرى من

(١) هو: أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري الشافعي ، من مؤلفاته: «الإجماع» و«السنن» و«المبسوط» ، توفي في مكة سنة ٣١٨هـ . انظر: طبقات الفقهاء ص ١٠٨ ، وطبقات الشافعية ج ٢ ص ١٢٦ .

(٢) المغني ج ١٢ ص ١٤٣ .

(٣) إعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٥ .

الضرر الأدبي، لا سيما وقد وردت به النصوص الشرعية والتي سنشير إلى طرف منها بعد قليل .

٢- ما ذكره من أن التعويض عما يشين الإنسان في عرضه يعد من قبيل أخذ المال مقابل الاعتداء على العرض ، وهذا غير جائز . يجاب عنه بالآتي :

أ- أنه لم يأت بجديد ، لأنه استدلال بمحل النزاع ذاته ، لأن الاعتداء على العرض داخل في الضرر الأدبي ، الذي يريد المخالفون الاستدلال على نفي جواز التعويض عنه .

ب- ثم استدلالهم هنا مبني على نص فقهي ، والنص الفقهي غير ملزم، ولا يعد حجة ، بل الحجة في الدليل الشرعي ثم هو معارض بالنصوص الفقهية التي تدل على جواز التعويض المالي عن الأضرار الأدبية والتي ذكرها أصحاب القول الثاني .

ثم هذا الدليل داخل ضمن الدليل السابق ، لأن القذف يتعلق بالعرض، وعليه يكون الجواب عنه مثل الجواب عن الدليل السابق، وقد تقدم آنفاً .

٣- قولهم بأن الشريعة لا تعد شرف الإنسان وسمعته مالاً متقوماً بمال آخر ، إذا اعتدي عليه . نجيب عنه فنقول: إن هذا منقوض بشرعية أخذ الدية على النفس ، أرايت لو كان المقتول أباً أو أمّاً هل يعاب أخذ الدية في هذه الحالة ، لأن فيه تقويم الأب أو الأم مثلاً بالمال ؟؟ ولا شك أن الدية داخلة ضمن التعويض المالي ، وهذا يؤكد أنه لا يلزم من القول بجواز التعويض عن الضرر الأدبي ، أن يكون الشرف متقوماً بالمال. كما أنه منقوض أيضاً بالنصوص التي دلت على جواز أخذ التعويض عن الضرر الأدبي ، والتي سنشير إلى طرف منها بعد قليل .

٤- قولهم: إن تقدير التعويض عن الضرر الأدبي لا ينضبط .. إلخ . نجيب عنه بالآتي :

- أ- لا نسلم بذلك ، بل نقول يمكن تحديده .
- ب- أن هذه الدعوى تنسحب على التعويض عن الضرر المادي ، وهم يقولون به ، وهذا يرد دعواهم هذه ويؤكد بطلانها ، لأنها تلزمهم فيما يتعلق بالضرر المادي .
- ج- أن التعويض عن الضرر الأنبي بالمال وإن كان لا يجبره تماماً إلا أن فيه مقصداً آخر ، وهو تحقيق العزاء والسلوى للمصاب ، وهو من هذا الوجه يماثل الدية ، فإن الدية لا تجبر الضرر الحاصل على ولي المقتول ، ولا تكاد ، بل لو دفعت أموال الدنيا إلى ولي المقتول لما جبر الضرر اللاحق به ، فتبيين من ذلك أنها شرعت للسلوى ، وتخفيف الضرر عن المصاب .
- د- لا شك أن المطلوب هو الانضباط في التقدير وتحقيق الدقة فيه ، ولكنه عندما يتعذر يصار إلى ما هو أقل منه درجة ، ولذلك نظام في الشريعة ، مثل الخرص ، والحكومة .
- هـ- قولهم: بأنه لا يوجد مبرر استصلاحي لمعالجة الأضرار الأدبية بالتعويض المالي .
- نجيب عنه فنقول: إن التعويض بالمال عن الضرر الأدبي لم يثبت عن طريق الاستصلاح بل هو ثابت بالكتاب والسنة ، وستبين ذلك عندما نذكر بعض الأحكام التي جاء بها الكتاب وجاءت بها السنة والتي هي من باب التعويض عن الضرر الأدبي .
- ٦- قولهم: حتى لو سلمنا بالتعزير المالي لمن أضر بغيره أدبياً لوجب أن يذهب إلى بيت المال لا إلى المتضرر .
- نجيب عنه فنقول: هناك فرق بين التعزير بالمال وبين التعويض بالمال ، والمراد هنا هو التعويض بالمال عن الضرر الأدبي ، وإنما المقصود هو قياس جواز التعويض بالمال عن الضرر الأدبي على جواز التعزير بالمال ، والتعويض بالمال يعني الحكم به للمضرور ، وهذا هو المراد .

**ثالثاً: أن التعويض عن الضرر الأدبي يدخل في عموم القاعدة الشرعية
«لا ضرر ولا ضرار» .**

والتي تعد من أعظم الأدلة التي يبنى عليها التعويض والضمان، وهذه القاعدة جاءت عامة ، ووجه ذلك أن كلمة «ضرر» جاءت منكراً بعد النفي، والمنكراً في سياق النفي تفيد العموم ، كما هو مقرر في علم أصول الفقه^(١).

كما أنه يدخل في عموم القاعدة الفقهية: «الضرر يزال»^(٢)، ووجه العموم فيها أن كلمة «الضرر» جاءت معرفة بالآلف واللام ، والتي تفيد الجنس ، وعليه فهي مستغرقة لجميع أنواع الضرر، لأن الآلف واللام من صيغ العموم كما هو مقرر في علم أصول الفقه أيضاً^(٣).

رابعاً: أنه لا تعارض بين إيقاع عقوبة تعزيرية على المعتدي ، وبين إلزامه بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي ألحقه بالضرور، وأن رفع الضرر يمكن أن يكون عن طريقين :

١- تعويض المضرور .

٢- تعزير المعتدي .

خامساً : أن هناك أحكاماً كثيرة وردت بها النصوص الشرعية ، هي صور صريحة وواضحة للتعويض عن الضرر الأدبي ، ولكون هذه الصور كثيرة فإننا نقتصر على صورتين منها فقط ، طلباً للاختصار وفراراً من الإطالة ، وبيان هاتين الصورتين على النحو التالي :

١- متعة الطلاق . فإنها واجبة للمطلقة بسبب الطلاق ، وقد نص غير واحد من العلماء على أن الضرر الأدبي الذي أصاب المطلقة هو علة الحكم

(١) انظر روضة الناظر ص ١٢٧ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٣ .

(٣) انظر روضة الناظر ص ١٢٦ ، ١٢٧ .

بالمتعة ، ففي المتعة تسلية عن الفراق ، وجبر لما حصل لها من الانكسار بسبب الطلاق^(١).

٢- إباحة أخذ الفداء من الزوجة إذا أدت زوجها أذى أدبياً أو معنوياً^(٢).

ومن خلال ما تقدم يتأكد التعويض عن الضرر الأدبي اللاحق بالمضرور بسبب السجن ، بل إنني أرى أن الضرر الأدبي الناتج من السجن أبلغ أثراً ، وأشد وقعاً من الضرر المادي الناتج من السجن ، وأولى منه بالتعويض .

المبحث الثالث : تحقق علاقة السببية بين الفعل والضرر :

والتعبير بعلاقة السببية جرى عليه الفقهاء المعاصرون ، ويقابله في اصطلاح الفقهاء المتقدمين «الإفضاء» . والمقصود به: أن يكون الفعل موصلاً إلى نتيجة لا تتخلف عنه ، إذا انتفت الموانع^(٣).

وعلى كل حال ، فإن المعنى واحد ، وهو أنه لا بد لكي يسأل الفاعل عن فعله أن يكون فعله هو الذي أحدث الضرر ، إما مباشرة ، وإما تسبباً . ويشمل الإفضاء في اصطلاح الفقهاء كلاً من السبب والعلة . والإتلاف عن طريق المباشرة هو إتلاف الشيء بالذات ، فالمباشر هو الذي يقع التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار^(٤).

والإتلاف بطريق التسبب هو: إيجاد ما يحصل الهلاك عنده لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة^(٥).

أو هو إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة^(٦).

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ج ٣٢ ص ٢٦ ، وتفسير القرآن العظيم لابن كثير ج ١ ص ٢٩٥ .

(٢) تفسير ابن جرير الطبري ج ٢ ص ٤٨٢ ، والقرطبي ج ٣ ص ١٣٩ .

(٣) نظرية الضمان د. محمد فوزي ص ٩٦ .

(٤) المادة ٨٨٧ من مجلة الأحكام العدلية ، وانظر: شرح المجلة لعلي حيدر ج ١ ص ٩١ ، وغمر عيون البصائر ج ١ ص ١٩٦ .

(٥) الوجيز ج ٢ ص ٢٠٦ .

(٦) المادة ٨٨٨ من مجلة الأحكام العدلية .

ومن التعريف يتبين أنه يشترط أن يكون السبب «مما شأنه في العادة أن يفضي غالباً للإتلاف» اهـ^(١).

إذا تقرر ما سبق فإنه ينبغي أن يُعلم أنه في حالة الإتلاف بطريق المباشرة تكون علاقة الضرر بالفعل ظاهرة، وذلك لاتصال الفعل بمحل الضرر.

أما في حالة الإتلاف بطريق التسبب فلا بد من علاقة السببية بين الفعل والضرر بأن يفضي السبب إلى النتيجة غالباً على جري العادة .

وعندما تجتمع المباشرة مع التسبب فإن الحكم يضاف إلى المباشرة، وعلى هذا جاء نص القاعدة الفقهية «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر» اهـ^(٢).

وقال ابن رجب^(٣): «إذا استند إتلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب ، تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب أو ناشئة عنه» اهـ^(٤).

وجعل الأصل هو ضمان المباشر ، لأن المباشرة تقطع السبب^(٥).

ولكن ينبغي أن يعلم أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها ، إذ يرد عليها استثناءات تلحق المسؤولية فيها المتسبب مع المباشر ، بل في بعض الحالات تلحق المسؤولية المتسبب دون المباشر^(٦).

وإذا أردنا تطبيق ذلك على ما يتعلق بالتعويض عن السجن فإننا نقول:

(١) الفروق ج ٤ ص ٢٧ ، الفرق رقم ٢١٧ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٩ ، والفروق للقرافي ج ٤ ص ٢٨ ، الفرق رقم ٢١٧ . والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٩٧ .

(٣) هو: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي أبو الفرج زين الدين الحنبلي ولد في بغداد، وتوفي في دمشق سنة ٧٩٥ هـ . انظر: الاعلام للزركلي ج ٤ ص ١٦٧ .

(٤) القواعد ص ٢٨٥ . القاعدة ١٢٧ .

(٥) المغني ج ١١ ص ٤٥٥ .

(٦) انظر : القواعد لابن رجب ص ٢٨٥ - ٢٨٨ ، والمنتقى من اخبار المصطفى ج ٢ ص ٦٩٩ ، وقرارات المجمع الفقهي بجدة رقم ٧٥/٢ د المنشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ص ٢١٤ العدد التاسع، والفعل الضار ص ٣ ، ٣٢ ، ٨٤ وما بعدها والنظرية العامة للموجبات والعقود ج ١ ص ١٩٠ - ١٩٣ .

إن المباشرة هنا يتصور وقوعها من السلطة التنفيذية التي تباشر السجن أو التوقيف ، والتسبب يتصور وقوعه من أحد أفراد الناس عندما يكون السجن أو التوقيف بسببه لأن المباشرة مبنية عليها ، أو لكونه مستغرقاً للمباشرة ، أو لتوافر سوء القصد في المتسبب دون المباشر ، ويتصور وقوعه أيضاً من السلطة التنفيذية ، سواء أكان الحاكم الإداري ، أم رئيس الشرطة ، أم الجهة المختصة بتنفيذ السجن أو التوقيف ، ويمكن تصور حصول الاشتراك بين هذه الجهات ، أو بعضها ، وبين أكثر من شخص في نطاق الجهة الواحدة ، وعند الاشتراك يلزم الشخص بالتعويض الذي يناسب قدر الضرر الذي أنتجه فعله .

ولا شك أن تقدير السبب المؤثر ، أي الذي نتج منه الضرر دون غيره يخضع لتقدير القاضي الذي تعرض عليه القضية ، وعليه مراعاة ميزان الأولويات عند تدخل الأسباب المؤدية إلى الضرر ، كما يجب عليه حينئذ أن يتصف بالنظرة العميقة والدقيقة لهذه الأسباب ، وذلك مما تختلف فيه القضايا بحسب الملابسات الخاصة بكل قضية بمفردها .

فحصل مما تقدم أنه يلزم للتعويض عن السجن أن يكون الضرر اللاحق بالمضروب حدث بسبب هذا السجن ، سواء أكان بطريق المباشرة أم التسبب .

والأصل في الشريعة الإسلامية أن الضرر بالسجن ، أو وليه هو الذي يقع عليه عبء إثبات الضرر ، وإثبات تعدي من ألحق به الضرر ، وأن تعديه كان هو السبب في الضرر ، وتثبت السببية بإقرار المتعدي ، كما تثبت بالشهادة ، والقرائن ، ونحوها من طرق الإثبات .

وبناء على ما تقدم إذا ترتب الضرر اللاحق بالمسجون بسبب آخر غير السجن فلا تعويض ، لأن التعويض مرتبط بالضرر والفعل الذي أنتج هذا الضرر وجوداً وعدماً .

وإذا تقرر عندنا التعويض عن السجن في الفقه الإسلامي ، فإننا نقول:
إن تقدير التعويض عن الضرر الحاصل بسبب السجن - سواء أكان
التعويض عن الضرر المادي أم الأدبي - مرجعه إلى القاضي ناظر القضية،
لأن ما يلحق الناس من جراء السجن من أضرار يتفاوت ويختلف باختلاف
أقدارهم وأحوالهم ، كما أن مقدار الضرر يختلف من واقعة لأخرى ، وبناءً
عليه يختلف مقدار التعويض الجابر لهذه الأضرار تبعاً لذلك ^(١).

(١) وقد أكد ذلك أمر نائب رئيس مجلس الوزراء رقم ١٤٠٧/م في ١٦/١٢/١٤٢٠هـ .

الفصل الثالث

الجهة المختصة بدعوى التعويض

المبحث الأول : الجهة المختصة بنظر الدعوى إذا كان السجن بسبب دعوى كيدية من أحد أفراد الناس .

عندما تقام دعوى التعويض عن السجن على أحد أفراد الناس لكونه هو السبب في سجن المضرور أو إيقاقه ، كأن يكون هذا الشخص الذي أقيمت عليه الدعوى أقام على المضرور شكوى باطلة ، أو اتهمه كيداً ، أو حصل منه تعد في هذه التهمة أو الشكوى ، غير ما ذكر ، فإن الجهة المختصة بنظر هذه الدعوى هي جهة القضاء العام^(١).

المبحث الثاني : الجهة المختصة بنظر الدعوى إذا كان السجن من جهة حكومية :

المطلب الأول: الجهة المختصة بنظر الدعوى إذا كان السجن بدون حكم^(٢):

عندما تقام دعوى التعويض عن السجن ويكون هذا السجن بدون حكم، وتكون هذه الدعوى موجهة إلى جهة حكومية ، لكونها المسؤولة عن الضرر اللاحق بالمضرور بالسجن ، سواء أكان عن طريق المباشرة أم عن طريق

(١) انظر المادة «٤٩» من النظام الأساسي للحكم ، والمادة «٢٦» من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦٤ وتاريخ ١٤/٧/١٣٩٥ هـ .

(٢) قد يقول قائل كيف تقام دعوى التعويض عن السجن عندما يكون بدون حكم ، والسجن لا يكون إلا بناءً على حكم؟ فتجيب عن ذلك نقول: الأصل أن السجن لا يكون إلا بناءً على حكم ، لأن السجن من العقوبات الجزائية والعقوبات الجزائية لا تكون قابلة للتنفيذ إلا بعد صدور حكم نهائي بها . انظر المواد ٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، من نظام الإجراءات الجزائية . ولكن يمكن أن يقع السجن بصفة غير مشروعة فيكون بدون حكم انظر المادة «٣٩» من نظام الإجراءات الجزائية، وكونه وقع بصفة غير مشروعة لا يغير من الأمر شيئاً فيما يتعلق بالتعويض عن السجن ، لأن المسؤولية التقصيرية لا تتعارض مع المسؤولية التأديبية لانفكاك الجهة بينهما ، إضافة إلى أننا قد ذكرنا أن تعبيرنا بالتعويض عن السجن في هذا البحث يدخل فيه التوقيف لكونها بمعنى واحد فيما يتعلق بالتعويض ، والتوقيف يكون بدون حكم . انظر المواد ١١٢ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ ، ١١٨ ، ١١٩ من نظام الإجراءات الجزائية .

التسبب ، فإن الجهة المختصة بنظر هذه الدعوى هي جهة القضاء الإداري المتمثلة في ديوان المظالم ^(١). لأن هذه الدعوى عندما تقام على الجهة الحكومية تعد تظلاً من أعمال الإدارة ، وذلك من اختصاص ديوان المظالم. لكن لا بد من إقامة هذه الدعوى خلال خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق ، وإلا سقطت الدعوى بسبب التقادم ^(٢).

المطلب الثاني: الجهة المختصة بنظر الدعوى إذا كان السجن بحكم: الفرع الأول: الجهة المختصة بنظر الدعوى إذا كان الحكم صادراً من القضاء العام:

إذا أقيمت دعوى التعويض عن السجن على جهة حكومية ، وكان هذا السجن مبنياً على حكم صادر من القضاء العام ، فإن الجهة المختصة بنظر دعوى التعويض هنا هي جهة القضاء العام نفسه ، حتى ولو كانت الدعوى مقامة على جهة حكومية ، وذلك لأن هذا السجن صدر بناء على

(١) انظر المادة ١٠ من نظام ديوان المظالم ، والفقرتين «ب» و«ج» من نظام ديوان المظالم . وقد أكد ذلك الأمر الصادر من صاحب السمو الملكي نائب رئيس مجلس الوزراء رقم ٤/ب/٢٤٤٥١ وتاريخ ١٤٢٢/١١/٢٨ هـ والموجه لصاحب السمو الملكي وزير الداخلية بشأن ما انتهت إليه اللجنة المشكلة بالأمر رقم ٤/ب/١٣٥٣٩ وتاريخ ١٤١٨/٩/١٢ هـ لدراسة ما رفعته إمارة منطقة عسير عن قيام ديوان المظالم باستقبال شكاوى المواطنين الذين يتم إيقاعهم لتنفيذ أحكام قضائية أو عدم إزالة إحداثات، ورأي الإمارة أن هذه الأمور من أعمال السيادة التي لا يجوز لديوان المظالم التعقيب عليها. ما انتهت إليه اللجنة في محضرها من أن هذه الإجراءات لا تعد بأي حال من الأحوال من قبيل أعمال السيادة التي يخرج النظر فيها من اختصاص ديوان المظالم كجهة قضاء إداري طبقاً للمادة التاسعة من نظامه ، وأنها لا تعدو أن تكون من قبيل الأعمال الإدارية التي يختص بها ديوان المظالم طبقاً لما نصت عليه المادة الثامنة من نظامه باعتبار قضاء ديوان المظالم هو الذي يحدد سلامة القرارات الإدارية ، ومن ذلك إجراءات التنفيذ أو خروجها عن نطاق ما جاء في النظام الأساسي للحكم والأنظمة واللوائح الأخرى عند التظلم منها ، ورأت اللجنة أن ما اتخذته ديوان المظالم يتفق مع الشرع والنظام وأن الصلحة العامة تتحقق بذلك ويؤيد سموكم ذلك وأنه يتفق وما تضمنته الأمر رقم ١٤٠٧ في ١٤٢٠/١٢/١٦ هـ ونخبركم بموافقنا على ما رآته اللجنة وأيده سموكم والشرع مطهرة للجميع فأكملوا ما يلزم بموجبيه امه .

(٢) المادة ٤٠ من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ١٩٠٠ هـ في ١٤١٩/١١/١٦ هـ .

حكم قضائي ، وأحكام القضاء من الأمور التي تخرج عن اختصاص القضاء الإداري كما هو مقرر في علم القضاء الإداري ^(١) . وذلك ضماناً لاستقلال القضاء ، وهذا الأمر كاف وحده في تحديد اختصاص الجهة التي تنظر دعوى التعويض عن السجن في الحالة المذكورة ، ومع ذلك فيؤكد هذا الأمر الصادر من نائب رئيس مجلس الوزراء الموجه إلى وزير الداخلية والذي جاء فيه : «.. الأشخاص الذين يسجنون في قضايا معينة، ثم يطلق سراحهم لعدم إدانتهم أو لثبوت براءتهم مما نسب إليهم، ومطالبتهم بالتعويض عما لحقهم من ضرر بسبب ذلك . وحيث تبين أن ديوان المظالم سبق أن نظر بعض الدعاوى من هذا القبيل وقرر اختصاصه بنظرها وأن ما يلحق الناس من جراء السجن من أضرار يتفاوت باختلاف قدر كل شخص وحاله وما يحيط بسجنه من ظروف ، ومن ثم يختلف التعويض الجابر لهذه الأضرار ، ويترك أمر تقدير التعويض للقاضي المنوط به الحكم في الدعوى . نرغب إليكم إقحام أصحاب الشأن بأن لهم التقدم بدعواهم في هذا الخصوص إلى ديوان المظالم ، وعدم الرفع إلا عن يكون سجنه بموجب حكم شرعي ، ثم ثبتت بعد ذلك براءته بحكم شرعي آخر ، فأكملوا ما يلزم بموجبه» اهـ ^(٢) .

الفرع الثاني: الجهة المختصة بنظر الدعوى إذا كان الحكم صادراً من غير القضاء العام ^(٣):

حينما تقام دعوى التعويض عن السجن على جهة حكومية ، ويكون هذا السجن قد صدر به حكم قضائي من غير القضاء العام ، فإن هذا الحكم بالسجن لا يخلو إما أن يكون صادراً عن القضاء الإداري ، وإما أن يكون صادراً عن إحدى الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي .

(١) المادة ٩٠. من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢ هـ .

(٢) أمر نائب رئيس مجلس الوزراء رقم ١٤٠٧/م في ١٦/١٢/١٤٢٠ هـ .

(٣) يشمل ذلك القضاء الإداري ، والجهات التي خولها النظام إصدار أحكام بالسجن .

فإن كان هذا الحكم بالسجن قد صدر من القضاء الإداري ، فإن المختص بنظر دعوى التعويض عنه يكون القضاء الإداري نفسه ، وليس القضاء العام ، لما ذكرناه قبل قليل ، وهو ضمان عدم التدخل في أعمال القضاء تحقيقاً لاستقلاله ، لأن جهة القضاء الإداري مختلفة عن جهة القضاء العام من حيث الاختصاص ، وعليه فإذا لم تصح رقابة القضاء الإداري على أحكام القضاء العام فمن باب أولى ألا تصح رقابة القضاء العام على القضاء الإداري ، لأن الصلاحيات المخولة للقضاء الإداري أقوى من الصلاحيات المخولة للقضاء العام^(١).

أما إن كان الحكم بالسجن قد صدر عن إحدى الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي فإن الأمر لا يخلو من أحد حالين :

الأول: ألا يُنص في قرار تكوين هذه الجهات على أن قراراتها نهائية، بل يمكن التظلم منها أمام ديوان المظالم ، فإن الجهة المختصة بنظر دعوى التعويض عن السجن الصادر منها هي ديوان المظالم .

الآخر: أن يُنص في قرار تكوين هذه الجهات على أن قراراتها نهائية، فهذه تبقى نهائية ، ولا يمكن التظلم منها أمام ديوان المظالم^(٢)، وعليه تكون الجهة المختصة بنظر التعويض عن السجن الصادر منها هي هذه الجهات القضائية نفسها .

وفي الحالات التي يختص ديوان المظالم فيها بنظر دعوى التعويض عن السجن ، يلزم أن تقدم هذه الدعوى خلال خمس سنوات من نشوء الحق وإلا سقطت الدعوى بسبب التقادم^(٣).

(١) ويتضح ذلك من طبيعة اختصاصات القضاء الإداري . انظر المادة ٨٠ من نظام ديوان المظالم .

(٢) المادة ٩٠ من نظام ديوان المظالم ، والمذكرة الإيضاحية لنظام ديوان المظالم ص ٢٤ .

(٣) المادة ٤٠ من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم .

الخاتمة

وتمثل خلاصة مختصرة للبحث ، وما حصل فيه من نتائج :

١- التعويض في اللغة يأتي على معان منها البذل ، والخلف ، وفي الاصطلاح الفقهي ، يطلق على معنى يرادف الضمان ، كما يطلق بمعنى غرامة التالف ، وهو المراد في هذا البحث .

٢- ويعرف بأنه : المال الذي يُحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال أو شرف .

٣- السجن في اللغة يأتي بمعنى الحبس ، وفي الاصطلاح الفقهي عُرّف بعدة تعريفات ، والأقرب منها إلى السجن في الاصطلاح المعاصر ما ذكر السروجي من أنه مقرر مانع من السعي في البلاد ، وهو بهذا يشمل التوقيف .

٤- التعويض عن السجن هو: المال الذي يُحكم به على من أوقع الضرر أو تسبب في وقوعه على المسجون في نفسه أو ماله أو شرفه . وبناءً على هذا التعريف يدخل فيه التعويض عن الضرر المادي ، والتعويض عن الضرر الألبّي .

٥- السجن مشروع وقد دل على مشروعيته أدلة من الكتاب والسنة، والإجماع والعقول .

٦- يلزم للتعويض عن السجن في النظام توافر أركان التعويض ، وهي: تحقق الفعل ، وتحقيق الضرر ، وتحقيق علاقة السببية بين الفعل والضرر .

٧- يشترط فيما يتعلق بالفعل الضار المكون لركن التعويض عن السجن أن يكون هذا الفعل صدر على سبيل التعدي ، والتعدي هنا يتمثل في: أ- السجن أو التوقيف بسبب الاتهام كيداً .

ب- إطالة مدة التوقيف أكثر من المدة المقررة ، وقد بينّا هذه المدد المقررة نظاماً في صلب البحث .

ج- إطالة السجن أكثر من المدد المقررة .

د- والصواب أن التعدي يشمل جميع هذه الأمور ولو كان حصوله عن طريق الخطأ ، وليس العمد .

هـ- والتعدي هنا قد يكون عن طريق المباشرة أو التسبب .

٨- يشترط للتعويض عن الضرر المادي الناتج من السجن أن يكون قد تحقق وقوعه فعلاً ، ويدخل في حكمه الضرر الذي تحققت أسبابه، وتراخت آثاره، أي أنه محقق الوقوع في المستقبل، أما الضرر المحتمل وهو الذي لم يقع ، وليس هناك ما يؤكد أنه سيقع فلا تعويض عنه .

٩- استقر الرأي في فقه الأنظمة والقضاء على التعويض عن الأضرار الأدبية.

١٠- لا يكفي لتعويض المسجون عن السجن ، وقوع الضرر عليه ، ولا كون السجن فيه تعدٍ ، بل لابد من أن يتحقق . ويقع على المضرور أو وليه عبء إثبات هذه العلاقة ما لم تكن ظاهرة .

١١- يلزم عن التعويض عن السجن في الفقه توافر أركان التعويض، وهي: تحقق الفعل، وتحقيق الضرر وتحقيق علاقة السببية بين الفعل والضرر.

١٢- يشترط فيما يتعلق بالفعل الضار المكون لركن التعويض عن السجن أن يكون هذا الفعل صدر على سبيل التعدي ، والراجع في تعريف التعدي أنه: المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم ، وعليه فيشمل ذلك العمد والخطأ ، والتقصير ، والإهمال وعليه فهو أعم مما أورده النظام . كما أن الفعل الضار هنا يدخل ضمن الإتلاف ، وعليه فهو يتناول الفعل عن طريق المباشرة والفعل عن طريق التسبب .

١٣- الراجع هو تعويض المضرور عن الأضرار الأدبية التي حاقت به بسبب السجن ، بل إننا نرى أنها أولى بالاهتمام من الأضرار المادية،

خاصة فيما يتعلق بالسجن لما يخلّفه من أضرار أدبية بالغة على المسجون ، تفوق الأضرار المادية في كثير من الأحيان .

١٤- التعدي الموجب للتعويض عن السجن سواء في الفقه أو النظام يمكن تصور وقوعه من أحد أفراد الناس ، أو من أحد أفراد السلطة التنفيذية على اختلاف رتبهم ، وأعمالهم ، أو من القاضي ، ويمكن أن يشترك فيه أكثر من شخص سواء في الجهة الواحدة ، أو من عدة جهات ، كما يمكن تصور وقوعه عن طريق المباشرة أو عن طريق التسبب ويمكن اجتماع المباشرة مع التسبب ، إلا أنه في بعض الحالات لا تتصور فيه المباشرة ، بل لا يمكن أن يكون إلا عن طريق التسبب .

١٥- إذا كان السجن حصل بسبب دعوى كيدية من أحد أفراد الناس فإن الجهة المختصة بنظر دعوى التعويض عنه هي جهة القضاء العام .

١٦- إذا كان السجن صدر من أشخاص السلطة في الدولة ، وكان بدون حكم ، فإن الجهة المختصة بنظر دعوى التعويض عن السجن هي جهة القضاء الإداري (ديوان المظالم) .

١٧- إذا كان الحكم بالسجن صدر بناءً على حكم قضائي من القضاء العام فإن الجهة المختصة بنظر دعوى التعويض عن السجن هي جهة القضاء العام نفسه .

١٨- إذا كان السجن صدر بناءً على حكم قضائي من غير القضاء العام فإن الجهة المختصة بنظر دعوى التعويض عن السجن هي جهة القضاء الإداري (ديوان المظالم) ، ويستثنى من ذلك عندما يكون الحكم بالسجن قد صدر من جهة قضائية لا يجيز النظام الاعتراض على أحكامها أمام ديوان المظالم ، حيث تكون هذه الجهة نفسها هي الجهة المختصة بنظر الدعوى .

هذا وأسأل الله أن يرزقنا الإخلاص في القول والعمل ، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه .

فهرس المراجع والمصادر

- ١- الأحكام السلطانية : أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، الناشر: دار الكتاب العربي ، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م .
- ٢- الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .
- ٣- أحكام القرآن، لأحمد بن علي الرازي الجصاص ، نشر دار الكتاب العربي، بيروت.
- ٤- أحكام القرآن - لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي ، الطبعة الأولى، عيسى البابي الحلبي بمصر ١٣٧٧هـ - ١٩٥٧م .
- ٥- أدب القضاء ، شمس الدين أحمد بن إبراهيم السروجي، تحقيق ودراسة شيخ شمس العارفين صديقي بن محمد ياسين - دار البشائر الإسلامية - الطبعة الأولى ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
- ٦- أدب القضاء للخصاف مع شرحه لعمر بن عبد العزيز بن مازة المعروف بالصدر الشهيد ، تحقيق: محيي هلال السرحان ، الدار العربية للطباعة، بغداد ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م ، وزارة الأوقاف ، الجمهورية العراقية .
- ٧- إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل ، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .
- ٨- الأشباه والنظائر، جلال عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق: محمد المعتمد بالله البغدادي، دار الكتب العربية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .
- ٩- الأشباه والنظائر ، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ، توزيع دار الباز، مكة المكرمة ، دار الكتب العربية ، بيروت ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .
- ١٠- أضواء البيان ، للشيخ محمد الأمين الشنقيطي ، طبع الرئاسة العامة للإفتاء في المملكة العربية السعودية سنة ١٤٠٣هـ .
- ١١- الأعلام ، خير الدين الزركلي ، الناشر: دار العلم للملايين ، الطبعة الرابعة، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .
- ١٢- إعلام الموقعين، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .

- ١٣- أقضية رسول الله ﷺ لأبي عبد الله محمد بن فرج القرطبي المعروف بابن الطلاع.
- ١٤- الإنصاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، صححه وحققه، محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٧٧هـ.
- ١٥- البحر الرائق، لزين الدين بن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
- ١٦- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
- ١٧- بداية المجتهد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي «الحفيد»، دار الكتب الإسلامية، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
- ١٨- البداية والنهاية، لأبي الفداء الحافظ بن كثير الدمشقي، دار الريان للتراث الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
- ١٩- البناية في شرح الهداية - لأبي محمد محمود العيني، دار الفكر.
- ٢٠- تاج العروس، محمد مرتضى الزبيدي، الناشر: مكتبة الحياة، بيروت.
- ٢١- تاريخ قضاة الأندلس (كتاب المرقبة فيمن يستحق القضاء والسفتيا) الشيخ أبي الحسن بن عبد الله بن الحسن النباهي المالقي الأندلسي، دار الآفاق الجديدة، الطبعة الخامسة، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
- ٢٢- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون، راجعه وقدم له: طه عبدالرؤوف سعد، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
- ٢٣- تبين الحقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلمي الحنفي، دار المعرفة، بيروت، لبنان الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر سنة ١٣١٤هـ.
- ٢٤- التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، حسن حنتوش رشيد الحسنوي.
- ٢٥- التعويض عن الضرر، محمد بن الدني بوساق، دار إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
- ٢٦- تفسير القرآن العظيم، للحافظ أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
- ٢٧- التفسير الكبير، لفخر الدين أبي عبد الله محمد بن عمر الرازي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية.

- ٢٨- تهذيب التهذيب ، للإمام أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد ابن حجر العسقلاني ، دار صادر ، بيروت .
- ٢٩- جامع الفصولين ، لمحمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماوة، الطبعة الأولى ، المطبعة الكبرى الخيرية ببولاق سنة ١٣٠٠ هـ .
- ٣٠- الجامع لأحكام القرآن تأليف محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الطبعة الأولى، مطبعة دار الكتب المصرية ، القاهرة ١٣٥٧ هـ - ١٩٣٨ م .
- ٣١- جواهر الإكليل ، صالح عبد السميع ، الأبي الأزهرى ، دار المعرفة، بيروت.
- ٣٢- الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية ، لابن قطلوبغا ، نشر مطبعة العاني، بغداد ١٩٦٢ م ، ومكتبة المفتى ، بغداد ١٣٨٢ هـ .
- ٣٣- الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، محيي الدين أبو محمد عبد القادر القرشي، الطبعة الأولى ١٣٣٢ هـ ، مطبعة دائرة المعارف النظامية بالهند.
- ٣٤- حاشية الباجوري على ابن القاسم الغزي ، الشيخ إبراهيم الباجوري، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، مصر .
- ٣٥- حاشية الجمل ، تأليف الشيخ سليمان الجمل ، المكتبة التجارية الكبرى، مصر .
- ٣٦- حاشية الروض المربع ، جمع عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، الطبعة الثانية ١٣٥٣ هـ .
- ٣٧- حاشية الطحطاوي ، أحمد الطحطاوي ، دار المعرفة ، ١٣٩٥ هـ .
- ٣٨- حاشية القليوبي ، أحمد بن أحمد بن سلامة ، شهاب الدين ، الطبعة الثانية، مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ١٣٧٥ هـ .
- ٣٩- حاشية رد المحتار (حاشية ابن عابدين) ، محمد أمين الشهير بابن عابدين، دار الفكر ، الطبعة الثانية ، ١٣٧٩ هـ .
- ٤٠- حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة ، جلال الدين السيوطي ، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه، الطبعة الأولى ١٣٨٧ هـ- ١٩٦٨ م .
- ٤١- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ، شيخ الإسلام شهاب الدين بن حجر العسقلاني ، حققه: محمد سيد جاد الحق ، دار الكتب الحديثة ، مطبعة المدني .
- ٤٢- الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبوع مع حاشية ابن عابدين محاشية رد المحتار ، دار الفكر ، الطبعة الثانية ١٣٦٨ هـ - ١٩٦٦ م .

- ٤٣- درر الحكام في شرح مجلة الاحكام ، لعلي حيدر ، منشورات مكتبة النهضة، بيروت ، توزيع دار العلم للملايين ، بيروت .
- ٤٤- ذيل على طبقات الحنابلة ، لزين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد البغدادي، طبع سنة ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م ، مطبعة السنة المحمدية، الناشر: دارالمعرفة للطباعة والنشر ، بيروت .
- ٤٥- روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني ، لشهاب الدين محمد الألويسي، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة .
- ٤٦- روضة القضاة ، لأبي القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحيبي السمناني، حققها وقدم لها: د. صلاح الدين الناهي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، دارالفرقان، عمان ، الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م .
- ٤٧- روضة الناظر ، للإمام موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، دار الحديث.
- ٤٨- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، دار الجيل، بيروت، لبنان.
- ٤٩- سنن ابن ماجه ، دار المعرفة ، بيروت .
- ٥٠- سنن الترمذي ، لأبي عيسى محمد بن سورة الترمذي ، الطبعة الاولى ١٤٠٨هـ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ٥١- سنن النسائي ، للإمام النسائي ، دار الجيل ، بيروت ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م .
- ٥٢- شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي ، نشر: دار إحياء التراث العربي .
- ٥٣- شرح الزركشي ، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي، دراسة وتحقيق: عبد الملك بن دهميش، الطبعة الأولى، دار خضر للطباعة والنشر، بيروت.
- ٥٤- شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ، د. محمد وحيد الدين سوار، طبعة عام ١٤٠٥هـ .
- ٥٥- شرح القواعد الفقهية ، أحمد بن محمد الزرقا ، الطبعة الثانية ، دار القلم، دمشق ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م .
- ٥٦- شرح المجلة، لسليم رستم الباز اللبناني، دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
- ٥٧- الصحاح ، إسماعيل بن حماد الجوهري ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين الطبعة الثالثة ، ١٤٠٤هـ - بيروت .

- ٥٨- صحيح البخاري ، للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، دار الجيل ، بيروت .
- ٥٩- صحيح سنن أبي داود ، للشيخ الألباني، الناشر: مكتب التربية لدول الخليج العربي ، إشراف المكتب الإسلامي ، بيروت .
- ٦٠- صحيح سنن الترمذي للشيخ الألباني ، الناشر: مكتب التربية لدول الخليج العربي ، بإشراف المكتب الإسلامي ، بيروت .
- ٦١- صحيح مسلم، للإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار ابن حزم ، مكتبة المعارف ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ .
- ٦٢- الصلاة ، خلف بن عبد الملك المعروف بابن بشكوال ، الناشر: مكتبة الخانجي القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- ٦٣- ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، محمد أحمد سراج ، دار الثقافة ، ١٤١٠هـ .
- ٦٤- الضمان في الفقه الإسلامي ، للشيخ علي الخفيف ، دار الفكر ، القاهرة .
- ٦٥- طبقات الحفاظ ، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، تحقيق علي محمد عمر، الناشر: مكتبة وهبة ، الطبعة الأولى ، سنة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م .
- ٦٦- طبقات الشافعية ، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، تحقيق: عبد الله الجبوري ، دار العلوم ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .
- ٦٧- طبقات الفقهاء ، طاش كبرى زاده ، الطبعة الثانية ، مطبعة الزهراء بيروت.
- ٦٨- طبقات المفسرين ، شمس الدين محمد بن أحمد الداودي ، تحقيق: علي محمد عمر ، الناشر: مكتبة وهبة ، الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م .
- ٦٩- غمز عيون البصائر ، لأحمد بن محمد الحنفي الحموي ، دار الكتب العلمية، بيروت ، الطبعة الأولى عام ١٤٠٥هـ .
- ٧٠- الفتاوى الهندية ، جماعة من علماء الهند ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق مصر، سنة ١٣١٠هـ .
- ٧١- فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ جمع وترتيب وتحقيق: محمد ابن عبد الرحمن بن قاسم، مطابع الحكومة، مكة المكرمة، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ .
- ٧٢- فتح القدير ، محمد بن علي الشوكاني ، الناشر: مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، سنة ١٣٨٣هـ .
- ٧٣- فتح الوهاب ، أبو يحيى زكريا الأنصاري ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

• التعويض عن السجّن - دراسة مقارنة •

- ٧٤- الفروع، لشمس الدين المقدسي محمد بن مفلح، عالم الكتب، سنة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٧م.
- ٧٥- الفروق للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المعروف بالقرافي، عالم الكتب، بيروت.
- ٧٦- الفعل الضار والضمان فيه، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، دار العلوم، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.
- ٧٧- القوائد البهية في تراجم الحنفية، لأبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي، الطبعة الأولى، مطبعة دار السعادة، مصر.
- ٧٨- القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق: مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ٧٩- قرار وزير الداخلية ذي الرقم ٢١٤٥ وتاريخ ٢٣/٧/١٤٢٣هـ.
- ٨٠- القواعد، للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب، دار الباز للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، الناشر: دار المعرفة.
- ٨١- قواعد الأحكام، للإمام أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، دار المعرفة.
- ٨٢- قواعد الحد من آثار الشكاوى الباطلة، والدعوى الكيدية، الصادرة بقرار مجلس الوزراء في المملكة العربية السعودية رقم ٩٤ بتاريخ ٢٥/٤/١٤٠٦هـ.
- ٨٣- قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادرة بقرار مجلس الوزراء في المملكة العربية السعودية رقم (١٩٠) وتاريخ ١٦/١١/١٤٠٩هـ.
- ٨٤- كشاف القناع، منصور بن يونس البهوتي، دار الفكر، بيروت ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- ٨٥- لسان العرب، للإمام أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، دار صادر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ.
- ٨٦- المبسوط، لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثانية.
- ٨٧- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن عبد الله القاري، تحقيق عبد الوهاب أبو سليمان ومحمد بن إبراهيم بن أحمد علي، مطبوعات تهامة، جدة، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

- ٨٨- مجلة الأحكام العدلية، أعدها: لجنة من علماء الحنفية في القرن الثالث عشر الهجري.
- ٨٩- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، مجلة علمية محكمة متخصصة في الفقه الإسلامي ، تصدر في الرياض ، المملكة العربية السعودية .
- ٩٠- مجلة العدل ، مجلة فصلية علمية محكمة ، تغنى بشؤون الفقه والقضاء، تصدر عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية .
- ٩١- مجمع الأنهر ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، دار سعادت ، ١٣١٠ هـ .
- ٩٢- مجمع الضمانات ، أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي ، الطبعة الأولى، المطبعة الخيرية ، مصر ١٣٠٨ هـ .
- ٩٣- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد القاسم ، دار عالم الكتب ، ١٤١٢ هـ ، ١٩٩١ م - الرياض .
- ٩٤- المحرر في الفقه ، الشيخ مجد الدين أبو البركات ، مكتبة المعارف، الرياض ، الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .
- ٩٥- مختار الصحاح ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، الطبعة الأولى سنة ١٩٦٧ م ، الناشر: دار الكتاب العربي ، بيروت .
- ٩٦- المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، دار الفكر ، الطبعة العاشرة، دمشق، ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٨ م .
- ٩٧- المذكرة الإيضاحية لنظام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية ، مطبوعة مع النظام نفسه ، مطابع الحكومة الأمنية ، الرياض ١٤٠٣ هـ .
- ٩٨- مرشد الإجراءات الجنائية الصادر عن وزارة الداخلية في المملكة العربية السعودية .
- ٩٩- المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون ، محمد فوزي فيض الله، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في كلية الشريعة من جامعة الأزهر عام ١٣٨٢ هـ - ١٩٦٢ م ، مخطوطة .
- ١٠٠- المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن ، تأليف الدكتور سيد أمين محمد ، طبع سنة ١٣٨٣ هـ .
- ١٠١- المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية ، حسن عامر ، ١٩٥٦ م .

● التعويض عن السجن - دراسة مقارنة ●

- ١٠٢- المسؤولية المدنية والجنائية عن فعل الغير في الشريعة الإسلامية ، الدكتور محمد شلتوت ، الناشر: مكتب الجامع الأزهر للشؤون العامة .
- ١٠٣- مسند الإمام أحمد بن حنبل ، دار صادر ، بيروت .
- ١٠٤- مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د. أنور سلطان ، منشورات الجامعة الأردنية الطبعة الأولى، عام ١٩٨٧م، عمان.
- ١٠٥- المصباح المنير ، تأليف أحمد بن محمد القيومي ، المكتبة العلمية ، بيروت.
- ١٠٦- المصنف ، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق حبيب الأعظمي، الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ ، المكتب الإسلامي ، بيروت .
- ١٠٧- معجم المؤلفين ، عمر رضا كحالة ، دار إحياء التراث العربي ، ١٣٧٨هـ - ١٩٥٩م .
- ١٠٨- المعجم الوسيط ، إبراهيم مصطفى ، وأحمد حسن الزيات ، وحامد عبدالقادر محمد النجار ، دار الدعوة ، مجمع اللغة العربية ، مصر .
- ١٠٩- معجم متن اللغة، محمد رضا، دار مكتبة الحياة، بيروت ، طبعة سنة ١٣٧٩هـ.
- ١١٠- معجم مقاييس اللغة ، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، تحقيق: عبدالسلام هارون ، الناشر: دار الكتب العلمية .
- ١١١- معين الحكام فيما يرد بين الخصمين من الأحكام ، للشيخ علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي ، المطبعة الميمنية بمصر ، سنة ١٣٠٦هـ .
- ١١٢- مغني المحتاج لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، الطبعة الأخيرة سنة ١٣٨٦هـ .
- ١١٣- المغني ، أبو محمد عبد الله أحمد بن قدامة المقدسي ، تحقيق: د. عبد الله التركي و د. عبد الفتاح الحلو ، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ-١٩٩٢م ، هجر للطباعة والنشر ، القاهرة .
- ١١٤- المنتقى من أخبار المصطفى ، عبد السلام بن عبد الله ، مجد الدين أبو البركات، ابن تيمية ، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ .
- ١١٥- المنهل العذب في تاريخ طرابلس الغرب ، أحمد بك ، طبع سنة ١٣١٧هـ .
- ١١٦- الموافقات في أصول الشريعة ، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الفرناطي، الشاطبي، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.

- ١١٧- مواهب الجليل، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب.
- ١١٨- نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، للإمام جمال الدين أبي محمد عبدالله بن يوسف الزيلعي، دار الحديث.
- ١١٩- نظام الإجراءات الجزائية، الصادر بالمرسوم الملكي في المملكة العربية السعودية رقم م/٣٩ وتاريخ ٢٨/٨/١٤١٢هـ.
- ١٢٠- النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الصادر بالأمر السامي الملكي رقم أ/٩ وتاريخ ٢٨/٧/١٤١٢هـ.
- ١٢١- نظام السجن والتوقيف، الصادر بالمرسوم الملكي في المملكة العربية السعودية رقم م/٣١ في تاريخ ٢١/٦/١٤١٢هـ.
- ١٢٢- نظام القضاء، صدر عام ١٣٩٥هـ، مطابع الحكومة الأمنية الرياض، ١٤٠٢هـ.
- ١٢٣- نظام ديوان المظالم، مطابع الحكومة الأمنية، الرياض، نشر في صحيفة أم القرى بتاريخ ٥/٨/١٤٠٢هـ.
- ١٢٤- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العامر، الدكتور فوزي فيض الله، مكتبة دار التراث، الكويت، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- ١٢٥- نظرية الضمان، للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر.
- ١٢٦- النظرية العامة للموجبات والعقود، للدكتور صبحي محمصاني، دار العلم للملايين، بيروت.
- ١٢٧- نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار الريان للتراث.
- ١٢٨- الوافي في شرح القانون المدني، للدكتور سليمان مرقس، الطبعة الخامسة.
- ١٢٩- الوجيز في فقه الإمام الشافعي، أبو حامد الغزالي، دار المعرفة، ١٩٩٠م، الناشر: مكتبة المعارف، الرياض.
- ١٣٠- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، د. محمود جمال الدين زكي، طبعة ١٩٦٨م، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر.
- ١٣١- الوسيط، عبد الرزاق أحمد السنهوري، سنة ١٩٦٤م، الطبعة الثانية.
- ١٣٢- وفيات الأعيان، لأبي العباس شمس الدين أحمد بن خلكان، دار صادر، بيروت.

فتاوى الفقهاء (*)

غصب الوقف

الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (*)

رجل وقف أرضاً أو داراً ودفعها إلى رجل وولاه القيام بذلك فجحد المدفوع إليه فهو غاصب يخرج الأرض من يده والخصم فيه الواقف فإن كان الواقف ميتاً وجاء أهل الوقف يطالبون به نصب القاضي قيمياً يخاصم فيه فإن كان دخلها نقص ضمن ما كان من نقصان بعد جحوده ويعمر به ما انهدم منه ولو غصبها من الواقف أو من واليها غاصب فعليها أن يردّها إلى الواقف فإن أبى وثبت غصبه عند القاضي حبسه حتى ردّ فإن كان دخل الوقف نقص غرم النقصان ويصرف إلى مرمة الوقف ويعمر به ما انهدم منه ولا يقسم بين أهل الوقف كذا في المحيط ، فإن كان الغاصب زاد في الأرض من عنده إن لم تكن الزيادة مالاً متقوماً بأن كرب الأرض أو حفر النهر أو ألقى في ذلك السرقة واختلط ذلك بالتراب وصار بمنزلة المستهلك فإن القيم يسترد الأرض من الغاصب بغير شيء وإن كانت الزيادة مالاً متقوماً كالبناء والشجر يؤمر الغاصب برفع البناء وقلع الأشجار وردّ الأرض إن لم يضر ذلك بالوقف وإن كان أضر بالوقف بأن خرب الأرض بقلع الأشجار والدار برفع البناء لم يكن للغاصب أن يرفع البناء أو يقلع الشجر إلا أن القيم يضمن قيمة الغراس مقلوعاً وقيمة البناء مرفوعاً إن كان للوقف غلة في يد المتولي يكفي لذلك الضمان وإن لم يكن للوقف غلة يؤاجر الوقف فيعطى الضمان من ذلك كذا في فتاوى قاضيه خان ، وإن أراد الغاصب قطع الأشجار من أقصى موضع لا يخرب الأرض كان له ذلك ثم يضمن القيم له قيمة ما بقي في الأرض الموقوفة إن

(*) تختار المجلة في كل عدد من أعدادها بعضاً من فتاوى فقهاء السلف في القضايا والمشكلات المعاصرة.

كانت له قيمة كذا في المحيط ، فإن صالح المتولي من الغرس على شيء جاز إذا كان فيه صلاح الوقف وكذا في العمارة كذا في الحاوي ، وإن غصب الأرض الموقوفة رجل قيمتها ألف درهم ثم غصبها من الغاصب رجل آخر بعد ما صارت قيمتها ألفي درهم فالقيم لا يتبع الغاصب الأول إنما يتبع الغاصب الثاني إذا كان الثاني ملئاً يريد به إذا غصبها رجل آخر من الغاصب الثاني وتعدّر استردادها من يد الثالث وإن كان الأول أملى من الثاني يتبع الأول وإذا اتبع القيم أحدهما بالضمان برئ الآخر وإذا أخذ القيمة من أحدهما يشتري بها أرضاً أخرى فيقفها مكانها كذا في النخيرة ، فإن أخذ القيمة من أحدهما ثم ردّت عليه الأرض ردّ القيمة وكانت الأرض وقفاً على حالها وليس للغاصب حبسها إلى أن تصل إليه القيمة كذا في المحيط ، فإن أخذ القيمة من الغاصب فضاعت من يده لا شيء عليه والقول قوله مع يمينه كذا في الحاوي ، وإن ضاعت القيمة في يد القيم قبل أن يشتري بها أرضاً أخرى ثم ردت أرض الوقف عليه كانت وقفاً على ما كانت وضمن القيم القيمة التي أخذها من مال نفسه ثم رجع القيم بذلك في غلات الوقف استحساناً ولكن يرجع في غلة الوقف ولا يرجع على الموقوف عليهم في أموالهم سوى غلة الوقف كذا في النخيرة ، ولو كان القيم حين أخذ القيمة اشترى بها أرضاً أخرى للوقف ثم ردّت الأرض الأولى عليه كانت وقفاً على حالها وخرجت الأرض عن الوقفية وكان للقيم أن يبيعها ويوفي من ثمنها القيمة التي قبضها فإن كان فيها نقصان كان ذلك على القيم في ماله ولا يرجع بذلك في غلات الوقف قياساً واستحساناً ، ولو كان الواقف شرط الاستبدال بها فباعها القيم وقبض الثمن فضاع ثم ردّت الدار الأولى عليه بعيب بقضاء قاض ضمن القيم الثمن من مال نفسه ثم يبيع أرض الوقف التي ردّت عليه بالثمن الذي غرم كذا في المحيط ، وإذا غصب الدار الموقوفة أو الأرض الموقوفة فهدم بناء الدار وقلع الأشجار كان للقيم أن يضمّن قيمة الأشجار والنخيل والبناء إذا لم يقدر

الغاصب على ردها ويضمن قيمة البناء مبنياً وقيمة الأشجار والنخيل ثابتاً في الأرض فإن ضمن الغاصب قيمة ذلك ثم ظهرت الدار والأرض والنقض والأشجار ومعنى قوله ظهرت الدار قدر الغاصب على رده الدار والنقض والأشجار فالغاصب يردُّ العرصه على الواقف وأما النقض والشجر فيكون للغاصب ويردُّ القيم على الغاصب حصه العرصه كذا في النخيرة والمحيط وفتاوى قاضيه خان ، وإن جنى على الشجر والبناء في يد الغاصب جان وأخذ الغاصب منه قيمته والغاصب معدم لم يكن للمتولي أن يضمن الجاني فإن كان الغاصب زرع الأرض فالزرع له وعليه نقصان الأرض يجعل في عمارتها كذا في الحاوي ، وإذا كان في أرض الوقف نخيل وأشجار استغلها الغاصب سنين يعني الأشجار والنخيل ثم أراد رده الأرض والنخيل والأشجار رده الغلة معها إن كانت قائمة بعينها وإن كانت مستهلكة ضمن مثلها كذا في النخيرة ، وما أخذ من الغاصب من بدل الغلة فرّق في الوجوه التي سبلها عليها كذا في المحيط ، غصب أرض الوقف وفيها نخيل وأشجار فقلع الأشجار والنخيل رجل من يد الغاصب فالقيم بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمة الأشجار والنخيل ثابتاً في الأرض وإن شاء ضمن القالع ذلك فإن ضمن الغاصب رجع بذلك على القالع وإن ضمن القالع لم يرجع بذلك على الغاصب وإن لم يضمن القيم أحدهما حتى ضمن الغاصب القالع وأخذ منه قيمة ما قلّع فجاء القيم وأراد تضمين القالع ليس له ذلك كذا في النخيرة، رجل غصب ضيعة موقوفة فخاصم المغصوب منه وأقام البيّنة قبلت بينته وتردّ عليه الضيعة إجماعاً كذا في الظهيرية ، ولو غصب الوقف أحد لا يكون لأحد من الموقوف عليه حق الخصومة بدون إذن القاضي كذا في الفصول العمادية ، وقف على نفر استولى عليه ظالم لا يمكن انتزاعه من يده فادّعى الموقوف عليه على واحد منهم أنه باع من هذا الظالم وسلمه إليه وهو منكر فأرادوا تحليفه فلم ذلك فإذا أنكر يستحلف فإن نكل قضى عليه بقيمتها وكذلك لو قامت لهم بيّنة لأن الفتوى

في غصب الدور والعقار الموقوفة بالضمان نظراً للوقف كما أن الفتوى في غصب منافع الوقف بالضمان نظراً للوقف وهو اختيار مشايخنا ومتى قضى عليه بالقيمة تؤخذ منه القيمة فيشتري بها ضيعة أخرى فتكون وقفاً كذا في محيط السرخسي ، وقف موضعاً في حياته وصحته وأخرجه من يده فاستولى عليه غاصب وحال بينه وبينه تؤخذ من الغاصب قيمته ويشتري بها موضع آخر فيوقف على شرائطه لأن الغاصب لما جحد صار مستهلكاً والشئ المسبل إذا صار مستهلكاً وجب الاستبدال به كالفرس المسبل في سبيل الله إذا قتل فهذا استحسان أخذ به المشايخ كذا في المضمرات ، رجل وقف ضيعة له ثم إن الواقف زرعها وأنفق فيها وأخرجت زرعاً والبذر من قبل الواقف فقال: أنا زرعتها لنفسي ببذري وقال أهل الوقف: زرعتها للوقف فالقول قول الواقف الزارع والزرع له فإن سأل أهل الوقف من القاضي أن يخرجها من يده وقد زرعها لنفسه لم يكن له ذلك ولا يخرجها من يده ولكن يتقدم في زراعتها للوقف فإن احتج بأنه ليس للوقف عنده مال ولا بذر قال القاضي: استدن على الوقف واجعل ما تستدين به في البذر والنفقة على الزرع فإن قال: لا يمكنني ، قال لأهل الوقف: استدينوا أنتم ما تشترون به بذراً وما يكون في النفقة على ذلك حتى تأخذوا ذلك مما يجيء به من الغلة فإن قالوا: لا نأمن أن نستدين نحن ونشتري البذر وكما صار في يد الواقف جحد ذلك لكن نحن نزرع فإنه لا ينبغي أن يطلق لهم ذلك لأن الذي وقف أحق بالقيام إلا أن يكون مخوفاً عليه لا يؤمن أن ي تلفه فإن زرع الواقف الأرض وأنفق عليه فأصاب الزرع آفة من غرق أو غير ذلك وذهب الزرع فقال الواقف: استدنت وزرعت هذا الزرع الذي عطب للوقف وجاءت غلة أخرى فأراد أن يأخذ من هذه الغلة ما ذكر أنه استدانه لذلك وقال أهل الوقف: إنما زرع ذلك لنفسه فالقول في ذلك قول الواقف وله أن يأخذ من هذه الغلة ما استدان لهذا الزرع فإن قال الواقف الزارع: استدنت ألف درهم واشترت بها بذراً

وأنفقت عليه وقال أهل الوقف: إنما أنفقت من ثمن البذر والنفقة على الزرع خمسمائة قال يصدق الواقف في مقدار ما ينفق على مثل ذلك فإن اختلف والي الوقف يعني القيم وأهل الوقف في الزرع فقال الوالي: زرعناها لنفسي ببذري ونفقتي وقال أهل الوقف: بل زرعناها لنا فالقول قول الوالي كذا في المحيط^(١).

(١) الفتاوى الهندية ج ٢ ص ٤٢١-٤٢٣ .

التحليل من المظالم

أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد «الجد» (*)

وسئل مالك عن قول ابن المسيب في فعله: إنه كان يقول: لا أحل أحدا فقال: ذلك يختلف ، فقلت: يسلف الرجل الذهب فيهلك ، ولا وفاء له . قال: أرى أن يحلله ، فإنه أفضل عندي فإن الله يقول: ﴿الَّذِينَ يَسْتَمْعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾^(١) . وليس كل ما قال أحد وإن كان له فضل يتبع على ما قال . قيل له: فالرجل يظلم الرجل ، قال: لا أرى ذلك ، هو مخالف عندي للأول ، يقول الله: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ﴾^(٢) . ويقول: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾^(٣) . فلا أرى أن يجعل في حل من ظلم .

قال محمد بن رشد: اختلف في التحليل من التباعات والظلمات على ثلاثة أقوال: أحدها إن ترك التحليل منها أولى وهو مذهب سعيد بن المسيب هذا . والثاني إن التحليل منها أفضل . والثالث تفرقة مالك بين التباعات والظلمات ، فوجه القول الأول أن التباعات والظلمات يستوفيهما صاحبها يوم القيامة من حسنات من وجبت له عليه ، على ما جاء من أن الناس

(*) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد «الجد» فقيه الأندلس وعالم العدوتين ، ولد في قرطبة عام ٤٥٠هـ / ١٠٤٨م ، وبها نشأ وتعلم على يد أعلام علماء الأندلس ، وأخذ عنه عدد لا يحصى من طلبة الأندلس والمغرب ، كان بإجماع من جمعوا له ناسكا عفيفا ، كريم الخلق ، سهل الحجاب ، يحب التدريس ويحسن طرق التبليغ ، توفي رحمه الله ليلة الأحد ١١ ذي القعدة عام ٥٢٠هـ / ٢٨ نوفمبر ١١٥٦م ، كان رحمه الله طود علم ، وإنسان فضل وحلم ، وكوكب نكاه وفهم ، وفذ رجالة وأمانة من مؤلفاته غير البيان والتحصيل: «توازل ابن رشد» ، «اختصار المبسوط» ، «تهذيب مشكل الآثار للطحاوي» ، «حجب المواريث» ، «مقدمة البيان والتحصيل» ج ١ ص ١٨ ، بتحقيق محمد حجي .

(١) سورة الزمر الآية ١٨ .

(٢) سورة الشورى الآية ٤٢ .

(٣) سورة التوبة الآية ٩١ .

يقتصُّ بعضهم لبعض يوم القيامة بالحسنات والسيئات وهو في ذلك الوقت مفتقر إلى زيادة حسناته ، ونقصان سيئاته ، بما له من التبعات والظلامات ^(١) التي حلَّت منها ، وهو لا يدري هل يوازي أجره في التحليل ما يجب له من الحسنات في الظلامات والتبعات ، ويزيد عليها أو ينقص منها ، فكان الحظ ألا يحل منها . **وجه القول الثاني أن التحلل إحسان للمحلل عظيم** ، وفضل يسديه إليه جسيم ، ينبغي عليه المكافاة من الله عز وجل ، وهو تعالى أكرم من أن يُكافئه بأقل مما وهب ، فإنَّه عز وجل يقول: ﴿إِنْ تَقْرَضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا يُّضَاعِفْهُ لَكُمْ﴾ ^(٢). فهذا القول أظهر والله أعلم . وجه تفرقة مالك في هذا بين الظلامات والتبعات ما استدلل به قوله: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ﴾ ^(٣). فرأى ترك تحليل المظالم للظالم عقاباً له ، هو عليه محمود ، لما في ذلك من الإخافة له ، والردع بذلك عن أن يعود إلى مثله ، وأما في الدنيا فالعفو والصفح عن الظالم أولى من الانتصار منه بأخذ الحق منه في بدنه أو ماله لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ﴾ ^(٤). وقوله: ﴿وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ، وَاللَّهُ يَحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ ^(٥). وقوله: ﴿وَلَنْ صَبْرٌ وَغَفْرٌ إِنْ ذَلِكَ لَنْ عَزْمُ الْأُمُورِ﴾ ^(٦). ولا يعارض هذا قوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ﴾ ^(٧). لأن المدحة من الله تعالى ، وإن كانت متوجهة بهذه

(١) من جملة ما ورد في ذلك ، ما رواه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: (من كانت عنده مظلمة لأخيه من عَرْضِهِ ، أو من شَيْءٍ فَلْيَتَحَلَّلْهُ مِنْهُ الْيَوْمَ قَبْلَ أَنْ لَا يَكُونَ دِينَارٌ وَلَا دِرْهَمٌ : إِنْ كَانَ لَهُ عَمَلٌ صَالِحٌ أَخَذَ مِنْهُ بِقَدَرِ مَظْلَمَتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ حَسَنَاتٌ لَخَذَ مِنْ سَيِّئَاتِهِ صَاحِبَهُ ، فَحُلِّمَ عَلَيْهِ) .

(٢) سورة التغابن الآية ١٧ .

(٣) سورة الشورى الآية ٤٢ .

(٤) سورة الشورى الآية ٤١ .

(٥) سورة آل عمران الآية ١٣٤ .

(٦) سورة الشورى الآية ٤٣ .

(٧) سورة الشورى الآية ٣٩ .

الآية لمن انتصر منبغي عليه بالحق الواجب ، ولم يتعد في انتصاره منه وكان مثاباً على ذلك ، لما فيه من الردع والزجر ، فهو في العفو والصفح أعظم ثواباً بدليل قوله بعد ذلك : ﴿مَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ﴾ . وقيل إن الآية نزلت في الباغي المشرك ، وينبغي أن يكون معنى الآية في الانتصار ممّا فيه حد لله ، لا يجوز العفو عنه . والله أعلم ^(١) .

(١) البيان والتحصيل ج ١٧ ص ٨٢-٨٤ .

الرهن بجمع الشيئين المختلفين من نبات في الأرض وغيره

للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (*)

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: «إذا رهن أرضاً ولم يقل بينائها وشجرها ، فالأرض رهنٌ دون بنائها وشجرها»^(١).

قال الماوردي: وهذا صحيح . إذا رهن أرضاً ذات نبات وشجر ، فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترط دخول نباتها وشجرها في الأرض ، فيكون جميع ذلك رهنًا مع الأرض وفاقاً .

والقسم الثاني: أن يشترط خروج نباتها وشجرها من الرهن ، فيكون جميع ذلك خارجاً من الرهن ، وتكون الأرض وحدها رهنًا .

والقسم الثالث: أن يطلق الرهن في الأرض من غير أن يكون منه في البناء والغراس شرط ، فالذي نص عليه الشافعي في الرهن: أن الأرض تكون رهنًا دون نباتها وشجرها . وقال في كتاب البيوع: إذا باعه الأرض ذات البناء والشجر مطلقاً ، كان البناء والشجر داخلاً في البيع تبعاً للأرض. فاختلف أصحابنا في ذلك على ثلاثة مذاهب :

أحدهما: أن الحكم في البيع والرهن سواء ، وأن البناء والشجر خارج من العقد وغير تابع للأرض في البيع والرهن . وحملوا ما ذكروه في البيوع على بيع الأرض بحقوقها ، وأما مع الإطلاق فلا .

(*) هو الإمام علي بن محمد بن حبيب نسبته إلى بيع ماء الورد . ولد بالبصرة سنة ٣٦٤ هـ وانتقل إلى بغداد . إمام في مذهب الشافعي ، كان حافظاً له ، وهو أول من لقب بـ «أقضى القضاة» في عهد القائم بأمر الله العباسي ، وكانت له المكانة الرفيعة عند الخلفاء وملوك بغداد . اتهم بالميل إلى الاعتزال . توفي ببغداد سنة ٤٥٠ هـ . من تصانيفه: «الهاوي» في الفقه ٢٠ مجلداً و«الاحكام السلطانية» و«أدب الدنيا والدين» و«قانون الوزارة» . انظر: الأعلام للزركلي ج ٥ ص ١٤٦ .

(١) مختصر المزني : ص ٩٩ .

والمذهب الثاني: أنهم خرجوا في الرهن من البيوع قولاً ، وفي البيوع من الرهن قولاً ، وجعلوا مسألة الرهن والبيع معاً على قولين معاً :

أحدهما: دخول البناء والشجر في عقد البيع ، والرهن تبعاً للأرض لأنه متصل بالأرض ، فأشبهه حقوق الأرض .

والقول الثاني: خروج البناء والشجر من العقد في البيع والرهن ، لأنه مما يمكن إفراده بالعقد ، فلم يدخل فيه إلا بالشرط كالأرض .

والمذهب الثالث: وهو الصحيح: حمل الجواب على ظاهره في الموضعين، فيكون البناء والشجر يدخلان في عقد البيع بغير شرط ، ولا يدخلان في عقد الرهن إلا بشرط . والفرق بين البيع والرهن من وجهين :

أحدهما: أن البيع عقد ينقل الملك ، فدخل فيه توابع المبيع بغير شرط لقوته. وعقد الرهن وثيقة لا تنقل الملك ، فلم يدخل فيه إلا ما سمي لضعفه.

والثاني: أن البيع لما تبعه ما حدث بعد العقد ، تبعه ما كان موجوداً حين العقد . والرهن لما لم يتبعه ما حدث بعد العقد ، لم يتبعه ما كان موجوداً حين العقد .

فصل: إذا قال: رهنتك هذا البستان ، فإن الفراس والشجر يدخلان في الرهن ، لا يختلف المذهب فيه ؛ وكذلك في البيع ، لأن البستان اسم يشتمل على الأرض وما فيها . وكذا لو قال: رهنتك هذه الدار ، دخل في الرهن جميع بنائها ، لأن اسم الدار لا ينطلق على الأرض إلا مع بنائها^(١).

(١) الحاوي الكبير ج ٧ ص ٣٤٦-٣٤٧ .

حكم ما إذا طلب صاحب الوديعة فأخبرها مع قدرته وحكم من مات وعنده وديعة لم تتميز عن ماله

الشيخ شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي (*)

إذا أودعه شيئاً ، ثم سألته دفعه إليه في وقت أمكنه ذلك ، فلم يفعل حتى تلف فهو ضامن ^(١).

ش: إذا أودعه شيئاً ثم سألته دفعه إليه لزمه ذلك ، لأمر الله سبحانه ورسوله ﷺ بذلك ^(٢)، فإن لم يفعل حتى تلف مع إمكان الرد ضمن، لمخالفة الأمر ، وانتفاء عذر المودع في الإمتثال ، فأشبه الغاصب ، أما إن لم يمكن ردها لبعدها ، أو لمخافة في طريقها ، ونحو ذلك فلا ضمان عليه، لأنه لا يتوجه الأمر إليه والحال هذه ، وإلا لزم تكليف ما لا يطاق ، وإذا لم يتوجه ^(٣) الأمر إليه فلا ضمان ، لانتفاء تعديه ، أما إن أخر لحاجة له مع إمكان الرد - كما إذا كان في الحمام ، أو على طعام فأخر إلى الفراغ - فظاهر كلام الخراقي وجوب الضمان ، وصرح به في التلخيص ، إناطة للحكم بإمكان الرد ، وفي لحوق المأثم له والحال هذه وجهان ، وظاهر كلام أبي محمد في المغني انتفاء الضمان ، لأنه قال: إذا قال ^(٤): أمهلوني

(*) هو الشيخ شمس الدين محمد بن عبد الله ويعرف بالزركشي صنعة أبيه ، قيل ولد سنة ٧٢٢هـ في مصر ونشأ بها ، أخذ الفقه الحنبلي عن قاضي القضاة الحجاوي قاضي الديار المصرية ، عني بالحديث وحصل على جانب كبير في أغلب علومه ، وعنى بالفقه الحنبلي، وتوجيه الروايات والأقوال ، من تصانيفه: «شرح الزركشي على مختصر الخراقي» . توفي سنة ٧٧٢هـ . انظر: مقدمة كتابه شرح الزركشي على مختصر الخراقي ج ١ ص ٧٧-٩٠ .

(١) في (د) : سألته الدفع إليه . وفي (م) : سألته الدفع في وقت .
(٢) أي أمر الله تعالى بقوله: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ ، وأمر رسوله ﷺ بقوله: (أد الأمانة إلى من ائتمك) .

(٣) سقط من (م): فإن لم يفعل ... في الإمتثال . وفي (د) : المودع في الإمساك ... أو مخافة في طريقها ... لأنه لا ينفعه الأمر إليه والحال هذه ، والإلزام لم يتوجه .

(٤) في (م) : في حمام ، أو على طعام إلى الفراغ ، فظاهر كلام الخراقي الضمان ... انتفاء =

حتى أقضي صلاتي ، أو أكل فإني جائع ، أو أنام فإني ناعس ، أو ينهض الطعام عني فإني ممتليء . أمهل بقدر ذلك . والله أعلم .

وإذا مات ^(١) وعنده وديعة لا تتميز من ماله فصاحبها غريم بها .

ش : إذا مات إنسان وقد ثبت أن عنده وديعة ، بإقراره أو ببينة ، ولم تتميز من ماله ، فصاحبها غريم بها ، لأنه قد ثبت بإقراره أو بالبينة استحقاق ردها ، وقد تعذر ، فيجب بدلها ، وإذا وجب بدلها كان غريماً بها ، كسائر الحقوق ، أما إن ثبت أنه كان عنده وديعة في حياته ، ثم مات ولم توجد بعينها ، ولم يعلم بقاؤها ولا تلفها ، فوجهان (أحدهما) - وقال في المغني : إنه المذهب - وجوب الضمان ، [اعتماداً على أصل وجوب الرد ما لم يعلم ما يزيله ، (والثاني) لا ضمان ، نظراً إلى أن الأصل عدم إتلافها والتعدي فيها ، فينتفي الضمان] ولا فرق فيما تقدم بين أن يوجد جنس الوديعة ، في ماله أو لم يوجد ، قاله أبو محمد ، وقال في التلخيص : إذا أوصى وأجمل ولم يعرف ضمن نص عليه ، وإن ذكر جنسها بأن قال : عندي وديعة عمامة ، أو سراويل ، أو نحو ذلك ، ولم يوجد ذلك في تركته ^(٢) فلا ضمان ، لاحتمال التلف قبل الموت ، والله أعلم ^(٣).

=الضمان ، لأنه إذا قال . وقوله : وصرح به في التلخيص . نقله في الفروع ٤/٤٩٠ عن الترغيب ، وفي الإنصاف ٦/٣٥٢ عن الترغيب والتلخيص معاً ، وانظر كلام أبي محمد المذكور في المغني ٦/٣٩٢ بلفظه وانظر الوجهين المذكورين في المغني ٦/٣٩٣ .

(١) في المتن : ولو مات .

(٢) في (خ) : أو ببينة لم تتميز . وفي (م) : أما إن أثبت أنه ... ونحو ذلك ، ولا يوجد ذلك . وعلق عليه في (خ) على قوله (بإقراره أو ببينة) : هذه الصورة أن يثبت أنه مات وعنده وديعة ، والثانية يثبت أنه كان عنده وديعة في حياته ، لا حين موته ١ هـ .

(٣) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ج ٤ ص ٥٨٢-٥٨٣ هـ .

مسائل في الفقه^(*)

٢٥٧- حكم ما إذا كان علاج الزوجة المريضة يجب على زوجها .

سؤال من عدد من الإخوة والأخوات عما إذا كان من الواجب على الزوج أن يعالج زوجته إذا مرضت . وعلى فرض وجوبه : ما حدود هذا الواجب ، لا سيما في الأمراض المزمنة ؟

لهذه المسألة قاعدتان: الأولى: ما يجب للزوجة من النفقة . والثانية: ما يجب لها من حسن المعاشرة. أما القاعدة الأولى -النفقة- فواجبة على الزوج لزوجته بلا خلاف في ذلك، والأصل في هذا الكتاب ، والسنة، والإجماع، والمعقول . أما الكتاب فقد خص الله تعالى السكن للمطلقات طلاقاً رجعيّاً بقوله تعالى: ﴿أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارِرُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾^(١). ثم خص ذات الحمل المطلقة طلاقاً بائناً بقوله عز وجل: ﴿وَأَنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفَقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٢). ثم خص المرضعة بقوله جل ثناؤه: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾^(٣). وإذا كان هذا في المطلقة فهو في غير المطلقة أكد والزم . ثم بين عز وجل حكم النفقة بوجه عام في قوله: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكُلِفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا﴾^(٤).

(*) هذه المسائل ترد من الإخوة القراء ويتولى الإجابة عنها صاحب المجلة ورئيس تحريرها الدكتور/ عبدالرحمن بن حسن النفيسة .

(١) سورة الطلاق من الآية ٦ .

(٢) سورة الطلاق من الآية ٦ .

(٣) سورة الطلاق من الآية ٦ .

(٤) سورة الطلاق من الآية ٧ .

وأما السنة فقد أكد رسول الله ﷺ على حق الزوجة في الطعام والكساء في خطبته الشهيرة في حجة الوداع بقوله: (اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وإن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه ، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ^(١). وقوله عليه الصلاة والسلام: (إن لكم من نسائكم حقاً ولنسائكم عليكم حقاً فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون إلا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن) ^(٢). ولما شكت هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان شح زوجها في النفقة عليها وعلى ولده أمرها عليه الصلاة والسلام أن تأخذ من ماله ما يكفيها ، ويكفي ولدها بالمعروف ^(٣).

وأما الإجماع فقد أجمع علماء الأمة على حق الزوجة في النفقة إذا توافرت فيها عدة شروط ، أهمها أن يكون زواجها صحيحاً ، وأن تمكن زوجها من نفسها ، وأن تكون صالحة للاستمتاع ، وأن يكون زوجها قادراً على الإنفاق عليها ^(٤).

(١) أخرجه مسلم في كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ ، صحيح مسلم مع شرحي الأبهي والسنوسي ج ٤ ص ٢٥٦-٢٥٧ ، رقم الحديث ١٤٧ ، وأخرجه ابن ماجه في كتاب المناسك ، باب حجة رسول الله ﷺ ، رقم الحديث ٣٠٧٤ ، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١٠٢٢-١٠٢٥ .

(٢) أخرجه ابن مساجة في كتاب النكاح ، باب حق المرأة على الزوج ، برقم ١٨٥١ ، سنن ابن ماجه ج ١ ص ٥٩٤ .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب النفقات ، باب إذا لم ينفق الرجل ، فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها ولدها بالمعروف ، فتح الباري ج ٩ ص ٤١٨ ، رقم الحديث ٥٣٦٤ .

(٤) انظر: الفتاوى الهندية ج ١ ص ٥٦٨ ، وحاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٥٧١ وما بعدها ، والخرشي على مختصر خليل ج ٣ ص ١٨٣-١٨٥ ، وبداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٥٤ ، وعقد الجواهر الشمينية في مذهب عالم المدينة لابن شاس ج ٢ ص ٣٠٣-٣٠٤ ، والحاوي الكبير للماوردي ج ١٥ ص ٣-٧ ، والمهذب للشيرازي ج ٢ ص ١٥٩-١٦١ ، وكشاف القناع للبهوتي ج ٥ ص ٤٦٠-٤٦٢ ، والإنصاف للمرادي ج ٩ ص ٣٥٢-٣٥٥ ، والمبدع شرح المقنع لابن مفلح ج ٨ ص ١٨٥-١٨٨ ، والمعلی بالآثار لابن حزم ج ٩ ص ٢٤٩-٢٥٢ .

• حكم ما إذا كان علاج الزوجة المريضة يجب على زوجها •

وأما المعقول فمن المعلوم بالضرورة أن كل من يؤدي عملاً لآخر يحق له الحصول على أجر هذا العمل، ولو قيل بخلاف ذلك فسوف تختل العلائق وتفسد الأحوال وتسوء المعاملات . فإذا كانت الزوجة تقيم مع زوجها في بيته ، وتقوم بما يجب له عليها من حقوق ، فلا يتصور إذاً أن يمتنع عن النفقة عليها ، وإلا أعد مسخراً ، وظالماً لها . والسؤال هو عما إذا كان يجب لها عليه حقوق أخرى غير النفقة كالدواء وأجرة الطبيب ؟

ذهب عامة الفقهاء على أنه ليس من الواجب على الزوج شراء أدوية لزوجته في حال مرضها ، كما لا تجب عليه أجرة طبيبها ^(١) . والحجة في ذلك أن الأدوية وعمل الطبيب يراد منهما إصلاح الجسد ، فكما لا يلزم المستأجر للدار بناء ما يقع منها لا يلزم الزوج ما يتعلق بإصلاح جسد زوجته ^(٢) .

واستثنى الفقهاء رحمهم الله من ذلك أجرة القابلة وفي هذا قال الخرشي في المختصر: «... المشهور أن أجرة القابلة وهي التي تولد النساء لازمة للزوج لأن المرأة لا تستغني عن ذلك كالنفقة أي في ولد لاحق بالزوج . ويجب للزوجة عند الولادة ما يصلح لها مما جرت به العادة ولو مطلقة بائناً» ^(٣) .

ومن الفقهاء من رأى واجب الزوج في شراء أدوية لزوجته، ففي المذهب الزيدي .. يعد علاج الزوجة حقاً من حقوقها لا يقل عن حاجاتها الأخرى ^(٤) .

(١) انظر حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٥٧٥ ، والفتاوى الهندية ج ١ ص ٥٧١ ، والخرشي على مختصر خليل ج ٣ ص ١٨٧ ، وحاشية السوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٥١٠ ، وروضة الطالبين للنووي ج ٩ ص ٥٠ . والمذهب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي ج ٢ ص ١٦١ ، ومغني المحتاج للخطيب ج ٣ ص ٤٣١ ، وانظر أيضاً كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ج ٥ ص ٤٦٣ ، والمبدع في شرح القنع لابن مفلح ج ٨ ص ١٨٩ .

(٢) حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٥٧٥ ، والفتاوى الهندية ج ١ ص ٥٧١ ، والخرشي على مختصر خليل ج ٣ ص ١٨٧ ، ومغني المحتاج للخطيب ج ٣ ص ٤٦١ ، وكشف القناع ج ٥ ص ٤٦٣ .

(٣) الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٣ ص ١٨٥-١٨٦ .

(٤) البحر الزخار ج ٤ ص ٢٧٢ .

ويرى صاحب الروضة الندية: أن الكفاية بالنسبة للطعام تعم جميع ما تحتاج إليه الزوجة ومن ذلك الأدوية ونحوها . وأشار في ذلك إلى ما ذكره العراقي في الغيث الهامع أن الدواء لحفظ الروح فاشبه النفقة ^(١). ثم قال صديق حسن خان صاحب الروضة الندية: «قلت: هو الحق ؛ لدخوله تحت عموم قوله: (ما يكفيك) ، وتحت قوله: (رزقهن) ؛ فإن الصيغة الأولى عامة باعتبار لفظ ما ، والثانية عامة لأنها مصدر مضاف ، وهي من صيغ العموم ، واختصاصه ببعض المستحقين للنفقة لا يمنع من الإلحاق...» ^(٢). وقد ذهب إلى هذا عدد من الفقهاء المعاصرين ^(٣).

قلت: ولعل ما كان يحكم اجتهاد بعض الفقهاء واقع الحال في أزمنتهم، فلم تكن الأمراض على نحو ما هي عليه في العصر الحديث ، ولم يكن العلاج آنذاك يتعدى الفصد أو الحجامة أو الكي الذي يقوم به في الغالب الرجال . ومن المحتمل أن معظم التداوي آنذاك يتمثل في اختيار أنواع من الأطعمة للمريض ومن هو في حكمه فمثلاً ذكر بعض الفقهاء أن من حق الزوجة حال ولادتها الحصول على أنواع معينة من الطعام أو الشراب كالعسل ^(٤).

أما البعض الآخر - الذين قالوا بعدم إلزام الزوج بمداواة زوجته - فقد علّلوا اجتهادهم بأن المراد من التداوي إصلاح الجسد ، فلم يلزم به الزوج مثل عدم إلزام المستأجر للدار إذا وقع منها شيء يحتاج إلى إصلاح .

قلت : وفي هذا نظر ؛ فإصلاح الجسد فيه حفظ للنفس وهذا الحفظ من

(١) الروضة الندية لصديق حسن خان القنوجي ج ٢ ص ٧٦ .

(٢) التعليقات الرضية على «الروضة الندية» لمحمد ناصر الدين الألباني ج ٢ ص ٣١٢ .

(٣) ومنهم الشيخ السيد سابق في كتابه فقه السنة ج ٢ ص ٣٠٩-٣١٠ ، والدكتور وهبة الزحيلي في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته ج ١٠ ص ٧٣٨٠-٧٣٨١ ، والدكتور حسين أحمد عبد الغني سمرة في بحثه المسمى «مستقطات النفقة الزوجية» المنشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد ٥٨ محرم-صفر - ربيع الأول ١٤٢٤ هـ ، ص ٨٥-٨٦ .

(٤) حاشية السوقى على الشرح الكبير للدريدر ج ٢ ص ٥١٠ .

• حكم ما إذا كان علاج الزوجة المريضة يجب على زوجها •

الضرورات الشرعية وليس هناك أقرب للزوجة من زوجها حال مرضها لأن في حفظ نفسها منفعة له فيما هو واجب له بحكم علاقتهما الزوجية والغرم بالغنم ، ناهيك لما في حفظ نفسها من منفعة وحفظ لولده فيما يحتاج إليه من إرضاع وتربية ، فقياس مرضها على ما يقع من الدار المستأجرة قياس يتعارض مع حفظ نفسها ، وهو أيضاً قياس لا يتفق مع واقع حالنا في هذا العصر بل مع أسس العلاقة الزوجية .

أما القاعدة الثانية فهي ما يجب للزوجة من حسن المعاشرة. وهذا اسم جامع للعديد من اللطائف والفضائل التي تجمع بين الزوج وزوجته، والأصل فيها الكتاب والسنة والمعقول . أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُمْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُمْ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾^(١). وفي هذا أمر من الله عز وجل للأزواج أن تكون العلاقة بينهم وبين زوجاتهم قائمة على حسن الصحبة ، لما يؤدي إليه ذلك من السكينة والمحبة ، وهو ما بيّنه الله عز وجل في آية أخرى بقوله: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾^(٢). قال الإمام القرطبي في تعليقه على الآية الأولى: استدلل علماؤنا بقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ على أن المرأة إذا كان لا يكفيها خادم واحد عليه أن يخدمها قدر كفايتها كابنة الخليفة والملك وشبههما ممن لا يكفيها خادم واحد وإن ذلك هو المعاشرة بالمعروف^(٣).

وأما السنة فقول رسول الله ﷺ (خيركم خيركم لاهله وأنا خيركم لاهلي)^(٤). وقوله عليه الصلاة والسلام: (لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره

(١) سورة النساء من الآية ١٩ .

(٢) سورة الروم الآية ٢٣ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن ج ٥ ص ٩٧ .

(٤) أخرجه ابن ماجة في كتاب النكاح ، باب حسن معاشرة النساء ، برقم ١٩٧٧ ، سنن ابن ماجة ج ١

ص ٦٣٦ .

منها خلقاً رضي منها آخر^(١). وقد اشرنا إلى ما قاله رسول الله ﷺ في حجة الوداع عن حق الزوجات على أزواجهن .

وأما المعقول فإن عدم حسن المعاشرة يقتضي عقلاً الشقاق ، وانعدام السكينة ، وسوء العلاقة وما يفضي إليه ذلك من العداوة ، وانعكاس ذلك كله على الولد ، وهذا ليس من حكمة الزواج الذي أراده الله سكينه وطمأنينة للزوجين ولولدهما .

قلت : فما دامت هذه مقاصد الشريعة من الزواج حساً ومعنى فهل يكون من حسن المعاشرة والمحبة أن يرى الزوج زوجته مريضة في بيته وتحت طاعته ويمتنع عن مداواتها ، إن علاج المرض قد يكون في حالات معينة أهم من الطعام ، فقد يصبر الجائع عن الطعام فترة من الوقت ولكنه قد لا يستطيع الصبر على المرض ، وعندئذ لا يكون للطعام معنى في حال المرض .. وإذا كان الفقهاء رحمهم الله يقولون بحق الزوجة في خادم يخدمها - وهذا أشد وطأة على الزوج - فمن باب أولى أن يكون لها حق التداوي من المرض ، وإلا نكون نأخذ بخلاف الأولى ، ونعطي الكثير ونمنع القليل .

وينبني على ما سبق والأصوب -والله أعلم- أن من حق الزوجة على زوجها مداواتها من المرض ، ودفع أجرة طبييها سواء كان مرضها عارضاً، أو مزمناً .

وخلاصة ما سبق أن من حق الزوجة على زوجها مداواتها من المرض، ودفع أجرة طبييها ، سواء كان مرضها عارضاً أو مزمناً ، وهذا مبني على قاعدتين: الأولى- قاعدة النفقة ، وهذه القاعدة شاملة لكل ما هو ضروري لحاجة الزوجة من الطعام والكساء . ولما كان التداوي يعد لإصلاح الجسد فقد اقتضى هذا وجوبه على الزوج لما فيه من حفظ للنفس ؛ وهذا الحفظ

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند ج ٢ ص ٣٢٩ .

• حكم ما إذا كان علاج الزوجة المريضة يجب على زوجها •

من الضرورات الشرعية ، لأن في حفظ نفس الزوجة منفعة لزوجها فيما هو واجب له بحكم علاقتهما الزوجية ، ناهيك بما فيه من منفعة لولده فيما يحتاج إليه من إرضاع وتربية .

القاعدة الثانية- ما يجب للزوجة من حسن المعاشرة ، وقد أمر الله بذلك في كتابه في قوله عز وجل: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ كما أمر بذلك رسوله ﷺ ، وليس من حسن المعاشرة أن يرى الزوج زوجته وهي مريضة في بيته ويمتنع عن مداواتها .

والله تعالى أعلم .

٢٥٨- حكم ما إذا كان يجوز التطهر بماء البحر .

سؤال من الأخ / سفيان عبيد من الجزائر يقول فيه: إذا أردت أن أصلي صلاة الفريضة أو النافلة ، ولم أجد أمامي إلا ماء البحر فهل يجوز لي أن أتطهر به ؟

الأصل في طهور ماء البحر الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَيُنْزِلُ عَلَيْكُمْ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً لِيُطَهِّرَكُمْ بِهِ﴾^(١). وقوله عز وجل: ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا﴾^(٢). وفي حكم عموم هذه الآية وشمولها لماء البحر قال أبو بكر الجصاص: «فإن قيل: قال الله تعالى ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا﴾ فجعل الماء المنزل من السماء طهوراً فإذا خالطه غيره فليس هو المنزل من السماء بعينه فلا يكون طهوراً ، قيل له: مخالطة غيره له لا تخرجه من أن يكون الماء هو المنزل من السماء . ألا ترى أن اختلاط الطين بماء السيل لم يخرجها من أن يكون الماء الذي فيه هو المنزل بعينه وإن لم يكن وقت نزوله من السماء مخالطاً للطين ، وكذلك ماء البحر لم ينزل من السماء على هذه الهيئة ، والوضوء به جائز لأن الغالب عليه هو الماء المنزل من السماء ، فهو إذاً مع اختلاط غيره به متطهر بالماء الذي أنزله الله من السماء وسماه طهوراً»^(٣).

أما السنة فما رواه أبو هريرة أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إنا نركب البحر ومعنا القليل من الماء فإن توضأنا به عطشنا أنتوضأ بماء البحر ؟ فقال رسول الله ﷺ: (هو الطهور ماؤه الحل ميتته)^(٤).

(١) سورة الأنفال من الآية ١١ .

(٢) سورة الفرقان من الآية ٤٨ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ج ٥ ص ٢٠٣ ، وانظر النبائية شرح الهداية لبدر الدين العيني ج ١ ص ٣٥٢-٣٥٣ ..

(٤) أخرجه الترمذي في أبواب الطهارة ، باب ما جاء في ماء البحر أنه طهور ، برقم ٦٩ ، سنن الترمذي ج ١ ص ١٠٠-١٠١ ، وقال: «حديث حسن صحيح» .

• حكم ما إذا كان يجوز التطهر بماء البحر •

قال بدر الدين العيني الحنفي أن رسول الله ﷺ لم يقل نعم عند سؤال الرجل ، لأنه لو قال نعم لم يجز الوضوء به إلا للضرورة لأنه سأل به بصفة الضرورة ، وكان يربط نعم بسؤاله فاستأنف بيان الحكم لجواز الوضوء به مطلقاً ^(١). وما رواه أيضاً ثوبان عن رسول الله ﷺ أنه قال: (الماء طهور إلا ما غلب على ريحه أو طعمه أو لونه) ^(٢).

والماء يشمل كل ما نزل من السماء أو نبع من الأرض كماء العيون والآبار والبحار. وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: (من لم يطهره البحر فلا طهره الله) ^(٣).

وأما الإجماع فقد ذكر الإمام النووي أن جمهور العلماء من الصحابة ومن بعدهم على أن ماء البحر لا يكره ، ولم يقل أحد خلاف ذلك سوى عبدالله بن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمرو بن العاص وسعيد بن المسيب فإنهم كرهوا الوضوء به ^(٤). لحديث ابن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: (لا يركب البحر إلا حاج أو معتمر أو غاز في سبيل الله فإن تحت البحر ناراً وتحت النار بحراً) ^(٥). وقد احتج القائلون بطهورية ماء البحر

(١) البناية شرح الهداية ج ١ ص ٣٥٧ .

(٢) رواه الدارقطني في كتاب الطهارة ، باب الماء المتغير ، برقم ١ ، سنن الدارقطني ج ١ ص ٢٨-٢٩ ، وفي سننه لرشد بن سعد ، قال الحافظ ابن حجر في تقريب التهذيب ص ٢٠٤ : «ثقة كثير الإرسال» ، وروى الحديث البيهقي بلفظ: (لَنْ لِلَّهِ طَاهِرٌ إِلَّا أَنْ تَغَيِّرَ رِيحَهُ أَوْ طَعْمَهُ أَوْ لَوْنَهُ بِمَجْلَسَةٍ تَحْدُثُ فِيهِ) . وأخرجه الطحاوي مرسلاً في شرح معاني الآثار كتاب الطهارة ، باب الماء يقع فيه النجاسة ، شرح معاني الآثار ج ١ ص ١٦ . وصحح أبو حاتم إرساله ، قال الشيخ ظفر أحمد العثماني في إعلاء السنن ج ١ ص ٢٤٤ : «قلت: المرسل بشروطه حجة عندنا ، وهو كذلك» ، فالقسم الأول من الحديث صحيح من حديث ابن عباس «الماء لا ينسج شيء» عند ابن حبان (١٢٤١) وصححه الحاكم ج ١ ص ١٥٩ . وأخرجه أبو داود والترمذي والترمذي في أبواب الطهارة ، باب ما جاء أن الماء لا ينسج شيء ، برقم ٦٦ ، سنن الترمذي ج ١ ص ٩٥-٩٦ ، وله شاهد من حديث أبي سعيد الخدري «الماء طهور لا ينسج شيء» في مسند الإمام أحمد ج ٣ ص ١٥-١٦ ، ٣١ .

(٣) أخرجه الإمام الشافعي في الأم ج ١ ص ٣ . وأخرجه البيهقي في كتاب الطهارة ، باب التطهير بماء البحر، السنن الكبرى ج ١ ص ٤ .

(٤) المجموع شرح المذهب ج ١ ص ٩٠-٩١ .

(٥) أخرجه أبو داود في كتاب الجهاد، باب في ركوب البحر في الغزو، برقم ٢٤٨٩ ، عن عبدالله بن عمرو =

بحديث (هو الطهور ماؤه) وبحديث (الماء طهور) ولأنه لم يتغير عن أصل خلقه فأشبهه غيره وأما حديث (تحت البحر نار) فضعيف بإتفاق المحدثين ولو ثبت لم يكن فيه دليل ولا معارضة بينه وبين حديث (هو الطهور ماؤه) ^(١). قلت: وقد اتفق عامة الفقهاء في الأمصار على أن ماء البحر طاهر مُطَهَّر وأن التطهر به جائز بلا خلاف بين ، ويشمل ذلك الوضوء وكل ما يزيل الحدث ^(٢).

وخلاصة المسألة أن ماء البحر طاهر مُطَهَّر ، وأن التطهر به جائز بلا خلاف بين ويشمل ذلك الوضوء وكل ما يزيل الحدث . والأصل في هذا الكتاب والسنة أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا لِيَطْهَرَكُمْ بِهِ﴾ . والماء يشمل كل ما نزل من السماء أو نبع من الأرض كالعيون والبحار والأنهار والآبار . وأما السنة فما روي أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ قائلاً: يا رسول الله إنا نركب البحر ومعنا القليل من الماء فإن توضعنا به عطشنا أنتوضأ بماء البحر ؟ فقال رسول الله ﷺ: (هو الطهور ماؤه الحل ميتته) .

والله تعالى أعلم .

=مرفوعاً ، سنن أبي داود ج ٣ ص ٦ ، قال النووي في معرض تعليقه على الحديث: «وأما حديث تحت البحر نار فضعيف بإتفاق المحدثين ، وممن بين ضعفه أبو عمر بن عبد البر . ولو ثبت لم يكن فيه دليل ولا معارضة بينه وبين حديث هو الطهور ماؤه ، المجموع ج ١ ص ٩١ .

(١) المجموع للنووي ج ١ ص ٩١ .

(٢) راجع : البناية شرح الهداية لبدر الدين العيني الحنفي ج ١ ص ٣٥٢ - ٣٥٧ ، والمعونة على مذهب عالم المدينة للبغدادي ج ١ ص ١٧٤ - ١٧٥ ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ١ ص ٢٣ ، الفواكه الدواني ج ١ ص ١٢١ ، وجامع الأحكام الفقهية للقرطبي ج ١ ص ٢٥ - ٢٦ ، والام للإمام الشافعي ج ١ ص ٣ ، والمجموع شرح المذهب ج ١ ص ٩٠ - ٩١ ، والحاري الكبير للماوردي ج ١ ص ٣٣ - ٣٨ ، وانظر كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ج ١ ص ٢٥ - ٢٦ ، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي ج ١ ص ١١٥ ، والمغني ج ١ ص ١٣ - ١٤ .

٢٥٩- الولي الذي يحق له تزويج المرأة .

سؤال من الاخ/ ف ... لعجال من الجوائر يقول فيه إن أباه قام على تربية أخته من أمه وأحسن إليها ثم قام بتزويجها دون إذن أبيها ، ويضيف قائلاً: إن أباهما قد أهملها وأساء إليها حتى صارت تنفر منه . فهل ما فعله أبوه من تزويجها يعد صحيحاً ؟

والجواب عن هذا يقتضي معرفة ما إذا كان يجوز للمرأة أن تتزوج بدون ولي ، وإذا كان لا يجوز لها ذلك فمن هو الولي الذي يحق له تزويجها ؟

أما عن وجود الولي من عدمه فقد اختلف الفقهاء حول ما إذا كانت الولاية شرطاً من شروط صحة الزواج أم ليست بشرط ؛ فذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن المرأة إذا زوجت نفسها ، أو أمرت غير الولي أن يزوجه فزوجها جاز النكاح ، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا ، فإن كان الزوج غير كفء ففي ظاهر الرواية أن للأولياء حق الاعتراض . ولأبي يوسف صاحب الإمام أبي حنيفة قول إن الزوج إن كان كفؤاً أمر القاضي الولي بإجازة العقد ، فإن أجازته جاز وإن أبى أن يجيزه لم يفسخ ولكن القاضي يجيزه فيجوز . أما محمد صاحب أبي حنيفة فيرى أن يتوقف نكاحها على إجازة الولي ، سواء كان الزوج كفؤاً أو غير كفؤ ، فإن أجازته الولي جاز وإن أبطله بطل ، إلا أنه إذا كان الزوج كفؤاً ينبغي للقاضي أن يجدد العقد إذا أبى الولي أن يزوجه منه ^(١) . وممن قال بعدم اشتراط الولي في الزواج إذا كان الزوج كفؤاً الأئمة: زفر والشعبي والزهري ^(٢) .

والذين جوزوا النكاح بغير ولي استدلوا بالكتاب والسنة. أما الكتاب فقول

(١) انظر في مذهب الإمام أبي حنيفة : كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي ج ٥ ص ١٠-١٣ ، وشرح فتح القدير لكمال بن الهمام ج ٣ ص ٢٥٥-٢٥٩ ، والبنية شرح الهداية للعيني ج ٥ ص ٧٠-٨١ .

(٢) المبسوط للسرخسي ج ٥ ص ١٠ ، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٨ .

الله تعالى: ﴿فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف﴾^(١). وقوله عزوجل: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾^(٢). وقوله: ﴿أن ينكحن أزواجهن﴾^(٣). فدل هذا على أنها تملك المباشرة بنفسها. وأما السنة فما ورد في حديث ابن عباس المتفق على صحته ، وهو قول رسول الله عليه الصلاة والسلام: (الأيام أحق بنفسها من وليها والبكر تستامر في نفسها وإنها صماتها)^(٤).

كما استدلوا بعدد من الأخبار والوقائع منها ما رواه ابن أبي شيبة عن كهمس عن ابن بريدة قال: جاءت فتاة إلى عائشة فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه لرفع خسيسته ، وإنني كرهت ذلك ، فقالت لها عائشة: انتظري حتى يأتي رسول الله ﷺ، فلما جاء رسول الله ﷺ أرسل إلى أبيها، فقالت: أما إذا كان الأمر إليّ فقد أجزت ما صنع أبي ، إنما أردت أن أعلم هل للنساء من الأمر شيء أم لا ؟^(٥). وما رواه البخاري أن خنساء بنت خدام الأنصارية زوجها أبوها وهي ثيب فكرهت ذلك، فأنت رسول الله ﷺ فرد نكاحها^(٦). ومن هذه الأخبار ما روي عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم أنهم قالوا بجواز النكاح بغير ولي . كما أن عائشة رضي الله عنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن غائب بالشام ، فلما رجع قال: أومئلي يفتات عليه في بناته ؟ فقالت عائشة رضي الله عنها: أو ترغب عن المنذر ؟^(٧).

(١) سورة البقرة من الآية ٢٣٤ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٣٠ .

(٣) سورة البقرة من الآية ٢٣٢ .

(٤) أخرجه مسلم في كتاب النكاح ، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت ، برقم ٦٤ ، ٦٥ . ٦٦ ، ٦٧ ، ٦٨ ، صحيح مسلم مع شرحي الأبي والسنوسي ج ٥ ص ٤٩-٥٢ .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب النكاح ، باب الرجل يزوج لبيته ، من قال يستامرهما ج ٤ ص ١٣٧-١٣٨ .

(٦) أخرجه البخاري في كتاب النكاح ، باب إذا زوج الرجل لبيته وهي كارهة فنكحه مردود ، فتح لبازي ج ٩ ص ١٠١ ، رقم الحديث ٥١٣٨ ، ٥١٣٩ .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي ، ج ٧ ص ١١٢-١١٣ ، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب النكاح ، باب من أجاز به بغير ولي ولم يفرق ج ٤ ص ١٣٤ .

ومنها أن امرأة زوجت ابنتها برضاها فجاء أولياؤها يخاصمونها إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه فاجاز النكاح^(١).

وذهب الإمام مالك إلى أنه لا يجوز النكاح إلا بولي ، وهذا شرط في صحة الزواج وذلك فيما رواه أشهب عنه ، وفي رواية ابن القاسم عن الإمام مالك قول بأن اشتراط الولاية سنة وليست بفرض ، وذلك فيما روي عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي ، أي أن شرط الولاية من شروط التمام خلافاً لبعض أصحاب الإمام الذين يرون الولاية من شروط الصحة^(٢). وفي هذا يقول الإمام أبو الوليد محمد بن رشد: «وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلاً عن أن يكون في ذلك نص ، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة ، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط أيضاً إسقاطها هي أيضاً محتملة في ذلك ، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها إلا حديث ابن عباس ، وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل لأن الأصل براءة الذمة»^(٣).

وفي مذهب الإمام الشافعي وأحمد لا نكاح إلا بولي^(٤). وفي مذهب أهل الظاهر لا يحل للمرأة نكاح - ثيباً كانت أو بكرأ - إلا بإذن وليها الأب أو الإخوة أو الجد أو الأعمام أو بني الأعمام - وإن بعدوا - والأقرب فالأقرب أولى^(٥).

(١) أخرجه البيهقي في كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي ، السنن الكبرى ج ٧ ص ١١٢ ، قال البيهقي: «وهذا الأثر مختلف في إسناده ومثله...» وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب النكاح ، باب من أجاز به بغير ولي ولم يفرق ج ٤ ص ١٣٣ .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام أبي الوليد محمد بن رشد ج ٢ ص ٨-٩ .

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ٩ .

(٤) انظر في مذهب الإمام الشافعي الام للإمام الشافعي ج ٥ ص ١٢-١٣ ، وانظر في مذهب الإمام أحمد المبدع في شرح المنع لابن مفلح ج ٧ ص ٢٧-٢٩ ، وكشاف القناع عن من الإقناع للبهوتي ج ٥ ص ٤٨-٤٩ .

(٥) المحلى بالأنوار للإمام ابن حزم ج ٩ ص ٢٥ .

واحتج المشترون للولي في النكاح بالكتاب والسنة . أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَلَا تَعْضِلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ﴾^(١) . وفي هذا خطاب للأولياء ولو لم يكن لهم حق الولاية لما نهوا عن العضل ، وقال الإمام الشافعي: هذه آية في كتاب الله تدل على أن النكاح لا يجوز بغير ولي ، واحتجوا أيضاً بقول الله تعالى: ﴿وَلَا تُنْكَحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾^(٢) . وهذا أيضاً خطاب للأولياء بأن لا ينكحوا المشركين ما داموا على شركهم . أما السنة فما رواه الزهري عن عروة عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها . فإن شتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)^(٣) . وما رواه أبو بردة عن أبي موسى أن رسول الله ﷺ قال: (لا نكاح إلا بولي)^(٤) . كما احتجوا بما رواه ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: (كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: الزوج وولي وشاهدا عدل)^(٥) .

وقد رد القائلون بعدم اشتراط الولي تلك الحجج فقالوا: إن قول الله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَلَا تَعْضِلُوهُنَّ﴾ ليس فيه أكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح ، وليس نهيهما عن العضل مما يفهم

(١) سورة البقرة من الآية ٢٣٢ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٢١ .

(٣) أخرجه الترمذي في كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي ، سنن الترمذي ج ٣ ص ٤٠٧-٤٠٨ ، رقم الحديث ١١٠٢ وقال: حديث حسن ، وأخرجه ابن ماجه في كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي ، سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٠٥ ، رقم الحديث ١٨٧٩ .

(٤) أخرجه الترمذي في كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي ، سنن الترمذي ج ٣ ص ٤٠٧ . رقم الحديث ١١٠١ . وأخرجه أبو داود في كتاب النكاح ، باب في الولي ، حديث رقم ٢٠٨٥ ، وأخرجه ابن ماجه في كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي ، رقم الحديث ١٨٨١ .

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه في كتاب النكاح ، ج ٣ ص ٢٢٥ ، وفيه أبو الخصيب ، قال: مجهول ، واسمه نافع بن ميسرة ، وأخرجه البيهقي في كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين ، السنن الكبرى ج ٧ ص ١٢٥ . وفيه مغيرة بن موسى ، قال البيهقي حدثنا البخاري قال: «مغيرة بن موسى بصري منكر الحديث» والصواب أن الحديث موقوف على ابن عباس رضي الله عنهما .

منه اشتراط إذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازاً بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم . أما قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ فهو أحرى أن يكون خطاباً لأولي الأمر من المسلمين ، أو لجميع المسلمين من أن يكون خطاباً للأولياء؛ فهو متردد بين مخاطبة الأولياء أو أولي الأمر ، فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر .. ولو قيل إنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إذنهم في صحة النكاح لكان مجعلاً لا يصح به عمل ، لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم، والبيان لا يجوز تأخيرها عن وقت الحاجة ، ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواتراً أو قريباً من التواتر لأن هذا مما تعم به البلوى.

ويستطرد الرد في القول بأن من المعلوم أنه كان في المدينة من لا ولي له ، ولم ينقل عن رسول الله ﷺ أنه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها ، وأيضاً فإن المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات . وأما حديث عائشة فمختلف في وجوب العمل به ، وما لا يتفق على صحته لا يجب العمل به؛ ذلك أنه حديث روي عن ابن جريج عن الزهري وحكى ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهري عنه فلم يعرفه ، والدليل على ذلك أن الزهري لم يكن يشترط الولاية ، ولا الولاية من مذهب عائشة ، كما أن حديث ابن عباس مختلف في رفعه، إضافة إلى الاختلاف في صحة الحديث الوارد في نكاح النبي عليه الصلاة والسلام أم سلمة وأمره لابنها أن ينكحها إياه^(١).

(١) انظر كتاب المبسوط لفنيس الدين السرخسي ج ٥ ص ١٠-١٣، و شرح فتح القدير للإمام ابن الهمام على الهداية شرح بداية المبتدي للبرغيناني ج ٣ ص ٢٥٥-٢٥٩، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ٢ ص ٩-١٢، والمبسوط للسرخسي ج ٥ ص ١٠-١١، وحديث أم سلمة هو أن رسول الله ﷺ خطبها وهي اعتذرت بأعذار من جعلتها أن أولياءها غيب، فقال ﷺ: (ليس في أوليائك من لا يرخص بي قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله) خاطب به عمر بن أبي سلمة وكان ابن سبع سنين . المبسوط ج ٥ ص ١٢ . قال الإمام ابن حزم في المحلى ج ٩ ص ٣٦: وهذا خبر إنما رويناه من طريق ابن عمر بن أبي سلمة وهو مجهول... مع أن عمر بن أبي سلمة كان يومئذ صغيراً لم يبلغ ، هذا لا خلاف فيه بين أحد-

قلت : ويتبين مما سبق أن مسألة الولي في الزواج يحكمها اجتهادان متعارضان اجتهاد يشترطه لصحة الزواج وآخر لا يشترطه ويرى أنه من حق المرأة ؛ فكما أنه يجوز لها التصرف في مالها يجوز لها التصرف في نفسها ولكل من الإجتهادين حججه من تفسير متباين لآية أو استدلال بحديث أو عدم الاستدلال به لخلاف حول صحته. ومع أن الإمام أبا حنيفة لا يشترط الولي إلا أن في المذهب من يحتاط فيجعل عقد المرأة في الزواج يتوقف على إجازة الولي ^(١). وسبب الإحتياط يرجع إلى عظم شأن الزواج وخطره وما يترتب عليه من آثار وحقوق للزوجين وأولادهما .

ومع تغير الأحوال بتغير الأزمان ، وما جد على العلائق بين الناس من تغير في السلوك تبعاً لواقع الزمن ومستجداته ، وما رافق ذلك من اختلاط في بعض المؤسسات التعليمية وما نشأ عن هذا الاختلاط من علاقات تؤدي إلى إختيار المرأة لزوجها دون إذن وليها بل وإصرارها على هذا الإختيار رغم ما قد يكون فيه من محاذير ، فإن الأصوب -والله أعلم- أن تكون الولاية شرطاً لصحة الزواج . ومع ما يؤيد هذا الشرط من الآيات والأحاديث التي استدلت بها القائلون على اشتراط الولي فإن في هذا الشرط ضمان للمرأة نفسها حين يساعدها وليها في إختيار الزوج الصالح لها، وفيه ضمان لأوليائها للحفاظ على سمعتهم ودرءاً لما قد ينشأ من مشكلات بينهم وبين أزواج لا يرغبون فيهم .

هذا من حيث العموم في مسألة الولاية أما من يحق له تزويج المرأة من الأولياء فالأب لكونه أشفق وأراق بابنته من غيره ثم يليه الجد ثم ابن المرأة

= من أهل العلم بالأخبار ، فمن الباطل أن يعتمد رسول الله ﷺ على عقد من لا يجوز عقده . وقال محقق كتاب المحلى الدكتور عبد الغفار البنداري: «هذا الخبر أخرجه أحمد والنسائي ، وهو ضعيف لأن الثابت أن عمر هذا كان عند تزوج أمه من النبي ﷺ كان قد ولد في السنة الثانية من الهجرة وتزوج النبي ﷺ أمه في السنة الرابعة . هامش المحلى ج ٩ ص ٣٦ .

(١) والقائل بالتوقف على إجازة الولي : هو الإمام محمد بن الحسن الشيباني ، المبسوط ج ٥ ص ١٠ .

* الولي الذي يحق له تزويج المرأة *

وإن نزل ثم أخوها لأبويها ثم لأبيها ثم الأقرب فالأقرب . وإن لم يكن لها ولي فيزوجها ولي الأمر (أي الحاكم) لأنه ولي من لا ولي له .

وعلى هذا فإنه لا ولاية لأبي الأخ السائل على أخته لأمه لأن وليها الشرعي هو أبوها ، فإذا كان عقد زواجها قد تم فينبغي تصحيحه ، وذلك بأن يذهب والدها إلى المختص بعقود الأنكحة ويعقد لها على زوجها إذا كانت راضية به ، ويشهد على هذا العقد شاهدا عدل ، ولا حرج عليها إن شاء الله فيما مضى بحسب أن الوطاء من باب الشبهة ، ما دام أن العقد تم حسب الاعتقاد بصحته .

ولما كانت مثل هذه المسألة تنشأ بين الأب وابنته نتيجة طلاق الأب لأمها ونحو ذلك ، فقد يكون من الملائم عرض هذه القضية على القضاء للفصل فيها وفقاً للوجه الشرعي الذي يراه القاضي .

وخلاصة المسألة : أن هناك خلافاً بين الفقهاء في مسألة الولي في الزواج ؛ فمنهم من يراه شرطاً لصحة الزواج فلا تزوج المرأة نفسها، ومنهم من لا يراه ويرى أن للمرأة الحق في أن تعقد الزواج لنفسها، ومنهم من يحتاط فيجعل عقد المرأة في الزواج يتوقف على إجازة وليها .

ومع تغير الأحوال بتغير الأزمان وما جد على العلائق بين الناس من تغير في السلوك تبعاً لواقع الزمن ومستجداته ، وما رافق ذلك من اختلاط في بعض المؤسسات التعليمية من جامعات وكليات ومدارس وما ينشأ عنه من علاقات تؤدي إلى اختيار المرأة لزوجها دون إذن وليها ، بل إصرارها على هذا الاختيار فإن الأصوب -والله أعلم- أن تكون الولاية شرطاً لصحة الزواج .

أما من يحق له تزويج المرأة من الأولياء فالأب ثم الجد ثم الابن ثم الإخوة ثم الأقرب فالأقرب . وإن لم يكن لها ولي فالحاكم لأنه ولي من لا ولي له . وعلى هذا فإنه لا ولاية لأبي الأخ السائل على أخته لأمه ، لأن وليها

الشرعي أبوها فإذا كان عقد زواجها قد تم فينبغي تصحيحه ، وذلك بأن يذهب أبوها إلى المختص بعقود الانكحة ويعقد لها على زوجها إن كانت راضية به ، ويشهد على ذلك شاهدا عدل ، ولا حرج عليها ولا على زوجها -إن شاء الله- فيما مضى بحسب أن الوطء من باب الشبهة ما دام أن العقد تم حسب الاعتقاد بصحته .

ولما كانت هذه المسألة تنشأ في الغالب بين الأب وبنته نتيجة طلاق أمها أو نحو ذلك من الخلافات الأسرية ، فقد يكون من الملائم عرض هذه القضية على القضاء للفصل فيها وفقاً للوجه الشرعي .

والله تعالى أعلم .

٢٦٠ - حكم من لم يحضر صلاة الجمعة لعذر.

سؤال من الأخ/ سفيان عبيد من الجزائر عن فضل صلاة الجمعة ، وإذا كان للمسلم عذر فهل تسقط عنه ، وإذا كان كذلك فما الأعذار المسقطة لها ؟

صلاة الجمعة فرض على الأعيان . والأصل في فرضيتها الكتاب والسنة والإجماع والمعقول . أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(١). والأمر بالسعي إلى الجمعة في الآية يدل على الوجوب والتكليف ، كما يدل تركه على الحرمة والذم ، وهو معنى قوله عز وجل: ﴿وَإِذَا رَأَوْا تِجَارَةً أَوْ لَهْوًا انفَضُّوا إِلَيْهَا وَتَرَكُوكَ قَائِمًا قُلْ مَا عِنْدَ اللَّهِ خَيْرٌ مِنَ اللَّهِو وَمَنِ التَّجَارَةِ وَاللَّهُ خَيْرُ الرَّازِقِينَ﴾^(٢).

وأما السنة فما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: (نحن الآخرون السابقون يوم القيامة ، بيد أنهم أوتوا الكتاب من قبلنا ، ثم هذا يومهم الذي فرض عليهم فاختلفوا فيه فهدانا الله ، قالناس لنا فيه تبع: اليهود غداً ، والنصارى بعد غد)^(٣).

(١) سورة الجمعة الآية ٩ .

(٢) سورة الجمعة الآية ٩ ، أنزلت هذه الآية في قافلة نحية بن خليفة الكلبى الأنصارى ، فقد قدم من الشام وكان من عادة أهل المدينة إذا جاءت القوافل تحمل الطعام يستقبلونها ، وصادف ذلك يوم الجمعة وكان رسول الله ﷺ يخطب على المنبر ، فتسلل عدد من المسلمين وخرجوا إلى السوق لرؤية القافلة فلم يبق مع رسول الله ﷺ إلا اثني عشر رجلاً وامرأة ، فنزلت هذه الآية . تفسير القرآن العظيم لابن كثير ج ٤ ص ٣٦٧-٣٦٨ .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الجمعة ، باب فرض الجمعة ، رقم الحديث ٨٧٦ ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري للشافع ابن حجر ج ٢ ص ٤١٢ ، وقد عرف الإسلام أول جمعة وكان ذلك قبل هجرة رسول الله ﷺ إلى المدينة ، فقد أنفذ إليها وهو في مكة مصعب بن عمير وأمره أن يقيم الجمعة في المدينة ، ولما وصل مصعب إلى المدينة نزل على أسعد بن زوارة . وكان من تبعاء الأنصار ، فأخبره بأمر الجمعة وأحب مصعب أن يشرف أسعد فأمره أن يتولى الصلاة بنفسه ، فعلى أسعد الجمعة في هي بني بياضة . انظر: الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج ١٨ ص ٩٨ .

وأما الإجماع فقد أجمعت الأمة على أن يوم الجمعة بين الخميس والسبت ، وأن صلاة هذا اليوم فرض عين على كل مسلم مكلف لم يكن له عذر كما سنرى . وأما المعقول فبأنه في يوم الجمعة تسقط صلاة الظهر وهذه صلاة مفروضة في الأصل ، فلا تسقط إلا لأداء فرض أكد هو يوم الجمعة . وللجمعة فضل عظيم وذلك فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة ثم راح فكانما قَرَّبَ بدنة ، ومن راح في الساعة الثانية فكانما قَرَّبَ بقرة ، ومن راح في الساعة الثالثة فكانما قَرَّبَ كبشاً أقرن ، ومن راح في الساعة الرابعة فكانما قَرَّبَ بجاجة ، ومن راح في الساعة الخامسة فكانما قَرَّبَ بيضة فإذا خرج الإمام حضرت الملائكة يستمعون الذكر) (١).

ولا يجوز للمسلم أن يتخلف عن صلاة الجمعة دون عذر ، لما رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما أنهما سمعا رسول الله ﷺ يقول على أعواد منبره: (لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات أو ليختمن الله على قلوبهم ثم ليكونن من الغافلين) (٢). وما رواه أبو الجعد الضمري أن النبي ﷺ قال: (من ترك ثلاث جمع تهاوناً بها طبع الله على قلبه) (٣). وفي حديث آخر: (من ترك الجمعة ثلاث مرات من غير ضرورة طبع الله على قلبه) (٤).

وتسقط صلاة الجمعة عمن له عذر عن حضورها وأهل الأعذار هم :

غير المكلفين : فلا تجب إلا على المسلم البالغ العاقل المكلف . ولا تجب

(١) أخرجه البخاري في كتاب الجمعة، باب فضل الجمعة، فتح الباري ج ٢ ص ٤٢٥-٤٢٦. رقم الحديث ٨٨١.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب الصلوات ، باب في تفريط الجمعة وتركها ، المصنف ج ٢ ص ١٥٤ .

(٣) أخرجه الترمذي في أبواب الصلاة ، باب ما جاء في ترك الجمعة من غير عذر . سنن الترمذي ج ٢ ص ٣٧٣ ، رقم الحديث ٣٧٣ ، وأخرجه ابن ماجه في كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها ، باب فيمن ترك الجمعة من غير عذر ، سنن ابن ماجه ج ١ ص ٣٥٧ ، رقم الحديث ١١٢٥ .

(٤) أخرجه ابن ماجه في كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها ، باب فيمن ترك الجمعة من غير عذر ، سنن ابن ماجه ج ١ ص ٣٥٧ ، رقم الحديث ١١٢٦ .

• حكم من لم يحضر صلاة الجمعة لعذر •

على غير المسلم ، ولا على الصغير ، ولا على المجنون ، لحديث (رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصغير حتى يكبر ، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق)^(١) . أما السكران فيقضيهما ظهراً إذا أفاق .

النساء : لا تجب صلاة الجمعة على النساء . وقال ابن المنذر : « وأجمعوا على أن لا الجمعة على النساء ، وأجمعوا على أنهنَّ إن حضرن الإمام فصلين معه ، أن ذلك يجزئ عنهن »^(٢) . على أن يكن في منأى عن الرجال .

المسافرون : لا تجب الجمعة على المسافر ، لما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فعليه الجمعة في كل يوم الجمعة إلا مريضاً أو مسافراً أو امرأة ، أو مملوكاً)^(٣) . وكان رسول الله عليه الصلاة والسلام وأصحابه لا يجمعون إذا كانوا في سفر ، فإن حضر المسافر صلاة الجمعة في المكان الذي يقيم فيه أو كان ماراً به ففي ذلك خير .

المرضى : فلا تجب الجمعة على المريض الذي لا يستطيع حضورها ، أو كان يستطيعه ولكن يمشقة ، للحديث المشار إليه آنفاً ، وعليه أن يصلها في بيته ما استطاع .

الرحل : لا تجب الجمعة على الرجل كالذين ينتقلون من مكان إلى آخر وذلك لفقدهم الاستقرار ، فإن استقروا في مكان تقام فيه الجمعة أو كانوا قريباً منه وسمعوا النداء ، لزمتهم الجمعة لما روي أن رسول الله ﷺ قال: (الجمعة على من سمع النداء)^(٤) .

(١) أخرجه ابن ماجة في كتاب الطلاق ، باب طلاق العترة ، والصغير والنائم ، برقم ٢٠٤١ ، سنن ابن ماجة ج ١ ص ٦٥٨ .

(٢) الإجماع لابن المنذر ص ٤٤ ، تحقيق الدكتور أبو حماد ، طبع مكتبة الفرقان .

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة ، باب الجمعة للمملوك والمرأة ، سنن أبي داود ج ١ ص ٢٨٠ ، رقم الحديث ١٠٦٧ .

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة ، باب من تجب عليه الجمعة ، سنن أبي داود ج ١ ص ٢٧٨ ، رقم الحديث ١٠٥٦ ، قال أبو داود: روى هذا الحديث جماعة عن سفيان مقصوراً على عبد الله بن عمر ولم يرفعه وإنما أسنده قبيصة .

الآخطار الحائلة : ومن ذلك دخول العدو البلاد ، أو الحرائق أو الزلازل أو الفيضانات ، أو الخوف ونحو ذلك مما يعد في حقيقته واقعاً يتعذر معه على المكلف حضور صلاة الجمعة ^(١).

قلت : فمن كان من هؤلاء سقطت عنه الجمعة ولا جناح عليه إن شاء الله وعليه أن يصليها ظهراً .

وخلاصة المسألة: أن الجمعة فرض عين على المسلم المكلف البالغ العاقل والأصل في وجوبها الكتاب والسنة والإجماع والعقول . ولا يجوز للمسلم أن يتخلف عنها دون عذر ، لقول رسول الله ﷺ: (لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات أو ليختمن الله على قلوبهم ثم ليكونن من الغافلين). وتسقط صلاة الجمعة عن له عذر عن حضورها ، وأهل الأعذار هم :

غير المكلفين كالصغير والمجنون ، والنساء ، والمسافرين ، والمرضى ، والرحل ، وكل من يواجه خطراً حالاً كما هو الحال في الحروب والفيضانات ، أو الزلازل أو الحرائق ، ونحو ذلك مما يعد واقعاً يتعذر معه على المكلف حضور صلاة الجمعة ، فمن كان من هؤلاء سقطت عنه الجمعة ويصليها ظهراً ، ولا جناح عليه - إن شاء الله - .
والله تعالى أعلم .

(١) انظر في وجوب صلاة الجمعة وفضلها ومن تجب عليه ومن لا يلزمه حضورها لعذر :

في المذهب الحنفي : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ج ١ ص ٢٥٨-٢٦٣ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام على الهداية للمرغيناني ج ٢ ص ٤٩-٥١ ، وحاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٢ ص ١٣٦-١٣٩ ، والفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ج ١ ص ١٥٩-١٦٣ . وانظر في مذهب الإمام مالك: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ١ ص ١٥٧-١٦٥ ، وجامع الأحكام الفقهية للقرطبي ج ١ ص ٢٦١-٢٦٢ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريدي ج ١ ص ٣٧٢-٣٨٥ . وانظر في مذهب الإمام الشافعي : الأم للإمام الشافعي ج ١ ص ١٨٩-١٩٠ ، والحاوي الكبير للماوردي ج ٣ ص ٣١-٣١ ، والمهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي ج ١ ص ١٠٩-١١٠ ، وروضة الطالبين للنووي ج ٢ ص ٣-٧ ، ٣٤-٤١ .

وانظر في مذهب الإمام أحمد : شرح الزركشي على مختصر الخرقي ج ٢ ص ١٩٧-٢٠٣ ، والبيدع في شرح المقنع لابن مفلح ج ٢ ص ١٤٠-١٤٦ ، والإنصاف في معرفة الرائج من الخلاف للمرداوي ج ٢ ص ٣٦٥-٣٧٦ ، وكشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ج ٢ ص ٢٢-٢٨ .

وانظر في مذهب أهل الظاهر : المحلى بالآثار للإمام ابن حزم ج ٣ ص ٢٥٢-٢٦٢ .

٢٦١- حكم متعة الطلاق وما يجب فيها .

سؤال من الأخت أم محمد .. س.. عن حكم متعة الطلاق وما يجب فيها؟
للطلاق من حيث العموم تأثير نفسي ثقیل على المطلقة ، فهي تفقد بيتاً عاشت فيه ، وزوجاً مال عنها ، وولداً ربما يميل عنها مثلما مال عنها أبوه . وتفقد حياة الفتى مع زوج أعطته كل ما تملك من نفسها . وقد يكون الطلاق أكثر إيلاًماً عندما تكون المطلقة قد فقدت أسرتها التي خرجت منها إلى بيت الزوج ، أو عندما تكون قد استعدت للزواج من زوج كانت تنتظره بعد أن عقد عليها ثم ما لبث أن طلقها ، فأصبحت -كما يقول الفقهاء- في حالة من الاستيحاش.

ولما كان الطلاق أبغض الحلال إلى الله لما له من آثار على المطلقة ، فقد اهتم الإسلام بمسألة الزواج فجعل غايته العصمة والبعد عن الحرام ، وأكد معنى الصحبة فيه . وفي هذا قال الله عز وجل: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يستفكرون﴾^(١). كما أكد معنى الولد وذلك في قوله عز وجل: ﴿والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة﴾^(٢). كما أكد الإسلام الأجر في الزواج ، حين قال رسول الله ﷺ: (وفي بضع أحدكم صدقة) قالوا: يا رسول الله أيأتي أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر؟ قال: (نعم . أرايتم لو وضعها في حرام كان عليه وزر فكنذلك إذا وضعها في الحلال كان له أجر)^(٣).

وفي المقابل كره الإسلام الطلاق لآثاره على الزوجين وولدهما ، وفي

(١) سورة الروم الآية ٢١ .

(٢) سورة النحل من الآية ٧٢ .

(٣) أخرجه مسلم في كتاب الزكاة ، باب بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف ، صحيح مسلم مع شرحي الأبى والسننسي ج ٣ ص ٤٦٧-٤٦٨ ، رقم الحديث ٥٢ .

هذا قال رسول الله ﷺ: **﴿أبغض الحلال إلى الله الطلاق﴾** ^(١). ونهى الإسلام عن الزواج الذي كان القصد منه مجرد «التغيير» وابتغاء الشهوة، لا الاستقرار والدوام . وفي هذا يشير الحافظ ابن حجر: أن المواجهة بالطلاق خلاف الأولى لأن ترك المواجهة أرفق وألطف ^(٢).

وغاية متعة الطلاق التخفيف من الآثار التي تنتج منه ، فهي مشتقة مما ينتفع به من مال أو متاع . وقد عرفها الشيخ الشربيني الخطيب بأنها: «مشتقة من المتاع ، وهو ما يستمتع به والمراد بها مال يجب على الزوج دفعه لامراته المفارقة في الحياة بطلاقه ، وما في معناه بشروط» ^(٣).

والأصل في متعة الطلاق قول الله تعالى: **﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين﴾** ^(٤). وقوله عز وجل: **﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين﴾** ^(٥).

وفي هذا قال الإمام القرطبي: إن قول الله **﴿ومتعوهن﴾** أي أعطوهن شيئاً يكون متاعاً لهن . وقد حملة ابن عمر وعلي بن أبي طالب والحسن بن أبي الحسن وسعيد بن جبير وأبو قلابة والزهري وقتادة والضحاك بن مزاحم على الوجوب ، وقد تمسك هؤلاء بمقتضى الأمر ، وحملة أبو عبيد ومالك بن أنس وأصحابه والقاضي شريح وغيرهم على الندب ، وقد تمسكوا بقوله تعالى **﴿حقاً على المحسنين﴾** و**﴿حقاً على المتقين﴾** ولو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين ^(٦).

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق ، باب في كراهية الطلاق ، سنن أبي داود ج ٢ ص ٢٥٢-٢٥٤ . رقم الحديث ٢١٧٨ . قال الحافظ ابن حجر في الفتح ج ٩ ص ٢٦٩: «هو حديث أخرجه أبو داود وغيره» وأعل بالإرسال.

(٢) فتح الباري ج ٩ ص ٢٦٩ .

(٣) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج شرح الشيخ الشربيني الخطيب على متن للنهجا لجيى ابن شرف النووي ج ٣ ص ٢٤١ .

(٤) سورة البقرة من الآية ٢٣٦ .

(٥) سورة البقرة من الآية ٢٤١ .

(٦) جامع الاحكام الفقهية للإمام القرطبي من تفسيره ج ٢ ص ٣٨٦ .

ويقول القرطبي: والقول الأول أولى لأن عمومات الأمر بالإمتاع في قوله ﴿متعوهن﴾ وإضافة الإمتاع إليهن بلام التملك في قوله ﴿وللمطلقات متاع﴾ أظهر في الوجوب منه في النذب ، وقوله ﴿على المتقين﴾ تأكيد لإيجابها ، لأن كل واحد يجب عليه أن يتقي الله في الإشارك به ومعاصيه وقد قال تعالى في القرآن: ﴿هدى للمتقين﴾ . انتهى (١).

وقد بين الله في كتابه العزيز حالة المطلقات ومالهن من حقوق كما يلي:
الحالة الأولى: مطلقة سبق الدخول بها ومفروض لها المهر- وفي هذا قال الله تعالى: ﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا﴾ (٢). فاقترضى هذا أنه لا يحل للزوج المطلق أخذ شيء من المهر الذي دفعه لزوجته إلا في حالة الخلع .

الحالة الثانية: مطلقة لم يفرض لها مهر ولم يمسسها الزوج- وفي حقها قال الله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين﴾ (٣). وفي هذا أمر من الله بإمتاعها تعويضاً لها عما فاتتها من الزواج .

الحالة الثالثة: مطلقة مفروض لها ولم يمسسها الزوج- وقد قال الله في حقها: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون﴾ الآية (٤). وفي هذا أمر من الله بإعطائها نصف الصداق إلا إذا عفت عنه.

الحالة الرابعة: مطلقة مسسها الزوج ولكن لم يفرض لها صداقاً ، وفي حقها قال الله تعالى: ﴿فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة﴾ (٥).

(١) الجامع للأحكام للفقيه ص ٣٨٦ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٢٩ .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٣٦ .

(٤) سورة البقرة من الآية ٢٣٧ .

(٥) سورة النساء من الآية ٢٤ .

وقد تعرض الفقهاء رحمهم الله لهذه المسألة ، ففي مذهب الإمام أبي حنيفة تجب المتعة لمن فوضت أمرها لوليها فزوجها بلا مهر ، ثم طلقت قبل الدخول وكانت الفرقة من جهة الزوج . ومقدار المتعة نصف المهر إذا كان الزوج غنياً وفي الفتاوى الهندية للمتعة ثلاثة أوجه: متعة واجبة ، وهي للمطلقة التي أشير إليها آنفاً . ومستحبة للتي طلقت بعد الدخول . وغير واجبة ولا مستحبة للتي طلقت قبل الدخول وقد سُمي لها مهر ^(١).

وفي مذهب الإمام مالك أن المتعة مستحبة (أو مندوبة كما ذكر) وهي مشروعة لجبر قلب المرأة من فجيعة الطلاق ، فيؤمر بها لكل امرأة اختار الزوج طلاقها ولا اختيار لها فيه ، ما لم تطلق قبل الدخول وقد فرض لها . والمستحب في قدرها أن يكون على قدر حاله من عسره ويسره ^(٢).

وفي مذهب الإمام الشافعي أن الطلاق ينقسم إلى ثلاثة أقسام: قسم يوجب المتعة ، وهو طلاق المفوضة التي لم يسم لها صداق ، ولا فرض لها بعد العقد صداق إذا طلقت قبل الدخول ، فلا ينصف لها صداق وليس لها إلا متعة إذا لم يكن لها مهر ، وهذه المتعة تعد واجبة لأنها قد ابتدئت بالعقد الذي لم تملك له بدلاً ، فاقتضى أن تكون المتعة فيه بدلاً لثلاث تصير مبتذلة بغير بدل . وأما القسم الذي لا يوجب المتعة فهو الطلاق قبل الدخول لمن سمي لها مهر بالعقد ، أو فرض لها مهر قبل الطلاق وبعد العقد فلها نصف المهر المسمى أو المفروض ، ولا متعة لها لأن الله تعالى قال: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ فلم يجعل لها إلا نصف المهر . وأما القسم الثالث فمختلف فيه وهو الطلاق بعد الدخول لمن سمي لها مهر أو لم يسم ، فلها المهر المسمى أو مهر المثل إن لم يكن مسمى ، وفي وجوب المتعة قولان للإمام الشافعي

(١) الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ج ١ ص ٢٣٤-٢٣٥ ، وحاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٣ ص ١١٠-١١٢ .

(٢) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس ج ٢ ص ١٢١ ، وحاشية النسوي للسوقي على الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٤٢٥ .

• حكم متعة الطلاق وما يجب فيها •

فقوله القديم لا متعة لها لأن الله أوجب المتعة بشرطين هما: عدم المهر وعدم الدخول فلم يجز أن يجب بفقدهما ، أما قوله الجديد فلها المتعة لقول الله تعالى: ﴿والمطلقات متاع بالمعروف﴾ فكان على عمومها إلا ما خصه الدليل في المطلقة قبل الدخول وليس لها مهر مسمى ^(١).

وفي مذهب الإمام أحمد إذا طلقت المفوضة قبل الدخول والفرض فليس لها إلا المتعة ، وقد نص على هذا الإمام أحمد ، وعنه أن لها نصف مهر المثل لأنه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول فيوجب نصفها بالطلاق قبله ، كالتي سمي لها. والمذهب الأول لقول الله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن﴾ ولا متعة لغيرها في ظاهر المذهب ، لأنه لما خص بالآية من لم يفرض لها ولم يمسه دل على أنها لا تجب لدخول بها ولا مفروض لها . وعنه لكل مطلقة متاع لقول الله تعالى: ﴿والمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين﴾ ^(٢).

وعند الإمام ابن حزم: «إن المتعة فرض على كل مطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً - أو آخر ثلاث - وطئها أو لم يطأها ، فرض لها صداقها أو لم يفرض لها شيئاً أن يمتعها ، وكذلك المفتدية أيضاً ، ويجبره الحاكم على ذلك أحب أم كره ، ولا متعة على من انفسخ نكاحه منها بغير طلاق ، ولا يسقط التمتع عن المطلق مراجعته إياها في العدة ولا موته ولا موتها - والمتعة لها أو لورثتها من رأس ماله يضرب بها مع الغرماء ، وإن تعاسر في المتعة قضى على الموسر لها سواء كان عظيم اليسار أو زاد فضلة عن قوته وقوت أهله خادم بشتغل بالخدمة» ^(٣).

بشتغل

(١) الحاوي الكبير للإمام الماوردي ج ١٢ ص ١٨١-١٨٧ ، وروضة الطالبين للإمام النووي ج ٧ ص ٣٢١-٣٢٣ ، ومعني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج للشربيني الخطيب على متن المنهاج للنووي ج ٣ ص ٢٤١-٢٤٢ .

(٢) انظر في مذهب الإمام أحمد الكافي للإمام ابن قدامة ج ٤ ص ٣٥٦-٣٥٧ ، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج ٧ ص ١٦٩-١٧٠ .

(٣) المحلى بالآثار للإمام ابن حزم ج ١٠ ص ٣ .

قلت : هذه خلاصة آراء الفقهاء في متعة المطلقة ، ومنها يتبين أن منهم من يقول بأنها مندوبة وليست بواجبة ، ومنهم من يقول بوجوبها لكل مطلقة والذين قالوا بالوجوب استدلوا بقول الله عز وجل: ﴿وَالْمَطْلَقَاتُ مَتَاعٌ﴾ وهذا مما يقتضي العموم والشمول لكل مطلقة ، كما استدلوا بقول الله عز وجل: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ و﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ وهذا فيه اعتماد الوجوب وتوكيده لأن كل واحد ملزم أن يكون محسناً فيما يكون فيه مناط دينه وديناه ، كما أن كل واحد ملزم أيضاً أن يكون مستقيماً فيما فيه مناط دينه وديناه .

ولعل القول بالوجوب هو الصواب ، لأن الأصل في الزواج استمراره ودوامه ، والطلاق هو الاستثناء من هذا الأصل ، وقد يكون للاستثناء مبرراته وأحواله ، وقد لا يكون له ذلك حين يستخف الزوج بحق الزوجة فيطلقها دون سبب منها ، وينكر ما كان بينه وبينها من المعاشرة . فيغتمطها حقها ، وينسى ما كان بينه وبينها من المودة ويظلمها ناسياً قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَنسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾^(١).

والزوجة بعد الطلاق تكون أكثر ألماً وأشد حاجة وأضعف حالاً ؛ فليس أشد قسوة عليها من حال زوج موسر يطلقها ويتخلى عنها وهي في حالة إعيار وضنك ، فإماتاعها حينئذ بما ينفعها ويخفف حاجتها مقصد من مقاصد الزواج ناهيك أنه أمر من الله لكل من يتقيه من عباده .

أما مقدار هذه المتعة فاختلف الفقهاء فيه أيضاً فمنهم من يرى أن تكون المتعة ملابس متوسطة الجودة ، ومنهم من يراها عدة دراهم ، أما ابن عباس فيرى أن أرفع المتعة خادم ثم كسوة ثم نفقة .

قلت : هذا يخضع للزمان ، وحال الزوج ، وقدرته ، لأن الله جل وعلا قال: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾ فإن لم يستطع الزوج معرفة

(١) سورة البقرة من الآية ٢٣٧ .

ما يجب عليه أو اشتكت الزوجة مما قدره الزوج وجب تقدير مقدار المتعة من قبل القضاء .

وخلاصة المسألة : أن المراد من متعة الطلاق دفع مال وما في معناه من قبل الزوج لزوجته بعد فراقه منها ، لكي تنتفع به ، ومشروعيتها ثابتة بنص الكتاب في قول الله تعالى: ﴿ومتعوهن﴾ وقوله ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين﴾ . ومن الفقهاء من قال بأنها مندوبة ، ومنهم من قال بوجوبها للمطلقة التي لم يفرض لها مهر ولم يمسسها الزوج ، ومنهم من قال بوجوبها لكل مطلقة أخذت بالعموم في الآية . ولعل هذا هو الصواب لأن الأصل في الزواج استمراره ، ودوامه ، والطلاق هو الاستثناء منه ، وقد يستخف الزوج بحق الزوجة فيطلقها دون سبب منها ، وينكر ما كان بينه وبينها من حسن المعاشرة فيغطمها حقها . والزوجة بعد الطلاق تكون أكثر الملأ ، وأشد حاجة ، وأضعف حالاً فليس أشد قسوة عليها من حال زوج موسر يطلقها ، ويتخلى عنها وهي في حال من الإعسار والضنك ؛ فإمتاعها حينئذٍ بما ينفعها ، ويخفف حاجتها مقصد من مقاصد الزواج ، ناهيك أنه أمر من الله لكل من يتقيه من عباده . أما مقدار هذه المتعة فاختلف الفقهاء فيه ، ولعل هذا يخضع لحال الزمان ، وحال الزوج وقدرته لأن الله جل وعلا قال: ﴿على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾ فإن لم يستطع الزوج معرفة ما يجب عليه ، أو اشتكت الزوجة مما قدره الزوج وجب تقدير ذلك من قبل القضاء .

والله تعالى أعلم .

شكر وتقدير

يشكر صاحب المجلة وإدارتها الأخ / عبد الحفيظ مبروك والأخت / خديجة نورال على قيامهما بترجمة «رسالة في فقه الحج والعمرة» إلى اللغة السويدية وذلك لمساعدة إخواننا مسلمي السويد على معرفة شعيرة الحج والعمرة من خلال لغتهم الأصلية.

كما يشكر صاحب المجلة وإدارتها الأخ الشيخ / عبد الكريم لعلام صاحب مركز الدراسات والبحوث الإسلامية بالسويد على ما قام به في هذا السبيل انطلاقاً من جهوده في خدمة الأجيال المسلمة في الدول الاسكندنافية .

261- A ruling on the value of the Mut'ah of divorce

A question from sister, Um Muhammad about the ruling on the Mut'ah of divorce?

Answer: the Mut'ah of divorce is an amount of money or what is equivalent to be paid by the husband to his wife after divorcing her for her benefit. It is legalized by the Book of Allah, Who says: "And grant them mut'ah", and, "And divorced women are entitled to mut'ah due on God-fearing men."

Some jurists say mut'ah is only recommended; while others believe it is mandatory to give to a woman whose husband divorces her before touching her and before assigning a dower for her. Other jurists believe that mut'ah is due to every divorced woman at large as deduced by the apparent meaning of the above-sighted ayah.

This, most likely, is the preponderant opinion; because the basic purpose of marriage is its continuity as a basic rule; while divorce is exception. A husband may take the wife's right lightly, and he would divorce her for no reason on her part, and would deny the smooth relationship between him and her, and so he ignores her right. While a woman after divorce suffers more, and becomes more weakly and needy. There is nothing harsher to a wife than to be divorced by a well-off husband, who neglects her at a time of need. Granting her a mut'ah in that case, which benefits her, and alleviate her suffering is one of the purposes of marriage, let alone the fact that it is a divine command to those who fear Him from His slaves.

As for the amount of the mut'ah, jurists are at variance regarding this issue. It is probably subject to the era, husband's financial condition, and ability, because Allah says: "And grant them mut'ah; the well-off according to his ability, and the less fortunate according to his ability. If a husband does not know how much to give, or if the wife sues him objecting the estimation of her husband, a court should decide the amount.

Allah, the Exalted, knows best.

260- A ruling on a person who does not attend Salat al-Jumu'ah for a valid reason

A question from brother, Sufyan Ubaid about the merits of attending Jumu'ah prayer, and whether a Muslim can miss it if he has a valid reason. If so, what are the valid reasons to miss Jumu'ah prayer?

Answer: Salat al-Jumu'ah is obligatory on a chargeable, mature, sane Muslim. Its obligation is based on the Qur'an, the Sunnah, and reason. It is not permissible to a Muslim to miss it without a valid reason, because the Messenger of Allah warned: "Let those people, who neglect attending Jumu'ah prayer, or else Allah would seal their hearts and they would turn to be heedless."

Jumu'ah prayer may be missed by exempted people for valid reasons. They are: Underage-children, insane people, women, travelers, sick people, nomads, and people who live in disaster areas; such wars, floods, earthquakes, fires, or the like, which makes it very difficult for such people to attend or hold Jumu'ah prayer. Such people are exempted from Jumu'ah prayer; and in that case they should perform regular Dthuhr prayer instead with no harm on them, in sha Allah.

Allah, the Exalted knows best.

consummated it should be corrected. Her father should go to a marriage officer, to make a marriage contract for her to marry her husband if she consents to, and two trustworthy witnesses should testify to this contract. There is no harm for her or her husband, in sha' Allah, for their previous marital status since both believed in its validity, and because their first contract was only doubtful contracts.

Since this type of disaccord between the daughter and her father is common as a result of divorcement of her mother, or similar family disputes, then it is appropriate to submit this case to court to issue its verdict on it.

Allah, the Exalted, knows best

259- The guardian who is entitled to give his female dependent in marriage.

A question from brother, La'jal from Algiers in which he says that his father raised his sister from his mother, and was kind to her. When she grew up, he gave her in marriage without her father's consent. He added that her father neglected her and was unkind to her to the point that she could not stand him. Now he asks whether his father did was right?

Answer: Jurists are at variance regarding the guardian in marriage; some believe he is a precondition for validity of marriage; thus, it is unlawful for a woman to give herself in marriage. Others believe that a woman has the right to consummate her own marriage contract; while some are cautious and hold a guardian as a precondition for the validity of marriage.

By change of conditions and time, along with the change of relations between people, and behavior according to the new requirements of the era; such as consorting between men and women in educational institutions, universities, colleges, and schools which facilitates relations between males and females. This type of relation helps a woman to choose her future husband; in fact, to insist on her choice without the consent of her parents. Based on that, the correct answer is to say that the consent of the guardian should be held as a precondition for the validity of marriage.

As for who among a woman's male next of kin is entitled to give a woman in marriage it should be considered according to the following order: the father, the grandfather, the son, the brothers, then the closer and closer. If she does not have a guardian, then the ruler or a judge is considered as her guardian; for such personnel is the guardian of guardian less woman.

Based on the above, the father of the enquirer is not entitled to be a guardian of his sister from his mother; for her legal guardian is her own father. If her marriage contract is already

258- A ruling on whether it is permissible to use seawater for Wudhu'

A question from Sufyan Ubaid from Algiers saying, 'Is it permissible to use seawater to perform Wudhu' for obligatory or supererogatory Salat if there is no other water for that purpose?

Answer: Seawater is pure and purifying; therefore, using it for Wudhu' is permissible beyond doubt. Its water can be used for Wudhu and ghusl for major defilement. This is based on the book of Allah, and he Sunnah.

As for the Book, Allah, the Exalted, says, 'And We send down from the sky pure water to purify you therewith'.

Water includes what comes down from the sky, and what springs from the ground; such as springs, oceans, rivers, and wells.

As for the Sunnah, a man asked the Messenger of Allah, may Allah exalt his mention: O Messenger of Allah! We travel by sea, having limited supply of fresh water; if we use it for Wudhu' we run short of it and suffer thirst. Shall we use seawater for Wudhu'? The Messenger of Allah, may Allah exalt his mention, said, 'Do so. Seawater is pure water, and its dead animal is lawful to eat.'

Allah knows best.

CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW

Dr. Abdur Rahman Hassan Al Nafisah

257- Ruling on whether it is the husband's duty to pay for his wife's medical treatment and medication.

A question from a number of brothers & sisters who ask whether it is the husband's duty to pay for his wife's medical treatment and medication when she falls ill. If it is so, how long should he keep covering such cost, particularly if she is chronically ill?

Answer: It is the right of the wife upon her husband to cover the cost of her medical treatment and medication whether her sickness is minor or critical. This ruling is based on two factors:

The first, the maintenance of the wife. This factor is inclusive of all necessities of the wife, such as food and clothing. Since medical treatment helps maintain physical health, then it is incumbent on the husband to look after his wife; for medical treatment is a means of preserving life, which is one of the legal necessities because preserving wife's health is beneficial to her husband by virtue of their spousal relations, let alone the benefit of his children in terms of suckling, feeding and rearing.

The second, it is the duty of the husband to look after his wife as part of maintaining good relations with her as commanded by Allah, Who says: "And treat them in an appropriate manner." So did the Messenger of Allah, may Allah exalt his mention. It is not appropriate manner on the husband's part to see his wife suffer while she living with him and refuses her medical treatment.

Allah knows best.

If imprisonment was a result of malicious intent lawsuit by someone, then the specialized authority to handle the case of compensating the defendant is the public court.

If the sentence of imprisonment was by issued, without a court order, by members of law enforcement body, then the specialized authority to handle the case of compensating the defendant is the court of complaints, or the administrative court.

If the sentence is issued by virtue of a court order from the Attorney General, then the authorized authority to settle the compensation case is the office of the Attorney General itself.

If the sentence is issued by virtue of a court order other than the Public Court, then the authorized court to settle the issue of compensation is the court of complaints, or the administrative court.

However, if the sentence of imprisonment is issued by a judicial authority, which the law does not allow appealing its verdicts in the Complaint Court, then the court to settle the issue is the same court which issued the verdict in the first place.

I ask Allah to help maintain sincerity in my actions and utterances. May Allah exalt the mention of our Prophet Muhammad, his household, and Companions.

applies to damages which are inevitable in the future but are not readily available.

According to the Fiqh of regulations and judicial system, it is decided covering mental or moral damages.

To suffer damages or to be imprisoned under malicious accusation on the part of the plaintiff is not sufficient for compensation. While the burden of proving the existence of the cause-effect relation, unless it is obvious, lies on the defendant or his guardian.

In order to pay compensation for imprisonment it is necessary to prove the following conditions: the occurrence of imprisonment, the occurrence of damages, and the existence of cause-effect relation between the action and the damages.

As for damages, which constitutes a precondition for compensation should be proven to be done maliciously.

The preponderant opinion is to compensate the defendant for the mental damages he sustained because of his imprisonment. In fact, we believe it is more deserving than material damages, particularly, the harm he sustained from his incarceration which would cause far worse damages on him than material damages in most cases.

Malicious motive, which justifies compensation whether in terms of regulations or jurisprudence, may be perpetrated by an individual, or a staff member of the executive authority, regardless of his rank, and functions, or by a judge. It may also be accomplished by more than one person from one department or a number of departments. It can also be expected to be done directly, or by causative factors.

It is also feasible that both of direct effects and causative factors may contribute to this situation. There are however, some cases in which direct effects are ruled out. In fact damages result from malicious imprisonment cannot occur but through causative factors.

Compensation for imprisonment

A Comparative Study

By Dr. Nasir al-Jofan *

Definitions:

Prison, a safe place where criminals are locked up after they have been convicted, or while they await trial.

Compensation, a payment set up by court to be paid to the imprisoned by the party for loss, or damages done the former's body, property, or honor.

Imprisonment is a legal action endorsed by the Book, the Sunnah and reason.

In order to compensate for incarceration, according to criminal laws, the following prerequisites of compensation must exist: occurrence of a criminal action, occurrence of damage, and the existence of cause-effect relation between the action and damage.

In order to be considered as a prerequisite for compensation, damage should be sustained as a result of a malicious motive.

Malicious motive in this context means the following:

- a. Incarcerating or detaining a defendant maliciously.
- b. Extending the defendant's detention in custody longer than the due term.
- c. Extending the defendant's imprisonment period longer than his sentence.
- d. The term, 'malicious motive' comprises all of the above-mentioned even they occur by mistake, not willfully.
- e. Malicious motive in this context may be perpetrated directly or indirectly by way of causation.

As a precondition for compensating damages resulting from imprisonment, damages should have actually occurred. This also

* A member of the Teaching Staff in the Department of the Legal Politics, the Higher Institute of Justice, University of Imam Muhammad b. Saud, Riyadh.

Rulings on Su'r

Dr. Awwadh al-Umari*

Preliminary definition of the Su'r

Su'r, is the remainder or the residue of a beverage or food on the bottom of the vessel.

Annuwawi says: 'Animal's su'r' whether pure or impure is according to jurists, its saliva, and its mouth's wetness or moisture.

The assembly of jurists holds human's su'r as pure whether he is a Muslim, an infidel, or whether he is in a state of major impurity¹, or in menses.

Ibn al-Mundthir reported the consensus of the assembly of jurists that the su'r of animals whose meat is lawful to consume is pure and permissible to drink, and use for Wudhu'.

The purity of cats' su'r and the permissibility of drinking it, and using it for Wudhu'.

The purity of the su'r of wild animals' and birds of prey'.

The purity of the su'r of zybras and its mules.

The purity of the su'r of domestic donkeys and its mules.

The impurity of the su'r of dogs and pigs, and the incumbency of washing the container from which they drink seven times with sand or soil.

Modern cleaning agents like soap or the like serves the purpose in lieu of soil.

* Associated professor of Fiqh, Shari'ah College, The Islamic University in Madinah

¹ A person falls in this state subsequent to a wet dream, or sexual intercourse.

- Improving the senior management, restructuring it or replacing it with a better management in light of Islamic standards, qualification, expertise, power, and capability.
- Reforming the financial structure to avoid usurious transactions, and setting up a free-market which is free from monopoly, obscurity of commodity's nature, deception, the application of protective system to foster local industries, and supervising markets, and reconsidering taxation system.

Privatization must be subject to studies to verify the economical and social feasibility of every unnecessary facility; for what may be workable for a certain sector may not be workable for the other by necessity, and what may be feasible for one country may not be the same for the other.

Privatization, according to its preponderant should be studied from the perspective of its ability to accomplish productive efficiency, and from the perspective of its ability to maintain social balance, and political security.

It is for this reason some preponderant have drawn a number of Islamic restrictions for selling out public sector to transfer it into private ownership. Among such restrictions are the following:

- a. Preserving social facilities for public ownership which are set for selling out.
- b. Giving priority of purchase to those who work in them.
- c. Warning against using political or otherwise power to own any of such properties, or procure profit or benefit from such transaction.
- d. Setting up criteria for economical facilities that can be sold according to priority list.
- e. No financial burdens should be charged to sold properties; such as loans', or debts' interests, which should be settled at the point of deciding the sale's value.

production and marketing operations, which leads to restricting the state's role in economical activities

The second opinion is the permissibility and support of privatization. This is because Islamic transactions fall basically under the ruling of the allowable and lawful except what is textually prohibited, such as usury, monopoly, and fraudulence. Privatization on the other hand, puts an end to management corruption, favoritism, and embezzlement.

Islamic Fiqh and privatization

Dual ownership, public or private is a fundamental principle in Islam. Among the most important criteria that determine the limits of public ownership in Islamic Fiqh as follows:

- The public benefit from the product, or the service; such as water, graze, fire, roads, bridges, and what falls under such categories.
- Islamic priorities in giving priority to necessities over luxuries. Balancing and adaptation between interests; in that individual's interest and ambitions should not be given precedence over public interests; nor should individual's interests be given precedence over the communities' necessities and needs.
- Warding off harm and procuring public interest. There are emergency cases that require public ownership to intervene to procure the public interests of the Muslims, or to ward off injury.

Factors of public sector's loss

It is important to make serious effort to solve this problem. This, in fact is more important than rushing into adopting privatization without regulations and restrictions.

Here are some serious negative aspects of public sector:

- Usurious financial policy, the policy of employing people needlessly, and unspecialized management, and the prevalence of misappropriation, and embezzlement.

Directing some institutions of public sector

The following are some suggested recommendations for directing some public sector's units:

Privatization of public properties in Islamic Jurisprudence “Privatization in Islamic Fiqh”

Dr. Muslih an-Najjar*

Privatization is one of modern concepts in terms of judicial abandonment, or relinquishing. Thus, we can define privatization as a transfer of ownership of property, or public institutions' management to a private sector whether through direct purchase, lease, or through contractual terms for managing such properties or institutions.

The most significant objectives of privatization

1. To curtail draining financial revenues, and assuring better way for employing them, and lightening the financial and managerial burden of the state.
2. Relieving economical activities from sluggishness, dependability, and dodging liability, and corruption, and building such activities on proper values, ethics, work, accountability, and reward and punishment.
3. Rectifying the managerial, financial, and marketing structures of the public sectors' units, and providing an honest and fair environment for competitiveness.

The most significant methods of privatization

Privatization has various methods of which:

- a. The method of selling units of public sectors to private sectors.
- b. Leasing units of public sector to private sector, or contracting the latter to manage the public sector.
- c. Permitting the private sector to run businesses that are restricted to public sector, like banks and other businesses.

The opinions of researchers regarding privatization

A number of researchers believe in the impermissibility of privatization for fear of monopolization and controlling

* Assistant professor in Girls' College of Education in Riyadh

As for sexual human, it is also lawful if need or necessity calls for it; such as when the ovaries do not produce enough cells for external fertilization. It is lawful for that matter to separate the cells of a fertilized egg to form a number of embryos to be transferred later on to the uterus of the woman from whom the egg was taken, provided the egg was fertilized by her husband's sperm during the latter's life, and while both spouses are in a proper wedlock, and the genetic cells were transferred during the husband's life time, and while both spouses are in a proper wedlock, and if the embryonic cells were transferred to her uterus her husband's lifetime, and while both are legally married, and according to the conditions that are set forth by scholars for external fertilization in its permissible form between two spouses from whom sexual cells are taken to be fertilized, and replaced in the uterus of the woman from whom the eggs were taken.

Asexual human cloning is absolutely unlawful according to scholars' consensus, because it entails many legal prohibitions beside its harms to the family structure human dignity, and demographical balance. Besides, it opposes the natural human form of procreation, and other things.

As for parthenogenesis cloning, whatever applies to asexual cloning applies to it, so the same ruling applies to it.

Cloning human organs, if it becomes feasible in the near future, it is legally permissible if it does not cause hazards to the donor of the cloned cell, and if it is not done through inserting embryonic or genetic cells in the female eggs, and if does not infringe on any stage which a human embryo undergoes, and if the rules that apply to the transplantation of human organs are observed. It is permitted because it helps cure sick people and eliminate their pain and suffering without hurting their pride, or injuring them.

Morag & Megan. This was followed by other similar technical experiments which produced a lamb (Dolly) in 1996 ¹. Researches on cloning are still being conducted ever since.

Practical fields that have been opened by cloning are cloning plants, insects, and animals. It is possible that scientists are now researching cloning humans and their organs.

The scientific motives that push for cloning from the beginning of the last century until 1975 are to explore the stem cell's capability of accomplishing what the fertilized egg can. But later on, scientific motives concentrated on studying genes' functions, and the possibility of replacing them, and utilizing such researches in the Human Genome Project.

Among its economical motives is producing a selection of plants, seedlings, and animals that are enormously productive with favorable traits, and utilize it to produce therapeutic proteins in animal's milk, and human spare organs.

There are many benefits of cloning, in general, other than what is mentioned above; such as discovering causes for certain diseases, using it in the field of fertility, transplanting human organs, and developing individuals with certain traits.

Cloning has its harmful flaws too; some of which are: it may develop deformed infants, or infants carrying incurable diseases, let alone cloning's prohibitive commercial cost, with its low success rate, and media negative effects on the identical clones that may destroy them. It can also disturb the natural balance of organism by increasing one form of organism on the account of others. Add to this what may evolve from it in the human sphere; such as social, security, criminal, religious problems, and other types of problems.

The ruling on cloning plants and animals is lawful if it is beneficial to man; for Allah has made such creatures to serve man's interest.

¹ It died in August 2003 .

Cloning from Islamic perspective

Dr. Abdul-Fattah Idrees*

Pursuant to the efforts of the preceding jurists, and participating in enriching the Islamic Fiqh, I have selected a contemporary issue one issue around which much legal and scientific controversy was raised, in the past, and present, and most likely in the future. It is the issue of human cloning, which I will discuss in this research.

Cloning is growing a colony of genetically identical in terms of genetical, physiological, and formal traits of another organism. This may be done to plants, animals or humans.

Forms of cloning

There are three different types of cloning:

(1) parthenogenesis, (2) sexual, and (3) asexual.

- 1- Parthenogenesis in which the egg retains its entire DNA (46 chromosomes) using chemicals, electricity, or other stimulus to grow and divide, after which the egg is made to behave as though fertilized; thus to produce an early embryo, or parthenogenesis cloned baby which has all the traits of the donor mother.
- 2- Sexual cloning is fertilizing a female egg with a male sperm thus to produce a number of identical embryos.
- 3- Asexual cloning is transferring the nucleus of a somatic cell into an enucleated egg, and then inserting the cell with in the egg to stimulate it to divide in order to produce an embryo identical to the donor of the cell.

Experiments on animal cloning were made since 1938 through sexual cloning; but were limited to frogs. Then other animals were experimented on during the early eighties. Later on, experiments on humans were made in 1993. Then asexual cloning experiments were made on animals in 1995 when two lambs were produced;

* Professor of Comparative Fiqh in the Universities of al-Azhar, and the UAE, and AOU.

Hajj after immigration only once . What is correct that he did not enjoy the known enjoyment .

This was stated in such saying :

“The prophet (pbuh) enjoyed during farewell pilgrimage Omra to Hajj ..” ⁽¹⁾. It is interpreted because the term enjoyment comprises the combination of Omra with pilgrimage .

Yet , there is no doubt that the prophet (pbuh) made it permissible for Moslems to perform these three kinds . Individual Hajj , Qiran (combination) and enjoyment to indicate that they all are permissible .

If he had ordered the performance of one type of Hajj , others would have said that this was not sufficient , they all were added to it . He told everyone about what he ordered and asked that it be ascribed to him (pbuh) owing to his order or its interpretation .

As regards the prophet's Ihram (pbuh) , he followed the best. This was supported by Imam Al-Shafiee who said : “Combination among these sayings is possible because the difference emanates from the permissibility of all for them . Therefore they did not care for what the prophet (pbuh) did . So that they may perform it definitely and agree on it . Everyone confined his performance according to what he thought it is probable , as he narrated and heard it with other matters beyond his guessing according to his narration” ⁽²⁾.

(1) Narrated by Al-Bukhari and Mustem as well as Abu Daoud Al-Nisace, Saheeh Al-Bukhari No. 319 , and Saheeh Muslem No. 211 .

(2) Al-Majmou by Al-Nawawi 7/152 .

Probability :

After mentioning scholars' sayings and indications . I see that what is preponderant is what Al-Hanifiya and Hanabila said that the prophet (pbuh) performed Hajj with Qiran (combination) .

This was also preponderant by Al-Qadi Ayyad , one of Al-Malikiya scholars , and a great number of Al-Shafiya jurists as Ibn Hajar Al-Askalani , Al-Nawawi , Ibn Al-Munzer , Abe Isac, Al-Marouzi , Al-Sibki and Al-Shoukani .

The late Imam Al-Nawawi said the correct thing we believe in is that the prophet (pbuh) first entered into the state of Ihram to perform individual Hajj then he entered the state of Ihram for Omra and added it to Hajj . Thus he performed Qiran (combination) .

He who makes his intention for individual Hajj , this is the origin . And who intends "Qiran" adopted the last option . But who intends Enjoyment he meant to acquire the benefit , the combination and enjoyment . He benefited from the Holy Quran which exempted him from the other two rituals . One deed , and he is not in need to act for every one .

This is supported by the non-performance of a single Omra by the prophet (pbuh) in that year , neither before Hajj nor after it. If his pilgrimage was an individual one he should not have performed Omra that year .

No one says that individual Hajj is better than Qiran (combination) .

Jurists were unanimous that the prophet (pbuh) performed

When the prophet (pbuh) came he told pilgrims who brought the Hady they cannot do anything which is banned for them till they perform Hajj .

Others who did not bring (Hady) should perform Tawaf around the Holy Kaba , Sai'e between Safa and Al-Marwa, shaves off his hair , takes off Ihram clothes then makes his intention to perform Hajj ⁽¹⁾.

The late "Saeed Bin Al-Musayyeb" was quoted as saying: "Ali and Othman differed while they were in the midst of Enjoyment . Ali said to him: Do you want to ignore an act done by the prophet (pbuh) .

Othman said to him: leave us . when Ali saw this he made his intention for all ⁽²⁾. They also had another indication . Omran Bin Hossein was quoted as saying : "The prophet (pbuh) performed Hajj with Enjoyment and we followed his suit" ⁽³⁾.

They also mentioned another indication . "Al-Zahri quoted Salem as saying : "I was sitting with Ibn Omar (may Allah bless them) in the Mosque . A man from Syria came and asked him about Enjoyment , Omra to Hajj . Ibn Omar said: good , fine. The man said: you yourself used to deny this . Ibn Omar said to him: woe to you , if my father denied this , do you follow him or abide by the order of the prophet (pbuh) . He told him to keep away from him ⁽⁴⁾.

(1) Saheeh Al-Bukhari 2/607 . Saheeh Muslem 2/901 .

(2) Al-Jame Al-Saheeh 2/569 .

(3) Saheeh Muslem 2/900 .

(4) Explanation of "Al-Athar meanings" by Al-Tahawi 22/294 , 396 .

The late Imam Ahmed said : "There is no doubt that the prophet (pbuh) intended Qiran (combination) . He was quoted for this by (15) of his companions" .

Abu Daoud said in "Sanadaho Al-Muttasel" quoting Al-Bara Bin Azeb as saying: "I was with Ali when the prophet (pbuh) appointed him as ruler of Yemen . He mentioned the saying related to the coming of Ali: The prophet (pbuh) said to me: "What did you do ?" He said: I said , I intended as the prophet (pbuh) did. He said: I brought the (Hady) (sacrifice) and intended Qiran (combination) ⁽¹⁾.

The third saying :

A group of scholars said that the prophet (pbuh) intended and performed Hajj with enjoyment . This is narrated by Aiysha, Ibn Omar , Ali , Othman , Ibn Abbas and Saad Bin Abey Waqqas (may Allah bless them) . This opinion was also supported by a number of jurists .

They had as an indication what Saleem said quoting Bin Omar as saying : "The prophet (pbuh) performed Hajj with Enjoyment in farewell pilgrimage . That is to say Omra then Hajj and he brought the Hady (sacrifice) with him from "Zul-Hilaifa" . The prophet (pbuh) began with Omra then performed Hajj, and pilgrims performed Hajj and Enjoyment , first Omra then Hajj . with the prophet (pbuh)" .

Some of them brought Hady (sacrifice) and other did not bring it .

(1) Sunnan Abu Daoud "Rituals Book" saying No. 1797 .

(pbuh) performed Qiran (combination) in Hajj . This is what was selected by Sheikh Al-Islam Ibn Taymiya , Ibn Al-Qayyem, Al-Shoukani and Ibn Hajar .

Their Indications :

Supporters of this saying had their indication what was said about Ibn Omar (may Allah bless them) that he combined Hajj with Omra and performed one (Tawaf) for them , then he said: "Thus the prophet (pbuh) did" (agreed on) ⁽¹⁾.

They also had an indication of what was said by Omar Bin Al-Khattab (may Allah bless him) that he heard the prophet (pbuh) saying in Wadi Al-Aqeeq: **"Tonight a messenger came to me from my Gracious God and said : pray in this Holy Valley and say Omra in pilgrimage"** and in other narration **"say Omra and Hajj"** ⁽²⁾. It is quite clear in the Qiran (combination) .

They also had as an indication the saying of Suraka Bin Malek who said: I heard the prophet (pbuh) saying "Omra entered in Hajj till judgement Day" . And he said : the prophet (pbuh) combined during "Farewell pilgrimage" ⁽³⁾.

The late Ibn Al-Qayyem said : "We only said that he entered into Ihram to perform Qiran (combination) owing to more than (20) clear sayings , and he narrated them in detail . Then he said: "He who contemplates these sayings -mentioned in this chapter- will undoubtedly affirm that the prophet (pbuh) entered the state of Ihram to perform Qiran (combination) in his pilgrimage . The sayings cannot be explained in a different way at all" .

(1) Farewell pilgrimage by Ibn Katheer , p 69 .

(2) Fath Al-Bari 7/167 .

(3) Narrated by Imam Ahmed 4/175 .

The late Imam Al-Shafiee said : If a man intends to enter into "Ihram" whether he performed Hajj before or not , it is permissible for him to perform Omra , or Hajj and Omra . Also he can perform individual Hajj . The most favoured to us is an individual Hajj , because what is confirmed to us that the prophet (pbuh) performed an individual Hajj .

These sayings indicate that the prophet (pbuh) entered into the state of Ihram for an individual Hajj , trustworthy companions of the prophet (pbuh) ⁽¹⁾. The wise Caliphs (may Allah bless them) followed the prophet's suit and performed individual Hajj and were perseverant on this . Had it not been the most favoured to them - and realized that the prophet (pbuh) had done it - they would not have followed his suit . There is no place for speculation that they have persevered on something different , or they were not acquainted with what the prophet (pbuh) had done ⁽²⁾.

The late Al-Darkitni quoted Abdul-Rahman Al-Aswad who also quoted his father as saying : "I performed Hajj with Abu Bakr, Omar and Othman who all performed individual Hajj ⁽³⁾. The late Ibn Katheer said after he narrated the saying (Al-Hadith) "This we only mentioned because what is apparent those Imams (may Allah bless them) had done so owing to what is meant by "Tajreed" is individual Hajj .

The second saying :

Al-Hanafiya , Al-Hanabila and some Shafiya said the prophet

(1) Marifat Al-Sunan and Al-Athar 7/67 .

(2) Tarh Al-Tathreeb in Al-Taqreep explanation 5/27 .

(3) Sunnan Al-Darkitni 2/239 , Al-Tirmizi in his Sunnan said the same 3/183 .

Many sayings were narrated with regard to the virtues of Hajj and the allurements to perform Hajj such as Abu Hurayra's saying who said : The prophet (pbuh) as asked what is the most preferred deed ? He said: **"To have faith in Allah and His messenger"** And what else ? He said: **"Al-Jihad for Allah's sake"**. and what else ? He said: **"A rewarded Hajj"** ⁽¹⁾ agreed on .

Ulema (scholars) sayings with regard to the prophet's pilgrimage (pbuh) :

A group of ulema (scholars) from Al-Malikiya and Al-Shafiya said the prophet (pbuh) performed an individual pilgrimage ⁽²⁾. They had an evidence for this , some of the sayings , including that of the mother of the faithful Ayesha (may Allah bless her) who said: we accompanied the prophet (pbuh) during the year of farewell pilgrimage . Some of us intended to perform Omra , others intended Hajj . The prophet (pbuh) intended Hajj ⁽³⁾. In other narration the prophet (pbuh) intended individual Hajj ⁽⁴⁾.

The late Moslem quoted Ibn Omar (may Allah bless them) as saying: "The prophet (pbuh) made the cry out of (Alahuma Labbaik) Here I am before thee for Hajj alone" ⁽⁵⁾.

Jaber (may Allah bless him) was also quoted as saying that the prophet (pbuh) performed an individual Hajj ⁽⁶⁾.

(1) Fath Al-Bari 7/109 , Al-Nawawi explanation on Muslem 1/350 .

(2) Explanation of the message and Al-Adawi Marginal note . 1/490 , the beginning of Al-Mujtahed 7/324 , Al-Majmou for Al-Nawawi 7/14 .

(3) Narrated by Muslem in his Saheeh 4/517 and narrated by Al-Bokhari 2/567 .

(4) Saheeh Muslem 4/521 . Sunan Abe daoud 3/183 .

(5) Saheeh Muslem , Al-Hajj book and narrated by Ahmed in Al-Musnad 6/107 .

(6) Narrated by IUbni Maja , Bab Al-Ifrad in Hajj its indication is correct 2/988 .

“Oh people, Allah the Al-Mighty imposed Hajj on you, therefore perform it” (1).

Ibn Omar quoted the prophet (pbuh) as saying: “Islam is based on five pillars .

- To testify that there is no God but Allah and Mohd. is His messenger .**
- The performance of prayers .**
- Payment of Zakat .**
- Fasting of the Holy month of Ramadan .**
- The performance of Hajj” (2).**

Allah the Al-Mighty imposed Hajj on those who can afford it .

Allah the Al-Mighty said :

“Pilgrimage thereto is a duty

Men owe to Allah

Those who can afford

The Journey” (3).

What is meant by capability here ? It is available supplies, the animal (camel) as well as security to oneself and his money Al-Tarmizi quoted Ibn Omar (may Allah bless him) as saying: “A man came to the prophet (pbuh) and said: Oh prophet , what makes Haja duty ? He said: **“Supplies and the animal (camel)”(4).**

(1) Narrated by Moslem 2/975 .

(2) Saheeh Al-Bokhari 1/12 , Sunan Al-Tirmizi 5/5 .

(3) Surat Al-Omran verse 97 .

(4) Aridat Al-Ahozi 4/27 .

The prophet's pilgrimage (pbuh) in an individuals enjoyment or combination manner

Dr. Mohd. Taj Sheikh Abdul-Rahman Al-Arousi :- (*)

It is well known that matters and rules related to Hajj are important . Everyone should give due attention to them by learning and teaching them to others , because Hajj is an important pillar of Islam . Every moslem who is capable to meet the requirements of Hajj should promptly perform Hajj as the prophet (pbuh) and his companions said . The prophet (pbuh) said: **“Perform your rituals . I am not sure if I shall be able to perform Hajj again after my present pilgrimage”** ⁽¹⁾.

Definition of Hajj :

Hajj in terms of language means the betaking of someone to a certain place ⁽²⁾.

In terms of Sharia : to travel to a defined location -Allah's Holy House- during a specific period of time to perform a worship according to certain conditions ⁽³⁾.

Its legality : Hajj is one of the pillars of Islam . A moslem is duty bound to perform it once during his lifetime .

Abu Hurayrah (may Allah the Al-Mighty bless him) was quoted as saying: “The prophet (pbuh) addressed us and said:

(*) Assistant professor at Sharia and law Faculty . International Islamic University in Islam Abad .

(1) Saheeh Moslem 2/943 , and Ahmed's Musnad , 3/337 .

(2) Lisan Al-Arab .

(3) Al-Ikhtiyar 1/139 . Explanation of Al-Iradat 1/472 , Fath Al-Qadeer 2/120 .

The Ummah's Pious Predecessors believed that Judicature or the Administration of Justice was the most significant field which the Ummah should learn and give great attention, because justice is established through it; offenders are deterred, good conduct, order and the Ummah's security are maintained . Imam Abu Abdullah bin Farhoon described the Administration of Justice saying:

Since Judicature is one of the most prestigious system, and enjoys the highest status , and most renounced reputation because it is a lofty and Prophetic assignment through which blood is protected and shed , pudenda are legalized and illegalized , properties; ownership is confirmed and expropriated , types of transactions are discerned: as to whether lawful , unlawful, what is blame-worthy and what is praiseworthy thereof; Hence it was given great care in terms of organizing, administering, and setting its terms and conditions, and only few dared to work in it because of its serious consequences in the beginning and at the end .

Indeed, this is how the Judicature or the Administration of Justice developed in Islam before it was known to any civilization in the past .

The Ummah , probably , realizes the significance our Pious Predecessors attached to this system in terms of knowledge , rules , and civilization .

Judicature , or the Administration of Justice captured great concern of the authorities after the death of the Prophet , may Allah exalt his mention . Abu Bakr , the first Caliph , settled people's disputes , and appointed prominent Companions as judges . So did Umar who appointed the most knowledgeable Companions as judges in different provinces ; he appointed Abdullah b. Mas'ood as a judge in Kufah , Iraq , and Abu Musa in Basrah .

This trend continued through Uthman's Caliphate , whom he himself sat in to settle people's disputes , then he assigned the responsibility of administering justice to Shuraih who later on gained fine reputation in this field.

Just as the first three Caliphs did , Ali, may Allah be pleased with him , followed their footsteps . Besides handling this responsibility , he also appointed judges in various sides of the Islamic state , amongst whom was Abdullah bin Abbas, may Allah be pleased with him and his father .

The subsequent Caliphs paid the same attention to Judicature , or the Administration of Justice, and each province had a reputable , astute judge who handled court cases skillfully .

Although Judicature enjoyed high prestige and meritorious status , and is greatly rewardable , yet some jurists reclined assuming its responsibility out of fear of erring , or making mistakes ; just as Imam Abu Hanifah, and other pious scholars did .

A letter from a reader

Islam defines judicature, or the administration of Justice as the most prestigious of all systems and professions . It is natural to consider it as such because man , unfortunately always litigates against others ; and quarrels even against his own self . It is only an astute judge who listens and penetrates with his sight , and comprehends the arguments of the offender and the defender , then judge impartially according to what Allah has revealed .

The Messenger of Allah , Muhammad , may Allah exalt his mention what the first to judge between Muslims, and made for them relevant decisions . He further appointed distinguished Companions as judges in all of the corners of the Muslims' state . He appointed Itab bin Usaïd as a judge in Makkah , and as a ruler . He instructed him saying: "O Itab ! Do not allow them to sell items that do not possess, nor should they make a profit from items that they sell until they guarantee delivering them to the buyers .

He also appointed Ali as a judge in some provinces in Yemen and instructed him saying: Ali ! When the two litigating parties come to you do not pass a judgment for one of them before you hear the story of the other .

He also appointed Abu Musa Al-Ash'ari, and Dihyah al-Kalbi as judges in other provinces of Yemen .

Contents

• A Message from a Reader	5
• The prophet's pilgrimage (pbuh) in an individuals enjoyment or combination manner	8
<i>Dr. Mohd. Taj Sheikh Abdul-Rahman Al-Arousi</i>	
• Cloning from Islamic Perspective	17
<i>Dr. Abdul-Fattah Idrees</i>	
• Privatization of public properties in Islamic Jurisprudence "Privatization in Islamic Fiqh"	20
<i>Dr. Muslih an-Najjar</i>	
• Ruling on Su'r	23
<i>Dr. Awwadh Al-Umari</i>	
• Compensation for imprisonment "A comparative Study"	24
<i>Dr. Nasir Al-Jofan</i>	
• CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW <i>Dr. Abdur Rahman Hassan Al Nafisah .</i>	
- Ruling on whether it is the husband's duty to pay for his wife's medical treatment and medication	27
- A ruling on whether it is permissible to use seawater for Wudhu'	28
- The guardian who is entitled to give his female dependent in marriage	29
- A ruling on a person who does not attend Salat Al-Jumu'ah for a valid reason	31
- A ruling on the value of the Mut'ah of divorce	32

THE CONSULTATIVE SCIENTIFIC BODY

Names according to Alphabetical order.

- **Professor Dr. Ahmad Mohd. Nour Saif**
- **Professor Dr. Saud Bin Abdullah Bin Mohd. Al-Fnaisan**
- **Professor Sheikh Abdullah Bin Al-Sheikh Al-Mahfouz
Bin Biah**
- **Professor Dr. Abdul-Malek Bin Abdullah Bin Idhaish**
- **Professor Dr. Abdul-Wahab Bin Ibrahim Bin Mohd.
Abu Sulleiman**
- **Professor Dr. Al-Arabi Bin Ahmad Balhaj**
- **Professor Dr. Ala'uddin Kharoufa**
- **Professor Dr. Mohd. Ibrahim Bin Ahmad Ali**
- **Professor Dr. Nouruddin Bin Mukhtar Al-Khademi**
- **Professor Dr. Yacoub Bin Abdul-Wahhab Alba-Husain**

PRINCIPLES AND REGULATIONS FOR PUBLICATION

Contemporary Jurisprudence Research Journal staff would like to notify researchers that principles of publication in the journal necessitate the following :

- 1- Research submitted for publication , should be based on Islamic (Fiqh) jurisprudence .*
- 2- Research should concentrate on issues , questions and contemporary problems and the way of finding both scientific and practical solutions for them according to Islamic (Fiqh) jurisprudence , and its concepts which are confirmed by the people of Sunnah .*
- 3- Research should be objective and comprehensive . It should follow a scientific method in terms of depending on original references, documentation and explanation of (Ahadeeth) showing their degree of authenticity .*
- 4- Any research submitted for publication , should not have been published in either a book , a journal or any other means of publication.*
- 5- References should be mentioned in a margin at the lower parts of the page a long with a short biography for the figures mentioned in the research .*
- 6- Scientific references and their authors' names should be alphabetically indicated at the end of any research . Place and date of printing along with the publishing house should also be mentioned .*
- 7- A statement indicating that the research has not been published before, should be attached to the research .*
- 8- Research should be concluded by a brief summary manifesting results and opinions included therein .*
- 9- A satisfied abstract should be attached to the research to be translated into English .*
- 10- Pages of research should not be less than twenty pages of the journal .*
- 11- Researcher's name should be fully written along with his scientific post, if any .*
- 12- Researches are arbitrated by (Fuqaha) jurists and specialized scholars ('Ulama) according to a form which indicates principles and procedures of arbitration . Among these principles is that arbitrators should not know the authors' names and vice versa whether the arbitrators agree that their researches to be published or they show some observations or even recommend not to be published .*
- 13- The journal shall pay a compensation for the research after being published .*
- 14- Researches which are not published , will not be returned .*

** All essays herein published express the viewpoints of their authors.*

Whom Allah intends good grants him the
Knowledge and insight in Religion Hadith

CONTEMPORARY JURISPRUDENCE RESEARCH JOURNAL

A journal specialised in Islamic jurisprudence

Issue No. 61 - Sixteenth Year

Dec 2003 - Jan - Feb 2004

Editor - in - Chief *Dr. Abdur Rahman Hassan Al Nafisah*

Annual Subscription:

For Govt Offices and Agencies : SR. 200

For Individuals : SR. 100

Price Per Copy :

K.S.A SR. 15	Mauritania On.1200
Qatar QR. 12	Tunisia Mm. 1000
Syria L.L. 50	Libya L.Dr. 1000
Sudan S.D. 15	S of Oman P. 900
Algeria D. 12	Bahrain BF. 900
Jordan JD. 1	Kuwait K.D.I. 5
Egypt Le. 5	Yemen Y.R. 15
U.A.E D. 15	Moroco D. 15
Iraq I.D. 1	

Annual Subscription :

U.S.A Canada & Europe US. \$ 30

NO. : 14/0188

ISSN : 1319 - 0792

Address :

Al-Aqiq - Al-Tahlia Str.

Riyadh - K.S.A

Phone. 4853702

4853705

Fax. 4853694

B.O. Box: 1918 .

Riyadh : 11441 .

* Website :

www.fiqhia.com

* E-Mail :

info@fiqhia.com

* Distributors :

Saudi Distribution Co.

Riyadh: 4779444

Jeddah: 6530909

DAR AL-BOHOOS PRINTING PRESS

Phone: 4852663-4852161 - Fax: 4852188

CONTEMPORARY JURISPRUDENCE RESEARCH JOURNAL

A Journal Concerned with Islamic Jurisprudence

Issue No. 61 - Sixteenth Year

Dec 2003 - Jan - Feb 2004

IN THIS ISSUE

- A Massage from a Reader
- The prophet's pilgrimage *Dr. Mohd. Taj Sheikh*
(pbuh) in an individuals *Abdul-Rahman Al-Arousi*
enjoyment or combination
manner.
- Cloning from Islamic *Dr. Abdul-Fattah Idrees*
Perspective.
- Privatization of public *Dr. Muslih an-Najjar*
properties in Islamic Juris-
prudence "Privatization in
Islamic Fiqh".
- Ruling on Su'r. *Dr. Awwadh Al-Umari*
- Compensation for impriso- *Dr. Nasir Al-Jofan*
nment "A comparative
Study".

CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW

- Ruling on whether it is the husband's duty to pay
for his wife's medical treatment and medication.
- A ruling on whether it is permissible to use sea-
water for Wudhu'.
- The guardian who is entitled to give his female
dependent in marriage.
- A ruling on a person who does not attend Salat
Al-Jumu'ah for a valid reason.
- A ruling on the value of the Mut'ah of divorce.