مجلة
البحوث الفقهية المعاصرة

مجَلة علميّة مُحكَّمة متخصصَة في الفقه الإسلامي

العدد الثاني والخمسون-السنة الثالثة عشرة -رجب-شعبان-رمضان ١٤٢٢هـ- نوفمبر (تشرين الثاني)-ديسمبر (كانون الاول) ٢٠٠١م -يناير (كانون الثاني) ٢٠٠٢م

في هذا العدد

الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة مع النظام الطبي السعودي)	الأستاذ الدكتور/ بلحاج العربي ابن أحمد
الهندسة الوراثية في ضوء الشريعة الإسلامية	الدكتور/ نور الدين مختار الخادمي
دراسة تأصيلية لمسائل مهمة ومعاصرة في عقد المضاربة	الدكتور/ محمود بن حسين الحريري
كيفية تطوير مقررات أصول الفقه	الدكتور/ محمد بن حسن الزهراني

فتاوى الفقهاء

- حكم غلاء الدراهم ورخصها .
- حكم من يدعي سلعة بيد آخر فيشتريها منه مخافة تلفها ثم يقيم عليه الدعوى .
- من هو الأحق من الوالدين بالولد .
- من أدى عن غيره حقاً واجباً رجع به إن لم يكن متبرعاً.

مسائل في الفقه

- الغاية والوسيلة في الشريعة الإسلامية .
- حكم من تزوج بغير شرط وفي نيته الطلاق بعد مدة أو أجل معين .
- حكم مدير الشركة الذي يتلاعب في أرقام ميزانية الشركة وحكم من يتواطأ معه في ذلك .
- حكم قتل الحشرات الضارة وغير الضارة .
- حكم الزوجة التي ترجع إلى الزوج بعد بينونتها بينونة كبرى منه .

كتب ورسائل في الفقه وأصوله .

جامعة الملك سعود للعلوم الشرعية والعربية

مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية فصلية مُحكَّمة متخصصَة في الفقه الإسلامي

العدد الثاني والخمسون

السنة الثالثة عشرة - رجب-شعبان-رمضان ١٤٢٢هـ- نوفمبر (تشرين الثاني)-ديسمبر (كانون الأول) ٢٠٠١م-يناير (كانون الثاني) ٢٠٠٢م

صاحبها و رئيس تحريرها د/ عبد الرحمن بن حسن النفيسه

* العنوان :

المملكة العربية السعودية : الرياض

البديعة - شمال مسجد الأميرة سارة

* هاتف التحرير : ٤٣٥١٨٧٢

فاكس : ٤٣٥٢٢٩٧

* هاتف الاشتراكات :

٤٨٥٢٦٦٣

٤٨٥٢١٦١

* فاكس : ٤٨٥٢١٨٨

* عنوان المراسلات :

ص . ب ١٩١٨ - الرياض ١١٤٤١

* موقع المجلة على الانترنت :

WWW.ISLAMICJURIS-RES-JR.COM

* البريد الالكتروني :

INFO@ISLAMICJURIS-RES-JR.COM

* وكيل التوزيع: الشركة السعودية للتوزيع

الرياض : ٤٧٧٩٤٤٤ . جدة: ٦٥٣٠٩٠٩

رقم الإيداع : ١٤/٠١٨٨ .

ردمد ISSN : ١٣١٩-٠٧٩٢

* الاشتراكات :

قيمة الاشتراك السنوي ، للدوائر الحكومية والمؤسسات والشركات ٢٠٠ ريال

* الأفراد ١٠٠ ريال

* سعر النسخة :

السعودية : ١٥ ريالاً. قطر : ١٥ ريالاً

ليبيا : ١٠٠٠ درهم. الأردن : دينار

الامارات : ١٥ درهماً. مصر : ٥ جنيهات

البحرين : ٩٠٠ فلس. اليمن : ١٥ ريالاً

تونس : ١٠٠٠ مليم. سوريا ٥٠ ليرة

السودان : ١٥ ديناراً. موريتانيا : ١٢٠٠ اوقية

الكويت : دينار ونصف. العراق : دينار

المغرب : ١٥ درهماً. سلطنة عمان: ٩٠٠ بيزه

* الاشتراك السنوي :

أمريكا :

كندا :

أوروبا :

٣٠ دولاراً

طبعت في مطابع دار البحوث

هاتف : ٤٨٥٢٦٦٣

بسم الله الرحمن الرحيم

قواعد النشر وشروطه

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

١) أن يكون البحث المراد نشره مبنياً على الفقه الإسلامي .

٢) أن ينصب البحث على القضايا ، والمسائل ، والمشكلات المعاصرة ، والبحث عن الحلول العلمية والعملية لها في الفقه الإسلامي ، ومفاهيمه المعتمدة عند أهل السنة والجماعة .

٣) أن يتصف البحث بالموضوعية ، والأصالة ، والشمول ، ولتباع المنهج العلمي في البحث من حيث الاعتماد على المراجع الأصلية والإسناد والتوثيق وتخريج الأحاديث مع إيضاح درجتها .

٤) أن يكون البحث مما لم يسبق نشره في كتاب ، أو مجلة ، أو أي أداة نشر لخرى. ويشمل ذلك البحوث المقدمة للنشر إلى جهة لخرى أو تلك التي سبق تقديمها للجامعات أو الندوات العلمية وخلافها .

٥) بيان المراجع العلمية في هوامش الصفحات مع ترجمة موجزة عن الْعَلَمِ أو الأعلام الذين وردت الإشارة إليهم .

٦) بيان المراجع العلمية ومؤلفيها في نهاية كل بحث حسب الحروف الهجائية مع بيان مكان وزمان طباعتها وجهة نشرها .

٧) أن يُرفق بالبحث إفادة تتضمن عدم نشره من قبل .

٨) أن يختم البحث بخلاصة تبين النتيجة والرأي ، أو الآراء التي تضمنها .

٩) أن يرفق بالبحث خلاصة مستوفية له لترجمتها إلى اللغة الإنجليزية .

١٠) الا تقل صفحات البحث عن عشرين صفحة من صفحات المجلة .

١١) يكتب اسم الباحث ثلاثياً 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 المحكّمين لأسماء البلحثين ، وعدم معرفة البلحثين لأسماء المحكّمين سواء وافقوا على نشر بحوثهم أو لبدوا بعض الملاحظات عليها أو رأوا عدم نشرها .

١٣) تدفع المجلة مكافأة عن البحث في حال نشره .

١٤) البحوث التي لا تنشر لا تعاد لاصحابها .

- ترتيب البحوث في المجلة يخضع لاعتبارات فنية .
- "الآراء المنشورة في المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها" .

محتويات العدد

رسالة من هيئة المجلة ٤

الأخطاء المدنيـة والجنائيـة للأطبـاء في الفـقه الإسـلامي

- (دراسة مقارنة مع النظام الطبي السعودي) ٧
- الأستاذ الدكتور/ بلحاج العربي بن أحمد

الهندسة الوراثية في ضوء الشريعة الإسلامية ٦٧

الدكتور/ نور الدين مختار الخادمي

- دراسة تأصيلية لمسائل مهمة ومعاصرة في عقد المضاربة ١٠٦

الدكتور/ محمود بن حسين الحريري

- كيفية تطوير مقررات أصول الفقه ١٧٠

الدكتور/ محمد بن حسن الزهراني

- فتاوى الفقهاء :

- حكم غلاء الدراهم ورخصها ٢١١
- حكم من يدعي سلعة بيد آخر فيشتريها منه مخافة تلفها

- ثم يقيم عليه الدعوى ٢١٥
- من هو الأحق من الوالدين بالولد ٢١٧
- من أدى عن غيره حقاً واجباً رجع به إن لم يكن متبرعاً .. ٢٢٠

مسائل في الفقه :

- الغاية والوسيلة في الشريعة الإسلامية ٢٢٣
- حكم من تزوج بغير شرط وفي نيته الطلاق بعد مدة

- أو أجل معين ٢٢٩
- حكم مدير الشركة الذي يتلاعب في أرقام ميزانية

الشركة وحكم من يتواطأ معه في ذلك ٢٣٣

- حكم قتل الحشرات الضارة وغير الضارة ٢٤١
- حكم الزوجة التي ترجع إلى الزوج بعد بينونتها

بينونة كبرى منه ٢٤٥

كتب ورسائل في الفقه وأصوله ٢٥٠

رسالة من هيئة المجلة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الأمين محمد عليه أفضل الصلاة والتسليم أما بعد :

فقد دلت وقائع التاريخ على أن العديد من الأمم واجهت في سابق عهودها غزوات متتابعة للسيطرة عليها واستلاب حضارتها . وفي ظل الشعور بالغزو كانت هذه الأمم تحصّن نفسها بالأسوار والحصون ؛ فبنى الصينيون سورهم الشهير مدة سبع سنين ، وفعل مثلهم الهنود وسائر الأمم ، بل كانت بعض القرى الصغيرة في داخل المدن تحصّن نفسها خوفاً من غزو تقوم به جارتها .

ومع ذلك ورغم تماسك الأمم في داخل حصونها وأسوارها إلا أنها كانت تخشى من خائن يخونها أو عدو من ذاتها يتربص بها فتعمل على كل ما يفصل بين إنسانها وعدوها . ومع تغير الأحوال وزيادة الاتصال بين الأمم وانتهاء دور الأسوار والحصون أصبحت أكثر حذراً وأشد خوفاً من عدو يتربص بها من داخلها حين يعمل على تيسير غزوها إما بتواطؤ مع الغازي مباشرة ، أو قيامه بهدم ثوابتها ومعطياتها باسم الغيرة عليها أو محاولة إصلاحها ، أو تحت أي اسم أو وصف مشابه .

من هنا حذّر الله عز وجل الأمة من المفسدين فنعتهم بـ"المنافقين" ولكي يكون رسول الله على علم بهؤلاء كان القرآن ينزل فيبين أسرارهم ومن ذلك ما جاء في سورة التوبة من آيات تبين ما هم عليه من الكفر والنفاق قال تعالى: ﴿ويحلفون بالله إنهم لمنكم وما هم منكم ولكنهم قوم يفرقون﴾ [1]، وقال تعالى: ﴿لو يجدون ملجئاً أو مغارات أو مدخلاً لولوا

---

(١) سورة التوبة الآية ٥٦ .

إليه وهم يجمحون﴾ [1]، هكذا كان حال نفر "من الأوس والخزرج واليهود في المدينة" وهكذا كان حال المنافقين وهم قد خرجوا مع رسول الله ﷺ في غزوة تبوك يثبطون الهمم ، ويشقون الصفوف ويستهزئون برسول الله وأصحابه فنزل فيهم قول الله تعالى: ﴿يحذر المنافقون أن تنزل عليهم سورة تنبئهم بما في قلوبهم قل استهزءوا إن الله مخرج ما تحذرون﴾ [2].

ومع تتابع الزمن كانت الأمة في سابق عهودها تشهد مثل هؤلاء وهم يخرجون على ثوابتها وقيمها ، ويشككون في رسالتها ويساعدون أعدائها بعد أن باعوا أنفسهم ، ومع ما كان لهم من دور مشهود في الهزائم التي منيت بها الأمة إلا أنها كانت تعرفهم بفعل جهود سلفها الصالح من الفقهاء والعلماء والمفكرين والقادة ممن نذروا أنفسهم لخدمة شريعة الله والتصدي للمفسدين .

وإذا كان هذا هو دور المفسدين في غابر التاريخ فإن هؤلاء أكثر خطراً في هذا الزمان بحكم تنوع أسباب الغزو وأوصافه وقدرة الأعداء على احتواء ضعاف النفوس الذين ضلت عقولهم وفسدت مداركهم فباعوا أنفسهم بعَرَضٍ من الدنيا يصدون به عن سبيل الله . نقول هذا وقد شاهدنا على إحدى القنوات الفضائية ، وفي العشر الأواخر من رمضان شخصاً يدعو الأمة أن تكف عن تحفيظ صغارها للقرآن الكريم حتى لا يفسد سلوكهم "أو هكذا أراد" وإذا كان هذا القول قد تجرأ به شخص ينتسب للأمة ودينها ، ويتسمى باسم من أسمائها ويظهر ناصحاً لها فإننا نثق أن هذا وأمثاله يخدعون بفعلهم هذا أنفسهم وهم لا يشعرون مَثَلُهم في ذلك مَثَلُ أسلافهم ممن قال الله عز وجل فيهم: ﴿ومن الناس من يقول آمنا بالله وباليوم الآخر وما هم بمؤمنين﴾ [3]، ﴿يخادعون الله والذين

---

(١) سورة التوبة الآية ٥٧ .

(٢) سورة التوبة الآية ٦٤ .

(٣) سورة البقرة الآية ٨ .

ءامنوا وما يخـدعون إلا أنفـسهم وما يشـعرون﴾ [1]، ﴿في قلوبهم مرض فزادهم الله مرضاً ولهم عذاب أليم بما كانوا يكذبون﴾ [2]، ﴿وإذا قيل لهم لا تفسدوا في الأرض قالوا إنما نحن مصلحون﴾ [3]، ﴿ألا إنهم المفسدون ولكن لا يشعرون﴾ [4].

أما الأمة فستظل بإذن الله – متمسكة بعقيدتها وثوابتها وأصولها وفي مقدمتـها كتاب الله العزيز إلى أن يرث الله الأرض ومن عليـها . نقول هذا ونحن نتلقى كل أسبوع مـئات الرسائل من أخوة لنا رجالاً ونسـاء . كباراً وصغاراً من غانا ، وتوغو ، ونيجيـريا ، والسنغال وأطراف أفريقيا يطلبون كـتاب الـله ويتلهـفون للحـصـول عليـه يدفـعهم إلى ذلـك إيمانهم المطلق بعقيدتهم وإخلاصهم لها .

نعم : لقد تأثرنا كـثيراً لرسالة شـاب صغير من كومـاتسي في غانا لا يتجاوز عـمره ثماني سنوات كتبهـا بلغة إنجليزية بسيطة يقول فـيها: "لا تحرموني من كتاب الله" ، هذه هي الحقيقة وهذا هو الفاصل بين المؤمنين والمفسـدين وعندئذ سيجد الذين يحـاربون هذه الأمة في عقيـدتها أنهم لن يجدوا فيـها ما يبتغـون مصداقاً لقول الله عـز وجل: ﴿يريدون أن يطفئوا نور الله بأفواههم ويأبى الله إلا أن يتم نوره ولو كره الكافرون﴾ [5].

والله المستعان على ما يصفون

---

(١) سورة البقرة الآية ٩ .
(٢) سورة البقرة الآية ١٠ .
(٣) سورة البقرة الآية ١١ .
(٤) سورة البقرة الآية ١٢ .
(٥) سورة التوبة الآية ٣٢ .

الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي

(دراسة مقارنة مع النظام الطبي السعودي)

الأستاذ الدكتور/ بلحاج العربي بن أحمد (*)

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه ، ومن اتّبع هداهم إلى يوم الدين ، وبعد ...

مقدمة :-

١- إن الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء والجراحين قد أصبحت من القضايا العصرية المهمة والشائعة ، التي شغلت -وما تزال- المحاكم القضائية وساحات العدالة والرأي العام والأطباء والعاملين في مجال المهنة الطبية ؛ لما تثيره من مسائل شائكة وآراء متباينة بين فقهاء القانون وعلماء الطب إلى يومنا هذا .

والجدير بالذكر ها هنا ، أن أحكام الفقه الإسلامي تقرر مسؤولية الأطباء المدنية والجنائية ، وهذا منذ خمسة عشر قرناً ، وقبل القوانين الطبية الوضعية . وبدون منازع فإن الشريعة الإسلامية الغراء تعد أول تشريع في العالم ينظم أحكام ضمان الطبيب ، وكذا حقوق المريض الذي

(*) دكتور دولة في القانون والشريعة ، وأستاذ القانون بالجامعات الجزائرية والفرنسية ، وأستاذ الفقه الإسلامي بالمعهد الوطني العالي للشريعة الإسلامية بوهران - الجزائر ، وأستاذ القانون المدني ورئيس وحدة بحث الفقه الطبي والتطبيقات الطبية الحديثة بكلية الحقوق والعلوم الإدارية بجامعة وهران الجزائرية ، وحالياً أستاذ بكلية العلوم الإدارية (قسم القانون) ، جامعة الملك سعود ، الرياض ، المملكة العربية السعودية منذ سنة ١٤١٧هـ .

أحاطته بالحماية الشرعية وبسياج من الضمانات بالنسبة لأخطاء الأطباء الناتجة من الجهل أو الخطأ أو الإهمال في العلاج أو الجراحة أو التجارب الطبية .

٢- فقد جاء في القرآن الكريم ، في شأن من يقتل مسلماً خطأ ، قوله تعالى: ﴿**وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا**﴾ (١)، وقوله سبحانه: ﴿**وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيماً**﴾ (٢)، وقوله عز وجل: ﴿**ولا تزر وازرة وزر أخرى**﴾(٣)، وقوله سبحانه: ﴿**ووفيت كل نفس ما كسبت وهم لا يظلمون**﴾ (٤)، وقوله عز من قائل مؤكداً حكم القصاص: ﴿**ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون**﴾ (٥)، وفي قوله تعالى: ﴿**وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص**﴾ (٦).

وجاء صراحة في الحديث النبوي الشريف عن مسؤولية الطبيب عن أخطائه ، قوله عليه الصلاة والسلام: (**من تطبب ولم يعرف الطب فهو ضامن**) (٧)؛ وفي رواية أخرى ، روى أبو داود وابن ماجة والنسائي ، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال رسول الله ﷺ: (**من تطبب ولم يعلم منه الطب قبل ذلك فهو ضامن**) (٨). وأخرج أبو داود في سننه أيضاً ، قوله ﷺ: (**أيما طبيب تطبب على قوم لا يعرف له تطبب قبل ذلك**

(١) سورة النساء الآية ٩٢ ..

(٢) سورة الأحزاب الآية ٥ .

(٣) سورة الأنعام الآية ١٦٤ ؛ سورة الإسراء من الآية ١٥ ؛ سورة الزمر من الآية ٧ ؛ سورة فاطر من الآية ١٨ .

(٤) سورة آل عمران الآية ٢٥ .

(٥) سورة البقرة الآية ١٧٩ .

(٦) سوة المائدة الآية ٤٥ .

(٧) أخرجه النسائي في سننه ج٨ ص٥٢-٥٣ .

(٨) رواه أبو داود وابن ماجة والترمذي والنسائي والحاكم ، انظر مختصر سنن الترمذي ج٦ ص٣٧٨ .

فأعنت فهو ضامن) [1]. وقوله عليه الصلاة والسلام في المسؤولية الفردية على وجه العموم: **(ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته)** [2]، وقوله ﷺ: **(لا ضرر ولا ضرار)** [3].

٣- هذا ولقد برع المسلمون فى الطب ، وعرفوا المسؤولية المهنية الطبية، كما أن القاعدة الشرعية تقضي بأنه من يزاول عملاً لا يعرفه، يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يسببه للغير نتيجة هذه المزاولة المهنية[4]. وعلى هذا الأساس أجمع فقهاء الإسلام على أن المعالج «أي الطبيب أو الجراح» إذا أخطأ أو قصر أو أهمل ، أو إذا تعدى فتلف المريض ، كان ضامناً . والمتعاطي علماً وعملاً لا يعرفه متعمد ، فإذا تولد عن فعله التلف ضمن الدية ، وسقط عنه القصاص ، لأنه لا يستبد بذلك بدون إذن المريض وإذن الحاكم «الترخيص» ، واتباع الأصول والقواعد العلمية والشرعية والأخلاقية لمهنة الطب [5].

فمن المتفق عليه في الشريعة الإسلامية أن تعلم الطب فرض من فروض الكفاية ، لأنه ضرورة اجتماعية لحاجة الجماعة إليها . كما أن التداوي قد أمر الإسلام به ، لقوله ﷺ: **(تداووا فإن الله لم يضع داء إلا وضع له دواء غير داء واحد الهرم)** [6] وقوله ﷺ: **(إن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا بحرام)** [7]. فإن المعالج في الفقه الإسلامي يضمن الضرر عن فعله إذا كان جاهلاً ، أو كان غير مأذون

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الديات ، ج٤ ص١٩٥ ، قال المفسرون: إن المقصود بالعنت هنا إنما هو قطع العروق والبط والكي .

(٢) أخرجه الترمذي في سننه عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، سنن الترمذي ج٢ ص٥٤ ، ١١ .

(٣) رواه مالك وأحمد وابن ماجة ، وحسنه الإمام النووي في الأذكار .

(٤) ابن قيم الجوزية : زاد المعاد ج٣ ص١٤٥ ؛ الطب النبوي ص ٢٠٩-٢١٠ .

(٥) ابن قدامة المغني ج٦ ص١٢١؛ ابن فرحون تبصرة الحكام ج٢ ص٢٤٣ ؛ ابن عابدين .رد المحتار ج٦ ص٦٨-٦٩ .

(٦) رواه أحمد وأصحاب السنن ، وصححه الترمذي عن أسامة بن شريك ، انظر سنن أبي داود كتاب الطب ج٤ ص٣ ، تحقيق الشيخ محمد عبد الحميد .

(٧) رواه أبو داود في سننه عن أبي الدرداء رضي الله عنه ج٤ ص٢٠٦ .

فيه ، أو أخطأ فيه خطأ فاحشاً أو جسيماً ، لا يمكن أن يقع فيه طبيب آخر، وبصيغة عامة إذا تجاوز حدود حقه وأصول وأخلاقيات المهنة الطبية [١].

٤- فإنه يترتب على اعتبار التطبيب واجباً شرعياً ، عدم مسؤولية الطبيب أو الجراح عن أعماله ، إلا إذا أخطأ خطأ مهنياً فاحشاً ، بعد توافر أربعة شروط شرعية هي : حصول الطبيب على الترخيص اللازم لممارسة المهنة، وممارسة أعمال الطب والجراحة بقصد العلاج، والحصول على رضا المريض ، وعدم وقوع إهمال من الطبيب [٢]. وقد أصدر النظام السعودي في هذا الخصوص : نظام مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان بمقتضى المرسوم الملكي السامي رقم م/٣ والمؤرخ في ١٤٠٩/٢/٢١هـ[٣]، ونظام مزاولة مهنة الصيدلة بموجب المرسوم الملكي السامي رقم م/١٨ بتاريخ ١٣٩٨/٣/١٨هـ [٤]، ونظام المؤسسات الطبية الخاصة واللائحة التنفيذية بمقتضى المرسوم الملكي السامي رقم م/٥٨ والمؤرخ في ١٤٠٧/١١/٣هـ [٥]، والتي جاءت لتنظيم المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب وفقاً للشريعة الإسلامية التي نصت على أهمية الطب والجراحة للمحافظة على النفس البشرية التي تعد أحد المصالح الخمس التي من أجل صيانتها وضعت الأحكام الشرعية .

٥- هذا ونبحث موضوع الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي ، ونظام مزاولة مهنة الطب البشري السعودي ، من خلال فصلين منفصلين وهما :-

الفصل الأول: أخطاء الطبيب المدنية. الفصل الثاني: أخطاء الطبيب الجنائية.

---

(١) د. أحمد شرف الدين . الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص٥١ ؛ د. محمد الشنقيطي أحكام الجراحة الطبية ص٤٨١ ؛ د. محمد علي البار المسؤولية الطبية ص١١٥ .

(٢) الشيخ عبد القادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي ج١ ص٥٢٠-٥٢١ ؛ الشيخ أبو زهرة الجريمة في الفقه الإسلامي ص٤٦٩ ؛ د. محمود نجيب حسني أسباب الإباحة ، ص١١٥ وما يليها .

(٣) جريدة أم القرى في عددها ٣٢٣٣ بتاريخ ١٤٠٩/٣/٢٥هـ .

(٤) جريدة أم القرى في عددها ٢٧١٧ بتاريخ ١٣٩٨/٤/١٥هـ .

(٥) جريدة أم القرى في عددها ٣١٧١ بتاريخ ١٤٠٧/١٢/٦هـ .

الفصل الأول

أخطاء الطبيب المدنية

٦- يشترط الفقه الإسلامي في الطبيب المعالج أن يكون حاذقاً يعطي المهنة حقها ، فيحتاط في عمله ، ويبذل العناية المعتادة من أمثاله في التشخيص والعلاج والإشراف والرقابة الضرورية ، وأن يكون تدخله بناء على إذن المريض أو وليه إن كان قاصراً أو من في حكمه ، وأن يكون هدف الطبيب هو إعطاء الدواء أو إجراء العملية منصرفاً إلى العلاج لا إلى أية غاية أخرى ، وهذا كله بعد حصوله على الترخيص الرسمي بممارسة العمل الطبي أو الجراحي من الحاكم (الدولة) ، واتباعه لأصول الصنعة في مهنة الطب وأخلاقياتها ضمن القوانين واللوائح والأنظمة المعترف بها والمعمول بها لمزاولة مهنة الطب [1].

٧- ونعالج أخطاء الطبيب المدنية ، بصورة موجزة لا يصعب فهمها، من خلال دراسة المسائل المهمة التالية :

المبحث الأول : المقصود من ضمان الطبيب .

المبحث الثاني : الأخطاء التي يسأل عنها الطبيب .

المبحث الثالث : الأخطاء التي لا يسأل عنها الطبيب .

المبحث الرابع : مسؤولية المؤسسة الطبية التابع لها الطبيب .

---

(١) د. أحمد شرف الدين . الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص٥٤ ؛ د. محمد الشنقيطي . أحكام الجراحة الطبية ص٤٤٧ ؛ د. زهير السباعي ود. محمد علي البار الطبيب أدبه وفقهه ص١١١ ؛ قيس مبارك التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية ص١٤٥ .

المبحث الأول

المقصود من ضمان الطبيب

٨– المقصود من ضمان الطبيب ، هو أن يضمن ما ترتب على فعله من تلف عضو ، أو فوات منفعة ، أو هلاك المريض ، إن تعدى فيما أذن له فيه، أو أهمل أو قصر فيما يجب عليه مراعاته من أصول مهنته ، فتسبب عن ذلك تلف أو هلاك [١].

وقد ورد في الحديث النبوي الشريف ، قوله ﷺ: (**من تطبب ولم يعرف الطب فهو ضامن**) [٢]، وهذا لمنع الطبيب الجاهل ، ولحماية مهنة الطب والجراحة من الدخلاء يجب صدور الترخيص بممارسة العمل الطبي من الحاكم المختص .

فالطبيب الجاهل إذا أوهم المريض بعلمه ، فأذن له بعلاجه لما يظن من معرفته ، فمات المريض أو أصابه تلف من جراء هذا العلاج ، فإن الطبيب يُلزم بدية النفس أو بتعويض التلف [٣]. وعلى هذا ، فالطبيب الجاهل ضامن لما يطرأ على المريض الذي أذن له بمعالجته وأصابه ضرر، وضمان الطبيب الجاهل يكون بالقصاص [٤]. ومن المتفق عليه بين علماء الشريعة أنه يحجر على الطبيب الجاهل ، أي يمنع من عمله ، لأنه يتلاعب بأرواح الناس وصحتهم وحياتهم ، كما أنه يفسد أبدان الناس [٥].

---

(١) د. عبد الفتاح إدريس : قضايا طبية من منظور إسلامي ص٦٥ . د. محمد علي البار : المسؤولية الطبية ص١٠٤ . د. إبراهيم وجيه وآخرون : الطب الشرعي ص١٠ وما بعدها .

(٢) رواه أبو داود وابن ماجة والنسائي والحاكم وقال السيوطي صحيح في الجامع الصغير ج٦ ص١٠٦.

(٣) ابن رشد : بداية المجتهد ج٢ ص٤١٨ . ابن قدامة ج٦ ص١٢٠ . ابن عابدين : رد المحتار ج٨ ص١٨٣. حاشية الطحطاوي على الدر المختار ج٤ ص٢٧٥ .

(٤) د. أحمد فتحي بهنسي : المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي ص١٥٠ .

(٥) ابن قيم الجوزية : الطب النبوي ص١٠٩–١١٠ . د. أحمد إبراهيم : مسؤولية الأطباء في الشريعة الإسلامية وفي القانون المقارن ، مجلة الأزهر ، المجلد ١٩ ، ١٣٦٧ ، ص ٨١٧ . والمجلد ٢٠ ، ١٣٦٨ ص٤٦ .

٩- والجدير بالذكر ها هنا ، أن فقهاء الإسلام عرفوا المسؤولية المهنية الطبية ، ومن ذلك ما ورد أنه حوالي ٣١٩هـ / ٩٣١م وصل إلى علم الخليفة العباسي "المقتدر بالله" ، أن طبيباً بغدادياً قد ارتكب خطأ فنياً في علاج أحد المرضى فأودى به إلى الموت ، فأمر الخليفة محتسبه "إبراهيم ابن بطحا" بالتحقيق مع جميع الأطباء ومنعهم من المعالجة ، إلا من امتحنه "سنان بن ثابت الحراني" ، والتأكد من حيازتهم على تصريح الحاكم لمزاولة مهنة الطب . ثم أنشأ الخليفة غرفة للأطباء للإشراف على الأطباء والجراحين ، وعين سنان بن ثابت رئيساً لها ، وقد امتحن هذا الأخير أكثر من ستين وثمانمائة طبيب في بغداد ، سوى من كان في خدمة الخليفة، واستغنى عن امتحان من اشتهر بالتقدم في صناعة الطب (١).

إن هذا الخبر هو دليل قاطع على اهتمام الدولة الإسلامية ، برقابة الأطباء والجراحين والإشراف عليهم ، حتى تكون أعمال الطبيب أو الجراح موافقة للأصول والقواعد التي يتبعها أهل الصنعة في مهنة الطب . فإن فعل ما لا يفعله مثله من أهل الصنعة في مهنة الطب ، وخرج على القواعد المنصوص عليها في الطب ، وكان عالماً به فهو ضامن (٢).

---

(١) د. شوكت الشطي : مختصر تاريخ الطب ص٦٣ .

(٢) د. راجي التكريتي : السلوك المهني للأطباء ص١٠١ . زيفريد هونكه : شمس العرب تسطع على الغرب ص٢٣٥ . د. عبد الستار أبو غده : فقه الطبيب وأدبه ، مجلة المسلم المعاصر ، العدد ٢٨ ، ١٩٨١م، ص١٥٢ .

المبحث الثاني

الأخطاء التي يُسأل عنها الطبيب

١٠- أجمع الفقهاء في الفـقه الإسلامي إلى أن الطبيب أو الجراح (ومن في حكمهم في الهيئة الطبية كـالمساعدين الصحيين والفنيين والممرضين...) لا يسأل إلا عن الخطأ الفاحش (أو الجسيم) ، وهو الخطأ الذي يتجاوز فيه الحد المعتبر عند أهل الاختصاص الذين لا يمكن أن يقع فيه طبيب آخر [١]، أو بمعنى آخر فهو الخطأ المهني (أو الفني) الذي يعد مخالفة لأصول المهنة الطبية وقواعدها [٢].

فإذا كـان خطأ الطبيب المعالـج فاحشـاً ، أي جسيمـاً ، بغض النظر عن فداحة الضرر، خارجاً عن أصول الصنعة في مهنة الطب : كالرعونة وعدم الاحتياط ، وكالإهمـال وعدم الاحتراز أو عدم الانتباه ، أو كمـخالفة قواعد المهنة وأصولهـا ، فإنه يضمن ما أتلفت يده شـرعاً ، كما لو سـقى الطبيب مريضاً دواء فـأضر به . فإن كان مقدار التـعويض ما يوازي أقل من ثلث الدية ففي مال الطبيب ، وإن كان الثلث أو أكثر ففي مال العاقلة [٣].

فإذا تدخل الطبيب أو الجراح بدون إذن المريض ، أو كان جاهلاً بالمهنة، أو أخطأ فيـه ، أو تجاوز حدود حـقه ، كما هو الحـال إذا استهـدف بعمله غرضـاً آخر غيـر علاج المريض ، خرج عـمله شرعـاً من دائرة الإباحة إلى دائرة التـعـدي ، ووجب عليـه تعـويض المـريض عن الضـرر المتـرتب عن فعله[٤]. فالمطلوب من الطبيب أن يكون حـاذقاً يعطي المهنة حقها ، فـيحتاط

---

(١) ابن القيم : الطب النبـوي ص٢١٠ . ابن قدامة : المغني ج٦ ص١٢١ . ابن فرحـون : تبصرة الحكام ج٢ ص٢٤٣ . منصور البهوتي : كشاف القناع ج٤ ص١٤ .

(٢) د. أحمد شرف الدين : الأحكام الشرعـية للأعمال الطبية ص٥٤ . د. محمد علي البـار المسؤولية الطبية ص١١٥ . د. عبد الفتاح إدريس : قضايا طبية من منظور إسلامي ص٦٥ .

(٣) د. محمد علي البار : المسؤولية الطبية ص١١٥ .

(٤) د. محمد الشنقيطي : أحكام الجراحة الطبية ص٤٨٣ .

في عمله ويبذل العناية المعتادة من أمثاله في التشخيص والعلاج والمتابعة(١).

١١- إن معيار مسؤولية الطبيب ومساعديه في الفقه الإسلامي ، هو الالتزام ببذل عناية يقظة تتفق مع الأصول التي يتبعها أهل الصنعة في مهنة الطب والجراحة ، وهذا معناه أن الطبيب يلتزم فقط ببذل عناية اليقظة المعتادة في ممارسته للعمل الطبي من أمثاله في العلاج والجراحة (٢).

فإذا راعى الطبيب في عمله العناية المعتادة ، وفقاً لقواعد وأصول العمل الطبي ، ونتج من ذلك ضرر لحق بالمريض لا يمكن الاحتراز منه ، فلا ضمان عليه (٣). وهو ما أشارت إليه المادة ١٧ من نظام مزاولة مهنة الطب البشري السعودي بقولها: "يجب على الطبيب أن يقوم بإجراء التشخيص بالعناية اللازمة مستعيناً بالوسائل الفنية اللازمة ، وبمن تستدعي ظروف الحالة الاستعانة بهم من الأخصائيين أو المساعدين" .

كما أن المادة ٢٧ من نفس النظام نصت صراحة ، وبكل وضوح ، بأن التزام الطبيب ومساعديه الخاضعين لأحكام هذا النظام هو إلزام ببذل عناية يقظة تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها" .

وهذا معناه أن طبيعة التزام الطبيب في النظام الطبي السعودي ، هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة ؛ فإنه لا يلتزم بشفاء المريض، بل يلتزم فقط ببذل عناية اليقظة المعتادة في ممارسته للعمل (٤). ويكون ذلك

---

(١) د. أحمد شرف الدين : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، ص٥٣ . د. أحمد إبراهيم : مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر ، المجلد ٢٠ ، ص٤٦ .

(٢) ابن رشد : بداية المجتهد ج٢ ص١٩٤ . حاشية الدسوقي ج٤ ص٢٥ . ابن حزم : المحلى ج١٠ ص٤٤٤ . الكاساني : البدائع ج٧ ص٣٠٥ . الخرشي : شرح مختصر خليل ج٦ ص١٧ .

(٣) حاشية الطحطاوي على الدر المختار ج٤ ص٢٧٥ . ابن رشد : بداية المجتهد ج٢ ص١٩٤ . قيس مبارك : التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية ص١٤٥ .

(٤) عبد الله الغامدي : المسؤولية الطبية المهنية ص١٨٣ . قيس الصغير : المسؤولية المهنية الطبية في المملكة العربية السعودية ص١٣٦ .

بأن يبذل العناية المعتادة من أمثاله في التشخيص والعلاج [١]. وعلى هذا الأساس ، فإنه لا يكون الطبيب مسؤولاً إذا بذل العناية المعتادة وفقاً للقواعد المتبعة في مهنة الطب ودون تقصير أو إهمال [٢]، وكان العلاج سليماً وجدياً ومتمشياً مع الفن الطبي ومناسباً لحالة المريض [٣]. فإن الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض أو بضمان سلامته من مخاطره فهذا ليس وسعه [٤].

١٢- وقد نصت المادة ٢٨ من النظام المذكور ، بأنه كل خطأ مهني صدر من الطبيب أو من أحد مساعديه ، وترتب عليه ضرر للمريض يلتزم من ارتكبه بالتعويض ، ويُعد من قبيل الخطأ المهني ما يلي :

١- الخطأ في العلاج ، أو نقص المتابعة .

٢- الجهل بأمور فنية يفترض فيمن كان في مثل تخصصه الإلمام بها.

٣- إجراء التجارب أو البحوث العلمية غير المعتمدة على المريض .

٤- إعطاء دواء للمريض على سبيل الاختبار .

٥- إستعمال آلات أو أجهزة طبية دون أن يكون على علم كاف بطريقة استعمالها ، أو دون أن يتخذ الاحتياطات الكفيلة بمنع حدوث ضرر من جراء هذا الاستعمال .

٦- التقصير في الرقابة والإشراف على من يخضعون لإشرافه وتوجيهه من المساعدين .

٧- عدم استشارة من تستدعي حالة المريض الاستعانة به .

---

(١) د. عبد الفتاح خضر : النظام الجزائي ج١ ص٢٣٢ .

(٢) قرار اللجنة الطبية الشرعبة بالرياض رقم ٢٩٠ وتاريخ ١٤٠١/٤/٢٧هـ .

(٣) قرار اللجنة الطبية الشرعية بمكة المكرمة رقم ٢٨٥ وتاريخ ١٤٠١/٢/٢٨هـ .

(٤) انظر خطاب وزارة الصحة السعودية الذي يؤكد براءة المستشفى الخاص في قضية غيبوبة عميقة لمواطنة سعودية في أثناء إجراء عملية إجهاض علاجي للجنين ، من أن وفاتها لا ترجع إلى خطأ طبي، كإهمال أو تقصير أو رعونة أو عدم دراية ، بل نتيجة فشل كلوي ونزيف حاد في المخ أديا إلى الوفاة دماغياً . انظر صحيفة الاقتصادية ١٠ رمضان ١٤١٨هـ الموافق ١٩٩٩/١/٨م العدد ١٥٩٧ ص١ .

ويقع باطلاً كل شـرط يتـضـمن تحديـد الطبيب أو إعـفـاءه أو أي من مساعديه من المسؤولية" .

١٣- يتضح لنا مـن هذه المادة ، أن النظام الطبي السعـودي يجعل حق الطبيب في القيام بالعلاج والجراحة مقيداً بواجب مراعاة أصول مهنة الطب وقـواعدها المتـعارف عليـها . ويقـصـد بها القـواعد التي تفـرض الانتبـاه والحيطة والحذر [١]، وأيضاً الواجبات التي تفرضها طبـيعة الأعمال الطبية من متـابعة المريض ، وعـدم التجريب عليـه ، واتباع قواعـد السلوك المهني الواجب [٢]. والمعيار الشرعي الذي يستند عليـه النظام السعودي هو معيار الطبـيب العـادي ، مـتوسط العـلم والذكاء والخـبـرة ، إذا وجـد في نفس الظروف [٣].

إن خطأ الطبيب يقاس على ضـوء سلوك الطبيب الوسط من نفس المهنة والمستوى ، وعلى ضوء الظروف الخـارجية التي أحاطت به ، وهذا السلوك المهني يجب أن يتـفق مع الأصول الفنيـة المستقـرة في الطب [٤]. وهو ما ذهب إليه فقهاء الفقـه الإسلامي من أنه كل ما يطلب من الطبيب المعالج أو الجـراح هو بذل العناية المعـتـادة من مثله في ممـارستـه للعـمل الطبي أو الجراحي [٥].

ونلاحظ هنا ، وطـبـقـاً لنص المادة ٢٨ من النظام الـطبي السـعـودي، وبقولهـا "كل خطأ مهني صـدر من الطبيب أو من أحـد مساعـديه .. فإنه

---

(١) قرار اللجنة الطبية الشرعية بالمدينة المنورة ، رقم ٢١٧٩ وتاريخ ١٤٢٠/٥/٣٠هـ .

(٢) قرار اللجنة الطبية الشرعية بالرياض ، رقم ٢٩٠ وتاريخ ١٤٠١/٤/٢٧هـ .

(٣) عبـد الله الغامدي : مـسؤولية الطبـيب المهنية ص٢٠٣ . قيس الصـغير : المسـؤولية المهنية الطبـية في المملكة العربية السعودية ص١٤٧ . د. عبد الفتاح خضر : النظام الجزائي ج١ ص٢٣٢-٢٣٣ .

(٤) قرار اللجنة الطبية الشرعية بالرياض رقم ٢٩٠ ، مـذكور سابقاً . وفي نفس الاتجاه انظر د. محمد أبو زيد نحو إرساء القضـاء الكويتي لأحد مبادئ المسؤولية الـطبية (معيار خطأ الطبيـب) ، مجلة الحقوق، الكويت ، العدد ١ سنة ١٩٩٦م ص٣٢١ .

(٥) ابن رشد : بداية المجتهد ج٢ ص١٩٤ . حاشية الطحطاوي ج٤ ص٢٧٥ . حاشية الدسوقي ج٤ ص٢٥. ابن قدامة : المغني ج١٠ ص٣٤٩ .

أصبح الطبيب مسؤولاً عن خطئه المهني مهما كان نوعه ، سواء كان فنياً أو غير فني ، جسيماً أو يسيراً ، إلا أنه يشترط أن يكون واضحاً وثابتاً، ومحققاً ومتميزاً ، بحيث لا يتطلب من الخبراء وأعضاء اللجنة الطبية الشرعية تقدير النظريات العلمية والمفاضلة بينها ، وذلك لأن التزامات الطبيب أو الجراح تحددها الأصول والنظريات العلمية الثابتة التي يتبعها أهل الصنعة في مهنة الطب (١).

وظاهر أيضاً أن النظام الطبي السعودي ، وبغرض حماية المرضى، يتجه نحو التشديد في مسؤولية الأطباء والمستشفيات ، بحيث تقوم هذه المسؤولية عند حدوث أي ضرر يخل بسلامة المريض ، كنقص المتابعة، أو التقصير في الرقابة ، أو استعمال الآلات دون دراية تامة أو دون اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بمنع وقوع الضرر من جراء هذا الاستعمال (٢).

١٤- فإذا أهمل الطبيب أو قصر في مراعاة قواعد مهنة الطب ، فإنه يسأل عن ما ينشأ عنه على أساس غير العمد ؛ وأما إذا خرج عن هذه القواعد مطلقاً ؛ كما لو قصد إجراء التجارب أو البحوث العلمية غير المعتمدة على المريض ، أو استعمل أجهزة طبية دون أن يكون على علم كاف بطريقة استعمالها ، فإنه يسأل عن الأضرار الناجمة عن فعله على أساس العمد . ويجب على اللجنة الطبية الشرعية أن تبين في قرارها ما إذا كان الطبيب المعالج قد ارتكب فعلاً يشكل خروجاً على القواعد العلمية الثابتة في المجال الطبي (٣).

ومن أمثلة الخطأ في العلاج أو الجراحة ، بسبب الإهمال أو التقصير أو

---

(١) إن الطبيب في النظام السعودي يسأل عن كل خطأ مهني على شرط أن يكون الخطأ هذا ثابتاً ومحققاً، بغض النظر عن فداحة الضرر، وفقاً للأصول الطبية والجراحية الثابتة .

(٢) قرار اللجنة الطبية الشرعية بالرياض رقم ٢٧٠ وتاريخ ١٤٠٠/٧/١٠هـ .

(٣) تشكل اللجنة المذكورة وفقاً للمادة ٣٤ من نظام مزاولة مهنة الطب البشري من قاض ، ومستشار نظامي ، وعضو هيئة التدريس من إحدى كليات الطب السعودية ، وطبيبين من ذوي الخبرة والكفاءة يعينهما وزير الصحة .

عدم الحيطة والحذر : إصابة شريان أو عضو بسبب خطأ من الجراح أو مساعده ، وتعريض المريض لأشعة ضارة بالجسم ، وعدم تعقيم الأدوات الجراحية المستخدمة ، وعدم متابعة المريض بعد إجراء العملية الجراحية، ونسيان بعض أدوات الجراحة في جوف المريض ، وعدم تأكده من سلامة الدم الذي يقرر نقله للمريض من مرض أو فيروس ... إلخ ، فكلها تعد خروجاً على الأصول الطبية العلمية المتعارف عليها ، ويضمنها الطبيب ومساعدوه إذا حدث تلف وضرر [١].

١٥- والأخطاء الطبية الفادحة والكثيرة هي مسلسل بلا نهاية ، وكثرة الشاكين هو دليل على الإهمال والتراخي في الوسط الطبي ، ومن ذلك الشاب الذي خرج مشلولاً وأعمى بعد العملية الجراحية [٢]، والمرأة التي بعد عملية لاستئصال كيس دم على المبيض تصبح مصابة بالعقم ومنع الحمل[٣]، والطبيب الذى يمارس الطب وفى جيبه قرار الفصل [٤]، والمريضة المصابة بالفشل الكلوي الحاد التي تركت دون إشراف ومتابعة[٥]، والمستشفى الأهلي الذي يمارس عمليات التوليد وهو بلا بنك للدم [٦]، والطبيب الذي وصف عقارين لعلاج الملاريا مع أن المعتاد أن يوصف عقار واحد فقط (وأن الجرعة المدونة بخط الطبيب هي الجرعة اللازمة للشخص البالغ وليس لطفل في الرابعة من عمره) [٧]، والطبيب الذي يعترف بأن حالة الطفل خطرة وعلى الرغم من ذلك لم يقم باستدعاء

---

(١) د. رياض الخاني : المظاهر القانونية لعمليات نقل القلب وزرعه ، المجلة الجنائية القومية ، عدد مارس ١٩٧١م . د. محمد حسين : المسؤولية الطبية في عمليات نقل الدم ص٩٢ . د.منذر الفضل : المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ص٧٢ . د. محمد علي البار : المسؤولية الطبية ص١٣٦ .

(٢) صحيفة الاقتصادية ، يوم ١٤٢٠/٨/٢٨هـ ، العدد ٢٢٦٦ .

(٣) صحيفة الاقتصادية ، يوم ١٤١٩/٢/٢٦هـ ، العدد ١٧٤٥ .

(٤) صحيفة الرياض ، يوم ١٤١٩/١٠/٢٧هـ ، العدد ١١١٩١ .

(٥) صحيفة الرياض ، يوم ١٤١٩/١٠/٢٧هـ ، العدد ١١١٩١ .

(٦) صحيفة الجزيرة ، يوم ١٤١٩/٢/١٢هـ ، العدد ٩٣٨٢ .

(٧) اللجنة الطبية الشرعية بالرياض ، قرار رقم ٢٧٥ ، وتاريخ ١٤٠٠/٨/٨هـ .

الأخصائي لفحصه والإشراف على علاجه [١]، وكالطبيب الذي حقن مريضة في حالة خطيرة بإبرة دوائية (مزج فيها فيتامين "ج" مع سوبرا يايجين) لا تتناسب مع مرضها وأدت إلى وفاتها خلال دقيقتين من حقنها[٢].

وهو ما قررته اللجنة الطبية الشرعية بالمدينة المنورة ، بمقتضى قرارها رقم ٢١٧٩ ، وتاريخ ١٤٢٠/٥/٣٠هـ ، من ضرورة تعويض عن خطأ طبي أضر بعين فتاة من جراء عدم الحيطة والحذر من طرف الجراح مما تسبب في أضرار بالغة بعينها اليسرى عند إجراء جراحة لاستئصال لحمية نتج منها تجمع دموي كبير حول عينيها أدى منعها الرؤية [٣].

---

(١) اللجنة الطبية الشرعية بالرياض ، قرار رقم ٢٧٥ ، المشار إليه .

(٢) اللجنة الطبية الشرعية بالرياض ، قرار رقم ٢٧٠ ، وتاريخ ١٤٠١/٧/١٠هـ .

(٣) صحيفة الاقتصادية ، يوم ١٥/١٠/٢٠٠٠م ص١٥ .

المبحث الثالث

الأخطاء التي لا يُسأل عنها الطبيب

١٦- إن الأخطاء الطبية التي لا يُسأل عنها الطبيب في الفقه الإسلامي هي تلك الأخطاء اليسيرة (أو التافهة) التي لا يمكن التحرز منها ، والتي يتصور وقوعها من أهل العلم بصناعة الطب ، مهما كانت درجة ضبطهم ودقة صنعتهم (١).

فلا ضمان شرعاً على الطبيب أو الجراح إن ارتكب خطأ يسيراً ، وهو الذي يمكن أن يقع فيه طبيب أو جراح مماثل ، وهذا راجع لطبيعة العمل الطبي والجراحي ومخاطره ، واحتمالات الأخطار المحيطة به . وإذا كان هناك خطأ ، فهو خطأ يرجع إلى مهنة الطب ، ويتصل بها بسبب قصورها، ونقص في العلوم الطبية وعدم تكاملها وعنصر الاحتمال اللصيق بها (٢).

إن الطبيب المعالج الذي يفعل ما يفعله طبيب متوسط في نفس المهنة والمستوى ، وهو محاط بنفس الظروف الخارجية ، لا يجوز وصف سلوكه المهني بالخطأ ، لأن الفعل يكون حينئذٍ وفقاً لأصول مهنة الطب المتعارف عليها نظرياً وعملياً بين الأطباء (٣).

وهو ما قررته اللجنة الشرعية بالرياض ، من أنه ليس ثمة ما يستدعي مساءلة الأطباء لانعدام وجود تقصير أو إهمال من جانبهم ، من الإسراع بإجراء الجراحات الجدية اللازمة ، وأن ما قام به هؤلاء كان مناسباً لحالة المريضة ، ومتمشياً مع الفن الطبي (٤).

---

(١) الشافعي : الأم ج٦ ص٦٦ . حاشية الدسوقي ج٤ ص٢٥ و ٢٧ .

(٢) د. أحمد شرف الدين : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٥٤ .

(٣) د. محمد علي البار : المسؤولية الطبية ص١٣٥ . د. محمد عبد الفتاح إدريس : قضايا طبية من منظور إسلامي ص٦٨ . د. عبد الرحمن النفيسه : مسؤولية الأطباء ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، الرياض ، ١٤١٠هـ ، العدد الثالث ، ص١٧٧ .

(٤) قرار اللجنة الطبية الشرعية بالرياض ، رقم ٢٩٠ وتاريخ ١٤٠١/٤/٢٧هـ .

وهو أيضاً ما قررته اللجنة بإخلاء سبيل الأطباء العاملين في مستشفى بمكة المكرمة من أن التشخيص الذي تم التوصل إليه من قبل الأطباء قبل العملية ، وهو اشتباه التهاب الزائدة ، أو التهاب المرارة ، مع التهاب بريتوني ، هو تشخيص يتمشى مع ما وجد في أثناء العملية من التهاب بريتوني ناتج عن إلتهاب حاد في البنكرياس ، ومن ثم لا يعد التشخيص خطأ من الناحية الفنية (١).

١٧- وقد استقر اجتهاد اللجنة الطبية الشرعية في المملكة العربية السعودية ، بأنه بالنسبة للخطأ المهني أو الفني ، فإن الطبيب لا يسأل إلا عن خطئه الفاحش (أو الجسيم) (٢)؛ كما أنه لا يسأل الطبيب عما نسب إليه من إهمال أو تقصير أو عدم احتياط أو عدم انتباه إلا إذا ثبت أن ذلك قد وقع بصفة واضحة وثابتة ، مع مراعاة حالة العلم والأصول والقواعد المعترف بها في الفن الطبي (٣)، وهذا اجتهاد صائب .

فلا يسأل الطبيب عن أخطائه الفنية ، كالخطأ في التشخيص والعلاج ، إلا في حالة الغش والخطأ الجسيم ، أو كما لو ثبت أنه أظهر جهلاً مطبقاً بأصول العلم والفن الطبي . فلا يسأل الطبيب عن الخطأ الذي يقع منه في تشخيص المرض خصوصاً إذا تشابهت الأعراض ، كما أن اختيار الطبيب طريقة للعلاج دون أخرى لا يمكن أن يؤدي إلى مسؤوليته عن طريقة العلاج التي اتبعها ما دامت هذه الطريقة صحيحة علمياً ومتبعة فعلاً في علاج المرض (٤).

---

(١) قرار اللجنة الطبية الشرعية بمكة المكرمة ، رقم ٢٨٥ وتاريخ ١٤٠١/٢/٢٨هـ .

(٢) قرار اللجنة الطبية الشرعية بالرياض ، رقم ٢٧٠ وتاريخ ١٤٠١/٧/١٠هـ . وكذا رقم ٢٧٥ بتاريخ ١٤٠٠/٨/٨هـ .

(٣) قرار اللجنة الطبية الشرعية بالمدينة المنورة ، رقم ٢١٧٩ وتاريخ ١٤٢٠/٥/٣٠هـ .

(٤) د. محمد منصور : المسؤولية الطبية ص١٩ وما يليها . د. سعد العسيلي : المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي ص١٧٦ . د. راجي التكريني : السلوك المهني للأطباء ص١٠١ . د. فرج الهرش : موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة ص٢٩ . د. محسن البيه : خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية ص٣٠ وما بعدها .

والجدير بالذكر هنا ، بأنه ليس للمحاكم في قضايا المسؤولية الطبية، التدخل في تقدير الآراء والنظريات الطبية والطرق العلمية ، بل تنحصر مهمتها شرعاً في الكشف عما إذا كان قد وقع من الطبيب إهمال ثابت، محقق بوضوح ، كما أنه ليس لها أن تراقب أو تنفذ طريقة العلاج ، وبناء على ذلك لا يجوز أن يسأل الطبيب لغلطه في تشخيص المرض ، أو لأنه باشر عملية جراحية بغير مهارة ، وقد كان يمكن لطبيب ماهر أن يباشرها بنجاح (١).

ونلاحظ بأن مسؤولية الطبيب عن أخطائه لا يعني أن يؤخذ بالظن والاحتمال ، أو بالخطأ المقدر أو الاحتمالي ، كما أنه لا مسؤولية على الطبيب إذا كان إخفاق جهوده يرجع إلى نقص في العلوم الطبية ذاتها. وعلى هذا الأساس فإن النظام الطبي السعودي ، وفقاً لسياسته التشريعية والقضائية العادلة ، قد وازن بين حقوق المرضى في الراحة النفسية والاطمئنان بالسلامة ، وحقوق الأطباء في الحماية والاستقرار وفقاً لما يمليه عليهم ضميرهم وفنهم (٢). فلا يجوز مؤاخذتهم إلا إذا كان الخطأ الطبي المهني جسيماً ، واضحاً وثابتاً ومحققاً ومتميزاً ، وفقاً للأصول الفنية وقواعد مهنة الطب المتعارف عليها (٣).

إن الطب علم وفن ، فإذا ضاق على الأطباء والجراحين الخناق ، لتحميلهم المسؤولية عن أي خطأ ولو كان يسيراً أو تافهاً وغير مقصود، فإن هذا قد يشل نشاطهم المهني ، وإبداعهم الطبي في الاجتهاد والابتكار، وفي هذا عرقلة لتقدم المهنة الطبية برمتها (٤).

---

(١) د. يحيى بن لعلي : الخبرة في الطب الشرعي ص٣١ . د. محمد منصور : المسؤولية الطبية ص١٩ .
د. محمد علي البار : المسؤولية الطبية ص١٣٧ . د. إبراهيم وجيه : الطب الشرعي ص١١ .

(٢) وليد شيرة : الأخطاء الطبية صحيفة الاقتصادية يوم ١٤١٨/٩/١٠هـ ، ص١ .

(٣) اللجنة الطبية الشرعية بمكة المكرمة ، قرار رقم ٢٨٥ ، مذكور سابقاً .

(٤) د. راجي التكريتي : السلوك المهني للأطباء ص١٠٢ .

المبحث الرابع

مسؤولية المؤسسة الطبية التابع لها الطبيب

١٨- إن الطبيب في النظام الطبي السعودي يعد مـستقلاً في أداء عمله من الناحـية الفنيـة ، فهو المسـؤول عن أخطائه المهنيـة الفنية خلال الـعمل الطبي ذاته ، كالفـحص والتشخيـص والعلاج والمتابعة والجـراحة والعناية والمراقـبـة الطبـيـة (م١٧ و٢٧ و٢٨ و٢٩ من نظـام مـزاولة مـهنة الطب البشري) ؛ غـير أنه يعد تابعاً للمستـشفى الذي يعمل به ، وعلاقة التـبعية هذه كافية لأن يتحمل المستشفى خطأ الطبيب .

فالمسـتشـفى ، أو المستوصف ، أو العـيادات الخـاصة والمجمـعة ، أو المختـبرات الطبـية ، ووفقـاً لنظام المؤسسـات الطبيـة الخاصـة واللائحة التنفيذية [1]، تسأل في النظام السعـودي عن كل خطأ يقع في تنظيم سير العمل وحسـنه بها ، وفي تقديم العناية والرعاية اللازمـتين للمرضى، وفي تجهـيزها بالأجهـزة الطبيـة الضرورية ، ونظافة الأجـهزة والآلات الطبـية والجراحـية المسـتعـملة ، وتوفيـر العدد الكافي المتـخصص من العـاملين، ومراعاة نظافة الأغذية المقدمة للمرضى ، وكذا النظافة العامة داخل المرافق الصحيـة . وعلى هذا ، فإن تحايل بعض المسـتوصفات الخاصـة (الأهلية) تشغيل عـاملات النظافة في أعمال الـتمريض ، ولو كانت أعمـالاً تمريضية بسـيطة (مثل ربط الضـمادات وتغـييـرها ، وإجراء التطعـيمـات ، وإجراء اختبـارات الحرارة والضغط ، وتحـضير التحـاليل ، وحقن المرضى بالإبر وغيرها ..) هو أمـر مخالف للأنظمة الطبية الجـاري بها العمل في المملكة ، ويعرضـها للعقوبات النظامية الـشرعية والتي منها سحب الترخيص (م٢٨ و٢٩ من نظام المؤسسات الطبية الخاصة) [2].

---

(١) المرسوم الملكي رقم م/٥٨ وتاريخ ١٤٠٧/١١/٣هـ .

(٢) عبيد الأنصـاري: تحايل تشغيل عاملات النظافـة في التمريض، صحيفـة الاقتصادية١٤١٩/٢/١٢هـ، العدد ١٧٣١ .

١٩- إن علاقة الطبيب بالمريض ، في المستشفى العام ، هي علاقة شخص مكلف بأداء خدمة عامة ، وتتحدد بمقتضى اللوائح المنظمة لنشاط المرفق الصحي العام الذي يديره المستشفى . فهي علاقة من طبيعة إدارية أو لائحية ، وهي تخضع أيضاً لأحكام المسؤولية التقصيرية عند تحديد مسؤولية المستشفى العام عن الضرر الذي يصيب المريض [١].

والأمر يختلف بالنسبة لمسؤولية المستشفى الخاص (الأهلي) ، حيث يحكم العلاقة بينه وبين المريض عقد الاستشفاء المنعقد بينهما ، فعقد الاستشفاء هو الذي يحكم العلاقة التعاقدية بينهما [٢].

وأما بالنسبة للصيدلي ، فإنه يعد تابعاً لصاحب الصيدلية ، ولو لم يكن هذا فنياً ، لأنه هو الذي اختاره وعليه رقابته (م٣ و٢٨ و٢٩ من نظام مزاولة مهنة الصيدلة) [٣].

نكتفي بهذا القدر فيما يتعلق بالفصل الأول الذي خصصناه لأخطاء الطبيب المدنية ، ونتعرض فيما يلي للفصل الثاني المتعلق بأخطاء الطبيب الجنائية .

---

(١) محمد حسين منصور : المسؤولية الطبية ص٨٣ .

(٢) د. محمد السعيد رشدي : عقد العلاج الطبي ص٤٥ .

(٣) المرسوم الملكي رقم م/١٨ وتاريخ ١٣٩٨/٣/١٨هـ .

الفصل الثاني

أخطاء الطبيب الجنائية

٢٠- لقـد برع المسلمـون في الطب ، فقـد عـرفوا مـسـؤولية الأطبـاء الجنائية قبل القوانين الوضعية بعدة قرون ، إذ إن القاعدة الشرعية تقضي بأنه من يزاول عملاً لا يعرفه يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب الغير نتيـجة هذه المزاولة . وقد ذكر العـلامة الخطابي في قوله: "لا أعلم خـلافاً في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً ، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعـرفه مـتعـمد ، فـإذا تولد من فعله الـتلف ضمن الدية ، وسـقط عنه القصاص ، لأنه لا يستبد بذلك بدون إذن المريض" (١).

وأساس إباحة الأعمـال الطبية والجراحية هو إذن الحـاكم (الترخيص)، ثم إذن المريض وهو رضـا هذا الأخير بهـذه الأعمال للضـرورة الشرعـية، بتـخليـصه مـن المرض وآلامه أو بتـخـفـيف هذا المرض أو تلك الآلام (٢). ولإباحة ممـارسة الأعمـال الطبيـة والجراحـية ، بما تتـضمنه من مـساس بالأبدان ، لا بد من توافر أربعـة شروط شرعية هي : حـصول الطبيب على الترخـيص اللازم لممارسـة المهنة ، وممارسة هذه الأعمـال بقصـد العلاج، والحصول على رضا المريض، وعدم وقوع إهمال أو تقصير من الطبيب(٣).

٢١- وقد اتفق فـقهاء الإسلام على أنـه من القواعد المقررة شـرعاً، أن عمل الطبيب أو الجراح عند الإذن بالعلاج أو عند طلبه يُعد واجباً، والواجب لا يتقيد بشرط السلامة (٤). كما أجمع الفقهاء أنه في حالة الطبيب الجاهل الذي ادعى العلم فـأذن له مريضه بعـلاجه لما اعتـقد فى علمـه ومعرفـته،

---

(١) ابن قيم الجوزية : زاد المعاد ج٣ ص١٤٥ .

(٢) عبـد القادر عودة : التـشريع الجنائي الإسـلامي ج١ ص٥٢٠ . محمـد أبو زهرة : مسؤوليـة الأطباء ، مجلة لواء الإسلام ، العدد ١٣ ص٥٣ . د. محمد نجيب حسني : أسباب الإباحة ص١١٥ وما بعدها .

(٣) عبد القادر عودة ، نفس المرجع ج١ ص٥٢١ . د. عبد الـفتاح خضر : النظام الجزائي ج١ ص٢٢٤ وما يليها .

(٤) عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي ج١ ص٥٢٠ .

فمات المريض أو أصابه ضرر من جراء هذا العلاج ، فالحكم الشرعي هنا إلزام الطبيب بدية النفس أو بالتعويض عن الضرر أو التلف حسب الأحوال(١).

أما الطبيب الحاذق الذي أذن له وأعطى الصنعة حقها ، لكنه أخطأت يده، وتعدت إلى عضو سليم فأتلفه ، كأن سبقت يد الخاتن إلى الكمرة، فهذا يضمن لأنها جناية خطأ . وأما ما كان يخطأ في فعل ، كسقيه ما لا يوافق المرض ، فذلك خطأ تحمل عاقلته الثلث فصاعداً (٢). وفي شأن الطبيب الذمي فقد قيل تكون الدية في ماله (٣).

وأما إذا كان الطبيب حاذقاً ماهراً بصناعته ، واجتهد فوصف للمريض دواء ، فأخطأ في اجتهاده فقتله ، قال الإمام أحمد رحمه الله في روايتين: "الأولى أن دية المريض في بيت المال (الخزينة العامة) ، والثانية أنها على عاقلة الطبيب (٤).

٢٢- ولا يكون عمل الطبيب مباحاً ، يعفيه من الضمان ، أي من المسؤوليتين المدنية والجنائية ، ، إلا إذا بذل في أدائه العناية المعتادة الواجبة شرعاً ونظاماً ، واتبع الأصول العلمية المتعارف عليها في فن الطب والجراحة (م٢٧ من نظام مزاولة مهنة الطب البشري السعودي) . أما إذا اقترن عمله بخطأ مَّا كإهمال أو تقصير أو رعونة أو عدم الحيطة والحذر، فإن الطبيب يسأل عن خطئه ، أي عن جريمة غير عمدية ، تأخذ صورة القتل الخطأ ، أو الجرح المفضي إلى الموت (شبه العمد) على حسب الأحوال(٥).

---

(١) الحطاب : مواهب الجليل ج٦ ص٣١٢ . ابن القيم الجوزية : زاد المعاد ج٣ ص٨٣ . الرملي : نهاية المحتاج ج٨ ص٣٥ .

(٢) ابن قيم الجوزية : زاد المعاد ج٣ ص٨٣ وما يليها .

(٣) ابن قيم الجوزية : الطب النبوي ص٢٠٩ .

(٤) ابن قيم الجوزية : نفس المرجع ص٢١٠ .

(٥) د. أسامة عبد الله قايد : المسؤولية الجنائية للأطباء ص٢٤٣ وما بعدها . منير رياض حنا : المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة ص٢٣ وما يليها . د. عبد الفتاح خضر : النظام الجزائي ج١ ص٢٤٠ .

٢٣- هذا ويمكن حـصـر جرائم الطـبيب الجنائـية في الفـقـه الجنائي الإسـلامي ، والنظام الطبي السعودي ، على اختلاف درجـاتها وتنوعها فيما يلي :

المبحث الأول : الجرائم العادية .

المبحث الثاني : الأخطاء الجنائية الفنية .

المبحث الثالث : الأخطاء الجنائية المعاصرة .

المبحث الأول

الجرائم العادية

٢٤- وهي الجرائم الجنائية النظاميـة التي لا صلة لها بالأصول الفنية الدقيقة للـمهنة الطبية ، بوصفهـا سلوكات إجرامية قد تأخذ طابـعاً نظامياً عاماً في أي مهنة ؛ ومن هذه الجرائم في النظام السعودي نذكر ما يلي :

أولاً : ممارسة العمل الطبي دون ترخيص .

ثانياً : امتناع الطبيب عن علاج المريض .

ثالثاً : تخلف رضا المريض بالعلاج .

رابعاً : إفشاء السر المهني .

خامساً : تزوير التقارير والشهادات الطبية .

سادساً : إسقاط الحوامل (الإجهاض الإجرامي) .

أولاً : ممارسة العمل الطبي دون ترخيص :

٢٥- لا يمارس الطبيب الأعمال الطبية إلا بعد الحصول على الترخيص القانوني النظامي بذلك . إن الإذن للأطباء بمزاولة أعمالهم يجب أن تتولاه سلطة ملزمة ومتابعة لهم (وهي وزارة الصحة وفقاً للمادة الأولى من نظام مزاولة مهنة الطب) ، في إطار مصلحة الأمة والمجتمع .

وقد مارس المحتسب في الإسلام مهمة إجازة الأطباء والجراحين والصيادلة والحجامين والعضادين والختانين ، بشرط أن يكونوا من ذوي صدق في صناعتهم ، ولهم بها مهارة ومعرفة ، وكان يمنع الطبيب الجاهل أو المتعدي من التصدي لهذا العمل [١].

ويشترط للترخيص بمزاولة مهنة الطب البشري أو طب الأسنان، الحصول على البكالوريوس في الطب والجراحة أو طب الأسنان من الجامعات السعودية أو من إحدى كليات الطب الأجنبية المعترف بها في المملكة ، وأن يكون المعني بالأمر قد أمضى فترة التدريب النظامية الإجبارية (م٢ من نظام مزاولة مهنة الطب) .

ولا يجوز مزاولة مهنة الصيدلة في المملكة إلا بترخيص من وزارة الصحة ، ولا يُمنح هذا الترخيص إلا لصيدلي سعودي الجنسية حائز على بكالوريوس الصيدلة من إحدى جامعات المملكة أو ما يعادلها (م٢ من نظام مزاولة مهنة الصيدلة) .

إن ترخيص الدولة الرسمي للطبيب ، بعد حصوله على الشهادة العلمية الضرورية ، وبعد أن يصل إلى مستوى معين من الخبرة العملية والقدرة الفنية ، هو شرط شرعي لممارسة المهنة الطبية ضمن الأنظمة واللوائح المعترف بها ، وممارستها بدونه معناه التساهل بأرواح الناس وحياتهم[٢].

---

(١) أسامة علي التايه : مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية ص٨٤ .

(٢) وعلى هذا فالواجب من المشرفين على الاختبارات النهائية في كليات الطب ، بعدم التساهل مع من لا قابلية له لاجتياز المستوى العلمي المقرر .

٢٦- وقد نصت المادة ٢٩/١ من نظـام مزاولة مهنة الطب السـعودي، على أنه من يمارس عملاً طبياً دون شـهادة طبية ، ودون ترخيص نظامي، يعاقب بالسـجن مدة لا تتجاوز ستـة أشهر ، وبغرامة لا تـزيد عن خمسين ألف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين [1].

كما أنه وطبقاً للمادة ٣٣ من نفس النظام ، فإنه من العقوبات التأديبية التي يجوز توقـيعهـا في حالة المخالفـة المهنية للأطباء والجـراحين ، إلغاء الترخيص بمزاولة المهنة وشطب الاسم من سجل المرخص لهم .

ونفس العقوبة النظامية تطبق على كل طبـيب أو جراح قدم بيانات غير مطابقة للحقيقة ، أو اسـتعمل طرقاً غير مشروعة ، كان من نتـيجتها منحه ترخيصاً لمزاولة المهنة (م٢٩/٢ من النظام المذكور) ، وعلى كل من استعمل وسيلة من وسـائل الدعاية يكون من شأنـها حمل الجمـهور على الاعتـقاد بأحقيته في مزاولة المهنة خـلافاً للحقيقة (م٢٩/٣ من نفس النظام)، وعلى كل من انتـحل لقبـاً من الألقاب التي تطلق عـادة على مزاولي مـهنة الطب (م٢٩/٤ من النظام المشار إليه) ، وأخيراً على كل من وجدت لديه آلات، أو معدات مما يستعمل عادة في مزاولة مهنة الطب دون أن يكون مرخصاً له لمزاولتها (م٢٩/٥ من نفس النظام) .

هذا ويعـاقب بالسـجن مـدة لا تتجـاوز سنتين وبغـرامـة لا تزيد على خمسين ألف ريال أو بـإحدى هاتين العقوبتين كل من زاول مهـنة الصيدلة بدون ترخيص (م٥٦ من نظام مـزاولة مهنة الصيدلة) ، ويعـاقب بالسجن مـدة لا تتجـاوز سنـة أشهـر وبغرامـة لا تزيد على عشـرة آلاف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من فتح أو أنشأ أو أدار منشأة صيدلية بدون ترخيص (م٥٧ من نفس النظام) .

ورغم كـون جريمة ممارسـة العمل الـطبي دون ترخيص من الجـرائم

---

(١) وقـد حـددت المواد من ١ إلى ٦ من نظام مـزاولة مـهنة الطب ، أحكام التـرخـيص النظامي وشـروطه وإجراءاته .

المنظمة ، فإنهـا ما زالت تحدث في الواقع الطبي ، رغم العـقوبات الشديدة لأنه لا يتمتع الأطباء باستـثناء خاص ؛ ومن ذلك الطبيب الذي وجد يمارس الطب وفي جيبه قرار الفصل الصادر من الوزارة المعنية ، وتسببه في وفاة مريضة بعد مرور ثمانية أشهر على عقوبة فصله (١).

ثانياً : امتناع الطبيب عن علاج المريض :

٢٧- إن الطبيب ملتزم شرعاً ونظاماً بأداء الخدمة الطبية ، ما دام قادراً عليهـا ولا يوجب ما يمنعه من أدائهـا للمريض أو ما يعـرضه للخطر ، في إطار احتـرام حق الإنسان في الحـياة وسـلامتـه وكرامتـه . وهذا الواجب المهني الأخلاقـي الإنساني معـتبـر بغض النظر عن وجود العـقد أو النص النظـامي في ذلك (م٧ و١٠ و١١ و١٨ من نـظام مـزاولة مـهنـة الطب البشري) (٢).

فإنه يجب على الطـبيب الذي يشهـد أو يعلم أن مريضاً أو جـريحاً في حـالة خطرة ، أن يقـدم له المسـاعـدة الممكنة ، أو أن يتـأكـد من أنه يتلقى العناية الضرورية . وهي جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة ، وهي جريمة عمدية تقوم إذا امتنع الطبيب عن تقديم المساعدة إلى شخص في خطر حال وحـقيـقي ، أيا كـان السبب ، بـوصفـه سلوكـاً يتنافى وأخـلاقيـات المهنة الطبية(٣).

إن أحكام امتناع الـطبيب عن تقديم الخـدمة الطبيـة ، هي نفس الأحكام الشرعية المتعلقة بالفعل السلبي بشكل عام : كامتناعه عن استقبال مريضه في عيـادته أو مركز عمله الرسـمي ، وامتناعه عن تقديم المسـاعدة لمريض

---

(١) فـهد الزومـان : طبـيب يمارس الطب وفي جـيبـه قرار فـصل وخطيـئة قـتل ، جـريدة الرياض ، يوم ١٤١٩/١٠/٢٧هـ (١٩٩٩/٢/١٣م) ، العدد ١١١٩١ .

(٢) ابن قدامة : المغني ج١ ص٣٠٦ . الدردير : الشرح الصغير ج١ ص٦٩٨ .

(٣) د. أسامة قايد : المسؤولية الجنائية للأطباء ص٢٧٣ .

استدعاه تليفونياً ، وامتناعه عن العـمل الطبي نتيجة للإضراب الاحتجاجي، وامتناعه عن مـساعدة شخص في خطر ، وكـامتناعه عن استخـدام أجهزة الإنعاش الصناعى لمريض معرض لخطر الموت وغيرها من الأفعال السلبية المعاقب عليهـا نظاماً بشدة ، بوصفهـا تخالف نظام أخلاقيـات المهنة الطبية الذي يفرض عليه ضرورة التدخل السريع لإنقاذ حياة المريض (١).

٢٨- والجدير بالذكـر هنا ، أنه إذا امتنع الطبيب عـن استخدام أجـهزة الإنعاش الصناعي لمريض معـرض لخطر الموت ، فإنه يكون هنا قد ارتكب جريمة الامتناع عن مساعدة شخص في خطر المعاقب عليها نظاماً (٢). فإذا كان المريض المحـتضر هو الذي طلب ذلك ، وامـتنع الطبيب عن استـخدام هذه الأجهزة الطبية، فإننا نكون في صدد قتل الرحمة بدافع الشفقة بطريق الامـتناع السلبي ، وهو أمر مـخالف لأحـكام النظام الطبي السعـودي (٣). ومن ذلك نص المادة ٢/٢١ من نظام مـزاولة مـهنة الطب ، والتي تقـضي بأنه "لا يجوز بأي حال من الأحوال إنهاء حيـاة مريض ميئوس من شفائه طبياً، ولو كان ذلك بناء على طلبه أو طلب ذويه" .

وقد نصت المادة ٦/٢٩ من نظام مزاولة مهنة الطب على أنه من امتنع عن علاج مريضـه دون مبرر مقبـول يعاقب بالسجن مدة لا تتجـاوز ستة أشـهر ، وبغرامة لا تزيد على خمسين ألف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين.

---

(١) د. إبراهيم وجيه وآخرون : الطب الشرعي ص٥ .

(٢) د. بلحاج العربي : الضوابط الشـرعية والانسانية والأخلاقية لـلإنعاش الصناعي ، مجلة منار الإسلام، أبوظبي ، العدد ٧ ، رجب ١٤٢١هـ ، ص٥٤ .

(٣) د. بلحاج العربي : حكم الشـريعة الإسلامية في "قتـل الرحمة" أو تيسير الموت للمـريض الميئوس من شفائه ، مجلة منار الإسلام ، العدد ٥ ، أغسطس ١٩٩٩م ، ص١٦ .

ثالثاً : تخلف رضا المريض بالعلاج :

٢٩- إن أساس إباحة الأعمال الطبية في الفقه الإسلامي هو إذن الحاكم (الترخيص) ثم إذن المريض [١]. والمقصود بإذن المريض ، هو أن يكون تدخل الطبيب المعالج بناء على رضاه أو وليه إن كان قاصراً أو من في حكمه [٢].

فإن الصلة الشرعية بين الطبيب والمريض يحكمها العقد الطبي، ومعلوم أن قيام العقد يستلزم توافق إرادة طرفيه [٣]. والحكمة في هذا هي رعاية الحصانة المقررة لجسم الإنسان ومعصوميته ، فلا يتصور إرغام إنسان على المساس بجسمه للعلاج أو الجراحة إلا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، كما هو الحال في الأمراض المعدية . ويستثنى من ضرورة الحصول على إذن المريض أو وليه ، الحالات العاجلة (أو الخطرة) ، لأن الضرورات تبيح المحظورات [٤].

ويجب أن يصدر الإذن ممن هو أهل له ، بأن يكون بالغاً عاقلاً ، وأن يعطي الإذن وهو على بينة وإدراك من أمره ، وليس للإذن شكل معين (فقد يكون صراحة أو ضمنياً أو كتابة أو شفاهة) [٥].

٣٠- ويجب على الطبيب المعالج أن يبين للمريض تشخيص مرضه، ومدى خطورة الحالة ، ومدى نجاح العملية الجراحية ، ومختلف المعلومات

---

(١) ابن عبد السلام : قواعد الأحكام ج٢ ص١٦٧ . السرخسي : المبسوط ج٢٦ ص٤٩ . ابن قدامة : المغني ج٦ ص١٢١ . ابن حزم : المحلى ج١٠ ص٤٤٤ .

(٢) عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي ج١ ص٥٢١ . أبو زهرة : الجريمة والعقوبة ج١ ص٤٧٥ . د. أحمد شرف الدين : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص٥٠-٥١ .

(٣) د. أحمد إبراهيم : مسؤولية الأطباء ، مجلة الأزهر ، المجلد ٢٠ ص٤٨ . د. محمد رشدي : عقد العلاج الطبي ص٨٣ وما يليها . د. محمد علي البار : المسؤولية الطبية ص٦٧ .

(٤) ابن قيم الجوزية : أعلام الموقعين ج٢ ص٢٢ .

(٥) ولا يعد مجرد ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب رضا .

اللازمة لإيضاح أبعـاد الحالة المرضية [١]. وهذا حتى يتـخذ المريض قراره بالموافقة على هذا العمل الطبي عن بينة بحقائق الأمور.

وقد نص نظام مزاولة مهنة الطب البشري السعودي في المادة ٢١ بأنه يشـتـرط أن يكـون تدخل الطبـيب أو الجـراح بناء عـلى رضـا المريض أو بموافقة من يمثله . وعلى هذا ، فإنه إذا تدخل الطبيب أو الجراح بدون إذن المريض ، وبدون ضرورة توجب الاستشفاء ، حقت عليه المسوولية الجزائية لخروج عمله من دائرة الإباحة إلى مجال التعدي .

كما نصت المادة ٧/٢٩ من نفس النظـام ، على أنه يعاقب كل طبيب أو جـراح تدخل بدون رضا المـريض بالسجن مـدة لا تتـجاوز سـتـة أشهـر، وبغرامة لا تزيد على خمسين ألف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين .

وعلى هذا الأسـاس ، فإن انتـفـاء رضا المريض (أو من يـقوم مـقامـه كالولي أو الوصي أو القيم أو من وكيله) ، وإقـدام الطبيب على القيام بأي عمل طبي ، فـإن هذا يحمل الطبـيب شرعـاً ونظاماً تبعـة كل الأخطار التي يسـأل عنها ؛ دونما تفـريق بين الخطأ الطبي بجـمـيع صوره ، وأياً كـانت درجة جسامته ، سواء كان خطأ فنياً أو غير فني ، جسيماً أو يسيراً [٢].

رابعاً : إفشاء السر المهني :

٣١- اتفق فقهـاء الإسلام على أنه لا يجوز للطبيب شرعـاً ، إفشاء كل أمر أو واقعـة تصل إلى علمه ، سواء أفضى إليه بهـا المريض أو غيره ، أو نتيـجة لممارسـة المهنة ، وسواء كـان هذا السر الطبي يدخل ضـمن الأمور الصحية أو الاجـتماعية . فلا يجـوز للطبيب إفشاء سر مـريضه إلا لحاجة مشروعة (م٢٣ من نظام مزاولة مهنة الطب) [٣].

---

(١) وهذا الرضا يرفع عن الطبيب المسؤولية التي تنشأ عن خطئه في العلاج .

(٢) د. أسامة قايد : المسؤولية الجنائية للأطباء ص١٧٥ وما بعدها .

(٣) أسامة التايه : المـسؤولية الجنائية للأطباء في الشريعـة الإسلامية ص٩٨ . د. أسامة قـايد : إفشاء سر المهنة ص٩ . موفق عبيد : إفشاء الطبيب للسر المهني ص٦٥ .

وهذا لقوله تعالى: ﴿**والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون**﴾ (١)، ووجه الدلالة من الآية أنها وصفت من أفلح من الناس بصفات عدة ، منها تأدية الأمانة التي أوجب الله حفظها وتأديتها إلى أهلها (٢).

وفي السنة النبوية الشريفة ، قوله ﷺ: (**أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك**) (٣). وقوله ﷺ: (**إذا حدث الرجل الحديث ثم التفت فهي أمانة**)(٤). وقوله أيضاً: (**آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعد خلف، وإذا اؤتمن خان**) (٥). وقوله ﷺ: (**لا ضرر ولا ضرار**) (٦). لأن الإفشاء فيه إيذاء وضرر لأصحاب السر ، والشريعة الإسلامية تحرم ما فيه ضرر وأذى سواء كان مادياً أو معنوياً (٧).

٣٢- وقد نصت المادة ٢٣ من نظام مزاولة مهنة الطب السعودي ، بأنه يجب على الطبيب أو الجراح عدم إفشاء سر المهنة إلا لضرورة (كالإبلاغ عن وفاة ناجمة عن حادث جنائي ، والإبلاغ عن مرض سار أو معد ، أو بقصد دفع الطبيب لاتهام موجه إليه من المريض أو ذويه ، أو إذا وافق صاحب السر كتابة ، أو إذا صدر له أمر بذلك من جهة قضائية) . ويعاقب مرتكب جريمة إفشاء السر المهني وفقاً للمادة ٣١ من النظام المذكور، بغرامة لا تتجاوز عشرة آلاف ريال ، بالإضافة إلى المساءلة التأديبية طبقاً للمادة ٣٢ من نفس النظام .

---

(١) سورة المؤمنون الآية ٨ .

(٢) د. محمد علي الصابوني : صفوة التفاسير ج٢ ص٢٧٨ .

(٣) رواه البخاري وأبو داود والترمذي والحاكم وقال صحيح في المستدرك ج٢ ص٤٦ .

(٤) رواه أبو داود في سننه ، وحسنه المناوي في فيض القدير شرح الجامع الصغير ج١ ص٣٢٩ .

(٥) رواه البخاري ، شرح فتح الباري ، ج١ ص٨٩ . ورواه أحمد وابن حبان والحاكم .

(٦) رواه ابن ماجة في سننه ج٢ رقم ٢٣٤١ ، ص٧٨٤ .

(٧) د. أسامة قايد : المسؤولية الجنائية عن إفشاء سر المهنة ، ص٦ . د. عبد السلام الترمانيني : السر الطبي ، مجلة الحقوق والشريعة ، الكويت ، العدد ٢ ، ١٩٨١م ، ص٤٢ . أسامة التايه : المسؤولية الجنائية للأطباء في الشريعة الإسلامية ، ص١٠٠ . د. يوسف الكيلاني : سر المهنة الطبية ، مجلة الحقوق ، الكويت ، العدد ٢ ، ١٩٨١م ، ص٦٧ .

كما أنه يلتزم الصيادلة بالمحافظة على سر المهنة ، ولا يجوز لهم إطلاع أحد على الوصفات المسلمة لهم (م ١٩ من نظام مزاولة مهنة الصيادلة السعودي) ، ويعاقب بغرامة لا تزيد على عشرة آلاف ريال كل من ارتكب مخالفة في هذا الخصوص (م١١ من النظام المشار إليه) .

خامساً : تزوير التقارير والشهادات الطبية :

٣٣- جعلت الشريعة الإسلامية التزوير في الوثائق الطبية ، وكذا شهادة الزور من أخطر الجرائم ، وعدت مرتكبها من أخطر العصاة لارتكابه هذه الكبائر العظيمة ، وهذا لقوله سبحانه: ﴿**واجتنبوا قول الزور حنفاء لله غير مشركين**﴾ (١). وروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: (**ألا أنبئكم بأكبر الكبائر** ؟) قلنا بلى يا رسول الله، قال: (**الإشراك بالله ، وعقوق الوالدين ، وشهادة الزور**) (٢).

وشهادة الزور هي من الجرائم المنظمة في المملكة العربية السعودية، وتجب فيها العقوبة التعزيرية (كالحبس أو الغرامة أو التشهير بصاحبها...) ، وللقاضي أن يحكم بما يراه مناسباً منها (٣).

٣٤- ولقيام جريمة تزوير الشهادات الطبية ، فإن النظام السعودي يشترط توافر ثلاثة شروط وهي : صفة الجاني (بأن يكون طبيباً أو جراحاً أو قابلة) ، وأن يكون موضوع الشهادة إثبات حمل أو عاهة أو عجز أو مرض على نحو يخالف الحقيقة ، بما فيها الشهادة المعدة لأن تقدم للإدارة أو للمحاكم ، وأخيراً توافر القصد الجنائي بأن يعلم الجاني أنه لا وجود

---

(١) سورة الحج الآية ٣٠ .

(٢) متفق عليه ، انظر صحيح البخاري بشرح فتح الباري ج١٠ ص٤٠٥ .

(٣) العقوبات الشرعية المقدرة لشهادة الزور هي عقوبات تعزيرية غير مقدرة شرعاً ، وللحاكم أن يطبق ما يراه مناسباً منها . انظر الإمام مالك رحمه الله : المدونة الكبرى ج٦ ص٢٠٣ . ابن قدامة : المغني ج١٠ ص٢٣٣ . ابن الهمام : فتح القدير ج٥ ص١١٣ . النووي : روضة الطالبين ج١١ ص١٤٤ .

للحمل أو العاهة أو المرض (أما إذا غير الحقيقة عن جهل منه أو نقص في التشخيص أو إهمال منه فلا تقوم الجريمة المذكورة) (١).

وقد نصت المادة ١٧ من نظام مزاولة مهنة الطب البشري بأنه يجب على الطبيب أن يقدم للمريض ما يطلبه من تقارير عن حالته الصحية ، ونتائج الفحوصات ، مراعاياً في ذلك الدقة والموضوعية . كما أن المادة ٨ من نظام مكافحة التزوير السعودي ، نصت بأنه كل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة أو مهنة طبية أو صحية ، أعطى وثيقة أو شهادة أو بياناً لشخص آخر على خلاف الحقيقة ، فإنه يعاقب بالسجن من خمسة عشر يوماً إلى سنة (٢).

سادساً : إسقاط الحوامل (الإجهاض الإجرامي) :

٣٥- الإجهاض هو إسقاط الحمل ، أي إلقاء المرأة جنينها قبل أن يستكمل مدة الحمل ميتاً أو حياً دون أن يعيش ، وقد استبان بعض خلقه بفعل منها كاستعمال دواء أو غيره ، أو بفعل من غيرها (٣).

وقد اتفق فقهاء المذاهب جميعاً ، من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ، على أن إسقاط الحمل دون عذر شرعي بعد نفخ الروح فيه ، أي بعد الشهر الرابع الرحمي ، هو محظور شرعاً (٤). وهو ما أفتى به المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من ١٥-٢٢ رجب ١٤١٠هـ (٥)،

---

(١) فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة قامت الجريمة واستحق الجاني العقاب المقرر له نظاماً .

(٢) انظر المرسوم الملكي رقم م ١١٤ وتاريخ ١٣٨٠/١١/٢٦هـ ، المعدل والمتمم بالمرسوم الملكي رقم م/٥٣ وتاريخ ١٣٨٢/١١/٥هـ .

(٣) ابن منظور : لسان العرب ج٧ ص١٣١ .

(٤) ابن رشد : بداية المجتهد ج٢ ص٣٤٨ . ابن عابدين رد المحتار ج٢ ص٤١١ . ابن قدامة : المغني ج٨ ص٣٠٠ . الرملي : نهاية المحتاج ج٨ ص٤١٦ . ابن حزم : المحلى ج١١ ص٣٥ .

(٥) راجع الفتوى في كتاب "الجنين المشوه والأمراض الوراثية" د. محمد علي البار ص٤٣٩ .

ومـا أفتت به اللجـنة الدائمة للبـحـوث العلميـة والإفـتاء بالمـلكة العربيـة السعودية [١]؛ من أن الإجهاض بعد نفخ الروح في الحمل هو حرام شرعاً، ومعـاقب عليه شـرعاً ونظامـاً ، لأنه جناية على إنسان حي مـتكامل الخلق ظاهر الحياة، ولذلك وجبت في إسقاطه الدية إن نزل حياً ثم مات ، وعقوبة مالية (الغرة) أقل منها إن نزل ميتاً [٢].

٣٦- إن جريمة إسقـاط الحمل بدون عذر شرعي أو عـلاجي ، وهو ما يسمى بالإجهاض الجنائي الإجرامي ، هو محرم شرعاً ، ويُعد جناية تعاقب عليها الشريعة الإسلامـية والنظام السعودي ، لقوله عز وجل: ﴿**ولا تقتلوا أولادكم خشيـة إملاق نحن نرزقهم وإياكم**﴾ [٣]. وروى المغيرة بن شـعبة: "أن امرأة ضربتها ضرتها بعمود فـسطاط ، فقتلتها وهي حبلى ، فأتي بها النبي ﷺ ، فقضى على عصبة القاتلة الدية والجنين غرة" [٤].

ويستثنى من هذا الأصل الإجهاض العلاجي ، فهو جائز شرعاً ونظاماً، في حالة الضرورة العلاجـية ، وفقاً للضوابط الشرعية والنظامـية . كما لو رأى الأطباء المتخصصون أن بقاء الحـمل في بطن أمه ضاربها ، أو شعور الحامل بالهزال والضعف عن تحمل أعبـاء الحمل ، ولا سيما إذا كانت ممن يضعن بالعملية القيصرية ، فهذا وأمـثاله يعد عذراً شرعياً لإنقاذ حياة الأم من الخطورة ، مبيحاً للإجهاض العلاجي الطبي قبل نفخ الروح دون إثم أو جزاء جنائي نظامي [٥].

٣٧- وقد جرم النظـام الجزائي السعودي الإجهـاض الجنائي ، وعاقب

---

(١) فتوى رقم ٢٤٨٤ الصادرة في ١٣٩٩/٧/١٦هـ .

(٢) والغـرة مقـدارها نصف عشـر الدية . انظر ابن رشـد : بداية المجتـهد ج٢ ص٣٤٧-٣٤٨ . حـاشيـة الدسوقي على الشـرح الكبير ج٤ ص٢٦٨ . وانظر أيضاً مـحمود شلتوت : الفـتاوى ص٢٨٩ . الشيخ جاد الحق : الفقه الإسلامي ص٢٠٣ . د. يوسف القرضاوي : الحلال والحرام ص١٩٤ .

(٣) سورة الإسراء الآية ٣١ .

(٤) رواه مسلم في صحيحه بشرح النووي ج١١ ص١٧٨ .

(٥) بأن يتم الإجهاض في مركز طبي منخصص ، بعد فحص طبي شرعي ، يجري بمعية طبيب اختصاصي لإثبات حالة الضرورة . د. أسامة قايد : المسؤولية الجنائية للأطباء ص٢٩٣-٢٩٤ .

عليه بشدة وحزم ، وفقاً لسياسته الجزائية الشرعية في حماية الجنين، كل من قام بهذه الجريمة أو شارك فيها بالمساعدة أو التمريض أو الاتفاق (م٢٤و٧/٢٩ من نظام مزاولة مهنة الطب البشري) . أما الإجهاض العلاجي ، فهو جائز في حالة الضرورة ، وفقاً للضوابط الشرعية والنظامية [1].

وعلى هذا ، نصت المادة ٢٤ من النظام المذكور بأنه يحظر على الطبيب إجهاض امرأة حامل إلا إذا اقتضت ذلك الضرورة لإنقاذ حياتها . ومع ذلك يجوز الإجهاض إذا لم يكن الحمل قد أتم أربعة أشهر ، وثبت بصورة أكيدة أن استمراره يهدد صحة الأم بضرر جسيم ، ويتم إثبات هذا الأمر بقرار من لجنة طبية تشكل طبقاً للشروط والأوضاع التي تحددها اللائحة التنفيذية لنظام مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان .

كما أن المادة ٧/٢٩ من نفس النظام تعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز ستة أشهر ، وبغرامة لا تزيد على خمسين ألف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل طبيب أو جراح أو ممرض خالف أحكام نص المادة ٢٤ من النظام المذكور .

ويلاحظ على العقوبات النظامية المقررة للجرائم العادية للأطباء والجراحين ، أنها حددت حداً أعلى فقط دون حد أدنى ، ويجب على النظام إعادة النظر فيها بأن يُحدد أيضاً حداً معيناً لأدنى درجة من الحماية الشرعية لا يجوز للقاضي النزول عنها . كما أن العقوبات بالسجن أو الغرامة ، قد أصبحت في مجملها غير صارمة لا تفي بالغرض في الإصلاح والحماية لكل من تسول له نفسه مخالفة الأنظمة أو اللوائح أو القرارات المتعلقة بالطب والجراحة .

---

(١) د. بلحاج العربي : حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، العدد ١٨ ١٤١٤هـ (١٩٩٣م) ص٥٤ وما بعدها ؛ ولنفس المؤلف : موقف الفقه الإسلامي من الأبحاث العلمية والتجارب الطبية على الجنين ، مجلة الدعوة ، الرياض ، العدد ١٧٧٥ ، شوال ١٤٢١هـ (يناير ٢٠٠١م) ، ص٤٠ وما يليها .

المبحث الثاني

الأخطاء الجنائية الفنية

٣٨- وهي الأخطاء التي يخـرج فيـها الطبـيب على الأصول والقـواعد الفنية ، ويخالف قواعد الفن الطبي ، كالخطأ في التشخيص ، أو العلاج، أو في الإشراف والرقابة . فـفي الحالات الحرجة أو الخطيـرة للمريض، يقوم الطبيب بالإشراف والرقـابة في تنفيذ العلاج ، فإذا أغـفل أو أهمل واجبات الحيطة واليـقظة ، أو ترك المريض عقب إجـراء العملية ، فـإنه يعد مـرتكباً لخطأ يستـوجب مسؤوليتـه في الفقه الإسلامي ونظام مـزاولة مهنة الطب السعودي [١].

إن الخطأ الجنائي للطبيب قسمان : خطأ في التقدير (وهو الخطأ الطبي الفني في التـشـخـيص) ، وخطأ فـي الفـعل (وهو ترك المريض أو إهمـال الرقابة العلاجـية) ، ولا يسأل الطبيب عن أخطائه الواقـعة في نطاق هذين القسمين إلا إذا كـان الخطأ فاحشاً (أو جسـيماً) [٢]، وهو الذي يخرج فيه الطبيب على الأصول العلمية والفنية المتعارف عليها في مهنة الطب [٣].

وعلى هذا الأساس ، فـإن الطبيب لا يسـأل إلا إذا كان الخطأ فاحـشاً، ثابتاً وظاهراً ، لا يحـتمل نقاشاً فنيـاً تختلف فيه الآراء العلمـية والنظريات الطبية [٤]. وهو الخطأ المهني الفني الذي يخـالف فيه الـوسائل العلاجـية

---

(١) د. أسامة قايد : المسؤولية الجنائية للأطباء ، ص٢٢٨ وما بعدها . د. عبد الفتاح خضر : النظام الجزائي السعودي ج١ ص٢٣٥ . عبد الله الغامدي : مسؤولية الطبيب المهنية ص١١٩ وما يليها .

(٢) أبو زهرة : الجريمة والعـقوبة في الفقه الإسلامـي ج١ ص٤٦٩ . عبد القادر عودة : التـشريع الجنائي الإسلامي ص٥٢٢ .

(٣) د. محمود حسني : أسباب الإباحة ص١٢٩ . د. محمود مصطفى : مسؤولية الأطباء والجراحين ، مجلة القانون والاقتـصاد ، القاهرة ١٩٤٨م ، ص٢٩٦ . د. عبد الوهاب حـومد : المسؤولية الطبيـة الجزائية، مجلة الحقوق ، الكويت ١٩٨١م ، العدد ٢ ، ص ١٥٥ .

(٤) أسامة التايه : مسـؤولية الطبيب الجنـائية في الشريعـة الإسلاميـة ، ص١٤٧ . د. محمـد علي البار : المسؤولية الطبية ، ص١١٥ وما يليها .

السليمة مخالفة واضحة ، تتم عن جهل بين ، أو عن إهمال جلي ، أو رعونة واضحة ، لا يصح صدوره من طبيب يشعر بمسؤوليته تجاه مريضه (١).

٣٩- ومن ذلك تسرعه في التشخيص ، أو العلاج بإهمال أو تقصير أو برعونة أو دون الاستعانة بالطرق والوسائل الفنية ، وترك المريض فى الحالات التي تتطلب عناية ضرورية ورقابة مستمرة ، وامتناعه عن زيارته في الحالات الحرجة ، أو وضعه علاجاً خطراً لمريض دون إجراء فحص كامل ، أو إخلاله لموجبات الحيطة واليقظة والحذر التي تفرضها القواعد الأساسية والمبادئ الأولية في علم الطب (٢). وهو ماذهب إليه فقهاء الإسلام من وجوب استخدام الطبيب الغذاء قبل العلاج ، والعلاج الأبسط قبل الخطر ، بأن يبذل العناية المعتادة من مثله في ممارسته للعمل ، وأن يتبع أصول الصنعة المتعارف عليها في مهنة الطب (٣).

وذكر العلامة ابن رشد في كتابه بداية المجتهد: "إن الطبيب ومن أشبهه إذا أخطأ في فعله ، وكان من أهل المعرفة ، فلا شيء عليه ، إلا أن يعلم أنه تعدى ... وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية"(٤)، وقال ابن قيم الجوزية: "قال الخطابي: لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى ، فتلف المريض ، كان ضامناً ، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعمد ، فإذا تولد عن فعله التلف ضمن .." (٥)، وقد اشتهر على ألسنة الفقهاء في الإسلام ، منع الطبيب الجاهل من مزاولة أي عمل يتعلق

---

(١) منير رياض حنا : المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة ص٤٦ .

(٢) د. عبد الوهاب حومد : المسؤولية الجزائية الطبية ، مذكور سابقاً ، ص١٦١ وما بعدها . د. عبد الفتاح خضر : النظام الجزائي ج١ ص٢٣٥ .

(٣) الأستاذ عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي ج١ ص٥٢٢ . ومن الأمثلة التي أوردها الفقهاء أنه إذا قطع الحجام لحماً من عينه ، وكان غير حاذق ، فعليه نصف الدية (ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص١٦١) ، ومثل أن سبقت يد الخاتن إلى الكمرة ، فهذا يضمن لأنها جناية خطأ (ابن القيم : زاد المعاد ج٢ ص١٠١) .

(٤) ابن رشد : بداية المجتهد ج٢ ص٢٣١ .

(٥) ابن القيم : زاد المعاد في هدي خير العباد ج٢ ص١٠١ وما يليها .

بالطب أو الجراحة ، دفعاً لضرره عن العامة ، وألحقوا به المفتي الماجن، فقد كتب الـفقيـه ابن عابدين: "إن هؤلاء المفـسدين للأبدان والأديان يمـنعون، ومنعهم دفع إضرار بالعام والخاص ، وأنه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر" (١).

٤٠- هذا ويسـأل الطبـيب في النـظام السـعـودي عن الأخطاء المهنيـة الجـسيـمة المتـصلة بالأمور الفنيـة لمهنة الطب ، ويعـاقب عليهـا بعقـوبات شديدة، كإلزامـه بدفع الدية الشرعية المقررة للقتل الخطأ ، مـع إفهامه بأن عليه كفارة القـتل خطأ وهي عتق رقبة مؤمنة فإن لم يجد فصـيام شهرين متتابعين (٢). وأما عن الأخطاء المهنية اليسيرة ، فـإنه يعاقب عليها بعقوبات إدارية تتـمثل في الحـسم من الراتب (٣)، مع إنذار المسـتشفـى أو صاحب العيادة الخاصة ، مع غلق المستشفى أو العيادة أو القسم الجراحي(٤). وعند ثبوت أي تقـصير أو إهـمال ، وكان العـلاج الطبي مناسبـاً لحالة المريض، ومتـمشـياً مع الـفن الطبي ، فإن اللجـان الطبيـة الشرعـية تحكم بـبراءة الطبيب(٥).

وهناك نوعان من صور الخطأ الفني في النظام الطبي السعودي: الخطأ الخاص كالتـقصير والإهمال والرعـونة وعدم الاحتراز ، وهـي التـصرفات التي تندرج تحت الحق الخـاص ؛ وأما الخطأ العـام فهو مـخالفـة الأنظمة واللوائح والقرارات التي تنظم أعمال الطب والجراحة والمرتبطة بالحق العام والتي لا يجوز للادعاء العام إسـقاطه أو التنازل عنه بأي حال من الأحوال (م ٣٥ و٣٧ من نظام مزاولة مهنة الطب البشري) .

---

(١) ابن عابدين : رد المحتار ج٥ ص١٤٢ .

(٢) اللجنة الطبية الشرعية بالرياض ، قرار رقم ٢٧٠ وتاريخ ١٤٠١/٧/١٠هـ .

(٣) اللجنة الطبية الشرعية بالرياض ، قرار رقم ٢٧٥ وتاريخ ١٤٠٠/٨/٨هـ .

(٤) انظر خطاب وزير الصحة رقم ٢٦/٣٣٠ وتاريخ ١٣٩٩/١١/٢٦هـ .

(٥) اللجنة الطبـية الشـرعيـة بالرياض ، قرار رقم ٢٩٠ ، وتاريخ ١٤٠١/٤/٢٧هـ ، والقـرار رقم ٢٨٥ ، وتاريخ ١٤٠١/٢/٢٨هـ .

وتوجد في المملكة العربية السعودية اللجان الطبية الشرعية ، التابعة لوزارة الصحة بالرياض ، وهي مختصة بالنظر في الشكاوى المقدمة ضد الأطباء والجراحين والمرضين وأدعياء الطب الذين يتسببون في ضرر الأشخاص (١)، كما تهدف إلى حماية المرضى ومصالحهم الشرعية وفرض رقابة على الأطباء ومنعهم من السفر إذا اقتضى التحقيق معهم ذلك حفاظاً على حقوق الأشخاص (٢).

والجدير بالذكر هنا ، أن الفصل في شكاوى الخطأ الطبي على مستوى هذه اللجان الطبية الشرعية (في الرياض أو في المناطق) ، يعتمد في الأساس على تقارير فنية من استشاريين ومختصين ، ولذا فإن إدانة الطبيب أو تبرئته من تهمة الخطأ يقوم بها مختصون في الأمر (٣).

وتشكل هذه اللجنة حالياً من خمسة أعضاء وفقاً للمادة ٣٤ من نظام مزاولة مهنة الطب البشري ، وهم : قاض يعينه وزير العدل ، ومستشار قانوني يعينه وزير الصحة ، وعضو هيئة تدريس من إحدى كليات الطب السعودية يعينه وزير التعليم العالي ، وطبيبان من ذوي الخبرة والكفاية يعينهما وزير الصحة ؛ وتنعقد اللجنة الطبية الشرعية بحضور جميع الأعضاء ، وتصدر قراراتها بالأغلبية ، ويجوز التظلم من قراراتها أمام ديوان المظالم خلال ٦٠ يوماً من تاريخ إبلاغ قرار اللجنة للمعني بالأمر (م٣٦ من النظام المذكور) .

٤١- ونلاحظ هنا ، بأن التزام الجراح بالعناية والإشراف على المريض عقب إجراء العملية الجراحية ، كالتزامه تماماً قبل العملية وفي أثنائها؛ وتقصيره أو إهماله يكشف عن جهله بواجباته الشرعية والنظامية (٤). كما

---

(١) انظر كتاب نائب رئيس مجلس الوزراء إلى وزير الصحة بالنيابة ، رقم ٢٥٥٦٥ ، وتاريخ ١٣٨٦/١١/٩هـ .

(٢) انظر كتاب نائب رئيس مجلس الوزراء إلى وزير الصحة ، برقم ٣٥٠٢٠ وتاريخ ١٣٩٥/١٢/٢٤هـ .

(٣) المحامي وليد شيرة : الأخطاء الطبية ، صحيفة الاقتصادية يوم ١٤١٨/٩/١٠هـ العدد ١٥٩٧ .

(٤) اللجنة الطبية الشرعية بالمدينة المنورة ، قرار رقم ٢١٧٩ ، وتاريخ ١٤٢٠/٥/٣٠هـ .

أن طبـيب التخـدير هو المسؤول شـرعاً عن تـخدير المريض قـبل العمليـة، والإشراف عليـه في أثناء العمليـة ، وتأمين إعادته إلى وعيـه الطبيـعي بعد العملية (١).

وقد نص النظام الطبي السعـودي ، أنه في الحالات الخطرة أو العاجلة، فإنه يجب على الطبيب ضرورة الإشـراف والرقابة في تنفيذ العلاج (م١٠ و١٢ و٢٨ من نظام مزاولة مهنة الطب) (٢)، وأن يمارس عمله في إطار ما تحدده الأصـول الفنيـة (م٧ و٩ من نفس النظام) ، وأن يلتزم ببـذل عناية اليـقظة التي تتفق مع الأصـول العلميـة المتعـارف عليهـا (م٢٧ من النظام المذكور) .

---

(١) د. محمد الشنقيطي : أحكام الجراحة الطبية ، ص٥٠٥ .

(٢) اللجنة الطبيـة الشرعيـة بالرياض ، قرار رقم ٢٧٠ ، وتاريخ ١٤٠١/٧/١٠هـ . وترفع المسـؤولية عن الطبيب شرعاً إذا كان الخطأ غير فاحش بشرطين مهمين : أولهما ألا يكون الطبيب ممنوعاً من التطبيب، وثانيهما أن يبذل العناية المعتادة بحيطة وحذر .

المبحث الثالث

الأخطاء الجنائية المعاصرة

٤٢- أثار التطور العلمي الحديث للعلوم الطبية ، وكذا تطور الاكتشافات الطبية المعاصرة في الآونة الأخيرة ، ظهور بعض المشاكل الشرعية والنظامية والقضائية والإنسانية والأخلاقية المتعلقة بمسؤولية الأطباء الجنائية ؛ والناشئة عن استخدام الأساليب والأجهزة العلمية الحديثة في الطب والجراحة والبيولوجيا والهندسة الوراثية والعلاج الجيني.

وهي مسائل طبية فنية جديدة ، مطروحة على الفقهاء ، لما تثيره من قضايا شائكة وأهمية عملية في حياتنا اليومية وساحات القضاء . ولا بد من معالجتها شرعاً ونظاماً ؛ حتى يعرف كل طرف حقوقه وواجباته، فلا يتعدى حدودها الشرعية . ولا تبقى محلاً للنقاش واختلاف في الرأي بين الأطباء ، وتباين في الضمير العام ، بين مؤيد ومعارض لها (١).

إن تحديد الضوابط الشرعية لهذه المسائل الطبية الفنية الجديدة ، هي أمور فقهية بالأساس وليست طبية محضة ؛ فالرأي الأخير في هذه المسائل هو للفقهاء لأن ذلك من اختصاصهم ؛ وما رأي الأطباء والخبراء فيها إلا للتوضيح والاستئناس فقط (٢).

٤٣- ومن المشاكل الطبية المعاصرة : التلقيح الصناعي (أو طفل الأنابيب) ، والإنعاش الصناعي ، والجراحة التجميلية ، والتجارب الطبية

---

(١) د. عبد الوهاب حومد : المسؤولية الطبية الجزائية ، مذكور سابقاً ، ص١٧٥ . د. أحمد أبو خطوة : القانون الجنائي والطب الحديث ، ص١٧ وما يليها . د. فرج الهريش : موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة ، ص٣٣ وما بعدها .

(٢) د. بلحاج العربي : حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض ، ١٤١٤هـ ، العدد ١٨ ، ص٥٣ وما بعدها .

على الإنسان ، والاستنساخ الجيني ، والهندسة الوراثية ، وقتل الرحمة، والوفاة الدماغية ، ونقل الأنسجة أو الأعضاء البشرية بين الأحياء وزرعها، ونقل الأعضاء من جثث الموتى ، وتشريح جثة الميت ، والتعقيم ، والجراحة الهادفة إلى التغيير في خلق الإنسان أو في عضو من أعضائه أو تحويل الرجل إلى امرأة وبالعكس ، وغيرها من المسائل الطبية المستحدثة .

هذه نماذج للأعمال الطبية الجديدة التي يجب أن تقف عند الحد الشرعي ، وعند الحد المباح في إطار الضوابط الشرعية والإنسانية والأخلاقية ، وضرورة ترشيد البحوث والتجارب الطبية المعاصرة -ما دام الهدف هو خدمة الإنسان ومصلحته- بما يضمن احترام كرامة الإنسان وقيمه الدينية والأخلاقية . وإلا كان الطبيب آثماً وكسبه حرام ، وحينئذ يعد مرتكباً لخطأ يستوجب مسؤوليته وفقاً للضوابط الشرعية والنظامية التي تحكم كل واحد منها على حدة .

٤٤- فإن إجراء التلقيح الصناعي ، أياً كانت صورته ، لا يكون إلا عند الحاجة أو الضرورة ، لهدف طبي علاجي ، بين زوجين يجمعهما عقد نكاح شرعي حال حياتهما ، وبناء على رغبتهما المشتركة ، وأن يتم في المستشفيات العامة أو الخاصة المرخصة من وزارة الصحة . وألا يتعامل مع تجار النطف والأبضاع وباعة اللقائح ، وضرورة الاحتياط من اختلاط الأنساب [1].

وفيما يتعلق بالتعقيم النهائي المانع للإنجاب حالاً ومستقبلاً ، فهو حرام شرعاً ؛ أما التعقيم المؤقت بمعنى وقف الحمل مؤقتاً فهو جائز بوصفه شبيهاً بالعزل في الإباحة (ريثما يتم العلاج كما هو الحال في العيوب الوراثية) [2]، فإن التعقيم المؤقت هو أمر من الأمور التي تدخل في باب

---

(١) فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورات ثلاث ٥ و٧ و٨ ، وفتوى الأزهر الشريف في أغسطس ١٩٧٨م ، الفتاوى الإسلامية ، المجلد ٩ ، ص٢٢١٣ . د. محمد علي البار : أخلاقيات التلقيح الصناعي ص١٣١ .

(٢) د. بلحاج العربي : حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة ، مذكور سابقاً .

التداوي المأمور به شرعاً [١]. وعليه فإنه يجوز للمرأة أن تسد فم الرحم منعاً من وصول ماء الرجل إليه لأجل منع الحمل بشرط إذن زوجها [٢].

وفيما يخص الإنعاش الصناعي ، وأجهزة العناية الطبية المركزة ، فإن إيقاف هذه الأجهزة يعد قتلاً إذا تم قبل موت الجهاز العصبي للمريض المحتضر ، وإنه على العكس لا يعد قتلاً إذا كان تركيب الأجهزة قد تم بعد موت الدماغ بصفة نهائية [٣]، إذا قرر طبيبان فأكثر أنه في حكم الموتى، ولكن يجب التأكد من موته بعد نزع الأجهزة بتوقف قلبه وتنفسه قبل إعلان الموت شرعاً [٤]. ويمنع تعذيب المريض المحتضر باستعمال أجهزة الإنعاش ووسائل الإحياء الصناعي ، متى تيقن الأطباء المختصون القائمون بالعلاج أن حالة المريض المحتضر ذاهبة لا محالة به إلى الموت[٥].

٤٥- وفيما يتعلق "بقتل الرحمة" ، أو تيسير الموت للمريض الميئوس من شفائه ، وهو ما يسمى بالموت السهل أو الرحيم ، فإنه حرام شرعاً، بأي حال من الأحوال ، وأن العلاج في الأمراض الميئوس منها يخضع للتداوي والعلاج ؛ والأخذ بالأسباب التي أودعها الله عز وجل في الكون، وعلى الأطباء تقوية معنويات المريض ورعايته والتخفيف من آلامه البدنية والنفسية بصرف النظر عن توقف الشفاء أو عدمه [٦]. وفيما يخص

---

(١) الشيخ جاد الحق : الفقه الإسلامي ومرونته ص٢١٨ .

(٢) الشاطبي : الموافقات ج٢ ص٨ . حاشية الخطيب على الإقناع ج٤ ص٤٠ .

(٣) د. بلحاج العربي : الضوابط الشرعية والإنسانية والأخلاقية للإنعاش الصناعي ، مجلة منار الإسلام ، أبوظبي ، ١٤٢١هـ ، العدد ٧ ، ص٥٤ .

(٤) مجمع الفقه الإسلامي ، قرار رقم ٥ ، وتاريخ ١٩٨٦١٠/١٦م .

(٥) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالسعودية ، فتوى رقم ١٢٠٨٦ وتاريخ ١٤٠٩/٦/٣٠هـ ، وفتوى رقم ١٢٧٦٢ وتاريخ ١٤١٠/٤/٩هـ .

(٦) مجمع الفقه الإسلامي ، قرار رقم ١٧/٥/٦٧ في دورته السابعة المنعقدة بجدة من ١٤٠٩هـ مايو ١٩٩٢م . وفتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالسعودية ، رقم ٢٤٨٤ وتاريخ ١٣٩٩/٧/١٦هـ . د. بلحاج العربي : حكم الشريعة الإسلامية في قتل الرحمة ، مجلة منار الإسلام ١٩٩٩م ، العدد ٥ ، ص١٦ .

الاستنساخ ، والهندسة الوراثية ، والعلاج الجيني ، فإن المطلوب شرعاً هو ضرورة ترشيد نقل تكنولوجيا الهندسة الوراثية وتخريجها وفقاً للضوابط الشرعية والأخلاقية لأن أكثرها لا أخلاقي ؛ والواجب هنا وضع الضوابط الأخلاقية بما يضمن احترام كرامة الإنسان وقيمه الدينية والاجتماعية(١). كما أن البحوث والتجارب الطبية على الجنين ، واستنساخ الأجنة لاستخدامها في نقل الأعضاء وزراعتها يجب ألا تتعدى الضوابط الشرعية والأخلاقية (٢).

٤٦- وفيما يتعلق بالوفاة الدماغية ، فإن موت الدماغ هو علامة شرعية على موت الشخص ، إذا تعطلت جميع وظائف الدماغ تعطلاً نهائياً، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه ، وأخذ الدماغ في التحلل ، وفي هذه الحالة يجوز رفع أجهزة الإنعاش الصناعي المركبة على الشخص (٣). ولإعلان الوفاة الشرعية لا بد من توقف قلب الشخص ودورته الدموية لتسرى عليه أحكام الموت شرعاً (٤). ولا يجوز الاستفادة من أعضاء المتوفى دماغياً وأنسجته لأغراض علمية أو علاجية إلا بعد موافقة أسرته على التبرع بجثته أو بأعضائه ، وفقاً للضوابط الشرعية والأنظمة الجاري بها العمل في المملكة (٥).

٤٧- هذا ويجوز استقطاع الأعضاء البشرية بغرض الزرع ، لضرورة

---

(١) انظر قرارات مجمع الفقه الإسلامي في دورته ١٠ المنعقدة بجدة عام ١٤١٨هـ ، وفي دورته ١٥ المنعقدة بمكة المكرمة عام ١٤١٩هـ . د. بلحاج العربي : حكم استنساخ الميت في الفقه الإسلامي ، مجلة المحامي ، الرياض ، ١٤٢١هـ ، العدد ٧ ، ص٥٤ .

(٢) د. بلحاج العربي : موقف الفقه الإسلامي من الأبحاث العلمية والتجارب الطبية على الجنين ، مجلة الدعوة ، الرياض ، العدد ١٧٧٥ ، ١٦ شوال ١٤٢١هـ ، ص٤٠ .

(٣) مجمع الفقه الإسلامي ، قرار رقم ٥ وتاريخ ١٩٨٦/٧/٣م .

(٤) المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دوراته ٨ و٩ و١٠ المنعقدة بمكة المكرمة عام ١٤٠٨هـ ، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ، فتوى رقم ٦٦١٩ بتاريخ ١٤٠٤/٢/١٥هـ .

(٥) د. بلحاج العربي الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، ١٤٢٠هـ ، العدد ٤٢ ، ص ٣٦ وما يليها .

علاجية ، كأن يتبرع إنسان حي بعضو أو جزء من عضو (كالكلية أو الدم مثلاً) ، لوضعه في جسم إنسان حي ، ولكن بشرط ألا يترتب على اقتطاعه ضرر به ، متى كان مفيداً لمن ينقل إليه في غالب ظن الطبيب . فلا يباح شرعاً الجزء أو العضو الذي يؤدي قطعه من المتبرع إلى عجزه أو تشويهه أو موته [1]. وعلى الطبيب القيام بالفحوص اللازمة قبل عملية الزرع ، وأن يوازن بين المصالح والمفاسد المترتبة على العملية ، وأن يراعي في إجراء الزرع أصول الصنعة الطبية [2].

كما أنه يجوز نقل قلب الميت ، أو عينه أو رئته أو ذراعه أو جلده أو أي جزء من جثته ، وخاصة من المتوفى الدماغي ، لوضعه في جسم إنسان حي ، إذا أوصى بذلك قبل وفاته أو بموافقة أسرته [3]، على أن تراعى في هذه العمليات الأحكام والضوابط والشروط الشرعية المعتبرة في نقل الأعضاء من جثث الموتى [4].

٤٨- ويجوز أيضاً تشريح جثة المسلم وفقاً للحاجة ، والأغراض المباحة والمشروعة لتعلم الطب الإنساني والبحث العلمي أو للأغراض الجنائية لمعرفة سبب الوفاة في القضايا الجنائية ؛ وفقاً للضوابط الشرعية وهي: ضرورة التحقق من وفاة صاحب الجثة الوفاة الشرعية ، وموافقة الميت قبل موته وإجازة ذوي الشأن في ذلك (فيما عدا التشريح الجنائي فلا حاجة لرضا الميت وأهله) ، وأن لا يتجاوز العمل الطبي في التشريح حدود الحاجة الشرعية اللازمة ، وأن يتم وفقاً لأخلاقيات المهنة الطبية ، بمراعاة

---

(١) هيئة كبار العلماء بالسعودية ، فتوى رقم ٩٩ بتاريخ ١٤٠٢/١١/٦هـ .

(٢) هيئة كبار العلماء بالسعودية ، فتوى رقم ٦٢ بتاريخ ١٣٩٨/١٠/٢٥هـ ..

(٣) فتوى الشيخ جاد الحق المؤرخة في ١٩٧٩/١٢/٥م .

(٤) د. بلحاج العربي : معصومية الجثة في الفقه الطبي الإسلامي ، مجلة الحقوق ، الكويت ، ١٩٩٩م، العدد ٤ ، ص١٧٣ . ولنفس المؤلف : مشكلة الميت الحي من منظور إسلامي ، مجلة منار الإسلام، أبوظبي ، ١٤٢١هـ ، العدد ١٢ ، ص٥٤ .

حرمة الجثة وعدم إهانتها وعدم الاعتداء عليها [١]. فلا يجوز شرعاً التمثيل بالجثة ، أو العبث بها ، لأن لها حرمة وكرامة ، ويجب في جميع الأحوال عدم إهمالها في المشارح وتعطيل دفنها ، بل يجب دفن جميع أجزاء الجثة المشرحة فهذا أمر لازم شرعاً لا يجب تركه عند الإمكان [٢].

٤٩- وأما فيما يتعلق بالتجارب الطبية على الإنسان لأغراض البحث العلمي الطبي ، فإنه يجب شرعاً أن تتم وفقاً للضوابط الشرعية ووفقاً لمبادئ العلم والأخلاق ؛ بأن هناك مبرراً للبحث العلمي الطبي وأن يجري أولاً في المعمل وعلى الحيوانات ، وأن تكون الفوائد والمزايا المنتظرة أكبر من المخاطر التي يحدثها التجريب ، وضرورة الحصول على رضا الشخص الذي يجرى عليه التجريب الطبي أو العلاجي وأن يكون هذا الرضا حراً وواضحاً ، وأن يقوم بإجراء هذه التجارب شخص متخصص وتحت إشراف طبيب متخصص في هذا الفن يلتزم شرعاً بمراعاة واجبات الحيطة والحذر وأخلاقيات المهنة التي تحكم البحوث العلمية والتجارب الطبية على الإنسان [٣]. فإذا خرج الطبيب عن هذه الضوابط ، بأن كان موضوع التجريب غير مشروع ، أو تجاهل الأصول العلمية أو تجاوزها، فإنه يترتب على هذا مسؤولية الطبيب الجنائية [٤].

٥٠- وفيما يخص الجراحة التجميلية ، فإنها جائزة للتحسين لا للتقبيح، ووجوب التفريق بين عمليات التجميل التي تحمل غشاً وتغريراً،

---

(١) قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته ١٠ المنعقدة بمكة المكرمة عام ١٩٨٧م ، وهيئة كبار العلماء بالسعودية ، فتوى رقم ٤٧ وتاريخ ١٣٩٦/٨/٢٠هـ دار الإفتاء المصرية فتوى مؤرخة في ١٩٧٢/٢/٢م ، الفتاوى الإسلامية ، المجلد ٧ ، ص٢٥٠٥ .

(٢) د. بلحاج العربي : معصومية الجثة في الفقه الطبي الإسلامي ، مذكور سابقاً ، ص٢٢٣ وما يليها .

(٣) إن الأساس القانوني في مشروعية التجارب الطبية على الإنسان ، ما تضمنه إعلان هلسنكي عام ١٩٦٤م ، وأكده إعلان طوكيو عام ١٩٧٥م ، بأن تكون في أطار مبادئ القانون والأخلاق والعلم .

(٤) د. أسامة قايد : المسؤولية الجنائية للأطباء ص٣٠٨ . د. أحمد أبو خطوة : القانون الجنائي والطب الحديث ، ص٢٠ .

وبين العمليات التي لا تنطوي على غش [١]. وهذا بأن تتم عمليات التجميل في إطار المباح ، ودون تغيير لخلق الله المحرم شرعاً [٢]، لقوله عزوجل: ﴿**ولآمرنهم فليغيرن خلق الله**﴾ [٣]. ويشترط هنا رضا الشخص (أو من ينوب عنه) ، ووجود الهدف الواضح وهو الشفاء (بإزالة تشويه حدث في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي) ، وأن تتم العملية الجراحية وفقاً لأصول الأعمال الطبية التجميلية ، وأن لا يقع خطأ من الطبيب [٤].

وقد انتهى الفقه الإسلامي المعاصر ، إلى أن جراحة تحويل الرجل إلى امرأة وبالعكس جائزة للضرورة ، لإبراز ما استتر من أعضاء الذكورة أو الأنوثة المغمورة أو المطمورة ؛ بل إنه يصير واجباً بوصفه علاجاً للمخنثين من الرجال والمترجلات من النساء ، متى نصح بذلك الطبيب الشرعي المختص ، وقد ورد عن النبي ﷺ أنه كان يتداوى وكان يأمر بالتداوي [٥].

أما إذا كانت جراحة تحويل الرجل إلى امرأة وبالعكس ، لمجرد الرغبة في تغيير نوع الجنس ، ودون دواع جسدية صريحة وواضحة ، فهذا حرام شرعاً ؛ ويترتب على ممارسة مثل هذه العمليات الجراحية مسؤولية الطبيب الجنائية [٦]، لما رواه البخاري عن أنس قوله: "لعن رسول الله ﷺ المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء" [٧].

---

(١) د. محمد قلعة جي : إباحة عملية التجميل ، مجلة الوعي الإسلامي ، العدد ٤٢١ ، ١٤٢١هـ ، ص٦٥ .
د. عبد الرحمن النفيسه : حكم عمليات التجميل ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، العدد ٤٣ ، ١٤٢٠هـ ، ص٢٢٠ .

(٢) د. محمد قلعة جي : إباحة عملية التجميل ، مذكور سابقاً ص ٦٦ .

(٣) سورة النساء الآية ١١٩ .

(٤) د. عبد السلام السكري : نقل الأعضاء الآدمية وزراعتها من منظور إسلامي ، ص٢٣٣ وما يليها .
د. منذر الفضل . المسؤولية الطبية فى الجراحة التجميلية ، ص١٧ .

(٥) الشيخ جاد الحق : الفقه الإسلامي ومرونته ، ص٢٥٣ . د. بلحاج العزبي : حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة ، مذكور سابقاً ، ص٧٣-٧٤ .

(٦) د. بلحاج العربي : حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة ، ص٧٤ . مقني محمد: التحول الجنسي ، ص٨٨ وما يليها .

(٧) رواه البخاري وأحمد ، انظر نيل الأوطار للشوكاني ، ج٦ ص١٩٣ .

٥١- وأخـيراً ، فـإن استـخـدام الأساليب العلمـيـة الحديثـة في الطب والجراحة وعلم الأحياء والهندسة الوراثية ، يجب أن يتم في إطار الضوابط الشرعـية والنظامـية والإنسانيـة ، بما يضمن استـبعاد الـبحوث العلمـية والتـجارب الطبـيـة التي تخرج عـن إطار المنهج الأخلاقي والـقيم الدينيـة للمجتمع ، لقوله تعالى: ﴿**فاتقوا الله ما استطعتم**﴾ (١)، وبما يضمن أيضاً احترام كرامة الإنسان ، وعدم إهانة جسمه أو جثته ، وعدم الاعتداء عليهما أو التلاعب بهـما ، مصداقـاً لتكريم الشرع للإنسان حـياً أو ميتـاً في قوله سبحانه: ﴿**ولقد كرمنا بني آدم**﴾ (٢).

إن إغفال الفقـه الإسلامي المعاصر التصدي للإنجازات الطبـية الحديثة، والاكتـشافـات العلميـة المرتبطة بالعلوم الطبيـة ، مضـر بالمصالح العـامة والخاصة للأمة ، مما يجـعلها لا محالة تتعدى حـدود الشرعية ، وتصطدم بأدلة الشرع وأوامره ونواهيه ومقاصده .

٥٢- إن الفراغ التشريعي في هذه المسائل الطبية الجديدة والحساسة ، يجعل الفـقه تابعاً في هـذه الأحكام ؛ فالمطلوب ضرورة المسـايرة الفقهـية لجميع التطورات الطبيـة المعاصرة ، وتخريجها تخريجاً شـرعياً على قواعد الفقـه وأحواله ومقاصـده ، مع احترام أخلاقـيات المهنة الطبية في ضـمان حرمة النفس والجسد والجثة (٣).

إن حماية حق الإنسان في تكامل جسده وجثتـه بعد وفاته ، وحرمتهما ومعصـوميتهما ، هي حـماية شرعية يجب ألا تتـعداها الاكتشافـات الطبية المعاصرة (٤).

والله عـز وجل هو العليم بكل شيء ، وهو الهادي سـبحـانه إلى الحق والصواب ، إنه على كل شيء قدير .

---

(١) سورة التغابن الآية ١٦ .

(٢) سورة الإسراء الآية ٧٠ .

(٣) د. بلحاج العربي : الضوابط الشرعية والإنسانية والأخلاقية للإنعاش الصناعي ، مذكور سابقاً .

(٤) د. بلحاج العـربي : معصومـية الجثة في الفـقه الطبي الإسلامي ، مجلة الحـقوق ، الكويت ، ١٩٩٩م ، العدد ٤ ، ص٢٧١ .

مراجع البحث

١- ابن قيم الجوزية : الطب النبوي ، القاهرة ، ١٩٧٨م .

٢- ابن قيم الجوزية : أعلام الموقعين ، دار الكتب الحديثة ، القاهرة .

٣- ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار المعرفة ، بيروت، ١٩٨٨م .

٤- ابن عابدين : رد المحتار ، دار الطباعة المصرية ، القاهرة ، ١٢٧٢هـ .

٥- ابن قدامة : المغني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٣م .

٦- ابن الهمام : فتح القدير ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ١٩٥٨م .

٧- ابن حجر العسقلاني : فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المطبعة المصرية ، ١٣٨٠هـ .

٨- ابن نجيم : الأشباه والنظائر ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٣٩٠هـ .

٩- ابن فرحون : تبصرة الحكام ، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة، ١٩٥٨م .

١٠- ابن ماجة : سنن ابن ماجة ، تحقيق محمد القزويني ، مطبعة الحلبي، القاهرة .

١١- أبو علي بن سينا : القاموس في الطب ، دار صادر ، بيروت .

١٢- أبو زهرة (محمد) : الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهرة .

١٣- أبو زهرة (محمد) : مسؤولية الأطباء ، مجلة لواء الإسلام، العدد١٢، ص ٥٣ .

١٤- ابن عبد السلام : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، دار الشرق، ١٩٨٦م .

١٥- د. الأبراشي (حسن) : مسؤوليـة الأطبـاء والجـراحين ، القـاهرة ١٩٥١م .

١٦- د. أبو جميل (صلحي) : الخطأ الطبي ، القاهرة ١٩٩١م .

١٧- د. أسامـة فايد : المسؤولية الجنائيـة للأطباء ، دار النهضـة ، القاهرة ١٩٨٩م .

١٨- د. الأهواني (حسـام) : المشاكل القانونيـة التي تثيرها عـمليات زرع الأعضاء ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٧٥م .

١٩- د. أورفلي (سمير) : مسؤولـية الطبيب في الإنعاش الصناعي ، مجلة المحامون ، ١٩٨٦م ، العدد ٥ ، ص٥٥٨ .

٢٠- د. أحمـد شرف الدين : الأحكام الشرعيـة للأعمال الطبـية ، الكويت، ١٩٨٣م .

٢١- د. أحـمد شـرف الدين : زرع الأعـضاء والقـانون ، مـجلة الحقـوق، الكويت ، ١٩٧٧م ، العدد ٢ .

٢٢- د. أحـمد شـرف الدين : الأحكام الشرعـيـة والإنسانيـة والقانونيـة للإنعاش الصناعي ، مجلة الحقوق ، الكويت ، ١٩٨١م ، العدد ٢ .

٢٣- د. أحـمد سـعد : زرع الأعـضاء بين الحظر والإباحـة ، دار النهضـة، القاهرة ، ١٩٨٦م .

٢٤- د. أبو زيد بكر : فقه النوازل ، مكتبة الصديق ، الطائف ، ١٩٨٨م .

٢٥- د. أحمـد الجوهري : الإنعـاش الصناعي من الناحيـة الطبيـة ، مجلة الحقوق ، ١٩٨١م ، العدد ٢ .

٢٦- د. إبراهيم الصـياد : حـقوق المريض عـلى الطبيب ، مـجلة الحقـوق، ١٩٨١م ، العدد ٢ .

٢٧- د. أحمد إبراهيم : مسؤولية الأطباء في الإسلام ، مجلة الأزهر، المجلد ٢٠ ، ص٧٤٤ .

٢٨- د. أسامة التايه : مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية، دار البيارق ، عمان ١٩٩٩م .

٢٩- د. إبراهيم وجيه وآخرون : الطب الشرعي ، الكتاب الطبي الجامعي، الإسكندرية ، ١٩٩٣م .

٣٠- د. أحمد بدوي : نقل الأعضاء البشرية وزراعتها ، مطبعة سعد، القاهرة ، ١٩٩٩م .

٣١- د. أحمد أبو خطوة : القانون الجنائي والطب الحديث ، دار النهضة، القاهرة ، ١٩٩٥م .

٣٢- د. أحمد فتحي بهنسي : المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، القاهرة ، ١٩٦١م .

٣٣- د. أحمد طه : الطب الإسلامي ، دار الاعتصام ، القاهرة ، ١٩٨٦م .

٣٤- د. أحمد الشطي : تاريخ الطب وآدابه وأعلامه ، دمشق ، ١٩٨٢م .

٣٥- د. أحمد الشرباصي: يسألونك في الدين والحياة ، بيروت ، ١٩٨٠م.

٣٦- د. أبو زيد محمد : معيار خطأ الطبيب ، مجلة الحقوق ، الكويت، ١٩٩٦م ، العدد ١ ، ص٣٢١ .

٣٧- د. أبو زيد محمد : المشكلات القانونية الناتجة عن مرض فقد المناعة المكتسبة (الإيدز) ، جامعة الكويت ، ١٩٩٦م .

٣٨- أعمال مجمع الفقه الإسلامي وأبحاثه وقراراته في دوراته المختلفة.

٣٩- أعمال وأبحاث ندوة المشاكل الطبية المعاصرة والإسلام ، الكويت، يناير ١٩٨٥م .

٤٠- أعمال المؤتمر الدولي عن المسـؤولية الطبية وأبحاثه ، بنغازي ، لـيبيا، أكتوبر ١٩٧٨م .

٤١- أعمـال المؤتمر الدولي لزرع الأعضاء وأبحـاثه ، الجزائر ، العاصـمة، نوفمبر ١٩٨٥م .

٤٢- أعـمال مـؤتمر الطب والقانـون وأبحاثه ، الإسكندرية ، مـارس/آذار ١٩٧٤م .

٤٣- البـهوتي : كـشـاف القناع ، تحقـيق الشـيخ هلال ، مكتـبة النصـر، الرياض .

٤٤- البجـيرمي : تحفـة الحبيب على شرح الخـطيب ، دار الفكر ، بيروت، ١٩٨١م .

٤٥- د. بلحاج العربي : أخلاقيات المهنة الـطبية في الفقه الطبي الإسلامي، بحث مقـدم للملتقى الوطني للطب والقـانون ، جامعـة سيدي بلعـباس، الجزائر ، أبريل / نيسان ١٩٩٢م .

٤٦- د. بلحاج العربي : حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المسـتحدثة ، مـجلة البـحوث الفـقهيـة المعاصـرة ، الرياض ، ١٩٩٣م، العدد١٨، ص٥٣ .

٤٧- د. بلحـاج العربي : الأحكام الشـرعيـة والطبيـة للمتـوفى في الفـقه الإسـلامي ، مجلة البـحوث الفـقـهيـة المعاصـرة ، الرياض ، ١٩٩٩م، العدد٤٢، ص٨ .

٤٨- د. بلحاج العربي : حكم الشـريعة الإسلامية في قتل الرحـمة ، مجلة منار الإسلام ، أبوظبي ، ١٩٩٩م ، العدد ٥ ، ص١٦ .

٤٩- د. بلحاج العربي : الضوابط الشرعية والإنسانية والأخلاقية للإنعاش الصناعي ، مجلة منار الإسلام ، أبوظبي ، ١٤٢١هـ ، العدد ٧ ، ص٥٤.

٥٠- د. بلحاج العربي : مشكلة الميت الحي من منظور إسلامي ، مجلة منار الإسلام ، أبوظبي ، ١٤٢١هـ ، العدد ١٢ ، ص٥٤ .

٥١- د. بلحاج العربي : معصومية الجثة في الفقه الطبي الإسلامي ، مجلة الحقوق ، الكويت ، ١٩٩٩م ، العدد ٤ ، ص١٧٣ .

٥٢- د. بلحاج العربي : موقف الفقه الإسلامي من الأبحاث العلمية والتجارب الطبية على الجنين ، مجلة الدعوة ، الرياض ، العدد ١٧٧٥، ١٦ شوال ١٤٢١هـ ، ص٤٠ .

٥٣- د. بلحاج العربي : حكم استنساخ الميت في الفقه الإسلامي ، مجلة المحامي ، الرياض ، ١٤٢١هـ ، العدد ٧ ، ص٥٤ .

٥٤- الشيخ جاد الحق : الفقه الإسلامي ومرونته ، مطابع الأزهر، القاهرة، ١٩٨٩م .

٥٥- الشيخ جاد الحق : بحوث وفتاوى في قضايا معاصرة ، مطابع الأزهر، القاهرة ، ١٩٩٣م .

٥٦- جلال الدين السيوطي : الجامع الصغير وشرحه ، دار المعرفة، بيروت ، ١٣٩١هـ .

٥٧- د. جلال الجابري : الطب الشرعي القضائي ، دار الثقافة ، عمان، ٢٠٠٠م .

٥٨- جعفر العاملي : الآداب الطبية في الإسلام ، دار البلاغة ، ١٩٩١م .

٥٩- جفال داود : المسائل الطبية المعاصرة وموقف الإسلام منها ، دار البشير ، عمان ، ١٩٩٠م .

٦٠- الحطاب : مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، مطبعة السعادة، القاهرة ، ١٣٢١هـ .

٦١- د. حسن منصور : المسؤولية الطبية ، الإسكندرية .

٦٢- د. حسـان حتحوت : اسـتخدام الأجنة في البـحث والعلاج ، الكويت، ١٩٨٩م .

٦٣- د. حسان الباشا : قبسـات من الطب النبوي ، مكتبة السوادي ، جدة، ١٤١٤هـ .

٦٤- د. حمـدي عبد الرحـمن : معـصوميـة الجسد ، جـامعـة عين شمس، ١٩٧٩م .

٦٥- الشيخ حسنين مخلوف : الفتاوى الإسلامية ، دار الاعتصام ، القاهرة ١٩٨٥م .

٦٦- د. حنا منيـر ريـاض : المسـؤوليـة الجنائيـة للأطـبـاء والصـيـادلة، الاسكندرية ، ١٩٨٩م .

٦٧- الخطيب الشـربيني : مغـني المحتـاج ، دار إحيـاء التراث ، بيـروت، ١٩٧٨م .

٦٨- الخاني رياض : المظاهر القانونية لعمليات نقل القلب وزراعته، المجلة الجنائية القومية ، القاهرة ، مارس ١٩٧١م .

٦٩- الدردير (أحـمد) : الشـرح الكبـير مع حـاشيـة الدسـوقي ، مطبعـة مصطفى الحلبي ، القاهرة .

٧٠- الرملي : نهاية المحتاج ، المكتبة الإسلامية ، بيروت .

٧١- د. رضا رضوان : استنساخ الآدمي ، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت العدد ٣٨٣ ، ١٩٩٧م ، ص٤٨ .

٧٢- د. الزحيلي (وهبة) : الفقه الإسلامي وأدلته ، دمشق ، ١٩٨٥م .

٧٣- د. الزحيلي (وهبة) : نظرية الـضرورة الشرعية ، مؤسـسة الرسالة، بيروت ، ١٩٩٧م .

٧٤- د. الزحيلي (وهبة) : الاستنساخ البشري ، مجلة الشقائق ، العدد١٤ ص١٤ .

٧٥- زياد أحمد سلامة : أطفال الأنابيب ، دار البيارق ، بيروت ١٩٩٦م .

٧٦- د. زكريا الباز : إعطاء الكلى لزرعها ، المجلة الجنائية القومية ١٩٨٧م ، العدد ١ ، ص١٣٧ ،

٧٧- د. زهير السباعي ود. محمد علي البار : الطبيب أدبه وفقهه ، دار اتعلم ، دمشق ، ١٩٦١م .

٧٨- د. الزرقاء (مصطفى أحمد) : المدخل الفقهي العام ، دار القلم، دمشق ١٩٦١م .

٧٩- د. الزرقاء (مصطفى أحمد) : فتاوى ، دار القلم ، دمشق ، ١٤٢٠هـ.

٨٠- السرخسي (أبو بكر) : المبسوط ، مطبعة السعادة ، القاهرة .

٨١- الشيخ السعدي (عبد الرحمن) : الفتاوى السعدية ، عالم الكتب، بيروت ، ١٤١٥هـ .

٨٢- سعد العسبلي : المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي ، بنغازي ، ليبيا، ١٩٩٤م .

٨٣- د. سميرة الديات : عمليات نقل الأعضاء البشرية وزراعتها ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩م .

٨٤- السباعي (سيف الدين) : الإجهاض بين الفقه والطب ، دار الكتب، بيروت ١٩٧٧م .

٨٥- د. سالم الزوي : المسؤولية الطبية عن الإجهاض ، بنغازي ، ليبيا، ١٩٩١م .

٨٦- د. سهير منتصر : المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية ، دار النهضة، القاهرة ، ١٩٩٠م .

٨٧- الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ، المكتبة التجارية ، القاهرة .

٨٨- الشيخ الشعراوي : الفتاوى ، مكتبة القرآن ، القاهرة ١٩٨٢م .

٨٩- د. الشنقيطي (محمد) : أحكام الجراحة الطبية ، مكتبة الصديق، الطائف ، ١٩٩٣م .

٩٠- د. صبري الدمرداش : الاستنساخ قنبلة العصر ، مكتبة العبيكان، الرياض ١٤١٨هـ .

٩١- د. صالح السدلان : حكم زرع الأعضاء ، جريدة الشرق الأوسط، العدد ٥٤٩٣ ليوم ١٢/١٢/١٩٩٣م .

٩٢- صلاح شهاب الدين : الاستنساخ البشري ، مجلة منار الإسلام، نوفمبر ١٩٩٨م ، ص٥٤ .

٩٣- عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي ، القاهرة ، ١٩٩٧م .

٩٤- د. عبد الرحمن النجار : مشروعية نقل الكلى ، المجلة الجنائية، القاهرة ١٩٨٧م ، العدد ١ .

٩٥- د. عمر الفحل : التلقيح الصناعي ، مجلة المحامون ، القاهرة، ١٩٨٨م ، ص٢٤٥ .

٩٦- الشيخ عبد العزيز بن باز : الفتاوى ، ٤ أجزاء ، مؤسسة الدعوة، الرياض ، ١٤١٥هـ / ١٤٢١هـ .

٩٧- د. عبد الرزاق الكيلاني : الحقائق الطبية في الإسلام ، دار القلم، دمشق ، ١٩٩٦م .

٩٨- د. عبد الله باسلامة : رؤية إسلامية لقضايا طبية ، جدة ١٤١٧هـ.

٩٩- عصمت الله محمد : الانتفاع بأجزاء الآدمي ، لاهور ، باكستان، ١٩٩٣م .

١٠٠- عمر لطفي العالم : بعد عمليات زرع الدماغ ما موقف الفقه والقانون ، مجلة منار الإسلام ، عدد نوفمبر ١٩٩٨م ، ص٦٦ .

١٠١- د. عبد الوهاب حومد : المسؤولية الجزائية الطبية ، مجلة الحقوق، ١٩٨١م ، العدد ٢ ، ص١٣٣ .

١٠٢- د. عبد الرحمن حسن النفيسه : مسؤولية الأطباء ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، ١٤١٠هـ ، العدد ٣ ، ص١٧٧ .

١٠٣- د. عبد الرحمن حسن النفيسه : مسؤولية الصيادلة ، نفس المجلة، ١٤١٤هـ ، العدد ١٨ ، ص١٧٦ .

١٠٤- د. عبد الرحمن حسن النفيسه : حكم عمليات التجميل ، نفس المجلة، ١٤٢٠هـ ، العدد ٤٣ ، ص٢٢٠ .

١٠٥- د. عبد الرحمن حسن النفيسه : حكم الاستنساخ ، نفس المجلة، ١٤٢١هـ العدد ٤٧ ، ص٢٢٢ .

١٠٦- د. عبد الرحمن حسن النفيسه : حكم نقل الأعضاء من الحيوان إلى الإنسان ، نفس المجلة ، ١٤١٩هـ ، العدد ٤٠ ، ص٢٠٧ .

١٠٧- عبد الله الغامدي : مسؤولية الطبيب المهنية ، دار الأندلس ، جدة، ١٤١٨هـ .

١٠٨- د. عبد الفتاح خضر : النظام الجزائي ، ج١ ، معهد الإدارة، الرياض ١٤٠٢هـ .

١٠٩- د. عبد الفتاح إدريس : قضايا طبية من منظور إسلامي ، ١٩٩٣م .

١١٠- د. عبد الهادي مصباح : العلاج الجيني ، الدار المصرية ، القاهرة، ١٩٩٩م .

١١١- د. عبد الهادي مصباح ، الاستنساخ بين العلم والدين ، الدار المصرية ، القاهرة ، ١٩٩٧م .

١١٢- د. عبد السلام الترمانيني : السر الطبي ، مجلة الحقوق ، ١٩٨١م، العدد ٢ ، ص٣٥ .

١١٣- د. عبد السلام السكري نقل وزراعة الأعضاء ، الدار المصرية، القاهرة ١٩٨٩م .

١١٤- د. علي حسن نجيدة : التزامات الطبيب ، دار النهضة ، القاهرة، ١٩٩٢م .

١١٥- د. فايز الكندري : مشروعية الاستنساخ الجيني ، مجلة الحقوق، ١٩٩٨م ، العدد ٢ ص ٧٨٣ .

١١٦- فرج الهريش : موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، بنغازي ، ١٩٩٦م .

١١٧- الفتاوى الإسلامية ، دار الإفتاء المصرية ، وزارة الأوقاف ، مصر .

١١٨- فتاوى إسلامية ، مجموعة من العلماء في المملكة العربية السعودية، دار القلم ، بيروت ، ١٩٨٨م .

١١٩- فتاوى علماء البلد الحرام ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٠هـ .

١٢٠- الشيخ القرضاوي (يوسف) : فتاوى معاصرة ، دار الوفاء، المنصورة ، ١٤١٥هـ .

١٢١- قيس مبارك : التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، دمشق ، ١٩٩١م .

١٢٢- قيس الصغير : المسؤولية المدنية الطبية في السعودية ، الدمام، ١٤١٦هـ .

١٢٣- د. قشقوش هدى : القتل بدافع الرحمة ، دار النهضة ، القاهرة، ١٩٩٤م .

١٢٤- د. القاسم (محمد) : الخطأ الطبي في المسؤولية الطبية المدنية، مجلة الحقوق ، ١٩٧٩م ، العدد ١ ، ص١٠.

١٢٥- د. القصار (عبد العزيز) : حكم تشريح الإنسان ، دار ابن حزم، بيروت ، ١٤٢٠هـ .

١٢٦- الكاساني : بدائع الصنائع ، دار الكتب ، بيروت ١٩٨٢م .

١٢٧- د. محمد علي الصابوني : صفوة التفاسير ، دار الفكر ، بيروت ١٤١٦هـ .

١٢٨- محتسب بالله بسام : المسؤولية الطبية المدنية والجزائية ، بيروت ١٩٨٤م .

١٢٩- د. محمد نعيم ياسين : أبحاث في قضايا طبية معاصرة ، دار النفائس ، بيروت ، ١٩٩٦م .

١٣٠- د. محمد سعيد رمضان البوطي : قضايا فقهية معاصرة ، مكتبة الفارابي ، دمشق ، ١٩٩٢م .

١٣١- مقني محمد : التحول الجنسي وزرع الأعضاء ، دار الأحمدية، الدار البيضاء ، ١٩٩٦م .

١٣٢- د. محمد رشدي عقد العلاج الطبي ، مكتبة وهبة ، القاهرة ١٩٨٦م.

١٣٣- د. منذر الفضل : المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، الدار العلمية ، عمان ، ٢٠٠٠م .

١٣٤- د. محسن البيه : خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية ، جامعة الكويت ، ١٩٩٣م .

١٣٥- موفق عبيد : المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، دار الثقافة ، عمان ١٩٩٨م .

١٣٦- محمد كذالك : ثورة الهندسة الوراثية والاستنساخ ، دار الأمل، الجيزة ، ١٩٩٩م .

١٣٧- د. محمد أيمن صافي : غرس الأعضاء في جسم الإنسان ، دار المطبوعات ، جدة ، ١٤٠٧هـ .

١٣٨- د. محمود نجيب حسني : أسباب الإباحة ، القاهرة ، ١٩٦٢م .

١٣٩- د. محمود مصطفى : مسؤولية الأطباء والجراحين ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٤٨م ، ص٢٩٦ .

١٤٠- د. محمد حسين : المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم ، دار النهضة ، القاهرة ١٩٩٥م .

١٤١- د. محمود البدر : المسؤولية المدنية للطبيب ، مجلة الحقوق، ١٩٨١م العدد ٢ ، ص ٩٥ .

١٤٢- د. محمد علي البار : المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب ، دار المنارة ، جدة ، ١٤١٦هـ .

١٤٣- د. محمد علي البار : الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ، دار القلم ، دمشق ١٩٩٤م .

١٤٤- د. محمد علي البار : الفشل الكلوي وزرع الأعضاء ، دار القلم، دمشق ١٩٩٢م .

١٤٥- د. محمد علي البار : الجنين المشوه والأمراض الوراثية ، دار القلم، دمشق ، ١٩٩١م .

١٤٦- د. محمد علي البار : موت القلب أو موت الدماغ ، الدار السعودية، جدة ١٤٠٦هـ .

١٤٧- د. محمد علي البار : أخلاقيات التلقيح الصناعي ، الدار السعودية، جدة ١٩٨٧م .

١٤٨- د. محمد علي البار : علم التشريح عند المسلمين ، الدار السعودية، جدة ، ١٤١٠هـ .

١٤٩- د. محمد علي البار : هل هناك طب نبوي ؟ الدار السعودية ، جدة، ١٤١٠هـ .

١٥٠- ندى الدقر : موت الدماغ بين الطب والإسلام ، دار الفكر ، دمشق ١٩٩٧م .

١٥١- النووي : صحيح مسلم بشرح النووي ، دار إحياء التراث ، بيروت ١٩٧٢م .

١٥٢- نظام مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان ، المرسوم الملكي رقم م/٣ وتاريخ ١٤٠٩/٢/٢١هـ .

١٥٣- هيئة كبار العلماء بالسعودية : أبحاث هيئة كبار العلماء ، الرياض، ١٤١٢هـ .

١٥٤- د. هشام الخطيب وآخرون : الطبيب المسلم وأخلاقيات المهنة ، دار المناهج ، عمان ، ١٩٨٩م .

١٥٥- د. يسري رضوان : قضية استنساخ إنسان ، دار البشير ، طنطا، ٢٠٠٠م .

١٥٦- د. يحيى بن لعلي : الخبرة في الطب الشرعي ، باتنة ، الجزائر .

١٥٧- د. يوسف الكيلاني : سر المهنة الطبية ، مجلة الحقوق ، ١٩٨١م، العدد ٢ ، ص٦٧ .

١٥٨- د. يحيى شريف : مبادئ الطب الشرعي والسموم ، جامعة عين شمس ، ١٩٦٩م .

١٥٩- د. يوسف الحميدان : موجز تاريخ الطب ، المكتبة السعودية، الرياض ، ١٤٠٦هـ .

١٦٠- د. وجيه زين العابدين : الطبيب المسلم ، مكتبة المبارة ، جدة ١٩٨٧م .

والله المستعان ، وصلى الله على نبينا محمد ، وعلى آله وصحبه وسلم.

الهندسة الوراثية في ضوء الشريعة الإسلامية

الدكتور/ نور الدين مختار الخادمي (*)

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، أما بعد :

فقد شهد عصرنا الحالي ثورة هائلة تُعرف بثورة البيولوجيا(١) والهندسة الوراثية . وشكلت تحدياً كبيراً لشعوب العالم كافة ، ولأمة الإسلام خاصة ، وذلك لحساسيتها ومضاعفاتها وتأثيراتها إزاء منظومة العقائد والأخلاق والأعراف والكرامة الانسانية واستقرار النظام ودوام الأمن العام والخاص وقد أثارت وفي أوقات كثيرة مجادلات ومواجهات على صعد كثيرة ومستويات مختلفة ، كما تسببت في نفقات مالية بالغة، وجهود فكرية وحضارية هائلة . وهذا راجع إلى طبيعة هذه الثورة المتسمة بالحساسية المفرطة ، ولا سيما تجاه ما يتصل بالانسان وكرامته وحرمته، وما يمكن أن تفعله هذه الثورة حيال هذه الكرامة والحرمة . كما أنها -أي الثورة- لا تزال نتائجها غير متبلورة وغير محسومة على وجه يمكن معه استصدار الأحكام الشرعية والقانونية عليها . كما أنها ذات استخدامين متناقضين من حيث الخير والشر ، والحسن والقبح ، والصلاح والفساد . فبوسع هذه الثورة البيولوجية جلب ما يُصلح الانسانية ويسعدها

(*) عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة بالرياض - قسم أصول الفقه - حالياً ، وبجامعة الزيتونة التونسية، وبكلية مكة المكرمة للمعلمين ، وكلية العلوم القانونية بتونس سابقاً ، تونسي الجنسية وله كتب وأبحاث عديدة في الفقه الإسلامي .

(١) البيولوجيا كلمة لاتينية مُركبة من (بيو - Bio) ومن (لوجيا - logie) وبيو معناه الحياة ، ولوجيا معناها علم. ومعنى الكلمة المركبة (بيولوجيا) علم الحياة ، فالبيولوجيا علم يُعنى بالكائنات الحية ومكونات الحياة وخصائصها ونموها وغير ذلك .

ويريحها من عناء الأمراض والمجاعات والأوبئة والملوثات البيئية. وبوسعها كذلك إيصال الانسانية إلى الفناء والدمـار والفساد العام الذي لا يُبقي ولا يذر. وهذا كله يتـحـدد ويتـبين في ضوء نـتائج هذه الثـورة وفي ضـوء تجاربها وحقائقها التي لا تزال تتبيّن وتتشكل على مر الأيام والأعوام.

وقـد رأيت من اللازم دراسـة جـانب من هذه الثـورة، والذي يتـصل بمسألتي الاستنـساخ والتغييـر الجيني، هاتان المسألتان اللتـان تتداخلان وتتشابكان وتتفرعان عن أصل واحد، ألا وهو العلوم البيولوجية والهندسة الوراثيـة. ودراستي هذه سـتكون من وجهـة النظر الشـرعيـة الإسلامـية عمـوماً، مع الاسـتئناس بأقوال وآراء بـعض رجالات البيـولوجيـا وسائر الباحثين الذين كان لهم قول في مثل هذه المباحث.

وسـأحـدد الموقف الشـرعي الإسـلامي -بإذن الله تعـالى- في ضـوء نصوص الكتاب والسنة، وقواعد الشـرع ومقاصده وأصوله، ومن خلال كلام العلماء والفقهاء، وقرارات المجامع والهيئات الفقهية الإسلامية.

وأظن أن هذا البحث المتـواضع سيكون مـساهمة من المؤلف لاسـتكمال بيان الحـقيـقة الشرعـية لهـذه الثورة المعاصـرة، ولغيـرها من الحوادث والنوازل والمشكلات المستجدة خلال العصر الذي نعيشه.

وهو في نفس الوقت دعـوة إلى الأخوة الأفـاضل أهل العلم والبـحث، واستحثـاث لهممهم العالية واسـتنهاض لحافظتهم الراسخة، كـي يجمعوا على بيان أحكام ومواقف أمـر الاستنساخ والتحكم الجـيني وغير ذلك مما يعد فروعاً للهندسة الوراثية والعلوم البيولوجية عموماً.

وأسـأل الله تعـالى أن يوفـقني ويـسدد خـطاي، ويلهـمني الصـواب والقبول. وأن ينفع بهـذا البحث وينفع صاحبـه وناشره ودارسه وناقله، في العـاجل والآجل. إنه سمـيع مجـيب. وآخر دعـوانا أن الحمـد لله رب العالمين.

تعريف الهندسة الوراثية :

الهندسة الوراثية جزء من الثورة البيولوجية الحديثة ، وهي فن من فنون العلوم الوراثية ومحورها من محاورها ، وهي باختصار شديد تعني دراسة الطبائع والخصائص الوراثية للانسان والحيوان والنبات والتحكم فيها بالتغيير والتعديل والدمج بصورة انتقائية وبتقنيات علمية معينة . وذلك على نحو تغيير البروتين المعيب والعضو المريض وإيجاد كميات من الدماء والأعضاء البشرية وتحسين السلالات الحيوانية وتوفير بعض الأطعمة والأدوية ذات الجودة العالية والمقادير الكبيرة ، وغير ذلك مما هو من مشمولات الهندسة الوراثية ومن نتائجها ومحصلاتها . وقد ذكر العلماء أنها تتناول مباحث تتمثل أساساً في :

- التحكم في الجينات والسيطرة عليها .
- الاستنساخ الحيوي .
- إعادة تركيب الحامض النووي (د-ن-أ) الذي يحمل الخصائص الوراثية للانسان [1].

وقد ذكر الاستاذ مصدق حسن بعض التعريفات التي علق عليها وبين أنها غير مستغرقة لماهية الهندسة وغاياتها ووسائلها وغير ذلك ، ثم ذكر تعريفاً قرر أنه أشمل وأتم . ويستحسن عرض بعض تلك التعريفات سعياً إلى تحصيل صورة أوفى لمعرفة حقيقة الهندسة وكنهها وحقيقتها .

فقد عرفت الهندسة الوراثية بأنها: (علم التحكم والسيطرة والتعامل مع الجينات في خلايا الكائنات الحية وتنشيطها للعمل بالطرق المعملية) [2].

---

(١) الهندسة الوراثية والأخلاق : ناهد البقصمي ، ص٩١ ، وهندسة المستقبل : أحمد شوقي ، ص٨٦ نقلاً عن الهندسة الوراثية ومقاصد الشريعة : مصدق حسن ، ص٢٠ ، البيولوجيا ومستقبل الانسان : سعيد الحفار ، ص١٣٤ نقلاً عن الهندسة الوراثية لمصدق حسن ص٧٥ .

(٢) مدخل إلى علم الوراثة : عبد الله الغامدي وآخرون ص٢٦٧ ، نقلاً عن الهندسة الوراثية لمصدق حسن ص٢٠ .

وعرفت بأنها: (إحداث تغييرات منتقاة في المادة الوراثية) (١).

وعرفت بأنها : (تشكيل الخصائص الوراثية بفعل عمليات التحكم في التقنيات الجينية باستخدام [د-ن-أ] المأشوب ، وأنزيمات القطع والوصل عبر النواقل لإنتاج البروتين بتوجيه من الإرادة البشرية لدفع الخلايا لتصنع أشياء جديدة) (٢).

وقد ذكر صاحب هذا التعريف بأنه تعريف شامل لغاية الهندسة الوراثية ووسائلها وآلياتها وماهيتها وآثارها .

وبصرف النظر عن بيان ماهية الهندسة الوراثية على سبيل التدقيق والتفصيل ، وعن بيان تطبيقاتها وآلياتها ، وعن آثارها سلباً أو إيجاباً، وعن غير ذلك مما لا يتناسب ذكره في هذا السياق لما يتطلبه من دقة وإحاطة وشمول قد لا يحسنه إلا الراسخون في علم الوراثة ، وقد لا يفيد كثيراً في موضوعنا المتعلق ببيان الأحكام الشرعية لاستعمال الخنزير في هذه الهندسة . أقول فبصرف النظر عن ذلك كله فإن المتحتم في هذا السياق بيان حقيقة إجراء التجارب الوراثية على الخنزير وضروبها وصورها ، ثم تحديد أحكامها الشرعية بناء على الأدلة والمقاصد والقرائن الشرعية ، وفي ضوء البيانات والتجارب والنتائج العلمية والبحثية .

---

(١) المعجم المصور للهندسة الوراثية : قاسم سمارة ص٥٠ نقلاً عن الهندسة الوراثية لمصدق حسن ص٢٤.

(٢) الهندسة الوراثية : مصدق حسن ص ٢٤ .

الفصل الأول
الاستنساخ البشري والحيواني والنباتي

١- تعريف الاستنساخ :

لفظة الاستنساخ لفظ لغوي قديم ، يستعمل ليدل على معانيه المعروفة في اللغة العربية . ومن تلك المعاني طلب النسخ ، فنقول استنسخت الكتاب ، أي طلبت نسخة منه . واستنسخ المثال الهندسي ، أي أراد نسخة تشبهه وتماثله .

وفي العصر الحالي أصبح لفظ الاستنساخ يطلق -وفضلاً عما ذكر- ليدل على حدث جديد ، وعلى أمر علمي طبي بيولوجي مستحدث لم يكن معروفاً من قبل . فقد أصبح يدل على توليد كائن حي أو أكثر بطريقة بيولوجية جديدة تخالف النمط المألوف بداهة وقطعاً أن المخلوق البشري ينشأ من اجتماع نطفتين اثنتين : (الحيوان المنوي من الزوج والبويضة من الزوجة) . وعندما يتحدان إثر الاتصال الجنسي المباشر بين الزوجين يتحولان إلى نطفة أمشاج أو لقيحة تشتمل على حقيبة وراثية كاملة، وتمتلك طاقة الانقسام والتكاثر . وإذا انغرست في رحم الأم تنامت وتكاملت وولدت مخلوقاً مكتملاً بإذن الله تعالى .

وقد ذكر المولى سبحانه وتعالى آيات قرآنية عدة بين فيها طريقة التناسل والتوالد فقد قال تعالى: ﴿**إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه**﴾ (١). والنطفة الأمشاج هي البويضة الملقحة بمني الزوج (٢).

وقد قال تعالى أيضاً: ﴿**فلينظر الإنسان مم خلق خلق من ماء دافق**

---

(١) سورة الإنسان الآية ٢ .

(٢) مصطفى المراغي : تفسير المراغي ، المجلد العاشر ص١٥٩-١٦٠ ، طبعة دار الفكر . وقطب سيد: في ظلال القرآن ج٦ ص٣٧٧٩-٣٧٨٠ ، دار الشروق ، بيروت ، القاهرة الطبعة الشرعية التاسعة سنة ١٩٨٠م .

يخـرج من بين الصلب والتـرائب﴾ [١]. أي أن ابن آدم خلق من مـاء الرجل والمرأة قال القـرطبي تفسيراً لقـوله (من ماء دافق) أي من المني . والدفق: صب الماء.. والدافق هو المندفق بشدة قوته . وأراد مـاءين: ماء الرجل وماء المرأة ، لأن الإنسان مخلوق منهمـا ، لكن جعلهما ماء واحداً لامتـزاجهما... ويخرج هذا الماء (من بين الصُّلب) أي من ظهـر الرجل ، ومن (الترائب) أي صدر المرأة [٢].

فالاستنساخ إذن هو : توليد كـائن حي أو أكثر إما بنقل النواة من خلية جسـدية إلى بويضة منزوعـة النواة ، وإما بتـشطير بويضة مـخصـبة في مرحلـة تسبق تمايز الأنسـجة والأعـضاء [٣]. وهو يهدف إلى إيـجاد نسخ نباتية وحيوانية وبشرية متمـاثلة تتطابق مع أصولها وتتشابه معها كلياً أو جزئياً [٤].

ومن أسـمائه : الاسـتنسـاخ وهو أشهـرها ، والتنسـيل ومعناه توليـد نسـائـل مـتـمـاثلة [٥]. والتكاثـر الخلوي أو الجـيني ، والنـقل النووي ، والاستنساخ بالتشطير [٦]، وغير ذلك .

صوره وطرقه :

الصورتان الأساسيتان للاستنساخ هما :

١– الاستنسـاخ بالتشطير : وهو تشطير بويضـة مخصبـة في مرحلة تسـبق تمايز الأنسـجـة والأعـضـاء إلى شطـرين ليـتـولد منهـا توأمـان

---

(١) سورة الطارق الآيات ٥–٧ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج٢٠ ص٤–٧ (بتصرف) – مكتبة الرياض الحديثة .

(٣) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة بالمملكة العربية السعودية (قرار رقم ١٠٠/٢/١٠٥) .

(٤) د. الظواهري مختـار : مقدمـة كتاب الهندسة الوراثيـة والأخلاق: ناهد البقصـمي ص١٧ (سلسلة عالم المعرفة الكويت العدد ١٧٤) ، والدكتورة الشعبوني حبـيبة : الاستنساخ – تفسيره العلمي (مقال بمجلة الهداية التونسية عدد ١ سنة ٢٢ ص٣٥) .

(٥) قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم ١٠٠/٢/د ١٠ بشأن الاستنساخ البشري .

(٦) التارزي مصطفى كمال : الاستنساخ البشري وموقف العلم والشرع منه ، مقال بمجلة الهداية التونسية عدد١ سنة ٢٢ ص٢٦ .

متماثلان[1]. بحيث تتصرف كل من الخليتين الناجمتين عن أول انقسام للبويضة وكأنهما بويضة جديدة من البداية [2].

٢- الاستنساخ على طريقة النعجة دوللي : وهي الصورة الأكثر شهرة وتعرف بالنعجة دوللي وتتمثل في نقل النواج من خلية جسدية إلى بويضة منزوعة النواة لتكوين خلية كاملة تحتوي على ٤٦ كروموزوماً . وتقنياتها على النحو التالي [3] :

- أخذ خلية جسدية من ثدي نعجة وتجويعها للتوقف عن الانقسام والتكاثر .

- أخذ بييضة منزوعة النواة من نعجة ثانية لتوضع محلها نواة الخلية الجسدية .

- يتكون بسبب ذلك لقيحة تشتمل على مادة وراثية كاملة وتمتلك طاقة الانقسام والتكاثر . وتوضع تلك اللقيحة في رحم نعجة أخرى ، فتنمو وتتكامل لتنجب بإذن الله تعالى مخلوقاً كاملاً .

ويكون ذلك بتوخي منتهى الدقة والاحتياط [4]. وقد تولدت بهذه الطريقة والصورة بإذن الله تبارك وتعالى النعجة دوللي .

٢- محاذير الاستنساخ :

تحيط بالاستنساخ الكثير من المحاذير والمخاطر والمفاسد على المستوى الصحي والنفسي والاجتماعي والقانوني والبيئي والحياتي بصفة عامة :

فالاستنساخ الذي يشار إلى إمكان إجرائه على الإنسان يؤدي لا محالة

---

(١) قرار مجمع الفقه بجدة رقم ١٠٠/٢/د ١٠ .

(٢) جريدة المسلمون عدد ٦٤٧ بتاريخ ٢٧ يونية ١٩٩٧م .

(٣) انظر قرار مجمع الفقه رقم ١٠٠/٢/د ١٠ ، ود. مصباح عبد الهادي : الاستنساخ بين العلم والدين ص٥ ، الدار المصرية اللبنانية القاهرة ١٩٩٧م . د. سلامة الطيب : الاستنساخ بين العلم والشرع وبين المصلحة والمفسدة ، مقال بمجلة الهداية عدد ٢ سنة ٢٢ ص ٢٥ .

(٣) د. سلامة الطيب : ص٢٥ .

إلى مخاطر ومهالك لا تحصى ولا تعد . ومن ذلك :

– دوس كرامة الانسان وحـرمته ومكانته ، وتضييع حقوقـه الأساسية في الحياة والحرية والـقيمة والمسؤولية ، وذلك من خلال التـلاعب بحياته وإخضاعـه للتجارب العلميـة والبيولوجيـة شأنه شأن الفئـران والضفادع والقردة والخنـازير ، وسلبه حق انتمـائه لأبويه وأصوله وتراثـه وتاريخه، وحق نموه الطبـيـعي في رحم أمه ورعـاية أبيـه ودفء أسـرته وحصـانة مجتمعه وهدي دينه وسلامة عقله وفطرته .

– قتل المؤسسة الزوجية وكيان الأسرة من خلال إلغاء الزواج الشرعي بين الرجل والمرأة وإبداله باتفـاق شخـصين على أن يقدم أحـدهما بويـضة والآخر نواة خلية جسدية ليتم تلقيحهما في رحم معينة بغرض توليد كائن مستنسخ غريب لا يعرف أصله ولا فصله .

– تغيـيب مقصـد الأبوة ودورها من خلال إلغاء تدخل الأب في عـملية الإنجـاب ، إذ يمكن –ولو نظرياً– أن يتولـد مولود من امـرأتين ، إحداهمـا تعطي بويضة والأخـرى تعطي نواة خلية جـسدية ليتم التلقـيح والإنجاب، فيترتب على ذلك ولادة مولود بدون أب .

– تضـييع كـيان الأمـومة ودورها من خـلال تعدد الأمـهات للمـولود الواحد، ومن خـلال انعدام الدور الطبـيعي للأم في مـختلف أطوار عـملية التناسل (التلقيح والحمل والولادة والإرضاع والرعاية النفسية والصحية). فمعلوم في عالم الاستنسـاخ البشري أن المولود الذي يراد توليده يمكن أن تتقـاسمـه ثلاث أمهات : واحـدة تسهم بالبـويضة ، والأخرى تـسهم بنواة الخلية الجـسدية ، والثالثـة تسهم بالرحم الذي سيحـمل البويضة الملقـحة بنواة الخلية . فمن يا ترى تكون الأم ؟

إن هذا كله يضيع مكانة الأمم ومنزلتها المقررة في كل أمة وملة ويفوت دورها المنشود وجدانياً وصحياً وتربوياً وحضارياً .

- طمس نظام النسب و روابط القرابة الدموية الثابتة منذ أقدم العصور. ففي عالم الاستنساخ لا يستطيع الشخص أن يعرف نوعية العلاقة بين المستنسخ والمستنسخ منه ، أهي علاقة أمومة وبنوة ؟ أم علاقة أخوة وعمومة وزوجية ؟ أم علاقة أصل بفرع ؟ أم علاقة فرع بفرع وأصل بأصل ؟ إن أخطر ما يؤدي إليه الاستنساخ البشري إهداره للنمط المعروف في القرابة والأرحام وتفويته لكل ما يترتب على ذلك من حقوق وقيم والتزامات قانونية وأخلاقية ودينية .

- تعميق الشذوذ الجنسي والانحراف الأخلاقي ، وإشاعة ظواهر الزنا واللواط والسحاق ، وذلك يحصل من خلال ترك الزواج المشروع واللجوء إلى تنظيم علاقات جنسية شاذة بغرض تحقيق الاستمتاع الجنسي وتحقيق رغبة الإنجاب ، إذ بإمكان امرأتين متعاشرتين بالسحاق ، أن ينجبا مولوداً عن طريق امرأة ثالثة تسهم برحمها ليحمل بويضة إحداهما ونواة خلية الأخرى .

- طمس ظاهرة التنوع والاختلاف البناء من خلال إيجاد النسخ المتشابهة المتماثلة فكراً وطبيعة وسلوكاً .

- الإخلال بقواعد الأمن والإثبات والوقوع في الظلم والتعدي وإشاعة ظواهر التحايل والتزوير بسبب عدم التفريق بين الوجوه والأشكال والهيئات بموجب التطابق والتشابه بين الأشخاص المستنسخة .

- قد يستثمر الاستنساخ البشري لخدمة بعض الأغراض الفئوية والاقتصادية والاستغلالية والاحتكارية والتسلطية من خلال اتخاذ تقنيات الاستنساخ وتجاريه ومنجزاته خير الوسائل في العصر الحالي لكسب الأموال وتحقيق الأرباح الطائلة وتعويض ما كانت تدره تجارة الطائرات وعوائد النفط والأسلحة ومختلف البضائع الأخرى [1].

---

(١) الطيب سلامة ص٢٦ .

كما قد يستخدم الاستنساخ لتحقيق بعض الأغراض العرقية والعنصرية وتبرير أساطير السلالات المختارة وجرائم التصفية العرقية والتمييز العنصري ، واستبداد المحاكم الوراثية التي كانت عديد الشعوب المقهورة ضحاياها . وتصفية الخصوم والمعارضين تحت غطاء تحسين النوع وتطوير البحوث البيولوجية . وقد صحبت الاستنساخ بعض الدعوات إلى إنتاج فصائل بشرية ممتازة وإلى التخلص من ذوي العاهات والأخلال والعيوب الجسدية والنفسية والذهنية التي لا تقدر على الصمود ومواجهة الكوارث والصدمات (١).

- قد يعمق الاستنساخ ظاهرة عدم أخلاقية العلوم وانسانيتها ومسايرتها لتعاليم الأديان والقوانين والأعراف . ولعل تدني الناحية الأخلاقية للعلوم البيولوجية والوراثية بصفة خاصة في العالم الغربي قد جعلت العديد من الفلاسفة والباحثين الغربيين وغيرهم يتخصصون فيما أصبح يعرف بالأخلاق البيولوجية (٢).

- قد تؤدي تجارب الاستنساخ إلى حصول العديد من الأمراض الخطيرة كالسرطان والإعاقات العضوية والعقلية والنفسية ، بسبب التلاعب بالجينات والخلايا . كما قد تؤدي إلى حدوث وباء عالمي مدمر بسبب هروب فيروس أو جرثومة أو بكتيريا من المخبر أو المعمل ، فتأخذ في التكاثر بسرعة مهولة فتأتي على الأخضر واليابس (٣)، وقد يؤدي إلى إنتاج أسلحة جرثومية فتاكة (٤).

- قد يؤدي إلى ظهور ما أصبح يعرف بأسواق المتاجرة بالكرامة الانسانية والأعضاء البشرية ، ومحلات السمسرة بالخلايا والبويضات

---

(١) التارزي ص٢٥ والربيعي ص٢٦٢ وسلامة ص٣٠ والبقصمي ص٨٨ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ .

(٢) البقصمي ص ٢١١ .

(٣) د. الربيعي محمد : الوراثة والانسان ص١٩١ (سلسلة عالم المعرفة ، الكويت ، العدد ١٠٠ سنة ١٩٨٦م) ، والبقصمي ناهد ص٩٩ .

(٤) الربيعي ص ١٩٣ .

والأرحام ، ومخازن للنطف والأنسجة والأجنة المجمدة والاحتياطية والمجهضة [1]، فتنتفي حرمة الشعوب وتنعدم فضائل القيم ، ويفسد الحرث والنسل ، والله لا يحب الفساد .

- إن تطور تعديل الجينات سيسمح باللعب بالجينات حسب الرغبة كلعبة الليجو . وذلك سيؤثر على كل الخلايا التي تتناسل من هذه البويضة بما فيها الخلايا الجنسية ، وسوف يشمل ذلك التغيير جميع الأجيال المتعاقبة ، وسيمزق بصفة دائمة التكامل الطبيعي للخط الوراثي البشري[2].

إن تطور تعديل الجينات والهندسة الوراثية قد يسمح بالقيام بالخلط بين الأجناس المختلفة ، كالخلط بين الإنسان والنبات لإيجاد ما أسماه الدكتور عبد المحسن صالح بالانسان الأخضر [3]، أو تشكيل مخلوق لا يمكن التخلص منه [4]، أو إيجاد كائن غريب لا يعلم له فصل ولا أصل ولا صفة ولا عنوان .

٣- الاستنساخ في التنظيم الوضعي :

الاستنساخ كما ذكرنا أمر جديد للغاية ولا سيما فيما يتعلق بالكائن البشري ، لذلك لا نجد نصوصاً قانونية صريحة تبين موقف التنظيم الوضعي منه ، غير أننا نجد بعض القواعد والمبادئ والنصوص القانونية التي تدين الاستنساخ البشري وتهاجمه بطريقة ضمنية وغير مباشرة .

فهناك مثلاً الاعلان العالمي لحقوق الانسان الذي ينص في فصله الأول على أن جميع الناس يولدون أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق ، وقد وهبوا عقلاً وضميراً .. ، وينص كذلك في الفصل الثالث على أن لكل فرد

---

(١) البقصمي ص٩٨ .

(٢) د. زولت هارسنياي وريتشارد هتون : التنبؤ الوراثي ، ص٢٩١-٢٩٢ (سلسلة عالم المعرفة عدد ١٣٠ سنة ١٩٨٨م) والبقصمي ناهد ص٢٠٤ .

(٣) د. عبد المحسن صالح ص١١٠-١١٥ ، نقلاً عن البقصمي ناهد ص٢٠٤ .

(٤) البقصمي ناهد ص٩٩ .

الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه (١).

وهناك أيضاً دساتير الدول ومواثيق المنظمات العالمية والاقليمية وقرارات الهيئات التشريعية التي تتضمن مبادئ وقواعد وأحكام تتعارض وتتضارب مع حقيقة الاستنساخ وتجاربه ، وذلك على نحو قواعد وأحكام الزواج والأسرة والنسب والميراث ، وقواعد وأحكام المعاملات المالية والجنايات ، وقواعد وأحكام حرمة الانسان وكرامته وحريته وحقه في الحياة والسلامة الجسدية .

وكل هذا قد جعل المجتمع الدولي بمختلف دوله ومنظماته وشخصياته القانونية والتنظيمية والبرلمانية والتنفيذية تتصدى لتطورات الاستنساخ بصورة جماعية وفورية وسريعة ونافذة بهدف استصدار القوانين والأنظمة الصريحة والتدابير اللازمة والضرورية لوضع الضوابط والقيود والمعايير الأخلاقية والدينية والانسانية لتجارب الاستنساخ والهندسة الوراثية والعلوم البيولوجية بشكل عام .

وإن المتتبع لملامح الموقف العام العالمي تجاه الاستنساخ والهندسة الوراثية في مجالات النبات والحيوان والجراثيم وسائر الأحياء الدقيقة في حدود مراعاة الضوابط والشروط الدينية والأخلاقية والانسانية والكونية. وبشرط أن لا يؤدي ذلك إلى ما هو أعظم فساداً وهلاكاً صحياً وبيئياً واجتماعياً وحضارياً .

ويمكن أن نذكر على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر عدة أنظمة وهيئات قانونية وانسانية -عالمياً واقليمياً- دعت إلى ما قررناه سابقاً :

- المنظمة العالمية للصحة : فقد جاء إعلان ١١ مارس ٩٧ وغيره ليؤكد على أن التوالد بواسطة استنساخ الكائنات البشرية غير مقبول أخلاقياً

---

(١) ابن سالم عبد الناصر : الاستنساخ من الناحيتين الأخلاقية والقانونية (مقال بمجلة الهداية التونسية السنة ٢٢ العدد ٢ ص٤١) .

ويشكل انتهاكاً لحرمة الحياة البشرية والأخلاق . مع ضرورة القيام بدراسة عامة عن المضاعفات المختلفة في مجال الصحة البشرية (١).

- المجلس الأوروبي : من خلال إعداده لاتفاقية حول حقوق الانسان والبيولوجيا الطبية تم التوقيع عليها مؤخراً في أفيديو (٢).

- منظمة اليونسكو: من خلال اللجنة الدولية للأخلاقيات والبيولوجيا التابعة لها حيث تعد إعلاناً عالمياً حول الجينيوم البشري وحقوق الإنسان(٣).

- مجلس النواب الأمريكي: من خلال تقدم أحد أعضائه بمشروع قانون يمنع تمويل مثل هذه البحوث والتجارب (٤).

- البرلمان الأرجنتيني : الذي أعد مشروع قانون يجرم المسألة ويفرض عقوبات جنائية مشددة على إجراء تجارب الاستنساخ على الانسان(٥)، وكذلك البرلمان النرويجي .

- اللجنة الاستشارية الوطنية للأخلاقيات وعلوم الحياة والصحة بفرنسا (٦).

- اللجنة الوطنية للأخلاقيات الطبية بتونس (٧).

حكم الاستنساخ في ضوء الفقه الإسلامي :

يختلف حكم الاستنساخ باختلاف أقسامه ، ولذلك يتعين ضبط هذه الأقسام ، ثم بيان الحكم الفقهي لكل قسم منها . وهذه الأقسام هي :

---

(١) التارزي ص٣٠ .
(٢) ابن سالم ص٤٢ .
(٣) ابن سالم ص٤٢ .
(٤) مجلة الدعوة السعودية عدد ١٥٨٧ .
(٥) مجلة الدعوة السعودية عدد ١٥٨٧ .
(٦) ابن سالم ص٣٩ .
(٧) التارزي ص٢٩ .

القسم الأول : الاستنساخ البشري وهو طلب نسخة بشرية ، أو إيجاد كائن [١] إنساني يتطابق مع الأصل أو يتشابه معه كلياً أو جزئياً [٢].

القسم الثاني : الاستنساخ النباتي والحيواني : وهو إيجاد النسخ النباتية والحيوانية المتطابقة مع الأصل أو المتشابهة معه .

حكم الإسلام في الاستنساخ البشري :

الاستنساخ البشري ممنوع ومحرم ومحظور، وهو من أنواع الفساد في الأرض وهو مما يخل بالمنظومة البشرية والحياة الإنسانية [٣].

والاستنساخ محرم وممنوع بجميع طرقه وكيفياته المعروفة وغير المعروفة ، إذ لا مجال للتكاثر البشري إلا بطريقة التناسل المتوارثة المتمثلة في الاتصال الجنسي بين الزوجين والتي فطر الله عليها الخليقة .

والتحريم هنا يشمل جميع طرق الاستنساخ البشري المعروفة في الوقت الحاضر ، أو التي قد تعرف في المستقبل .

وقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة بالمملكة العربية السعودية القرار التالي: (تحريم الاستنساخ البشري بطريقتيه المذكورتين[٤] أو بأي طريقة أخرى تؤدي إلى التكاثر البشري) [٥].

والأدلة على تحريم الاستنساخ البشري كثيرة ، منها :

- الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة التي بينت طريقة التناسل

---

(١) هذا الإيجاد إن كُتب له النجاح ، فإنه يتم بإذن الله تعالى ، وبسبب التصرف في مواد وكائنات مخلوقة وموجودة ، ويكون وفق تقنيات علمية معينة ، كتقنية استنساخ النعجة دوللي ، وهو لا يزال في حيز التصور الذهني ، أو هو في بعض تجاربه وخطواته الأولى .

(٢) الهندسة الوراثية والأخلاق : د. ناهد البقصمي ، ص١٧ ، مقدمة د. مختار الظواهري . د. حبيبة الشعبوني ، مجلة الهداية ، عدد الأول سنة ٢٢ ص٣٥ .

(٣) انظر ما ذكره الشيخ محمد صالح بن العثيمين عضو هيئة كبار العلماء بالسعودية حيث اعتبر الاستنساخ من أكبر ما يكون الفساد في الأرض . جريدة المسلمون العدد ٦٣٢-٦٣٣ .

(٤) سبق ذكرهما .

(٥) قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم ١٠٠/٢/د ١٠ ، بشأن الاسنتساخ البشري .

والتكاثر البشـــري ، والتي قررت كليات ومـقاصد الأمومـة والأبوة وأثبتت نمط العلاقات الأسرية والاجتمـاعية القائمة على الزواج المشروع والتناسل المبارك وعلى معاني السكن والمودة والرحـمة وعلى حسن الرعاية والعناية وواجب العطاء والوفـاء بين كـافـة أفراد الأسـرة والمجـتمع في مـخـتلف الأطوار والأدوار والأمصار .

- الإجـماع الإسـلامي القطعي العالمي المـنعقـد على المعاني الشـرعيـة السـابقة المـتصلة بطريقـة التكاثر البـشـري من خلال الـزواج الصحـيح، والمتصلة بالكرامـة الانسانية ، وبقـواعد الأمومـة والأبوة والنسب والميراث وغير ذلك .

- المقاصد والقواعد الـشرعية الداعية إلى الاصلاح والتعمـير والتنمية، وإلى جلب مصالح الانسـانية وسعادتها ، وإبعـاد ما فيه فسـادها وهلاكها ودمـارها . وكان مـن مقـاصـد الإسلام العظمـى حفظ النفس الانـسانيـة وصيانتها من كل ما يؤدي إلى موتها أو مـرضها أو إرهاقها أو تعذيبها أو تشويهها أو تعـويقها أو التلاعب بما هو من حقوق الله ومـن قبيل المصالح العامة الكلية كالخلايا والجينات والأعضاء .

- براهين العـقل ومـسلمـات الواقع وقـواعـد المنطق وبدهيـات الحس والتجريب والأعراف الحسنة التي تأبى أن يتـخذ الانسان -الذي هو خليفة الله في الأرض- وسيلة للتجـارب العلمية المدمرة ، وذريعة لدوس كـرامته ومنزلته ، وتعريضه لمخاطر صحية ونفسية وبيئية كثيرة .

ثانياً حكم الإسلام في الاستنساخ النباتي والحيواني :

الاستنساخ البشري كما ذكرنا محرم ومحظور، أما الاستنساخ النباتي والحيـواني فهـو يحظى بحظوظ مهـمة وأقدار مـتفـاوتة من حيث قـبوله والاطمئنان إليه واعتباره أمراً ملحـاً وحدثاً علمياً جديراً بالدراسة والتطوير وتعليق آمال كبيـرة عليه ، وذلك على مستوى تطوير البحوث البـيولوجية،

وتحسين المنتوج كماً وجودة ، وإيجـاد العلاج لكثير من الأمراض الموروثة والأدواء المستعصية التي ظلت إلى وقت غير بعيد ألغازاً وطلاسمَ لا تعرف مداخلُها ولا تدرك مفاتيحُها .

لذلك فـإن الحكم الشرعـي للاستنسـاخ في مـجال النبـات والحيـوان يتراوح بين اعـتباره شيـئاً مباحـاً جائزاً لا مانع منه ، وبين اعـتباره شيـئاً واجباً وجوباً كفـائياً وفرضاً على الأمة الإسلامية بالجـملة مرتبطاً بعلمائها وخبرائهـا وساستها وقادتهـا ، أخذاً بعين الاعتبار جملة الشـروط والقواعد الدينيـة والأخلاقيـة والانسانيـة التي ينبغي اسـتحضـارها ومراعـاتها في تحديد ذلك الحـكم بهدف تحقـيق الفوائد من الاسـتنساخ وإبعـاد أضراره ومفاسده .

جـاء في قرار مـجمع الفـقه الإسـلامي الدولي بجـدة بالمملكة العربيـة السعودية ما يلي :

(يجوز شرعاً الأخذ بتقنيات الاسـتنساخ والهندسة الوراثية في مجالات الجراثيم وسـائر الأحيـاء الدقيقـة والنبات والحـيوان في حـدود الضوابط الشرعية بما يحقق المصالح ويدرأ المفاسد) (١).

وهو كذلك رأي الندوة الفقهيـة التي انعقدت بالمغرب الأقصى . إذ لم تر حرجاً في الأخـذ بتقنيات الاستنسـاخ والهندسة الوراثية في مـجال النبات والحيوان في حدود الضوابط الشرعية المعتبرة (٢).

ونفس الرأي تقريبـاً قد أوردته منظمات وشـخصيـات علمية إسلامـية كالمنظمـة الإسلامية للعلوم الطبـية (٣). وقد دعت إلى إعداد وثيـقة لحقوق الجنين (٤)، والمجلس الأعلى للشـؤون الإسـلاميـة بالقـاهرة (٥)، والمجلس

---

(١) قرار مجمع الفقه بجدة رقم ١٠٠/٢/د ١٠ ، بشأن الاستنساخ البشري .
(٢) جريدة المسلمون عدد ٦٤٧ .
(٣) جريدة المسلمون عدد ٦٣٣ ، ٦٤٧ .
(٤) جريدة المسلمون العدد ٦٤٧ .
(٥) د. مصباح عبد الهادي ص٧-٨ .

الإسلامي الأعلى بتونس ، وكما جاء على لسان مفتي مصر وتونس [1].

فالاستنساخ النباتي والحيواني إذن مباح وجائز إذا لم يؤد إلى الضرر والفساد ويعد واجباً على العلماء والحكام وأولي الأمر إذا تأكدت أهميته وضرورته للأمة وتقدمها وسلامتها ورسالتها الحضارية المنشودة .

والقول بأن الاستنساخ النباتي والحيواني جائز ومباح أو واجب على العلماء والحكام ، ذلك القول يستند إلى عدة مبادئ وقواعد إسلامية كثيرة، منها :

- اندراجه ضمن القواعد الشرعية الداعية إلى البَحث العلمي وإعمال النظر العقلي وتطوير البحوث والتجارب الهادفة إلى تحقيق مصالح الناس وتعمير الأرض وتنميتها ، والموصلة إلى تعميق الإيمان الراسخ بالله تعالى.

- استجابته لمبدأ تسخير الكون لفائدة الانسان ومصالحه ومنافعه في الدنيا ، وسعادته وسلامته في الآخرة . قال تعالى: ﴿**هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً**﴾ [2]. فإجراء التجارب على الحيوان والنبات ، والتصرف في موارد الطبيعة وعناصر الكون أمر جائز ومشروع ، بل هو أمر مرغوب فيه ومأمور به شريطة مراعاة تعاليم الإسلام وقواعد الأخلاق ومصالح الانسانية .

- مسايرته لواجب النهوض الإسلامي وضرورة بناء التنمية الإسلامية الشاملة وتحقيق الاستقلال الاقتصادي والتكنولوجي والحضاري ، وذلك من خلال امتلاك معلومات وتقنيات الهندسة الوراثية ، وحسن التصرف فيها بما يعود على الأمة الإسلامية بالخير والتقدم . قال تعالى: ﴿**وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم**﴾ [3].

---

(١) د. مصباح عبد الهادي ص٧-٨ ، والسلامي محمد المختار : الاستنساخ ، مقال بمجلة الهداية التونسية السنة ٢٢ العدد ١ ص٢٢ وما بعدها . وبجريدة الصباح التونسية العدد ١٥٦٣٨ .

(٢) سورة البقرة الآية ٢٩ .

(٣) سورة الأنفال الآية ٦٠ .

ضوابط وشروط الاستنساخ النباتي والحيواني :

- الدعوة إلى البحث والنظر والتأمل والاكتشاف .
- جلب المصالح والمنافع وتخفيف أعباء الحياة ومشاقها وغير ذلك .

أما إذا أدى إلى الضرر والفساد وتغيير خلق الله وجلب الأدواء والأمراض والافتتان وطمس خصائص التنوع والنمو الطبيعي وجمالية الكون وتكريس الهيمنة الاقتصادية والاحتكار العولمي وجعل الشعوب المقهورة محلاً للتجارب الوراثية والاقتصادية ، وغير ذلك ، أقول إن الاستنساخ إذا أدى إلى ذلك فلا شك في إلحاقه بالمصالح الملغاة والمنافع المردودة التي رفضها الشرع كلياً وجزئياً ، تصريحاً وتلميحاً وتنبيهاً .

الفصل الثاني
التغيير أو التحكم الجيني

معناه وأسماؤه :

التغيير أو التحكم الجيني هو أحد فروع الهندسة الوراثية ، ومظهر آخر من مظاهر تطبيقها واستخدامها .

ويُراد به تغيير الجينات وتعديلها والتحكم فيها ، سواء تبديلها كلياً ، أو بالإضافة والزيادة ، أو بالحذف والتنقيص .

ونظراً إلى كل ذلك أطلقت عدة أسماء وألقاب تدل على حقيقة هذا التغيير أو التحكم الجيني . ومن هذه الأسماء والألقاب :

- التحكم الجيني ، ويراد به التصرف في الجينات والتحكم فيها .

- التغيير الجيني ، ويراد به تغيير الجينات من وضعها الأصلي الطبيعي إلى وضع جديد مراد ومقصود .

- التعديل والتحوير والتطوير الجيني ، ويراد به القيام ببعض التغييرات الجزئية بغرض التطوير والتحسين وغير ذلك .

- الجراحة الجينية ، ويراد بها القيام بعمليات جراحية للجينات بغرض التغيير أو التعديل أو التحوير ، وبغرض إزالة العيوب وإيجاد العلاج الصحي اللازم ...

ومهما اختلفت الأسماء والنعوت والألقاب فإن المراد الإجمالي بكل هذا يتصل بالتصرف في الجينات واتخاذها حقلاً للبحث والتجربة والاختبار لتحقيق الأهداف المنشودة في هذا الصدد .

مجاله وميدانه :

التغيير الجيني باعتباره فرعاً علمياً بيولوجياً يتخذ من الجينات مجالاً

وميداناً لتـحقيق أغراضـه ومقاصده . فـهو يعتمد بالأسـاس على الجينات بتنقيتها وعـزلها وتصنيعها [١]. وإدخالها في كائنات دقـيقة جداً .. ثم يقع تطويعهـا عن طريق استـعمال المسـالك الجديدة للتكنولوجـيا الحـيوية [٢]، لتحـقيق أغراض صحـية واقتصـادية وبيئيـة ، سيقع إيرادها وبيانهـا بعد قليل.

أغراض التحكم الجيني وأهدافه :

التحكم أو التغـيير الجيني له أهدافه وأغراضه التي نـص عليه أصحابه ومكتشفوه . ويمكن أن نجمل بيان هذه الأهداف والأغراض فيما يلي :

- توفـير العـلاجـات وإيجـاد الأدوية لبعض الأمـراض الوراثيـة التي يتناقلهـا الفروع والأخلاف عن الأصـول والأسلاف ، ويكون ذلك حـاصلاً بحيازة المعرفة الدقيقة لخـصائص الموروثات وطبائعها ومكوناتها ، وكذلك القدرة على إصلاح عيوب الجينات الوراثية ، أو ما يُعرف بالجينات المعيبة.

ومن أمثلة الأمـراض الوراثية التي يمكن عـلاجها باسـتخـدام الجينات: تسـاقط الشـعـر والصلع والسكر والسـرطان والايدز [٣]، أو السـيدا [٤]، وغيرها .

- توفـيـر الكميـات المطلوبة من المـواد اللازمة المعـروفـة بالبـروتينات والهرمونات والأنسولين والمضادات الحيوية والكيماويات وغيرها .

- مـواجهـة مـشكلة التلوث البـيئي الـتي تكاثرت مخـاطرها واتسـعت دائرتهـا بسـبب كـثـرة النفـايات والمخلفـات والتـجـارب النووية وتراكم المحروقات وغير ذلك .

---

(١) هناك نوعـان من الجينات : جـينات طبيـعيـة مأخـوذة من الخلية ، وجـينات صناعيـة منتجـة بواسطة كـيمـاويات مخـتلفة . ينظر : الـتنبؤ الوراثي ص٢٩١ ، ومـقدمـة الظواهري لكتـاب الهندسة الوراثيـة للبقصمي ص١٨ .

(٢) التنبؤ الوراثي ص ٢٦٤ . ومقدمة الظواهري ص ١٤ ، ١٧ .

(٣) عبد المحسن صالح ص١٦٠ ، نقلاً عن الهندسة الوراثية للبقصمي ص٩٧ .

(٤) السيدا هي التسمية الفرنسية لكلمة الايدز . ومعناها فقدان المناعة المُكتسبة .

وتحصل هذه المواجهة بطريق إيجاد سلالات وفصائل من البكتيريا تقوم بتخليص البيئة والمحيط من الملوثات (١).

- إيجاد الأعضاء البشرية ، والذي يصلح على تسميته في علم الهندسة الوراثية باستنساخ الأعضاء البشرية . ويحصل هذا بتصنيع الأعضاء البشرية ، بواسطة عمل نسخة من خلية العضو الأصلي وتكاثرها حتى تعطي العضو المطلوب استنساخه (٢).

- القيام بانتاج نباتات تنمو في المناطق الجافة أو المالحة أو تحت الثلوج.

- إيجاد المنتوجات الصناعية والمعملية كالبلاستيك والألياف والمطاط والأسمدة والمبيدات الحشرية .

- إنتاج أطعمة خاصة تستعمل في تغذية الخنازير والدواجن والماشية كبديل لمسحوق الصويا (٣).

وهناك أغراض وأهداف أخرى منصوص عليها ومُشار إليها في كلام العلماء البيولوجيين تجاه التحكم الجيني . وقد اكتفيت بما ذكرت ملازمة للايجاز وتجنباً للتفاصيل الكثيرة التي قد تشوش الذهن وتُفوت المقصود(٤).

صلة التحكم الجيني بالاستنساخ :

التحكم أو التغيير الجيني يتصل بالاستنساخ من جهة ما يعرف بنسخ الأعضاء البشرية ونسخ الدماء والبروتينات والهرمونات الانسانية .

فاستنساخ مثل تلك الأعضاء والمواد يكون عن طريق استخدام الجينات

---

(١) مقدمة الظواهري ص١٦ .

(٢) الاستنساخ .. د. مصباح ص٧٢ .

(٣) الهندسة الوراثية .. البقصمي ص٩٦ .

(٤) انظر الاستنساخ .. د. مصباح ص٧٧ ، ومقدمة الظواهري ص١٧ ، والهندسة الوراثية : البقصمي ص٩٤ ، وغير ذلك .

بتغييرها وتنقـيتها وتعديلها وإضافة بعض الأشياء إليـها ، أو تخليصها من بعض الأشياء الـتي فيها ، أي أن ذلك الاستنـساخ يكون باستعمـال التحكم والتغيير الجيني . فتلك هي الصلة المتينة بينهما .

كمـا أن الاستنسـاخ والتحكم الجـيني يتصل كل منهـما بعلم الهـندسة الو راثية أو العلوم البيولوجية بوجه عام ، فهما فرعان لأصل واحد .

مفاسد التحكم الجيني ومخاطره ومحاذيره :

التحكم الجيني له فوائده ومحاسنه . وقد ذكرنا شيئاً منها فيما مضى. وله كـذلك مخـاطره ومـفاسـده والتي يلزم الانتـباه إليـهـا والحذر منهـا والاعتناء البالغ بمواجهتها ومنع حصولها .

فهي مفاسد عظيمة للغـاية ، وتعم الجميع لو قدر لها الوجود ، وتشمل مجالات الحـياة كلها ، وتتصل بالمسـتويات الصحية والـبيئية والأخـلاقية والاجتماعية والانسانية ... (١).

ومن هذه المخاطر -ذكر وليس حصراً- نورد ما يلي :

- انتهاك ودوس الحـقوق الانسانية ، كـحق الحياة ، والنمو الطـبيعي، والكرامة ، والسلامـة العقلية والجسدية والنفسـية ، وذلك من خلال إجراء التـجارب والفـحوص الجـينية على الانسـان ، سواء في أطوار كـون ذلك الإنسان جنيناً في بـطن أمه ، أو كونه انسـاناً مولوداً يمشي على الأرض . إن إجراء تـلك التجـارب على الانسان -وكـما يقـول الدكتـور الظواهري- سيعرض بلا شك كرامة الانسان وحرمته إلى الخطر والانتهاك ، وسيؤدي إلى التلاعب بالبناء الوراثي للانسـان ، وبالنمو الطبيعي للخلـق ، وبالتأثير السلبي على صحة الإنسان (٢). وسيعرض الانسان إلـى الأمراض الفتاكة الخطيرة بسبب إدخال جيني أو جيينات حاوية لتلك الأمراض .

---

(١) جريدة المسلمون عدد ٦٤٧ .

(٢) مقدمة الظواهري ص١٧ .

والحق أن الأضرار والمخاطر التي ستلحق بالانسان تترتب على التجارب الوراثية والعمليات الجينية لمختلف صورها وضروبها ، سواء التجارب والعمليات التي تُجرى على الانسان نفسه مباشرة ، أو التي تُجرى على النبات والحيوان والميكروبات والبكتيريا ، وذلك لشدة اتصال الانسان بتلك الكائنات وتأثره بها خيراً وشراً ، ضرراً ونفعاً .

ويمس هذا بالدرجة الأولى الأجنة الذين يُستخدمون كقطع غيار، وكسلع تباع وتشترى في أسواق المزايدات والمناقصات (١).

ويؤدي هذا الأمر بلا شك إلى زيادة حالات الإجهاض من أجل توفير الأنسجة والخلايا الجينية التى يحتاجها بعض المرضى ، وسيؤول إلى قيام ما يُعرف بتجارة الأجنة (٢).

وسيكون طريقاً ومبرراً للإجهاض والتخلص من الأجنة التي لا يرغب فيها آباؤها .

وهذا يثير المخاطر الدينية والأخلاقية والقانونية والانسانية ، ويجعل مصير الجنين عرضة للتلاعب والأمزجة والتشهي ويزداد الأمر استشكالاً وحيرة عندما يكون الرحم حاملاً لتوأمين ، أحدهما صحيح ، والآخر مصاب ومريض (٣).

– إحداث تشوهات وأمراض خطيرة ، قد تشكل لصاحبها عقداً نفسية قوية ، وإخلالاً جسدية مضنية ، تعطل نماءه وعطاءه وقد ذكر البروفسور ديريك سميث (من جامعة برمنجهام) بأنه يتعين التوقف كثيراً أمام التلاعب الجيني الذي قد يكون بداية لتشويهات يتعرض لها الجنس البشري بدعوى الوصول إلى السوبرمان ، أو الرجل العملاق (١).

---

(١) ينظر مجلة اليمامة العدد ٤٥ بتاريخ السبت ٥ ذو الحجة ١٤١٧هـ ، فقد ذكرت حالات وشواهد عديدة إزاء استغلال أنسجة الأجنة ومخاطرها والمتاجرة بها .

(٢) الهندسة الوراثية : البقصمي ص٩٨ .

(٣) د. زولت هارسنياي وريتشارد هتون : التنبؤ الوراثي ص٢٨٧-٢٨٨ .

(٤) الاستنساخ والإسلام : د. معين القدومي ص٢١ .

كما ذكر الدكتور عبد الحكيم بدران أن غرس الجينات قد يؤدي إلى الأورام والسرطان ، بالنسبة للانسان المصاب نفسه ، وبالنسبة لغيره، بسبب العدوى والانتقال (١).

وقد ذكر كذلك د. عبد الفتاح عطا الله أن تكنولوجيا الهندسة الوراثية تحمل معها أخطاراً شديدة ، فالمكروبات التي تحوي جسيمات وراثية مُركبة يمكن أن تحمل معها أخطاراً تهدد الصحة والبيئة (٢).

كما ذكر الباحث سمير صلاح شعبان أن الأدوية الجينية زادت من احتمال المضاعفات الخطيرة على حياة المريض ، هذا فضلاً عن ارتفاع أسعارها (٣).

- تقليل المناعة في جسم الانسان ، بسبب الأغذية المعدلة جينياً . وقد أكد هذه الحقيقة ثلاثة علماء ، وقالوا بأن هذه الأغذية قد أثرت على فئران التجارب (٤).

- إزالة الفوارق في المواهب العقلية ، والقُوى الجسدية ، والمراتب العاطفية والوجدانية والنفسية والروحية ، وذلك من خلال الدعوة إلى تعديل الجينات المسؤولة عن السلوكات والتصرفات ، ومن خلال الدعوة إلى تحسين النسل ، وزيادة الذكاء وإزالة البلاهة أو العته ، وإطالة القامة، وتوحيد الألوان ، وغير ذلك . وهذا معلوم أنه لا يجوز لأنه تغيير لخلق الله تبارك وتعالى .

- إحداث البلبلة والاضطرابات النفسية المخيفة للانسان ، وذلك من خلال إمكان تعرف الانسان على أنه مستعد للإصابة بمرض خطير

---

(١) الجدل حول التلاعب بالجينات : د. عبد الحكيم بدران ، مقال بمجلة القافلة بتاريخ شوال ١٤١٣هـ - مارس ١٩٩٣م .

(٢) المنهل : ١١٥ ص١٢ .

(٣) مجلة العربي ٤١٩ ص٧٤ سنة ١٩٩٣م .

(٤) مجلة الدعوة الإسلامية العدد ١٧١٨ (من كلام محمد حمدي زقزوق) .

كالسرطان ، وهذا قد يشكل له خطراً أفدح من احتمال وقوع المرض نفسه(١).

- هناك مخاطر وأضرار أخرى على صعيد الحيوان والنبات والبيئة ومنها : المخاوف الكثيرة من احتمال ظهور الأضرار المتأتية بسبب التغذية المعدلة جينياً ، أو ظهور غرائب نباتية ضارة يمكن أن تتكاثر بعيداً عن السيطرة (٢).

- تدمير النظام الجيني الحيواني والنباتي ، وذلك من خلال ما يُعرف بالخلط بين الأجناس المختلفة ، كالخلط بين الانسان والحيوان ، أو الحيوان والنبات ، أو الانسان والنبات لإيجاد ما أسماه د. عبد المحسن صالح بالانسان الأخضر (٣)، أو تشكيل مخلوق غريب لا يمكن التعرف عليه ولا التخلص منه ، ومثال ذلك: خبر المرأة التي تلد مولوداً نصفه كلب ونصفه انسان (٤). ومثال ذلك أيضاً : دمج خليتين من جيني ماعز وشاة ، فجاء الوليد بوجه ماعز وجلد شاة (٥). ومثال ذلك كذلك : ما يتعلق باحتمال وضع جينات من خنزير ووضعها في بقرة (وهو أمر لا يستبعد) فهل يجوز أكل لحم هذه البقرة وشرب حليبها ، وهي تحوي جينات ومكونات خنزيرية (٦).

ومثال ذلك أيضاً : جعل الأبقار والأغنام تلد إناثاً فقط (٧).

- التلاعب بالجينات والعبث بالصبغيات الطبيعية وتعريض النظام

---

(١) قناة الشارقة الفضائية : حلقة الخارطة الجينية للانسان بتاريخ ١٦ أكتوبر ٢٠٠٠م - ١٩ رجب ١٤٢١هـ .

(٢) مجلة المجتمع الكويتية عدد ١٢٤٤ ص٢١، ومجلة المنهل عدد ٥١١ ص١٢، مقال عبد الفتاح عطاء الله.

(٣) د. عبد المحسن صالح ص١١٠-١١٥ ، نقلاً عن هندسة البقصمي ٢٠٤ .

(٤) البيان : دبي بتاريخ ١٩٨٩/٩/٣٠م .

(٥) مجلة المنهل عدد ٥١١ ص١٠ .

(٦) مجلة الدعوة العدد ١٧١٨ . مقال د. أحمد مستجيز .

(٧) مجلة المنهل ٥١١ ص٩ د. نان كيفي الأمريكي ، وهو أستاذ علم الوراثة والحيوان .

الوراثي والبناء البيولوجي إلى خطر الفوضى والاضطراب والتداخل، وتمزيق التكامل الطبيعي للخط الوراثي البشري (١).

- إمكان إحداث وباء عالمي مدمر وخطير ، قد يهلك البيئة كلها ، بما فيها وبمن فيها ، وحصول هذا الوباء محتم الوقوع بيسر وسهولة، ويكفي لوقوعه انفلات أو هروب فيروس أو بكتيريا صغيرة من المختبر ، وتأخذ هذا الفيروس أو البكتيريا في التكاثر والتزايد والانتشار بسرعة عالية جداً، لتهلك الحرث والنسل ولتدمر كل الأخضر واليابس (٢).

- تعميق التمييز العرقي ، وربما سحق الأعراق التي لا يُرغب فيها حسب مزاعم دعاة العنصرية والنازية .

وهذا يتضح من خلال ظهور الخطر الكبير عند اكتشاف الفروق بين السلالات البشرية ، وخاصة فيما يدعيه الغرب من أن السود متخلفون ولا يجوز للغرب أن ينفق عليهم (٣).

وتجري هذه الأبحاث ضمن ما يعرف بالجينوم البشري الذي يجري حالياً في أمريكا ، والذي سينتهي بحلول ٢٠٠١م بعد أن كان من المنتظر أن ينتهي في آخر سبتمبر ٢٠٠٥م بسبب التقدم العلمي الخطير .

- إمكان إنتاج الأسلحة الجرثومية الفتاكة (٤)، مما يكون له الأثر السلبي والخطير على أمن الشعوب وسلامة الأرض والبيئة من مهالك ومفاسد عظيمة تتأتى بسبب ذلك .

والخلاصة أن المخاطر الإجمالية للتغيير الجيني تفضي إلى تعريض الكرامة الانسانية والقيم الأخلاقية لمخاطر جمة ، منها : دوس حرمة الانسان باخضاعه للتجارب كالفئران والضفادع والقردة وغيرها .

---

(١) التنبؤ الوراثي : سبق ذكره ص٢٩١ - ٢٩٢ .

(٢) الوراثة والانسان : محمد الربيعي ص١٩١ ، والهندسة الوراثية للبقصمي ص٩٩ .

(٣) مجلة الدعوة عدد ١٧١٨ . د. سمير أحمد مستجير .

(٤) الوراثة والأنساب : محمد الربيعي ص١٩٣ .

ومنها: تفويت حقه في خيطه الوراثي والانتماء إلى أصله وعشيرته. ومنها : نفي التنوع الطبيعي والثراء الاجتماعي والحضاري البناء ، ومنها إجمالاً ما يترتب على هذه التعديلات الجينية مما تم وقوعه بالفعل ، أو مما سيحصل في مستقبل الانسانية والحياة بشكل عام .

وبناء عليه يتأكد الحذر والحيطة من هذه التجارب والتغييرات الجينية والبيولوجية ، وسيلزم على الخبراء والحكام والعلماء وأصحاب القرار وكذلك الأفراد والشعوب ، يلزم عليهم جميعاً وضع القيود والضوابط والشروط لهذه الأنشطة التي يتزايد الاهتمام بها يوماً بعد يوم ، ولا سيما في البلاد الغربية (أوروبا وأمريكا ...) التي لا يهتم كثير من علمائها وأهلها إلا بالأغراض العلمية الصرفة أو الأهداف المادية والدعائية البحتة، فينقص هؤلاء غالباً التقيد بالضوابط الأخلاقية والمصالح الانسانية الحضارية الروحية .

وعليه فقد لا يُنظر إلى هذه التجارب والأنشطة الجينية إلا من زاوية الإنجاز العلمي المظهري المادي ، أو من جهة الشهرة والدعاية للعالم الفلاني أو الشركة الدوائية الفلانية ، أو الهيئة البحثية الفلانية ، أو تقدم الاقتصاد والرفاه للشعب الفلاني أو الدولة الفلانية ، ولو كان على حساب شعوب وأمم أخرى تكون ميداناً وحقلاً لإجراء تجارب وتطبيقات تلك الأنشطة ومكتشفاتها وقوانينها ومستخلصاتها [1].

موقف الشرع الإسلامي من التحكم أو التغيير الجيني :

التحكم أو التغيير الجيني كما ذكرنا فرع من فروع العلوم البيولوجية والهندسة الوراثية ، والحكم عليه من جهة الشرع متوقف على الإلمام والإحاطة بمجالاته واستخداماته وتطبيقاته ، فهو -أي التحكم الجيني- ذو

(١) ينظر بحثنا الموسوم بالاستنساخ في ضوء الأصول والقواعد والمقاصد الشرعية ، فقد أسهبت فيه القول ببيان دوافع الاستنساخ الظاهرة والخفية ، وبيان الإطار الشرعي والعقدي والأخلاقي العام الذي ينبغي أن يندرج الاستنساخ وما إليه ضمنه وتحته .

شعب وزوايا مختلفة ، وذو آثار ومآلات ونتائج متعددة ، إذ هو ليس على شيء واحد ، أو هو متمحض لصلاح بيّن ونفع واضح ، أو متمحض لفساد معلوم وضرر محتوم فهو متردد بين المنافع والمضار ، ومتراوح بين الخير والشر ، بين أهدافه النبيلة المعلنة ، وبين بعض دوافعه الخبيثة المادية الإفسادية المضمرة .

وكل هذا يتحدد بحسب مختلف استخداماته ومجالاته وآثاره ونتائجه.

ولذلك كله يجعل من المتعذر في اللحظة الراهنة إصدار حكم شرعي نهائي ميسور ومحدد ومحسوم لهذه النازلة العلمية المعاصرة والغريبة، نازلة التحكم أو التغيير الجيني أضف إلى ذلك فإن تجارب وحقائق هذا التحكم أو التغيير الجيني لا تزال في بدايات طريقها ، وما وقع اكتشافه وإعلانه ليس سوى غيض من فيض مما يُنتظر وقوعه وحصوله في القريب العاجل خلال هذه السنوات القليلة القادمة ، أو في القريب الآجل خلال القرن الحادي والعشرين الذي أسموه قرن الثورة البيولوجية والوراثية ، وليس من سبب لتلك التسمية بالثورة إلا للدلالة على التطور الهائل والسريع الذي سيشهده هذا القرن على صعيد التجارب والنتائج الوراثية والبيولوجية والجينينة والاستنساخية .

ونفس هذا المعنى قد أكد عليه علماء البيولوجيا أنفسهم ، فقد ذكروا أن طبيعة الهندسة الوراثية والتحكم الجيني والتغيير البيولوجي أو الجيني إنما هي طبيعة معقدة ومتشعبة ومتداخلة ، من حيث الانطواء على الحسن المفيد والفاسد المردود ، ومن حيث جلب المصالح والمنافع ، وكذلك المفاسد والمضار ، فهذه الطبيعة هي من قبيل ما يعرف بالسلاح الذي له حدّان، وبالعملة التي لها وجهان . وقد ذكر الظواهري "أن الهندسة الوراثية تثير في آن واحد الإعجاب والمخاوف: الإعجاب لأنها تقدم الحلول السحرية

لكثير من المشكلات في العالم ، والمخاوف لخطورة استخداماتها وبسبب لا أخلاقية بعض تطبيقاتها واستحالة السيطرة عليها" (١).

كما ذكر الربيعي أن من واجب العلماء الإلمام الكامل بتكنولوجيا هذا العلم حتى يتمكنوا من تطبيق هندسة وراثية مفيدة وليس مغامرة وراثية قاتلة (٢).

كما يضاف إلى كل ما ذكر أمر هام جداً ، ألا وهو اتصال هذا العلم بالانسان المكرم ، إذ بوسع العلماء البيولوجيين اتخاذ الجينات البشرية ميداناً وحقلاً لإجراء التجارب والفحوص بقصد التوصل إلى النتائج والحقائق العلمية والبيولوجية ، فيقع إخضاع الانسان الخليفة للتجارب والخبرات كما يخضع الفأر والقرد تماماً ، وما يمكن أن يحصل مع الفأر والقرد من أضرار ومفاسد وانتهاكات للحرمة الجسدية والمعنوية ، يمكن أن يحصل للانسان بالضبط ، بل يزيد الانسان على الحيوان من حيث قوة الدعاية واتساع دائرتها لتعم الآفاق ولتجلب الأرزاق ولأصحابها بسبب "الاكتشاف المذهل والاختراع الهائل !" لما "يسعد الانسان ويريحه وينفعه!".

إن اتصال علم الجينات -تعديلاً وتغييراً- بالانسان يزيد من صعوبة استصدار حكم شرعي تفصيلي محدد ومحسوم لهذا الفن والعلم من علوم البيولوجيا والهندسة والوراثية ، وذلك لحرمة هذا الانسان وكرامته ومكانته ودوره في هذا الوجود والحياة .

فقد قال تعالى: ﴿**ولقد كرمنا بني آدم**﴾ (٣). وقال تعالى: ﴿**لقد خلقنا الانسان في أحسن تقويم**﴾ (٤).

---

(١) الظواهري ص١٧ . وانظر التنبؤ الوراثي ص٢٦٢ .

(٢) الربيعي : ص ١٨٩ .

(٣) سورة الإسراء من الآية ٧٠ .

(٤) سورة التين الآية ٤ .

إمكان إصدار أحكام عامة ومبدئية للتغيير الجيني :

استصدار حكم شرعي تفصيلي ومحدد ومحسوم للتغيير الجيني أمر صعب ومتعذر للغاية في الوقت الحاضر على الأقل . وذلك يعود بالأساس إلى جملة المعطيات والحيثيات التي ذكرناها قبل قليل . لكن وعلى الرغم من ذلك ، فإنه يمكن استصدار أحكام شرعية عامة ومجملة تكون إطاراً شرعياً وإسلامياً لاستصدار الأحكام الشرعية التفصيلية للتحكم أو التغيير الجيني بحسب تجاريه ونتائجه ، وفي ضوء استخداماته وحقائقه، لاحقاً ومستقبلاً .

والحق أن تعذر استصدار هذه الأحكام الشرعية التفصيلية النهائية حالياً ، لا يعني إطلاقاً وجود فراغ تشريعي إسلامي ، فالشريعة الإسلامية حاكمة وشاملة وعامة ولها في كل قضية وحادثة حكمها وهديها .

يقول تعالى: ﴿**ما فرطنا في الكتاب من شيء**﴾ (١). ولا يعني كذلك خلو العصر الحالي من المجتهدين والمفتين ، فالاجتهاد كالجهاد ماض إلى يوم القيامة .

وإنما يعني بحسب ظني ومعرفتي عدم توضح كثير من نتائج وحقائق التحكم الجيني ، إذ لا يمكن الحكم على هذه النتائج والحقائق إلا بعد تصورها وتعقلها والتعرف عليها ، فالحكم على الشيء فرغ عن تصوره، كما يقول المناطقة . كما يعني كذلك حكماً شخصياً وانطباعاً ذاتياً ظننته صواباً وحقاً . وقد يرى غيري من الباحثين وأهل العلم خلاف هذا ونقيضه. والله أعلم . وفوق كل ذي علم عليم .

والمهم في هذا السياق التأكيد على نقطة مهمة للغاية ، وهي اعتماد الاجتهاد الجماعي لاستصدار هذه الأحكام الشرعية التفصيلية والحاسمة لمبحث التحكم الجيني واستخداماته ونتائجه .

---

(١) سورة الأنعام الآية ٣٨ .

وهذا الاجتهاد ينبغي أن يستند إلى رأي علماء الشريعة ورأي علماء البيولوجيا والهندسة الوراثية ، وينبغي أن تصدره المؤسسات الشرعية البحثية والهيئات الفقهية الإفتائية المنتشرة في كثير من بلدان العالم(١). ويمكنني بعد كل هذا أن أبسط فيما يلي هذه الأحكام الشرعية العامة والمبدئية للتغيير الجيني أو التحكم الجيني :

الحكم الشرعي الأول :

جواز بعض استخدامات التحكم أو التغيير الجيني :

ومفاد هذا الحكم أنه يجوز ويباح الإقدام على جانب من جوانب استخدامات التغيير أو التحكم الجيني ، والذي تبينت مشروعيته ومصلحيته ، بشرط النظر في التفاصيل والجزئيات الواقعة والمستجدة من حيث مراعاة قاعدة المصالح والمفاسد الشرعية ، وعدم معارضة الأصول والقواعد والضوابط .

وهذا الجانب يتصل بصفة خاصة بمجال الصحة والعلاج . جاء عن الدكتور عبد الستار أبو غدة قوله: "فإذا كان القصد من هذا الاستبدال(٢) العلاج وإنقاذ البشرية من أمراض وراثية ، فإنه مما يندرج في التصرفات المشروعة ، إن لم يكن على سبيل الوجوب فعلى وجه الندب أو الإباحة، لأنه من جنس المأمور به في نصوص الشريعة الداعية إلى التداوي وإزالة الضرر ودرء المفسدة وتحصيل النفع والحرص عليه (٣).

وجاء كذلك عن د. أحمد شرف الدين قوله: "ومن هنا جاءت أهمية

---

(١) راجع ما كتبته في مؤلفي "الاجتهاد والمقاصد : مسؤلة الاجتهاد الجماعي" والكتاب قد أصدرته وزارة الشؤون الاسلامية بدولة قطر ، ضمن سلسلة كتاب الأمة . وقد نشر في جزئين متواليين . العددين ٦٥-٦٦.

(٢) المقصود بكلمة الاستبدال مما يصلح للتعبير عما تتطلع إليه المحاولات في مجال الوراثة ، بإيجاد ما يعتبر بدائل عن الوضع الأصلي من خصائص وخصال في الانسان .. انظر مؤتمر الإنجاب في ضوء الإسلام ، د. عبد الستار أبو غدة ص١٥٧ ، نقلاً عن هندسة البقصمي ٣٤ .

(٣) المرجع السبق ص٢٠٥ .

الأبحاث التي توضح الحدود التي يمكن فيها تطبيق مكتسبات الطب وعلم الأحياء على الذرية الآدمية ، على نحو لا يخل بالقواعد الأساسية للشريعة، ولا يهدر المصالح التي تدور حولها الأحكام الشرعية" (١).

كما يتصل هذا الجانب بالمجال النباتي والحيواني والصناعي والبيئي... وقد عُلم من قبل الهيئات الشرعية المعاصرة أنه لا يوجد مانع شرعي من حيث المبدأ أو الإطلاق من استخدام تقنيات الهندسة الوراثية وتجارب التحكم الجيني لأغراض زراعية ونباتية وصناعية وبيئية (٢)، بشرط مراعاة الضوابط والقواعد الشرعية .

فيمكن للباحثين أن يستخدموا الجينات أو التحوير الجيني بغرض الحصول على بعض المنتجات النباتية أو الصناعية أو البيئية ، كإنتاج المواد البروتينية والهرمونية ، وإنتاج النباتات في المناطق المالحة أو الجافة أو المركوزة داخل الثلوج ، وإنتاج المطاط والبلاستيك والألياف والأسمدة والمبيدات الحشرية ، وإنتاج البكتيريا لتنقية البيئة وتطهيرها من الملوثات والمخلفات .

ومن أكبر الهيئات الشرعية التي لم تمانع من ذلك : مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة ، فقد أصدر القرار الفقهي التالي : "يجوز شرعاً الأخذ بتقنيات الاستنساخ والهندسة الوراثية في مجالات الجراثيم وسائر الأحياء الدقيقة والنبات والحيوان في حدود الضوابط الشرعية بما يحقق المصالح ويدرأ المفاسد" (٣).

كما أصدرت لجنة مؤتمر (الإنجاب في ضوء الإسلام) التوصية التالية: "الاتفاق على جواز تطبيق تكنولوجيا التكاثر على مستوى الكائنات الدقيقة، باستخدام خصائص الحامض النووي معاود الالتحام في مجال إنتاج مواد

---

(١) مؤتمر الإنجاب ص ١٣٦ ، نقلاً عن هندسة البقصمي ص٢٠٣ .

(٢) هندسة البقصمي ص٢٠٤-٢٠٥ .

(٣) قرار رقم ١٠٠/٢/د ١٠ بشأن الاستنساخ البشري .

علاجية وفيرة ، مع الحرص على استعمال خصائص الحامض المذكور في كل ما ينفع الأمة ويدفع عنها الضرر" (١).

فالخلاصة الإجمالية لهذا الحكم العام أنه يجوز الإقدام على إجراء بعض الاستخدامات الجينية في مجالات الصحة والعلاج والصناعة والبيئة، بشرط مراعاة الضوابط والقواعد الشرعية ، وبشرط عدم معارضة الأصول والقواطع والثوابت الإسلامية المقررة .

ويزداد هذا الحكم تبلوراً وتكاملاً بحسب تطور هذا العلم وفي ضوء تبلور وتوضح تجاريه ونتائجه . والله تعالى أعلم بالصواب .

الحكم الشرعي الثاني :

منع بعض استخدامات التحكم أو التغيير الجيني :

ومفاد هذا الحكم أنه لا يجوز استخدام بعض جوانب وتجارب التحكم أو التغيير الجيني في بعض المجالات الحساسة والخطيرة . ومن هذه المجالات -ذكراً وليس حصراً- :

- مجال تغيير الخصائص الوراثية للانسان ، وتعديل الخيط الوراثي للكائن البشري الذي كرمه الله وأحسن خلقه وأتمه .

- مجال الخلط بين الأجناس المختلفة ، كالخلط بين الانسان والحيوان، أو بين الانسان والنبات ، أو بين الحيوان والنبات ، فلكل أولئك الخصائص الفطرية والمكونات الوراثية التي خلقهم المولى تبارك وتعالى عليها .

- مجال التلاعب بالجينات واللقائح الانسانية حذفاً أو إضافة ، بغرض إيجاد صفات جسمية أو سلوكية ، أو نفسية أو عقلية مرموقة وعالية، أو غير ذلك مما سيفتح باباً خطيراً لانتهاك الحرمة والكرامة الانسانية،

---

(١) توصيات لجنة مؤتمر (الإنجاب في ضوء الإسلام) ص ٣٥٠ ، نقلاً عن الهندسة الوراثية للبقصمي ص٢٠٦ .

ولتخريب البناء الوراثي للانسان والحيوان والنبات ، والذي أقره الله تعالى سنة ثابتة ودائمة .

﴿**فلن تجد لسنت الله تبديلاً ولن تجد لسنت الله تحويلاً**﴾ (١). وهذا المجال لو قدر له الوجود ، فإنه سيوجد ذرائع القتل المختلفة ، كالإجهاض لتوفير الخلايا والأنسجة والجينات ، وكالإبادة الجماعية لأغراض عنصرية وقبلية ، وتحت تعلات التطهير العرقي وتنقية الجنس البشري من المعوقين والمخلفين والعجزة والفاشلين ، وتحت عناوين براقة وشعارات جوفاء، على نحو إيجاد جيل بشري فريد في عصره ، ذكاء ونبوغاً وعبقرية وإبداعاً . ﴿**كبرت كلمة تخرج من أفواههم إن يقولون إلا كنباً**﴾ (٢).

- مجال التوسع في صناعة الكائنات الدقيقة لأغراض تطهير البيئة من الملوثات ، إذ لا يمكن ضمان السلامة الكاملة لهذه الصناعات الموسعة، وذلك لاحتمال خروج وانفلات بعض هذه الكائنات من داخل المختبر، وانتشارها وتكاثرها في الأرض والبيئة ، مما يكون له الأثر الخطير على الصحة والسلامة الانسانية والبيئية والحضارية بوجه عام .

الحكم الشرعي الثالث :

التوقف وعدم التسرع في استصدار حكم شرعي لبعض مجالات التحكم أو التغيير الجيني :

ومفاد هذا الحكم لزوم التوقف وعدم التسرع في إصدار الحكم الشرعي لبعض مجالات التغيير الجيني ، وكذلك عدم المسارعة والتسابق للقيام ببعض التجارب والأنشطة على صعيد بعض الاستخدامات الوراثية والجينية والبيولوجية .

إذ يلزم الانتظار والتمهل حتى تتبين الأمور وتتجلى حقائق هذه

---

(١) سورة فاطر من الآية ٤٣ .

(٢) سورة الكهف الآية ٥ .

التجارب ونتائجها ومآلاتها . ومن هذه المجالات التي يجب التوقف فيها وعدم التسرع والتسابق للقيام بها عملياً ، أو الحكم عليها قولياً :

- مجال المعالجة الجينية للبالغين (١).

- استعمال الخنازير في صنع البروتين والهرمونات والدماء والأعضاء البشرية ، وذلك لحساسية هذا الحيوان في عالم المسلمين ، ولكونه محرماً في نصوص الشرع الإسلامي ولكونه مرتبطاً بحضارة الغرب وثقافته، مما قد يكون له أثر ما على صعيد الشخصية المسلمة فكراً أو سلوكاً ، اعتقاداً أو تشريعاً (٢).

- الخلط بين الأجناس المتعددة ، كالخلط بين الحيوانات ، وصناعة الطعام للماشية .

فالمعالجة الجينية للبالغين ، ولئن اعتبرها بعض العلماء من قبيل زراعة الأعضاء (٣)، غير أنها غير معلومة المضاعفات والمآلات على وجه الدقة والإحاطة، كما هو الحال بالنسبة لزراعة عضو عادي ومألوف ، كزراعة الكلية أو الرئة أو القلب ... .

واستعمال الخنزير مثير لمجادلات كثيرة ومعقدة ومعروفة حول شرعيته وأضراره التي تترتب على هذا الاستعمال .

وصناعة الطعام للماشية تذكر بجنون البقر وبما أحدثه من مخاطر عديدة شملت الانسان والحيوان والنبات والبيئة .

---

(١) التنبؤ الوراثي ص٢٩١-٢٩٢ .

(٢) انظر بحثنا المعنون بـ(الحكم الشرعي لاستعمال الخنزير في الهندسة الوراثية) وقد نشر بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، بالرياض عدد ٤٦ ، ٢٠٠٠م - ١٤٢١هـ .

(٣) التنبؤ الوراثي ص٢٩١ .

رصد التجارب والتطورات على صعيد الاستنساخ والتغيير الجيني والهندسة الوراثية بصفة عامة

في ختـام هذا المبحث العلمي الشـرعي الدقيق والخطيـر يجدر التنبـيه والتأكـيد على رصـد وتتبع تجارب وتـطورات الهندسة الوراثيـة بمختلف فروعـها وتطبيـقاتها بغـية التوقف علـى حقائق هذه التـجارب والتطورات وطبـائعهـا ومن ثم الحكم عليـهـا شرعـياً في ضـوء الأصـول والقواعـد والمقاصد الشرعية الإسلامية .

وينبغي أن تتضـافر الجهود الجمـاعية من قبل علماء الإسـلام وهيئاته ومؤسسـاته ، ومن قبل علماء البـيولوجيا والهندسـة الوراثية ومختـبراتها ونتائجهـا ومستخلصـاتها . وأظن ظناً غالباً وراجـحاً أن المجامع الفقـهية والكليات الشرعية والدوائر الإفتائية هي الكفيلة باستصدار الأحكام الفقهية النهـائية والتـفصـيلية لمثل هذه النوازل والحـوادث المعاصـرة التي تشكل تحدياً كبـيراً من جملة التحديات الطبـية والبيولوجيـة التي يتزايد ظهورها وتشعبها في العصر الحال .

وأسأل الله في ختام هذا البحث المتواضع أن يبارك فيه وينفع به ، وأن يتجاوز عمـا وقعت فيه من الأخطاء والزلات وأن يسدد جـهود الجميع من المخلصين لما يحبـه ويرضاه إنه ولي ذلك والقادر عليه . وآخـر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

قائمة المصادر والمراجع

١- البقصمي ناهد : الهندسة الوراثية والأخلاق (منشور ضمن سلسلة عالم المعرفة بالكويت) عدد ١٧٤، ذو الحجة ١٤١٣هـ / يونيو (حزيران) ١٩٩٣م .

٢- بدران الحكيم : الجدل حول التلاعب بالجينات : مقال بمجلة القافلة بتاريخ شوال ١٤١٣هـ - مارس / أفريل ١٩٩٣م .

٣- البيان : مجلة بتاريخ ١٩٨٩/٩/٣٠م .

٤- التارزي مصطفى كمال : الاستنساخ البشري وموقف العلم والشرع منه ، مقال بمجلة الهداية التونسية ، عدد ١ /السنة ٢٢-١٤١٨هـ -١٩٩٧م) .

٥- حسن مصدق : الهندسة الوراثية ومقاصد الشريعة : رسالة علمية بالمعهد الأعلى لأصول الدين (جامعة الزيتونة بتونس) .

٦- الثقافية : مجلة العدد ١٩ السنة الرابعة بتاريخ ذو الحجة ١٤١٧هـ ١٩٩٧م .

٧- الخادمي نور الدين : الاجتهاد المقاصدي ، طبعة وزارة الشئون الإسلامية بقطر سنة ١٤١٩هـ .

٨- جريدة المسلمون الدولية الأسبوعية ، عدد ٦٣٣ ، ٦٣٤ ، ٦٣٨، ٦٤٧ .

٩- الدعوة ، مجلة إسلامية سعودية تصدر بالرياض العدد ١٥٨٧، ١٦١١، ١٦٣٨ ، ١٧١٨ .

١٠- الربيعي محمد ، الوراثة والانسان : أساسيات الوراثة البشرية والطبية (سلسلة عالم المعرفة بالكويت ، عدد ١٠٠ ، سنة ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م) .

١١- ابن سالم عبد الناصر ، الاستنساخ من الناحيتين الأخلاقية والقانونية (مقال بمجلة الهداية التونسية ، السنة ٢٢ عدد ٢ - ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م) .

١٢- سلامة الطيب ، الاستنساخ بين العلم والشرع وبين المصلحة والمفسدة (مقال بمجلة الهداية التونسية ، السنة ٢٢ عدد ٢ - ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م) .

١٣- السلامي محمد المختار ، الاستنساخ (محاضرة ألقاها مفتي الجمهورية التونسية بالمغرب الأقصى وهي منشورة بمجلة الهداية، السنة ٢٢ ، العدد ١ ، ١٤١٨هـ ، ١٩٩٧م ، وبجريدة المصباح التونسية العدد ١٥٦٣٨ - السنة ٤٧ بتاريخ ١٨ جوان ١٩٩٧م .

١٤- الشارقة : القناة الفضائية : حلقة بتاريخ ١٦ أكتوبر ٢٠٠٠م .

١٥- الشعبونى حبيبة ، الاستنساخ - تفسيره العلمي (مقال بمجلة الهداية السنة ٢٢ العدد ١ ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م) .

١٦- صالح عبد المحسن ، التنبؤ العلمي ومستقبل الانسان (سلسلة عالم المعرفة بالكويت ١٩٨١م - نقلاً عن الهندسة الوراثية والأخلاق للبقصمي) .

١٧- الظواهري مختار ، تقديم كتاب الهندسة الوراثية والأخلاق للبقصمي ناهد (سلسلة عالم المعرفة بالكويت ١٧٤ ، السنة ١٤١٣هـ ، ١٩٩٣م) .

١٨- العربي : مجلة ، عدد ٤١٩ و ٤٥٤ بتاريخ سبتمبر ١٩٩٦م : مقال استنساخ الأجنة ثورة علمية أم كارثة انسانية : د. محمد علي بديوي.

١٩- القدومي معين : الاستنساخ والإسلام ، سنة ١٩٨٨م .

٢٠- قطب سيد ، في ظلال القرآن ، دار الشروق ، بيروت والقاهرة ط٩ سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

٢١- المجتمع : مجلة ، عدد ١٢٤٤ بتاريخ ٢٣ ذو القعدة ١٤١٧هـ ١/٤/١٩٩٧م . (مقالات متنوعة) .

٢٢- مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، قرار رقم ١٠٠/٢/ دورة المؤتمر العاشر المنعقدة في جدة خلال الفترة من (٢٣-٢٨ ، صفر ، ١٤١٨هـ ٢٨يونيو - ٣يوليو ١٩٩٧م) بشأن الاستنساخ البشري .

٢٣- المسلم المعاصر : مجلة ، العدد ٨٣ السنة ٢١ .

٢٤- مصطفى المراغي ، تفسير المراغي ، دار الفكر ط٣ سنة ١٣٩٤هـ ١٩٧٤م .

٢٥- المصباح عبد الهادي : الاستنساخ بين العلم والدين (الناشر الدار المصرية اللبنانية وطبع عربية للطباعة والنشر ، ط١ القاهرة ، سنة ١٤١٨هـ ، ١٩٩٧م .

٢٦- هارسناي زولت وهتون ريتشارد : التنبؤ الوراثي (سلسلة عالم المعرفة بالكويت ، عدد ١٣٠ ، السنة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م) .

٢٧- المنهل ، مجلة ، العدد ٥١١ .

٢٨- اليمامة : مجلة العدد ١٤٥١ بتاريخ السبت ٥ ذو الحجة ١٤١٧هـ.

دراسة تأصيلية لمسائل

مهمة ومعاصرة في عقد المضاربة

الدكتور/ محمود بن حسين الحريري (*)

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين ، نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين ... وبعد :

فإن عقد المضاربة (١) من أهم عقود المعاملات المالية سابقاً ولاحقاً ، لأنه العقد الذي تلتحم به عناصر الإنتاج - رأس المال والعمل- لتقوم بدور فعّال في النشاط الاقتصادي والاستثمار ، بحيث لولاه لكانت عناصر الإنتاج عاجزة عقيمة ، لا تولّد طاقة .

وقد أدرك هذا فقهاؤنا الأقدمون ، قال صاحب الهداية عند حديثه عن مشروعية المضاربة : فإن الناس بين غني بالمال عييّ عن التصرف فيه، وبين مهتد في التصرف ، صفر اليدين عنه ، فمست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف ، لتنتظم مصلحة الفقير والغني (٢).

ويقول الكاساني بعد سرده لأدلة مشروعية المضاربة: أضف إلى هذا أن الحاجة دعت إلى مشروعيته ، فالإنسان قد يكون لديه المال ، لكنه لا يهتدي إلى استثماره ، وقد تكون لديه الخبرة الكافية بأمور التجارة، ولكنه لا يجد مالاً يستثمره ، فكان تشريع هذا العقد دفع حاجة الغني والفقير، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم (٣).

(*) أستاذ مشارك بكلية الشريعة وأصول الدين بأبها - جامعة الملك خالد - (فرع جامعة الإمام سابقاً) .

(١) المضاربة عقد بين طرفين يدفع أحدهما مالاً ليتجر به الطرف الثاني على أن يكون الربح بينهما حسب الاتفاق ، والخسارة على رب المال ، مأخوذ من الضرب في الأرض ، ويسمى بالقراض .

(٢) الهداية للمرغيناني ج٣ ص٢٠٢ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج٦ ص٧٩ .

كما أن عقد المضاربة من العقود الأساسية الجوهرية التي تقوم عليها نشاطات البنوك الإسلامية ، والمؤسسات الاستثمارية غير الربوية ، إذ هو العقد الامثل لتنمية رأس المال ، البديل عن الربا الماحق لرأس المال وأربابه، وقد بحث فقهاؤنا هذا العقد ، ونقلوا الإجماع على مشروعيته ، وناقشوا مسائله ، واختلفوا في كثير من فروعه .

ونظراً لمستجدات هذا العقد ، وما أحدثه العصر تلبية لاحتياجات الناس في تعاملهم بهذا العقد ، فقد ألقيت الضوء على بعض مسائله المهمة والمعاصرة ، وذلك باستخراج أقوال الفقهاء في المسألة قديماً وحديثاً والمقارنة بينها ، وبيان الراجح منها ، وأسباب الترجيح .

أما المسائل التي بحثتها فهي ثمان :

المسألة الأولى : عمل المضارب .

المسألة الثانية : تحديد المضاربة بزمن .

المسألة الثالثة : اشتراط رب المال الضمان على العامل .

المسألة الرابعة : استدانة المضارب على المضاربة .

المسالة الخامسة : مضاربة العامل بمال المضاربة .

المسألة السادسة : مضاربة العامل مع أكثر من شخص .

المسألة السابعة : خلط العامل مال المضاربة بغيره .

المسألة الثامنة : أرباح المضاربة .

وعلى الله قصد السبيل وهو الهادي إلى الصراط المستقيم ،،،

المسألة الأولى
عمل المضارب

تشير تعاريف عامة الفقهاء ودراساتهم إلى أن عمل المضارب يكون في التجارة ، فالمالكية عرفوا المضاربة بأنها "توكيل على تَجْرٍ في نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه" (١)، وحين عدد النووي أركان المضاربة قال: "الركن الثاني: العمل وله شروط ، الأول أن يكون تجارة" (٢)، ويقول السرخسي: "إذا دفع إلى رجل مالاً مضاربة ، ولم يقل ، اعمل فيه برأيك، فله أن يشتري به ما بدا له من أصناف التجارة ، ويبيع" (٣)، وقال ابن قدامة: "المضاربة أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر فيه ، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشرطانه" (٤).

ولكن هل هذه النصوص للبيان فحسب ، أم للحصر والقصر ، بحيث لا تصح المضاربة في غير التجارة ، كالصناعة والزراعة وغيرهما ؟ ذهب الحنفية والشافعية والمالكية إلى قصر المضاربة على التجارة ، فلا تصح في غيرها كالصناعة مثلاً ، وحجتهم ما كانت عليه المضاربة في الجاهلية، وأقرها الإسلام وتعامل بها المسلمون في عصر رسول الله ﷺ وفي قرن الصحابة فقد كانت في التجارة دون غيرها .

قال الكاساني: "لو قال خُذ هذا المال مضاربة على كذا فله أن يشتري به ويبيع ، لأنه أمره بعمل هو سبب حصول الربح ، وهو الشراء والبيع، وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح ، والربح لا يحصل إلا بالشراء والبيع" (٥).

---

(١) منح الجليل على مختصر العلامة خليل للشيخ محمد عليش ج٣ ص٦٦٣-٦٦٤ .
(٢) روضة الطالبين للنووي ج٥ ص١٢٠ .
(٣) المبسوط للسرخسي ج٢٢ ص٣٨ .
(٤) المغني لابن قدامة ج٥ ص٢٦ .
(٥) بدائع الصنائع للكاساني ج٦ ص٨٧ .

قال الماوردي: "عقد القراض يقتضي تصرف العامل في المال بالبيع والشراء ، فإن قارضه بمال على أن يشتري به نخلاً يمسك رقابها ، ويطلب ثمارها لم يجز ، لأنه قد منع تصرف العامل بالبيع والشراء ولأن القراض مختص بما يكون النماء فيه حادثاً عن البيع والشراء ، وهو في النخل حادث من غير البيع والشراء ، فبطل أن يكون قراضاً ، ولا يكون مساقاة لأنه عاقده على جهالة بها قبل وجود ملكها ، وهكذا لو قارضه على شراء دواب أو مواشٍ يحبس رقابها ويطلب نتاجها ، لم يجز لما ذكرنا" (١).

وفي المدونة قال سحنون: أرأيت إن دفعت إلى رجل مالاً قراضاً على أن يشتري به جلوداً فيعملها بيده خفافاً أو نعالاً أو سُفراً ، ثم يبيعها ، فما رزق الله فيها فهو بينهما نصفين ؟ قال عبد الرحمن بن القاسم: "لا خير في هذا عند مالك ، وكذلك في رجل دفع إلى رجل مالاً ، والمدفوع إليه صائغ ، على أن يصوغ ويعمل ، فما ربح في المال فبينهما ، واشترط صياغة يده في المال" ، قال مالك: "لا خير فيه" ، قال عبد الرحمن: "فإن عمل رأيته أجيراً ، وما كان في المال من ربح أو وضيعة فلصاحب المال" (٢).

وفي الموطأ: لو أن رجلاً دفع إلى رجل مالاً قراضاً ، واشترط عليه أن لا يبتاع به إلا نخلاً أو دواب ، لأجل أن يطلب ثمر النخل أو نسل الدواب، ويحبس رقابها ، قال مالك: "لا يجوز هذا ، وليس هذا من سنة المسلمين في القراض ، إلا أن يشتري ذلك ثم يبيعه ، كما يباع غيره من السلع"، قال الباجي: "وهذا كما قال ، إنه لا يجوز أن يشترط رب المال على العامل أن يشتري به نخلاً يوقف رقابها ، ويكون ربحها ثمارها ، لأن العمل الذي

---

(١) المضاربة للماوردي ، تحقيق د. عبد الوهاب حواس ص١٥٧ .
(٢) المدونة ج٥ ص٨٩ .

يعـامل عليه المقـارض هو التجـارة دون السـقي والقيـام على النخل ، ولا يجوز أن يكون عـوضاً عن سقي النخل والقيـام عليها غيـر مقدرة ، وإنما يجـوز له أن يكون حصـة من ثمـرة ذلك النخل ، كـما لا يجـوز أن يكون العوض والثـمرة عوضـاً عن عمل التجـارة وكذلك القـيام على الدواب ، لا يجوز أن يكون العـوض عليه جزءاً من نسلهـا ، لأنها مما يزكو بغيـر عمل كالماشية ، ووجه آخر وهو أنه قد يجد العامل بالرقاب الربح فيكون ممنوعاً منه ، وهو المقصود بالقراض (١).

وذهب الحنابلة إلى صحة المعاملة قيـاساً على المزارعة ، وجاؤوا بأمثلة توضـح ذلك ، قال ابن قدامـة: "وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعـمل عليها، وما يرزق الله بينهـما نصفين أو ثلاثاً أو كيـفما شرطا صـح ، فـإن اشترك ثلاثة من أحـدهم دابة ، ومن آخـر راوية ، ومن الآخر الـعمل ، على أن مـا رزق الله تعالى فهو بينهم ، صـح في قياس قول أحمد ، لأنهما وكلا العامل في كسب مبـاح بآلة دفعاها إليه ، فأشـبه ما لو دفع إليه أرضه ليـزرعها، ولأنها عين تنمى بالعمل عليها ، فصـح العقد عليها ببعض نمائها ، كالدراهم والدنانير ، وكالشجر في المساقاة ، والأرض في المزارعة ، ومن أمثلتهم ما لو دفع قماشاً إلى خياط فيفصله قمصاناً يبيعها وله نصف ربحها جاز كما في رواية حرب عن أحمد ، وكذلك لو دفع غزلاً إلى رجل لينسجه ثم يبيعه على ثلث أو ربع ثمنه صـح (٢).

لكن البهـوتي يقول: "إن تخريج هذه المسائل على المضـاربة بالعروض فاسد ، فـإن المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصـرف في رقبة المال ، وهذا بخلافه" (٣).

والذي أراه -والله أعلم- أن فقهاءنا بحثوا أمـثلة ، فاتفقوا على بعضها

---

(١) المنتقي للباجي ج٥ ص١٦٥ .

(٢) المغني لابن قدامة ج٥ ص٩-١٢ .

(٣) كشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٥٢٥ .

واختلفوا في بعضـها ، ولم يقعدوا للمسألة بما يمكن السـير على ضوئها، فـقد ذكـر الحنفيـة أن لا ربح إلا في البيـع والشراء ، ولكنهم عند ضـرب الأمثـلة تجدهم لا يلتـزمون بذلك ولا يقـفون عند حـدود البيع والـشراء ، فمثلاً قال السرخـسي: "ولو دفع إليه ألف درهم مضاربة على أن يشتري بها الثيـاب ، ويقطعها بيده ويخيطهـا ، على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فـهو بينهمـا نصفـان ، فهـو جائز على مـا اشترطا ، لأن الـعمل المشروط عليه مما يـصنعه التجار على قصـد تحصيل الربح ، فهـو كالبيع والشراء ، وكـذلك لو قال له على أن يشـتري بها الجـلود والأدم ويخرزها خـفـافاً ودلاء وروايا وأجـربة ، فكل هذا مـن صنع التـجار، على قـصـد تحـصيل الربح ، فـيجـوز شرطه على المضـاربة" (١)، ويقول الكـاساني: "وتصرف المضارب مبني على عادة التجار ، قـال محمد: وله أن يستأجر أرضاً بيضـاء ويشتري ببعض المال طعامـاً ، فيزرعه فيـها ، وكذلك له أن يقلبها ليغرس فيهـا نخلاً أو شجراً أو رطباً ، فذلك كله جائز ، والربح على ما شرطا ، لأن الاستئجار من التجارة ، لأنه طريق حصول الربح" (٢).

ومن هذه النصـوص يتضح أن مفـهوم التـجر عند الحنفـية أوسع من قـضيـة البـيع والشراء ، فـالعـمل المقصـود منه الربح تجـارة كـما قـاله السرخسي ، والاستئجار من التجـارة كما قاله الكاساني ، وهذا مصرح به في معظم كـتب الحنفيـة ، قال الصدر الشـهيد: "ويملـك المضارب بمطلق الإيجاب والقبول الإيداع والإبضاع والإجارة والاستئجار والرهن والارتهان وما أشبه ذلك" (٣).

ويعكر هذا التوجـه بعض الأمثلة مما أفـتى به علماء الهند من الحنفـية حـيث قالوا: لو أخـذ نخلاً أو شـجراً مـعاملـة على أن ينفق عليه من مـال

---

(١) المبسوط للسرخسي ج٢٢ ص٥٤ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج٦ ص٨٨ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج٨ ص٢٩٠ .

المضاربة لا يجوز [١] ثم قالوا : لو أخذ الأرض مـزارعة واستنبتـها بطعام اشـتراه ببـعض مال المضـاربة يجـوز ، والصحـيح ألا فرق بين المسـألتين ليـختلف حكمـهـما ، ومـا ذكره البـعض أن العـمل في الثانيـة أوضح من الأولى[٢] غير صحـيح ، ففي الحالتين للمضارب عـمل ، والعمل لا يحسب بالجهد فقط، بل بالعلم والخبرة والإدارة ، ثم غاية المتعاقدين الربح ، وليس إجهاد المضـارب ، ليصبح العمل والجـهد أساساً في التفـريق بين ما يصح من المضاربة وما لا يصح .

أما المالكية فـالظاهر أن سبب عدم جواز بعض الأمـثلة والصور عندهم هو اشـتراط رب المال عـلى المضارب ذلك ، ولو فـعل المضـارب ذلك دون شرط لصح العقد والعمل ، قال محمد عليش: كذلك قراض اشترط فيه رب المال على العامل أن يزرع العـامل بمال القراض فلا يجوز ، وإن نـزل فيه أجـرة المثل ، وإن لم يشتـرط عليـه فيـجوز لـه أن ينفق مال القـراض في الزراعة ، إن كـان بموضع أمن وعدل ، ثم نقل عن الإمام مـالك قوله: ولو زرع العامل من غيـر شرط في أرض اشتراها من مال القـراض أو اكتراها جـاز ، إن كان بموضع أمـن وعدل فـلا يضـمن ، ولو أخذ الـعامل نخـلاً مساقاة فأنفق عليها من مال القراض ، كان كالزرع ، ولم يكن متعدياً [٣].

ويعقب ابن القاسم على المثال الأول المـنقول من المدونة بقوله: لا يجوز اشتراط عمل يد العامل لخفاف أو صياغة [٤].

وبهذا يظهر أن المضر والمفسد لهذه الصور هو الاشتراط ، وليس كونها في صناعـة أو زراعة أو إجـارة ، وإنما هو منهج المالكية في الشـروط بين العاقدين وأثرها عـلى العقد ، فالخلاف عندهم في المسـتحق لتلك الزوائد ،

---

(١) الفتاوى الهندية ج٤ ص٢٩٣ .

(٢) تعليق د. عبد الوهاب حواس على كتاب المضاربة للماوردي ص١٥٨ .

(٣) منح الجليل ج٣ ص٦٧٣ .

(٤) منح الجليل ج٣ ص٦٧٢ .

أما القـراض فصحـيح في الشجـر المثمر والدواب الـتي تؤجر ..... ، وهذه الأصول لابد من بيعهـا في نهاية المطاف ليُنَضَّ رأس المال ، ويعرف الربح من الخسـارة ويأخذ كل من العامل و رب المال ما يسـتحقه ، أمـا لو شرط رب المال حبس الأصول، واقتسـام الناتج من الثمار والمنافع فقط ، فلا شك في عدم صحة المضاربة، وذلك لعدة أسباب ، ذكرها الماوردي وغيره (١).

وللشافـعية نصـوص فقهـية قريبـة من هذا المسلك ، فقـد قال الرملي: ووظيفـة العامل التجـارة ، وهي الاسترباح بالبـيع والشراء ، دون الطحن والخبـز ، إذ لا يسمى فاعلهـا تاجراً ، بل محـترفاً ، فلو قـارضه ليشـتري حنطة فيطحن ويخبز ، أو غزلاً ينسجه ويبـيعه ، فسد القراض ، لأنه شرع رخصـة للحاجة ، وهذه مـضبوطة بتـيسر الاسـتئجـار عليها فلم تشـملها الرخصة ، ولو اشتراها وطحنها من غير شرط لم ينفسخ القراض فيها (٢).

وتعليل الشافعيـة هنا لفساد العقد -أن القراض رخصـة ، فيجب العمل بحدودها وعدم تجاوزها أو القياس عليها- غير مسلم به ، وهناك نصوص فقهية عند الشافعية تشعر بصحة القراض في غير التجارة ، كقول الرملي: وثمار الشجر والنتـاج من أمة أو بهيمة وكسب رقـيق من صيد واحتطاب، وسـائر الزوائد العـينيـة الحاصلـة من مال القـراض يفـوز بهـا المالك في الأصح، لأنها ليست من فوائد التـجارة ، وخرج بالحاصلة من ذلك الظاهر في حدوثهـا منه ، كما لو اشـترى حيـواناً حاملاً أو شجـراً عليه ثمر غـير مؤبر، فالأوجه أن الولد والثمرة مـال قراض ، وقيل كل ما يحصل من هذه الفوائد مال قراض ، لحصولها بسبب شراء العامل الأصل (٣).

---

(١) يسمي أهل الحجاز الدراهم والدنانير بالنض أو الناض ، إذا تحول عيناً بعد أن كان متاعاً ، انظر مختار الصحاح للرازي ص٦٦٥ .

(٢) نهاية المحتاج للرملي ج٥ ص٢٢٣-٢٢٤ .

(٣) نهاية المحتاج للرملي ج٥ ص٢٣٦-٢٣٧ .

الترجيح :

لا شك أن وسائل الاستثمار وتنمية الأموال كثيرة ، وعلى الأخص في الوقت الحاضر ، ومن الواجب على العلماء والفقهاء الآن أن يدلوا بدلوهم في بيان الأحكام لكل ما يستجد من هذه الوسائل ، ويكيفوا بالضبط هذه العقود ، بما يتفق مع القواعد الشرعية العامة ، ولا يتعارض مع النصوص، وبما لا يوقع الناس في الحرج أو الحرام .

فهناك عقود مشروعة كالمساقاة والمزارعة والمضاربة وهناك عقود مستحدثة ، كالمصانعة وبعض عقود العمل ، ولعل المصانعة أقرب إلى المضاربة لأن مصير ما يتم صنعه إلى البيع ، فلو أن رب المال أعطى العامل مالاً ليشتري به مواد أولية وآلات صناعية ، ويعمل بها على تحويل تلك المواد إلى عروض تجارية مصنعة ، ثم تباع ، وما يقدر الله من ربح فهو بينهما حسب ما اشترطا ، فهذا عقد مضاربة ، وكذلك لو اشترى المضارب بالمال سيارة وعمل عليها ، فهو عقد مضاربة وما تحصل من أجر فهو ناتج عن المال والعمل ، فهو لهما ، وفي نهاية العقد تباع السيارة، فيعطى لرب المال رأسماله ، وما زاد كان بينهما على ما اشترطاه ، وكذلك لو اشترى العامل آلات زراعية واستأجر أرضاً أو اشتراها ، فزرعها أو غرسها ، فجميع هذه عقود صحيحة لأنها جامعة لمواصفات عقود مشروعة، حيث لها شبه بالإجارة وبالمزارعة وبالوكالة وبالمضاربة وما تولد من أجزاء مشروعة فهو مشروع ، ويعطى لهذا العقد الجديد أحكامه الخاصة به المناسبة له ، كما أعطي عقد السلم أحكامه الخاصة على الرغم من شبهه بالبيع ، وأعطي الاستصناع أحكامه التي تميز بها ، رغم شبهه بالبيع والسلم والإجارة ، ولم تطبق عليه أحكام أي من هذه العقود ، بل لو طبقت عليه شروط أي من هذه العقود لما صح عقد الاستصناع .

وعلى هذا نرى صحة هذه العقود ، ما دامت لا تتعارض مع نص

شرعي ، أو قاعدة عامة شرعية ، كعدم الغرر ، أو الأكل لأموال الناس بالباطل ، وسواء ألحقت هذه العقود بعقود شرعية مسماة ومعلومة ، أو أعطيت أسماءً وأوصافاً وشروطاً جديدة ، وقيست على غيرها من العقود الثابتة بالنصوص وإجماع الأمة .

وإذا أمكن إبقاء المصطلح الشرعي "المضاربة" كان أولى من استحداث مصطلح جديد ، خاصة وأن الخلاف بين مضيق وموسع في المقصود والمراد من كلمة تجارة .

قال ابن رشد معقباً على العتبي في نقله عن مالك ، في رجل أخذ مالاً قراضاً فاشترى به ظهراً ، فأكراه فنما المال أو نقص ، قال أراه متعدياً وأراه ضامناً ، قال ابن رشد : قوله لا يجوز لمن أخذ مالاً قراضاً أن يشتري به ظهراً فيكريه ، خلاف مذهبه في المدونة ، لأنه أجاز فيها ، من أخذ مالاً قراضاً أن يشتري به أرضاً ، أو يكتريها ويشتري به زريعة فيزرع ، لأنها تجارة من التجارات ، بل شراء الظهر للكراء أدخل في باب التجارة من أن يزرع به ، وإذا أجاز أن يشتري أرضاً ويزرعها بمال القراض ، فأحرى أن يجيز له أن يشتري به ظهراً للكراء ، لكن حمل القراض في هذه الرواية على التجارة المعروفة العاملة ، وحملها في المدونة على كل ما هو تجارة ، وإن لم يكن ذلك من عام التجارة [1].

---

(١) البيان والتحصيل ج١٢ ص٣٦٠ .

المسألة الثانية
تحديد المضاربة بالزمن

من المتفق عليه عند الفقهاء أن عقد المضاربة عقد جائز غير لازم ، يجوز لكل واحد من طرفي العقد فسخـه متى شاء ، رضي الآخر أم سخط ، وقد نص عامة الفـقهاء على ذلك ، قال النووي: والقـراض جائز ، فإنه في أوله وكالة ، وبعد ذلك شركة إذا حصل ربح ، فلكل منهما فسخه متى شاء، ولا يحتـاج إلى حضور صاحـبه و رضاه (١)، وقال ابن قدامـة : والمضاربة من العقود الجائزة ، تنفسخ بفسخ أحدهما ، أيهما كان ، لأنه متصرف في مال غيره بإذنه ، فـهو كالوكيل ، ولا فـرق بين ما قبل التصـرف وما بعده (٢)، وقال ابن حزم : وأيهـما أراد ترك العمل فله ذلك ، ويجبـر العامل على بيع السلع معجلاً ، خسر أو ربح ، لأنه لا مدة في القراض ، فإذ ليس فيه مدة فلا يجوز أن يجبر الآبي منهمـا على التمادي في عمل لا يريده أحدهما في ماله، ولا يريده الآخر في عمله (٣).

وكذلك اتفق الفـقهاء علـى صحة المضـاربة المقيدة ، وإن اخـتلفوا فيـما يصح من القيود ، ولهذين الأمرين اختلف الفقهاء في جواز تقييد المضاربة بزمن مقدر، كسنة وشهر مثلاً .

فذهب الشافـعية والمالكية إلى منعهـا وعدم صحتهـا ، فلو اشترط رب المال على العامل أن تكون المضاربة سنة واحدة فسد عقد المضاربة ، وعللوا ذلك بأنه شرط ينافي غاية العقد ومـقتضاه ، وهو طلب الربح ، كما أن هذا القيد يتـعارض مع أصل مشروعيـة المضاربة ، وهو أنها غيـر لازمة ، قال النووي وهو يذكر شـروط العمل في المضاربة ، قال: الشـرط الثالث أن لا

---

(١) روضة الطالبين ج٥ ص١٤١ .
(٢) المغني لابن قدامة ج٥ ص٦٤ .
(٣) المحلى لابن حزم ج٨ ص٢٤٩ .

يضيق العمل بالتوقيت ، ولا يعتبر في القراض بيان المدة ، فلو وقّت، فقال: قارضتك سنة ، فإنه منعه من التصرف بعدها مطلقاً أو من البيع فسد، لأنه يخل بالمقصود ، وكذلك لو قال: قارضتك سنة ، على أن لا أملك الفسخ قبل انقضائها فسد [1].

وقال مالك في الموطأ : لا يجوز للذي يأخذ المال قراضاً أن يشترط أن يعمل فيه سنتين ، لا ينزع منه ، ولا يصلح لصاحب المال أن يشترط أنك لا ترده إلى سنتين ، لأجل يسميانه ، لأن القراض لا يكون إلى أجل ، قال الباجي شارحاً ومؤيداً قول إمامه : لا يجوز أن يوقت القراض بمدة معلومة، لا يجوز فسخه قبلها ، والدليل على ما نقوله ، أنه عقد جائز ، فلم يتوقت بمدة من الزمان كالشركة ، ووجهه أن القراض عقد جائز ، ومعنى ذلك أن لكل واحد من المتعاقدين فسخه متى شاء ، ولو وقت بزمن لم يكن لكل واحد منهما ذلك ، لأن التوقيت يمنع ذلك [2]، ونقل هذا القول رواية ثانية عن الإمام أحمد ، واختاره أبو حفص العكبري من الحنابلة [3]، وبه قال الطحاوي من الحنفية .

وخلاصة حججهم أن المضاربة عقد يقع مطلقاً ، فإذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح ، وثانياً : أن التأقيت ليس من مقتضى العقد ، وليس فيه مصلحة ، فأشبه ما لو شرط عليه أن لا يبيع ، ومقتضى العقد أن يبيع ليصبح رأس المال ناضاً ، وثالثاً: أن التأقيت يؤدي إلى ضرر بالعامل ، إذ قد يكون الربح والحظ في تبقية المتاع والسلع وبيعها بعد الأجل المحدد ، وفي التوقيت حرمان له من ذلك .

وذهب الحنابلة والحنفية إلى صحة تقييد المضاربة بالوقت ، قال ابن قدامة: ويصح تأقيت المضاربة ، مثل أن يقول: ضاربتك على هذه الدراهم

---

(١) روضة الطالبين ج٥ ص١٢١ .

(٢) المنتقى شرح الموطأ للباجي ج٥ ص١٦٢ .

(٣) الإنصاف للمرداوي ج٥ ص٤٣٠ .

سنة ، فإذا انقـضت فلا تبع ولا تشـتر ، والدليل أنه تصـرف يتوقت بنوع من المتاع ، فجاز توقيـته في الزمان كالوكالة [١]، وقال الكاساني: ولو قال خـذ هذا المال مـضـاربة إلى سنة جـازت المضـاربة عندنا ، لأنهـا توكـيل، والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت [٢].

والراجح -والله أعلم- أن المضاربة تصح محددة بالزمن ، لما يلي :

أولاً : لأن العقـد شريعـة المتعاقـدين ، وما دام ذلك الاتفـاق لا يعارض نصاً ولا يـبيح محـرماً ، لزم القـول به عند عامـة الفقـهاء ، والتـأقيت لا يعارض نصاً ، ولا يحل محرماً .

ثانياً : بنى الفقهاء قولهم بعدم التـأقيت على أن المضاربة عقد جائز غير لازم ، والذي أراه أن العقود الجائزة غير اللازمة يجب أن تكون في حدود عقود التبرعـات كالعارية والوديعة والوكالة ، أما عقـود المعاوضات فيجب أن تكون لازمـة ، فلا يجـوز فـسخـهـا إلا إذا رضي الطرفان بفـسـخهـا، والمضاربة عقد معاوضة لا عقد تبرع .

ثالثاً : أن في إعطاء حق الفـسخ لأحد الطرفين متى شاء ضـرراً بالآخر، فلو أعطى رجل مالاً لعامل ليتـجر به على نصف الربح ، وفي الغالب يكون الربح يسيراً في بـداية العمل ، فلما بدأ العمل بالنشـاط ، والمحل بالشهرة والربح في الازدياد ، جـاء رب المال فـفسخ المضـاربة ، ولولا أمل العـامل بالربح المستقبلي لما قبل العـمل ، وصبر على ذلك الربح ، وكذلك لو أعطينا العامل حق الفـسخ ، ثم قام العامل بإنفـاق قسط كبـير من رأس المال في الإعداد للتـجارة ، كـاستئـجار المحل وزخرفـته وتجهـيز المعـدات اللازمة للتجارة ، ثم جاء العامل بعدها فـفسخ المضاربة ، فكم تكون الخسارة على رب المال ، إذ معظم هذه الـنفقات ضـائعة تالفة ، ولولا رغـبة العـامل بهذا

---

(١) المغني لابن قدامة ج٥ ص٦٩ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج٦ ص٩٩ .

العمل وتشجيعه لرب المال على ذلك ، لما أقدم رب المال على مثل هذا العمل، وبهذا يظهر أن تحديد المضاربة بالزمن مسبقاً أضمن لحقوق العباد ، وأبعد للناس عن الخصومات والخلافات .

رابعاً : بما أن لطرفي العقد فسخه متى شاء أحدهما بعد الانعقاد ، فمن باب أولى أن يكون لهما الحق في مد العقد وحده واستمراره حسب رغبتهما ورضاهما وما يريانه مصلحة لهما .

أما أدلة المانعين فهي ضعيفة ويرد عليها بما يلي :

أولاً : قياسهم المضاربة على النكاح قياس فاسد ، لعدم الشبه بينهما، وللفارق العظيم بين العقدين في غالب الأحكام ، إذ المقصود الأعظم من عقد النكاح الاستمرار والدوام بخلاف عقد المضاربة ، فالقول بأن العقد مطلق فلا يمكن تقييده ، غير صحيح ، بل من المضاربة ما هو مطلق ، ومنها ما هو مقيد ، ولا فرق بين قيد وآخر ، كما يبطل هذا الاستدلال بالوكالة والوديعة فهما عقدان مطلقان ويصح تقييدهما .

ثانياً : قولهم "إن التأقيت ليس فيه مصلحة العقد" غير سليم ، بل قد يكون التأقيت عين المصلحة والصواب ، ولولا رؤية المصلحة ما تم الاتفاق عليه والرضا به .

ثالثاً : قولهم "إن في التأقيت ضرراً بالعامل" فهو خلاف الواقع ، بل قد يكون التوقيت عين المصلحة للعامل ، والأمثلة والحوادث تؤكد هذا .

على أن في بعض نصوص المانعين ما يشعر بجواز تحديد المضاربة بالزمن ، كقول الشيرازي الشافعي : وإن عقده -أي المضاربة- إلى مدة على أن لا يشتري بعدها صح ، لأن رب المضاربة يملك المنع من الشراء إذا شاء ، فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما يملكه بمقتضى العقد ، فلم يمنع صحته [1]، وبهذا النص تضيق هوة الخلاف ، لأن تحديد المضاربة بزمن،

---

(١) المهذب ج١ ص٣٩٣ .

لا تقـتـضـي أكثـر من منع المضـارب شـراء سلع جـديدة ، أمـا بيع السلع الموجـودة فلا بد منه ، على أي شكل كـان ذلك الفسـخ ، فلو قـال رب المال في المضـاربة المطلقة : فسخت المضـاربة الآن ، مُنع العامل من الشراء ، ولم يمنع من بيع ما لديه من السلع .

والظاهر أن البنـوك الإسـلامـيـة تأخـذ بهـذا الراجح ، فـتـضـع آجـالاً للمضـاربات ، لتتـمكن على ضوء التـوقيت من الجمع بين تحـقيق رغـبات أرباب الأموال وتحصيل أكبر قدر ممكن من الربح .

المسألة الثالثة

اشتراط رب المال الضمان على العامل

من المتفق عليه بين عامة الفقهاء أن مقتضى عقد المضاربة أن يكون الربح بين طرفي العقد ، وأن تكون الخسارة من رأس المال على ربه ، وفي الوقت ذاته يكون العامل قد خسر جهده ووقته وعمله ، ولكن ما الحكم لو اشترط رب المال على العامل ضمان رأس المال ؟ أو تحمله لجزء من الخسارة عند حدوثها ؟

أجمع الفقهاء على أن هذا الشرط فاسد ولاغٍ لا اعتبار له ، ولا يترتب على العامل ضمان لأجله ، لأن المضاربة عقد أمانة ، فلا يجوز اشتراط الضمان على العامل .

أما ذات عقد المضاربة فقد ذهب المالكية والشافعية إلى فسادها وعدم صحتها ، لأن الشرط الفاسد يعود على العقد فيفسده ، ففي الموطأ: إذا دفع رجل إلى رجل مالاً قراضاً، واشترط على الذي دُفع إليه المال الضمان، قال مالك: لا يجوز لصاحب المال أن يشترط في ماله غير ما وضع القراض عليه ، وما مضى من سنة المسلمين فيه ، فإن نما المال على شرط الضمان كان قد ازداد في حقه من الربح من أجل موضع الضمان، وإن تلف المال لم أر على الذي أخذه ضماناً ، لأن شرط الضمان في القراض باطل .

قال الباجي شارحاً لذلك : وهذا كما قال ، لأن رب المال إذا شرط الضمان على العامل أن ذلك يقتضي فساد العقد ، ووجه ذلك أن عقد القراض لا يقتضى ضمان العامل ، وإنما يقتضي الأمانة ، ولا خلاف في ذلك ، فلذلك إذا شرط نقل الضمان عن محمله ، بإجماع اقتضى ذلك فساد العقد والشرط [1].

---

(١) المنتقى شرح الموطأ للباجي ج٥ ص١٦٤ .

لكن إن تطوع العـامل بالضمـان ففي صـحة ذلك القراض خـلاف عند المالكية [١]، وفي المعـيار المعـرب : أن القاضي أبـا المطرف بن بشيـر أملى عقـداً، أن وصياً على مال سـفيه دفع ذلك المال قراضـاً إلى رجل على جزء معلوم، وأملى فيه أن العامل طاع بالتزام ضمان المال وغرمه ، وقد اعترض عليه وأنكر ، لكن القاضي لم يحفل بذلك ، واحتج بمذهبه ، ونصره بحجج بسطها ، ومسائل اسـتشهد بها ، وبهذا قال تلميذه أبو عـبد الله بن عتاب ، وقال : أراه صواباً [٢].

وذهب الحنفـية إلى صـحة العـقد وعـدم فساده ، لأنه يـشبه الـشرط الفاسـد في البيع ، حيث يكون البيع جـائزاً والشرط باطلاً ، كما فـي قصة بريرة ، قال الكاساني: ولو شرطا في العقد أن تكون الوضيعة عليهما بطل الشرط ، والمضـاربة صحيحة ، والأصل في الشرط الفاسد إذا دخل في هذا العقـد ، أنه ينظر إن كان يؤدي إلى جـهالة الربح يوجب فـساد العـقد لأن الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد . وإن كان لا يؤدي إلى جـهـالة في الربح يبطـل الشـرط وتصح المضـاربة ، وشـرط الوضيـعة عليهمـا شرط فاسد ، لأن الـوضيعة جـزء هالك من المالك ، فلا يكون إلا على رب المال ، لا أنه يؤدي إلى جـهالة في الربح ، فـلا يؤثر في العقد ، فلا يفـسد به العقد ، ولأن هذا عقد تقف صحـته على القبض ، فلا يفـسده الشـرط الزائد الذي لا يرجع إلى المعـقود علـيه كـالهبـة والرهن ، ولأنها وكالة ، والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة [٣].

وهذا هو الصحـيح من مذهب الحنابلة ، قـال ابن قدامة : ومـتى شرط على المضـارب ضـمان المال ، أو سهـماً من الوضـيعة ، فـالشرط باطل ، لا نعلم فيه خـلافاً ، والعقد صـحيح ، نص عليه أحمـد ، وروي عنه أن العقد

---

(١) حاشية الدسوقي ج٣ ص٥٢٠ .

(٢) المعيار المعرب للونشريسي ج٨ ص٢١٦ .

(٣) بدائع الصنائع ج٦ ص٨٦ .

يفسد به ، وحكي ذلك عن الشافعي ، لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة، كما لو شرط لأحدهما فضل درهم ، والمذهب الأول [1].

والذي أراه ، أن لا خلاف كبيراً بين الفقهاء ، لاتفاقهم على إلغاء الشرط وعدم اعتباره ، وينحصر خلافهم في صحة العقد والحكم باستمراره ، أو في فساده ولزوم فسخه ، ولكلا القولين وجهات نظر صحيحة وأخرى غير صحيحة وآثار إيجابية وسلبية ، فالقول بصحة العقد واستمراره قد يؤدي إلى تغرير أرباب الأموال حيث يظن أحدهم ضمان رأس ماله ، وهو ليس كذلك .

كما أن القول بفساد المضاربة يتعارض مع منهج الفقهاء في ترجيح تصحيح معاملات الناس على إفسادها ما أمكن ذلك ، على أن الناظر يرى أن لهذا الاشتراط دوافع ومبررات ، والدافع إلى اشتراط أرباب الأموال ضمان أموالهم ، هو قلة الأمانة لدى المضاربين ، وضعف الثقة بهم ، مع قدرتهم على التحايل والإفلات من الرقابة ، وخاصة في العصر الحاضر، أما الدافع لدى العامل على قبول هذا الشرط فهو أحد أمرين : إما الثقة الزائدة بعدم الخسارة ، ولولا ذلك لما قبل بهذا الشرط أو أن العامل على غير ثقة ولكنه يريد تغرير أرباب الأموال بنجاح أعماله ، فيقبل بهذا الضمان في سبيل زيادة المتعاملين معه ، وعند وقوع الخسارة يعجز عن الوفاء ويعلن الإفلاس ، وتضيع رؤوس الأموال على أصحابها .

ولا شك أن الأحكام الشرعية هي العدل والحق ، ومجاوزتها عين الظلم والضلال ، فضمان العامل لرأس المال في المضاربة يخرج العقد من أبرز خصائصه ، وأساس مشروعيته وإباحته ، وهي قاعدة (الغُنْمُ بالغُرْمِ) فلولا تحمل رب المال للخسارة المتوقعة ، لما حل له الربح ولأصبح عقد ربا، فائدته غير مقدرة .

---

(١) المغني ج٥ ص٦٨ .

والأحكام الشرعـية في الضمان صـورة مشرقة ، تراعي الحق لجـميع أطراف التعـامل ، ففي حالة عـدم التعدي والتـفريط ، إذا خسـر العامل لا يصح تضمـينه رأس المال ، بل يكفيه ضـياع جهده وعـمله دون عوض أو مقابل .

ولهذا لا يجوز الخروج على إجماع الفـقهاء في عدم صحة هذا الشرط حتى ولو تيقن أو غلب على ظنه عدم الخسارة .

أما العقد مع هذا الشرط فالأبرأ للذمة عدم صحته ولزوم فسخه، وعلى الأخص في ابتداء العقد ونضوض رأس المال .

وقد ذهب من الاقتصاديين المعاصرين د. سامي حمود إلى صحة العقد والشرط ولزوم العامل تحمل الخسارة فيـما لو قبل بهذا الشرط ، واستدل بقياس عامل المضـاربة المشتركة على الأجير المشتـرك في تضمينه ما تلف في يده ولو لم يفرط أو يتعدى (١)، والصحيح أن القياس مع الفارق ، كما أن المقيس عليه لا يـصلح للقياس عليه ، لأنه حكم على خـلاف القياس ، إذ الأصل عدم تضمين الصناع إلا في حالة التعدي أو التـقصير ، وفي خلافة علي رضي الله عنه رأى تضمين هـؤلاء الصناع ، وقال : لا يصلح لهم إلا هذا .

وكذلـك ردّ عليه د. حـسن الأمين في كتـابة المضاربة الشـرعيـة ، بأن الأصل الذي قاس عليه غـير ثابت بالنص أو الإجماع ، بل هو مخـتلف فيه، ولذا لا يصلح للقياس عليه (٢).

وذهب محمد باقر الصدر إلى جـواز ضمان رأس المال إذا كان الضمان تبرعاً من طرف ثالث غير العامل ، كمـا في المضاربة المشتركة التي تجريها

---

(١) تطوير الأعمـال المصرفية ، د. سـامي حمود ص٣٩٩-٤٠٦ . ويقصـد بعامل المضاربة المشتـركة البنك الإسلامي والمضاربة المشتركة مصطلح حديث للمضاريـات التي تجريها البنوك الإسلامية لتمييزها عن المضاربة الفردية أو الخاصة (المضاربة الشرعية المعروفة عند الفقهاء) .

(٢) المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة ، مطبوعات البنك الإسلامي للتنمية ص٣٥ .

البنوك الإسلامية فيضمن البنك رأس المال على أساس أنه وسيط بين أرباب الأموال المودعين والعاملين المستثمرين [1]، أو أن يكون الضمان من صناديق تأمين تعاوني إسلامي قائمة على التبرع باقتطاع جزء من أرباح المضاربات لمواجهة مخاطر الاستثمار، وتحمل الخسارة عند حدوثها وبهذا قال د. حسن عبد الله الأمين [1]: وهذه الآراء وإن كانت دوافعها حسنة إلا أنها خطوة في التلفيق وتقليد البنوك الربوية، في ضمان رأس المال، وإلا فمن أين تأتي البنوك بالأموال لتضمن للمودعين رؤوس أموالهم وهي لا تُضمن المستثمرين ما حصل من خسران، والبنك بالنسبة لأرباب الأموال هو عامل مضارب، مخول له أن يضارب بما لديه من أموال، وليس طرفاً ثالثاً أجنبياً، علماً بأن هذه الصورة نص عليها فقهاء المالكية، وقالوا بعدم صحتها، ففي العتبية: سئل ابن القاسم عن رجل أخذ من رجل مالاً قراضاً على أن يدفعه إلى رجل آخر -سماه- قراضاً، ويكون على الآخر الضمان، قال ابن القاسم: يردان إلى قراض مثلهما، وهو بمنزلة ما لو دفعه إليه نفسه على الضمان، قال ابن رشد: المعنى في هذه المسألة عندي، أنه أخذ منه المال قراضاً بالضمان، على أن يدفعه إلى رجل سُمي إن شاء، فصار كأنه دفع إليه قراضاً على أن يكون له ضامناً، وأذن له أن يقارض به رجلاً سماه، فوجب أن يكون حكمه حكم القراض بالضمان، يرد إلى قراض مثله إذا فات بالعمل، وعمل هو به، أو دفعه إلى الرجل المسمى [2].

لكن لو كان اقتراح الصدر بأن يكون الطرف الأجنبي الثالث هو الدولة، تشجيعاً على الاستثمار، وعدم تعطيل رؤوس الأموال خوفاً من تلاعب العاملين، لكان الاقتراح أقرب للصواب، وأدعى للدرس والنظر، ولأعطى ذلك الاقتراح للدولة مزيد اهتمام في متابعة مشاريع الاستثمار بالمضاربة، كيلا تخسر، ثم تضمن الخسران لأرباب الأموال.

---

(١) البنك اللاربوي في الإسلام لمحمد باقر الصدر، ص٣٢.

(٢) الودائع المصرفية د. حسن عبد الله الأمين ص٣٢٣.

(٣) البيان والتحصيل لابن رشد ج١٢ ص٣٥٤.

أما رأي د. الأمين ، فهو أقرب من سابقه إلى القبول ، خاصة إذا رجحنا القـول بإشـراك طرف ثالث أجنبي في الأرباح ، خـلافـاً لمن قال بـحصـر الربح بين طرفي المضـاربة ، رب المال والعـامل ، كمـا سـيأتي في المسـألة الأخيرة(١).

---

(١) انظر ص ٤٦ من هذا البحث .

المسألة الرابعة
استدانة المضارب

جرت عادة التجار البيع والشراء نقداً ونسيئة ، حتى أصبح من العسير عليهم أن يكتفي أحدهم بمقدار ما معه من سيولة نقدية ، بل لابد من البيع والشراء بأثمان مؤجلة ، ولو حاول كبار التجار منع البيع المؤجل لأغلقت متاجرهم ، وتعطلت مصالحهم .

ولكن هل يسري هذا العرف على عمال المضاربة ، بحيث يستطيع المضارب أن يشتري بثمن مؤجل ، وأن يجلب من السلع ما يفوق رأس المال وما بيده من سيولة نقدية تخص المضاربة .

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز للعامل أن يستدين في المضاربة، لأن في ذلك إشغالاً لذمة رب المال .

فإن استدان المضارب فالدين في ذمته ، ولا يحق للدائن مطالبة رب المال بالدين ، ولهذا يكون ربح الدين للعامل ، وعليه خسارته ، وهذا هو المنقول والثابت في المذاهب الأربعة ، ففي المدونة قال ابن القاسم: سألت مالكاً عن قوم يدفعون إلى أقوام مالاً قراضاً ، فيجلسون بها في الحوانيت، فيشترون بأكثر مما دفع إليهم ، فيضمنون ذلك ، ثم يعطون الذين قارضوهم من ربح جميع ذلك ؟ فقال مالك: لا خير في هذا ، وليس من سنة القراض فيما سمعت من مالك أن يشتري على القراض بدين ، يكون العامل ضامناً للدين ، ويكون الربح لرب القراض (١).

ويقول الدردير : ويشارك العامل رب المال إن زاد على مال القراض مالاً مؤجلاً في ذمته ، كأن يشتري سلعة بمال القراض وبمؤجل في ذمته لنفسه -أو للقراض- فيصير شريكاً لرب المال بما زاد عن مال القراض، فاختص بربح الزيادة وخسرها (٢).

---

(١) المدونة ج٥ ص١٢٠ ثم ذكر أمثلة كثيرة تؤكد هذا الحكم .

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج٣ ص٥٢٤ .

وقال النووي الشافـعي : لا يجوز أن يشتري للقـراض بأكثر من رأس المال ، فلو فعل لـم يقع ما زاد عن جهـة القراض [١] ويعلل الشافـعية ذلك بأنه شراء فضـولي بالذمة للغير ، فـيقع الشراء للعامل ويلزمـه الثمن وله ربحه وعليـه خسارته [٢]، وقال ابن قدامـة الحنبلي : وليس له أن يشتري بأكـثـر من رأس المال [٣]، أي لا يسـتـدين قـال المرداوي : هذا هو المذهب المنصوص عن الإمـام أحمد رحـمه الله وعليه جـماهير الأصـحاب [٤]، ولو استدان المضارب لكان متعدياً ، عليه خسارته ، أما الربح ففيه خلاف ، نقل عن الإمام أحمد أن الربح لرب المال ، وقيل: يتصدق به [٥].

وفي الفتاوى الهندية المـعتمدة عند الحنفيـة : لو دفع رجل إلى آخر ألفاً مضـاربة ، لم يكن للمضارب أن يشـتري شيئـاً للمضاربة بأكـثر من ذلك المال، فإن اشترى سلعة بأكثر مـن ألف ، كانت حصة الألف مضاربة ، وما زاد فهو للمضارب ، له ربحه وعليه وضيعته [٦].

وظاهر هذه الـنصـوص أنهـا في حـالـة عـدم إذن رب المال للعـامل بالاستدانة ، لكن هل يختلف الحكم فيما لو أذن رب المال للعامل بالاستدانة وشراء السلع للمضاربة بثمن مؤجل ؟

ذهب الحنفية إلى جـواز ذلك الإذن ، فإن اقترض العـامل أصبح العامل ورب المال شركاء فيمـا اقترض شركة وجوه لاتحاد ذمتيهمـا ، وضمانهما معاً لما تم اقتراضه [٧]، قال السرخسي : ولو دفع إليه ألف درهم مضاربة، وأمره أن يستدين على المال ، على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فهو بينهما ، للمضارب ثلثـاه ، ولرب المال ثلثه ، فاشترى المضارب بالألف

---

(١) روضة الطالبين ج٥ ص١٢٨ .

(٢) المهذب للشيرازي ج١ ص٣٩٤ .

(٣) المغني ج٥ ص٤٧ .

(٤) الإنصاف للمرداوي ج٥ ص٤١٩ .

(٥) المغني لابن قدامة ج٥ ص٥٤ .

(٦) الفتاوى الهندية ج٤ ص٣٠٥ .

(٧) حاشية ابن عابدين ج٨ ص٢٩١ .

جارية تساوي ألفين ، ثم اشترى على المضاربة غلاماً بألف درهم يساوي ألفين ، فباعهما جميعاً بأربعة آلاف ، فإن ثمن الجارية يستوفي منه رب المال رأس ماله ، وما بقي فهو ربح بينهما على ما اشترطاه ، ثلثاه للمضارب ، وثلثه لرب المال ، وأما ثمن الغلام فيؤدى منه ثمنه ، والباقي بينهما نصفان ، لأن الأمر بالاستدانة كان مطلقاً (١).

وذهب المالكية إلى فساد القراض لو اشترط رب المال على المضارب الشراء بدين ، واشترى به (٢)، أما لو فعله من نفسه ، فاشترى سلعاً بثمن مؤجل للمضاربة ، كانت كرأسمال المضاربة ، لرب المال ربحها حسب اشتراطه وعليه ضمانها ووفاء ثمنها المؤجل ، إن اختار ذلك ورضي به، وإلا كان للعامل ربحها وعليه ضمانها ووفاء ثمنها ، وأصبح شريكاً لرب المال بمقدار ما اشتراه مؤجلاً مقوماً بمثله حالاً ، كما لو دفع له مائة، فاشترى سلعة بمائتين ، دفع منها مائة حالة هي مال القراض ، ومائة مؤجلة ، فتقوم المؤجلة بعرض ، ثم العرض ينض ، فإذا كانت قيمة العرض خمسين ، كان العامل شريكاً لرب المال بالثلث كأن العامل دفع خمسين، ورب المال مائة (٣).

أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى جواز الاستدانة في المضاربة المطلقة ولو لم يصرح بها ، فلو قال رب المال للعامل: اعمل بهذا المال برأيك ، جاز له الاستدانة والسفتجة (٤).

والراجح جواز استدانة العامل على المضاربة ، جرياً على العرف ، ما لم ينه رب المال عن ذلك ، ويكون حكم ما اقترضه كرأس المال المدفوع ، ربحه بينهما حسب الاتفاق ، وذلك لما يلي :

---

(١) المبسوط ج٢٢ ص١٧٨ .

(٢) حاشية الدسوقي ج٣ ص٥٢٠ .

(٣) حاشية الدسوقي ج٣ ص٥٢٤ .

(٤) الفروع لابن مفلح ج٤ ص٣٨٣ . الإنصاف للمرداوي ج٥ ص٤١٩ .

١- صعوبة الفصل بين ما دُفع ثمنه نقداً وما استسلفه ، فقد يكون ثمن السلعة الواحدة مشتركاً بين المنقود والمؤجل ولعدة آجال مختلفة .

٢- الاحتمال الكبـير في اختلاف قيم السلع في حالتي الـنقد والتأجيل، وتأثير أحدهما في الآخر زيادة ونقصاً في الثمن .

٣- غالباً مـا يكون سداد الديون من أثمان ما باعـه العامل دون تفريق بين سلع كـانت أثمـانهـا منقودة من رأس مـال المضـاربة أو سلع بأثمـان مؤجلة .

٤- احتـمال التـهمـة للعامل بحـرصه على بيع السلع المؤجلـة الأثمان، لكونها فى ذمـته ، وله أرباحهـا بمفرده ، وعليه خسـارتها ، بينما لا يعـبأ بالسلع المنقـودة أثمانهـا من رأس مال المضـاربة ، لأن خسارتهـا على رب المال ، وربحها مقسم على العامل ورب المال .

أما ما ذهب إليه الحنفية أن رب المال والعامل شـركاء فيما تم اقتراضه شركة وجوه فغير صحيح لأمرين :

الأول : أن الوجـاهة لشركـة المضاربة وسـمعتـها ، ولعـظم رأسمالـها ولمالكهـا وثقله التجـاري ، لا لوجاهة العامـل ، ولهذا يصبح الـدين كرأس المال، وضمانه على رب المال ووفاؤه من رأس مال المضاربة .

الثاني : فـساد استدلالـهم على مذهبهم بقـولهم "إن المضاربة لا تصح بالدين" لأن الدين مال غـائب لا يمكن للعامل التـصرف به ليحـقق غرض المضاربة ، وهو الربح ، لأن ما استدانه العـامل ، أو ما اشتراه بثمن مؤجل هو مال مقبوض جاهز يتصرف العامل به لتحقيق الربح ، فاختلف عما قال الحنفية من عدم صحة المضاربة بالدين .

أمـا قول عـامـة الفقـهـاء "إن القرض كلـه للعامل ، له ربـحه وعليـه خـسارته" ، فـهو أضـعف من قول الحـنفيـة وأبعد عن الصـواب ، لآثاره السلبية في ضياع الحقوق ، وفساد المعاملة .

المسألة الخامسة

مضاربة العامل بمال المضاربة

من المعلوم أن عقد المضاربة اتفاق بين طرفين ، وضع أحدهما ثقته بالطرف الآخر ، فسلمه ماله ليعمل فيه بنفسه ، فهو عقد شخصي ، لا يجوز فيه للعامل أن يدفع هذا المال مضاربة إلى رجل اخر ، إلا إذا أذن له رب المال ، وهذا موضع اتفاق بين الفقهاء (١).

وقد علل الحنابلة المنع ، بأنه إيجاب حق لشخص في مال غيره ، قال ابن قدامة: إن هذا -أي مضاربة العامل بمال المضاربة- يوجب في المال حقاً لغيره ، ولا يجوز إيجاب حق فى مال إنسان بغير إذنه ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، ولا أعرف عن غيرهم خلافهم (٢).

وبهذا علل الحنفية أيضاً ، وزادوا علة أخرى ، وهي أن العامل سوّى غيره مثله في ثقة رب المال ، قال السرخسي: ليس للمضارب أن يدفعه إلى غيره مضاربة ، لأنه سوّى غيره بنفسه في حق الغير ، ولأنه يوجب للثاني شركة في ربح مال رب المال ، ورب المال ما رضي إلا شركته (٣)، وبنى الكاساني ذلك على قاعدة فقهية "أن الشيء لا يستتبع مثله" والمضاربة مثل المضاربة فلا يُستفاد من مطلق عقد المضاربة مضاربة مثله ، كما لا يملك الوكيل توكيل غيره بمطلق الوكالة (٤)، وعلل المالكية بعدم الرضا لأمانة الآخرين ، قال القرافي: ولا يجوز للعامل أن يقارض إلا بإذنك، لأنك لم ترض أمانة غيره (٥).

---

(١) قلت اتفاق الفقهاء ، ولم أقل إجماعهم ، لوجود أقوال مخالفة وإن كانت قليلة وشاذة ، انظر المغني لابن قدامة ج٥ ص٤٨ .

(٢) المغني ج٥ ص٤٩ .

(٣) المبسوط ج٢٢ ص٩٨ .

(٤) بدائع الصنائع ج٦ ص٩٦ .

(٥) الذخيرة للقرافي ج٦ ص٦٩ .

ومع اتفـاق الفقـهاء على مـا سبق ، إلا أنهم اخـتلفوا في آثار تـصرف المضارب لو فـعل ذلك وحصل ربح أو خـسران ، فذهب المالكـية إلى إعطاء رب المال الحق في تـضـمين أي من العـاملين شـاء ، المـضـارب الأول أو المضـارب الثانـي ، إذا حصل خـسـران أو تلف عند المضـارب الثاني فـإن حصل ربح ، فلرب المال من الربح مـا اشترط على العـامل الأول ، وللعامل الثاني الباقي ، إن كان اتفاق الـثاني مع المضارب الأول ، كاتفاق الأول مع رب المال ، فإن كان اتفـاق العاملين أكثر ، أخذ رب المال ما اشـترط ، وغرم العامل الأول للثاني ما نقص عليه حـسب الاتفاق ، وإن كان اتفاق العاملين أقل مما اتفق عليه رب المال مع العامل الأول ، أخذ المضـارب الثاني حصته المتفق عليـها ، وأخذ رب المال الباقي ، وليس للمـضارب الأول شيء ، لأنه لم يقدم عملاً ، ولا هو صاحب رأس المال ، وذلك سبب استحقاق الربح(١)، وذكر القـرافي في كتابه الذخيـرة صوراً (٢) أخرى منها لو خـسر العامل الأول نصف رأس المال قبل دفعه للثـاني ، ثم دفع النصف الباقي فعمل به الثاني و ربح ، وزاد الربح عن جميع رأس المال ، ولم يعلم الثاني بذلك، أخذ رب المال رأس مـاله ونصف الزائد ، وأخذ الثـاني مـا بقي ، ثم يرجع على الأول بنصف رأس المال الذي أخذه رب المال من الربح .

وقال أشهب في هذا : لا يحـسب رب المال على الثاني إلا النصف الذي قبضـه ، ثم يقتسمـان الربح الزائد على ذلك ، ثم يعود رب المال على الأول بنصف رأس المال التالف إن كان متعدياً بتلفه ، وإلا أخذ منه ما يكمل رأس المال وحصته من الربح ، ثم ضرب مثـالاً موضحاً لذلك برجل أعطى لعامل ثمانين ، فتلف نصفها ، ودفع العامل الأربعين الباقية لعامل ثانٍ ، فعمل بها وربح سـتين ، فلرب المال من العـامل الثاني سـبـعون ، أربعـون هي رأس المال، وثلاثـون هي نصف الـربح ثم يرجـع رب المال على العـــامل الأول

---

(١) حاشية الدسوقي ج٣ ص٥٢٦-٥٢٧ .

(٢) الذخيرة للقرافي ج٦ ص٧٠ .

بالأربعين التالفة إن كان متعدياً بتلفها ، وإلا كان لرب المال من العامل الأول عشرون فقط ، ليتم بها تسعين ، هي ثمانون مجموع رأس المال، وعشرة هي نصف الربح الزائد عن الثمانين ، حيث إن العامل الثاني عمل بأربعين وربح ستين فكان مجموع ما بيده مائة ، ثمانون رأس المال، وعشرون ربحاً لرب المال نصفها عشرة .

أما الحنفية فذهبوا إلى تخيير رب المال بين أمرين :

- أن يختار أخذ الربح من المضارب الثاني ، حسب شروط رب المال على المضارب الأول ، وحينئذ لا ضمان على العامل الأول أو الثاني عند الخسران ، بل الضمان على رب المال .

- أو أن يختار تضمين أحد العاملين ، وفي هذه الحالة لا يستحق رب المال من الربح شيئاً ، فإن ضمن المضارب الأول استمرت المضاربة بين العاملين على ما اشترطا ، لكون المال أصبح ملك المضارب الأول ، وإن ضمن المضارب الثاني ، رجع المضارب الثاني على الأول بما ضمن ، لأنه مغرر به ، لكن تضمين العاملين أو أحدهما ، لا يثبت في ظاهر الرواية بمجرد دفع مال المضاربة إلى الثاني حتى يعمل فيه وعند الإمام لا يثبت الضمان العمل حتى يحصل الربح ويصبح شريكاً فيه ، أما زفر فيرى أن مجرد تسليم المال إلى المضارب الثاني يصبح ضامناً ، ووجه ظاهر الرواية أن الربح يحصل بالعمل ، فيقام السبب وهو العمل مقام الناتج وهو الربح، فيصير ضامناً بالعمل ، سواء حصل ربح أم لا ، أما دليل زفر أنه مخالف بالدفع إلى غيره على سبيل المضاربة ، فكان كل واحد منهما ضامناً كالمودع إذا أعار الوديعة [1].

وذهب الحنابلة إلى أن المضارب الأول يصبح كالغاصب في الضمان والتصرف ولرب المال مطالبة من شاء منهما برد المال إن كان باقياً ، وبرد بدله إن كان تالفاً ، فإن طالب الأول وضمنه قيمته ، ولم يكن للثاني علم

---

(١) المبسوط للسرخسي ج٢٢ ص٩٨-٩٩ .

بالحال ، لم يرجع الأول على الثاني فيـما تلف بيده دون تعدٍ ، لأن المال بيد الثاني علـى وجه الأمانة ، وإن كـان الثاني عالماً بـالحال ، رجع الأول على الثاني بما ضمن لأنه متعد بقبض مال غيره ، وتلفه تحت يده فاستقر عليه الضمان ، وإن طالب رب المال المضارب الثاني وضمنه وهو عالم بالحال لم يرجع الثاني على الأول بما ضـمن ، وإن كان جاهلاً بالحـال ففيه وجـهان عند الحنابلة ، وإن حـصل ربح ، فالربح كله لرب المال ، وليس للمـضارب الأول شيء لأنه لم يقم بالعمل ، ولا هو بصاحب رأس المال ، حتى يستحق جزءاً مـن الربح ، أما المضـارب الثاني فليس له شيء أيـضاً إن كان عـالماً بالحال ، لأنه عمل في مـال غيره بغير إذنه ، وإن كـان جاهلاً بالحال رجع على المضـارب الأول بأجرة مثله ، لأنه غـرر به ، وقد قـام بعمل يسـتحق العوض في مضاربة فاسدة (١).

وللشافـعي في هذه المسألة قـولان ، القديم منهمـا أن الربح لرب المال، وليس للمضارب شيء ، لأنه كالغاصب ، فلا يصح أن يكون فعله المحظور سـبـباً في تمـلك مال ، إذ النـاتج من المحظور مـحظور ، ولأن الربح نماء المال، فيتبع مالكه .

أما القول الثاني وهو مـذهبه الجديد ، أن الربح للعامل وليس لرب المال منه شيء ، لأن الغاصب مطالب بمثل ما اغتـصب ، أما الربح فهو ناتج من العمل والتقلب ، فهو للغاصب دون المغـصوب منه ، بخلاف الثمار والنتاج فهما حـادثان عن المال دون العمل ، فهما لرب المال وليس للغـاصب منهما شيء .

إلا أن فقـهاء الشافعـية خرّجوا على هذين القـولين خمسة آراء أجـملها الماوردي بقوله :

أحـدهما : أن جـميـع الربح لرب المال ، ولا شيء فيـه للعـاملين ، وهذا مذهب أبي العباس ابن سريج على قوله في القديم .

---

(١) المغني لابن قدامة ج٥ ص٤٨-٤٩ .

الثـاني : أن نصـف الربح لرب المال ، والنصف الآخـر للعـامل الأول، وللعـامل الثاني على العـامل الأول أجـرة مثله ، وهذا مـذهب أبي إسحـاق المروزي على قوله في القديم .

الثـالـث : أن نصف الربح لرب المال ، والنـصف البـاقي بين العـاملين نصفين ، وهذا مذهب أبي علي بن أبي هريرة على قوله في القديم .

الرابع : أن الربح كـله للعـامل الأول ، ولا شـيء فـيـه لرب المال ، ولا للعامل الثاني بل يرجع بأجرة مثله ، على قوله في الجديد .

الخـامس : أن الربح كله للعـامل الأول ولا شـيء فـيـه لرب المال ، ولا للعامل الثاني بل يرجع بأجـرة مثله على العامل الأول [1]، وهذا مذهب أبي علي بن أبي هريرة ، على قوله في الجديد .

ومع هذا العرض لأقـوال الفقهاء في المذاهب الأربعـة ، إلا أن في طيات كل مذهب تفريعات وتفصيلات ، بعضـها مقبول ، وبعضـها مردود ، كتفريق الحنفية في الضمان قبل تصرف المضارب الثاني وبعد التصرف ، بناء على أن للمـضارب الأول إيداع المال ، وتناسى الحـنفيـة أن العبـرة في العقـود للمقـاصد والمعاني لا للألفاظ والمـباني ، فالمضارب الأول دفع المال بقـصد المضاربة ، لا بقصد الإيداع ، فهو متعد من وقت الدفع وضامن ، ولا حاجة إلى التصرف ليصبح ضامناً .

وكتـفريـق الشافـعيـة والمالكية بين شـراء المضارب الثـاني بعين المال، وشرائه بالذمـة ثم دفع المال وفاءً لما في ذمـته ، وكأن هذا التـفريق تعليم للناس على التـحايل لأكل أمـوال الناس بالبـاطل ، حيث يعلم المضـارب ألا وفاء لما اشتراه بالذمة إلا مما في يده من أموال المضاربة .

والذي أراه أن المضارب متعد بفـعله ، ضامن لما ينتج منه ، ولا يستحق شيئاً من الربح ، بل الربح كله لرب المال ، وللمضارب الثاني أجرة مثله، إن

---

(١) المضاربة للماوردي ، تحقيق د. عبد الوهاب الحواس ص٢٢٧ .

لم يعلم بالحال ، والأجـرة على رب المال ، كما لو كـانت مضاربة فـاسدة، والذي يجب معرفته ، أن المضاربة المطلقة غير كافية في منح المضارب حق المضاربة مع غيره ، بل يحتاج إلى إذن صريح في مضاربة الآخرين، وبهذا قال الشافـعية خلافـاً للحنفية ، قال الماوردي: اعلم أن العـامل في القراض ممنوع أن يقـارض غـيـره بمال القـراض ، مـا لـم يأذن له رب المال إذناً صحيحاً صريحاً (١).

قال الكاسـاني الحنفي : إذا قال رب المال للعامل اعمل فـيه برأيك ، فله أن يدفع مـال المضاربـة إلى غيـره ، لأنه فـوض الرأي إليه ، وقـد رأى أن يدفعه مضاربة ، فكان له ذلك (٢).

وقـد رد الماوردي على ذلك بقـوله : وهذا خطأ ، لأن قـوله اعـمل فيـه برأيك، يقتضي أن يكون عمله فيـه موكولاً إلى رأيه ، فإذا قارض به ، كان العـمل لغيـره ، ولأنه لو قارض بجـمـيع المال لم يجز ، وإن كـان ذلك من رأيه، لعدوله بذلك عن عمله إلى عمل غيره ، فكذلك إذا قارض ببعضه (٣).

وللحنابلة في المسألة قولان ، قال ابن قدامة : وإن قال اعمل برأيك ، أو بما أراك الله ، جاز له دفـعه مضـاربة ، نص عليه أحمـد ، لأنه قد يرى أن يدفعه إلى أبصر منه ، ويحتمل أن لا يجوز له ذلك ، لأن قوله اعمل برأيك، يعني في كيفـية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التـجارة ، وهذا يخرج به عن المضاربة ، فلا يتناوله إذنه (٤)، والحق أن الإذن الصريح أولى ، قطعاً لدابر الخلاف والنزاع واحتمال الضمان في المستقبل .

فإذا أذن رب المال للمضارب بدفع المال مضاربة مع الآخرين ، جاز ذلك التصـرف باتفاق الفـقهـاء ، ولكن اختلفـوا في صفـة المضارب الأول ، هل

---

(١) المضاربة للماوردي ص٢٢١ .

(٢) بدائع الصنائع ج٦ ص٩٧ .

(٣) المضاربة للماوردي ص٢٢١ ، تحقيق د. عبد الوهاب الحواس .

(٤) المغني لابن قدامة ج٥ ص٥٠ .

يبقى مضارباً فيستحق جزءاً من الربح ، أم يصبح وكيلاً لا يأخذ شيئاً من الربح الناتج ؟

قال ابن قدامة : وإن أذن رب المال في دفع المال مضاربة جاز ذلك، نص عليه أحمد ، ولا نعلم فيه خلافاً ، ويكون العامل الأول وكيلاً لرب المال في ذلك ، فإذا دفعه إلى آخر ، ولم يشترط لنفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً، وإن شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصح ، لأنه ليس من جهته مال ولا عمل ، والربح إنما يستحق بواحد منهما (١).

وبهذا قال المالكية حيث يرون المضارب الأول وكيلاً لا يستحق شيئاً، قال ابن رشد : وأما إذا قال له حين أخذه المال منه ، إني أدفعه إلى من يعمل فيه قراضاً ، أو أبعثه إلى من يعمل به قراضاً ، ولم يشترط ذلك، فذلك إذن منه له في أن يقارض به ، فإن قارض فيه بأكثر من الجزء الذي اشترطه ، كان الفاضل لرب المال ، لا له ، وهو نص قول مالك في كتاب ابن المواز (٢).

أما الشافعية فقد فصلوا المسألة إلى صورتين :

الأولى : أن يأذن رب المال للعامل بمضاربة غيره ، مع نهيه له أن يعمل فيه بنفسه ، فهذا وكيل بلا خلاف .

والصورة الثانية : أن يأذن له بالعمل بنفسه ، وفي مضاربة غيره، فيكون بالخيار لمكان الإذن – في العمل بنفسه ، وفي مضاربة غيره ، فإن عمل بنفسه صح ، وكان الربح مقسوماً بينهما على الشرط ، وإن قارض غيره كان وكيلاً في عقد القراض معه ، وخرج من أن يكون عاملاً ، والربح لرب المال والعامل فيه ، فإن شرط في الربح سهماً لنفسه ، كان القراض فاسداً ، لأن ربح القراض موزع على المال والعمل ، وهو وكيل ، ليس له مال ولا عمل ، فلا يكون له في الربح حق ، وصار شرطه منافياً للعقد

(١) المغني لابن قدامة ج٥ ص٥٠ .
(٢) البيان والتحصيل ج١٢ ص٣٣١ .

فبطل ، وصار العامل مضارباً في قراض فاسد ، فوجب أن يكون الربح كله لرب المال ، وعليه للعامل أجرة مثله ، لجواز مقارضته ، وإنما بطل العقد لفساد الشرط ، ولا ضمان على الوكيل ولا على العامل ، لأن كلاً منهما غير متعد في المال ، وإنما حصل التعدي في العقد [١].

أما الحنفية فيرون أن المضارب الأول ، إذا دفع المال مضاربة لآخر، بإذن من رب المال ، استحق من الربح حسب الاشتراط ، كالأجير المشترك، إذا استأجر آخر بأقل مما استؤجر [٢]، ثم يفرق الحنفية بين عبارات رب المال ، فلو قال: ما رزق الله بيننا نصفان ، فدفعه المضارب الأول لآخر بالثلث، فلرب المال نصف الربح ، أما النصف الباقي فللمضاربين ، للأول السدس، وللثاني ما اشترط ، وهو الثلث ، وإن دفعه بالنصف ، فالربح بين رب المال والعامل الثاني ، وليس للأول شيء ، وإن دفعه على أن للمضارب الثاني الثلثين ، أخذ رب المال نصف الربح ، وغرم الأول للثاني السدس، إكمالاً للثلثين المشترطة ، أمّا لو قال رب المال : ما رزقك الله -بكاف الخطاب- فلي نصفه ، أخذ العامل الثاني ما اشترط له الأول ، والباقي لرب المال والعامل الأول حسب شرطهما [٣].

والظاهر أن قول الحنفية هو الراجح والمناسب للعصر ، لأن تصور المخالفين -وهم الجمهور- أن المضارب الأول لم يقم بأي عمل ، ليستحق عليه جزءاً من الربح ، غير صحيح ، بل قد يكون ما قام به من الأمور الجوهرية والضرورية لحصول الربح وتجنب الخسارة ، فهناك المكاتب الاستشارية لكثير من الأعمال ، تأخذ الأجر ، ولا تقوم إلا بالدراسات النظرية التي تساهم في نجاح المشاريع الاقتصادية ، ولولا أن ما قامت به شكل من أشكال العمل والمنافع ، لما استحقت عليه العوض والأجر .

---

(١) المضاربة للماوردي ، تحقيق د. عبد الوهاب حواس ص٢٢٩-٢٣٠ .

(٢) تكملة حاشية ابن عابدين ج٨ ص٣٠٢ .

(٣) الاختيار ج٣ ص٢٢ .

وبهذا القول أخذت البنوك الإسلامية ، فيما تقوم به من مضاربات، فليس كل ما تجمعه من أموال المضاربة تعمل به البنوك الإسلامية بنفسها، بل تضارب مع غيرها من رجال الأعمال ، ولعل هذا هو الجانب الأكبر، وهي ولا شك تشير وتوضح لرب المال أن لها الحق في أن تعمل بنفسها ، وتضارب مع غيرها ، ويوقع رب المال على موافقته بذلك ، وتأخذ جزءاً من الربح حسب نوع المضاربة .

وعلى ضوء ذلك يرى د. محمد عبد الله العربي أن البنك الإسلامي يبقى على صفته عاملاً مضارباً ، له الحق في دفع المال مضاربة للمستثمرين ، وله من الربح ما اشترط ، وهو ما رجحه الحنفية (١).

ويرى الأستاذ محمد باقر الصدر أن البنك الإسلامي يصبح وكيلاً عن أرباب الأموال عندما يدفع المال مضاربة مع الآخرين ، وهو مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة ، لكن من حق البنك أن يأخذ على وساطته مكافأة على أساس الجُعالة في الفقه الإسلامي (٢).

أما د. سامي حمود فقد رأى أن يُعطى البنك الإسلامي صفتين يجمع بينهما ، ففي حال أخذه الأموال من أربابها فهو عامل مضارب ، وفي حال دفعها إلى المستثمرين يكون له صفة رب المال (٣).

والذي أراه أن لا فرق بين قولي العربي وحمود ، لأن العربي جعل البنك عاملاً ، له الحق في دفع المال للمستثمرين ، فإذا دفعه إلى المستثمرين مضاربة كان البنك رب مال في هذه الصورة ، وهو ما قاله حمود .

---

(١) المعاملات المصرفية المعاصرة ورأي الإسلام فيها لمحمد العربي ص٣٦ .

(٢) البنك اللاربوي في الإسلام لمحمد باقر الصدر ص٤١ .

(٣) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية د. سامي حمود ص٣٩٣ .

المسألة السادسة

هل لعامل المضاربة أن يضارب أكثر من شخص

هل العامل في المضاربة أجير خاص ، لا يجوز له تقبل أموال أخرى من غير رب المال المضارب معه ؟ أم هو أجير مشترك ، يحق له أن يأخذ ما يشاء من الأموال ممن يشاء ليضارب بها ؟

ذهب عامة الفقهاء إلى أنه لا يجوز للمضارب أن يأخذ أموالاً ليضارب بها من غير رب المال ، إذا كان في ذلك ضرر على رب المال ، وبهذا قال المالكية والحنابلة .

قال الدردير : ولا يجوز أخذ العامل قراضاً آخر من غير رب المال ، إن كان الثاني يشغل العامل عن الأول ، وإلا جاز ، ومفهوم "من غيره" جوازه منه ، وإن شغله عن المال الأول ، قال الدسوقي معلقاً على ذلك : لأن رب المال قد استحق منفعة العامل [1].

لكن يجعل القرافي الأصل الجواز ، قال في الذخيرة : يجوز للعامل أخذ قراض من رجل آخر ، إن كان لا يشغله عن الأول ، لأنه مالك لمنافع نفسه، وإلا فلا ، لالتزامه مقتضى العقد الأول [2].

ويقول الخرقي الحنبلي : وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر، إذا كان فيه ضرر على الأول ، فإن فعل وربح رده في شركة الأول .

قال ابن قدامة شارحاً لذلك : وجملة ذلك أنه إذا أخذ من إنسان مضاربة، ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر ، فأذن له الأول جاز ، وإن لم يأذن له ولم يكن عليه ضرر جاز أيضاً بغير خلاف ، وإن كان فيه ضرر على رب المال الأول ولم يأذن ، مثل أن يكون المال الثاني كثيراً، يحتاج إلى أن يقطع زمانه ، ويشغله عن التجارة في الأول ، ويكون المال

---

(١) حاشية الدسوقي ج٣ ص٥٢٩ .

(٢) الذخيرة للقرافي ج٦ ص٢٧ .

الأول كثيراً ، متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجز له ذلك (١).

والظاهر عند الشافعية الجواز ، وإن كانت نصوصهم الفقهية غير صريحة بهذا .

قال الرملي : ويجوز أن يقارض الاثنان واحداً ، لأنه كعقدين، ويُشترط فيما إذا تفاوتا فيما شُرط للعامل تعيين من عليه الأكثر ، والربح بعد نصيب العامل بينهما بحسب المال ، وإلا فسد (٢).

وهذا النص يشعر بجواز مقارضة الواحد لاثنين فأكثر ، خاصة إذا ضارب كل واحد بعقد مستقل ، ويجوز أن يكون نصيب العامل مختلف النسبة من حصص أرباب الأموال ، كأن يقارض أحدهما على النصف والآخر على الثلث ، وآخر على الربع .

وقال بعض الفقهاء يجوز للعامل مطلقاً أن يضارب مع من يشاء ، ويأخذ أموالاً مما يشاء ، رضي رب المال أم لا ، وقد عزا ابن قدامة هذا القول لأكثر الفقهاء دون تحديد لهم ، ثم علل ذلك بقوله : لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها ، فلم يمنع من المضاربة ، كما لو لم يكن فيه ضرر، وكالأجير المشترك (٣).

كما عزا القرافي هذا إلى الشافعي فقال : وجوزه الشافعي مطلقاً كالوكالة (٤)، والظاهر أن عزو ابن قدامة هذا القول لأكثر الفقهاء فيه مبالغة وتَجَوّز .

والذي يترجح هو إعمال نص الاتفاق بين العاقدين أولاً ، فإن لم يوجد

---

(١) المغني لابن قدامة ج٥ ص٥١ .
(٢) نهاية المحتاج للرملي ج٥ ص٢٣٠ وروضة الطالبين للنووي ج٥ ص١٢٥ .
(٣) المغني لابن قدامة ج٥ ص٥٢ .
(٤) الذخيرة للقرافي ج٦ ص٢٧ .

نص اتفاق بينهما في هذا الشأن ، أخذنا بالعرف ، فالمضاربة مع مؤسسة مالية قابضة يختلف عن المضاربة مع شخص بعينه ، إذ المعروف أن المؤسسة المالية كلما كثر وعظمُ ما لديها من أموال ، تعمل ببعضها ، وتدفع بعضها مضاربة مع الآخرين ، كلما كثر ربحها ، وخفت ونقصت تكاليف إنفاقها الموزع عادة على رأس المال ، وهذا بخلاف المضاربة مع شخص بعينه ومفرده ، حيث ينشغل ببعض المال عن بعض ، فيتضرر رأس المال، ويستفيد عامل المضاربة بمفرده .

المسألة السابعة
خلط العامل مال المضاربة بغيره

الأصل تميز الحقوق ، واختصاص رب المال بماله ، له غنمه وعليه خسارته ، ولهذا ذهب الجمهور إلى أنه لا يجوز للعامل خلط أموال المضاربة بغيرها بغير إذن رب المال ، سواء كان ذلك الخلط بمال نفسه أو أموال مضاربين آخرين ، قال ابن قدامة : وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله ، فإن فعل ولم يتميز ضمنه ، لأنه أمانة ، فهي كالوديعة (١) وعلل الحنفية المنع بأن الخلط يوجب في مال رب المال حقاً لغيره ، فلا يجوز إلا بإذنه (٢).

وعمم الشافعية المنع حتى ولو أذن رب المال بذلك الخلط ، قال الرافعي: ولو خلط العامل مال القراض بماله صار ضامناً ، وكذا لو قارضه رجلان هذا على مال ، وهذا على مال ، فخلط أحدهما بالآخر ، وكذا لو قارضه واحد على مالين بعقدين فخلط ، ولو جرى ذلك بإذن المالك ، بأن دفع إليه ألفاً قراضاً ، ثم دفع إليه ألفاً آخر ، وقال: ضمه إلى الأول ، فإن لم يتصرف في الأول جاز ، وكأنه دفعهما إليه دفعة واحدة ، وإن تصرف في الأول لم يجز القراض في الثاني ، ولا الخلط ، لأن حكم الأول قد استقر بالتصرف ربحاً وخسراناً ، وربح كل مال وخسرانه يختص به (٣).

لكن خالف الماوردي فقهاء مذهبه ، فقال بجواز الخلط إذا أذن رب المال، قال في الحاوي : فلا يجوز أن يخلط ماله بمال القراض ، وعليه تمييز كل واحد من المالين ، فإن خلطهما فعلى ضربين .

---

(١) المغني لابن قدامة ج٥ ص٥٠ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج٦ ص٩٦ .

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ، بهامش المجموع ج١٢ ص٩٦ وروضة الطالبين للنووي ج٥ ص١٤٨ .

أحدهما : أن يكون بإذن رب المال ، فيجوز ويصير شريكاً ومضارباً [١]، ويكفي للإذن أن يقول رب المال للعامل : اعمل فيه برأيك ، وبهذا قال الحنفية والحنابلة [٢].

قال الكاساني : وللمضارب أن يخلط مال المضاربة بمال نفسه إذا قال له رب المال ، اعمل برأيك ، وليس له أن يعمل شيئاً من ذلك إذا لم يقل له ذلك [٣].

وزاد الحنفية أن للعامل الخلط إذا جرى بذلك عرف التجار ، ولو لم يأذن رب المال به ، ففي الفتاوى الهندية : إذا دفع رجل إلى آخر ألف درهم مضاربة ولم يقل له اعمل برأيك ، إلا أن معاملة التجار في تلك البلاد أن المضاربين يخلطون ، وأرباب الأموال لا ينهونهم عن ذلك ، فعمل في ذلك على معاملات الناس ، إن غلب التعارف بينهم في مثل هذا ، رجوت ألا يضمن ، ويكون الأمر في ذلك محمولاً على ما تعارفوه [٤].

وأجاز المالكية الخلط بغير إذن ، ووضعوا لذلك شروطاً اجتهادية ، لم يتفق فقهاؤهم على اشتراطها ، وقالوا بوجوب الخلط أو ندبه في بعض الحالات والصور ، كأن يخاف من عدم الخلط فوات ربح أو حصول خسارة ، قال صاحب الشرح الكبير : والخلط هو الصواب إن خاف بتقديم أحدهما رخصاً ، فيجب إن كان المالان لغيره أو كان أحدهما له ، ويلزم من تقديم ماله رخص مال القراض ، لوجوب تنميته عليه ، فإن خاف بتقديم مال القراض رُخص ماله لم يجب ، إذ لا يجب عليه تنمية ماله ، ومثل الرخص في البيع ، الغلاء في الشراء ، وقيل لا يجب بل يندب ، وعلى القول بالوجوب يضمن الخسر إذا لم يخلط ، وعلى الندب لا يضمن [٥].

---

(١) المضاربة من كتاب الحاوي للماوردي بتحقيق د. الحواس .

(٢) المغني لابن قدامة ج٥ ص٥٠ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج٦ ص٩٥ .

(٤) الفتاوى الهندية ج٤ ص٢٩٣ .

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص٥٢٣ ومواهب الجليل ج٥ ص٣٩٧ .

وبعد هذا العرض لأقوال الفقهاء ووجهة نظر كل منهم ، نرى أن جمهورهم يقول بجواز الخلط إذا أذن رب المال بذلك صراحة ، وهو الراجح، لأن رب المال إذا وافق على الخلط أصبح شريكاً لمن خلط ماله بماله ، فيجبر ربح أحدهما خسارة الآخر ، ويقسم الربح الصافي حسب رؤوس أموالهم ، دون تفريق بين صفقة رابحة مُولت من هذا المال وصفقة خاسرة مُولت من مال اخر .

وهذا هو الذي تقوم به البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية ، حيث تأخذ من رب المال موافقة وتوقيعاً صريحاً على جواز خلط ماله بمال غيره، ممن سبق أو لحق به ، ثم تقسم الأرباح حسب رؤوس الأموال والمدة الزمنية التي ساهم فيها رأس المال .

المسألة الثامنة
أرباح المضاربة

غاية عقد المضاربة حصول الربح ، فالعامل يسعى لتحصيله كناتج لجهده وعمله ، و رب المال يرتجيه كنماء حلال لرأس ماله .

والفقهاء -يرحمهم الله- اهتموا بمسألة الربح ، وأولها عنايتهم بالبحث والدرس ، وهي جديرة بذلك ولهذا قمت بدراستها بشيء من التفصيل، فجعلتها في خمسة فروع .

الفرع الأول : تحديد نسبة الربح :

من شروط صحة عقد المضاربة تحديد نسبة كل من العاقدين في الربح، فلو دفع رجل لآخر مالاً ليعمل به مضاربة ، ولم يحددا نسبة كل منهما في الربح ، ما صح ذلك العقد عند جمهور الفقهاء .

قال الكاساني الحنفي : وأما الشروط التي ترجع إلى الربح فأنواع، منها إعلام مقدار الربح ، لأن المعقود عليه هو الربح ، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد (١).

ويقول النووي وهو يعدد شروط الربح : الشرط الثالث أن يكون معلوماً فلو قال قارضتك على أن لك في الربح شركاً أو شركة أو نصيباً فسد (٢).

وقال ابن قدامة : ومن شروط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل -من الربح- لأنه يستحقه بالشرط ، فلو قال : خذ هذا المال مضاربة ، ولك جزء من الربح أو شركة في الربح ، أو شيء من الربح أو حظ لم يصح، لأنه مجهول ، ولا تصح إلا على قدر معلوم (٣).

---

(١) بدائع الصنائع ج٦ ص٨٥ .

(٢) روضة الطالبين للنووي ج٥ ص١٢٣ .

(٣) المغني لابن قدامة ج٥ ص٣٣-٣٤ .

وهذا هو قول عامة فقهاء الحنفيــة والشافعية والحنابلة ، وقول الثوري وأبي ثور ، ومـذهب الظاهرية ، قـال ابن حزم : لا يـجوز القـراض إلا بأن يُسمـيا السهم الذي يتقـارضان عليه من الربح كـسدس أو ربع أو ثلث أو نصف ، لأنه إن لم يكن هكذا ، لم يكن قراضـاً ، ولا عرفا ما يعـمل العامل عليه فهو باطل (١).

وذهب المالكية إلى جواز القراض مع جهـالة نسبة كل من العاقدين في الربح (٢)، قال الباجي : لو قال رب المال الربــح بيننا ، ولا يذكر مقداراً ، أو يقول : اعمل في هذا المال على أن لك في الربح شــركاً أو شراكة ، ذلك كله جائز ، ثـم يُجعل على قـراض مثله كمـا قال ابن القـاسم ، أو يكون الربح بينهما مناصفـة كما قال غيره ، ووجه القول الأول أن الشــركة لما احتملت النصف وغيره ، كانت بمنزلة أن لم يذكرا شيـئاً بينهما ، وعمل العامل من غير شروط ، فله قراض مثله .

ووجه القول الثـاني أن إطلاق لفظ الشركة يقتـضي تساوي الشريكين، ولا يعدل عن ذلك إلا ببيان ، فيحمل عند الإطلاق على ظاهره (٣).

ويقول المالكيــة قال الحسن وابن ســيرين والأوزاعي (٤)، والراجح قول الجمــهور ، لأن عدم التحـديد غرر وجهالة ، وقـد نهى رسول الله ﷺ عن الغرر (٥)، والجهالة تفضي إلى النزاع .

أما قول المالكيــة فليس ببعيد عن هذا ، لأنهم جعلوا الجهـالة وعدم بيان الربح في العقـد ، كالمعلوم المحدد بالعرف أو الغـالب ، ولذا قالوا يرد إلى قراض مـثله ، أو يكون الربح بينهـما مناصفـة ، وبهذا لم يبق نـصيب كل

---

(١) المحلى لابن حزم ج٨ ص٢٤٧ .

(٢) المدونة ج٥ ص٩٠ .

(٣) المنتقى للباجي ج٥ ص١٥٢ .

(٤) المغني لابن قدامة ج٥ ص٣٣ .

(٥) حديث النهي عن بيع الـغرر في صحيح مـسلم كتاب البـوع ، انظر شرح النووي لصحـيح مسلم ج١٠ ص١٥٧ ، ط دار الفكر ، بيروت ١٤٠١هـ .

منهما في الربح مـجهولاً ، وهذا مبني على مبدأ تصحـيح العقود أولى من الحكم بفسادها ما أمكن ذلك .

الفرع الثاني : عدم جواز تحديد نصيب أحد بعدد معين :

فلو حُدِّد للعامل أو لرب المال مائة درهم مثلاً كل شهر أو سنة ما صح ذلك ، حتى ولو كـان ذلك مضافاً إلى تحـديد بالنسبة وهذا موضـع إجماع بين الفقـهاء ، قـال ابن المنذر : أجمع كل من نحـفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض ، إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة (١).

وهذا هو المنصوص عليه في المذاهب الفقهية الأربعة ، قال النووي وهو يعـدد شروط الربح عن الشـافعـية : الشـرط الرابع أن يكون العلم به من حيث الجـزئية ، لا من حـيث التقدير ، فلو قـال : لك من الربح ، أو لي منه درهم أو مائة ، والباقي بيننا نصفين ، فـسد القراض وكذا لو قال : نصف الربح إلا درهما (٢)، وكذلك لو اختص أحدهما بربح سلعة معينة .

ومن الحنفـية يقـول الكاساني : أن يـكون المشروط لكل واحـد منهمـا -المضارب ورب المال- من الربح جزءاً شائعاً ، نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً ، فإن شرطا عدداً مـقدراً ، بأن شرطا أن يكون لأحدهمـا مائة درهم من الربح أو أقل أو أكـثر ، والبـاقي للآخـر لا يجوز ، والمضـاربة فـاسدة ، وكـذلك إن شرطا أن يكون لأحـدهما النصف أو الثلث ومائة درهم ، أو قـالا : إلا مائة درهم ، فإنه لا يجوز (٣).

ونقل عن محمد بن الحسن صحة العقد وإلغاء الشرط ، كما لو قال رب المال للمـضارب لك ثلث الربح وعـشرة دراهم في كل شـهر ما عـملت في المضاربة ، صحت المضاربة من الثلث وبطل الشرط (٤).

---

(١) المغني لابن قدامة ج٥ ص٣٨ .

(٢) روضة الطالبين ج٥ ص١٢٣ .

(٣) بدائع الصنائع ج٦ ص٨٥ .

(١) بدائع الصنائع ج٦ ص٨٦ .

وفي المدونة : أرأيت إن أخذ المال على أن لرب المال درهماً واحداً من الربح ، وما بقي بعد ذلك فهو بينهما ، فعمل على ذلك ، فربح أو وضع، قال مالك : يكون الربح لرب المال ، والنقصان عليه ، ويكون للعامل أجرة مثله [1]، ومعنى هذا أنه حكم على عقد القراض بالفساد . كما نقل عن الإمام مالك عدم جواز اختصاص أحد العاقدين بربح جزء معين من رأس المال [2].

ويعلل ابن قدامة الحنبلي عدم جواز اختصاص أحد الشركاء بدراهم معلومة بأحد أمرين :

الأول : أنه إذا شرط دراهم معلومة ، احتمل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح ، واحتمل أن لا يربحها ، فيأخذ من رأس المال جزءاً، وقد يربح كثيراً ، فيتضرر من شرطت له الدراهم .

الثاني : لأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ، ربما توانى في طلب الربح ، لعدم فائدته فيه ، وحصول نفعه لغيره ، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح [3].

وبهذه النصوص الفقهية لعلمائنا الأقدمين ، يتضح ضعف قول القائلين من المعاصرين [4]، بجواز تحديد الربح بالكم ، بدعوى أن هذه شروط اجتهادية ، لا تستند إلى نصوص شرعية ملزمة ، وإنما استنبطها الفقهاء من أحوال المضاربة وأوضاعها التي استقرت عليها في الجاهلية وانتقلت بها إلى الإسلام ، أو أنها مستندة إلى قواعد عامة ، فهي قابلة للنظر والاجتهاد حسب المصلحة ، وما يمليه العصر .

---

(١) المدونة ج٥ ص١٠٩ .

(٢) المدونة ج٥ ص٩٠ .

(٣) المغني ج٥ ص٣٨ .

(٤) منهم الشيخ علي الخفيف في بحث قدمه للمؤتمر السابع لمجمع البحوث بالأزهر عن حكم شهادات الاستثمار ، ومنهم الشيخ ياسين سويلم طه في بحثه عن شهادات الاستثمار المقدم للمؤتمر السابع بمجمع البحوث أيضاً .

ويزيد من ضعف هذه الأقوال وردها اعتـراف أصحاب هذه الأقوال أن صفة المضاربة منقولة من أفعال الصحابة التي أقرهم الرسول ﷺ فهي إذاً ثابتة بالسنة التـقريرية كما أنها ثابتـة بالإجماع عبر القـرون الماضية ، من لدن الصـحابة رضـوان الله عليـهم إلى من بعـدهم ، قال ابن عـبد البـر : وأجمعـوا أن القراض لا يكون إلا على جزء معلوم من الربح نصـفاً كان أو أقل أو أكثر (١).

وهي كذلك ثابتـة على هذا بالقياس على عـقد مماثل ثابت بالسنة ، وهو عقد المزارعـة ، إذ كل منهما مشاركة بالمال من جـانب ، وبالعمل من جانب آخر ، فتأخذ حكمها ، وفي المزارعـة لا يجوز تحديد نصيب العامل أو مالك الأرض بمكان معين ، بل على جزء شائع مما تنبت كالنصف والثلث .

ففي صـحيح البـخاري عن رافع بن خـديج قال : كنا أكثـر أهل المدينة حقلاً ، وكان أحدنا يكري أرضه فيقول : هذه القطعة لي ، وهذه لك، فربما أخرجت هذه ، ولم تخرج هذه ، فنهاهم النبي ﷺ (٢).

وفي صـحيح مـسلم "كان الناس يؤاجـرون على عهـد النبي ﷺ على الماذيانات وأقبال الجداول وأشياء من الزرع فيهلك هذا ويسلم هذا، ويسلم هذا ويهلك هذا ، فلم يكن للناس كراء إلا هذا ، فلذلك زجر عنه (٣).

وذهب بعض المعاصرين (٤) إلى جواز اشتراط مـبلغ معين لأحد طرفي المضـاربة إذا بلغ الربح قـدراً مـعيناً ، كـيـلا يؤدي ذلك الشـرط إلى قطع الشركـة ، الذي علل به الفقهـاء فساد المضـاربة ، كما ذكـر ذلك الكاساني بقوله "وإن شرطا أن يكون لأحدهمـا مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر، والبـاقي للآخـر ، لا يجـوز والمضـاربة فـاسـدة ، لأن المضـاربة نوع من

---

(١) الاستذكار لابن عبد البر نقلاً من كتاب المضاربة الشرعية د. حسن الأمين ص٤٠ .

(٢) صحيح البخاري كتاب الحرث والمزارعة باب ما يكره من الشروط في المزارعة .

(٣) صحيح مسلم كتاب البيوع باب كراء الأرض ، والماذيانات : ما ينبت على حواف النهر ومسيل الماء .

(٤) وهذا قول الشيخ علي الخـفيف في كتابه الشركات ص٨٥ . وقول د. صـديق الضرير في مجلة البنوك الإسلامية عدد ١٩ لعام ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .

الشـركة، وهي الشـراكة في الربح ، وهذا شـرط يوجب قطع الشركـة في الربح ، لجواز ألا يربح المضارب إلا هذا القـدر ، فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر ، فلا تتحقق الشركة ، فلا يكون التصرف مضاربة [1].

ولا شك أن مذهب الجمهور هو الراجح بـل هو المجمع عليه ، أما أقوال المعاصرين فهي خطوة لإباحة الفوائد المصـرفية ، وإعطائها لباس المضاربة الشرعية .

الفرع الثالث :

أن يكون الربح بين العـامل ورب المال ، فلو اتفقـا على أن جمـيع الربح للعامل ، أو جميعه لرب المال، ما صح ذلك الاتفاق عند الجمهور، ثم اختلف الفقهاء ، هل يُرد ذلك العقد إلى مضاربة مثله فيأخذ كل طرف في العقد ما يستحق ؟ أم يكون ذلك الاتفاق قرينة على أنه ليس بقصد مضاربة ؟

وسبب الخـلاف إعمـال الألفاظ والمباني ، أو ترجـيح المقاصـد والمعاني والقرائن ، فقـد فرق الحنابلة بين ما لو كان العقـد بلفظ المضاربة ، أو كان بلفظ آخر .

فقال ابن قـدامة : وإن قال : خذ هذا المال ، فاتجـر به ، وربحه كله لك، كان قرضاً ، لا قراضاً ، لأن قوله "خذه فاتجر به" يصلح لهما ، وقد قرن به حكم القـرض ، فانصـرف إليه ، وإن قـال مع ذلك "ولا ضمـان عليك" فهذا قرض شرط فيه نفي الضمان ، فلا ينتفي بشرطه ، كما لو صرح به، فقال : خذ هذا قرضاً ولا ضمان عليك .

وإن قال : خذه فاتجر به ، والربح كلـه لي ، كان إبضاعاً ، لأنه قرن به حكم الإبضـاع ، فانصـرف إليه ، فـإن قـال مع ذلك "وعليك ضمـانه" لم يضمنه، لأن العقد يقتضـي كونه أمانة غير مضمونة، فلا يزول ذلك بشرطه وإن قال: خذه مضاربة ، والربح كله لك ، أو كله لي ، فهو عقد فاسد [2].

---

(١) بدائع الصنائع ج٦ ص٨٦ .

(٢) المغني لابن قدامة ج٥ ص٣٥ .

ولم يفرق الحنفية بين ما لو كانت بلفظ المضاربة أو بغيره من الألفاظ، فأخذوا بالمقاصد والقرائن ، قال الكاساني : ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض عند أصحابنا ، لأنها لا تصح مضاربة فتصح قرضاً، حيث أتى بمعنى القرض ، والعبرة في العقود لمعانيها ، وعلى هذا ، إذا شرط جميع الربح لرب المال ، فهو إبضاع عندنا ، لوجود معنى الإبضاع(١).

والقولان السابقان منقولان عن الشافعية ، قال النووي : الشرط الثاني للربح ، أن يكون مشتركاً بينهما ، فلو قال قارضتك على أن يكون جميع الربح لك فوجهان أصحهما أنه قراض فاسد رعاية للفظ ، والثاني أنه قراض صحيح رعاية للمعنى ولو قال : قارضتك على أن الربح كله لي، فهل هي قراض فاسد ، أم إبضاع ، فيه وجهان (٢).

ويجوز عند المالكية أن يتفق رب المال والعامل على أن جميع الربح لأحدهما ، كأن يقول رب المال للعامل : اعمل بهذا المال ، والربح الحاصل كله لك ، وحينئذ يخرج عن كونه قراضاً ، ويصبح قرضاً ، وضمانه على العامل ، لأنه انتقل من الأمانة إلى الذمة ، ما لم يشترط العامل على رب المال عدم ضمانه ، أو يكون العقد بلفظ القراض ، فيكون الضمان في هاتين الصورتين على رب المال ، فإن اجتمع أن يكون العقد بلفظ القراض واشترط رب المال على العامل الضمان ، فسد العقد ، كأن يقول رب المال للعامل : خذ هذا المال واعمل به قراضاً ، ولك جميع ربحه ، على أن تكون ضامناً لرأس المال إن هلك أو خسرته فسد ذلك القراض ، وحينئذ هل يكون الربح للعامل كما شرطاه أو يرد إلى قراض مثله (٣).

والراجح -والله أعلم- صحة ما يشترط العاقدان من جعل الربح لأحدهما ، لأنه صريح اتفاقهما ، ويخرج بذلك عن كونه مضاربة ، إذ لا

---

(١) بدائع الصنائع ج٦ ص٨٦ ، والبضاعة طائفة من مالك تبعثها للتجارة ، مختار الصحاح ص٥٥ .

(٢) روضة الطالبين ج٥ ص١٢٢ .

(٣) شرح منح الجليل للشيخ محمد عليش ج٣ ص٦٧٦ ، وحاشية الدسوقي ج٣ ص٥٢٣ .

يتفق ما اشترطاه وحقيقة المضاربة ويلحق حينئذ بأقرب عقد مشروع من قرض أو إبضاع ، سواء كان بلفظ المضاربة أو غيره .

الفرع الرابع : هل يجوز إشراك ثالث في الربح :

من المعلوم أن الربح حق ثابت للعامل و رب المال ، دائر بينهما ، يستحقه العامل بعمله ، ويستحقه رب المال لكونه نماء ماله ، لكن هل يجوز لهما أن يُشركا معهما شخصاً ثالثاً بجزء من ذلك الربح ؟

كأن يتفق العامل و رب المال على قسمة الربح أثلاثاً مثلاً ، ثلث للعامل، وثلث لرب المال ، وثلث لشخص ثالث ؟

بحث الفقهاء هذه المسألة ، وفصلّوا فيها وفرعوا ، وبينوا الحكم لها، فاتفقوا واختلفوا ، وجعلوا لها أربع صور .

فقالوا : إما أن يكون ذلك الجزء المشروط مقابل عمل ، أو دون مقابل، وإما أن يكون لأجنبي عنهما ، أو لقريب لأحدهما وكأن المقدار المشروط لمشترطه ، وبذلك تكون الصور كما يلي :

١- الجزء المشروط لأجنبي ومقابل عمله :

وهذا جائز وصحيح ، وكأن رب المال دفع ماله مضاربة مع رجلين، وبهذا قال الشافعية[١] والحنابلة[٢] والحنفية[٣] والمالكية[٤] ، إلا أن المالكية اشترطوا تساوي حظ العامل والأجنبي ، لأنهما كالشريكين بأبدانهما ، فلا يجوز تفاضلهما [٥].

٢- الجزء المشروط لأجنبي ودون مقابل :

وهذا محل خلاف ، ذهب الشافعية إلى بطلان عقد المضاربة لأن الربح

---

(١) روضة الطالبين ج٥ ص١٢٢ .

(٢) المغني ج٥ ص٣٦ .

(٣) شرح العناية على الهداية ج٧ ص٧٣ .

(٤) المنتقى للباجي ج٥ ص١٥٤ .

(٥) كتاب المضاربة للماوردي ، تحقيق د. عبد الوهاب حواس ص١٤٣ .

من اختصاصهـما ، فيمتنع شرط بعضه لثالث ، مـا لم يكن اشتراطه مقابل عمل [١]، وبهذا قال الحنابلة [٢]، لأنه شرط فاسد متـعلق بالربح فيفسد به العـقد وذهب الحنفـيـة إلى صحـة العقـد وإلغـاء الشرط ، ويكون الجـزء المشروط لرب المال ، لأنه تبع لأصله وهو رأس المال ، وليس لـلعامل إلا ما شرط لنفسه مقابل عمله [٣].

أما المالكية [٤] فذهبوا إلى صحـة العقد والشرط ، لأنه شكل من أشكال التبرع والربح حق دائـر بينهما فلهما الاتفـاق على توجيهه وصـرفه حسب إرادتهمـا ، ولعل هذا القول أرجـحهـا لصحة تـعليله ، وهو قول يفـيد في العصر الحـاضر ، فيما يتفق عليـه الشركاء من احتجـاز نسبة من الأرباح للاحتياط وجبر ما يطرأ من خسارة في المسـتقبل ، وهذه النسبة يستحقها ويستفيد منها من بقي مستمراً فـي المضـاربة دون المنسحبين ، كما يستفيد منهـا المشارك الجـديد في حـالة جبـر الخسـارة منهـا ، أو توزيعهـا على المشتركين .

٣- إذا كان المشروط يعود إلى مشترطه ودون عمل أو مقابل :

كما لو اشترط رب المال جزءاً من الربح لعبده دون أن يشترط عمله مع العامل وهذه الصورة لم يخـالف أحد من أهل العلم في صحتـها وجوازها، وكأن رب المال اشترط لنفسه حصته وحصة عبده .

٤- إذا كان المشروط يعود إلى مشترطه ولكن مقابل عمل ذلك الأجنبي:

كما لو اشترط رب المال أن يعمل عبده مع العامل واشترط له جزءاً من الربح فقد أجـاز ذلك جمهور الفـقهاء [٥]، ومنعه الشافـعية ، فقـالوا بفساد المضاربة لاشتراط عمل العبد مع العامل، وليس لاشتراط جزء من الربح له.

---

(١) نهاية المحتاج ج٥ ص٢٢٥ .

(٢) كشاف القناع للبهوتي ج٥ ص٥١١ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج٨ ص٣٠٤ .

(٤) الشرح الصغير ج٣ ص٦٩٢ .

(٥) المنتقى ج٥ ص١٥٤ .

وعلى الرغم من عدم وجود عبيد أرقاء في العصر الحاضر ، فإن بحث هذه المسألة قد يفيد في القياس عليها كمسألة اشتراط عمل المعدات والآلات وإعطائها حصة شائعة من الربح ، كالجزء المشترط للعبد ، كما لو دفع رب المال إلى العامل مالاً ليتجر به ، ودفع إليه سيارة ليعمل عليها ، واشترط عليه ثلثاً لرب المال وثلثاً للعامل وثلثاً للسيارة .

الفرع الخامس: تقسيم الأرباح قبل إنهاء المضاربة وتسليم رأس المال لربه:

دأبت كثير من شركات المضاربة المعاصرة على توزيع أرباح شهرية أو سنوية ، بل بعضها أسبوعية ، مع استمرار عقد المضاربة ، وبقاء رأس المال في يد المضارب ، فما حكم ذلك ؟

ذهب جماهير الفقهاء إلى عدم جواز توزيع الأرباح إلا بعد تسليم رأس المال لصاحبه ، حيث لا يجزم بالربح إلا بعد سلامة رأس المال ، وسلامة رأس المال برده وتسليمه لمالكه وبهذا قال عامة فقهاء المذاهب الأربعة .

قال البهوتي الحنبلي : وليس للمضارب ربح حتى يُستوفى رأس المال، قال في المبدع "بغير خلاف نعلمه" ، يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال لربه [1].

وقال الونشريسي المالكي : ولا يصح أن يأخذ العامل من الربح قبل قبض رب المال رأس ماله ، ولو أذن له في ذلك رب المال ، ويرد ما قبض ولا يفسد القراض [2].

وهذا ما نص عليه مالك في الموطأ "في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً، فعمل فيه ، فجاءه ، فقال له : هذه حصتك من الربح ، وقد أخذت لنفسي مثله ، ورأس مالك وافر عندي" ، قال مالك : لا أحب ذلك ، حتى يُحضر المال كله ، فيحاسبه ، حتى يحصل رأس المال ويعلم أنه وافر،

---

(١) كشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٥١٧ .

(٢) المعيار المعرب ج٥ ص٢٠١ .

ويصل إليه ، ثـم يقتسـمان الربح بينهـما ، ثم يرد عليـه المال إن شاء ، أو يحبسـه ، وإنما يجب حضور المال مخـافة أن يكون العامل قد نـقص فيه، فـهو يحب أن لا ينزع مـنه ، وأن يقره في يده" قـال البـاجي في شرحـه للموطـأ : وهذا على ما قال أنـه لا يجوز أن يقاسم الـربح إلا بعد رد رأس المال وقبض صاحـبه له ، لأننا قد بينّا أن العامل لا يملك حـصته من الربح إلا بعد القـسمة ، والربح تبع في القسـمة لرأس المال ، لا تصح قسـمته إلا بعـد ذلك ، لأن مقـتضى القـراض أن يُجبـر رأس المال بالربح ، ولو عقـدا القراض على خـلاف ذلك لم يصح ، وهذا الحكم ثابت فيـه ، حتى يُرد إلى صاحبه ، ويصير بيديه [١].

وكذلك يقـول الكاساني الحنفي : وإنما يظهـر الربح بالقسمـة ، وشرط جواز القـسمة قـبض رأس المال ،فلا تصح قـسمة الربح قـبل قبض رأس المال[٢].

ويمثل السرخـسي لذلك بقوله : إذا دفع إلى رجل ألف درهم مـضاربة بالنصف ، فربح ألفـاً ، فاقتسـما الربح ، وأخذ كل واحد منهـما خمسـمائة لنفسه ، وبقي رأس مال المضـاربة في يد المضارب على حاله حتى هلك، أو عمل بها فوضع فيها ، فإن قسمـتهما باطلة ، والخمسمائة التي أخذها رب المال تُحتـسب من رأس ماله ، ويغرم له المضـارب الخمسمـائة التي أخذها لنفسه ، فيكون له من رأس ماله ، وما هلك فهو من الربح [٣].

ويرى الشافعـية عدم إجبار أحـد طرفي عقد المضاربة قـسمة الربح إذا طلب ذلك الطرف الآخر قـبل انتهاء المضاربة ، يقـول الشيرازي : وإن طلب أحد المتقارضين قسمة الربح قبل المفاصلة ، فامتنع الآخر ، لم يجز إجباره، لأنه يقـول الربح وقـاية لرأس المال فـلا أعطيك حـتى تُسلم لي رأس المال،

---

(١) المنتقى للباجي ج٥ ص١٧٨ .

(٢) بدائع الصنائع ج٦ ص١٠٧ .

(٣) المبسوط للسرخسي ج٢٢ ص١٠٥ .

وإن كان الـذي امتنع هو العـامل لم يجز إجـباره ، لأنه يقـول لا نأمن أن نخسر فنحتاج أن نرد ما أخذه (١).

ومن هذه النصوص الفقهيـة يظهر أن الأصل عدم جواز توزيع الأرباح الناتجة إلا بعد إنهاء المضاربة واستلام رب المال رأسماله .

لكن إن تم التراضـي على قسمـة الربح الحاصل أو بعض الربح ، فـما يأخذه العامل لا يملكه ملكاً مـستقراً ، بل يبقى معلقاً حـتى تنتهي المضاربة ويستلم رب المال رأسماله ، فإن حـصل خسران رجع رب المال على العامل فيما أخـذ ، وهذا ما ذكره المالكية والحنفية والشافـعية والحنابلة ، قال ابن المنذر : إذا اقتسما الربح ولم يقـبض رب المال رأس ماله ، فأكثر أهل العلم يقولون "يرد العامل الربح حتى يستوفي رب المال ماله" .

قال صـاحب الدر المختـار : وإن قسم الربح وبقيت المضـاربة ثم هلك المال أو بعضه ترادا الربح (٢).

قال النووي : ولو اقتـسما الربح بالتراضي قبل فسخ العـقد لم يحصل الاستقرار ، بل لو حصل خسران بعده ، كان على العامل جبره بما أخذ (٣).

قال ابن قـدامة : وإن تراضيـا على ذلك -أي قسمـة الربح- جاز ، لأن الحق لهما ، وسواء اتفقا على قسمة جميعه أو بعضه ، أو على أن يأخذ كل واحد منهما شيئاً معلوماً ينفقه ، ثم متى ظهر في المال خسران أو تلف كله، لزم العامل رد أقل الأمرين ، ما أخذه ، أو نصف خسران المال ، إذا اقتسما الربح نصفين (٤).

والمراد أن يرد جمـيع ما أخذه إن كـانت الخسارة أكثـر مما أخذه ، لأن العامل غـير ضامن لرأس المال ، وإن كـانت الخسارة أقل مما أخذ ، فـيرد

---

(١) المهذب ج١ ص٣٩٤ .
(٢) تكملة حاشية ابن عابدين ج٨ ص٣١١ .
(٣) روضة الطالبين ج٥ ص١٣٧ .
(٤) المغني ج٥ ص٦٤ .

نصف الخسـارة ، وما بقي فهو له كـحصة من الربح ، أما مـا يأخذه رب المال فـهو مـن رأس ماله ، فلو أعـطى رجل ألف درهم لعـامل على نصف الربح ، فـربح العامل ألفين ، فـأخذ رب المال ألفـاً والعامل ألفـاً ، واستـمر العمل بالألف الثالثة حتى هلكت ، كان ما أخذه رب المال هو رأس المال، وما أخذه العامل هو جـميع الربح ، ولذا يغرم العامل لـرب المال نصف ما أخذه وهو خمسمائة درهم .

وكذلك لو عمل بالألف الثالثة فربح مـالاً عظيماً ، كان ما أخذه رب المال هو رأس ماله ، ثم يأخذ رب المال ألفاً من الربح مـقابل ما أخذه العامل ، ثم يقتسمان ما تبقى من الربح ، وبهذا قال الحنفية (١).

ويرى بعض الفـقـهاء أن مـا أخـذه رب المال من العـامل يُعـد فـسخـاً للمضاربة في القـسط المأخوذ ، وتبقى المضاربة سارية في القـسط المتبقي من رأس المال ، ومـثال ذلك لو أعطى رجل مـائة درهم لعـامل على نصف الربح ، فربح العامل عشرين درهماً ، فـأخذها رب المال ، فيعد ذلك رجوعاً من رب المال بسدس المال وربـحه ، فيـبقى له ثلاثة وثمانـون درهماً وثلث الدرهم من رأس المال ، ويكون ما أخذه هو ستـة عشر درهماً وثلثا الدرهم من رأس المال ، وثلاثة دراهم وثلث الدرهم ربحها ، وبهذا قـال الشافعية(٢) والحنابلة (٣).

وفي هذه الحالة يثبت للـعامل حصته من الربح لذلك المقـدار المسحوب من قـبل رب المال ، وهو درهم وثلثـا الدرهم ، أي نصف الربح المـقبـوض (ثلاثة دراهم وثلث) وسواء قبض العامل تلك الحصة أم لا .

وذهب ابن حزم إلى صحة قسمة الأربـاح ، مع استمرار عقد المضاربة، وبقاء رأس المال بيـد العامل ، وينتج من ذلك القسم تملك كل واحد مـنهما

---

(١) المبسوط للسرخسي ج٢٢ ص١٠٥-١٠٦ .

(٢) روضة الطالبين ج٥ ص١٤٤ .

(٣) المغني لابن قدامة ج٥ ص٥٨ .

لحصته ، ملكاً مستقراً ، لا عودة فيه وإن اختلف الحال ، فحصل خسران لبعض رأس المال أو كله .

قال ابن حزم في المحلى : وكل ربح ربحاه فلهما أن يتقاسماه ، فإن لم يفعلا ، وتركا الأمر بحسبه ، ثم خسر في المال فلا ربح للعامل ، وأما إذا اقتسما الربح فقد ملك كل واحد منهما ما صار له ، فلا يسقط ملكه عنه، لأنهما على هذا تعاملا ، وعلى أن يكون لكل واحد منهما حظ من الربح، فإذا اقتسماه فهو على عقدهما المتفق على جوازه ، فإن لم يقتسماه فقد تطوعا بترك حقهما ، وذلك مباح [1].

ونقل عن الحنابلة [2] جواز قسمة الأرباح بعد المحاسبة إذا أصبح جميع رأس المال نقوداً ، ويستقر بذلك ملك العامل لما أخذ ولا يجبر منه خسران وقع بعد ذلك .

والراجح -والله أعلم- عدم توزيع الأرباح إلا عند انتهاء عقد المضاربة، فإن وقع وتم توزيع أرباح قبل إنهاء المضاربة ، فهو توزيع مبدئي ، لا يترتب عليه استقرار ملك العامل لما أخذ من أرباح ، حتى ينسحب رب المال من المضاربة بأخذ رأسماله وربحه .

لكن للعامل أن يأخذ من مال المضاربة ما يحتاج إليه من النفقة بإذن رب المال ، ويحتسب عليه في نهاية المضاربة جميع ما أخذه ، فإن كان ربح حسم من ربحه ، وإلا فهو دين في ذمته ، يلزمه قضاؤه ، لأن هذا عقد مضاربة ، لا عقد إجارة ، حتى يستحق المضارب كل فترة من الزمن شهرياً أو سنوياً حصة من الربح ، وقد ذهب بعض المعاصرين إلى جواز توزيع الأرباح ،مع استمرار عقد المشاركة ، وبالطبع حكموا بتملك كل طرف لما قبض ، وذكروا لذلك حججاً ليست بقوية ، كقول د. عبد العزيز الخياط "فقد جرت العادة أن توزع الأرباح سنوياً ، بإعداد ميزانية سنوية للشركة،

---

(١) المحلى لابن حزم ج٨ ص٢٤٨ .

(٢) حاشية النجدي على الروض المربع ج٥ ص٤٦٢ .

وذلك لأن الغرض من الشركة الربح ، والشريك يأمل أن ينال أرباحه دورياً، ليجني ثمار اشتراكه في الشركة ، وإذا انتظر إلى حين إغلاق حساباتها أو تصفية موجوداتها ، فربما لم يأخذ من أرباحه شيئاً مدة طويلة من الزمن ، لأن الغالب أن تستمر الشركات أمداً طويلاً" (١)، وكقول الدكتور محمد شبير "فتقدر نسبة الأرباح في كل سنة إلى رأس المال، وتوزع على أصحاب الأموال بحسب كل مال وفترة استثماره ، عملاً بقاعدة (إذا ضاق الأمر اتسع)" (٢).

فقول د. الخياط "والشريك يأمل أن ينال أرباحه دورياً" غير كاف في تبرير توزيع الأرباح قبل عودة رأس المال ، لأن الأمل لا يقدم ولا يؤخر في الحكم جوازاً أو منعاً وصحة أو فساداً .

إلا أن قول د. الخياط قد يكون مقبولاً في الشركات بشكل عام، كالعنان والمفاوضة أو الشركات المساهمة ، لأن ما يوزع يتم باتفاق أرباب الأموال أنفسهم ، وبصفتهم ملاكاً لرأس المال ، وهذا لا يستقيم مع المضاربة ، لأن الربح الموزع على طرفين ، أحدهما يستحقه بنماء ماله، والآخر يستحقه بالعمل ، أما قول د. شبير "إذا ضاق الأمر اتسع" فما أظن أن هناك ضرورة أو حاجة توصل إلى الضيق المانح للتوسع .

والحمد لله رب العالمين

---

(١) كتاب الشركات للدكتور عبد العزيز الخياط ج١ ص١٥٦ .

(٢) المعاملات المالية المعاصرة للكتور محمد شبير ص٣٠٧ .

ملحق يحتوي على تعريف بالأعلام الذين وردت أسماؤهم في خلال البحث

– إبراهيم بن أحمد أبو إسحاق المروزي صاحب ابن سريج فقيه شافعي انتهت إليه رياسة العلم في بغداد (ت٣٤٠هـ) الأعلام ج١ ص٢٢ .

– إبراهيم بن خالد الكلبي أبو ثور أحد أئمة الدنيا فقهاً وعلماً وورعاً وفضلاً (ت٢٤٠هـ) الأعلام ج١ ص٣١ .

– إبراهيم بن علي أبو إسحاق الشيرازي ، فقيه شافعي ، مفتي عصره قوي الحجة (ت٤٧٦هـ) الأعلام ج١ ص٤٤ .

– أحمد بن إدريس شهاب الدين القرافي ، فقيه مالكي أصولي (ت٦٨٤هـ) الأعلام ج١ ص٩٠ .

– أحمد بن عمر أبو العباس بن سريج فقيه الشافعية في عصره له نحو ٤٠٠ مصنف (ت ٣٠٦هـ) الأعلام ج١ ص١٧٨ .

– أحمد بن محمد الطحاوي ، فقيه انتهت إليه رياسة الحنفية بمصر له شرح معاني الآثار (ت ٣٢١هـ) الأعلام ج١ ص١٩٧ .

– أحمد بن محمد العدوي أبو البركات الشهير بالدردير ، فقيه مالكي له الشرح الكبير على مختصر خليل (ت ١٢٠١هـ) الأعلام ج١ ص٢٣٢ .

– أحمد بن يحيى التلمساني فقيه مالكي ، له المعيار المعرب (ت٩١٤هـ) الأعلام ج١ ص٢٥٥ .

– أشهب بن عبد العزيز القيسي كان صاحباً للشافعي تولى رئاسة الفقه في مصر أخذ عن الليث ومالك وعليه تفقه ، مات بمصر – الأعلام ج١ ص٣٣٥ .

- الحسن بن الحسين أبو علي بـن أبي هريرة فقيه شافـعي انتهت إليه إمامة الشافعية في العراق ، كان عظيم القدر مهيباً (ت٣٤٥هـ) الأعلام ج٢ ص٢٠٢ .

- الحسن بن يسار البصري تابعي جليل ، حبر الأمة في زمنه (ت١١٠هـ) الأعلام ج٢ ص٢٤٢ .

- زفر بن الهذيل العنبري فقيه كبير من أصحاب أبي حنيفة (ت١٥٨هـ) الأعلام ج٣ ص٧٨ .

- سفيان بن سعيد الثوري أمير المؤمنين في الحديث ، وسيد زمانه في علوم الدين والتقى (ت١٦١هـ) الأعلام ج٣ ص١٥٨ .

- سليمان بن خلف الباجي أبو الوليد فقيه مالكي كبير ، له كتاب المنتقى في شرح الموطأ (ت٤٧٤هـ) الأعلام ج٣ ص١٨٦ .

- عبد الرحمن بن أحمد أبو المطرف بن بشير قاضي الجماعة فقيه مالكي من الطبقة التاسعة أخذ عن أبي محمد الباجي وصحب قاضي الجماعة أحمد بن ذكوان (ت٤٢٢هـ) شجرة الثور الزكية ص١١٣ .

- عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي إمام الديار الشافعية فقيه مجتهد (ت١٥٧هـ) الأعلام ج٤ ص٩٤ .

- عبد الرحمن بن القاسم العتقي فقيه مالكي (ت١٩١هـ) بمصر، الأعلام ج٤ ص٩٧ .

- عبد السلام بن سعيد التنوخي الملقب بسحنون ، فقيه مالكي انتهت إليه رياسة العلم في المغرب (ت٢٤٠هـ) الأعلام ج٤ ص١٢٩ .

- عبد الكريم بن محمد الرافعي من كبار فقهاء الشافعية له فتح العزيز شرح الوجيز للغزالي (ت٦٢٣هـ) الأعلام ج٤ ص١٧٩ .

- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي من أكابر فقهاء الحنابلة صاحب

تصانيف كثيرة منها المغني وروضة الناظر (ت٦٢٠هـ) الأعلام ج٤ ص١٩١ .

- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني فقيه محدث مفسر ، من أصحاب الترجيح في الفقه الحنفي صاحب كتاب الهداية (ت٥٩٣هـ) الأعلام ج٥ ص٧٢ .

- علي بن أحمد بن حزم الظاهري عالم الأندلس في عصره له كتاب المحلى (ت٤٥٦هـ) الأعلام ج٥ ص٥٩ .

- علي بن سليمان المرداوي فقيه حنبلي له كتاب الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (ت٨٨٥هـ) الأعلام ج٥ ص١٠٤ .

- علي بن محمد أبو الحسن الماوردي فقيه شافعي ، ولي القضاء كثيراً له الأحكام السلطانية والحاوي الكبير (ت٤٥٠هـ) الأعلام ج٥ ص١٤٦ .

- عمر بن الحسين الخرقي فقيه حنبلي ، صاحب المختصر المعروف بمختصر الخرقي (ت٣٣٤هـ) الأعلام ج٥ ص٤٤ .

- محمد بن إبراهيم بن المنذر فقيه مجتهد له تصانيف عظيمة (ت٣١٩هـ) بمكة ، الأعلام ج٦ ص١٨٤ .

- محمد بن أحمد الرملي فقيه مصر في عصره ومرجعها في الفتوى يقال له الشافعي الصغير (ت١٠٠٤هـ) الأعلام ج٦ ص٢٣٥ .

- محمد بن أحمد أبو الوليد بن رشد "الجد" زعيم الفقهاء من الطبقة الحادية عشرة من فقهاء المالكية من أشهر كتبه البيان والتحصيل (ت٥٢٠هـ) شجرة النور الزكية ص١٢٩ .

- محمد بن أحمد بن سهل السرخسي من كبار فقهاء الأحناف من أشهر كتبه المبسوط (ت٤٨٣هـ) الأعلام ج٦ ص٢٠٨ .

- محمد بن أحمد العتبي فقيه مالكي له المستخرجة العتبية على الموطأ

(ت٢٥٥هـ) الأعلام ج٦ ص١٩٧ .

- محمد بن أحمد بن عرمة الدسوقي فقيه مالكي صاحب الحاشية على الشرح الكبير (ت١٢٣٠هـ) الأعلام ج٦ ص٢٤١ .

- محمد بن أحـمد بن عليش فقيه مالكي تولى مشـيخة المالكية بالأزهر له منح الجليـل وفتـح العلي المالك في الفـتـوى على مـذهب الإمـام مـالك (ت١٢٩٩هـ) الأعلام ج٦ ص٢٤٤ .

- محمد بن الحـسن الشيباني تلميذ أبي حنيـفة ، وهو الذي نشر علمه كان فصيحاً بليغاً (ت١٨٩هـ) الأعلام ج٦ ص٣٠٩ .

- محمد بن سيرين مولى أنس بن مالك تابعي إمام عصره في البصرة (ت١١٠هـ) الأعلام ج٧ ص٢٥ .

- محمد بن عـبد الله القرطبي أبو عبد الله بن عتـاب شيخ المفتين بها ، مالكي من الطبـقة العاشرة تفـقه على ابن بشير وصـحبه اثني عشـر عاماً وكتب له مدة قضائه (ت٤٦٢هـ) شجرة النور الزكية ص١١٩ .

- منصـور بن يونس البـهـوتي شيخ الحنـابلة بمصر فـي عصـره له تصانيف كثـيرة منها الروض المربع وكشـاف القناع (ت١٠٥١هـ) الأعلام ج٨ ص٢٤٩ .

- يحيـى بن شرف النووي أبو زكـريا محي الدين فـقيـه محـدث إمام الشافـعية في عصـره له تصانيف منوعة عظيمـة (ت٦٧٦هـ) الأعلام ج٩ ص١٨٤ .

- يوسف بن عبد الله القرطبي أبو عمر بن عبد البر محدث فقيه مالكي حافظ المغرب (ت٤٦٣هـ) الأعلام ج٩ ص٢١٦ .

بيان بطبعات المراجع المدونة بحاشية البحث

مراجع الفقه الحنفي :

١- الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود الموصلي ، وعليه تعليقات الشيخ محمود أبو دقيقة ، الناشر دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الثالثة ١٣٩٥هـ ، ١٩٧٥م .

٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - علاء الدين أبو بكر بن المسعود الكاساني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م .

٣- رد المحتار على الدر المختار ، المشهور بحاشية ابن عابدين ، محمد أمين الشهير بابن عابدين ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثالثة ١٣٨٦هـ ، ١٩٦٦م .

٤- الفتاوى الهندية ، وبهامشه الفتاوى البزازية ، لمحمد بن محمد بن البزاز ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الثالثة ١٤٠٠هـ ، ١٩٨٠م .

٥- فتح القدير ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام، ومعه شرح العناية على الهداية لمحمد البابرتي ، مطبعة البابي الحلبي ، الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ ، ١٩٧٠م .

٦- المبسوط ، لشمس الدين السرخسي ، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ ، ١٩٧٨م .

٧- الهداية شرح بداية المبتدي ، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني ، الناشر المكتبة الإسلامية .

مراجع الفقه المالكي :

١- البـيان والتـحصـيل ، أبو الوليـد بن رشـد القرطبي ، دار الغـرب الإسـلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ ، ١٩٨٥م .

٢- حاشـية الدسوقى على الشـرح الكبير ، شمـس الدين محمد عـرفة الدسوقي ، وبهامشه الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

٣- الذخيـرة لشهـاب الدين القرافي ، تحـقيق د. مـحمـد الحجي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٩٤م .

٤- الشرح الصـغيـر على أقرب المسالك ، أبو البـركات أحـمد الدردير، وبهامشه حـاشية الصاوي والتعليق الحاوي على شـرح الصاوي ، للشيخ محمد إبراهيم المبارك ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، القاهرة .

٥- شرح منـح الجليل على مخـتصر الـعلامة خليـل ، للعلامة الـشيخ محـمد عليش ، وبهامشـه حاشية المسـماة : تسهـيل منح الجليل ، الناشر: مكتبة النجاح ، طرابلس ، ليبيا .

٦- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي ، برواية سحنون عن عبـد الرحمن بن الـقاسم ، الطبـعة الأولى ، مطبـعة السـعادة ، ١٣٢٣هـ، الناشر : دار صادر، بيروت .

٧- المعيـار المعرب والجامع المغرب عـن فتاوى أهل إفريقـيا والأندلس والمغرب ، لأبي العـباس أحمد بن يحـيى الونشريسي ، مطبعـة دار الغرب الإسلامي ، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، سنة ١٤٠١هـ .

٨- المنتقى شرح الموطـأ ، لأبي الوليد سليمان بن خلف البـاجي ، طبعة مصـورة عن الطبعـة الأولى ، سنة ١٣٣٢هـ ، الناشر دار الكتـاب العربي، بيروت .

مراجع الفقه الشافعي :

١- روضة الطالبين وعمدة المفتين ، للإمام النووي ، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ ، الناشر : المكتب الإسلامي .

٢- المجموع شرح المهذب ، لأبي زكريا محيي الدين النووي، وبهامشه فتح العزيز شرح الوجيز ، لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، ومعه التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، الناشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

٣- المضاربة من كتاب الحاوي الكبير للماوردي ، تحقيق د. عبد الوهاب حواس ، دار الوفاء للطباعة والنشر ، المنشورة ، الطبعة الأولى .

٤- المهذب في فقه الإمام الشافعي ، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي ، الطبعة الثانية ، ١٣٧٩هـ ، وبهامشه النظم المستعذب في شرح غريب المهذب لمحمد بن أحمد بن بطال الركبي ، الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت .

٥- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، لشمس الدين محمد بن أبي العباس الرملى ، الشهير بالشافعى الصغير ، ومعه حاشية أبى الضياء الشبراملسي وحاشية أحمد بن عبد الرزاق المعروف بالمغربي الرشيدي ، الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ ، الناشر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة .

مراجع الفقه الحنبلي :

١- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان الماوردي ، تحقيق محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، الطبعة الأولى ، ١٣٧٦هـ .

٢- الروض المربع شرح زاد المستقنع ، منصور البهوتي ، ومعه حاشيته لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي ، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ، المطابع الأهلية ، الرياض .

٣- الفروع لشمس الدين محمد بن مفلح المقدسي ، ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين المرداوي ، الطبعة الثالثة ، ١٣٨٨هـ ، ١٩٦٧م ، مطبعة عالم الكتب ، بيروت .

٤- كشاف القناع عن متن الإقناع ، لمنصور بن يونس البهوتي ، الناشر عالم الكتب ، بيروت ، سنة ١٤٠٣هـ ، ١٩٨٣م .

٥- المغني لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة ، الناشر مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، توزيع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية .

مراجع الفقه المقارن :

١- المحلى ، أبو محمد علي بن أحمد بن حزم ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق ، نشر دار الآفاق الجديدة ، بيروت .

كتب حديثة لمعاصرين :

١- البنك اللاربوي في الإسلام ، محمد باقر الصدر ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، الطبعة السابعة .

٢- تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية د. سامي حسن حمود ، مطبعة الشرق ، الطبعة الثانية .

٣- الشركات في الفقه الإسلامي ، علي الخفيف ، نشر معهد الدراسات العربية العليا ، سنة ١٩٦٢م .

٤- الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، د. عبد العزيز عزت الخياط ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية .

٥- المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة ، إصدار البنك الإسلامى للتنمية ، جدة ، ١٤١٤هـ .

٦- المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي د. عثمان محمد شبي، دار النفائس ، الأردن ، الطبعة الأولى .

٧- المعاملات المصرفية المعاصرة رأي الإسلام فيها د. محمد عبد الله العربي ، مطبعة مخيمر ، سنة ١٣٨٦هـ ، ١٩٦٧م .

٨- الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام د. حسن عبد الله الأمين ، دار الشروق ، الطبعة الأولى .

كيفية تطوير مقررات أصول الفقه

الدكتور/ محمد بن حسن الزهراني (*)

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على من لا نبي بعده .

المقدمة :-

إن الكليات التي تنتج وتصدر المعرفة الشرعية (الفقه و الأصول) في جامعاتنا تمثل امتداداً تقليدياً لنظم التعليم التاريخية ، وهي بالتالي تعاني من حالات الانقطاع مع الواقع وضعف التفاعل العلمي مع مستجدات العصر ، وهذا يثير بشكل أساسي قضية تعثر التواصل الفكري والتي تؤدي بدورها إلى ترسيخ الغربة المعرفية واستمراريتها ، فالخطط الدراسية تلتزم نصاً بأن تقدم المعرفة الشرعية من خلال كتب التراث التي تعبر عن قضايا النسقين المعرفين (الفقه و الأصول) في مرحلية تاريخية (زمنية الكتاب) ولبيئة اجتماعية وثقافية ، وبلغة لا تعطي فرصة للتفاعل الحقيقي بين المعلم والمتعلم ، فهي تعتمد بشكل رئيس على الضغط اللفظي والتجريد النظري والتطبيق الغائب ، ويتساءل جعفر شيخ عن سبب عدم تولي المختصين بالعلوم الإسلامية لمناصب قيادية وسياسية ، فيجيب السبب في ذلك "هو المناهج الدراسية التي تجعل دراسة العلوم الدينية منعزلة عن المعارف والأفكار والمؤسسات العصرية فالعلة .. في مناهج المؤسسات التعليمية الإسلامية وهي علة يمكن علاجها" (١)، وهذا الهدف المتمثل في تعبئة الدارسين بالمعارف والحقائق النظرية يتحقق من خلال أسلوب التلقين

(*) دكتوراه في مناهج البحث في الاقتصاد الإسلامي أستاذ مساعد في جامعة أم القرى وباحث في الاقتصاد الإسلامي وله بحوث عديدة .

(١) شيخ جعفر إدريس "بل ليس في الإمكان إبداع" (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م) ، ص٢٠ .

(الصوت الواحد) من الـكتاب التدريسي ، ويعد هذا الأسلوب أحـد الأسباب التي أدت إلى الأمية الثـقافية ، وفـقد التواصل بين التربية والتـعليم ، حيث يتركز اهتمام المعلم على الإفراغ المعرفي ، وفي أحيان الاستعراض المعرفي دون الاهتمام بالقيام بنقل القيم العلمية التي تحفل بها كتب التراث ، فمثلاً كتب الأصـول ومناقشـات الأصوليين تتـضمن الحـوار والمناظرة العلمـية الموضوعـية والتـمسك بالدليل الصـحيح [1] والمذهب الآخر ولـو كان على خلاف مذهب المناظر أو المحاور، بل يعـد ذلك من أحد فوائد علم الأصول والمتمـثل في "ضبط قـواعد الحوار والمناظرة ، وذلك بـالرجوع إلى الأدلة الصـحيـحة المعـتبـرة" [2]. وكذلـك النقد المعـرفي ودوره في تطوير علم الأصول ... وتعليم الدارس مهارات التفكير الناقد ، حيث يمثل علم الأصول الأشكال المخـتلفة من الـتفكيـر الناقـد (القيـاس و الاستـقـراء و التفكيـر الافتراضـي) وغير ذلك من العـمليات المنطقية وعلى الرغم من كل ذلك فإن الدارس لمقررات أصـول الفقه يفـتقد إلى كـل ذلك ولا يعرف إلا أن "هناك في المسألـة قولين" ثم يلقي المعلمـون باللوم في ذلك على الدارسين، وإلى جانب ذلك فإن الدارس لعلم أصـول الفقه يعاني من حـالة التشتت الذهني والمعرفي حيث تستقل المقاصد الشـرعية التي تمثل أحد الأدلة التي يشملها حد علـم أصول الفقـه ، تستـقل بمقرر وبكتـاب تدريسي تراثي كتب بـلغة الضغط المتـعالية كـما نص على ذلك مؤلـف الكتاب الشاطبي حـيث يقول: "ولا يسمح للناظر في هذا الكتاب أن ينظر فيه نظر مفـيد أو مستفيد حتى يكون ريان من علم الشريعـة أصولها وفروعـها، منقولهـا ومعقولهـا غير مخلد إلى التقليد والتعصب للمذهب" [3]. فإذا كان صاحب المؤلف يعلن عن المتطلبات المنطقـية والمعرفيـة لفهم مؤلفـه وهي متطلبات قد لا تتـوافر في

---

(١) الجيزاني ، معالم أصول الفقه (١٤١٦هـ - ١٩٩٦م) ص٢٤ .

(٢) العبد خليل : مباحث في أصول الفقه ١٤٠٤هـ-١٩٨٣م ص٥٠-٥١ .

(٣) الشاطبي : الموافقات ج١ ص٨٧ .

دارس المرحلة الجامعية الأولى بل ومنهم يلتحق بالدراسات العليا ؟! والمهم هو ذلك الاستقلال في المقررات المخالف لنص الحد (أي تعريف علم الأصول) .

إشكالية الدراسة :

الإشكالية الأولى : عدم استثمار متضمنات الفكر الأصولي في تكوين المهارات العملية لدارس الأصول ففي الوقت الذي يشير فيه عدد من علماء الأصول إلى مردودية دراسة علم الأصول والمتمثلة في :

- تكوين ملكية فقهية وعقلية تيسر له السبيل إلى فهم الأحكام والموازنة بين الآراء .

- التمكين من معرفة مناهج الأئمة في الاستنباط والقواعد التي يتقيدون بها في اجتهادهم [1]، وعلى الرغم من ذلك فإن الوقائع والملاحظات تشهد على تدني أداء الدارسين للمهارات الخاصة بالتفكير وبمسالك البحث الفقهي والتقويم المنهجي ، ويرجع هذا التدني إلى طبيعة الإعداد التربوي الذي تلقوه ، والمرتكز على أسلوب الصوت الواحد (التلقين) والاستفراغ المعرفي (الحفظ) ، وإلى طبيعة المادة العلمية للمقررات .

الإشكالية الثانية : التشتت الذهني وعدم الربط المنطقي بين فروع مقررات الأصول [2] استقلال فرع المقاصد الشرعية بمقرر مستقل وبلغة مضغوطة ، وبتشبيه آخر يؤدي نفس المعنى ، يقول دراز: "وجملة القول، أن كلاً مما ذكروه في كتب الأصول ، وما ذكره في الموافقات ، يعد وسيلة لاستنباط الأحكام من أدلة الشريعة ، إلا أن القسم المذكور في الأصول على كثرة تشعبه ، وطول الحجاج في مسائله ، تنحصر فائدته في كونه وسيلة ، حتى لطالما أوردوا على المشتغلين به الاعتراض بأنه لا فائدة فيه

---

(١) العبد خليل : مباحث في الأصول ١٤٠٤هـ-١٩٨٣م ص٥٠-٥١ .

(٢) الغزالي : المستصفى ج١ ص٣ .

إلا لمن يبلغ درجة الاجتهاد ، فكان الجواب الذي يقال دائماً : إن فائدته لغير المجتهد أن يعرف كيف استنبطت الأحكام ، ولكن التسليم بهذا الجواب يحتاج إلى تسامح وإغضاء كثير ، لأنه إنما يعرف به بعض أجزاء وسيلة الاستنباط مفككة منثورة ، والبعض الآخر وهو المتعلق بركن معرفة مقاصد الشريعة فاقد وما مثله في هذه الحالة إلا كمثل من يريد أن يعلمك صنعة النساجة فيعرض عليك بعض أجزاء آلة النسيج محلولة مبعثرة الأجزاء، ولا تخفى ضؤولة تلك الفائدة" (١)، وكذلك مثلاً يتفق الكثير من معلمي الأصول على أن كتب الأصول تحتوي على مسائل وموضوعات ليست من علم الأصول ، وبالرغم من هذا الاتفاق إلا أن الواقع العملي يسير في اتجاه معاكس ، وقد عبر عن ذلك الإمام الغزالي حيث يقول: "فشرعوا في بيان حد العلم والدليل والنظر ولم يقتصروا على تعريف صور هذه الأمور ولكن أنجر بهم إلى إقامة الدليل على إثبات العلم على منكريه من السوفسطائية ، وإقامة الدليل على النظر على منكري النظر وإلى جملة من أقسام العلوم وأقسام الأدلة وذلك مجاوزة لحد هذا العلم وخلط له بالكلام.. ، ومزج جملة من النحو بالأصول فذكروا منه من معاني الحروف.. هي من علم النحو خاصة" (٢)، وهذا الوضع يؤكد على ضرورة الاهتمام ببنية مقررات الأصول ، بإعادة المحتوى الداخلي للبناء المعرفي والمنهجي لمقررات علم الأصول ، وبتحسين أسلوب الاستثمار المهنجي (تحسين أسلوب التدريس) .

أهداف الدراسة وأهميتها :

يتحدد هدف هذه الدراسة في الكشف عن مدى ملاءمة وجدوى الاعتماد على تدريس مقررات أصول الفقه كما هي في الواقع القائم، بالإضافة إلى إثارة اهتمام المتخصصين في مجالات العلوم الشرعية لإعادة

---

(١) دراز : الشرح على الموافقات ج١ ص١٠ .

(٢) الغزالي : المستصفى ج١ ص١٠ .

النظر في أبنية مقررات تلك العلوم بما يتوافق مع الاحتياجات الفكرية/ الثقافية ، ومتطلبات المجتمع التنموية .

وتستمد هذه الدراسة أهميتها من أهمية علم أصول الفقه للعلوم الشرعية ولا سيما علم الفقه ، فلما "كانت الغاية المتوخاه من علم الأصول إمداد المجتهدين بقواعد الاستنباط وقوانينه فإن الحاجة إليه تشتد في الوقت الحاضر ، حيث الاتجاه العام إلى إعادة النظر في التراث الفقهي وتقويمه ، وإلى اجتهاد فقهي جديد جامع بين الأصالة والمرونة ، لمواجهة متطلبات العصر ومشكلاته ، ولن يتحقق هذا إلا إذا اتخذ الاجتهاد مساراً صحيحاً مبنياً على أسس سليمة ودعائم متينة من المعرفة التامة بالعلوم الشرعية واللغوية ، والتي يأتي هذا العلم في مقدمتها . أما مجرد معرفة النصوص أو استظهارها فليس مؤهلاً للاجتهاد أو مخولاً لاستنباط الأحكام" (١). وفي مقدمة كتاب البحر المحيط في أصول الفقه يتحدث المؤلف عن أهمية علم الأصول فيقول: "أما بعد فإن أولى ما صرفت الهمم إلى تمهيده وأحرى ما عنيت بتسديد قواعده وتشييده العلم الذي هو قوام الدين والمرقى إلى درجات المتقين ، وكان علم أصول الفقه جواده الذي لا يلحق وحبله الذي هو أقوى وأوثق ، فإنه قاعدة الشرع ، وأصل يرد إليه كل فرع" (٢)، إذ إن علم أصول الفقه يزود الدراس بمهارات التفكير التي باكتسابها سيتمكن الدراس من فهم القضايا الفقهية ، "فإذا كنا نحرص على تكوين الملكة الفقهية عند المعلم والمتعلم فإن ذلك لا يتم بدون معرفة أصول الفقه معرفة تامة ... ، ومعرفة لتوظيفه في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها" (٣)، "ومعرفة هذه القواعد تفيد القضاة ودارسي القانون والنصوص التشريعية ، في تطبيق النصوص على جزيئاتها ، وفي

---

(١) أبو سليمان : الفكر الأصولي ، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م ، ص١٩٦ .

(٢) نقلاً عن أبي سليمان ، ن. م. س، ص١٩٦ .

(٣) الربيعة : علم أصول الفقه ، ص١٠٦ .

تفـهم مـا يحتـمله النـص من دلالات ، مما يخلق الملكة القـانونيـة ويوسع المدارك"[1]، وكذلك تنبع الأهميـة من الأهمية العملية لمقررات أصـول الفقه فهي تشكـل أساس منهجـية الفكر الإسـلامي ، وفي هذا يقول أحـد علماء الأصول المعاصرين بأن "دراسة هذا العلم مـحتاج إليها عند دراسة العلوم الأخرى ولا سيمـا العلوم الاجتماعية بمختلف فـروعها إذا أريد بناؤها على أصول إسلامية في القواعد ، وأريد تحقيقها لأهداف إسلامية أو إنسانية لا تتعارض مع الإسلام" [2]، فهذا النـقل يكشف عن أن علم الأصول ينطوي على منطق يمكن تطبيقه في ميادين المعرفة الأخرى ، وقد أكد تاريخ العلوم في الحضارة الإسـلامية على أن دراسة علم الأصول قـد أفادت أيما فائدة في تطوير الحقائق في العلوم التطبيقيـة (الطبيعية) وذلك من خلال تطبيق مناهج هذا العلم في دراسة الظواهر الطبيعيـة ، وفي هذا يقول أحمد باشا: "كـما أن قـراءة التراث الإسـلامي تدلنا على أن المسلك الذي اتبـعه علمـاء الأصول وعلمـاء الحديث في الوصول إلى الصـحيح من الوقائع والأخـبار والأقـوال قد أنسـحب على أسلوب التفكيـر والتـجريب في البـحث العلمي فنرى -على سبـيل المثال- أن الحـسن بن الهيثم قـد استـخدم الاستـقراء وقيـاس الشبه في شـرحه لتفـسير عـملية الإبصار وإدراك المرئيـات حيث يقول: "لا يتم الإدراك إلا بتشبيه صورة المبصر بصورة قد أدركها المبصر من قبل ثم إدراك التشابه بين الصورتين ، ولا يدرك التشابه بين الصورتين إلا بقياس" ، كما نجد ابن الهيثم يستعمل لفظ "الاعتبار" وهو قرآني ليدل على الاستقراء التجـريبي أو الاستنباط العقلي وهذا أبو بكر الرازي يصف منهـجه في تعـامله مع المجـهول مـسـتخـدماً الأصـول الثـلاثة الإجمـاع والاسـتـقراء والقـيـاس ..." [3]، وهذا باحث آخـر يقـول: "انتـقل (منهج

---

(١) الباحسين : نقلاً عن الربيعة ص١٠٦ .

(٢) الربيعة ، ن. م. ق ، ص١٠٦ .

(٣) باشا : نسق إسلامي لمناهج البحث العلمي ، ١٩٨٩م ص٧-٨ .

التمثيل) بعد أن استكمل أركانه لدى الأصوليين في صورته المتكاملة ليمثل مكانة في البحوث العلميـة لدى المسلمين ، فقد استعان ابن الهيـثم بالتمثيل كأداة في مواضـع مختلفة من بحـوثه في الضوء وأوضـح مثال لذلك بحوثه في الانعكاس .. والظاهر من اسـتعراض ابن الهيـثم لمنهج التمثـيل أنه كان متأثراً إلى حد بعيد بعلماء الأصول من المتـكلمين والفقهاء حتى إنه غالباً ما يستـعير مصطلـحاتهم للتعبـير بواسطتهـا عن طبيعـة هذا المنهج وحدوده العلمية . كـذلك استخدم علمـاء المسلمين منهج التمثيل في مـجالات بحوث علم الفلك والأبحاث الطبيعية ..." [1]، وكذلك تكتسب الدراسة أهمـيتها في أنها مـحاولة للكشف عن مـعوقات الاسـتثمـار الحقيـقي (المهارات) وليس الوهمي (المعـارف المجردة) مما يزود صـانعي البرامج الدراسـية بقـاعدة أساسية ومادة غير نهائية (وسيطة) للقيام بتطوير منهجي .

محتويات الدراسة :

مقدمة :

أولاً – واقع مقررات أصول الفقه في كليات الشريعة :

١– مداخل تدريس مقرر أصول الفقه .

أ– مدخل الكتاب التراثي .

ب– مدخل المذكرات .

٢– المحتوى التدريسي لمقرر أصول الفقه .

ثانياً – التفريق بين الفروع (الأدلة ... المقاصد الشرعية) .

أ– تعريف أصول الفقه والمقاصد .

ب– الوظيفة المنهجية للمقاصد الشرعية .

ج– موقع المقاصد الشرعية في أدبيات علم الأصول .

---

(١) الجندي : تطبيق المنهج الرياضي ، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م ، ص٢٦-٢٧ .

ثالثاً – منظور وتصور مقترح لتطوير مقررات الأصول :

١– الأبعاد المقترحة لفلسفة تطوير مقرر أصول الفقه وأهدافه .

٢– مقترح بإعادة هيكلة مقرر أصول الفقه :

أ– التطوير المعرفي المقترح لمقرر أصول الفقه (علم الدليل/الأدلة).

ب– التطوير المنهجي المقترح لمقرر أصول الفقه (علم الدلائل/الدلالات).

ج– مقرر مقدمات علم أصول الفقه .

١/ج – الوضع العلمي للتعريف .

٢/ج – البناء على الفقه .

٣/ج – مجال علم الأصول .

٣– تطوير أسلوب التدريس .

الخاتمة والتوصيات .

واقع مقررات أصول الفقه في كليات الشريعة :

تحتل مقررات أصول الفقـه مكانة واضحة وقوية في الخطط الدراسية بكليات الشريعة والدراسات الإسلامية بالجامعات عامة ، ولا تختلف طبيعة هذه المقـررات كثيـراً بين تلك الجـامعات ، فـجمـيع كليات الـشريعة تـقدم للدارس في أقسام الشـريعة / الفقه وأصوله والقضـاء عدداً من المقررات في أصول الفـقه تتراوح ما بين أربع مـقررات إلى سبع أو ثماني مـقررات (مسـتويات) ، وتسـتمـد هذه المقررات تلك الأهمـية من كـونها مـجمـوعة العمليـات العقليـة التي يتوصل بهـا إلى معرفـة الأحكام الشرعـية . ولكي نعرف موقـع تدريسنا لأصول الفقه بكليـات الشريعة علينا أن نسـتعرض الأساليب أو المداخل المختلفة المستخدمـة في تقديم أصول الفقه لدارسيها ، فعن طريق عرض هذه الأساليب والمداخل يمكن تقويم مقررات أصول الفقه.

١- مداخل تدريس مقرر أصول الفقه :

أ- مدخل الكتاب التراثي :

امتداداً لأهداف تدريس العلوم الـشرعية في كليات الشـريعة الممثلة في الأصـالة الحضـارية (المحافـظة على التراث) فـإن أكـثر المداخل شـيوعـاً لتدريس مقرر علم أصـول الفقه هو استخدام كتـاب تراثي مذهبي كوسيلة لتحديد الأهداف والمحتوى وتسلسل الأنشطة المطلوبة ، ومن ثم فإنه يطلب من معلم المقرر إلقاء المعارف والحـقائق المتضمنة في الكتاب على الدارسين (أسلوب الصوت الواحد) وفي النهـاية يختبر الدارسين في مدى معـرفتهم به ، ويتم التـقـويم على أسـاس قدرة الدارس علـى التعـرف على مـا تمت دراسته من معارف أو تذكر هذا الكم أو بيانه (أسلوب الإستفراغ المعرفي).

وبدون شك فإن دراسـة أسلوب الكتب التـراثية لا يمكن إغـفاله لدارس

العلوم الشرعيـة بل من الضروري قراءة كتابات علمـائنا الأقدمين –عليهم رحمة من الله– للتعرف على مصطلحاتهم ومفاهيمهم وصياغاتهم اللغوية، إذ بدونهـا لا يمكن فهم الأحـكام الشرعـية الـتي هي مدار علمي الأصـول والفـقـه ، ولكن على الـرغم من ذلك فـإن هـذا المدخل يواجـه بعـدد من المشكلات لعل أهمها :–

صعوبة اختيار الكتاب التدريسي :

إذ إن الملاحظ أن الكتب التي من خلالها يقدم للدارسين أصول الفقه هي كتـابا روضة الناظر ، وكـتاب الأسنوي ، فـالأول يضغط عـدداً كبـيراً من المعاني في عدد قليل من المباني (الألفاظ) يذكر جامع شرح الروضة: "ولما كانت دراسة هذا الفن آنذاك جديدة كان الطلاب يجدونه غريباً وصعباً، ولا سيما والكتاب المقرر (روضة الناظر) بأسـلوبه المتقدم، وتفريعاته الواسعة، كان لا بـد للطلاب من مذكـرة تحل إشكاله ، وتكشف غـموضه ، وتجـمع شتاته ، وتفصل مجمله [1] فكانت هذه المذكرة التي أملاها الأمين الشنقيطي على طلابه بكليـة الشـريعة بالرياض ، وجـاد في المعنى ابن بدران عندمـا سـأله طلاب هذا الفن (الأصول) "فأرشدتهم إلى كتاب روضة الناظر وجنة المناظر ... لما هو متصف به مع اختصاره من النفع الجزيل والفوائد الكثيرة ثم إنهم بعـد أن قبلوا اختـياره الحوا بـأن أكتب عليه مـا عسـاه يكشف ما يشكل من مطـالبـه ويذلل مـا يسـتـعـصي فـهـمـه على طالبـه فـأجـبت مقـترحـهم "[2]، والثـاني يتوسع بلغـة شارحـة ومفككة لما بـين الأقواس. ويخضـع الاختـيار إلى أمزجة المعلم الـذي يقوم بتدريس المقرر واهتـماماته فالبعض قد يختار الروضة والبـعض قد يختار الأسنوي أو شرح الروضة لابن بدران الدمشـقي ، وفي نفس المعنى يشيـر دراز إلى أن "كتـاب جمع الجوامع بشرح المحلى بقي قروناً طويلة ، هو كـتاب الأصول الوحيد الذي

---

(١) مقدمة عطية سالم على كتاب الشنقيطي ص٥ .

(٢) ابن بدران : نزهة الخاطر ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م ، ج١ ص١٠ .

يدرس في الأزهر ، ومعاهد العلم بالديـار المصرية ... ولا يختلف اثنان في أن جمع الجوامع أقلها غناء ، وأكثرها عناء" (١).

- غربة اللغة :

اللغة هي أداة الإنسان الرئيسة للتفكيـر والتعبير والاتصال ﴿**وعلم آدم الأسمـاء كلها**﴾ ، ﴿**اقرأ باسم ربك الذي خلق**﴾ ، فلا يوجـد فكر دون لغة، ولا يوجـد اتصال بين الناس إلا من خـلال اللغـة التي تنقل عبـرها الأفكار والمشاعـر بين أفراد المجتمع ، وعلى هذا الأسـاس فإن هناك علاقة وثيـقة بين اللغة والفكر من جانب ، وبين اللغة والفـهم من جانب آخر ، فلكي نفهم مقـولات أي فكر لا بد من فهم لـغة ذلك الفكر ، واللغـة ليست جـامدة في دلالتها بل هي فـي تجدد ، والصياغة اللغـوية تتبدل من عصـر إلى عصر آخر ، ومن الواضح أن علماء الأصول قد أدركوا هذه الحقائق ، يؤشر على ذلك قيامهم بالتـأليف في علم الأصول دون إضافات منهجيـة في معظمها وداعي التـأليف كمـا جاء في وصف الشـارح في مقـدمتـه لمختصـر ابن الحاجب يقول "فتصديت لأن أشرحه شرحاً يبين حقائقه ، ويوضح دقائقه، ويذلل من اللفظ صعـابه ، ويكشف عن وجه المعاني ثقـابه ، مقتصـداً غير مختصر اختـصاراً يؤدي إلى الإخلال ، ولا مطنباً إطناباً يفضي إلى الملال، ساعياً في حل مشكلاته ، وفتح معضـلاته وتقرير معاقده وتحرير قواعده ودفع الشبهات الواردة على مقاصده" (٢)، ففي هذا النقل وغيره مما يذكر في مقـدمات مـصنفات كـتب الأصول ما يكشف عـن تغليب وظيفـة اللغة كوسيلة إفـهام على وظيفة اللغة كأداة تعـبير (الجمالية / البـلاغية) ولعل تمسك الكثير من مـعلمي العلوم الشرعية بتدريس كتب تراثيـة يبرر بنزعة تغليـبية لوظيـفة اللغـة أداة تعبيـرية - ولكن في عصـر أصبح المؤثر فـيه الصوت والصورة ، وأهمل اللفـظ وسحر البيان (التـحول من لغة الخطابة

---

(١) دراز ، م. س ، ج١ ص١١ .

(٢) الأصفهاني : بيان المختصر ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م المقدمة .

والشعر) مؤشراً تحذيرياً على أنه ينبغي تعـديل مواقعنا ، كما حدث تعديل في مواقفنا – وماذا كانت نتيجة كل ذلك ؟ لقد صارت دراسة أصول الفقه نوعـاً من المرور –مـر الكرام– دون أن يكون لـذلك أي تأثيـر منهـجي أو فكري على الدارس في كليات الشريعة .

– إن الكثيـر من القضـايا ذات الطبيـعة المخـتلفة التي تذكـر في كتب التراث الأصولي لم تبحث بشكل يوصل إلى ما استقر عليه العلم (=التطور المعرفي التـاريخي) ، وفي هذا المعنى يقول الشيخ ابن عاشـور: "وقد يظن ظان أن في مـسائل علم أصـول الفقـه غنية لمتطلب هذا الـغرض (المعـرفة اليقينة) بيد أنه إذا تمكن من علم الأصول رأى رأي اليقين أن معظم مسائله مختلف فيها بين النظار مستـمر بينهم الخلاف في الفروع ، تبعاً للاختلاف في تلك الأصول ، وإن شئت فقل قد استمر بينهم الخلاف في الفروع"(١)، وذلك لأنهـا نتاج مـرحلة تاريخيـة تطورت المعرفـة الأصوليـة بعدها نـحو الاستقرار . بل إن فـي كتب الأصول من المسائل الأصولية الخـلافية ما لا يترتب عليها أثر فقهي" ، ومن ذلـك خلافهم في مسألة أن الحكم الشرعي ينقسم إلى قسمين تكليفي ووضعي ، أو أنه واحد لا يتعدد ، وكالخلاف مع المعتزلة في الواجب المخـير والمحرم المخير ... ، قـال الإمام الجويني في البرهان "إنـهم معتـرفون بأن من ترك الجـميع لا يأثم إثم تارك واجـبات ومن فعل الجميع لا يثاب ثواب واجبات ، فلا فائدة في هذا الخلاف عملياً ، بل هو نظري صرف لا ينبني عليـه تفرقة في العمل ، فلا يصح الاشـتغال بأدلته في علم الأصول" (٢).

اغفـال الاستـثمـار المعرفي في مـيدان الأصـول الذي قامت به أقـسام الدراسات العليا الشرعية في الجامعات (الأطروحات العلمية) والذي كان له إسـهام جيد في تحديد الموقف الأصولي مـن القضايا الاختلافية في الأزمنة

---

(١) ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص٤ .

(٢) نقلاً عن الربيعة : علم أصول الفقه (١٤١٦هـ-١٩٩٦م) ص٢٧٠-٢٧١ .

التاريخية لتطور المعرفة الأصولية ، فمثلاً ذلك الكتاب أو الآخر تحوز فيه قضية خلافية في وقتها على جهد كبير من المؤلف سواء بالشرح أو بالاحتجاج أو بتحرير محل الخلاف ونحو ذلك مما يضيع جهد المعلم ووقت المقرر في تدريس أمور أصبحت جزءاً من التاريخ المعرفي ، أو قل من تاريخ التطور المعرفي .

من أجل هذه الاعتبارات بمفردها أو بمجموعها فإن مدخل الكتاب التراثي قد يكون مدخلاً ذا فائدة كبيرة لدارس كليات الشريعة من حيث ما يمكن أن يكسبه للدارس من مخزون معجمي ذهني من الألفاظ والمصطلحات ، وكذا الأسلوب في الصياغة الفكرية ، ويكسبه الدراية في قراءة كتب التراث ، ولكنه يكون قاصراً تماماً عن معالجة نفور الدارس واغترابه المعرفي .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الكتب التدريسية التي تستخدم في تقديم أصول الفقه للدارسين في كليات الشريعة هي :-

أ- روضة الناظر وجنة المناظر ، ابن قدامة (ت٦٢٠هـ) .

ب- نهاية السول في شرح منهاج الوصول ، الأسنوي (ت٧٧٢هـ).

ويلاحظ على هذه التشكيلة الأمران التاليان :

- الزمن :

حيث يلاحظ أن أزمنة تأليف هذه الكتب متقدمة ، وهذه التقدمية تلغي التطورات المعرفية والمنهجية المتأخرة وهذا ما يؤكد الملاحظة السابقة والتي تنص على تجميد تاريخية التطور المعرفي عند حدود زمنية .

- اللغة :

من خلال قراءة هذه الكتب نجد أنها تصنف من حيث لغتها إلى لغة الضغط ولغة التفكيك ، ويميل بعض معلمي الأصول إلى تفضيل لغة الضغط ، والبعض الآخر إلى لغة التفكيك .

ب- مدخل المذكرات :

وفي مواجهة المشكلات التي يثيرهـا مدخل الكتاب التراثي لدارس الفقه وأصوله فإن بعض معلمي مقررات أصول الـفقه وجدوا أنه يمكن التخفيف من معاناة القراءة الـتراثية ، وبالتالي التخفيف مـن ضغوط الدارسين نحو صيـاغة يمكن لهـم حسب قدراتـهم المعجمـية وإمكانـاتهم التعـبيريـة فهم المعارف والحقائق التي تضمنتها مـقررات أصول الفقه ، وفي الوقت نفسه عرض الأفكار والآراء الأصولية التراثية في صورة مذكراتها مادتها العلمية هي الأفكار الأصوليـة التراثية [1]، ولكن صياغـتها مبسطة وبطريقـة أكثر انتظاماً وتنسيقاً (العناوين) .

وليس من شك أن هذا المدخل التدريسي فيما يتعلق بإعادة تأليف المادة العلمية بلغـة يفهمها الدارسـون قد ساعد على التقـليل من درجات النفور، ولكن بالرغم مـن ذلك التـجديـد فإن هـذه الطريقـة في التـدريس توصف كسـابقتهـا بالعقم لأنهـا تعتمـد التلقين في توصيل المعـرفة الشرعـية إلى الدارس ولا تشتـمل على فرص تمكن الدارسـين من تطبيق ما تعـلموه في مواقف حيـة ، مما يفقد هذه المقررات أهميـتها ويقلل من فعاليـة تدريسها، ومنهج يتم تركيـز الاهتمام فـيه على المادة العلميـة للمقرر دون الاهتـمام بإكسـاب الدارس قدرات مـعينة أو مـهارات مـحددة تسـاعده على القـيام بالعمليات المنطقـية ، منهج يفشل في إعداد دارس قـادر على هضم المعرفة الشرعية ، ثم توظيفها في استخراج معارف شرعية أخرى يؤشر على ذلك عجز الدارسين على عقد مقارنات لمسائل فقهية مذهبية .

٢- المحتوى التدريسي لمقرر أصول الفقه :

قد لا نحـتاج في هذه الدراسة المبـسطة إلى سرد المحتـوى التدريسي لمقرر أصول الفـقه ، إذ إنها معـروفة وتتكرر في معظم كتب أصـول الفقه

---

(١) نذكر بأن الخطة الدراسية تفرض كتاباً معيناً أو كتباً معينة للتدريس .

المذهبي ولكن على الرغم من ذلك فـإننا سنقوم بإيجاز المحـتوى في شكل خطوط عـامة قـد يعرف الكـثيـر من المتخـصـصـين ما يندرج تحـتهـا من جزئيات، ولغيـر المتخصصين يمكن بالرجوع إلى كتب أصول الفـقه لمعرفة الجزئيـات التي تدور حول كل محـور من هذه المحاور العـريضة ، والتي نذكرها في النقاط التالية :

- الكتاب .
- السنة .
- الإجماع .
- القياس .
- الدلالات .
- الاجتهاد .
- الأدلة المختلف فيها (المصالح المرسلة والاستحسان والعرف و...) .

هذه هي الموضوعات المكررة التي تحتويها كتب أصول الفقه ، ولكن إذا كانت هذه الموضوعات هي الراسخـة في نص الخطة الدراسية ، فإن النص قد همش موضوعاً آخر رغم أهميته في علم الأصول، إنه موضوع المقاصد الشرعية "وأغفلوا الركن الثاني إغفـالاً ، فلم يتكلموا على مقاصد الشارع، اللهم إلا إشارة وردت في باب القياس" (١)، هذا الفرع (الركن) الذي يقول فـيه الشـيخ عـبد الله دراز ذاكـراً إسـهامـات الشـاطبي "وهكذا بقي علم الأصول فاقداً قسماً عظيـماً ، هو شطر العلم الباحث عن أحد ركنيه ، حتى هيأ الله سـبحانه وتعالى أبا إسحـاق الشاطبي في القرن الثـامن الهجري، لتدارك هذا النقص ، وأنشـأ هذه العمارة الكبرى ، فى هذا الفـرع المترامي الأطراف" (٢)، ويشـير الأسـتـاذ مصطفى الزرقـا إلى الدور الذي قـام به

---

(١) دراز : الشرح ، ج١ ص٦ .

(٢) ن- م - س ، ج١ ص٦ .

الشاطبي فيقـول: "فقد أضاف إلى علم أصول الفقه ومؤلفـاته بياناً إبداعياً في مقاصد الشريعـة ، وهو الجانب الذي كان حظه من العناية في مؤلفات أصـول الفقـه قليـلاً وضـئيـلاً ، لا يتناسب مع عظـيم أهميـتـه في طريق استنباط الأحكام" (١).

التفريق بين الفروع (الأدلة .... المقاصد الشرعية) :

أ- تعريف أصول الفقه :

نقصد بالتفـريق بين فروع المعرفة الأصولية تهـميش فرع مهم ألا وهو المقاصـد الشرعـية ، ولكن هل المقـاصد الشـرعية فـرع من فروع المعـرفة الأصوليـة ؟ إن الإجابة تبـدأ بتعريف عـلم أصول الفقـه ، فمـا علم أصول الفـقه؟ هو: "الأسـاليب المنهجـية التي يتـوصل بها إلى إسـتفـادة الأحكام الشرعية من أدلتهـا التفصيلية" (٢)، والأدلة على قسمين أساسي ومشتق، فـالأساسي هـو الكتاب والسنـة والإجمـاع ، والمشـتق القيـاس والمصـالح المرسلة والمقـاصد الشرعـية ، ومن هنا فـإن المقاصـد الشرعـية تعـد أحد مصـادر المعرفة الشـرعية ، بل من المصـادر اليقيـنية كمـا أثبت ذلك شيخ المقاصد الشرعية الشـاطبي في مؤلفه "الموافقات" وهو الكتاب الذي برزت منه نظرية المقاصد الشرعية باستقلال ذاتي (٣) والتي عرفها الأستاذ علال الفاسي بأنها "الغاية من الشريعة ، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها" (٤)، ويعرفـها الريسوني بناء على تعريفـات الشيخ ابن عاشـور والفاسي بأنهـا "الغايات التي وضـعت الشريعـة لأجل تحقـيقـها لمصلحة العباد" (٥).

---

(١) نقلاً عن الريسوني ، نظرية المقاصد ، (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م) ، ص٣١٤ .

(٢) قارن السبكي : الابتهاج على المنهاج ، ج٢ ص٢٨ .

(٣) الريسوني: ص٥، الزهراني: التحليل الكلي والجزئي في الدراسات الفقه أصولية١٨٤٤١٦هـ ص٤٦.

(٤) نقلاً عن الريسوني م.س ص٧-٨ .

(٥) المرجع السابق ص٣٢٤ .

ب- الوظيفة المنهجية للمقاصد الشرعية :

وهذه التـعريفات تـكشف عن الوظيفـة المنهجـية والمعـرفيـة للمقـاصد الشرعـية ، وفي هذا يقول الريسـوني تحت عنوان "المقاصد والاجتـهاد" غيـر أننا الآن بصدد أهم ما في نظرية المقـاصد وهي الغاية القصـوى لها والفائدة الكبرى منهـا ، وأعني بذلك أثرها في فهم الشريعة والاجـتهاد في أحكامـها والاهتـداء بهـديها والسـيـر في ضوء مـقاصـدها" (١)، ويجعل الريسـوني إدراج الشاطبي "فـهم مقـاصد الشـريعة على كـمالـها" (٢) و "التمكن من الاستنباط بناء على فهمـه فيها (المقاصد) " (٣)، من أساسيات الاجتهاد (٤)، ويقول: "فإذا بلغ الإنسان مبلغاً فـهم عن الشارع فيه قصده في كل مسألة من مـسائل الشريعة ، وفي كل باب من أبوابها، فـقد حصل له وصف هو السـبب في تنزيله مـنزلة الخليـفة للنبـي ﷺ ، وقال الإمـام الغزالي: "ونحن نجعل المصلحة تارة علماً للحكم ونجعل الحكم أخرى علماً لها" (٥)، ومعنى نصـه هذا "أن مقاصـد الشارع تتخـذ دليلاً على الحكم، مثـلما يتـخذ الحكم دليـلاً على مقـصود الشـارع ، وهذا يستلـزم معـرفة المجتهد لمقاصد الشريعة . ورأينا أيضاً أن الأصوليين ، أدخلوا المقاصد في باب التـراجيح ... ، وهذا اشـتراط ضـمني للعلم بالمقاصـد في حق كل من يجتهد ويرجح بين العلل والمقاصد فلا يمكن أن يرجح بين المقاصد إلا عالم بها .." (٦)، ويشير الشاطبي إلى الأهمـية المعرفية للمقاصد فـيقول: "فإذا بلغ الانسان مبـلغاً فهم عن الشارع فيـه قصده في كل مسـألة من مسائل الشريعـة ، وفي كل باب من أبوابها ، فقد حـصل له وصف هو السبب في

---

(١) المرجع السابق ص٣٢٤ .

(٢) الشاطبي : الموافقات ، ج٤ ص١٠٥-١٠٦ .

(٣) ن.م.س ج٤ ص١٠٥-١٠٦ .

(٤) الريسوني ن.م.س ص٣٢٦ .

(٥) الغزالي : المنخول ، ص٣٥٥ .

(٦) الريسوني ن.م.س ص٣٢٩-٣٣٠ .

تنزيله منزلة الخليفة للنبي ﷺ في التعليم والفتيا والحكم بما أراه الله"(١).

أما الوظيفة المنهجية للمقاصد الشرعية فيشير إليها الريسوني بقوله: "فالمقاصد ليست -فحسب- أداة لإيضاح الاجتهاد وتقويمه ولكنها -أيضاً- أداة لتوسيعه وتمكينه من استيعاب الحياة بكل تقلباتها وتشعباتها... وفي هذا يقول الشاطبي: "فالمجتهد إنما يتسع مجال اجتهاده بإجراء العلل والالتفات إليها ، ولولا ذلك لم يستقم له إجراء الأحكام على وفق المصالح إلا بنص أو إجماع" (٢)، ويبرز الشيخ عبد الله دراز الوظيفة المنهجية للمقاصد بجعلها ركناً أساسياً في مكونات العلم حيث يقول: "إن لاستنباط الأحكام ركنين: أحدهما علم لسان العرب، وثانيهما علم أسرار الشريعة ومقاصدها" (٣)، ومن هذين العلمين يتكون علم أصول الفقه" (٤)، بل إن الشيخ ابن عاشور يدفعه الحماس إلى حد العدوة إلى إحلال علم المقاصد محل معظم مسائل علم الأصول المتداولة مكاناً وزماناً، يقول "حق علينا أن نعمد إلى مسائل أصول الفقه المتعارفة ، وأن نعيد ذوبانها في بوتقة التدوين ، ونعيرها بمعيار النظر والنقد ، فننفي عنها الأجزاء الغريبة التي غلثت بها ، ونضع فيها أشرف معادن مدارك الفقه والنظر ، ثم نعيد صوغ ذلك العلم ، ونسميه علم مقاصد الشريعة ونترك علم أصل الفقه على حاله لبيان طرق تركيب الأدلة الفقهية" (٥).

ج- موقع المقاصد في أدبيات علم الأصول :

نسوق هنا شاهدين أحدهما علمي والآخر ممارس (عملي) على الموقع الجغرافي الذي تحتله المقاصد في أدبيات علم الأصول :-

---

(١) الشاطبي م.س ج٤ ص١٠٦-١٠٧ .

(٢) الشاطبي ن.م.س ج١ ص٢٠٠ .

(٣) دراز م.س ، ج١ ص٥ .

(٤) الريسوني ، ص٣٥٩ .

(٥) ابن عاشور ص٦-٧ .

الشاهد العلمي : يكشف الشيخ دراز في مقدمته عن الدور الذي قام به الشاطبي في إنشـاء عمارة المقاصد الشـرعية ، وبالتالي سبـقه العلمي عن سابقـيه من علـماء الأصول فـيقـول: "وأغفلوا الركن الثـاني إغفـالاً ، فلم يتكلموا على مقاصد الـشارع ، اللهم إلا إشارة وردت في باب القياس"(١)، وهكذا بقي علم الأصول فـاقداً قسـماً عظيماً ، هو شـطر العلم الباحث عن أحد ركنيه ، حتى هـيأ الله سبحانه وتعالى أبا إسحـاق الشاطبي في القرن الثامن الهجري ، لتدارك هذا النقص ، وأنشأ هذه العمارة الكبرى ، في هذا الفرع المترامي الأطراف" (٢)، ويلاحظ الشيخ دراز بأن هذه المقاصد كانت "أولى بالعناية والتفصيل والاستقصاء والتدوين من كثير من المسائل التي جلبت إلى الأصـول من علوم أخرى" (٣)، وجارٍ في نفس المعـنى ما لاحظه الشيخ ابن عاشـور من "أن معظم مسائل أصول الفقـه لا ترجع إلى خدمة حكمة الشـريعة ومقصدها ولكنـها تدور حول محور اسـتنباط الأحكام من ألفاظ الشـارع بواسطة قواعد لفظيـة تمكن العارف بها من انتـزاع الفروع منهـا أو من منتزع أوصـاف تؤذن بهـا تلك الألفاظ ، يمكن أن تجـعل تلك الأوصاف باعثاً على التشريع ، فتقـاس بفروع كثيرة على مورد لفظ منها، باعتقاد اشتمال تلك الفـروع كلها على الوصف الذي اعتقدوا كونه في لفظ الشارع وهو الوصف المسمى بالعلة" (٤)، ويشير الأستـاذ مصطفى الزرقا إلى الدور الذي قام به الشاطبي فيقول: "فـقد أضاف إلى علم أصول الفقه ومؤلفاته بـياناً إبداعياً في مقـاصد الشريعة ، وهو الجـانب الذي كان حظه من العناية في مؤلفات أصـول الفقه قليلاً وضئـيلاً ، لا يتناسب مع عظيم أهميته في طريق استنباط الأحكام" (٥)، وهذا التجديد والإبداع الذي قام به

---

(١) دراز ج١ ص٦ .

(٢) م.س ج١ ص٥-٦ .

(٣) م.س ج١ ص٥-٦ .

(٤) م.س ص٤ .

(٥) نقلاً عن الريسوني ص٣١٤ .

الشاطبي هو أحد سببين ذكرهما الشيخ دراز لعدم اشتهار كتاب الموافقات، يقول متحدثاً عن السبب الأول "كون هذه المباحث مبتكرة مستحدثة لم يسبق إليها المؤلف" (١)، وهذا الأمر هو الذي دفع بالشاطبي إلى تذكير قارئه بقوله "فإن عارضك دون هذا الكتاب عارض الإنكار، وعمي عنك وجه الاختراع فيه والابتكار، وغر الظان أنه شيء ما سمع بمثله، ولا ألف في العلوم الشرعية الأصلية أو الفرعية ما نسج على منواله أو شكل بشكله، وحسبك من شر سماعه، ومن كل بدع في الشريعة ابتداعه فلا تلتفت إلى الأشكال دون اختبار ..." (٢)، ويعلق الريسوني على إبداع الشاطبي فيقول: "وهذه خطوة جديدة تماماً على علم أصول الفقه ومؤلفاته، فقد كانت المقاصد نقطة معينة تذكر أو يشار إليها بمناسبة كذا أو كذا من المباحث الأصولية فأصبحت عند الشاطبي روحاً يسري في معظم أجزاء هذا العلم" (٣).

الشاهد العملي: الواقع التدريسي من جهة وبرامج التخصصات الأكاديمية الشرعية من جهة أخرى، فالواقع التدريسي يشهد على إغفال فرع مهم من أفرع المعرفة الأصولية (المقاصد) في العملية التدريسية لمقررات أصول الفقه بمستوياتها المختلفة، ويؤكد ذلك برنامج التخصصات الشرعية حيث الاستقلال بمقرر واحد باسم (المقاصد الشرعية) ولعدد وحدتين دراسيتين (تخصص القضاء - جامعة أم القرى) في حين يهمل برنامج التخصص في الشريعة (قسم الشريعة - جامعة أم القرى) فرع المقاصد فلا ينال حظاً لا من الاندماج، أو الاستقلال.

وبمراجعة لبعض الكتب التدريسية المشتهرة الحديثة في الأصول فإننا لا نعثر في فهارسها على اهتمام مستقل وتحديث منهجي ومعرفي

---

(١) دراز: م.س ص١١.

(٢) الشاطبي، م.س ج١ ص٢٥.

(٣) الريسوني، م.س ص٣١٦.

للمقـاصد ، اللهم إلا بعض الكتب كـمؤلف الشـيخ ابن عاشور ، والأسـتاذ علال الفـاسي ، وأخيراً (زمنيـاً) نظرية المقاصـد للشاطبي . وقد يعـترض قائل بأن المقاصد أوردها الأصوليون في أماكن متـفرقة وجزئيات مشتتة، والإجابة بأن ذلك التبـدد في "مواضع شتى لا تتناسب ولا تجمـعها رابطة فلا يهتدي الطالب إلى مقاصدها ووجه الحاجة إلى مـعرفتها وكيفية تعلقها بأصول الفقه" (١).

وبناء على ما سـبق فإن تدريس علم الأصول مع إغـفال فرع المقـاصد يعد نقـصاً خطيراً في تكويـن البنية العلميـة والعملية للفـقيه ، وقـد أشـار الشيخ دراز إلى أن دارس علم الفقه وأصـوله الذي يجهل المقاصد لا يمكن تشبـيهه إلا بشخـص يحاول" أن يعلم (الآخر) صنعـة النساجة فيـعرض عليك بعض أجزاء آلة النسيـج محلولة مبعثرة الأجـزاء ، ولا تخفى ضؤولة تلك الفائدة" (٢).

منظور وتصور مقترح لتطوير مقرر أصول الفقه :

١- الأبعاد المقترحة لفلسفة تطوير مقرر أصول الفقه وأهدافها :-

بالرغم من ظهور حركة الصحوة الإسلامـية ومنتجاتها الفكرية والممثلة في نظرية التأصيل الإسلامي للعلـوم ، إلا أننا ما زلنا نعيش أزمة فكر مع بعدين همـا التراث والواقع / العصر ، يؤشـر على ذلك الثنائية في برامج التخصـصات العلميـة ولا سيما الحديثـة منها (الاقتصـاد الإسلامي وعلم النفس الإسـلامي و ...) أو الانفصـام النفسي لخـريجي الجامعـات الذين يواجهون بوقائع ومستـجدات علمية لم يألفوها ، إذ إنهم عزلوا في الدائرة الصفـراء ، وقذف بهم في محيط "قـالوا وقلنا" ، وتشبه هذه الدعـوى ما ذكره مؤلف مـختصر "منتهى السول" حـيث يبين سبب قيامه باخـتصار

---

(١) دراز : شرح الموافقات ، ص٨ .

(٢) دراز : شرح الموافقات ، ص١٠ .

كتابه "الأحكام" فيقول غيـر أنه (أي الأحكام) لاتساعه وامتداده في تكثير مداركـه وبعد مسـالكه في تحقـيق الحق وإبطال الباطل ربما قـصرت عن مسالكه في تحقيق الحق وإبطال الباطل ربما قصرت عن الوصول إليه همم الضعفاء المبتدئين وكلّت عن الإحـاطة به خواطر القاصرين ، فرأيت النزول عن ذلك البسـط العظيم والخطب الجسـيم إلى مختـصر لائق بأفـهام أبناء الزمان وضـعف دواعي طلاب هذا الأوان على وجه لا تخل فـيه بشيء من قواعده ، ولا نهمل أمراً من معاقده ، بحيث يكتفي الناظر فيه عن النظر في المطولات ، ويستقل بمعـرفة ما لا بد من معرفـته مما خلت عنه باقي الكتب والمدونات" (١)، وللتـأكيـد فإن الواقع غـير حـاضر في مـقررات البـرامج الدراسية لكليـات الشريعة ، وهذا التهمـيش للواقع بوقائعه المستـجدة لغة ومضموناً كان سببـاً في ظهور الدعوات التي تنادي بربط الجامعة بالواقع والعلم بالواقع" فالحـاجة داعيـة إلى منهج أصولي يوحـد الوحي والتأمل والتـجربة أو النقل والعـقل ويطور أدوات ومسـالك في التدبـر والاجتـهاد تسـخر العـقل لعبـادة الله ببيـان حكمه وتهـديه دون أن تسد طريـقه" (٢)، ويشـير أبو السـعود إلى مـواقف العلماء المـعاصـرين من عمليـة التطوير فيقول: "يرى غالبية الباحـثين المعاصرين الإبقاء على علم أصول الفقه مع تطويره، ومن هؤلاء من يحصـر المنهجية فيـه ، ولعل أبرز من تصدى لهذا الموضوع الدكتور حسن الترابي ، وأذكـر أن الدكتور جمال عطية نادى منذ سنوات طويلة بـضرورة إعـادة النظـر في علم الأصـول وأيده في ذلك د. يوسف القرضاوي وإن لم يسهم الأخـيران بشيء ذي بال في هذا التجديد المنشود ولـست أعرف بين الأصوليين المـعاصرين من تنـاول الموضوع في ضوء السائد من الأفكار المنهجية التي يقوم عليها العلوم السلوكية الحديثة وبين موقع ذلك مـن علم الأصول ...، وبالرغم من أن المفكرين الإسـلاميين

---

(١) السبكي : الإبهاج على المنهاج ، ج٢ ص٢٨ .

(٢) الترابي : منهجية التشريع الإسلامي ، ج٢ ص٣٢ .

يدأبون على الجهـر بأهمية هذا الموضوع وضـرورته لكل بحث علمي جاد" (١)، ولكن بالرغم من ذلك فـإن هذه الدعوات التي انطلق بعضـها من داخل الجامـعات لم تـتجاوز ألـفاظ العـبارات إلى مـعانيـها ، ودون أن يتـجاوز الحديـث المعاني إلى تحـقيـقهـا كمـشاريع فـعلية ، وهكذا ظلـت الجامـعة والخـريجون في جـانب ، وواقع المجـتمع في جـانب آخـر ، وحقـيقـة أن موضـوع التواصل بين الـتراث والمعاصـرة من أعقـد الموضوعـات الفكرية وتستمد صـعوبتها من اختراع آلية للتواصل ، ويعـبر عن ذلك أبو السعود بقوله "فميدان البحث ما زال متسـعاً خالياً من الباحثين بالرغم من الحاجة الملحة لإيجـاد أصول منهجـية تناسب روح العـصر الذي نعيش فـيه" (٢)، وتطبيقاً على موضوع دراستنا فـإن مقررات أصول الفقه التي تعنى بطرق الاستـدلال والتفكير ، ومنطق الصـواب والخطأ تتضمن عـدداً من المهارات العلمية الفكرية التي يمكن لدارسها اكتسابها وتكوين شخصية فكرية ناقدة بل منضبـطة ، ولكن الملاحظ من وقائع الخـريجين يخرج بنتيـجة مـفادها ضعف المسـتوى الفكري لمعظم الدارسين ، ولعل الـشكوى والانزعاج الذي يعلنه الآباء والمعلـمون من الدارسين فـيـما يتـعلق بضـعف قـدراتهم على التـفكير الناقـد ، لهو أقـوى دليل على تحـقق أهداف دراسة علم الأصـول وفـوائدها كمـا ذكـرت في أدبيـات هذا العلم ، ومن هنا نؤكـد على أن من أهداف التطوير إكسـاب الدارس بقدر الإمكان مهارات فكرية تسـاعده على الاعتمـاد على الذات سواء في جني معرفـة جديدة أو النجاح في تطبيـقها، ولعل ذلك يسـتلزم تحـديث مقـررات أصـول الفقـه لتكون في مـستـوى تحديات العصـر الجديد عصر الثورة المنهـجية والانفتاح الثـقافي ، وكذلك إعادة علـم الأصول إلى وضعـه السابق من حـيث قيـادته لناصيـة العلوم النقلية والعـقلية باعتبـار أن "التراث المنطقي لعلماء الأصول يعـد النموذج

---

(١) أبو السعود : المنهجية للعلوم السلوكية الإسلامية ، ج٢ ص٤٨ .

(٢) المصدر السابق ج٢ ص٢٨ .

الأعلى للفكر الإسلامي ، وأنه كان قاعدة من قواعد ازدهار العلم التجريبي وأساساً من أسس بناء الحضارة الإسلامية "(١)، وفي هذا يقول النشار إن "علم الأصول بالنسبة إلى الفقه كاعتبار المنطق بالنسبة إلى الفلسفة ...، فالأصول إذن منهج البحث عند الفقيه أو هو منطق مسائله أو بمعنى "هو قانون عاصم لذهن الفقيه من الخطأ في الاستدلال على الأحكام" (٢)، وجارٍ في المعنى ما ذهب إليه الجنيدي من التأكيد على "أن علم أصول الفقه الإسلامي يحمل الخصائص المعيارية التي تجعله بالنسبة للتشريع والفقه بمثابة المنطق للفلسفة فهو تقويم عام يراعي أصول الاستدلال بنوعيه الاستنباطي والاستقرائي" (٣)، ويشير باحث ثالث إلى أن "علم الأصول يمثل جسراً تعبره الشريعة لتتدخل في البناء الموضوعي لعلوم عدة كالفلسفة وعلم الكلام ..." (٤)، وعلى هذا فأصول الفقه آلة الفقه وقوة يقتدر بها على التفكير الصحيح السليم وعلى تفادي الوقوع في مسار التفكير الخاطئ والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: كيف يمكن الاستجابة لهذين الاعتبارين ؟ أي ما هي الشروط والإجراءات الواجب اعتمادها في تحديث مقررات علم الأصول حتى تصبح في المستوى المرغوب فيه ؟ سنحاول أن نركز على أهم الشروط والإجراءات المحققة لتلك الغايات وذلك في النقاط التالية:-

أ- التراث الأصولي بين قراءتين :

يعد الإقرار بأن في التراث الأصولي ما يمثل المنهجية العلمية التي يمكن تعميمها على العلوم السلوكية عامة ، حقيقة لا تقبل النفي عند المناوئين لتراث الحضارة الإسلامية وإن كانت تقبل الجدل حول مدى تعديها إلى علوم أخرى ، ولعل هذه الاثارة المسقطة تدفعنا نحو الكيفية

---

(١) الجنيدي : تطبيق المنهج الرياضي (١٤١٠هـ-١٩٩٠م) ص٢٠ .

(٢) النشار : مناهج البحث (١٤٠٤هـ-١٩٨٤م) ص٨٠ .

(٣) الجنيدي : تطبيق المنهج الرياضي (١٤١٠هـ-١٩٩٠م) ص٢١ .

(٤) إمام "أزمة المنهج في الدراسات الفقهية المعاصرة" ١٩٨٩م ، ص١٤ .

التي تستثمر بها أدبيات علم الأصول من زاوية منهـجية أو بستمولوجية ؟ وتتلخص هذه الكيفية في صورة واحدة ألا وهي القراءة، وبصياغة متحولة كيف نقرأ التراث الأصولي ؟ يجيب علماء الأصـول في مقدمات كتبهم إلى الدواعي لإعادة قراءة (كتابة) التراث السابق عليـهم ، فيعبر مثلاً الآسنوي في مقـدمة كتابه (النـهاية) يقول "فاسـتخرت الله تعـالى في وضـع شرح عليه موضح لمعانيـة ، مفصح عن مبانيه ، محرر لأدلتـه ، مقرر لأصوله..، منبهاً فيه على أمور أخرى مهمة (أحدها) ذكر ما يرد عليه من الأسئلة التي لا جواب عنها أو عنها جواب ضعيف .. (السابع) التنبيه على كثير مما وقع فيـه الشـارحون من التـقريرات التي ليـست مطابقة ، وقـد كنت قـصدت التصريح بكل ما ذكروه منها فـرأيت الاشتغال به يطول لكثرته حتى رأيت في بعض شروحه المشهورة ثلاثة مواضع يلي بعضها بعضاً فلذلك أضربت عن كثير منها فلم أذكره البتة اكتفاء بالتقرير الصواب .. (ثم يأخذ الشارح في بيان المصادر الأصلية للكتاب ومنهجه في القراءة) فاعتمدت في شرحي لهذا الكتـاب مراجعة هذه الأصـول (أي كتاب المستـصفى + المعتمـد) طلباً لإدراك وجه الصواب في المنقول منه والمعقول (صحة نسب القول/الفكرة) وحرصاً على إيراد ما فـيه على وفق مراد قائله (موضـوعـية القراءة) فإنه ربما خفي المقصود أو تبادر غيره فـيتضح بمراجعة أصل من هذه الأصول المذكورة" (١)، ويقول شارح كتاب العهد: واستقصاء القول فيه، إني سلكت في الشرح مسلك الكتاب في ترتيب أبوابه وتكرار كـثير من مسائله وشرح أبواب لا تليق بأصول الفقه من دقيق الكلام ، نحو القول في أقسام العلوم، وحـد الضـروري منهـا والمكتـسب ، وتوليـد النظر ...، فطال الكتـاب بذلك وبذكر ألفـاظ (العهد) على وجهـها وتأويل كثـير منها ، فأحـببت أن أؤلف كتاباً مرتبة أبوابه غير مكررة ، وأعدل فيه عن ذكر ما لا يليق بأصول الفقه

---

(١) الآسنوي : نهاية السول (١٩٨٢م) ج١ ص٣-٤ .

من دقيق الكلام ، إذ كـان ذلك من علم آخر لا يجوز خـلطه بهذا العلم"(١)، وفي وصف الشارح في مـقدمته لمختـصر ابن الحاجب يقول "فـتصديت لأن أشرحه شرحاً يبين حقائقه ، ويوضـح دقائقه ، ويذلل من اللفظ صعابه، ويكشف عن وجه المعاني ثقابه ، مقتصداً غير مختصر اختصا راً يؤدي إلى الإخلال ، ولا مطنباً إطناباً يفضي إلى الملال ، ساعياً في حل مشكلاته، فتح معـضلاته وتقـرير معاقـده وتحرير قواعـده ودفع الشبـهات الوا ردة على مقاصده" (٢)، ويقول البدخشي في مقدمته "مشتمل على زبدة مطالب هي نتاج أنظا ر المتقـدمين محتوياً على نخب مبـاحث د رر أبكا ر أفكا ر المتأخرين فهو بحر محيط يفرز الدقائق" (٣).

وكذلك في مـقدمات مؤلفـاتهم يذكرون منهجهم في التـعامل مع الآ راء والمذاهب المختلفة ، فيقر رون أنهم يتبعون الحق ولو كان قائله مخالفاً لهم في المذهب ، وقد عبر عن ذلك الجويني بقوله "فإذا بطلت هذه المذاهب، ولم يبق إلا مذهب النـظام فسند رجه في مـجا ري الكلام المشـتمل على اختـيا ر الحق ..." (٤).

ولو تأملنا في تلك الدواعي والمبر رات لوجدناها لا تخرج عن أمرين:

الأول : تحقـيق الصحـيح من الأقوال والآ راء والمـذاهب وفقاً لـد رجات القوة للأدلة التي يستدل بها ، وبعبا رة منهجية أي الموضوعية .

والثاني : التعـقل/أو التفهم بمعنى فهم علم الأصـول بشكل يجعل علم الأصول معاصراً لكل جيل ومرحلة تا ريخية .

وتأسيساً على ذلك فإننا بحاجة إلى أخذ هذين الشرطين في التعامل مع أدبيات الأصول ، موضوعية القراءة وكذلك تعقل القراءة ، وهذا يعني جعل

---

(١) نقلاً عن أبي سليمان : م.س ص١٩٩ .
(٢) الأصفهاني : المختصر (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) .
(٣) البدخشي : شرح البدخشي ، ج١ ص٤ .
(٤) الجويني : البرهان ، ج١ ص٥٧٤ .

علم الأصول معاصراً لنا ، كما أن موضوعية القراءة تعني تاريخية مؤلفات علم الأصـول ، ولا يمكن فهم الأصـول في عـصرنا أو تعـقلها إلا بإعـادة هيكلية لعلـم الأصول تنقله من متـاحف الاستعراض إلى الحـياة اليومـية، هيكلة تحوله من اسـتنطاق للموتى إلى تعـامل مع ظواهر الحياة المخـتلفة ووقـائعهـا ، وهذه الهيكلة ليـست بالأمـر الهين ، ولا بالعمل اليـسيـر ، إذ تحتاج بداءة إلى عقول تعتـرف عملياً لا نظرياً بأن العلوم تتطور وتتجدد ، وأن التفـسيـر الذي هو المهمـة الأساسـية للعلوم لا تتـجمـد في صور أو مشاهد عبر التـاريخ ، دعونا نأخذ نموذجاً على التجديد لمهمـة التفسير في علم الأصـول ، إنه النموذج المقـاصدي ، فـهـذا النموذج هو نتـاج المعرفـة النقـدية للثورة الحـزمـية على القـياس ، وكـذلك للتطورات الاجـتمـاعيـة والسياسيـة والثقافية في بيئـة الأندلس ، إذن فهو قراءة موضوعـية للنقد الظاهري (ابن حـزم) ، ولردود الفـعل ضد منكري القـيـاس ، كمـا أنه لم يجعل لذلك التراث الأصولي سلطاناً عليـه بحيث يكرر المقولات التراثية في هذا المجال المعرفي ، بل إنه وظف مدخل الكليـات لإنقاذ القياس من الظنية إلى اليقينية في القيمة المعرفية للقياس (كدليل للاحتجاج) ، وإخراج القياس من دائرة حسـاب الاحتمـالات إلى دائرة العلم ، وهذا التوظيف هو التـفهم للتراث في تاريـخيتـه ، وإيجاد أداة المقاصـد لإحلالها كـلياً - وإن لم يقل الشاطبي بذلك صراحة- أو جزئياً محل أداة القياس .

إننا حقـيقة بانتهـاج هذه الفلسفة الانقرائيـة سنجعل التراث كائنـاً حياً نعيش به ومـعه ، دون أن نفـقد تواصلنا العـصري ، وبدون هذه الفلسـفة يموت التراث وإن كان موجوداً بين ظهرانينا .

ب- مبدأ الاقتصاد فى الاختيار :

تقدم أن في كـتب علم الأصول من الموضـوعات مـا ليس من الأصول

وكذلك فإنه توجد موضوعات خلافية تاريخيـة استقر عليها العلم فيما بعد ونحـو ذلك من موضـوعـات قد تبـدد الطاقـة وتضيـيع الوقت في أمـور هامشيـة أو تاريخية لا تخدم الثـقافة المعاصرة فـي أي جانب من الجوانب وهذا يعني أن العودة إلى كتب التراث قصد إحيـاء بعض مضامينها العلمية المشرقـة أمر واجب ، ولكن شـريطة أن يتم ذلك وعبـر التوظيف المنـهجي للوقائع المستجدة.

ج- الصياغة الجديدة للغة العلم :

قد أشرنا سابقاً إلى الدور السلبي للغة خطاب المعرفة الشرعية التراثية، "فلغـة خطاب المعرفـة الشرعيـة التراثيـة التي نراها في الكتب التـعليمـية الجامعية توشك لا تنتمي إلى دنيـا الناس ، فلا تكاد ترى علاقة بينها وبين مجـرى الحيـاة العلميـة ، ولذلك لم يجد بعض من يدركـون ذلك الانقطاع المعرفي والفكري بين الذات الدارسة وبين خطاب المعرفة الشرعية مفراً لهم من أن يقوموا بتأليف المذكرات والكتب التعليمية التبسيطية في لغتها، ولقد شـاع اللجـوء إلى الإمـلاء على الدارسين وإهمـال تلك الكتب التـعليـمـيـة المنصوص عليها رسمياً .... وهكذا تظهر الفـجوة بين عالم المعرفة الشرعية وبين البيـئة الذهنيـة للدارس .... إن أهدافنا السلوكية التـعليمـية هي التي تجعـل من اللغة أداة للتـوصيل لا مـجرد وسـيلة للمحـافظة على نمط من أنماط اللغة ، وهي التي تحتم علينا بالتالي أن نتحول من النظر إلى جمالية اللغة إلى أداتية اللـغة إلى وظيفتهـا ، ووظيفتها هنا أن تكون أداة للمـعرفة وناقلة للحقائق والمفاهيم ، نـريد لغة لا يحيا فيها الدارس ، بل يحيـا معها، لغـة توحد التـصورات الذهنيـة مع الألفـاظ ، لا لغة انفـصال تفـصل بين الدارس وبين المعـرفـة" ، ومن هنا فإنـه لا يمكن تصور تحـديث لمقـررات أصول الفـقه إلا بإعـادة النظر في اللغـة التي تقدم بهـا المعرفـة الشرعـية التراثية "لأن الـلغة هي الفكر ، ومحال أن يتـغير هذا بغير تلـك ...، فاللغة

هي الوسـيلة التي لا وسيلـة سواها لنشـأة المعرفـة الإنسـانية وتكوينهـا وتطويرها أو جمـودها في بعض الحالات ... هي جـزء لا يتجزأ من عـملية التفكير نفـسها" (١). إن التحديث الذي نريـده هو ذاك ، وهذا الذي نتحول فـيـه من اللفظ المضـغـوط إلى اللفظ الدال ، ومن الحـاجـة إلى النظر في الشروح إلى لغة البيان الذي تتضح فيه الأشياء كما هي ، نريد لغة تتجاوز الخـلافات التي تـستند إلى عـوامل الفـقـد والفقـر (رفع الملام عن الأئمـة الأعلام) إلى لغة تحصر فعاليتها فيما لا يمكن تجاوزه من خلاف .

د- التصنيف العلمي لعلم الأصول :

انطلاقـاً من التعريـف الذي ننقله عن الغزالي لعلم الأصـول "بأنه أدلة هذه الأحكام ، ومعرفـة وجوه دلالتها على الأحكام من حـيث الجملة لا من حيث التفصيل" (٢)، نلاحظ أن الغزالي يميز بين مصادر المعـرفة الشرعية (الأدلة) وبين الوسائل الموصلة إلى المعرفة الشرعية (طرق استثمار الأدلة/ الدلالات) والأولى تعني الأصـول التي تبدأ منهـا المعرفة الشـرعيـة ، بينما تعني الثـانية طرق اقتـباس المعـرفة (الأحكام) من الأدلة ووسائـله ، يقول الغزالي "فلما كان المقصود معرفة كيفية اقتباس الأحكام من الأدلة فوجب النظر في الأحكام ثم في الأدلة وأقسامها ثم في كيفية اقتباس الأحكام من الأدلة" (٣)، وجارٍ في المعنى ما ذكره ابن خلدون "اعلم أن أصول الفقه من أعظم العلوم الشرعـية وأجلها قـدراً و أكثرها فـائدة، وهو النظر في الأدلة الشرعيـة من حيث تؤخذ منها الأحكام والتآليف ، وأصول الأدلة الـشرعية هي الكتـاب الذي هـو القـرآن ثم السنة المبـينة لـه ...، ثم ينزل الإجـمـاع منزلتهما لإجماع الصحابة على النكير على مخالفهم ، ولا يكون ذلك إلا عن مستند لأن مثلهم لا يتـفقون من غير دليل ثابت مع شـهـادة الأدلة بعصمة

---

(١) محمود : تجديد الفكر العربي (١٤٠٢هـ-١٩٨٢م) ، ص٢١١ .

(٢) الغزالي : المستصفى ج١ ص٤ ، الآمدي : الإحكام ج١ ص٧ .

(٣) الغزالي : المستصفى ج١ ص٧ ، المعيار (١٣٢٩هـ) ، ص٧٨ ، ٩١ .

الجماعة فصار الإجماع دليلاً ثابتاً في الشرعيات .

ثم نظرنا في طرق استدلال الصحابة والسلف بالكتاب والسنة ، فإذا هم يقيسون الأشباه بالأشباه فيهما ويناظرون الأمثال بالأمثال بإجماع منهم وتسليم بعضهم لبعض في ذلك ... ، وهو القياس وهو رابع الأدلة، واتفق جمهور العلماء على أن هذه هي أصول الأدلة ...

وأول مباحث هذا الفن في كون هذه أدلة ... ، ثم بعد ذلك يتعين النظر في دلالة الألفاظ" [1]، ومن هنا نجد أمامنا تفريقاً بين مستويين لعلم أصول الفقه ، المستوى المعرفي وهو الذي يتعلق بالأدلة والمستوى المنهجي وهو الذي يختص بوجوه الدلالات ، وبناء على ذلك يمكن الحديث عن تطوير مقترح لمقرر أصول الفقه في المجالين المعرفي والمنهجي كما سيأتي في الفقرة التالية .

٢- مقترح بإعادة هيكلة مقرر أصول الفقه .

أ- التطوير المعرفي المقترح لمقرر أصول الفقه (علم الدليل / الأدلة) :

يختص ما أطلقنا عليه بمصطلح علم الدليل (الأدلة) بالبحث والدراسة في مصادر المعرفة الشرعية من حيث شرائط صحتها وثبوتها وقيمتها الاحتجاجية .

والأدلة (أصول الأحكام) هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس والمقاصد الشرعية وغير ذلك مما يذكر في أدبيات الأصول بالأدلة المختلف فيها .

- المحاور التي يتناولها علم الدليل / الأدلة والتي تتلاءم مع المستوى العلمي للدارسين ، والأهداف التي يسعى إليها مقرر علم الدليل من ناحية أخرى هي :-

---

(١) ابن خلدون : المقدمة ص٤٥٢-٤٥٤ .

– الكتاب :

ويتضـمن هذا المحو ر التـعريف بالكتـاب "وما هو منه ومـا ليس منه وطريق إثبات الكتـاب وأنه التواتر فقط ، وبيـان ما يجوز أن يشتـمل عليه الكتاب من حقيقة ومجاز .. والنسخ" (١)، ونحو ذلك مما له علاقة وظيفية بمباحث علم الدلالات ومسائله .

– السنة :

ويشـتمـل على تبين "حكم الأقـوال والأفعـال من الرسـول ﷺ وطرق ثبوتها من تواتر وآحـاد وطرق روايتها من مسند ومرسل وصـفات رواتها من عدالة وتكذيـب إلى تمام كتاب الأخـبار" (٢)، ونحو ذلك مما له عـلاقة وظيفية بمباحث علم الدلالات ومسائله .

– الإجماع "ويتناول حقيقته ودليله وأقسامه وإجماع الصحابة وإجماع من بعدهم إلى جميع مسائل الإجماع" (٣).

– القياس والمقاصد الشرعية والأدلة الأخرى :

تعريف بكل دليل من هذه الأدلة وأنواعـه ومستند مشروعيـته وشروط الاحـتجـاج به ونحـو ذلك مما له عـلاقـة وظيفـيـة بمبـاحث علم الدلالات ومسائله .

ب– التـصـــوير المقـتـــرح لمقـرر أصـــول الفـقـه مـنهـجـيـــاً (علم الدلائل/الدلالات) :

يمكن لنا تعـريـف علم الدلائل (الدلالات) بأنه العلـم الذي "يبـحث في طرق الاستـدلال الصحـيح للوصول إلى مـعرفـة حقـه ظاهراً أو باطناً من الأدلة" إذن هو العلم الذي يتـعلق بالأدوات والأســاليب التـحليليـة ، وهذه

---

(١) الغزالي : م.س ج١ ص٩ .
(٢) المرجع السابق .
(٣) المرجع السابق .

الأدوات المنهجية يمكن تحديدها بتعريف النص ، إذ إنه يمثل المادة الأساسية لتلك الطرائق المنهجية .

والنص هو الكتاب والسنة" . والكتاب: هو اللفظ العربي المعجز المنزل وحياً على محمد ﷺ المنقول إلينا بالتواتر ، المتعبد بتلاوته . أما السنة فهي ما أثر عن رسول الله ﷺ من قول أو فعل أو تقرير" (١).

وحيث إن النص لفظ / ومعنى كان لابد من التفسير ، والتفسير بتعبير الأصوليين "بيان معاني الألفاظ ودلالاتها على الأحكام للعمل بالنص على وضع يفهم من النص" (٢)، أو هو بتعبيرنا "تحليل منهجي للنص من أجل فهم دلالاته الظاهرة والباطنة" . وللوصول إلى تفسير سليم فإن علماء الأصول يستخدمون ثلاثة أساليب لتحليل النص التي تمثل أشكال التفسير: وأولها التحليل اللغوي ، ثم التحليل العلمي ، وفي طور أرقى من تاريخ الدراسات العلمية الأصولية يأتي التحليل المقاصدي ، ويشير إلى هذه الأشكال التحليلية الشيخ عبد الله دراز حيث يقول "إن لاستنباط الأحكام ركنين : أحدهما علم لسان العرب ، وثانيهما علم أسرار الشريعة ومقاصدها" ، "ومن هذين العلمين يتكون علم أصول الفقه" (٣)، وسنتحدث عن كل شكل من أشكال التحليل (٤) باختصار شديد :-

- التحليل اللغوي .
- التحليل العلمي .
- التحليل المقاصدي .

---

(١) الصالح تفسير ، ص٥٠ .
(٢) المرجع السابق ص٥٩ .
(٣) الريسوني : مرجع سابق ص٣٥٩ .
(٤) الزهراني : الأزمة المنهجية لفقه المعاملات المالية العصرية ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة (١٤١٧هـ) العدد ٢٤ (رجب- رمضان - يناير (كانون الثاني) - مارس (آذار) ص ١٥٠-١٦٤.

١/ج - مقرر مقدمات علم أصول الفقه :

قـد يعتـرض البعض على التـصنيف لعلم الأصـول والتطوير المقتـرح للمـقرر بإخـراجـها لمـوضوعـات ومسـائل تدرج عـادة في أصـول الفقـه فأصبـحت مع استمـرارية الزمن تركة متوارثة من وعـاء إلى وعاء ، ومن ذلك موضوع الأحكام ، وموضوع المجتهد ، وحقيقة أن إخراج الموضوعات أو إدخالها إنما يكون بحسب :-

أ- الوضـع العلمي للتعريف :

إذا رجعنا إلى تعريف علم أصول الفقه ، فإننا نلاحظ أنه "القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة"(١)، وبتطبيق إجرائي للتعريف سـتخرج موضوعات الأحكام والمجتـهد ، لأن الأحكام ليست من اختـصاص العلم بل هي لعلم آخـر هو الفقـه ، وإلى هذا المعنى يشيـر أحد الباحثين بقـوله "بقي من مباحث علم الأصول رابعهـا وهو مبحث الأحكام، وهذا المبـحث لا يدخل في التعـريف لأن موضـوع أصول الفقـه هو الأدلة فتكون الأحكام بـهذا الوصف مقـدمة من مقـدمات علم أصـول الفقه غـير داخلة في مـوضوعـه" (٢)، وكـذلك المجتـهد بقـائمة المـتطلبات المعـرفيـة والمنطقـيـة التي يجب أن تتـحـقق فيـه والمجـمـوعة في التـكوين العلمي، والتأهيل الأخلاقي (القيم المهنية) ، والتكوين يتكون من معرفة موضوعات الدليل والدلالات ، أما التأهيل الأخلاقي فهو الـبناء النفسي للمجتهد ، وهذا ليس من موضـوعات الأصـول كما "يرى بعض الأصـوليين أنه لا يصلح إدخال المقلد في الأصول أصلاً ، لأن المراد من الدليـل هنا الدليل التفصيلي ومن اسـتفـادة الحكم منه اسـتنباطه ومـعرفـتـه بعد تأمل ونظر ، وقـول المجتهد ليس من الأدلة التـفصيلية" (٣)، ويذكر عالم أصـولي أن "البحث

---

(١) الخضري نقلاً من الربيعة ، ص٥٨ .

(٢) الجيزاني : م.س ، ص٢١ .

(٣) العبد خليل : مرجع سابق ص٤٦ .

عن حجـية خبر الواحـد والقياس ليس من مسـائل الأصول" (١)، فحجـية السنة وأنواع الأحاديث ونحو ذلك يمكن للدارس دراستـها في مقرر علوم الحديـث ، وكذلك علوم القـرآن فيـما يتـعلق بالكتاب الكريم ، وبهـذا نمنع التكرار المشوش ، والقـضاء على الهدر في العـملية التعليمـية ، إذ لابد من التكامل المعرفي بحيث تصبح المقررات الداخلية والخارجية متكاملة معرفياً ومنهجياً .

٢/ج – البناء على الفقه :

يقول الشاطـبي "كل مسألة مرسومـة في أصول الفقه لا ينبنـي عليها فروع فـقهية أو آداب شـرعية ، أو لا تكون عـوناً في ذلك ، فوضعـها في أصـول الفـقـه عـارية" (٢)، والذي يوضح ذلك أن هذا الـعلم لم يخـتص بإضافته إلى الفـقه إلا لكونه مفيداً له ، ومحـققاً للاجتهاد فـيه فإذا لم يفد ذلك فليس بأصل له . فليس كل ما يفتقر إليـه الفقه يعد من أصوله ، وإنما اللازم أن كل أصل يضاف إلى الفـقه لا ينبني عليه فـقه ، فليس بأصل به، وعلى هذا يخـرج من أصـول الفقـه كـثـير من المسـائل ابتـداء الوضع .. وكفـصول كـثيـرة من النحو مـعاني الحـروف ... والكلام على الحـقيـقة والمجاز ، وعلى المشترك والمترادف والمشتق وشبه ذلك" (٣).

٣/ج – مجال علم الأصول :

يذهب أغلب علـماء الأصـول إلى ترجـيح المذهـب الذي ينص على "أن موضـوع علم الأصول هو الأدلة الشـرعيـة الكلية والإجـماليـة ، من حيث إثباتها للأحكام الكلية ، وذلك لأن أصول الفقه إنما يبحث فيه عن العوارض الذاتية للأدلة ، وأما الأمور الأخرى من الأحكام وصفات المستدل ، والمكلف

---

(١) أمير بادشاه : تيسير التحرير (١٣٥٠هـ) ، ج١ ص٨ .
(٢) الشاطبي : مرجع سابق ، ج١ ص٤٢-٤٤ .
(٣) الربيعة : مرجع سابق ، ص٢٧٠-٢٧١ .

فإن البحث عن عوارضها إنما يأتي بالتـبع ، نظراً لتوقف كثير من المباحث عليـها" (١)، وعلى هذا "يكون البـحث عن الأحكام اسـتطرادياً فالأصـولي يبـحث في الأدلة الكلية وأنواعـها من الأمـر والنهي وأعراضـها من الـعام والخاص والمقيد والمطلق ، كـما يبحث في كيفية دلالة الألفاظ على مـعانيها وطرق استفـادة الأحكام منها ، حتى يصل إلى القـواعد الكلية" (٢). وهكذا فإن الأحكام وصفـات المجتهد لا تدخل في علم الأصـول ولكن لا يقتضي ذلك فصلها بالكليـة ، لذا فإنه يمكن صناعة مقرر مستـقل باسم "مقدمات في علم الأصـــول" ويكون ذلك جـمـعـــاً للآراء المتنافـرة عنـد النظر في التصورات المقترحة .

٣- تطوير أسلوب التدريس :

"لابد لصانعي التطوير للبرامج الدراسية بالأقسام التعليمية أن يتنبهوا لأهمـية تطوير عـملية تـعليم العلوم الشرعـية وتـعلمهـا وخطورته (الفقـه ونظرية الفـقـه / الأصـول)" ، وتتـمثل الخـطورة في أن أسلوب التـعليم لمقررات أصول الفقه تعتمـد على النظرة التربوية التقليدية ، التي تركز على التعليم العـقلي المعرفي ، حيث الاهتـمام بقاعدتي الإلقـاء المعرفي (التلقين) وقاعدة الاسـتفراغ المعرفي (الحـفظ) ، وحيث التركيز على الـكتاب التراثي المصنف في زمن ما من أزمنة التطور المعرفي الأصـولي والمذهبي مصدراً رئيساً في التعلم ، وبدون شك فإن هذا الأسلوب قد أدى إلى نتائج عكسية لما كـان يتـوقع من تدريس هذا العلم (الفـوائد) ، وسنتـجـاوز تقـويم هذا الأسلوب التعليمـي إلى نقطة أخرى تعد مهمـة ، وهـي أسلوب تعليم يتوافق وطبيـعة علم أصول الفقـه وأهميته (المهـارية) ، تلك الطبيعة التي تتـضمن كونهـا وسائل لإنتـاج معرفـة (علم الفقه) ، وطرح هذا الأسـلوب يبدأ من

---

(١) الربيعة : مرجع سابق ، ص٢٤٤ .

(٢) الباحسين نقلاً عن الربيعة ، ص٥ .

تحـديد الهدف من تعليم أصـول الفقـه ، إذ إن للهـدف تأثيراً على طريقـة التـدريس وعلى مـستـوى الخـريج وقدراته ، يؤشـر على ذلك أن الهـدف التقليـدي لصناع منهاج الأصـول هو نقل الحقـائق والمقولات العلمـية في التراث الأصولي ، فكانت الطريقة التلقين ، والذي يراه الباحث هو الانقلاب على هذا الهـدف ليكون في قـاعدة الـهرم ، وتقف في قـمـة الهرم إعـداد الدارس القادر على فهم الوقائع الشرعـية ، واستخدام أدوات العلم وطرقه لبناء معرفة فـقهية ، وبناء على ذلك فإن أسلوب تعليم أصـول الفقه ينبغي أن يتـحول من دائرة تعليـم المعارف العلمـيـة إلى دائرة وسائل اكـتسـاب المعرفـة وتطويرها ، ووفقاً لهذا التـحول تتغيـر المواقع الجغرافيـة لخريطة القاعة الدراسية لمقررات أصول الفقه ، حيث لم يعد الدارس متلقياً للمعرفة، ولا المعلم ناقلاً للمـعرفة ، فالمعلـم في الخريطة الجديدة مصـمم لنشاطات تعليمية مـثيرة للفكر ، والدارس يصبح نشطاً فعالاً ، يقوم بجـهد لممارسة طرق البحث عن المعرفـة واكتسابها فهـو عضو مشارك في عـملية التعليم. وأداة هذا التحـول عرض موضـوعات مـفردات مقـررات علم الأصول في صورة مشكلات يطلب مسبـقاً من الدارسين جمع الآراء والاتجاهات وذكر المناقـشات ، ونحـو ذلك من مهـارات البحث والتـفكيـر العلمي التي يمكن تحصـيلها ، فـمثـلاً في علم أصول الفـقه قـيم تربوية عن الحوار والـنقد المعـرفي يمكن نقلهـا إلى الدارسين ، ونحـو ذلك من قـيم التـقـبل للآخـر ومناقشة الحجة بالحجة ... ، وكذلك يمكن أن تنمو لدى الدارسين مجموعة من المهـارات مـثل المـلاحظة والتـصنيف والقـيـاس والاسـتـنبـاط (العلة ومسالكها) ... ، ومما يزيد من أهمية هذا الأسلوب طبيعة مادة أصول الفقه حيث إنهـا تمثل منهجـية البـحث العلمي الموضوعي (لا قـول بدون دليل)، ومن ثم فإن الدارسين بـحاجة إلى التـمرس والتدريب علـى الأصول كنهج وطريقـة نظر أكـثر من حـاجـتهم إلى الأصـول كنسق مـعـرفي (حقـائق

ومفـاهيم) ، وباكتـساب الدارس مـهارات التـفكير الصـحيح يسـتطيع أن يستخدم هذه المهارات في القضايا الفـقهية سواء القديمة أو الحديثة ، وفي غيرها من المعارف . ونظراً لضيق الحصـة الزمنية وطول المحتوى للمقرر الدراسي ، فإنه يمكن الاستعاضة عن ذلك من أجل تحقيق تلك الأهداف ولو بدرجة أقل ممـا سيتـحقق من الأسلوب السـابق ، بإدراج الفروع الفـقهـية حسب مفـردات المحتوى الداخلي لكل مقرر ، إذ إنها تمثل تدريبـات عملية على المنهجية البحثية في علم الأصول .

الخاتمة

لقد انتهت الدراسة من خلال التحليل السابق إلى نتيجتين مهمتين :-

الأولى : إنه لكي يتحقق ويحقق تعليم مقررات علم أصول الفقه الفوائد/الثمرات التي ذكرتها الكتب التراثية والتي تعني فيما تعنيه إكساب الدارس المهارات العملية ، فإنه لابد من التطوير في المجالين التاليين :

١- تطوير البناء الداخلي لمقررات علم أصول الفقه ، وفقاً لمعياري التعقل / الفهم والموضوعية .

٢- تطوير أسلوب الاستثمار ونمطه (التدريس) المعرفي والمنهجي ، وذلك من خلال إعداد دورات تدريبية لأساليب التعليم الحديثة .

والثانية : إدخال فرع المقاصد ضمن المحتوى الداخلي لمقررات علم أصول الفقه ، وذلك بعد صياغة جديدة لأداة المقاصد من كتاب الموافقات، وإعطاء مساحة كبيرة ووزناً مرجحاً لهذا الفرع في الحصة الزمنية والعملية التدريسية لمقررات علم الأصول .

نسأل الله أن يرزقنا الإخلاص فى القول والعمل وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ،،،

المراجع

- الآسنوي ، جمـال الدين عبد الرحـيم بن الحسن ، نهـاية السول في شرح منهاج الأصول ، بيروت ، المطبعة السلفية ، عالم الكتب ، ١٩٨٢م .

- إمام ، محـمد كمال "أزمة المنهج فـي الدراسات الفقهيـة المعاصرة" ندوة قضايا المنهجية في الفكر الإسلامي ، الجزائر ، ١٩٨٩م .

- الآمدي ، أحكام ج١ ص٧ .

- أميـر بادشاه ، تيسيـر التحرير ، مـصر ، مطبعـة مصطفى الحلبي ، ١٣٥٠هـ .

- باشا ، أحمد فؤاد "نسق إسلامي لمناهج البحث العلمي" ندوة قضايا المنهجية في الفكر الإسلامي ، الجزائر ، ١٩٨٩م .

- البدخشي ، شرح البدخشي ، مصر ، مطبعة محمد علي صبيح .

- ابن بدران ، عبد القـادر أحمد ، نزهة الخاطر العـاطر شرح الروضة، ط الثانية ، الرياض ، مكتبة المعارف (١٤٠٤هـ-١٩٨٤م) .

- الترابي ، حسن عبدالله ، "منهجية التشريع الإسلامي" ضمن بحوث المؤتمر العـالمي الـرابع للفكر الإسـلامي ومناقـشـاته ، مـنهـجـيـة العلوم الإسلامية ج٢ .

- الجـويني ، أبو المعالي عـبد الملـك بن عبـد الله ، البرهان في أصـول الفـقه، تحـقـيق عبـد العظيم الديب ، ط الثـانيـة ، القاهرة ، دار الأنصـار ١٤٠٠هـ .

- الجندي ، محمد علي ، تطبيق المنهج الرياضي في البحث العلمي عند علمـاء المسلـمين ، ط الأولى ، المنصـورة ، دار الوفـاء للطـبـاعـة والنشـر ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م .

- الجيزاني ، محمد حسين ، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة ، ط الأولى ، الدمام ، دار ابن الجوزي ، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م ، ص٢١ .

- الحسين البصري ، المعتمد في أصول الفقه والتهذيب تحقيق محمد حميد الله بتعاون محمد بكر وحسن حنفي ، دمشق ، المعهد العلمي الفرنسي للدراسات العربية ، ١٣٨٤هـ-١٩٦٤م .

- دراز ، عبد الله ، الشرح على الموافقات ، مصر، المكتبة التجارية الكبرى .

- الربيعة ، عبد العزيز ، علم أصول الفقه ، ط الأولى (١٤١٦هـ-١٩٩٦م) .

- الريسوني ، أحمد ، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ط الثانية، الرياض ، الدار العالمية للكتاب الإسلامي ، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م .

- الزهراني ، محمد بن حسن "الأزمة المنهجية لفقه المعاملات المالية العصرية" مجلة البحوث الفقهية المعاصرة (١٤١٧هـ،١٩٩٧م) .

- برنامج التخصص في الاقتصاد الإسلامي بين فلسفة التجزئة وفلسفة الاندماج - قسم الاقتصاد الإسلامي نموذجاً ، ١٤١٨هـ ، قدم لمجلس القسم .

- اغتراب المعرفة الشرعية بين النص والممارسة ، ١٤١٨هـ .

- التحليل الكلي والجزئي في الدراسات الفقه أصولية ، ١٤١٧هـ .

- نحو حل ابتكاري لأزمة التعليم الجامعي ، ١٤١٨هـ ، قدم لعميد مؤتمر معايير القبول بالجامعات ورئيسه .

- تقويم تطوير برامج الدراسات العليا الشرعية من منظور الأهداف ج١ ١٤١٩هـ .

- السـبكي ، الإبهـاج في شـرح المـنهـاج ، ط١ ، بيـروت ، دار الكتب العلمية ، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م .

- أبو السعود ، محـمود "المنهجية للعلوم السلوكية الإسـلامية" ضمن بحوث المؤتمر العـالمي الرابع للفكر الإسلامي ومناقـشاته ، منهجـية العلوم الإسلامية ، ج٢ .

- شيخ ، جعفـر إدريس ، "بل ليس في الإمكان إبداع" ، سلسلة كتاب المعـرفة عن مـجلة المعـرفة وزارة المعـارف ، المملكة العـربيـة السعـودية، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م .

- الشنقيطي ، محـمد الأمين ، مذكرة أصول الفـقه على روضة الناظر، المدينة المنورة ، المكتبة السلفية ، مع مقدمة عطية سالم ، على الكتاب .

- صالح ، محـمد أديب ، تفسير النصوص في الفـقه الإسلامي ، ط٣، بيروت ، المكتب الإسلامي ، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م .

- الأصفهاني ، المختصر شرح مخـتصر ابن الحاجب ، تحقيق ، محمد مظهر بقا ، جدة ، دار المدني ، ط١ (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) سلسلة منشورات مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، جامعة أم القرى .

- العبد خليل ، مباحث في أصول الفقـه الإسلامي ط٢ ، عمان ، جمعية عمال المطابع التعاونية ، ١٤٠٤هـ-١٩٨٣م .

- الغزالـي ، محمـد بن محـمد ، المسـتصفى في عـلم الأصول ، ط٢ ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م .

- المنخول من تعليقات الأصول ، تحقيق: محمد حسن هيتو، دار الفكر.

- مـحمـود ، زكي نجيب ، تجـديد الفكر العربي ، ط٧ ، بيـروت ، دار الشروق ، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م .

- النشار، علي سـامي ، مناهج البحث عند مفكري الإسـلام ، بيروت، دار النهضة العربية ، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م .

فتـــاوى الفقـهاء (*)

حكم غلاء الدراهم ورخصها

الإمام ابن عابدين (**)

(سئل) فيما إذا اشترى زيد من عـمرو بضائع معلومة بثمن معلوم من الدراهم معاملة البلدة التي وقع فيهـا عقد البيع وتسلم زيد المبيع ولم يدفع الدراهم حتى تغيرت ونقـص قيمتها إلا أنها رائجـة في التجارات فهل على المشتري ردّ مثلها (الجواب) حيث نقص قيـمتها قبل نقد الثمن وهي رائجة في التجارات فعلى زيد المـشتري ردّ مثلها لعمرو البـائع كما في الجوهرة وقاضيخـان والخلاصة والبزازية اشترى شيئـاً بدراهم نقد البلد فلم ينقده حتى تغير الثمن إن كان لا تروج في السوق فسد البيع وإن كان تروج لكن انتقص لا ينتقض البيع وليس للبـائع إلا ذلك خلاصة وبزازية ولو اشترى شيـئاً بدراهم ينقـد البلد ولم يقـبض حتى تغـيرت فإن كـانت لا تروج في التجـارات فسـد البيع وهو بمنزلة ما لـو اشترى شـيئاً بالفـلوس الرائجة فكسدت قبل القـبض وقد مر قبل هذا وإن كانت الدراهم بعد التـغير تروج في التجـارات إلا أنه انتقصت قـيمتـها لا يفسد الـبيع ولم يكن له إلا ذلك وعن أبي يوسف له أن يفـسخ في نقصان القـيمة أيضـاً وإن انقطعت تلك الدراهم اليوم كـان عليه قيمـة تلك الدراهم قبل الانقطاع عند محمـد وعليه الفتوى خالية من فصل قبض الثمن قيد بالكساد لأنها إذا اغلت أو رخصت كان عليـه رد المثل بالاتفاق كذا في النهـاية جوهرة من الصرف وللعـلامة الشـيخ مـحمـد التـمرتلـشي صاحب التـنوير رسالة فـي هذا الخصـوص فراجعـها ان رمتها (أقـول) وقد كنت أيضاً جمعت فـي هذه المسائل رسالة

(*) تختار المجلة في كل عدد بعضاً من فتاوى فقهاء السلف في القضايا والمشكلات المعاصرة.

(**) فقيه الديار الشافعية وإمام الحنفية في عصره ولد في دمشق سنة ١١٩٨هـ وتوفي بها سنة ١٢٥٢هـ ، انظر: الأعلام للزركلي ج٦ ص٤٢ .

سميتهـا تنبيه الرقود على مسائل النقود ولخصت فيـها رسالة التمرتلشي المسمـاة بذل المجهـود وزدت عليها أشـياء تقـربها عين الودود ويكمـد بها الجاهل الحـسود وحاصل ماحـر رته فيها أن الدراهم إمـا أن لا تروج وإما تنقطع وإما أن تزيد قيمتها وإما أن تنقص فإن كانت كاسدة لا تروج يفسد البيع وإن انقطعت بأن لا توجد في السوق ولو وجـدت في يد الصيارفة أو في البيوت فقيل يفسد البيع أيضاً وقيل تجب قيمتها في آخر يوم الانقطاع وهو المختار وإن رخـصت أو غلت فقيل ليس للبائع غـيرها أي يجب على المشترى رد المثل وقـيل تجب قيمتها يوم البـيع أو يوم القبض في صورة القـرض وعليه الفـتـوى وهذا كله في الدراهم التي غلب غـشهـا والفلوس ويفهم منه أن الدراهم الخالصة أو المغلـوبة الغش ليس حكمها كذلك والذي يظهر أنهـا إذا غلت أو رخصت لا يفـسد البيع قطـعاً ولا يجب إلا رد المثل الذي وقع عليه العـقد وبين نوعه كالذهب الفلاني أو الـريال الفلاني أما إذا لم يعين نوع من النقود الرائجة كما هو الشـائع في زماننا فهو مشكل ولم أر من أوضـحه ولا من تعـرض له أصـلاً ووجه إشكـاله أن المتعـارف في زماننا أن الرجل يـشتري بالقـروش فيقـول بمائة قرش مـثلاً ويريد بذلك بيان مـقدار الثمن لا بيـان نوعه لأن القرش وكـذا الريال والذهب كل منها أنواع مخـتلفة في المالية فنوع منهـا بقرش ونوع بقرشين ونوع بأكـثر أو بأقل والقرش فـي العرف اسم لقطعة خـاصة من الفـضة المضـروبة كانت تساوي أربعين مصرية ثم صارت الآن تساوي سبعين مصرية وحيث أطلق القرش الآن فالمراد منه أربعون مـصرية وإذا قال بمائة قرش يدفع من أي نوع أراد من أنواع النقود الرائجة المختلفة المالية سواء كانت من الذهب أو الفضة فالمراد بالقروش هي أو ما يسـاويها من بقية الأنواع هكذا شاع في عرفنا ولا يفهمون منها سوى بيان مقدار الثمن دون نوعه ونقل في القنية في باب المتعارف بين التجار كالمشروط عن فتاوى أبي الفضل الكرماني أنه جرت العادة في خوارزم أنهم يشترون سلعة بدينار ثم ينقدون ثلثي دينار

محمودية أو ثلثي دينار وطسوج نيسابورية قال: يجري على المواضعة ولا تبقى الزيادة ديناً عليهم ونقل أيضاً عن علاء الدين الترجماني لو استقرت العادة في بلد أنهم يعطون كل خمسة أسداس مكان الدينار فالعقد ينصرف إلى ما يتعارفونه اهـ فهذا مؤيد لما عليه عرف زماننا ولكن قد تكرر في زماننا ورود الأمر السلطاني بتنقيص سعر بعض النقود الرائجة فإذا كان عقد البيع أو القرض وقع على نوع معين منها كالريال الفرنجي مثلاً فلا شبهة في أن الواجب دفع مثل ما وقع عليه البيع أو القرض وأما إذا وقع العقد على القروش التي لا يتعين منها نوع خاص كما ذكرنا فلا يمكن القول برد المثل لأن المثلية إنما تعلم حيث علم النوع وقد علمت أن أنواع النقود متفاوتة في المالية وكذا رخصها الذي ورد الأمر به متفاوت فبعضها أرخص من بعض وإذا جعلنا الخيار للدافع كما كان الخيار له قبل ورود الأمر يحصل للبائع ضرر شديد فإن الدافع يختار ما رخصه أكثر فإن ما كان من بعض أنواع النقود وقت البيع يساوي مائة قرش مثلاً صار بعد الأمر يساوي تسعين ومنه ما يساوي خمسة وتسعين فيختار المشتري ما يساوي تسعين ويحسبه عليه بمائة كما كان وقت البيع فيحصل بذلك ضرر بين للبائع ولا يقال أن الخيار وقت البيع كان للمشتري فيبقى له الآن لانا نقول قد كان الخيار له حيث لا ضرر فيه على البائع فإنه وقت البيع لو دفع له من أي نوع كان لا يتضرر ولو كان رخص الأنواع الآن متساوياً بلا ضرر لجعلنا الخيار للمشتري ليدفع على السعر الواقع وقت العقد من أي نوع كان كما كنا نخيره قبل الرخص ولكنه لما تفاوت الرخص وصار المشتري يطلب الأنفع لنفسه والا ضرر على البائع قلنا لا خيار إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ولما لم أجد نقلاً في خصوص مسألتنا هذه تكلمت مع شيخي الذي هو أعلم أهل عصره وأفقههم وأورعهم فيما أعلم فجزم بعدم التخيير وجنح إلى الإفتاء بالصلح في مثل هذه الحادثة حتى نجد نقلاً في المسألة لأنك قد علمت مما قدمناه أن المنصوص عليه هو

---

(١) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ج١ ص٢٨٠-٢٨١ .

مسألة ما إذا غلب الغش على الدراهم وكـان الشراء بنوع خاص منها دون ما اصطلح عليـه أهل زماننا من العـرف الحادث فينبغـي أن يفتى بالصلح على دفع المتـوسط في الضرر دون الأعلى ودون الأدنى فهـذا خلاصـة ما حررته في تلك الرسالة . والله تعالى أعلم .

حكم من يدعي سلعة بيد آخر فيشتريها منه مخافة تلفها ثم يقيم عليه الدعوى

لأبي الوليد بن رشد القرطبي (*)

سئل أصبغ فقيل له الرجل يدعي السلعة بيد الرجل فيخاف على سلعته أن تتلف فيشتريها من الذي هي في يديه ، ثم يريد القيام عليه بعد ذلك ببينة فقال: إن كان لم يعلم أن له بينة ولم يعلم بذلك ، فذلك له إن ثبتت البينة ويرجع بماله ، وإن كان قد علم أن له بينة وعرف موضعها ، فلا أرى له بعد ذلك كلاماً ولا حجة ؛ وإن زعم أنه إنما اشتراها بداراً ومخافة أن يغيبها أو ينفقها -وإنما ذلك- عندي مثل الرجل يصالح وهو يعلم أن له بينة ، إلا أن تكون بينته بعيدة جداً ويكون قد أشهد قبل أن يشتريها -أنه إنما يشتريها لما يخاف من أن يغيبها الذي هي في يديه لموضع غيبة بينته وبعدها ، ثم يقوم بعد ذلك عليه ، فأرى ذلك ينفعه إذا كان كذلك ، وإلا فلا كلام له ولا حجة ؛ قال : وإن أتى ببينة بعد الاشتراء ، وزعم أنه لم يعلم بها ، وقال البائع قد علمت واشتريت على علم بها أو صالحت ؛ فالقول قوله إنه لم يعلم مع يمينه ، إلا أن يثبت عليه أنه قد علم ؛ لأنه ثبت له الرجوع بماله وأخذه ، فالبائع مدع عليه ما يسقط ذلك بالثبت عليه .

قال محمد بن رشد: قول أصبغ في هذه الرواية أن له أن يقوم بعد الصلح ببينته التي علم بها إذا كانت بعيدة جداً وقد كان أشهد قبل أن يشتريها أنه إنما يشتريها مخافة أن يغيبها الذي في يديه لبعد غيبة بينته، خلاف ظاهر ما في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب المديان والتفليس من أنه لا ينتفع بالاشهاد قبل الصلح في مغيب بينته ، إذ لم يفرق في ذلك بين قرب الغيبة من بعدها ، والأولى أن يتأول على أنه

(*) هو محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد قاضي الجماعة بقرطبة من أعيان المالكية وهو جد ابن رشد الفيلسوف صاحب المقدمة ولد سنة ٤٥٠هـ بقرطبة وتوفي فيها سنة ٥٢٠هـ . انظر: الأعلام للزركلي ج٥ ص٣١٦-٣١٧ ، ط دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، ط٦ ١٩٨٤م .

إنما تكلم على أن غيبة الشهود غير بعيدة جداً ، فيكون قول أصبغ هذا مفسراً لقول ابن القاسم هناك ؛ ولا احتمال في أنه لا ينتفع بالاشهاد في السر إذا كانت غيبته غير بعيدة (١).

---

(١) البيان والتحصيل لأبي الوليد ابن رشد القرطبي ج١٤ ص٢٢٢-٢٢٣ .

من هو الأحق من الوالدين بالولد

الإمام محمد بن إدريس الشافعي (*)

أخبرنا الربيع بن سليمان قال أخبرنا الشافعي قال: أخبرنا ابن عيينة عن زياد بن سعد عن هلال بن أبي ميمونة عن أبي ميمونة عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ خير غلاماً بين أبيه وأمه أخبرنا الربيع قال: أخبرنا الشافعي قال أخبرنا ابن عيينة عن يونس بن عبد الله الجرمي عن عمارة الجرمي قال خيرني علي بين أمي وعمي ثم قال لأخ لي أصغر مني وهذا أيضاً لو قد بلغ مبلغ هذا خيرته أخبرنا الربيع قال أخبرنا الشافعي قال أخبرنا إبراهيم بن محمد عن يونس بن عبد الله عن عمارة قال خيرني علي رضي الله تعالى عنه بين أمي وعمي وقال لأخ لي أصغر مني: وهذا لو بلغ مبلغ هذا خيرته ، قال إبراهيم وفي الحديث: (وكنت ابن سبع أو ثمان سنين) (قال الشافعي) فإذا افترق الأبوان وهما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج وما كانوا صغاراً فإذا بلغ أحدهم سبعاً أو ثمان سنين وهو يعقل خير بين أبيه وأمه وكان عند أيهما اختار ، فإن اختار أمه فعلى أبيه نفقته ولا يمنع من تأديبه ، قال وسواء في ذلك الذكر والأنثى ويخرج الغلام إلى الكتاب والصناعة إن كان من أهلها ويأوي عند أمه وعلى أبيه نفقته وإن اختار أباه لم يكن لأبيه منعه من أن يأتي أمه وتأتيه في الأيام وإن كانت جارية لم تمنع أمها من أن تأتيها ولا أعلم على أبيها إخراجها إليها إلا من مرض فيؤمر بإخراجها عائدة ، قال وإن ماتت البنت لم تمنع الأم من أن تليها حتى تدفن ولا تمنع في مرضها من أن تلي تمريضها في منزل أبيها ، قال وإن كان الولد مخبولاً فهو كالصغير وكذلك إن كان غير

(*) هو الإمام محمد بن إدريس بن العباس بن شافع الهاشمي القرشي المطلبي أبو عبد الله أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة وإليه ينسب المذهب الشافعي ولد في غزة (فلسطين) سنة ١٥٠هـ وحمل منها إلى مكة وهو ابن سنتين وتوفي بمصر سنة ٢٠٤هـ. قال عنه الإمام أحمد ابن حنبل ما أحد ممن بيده محبرة أو ورق إلا وللشافعي في رقبته منّة . انظر: الأعلام للزركلي ج٨ ص٢٤٠ .

مخبول ثم خبل فهو كالصغير الأم أحق به ولا يخير أبداً قال وإنما أخير الولد بين أبيه وأمه إذا كانا معاً ثقة للولد فإن كان أحدهما ثقة والآخر غير ثقة فالثقة أولاهما به بغير تخيير قال وإذا خير الولد فاختار أن يكون عند أحد الأبوين ثم عاد فاختار الآخر حول إلى الذي اختار بعد اختياره الأول قال وإذا نكحت المرأة فلا حق لها في كينونة ولدها عندها صغيراً كان أو كبيراً ولو اختارها ما كانت ناكحاً فإذا طلقت طلاقاً يملك فيه الزوج الرجعة أو لا يملكها رجعت على حقها فيهم فإذا راجعها أو نكحته أو غيره دخل بها أو لم يدخل بها أو غاب عن بلدها أو حضر فلا حق لها فيهم حتى تطلق وكلما طلقت عادت على حقها فيهم لأنها تمنعه بوجه فإذا ذهب فهي كما كانت قبل أن تكون وأن في ذلك حقاً للولد (قال الشافعي) وإذا تزوجت المرأة ولها أم لا زوج لها فالأم تقوم مقام ابنتها في الولد لا تخالفها في شيء وإن كان لها زوج لم يكن لها فيهم حق إلا أن يكون زوجها جد الولد فلا تمنع حقاً فيهم عند والد قال وإذا آمت الأم من الزوج كانت أحق بهم من الجدة (قال الشافعي) وإذا اجتمع القرابة من النساء فتنازعن الولد فالأم أولى ثم أمها ثم أم أمها ثم أمهات أمها وإن بعدن ثم الجدة أم الأب ثم أمها ثم أمهاتها ثم الجدة أم الجد أبي الأب ثم أمها ثم أمهاتها ثم الأخت للأب والأم ثم الأخت للأب ثم الأخت للأم ثم الخالة ثم العمة قال: ولا ولاية لأم أبي الأم لأن قرابتها بأب لا بأم فقرابة الصبي من النساء أولى. قال ولا حق لأحد مع الأب غير الأم وأمهاتها فأما أخواته وغيرهن فإنما يكون حقهن بالأب فلا يكون لهن حق معه وهن يدلين به والجد أبو الأب يقوم مقام الأم إذا لم يكن أب أو كان غائباً أو غير رشيد قال وكذلك أبو أب الأب قال وكذلك العم وابن العم وابن عم الأب والعصبة يقومون مقام الأب إذا لم يكن أحد أقرب منهم مع الأم وغيرها من أمهاتها قال وإذا أراد الرجل أن ينتقل عن البلد الذي نكح به المرأة كانت بلده وبلدها أو بلد أحدهما دون الآخر أو لم تكن فسواء والأب أحق بالولد مرضعاً كان أو

كبيـراً أو كيف ما كان وكذلك قـرابة الأب وإن بعدت والعصبـة إذا افترقت الدا ر أولى فـإن صا رت الأم أو الجـدات معـهم في الدا ر التي يتحـول بهم إليها أو رجع هو بهم إلى بلدها كانت على حقها فيهم [1].

(١) الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي ج٥ ص٩٢-٩٣ .

من أدى عن غيره حقاً واجباً رجع به إن لم يكن متبرعاً

شيخ الإسلام أحمد بن تيمية (*)

في مذهب مالك وأحمد بن حنبل المشهور عنه وغيرهما: أن كل من أدى عن غيره واجباً فله أن يرجع به عليه إذا لم يكن متبرعاً بذلك ، وإن أداه بغير اذنه ؛ مثل من قضى دين غيره بغير اذنه . سواء كان قد ضمنه بغير اذنه ، وأداه بغير إذنه ، أو أداه عنه بلا ضمان .

وكذلك من افتك أسيراً من الأسر بغير اذنه يرجع عليه بما افتكه به. وكذلك من أدى عن غيره نفقة واجبة عليه ؛ مثل أن ينفق على ابنه أو زوجته أو بهائمه ؛ لا سيما إذا كان للمنفق فيها حق : مثل أن يكون مرتهناً أو مستأجراً . أو كان مؤتمناً عليها : مثل المودع .... ومثل انفاق أحد الشريكين على البهائم المشتركة . وقد دل على هذا الأصل قوله تعالى: ﴿**فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن**﴾ فأمر بايتاء الأجر بمجرد إرضاعهن، ولم يشترط عقد استئجار ، ولا اذن الأب لها في أن ترضع بالأجر ؛ بل لما كان إرضاع الطفل واجباً على أبيه ، فإن أرضعته المرأة استحقت الأجر بمجرد إرضاعها . وهذا في الأم المطلقة قول أكثر الفقهاء ، يقولون: أنها تستحق الأجر بمجرد الإرضاع . وأبو حنيفة يقول بذلك في الأم ، وإن كان لا يقول برجوع المؤدي للدين ، وخالفه صاحباه .

والمفرق يقول: الأم أحق برضاع ابنها من غيرها ، حتى لو طلبت الإرضاع بالأجر لقدمت على المتبرعة . قيل: فكذلك من له حق في بهائم الغير ، كالمستأجر ؛ والمرتهن : يتسحق مطالبة المالك بالنفقة على بهائمه، فذلك أحق من الأم بالارضاع .

وأيضاً فلا يلزم من كونه يستحق ذلك بعقد المعاوضة أن يستحقه بدون عقد ؛ إلا أن يكون الارضاع واجباً على الأب . وإذا كان إنما أداه

(*) شيخ الإسلام ابن تيمية تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن مجد الدين أبي البركات عبد السلام ابن تيمية من أسرة توارثت العلم فأبوه وجده من كبار العلماء والمحدثين وجده مؤلف منتقى الأخبار الذي شرحه الشوكاني في كتابه نيل الأوطار، ولد سنة ٦٦١هـ .

*** من أدى عن غيره حقاً واجباً رجع به إن لم يكن متبرعاً ***

لكونه واجباً عليه ، فهكذا جمـيع الواجبات عليه أن يؤديها إلى من أدى عنه وأحسن إليه بالأداء عنه . وهذا إذا كان المعطي مختاراً ، فكيف إذا أكره على أداء ما يجب عليـه ؟ فإن الظالم القادر إذا لم يعطه المـطلوب الذي طلبه منه ضـره ضرراً عظيماً ؛ إما بعقوبة بدنية ، وإما بأخذ أكثر منه . وحينئذ يجب عليه دفع ما يندفع به أعظم الضررين بالتـزام أدناهما ، فلو أدى الغير عنه بغير إكراه لكان لـه أن يرجع عليه بما أداه عنه ، فكيف إذا أكره على الأداء عنه ؟ ! .

وأيضاً فإذا كان الـطلب من الشركاء كلهم فقد تقدم إنه ليس لـبعضهم أن يمتنع مما عليه امتناعاً يستلزم تكثيـر الظلم على غيره . وحينئذ فيكون الأداء واجبـاً على جميع الشـركاء : كل يؤدي قسطـه الذي ينوبه إذا قسم المطلوب بينهم بالعـدل . ومن أدى عن غيره قـسطه بغير إكـراه كان له أن يرجع به عليه ، وكان محسناً إلـيه في الأداء عنه ، ومباشرة الظالمين دونه؛ فإن المبـاشر يحصـل له ضرر في نفســه وماله ، والغالـب إنما يحصل له الضرر في ماله فـقط ، فإذا أدى عنه لئلا يحضر كان مـحسناً ؛ فإن جزاء القرض الوفاء والحمد ، ومن غاب ولم يؤد حتى أدى عنه الحاضرون لزمه أن يعطيـهم قدر مـا أدوه عنه ، ويلزم بذلك . ويعاقب إن امـتنع عن أدائه، ويطيب لمن أدى عنه أن يأخـذ نظير ذلك من ماله ، كـما يأخـذ المقرض من المقترض نظير ما اقرضه . ومن قبض ذلك من ذلك المؤدى عنه ، وأداه إلى هذا المؤدي جـاز له أخذه ، سـواء كـان الملزم له بالأداء هو الظالم الأول أو غيره .

ولهـذا له أن يدعي بما أداه عنه عند حكام العـدل ، وعليهم أن يحكمـوا على هذا بأن يعطيـه ما أداه عنـه ، كمـا يحكم عليه بأداء بدل القـرض ولا شبهة على الآخذ في أخذ بدل مـاله . ولا يقال: إنه أخذ أموال الناس ؛ فإنه إنما أخـذ منهم ما أداه عنهم ، وبدل مـا أقرضـهم إياه من مال ، وبـدل ما وجب عليهم أداؤه ، فإنه ليس لأحد الشركاء أن يمتنع عن أداء ما ينوبه إذا علم أن ذلك يؤخـذ ممن سائر الشـركاء ، كـما تقـدم . وإذا لم يكن له هذا الامتناع كان الأداء واجـباً عليه ، فمن أدى عنه ناوياً للـرجوع فله الرجوع

إذا أداه طوعاً ؛ لاحسانـه إليه بالأداء عنه . فكيف إذا أكره على الأداء عنه؟! ولو لم يكن الأداء واجباً عليه ؛ بل قد أكره ذلك الرجل على الأداء عنه رجع عليه ؛ فـإنه بسبـبه أكـره ذلك ، وأخذ مـاله . وهذا كمن صودر عـلى مال فـأكرهه أقـاربه أو جـيرانه أو أصـدقاؤه أو شـركـاؤه على أن يؤدوا عنه، ويرجعـوا عليه ، فلهم الرجوع ؛ فإن أمـوالهم إنما أخذت بسببـه ، وبسبب الدفع عنه .

فإن الآخذ منه إما أن يأخذ لاعتقاده أنه ظالم ، كما يصادر ولاة الأمور بعض نوابهم ، ويقولون: انهم أخـذوا من الأموال أكثر مما صـودروا عليه؛ وإما أن يكون صـاحب مال كثـير ، فيطلب منه الطالب مـا يقول: إنه ينوب ماله . فأقاربه وجـيرانه وأصدقاؤه وغيرهم ممن أخـذ ماله بسبب مال هذا أو بسبب أعـماله ؛ إنما ظلموا لأجله ، وأخـذت أموالهم لأجل ماله وصـيانة لماله ، والطالب إنما مقـصوده ماله لا أمـوال أولئك ، وشبهـته وارادته إنما هي متعلقـة بماله دون أموالهم . فكيف تذهب أموالهم هدراً من غـير سبب منهم ، ويبـقى مـال هذا مـحـفـوظاً ، وهو الـذي طولبـوا لأجله ؟! ولو لم يستحق هؤلاء المؤدون عن غيرهم الرجوع لحـصل فساد كثير في النفوس والأموال قد يعـتريها من الضرر والفسـاد ما لا يندفع إلا بأداء مال عنهم، فلو علم المـؤدون أنهم لا يسـتـحـقـون الرجـوع بما أدوه إلا إذا أذن ذلك الشخص لم يؤدوا ، وهو قـد لا يأذن ؛ إما لتغـيبه ، أو لحـبسه ، أو غـير ذلك، وإما لظلمه نفسه وتماديه على ما يضر نفسه وماله سفهاً منه، وظلماً حرمه الشارع عليه .

ومعلوم أن الناس تحت أمـر الله ورسوله ، فليس لأحد أن يضر نـفسه وماله ضرراً نهاه الله عنه ، ومن دفع ذلك الضرر العظيم عنه بما هو أخف منه ، فقـد أحسن إليه ، ومـا عده المسلمون ظلمـاً فهو ظلم . كمـا قال ابن مسعـود رضي الله عنه: ما رآه المسلمون حسناً فهـو عند الله حسن ، وما رأوه قبيحاً فهو عند الله قبيح [1].

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، ج٣٠ ص٣٤٨ - ٣٥٣ .

مسائل في الفقــه (*)

٢١٢- الغاية والوسيلة في الشريعة الإسلامية .

ومفاد المسألة ســؤال عن مفهوم الغاية والوسيلة ومــدى التلازم بينهما في الشريعة الإسلامية ؟

الغاية ما لأجله وجود الشيء وجمعهـا غاي وغايات ... فغايته أن يفعل كذا . والوســيلة هي ما يتـقرب به فوَسلِـتُ إلى الله بالعمل تقـربت به إليه، ومن توسل إلى ربه بوسيلة تقرب إليه بعمل (١)، قال تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وابـتغوا إليــه الوسيلة**﴾ (٢) والوسيلة درجة فــي الجنة فقد و رد في الحديث قـول رسول الله ﷺ: (... **فمن ســأل لي الوسيلة حلت له الشفاعة**) (٣)، وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنــه وهو يستسقي "اللهم انا كنا نتوسل إليك برسولك فتسقينا واليوم نتوسل إليك بعم رسولك" (٤).

هذا في اللغة أما في الاصطلاح فالغـاية كل أمر مشروع في ذاته سواء كان ذلك من الضروريات التي لا يمكن الاستـغناء عنها لحياة الإنسان ، أو كان من الحاجيات التي ترفع الحرج وتخفف جهد التكليف عنه ، أو كان من التحسينات التي هي محل التيسير لحياته .

والغـاية أيضاً الامـتناع والكف عن كل مـا نهى الله و رسـوله عنه مما يوقع الضـرر ، ويوجب الخلل في حياة الإنسان ســواء كان ذلك في علاقته بخالقه وما يجب عليه من الإئتمار بأمره والانتهاء عن نهيه ، أو في علاقته مع غيره من وجوه المعاملات الدنيوية ، وانتظامها وفق الوجه الشرعي .

(*) هذه المســائل ترد من الإخوة القـراء ويتولى الإجابة عـنها صاحب المجلـة و رئيس تحريرها الدكـتور/ عبدالرحمن بن حسن النفيسه .

(١) التعريفات للجرجاني علي بن محمد بن علي ص ٢٠٧ ، ٣٢٦ . والمصباح المنير للفيومي ص٤٥٧، ٦٦٠.

(٢) سو رة المائدة من الآية ٣٥ .

(٣) انظر صحيح البخا ري ج١ كتاب الأذان باب ٨ .

(٤) انظر صحيح البخا ري ج٢ كتاب الاستسقاء باب ٣ .

أما الوسـيلة فهي الأداة أو الفعل الموصل إلى الغـاية والغاية عند أُناسٍ تبر ر الوسيلة وقد عُرِفَ هذا المبـدأ عن (مكافيللي) ويقوم هذا المبدأ على أن الغاية تسقط أي اعتبا ر ينتج عن فـساد الوسيلة . أما في الشرع الإسلامي فالوسيلة يجب أن تكون مشروعة في ذاتها وإلا كـانت الغاية غير مشروعة والأمثلة على ذلك كثيرة .

فحـفظ الدين أساس من أسس التكليف للمسلـم وهو ملزم بالدفاع عنه بالقوة المادية كالسلاح، أو بالقوة المعنوية كالدفاع باللسان والقلم، والوسيلة في هذا الدفاع يجب أن تكون مـشروعة فلا يـجوز للمسلم أن يقتل نفـساً بغير حق بحـجة الدفاع عن الإسلام لأن الغاية وإن كانت مـشروعة (وهي الدفاع عن الإسلام) إلا أن الوسيلة وهي القتل بغيـر حق غير مشروعة لأن الله عز وجـل يقول: ﴿**من أجل ذلك كـتبنا على بـني إسرائيل أنه من قـتل نفـساً بغـير نفس أو فـساد في الأرض فكأنما قـتل الناس جـميـعاً**..﴾[1]، ويقول: ﴿**ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق**﴾[2].

كمـا أنه لا يجوز لـلمسلم أن يتـعدى بالسب أو الشـتم لغيـر المسلمين بحجة الدفاع عن الإسلام لأن الغاية وإن كانت مشروعة (و هي الدفاع عن الإسلام) إلا أن الوسـيلة غير مشـروعة لأنها قد تفـضي إلى سب الإسلام والمسلمين وفي هذا نهى الله عن سب آلهة المشـركين في قوله تعالى: ﴿**ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم**﴾ [3].

** والحفـاظ على النفس غاية شرعـية ومن أسبـاب هذا الحفظ الأكل والشرب عمـلاً بقول الله عزوجل: ﴿**يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيـبات ما رزقناكم**﴾ [4]، وقـوله: ﴿**وكلوا واشـربوا ولا تـسـرفـوا إنـه لا يحب**

---

(١) سورة المائدة من الآية ٣٢ .

(٢) سورة الإسراء من الآية ٣٣ .

(٣) سورة الأنعام من الآية ١٠٨ .

(٤) سورة البقرة من الآية ١٧٢ .

المسرفين﴾[1]، فالأكل والشرب هنا وسيلة وهذه الوسيلة يجب أن تكون مشروعة من وجهين : الأول ان يكون الأكل من الطيبات فإن كان من غيرها حرم أكله كما هو الحال في الربا عملاً يقول الله عز وجل: ﴿**الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾ [2]، وقوله عزوجل: ﴿**يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين**﴾ [3]، ﴿**فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله**﴾ [4].

الوجه الثاني – أن يكون الأكل والشرب دون اسراف لما في ذلك من الاخلال بسلامة الجسم وفي ذلك قال رسول الله ﷺ: (**ما ملأ ابن آدم وعاء شراً من بطنه**) [5].

❁❁ والحفاظ على النسل غاية شرعية لأن الله أمر بالزواج ، ووصفه بالسكينة والمودة والرحمة فقال عزوجل: ﴿**ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة**﴾ [6]، فالوسيلة إلى النسل يجب أن تكوم مشروعة وهي الزواج باركانه وأسسه الشرعية، فإن كانت الوسيلة بغير هذا كانت الغاية غير مشروعة لأن الله عز وجل حرم الزنا في قوله تعالى: ﴿**ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً**﴾ [7].

❁❁ والحاجة إلى المعارف والآداب غاية مشروعة لما فيها من تنمية

---

(١) سورة الأعراف من الآية ٣١ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٧٥ .

(٣) سورة البقرة من الآية ٢٧٨ .

(٤) سورة البقرة من الآية ٢٧٩ .

(٥) أخرجه الإمام أحمد في المسند ج٤ ص١٣٢ .

(٦) سورة الروم من الآية ٢١ .

(٧) سورة الإسراء الآية ٣٢ .

العقول والمهارات فإذا كانت الوسيلة إلى هذه المعارف والآداب ، غير سليمة في ذاتها أو فيما تدعوا إليه كالكتب الماجنة ، أو المطبوعات ، أو الصور التي تحث على الانحراف وهدم الأخلاق أصبحت هذه الغاية غير مشروعة لأن الوسيلة التي تؤدي إليها غير مشروعة .

** والتداوي من الأمراض غاية مشروعة لأن رسول الله ﷺ أمر بالتطبيب والتداوي من الأمراض والعلل فقال عليه الصلاة والسلام: (**لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل**) [١]، وقال عليه الصلاة والسلام: (**ما انزل الله من داء إلا أنزل له شفاء**) [٢]، والوسيلة إلى التداوي يجب أن تكون مشروعة فلا يجوز التداوي بما هو محرم كالخمر وما في حكمه لأن رسول الله ﷺ قال: (**ان الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداوو ولا تداوو بالمحرم**) [٣]، وقد روى مسلم في صحيحه عن طارق بن سويد الجعفي إنه سأل النبي ﷺ عن الخمر فنهاه أو كره أن يصنعها ، فقال: إنما أصنعها للدواء . فقال عليه الصلاة والسلام: (**إنها داء وليست بالدواء**) [٤].

** وطلب العلم والسعي إلى تحصيله غاية مشروعة لأن الله عز وجل مدح من يعلم وفضله على من لا يعلم فقال عزوجل: ﴿**قل هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون**﴾ [٥]، وقال: ﴿**إنما يخشى الله من عباده العلماء**﴾ [٦]، وسواء كان العلم من علوم الدين أو الدنيا فإن الوسيلة إليه يجب أن تكون مشروعة وإلا كان هذا العلم غاية غير مشروعة ومن ذلك ما

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب السلام باب لكل داء دواء رقم (٢٢٠٤) ج٧ ص٣٨٥ .

(٢) أخرجه ابن ماجة في باب ما أنزل الله داءً إلا أنزل له شفاء ح٢ ص١١٣٧ رقم (٣٤٣٦) .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى مع الجوهر النقي ج١٠ ص٥ باب النهي عن التداوي بما يكون حراماً.

(٤) أخرجه الترمذي في باب كراهية التداوي بالمسكر ج٣ ص٢٦١-٢٦٢ .

(٥) سورة الزمر من الآية ٩ .

(٦) سورة فاطر من الآية ٢٨ .

لو كان العلم الديني يدعو -مثلاً- إلى الغلو أو التعصب وذلك لنهي رسول الله ﷺ عنه بقوله: (**اياكم والغلو في الدين**) ، أو كان هذا العلم يدعو إلى التفريق بين المؤمنين به مما ذمه الله ونهى عنه في قوله عز وجل: ﴿**ان الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً لست منهم في شيء إنما أمرهم إلى الله ثم ينبئهم بما كانوا يفعلون**﴾ (١)، أو كان العلم الدنيوي يدعو إلى التحلل من الدين أو القيم أو يشكك في ثوابت الإنسان وفطرته فكل هذه وسائل غير مشروعة تجعل طلب العلم محرماً بحكم فساد الوسيلة إليه .

** والتجارة بما فيها من البيع والشراء ، والمضاربة ، والتقلب والسعي للرزق غاية مشروعة لما فيها من صلاح حال الإنسان في حياته، والوسيلة إليها يجب أن تكون مشروعة فإذا كانت الوسيلة إليها غش أو تحايل ، أو تعامل بالربا ، أو استغلال بأي صورة أصبحت الوسيلة غير مشروعة ، وبالتالي تصبح الغاية -وهي التجارة- غير مشروعة .

** والدفاع عن الوطن والعرض ودفع الظلم غاية مشروعة لأن الله عز وجل يقول: ﴿**أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا**﴾ (٢)، والوسيلة إلى هذا يجب أن تكون مشروعة فإذا كانت هذه الوسيلة غير عادلة كالاعتداء على الأبرياء أو على غير المحاربين ومن في حكمهم من النساء والعجزة والأطفال أصبحت الغاية (وهي الدفاع عن الوطن ..) غير مشروعة لأن الله عز وجل يقول: ﴿**وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين**﴾ (٣)، وإذا كانت الوسيلة في الدفاع تزيد عن الحد الواجب أصبحت غير مشروعة وذلك كقتل من يمكن دفع عدوانه أو ظلمه بأقل من القتل .

وهكذا يتبين أن هناك تلازماً في الشريعة الإسلامية بين الغاية

---

(١) سورة الأنعام الآية ١٥٩ .

(٢) سورة الحج من الآية ٣٩ .

(٣) سورة البقرة الآية ١٩٠ .

والوسيلة فالغاية يجب أن تكون مشروعة أصلاً والوسيلة إليها يجب أيضاً أن تكون مشروعة وإلا فسدت الغاية بحكم فساد الوسيلة ؛ وفساد الغاية هنا ليس فساداً في ذاتها بل بحكم ما طرأ عليها من فساد الوسيلة ومثال ذلك أن التجارة تظل دائماً غاية مشروعة ولا تفسد هذه الغاية إلا إذا كانت الوسيلة إليها فاسدة كالتعامل بالربا في التجارة وهكذا في مختلف الأمور الأخرى .

وخلاصة المسألة أن الغاية كل أمر مشروع في ذاته سواء كان ذلك من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها لحياة الإنسان ، أو كانت من الحاجيات التي ترفع الحرج وتخفف جهد التكليف ، أو كانت من التحسينيات التي هي محمل التيسير لحياته . كما أن الغاية هي الامتناع والكف عن كل ما نهى الله ورسوله عنه مما يوقع الضرر ويوجب الخلل في حياة الإنسان سواء في علاقته بخالقه ، أو في علاقته مع غيره . أما الوسيلة فهي الأداة أو الفعل الموصل إلي الغاية فإذا كانت الغاية تبرر عند أناس الوسيلة بصرف النظر عن صلاحها أو فسادها فإنها -أي الغاية- في الشرع الإسلامي لا تبرر الوسيلة فالغاية يجب أن تكون مشروعة أصلاً ، والوسيلة إليها أيضاً يجب أن تكون مشروعة وإلا فسدت الغاية بحكم فسادها .

وفساد الغاية هنا ليس فساداً في ذاتها بل بحكم ما طرأ عليها من فساد الوسيلة ومثال ذلك أن التجارة تظل دائماً غاية مشروعة ولا تفسد هذه الغاية إلا إذا كانت الوسيلة فاسدة كالتعامل بالربا وهكذا في مختلف الأمور الأخرى .

والله أعلم

٢١٣- حكم من تزوج بغير شرط وفي نيته الطـلاق بعد مدة أو أجل معين .

ومـفـاد المسألـة سؤال من الأخ/ ز . أ من ولايـة الينوي في الولايات المتحدة الأمريكية يقول فيـه : تزوج رجل محصن للمرة الثانية خارج وطنه في البلد الذي يعمل فيه لمدة سنتين لتحقيق مصالح شخصية وجنسية وقد توافـرت في هذا الزواج شروطه ولـم تتوافـر فيـه مـقاصـده وهي النسل واستمـرا ر الزواج وذلك ان النية هي الطلاق فهل ينطبق الحـديث الشريف (إنما الأعمـال بالنيات ولكل امرئ مـا نوى) على هذا الزواج ثم إن الطلاق بالنية عُلِّق على زمن معين عند انتهاء العمل والرجوع إلى الوطن فهل تعتبر الزوجة مطلقة بعد انتهاء العمل . ثم يقول الأخ السائل ما هو حكم الإسلام في هذا الزواج ، وهل هو حلال أم حرام ؟ (هكذا ورد السؤال) .

والجـواب على هذا مـن وجـهـين : أولهـمـا أن الأصل دوام الزواج واستمـرا ره ذلك أن الله جعل فيه السكينة والمودة وحـفظ النسل بالانجاب وهذه الخصـائص لا تتوافر فى الزواج المؤقت والمضطرب قـال الله تعالى: ﴿**ومن آياته أن خلق لكم من أنفـسكم أزواجـاً لتسكنوا إليـها وجـعل بينكم مودة ورحمـة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون**﴾ (١). هذا هو الأصل ولكن هذا الأصل قد يتعرض لاستثناءات ثلاثة :

أولها: الطلاق في حكمه المعروف وقد أحله الله لأنه قد يكون بعد خلاف بين زوجين اختلت بسببه علاقتهما ؛ فيكون في تفرقهما مصلحة لهما وفي هذا قال الله عز وجل: ﴿**وان يتفرقا يغن الله كلاً من سعته**﴾ (٢).

---

(١) سورة الروم الآية ٢١.

(٢) سورة النساء من الآية ١٣٠.

وثاني الاستثناءات: طلاق يتم بعد مدة معينة كأن يقوم الولي بتزويج موليته شهراً أو سنة أو إلى أجل معلوم أو مجهول فهذا نكاح المتعة وقد ذكرناه هنا لما قيل عن الشبهة فيه وذلك بما روي عن ابن عباس رضي الله وبعض الصحابة والتابعين من جوازه أو كراهته (١). ومع ذلك فإن الأدلة واضحة في تحريمه بدليل ما روى الربيع بن سبرة أنه قال: أشهد على أبي أنه حدث أن النبي ﷺ نهى عنه في حجة الوداع (٢)، وما رواه الإمام مالك في الموطأ (٣)، ورواه ابن ماجة وغيره بلفظ أن رسول الله ﷺ قال: (**يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع ألا وأن الله قد حرمها إلى يوم القيامة**) (٤)، وقال فيه الإمام الشافعي : لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه إلا المتعة (٥)، وقال الإمام أبو محمد بن حزم: "ولا يجوز نكاح المتعة وهو النكاح إلى أجل وكان حلالاً على عهد رسول الله ﷺ ثم نسخها الله تعالى على لسان رسوله نسخاً باتاً" (٦)، وممن قال بتحريمها الإمام أبو حنيفة ومالك (٧)، وأحمد (٨).

وثالث الاستثناءات : نكاح يتم بنية الطلاق وقد تلجأ إليه ظروف أو مصلحة راجحة أو محتملة لكلا الزوجين أو لأحدهما إما عندما يجد الزوج أنه في موطن غير موطنه يمكث فيه شهراً أو شهوراً ويضطر إلى الزواج (رغم أن في نيته الطلاق) تحصيناً لنفسه من إثم قد يقع فيه ، أو عندما

---

(١) الفواكه العديدة في المسائل المفيدة للشيخ أحمد بن إبراهيم المنقور الحنبلي ج٢ ص٣١ .

(٢) كتاب المغازي ج٥ ص٧٢ باب ٣٨ .

(٣) الموطأ باب نكاح المتعة ، ص٤٠٧ – ٤٠٨ .

(٤) صحيح مسلم كتاب النكاح باب نكاح المتعة ص٤٠٦ .

(٥) نيل الأوطار للشوكاني ج٦ ص٣٣ ، ط دار الكتب العلمية ، لبنان .

(٦) المحلى ج٩ ص٥١٩-٥٢٠ .

(٧) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني الحنفي ج٢ ص٢٧٢-٢٧٣ ، ط ٢ ١٣٩٣هـ .

(٨) الموطأ للإمام مالك ص٤٠٧-٤٠٨ . والمغني مع الشرح الكبير ج٧ ص٥٧٣ ، ٥٣٨ .

تنتهي حاجته غير المقدرة بمدة في البلد الذي يقيم فيه وفي هذا قال الإمام ابن قدامة: "وأن تزوجها بغير شرط إلا أن في نيته طلاقها بعد شهر أو إذا انقضت حاجته في البلد فالنكاح صحيح في قول عامة أهل العلم إلا الأوزاعي قال: هو نكاح متعة والصحيح أنه لا بأس به ولا تضر نيته وليس علي الرجل أن ينوي حبس امرأته وحسبه إن وافقته وإلا طلقها" (١).

قلت : ولعل هذا النكاح في صورته تلك يختلف عن نكاح المتعة ذلك أن النية في هذا النكاح مبنية أصلاً على الاستمتاع وحده فانتفى بالكلية أحد الأهداف الأساسية من النكاح وهو التوالد .

أما النكاح بنية الطلاق وبغير شرط كما مر ذكره فالغالب فيه انتفاء نية عدم التوالد رغم وجود النية في الطلاق وهذه النية أي نية الطلاق قد تنقلب إلى نية معاكسة حين تنشأ محبة بين الزوج وزوجته فيستمر زواجهما وينجبان .

فعلى هذا تنتفي شبهة تشبيه هذا النكاح بنكاح المتعة من حيث احتمال قابليته للاستمرار إضافة إلى ما فيه من صد وتحصين من ارتكاب جريمة الزنا . وحتى على فرض وجود شبهة فيه عند من يقول بها - كما قالها من قبل الإمام الأوزاعي يبقى أهون الضررين .

الوجه الثاني : مدى جواز تعليق الطلاق على زمن معين كرجوع المسافر إلى وطنه أو انتهاء مدة العمل في البلد الذي يقيم فيه .

لقد تفاوتت آراء الفقهاء في ذلك فعامتهم على جوازه لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه كان يقول : من قال لامرأته أنت طالق رأس السنة أنه يطؤها ما بينه وبين رأس السنة كما روي مثل هذا عن عطاء وإبراهيم النخعي والشعبي وسفيان الثوري وعبد الله بن محمد بن الحنفية وهو مذهب الإمام أبي حنيفة والشافعي وأحمد .

---

(١) المرجع السابق .

وروي خلاف ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن والزهري وابن أبي ليلى والإمام ابن حزم [١].

وخلاصة المسألة جواز النكاح بغير شرط وبنية الطلاق وإذا علق الطلاق على أجل معين وانتهى هذا الأجل وقع الطلاق .

والله أعلم

---

(١) انظر في هذه الأقوال : المغني مع الشرح الكبير للإمام ابن قدامة ج٨ ص٣١٦- ٣٢٧ ، وانظر المحلى للإمام بن حزم ج١٠ ص٢١٣-٢١٦ وانظر أيضاً معجم فقه السلف للكتاني الطلاق إلى أجل المسألة ٧٦ ص١٨٢ .

٢١٤- حكم مـدير الشركة الذي يتلاعب في أرقـام ميزانية الشركة وحكم من يتواطأ معه في ذلك .

ومفاد المسألة سؤال من أحد الأخوة من الرياض يقول فيه : أنا موظف باحدى الشـركات ذات المسئـولية المحدودة ومدير الشـركة ينظم ميـزانية لهذه الشركة يقلل فيها أرباح الشركة وذلك لغرض تقديمها لمصلحة الزكاة والدخل حتى تكون الزكاة التي تدفعهـا الشركة للمصلحة قليلة ، وذلك من قبل مراجع حسابات مرخص ومعتمد لدى الجهات الرسمية .

وفي الوقت نفسـه يقوم مدير الشركـة بتنظيم ميزانية أخـرى من قبل مراجـع حسابات آخـر مرخص لـه بمراجعـة الحسابات ومـعتـرف به لدى الجهات الرسمية تكون فيهـا الأرباح أكثر بكثير من الميزانية التي أعدت من قبل المحـاسب الآخر والغرض من ذلك تقديمهـا للبنوك التي تتعامل مـعها الشركـة حتى تحصل الشركـة على تسهيـلات أو قروض . وهناك من هو مـتـضرر من تصـرفـات هذا المدير ويطلـب مني صوراً لـهذه الميـزانيـات المختلفة ليـثبت أمام الجهات المختصـة المخالفة الشرعية والنظـامية لهذا المدير .

والسـؤال هو : هل يـجـوز لي تسليم هذا الشـخـص نسـخـاً من هذه الميزانيات حتى أساعده في رفع هذا الضرر والظلم عن هذه التصرفات .

(هكذا ورد السؤال) والجواب عليه من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : حكم تقليل أو زيادة أرباح ميزانية الشركـة خلافاً لحقيقة وضعها المالي :

الصـدق شـعـبـة من شـعب الإيمان والكذب سلوك يتنـافى مع الفطرة السليمة للإنسان ولا يسلكه إلا من استـبد به هواه وفسدت فيه إرادته فلم

---

(١) سورة الروم الآية ٢١.

(٢) سورة النساء من الآية ١٣٠.

يدرك معنى الصدق وما فيه من حقيقة الإيمان . والأصل في هذا الكتاب والسنة ، أما الكتاب فقد ذم الله الكذب أقبح ذم في آيات كثيرة من كتابه العزيز منها قوله عز وجل: ﴿**فمن أظلم ممن كذب على الله وكذب بالصدق إذ جاءه**﴾ (١). وقوله: ﴿**ومن أظلم ممن افترى على الله كذباً أو كذب بآياته**﴾ (٢)، وقوله: ﴿**فمن أظلم ممن كذب بآيات الله وصدف عنها**﴾ (٣)، وقوله تعالى: ﴿**إنا قد أوحي إلينا أن العذاب على من كذب وتولى**﴾ (٤). وهذه الآيات وإن جاءت في وعيد الله لمن أعرض عن آياته وكذب بها فهي دالة على أن الكذب في أى صفة من صفاته مما ذمه الله وتوعد بالعقاب عليه . أما السنة فقد وردت عن رسول الله ﷺ أحاديث كثيرة منها ما في الصحيحين مرفوعاً : (**آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب** ...) الحديث (٥).

ومنها ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: ما كان شيء أبغض إلى رسول الله ﷺ من الكذب وما جرب على أحد كذباً فرجع إليه ما كان حتى يعرف منه توبة (٦). أما الصدق فقد أمر به رسول الله أمته في قوله عليه الصلاة والسلام: (**عليكم بالصدق فإن الصدق يهدي إلى البر وأن البر يهدي إلى الجنة ولا يزال الرجل يصدق ويتحرى الصدق حتى يكتب عند الله صديقاً واياكم والكذب فإن الكذب يهدي إلى الفجور وان الفجور يهدي إلى النار ولا يزال الرجل يكذب ويتحرى الكذب حتى يكتب عند الله كذاباً**) (٧).

وفي هذا يقول شيخ الإسلام أحمد بن تيمية: "فاخبر النبي ﷺ أن

---

(١) سورة الزمر من الآية ٣٩ .

(٢) سورة الأنعام من الآية ٢١ .

(٣) سورة الأنعام من الآية ١٥٧ .

(٤) سورة طه الآية ٤٨ .

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الإيمان ج١ ص٢٧٧ .

(٦) رواه الحاكم في المستدرك .

(٧) صحيح البخاري كتاب الآداب باب ٦٩ ج٧ ص٩٥ .

الصدق أصل يستلزم البر وأن الكذب يستلزم الفجور وقد قال تعالى: ﴿**إن الأبرار لفي نعيم**﴾ (١)، ﴿**وإن الفجار لفي جحيم**﴾ (٢). والصدق والإخلاص هما في الحقيقة تحقيق الإيمان والإسـلام فإن المظهرين للإسلام ينقسمون إلى مـؤمن ومنافق ، والفارق بين المؤمن والمنافق هـو الصدق فـإن أساس النفـاق الذي بني عليه هو الـكذب ولهذا إذا ذكـر أن حقـيقـة الإيمان نعتـه بالصدق كما في قوله تعالى: ﴿**قالت الأعراب آمنا قل لم تؤمنوا ولكن قولوا أسلمنا**﴾ (٣)، إلى قـوله ﴿**إنما المؤمنون الـذين آمنوا بالله و رسـوله ثم لم يرتابـوا وجـاهـدوا بأمـوالهم وأنفـسـهم في سـبـيل الله أولـئك هم الصادقون**﴾(٤).

ويقول الإمـام ابن القيم : "لا خلاف بين المسلمين أن شـهادة الزو ر من الكبائر واختلف الفقهاء في الكذب في غـير الشهادة : هل هو من الصغائر أو من الكبائر على قولين هما روايتان عن الإمام أحمد حكاهما أبو الحسين في تمامه واحتج من جعله من الكبائر بأن الله سـبحانه جعله في كتابه من صفات شر البرية وهم الكفا ر والمنافـقون فلم يصف به إلا كافراً أو منافقاً وجـعله عَـلَمَ أهل النا ر وشـعـا رهـم وجـعل الصـدق عَلَمَ أهـل الجنة وشعا رهم "(٥).

قلت : ولا شك أن الكذب في التـعامل التـجا ري سـبيل إلى أكـل أموال الناس بالباطل ووسيلة إلى استغلالهم مما يؤدي إلى فساد أحوالهم وسوء علاقـاتهم . كما أن الكذب وإن حـقق مكسباً آنيـاً فمصـير هذا الكسب إلى الخسران ذلك أن الله ينزع البـركة من كل شيء حرمه ولا يبا رك إلا فـيما

---

(١) سو رة الإنفطا ر الآية ١٣ .

(٢) سو رة الإنفطا ر الآية ١٤ .

(٣) سو رة الحجرات من الآية ١٤ .

(٤) سو رة الحجرات من الآية ١٥ . وانظر مجموع فتاوى شيخ الإسلام ج١٠ ص١١-١٢ .

(٥) أعلام الموقعين عن رب العالمين ج١ ص١١٩-١٢٠ تحت قول الكذب من الكبائر . ط دا ر الفكر ، بيروت.

أحله ولهذا أحل البيع لكونه يقوم على التراضي بين المتبايعين وحرم الربا لما فيه من استغلال القوي للضعيف وحرم الغش لما فيه من الخداع وفساد الأمانة . ولما كان مدير الشركة (والعهدة على السائل) قد قلل أرباح الشركة لكي يقلل ما يجب دفعه لمصلحة الزكاة والدخل فإن هذا الفعل يعد من باب الكذب المحرم ويترتب عليه ثلاثة محاذير : أولها- بخس مصلحة الزكاة حقها في جباية الزكاة التي تعد ركناً من أركان الإسلام وقد نهى الله نهي تحذير عن هذا الفعل في قوله تعالى: ﴿**ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا في الأرض مفسدين**﴾ (١)، ناهيك أن المال الذي تحصل عليه مصلحة الزكاة من هذه الشركة أو غيرها هو مال عام وحرمة التعدي عليه أشد من حرمة التعدي على المال الخاص .

المحذور الثاني- منع الشركة من إخراج كامل زكاتها التي فرضها الله. وهذا المنع مما يدخل في عموم قوله تعالى: ﴿**الذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم**﴾ (٢)، ﴿**يوم يحمى عليها في نار جهنم فتكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم هذا ما كنزتم لأنفسكم فذوقوا ما كنتم تكنزون**﴾ (٣)، ولما كان مدير الشركة قد حجب عن مصلحة الزكاة والدخل حقيقة ربحها فيعد وحده آثماً بذلك إذا كان الشركاء لا يعلمون حقيقة فعله .

المحذور الثالث – غش البنوك ، ويترتب هذا الغش إذا كانت أرباح الشركة غير حقيقية لغرض الحصول على قروض أو تسهيلات. والغش من الأمور المحرمة وجماع ذلك قول رسول الله ﷺ: (**من غشنا فليس منا**)(٤).

---

(١) سورة الشعراء الآية ١٨٣ .

(٢) سورة التوبة الآية ٣٤ .

(٣) سورة التوبة الآية ٣٥ .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الإيمان ج١ ص٣٤٨ .

الوجه الثاني : حكم من يتواطأ في تقليل أو زيادة أرباح الشركة .

الأصل براءة الذمة فإذا فعل الإنسان مـا يؤثر على هذه البراءة استحق جـزاءه على مـا فعـل عمـلاً بقـول الله عـز وجل: ﴿**كل نفس بما كـسـبت رهينة**﴾[1]، وقوله عز وجل: ﴿**وأن ليس للإنسان إلا ما سعى**﴾ [2]، ﴿**وأن سعـيه سـوف يرى**﴾ [3]، ﴿**ثم يجـزاه الجزاء الأوفى**﴾ [4]، وعـملاً بقـول رسول الله ﷺ: (**كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته**) الحديث [5].

فهذه القواعـد في عمومها تدل على أن كل من عمل عـملاً سوف يجزى به إن خـيراً فـخيـر وإن شـراً فشـر ؛ فمن يـتواطأ في ارتكاب جـريمة أو يحرض عليها يعد شريكاً فيها حسب طبيعة فعله ، ومن يتواطأ في غش أو خيـانة أو أي أمر من الأمور المحرمـة يعد شريكاً فيـه حسب طبيعـة فعله وعلى هذا إذا تواطأ مـراجعا الحـسابات مع مدير الشـركة (كـما في ظاهر المسألة) فصادقـا على تقليل أو زيادة أرباح الشركة خلافاً لطبيعـة وحقيقة وضعها المالي فيعدان شريكان له عليهـما ما عليه من الإثم والمسئولية وفقاً للقواعد الشرعية والأنظمة المرعية [6].

---

(١) سورة المدثر الآية ٣٨ .

(٢) سورة النجم الآية ٣٩ .

(٣) سورة النجم الآية ٤٠ .

(٤) سورة النجم الآية ٤١ .

(٥) صحيـح مسلم ج٣ ص١٤٥٩ كتاب الإمـارة باب ٥ حديث رقم (١٥٢٩) ط٢ ط ونشر الرئاسة العـامة للبحوث العلمية والإفتاء ١٤٠٠هـ .

(٦) نصت الفقـرة (٥) من المرسوم الملكي رقم م/٢٢ في ١٤١٢/٧/٣٠هـ المعـدل للمادة (١٦٨) من نظام الشـركـات الصـادر بالمرسـوم الملـكي رقم م/٦ وتاريخ ١٣٨٥/٣/٢٢هـ على أن «يـسـأل المديرون بالتضـامن عن تعويض الضـرر الذى يصيب الشـركة أو الشركـاء أو الغير بسـبب مخـالفة أحكام هذا النظام أو نصـوص عقد الشـركة أو نظامـها أو بسبب مـا يصدر منهم من أخطاء في أداء عـملهم وكل شرط يقضي بغير ذلك كأن لم يكن» . كما نصت المادة الخـامسة عشرة من نظام المحاسبين القانونيين الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٢ في ١٤١٢/٥/٣هـ على أن «يسأل المحاسب القانوني عن تعويض الضرر الذي يصيب العمل أو الغير بسبب الأخطاء الواقعـة منه في أداء عمله وتكون المسئولية تضامنية بالنسبة للشركاء في شركات المحاسبة» .

الوجه الثالث – مدى حق الموظف في إفشاء سر عمله :

السر هو ما يكتم وهو خلاف الإعلان وأسررت الحديث إسراراً أخفيته ومن أسر إلى أحد سراً فقد ائتمنه عليه فإن أفشاه فقد خان أمانته وقد نهى الله نهي تحريم عن الخيانة في قوله عز وجل: ﴿**يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون**﴾ (١).

وجاءت السنة مغلظة لخيانة الأمانة فروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (**آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا ائتمن خان**) (٢)، كما روى عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: (**أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها إذا ائتمن خان وإذا حدث كذب وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر**) (٣).

وعندما ذم الله الخيانة ونهى عنها أثنى على الأمناء ونعتهم بالمؤمنين المفلحين فقال عز وجل: ﴿**والذين هم لأماناتهم وعدهم راعون**﴾ (٤)، وقال عن مارد الجن في مخاطبته لنبي الله سليمان: ﴿**وإني عليه لقوي أمين**﴾(٥)، وقال في قصة نبيه موسى مع النبي شعيب: ﴿**إن خير من استأجرت القوي الأمين**﴾ (٦).

قلت : "والمؤتمن على السر له ثلاث صفات : الأولى – أن يكون السر من طبيعة عمله كالطبيب الذي يعرف أمراض مرضاه وأسرارها ومثله

---

(١) سورة الأنفال الآية ٢٧ .

(٢) فتح الباري ج١ ص١١١ .

(٣) فتح الباري ج١ ص١١١ .

(٤) سورة المؤمنون الآية ٢ .

(٥) سورة النمل من الآية ٣٩ .

(٦) سورة القصص من الآية ٢٦ .

الصيدلاني الذي يعـرف أسرار المرض من خلال بيعه الأدوية لهم ومـثلهما موظف المصرف الذي يـعرف ودائع الناس وأموالهم وعلاقاتـهم التجارية. ومثلهم الموظف العـام أو الخاص الذي يطلع على أسرار الجهـة التي يعمل فيها سواء كان اطلاعه عليها مـباشرة كما لو كانت هذه الأسرار في عهدته ومسئوليتـه أو كان يعرف عنها بحكم وجوده وانتسابه إلى الجـهة صاحبة هذه الأسرار" (١).

والموظف في المسـألة يعرف -كـمـا ذكر- أخطاء مـدير الشركـة وهذه الأخطاء تعد بالنسبة له سراً بحكم عـمله فهل يحق له في هذه الحال إفشاء هذا السر لمن له مصلحة في كشف خطأ مدير الشركة ؟ والجواب على هذا تتعـارض فيه مـصلحة ومفـسدة . أما المصلـحة فهي كـشف أخطاء مدير الشركة لما في ذلك من التـعاون على البر والتقوى والحـرص على مصالح الناس وانتظام أمـورهم وعدم فـساد أحـوالهم . أما المفـسدة فـهي خيـانة الأمانة وقد رأينا ما ورد فيها من النهي والتحريم . والتعارض بين المصلحة والمفسـدة يوجب قياس رجـحان أي منهمـا وتغليبه ولما كـان الشرع يغلب جانب النهى على جـانب الأمر عملاً بقـول رسول الله ﷺ: (**إذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم**) (٢).

ولما كـان درء المفـاسـد أولى من جلب المنافع ، وأن إفـشـاء السـر من الأمور المنهي عنهـا لا يجوز للموظـف -من حيث المبدأ- كـشف خطأ مدير الشركة لما في ذلـك من المفسدة الغالبة ، ومع ذلـك يجوز له -إذا كان في استطاعته- نصح وتحذير مدير الشركة مما يفعله فإن لم ينته بعد نصحه وتحذيره جاز كشف خطئه .

وخلاصة المسألة أن الصدق شعـبة من شعب الإيمان والكذب شعبة من شعب النفاق يتنـافى مع الفطرة السليمة للإنسان ولا يسلكه إلا من اسـتبد

---

(١) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، العدد الخامس عشر ص٢١٤ .

(٢) صحيح مسلم كتاب الحج باب ٧٣ ج٢ ص٩٧٥ حديث رقم (١٣٣٧) .

به هواه وقد دلت الآيات والأحاديث على تحريمه ولا شك أن الكذب في التعامل التجاري سبيل إلى أكل أموال الناس بالباطل ووسيلة إلى استغلالهم . ولما كان مدير الشركة في المسألة قد قلل أرباح الشركة لكي يقلل ما يجب دفعه لمصلحة الزكاة والدخل فإن فعله هذا يعد من باب الكذب المحرم ويترتب عليه ثلاثة محاذير : أولها- بخس المدير لمصلحة الزكاة حقها في جباية الزكاة . والثاني – منعه إخراج كامل زكاة الشركة التي يديرها . أما المحذور الثالث – فغشه للبنوك التي تتعامل مع الشركة لغرض الحصول منها على تسهيلات وهذا الغش من الأمور المحرمة .

وبالنسبة لمن يتواطأ مع مدير الشركة (كمراجع الحسابات) -كما ذكر الأخ السائل- فيعد شريكاً معه في فعله عليه ما عليه من الإثم والمسئولية وفقاً للقواعد الشرعية والأنظمة المرعية .

أما بالنسبة لحق الموظف في إخراج نسخ من ميزانية الشركة لمن لهم مصلحة في ذلك فتتعارض فيه مصلحة ومفسدة : المصلحة تتمثل في كشف أخطاء مدير الشركة والمفسدة خيانة الأمانة ، ولما كان التعارض بينهما يوجب قياس رجحان أي منهما وتغليبه .

ولما كان درء المفاسد أولى من جلب المنافع ، وأن إفشاء السر من الأمور المنهي عنها لا يجوز للموظف -من حيث المبدأ- كشف خطأ مدير الشركة لما في ذلك من المفسدة الغالبة ، ومع ذلك يجوز له -إذا كان في استطاعته- نصح وتحذير مدير الشركة مما يفعله فإن لم ينته بعد نصحه وتحذيره جاز كشف خطئه .

والله أعلم .

٢١٥- حكم قتل الحشرات الضارة وغير الضارة .

ومفاد المسألة سؤال من الأخ/ جمال ابن اعراب من الجزائر عن قتل الحشرات وما إذا كان جائز شرعاً .

الأصل ألا يتعدى الإنسان على أي كائن ما لم يكن لهذا الاعتداء سبب مشروع ؛ ذلك أن الله عز وجل خلق ما في الأرض وسخر ما فيها لمنفعة الإنسان كقوله تعالى: ﴿**هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً ثم استوى إلى السماء فسواهن سبع سماوات وهو بكل شيء عليم**﴾ (١). وقوله تعالى: ﴿**وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعاً منه إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون**﴾ (٢).

وهذه المنفعة تقتضي حكماً ألا يفسد الإنسان ما خلقه الله وما وضعه من معايير وأسس للتوازن في الأرض عملاً بقوله عز وجل: ﴿**والأرض مددناها وألقينا فيها رواسي وأنبتنا فيها من كل شيء موزون**﴾ (٣)، وهذا يقتضي حكماً وعلماً أن كل ما وضعه الله للإنسان في الأرض موزون في كمه وكيفه وأنه لولا هذا التوازن لما استطاع الإنسان العيش على هذه الأرض بالكيفية التي يعيش فيها وهذا هو ما دل عليه قوله عزوجل: ﴿**وان من شيء إلا عندنا خزائنه وما ننزله إلا بقدر معلوم**﴾ (٤).

وقوله تعالى: ﴿**ولو بسط الله الرزق لعباده لبغوا في الأرض ولكن ينزل بقدر ما يشاء إنه بعباده خبير بصير**﴾ (٥).

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٩.

(٢) سورة الجاثية الآية ١٣.

(٣) سورة الحجر من الآية ١٩ .

(٤) سورة الحجر الآية ٢١ .

(٥) سورة الشورى الآية ٢٧ .

ولما تفتحت آفاق العلم واستغل الإنسان المعاصر هذه الآفاق دون إدراك للنتائج المترتبة على هذا الاستغلال واجه مشكلات ومخاطر تتعلق بالبيئة فأصبح يدعو إلى ما يسميه (توازن الطبيعة) بما يعني حماية البيئة في مكوناتها المختلفة من نبات وحيوان وحشرات وخلافها الأمر الذي يؤكد أنه إذا أراد أن يحيا حياة طبيعية فعليه أن يتبع سنن الله في خلقه ، وما وضعه لهم من أسس وقواعد وإلا انقلب عمله عليه وهو ما سنراه في هذا المثال البسيط ومفاده : أن إحدى الشركات الزراعية في إحدى الولايات الأمريكية لاحظت أن بعض ثمار الأشجار والخضروات تتعرض لنوع من الحشرات فعملت على قتلها بنوع من المبيدات السامة ، وعلى أثر ذلك لاحظت ظهور حشرة أخرى تؤثر بشكل أكثر على الأشجار والخضروات على نحو لم تشهده الشركة من قبل وبعد إجراء التجارب على الحشرتين تبين أن الحشرة الأولى كانت تحمي الثمار من الحشرة الثانية (الأخطر) فاضطرت الشركة إلى إعادة الحشرة الأولى لكونها أقل خطراً وأدنى ضرراً من الحشرة الثانية .

والأمثلة على هذا أكثر من أن تحصر وهي في حقائقها تدل على أن الإنسان ان يدرك أنه محكوم في تصرفاته بسنن الله في خلقه ، وأنه متى حاول البعد عن هذه السنن ارتد عمله إليه .

هذا من حيث العموم أما من حيث الخصوص في المسألة فالأصل عدم جواز التعدي على أي نوع من أنواع الحشرات ما لم يكن الإنسان يدفع بذلك عن نفسه ضرراً أو أذى ومصداق ذلك قول الله تعالى: ﴿**ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين**﴾ (١)، وقوله تعالى: ﴿**ولا تفسدوا في الأرض بعد إصلاحها**﴾ (٢)، وقوله عز وجل: ﴿**ولا تعثوا في الأرض مفسدين**﴾ (٣)،

---

(١) سورة البقرة من الآية ١٩٠ .

(٢) سورة الأعراف من الآية ٥٦ .

(٣) سورة الشعراء من الآية ١٨٣ .

فهذه الآيات وإن جاءت لأمر مخصوص فهي عامة في النهي عن كل اعتداء ليس له سبب مشروع ، وعامة في النهي عن الفساد في الأرض وهذا يشمل كل ما يمكن وصفه أو يحكم عليه بالفساد سواء كان ذلك في أمر من أمور الدين أو الدنيا أي أن الشريعة سنت ما يجوز وما لا يجوز قتله من الحشرات .

أما ما يجوز قتله منها فمن ذلك الفئران والعقارب والحيات والأوزاغ لما ورد في ذلك من الأحاديث ومنها ما روته عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ أمر بقتل خمس فواسق في الحل والحرم ... ومنها العقرب والفأرة (١). وما روته أيضاً رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ أمر بقتل ذي الطّفْيتَين فإنه يلتمس البصر ويصيب الحَبَل وفي إسناد آخر عن سالم عن أبيه عن النبي ﷺ قال: (**اقتلوا الحيات وذا الطُّفْتين والأبتر فإنهما يستسقطان الحبل ويلتمسان البصر**) ، وقيل إن حيات المدينة -خاصة عوامر البيوت- لا تقتل إلا بانذارها فإذا انذرت ولم تنصرف قُتِلت وقيل أيضاً لا تقتل حيات البيوت لما رواه أبو لبابة أن النبي ﷺ نهى عن قتل الجنَّان التي في البيوت وسماها عوامر البيوت (٢).

ومن هذه الأحاديث ما روته أم شريك أن النبي ﷺ أمرها بقتل الأوزاغ بعد أن استأذنته في ذلك وقد ورد في إسناد آخر أنه عليه الصلاة والسلام سمى الوزغ فويسقاً وحث على قتله (٣).

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني ج٥ ص٩٦ .

(٢) ذو الطُّفَّتين وصف لنوع من الحيات عليه خطان أبيضان في الظهر وأما الأبتر فهو قصير الذنب قيل لا تنظر إليه امرأة حامل إلا ألقت ما في بطنها ومعنى يستقطان الحبل أن المرأة الحامل إذا نظرت إليهما وخافت اسقطت الحمل غالباً وقيل أن ذلك بسبب سمهما ومعنى يلتمسان البصر يقصد أنه باللسع والنهش أو أنهما يخطفانه لخاصة جعلها الله تعالى في بصريهما وهذا هو الأصح .

انظر في الحديث وشرحه صحيح مسلم بشرح النووي كتاب قتل الحيات وغيرها ج١٤ ص٢٢٩-٢٣٦.

(٣) نفس المرجع ص ٢٣٦-٢٣٧ .

قلت : ولعل السبب في قتل هذه الحشرات هو سُمِّيتها وافتراض تعديها فتسمية رسول الله ﷺ لها بالفسق دليل على طبيعة الأذى فيها وخروجها عن المألوف في الحشرات وهذا مشاهد ومحسوس في سلوكها وتعديها وانفاذ سمومها على من تعرضت له فاقتضى قتلها في الحل والحرم .

وأما ما لا يجوز قتله من الحشرات فالنمل فقد روى مسلم في صحيحه ما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أن نملة قرصت نبياً من الأنبياء فأمر بقرية النمل فأحرقت فأوحى الله إليه [أفي أن قرصتك نملة أهلكت أمة من الأمم تسبح] (١). فدل هذا على استنكار قتل النمل إذا لم يؤذ وجواز قتل ما كان منه أذى كما دل عليه القول "إلا نملة واحدة" .

قلت : ومن الأمور المنهي عنها في هذا السياق حرق الحشرات بالنار سواء كانت ضارة أو غير ضارة ومثال ذلك الآلات الكهربائية المخصصة لقتل الحشرات كالذباب ونحوه فهذا بمثابة إحراق بالنار وقد ورد في الحديث عن رسول الله ﷺ **(انه لا يعذب بالنار إلا الله)** (٢).

وجماع ما ذكر أنه لا يجوز قتل الحشرات إلا ما نص على قتله من العقارب والفئران والحيات والأوزاغ وذلك لافتراض سميتها وتعديها بالأذى أما ما عدا ذلك فلا يجوز قتله إلا ما ثبت أذاه للإنسان . كما لا يجوز إحراق الحشرات بالنار سواء كانت ضارة أو غير ضارة .

والله أعلم

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ج١٤ ص٢٣٨ - ٢٣٩ .

(٢) نفس المرجع .

٢١٦- حكم الزوجة التي ترجع إلى الزوج بعد بينونتها بينونة كبرى منه .

ومفاد المسألة سؤال من الأخت/ خضراء علواش من الجزائر تقول فيه: ما رأيكم في سيدة متزوجة من رجل يسب الدين ويسب الله ﴿تعالى الله عما يقول الظالمين علواً كبيراً﴾ ولا يصلي ثم إنه طلقها العديد من المرات وهذه السيدة لها ثلاثة أولاد وليس لها أحد ولا عمل ولا سكن وهي محرمة عليه إلا أنها ترجع إليه للأسباب السابقة وهي خائفة من عقاب الله؟

(هكذا ورد السؤال) . والجواب عليه يتطلب إيضاح أمرين :

الأمر الأول حكم من بانت من زوجها بينونة كبرى :

إذا بانت الزوجة من زوجها بينونة كبرى بأن طلقها الطلقة الثالثة حرمت عليه في أي صورة من صور المعاشرة ؛ وذلك لانتهاء عقد الزوجية عملاً بقول الله عز وجل: ﴿**فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره**﴾ [١]، وهذا يقتضي أن يتزوجها رجل آخر (غير محلل) ويبني بها ويطأها لما روته عائشة رضي الله عنها أن امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: كنت عند رفاعة فطلقني فبتَّ طلاقي فتزوجت بعده عبدالرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هدبة الثوب ، فقال: (**أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا ، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك**) [٢]. وما رواه أيضاً عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ سئل عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً ويتزوجها آخر فيغلق الباب ويرخي الستر ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل تحل للأول ؟ قال : (**لا حتى يذوق العسيلة**) أي لا تحل للأول حتى يجامعها الآخر [٣].

---

(١) سورة البقرة من الآية ٢٣٠ .

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ج٤ ص٢٥٣-٢٥٤ .

(٣) نفس المرجع .

فإذا وقع هذا ثم طلقها زوجها حلت لزوجها الأول وينبغي أن يكون في نية كل منهما حسن المعاشرة بالمعروف ، وإقامة حدود الله عملاً بقوله عزوجل: ﴿**فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون**﴾ (١).

الأمر الثاني : حكم ما إذا كان يجب للبائن بينونة كبرى سكن أو نفقة:

لقد تباينت آراء الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال : الأول – لا يحق لها سكن ولا نفقة ؛ وقد ذهب إلى ذلك الإمام أحمد وداود وأبو ثور وحكي عن ابن عباس وعطاء والشعبي والحسن البصري والأوزاعي وابن أبي ليلى(٢) واستدلوا على ذلك بحديث فاطمة بنت قيس ومفاده أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب بالشام فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال: والله ما لك علينا من شيء فجاءت إلى رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال: (**ليس لك عليه نفقة**) وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال: (**تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند عبد الله بن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده فإذا حللت فأذنيني**) قالت: فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم بن هشام خطباني ، فقال رسول الله ﷺ: (**أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له. انكحي أسامة بن زيد**) قالت: فكرهته ، ثم قال: (**انكحي أسامة بن زيد**) فنكحته فجعل الله في ذلك خيراً واغتبطت به (٣).

القول الثاني : استحقاقها للنفقة والسكن وقد ذهب إلى ذلك الخليفة عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما كما ذهب إليه الثوري ، وقوم من الأحناف استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿**يا أيها النبي إذا**

---

(١) سورة البقرة من الآية ٢٣٠ .

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ج٢ ص٢٧٢-٢٧٣ ، ط الثانية ١٣٩٤هـ .

(٣) انظر الحديث في الموطأ للإمام مالك ص ٥١٠ ، وفي نيل الأوطار للشوكاني ج٤ ص٣٠١-٣٠٢ .

طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقو الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن﴾ (١)، وقوله تعالى: ﴿**أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾** (٢)، ففي هاتين الآيتين نهي عن إخراج المطلقة من بيت زوجها وأمر باسكانها حيث سكن فدل ذلك على وجوب النفقة والسكن لها مع قولهم بعدم التعويل على حديث فاطمة بنت قيس لما قيل أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال فيه: لا نترك كتاب الله وسنة نبيه ﷺ لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت (٣).

القول الثالث : استحقاقها للسكن دون النفقة . فإن كانت حاملاً فينفق عليها حتى تضع حملها . وقد ذهب إلى هذا الإمام مالك (٤) .

القول الرابع : استحقاقها للنفقة دون السكن وقد روي هذا في قول آخر عن الإمام أحمد وآخرين . ودليلهم في ذلك قول الله تعالى: ﴿**وللمطلقات متاع بالمعروف﴾** (٥)، وقوله عز وجل: ﴿**ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن﴾** (٦)، ودليلهم أيضاً أن المطلقة البائنة محبوسة بسبب الزوج إلى نهاية عدتها فاستحقت بذلك النفقة إلى ذلك الأجل أما عدم

---

(١) سورة الطلاق من الآية ١ .

(٢) سورة الطلاق من الآية ٦ .

(٣) قال الإمام الشوكاني صرح الأئمة بأنه لم يثبت شيء من السنة يخالف قول فاطمة بنت قيس وما وقع في بعض الروايات عن عمر أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول لها : (السكن والنفقة) فقد قال الإمام أحمد لا يصح ذلك عن عمر وقال الدار قطني : السنة بيد فاطمة قطعاً وأيضاً تلك الرواية عن عمر عن طريق إبراهيم النخعي ومولده بعد موت عمر بسنتين قال العلامة ابن القيم : ونحن نشهد بالله شهادة نسئل عنها إذا لقيناه أن هذا كذب على عمر وكذب على رسول الله ﷺ وينبغي أن لا يحمل الإنسان فرط الانتصار للمذاهب والتعصب على معارضة السنن النبوية الصريحة الصحيحة بالكذب البحت فلو يكون هذا عند عمر عن النبي ﷺ لخرست فاطمة وذووها ولم ينبزوا بكلمة ولا دعت فاطمة إلى المناظرة ، نيل الأوطار ج٤ ص ٣٠٤ .

(٤) الموطأ ص٤٣٦ ط دار العلوم ، بيروت ، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ج٢ ص٦٢٧ .

(٥) سورة البقرة من الآية ٢٤١ .

(٦) سورة الطلاق من الآية ٦ .

استحقاقـها للسكن فإن الله تعالى يقول: ﴿**اسكنوهن من حيث سكنتم**﴾[1]، فهذا يوجب أن تكون حيـث يكون الزوج والمطلقة البائنة لا تكون مع الزوج في سكن .

قلت : وقد يكون الـقول بوجوب النفـقة في العـدة للمطلقة البـائنة هو الأقرب للصواب لأنهـا تفقد بحكم هذه البينونة حياة زوجـية ريما تكون قد عاشتها عدداً من السنين ؛ وفي حال كهذه تحتاج إلى وقت تتدبر فيه أمرها وتستقر فـيه حياتها فحـري حينئذ أن يكون الزوج هو المسئول عن نفـقتها إلى نهاية عـدتها فإن أسكنها في مكان غـير سكنه فذلك خيـر لأن الله أمر بالمودة والاحسان بين الزوجين فقال تعالى: ﴿**ولا تنسوا الفضل بينكم**﴾[2]. ولا شك أن من الفـضل أن يحسن الزوج إلى زوجـته ولو كـانت بائنة منه لأن الله يحب المحسن ويجازيه على إحسانه أياً كان المُحْسَنُ إليه فإذا كان الإحسان إلى الزوجة فذلك أعظم في أجره ، وأكبر في قدره عند الله .

ومما سبـق ذكره يتبين أن الـزوجة إذا بانت من زوجـها بينونة كـبرى أصبحت أجنبية عنه ولا تحل له إلا بعد أن ينكحها زوج آخر كما مر ذكره. وينبنى عـلى هذا أن المرأة فى السـؤال إذا كـانت ترجع إلى مـن بانت منه لمعاشرته مـعاشرة زوجية فقـد ارتكبت إثماً كبيراً عليـها التوبة إلى الله منه ناهيك بأن هذا الزوج يعـد منسلخاً من ملة الإسلام مـا دام إنه على الحال التي هو عليهـا من سب الدين وسب الله فهو مـرتد يجري عليه مـا يجري على المرتد من أحكام مـا لم يتب إلى الله توبة نصـوحاً استـدلالاً بما أنزله الله في قـصـة المنافـقين في غـزوة تبـوك فـقـد كـان هؤلاء يقـولون في مجالسهم: ما رأينا مثل قرائنا هؤلاء ارغب بطوناً ولا أكذب السناً ولا أجبن عند اللقـاء فنزل فيـهم قول الله تعـالى: ﴿**ولئن سألـتهم ليقـولن إنما كنا**

---

(١) سورة الطلاق من الآية ٦ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٣٧ .

نخـوض ونلعـب قل أبالله وآياته ورسـوله كنـتم تسـتـهـزءون﴾ (١)، **﴿لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم﴾** (٢).

وعلى هذا لا يحل لهذه المرأة أن تتزوج منه مرة أخـرى أو تقيم معه أي علاقة محرمة ما دام أنه على الحال التي هو عليها من الكفر ولها الحق في المطالبة بحضانة أولادها إذا كانوا صغـاراً وذلك لفقدانه الولاية عليهم . أما القول بأنه ليس لها سكن ولا عمل فهذا لا يبـرر ما تفعله ، وعليها أن تتقي الله **﴿ومن يتق الله يجعل له مخرجاً ويرزقه من حيث لا يحتسب﴾** .

وخلاصة المسالة أن الزوجة إذا بانت من زوجـها بينونة كبرى أصبحت أجنبيـة عنه ولا تحل له إلا بعد أن ينـكحها زوج آخـر وينبني على هذا أن المرأة في السـؤال إذا كـانت ترجع إلى من بانت منه لمعـاشـرته مـعاشـرة زوجيـة فقد ارتكبت إثمـاً كبيـراً وعليها التـوبة إلى الله منه ناهيك بأن هذا الزوج يعد منسـلخاً من ملة الإسلام مـا دام أنه على الحال التي هو عليـها من سب الدين وسب الله ﴿تعـالى الله عـما يقـول الظالمون علواً كـبيـراً﴾ ويجري عليه ما يجري على المرتد من أحكام .

وعلى هذا لا يحل للمرأة في السؤال أن تتزوج منه مرة أخرى ، أو تقيم معه أي علاقة محرمة ما دام أنه على الحالة التي هو عليها من الكفر ، ولها الحق في المطالبة بحضانة أولادها إذا كانوا صغاراً لكون أبيهم فقد الولاية عليهم . أما القول بـأنه لا سكن لها ولا عمل فهذا لا يبرر ما تفـعله وعليها أن تتـقي الله ﴿ومـن يتق الله يجـعل له مـخـرجـاً ويرزقـه من حـيث لا يحتسب﴾ .

والله أعلم

---

(١) سورة التوبة الآية ٦٥ .

(٢) سورة التوبة من الآية ٦٦ .

كتب ورسائل في الفقــه وأصوله (*)

إعداد / عبد الحميد حسانين حسن

المخطوطات :

١- الإقناع لطلاب الانتفاع / موسى بن أحمد الحجاوي .

الأوراق : ٣٣٢ . (رقم المايكروفــيلم بدار الكتب المـصــرية: ٢٥٢٠٥-٢٦٠٣٩) .

٢- التحقيق في أحاديث الخلاف / ابن الجوزي ، عبد الرحمن بن علي (رقم المايكروفيلم بدار الكتب المصرية : ٥٥٩٥٠-٤٠٢٤٠) .

٣- شرح المقنع / عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي .

تاريخ النسخ : ٦٧٧هـ .

الأوراق : ٢٨٨ . (رقم الميكروفيلم بدار الكتب المصرية : ٤٣٧٧٠) .

٤- القواعد (كشف المسائل من كتاب القواعد) / علي بن عباس البعلي، أبو الحسن ، علاء الدين .

٥- كتاب في فقه الإمام ابن حنبل / أحمد بن حنبل .

الناسخ : قنديل بن محمد بن بركة الحراني .

تاريخ النسخ : ٦٩٤هـ .

عدد الأوراق : ٣٢٠ . (رقم الميكروفيلم بدار الكتب المصرية : ٤٣٧٦٣).

(*) يسر المجلة أن تقدم لقرائها ما تيسر لهـا من معلومات عن المخطوطات والكتب والرسائل الجامعية في الفقه وأصوله حتى يكون القارئ على علم بحركة الفقه وتجدده ومعالجته للكثير من القضايا المعاصرة.

الكتب :

١ – أحكام البـيوع في الفـقه الإســلامي : بحث مقـارن / عبـد الفتـاح محمود إدريس .ـ ط ١ .ـ القاهرة : المؤلف ، ٢٠٠١ ، ٢٤٥ ص .

٢– جواهر التـبسيط في قـواعد البيع بالتقـسيط : دراسة مـقارنة في الشريعة والقانون ومدعمة بالفتاوى الشرعية والأحكام القضائية .ـ ط١ .ـ القاهرة : دار الطباعة المحمدية ، ٢٢٠ .ـ ٢٢٧ص .

٣– أحكام المواريث في الشريعـة الإسلامية : دراســة مقارنة / محـمد أحمد مكنى .ـ القاهرة : دار النهضة ، ٢٠٠١ .ـ ٥٨٣ ص .

٤– عـقدة النكاح بين أحـكام الربط والسراج الجـمـيل / شافع توفـيق محمـود عبد المنعم .ـ الإسكندرية : دار الفرقـان للتراث الإسلامي ، ٢٠٠١ .ـ ١٠٤ ص .

٥– موانع النكاح الشــرعية : دراسة مـقارنة في الشريعة الإســلامية/ محــمد عـبد اللطـيف قنديل .ـ ط١ .ـ الإسكندرية : دار المعرفـة الأزهرية، ١٩٩٩ .ـ ٢١١ ص .

٦– بلوغ الأرب في المواريث والوصايا : دكتـور/ المكي إقلاينه ، أستاذ بكليــة الآداب بتطوان – هذا الكتـاب تم تأليفـه بمناســبة الدورة التكوينيـة الرابعة في المواريث التــي نظمتهـا شعبة الدراســات الإسلاميــة ومجمـوعة البــحث في الحديث والفـقه والأصــول بكليـة الآداب بتطوان بالتعـاون مع جمعية البحث في العلوم الإسلامية .

الرسائل الجامعية :

دكتوراه :

١- الاثبـات بالكتـابة في الفـقه الإســلامي : دراســة مـقارنة / إعـداد عبـدالكريم محمـد عبد الرحمن الطـير .ـ القاهرة : كليـة الحقوق ، جامـعة القاهرة ، ٢٠٠٠ .ـ ٥٣٢ ص .

٢- التـصرف الشكلي في الفـقه الإســلامي : دراسة مـقارنة / إعـداد عبـدالرشيد عـبد الحافظ عبـد الواسع .ـ القاهرة : كليـة الحقوق ، جامـعة القاهرة، ٢٠٠٠ .ـ ٥٦٨ ص .

ماجستير :

١- الدلالة الأصــوليــة للأمــر وأثرها في الأحكام الشــرعيــة : دراســة تحليلية تطبيقية / إعـداد رياض منصور يوسف الخليفي .ـ القاهرة : كلية دار العلوم ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٠ .ـ ٦٢٤ ص .

٢- فقه زيد بن ثابت في ضوء فقه الصــحابة / إعداد خالد فؤاد السيد أبو العـلا .ـ القــاهرة : كليـة دار العلوم ، جـامــعـة القـاهرة ، ٢٠٠٠ .ـ ٥٧٤ص.

Allah and his revelations and his messenger that ye did scoff" "Make no excuse . ye have disbelieved after your confession of belief" .

Summary of the issue : This woman is not allowed to remarry him or make any relation with him whether housing or alimony as long as he is like that . She has the right to ask for incubation of her children if they are still young . Having no house or no work can not justify what she is doing . She has to fear Allah "***And who so ever keepeth his duty to Allah , Allah will appoint a way out for him , and will provide for him from a quarter whence he hath no expectation***" .

ers . Their evidence is what Allah says in Quran "***For divorced woman a provision in kindness***" Allah also said "***And harass them not so as to straite life for them***" .

They also defend their opinion by saying that a divorced woman will be detained until she completes her Eda , therefore she deserves alimony during the period of detention . With regard to housing they say that Allah says in Quran "lodge them where you dwell according to your wealth" but a divorced woman for the third time can not live with her husband in the same house .

What I think is that alimony is a must during the period of detention "Eda" of a third time divorced woman , because she will lose a marital after life enjoying it for a number of years . In this case she needs time to settle her new life , therefore her husband should be responsible for the alimony up to the end of the period of detention . IF he arranges for her housing in a place other than where he lives it will be better .

Allah orders to observe love and kindness between couples "And forget not kindness among yourselves" . It will no doubt be great if the husband treats his wife kindly after divorce .

It is clear now from the above discussion that the woman can in no way return to her husband after being divorced for the third time except after marrying another husband . IF she does so then she will be committing a great sin . The husband who insults Islam & Allah is not considered as a muslim but as a "Murtad". In this regard Allah is saying in Quran "***And if thou ask them O Muhammad they will say : we did but talk and jest say: was it at***

is a blind man with whom you can unwear your clothes . If you finish your monthes of "Eda" get me informed" . After that she was engaged by Mawia Ibn Abi Sufian and Abu-Jahm Ibn His-ham but Prophet Muhammad (peace and prayers be upon him) advised her to marry Osama Ibn Zaid and she did so .

The second opinion is that she has the right of both housing and alimony . Khaleifa Omer Ibn Al Khatab and Omer Ibn Abdul Azeez supported this opinion as did Al-Thawri and a group of Al-Ahnaf . Their legal evidence was Quranic verses which say "*O Prophet when ye men put away women , put them away for their legal period and reckon the period , and keep your duty to Allah , your Lord , Expel then not from their houses nor let them go forth*" .

And also "*Lodge them where ye dwell , according to your wealth*" : According to these two verses a divorced woman should not be expelled from the house of her husband but should be housed and be given the alimony . Omer Ibn Al Khatab and his group refused to refer to the speech of Fatima bint Gays say-ing that they will not neglect Quran & Sunnah and pay their at-tention to a woman who may remember or forget .

The third opinion says that she has the right to be housed but not deserved to be given the alimony . If she is pregnant her husband should pay alimony until she gives birth . This opinion was supported by Al Imam Malik .

The fourth saying is that she deserves the alimony but not housing . This opinion is defended by Al Imam Ahmed and oth-

Abd-Rhaman Ibn Al-Zubeir after being divorced by Rufaa but without sexual relation was an example in this regard .

Sexual intercourse is a must according to Hadeeth .

Allah says in Quran : "***Then if he the other husband divorce her it is no sin for both of them that they come together again if they consider that they are able to observe the limits of Allah , these are the limits of Allah . He manifesteth them for people who have knowledge***" .

The second issue is the rule about whether a divorced woman for the third time (Baynona Kubra) has got the right for housing or alimony .

Opinions of Fuqaha are different with regard to this issue. There are four sayings of Fuqaha : The first one says she has no right of either housing or alimony . Supporters of this opinions include Al Imam Ahmed , Dowood , Abu Thor , Ibn Abbas , Ata, Al-Shabi , Husan Al-Bisri , Al-Awzai and Ibn Abi Layla .

Their evidence was the case of Fatima bint Ghayis . She was divorced by Aba Amro Ibn Hafs while he was absent in Al-Sham. He sent some barely for her but she was not happy with that . Instead she complained about that to the Prophet (peace and prayers be upon him) . Prophet Mohammad (peace and prayers be upon him) told her that she has no right for alimony from him. He ordered her to stay "Eda" in the house of Om Shareek and said: "***That is a women who is visited by my companions . Stay your "Eda" in the house of Abd Allah Ibn Maktoom because he***

216- Rule of a wife who returns to her husband after being divorced for the third time "Baynona Kubrra" .

The issue has been raised by a question from sister Khadra Al Wash from Algeria who asked about a woman who was married by a man who keeps insulting religion and Allah "Allah is far higher than what injust people are saying".

Sister Al Wash also explained that the husband of that woman did not use to pray and that he divorced her many times . She has three sons but has no work and no house . She was divorced for the third time but she used to go back to her husband because of the above mentioned reasons . She is afraid of Allah punishment .

to answer this question two issues have to be explained :

The first issue is the rule of a wife who is divorced for the third time (Baynona Kubra) .

Allah says in Quran : "***And if he hath divorced her the third time then she is not lawful unto him thereafter until she hath wedded another husband***" .

Therefore any type of relationship between them is banned until she marries another husband . She is also not permitted to return back to her first husband unless her new husband makes sexual intercourse with her .

The case of the wife of Ruffa Al-Garzi who was married by

*** Cases according to Jurisprudence (Fiqh) Point of View ***

These Quranic verses clearly prevent doing of any attack without a legal reason in addition to prohibiting any form of spoilage in earth . Shari'ah has shown what is permissive and not permissive with regard to killing of insect .

It is legally permitted in Shari'ah to kill mouses (rats) , scorpions , snakes , according to Hadeeth . In so many Hadeeths Prophet Mohammad (peace and prayers be upon him) has ordered to kill some harmful insects except those of Madina which are to be killed after being warned .

It is not legally permitted in Shari'ah to kill ants except harmful ones . Insects should also not be burned whether harmful or not .

the company used a toxic insecticide to get rid of that type of insect , but it later observed the appearance of another insect which is more seriously affecting the same trees and vegetables. After making some experiments it became clear that the first insect was protecting fruits from the second insect which was more dangerous . The company was compelled to allow the return of the first insect which was less dangerous and harmful from the second one .

Examples of this are so many and can not be counted . In reality they all refer to the fact that the humanbeing should be aware that he is governed in his behaviour by Sunnat Allah in his creatures and that whenever he tries to get away from these Sunnat his deed will be returned to him .

That is generally speaking , but with regard to a particular concern of the matter it is originally not permitted to attack any type of insects unless man is defending himself against any harm or injury . In this regard Allah has said in Quran "***Fight in the way of Allah against those who fight against you , but begin not hostilities . Lo Allah loveth not aggressors***" . Allah has also said "***Work not confusion in the earth after the fair ordering thereof***" .

Allah has also said in this respect "***Wring not mankind in their goods and do not evil , making mischief , in the earth***" (3).

---

(1) Surat Al Baqara verse 190 .

(2) Surat Al A'raf verse 56 .

(3) Surat Al Shuara verse 183 .

*** Cases according to Jurisprudence (Fiqh) Point of View ***

Had it not been for this balance the humanbeing would have never been able to live on earth in the same manner he is enjoying now . This concept has been refered to in Quran "***And there is not a thing but with us are the stores thereof . And we send it not down save in appointed measure***" (1). Allah has also refered to that in Quran by saying "***And if Allah were to enlarge the provisioner for his slaves they would surely rebel the earth, but he sendeth down by measure as he willeth . Lor he is informer a seer of his bondmen***" (2).

When the horizons of knowledge have become apparent , the humanbeing started to exploit them without being aware of the consequent results of his exploitation . During this battle of exploitation he faced great environmental obstacles and risks . He then tried to search for what he called "Nature balance" . Nature balance could be achieved through environmental protection. The environment has got different components such as plants, animals , insects .... etc. The concept of environmental balance reflects that if man has to live an actual natural life he should follow and abide by bases and rules laid down by Allah to govern and control his creatures "Sunan" , otherwise man's deeds will be reversed upon him . The following simple example could illustrate this concept :

An agricultural company in U.S.A once noticed that some fruits of some trees and vegetables are particularly exposed to a certain type of insect .

---

(1) Surat Al Hijir verse 21 .

(2) Surat Al Shaurra verse 27 .

215- Rule of killing harmful and non-harmful insects .

This issue has been raised by a question from brother Jamal Ibn Erab from Algeria asking about whether killing of insects is legally permitted in Shari'ah ?

Originally the humanbeing has no right to attack any creature without having a sound legal reason , because Allah has created all creatures on earth for the benefit of the humanbeing. Allah has said in Quran "***He it is who created for you all that is in the earth . Then turned he to the heaven , and fashioned it as seven heavens , and He is knower of all things***" (1). Allah has also said "***And hath made of service unto you whatsoever is in the heavens and whatsoever in the earth : It is all from Him. Lo herein verily are portents for people who reflect***" (2).

A rule should necessarily be driven from availability of this benefit stating that the humanbeing should never spoil what has been created by Allah including standards and bases laid down by him for maintenance of balance in the earth according to what he has said in Holly Quran "***And the Earth have we spread out, and placed therein firm hills ,and caused each seemly things to grow therein***" (3).

This meaning necessitates that the humanbeing should become aware that all what has been laid down by Allah is balanced in quantity and quality and man should judge accordingly.

---

(1) Surat Al Baqarah verse 29 .

(2) Surat Al Jathya verse 13 .

(3) Surat Al Hijir verse 19 .

*** Cases according to Jurisprudence (Fiqh) Point of View ***

"*And who are she pherds of thee pledge and their covenant*".

"*Lo ! verily an strong and trusty for such work*" .

"*For the best man that thou canst hire is the strong , the trust worthy*" .

And not the corruptions defence was first than the benefits procurement the secret disclose Wan from the complete matters about her to the employee from the principle sides the company Khtamdir disclosure to what in that from the triumphant corruption and however becomes permissible to him do not become permissible if he is in his ability advice and the company manager warning , of what a mortal does him that after a Nshhoththirh his mistake's desclosure gas did not end .

The Manager of the company will be the only guilty man if other partners of the company do not know what he is doing .

The third aspect is cheating of banks to get credits and facilities . Prophet Mohammad (peace upon him) has said "***that who cheat us is not one of us***" .

The other part of this aspect is the rule about that who cooperates in reducing or increasing profits of the company : The origin is to be liability (Zima) free and sincere . Any other incorrect deeds will be counted against you . Allah has said in this respect so many verses in Quran such as :

"***Every soul is a pledge for its oun deeds***" .

"***And that man hath only that for which be maketh effort***" .

"***And that his effort will be seen***" .

"***And after ward be will be repaid for it with fullest payment***".

The third part of this aspect is about the extent of the right of the employee to disclose the secret of his work .

The Muslim shall in no way disclose secret and betray his trusts .

Allah has prohibited that in so many verses in Quran and also orded people to be sincere : Here are some examples of Quran verses in that respect :

"***O ye who believe ! betray not Allah and His Messengers, nor knowingly betray your trusts***" .

that lieing is a portent of it . Prophet Muhammad (peace be upon him) has also ordered to tell truth in so many Hadeethes .

Quran also says "***Lo ! the righteous verily will be in delight***" "***And Lo ! the wicked verily will be in hell***" .

The difference between the believer and the hypocrite is telling the truth .

"***The wandering arabs say : We believe . Say unto them O Muhammad : ye believe not , but rather say submit , for the faith hath not yet entered***" .

"The true believers are those only who believe in Allah and his messenger and after ward doubt not , but strire with their wealth and their lives to the cause of Allah such are the sincere".

Lieing in commercial transactioning is a way of unlawful usage of people money . It will lead to spoilage of their relations. That is why Islam prohibit usury . Zakat should not be cheated: Allah says "***And wrong not people in respect of their goods and do not evil in the earth , causing corruption***" .

The second aspect is prevention of the company from doing its complete Zakat . This meaning contained in Quran "***They who hoard up Gold and Silver and spend it not in the way of Allah, unto them give tidings O Mohammad of A painful doom***" .

"***On the day when it will all be heated in the fire of hell , and their foreheads and their flanks and their backs will be branded therewith and it will be said unto them ; here is that which ye hoarded for your selves . Now tassle of what ye used to hoard***" .

214- Rule of a company manager who plays with the figures of the budget of his company and rule of those who support him .

The issue was raised by a question from one brother in Riyadh asking about legality of cooperation with a corrupt company manager who plays with the financial figures of the budget of the company to reduce Zakat and obtain credits from banks .

The question could be answered according to three aspects :

The first aspect : Rule of reducing or increasing company profits without sticking to the real financial status of the company.

Telling the truth is one of the Eman (sincere blief) branches and telling lies is a behaviour which contradicts with the good innate nature of the humanbeing . Allah says in Quran so many about lieing "***And who doth greater wrong than he who telleth a lie against Allah and denieth the truth when it reacheth him***?" .

And "***Who doth greater wrong than he who inventeth a lie against Allah and denieth his revelations***?"

And "***And who doeth greater wrong than he who denieth the revelations of Allah , and turneth away from them***" .

And "***Lo ! it hath been revealed unto us that the doom will be for him who denieth and turneth a way***" .

In Sunnah reference has also been made to hypocricy showing

*** Cases according to Jurisprudence (Fiqh) Point of View ***

Fuqaha have different opinions but most of them think it is permitted .

Summary of the issue :

Marriage with intention of divorce but without a condition is legally permitted according to Shari'ah . If divorce is being planned to take place after elapse of a certain time then it should be considered as a true divorce after elapse of that time .

Allah Knows

The second exception is a divorce which takes place after a definite time such as when the "Wali" marries his servants "Muwaliyath" for a month , a year or for a definite or indefinite period .

Although Ibn Abas & other prophet companion think that it is permitted or undesirable but there are clear evidences for banning it . The prophet Muhammad (peace and prayers be upon him) has said in Hajjat Al Wadah : "***I have given you a permission to marry for enjoyment before but Allah has later prohibited that up to the day of justice***" .

Imam Al-Shafi has said about it that he had never known about something which was permitted by Allah and then prohibited two times more like what he knows about enjoyment marriage . So many others have the same opinions .

The third exception is a marriage with a previous intension of divorce . Resort to this type of marriage may be due to a special benefit for either or both of couples or due to the stay of a man away from his native home and he intends to protect himself, gainst committing sins . This type of marriage could be permissive if done without a condition but with only inner intention of divorce ; because breeding could possibly change the condition and marriage may continue .

What about the divorce which is connected with assigning a definite time like return of a traveller to his home after finishing his period of work in the country where he is residing ?

213- Rule of a man who marries a woman with intention to divorce her after elapse of a definite time .

The issue was raised by a question from brother Z.A from Elinoy state in U.S.A Mr. Z.A from U.S.A was telling a story of a man who has got married with a second wife while he was abroad. His intention was to divorce her after elapse of a definite time. The purpose of his marriage was just to fulfil personal and sexual needs and desires . What is the rule of Islam about this type of marriage ? Is it allowed or not ?

The answer to the question consists of two aspects : The first one is that marriage should originally be continuous , because it provides good relations between couples such as kindness , rest and love beside breeding purposes .

These charactertios can not be available in temporary unstable marriage . Allah says in Quran , and of his signs is this :

He created for yo helpmeets from your selves that ye might find rest in them , and be ordained between you love and mercy. -lo- here in deed are portents for folk who reflect .

There are 3 exceptions in this condition :

First exception : Divorce is allowed in Islam because couples could disagree with each other and their relationship could be disordered to the extent that divorce is beneficial .

Allah says in Quran : "**But if they separate , allah will compensate each one of his abundance**" .

This illegitimacy of the end is not in itself or its origin , but it is a result of the illegitimacy and dishonesty of the means ; e.g : trade is always a legitimated aim , and this aim never become illegitimate except if the means that leads to it is not legitimate like utilizing usury in trade and so on .

In brief Al Gayah (the end) is any legitimated planned object or aim whether it's from the essential commodities, which the human life couldn't get along without or from the necessities that loosen the sin and the force of the responsibilities and obligations , which were imposed on man, or from the ameliorations , which facilitate the progress of his life .

Moreover Al Gayah (the end) mean to stop or to discontinue all the things , which carry detriment ; harm and ineffectiveness to the human life , whether in his relation with his creator, through obeying His commands and orders , or in his relation with others .

Al Wasilla (the means) is the tool or the action that leads to Al Gayah (the end) in some people the end may justify the means ; if they ignore the honesty or dishonesty of it . But in the Islamic Shari'ah it has to be of the same legal quality as the end , and so by the same token this legitimated end would turn to be illegitimate by the illegitimacy of the means .

To those against whom

War is made , permission

Is given (to fight) , because

They are wronged - and verily ,

Allah is Most Powerful

For their aid - (1)

Means to this aim must be legitimate , but if the means are unfair like violating and harming the innocent people, women, children and the people , then the aim will become illegitimate because Allah the All Mighty said :

Fight in the cause of Allah

Those who fight you ,

But do not transgress limits ;

For Allah loveth not transgressors (2).

Moreover , if the means in defense is extra than the demand, it will turn to be illegitimate i.e. killing that whose attach and oppress could be defended with less than killing .

It is quite clear that there is a correlation between the end and the means (Al Wasilla & Gayah) in the Islamic Shari'ah , that is to say the means must be equivalent to the end in its honor and legitimacy , and so by the same token the legitimated end will turn to be illegitimate by the illegitimacy of the means .

---

(1) Surat Al Hajj verrse 39 .

(2) Surat Al Baqarah verse 190 .

believers , which Allah had deplored and forbidden , by saying:

As for those who divide

Their religion and break up

Into sects , thou hast

No part in them in the least :

Their affair is with Allah :

He will in the end

Tell them the truth

Of all that they did (1).

Or if the academic science is calling for the dissolution and release from the religion and morality , or if it makes doubt around the human principals and against his instinct and natural feelings. All these means are illegitimate , and so they make seeking education illegitimate too .

Trade - with its traffics like selling and buying and all the other businesses that is related to it - is regarded as legitimate aim, as it restores and develops the conditions of the human life . Thus the means to it must be legitimate and acceptable . But if the means to it is through deception and trichs or utilizing usury , or exploitation by any representation then the means would become illegitimate and subsequently the aim - which is trading .

Patriotism and defending homeland and honor is a legitimate aim as Allah the All Mighty said :

---

(1) Surat Al An'am verse 159 .

Prostrating himself or standing

(In adoration) Who takes heed

Of the Hereafter , and who

Places his hope in the Mercy

Of his Lord - (like one who does not) ? say :

Are those equal , those who now

And those who do not know ?

It those who are

Endued with understanding

That receives admonition (1).

And He said :

Those truly fear Allah ,

Among His servants ,

Who have knowledge (2).

No matter whether the education is concerning the religion teachings or the academic sciences , the means that leads to it should be a legitimate means otherwize it would be an il-legitimate aim , i.e if the items of the religion teachings call for overstatement and exaggeration or to fanaticism and extremism, since the Prophet (peace and prayers be upon him) had forbidden it by saying : "Be aware and never overstate on the religion" .

Or if this knowledge is calling for split and separation of the

---

(1) Surat Al Zumar verse 9 .

(2) Surat Fatir from verse 28 .

As well , treating from the diseases is a legitimate aim because Prophet of Allah (peace and prayers be upon him) had ordered people to treat themselves from the diseases by saying : "***There is a remedy for any disease , so if the medicine is accomplished, healing would be achieved by Allah***" (1).

Also the Prophet (peace and prayers be upon him) said : "***No disease Allah created but that He created its treatment***" (2).

Moreover the means to treatment must be legitimated , so it's not permissible to treat with what is forbidden like wine or with wine like wise , because Prophet of Allah (peace and prayers be upon him) said : "***Allah had create the disease and the medicine and made for any disease its medicine , so you have to use treatments but never treat with what is forbidden***" (3).

Imam Muslim reported in his Sahih that : Tarig Ibn Suaid Al Jaji asked Prophet (peace and prayers be upon him) about the wine , the Prophet told him about its forbiddance or He hated his making of it , he said : I use to make it as a remedy , the Prophet said to him: "***Wine is a disease in itself and its not a remedy***" (4).

Seeking education is a legitimated aim since Allah the All Mighty had extolled that who knows and said he is best that that who doesn't know by saying :

Is one who worships devoutly

During the hours of the night

---

(1)

(2)

(3)

(4)

For you mates from among

Yourselves that ye may

Dwell in tranquility with them

And He has put love

And mercy between your (hearts) :

Verily in that are signs

For those who reflect (1).

So marriage must be with legitimate means , that is to say marriage must be according to Shari'ah rules and principles , but if its not so then it would be an illegitimate aim ; because Allah the Exalted had forbidden adultery by saying :

Nor come nigh to adultery :

For it is a shameful (deed)

And an evil , opening the road

(To other evils) (2).

The demand for knowledge and arts is a legitimate aim , because it develop the minds and skills , so if the mean that leads to these knowledge and arts is not correct in itself or in what it wants to prevail like the impudent shameless books or prints or the pictures that cheer deviation from what is right and to the destruction of the virtue and the good manners , thence this aim becomes illegitimate because the mean that leads to it isn't legitimate .

---

(1) Surat Al Rum verse 21 .

(2) Surat Al Asra' verse 32 .

But Allah hath permitted trade

And forbidden usury .

And His saying :-

O ye who believe

Fear Allah , and give up

What remains of your demand

For usury , if ye are

Indeed believers (1).

If ye do it not ,

Take notice of war

From Allah and His Messenger : (2)

The second side :

"Eating & Drinking" must be without extravagance because it may lead to defects in the safety of the human body as the Prophet (peace and prayers be upon him) has said : "***The son of Adam has never charged a harmful container like his stomach***"(3).

The preservation of the offspring is one of Shari'ah aims , and because Allah has ordered people to marry and described marriage with love; tranquility and mercy in this Quran verse :

And among His signs

Is this that He created

(1) Surat Al Baqarah verse 278 .

(2) Surat Al Baqarah from verse 279 .

(3)

And be grateful to Allah ,

If it is Him ye worship .

And He said :

O children of Adam

Wear your beautiful apparel

At every time and place

Of prayer : eat and drink :

But waste not by excess ,

For Allah loveth not the wasters (1).

"Eating & drinking" here is a mean so this mean must be legal from tow sides :

The first : Eating must be from the sober food , good and wholesome , but if its not so then it will become forbedden as in usury and by the saying of Allah the Exalted :

Those who devour usury

Will not stand except

As stands one whom

The Evil one by his touch

Hath driven to madness (2).

That is because they say :

Trade is like usury ,

---

(1) Surat Al A'raf verse 31 .

(2) Surat Al Baqarah verse 275 .

violence and abusing of Islam and Muslims by the same token, thus Allah the All Mighty proscribes the abusing of the gods of the disbelievers in His saying :

Revile not ye

Those whom the call upon

Besides Allah , lest

They out of spite

Revile Allah in their ignorance .

Thus have We made

Alluring to each people

Its own doings .

In the end will they

Return to their Lord ,

And We shall then

Tell them the truth

Of all that they did (1).

Self - preservation is a legal purpose (legal Gayah) , and one of its objects is "eating and drinking" As Allah the Exalted had said :

O ye who believe

Eat of the good things

That We have provided for you

---

(1) Surat Al An'am verse 108 .

As O.A example the religion preservation is one of the principals of Muslims and Muslim is under obligation to preserve his religion and defend it , whether by the materialistic powers like arms and weapons or by the spiritual powers like defending it by the tongue and pen , so the means in this defence have to be legal means , thus it's not permissible for Muslim to kill a person without a legal reason on the plea of defending Islam , because even if the end or the aim is lawful (which is defending Islam) yet killing without a legal reason is unlawful , because Allah said :

Nor take life - which Allah

Has made sacred - except

For just cause . And if

Anyone is slaim wrongfully ,

We have given his heir

Authority (to demand Qisas

Or to forgive) : but let him

Not exceed bounds in the matter

Of taking life : for he

Is helped (by the Law) [1].

Also it isn't permissible for a Muslim to violate or abuse non-Muslims on the plea of defending Islam , even if the purpose (Al Gayah) is legitimate (which is defending Islam) , but on the other hand its means isn't legitimate , and because it may lead to

---

(1) Surat Al Isra verse 33 .

Al Wasilla an is honorable scale in the heaven , as reported in the prophetic tradition that Prophet Muhammad (peace and prayers be upon him) said : "***Whoever asked Wasilla (Mediation) for me so he would legally have my intercession***" (1).

Omar Ibn Al Khatab may Allah be pleased with him said : "O Allah All Mighty we used to solicit You by Your Prophet and today we are soliciting You by means of his uncle" (2).

In the terminology Al Gayah (the end) any legal object whether it's from the essential commodities , which the human life couldn't get along without it , or from the necessities that loosen the sin , and the force of the responsibilities and obligations, which were imposed on man , or from the ameliorations , which facilitate and smoothen the progress of his life . Al Gayah (the end) also mean to stop or to discontinue all the things , which Allah and his Prophet had proscribed as things , which carry detriment and ineffectiveness to the human life, whether in his relation with his Creator , through obeying His commands and orders , or in his relation with other affairs in accordance to Shari'ah rules .

Al Wasilla (means) is the tool or the action that leads to Al-Gayah (the end) . Some people say the end justifies the means (Micaville) , which mean the end justifies any corruption or dishonesty in the means . But in the Islamic Shari'ah the means has to be of the same legal quality as the end , and there are many examples for this :

---

(1)

(2)

Cases according to Jurisprudence (Fiqh) Point of View *

212- The End and the Means in the Islamic Law (Al-Gayah and Al Wasilla in the Islamic Shari'ah)

It is a question about the meaning of the (Al Gayah and Al Wasilla) the End & the Means , and to what extent is their accompaniment to each other in the Islamic Shari'ah ?

The synonyms of end are : conclusion ; purpose ; aim ; goal and intention . Al Wasilla is the medium through which we could approach to things or an action by which a result is brought about, so if you say my deeds are my (Wasilla) means to Allah, this mean your deeds are merely ways by which you may approach to Him .

"Who seeks Wasilla to Allah means that he is trying to approach unto Him by deeds" (1), Allah the exalted said :

O ye who believe

Do your duty to Allah ,

Seek the means

Of approach unto Him .

And strive with might

And main in His cause :

That ye may prosper (2).

---

(1) The Definitions - by Ali Ibn Muhammad Ibn Ali , P 207 - 326 . The lighting lantern, by Al Fayoumi , P 457 - 660 .

(2) Surat Al Mai'idah .

Another example is when the owner of the money pays a sum of money to the worker to trade with it , gives him a car to work with it and lays down a condition that profit should be divided by giving $\frac{1}{3}$ of it to the owner of the money , $\frac{1}{3}$ to the worker and $\frac{1}{3}$ to the car .

The fifth branch : Distribution of profits before the end of Mudarabah and handing over the capital to his owner :

Many of the contemporary companies of Mudarabah use to distribute monthly , annually and some weekly profits while the Mudarabah contract is still continuing and the capital is still in the hand of the Mudarib . What is the rule of that ?

Some Fuqaha think that distribution of profits is not permissible except after handing over the capital to his owner , because profit is not definite except when the capital is safe . The safety of the capital is judged by returning the capital and handing it over to his owner [1].

---

(1) Al-Bahooti : Khashaf Al-Quinah , Vol 3 , P 517 . Al-Wanchrissi : Al-Miyar Al-Muarad , Vol 5 , P 201 .

correct is -Allah knows- what the two parties of the contract agreed upon according to terms and conditions with regard to saving profit for one of them , because it is their clear agreement. It will not be considered as Mudarabah because their conditions will not agree with the reality of the Mudarabah . It will then be added to the nearest legal contract of a loanor purchasing commodities if it is either called Mudarabah or other else .

The fourth branch : Is it permissible to include a third person in the profit ? profit is a due right of the worker & the owner of the money which is rotating between them , the worker deserves it for his work and the owner of the money because it is a development of his money , but is it permissible for them to include a third person and give him part of that profit ?

Fuqaha have suited this matter and ruled it out .

Example of this matter :

If the owner of the money lays a condition that his (Mumlook) should work with the worker and that some of the profit should be given to him , what will be the rule ?

The majority of Fuqaha [1] think that it is permissible but the Shafiyiah prohibit it .

Study of this matter might be useful in being a standard upon which other cases could be measured like the case of laying down a condition to make use of tools and equipments and give them a common share from the profit like the part of the profit which is fixed to the (Mamlook) according to terms and conditions .

---

(1) Al-Muntaga , Vol 5 , P 154 .

to terms and conditions [1]. Malikiyiah think that Mudarabah without knowing the percent of each of the two contractors from the profit [2] is legal according to Shari'ah .

The second branch :

It is not permissible to fix the share of somebody with a certain number . If one hundred dirhams have been fixed for the worker or the owner of the money -for example- every month or year, that will be a non-permissible act even if that will be added to a share which is fixed according to a percent . This is an area where there is total agreement between Fuqaha . Ibn Al-Munzir has been quoted as saying: "All Shari'ah scientist from whom we learn by heart have agreed that Mudarabah will be void if one of the two parties or the two of them lays a condition to save known[3] dirhams for himself" . From this saying it is clear that sayings of contemporary scientists that fixing a definite amout of profit is permissible claining that these are conditions made according to Shari'ah scientists opinions & are not based on obligatory Shari'ah verses . No doubt that The opinion of the majority of scientist is most probably the more correct . Perhaps it is that what has been agreed upon . Sayings of the contemporary Shari'ah scientists are a step towards making bank benefits permissible and dress them with the legal Mudarabah clothes .

The third branchs : Distribution of the profit between the worker and the owner of the money . What is more probably

---

(1) Ibn Gudama : Al-Mughni Vol 5 , P 33-34 . Ibn Hazm: Al-Muhala Vol8 , P247.

(2) Al-Baji : Al-Muntaqa , Vol 5 , P 35 .

(3) Ibn Gudama : Al-Mughni , Vol 5 , P 38 .

qaha think that the worker has no right to mix money of Mudarabah with other money without taking permission from the owner of the money if he mixes Mudarabah money with his money or with money of other Mudarabeen .

If the owner of the money agrees to mix this money , he will be a partner with whom he mixes his money . The profit of one of them will balance the loss of the other . The net profit will be distributed according to the capital of each of them without differentiating between a profitable deal which had been financed from this money or a losing deal which had been financed from another money . This is what is being adopted by Islamic banks and financial corporations . The Islamic banks and financial corporations used to take a clear documented approval from the owner of the money for mixing his money with the money of others according to capitals and the period during which the capital has contributed .

The eighth issue : Mudarabah's profits :

The objective of Mudarabah contract is to achieve profit . The worker tries to obtain profit as a result of his effort and work and the owner of the money hopes to get it as a good development to his capital . Fuqaha have given too much attention to the issue of profit , therefore I make it in five branches :

First branch : Fixing the percentage of the profit . Hanabila, Hanafiyah, Shaffiyah and Thahiriyiah think that one of the conditions of the legal perfectness of mudarabah is to assess the share of the worker from the profit , because he deserves that according

clear that this saying is most probable and suitable for this age .

The sixth issue : can the worker of Mudarabah make mudarabah with more than one person ?

Is who works in mudarabah a special hired person who has no right to receive other money other from the owner of the money with whom he makes his Mudarabah or is he a common hired person who has the right to receive what ever he desires of money from whom he desires to make Mudarabat .

Fuqaha have many opinions and sayings in this respect . It is probably more correct to apply the agreement between the first contractors . If there is no written agreement between them then convention could be applied . Mudarabah with a financial holding corporation is different from that done with a specific person. It is well known that the financial corporation invests some if its money when it becomes too much rich and pays some of it for Mudarabah with others whenever it's profits increase and expenditure cost distributed on the capital is reduced . This is different from Mudarabah with a specific single person because he will make himself busy with some money and neglect the other causing damage to the money . Mudarabah worker will get the benefit for himself alone .

The seventh issue: When the worker mixes Mudarabah money with other money :

The origin of legality in this issue is to differentiate between rights and the owner of the money has to be concerned with his money , gets its benefits and sustain its loss . For that reason fu-

money has nothing in it because the violator (Al-Ghasib) responsibility is similar to his violation act .

Profit is a product of work and rotation and should be saved for the violater (Al-Ghasib) and not for (Al-Maghsoub Anho) (1).

What I think is that the Mudarib is an attacker with his act and should guarantee what results out of it , thus he does not deserve any thing from the profit . All the profit should go the the owner of the money and the second Mudarib deserves a rent in the same way if he does not know the matter . The rent should be paid by the owner of the money as if the Mudarabah is void. What should be known is that absolute Mudarabah is inadequate in donating the Mudarib the right of Mudarabah with others . He need to obtain a clear permission to make Mudarabah with others.

If the owner of the money gives a permission for the Mudarib to pay money for Mudarabah with others , that action will be permissible according to agreement of fuqaha . The fuqaha disagree about the position of the first Mudarib , will he remain as a mudarib and hence deserves part of the profit or will he become wakil who does not take any part of the results of profit .

Hanafiyah think that if the first Mudarib pays money for a Mudarabah with another person after taking a permission from the owner of the money , he will deserve a profit according to the conditions agreed upon , like the hired person when he hires another for an amount of money less than what he receives . It is

---

(1) Al-Mowaradi : Al-Mudaam , P 227 .

Hanifiyah think that the owner of the money should choose between two matters . He can choose to collect his profit from the second mudarib according to the terms and conditions with the first Mudarib . In this case no guarantee is imposed on the first and second labourer when there is a loss , but the owner of the money should be responsible for the guarantee . He can also choose to ask for guarantee from one of the labourers . In this case he does not deserve any of the profit . If the first Mudarib makes the guarantee ,the Mudarabah between the two labourers will continue according to the terms and conditions agreed upon between them because the money becomes a property of the first Mudairib (1).

Hanabilah further think that the first Mudarib will become like the Gasib in guarantee and disposal. The owner of the money has the right to ask any of them to return the money if it is still available or return it's replacement if it is spoiled (2).

Shaf'i has two sayings in this matter :

His old saying state that the profit should go to the owner of the money and not to the Mudarib because he is like the Ghasib. His banned act should not be a cause for owning the property of money because the product of a banned thing is also banned and the profit is development of money so it should follow its owner . The second saying which is his new doctrine "Muzhab" states that the profit should go to the labourer and the owner of the

---

(1) Al-Surknasi : Al-Mubsoot Vol 22 , P 98-99 .

(2) Ibn Gudamah L Al-Mughni Vol 5 , P 48-49 .

gain their profit alone and sustain their losses ; where as he does not care about commodities the prices of which have been paid in cash from the capital of the mudarabah , because the owner of the money will sustain their losses and their profits will be distributed between him and the labourer .

The fifth issue : Labourer mudarabah with the mudarabah money :

Mudarabah contract is a personal contract between tow parties, one of them has put his trust on the other . The labourer here has no right to pay that money in a form of mudarabah to another man except when he gets a permission from the owner of the money . This is what has been agreed upon between fuqaha , Although there is no total agreement between them due to presence of opposite sayings but they are few and odd .

Although fuqaha agree on this matter but they differ about what the mudarib should do if he does that and the result is either profit or loss . Malikiyah give the owner of the money the right to include any of the two labourers either the first mudarib or the second one , if the second mudarib loses or suffers from damage. If the second mudarib achieves a profit , then the owner of the money should get from the profit according to his terms and conditions upon the first labourer and the rest should be saved for the second labourer if the agreement of the second mudarib with the first mudarib resembles the agreement of the first mudarib with the owner of the money [1].

---

(1) Dasuqi Hashitul Vol 3 , P 526 - 527 .

the immediate (1) time . Hanabilah think borrowing is legal according to Shari'ah in absolute mudarabah even if not declared . If the owner of the money says to the labourer do with this money what you think, then the labourer has the right to borrow (2). Borrowing for mudarabah is most probably legal for the owner according to convention unless the owner of the money forbids that . What is being borrowed should be ruled as a paid capital. The profit gained out of the amount borrowed should be distributed between them according to their agreement for the following reasons :

1- Difficulty in separation between what has been paid in cash and what has been borrowed . The price of one commodity could be the same in cash or delayed payments for different durations .

2- There is a great probability that the values of commodities might differ in the two cases of cash or delayed payments . They may affect one another by increasing or reducing the price .

3- Payment of loans might most probably be done from the money obtained from what has been sold by the labourer without differentiation between commodities , the prices of which have been paid in cash from the capital of the mudarabah , and commodities bought for postponed prices .

4- The worker might be accused with paying particular attention and care to sell commodities which he purchases for delayed prices , because these commodities are on his "liability", he will

---

(1) Hashiat Al Dasuqi Vol 3 , P 520 .

(2) Ibn Muflih : Al-Frion Vol 4 , P 383 .

If the Mudarib borrows then the debt will be in his liability and the loaner has no right to ask the owner of the money for his loan, thus the profit gained from the debt should go to the labourer and he has to sustain the loss .

That is which is agreed upon and transferred from the four doctrine Al-Mazahib Al-Arbah (1), what appears from fuqaha statements is that they are confined to a state where the owner of the money does not permit the labourer to borrow . Does the rule differ when the owner of the money gives a permission for the labourer to borrow and purchase with postponed prices for the Mudarabah ? Hanifiyah think that this permission is allowed (2) but Malikiyah think that the mudarabah will become void if the owner of the money makes it a condition for the Mudarib to borrow and purchase . In case the mudarib does that from himself and buys commodities for postponed prices to run the mudarabah, these commodities should be considered as mudarabah capital to the owner of the money . The profit gained from that borrowed commodity should be distributed according to conditions stated by the owner of the money and he should provide guarantee for it and pay its delayed price if he chooses and agrees with that , otherwise the profit should go to the labourer and he should guarantee it and pay its price, hence becoming a partner to the owner of the money according to that amount of money he pays for his delayed purchases provided that they are evaluated according to

---

(1) Al - Dusuqi : Al- Shurh Al Kabeer Vol 3 , P 524 . Rawda Al- Talbeen Vol 5 , P128 Ibn Gudamah : Al-Maghna Vol 5 .

(2) Hashiat Ibn Abdeen , Vol 8 , P 291 .

capital is legally right if the guarantee is a contribution from a third party other than the labourer as in the joint mudarabah run by Islamic banks where the bank guarantee the capital on the base that it is a mediator between money owners , depositors or investing employee . Guarantee could also come from Islamic co-operative insurance funds established on contribution coming from deductiond of the loss when it occurs (1).

Although the incentives of these opinions are good but they are a step towards imitating usury banks in ensuring the capital. The suggestion will be more closer to what is correct if the third foreign party is the state (Gov) - as mentioned - in order to encourage investment , move money capitals and safeguard against corruption .

The fourth issue : Mudarib borrowing (loans) :

It is a custom in trade to buy and sell in cash or postponed (delayed) payments . It is becoming difficult for a trader to be satisfied by what he owns from liquid money . He likes to sell and buy in postponed prices . Can this convention be applied on Mudarabah labourers enabling the Mudarib to purchase with postponed prices and bring commodities of value more than his capital or what is in his hand of liquid cash concerning Mudarabah?

The majority of fuqaha think that it is not legally permitted for the labourer according to Shari'ah to borrow in Mudarabah because borrowing will make conscience of the money owner busy.

---

(1) Hassan Abd Alla Al-Amin : Bank deposits , P 323 .

and the labourer should not sustain any guarantee because Mudarabah is an honest contract and it is not permitted to ask the labourer for any guarantee .

Malikiyah and Shafiyiah think that the entity of Mudarabah contract is void and not legal according to Shari'ah because the void condition will be reflected on the contract and make it void(1). But Hanafiyah think that the contract is right and non-void because it resembles the void term in sale where sale is permitted but the condition is void (2). This is what Hanibilah(3) think is right . Thus it is not permitted to break the approval of fuqaha that this condition is not legally right even if non-loss is certain or most probable .

One of the contemporarists says that if the labourer accepts the condition of sustaining the loss then the contract should be obligatory . His evidence relies on making comparative measurement between the joint mudarabah labourer and the joint hired labourer who should guarantee to sustain what is spoiled in his hand even if he is more careful to maintain it (4). What is right is to take this measurement with difference . The standard upon which measurement id done is not fit for that purpose because it is ruled on disagreement of the measurement criterion. The origin is not to include manufacturer except in case of attack or carelessness . Another contemporarist thinks that guaranteeing the

---

(1) Al-Baji : Al-Muntaqa Sharh Al-Muwata Vol 5 , P 164 .

(2) AlKissi : Badrh Al Samih Vol 6 , P 86 .

(3) Ibn Gudamah : Al-Mughua Vol 5 , P 68 .

(4) Sami Mohmoud : Legal Mudarabah and its modern application , Islamic bank for development print outs , P 35 .

lost . Had it not been for the inclination and interest of the labourer in the work and his encouragement to the owner of the money, the owner of the money would not have attempted such a work .

It is clear now that previous fixing of a definite time for Mudarabah will save the rights of people and enable them to avoid disagreements .

fourthly :

Since both parties have the right to terminate the contract whenever they desire after it has been held , it will be of the utmost priority for them to have the right of extending the contract according to their agreement , will and the benefits they see . Evidences of those who stand on the opposite side are weak . It is clear that Islamic banks adopt this probability by fixing certain durations for Mudarabah . By so doing Islamic banks will be able to fulfil the desires of money owners and maintain the largest possible profit .

The Third issue : If the owner of the money lays terms and condition indicating that the worker should provide guarantee :

It is agreed upon among popular fuqaha that Mudarabah contract states that the profit should equally be distributed between the two parties of the contract and loss of money should be beared and sustained by the owner of the money . At the same time the labourer will lose his effort , time and work . What will be the rule if the owner of the money lays terms to get a guarantee from the labourer to insure the capital or bear part of the loss when it occurs ? All fuqaha agree that this condition is void

by the common fuqaha . Limiting the time does not contradict with a Shari'ah statement or permit the use of a banned act .

Secondly : Fuqaha who think that Mudarabah contract should not be limted by time base their saying on that Mudarabah contract is non-obligatory . What I think is that non-obligatory contract should be within the boundaries of contribution contracts such Al-Ariyah, Wadeiah of Wakalah contracts . The contracts of compensation should be obligatory and its termination is not permitted unless the two parties agree on that . Mudarabah is a compensatory contract and not a contributory one .

Thirdly :

Giving the right of termination of the contract to one of the two parties whenever it wills will be harmful to the other party. If for example one man gives some money to a worker to trade with it provided that profit should equally be shared between them, most probably profit will be very little at the beginning , and when his business starts to be more active and famous and his profit starts to increase the owner of the money decides to terminate the contract . Will it be fair for the other party ?! had it not been for the future profit the labourer would not have accepted that work . On the other hand if the right of termination has been given to the labourer and them he spends a great part of the capital in preparation for trade like hiring , decoration of the place , preparation of the required equipment for trade and after that he decides to terminate the contract , how much does the owner of the money will lose ? most of this expenditure will be

If possible it is better to use the legal term Mudarabah rather than generating a new term , since controversy is between narrowing and expanding the word trade .

Second issue : limiting Mudarabah with time :

It is agreed upon among fuqaha that Mudarabah contract is non-obligatory i.e each part can terminate it whenever it wills(1). Fuqaha have also agreed upon legality of limited Mudarabah although they disagreed upon legality of limiting it with a certain time , for instance for a year or month . Malikiyah and Shafiyah think it is not allowed and they do not permit it . If the owner of the money puts a term that the Mudarabah should last for one year , the contract will be voided , because this term is contradicting with the objective of the contract which is looking after profit . It also contradicts with the legality of Mudarabah since it is a non-obligatory (2). Hanafiyah and Hanabilah think it is right to limit mudarabah with time (3).

It is probable - and Allah knows - that mudarabah is right when limited with time for the following reasons :

First : because the contract is the Shari'ah of contractors. Since that agreement does not contradict with any Shari'ah statement or permit the use of a banned thing , it should be accepted

---

(1) Ibn Gudamah : Rawdal-Al-Talbeen vol 5 , P 141 . Al-Mughna Vol 3 , P 64 . Ibn Hazm : Al-Muhala Vol 8 , P 249 .

(2) Al-Baji : Al-Muntaga Sharh Al-Muata Vol 5 , P 162 . Al-Nawawi : Rawdal-Al Talbeen Vol 5 , P 121 .

(3) Al-Kissai : Badaih Al Sanaih Vol 6 , P 99 . Ibn Gudamah : Al-Magna Vol 5 , P69 .

darabah because what is manufactured is to be sold at the end .

If the owner of the money gives the worker some money to purchase primary materials and industrial equipments , use the equipments to transfer that materials into commercially industrial products and then sell them , and if the terms and conditions in that respect include their agreement to equally divide the profit given by Allah between them , then this is a Mudarabah contract. In the same way if the mudarib purchases a car and works on it that will be a mudarabah contract . What he gains will be the product of money and work and it will be for both of them . At the end of the contract the car will be sold and the owner of the money will be given this capital . The excess will be divided between them according to the terms and conditions agreed upon. likewise if the worker purchases agricultural equipment, hires or purchases, a land and them plants or cultivates it . All these are correct contracts because they include specifications of legal contracts and have got some similarity with (Ejara), Muzarah , Wakala or (Mudarabah). It is known that what is based on legal parts is also legal . Because of all of this we think that these contracts are legally correct since they do not contradict with any legal Shari'ah statement or break any general legal base . These contracts are harmless to others and they do not allow eating money of other people without sound reasons . They will remain legally correct whether they are added to already named legal contracts or given new names , descriptions or new conditions after being measured in comparison with other contracts agreed upon according to Quran verses , Sunnah statements or nation approval .

should be confined to trade. That was the opinion of Hanafiyah(1) Malikiyah (2) and Shafiyiah (3). They all think that Mudarabah is not permitted in other fields like industry . They defend their opinion by referring to the forms of Mudarabah during (Days of ignorance) which were admitted and adopted by Muslims during the age of the Prophet, (peace and prayers be upon him) and in the century of his companions . Hanabilah think that Mudarabah is allowed when compared with Muzarah (4). What I think is that Fuqaha have studied some examples , agreed with some of them and disagreed with others . They did not establish a base which could be a light to be followed with regard to this issue .

Probability :

No doubt that there are a lot-of ways and means for money development and investment , especially nowadays . It is the duty of Shari'ah scientist and fuqaha at the present time to participate in explanation and interpretation of rules regarding all new ways and means of money investment . They have to exactly adopt these contracts to suit the general legal Shari'ah bases , i.e avoiding any contradiction with Quran and Sunnah verses and hence allow people to avoid doing critical or banned things or acts .

There are legal contracts like Mussaqa , Muzara'ah and Mudarabah , but there are also other new contracts like Musanaa and other labour contracts . However Musanaa could be closer to Mu-

---

(1) Al-Surkhasi : Al Mubsoot Vol 22 , P 38 .

(2) Al-Sheikh Issa - Mouh Al Galeel Ala Mukhtaser Khaleel Vol 3 , P 663-663 .

(3) Al-Nawawi : Rawdal Al-Talbeen Vol 5 , P 120 .

(4) Ibn Gudamah Al-Mughni Vol 5 , P 9-12 .

A study of establishing the origin of some important contemporary issues in Mudarabah contract

Dr. Mahmoud Hosain Al Hariri :- (*)

Mudarabah contract has been one of the most important contracts of financial transactions . It will continue to be like that because it is a contract where production elements (capital and labour) fuse together to play an effective role in economic activity and investment . Fuqaha have been aware of the importance of this contract since long ago . When speaking about legality of Mudarabah Sahib Al-Hidaya has been quoted as saying: "Some people are rich but are unable to invest money wizely where as others are wize enough to do so , hence integration between the two groups will regulate and maintain benefits between poor (1) and rich people .

This contract is also one of the fundamental basic contracts upon which activities of Islamic banks and non-usury investment corporations are based , because it is the best replacement of usury for development of capital .

there are eight issues in this research :

first issue : Mudarib's work :

Definitions of Fuqaha indicate that the work of Mudarib

(*)

(1) Al-Murghinani : Al-Hidaya , Vol 3 , P 202 .

1- Permitting some of its usages which has linkage with medication and heath and permitting it in botanical ; veterinarian and manufacturing fields and in the evironment , provided that it commits no harm or deteriorations .

2- Prohibiting some of its usages which has linkage with alteration of the human genetic characteristics ; and also that in the dimension of mixing the unrelated groups , and prohibiting playing fool around the human genes and sperms , and also prohibiting its usages which have linkage with the part of expanding and intensifying the manufacture of microorganism and germs ...

3- To deliberate on some of its' usages which have linkage with the field of genetic treatment for adults , and to consider carefully the usage of pig in the production of proteins ; hormones ; bloods and limbs.

Defects and danger of the genetic alterations :-

1- Pinching the human rights and honour by exposing the human genes to the experiments ; playing ; exploitation and dishonoured trading (1).

2- Occurrence of dangerous diseases and distortions .

3- Decreases the immunity in the human body (2) .

4- Making psychic dilemmas and troubles in the course of telling the patient about his dangerous disease or in telling him about his liability to it .

5- Harming and deteriorating plants ; animals and the environment by the genetic alterations and by producing biological weapons . And also by increasing the racial discriminations .

Islam stance on genetic alterations (3) :-

The Islamic Attitude towards genetic alterations alternates between a quiescence and rejection and between evil and good, according to the genetic alterations usages and results . And its detailed judgments are to be defined by the scholars in the light of its' basis and results in accordance to Shari'ah (jural) regulations and aims .

We could define general judgments for it as follow :-

---

(1) Al Zawahri: Introduction P 17 , cloning and Islam , Dr. Moeen Al gadame P21. The scientific prediction - Abd Al Muhsin Salih P 110-115 . Henetic Engineering Al Bagsumi P 98 .

(2) Al-Dawa the Saudi magazine issue No. 1718 (from the talk of Muhammad Hamidi Zagzog) .

(3) Al Zawahri : The Introduction P 17 . Hereditary Prediction P 262 . Hereditary and the human : Al - Rabeai P 189 .

Chapter II
The Genetic Alteration

Meaning and significance :-

The genetic alteration is a branch from biology and genetic engineering .

It stand for the genetic partial or entire alteration .

Dimensions and fields :-

The dimension of genetic alteration is the genes ; which the researcher uses to examine ; study ; refine ; isolate or construct up for health or economic or environmental utilizations .

Usage & objectives :

1- Inventing and producing medicines and remedies for some hereditary diseases (1).

2- Producing proteins ; hormones ; insulin ; antibiotics and chemicals ...

3- Confronting the environment pollution (2).

4- Producing human limbs .

5- Producing manufacture and lab products ; like plastic , fibers; rubber , manure and insect toxins ... etc (3).

---

(1) Hereditary Prediction P 264-291 , Al Zawahri : Introduction P 14-18 .
(2) the Scientific prediction and the human future Dr. Abd Almohesin Salih P 160 (a quotation from the genetic engineering : Al Bagsumi P 97) .
(3) Cloning : Dr. Mosubah P 72 , genetic engineering Al-Bagsumi P 16 .

known method of procreation and multiplication , and in that which illustrate the aims of marriage , and the gracious human principals and morals .

Islam judgment on using cloning in agriculture and animals :-

The Islamic judgment on using cloning in agriculture and animals is bound up with the two general Islamic formulas of : benefit and detriment or deterioration , so if there is good in it , for the society and humanity then it's permissible to use it . But if it entails or causes harm and deterioration then it will be rejected . Aphrase from the resolution of the Islamic Mojama of Fiqh is saying : (It is jurally permitted to use the techniques of cloning and genetic engineering in the dimensions of germs and all microorganisms ; plants and animals; in accordance with Shari'ah rules and stipulations) [1].

Terms and conditions of animal and plant Cloning :-

1- Implementation of the right acceptable benefits .

2- It must not lead to detriment and deterioration whether to the human health ; honour or to the environment and the moral values and principles .

3- It must not prevent or stop the natural growth and development of plants and animals , because the natural development has got better and well-known results with lesser charges , and the sprits in common tend to use it .

And Allah is All Knowing .

---

(1) Majama of Fiqh - Resolution No. 100/2/d 10 .

articles and texts , because these texts need a new mending and improvement , so as to take account of this new cloning phenomenon .

Some of these general legislative rules and principals through which the legislators could appraise cloning are :-

The proclamation , of the convention of the protection of Human Rights , and Fundamental Freedoms that has stated equality ; honour and all other human rights .

The constitutions of the countries and charters and conventions of the local , and international organizations , and the resolutions of the parliaments and legislative bodies , that has stated the protection of the human rights and honour . All these corporations forbid , and reject the cloning of the human beings , but they permit it in the fields of agriculture , and crop growing , and in the field of animals , and germs in accordance to ethics; religious and humanity settings and conditions.

Islam judgment on human cloning :-

The human cloning was forbidden and unacceptable by all means. In the resolution of the Islamic Majama of Fiqh "The Islamic Congregation of Jurisprudence" in Jeddah ; appear this expression :

(human cloning was forbidden ; with its two pre-mentioned devices [1] or with any other device leads to human multiplication) [2].

There are many evidences for the forbiddance of cloning in the Quranic verses and Ahadeeth , and in the rules that illustrate the well-

(1) The two devices are : 1- cloning through fission .
2- cloning by the method of the ewe Dolly .

(2) Look up resolution No. 100/2/d 10 .
The following expression appears in the resolution of the Islamic Majama of Fiqh .

8- It interrupts the safety measures and confirmatory regulations, by the resemblance and similarity of the individuals that it reproduces.

9- Using cloning as means for the dishonoured financial and economic exploitation ; by trading and bargaining in cloning technique; experimentations and achievements .

10- A chieving some racial discriminatory projects through calling for the survival and retention of the excellent racial series and discarding the ill malformed series .

11- It deepens and strengthens the idea of immorality of the sciences, because it may lead to tragedian human catastrophes as that of the nuclear ; chemical and germ inventions .

12- It widens the diseases circle and their sizes and types , by such playing fool around genes and genetic experimentations , that may cause or lead to an international killing epidemic , such epidemic may be caused by very simple escaping or dodging of a virus or a bacteria from a lab .

13- Nevertheless there are many father hazards and dangers of cloning that affects the human health ; honour and safety and the safety of the environment and the atmosphere and affects the regularity of ethics; traditions and religions [1].

Cloning in the positive legislations :-

The positive legislation has given especial care for cloning in the late times ; in an attempt to measure it in the light of law and the general legislative rules and principals , and not through frank law -

---

(1) Rubie P 191-193 ; 262 . Genetic engineering and ethics : Al-Bagsume P 98 , 208 , 209 . Genetic Orediction : Zlot Hircina and Retshard Hatton P 291-292 . Cloning - Dr. Salama P 30 .

mission ; and cloning through Fission or with the method of the ewe Dolly (1).

Side effects and defects of clone :

there is many derivative defects in cloning but in brief they are the followings :

1- It crushes and mashes up the human honour ; and pinching his rights ; through making fool around his genes ; and stealing his right in having parents and a family ; and submitting him to the science experiments like any laboratory animal .

2- Deleting the role of the father by giving birth through two or three women .

3- Deleting the meaning of maternity by this polygenetic action .

4- Deleting the family unit ; and marriage ceremony by giving birth through agreement between any two persons to have a child through cloning techniques as a substitute for the normal way that was known since the creation of the creatures .

5- Deleting the well-known structure of blood and links . Because the relation between people should be unidentified and can not be traced back .

6- It deepens and intensifies homosexuality by the disposal of the legal marriage .

7- It deletes the observable fact of diversity and assortment , by the resemblance of the individuals and creatures that it reproduces .

---

(1) Clone between science and Religion Dr. Abd Al Hadi Musbah P 5 , clone between Shari'ah and benifits and curruption Dr. Salama P 25 . Al Hidaia Magazene issue No. 2 - 1997 .

I meant by this research to stimulate and encourage the researchers; scholars and the intellectuals to issue their judgment and advisory opinions on the subject .

Hope Allah would support this effort . And I acknowledge here my father , May Allah bless his soul and reward him generously .

And All Praise and Gratitude is due to Allah the All Mighty .

Chapter I
The Origin of Clone

Definition of clone :-

In language it means : to reproduce a copy . In Biological terminology it means :

Rebirth or regeneration of a living organism ; whether with the transmission of the nucleus from a Body-Cell to an ovum with an extracted nucleus ; or with the fission of the maritonucleus at a phase before the configuration of the tissues and limbs (1).

It aims to reproduce plants or animals or humans copies homologous ; similar and parallel to its' ancestors with partial or typical characteristics (2).

Some of it's names :

clone : which is well-known and the most famous of its' names - Multiplication - The Genetic copy or the cell copy and Nuclear Trans-

---

(1) Mujama Al Fiqh - Jeddah (Resolution No. 100/2/d 10) .

(2) Genetic Engineering and ethics - Nahidah Al - Bagsume P 17 , the introduction of Dr. Mukhtar Al-Zwahri (Alaam Al Marifa - Kuwait issue No. 174 .

Genetic Engineering in the light of Shari'ah

Dr. Nour Addeen Mukhtar Al-Khadimi :- (*)

Introduction :

This age has witnessed a huge revolution in genetic engineering .

Most of the Corporations ; centers and all circles of science; religion , law , politics .... etc. are very preoccupied with this revolution ; because it concerns the human honour and rights and because it has effects on the stability of the environment ; morals; ethics and principles .

This revolution has been described as two sided weapon ; which could be employs for the public welfare or could be utilized for corruption ; destruction and dishonesty .

This revolution "Genetic Engineering" has got many branches and subdivisions ; thus I see it's adequate to study and revise two of it which are the genetic alteration and cloning , for their importance and weight in the world .

This study will be from the Islamic Shari'ah and Fiqh "Jurisprudence" point of view in the light of the textbooks and Shari'ah aims and rules ; through discussions of scholars and researchers ; and decisions of Fiqh researching congregations and corporations .

I hope this research would take part in completing the proper and appropriate judgment on genetic engineering in general and the nature of cloning and genetic alterations in particular .

---

* Fuculty of Shari'ah - Rieyadh ; and at the University of Zaitona - Tunisia (formerly) .

tion, if it takes place before the death of the nervous system of the dieing patient , and on the other hand it is not considered assassination if the application of the apparatus takes place after the perpetual death of the brain (1).

It is not permissible in the Saudi government to end the life of a hopeless patient , even if it is according to his wish or his relatives wish (Article 21 from the medical system) .

In addition , it is not permissible to transplant the human organs and limbs , not to carry out the postmortemdissection, and the cloning operations , and not to perform tests and experimentation on a human except for very important medical reason or for scientific or medical purposes in accordance to the stipulations of Shari'ah rules and the other regulations (2).

Allah is All Knowing

Who guides to the truth and correctness.

---

(1) Shari'ah ; moral and humanitarian rules on the artificial refection Al Manar Al Islami Magazine issue No. 7 . P 54 year 1421 H .

(2) Stance of Islamic Fiqh on the medical experimentation and the scientific researches on the fetus, by Dr. Bullhaj Al Arabi Al Dawa magazine issue No. 1775, year 1421 H. , P 40 and for the same author : Protection of the dead body in the Islamic Fiqh , law magazine issue No. 4 , year 1999 , P 173 .

Some of these contemporary medical problems are : the test tube babies , the artificial resuscitation , organs and tissues transplantation from alive and dead people , encephalon (brain) death, the postmortem dessection , the medical experimentations on the human being , the genetic cloning and the genetic engineering and so on ...(1)

The above mentioned are models representing the modernized medical activities that have to stop within the legal limits , and up to the legitimated boundary , which was stated by the dominant regulation , otherwise the doctor will be guilty and his living wage is (Haram) illicit , thence he would be responsible for this error according to Shari'ah standard and the other regulations .

29- Any form of artificial insecionation should not be performed except when necessity or need plictates for a treatment objective between two couples marned according to a legal marrage contract during their life and according to theirr will in public hospitals or any hospitals licenced by the Minkstry of Health(2).

Also in respect of the intensified medical care , the stopping of the artificial resuscitation apparatus is considered assassina-

---

(1) Dr. B. Al Arabi Ibn Ahmed : the rules of the Islamic Shari'ah on medical an surgical innovations , contemporary jurisprudence research journal - Riyadh . issue No. 18 , P 53 . Law stance on the modern medical , applications , P 33 by Dr. Faraj Salih Alhresh . The criminal law and the modern medicine , P 17 by Dr. Ahmed Abu Khatwa .

(2) Shari'ah and medical rules applicable to the deceased in Fiqh , contemporary jurisprudence research journal , P 146 issue No. 42 dated 1420 H. by Dr. Bulahj Al Arabi .

Besides that and according to the regulations the anaesthetist is responsible for anaesthetizing the patient before the operation, and supervising him during the operation , and ensuring re-gaining his natural conscious after the operation (1).

26- The Saudi regulation system has stated that in the danger-ous or urgent cases , the doctor must perform supervision and management, for carrying out the treatments by himself (Article 10 , 12 and 28/7 from the medical regulation system). In addition, the doctor has to practice his work in the sphere of the medical restrictions (Article 7 and 9 from the same system) , and he is under obligation to pay the attentiveness care that cope with the well-known scientific basis (Article 27 from the mentioned system) .

Worth mentioning here that the medical contravention com-mittee in the headquarters of health affairs in Riyadh area had issued 65 medical penalties in the divisions of dentistry ; optics and pharmacology during the period from 1st of Rabea the second 1421 H. to 30 of Jomady Al Akhara 1421 H (2).

Thirdly : the contemporary criminal errors :-

28- The latest development of the medical sciences and biol-ogy, leads to some legal problems , which has linkage to the phy-sicians' criminal responsibility that emerges as a result of using the modern methods and the scientific apparatus in medicine ; surgery ; biology and the genetic engineering .

---

(1) Dr. M. Al Sheingeeti : The rules of the medical surgery , P 505 .

(2) Al Egtesadea newspaper dated 15/10/2000 , P 15 .

neglects the duties of precaution and scrutiny , then he will be guilty of committing an error that obligates responsibility on him (for this error) , according to the Saudi medical regulation system(1), and the Islamic Fiqh .

Furthermore , some of these errors of the doctor include his abandoning the continuous observation and moreover , his refusal to be visited him in the dangerous cases . In addition to that the doctor may perscribe a dangerous medicine for a patient without making the proper analysis and investigation or he may break the regulation and rules of paying attention and supply measures .

Adding up to this the jurists of Islam had said previously that the physician has to use nutrition before medicine, and the simple medicine before the dangerous one ; and so on (2).

25- The obligation of the surgeon to give the proper care and observations to the patient after performing the surgical operation is the same obligation imposed on him before and during the operation . And his negligence or his inattentiveness or his deficiency ; reveals his ignorance of his legal and official duties, and is considered a criminal error , which entails criminal responsibility on him ; according to his objectives results or his deficiency and his inattentiveness in doing his job in accordance , to the medical and surgery basis (3).

---

(1) The physician vocational responsibility , P 119 , by Abdullah Al Gamidi .

(2) The criminal responsibility of the physician in the Islamic Shari'ah , P 147 by Usama Al Tayh .

(3) The rules of the medical surgery , P 508 by Dr. M. Al Sheingeeti . The medical responsibility , P 135 by Dr. Ali Albar , Dr. Usama the previous reference .

taken to the Prophet (peace and prayers be upon him) , so He gave the verdict on this by commanding the murderer's blood relatives , to pay Dieyah (blood wit) and Qura (have tenth of the complete blood wit) (1).

According to that , the Saudi board of the higher savants had forbidden the criminal abortion (2), also the Saudi medical regulation system ; article 24 prohibits the doctor of medicine , from performing abortion to a pregnant woman , except if the necessity arises to rescue her life , also article 29/7 of the same system had stated for it an incarceration punishment , not exceeding six months .

The Saudi criminal law prohibites the criminal abortion and punishes those who commit it intentionally , with a very severe and strictly punishments . Article 24 of the medical system permits the therapeutic abortion of the medical necessity according to the jural and regular rules .

The criminal technical errors :-

24- They are the errors in which the physician is not acting according to the proper technical - basis of the profession ,and acting contrary to the scientific basis , like the error in the diagnosis or in observation and surveillance (3).

In dangerous and urgent cases , the doctor carries out the observation and treatments of the patient by himself , so if he

---

(1) Muslim Vol 11 , P 178 .

(2) Fatwa of the board of the higher savants in K.S.A No. 2484 dated 16/7/1399 H resolution of Islamic Mujama of Fiqh - session 12 in Makkah 1410 H .

(3) The criminal responsibility of the physicians , P 228 by Dr. Usama Gaid .

"paganism" , and hurting of the parents , and the forged statement" (1).

Accordingly , article 8 of the forgery contention system (2), has stated that any public employer , or any one who in charge of a public service or a medical or health vocation , who gives an incorrect script or a certificate or statement to another person, will be penalized with incarceration, for fifteen days up to one year .

E / Criminal abortion :-

23- Jurists of Islam unanimously agreed that abortion , or the crime of inducing abortion to the pregnant women , without a medical or legitimate excuse is forbidden , and is considered in the Islamic Shari'ah a punishable crime , for His All Mighty saying :-

Kill not your children

for fear of want : We shall

Provide sustenance for them

As well as for you .

Verily the killing of them

Is a great sin (3).

Al Mogira Ibn Shobbah narrated that a woman had murdered her pregnant fellow wife by stroking her with a bar , so she was

---

(1) Agreed on it unanimously , Sahih Al Bukhari Vol 10 , P 405 .

(2) The royal sublime decree No. 114 dated 16/11/1380 , amended by the royal sublime decree No. 53 dated 5/11/1382 H.

(3) Surat Al Isra verse 31 .

"***Repay the trust to the one who entrustes you , and never act treacherously to that who betrayes you***" (1).

Article 23 of the medical regulation system has stated that the doctor or the surgeon should not divulge the professional secret, and that who committes the professional devulgement crime will be penalize according to article 31 of the same system with a fine not exceeding ten thousand (S.R) .

D / forgery of the medical certificate :-

22- The Islamic Shari'ah consideres forgery in the medical documents and the forged statement , as one of the very dangerous crimes , and regards the forger as one of the dangerous law-breakers , by committing these greater sins , and because Allah the All Mighty said :

And shun the word

That is false -

Being true in faith to Allah ,

And never assigning partners

To him (2).

Abu baker may Allah be pleased with him reported : the Prophet (peace and prayers be upon him) as saying: "***Have I to tell you about the great sins*** ?" we said: surly ; yes ; O Prophet of Allah , He said : "***To believe there is a partner with Allah***

---

(1) Al Bukhari , Abu Dawud , Al Tirmesi , Al Hakim-Almostadrak Vol 2 , P46 .

(2) Surat Al Hajj verse 30 .

patient who is exposed to danger of death and all other illegal negative actions (1).

Article 29/6 from the regulation system of practicing the medical profession , has stated that whoever refuses to treat his patient without acceptable excuse , will be punished with incarceration for period not exceeding six months , and a fine not exceeding fifty thousands (S.R), or with one of these two penalties .

C / The divugence of the patient secret by the physician :-

21- Jurists of Islam unanimously agreed , that it is jurally not permitted for the physician to disclose any issue or event that reach at his knowledge . Whether if this Secret is disclosed to him by the patient or other persons , or as a result of his professional experience, and whether if this secret is a piece of social or health facts (2).

And this is because Allah the All Mighty said :

"***Those who faithfully observe***

Their trusts and covenants" (3).

Moreover , the saying of Prophet Muhammad (peace and prayers be upon him) : "***If you never faithfully observe the trust, then wait to see the result in the hereafter***" (4). Also His saying:

---

(1) Dr. Osama Abdulla Gaid : The physician criminal responsibility , P 273 .

(2) The criminal responsibility of the physician in the Islamic Shari'ah by Osama Altaieh , P 98 , Disclosing the secrete of the vocation ; P 9 by Osama . G. Disclosing the vocational secrete , P 65 by Moafag Obaid .

(3) Surat Al Mu'minun verse 8 .

(4) Rules of the Qura'n , by Ibn Al Arabi Vol 3 , P 1311 .

advertisement , that lead the public to believe, that he has the right in practicing the profession . Antithesis to the truth (Article 29/3 from the same system) , and it implies on whoever assumes the identity ; or one of the given names , that usually given to those who practice the profession of medicine (Article 29/5 from the same system) . Finally it implies on every one with whom equipments are found or apparatus , that are usually used for practicing the medical profession , without having a medical license . (Article 29/5 from the same system) . In addition , articles 1-6 from the system has defined the rules and stipulations and procedure, of the regular license.

B / The refusal of the physician to perform his work :-

The physician is jurally under obligation (in Shari'ah) to carry out the medical service , ever since he is able to perform it , and there is nothing which prohibits him from giving his service to the patient since there is nothing which exposes him to danger. Moreover , this ethical professional duty is in regard even if we never consider or put in account the contract or the clause of the regulation text in that [1].

Moreover , the rules on the refusal of the physician of giving the medical service are the same jural rules , that concern the negative response in general : as his refusal to receive his patient, in his clinic or at his public work center ; his refusal to work because of a dispute strike ; his refusal to help a person in danger, his refusal to use the artificial refreshment apparatus , for a

---

(1) Al - Sharh Al Sugier , by Al Drdirdeir , Vol 1 , P 698 , Al Mogni Vol 1 , P 306.

First : The normal crimes :-

17- They are the penal offences , which have no linkage with the subtle technical basis of the medical profession , they may have the common quality of any other vocational crimes . The following are some of these crimes :-

A / Practicing the medical profession without approval of the governor (license) :-

18- The physicians' practicing license must be issued from an obligatory authority , and it should observe them , in the light of welfare of the society and the whole community .

In Islam Al Mohtacib had been utilizing the duty of approving and giving allowances to the physicians; surgeons; phlebotomists and the circumcisers to practice their jobs , if they provide evidence of knowledge and experience , and he used to stop the ignorant physician from doing this work (1).

Article 29/2 in the Saudi regulation system ; states that whoever practices a medical job without a medical certificate and a regulated license , will be punished with incarceration for a period not exceeding six months , and a fine not exceeding fifty thousands (S.R) , or with one of these two penalties .

19- The same regulated punishment implies on every physician or surgeon who delivered untrue records or uses illegitimate means, which lead to offering him a license for practicing the profession . (Article 29/2, from the aforementioned system). Moreover , it implies on whoever uses , either means of

---

(1) The physician medical responsibility in the Islamic Shari'ah , P 84 .

slippes and digresses to another perfect limb , and spoiles it , i.e. if his hand digresses ; to the penis gland , during a circumcision operation , then he is Dahmein ; (responsible and he has to pay the compensation) because its a criminal error , but for the errors like prescribing a wrong drug to the patient's disease, hence this is a mistaken error in which the physician's Agiler (his blood relatives) has to pay third or extra (1), but about the non Muslim physician they say he has to pay the Dieyah from his own money (2).

Finally, if the physician is expert and skillful in his profession, and although he had worked out his best in deduction , but he prescribed a wrong medication for the patient and killed him , in this Imam Ahmed said different reports as follows : In the first ; he said the Dieyah of the patient has to be paid from the treasury and in the second he said from the Agiler (blood relatives) of the physician (3).

16- We could briefly condense the physician's different penal offences in the Islamic criminal jurisprudence , and in the regulation system of the Saudi medical profession , and in the system of Saudi private corporations (4), in the following :-

First : The normal crimes .

Second : The technical criminal errors .

Third : The contemporary criminal errors .

---

(1) Zadd - Al Mayadd Vol 3 , P 83 .
(2) Al Tib Al Nabawi , P 209 .
(3) Al Tib Al Nabawi , P 201 .
(4) The royal sublime decree No. 58 dated 3/11/1407 H. published in Um Al Gora journal issue No. 3171 dated 6/12/1407 H.

Al-Khtabi had mentioned in his saying : I know no disagreement ; on : if the medicine practitioner , digresses and ruines the patient, then he would be (Dahmien) responsible for this action , and that who ever utilizes intentionally ; a work or science, if his act produces corruption then he would be liable to pay the (Diyah) compensation and not the quasi'as (penalty sanction) , because he wouldn't do that , without the permission of the patient (1).

The jurists of Islam were agreeing that the job of the doctor or the surgeon after giving him the permission or at the request of his service is regarded as an obligation duty ; and obligation duty is not bound to the safety clause (2). In addition , the jurists of Islam unanimously held, that in the case of the ignorant physician, who acts as if he knows the sciences of medicine and so the patient gives him the permission to take care of treating him, for what he has believed of his knowledge and familiarity to medicine terms, and the patient dies out, as a result of this procedure or if it causes harm to him , then the Shari'ah rule here is to obligate the physician to pay self-Dieyah (blood money or wergild) or the compensation for the damage or detriment in accordance to the case (3).

15- But for the expert physician , who is given the permission, and who pays in full the terms of the profession , but his hand

---

(1) Zadd Al Mayadd Vol 3 , P 145 .

(2) The physician responsibility , Al-lowa Al Islami Magazine issue No. 13 , P 53, by Sheik Muhammad Abu Zahra islamic criminal law , P 520 by Abdulgadir. Awoda , P 520 .

(3) Mowahib Al Galil Vol 6 , P 312 , by Al Hatab . Zadd Al-Mayadd Vol 3 , P 83.

Jurally there is no (Dahman) compensation imposed on the doctor if he commits a simple ordinary error , that any doctor or surgeon may slip in , because this was attributed to the nature of the medical job, and the possibility of danger around it (1).

Moreover , if there is an error therein , then it is attributed to the medical vocation itself , and interconnected to it by its deficiency and the factor of possibility that attached to it (2).

It is not permissible to classify the behavior of the doctor who does what a normal doctor with a moderate vocational level does; if he is surrounded by the same outer circumstances , as incorrect because the act here , is according to the medicine vocational rules , that are known theoretically and practically among the physicians (3).

The second research
The physician criminal errors

Muslims had outshined and proved superiority in medicine; they knew the physician criminal responsibility , centuries ago before the positive laws , the Shari'ah principals - formula states that who ever practices a work without knowledge , will be responsible for the harm that results and effects the others .

---

(1) Shari'ah rules on the medical jobs , P 54 by Dr. Ahmed Shrf Aldeen .
Dr. Abdul Fatah Edrise : Medical issues from Islamic point of view , P 68 .

(2) Al -Dassowqi's Margin on the wide illustration Vol 4 , P 25-27 .

(3) Contempory Jurisprudence Research Journal , by Dr. Abdur Rahman Hassan Al Nafisah . The physicians responsibility issue No. 3 , P 177 . Dr. M. Ali: The medical responsibility , P 135 .

sterilizing, the surgery equipments . Not giving the patient the proper surveivance and servation , forgetting some of the surgery equipments in his abdomen , not assuring the safety and clarity of the blood , which he intendes to transmit to the patient ; from diseases or viruses ... etc. , all of these are considered breaking for the well known scientific medical basis , and the doctor and his assistant - staff will be responsible for it and they have to pay the damages (1).

The forensic medicine committee in Medina Monawara ; had stated the same ; on the authority of deree No. 2179 dated 30/5/ 1420 H, that necessitated the compensation for a medical error, which harm a girl's eye , as a result of not taking the proper pre-cautions and awareness ; from the surgeon side , which causes great harms to her left eye, this happened in an adenectomy operation ; leads to a great blood edema around her eye and veil-ing up of the sight of this eye (2).

12- The medical error , which the physician will not be sub-ject to questioning about in the Islamic Fiqh , are the simple er-rors , which are above the ability of any one to stop its existence, and they are predicatable during the practice of physicians , what-ever degree of accuracy and exactitude they has (3).

---

(1) Dr. M. Ali : The medical responsibility P 136 . Dr. M. Hessein : The medical responsibility in the processes of blood transfusion , P 92 . Dr. F. A : The law stance on the modern appliances , P 29 . Dr. Saad A. : The civil responsibility for the medical activity , P 176 . Dr. M. A. : The medical responsibility in plas-tic surgery , P 72 .

(2) The Economic journal dated 15/10/2000 A.D , P 15 .

(3) The Mother , by Ash-Shafi'i , Vol 6 , P 66 .

jobs, like the incessant observation , and custody for the patient, and not to carry out tests on him , and to follow the rules of the right behaviour .

The criterion on which the Saudi system leanes on is the standard normal doctor , with moderate knowledge , intelligence and experience . If he is found in the same situation [1]. Nevertheless the Islamic Fiqh had stated that all what is reguired from the doctor , or the surgeon is to offer in his practice , the same ordinary care of the other doctors [2].

If the physician neglects or passes-over the medical vocational rules, thence he will be asked about what he has done , in the light of being unintentionally done . However , if he breaks the rules ultimately , as carrying out uncertified experiments on the patient , or if he uses medical apparatus without knowing its proper technical use, then he would be asked about the detriment as if he has done it intentionally. Moreover, the forensic medicine committee has to add up the pros and cons to demonstrate that the doctor has committed action regard as break for the constant regular scientific basis in the medical field .

11- Here are some example of the errors in treatments and surgery , by cause of unintentional negligence or imperfection or defect :-

To injure an artery , or a limb , by the surgeon or his assistant mistake , and exposing the patient body to harming rays . Not

(1) Vocational Medical responsibility , by Qis Al Saqeer , P 147 . Vocational medical responsibility of the physician , P 203 .

(2) Bedayate Al-Mojtahed Vol 2 , P 194 .

C- Applying uncertified scientific experimentation researches on the patient .

D- Giving the patient a medication as a matter of experiment .

E- Using machines or medical apparatus and equipments without knowing its proper technical use or without introducing the proper precautions that stop the emergence of any harm from this appliance .

F- Insufficiency of the supervision , and his management over the assistant - staff under his control and authority.

G- Not consulting those who are required for the case of the patient .

- Moreover any provision that includes limitation or release of the doctor or any one of his assistants from the responsibility would be unsound .

10- It is clear from the pre-mentioned article , that the Saudi medical system , makes the right of the physician in practicing treatment and surgery ; bound to the duty of paying the proper care , in accordance to the well-known basis , and rules of the medical vocation .

In addition , it os meant by it the rules that impose attention, precaution , and reservation .

Also the duties that is imposed by the nature of the medical

Nevertheless , it is an error , which no other physician would commit [1], or by another meaning , it is the error considered contradictory to the basis and rules of the medical job [2].

If the physician error is a factual error , and contradictory to the basis of the medical job , like rashness ; negligence ; carelessness inattention , etc . Or if he breaks the rules of the vocation , then he will be responsible for that , and he has to pay the compensation (i.e. if the [physician gives a patient a drug to drink and this drug hurts the patient, so if the rate of the compensation is parallel to less than third of the Deiyah (the blood wit "compensation") then it will be paid from his own money , but if it is third or more , then it will be paid from the money of Al-Agila (blood relatives) .

9- Article 28 of the Saudi regulation system of practicing the vocation of medicine has stated that any vocational error arises from the doctor or from one of his assistants , and hurt the patient , then the committer of this will be under obligation to pay the proper compensation imposed for the case , and the followings are considered from the vocational errors :-

A- The error in treatment or not giving the patient the proper surveillance and observation .

B- The ignorance of some technical means any one in the field of his speciality is expected to know .

---

(2) Tabserat Al Hokam bu Ibn Farahoon Vol 2 , P 243 . Al - Moqani- Ibn Qudama Vol 6 , P 121 . The Prophet medicine , P 205-210 .

(3) The Medical responsiblity by Dr. M. Ali , P 115 . Shari'ah rules on the medical jobs - by Dr. A . Sahrf Aldeen , P 54 .

compensation for the harm that happenes to the patient who has given him the permission to treat him (1).

Jurists draw attention to limit the ignorant physician's legal competence because he damages the people's bodies (2).

And the Dahaman of the ignorant physician is by Guasas (death sentence) (3).

7- It worths mentioning here , that the previous scholars of Islam knew the medical responsibility , and as evidence for this, in 931 A.D. Al Mogtadir (the caliph) knew that , a Baghdadi physician had committed a technical error during his treating of a patient, and causes his death , so the caliph issued a command to investigate with all the physicians , to ensure that all of them had had got authorized licenses to practice this work , then he established a medical chamber for the [physicians and employed Hassan Ibn Sabit in the capacity of president for it (4).

Secondly: the error , which the doctor is to be questioned about:-

The jurists of Islam unanimously determined that the surgeon or the doctor or any of the hygienists are not to be subject to questioning except for the factual error , and it is the error exceeding the considered level , by the criteria of the specialists .

---

(1) Ibn Qudama : Al Moqani Vol 6 , P 120 . Ibn Abdeen . Rad Al-Mohtar Vol 8. P183 . Ibn Rushed : Bedayat Al Moftahed Vol 2 , P 418 .

(2) Al-Suyouti : Al Jame Al Saqair Vol 6 , P 106 .

(3) Dr. Ahmed Fathi Behnisy : the criminal responsiblity in the Islamic Fiqh. P150.

(4) The sun of the Arabs rises on the west by Zee Freed Honker , P 235 .

5- Consequently we have to treat the civil errors of the physician briefly by studying these important following items :-

Firstly : what is meant by the doctor (Dahaman) compensation secondly : the error , which the doctor is to be questioned about .

And Finally : The error , which the doctor is not to be question about .

Firstly : What is meant by the doctor compensation :-

(It means) :

6- What is meant by the doctor (Dahaman) : that the doctor has to pay compensations for what he has done whether it is a damage of a limb or the loosing of a benefit or the death of the patient , or if he exceedes the bounds of his permissions or if he doesn't pay the proper attention or care to the patient , and this act causes damage or death [1].

In this Prophet Muhammad (peace and prayers be upon him) was reported as saying: "***Any physician who practices medicine when he was not known as a practitioner before that and he harms (the patient) he will be held responsible***" [2].

This was put stop to the ignorant incompetent physician , and so as to protect the medical occupation from the interferers . The license for practicing the medical job has to be issued from the specialized governor . The ignorant physician has to pay

---

(1) Muhammadd Al Qasim : The Medical error in the sphere of civil responsibility - law magazine - Kuwait - March 1979 A.D , P 10-11 . Medical issues from a Islamic point of view , P 65 .

(2) Sunan Abu Dawod Vol 3 , P 1286 - Nisay Vol 8 , P 52-53 .

zone to the illegitimate zone, and he has to pay damages to the patient (1).

The criterion of the responsibility of the physician and his assistants (all the hygienists) who are submissive to the rules of this system, is that they are under obligation to offer attentiveness care of the same nature of the renowned scientific basis .

This means that the doctor of medicine has to grant the normal ordinary attentiveness in his practice. This was indicated in article No. 27 in the saudi regulation system of practicing the medical occupation by saying : (the duty of the doctor of medicine and all the hygienists who are submissive to the rules of this system , is to offer attentiveness care of the same nature of the well - known scientific basis) . This means the doctor is not under obligation to grant healing of the patient , but he has to give the normal attentive care in his practice (2).

If the physician gives this ordinary care in accordance to the basis of the medical job and it produces indefensible harm to the patient, then there is no (Dhaman) compensation is imposed on the physician (3).

Also article 17 from the pre-mentioned system states that the doctor of medicine has to offer the diagnosis procedures with proper care using the proper technical means and the help of the consultants which are needed for the case .

---

(1) Dr. Ahmed Sharaf Al-deen : Shari'ah rule on the medical jobs P 54 .
(2) Abdullah Al Gamidi : The occupational responsibility of the hoysician P 182.
(3) Gaise Al sugeer : Medical occupation responsibility in K.S.A. P 136 .

3- So , we have to follow the line of studying the physician errors in the Islamic Fiqh and the Saudi regulations system of practicing medical occupations of the human health through the course of two separated researches as follows :

The first research : The physician civil errors .

The second research : The physician criminal errors .

The first research

The physician civil errors

4- The Islamic Fiqh instructs that the doctor of medicine is to be competent and skillful ; observing all the duties of his job carefully and cautiously , and to use the proper average used by doctors in diagnosis and treatments . And he has to carry out his treatments in accordance to the patient permission or the person in charge of him if he is immature . All this after having the proper license and authorization from the governor to practice medicine or surgery , by following the basis of medical occupation and mottos [1].

So if the physician or the surgeon practices his treatments without the prior permission of the patient ; or if he is ignoring the proper knowledge of his job ; or if he makes a mistake ; or if he oversteps the proper bounds of his authority , so by means of these efforts his work will be transmitted from the legitimate

(1) Dr. Muhamad Al Shingeeti : The rules of medical surgery P 447 . Dr. Zohair and Dr. M. Ali : The physician his Arts and Fiqh P 111 . Treatment and medical responsibility in Shari'ah P 145 .

And that who intentionally practices an activity without having its knowledge , if his action causes loss or death he will be held responsible (1) and liable for Deiyah (the blood wit "compensation") but not liable for quasis , (death warrant) because he couldn't do that without the prior permission of the patient and authorization of the governor, and by following the scientific; medical mannerisms and principals (2).

The general practitioner in the Islamic Fiqh is responsible for the harm caused by his practice if he is ignorant or if he practices without authorization or if he slipps in an error that no other physician in general falls in) .

In general if he oversteps the proper bounds of his authority and the proper mannerisms of a physician .

The saudi regime had issued for this reason regulations for practicing medical occupation of the human health and dentistry, on the authority of the royal sublime decree No. M/3 - dated : 12/2/1409 (3), for the control of medical responsibility and the physician mannerisms, in accordance to Shari'ah rules, that stated the importance of medicine and surgery for the care of the human sprit , which is regarded as one of the five entire advantages for which the Shari'ah rules were made - up (4).

(1) Ibn Qudamah : Al Moqni Vol 6 , P 121 . Ibn Farhoon : Tabsurat Al kookam Vol 2 , P 243 . Ibn Abedeen Rud Al Mohtar Vol 6 , P 68-69 . Dr. Ahmed : Sharia rules for the medical occupations P 51 .

(2) Ibn Gaim Al Jawziea : the Prohetic Medicine P 209 - 210 .

(3) Assembly of minister's resolution No. 1 dated 3/1/1409 H , published in Um Algora Journal-issue No. 3233 dated 25/3/1409 H .

(4) J. S. D. Belhaj Al Arabi Ibn Ahmed the rule of Islamic Shari'ah on Mecical Innovations .

practitioner before that and he harms (the patients) he will be held responsible" (1).

In another narration : Amr Ibn Shu'aib , on his father's authority, said that his grandfather reported the Prophet of Allah (peace and prayers be upon him) as saying : "***Anyone who practises medicine when he is not known as a practitioner will be held responsible***" .

And His saying (peace and prayers be upon him) about the individual responsibility in general "***Everybody is a guardian and everybody is responsible of his guardianship***" (2).

And His saying (peace and prayers be upon him) : "***No harming and no reciprocation of harming***" (3).

2- Also the principal of Shari'ah has stated ; that who practices an occupation without having its knowledge will be held responsible of the harm that happen to the others by the cause of this vocational practicing (4). Thus the Muslim jurists unanimously determined that the general practitioner (the doctor of medicine or the surgeon) if he makes an error or inaccuracy or religence or hurt or causes loss or death of the patient , then he will be responsible for this (5).

---

(1) Sunan Abu Dawud Vol 3 , P 1286 . Al Nisay Vol 81 , P 52 - 53 .

(2) Al-Sheikhan - Sunan Al-Tirmizi , Vol 3 , P 54 , 111 .

(3) Malik , Ahmed - Ibn Majah - A[[reciated by Al - Nawawi .

(4) Ibn Qaim Al-Joezia : Zad Al-Meadi Vo 3 , P 145 .

(5) Al Mogni Vol 6 , P 121 . Ibn Frahoon : Tabserrat Al-Hookam Vol 2 , P 243. Rud Al - Mohtar Vol 6 , P 68 - 69 . Dr. Ahmed Shraf Al Deen: The Shari'ah rules for medical activities , P 51 , Dr. Muhammad Ali : The Medical responsiblity and the physcian mannerisms , P 115 .

If one (so) kills a Believer ,

It is ordained that he

Should free a believing slave

And pay compensation

To the deceased family

Unless they remit it freely (1).

And His saying :

But is no blame

On ye if ye makes

A mistake therein

(What counts is)

The intention of your hearts :

And Allah is oft - forgiving

Most Merciful (2).

And it said Frankly in the Prophet Hadeeth about the responsibility of the physician for his errors , as in this reported Hadeeth :

Abd Al-Aziz Ibn Umar Ibn Abdul Aziz said : Some people of the deputation which came to my father reported the Prophet of Allah (peace and prayers be upon him) as saying : "***any physician who practises medicine when he was not known as a***

---

(1) Surat Al Nisa verse 92 .

(2) Surat Al Ahzab verse 5 .

The civil & Criminal Inaccuracies of the Physicians in the Islamic Fiqh & the Saudi law

Dr. J.S.D . Bulhaj Al-Arabi Ibn Ahmed :- (*)

Praise be to Allah and peace and prayers be upon His Prophet Muhammad .

Introduction :

1- the statutes of the Islamic Fiqh had come to the decision of the civil & criminal responsibility of the physician , fifteen centuries ago; and before the positive laws; and without any rival.

Thus the Islamic Shari'ah is consider the first jurisprudence in the world to arrange regulations and rules for the responsibility of the physician and the permission of the patient ; who it prevents by a fence of rights and provisions against the medical errors that come out of ignorance or mistakes in the course of treatment or surgery .

In the Quran Allah the All Mighty says :

Never should a Believer

Kill a Believer , but

(If it so happens) by mistake ,

(Comensation is due)

---

* J. S .D. & lecturer for law in Algeria & France Universities & lecturer of Fiqh at the National High Institution for the Islamic Shari'ah (Algeria) . President of Medical Fiqh research Unit at Wahran University , lecturer at king saud University - Riyadh - K.S.A .

Ghana who wrote in simple English "Do not deprive me of Quran" .

This is the truth and truth will remain a barrier between sincere belief and mischief makers .

In our final word we would like to assure that those who fight against the belief of the Islamic nation will never succeed to fulfil their goals . Allah has said in this respect:

"***Fain would they put out the light of Allah with their mouths , but Allah disdaineth aught save that He***"

"***Shall perfect His light , however much the disbelievers are a verse***" .

And Allah it is whose help is to be sought in that predicament which they descripe .

* A Letter from the Staff *

"And of mankind are some who say:- we believe in Allah and the lastday , when they believe not" (1).

"They think to beguile Allah and those who believe , and they beguile nonsave themselves ; but they perceive not" (2).

"In their hearts is a disease , and Allah increaseth their disease . A painful doom theirs because they lie" (3).

"And when it is said unto them : Make not mischief in the earth , they say: We are peacemakers only" (4).

"Are not they indeed the mischief makers ? But they perceive not" (5).

The Islamic nation will strongly remain , if Allah wills, sticking to its belief , principles and origins . Quran will be leading Muslim struggle for their cause until the earth and what around it is inherited by Allah .

We use to receive every week hundreds of letters from our brothers of both men and women, old and young from Ghana, Togo , Nigeria , Senegal and the extremities of Africa . They were asking about Quran and were very eager to receive some versions of it . They were motivated by their absolute sincere belief in the Islamic message .

We have been very much impressed by a message which was sent by a young eight years old guy from Kumatsi in

(1) Surat Al Baqarah verse 8 .
(2) Surat Al Baqarah verse 9 .
(3) Surat Al Baqarah verse 10 .
(4) Surat Al Baqarah verse 11 .
(5) Surat Al Baqarah verse 12 .

Hypocrite kept trying to break the integrity of the Islamic nation and work against its values . They were spreading opposite opinions , rumours and doubts about the message of the prophet . They were also helping enemies of the Islamic nation . They sold themselves cheap and played a very rude role in some battles in which Muslims were defeated .

Through the efforts of Fuqaha , thinkers , scientists and leaders of Islam who were selling themselves cheap to serve Allah's Shariats and struggle against mischief makers , the Islamic nation became aware of acts of those hypocrites .

Since the mischief makers have played such a role in the past history they will be more dangerous nowadays .

Reasons and targets of invasion nowadays are many and variable . Enemies are now more capable of recruiting weak people who can sell themselves very cheap .

During the last ten days of this Ramadan we have witnessed on one of the satellite channels some body who was calling the nation to stop teaching Quran to young people claiming that their behaviour will be spoiled by learning Quran . That person who dared to say that saying belongs to the Islamic nation and its religion . His name is an Islamic name and he is directing his speech to Muslims .

We are sure that people like him are deceiving themselves by so doing without being a ware of that . In that respect they resemble their ancestors about whom Allah was saying :

they are jelous of their countries and are trying to reform them. Betrayers and enemies of nations may also work under any name or any other similar description .

Allah the all mighty has warned the nation to take care of mischief makers and described them as hypocrites. Quran was descending upon the Prophet Muhammad (peace and prayers be upon him) revealing their secret to him .

An example of that is shown in Surrat Al-Tawoba where some verses are explaining their denial and hypocrisy . Allah has said "***And they swear by Allah that they are in truth of you , when they are not of you but they are folk who are afraid***" .

"***Had they but found a refuge , or caverns , or a place to enter , they surely had resorted thither swift as runaways***" .

That was the state of a group of Al-Oss , Al-Khazraj and the Jewish in Madeinah .

It was also referring to the behaviour of hypocrites who accompanied the prophet (peace and prayers be upon him) in Tabook battle who were trying to depress the spirits of Muslim fighters , disrupt their rows and plant disagreement between them . They were also laughing about the prophet (peace and prayers be upon him) and his companions . That is why Quran was let down saying about them "***The hypocrites fear lest a Surah should be revealed concerning them , pro-claiming what is in their hearts . Say: Scoff your fill ! Lo ! Allah is disclosing what ye fear***" .

A Letter from the Staff

All praise be to Allah and peace and prayers be upon his Prophet Muhammad .

Records of historical events have shown that many nations had faced during earlier decades consecutive attacks from their enemies attempting to conquer and steal their civilizations . Being aware of these invasions, nations were defending themselves by building walls and defence castles . Chinese spent seven years in building their famous wall . Indians and other nations followed the chinese in that respect . Even some small villages found within the inside of big cities were immuning themselves by building defence lines , being afraid of any invasion which could be attempted by their neibourers .

Nations were also afraid of betrayers and internal enemies from within themselves in spite of their strong cohesion and dormansy within their walls .

As time is passing conditions are changing and communications between nations are increasing . This has lead to expiration of the role played by walls and defence castles in protecting nations .

Nations are becoming more causious as the time is passing and their fears from internal enemies are becoming more greater . Internal enemies of nations could either make easy invasions by directly co-operating with invader or by ruining down nation beliefs and potential capabilities pretending that

Contents

- **A Letter from the Staff** 4

- **The civil & Criminal Inaccuracies of the Physicians in the Islamic Fiqh & the Saudi Government** 9

  Dr. J.S.D . Bulhaj Al-Arabi Ibn Ahmed

- **Genetic Engineering in the light of Shari'ah** 34

  Dr. Nour Addeen Mukhtar Al-Khadimi

- **A study of establishing the origin of some important contemporary issues in Mudarabah contract** 43

  Dr. Mahmoud Hosain Al Hariri

- **CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW**

- The End and the Means in the Islamic Law (Al-Gayah and Al Wasilla in the Islamic Shari'ah) 61
- Rule of a man who marries a woman with intention to divorce her after elapse of a definite time 73
- Rule of a company manager who plays with the figures of the budget of his company and rule of those who support him ... 76
- Rule of killing harmful and non-harmful insects 80
- Rule of a wife who returns to her husband after being divorced for the third time "Baynona Kubrra" 84

In the Name of Allah , Most Gracious , Most Merciful

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. 52- Thirteenth Year Nov- Dec 2001 - Jan 2002

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	Egypt Le.5
Jordan JD.1	Moroco D. 15
U.A.E D.15	Mauritania On.1200
Bahrain B.F 900	Iraq I.D. 1
Tunisia Mm. 1000	S of Oman P. 900
Algeria D. 12	Qatar QR. 12
Sudan Ds. 15	Libya L.Dr. 1000
Syria L.L. 50	Kuwait K.D.1. 5
Yemen YR. 15	

Annual Subscription :

U.S.A Canada & Europe US. $ 30

NO. 14/0188
ISSN : 1319 - 0792

Address :

Badia. North east of Princess Sarah
Mosque . Riyadh . K.S.A
Phone. 4351872
Fax. 4352297

Subscription Phone:

4852663
4852161
Fax. 4852188

Website :

WWW.ISLAMICJURIS-RES-JR.COM

E-MAIL :

INFO@ISLAMICJURIS-RES-JUR.COM

* DISTRIBUTORS : SAUDI DISTRIBUTION CO.

* Riyadh: 4779444 * Jeddah: 6530909

DAR AL-BOHOOS PRINTING PRESS
Phone : 4852663

CONTEMPORARY JURISPRUDENCE RESEARCH JOURNAL

A Journal Concerned with Islamic Jurisprudence

Issue No. 52- Thirteenth Year
Nov - Dec 2001 - Jan 2002

IN THIS ISSUE

- **A Letter from the Staff**

- **The civil & Criminal Inaccuracies of the Physicians in the Islamic Fiqh & the Saudi Government.** — *Dr. J.S.D . Bulhaj Al-Arabi Ibn Ahmed*

- **Genetic Engineering in the light of Shari'ah.** — *Dr. Nour Addeen Mukhtar Al-Khadimi*

- **A study of establishing the origin of some important contemporary issues in Mudarabah contract.** — *Dr. Mahmoud Hosain Al-Hariri*

CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW

- **The End and the Means in the Islamic Law (Al-Gayah and Al Wasilla in the Islamic Shari'ah).**

- **Rule of a man who marries a woman with intention to divorce her after elapse of a definite time.**

- **Rule of a company manager who plays with the figures of the budget of his company and rule of those who support him.**

- **Rule of killing harmful and non-harmful insects.**

- **Rule of a wife who returns to her husband after being divorced for the third time "Baynona Kubrra".**

ISSN : ١٣١٩-٠٧٩٢ : ردمد

مطابع دار البحوث