

جامعة دمشق
كلية الشريعة
قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه

الضمان في الفعل المشروع

دراسة مقارنة

رسالة أعدت لنيل درجة الماجستير
في الفقه الإسلامي وأصوله

إعداد

منصور عمر بدر الدين

إشراف

الدكتور أحمد حسن

عام

1426هـ - 2005م

قال تعالى :

﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ [البقرة: وَالْمُشْرِكُونَ وَالْقَالُونَ بِإِلَهِ]

﴿ فَلِذَلِكَ فَادْعُ وَاسْتَقِمْ كَمَا أُمِرْتَ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَقُلْ آمَنْتُ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنْ كِتَابٍ وَأُمِرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمْ اللَّهُ رَبُّنَا وَرَبُّكُمْ لَنَا أَعْمَالُنَا وَلَكُمْ أَعْمَالُكُمْ لَا حُجَّةَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ اللَّهُ يَجْمَعُ بَيْنَنَا وَإِلَيْهِ الْمَصِيرُ ﴾ [الشورى:15]

إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه

إلا قال في غده : لو غير هذا كان أحسن

ولو زيد كذا يستحسن

ولو قدم هذا أفضل

ولو ترك هذا لكان أجمل

وهذا من أعظم العبر، وهو دليل استيلاء النقص على جملة البشر

العماد الأصفهاني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ، الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ، مَلِكِ يَوْمِ الدِّينِ ،
إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ ، اهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ ، صِرَاطَ الَّذِينَ
أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّينَ﴾

الحمد لله بجميع محامده كلها ، ما علمنا منها وما لم نعلم ، على نعمه
وآلائه كلها ، ما علمنا وما لم نعلم . وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا
محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .
اللهم أخرجنا من ظلمات الوهم ، وأكرمنا بنور الفهم ، وافتح علينا
بمعرفة العلم . وسهل أخلاقنا بالحلم واجعلنا ممن يستمعون القول فيتبعون
أحسنه .

الإهداء

– إلى الذين أرشداني إلى معرفة الله تعالى منذ عرفت الحياة

وقاداني في طريق الحق والخير ، وكانا معي في كل خطوة

مغدقين علي حبهما وحنانهما

والداي

– إلى من كانوا قدوتي في طريق العلم ، علماً وإخلاصاً وحباً

أساتذتي

– إلى كل من ساعدني ووقف معي في إعداد هذه الرسالة

مساعدة وإرشاداً ونصيحاً

إليهم جميعاً أهدي هذا الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، الذي أنزل الكتاب هدى للعالمين، ليخرج به الناس من الظلمات إلى النور، فأقام به بنيان الحضارة وفتح أبواب العلوم. والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء وأشرف المرسلين، الذي فتح الله تعالى به أعيناً عمياً، وآذاناً صماً، وقلوباً غلفاً، وأخرج به الناس من الظلمات إلى النور وعلى آله وصحبه أجمعين

اللهم علمنا ما ينفعنا وانفعنا بما علمتنا وزدنا علماً، وارزقنا الإخلاص لوجهك الكريم، يا أكرم مسؤول ويا أرحم الراحمين

يقول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ [النحل:90] فالحمد لله الذي أقام العدل بين الناس، وجعله أساساً في فض النزاعات، وعلى هذا المبدأ سار رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه الكرام، نحو ترسيخه بكل ما أوتوا من قوة وثبات، متمثلين قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: من الآية58] فيها هو رسول الله صلى الله عليه وسلم في خطبة الوداع يقول «إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا»⁽¹⁾ متفق عليه

وعلى هذا فموضوع هذا البحث ((الضمان في الفعل المشروع)) يبحث في بعض الحالات التي تكون سبباً لضمان الأنفس والأموال، وذلك بسبب الاعتداء عليها عمداً أو خطأً. مما يؤدي إلى هلاكها جميعها أو إتلاف بعضها، وهذا ما يوجب تعويض صاحبها عن الضرر الذي حدث له. وذلك حفاظاً على الحقوق، وتطبيقاً لمبدأ العدل الذي يعدُّ من مبادئ الشريعة الإسلامية، وصيانة للنفس والأعضاء البشرية التي أمرنا بالحفاظ عليها وصيانتها، ولصيانة الأموال التي تعدُّ المحرك الأساسي في المجتمع والتي تعدُّ قرينة الروح بالنسبة لصاحبها.

(1) صحيح البخاري - كتاب الحج - باب الخطبة أيام منى ، رقم الحديث 1652 .
صحيح مسلم - كتاب الحج-باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، رقم الحديث1216.

ومن المعلوم أن الأفعال والتصرفات المأذون فيها شرعاً لا توجب أية مسؤولية في الأصل، ولكن أثناء القيام بهذا الفعل قد ينشأ ضرر ما، وهذا الضرر قد يكون إتلافاً لنفس أو عضو أو مال أو غير ذلك. ومن جانب آخر فإن هذا الضرر قد يكون عن قصد وتعمد أو عن خطأ أو عن تقصير. فالطبيب مثلاً إذا أجرى عملية جراحية وأثناء قيامه بهذا العمل الجراحي أخطأ في العمل، مما أدى إلى إتلاف نفس المريض أو أحد أعضائه.

فما هو الحكم هنا؟ نحن في هذه الحالة أمام أمرين :

الأمر الأول: فعل الطبيب لهذه العملية وهو فعل مشروع في الأصل.

الأمر الثاني: الضرر الذي وقع أثناء الفعل المشروع نتيجة خطأ هذا الطبيب. وأيضاً الزوج إذا ضرب زوجته أثناء نشوزها، وأدى هذا الضرب إلى تلف لهذه الزوجة أو ضرر لها، نتيجة الضرب. فما هو الحكم الشرعي هنا؟ ونحن أمام أمرين أيضاً:

الأمر الأول: الضرب أثناء النشوز وهو فعل مباح إذا كان معتاداً.

الأمر الثاني: الضرر الذي حصل بالزوجة.

وغير ذلك من مثل هذه الحالات التي لا بد من بحثها وإظهار الحل والحكم فيها.

وقد يحدث تساهل في كثير من الحالات مما يؤدي إلى وقوع الضرر الجسيم، فما هي المسؤولية المترتبة على وقوع مثل هذه الأضرار؟ وكيف يكون الضمان؟ ومن يتحملة؟.

ومن هنا رأيت أن أقوم ببحث مستقل مرتب حول هذا الموضوع في ضوء الشريعة الإسلامية، مبيناً فيه رأي القانون الوضعي وما وافق به الشريعة الإسلامية وما خالفها به.

راجياً من الله تعالى أن يوفقني ويسدد خطاي في إتمام هذا البحث، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، إنه تعالى خير مسؤول.

ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

أهمية البحث وأسباب اختياره :

إن هذا البحث له أهمية كبيرة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي أيضاً. وذلك لأننا نرى ونسمع عن كثير من الحالات التي يُدار النقاش والحوار حولها، ويتردد الكثير عن الإجابة عليها، وكثيراً ما يُسأل العالم عن مواضيع الضمان. فما حكم ضرب الولد؟ وحكم ضرب الزوجة؟ وما الحكم إذا أخطأ القاضي في حكمه؟ وهل يضمن هؤلاء الضرر الذي سببوه أم يكون هدرًا؟ وإذا ضمن هؤلاء الضرر فهل يضمنونه كاملاً أم ناقصاً ومن يدفعه؟ إلى غير ذلك من هذه التساؤلات التي لا بد من البحث فيها ووضعها ضمن قالب فقهي سهل التداول.

وقد دفعني إلى اختيار هذا البحث والخوض فيه حاجة المكتبة الإسلامية إلى مثل هذا الموضوع، الذي يلمّ بهذه الحالات من الضمان ويبحث عن حل لها. ومع أن الفقه قد تكفل بوضع أحكام تعالج هذا الموضوع، إلا أنها جاءت في مسائل متفرقة تحتاج إلى جمع ودراسة، ومع أن الفقهاء خصّوا باباً للضمان لكنهم لم يدرسوا جميع أنواعه، حتى أصبح من يريد أن يبحث عن مثل هذه الأحكام والمسائل في الكتب، ربما أعياه البحث والنظر في الفروع والأصول. وكذلك تميزت كتب المتقدمين بالاختصار، ممّا أوجنا إلى مزيد شرح وتفصيل وتوضيح، كما أن هذا الموضوع لم يلق العناية الكاملة واللازمة من الدارسين والباحثين.

فمن هنا أحسست بواجبي يدفعني أن أخوض بحر هذا البحث، وأحاول أن أقدم الحل والصيغة المناسبة له. راجياً من الله عز وجل العون والتوفيق والسداد.

هدف البحث:

إن هذا البحث يهدف إلى صياغة فقهية جديدة لمسائل الضمان في الفعل المشروع. وذلك بجمع المادة العلمية ثم تنظيمها ضمن عناوين عامة، تجمع تحتها عدة فروع في هذا الموضوع.

وسأهتم أيضاً ببيان النواحي العلمية والعملية والحلول لمشكلة الضمان، مفصلاً الكلام عن الحالات التي تستوجب الضمان، وآراء العلماء فيها، وأدلتهم ومناقشة هذه الأدلة.

فالأحكام في مثل هذه الأبواب مبنوثة في كتب الفقه وفروعه، ولا يجمعها باب محدد ولا فرع محدد. وقد تناولها الفقهاء في عدة كتب مثل كتاب الغصب، وكتاب الحدود، وكتاب دفع الصائل، وغير ذلك من تلك الكتب المتعددة.

بالإضافة لذلك فإن طريقة عرض الفقهاء لها تختلف عن طريقة التأليف في هذا العصر، فالفقهاء تطرقوا لمثل هذه المسائل بشكل يسير وسريع وضمن فروع عديدة، فاقنضى الأمر أن تجمع هذه المسائل جميعها وتوضع ضمن عناوين محددة، تجمع كل تلك التقسيمات وتوضع ضمن بناء واحد متكامل الأركان، رابطاً للفروع بالأصول، هذا ما سأفعله في رسالتي هذه بعد رحلتي الطويلة معه.

الدراسات السابقة:

وقد بحثت - حسب استطاعتي - ولم أجد أحداً قديماً أو حديثاً قد كتب عن هذا الموضوع كتاباً مستقلاً يجمع ويفصل ويبين فيه هذه الأحكام، وكل ما استطعت العثور عليه هو بعض الكتب أو الدراسات التي درست فرعاً أو جزئية من موضوع هذا الكتاب وبشكل مختصر، ولم تتعرض لتفصيل الدراسات وشمولها. ومن هذه الكتب أذكر:

- الضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ علي الخفيف.
- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، لأستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي .
- نظرية الضمان ، للدكتور محمد فوزي فيض الله .
- ضمان العدوان ، للدكتور محمد سراج .

صعوبات البحث:

واجهتني أثناء إعداد البحث صعوبات عدة أذكر منها:

- 1- الصعوبة الأولى التي واجهتني في هذا البحث أن المسائل التي أبحثها كانت متفرقة في أبواب الفقه الإسلامي ولم تكن مجموعة في باب واحد. وكثيراً ما كنت أقرأ باب فقهه بأكمله للحصول على مسألة جزئية جداً أبحث عنها وأحياناً لا أجد مبتغاي.
- 2- ومن الصعوبات أيضاً العرض الفقهي للمسائل التي اخترت البحث فيها ، فهذه المسائل كانت مسائل جزئية متناثرة هنا وهناك وأردت جمعها ضمن فصول وبعناوين واضحة وسهلة الوصول إليها من قبل القارئ
- 3- قلة الأدلة: فالفقهاء في هذه المسائل لم يعتمدوا أدلة ثابتة واضحة ،كآيات قرآنية ،أو أحاديث شريفة إلا نادراً. وكثيراً ما كانت الأدلة أدلة من القواعد الفقهية ومقاصد الشريعة والرأي والعقل. وهذا شكل صعوبة واضحة في مناقشة هذه الآراء وترجيح أحدها على الآخر.
- 4- صعوبة الحصول على المراجع والمصادر القانونية في القانون السوري. وأرجو أن أكون قد اجتزت هذه الصعوبات. وإن كان هذا فهو توفيق من الله عز وجل. وإن كان غير ذلك فما هو إلا شأن الإنسان الضعيف لأن الكمال لله وحده.

منهج البحث :

وأما عن منهجي في البحث فكان كآلاتي:

- 1- اتبعت المنهج الاستقرائي، وذلك بتتبع جزئيات المسائل المتناثرة، ووضعها ضمن عناوين مستقلة جامعة.
- 2- ثم بعد ذلك اتبعت المنهج التحليلي. وذلك بدراسة هذه المسائل الفقهية، والنظر فيها وفي دلالتها، وذلك للوصول للرؤية الصحيحة ودلالاتها ثم للوصول إلى الحكم الشرعي.
- 3- عرض فقه المذاهب الأربعة⁰ مبيناً حالات الاتفاق وحالات الاختلاف فيما بينها⁰
- 4- أعتمد البحث الفقهي المقارن. وذلك بعرض رأي المذاهب الفقهية وأدلتها ومناقشتها ثم الوصول إلى الرأي الراجح.
- 5- كما اعتمدت البحث المقارن بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المطبق في سوريا. مبيناً أولاً رأي الفقهاء ثم رأي القانون. ومشيراً إلى نقط الاتفاق بينهما، وإلى نقط الاختلاف، ثم ناقش رأيهما للوصول إلى الرأي الراجح والذي يتلاءم مع العصر.
- ومشيراً إلى سبق الفقه الإسلامي في بحث ما أنتجه الفكر القانوني الحديث⁰ ومشيراً إلى أصالة الفقه الإسلامي ونظرته البعيد، وإلى تغير القانون الوضعي والآراء القانونية الوضعية.
- 6- لم أتحيز أو أتمذهب لمذهب معين، بل أنظر في الأدلة وأناقش وأرجح على أساس ما أراه من قوة الدليل.
- 7- في بعض الأحيان أنقل النصوص الفقهية من كتب الفقهاء، وذلك لبيان الفكرة التي أتحدث عنها أو ليكون القارئ على بينة من مصدر الحكم أو الدليل. وربما أخطئ في فهم الفكرة التي أتحدث عنها فيكون النص حكماً في ذلك

8- كل ما أنقله من نصوص فقهية دون أن أتصرف فيه أو أصوغه بعباراتي وضعته ضمن قوسين: ((0000000)) ثم عزوته في الحاشية، وكل ما تصرفت فيه عزوته في الحاشية وكتبت بجانبه كلمة انظ.

9- اعتمدت في هذه الدراسة على أمهات المراجع وأوثق المصادر، في فقه الكتاب والسنة والأصول والمذاهب وغيرها، وقرأت كل ما وقع تحت يدي مما يخدم الموضوع0 وذلك ضمن استطاعتي وضمن ما توافر لي من كتب.

10- شرحت بعض الكلمات التي تكون غريبة المعنى في الحاشية.

11- وثقت الكتاب الذي أستخدمه لأول مرة في كل فصل توثيقاً تاماً وذلك بذكر: اسم الكتاب ثم اسم المؤلف ثم الدار التي نشر فيها ومكان النشر ورقم الطبعة وتاريخها ثم ذكرت الجزء والصحيفة التي أخذت منها وإذا استخدمت الكتاب نفسه وفي نفس الفصل فإنني اكتفيت بذكر اسم الكتاب ثم اسم المؤلف ثم الجزء والصفحة فقط، وإذا تكرر الكتاب في فصل آخر أعود فأوثقه توثيقاً تاماً مرة أخرى. وذلك لأنه قد تتغير الطبعة أو الدار الناشرة التي أخذت منها سابقاً.

12- عزوت الآيات والأحاديث والآثار، ونصوص الفقهاء إلى مظانها.

معتمداً في عرض الحكم الفقهي على المصادر المعتمدة في كل مذهب

13- كل حديث أخرجه البخاري و مسلم اكتفيت بتخريجه منهما فقط ولم أخرجه من بقية كتب الحديث.

14- أما الحديث الذي لم يخرجه الشيخان فقد خرجته من كتب الحديث، والسنن الأخرى مع بيان درجته قدر الإمكان.

15- ترجمت للأعلام الذين ورد ذكرهم في الرسالة، كما ذيلت الرسالة بفهارس الأعلام والآيات والأحاديث الشريفة وفهارس لمصادر ومراجع البحث، وأخيراً فهرس الموضوعات.

16- حاولت أن أكتب بأسلوب سهل، وحاولت تبسيط الكلام، والتبويب الأقرب لفهم أهل العصر ومألفهم.

17- حاولت قدر الإمكان بحث القضايا المعاصرة والتي تمس الحاجة إلى بيان الحكم فيها، مستلهماً قواعد ومقررات الشريعة الإسلامية ومبادئها.

خطة البحث:

- جاء هذا البحث بعد هذه المقدمة ضمن : تمهيد وخمسة فصول.
- * أما **التمهيد** فقد اشتمل على أربعة مباحث:
- **المبحث الأول:** تعريف الضمان وبيان مشروعيته وشروطه. وقد اشتمل على ثلاثة مطالب:
 - المطلب الأول: تعريف الضمان.
 - المطلب الثاني: مشروعية الضمان.
 - المطلب الثالث: شروط الضمان.
 - **وأما المبحث الثاني:** أسباب الضمان.
 - **والمبحث الثالث:** أقسام الضمان. وقد احتوى على مطلبين:
 - الأول: في ضمان النفس وما دونها.
 - والثاني: ضمان المال.
 - **المبحث الرابع:** نظام العاقلة في الإسلام وكفارة القتل. وتضمن مطلبين:
 - المطلب الأول: نظام العاقلة في الإسلام.
 - المطلب الثاني: كفارة القتل.
- * **و الفصل الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بهذا البحث.**
- وقد احتوى على مبحثين:
 - **المبحث الأول:** تعريف القاعدة الفقهية وبيانها. وتضمن ثلاثة مطالب:
 - المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية وبيان أهميتها، وضم فرعين:
 - الفرع الأول: تعريف القاعدة الفقهية.
 - الفرع الثاني: أهمية القاعدة الفقهية.

المطلب الثاني: تمييز القاعدة عمّا يشابهها. وضم ثلاثة فروع:
الأول: القاعدة الفقهية والضابط الفقهي.
الفرع الثاني: القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية.
الفرع الثالث: القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية.
-المبحث الثاني: شرح القواعد الفقهية المتعلقة بهذا البحث.
وتضمن ثلاثة مطالب:
الأول: حالات انتفاء الضمان، وتضمن قاعدتين.
الثاني: المسؤولية عن الفعل الضار. وتضمن ثلاث قواعد.
الثالث: قواعد التعويض. وتضمن قاعدتين.
* وأما الفصل الثاني: فكان في ضمان القاضي.
وقد تضمن تمهيداً ومبحثين.
- التمهيد: في بيان حقيقة القاضي .
-المبحث الأول: ضمان القاضي في حكمه.
وتضمن مطلبين:
المطلب الأول: الضمان في جور القاضي في حكمه.
المطلب الثاني: الضمان في خطأ القاضي في حكمه.
-المبحث الثاني: ضمان القاضي في التعزير.
وقد تضمن تمهيداً ومطلبين:
التمهيد: في تعريف التعزير وبياناه.
المطلب الأول: الضرب في التعزير.
وتضمن فرعين:
الفرع الأول: بيان مقدار الضرب في التعزير.
الفرع الثاني: ضمان القاضي في ضرب التعزير.
المطلب الثاني: ضمان القاضي في إتلاف المنكرات.
وتضمن فرعين:

الفرع الأول: الضمان في إتلاف الخمر والخنزير.

الفرع الثاني: الضمان في إتلاف الصليب وآلات الملاهي.

الفصل الثالث: مسؤولية الطبيب ونحوه.

وقد اشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: حقيقة الطبيب وبيان الطبيب.

ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الطب والطبيب.

المطلب الثاني: كيفية معرفة الطبيب وبيان شروطه.

المطلب الثالث: اشتراط الشفاء على الطبيب وأجرة الطبيب.

- **المبحث الثاني: مسؤولية الطبيب وضمانه.**

ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: شروط انتقاء مسؤولية الطبيب

ويتضمن ثلاثة فروع:

الأول: الإذن.

الثاني: اتباع أصول المهنة.

الثالث: القتل الرحيم.

المطلب الثاني: ضمان الطبيب ومحلّه.

ويتضمن فرعين:

الأول: ضمان الطبيب الجاهل.

الثاني: ضمان الطبيب الحاذق.

الفصل الرابع: ضمان التأديب:

ويتضمن ثلاثة مباحث:

- **المبحث الأول: حقيقة التأديب والنشوز، والفرق بين التأديب والتعزير.**

ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التأديب والنشور.

المطلب الثاني: أهمية التأديب

المطلب الثالث: الفرق بين التأديب والتعزير

-المبحث الثاني: تأديب الزوجة وضمانه.

وتضمن أربعة مطالب:

المطلب الأول: ولاية الزوج في التأديب

المطلب الثاني: طرق تأديب الزوجة

المطلب الثالث: الضمان في تأديب الزوجة

المطلب الرابع: نشوز الزوج.

الفصل الخامس: الإفتاء وبيان المفتي وضمانه.

وقد تضمن تمهيداً ومبحثين:

المبحث الأول: تعريف المفتي وبيان شروطه .

وتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المفتي.

المطلب الثاني: شروط المفتي وأقسامه، وتضمن فرعين:

المطلب الثالث: الفتيا بالهوى والتشهي

المبحث الثاني: الإفتاء ورجوع المفتي وضمانه.

وتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: من له الإفتاء.

المطلب الثاني: رجوع المفتي عن فتواه وعلم المستفتي بالرجوع. وتضمن

فرعين:

المطلب الثالث: خطأ المفتي وضمانه.

الخاتمة .

وختاماً:

فإن كان ما وصلت إليه صواباً فذلك بتوفيقه سبحانه وتعالى وعنايته، فله الحمد والثناء كما يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، وإن أخطأت فذلك دليل على استيلاء النقص على جملة البشر، وأسأله تعالى أن يتقبل مني هذا الجهد المتواضع خالصاً لوجهه الكريم ونافعاً به عباده المسلمين، ويسعدني أن أتوجه بخالص الشكر والتقدير لأساتذتي في كلية الشريعة بجامعة دمشق وعميدها **الدكتور محمد فاروق العكام** لما يبذلونه من جهد في تنشئة الأجيال على حب الله ورسوله، ولما يمنحونه من فضل وعلم ووقت يضيء لنا الكثير من جوانب العلم والمعرفة. ويدفعنا على اجتياز ما نذرنا أنفسنا لأجله بهمة وعزيمة. وأخص بالشكر **الدكتور: أحمد حسن** الذي أسعدني الحظ وحالفني التوفيق بإشرافه على هذا البحث وذلك على الرغم من كثرة شواغله وقلة وقته، ومع ذلك لم يدخر وقتاً في نصحي وإرشادي، فكان لملاحظاته ونصائحه الأثر العميق في رسالتي. وكذلك لا أنسى أن أتوجه بالشكر **للدكتور حمزة حمزة** الذي أشرف على هذه الرسالة في بادئ الأمر وأعطاني الكثير من وقته ونصائحه وعلومه في هذه المسائل وسقاني من عصارة فكره، ولكن شاء الله عز وجل ألا يتابع معي المشوار وذلك لسفره خارج القطر، وكذلك أتوجه بالشكر **للدكتور أسامة الحموي والدكتور صالح العلي** لقبولهما قراءة هذا البحث المتواضع ومناقشتي فيه. وأسأل لهم الثواب ممن لا يضيع أجر الثواب، فإليهم جميعاً أقول: جزاكم الله كل خير وأدامكم نخرأ لهذه الكلية الشامخة، وأسأل الله تعالى أن يختم لي بخاتمة السعادة إنه من وراء القصد وببيده الخير كله، وعليه وحده الاتكال ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

والحمد لله رب العالمين

تمهيد

حقيقة الضمان

من أجل بيان حقيقة الضمان آثرت أن أشير إلى تعريف موجز
للضمان، وذلك ضمن المباحث التالية :
المبحث الأول: تعريف الضمان وبيان ومشروعيته وشروطه
المبحث الثاني: أسباب الضمان
المبحث الثالث: أقسام الضمان

المبحث الأول :

تعريف الضمان وبيان مشروعيته وشروطه

وسأتكلم عن هذا المبحث ضمن المطالب الآتية

المطلب الأول: تعريف الضمان

المطلب الثاني: مشروعية الضمان

المطلب الثالث: شروط الضمان

المطلب الأول: تعريف الضمان:

أولاً: تعريف الضمان لغة:

الضمان في اللغة له معانٍ عدة منها:

- 1- الكفالة، والضمين هو الكفيل. ضمن الشيء وبه ضمناً وضماناً: تكفل به. وضمّنه إياه: أي كفّله.
- 2- التّغريم: ضمّنته الشيء تضميناً فتضمّنه عني: مثل غرّمته. وقال الشاعر.

ضَوَّامِنُ ما جَارَ الدَّلِيلَ ضَحَى غَدٍ مِنْ البَعْدِ ما يَضْمَنُ فَهُوَ أَدَاءُ

فسرّه ثعلب فقال: معناه إن جار الدليل فأخطأ الطريق ضمنت أن تلحق ذلك في غدها وتبلغه.

- 3- الحفظ والحرز أو الوديعة: يقال: ضمّن الشيء الشيء: أودعه إياه، كما تودع الوعاء المتاع، والميت القبر. وكل شيء جعلته في وعاء فقد ضمّنته إياه.
- 4- الحفظ والرعاية: يضمن لفلان أي يحفظ له (1)

ثانياً: تعريف الضمان اصطلاحاً:

من الجدير بالذكر قبل تعريف الضمان اصطلاحاً، أن نلاحظ: أن فقهاء المالكية والحنابلة عندما يذكرون في كتبهم كلمة الضمان فإنهم يقصدون بها الكفالة. من ضمن الشيء أي تكفّل به، وهو المعنى اللغوي الأول الذي ذكرته سابقاً. وعلى سبيل المثال: يقول الخطيب الشربيني: ((الضمان لغة: هو الالتزام. وشرعاً يقال: التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة)) (2) .

(1) -انظر: لسان العرب - ابن منظور، دار المعارف، 4 / 2610 ، مادة ضمن0
- مختار الصحاح - محمد ابن أبي بكر الرازي، دار ابن كثير، دمشق، ط1985، ص384، مادة
ضمن0
(2) مغني المحتاج- الخطيب الشربيني- دار الفكر، بيروت، ط1 1995 ، 269/2.

ويقول ابن قدامة المقدسي: ((الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق. فيثبت في ذمتها جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء))⁽¹⁾

* فهم يطلقون كلمة الضمان ويقصدون بها الكفالة. ولكنهم عندما يتكلمون في باب الغصب والحنفية والشافعية أيضاً يفهم من كلامهم أنهم يستعلمون معنى آخر للضمان، وهو: التزام التعويض. أو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة.

فمثلاً يقول ابن قدامة المقدسي الحنبلي: ((.. وما تتماثل أجزاءه وتتقارب صفاته كالدرهم والدنانير والحبوب والأدهان ضمن بمثله بغير خلاف...))⁽²⁾

ويقول المرغيناني الحنفي: ((.. ومن غصب شيئاً له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله، وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله.... فإن لم يقدر على مثله فعليه قيمته ...))⁽³⁾

* وقد وردت تعريفات كثيرة للضمان عند الفقهاء

منها ما يفهم من كلام الغزالي في كتاب الوجيز، عندما تكلم عن الضمان في باب الغصب.

فهو يرى أن الضمان: هو الالتزام برد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة.⁽⁴⁾

وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا بقوله: ((الضمان هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير))⁽⁵⁾.

فهذه بعض التعريفات، وهي تصب في معنى واحد، وهو الالتزام برد نفس الشيء أو بدله. وبناء عليه يمكن تعريف الضمان بما يلي:

-الضمان هو: الالتزام برد نفس الشيء للغير أو بدله بالمثل أو القيمة، أو تعويضه عن ضرر مادي قد لحق به.

(1) المغني - ابن قدامة المقدسي، دار الحديث، القاهرة، ط1996، 6 / 350.

(2) المغني - ابن قدامة المقدسي، 7 / 34 .

(3) الهداية مع فتح القدير - المرغيناني -، دار الفكر، بيروت، 9 / 318 .

(4) الوجيز - الغزالي، دار المعرفة، بيروت، ط1979، 1 / 208 .

(5) - المدخل الفقهي - مصطفى الزرقا - دار الفكر - ط10 1968، 2 / 1032، فقرة 748

فالضمان هو التزام من الطرف المعتدي برد نفس الشيء المغصوب للمغصوب منه. وهو التزام برد بدل الشيء إذا تلف بالمثل إذا كان من المثليات، أو القيمة إذا كان من القيميات. وهذا التعريف أيضاً يشمل الالتزام بتعويض الضرر للطرف المعتدى عليه، سواء أكان الضرر واقعاً على النفس الإنسانية، المقدر منها كالديات وغير المقدر كالأروش، أم كان الضرر واقعاً على المال، وذلك ضمن العقود، أم كان واقعاً على المال في غير العقود، كالغصب والإتلاف ووضع اليد والحيلولة.

المطلب الثاني مشروعية الضمان:

الشريعة الإسلامية شريعة ربّانية غراء سمحة عادلة، قررت مبدأ الضمان للبشرية باعتباره أساساً وركيزة تستند إليها في جميع تصرفاتها.

وذلك ضمناً لحرمة الأنفس أساساً والأموال، وحفاظاً عليهما. ومن هذا يقول عليه الصلاة والسلام: «إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا...»⁽¹⁾

فمبدأ الضمان جاء حفاظاً على الأنفس والأموال، وجبراً للضرر، وزجراً للمعتدين⁰

*ويدل على مشروعية هذا المبدأ القرآن الكريم، والسنة الشريفة، والإجماع، وقواعد فقهية مشهورة عند الفقهاء.

أولاً: القرآن الكريم :

يمكن تصنيف الآيات القرآنية التي تتعلق بمبدأ الضمان إلى أربعة أقسام وهي:

1- الآيات القرآنية المتعلقة بإرساء مبدأ المسؤولية الشخصية ومنها:

- قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: 38].

(1) صحيح البخاري- كتاب الحج- باب الخطبة أيام منى- رقم الحديث 1652.
صحيح مسلم- كتاب الحج- باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم- رقم الحديث 1216.

أي كل نفس بعملها محبوسة به، مطالبة بما كسبته من طاعة أو من معصية⁰ والضمان وُضع لهذا المعنى⁽¹⁾

- وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ [البقرة: من الآية286]0

فهذه الآية تدل أيضاً على أن الله عز وجل محاسبٌ خلقه على ما عملوه. فكل نفس محاسبة على ما اكتسبت من خير أو شر⁰ والضمان نوع من المحاسبة في دار الدنيا⁽²⁾.

- فهذه الآيات وآيات كثيرة جداً تقرر أن كل نفس مسؤولة عن أعمالها، إن كان خيراً فخير، وإن كان شراً فشر⁰ والاعتداء والإتلاف والضرر، تصرف من النفس الإنسانية، ولا بد أن تسأل عنه⁰ وذلك يكون بضمان ما تسببت به.

2- الآيات القرآنية التي تقرر مبدأ احترام حق الملك والتملك ومنها:

- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: من الآية29]0

فهذه الآية تدل على تحريم أكل الأموال بغير حق وهو كل ما يخالف الشرع، مثل الربا والغصب والخيانة وأيضاً الباطل كل ما يؤخذ من الإنسان بغير عوض⁽³⁾.

- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ﴾ [البقرة: من الآية188]

⁽¹⁾ انظر: مجمع البيان- لأبي علي الفضل الطبرسي، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، لبنان، ط 1995 ، 10 / 186 .

⁽²⁾ انظر: جامع البيان- لابن جرير الطبري، دار الفكر، دمشق، ط 1889/1804 ، 3 / 147 .

⁽³⁾ انظر: تفسير مفاتيح الغيب- للفخ الرازي، دمشق، ط 1995/1415 ، 5 / 72 .
التفسير المنير- أستاذنا د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، 1991/1411 ، 5 / 33 .

أي لا يأكل بعضكم أموال بعض من غير الوجه الذي أباحه الله⁰ كما مرّ في الآية السابقة. ومعنى (وتدلوها بها إلى الحكام): أي تدفعوا بالأموال رشوة للحكام، لأخذ شيء من أموال الناس بالإثم⁰ أي بالحرام الذي حرّمه الله عليكم⁽¹⁾ 0 فالله عز وجل اعتبر التعدي على مال الغير ظلماً وتوعد المعتدي بالعذاب، والضمان جاء لرفع هذا الظلم عن المعتدي عليه، ولحماية حق الملك.

3- الآيات التي تقرر مبدأ التناسب والمساواة بين الضرر والجزاء ومنها:
- قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: من الآية 194].

يقول: د. وهبة الزحيلي: ((00 ثم أبان الله تعالى حكماً دائماً، وسنة مستقرّة: وهو أن العدوان يقابل بمثله، وما كان على سبيل القصاص (المعاملة بالمثل) فهو مأذون فيه⁰ ولكن مقابلة العدوان مقيدة بمبادئ الفضيلة والتقوى⁽²⁾ 0(000 والاعتداء على المعتدي بمثل ما اعتدى، هو نوع من الضمان فالمماتلة في الجزاء والتعويض ضربٌ من الجزاء⁰ وذلك جبراً للتلّف⁰ - قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: من الآية 40]

وهنا سمي الله تعالى القصاص سيئة على سبيل المماتلة، ومعنى الآية: أي لا يتعدى فيما يجازي به من بغى عليه⁰ وفيه إشارة إلى أن الانتصار مع كونه محموداً إنما يحدد بشرط رعاية المماتلة⁽³⁾ 0

فالتعويض المالي ضرب من الجزاء، لأنه من قبيل إزالة الضرر المالي الذي أحدثه المعتدي⁰ وأمثل طريق للجزاء هو إحداث نقص في مال المعتدي يماثل النقص الذي تسبب به لغيره⁰

4- الآيات التي تقرر مبدأ العدل:

(1) انظر: جامع البيان- للطبري، دار المعارف، مصر، 548/3

التفسير المنير- د. وهبة الزحيلي، 164/2

(2) التفسير المنير- د. وهبة الزحيلي، 181/2

(3) -انظر: روح المعاني- لأبي الفضل الألويسي، دار الفكر، دمشق، ط 1994/1414، 73/14.

البحر المحيط- لأبي حيان الأندلسي، دار الفكر دمشق، ط 1992/1412، 344/9

- كقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [النحل: من الآية 90]
أي أن الله تعالى يأمر بمراعاة التوسط بين طرفي الإفراط والتفريط، وهو رأس الفضائل 0 والإتيان بما أمر به على الوجه اللائق 0⁽¹⁾
والضمان جزء من العدل 0 لأن الضمان في حقيقته هو: رد بدل الشيء 0 وهو نوع من العدل 0

وأكتفي بذكر هذه الآيات للدلالة على مشروعية الضمان، خشية الإطالة 0
ثانياً: مشروعية الضمان في السنة الشريفة :

دلت السنة الشريفة على مشروعية الضمان وذلك من خلال الكثير من الأحاديث النبوية 0 أذكر منها:

- عن أنس رضي الله عنه: « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام، فضربت بيدها فكسرت القصعة، فضمنها وجعل فيها الطعام، وقال: (كلوا) 0 وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا، فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة»⁽²⁾
وفي رواية عند الترمذي عن طريق سفيان الثوري عن حميد عن أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إليه طعاماً في قصعة، فضربت عائشة، القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «طعام بطعام، وإناء بإناء»⁽³⁾ 0

ووجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع القصعة الصحيحة إلى التي كُسرت صفحتها، وأمسك المكسورة في بيت التي كسرت القصعة 0 واحتج الشافعي بهذا الحديث: فيمن استهلك عروضاً أو حيواناً فعليه مثل ما استهلك، قال: ولا يقضي بالقيمة إلا عند عدم المثل⁽⁴⁾ 0

(1) انظر: إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم- لأبي السعود العمادي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 136/5 .

(2) صحيح البخاري- كتاب المظالم- باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره، رقم الحديث 2349

(3) سنن الترمذي- كتاب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم - باب فيمن يكسر له

الشيء ما يحكم له من باب الكاسر- رقم الحديث 1359 وقال: حديث حسن صحيح

(4) فتح الباري- أحمد بن حجر العسقلاني، دار الفكر، 421/5 ، رقم الحديث 2481

قال الشوكاني: ((..فعاقب الكاسرة بإعطاء قصعتها للأخرى..))⁽¹⁾ 0
وفي هذا دليل على مشروعية الضمان 0 فالبراء في الحديث للعوض عندما
قال: ((طعام بطعام)) فالرسول صلى الله عليه وسلم أوجب طعاماً وإناءً على
المتلف، مثل الطعام والإناء الذي أتلفه، عوضاً وجبراً 0
- وعن سمرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ((ثم على
اليد ما أخذت حتى تؤديه..))⁽²⁾ 0
يقول العظيم آبادي: ((أي يجب على اليد رد ما أخذته 0 قال الطيبي: ما
موصولة مبتدأ، وعلى اليد خبره، والراجع محذوف، أي ما أخذته اليد ضمان على
صاحبها.. حتى تؤديه إلى مالكة ..))⁽³⁾.
فشغل الذمة بأداء واجب مالي هو أحد مفاهيم الضمان.
ومن ناحية أخرى: فإن المقتضى وهو المعنى اللازم المقدر الذي يتوقف عليه
فهم المراد من نص الحديث هو الضمان. لأن الحديث يوجب رد
عين ما أخذت اليد 0 وإلا رد بدلها إن تلفت 0 وعلى هذا يكون معنى الحديث:
على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤديه 0
- وعن ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه
قال: «من أعتق شركاً في عبدٍ فكان له مالٌ يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة
عدل فأعطى شركاءه وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق»⁽⁴⁾

(1) نيل الأوطار- محمد بن علي الشوكاني، دار الجيل، ط 1973 ، 18/6
(2) - المستدرک علی الصحیحین- الحاكم النيسابوري، كتاب البيوع- رقم الحديث 2302 وقال
الحاكم: صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه 0
سنن الترمذي- الترمذي، كتاب البيوع- باب العارية مؤداة- رقم 1266
سنن أبي داود- أبو داود، كتاب البيوع- باب في تضمين العارية ، رقم الحديث 3561
مسند أحمد- الإمام أحمد بن حنبل، 8/5
(3) عون المعبود- محمد شمس الحق العظيم آبادي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1415 ، 9/
344
(4) صحيح مسلم- مسلم بن الحجاج، كتاب الإيمان، باب: من أعتق شركاً له في عبد، 1286/3، رقم
الحديث 1501
- سنن البيهقي الكبرى- أحمد بن الحسين البيهقي، كتاب العتق، باب: من أعتق شركاً له في عبد،
رقم 21111

فهنا أمر الرسول عليه الصلاة والسلام بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق، فهذا من الضمان، والرسول صلى الله عليه وسلم لم يأمر بالمثل، لأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتتباين صفاتها فالقيمة فيها أعدل وأقرب⁰ يقول النووي: ((وفي هذا الحديث أن من أعتق نصيبه من عبد مشترك قوم عليه باقيه إذا كان موسراً بقيمة عدل، سواء كان العبد مسلماً أو كافراً، وسواء كان الشريك مسلماً أو كافراً⁰ وسواء كان العتيق عبداً أو أمة، ولا خيار للشريك في هذا ولا للعبد ولا للمعتق بل ينفذ هذا

الحكم وإن كرهه كلهم مراعاة لحق الله تعالى في الحرية..))⁽¹⁾

ثالثاً: الإجماع:

اتفق الفقهاء على أن الضمان مبدأ مستقر في الشريعة الإسلامية، وعلى هذا إجماعهم⁰ فقد أجمعوا على أن الضمان مبدأ ثابت في الشريعة، ولا بد منه لتحقيق مبدأ العدل بين الناس⁰ ونرى هذا في عدة مواضع من الكتب والفروع الفقهية، مثل: كتاب الغصب، وكتاب الوديعة، والرهن، والبيع، والجنايات، إلى غير ذلك⁰ وأذكر هنا بعض أقوال الفقهاء من عدة أبواب من الفقه للدلالة على هذا المبدأ ورسوخه في الأحكام الفقهية:

- يقول المرغيناني الحنفي في كلامه عن الوديعة: ((فإن طلبها صاحبها وهو يقدر على تسليمها ضمنها))⁽²⁾

أي إذا طلب صاحب الوديعة الوديعة، وجب على المودع تسليمها له إذا كان يقدر على تسليمها، وإذا رفض المودع التسليم من غير عذر كانت في ضمانه، أي يجب عليه رد بدلها إذا تلفت⁰

- ويقول ابن رشد المالكي في كتاب الغصب: ((..وأما إن كان النقص بجناية الغاصب، فالمغصوب مخير في المذهب بين أن يضمه القيمة يوم الغصب أو

(1) شرح النووي على صحيح مسلم- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2 1392 ، 135/10

(2) الهداية مع شرح فتح القدير- المرغيناني، دار الفكر، ط2، 487/8

يأخذه، وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم⁽¹⁾ . فالغاصب يضمن قيمة المغصوب، إذا أتلفه أو تلف أو نقص⁰

- ويقول الخطيب الشربيني الشافعي في كتاب الديات: ((..ولو طلب سلطان من امرأة ذُكرت عنده بسوء وأمر بإحضارها فأجهضت، أي أَلقت جنيناً فرعاً منه قبل تمامه، ضمن الجنين، أي وجب ضمانه بغرة على عاقلة السلطان))⁽²⁾

أي يجب هنا على عاقلة السلطان ضمان هذا الجنين⁰

- ويقول ابن قدامة المقدسي الحنبلي في باب العارية: ((..ويجب ضمان العين بمثلها إذا كانت من نوات الأمثال، فإن لم تكن مثلية، ضمنها بقيمتها يوم تلفها..))⁽³⁾

أي يجب على المستعير ضمان العارية إذا تلفت عنده -لأن يد المستعير عند الحنبلية ضمان بكل الأحوال-، وذلك برد مثلها إن كانت مثلية، أو برد قيمتها إن لم تكن مثلية⁰

• فهذه أقوال ومذاهب للعلماء تبين أن جميع المذاهب قد أخذت بمبدأ الضمان، وجعلته عمدة في الفروع الفقهية، لرفع الظلم وإحقاق العدل بين الناس في معاملاتهم⁰ وهذا يدلنا على إجماعهم على هذا المبدأ، وهو الضمان⁰

• وأيضاً من القواعد الفقهية المتفق عليها بين العلماء هي قاعدة: الضرر يزال، وفي بعض الحالات يكون الضمان هو خير سبيل لرفع الضرر، وسيأتي مزيد من هذه القواعد في الفصل الأول من هذا البحث إن شاء الله تعالى⁰

(1) بداية المجتهد- ابن رشد، دار الفكر، ط 1995 ، 259/2

(2) مغني المحتاج- محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، ط 1995 ، 99/4

(3) المغني- ابن قدامة المقدسي، دار الحديث، القاهرة، ط 1996م ، 11/7

المطلب الثالث: شروط الضمان:

نظرت الشريعة الإسلامية إلى مسألة المعاملات والضمانات نظرة واقعية سديدة، وذلك لما لهذه المعاملات من الحفاظ على مصالح الناس ومراعاة شؤونهم وتصرفاتهم.

وبناء على ذلك فقد شرطت الشريعة الإسلامية شروطاً عدة لوجوب الضمان في ذمة المعتدي. وأذكر هذه الشروط بشيء من الإيضاح وهي:
أولاً: أن يكون الشيء المتلف مالاً:

فلا ضمان إذا كان الشيء المتلف ليس بمال بالنسبة للمسلمين، باتفاق الفقهاء.

فالضمان لكي يثبت ويستقر لابد لذلك من أن يكون الشيء المتلف مالاً.

- فالحنفية يرون أن المال هو: ما فيه فائدة ويمكن ادخاره.

فالمال كما عرفه ابن عابدين الحنفي قال: ((المال ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة))⁽¹⁾

ويقول ابن نجيم الحنفي: ((المال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة. والمالية إنما تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم.....

وفي الحاوي القدسي، المال اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي، وأمكن إحراره والتصرف فيه على وجه الاختيار))⁽²⁾.

وأما الجمهور فقد عرفوا المال بتعريف يُغاير تعريف الحنفية بعض الشيء.
يقول السيوطي: ((أما المال: فقال الشافعي: لا يقع اسم المال إلا على ماله قيمة يباع بها))⁽³⁾.

(1) رد المحتار على الدر المختار- ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1998، 7/7

(2) البحر الرائق - زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، ط 3 1993، 277/5

(3) الأشباه والنظائر- جلال الدين السيوطي، دار الفكر، دمشق، ص 197.

(4)المنثور في القواعد- الزركشي،وزارة الأوقاف، الكويت، ط 1405، 222/3.

وقال الزركشي: ((المال: ما كان منتفعاً به، أي مستعداً لأن ينتفع به، وهو إما أعيان أو منافع...)) (4)

هذا هو تعريف المال عند الجمهور.

* والفرق بين الحنفية والجمهور يكمن في نقطتين:

الأولى: هل المنافع أموالاً أم لا.

فالحنفية يرون أن المنافع ليست من الأموال، كسكن الدار، وركوب

السيارة⁰

وذلك لأن صفة المالية لا تثبت إلا بالتمول. والتمول: هو إحراز الشيء.

وما لا يمكن إحرازه وحيازته ليس بمال، فهي من قبيل الملك، لكنها تصير مالاً بورود العقد عليها.

وأما الجمهور فيرون أن المنافع أموال. فالمال عندهم يشمل المنافع

والأعيان، كما قال الزركشي، وذلك لأن الطبع يميل إلى المنافع، كما أن المنفعة يتحصل عليها بدفع المال.

النقطة الثانية: هل الخمر والخنزير مال بالنسبة لغير المسلم؟.

يرى الحنفية أن الخمر والخنزير بالنسبة لغير المسلم مال. وذلك لأن أهل

الذمة لا يعتقدون حرمتها. ونحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون.

أما الجمهور فيرون أن الخمر والخنزير ليسا بمال سواء بالنسبة للمسلم أم

لغير المسلم⁽¹⁾.

وسياتي زيادة تفصيل وشرح عن هذه النقطة في فصل ضمان القاضي. إن

شاء الله تعالى.

وعلى هذا فباتفاق الفقهاء لا يجب الضمان إلا إذا كان المتلف مالاً.

(1) المنشور في القواعد- محمد بن بهادر الزركشي، وزارة الأوقاف، الكويت، ط2 1405 ،

(2) انظر: حاشية ابن عابدين- ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2 1987م ،

133/5

مغنى المحتاج- الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، ط 1995 ، 385/2

المغني - ابن قدامة المقدسي، دار الحديث، القاهرة، ط1 1996 ، 119/7

فمثلاً: لاضمان بإتلاف خمرٍ لمسلم، وذلك لعدم مالية الخمر عند المسلمين. وكذلك الخنزير.

يقول ابن رشد المالكي: ((وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال أتلفت عينيه (...))⁽¹⁾.

ويقول الكاساني: ((ما إذا غُصب جلد ميتة لذمي أو مسلم فهلك في يده أو استهلكه، إنه لا يضمن لأن الميتة والدم ليسا بمال في الأديان كلها))⁽²⁾ ويقول الخطيب الشربيني: ((ولا تضمن الخمر إذ لا قيمة لها كالدّم والميتة...))⁽³⁾

ثانياً: أن يكون المال متقوماً:

الشرط الثاني من شروط الضمان هو: التقوم.

والمال المتقوم: هو المال الذي يُباح الانتفاع به شرعاً.

يقول ابن عابدين: ((وحاصله أن المال أعم من التقوم، لأن المال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمر، والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمر: مال لا متقوم. فلذا فسد البيع بجعلها ثمناً، وإنما لم ينعقد أصلاً بجعلها مبيعاً لأن الثمن غير مقصود، بل وسيلة إلى المقصود إذ الانتفاع بالأعيان لا بالأثمان، ولهذا اشترط وجود المبيع دون الثمن))⁽⁴⁾

ويقول ابن نجيم الحنفي: ((والمالية إنما تثبت بتمول الناس كافة والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعاً، فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالاً كحبة حنطة، وما يكون مالاً بين الناس و لا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوماً))⁽⁵⁾

(1) بداية المجتهد - ابن رشد المالكي، دار الفكر، بيروت، ط 1995 ، 258/2

(2) بدائع الصنائع - الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1982 ، 147/7

(3) مغني المحتاج - الخطيب الشربيني، دار الفكر ، 385/2

(4) رد المحتار - ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1998 ، 7/7

(5) البحر الرائق - ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، ط 1993 ، 277/5

ويقول السيوطي: ((...وأما التمول فذكر له الإمام في باب اللقيط ضابطين: أحدهما: أن كل ما يُقدر له أثر في البيع فهو متمول وكل ما لا يظهر له أثر في الانقطاع فهو لقلته خارج عما يتمول.

الثاني: أن المتمول هو الذي يعرض له قيمة عند غلاء الأسعار..))⁽¹⁾
 فعلى هذا ما لا يباح الانتفاع به شرعاً لا يعد مالاً متقوماً ولا يجب فيه الضمان. فلا ضمان بإتلاف خمر أو خنزير المسلم. سواءً أكان المُتلف مسلماً أو ذمياً، وذلك لعدم التقوم في حق المسلم. وهذا باتفاق جميع الفقهاء.
 أما إذا كانت الخمر والخنزير لذمي. فهذا فيه خلاف بين الفقهاء⁽²⁾. وسيأتي بيانه في فصل ضمان القاضي. إن شاء الله تعالى.

ثالثاً: أن يكون المُتلف أهلاً للضمان :

والشرط الثالث من شروط الضمان هو أن يكون المتلف أهلاً للضمان، وذلك حتى يترتب عليه ضمان ما أتلف.

وعلى هذا فلا ضمان على ما تتلفه البهائم. لقوله صلى الله عليه وسلم : «
 العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس.»⁽³⁾
 وسميت البهيمة عجماء لأنها لا تتكلم. وجبار: أي هدر. أي ليس عليها ضمان⁽⁴⁾.

(1) الأشباه والنظائر- جلال الدين السيوطي، دار الفكر، بيروت، ص197

(2) انظر: المبسوط- السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ط06/14 ، 96/11

بدائع الصنائع- الكاساني، 147/7

مغني المحتاج- الشربيني، دار الفكر، 285/2

الحاوي الكبير- الماوردي، دار الفكر، بيروت، 524/8

مواهب الجليل- محمد بن عبد الرحمن المغربي، دار الفكر، بيروت، ط2/1398 ، 280/5

(3) صحيح البخاري- كتاب الزكاة- باب في الركاز الخمس، رقم الحديث 1428

صحيح مسلم- كتاب الحدود، باب جرح العجماء والمعدن الجبار، رقم الحديث 1710

(4) انظر: فتح الباري- ابن حجر العسقلاني، دار الفكر، ط1996 ، 136/4 ، رقم الحديث 1499

ويضمن صاحب البهيمة ما أفسدته في الليل، ولا يضمن في النهار. ولكن خلاصة القول في هذه المسألة: يضمن صاحب البهيمة ما أفسدته بهيمته إذا لم يحفظها، أو إذا قصر في حفظها⁽¹⁾.
وقال الحنابلة: إذا كان صاحبها معها ضمن. وإن لم يكن معها لم يضمن⁽²⁾.

(1) انظر: مجمع الضمانات- أبي محمد بن غانم البغدادي، عالم الكتب، بيروت، ط1 1987 ، 185
بداية المجتهد- ابن رشد، دار الفكر، بيروت، ط 1995 ، 263/2
التاج والإكليل- محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، دار الفكر، بيروت، ط2 1398، 323/6
الحاوي الكبير- الماوردي، دار الفكر، 500/8
(2) انظر: المغني ابن قدامة المقدسي، دار الحديث، 135/7
كشاف القناع- البهوتي، دار الفكر، بيروت، ط 1402 ، 125/4

المبحث الثاني: أسباب الضمان.

السبب: هو العلامة والأمانة الظاهرة، للدلالة على حكم شرعي من دون تأثير فيه.

فالسبب ما كان موصلاً إلى المسبب دون تأثير فيه. أما العلة فهي ما شرع الحكم عنده أثره. فالعلة تؤثر في الحكم، لأنها مظنة الحكمة أو المصلحة. والسبب لا بد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة.

فقال الزركشي: قال الأكثرون: السبب هو الوصف الظاهر المنضبط الذي دل السمع على كونه معرفاً للحكم الشرعي⁽¹⁾.

فالوصف هو المعنى، والظاهر: ضد الخفي وهو المعلوم الواضح الذي لا يمكن اختفاؤه. والمنضبط: هو المحدد المضبوط الذي لا يمكن أن يتغير باختلاف الأحوال والأشخاص، وهذا بخلاف العلة، فالعلة لا يلزم فيها هذان الوصفان. والذي دل السمع: أي الدليل السمعي، والدليل السمعي هو: الكتاب الكريم وسنة النبي عليه الصلاة والسلام ومعرفاً لحكم شرعي: أي علامة على الحكم الشرعي دون تأثير في وجوده بل وسيلة إليه.

وعرف الشاطبي السبب أيضاً بقوله ((السبب المراد به ما وضع شرعاً لحكم، لحكمة يقتضيها ذلك الحكم...))⁽²⁾.

فهو العلامة التي وضعها الشرع للدلالة على حكم وذلك لحكمة يقتضيها ذلك الحكم. فالسبب لا يكون سبباً إلا بجعل الشرع له سبباً. وذلك كجعل دلوك الشمس معرفاً لوجوب الصلاة، وجعل النصاب سبباً وعلامة لوجوب الزكاة والعقود أسباباً في إياحة الانتفاع والامتلاك.

وعلى هذا فأسباب الضمان هي: العلامات الظاهرة و المنضبطة، التي تدل على حدوث الحكم الشرعي عندها، وهو الضمان.

⁽²⁾ (الموافقات- لأبي اسحاق الشاطبي، دار الكتب العلمية، بيروت 196/2
⁽¹⁾ (البحر المحيط- بدر الدين بن الزركشي- دار الصفاة- الغردقة ط2 1992 ، 306/1

وأسباب الضمان يمكن حصرها فيما يلي :

- 1- العقد
 - 2- إثبات اليد
 - 3- الإلتلاف
 - 4- الحيلولة
 - 5- بعض إلزامات الشرع
 - 6- الاعتداء على النفس
- وسأتكلم عن كل منها فيما يلي :
- أولاً : العقد :**

العقد في اللغة هو نقيض الحل.

ويقال : عقد العهد واليمين يعقدهما عقداً: أكدهما.

والعقد أيضاً العهد. والجمع: عقود، وهي أوكد العهود.

ويقال : عهدت إلى فلان في كذا وكذا، وتأويله ألزمته ذلك⁽¹⁾.

ومن هذه المعاني اللغوية يتبين أن العقد معناه باختصار: الربط والجمع بين

شيئين وتأكيدهم.

والفقهاء في عباراتهم في كتب الفقه يقصدون بالعقد الالتزام الذي ينشأ بين

طرفين، أو هو كل ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي بالالتزام لأحدهما أو كليهما.

فالبيع مثلاً هو ربط بين طرفين طرف البائع وطرف المشتري. وأما ما ينشأ من

طرف واحد فلا يسمى عقداً بل التزاماً كالوقف مثلاً.

وقد عرّفت مجلة الأحكام الشرعية العقد: بأنه التزام المتعاقدين أمراً

وتعهدهما به، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول⁽²⁾. والعقد يعتبر سبباً من

أسباب الضمان لأنه يقتضي أحكاماً خاصة به، تنشأ عن إرادة كلا الطرفين العاقدين

⁽¹⁾ انظر: لسان العرب- ابن منظور، 3030/4 مادة: عقد

⁽²⁾ شرح المجلة- سليم رستم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3 1986 ، ص64 ، المادة

وذلك إذا نص فيه صراحة على شرط من الشروط. أو كان مقترناً بشرط، أو دل عليه العرف، أو جرت به العادة، والإخلال بشيء مما نشأ في هذا العقد يعتبر سبباً أو مصدرًا للضمان.

فعلى سبيل المثال: عقد البيع مقتضاه تسليم المبيع للمشتري والثلث للبايع وعدم الاستحقاق والسلامة من العيوب. فإذا لم يتم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه، أو ظهر عيب في هذا المبيع أو استحق المبيع أو الثلث، ففي هذه الحالة يكون الضمان على من حصل الإخلال من جانبه.

والأصل في الوفاء بالعقود والالتزام بها قوله تعالى:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : من الآية 1] .

وقوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم إلا شرطاً

حرم

حلالاً أو أحل حراماً »⁽¹⁾.

وأيضاً من القواعد المتفق عليها بين الفقهاء قولهم ((يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان)) . والمراد بقدر الإمكان أن لا يخالف قواعد الشريعة الإسلامية في نظام العقود⁽²⁾ . والمذاهب الفقهية مختلفة في شأن الشروط المقترنة بالعقد بين موسع ومضيق. لا مجال لتفصيل ذلك في هذا البحث. ولكن أكتفي هنا بما جاء في شرح مجلة الأحكام العدلية في المادة /83/ بشأن الشروط في العقد، حيث تقول: ((يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان)) .

(1) -المستدرك على الصحيحين- الحاكم النيسابوري، كتاب الأحلام 113/4 ، برقم 7059 سنن الترمذي- كتاب الأحكام – باب: الصلح بين الناس، برقم 1352 وقال حديث حسن صحيح. سنن أبي داود- كتاب البيوع- باب الصلح، 304/3 ، برقم 3594 قال ابن حجر: الحديث ضعفه ابن حزم وحسنه الترمذي- انظر: فيض القدير- المنادي، المكتبة التجارية، مصر، 272/6 وقال المنذري: في إسناده كثير بن زيد أو محمد الأسلمي . قال ابن معين: ثقة. وقال مرة ليس بشيء. انظر: عون المعبود- العظيم آبادي، 373/9 انظر: المدخل الفقهي- مصطفى الزرقا- 1031/2 ، فقرة 647.

(2) انظر: المدخل الفقهي- مصطفى الزرقا- 1031/2 ، فقرة 647.

اعلم أن الشروط ثلاثة أقسام: شرط جائز، و شرط فاسد، و شرط لغو. فالأول: هو ما يقتضيه العقد ويلائمه كالبيع بشرط أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن. أو جرى العرف به كبيع نعل بشرط أن يحذوه البائع. أو ورد الشرع بجوازه كخيار الشرط. والشروط الفاسد: هو مالا يكون من مقتضيات العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحد المتعاقدين، كما إذا باع ثوباً بشرط أن يخيطة البائع، أو فيه نفع لمبيع هو من أهل الاستحقاق كما إذا باع عبداً بشرط أن يعتقه المشتري.

والشرط اللغو: هو ما سوى ذلك. كشرط نفع لمبيع ليس من أهل الاستحقاق، كما إذا باع حيواناً بشرط أن لا يبيعه المشتري⁽¹⁾.

وأيضاً يترتب الضمان في الإخلال بالشرط إذا دل عليه عرف الناس، وإن لم يذكر في العقد. وأساس تنفيذ هذا الشرط المتعارف عليه ما جاء في القواعد الفقهية مثل قولهم: ((المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)). وقولهم ((التعيين بالعرف كالتعيين بالنص)).

وبناءً على هذا جاء في شرح المجلة ((إذا كانت الإعارة مطلقة أي لم يقيد بها المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع كان للمستعير استعمال العارية في أي مكان و زمان شاء على الوجه الذي يريده، ولكن يقيد ذلك بالعرف والعادة. فمثلاً إذا استعار حجرة في خان استعارة مطلقة كان له أن يسكنها. ولكن ليس له أن يستعملها على خلاف العادة كأن يشتغل فيها مثلاً بصناعة الحدادة))⁽²⁾.

ولا بد من التتويه إلى الضمان الناشئ عن العقد ينقسم أربعة أقسام، أو يمكن القول العقود بالنسبة إلى الضمان تقسم أربعة أقسام وهي:

- 1- عقود لم تشرع لإفادة الضمان.
- 2- عقود الضمان.
- 3- عقود الأمانة.
- 4- عقود مزدوجة.

(1) انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية- سليم رستم، ص 54، مادة 83

(2) المرجع السابق، 452، مادة 816

وأفضل تلخيص لهذه العقود هو ما قاله الأستاذ فوزي فيض الله حيث يقول:
 ((...ويمكن تصنيف العقود بالنظر إلى الضمان، أربعة أصناف :
 1- هناك عقد شرع لإفادة الضمان بذاته، وهو الكفالة- كما يسميها
 الحنفيون- والضمان كما يسميها الجمهور.
 2- هناك عقود لم تشرع لإفادة الضمان، بل للملك والربح ونحوهما، لكن
 الضمان يترتب عليها باعتباره أثراً لازماً لأحكامها، وتسمى عقود ضمان ويكون
 المال المقبوض فيها مضموناً على القابض بأي سبب تلتف، كعقد البيع والقسمة
 والقرض والصلح عن مال بمال.
 3- هناك عقود يتجلى فيها طابع الحفظ و الأمانة و الربح في بعض
 الأحيان و تسمى عقود أمانة ويكون المال المقبوض فيها أمانة في يد القابض لا
 يضمنه إلا إذا تلف بسبب تقصيره في حفظه، وذلك كالعارية والوكالة والوصية.
 4- وهناك عقود ذات وجهين، تُنشئ الضمان من وجه، والأمانة من وجه.
 وتسمى لهذا عقود مزدوجة الأثر، كعقد الإجارة والرهن.
 فالعين المأجورة تعتبر أمانة في يد المستأجر، لكن يجب عليه العوض وهو الأجرة.
 سواء استوفى منفعة العين أم عطلها.
 ومناطق التمييز بين عقود الضمان وبين عقود الأمانة يدور مع المعاوضة،
 فكما كان القصد من العقد هو المعاوضة كان العقد عقد ضمان، وكما كان القصد
 من العقد غير المعاوضة كالحفظ ونحوه كان العقد عقد أمانة))⁽¹⁾.

(1) نظرية الضمان- فوزي فيض الله، مكتبة دار التراث، الكويت، ط2 1986م ، ص25
 وانظر: - القواعد- ابن رجب الحنبلي، مطبعة الصدق الخيرية، مصر، ط1 1933 ، ص56 وما
 بعدها.
 نظرية الضمان-أستاذنا، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، بيروت، ط1998، ص65.

ثانياً: إثبات اليد :

والسبب الثاني من أسباب الضمان هو وضع اليد. والأصل في الضمان بوضع اليد قوله صلى الله عليه وسلم : «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽¹⁾. أي ما أخذته اليد ضمان على صاحبها، حتى تؤديه إلى مالكه⁽²⁾. وأيضاً قوله صلى الله عليه وسلم : ((الخراج بالضمان))⁽³⁾. أي أن من كان ضمان المبيع عليه كان خراجه له. فإذا تلف المبيع في يد المشتري فهو عليه وقد تلف عنده. وكذلك ما تولد من المبيع عند المشتري فهو له إذا رد المبيع بسبب عيب مثلاً. فالغنم لمن عليه الغرم. فمن كانت يده على المبيع كان عليه ضمانه وغلته⁽⁴⁾. وإثبات اليد على المال تكون بحيازته. وفي المنقول تكون بالنقل. إلا في الدابة فيكفي فيها الركوب.

واليد نوعان: يد مؤتمنة، ويد غير مؤتمنة.

فاليد المؤتمنة: كيد الوديع في الودائع، ويد الحكام على أموال اليتامى، وغير ذلك. وهؤلاء لا يضمنون بالتلف وذلك لأن أيديهم مؤتمنة، إلا إذا حصل التلف بتعديهم أو بتقصيرهم.

واليد الغير مؤتمنة قد تكون يد عادية، وقد تكون يد غير عادية.

فاليد العادية : هي التي حازت المال بغير إذن صاحبها، كيد الغاصب ويد

السارق.

(1) سبق تخريجه مفصلاً في ص 27.

(2) عون المعبود- العظيم آبادي، 344/9

(3) المستدرک علی الصحیحین- الحاكم، كتاب البيوع، 18/2 ، رقم الحديث 2176

سنن الترمذي- الإمام الترمذي- كتاب البيوع، باب فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً، رقم الحديث 1285، وقال حديث حسن صحيح.

سنن البيهقي الكبرى- كتاب البيوع- باب المشتري يجد بما اشتراه عيباً، 321/5، رقم الحديث 10519

سنن أبي داود- كتاب البيوع- باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد فيه عيباً، برقم 3508

سنن ابن ماجه- كتاب التجارات(البيوع)- باب الخراج بالضمان، 754/2 ورقم الحديث 2243

مسند أحمد- الإمام أحمد، 49/6 ، رقم 24270

(4) انظر: فيض القدير – عبد الرؤوف المناوي ، المكتبة التجارية مصر ط 1356 ، 503/3 .

واليد الغير العادية: هي التي حازت المال بإذن صاحبها، كيد المقترض بعد قبض الأعيان التي اقتترضها.

وهؤلاء أي- أصحاب الأيدي غير المؤتمنة بنوعيه- يضمنون الشيء الذي حازوه مهما كان سبب التلف، ولو كان بأفة سماوية أو بسبب قاهرٍ أو طارئ⁽¹⁾.

ثالثاً : الإلتلاف :

التلف هو الهلاك والعطب في كل شيء .

وزهدت نفس فلان تلفاً وظلفاً بمعنى واحد أي هدرأ .

وأُتلف فلان ماله إلتافاً إذا أفناه إسرافاً⁽²⁾.

فالإلتلاف يعتبر سبباً من أسباب الضمان. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: من الآية194]. فهذا بيان من الله عز وجل لحكم دائم. وهو أن العدوان يقابل بمثله. ومن أُلّف شيئاً لغيره فهو معتدٍ ويجب عليه الضمان. للمقابلة بالمثل⁽³⁾.

(1) -انظر: حاشية ابن عابدين- محمد أمين ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1 1998 ، 214/9.

الفروق- شهاب الدين أبي العباس أحمد ابن أدريس الصنهاجي، دار السلام، القاهرة، ط1 2001، 654/2

قواعد الأحكام- العز ابن عبد السلام، دار المعرفة ، بيروت، 131/2 الوجيز- الإمام الغزالي، دار المعرفة، ط1979 ، 206/1- نظرية الضمان-أستاذنا، د. وهبة الزحيلي، ص65- القواعد- ابن رجب الحنبلي، مطبعة الصدق، مصر، ص207.

(2) انظر: لسان العرب- ابن منظور، دار العارف، 440/1، مادة تلف .

(3) انظر: التفسير المنير- استاذنا: د. وهبة الزحيلي، 164/2.

وأيضاً قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار »⁽¹⁾.
يقول الشوكاني: ((هذا فيه دليل على تحريم الضرار على أي صفة كان لا
فرق بين الجار وغيره))⁽²⁾.
والإتلاف ضرر، ويجب إزالته، وإزالة الضرر تكون في بعض الصور
بالضمان.
والإتلاف نوعان: إتلاف بالمباشر أو إتلاف بالتسبب.
وقد عرّف الغزالي والعز بن عبد السلام الإتلاف بالمباشرة بأنه: ((إيجاد
علة الهلاك))⁽³⁾.
وعرفته مجلة الأحكام العدلية بقولها: ((الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء
بالذات . ويقال لمن فعله فاعل مباشر.))⁽⁴⁾.
فالإتلاف مباشرة إذاً هو: إيجاد التلف دون واسطة. وذلك كالقتل مباشرة
وقطع الشجر ونحو ذلك. فمن أتلف شيئاً وجب عليه الضمان. إما المثل إن كان من
المثليات، أو القيمة إن كان من القيميات.

(1) سنن ابن ماجه- كتاب الأحكام- باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، 784/2، رقم الحديث
2340

مسند أحمد- الإمام أحمد، 326/5، رقم الحديث 22830
سنن البيهقي- كتاب الصلح- باب: لا ضرر ولا ضرار، 69/6، رقم 11166
المستدرک على الصحيحين- كتاب البيوع، رقم الحديث 2345، قال الحاكم: هذا حديث صحيح
الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه
قال الهيتمي في مجمع الزوائد: ((لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)) رواه الطبراني في الأوسط
وفيه ابن اسحاق وهو ثقة ولكنه

مدلس. مجمع الزوائد- الهيتمي، دار الريان، القاهرة، 110/4
وقال العجلوني: ((لا ضرر ولا ضرار)) رواه مالك والشافعي عنه عن يحيى والمازني مرسلًا.
وأحمد وعبد الرزاق وابن ماجه والطبراني عن ابن عباس، في سننه جابر الجعفي. وأخرجه ابن
أبي شيبة والدارقطني عنه. كشف

الخفاء- العجلوني، دار الرسالة، ط 1405 ، 491/2، رقم الحديث: 3075.

(2) نيل الأوطار- الشوكاني، دار الجيل، 387/5

(3) الوجيز- الغزالي، 205/1

قواعد الأحكام- العز بن عبد السلام، 131/2

(4) شرح المجلة- سليم رستم، المدة 887

وقد قسم العزبن عبد السلام الإِتلاف مباشرة إلى ثلاثة أقسام هي: قوي وضعيف ومتوسط، فقال: ((فأما القوي فكالذبح والإحراق والإغراق وإيجاد السموم المذففة⁽¹⁾ والحبس مع المنع من الطعام والشراب، وأما الضعيف فظن المغرور بنكاح الأمة إذا أحبها ظاناً أنها حرة يضمن ما فات من حرية الولد بظنه، فتلزمه قيمته عند الولادة، ويرجع بها على من غرّه، لأنه تسبب غاره مهناً أقوى من مباشرته بظنه وتلزمه قيمته حال ولادته. وهذا مخالف للقواعد في كون المتلف إنما يضمن بقيمته حال إِتلافه دون ما قبلها وما بعدها، وإنما خرج هذا عن القاعدة إذ لا قيمة له يوم الإحبال، فإنه نطفة قدرة لكنه كانت أجزاءه دم أمه وإن كان تكونه حيواناً بالقوى التي أودعها الله في رحم أمه صار كالثمرة المخلوقة من الشجر، فصار كسباً من إكساب أمه، لأنه صلح وصار حيواناً بالقوى التي في رحمها، فيشبه ما صنعتها بيدها فلذلك قدر الإِتلاف متأخراً إلى حين الوضع، وكأنه رقيق فوت حريته حال الوضع، ولهذا جعل الولد تابعاً لأمه في الملك والرق والحريّة. وأما المتوسط فكالجراحات السارية. وقد تتردد صور بين الضعيف والمتوسط، كغرز الإبرة فيختلف فيها...))⁽²⁾.

* وأما الإِتلاف تسبباً، فقد عرفه الغزالي بأنه: ((إيجاد ما يحصل الهلاك عنده لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة))⁽³⁾.
وعرفه العز بن عبد السلام بقوله ((إيجاد علة مباشرة))⁽⁴⁾.
من هذه التعاريف نجد الإِتلاف تسبباً هو: إِتلاف الشيء ولكن بوجود واسطة. أي وجود واسطة بين التالف والمتلف. وذلك كحفر الآبار في طرق الحيوان، أو غير الأرض المملوكة للحافر، وما شابه ذلك.

(1) السموم المذففة: السموم الخفيفة القاتلة، انظر: لسان العرب، ابن منظور، 1505/3، مادة: ذفف.

(2) قواعد الأحكام- العز بن عبد السلام، 131/2

(3) الوجيز- للغزالي، 205/1

(4) قواعد الأحكام- للعز، 132/2

وللسبب الموجب للضمان نظائر كثيرة منها متفق عليه ومنها مختلف فيه، ولكن حصل الاتفاق من حيث الجملة على أن التسبب موجب للضمان⁽¹⁾.

رابعاً: الحيلولة :

والسبب الرابع من أسباب الضمان هو الحيلولة.

يُقال: حال الشيء بين الشيئين يحول حوالاً وتحويلاً أي حجز. وكل ما حجز بين اثنين فقد حال بينهما.⁽²⁾

فالحيلولة تعني الحجز والفصل بين شيئين. فإذا حال شخص بين المال وصاحبه - أي مالك المال - ومنعه من الوصول إليه، والانتفاع به أو التصرف به، فيكون هذا الشخص حائلاً بينهما، وهذا ما يسمى بالحيلولة عند الفقهاء.

- وذهب السادة الحنفية⁽³⁾ إلى القول: بأن الحيلولة تكون سبباً من أسباب الضمان في المنقول، كالسيارة، وغير المنقول كالعقار.

أما الحيلولة في المنافع فلا تضمن سواء كانت منافع منقولة كالسيارة، أو منافع عقار، كالإجارة، فينفسخ العقد هنا بالحيلولة. إذ الغصب لا يجري بالعقار عندهم. يقول ابن نجيم الحنفي في كتاب الإجارة: ((.. فإن غصب منه سقط الأجر لأن تسليم المحل أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع، فإذا فات التمكن فات التسليم. وأشار بقوله: سقط الأجر، إلى أن العقد يفسخ بالغصب كما صرح به في الهداية وأطلقه فشمّل ما إذا غصب في جميع المدة فيسقط جميع الأجر، وما إذا غصب في

(1) - انظر: الفروق - للقرافي، 654/2، دار السلام

القواعد - ابن رجب الحنبلي، ص 204-205

الوجيز للغزالي، 205/1

قواعد الأحكام - للعز بن عبد السلام، 132-131/2

نظرية الضمان - د. وهبة الزحيلي، ص 68

شرح المجلة - سليم رستم، المادة 887، 888

(2) لسان العرب - لابن منظور - 1056/2. مادة: حول

(3) انظر: البحر الرائق - ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، 301/3

المبسوط - السرخسي، دار المعرفة بيروت، ط 1406، 138/25

بعضها فبحسابه، وشمل العقار وغيره، ومراده من الغصب هنا الحيلولة بين المستأجر والعين لا حقيقته، إذ الغصب لا يجري في العقار عندنا ..))⁽¹⁾.
- وذهب الجمهور⁽²⁾ إلى القول: بأن الحيلولة تكون سبباً للضمان في المنقول والعقار والمنافع.

وعند الجميع ما دام المال المحال بينه وبين صاحبه ميسور الرد، وجب رده إلى صاحبه حالاً. أما إذا كان هذا المال قد تلف فهنا تجب قيمته إن كان قيمياً، ومثله إن كان مثلياً. حتى لو كان التلف بأفة سماوية أو سبب قاهر.
يقول الدسوقي: ((.. وضمن الغاصب المميز، أي تعلق به الضمان، وقوله: بالاستيلاء، أي بالحيلولة بينه وبين مالكة ..))⁽³⁾.

ويقول الخطيب الشربيني: ((... وله أن يطالبه مع ذلك بالقيمة في الحال، أي قبل الرد، للحيلولة بينه وبين مالكة..))⁽⁴⁾.

خامساً: بعض إزامات الشارع :

يمكن إضافة سبب خامس لأسباب الضمان وهو: بعض إزامات الشارع ويقصد بها: ما يوجبه الله تعالى من الغرامات المالية، حيال المخالفات الشرعية. وذكرت بعض إزامات الشارع. وذلك لأن إزامات الشرع ليست كلها من نوع الضمان، بل منها ما هو نوع من العقوبات. وتلك كعقوبة التعزير بأخذ المال على بعض الجرائم. فالعقوبة هذه ليست من الضمان. والمثال على هذا السبب هو جزاء صيد المحرم:

فإنه عز وجل أوجب جزاءً على قتل المحرم للصيد البري المأكول. وذلك في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ (5) وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمَّداً

(1) البحر الرائق- ابن نجيم، 301/7

(2) انظر: حاشية الدسوقي- محمد عرفة الدسوقي، دار الفكر بيروت، 443/3 - مغني المحتاج- الخطيب الشربيني، دار الفكر، 383/2- المغني- ابن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت، ط1 1405 ، 163/5- كشف القناع- البهوتي، دار الفكر، بيروت، 109/4.

(3) حاشية الدسوقي- محمد عرفة الدسوقي، 443/3.

(4) مغني المحتاج- للخطيب الشربيني، 383/2.

(5) الصيد: أي المصيد.

فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ (1) مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ (2) مِنْكُمْ هَدِيًّا بِالِغِ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ
طَعَامٌ مَسْكِينٍ أَوْ عَدْلٌ (3) ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ ﴿المائدة: من الآية 95﴾ .

وعلى هذا قال الفقهاء بوجوب الضمان على المحرم في قتل الصيد. فالمحرم إذا قتل صيداً فهو مخير بين الأشياء الثلاثة السابقة وهي: ذبح مثل الصيد من النعم والصدقة به. أو أن يقوم المثل دراهم ويشترى به طعاماً ويتصدق به أو يصوم عن كل مد يوماً.

وفي المذاهب الفقهية اختلاف كبير في هذا الحكم، ولا مجال لذكره في هذا البحث خشية التطويل والخروج عن البحث. فمن أراد التوسع فليُنظر في مظان كتب الفقه (4).

إذاً فجزاء المحرم للصيد هو نوع من الضمان. وذلك لأن الضمان كما عرفناه سابقاً هو: الالتزام برد الشيء للغير أو بدله. وهذا الجزاء كذلك.

سادساً: الاعتداء على النفس وما دونها :

الاعتداء كما يكون على المال، يكون على النفس وما دونها. والاعتداء على المال يستوجب الضمان. وأيضاً فإن الاعتداء على النفس يستوجب العقاب. وهذا العقاب إما أن يكون بدني كالقصاص، وإما أن يكون مالي كالدية والأرش، وهذا نوع من الضمان وهو التعويض ودفع البذل.

والاعتداء يكون على النفس كلها وهو القتل، وعلى الجنين وهو الإجهاض، وأيضاً يكون على مادون النفس كالجرح وكقطع الأعضاء.

(1) فجزاء مثل ما قتل: أي عليه جزاء يماثل ما قتل. وهو قيمة الصيد.

(2) ذوا عدل منكم: أي حكمان عادلان من المسلمين.

(3) عدل: أي مثله من جنسه. وقال الفراء: العدل: ما عادل الشيء من غير جنسه كالصوم والإطعام

انظر: تفسير مدارك التنزيل- الإمام النسفي، المكتبة الأموية، بيروت، 10/2، المائدة: 95

(4) انظر: فتح القدير مع الهداية- ابن الهمام الحنفي،-، دار الفكر، بيروت، 73/3

مغني المحتاج- الخطيب الشربيني، دار الفكر، ط1995، 711-704/1

الحاوي الكبير- الماوردي، دار الفكر، ط1994، 381/5

المغني- ابن قدامة المقدسي، دار الحديث، القاهرة، ط1996، 585-492/4

الشرح الكبير مع المغني- ابن قدامة المقدسي، دار الحديث، القاهرة، ط1996، 551/4

وموجب الاعتداء على النفس هو القصاص أي عقوبة القتل. وهذا في القتل العمد. وفي هذه الحالة يكون القتل عقوبة لا ضمان. وقد يسقط القصاص. كإذا عفا أولياء الدم جميعاً أو أحدهم عن القاتل. أو إذا تصالح أولياء الدم مع القاتل على دفع مال، سقط القصاص.

والدية هي العقوبة الأصلية في القتل الخطأ وشبه العمد. وهي العقوبة البديلة في القتل العمد إذا تصالح عليها أولياء الدم و القاتل. والدية في الحقيقة تعويض يُدفع لأولياء الدم بدلاً عن النفس. فتكون من هذا المعنى نوع من الضمان. وكذلك فإن الاعتداء على الجنين يوجب دفع الغرّة وهي عبد أو أمة، وقيمتها خمس من الإبل.

وأما الاعتداء على ما دون النفس فيشمل الاعتداء على الأعضاء، والجوارح والضرب والقص وغير ذلك. فإذا كان عمداً وجب القصاص بشرط إمكانية المماثلة بين الجريمة والعقوبة. وإذا كانت الجريمة خطأ وجب الأرش، والأرش إما أن يكون مقدراً كدية أطراف الإنسان، وإما أن يكون غير مقدر وهو الذي لم يحدده الشرع ويرجع تقديره للقاضي ويسمى حكومة عدل.

*فهذا الاعتداء على النفس وما دونها يعتبر سبباً من أسباب الضمان. والحقيقة أن الضمان والدية يختلفان من ناحية ويتفقان من ناحية أخرى : فهما يختلفان: بأن الضمان تعويض مدني يدرس في المعاملات، أما الدية فهي عقوبة تكون على جناية وتدرس في الجنايات.

ويتفقان: في أن كلاهما يعتبر نوعاً من الضمان والتعويض عن ضرر قد حصل.

المبحث الثالث:

أقسام الضمان

ينقسم الضمان إلى قسمين أساسيين هما:

أولاً: ضمان النفس وما دونها

ثانياً: ضمان المال

وسأتكلم في هذا المبحث عن هذين القسمين، في مطلبين.

ولكن الكلام عنها سيكون بشيء من الإيجاز، لأن الكلام عنهما طويل ولا

مجال لذكره هنا.

المطلب الأول : ضمان النفس وما دونها:

الأصل في إتلاف النفس وما دونها عمداً هو القصاص. وذلك لقوله تعالى: ﴿

وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ .﴾ [البقرة: من الآية 179].

وقوله تعالى: ﴿

كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى ..﴾ [البقرة: من الآية 178].

ولكن قد يرتكب القاتل جريمة القتل نتيجة خطأ أو شبه عمد، أو قد يعفو ولي

الدم عن القاتل المتعمد، فيكون الواجب عندها الدية.

والأصل في مشروعية الدية هو: قوله تعالى: ﴿

وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ..﴾ [النساء: من الآية 92].

- وهذه الآية وإن كانت في القتل الخطأ، إلا أن السنة الشريفة والعلماء من بعدها أجمعوا على وجوب الدية في القتل العمد في حالات سقوط القصاص.* وأما الضمان في إتلاف مادون النفس فهو الدية أو حكومة عدل إذا امتنع القصاص لسبب من الأسباب⁽¹⁾.

وتجب الدية كاملة بإزالة جنس المنفعة كإتلاف اليدين مثلاً، ويجب الأرش بإزالة بعض المنفعة، وذلك كإزالة يد واحدة مثلاً.

والأعضاء التي تجب فيها الدية هي أربعة أقسام:

1- ما لا نظير له في الجسم.

2- ما في البدن منه اثنان.

3- ما في البدن منه أربعة.

4- ما في البدن منه عشرة.

1^أ- ما لا نظير له في الجسم وهو : الأنف، اللسان، الذكر، مسلك البول، الجلد، شعر الرأس شعر اللحية إذا لم ينبت، مسلك الغائط.

فتجب الدية في إتلاف أي شيء من هذه الأشياء، مع بعض الاختلاف في بعض المذاهب.

2^أ- ما في البدن منه اثنان: وهي اليدين، والرجلان، والعينان، والشفتان، والحاجبان إذا لم ينبتان، و الثديان، و الحلمات، و الشفران، و الإليتان، و اللحيان.

ففي إزالتها معاً الدية، وفي إزالة واحد منها نصف الدية ، مع بعض الاختلاف في بعض المذاهب.

(1) انظر: الهداية مع تكملة فتح القدير- المرغيناني، دار الفكر، بيروت، 272/10.

بداية المجتهد- ابن رشد، دار الفكر ، ط1995م ، 323/2.

مغني المحتاج- الخطيب الشربيني، دار الفكر ، بيروت ، 66/4.

الحاوي الكبير- أبو الحسن الماوردي، دار الفكر، بيروت، 3/16.

المغني- ابن قدامة المقدسي، دار الحديث، القاهرة، 531/11.

3- ما في البدن منه أربعة: وهي أشفار العينين (وهي منابت الأهداب) والأهداب (وهي شعر الأشفار) والأشفار وحدها أو مع الجفون فيها الدية عند الجمهور وفي كل جفن أو شفر ربع الدية ويرى المالكية أن فيها حكومة عدل فقط. وأما الأهداب ففيها الدية عند الحنابلة والحنفية، وحكومة عدل عند الشافعية والمالكية.

4- ما في البدن منه عشرة: وهي أصابع اليدين وأصابع الرجلين، في كل إصبع عشر الدية وفي كل أنملة ثلث دية الإصبع. والأسنان الـ (32) في كل سن خمس من الإبل⁽¹⁾.

وللدية على الأطراف والجروح فروع كثيرة لا مجال لذكرها هنا.

المطلب الثاني: ضمان المال.

ويقسم ضمان المال بحسب قدر الضرر الحاصل إلى قسمين أساسيين وهما:

1- ضمان كلي

2- ضمان جزئي

والضرر الكلي: هو تلف الشيء جميعه، أو تلف جزء منه تلفاً فاحشاً شبيهاً بالتلف العام، بحيث لا يمكن الانتفاع أو التصرف به.

والضرر الجزئي: هو تلف جزء من الشيء يؤدي إلى نقصانه.

وأما ضمان الضرر الكلي والجزئي فهو كالاتي في المذاهب الأربعة:

- ذهب الحنفية إلى أن العين المغصوبة إذا تلفت تلفاً كلياً ففي هذه الحالة يزول ملك المغصوب منه عن هذه العين ويملكها الغاصب، ولكن لا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها، فالقيمة إن كانت من القيميات أو المثل إن كانت من المثليات.

(1) انظر: الهداية مع فتح القدير- المرغيناني، 279/10 وما بعدها.

بداية المجتهد- ابن رشد، 343/2.

مغني المحتاج- الخطيب الشربيني، 72/4.

الحاوي الكبير- الماوردي، 18/16.

المغني- ابن قدامة المقدسي، 664/11.

وأما إذا كان الإلتلاف أو التعيب من وجه بحيث تكون العين باقية، كمن خرق ثوباً خرقاً كبيراً يبطل عامة منافعه، ففي هذه الحالة يكون للمالك أن يُضمن المُتلف جميع قيمته، أو إن شاء ضمنه النقصان فقط⁽¹⁾.

وأما الضرر الجزئي: فإن المتلف يضمن النقصان فقط. كمن خرق ثوباً خرقاً يسيراً⁽²⁾.

- وذهب المالكية إلى القول: بأن الغاصب يضمن في الهلاك الكلي قيمة ما أتلف. وأما في الضرر الجزئي فإن المالك مخير بين أن يضمن القيمة يوم الغصب أو يأخذه وما نقصته الجناية⁽³⁾.

وأما الجناية على العين من غير أن يغصبها غاصب، وكانت هذه الجناية جزئية و يسيرة، فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية. وذلك بأن يُقوم صحيحاً ويقوم بالجناية ثم يعطى ما بين القيمتين مع العين.

وأما إذا كان الضرر كلياً يبطل الغرض المقصود منه فإن صاحبه يكون مخيراً إن شاء أسلمه للجاني وأخذ قيمته وإن شاء أخذ قيمة الجناية⁽⁴⁾.

وأما الشافعية فقالوا: إذا كان التلف كلياً فإنه يضمن المثل فإن تعذر المثل يصار إلى القيمة. والمعتبر أقصى قيمته في وقت الغصب إلى تعذر المثل. هذا إذا كانت العين مغصوبة⁽⁵⁾.

أما إذا تلفت العين بلا غصب فإنه يضمن القيمة يوم التلف، وذلك لأنه لم يدخل في ضمانه قبل ذلك وما بعده فلا وجود له⁽⁶⁾.

وأما إذا نقص المغصوب عند الغاصب، ولكن بغير استعمال ففي هذه الحالة يجب النقص. أما إذا نقص بالاستعمال كأن يبلى الثوب باللبس فكذلك أيضاً يجب النقص⁽⁶⁾.

(1) الهداية مع تكملة فتح القدير - المرغيناني، 332/9-341.

(2) انظر: المرجع السابق، 372/9-341.

(3) انظر: بداية المجتهد- ابن رشد، 259/2.

(4) انظر: المرجع السابق، 260/2.

(5) انظر: مغني المحتاج الخطيب الشربيني، 384-381/2.

(6) المرجع السابق- 387-385/2.

- وذهب الحنابلة إلى القول بأن التلف إذا كان كلياً وجب بدله. فإن كان مثلياً فمثله وإلا فالقيمة⁽¹⁾. وأما إذا كان التلف جزئياً وجب ضمان النقص. وكذلك كحزق يسير في الثوب فإنه يردده وأرش النقص⁽²⁾.
وذلك كما قال الشافعية. وقيمة الأرش عند الشافعية والحنابلة هو قدر نقص القيمة⁽³⁾.

(1) انظر: المغني- ابن قدامة المقدسي، 32/7-33.

(2) المرجع السابق، 46/7.

(3) المرجع السابق.

المبحث الرابع
نظام العاقلة وكفارة القتل
ويضم المطلبين التاليين :
المطلب الأول : نظام العاقلة في الإسلام .
المطلب الثاني : كفارة القتل .

المطلب الأول : نظام العاقلة في الإسلام :

ذكرت هذه المسألة هنا ، وذلك لأنها ستتكرر وسيأتي ذكرها كثيراً في أثناء البحث . فأحببت أن أذكر شيئاً عنها في التمهيد . ليتسنى للقارئ معرفة المقصود منها .

العقل لغة : هو الدية ، وعقل القتيل يعقله عقلاً ، وداه ، وعقل عنه : أدّ جنابته وذلك إذا لزمته دية فأعطاهها عنه (1).

فالعاقلة هي من يحمل العقل وهي الدية عن الجاني ، وسميت بهذا الاسم لأنهم يعقلون أي يمنعون عن القاتل .

ونظام العاقلة هذا مستثنى من القاعدة العامة في أن كل شخص يتحمل وزر نفسه . وذلك في قوله تعالى : ﴿ ولا تزر وازرةٌ وزرَ أخرى ﴾ [سورة الأنعام:164] والسبب في هذا الاستثناء هو مواساة القاتل والتخفيف عنه ، ولدعم أوامر المحبة والألفة بين الأفراد ، وكذلك فإن القاتل لولا استنصاره بأسرته وبعاقلته لتثبت في الأمر ملياً قبل أن يصدر عنه فعل القتل . ولأنهم هم الذين قصروا في مراقبته . وأما من هم العاقلة ففيه بعض الخلاف عند المذاهب ، سأبينه هنا .

ذهب السادة الحنفية (2) إلى القول بأن : العاقلة هم أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين ، وأهل الديوان هم الجيش الذين كتبت أسماءهم في الديوان . ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته هم قبيلته ، لأن نصرته عندها تكون بهم .

ويدخل القاتل مع العاقلة في الدفع ، فيكون كأحدهم ، لأنه هو الذي فعل الجرم فلا معنى لإخراجه ومؤاخذه غيره . ولا تدخل النساء والأولاد في العاقلة .

(1) انظر: لسان العرب - ابن منظور ، دار المعارف ، مصر ، 3047/4. مادة ، عقل .
(2) انظر: تكملة شرح فتح القدير مع الهداية - ابن الهمام ، دار الفكر ، بيروت 394/10 وما بعدها .

وقال الشافعية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ : العاقلة هم عصبة الجاني ، ، أي الذين يرثونه بالنسب أو الولاء ، إذا كانوا ذكوراً مكلفين . ولا تدخل المرأة ولا الأطفال في العاقلة ولا الإخوة لأم ولا سائر الأرحام .

قال الخطيب الشربيني : ((قال الشافعي : ولا أعلم مخالفاً أن العاقلة العصبة، وهم القرابة من قبل الأب . قال : ولا أعلم مخالفاً في أن المرأة والصبي وإن أيسر لا يحملان شيئاً))⁽³⁾.

وكذلك لا يدخل الجاني في العاقلة ، ولا أصله من أب وإن علا ، ولا الفرع من أب وإن سفل . هذا عند الشافعية والراجح عند المالكية .

فإن لم يكن للجاني عاقلة ، تحمل الدية بيت مال المسلمين ، فإن فقد بيت المال وجبت الدية على الجاني .

أخيراً ومما سبق يتبين لنا أن العاقلة هم أهل النصره ولهذا اختلف الفقهاء فيها، حيث أنهم اختلفوا في نصره الجاني ، فالحنفية قالوا بأن الأقارب هم نصره الجاني. ومن هنا جاء الخلاف بينهم .

لهذا يقول الإمام المرغيناني : ((العقل كان على أهل النصره وقد كانت بأنواع : بالقرابة والحلف والولاء والعد . وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على أهله .))⁽⁴⁾. وعلى هذا فإن نظام العاقلة كان مناسباً للبيئة التي كانت فيها الأسرة الواحدة متماسكة البنين ينصر بعضها بعضاً . أما الآن وقد تفككت الأسر ، وتحللت الروابط بينها وزالت العصبية وزالت العشيرة لم يبق مجال للعصبات لأن يكونوا هم العاقلة لهذا جعلها سيدنا عمر رضي الله عنه على أهل الديوان لأن النصره صارت مفقودة بالجيش في ذلك الزمن .

وأما وقد زال هذا أيضاً فأصبح بيت المال هو الذي يدفع الدية عن الجاني .

(1) مغني المحتاج – الخطيب الشربيني دار الفكر ، ط1995 ، 116/4 وما بعدها .

(2) المغني – ابن قدامة المقدسي ، دار الحديث ، القاهرة ، ط1995 ، 554/11 . 576/11 وما

بعدها .

(3) مغني المحتاج – الشربيني 117/4 .

(4) الهداية مع شرح فتح القدير – المرغيناني ، دار الفكر ، 395/10 .

وذلك كما يقول الشريبي ((فإن فقد العاقل أو لم يف عقل بيت المال عن المسلم فإن فُقد فكله على الجاني))⁽¹⁾.
وفي زماننا هذا لم يبق بيت مال للمسلمين أيضاً لأن نظامه قد زال ولم يعد يطبق . وكذلك فإن العصابات قد تفرقوا ونظام العشائر قد زال إلا في بعض الأماكن وعليه تكون الدية في الوقت الحالي على الجاني وحده ومن ماله .

(1) مغني المحتاج – الشريبي 118/4 .

المطلب الثاني : كفارة القتل :

أذكر الكفارة هنا لأنها ستمر معنا كثيراً أثناء البحث ، وهي إحدى العقوبات التي تترتب على القاتل :

والأصل فيها قوله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ [سورة النساء: 92] .

وعلى هذا تكون الكفارة : عتق رقبة أولاً ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، ولا إطعام فيها (1).

جاء في تفسير محاسن التأويل : من لم يجد أي رقبة ليحررها بمعنى لم يملكها ولا ما يتوصل به إليها فصيام شهرين متتابعين ، أي فعليه صيام شهرين متواصلين لا إيفطار بينهما (2).

ويقول الخطيب الشربيني : ((... وهي أي كفارة القتل كظهار ، أي كصفة كفارته في الترتيب، فيعتق أولاً ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، لكن لا إطعام فيها عند العجز عن الصوم في الأظهر اقتصاراً على الوارد فيها ، إذ المنبع في الكفارات النص لا القياس)) (3).

فالكفارة هي إذاً إحدى العقوبات التي تترتب على القاتل .

(1) انظر: شرح فتح القدير – ابن الهمام ، دار الفكر ، بيروت 271/10 .
مغني المحتاج – الخطيب الشربيني دار الفكر ، بيروت ، ط 1995 ، 130/4 .
المغني – ابن قدامة المقدسي ، دار الحديث مصر ، ط 1996 ، 55/12 .
(2) محاسن التأويل – جمال الدين القاسمي ، دار الفكر ، ط 1978 ، 362/5 .
(3) مغني المحتاج – الخطيب الشربيني دار الفكر ، بيروت ، ط 130/4 .

وقد اتفق جميع الفقهاء على وجوب الكفارة في القتل الخطأ⁽¹⁾. واختلفوا في وجوبها في القتل العمد .

ذهب الحنفية⁽²⁾ إلى القول بأن الكفارة لا تجب بالقتل العمد ، وذلك لأن القتل العمد يعد كبيرة محضنة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تتاط بمثلها ، وأيضاً فإن الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى .

يقول قاضي زاده الحنفي في القتل العمد : ((ولا كفارة فيه عندنا))⁽³⁾. وذهب الشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾ إلى القول : بوجوب الكفارة في القتل العمد ، كما تجب في شبه العمد والخطأ .

يقول الشرييني : ((يجب بالقتل عمداً كان أو شبهة أو خطأ كفارة))⁽⁶⁾. وذلك لأن الكفارة وجبت في القتل الخطأ ففي العمد أولى ، وكذلك لأن القتل العمد أعظم إثماً والحاجة إلى تكفير الذنب أعظم .

والذي يهمنا في بحث الكفارة هو القتل الخطأ ، وذلك لأن مدار هذا البحث هو القتل الخطأ ، فالقتل العمد لم نتطرق إليه في هذه الرسالة ، أما القتل الخطأ فسيمر كثيراً في هذه الرسالة ، فعلى سبيل المثال :

1- الطبيب إذا أخطأ في العمل الجراحي ، وأدى إلى تلف نفس المريض ، كان هذا قتل خطأ وترتب على الطبيب كفارة .

2- الزوج إذا ضرب زوجته ضرب التأديب فماتت منه ، كان هذا قتل خطأ وفيه كفارة .

(1) انظر: نتائج الأفكار - قاضي زاده ، دار الفكر ، بيروت 271/10 .
مغني المحتاج - الخطيب الشربيني دار الفكر ، بيروت ، ط 1995 ، 130/4 .

المغني - ابن قدامة المقدسي ، دار الحديث مصر ، ط 1996 ، 55/12 .
(2) شرح فتح القدير - ابن الهمام ، 209/10 .

(3) المرجع السابق .
(4) انظر: مغني المحتاج - الشرييني ، 130/4 .

(5) انظر: المغني - ابن قدامة ، 53/12 .

(6) مغني المحتاج - الشرييني ، 130/4 .

إلى غير ذلك من الحالات التي سنأتي في القتل الخطأ ، فتقريباً جميع حالات القتل التي سترد في هذه الرسالة هي من القتل الخطأ ، وفيها كفارة باتفاق جميع الفقهاء .

الفصل الأول
القواعد الفقهية
المتعلقة بموضوع البحث

إن تأصيل موضوع الضمان له دور كبير في الغوص في الفروع الفقهية وجمع شتاتها تحت القواعد الناظمة لها. وبذلك يظهر التناسق بين القواعد الفقهية والفروع الفقهية.

وقد فصل الفقهاء القواعد المتعلقة بموضوع الضمان، سأذكر منها ما يخص بحثي، بعد أن أذكر تعريفاً موجزاً عن القواعد الفقهية. وفي هذا الفصل سأذكر لمحة عن القواعد الفقهية أولاً، ومن ثمّ أذكر بعض القواعد الفقهية المتعلقة بهذا البحث، مع شرح لها، وذكر بعض الأمثلة.

وسيكون ذلك ضمن المبحثين التاليين:

المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهية وبيانها.

المبحث الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بهذا البحث.

المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهية وبيانها:

سأتكلم في هذا المبحث عن القواعد الفقهية بشكل بسيط، وذلك لأخذ فكرة عن هذه القواعد وفائدتها في الاستدلال.

وسأتكلم عن هذا في المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية وبيان أهميتها.

المطلب الثاني: تمييز القاعدة الفقهية عما يشابهها.

المطلب الثالث: مصدر القاعدة الفقهية وحجيتها.

المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية وبيان أهميتها:

ويتضمن هذا المطلب الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعريف القاعدة الفقهية.

الفرع الثاني: أهمية القاعدة الفقهية

الفرع الأول: تعريف القاعدة الفقهية:

* القاعدة لغة: هي الأساس، وقواعد البيت أي أساسه.

وفي القرآن الكريم ﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ ﴾ [البقرة:

من الآية 127].

يقول النسفي: ((القواعد جمع قاعدة. وهي الأساس والأصل لما فوقه، ورفع الأساس البناء عليها لأنها إذا بُني عليها نقلت عن هيئة الانخفاض إلى هيئة الارتفاع ..))⁽¹⁾.

قال الزجاج: القواعد أساطين البناء التي تعمده.⁽²⁾

* وأما تعريف القاعدة الفقهية اصطلاحاً:

فقد عرفها خليل بن كيكلي العلائي بقوله:

((قضية شرعية عملية كلية يتعرف منها أحكام جزئياتها))⁽³⁾.

ويرد على هذا التعريف: بأن القاعدة الفقهية ليست كلية. فهي لا تنطبق على جميع الجزئيات بل هي حكم أغلبي، إذ إن كثيراً من الجزئيات تشذ عن القواعد وتعد مستثناة منها.

ويمكن الإجابة عن هذا الرد بأن نقول: إن تخلف بعض الجزئيات عن الأمر

الكلي لا يخرجها عن كونه كلياً. فالغالب الأكثرية معتبر في الشريعة.

(1) تفسير النسفي- عبد الله النسفي، المكتبة الأموية، بيروت، 88/1

(2) لسان العرب- ابن منظور، دار المعارف، 3689/5. مادة قعد

(3) المجموع المذهب في قواعد المذهب- أبي سعيد خليل بن كيكلي العلائي، وزارة الأوقاف، الكويت ط1 1414 هـ، 31/1.

- وعرف الندوي القاعدة بأنها ((حكم شرعي في قضيته أغلبه يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها.))⁽¹⁾.

وقريباً من هذا التعريف عرف المقري القاعدة الفقهية بأنها: ((حكم أغلبي يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة.))⁽²⁾ وعلى هذا يمكن تعريف القاعدة الفقهية بأنها: حكم اغلبي شرعي يتعرف منه أحكام الجزئيات الداخلة تحته. فأغلبي: وذلك لإخراج كلمة (كلي) لأن معرفته أحكام الجزئيات هو الأغلب في القاعدة، فلكل قاعدة مستثنيات.

شرعي: وذلك لإخراج الحكم القانوني- والحكم اللغوي: كقاعدة: الفاعل مرفوع .

يُتعرّف: وذلك للدلالة على الجهد والمشقة التي يحتاج الفقيه إليها لاستخراج حكم الجزئية من القاعدة.

(1) القواعد الفقهية- علي أحمد الندوي، دار القلم، دمشق، ط4 1418 هـ، ص 45.

(2) القواعد- أبي عبد الله محمد بن محمد المقري، إحياء التراث العربي- مكة المكرمة، 106/1

الفرع الثاني: أهمية القاعدة الفقهية:

يقول القرافي المالكي: ((وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع، بقدر الإحاطة بها يعلو قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويُعرف، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف، فيها تتنافس العلماء، وتفاضل الفضلاء، وبرز القارح على الجذع، وحاز قصب السبق من فيها برع، ومن جعل يُخرِّج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، وضاعت نفسه لذلك وقنطت واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تنتهي، وانقضى العمر ولم تقض نفسه من طلبها.

ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات، لاندراجها في الكليات واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب، وأجاب الشاسع البعيد وتقارب، وحصل طلبته في أقرب الأزمان، وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان، فبين المقامين شأؤً بعيد، وبين المنزلين تفاوت شديد.))⁽¹⁾

من هذا النص الذي قاله القرافي نستخلص أهمية القواعد الفقهية ومنزلتها عند الباحث أو الفقيه. فنص القرافي هذا نص جامع لبيان منزلة القواعد الفقهية بين العلوم، فلماذا أحببت أن أذكره كاملاً هنا. ومنه يمكن أن نستخلص فوائد القواعد الفقهية في النقاط الآتية:

- 1- جمع الجزئيات المتمثلة المنتشرة في أبواب الفقه، وجعلها ضمن قاعدة واحدة يسهل الرجوع إليها. وذلك لأن الإحاطة بالجزئيات غير ممكنة.
- 2- تكوين الملكة الفقهية عند الباحث.
- 3- إيضاح مناهج الفتوى.
- 4- حفظ الباحث عن الاضطراب والضيق عند بحثه عن مسألة أو جزئية من الفقه.

(1) الفروق- شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، دار السلام، ط1 2001م ، 71/1.

5- إدراك مقاصد الشريعة وأسرارها، ذلك لأن معرفة القواعد الفقهية والجزئيات التي تدرج تحتها تعطي مفهوماً واسعاً عن مقصد الشريعة. فعلى سبيل المثال قاعدة ((لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه أو بلا سبب شرعي)) فهذه القاعدة تعطي مفهوماً واضحاً على أن حرمة مال الغير مقصد هام من مقاصد الشريعة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: تمييز القاعدة الفقهية عما يشابهها:

سأتكلم في هذا المطلب عن القاعدة الفقهية، والفرق بينها وبين الضابط، والنظرية الفقهية والقاعدة الأصولية، بشيء من الإيجاز. وذلك ضمن الفروع التالية:

الفرع الأول: الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي.

الفرع الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية.

الفرع الثالث: الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية.

الفرع الأول: الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي:

الضابط اصطلاحاً: يأتي بمعنى القاعدة والقانون. وهو قضية كلية شرعية يتعرف منها أحكام جزئياتها. وعلى هذا فتعريف القاعدة الفقهية قريب جداً من تعريف الضابط. وكثيراً ما تلتبس القاعدة بالضابط. إلا أن الفرق بين القاعدة والضابط يكمن في: أن القاعدة الفقهية تجمع فروعاً وجزئيات فقهية من عدة أبواب، فمثلاً قاعدة: ((الأمور بمقاصدها)) تدخل في أبواب فقهية شتى مثل الطهارة والصلاة والحج وغير ذلك.

أما الضابط الفقهي فإنما يختص في باب واحد فقط، وذلك مثل ((أيما إهاب دُبغ فقد طهر)) فهذا ضابط يختص بباب الأواني من كتاب الطهارة فقط⁽²⁾.

(1) انظر: القواعد- المقري، 110/1-111

المجموع الذهب- العلائي، 47/1

(2) انظر: المجموع المذهب- العلائي، 31/1

القواعد- المقري، 108/1- القواعد الفقهية- الندوي، ص46

الفرع الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية:

يتلخص الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية بنقطتين وهما:

1- القاعدة الفقهية لا تشمل على أركان وشروط، فالقاعدة الفقهية حكم يندرج تحته فروع كثيرة دون أركان وشروط. أما النظرية الفقهية: فلا بد لها من أركان وشروط، وذلك كنظرية الفسخ والبطلان وغير ذلك.

2- القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها، وهذا الحكم ينتقل من هذه القاعدة إلى الفروع المندرجة تحتها. فمثلاً قاعدة: ((اليقين لا يزول بالشك)) تضمنت حكماً فقهياً في كل مسألة من مسائل الفقه يجتمع فيها شك ويقين.

وهذا بخلاف النظرية الفقهية فهي لا تتضمن حكماً في ذاتها⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية

أبسط الكلام للحديث عن الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية هو ما ذكره العلائي الشافعي في كتابه. وسأذكر نص كلامه وذلك لسهولة فهمه، ولأنه يبين ويشرح هذا الفرق تماماً: يقول العلائي متحدثاً عن القواعد الفقهية والقواعد الأصولية:

((تتفق بأنها كلها قواعد كلية تندرج تحتها جزئيات كثيرة ينطبق عليها حكم هذه القواعد وأما أوجه الاختلاف:

1- الأصولية ناشئة في أغلبها عن الألفاظ العربية- أما الفقهية فغالبها مأخوذ من الأحكام الشرعية والمسائل الفقهية.

2- الأصولية يندرج تحتها أدلة إجمالية تهيم العارف بها للاستنباط الفقهي أما الفقهية فيندرج تحتها مسائل فقهية فرعية.

3- الأصولية تتسم بالعموم والشمول والثبات- أما الفقهية وإن كانت كلية فهي تكثر فيها الاستثناءات.

(1) انظر: القواعد- المقرئ، 1/109- القواعد الفقهية- الندوي، ص64

4- الأصولية خاصة بالمجتهد يستعملها عند استنباط الأحكام، أما الفقهية فيرجع إليها الفقيه والمتعلم لمعرفة أحكام الفروع المندرجة تحتها.

5- الأصولية تتعلق غالباً بدلالات الألفاظ كدلالة الأمر ودلالة العام.. الخ بينما الفقهية فلا دخل لها بدلالات الألفاظ ..⁽¹⁾.

فالقاعدة الأصولية سيتخرج منها حكم الجزئيات الفقهية ولكن بواسطة وليس مباشرة فالقاعدة الأصولية ((الأمر يقتضي الوجوب)) .

أفادت أن الصلاة واجبة ولكن ليس مباشرة بل بواسطة الدليل وهو قوله تعالى: ﴿ أقيموا الصلاة ﴾.

أما قاعدة ((الأمور بمقاصدها)) قاعدة فقهية أفادت وجوب النية في الصلاة مباشرة.

المطلب الثالث: مصدر القواعد الفقهية وحجيتها:

وسأتكلم في هذا المطلب عن مصدر القواعد الفقهية. فلا بد للسائل أن يسأل: من أين جاء الفقهاء بهذه القواعد؟ وما هو مصدرهم في هذا؟ وأيضاً سأتكلم عن القاعدة الفقهية هل هي حجة؟ ويمكن للقاضي أو المفتي أو الفقيه الاستناد إليها كدليل شرعي ثابت. أم هي مجرد قاعدة لدعم الدليل، أي الاستئناس فقط؟

وسأتكلم عن هذا في الفرعين التاليين:

1- الفرع الأول: مصدر القواعد الفقهية.

2- الفرع الثاني: حجّية القواعد الفقهية.

الفرع الأول: مصدر القواعد الفقهية:

القاعدة الفقهية لها مصادر. فالقاعدة الفقهية لا بد أن يكون لها أساس في الشرع، وإلا لما أصبحت قاعدة يُعَوَّلُ عليها ويرجع إليها في الفقه.

فالقاعدة الفقهية من الممكن أن يكون مصدرها القرآن الكريم وذلك كقاعدة: ((الضرورات تبيح المحظورات)). وقاعدة: ((المشقة تجلب التيسير)).

(1) المجموع المذهب- العلاني، 41/1

فهذه القاعدة مصدرها قوله تعالى ((وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)) [الحج: من الآية 78] .

- وأيضاً القاعدة الفقهية يكون مصدرها السنة الشريفة، وذلك كقاعدة:
((الضرر يزال)) فمصدر هذه القاعدة هو قوله عليه الصلاة والسلام : ((لا ضرر ولا ضرار من ضار ضاره الله ومن شاق شاق الله عليه))⁽¹⁾ .
- ومن الممكن أن تكون هذه القاعدة مستنبطة من نص شرعي . ذلك كقاعدة : ((اليقين لا يزول بالشك)) . فهي مستنبطة من حديث نبوي وهو قوله صلى الله عليه وسلم ((إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل فأشرك منه شيء أولاً ، فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً ..))⁽²⁾
- وأخيراً فمصدر القاعدة الفقهية قد يكون مجموعة المسائل الفقهية التي ترتبط فيما بينها بعلاقة جامعة وذلك كقاعدة: ((يغتفر في البقاء مالا يغتفر في الابتداء))⁽³⁾ .

الفرع الثاني: حجية القواعد الفقهية:

يمكن القول بأن القواعد الفقهية لا يمكن الاحتجاج بها كأدلة ثابتة، بل هي شواهد يُستأنس بها في تخريج الأحكام. وذلك لأن معظم القواعد الفقهية لها مستثنيات، وربما كانت المسألة التي يراد حكمها من هذه المسائل المستثناة. فعلى هذا لا يجوز الاعتماد على هذه القاعدة. وأيضاً فإنه من غير الممكن جعل هذه القواعد التي هي جامع ورابط لبعض الفروع دليلاً من أدلة الشرع، فالقاعدة: هي مجموع مشترك بين بعض الجزئيات. أما الدليل: فهو حكم ثابت مستقر بنفسه من الشرع. وذكر الندوي والمقري أن بعض العلماء ذهب إلى القول بأن القاعدة الفقهية

(1) تقدم تخريجه في الصفحة 42.

(2) صحيح مسلم- كتاب الحيض- باب: الدليل على أن من تيقن الطهارة وشك في الحدث، رقم 361

مسند أحمد- مؤسسة قرطبة، مصر، 414/2 ، رقم الحديث 9344

(3) القواعد- المقري، 114/1

تعتبر دليلاً يحتج به، إذا كان لها أصل من الكتاب أو السنة، وذلك كقاعدة ((الضرر يزال)) فإن أصلها الحديث النبوي ((لا ضرر ولا ضرار))⁽¹⁾.
فهنا في هذه الحالة يمكن الاستناد على هذه القاعدة في استنباط الحكم والإلزام به.⁽²⁾

ولكن أرى أن هذه القواعد وإن كان أصلها القرآن الكريم أو السنة الشريفة، فهي تعد أيضاً شاهداً للاستئناس وليست دليلاً مستقلاً. وذلك لأن قوتها أنت من أصلها لا من نفسها، وإن كنا جعلناها دليلاً وحجة، ولكن لا بنفسها بل بأصلها. وهنا يكون الدليل هو أصل القاعدة لا القاعدة.

يقول الندوي: ((فالقاعدة باعتبارها قاعدة فقهية، لا تصلح أن تكون دليلاً، اللهم إلا إذا كانت لبعض القواعد صفة أخرى وهي كونها معبرة عن دليل أصولي، أو كونها حديثاً ثابتاً مستقلاً مثل ((لا ضرر ولا ضرار)) فحينئذ يمكن الاستناد إليها في استنباط الحكم وإصدار الفتوى، وإلزام القضاء بناء عليها))⁽³⁾

ويقول الندوي أيضاً ((وينبغي أن يبين هنا أن عدم جواز استناد القاضي أو المفتي إلى أحد القواعد الفقهية وحدها، إنما محله فيما يوجد فيه نص فقهي يمكن الاستناد إليه، فأما إذا كانت الحادثة لا يوجد فيها نص أصلاً لعدم تعرض الفقهاء لها، ووجدت القاعدة التي تشملها فيمكن حينئذ استناد الفتوى والقضاء إليها. اللهم إلا إذا قطع أو ظنّ فرق بين ما اشتملت عليه القاعدة وهذه المسألة الجديدة.))⁽⁴⁾

(1) تقدم تخريجه في الصفحة: 42

(2) -القواعد- المقري، 1/116 - القواعد الفقهية + الندوي، ص 330

(3) القواعد- الندوي، ص 331

(4) المرجع السابق

المبحث الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بهذا البحث:

سأتكلم في هذا المبحث عن القواعد الفقهية التي تتعلق بالبحث لإعطاء فكرة عن هذه القواعد الفقهية ومدى أهميتها أثناء البحث.
وسأتكلم عن هذه القواعد ضمن المطالب الآتية:
المطلب الأول: حالات انتفاء الضمان.
المطلب الثاني: المسؤولية عن الفعل الضار.
المطلب الثالث: قواعد التعويض .

المطلب الأول : حالات انتفاء الضمان :

وسأتكلم في هذا المطلب عن بعض القواعد الفقهية التي تبين الحالات التي ينتفي فيها الضمان. ويتضمن هذا المطلب القاعدتين التاليتين:

• القاعدة الأولى: الجواز الشرعي ينافي الضمان.

((الجواز الشرعي)) يعني كون الأمر جائزاً مطلقاً أي مباحاً، سواءً كان هذا الأمر فعلاً أو تركاً.

((ينافي الضمان)) أي لا يُسأل الفاعل عما حصل بهذا الأمر من التلف. أي لا يضمن الفاعل الضرر الناتج. ولكن هذا مقيد بشرطين:

- 1- أن لا يكون ذلك الأمر المباح مقيداً بشرط السلامة.
- 2- أن لا يكون ذلك الأمر المباح عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه. وذلك لأن الضمان يستدعي سبق التعدي، والجواز الشرعي يأبى وجود التعدي، فتتافيا⁽¹⁾.

وتتضح هذه القاعدة بالأمثلة التالية:

1- أما إذا كان الأمر المباح فعلاً: فذلك كأن يحفر إنسان بئراً في ملكه الخاص. أو في الملك العام ولكن بإذن ولي الأمر. فيقع في هذا البئر حيواناً أو إنساناً فيهلك. فهنا لا يضمن حافر البئر شيئاً. وذلك لأن حافر هذا البئر فعل ما يجوز له شرعاً فلا يضمن الضرر الحاصل. وتصرف الإنسان في ملك غير مقيد بشرط السلامة للآخرين⁽²⁾.

2- إذا خالف الوديع في حفظ الوديعة إلى ما هو مساوٍ أو أفضل مما اشترطه عليه المودع من غير أن ينهائه المودع عن ذلك فهلك الوديعة فهنا لا

(1) انظر: شرح القواعد الفقهية- أحمد ابن الشيخ مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط4 1996 ، ص449-

نظرية الضمان- الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، بيروت، ط 1998 ، ص211.

(2) انظر: شرح المجلة- سليم رستم باز اللبناني، نظارة المعارف بالأستانة، ط3 1986م ، مادة 91 المغني- ابن قدامة المقدسي الحنبلي، دار الحديث، القاهرة، ط1 1996م ، 648/11.

يضمن الوديع الوديعة. وذلك لأن هذه المخالفة جائزة. والجواز الشرعي ينافي الضمان فيما إذا لم ينهه المودع عن النقل⁽¹⁾.

3- وأما إذا كان الأمر المباح تركاً: فذلك كأن يمتنع المضارب عن العمل في رأس مال المضاربة بعد أن قبضه حتى هلك في يده. فهنا لا يضمن المضارب هذا المال. لأن هذا الامتناع جائز، وهو ينافي الضمان⁽²⁾.

وإنما شرط في هذه القاعدة أن لا يكون الأمر المباح عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه، وذلك ليخرج المضطر لأكل طعام الغير فإنه يضمن قيمته، وما شابه هذه الحالة.

جاء في المادة 33 من المجلة: ((الاضطرار لا يبطل حق الغير: ويتفرع عن هذه القاعدة أنه لو اضطر إنسان من الجوع فأكل طعام الآخر يضمن قيمته⁽³⁾)). ويقول العز بن عبد السلام: ((لو شرب المضطر ماء لأجنبي له قيمة خطيرة حيث شربه ضمنه لمستحقه بقيمته إذا رجع إلى المصر إذ لا قيمة لمثله في الأمصار، وإن كانت له قيمة فهي خسيصة⁽⁴⁾). وهذا أيضاً مثال على وجوب الضمان في إتلاف مال الغير لأجل نفسه. فهنا يضمن المضطر قيمة الماء الذي شربه، ويضمن قيمته في المصر الذي شرب فيه، ولو كانت له قيمة خسيصة أو لا قيمة له في بلده هو.

* ويستثنى من هذه القاعدة عدة أمور أذكر منها:

- لو وقع حريق في محلة فهدم إنسان دار جاره لمنع سريان الحريق إلى داره بلا إذن صاحبها فهنا يضمن الهادم قيمتها في حالة الحريق ولا يكون آثماً⁽⁵⁾.

(1) انظر: مغني المحتاج- محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، ط 1995م، 107/4

(2) انظر: شرح القواعد الفقهية- أحمد الزرقا، ص 450

(3) شرح المجلة- سليم رستم، مادة 33 ص 33

(4) قواعد الأحكام- العز بن عبد السلام، دار المعرفة، بيروت، 166/2

(5) انظر: شرح المجلة- سليم رستم، مادة 919، ص 511.

• القاعدة الثانية: ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه.

وتعني هذه القاعدة: أن كل ما لا يمكن للإنسان تجنبه والاحتراز عنه فلا ضمان فيه، وكل ما أمكن الاحتياط عنه يكون سبباً موجباً للضمان. فالإنسان لا يضمن ما يتلفه إذا فعل ذلك لعدم تمكنه من الاحتراز عن ذلك الشيء. ولأن الإنسان يضمن ما فيه الوسع والطاقة. أما ما لا يمكن الوسع فيه فلا ضمان فيه⁽¹⁾. ويتضح ذلك في الأمثلة الآتية:

1- لكل إنسان حق المرور في الطريق العام. ولكن ليس له الحق بالتعدي على حرمة الطريق أو الناس المارة فيه مما يمكن التحرز عنه. أما ما لا يمكن التحرز عنه فالإنسان مسؤول عنه ويضمنه، فمثلاً يضمن الراكب ما تصطدم به دابته وذلك لأن الصدم يمكن التحرز عنه. أما إذا ضربت الدابة أحداً برجلها أثناء سيرها في الطريق، فلا يضمن الراكب ذلك لأن ذلك لا يمكن التحرز عنه. ولقوله صلى الله عليه وسلم: ((ثم المعدن جبار والبئر جبار والعجماء جبار وفي الركاز الخمس))⁽²⁾. والجبار بضم الجيم: هو الهدر الذي لا شيء فيه ولا ضمان. والعجماء: هي الدابة⁽³⁾.

وجاء في المادة 926 من المجلة: ((لكل واحد حق المرور في الطريق العام ولكن بشرط السلامة، يعني أن مروره مقيد بشرط أن لا يضر غيره بما يمكن التحرز عنه))⁽⁴⁾.

(1) انظر: نظرية الضمان- أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، ط 1998، ص 222
 (2) صحيح البخاري- محمد بن اسماعيل البخاري، كتاب الزكاة- باب: في الركاز الخمس، رقم الحديث 1428.
 صحيح مسلم- مسلم بن الحجاج النيسابوري، كتاب الحدود، باب: جرم العجماء والمعدن الجبار، برقم 1710
 (3) فتح الباري- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت، ط 1379هـ، 255/12، رقم 6514
 (4) شرح المجلة- سليم رستم، مادة 926، ص 518

2- لا يضمن الطبيب التلف الحاصل بسريان فعله إلى الهلاك، إذا كان الطبيب قد عالج المريض معالجة طبية وكان حاذقاً ومهماً في عمله ، لأن سرية الفعل إلى الهلاك غير متوقعة عادة ولا يمكن للطبيب الاحتراز عنها. أما إذا قصر الطبيب في عمله أو كان جاهلاً بالطب فإنه يضمن سرية فعله. لأن ذلك يمكن الاحتراز عنه⁽¹⁾.

وذكر العز بن عبد السلام بعض الصور التي لا يمكن الاحتراز عنها ولا يجب فيها الضمان أذكر منها :

1- إرسال البهائم للرعي بالنهار، فإنه لا يضمن ما تتلفه لما في تضمينه من الضرر العام.

2- إذا أوقد شخص في داره ناراً إيقاداً معتاداً دون مبالغة، فتطير منها شرر فأحرقت شيئاً من مال جاره. فإنه لا يضمن ذلك. لأن هذا لا يمكن الاحتراز عنه.

3- إذا سقى بستانه سقياً معتاداً عند أمثاله، فسرى المال إلى زرع جاره فأفسده، فهنا أيضاً لا يضمن الساقى شيئاً لنفس السبب⁽²⁾.

المطلب الثاني: المسؤولية عن الفعل الضار.

سأتكلم في هذا المطلب عن القواعد الفقهية التي تتعلق بمسؤولية الشخص تجاه فعله الضار. وما هي الأمور التي تعد من الفعل الضار. وكيف يكون ضمانها؟.

وقد جعلت هذا المطلب يضم القواعد التالية:

- 1- الضرر يزال.
- 2- لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه أو بلا سبب شرعي

(1) -انظر: بدائع الصنائع- علاء الدين الكاساني- دار الكتاب العربي، بيروت، ط2 1982م ، 305/7

- التاج والإكليل- محمد بن يوسف المواق المالكي، دار الفكر، بيروت، ط2 1398هـ ، 321/6
(2) انظر: قواعد الأحكام- العز بن عبد السلام، 166/2

3- على اليد ما أخذت حتى تؤديه.

وهذا مع العلم بأن القواعد الفقهية التي تتعلق بالضرر كثيرة جداً، ولا مجال لذكرها هنا جميعها.

* القاعدة الأولى: الضرر يزال

وهذه القاعدة من أهم القواعد وأجلها شأناً في الفقه الإسلامي. وهي الأساس الأول في وجوب ضمان المتلفات.

وأصل هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾.

والمقصود بالضرر: هو إلحاق مفسدة أو تلف بالغير.

والمقصود بالضرار: هو مقابلة الضرر بالضرر.

وعلى هذا فالمقصود من هذه القاعدة: هو أن من ارتكب فعلاً غير مشروع، أو تسبب بضرر للآخرين على أي وجه من الوجوه، وجب عليه إزالة هذا الضرر ورفع، وإعادة الأمر إلى نصابه، بالرد أو بالضمان.

وذلك كردّ المبيع بالعيب، أو بالغبن الفاحش. وذلك أيضاً كتشريع عقوبات الحدود والقصاص والكفارات، وذلك إزالة للضرر الحاصل بالآخرين. وغير ذلك من الأحكام الفقهية الكثيرة.

يقول الإمام السيوطي: ((اعلم أن هذه القاعدة ينبني عليها كثير من أبواب الفقه. من ذلك الرد بالعيب وجميع أنواع الخيار من اختلاف الوصف المشروط والتغريب، وإفلاس المشتري وغير ذلك. و الحجر بأنواعه والشفعة لأنها شرعت لدفع ضرر القسمة، والقصاص والحدود والكفارات.. ودفع الصائل....))⁽²⁾.

وهذه القاعدة تعد القاعدة الثانية من القواعد الأصول المسوقة بشأن الضرر. فالقاعدة الأولى هي: ((لا ضرر ولا ضرار)) وهي لحظر إيقاع الضرر.

والقاعدة الثانية هي: ((الضرر يزال)) وهي لوجوب إزالة الضرر بعد

وقوعه.

(1) تقدم تخريجه في الصفحة 42.

(2) الأشباه والنظائر - جلال الدين السيوطي، دار الفكر، بيروت، ص 60.

والقاعدة الثالثة وهي: ((الضرر يدفع بقدر الإمكان)) وهي لبيان أن إزالة الضرر إذا لم تمكن تماماً فيقدر المستطاع (1).

* القاعدة الثانية: لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه أو بلا سبب شرعي:

وهذه القاعدة تعدّ من القواعد الأساسية في الفقه الإسلامية. فهي تحرم ملك الغير وتحميه وتصونه. وتعد مقصداً من مقاصد الشريعة الإسلامية في حرمة مال الغير. ((فلا يجوز لأحد)) أي لا يحل لأي إنسان ((أن يتصرف)) أي تصرف فعلي أو قولي ((في ملك الغير)) سواء كان خاصاً أو مشتركاً ((بلا إذنه)) سابقاً أو إجازته لاحقاً، أو ضرورة، وذلك كأكل طعام الغير في حالة الجوع التام ولكن على أن يدفع له ثمناً لاحقاً. وكذلك حال الضرورة إذا نشب حريق في محلة فهدم شخص دار آخر لكي لا يسري الحريق إلى داره، فيجوز له ذلك على أن يدفع له ثمن الدار.

- والتصرف نوعان: فعلي وقولي :

- فالتصرف الفعلي: كالزراع في الأرض والحفر، ودخول الدار، والركوب، واللبس، والاستهلاك وغير ذلك. فإن كان هذا الفعل تقدمه إذن سابق فهنا يحل و يصح، وإلا فإن هذا الفعل لا يخلو حاله من ثلاثة أحوال:

1- أن يكون غصباً.

2- أن يكون تصرفاً بإحداث فعل ذي أثر.

3- أن يكون تصرفاً بإحداث تلف.

فإن كان غصباً، فهذا الفعل يعدّ محظوراً، ويجب ردّ العين المغصوبة إلى صاحبها، أو ضمانها عند التلف. إلا إذا لحقت إجازة مالك العين المغصوبة وكانت قائمة فهنا تتقلب أمانة.

(1) انظر: الأشباه والنظائر - تاج الدين السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1 1991م، 41/1

الأشباه والنظائر - السيوطي، ص 60.

الأشباه والنظائر - زين الدين بن نجيم الحنفي، دار الفكر، بيروت، ط 1986، ص 94.

القواعد الفقهية - علي أحمد الندوي، دار القلم، دمشق، ط 1998، ص 287.

وأما إذا كان هذا التصرف بإحداث فعل ذي أثر في العين كالحفر في ملك الغير بلا إذنه، فهنا ليس للمالك إجبار الحافر على الطم عند أبي حنيفة وأبي يوسف بل يُضمنه النقصان. أما إذا كان الحفر في الطريق العام فهنا يُجبر الحافر على الطم.

وأما إذا كان التصرف إتلافاً، فهنا يكون مضموناً في جميع الأحوال، سواءً أجازهُ المالك أم لم يجيزه، لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف. هذا في التصرفات الفعلية.

- أما التصرفات القولية: وذلك كالتعاقد بدون إذن على أموال الآخرين. والإجازة والهبة وغير ذلك من التصرفات القولية. فهذا يعد من التصرف الفضولي. وهو يعد تصرفاً موقوفاً على إجازة صاحب الملك عند الحنفية والمالكية خلافاً للشافعية والحنابلة. فالإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. وأما إذا أعقب التصرف القولي التسليم، كتسليم المبيع للشاري، أو تسليم الدار للمستأجر دون إذن المالك الحقيقي كان هذا غصباً ومضموناً⁽¹⁾.

* ويستثنى من هذه القاعدة بعض المسائل أذكر منها:

- 1- يجوز للولد أو الوالد شراء ما يحتاج إليه الأب أو الابن المريض دون إذنه⁽²⁾.
- 2- يجوز لرفقه السفر إذا مات أحدهم أن ينفقوا عليه من ماله.

* القاعدة الثالثة: على اليد ما أخذت حتى تؤديه.

وهذه القاعدة الثالثة التي أدخلتها تحت عنوان: المسؤولية عن الفعل الضار وذلك لأن وضع اليد على مال الغير دون وجه شرعي يعد من الفعل الضار وسبباً من أسباب الضمان.

⁽¹⁾ انظر: شرح القواعد الفقهية- أحمد الزرقا، 461

نظرية الضمان- الدكتور وهبة الزحيلي، 208

شرح المجلة- سليم رستم، مادة 96 ، ص 61

شرح فتح القدير- الكمال ابن الهمام، دار الفكر، بيروت، 55-51/7

⁽²⁾ انظر: شرح المجلة- سليم رستم، مادة 96 ، ص 61

وبيان القاعدة كالاتي:

الأصل أن هذه القاعدة هي نص حديث نبوي شريف عن سمرة بن جندب رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ((ثم على اليد ما أخذت حتى تؤديه...))⁽¹⁾.

أي يجب على اليد أن ترد ما أخذته من مال الغير. وما موصولة، وعلى اليد خبره فيكون المعنى: ما أخذته اليد مضمون على صاحبها حتى ترده إلى مالكه⁽²⁾.

ويؤيد هذه القاعدة وهذا الحديث عدة آيات من القرآن الكريم منها:

قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ .. ﴾ [البقرة: من الآية 188].

وقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْتُوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا .. ﴾ [النساء: من الآية 58]

فإن الله عز وجل يأمرنا بأن نردّ الأموال و الأمانات إلى أهلها، وإلا كان أخذنا

لها من الباطل والسحت.

وعلى هذا يكون معنى القاعدة: أنه يجب على من أخذ مالاً من غيره سواءً

أكان أميناً أم مستعيراً أم غاصباً أم مستأجراً ونحوه ذلك، أن يرد المال إلى صاحبه.

وهو مضمون عليه إلى أن يقبضه المالك الأصلي⁽³⁾.

والأمثلة عن هذه القاعدة كثيرة جداً في كتب الفقه من كتب: الغصب والإجارة

والوديعة والعارية وغير ذلك. وكثيراً ما يستدل العلماء بهذه القاعدة على التزام

التضمين، لأن المأخوذ إذا كان موجوداً يجب رده بعينه، وإلا فالمثل في المثليات

والقيمة في القيميات. وأضرب هنا هذه الأمثلة:

1- لو سكن شخص داراً من غير إذن صاحبها، ومنع المالك من الدخول

إليها فيكون غاصباً للدار وعليه الرد . ويكون الدار مضموناً عليه حتى يرده

لمالكه⁽⁴⁾.

(1) تقدم تخريجه في الصفحة 27.

(2) انظر: عون المعبود- محمد شمس الحق العظيم آبادي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2 1415،

344/9

(3) انظر: نظرية الضمان- أستاذنا د. وهبه الزحيلي، ص255

(4) انظر: مغني المحتاج- محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، ط 1995 ، 372/2- 375

2- يضمن المستعير العين المعارة إذا استعملها استعمالاً غير مأذون فيه وإن لم يفرض⁽¹⁾.

3- من غصب شيئاً لزمه رده ما كان باقياً. فإن تلف في يده لزمه بدله، وذلك لأنه على اليد ما أخذت حتى تؤديه⁽²⁾.

المطلب الثالث: قواعد التعويض.

سأتكلم في هذا المطلب عن بعض القواعد التي تتعلق بتعويض الضرر الحاصل. وكيف يرد أو يزال هذا الضرر. وما هي السبل لذلك؟.

وهنا سأتكلم حول قاعدتين وهما:

1- الأجر والضمان لا يجتمعان.

2- إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل.

* القاعدة الأولى: الأجر والضمان لا يجتمعان:

وهذه القاعدة تعتبر خاصة بمذهب الحنفية فقط. وأما باقي المذهب فتقول: باجتماع الأجر والضمان.

ومعنى القاعدة: ((الأجر)) أي بدل المنفعة. ((والضمان)) هو غرامة قيمة الشيء أو نقصانه. ((لا يجتمعان)) أي لا تجتمع الأجرة مع الضمان، فيما إذا وقع الهلاك فعلاً أم لا. وذلك بشرط عدم استقرار الأجر في نمة الضامن، كأن يكون قد استوفى المنفعة، فحينئذ يجمع الأجر والضمان.

والأجر والضمان لا يجتمعان، وذلك لأن الضمان إنما يكون بسبب التعدي، والتعدي على مال الغير غصب له أو كالغصب. ومنافع المغصوب غير مضمونة لأن المنافع عند الحنفية معدومة، وإنما تقوم بعقد الإجارة لمكان الحاجة إليها. وعقد

(1) انظر: المرجع السابق، 360/2

(2) انظر: المغني- ابن قدامة المقدسي، دار الحديث، القاهرة، ط1 1996م ، 32/7

الإجارة لا يبقى مع صيرورية المستأجر ضامناً بل يرتفع، إذ لا يكمن أن يكون المستأجر أميناً وغاصباً في آن واحد، لتتأفي الحالين.⁽¹⁾

وتتضح هذه القاعدة بالأمثلة التالية:

1- إذا استأجر شخص أرضاً ليزرعها حنطة، فزرعها رطباً، فهذا يضمن هذا الشخص نقصان الأرض. وذلك لأن الرطب يضر بالأرض لانتشار عروقها في الأرض، وكثرة الحاجة إلى سقيها. فكان خلافاً إلى شر، فيضمن ما نقصها ولا أجر عليه لأن الأجر والضمان لا يجتمعان⁽²⁾.

2- لو استأجر شخص دابة لحمل شيء معين، فحملها شيئاً آخر أو أثقل منه بخلاف الجنس، كأن يستأجر دابة ليحمل قطناً، فحملها بدلاً من القطن حديد. فعطبت الدابة. فهذا يضمن قيمة الدابة ولا أجر عليه لأن الأجر والضمان لا يجتمعان. وإنما ضمن الدابة بتحميله حديداً نفس وزن الحنطة وذلك لأنه ربما أضر بالدابة فإن الحديد يجتمع في موضع واحد من ظهر الدابة، أما القطن فينبسط على ظهرها⁽³⁾.

* القاعدة الثانية: إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل:

وهذه هي القاعدة الثانية في التعويض وهي تقول:

((إذا بطل الأصل)) أي إذا تعذر رد عين الحق إلى صاحبه، بأن كان هذا الحق تالفاً. ((يصار إلى البديل)) أي وجب رد عوض الحق وبذله.

أما إذا كان الأصل ممكناً فلا يصار إلى البديل، بل يجب رد الأصل.

فالواجب هو رد الأصل. وذلك كالتراب في الطهارة لا يصار إليه إلا عند تعذر الأصل وهو الماء. أما أخذ التراب مع وجود الماء فلا يصح. وكذلك في

(1) انظر: شرح القواعد الفقهية- أحمد الزرقا- 431

نظرية الضمان- د. وهبة الزحيلي - 217

(2)-انظر: شرح فتح القدير- الكمال بن الهمام، دار الفكر، بيروت، 90/9- 91

(3) -انظر: المرجع السابق، 84/9- 85

التعويض لا يصح البديل ما دام الأصل موجوداً. فلا يصح الخلف مع وجود الأصل⁽¹⁾.

وعلى هذا يجب رد عين المغصوب ما دامت قائمة في يد الغاصب، أما إذا تعذر رد العين، وجب رد ما يقوم بدلها. فالمثل في المثليات والقيمة في القيميات⁽²⁾. يقول العز بن عبد السلام ((..الأصل في الضمان أن يضمن المثلي بمثله، والمتقوم بقيمته، فإذا تعذر المثل رجع إلى القيمة جبراً للمالية..))⁽³⁾. وهذا النص أيضاً شرح لهذه القاعدة التي نحن بصدددها. فإذا تعذر الأصل وجب البديل.

(1)-انظر: القواعد الفقهية- الندوي، ص387

شرح القواعد- أحمد الزرقا، ص287

نظرية الضمان- د. وهبه الزحيلي، ص226

قواعد الأحكام- العز بن عبد السلام، دار المعرفة، بيروت، 166/2

(2) انظر: بداية المجتهد- ابن رشد المالكي، دار الفكر، بيروت، ط 1995م، 259/2

مغني المحتاج- محمد الخطيب الشربيني، 381/2

(3)انظر: قواعد الأحكام- العز بن عبد السلام، دار المعرفة، بيروت، 166/2

الفصل الثاني ضمان القاضي

القضاء رمز لسيادة الأمم واستقرارها ، والأمة التي لا قضاء فيها لا حق ولا عدل فيها . والقضاء هو أفضل مظهر يتمثل فيه العدل ، وهو أساس الملك .
وإن علم القضاء من أجل العلوم قدراً وأشرفها مركزاً . وهو من وظائف الأنبياء و المرسلين .

قال تعالى : ﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴾ [سورة ص : 26] .

وقد تولى رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء والفصل بين الناس ، فأرسى دعائم العدل ونشر الحق ، وأسس دستور القضاء .
ووظيفة القاضي من أسمى الوظائف وأنبأ الأعمال ، وذلك لأن ثمرة عمل القاضي هي العدل والاستقرار بين الناس .

والأصل أن القاضي يجب عليه أن يقضي بالحق وأن يتحرى العدل . فإن أصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر . وذلك كما يقول عليه الصلاة والسلام : ((إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر))⁽¹⁾
فالقاضي كسائر البشر يصيب ويخطئ . فإن أصاب فقد حصل المقصود ، وإن أخطأ فله أجر . ولكن أحياناً ينتج عن الخطأ عواقب مريرة ، فهل يتحمل القاضي نتيجة خطئه ويضمن الخطأ أم لا ؟!

وإذا قلنا بأنه يضمن ، فمن يتحمل الضمان ؟ . كل هذه الأسئلة لا بد من الإجابة عنها . وسأقوم في هذا الفصل ببيان المسألة إن شاء الله تعالى .
وذلك في المباحث التالية :

⁽¹⁾ صحيح البخاري – كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة – باب : أجر الحاكم إذا اجتهد – رقم الحديث 6919 .

صحيح مسلم – كتاب الأفضية – باب : بيان أجر الحاكم إذا اجتهد – رقم الحديث 1716

- تمهيد : بيان حقيقة القاضي .
- المبحث الأول : ضمان القاضي في حكمه :
- المطلب الأول : الضمان في جور القاضي في حكمه .
 - المطلب الثاني : الضمان في خطأ القاضي في حكمه .
- المبحث الثاني : ضمان القاضي في التعزير وإتلاف المنكرات .
- المطلب الأول : ضمان القاضي في التعزير .
 - المطلب الثاني : ضمان القاضي في إتلاف المنكرات .

تمهيد : بيان حقيقة القاضي :

سأتكلم في هذا التمهيد عن تعريف القضاء وشروط القاضي . وذلك في الفروع التالية :

1 - تعريف القضاء .

2 - مشروعية القضاء .

3 - شروط القاضي .

أولاً - تعريف القضاء :

القضاء : الحكم .

واستقضي فلان : أي جعل قاضياً يحكم بين الناس .

وأصل القضاء : القطع والفصل . يقال : قضى يقضي قضاءً فهو قاضٍ ، إذا

حكم وفصل .

وقضاء الشيء : إحكامه وإمضاؤه والفراغ منه .

ومنه القضاء للفصل في الحكم . ومثل ذلك قولهم : قد قضى القاضي بين

الخصوم ، أي قد قطع بينهم في الحكم.⁽¹⁾

وأما تعريف القضاء شرعاً : فقد عرفه محمد الخطيب الشربيني الشافعي

بقوله : ((فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى))⁽²⁾.

وقد عرف الفقهاء تعريفات عدة للقضاء ، جميعها تدور حول هذا المعنى

وهو : إظهار حكم الله تعالى في القضية ، وإلزام الخصوم به ، وحماية الحقوق العامة.

وعلى هذا فيمكن تعريف القضاء بأنه : الفصل بين الخصوم في القضية ،

بإظهار حكم الله تعالى فيها ، وإلزام الخصوم بالحكم .

فالقضاء سلطة الفصل بين الخصوم ، لحماية الحقوق ، ولتطبيق الأحكام

الشرعية بين الناس .

(1) لسان العرب - ابن منظور ، دار المعارف ، مصر ، 3665/5

(2) مغني المحتاج - الخطيب الشربيني ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1995 ، 470/4 .

مشروعية القضاء :

ثبتت مشروعية القضاء بالكتاب الكريم والسنة المشرفة و الإجماع .

1 - القرآن الكريم :

في القرآن الكريم آيات كثيرة توجب القضاء ، وتأمّر الأنبياء وغيرهم بالقضاء والحكم بين الناس . أذكر منها :

1- قوله تعالى : ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنَ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا ﴾ [سورة النساء: 105]

أي إن الله عز وجل أنزل الكتاب على محمد عليه الصلاة و السلام ليحكم وليقضي بين الناس بالحق . يقول الطبرسي : ((إنا أنزلنا إليك يا محمد القرآن لتحكم بين الناس بما أعلمك الله في كتابه . ولا تكن لمن خان مسلماً أو معاهداً في نفسه أو ماله ، خصيماً يدافع من طالبه عنه بحقه الذي خانه فيه ، ويخاصم .))(1).

2 - وقوله تعالى : ﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ [سورة ص: 26] .

فهذه الآية تجعل القضاء جزءاً من مهمة الرسل . ووظيفة لازمة لخليفة الله في الأرض .

يقول ابن كثير : ((هذه وصية من الله عز وجل لولاة الأمور أن يحكموا بين الناس بالحق المنزل من عنده تبارك وتعالى ، ولا يعدلوا عنه فيضلوا عن سبيل الله))(2)

وهناك الكثير من الآيات القرآنية تدل على مشروعية القضاء . لا مجال لذكرها هنا .

2- السنة الشريفة :

(1) مجمع البيان-الطبرسي، مؤسسة الأعلمي، بيروت، ط3، 182/1995 .

(2) تفسير ابن كثير- ابن كثير، دمشق، دار المعرفة، بيروت، 32/4 .

الاستدلال بالسنة الشريفة على القضاء يكون بالقول والفعل . فقد وردت عدة أحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، تحت على القضاء وتأمراً به . وأيضاً فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاضياً بين الناس يفصل بينهم في المنازعات و يبين حكم الله لهم .

ومن الأحاديث التي وردت في القضاء :

1 - قوله صلى الله عليه وسلم : « إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران ، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر واحد »⁽¹⁾.

يقول ابن حجر العسقلاني : ((يشير إلى أنه لا يلزم من رد حكمه أو فتواه إذا اجتهد فأخطأ أن يأثم بذلك ، بل إذا بذل وسعه أجر ، فإن أصاب ضوعف أجره))⁽²⁾.

وهذا أجر القاضي وجواز عمله ومشروعيته .

2- وقوله عليه الصلاة والسلام : « إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار »⁽³⁾.

فهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يجلس قاضياً بين الناس ، ويسمع من هذا وذاك ، ليقضي بين الناس بحكم الله تعالى . فالرسول عليه الصلاة والسلام بعث قاضياً ومعلماً أيضاً .

فهذه شواهد من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم على مشروعية القضاء ، وهناك أحاديث كثيرة عن رسول الله تأمر بالقضاء ، وأنه أمرٌ إلهي واجب على الناس أن يقوموا به ، ليبيّنوا حكم الله تعالى على أرضه .

كما أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أرسل عدة قضاة إلى البلاد الإسلامية . فمن ذلك مثلاً :

(1) تقدم تخريجه في الصفحة 81

(2) فتح الباري - ابن حجر - دار الفكر ، بيروت ، ط 1 ، 15 / 257 .

(3) صحيح البخاري - كتاب الأحكام ، باب : موعظة الإمام للخصوم ، رقم الحديث 6748 . صحيح مسلم - كتاب الأفضية - باب : الحكم بالظاهر واللحن بالحجة ، رقم الحديث 1713 .

- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن. قال كيف تقضي إذا عرض لك القضاء . قال : أقضي بكتاب الله قال : فإن لم تجد . قال : فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال : فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله . قال : اجتهد رأيي ولا آلو . فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله . (1)

3- الإجماع :

أجمع الفقهاء على مشروعية القضاء ، ولم يخالف منهم أحد . وقد أوردوا له كتاباً خاصاً في كتبهم الفقهية ، كما أن الصحابة رضوان الله عليهم قد أمروا به ، وتولاه عدد منهم .

وقد عين الخلفاء الراشدون ومن بعدهم قضاة في سائر البلاد الإسلامية . فمثلاً لما تولى الخلافة سيدنا أبو بكر الصديق رضي الله عنه عين سيدنا عمر بن الخطاب قاضياً . وكذلك لما تولى سيدنا عمر القضاء عين أبا الدرداء قاضياً في المدينة ثم أرسله إلى دمشق ، كما عين أبا موسى الأشعري قاضياً على البصرة . وكان كتابه الذي أرسله إليه من أنفس الكتب في القضاء ، حيث تلقاه العلماء بالقبول و الشرح .

يقول عمر رضي الله عنه في كتابه إلى أبي موسى الأشعري : ((إن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ، فافهم إذا أدلي إليك ، فإنه لا ينفع تكلم حق لا نفاذ له ، وآس بين الناس في وجهك ومجلسك وقضائك ، حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يبأس ضعيف من عدلك ، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.....)) (2)

(1) سنن أبي داود - كتاب الأفضية - باب : اجتهاد الرأي في القضاء - رقم الحديث : 3592 .

(2) سنن البيهقي الكبرى - كتاب آداب القاضي ، باب : لا يحيل حكم القاضي على المقضي له . سنن الدار قطني - كتاب الأفضية والأحكام ، باب : كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري ، رقم 15 .

شروط القاضي :

القضاء جزء من الولاية العامة ، التي يجب على الإمام القيام بها ، وهو منصب هام وخطير .

لأنه السبيل إلى إقامة أحكام الله تعالى بين الناس في خصوماتهم . ولهذا فقد اشترط الفقهاء عدة شروط في القضاء وهي :

1- أن يكون القاضي مسلماً : وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [سورة النساء: 141]

فالقضاء من الولاية ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم . وأيضاً فلأن القضاء عمل القصد منه تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بين الناس ، وغير المسلم جاهل بهذه الأحكام .⁽¹⁾

2- أن يكون القاضي بالغاً عاقلاً : لأن الصغير أو المجنون أو المعتوه لا ولاية له على نفسه ، فمن باب أولى أن لا يكون له ولاية على المسلمين . ويشترط أن يكون أيضاً ناضجاً عاقلاً متفهماً قادراً على التمييز والحكم ، يتوصل بذكائه إلى وضوح المشكل وحل المعضل.⁽²⁾

3- أن يكون القاضي حراً : فلا يولى العبد القضاء ، لأنه لا ولاية له.⁽³⁾

4- أن يكون القاضي سليم الحواس : بأن يكون سميعاً بصيراً متكلماً ، فلا يولى أصم لأنه لا يفرق بين إقرار وإنكار . ولا يولى أعمى لأنه لا يعرف الطالب من المطلوب . ولا يولى أخرس وإن فهمت إشارته .⁽⁴⁾

(1) انظر: شرح فتح القدير - الكمال بن الهمام، دار الفكر، بيروت، 7 / 253.

بداية المجتهد - ابن رشد، دار الفكر، بيروت، ط1995، 377/2.

مغني المحتاج - الخطيب الشربيني، دار الفكر، ط1995، 474/4 .

المغني - ابن قدامة المقدسي ، دار الحديث القاهرة ، ط1996 ، 500/13 .

(2) انظر: شرح فتح القدير مع الهداية - الكمال بن الهمام ، 253/7

بداية المجتهد - ابن رشد ، 377/2 - المغني المحتاج - الشربيني ، 474/4 .

المغني - ابن قدامة المقدسي ، 500/13

(3) المراجع السابقة .

(4) المراجع السابقة .

5- العدالة : والعدالة : ملكة في النفس تمنع من اقتراف الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر . فيجب في القاضي أن يكون عادلاً أميناً على حقوق الناس . أما الفاسق فلا يجوز أن يتولى القضاء ، لأنه ليس أميناً على نفسه في دينه ، فكيف يكون أميناً على حقوق الناس .

وذلك لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾ [سورة الحجرات: 6] .

فإنه عز وجل أمر بالتبين عند قول الفاسق ، ولا يجوز أن يكون الحاكم ممن لا يقبل قوله ويجب التبين عند حكمه . ولأن الفاسق لا يجوز أن يكون شاهداً فلأن لا يكون قاضياً أولى⁽¹⁾ .

وذهب الحنفية إلى القول : بأن الفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصلح . إلا أنه ينبغي أن لا يتولى القضاء⁽²⁾ .

وإذا ولي الإمام قاضياً عادلاً ففسق فإنه يجب عزله⁽³⁾ . يقول ابن الهمام الحنفي : ((ولو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ رشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل ...))⁽⁴⁾ .

6 - الذكورة :

ذهب المالكية و الشافعية والحنابلة إلى القول بأن الذكورية شرط في القضاء . فلا يجوز أن تولى المرأة القضاء . وذلك للأسباب التالية:

1- قول النبي عليه الصلاة و السلام : « ما أفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة »⁽⁵⁾ .

والقضاء هو من الولاية، فلا يجوز أن يكون للمرأة .

(1) المراجع السابقة .

(2) انظر: فتح القدير مع الهداية - ابن الهمام ، 253/7 .

(3) شرح فتح القدير - ابن الهمام، 254/7 . بداية المجتهد - ابن رشد ، 377/2 .

(4) شرح فتح القدير - ابن الهمام ، 254/7 .

(5) صحيح البخاري - كتاب المغازي - باب : كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى كسرى وقيصر، رقم الحديث 4163 .

2 - لأن القاضي يحضره محافل الخصوم و الرجال ويحتاج فيه إلى كمال الرأي والفتنة . والمرأة ناقصة عقل تغلبها العاطفة ، وهي ليست أهلاً لهذا .
3 - لم يول النبي صلى الله عليه وسلم امرأة قط . وهذا دليل على عدم الجواز.(1)

وذهب الحنفية إلى القول بأن الذكورية تشترط في حالات ولا تشترط في حالات أخرى . فأجازوا تولي القضاء للمرأة في كل شئ تصلح فيه شهادتها . ولكنها لا تقضي في الحدود و القصاص ، لأنه لا شهادة لها فيهم . واستدلوا لهذا بما يلي :

1- إن القاضي منفذ ومخبر عن الحكم الشرعي ، كالإفتاء و الشهادة . فيجوز أن يكون امرأة .

2- إن القاضي أجير ، والأجير يكون رجلاً كما يكون امرأة .

3- إن الحديث الذي استدل به الشافعية على قولهم ، سببه حادثة تمليك فارس عليهم امرأة. قالوا فسبب الحديث موضوع معين يتعلق بالحادثة وهي الحكم لا القضاء .(2)

وعلى هذا فقول الحنفية يدور على قياس القضاء على الشهادة . وأن أهلية القضاء كأهلية الشهادة . وهذا القياس فيه نظر . وأيضاً فإن تفسير الحديث كما فسروه لا يصح ، إذ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . وعلى هذا فرأي المالكية و الشافعية والحنبلة هو الراجح . والله أعلم .

7- الاجتهاد :

الاجتهاد: هو استقراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية من أدلتها الأصلية .

(1) انظر: بداية المجتهد - ابن رشد ، 377/2 . مغني المحتاج - الشربيني ، 474/4 .

المغني - ابن قدامه المقدسي ، 500/13 .

الحاوي الكبير - الماوردي ، دار الفكر ، 220/20 .

(2) انظر: شرح فتح القدير - الكمال ابن الهمام ، 252/7 .

والاجتهاد شرط للقضاء عند جميع الفقهاء . فلا يجوز تولي قاضٍ غير مجتهد. فلا يولّى القضاء الجاهل بالأحكام الشرعية⁽¹⁾.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الاجتهاد لا يشترط في متولي القضاء . بل يجوز أن يتولى القضاء مقلد . لأنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره . و القصد من القضاء وهو إيصال الحقوق إلى أصحابها و القضاء بحكم الله يحصل به ، وأن العلم بالحلال و الحرام شرط نذب واستحباب . وفي هذا العصر من الصعب وجود مجتهد.⁽²⁾

والمجتهد هو من يعرف الكتاب والسنة ، والخاص والعام ، والمجمل والمبين ، ولسان العرب ولغتهم ، وأصول الفقه ، والناسخ والمنسوخ ، وأقوال العلماء ، والقياس والإجماع .

يقول ابن قدامة المقدسي : ((فمن شرط الاجتهاد معرفة ستة أشياء : الكتاب والسنة والإجماع والاختلاف والقياس ولسان العرب . . .))⁽³⁾

ودليل من اشترط الاجتهاد في القاضي :

1- قوله تعالى : ﴿ وَأَنْ أَحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ [سورة المائدة: 49] ، ولم يقل له أن يحكم بالتقليد .

2- قوله عليه الصلاة والسلام « القضاة ثلاثة : واحد في الجنة واثنان في النار ، فالذي في الجنة رجلٌ عرف الحق فقاضى به ، ورجل عرف الحق فجار عنه فهو في النار ، ورجل قضى بين الناس على جهل فهو في النار .. »⁽⁴⁾

(1) انظر: شرح فتح القدير مع الهداية ابن الهمام ، 252/7 .

بداية المجتهد - ابن رشد ، 377/2 .

مغني المحتاج - الشربيني ، 474/4 . الحاوي الكبير- الماوردي ، 224/20 .

- المغني - ابن قدامة ، 503/13 .

(2) انظر: شرح فتح القدير - ابن الهمام ، 256/7 .

(3) المغني : ابن قدامة ، 504/13 .

(4) سنن الترمذي - كتاب الأحكام - باب ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في القاضي - رقم الحديث 1322 .

سنن أبي داود - كتاب الأفضية - باب في القاضي يخطئ - رقم الحديث 3573 .

قال الهيثمي : رجال الحديث رجال الصحيح .

مجمع الزوائد - الهيثمي - دار الريان ، ط1407هـ ، 196/4 .

وهذا الحديث يدل على دخول العامي في الوعيد لأنه قضى عن جهل .
 3- لأن الحكم أكد من الفتيا ، لأن الحكم هو إفتاء وإلزام ، فإذا كان شرط
 المفتي أن يكون مجتهداً فالقاضي أولى من هذا . (1)
 والذي يبدو من هذا أن الاجتهاد شرط لازم في القاضي ، لقوة الأدلة التي
 استدلت بها من يشترط الاجتهاد . كما أنه لم يرد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 أو الخلفاء الراشدين من بعده ، أن ولّوا قضاة ليسوا بمجتهدين بل كانوا يسندوا
 القضاء إلى أعلم الناس وأفقههم وأزهدهم .

(4) انظر: مغني المحتاج - الشربيني ، 474/4 . // الحاوي الكبير - الماوردي ، 224/2 .
 - المغني - ابن قدامة المقدسي ، 503/13 .

المبحث الأول :
ضمان القاضي في حكمه

ويتضمن المطلوبين التاليين :

- المطلب الأول : الضمان في جور القاضي في حكمه .**
- المطلب الثاني : الضمان في خطأ القاضي في حكمه .**

المطلب الأول : الضمان في جور القاضي في حكمه :

الأصل أن القاضي نائب عن الله عز وجل في أحكامه على الأرض . فالله عز وجل منزل التشريع ، والقاضي نائب عنه في تنفيذ هذا التشريع على الناس .
والأصل أيضاً أن القاضي لا يقضي إلا بالحق والعدل . وإلا لما كان نائباً عن الله تعالى . يقول الله تعالى : ﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ... ﴾ [سورة ص:26]
فعلى القاضي ألا يتبع الأهواء و الشهوات في قضاؤه ، وعليه أن يراقب الله عز وجل في كل أحكامه . ولينذكر قوله تعالى : ﴿ سَتُكْتَبُ شَهَادَتُهُمْ وَيُسْأَلُونَ ﴾ [سورة الزخرف: 19] .

وقوله تعالى : ﴿ مَا يَلْفِظُ مِنْ قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ ﴾ [سورة ق: 18]
ولكن بعض القضاة أحياناً ينساقون وراء أهوائهم ومطامعهم الدنيوية ويغريهم المال، وتغريهم المكاسب المادية ، فيجرهم تيار الدنيا نحو الهاوية . ويقضي هؤلاء القضاة بالظلم والجور ، غير مباليين بغضب الله عز وجل .
فإذا قضى القاضي بالظلم وهناك حرمانات الله تعالى واعتدى على الناس ، ماذا يكون عقابه وضمانه في الدنيا ؟ بغض النظر عن عقابه الأليم في الآخرة عند الله تعالى الملك الحق .

وسأبين في هذا المبحث حكم القاضي الظالم وضمانه . إن شاء الله تعالى .
* القاضي إذا قضى على زيدٍ من الناس ظلماً وعدواناً ، كأن يقيم عليه حد الزنا بالرجم رغم أنه بريء منه والقاضي يعلم هذا . أو أن يقطع يده رغم أنه لا أصل له بالسرقه والقاضي يعلم ذلك . أو أن يأخذ منه مالاً، أو يطلق زوجته، أو غير ذلك بغير حق ، فما عقوبة هذا القاضي وكيف ضمانه ؟ .

ذهب الحنفية إلى القول : بأن القاضي إذا قضى بالظلم والجور، وأدى هذا إلى إتلاف نفس أو عضو ضمن القاضي دية النفس أو العضو من ماله الخاص . ولا تحمل العاقلة ولا بيت مال المسلمين شيئاً من الدية، وذلك عقوبة للقاضي على ظلمه.

وإذا قضى بمال وجب رد هذا المال لصاحبه ، وضمنه القاضي من ماله .
 بالإضافة لذلك يعزر القاضي ويعزل عن القضاء .⁽¹⁾
 يقول ابن عابدين : ((... وإن تعدد الجور كان ذلك في مال القاضي سواء
 كان في مال أو حد ترتب عليه تلف نفس أو عضو ...))⁽²⁾.
 وذهب الشافعية إلى القول بأن : القاضي إذا قضى على خلاف الشرع عمداً
 فيعاقب كما يعاقب سائر الناس . شأنه كشأنهم . فيقتص منه إذا أزهق نفساً .
 ويضمن الدية إذا أتلّف عضواً . كما يضمن مالا إذا قضى بالمال⁽³⁾.
 يقول الغزالي : ((... والإمام كسائر الناس فيما يتعاطاه لا في معرض
 الحكم . أو في معرض الحكم على خلاف الشرع عمداً ...))⁽⁴⁾. والقاضي نائب
 عن الإمام في الحكم والقضاء . أي أن الإمام كسائر الناس في أحواله إذا كان في
 غير مكان الحكم . وكذلك هو كسائر الناس إذا كان في معرض الحكم ولكن قضى
 بالظلم والجور .
 وإذا قصر القاضي في عمله وحكمه ، كما لو أقام الحد على حامل وهو عالم
 به ، فألقت جنيناً وجب عليه ضمان غرة الجنين على عاقلته، وذلك لتقصيره في
 عمله⁽⁵⁾.

(1) انظر: حاشية ابن عابدين – ابن عابدين ، دار الفكر بيروت ، ط2 1386 ، 51/7 .

حاشية ابن عابدين-ابن عابدين، 418/5.

(2) حاشية ابن عابدين – ابن عابدين ، 52-51/7 .

(3) انظر: الوسيط – الغزالي ، دار السلام ، ط1 1417 ، 542 /6 .

تحفة المحتاج – شهاب الدين الرملي، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 1996 م ، 570/11 .

حواشي الشرواني – عبد الحميد الشرواني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 1996 م ، 570/11 .

(4) الوسيط – الغزالي ، دار السلام ، 542/6 .

(5) انظر: تحفة المحتاج مع حواشي الشرواني – شهاب الدين الرملي، دار الكتب العلمية ، بيروت ط1

1996 م ، 570/11 .

حواشي الشرواني مع تحفة المحتاج – عبد الحميد الشرواني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ط1

1996 م ، 570/11 .

وكذلك فإن الحنابلة يقولون بأن القاضي إذا تعدد الجور يعاقب معاقبة غيره من الناس . وهو كواحد منهم يقول ابن قدامه : ((الحاكم إذا دخل على رجل بالقتل عالماً بذلك متعمداً فقتله واعترف بذلك وجب القصاص ...))⁽¹⁾ أي أن القاضي إذا تعدد الحكم على رجل بالقتل وهو بريء ، وقتل هذا الرجل فيقام القصاص على القاضي .

- وعلى هذا فالقاضي إذا قضى بالجور والظلم وجب نقض حكمه ، ووجب عليه أن يتحمل ظلمه ويضمنه . بالإضافة للعقوبة الموجعة التي يستحقها . يقول ابن فرحون المالكي : « وعلى القاضي إذا أقر بأنه حكم بالجور أو ثبت عليه ذلك بالبينة العقوبة الموجعة التي يستحقها ، ويُعزل ويُشهر ويُفصح ولا تجوز ولايته أبداً ولا شهادته وإن صلحت حاله وأحدث توبة لما اجترم في حكم الله تعالى ... »⁽²⁾

المطلب الثاني :

الضمان في خطأ القاضي في حكمه :

لا أحد معصوم عن الخطأ إلا الأنبياء ، وكلنا معرضون للخطأ ، والله عزّ وجلّ لا يحاسبنا على أخطائنا وهفواتنا ، وإنما يحاسبنا إذا استمرينا على هذا الخطأ رغم بيان ووضوح أمره لنا . والقاضي كأحد الناس معرض للخطأ . والرسول الكريم عليه الصلاة والسلام يقول : « إذا حكم القاضي فاجتهد فأصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر . »⁽³⁾

فقد يخطئ القاضي في حكمه، فيحكم على زيدٍ من الناس خطأً ، فالأحكام كثيرة والأدلة كثيرة ، فما العمل والحل إذا ظهر هذا الخطأ واستبان ؟ ومادا يجب

(1) انظر: المغني - ابن قدامه المقدسي ، دار الحديث ، مصر ، 339/11 .

كشاف القناع - منصور البهوتي، دار الفكر ، بيروت ، ط 1402 ، 360/6 .

(2) تبصرة الحكام - ابن فرحون المالكي ، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ط 1986 م ، 88/1 ، 308/2 .

(3) سبق تخريجه في ص 81

على القاضي ؟ . مع العلم أن هذا الخطأ قد يكون متعلقاً بحقوق الله عزّ وجلّ ، وقد يكون متعلقاً بحقوق العباد . ولكل حالة حكم معين .
وسأبين في هذا المبحث حكم خطأ القاضي وماذا يجب عليه في خطئه ، وذلك في المطلبين التاليين إن شاء الله تعالى .

الفرع الأول : الخطأ المتعلق بحقوق الله عزّ وجلّ :

حق الله تعالى أمره ونهيه :

فالتكاليف على ثلاثة أقسام : حق الله تعالى فقط كالإيمان وتحريم الكفر

: حق العباد فقط كالدين والأثمان .

: وحق مختلف فيه بين حق لله وحق للعبد وذلك

كحد القذف.

ونعني بحق الله عز وجل ما لا يسقط بالإسقاط . فإذا أسقطه العبد لا يسقط ولا يعتبر رضاه ومثال ذلك :

حد السرقة فهو من حقوق الله تعالى ، فانه عز وجل حرم السرقة صوتاً لمال الناس ، فلا يجوز للمسروق منه أن يسقط حد السرقة على السارق ، فلا يُعتبر رضاه بذلك ولا يعتبر إسقاطه .

ومثل حد السرقة : حد الشرب ، وحد الزنا ، وحد الحرابة .

فهذه الحدود إذا ثبتت وجب أن يقام الحد على الجاني ولا يجوز إسقاط هذا الحد ، لأنه حق لله تعالى⁽¹⁾ . وأيضاً يتميز حق الله تعالى أن يسقط بالشبهة ، فمثلاً إذا تزوج شخص مطلقته ثلاثاً ودخل بها يقع الزواج باطلاً ، ويكون الدخول حراماً ، ولكن يسقط حد الزنا بالشبهة .

فالقاضي قد يخطئ في حكم متعلق بحقوق الله عز وجل وذلك كقضاء القاضي بحد الزنا على زيد من الناس ، أو قضائه بالسرقة أو بشرب الخمر أو غير ذلك ، ثم يظهر خطأ هذا الحكم . وعند قضاء القاضي بهذا الحكم ، قد ينفذ هذا

(1) انظر: الفروق - القرافي . دار السلام ، القاهرة . ط 1 ، 2001 ، 269/1 .

الحكم ويستوفى ثم يظهر الخطأ، وقد يظهر الخطأ قبل تنفيذ الحكم ، ولكل مسألة حكم. وسأبين ذلك في المسألتين التاليتين :

المسألة الأولى : إذا أمكن تدارك الخطأ :

وصورة هذه المسألة هي : أن يقضي القاضي على زيدٍ من الناس بقطع يده لأنه سرق . وقبل أن يقام الحد وتقطع يده ، تبين خطأ القاضي في هذا الحكم . وذلك لأن هذه الأشياء المسروقة تبين أن فيها شبهة ملك وأن زيداً قد سرق مالاً مشتركاً بينه وبين شريكه . وهذا لا يُحكم فيه بقطع اليد .

ومثال آخر : أنه قد قضى القاضي على زيدٍ من الناس بأنه زنا وحكم عليه بالرجم ، وقبل أن يقام الحد عليه ويُرجم . تبين أن هذا الحكم خطأ . وأن المرأة المزني بها هي جارية لزيد . وعلى هذا فلا يُحكم عليه بالزنا والرجم .

ففي مثل هذه المسائل إذا ظهر خطأ القاضي قبل أن يقام الحد ويُنفذ الحكم ، فإن هذا الحكم يُعتبر باطلاً ويرد إلى حاله ، وذلك لأن قضاء القاضي هنا يعتبر باطلاً ولا يقع في محله ، ويلغى الحكم ولا شيء على القاضي .

المسألة الثانية : إذا لم يمكن تدارك الخطأ :

وصورة هذه المسألة هي كالصورة في سابقتها ، إلا أنه في المثال الأول يحكم القاضي بسرقة زيدٍ من الناس وتقطع يده ثم يظهر الخطأ . وفي المثال الثاني يحكم القاضي بزنا زيدٍ ويُرجم ثم يظهر الخطأ ، فما الحكم في هذه المسألة ؟ وما الضمان ؟ وعلى من ؟ .

في هذه الحالة يضمن القاضي الدية ، ففي المثال الأول يضمن دية اليد ، وفي المثال الثاني يضمن القاضي دية النفس ، ولكن القاضي لا يضمن الدية في ماله الخاص بل يحمل الدية عنه بيت مال المسلمين، وهذا باتفاق الفقهاء .

وفي رواية عند الحنابلة . تتحمل العاقلة الدية . ولكن الراجح هو أن يتحمل الدية بيت مال المسلمين كما قال الفقهاء .

وذلك لأن عمل القاضي يعود لعامة المسلمين ، لعود المنفعة إليهم وهي الزجر ، فكان خطؤه عليهم ، فيؤدى من بيت مالهم .

وأيضاً فلأن الخطأ يكثر في أحكام القاضي واجتهاده ، وإيجاب الضمان عليه أو على عاقلته مجحف بهم ، ولأن القاضي نائب عن الله عز وجل في أحكامه فكان خطؤه في مال الله تعالى ، فلا يضمن القاضي ولا الجلاذ لأنه عمل بأمر القاضي، هذا إذا ترتب على الحكم الخطأ تلف نفس أو عضو ، أما إذا لم يترتب على الخطأ تلف فلا شيء على القاضي ويكون ذلك هدرًا . وذلك كالجلد مثلاً ، فإذا جلد القاضي شخصاً ثم تبين له الخطأ فلا يضمن القاضي ولا بيت المال و ذلك الجلد يكون هدرًا (1) .

يقول ابن عابدين عندما تكلم عن خطأ القاضي : «... وإن كان في حد فإن ترتب عليه تلف نفس أو عضو فخطؤه في بيت المال، وإن لم يترتب عليه شيء من ذلك كالجلد فهدر كذا عند الصحابين ...» (2)

الفرع الثاني : الخطأ المتعلق بحقوق العباد:

حق العباد أي مصالحهم . وحق العباد كالديون والأثمان . ونعني بحق العبد أنه لو أسقط لسقط ، هذا إذا كان حقاً محضاً للعبد . ولكن لا يوجد حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى وهو أمره جل جلاله بإيصال ذلك الحق إلى مستحقه فيوجد حق لله تعالى محضاً دون حق العبد ، ولا يوجد حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى . وضابط التمييز بين الحقين :

أن حق الله تعالى لا يسقط بالإسقاط ، أما حق العبد فيسقط بالإسقاط ومثال حق العبد : القرض فإذا أسقط القرض عن المقترض سقط . (3)

يقول القرافي : « وقد يوجد حق الله تعالى وهو ما ليس للعبد إسقاطه، ويكون معه حق العبد، كتحريمه تعالى لعقود الربا والغرر والجهالات فإن الله عز وجل إنما

(1) انظر: حاشية ابن عابدين . - ابن عابدين ، 51/7 .

بدائع الصنائع الكاساني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط2 1982 ، 16/7 .

الوسيط الغزالي ، دار السلام ، ط1417هـ ، 542/6 .

تحفة المحتاج مع حواشي الشرواني - الرملي ، 570/11 .

المغني - ابن قدامه المقدسي ، دار الحديث ، ط1 1416هـ ، 571/11 .

(2) حاشية ابن عابدين - ابن عابدين ، 51/7 .

(3) انظر: الفروق ، القرافي ، 269/1 .

حرمهما صوتاً لمال العبد عليه ، وصوناً له عن الضياع بعقود الغرر والجهل، فلا يحصل المعقود عليه ، أو يحصل ديناً أو نذراً حقيراً فيضيع المال ، فحجر الرب تعالى برحمته على عبده في تضييع ماله الذي هو عونه على أمر دنياه وآخرته ، ولو رضي العبد بإسقاط حقه في ذلك لم يؤثر رضاه . وكذلك حجر الرب تعالى على العبد بإلقاء ماله في البحر وتضييعه من غير مصلحة ، ولو رضي العبد بذلك لم يعتبر رضاه » (1)

المسألة الأولى : إذا حصل بالخطأ ضرر مالي :

فإذا قضى القاضي على زيد من الناس بحكم ، وترتب على هذا الحكم ضرر مالي لزيد . كأن يقضي القاضي بان يدفع زيد لعمر مبلغاً من المال . ثم تبين أن هذا الحكم قد اخطأ به القاضي .
فالتفصيل كالآتي:

إذا كان هذا المال قائماً أي لم يستهلك رده القاضي على المقضي عليه . وذلك لأن قضاءه وقع باطلاً ، ورد عين المقضي به ممكن فيلزمه رده . وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : ((ثم على اليد ما أخذت حتى تؤديه)) (2)
وأيضاً لأن هذا المال هو عين مال المدعى عليه . ومن وجد عين ماله فهو أحق به . وأما إذا كان المال هالكاً ضمن القاضي قيمته ورجع بذلك على المقضي له . وذلك لأن القاضي عمل له فكان خطؤه عليه ، ليكون الخراج بالضمن (3)
هذا إذا كان الخطأ في المال من حقوق العباد.

المسألة الثانية : إذا ترتب على الخطأ ضرر غير مالي :

وصورة ذلك : كأن يقضي القاضي على زيد من الناس بطلاق زوجته مثلاً . والطلاق ضرر غير مالي . ثم يظهر أن هذا الحكم خطأ . أو أن يقضي القاضي بالظهار أو غير ذلك .

(1) الفروق ، القرافي ، 269/1 .

(2) تقدم تخريجه في ص 27

(3) انظر: حاشية ابن عابدين - ابن عابدين ، 51/7 .

حاشية ابن عابدين - ابن عابدين ، 418/5 .

فهنا يبطل هذا القضاء . وترد المرأة إلى زوجها . وكأن الحكم شيء لم يكن .
ولا ضمان في ذلك لأن هذه الأحكام لا تؤدي إلى تلف . فكان خطأ الحكم مقدوراً
على تصحيحه . وذلك بأن يلغى وتعود المسألة لأصلها وحالتها السابق .
وأما إذا لم يمكن الرد . كأن قضى القاضي بالقصاص واقتص منه ، فهنا لا
يقتص من المقضي له بل تصبح صورة القضاء شبهة مانعة وتجب الدية في مال
المقضي له⁽³⁾

⁽³⁾ انظر المراجع السابقة .

رأي القانون :

إذا تضرر أحد المتخاصمين في دعوى ما من مخالفة القاضي لأحكام القانون فللمتضرر الحق مبدئياً في مطالبة القاضي بالتعويض ، و لا تقتصر دعوى المخاصمة على تعويض المتضرر من قبل القاضي وإنما قد تمتد إلى حكم القاضي ((المدعى عليه)) المخالف للقانون وإلغائه.

لكن الشرع لم يجعل القاضي مسؤولاً مسؤولية مدنية عن جميع الأخطاء القانونية التي يرتكبها أثناء أداء واجباته ، فوضعت أصول وقواعد خاصة يجب مراعاتها في الدعوى المقامة على القاضي، وتشمل دعوى المخاصمة قضاة الحكم وقضاة النيابة العامة على السواء .

فقد نصت المادة (486) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري على

ما يلي :

تقبل مخاصمة القضاء وممثلي النيابة العامة في الأحوال الآتية :

أ - إذا وقع من القاضي أو ممثل النيابة في عملها غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم .

ب - إذا امتنع القاضي عن الإجابة على استدعاء قدم له أو عن الفصل في قضية جاهزة للحكم .

ج - في الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي و الحكم عليه بالتضمينات⁽¹⁾.

فبناءً على هذه المادة نرى أن القانون أجاز رفع دعوى من الشخص ضد القاضي ، إذا ظلمه القاضي أو جار عليه، أو تسبب له بضرر أو تلف، عمداً أم خطأً. وحصراً القانون أسباب مخاصمة القضاة بالأسباب التالية :

1- إذا وقع من القاضي أو ممثل النيابة في عملها غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم .

(1) قانون أصول المحاكمات - إعداد ممدوح عطري ، مؤسسة النوري ، دمشق ، ص 213

2- إذا امتنع القاضي عن الإجابة عن استدعاء قدم له أو عن الفصل في قضية جاهزة الحكم .

3- في الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتضمنيات، ويشمل هذا السبب جميع الحالات التي توجب قانوناً مسؤولية القاضي الجزائي أو مسؤوليته المدنية تجاه أحد المتخاصمين في الدعوى. كأن يثبت على القاضي ارتكاب تزوير في إحدى وثائق الدعوى أو أخذه رشوة من أحد الخصوم .

والخطأ المهني الجسيم كما عرفه فقهاء القضاء، واستقر عليه الاجتهاد القضائي هو : الخطأ الفاحش الذي لا يرتكبه القاضي الذي يهتم بعمله اهتماماً عادياً. وإن إهمال وثيقة مبرزة في الدعوى بجلسة علنية، وقبل صدور الحكم وإغفال بحث نتائجها يعتبر خطأ مهنيًا جسيمًا يستدعي إبطال الحكم (1) .

فالقاضي الذي لا يدرس الدعوى بانتباه كاف، ولا يلتفت إلى الوثائق المبرزة في الدعوى يعد قد اخطأ خطأ مهنيًا جسيمًا يستدعي إبطال الحكم وإلزام القاضي بالضمان و التعويض .

ونصت المادة (487) على ما يلي :

((الدولة مسؤولة عما يحكم به من التضمنيات على القاضي أو ممثل النيابة بسبب هذه الأفعال ولها حق الرجوع عليه)(2).

وعلى هذا فالدولة تحمل الضمان الذي يكون بسبب القاضي . ولكن احتفظت الدولة بحق الرجوع إلى القاضي في التعويض .

وبهذا نرى أن القانون السوري وافق الشريعة الإسلامية في خطأ القاضي . فأوجب على القاضي ضمان خطئه . وتعويض الشخص المتضرر ، أو الذي حدث له تلف نفس أو عضو أو مال .

(1) قانون أصول المحاكمات - إعداد ممدوح عطري ، مؤسسة النوري ، دمشق ، ص226

(2) المادة 487 من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري .

ووافق القانون الشريعة أيضاً بأن الدولة أو بيت مال المسلمين هو الذي يحمل الضمان و التعويض، بدلاً عن القاضي، وذلك لأن عمل القاضي يعود لعامة المسلمين. ولأن الخطأ يكثر وفي إيجاب الضمان في مال القاضي إجحاف به .

المبحث الثاني ضمان التعزير

ويتضمن هذا المبحث :

أولاً : تمهيد : تعريف التعزير وبيانه.

المطلب الأول : الضرب في التعزير .

الفرع الأول : بيان مقدار الضرب في التعزير .

الفرع الثاني : ضمان القاضي في ضرب التعزير .

المطلب الثاني : ضمان القاضي في إتلاف المنكرات .

الفرع الأول : الضمان في إتلاف الخمر والخنزير.

الفرع الثاني : الضمان في إتلاف الصليب وآلات الملاهي.

تمهيد : تعريف التعزير وبيانه :

قال ابن منظور في لسان العرب ((العزر: اللوم وعزره يعزره عزراً وعزّره : ردّه .

و التعزير : ضرب دون الحد لمنع الجاني من المعاودة وردعه عن المعصية))⁽¹⁾.

وقال الرازي في مختار الصحاح : ((التعزير : التوقيير والتعظيم . وهو أيضاً التأديب . ومنه التعزير الذي هو ضرب دون الحد))⁽²⁾.
وأما تعريف التعزير اصطلاحاً :

فقد عرف ابن عابدين في الحاشية التعزير بأنه: ((تأديب دون الحد))⁽³⁾.
وعرفه الخطيب الشربيني في مغني المحتاج بأنه : ((تأديب عن ذنب لا حد فيه ولا كفارة.))⁽⁴⁾

وقال ابن قدامة المقدسي الحنبلي « التعزير هو العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها كوطء الشريك الجارية المشتركة ، أو أمته المزوجة ، أو جارية ابنه ، أو وطء امرأته في دبرها ، أو حيضها أو وطء أجنبية دون الفرج ، أو سرقة مال دون النصاب ، أو من غير حرز ، أو النهب أو الغصب أو الاختلاس ، أو الجناية على إنسان بما لا يوجب حداً ولا قصاصاً ولا دية ، أو شتمه بما ليس بقذف و نحو ذلك يسمى تعزيراً ، لأنه منع من الجناية »⁽⁵⁾ .

ونرى أن هذه التعاريف قريبة من بعضها وتحمل نفس المعنى ، مع ملاحظة أن الشريعة الإسلامية لم تحدد عقوبة على جرائم التعازير كما فعلت في الجرائم الموجبة للحدود ، والقصاص والدية ، وإنما نصت على ما كان ضاراً بصفة دائمة

(1) لسان العرب – ابن منظور ، دار المعارف ، 4 / 2924 ، مادة عزر .
(2) مختار الصحاح – محمد بن أبي بكر الرازي ، دار ابن كثير و دمشق ، ط1405 ، ص429 ، مادة عزر .
(3) حاشية ابن عابدين – ابن عابدين – دار إحياء التراث العربي ، بيروت ط1419 هـ ، 6/74-

(4) مغني المحتاج – الخطيب الشربيني ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1415 ، 4 / 238 .
(5) المغني – ابن قدامة المقدسي ، دار الحديث ، القاهرة ، ط11416 هـ ، 12/467 .

وتركت تحديد العقوبة مفوضاً إلى رأي الإمام أو الحاكم حسب ما يراه من المصلحة.

- وأرى أن تعريف التعزير هو : العقوبة التأديبية المفوضة للإمام والتي لم يرد فيها حد ولا كفارة .

فالتعزير إذاً عقوبة تأديبية شرعت لتأديب المذنب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة فهي متروكة للقاضي يقدرها حسب ما تقتضيه المصلحة .

وضابط موجب التعزير هو : كل من ارتكب منكراً أو آذى غيره بغير حق ، بقول أو بفعل أو بإشارة ، والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ بالكلام ، ولا يجوز قطع شيء من أعضائه ولا جرحه ، وذلك لأن التعزير تأديب والتأديب لا يكون بالإتلاف . والذي يقوم بالتعزير هو ولي الأمر أو نائبه كالقاضي مثلاً .

يقول الشيخ مصطفى الزرقا : « أدنى التعزير نظرة شزر من الحاكم إلى المذنب ، إذا كان الذنب هفوة صغيرة ، والمذنب من ذوي الشرف والمروءات يكفيه للردع هذا القدر .

وإن أعلى عقوبة للتعزير هي الإعدام ، أو القتل ، إذا كان المجرم خطيراً، وتحتاج سياسة قمعه بين الناس إلى هذه الشدة . كما في جرم المتاجرة بتهريب المخدرات اليوم » (1).

ويمكن حصر أسباب التعزير بما يلي :

- 1- كل من يرتكب جرماً ليس فيه عقوبة مقدرة ، وذلك كشهادة الزور .
- 2- كل حد من الحدود لم يجب لفقد ركن من أركانه أو وجود شبهة ، يمكن للقاضي أن يعزره .
- 3- الشروع في ارتكاب الحد . فمن يشرع بالذنب لا يعاقب كمن يذنب به .

(1) المدخل الفقهي - الزرقا ، دار القلم دمشق ط 1 ، 1998 ، 690/2 .

وذلك كما يقول الماوردي : « فإذا جمع المال في الحرز واسترجع منه قبل إخراجہ ضرب أربعين سوطاً ، وإذا نقب الحرز ودخل ولم يأخذ ضرب ثلاثين سوطاً . . . »⁽¹⁾

فهنا الشروع بالسرقة لا يكون عقابه كالسرقة التامة . بل يعزر من يشرع بهذا لعدم معاودته للذنب .

المطلب الأول : الضرب في التعزير :

العقوبات التعزيرية كما مر في التعريف كثيرة ومتنوعة ، وأخص هذا المطلب بالحديث عن الضرب في التعزير ، لأن الضرب هو أكثر العقوبات التعزيرية وجوداً ، ويترتب عليه أحكام كثيرة ذكرها الفقهاء ، وسأتكلم عن هذا المطلب في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : بيان مقدار الضرب في التعزير .

الفرع الثاني : الضمان في ضرب التعزير .

الفرع الأول : بيان مقدار الضرب في التعزير :

ذكرت هذه المسألة هنا لأن لها علاقة بالفرع الثاني الذي سيأتي ، لبيان ما هو التجاوز في التعزير ، والتعزير كما مر موكل إلى الإمام حسب ما يراه وحسب ما تقتضيه المصلحة ، ويكون أيضاً على قدر مراتب الجاني بحسب اجتهاد الحاكم .
وأما قدر الضرب في التعزير :

فقد ذكر بعض الفقهاء من الحنفية وبعض الشافعية ، أن أقل الضرب في التعزير هو ثلاثة أسواط ، وذلك لأن الزجر لا يحصل إلا به ، ولكن الصحيح والذي عليه أكثر الفقهاء أنه لا حد لأقل الضرب في التعزير ، لأن ذلك يقدر بحسب ما يراه القاضي ، وهو يختلف باختلاف الناس ، فمن الناس من يرتدع بسوط واحد ومنهم من لا يرتدع بعشرين سوطاً .⁽²⁾

(1) الأحكام السلطانية ، الماوردي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط 1 1996 ، ص 359 .

(2) انظر: شرح فتح القدير – الكمال بن الهمام ، 349/5 .

يقول الكمال بن الهمام : « ثم قدر الأدنى في الكتاب بثلاث جلدات ، لأن ما دونها لا يقع به الزجر ، وذكر مشايخنا أن أدناه على ما يراه الإمام ، فيقدر بقدر ما يعلم أنه ينزجر لأنه قد يختلف باختلاف الناس ... »⁽¹⁾ .

وأما أقصى قدر للضرب للتعزير فقد اختلف فيه العلماء :

-فقال الإمام أبو حنيفة ومحمد من الحنفية والشافعية وفي رواية عند الحنابلة: «لا يبلغ للتعزير أدنى الحدود المشروعة . وأدنى الحدود المشروعة عند الشافعية هو حد شرب الخمر وهو أربعون جلدة بالنسبة للأحرار ، وعلى هذا فأقصى قدر للتعزير عندهم تسعة وثلاثون سوطاً للأحرار ، وتسعة عشر سوطاً بالنسبة للعبيد ، لأن حد العبد نصف حد الحر .

وعند أبي حنيفة ومحمد أيضاً أقصى قدر للتعزير هو تسعة وثلاثون سوطاً . وذلك لأن حد العبد في الخمر والقذف أربعون سوطاً عندهم . فيكون أدنى التعزير عندهم هو تسعة وثلاثون سوطاً للعبيد والأحرار سواء⁽²⁾ .

فالشافعية نظروا إلى حد الحر بينما الحنفية نظروا إلى حد العبد .

- وذهب أبو يوسف من الحنفية إلى القول : بأن أقصى قدر للتعزير هو خمسة وسبعون سوطاً ، وهو ظاهر الرواية عنه . وذلك لأن أدنى حد مشروع هو ثمانون جلدة للأحرار في حد الخمر والقذف . فأنقص خمسة أسواط عن هذا الحد . وذلك لأنه قال بأن الأحرار هم المقصودون في الخطاب دون العبيد ، والأصل الحرية ، وغيرهم ملحق بهم .

فهو حمل الخطاب على الأحرار بينما حمله أبو حنيفة ومحمد على العبيد .

مغني المحتاج - الخطيب الشربيني 237/4-239 .

⁽¹⁾ شرح فتح القدير - الكمال بن الهمام ، 349/5

⁽²⁾ انظر: حاشية ابن عابدين - ابن عابدين ، دار إحياء التراث العربي ، ط 1419 هـ ، 75/6 .

شرح فتح القدير - كمال الدين بن الهمام ، دار الفكر بيروت ، ط 2 ، 348/5
تحفة المحتاج مع حواشي الشرواني - شهاب الدين الرملي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1
1996 ، 541/11 .

مغني المحتاج - الخطيب الشربيني ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1415 ، 240/4 .

الحاوي الكبير - أبو الحسن الماوردي ، دار الفكر ، ط 1414 ، 349/17 .

وفي رواية عن أبي يوسف وهو قول زفر وهو القياس أن أقصى حد للتعزير

هو تسعة وسبعون سوطاً وذلك بإنقاص سوط من الثمانين.⁽¹⁾
 وذكر الكمال بن الهمام أن سبب اختلاف الرواية عن أبي يوسف ((أنه أمر
 في تعزير رجل بتسعة وسبعين ، وكما يعقد لكل خمسة عقداً بأصابعه فعقد خمسة
 عشر ولم يعقد للأربعة الأخيرة لنقصانها عن الخمسة فظن الذي كان عنده أنه أمر
 بخمسة وسبعين ، وإنما أمر بتسعة وسبعين))⁽²⁾.

- وذهب المالكية إلى القول : بأن الإمام يعزر ويضرب بما يراه وبما
 تقتضيه المصلحة ، ولا قدر لأكثر التعزير . فللإمام أن يضرب في التعزير بالسوط
 وبغيره ولو زاد على الحد المشروع.

فله التعزير بالضرب مطلقاً كمئة سوط ومئتين سوط أو غير ذلك⁽³⁾
 ولكن لو زاد بالضرب على الحد مع ظنه عدم السلامة فإنه يترتب عليه
 مسؤولية سيأتي بيانها في الفرع الثاني إن شاء الله تعالى .

يقول محمد عليش : ((ويجوز التعزير بالضرب بسوط أو غيره إن كان أقل
 من الحد أو قدره، بل وإن زاد الضرب على الحد الشرعي عند الإمام مالك وابن
 القاسم رضي الله تعالى عنهما وهو المشهور ...))⁽⁴⁾.

- وأما عند الحنابلة في الرواية الثانية فلا يزداد في ضرب التعزير على
 عشر جلدات ، وهذا هو الحد الأقصى للتعزير على هذه الرواية .
 ويستثنى من هذا موضوعين :

الأول : في الوطاء وذلك كأن يطاء جارية زوجته بإذن زوجته، فإنه يجلد مئة جلدة.
 أو إذا وطاء جارية مشتركة بينه وبين غيره فإنه يجلد مئة سوط إلا سوطاً.

(1) انظر: حاشية ابن عابدين - ابن عابدين ، 75/6 .
 شرح فتح القدير - ابن الهمام ، 348/5 . دار الفكر، بيروت .
 (2) - شرح فتح القدير - ابن الهمام ، 348/5 .
 (3) انظر: حاشية الدسوقي - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، دار الفكر، بيروت ، ط 1 1419 ،
 550/4

منح الجليل - محمد عليش ، دار الفكر ، بيروت ط 1 1404 هـ ، 357/9
 (4) منح الجليل - محمد عليش ، 357/9

وذلك لما روى الأثرم عن سعيد بن المسيب : ((أن عمر قال في أمة بين رجلين وطئها أحدهما يجلد الحد إلا سوطاً))⁽¹⁾.

والموضع الثاني : إذا شرب مسكراً في نهار رمضان فيعزر بعشرين جلدة: وذلك لما رواه أحمد بإسناده أن علياً أتى بالنجاشي قد شرب خمراً في رمضان ، فتركه حتى صحا ، ثم أمر ضربه ثمانين ، ثم أمر به إلى السجن ثم أخرجه من الغد فضربه عشرين. فقال: ثمانين للخمر، وعشرين لجرأتك على الله في رمضان))⁽²⁾.
فهذا الذي ذكرته هو الراجح من مذهب الحنابلة . وفي رواية عن أحمد وهو قول الخرقى : لا يبلغ بضرب التعزير أدنى حد . وهذه الرواية تتفق مع ما ذهب إليه الحنفية و الشافعية⁽³⁾.

⁽¹⁾ انظر: المغني - ابن قدامة ، 467/12

⁽²⁾ مصنف ابن أبي شيبة - كتاب الحدود - باب : ما جاء في السكران متى يضرب ، رقم الحديث 28624

⁽³⁾ - انظر: كشف القناع - منصور البهوتي ، عالم الكتب ، بيروت ، ط 1 1417 ، 5 / 105 .
الروض المربع - منصور البهوتي ، دار الكتاب العربي ، ط 2 1996 ، 511/1 .
المقنع - لأبي الحسن بن البنا ، مكتبة الرشيد ، الرياض ، 1147/3 .
الكافي - موفق الدين ابن قدامة المقدسي ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1414 هـ ، 4 / 138 .
المعتمد - للشيباني وضويان ، دار الخير ، ط 1 1412 ، 2 / 420 .
المغني - ابن قدامة ، دار الحديث ، مصر ط 1 1416 هـ ، 12 / 468 .
فتح الباري - ابن حجر العسقلاني ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1415 ، 4 / 150-153 . برقم 6848

- الأدلة والمناقشة :

استدل الإمام أبو حنيفة ومحمد والشافعية والرواية الأولى عن الحنابلة على قولهم : بأنه لا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود بما يلي :

1- ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ((من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين))⁽¹⁾.

وهذا يدل على أنه لا يجوز للإمام أن يبلغ بالتعزير الحد . وهو واضح وصريح .

2- ولأن العقوبة على قدر الإجرام والمعصية ، والمعاصي المنصوص على حدودها أعظم من غيرها فلا يجوز أن يبلغ في أهون الأمرين عقوبة أعظمهما . واستدل المالكية على قولهم بأنه لا حد لأكثر التعزير بما يلي :

1- ما روي أن معن بن زائدة عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به صاحب بيت المال فأخذ منه مالا ، فبلغ ذلك عمر رضي الله تعالى عنه فضربه مئة وحبسه ، فكلم فيه فضربه مئة أخرى ، فكلم فيه من بعد فضربه مائة ونفاه⁽²⁾.

فهذا عمر رضي الله عنه يعزر معن بن زائدة أكثر من الحد المشروع . ولو لم يكن ذلك جائزاً لما فعله عمر .

2- ما رواه أحمد بإسناده أن علياً أتى بالنجاشي قد شرب خمرأ في نهار رمضان فجلبه ثمانين الحد وعشرين سوطاً لفطره في رمضان⁽³⁾. فعلي رضي الله تعالى عنه عزّر النجاشي حسب ما رآه من المصلحة.

(1) سنن البيهقي الكبرى - أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، دار الباز ، كتاب الأشربة ، باب : ما جاء في التعزير وأنه لا يبلغ به الحد . 327/8 وقال البيهقي : والمحفوظ مرسل . وقال الهيثمي في مجمع الزوائد : ((الحديث رواه الطبراني وفيه محمد بن الحسين الفضاض والوليد بن عثمان ولم أعرفهما وبقية رجاله ثقات)) . نصب الرواية للهيثمي ، دار الريان ، القاهرة ، ط 1407 ، 281/6

(2) المغني - ابن قدامة المقدسي ، 468/12 .

(3) تقدم تخريجه في الصفحة 114 .

- واستدل الحنابلة في الرواية الثانية على قولهم : بأن لا يزداد في ضرب التعزير على عشرة أسواط :
ما روى أبو بردة بن نيار عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يُجلد فوق عشر جلادات إلا في حد من حدود الله .»⁽¹⁾

(1) - صحيح البخاري - كتاب المحاربيين - باب : كم التعزير والأدب ، رقم الحديث : 6456 .
صحيح مسلم - كتاب الحدود - باب : قدر أسواط التعزير ، رقم الحديث 1708 .

مناقشة الأدلة :

- 1- يقال للحنفية والشافعية والمالكية : ما ورد على حديث أبي بردة عن النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يجلد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله . » وهو أصح وأقوى حديث حول هذا الموضوع . فلماذا لم تمنعوا بهذا الخبر من الزيادة على عشر أسواط في التعزير؟.
- ويجاب عن هذا : بأن هذا الحديث وإن صح لا يلزم العمل به ، وذلك لجواز أن يرد في ذنب معين . أو في رجل بعينه ، فلا يجب حمله على عموم الذنوب ، ولا على عموم الناس.⁽¹⁾
- ولكن يقال : بأن هذا الجواب هو حجة واهية . ذلك أن ((لا)) هنا في الحديث تفيد العموم ، فالنكرة في سياق النفي تعم . فلا مجال لتخصيص هذا بذنب أو برجل بعينه . والعبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب .
- 2- نقل الرافعي عن بعض الشافعية قولهم : أن حديث أبي بردة هذا منسوخ . وكذلك نقل الكمال بن الهمام عن بعض الحنفية هذا القول . واحتجوا بعمل الصحابة بخلاف هذا الحديث من غير إنكار من أحد . وإذا ثبت هذا ، فإن الحديث لا يصلح لأن يكون دليلاً.⁽²⁾
- ويجاب عن هذا: بأن المروي عن الصحابة مختلف ، وهو لا يثبت فيه النسخ . ودعوى النسخ تحتاج إلى دليل . ولا دليل في هذا .
- 3- تُعقب حديث أبي بردة بأنه يعارض من هو أقوى منه وهو الإجماع . وذلك أن التعزير يخالف الحدود وهذا الحديث يقضي تحديد التعزير بالضرب عشراً فما دونها ، فيصبح بهذا مثل الحد .
- ولكن هذا الكلام مردود : لأن الحد لا يزداد فيه ولا ينقص ، فهو مقدار معين ، فاختلفا .

(1) انظر: الحاوي الكبير – الماوردي ، 17 / 350

(2) انظر: شرح فتح القدير – الكمال بن الهمام ، 12 / 469

* ويرد على ما استدل به المالكية بأنه لا مقدار لأكثر التعزير بما يلي: (1)

1- إن ما قاله المالكية من أن للإمام أن يضرب كم يشاء ولا قدر لأكثر التعزير : فما قالوه يؤدي إلى أن من قَبَّل امرأة أجنبية يجوز للإمام أن يعزره بضرب أكثر من حد الزنا وهذا غير جائز ، لأن الزنا مع عظمه وفحشه لا يجوز أن يزداد على حده فما دونه أولى .

2- وأما حديث معن بن زائدة الذي استدلوا به فيحتمل أنه كانت له ذنوب كثيرة فأدب على جميعها ، أو أنه يحتمل أنه تكرر منه هذا الفعل ، أو أنه يحتمل أن فعله هذا اشتمل على جنایات كثيرة ، منها : تزويره لخاتم بيت المال ، ومنها أخذه المال بغير حق وغير ذلك ، فأدب على جميع هذه الذنوب معاً .

3- وأما حديث النجاشي فهو ظاهر أن لا احتجاج فيه ، فإنه نص على أنه ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره في رمضان . وقد نصت على هذا المعنى الرواية الأخرى القائلة : إن علياً أتى بالنجاشي وقد شرب الخمر في نهار رمضان ، فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين . وقال : ضربناك العشرين لجرأتك على الله تعالى وإفطارك في رمضان . فأين الزيادة في التعزير على هذا الحد في هذا الحديث .

* الترجيح :

والذي ينظر في هذه الأقوال وأدلتها ، يرى أن قول الحنابلة : بأن أقصى قدر للتعزير وهو عشر جلدات هو الأقوى . وذلك لأن حديث النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يجلد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله » هو أصح حديث في هذه المسألة ، ولم يقوى رأي على رد هذا الحديث .

(1) انظر: شرح فتح القدير - الكمال بن الهمام ، 349/5 .
المغني - ابن قدامة المقدسي ، 240/4 .

قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج : ((الحديث اختاره الأذرعى والبلقيني وقال : إنه على أصل الشافعي في اتباع الخبر ، وقال صاحب التقريب : لو بلغ الشافعي لقال به .))⁽¹⁾

وكذلك يمكن الجمع بين هذا الحديث وحديث : « من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين » بأن يقال : بأن العشرة أسواط لا تبلغ أدنى الحدود . فنكون بهذا قد عملنا بالحديثين معاً .

الفرع الثاني : ضمان القاضي في ضرب التعزير :

أجمع جميع الفقهاء على أن من مات من الحد فالحد قتله، ولا يجب ضمانه على القاضي ولا على بيت المال . فإذا حد القاضي سارقاً أو زانياً ، ومات هذا السارق أو الزاني من الحد، فلا يجب على أحد ضمان هذا . وذلك لأن الحد قتله ، والحد فرض من الله عز وجل ، وعلى الإمام أو القاضي أن يقيمه قطعاً لأمر الله تعالى به ، فلا يجب فيه شيء.⁽²⁾

* وأما في التعزير :

فإذا عزر القاضي رجلاً فمات من ضرب التعزير ، أو تلف عضو منه ، فهل يضمن القاضي هذا التلف الذي حصل ؟ أم أنه هدر كما في الحدود ؟.

وصورة ذلك : أن يعزر القاضي رجلاً بالضرب عشر جلادات لأنه ارتكب ذنباً معيناً . وأثناء هذا التعزير يموت الرجل نتيجة الضرب ، أو يؤثر الضرب على يده فيتلفها . فما الحكم هنا ؟.

وما مسؤولية القاضي تجاه هذا الأمر الذي حدث ؟ مع العلم أن التعزير تأديب ، ولا يجب أن يؤدي إلى إتلاف .

(1) مغني المحتاج - الشربيني ، 4 / 240

(2) انظر : - الأم - الإمام الشافعي ، دار الفكر ، ط 1410 ، 6 / 187 .

روضة الطالبين - النووي ، المكتب الإسلامي ، 10 / 177 .

تحرير ألفاظ التنبيه - النووي ، دار القلم ، دمشق ، ط 1408 ، 1 / 328 .

شرح النووي على صحيح مسلم- النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، ط 1392 هـ ، 11 / 221 .

* ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى القول : بأن القاضي إذا عزر رجلاً وأدى هذا التعزير إلى تلف في النفس أو أحد الأعضاء ، فإن القاضي لا يضمن ما نتج عن هذا التعزير . أي أن هذا التلف هدر لا شيء فيه . كما في الحدود .

ولكن إذا تجاوز الإمام أو أسرف في التعزير فإنه يضمن . وذلك كأن يعزره بالضرب أكثر من الحد المشروع . كأن يضربه بأكثر من تسعة وثلاثين جلدة عند الحنفية أو أكثر من عشر جلدات عند الحنابلة .
وأما المالكية الذين لم يحددوا حداً أقصى للضرب في التعزير فذهبوا إلى التفصيل التالي :

حيث قالوا : إذا ظن الإمام السلامة في التعزير فإنه يعزره ولا ضمان عليه . وذلك لأنه لم يظن الهلاك ابتداء بل ظن سلامة . وأما إذا لم يظن السلامة فإنه يمنع من التأديب فإن فعل ضمن النفس قوداً لأن هذا يعد تجاوزاً في التعزير ، وإن شك في السلامة وعدمها فالدية على عاقلته.⁽¹⁾

* وقال الشافعية : بأن القاضي يضمن ما ينتج عن التعزير ، سواء استوفاه في حقوق الله عز وجل أو في حقوق العباد .

وأما محل الدية فقد اختلف فيها في المذهب على قولين :

الأول : وهو الأصح . أن الدية تجب على عاقلة الإمام والكفارة-إذا كانت إعتاق رقبة - في ماله وذلك لقول علي لعمر في التي أسقطت جنينها عندما استدعاها عمر رضي الله عنه ((عزمت عليك لا تبرح حتى تضربها على قومك)) أي الدية . وسيأتي تمام هذا الحديث بعد قليل عند الاستدلال .

(1) انظر: البناية شرح الهداية - العيني ، دار الفكر ، بيروت ، ط2 1990 ، 372/6 .

شرح فتح القدير - الكمال بن الهمام ، دار الفكر ، بيروت ، ط2 ، 352/5 .

حاشية الدسوقي - محمد عرفة الدسوقي ، دار الفكر ، بيروت ، ط1 1419 ، 550/4 .

حاشية الخرشي - لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي ، دار الفكر ، بيروت ، 110/8 .

المغني - ابن قدامة المقدسي ، دار الحديث ، القاهرة ، ط1 1416 ، 12 / 471-470 .

كشاف القناع - منصور البهوتي ، 126/6 .

المبدع - ابن مفلح ، 50/9 .

الثاني : أن الدية تجب في بيت المال . لأن الإمام نائب عن المسلمين ويعمل لمصلحتهم . وفي الكفارة - إذا كانت إعتاق رقبة - على هذا القول وجهان : الأول في بيت المال . والثاني في مال الإمام .⁽¹⁾

⁽¹⁾ انظر: الأم - الإمام الشافعي ، 187/6 ، 190/6 .
روضة الطالبين - الإمام النووي \ 178-177/10 .
المجموع - الإمام النووي ، مكتبة الإرشاد ، 22 / 308 .
الحاوي الكبير - لأبي الحسن الماوردي ، دار الفكر ، 267/9 ، 335/17 .
شرح النووي على صحيح مسلم - الإمام النووي ، 11 / 221 .
الأحكام السلطانية - الماوردي ، المكتب الإسلامي ، 360 .

- الأدلة و المناقشة :

استدل الجمهور على قولهم بعدم الضمان في التعزير بما يلي : (1)

- 1- أن التعزير عقوبة مشروعة للردع والجزر فلم يضمن الإمام من تلف بها وذلك كالحمد .
- 2- أن التعزير مآذون فيه شرعاً . والإذن ينافي الضمان . حسب القاعدة الفقهية القائلة : الجواز الشرعي ينافي الضمان .
- 3- أن الإمام فعل ما فعل بأمر الشرع . وفعل ما أمر به الشرع لا يتقيد بوصف السلامة .
- 4- أن الإمام لما استوفى حق الله تعالى وأقام العقوبة على الجاني ، وتلف هذا الجاني ، صار كأن الله أماته من غير واسطة ، وإذا كان كذلك فلا يجب الضمان .

واستدل الشافعية على قولهم بضمنان التعزير بما يلي :

- 1- ما روي أن عمر رضي الله عنه بعث رسولا إلى امرأة في شئ بلغه عنها ، فأسقطت . فقال لعثمان وعبد الرحمن : ما تقولان ؟ فقالا لا شئ عليك وإنما أنت مؤدب . فأقبل علي رضي الله عنه . فقال له عمر : ما تقول ؟ فقال : إن كان ما اجتهدا فقد غشاً ، وإن كان قد اجتهدا فقد أخطأ عليك الدية . فقال ((عزمت عليك لا تبرح حتى تضربها على قومك . يعني قريش لأنهم عاقلته)) .(2)
- فهنا عمر رضي الله تعالى عنه ضمن الدية ، أي غرة الجنين الذي سقط . ولم يأخذ بقول عثمان وعبد الرحمن بعدم الضمان في التأديب . بل بقول علي في الضمان . وهو قول الشافعية .(3)

(1) انظر: شرح فتح القدير - الكمال بن الهمام ، 352/5 .

المغني - ابن قدامه ، 470 / 12 .

(2) سنن البيهقي الكبرى - كتاب الإجازة - باب : الإمام يضمن والمعلم يغرم ، رقم الحديث

11452 .

(3) انظر: الحاوي الكبير - الماوردي ، 335 / 17 .

المغني - ابن قدامه ، 470 / 12 .

- 2- ما روي عن علي رضي الله تعالى عنه أنه قال : ((ثم ما كنت لأقيم حداً على أحد فيموت فأجد في نفسي إلا صاحب الخمر فإنه لو مات وديته ...))⁽¹⁾
- أي أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسن مقداراً معيناً في جلد شارب الخمر، بل فعل أفعالاً مختلفة في جلد شارب الخمر ومنها أنه جلد في الخمر أربعين سوطاً . والخلاف بين الفقهاء هو في الزيادة على الأربعين . فليس المراد بحديث علي أن الشخص مات من الحد . لأن النبي عليه السلام حدّ في الخمر، فثبت أن علياً أراد بقوله : ((لو مات وديته)) أي من الزيادة على الأربعين . وهذه الزيادة تعزير ، فوجب ضمان التعزير كما يقتضيه كلام علي كرم الله وجهه.⁽²⁾
- 3- قالوا : إن التعزير لما نقص عن قدر الحدود خالف حكمها في الضمان ، وبما أن الحدود لا تضمن وجب في التعزير الضمان.⁽³⁾
- 4- أنه لما حدث التلف بالتعزير تبين أن هذا التعزير قد جاوز القدر المشروع والمأذون به فوجب ضمانه.
- 5- ولأن التعزير ضرب غير محدود الطرفين فوجب أن يتعلق به الضمان عند التلف كضرب الزوج والمعلم .
- * وأجاب الجمهور على استدلال الشافعية بقول علي بقولهم : إن علياً قد خالفه غيره من الصحابة في قوله فلم يوجبوا شيئاً به . ولم يعمل به الشافعية ولا غيره من الفقهاء فكيف يحتج به مع أن الجميع لم يعملوا به؟!⁽⁴⁾
- وأما استدلالهم بقصة عمر فلا يصح الاستدلال بها في هذا الموضع وذلك لأن الجنين الذي تلف لا جناية منه وليس عليه تعزير فكيف يسقط ضمانه؟.

(1) صحيح البخاري - محمد بن اسماعيل البخاري - كتاب الحدود، باب: الضرب بالجريد والنعال، رقم 6396.

السنن الكبرى - أحمد بن شعيب النسائي - كتاب الحد في الخمر ، باب حد الخمر ، رقم الحديث 5271.

(2) انظر: الحاوي الكبير - الماوردي، 335/17 .

المغني - ابن قدامة ، 470/12.

(3) انظر: الحاوي الكبير - الماوردي، 335/17 .

(4) انظر: المغني - ابن قدامة، 470/12.

أي أن الجنين هنا لم يتلف بسبب التعزير فوجب ضمانه⁽¹⁾.
 وأيضاً يُردُّ على الشافعية بأنهم قالوا : بأن للإمام أن يؤدب ويعزر وإن يقيم
 الحد . فلماذا أبطلوا ضمان ما تلف بالحد، وأوجبوا ضمان ما تلف بالتعزير !!؟
 *وأجاب الشافعية عن هذا الأخير بقولهم : إن الحد فرض من الله عز وجل
 على السلطان أن يقيمه . وإن تركه كان عاصياً لله عز وجل . أما التعزير فهو أمر
 متروك لرأي الإمام أو القاضي وله أن يتركه . فسقط الضمان في الحد ووجب في
 التعزير .

وعلى هذا فالشافعية يقولون بضمن التعزير دائماً . أما الجمهور فيقولون
 بضمنه في حالة التجاوز أو الإسراف فقط .

* وأرى أن قول الجمهور هو الراجح . ذلك أن الأدلة التي استدلت بها الشافعية
 قد رد عليه الجمهور بردود قوية ومقنعة . وأيضاً فإن التعزير كالححد عقوبة
 مشروعة على جنابة ما . إلا أن التعزير مفوض لرأي الإمام ولكن هذا لا يبعه عن
 الحد إذ يبقى عقوبة على جنابة . وإذا كان كذلك فلا يجب ضمانه كالححد . إلا إذا
 أسرف الإمام في التعزير أو تجاوز القدر المشروع فهنا يخرج التعزير عن كونه
 تعزيراً للتأديب فيجب ضمانه في هذه الحالة . إذ التأديب مشروط بسلامة العقاب ،
 فإذا تجاوز الإمام القدر المشروع غلب على الظن التلف به فوجب الضمان . وأيضاً
 القاعدة الفقهية تقول : ((الجواز الشرعي ينافي الضمان)) والتعزير أمر جائز .

المطلب الثاني : ضمان القاضي في إتلاف المنكرات :

المنكرات كثيرة جداً ، لا يمكن أن تحصى ، ومتطورة في كل عصر ،
 فالمنكر في هذا العصر قد يتطور ويصبح على غير صورته الحقيقية ويأخذ أشكالاً
 متنوعة ، فالخمر مثلاً منكر ولكنه الآن قد أخذ تسميات وأشكالاً شتى . ومع كل هذا
 يبقى منكرأ .

وسأتكلم عن بعض المنكرات التي يجوز للقاضي أو الإمام التصرف بها

وهي :

(1) انظر: المغني - ابن قدامة المقدسي ، 470/12.

1- الضمان في إتلاف الخمر والخنزير .

2- الضمان في إتلاف الصليبان وآلات الملاهي .

وسأقتصر في بحثي هذا على بيان هاتان المسألتان ، لأن مجال البحث لا يتسع للتكلم عن كل المنكرات و المحرمات .

فهذه الأمور يجوز للإمام أو القاضي أو الهيئة الموكلة بهذه الأمور التصرف بها وإزالتها من المجتمع الإسلامي . لأنها منكرة لا ترضي الله عز وجل . ولكن السؤال هنا :

إذا أزال الإمام هذه الأمور المنكرة أو صادرها أو تصرف بها فهل يضمنها لأصحابها أم لا ؟ .

وسأتكلم عن هذا في الفروع التالية:

الفرع الأول: الضمان في إتلاف الخمر والخنزير :

الخمر والخنزير رجس ونجس في شريعة الإسلام الغراء ، ويحرم على المسلم شربها وأكلها أو ابتياعها وشرائها أو التعامل بها. وهي بالإضافة لما ذكر منكر والمنكر يجب إزالته. وعلى هذا فإذا أزال الإمام هذا المنكر وهو الخمر و الخنزير سواء بالإتلاف، أو بأي صورة كانت، فهل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ؟ .

اتفق جميع الفقهاء من الحنفية والشافعية و الحنابلة و المالكية على أن الإمام أو القاضي أو أي رجل مسلم إذا أتلف خمرًا أو خنزيرًا لمسلم آخر فإنه لا يضمن ما أتلف، وليس عليه شيء . فلا يضمن العين ولا القيمة ، والخمر والخنزير إذا أتلفا فهما هدر . واستدلوا على قولهم هذا بالأدلة التالية :

1 - رواية يزيد بن أبي حبيب عن عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو بمكة عام الفتح: « إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والخنزير و الأصنام والميتة » قيل : يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنها يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال : ((لا هو حرام)) ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك :

((قاتل الله اليهود وإن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه ثم أكلوا ثمنه))⁽¹⁾ فدل تحريمه لبيعه على تحريم ثمنه وقيمته .

2- إن الخمر والخنزير لا قيمة لها عند المسلمين كالدم و الميتة وسائر الأعيان النجسة فلا تضمن .

3 - إن ما حرم نفعاً أولى أن يحرم عوضاً .

4 - إن المسلم إذا فعل هذا فإنه يكون بذلك قد فعل الواجب من الإراقة التي كان مخاطباً بها من هي في يده⁽²⁾.

*-أما في حال إتلاف خمر الذمي أو خنزيره فا الحكم كما يلي :

إذا انفرد أهل الذمة بقرية مثلاً فلا يُعترض عليهم إذا شربوا الخمر وأكلوا الخنزير ، أما إذا كان أهل الذمة بين أظهر المسلمين وأظهروا شرب الخمر وأكل الخنزير و التعامل به فالحكم هنا كما يلي :

- ذهب الحنفية⁽³⁾ و المالكية⁽⁴⁾ إلى القول : بأن المسلم إذا اتلف خمر الذمي أو خنزيره فإنه يضمن قيمتها .

(1) أخرجه البخاري - كتاب البيوع - باب : بيع الميتة والأصنام ، رقم الحديث 2121 .
مسلم كتاب المساقاة - باب : تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، رقم الحديث 1581 .
(2) انظر : حاشية ابن عابدين - ابن عابدين - ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ط2 1987م ، 133/5 .

تكملة شرح فتح القدير - قاضي زاده ، 358/9 .

مغني المحتاج - الخطيب الشربيني 385/2 .

الحاوي الكبير - الماوردي ، 524/8 .

المغني - ابن قدامة ، 119/7 . - مواهب الجليل أبي عبد الله محمد الحطاب ، دار الفكر ، ط1

328/5 ، 2002 .

التاج والإكليل - لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري ، دار الفكر ، بيروت ، ط1 2002 ،

328/5 .

حاشية الدسوقي - محمد عرفة الدسوقي ، دار الفكر ، بيروت ط1 1998م ، 691-690/3

منح الجليل محمد عlish ، دار الفكر ، بيروت ، ط1 1982 ، 99-97-69/7 .

(3) انظر : حاشية ابن عابدين - ابن عابدين - 133/5

تكملة شرح فتح القدير - قاضي زاده ، 358/9 .

(4) انظر : مواهب الجليل - الحطاب ، 328/5 .

منح الجليل محمد عlish ، 99-96/7 .

التاج والإكليل - المواق ، 328/5 .

- وقال الحنفية أيضاً : إلا إذا أئلفها الإمام فإنه لا يضمن قيمتها إذا كان مجتهداً أو مقلداً لإمام مجتهد يرى ذلك عقوبة . أي أن خمر الذمي أو خنزيره إذا أئلفه الإمام عقوبة له فلا يضمن قيمته . أما إذا أئلفه مسلم فإنه يضمن القيمة . يقول ابن عابدين في حاشية « ... فإن أراقه رجل أو قتل خنزيره ضمن إلا أن يكون إماماً يرى ذلك فلا يضمن الزق ولا الخنزير ولا الخمر لأنه مختلف فيه..... ((قوله يرى ذلك عقوبة)) حال من الإمام أن يرى جواز العقوبة به بأن كان مجتهداً أو مقلداً لمجتهد يراه ... »⁽¹⁾ واستدلوا على ذلك بما يلي⁽²⁾:

1- الخبر المروي عن علي رضي الله عنه : ((أمرنا أن نتركهم وما يدينون)) أي أن على المسلمين أن يتركوا أهل الذمة وما يدينون به ويتصرفوا كما يعتقدون، ولا يجوز التعرض لهم ونفي الضمان بالإتلاف يفضي إلى التعرض لهم لأن السفية إذا علم أنه إذا أئلف لا يضمن يُقدم على ذلك فوجب الضمان .

(1) حاشية ابن عابدين - ابن عابدين - 133/5

(2) انظر: المراجع السابقة.

الحاوي الكبير، الماوردي، 524/.

المغني - ابن قدامة المقدسي، 120/7.

- 2- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : كتب إلى أبي موسى الأشعري ، وقيل إلى سمرة بن جندب ، في خمرة أهل الذمة : ((أن ولهم بيعها وخذ العشر من أثمانها))⁽¹⁾
- قالوا وفي هذا دليل بوجهين :
- الأول : أنه جعل للخمر ثمناً . وجعل العقد عليها صحيح .
- الثاني : أن عمر رضي الله عنه أمر بأخذ العشر من أثمانها ولو كانت أثمانها حراماً لكان العشر المأخوذ حراماً .
- 3- القياس : قالوا إن المسلم يضمن بضع المجوسية بمهر المثل في الشبه فوجب على المسلم ضمان الخمر والخنزير قياساً على بضع المجوسية .
- 4- أن الخمر في حق أهل الذمة كالخل للمسلمين . والخنزير من حقهم كالشاة للمسلمين فهو من أشربتم المباحة ، فوجب أن يكون مضموناً بالإتلاف .
- 5- ولأن ما كان متمولاً عند مالكة يجب ضمانه بالإتلاف ، وإن لم يكن متقوماً عند من أتلفه ، لأن الذمي إذا أتلف المصحف ضمنه . فوجب على المسلم أن يضمن خمر الذمي وخنزيره .

(1) هذا الحديث أخرجه عبد الرزاق في مصنفه بلفظ : أخبرنا الثوري عن ابراهيم بن عبد الأعلى عن سويد بن غفلة قال : بلغ عمر أن عماله يأخذون الخمر في الجزية ، فنشدهم ثلاثاً . فقال : إنهم ليفعلون ذلك ، فقال : فلا يفعلوا ولكن ولوهم بيعها فإن اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها .

أنظر مصنف عبد الرزاق - كتاب "أهل الكتابين" ، باب تمام أخذ الجزية من الخمر ، المكتب الإسلامي 369/10.

وقال ابن حجر العسقلاني في الدراية : حديث عمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها ، رواه عبد الرزاق وأبو عبيد من طريق سويد بن غفلة: بلغ عمر أن عماله يأخذون ... إلى آخر الحديث ، قال : زاد أبو عبيد : وخذوا أنتم من أثمانها فإن اليهود ... إلى آخر الحديث . وفي الحديث ابراهيم بن عبد الأعلى والله أعلم .

أنظر الدراية في تخريج أحاديث الهداية - ابن حجر العسقلاني ، دار المعرفة، بيروت 162/2 ، رقم 808.

وقال الزيلعي : هذا الحديث أخرجه عبد الرزاق وأبو عبيد ، باللفظ السابق وزاد أبو عبيد : وخذوا أنتم من الثمن .. قال أبو عبيد: كانوا يأخذون من أهل الذمة الخمر والخنزير في الجزية بقيمتها ثم يتولى المسلمون بيعها فهذا الذي أنكره بلال ونهى عنه عمر ثم رخص لهم أن يأخذوا ذلك من أثمانها إذا كان أهل الذمة المتولين لبيعها ، لأنها مالهم وليست بمال للمسلمين .

أنظر نصب الراية - عبد الله بن يوسف الزيلعي ، دار الحديث ، مصر ط 157 ، 55/40 .

- وذهب الشافعية⁽¹⁾ و الحنابلة⁽²⁾ إلى القول : لا يجب ضمان الخمر والخنزير سواء كان متلفه مسلماً أو ذمياً ، لمسلم أو ذمي . ففي كل الأحوال لا ضمان ولا شيء فيه ، وهو هدر .
واستدلوا بما يلي :

1-رواية يزيد بن حبيب عن عطاء عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما : أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو بمكة عام الفتح : ((إن الله ورسوله حرم بيع الخمر و الميتة و الخنزير و الأصنام)) قيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنها يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال : ((لا هو حرام)) ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك ((قاتل الله اليهود وان الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه ثم أكلوا ثمنه))⁽³⁾ فدل هذا على تحريمه بالنسبة للمسلمين و اليهود. فلا ضمان فيه .

2-إن المرجع في كون الشيء مالاً إلى صفته لا إلى صفة مالكة. وذلك لأن صفات الشيء قد تختلف فيختلف حكمه ، كالخل إذا تغيرت صفته عن صفة الخمر فاختلف حكمه . أما إذا تغيرت صفة مالك الشيء فهذا لا يؤدي إلى تغير حكمه ، فالخمر حرام سواء كانت صفة مالكة مسلم أم ذمي.

و على هذا فالخمر ليست مضمونة في حق المسلم أو الذمي . وإن مال لم يستحقه المسلم في عوض الخمر لا يستحقه الذمي⁽⁴⁾ .

3-أن ما حرم نفعاً فأولى أن يحرم عوضاً. ولأن تقويم الخمر للكافر على المسلم تقتضي في التقويم تفضيل الكافر على المسلم.

4-قالوا : إن كل عين لم يصح أن تشغل ذمة المسلم بثمنها، لم يصح أن تشغل ذمة المسلم بقيمتها.

(1) انظر: مغني المحتاج - الخطيب الشربيني 385/2 -- الحاوي الكبير - الماوردي ، 524/8-525.

(2) انظر: المغني - ابن قدامة ، 119/7-120 .

(3) تقدم تخريجه في الصفحة .

(4) انظر: الحاوي الكبير - الماوردي ، 525/8 .

المناقشة والترحيح :

مما سبق يتبين أن الجميع متفقون على عدم ضمان الخمر للمسلم أو خنزيره. أما في ضمان خمر الذمي و خنزيره فوقه الخلاف بين الفقهاء . فذهب الشافعية و الحنابلة إلى القول بعدم الضمان في حين قال الحنفية و المالكية بوجوب ضمانه . واستدل كل من الفريقين بعدة أدلة . ويجاب عن الأدلة التي استدل بها الحنفية و المالكية بما يلي :

1- أما الرد على استدلالهم بقول علي ((أمرنا أن نتركهم وما يدينون)) فيقال : المراد هنا بما يدينون أي بما يعتقدون دون المعاملات، وما نحن فيه من المعاملات . وأيضاً فإن من المقرر أن الكفار مخاطبون بالإيمان بالعقوبات و المعاملات و العبادات أيضاً في حق المؤاخذه في الآخرة . وأما في حق وجوب الأداء في الدنيا فمختلف فيه، و الذي نحن فيه من المعاملات فينبغي أن يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقوم الخمر و الخنزير أيضاً .

2- و أجاب الحنفية و المالكية عن هذا بقولهم :

إن ما نحن فيه مخصص بالإجماع من عموم النص الدال على كونهم أتباعاً لنا في الأحكام. فإن عمر رضي الله عنه أمر بأخذ العشر من أثمان الخمر من أهل الذمة وأمر بتولييتهم على بيعها.

ولم ينكر على عمر أحد من الصحابة. فكان بمنزلة الإجماع . فخصص هذا الإجماع عموم ذلك النص⁽¹⁾.

3- وأما الرد على قول عمر بأخذ عشر ثمن الخمر فيقال : إن قول عمر محمول على ترك التعريض لهم ، وإنما أمر بأخذ عشر ثمنها لأنهم عندما يتبايعوا و يتقايسوا عندها نحكم لهم بالملك ولا ننقصه ولا نتعرض لهم . وأما تسمية عمر لها بالأثمان فهو على سبيل المجاز، وذلك كما سمى الله تعالى ثمن يوسف عليه السلام ثمناً فقال: (وَشَرَوْهُ بِثَمْنٍ بَخْسٍ) [يوسف:20] وأيضاً فإن هذا الحديث

(1) انظر: تكملة شرح فتح القدير – قاضي زاده ، 358/9.

محمول على العصير الذي يصير خمراً ، وذلك لإجماع المسلمين وأهل الذمة على تحريم بيعها خمراً أو إياحته عصيراً⁽¹⁾.

4- وأما استدلالهم بالقياس على بضع المجوسية فيرد عليه أن المعنى فيه هو أن الأبخاع مضمونة بالشبهة فيما يحل ويحرم ، ألا ترى أن الأم تستحق المهر عند إصابتها بالشبهة كما تستحقه الأجنبية. وليس كذلك حكم الأعيان استشهاداً في الطرد والعكس بالمباح منها و المحظور⁽²⁾ وأيضاً فإن المسلمين قد التزموا بعدم التعرض لهم فيما لا يظهورونه، أما ما أظهره من ذلك فيتعين إنكاره عليهم. فإن كان خمراً أو خنزيراً وجب إتلافه دون ضمان⁽³⁾.

5- لا نسلم بأن الخمر و الخنزير معصومة في حقهم، بل متى أظهرت حلت إراقتها. ثم لو عصمها ما لزم تقويمها، فإن نساء أهل الحرب و صبيانهم معصومين غير متقومين⁽⁴⁾

6- وقولهم إنها مال عندهم ينتقض بالعبد المرتد فإنه مال عندهم.

ورد الحنفية على الشافعية بقولهم :

الخمر و الخنزير مباح عند أهل الذمة، ودليل الإباحة في حقهم أن كل واحد منهما منتفع به حقيقة ،صالح لإقامة مصلحة البقاء، والأصل في أسباب البقاء و المحافظة على الوجود وهو الإطلاق إلا أن الحرمة قد ثبتت على المسلم بالنص. ويقول قاضي زاده الحنفي رداً على الفريق الآخر ما نصه ((كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يتحمل الخطاب التعميم لهم أيضاً. وأما فيما لا يتحملة فلا يكونون مخاطبين بذلك قطعاً وما نحن فيه من قبيل الثاني لأن الخمر

(1) انظر: الحاوي الكبير – الماوردي ، 526/8.

المغني –ابن قدامة المقدسي ، 120/7.

(2) انظر: الحاوي الكبير – الماوردي ، 526/8 .

(3) انظر: المغني –ابن قدامة المقدسي ، 121/7.

(4) المرجع السابق .

كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا و الأصل أن ما ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل، و المزيل وهو قوله تعالى: (رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ) [المائدة:90] ، وُجِدَ في حقنا بدليل السباق و السياق فبقي في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به الكافي و الكفاية . فلم يبقى مجال للتعميم للكفار أيضاً . وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال: تحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا حلالين في الأمم الماضية وكذا في حق الأمة في ابتداء الإسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصة في حق المسلمين، فكان حراماً عليهم وبقياً حلالاً على الكفار..⁽¹⁾

الترجيح :

وهذه المسألة فيها أدلة وردود كثيرة ، وكل فريق يحاول أن ينتصر لمذهبه و لكني أرى أن الأرجح في المسألة قول الحنفية و المالكية، القائلين بوجوب ضمان خمر الذمي وخنزيره، وذلك لأننا بالإضافة للأدلة التي ذكرت منهيون على التعرض لهم . وكذلك إذا أوجبنا عدم الضمان تسلط ذووا الأهواء على أموال أهل الذمة وأتلفوها وهذا ممنوع في شريعتنا السمحة. إلا إذا تظاهر أهل الذمة بشرب الخمر وأكل الخنزير وتباهوا به وأعلنوه صراحة ومن غير خوف وتحد للمسلمين، فهنا يراق ويتلف عليهم و لا يضمن .

و الله أعلم

⁽¹⁾ تكملة شرح فتح القدير – قاضي زاده ، 359/9 .

الفرع الثاني : ضمان إتلاف الصلبان وآلات الملاهي :

الصليب هو شعار النصارى، وهو موضوع على معصية، لزعمهم أن عيسى ابن مريم عليه السلام قتل وصلب، فاعتقدوا إعظام الصليب طاعة لعيسى عليه السلام. وقد أخبر الله عز وجل بتكذيبهم فيه . فقال تعالى : ((وَمَا قَتَلُوهُ وَمَا صَلَبُوهُ وَلَكِنْ شُبِّهَ لَهُمْ)) [النساء:157] .

وأما آلات الملاهي ، فهي الآلات التي يعزف عليها قديماً، كالطنبور والمزمار، وحديثاً كالعود و ما شابهه من الآلات الحديثة.

وكل هذه الأمور منهي عنها في الشريعة الإسلامية ، ومنهي باتخاذها بالنسبة للمسلم. ولكن هل تضمن هذه الأشياء ؟ بمعنى أن المسلم إذا رأى هذه الأشياء فأتلفها وكسرها . هل يضمنها لصاحبها أم لا ؟.

*-ذهب الأمام أبو حنيفة إلى القول بأن من أتلف لمسلم آلة لهو كطبل ومزمار وغير ذلك فهو ضامن لما أتلف . وإذا وجب الضمان فإنه يضمن قيمة ما أتلف خشباً منحوتاً صالحاً لغير اللهو. ولا يضمن قيمة الآلة كاملة⁽¹⁾.

*-وذهب صاحبها الإمام أبي حنيفة⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ معهم إلى القول : بأن من كسر صليباً، أو آلة للهو كالمزمار، أو صنماً فلا شيء عليه ولا ضمان . وكل هذا هدر لا شيء فيه.

وهذا الخلاف الذي ذكرت هو في آلات اللهو والمعازف والصلبان، أما في طبل الغزاة و الصيادين و الدف الذي يباح ضربه في العرس، فالكل متفقون على ضمانه.

وأيضاً: الكل متفقون على أن الإمام إذا أتلف هذه الأشياء عقوبة فلا يضمنها.

انظر: (1) حاشية ابن عابدين - ابن عابدين- ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ط2 1987م ، 134/5-135.

تكملة شرح فتح القدير - قاضي زاده ، دار الفكر ، بيروت ط2 ، 367/9.

(2) المرجع السابق

(3) انظر: المغني - ابن قدامة المقدسي ، دار الحديث القاهرة ، ط1 1416 ، 123/7 . الإنصاف - علي بن سليمان المرداوي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت 247/6.

وأما إتلاف هذه الأشياء لذمي فهو كالإختلاف في إتلاف خمر الذمي وخنزيره وقد ذكرته سابقاً.

يقول ابن عابدين : ((.. هذا الإختلاف في الضمان دون إباحة إتلاف المعازف، وفيما يصلح لعمل آخر وإلا لم يضمن شيئاً اتفاقاً وفيما إذا فعل بلا إذن الإمام و إلا لم يضمن اتفاقاً وفي غير عود المغني وخابية الخمار وإلا لم يضمن اتفاقاً ،لأنه لم يكسرها عاد لفعله القبيح، وفيما إذا كان لمسلم فلو لذمي ضمن اتفاقاً قيمته بالغاً ما بلغ. وكذا لو كسر صليبه لأنه مال منقوم في حقه))⁽¹⁾.

*-ومذهب الشافعية قريب جداً من مذهب الإمام أبي حنيفة حيث قالوا :

الصلبان وآلات الملاهي الأصح أنها لا تكسر الكسر الفاحش بل تكسر لإبطال منفعتها فقط مع بقاء المالية ، أي تفصل لتعود كما كانت قبل التآليف . وللإمام إتلاف هذه الأشياء زجراً وتأديباً . وأما إذا أتلفت هذه الأشياء وكسرت كسراً فاحشاً أو زاد في الكسر المشروع غرماً التفاوت بينه وبين المشروع. أي يضمن ما بين قيمته مفصلاً ومكسراً⁽²⁾.

وبيان هذا كما قال الماوردي : ((.. فإذا تقرر هذا وكسر رجل على نصراني صليباً نظر : فإن كان قد فعله وأزاله عن شكله ولم يتجاوز عن كسر خشبه، فلا شيء عليه . لأنه أزال معصية ولم يتلف مالاً . وإن كسره حتى صار خشبه فُتاتاً ، فإن كان لا ينتفع به غير الصليب ولا يصلح إلا له فلا شيء عليه سواء كان كاسره مسلماً أو نصرانياً . وكذا لو كان يصلح مكسوراً لما يصلح له صحيحاً من وقود النار فلا شيء عليه ،لأنه أزال المعصية عنه . وإن كان ينتفع به مفصلاً ويصلح لما يصلح له مكسراً، ضمن ما بين قيمته مفصلاً ومكسراً لأنه أزال مع المنفعة نفعاً مباحاً فلم يكن سقوط الضمان عن المعصية موجباً لسقوطه عن الإباحة.

(1) حاشية ابن عابدين - ابن عابدين - 135/5 .

(2) انظر: مغني المحتاج - الخطيب الشربيني ، دار الفكر ، بيروت ط 1415 ، 386/2 .
الحاوي الكبير - الماوردي ، دار الفكر ، بيروت ط 1414 ، 523/8 .

وهكذا حال الطنبور و المزمار و الملاهي المحرمات ، إن فصل خشبها فلا
ضمان وإن كسره فإن كان لا يصلح إلا لها فلا ضمان وإن كان يصلح لغيرها ضمن
ما بين قيمته مفصلاً ومكسراً...⁽¹⁾.

⁽¹⁾ الحاوي الكبير – الماوردي ، 8/523-524.

الأدلة والمناقشة :

مما ذكر يتبين أن الإمام أبي حنيفة و الشافعية يقولون بضمان الصلبان وآلات الملاهي خشباً . أي ما بين قيمته مفصلاً ومكسراً .
و أما صاحباً أبي حنيفة و الحنابلة فيذهبون إلى عدم ضمان هذه الأشياء مطلقاً وعمدتهم في هذا ما يلي :

1- ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (إن الله حرم بيع الخمر وبيع الميتة و الخنزير و الأصنام)⁽¹⁾.

فالنبي صلى الله عليه وسلم حرم بيع هذه الأشياء وقرنها ببعضها، وسوى بين بيع الميتة والأصنام . والميتة لا تضمن فكذا الأصنام والصلبان لا يحل بيعها ولا تضمن كالميتة⁽²⁾.

2- قول النبي صلى الله عليه وسلم : ((إن الله بعثني رحمة للعالمين وهدى للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير والأوثان والصلب وأمر الجاهلية ..))⁽³⁾
فالأمر بمحق وإتلاف المعازف والمزامير يدل على عدم ضمان آلات الملاهي ، وإلا لما أمرنا بمحقها.

3- إن هذه الأشياء أعدت للمعصية ، فبطلت قومها كالخمر . ولأن المسلم عندما يتلف هذه الأشياء فهو إنما يفعل ذلك أمراً بالمعروف . وهو بأمر الله تعالى ، فلا يضمنه⁽⁴⁾.

(1) تقدم الحديث وتخرجه ص .

(2) انظر: المغني - ابن قدامة ، 123/7 .

(3) مسند أحمد - أحمد بن حنبل ، مؤسسة قرطبة ، مصر ، 268/5 ، رقم 22361 ، مسند الطيالسي - سليمان بن داود الطيالسي ، دار المعرفة ، بيروت ، 154/1 . رقم 1134 .
أحاديث أبي أمامة الباهلي .

المعجم الكبير - سليمان بن أحمد الطبراني ، مكتبة العلوم والحكم ، الموصل ، ط 2 ، 1404 ، 196/8 ، رقم 7803 .

قال الهيثمي : هذا الحديث فيه علي بن يزيد وهو ضعيف ، مجمع الزوائد ، دار الريان ، القاهرة ، ط 1407 ، 69/5 .

(4) انظر: تكملة شرح فتح القدير - قاضي زاده ، 367/9 .

وأما مستند الإمام أبي حنيفة و الشافعية في قولهم فهو :

- 1- أن هذه الأشياء في أصلها أموال لصلاحياتها لما يحل من وجوه الانتفاع .
وإن صلحت لما لا يحل فصارت كالأمة المغنية. وهذا لأن الفساد بفعل فاعل مختار.
فلا يوجب هذا سقوط التقوم ، والضمان مرتب على التقوم و المالية⁽¹⁾.
- 2- لأن من أتلف هذه الأشياء فقد أزال مع المعصية نفعاً مباحاً فلم يكن سقوط الضمان عن المعصية موجباً لسقوطه عن الإباحة .

وأرى أن الأرجح في هذه المسألة هو قول الإمام أبي حنيفة و الشافعية. ذلك أن إبطال آلات الملاهي و الصلبان يمكن أن يتم دون إتلافها التالف الفاحش . وعلى هذا فتكسر الكسر المعتاد الذي يُمكن من الانتفاع بخشبها وموادها.
و أما من يحتج بأنه يجب كسر هذه الأشياء عقوبة لمقتنيها، فهذا متروك للإمام فقط وليس لعامة المسلمين. إذ إقامة العقوبات من سلطات الإمام أو نائبه.
كما أن مذهب الإمام أبي حنيفة و الشافعية لا يعارض الأحاديث التي احتج بها الصحابان و الحنابلة . ذلك أن حرمة بيع هذه الأشياء أو الأمر بمحقها وإزالتها لا يعارض كسر هذه الأشياء الكسر المعتاد مع بقاء المالية.

(1) انظر: تكملة شرح فتح القدير – ابن الهمام ، 367/9.

الفصل الثالث

بيان الطبيب ومسؤوليته

المبحث الأول حقيقة الطب وبيان الطبيب.

ويتضمن هذا البحث :

المطلب الأول : تعريف الطب والطبيب.

المطلب الثاني: كيفية معرفة الطبيب وبيان شروطه .

المطلب الثالث : اشتراط الشفاء على الطبيب وأجرة الطبيب .

وسأتكلم عنها فيما يأتي :

سأتكلم عن هذا الفصل ضمن المباحث التالية :
المبحث الأول : حقيقة الطب وبيان الطبيب .
المبحث الثاني : ضمان الطبيب .

المطلب الأول : تعريف الطب والطبيب :

ويتضمن الفرعين التاليين :

الفرع الأول : تعريف الطب :

- الطب هو علاج الجسم و النفس .
- والطَّبُّ والطَّبُّ لغتان في الطَّبِّ . وقد طَبَّ يَطْبُ وَيَطْبُ وَتَطَّبَّ .
- وقالوا : تطبب له : سأل له الأطباء . وجمع القليل : أَطِيَّة ، والكثير : أطباء .
- وقالوا إذا كنت ذا طِبٍّ وطَبٍّ وطَبٍّ فَطَبَّ لعينك .
- وقالوا: إن كنت ذا طب فطب لنفسك ، أي إبدأ أولاً بإصلاح نفسك .
- والطب يأتي أيضاً بمعنى الرفق .
- والطبيب : الرفيق .
- ويأتي أيضاً الطب بمعنى السحر .
- والمطبوب : المسحور .
- قال أبو عبيدة : إنما سمي السحر طباً على التفاؤل بالبرء .
- ومن قول الشاعر :

أَلَا مَنْ مَبْلَغُ حَسَّانٍ عَنِّي أَطَبُّ كَان دَاوُكُ أَمْ جَنُونَ ؟

- ورواه سيبويه : أسحر كان طبك ؟ .
- والطب يأتي بمعنى الحذق .
- قال ابن سيده : والذي عندي أنه الحذق .
- وأصل الطب : الحذق بالأشياء والمهارة بها . يُقال : رجلٌ طَبٌّ وطبيب : إذا كان كذلك ، وإن كان في غير علاج المرض .
- قال علقمة :

فإن تسألوني بالنساء فإنني بصير بأدواء النساء طبيب

والطبُّ يأتي أيضاً بمعنى : الطويَّة والشهوة والإرادة .

الفرع الثاني : تعريف الطبيب :

الطبيب: هو العالم بالطب .

والطبيب هو الحاذق من الرّجال ، الماهر بعلمه .

يقال :

جاءتُ على غرس طبيب ماهر .

وكل حاذق بعمله طبيب عند العرب .

يقال: فلان طب بكذا ، أي عالم به .

أما المتطبّب فهو الذي يُعاني الطب ، ولا يعرفه معرفة جيدة (1).

ومن قول النبي صلى الله عليه وسلم : « من تطبب ولم يكن بالطب معروفاً

فأصاب نفساً فما دونها فهو ضامن » (2).

وعرفه الإمام الشيزري بقوله : ((والطبيب هو العارف بتركيب البدن ،

ومزاج الأعضاء، والأمراض الحادثة فيها ، وأسبابها وأعراضها وعلاماتها، والأدوية

النافعة فيها ، والاعتياض عما لم يوجد منها ، والوجه في استخراجها وطريق

مداواتها.)) (3).

ويقول ابن قيم الجوزية : ((فالطبيب هو الذي يفرّق ما يضر بالإنسان جمعه،

أو يجمع فيه ما يضره نقصه ، أو ينقص منه ما يضره زيادته ، أو يزيد فيه ما

يضره نقصه ، فيجلب الصحة المفقودة أو يحفظها بالشكل والشبه ، ويدفع العلة

(1) لسان العرب – ابن منظور – 3630/4-3631، مادة طبب.

(2) المستدرک علی الصحیحین – الحاكم النيسابوري ، كتاب الطب ، دار الکتب العلمیة – بیروت-

ط 1990 ، 236/4 برقم 7484 . . – وقال صحیح علی شرط البخاری ومسلم ولم یخرجاه . --

سنن الدراقطنی – علی بن عمر قطنی البغدادي ، کتاب الحدود ، 195/3 ، برقم 335 . --- سنن

أبي داود – أبو السجستاني ، کتاب الدیات ، باب: فیمن تطبب بغير علم، برقم 4586 . وقال أبو

داود: هذا لم یرده إلا الولید لا ندری هو صحیح أم لا . – السنن الكبرى : أحمد بن شعيب النسائي ،

کتاب القسامة ، باب: تضمین المتطبب ، رقم الحدیث 7068 . – سنن ابن ماجه – کتاب الطب –

باب: من تطبب ولم یعلم منه طب ، برقم 3466 . – ویقول الصنعانی ((إن من أرسله أقوى ممن

وصله)) سبیل السلام –الصنعانی- دار إحياء التراث العربی بیروت ، 250/3 .

(3) نهاية الرتبة في طلب الحسبة – عبد الرحمن الشيزري ، دار الثقافة ، ص 97 .

الموجودة بالصد ، والنقيض ويخرجها ، أو يدفعها بما يمنع من حصولها بالحمية ((..⁽¹⁾.

وهذه التعاريف للطبيب أرى أنها طويلة بعض الشيء ، كما أنها تدخل في تعريف بعض شروط الطبيب ، كما أنها أهملت كيفية معرفة الطبيب . ويمكن تعريف الطبيب باختصار بأنه : العارف بأحوال البدن ، وما يضره وما ينفعه ، وكيفية جلب الصحة ودرء المفسدة ، وأنواع الأمراض وأدويتها ، بشهادة خبرة .

المطلب الثاني : كيفية معرفة الطبيب وبيان شروطه :

ذكرت فيما سبق أثناء تعريف الطبيب الفرق بين الطبيب والمتطبب وقلت : إن الطبيب هو العالم بالطب وهو الحاذق في مهنته . وأن المتطبب : هو الذي يُعاني الطب ولا يعرفه معرفة جيدة . فالطبيب الحاذق هو الذي يقوم بعمله على أكمل وجه وخبرة ، وأما الطبيب الجاهل أو المتطبب، فهو الذي يدعي عمل الطب . فلا بد إذن من التمييز بين الطبيب والمتطبب . والتمييز يكون كما سأبينه في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : كيفية معرفة الطبيب :

إن معرفة الطبيب الحاذق، والتمييز بينه وبين الطبيب الجاهل، تكون بإحدى الطريقتين :

الأولى : الشهادة :

وهي شهادة أهل صنعته . ويُكتفى هنا بشهادة عدلين عالمين بالطب . فمن شهد له عدلان عالمان بالطب بأنه طبيب، فإن هذا يكفي بمعرفته طبيياً⁽²⁾.

⁽¹⁾ الطب النبوي – ابن قيم الجوزية ، دار الفجر ، القاهرة ، ط 1999 ، ص 10 .

⁽²⁾ حواشي الشرواني – عبد الحميد الشرواني ، دار الفكر ، بيروت ، 197/9 .

– سبل السلام – الصنعاني ، دار إحياء التراث العربي ،، بيروت ، ط 1379 ، 250/3 .

– حاشية البجيرمي – سليمان بن عمر البجيرمي ، المكتبة الإسلامية ، تركيا ، 140/4 .

يقول الشرواني : ((... ويعلم كونه عارفاً بالطب بشهادة عالمين بالطب بمعرفته ..))⁽²⁾.

ويقول البغدادي : ((.. فإن قال رجلان إنه ليس بأهل وهذا من خرق فعله ، وقال رجلان هو أهل ، لا يضمن وإن كان في جانب الكحال واحد وفي جانب الآخر اثنان ضمن الكحال ...))⁽¹⁾.

أي شهادة رجلين عدلين للطبيب تنفي عنه الضمان لأنه بهذه الشهادة يكون حاذقاً بفعله فلا يضمن بالخطأ .

والطبيب في عصرنا هذا يعمل ويمارس مهنته وفق هذه الشهادة ، فكلية الطب هي التي تتولى الشهادة على هذا الطبيب بأنه أصبح قادراً وماهراً في هذه الصنعة . وهذه الشهادة يتولاها عدد من الأطباء الماهرين بعد دراسات وتجارب . وبموجب هذه الشهادة يقوم هذا الطالب الطبيب بعمله .

الثانية : والحالة الثانية للتمييز بين الطبيب الحاذق والطبيب الجاهل هي : التجربة :

فالتجربة دليل على المهارة والمعرفة ، وهي دليل على طول معرفته بهذه الصنعة .

يقول القليوبي : ((شرط الطبيب أن يكون ماهراً بمعنى أن يكون خطؤه نادراً ، وإن لم يكن ماهراً في العلم فيما يظهر فتكفي التجربة . وإن لم يكن كذلك فلا يصح العقد ..))⁽²⁾.

ويذهب الشرواني إلى أن اشتهار الطبيب بالمعرفة يُعد كافياً للقول بأن هذا الطبيب ماهر وحاذق .

يقول : ((... وينبغي الإكتفاء باشتهاره بالمعرفة بذلك لكثرة الشفاء بمعالجته ...))⁽³⁾.

⁽²⁾ حواشي الشرواني - الشرواني - دار الفكر ، 197/9 .

⁽¹⁾ مجمع الضمانات - (أبي محمد البغدادي) عالم الكتب ، بيروت ط1 1987 ، 48 .

⁽²⁾ حاشية القليوبي على منهاج الطالبين - القليوبي - دار الفكر ، 78/3 . وانظر إعانة الطالبين - السيد البكري الدمياطي ، دار الفكر ، بيروت ، 122/3 .

وليست هذه الطريقة بمعتمدة حصراً في عصرنا الحاضر . فلا يتولى الطب من لا شهادة له وتخرج من معهد علمي معروف، فهذه الطريقة المعتمدة على الشهادة مثار بحث الضمان أما طريقة التجربة فالضمان فيها واقع على كل حال . وفي سورية لا يعطى لقب الطبيب إلا لمن حاز شهادة الطب من كلية الطب وكان مسجلاً في وزارة الصحة ، وأن يحصل على ترخيص بمعاونة المهنة . وسأتكلم المزيد عن هذا عند الحديث عن شروط الطبيب .

⁽³⁾ حواشي الشرواني ، الشرواني ، 197/9.

الفرع الثاني : شروط الطبيب :

لا بد لكل من يمتحن مهنة من شروط تتوفر فيه لكي يستطيع القيام بهذه المهنة على أتم وجه وأكمل استعداد ، مهما كانت هذه المهنة .

والطب كمهنة من المهن يجب أن تتوافر فيمن يمارسها وهو الطبيب شروط كثيرة . فالطب مهنة خطيرة وهامة والخطأ البسيط فيها قد يؤدي إلى أضرار كبيرة .

وللطب شروط كثيرة يجب أن تتوافر فيه : ومن هذه الشروط :

- المهارة : أي بأن يكون خطأ الطبيب نادراً جداً .

كما يقول القليوبي في حاشيته : ((شروط الطبيب أن يكون ماهراً بمعنى أن يكون خطؤه نادراً ...))⁽¹⁾.

- وأيضاً من هذه الشروط : المعرفة بتركيب البدن والأعضاء والأدوية وغيرها.

وفي ذلك يقول الشيزري : ((.. والطبيب هو العارف بتركيب البدن ومزاج الأعضاء ، والأمراض الحادثة فيها وأسبابها وأعراضها وعلاماتها والأدوية النافعة فيها... إلخ))⁽²⁾.

وعلى كل حال فقد حصر ابن قيم الجوزية شروط الطبيب وجعلها في عشرين شرطاً في كتاب الطب النبوي ، يقول في ذلك :

((.. والطبيب الحاذق هو الذي يراعي في علاجه عشرين أمراً :

أحدها : النظر في نوع المرض من أي الأمراض هو ؟

الثاني : النظر في سببه من أي شيء حدث ، وبالعلة الفاعلة التي كانت سبب حدوثه ما هي ؟

الثالث : قوة المريض ، وهل هي مقاومة للمرض أو أضعف منه ، فإن كانت مقاومة للمرض مستظهرة عليه تركها والمرض ، ولم يحرك بالدواء ساكناً .

الرابع : مزاج البدن الطبيعي ، ما هو ؟

(1) حاشية القليوبي على منهاج الطالبين - القليوبي ، 78/3 .

(2) نهاية الرتبة في طلب الحسبة - عبد الرحمن الشيزري ، ص 97.

- الخامس : المزاج الحادث على غير المجرى الطبيعي .
- السادس : سن المريض .
- السابع : عاداته .
- الثامن : الوقت الحاضر من فصول السنة وما يليق به .
- التاسع : بلد المريض وتربته .
- العاشر : حال الهواء في وقت المرض .
- الحادي عشر : النظر في الدواء المضاد لتلك العلة .
- الثاني عشر : النظر في قوة الدواء ودرجته ، والموازنة بينها وبين المريض .
- الثالث عشر : ألا يكون كل قصده إزالة تلك العلة ، بل إزالتها على وجه يأمن معه حدوث أصعب منها ...
- الرابع عشر : أن يعالج بالأسهل فالأسهل ، فلا ينتقل بالعلاج من الغذاء إلى الدواء إلا عند تعذره ...
- الخامس عشر : أن ينظر في العلة ، هل هي ممن يمكن علاجها أو لا ؟ فإن لم يمكن علاجها حفظ صناعته وحرّمته ، ولا يحمله الطمع على علاج لا يفيد شيئاً وإن أمكن علاجها نظر هل يمكن زوالها أم لا ؟
- السادس عشر : ألا يتعرض للخلط قبل نضجه باستفراغ بل يقصد إنضاجه ، فإذا تم نضجه بادر إلى استفراغه .
- السابع عشر : أن يكون له خبرة باعتلال القلوب والأرواح وأدويتها وذلك أصل عظيم في علاج الأبدان ... والطبيب إذا كان عارفاً بأمراض القلب والروح وعلاجهما كان هو الطبيب الكامل ، والذي لا خبرة له في ذلك وإن كان حاذقاً في علاج الطبيعة وأحوال البدن نصف طبيب ...
- الثامن عشر : التلطف بالمريض والرفق به كالتلطف بالصبي .
- التاسع عشر : أن يستعمل أنواع العلاجات الطبيعية والإلهية والعلاج بالتخييل، فإن لحذاق الأطباء في التخييل أموراً عجيبية لا يصل إليها الدواء ، فالطبيب الحاذق يستعين على المرض بكل معين .

العشرون : - وهو ملاك أمر الطبيب - أن يجعل علاجه وتدبيره دائراً على ستة أركان :

حفظ الصحة الموجودة ، ورد الصحة المفقودة بحسب الإمكان، وإزالة العلة أو تقليلها بحسب الإمكان ، واحتمال أدنى المفسدتين لإزالة أعظمهما ، وتقويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمهما .

فعلى هذه الأصول الستة مدار العلاج ، وكل طبيب لا تكون هذه أختيه التي يرجع إليها ، فليس بطبيب والله أعلم . ((⁽¹⁾).

هذه هي الشروط التي ذكرها ابن القيم في كتابه ، وهي شروط جامعة لما يجب أن يتوفر في كل طبيب ولا يمكن لأي طبيب أن يستغني عن واحد منها ، فهي شروط تجمع كما نرى العلم والعمل ، أي الشروط النظرية والعملية للطبيب . على أننا يجب أن نلاحظ أن هناك شروط ينبغي أن تتوفر في الطبيب عند ممارسة عمله . وهي : الإذن بنوعيه العام والخاص ، واتباع أصول المهنة ، وسأتي على شرح وبيان هذان الشرطان عندما أتكلم عن انتفاء مسؤولية الطبيب إن شاء الله تعالى .

*وأما عن شروط الطبيب و شروط مزاولته لمهنة الطب في عصرنا الحاضر ، ففي أكثر الأقطار والبلدان ترجع هذه الشروط إلى ثلاثة شروط وهي :

1 - شروط فنية .

2 - شروط قومية .

3 - شروط مسلكية .

وسأتكلم عن هذه الشروط بشيء من الاختصار كما تُطبَّق في سورية :

1 - الشروط الفنية : وهي حيازة الطالب على شهادة ولقب دكتور في الطب

من كلية الطب في سورية ، أو من كلية أجنبية تعتبر شهادتها معادلة شهادة الطب

(¹) الطب النبوي - شمس الدين ابن قيم الجوزية ، دار الفجر للتراث ، القاهرة ، ط 1 1999 ، ص 108 .

في سورية على أن يجتاز الطالب في هذه الحالة الأخيرة فحصاً إجمالياً من قبل لجنة مختصة .

2 - الشروط القومية : حصر قانون مزاوله المهن الطبية السوري حق تعاطي المهنة بالأطباء السوريين أو المجنسين بجنسية سورية .

3 - الشروط المسلكية : هي في سورية التسجيل في وزارة الصحة والإسعاف العام، والحصول منها على ترخيص بمعاواة المهنة . كما يُشترط تقديم طالب التسجيل شهادة تؤيد لياقته طبياً لمزاولة الطب ، وتعطى هذه الشهادة من قبل لجنة مختصة ، ومن كانت دراسته في بلد أجنبية يتعلق به شروط أخرى للتأكد من أهليته وكفاءته لمزاولة هذه المهنة . (1)

(1) انظر: تاريخ الطب وآدابه وأعلامه - د. أحمد شوكت الشطي ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، دمشق ، 1982م، ص 548 .

المطلب الثالث : اشتراط الشفاء على الطبيب وأجرة الطبيب :

ويتضمن هذا المطلب الفرعين التاليين :

- الفرع الأول : اشتراط الشفاء على الطبيب .
- الفرع الثاني : أجرة الحجام والطبيب.
- وسأتكلم عن كلا الفرعين فيما يلي :

الفرع الأول : اشتراط الشفاء على الطبيب :

إن أي عمل نلتزم به هو عبارة عن عقد بيننا وبين الطرف الآخر، ومعالجة الطبيب للمريض هو من قبيل هذا أيضاً ، فهو عقد بين المريض والطبيب .
وصورة هذا العقد هي كالآتي :

1-إن اشترط المريض الشفاء لتسليم الأجر ، فتكليف العقد هو عقد جعالة ، ولا يستحق الطبيب الأجر إلا في حالة الشفاء .

2-وإن لم يشترط المريض الشفاء ، فالعقد عقد إجارة ، يقع على عمل الطبيب في معالجة المريض ، ويستحق الطبيب الأجر ولو لم يُشفَ المريض .
فهذا هو التكليف الفقهي للعقد بين الطبيب والمريض .
ويوجد بعض التفاصيل عند المذاهب وبيانها كالآتي :

قال السادة الحنفية : إذا شرط المريض على الطبيب العمل السليم ، فإن هذا الشرط يبطل ، ويصح العقد وبهذا يكون العقد عقد إجارة بين الطبيب والمريض .
فالطبيب إذا قام بمعالجة المريض وسرى فعله وسبب أذى للمريض ، فإذا كان المريض قد شرط على الطبيب العمل على وجه لا يسري ، فإن هذا الشرط يعد باطلاً ، ويصح العقد ، ويستحق الطبيب أجرة عمله ، سواء سرى فعله أم لا .

وذلك لأن التحرز عن السراية ينبني على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الألم . وعلى ذلك فلا يمكن التقييد بالعمل الصالح . ولو صح ذلك لتقاعد الأطباء عن عملهم مع مساس الحاجة إليه (1).

يقول البغدادي : ((ولو شرط عليهم العمل السليم عن السراية بطل الشرط إذ ليس في وسعهم ذلك ...)) ويقول : ((... لو قال الرجل للكحال داو بشرط لا يذهب البصر فذهب البصر لا يضمن ...)) (2).

- وقال المالكية : إذا شرط المريض الطبيب على البرء، فتكليف هذا العقد هو إجارة على البلاغ لا جعالة، ولا يستحق الطبيب الأجر إلا بتمام العمل .

وهذا العقد يشبه الجعالة . فالجعالة وصورة الإجارة هذه تستويان في أن الأجرة فيهما لا تستحق إلا بتمام العمل . ولا يلزم من استوائهما في هذا الوجه استوائهما في غيره . لأن الإجارة على البلاغ لازمة بالعقد بخلاف الجعالة (3).

- وقال الشافعية : إذا شرط المريض الشفاء على الطبيب بطل العقد الذي بينهما وذلك لأن الشفاء بيد الله عز وجل وليس بيد الطبيب ، فالذي يُستأجر الطبيب عليه هو المعالجة لا الشفاء . فالطبيب يقوم بعمله ثم الشفاء بيد الله تعالى .

يقول المليباري : ((... قال شيخنا إن الطبيب الماهر أي بأن كان خطؤه نادراً ، لو شرطت له أجرة وأعطى ثمن الأدوية فعالجه بها ، فلم يبرأ استحق المسمّى إن صحت الإجارة ، وإلا فأجرة المثل . وليس للعليل الرجوع عليه بشيء ، لأن المستأجر عليه المعالجة لا الشفاء ، بل إن شرطت بطلت الإجارة لأنه بيد الله تعالى ...)) (4).

(1) انظر: البناية شرح الهداية - لأبي محمد محمود العيني ، دار الفكر ، ط2 1990 ، 385/9 . -- حاشية ابن عابدين - محمد أمين بن عابدين ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ط2 1998م ، 81/9 . مجمع الضمانات - لأبي محمد بن غانم البغدادي ، عالم الكتب ، بيروت ، ط 1998 ، ص 48-47 .

(2) مجمع الضمانات البغدادي ، 48-47 .

(3) انظر: حاشية الدسوقي - محمد بن عرفة الدسوقي ، دار الفكر 94/4 . - الشرح الكبير - أحمد الدردير دار الفكر ، بيروت ، 94/4 . -- منح الجليل - محمد عيش ، دار الفكر ، 61/8 .

(4) فتح المعين - زين الدين المليباري ، دار الفكر ، بيروت ، 122/3 .

-ولكن إن وقع العقد جعالة بين المريض والطبيب ، أي بأن جاعل المريض الطبيب على الشفاء ، فهنا يصح العقد ولا يستحق الطبيب الأجرة أي الجعالة ، إلا بعد حصول الشفاء .

يقول الدميّاطي عندما يتكلم عن اشتراط الشفاء : ((... قال في التحفة : نعم إن جاعله عليه - أي الشفاء - صح ولم يستحق المسمى إلا بعد وجوده ...))⁽¹⁾.
-وذهب ابن حزم الظاهري إلى القول : بأنه لا تجوز مشاركة الطبيب على البرء أصلاً ، وإنما الطبيب معالج ومقو للطبيعة بما يقابل الداء ، فالبرء لا يقدر عليه إلا الله تعالى⁽²⁾.

(1) إعانة الطالبين - السيد البكري الدميّاطي ، 122/3 . وانظر حاشية القليوبي - القليوبي ، 78/3 .
(2) انظر: المحلى - علي بن حزم الظاهري ، دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، 196/8 .

الفرع الثاني : أجره الحجامة والطبيب :

ذهب الفقهاء من الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ إلى أنه يجوز للحجامة أن يأخذ أجره على عمله في الحجامة .

واستدلوا على قولهم هذا بما يلي :

1- ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما قال : « احتجم النبي صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجامة أجره ولو علم كراهية لم يعطه »⁽⁵⁾ .

فالنبي صلى الله عليه وسلم أعطى الحجامة أجره ولو كانت هذه الأجره غير جائزة لما أعطاه النبي عليه السلام للحجامة ، والنبي عليه السلام معلم ، يعلم الناس الحلال والحرام .

2- ما رواه أنس بن مالك رضي الله عنه قال : « حجج أبو طيبة النبي صلى الله عليه وسلم ، فأمر له بصاع ، أو صاعين من طعام ، وكلم مواليه ، فخفف عن غلته أو ضربيته »⁽⁶⁾ .

وفي هذا دليل على إباحة أجره الحجامة أيضاً .

3- أن الحجامة منفعة مباحة لا يختص فاعلها أن يكون من أهل القرية، فجاز الاستئجار عليها وذلك كالبناء والخياطة وغيرهما .

(1) انظر: حاشية ابن عابدين - ابن عابدين - دار الفكر ، بيروت ط 1386 ، 52/6 .

بدائع الصنائع - الكاساني ، دار الكتاب العربي ، ط 1982 ، 190/4 .

(2) التمهيد - ابن عبد البر ، وزارة الأوقاف ، المغرب ، ط 1987 ، 80/11 .

- شرح الزرقاني - محمد عبد الباقي الزرقاني ، دار الكتب العلمية ، ط 491/4 .

(3) انظر: الأم - الإمام الشافعي ، دار المعرفة ، بيروت ، ط 1393 ، 175/7 .

- المجموع - النووي ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1996 ، 53/9 .

- فتح الباري - ابن حجر العسقلاني ، دار الفكر ، بيروت ، ط 221/5 .

(4) انظر: المغني - ابن قدامة المقدسي ، دار الفكر ، بيروت ط 1405 ، 313-312/5 .

- تحفة الأحوذى - المباركفوري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 416/4 .

(5) البخاري - كتاب الإجارة ، باب خراج الحجامة ، رقم الحديث : 2159 .

- مسلم ، كتاب المساقاة ، باب : حل أجره الحجامة ، رقم الحديث : 1202 .

(6) البخاري - كتاب الإجارة ، باب ضربية العبد ، رقم الحديث : 2157 .

- مسلم ، كتاب المساقاة ، باب : حل أجره الحجامة ، رقم الحديث : 1577 .

4- أن الحجامة لا يتبرع بها أي أحد من الناس ، مع حاجة الناس إليها ، فجاز الاستئجار عليها ولو تواطأ الناس على تركها لأضر بالناس .
ومع أن الفقهاء ، قالوا بأنه يجوز للحجام أخذ الأجرة ، إلا أنهم قالوا : يكره للحر أن يكتسب بالحجامة وغيرها من الصنائع الدنيئة ، لأن هذه الصنائع ينزه الحر عنها .

وهذه الحرفة مكروهة من طريق المروءة لما فيها من العمل بالدم الفاسد .
- وذهب البعض من الفقهاء ، ومنهم القاضي أبو يعلى من الحنابلة⁽¹⁾ إلى القول : بأن أجر الحجام لا يباح ، وذكر القاضي أن الإمام أحمد نص عليه في مواضع .
وقال : إن الحجام إذا أعطي شيئاً فله أخذه ، ولكن يصرفه في علف دوابه وطعمة عبيده ، ولا يحل له أكله .

أدلة المانعين ومناقشتها : (2)

استدل المانعين لأجرة الحجام بما يلي :

- 1- حديث (محيصة) أنه سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام فنهاه . فذكر له الحاجة ، فقال : «اعلفه نواضحك»⁽³⁾ . أي أطعمه رقيقك ودوابك .
- 2- الحديث الذي رواه رافع بن خديج . أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «كسب الحجام خبيث وثمان الكلب خبيث ومهر البغي خبيث»⁽⁴⁾ .
فهذان الحديثان يدلان على حرمة كسب الحجام .

(1) انظر: المغني - ابن قدامة المقدسي 312/5-313.

(2) المراجع السابقة .

(3) سنن الترمذي - الإمام الترمذي ، كتاب البيوع ، باب: كسب الحجام ، قال الترمذي حديث حسن صحيح رقم الحديث 1277 . - سنن ابن ماجة - كتاب التجارات ، باب: كسب الحجام ، رقم الحديث 2166 . مسند أحمد - أحمد بن حنبل ، مؤسسة قرطبة ، 436/5 ، برقم 23744 .

(4) سنن أبي داود - كتاب البيوع ، باب: كسب الحجام ، رقم الحديث 3421 . - سنن الترمذي - الإمام الترمذي ، كتاب البيوع ، باب: كسب الحجام ، وقال حسن صحيح ، رقم الحديث 1275 . - المستدرک علی الصحیحین - الحاكم النيسابوري ، كتاب البيوع ، دار الكتب العلمية ، 48/2 ، برقم 2278 . -- مسند الإمام أحمد ، 299/2 ، برقم 7963 . - سنن الدارقطني - علي بن عمر الدارقطني ، كتاب البيوع ، دار المعرفة ، بيروت ، ط1966 ، 72/3 ، برقم 273 . قال الدارقطني : وهذا الحديث فيه الوليد بن عبيد الله وهو ضعيف .

وأجاب الذين ذهبوا إلى جواز أجره الحجام على هذه الأحاديث بأنها منسوخة بالأحاديث التي تجيز أجره الحجام . ذهب إلى هذا الإمام الطحاوي فيما نقل عنه ابن حجر (1).

كما أجاب القائلون بالجواز عن هذه الأحاديث بأن رواية رافع بن خديج التي تنهى عن أجره الحجام ليست بقوة رواية ابن عباس التي تجيز أجره الحجام ، فرافع ليس كابن عباس في الضبط والإلتقان ، فيعمل برواية ابن عباس .

كما إن تسمية أجره الحجام بالخبيث لا يلزم منها التحريم ، فقد سمى النبي عليه الصلاة والسلام الثوم والبصل خبيثين مع إباحتهما .

كما أن قول النبي صلى الله عليه وسلم في كسب الحجام : «أطعمه نواضحك» أي رقيقك ، فيه دليل على إباحة كسبه . فإن الرقيق آدميون يحرم عليهم ما حرمه الله تعالى على الأحرار .

وجمع ابن العربي بين الأحاديث القائلة بالجواز والأحاديث القائلة بالنهي : بأن محل الجواز فيما إذا كانت الأجرة على عمل معلوم ، وأما الزجر والنهي فيحمل على ما إذا كانت على عمل مجهول (2).

وقال العظيم آبادي : ((إن المراد بالخبيث في قوله : «كسب الحجام خبيث» المكروه تنزيهاً لدنائه وخسته لا المحرم . كما في قوله تعالى ﴿ ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ﴾ [البقرة : 267] . فسمى راذل المال خبيثاً)) (3).

• الترجيح :

والراجح والله أعلم هو جواز أجره الحجام . وذلك لقوة الأحاديث الواردة فيها وصحتها، وكما أن الحجامه فيها منفعة للجسم ، فلا حرج أن يأخذ الحجام أجره عليها ، شأنها كشأن سائر الحرف والمهن ، وتيسيراً لمصالح الناس .

(1) انظر: فتح الباري – ابن حجر العسقلاني ، دار الفكر ، بيروت 221/5.

(2) انظر: فتح الباري – ابن حجر العسقلاني ، 222/5 .

(3) عون المعبود – العظيم آبادي ، 209/9 .

* وهذا الذي سبق الكلام عنه هو في أجرة الحجام على عمله في الحجامنة .
أما أجرة الطبيب فما يفهم من كلام جميع الفقهاء في كتبهم ، أن أجرة الطبيب جائزة ومباحة . وذلك لأن هذه المهنة مهنة تدعو الحاجة إليها ، وتحتاج إلى عناية ودقة وخبرة طويلة ، ولا يتبرع بها أي أحد ، وشأنها كشأن باقي المهن الأخرى ، وتوضح لنا أثناء الكلام عن أجرة الحجام أنها مكروهة فقط من طريق المروءة ولخستها ولأنها عمل بالدم الفاسد وما شابه ذلك . أما مهنة الطب فليس بها شيء من هذا القبيل فصحت الأجرة عليها (1).

يقول ابن قدامة المقدسي : ((... فأما استئجار الحجام لغير الحجامنة كالفصد وحلق الشعر وتقصيره والختان وقطع شيء من الجسد للحاجة إليه فجائز لأن قول النبي «كسب الحجام خبيث» يعني بالحجامنة كما نهى عن مهر البغي أي في البغاء وكذلك لو كسب بصناعة أخرى لم يكن خبيثاً بغير خلاف وهذا النهي مخالف للقياس مختص بالمحل الذي ورد فيه ولأن هذه الأمور تدعو الحاجة إليها ولا تحريم فيها فجازت الإجارة وأخذ الأجر عليها كسائر المنافع المباحة)) (2).

• وأما عن أتعاب الأطباء في عصرنا الحاضر ، فقد نص قانون نقابة الأطباء في سورية على ما يلي :

-يجوز للطبيب أن يتفق مع المريض أو ذويه على أجور المعالجة مع مراعاة واجب الاعتدال . وأنه لا يجوز أن يعلق استحقاق الأجور على نتيجة المعالجة أو الشفاء . وأنه إذا اتخذ مجلس النقابة قرارات بتحديد أجور المعالجة وجب على الأطباء التقيد بهذه القرارات (3).

وبهذا نرى أن نقابة الأطباء والقانون في سورية اعتباراً العقد بين المريض والطبيب هو عقد إجارة . ويقع على الطبيب الالتزام بمعالجة المريض معالجة تامة ويستحق الأجرة ولو لم يشف المريض ، ولا يجوز تعليق الأجرة على الشفاء .

(1) المغني - ابن قدامة المقدسي. 314-313/5.

(2) المرجع السابق .

(3) تاريخ الطب وآدابه وأعلامه - د. أحمد شوكت الشطي ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، دمشق ، 1982م ص 557 .

وبهذا يكون القانون قد اتفق مع الشريعة الإسلامية في جواز أجره الطبيب
أولاً، ويتفق القانون أيضاً مع المذاهب الفقهية في تكييف العقد بين الطبيب
والمريض، فالعقد بينهما هو عقد إجارة ويجوز أن يكون جعالة عند الشافعية .
وأما اشتراط الشفاء فقد اتفق القانون مع المذهب الحنفي بأنه لا تجوز
مشاركة الطبيب على الشفاء . وإذا حصل هذا فإن الشرط يبطل ويصح العقد .

المبحث الثاني
مسؤولية الطبيب وضمانه

تكلمت فيما سبق عن الطبيب وشروطه وما شابه ذلك .

وسأتكلم الآن عن مسؤولية الطبيب وضمانه .

فهل يضمن الأعمال التي يقوم بها أم لا ؟ وإذا كان عمله مضموناً ، فهل

يضمن في جميع الحالات أم أنه يضمن في حالات خاصة دون حالات أخرى ؟

وماذا يضمن ؟ وعلى من يكون الضمان ؟ إلى غير ذلك من الأسئلة .

وسأناقش هذه الأسئلة في المطالب التالية :

المطلب الأول : انتفاء مسؤولية الطبيب . ويتضمن الفروع التالية :

الفرع الأول : 1 - الإذن : إذن الشارع .

2 - إذن المريض .

الفرع الثاني : اتباع أصول المهنة :

-عدم تقصير الطبيب في المعالجة.

-قصد الطبيب الشفاء للمريض .

-تجنب الخطأ قدر الإمكان .

الفرع الثالث : القتل الرحيم .

المطلب الثاني : ضمان الطبيب ومحلّه :

ويتضمن الفرعين التاليين :

الفرع الأول : ضمان الطبيب الجاهل .

الفرع الثاني : ضمان الطبيب الحاذق .

المطلب الأول : شروط انتفاء مسؤولية الطبيب :

إذا أقدم الطبيب على عمل ما في جسم الإنسان ، فإن هذا الطبيب لا يضمن الضرر الذي قد يحدث عن عمله هذا . ولكن ليس في كل الحالات ، وإنما في حالات معينة . وفي شروط معينة . إذا انتفى أي شرط منها كانت النتيجة هي ضمان الطبيب لهذا الضرر الذي قد يحدث .

وهذه الشروط هي :

1-الإذن : بنوعيه :

- إذن الشارع .
- إذن المريض .

2-اتباع أصول المهنة وهي :

- عدم تقصير الطبيب في المعالجة.
- قصد الطبيب الشفاء للمريض .
- تجنب الخطأ قدر الإمكان .

وسأتكلم عن كل من هذه الشروط في الفرعين الأول والثاني وفي الفرع الثالث سأتكلم عن مسألة القتل الرحيم .

الفرع الأول : الإذن :

لا بد للطبيب عندما يُقدم على عمل طبي، لأي شخص من إذنٍ يخوله القيام بهذا العمل فإله سبحانه وتعالى جعل للإنسان حرمة، فلا يعتدي أحد على جسم الإنسان إلا بوجه حق .

ونرى هذا المبدأ الإلهي مرسخاً في القرآن الكريم والسنة الشريفة .

فمن القرآن الكريم مثلاً قوله تعالى : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً ﴾ [سورة الإسراء: 70] . ومن السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم «كسر عظم الميت ككسره حياً»⁽¹⁾.

وعلى هذا فمعالجة أو تصرف الطبيب بجسم الإنسان يُعد تدخلاً من الطبيب على هذا الجسم، ولا يجوز لأحد أن يتدخل أو يتصرف فيه دون إذن شرعي .
-وفي الحقيقة الإذن المفروض هنا، هو إذنان معاً يجب أن يتوافران معاً وهما:

1-إذن الشرع أو الإذن العام .

2-إذن المريض أو الإذن الخاص .

ولا بد للطبيب كي يزاول عمله في هذين الإذنين معاً، وسأتكلم عن كلٍ من هذين الإذنين على حدة .

أولاً : إذن الشرع أو الإذن العام :

لا بد للطبيب عندما يريد مزاوله عمله من إذن ولي أمر المسلمين أو من ينوب عنه . وهذا الإذن من ولي أمر المسلمين، هو بمثابة التصريح لهذا الطبيب بالسماح له بمزاوله مهنته دون أي قيد أو حرج . وهذا الإذن لا يُفترض أن يكون حصراً من ولي أمر المسلمين ، بل من الممكن أن ينوب عنه في ذلك من يفوضه

(1) سنن البيهقي - كتاب الجنائز، باب: من كره أن يحفر له قبر، رقم الحديث 6870.

سنن أبي داود - كتاب الجنائز، باب: في الحفار يجد العظم، 212/3، رقم الحديث 3207.

سنن ابن ماجه - كتاب الجنائز، باب: في النهي عن كسر عظام الميت، برقم 1616.

-- مسند أحمد - أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، مصر، 168/6 برقم 25395 .

بهذا العمل ، وذلك كالمحتسب مثلاً أو المجمع الطبي، أو نقابة الأطباء ،أو وزارة من الوزارات، أو الجامعة الطبية أو غيرها .

-وليس حصول الطبيب على الشهادة الجامعية في الطب وموافقة نقابة الأطباء على هذا الطبيب في زماننا الحاضر إلا نوعاً من الإذن العام الذي أتكلم عنه. فمتى حصل الطبيب على هذا، يسمح له بمزاولة مهنته في الطب .

يقول محمد عليش المالكي : ((...إلا أن يكون قد تقدم من السلطان إلى الأطباء والحجّامين أن لا يُقدموا على ما فيه غرر إلا بإذنه ففعلوه بلا إذنه فنشأ منه موت عضو أو تلف حاسة أو عضو فعليهم الضمان ...))⁽¹⁾.

فهذا يوضح وجوب إذن الإمام للأطباء بمزاولة عملهم، فإن لم يأذن لهم ضمنوا ما تلف بسببهم .

وكذلك فإن الشيزري يوضح هذا الكلام حين يقول : ((... وينبغي للمحتسب أن يأخذ عليهم عهد أبقرط الذي أخذه على سائر الأطباء، ويُحلفهم ألا يعطوا أحداً دواءً مضراً ولا يركّبوا له سُمّاً ...))⁽²⁾.

ويقول ((...)) وللمحتسب أن يمتحن الأطباء بما ذكره حنين [ابن اسحق] في كتابه المعروف "محنة الطبيب"⁽³⁾.

فهنا يوضح الشيزري أن على المحتسب وهو مفوض الإمام أن يقوم باختبار الأطباء، قبل الإذن لهم بمزاولة عملهم . وهذا هو الإذن العام . وإذن الحاكم لا يُعطى إلا للطبيب ذو الخبرة بصناعة الطب وذلك كما بينته في المطلب الثاني من المبحث الأول .

ثانياً : إذن المريض أو الإذن الخاص :

والإذن الثاني الذي يجب توافره عند الطبيب هو إذن المريض:

⁽¹⁾ منح الجليل محمد عليش ، دار الفكر ، بيروت ، ط1 1984 ، 362/9 .

⁽²⁾ نهاية الرتبة في طلب الحسبة - الشيزري ، ص 98 .

⁽³⁾ المرجع السابق .

أي رضا المريض وموافقته على هذا العمل الطبي ، فإذا حصل الطبيب على هذا الإذن مع إذن الشارع وبقية الشروط التي سأتكلم عنها فيما بعد، فعندئذٍ لا يعتبر مسؤولاً عما أفضى إليه عمله من تلف، أو إفساد، ولا يترتب عليه ضمان ، والأصل في هذا الإذن هو حديث النبي صلى الله عليه وسلم عن الذي أخرجه البخاري عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : ((لَدَدْنَاهُ⁽¹⁾) في مرضه فجعل يشير إلينا «أن لا تُلْدُونِي» . فقلنا كراهية المريض للدواء فلما أفاق قال : «ألم أنهكم أن لا تلدونني» . قلنا كراهية المريض للدواء . فقال : «لا يبقى أحد في البيت إلا لُدَّ» . وأنا أنظر ، إلا العباس فإنه لم يشهدكم . . .))⁽²⁾ .

فرسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بِلِدِّ جميع من كان حوله أثناء لدّه ، وذلك لأنه لم يرضَ أن يلدوه فلدوه . والأمر بِلِدِّ من كان حوله هو نوع من القصاص . وهذا دليل واضحٌ وبيّن على أن رضا المريض بالمعالجة شرط ضروري، لعدم الضمان ، فإن لم يرضَ المريض ضمن الطبيب، وهذا ما حدث في هذا الحديث . يقول ابن حجر العسقلاني : ((قوله: لا يبقى أحد في البيت إلا لد، وأنا أنظر إلا العباس فإنه لم يشهدكم. قيل فيه مشروعية القصاص في جميع ما يصاب به الإنسان عمداً وفيه نظر ...))⁽³⁾ .

وأجمع الفقهاء⁽⁴⁾ على أن الطبيب إذا لم يحصل على إذن المريض في معالجته، يكون ضامناً، وهذه شواهد من كلامهم .

(1) اللدود بفتح اللام هو الدواء الذي يصب في أحد جانبي فم المريض . واللُدود : بالضم الفعل . ولددت المريض فعلت ذلك به ، -- انظر فتح الباري - ابن حجر العسقلاني ، دار الفكر ط1996، 317/11 .

(2) صحيح البخاري - محمد بن اسماعيل البخاري ، كتاب المغازي، باب: مرض النبي (ص) ووفاته ، رقم الحديث 2189 . - صحيح ابن حبان - محمد بن حبان البستي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1993 ، 554/14 ، برقم 6589 .

(3) فتح الباري - ابن حجر العسقلاني ، 496/8 .

(4) انظر: رد المختار على الدر المختار- ابن عابدين ، 81/9 . - الهداية مع فتح القدير - المرغيناني ، دار الفكر ، 127/9 . -- مجمع الضمانات - البغدادي ، 48 . -- منح الجليل - محمد عليش 361/9 . -- التاج والإكليل - أبو القاسم العبدري ، دار الفكر ، بيروت ط2 1398 ، 321/6 . -- الشرح الكبير - أحمد الدردير دار الفكر ، بيروت ، 355/4 . -- مغني المحتاج - الخطيب الشربيني دار الفكر ، 202/4 . - روضة الطالبين - الإمام النووي ، المكتب الإسلامي ، ط2 1985 ، 179/10 . -- الأم -

فيقول محمد عlish في كتابه منح الجليل عندما تكلم عن ضمان الطبيب:
 ((أو علم ولم يقصر وطيب مريضاً (بلا إذن) منه فأتلفه أو عيبه فإنه
 يضمن...))⁽¹⁾.

ويقول البغدادي الحنفي ((.. وسئل الحلواني عن صبية سقطت من فوق سطح
 فانتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين : إن شققتم رأسها اليوم تموت ، وقال أحدهم :
 إن لم تشقوه تموت ، وأنا أشقه وأبريها فشقه فماتت بعد يوم أو يومين هل يضمن ؟
 فتأمل ملياً ، ثم قال : لا ، إذا كان الشق بإذن وكان الشق معتاداً ولم يكن فاحشاً
 خارج الرسم أو العادة فليل له: فإن قال : لو ماتت فأنا ضامن هل يضمن ؟ قال :
 لا))⁽²⁾

وكذلك يقول الخطيب الشربيني : ((... ومن حجم غيره أو فصدده بإذن
 معتبر، كقول حر مكلف لحاجم احجمني، أو افصدني ففعل وأفضى للتلف لم يضمن
 ما تولد منه وإلا لم يفعله أحد ...))⁽³⁾.

ويقول ابن مفلح الحنبلي ((... ويعتبر لعدم الضمان في ذلك إذن مكلف أو
 ولي وإلا ضمن ...)). وعلى هذا فإننا نرى إجماع الفقهاء على وجوب إذن
 المريض للطبيب كي يعالجه، وإلا ضمن الطبيب ما يفعل .

ولكن هناك حالات لا يُعتد بالإذن بها . وذلك كإذن المكره، فإن المكره لا
 يُعتد به وكأنه لم يكن ، فإذا باشر الطبيب عمله مكرهاً للمريض، كان عليه الضمان
 . يقول ابن قدامة المقدسي : ((... وإن قطعه مكرهاً فالقطع بالقصاص سواء كان
 القاطع إماماً أو غيره، لأن هذه جراحة تؤدي إلى التلف ...))⁽⁵⁾.

الإمام الشافعي ، دار المعرفة ، بيروت ، ط 1393 ، 61/6 . - كشاف القناع - منصور البهوتي،
 دار الفكر ، بيروت ، ط 1402 ، 35/4 . - المبدع - ابن مفلح الحنبلي ، المكتب الإسلامي ، بيروت
 ، ط 1400 ، 111/5 .

(1) منح الجليل - محمد عlish 361/9 .

(2) مجمع الضمانات - البغدادي ، عالم الكتب ، بيروت ، ط 1998 ، ص 48 .

(3) مغني المحتاج - الخطيب الشربيني، دار الفكر، 252/4

(4) - المبدع - ابن مفلح ، 111/5 .

(5) المغني - ابن قدامة ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1405 ، 150/9 .

ويقول الدسوقي عندما يتكلم عن حالات ضمان الطبيب : ((... أو أطمع مريضاً دواءً قهراً عنه فنشأ عن ذلك تلف ...))⁽¹⁾ فإنه يضمن في هذه الحالة . وكذلك فإن إذن العبد والقاصر والمجنون والمعتوه لا يُعتد به ، بل يحتاجون إلى وليهم أو سيدهم كي يأذن لهم . فإن قام الطبيب بعمل بإذن صبي أو مجنون أو عبد وأدى إلى تلف ، تحمل الطبيب مسؤولية هذا وكان عليه الضمان .

يقول ابن فرحون المالكي : ((... وإذن العبد للحجام أن يحجمه أو يختته غير مفيد في عدم الضمان ، إن نشأ عن الحجام أو الختان خطر ، لأن رقبة العبد ملك لسيده ...))⁽²⁾ .

وكذلك يقول ابن عابدين : ((.... وفيها سئل صاحب المحيط عن فساد قال له غلام أو عبد أفصدي ففصد فصدًا معتاداً فمات بسببه ، قال تجب دية الحر وقيمة العبد على عاقلة الفصّاد لأنه خطأ ...))⁽³⁾ .

وكذلك يقول الشافعي : ((... وإذا أمر أبو الصبي أو سيد المملوك الختان بختنهما ففعل فماتا فلا عقل ولا قود ولا كفارة على الختان ، وإن ختنهما بغير أمر أبي الصبي أو سيد المملوك وماتا فعليه الكفارة وعلى تزوجها دية الصبي وقيمة العبد ...))⁽⁴⁾ .

وعلى هذا نرى أن إذن المريض يعد شرطاً في الحالات التي يستطيع فيها المريض أو وليه أو سيده النطق به ، ولكن هناك حالات لا يستطيع الطبيب الحصول على إذن المريض مع شدة الحاجة لإجراء المعالجة فوراً فهذا يمكن للطبيب إجراء المعالجة دون الإذن وذلك كحالة الإسعاف مثلاً .

فالمُسَعَف أحياناً لا يستطيع النطق بالإذن ، وربما لم يكن معه من ينوب عنه بالإذن ، والطبيب إن لم يُجرِ المعالجة فلربما تلف المريض . ففي مثل هذه الحالات

⁽¹⁾ حاشية الدسوقي - محمد عرفة الدسوقي ، دار الفكر ، بيروت ط 1 1998م ، 552-551/4 .
⁽²⁾ تبصرة الحكام - ابن فرحون المالكي ، مكتبة الكليات الأزهرية ، 340/2 . وانظر: التاج والإكليل - أبو القاسم العبدري ، دار الفكر ، بيروت ط 2 1398 ، 321/6 .
⁽³⁾ رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين، 81/9 . وانظر مجمع الضمانات - البغدادي ، ص 48 .
⁽⁴⁾ الأم - الإمام الشافعي، دار المعرفة ، 61/6 . وانظر: روضة الطالبين - النووي ، 180-179/10 .

لا يراعى شرط الإذن حسب القاعدة القائلة : " الضرورات تبيح المحظورات " وذلك لوجود الضرورة هنا .

الفرع الثاني : اتباع أصول المهنة :

لمهنة الطب أصولها المهنية والعلمية للتعرف عليها ، شأنها في هذا كشأن أي مهنة من المهن ، وهذه الأصول الطبية لا يصبح الطبيب طبيياً حازقاً إلا إذا على علم ودراية بها ، وإلا ترتب عليه نتائج لا يحمد عقباها .

وإلى هذا ذهب جميع الفقهاء ، فقد قرروا أن الطبيب إذا لم يكن عالماً بالأصول المهنية والعلمية لمهنة الطب يعتبر ضامناً للضرر الذي يتسبب به للمريض. وذهب بعض الفقهاء إلى وجوب الاختصاص منه ، وهذه الأصول المهنية لمهنة الطب يمكن جمعها في ثلاثة أصول هي :

1-عدم تقصير الطبيب في المعالجة .

2-قصد الطبيب الشفاء للمريض .

3-تجنب الخطأ قدر الإمكان .

وسأتكلم عن كل أصل من هذه الأصول على حدة .

* أما تقصير الطبيب في معالجة المريض فإنه يؤدي إلى ضمانه وتحمل ما نشأ عن فعله من أضرار (1) .

يقول محمد عليش عندما يتكلم عن عن ضمان الطبيب : ((... أو علم قواعد التطبيب وقصر في تطبيبه فسرى للتلف فإنه يضمن ...)) (2).

(1) انظر: البناية شرح الهداية - العيني 385/9 .

- مجمع الضمانات - البغدادي ، ص 47 .

تكملة الحاشية محمد علاء بن محمد أمين ، دار إحياء التراث العربي ، ط 1998 ، 80/9 .

- منح الجليل - محمد عليش 361/9 .

- التاج والإكليل - المواق ، 21/6 .

- حاشية الدسوقي - محمد عرفة الدسوقي ، دار الفكر ، ط 1998 م ، 551/4 .

-الموافقات - ابراهيم اللخمي الغرناطي المالكي ، دار المعرفة، بيروت ، 232/1 .

-حواشي الشرواني - عبد الحميد الشرواني ، دار الفكر ، 197/9 .

- المغني -ابن قدامة المقدسي 313/5 .

- المبدع - ابن مفلح الحنبلي ، 110/5 .

(2) منح الجليل - محمد عليش 361/9 .

ويقول البغدادي : ((... هذا إذا فعلوه فعلاً معتاداً ولم يقصروا في ذلك العمل أما لو فعلوه بخلاف ذلك ضمنوا ...))⁽¹⁾ .

وفي ضوء هذه النصوص يتبين أن عدم التقصير في العمل شرط لعدم الضمان ، وهذا معروف في أي مهنة من المهن .

ويتبين عدم التقصير فيما إذا جاء العمل على وجهه الصحيح ، أي إذا وافق الأعراف والأصول الطبية التي قررها الأطباء . أما إذا جاء العمل على خلاف ذلك تبين لنا تقصير هذا الطبيب ووضعه موضع المساءلة .

ويُعد من تقصير الطبيب أيضاً :

أولاً : مخالفة الطبيب للأصول والقواعد العلمية، في كلا الناحيتين النظرية والعملية أو كلاهما معاً .

فمثال الخروج على الأصول النظرية : أن يجري عملاً جراحياً قد استغني عنه بعمل جراحي أفضل .

ومثال الخروج عن الأصول العملية : أن يزيد في مساحة الشق عند إجراء العمل الجراحي .

ومثال الخروج عنهما معاً : أن يجري عملاً جراحياً لم يُعترف به رسمياً ، ولم يجرب على الحيوانات بعد ، ولم يعرف فوائده ومضاره .

ثانياً : الإهمال : وذلك كنسيان الشاش أو بعض الأدوات الجراحية في جوف المريض، أو عدم تعقيم أدوات الجراحة قبل استخدامها في أي عمل جراحي ، مما يؤدي إلى إنتانات في جوف المريض أو تجرثم . فكل هذا يعتبر من تقصير الطبيب وهو مسؤول عنه .

*أما قصد الطبيب الشفاء للمريض : فهذا أيضاً واجب على كل طبيب ، فالطبيب عندما يقوم بمعالجة المريض يجب عليه أن يقصد بهذا العمل الشفاء للمريض، وأن يقوم بكل ما بوسعه من أجل معالجته ، ومن ثم إذا تم الشفاء فقد حصل المقصود ، وإذا لم يتم الشفاء فهو بيد الله تعالى وليس بوسع الطبيب .

(1) مجمع الضمانات – البغدادي ، ص 47.

وعلى هذا فالطبيب عليه أن لا يعتمد عدم شفاء المريض، وعليه أن لا يقوم بأي عمل يؤدي إلى ضرر المريض من ناحية أخرى . فمثلاً يعطيه دواء ليعالج أذنه والطبيب يعلم أن هذا الدواء يؤدي إلى ضرر أنفه ويوجد دواء بديل عنه . ويقول في تكملة الحاشية عندما تكلم عن الطبيب ((قال يجب القصاص لأنه قتله بمحدد: أي وهو قاصد لقتله فكان عمداً ..))⁽¹⁾ .

أي أن الطبيب إذا لم يقصد المعالجة تحمل ما ينتج عن فعله .
*وأما عن تجنب الخطأ قدر الإمكان: فهذا سأبحثه مستقيماً أثناء المطلب القادم إن شاء الله تعالى .

هذا هو موقف الفقهاء من شروط عدم ضمان الطبيب . والذي يكون الطبيب بالتزامه لهذه الأصول قد قام بعمله بدقة تامة وبهذا لا يُعد مسؤولاً عما ينتج من أضرار .

الفرع الثالث : القتل الرحيم :

القتل الرحيم له علاقة بمسألة إذن المريض وبعمل الطبيب ، فأحببت أن أشرح هذه المسألة هنا . والقتل الرحيم يمكن تعريفه كما يلي :
أن يصل الأطباء إلى طريق مسدود وحالة مستعصية في شفاء مريض ما . فلا يمكن علاج هذا المريض بحال من الأحوال . رغم أن هذا المريض قد يتأذى إذا ترك على هذه الحالة . ولا تفيد الأدوية معه . ففي هذه الحالة يقوم الأطباء بإذن من المريض أو ورثته - في حال عدم قدرة المريض - بإعطائه جرعات من الأدوية لقتله ، ويسمى هذا بالقتل الرحيم ، لأنه يريح المريض من عناء المرض ، مع أن هذا المرض سيؤدي في نهاية الأمر إلى موت المريض . وقد انتشر هذا القتل في البلاد الأوروبية ، والناس به بين أخذ وردّ.

(1) تكملة الحاشية المسماة قرة عيون الأخيار - محمد علاء الدين أفندي ، 81/9 .
وانظر : شرح الزرقاني - محمد بن عبد الباقي الزرقاني ، دار الكتب العلمية ، 222/4 .
الأم - الإمام الشافعي ، 176/6 .
مغني المحتاج - الخطيب الشربيني ، 202/4 .
المغني - ابن قدامة المقدسي ، 312/5 .

فهل يجوز هذا القتل؟ وهل ينفي عن الأطباء الإثم ومسؤولية الضمان؟
يمكن القول:

أولاً: إن هذا القتل هو من قبيل القتل المحرم، الذي حرّمه الله عز وجل بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا﴾ [سورة الإسراء: 33].

وأيضاً لأن هذا القتل خارج عن الأسباب التي أباحها الله عز وجل لقتل النفس، وذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»⁽¹⁾.

يقول ابن حجر العسقلاني: ((لا يحل إثبات إباحة قتل من استثنى، وهو كذلك بالنسبة لتحريم قتل غيرهم، وإن كان قتل من أبيع قتله منهم واجباً في الحكم))⁽²⁾.

كما أن حق الحياة ملك لله عز وجل وليس ملكاً للإنسان، فلا يجوز للإنسان أن يتنازل عنه بحال من الأحوال.

ثانياً: أما من حيث ترتب الأثر على هذا القتل، أي من حيث مسؤولية الأطباء عن هذا القتل وما يترتب عليهم.

فيمكن تخريج هذه المسألة من المسألة التي ذكرها الفقهاء في كتبهم وهي: إذن الشخص لآخر بقتله. فإذا أذن شخص لآخر بقتله، فقتله، هل يترتب عليه قصاص، أو أية مسؤولية؟

ذهب الحنفية⁽³⁾ إلى القول: إن الإذن بالقتل هو قتل شبه عمد، لا يوجب القصاص، ولكن يوجب الدية، لأن الإذن أورش شبهة.

(1) صحيح البخاري - كتاب الديات، باب: قوله تعالى «أن النفس بالنفس والعين بالعين...» رقم الحديث 6484.

صحيح مسلم - كتاب القسامة، باب: ما يباح به دم المسلم. رقم الحديث 1676.

(2) فتح الباري - ابن حجر العسقلاني، دار الفكر ط 1995، 184/14.

(3) انظر: رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي ط 1998. 149/10-150.

يقول ابن عابدين : ((ولو قال اقتلني فقتله بسيف ، فلا قصاص ، وتجب الدية في ماله ، لأن الإباحة لا تجري في النفس ، وسقط القود لشبهة الإذن)) (1).
وقال المالكية (2): إن أبرأ المقتول القاتل في دمه قبل قتله لم يبرأ ويجب القصاص ، أما إذا أبرأه بعد إنفاذ مقتله فإنه يبرأ بذلك . وذلك لأن شرط صحة الإبراء أن يكون بعد وجوبه .

يقول الدسوقي : ((..ولو قال المقتول لقاتله : إن قتلتني أبرأتك فقتله ، وكذا إن قال له بعد جرحه قبل إنفاذ مقتله : أبرأتك من دمي فلا يبرأ القاتل بذلك بل للولي القود لأنه أسقط حقاً قبل وجوبه ، ولذا لو أبرأه بعد إنفاذ مقتله . أو قال له : إن مت فقد أبرأتك برئ لأنه أسقط شيئاً بعد وجوبه ..)) (3).

وقال الشافعية (4): بأن الإذن بالقتل لا يوجب حداً ولا دية ، ويكون دم المقتول هدراً وهذا هو القول الراجح عندهم من إحدى روايتين .

يقول الخطيب الشربيني : ((ولو قال شخص لآخر : اقتلني وإلا قتلتك ، فالمذهب لا قصاص عليه ، لأن الإذن شبهة دارئة للحد والأظهر على عدم القصاص ، لا دية أيضاً وهو الأظهر .)) (5).

-وعلى هذا يمكن تخريج مسألة القتل الرحيم من مسألة إذن الشخص لآخر بقتله .

ف رأي الحنفية أن هذا قتل شبه عمد يوجب على الطبيب الدية .
وعند المالكية يكون هذا القتل قتل عمد يوجب القود ولا عبرة بالإذن هنا لأنه يكون قد أسقط حقاً قبل وجوبه .
وعند الشافعية يصح هذا الإذن ولا شيء على القاتل .

(1) رد المحتار على الدر المختار- ابن عابدين10/149-150.

(2) انظر: حاشية الدسوقي - محمد عرفة الدسوقي ، دار الفكر ، بيروت ط 1 1998م ، 369/4.

(3) المرجع السابق .

(4) انظر: مغني المحتاج - الشربيني ، 15/4.

(5) مغني المحتاج - الشربيني ، 15/4.

المناقشة والترحيح :

تكون المناقشة في الجوانب الثلاث التالية :

أولاً : إن القتل الرحيم هو قتل محرم ، وإزهاق نفس بشرية بغير ما أحل الله عز وجل . وذكرت أدلة ذلك قبل قليل .

ثانياً : أما من حيث ترتب الضمان على الطبيب . فقد أمكن تخريج هذه المسائل من مسألة الإذن بالقتل ، ورأينا اختلاف العلماء في هذا .

أما بالنسبة لقول المالكية: فالقتل الرحيم لا يعفي الطبيب من المسؤولية ، بل يرتب عليه حكم القصاص لأن إذنه بالقتل لا عبرة به لأنه أسقط حقاً قبل وجوبه .
وأما بالنسبة للشافعية فقولهم بأن هذا القتل لا يرتب مسؤولية الضمان على الطبيب فيه نظر . لأن هذا القتل محرم أولاً ، ومن ارتكب عملاً محرماً لا بد من أن يتوجب عليه عقابه ، كما أن حق الحياة هو حق لله تعالى . لا يجوز للمريض أن يتصرف به .

وعلى هذا فإنني أرى أن رأي الحنفية هو الرأي الراجح وذلك لأن الحدود تُدرأ بالشبهات فيسقط القصاص ولكن تجب الدية هنا على الطبيب .

ثالثاً : أما من حيث وجوب الكفارة ، أي كفارة القتل على الطبيب . فإن هذا القتل يعتبر من قبيل القتل العمد .

وعند الحنفية والحنابلة والمالكية لا كفارة في القتل العمد . يقول ابن الهمام في القتل العمد : ((ولا كفارة فيه عندنا))⁽¹⁾ . ويقول ابن قدامة المقدسي ((والمشهور في المذهب أنه لا كفارة في القتل العمد وبه قال مالك))⁽²⁾ .

وعند الشافعية : إن هذا القتل يستوجب الكفارة . يقول الشربيني : ((... أن من قتل شخصاً بإذنه فعليه الكفارة . وهو الأصح))⁽³⁾ .

(1) تكملة شرح فتح القدير – ابن الهمام ، 209/10.

(2) المغني – ابن قدامة المقدسي ، دار الحديث ، 53/12.

(3) مغني المحتاج - الشربيني ، 131/4.

وأرى أن الراجح هنا وجوب الكفارة لأنها حق لله عز وجل وإذا ثبتت في قتل الخطأ ففي العمد أولى .

المطلب الثاني : ضمان الطبيب ومحلله :

ذكرت في المطالب السابقة شروط عدم ضمان الطبيب ،أي الشروط التي يجب أن تتوافر عند معالجة الطبيب للمريض كي لا يترتب عليه أي مسؤولية .
أما إذا فُقد أي من هذه الشروط فهذا يؤدي إلى ترتب الضمان على الطبيب أو مساءلته وفي هذا المطلب سأبين الحالات التي يترتب فيها الضمان على الطبيب. أي الحالات التي يختل فيها شرط من شروط عدم الضمان . وسأبين في هذا المطلب :

- 1-ضمان الطبيب الجاهل .
- 2-ضمان الطبيب الحاذق .

وذلك في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : ضمان الطبيب الجاهل :

ذكرت في المبحث الأول من هذا الفصل تعريف الطبيب الحاذق وشروطه. فكل طبيب توافرت فيه الشروط التي ذكرتها وانطبق التعريف عليه هو طبيب حاذق ، أما غيره فلا يعد طبيباً حاذقاً بل جاهلاً . وهو الذي يدعي التطب أي مدعي الطب . فالطبيب الجاهل هو من ليس له خبرة بالعلاج ، وهو الذي جهل العلم الذي يدعيه أو الذي جهل العلوم النظرية أو العملية أو كلاهما معاً . وهو الذي لم يتخرج من كلية الطب أو من معهد طبي معروف .

*والجاهل على نوعين :

أ-شخص ادعى الطب وهو لا يعرفه ، وهو النوع الأخطر. ولا يعتبر طبيباً إلا من درس الطب على يد أساتذته في كليات الطب وتم امتحانه واختباره ، وأعطى الإجازة على أنه قد عرف العلم النظري والعملي من الطب ، ومع هذا لا يسمح له بالعمل إلا تحت إشراف الأطباء أولاً مدة من الزمن ثم يستقل .

ب-أن يقدم الطبيب المتخرج من كلية الطب على ممارسة عمل لا يتقنه ولا يعرفه ولم يتخصص فيه ، وذلك كطبيب الأطفال حين يقدم على إجراء عملية جراحية دقيقة في العين .

*فإذا قام هذا الطبيب الجاهل بمعالجة شخص ما وترتب على فعله ضرر لهذا المريض فهل يترتب عليه ضمان أم لا ؟ .

اتفق جميع الفقهاء⁽¹⁾ على أن الطبيب الجاهل يُسأل عن فعله وخطئه الفاحش الذي لا تقبله أصول المهنة ، ويُسأل أيضاً عن الجهل، ويستوي في هذا الجاهل بالكلية ، كمن يدعي الطب وهو لا يعرفه ، والجاهل بالجزئية وهو الذي يعرف الطب ولكنه يجهل فرعاً منه . ويداوي المريض من هذا الفرع الذي يجهله ، كالطبيب الذي لا يعرف أمراض العين وعلاجها ويقوم بمداواة مريض في عينه. ودليلهم في هذا :

1- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهم رفعه قال : «من تطيب⁽²⁾ ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفساً فما دونها فهو ضامن...»⁽³⁾ .

(1) انظر: رد المحتار على الدر المختار- ابن عابدين ، 80/9-81. سبل السلام – الصنعاني ، 250/3. مجمع الضمانات – البغدادي ، 47. التاج والإكليل – المواق ، 321/6. منح الجليل - محمد عليش، 362/9. بداية المجتهد – ابن رشد ، 213/2. الأم – الإمام الشافعي ، 172/6. حواشي الشرواني – الشرواني 339/8. نهاية المحتاج – شمس الدين محمد بن شهاب الرملي ، المكتبة الإسلامية ، 32/8. إعلام الموقعين – محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية ، دار الجيل ، بيروت 395/4. نيل الأوطار – الشوكاني ، دار الجيل ، بيروت ط1973 ، 36/6. عيون المعبود – العظيم آبادي ، الكت بالعلمية ، 214/2. الدرادي المضيئة – محمد بن علي الشوكاني ، دار الجيل ، بيروت ، 1987 ، 323/1. (2) من تطيب : أي تعاطى علم رآه وعالج مريضاً ولا يعلم منه طب أي معالجة صحيحة . انظر : عيون المعبود – العظيم آبادي ، 215/12. (3) المستدرك على الصحيحين – الحاكم النيسابوري ، كتاب البيوع ، دار الكتب العلمية ، 48/2 ، برقم 7484. وقال صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه . سنن الدارقطني – علي بن عمر الدارقطني البغدادي ، كتاب الحدود ، 195/3 ، برقم 335. سنن أبي داود – أبو داود السجستاني كتاب الديات ، باب: فيمن تطيب بغير علم ، برقم 4586. وقال أبو داود هذا لم يروه إلا الوليد لا ندرى هو صحيح أم لا ؟ السنن الكبرى – أحمد بن شعيب النسائي ، كتاب القسامة ، باب: تضمين المتطيب ، برقم الحديث 7068. سنن ابن ماجه – كتاب الطب ، باب: من تطيب ولم يعلم منه طب برقم 3466. ويقول الصنعاني (إن من أرسله أقوى ممن وصله) سبل السلام الصنعاني ، إحياء التراث العربي ، بيروت ، 250/3.

2- عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز ، حدثني بعض الوفد الذين قدموا على أبي قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما طبيب تطيب على قوم لا يُعرف له تطيب قبل ذلك فأعنت فهو ضامن .. »⁽¹⁾.

فهذان الحديثان يدلان على تضمين المتطيب ما يتلّفه من نفس فما دونها سواء كان ذلك عمداً أو خطأً ، وسواء أكان ذلك مباشرة أم تسبباً أم سراية .

3- ولأن المتطيب الجاهل لا يجوز له المعالجة ، فإذا فعلها فقد ارتكب محرماً فيضمن ذلك .

4- أن هذا التلف قد تولد من فعل المتطيب وهو متعمد فيه إذ لا يعرف هذه الصناعة .

* وبالإضافة إلى ضمان المتطيب ما تولد عن فعله فقد أوجب الفقهاء بعض العقوبات الأخرى عليه . فذهب الشافعية إلى أن المتطيب لا يستحق أجره على فعله . قال الشرواني : ((... ومثله ما يعطاه الطبيب الذي لا يشخص المرض ولا يحسن رؤاه ولكن يطالع كتب رؤاه ويأخذ منها ما يصفه للمريض ، فإن ما يأخذه لا يستحقه ويحرم عليه التصرف فيه ، لأن ما يعطاه أجره على ظن المعرفة ، وهو عارٍ منها ، ويحرم عليه أيضاً وصف الدواء حيث كان مستنده مجرد ذلك ...))⁽²⁾ .
وأيضاً فإن للمريض الرجوع على الطبيب بثمن الأدوية وذلك لأنه قصر بما ليس له بأهل⁽³⁾ .

وأيضاً يجوز تأديب المتطيب لممارسة مهنة لا يعرفها .

قال ابن فرحون المالكي : ((قال ابن عبد السلام: وينفرد الجاهل بالأدب ولا يؤدب المخطئ))⁽⁴⁾ .

وأيضاً يؤدب بالضرب والسجن .

(1) سنن أبي داود - كتاب الديات ، فيمن تطيب بغير علم فأعنت ، برقم 4587 .
مصنف ابن أبي شيبة - أبو بكر عبد الله بن أبي شيبة الكوفي ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ط1 ، 1409 ، 420/5 ، برقم 27591 .

(2) حواشي الشرواني - عبد الحميد الشرواني ، 339/8 .

(3) انظر: فتح المعين - المليباري ، 122/3 .

(4) تبصرة الحكام - ابن فرحون المالكي ، 340/2 .

وقال المواق : ((وإن غر من نفسه عوقب بالضرب والسجن))⁽¹⁾ .
 وأيضاً نص الحنفية على أنه يجوز الحجر على الطبيب الجاهل .
 قال ابن عابدين : ((... يحجر على الطبيب الجاهل ...))⁽²⁾ .
 وقال الزركشي : ((وعل هذا ولو وصف وهو طبيب دواء لأبيه فمات لم يرثه، إن كان جاهلاً بالطب لأنه يعد قاتلاً ..))⁽³⁾ .
 *وأما عن الضمان ومحلّه : فإن الطبيب الجاهل بالإضافة للعقوبات السابقة يضمن ما نتج عن فعله في إهلاك نفس أو عضو باتفاق جميع الفقهاء⁽⁴⁾ .
 فإذا تلف المريض أو عضو منه فإن هذا الطبيب الذي يدعي الطب يجب عليه ضمان ما أتلف ولا يلزمه القصاص، وذلك لأنه إنما عالج المريض بإذنه ، أي بإذن المريض وإذا وُجد الإذن يسقط القصاص عن هذا الطبيب . وفي كون الدية على العاقلة أم الطبيب خلاف :
 فقد ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الدية تكون على عاقلة الطبيب لأنهم ألقوا هذا بخطأ الطبيب الحاذق وجعلوا دية الاثنين على عاقلتهما .
 يقول الرملي : ((... ولو أخطأ الطبيب المعالجة وحصل منه التلف وجبت الدية على عاقلته وكذا من تطب بغير علم ...))⁽⁵⁾ .
 ويقول العظيم آبادي : ((.... من تطب بتشديد الموحدة الأولى أي تعاطى علم رآه وعالج مريضاً لا يعلم منه طب في أي معالجة صحيحة غالبية على الخطأ

(1) التاج والإكليل - المواق ، 321/6 .

(2) حاشية ابن عابدين - ابن عابدين - ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ط2 1386 ، 401/6 .
 وانظر - الغرة المنيفة - أبي حفص الحنفي ، مكتبة الإمام أبي حنيفة ، بيروت ط2 1988 ، 101/1 .

(3) المنثور - الزركشي - وزارة الأوقاف - الكويت ، 18/2 .

(4) انظر: رد المحتار على الدر المختار- ابن عابدين ، 80/9 .

سبل السلام الصنعاني 250/3 .

التاج والإكليل - المواق ، 431/5 .

حاشية الدسوقي - محمد عرفة الدسوقي 551/4 .

نهاية المحتاج - الرملي ، 32/8 .

حواشي الشرواني - عبد الحميد الشرواني ، دار الفكر ، 197/9 .

(5) نهاية المحتاج - الرملي ، 32/8 .

فأخطأ في طبه وأتلف شيئاً في المريض فهو ضامن لأنه تولد من فعله الهلاك وهو متعد فيه وإذ لا يعرف ذلك فتكون جنايته مضمونة على تزوجها...»⁽¹⁾ .

وقد ذهبت رواية عن الإمام مالك وهي الراجحة بأن الدية تكون من مال الطبيب واستدلوا على ذلك :

1- حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهم رفعه قال : «من تطيب ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفساً فما دونها فهو ضامن...»⁽²⁾ .

2- لأن فعل هذا الطبيب يعد عمداً لأنه يدعي الطب ولا يعلمه والعاقلة لا تحمل عمداً .

يقول ابن رشد : ((... ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل رؤاه أنها في ماله على ظاهر حديث عمرو بن شعيب...))⁽³⁾ .

ويقول الصنعاني : ((قال الخطابي: لا أعلم خلافاً أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان علماً أو عملاً متعدياً فإن تولد من فعله التلف ضمن الدية ،وسقط عنه القود ،لأنه لا يستبد بذلك دون إذن المريض . وجناية الطبيب على قول عامة أهل العلم على تزوجها))⁽⁴⁾ .

وعلى هذا فيضمن الطبيب الجاهل دية النفس كاملة إذا أتلفها ، وفي كل عضو من أعضاء الإنسان ليس له مماثل أو نظير يضمن أيضاً دية كاملة وذلك كالذكر والأنف . وأما الأعضاء التي لها مماثل فإن كان زوج ، وذلك كالعين والأذنين والرجلين واليدين ، ففي كل واحد منهما يضمن نصف الدية في حال إتلافها ، وأما الأعضاء التي لها مماثل أكثر من زوج ، وذلك كأصابع اليد وأصابع الرجل ،

(1) عون المعبود - العظيم آبادي ، 215/12.

(2) سبق تخريجه في الصفحة 177 .

(3) بداية المجتهد - ابن رشد ، 313/2.

(4) سبل السلام - الصنعاني 250/3.

ففي إتلاف كل إصبع عشر الدية وتفاصيل ذلك معروفة في كتب الفقه لمن أراد الاستزادة.⁽¹⁾

وأيضاً يتوجب على الطبيب هنا كفارة القتل بالإضافة إلى الدية ، ولقد استدلت المالكية القائلين بأن الدية تجب أن تكون في مال الطبيب الجاهل بحديث عمرو بن شعيب فالرسول صلى الله عليه وسلم قال : «فهو ضامن..» . وفي هذا إشارة على أن الضمان يكون في ماله الخاص فهذا ما يدل عليه اللفظ، وأيضاً فإن العاقلة لا تحمل دية العمد .

يقول ابن قدامة المقدسي : ((العاقلة لا تحمل العمد سواء كان مما يجب القصاص فيه أو لا يجب وخلاف في أنها لا تحمل دية ما يجب القصاص فيه وأكثر أهل العلم على أنها تحمل العمد بكل حال ..))⁽²⁾ .

وهذا الطبيب يعد فعله عمداً لأنه أقدم على عمل لا يعرفه ولا يجيده، فالحاق عمل هذا الطبيب بخطأ الطبيب الحاذق والقول بتحمل الدية على العاقلة لكليهما لا يصح ، فشتان بين خطأ الطبيب الحاذق وجهل الطبيب الجاهل .

• وعلى هذا فالراجح في هذه المسألة أن تكون الدية في مال الطبيب كما ذهب المالكية في الرواية الأولى لأن هذا الطبيب قد أقدم على عمل لا يعلمه وأدى إلى ضرر فوجب عليه تحمله ، والعاقلة لا يجب عليها أن تحمل ما يتهور به هذا المدعي للطب .

وإذا نظرنا إلى القاعدة الفقهية التي تقول : (الجواز الشرعي ينافي الضمان) نرى أن هذه القاعدة تثبت أن يضمن الطبيب ما نتج عن فعله الجاهل ، ومن ماله الخاص ، لأن العمل الجاهل الذي قام به لا يعد جوازاً شرعياً لينفي الضمان ، بل يعد عدواناً ، والعدوان يثبت الضمان على المعتدي من ماله

⁽¹⁾ انظر: شرح فتح القدير – ابن الهمام، دار الفكر 270/10.

بداية المجتهد – ابن رشد ، 335/2.

مغني المحتاج – الشريبي 66/4.

المغني – ابن قدامة المقدسي ، دار الحديث . 664/11.

⁽²⁾ المغني – ابن قدامة المقدسي ، 562/11 .

كمن غصب ثوباً وأتلفه فهذا يعد تعدياً وأوجب الفقهاء عليه ضمانه ومن ماله . وفي هذا الحكم غاية العدل وغاية الصيانة للأرواح والأجساد من عبث الأيدي الآثمة ، وحفظ النفوس من المقاصد الأساسية في الشريعة الإسلامية ، ومثل هؤلاء الأطباء الجهال الذين لا يخافون الله عز وجل أو هؤلاء المدعين للطب ويقدمون على معالجة الناس غشاً وزوراً ويتسببون بالضرر والتلف للآخرين يجب أن يكون عقابهم مثل هذا العقاب الشديد في الضمان وفي العقوبات التعزيرية التي ذكرت جزءاً منها قبل قليل ، وهذا فيه كل العدل لهؤلاء المرضى المظلومين لما أصابهم من ضرر ، فوجب إنصافهم من أولئك الظلمة المعتدين ، ولكن لم يجب القصاص على هؤلاء الجهلة لأنهم لم يقصدوا الاعتداء والضرر بل كان قصدهم مداواة والشفاء .

*رأي القانون:

ورد في قانون النقابة السوري للأطباء : إذا قام الطبيب بعمل دون أن يكون له حق بذلك ، أو أن يكون الطبيب قد انتهك حرمة القوانين المرعية بهذا الشأن،+ أو إذا تجاهل الالتزامات . فإن المريض له الحق بمطالبة الطبيب بتعويضه عن الضرر الحاصل (1).

الفرع الثاني : ضمان الطبيب الحاذق :

بيّنتُ في الفرع الأول الضمان الذي يترتب على الطبيب الجاهل ، والعقوبات التي وصفها له الفقهاء عقوبة له على تصديه لعمل لا يتقنه . وفي هذا الفرع من البحث سأبين فيما إذا كان الطبيب الحاذق يترتب عليه الضمان أم لا ؟ وإذا ترتب عليه الضمان فكيف ولماذا؟ .

وقد ذكرت تعريف الطبيب الحاذق وشروطه في المبحث الأول من هذا الفصل . فلا داعي لذكره هنا ، وعلى هذا :

*سأبين في هذا الفرع : هل على الطبيب الحاذق ضمان الضرر الذي قد ينشأ عن فعله أثناء معالجته؟ أي ضمان سرية الفعل .

(1) انظر: تاريخ الطب وآدابه – أحمد الشطي ، 570.

* وأيضاً سائبين الضمان الذي يترتب على الطبيب الحاذق في حالات الخطأ :
أولاً : ضمان الطبيب في الحالات العادية ، أو ضمان سراية فعل الطبيب :

إذا قام الطبيب بعمل جراحي أو بمعالجة مريض فسرى هذا العمل الجراحي إلى ضرر آخر للمريض ، فإن الفقهاء في هذه الحالة اتفقوا على أن الطبيب لا يضمن هذه السراية لكن بشرطين :

الأول : أن يكون هذا الطبيب حاذقاً قد توافرت فيه شروط الطبيب الحاذق .
 الثاني : أن تتوافر شروط عدم الضمان التي ذكرتها في المطلب الأول من هذا المبحث .

فإذا توافر هذان الشرطان فإن الفقهاء أجمعوا على عدم ضمان الطبيب .
 فالحنفية نصوا في فقههم على عدم ضمان سراية الطبيب لأنه في غير مقدوره واستطاعته .

يقول العيني : ((وقال صاحب الاختيار: ولا ضمان على الفصّاد والبزّاغ إلا أن يتجاوز الموضع المعتاد ، لأنه إذا فعل المعتاد لا يمكنه الاحتراز عن السراية لأنه يبنى على قوة المزاج وضعفه وذلك غير معلوم فلا تقيد فيه ...))⁽¹⁾.

ويقول ابن عابدين : ((ولا ضمان على حجّام وبزّاغ أي بيطار وفصّاد لم يجاوز الموضع المعتاد ...))⁽²⁾. فالنص يدل على عدم الضمان في حالة عدم التجاوز فإذا لم يجاوز لا يضمن . والتجاوز يعني التعدي ، أو عدم توافر الشروط التي ذكرتها .

وكذلك المالكية نصوا على أن الطبيب لا يضمن إذا لم يخالف أي إذا توافر الشرطان اللذان ذكرتهما قبل قليل . .

يقول المواق : ((قال ابن القاسم العبدري: لا ضمان على طبيب وحجام وخاتن وبيطار إذا مات الحيوان بما صنعوا به إن لم يخالفوا . .))⁽³⁾.

(1) البناية شرح الهداية - العيني، 385/9.

(2) رد المحتار على الدر المختار- ابن عابدين ، 80/9 .

(3) التاج والإكليل - المواق ، 321/6.

وقال الرملي الشافعي : ((... ومن عالج كأن حجم أو فصد بإذن ممن يعتبر
إذنه فأفضى إلى تلف لم يضمن وإلا لم يفعله أحد)) (4).
وهذا نص واضح في عدم ضمان سراية فعل الطبيب .
والحنابلة هذا رأيهم أيضاً : فقال ابن قدامة المقدسي : ((... ولا ضمان على
حجام ولا ختان ولا متطبب إذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم ...)) (5).
*مناقشة:

وهذا الرأي بعدم ضمان الطبيب الحاذق هو الذي يتفق مع روح ومبادئ
الشريعة الإسلامية. فالرسول صلى الله عليه وسلم نص في حديثه على ضمان
الطبيب الجاهل كما ذكرت ذلك في الفرع الأول عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن
جده رضي الله عنهم رفعه قال : «من تطبب ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفساً
فما دونها فهو ضامن ...» (1).

ويدلنا هذا على عدم ضمان الطبيب الحاذق حسب مفهوم المخالفة ، وكذلك
إذا قلنا بتضمن الطبيب الحاذق لامتنع الأطباء عن معالجة ومداواة المرضى مع
شدة الحاجة لهم ولتعطلت بذلك مصالح الناس ، والمصلحة تجلب . والقاعدة تقول
((لا ضرر ولا ضرار)) وهذه القاعدة في أصلها حديث شريف (2).

ويعلل عدم الضمان : بأن الهلاك ليس مقارناً للعمل وإنما هو بالسراية
، والسراية تبنى على قوة الطباع (المقاومة) وضعفها في تحمل المرض والألم ، و ما
هو كذلك مجهول .

والاحتراز عن المجهول غير متصور . فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمل
لئلا يتقاعد الناس عنه (أي عن العمل الطبي) مع مسيس الحاجة له .

(4) نهاية المحتاج - الرملي ، 32/8 . وانظر الأم - الإمام الشافعي ، 175/6 .

(5) المغني - ابن قدامة ، 312/5 .

وانظر كشف القناع - منصور البهوتي ، 32/4 .

(1) تقدم الحديث وتخريجه في الصفحة 177 .

(2) تقدم تخريجه في الصفحة 42 .

* رأي القانون:

وهذا ما أخذ به القانون السوري في نقابة الأطباء فقد جاء في كتاب تاريخ الطب: ((المسؤولية عن توابع العملية الجراحية لا مسؤولية على الجراح إذا لم تكن النتائج المستحصلة كما يرام متى ثبت أنه لم يهمل الأساليب الفنية والعناية اللازمة (...)). فالطبيب لا يُسأل عن النتيجة إذا كان طبيباً توافرت فيه الشروط اللازمة ، ولم يهمل عمله وأساليب الطب والعناية اللازمة⁽³⁾.

⁽³⁾ تاريخ الطب وآدابه- د. أحمد الشطي ص 574.

ثانياً :خطأ الطبيب الحاذق :

إذا أخطأ الطبيب أثناء معالجته للمريض، وذلك كأن يسقي الطبيب المريض دواء لا يوافق، أو تزل يد الطبيب فيتجاوز محل القطع ، أو أن يقلع ضرساً بدل ضرس إلى غير ذلك من مثل هذه الحالات، وتولد عن هذا الخطأ ضرر لهذا المريض . فهل يضمن الطبيب نتيجة الخطأ الذي ارتكبه ؟ .
مع العلم أن هذا الطبيب حاذق ، وقد توافرت فيه شروط عدم الضمان التي ذكرتها وهي:

1-الإذن بنوعيه :

-إذن المريض .

-إذن الشرع .

2-اتباع الأصول المهنية والتي تتضمن :

-عدم تقصير الطبيب في المعالجة .

-قصد الطبيب الشفاء للمريض .

اتفق الفقهاء من الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ على أن هذا الطبيب لا يُسأل عن هذا الخطأ الذي زلت به يده ، ولا يعاقب على هذا. لأن الخطأ لا قصد له به ، وهو طبيب ماهر .

(1) انظر: رد المحتار على الدر المختار- ابن عابدين ، دار إحياء التراث العربي ط1 1998 ، 80/9-81.

مجمع الضمانات -البغدادي ، 47 - 48 .

(2) انظر: التاج والإكليل - المواق ، 321/6 ، 429/5 .

منح الجليل - محمد عيش 362/9.

(3) انظر: لأم - الإمام الشافعي ، دار المعرفة ، بيروت ، ط2 1393 ، 61/6.

نهاية المحتاج - شمس الدين محمد بن شهاب الرملي ، المكتبة الإسلامية ، 32/8.

مغني المحتاج - الخطيب الشربيني دار الفكر ، بيروت ، ط 1995 ، 202/4 .

(4) انظر: كشف القناع -منصور البهوتي، دار الفكر ، بيروت ، ط 1402 ، 35-34/4 .

الكافي - عبد الله بن قدامة المقدسي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ط5 1988 ، 594/1.

يقول ابن فرحون المالكي : ((... قال ابن عبد السلام: وينفرد الجاهل بالأدب ولا يؤدب المخطئ ...))⁽¹⁾ . أي المخطئ لا يعاقب ولا يتحمل المسؤولية أي القصاص .

ولكن باتفاق جميع الفقهاء تجب على هذا الطبيب دية النفس أو العضو الذي أتلفه أو أصابه بضرر، كما تجب عليه كفارة القتل إذا أتلف نفس المريض .
لأن هذا الخطأ قد أدى إلى فعل محرم فيضمن سرايته ، وأيضاً لأن هذا الفعل إتلاف لنفس أو عضو فلا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ فأشبهه إتلاف المال، وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة⁽²⁾ إلى أن عاقلة الطبيب هي التي تحمل الدية ولا تجب من ماله الخاص .

يقول البغدادي : ((.. وإذا أخطأ الختان فقطع الذكر في الختان ضمنه ..))⁽³⁾.

وقال ابن عابدين الحنفي : ((... وفيها سئل صاحب المحيط عن فساد قال له غلام أو عبد افسدني ففسده فصدأ معتاداً فمات بسببه ، قال تجب دية الحر وقيمة العبد على عاقلة الفصاد لأنه خطأ))⁽¹⁾.

ويقول الشرواني الشافعي : ((...ولو أخطأ الطبيب في المعالجة وحصل منه التلف وجبت الدية على تزوجها ...))⁽²⁾.

ويقول ابن قدامة المقدسي الحنبلي : ((... فأما إن كان حاذقاً وجنت يده مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة أو إلى بعضها أو قطع محل القطع أو يقطع

(1) تبصرة الحكام – ابن فرحون المالكي ، مكتبة الكليات الأزهرية ، 340/2.

(2) المراجع السابقة .

(3) مجمع الضمانات – لأبي محمد بن غانم البغدادي ، عالم الكتب ، بيروت ، 1998 ، ص 48.

وانظر : البناية شرح الهداية – لأبي محمد محمود العيني ، دار الفكر ، ط 2 ، 1990 ، 385-384/9 ، البحر الرائق – ابن نجيم الحنفي ، دار المعرفة ، بيروت ، 33/8 .

(1) رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين ، 81/9 .

(2) حواشي الشرواني – عبد الحميد الشرواني ، 197/9 .

وانظر : الأم – الإمام الشافعي ، 61/6 .

نهاية المحتاج – الرملي ، 32/8 .

السلعة من إنسان فيتجاوزها أو يقطع بآلة كآلة يكثر ألمها أو في وقت لا يصلح القطع فيه وأشباه هذا ضمن فيه كله (...))⁽¹⁾.

وأما المالكية⁽²⁾ فورد عنهم روايتان : الأولى أن العاقلة هي التي تتحمل الدية كمذهب الجمهور . والرواية الثانية تقول : أن العاقلة تحمل ما زاد عن الثلث أما ما دون الثلث فهو في ماله وهذه هي الرواية الراجحة .

يقول محمد عlish : ((... وإن أخطأ كأن سقى المريض ما لا يوافق مرضه فمات أو زلت يد الخاتن أو القاطع فتجاوز في القطع، أو الكاوي فتجاوز في الكي فمات منه أو قلع الحجام غير ما أمره بقلعه فإن كان من أهل المعرفة ولم يغر من نفسه فذلك خطأ على العاقلة إلا أن يكون أقل من الثلث ففي ماله ، وهو ظاهر قول مالك في هذه الرواية ، وقيل على عاقلته لأنه خطأ إلا أن يكون أقل من الثلث ، وهو قول عيسى بن دينار وظاهر رواية أصبغ عن ابن القاسم (...))⁽³⁾ .

⁽¹⁾ المغني - ابن قدامة ، 312/5 .

وانظر : كشف القناع - منصور البهوتي ، 35-34/4 .

الكافي - عبد الله بن قدامة المقدسي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ط5 1988 ، 594/1 .

⁽²⁾ حاشية الدسوقي - محمد عرفة الدسوقي 155/4 .

موطأ مالك - الإمام مالك بن أنس ، دار إحياء التراث العربي ، مصر ، 852/2 .

التاج والإكليل - المواق ، 431/5 .

منح الجليل - محمد عlish ، 362/9 .

⁽³⁾ منح الجليل محمد عlish ، 362/9 .

الخلاصة :

*من ذلك نخلص إلى القول بأن : الطبيب المأذون له من جهة الشرع ومن جهة المريض ، وأدى عمله حسب أصول المهنة الطبية المعترف بها ، وكان حازقاً مجازاً من الجهة الرسمية ، ولم يخطئ أو تزل يده فإنه لا يضمن وليس بمسؤول عن النتائج التي تحصل .

*وأيضاً فإن الفقهاء متفقون على أن الطبيب الجاهل كما بينته، يضمن ما تتلف يده ، ومن ماله الخاص على الرأي الراجح ويعاقب من قبل القاضي أو الإمام بالعقوبات التعزيرية المناسبة.

*وأما الطبيب الحاذق الذي يخطئ في عمله فإن عليه الضمان ويضمن الدية. ومحل الدية عند الجمهور من الحنفية والحنابلة والشافعية هم عاقلة الطبيب . وأما المالكية فقالوا بأن العاقلة تحمل ما زاد عن الثلث فقط والرواية الأخرى موافقة لمذهب الجمهور .

وفي إذن المريض نميز حالتين :

الأولى : إذا داوى الطبيب المريض دون إذنه وكان في حالة لا يمكن الاستئذان فيها كأن تكون حالة إسعاف ضرورية أو أن يكون المريض مغماً عليه ، فهنا لا يكون الطبيب موضع مساءلة وضمان، بل يحمده ذلك وهذا من أخلاق الطبيب الفاضلة .

الثانية : وأما ما عدا حالات الضرورة هذه فإن الإذن يعتبر ضرورياً . فإن داوى الطبيب مريضاً بالغاً عاقلاً دون إذنه ، أو داوى مريضاً صغيراً أو مجنوناً دون إذن وليهما فإنه هنا يعتبر متعدياً ويسأل عن فعله ويضمن ما ينتج عن عمله من إتلاف أو أضرار . هذا ولا بد من إذن المشرع (القاضي - الإمام - وزارة الصحة - نقابة الأطباء - الكليات - المعاهد... إلخ) لمزاولة مهنة الطب وأخذ الترخيص بذلك .

رأي القانون السوري :

نصت المادة (185) من قانون العقوبات السوري على ما يلي :

1- لا يعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة .

2- يجيز القانون :

أ-ضروب التأديب التي ينزلها بالأولاد أبائهم وأسائنتهم على نحو ما يبيحه العرف العام .

ب-العمليات الجراحية والعلاجات الطبية المنطبقة على أصول الفن شرط أن تجري برضى العليل أو رضى ممثليه الشرعيين أو في حالات الضرورة الماسة .

ج-أعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب الرياضية إذا روعيت قواعد اللعب (1).

فإذا نظرنا إلى الفقرة (2) البند (ب) نرى أن القانون السوري أجاز للطبيب إجراء العمليات الجراحية والعلاجات الطبية بشروط هي :

1- أن يكون هذا الطبيب حاذقاً ماهراً في عمله مجازاً من الجهات الرسمية كوزارة الصحة ونقابة الأطباء وكلية الأطباء أو غيرها . وقد ذكرت شروط الطبيب أثناء البحث وهذه الشروط أمر مُسَلَّم .

2- أن تكون هذه العمليات والعلاجات الطبية منطبقة على أصول الفن المهني والطبي، وهذا موافق تماماً لما ذكرته عندما تحدثت عن شروط عدم الضمان ومنها شرط اتباع الأصول المهنية .

فرأي الشريعة الإسلامية ورأي القانون متفق تماماً في هذه النقطة .

3-الإذن :وذلك بأن يأذن المريض للطبيب بمعالجته ، وأما إذا كان المريض صغيراً أو مجنوناً فيجب إذن وليه . وأما في حالات الضرورة كحالات الإسعاف وغيرها فلا يجب الإذن .

وبناء على ما تقدم فإن الطبيب لا يُسأل عن فعله إلا إذا وجد الأذى والضرر على المريض ووجدت صلة بين هذا الضرر الذي حصل للمريض والخطأ الطبي

(1) مادة (185) من قانون العقوبات السوري .

الواقع . وانتفتت الشروط السابقة عندها نقول بوجود الضمان على هذا الطبيب وأنه يكون موضعاً للمساءلة القانونية وضمان ما جنت يدها .

جاء في كتاب تاريخ الطب وآدابه : ((المسؤولية الطبية هي المسؤولية التي تلحق بالطبيب من جراء مزاولته صناعته ، ولا بد لكي تقع هذه المسؤولية من تحقق شرطين :

أحدهما وجود الأذى والضرر .

والثاني وجود صلة بين الضرر الحاصل والخطأ الطبي الواقع .

ولا تصح المطالبة بتعويض عن الضرر الحاصل إلا إذا قام الفاعل بعمله دون أن يكون له حق بذلك أو يكون قد انتهك حرمة القوانين المرعية بهذا الشأن أو أنه تجاهل الالتزامات التي قيد بها نفسه . إن ما يطلب من الطبيب هو أن يقدم لمريضه العناية اللازمة حسب ما يقتضيه الوجدان والفن ولا يُسأل إلا إذا أهمل ذلك..(1)

*وأما الخطأ في التشخيص فلا يعد الطبيب مسؤولاً عنه أيضاً إذا استعمل الوسائل الممكنة للتشخيص واتبع فيها أصول العمل الطبي ، ولم يقصر فيها ، أما إذا أهملها دون سبب فيعدّ مسؤولاً عنها . (2)

وقد ميز القانون السوري بين الخطأ العادي والخطأ المهني :

فالخطأ العادي : هو ما يرتكبه الطبيب عند مزاولته مهنته ، دون أن تكون له صلة بالمهنة . وذلك كمن يجري عملية جراحية وهو في حالة سُكر . وهذا يُعامل عندها معاملة أي شخص عادي فيضمن النتيجة ويتحملها ويعاقب المعاقبة اللازمة .
وأما الخطأ المهني : فهو ما يتصل بالأمور الفنية الطبية ، كما إذا لم يحصل الطبيب على إذن المريض أو أنه أخطأ في تشخيص المرض ففي هذه الأحوال لا يسأل الطبيب إلا إذا كان الخطأ جسيماً بحيث لا يمكن اغتفاره ، أو ثبت أنه قصر في

(1) تاريخ الطب وآدابه وأعلامه - د. أحمد شوت الشطي ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ،

دمشق ، 1982م ، ص 570

(2) المرجع السابق ، ص 572 .

عمله . أما إذا كان الخطأ يسيراً فلا يسأل الطبيب عنه. وهذا بهدف تلطيف مسؤولية الطبيب لكي يزاول عمله بثقة وطمأنينة .

ولكن هذا التفريق بين الخطأ المهني والخطأ العادي ، لم يعد أمراً مسلماً وذلك لعدم وجود معيار دقيق للفصل بينهما .

والقول بمسؤولية الطبيب من الأخطاء المهنية الجسيمة ، يؤدي إلى تجاهل حق المريض ويهمل حمايته من الأخطاء الفنية بحجة أن هذه الأخطاء التي تحدث تكون كلها من الأخطاء اليسيرة ، وهذا يؤدي إلى إهمال الطبيب وسوء تصرفه . ولهذا فقد ذهب القانون الآن في مصر وفرنسة وسورية إلى عدم التفرقة والتمييز بين الخطأ العادي والخطأ المهني ، وأيضاً لم يفرق بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير وأوجب كل هذا في محاسبة الطبيب وضمانه . (1)

* وأيضاً فإن الطبيب لا يُسأل عن توابع العملية الجراحية أي سرية العمل الطبي إذا ثبت أنه لم يهمل الأساليب الفنية والعناية اللازمة . (2)

* واذكر هنا بعض الصور التي تضع الطبيب تحت المسؤولية :

يعتقد بعض الجراحين أن لهم ملء الحق بإجراء أي تدخل يوصل مريضهم للشفاء، ويزعم بعضهم إمكان إجراء مثل هذا التدخل على الرغم من ممانعة المريض. ولكن التشريع لا يوافق الجراحين على هذا الرأي ويدين الطبيب في هذه الحالة ويضمنه، إلا إذا كان المصاب فاقداً الوعي أو مخدراً من أجل عملية معينة وقد تبين أثناء المداخلة أن الواجب يحتم إجراء عملية أخرى ذات شأن في المعالجة . (3)

ومما تقدم تبين أن الفقه الإسلامي والقانون متفقان على هذا المبدأ ، فهما متفقان في أن يكون الطبيب مستجماً للشروط الطبية مثل : الإذن العام من المشرع (كوزارة الصحة ، القاضي ، الإمام ، نقابة الأطباء ...) ، وأيضاً الإذن الخاص من

(1) انظر: شرح القانون المدني – محمد وحيد الدين سوار ، 108/2.

(2) انظر: تاريخ الطب وآدابه – د. أحمد شوكت الشطي ص574 .

(3) المرجع السابق : ص571.

المريض إلا في حالات الضرورة، واتباع الأصول المهنية والطبية وغير ذلك. وأيضاً يتفقان على معاقبة الطبيب الجاهل وتضمينه ، ويتفقان على تضمين الطبيب أثناء خطئه ضمن شروط معينة ذكرتها أثناء البحث. وهذا هو العدل والإنصاف للطبيب والمريض .

الفصل الرابع ضمان التأديب

- ويتضمن هذا الفصل المباحث التالية :
- المبحث الأول : حقيقة التأديب و النشوز ، و الفرق بين التأديب و التعزير .
 - المبحث الثاني : تأديب الزوجة و ضمانه .
 - المبحث الثالث : تأديب الأولاد و ضمانه .

المبحث الأول :

حقيقة التأديب والنشوز والفرق بين التأديب و التعزير .

ويتضمن هذا المبحث المطالب التالية :

المطلب الأول : تعريف التأديب و النشوز .

المطلب الثاني : أهمية التأديب .

المطلب الثالث : الفرق بين التأديب و التعزير .

المطلب الأول : تعريف التأديب و النشوز .

* التأديب : من الأدب . أي أدب النفس و الدرس .

و الأدبُ : الطرف و حسن التناول . و سُمي الأديب أديباً لأنه يؤدب الناس إلى المحامد و ينهاهم عن المقابح .

و أدبه فتأدب : أي علمه .

و فلان قد استأدب بمعنى تأدب . و يقال للبعير إذا رُيِّض و ذُلل : مؤدب .

و أصل الأدب : الدعاء . و الأدب ملكة تعصم من قامت به عما يُشينه .

و أدبته أدباً : علمته رياضة النفس و محاسن الأخلاق .

و منه قيل : أدبته تأديباً : إذا عاقبته على إساءته ، لأنه سبب يدعو إلى حقيقة

الأدب⁽¹⁾

فالتأديب إذاً : تعليم المحامد و محاسن الأخلاق ، بالنظر و الضرب و غير ذلك .

* و أما النشوز : من النشز : وهو المتن المرتفع من الأرض ، وهو أيضاً ما

ارتفع عن الوادي إلى الأرض .

و نشزت المرأة بزوجها و على زوجها : تنشز نشوزاً ، وهي ناشز : ارتفعت

عليه و استعصت عليه و أبغضته و خرجت عن طاعته .

يقول تعالى : ﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ

وَأَضْرِبُوهُنَّ ﴾ [النساء : 34] .

يقول النسفي : ((.... نشوزهن)) أي عصيانهن و ترفعهن عن طاعة

أزواجهن⁽²⁾ .

و نشز الزوج على زوجته : ارتفع عليها و ضربها و جفاها و أضرَبها .⁽³⁾

(1) انظر:- تاج العروس- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، وزارة الأعلام ، الكويت ، ط 1966 ،

12/2 ، مادة : أدب .

لسان العرب- ابن منظور ، دار المعارف ، القاهرة ، 43/1 . مادة : أدب

(2) - مدارك التنزيل و حقائق التأويل- عبد الله النسفي ، المكتبة الأموية ، بيروت ، 314/1

(3) انظر:- تاج العروس- الزبيدي ، 353/15 .

لسان العرب- ابن منظور ، 4425/6 .

تفسير القرطبي- محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي ، دار الشعب ، القاهرة ، ط 2 ، 170/1372،5

يقول تعالى : ﴿ وَإِنَّ امْرَأَةً خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا..... ﴾ [النساء : من الآية 128] .

المطلب الثاني : أهمية التأديب .

الإسلام دين متكامل في كل جوانب الحياة ، ويدعو إلى بناء مجتمع سليم مستقيم على حدود الله تعالى ، يقول تعالى ، ﴿ قَدْ جَاءَكُمْ مِنَ اللَّهِ نُورٌ وَكِتَابٌ مُبِينٌ يَهْدِي بِهِ اللَّهُ مَنِ اتَّبَعَ رِضْوَانَهُ سُبُلَ السَّلَامِ وَيُخْرِجُهُم مِّنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ بِإِذْنِهِ ﴾ المائدة 16/15 .

وعلى هذا فالإسلام يطالب أولي الأمر أن يؤسسوا مجتمعاً سليماً تسود فيه الفضيلة ، ويكون متماسكاً وقوياً .

ومن أولي الأمر هؤلاء الأب والزوج والمعلم . فالأب مسؤول ومطالب بتنشئة أطفاله على البر والتقوى . والزوج مسؤول عن زوجته وأمرها بالتقوى . وكذلك المعلم مسؤول عن تنشئة الأجيال بصدق وإخلاص . وهؤلاء - الأب والزوج والمعلم - يقع عليهم عاتق التربية في المجتمع الإسلامي ، وإن كانوا ليسوا وحدهم من يقع عليهم عاتق التربية ، لكنهم يحتلون القسم الأكبر منه .

ومن البدهاة في المجتمع الإسلامي أن يكون هؤلاء مسلمين ، حتى يمكنهم تنشئة من سواهما تنشئة إسلامية . وعليهم أن يكونوا مسلمين علماً وعملاً . لا أن يكونوا مسلمين بأفواههم فقط .

فالزوج عليه أن يؤدّب زوجته ، ويرشدها نحو الخير والحق . وإن كان والدها قبل ذلك قد أرشدها إلى معرفة الله تعالى ، وبيّن لها حق الزوج عليها ، وأن تحفظه غائباً وحاضراً . وتطلب رضاه في جميع الأحوال ، ولا تخونه في نفسها ولا في ماله ، ولا في أولاده .

وعلى الزوج أن يجعل الأمل هو الغالب ، والصبر هو المطلوب ، فلا يسرع إلى فصم علاقته مع زوجته لأول تغيير في قلبه ، أو إن رآها تفعل مكروهاً لأول مرة .

فعلية في بادئ الأمر أن يذهب إلى علاج كل بادرة من بوادر الخلاف ، قبل أن تصل إلى القطيعة ، وعليه أن يؤدب زوجته وذلك كما أمره الله تعالى بقوله : ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴾ [النساء:34] .

وهكذا وبكل الوسائل يجب الحرص على هذه الرابطة مستقرة ثابتة ، وإذا جنحت المرأة ، سارع الزوج لتأديبها ، كما علمه الله عز وجل ، حتى تعود إلى رشدها . وذلك من أجل بناء بيت من بيوتات المسلمين على طريق الحق والرشد . وبعد ذلك : فالأب والأم المسلمان شخصان يتعاونان لبناء مجتمع سليم ، وذلك من خلال تربية أولادهما على حب الله تعالى ورسوله ، ويحرصان على تنشئة أولادهما تنشئة إسلامية ، وذلك من خلال مراقبتهما لهم وتأديبهم عند اللزوم . وهنا تظهر فائدة التأديب .

ولقد كان الإسلام أعرف باحتياجات البشرية السوية ، فلذلك جعل أمر القوامة داخل الأسرة للرجل ، وجعل ولاية تأديب الزوجة والأولاد له . وحديثاً وفي بلاد الغرب تبين أن من أهم أسباب تشرد الشباب ، وانحرافات الجريمة ، هو غياب سيطرة الأب ، سواء لطغيان شخصية المرأة عليه في داخل الأسرة ، أو لتفكك الأسرة وعدم وجود سلطة التأديب للرجل على أسرته .

فالطفل إذا لم يشاهد عنصر التوجيه والتربية وعنصر التأديب منذ بداية نشأته، لا بد أن ينشأ نشأة منحرفة بعيدة عن الله تعالى ، وخاصة في أيامنا هذه ، ورفاق السوء في كل مكان ، والانفتاح على بلاد الغرب قد بات أمراً سهلاً المنال . ولا بد للأب وللأم أن يضبطا بخبرتهما ما بين جانب الحب والرعاية وما بين جانب التأديب والضرب . ولا بد من الحذر .

ولا بأس أن يعلم الطفل حكمة أي تصرف يتصرف به ، ويأمره أبواه به . فلا بد للطفل أن يعلم الصح من الخطأ ، ولماذا هذا صحيح وهذا خطأ؟ ولماذا ضربه والده على هذا التصرف الذي بدر منه؟.

أما ترك الأمر والتصرفات معلقة على اقتناع الطفل الشخصي بصواب ذلك الأمر أو خطئه فمفسدة عظيمة .

فإن فكرة ((الاقتناع)) سببها ما أشاعته التربية الأمريكية خاصة ، والمستندة إلى أنه لا يجوز فرض الأوامر على الطفل دون اقتناع منه بأدائها . وهذا ما أدى إلى فساد جيل الشباب وانحرافهم ، لأنهم لا يقتنعون إلا بما تفرضه عليهم شهواتهم . وعلى هذا فإن التأديب أمر ضروري في البيت والمدرسة ، في البيت للزوجة والأولاد ، لكي يستمروا في السير على الطريق المستقيم ، وفي المدرسة لبناء جيل ملتزم بدينه وبأخلاقه الحميدة .

ولا يمكن لأي مجتمع من المجتمعات أن ينهض بالمهمات المفروضة عليه إلا بممارسة حق التأديب والمراقبة ، وذلك بعد التمسك بدين الله عز وجل وبسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، وجعلها الدستور الثابت الذي لا بد من امتثاله وتطبيقه في مجالات الحياة جميعها ، وذلك للوصول إلى قوله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ﴾ الأحزاب: 36 .

المطلب الثالث : الفرق بين التأديب و التعزير .

أصل التعزير ، من العزر : وهو اللوم والردّ والمنع . ويأتي بمعنى ضربه . والتعزير أيضاً هو التوفيق على باب الدين .

وهو أيضاً: ضرب دون الحد لمنع الجاني من معاودة المعصية⁽¹⁾ .

وأما التأديب فهو من الأدب . أي تعليم الناس المحامد ونهيه عن المقابح . والأدب ملكة تعصم من قامت به عما يُشينه⁽²⁾ .

إذاً يتبين مما سبق أن المعنى اللغوي لكل من التعزير والتأديب هو: المنع والردّ .

(1) انظر: لسان العرب- ابن منظور، 2924/4 ، مادة عزر.

(2) انظر: لسان العرب- ابن منظور ، 43/1 ، مادة أدب.

فهما: المنع عن المعصية وتعليم محاسن الأخلاق، بالنظر والضرب وغير ذلك من طرق التأديب فكلاهما يأتي بهذا المعنى .
والفهاء يعرفون التعزير في كتبهم على أنه تأديب.
يقول الكمال بن الهمام : ((والتعزير تأديب دون الحد))⁽¹⁾.
ويقول القرافي : ((التعزير : تأديب يتبع المفسد ..))⁽²⁾.
ويقول الخطيب الشربيني عند تعريفه للتعزير: ((وشرعاً: التأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة))⁽³⁾.
وكذلك يقول البهوتي ((التعزير لغة المنع ... واصطلاحاً : التأديب، لأنه يمنع مما لا يجوز فعله))⁽⁴⁾.
وأيضاً من الفقهاء من يستعمل كلمة التعزير ويقصد بها التأديب. من ذلك ما يقوله الرملي: ((ولو عزّر من غير إسراف ولي محجوره ووال من رفع إليه....
وزوج زوجته الحرة ومعلم))⁽⁵⁾.
فالرملي هنا يطلق كلمة التعزير على التأديب فكلاهما سواء عنده .
وعلى هذا فالتعزير والتأديب كلمتان مترادفتان عند أكثر الفقهاء. فكلا الكلمتان تدل على أن التأديب والتعزير: الضرب لتعليم محاسن الأخلاق، والمنع من المعصية.
إلا أن لفظ التعزير عند البعض يختص بالإمام أو نائبه، أي ضرب الإمام للعاصي وردعه لمنعه من معاودة المعصية .
وأما لفظ التأديب فيختص بضرب الأب لابنه ، والزوج لزوجته والمعلم للمتعلم.

(1) شرح فتح القدير- الكمال بن همام ، دار الفكر ، بيروت ، 345/5

(2) الفروق القرافي، دار السلام ، القاهرة ، ط1 2001 ، 1315/4

(3) مغنى المحتاج- الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت ، ط 1995م ، 238/4

(4) الروض المربع- منصور البهوتي، دار الكتاب العربي ، ط2 1996م ، ص 511

(5) نهاية المحتاج- الرملي ، المكتبة الإسلامية ، 28/8

يقول النووي : ((من الأصحاب من يخص لفظ التعزير بضرب الإمام أو نائبه للتأديب من غير حد ، ويسمى ضرب الزوج لزوجته والمعلم للصبي والأب لولده تأديباً لا تعزيراً. ومنهم من يطلق التعزير على النوعين و هو الأشهر، فعلى هذا مستوفي التعزير الإمام والزوج والأب والمعلم والسيد ...))⁽¹⁾.
فعلى هذا، اصطلاحاً: يختص لفظ التعزير بالإمام أو من ينوب عنه، ويختص لفظ التأديب: بالأب والزوج والمعلم.
وقد تكلمت سابقاً عن التعزير في فصل ضمان القاضي، وسأتكلم هنا عن التأديب إن شاء الله تعالى.

⁽¹⁾ روضة الطالبين- النووي ، المكتب الإسلامي ، 175/10

المبحث الثاني : تأديب الزوجة وضمانه

ويتضمن:

تمهيد وثلاثة مطالب:

- تمهيد

- المطلب الأول : ولاية الزوج في التأديب
- المطلب الثاني : طرق تأديب الزوجة
- المطلب الثالث : الضمان في تأديب الزوجة

تمهيد :

الأصل في العلاقة بين الزوجين أن تكون علاقة حب ومودة وتفاهم ،حيث يعيش كلا الزوجين عيشاً هنيئاً. فالرجل والمرأة كلاهما من ولد بني آدم ولا فضل لأحدهما على الآخر إلا في بعض الأمور الوظيفية.

يقول تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ﴾ [النساء: من الآية 1] .

فالله عز وجل خلق منها زوجها أي من نفسها يعني من جنسها ليكون بينهما ما يوجب التآلف والتضام.

ولكن لكل واحد من الزوجين حقاً على الآخر. يقول تعالى: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ﴾ البقرة: من الآية 228.

فالله عز وجل يخبر أن لكل من الزوجين على صاحبه حقاً. ولكن الزوج يختص بحق على الزوجة ليس لها عليه مثله، وذلك لقوله تعالى ﴿ وللرجال عليهن درجة ﴾ .

وسأذكر هنا بعض حقوق الزوج وبعض حقوق الزوجة لبيان الأصل في المعاملة إذ لا مجال لذكر جميع الحقوق هنا.

فما بينه الله تعالى من حق المرأة على الرجل المعاشرة بالمعروف.

يقول تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [النساء: 19] .

وأيضاً من حقوقها أن يوفّيها مهرها.

يقول تعالى: ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾ [النساء: 34] .

وأيضاً من حق المرأة على زوجها ترك إظهار الميل إلى غيرها إذا كان متزوجاً لأكثر من واحدة .

قال تعالى: ﴿ وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُواهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ﴾ [النساء/129] .

وغير ذلك من الحقوق الكثيرة .

وما بيّن الله تعالى من حق الزوج على زوجته .
 قوله تعالى: ﴿ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ﴾ [النساء:34]
 فحق الزوج على زوجته أن تحفظ ما في رحمها وأن تحفظ ما في بيته من
 مال وتحفظ فراشها عليه.

وأيضاً من حقوق الزوج على زوجته لزوم طاعته.
 لقوله تعالى: ﴿ الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ
 وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾ [النساء/34] .

وذلك أي وضع الزوج في القوامة يقتضي على المرأة لزوم طاعة زوجها.
 روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: ثم سأل النبي صلى الله عليه
 وسلم : أي النساء خير؟
 فقال . « خير النساء من تسر إذا نظر وتطيع إذا أمر ولا تخالفه في نفسها
 ومالها ... (1) »

فعلى المرأة طاعة زوجها لأنه القيم عليها والقوامة تعني: أن يتولى الزوج
 زوجته بالتأديب والتدبير والحفظ والصيانة .

وقوامة الرجل ليست مركز سمو وتشريف تفضل الله عز وجل به على
 الرجل بل هذا حرص من الله عز وجل ليسود النظام في الأسرة فبدون أمير لا
 يستقيم الأمر، وهذا في كل الأمور، سواء أمر الزوجية أم أمر الدولة أم أمر الصحبة
 أم غير هذا. وهذه القوامة هي قوامة رعاية وإدارة لا قوامة تسلط. فالمرأة والرجل
 سواء عند الله عز وجل، انظروا إلى قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ مِنْ
 ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَٰئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا..... ﴾
 [النساء:124] .

وقوله تعالى : ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ... ﴾ [الحجرات: من الآية13].

(1) المستدرك على الصحيحين- الحاكم النيسادوري ، كتاب النكاح ، دار الكتب العلمية، بيروت،
 ط1 1990م ، 175/2 ، رقم 2682.
 السنن الكبرى- النسائي، كتاب النكاح، باب: أي النساء خير، 68/6 ، رقم الحديث: 8961

فلا فرق في هذا بين ذكر وأنثى.

وعلى هذا فالعلاقة بين الرجل والمرأة علاقة ودّ وانسجام لا علاقة تسلط

وقسوة.

*ولكن السؤال الذي يرد هنا إذا كان الرجل قيماً على زوجته فهل يجوز له

ضربها؟

أي هل تستلزم القوامة الضرب؟ وإذا كان الجواب نعم، فإذا ضرب الرجل

زوجته وتسبب لها بتلف، فهل يضمن هذا التلف. أي هل هو مسؤول عنه أم لا؟

وكيف يضرب زوجته؟ وأين؟.

كل هذه الأسئلة بحاجة إلى أجوبة. وسأقوم في هذا المبحث بالإجابة على هذه

الأسئلة. وذلك ضمن المطالب التالية:

المطلب الأول: ولاية الزوج في التأديب.

المطلب الثاني: طرق تأديب الزوجة.

المطلب الثالث: الضمان في تأديب الزوجة.

مطلب ختامي: نشوز الزوج.

سائلاً الله تعالى السداد في الرأي والتوفيق.

المطلب الأول : ولاية الزوج في التأديب .

يجوز للزوج أن يؤدب زوجته. وهذا التأديب يكون بالوسائل التي حددها له الشرع. والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنِ اطَّعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾ [النساء:34] .

ففي هذه الآية دلالة صريحة على جواز تأديب الرجل لزوجته. ذلك أنه قيمٌ عليها، وللقيم تأديب ورعاية من هو تحت قوامته.

يقول ابن كثير: ((الرجال قوامون على النساء. أي الرجل قيم على المرأة، أي هو رئيسها وكبيرها والحاكم عليها ومؤدبها إذا اعوجت ..))⁽¹⁾.

وكذلك يقول محمد جمال الدين القاسمي: ((الرجال قوامون على النساء. جمع قوام، وهو القائم بالمصالح والتدبير والتأديب. أي مسلطون على أدب النساء يقومون عليهن أمرين ناهين، قيام الولاية على الرعية ..))⁽²⁾.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « ألا واستوصوا بالنساء خيرا فإنما هن عوان عندكم ليس تملكون منهن ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينه فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً»⁽³⁾ وهذا الحديث أيضاً يدل على تأديب الزوج لزوجته وضربها إذا احتيج لذلك .

(1) تفسير ابن كثير- إسماعيل ابن كثير الدمشقي، دار الباز، مكة المكرمة، ط 1403هـ ، 491/1

(2) محاسن التأويل، محمد جمال الدين القاسمي، دار الفكر، بيروت، ط 1398 ، 130/5

(3) سنن الترمذي- كتاب الرضاع، باب: ما جاء في حق المرأة على زوجها، 467/3 ، رقم الحديث 1163 ، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح .

سنن أبي داود- كتاب النكاح، باب: حق المرأة على زوجها، 245/2 ، رقم الحديث 2145 .

سنن ابن ماجه- كتاب النكاح، باب: حق المرأة على الزوج، 594/1 ، رقم 1851.

فالفقهاء متفوقون على أن للزوج تأديب زوجته فيما يتعلق بالأمر الزوجية .
 فللزوج حقوق على الزوجة يجب عليها القيام بها تجاه الزوج.⁽¹⁾
 يقول ابن نجيم الحنفي: ((وأما ضرب الزوجة فجائز في أمور أربعة وما في
 معناه، على ترك الزينة لزوجها وهو يريد لها، وترك الإجابة إلا بالحق، وترك
 الغسل، والخروج من المنزل، وفي ضرب امرأته وولده على ترك الصلاة روايتان
 كذا قالوا.

ومما في معناه إذا ضربت جارية زوجها غيرة، ولا تتعظ بوعظه فله
 ضربها، كذا في القنية. ويلحق ما إذا ضربت الولد الذي لا يعقل بكأوه، لأن ضرب
 الدابة إذا كان ممنوعاً فهذا أولى. ومنه إذا ما شتمته أو مزقت ثيابه أو أخذت لحيته.
 أو قالت له: يا حمار، يا أبله. أو لعنته. سواء شتمته أولاً على قول العامة. ومنه ما
 إذا شتمت أجنبياً ومنه ما إذا كشفت وجهها لغير المحرم أو كلمت أجنبياً، أو تكلمت
 عامداً مع الزوج أو شاغبت معه لسمع صوتها الأجنبي. ومنه ما إذا أعطت من بيته
 شيئاً من الطعام بلا إذنه إذا كانت العادة لم تجربيه وإن كانت العادة مسامحة المرأة
 بذلك بلا مشورة الزوج فليس له ضربها. ومنه ما إذا دعت عليه. وليس منه ما إذا
 طلبت نفقتها أو كسوتها وألحت لأن لصاحب الحق يد الملازمة ولسان التقاضي⁽²⁾.
 هذا في ولاية الزوج لتأديب زوجته إذا لم تطعه فيما يلزم من طاعته.

(1) انظر:- بدائع الضائع- علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، ط2 1982 ، 334/2 .
 الدر المختار- الحصكفي، دار الفكر، بيروت، ط2 1386 هـ ، 565/6 ، 566 .
 إعانة الطالبين - السيد البكرة الدمياطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 1995 ، 274/4. الوسيط-
 الغزالي، دار السلام، ط1 1997 ، 514/6 .
 الإقناع- محمد الشربيني الخطيب، دار الفكر، بيروت، ط 1415 هـ ، 432/2 .
 المغني- ابن قدامة المقدسي، دار الحديث، مصر، ط1 1416 هـ ، 742/9 – 743 .
 المبدع- ابن مفلج الحنبلي، المكتب الإسلامي، بيروت ط 1400 هـ ، 214/7 .
 حاشية الخرشي- محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، دار الفكر، بيروت، ط 7/4 .
 منح الجليل- محمد عيش، دار الفكر، بيروت، ط1 1404 ، 545/3 .
 البحر الرائق- ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، ط 309/7 .

- *أما تأديب الزوج لزوجته في حقوق الله تعالى، كترك الصلاة أو الزكاة أو الحج أو غير ذلك من حقوقه تعالى. فقد وقع الاختلاف بين الفقهاء في هذا.

وزهد الحنفية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ إلى القول: بأن للزوج تأديب زوجته على ترك فرائض الله تعالى.

قال الإمام أحمد: في الرجل له امرأة لا تصلي يضربها ضرباً رقيقاً غير مبرح⁽³⁾.

فقال الشافعية⁽⁴⁾: ليس للزوج أن يضرب زوجته أو يؤدبها على تركها لحقوق الله تعالى لأنه لا يتعلق به. وذلك ما لم يبطل أو ينقص شيئاً من حقه. أما إذا كان تركها لحقوقه تعالى يُنقص حق الزوج فله تأديبها، وذلك كأن تشرب الخمر فيسبب ذلك نفور منها أو ينقص ذلك تمتعه بها بسبب رائحة الخمر، فله في هذه الحالة تغريرها وتأديبها .

ولكن الجميع متفقون على أن للزوج أن يأمر زوجته بإقامة فرائض الله تعالى وعدم تركها وذلك لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ ﴾ [التحريم:6] .

أي علموا أهليكم ومروهم من العمل بطاعة الله ما يوقون به أنفسهم من النار. ومن الأهل: الزوجات. فعلى الرجل أن يأمر زوجته بفرائض الله عز وجل.

(1) انظر: البحر الرائق- ابن نجيم الحنفي، 392/8 .

(2) انظر: المغني- ابن قدامة المقدسي، 745/9 . المبدع- إبراهيم بن مفلح، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 1400 ، 215/7 .

منار السبيل- ابن ضويان، دار المعارف، الرياض، ط 1405 ، 201/2

(3) انظر: المغني- ابن قدامة المقدسي، 745/9 .

(4) انظر: مغني المحتاج- الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، ط 1415 ، 240/4 .

إعانة الطالبين- السيد البكري الدمياطي، دار الكتب العلمية، ط 1415 ، 274 /4 .

روضة الطالبين- النووي، المكتب الإسلامي، 175/10 .

المطلب الثاني : طرق تأديب الزوجة .

إذا ظهرت من المرأة أمارات النشوز، جاز للزوج أن يؤدب زوجته كما ذكرت في المطلب الأول .

وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ﴾ [النساء: من الآية 34] .

والنشوز هو كراهية كل واحد من الزوجين صاحبه وسوء عشرته. وذكرت سابقاً تعريف النشوز مفصلاً.

وعلى هذا، فإذا نشزت المرأة جاز للزوج أن يؤدبها ويردها إلى رشدها. فهو قيم عليها وراع لها. ولكن تأديب الزوجة ليس أمراً مطلقاً لا ضوابط له، بل له حدود وضوابط حددها الشرع الحنيف.

فالزوج في تأديبه لزوجته مقيد بما وضعه الله عز وجل، أي ليس له أن يؤدب كما يشاء ومتى يشاء.

والله عز وجل وضع ثلاث درجات لتأديب الزوجة. وذلك في الآية التي ذكرتها قبل قليل في مقدمة هذا المطلب.

* فأول درجة في التأديب هي **الوعظ**. لقوله تعالى في بادئ الأمر : ﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ﴾ [النساء: من الآية 34] .

والوعظ: كأن يقول لها: اتق الله في الحق الواجب لي عليك . ويبين لها أن النشوز يسقط النفقة ويذكر لها ما يلحقها من الإثم بالمخالفة وما يباح له من هجرها وضربها . فالوعظ إذاً هو: التخويف بالقول .

يقول الماوردي : ((أما العظة فهي: أن يخوفها بالله تعالى، وبنفسه. فتخويفها بالله: أن يقول لها: اتق الله وخافيه، واخشى سخطه واحذري عقابه، فإن التخويف بالله تعالى من أبلغ الزواجر في ذوي الدين. وتخويفها من نفسه أن يقول لها: إن الله تعالى قد أوجب لي عليك حقاً إن منعتيه بأحني ضربك، وأسقط عني حقاك، فلا

تضري نفسك بما أقابلك على نشوزك إن نشزت بالضرب المؤلم، وقطع النفقة الدارة، فإن تعجيل الوعيد أجزر لمن قلت مراقبته . ((⁽¹⁾).

* فإن أصرت المرأة على النشوز بأن استمرت في العصيان بعد الوعظ. أتت هنا الدرجة الثانية من التأديب: وهي الهجر. وذلك مأخوذ من قوله تعالى: ﴿فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ﴾ النساء/ من الآية 34.

والمراد أن يهجر فراشها فلا يضاجعها فيه، وله ذلك ما شاء. والأولى عند المالكية أن لا يزيد عن شهر ⁽²⁾.

يقول ابن كثير في تفسيره: ((.. عن ابن عباس: يعظها فإن هي قبلت وإلا هجرها في المضجع ولا يكلمها من غير أن يرد نكاحها وذلك عليها شديد ..))⁽³⁾.
- والهجر نوعان:

النوع الأول: في الفعل. وهو الذي تقدم ذكره، وهو الإعراض عنها وعدم مضاجعتها.

والنوع الثاني: في الكلام. وهو أن لا يكلم زوجته.

إلا أن هجر الفعل يجوز أن يستدime الزوج حسب ما يراه من المصلحة والمناسب. أما هجر الكلام فلا يجوز للزوج أن يستدime أكثر من ثلاثة أيام. وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث. » (4).
وبهذا الحديث يحرم على الرجل أن يهجر زوجته بالكلام فوق ثلاثة أيام. وحمل الأذرعى وغيره التحريم على ما إذا قصد بهجرها ردها لحظ نفسه، فإن قصد به ردها عن المعصية وإصلاح دينها فلا تحريم. وهذا مأخوذ من قولهم: يجوز هجر المبتدع والفاسق ونحوهما ومن رجا بهجره صلاح دين الهاجر والمهجور. وعليه

(1) الحاوي الكبير - للماوردي ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1994م ، 12 / 241 .

(2) انظر: منح الجليل - محمد عليش ، دار الفكر ط 1984 ، 3/ 545 .

(3) تفسير القرآن العظيم - ابن كثير ، دار المعرفة ، ط 1983 م ، 1 / 492 .

(4) صحيح البخاري - كتاب الأدب ، باب : الهجر ، رقم الحديث ك 5726 .

صحيح مسلم - كتاب البر والصلة ، باب : تحريم التحاسد والتباغض ، رقم الحديث : 2559 .

يحمل هجره صلى الله عليه وسلم كعب بن مالك وصاحبيه ونهيه الصحابة عن كلامه. وكذا هجر السلف بعضهم بعضاً⁽¹⁾.

وقد هجر النبي بعض أزواجه فلم يدخل عليهن شهراً. كما جاء في الحديث: عن أبي عباس أنه قال أصبحنا يوماً ونساء النبي يبكين عند كل امرأة منهن أهلها، فخرجت إلى المسجد فإذا هو ملآن من الناس، فجاء عمر بن الخطاب فصعد إلى النبي وهو في غرفة له فسلم فلم يجبه أحد، ثم سلم فلم يجبه أحد ثم سلم فلم يجبه أحد، فناداه، فدخل على النبي فقال: أطلقت نساءك؟ فقال: ((لا، ولكن آليت منهن شهراً)) فمكث تسعاً وعشرين ثم دخل على نسائه.⁽²⁾

* فإن أصرت الزوجة على النشوز بعد الهجر انتقل الزوج إلى الدرجة الثالثة من التأديب وهي الضرب وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ﴾ [النساء: من الآية 34].

وإذا أدب الزوج زوجته بالضرب فلا يضربها ضرباً شديداً مبرحاً. وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع: « واتقوا الله في النساء، فإنهن عوان عندكم . ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه. فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح»⁽⁴⁾

وجاء في الحديث عن عبد الله بن زمعة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجامعها في آخر اليوم .»⁽⁵⁾

(1) انظر: الإقناع- محمد الشربيني الخطيب، 432/2

(2) - صحيح البخاري- كتاب النكاح، باب: هجرة النبي صلى الله عليه وسلم نسائه في غير بيوتهن، رقم الحديث 4907 .

صحيح سلم- كتاب الطلاق، باب: في الإيلاء واعتزال النساء، برقم : 1479

(3) عوان عندكم: أسرى في أيديكم.

(4) صحيح مسلم- كتاب الحج- باب: حجة النبي صلى الله عليه وسلم، رقم الحديث: 1218 .

سنن الترمذي - كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة التوبة، رقم الحديث 3086

(5) صحيح البخاري - كتاب النكاح ، باب : ما يكره من ضرب النساء ، رقم الحديث : 4908 . -

صحيح مسلم - كتاب الجنة وصفة نعيمها ، باب : النار يدخلها الجبارون ، رقم الحديث 2855

فعلى الزوج إذا أراد التأديب أن لا يفرط في التأديب والضرب . وذلك بأن لا يجرحها ، ولا يكسر لها عظماً ، ويتجنب الوجه والأماكن المخوفة . ويكون الضرب مُفرقاً على بدنها . ولا يوالي به في موضع واحد .

ويشترط السادة الحنابلة أن لا يجاوز بالضرب عشرة أسواط . وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : «.. لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حدود الله» (1).

فإن كانت المرأة لا تتزجر بالضرب اليسير بل بضرب مخوف ، فلا يضربها أصلاً ، وذلك لأن الضرب الشديد مهلك وليس له - أي الزوج - الإهلاك والخفيف غير مفيد .

- والأولى للزوج ترك الضرب .

وذلك لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : ((كنا معاشر قريش يغلب رجالنا نساءنا ، وكان الرجل منا بمكة معه هراوة إذا ترممت عليه امرأته هراها بها ، فقدمنا هذين الحيين الأوس والخزرج ، فوجدنا رجالاً مغانم لنسائهم ، يغلب نساؤهم رجالهم ، فاختلف نساؤنا بنسائهم ، فذئرن . فقلت : يا رسول الله ذئرن النساء على أزواجهن فأذن في ضربهن . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فاضربوهن . فقال فاضرب الناس نسائهم تلك الليلة . فقال : فأتى نساء كثير يشتكون الضرب . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لقد أطاف بآل محمد الليلة سبعون امرأة ، كلهن يشتكين أزواجهن ، ولا تجدون أولئك خياركم)) (2) . فالنبي صلى الله عليه وسلم أخبر بأن الخيرة للرجال ترك الضرب .

وتقدم الحديث الذي يقول فيه النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجامعها في آخر يوم .. » (3)

(1) صحيح البخاري - كتاب المحاربيين ، باب : كم التعزير والأدب ، رقم الحديث 6458 . - صحيح مسلم - كتاب الحدود ، باب : قدر أسواط التعزير ، رقم الحديث 1708 .
(2) ابن حبان - كتاب النكاح ، باب : ذكر الزجر عن ضرب النساء ، برقم 4189 .
البيهقي - كتاب القسم والنشوز ، باب ' ما جاء في ضربها ، رقم الحديث : 14552 .
ابن ماجه - كتاب النكاح ، باب : ضرب النساء ، رقم الحديث : 1985 .
(3) تقدم تخريجه في الصفحة 212 .

فهذه الأحاديث يحث فيها النبي صلى الله عليه وسلم على عدم ضرب النساء، ولكن هذا لا يعني بأنه لا يجوز ضرب النساء ، وذلك لأن الآية صريحة في جواز ضربهن وتأديبهن . وكذلك الأحاديث النبوية التي تبيح الضرب . ويمكن الجمع بين الأحاديث المبيحة للضرب والناهية عنه بأن نقول : إن الضرب وإن كان مباحاً بالإذن فيه ، فتركه أولى للنهي عنه . ولا يكون ذلك متافياً ولا ناسخاً ولا منسوخاً . كما يمكن الجمع بأن نقول : بأن ما جاءت به الآية الكريمة والأحاديث الشريفة في إباحة الضرب وارد في النشوز . وما ورد من الأحاديث الناهية عن الضرب إن وجد سببه ويمنع حيث لا يوجد سببه (1)

(1) يستغل البعض جواز الضرب في الإسلام ويقولون: بأن الإسلام لا يكرم المرأة بدليل إباحة ضربها .

ويمكن أن نرد على هؤلاء المغرضين بما يلي : إن الإسلام كرم المرأة ، تكريماً لم تكرم به من قبل . وحتى في الدول الغربية لم تكرم المرأة وتسان كما صانها الإسلام ، فالإسلام أعطى المرأة جميع الحقوق تامة غير ناقصة . فقد أعطاها حق الحياة ، فللمرأة أن تحيي وتعيش كما للرجل تماماً لا فرق بينهما . يقول تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى ﴾ البقرة/ 178 . فلم يفرق بين ذكر وأنثى فالكل سواسية ، وأيضاً فقد نالت المرأة في الإسلام حق الأهلية ، قال تعالى ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانُ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانُ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴾ النساء/ 7 . فللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ، كما للرجال نصيب . وإن اختلف نصيب كل منهم حسب ما فرضه الله تعالى . وهذا يدل على حق المرأة في الأهلية والتملك والتصرف . كما أعطى الإسلام المرأة حقوقها في الحرية ، والتعامل ، والعمل ، والسياسة ، فأعطاها حق مبايعة الحكم . وحق الشورى ، وحق تولي منصب القضاء عند الفقهاء ، كالحنفية حيث أجازوا لها منصب القضاء فيما دون الحدود . وأيضاً أعطى الإسلام للمرأة حقوقها الاجتماعية ، كالأنشطة العلمية والثقافية ، واللقاءات والحفلات ، والمهن والصناعات ، وكل ذلك ضمن المحافظة على شرفها وسيرتها . بينما نرى أن المرأة في بلاد الغرب لا تنال هذه الحقوق إلا بعد أن تتخلى عن شرفها و أنوثتها . /تابع في الصفحة التالية/

وأما عن جواز ضرب المرأة: فينبغي أن نعلم ، أن عقاب الضرب لا يتجه إلى إنسانية المرأة، ولا يتجه إلى الإساءة إليها ، بل يتجه إلى تفويم سلوكها الشاذ ، فإذا عادت امتنع الضرب . ثم إن الإسلام لم يبيح الضرب إلا بعد أن أمر بعلاج المرأة بعلاجين قبل الضرب ، العلاج الأول : وهو النصح لها بأن تترك النشوز والعصيان ، والعلاج الثاني : الهجر في الفراش ، مع استمرار المحادثة بين المرأة و الرجل . فإن لم ينفع هذان العلاجان مع المرأة ، عند ذلك أبيض الضرب . وأي ضرب ، ضرب إيلاء فقط ومع توقي المواضيع المخوفة ودون أن يسبب أي ضرر للزوجة ، فيكون ضرب تخويف فقط . فوضعية الضرب تكون مع زوجة تمردت على منهج التعاون الإنساني ، ونشزت على زوجها . لا زوجة مقهورة من قبل الزوج مسلوقة الحقوق . وكذلك هي زوجة ركلت منهج الحوار مع زوجها ، وظلت متشبثة بتمرداها على مبدأ التراضي . وعلى هذا فشرط الضرب هي : 1- أن يكون الضرب متفقاً مع الحكمة المقصودة من تشريعه ، فهو وسيلة إلى الإصلاح فقط ، ولا يشرع عند عدم تحقيق المقصود منه . يقول النووي: ((المعزر إذا علم أن التأديب لا يحصل إلا بالضرب / يتبع / تابع/

المبرح لم يكن له الضرب المبرح ولا غيره ، أما المبرح فلأنه مهلك وليس له الإهلاك، وأما غيره فلا فائدة فيه)) روضة الطالبين، 10/175. 2- أن يكون بعد النصح والإرشاد أولاً، وبعد الهجر في الفراش ثانياً. 3- أن لا يترتب على الضرب ضرر للزوجة. وينبغي أن نعلم أيضاً أن الإسلام كما أجاز ضرب الزوجة عند تحقق موجبه، أباح ضرب الزوج عند تحقق موجبه أيضاً. ولكن ضرب الزوج يكون من قبل القاضي دون غيره، وضمن شروط وقيود محدودة أيضاً فبين الرجل والمرأة مساواة في هذا العقاب .

ولكن لنرى ماذا عن الضرب في البلاد الغربية : إن الضرب في البلاد الغربية يتجه إلى المرأة بشكل وحشي. وهناك ملاحى خاصة للنساء الهاربات من أزواجهن وأصدقائهن من شدة الضرب الذي يواجهنه. وهناك تقرير أمريكي يقول : في كل اثنتي عشرة ثانية امرأة تضرب إلى درجة القتل أو التحطيم من قبل زوج أو خليل في الولايات المتحدة الأمريكية. كما أن الضرب للمرأة يكون مباشرة و دون أي موعظة سابقة، ويتجه إلى أنوثتها وإلى إذلالها ، حتى قد يصل إلى موتها. ومع أنها في معظم الأحيان لا تطلب إلا حقوقها . فأى فرق بين هذا الضرب ، وبين الضرب الذي أباحه الإسلام. وأين الثرى من الثريا. وأين أولئك الذين ينعقون بما لا يفقهون ، فيعيبون آية النشوز في الإسلام التي ورد فيها الضرب، وهم أول من يذهبون إلى ضرب زوجاتهم ، وأي ضرب. فشتان بين هذا وذاك .

وهذه الدرجات الثلاثة التي ذُكرت في التأديب لا بد أن تراعى مرتبة كما وردت في القرآن الكريم . فالتخفيف مراعى في هذا الباب على أبلغ الوجوه . ومهما حصل الغرض بالطريق الأخف وجب الاكتفاء به ولم يجز الإقدام على الطرق الأثقل . ولا ينتقل الزوج من درجة إلى أخرى حتى يغلب على ظنه أن التي قبلها لا تفيد ، وذلك كما أفاده العطف في الآية الكريمة.(1)

وأرى أن أذكر هنا كلام الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي حفظه الله حيث يقول :

((الوضعية التي أذن القرآن بمعالجتها بالضرب المخيف غير المبرح : أولاً - وضعية زوجة تمردت على منهج التعاون الإنساني الذي لا بد منه مع زوجها ، والذي لا يستقيم دون التناصح و الطاعة المتبادلة . إذن فالصورة ليست صورة زوجة مقهورة تحت نير الظلم و التعسف من زوجها . ثانياً - هي وضعية زوجة أضافت إلى عسف تمردها أن ركلت منهج الحوار و التناصح بقدمها، ثم ظلت تركله مع استمرار الزوج في الحوار والوقوف عند حد التناصح .

(1) انظر:- البحر الرائق - ابن نجيم الحنفي ، 392/8 . بدائع الصنائع، الكاساني ، 334/5 . منح الجليل - محمد عليش ، دار الفكر ، ط1 1984 م ، 545/3 . حاشية الخرشي - محمد الخرشي ، دار الفكر ، 7/4 . موسوعة الفقه المالكي - خالد العك ، دار الحكمة ، دمشق ، ط1 1993 م ، 279/5 . الأم - الإمام الشافعي ، دارا لمعرفة ، بيروت ، ط 2 1393 هـ ، 176/6 . الوسيط - الغزالي ، 513/6 . المهذب - إبراهيم بن علي الشيرازي ، دار الفكر، بيروت ، 69/2 . المغني - ابن قدامة المقدسي ، دار الحديث ، القاهرة ، ط1 1996 ، 743/9 . كشف القناع - البهوتي ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1402 هـ ، 209/5 . فتح الباري - ابن حجر العسقلاني ، دار الفكر ، بيروت ، ط1 1996 ، 379/10 . محاسن التأويل - جمال الدين القاسمي ، دار الفكر ، ط2 1978 م ، 132/5 . تفسير القرآن العظيم - ابن كثير ، دار المعرفة ، ط 1983 م ، 492/1 .

ثالثاً - هي وضعية زوجة ظلت متشبثة بتمردها على مبدأ التعاون و التراضي حتى بعد أن لجأ الزوج إلى الزخم العاطفي واستعان بالتيار الغريزي فواصلها زوجاً ودوداً في النهار ، وانفصل عن مضجعتها في الليل)).⁽¹⁾

⁽¹⁾ المرأة بين لطائف التشريع الرباني وطغيان النظام الغربي - أستاذنا د. محمد سعيد رمضان البوطي ، دار الفكر ، دمشق ، ط 1، 1996، الصفحة 117 .

المطلب الثالث : الضمان في تأديب الزوجة :

ذكرت في المطلب السابق أن للزوج ضرب زوجته للتأديب . وذكرت الآية القرآنية والأحاديث النبوية الدالة على جواز هذا الضرب .

ولكن إذا ضرب الزوج زوجته تأديباً على نشوزها ، وأدى هذا الضرب إلى ضرر أو تلف للزوجة ، سواء أكان هذا الضرر لعضو أو لـنفس . فهل يضمن الزوج ما ترتب على تأديبه للزوجة ؟.

* ذهب الجمهور من الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ إلى القول بأن : الزوج إذا ضرب زوجته تأديباً لها فإنه يضمن أي تلف يصيبها .

فإن ضرب الزوج زوجته بما يقتل غالباً فماتت وجب القصاص . لأنه يعد عمداً محضاً والأصل أن يقاد بها . وأما إذا ضربها بما يقتل ولا يقتل فهو شبه عمد وعليه الدية مغلظة ، وعليه الكفارة في الحالين عن الشافعية ، وعند بقية المذاهب لا تجب الكفارة في القتل العمد .

-يقول في البحر الرائق : ((ولو ضرب امرأته على المضجع أو في وضوء فماتت يضمن إجماعاً وعليه الكفارة...)).⁽⁴⁾

-و يقول محمد المغربي المالكي ((الحطاب)) : ((... والضرب في هذه الآية هو الضرب غير المبرح وهو الذي لا يكسر عظماً ولا يشين جارحة كاللكزة ونحوها فإن المقصود منه الصلاح فلا جرم إذا أدى إلى الهلاك وجب الضمان)).⁽⁵⁾

(1) انظر: حاشية ابن عابدين - ابن عابدين ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، 97/6 .

البحر الرائق - ابن نجيم الحنفي ، دار المعرفة ، بيروت ، ط3 1993 ، 392/8 .

بدائع الصنائع - الكاساني ، 305/7 .

(2) انظر: الشرح الكبير - الدردير ، دار الفكر ، بيروت ، ط1 1998 ، 343/2 .

موسوعة الفقه المالكي - خالد عبد الرحمن العك ، دار الحكمة ، دمشق ، ط1 1993 ، 279/5 .

حاشية الخرشي - محمد بن عبد الله الخرشي المالكي ، دار الفكر ، بيروت ، ط1 7/4 .

مواهب الجليل - محمد بن عبد الرحمن المغربي المالكي ، دار الفكر ، بيروت ، ط2 1398 هـ ، 15/4 .

تبصرة الحكام - ابن مزحون المالكي ، مكتبة الكليات الأزهرية ، ص 340 .

(3) انظر: الأم - الإمام الشافعي ، 175/6 - 176 .

مغنى المحتاج - الخطيب الشربيني ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1995 ، 248/4 .

روضة الطالبين - الإمام النووي ، 175/10 .

(4) البحر الرائق - زين بن إبراهيم بن بكر - 392/8 .

(5) مواهب الجليل - محمد المغربي المالكي - 15/4 .

-ويقول الماوردي الشافعي : ((... فإن ضربها فماتت من الضرب ، نظر : فإن كان مثله قاتلاً فهو قاتل عمد وعليه القود . وإن كان مثله يقتل ، ولا يقتل فهو خطأ شبه العمد ، فعليه الدية مغلظة تتحملها عنه العاقله ، وعليه الكفارة في الحالين...)).⁽¹⁾

* وذهب الحنابلة⁽²⁾ إلى القول : بأن الزوج إذا ضرب زوجته في النشوز ، وأدى هذا الضرب إلى ضرر أو تلف ، فإن الزوج لا يضمن ما أدى إليه هذا الضرب إذا كان تأديباً معتاداً .
أما إذا أسرف الزوج في التأديب ، فهنا يضمن الزوج ما ينتج عن تأديبه وضربه .

فالحنابلة يضمنون الزوج في التأديب غير المعتاد . ولا يضمنونه في التأديب المعتاد .

يقول ابن قدامة المقدسي الحنبلي : ((.. وليس على الزوج ضمان الزوجة إذا تلفت من التأديب المشروع في النشوز ..))⁽³⁾ .

(1) الحاوي الكبير – الماوردي ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1994 ، 12 / 243 .
(2) انظر: المغني – ابن قدامة المقدسي ، دار الحديث ، القاهرة ، ط 1996 ، 12/471 .
كشاف القناع – منصور البهوتي ، 6/17 .
الروض المربع – منصور البهوتي ، مكتبة الرياض الحديثة ، ط 1390 هـ ، 3/281 .
(3) المغني – ابن قدامة المقدسي ، 12 / 471 .

* الأدلة والمناقشة :

* استدل الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية على قولهم بضمن الزوج في التأديب بالأدلة التالية : فقالوا :

- 1- الأصل أن الواجب لا يتقيد بوصف السلامة ، أما المباح فيتقيد بوصف السلامة . وضرب الزوج لزوجته من المباح فهو مقيد بوصف السلامة.(1)
- 2- لأن الزوج كان له أن يدع الضرب ، وكان الترك خيراً له . وذلك لأن النبي عليه الصلاة والسلام قال بعد الإذن بضربهن : « ... ولا تجدون أولئك خياركم ... »(2). وكان الضارب إذا كان الترك خيراً له أولى أن يضمن إذا كان تلف على المضروب لأنه عامد للضرب الذي به التلف .
- 3- ولأنه ضرب أبيح على وجه الاستصلاح يتوصل إليه بالاجتهاد ، فوجب أن يكون التلف به مضموناً ، كما ضمن عمر غرة جنين المجهضة . ولأنه يكون مع بقاء النفس فإذا صار متلفاً لم يكن استصلاحاً .
- 4- والزوج له أن يضرب زوجته ضرباً معتاداً وغير مبرح ، فإذا تبين أن هذا الضرب قد أفضى إلى تلف أو إهلاك تبين أنه جاوز الفعل المأذون فيه . فوجب عليه الضمان(3).
- 5- وأيضاً لأن المعزر أو المؤدب إذا علم أن التأديب لا يحصل إلا بالضرب المبرح لم يكن له الضرب المبرح ولا غيره . وذلك لأن الضرب المبرح مهلك وليس له الإهلاك وأما غير المبرح فلا فائدة فيه أيضاً . ولما ضرب تبين أنه بذلك ضامن .

* وأما الحنابلة فنتلخص أدلتهم في النقطتين التاليتين :

- 1- إن الزوج حين يضرب زوجته للتأديب المعتاد ، فإنه يكون هنا مأذوناً في فعله فلم يضمن ما تلف به . والقاعدة الفقهية تقول : ((الجواز الشرعي ينافي

(1) انظر: الدر المختار – الحصكفي ، 656/6 .

(2) تقدم تخريجه في الصفحة 213 من هذا الفصل .

(3) انظر: حواشي الشرواني ، عبد الحميد الشرواني ، دار الكتب العلمية ، ط 1416 هـ ، 592/11 .

مغني المحتاج ، الشربيني ، 248/4 .

الضمان)) . أما إذا كان الضرب غير معتاد أو زاد فيه فإنه يضمن لعدم الإذن بذلك.

2- إن الضرب الذي يقوم به الزوج هو في الحقيقة عقوبة مشروعة في الردع و الزجر فلا يضمن ما تلف بها . وذلك كالحد . والجميع متفقون على عدم الضمان بالحدود⁽¹⁾.

المناقشة والترجيح :

- وبهذا يتبين أن الجميع متفقون على وجوب الضمان إذا كان الضرب للزوجة غير معتاد .

أما إذا كان الضرب معتاداً فخالف الحنابلة . وقالوا : بعدم الضمان .
*ويمكن أن يرد على الحنابلة بأن نقول: الزوج عندما يضرب زوجته فهو مأذون في ذلك في الحقيقة ، ولكن عندما يتبين أن هذا الضرب قد سبب ضرراً فهذا يعني أنه قد جاوز الحد المشروع وأنه أسرف بذلك فيجب عليه تحمل هذا الضرر .
-والزوج عندما يؤدب زوجته فيجب عليه ضمان الضرر ، وذلك لأن ضربه لزوجته مطلق فيه و الإطلاقات تنقيد بشرط السلامة ، وذلك كالمرور في الطريق .
-وضرب الزوج لزوجته مشروط بسلامة العاقبة ، وليس من الجواز الشرعي تسبب الضرر للزوجة عند تأديبها .

وعلى هذا نرى أن مدار حكم الضمان عند الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية هو وجود الضرر أو التلف . أما عند الحنابلة فمدا الحكم هو الضرب غير المعتاد . فالراجح قول الجمهور لما ذكرت سابقاً . والله أعلم .

(1) انظر: المغني – ابن قدامة، 12 / 471 .

الفرع الثاني : رأي القانون السوري :

نصت المادة (185) من قانون العقوبات السوري على مايلي :

1- لا يعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة .

2- يجيز القانون :

أ - ضروب التأديب التي ينزلها بالأولاد آبائهم وأساتذتهم على نحو ما يبيحه العرف العام .

ب - العمليات الجراحية والعلاجات الطبية المنطبقة على أصول الفن شرط أن تجري برضى العليل أو رضى ممثليه الشرعيين أو في حالات الضرورة الماسة.

ج - أعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب الرياضية إذا روعيت قواعد ((اللعب)).⁽¹⁾

وبناءً على هذه المادة نرى أن القانون في البند الأول نص على أن الأفعال التي يجيزها القانون لا تعد جريمة . وفي البند الثاني نص على الأفعال التي يجيزها القانون وهي ضرب الآباء لأبنائهم ، وضرب الأساتذة لتلاميذهم ، و العمليات الجراحية ضمن القيود التي ذكرها وأعمال العنف في الألعاب الرياضية .

فهذه هي الأعمال التي يجيزها القانون . ولم تذكر هذه المادة ضرب الزوج لزوجته وبهذا نستنتج : أن ضرب الزوج لزوجته لا يجيزه القانون بل يعد جريمة يعاقب عليها . وهذا رأي معظم القوانين الوضعية حيث يرون : أن ضرب الزوج لزوجته في أي حال من الأحوال ولأي سبب من الأسباب ، فعل جرمي يعاقب عليه. وبالتالي يضمن الزوج أي ضرر يحصل للزوجة نتيجة ضربه لها .

وعلى هذا نرى أن القانون يخالف الشريعة الإسلامية في نقطة ويوافقها في نقطة أخرى :

-أما نقطة الاختلاف بين الشريعة والقانون فهي :

⁽¹⁾ المادة ((185)) من قانون العقوبات السوري الصادر بتاريخ 22 حزيران 1949م - وزارة العدل .

التشريع الجزائري المقارن - د. عبود السراج، مطبعة جامعة دمشق، ط4 1990م ، ص 250-251

أنه لم يجيز القانون ضرب الزوجة بأية حال ولأبي سبب، وعدّ ضرب الزوجة فعل جرمي معاقب عليه . في حين أن الشريعة الإسلامية أباحت ضرب الزوجة للتأديب ولم تعد ذلك الضرب فعلاً جرمياً أو عملاً شائناً .
-وأما نقطة الاتفاق بين الشريعة والقانون فهي :
أن كلاهما يعدان الزوج مسؤولاً عن أي ضرر أو تلف يحصل للزوجة ،
وبوجوب ضمان ذلك على الزوج .

مطلب ختامي - تمرد الزوج:

تكلمت فيما سبق عن نشوز الزوجة على زوجها ، وبينت كيف يكون النشوز ، وكيف يكون العلاج والدواء . ولكن إذا نشز الزوج على زوجته كأن يبتعد عنها أو يعرض عنها أو لا يكلمها أو يتعدى عليها وغير ذلك . فما العمل والدواء هنا ؟ . وماذا تفعل الزوجة ؟ .

بيان ذلك كالتالي: يقول تعالى : ﴿ وَإِنَّ امْرَأَةً خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا ﴾ [النساء: 128].

ونشوز الزوج هو: أن يبتعد عنها، وإعراضه عنها ألا يكلمها ولا يأنس بها . فإذا علمت الزوجة نشوز زوجها وإعراضه عنها إما لبعضه لها وإما لقبحها أو غير ذلك فلا حرج عليها أن تصلح بينها وبينه . وذلك بأن تترك له يومها إذا كان متزوجاً لغيرها .

أو تضع عنه بعض حقوقها عليه . أو تضع عنه بعض مهرها وتسامحه به . في سبيل أن تستديم معه وحفاظاً على العقد الذي بينها وبينه من النكاح وهذا الصلح خير من الشقاق والفرقة بينهما⁽¹⁾.

ثم إذا رجعت الزوجة عن الحق الذي تنازلت عنه وطلبت حقها فلها ذلك . لأن ذلك كله كان إباحة منها والإباحة لا تكون لازمة⁽²⁾.

ويقول تعالى ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقَ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ [النساء: 35].

(1) انظر: تفسير القرطبي - محمد بن أحمد أبي بكر القرطبي ، دار البعث ، القاهرة ، ط 2 1372 هـ ، 403/5

تفسير الطبري - محمد بن جرير الطبري ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1405 هـ ، 305/5
أحكام القرآن للجصاص - أحمد بن علي الرازي الجصاص ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط 1405 هـ ، 269/3.

المهذب - إبراهيم بن علي الشيرازي ، دار الفكر ، بيروت ، ط 70/2 .
المسبوط - محمد أبو بكر السرخسي ، دار المعرفة ، بيروت ، ط 1406 هـ ، 220/5 .
(2) انظر: المسبوط - السرخسي ، 220/5 . : المغني - ابن قدامة المقدسي ، دار الحديث ، 747/9 .

ولكن إذا نشز الزوج على زوجته وساء خلقه ، وأذى زوجته بضرب وغيره بلا سبب أو غير ذلك .

فللزوجة أن ترفع أمرها للقاضي والقاضي يقوم بنهي الزوج عن هذا ، ويأمره أن يتخلق بالأخلاق الفاضلة والحميدة مع زوجته ولا يعززه ولا يضربه .
ولكن إذا عاد الزوج للإساءة إلى زوجته ورفعت الزوجة أمرها ثانية للقاضي وطلبت تعزيز الزوج ، عزّره القاضي ، وضربه بما يليق به وذلك لتعديده على زوجته .

فإذا استمر الشقاق بين الزوجين وادعى كل واحد منهما ظلم الآخر ولم يعلم القاضي من الظالم منهما كان للقاضي أن يتعرف الحال، وذلك كأن يسأل جار لهما ثقة عادل . فإن لم يجد القاضي هذا الجار فللقاضي أن يسكنهما إلى جوار ثقة يتعرف حالهما ويخبر القاضي بذلك . وإذا تبين الحال منع القاضي الظالم من ظلمه بالتأديب والضرب .

فإذا اشتد الشقاق والعداوة بين الزوجين ، ولم يفعل الزوج الصلح ولا الصلح ولا الفرقة وكذلك لم تؤدي المرأة الحق ولا الصلح . بعث القاضي حكماً صالحاً من أهل الزوج وحكماً صالحاً من أهل الزوجة وذلك طلباً للإصلاح والأخذ على يد الظالم . فإن أراد إصلاحاً وفق الله بينهما وألقى الله بينهما الوفاق والألفة والمودة والرحمة ، وإلا فرق القاضي بينهما إذا رأى الحكمان ذلك .
وإذا اختلف الحكمان بعث القاضي حكّمين آخرين⁽¹⁾.

* وأخيراً وبناء على تقدم نرى أن الشريعة الإسلامية لم تخضع الزوجة فقط للضرب بل أخضعت كلا الطرفين لهذا العقاب . ولكن الفارق بينهما في الضارب المنفذ . ففي الوقت الذي سمحت الشريعة الإسلامية للزوج أن يضرب زوجته

(1) انظر: منح الجليل – محمد عيش ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1 1984م ، 546/3

حاشية الدسوقي – محمد عرفة الدسوقي ، دار الفكر ، ط 1 1998 ، 541/2

المهذب – الشيرازي ، 70/2 . - مغني المحتاج – محمد الخطيب الشربيني ، دار الفكر ، بيروت ،

ط 1995م ، 332/3

المغني – ابن قدامة المقدسي ، دار الحديث ، مصر ، ط 1 1996م ، 747/9 .

الضرب المعتاد للتأديب مباشرة . إنما مكنت المرأة أيضاً أن ترفع أمرها للقاضي كما ذكرت قبل قليل ، ليقوم القاضي بضرب الزوج بشروطه وقيوده ، وأراحت الشريعة الإسلامية المرأة من هذا العناء لأن الضرب لا يليق بها .
وإذا حصل فلا يرجى منه النتيجة المتوخاة .
وهكذا يكون كلا الزوجان متساوون في الشريعة الإسلامية . لا فرق بينهما إلا في بعض الحقوق الوظيفية .
كما ذكرت هذا في التمهيد من هذا الفصل . والله أعلم .

المبحث الثالث : تأديب الولد وضمانه

ويتضمن:

- تمهيد

-المطلب الأول : ولاية تأديب الولد وطرق التأديب .

-المطلب الثاني : ضمان تأديب الولد .

الأطفال هم قرة أعين الآباء والأمهات فهم في القرآن الكريم بشرى:
قال تعالى: ﴿إِذْ قَالَتِ الْمَلَائِكَةُ يَا مَرْيَمُ إِنَّ اللَّهَ يُبَشِّرُكِ بِكَلِمَةٍ مِنْهُ اسْمُهُ الْمَسِيحُ
عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: 45].

والطفولة هي بذور المستقبل فيها تتفتح المواهب الإنسانية، وتظهر المؤهلات
والمدارك، وتبدو المشاعر والأحاسيس. وتتحدد الميول نحو الخير والشر. والطفل
يستقبل كل ما يرد إليه من أحداث وانطباعات ويرسمها في ذاكرته. وفي الطفولة
تستتبت غراس العقيدة من صحيحها وفاسدها. وتستتبت مكارم الأخلاق ومساؤها
وبذور الهدى أو الغي. ومن هنا تأتي أهمية تربية الأطفال وتأديبهم . فمن لم يحرص
على أولاده من حدث سنهم ضاعوا في كبرهم.

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ
وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا
يُؤْمَرُونَ.....﴾ [التحريم: 6].

ويقول النبي صلى الله عليه وسلم: «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع
واضربوهم عليها وهم أبناء عشر»⁽¹⁾. ويقول أيضاً «ما من مولود إلا يولد إلا يولد على
الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه»⁽²⁾. فخير الآباء للأبناء من لم يقع
منه تقصير يبعث ولده على العقوق والفجور عند كبره، وأطبع الطين ما كان رطباً.
وعلى هذا كان لزاماً على الأب أن يؤدب ابنه وأن يسلكه طريق الرشاد. يقول تعالى
واصفاً الأب الحكيم وهو يعظ ولده: ﴿يَا بُنَيَّ لَا تُشْرِكْ بِاللَّهِ إِنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ﴾

(1) - المستدرك على الصحيحين- محمد بن عبد الله- كتاب الصلاة، باب: مواقيت الصلاة، رقم
2658.

سنن أبي داود- كتاب الصلاة، باب: متى يؤمر الغلام بالصلاة، رقم 494.

سنن البيهقي- كتاب الصلاة، باب: عورة الرجل، رقم 3050.

سنن الدار قطني- كتاب الصلاة، باب: الأمر بتعليم الصلاة.

قال الهيثمي في مجمع الزوائد: ((هذا الحديث رواه البزار وفيه محمد بن الحسن العوفي قبل فيه :

لين الحديث ونحو ذلك)). انظر: مجمع الزوائد- علي بن أبي بكر الهيثمي، دار الريان، القاهرة،

ط1407، 294/1، باب أمر الصبي بالصلاة.

(2) - صحيح مسلم- كتاب القدر، باب معنى: كل مولود يولد على الفطرة، رقم الحديث 2658 صحيح
البخاري- كتاب الجنائز، باب: إذا أسلم الصبي فمات، رقم الحديث 1292.

[لقمان: من الآية 13]. و يقول تعالى أيضاً: ﴿ يَا بُنَيَّ أَقِمِ الصَّلَاةَ وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ
وَأَنْهَ عَنِ الْمُنْكَرِ ﴾ [لقمان: من الآية 17]. فالآباء مكلفون بتأديب أولادهم منذ الصغر.
وللآباء أن يضربوا أولادهم إذا لزم الأمر لإرشادهم إلى طريق الحق، وهو مأخوذ
من قوله صلى الله عليه وسلم «واضربوا عليها وهم أبناء عشر⁽¹⁾». فضرب الآباء
للأبناء أمر مباح في الشريعة الإسلامية. ولكن يجب أن يكون ضرباً معتاداً لا ضرباً
وحشياً. ولكن السؤال الذي يرد هنا هو: إذا ضرب الوالد ولده وأدى هذا الضرب
إلى تلف في الولد. فهل يضمن الوالد ويُسأل عن هذا التلف أم لا ؟ . هذا ما سأبحثه
هنا إن شاء الله تعالى. سائلاً إياه التوفيق والسداد.

وسيكون المبحث في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: ولاية تأديب الولد وطرق التأديب.

المطلب الثاني: ضمان التأديب.

المطلب الأول: ولاية تأديب الولد وطرق التأديب:

وهذا المطلب يتكلم عن الأشخاص الذين لهم الولاية في تأديب الولد. وعن
طرق تأديب الولد. وكيفية هذا التأديب. والأمور التي يجب أن يؤدب عليها الولد.
وسأتحدث عن هذا في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: ولاية تأديب الولد:

تثبت ولاية تأديب الولد لشخصين، الأول: وهو الولي أو الوصي. والثاني:

وهو المعلم.

أولاً: الولي والوصي:

تثبت ولاية تأديب الولد أولاً للولي، أباً كان أو جداً، أو وصياً أو قيماً من قبل
القاضي. والأم كالأب أثناء الحضانة. فهؤلاء لهم حق تأديب الصغار ذكوراً و إناثاً.

(1) سبق تخريجه في الصفحة 228.

وأيضاً لهم حق تأديب المجنون والسفيه والمعتوه ولو كانوا كباراً. وأما الصغير فلا يعصى (أي لا يوصف بالمعصية ولو ارتكب ما هو حرام شرعاً).

وهؤلاء يؤدبون حملاً على التعلم ورداً على سوء الأدب، والتخلق بالأخلاق الفاضلة والزجر عن سيئها. ولتعلم أحكام الطهارة والصلاة والصيام. وطاعة الله عز وجل إلى غير ذلك من الأمور. وذلك ليألف الخير ويترك الشر. ولبناء مجتمع مسلم⁽¹⁾.

والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ يَا بُنَيَّ أَقِمِ الصَّلَاةَ وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَنْهَ عَنِ الْمُنْكَرِ ﴾ [لقمان: من الآية 17].

ثانياً : المعلم على التلميذ بإذن الولي :

كما تثبت ولاية التأديب للمعلم. وذلك لاستصلاح حال المتعلم وحملاً له على التعلم. كما للمعلم أن يضرب المتعلم حملاً على التعلم. وسيأتي تفصيل ذلك فيما بعد إن شاء الله عز وجل⁽²⁾.

يقول النووي رضي الله تعالى عنه: ((فعلى هذا مستوفي التعزير الإمام والزوج والأب والمعلم والسيد))⁽³⁾.

(1) انظر: البحر الرائق - زين بن إبراهيم - 309/7 .
مواهب الجليل - محمد المغربي المالكي - 414/1 .
إعانة الطالبين السيد البكري الديمقراطي ، 273/4 ،
المغني - ابن قدامه المقدسي ، 357/1 .

(2) انظر: الدر المختار- الحصكفي- 565/6 .
الأم- الإمام الشافعي- 173/6 .

مجمع الضمانات- أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، عالم الكتب، ط 1987م، ص54.

مغني المحتاج- الخطيب الشربيني، 193/4 .

تبصرة الحكام- ابن فرحون المالكي، 340/2 .

مواهب الجليل- محمد المغربي المالكي، 414/1 .

المغني- ابن قدامه المقدسي، 471/12 .

(3) روضة الطالبين- الإمام النووي، 175/10 .

الفرع الثاني : طرق تأديب الولد .

يؤدب الطفل على ترك الفرائض وترك التحلي بالأخلاق الفاضلة وتعلم القرآن وغير ذلك. مما ذكرته فيما سبق.

هذا ويجب على ولي الطفل أن يعلمه الأمور الفاضلة كالصلاة وغيرها منذ سن السابعة. وقال الفقهاء أنه يجب على ولي الطفل أن يعلمه هذه الأمور منذ أن يعي الطفل معنى القربة لله تبارك وتعالى.

وهذا التأديب يكون بالوعيد والتوبيخ والتعنيف، ولا يكون بالشتم، كالقول له: يا عفريت، يا قرد. فإن لم تُفد هذه الأمور انتقل المؤدب في تأديب الطفل إلى الضرب، ويضربه على ترك الصلاة إذا بلغ عشر سنين. وذلك لقوله عليه السلام: « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع واضربوهم عليها وهم أبناء عشر وفرقوا بينهم في المضاجع⁽¹⁾ ». »

وهذا الضرب يكون لتعويد الطفل على فعل الطاعات وترك المعاصي، ولتمرينه على ذلك حتى يألف الخير ويكره الشر والمعاصي. والضرب يكون ضرب إيلام فقط دون تأثير في العضو. فيخيف أكثر من أن يوجع. وذكر ابن عابدين في حاشيته: أن الضرب يكون باليد ولا يجاوز الثلاث. حيث يقول: ((وإذا وجب ضرب ابن عشر عليها بيد، أي لا يجاوز الثلاث، وكذلك المعلم ليس له أن يجاوزها، قال عليه الصلاة والسلام لمرداس المعلم: « إياك أن تضرب فوق الثلاث، فإنك إذا ضربت فوق الثلاث اقتص الله منك..⁽²⁾ »).

(1) المستدرک علی الصحیحین- کتاب الصلاة، باب: مواقیت الصلاة، رقم 2658.

سنن أبي داود- کتاب الصلاة، باب: متى يؤمر الغلام بالصلاة، رقم 494.

سنن البيهقي- کتاب الصلاة، باب: عورة الرجل، رقم 3050.

سنن الدار قطني- کتاب الصلاة، باب: الأمر بتعليم الصلاة.

مجمع الزوائد- علي بن أبي بكر الهيثمي، دار الريان، القاهرة، ط 1407، 294/1، باب في أمر الصبي بالصلاة. وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: ((هذا الحديث رواه البزار وفيه محمد بن الحسن العوفي. قيل فيه: لين الحديث ونحو ذلك:...)).

(2) حاشية ابن عابدين- ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1987، 235/1.

ولا يكون الضرب بنحو خشبة لأن الضرب بالخشبة إنما ورد في جناية صدرت من مكلف ، ولا جناية من الصغير .

ونص السادة المالكية بأن الضرب بالسوط يجوز من واحد إلى ثلاثة ضرب إيلام فقط . دون تأثير في العضو .

قال محمد المغربي المالكي (الخطاب) : ((قال الجزولي: يضربون ثلاثة أسواط على الظهر من فوق الثوب ويضربون تحت القدم عرياناً ولا يزيد على الثلاثة.....))⁽¹⁾.
ولا خلاف في هذا الذي ذكر بين الذكر والأنثى⁽²⁾.

المطلب الثاني : الضمان في تأديب الولد :

ذكرت في المطلب السابق أن للولي ضرب الولد للتأديب. وذلك لتعلم الأخلاق الفاضلة، وللعبادة، وغير ذلك من الأمور الفاضلة، وللنهى عن الأمور السيئة. ولكن إذا ضرب الولي ولده فتسبب بذلك في إتلاف عضو للطفل أو إلى هلاك نفس الولد أو ضرر له، فهل يُسأل الولي عن ذلك ويضمن ما أفضى إليه التأديب أم لا؟ وللجواب عن هذا السؤال لا بد أن نميز بين حالتين :
الحال الأول: وهو ضرب الولي للولد. سواء أكان هذا الولي أباً أو جداً أو قيمياً أو وصياً.

⁽¹⁾ مواهب الجليل- محمد المغربي المالكي، 414/1

⁽²⁾ انظر: حاشية ابن عابدين- ابن عابدين، 235/1.

البحر الرائق- زين بن إبراهيم بن بكر الحنفي، 309/7.

حاشية الطحطاوي- أحمد بن محمد الطحطاوي، مكتبة البابي الحلبي، مصر، ط3 1318 هـ ،

115/1.

التاج والإكليل- المواق المالكي، دار الفكر، بيروت ط2 1398 هـ ، 412/1. مواهب الجليل- محمد

المغربي المالكي (الخطاب) ، 414/1 .

المغني- ابن قدامه المقدسي، 357/1 .

كشاف القناع- منصور البهوتي، 225/1 .

نيل الأوطار- الشوكاني، دار الجيل، بيروت، 377/1 .

الحال الثاني: وهو ضرب المعلم للولد.
ولكل حال من هذين الحالين حكم خاص به. وسأبين وذلك في الفرعين
التاليين:

الفرع الأول: الضمان في ضرب الولي للطفل.
الفرع الثاني: الضمان في ضرب المعلم للطفل

الفرع الأول: الضمان في ضرب الولي للطفل:

إذا ضرب الولي الطفل تأديباً له. فتسبب بضرر أو إتلاف له فهل يضمن؟
للجواب عن هذا لابد أن نميز بين حالتين:
الحالة الأولى: أن يضرب الولي الولد ضرباً معتاداً وفي الوضع المعتاد.
الحالة الثانية: أن يضرب الولي الولد ضرباً غير معتاداً. كأن يسرف في
الضرب أو يضربه على المواضع المخوفة والخطرة.
أما الحالة الأولى: فقد ذهب الجمهور من الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والحنابلة⁽¹⁾
إلى القول: بأن الولي إذا ضرب الولد تأديباً له ضرباً معتاداً وفي المواضع المعتادة
ولم يسرف في ذلك وتسبب في هذا الضرب بضرر أو تلف للولد، فهنا لا يضمن
الولي ما أفضى إليه ضربه، وإذا مات الولد من هذا الضرب لم يضمن الولي الدية
وليس عليه قصاص.
-وذلك لأن هذا الضرب هو فعل مأذون فيه، والفعل المأذون فيه لا يكون
مضموناً، والولي بهذا الضرب فعل ماله فعله شرعاً ولم يتعد فيه فلم يضمن.

(1) انظر- الدر المختار- الحصكفي، 566-565/6 .

البحر الرائق- زين بن إبراهيم، 392/8 .

بدائع الصنائع- الكاساني، 503/7.

(2) انظر: التاج والإكليل- محمد بن يوسف العبدري، 412/1 .

حاشية الدسوقي- محمد عرفة الدسوقي، دار الفكر، بيروت، 242/4.

(3) انظر- المغني- ابن قدامة المقدسي، 471/12 .

الروض المربع- منصور البهوتي، 281/3 .

زاد المستنقع- موسى بن أحمد المقدسي الحنبلي، مكتبة النهضة الحديثة، مكتبة المكرمة، 222/1

كشاف القناع- البهوتي، 16/6 .

- وذهب الشافعية إلى القول: بأن الولي إذا ضرب الولد ضرباً معتاداً وتسبب له بضرر أو تلف فإنه يضمن ما تسبب به. ولكن لا يقتصر من الأهل. بل يضمن الدية على العاقلة.
- وذلك لأن ضرب التأديب مشروط بسلامة العاقبة، فإذا تسبب بضرر فإنه يكون قد جاوز الحد المشروع فوجب عليه الضمان⁽¹⁾.
- يقول الغزالي عندما تكلم عن ضرب التأديب: ((وكل ذلك جائز بشرط سلامة العاقبة فإن أفضى إلى الهلاك وجب الضمان على العاقلة ويكون شبه عمد...))⁽²⁾.

المناقشة والترجيح :

يرد على دليل الشافعية أن يقال: إن تأديب الطفل ولو أنه مشروط بسلامة العاقبة، إلا أن الأب بضربه للطفل يكون قد فعل ما أذن له شرعاً، فالأب قد توخى الحذر عند ضربه لابنه، فقد ضربه ضرباً معتاداً، وفي الموضع المعتاد. وإذا نتج ضرر عن هذا الضرب فالأب يكون خارج المسؤولية، إذ أنه أدى واجبه في التأديب، وهو لا يعلم الغيب بما سيكون للطفل. والقاعدة تقول: ((ما لا يمكن الاحتراز عنه فلا ضمان فيه)). وعلى هذا فالراجح قول الجمهور.

- وأما الحالة الثانية: وذلك بأن يضرب الولي الولد ضرباً غير معتاد. أوفي غير الموضع المعتاد.
- فهنا ذهب الإمام أبو حنيفة والمالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بوجوب الضمان على الولي إذا تسبب بضرر أو تلف للطفل نتيجة الضرب غير المعتاد. وإذا مات الطفل وجبت على الولي إذا كان أباً أو جداً الدية المغلظة

(1) انظر - مغني المحتاج- الخطيب الشربيني، 4/248-249 .
الوسيط في المذهب- الغزالي، دار السلام، ط 1997، 6/513 .
حواشي الشرواني- عبد الحميد الشرواني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1996م، 11/562.
(2) الوسيط- الغزالي، 6/513.

ولا يقتص منها ، لأنه لا يقاد والد بولده. وتحمل الدية العاقلة. والقصاص على غير الأصل. وأيضاً يجب على الولي بإتلاف النفس الكفارة أيضاً⁽¹⁾. يقول محمد عرفة الدسوقي: ((...وأما إن كان الضرب للتأديب والغضب فالمشهور أنه عمد يقتص منه إلا في الأب ونحوه فلا قصاص بل فيه دية مغلظة...))⁽²⁾.

ويقول الخطيب الشربيني الشافعي: ((...ولو عزر ولي محجوره ووال من رفع زوجته إليه وزوج فيما يتعلق به من نشوز وغيره... فمضمون تغريهم. فإذا حصل به هلاك فإذا كان يضرب يقتل غالباً فالقصاص على غير الأصل وإلا فدية شبه العمد على العاقلة...))⁽³⁾.

ويقول البهوتي الحنبلي: ((...ومن أسرف في التأديب بأن زاد فوق المعتاد أو زاد على ما يحصل به المقصود أو ضرب من لا عقل له من صبي مميز وغيره كمجنون ومعتوه ضمن...))⁽⁴⁾.

* وخالف في هذه المسألة صاحباً أبي حنيفة فقالوا:

الولي إذا ضرب الطفل للتأديب فإنه لا يضمن ما يفضي إليه هذا الضرب، ولو كان مسرفاً في الضرب فالولي لا يضمن في جميع الأحوال⁽⁵⁾. يقول ابن نجيم الحنفي ((...الأب إذا ضرب ابنه الصغير تأديباً فعطب من ذلك يُنظر: إن ضربه حيث لا يضرب للتأديب فعليه الدية والكفارة عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد: لا شيء عليه...))⁽⁶⁾.

(1) المراجع السابقة والتي قبلها.

(2) - حاشية الدسوقي- محمد عرفة الدسوقي، 242/4.

(3) - مغني المحتاج- الخطيب الشربيني، 248/4.

(4) - كشف القناع- البهوتي، 16/6.

(5) - البحر الرائق- ابن نجيم الحنفي، 392/8 .

بدائع الصنائع- الكاساني، 305/7.

(6) - البحر الرائق- ابن نجيم الحنفي، 392/8.

المناقشة والترجيح :

*استدل الإمام أبو حنيفة والمالكية والشافعية والحنابلة على قولهم بوجوب الضمان في حالة الإسراف في الضرب بما يلي:

1- أن التأديب اسم لفعل يبقى المؤدب حياً بعده. فإذا سرى تبين أنه قتل وليس بتأديب (1).

2- لأن التأديب مشروط بسلامة العاقبة ، إذا المقصود الضرب للتأديب لا للهلاك . فإذا حصل به هلاك تبين أنه جاوز الحد المشرع. فوجب الضمان (2).

*واستدل الصحابان على قولهما: بأن الأب والوصي مأذونان في تأديب الصبي وتهذيبه والمتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضموناً (3).

ويرد على ما استدل به الصحابان في القول: بأن الضرب المأذون به والذي لا يجب فيه الضمان هو الضرب المعتاد في الموضع المعتاد. أما إذا كان الضرب على غير هيئته فيكون ضرباً غير مأذون فيه. وإذا تسبب بضرر وجب ضمانه،و لأن القاعدة تقول : الجواز الشرعي ينافي الضمان. وفي هذه المسألة كان الضرب غير معتاد،فيكون غير جائز فوجب ضمانه. والأدلة التي استدل بها الجمهور قوية. وعلى هذا يكون الراجح قول الجمهور والله أعلم.

(1) انظر: بدائع الصنائع- الكاساني، 305/7.

(2) انظر- الوسيط في المذهب الغزالي، دار السلام ، ط1 1417هـ، 513/6.

(3) انظر- البحر الرائق- ابن نجيم الحنفي، 392/8 .

بدائع الصنائع- الكاساني، 305/7.

رأي القانون السوري:

نصت المادة (185) من قانون العقوبات السوري على ما يلي :

1 - لا يعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة .

2 - يجيز القانون :

أ - ضروب التأديب التي ينزلها بالأولاد آبائهم وأسائدتهم على نحو ما يبيحه العرف العام .

ب - العمليات الجراحية والعلاجات الطبية المنطبقة على أصول الفن شرط أن تجري برضى العليل أو رضى ممثليه الشرعيين أو في حالات الضرورة الماسة.
ج - أعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب الرياضية التي روعيت قواعد اللعب⁽¹⁾.

وبناء على هذه القاعدة نرى أن القانون قد أجاز ضرب الأب لابنه تأديباً له .
و الأولاد في القانون هم القاصرون الذين هم في حاجة إلى الرقابة ولم يبلغوا الخامسة عشرة من عمرهم⁽²⁾.

وصاحب الحق بالتأديب هو الأب إن وجد ، و أما في حال عدم وجوده فيكون صاحب حق التأديب هو الولي من جد أو عم أو أم . وهذا موافق لرأي الشريعة الإسلامية . ولكن ضرب التأديب الذي نصت المادة عليه بقولها ((على نحو ما يبيحه العرف العام)) يفهم أن الضرب يجب أن يكون معتاداً كما هو المألوف في المجتمع، وهذا هو الذي يجيزه القانون ولا يعتبره فعلاً جرمياً . أما إذا زاد هذا الضرب وخرج عن الضرب المتعارف عليه فيكون حينها فعلاً جرمياً يعاقب عليه ويعد الأب عندها مسؤولاً عما يحدث لابنه من ضرر .

وهذا كما نرى موافق لرأي فقهاء الشريعة الإسلامية من المالكية والشافعية والحنابلة والإمام أبي حنيفة . وخالف بهذا الصاحبان كما تقدم ذكر ذلك .

(1) المادة : ((185)) من قانون العقوبات .

التشريع الجزائري المقارن د. عبود السراج ، ص 249 .

(2) المادة ((174)) من القانون المدني .

الفرع الثاني : الضمان في ضرب المعلم للطفل :

إذا ضرب المعلم التلميذ ، وأدى هذا الضرب إلى إتلاف أو ضرر لهذا التلميذ، فهل المعلم مسؤول عن هذا الضرر ، وضامن له أم لا ؟.

فالمهم إذا توفر طرفان في المسألة : معلم ومتعلم . ومثلهما أيضاً : معلم الحرفة والصناعة و الصناع ، وأما حول بيان مسؤولية المعلم فهي كما يلي :

إذا ضرب المعلم أو الأستاذ التلميذ ، فأدى هذا الضرب إلى ضرر أو إتلاف عضو أو نفس له ، فإن المعلم لا يضمن ذلك عند الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ ولكن ضمن الشروط التالية :

الأول : أن يكون الضرب معتاداً :

أي أن يكون الضرب ضرب تأديب معتاد . لا ضرباً مبرحاً وشديداً لا يضرب مثله . فعلى المعلم أن يعلم الأمن و السلامة في الضرب وأن يضربه ضرباً خفيفاً ليناً يحصل المقصود به .

الثاني : أن يكون الضرب في الموضع المعتاد :

أي على المعلم أن لا يضرب الطفل على الأماكن الخطرة والمخوفة التي يُخشى منها لأن المقصود هو التأديب . وهذا يحصل بالضرب الحسن في الموضع المعتاد.

الثالث : وزاد الحنفية شرطاً ثالثاً وهو :

(1) انظر: الدر المختار- الحفصكي ، 565/5-566 .

بدائع الصنائع -الكاساني ، 503/7 .

مجمع الضمانات - البغدادي ، 54 .

البحر الرائق - زين بن إبراهيم ، 309/7 ، 392/8 .

(2) انظر: مواهب الجليل - الحطاب ، 414/1 .

تبصرة الحكام - ابن فرحون المالكي ، 340/2 .

(3) انظر: الأحكام السلطانية - أبو يعلى الفراء الحنبلي دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1983 ، ص

282

المغني - ابن قدامة المقدسي ، 471/12 .

الروض الربع - منصور البهوتي ، 281/3 .

كشاف القناع - البهوتي ، 16/6 .

زاد المستنقع - موسى ابن أحمد المقدسي ، 222/1

أن يكون الضرب بإذن الأب أو من ينوب عنه، أي أن يأذن الأب للمعلم بضرب الطفل ، أما إذا لم يكن هناك إذن فالمعلم ضامن .

قال الكاساني : ((ولو ضربه المعلم أو الأستاذ فمات ، إن كان الضرب بغير أمر الأب أو الوصي يضمن لأنه متعد في الضرب والمتولد منها يكون مضموناً عليه))⁽¹⁾.

وقال زين بن إبراهيم الحنفي : ((قال هشام في نوادره : قلت لمحمد : إن لم يكن الأب قال له في أمر الضرب شيئاً ، قال يضمن المعلم.....))⁽²⁾

فإذا تحققت هذه الشروط فإن المعلم لا يضمن الضرر الناتج عن ضربه ، أما إذا فقد شرط من هذه الشروط فإن المعلم ضامن . وإذا أدى الضرب إلى موت التلميذ ، ضمن المعلم تمام الدية والكفارة .

- قال البغدادي الحنفي : ((المعلم إذا ضرب صبياً أو الأستاذ المحترف إذا ضرب التلميذ ، قال أبو بكر محمد بن الفضل : إن ضربه بأمر أبيه أو وصيه ضرباً معتاداً في الموضع المعتاد لا يضمن ، وإن ضربه بغير معتاد ضمن . فإن ضربه بغير أمر أبيه أو وصيه فمات ضمن تمام الدية في قولهم سواء ضربه معتاداً أم غير معتاد.....))⁽³⁾

- و يقول ابن فرحون المالكي : ((... وأما المعلم ، فقال مالك في معلم الصبيان في الكتاب أو معلم الصنعة : إن ضرب صبياً ضرباً يعلم أنه من الأدب فمات لم يضمن ، وإن ضربه تعدياً أو جاوز في أدبه ضمن ما أصابه من ذلك ، فلو ضربه ففقاً عينه أو كسر ضرسه فعليه العقل ، وكذلك إن كان أصابه ذلك من شراك السوط أو عود الدرة ...))⁽⁴⁾.

(1) بدائع الصنائع - الكاساني ، 305 /7 .

(2) البحر الرائق - زين بن إبراهيم الحنفي ، 392/7 .

(3) مجمع الضمانات - البغدادي ، ص 54 .

(4) تبصرة الحكام - ابن فرحون المالكي ؟ ، 340/2 .

ويقول ابن قدامه الحنبلي : ((..... قال الخلال : إذا ضرب المعلم ثلاثاً كما قال التابعون وفقهاء الأمصار وكان ذلك ثلاثاً فليس بضامن ، وإن ضربه ضرباً شديداً مثله لا يكون أدباً للصبي ضمن ، لأنه يكون قد تعدى في الضرب))⁽¹⁾.
ونص الحنابلة على أن الأب إذا أذن للمعلم بضرب ولده ضرباً محرماً شديداً فضربه المعلم فتلف به ، ففي هذه الحالة يضمن المعلم هذا التلف .

يقول البهوتي الحنبلي : ((... ولو أذن السيد في ضرب عبده ضرباً مبرحاً أو أذن الوالد في ضرب ولده ضرباً محرماً فضربه المأذون له ضمنه إن تلف لأن المحرمات لا تستباح بالإذن))⁽²⁾.

* وأما السادة الشافعية⁽³⁾ فقالوا بوجوب الضمان في تأديب المتعلم . فإذا ضرب المعلم الطفل وأفضى هذا الضرب إلى هلاك أو ضرر فإن المعلم يضمن ما نتج عن فعله .

والشافعية لا يشترطون الضرب المعتاد أو غيره ، فأى ضرب أدى إلى ضرر أو إتلاف وجب الضمان . إلا ما لا دخل له في ذلك كصفعة خفيفة . واشترط بعض الشافعية إذن الأب لكي يضرب المعلم الولد . ولكن المشهور والراجح في المذهب أنه لا يشترط الإذن . فسواء أذن الولي بالضرب أم لم يأذن فالمعلم ضامن .

يقول الدمياطي : ((.. (كالمعلم) أي فإن أذن له الأب بالتعزير فله ذلك ولو كان بالغاً ، وإذا لم يأذن له فليس له ذلك - كما في التحفة و النهاية

(1) المغني - ابن قدامه الحنبلي ، 12 / 471 .

(2) كشف القناع - منصور البهوتي ، 6 / 17 .

(3) انظر: الأم - الإمام الشافعي ، 6 / 173 .

نهاية المحتاج - الرملي ، المكتبة الإسلامية ، 7 / 333 .

روضة الطالبين - النووي ، المكتب الإسلامي ، 10 / 175 .

إعانة الطالبين - الدمياطي ، 4 / 273-274 .

الحاوي الكبير ، الماوردي ، 9 / 265 .

وقال في شرح الروض : قال الأذرعي : وسكت الخوارزمي وغيره عن هذا التقييد والإجماع الفعلي مطرد من غير إذن . أ . هـ⁽¹⁾

ويقول النووي : ((.... ويجب الضمان في تعزير الزوج و المعلم إذا أفضى إلى الهلاك سواء ضربه المعلم بإذن أبيه أو دون إذنه⁽²⁾)) وهذا التأديب - أي ضرب المعلم للمتعلم - إذا كان بضرب يقتل غالباً ومات منه المتعلم فالفقاص على المعلم.

وإن كان بضرب لا يقتل غالباً فدية شبه العمد على عاقلة المعلم . والكفارة على المعلم، وإذا لم يهلك المتعلم ضمن المعلم الضرر الحاصل .

يقول الشرييني : ((ولو عز ولي محجورة ووال من رفع زوجته إليه وزوج فيما يتعلق به من نشوز وغيره ومعلم صغير يتعلم منه ولو بإذن وليه فيضمنون تعزيرهم فإذا حصل به هلاك فإذا كان بضرب يقتل غالباً فالفقاص على غير الأصل وإلا فدية شبه العمد على العاقلة⁽³⁾))

(1) إعانة الطالبين - الدمياطي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1995 ، 274/4 .

(2) روضة الطالبين - النووي ، المكتب الإسلامي ، 177/10 .

(3) - مغني المحتاج - الخطيب الشرييني ، 248/4 .

الأدلة والمناقشة :

استدل الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة على قولهم بضمان المعلم في حال الإسراف بالضرب بالأدلة التالية:

- 1- قالوا : بأن ضرب المعلم للمتعلم من المباح لأن غايته هي استصلاح المضروب ، والمباح يتقيد بوصف السلامة ، أما إذا ضربه ضرباً غير معتاداً ، أو في غير الموضع المعتاد فيكون قد تعدى وصف السلامة فضمن . أما إذا ضرب المعلم المتعلم ضرباً معتاداً ، فلا يكون بذلك قد تعدى وبالتالي لا يضمن.
- 2- قالوا : بأن المعلم لا يضمن للضرورة . وذلك لأن المعلم إذا علم أنه يلزمه الضمان بالسراية ، وليس بوسعه التحرز عنها ، يمتنع عن التعليم ، فكان في التضمنين سد باب التعليم وللناس حاجة إلى ذلك . فسقط اعتبار السراية في حقه لهذه الضرورة⁽¹⁾.

* واستدل الشافعية على قولهم بضمان المعلم في كل الأحوال بالأدلة التالية:

- 1- قالوا بأن ضرب المعلم للمتعلم مشروط بسلامة العاقبة لأن المقصود هو التأديب لا الهلاك . فإذا حصل في هذا الضرب ضرر أو هلاك تبين أنه جاوز الحد المشروع فضمن⁽²⁾.
 - 2- وكذلك فإن الأدميين قد يؤدبون بالكلام فكان إلى استصلاحهم سبل بغير الضرب ، فلذلك لزم الضمان إن حدث من ضربهم تلف أو ضرر⁽³⁾.
- ويرد على ما استدل به الجمهور بما يلي :
- 1- إن ضرب المعلم للولد مشروط بسلامة العاقبة . فإذا أدى لضرر تبين أنه جاوز الحد المأذون فيه . فوجب الضمان . والقاعدة الفقهية تقول : ((الضرر يزال)) .

(1) انظر: بدائع الضائع - الكاساني ، 305/7 - 306 .

(2) انظر: الوسيط - الغزالي ، 513/6 .

(3) انظر: مغني المحتاج - الشربيني ، 248/4 .

2- إن السادة الحنفية والمالكية قد أوجبوا الضمان على الزوج عند ضرب زوجته وقالوا: بأنه إذا ضربها وتسبب بتلف أو ضرر لها يكون قد جاوز حد الضرب المأذون فيه فيجب عليه الضمان . وهنا في ضرب المعلم لم يوجبوا الضمان عليه . فلماذا أوجبوا الضمان هناك ولم يوجبوه هنا ؟ وكلا الحالتين داخلتين في ضرب التأديب المأذون فيه . وهو الضرب المباح لاستصلاح المضروب .

3- وأما الاستدلال بأن المعلم لا يضمن للضرورة فهو مردود ، إذا ليس من الضرورة أن يتسبب المعلم بضرر أو إتلاف للتلميذ حتى يتأدب ، بل يكفي التأديب المعتاد الذي لا يسبب أي أذى . ومن الطلاب من يتأدب بمجرد الكلام . وقد مررنا عند الحديث عن تأديب الزوجة أن المؤدب إذا علم أن الضرب الخفيف غير مجدٍ لم يجر له الضرب الخفيف ولا غيره .

فالذي يبدو والله أعلم أن رأي الشافعية هو الأقرب للصواب وهو الراجح .

رأي القانون :

رأينا فيما سبق أن المادة ((185)) من قانون العقوبات التي تنص على

أنه:

1- لا يعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة

2- يجيز القانون :

أ- ضروب التأديب التي ينزلها بالأولاد أبائهم وأساتذتهم على نحو ما

يبينه العرف العام .

فهذه المادة نصت على جواز ضرب المعلم للمتعلم الضرب المعتاد . وبذلك لا يكون هذا الضرب فعلاً جرمياً . ولم يشترط القانون إذن الأب لجواز الضرب كما نص على هذا فقهاء الحنفية .

- والقانون بهذا يوافق ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من الفقهاء ويوافق

الحنفية أيضاً فيما عدا شرط الإذن .

ويخالف المذهب الشافعي ، فالشافعية يضمنون المعلم سواء أكان الضرب

معتاداً أم غير معتاد . فمتى حصل الضرر وجب الضمان عندهم . لأنهم يقولون

بأنه متى حصل الضرر تبين أن هذا الضرب غير معتاد ووجب بذلك الضمان .

الفصل الخامس

بيان المفتي وضمانه

الإفتاء في العلوم الشرعية أمر شديد الأهمية ، وكثير الفضل ، ولكنه مع هذا ذو خطر عظيم .

وذلك أن المفتين ورثة الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم ، وهذا المفتي قائم مقام النبي في الأمور والأحداث المستجدة ، وفي الأمور التي لا يعلمها كثير من الناس حتى الصحابة رضي الله عنهم لم يُحِط كل واحد منهم بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا بكل أحكام القرآن . فنجد كثيراً من الصحابة يفتون في بعض المسائل ويستفتون في بعضها . فهذا أبو بكر الصديق رضي الله عنه الذي كان أشد الناس ملازمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم في كل شؤونه وأعماله، يُسأل في خلافته عن ميراث الجدّة فيقول : ((مالك في كتاب الله من شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم من شيء ولكن أسأل الناس ، فيسألهم فيقوم المغير بن شعبة ومحمد بن مسلمة فيشهدان أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاهما السدس فيقضي أبو بكر الصديق بذلك))⁽¹⁾.

وكذلك سيدنا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لم يكن لديه علم في حق المفوضة، وهي المرأة التي مات عنها زوجها ولم يفرض لها، فقال : لم أر رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي في ذلك فاختلفوا عليه شهراً وألحوا فاجتهد برأيه وقضى بأن لها مهر نساءها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها في الميراث، فقام معقل بن يسار فشهد بأن صلى الله عليه وسلم قضى بمثل ذلك في امرأة منهم . ففرح ابن مسعود فرحة لم يفرح مثلها قط بعد الإسلام ...))⁽²⁾.

فالإفتاء مهم وعظيم الفضل ، لتبليغ شرع الله تعالى حيث يقول : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَىٰ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللَّاعِنُونَ ﴾ . البقرة / 159

(1) المستدرك على الصحيحين ، كتاب الفرائض ، دار الكتب العلمية ، ط 1990م ، 376/4 رقم الحديث 7978 .

سنن أبي داود – كتاب الفرائض ، باب : في الجدة ، رقم الحديث 2894 .

سنن الترمذي ، كتاب الفرائض ، باب : ما جاء في ميراث الجدة ، رقم الحديث 2100 .

(2) سنن النسائي – كتاب النكاح ، باب : إباحة التزويج بغير صداق ، رقم الحديث 3354 .

سنن ابن ماجه - كتاب النكاح ، باب : الرجل يتزوج ولا يفرض لها ويموت على ذلك ، رقم الحديث 1891 .

ومع هذا فالإفتاء أيضاً عظيم الخطر . فيجب على المفتي أن لا يقول إلا الحق والصدق ، ولا يفتي إلا بعد أن يتبين وإلا وقع في الخطأ .

وعن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا: من أفتى عن كل ما يُسأل فهو مجنون (1).

وعن الشعبي والحسن وأبي حصين بفتح الحاء التابعين قالوا : إن أحدكم ليفتي في المسألة ، ولو وردت على عمر بن الخطاب رضي الله عنه لجمع أهل بدر . (2).

(1) - المعجم الكبير - الطبراني ، مكتبة العلوم والحكم ، ط2 1404 هـ ، 188/9 ، رقم الحديث 8924 .

كتاب الآثار - يعقوب بن إبراهيم الأنصاري أبو يوسف ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، باب : الغزو والجيش ، 200/1 ، رقم الحديث 309 .

(2) المدخل إلى السنن الكبرى - البيهقي ، دار الخلفاء ، الكويت ، 434/1 ، رقم الحديث 803 . تحفة الأحوذى - المباركفوري ، باب : ما جاء في وضع اليدين على الركبتين في الركوع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 100/2 .

تهذيب التهذيب - ابن حجر العسقلاني ، دار الفكر ، بيروت ، ط1 1984 ، 116/7 .

- سيكون الكلام عن هذا الفصل في المبحثين التاليين :
- المبحث الأول : تعريف المفتي وبيان شروطه .
 - المبحث الثاني : الإفتاء ورجوع المفتي وضمانه .

المبحث الأول : تعريف المفتي وبيان شروطه :
لا بد أولاً من الكلام عن المفتي ، وتعريفه وما هي الشروط التي يجب أن تتوفر فيه.
وذلك في المطالب التالية :

- المطلب الأول : تعريف المفتي .
- المطلب الثاني : شروط المفتي وأقسامه .
- المطلب الثالث : الفتيا بالهوى والتشهي .

المطلب الأول : تعريف المفتي :

ذكر إمام الحرمين أن البعض من العلماء يعرفون المفتي بقولهم : المفتي من يستقل بمعرفة أحكام الشريعة نصاً واستنباطاً .

فقولهم نصاً : يشير إلى معرفة اللغة والتفسير والحديث . وقولهم استنباطاً : يشير إلى معرفة الأصول والأقيسة وطرقها وفقه النفس .

ولكن إمام الحرمين اختار تعريفاً آخر للمفتي فقال : المفتي من يسهل عليه درك أحكام الشريعة .

فهو بهذا يسير مع التعريف الأول الذي ذكره بعض العلماء، ولكنه يقول : بأن العلم بالحديث يكفي فيه التقليد وتيسير الوصول إليه بمراجعة الكتب المهدبة .⁽¹⁾

وأما الشوكاني والدكتور وهبة الزحيلي فيقولون : أن المفتي هو المجتهد . والمجتهد هو الذي حصلت له ملكة يقتدر بها على استنباط الأحكام من أدلتها⁽²⁾ .

فالذي يفتي هو المجتهد ، وهو الذي يبذل وسعه في استنباط الأحكام من أدلتها ، ولا يكتفي بأخذ الأحكام من النصوص ظاهراً ، أو حفظ المسائل أو كشفها من كتب العلم .

ويقول الدكتور وهبة الزحيلي: ((وإطلاق كلمة الفقيه أخيراً على متفهمة المذاهب من باب المجاز والحقيقة العرفية . والفتاوى الصادرة في زماننا هي مجرد نقل كلام المفتي (المجتهد) ليأخذ به المستفتي وليست هي بفتوى حقيقية))⁽³⁾ *ورأيي: في هذه المسألة أن المفتي هو المجتهد ، ولكن هذا في الأمور والحوادث المستجدة والعامّة ، أما في المسائل الخاصة والتي يسأل الناس عنها ،

(1) انظر: البرهان في أصول الفقه - إمام الحرمين الجويني ، أمير دولة قطر ، ط1 1399 هـ ، 1332/2 .

(2) انظر: إرشاد الفحول إلى علم الأصول - الشوكاني ، دار الفكر ، ط1 1992 ، ص 418-443 .
الفقه الإسلامي وأدلتها - أستاذنا د. وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، ط2 1997 م ، 42/1 .

(3) الفقه الإسلامي وأدلتها ، أستاذنا : د. وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، 42/1 .

فالمفتي هو الذي يسهل عليه معرفتها و دركها كما قال إمام الحرمين . وذلك لأن من العسير على الناس إيجاد مجتهد يسألونه عن كل حكم لا يعلموه . ولكن عليه في هذه الحالة أن يبين للمستفتي أنه مقلد وأنه ينقل كلام العلماء . وسيأتي زيادة بيان عن يفتي - أو من هو أهل الإفتاء - في المبحث الثاني إن شاء الله تعالى .

المطلب الثاني : شروط المفتي وأقسامه .

الفرع الأول : شروط المفتي .

يشترط في المفتي الذي يتصدى للفتوى أن يكون مكلفاً ، وذلك لأن الصبي لا حكم لقوله .

وأن يكون عاقلاً ، لأن القلم مرفوع عن المجنون، لزوال عقله . وأن يكون منزهاً عن أسباب الفسق، وذلك لأن علماء المسلمين جميعهم لم يختلفوا في أن الفاسق غير مقبول للفتوى وخاصة في أحكام الدين . فيجب أن يكون المفتي عدلاً ثقةً في دينه حتى يتصدى لهذا الأمر . ويشترط في المفتي أيضاً أن يكون فقيه النفس ، سليم الذهن ، رصين الفكر ، متيقظاً ، صحيح التصرف .

ويشترط فيه أيضاً أن لا تؤثر فيه قرابة أو عداوة ، وذلك لأن المفتي مخبر عن حكم الشرع بما لا اختصاص له بشخص معين وإذا نابذ في فتواه شخصاً معيناً صار خصماً له لا مفتياً ، فترد فتواه .

وكذلك يشترط في المفتي أن يكون عالماً بالأحكام الشرعية وأصولها وأصول الأحكام في الشرع أربعة وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس فعليه أن يعرف ما تضمنه الكتاب الكريم من الأحكام ، ويشترط علمه بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعلمه بما أجمعت عليه الأمة ، وما اختلفوا فيه ، وأيضاً علمه بالقياس ليرد الفروع المسكوت عنها إلى الأصول المنطوق بها .

ويجب عليه أن يعرف حال المستفتي ليعلم ما يجوز أن يقوله ويريده . ومن قال بأن المفتي هو المجتهد اشترط فيه شروط الاجتهاد . وهي شروط كثيرة جداً بالإضافة لما ذكر من شروط المفتي . فمن هذه الشروط :

- العلم بكتاب الله تعالى ومحكمه ومتشابهه وناسخه ومنسوخه، والعموم والخصوص، والمجمل والمفسر، والعلم بسنة رسول الله وطرق مجيئها في التواتر والآحاد والصحة والضعف، وأيضاً يشترط فيه معرفة القرائن ومعرفة اللغة والنحو والصرف إلى غير ذلك من الشروط الكثيرة⁽¹⁾. ومجمل هذا ما قاله الغزالي حيث قال: ((المجتهد وله شرطان: أحدهما: أن يكون محيطاً بمدارك الشرع متمكناً من استشارة الظن بالنظر فيها وتقديم ما يجب تقديمه وتأخير ما يجب تأخيره. والشرط الثاني: أن يكون عدلاً مجتنباً للمعاصي الفادحة في العدالة. وهذا يشترط لجواز الاعتماد على فتواه، فمن ليس عدلاً فلا تقبل فتواه...))⁽²⁾

ولا يشترط في المفتي الحرية بل يجوز أن يكون المفتي عبداً، ولا يشترط في المفتي أيضاً الذكور. وتجاوز فتوى المرأة والسيدة عائشة أكبر دليل على هذا⁽³⁾.

وقد جمع المرادي شروط المفتي بقوله: ((واعلم أن شرط المفتي كونه مسلماً، مكلفاً، عدلاً، ثقة، مأموناً، منزهاً عن أسباب الفسق وخوازم المروءة، فقيه النفس، سليم الذهن، رصيف الفكر، صحيح التصرف والاستتباط، قوي الضبط متيقظاً سواء فيه الحر والعبد والمرأة والأعمى والأخرس إذا كتبت أو فهمت إشارته، وينبغي أن يكون المفتي ظاهر الورع مشهوراً بالديانة الظاهرة والصيانة الباهرة))⁽⁴⁾.

(1) - انظر: المعتمد في أصول الفقه - أبي الحسين محمد بن علي البصري المعتزلي، دار الكتب العلمية ط 1983، 357/2.

الفقيه والمتفقه - لأبي بكر الخطيب البغدادي، دار الكتب العلمية، ط 1980، المجلد الثاني 156/11.

المحصل في علم الأصول - فخر الدين الرازي، مؤسسة الرسالة، ط 1992، 21/6.

صفة الفتوى والمفتي - أحمد بن حمدان الحنبلي، المكتب الإسلامي، ط 1394، ص 13.

آداب الفتوى في مقدمة المجموع النووي، مكتبة الإرشاد، جدة، 74/1.

فتاوى ابن الصلاح - ابن الصلاح، دار المعرفة، بيروت، ط 1986، 21/1.

(2) المستنصفي - الإمام الغزالي، دار الأرقم، 511/2.

(3) - فتاوى ابن الصلاح - ابن الصلاح 22/1.

صفة الفتوى والمفتي - ابن حمدان، ص 13.

(4) الموسوعة في آداب الفتوى - الرسالة السادسة في أبحاث ومسائل تتعلق بالفتوى - محمد خليل المرادي، ط 1999، صفحة 534.

الفرع الثاني : أقسام المفتي .

المفتي ينقسم وراء تلك الشروط التي ذكرتها في الفرع الأول إلى قسمين :

القسم الأول : وهو المفتي المستقل .

القسم الثاني : وهو المفتي غير المستقل .

وسأشرح كلا القسمين بشيء من التفصيل و الإيجاز .

* : أما المفتي المستقل⁽¹⁾ : فهو الذي يستقل بمعرفة الأحكام الشرعية من الأدلة الشرعية العامة والخاصة . عالماً بما يشترط في الأدلة ووجوه دلالاتها وعارفاً بعلم أصول الفقه، وعلم القرآن والحديث والناسخ والمنسوخ، والنحو واللغة واختلاف العلماء . وأن يكون متديراً على استعمال كل ذلك وعالماً بالفقه ومسائله وأمّهاته وفروعه . فهذا هو المفتي المطلق المستقل . وهو المجتهد المستقل والمجتهد المستقل : هو الذي يستقل بإدراك الأحكام الشرعية من الأدلة الشرعية من غير تقليد و تقييد بمذهب معين . يقول ابن الصلاح : ((ما اشترطناه فيه من كونه حافظاً لمسائل الفقه لم يعد من شروطه في كثير من الكتب المشهورة نظراً إلى أنه ليس شرطاً لمنصب الاجتهاد فإن الفقه من ثمراته ، فيكون متأخراً عنه وشرط الشيء لا يتأخر عنه واشترطه الأستاذ أبو إسحاق الإسفرائيني وصاحبه أبو منصور البغدادي وغيرهما .

واشترط ذلك في صفة المفتي الذي يتأدى به فرض الكفاية هو الصحيح ، وإن لم يكن كذلك في صفة المجتهد المستقل على تجرده ، كأن حال المفتي يقتضي اشتراط كونه على صفة يسهل عليه معها إدراك أحكام الوقائع على القرب من غير تعب كثير و هذا لا يحصل لأحد من الخلق إلا بحفظ أبواب الفقه ومسائله ثم لا يشترط أن تكون جميع الأحكام على ذهنه بل يكفي أن يكون حافظاً للمعظم متمكناً من إدراك الباقي على القرب))⁽²⁾.

(1) انظر: فتاوى ابن الصلاح - ابن الصلاح ، 21/1 وما بعدها .

آداب المفتي في مقدمة المجموع - النووي ، 75/1 .

صفة الفتوى ، ابن حمدان ، الموسوعة في آداب الفتوى ، تحقيق أحمد حسون ، ط1 1999 ص

277 .

(2) فتاوى ابن الصلاح - ابن الصلاح ، 26/1-27 .

وهو الذي ذُكر هو في المفتي المطلق. في جميع أنواع الشرع ، أما المفتي في باب خاص من العلم كنعو علم الفرائض مثلاً ، فلا يشترط فيه جميع ذلك ، ومن الجائز أن ينال الإنسان منصب الفتوى في بعض الأبواب دون بعضها .
* وأما المفتي الذي ليس بمستقل (1) :

لقد أصبح المجتهد المستقل نادراً جداً في هذا الزمان . وأصبح أمر الفتوى إلى الفقهاء المنتسبين وللمفتي الذي ليس بمستقل أحوال أربعة :
الحالة الأولى : أن لا يكون مقلداً لإمامه ، لا في المذهب ، ولا في دليله ، ولكنه سلك طريق إمامه في الاجتهاد و الفتوى .

وفتوى المجتهد المذكور كفتوى المجتهد المطلق في العمل بها و الاعتداد بها في الإجماع و الخلاف .

الحالة الثانية : أن يكون في مذهب إمامه مجتهداً ، مستقلاً بتقرير مذهبه بالدليل ، إلا أنه لا يتعدى في أدلته أصول إمامه وقواعده ، ومن شأنه أن يكون عالماً بالفقه ، خبيراً بأصول الفقه ، عارفاً بأدلة الأحكام تفصيلاً ، بصيراً بمسالك الأقيسة والمعاني ، قادراً على التخرج و الاستنباط و إلحاق الفروع بالأصول و القواعد التي لإمامه . وقيل ليس من شرط هذا معرفة علم الحديث و اللغة العربية لكونه لا يعرَى عن شوبٍ من التقليد لإمامه ، لإخلاله ببعض العلوم ، و الأدوات المعتمدة في المستقبل، مثل أن يُخلَّ بعلم الحديث أو بعلم اللغة العربية ويتخذ أصول نصوص إمامه أصولاً يستنبط منها ، نحو ما يفعله المستقل وهذه صفة أصحاب الوجوه و الطرق في المذهب ، وهو حال أكثر علماء الطوائف الآن .

الحالة الثالثة : أن لا يبلغ رتبة أئمة المذاهب أصحاب الوجوه و الطرق غير أنه فقيه النفس حافظ لمذهب إمامه ، عارف بأدلته ، قائم بتقريرها ، ويرجح ، لكنه قصر عن درجة أولئك :

(إمّا) : لكونه لم يبلغ في حفظ المذهب مبلغهم .

(1) انظر: فتاوى ابن الصلاح - ابن الصلاح ، 21/1 وما بعدها.
آداب المفتي في مقدمة المجموع - النووي ، 75/1.
صفة الفتوى، ابن حمدان، الموسوعة في آداب الفتوى ، ص 277 .

(وإمّا) : لكونه لم يَرْتَضُ في التخرّيج ، و الاستنباط كارتياضهم .

(وإمّا) : لكونه غير متجّر في علم أصول الفقه .

على أنه لا يخلو مثله في ضمن ما يحفظ في الفقه و يعرفه من أدلته على أن أطراف من قواعد أصول الفقه .

(وإمّا) : لكونه مقصراً في غير ذلك من العلوم التي هي أدوات الاجتهاد الحاصل لأصحاب الوجوه و الطرق وهذه صفة كثيرة من المتأخرين إلى أواخر المائة الرابعة من هجرة المصنفين الذين رتبوا المذاهب وحرروه ، و صنفوه فيها تصانيف بها معظم اشتغال الناس اليوم ولم يلحقوا بأرباب الحالة الثانية في تخرّيج الوجوه ، و تمهيد الطرق في المذهب و أما في فتواهم فقد كانوا يتبسطون فيها كتبسط أولئك أو قريباً منه . و يقيسون غير المنقول و المسطور على المنقول و المسطور في المذهب غير مختصرين في ذلك على القياس الجلي ، و قياس لا فارق الذي هو نحو قياس الأمة على العبد في إعتاق الشريك و قياس المرأة على الرجل في رجوع البائع إلى غير ماله ، عند تعذر الثمن ، و فيهم من جمعت فتواه و أفردت بالتدوين و لا يبلغ في التحاقها بالمذهب مبلغ فتاوى أصحاب الوجوه ، و لا يقوى كقوتها . **والله أعلم** .

الحالة الرابعة : أن يقوم بحفظ المذهب ، و نقله و فهمه ، فهذا يعتمد نقله و فتواه فيما يحكيه من مسطورات مذهبه من منصوصات إمامه ، و تعريفات أصحابه المجتهدين في مذهبه و تخرّيجاتهم ، و أما ما لا يجده منقولاً في مذهبه ، فإن وجد في المنقول ما هذا في معناه بحيث يدرك من غير فضل فكر و تأمل أنه لا فارق بينهما كما في الأمة بالنسبة إلى العبد المنصوص عليه في إعتاق الشريك جاز له إلحاقه به و الفتوى به . و كذلك ما يعلم اندراجه تحت ضابط منقول ممهد في المذهب و ما لم يكن كذلك فعليه الإمساك عن الفتيا فيه .

ثم إن هذا الفقيه لا يكون إلا فقيه النفس ، لأن تصوير المسائل على وجهها ، و نقل أحكامها بعده لا يقوم به إلا فقيه النفس و يكفي فيه أن يستحضر المذهب مع قدرته على مطالعة بقيته قريباً .

المطلب الثالث : الفتيا بالهوى و التشهي :

انعقد اجتماع العلماء على حرمة الفتوى بالهوى و التشهي . ومن عرف به حرم استفتاؤه .

- فمن يتصدى للفتوى عليه أن يتصف بالشروط التي يتصف بها المفتي التي ذكرتها سابقاً . ومن تصدى للفتوى ولم يتصف بهذه الصفات فقد باء بأمر عظيم . يقول الله تعالى : ﴿ أَلَا يَظُنُّ أُولَئِكَ أَنَّهُمْ مَبْعُوثُونَ لِيَوْمٍ عَظِيمٍ ﴾ المطفيين 5/4 .

ويقول تعالى : ﴿ سَتُكْتَبُ شَهَادَتُهُمْ وَيُسْأَلُونَ ﴾ الزخرف / من الآية 19 .
ويقول تعالى : ﴿ لَيْسَ لَ الصَّادِقِينَ عَنْ صِدْقِهِمْ وَأَعَدَّ لِلْكَافِرِينَ عَذَابًا أَلِيمًا ﴾ الأحزاب/ 8 .

ويقول تعالى : ﴿ مَا يَلْفِظُ مِنْ قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ ﴾ ق/ 18 .
وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ثم من أفتى الناس بغير علم كان إثمه على من أفتاه » (1) .

فكل هذه الآيات تدل على مسؤولية كل شخص فيما يتلفظ به أو يقوله وقول الفتوى من باب أولى . فأمر الدين لا ينبغي لأي شخص أن يتكلم فيها دون علم .
فيخرج التساهل في الفتوى ومن التساهل أن لا يثبت ويسرع بالفتوى قبل أن يقوم بالنظر بها والتفكير . وقد يحمله على الإسراع بالفتوى توهمه بأن الإسراع براعة والإبطاء عجز وهذا غلط ووهم كبير . ومن قام بالفتوى وهو ليس أهلاً لها فهو كالأعمى الذي يقلد البصير وهيئات هيئات . وأيضاً ينبغي على

(1) المستدرك على الصحيحين - الحاكم النيسابوري ، فصل في توقيير الحاكم ، دار الكتب العلمية 215/1 ، رقم الحديث 436 . وقال الحاكم هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، ولا أعرف له علة .

سنن أبي داود - كتاب العلم ، باب : في توفي الفتيا ، رقم الحديث 3657 .
سنن ابن ماجة - اتباع سنة النبي صلى الله عليه وسلم ، باب : اجتناب الرأي والقياس ، رقم الحديث : 53 .

المفتي أن لا يفتي في حال يشغله عن التأنى و الروية في الفتوى . و في حال تمنعه عن التأمل في الفتوى . وذلك كغضب شديد أو جوع مفرط أو خوف أو عطش أو غير ذلك⁽¹⁾.

(1) انظر: صفة الفتوى - ابن حمدان ، ص 14 .
منح الجليل - محمد عليش ، دار الفكر ، ط 1 1984 ، 265/8 .
آداب الفتوى في مقدمة المجموع - النووي ، 79/1 .
إعلام الموقعين عن رب العالمين - شمس الدين بن قيم الجوزية ، دار الأرقم ، بيروت ، ط 1
1997 ، 446/4 .

المبحث الثاني : الإفتاء ورجوع المفتي وضمانه .

سأتم في هذا المبحث الكلام عن رجوع المفتي عن فتواه وهل يشترط علم المستفتي برجوعه ؟.

كما سأبين ضمان المفتي الذي يترتب على المفتي إذا أخطأ في الفتوى كما سأبين أولاً : من الذي يفتي . وذلك في المطالب التالية :

المطلب الأول : من له الإفتاء .

المطلب الثاني : رجوع المفتي عن فتواه و علم المستفتي .

المطلب الثالث : ضمان المفتي .

المطلب الأول : من له الإفتاء :

تبين فيما سبق أن علماء المسلمين اختلفوا فيمن يفتي . أو من هو الشخص الذي يقوم بالفتيا ، فمنهم من قال لا يفتي إلا المجتهد . ومنهم من قال غير ذلك . نقل الشوكاني في كتابه إرشاد الفحول عن أبو الحسين البصري و الصيرفي وابن السمعاني أنهم يقولون : لا يجوز أن يفتي إلا المجتهد . فالمفتي يجب أن يكون مجتهداً وإلا لم تقبل فتواه . قال ابن السمعاني ((المفتي من استكمل فيه ثلاثة شروط : الاجتهاد والعدالة و الكف عن الترخيص و التساهل))⁽¹⁾.

ونقل ابن الصلاح عن الإمام أبو المعالي وغيره قولهم : بأن الأصولي الماهر المتصرف في الفقه لا يحل له الفتوى بمجرد ذلك ، و أيضاً فإن المتصرف النظار البحاث في الفقه ليس أهلاً للفتوى أيضاً⁽²⁾.

فمن قال إن المفتي يجب أن يكون مجتهداً ذلك لأن: المفتي هو الذي يقوم للناس بأمر دينهم، ويقوم بحمل عموم القرآن وخصوصه وناسخه و منسوخه وكذلك سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والاستنباط والاستدلال وغير ذلك. ولم يوضع المفتي لمن علم مسألة وأخذ يفتي.

ومن لم يكن شأنه الاجتهاد وليس أهلاً لإدراك حكم الواقعة استقلالاً وذلك لقصور آله. فلهذا من اتصف بالاجتهاد جاز له أن يفتي وغيره لا.

- وذهب فريق آخر من العلماء إلى القول: بأنه يجوز لمن حفظ مذهب صاحب مذهب ونصوصه أن يفتي به وإن لم يكن عالماً بغوامضه وحقائقه، وهذا القول نقله ابن الصلاح عن الإمام الجويني عن شيخه أبو بكر القفال.

فهذا الفريق من العلماء لا يشترطون أن يكون المفتي مجتهداً بل يجوز أن يكون المفتي مقلداً. واستدلوا لقولهم :

(1) إرشاد الفحول – الشوكاني ، ص 449 .

(2) انظر: فتاوى ابن الصلاح – ابن الصلاح . 37/1.

بأن حصر المفتي بالمجتهد يؤدي إلى حرج عظيم للأمة . ومن الصعب على المستفتي أن يبحث عن مجتهد لكي يستفتيه .
 وأيضاً فإن الإجماع منعقد في زماننا على صحة فتوى المقلد العدل . وهذا النوع من الفتيا هو الذي يحصل في زماننا .
 وأيضاً فإن نساء الصحابة كانوا يستفتون أزواجهن ويسألونهن عن حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم في المسائل . وهذا يدل على جواز نقل المقلد الحكم عن المجتهد إلى المستفتي . وأيضاً يدل هذا على ما رواه البخاري من حديث علي رضي الله عنه قال : « كنت رجلاً مذاءً فأمرت رجلاً أن يسأل النبي صلى الله عليه وسلم فسأل فقال : توضأ واغسل ذكرك.....(1) » .
 فهذا الرجل هو المقداد بن الأسود نقل حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المستفتي .

* ورد من اشترط الاجتهاد من المفتي على هذه الأدلة بقوله :
 قولهم أن البحث عن المجتهد يؤدي إلى حرج عظيم فغير مسلم ، فإن من حدثت له الحادثة لا يتعذر عليه أن يستفتي من يعرف ما شرعه الله في المسألة أو على لسان رسوله ، كما يمكنه أن يسأل عن مذهب مجتهد .
 وأما الاستدلال بفعل نساء الصحابة وعلي فإن هذا ليس باستفتاء عن رأي من ليس بحجة، بل استفتاء عن الشرع في ذلك الحكم نقلاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ففي هذه المسألة نرى أن بعض العلماء يشترط في المفتي أن يكون مجتهداً وبعضهم قال : يجوز للمقلد أن يفتي ، وبعضهم قال : إن كان المقلد قد تبخر في مذهب ذلك المجتهد وكان أهلاً للنظر والتفريع جاز له الفتوى، وبعضهم قال إن لم يوجد المجتهد جاز فتوى المقلد وإلا لا(2).

(1) - صحيح البخاري- كتاب : العلم ، باب : من استحيا فأمر غيره بالسؤال ، رقم الحديث 132 . مسلم - كتاب : الحيض- باب المذي ، رقم الحديث 303 . (مذاء) كثير المذي ، وهو ماء أبيض رقيق يخرج غالباً عند ثوران الشهوة . ويوجب الوضوء لا الغسل . لأنه في حكم البول .

(2) انظر: الإبهاج في شرح المنهاج - السبكي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1995م ، 268/3 وما بعدها .
 إرشاد الفحول- الشوكاني ، 450 وما بعدها .

*وأرى أن فتوى المقلد تجوز إن كان هذا المقلد عدلاً ثقة عازماً عارفاً بمذهب المجتهد وحقائقه و غوامضه. وذلك لتعذر وجود المجتهد في زماننا هذا وإن وجد فالحصول والعثور عليه يكاد مستحيلاً. وأيضاً فإن ((الضرورات تبيح المحظورات)). فتعذر المجتهد يبيح فتوى المقلد العدل الثقة العارف ولكن ينبغي على هذا المقلد عندما يفتي أن لا ينسب هذه الفتوى لنفسه بل يحكي هذه الفتوى عن المجتهد الذي قلده فهو في هذه الفتوى يقوم مقام ذلك المجتهد .

وانظر إلى حُسن قول ابن الصلاح حيث يقول : ((قلت : قول من قال لا يجوز أن يفتي بذلك ، معناه : أنه لا يذكره في صورة ما يقوله من عند نفسه بل يضيفه إلى غيره ويحكيه عن إمامه الذي قلده فعلى هذا ، من عددناه في أصناف المفتين من المقلدين ليسوا على الحقيقة من المفتين ولكنهم قاموا مقام المفتين وأدوا عنهم ، فعُدُّوا معهم وسبيلهم في ذلك : أن يقول - مثلاً - مذهب الشافعي كذا وكذا أو مقتضى مذهبه كذا وكذا وما أشبه ذلك))⁽¹⁾.

ويقول ابن عابدين في حاشيته : ((.. قال في فتح القدير : وقد استقر رأي الأصوليين على أن المفتي هو المجتهد وأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفتٍ ، و الواجب عليه إذا سئل أن يذكر قول المجتهد كالإمام على وجه الحكاية . فعُرف أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي . وطريق نقله لذلك عن المجتهد أحد أمرين : إما أن يكون له سند فيه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي))⁽²⁾.

المطلب الثاني : رجوع المفتي وعلم المستفتي بالرجوع :

إذا أفتى المفتي بفتوى ، كصحة نكاح أو طلاق أو فسادهما مثلاً ثم رجع هذا المفتي عن فتواه ، فبعد أن حكم على هذا النكاح بالصحة رجع عن حكمه وأفتى ببطلانه ، فماذا يعمل المستفتي في هذه الحالة ؟ هل يفارق زوجته أم يستمر

فتاوى ابن الصلاح- ابن الصلاح ، 37/1 وما بعدها .

(1) فتاوى ابن الصلاح - ابن الصلاح ، 39/1 .

(2) حاشية ابن عابدين - محمد أمين ابن عابدين ، دار إحياء التراث العربي ، 47/1 .

بإمساکها ؟ وهل يلزم المفتي أن يُعلم المستفتي برجوعه أم لا ؟ سأذكر هاتين الحالتين في الفرعين التاليين :

* الفرع الأول :

رجوع المفتي عن فتواه .

ذهب الإمام النووي وابن الصلاح و الرازي والخطيب البغدادي إلى القول⁽¹⁾: إذا أفتى المفتي بشيء ثم رجع عنه ، فهنا لا يخلو حال المستفتي من أمرين : إما أن يعلم برجوع المفتي أو لا .

- فإذا علم المستفتي برجوع المفتي عما أفتاه ولم يكن قد عمل بهذه الفتوى ، فهنا يحرم على المستفتي العمل بهذه الفتوى وتعتبر لاغية .

وأما إذا علم المستفتي برجوع المفتي عما أفتاه ولكن كان قد عمل بهذه الفتوى ، فهنا يُنظر إن كان المفتي قد كان بفتواه الأولى قد خالف دليلاً قاطعاً كمخالفة نص من كتاب أو سنة أو إجماع فهنا يجب على المستفتي نقض عمله .

وأما إذا كان المفتي قد كان بفتواه الأولى لم يخالف نصاً قاطعاً بل رجع عن فتواه بالاجتهاد لم يلزم المستفتي نقض عمله هنا .

وأيضاً إذا كان هذا المفتي إنما يفتي على مذهب إمام فرجع عن فتواه لكونه بان له قطعاً مخالفة نص مذهب إمامه ، وإن كان في محل الاجتهاد أيضاً يجب على المستفتي نقض عمله . لأن نص مذهب إمامه في حقه كنص الشارع في حق المجتهد المستقل . هذا إذا علم المستفتي برجوع المفتي عن فتواه .

وأما إذا لم يعلم المستفتي برجوع المفتي عن فتواه ، فهنا حاله كحال المستفتي في عمله كما كان قبل رجوع المفتي .

واستدل القائلين على هذا بما يلي :

(1) انظر: آداب المفتي في مقدمة المجموع - النووي ، 79/1 .

فتاوى ابن الصلاح - ابن الصلاح ، 45/1 .

صفة الفتوى والمفتي - ابن حمدان ، ص 31 .

نهاية السؤل - البيضاوي ، دار ابن حزم ، ط 1999 ، 1046/2 .

المستصفي - الغزالي ، 606/2 .

المحصول - فخر الدين الرازي ، 69/6 .

الفقيه والمتفقه - الخطيب البغدادي ، 201-200/12 .

1- أن من قلد مجتهداً في القبله ثم رجع هذا المجتهد عن اجتهاده في أثناء صلاته فإنه يجب عليه أن يتحول معه، وهنا أيضاً إذا تغير حكم المفتي وأفتى بفتوى ثانية وجب على المستفتي الرجوع إلى فتوى المفتي الثانية وترك الفتوى الأولى .

2- لأن المقلد يظن أن الاجتهاد الأول خطأ و العمل بالظن واجب .
- وقال البهوتي الحنبلي : لا يلزم المقلد الرجوع عن عمله إذا تغير اجتهاد المجتهد الذي قلده، فمن قلد مجتهداً في صحة نكاح مختلف فيه لم يفارق المنكوحه بتغير اجتهاد المجتهد الذي قلده، وذلك لقول عمر رضي الله عنه : ((ذلك على ما قضينا و هذا على ما نقضي))⁽¹⁾.

- وذهب ابن قيم الجوزية في إعلام الموقعين⁽²⁾ إلى التفصيل التالي فقال :
إذا رجع المفتي عن فتواه وعلم المستفتي برجوعه فهنا يتوقف المستفتي حتى يسأل غيره أي غير هذا المفتي فإن أفتاه بفتوى موافقة للفتوى الأولى استمر على العمل بها . وإذا أفتاه بفتوى موافقة للفتوى الثانية ولم يفته أحد بخلافها حرم عليه العمل بالفتوى الأولى وهذا إذا كان رجوعه لمخالفة دليل شرعي . أما إذا كان رجوعه لمجرد بان له أن ما أفتى به خلاف مذهبه لم يحرم على المستفتي ما أفتاه به أولاً ، إلا أن تكون المسألة اجماعية . فلو تزوج بفتواه ودخل ثم رجع المفتي لم يحرم على المستفتي إمساك امرأته إلا بدليل شرعي يقتضي تحريمها . ولا يجب عليه مفارقتها بمجرد رجوعه .

*ورد ابن قيم الجوزية على قول الجمهور السابق بقوله⁽³⁾ :

1- إن من دخل بإمرأته دخولاً صحيحاً ولم يفهم ما يوجب مفارقتها لها من نص ولا إجماع لا يجب عليه مفارقتها بمجرد تغيير اجتهاد المفتي.

2- وأيضاً رجع عمر بن الخطاب عن القول بالنتشريك وأفتى بخلافه ولم يأخذ المال من الذين شرك بينهم أولاً .

(1) انظر: كشف القناع - منصور البهوتي ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1402هـ ، 360-359/6 .

(2) انظر: إعلام الموقعين - ابن قيم الجوزية ، 455/4 .

(3) انظر: إعلام الموقعين - ابن قيم الجوزية ، 455/4 .

3- وأما القياس الذي استدل به الجمهور في معرفة القبلة أثناء الصلاة فرد عليه بقوله أن هذا القياس هو حجة عليكم ، فإنه لا يبطل ما فعله المأموم بالاجتهاد الأول و يلزمه القول ثانياً لأنه مأمور بمتابعة الإمام .

4- وما قاله الجمهور بأن المفتي إذا كان يفتي على مذهب إمام معين بان له أنه خالف في فتواه نص مذهب إمامه قطعاً . فإنه يجب نقض هذه الفتوى فيرد عليه بما يلي :

أن هذه المسألة لم ينص عليها أحد من الأئمة ولو كان نص إمامه بمنزلة نص الشارع في حقه لحرم عليه وعلى غيره مخالفته . وأيضاً لم يوجب أحد من الأئمة نقض فتوى لكونها خالفت قول زيد أو عمرو ولكنها تنقض إذا خالفت نص كتاب أو سنة أو إجماع .

المناقشة والترحيح :

تبين أن الاختلاف بين الجمهور وابن القيم يتمثل في نقطتين :

* النقطة الأولى : أن المجتهد إذا رجع عن فتواه الأولى بعد عمل المستفتي وعلمه بالرجوع فالجمهور يقولون : بأن على المستفتي نقض عمله الأولى و التحول إلى الفتوى الثانية مع المفتي .

وابن القيم يقول : بأن على المستفتي هنا التوقف حتى يسأل مفتٍ آخر . فإن وافق الفتوى الأولى استمر على العمل بها . وإذا أفتاه بفتوى موافقة للثانية ولم يخالفه أحد حرم عليه العمل بالأولى . والطرفان متفقان على أن الرجوع كان عن دليل شرعي . كمخالفة نص قاطع من كتاب أو سنة أو إجماع . أما إذا كان الرجوع عن اجتهاد المجتهد فلا يلزم المستفتي نقض عمله .

*النقطة الثانية : أن الجمهور يقولون بأن المفتي إذا كان يفتي على مذهب إمام معين وبأن له انه خالف قطعاً نص مذهب إمامه فإنه يجب نقض هذه الفتوى . وابن القيم لا يرى نقض هذه الفتوى لمجرد مخالفة نص الإمام .
*وأرى أن القول الأقوى في هاتين النقطتين هو قول ابن القيم .

ذلك أن عمل الأمة الآن و إجماعها أن المستفتي إذا علم بتغيير فتوى المفتي سأل مفتٍ آخر عن الحكم قبل نقض عمله فإن وافق نقض وإلا فلا . وأيضاً لقول عمر رضي الله عنه ((تلك على ما قضينا وهذا على ما نقضي)) فعمر رضي الله عنه ينقض عمله الأول بالاجتهاد الثاني .

فالمستفتي لا ينقض عمله حتى يأتي الدليل على مخالفته لنص من كتاب أو سنة أو إجماع ولربما كانت هذه الفتوى الأولى موافقة لقول أحد المذاهب أو الأئمة والقاعدة الفقهية تقول ((الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد)) .

وأيضاً لا يبطل العمل إذا تبين أن المفتي خالف مذهب إمامه ، وذلك لاحتمال أن يكون العمل الأول موافق لقول أحد الأئمة الآخرين ، ولأن المقلد يظن صحة هذا القول و العمل بالظن واجب و كذلك فإن أحداً من الأئمة لم يقل بأن الحكم ينقض بمخالفة نص الإمام . بل ينقض العمل بالفتوى إذا خالف نص قاطع من كتاب أو سنة أو إجماع .

فإذا بان أن هذه الفتوى مخالفة لنص مذهب إمام المفتي وموافقة لقول
المذاهب الثلاثة المعتمدة الأخرى ، فلماذا النقض والرجوع .

الفرع الثاني :

هل يلزم المفتي إعلام المستفتي برجوعه ؟.

إذا أفتى المفتي بفتوى للمستفتي ثم رجع عنها ، فهل يلزمه إعلام المستفتي برجوعه أم لا ؟.

- ذهب بعض العلماء منهم الإمام النووي وابن الصلاح⁽¹⁾ إلى القول : بأن المفتي إذا رجع عن فتواه التي أفتى بها ، فإنه يلزمه إعلام المستفتي برجوعه عن الفتوى قبل عمل المستفتي بها وكذلك بعد العمل . وذلك لأن الفتوى التي رجع عنها المفتي أصبحت باطلة باعتقاده ، وأنها ليست من الدين فوجب عليه إعلام المستفتي . وأيضاً ما جرى لعبد الله بن مسعود حين أفتى رجل بحل أم امرأته التي فارقها قبل الدخول ثم سافر إلى المدينة وتبين له خلاف القول فرجع إلى الكوفة وطلب هذا الرجل وفرق بينه وبين أهله .

فعبد الله ابن مسعود رجع من المدينة إلى الكوفة ليخبر ذلك الرجل ببطلان فتواه وأنها ليست من الدين ولو أن المفتي لا يلزم اخباره للمستفتي ببطلان فتواه لما سافر عبد الله بن مسعود هذا السفر .

وأيضاً فإن الحسن بن زياد اللؤلؤي ((لما استفتي في مسألة فأخطأ فيها ولم يعرف الذي أفتاه به فاستأجر منادياً ينادي أن الحسن بن زياد استفتى في يوم كذا وكذا في مسألة فأخطأ فمن كان أفتاه الحسن بن زياد بشيء فليرجع إليه ثم لبث أياماً لا يفتي حتى جاء صاحب الفتوى فأعلمه أنه قد أخطأ وأن الصواب خلاف ما أفتى به))⁽²⁾

فعمل هؤلاء يدل على لزوم إعلام المفتي للمستفتي بالرجوع عن الفتوى . فعناؤهم وتعبههم من أجل ذلك أكبر دليل على هذا .

(1) -انظر: روضة الطالبين - النووي ، 107/11 .
آداب المفتي في مقدمة المجموع - النووي ، 79/1 .
صفة الفتوى - ابن حمدان ، ص30 .
فتاوى ابن الصلاح - ابن الصلاح ، 46/1 .
(2) أعلام الموقعين - ابن قيم الجوزية ، 445/4 .

وذهب الإمام البهوتي الحنبلي⁽¹⁾ : إلى أن المفتي لا يلزمه إعلام المقلد برجوعه عن فتواه وذلك لأن رجوع المستفتي عن عمله يؤدي إلى الحرج والمشقة - ونقل ابن قيم الجوزية وابن حمدان⁽²⁾ عن أبي يعلى أنه قال : إذا أفتى المفتي باجتهاده ثم تغير اجتهاده ، لم يلزمه إعلام المستفتي إذا كان المستفتي قد عمل به وإذا لم يكن قد عمل به فيلزمه إعلامه .

- وذهب ابن القيم⁽³⁾ إلى القول بالتفصيل فقال : إن كان المفتي قد ظهر له الخطأ قطعاً لكونه خالف نص كتاب أو سنة أو اجماع فعليه إعلام المستفتي ، وإن كان قد خالف مذهبه أو مذهب إمامه لم يجب عليه إعلامه .

واستدل أيضاً بقصة عبد الله بن مسعود السابقة ، فإنه لما ناظر الصحابة بينوا له أن صريح الكتاب يحرمها . لقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾ النساء/ من الآية 23.

فظن عبد الله إن قوله ((اللاتي دخلتم بهن)) راجع إلى الأول والثاني . فبينوا له أنه إنما يرجع إلى أمهات الربائب خاصة ، فعرف الحق . وأن القول بحلها يخالف نص القرآن فرجع عن قوله وأعلم المستفتي برجوعه .

مناقشة :

وأرى أن ما استدل به الإمام البهوتي من الحرج والمشقة ليس بدليل ، لأن هذا أمر شرعي وواجب ، و الحرج و المشقة لا تنافي القيام بالواجب الديني . وأيضاً قول أبي يعلى غير مُسلم إذ الواجب والأمر الديني لا بد من تبليغه وبيانه والعمل أو عدم العمل لا يؤثر فيه .

وأما ابن القيم فهو يقول بهذا القول بناء على مذهبه الذي ذكرته سابقاً من رجوع المفتي عن فتواه . فهو يقول إن المفتي إذا بان له أنه خالف مذهب إمامه فلا يجب على المستفتي نقض عمله بالفتوى الأولى .

(1) انظر: كشف القناع - منصور البهوتي الحنبلي ، 360/6 .

(2) انظر: أعلام الموقعين - ابن قيم الجوزية ، 456/4 .

صفة الفتوى - ابن حمدان ، ص 30 .

(3) انظر: أعلام الموقعين - ابن قيم الجوزية ، 456/4 .

وأيضاً فإن النووي وابن الصلاح يقولون بوجود إعلام المستفتي بناء على المسألة السابقة في رجوع المفتي عن فتواه حيث قالوا :
بوجود نقض المستفتي عمله الأول إذا رجع المفتي عنه في حال ظهر له مخالفة نص إمامه .

* و الصحيح الذي أراه هو قول النووي وابن الصلاح ، حيث يجب على المفتي إعلام المستفتي برجوعه عن الفتوى .

وهذا الأمر من الدين حيث يجب بيان الصحيح عن غيره ، فالقول الثاني أو الفتوى الثانية للمفتي قد أصبحت قولاً جديداً ويجب عليه بيانه للناس و المستفتي منهم .

والإمام الشافعي قد رجع عن مذهبه القديم وبيّن للناس أنه قد رجع عنه ، وهذا من الدين الذي يجب بيانه ونشره بين الناس ، فالمفتي أو المجتهد لما رجع عن قوله الأول أصبح القول الثاني مذهباً له وعليه بيانه ونشره .

ولكن لا يشترط تبليغ المفتي برجوعه لعين المستفتي إذ في هذا حرج ومشقة . بل يكفي نشر هذا بين الناس وشهرته .

المطلب الثالث : خطأ المفتي وضمانه :

وصورة ذلك هو أن يفتي المفتي شخصاً بفتوى ، ثم يتبين خطأ هذه الفتوى . أو أن يعمل المستفتي بفتياً مفتياً في إتلاف نفس أو عضو أو مال ، ثم يتبين خطأ هذه الفتوى .

فهل يضمن المفتي في هذه الحالة نتيجة خطئه ؟ ويضمن ما أتلفه من نفس أو عضو أو مال . أم لا يضمن ذلك ؟.

نقل النووي وابن الصلاح عن أبي إسحاق الاسفرائيني من الشافعية القول⁽¹⁾ بأن المفتي إذا خالف الدليل القاطع وكان أهلاً للفتوى فإنه يضمن ما نتج عن خطئه. وذلك لأنه قصر في عمله ، وفي بحثه عن الجواب الصحيح لهذه الفتوى .

(1) انظر - آداب المفتي في مقدمة باب المجموع - الإمام النووي ، 79/1 .
روضة الطالبين - الإمام النووي ، 108/11 .

وأما إذا لم يكن المفتي أهلاً للفتوى وخالف الدليل القاطع فإنه لا يضمن نتيجة فتواه الخاطئة . وذلك لأن المستفتي قصر في البحث عن المفتي الأهل . والفتوى ليس فيها إلزام ولا إجماع .

والظاهر من كلام أبي إسحاق الإسفرائيني أن المفتي إذا لم يخالف الدليل القاطع بل عمل بمقتضى اجتهاده أنه لا يضمن .

وتعقب النووي قول أبي إسحاق وقال : بأن قول أبي إسحاق هذا في تضمين المفتي فيه نظر ، إذ عليه أن يقطع بعدم الضمان سواء أكان المفتي أهلاً للفتوى أم لا .

وذلك لأنه ليس في الفتوى إلزام ولا إجماع . وهذا رأي الإمام النووي من الشافعية.

يقول الإمام النووي : ((.... وإذا عمل بفتواه في إتلاف ثم بان بأنه أخطأ وخالف القاطع ، فقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفرائيني : إن كان أهلاً للفتوى ضمن وإلا فلا لأن المستفتي مقصر . وهذا الذي قاله فيه نظر وينبغي أن يخرج على قولي الغرور أو يقطع بعدم الضمان مطلقاً إذ لم يوجد منه إتلاف ولا ألجأ إليه بالإلزام . والله أعلم ...))⁽¹⁾.

* وقال البهوتي الحنبلي : إذا خالف المفتي الدليل القاطع فإنه يضمن . وذلك لأن هذا الخطأ الذي حصل ، حصل بفعله وأشبه ما لو باشره . وأما إذا لم يخالف الدليل القاطع مما يقبل الاجتهاد فلا ضمان . وهذا كما يبدو هو رأي الأستاذ أبي إسحاق الإسفرائيني الشافعي .

وقال البهوتي أيضاً : أما المفتي الذي ليس أهلاً للفتوى فإنه يضمن في جميع الأحوال . وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من تطبب ولم يعرف منه طب فهو ضامن⁽²⁾ » . فالطبيب الذي لا يُعرف منه طب ولم تتوفر فيه شروط الطب إذا أخطأ ضمن . وكذلك المفتي إذا كان ليس أهلاً للفتوى ولم تتوفر

فتاوى ابن الصلاح – ابن الصلاح ، 46/1 .

⁽¹⁾ روضة الطالبين – النووي ، 108/11 .

⁽²⁾ سبق تخريجه في الصفحة 143-177 .

فيه شروط الإفتاء فإنه أيضاً يضمن . بناءً على هذا الحديث . وقياساً على الطبيب . وهذا هو رأي البهوتي الحنبلي⁽¹⁾ .

* وأما ابن القيم الحنبلي فيذهب إلى القول⁽²⁾ : بعدم ضمان المفتي الذي هو أهل للفتوى . فإذا كان المفتي أهلاً للفتوى فإنه لا يسأل عن نتيجة فتواه ولا يضمنها . وذلك بأن المستفتي مخير بين أمر فتواه وردها . فإن قوله لا يلزم . وأما المفتي الذي ليس بأهل فإنه يضمن . وذلك استدلالاً من الحديث السابق . ((من تطيب ولم يعرف منه طب فهو ضامن)) وكذلك المفتي الذي ليس بأهل فإنه يضمن .

يقول ابن القيم : ((وعلى هذا إذا استفتى الإمام أو الوالي مفتياً فأفتاه ثم بان له خطؤه فحكم المفتي مع الإمام حكم المزكين مع الحاكم وإن عمل المستفتي بفتواه من غير حكم حاكم ولا إمام فأتلف نفساً أو مالاً ، فإن كان المفتي أهلاً فلا ضمان عليه والضمان على المستفتي وإن لم يكن أهلاً فعليه الضمان . لقول النبي : « من تطيب ولم يعرف منه طب فهو ضامن »⁽³⁾ . وهذا يدل على أنه إذا عرف منه طب وأخطأ لم يضمن . والمفتي أولى بعدم الضمان من الحاكم والإمام . لأن المستفتي مخير بين قبول فتواه وردها ، فإن قوله لا يلزم⁽⁴⁾ .

(1) انظر: كشف القناع – منصور البهوتي ، 360/6 .

(2) انظر: إعلان الموقعين – ابن قيم الجوزية ، 457/4 - 458 .

(3) سبق تخريجه في الصفحة 143-177 .

(4) إعلام الموقعين – ابن قيم الجوزية ، 458/4 .

* الخلاصة :

* فهذه الأقوال التي ذكرتها هي حصيلة ما تحصل لي من ضمان المفتي .
وبها يتبين أن رأي أبي إسحاق الاسفرائيني موافق لرأي البهوتي الحنبلي في القول
بأن المفتي يضمن إذا خالف الدليل القاطع ولا يضمن في حال الاجتهاد ، أي عدم
مخالفة الدليل القاطع .

وأما رأي ابن القيم وغالب رأي النووي بعدم ضمان المفتي الأهل للفتوى
وأما المفتي الذي لي بأهل للفتوى : فرأي البهوتي وابن القيم من الحنابلة بالضمان
عليه .

وأما رأي أبي إسحاق الاسفرائيني والنووي : بعدم الضمان .

ترجيح

وأرى أن المفتي يضمن إذا كان أهلاً للفتوى وخالف الدليل القاطع وذلك
لتقصيره في بحث عن الفتوة الصحيحة . وأيضاً فإن المفتي الذي ليس بأهل
للفتوى يضمن وذلك لحديث النبي صلى الله عليه وسلم : « من تطبب ولم يعرف
منه طب فهو ضامن » . فمن لم يتعلم علم ما وعمل به من دون علم فإنه يضمن
ما ينتج عنه وذلك للتعدي . وأما المفتي الذي يخطئ نتيجة اجتهاد ودون مخالفة
دليل قاطع وكان أهلاً للفتوى فلا يضمن وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام : « إذا
حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر »⁽¹⁾
فالمفتي إذا اجتهد وأخطأ فله أجر نتيجة اجتهاده . ولكن ليست عليه ضمان . وذلك
لأنه بذل ما في وسعه . والله أعلم .

والحمد لله رب العالمين .

⁽¹⁾ صحيح البخاري – كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب : بيان أجر الحاكم إذا اجتهد ، رقم
الحديث 6919 .
صحيح مسلم – كتاب الأفضية ، باب : بيان أجر الحاكم إذا اجتهد ، رقم الحديث : 1716 .

الخاتمة

وتتضمن
النتائج والتوصيات

أولاً : النتائج :

- 1-الضمان أثر من آثار مقاصد الشريعة الإسلامية . وذلك حفاظاً على النفوس والأموال .
- 2-الإسلام دين العدل والمساواة ، ولذلك شرَّع مبدأ الضمان وهو التعويض ، برد بدل الشيء بالمثل أو القيمة ، والتعويض عن ضرر قد لحق بالآخر .
- 3-القاعدة الفقهية : حكم أغلبي شرعي يتعرف منه أحكام الجزئيات الداخلة تحته وهي تختلف عن القاعدة الأصولية ، والضابط الفقهي .
- 4-تُبنى على القواعد الفقهية الكثير من الأحكام الفقهية ، وللقاعدة الفقهية الأهمية الكبيرة في الفقه ، وعلى كل باحث أن يُلمَّ بهذه القواعد .
- 5-يمكن القول بأن القواعد الفقهية لا يمكن الاحتجاج بها كأدلة ثابتة بل هي شواهد يُستأنس بها في تخريج الأحكام .
- 6-القضاء رمز سيادة الأمم واستقرارها ، وهو من وظائف الأنبياء والمرسلين .
- 7-القاضي كسائر البشر يصيب ويخطئ ولكل حالة أحكامها الخاصة .
- 8-الأصل أن القاضي نائب عن الله عز وجل في تنفيذ الأحكام وعليه أن يقيم العدل ولا يحكم إلا بالحق .
- 9-إذا قضى القاضي بالظلم والجور وأدى إلى إتلاف نفس أو مال ، فإن القاضي يضمن ما أدى إليه ظلمه ، ويعاقب على ذلك بالعقوبات المناسبة .
- 10-قد يخطئ القاضي في حكمه ، فعليه مراجعة الخطأ وتصحيحه ما أمكن .
- 11-إذا لم يمكن للقاضي تدارك الخطأ في حكمه فعليه ضمان الدية إذا كان الخطأ في النفوس أو الأعضاء ، وضمان المال إذا كان محل الخطأ في الأموال، ويحمل عنه هذا بيت مال المسلمين وذلك لأنه يعمل لصالح الأمة الإسلامية .
- 12-إذا ترتب على خطأ القاضي ضرر غير مالي في حقوق العباد ، فإن هذا الحكم يُلغى .

- 13- اختلف الفقهاء في قدر التعزير ، فعند الإمام أبي حنيفة ومحمد والشافعية لا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود المشروعة ، وعند أبي يوسف لا يبلغ التعزير خمس وسبعون سوطاً . وعند الحنابلة لا يزداد في ضرب التعزير على عشر جلدات ، وعند المالكية للإمام أن يضرب كم يشاء ، ولكن الراجح هو رأي السادة الحنابلة .
- 14- أجمع جميع العلماء على أن من مات من الحد لا يجب ضمانه على الإمام ولا على بيت المال والحد قتله .
- 15- ذهب الشافعية إلى القول بأن القاضي يضمن ما ينتج عن التعزير ، بينما ذهب الجمهور إلى القول بعدم ضمانه إلا إذا ثبت أن القاضي أسرف في تعزيره . وهذا هو الرأي الراجح .
- 16- يجب على القاضي أو الإمام إزالة المنكرات من المجتمع الإسلامي ، وذلك كآلات الملاهي وكتب الضلال والبدع وسائر المحرمات التي لا ترضي الله عز وجل .
- 17- لا يجب الضمان في إتلاف خمر المسلم أو خنزيره .
- 18- يضمن المسلم قيمة خمر الذمي أو خنزيره في حال إتلافهما وهذا عند الحنفية والمالكية ، إلا إذا أتلفهما الإمام عقوبة له . وذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم الضمان ، والقول الأول هو الأرجح .
- 19- تكسر الصلبان وآلات الملاهي لإبطال منفعتها فقط مع بقاء المالية ، وهي قيمة الخشب أو المعدن وهذا عند أبي حنيفة والشافعية ، وذهب صاحبان والحنابلة إلى القول بأن هذه الأشياء تكسر وهي هدر لا شيء فيها .
- 20- يجب إتلاف وإحراق كتب الضلال والمواد المغشوشة.
- 21- يجب تمييز الطبيب الجاهل عن الحاذق الماهر ، فالطبيب الحاذق هو الذي يشهد له أهل الصنعة بالمهنة وأنه ماهر فيها ، وتقوم التجربة على ذلك ، وفي عصرنا الطبيب المعترف به هو الذي تخرَّج من كلية أو معهد للطب ونال الإجازة في هذا الفن والخبرة به .
- 22- يشترط في الطبيب عدة شروط حتى يحكم عليه بأنه طبيب حاذق .

أذكر منها: المهارة و المعرفة بتركيب الجسم ، ومعرفة الأدوية ، والأمراض ، وحال الطبيب ، وعند المعالجة لا بدّ أن يحصل على الإذن بنوعيه : العام والخاص.

23- لا يجوز اشتراط الشفاء على الطبيب عند الحنفية وابن حزم ، وإن شرط هذا فيبطل الشرط ويصح العقد ، وعند المالكية يكون تكييف العقد هو إجارة على البلاغ ، وعند الشافعية إن شرط الشفاء يبطل العقد مطلقاً وذلك لأن الشفاء بيد الله عز وجل ، ولكن يجوز أن يجعل العقد جعالة ولكن لا يستحق الطبيب الجعالة إلا بعد حصول الشفاء .

24- تجوز أجره الطبيب كما تجوز أجره الحجام على الرأي الراجح وهذا عند الفقهاء المسلمين وفي القانون أيضاً .

25- يجب لانتفاء مسؤولية الطبيب وجود شروط وهي : الإذن بنوعيه واتباع أصول المهنة الطبية ، ولكل شرط عدة تفصيلات ذُكرت في البحث . وهذا محل اتفاق بين الشريعة الإسلامية والقانون .

26- يضمن الطبيب الجاهل نتيجة عمله وخطئه ، ومن ماله الخاص ، ولكن لا يقام عليه القصاص ، بل يلزم بالدية ، وتقام عليه العقوبات التعزيرية المناسبة .

27- إذا كان الطبيب ماهراً وتوافرت فيه جميع الشروط فإنه لا يُسأل عن نتيجة عمله ولا يضمن ، وأما إذا أخطأ في عمله فإنه يلتزم فقط بدفع التعويض عن الضرر الحاصل ، ولا يعاقب على خطئه ، وتلتزم عاقلته بدفع التعويض عنه ، وفي عصرنا فالأرجح تقوم المشفى التي يعمل بها ، أو صندوق نقابة الأطباء أو الدولة بدفع التعويض عن الطبيب إذا أخطأ ولكن بشرط توفر الشروط جميعها فيه . وهذا رأي القانون السوري أيضاً .

28- للزوج تأديب زوجته حال نشوزها بالوعظ أولاً ثم الهجر في المضجع ثم الضرب غير المبرح أخيراً .

- 29- إذا حصل أي ضرر للزوجة نتيجة ضرب زوجها لها ، فإن الزوج يضمن هذا الضرر أو الإلتلاف عند الجمهور ، وذهب الحنابلة إلى أن الزوج لا يضمن هذا إذا كان الضرب معتاداً .
- 30- لا يجيز القانون السوري ضرب الزوجة مطلقاً ، ويُعدّ هذا الضرب عملاً إجرامياً غير مسموح به .
- 31- للأب أن يضربوا أبناءهم تأديباً لهم ، ولكن ضمن نطاق العرف .
- 32- ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى القول: بأن الولي أو الأب لا يضمن نتيجة ضرب ابنه إذا كان الضرب معتاداً ، ويضمن إذا كان الضرب غير معتاد أو غير مألوف . وقال الشافعية : بوجوب ضمان الأب أو الولي كل ضرر أو تلف يحصل بولده نتيجة الضرب سواء كان ضرباً معتاداً أم غير معتاد .
- 33- يجيز القانون السوري ضرب الآباء للأولاد ، شريطة أن يكون هذا الضرب على نحو ما يبيحه العرف العام .
- 34- يجوز للمعلمين سواء في المدرسة أو في الحرفة أن يضربوا من يتعلمون منهم .
- ولكن بشرط أن يكون الضرب معتاداً وفي الموضع المعتاد ، وبإذن الأب أو الولي عند الحنفية ، وإذا انتفى شرط من هذه الشروط ضمن المعلم نتيجة ضربه ، ولكن لا يقام عليه القصاص إذا مات الطفل بل يدفع تمام الدية ، وعند الشافعية يضمن المعلم نتيجة ضربه سواء كان الضرب معتاداً أم غير معتاد .
- 35- يجيز القانون السوري ضرب المعلم للطفل أو للمتعلم شريطة أن يكون على نحو ما يبيحه العرف العام .
- 36- يجب فيمن يتصدر للفتوى أن يكون من أهل الفتوى ويتوفر فيه شروط الإفتاء .
- 37- لا تجوز الفتيا بالهوى والتشهّي ولها العقوبة الشديدة في الدنيا والآخرة .
- 38- على الرأي الراجح يجب أن يكون المفتي مجتهداً ، لا مقلداً أو حافظاً .

39- يجب على المفتي إعلام المستفتي برجوعه عن الفتوى على الرأي الراجح .

40- إذا كان المفتي أهلاً للفتوى وخالف الدليل القاطع فإنه يضمن ، أما إذا كانت الفتوى نتيجة اجتهاد منه فإنه لا يضمن ، أما المفتي الذي ليس بأهل للفتوى فإنه يضمن نتيجة خطئه في جميع الأحوال . على الرأي الراجح .

41- تجب الكفارة في القتل الخطأ ، وذلك كأن يخطئ الطبيب في العمل الجراحي ويؤدي هذا الخطأ لموت المريض ، فهنا يجب على الطبيب كفارة القتل . وكذلك إذا ضرب المعلم التلميذ ضرب التأديب المعتاد فمات التلميذ ، فهنا أيضاً يجب على المعلم كفارة القتل ، وذلك بالإضافة للعقوبات التي تجب عليه غير الكفارة. لأن كل هذه الصور تعدّ من القتل الخطأ.

ثانياً:التوصيات :

- 1-يجب على القاضي أو الإمام إزالة جميع مظاهر المنكرات من المجتمع الإسلامي .
- 2- يجب على القاضي أو الإمام إحراق وإتلاف جميع كتب البدع والضلال وملاحقة أمرها .
- 3-تحديد أجور الأطباء وأتعابهم ضمن حالة أهل البلد الاقتصادية وإمكاناتهم.
- 4-يجب ملاحقة المعلمين وخاصة معلمي الحرف الذين يتفنون في ضرب من يتعلم منهم والصانعين عندهم .
- 5-ملاحقة القضاة الذين لا يحكمون بما أنزل الله أو يتعمدون الخطأ في الحكم، والذين يحكمون بالهوى ، والذين يأخذون الرشوة لتبديل حكم الله ، ومعاقبتهم وعزلهم .
- 6-ملاحقة الأطباء الذين يتعمدون تخريب أجسام المرضى ، أو بيع أعضائهم.

الفهارس العامة

وتتضمن :

- 1- فهرس الآيات القرآنية.
- 2- فهرس الأحاديث النبوية.
- 3- فهرس الأعلام .
- 4- فهرس المصادر والمراجع.
- 5- الفهرس العام.

فهرس الآيات القرآنية

م	الآية	السورة	رقم الآية	رقم الصفحة
1	﴿أقيموا الصلاة﴾	البقرة	43	68
2	﴿وإذ يرفع إبراهيم القواعد﴾	البقرة	127	63
3	﴿إن الذين يكتُمون ما أنزلنا من البينات﴾	البقرة	159	246
4	﴿كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر﴾	البقرة	178	-48 214
5	﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب﴾	البقرة	179	48-1
6	﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام﴾	البقرة	188	79-24
7	﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه﴾	البقرة	194	41-25
8	﴿ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون﴾	البقرة	267	157
9	﴿لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت﴾	البقرة	286	24
10	﴿ولهن مثل الذي عليهن﴾	البقرة	228	204
11	﴿يا مريم إن الله يبشرك بكلمة﴾	آل عمران	45	228
12	﴿يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة﴾	النساء	1	204
13	﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب﴾	النساء	7	214
14	﴿وعاشروهن بالمعروف﴾	النساء	19	204
15	﴿وأمهات نسائكم﴾	النساء	23	268
16	﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾	النساء	29	24

-204 -205 207	34	النساء	﴿الرجال قوامون على النساء﴾	17
205	34	النساء	﴿فالصالحات قانتات﴾	18
-197 -199 210	34	النساء	﴿واللاتي تخافون نشوزهن﴾	19
-211 212	34	النساء	﴿واهجروهن في المضاجع﴾	20
224	35	النساء	﴿وإن خفتن شقاق بينهما﴾	21
79-5	58	النساء	﴿إن الله يأمركم أن تؤدّوا الأمانات﴾	22
-48 57	92	النساء	﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة﴾	23
87	105	النساء	﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيماً﴾	24
205	124	النساء	﴿ومن يعمل من الصالحات﴾	25
-198 224	128	النساء	﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً﴾	26
204	129	النساء	﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا﴾	27
90	141	النساء	﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾	28
133	157	النساء	﴿وما قتلوه وما صلبوه ولكن شبه لهم﴾	29
37	1	المائدة	﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾	30
198	16-15	المائدة	﴿قد جاءكم من الله نور وكتاب مبين﴾	31
93	49	المائدة	﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾	32

112	90	المائدة	﴿رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾	33
45	95	المائدة	﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد﴾	34
130	20	يوسف	﴿وشروه بثمن بخس..﴾	35
26-5	90	النحل	﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان﴾	36
171	33	الإسراء	﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾	37
162	70	الإسراء	﴿ولقد كرمتنا بني آدم﴾	38
69	78	الحج	﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾	39
228	13	لقمان	﴿يا بني لا تشرك بالله﴾	40
-229 230	117	لقمان	﴿يا بني أقم الصلاة وأمر بالمعروف﴾	41
256	8	الأحزاب	﴿ليسأل الصادقين عن صدقهم﴾	42
200	36	الأحزاب	﴿وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم﴾	43
-84 -87 96	26	ص	﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض﴾	44
1	15	الشورى	﴿فلذلك فادعوا واستقم كما أمرت﴾	45
25	40	الشورى	﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾	46
-96 256	19	الزخرف	﴿ستكتب شهادتهم ويسألون﴾	47
91	6	الحجرات	﴿يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ﴾	48
205	13	الحجرات	﴿إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾	49
-96 256	18	ق	﴿وما يلفظ من قول إلا لديه رقيب عتيد﴾	50
-209	6	التحريم	﴿يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم﴾	51

228			نارا ﴿﴾	
23	38	المدثر	﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾	52
256	5	المطففين	﴿ألا يظن أولئك أنهم مبعوثون﴾	53

فهرس الأحاديث الشريفة

الصفحة	الحديث	مسلسل
212	اتقوا الله في النساء	1
154	احتجم النبي وأعطى الحجام أجره	2
-88-84 272-98	إذا حكم الحاكم فاجتهد	3
69	إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل	4
-156 157	اعلفه نواضحك	5
207	ألا واستوصوا بالنساء خيراً	6
-127 130	أمرنا أن نتركهم وما يدينون	7
212	أصبحنا يوماً ونساء النبي يبكين عند كل امرأة	8
23-5	إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم	9
114	أن علياً أتى بالنجاشي قد شرب خمرأ في رمضان فجلده	10
136	إن الله بعثني رحمة للعالمين	11
-129-125 136	إن الله حرم بيع الخمر وبيع الميتة والخنزير	12
26	أن النبي كان عند بعض نسائه فأرسلت	13
88	إنما أنا بشرٌ وإنكم تختصمون إليّ	14
-128 178	أن ولهم بيعها وخذ العشر من أثمانها	15
178	أيما طبيب تطيب على قوم ولا يعرف	16
-40-27 102-79	ثم على اليد ما أخذت حتى تؤديه	17
74-33	ثم المعدن جبار والبيتر جبار	18

256	ثم من أفتى الناس بغير علم	19
154	حجم أبو طيبة النبي فأمر له بصاع	20
40	الخراج بالضمان	21
205	خير النساء	22
26	طعام بطعام وإناء بإناء	23
93	القضاة ثلاثة :	24
156	كسب الحجام خبيث وثمان الكلب خبيث	25
162	كسر عظم الميت ككسره حياً	26
260	كنت رجلاً مذاء فأمرت	27
-42 76-70	لا ضرر ولا ضرار	28
-212 213	لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد	29
116	لا يجلد فوق عشر جلدات إلا في حد	30
171	لا يحل دم امرئ مسلم	31
211	لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه	32
164	لددناه في مرضه فجعل يشير	33
213	لقد أطاف بآل محمد الليلة سبعون امرأة	34
246	لم يكن لديه علم في حق المفوضة وهي المرأة	35
91	ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة	36
246	مالك في كتاب الله من شيء وما علمت	37
228	ما من مولود إلا يولد على الفطرة	38
-229-228 231	مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع	39
77	المسلمون على شروطهم إلا شرطاً	40

27	من أعتق شركاً له في عبد فكان له	41
-115 119	من بلغ حداً في غير حد	42
-177-143 -184-180 271-270	من تطيب بغير علم ولم يكن بالطب معروفاً	43
220	ولا تجدون أولئك خياركم	44

فهرس الأعلام

صفحات الورود	الاسم
114	1-الأثرم : أحمد بن محمد بن هانئ الطائي ، توفي سنة 261هـ وهو من أصحاب الإمام أحمد بن حنبل وروى عنه الفقه إلى من بعده . وهو على مذهب الإمام أحمد بن حنبل في الفروع والأصول ، وهو من الطبقة الأولى من الحنابلة . (مختصر طبقات الحنابلة - ابن شطي ، ص25-26).
209	2-الإمام أحمد بن حنبل:(164-241 هـ) أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال ، ولد ببغداد ، وكانت لوائح النجابة تظهر منه منذ الصبا ، وكان حفظه للعلم منذ ذلك الزمان غزيراً وعلمه به وافراً ، وسافر في طلب العلم أسفاراً كثيرة وكان الإمام الشافعي يجله ويثني عليه ثناء حسناً . من مؤلفاته : المسند في الحديث ، والتفسير ، وصنف في التاريخ والناسخ والمنسوخ وغير ذلك ، وتعرض لعدة محن :منها محنة خلق القرآن مع المعتزلة. (مختصر طبقات الحنابلة - ابن شطي ، ص7)
-296 272-270	3-الإسفراييني : (ت418هـ) أبو إسحاق ركن الدين إبراهيم بن محمد الإسفراييني ، سيج في بحار العلوم معانداً أمواجها ، صاحب العلوم الشرعية والعقلية واللغوية ، والاجتهاد في العبادة والورع ، أقام في العراق ثم اختار وطنه اسفراين ، ولزم نيسابور إلى أن توفي . (طبقات الشافعية - الأسنوي ، 40/1).

259-250 260	4-إمام الحرمين : (419-478هـ) . ضياء الدين أبو المعالي عبد الملك إمام الحرمين ، ابن الشيخ محمد الجويني إمام الأئمة في زمانه ، وأعجوبة دهره وأوانه ، وفي أئمة خراسان بمنزلة العين من الإنسان ، وسافر أسفاراً كثيرة في طلب العلم ، من نيسابور إلى بغداد إلى أصبهان إلى مكة وغيرها ، وتوفي في قرية من قرى نيسابور. وله تصانيف كثيرة منها: الأساليب في الخلاف.(طبقات الشافعية - الأسنوي ، 197/1)
260	5-البخاري : (194-256هـ) أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري ، ولد في بخارى وسمع من شيوخها ورحل إلى نيسابور وبغداد والبصرة ومكة والشام ومصر وغيرها وذلك طلباً للعلم والحديث، وروى عنه الحديث خلق كثير منهم أبو عيسى الترمذي ، وكان البخاري شديد الحفظ واسع العلم والذكاء ، له عدة مؤلفات أشهرها كتاب "الصحيح" وتوفي بقرية خَرْتَنَك . قرية قريبة من سمرقند. (سير أعلام النبلاء - الذهبي، 277/10) .
-145 -152 -165 -169 239-187	6-البغدادي: (ت 1030هـ) . غانم بن محمد البغدادي الحنفي ، أبو محمد .عالم شارك في بعض العلوم . من تصانيفه : مجمع الضمانات ، ترجيح البيئات ، حفظ الإسلام في ألفاظ الكفر والعقائد . (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 602/2).
259	7-أبو بكر القفال : (271-365هـ). أبو بكر محمد بن علي بن اسماعيل القفال ، أحد أئمة الإسلام ، قال الشيخ أبو إسحاق : إن مذهب الشافعي في ما وراء النهر ، انتشر عنه وإنه صنف مصنفات كثيرة .. وقد اختلف في عام وفاته. وقال السمعاني : أنه ولد سنة 271 وتوفي 365 هـ . (طبقات الشافعية - الإسنوي ، 4/2).

<p>-201 -235 -240 -268 272-270</p>	<p>8-البهوتي : (1000-1051هـ). منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس الشهير ببھوتي، كان إماماً هماماً وعلامة في سائر العلوم، فقيهاً متبحراً أصولياً مفسراً حنبلي المذهب . ومن مؤلفاته : شرح الإقناع، والمنتهى، وزاد المستنقع، وتوفي في القاهرة. (مختصر طبقات الحنابلة - ابن شطي، ص114) .</p>
<p>207</p>	<p>9-الترمذي : (ت 279هـ). محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الحافظ، العلم، البارع، أبو عيسى الترمذي الضرير، له عدة مصنفات منها كتابه "الجامع" وكتاب "العلل" وغير ذلك، ولد سنة 210هـ، وارتحل إلى خراسان والعراق والحرمين. والصحيح أنه أضر في كبره بعد رحلته وكتابة العلم . قال أبو سعد الإدريسي: كان أبو عيسى يضرب به المثل في الحفظ . (سير أعلام النبلاء - الذهبي، 610/10)</p>
<p>-164-88 172</p>	<p>10-ابن حجر العسقلاني : (773-852هـ). أحمد بن علي بن محمد الكناني العسقلاني، أبو الفضل شهاب الدين بن حجر، من أئمة العلم والتاريخ، أصله من عسقلان بفلسطين ومولده ووفاته في القاهرة ، ولع بالأدب والشعر والحديث، ورحل إلى اليمن والحجاز وغيرها لسماع الشيوخ. وقصده الناس للأخذ عنه وأصبح حافظ الإسلام في عصره وولي القضاء في مصر . له الكثير من المصنفات منها : تهذيب التهذيب في رجال الحديث، فتح الباري بشرح صحيح البخاري. (الأعلام - الزركلي، 178/1).</p>

	<p>11- ابن حزم : (384-456هـ). أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الفارسي الأصل ثم الأندلسي القرطبي اليزيدي. إمام ذو فنون ومعارف كثيرة. وكان أحد المجتهدين ، قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام : ما رأيت في كتب الإسلام في العلم مثل "المحلى" لابن حزم ، وكتاب "المغني" للشيخ موفق الدين بن قدامة . ولابن حزم مصنفات جليلة أكبرها كتاب : الإيصال إلى فهم كتاب الخصال. وغير ذلك. (سير أعلام النبلاء - الذهبي ، 540/13).</p>
232-218	<p>12- الحطاب: (902-954هـ). محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسين: المعروف بالحطاب، فقيه مالكي، أصولي صوفي، أصله من المغرب، وولد بمكة واشتهر بها . توفي بطرابلس الغرب، من تصانيفه: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، متممة الأجرومية في علم العربية. (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 650/3).</p>
-112 137-133 236-234	<p>13- الإمام أبو حنيفة : (80-150هـ) . الإمام فقيه الملة عالم العراق ، أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطي التيمي الكوفي، ولد في حياة صغار الصحابة، ورأى أنس بن مالك لما قدم عليه بالكوفة ويقال إنه من أبناء الفرس. قيل لمالك: هل رأيت أبا حنيفة؟ قال: نعم، رأيت رجلاً لو كلمك في هذه السارية أن يجعلها ذهباً لقام بحجته. وروي أن أبا حنيفة قرأ القرآن كله في ركعة . (سير أعلام النبلاء - الذهبي، 529/6).</p>
114	<p>14- الخرقى : (ت 334هـ). عمر بن الحسين بن عبد الله أحمد أبو القاسم الخرقى قرأ العلم على أبيه الحسين وغيره ممن قرأ على أبي بكر المروزي وصالح وعبد الله ابني الإمام أحمد، له مصنفات كثيرة لم ينتشر منها إلا المختصر</p>

	<p>في الفقه، وذلك لأنه أودع كتبه في درب سليمان فاحترقت الدار التي كانت فيها ولم تكن انتشرت، توفي سنة 334هـ. ودفن بدمشق. (مختصر طبقات الحنابلة - ابن شطي ، ص31).</p>
262	<p>15-الخطيب البغدادي: (392-463هـ). الحافظ أحمد بن علي بن مهدي، أبو بكر الخطيب البغدادي، أحد حفاظ الحديث وضابطيه المتقنين، ولد سنة 392 ببغداد، وأخذ الفقه عن عدة أعلام، منهم الشيخ أبي إسحاق الشيرازي. واشتهر أيضاً بالحديث. وخرج من بغداد إلى دمشق سنة 451هـ. ثم ذهب إلى صور فأقام بها إلى سنة 462 ثم رجع إلى بغداد وتوفي بها. (طبقات الشافعية - الأسنوي ، 99/1 + طبقات الشافعية - ابن قاضي شهبة 246/1).</p>
-166-45 235-172	<p>16-الدسوقي: (ت 1230هـ) . محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، عالم في الفقه والكلام والنحو والمنطق والهندسة، ولد بدسوق من قرى مصر ودرس بالأزهر ، حفظ القرآن ولازم دروس العلم . من تصانيفه : شرح الدردير لمختصر خليل في الفقه المالكي"، حاشية علي شرح محمد السنوسي على مقدمة أم البراهين في العقائد (معجم المؤلفين - رضا كحالة ، 82/3).</p>
240-153	<p>17-الدمياطي : (1300هـ) . عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي ، نزيل مكة، أبو بكر، فقيه صوفي، من تصانيفه : إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين . كفاية الأتقياء ومنهاج الأصفياء. (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 369/2).</p>
262	<p>18-الرازي: (543-606هـ) . محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن الرازي الشافعي، المعروف</p>

	<p>بالفخر الرازي، مفسر، متكلم، فقيه، أصولي، حكيم. أديب، شاعر، طبيب. ولد بالري من أعمال فارس ورحل إلى خوارزم وخراسان وأخذ عنه خلق كثير . من تصانيفه : مفاتيح الغيب في التفسير، شرح الوجيز للغزالي في الفقه الشافعي وغير ذلك . (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 558/3).</p>
109	<p>19-الرازي: كان حياً (666هـ). محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي الحنفي، لغوي، فقيه، صوفي، مفسر، أديب، أصله من الري وزار مصر والشام ، من تصانيفه: مختار الصحاح، دقائق الحقائق في التصوف. (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 168/3).</p>
-32-28 180-142	<p>20-ابن رشد المالكي: (520-595هـ) . محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ويعرف بابن رشد الحفيد، عالم حكيم مشارك في الفقه والطب والمنطق، درس الفقه والأصول وعلم الكلام . ولي قضاء قرطبة . من تصانيفه : الكليات في الطب، بداية المجتهد في الفقه، مختصر المستصفي في أصول الفقه . (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 94/3).</p>
117	<p>21-الرافعي: (557-623هـ) . عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم : أبو القاسم الرافعي فقيه من كبار الشافعية كان له مجلس بقزوين للتفسير والحديث ، وتوفي في قزوين ، نسبته إلى رافع بن خديج الصحابي ، له عدة مصنفات منها: المحرر في الفقه الشافعي، شرح مسند الشافعي ، فتح العزيز في شرح الوجيز للغزالي . (الأعلام -الزركلي ،55/4).</p>
184-179	<p>22-الرملي : (919-1004هـ) . محمد بن أحمد بن حمزة الرملي ، المصري. فقيه شافعي ولد في القاهرة ، وولي إفتاء الشافعية ، من تصانيفه : نهاية المحتاج إلى</p>

	شرح المنهاج للنووي . شرح العقود في النحو . (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 61/3).
63	23-الزجاج: (241-311هـ) . ابراهيم بن السري بن سهل ، أبو اسحاق الزجاج ، عالم بالنحو واللغة ، ولد ومات في بغداد وتعلم على يد المبرّد. من مؤلفاته : معاني القرآن ، وكتاب الاشتقاق. (الأعلام -الزركلي ، 40/1).
30-35 179	24-الزركشي : (745-794هـ) . محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي المصري الشافعي، فقيه، أصولي، محدث، أديب، تركي الأصل مصري المولد. أخذ عن جمال الدين الأسنوي وغيره. ورحل إلى حلب ودمشق وتوفي بالقاهرة. من تصانيفه : البحر في أصول الفقه . شرح التتبيه للشيرازي في الفقه الشافعي. (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 174/3).
	25-زفر: (110-158هـ) . زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري ، أحد أصحاب الإمام أبي حنيفة ، وعين من أعيان الأئمة الحفاظ. قال الإمام أبو حنيفة فيه : هذا زفر بن الهذيل إمام من أئمة المسلمين وعلم من أعلامهم ، في شرفه وحسبه ونسبه وعلمه . وكان زفر كثيراً ما يتناظر مع الإمام أبي يوسف . وتولى زفر قضاء البصرة وتوفي بها. (الطبقات السنوية في تراجم الحنفية - تقي الدين الداري الغزي ، 254/3).
26	26-سمرّة بن جندب: (توفي قبل سنة ستين). سمرّة بن جندب بن هلال بن مرة بن حرب، يكنى أبا سليمان، كان من خلفاء الأنصار قدمت به أمه بعد موت أبيه فتزوجها رجل من الأنصار، وكان يحفظ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ونزل سمرّة البصرة ثم إلى الكوفة، وكان شديداً على الخوارج فكانوا

	<p>يطعنون عليه ومات قبل سنة ستين للهجرة، بعد أن سقط في قدرة مملوءة ماء حاراً، فكان ذلك تصديقاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم له ولأبي هريرة وأبي محزورة : «أخركم موتاً في النار». قيل توفي سنة تسع وخمسين ، وقيل توفي في أول سنة ستين . (الإصابة في تمييز الصحابة - ابن حجر العسقلاني، 393/2).</p>
259	<p>27- ابن السمعاني: (466-510هـ) . أبو بكر محمد بن أبي المظفر منصور السمعاني. ابن الإمام أبو المظفر السمعاني، ووالد الإمام أبي سعد صاحب "الأنساب" و "الذيل" المشهورين، كان فقيهاً محدثاً، حافظاً، أديباً، ناظماً، واعظاً، جامعاً لأشتات العلوم ويلقب بتاج الإسلام وهو لقب والده أيضاً . قال ابن الصلاح : أملى الحافظ أبو بكر اثنين وأربعين إملاءً في ثلاث مجلدات لم يسبق فيما علمناه إلى مثلها وتوفي بمرو . والسمعاني: منسوب إلى سمعان بفتح السين وهو بطن من تميم . (طبقات الشافعية - الأسنوي ، 322/1).</p>
141	<p>28- سيبويه: (ت 180هـ) . عمرو بن عثمان بن قنبر، سيبويه أبو بشر. أديب نحوي أخذ النحو والأدب عن الخليل بن أحمد وأبي الخطاب، وورد بغداد وناظر بها الكسائي. من مؤلفاته : كتاب سيبويه في النحو . (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 584/2).</p>
141	<p>29- ابن سيده : (398-458هـ) . علي بن اسماعيل الأندلسي المرسي الضرير المعروف بابن سيده، أبو الحسن. عالم بالنحو واللغة والأشعار وأيام العرب ولد بمرسية وتوفي بدانية. من تصانيفه: المحكم والمحيط الأعظم في لغة العرب وغير ذلك (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 405/2).</p>

<p>-32-30 76</p>	<p>30-السيوطي(849-911هـ،1445-1005م) عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد الطولوني المصري الشافعي، جلال الدين أبو الفضل .ولد في رجب ونشأ في القاهرة يتيماً، وقرأ على جماعة من العلماء، ولما بلغ الأربعين سنة اعتزل الناس وخلا بنفسه ،فألف أكثر كتبه. وكان عالماً مشاركاً في جميع العلوم. وله مصنفات كثيرة جداً منها: الإتيقان في علوم القرآن ،جمع الجوامع في النحو. شرح الصدور. وغير ذلك كثير على أن يحصى. (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ،82/2) .</p>
<p>35</p>	<p>31-الشاطبي : (ت 790 هـ) . إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي ، الغرناطي ، المعروف بالشاطبي (أبو إسحاق)، محدث ، فقيه ، أصولي . لغوي ، مفسر. له عدة مؤلفات منها : الموافقات في أصول الأحكام ، عنوان التعريف بأسرار التكليف . (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة 77/1) .</p>
<p>-166-26 269-201</p>	<p>32-الإمام الشافعي : (150-204هـ). الإمام أبو عبد الله ، محمد بن إدريس بن العباس الشافعي. ولد بغزة ثم حُمل إلى مكة وهو ابن سنتين ونشأ بها. وحفظ القرآن وهو ابن سبع سنين، والموطأ وهو ابن عشرة وأذن له بالإفتاء وهو ابن خمسة عشر سنة. ثم رحل إلى الإمام مالك بالمدينة ولازمه مدة. ثم قدم بغداد وأقام بها، واجتمع عليه علماءها فأخذوا عنه وأخذ عنهم . ثم رحل إلى مكة ثم إلى مصر وصنف فيها كتبه الجديدة ، ومات بمصر. وكان أول من صنف في أبواب كثيرة من الفقه وساد أهل زمانه . (طبقات الشافعية - الأسنوي ، 18/1). (سير أعلام النبلاء -الذهبي، 377/8) .</p>

-29-21 -45-32 -56-55 -58-57 -119-109 -173-165 -201-174 241-235	33-الشربيني: (ت 977هـ - 1570م). محمد بن أحمد الشربيني القاهري، الشافعي، المعروف بالخطيب الشربيني، فقيه شافعي نحوي، مفسر، له عدة تصانيف، منها : السراج المنير في التفسير، مغني المحتاج في الفقه الشافعي، شرح منهاج الدين للجرجاني، في شعب الإيمان، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع . (الأعلام -خير الدين الزركلي، 6/6). (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 69/3).
112 235	34-الشيبياني: (ت 189هـ) . محمد بن الحسن بن فرقد، العلامة فقيه العراق، أبو عبد الله الشيبياني، الكوفي صاحب أبي حنيفة، روى عن أبي حنيفة ومالك بن أنس وغيرهم. وأخذ عنه الإمام الشافعي وغيره كثير. ولي القضاء زمن هارون الرشيد بعد القاضي أبي يوسف وكان متبحراً في العلم ويضرب بذكائه المثل. (سير أعلام النبلاء /الذهبي، 82/8) .
-143 163-147	35-الشييزري: (توفي نحو 590هـ) . عبد الرحمن بن نصر بن عبد الله أبو النجيب، جلال الدين العدوي الشييزري قاضي طبريا، شافعي المذهب نسبته إلى قلعة شيزر قرب المعرة، سكن حلب . له كتب منها : نهاية الرتبة في طلب الحسبة، خلاصة الكلام في الأحلام. (الأعلام -الزركلي، 340/3).
-42-27 259-250	36-الشوكاني: (1173-1250هـ). محمد بن علي بن عبد الله بن علي الشوكاني، مفسر، محدث، فقيه، أصولي، أديب، مؤرخ، نحوي، منطقي، ولد بهجرة شوكان من بلاد خولان ونشأ بصنعاء وولي القضاء وتوفي بصنعاء ، له تصانيف كثيرة منها إرشاد الفحول إلى علم الأصول ، الرواية والدراية من علم التفسير. (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 541/3).

-253	37-ابن الصلاح : (577-643هـ) .
-259	الشيخ تقي الدين أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن الكردي
-261	الشهرزوري، ثم الدمشقي المعروف بابن الصلاح، كان إماماً في
-262	الفقه والحديث عارفاً بالتفسير والأصول والنحو ورعاً زاهداً، كان
269-267	والده الصلاح شيخ بلاده فتنقه هو عليه في صباه ثم رحل إلى الموصل وبغداد وغيرها ثم استوطن دمشق سنة 630 وصنف فيها كتبه. (طبقات الشافعية - الأسنوي ، 41/2).
180	38-الصنعاني: (1099-1182هـ) .
	محمد بن اسماعيل بن صلاح بن محمد الحسيني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو ابراهيم المشهور بالأمير. مجتهد من بيت الإمامة في اليمن أصيب بمحن كثيرة ، له نحو مئة مؤلف وتوفي بصنعاء ، من مؤلفاته : سبل السلام شرح بلوغ المرام لابن حجر ، إسبال المطر على قصب السكر. (الأعلام -الزركلي ،38/6).
156	39-الطحاوي: (239-321هـ) .
	أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي الطحاوي، أبو جعفر، فقيه انتهت إليه رئاسة الحنفية بمصر، ولد في "طحا" بمصر وتفقه على مذهب الشافعي ثم تحول حنفياً ورحل إلى الشام واتصل بأحمد بن طولون وتوفي بالقاهرة، وهو ابن أخت المزني. من تصانيفه: المختصر في الفقه، شرح معاني الآثار في الحديث وغير ذلك . (الأعلام -الزركلي ،206/1).
-97-32-30	40-ابن عابدين: (1198-1252هـ) .
-109-101	محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي فقيه
-133-127	أصولي، حفظ القرآن ولزم شيخه شاکر العقاد الذي ألزمه بالتحول
-172-166	إلى مذهب أبي حنيفة فتنقه عليه وقرأ عليه الفقه والحديث والحساب
-183-179	والتفسير وغير ذلك، وتوفي بدمشق ودفن بمقبرة الباب الصغير

261-231	بدمشق. من تصانيفه: رد المحتار على الدر المختار ، حاشية نسمات الأسفار . (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 145/3).
-43-42 -75-73 142-82	41-العز بن عبد السلام : (577-660هـ) . عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، عز الدين الملقب بسلطان العلماء، فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد، ولد في دمشق ، وزار بغداد وتولى الخطابة والتدريس بزاوية الغزالي بدمشق، ثم بالجامع الأموي. ثم رحل إلى مصر فتولى القضاء والخطابة، وتوفي في القاهرة. (الأعلام -الزركلي ، 21/4).
179-27	42-العظيم آبادي: (ولد عام 1273- توفي بعد 1310هـ) . محمد شمس الحق العظيم آبادي الهندي ، أبو الطيب محمد أشرف بن أمير بن علي شرف الحق ، من مؤلفاته شرح كبير على سنن أبي داود، سمّاه عون المعبود، عقود الجمال، وكتاب القول المحقق، (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 346/3). (الأعلام -الزركلي ، 39/6).
-67-63 157	43-العلائي : (694-761هـ) . خليل بن كيكليدي العلائي أبو سعيد ،جدّ في طلب الحديث وكان حافظاً ثبناً ثقةً ، فقيهاً متكلماً أديباً، درّس بدمشق ثم بالمدرسة الصلاحية بالقدس، وله تصانيف كثيرة منها: الأشباه والنظائر، وكتاباً حسناً في المراسيل. (طبقات الشافعية الكبرى - السبكي ، 35/10).
-115 -123 260-127	44-علي بن أبي طالب رضي الله عنه : الصحابي الجليل علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي أول الناس إسلاماً ، ولد قبل البعثة بعشر سنين وربّي في حجر النبي صلى الله عليه وسلم ولم يفارقه

	<p>وشهد معه المشاهد إلا غزوة تبوك وذلك بسبب تأخيره له بالمدينة، وزوجه النبي صلى الله عليه وسلم ابنته فاطمة، وهو رابع الخلفاء الراشدين .</p> <p>(الإصابة في تمييز الصحابة - ابن حجر العسقلاني، 493/3).</p>
<p>-113 -163 -165 188-169</p>	<p>45-عليش: (ت 1299) .</p> <p>أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش الطرابلسي شيخ السادات المالكية ومفتيها وتخرج عليه من علماء الأزهر طبقات متعددة ، وألف تأليف كثيرة في فنون العلم كشرح المختصر وحاشية عليه. وحاشية على أقرب المسالك وغير ذلك ، وامتنح بالسجن لما احتلت دولة الانكليز مصر ومات بأثر ذلك .</p> <p>(شجرة النور الزكية - محمد بن محمد مخلوف، ص385) .</p>
<p>263-26</p>	<p>46-ابن عمر: (ت 73هـ) .</p> <p>عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي ، أسلم مع أبيه وهو صغير لم يبلغ الحلم ولم يشهد بديراً لصغره وكان كثير الاتباع لآثار رسول الله عليه الصلاة والسلام حتى أنه ينزل منازلهم ويصلي في كل مكان صلى فيه، وكان ابن عمر شديد الاحتياط والتقوى لدينه ولم يقاتل في شيء من الفتن، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم الأحاديث الكثيرة وكان يكثر الحج والصدقة ، ولد قبل البعثة بسنة على خلاف بالأقوال . ومات وعمره 86 سنة ،</p> <p>(أسد الغابة في تمييز الصحابة - ابن الجزري، 336/3)</p>
<p>-115-89 -120 -122 265-213</p>	<p>47-عمر بن الخطاب:</p> <p>عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى القرشي أبو حفص، ثاني الخلفاء الراشدين . أمير المؤمنين ،صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم .ولد قبل البعثة بثلاثين سنة، وكان إسلامه فتحاً على المسلمين. قال عبد الله بن مسعود : ما عبدنا الله جهرة حتى أسلم</p>

	<p>عمر. وسماه رسول الله بالفاروق. (الإصابة في تمييز الصحابة - ابن حجر العسقلاني 3/4)</p>
<p>42-43- 97-234- 252</p>	<p>48-الغزالي(450-505هـ) محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي المعروف بالغزالي، حجة الإسلام أبو حامد، حكيم، متكلم، فقيه، أصولي، صوفي. ولد بالبطبران بخراسان وطلب الفقه ببلده أولاً ثم إلى نيسابور. ولازم إمام الحرمين الجويني، وحضر مجلس نظام الملك وندب للتدريس بالنظامية في بغداد. ثم ارتحل إلى الحجاز ورجع إلى دمشق فاستوطنها عشر سنين ثم ذهب إلى القدس ثم عاد إلى وطنه وبنى إلى جواره مدرسة وتوفي بالطبران. له مصنفات كثيرة في شتى العلوم منها : المستصفي، إحياء علوم الدين، تهافت الفلاسفة. (سير أعلام النبلاء - الذهبي، 320/14) . (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 671/3).</p>
<p>98-166- 178- 187-239</p>	<p>49-ابن فرحون:(ت 799 هـ) قاضي المدينة المنورة برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن فرحون . أحد شيوخ الإسلام كان فصيح القلم كريم الأخلاق، أخذ العلم عن عدة علماء منهم والده والشيخ ابن عرفة . له عدة مصنفات منها : تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، والديباج المذهب في أعيان المذهب . وغير ذلك. (شجرة النور الزكية - محمد مخلوف، ص222)</p>
<p>57 207</p>	<p>50-القاسمي: (1283-1332هـ ، 1866-1914م). جمال الدين بن محمد سعيد بن قاسم القاسمي، الحلاق. عالم مشارك في أنواع العلوم. ولد بدمشق، ونشأ وتعلم فيها، وانتدبته الحكومة للمرحلة وإلقاء الدروس. ورحل إلى مصر والمدينة ثم عاد إلى دمشق. من تصانيفه : محاسن التأويل في التفسير، تعطير المشام في مآثر دمشق الشام. (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 504/1).</p>

268-155	51-القاضي الحنبلي(380-458هـ) محمد بن الحسين بن محمد بن الفراء أبو يعلى، إمام الحنابلة. كان عالم زمانه وفريد عصره. وعنه انتشر مذهب الإمام أحمد وكان له في الأصول والفروع القدم العالي والحظر الرفيع . (مختصر طبقات الحنابلة - ابن شطي ،ص 32)
-29-22 -98-93 -157-109 -181-166 -187-184 240-219	52-ابن قدامة المقدسي(541-620هـ) شيخ الإسلام موفق الدين بن قدامة . عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الصالحي الفقيه الزاهد. إمام السنة ومفتي الأمة. آخر المجتهدين. ولد بجماعيل وقدم دمشق مع أهله وله عشر سنين، ولازم العلماء وقرأ عليهم العلم، وأقام ببغداد نحو أربع سنين. وله كتاب المغني في شرح الخرقى وهو كتاب بليغ في المذهب الحنبلي. توفي بدمشق ودفن في سفح قاسيون. (مختصر طبقات الحنابلة - ابن شطي ، ص 52)
-101-65 201	53-القرافي : (ت 684هـ) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي المصري . الإمام العلامة الحافظ. أخذ عن عدة علماء منهم العز بن عبد السلام والفاكهاني. ألف عدة تأليف منها: التنقيح في أصول الفقه. وكتاب الفروق والقواعد لم يسبق لمثله. وغير ذلك كثير. (شجرة النور الزكية - محمد مخلوف، ص 188)
-143 -147 -263 -268 272-271	54-ابن القيم (691-751هـ) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي ثم الدمشقي. العلامة الفقيه الأصولي المحدث المفسر الصوفي، صاحب التصانيف العديدة المشهورة .ولازم الشيخ تقي الدين ابن تيمية الملازمة التامة وكان أخص تلامذته في علوم الإسلام فكان إليه المنتهى في التفسير وأصول الدين وكان في الحديث والاستنباط لا يجارى . ودرس

	<p>بالصدرية وأمّ بالجوزية مدة طويلة. من تأليفه: زاد المعاد، الطرق الحكيمة، هداية الحيارى في الرد على اليهود والنصارى، وغير ذلك وامتنح كثيراً. فحبس مرات ومنها مع الشيخ تقي الدين ابن تيمية في قلعة دمشق منفرداً عنه ولم يفرج عنه حتى مات الشيخ. توفي بدمشق ودفن في مقبرة الباب الصغير.</p> <p>(مختصر طبقات الحنابلة - ابن شطي ، ص 68).</p>
239-32	<p>55-الكاساني: (ت 587هـ).</p> <p>أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، علاء الدين. والكاساني نسبة إلى كاسان مدينة في أول بلاد تركستان وراء نهر سيحون. فقيه، أصولي، حنفي. توفي بحلب، من مؤلفاته: السلطان المبين في أصول الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في الفقه الحنفي. (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 446/1).</p>
211-207	<p>56-ابن كثير: (701-774هـ).</p> <p>اسماعيل بن عمر بن كثير بن ضوّ بن درع القرشي البصري ثم الدمشقي. أبو العماد، حافظ، مؤرخ، فقيه، ولد في قرية من أعمال بصرى الشام ثم انتقل إلى دمشق. ورحل في طلب العلم وتوفي بدمشق . وله عدة كتب منها: البداية والنهاية ، طبقات الفقهاء الشافعيين، تفسير القرآن الكريم. (الأعلام - الزركلي ، 320/1).</p>
-135 219-210	<p>57-الماوردي: (364-450هـ).</p> <p>علي بن محمد بن حبيب البصري، المعروف بأبي الحسن الماوردي فقيه، أصولي، مفسر، أديب، سياسي، درس بالبصرة وبغداد. وولي القضاء ببلدان كثيرة وتوفي ببغداد. من تصانيفه: الحاوي الكبير في الفقه الشافعي، تفسير القرآن العظيم، أعلام النبوة وغير ذلك.</p> <p>(معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 499/2).</p>

183-179	58-العبدري: (المواق): (كان حياً 897هـ). محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري ، الأندلسي الغرناطي المالكي الشهير بالمواق ، فقيه مالكي ، من آثاره : التاج والإكليل شرح مختصر خليل في الفقه المالكي، سنن المهتدين في مقامات الدين. (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 787/3).
	59-المروزي: (ت 275هـ). أحمد بن محمد بن الحجاج بن عبد العزيز أبو بكر المروزي الحنبلي. وهو المقدم من أصحاب أحمد لورعه وفضله وكان إماماً جليلاً ، روي عنه عدة مسائل في الفقه. توفي ودفن عند رجل قبر الإمام أحمد. (مختصر طبقات الحنابلة - ابن شطي ، ص 23).
-28-22 55	60-المرغيناني: (530-593هـ). علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني. الحنفي، فقيه، فرضي، محدث، حافظ، مفسر، له عدة تصانيف منها: شرح الجامع الكبير للشيباني، بداية المبتدي، الهداية وكفاية المنتهى، وكلها في الفقه الحنفي. (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 411/2).
252	61-المرادي: (1173-1206هـ ، 1760-1791م). محمد خليل بن علي بن محمد مراد الحسيني، الحنفي، البخاري، النقشبندي، الدمشقي. فقيه مؤرخ. ولد بدمشق ونشأ في كنف والده، وقرأ القرآن على مشايخ عصره. وأخذ عنهم العلم. وولي إفتاء دمشق مع نقابة الأشراف، وتوفي بحلب. من آثاره : عرف البشام فيمن ولي فتوى دمشق الشام. تحفة الدهر في تراجم معاصريه من أهل المدينة. (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 280/3).
166	62-ابن مفلح: (ت 703هـ). محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي ثم الصالحي. أحد الأئمة الأعلام، قال ابن القيم: ما تحت قبة الفلك أعلم بمذهب الإمام أحمد من ابن مفلح. حضر عند الشيخ ابن تيمية ونقل عنه كثيراً. وكان

	أخبر الناس بمسائله. له كتاب الفروع في أصول الفقه. وله غير ذلك. (مختصر طبقات الحنابلة - ابن شطي ، ص 70)
64 69	63-المقري: (ت 759هـ). محمد بن محمد بن أحمد بن أبي بكر بن يحيى القرشي، التلمساني، أبو عبد الله الشهير بالمقري. فقيه، صوفي، من القضاة. ولد بتلمسان ونشأ بها وسكن فاس ودخل غرناطة، ثم توفي بفاس. من تصانيفه: رحلة المتبتل، كتاب القواعد، التحف والطرف. (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، 620/3).
152	64-المليباري: (ت 987هـ). زين الدين بن عبد العزيز بن زين الدين بن علي المعبري المليباري. فقيه شافعي من أهل مليبار. له عدة مصنفات منها: فتح المعين، إرشاد العباد إلى سبيل الرشاد. (الأعلام - الزركلي 64/3)
253	65-أبو منصور البغدادي: (ت 429هـ) . الأستاذ أبو منصور عبد القاهر بن طاهر بن محمد التميمي، البغدادي، ورد نيسابور مع أبيه وتعلم عند الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني وغيره إلى أن برع في العلم، ودرّس من سبعة عشر علماً ، ثم خرج من نيسابور إلى إسفراين حتى توفي هناك. ودفن إلى جانب أستاذه. (طبقات الشافعية - الأسنوي ، 96/1).
109	66-ابن منظور: (630هـ). محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، صاحب لسان العرب في اللغة، الذي جمع فيه بين التهذيب والمحكم والصاحح. تعلم العلم والأدب. واختصر كثيراً من كتب الأدب المطولة. وولي قضاء طرابلس وكان صدراً رئيساً، فاضلاً في الأدب واختصر تاريخ دمشق . (بغية الوعاة - السيوطي، 248/1).

<p>32-44- 208- 235-239</p>	<p>67- ابن نجيم الحنفي: (926-970هـ). زين الدين بن إبراهيم بن محمد المشهور بابن نجيم الحنفي. وهو اسم لبعض أجداده. كان إماماً عالماً مؤلفاً. مصنفاً، ما له في زمنه نظير. أخذ العلوم العربية والعقلية عن جماعة كثيرة. له مؤلفات عديدة منها: الأشباه والنظائر. وكتاب لب الأصول، و شرح المنار، والبحر الرائق، وكان من مفاخر الديار المصرية. (الطبقات السينية - الداري، 3/375).</p>
<p>63-197</p>	<p>68- النسفي: (ت 710هـ). عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، الحنفي، فقيه، أصولي، مفسر، متكلم، توفي في بلده أيدج في أصبهان. له عدة مؤلفات منها: عمدة العقائد في الكلام، مدارك التنزيل في التفسير، كنز الدقائق في الفقه الحنفي. (معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة، 2/228).</p>
<p>28-202- 230- 241- 269- 270-272</p>	<p>69- النووي: (ت 631). يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين، شيخ الإسلام محي الدين، أبو زكريا الدمشقي، قرأ القرآن في بلده وختمه. وقد ناهز الاحتلام ثم انتقل مع والده إلى دمشق. وسكن المدرسة الرواحية. وبقي نحو سنتين لم يضع جنبه على الأرض. وحفظ التتبيه، وأخذ بالعلم بكل جد، وكان يقرأ كل يوم اثني عشر درساً على المشايخ شرحاً وتصحيحاً. وقد اشتغل بكل العلوم من فقه وحديث وأصول فقه وغير ذلك. وله في ذلك عدة تصانيف هامة منها: الروضة، المنهاج، شرح المذهب، شرح صحيح مسلم، ورياض الصالحين. (طبقات الشافعية - ابن قاضي شعبة، 2/9).</p>
<p>58-91- 112- 113-</p>	<p>70- ابن الهمام: (790-861هـ). محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي ثم الإسكندري، كمال الدين المعروف بابن الهمام، إمام من علماء</p>

<p>-131 201-174</p>	<p>الحنفية عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقهاء والمنطق أصله من سيواس، ولد بالإسكندرية ونبغ في القاهرة وتوفي بها. من تصانيفه : فتح القدير في شرح الهداية، التحرير في أصول الفقه. (الأعلام -الزركلي، 6/255).</p>
<p>112 235</p>	<p>71-أبو يوسف: (113-182هـ). يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي ، أبو يوسف صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه، وأول من نشر مذهبه. كان فقيهاً علامة، من حفاظ الحديث ، ولد بالكوفة ثم لزم أبا حنيفة، وولي القضاء ببغداد أيام المهدي والهادي والرشيد، ومات في خلافة الرشيد ببغداد، وهو على القضاء ، وهو أول من دعي قاضي القضاة. وأول من وضع الكتب في أصول الفقه على مذهب أبي حنيفة ، وكان واسع العلم. من تصانيفه: الخراج، الآثار، النوادر، أدب القاضي، وغير ذلك، (الأعلام -خير الدين الزركلي، 8/193).</p>

ثبت المصادر والمراجع

القرآن الكريم :

أولاً: كتب التفسير وعلوم القرآن :

- أحكام القرآن - أحمد بن علي الرازي الجصاص، دار إحياء التراث العربي، بيروت ط1405هـ.

- إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم - أبو السعود العمادي، دار إحياء التراث العربي ، بيروت.

- البحر المحيط - أبو حيان الأندلسي ، دار الفكر ، بيروت ط 1992م.

- تفسير القرآن العظيم - اسماعيل بن كثير الدمشقي ، دار الباز مكة المكرمة، ط1403هـ . دار المعرفة ، بيروت ط 1983م.

- تفسير القرطبي - محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي ، دار الشعب ، القاهرة ط2 1372 .

- التفسر المنير - د. وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، بيروت ، ط1991م.

- جامع البيان - لابن جرير الطبري ، دار الفكر ، دمشق ط1988م.

جامع البيان - الطبري ، دار المعارف، مصر .

- روح المعاني - أبو الفضل الألويسي، دار الفكر ، بيروت ط 1994م.

- مجمع البيان - لأبي علي الفضل الطبرسي، مؤسسة الأعلمي، لبنان ط 1995م .

- محاسن التأويل - جمال الدين القاسمي ، دار الفكر، بيروت ، ط2 1978م.

- مدارك التنزيل وحقائق التأويل - عبد الله النسفي ، المكتبة الأموية ، بيروت.

- مفاتيح الغيب - الفخر الرازي ، دار الفكر، بيروت ، ط 1995 م .

ثانياً : كتب الحديث النبوي وعلومه :

- تحفة الأحوذى - محمد بن عبد الرحمن المبارك ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- الدراري المضيئة - محمد بن علي الشوكاني ، دار الجيل ، بيروت ط 1987م.
- الدراية في تخريج أحاديث الهداية - ابن حجر العسقلاني، دار المعرفة ، بيروت .
- سبل السلام - الصنعاني، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ط 4 1379هـ.
- سنن ابن ماجه- محمد بن يزيد القزويني ، دار الفكر ، بيروت .
- سنن أبي داود - سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الفكر ، بيروت .
- سنن البيهقي الكبرى - أحمد بن الحسين البيهقي ، دار الباز ، مكة المكرمة ط 1414هـ.
- سنن الترمذي - محمد بن عيسى الترمذي، دار إحياء التراث العربي ، بيروت.
- سنن الدارقطني - علي بن عمر الدارقطني ، دار المعرفة ، بيروت ، ط 1966م.
- السنن الكبرى - أحمد بن شعيب النسائي ، دار الكتب العلمية، بيروت ط 1411 .
- شرح الزرقاني - محمد عبد الباقي الزرقاني ، دار الكتب العلمية.
- شرح النووي على صحيح مسلم - يحيى بن شرف النووي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ط 2 1392هـ.
- صحيح ابن حبان - محمد بن حبان البستي ، دار الرسالة ، بيروت ، ط 1993م .
- صحيح البخاري - محمد بن اسماعيل البخاري ، دار القلم ، دمشق ط 1981م .

- صحيح البخاري - دار ابن كثير ، بيروت ، ط 3 1407هـ .
- صحيح مسلم - مسلم بن الحجاج النيسابوري ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- عون المعبود - محمد شمس الحق العظيم آبادي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ط 2 1415هـ .
- فتح الباري - ابن حجر العسقلاني، دار الفكر ، بيروت .
- فيض القدير - عبد الرؤوف المناوي ، المكتبة التجارية ، مصر ط 1 1356هـ .
- كشف الخفاء - العجلوني ، دار الرسالة ، بيروت ط 4 1405هـ .
- مجمع الزوائد - الهيتمي ، دار الريان ، القاهرة ، ط 1407هـ .
- المستدرک علی الصحیحین - أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية ، بيروت ط 1993م .
- مسند احمد - أحمد بن حنبل ، مؤسسة قرطبة ، مصر .
- مسند الطيالسي - سليمان بن داود الطيالسي ، دار المعرفة ، بيروت .
- مصنف بن أبي شيبة - أبو بكر عبد الله بن أبي شيبة الكوفي ، مكتبة الرشد، الرياض ط 1 1409هـ .
- مصنف عبد الرزاق - عبد الرزاق الصنعاني ، المكتب الإسلامي، بيروت ط 2 1403هـ .
- المعجم الكبير سليمان بن أحمد الطبراني، مكتبة العلوم والحكم ، الموصل ط 2 1404هـ .
- الموطأ - الإمام مالك بن أنس ، دار إحياء التراث العربي ، مصر .
- نصب الراية - عبد الله بن يوسف الزيلعي ، دار الحديث، مصر ،
- نيل الأوطار - محمد بن علي الشوكاني ، دار الجيل، بيروت ، ط 1973م .

ثالثاً : كتب أصول الفقه :

- الإبهاج في شرح المنهاج - علي بن عبد اله الكافي السبكي، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- إرشاد الفحول إلى علم الأصول - محمد بن علي الشوكاني ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1 1992م .
- إعلام الموقعين - محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية ، دار الجيل ، بيروت .
- إعلام الموقعين - ابن القيم ، دار الأرقم ، بيروت ط 1 1997م .
- البحر المحيط محمد بن بهادر الزركشي ، دار الصفوة ، الغردقة ، ط 2 1992م .
- الفروق - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، دار السلام ، القاهرة ط 1 2001م .
- المحصول في علم الأصول - فخر الدين الرازي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ط 2 1992م .
- المستصفي - الغزالي ، دار الأرقم .
- المعتمد في أصول الفقه - أبو الحسن المعتزلي ، دار الكتب العلمية ، ط 1 1983م .
- الموافقات - إبراهيم أبو إسحاق اللخمي الشاطبي ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

الموافقات-أبو إسحاق الشاطبي، دار المعرفة ، بيروت .

-المنتور في القواعد - الزركشي ، وزارة الأوقاف ، الكويت .

-نهاية السؤل - البيضاوي ، دار ابن حزم ، ط 1 1999م .

رابعاً : كتب الفقه الحنفي:

- البحر الرائق - زين الدين بن نجيم، دار المعرفة، بيروت ، ط 3 1993م .
- بدائع الصنائع - الكاساني ، دار الكتاب العربي، بيروت ، ط 2 1982م .
- البناية في شرح الهداية - العيني ، دار الفكر، بيروت ط 2 1990م .

- الدر المختار - الحصكفي ، دار الفكر ، بيروت ، ط2 1386هـ.
- رد المحتار على الدر المختار- ابن عابدين ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ط1 1998 ،
- رد المحتار - دار إحياء التراث العربي ، بيروت ط2 1987م .
- رد المحتار - دار الفكر، بيروت ط2 1386هـ.
- شرح مجلة الأحكام العدلية - سليم رستم ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ط3 1986م.
- شرح المجلة - نظارة المعارف ، الأستانة ، ط3 1986م .
- فتح القدير - الكمال ابن الهمام ، دار الفكر ، بيروت .
- المبسوط - السرخسي ، دار المعرفة ، بيروت ط 1406هـ .
- مجمع الضمانات - أبو محمد بن غانم البغدادي، عالم الكتب، بيروت ، ط1 1987م.
- الهداية مع فتح القدير -المرغيناني ، دار الفكر، بيروت.
- خامساً : كتب الفقه المالكي:**
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ابن رشد الحفيد المالكي، دار الفكر ، بيروت، ط 1995م.
- التاج والإكليل -محمد بن يوسف المواق، دار الفكر ، بيروت ط2 1398هـ.
- تبصرة الحكام - ابن فرحون المالكي ، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ، ط1 1986م.
- التمهيد - ابن عبد البر النمري ، وزارة الأوقاف ، المغرب ، ط1987م.
- حاشية الخرشي - لأبي عبد الله محمد الخرشي المالكي ، دار الفكر.
- حاشية الدسوقي - محمد عرفة الدسوقي ، دار الفكر ،بيروت ط1 1419هـ.
- الشرح الكبير - أحمد الدردير ، دار الفكر ، بيروت.
- مواهب الجليل- محمد عبد الرحمن المغربي الحطاب ، دار الفكر ،بيروت، ط2 1398هـ.

- موسوعة الفقه المالكي - خالد العك ، دار الحكمة ، دمشق ، ط 1 1993م.
-منح الجليل محمد عlish ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1 1404هـ.

سادساً : كتب الفقه الشافعي:

- إعانة الطالبين - السيد البكري الدمياطي، دار الفكر ، بيروت .
إعانة الطالبين - دار الكتب العلمية ، بيروت ط 1 1995م.
-الأم - الإمام الشافعي ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1410هـ.
-تحرير ألفاظ التتبيه - يحيى بن شرف النووي ، دار القلم ، دمشق ط 1
1408هـ.
-تحفة المحتاج - شهاب الدين الرملي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ط 1
1996م.
-حاشية البجيرمي - سليمان بن عمر البجيرمي ، المكتبة الإسلامية ، تركيا.
-حاشية القليوبي على منهاج الطالبين - القليوبي ، دار الفكر ، بيروت.
-الحاوي الكبير - أبو الحسن الماوردي ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1994م.
-حواشي الشرواني - عبد الحميد الشرواني ، دار الكتب العلمية، بيروت ،
ط 1996م.
-روضة الطالبين - النووي ، المكتب الإسلامي ، بيروت.
-فتح المعين - زين الدين المليباري ، دار الفكر، بيروت .
-المجموع - النووي ، مكتبة الإرشاد ، جدة.
-مغني المحتاج - الخطيب الشربيني، دار الفكر ، بيروت ، ط 1 1995 م.
-المهذب - ابراهيم بن علي الشيرازي ، دار الفكر ، بيروت .
-الوجيز - الغزالي ، دار المعرفة ، بيروت ، ط 1979م.
-الوسيط - الغزالي ، دار السلام ، بيروت ط 1 1417هـ.

سابعاً : كتب الفقه الحنبلي:

-الإنصاف - علي بن سليمان المرداوي، دار إحياء التراث العربي ، بيروت.

-الروض المربع - منصور البهوتي ، مكتبة الرياض الحديثة ، ط 1390هـ.
-زاد المستنقع - موسى بن أحمد المقدسي الحنبلي ، مكتبة النهضة الحديثة ، مكة المكرمة .

-الشرح الكبير مع المغني - ابن قدامة المقدسي، دار الحديث، القاهرة ، ط 1996م.

-الكافي - موفق الدين بن قدامة المقدسي، دار الفكر ، بيروت ، ط 1414
الكافي - المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط 2 1988م.

-كشاف القناع - منصور البهوتي، دار الفكر ، بيروت ، ط 1402هـ.
-المبدع - ابن مفلح الحنبلي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط 1400هـ.
-المعتمد - الشيباني وضويان، دار الخير ، بيروت ، ط 1 1412هـ.
-المغني -ابن قدامة المقدسي ، دار الحديث مصر ، ط 1 1996 م.
المغني - دار الفكر ، بيروت ، ط 1 1405هـ.

-المقنع - أبو الحسن البنا ، ، مكتبة الرشد ، الرياض .
-منار السبيل - ابن ضويان ، دار المعارف ، الرياض ، ط 2 1405هـ.

ثامناً : كتب القواعد الفقهية :

-الأشباه والنظائر - زين الدين بن نجيم الحنفي ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1986م.

-الأشباه والنظائر - تاج الدين السبكي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ط 1991م.

-الأشباه والنظائر - جلال الدين السيوطي، دار الفكر، دمشق.
-شرح القواعد الفقهية - أحمد بن الشيخ مصطفى الزرقا ، دار القلم ، دمشق ط 4 1996م.

-القواعد - ابن رجب الحنبلي ، مطبعة الصدق الخيرية ، مصر ، ط1
1933م.

-القواعد - لأبي عبد الله المقري ، دار إحياء التراث العربي، بيروت .
-قواعد الأحكام - العز بن عبد السلام ، دار المعرفة ، بيروت .
-القواعد الفقهية - علي أحمد الندوي ، دار القلم ، دمشق ، ط4 1418هـ.
-المجموع المذهب في قواعد الذهب - لأبي سعيد بن خليل كيكلاي العلاني ،
وزارة الأوقاف ، الكويت ، ط1 1414هـ.
-المنثور في القواعد - محمد بن بهادر الزركشي ، وزارة الأوقاف ،
الكويت، ط2 1405هـ.

تاسعاً : كتب متفرقة :

-الأحكام السلطانية - أبو يعلى محمد الفراء الحنبلي ، الكتب العلمية ،
بيروت ط 1983م .
-الأحكام السلطانية - الماوردي ، المكتب الإسلامي .
-آداب الفتوى في مقدمة المجموع - النووي ، مكتبة الإرشاد ، جدة .
-صفة الفتوى والمفتي - أحمد بن حمدان الحنبلي ، المكتب الإسلامي ، ط2
1394هـ.

-الطرق الحكيمة - ابن قيم الجوزية ، مطبعة المدني ، القاهرة .
-الغرة المنيفة - أبي حفص الحنبلي ، مكتبة الإمام أبو حنيفة ، بيروت ، ط2
1988م.

-فتاوى ابن الصلاح - ابن الصلاح ، دار المعرفة ، بيروت ط1 1986م.
-الفقه الإسلامي وأدلته - د. وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، بيروت.
-الفقيه والمتفقه - أبو بكر الخطيب البغدادي ، الكتب العلمية ، ط2 1980م.
-المحلى - علي بن أحمد بن حزم الظاهري ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت .
-المدخل الفقهي - مصطفى الزرقا ، دار الفكر ، ط10 1968م.
-المرأة - د. محمد سعيد رمضان البوطي ، دار الفكر ، بيروت ط1 1996م

- نظرية الضمان - فوزي فيض الله ، مكتبة التراث ، الكويت ط2 1986م.
-نظرية الضمان - د. وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1998م.
-نهاية الرتبة في طلب الحسبة - عبد الرحمن الشيزري ، دار الثقافة .

عاشراً: كتب القانون :

- التشريع الجزائي المقارن - د. عبّود السراج، مطبعة جامعة دمشق، ط4
1990م.
-شرح القانون المدني - محمد وحيد الدين سوار .
-قانون أصول المحاكمات - إعداد ممدوح عطري ، مؤسسة النوري ،
دمشق.
-قانون العقوبات السوري - وزارة العدل الصادر بتاريخ 12 حزيران
1949م.
-القانون المدني .

الحادي عشر: كتب الطب:

- تاريخ الطب وآدابه وأعلامه - د. أحمد شوكت الشطي ، مديرية الكتب
والمطبوعات الجامعية ، دمشق ط 1982م.
-الطب النبوي - ابن قيم الجوزية ، دار الفجر، القاهرة ، ط 1999م.
-الكليات في الطب - ابن رشد ، مركز دراسات الوحدة العربية ، ط 1
1999م.

الثاني عشر: كتب اللغة :

- تاج العروس - محمد مرتضى الحسين الزبيدي ، وزارة الإعلام ، الكويت ،
ط1966م.
لسان العرب - ابن منظور ، دار المعارف .

-مختار الصحاح - محمد أبي بكر الرازي ، دار ابن كثير .

الثالث عشر: كتب التراجم والتاريخ :

أسد الغابة في تمييز الصحابة - عز الدين بن الأثير ابن الحسن بن محمد الجزري، دار الكتب العلمية ، بيروت ط1 1994م.

-الإصابة في تمييز الصحابة - شهاب الدين أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، دار الفكر ، بيروت ط1 2001م.

-الأعلام - خير الدين الزركلي ، دار العلم للملايين، بيروت، ط1349هـ.
-بغية الوعاة - جلال الدين السيوطي، مطبعة عيسى بابي الحلبي، مصر، ط1964م.

-الديباج المذهب - ابن فرحون المالكي ، دار التراث ، القاهرة .
-سير أعلام النبلاء - شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، دار الفكر ، بيروت ط1 1997م.

-شجرة النور الزكية في طبقات المالكية - محمد بن محمد مخلوف ، دار الكتاب العربي ، بيروت ط 1349هـ.

-الطبقات السنية في تراجم الحنفية - تقي الدين محمد بن عبد القادر التميمي الداري الغزي المصري الحنفي ، دار الرفاعي ، ط1 1983م.

-طبقات الشافعية - جمال الدين الأسنوي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 1987م.

-طبقات الشافعية - لأبي بكر بن أحمد بن محمد ، تقي الدين ابن قاضي شهبة الدمشقي ، دار الندوة ، بيروت ، ط 1987م.

-طبقات الشافعية الكبرى - تاج الدين السبكي ، دار هجر ، ط2 1992م.
-مختصر طبقات الحنابلة - ابن شطي ، دار الكتاب العربي ، بيروت، ط1 1986م.

- معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط1 1993م.

المحتوى العام

الصفحة	الموضوع
1	استهلال
4	الإهداء
5	مقدمة
7	أهمية البحث وأسباب اختياره
8	هدف البحث
13	خطة البحث
10	منهج البحث
9	صعوبات البحث
18	*تمهيد : حقيقة الضمان
20	المبحث الأول : تعريف الضمان وبيان مشروعيته وشروطه
21	المطلب الأول : تعريف الضمان
21	أولاً : تعريف الضمان لغة
21	ثانياً : تعريف الضمان اصطلاحاً
23	المطلب الثاني: مشروعية الضمان
23	القرآن الكريم
26	السنة الشريفة
28	الإجماع والقواعد الفقهية
30	المطلب الثالث : شروط الضمان
35	المبحث الثاني : أسباب الضمان
36	العقد
40	إثبات اليد
41	الإتلاف

43	الحيلولة
45	بغض إزامات الشارع
48	المبحث الثالث : أقسام الضمان
48	المطلب الأول : ضمان النفس وما دونها
50	المطلب الثاني : ضمان المال
53	المبحث الرابع : نظام العاقلة وكفارة القتل
54	المطلب الأول : نظام العاقلة في الإسلام
57	المطلب الثاني : كفارة القتل
60	*الفصل الأول : القواعد الفقهية المتعلقة بهذا البحث
62	المبحث الأول : لمحة عن القواعد الفقهية
63	المطلب الأول : تعريف القاعدة الفقهية وأهميتها
63	الفرع الأول : تعريف القاعدة الفقهية
65	الفرع الثاني : أهمية القاعدة الفقهية
66	المطلب الثاني : تمييز القاعدة الفقهية عما يشابهها
66	الفرع الأول : القاعدة الفقهية والضابط الفقهي
67	الفرع الثاني : القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية
67	الفرع الثالث : القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية
68	المطلب الثالث : مصدر القواعد الفقهية وحجيتها
68	الفرع الأول : مصدر القواعد الفقهية
69	الفرع الثاني : حجية القواعد الفقهية
71	المبحث الثاني : شرح القواعد الفقهية المتعلقة بهذا الموضوع
72	المطلب الأول : حالات انتفاء الضمان
72	الجواز الشرعي
74	ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه

75	المطلب الثاني : المسؤولية عن الفعل الضار
76	الضرر يزال
77	لا يجوز لأحد أن يتصرف بملك الغير بلا إذنه أو بلا سبب شرعي
78	على اليد ما أخذت حتى تؤديه
80	المطلب الثالث : قواعد التعويض
80	الأجر والضمان لا يجتمعان
81	إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل
83	*الفصل الثاني : ضمان القاضي
86	تمهيد :
86	تعريف القضاء
87	مشروعية القضاء
90	شروط القاضي
95	المبحث الأول : ضمان القاضي في حكمه
96	المطلب الأول : الضمان في جور القاضي في حكمه
98	المطلب الثاني: الضمان في خطأ القاضي في حكمه
99	الفرع الأول : الخطأ المتعلق بحقوق الله عز وجل
100	إذا أمكن تدارك الخطأ
100	إذا لم يمكن تدارك الخطأ
101	الفرع الثاني: الخطأ المتعلق بحقوق العباد
102	إذا حصل ضرر مالي
102	إذا ترتب ضرر غير مالي
104	رأي القانون السوري
107	المبحث الثاني: ضمان التعزير
109	تمهيد: تعريف التعزير وبيانه

111	المطلب الأول: الضرب في التعزير
111	الفرع الأول : بيان مقدار الضرب في التعزير
115	الأدلة والمناقشة
119	الفرع الثاني : ضمان القاضي في التعزير
122	الأدلة والمناقشة
124	المطلب الثاني : ضمان القاضي في إتلاف المنكرات
125	الفرع الأول: الضمان في إتلاف الخمر والخنزير
130	المناقشة والترجيح
133	الأدلة والمناقشة
136	الفرع الثالث : إتلاف كتب الضلال والمواد المغشوشة
139	*الفصل الثالث : بيان الطبيب ومسؤوليته
140	المبحث الأول: حقيقة الطب وبيان الطبيب
141	المطلب الأول : تعريف الطب والطبيب
141	الفرع الأول : تعريف الطب
143	الفرع الثاني : تعريف الطبيب
144	المطلب الثاني : كيفية معرفة الطبيب وشروطه
144	الفرع الأول : كيفية معرفة الطبيب
147	الفرع الثاني : شروط الطبيب
149	رأي القانون السوري
151	المطلب الثالث : اشتراط الشفاء على الطبيب وأجرة الطبيب
151	الفرع الأول : اشتراط الشفاء على الطبيب
154	الفرع الثاني : أجرة الحجام والطبيب
156	الأدلة والمناقشة
158	رأي القانون السوري

159	المبحث الثاني : مسؤولية الطبيب وضمانه
161	المطلب الأول : شروط إنتفاء مسؤولية الطبيب
162	الفرع الأول : الإذن
162	إذن الشرع أو الإذن العام
164	إذن المريض أو الإذن الخاص
167	الفرع الثاني : اتباع أصول المهنة
169	عدم تقصير الطبيب في المعالجة
170	قصد الطبيب الشفاء للمريض
170	تجنب الخطأ قدر الإمكان
171	الفرع الثالث : القتل الرحيم
176	المطلب الثاني : ضمان الطبيب ومحلّه
176	الفرع الأول : ضمان الطبيب الجاهل
182	رأي القانون
182	الفرع الثاني : ضمان الطبيب الحاذق
183	ضمان سراية فعل الطبيب
185	رأي القانون
186	خطأ الطبيب الحاذق
189	الخلاصة
190	رأي القانون السوري
194	*الفصل الرابع : ضمان التأديب
196	المبحث الأول: حقيقة التأديب والنشوز والفرق بين التأديب والتعزير
197	المطلب الأول : تعريف التأديب والنشوز
198	المطلب الثاني : أهمية التأديب

200	المطلب الثالث : الفرق بين التأديب والتعزير
203	المبحث الثاني : تأديب الزوجة وضمانه
204	تمهيد
207	المطلب الأول : ولاية الزوج في التأديب
210	المطلب الثاني : طرق تأديب الزوجة
218	المطلب الثالث : الضمان في تأديب الزوجة
220	الأدلة والمناقشة
222	رأي القانون السوري
224	مطلب ختامي : نشوز الزوج
228	المبحث الثالث : تأديب الولد وضمانه
229	المطلب الأول : ولاية تأديب الطفل وطرق التأديب
229	الفرع الأول : ولاية تأديب الطفل
231	الفرع الثاني : طرق تأديب الطفل
232	المطلب الثاني : الضمان في تأديب الطفل
233	الفرع الأول : الضمان في تأديب الولي للطفل
237	رأي القانون السوري
238	الفرع الثاني : الضمان في تأديب المعلم للطفل
242	الأدلة والمناقشة
244	رأي القانون السوري
245	*الفصل الخامس : الافتاء وبيان المفتي وضمانه
246	تمهيد
249	المبحث الأول : تعريف المفتي وبيان شروطه وأقسامه
250	المطلب الأول : تعريف المفتي
251	المطلب الثاني : شروط المفتي وأقسامه

251	الفرع الأول : شروط المفتي
253	الفرع الثاني أقسام المفتي
256	المطلب الثالث : الفتيا بالهوى والتشهي
258	المبحث الثاني : الإفتاء ورجوع المفتي وضمانه
258	المطلب الأول : من له الإفتاء
261	المطلب الثاني : رجوع المفتي عن فتواه وعلم المستفتي بالرجوع
262	الفرع الأول : رجوع المفتي عن فتواه
267	الفرع الثاني : هل يلزم المفتي إعلام المستفتي برجوعه
268	المناقشة
269	المطلب الثالث : خطأ المفتي وضمانه
272	خلاصة ومناقشة
273	الخاتمة : نتائج وتوصيات
280	الفهارس العامة :
281	فهرس الآيات القرآنية
285	فهرس الأحاديث الشريفة
288	فهرس الأعلام
308	ثبت المصادر والمراجع
318	المحتوى العام